الجمهـــوريـــة الجـزائـريـة الديـــمقراطيـة الشـعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة الـتـعـلـيـم الـعـالـــي و الـبـحـث الـعـلـمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة وهران 1
Université d'Oran 1
أحمـد بـن بـلـة

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه "ل م د" في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون ... بعنوان:

الاجتهاد القضائي
في انحلال الزواج المختلط

إعداد الباحث الطالب: **عبد الإله راضي**

إشراف: **أ. د. طاهري بلخير**

لجنة المناقشة:

أ. د. راجع عكاشة	رئيسا	أستاذ	جامعة وهران 1
أ. د. طاهري بلخير	مشرفا	أستاذ	جامعة وهران 1
أ. د. حوالف عكاشة	مناقشا	أستاذ	جامعة وهران 1
د. العشبي قويدر	مناقشا	أستاذ محاضر أ	جامعة وهران 1
أ. د. عليان بوزيان	مناقشا	أستاذ	جامعة تيارت
أ. د. لريد محمد أحمد	مناقشا	أستاذ	جامعة سعيدة

السنة الجامعية: 2022/2021م

إهداء

إلى من ينبض قلبي حبا لهم من أهلي وولدي ووالديّ

إلى كلّ من شجعني وفرح بمشروعي

إلى كل من أعانني ولو بكلمة طيبة

إلى كلّ من وثق بي وكان لي سندا وعونا

أهدي هذه الأطروحة التي أرجو نفعها

وأرجو من المولى القبول والذخر ليوم الحساب

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين.

المقدمة

الحمد لله مُنْزِلِ الغيث من السحاب ليسقي برحمته كلّ توّاب، أحمده كما يليقُ بجلاله لإلهامه طالب العلم إذا أناب ثم لتفريجه كربة العبد الأوّاب، ثمّ أحمده جلّ شأنه من قادر مُقدّر وألجأُ إليه راجيا عونه فهو بحقّ المقْتدِر، وأثنّي بالصلاة والسلام على خير الأنام، الذي ختم الله به النبوة والرسالة، قدوة طلاب العلم الباحثين عن الحقّ والصواب، والحريصين على نفع الناس.

أهمية الموضوع

تبرزُ أهمية موضوع "الاجتهاد القضائي في انحلال الزواج المختلط" من خلال تأسيسه على مباحث الفقه الشرعي والقانوني والمقارنة بينها، ذلك أنّ شريعة الإسلام هي أساس الحكم على أفعال المكلّفين من المسلمين، فيما يُنظم القانون في العصر الحديث المجتمع المسلم وغيره، فهما يملكان رحما واحدة من حيث اشتراكهما في تنظيم الأمة والحكم على الأحداث وأفعال البشر، ويختلفان في المنهج إذ ينطلق الفقه الشرعي من الأصول لينزل على الواقع الذّي يتأمله القانون محاولا استخراج الأصول، كما يختلفان في المصادر التي يستقيان منها، حيث يأخذ الفقه الشرعي من المذاهب الأربعة ومثيلتها من المدارس الجادّة صاحبة الثروة العلمية الهائلة، وعمدة القانون آراء فقهائه وتجاربهم، وإن كان التفوّق فيه اليوم محصور في غير المسلمين.

كما يأخذ موضوع انحلال الطلاق المختلط أهميته الكبرى من خلال اعتماده على بحور من العلوم كالفقه الشرعي المقارن والقانون الدولي الخاص والقانون المدني، ثمّ فرع الأحوال الشخصية الذي يسميه المغاربة بقانون الأسرة أو مجلّتها أو مدوّنتها، حيث يُعتبر المزج بين هذه الفروع وفقه الشريعة السّمة العملية الباقية من تطبيقات العلوم الشرعية بمختلف تخصّصاتها، ذلك أنّه -للأسف الشديد- لم يبْقَ مجالٌ يَحْتكمُ إلى شرعنا في مختلف فنون قوانيننا الإسلامية إلا المجال الشخصي وقليلا من المدني، وعليه قد يكون هذا البحث سبيلا للتقارب العملي بين الفقه القانوني والشرعي مع محاولة التعميم على باقي المجالات كالمدني والجنائي والدستوري؛ بهدف دحض شبهة عدم مسايرة علوم الشريعة لتطوّرات العلوم الإنسانية المعاصرة، تلك الشبهة التي لازالت تتكرر على ألسنة البعض، فقد لاحظنا من خلال الغوص في مسائل البحث واستقراء مواضعه استقرار النظام القانوني المعاصر في فرع القانون الدولي الخاص على أصول ونظريات بحث فيها فقهاؤنا قديما، حين تكلّموا عن أحكام الدارين الحرب والإسلام، وأحكام أهل الذمة والمواطنة وتطبيق قانون الذميّ والمستأمن داخل إقليم دولة الإسلام، رغم أنّهم أهملوا النظر في أحكام الاختلاط بالزواج والإقامة والعلاقات بين المسلمين وغيرهم إلا في اليسير النادر، فلم يعقدوا لهذه المسائل المهمّة أبوابا في مصنفاتهم إلا عرَضا، إما لأنه لم يكن ذلك حالهم؛ لأن عدد المسلمين الذّين كانوا يعيشون في ديار الحرب في أزمنتهم قليلٌ، والفقيه يُترجم

لعُرْفه وبيْئته، وإما لأنهم لم يكونوا يتخيّلون ما نراه اليوم من إقامة ملايين من المسلمين في ديار غير إسلامية إقامة دائمة دوام حياتهم، كما لاحظنا تخلّف الفقه الشرعي من جهة البحث في مستجدات فرع القانون الدولي الخاص، ربّما يكون أحد أسباب ذلك قصورُه في القرون الأخيرة عن مصالح الناس والدعوة إلى إغلاق باب الاجتهاد، واقتصار فقهاء الشريعة على حمل الناس على ما استنبطه الأئمة في العصور السالفة دون نظر إلى ما بين الأزمان والأحوال من تفاوت، فاتّسعت بذلك المسافة بين الفقه الشرعي ومصالح الناس في كثير من الشؤون، ولو لم يكن للموضوع من الحسنات إلا فتح النقاش حول الاجتهاد الفقهي وتطوّره، ثم مقارنته بآخر ما توصلت إليه العلوم القانونية قصد منحها صبغة إسلامية تليق بها، ومنح الأحكام الشرعية الصفة التطبيقية من خلال إدراجها في منظومتنا القانونية؛ لكفاه ذلك فخرا واعتزازا ولكان من الواجب الاعتكاف عليه بحثا وتدقيقا.

أمّا من جهة لبّ المسألة فتبدو جلية تلك الأهمية من حيث أنّ الموضوع يبحث مجال الطلاق، ذلك المجال الشائك والخطير الذي أسال ولا يزال يُسيل حبرا كثيرا، فقد يكون سببا لضياع الأسر والمجتمعات إذا أُهمل ولم يُنظم بقواعد محكّمة، وتنتشر بسبب إهماله وضبطه شرعا وقانونا المهلكات والطامات، ناهيك إذا دخل ضمن قضاياه عنصر اختلاف الدين أو الجنسية، الأمر الذّي يُعقّد قواعده المنظمة، والتي تتطوّر لتُنظم مسائل حساسة في الدين والهوية وعقيدة الأمة، وقد يبلغ بها الأمر بأن تمس بالعلاقات الدولية والسلم العالمي؛ اللهم إلا إذا أُدركت بمعاهدات ثنائية أو جماعية تمنع التصادم ونشوء الخلاف بين الدول، خاصة أنّ أعداد المسلمين في غير دول الإسلام في ارتفاع مطرّد، وحالات الزواج المختلط بين المسلمين وغيرهم في زيادات متسارعة، لذلك زادت أعداد الطلاق المختلط إلى مستويات تقضي ببحث قضاياها من الناحية الشرعية والقانونية، وفي الموضوع خلاصة مفيدة لنظريات شرعية وقانونية مهمّة للمجتمعات الإسلامية المعاصرة، كنظرية الذمة والجنسية، وتطبيق قانون غير إسلامي داخل إقليم دولة مسلمة على مواطنين لا يحملون نفس العقيدة، ومقارنتها بما توصّل إليه العقل البشري من تحديد مركز الأجانب وحقهم في الحكم عليهم وفق هوياتهم، ثم النظر في أحكام الطلاق وآثاره شرعا وقانونا إذا دخل عليها عنصر اختلاف الدين أو الجنسية، وكيف يجب التعامل مع القانون الأجنبي إذا كان لزاما تطبيقه داخل أقاليمنا؛ بسبب إدراج قواعد الدولي الخاص في المنظومات القانونية لدولنا العربية والإسلامية.

أسباب اختيار الموضوع

هناك أسباب دفعتني لاختيار الموضوع، منها قلّة البحوث في مجال القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين باعتبار المرجعية الإسلامية وموافقة قواعد الشرع، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ "طيب زوروتي" في كتابه الموسوم: "دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري" الصفحة 9: "الغاية من التطرق لهذا الموضوع المهم هو لفت نظر الجهات المعنية من رجال القانون والقضاء وفقهاء الشريعة؛ كي

يبادروا إلى إثراء قانون الأسرة بالاجتهاد القضائي والبحوث الهادفة، خصوصا في مسائل القانون الدولي الخاص لنظام الأحوال الشخصية، حتى يكون تطبيق قانون الأسرة في مستوى تطلّعات المجتمع الجزائري للعصرنة والتفتح، مع المحافظة على الأصالة ومقومات الشخصية العربية الإسلامية"، ومنها المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الذي يلزم به تخصص الشريعة والقانون، والذي قد يكون عاملا فعالا لبعث الاحتكام إلى الشريعة في جميع ميادين الحياة وفروع القانون وعدم الاقتصار على المجال الشخصي، لأنّه تخصص يتسّم بكونه تطبيقا عمليا للدعوات القائمة منذ عقود لفتح أبواب الاجتهاد الفقهي الشرعي، ونبذ التقليد الذي أوصل الأمة إلى ما هي عليه من الهوان، حيث نهدف من خلال التطرق إلى جزئية انحلال الزواج المختلط إلى جعل شريعة الإسلام المرجع الوحيد والمصدر الأوحد لجميع القوانين في مختلف الفروع، مع الحرص على تطوير القضايا المعرفية تطوّرا يناسب الزمان دون مناقضة القواطع، ليتبينّ للناس رُقيّ الشريعة على غيرها من الأنظمة القانونية حتى بالمعايير العصرية، وأنّ مرونتها وقواعدها الكلية يسمحون لها بأن تكون بلا منازع بديلا حقيقيا للأنظمة القائمة التي تخالف مبادئنا، ولا يعني هذا منع الاستفادة مما تزخر به تلك النظم من تجارب إيجابية، وإنما الحرص على أن تكون شريعتنا أساس كل بناء ومرجع كل فكر.

وهناك معيار آخر حملني على هذا الاختيار هو أنّني ناقشت سنة 2015م رسالة "الماستر" تحت عنوان: "تضييق دائرة الطلاق بين الشريعة والقانون"، بحثت فيه وقوع الطلاق من عدمه شرعا وقانونا مع محاولة تضييق دائرته، وكان البحث مقتصرا على أحكام الفقه والقانون دون نظر في اختلاف الجنسية أو الدين، فكان من المنطق البحث في نفس الموضوع في الدكتوراه وإدراج تأثير هذين العنصرين، خاصة أن مواضع الطلاق شيّقة لا تكاد تسكن أمواجها لما لها من علاقة بحياة الناس الأسرية والأفراد البينية وتماسك الأسر وتوّحد المجتمعات.

الإشكالية

من المعلوم أن أحكام الطلاق الشرعية والقانونية غاية في التعقيد؛ نظرا لصعوبة ضبط مصلحة تقليل الضرر على الزوجين المطلقين وأولادهما، لهذا كان ولا يزال الخلاف الشرعي والقانوني محتدما بين الباحثين فيها، فكان من البديهي طرح التساؤل عن مدى تأثير اختلاف دين الزوجين أو جنسيتهما على الانفصال الطارئ بينهما؟ ويتفرّع عن طرح هذا الإشكال جملة من الأسئلة التي حاولنا الإجابة عليها أهمّها: ما هو تأثير اختلاف دين الزوجين على الفرقة بينهما؟ وهل تملك الزوجة الكتابية الغير مسلمة نفس حقوق المسلمة عند الطلاق أم أنّ اختلاف دينها سبب لهضم حقوقها؟ وهل اختلاف القانون الواجب التحكيم بسبب اختلاف الجنسية مؤثر على القواعد المحكمة في مجال الطلاق؟ وهل يمكن أن يؤدي تعارض الأحكام القضائية في مسائل الطلاق إلى وقوع صدام بين القوانين أو مصالح الدول؟ وما هي الحلول التي أخذت بها دول العصر لمعالجة مشاكل وآثار الطلاق المختلط القانوني؟

وما هي آثار الطلاق المختلط دينيا وجنسيةً على حضانة الأطفال ونفقة الطلاق وعدة المطلقة؟ وهل يكون اختلاف الدين الطارئ بأن يقوم أحد الزوجين بتغيير دينه سواء بالدخول في الإسلام أو الخروج منه سببا موجبا للفرقة؟ وهل يمكن المقارنة العلمية بين آخر ما ابتكرته عقول البشر في مجال القانون الدولي الخاص، وبين ما خطته أنامل علماء الإسلام بالنظر إلى علاقة المواطن الغير مسلم بدولة الإسلام؟ وهل نستطيع إيجاد مضامين فرع القانون الدولي الخاص في الفقه الشرعي؟ وهل يمكن القول أن فقهاءنا كانوا سبّاقين إلى إيجاد حلول منطقية لأحكام الأسرة إذا تعارض فيها دين الزوجين أو مكان إقامتهما؟ وهل عرف المسلمون نظرية الجنسية التي أصبحت اليوم أساس الارتباط القانوني بين الفرد ودولته؟ وهل يمكن القول بأن ما تزخر به مكتبتنا الإسلامية - من حيث الكم الهائل من الآراء الفقهية - قادر على وضع حلول عملية ومنطقية لما تعانيه النظم السياسية العصرية من مشاكل في تقنين المجال الشخصي؟ حاولنا الإجابة عن الإشكال المطروح وما تفرع عنه اعتمادا على ما جاء في تراثنا وما استقر عليه العمل في فروع الدولي الخاص والمدني والشخصي، ويبدو أنّ الإجابات لن تحيد عما يلي:

الفرضيات والأهداف

نهدف إلى إبراز مرونة الشريعة ومسايرتها للتطورات الهائلة التي طرأت على العلوم الإنسانية عامة والقانونية خاصة؛ لأنّ ثمة من يقول بوجوب ترك الكم الهائل من الفقه الشرعي، ومحاولة الالتفاف على العلوم القانونية المعاصرة الخالية من كل توجّه أو توجيه ديني، تلك الدعوة التي يُحاول التمسك بها من حُرم العناية بأحكام الشرع؛ فافتقد تذوق حلاوتها ومشاهدة مرونتها وقابليتها للتطبيق في أحلك الظروف، خاصة أنّ الحلول الشرعية المستوحاة من الكتاب والسنة إذا أُخذت من أصولهاح قد تكون سببا قويا لجلب أكبر المصالح للفرد المسلم وجماعة المسلمين ودفع الضرر عنهم، من خلال التمسّك بشريعة الله التي جاءت بالخير كلّه، خاصة أنّه ليس بين المصالح العقلية المعتبرة التي اتفق عليها العقلاء وبين أحكام الشريعة أيّ تناقض، وإنما يكون التعارض في أذهان الناس وسُقم فهومهم إذا تمسكوا بالتقليد والتعصب دون مراعاة مقاصد الشرع السامية، التي تتشوّف إلى حفظ حقوق الناس ودينهم وعقولهم وأنفسهم وأعراضهم وأموالهم، علما أنّ مواضع الطلاق والزواج داخلة في أبواب المعاملات المعقولة المعنى المفهومة الفحوى المبنية على مراعاة الصالح العام والخاص، لهذا يُفترض ألا تخرج النتائج المتوصل إليها في مجملها عن الطريق القويم المبني على قوله **"وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى"** (الأنعام 152)، وقوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى"** (المائدة 8)، وقوله **"وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ"** (النساء 58)، فقد أمرت الأولى بالعدل في القول والثانية به في كل حال ولو مع البغض وأنه أقرب للتقوى، والثالثة بالعدل في كلّ حكم سواء كان قضاء أو فتوى وبيّنت أنه نعم الأمر، ولا شك أن النتائج سوف توافق هذا الأصل

من كمال العدل مع القريب والبعيد والإنصاف في كل حال، مع مراعاة مصالح الناس ودفع الضرر عنهم وفق قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وذلك بأن يُوفى كلّ شخص حقّه بلا ضيم أو ضرر.

المنهجية

اعتمدت على مناهج مثل المنهج **التحليلي** و**المقارن** و**الاستقرائي**، من خلال تحليل النصوص الشرعية والقانونية في مسألة انحلال الزواج المختلط، ثمّ دراسة اجتهادات القضاء الصادرة عن محاكم التمييز (النقض/العليا) في دول الإسلام وغيرها، ثمّ المقارنة بين أحكام الشرع وقواعد القانون الوضعي في دول الإسلام المعاصرة وباقي الدول خاصة الأوروبية، كما قارنت بين اجتهادات فقهاء الشرع الأوائل والمتأخرين وبين اجتهادات القضاة في المحاكم الدنيا والعليا، مستعينا بالمنهج الاستقرائي من حيث بناء الكليات على الجزئيات عن طريق النظر في جزئيات الآراء واستنتاج كليات المذاهب، وقمت بجمع المعلومات من المصادر مستعينا بالمنهجين **الوصفي** و**التحليلي**؛ بتحليل الآراء الفقهية والقانونية والترجيح بينها، وخصصت فصلا للمنهج **التاريخي** بالرجوع إلى تطور القضاء والاجتهاد والطلاق عبر العصور، كما ذكرت تطور النظريات المتعلقة بالموضوع كنظرية التنازع؛ بغية توضيحها وإبراز مراحل تكوّنها ومفهومها عبر مختلف الحقب، واعتمدت كذلك على المنهج **الجدلي** بعرض الأدلة ومناقشتها وترجيح أقواها بما ظهر لي.

حدود الدراسة وطريقتي في العمل

التزمت بالرسم الخارجي للموضوع مقتصرا على البحث في أحكام الطلاق عامة، ثم أثر دخول العنصر الأجنبيّ واختلاف الدين عليها مستعينا بآراء فقهاء الشريعة والقانون، بعد توضيح مفاهيم المصطلحات المستعملة وتطورها التاريخي لإبراز حقيقتها، ثم أصول وأحكام الاجتهاد القضائي الذي يكمن دوره في شرح نصوص الشرع بالنسبة للمجتهد الشرعي، ونصوص القانون بالنسبة للمجتهد القضائي، والتزمتُ بذكر ما اتصل بالموضوع من نصوص الوحي وآراء علماء الشرع حول قضايا الطلاق المختلط، معتمدا على قواعد قوانين الأسرة والمدني للجزائر ودول عربية مع المقارنة بما يناسبها من القوانين الأوروبية خاصة الفرنسية بسبب الارتباط التاريخي، لأنّ القانون المدني الفرنسي هو عمدة القوانين المدنية في كثير من الدول العربية.

كما بدأت بتعريف أهم المصطلحات المتداولة في الأطروحة المتعلقة بالزواج والطلاق، معرجا على مفهوم الأحوال الشخصية ودار الإسلام والحرب والعهد والأقليات؛ لارتباطها بمسائل مثل تطبيق قانون الذميين داخل دولة الإسلام التي هي أساس نظرية التنازع، ثم الجنسية التي تعني ارتباط الفرد بدولته برابطة قانونية، وذكرت موجزا عن فرع القانون الدولي الخاص لكونه أساس الجانب القانوني في الأطروحة، وأشرت إلى جواز اقتباس المصطلحات القانونية بسبب الخلاف

المشهور حول ذلك، فقد اشتهر النكير على استعمال مصطلح المشرع خشية اللبس على التشريع الاسلامي.

ثمّ بحثت التطور التاريخي للقضاء والقانون والطلاق عبر التاريخ، فتبيّن لي أنّ الاهتمام بالقضاء والطلاق لم يكن وليد العصر الحديث بل هو أمر موغل في التاريخ، وخصصت فصلا لأصول الاجتهاد ومناهجه لدى أهل الشرع والقانون لأنه محلّ نظر الباحث، ولأنّه الثمرة البارزة للنص الشرعي والقاعدة القانونية، ولكون الموضوع هو الطلاق المختلط الديني وبالجنسية فقد خصصت فصلا لأثر اختلاف الدين وآخر للجنسية على الطلاق، ممهدا لهما بفصل ذكرت فيه أهم الآليات المستعملة في القانون الدولي الخاص مع إبراز النظرة الشرعية، تلك النظرة التي يغفل عنها كثير من الباحثين في المجال القانوني، فكانت هذه الفصول الثلاثة المكونة للباب الأول هي لبّ الأطروحة، ولأن الموضوع مخصص كذلك لآثار الطلاق المختلط وضعت فصلا للحضانة ونفقة الطلاق والعدة إذا دخل عليها عنصر اختلاف الدين والجنسية، وبدا لي أنّها الأجدر بتخصيص فصل لها.

الالتزام المنهجي

عزوت الآيات إلى مكانها من المصحف الشريف، واجتهدت في تخريج الأحاديث تخريجا علميا يليق بها، فما كان في الصحيحين اكتفيت بذكر بابه ورقمه وصفحته من الطبعة بسبب تلقي الأمة لما جاء فيهما بالقبول، وما كان في غيرهما عزوته إلى مكانه فإن خرّجه أهل السنن الأربعة والإمام أحمد اكتفيت بهم لشهرتهم، ثم بحثت عن درجته في الصحة عند الأقدمين وإلا رجعت إلى مصنفات الشيخين شعيب الأرنؤوط والألباني بسبب اهتمامهما بالتخريج في العصر الحديث، معتمدا على تخريج أحاديث المسند للأرنؤوط وإرواء الغليل وسلسلتي الأحاديث الصحيحة والضعيفة للألباني، وإن كان الحديث في غير السنن الأربعة والمسند ذكرت من خرجه من أئمة التصنيف في الحديث، وربّما أكتفي بذكر صحته تبعا لمحقق الكتاب إذا كان من الآثار، وقد رجعت إلى مصادر كل مذهب فقهيّ لنقل أقوال أئمته، فإذا كانت فيه أقوال راجحة ومرجوحة ذكرت ذلك أحيانا وأنقل الراجح فيما ظهر لي، علما أنّ معرفة الراجح داخل المذهب أمر عسير يحتاج إلى تبحرّ ومعرفة بأهل التحقيق والترجيح فيه، وربّما ذكرت غير المذاهب الأربعة كالمذهب الزيدي والشيعي والإباضي حسب ما وقع بين يدي من المصنفات، ولم أُكثر منها لأن المذاهب الأربعة تكفي وتشفي.

أكثر الكتب القانونية المهتمة بفرع القانون الدولي الخاص تعيد نفس الطرح، لهذا لخصت ما أدركته منها بألفاظي مع ربط المعنى بما اطلعت عليه في محلّه، وكان تركيزي على القوانين العربية والمقارنة بينها فتبيّن لي في هذا المقام تطور المشرع المغاربي (الجزائر، المغرب، تونس) اجتهادا وخروجها عن المألوف والموروث، مقارنة بالقوانين المشرقية التي يغلب عليها التمسك بالمذهب الرسمي، وحسب ما اطلعت عليه فإنّ المشرع التونسي خرج في مواضع من مجلته للأسرة عن القواطع

وليس المذهب فقط، أما الجزائري فكان الغالب عليه التلفيق والأخذ من كل مذهب دون توضيح لوجه الاختيار؛ خاصة أنه لا يُصدر مذكرات توضيحية كما يفعل المشارقة إلا نادرا، والمشرع المغربي مثل نظيره الجزائري في التلفيق لكن بأقلّ حدة والموريتاني أكثرهم تمسكا بالمرجعية المالكية، ويظهر على المشرع المصري تجديده ومحاولته الخروج عن المذهب الحنفي في مواضع، يُوضح ذلك في مذكراته بمنطق سليم في كثير من الأحيان، فيما بقيت قوانين المشرق ملتزمة بمذهبها اللهم إلا في مواطن يسيرة، وبما أن الموضوع هو الاجتهاد القضائي أدرجت الكثير من الاجتهادات القضائية العربية والجزائرية، ويبدو أنّ تعليل قضاة المحاكم العليا بالجزائر لقراراتهم لا يعدو كونه نقلا مبسطا لكلام بعض الفقهاء، ولا يرقى لأن يُطلق عليه مسمى الاجتهاد إلا تجوّزا، بخلاف الاجتهاد المصري الذي يكاد يقنع في تسبيبه وتأسيسه وتعليلاته، وقارنت بين الاجتهاد العربي والأوروبي فتبيّن لي أن فقه أوروبا يرتكز في تطبيقاته على تقاليد وأسس أمته، لا أدل عليه من اختراع نظرية الدفع بالنظام العام، ويغلب على الفقه العربي تقليد الأوروبي دون مخالفة، ربما كان ذلك بسبب قاعدة ولع المغلوب بتقليد غالبه التي ذكرها ابن خلدون، وقد منحتُ لاجتهاد فرنسا حصة الأسد بحكم ريادته في أوروبا واعتماد المشرع العربي عليه وأثره على منظومة القانون الجزائرية.

مصادر البحث (شرعية وقانونية)

الشرعية أساسها كتب التفسير وشروح الكتب الستة مع متونها، ومسند الإمام أحمد الذين يكاد يكون أكبر مرجع للحديث في تاريخ الإسلام، حيث استفدت من الطبعة التي حقّقها الشيخ شعيب الأرنؤوط بسبب تعليقاته صحة وضعفا، فقد حاولت الاحتجاج بما صحّ من الآثار طارحا الضعيف، لأنّ المعروف عن الفقهاء قلة اهتمامهم بدرجة الحديث الأمر الذي يؤثّر سلبا على أحكامهم الفقهية وآرائهم العلمية، كما استفدت من مصنفات الشيخ الألباني الذي أفاد وسهّل على طلاب العلم مثلي الرجوع إلى الأمهات، ولست أزعم أن أحكامه في صنعة الحديث لا تُناقش فقد كان مجتهدا نرجو له أحسن الجزاء على صوابه وخطئه، وفي الجانب الفقهي ألزمت نفسي بالرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية للمذاهب الأربعة، حيث حرصت على عدم نقل آراء الفقهاء إلا من مصادر المذهب وأتباعه لأنهم الأعرف بمذهبهم، أما غيرهم فينقلون أقوالا قد لا تصح فهذا ابن قدامة مثلا وهو حنبلي المذهب ينقل عن أبي حنيفة عدم رؤيته العدة للمطلقة الكتابية زوجة المسلم في كتابه المغني، فلما عُدت إلى مصنفات الحنفية وجدتها مجمعة على أنه يقول بها قولا واحدا، كما عدتُ إلى كتب المعاصرين من أهل الشرع الذّين ناقشوا مسائل مستجدة ونوازل محدثة لم يذكرها السلف والخلف إلا سطحيا، في بعضها اجتهاد قويم ونظر متين يحتاج إلى كل تشجيع وإثراء بغض النظر عن الإصابة، حيث استفدت من أساتذة باحثين في تخصص الشريعة والقانون أمثال السنهوري وأبي زهرة وزيدان وبدران والزلمي والسرطاوي، إذ يعتبر هؤلاء بلا منازع أهم مؤسسي التخصص الذّي يحاول جعل

الشريعة مرجعا وحيدا للقوانين، ولكون الفقه الشرعي لا يستغني عن أصوله عدتُ إلى مصنفات أصول الفقه القديمة والحديثة، أما في القانون الوضعي فرجعت إلى الكتب التي أصّلت لفرع الدولي الخاص وما أكثرها، وقد بدأ في الاستقرار حديثا وتزداد الحاجة إليه يوما بعد يوم، غير أنّ هذه المراجع على كثرتها اتسمت بصفتين: تكرار نفس الكلام والجزئيات لحدّ الملل، وهذا حال كل فنّ جديد يحتاج إلى وقت لينضج ويستقرّ، والثانية إهمال الجانب الشرعي رغم أنّ بعض أصحابها من المسلمين، مردّه ربّما ضعف التكوين الشرعي لأصحابها، أو لأنّها موجهة للمتخصصين من أهل القانون، وأكثرها فائدة تلك التي صنّفها جزائريون أمثال زروتي وأعراب بلقاسم لأنّهم شرحوا مواد الدولي الخاص في المدني الجزائري (9-24) مع المقارنة بقانون الأسرة، وأخيرا راجعت كتب المدخل إلى القانون وتاريخه لأنّي خصصت فصلا للتطور التاريخي وتصحيح المفاهيم.

الصعوبات

كما هو حال كلّ بحث أكاديميّ واجهتني صعوبات عدة أُلخصها في نقاط:

* تشتت مسائل الطلاق العادي والمختلط في أمهات مصادر الفقه الشرعي لدى العلماء من مدارس المذاهب الأربعة الأمر الذّي صعّب علي الرجوع إليها؛ خاصة أنّي التزمت النقل عن مصادر كلّ مذهب دون نقول غيرهم من باب الأمانة العلمية ودقة النقل.

* التخصص الأصلي الذي تدربت عليه في مساري التعليمي هو الفقه وأصوله، ولم ألج ميدان القانون في الأحوال الشخصية إلا في مرحلة "الماستر"؛ ما جعل الإلمام بقواعد القانون في فروع المدني والأحوال والدولي الخاص ليس سهلا.

* قلة المصادر المعاصرة التي تُعنى بنظرة الشرع لمواضع القانون الدولي الخاص، فأكثر الذين اطلعت على مصنفاتهم يذكرون ما توصّل إليه أهل القانون دون تطرق للجانب الشرعيّ؛ سواء لعدم التخصص أو عدم اليسر، أو لأنّ المقارنة لا تزال في أطوارها الأولى، وبعض ما توصلت إليه لم أجده عند أحد فيما أعلم رغم أنّني لست من أهل الاجتهاد لا في القانون ولا الشرع، إلا أن واجب البحث ألزم عليّ إبداء رأيي فتحا للنقاش وتحقيقا للمسائل المذكورة وإثراءً للموضوع، ولعله يأتي من يجدها فينتقدها بالتصويب أو التخطئة وهو المقصود، وقديما قيل: "كم ترك السابق للاحق؟!".

* التزمت بتصحيح الأحاديث ونقل آراء أصحاب المذاهب من مظانّها حيث أخذ مني ذلك وقتا طويلا، خاصة مع قلة الوقت الممنوح للبحث الذي شارف على خمس سنوات، وهو لا يكفي للتطرق بدقة لمواضع مشتتة ودقيقة.

الدراسات السابقة

موضوعنا هو الطلاق المختلط بمعنى اختلاف الزوجين في الدين أو الجنسية أثناء الفراق، وقد اطلعت على بحوث جامعية تطرقت لأحد الجانبين دون الآخر:

* **اختلاف الجنسية**: مسعودي يوسف تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق دكتوراه جامعة تلمسان 2012م - شبورو نورية الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين دكتوراه جامعة تلمسان 2017م - رزيقة قريشي أثر الزواج المختلط على الجنسية ماجستير جامعة بومرداس سنة 2010م - رحاوي أمينة الزواج المختلط في الدولي الخاص ماجستير جامعة تلمسان 2011م - دربة أمين قواعد التنازع للزواج وانحلاله ماجستير جامعة تلمسان 2008م - خالد بوعروس الزواج المختلط الدراسات المعمقة جامعة طنجة المغرب 2007م - جندولي فاطمة الزهراء انحلال الرابطة الزوجية في الدولي الخاص ماجستير جامعة تلمسان 2011م - بشرى زلاسي الزواج المختلط تنازع القوانين ماجستير جامعة بن عكنون الجزائر 2011م –

* **الاختلاط الديني**: - ماجد توفيق حمادة سمور التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام ماجستير الجامعة الإسلامية غزة 2010م - أميرة مازن عبد الله أبو رعد أثر اختلاف الدين في الزواج ماجستير النجاح نابلس فلسطين 2007م - ميرة وليد أثر اختلاف الدين على الأحوال ماجستير جامعة باتنة 2005م

* **الجمع بينهما**: محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه دكتوراه جامعة باتنة 2009م – الطيب زروتي أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية عدد 4 سنة 1993م.

الخطة...

المقدمة

الباب التمهيدي: بثلاثة فصول

الفصل الأول: تحديد المفاهيم وضبط التصورات

الفصل الثاني: التطور التاريخي للتشريع والقضاء والطلاق

الفصل الثالث: أحاكم ومبادئ ومناهج الاجتهاد القضائي

الباب الأول: انحلال الزواج المختلط وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول: أسس انحلال الزواج المختلط

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على انحلال الزواج

الفصل الثالث: أثر اختلاف الجنسية على انحلال الزواج

الباب الثاني: آثار انحلال الزواج المختلط وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول: الحضانة في انحلال الزواج المختلط

الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق المختلط

الفصل الثالث: العدة في انحلال الزواج المختلط

الخاتمة

الفهارس

الملخص

الباب التمهيدي

مدخل

ننظر في مفاهيم مستعملة ومعاني ألفاظ مُدرجة، وفي الباب ثلاثة فصول: الأول لضبط التصورات والمفاهيم، والثاني للتطوّر التاريخي للقضاء والاجتهاد والتشريع، والثالث لأحكام ومبادئ ومناهج الاجتهاد، والإطناب فيه مقصود؛ فقد كان لزاما تعريف عقد الذمة والأمان وما ينبني عليهما من أحكام الديار الإسلامية المرتبطة بنظرية الجنسية، وتعريف الزواج المختلط وانحلاله؛ لأنه أهم مسائل القانون الدولي الخاص، وترتبط نظرية تنازع القوانين بالمساواة وحرية الاعتقاد، كما تطرقت لتطور الاجتهاد والقضاء والطلاق تاريخيا حتى تنجلي معانيها، وأطنبت في ذكر أصول الاجتهاد القضائي لأنه عمدة البحث، وقد كنتُ بين خيارين: التفصيل والوقوع في بعض الإطناب، أو ترك ذلك للهوامش واختلاط المفاهيم فآثرتُ الأول، وهذه فصول الباب:

الفصل الأول: تحديد المفاهيم وضبط التصورات

الفصل الثاني: التطور التاريخي للتشريع والقضاء والطلاق

الفصل الثالث: أحكام ومبادئ ومناهج الاجتهاد القضائي الشرعي والقانوني

الفصل الأول:تحديد المفاهيم وضبط التصورات

توطئة نبدأ بتعريف المصطلحات والمفاهيم المعتمدة[1] بطريق التحديد المنطقيّ[2] أو السبر والتقسيم أو بضبط التصوّر بناء على قاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، لأنّ التصوّر يكون بمعرفة ماهية الشيء وأركانه، تأسيا بالجرجاني في التعريفات،[3] والتهانوي في كشاف الفنون، وابن عرفة في الحدود، وهذه مباحث الفصل:

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: تعريف مصطلحات من باب الطلاق

المبحث الثالث: الأحوال الشخصية

---

[1] قال الزلمي: "لا يكتمل التعريف إلا بعشرة شروط: أن يكون المعرَف والمعرِف متحدين بالذات متغايرين بالاعتبار، والتعريف أوضح من المعرّف وجامعا شاملا مانعا من دخول الأغيار، أو من قبيل تعريف الأثر بمؤثره أو تعريف الشيء بحكمه، ويكون المعرِف لفظة مفردة وتُستبعد الألفاظ الغريبة والمشتركة، ويعرّفُ الشيءُ بذاتياته الجنس والفصل ثم بخواصه إن لم يجد ويُقدّم الجنس على الفصل، الزلمي إيضاح الفوائد في شرح القواعد طبعة إحسان ط 1، 2014م ص. 288.

[2] الحدُّ في اللغة المنع لذا سُميّ البواب حدادًا لمنعه الدخول، والحدود الشرعية تمنع العودة إلى المعصية، وسُميّ التعريف حدًّا لمنعه غير أفراد المعرّف من الدخول ومنع أفراده من الخروج، وهو في الاصطلاح: "الوصف المحيط بمعنى الموصوف المميّز له عن غيره" يُنظر: ابن قدامة روضة الناظر وجنة المناظر طبعة الريان ط 2، 2002م ج. 1 ص. 59

[3] قال الجرجاني في التعريفات الكتب العلمية بيروت ط 1، 1983م ص. 59: "التصوّر حصول صورة الشيء في العقل، وهو إدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات"، وابن قدامة روضة الناظر 58/1

المبحث الرابع: الزواج المختلط وانحلاله
المبحث الخامس: اختلاف الدين وحرية الاعتقاد والمساواة
المبحث السادس: دار الإسلام والحرب والعهد والذمة والأقليات
المبحث السابع: فرع القانون الدولي الخاص
المبحث الثامن: مشروعية اقتباس المصطلحات

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي Jurisprudence

تمهيد

لا ينتظم حال المجتمع إلا بسلطة قائمة وقانون واضح مُنظِّم وشعب مستعد للالتزام، فالحاجة ماسةٌ لوجود تنظيم بسبب فطرة البشر على العيش جماعة، ويندُر فيهم الاعتزال لقوله **"وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا"، (الحجرات 13)** فمن المهمّ وجود نظام قانوني يرتضيه الكلّ تقوم بتشريعه هيئة مرضية، قد يكون رئيس القبيلة أو الدولة أو أهل الحل والبرلمان، والقانون يحتاج بدوره إلى إدارة ترعاه، وقضاء يُطبقه مبنيّ على الاجتهاد في فهم النص وتطبيقه على مظانه، يُعرَف بتحقيق المناط أو الجانب العملي للقانون، الذّي قد يكون أوامر في كتاب مُنزّل أو نص نبويّ أو من وضع البشر، وعليه يكون فهم القاضي للقانون وتنزيله على الواقع هو ما يُطلق عليه "الاجتهاد القضائي"، وهو لفظ مركب من لفظتي: "الاجتهاد" و"القضاء"، فيجب تعريف مفردات المركب للوصول إلى تعريف اللفظ المركب، وقد يُكتفى بتعريف لقبيّ، وهذه مطالب المبحث:

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد في اللغة والاصطلاح
المطلب الثاني: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح
المطلب الثالث: التعريف اللّقبي للاجتهاد القضائي

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد في اللغة والاصطلاح

الاجتهاد افتعال من الجَهْدُ بِالْفَتْح والضَمّ: الطَّاقَةُ وبذل الوُسْع كقوله **"وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ" (التوبة 79)** أي طاقتهم،[1] وتكرَّرَ إطلاق لفظ الجهد فِي الحَدِيث،[2] ويُعرّفُ في اصطلاح أهل الأصول بحسب اتجاهين: أولا بالنظر إلى فعل المجتهد فيُقال: بذل أو استفراغ الجهد، والثاني بالنظر إلى صفة المجتهد فيُقال مَلَكَة، لهذا تنوّعت العبارات في تعريفه بحدّ جامع مانع؛ حيث نظر البعض إلى بذل الجهد في استخراج الحكم من الدليل، واشترط آخرون العلم وكون الناظر متخصصا

[1] زكريا الأنصاري الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة تح مازن المبارك دار الفكر ط1، 1411 ص. 82، والجرجاني التعريفات ص. 10 ومرتضى الزبيدي تاج العروس من جواهر القاموس دار الهداية 535/7

[2] الطبراني الكبير ت السلفي مكتبة ابن تيمية ط 2، 48/4 رقم 3605 عن أبي حُبَيْش في مرور النبي بخيمة أُمِّ مَعْبَدٍ الْخُزَاعِيَّةِ قولها: "خَلَّفَهَا **الْجَهْدُ** عَنِ الْغَنَمِ" قَالَ: "هَلْ بِهَا مِنْ لَبَنٍ" قَالَتْ هِيَ **أَجْهَدُ** مِنْ ذَلِكَ"، وفي مسند أحمد ت الأرنؤوط الرسالة ط 1، 2001م رقم 8702 327/14 وسنن أبي داود ت محي الدين عبد الحميد العصرية رقم 1677 بسند صحيح، سئل أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ **"جُهْدُ الْمُقِلِّ"** وفي البخاري ت زهير الناصر دار الطوق ط 1، 1422 رقم 6347 أنه كان يَتَعَوَّذُ مِنْ **جَهْدِ الْبَلَاءِ"** أي مشقته.

مستوفيا الشروط، وقُيّد بالنظر في الدليل الظني دون القطعي الذّي لا يحتاج إلى جَهد، واستقصاء ذلك يطول لهذا نذكر كلام أصحاب المذاهب ثم المعاصرين ثم تعريفا مختارا،[1] **الحنفية**: "بَذْلُ الطَّاقَةِ مِنْ الْفَقِيهِ فِي تَحْصِيلِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ ظَنِّيٍّ"،[2] **المالكية**: "بذل الْجهد واستنفاذ الوُسع فِي طلب الصَّوَاب" أو "اسْتِفْرَاغُ الْفَقِيهِ الْوُسْعَ لِتَحْصِيلِ ظَنِّ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ"،[3] **الشافعية**: "استفراغ الوُسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي"، أو "بَذْلِ الْمُجْتَهِدِ وُسْعَهُ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ بِأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ بِحَيْثُ يُحِسُّ مِنْ نَفْسِهِ بِالْعَجْزِ عَنْ مَزِيدِ طَلَبٍ"،[4] **الحنابلة**: "استفراغ الوسع فِي طلب الظَّن بِشَيْء من الْأَحْكَام الشَّرْعِيَّة على وَجه يحس من النَّفس الْعَجز عَن الْمَزِيد عَلَيْهِ"،[5] **الظاهرية**: "استنفاد الطاقة في طلب حكم النازلة حيث يوجد"،[6] **الزيدية**: "بَذْلُ الْوُسْعِ فِي نَيْلِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَمَلِيٍّ بِطَرِيقِ الِاسْتِنْبَاطِ"،[7] وعلى نفس المنوال عرفه المعاصرون بأنّه بذل الجهد للوصول إلى الحكم الشرعي من دليل تفصيلي شرعي، أو بذل الفقيه وسعه بالنظر في الأدلة ليحصل له الظن أو القطع بأن حكم الله في المسألة كذا، وقد اقتصر بعضهم على البعد الاستنباطي، وزاد آخرون الجانب التطبيقي وهو أولى؛ لأن استخراج الحكم ليس أعظم شأنا من تنزيله، ثمّ إنّ المعنى الاصطلاحي للاجتهاد أخصّ من اللغوي؛ لأنه مخصوص باستنباط الأحكام الشرعية، واللُّغوي عام في كلّ استنباط، وقد استعمل أهل القانون نفس المصطلح، ولا يمكن اعتبار مجرّد فهم المعاني الظاهرة من النص من الاجتهاد الاصطلاحي لأنه يحصل بالتساوي مع كلّ الناس، بل هو إدراك مدلول النص وفحواه واستخراج الأحكام بعد بذل الوسع،[8] والمختار أنّه: **"بذل الوسع من فقيه لتحصيل حكم شرعي من دليل تفصيلي، وتنزيله على مسألة مرتبطة به"**.

---

[1] محمد يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات المسلمة دار الكتب المصرية ط 2، 2012م ص. 313

[2] محمد بن أمير الحاج التقرير والتحبير على تحرير الكمال دار الكتب العلمية ط 2، 1983م ج. 3 ص. 291

[3] بيان المختصر شرح ابن الحاجب ت مظهر بقا ط المدني السعودية ط 1، 1986م 286/3 وابن العربي المحصول ت اليدري دار البيارق ط 1، 1999م ص. 152 والباجي الحدود في الأصول تح محمد حسن الكتب العلمية ط 1، 2003م ص. 118

[4] الغزالي المستصفى دار الكتب ط 1، 1993م ص. 342 والشيرازي اللمع دار الكتب العلمية ط 2، 2003م ص. 129 والآمدي الإحكام تحقيق عبد الرزاق عفيفي المكتب الاسلامي بيروت ج. 4 ص. 162

[5] ابن قدامة الروضة ج. 2 ص. 333 وأحمد بن بدران المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل الرسالة ط 1، 1401 ص. 367 وابن مفلح أصول الفقه تحقيق السدحان مكتبة العبيكان ط 1، 1999م ج. 4 ص. 1469

[6] ابن حزم الإحكام في أصول الأحكام تحقيق أحمد شاكر طبعة دار الآفاق الجديدة بيروت ج. 8 ص. 133

[7] الشوكاني إرشاد الفحول تحقيق عزو عناية دار الكتاب العربي ط 1، 1999م ج. 2 ص. 205

[8] عبد الوهاب خلاف أصول الفقه دار القلم ط 8، ص.216 والشنقيطي المذكرة مكتبة العلوم ط 5، 2001م ص.369 وابن العثيمن الأصول دار ابن الجوزي ط 4، 2009م ص.85 والنملة المهذب مكتبة الرشد ط 1، 1999م 2318/5 والشنقيطي جواهر الدرر دار ابن حزم ط 1، 2005م ص. 80 وزيدان الوجيز الرسالة ط 4، 1994م ص. 401 وفيصل النجدي مقام الرشاد تح الجوراني دون طبعة ص. 21 وعمري رشيد الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية دكتوراه جامعة وهران1 سنة 2011 ص. 64 ومطروح عدلان الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال بالمحكمة العليا دكتوراه جامعة وهران 1 سنة 2015م ص. 13

المطلب الثاني: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح

يُطلق لغةً على الحكم والفصل والقطع جمعه أقضية، فالقاضي قاطع للأمور ومحكّم لها يُعرف معناه من السياق، في حديث اللّعان: "قد **قضى** الله فيك وفي امرأتك"،[1] أي حَكَمَ،[2] ومعناه مطلقا إتْمَام الشَّيْء قولا وفعلا والحكم عليه،[3] وقد تشابهت عبارة الفقهاء حول تعريفه، وإنْ اختلفت في جزئيات بسبب اختلافهم في حقيقته: هل هو صفة حكمية تُلازم موصوفها وتوجبُ نفوذ حكمه، أم فعل يقوم به القاضي؟ وهل القضاء مخصوصٌ بالمنازعات أم يشمل غيرها؟ وهل يشمل التحكيم في جزاء الصيد والشقاق بين الزوجين أم لا؟ وهل يشبه الفتيا من وجوه أم لا؟[4] وهو عند **الحنفية:** "قولٌ ملزمٌ يصدر عن ولاية عامة" أو "الفصلُ بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"،[5] **المالكية:** "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" أو "صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تُوجِبُ لِمَوْصُوفِهَا نُفُوذَ حُكْمِهِ الشَّرْعِيِّ وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ أَوْ تَجْرِيحٍ لَا فِي عُمُومِ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ" أو "الدُّخُولُ بَيْنَ الْخَالِقِ وَالْخَلْقِ لِيُؤَدِّيَ فِيهِمْ أَوَامِرَهُ وَأَحْكَامَهُ بِوَاسِطَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ"،[6] **الشافعية:** "الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله" أو "إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه"،[7] **الحنابلة:** "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات" أو "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات"،[8] **الشيعة:** "ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الإمام"؛ وقد قسّمه الشيعة إلى قضاء منصوب في زمن النبيّ والإمام أثناء الحضور وقضاء التحكيم، ومأذون بإذن عام زمن الغيبة صيانة عن الرجوع إلى قضاء الجور أي أهل السنة،[9] وهذا التقسيم - كباقي أحكامهم الباطلة - مبنيٌّ على الاعتقاد بالأئمة والمهدي المغيّب في (سامراء) بالعراق، العائد في آخر الزمان حسب زعمهم، أما الناظر في أقوال الفقهاء فيجدها تشترك في اللب، حين تذكر أنه إخبارٌ عن الله تعالى

---

[1] رواه البخاري باب التلاعن في المسجد برقم 5309

[2] الوقوع **"قُضِيَ الأَمْرُ"** (يوسف 41) والإتمام **"فَلَمَّا قَضَى مُوسَى"** (القصص 29) والوصية **"إِذْ قَضَيْنَا إِلَى مُوسَى"** (القصص 44) والطلب باللزوم **"وَقَضَى رَبّكَ"** (الإسراء 23) والخلق **"فَقَضَاهُنّ"** (فصلت 12) والأداء **"فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ"** (البقرة 200) والحكم **"فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ"** (طه 72)، وفي السنة الأداء **"تقاضى** ابن أبي حدرد" البخاري رقم 457 والصنع **"فاقضي** ما يقضي الحاج" البخاري رقم 294 والموت "أقد **قضى؟"** مسلم رقم 924 والقدر "ثم **قضي** بينهما" البخاري رقم 5165 والإتمام "أراد أن **يقضي** خلقه" البخاري رقم 318 وقضاء الدين "أكنت **قاضيته"** البخاري رقم 7315

[3] الحموي المصباح المنير المكتبة العلمية 507/2 وابن فارس معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام هارون دار الفكر 1979م 99/5 والكفوي الكليات تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ط الرسالة ص. 705

[4] عبد الرحمن ابراهيم الحميضي القضاء ونظامه في الكتاب والسنة جامعة أم القرى ط 1، 1989م ص. 33

[5] البلخي الفتاوي الهندية دار الفكر ط 2، 307/3 وحاشية ابن عابدين دار الفكر ط 2، 1992 352/5

[6] الصاوي بلغة السالك (حاشية الصاوي) دار المعارف 186/4 وابن فرحون تبصرة الحكام الكليات الأزهرية ط 1، 1986م 11/1 والرصاع شرح حدود ابن عرفة المكتبة العلمية ط 1، 1350هـ ص. 433

[7] الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية ط 1، 1994م ج. 6 ص. 257

[8] البهوتي كشاف القناع دار الكتب العلمية 285/6 والبهوتي الروض المربع ت عبد القدوس الرسالة ص. 704

[9] جعفر السبحاني نظام القضاء والشهادة طبعة مؤسسة الإمام الصادق قم إيران ط 1، 1374 ه ص. 12

ونبيه، وأنّ حكمه مستمد من الوحي الإلهي وملزم للأطراف المتخاصمة، ويجب أن تكون هناك منازعة أو مخالفة للقانون العام، وقد انتُقدت هذه القيود بسبب حصرها إياه في فصل الخصومات، وهو أعمّ تدخل فيه قضايا ليست فيها خصومة كالحجر على المفلس، والوصاية على السفيه، وانتُقد القول بأنّ حكم القاضي هو حكم الله؛ لأنّه لا يعدو كونه اجتهادَ بشر لحديث: "إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوٍ مِمَّا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"،[1] ولحديث: "إِذَا حَاصَرْتَ أَهْلَ حِصْنٍ فَأَرَادُوكَ أَنْ تُنْزِلَهُمْ عَلَى حُكْمِ اللهِ فَلَا تُنْزِلْهُمْ عَلَى حُكْمِهِ وَأَنْزِلْهُمْ عَلَى حُكْمِكَ فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَتُصِيبُ حُكْمَ اللهِ أَمْ لَا"،[2] ولحديث: "لَقَدْ حَكَمَ الْيَوْمَ فِيهِمْ بِحُكْمِ اللَّهِ الَّذِي حَكَمَ بِهِ مِنْ فَوْقِ السَّمَاوَاتِ"،[3] يقصد سعد بن معاذ في غزوة بني قريظة، ولحديث: "إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ"،[4] وكلها تدل أنّ حكم الحاكم ليس حكم الله دائما.[5]

وقد استفاد المعاصرون من هذه الانتقادات فربّما وجدنا تعريفا معاصرا أكثر دقة وشمولية مما سبق، فقيل: "أنّه الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة"،[6] فخرج بقوله بالقانون الإسلامي من الانتقاد أنه حكم الله، وقيل: "سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية"،[7] وقيل غير ذلك،[8] وهناك تعريف لابن خلدون أراه جيدا: "منصب الفصل بين النّاس في الخصومات حسما للتّداعي وقطعا للتّنازع؛ إلّا أنّه بالأحكام الشّرعيّة المتلقّاة من الكتاب والسّنّة"،[9] وهو تعريف دقيق جمع فيه بين الشكلي والموضوعي والمصادر والأركان الأربعة: الخصومة والإلزام بالحكم والسلطة العامة والمصدر أي الكتاب والسنة، كما اجتهد فقهاء القانون في تعريف القضاء إلا أنّ نظرتهم إليه ليست كنظرة أهل الشرع؛ بسبب اختلاف المرجعية والتكوين، فقيل: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا مختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات والإجراءات، سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه"، أو "مجموعة القواعد القانونية التي تُنظم القضاء وتبين وظيفته

---

[1] رواه مسلم باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة برقم 1713

[2] رواه مسلم باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث برقم 1731

[3] رواه الحاكم في المستدرك تح عبد القادر عطا الكتب العلمية ط1، 1990م رقم 2570 صححه ووافقه الذهبي

[4] رواه البخاري باب أجر الحاكم برقم 7352 ومسلم باب بيان أجر الحاكم برقم 1716 عن عمرو بن العاص

[5] الحميضي القضاء ص. 34 وحمدان آل شراب اجتهاد القاضي ماجستير جامعة اسلامية غزة 2005 ص.6

[6] عبد الكريم زيدان نظام القضاء في الشريعة الإسلامية طبعة الرسالة 1989م ص. 13

[7] محمد الزحيلي تاريخ القضاء في الإسلام دار الفكر ط 1، 1995م ص. 13

[8] عرفته مجلة الأحكام العدلية تحقيق نجيب هواويني كراتشي في المادة 1784 "بالحكم والحاكمية"، عباس قاسم الداقوقي الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته المركز القومي للاصدارات القانونية القاهرة ط 1، 2015 م ص. 41 وعرفه الصنعاني في سبل السلام ط دار الحديث 565/2: "بإلزام ذي الولاية بعد الترافع"، وقال الحميضي في القضاء ص. 38: "النظر في القضايا وإثباتها أو نفيها لإظهار أحكامها على مقتضياتها"، وقيل: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات على وجه مخصوص"، حافظ أنور ولاية المرأة في الفقه دار بلنسية الرياض ط 1، 1420 ص. 6 وشلبي التشريع والقضاء طبعة النهضة ط 4، 1989م ص. 257

[9] عبد الرحمن بن خلدون تاريخ ابن خلدون تحقيق خليل شحاتة دار الفكر ط 2، 1988م ج. 1 ص. 275

ووسيلة أدائه لهذه الوظيفة"، أو "مجموعة القواعد التي تُبيّنُ التنظيم القضائي في الدولة وتحدد اختصاص المحاكم والتي تنظم الإجراءات والمواعيد الواجبة الاتباع والمحاكمة والفصل في الخصومات وتنفيذ الأحكام"،[1] يظهر فيها الاهتمام بالإجراءات والتخصص والشكل، فيما يهتمُّ أهل الشرع بصلب الدعوى واستمداد الحكم، فقد يُقضي في المسجد أو الشارع؛ المهم العدل وإحقاق الحقّ ورفع الظلم، عَنْ مَعْمَرٍ قَالَ: "أَخْبَرَنِي الْحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ أَنَّهُ رَأَى شُرَيْحًا يَقْضِي فِي الْمَسْجِدِ وَرَأَيْتُ أَنَا ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَقْضِي فِيه"،[2] ويتميّز القضاء العصري بالدّقة وضبط الأحكام بنصوص دقيقة مختصرة ما يُضيّق دائرة الخطأ والجور، وقصدُ أهل الشرع العدل ورفع الخصومة واستنباط الحكم، وهمّ أهل القانون الإجراء وعدم الخروج من القواعد والمستقر عليه، والسبب هو رجوع القاضي الشرعي إلى الكتاب والسنة وكلام العلماء، وعودة القانوني إلى القواعد والإجراءات، وبعد اختيار تعريف للاجتهاد والقضاء يكون المختار: **"الاجتهاد القضائي هو بذل وسع من نصبته الدولة للفصل بين الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع، بأحكام مستقاة من الكتاب والسنة، والحكم بها على النزاع المعروض عليه"**.

المطلب الثالث: التعريف اللّقبي الجامع للاجتهاد القضائي

* **التعريف اللقبي شرعا:** استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام وتنزيلها على الواقع، تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق، أو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في دلالتها أو ثبوتها، وبذل الوسع للوصول إلى حكم في واقعة.[3]

* **التعريف اللقبي قانونا:** بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، والرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية ويقضي به، أو مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة ما، والمسلك الذي يتبعه القضاة في إصدار أحكامهم سواء منها ما يتعلق بتطبيق نصوص القانون أو باستنباط الحكم الواجب التطبيق عند عدم النص، وهو المقصود عند الاطلاق.[4]

ويجب التنبيه إلى أنّ أهل القانون يُطلقون الاجتهاد القضائي على عدة مفاهيم: منها اجتهاد القاضي في مسألة معينة بإعمال النص القانوني على محل النزاع، أما تطبيقه لنص واضح فيقال له حُكم أو قضاء، لأنّ الاجتهاد عبارة عن فك الغموض أو القضاء بالفحوى أو الرجوع إلى مصادر الاحتياط، ومنها استقرار المحاكم على حُكم

---

[1] "الحكم بالعدل بين المتنازعين أو الخصوم طبقا للقانون"، و"السلطة القضائية هي المخولة بتطبيق القوانين على ما شرعت له من قضايا وخصومات والعمل على تنفيذ ذلك": طراد الشريف استقلالية القضاء ماجستير جامعة نايف ص. 45 وبن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي دكتوراه جامعة باتنة 2009م ص. 206 والداقوقي الاجتهاد ص. 41

[2] عَبْدُ الرَّزَّاقِ في مصنفه تح الأعظمي المكتب الإسلامي ط 2، 1403 باب القضاء في المسجد رقم 1731

[3] مطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 15 ومحفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي ص. 79

[4] محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 231 ومحاضرات الاجتهاد القضائي د. حبار أمال كلية العلوم الاسلامية وهران مقياس الاجتهاد القضائي تخصص الأحوال الشخصية ماستر سنة 2015 -2016 ص. 2

معيّن في مسألة؛ كأن يُقال استقر القضاء على التعويض حال حدوث ضرر في عمل مُعيّن، ومنها اجتهادات المحاكم العليا أو النقض والتمييز المبنية على الفحوى والرجوع إلى الاحتياط، أو درء التعارض بين ظواهر النصوص القانونية، أو إزالة الغموض من لفظ قاعدة معيّنة، ومنها إطلاقه على مجموعة المحاكم الموجودة في البلاد تُسمّى السلطة القضائية، أو مجموعة الأحكام التي تصدرها تلك المحاكم في المنازعات المعروضة أمامها يُقال القضاء الجنائي أو المدني، أو استقرار المحاكم واطرادها على اتجاه معين في مسألة، أو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام القضاء على العمل بها في موضوع معيّن.[1]

أما الاجتهاد القضائي المقصود بالبحث فهو عبارة عن عملية ذهنية يتوصل بها من ملك آليات الاجتهاد إلى فهم مراد الله تعالى من العباد، أو مراد المشرّع القانوني من وضع القاعدة؛ فهما يجمع بين النصوص ومقاصدها، فإذا مارسه فقيه شرعي سُمي بالشرعي وهو الأكثر والمراد عند الإطلاق، وإذا مارسه القاضي العصري سُميّ بالقضائي وهو المراد بالبحث، وأجل ما فيه تفسير نص القاعدة القانونية أو الاستنباط من فحواها ومفهومها، أو النظر في المصادر الاحتياطية إذا خلت القضية من قاعدة تناسبها، وهو ما يقوم به القاضي في المحاكم الدنيا والمجالس القضائية، غير أن أكثر قضاة الدرجات الدنيا لا يجرؤون على ذلك خشية نقض أحكامهم، فقد تعوّدوا على الرجوع إلى المحاكم العليا لمعرفة اجتهاداتها في النوازل، وهي اجتهادات تتميز بالإلزامية عند الأنجلوسكسون والإرشادية في اللاتينية والإسلامية، بها يُعرف توجه النظام القضائي في دولة معينة، ويعتمدها المشرّع في سنّ القوانين المستقبلية أو تعديل الماضية، كما يُعرف مستوى النظام القضائي باستقرار اجتهادات محاكمه العليا، وقد اشتُق اصطلاح "الاجتهاد القضائي" في اللغة الفرنسية من: **"Jurisprudence"** وهي لفظة أصلها لاتيني تتكوّن من لفظ **"Juris"** يعني القانون ثم **"prudentia"** تعني المعرفة أو العلم، فكان يُطلق عليه "العلم التطبيقي للقانون"، ويجب التفريق بين الاجتهاد القضائي بوصفه عملا ذهنيا إبداعيا يتركه المشرع بلا قواعد منظمة، لأنّه يعود إلى ضمير القاضي وفهمه ودوافعه للوصول إلى العدالة، ويساهم بنفسه في بلورة تلك القواعد وخلقها، وبين العمل القضائي من حيث مصدره وشكله ومضمونه المنظم لحسم النزاع.[2]

المبحث الثاني: تعريف مصطلحات من باب الطلاق

الزواج رابطة شرعية وقانونية بين رجل وامرأة قابلة للانفكاك بالموت أو الانحلال، أنواع فُرقِهِ ستة: ما يقع بإرادة الزوج المنفردة يُسمّى الطلاق بفك العصمة، وما يقع بإرادة الزوجة المنفردة يُسمّى الخُلع، وما يقع باتفاق بينهما وهو

[1] مطروح الاجتهاد القضائي ص. 8 وبن الصغير الاجتهاد ص. 232 وحسين منصور المدخل إلى القانون طبعة الحلبي مصر ط 1، 2010م ص. 240 وعلي الداودي المدخل إلى علم القانون دار وائل عمان ط 7، 2004م ص. 180 وميشيل تروبير فلسفة القانون ترجمة جورج سعد دار الأنوار ص. 93

[2] الحلابي الكتاني مدى مساهمة السلطة القضائية في خلق قاعدة القانون جامعة محمد 5 الرباط 1984م ص. 8

على قسمين: قسم يقع على مال يُلحق بالخلع، وآخر بلا مال يُسميّ التراضي، وما يقع بقضاء القاضي يُسمّى التطليق، يتمّ بطلب من أحدهما لعيب أو غيبة أو نشوز، وما يقع بحكم الشرع كاللعان والإيلاء والظهار والردة أو إسلام أحد الزوجين،[1] ثم الفسخ، ونشرع الآن في تحديد معاني هذه الألفاظ: "الطلاق والانحلال والوقوع والفرقة والأسرة والفسخ".

* **الطلاق** لغةً حلّ القيد وإزالته والإطلاق والتخلية؛ يُقال ناقة طالق أي مُرسلة بلا قيد، وأسير مُطلق أي حُلّ قيده، وخصّ العُرف الطلاق بحلّ المعنويّ والإطلاقَ بحلّ الحسي،[2] وهو عند **الحنفية**: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، **المالكية**: "صيغة حُكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"، **الشافعية**: "حل قيْد النكاح بلفظ مخصوص"، **الحنابلة:** "حلّ قيد النكاح أو بعضه"، **الزيدية** "قول مخصوص أو ما في معناه يرتفع به النكاح أو ينثلم"، **الشيعة**: "إزالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها"، وعند المعاصرين: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها، أو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل، الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود، أو إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بالصيغة الدالة عليه،[3] وأهملت دول عربية تعريفه في مدوناتها القانونية واكتفت بذكر أحكامه، وعرفته مدونة المغرب المادة 78: "حلّ ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء"، والمادة 34 أحوال عراقي 1959/188م: "رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إذا وكلت به وفوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا"، والمادة 106 أسرة قطري رقم 22: "حلّ عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعاً"، والعُمّاني المادة 81 مرسوم 1997/32م: "حلّ عقد الزواج بالصيغة الموضوعة له شرعاً ويقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة وعند العجز بالإشارة المفهومة"، وقد أحسن من عرّفه ليتبيّن تصوّر المشرّع وفلسفته فيتشبّع بها قاضي شؤون الأسرة ويستعين بها في قضاياه، والتعريف القانوني أكثر دقة وإظهارا للأركان، ويتميّز الشرعي بالاقتصار على المغزى.

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتب العلمية ط 2، 1986م ج. 2 ص. 336 وعبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة طبعة الرسالة ط 1، 1993م ج. 7 ص. 344

[2] التعريفات الجرجاني ج. 1 ص. 141 والجوهري الصحاح ج. 4 ص. 1519 والفيروزآبادي القاموس المحيط تحقيق نعيم العرقسُوسي الرسالة ط 8، 2005م ج.1 ص. 904

[3] الكاساني البدائع 109/3 والعيني البناية دار الكتب ط 1، 2000م 280/5 والرعيني مواهب الجليل دار الفكر ط 3، 1992م 18/4 والعدوي ت البقاعي دار الفكر 1994م 79/2 وابن حريز كفاية الأخيار ت بلطجي دار الخير دمشق ط 1، 1994م 388/1 وابن قاسم فتح القريب المجيب ت الجابي دار ابن حزم ط 1، 2005 م 241/1 وابن قدامة المغني مكتبة القاهرة 1968 363/7 وشرح الزركشي على الخرقي ت العبيكان ط 1، 1993 371/5 والصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق دار الفكر ط 2، 1968م ص. 75 وأبو زهرة الأحوال الشخصية دار الفكر ط 3، 1957م ص.279 وزيدان المفصل في أحكام المرأة 347/7 وحسن النجيفي جواهر الكلام دار إحياء التراث ط 7، 1981م 271/5

* **الانحلال:** لُغة من الحلّ يُقال حَلَّ العُقْدة يَحُلُّها حَلًّا فتَحَها ونَقَضَها فانْحَلَّتْ، وكلُّ جامِدٍ أُذيبَ فقد حُلَّ، وشرعا حلّ الزواج وانحلاله، أي وقوع الفرقة بأحد أنواعها الشرعية المعروفة.[1]

* **الوقوع:** الوَقْعة صدْمة الحَرْب، ومَوَاقِع الْغَيْث مَساقِطُه، والتَّوْقِيع ما يُوَقَّع في الكِتَاب، لهذا قيل أنّ وقوع الطلاق مأخوذ من "الصدمة" و"السقوط" و"التوقيع"، وكأن المُطلّق لما تلفظ به صدم
زوجته، وأسقط الميثاق الذي كان بينهما فانكسر، ووقّع وأمْضى طلاقه.[2]

* **الفرقة:** لُغة خلاف الجمع، يُقال فَرَقه يَفْرُقُه فَرْقاً وفَرَّقه، وقيل فَرَقَ للصلاح فَرْقا وفَرَّق للإفساد تَفْرِيقا، وانْفَرَقَ الشيء وتَفَرَّقَ وافْتَرَقَ والتَّفَرّقُ والافْتِراقُ سواء، والتَّفَرّق للأَبدان والافْتِراقَ في الكلام،[3] وفي الشرع: "إنهاء عقد الزواج وانقطاع العلاقة الزوجية لأي سبب يقتضيه كالطلاق أو الموت، أو بواسطة التفريق القضائي، أو فسخ العقد لأي سبب مشروع يوجبه".[4]

* **الأسرة:** لغة الدّرع الحصينة أو الأسر والقيد والربط بشدة كقوله **"وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ" (الإنسان 28)**، مِنَ الْإِسَارِ وَهُوَ الْقِدُّ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ الْأَقْتَابُ، يُقَالُ أَسَرْتُ الْقَتَبَ أَسْرًا أَيْ شَدَدْتُهُ وَرَبَطْتُهُ،[5] ويُقال: أَسَرَهُ يَأْسِرُه أَسْراً وإِسارَةً شَدَّه بالإِسار، والإِسارُ مَا شُدّ بِهِ وَالْجَمْعُ أُسُرٌ، في الحديث: "زَنَى رجُلٌ في أسرة من الناس"،[6] وأسرة الرجل عشيرته الأقربون وأهل بيته،[7] ولم يستعمل فقهاؤنا مصطلح "الأسرة" وإنما "الأهل" و"الآل" و"العيال"، وتُعرّف بأنّها الرجل ومن يعول من زوجة وأصول وفروع، أو الجماعة التي ارتبط ركناها بالزواج الشرعي والتزمت بالحقوق والواجبات، وما ينتج عنها من ذرية وما اتصل بها من أقارب، وهي على شكلين: نووية أو النواة فيها أب وأم وأولاد، وممتدة يزيد فيها الأصول والإخوة والأخوات والأقارب، في المادة 3/16 إعلان عالمي: "الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، لها حقّ التمتع بحماية المجتمع والدولة" وعرّفها أسرة جزائري المادة 2: "الخلية الأساسية للمجتمع، تتكوّن من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، واهتم بها دستور الجزائر في المادة 17 دستور 1963م: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع" ومثلها المادة 65 دستور 1976م و55 دستور 1989م

---

[1] الفيروزآبادي القاموس 986/1 وابن منظور اللسان 169/11 وزيدان المفصل 344/7
[2] الجوهري مختار الصحاح ج. 3 ص. 1303
[3] الجوهري مختار الصحاح ج. 4 ص. 1540
[4] ابن القيم بدائع الفوائد دار الكتاب العربي ج. 4 ص. 25 والبيتاوي التدابير الشرعية للحد من الطلاق ماجستير نابلس 2001م ص. 22 وأبو لحية حرية الزوجين في حل العصمة دار الكتاب القاهرة ط 1، ص. 8 وبن صغير قضايا الطلاق دار الوعي رويبة 2012م ص. 15 وزيدان أحكام الذميين الرسالة بيروت ط 2، 1982م ص. 382 وبن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 518 والمصري مبروك الطلاق وآثاره في الأسرة الجزائري دار هومة 2010م ص. 39
[5] تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن ت البردوني وأطفيش الكتب المصرية ط 2، 1964م 151/19
[6] رواه أبو داود باب في رجم اليهوديين برقم 4450
[7] ابن منظور لسان العرب ج. 4 ص. 19

و58 دستور 1996م، وفي المادة 72 دستور 2016م: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، ونصت المادة 330 عقوبات على حمايتها جنائيا بمعاقبة هجرها، والمادة 331 على معاقبة الامتناع عن النفقة.[1]

* **الفسخ:** لغة النقض، فسخ البيع والعزم فانفسخ أي نقضه فانتقض،[2] واصطلاحا: إعلان ترتفع به أحكام عقد الزواج في الحال ولا يؤثر على ما كان قبله، أو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو لسبب طرأ عليه يمنع من بقائه، أو رفع العقد من الأصل أو في حاله لا من أصله،[3] وفي المدني: حلّ الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين، إذا أخلّ أحدهما بالتزاماته العقدية؛ ليتحرر الآخر من الالتزامات المفروضة عليه، وقيل أنّ أساس الفسخ هو هلاك المعقود عليه أو عدم صلاحيته، لحديث: "لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا"،[4] وحديث الذي أُخبر أنه رضع مع زوجته،[5] وقيل أساسه إرادة العاقدين إذا اتفقا على التزام لم يتم الوفاء به لحديث: "المسلمون على شروطهم"،[6] وقيل قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار" كأن يلحق أحد الزوجين ضرر يمتنع معه الاستمرار، وقيل انتفاء المقصود قال ابن تيمية: "إِذَا بَقِيَ مِنْ الْمَنْفَعَةِ مَا لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ بِالْعَقْدِ بطل عند الأكثر ويملك الفسخ عند الباقي"،[7] وقيل مبدأ الرضا.[8]

* **الفروق بين الطلاق والفسخ:** الطلاق إنهاء عقد الزواج، والفسخ نقض له بسبب خلل رافق نشوءه، أو عارضٍ طرأ عليه منع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا أو حادث أصاب أحدهما، والطلاق يكون رجعيا وبائنا، ولا يكون الفسخ إلا بائنا، والطلاق مُعتبرٌ في عدد الطلقات والفسخ لا، والطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، والفسخ يكون في صحيح أو فاسد أو باطل، ويمكن إيقاع الطلاق في عدة رجعية عند الجمهور، ولا يمكن إيقاعه في عدة الفسخ إجماعا، ويجب المهر المؤخر في الطلاق، ولا يجب في الفسخ إذا كان بسبب أصل النكاح، والطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر ولا يوجب الفسخ شيئا، وللطلاق صيغٌ مخصوصة والفسخ لا صيغة له.[9]

---

[1] صابر طه نظام الأسرة اليهودية والنصرانية دار النهضة 2000م ص.9 وصالحي أحكام الإهمال دكتوراه جامعة وهران 2012م ص.22 وقيطة حياة حماية الطفل ماجستير جامعة وهران 2012م ص.23

[2] ابن منظور لسان العرب ج. 3 ص. 44

[3] النووي المجموع شرح المهذب مع السبكي والمطيعي دار الفكر 275/16 والكاساني البدائع 285/5 والقرافي الذخيرة دار الغرب الإسلامي ط 1، 1994م 176/9 والبيتاوي التدابير الشرعية ص. 25 وماجد سمور التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام ماجستير الجامعة الاسلامية غزة 2010م ص. 14

[4] رواه مسلم كتاب المساقاة باب وضع الجوائح برقم 1554

[5] رواه البخاري باب الرحلة في المسألة النازلة برقم 88

[6] رواه أبو داود كتاب الأقضية باب في الصلح برقم 3594 وإسناده صحيح

[7] مجموع الفتاوي لابن تيمية تحقيق ابن قاسم مجمع الملك فهد 1995م ج. 30 ص. 290

[8] عبد الرحيم مقداش انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه والقانون ماجستير جامعة تيزي وزو 2013م ص. 10

[9] الصابوني مدى حرية الزوجين ص. 75 والبيتاوي التدابير الشرعية ص. 25 وأبو زهرة الأحوال اشخصية ص. 277 والسرطاوي شرح قانون الأحوال دار الفكر ط 3، 2010م ص. 173 ومسعودي يوسف تنازع القوانين دكتوراه جامعة تلمسان 2012م ص. 197 وسمور التفريق بين الزوجين ص. 18 ومقداش انحلال

* **الفروق بين الطلاق والتطليق:** الطلاق هو ما يُصدره الزوج من كلام مخصوص حين يطلق زوجته، ويقتصر دور القاضي على إثباته ويعرف بحل العصمة، وقد يُطلق على خلع الزوجة مع رضا زوجها على خلاف في اشتراطه، ويقتصر دور القضاء كذلك في إثباته، وللقاضي في التطليق دور أساسي في إنشائه، سواء كان بطلب من الزوجين أو أحدهما أو بحكم الشرع.[1]

المبحث الثالث: الأحوال الشخصية

حالُ الشيء صفتُه، وحال الإنسان ما يختص به من أموره المتغيّرة الحسية والمعنوية، ويُطلق الشخص على كل جسم له ارتفاع وظهور ويغلب على الإنسان، جمعه أشخاص وشخوص،[2] ولم يُعرّف مصطلح "الأحوال الشخصية" قانونا إلا مؤخرا، وقد انتشر أول مرة في الفقه الإيطالي خلال القرنين 12 و13م، حين واجه الفقهاء مشكلة تنازع القوانين بعد ظهور نظامين قانونيين: الأول روماني يُطبق في عموم البلاد سُميّ القانون **Loi**، والثاني خاص بمدينة أو مقاطعة سُمي "حال" **statut** للتمييز، ثمّ قُسّم الحال إلى ما يتعلق بالأموال والأشخاص، ويرى السنهوري أن تقسيم الأحوال إلى شخصي وعيني سببه الثقافة الغربية، المتأثرة بخلو المسيحية من قانون المعاملات، والذي نزل بساحتنا إبّان الاستعمار،[3] ثم تتابعت قوانين أوروبا على الأخذ به وتبعهم العرب، والهدف من استعمال مصطلح الأحوال الشخصية **statut personnel** هو تمييزه عن الأحوال العينية **statut reel** الخاص بالأموال، وتمييز المدني عن قانون الجرائم أو العقوبات، وقد عرف فقهاءُ الإسلام المضمون تحت مسمى باب النكاح والمهر والطلاق والفرائض، فقد صنّف ابن عابدين في حاشيته الأحوال في المعاملات، وقسّم أمور الدين إلى 5: الاعتقادات والآداب والعبادات و**المعاملات** والعقوبات، ثمّ قسم المعاملات إلى 5: معاوضات مالية و**مناكحات** ومخاصمات وأمانات وتركات، وأول من استعمل المصطلح عند العرب "محمد قدري باشا"، أواخر القرن 19م في كتابه "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، قسّمها إلى ثلاثة: الزواج والطلاق وآثارهما، ثمّ الأهلية والحجر والوصاية والوصية، ثمّ المواريث، تُعرّف بأنّها: مجموعة عناصر تتعلّق بالحالة المدنية والشخصية لكلّ إنسان، وصفات خاصة يتميز بها عن غيره كالأهلية واللقب والدين والسن، وتتعلق بعلاقته بأفراد أسرته منذ ولادته حتى وفاته كالزواج والطلاق والنسب، أو مجموعة العناصر المتعلّقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها برابطة الجنسية أو الموطن، وقرّر القضاء المصري أنّها تشمل كلّ المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص

الرابطة ص. 12 وفاروق كريم الوسيط في شرح قانون الأحوال العراقي جامعة السليمانية 2004م ص. 168 والمصري مبروك الطلاق وآثاره ص. 43

[1] نذير سعاد التطليق في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر في القانون 2013م ص. 15

[2] الموسوعة الإسلامية العامة إشراف محمود حمدي زقزوق ط وزارة الأوقاف المصرية 2003 ص. 67

[3] محمد عمارة عبد الرزاق السنهوري دار السلام ط 1، 2009م ص. 119 وعكاشة عبد العال تنازع القوانين منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007م ص. 651

وأهليتهم والمتعلقة بنظام الأسرة، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، والمهر ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقات بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة على الأقارب والأصهارن وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامة، ويعتبر هذا التعريف من قبيل تعريف الكلّ بذكر كلّ أجزائه، وصرّحت النقض المصرية: "وجد المشرعُ أنّ الوقف والهبة والوصية، التي هي من عقود التبرعات تقوم غالبا على فكرة التصدق، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال؛ فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها"، والحقّ أنّ إخراج الدين من القانونين المدني[1] والجنائي في مصر هو أول خطوة في علمنة القوانين، وأدرج المشرّع الفرنسي التركة والوصية في المعاملات المالية، وهو ما يؤثر في التكييف، وتُدرِجُ قوانين أوروبا قانون الأحوال في المدني، وأفردتها العربية بتشريع خاصح سمته مصر والأردن وسوريا الأحوال الشخصية، والجزائر قانون الأسرة والمغرب مدونة الأسرة وتونس مجلة الأسرة وموريتانيا مدونة الأحوال الشخصية.[2]

*** خصائص مباحث الأحوال الشخصية**

تنبني أغلب أحكامها على نصوص الوحي، فقد جاء فيها نحوا من 70 آية ومئات الأحاديث، فكان مجال الاجتهاد في تطبيقها أوسع لمعالجة المستجدات، ومباحثها من النظام الشرعي العام الذي لا يُترك للأفراد حرية الالتزام به، وإن جاز لغير المسلمين الالتزام وفق دياناتهم، إلا أنه لا يجوز للمسلمين أن يتفقوا على خلاف المنصوص عليه، وقد حظيت أحكامها بالتطبيق فيما استبدلت غيرها بأحكام وضعية، فترتب عن تطبيقها استمرارُها ونماؤُها؛ لما يَعترض التطبيق من مشاكل، وقد استفادت من التغيّرات الاجتماعية والعلمية؛ لأن التطبيق الميداني قام في حركة مستمرة، متأثرا بالمذهب السائد في البلد؛ فتمّ ترسيخ الالتزام المذهبي، ففي المادة 3 أسرة قطري: "يعمل بالراجح من المذهب الحنبلي فيما لم يرد بشأنه نص"، وفي المادة 183 أحوال أردني: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"، كما أعادت حركة التطبيق الجمع بين مواضيع فقهية متباعدة فجعلت منها موضوعاً واحداً، وتعاظمت مواضيعها في بلدان فاستغرقت ما يدخل في صلاحيات المحاكم الشرعية وما له صبغة دينية، كالدية والردة في جانب تعلقها

---

[1] القانون المدني: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص أنفسهم، وبينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا" غالب الداودي المدخل إلى علم القانون ص. 57

[2] حاشية ابن عابدين 79/1 وزقزوق الموسوعة الإسلامية العامة ص. 67 وحسن الهداوي القانون الدولي الخاص مكتبة دار الثقافة عمان الأردن ط 2، 1997م ص. 84 وعبد الفتاح عمرو السياسة الشرعية في الأحوال دار النفائس الأردن ط1، 1998م ص. 39 وعكاشة التنازع ص.652 وزيدان أحكام الذميين ص.339 وأحمد عشوش القانون الدولي الخاص بدون طبعة ص.292 والزحيلي تاريخ القضاء ص. 489 وغالب الداودي المدخل ص. 59 وحبار القانون الدولي الخاص دار الرؤى 2013م ص. 111

ببطلان الزواج والهبة والوقف، ودخل عدد من الحدود في ولاية المحاكم كما في الإمارات، وتفاوتت القوانين في شمولها لمفرداتها؛ فالقانون السوري مثلا شمل كافة جوانبها، ولم يتناول الأردني كلّ مسائل الإرث، كما تفاوتت الدول في السبق لمعالجة قضاياها، وحلّ المشاكل الناجمة عن تطبيق نصوص سابقة وأكثرها سبقا المصري، وكان لتدريسها في كليات الشريعة والقانون وظهور المحاماة الشرعية سببا لازدهارها، وقد تعرّضت لهجمة شرسة من غير المتدينين، واتُّهمت قواعدها بالرجعية والتخلّف، إلا أنّ أحكامها بقيت مطبّقة لانسجامها مع الفطرة واستمدادها من الشرع، ولم تجد النظم الدولية من حيلة سوى إبقاءها حسب معتقد كل بلد، ولم تستطع معالجة مشاكلها الداخلية؛ ما أدى إلى بعض استقلالها.[1]

* **ضوابط الاجتهاد في الأحوال الشخصية** ينضبط بنصوص أحكام الأسرة، مع التقيّد بقواعد تفسيرها والاستفادة من التراث الفقهي، ومحاولة تجديدها بما يتناسب مع العصر، وإبراز دور الاجتهاد الجماعي في متابعة مستجداتها، ويجب أن يكون القائمون عليه من المتخصصين، كما يجب مراعاة قيم الأمة وثوابتها؛ فقد يناسب بعض الاجتهاد الغرب ولا يُناسب المسلمين.[2]

* **آثار فتح مجال الاجتهاد في الأحوال الشخصية:** تنمية الفقه الأسري، ومواكبة التطوّر البشري ما يجعل رسالة الإسلام خالدة ودائمة التطوّر، وتحقيق المصالح التي شُرّعت الأحكام الأُسرية لأجلها، وفيه ردّ على المشككين في صلاحية الشريعة لحلّ المشاكل، وحماية فقهنا من اللجوء إلى الحيل، والاستفادة من كل المذاهب دون تعصّب؛ ما يؤدي إلى رصّ الصف واجتماع الكلمة وتفجير الطاقات، وإعادة شعاع التنوير للقضاء الشرهي؛ ليكون أصلا في باقي الميادين كالمدني والجنائي.[3]

*** الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية**

يختص مجال الأحوال بالأسرة غير أنّ اهتمام المنظمات ينصبّ على حقوق[4] المرأة منفردة؛ كأن شغلها هو إخراجها مما أصابها من عنت بعيدا عن وضعها داخل الأسرة، خاصة أنها تُرغم على الاعتراف بأشكال مناقضة للفطرة، كأسرة المثليين وفيه محاربة للخصوصية، ولم يتطرق ميثاق الأمم المتحدة 1945/6/26م إلى الأسرة، ونصت المادة 3/16 إعلان عالمي سنة 1948م على حمايتها، وكرّر العهد

---

[1] إسماعيل فطاني اختلاف الدارين وأثره في المناكحات دار السلام ط 2، 1998م ص. 149 والداودي المدخل ص. 57 والسرطاوي شرح الأحوال ص. 8 والغزالي الإسلام وقانون الأحوال دار النهضة ط 1، ص. 55 وسامي بديع منصور ونصري أنطوان دياب وعبده جميل غصوب القانون الدولي الخاص طبعة مؤسسة مجد بيروت ط 1، 2009م ص. 418

[2] محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 272

[3] نفس المرجع السابق ص. 274

[4] مجموعة الاحتياجات والمطالب التي يلزم توافرها بالنسبة إلى عموم الأشخاص، وفي أي مجتمع دون أي تمييز سواء بالجنس أو النوع أو العقيدة"، بشارة موسى مباحث في حقوق المرأة ملتقى التطور التشريعي للأسرة جامعة الشلف 2015/11/15م ص. 4 وعايلي رضوان مكانة الأسرة في الاتفاقيات الدولية التطور التشريعي لأحكام الأسرة جامعة الشلف 2015/11/15م ص. 3

الدولي للحقوق السياسية 1966/12/6م ما فيه بأكثر إلزامية، والمستجد فيه المادة 4/18: "للآباء حرية تأمين أولادهم دينيا وأخلاقيا وفقا لقناعتهم الخاصة"، وكان الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان 1981م أكثر إنصافا، في المادة 18: "الأسرة هي الوحدة الطبيعية وأساس المجتمع، وعلى الدولة حمايتها والسهر على صحتها وسلامة أخلاقياتها"، والمادة 1/29: "يجب على الفرد أن يحافظ على تطوّر أسرته، والعمل من أجل تماسكها واحترامها واحترام والديه وإطعامهما ومساعدتهما"، وأهملت اتفاقية أوروبا لحقوق الإنسان 1950/11/4م مبادئها ومالت إلى ترقية الشخصي، ولم تذكرها إلا في المادة 8: "الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية" بتقديم الخاصة، وفي المادة 14 المثيرة للجدل من اتفاقية حقوق الطفل 25/44 بتاريخ 1989/11/20م: "تحترم الدول الأطراف حقّ الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين"، فقد منحت الطفل رغم عدم أهليته حق اختيار دينه، وتحفظت عليها دول الإسلام، وفي ديباجة اتفاقية "سيداو" للقضاء على التمييز ضد المرأة 185/34 بتاريخ 1979/12/18م: "يجب تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، مما يتطلب تغييرا في الدور التقليدي للرجل والمرأة في المجتمع"، فيها عدم اعتراف بالدور التقليدي للأسرة.[1]

المبحث الرابع: الزواج المختلط والطلاق المختلط

الزواج هو الاقتران كقوله **"وَزَوَجْنَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ"**، **(الدخان 54)** وكلّ شيء اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان، وفي الشرع: عقدٌ يفيدُ حلّ استمتاع كلّ من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، أو عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد حقوق وواجبات كل منهما، وفي المادة 4 أسرة جزائري: "عقد رضائي يتمُّ بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وفي المادة 4 مدونة المغرب: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة"،[2] والمختلط من اختلاط الشَّيْء بعضَه بِبَعْض، واخْتَلَطَ الْقَوْم اختلاطا فِي الْحَرْب إذا تشابكوا، وَالِاسْم الخلاط وَرجل مخلّط إِذا كَانَ يخُالط الْأُمُور ويزايلها علما بهَا، كقوله **"وَإِنّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُم"** **(ص 24)**، أي الشركاء، وقوله **"وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ"**، **(البقرة 220)** هو خلط كافل اليتيم طعامه بطعام من كفله.[3]

---

[1] عايلي رضوان مداخلة مكانة الأسرة في الإتفاقيات الدولية ص. 4 و 5

[2] ابن منظور لسان العرب 293/2 وأبو زهرة الأحوال ص.17 والرافعي أحكام الأحوال للمسلمين دار ابن حزم ط 1، 2002م ص.201 وبوعروس الزواج المختلط ماجستير طنجة المغرب 2007 ص. 110 وصلاح سلطان الحياة الزوجية دورة 14 مجلس أوربي للإفتاء اسطمبول 2005م ص.6

[3] الأزدي جمهرة اللغة ت بعلبكي دار العلم للملايين ط 1، 1987مج. 1 ص. 610 وابن فارس مجمل اللغة ت سلطان الرسالة ط 2، 1986م ص. 300 قال ابن عباس: "لما نزل **"وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ" (الأنعام 152)** و**"الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى" (النساء 10)** عزل من كان عنده يتيمٌ طعامَه من طعامه فنزل **"وَإِنْ**

ويُطلق وصف الاختلاط على الزواج بين زوجين مختلفين في الدين أو الجنسية، وإطلاقه على ما اختلف فيه دين الزوجين أمر حادث غير معروف في فقه الإسلام، وإنما استُعمل قياسا على اختلاف الجنسية، وأطلق عليه فقهاؤنا مصطلح "نكاح أهل الكتاب" أو "نكاح أهل الذمة"، وربّما سُمّى الزواج المختلط بالمشترك أو المشارك أو الدولي، وأطلق الفقه الألماني لفظ "الرعية المختلط" **Sujet Mixte** على من تعدّدت جنسيته لأنه وطنيّ في أكثر من دولة، وأطلقه القانون الأمريكي و"الأبريتيد" بجنوب إفريقية على الزواج بين البيض والسودن، ووضع الملك الإسباني "إيخيكا" **(IGICA) (ت 701م)** قوانين تحرّم زواج البيض بالسود أو الأحرار بالعبيد، وأطلقه بعض المؤرخين على الزواج بين الإنس والجن الذي سماه الجاحظ "الزواج المركّب"، ويُطلق على الزواج الطائفي بأن يتزوج سنيٌّ بشيعية أو كاثوليكيٌّ ببروتستانتية.[1]

فالزواج المختلط كلّ زواج بين شخصين من جنسية مختلفة أو دين مختلف أو لون مختلف أو عرق مختلف أو طائفة مختلفة، أو بين الجنّ والإنس الذّي أجيز وقوعه مع تحريمه؛ بسبب مخالفته للفطرة وسدا لذريعة الاحتيال، دليل الوقوع قوله **"وَشَارِكْهُمْ فِي الأَمْوَالِ وَالأَوْلَادِ" (الإسراء 64)** وحديث: "اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنَا"،[2] ومأخذ التحريم الجهالة بأحد الزوجين وقوله **"وَاللهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا" (النحل 72)**، وقوله **"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا" (الروم 21)** فيها أنّ الزوجة يجب أن تكون إنسية من نفس الجنس، وروى الزّهريّ مرسلا أن النبي نهى عن نكاح الجن،[3] وأشار القرآن إلى الاختلاط الزواجي بقوله **"وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا" (الحجرات 13)** لأنّه أهم وسائل التعارف، فقد بدأت الآيةُ بذكر زوجية الخلق، وثنت بالتعدّد الجنسي والعرقي، ثم ثلّثت بالقصد من الزوجية، حيث أمر النبيّ بني بياضة أن يُزوّجوا أبا هند فقالوا: "نُزوج بناتنا موالينا" فنزلت،[4] وكان الفقيه "دارجنتريه" يُطلق على الأحوال المتعلقة بالأموال والأشخاص الأحوال المختلطة **Statuts mixtes**،[5] وفي منصة "ويكيبيديا": يشمل الزواج المختلط

تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ" (البقرة 220)"، رواه أبو داود 2871 وتفسير الطبري ت شاكر الرسالة ط 1، 2000م ج.4 ص.350 وتفسير القرطبي ج.15 ص.178.

[1] خالد الجبالي الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان دار الآداب القاهرة ص. 27 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص دار الفكر 2013م ص. 129 وجمال الوقيد تعدد الجنسية جامعة نايف 2011م ص. 118 وجواد علي المفصل في تاريخ العرب دار الساقي ط 4، 2001م 291/12

[2] رواه البخاري باب التسمية على كل حال برقم 141 ومسلم باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع برقم 1434

[3] ابن تيمية المجموع ج. 19 ص. 39 وأبو الشيخ العظمة ت المباركفوري دار العاصمة الرياض ط 1، 1408ج. 5 ص. 1653 والشبلي آكام المرجان أحكام الجان ت الجمل مكتبة القرآن مصر ص.105 والسيوطي لقط المرجان أحكام الجان مكتبة القرآن مصر ص.31 وابن نجيم الأشباه والنظائر ت عميرات الكتب العلمية ط 1، 1999م ص.282 والهيثمي الفتاوي الحديثية دار الفكر ص.50 والإسفرائيني لوامع الأنوار الخافقين دمشق ط 2، 1982م ج.2 ص.225.

[4] أبو داود المراسيل تح الأرناؤوط الرسالة ط 1، 1408 باب ما جاء في تزويج الأكفاء رقم 230 وتفسير القرطبي 341/16 وعون عمار التوافق الزواجي دراسة مقارنة ماجستير جامعة وهران 2014 ص. 44

[5] أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري دار هومة 2002م ص. 53

اختلاف الدين أو الجنسية أو الطائفة،[1] وفي المادة 2 مدونة المغرب: يسري القانون على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا، وعلى العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم، فيه إشارة إلى الاختلاط الديني، وتصحّ تسمية فرقة الزواج المختلط بالطلاق المختلط كما في قرار محكمة الجزائر الشمالية 1969/3/22م في قضية زواج لبناني من فرنسية: "الطلاق المختلط يخضع لقانون الموطن المشترك"، وقيل لا يُطلق الاختلاط إلا على اختلاف الجنسية، وهو من حجر الواسع؛ لأنّه مجرد اصطلاح لا مشاحّة فيه إذا تبيّنت المفاهيم، وربّما أطلق عليه مصطلح "الزواج المختلف أو الروحي"، ومدار الأطروحة على الاختلاط القانوني والديني.[2]

*** لمحة تاريخية عن الزواج المختلط**

أول زواج مختلط بالمفهوم العرقي في الإسلام هو زواج سيدنا رسول الله بمارية القبطية التي كانت من غير العرب، ثمّ كثُر في عهد الخلفاء بسبب الفتوحات خاصة في الأندلس، وعُرف في فرنسا في القرون الوسطى (1120م) وأُدرج في القانون الفرنسي ابتداء من سنة 1477م، وفي فترة الاستعمار الفرنسي للجزائر أُحصي أول زواج مختلط بين جزائري وفرنسية سنة 1870م، بتزوّج "أحمد التيجاني" من الجنوب مع "بيكار" **Picard**، وبلغ عدده سنة 1940م حوالي 51، ومع تطوّر فرع القانون الدولي الخاص تمّ استبدال الضابط الديني بفكرة الجنسية القانونية، كأساس وحيد لبيان ارتباط الفرد بدولته وفي عقد الزواج، بعيدا عن الاعتبارات الدينية لاسيما مع ظهور اللائكية.[3]

* **تعريفه** كلّ زواج كان فيه أحد الزوجين مختلفا عن الآخر في دينه أو جنسيته، أو اتحاد يُعقد بين طرفين مختلفين في الثقافة أو الجنسية أو الديانة، أو عقد قران شرعي بين رجل وامرأة على أساس ديني وقانوني أحدهما مختلف الديانة أو الجنسية عن الآخر.[4]

* **أسباب انتشاره** قد تكون سياسية واقتصادية واجتماعية ومصلحية، فمن السياسية تشجيع الاستعمار للزواج المختلط بين المواطنين الأصليين والمستعمرين، عن طريق مشروع **Soustelle** الذي أعفاهم من الضرائب، وقدم لهم الأراضي والمساعدات المالية لمحو الفوارق الدينية والثقافية؛ بحكم أنّ الأطفال المنحدرين منه سيكونون أكثر تفتّحا على ثقافة الغرب، ولم يُوفقّوا فيه ففي سنة 1940م بعد مرور

---

[1] https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_mixte le 13/6/2016 à 18 h 00

[2] زروتي أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية عدد4 1993م ص.950

[3] بشرى زلاسي الزواج المختلط ماجستير جامعة بن عكنون 2011م ص.10 وعون عمار التوافق ص.44 وزروتي أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ص.950

[4] الطيب زروتي دراسات في الدولي الخاص دار هومة 2011م 12/1 وزروتي أثر اختلاف ديانة الزوجين ص. 952 ورحيل غرايبة الجنسية الشبكة العربية للأبحاث ط 1، 2011م ص. 69 ورحاوي أمينة الزواج المختلط ماجستير جامعة تلمسان 2011م ص. 8 وعرفة الدولي الخاص ص. 92 وبوعروس الزواج المختلط ص. 8 وزلاسي الزواج المختلط ص. 6 وسعيد البستاني إشكالية وآفاق تطور الجنسية الحلبي الحقوقية ط 1، 2006م ص. 130 وعون التوافق ص. 46 وجندولي انحلال الزواج ص. 21

أكثر من قرن على الاستعمار لم يتم إحصاء سوى 51 زيجة مختلطة بين جزائريين وفرنسيين أولها سنة 1870م، وانتشر الزواج المختلط الديني بين الفاتحين المسلمين والنساء الإسبانيات المسيحيات، حين فتحت الأندلس أواخر القرن 1 هجري، فبعد وضع الحرب أوزارها شرع المسلمون في التزوّج بالإسبانيات، حتى بلغ عدد الزيجات خلال سنين قليلة أكثر من 30 ألفا، بدافع الجمال ورُخص المهور والجاذبية والعلم والأدب والثقافة، ومن الأسباب الاقتصادية هجرة المسلمين وزواجهم لتسوية وضعيتهم وازدهار حاجاتهم، نتج عنه ظهور أطفال مندمجين بالكلية في المجتمع الأوروبي وعاداته، ومن الاجتماعية العمل والدراسة والسياحة، ومن المصلحية الزواج الأبيض الذي هو توافق بين إرادتي رجل وامرأة، على إبرام عقد زواج صوري مقابل مال؛ قصد تحقيق مصلحة معينةكالإقامة، وهو مختلف فيه شرعا لكنّه صحيح قانونا تترتب عليه آثاره.[1]

* **إحصائيات حول أعداده** عدد المسلمين في أوروبا وأمريكا سنة 2007م نحو 22 مليون،[2] وفي الشروق الجزائرية أنه بين سنة 2010م إلى 2013م بلغ معدل الزواج المختلط بين الجزائر وفرنسا نحو 18 ألف سنويا،[3] وفي الخبر الجزائرية 2015/8/12م أنّ 74 ألف جزائري تجنسوا بجنسية فرنسا بتزوجهم من فرنسيات بين 1998م و2014م أي 16 سنة، وتحصّل في نفس الفترة أكثر من 320 ألف جزائري على جنسية فرنسا بطرق مختلفة، وفي الشروق بتاريخ 2016/5/27م أنه يتم تقديم ألف طلب زواج رجال عرب وأفارقة من جزائريات، بعد تعديل قانون الجنسية الذي سمح بالحصول على جنسية الجزائر بعد 3 سنوات زواج، وفي الفجر الجزائرية 2009/4/24م يوجد حوالي ألف امرأة روسية متزوجة من جزائري تعيش بالجزائر، وانتقل عدد المغربيات اللواتي تزوجن بأجانب من 996 سنة 1997م إلى 2507 سنة 2001م، وارتفع عدد الرجال المغاربة المتزوجين بأجنبيات من 314 سنة 1997 إلى1366 سنة 2001م،[4] وفي اليوم السعودية 2013/2/25م: عدد الزيجات المختلطة بين الجزائريين والسعوديين بلغ بين 70 و80 زيجة سنويا.[5] وصرّح عضو مجلس الشورى السعودي أن عدد السعوديات المتزوّجات من أجانب وصل إلى 700 ألف ما يُمثّل 10% من المتزوجات،[6] وكشف وزير العدل الفرنسي

---

[1] بوعروس الزواج المختلط ص. 100 وعون التوافق الزواجي ص. 49 وزلاسي الزواج المختلط ص. 12 والجبالي الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان ص. 49 ومزي خديجة أسباب إقبال الجزائريين على المختلط دكتوراه سيدي بلعباس 2017م ص. 36

[2] صالح الدرويش أثر الضرورة والحاجة على أحكام ممارسة الأقليات مجمع فقهاء أمريكا مؤتمر 5 المنامة 2007 ص. 4 ويوجد حاليا 26 مليون في أوروبا و6 ملايين في أمريكا:
https://www.dw.com/ar/ 2020/8/1 الساعة 20 سا 00

[3] www.echoroukonline.com/ara/ بتاريخ 2016/06/05 الساعة 19 سا 24

[4] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 102 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 20 وعون التوافق الزواجي ص. 49

[5] عون عمار التوافق الزواجي ص. 47

[6] موقع المرسال http://www.almrsal.com/post/295412 يوم 14 مارس 2017 الساعة 1600

"كليمان" عن ارتفاع نسبة الزواج المختلط في فرنسا إلى 62% عام 2005م مقارنة بسنة 1999م، ومن جملة 275 ألف زيجة تمت في فرنسا سنة 2004م بلغ عدد المختلطة 50 ألف بمعدل 20%، وذكر مركز الإحصاء الفرنسي أن طفلا من بين 10 ولدوا في فرنسا سنة 2004م هو نتاج مختلط، وأن زواجا من بين كل خمس يتم بين فرنسية وأجنبي أو العكس، وأكدت إحصائيات إسبانية تضاعف حالاته بين الإسبان والأجانب ب14 مرة خلال السنوات 5 الأخيرة؛ لتشكل العام الماضي نحو 10%، وذكرت مصلحة الأحوال المدنية بإسبانيا أن نسبة الزواج المختلط ارتفعت من 760 حالة عام 2001م إلى أكثر من 11 ألفا عام 2005م، وكلّ هذه الأرقام تدل على انتشار الزواج المختلط بشكل رهيب.[1]

المبحث الخامس: حرية الاعتقاد والمساواة

تمهيد

يرتبط موضوع الطلاق بالحريات في نظر الغرب، حيث تُثار شبهات حول حجر الإسلام على المعتقد والتساوي بين الجنسين في مجاله، فتمّ النظر في هذين المطلبين:

المطلب الأول: حرية الديانة في الشرع والقانون

المطلب الثاني: مبدأ المساواة بين البشر والجنسيين

المطلب الأول: حرية الدين في الشرع والقانون

بين يدي المطلب زعم المفترون أنّ الإسلام لا يسمح بغير عقيدته، وأنه يحجر على غير المسلمين التمتع بحرية معتقدهم، وهو زعم باطل يظهر بطلانه بفرعين: الأول حرية الديانة في الشريعة الإسلامية، والثاني حرية الديانة في الدساتير والقوانين الوضعية العربية.

الفرع الأول: حرية الديانة في الشريعة الإسلامية

يصعُب تعريف الحرية[2] لأنه يُنظر إليها في مقابل العبودية، التي زالت منذ زمن ومعناها المطلق هو الفوضى، وعُرّفت بأنّها: إمكانية ممارسة الحقوق المشروعة بغير عوائق وتحت حماية القانون،[3] واختلاف الدين هو أنْ يكون دين كلٌّ من الشخصين مخالفا لدين الآخر؛ كأن يكون أحدهما مسلما والآخر غير مسلم، سواء كان مشركا أو مجوسيا أو يهوديا أو مسيحيا، وقد يكون اختلافا أصليا أو طارئا، وهناك آيات قرآنية أقرت حرية المعتقد،[4] لكنّها قصدت مفهوما يختلف عمّا استقر

---

[1] منتدى ستار تايمز http://www.startimes.com/?t=18610905 يوم 14 مارس 2017 الساعة 1600

[2] لسان العرب 178/4 "حَرَّ يَحَرُّ إذا صَارَ حُرّاً وَالِاسْمُ الحُرِّيَّةُ وحَرَّ يَحِرُّ بالكسر إذا سَخُنَ مَاءٌ"

[3] يحي الجمل حصاد قرن 20 القانون دار الشروق ط1، 2006م ص. 94 وأبو زهرة تنظيم الإسلام للمجتمع دار الفكر ص.182

[4] وردت آيات تؤصل لحرية الاعتقاد كما لم يوجد في كتاب كقوله "**وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ" (هود 119/118)**، وقوله "**لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ. أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ" (الممتحنة 8)**، وقوله "**وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا" (المائدة 8)**، وقوله "**وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا" (يونس 99)**، وقوله "**ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ" (النحل 125)**، وقوله

عليه النظام الدولي، الذي يرى أنّ السلطة شرط لابد منه لكنّها يجب أن تتوقف عن السلطة كما عبّر "مونتسكيو"، أما في الإسلام فالحاكم هو الضامن للحرية وحافظها، ولا تُقيّدُ إلا بما نص عليه الشرع.[1]

وعليه يجب الاعتراف باختلاف معنى حرية الديانة في المفهوم الإسلامي عن معناه في غيره، فهي تعني عندنا حرية قبول التدين بأي دين توارثه الإنسان عن بيئته لقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"، (البقرة 256)** وهذه الآية وُجد من قال بنسخها بآيات الجهاد كسليمان بن موسى الأندلسي، ويُروى عن ابن عباس أنها تختص باليهود والنصارى إذا دفعوا الجزية، وتبعه قتادة والضحاك بسبب قصة بني النضير، ومذهب الجمهور أنّها محكمة وهو الصحيح؛ لأنّه جاء بعدها قوله **"قَدْ تَبَيَّنَ الرُشْدُ مِنَ الغَيّ"** تعليلا لعدم الإكراه، وهو باق فيبقى حكمه بلا نسخ، ويُقويه قوله **"وَلَوْ شَاءَ رَبّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الأَرْضِ كُلُهُمْ جَمِيعًا" (يونس99)**،[2] يؤيده سبب نزولها قال ابْن عَبَّاسٍ: "كَانَتِ الْمَرْأَةُ تَكُونُ مِقْلَاتًا، **(لا يعيش لها ولد)** فَتَجْعَلُ عَلَى نَفْسِهَا إِنْ عَاشَ لَهَا وَلَدٌ أَنْ تُهَوِّدَهُ، فَلَمَّا أُجْلِيَتْ بَنُو النَّضِيرِ كَانَ فِيهِمْ مِنْ أَبْنَاءِ الْأَنْصَارِ فَقَالُوا لَا نَدَعُ أَبْنَاءَنَا فنزلت،[3] وقيل نزلت فِي "الحصيني" رَجُل مِنْ بَنِي سَالِمٍ كَانَ لَهُ ابْنَانِ نَصْرَانِيَّانِ فقَالَ:"أَلَا أَسْتَكْرِهُهُمَا؟"،[4] وكتب النبيّ لأهل نجران: "لا يُفتن أسقف من أسقفيته ولا راهب من رهبانيته ولاواقه من وقاهيته، على ما تحت أيديهم من قليل أو كثير"،[5] وكتب لأهل اليمن: "مَنْ كَانَ عَلَى يَهُودِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ فَإِنَّهُ لَا يُفْتَنُ عَنْهَا"،[6] وكتب: "مَنْ كَرِهَ الْإِسْلَامَ مِنْ يَهُودِيٍّ وَنَصْرَانِيٍّ فَإِنَّهُ لَا يُحَوَّلُ عَنْ دِينِهِ"،[7]وقال أُسَق: "كُنْتُ فِي دِينِهِمْ مَمْلُوكًا نَصْرَانِيًّا لِعُمَرَ فَكَانَ يَعْرِضُ عَلَيَّ الْإِسْلَامَ فَآبَى، فَيَقُولُ: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ولَوْ أَسْلَمْتَ لَاسْتَعَنَّا بِكَ عَلَى بَعْضِ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ"،[8] وكتب عمر لأهل بيت المقدس من النصارى كتابا عظيما، أبرز فيه نظرة الإسلام خلال العهد الأول لمبدأ حرية التدين، أنقله كاملا لما فيه من الفوائد.[9]

"فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ" (الكهف 29)، شلبي التشريع ص. 66 والعايد حقوق غير المسلمين في بلاد الإسلام الأوقاف السعودية ط 4، 2008م ص. 25 وبدران أبو العينين العلاقات الاجتماعية مؤسسة شباب الاسكندرية ص. 11 وسيد قطب الظلال دار الشروق ط 17، 1412 291/1

[1] إيناس البهجي ويوسف المصري المواطنة في القانون الدولي والشريعة المركز القومي للإصدارات ط 1، 2013م ص.86 ودحماني مصطفى الحريات ماجستير جامعة وهران 2012م ص. 10

[2] وهبة الزحيلي آثار الحرب في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ط دار الفكر ط 3، 1998 ص. 75

[3] رواه أبو داود برقم 2682 وهو صحيح قال القرطبي في تفسيره 280/3 : "هو قول ابن جُبَيْرٍ وَالشَّعْبِيِّ وَمُجَاهِدٍ، وقَالَ النَّحَّاسُ: "هو أَوْلَى الْأَقْوَالِ ومِثْلُهُ لَا يُؤْخَذُ بِالرَّأْيِ"، ويُنظر: ابن كثر في التفسير 682/1

[4] تفسير ابن كثير ت سامي سلامة دار طيبة للنشر والتوزيع ط 2، 1999م ج. 1 ص. 682

[5] أخرجه البلاذري في فتوح البلدان ط مكتبة الهلال بيروت 1988م ص. 72

[6] أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام كتاب الأموال تحقيق خليل هراس دار الفكر برقم 66 ص. 35

[7] رواه عبد الرزاق برقم 10100

[8] تفسير ابن كثير ج. 1 ص. 683

[9] **"بسم اللَّه الرحمن الرحيم هذا ما أعطى عمرُ أهل إيلياء من الأمان، أعطاهم أمانا لأنفسهم وأموالهم ولكنائسهم وصلبانهم وسقيمها وبريئها وسائر ملتها، لا تسكن كنائسهم ولا تهدم ولا ينتقص منها ولا من صليبهم ولا من أموالهم، ولا يكرهون على دينهم ولا يضار أحد منهم، ولا يسكن معهم أحد من اليهود،**

أما حرية الديانة عند غير المسلمين فتعني أن التديّن عمل شخصي وانفرادي، لا دخل للدولة فيه فضلا عن التشريع، وهو مفهوم لائكيٌّ علمانيٌّ يأباه الإسلام ولا يرتضيه؛ لكونه نظاما مجتمعيّا يستمد أصوله وأركانه من الوحي، فالمسلمون يعبدون ربّهم فُرادى وجماعات، وهو ما لا يستسيغه العلمانيون ولا يفهمونه، ومصدر المفهوم اللائكي هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وإعلان القضاء على جميع أشكال التمييز بسبب الدين لسنة 1981م،[1] والحقّ أنّ حرية العقيدة الفردية في ديننا مكفولة بقوله **"فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ" (الكهف 29)**، ولم يزل أهل الذّمة من غير المسلمين يعيشون في كنف دولة الإسلام، معزّزين مكرّمين مكفولة لهم حرية العقيدة والتدين، قال أبو زهرة: "لقد احترم الإسلام حرية الاعتقاد وجعل الأساس فيه، هو أن يختار الإنسان الدين الذي يرتضيه من غير إكراه ولا حمل"،[2] وقال شلبي: "تضطرب التشريعات حتى اليوم في قضية حرية التدين، ويقف البشر عاجزين عن تحقيقها، وهي سمة إسلامية بارزة منذ 14 قرن من الزمن حين نزل **"لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينْ" (الكافرون 6)**"،[3] ومن مظاهر تسامح الإسلام مع الديانات الأخرى تسمية القرآن لليهود والنصارى بأهل الكتاب، وتسمية السنة لهم بأهل الذمة أي أهل العهد والأمان وهما تسميتان رقيقتان، ومنها اعتراف الإسلام بالأنبياء الذين سبقوا، حتى أنه جعل الإيمان بنبوتهم من الإيمان بنبوة النبي كقوله **"لَا نُفَرّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ"،(البقرة 285)**،[4] وكان النبي حريصا على التعامل مع المختلفين دينا بأسمى أوصاف الإنسانية من وفاء بالعهد وحسن عشرة وتسامح امتثالا لقوله **"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ" (النحل 91)**، حيث كرّس هذا المبدأ تكريسا جليا في حياته؛ فكان يُوفّي بالعهد مع المحارب فضلا عن المسالم، وزمن الحرب فضلا عن وقت السلم، قال حُذَيْفَةُ: "مَا مَنَعَنِي أَنْ أَشْهَدَ بَدْرًا إِلَّا أَنِّي خَرَجْتُ أَنَا وَأَبِي حُسَيْل، فَأَخَذَنَا كُفَّارُ قُرَيْشٍ قَالُوا إِنَّكُمْ تُرِيدُونَ مُحَمَّدًا، فَقُلْنَا مَا نُرِيدُهُ مَا نُرِيدُ إِلَّا الْمَدِينَةَ، فَأَخَذُوا مِنَّا عَهْدَ اللهِ لَنَنْصَرِفَنَّ إِلَى الْمَدِينَةِ وَلَا نُقَاتِلُ مَعَهُ، فَأَتَيْنَا رَسُولَ اللهِ فَأَخْبَرْنَاهُ فَقَالَ: **"انْصَرِفَا نَفِي لَهُمْ بِعَهْدِهِمْ وَنَسْتَعِينُ اللهَ عَلَيْهِمْ"**،[5] وقال أَبو رَافِعٍ: "بَعَثَتْنِي قُرَيْشٌ إِلَى النَّبِيِّ، فَلَمَّا رَأَيْتُه وَقَعَ فِي قَلْبِي الإِسلاَمُ فَقُلْتُ لاَ أَرْجِعُ، فقَالَ: **"إِنِي لاَ أَخِيسُ بِالْعَهْدِ وَلاَ أَحْبِسُ الْبُرُدَ**، ارْجِعْ إِلَيْهِمْ فَإِنْ كَانَ فِي

وعليهم أن يعطوا الجزية كما يعطي أهل المدائن، من أحب منهم أن يسير بنفسه وماله مع الروم ويخلي بيَعهم وصلبهم فإنهم آمنون على أنفسهم وعلى بيعهم وصلبهم حتى يبلغوا مأمنهم، ومن شاء رجع إلى أهله فإنه لا يؤخذ منهم شيء حتى يحصد حصادهم، على ما في هذا الكتاب عهد اللَّه وذمة رسوله والخلفاء والمؤمنين إذا أعطوا الذي عليهم شهد عليه خالد بْن الوليد وعمرو بْن العاص وعبد الرحمن بْن عوف ومعاوية بْن أبي سفيان وكتب سنة 15" رواه الطبري التاريخ دار التراث ط 2، 1387 هـ 609/3

[1] إيناس البهجي ويوسف المصري المواطنة ص. 94

[2] حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دكتوراه جامعة تلمسان 2005م ص. 292

[3] أحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 316

[4] علي حسني الخربوطلي الإسلام وأهل الذمة طبعة المجلس الأعلى القاهرة ص. 95

[5] رواه مسلم باب الوفاء بالعهد برقم 1787

قَلْبِكَ الَّذِي فِيهِ الآنَ فَارْجِعْ" فرجع ثم أسلم"،[1] والمتتبّع لنصوص القرآن وتصرفات مترجمه يجدها تحرص على حسن معاملة غير المسلم، واحترامه وتقدير معتقده، إلا أن يكون محاربا فيُتعامل معه بالشدة اللائقة بمقام الحرب، وأكثر النصوص المتشددة تُنزّل على ذلك وليس بإطلاق كما يُتوهم.[2]

الفرع الثاني: حرية الديانة في الدساتير والقوانين الوضعية

يقصدُ فقهاءُ القانون الدستوري بحرية العقيدة حرية الشخص في أن يعتقد الدين أو المبدأ الذي يريده، وحريته في أن يمارس شعائر ذلك الدين في الخفاء أو علانية، وحريته في ألّا يعتقد في أي دين وألّا يُفرض عليه أيّ دين، وحريته في تغيير دينه في حدود النظام العام والآداب، فإذا كانت الدولة تحمل التوجه العلماني فإنّ هذا المفهوم يكون واضحا؛ يفيد بأنّ الدولة محايدة تجاه مواطنيها فيما يخص دينهم ومعتقداتهم، ويكون فيها المجال الشخصي ذا طابع مدني وقانوني، يُحكم على الأشخاص دون نظر لانتمائهم الديني، أما في الدساتير العربية فالأمر يختلف؛ لأنها نصت على أنّ الإسلام دين الدولة،[3] وقوانينها في المجال الشخصي مستمدة من أحكام الشريعة، ومبادئها أحد أهم المصادر الاحتياطية، ويُشكل كيفية التوافق بين حرية التديّن المطلوبة في المعاهدات الدولية، وما نصت عليه دساتير العرب بأن الإسلام دين الدولة، وأحكام الشريعة أهم مصادر التشريع؟ وفي محاولة لإزالة هذه الشبهة حرصت الدساتير الإسلامية على إدراج مواد توضح موقفها من حرية الاعتقاد، ففي المادة 42 دستور جزائري سنة 2016: "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي، وحرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون"، وفي المغربي: "الإسلام دين الدولة التي تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية"، وفي الفصل 5 تونسي: "الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام"، وفي المادة 46 من المصري: "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية"، ونفسه في المادة 32 إماراتي والمادة 14 أردني، وسبب إدراجها هي الضغوط التي تمارسها المنظمات العالمية، على رأسها منظمة الأمم المتحدة التي تبنت الإعلان العالمي 1948/12/10م، ففي مادته 18: "للإنسان الحقّ في حرية التفكير والضمير والدين، يشمل حرية تغيير ديانة الشخص أو عقيدته وحرية

---

[1] رواه أحمد بسند صحيح برقم 23857

[2] يوسف القرضاوي غير المسلمين في المجتمع الإسلامي بدون طبعة ص. 14

[3] الدستور الجزائري في ديباجته "الجزائر أرض الإسلام" والمادة 2 "الإسلام دين الدولة" والمادة 1 من المدني: مبادئ الشريعة المصدر
الاحتياطي الأول، والمادة 222 من الأسرة أحكام الشريعة المصدر الاحتياطي الوحيد، واشترطت المادة 3/87 من الدستور إسلام رئيس الجمهورية، والمادة 90 القسم على احترام الإسلام وتمجيده، وفي الفقرة 1 من المغربي "المملكة دولة إسلامية" والمادة 19 "الملك حامي حمى الإسلام"، والمادة 1 من الدستور التونسي"تونس دينها الإسلام"، واشترطت المادة 37 أن يكون الرئيس مسلما، وحتى بريطانيا أعرق الديمقراطيات تبنىّ دستورُها مذهبا دينيا رسميا، دينيس لويد فكرة القانون ترجمة سليم الصويص مراجعة وليد بسيسو عالم المعرفة 1981م ص. 146 وحميدو مصلحة المحضون ص. 290

الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا منفردا أم مع الجماعة"، والعجب من منح نفس الحرية للطفل فاقد الأهلية في المادة 14 اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل 1989م، والتي فيها وجوب احترام الدول لحقّ الطفل في حرية الدين واختياره وتغييره كلمّا شاء، والتي صادقت عليها المغرب 1996/11/21م وتونس 1991/3/29م.[1]

وهذا التعارض الظاهر بين ما نصت عليه الدساتير العربية وما جاء في مضامين الاتفاقيات الدولية، التي تريد إطلاق هذا الحق وجعله بغير قيْد، له أثر بارز في مسائل الطلاق المختلط وآثاره، في حال كان الدين مختلفا اختلافا أصليا أو طارئا؛ ما يجعل البحث في هذه الجزئية ذو شجون؛ خاصة أن دول الإسلام مجبورة على خدمة مواطنيها المسلمين الملتزمين بهويتهم ومعتقداتهم، وفي المقابل هي محكومة بما تمضي عليه من اتفاقيات، والحاصل أنّ إسلامية الدولة لا تعني احتقار غير المسلمين أو بخسهم حقوقهم، فقد كان أهل الذمة ولا يزالون يعيشون في كنف دولة الإسلام معزّزين محترمين، ولا يضر ما وقع في فترات تاريخية من ظلم على بعضهم، يقول المؤرخ "جورج قرم" لبناني مسيحي: "إن فترات الظلم من المسلمين على الذميين كانت قليلة، يحكمها ثلاثة عوامل: مزاج الخلفاء مثل المتوكل الذي ظلمهم كثيرا، وتردي الأوضاع الاقتصادية للمسلمين، والتدخل الأجنبي في دول الإسلام فيقع الانتقام"،[2] لهذا يجب الرجوع إلى العهد النبويّ والخلفاء للحكم، وفي عصرنا يعيش في دول الإسلام ملايين من المسيحيين، وهم محترمون موكولة أمور دينهم إلى شريعتهم، لهم حرية الدين والمعتقد، كمثل الذي يعيشه أقباط مصر رغم أن تعدادهم لا يفوق عُشر سكانها، وهي حرية لا تمس بالنظام العام الذي يقضي بتجريم الردة والإلحاد والدعوة إليهما.[3]

المطلب الثاني: مبدأ المساواة بين البشر والجنسين

بين يدي المطلب صادفنا أثناء البحث استعمال مبدأ المساواة بين الجنسين، وكم يؤلم تبجح الغربيين بأنهم أهل عدل ومساواة، وأنهم يحملون لواء رفع الظلم عن النساء، ويزيد الألم شدة حين يُتهم الإسلام جورا أنه يبخس المرأة حقّها ويهضم حقوقها، ولعل أنْ تكون قضايا الطلاق أبرز ما يستعمله مروجو هذه الشبهات، وهذه فروع المطلب: 1 مبدأ المساواة مطلقا، 2 المساواة بين الرجل والمرأة، 3 المساواة في المنظور الأوروبي، 4 التمييز الإيجابي تجاه المرأة.

الفرع الأول: مبدأ المساواة مطلقا

المساواة من سوّى الشيء بالشيء؛ فجعله مثله سواء فكانا مثلين، هي المكافأة فيكون الشيء مساويا لغيره إذا كافأه، يُقال سَاوَاهُ مُسَاوَاةً مَاثَلَهُ وَعَادَلَهُ قَدْرًا أَوْ قِيمَةً،

---

[1] لخضر بن ناصر عائشة حق غير المسلمين في ممارسة الشعائر الدينية ماجستير جامعة وهران 2012م ص. 28 ومنير البياتي النظام السياسي الإسلامي دار النفائس طبعة رابعة 2013م ص. 127

[2] محمد عمارة الإسلام والأقليات طبعة الشروق ط 1، 2003مص. 24

[3] دحماني مصطفى الحريات الفكرية ص. 47 ومنير البياتي النظام السياسي الاسلامي ص. 129

كقولهم هَذَا يُسَاوِي دِرْهَمًا أَيْ تُعَادِلُ قِيمَتُهُ دِرْهَمًا، وقوله **"بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ"، (القيامة 4)**،[1] في الاصطلاح: تَسَاوي الناس في الحقوق والواجبات والتكليف والمعاملة والشمول، فالبشر كلّهم يتساوون أمام الله وأحكام الشرع، لا يتميّزون إلا بالتقوى والتصرف وفقا للقانون، وقد حرِصَ القرآنُ أول ما نزل على المساواة بين البشر حين ألغى مفاهيم كانت سائدة قبل الإسلام؛ كأفضلية أجناس أو أعراق بقوله **"إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ" (الحجرات 13)**، وقوله **"وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ"، (الروم 22)** وقوله **"يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ"، (النساء 1)**[2] وقال النبيُّ: "أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلَا أَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى"،[3] وقَالَ: "إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَذْهَبَ عَنْكُمْ عُبِّيَّةَ **(الكبر والفخر)** الْجَاهِلِيَّةِ وَفَخْرَهَا بِالْآبَاءِ، مُؤْمِنٌ تَقِيٌّ وَفَاجِرٌ شَقِيٌّ أَنْتُمْ بَنُو آدَمَ وَآدَمُ مِنْ تُرَابٍ"،[4] وقال: "إِنَّ أَنْسَابَكُمْ هَذِهِ لَيْسَتْ بِسِبَابٍ عَلَى أَحَد، وَإِنَّمَا أَنْتُمْ وَلَدُ آدَمَ طَفُّ الصَّاعِ لَمْ تَمْلَئُوهُ، لَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَى أَحَدٍ فَضْلٌ إِلَّا بِالدِّينِ أَوْ عَمَلٍ صَالِحٍ".[5]

ومن مظاهر حرص الإسلام على المساواة بين الجنسين؛ ما منحه للمرأة من حقوق واسترجاع للمركز القانوني الذي هو من حقها؛ فقد كانت قبل الإسلام بلا كيان أو كرامة أو شخصية، وكان اليونان رغم حضارتهم يرونها شيئا لا شخصا، ويرون أنّ شرّها أشد من شر الرجل وأنها تتمتع بالطيش والخفّة، والعدل الحقيقي في نظرهم هو عدم المساواة بين البشر، ومن العدل معاملة كل شخص حسب مؤهلاته ونسبه واستعداده وبيئته؛ فعدم المساواة هي العدالة المطلقة، غير أن فيلسوفهم الأكبر "أفلاطون" ربّما دعا إلى المساواة المطلقة بين الجنسينن، إلى درجة تعليم النساء مهن الرجال ووقوفهنّ عاريات بلا حرج، أما الرومان فقد منحوا الرجل سلطة مطلقة على زوجته وأهله من النساء، شعارهم عن المرأة: "القيد لا يُنزع والنير لا يُخلع"، والنير خشبة توضع على عنق الثور بأداتها عند الحرث، الجمع النيران والأنيار،[6] وجرّد قانونهم المرأة من أغلب حقوقها، وضُربت عليها الوصاية من الأب والابن والزوج، وكان حالها أسوأ عند الهنود وسكان آسيا الذين زعموا أنها مخلوق نجس، لا يحق لها العيش بعد وفاة زوجها، وكان للفارسي حقّ التصرف في المرأة

---

[1] ابن منظور اللسان ج. 14 ص. 410 والفيومي المصباح المنير ط المكتبة العلمية ج. 1 ص. 298، وقوله **"نسوي بنانه"** أي قادرين أن نجعل يده بلا أصابع أو أصابعه سواء مثل أصابع البعير، فخلقنا أصابعه متفرقة كل أصبعمنها له وظيفة مضبوطة، حصل من مجموعها يدا عجيبة تعمل كما تشاء، السيوطي الدر المنثور دار الفكر بيروت ج. 8 ص. 343

[2] زيدان المفصل في أحكام المرأة ج. 4 ص. 173 ومنير البياتي النظام السياسي ص. 149

[3] رواه أحمد برقم 23489، السلسلة الصحيحة للألباني مكتبة المعارف الرياض ط 1، 1995م برقم 2700، ولا تضر في مصطلح الحديث الجهالة باسم الصحابي لأنهم كلّهم عدول، أحمد شاكر الباعث الحثيث دار الكتب العلمية ط 2، ص. 208 ومصطلح الحديث للعثيمن مكتبة العلم القاهرة ط 1، 1994م ص. 33

[4] رواه أبو داود برقم 5116 وإسناده حسن

[5] رواه أحمد برقم 17313 إسناده حسن، وطفّ الصاع هو ما قَرُب من ملئِه أي قريبٌ بعضكم من بعض.

[6] ابن فارس مجمل اللغة ص. 849

من أهل بيته كما يتصرف في سلعته، وأثناء حكم المسيحيين لروما كانت المرأة عندهم هي الشيطان، والزواج بها دنس ونجاسة من الكمال الابتعاد عنه، وفي القرن 15م اجتمع مجمع "ماكون" للتساؤل: هل المرأة مجرد جسم لا روح فيه أم أن لها روحا؟ فقرّروا أنه لا روح لها تنجيها من عذاب جهنم سوى أم المسيح، وفي عام 586م عقد الفرنسيون مؤتمرا بحثوا فيه عن حقيقة المرأة هل هي إنسان أم حيوان؟ قرروا فيه أنها إنسان مخلوق لخدمة الرجل، ولم يكن حالها عند العرب أفضل؛ فقد كانوا يرونها عارا يقتلون البنت عند ولادتها، وفي هذا الصدد اعترف مفكرون غربيون بأحقية الإسلام بالمساواة بين الجنسين منهم المستشرق "ماسينيون" **Massignon**، واعترف "ول ديورانت" مؤلف "قصة الحضارة" أن المساواة في الدول الغربية ضارة ومزيفة، وأنّه يختلف مفهومها في الفلسفة القانونية المعاصرة بين المذهب الفردي والاشتراكي، فالفردي يعترف بها تجاه القانون فقط وهو مجال تدخل الدولة، ويحرص المذهب الجماعي والاشتراكي على أن تكون فعلية عن طريق تدخل الدولة في تقريب الفوارق الاجتماعية، وقد أبرزت المادة 2 إعلان عالمي مفهوم المساواة بأنه حقّ التمتع لكل إنسان بجميع الحقوق والحريات، دونما تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين، أو رأي سياسيّ وغير سياسيّ أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي موضع آخر، ومن ثمراته المساواة أمام القانون والقضاء والمناصب، وأخذ الحقوق وتحمل الواجبات والاستفادة من المرفق العام.[1]

الفرع الثاني: المساواة بين الرجل والمرأة في شريعة الإسلام

يُصرّح البعضُ جهلا أنّ الإسلام لم يُنصف المرأة، وأنه يُفضل عليها الرجل في الأحكام والحقوق، خاصة في المجال الشخصي آخر باب لا يزال مستمدا من أحكام الشرع، وقد يكون بعضهم صادقا يريد رفع الضيم عنها، ومن المؤكد أن تصوّره خاطئٌ ينمو عن عدم تفريق بين مساواة مطلقة وعادلة، إذ تواترت نصوص الشرع على التسوية بين الذكر والأنثى في الحقوق والواجبات، حيث أنّهما لا يختلفان إلا في نزر يسير اختلافا عادلا؛ بسبب الفطرة البشرية والخلقة الجسدية والقوة النفسية،كقوله **"مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤمِنٌ فَلَنُحْيِيَنّهُ حَيَاةً طَيّبَةً"** (النحل 97) وقوله **"وَالسَارِقُ وَالسَارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا"** (المائدة 38) وقوله **"الزّانِيَةُ وَالزّانِي فَاجْلِدُوا كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمُا"** (النور 2) فيها تسوية بينهما في الجزاء الدنيوي والأخروي،[2] وقد أهمّ قريشٌ شَأْن المَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ؛ فَطلبوا من أسامة أنْ يكلم

[1] ولد خسال المساواة ص. 13 وص. 21 والبكري وزهير البشير المدخل لدراسة القانون التعليم العالي العراق ص. 165 وحسين منصور المدخل ص. 45 وشلبي التشريع ص. 68 والخربوطلي الإسلام والذمة ص. 99 والسباعي المرأة بين الفقه والقانون ط الوراق ط 7، 1999م، ص. 196 وعلي منصور مقارنات بين الشريعة والقوانين ط الفتح ط 1، 1970م ص. 167 وبوكايس المساواة ماجستير جامعة تلمسان 2014م ص. 2 وحيدرة المساواة ملتقى دولي تطور تشريعي لأحكام الأسرة 2015/11/25 جامعة الشلف ص. 7 ودنيس فكرة القانون ص. 112 وكيري المساواة مج الصراط ع 19، 2017م ص.221

[2] أحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 216

النبي فَقَالَ: "أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ"، ثُمَّ اخْتَطَبَ: "إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ، وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا"،[1] وقام لجنازة يهودي ولما سئل قال: "أليست نفسا"،[2] فيه اعتبار النفس في الرحمة بغض النظر عن الدين أو الجنس، وقال: "لا قدّس الله أمة لايؤخذ فيها ضعيفها حقه من شديدها وهو لا يُتعتعُه"،[3] وسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَجِدُ الْبَلَلَ وَلَا يَذْكُرُ احْتِلَامًا؟ فَقَالَتْ أُمُّ سُلَيْمٍ: "هَلْ عَلَى الْمَرْأَةِ تَرَى ذَلِكَ شَيْءٌ؟ قَالَ: "نَعَمْ إِنَّمَا النِّسَاءُ شَقَائِقُ الرِّجَالِ"،[4] فيه تأصيل لمبدأ المساواة بين الجنسين؛ لأنه علّل الجواب به فتكون المساواة بينهما هي الأصل وما اختلفا فيه استثناء، وجاءته خطيبة النساء أسماء بنت يزيد بن السكن تسأله عن حقوق النساء فأجابها متعجبا من بلاغتها،[5] وقد سوّى الإسلام بين الجنسين في أهلية الوجوب والأداء؛ فهما يبلغان الرشد معا، ويتحملان نفس الواجبات الجنائية والمدنية والشخصية كقوله **"وَالسّارِقُ وَالسّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا"** (المائدة 38)، وهما سواء في التكاليف الشرعية من عبادات وإيمانيات لقوله **"وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الجَنّةَ"** (النساء 124)، ولهما نفس الحقوق المدنية سِوى بعض الفروق الضرورية التي أوجبتها الفطرة السليمة والمنطق المتوازن، كمنع الولاية الكبرى عن المرأة اتفاقا، أو القضاء عند الجمهور، وذهب الجمهور خلافا للمالكية إلى أنّه ليس للزوج التصرف في أموال زوجته بحكم قوامته، لأن القصد منها تحمل مسؤولية العائلة الجماعية، لا استعباد الزوجة أو امتلاكها وما ملكت؛ فأموالها من حقّها وحدها، ولها الاحتفاظ باسمها واسم والدها بعد زواجها، خلافا لما يقوم به الغربيون من تسمية الزوجة باسم زوجها إلى اليوم، لقوله **"وَلَهُنّ مِثْلُ الذّي عَلَيْهِنّ بِالمَعْرُوفِ وَلِلرّجَالِ عَلَيْهِنّ دَرَجَةٌ"**، (البقرة 228) ومعنى الدرجة القوامة التي تعني إدارة مؤسسة الأسرة، كي لا يختل توازنها بتعدد المسئولين، سببها الفطرة والنفقة لقوله **"الرّجَالُ قَوّامُونَ عَلَى النّسَاءِ .... وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"**، (النساء 34)[6] ويُحسب للقرآن تخصيصه سورة كاملة سميت "النساء"، فيها أحكام كانت

---

[1] البخاري كتاب الحدود رقم 6788 ومسلم باب قطع السارق الشريف رقم 1688

[2] رواه البخاري باب من قام لجنازة يهوديّ برقم 1312

[3] الطبراني المعجم الكبير 233/24 قال الألباني صحيح الترغيب المعارف ط 1، رقم 1817: حسن

[4] رواه أحمد برقم 26195 وأبو داود باب الرجل يجد البلة في منامه رقم 236 والترمذي تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي طبعة الحلبي ط 2، 1975م باب فيمن يستيقظ ويرى بللا برقم 113 وهو صحيح

[5] قالت "أنا وافدة النساء إن الله بعثك إلى الرجال والنساء كافة فآمنا بك، وإنّا معشر النساء محصوراتٌ مقصوراتٌ قواعدُ بيوتكم ومَقضى شهواتكم وحاملات أولادكم، وإنكم معشر الرجال فُضّلتم علينا بالجُمَع والجماعات والمرضى والجنائز والحج والجهاد، وإنّ الرجل إذا خرج حاجّاً أو معتمراً أو مجاهداً حفظنا لكم أموالكم وغزلنا أثوابكم وربينا لكم أولادكم، أفما نشارككم في الأجر؟ فقال لأصحابه: "هل سمعتم مقالة امرأة قَط أحسن من مساءلتها في أمر دينها من هذه؟" قالوا: ما ظننا أن امرأة تهتدي إلى مثله، فقال لها: "افهمي أيتها المرأة وأَعْلِمي مَن خلفك من النساء أنّ حُسْنَ تبعُّلِ المرأة لزوجها وطلَبها مرضاته واتباعَها موافقته يَعْدِل ذلك كلّه"، فانصرفت وهي تهلّل" البيهقي شعب الإيمان تح الندوي مكتبة الرشد ط 1، 2003م ج. 11 ص. 177

[6] رولا الحيت قضايا المرأة دكتوراه الأردن 2005م ص.74 وكيري المساواة ص 228

كالثورة الجارفة على الأعراف العربية والعجمية كتوريثهنّ،[1] وإعطائهنّ الحق في إبداء الرأي في اختيار الزوج، وكنّ قبل الإسلام لا رأي لهنّ في عقد القران حتى أقر لهن ذلك بحديث: "لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ"،[2] واهتمّ النبيُّ بإحضار النساء للجُمع والجماعات وإعطائهنّ فرصة التعلم، فقال: "لِيَخْرُجِ العَوَاتِقُ ذَوَاتُ الخُدُورِ وَالحُيَّضُ وَيَعْتَزِلُ الحُيَّضُ المُصَلَّى وَلْيَشْهَدْنَ الخَيْرَ وَدَعْوَةَ المُؤْمِنِينَ"،[3] وقال: "أُذِنَ لَكُنَّ أَنْ تَخْرُجْنَ لِحَاجَتِكُنَّ"،[4] ردّا على من أنكر عليهنّ، وقد كانت بيئة العرب شديدة الغيرة لا تقبل من النساء الخروج من البيت أو حضور الاجتماعات، فكانت امْرَأَةٌ لِعُمَرَ تَشْهَدُ صَلاَةَ الصُّبْحِ وَالعِشَاءِ فِي المَسْجِدِ، فَقِيلَ لَهَا لِمَ تَخْرُجِينَ وَقَدْ تَعْلَمِينَ أَنَّ عُمَرَ يَكْرَهُه وَيَغَارُ؟ قَالَتْ: مَا يَمْنَعُهُ أَنْ يَنْهَانِي؟ قيل يَمْنَعُهُ قَوْلُ النبيّ: "لاَ تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ"،[5] وكان النبيُّ حريصا على تعليم النساء أمور دينهنّ، قَالَتِ امرأةٌ: "غَلَبَنَا عَلَيْكَ الرِّجَالُ فَاجْعَلْ لَنَا يَوْمًا مِنْ نَفْسِكَ" فَوَعَدَهُنَّ يَوْمًا فقَالَ: "مَا مِنْكُنَّ امْرَأَةٌ تُقَدِّمُ ثَلاَثَةً مِنْ وَلَدِهَا إِلَّا كَانَ لَهَا حِجَابًا مِنَ النَّارِ" قَالَتِ امْرَأَةٌ وَاثْنَتَيْنِ؟ قَالَ "وَاثْنَتَيْنِ"،[6] وتعامل مع النساء في الحِرف والتجارة، فقد أَرْسَلَ إِلَى امْرَأَةٍ مِنَ المُهَاجِرِينَ وَكَانَ لَهَا غُلاَمٌ نَجَّارٌ فقَالَ: "مُرِي عَبْدَكِ فَلْيَعْمَلْ لَنَا أَعْوَادَ المِنْبَرِ"،[7] وكان ينهى عن قتل النساء والصبيان،[8] ومنحهنّ بأمر من ربّه خلع أزواجهنّ وكان قبله يتكفل به أولياؤهنّ، فقد أتت امْرَأَةُ ثَابِتِ فَقَالَتْ: "مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلاَ دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الكُفْرَ فِي الإِسْلاَمِ" فَقَالَ "أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ: "اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً"،[9] وأجاز أكل ذبيحتهنّ فقد ذبحت امْرَأَةٌ شَاةً فَسُئِلَ فَأَمَرَ بِأَكْلِهَا،[10] وغيرها من المواقف.[11]

فهذا غيض من فيض النصوص الدالة على تأصيل المساواة بين الجنسين، وجعل الفروق استثناء، وهو ما بدا جليا في عصر النبوة والخلفاء حين ازدهار الدين، لكن بعد مرور الأزمان عادت عقلية الاحتقار وظلم المرأة وغلبة الذكورية، حيث حفظ لنا التاريخ صفحات سوداء في هذا المجال، وإن كان في بعضها بياض ناصع كقول ابن حجر: "إنّ أكثر من 300 امرأة مارست الأستاذية في الفقه والحديث في

---

[1] قال سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ وَقَتَادَةُ: "كَانَ الْمُشْرِكُونَ يَجْعَلُونَ الْمَالَ لِلرِّجَالِ وَلَا يُوَرِّثُونَ النِّسَاءَ وَالْأَطْفَالَ فنزل: "لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ" (النساء 7)، تفسير ابن كثير 219/2

[2] البخاري باب لا ينكح الأب أو غيره إلا بالرضا رقم 5136 ومسلم باب استئذان الثيب رقم 1419

[3] رواه البخاري باب إذا لم يكن لها جلباب في العيد برقم 980

[4] رواه البخاري كتاب تفسير القرآن برقم 4795 ومسلم باب إباحة الخروج للنساء برقم 2170

[5] رواه البخاري كتاب الجمعة برقم 900

[6] رواه البخاري باب تعليم النبي صلى الله عليه وسلم أمته من الرجال والنساء برقم 7310

[7] راوه البخاري باب من استوهب من أصحابه شيئا برقم 2569

[8] رواه البخاري باب قتل النساء في الحرب برقم 3015 ومسلم باب تحريم قتل النساء برقم 1744

[9] رواه البخاري باب الخلع وكيف الطلاق فيه برقم 5273

[10] رواه البخاري باب ذبيحة المرأة والأمة برقم 5504

[11] مراد هوفمان الإسلام كبديل ترجمة غريب محمد ط مكتبة العبيكان ط 2، 1997م ص. 195

القرنين 7 و8 هجري"،[1] والمراد من اهتمام خصوم الإسلام بالمركز القانوني للمرأة في الشريعة، هو ضرب أهم أسس التشريع: المساواة والعدل، حيث ساعدهم التطور الذّي بلغته المرأة حين صارت تُنافس الرجل في كل شيء، حتى بلغ ببعض بني جلدتنا أن شكّك في حكمة ما ثبت من أصولنا، تُثيرهم مسائلُ القوامة وولاية التزويج والعصمة والرجعة والتعدد، وعدم المساواة بين الجنسين في الميراث، وهي مسائل كثرت حولها الشبهات، وفي المكتبة مصنفات فيها ردود مقنعة قد يأتي بعضها تباعا إذا كان له علاقة بموضوعنا، والنقد على ضربين: ما يمس الأصول وليس فيه إلا الرد، وآخر موجه لأقوال اجتهادية، يُمكن تصحيحه بما لا يخالف القواطع، وكلاهما من جهاد القلم.[2]

الفرع الثالث: المساواة بين الجنسين في النظام القانوني الغربي

الازدهار المعاصر الذي طال النظم الوضعية السياسية والاقتصادية والقانونية،[3] في باب مساواة الناس في الحقوق عامة والمساواة بين الجنسين خاصة، قد طرح إشكالات في بعض القواطع الشرعية التي تظهر على أن فيها إجحافا في حق المرأة، وهو التعارض الظاهري الذي يعتمده أعداء الدين وأذنابهم لضرب قدسية الوحي الرباني، والسبب فيما توصل إليه غير المسلمين في العقود الأخيرة من تأصيل لنظرية المساواة المطلقة بين الجنسين، اجتماع عوامل وظروف ساهمت فيه بشكل مباشر أو غير مباشر، فقد كانت فكرة المساواة المطلقة تستهوي الفلاسفة والمفكرين منذ القِدم، وتختلف من مفكر لآخر حسب البيئة، ويتفق علماء الغرب على أن البريطانيين كان لهم السبق بين النظم الغربية في تشريع المساواة بين الجنسين، من خلال وثيقة العهد الأعظم **(1215م)** ووثيقة الحقوق الإنجليزية **(1688م)**، ثم جاء الدستور الأمريكي فأقرّ مبادئ المساواة المطلقة **(1776م)** غير أن هذه الحقوق كانت مخصصة للإنجليز والأمريكان البيض فقط دون غيرهم وهو مما يُتغافل عنه، ثمّ تطورت أفكار فلاسفة النهضة بسبب طغيان رجال الإقطاع وتحالف الكنيسة، وكان للثورة الفرنسية أواخر القرن 18م متمثلة في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن **(1789م)** مفعول الفتيل في البارود، حيث برز التصوّر بأن ازدهار المجتمعات لن يتم إلا باعتماد النظرية، وهو تصور غير مطابق للواقع اللهم إلا في المجال القانوني الذي تحقق فيه بعض الازدهار والتساوي في الفرص، أمّا سواه فمحض خيال وأماني، وفي المقابل يملك المسلمون مفهوما واضحا لنظرية المساواة يُقسّمونها إلى مطلقة وعادلة أو نسبية، وقد تُقسّم بالاعتبار الاشتراكي إلى رافعة وخافضة، ترفع الفقير وتخفض الغني، وتُقسّم إلى قانونية وفعلية.[4]

---

[1] أحمد بشارة موسى مباحث في حقوق المرأة عبر المواثيق ص. 18 وقالية عبد القادر المساواة ص. 50

[2] عبد القادر عودة الإسلام وأوضاعنا ط. المختار ط 5، 1977م ص. 45 وقالية المساواة ص. 59

[3] يُقصد بالقانون الوضعي كل المبادئ والقواعد والقوانين والوثائق المنظمة لسلوك الأفراد والجماعات، وهي من وضع الإنسان نفسه بناء على اجتهاداته، قالية عبد القادر المساواة ص. 6

[4] قالية المساواة ص. 8 وكيري مبدأ المساواة ص 223 وعمارة معركة المصطلحات النهضة مصر ط 2، 2004م ص.112 وولد خسال حق المساواة ص. 21

* **المساواة المطلقة** تعني التساوي في كلّ الأمور مطلقا بغض النظر عن الجنس أو اللون أو السنّ أو الدين، هي الغالب على الأحكام الشرعية، يُعبّر عنها أهل القانون بالتجريد والعموم؛ فالتجريد يعني أنّ القاعدة مجردة عن أي ميول، والعموم فيه ربط الحكم بمتعلقه من حيث الموضوع واستغراق جميع ما يصلح له، وليس معناه التطبيق على جميع الأفرادن وإنما ما يصلح للدخول فيه وألا تقصد جماعة دون أخرى، وهذا الإطلاق منتقد بعدم واقعيته؛ فلا يمكن التساوي في كلّ شيء خاصة في المجال القانوني، فشرط الالتحاق بالجامعة مثلا تتساوى فيه الحقوق أمام الجميع نظريا، لكنه قانونا مخصوص بمن تحصل على شهادة الباكالوريا.[1]

* **المساواة العادلة** هي مساواة يُراعَى فيها الاختلاف بين الأطراف المراد التسوية بينهم، فيُسوى بينهم في العطاء حسب ما يناسبهم وفي التكليف بما يلائمهم، فمثلا الأب الذي يريد شراء العيد لأولاده الذكور والإناث مجبور على المساواة بينهم في القيمة، لكنه يشتري لباس الذكور للذكور ولباس الإناث للإناث، فيُراعي خصوصية كل فرد من حيث الجنس والسن والحجم، هذا من جهة العطاء، ومن جهة التكليف لو أراد نفس الأب ترميم بيته؛ فإنه يُكلّف كل واحد من أولاده بما يناسبه، على أن يكون مجمل التكليف متوازنا، فالذكر البالغ يسوقُ السيارة ويشتري ويراقب، والذكر القاصر يحمل ويخلط، والبنت تعدّ الطعام وتنظف، ولا يُعتبر هذا التفريق في التكليف من الظلم أو الإجحاف؛ مادام مبنيا على الخصوصية،[2] وبهذا الاعتبار قال العقاد: "لا معنى للتفاوت إذا تساوى العاجز والقادر وتساوى العامل والكسلان، وأصبح الكسلان يكسل ولا يخاف على وجوده، والعامل يعمل ولا يطمح إلى رجحان"،[3] وقال: "الفوارق بين الجنسين تدخل في حساب الشريعة لا محالة عند تقرير الحقوق والواجبات بينهما، وتأبى كل مساواة لا تقوم على أساس المساواة بين الحق والواجب وبين العمل والكفاية"،[4] وقال محمد عمارة: "مثل المساواة العادلة مثل أعضاء الجسد التي تختلف في الإسهام بخدمته، وحظ كل عضو من رصيد حياة الجسد ليست على نفس الدرجة، غير أن علاقة الجميع بنفس الجسد هي علاقة توازن وليس مساواة".[5]

*** مفكرون غربيون ينكرون المساواة المطلقة ويحبذون العادلة**

التفريق السابق بين المساواة المطلقة والعادلة لا يقتصر على المسلمين، فقد وُجد من المفكرين الغربيين من يدعو إلى مساواة فطرية عادلة، وإنكار المطلقة التي لا تعترف بخصائص كل جنس، قالت "ديفوسي" **Defossez**: "من المشروع التساؤل ما إذا كانت المساواة بحد ذاتها تعتبر تطورا؛ فقد كانت الدعارة تعتبر استغلالا للمرأة

---

[1] ولد خسال حق المساواة ص. 20 وحيدرة المساواة ص. 6 وحمزة حمزة الحكم الشرعي والقاعدة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية مج 23 عدد 2 2007م ص. 368 وكيري المساواة ص 222

[2] حيدرة المساواة بين الجنسين ص. 6 وولد خسال حق المساواة ص. 20 وغنية كيري مبدأ المساواة ص 222

[3] قالية عبد القادر مبدأ المساواة بين القوانين الوضعية والشريعة ماجستير جامعة البويرة 2013 ص. 3

[4] عباس محمود العقاد المرأة في القرآن طبعة المكتبة العصرية صيدا بيروت بدون تاريخ نشر ص. 64

[5] محمد عمارة معركة المصطلحات ص. 113

فصارت اليوم تشمل الذكور بحكم المساواة فصارت استغلالا للذكور كذلك"، ويرى المفكر "إيف كريستيان" **Yves Christen** في كتابه **L'égalité des sexes** أنه يجب الاعتراف بالاختلاف الفطري الموجود بين الرجل والمرأة، ومثله كلام الأستاذة "كالو" **Mari France Callu**،[1] وقال "دنيس لويد": "الناس غير متساوين في القوة الجسدية أو التحصيل أو الكفاءة، ولا يطلب المجتمع المعاصر تطبيق المساواة الصارمة في كل المجالات بل المعتبر القانونية".[2]

إذن المطالبة بالمساواة المطلقة بين الجنسين يُعدّ ضربا من ضروب التخريف؛ لأنه لا يمكن التسوية بين مختلفين، لهذا جاءت الشريعة بمطلق المساواة في الأصول، واحترام الفرقة الفطرية في التطبيق الجزئي، عن طريق إعمال المساواة العادلة في مظانها، أما الغربيون فيتزاحمون على طلب المطلقة ظنا منهم أنهم يطلبون مطلق العدالة، كلّ هذا بسبب ردة الفعل القوية على الظلم والاضطهاد الذي تعرضت له المرأة في بيئتهم، سواء أثناء حكم الكنيسة أو الرومان الوثنيين أو اليونان الفلاسفة، وكأنّ التشدّد في المقت أدّى إلى ردة الفعل الشديدة المنتشرة اليوم في النظام السياسي والقانوني الغربي، وقد بلغ بهم الأمر أن قنّنوا الإطلاق في المساواة، وحاولوا فرضه على مختلف المنظمات السياسية والقانونية العالمية رغم اختلاف العرف والتقاليد والهوية، فقد شددت عليه المواد **(2، 7، 16، 25)** إعلان عالمي لحقوق الإنسان، صادقت عليه الجزائر بالمادة 11 دستور 1963م، ونفسه في الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية والمدنية للنساء لسنة 1952م في المواد **(2، 3، 4، 6، 23، 24، 25، 26)** صادقت عليها الجزائر سنة 2004م، والاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة والحقوق الاجتماعية والاقتصادية للنساء 1957م في المواد **(2، 3، 7، 10)**، واتفاقية الرضا بالزواج وتحديد السنّ الأدنى وتسجيل الزواج المبرمة سنة 1962م، واتفاقية "سيداو" للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، والفصل 5 بروتوكول 7 بتاريخ 1984/11/22م المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات، وقد نتج عن هذه المبالغة تبلور نظرية جديدة يحسبونها في صالح المرأة، سمّوها التمييز الإيجابي تجاه المرأة، مفادها أن المشرع قد يميل بالحقوق نحو المرأة ميلا إيجابيا لرفع الغبن عنها، حتّى ظهر من يدافع عن حقوق الرجال، والحق أن أوجه الاختلاف بين الجنسين عديدة لا يمكن القفز عليها أو إهمالها، فضلا عن محاولة طمسها والسعي بعكسها، وهي فروق جسدية ونفسية مبنية على الفطرة والتكامل، فلكلّ من الجنسين خصائص ومميزات يكمل بها الآخر، دون أن تُعتبر أفضل أو أقل شأنا مما لدى الآخر، ورغم الترسانة القانونية الموجبة للمساواة المطلقة؛ إلا أن المرأة في الغرب لا تزال تعاني من الظلم، ففي بريطانيا أكثر من 50 % من المقتولات ضحايا أزواجهن، وارتفع العنف في البيت بنسبة 46 %، وربع نساء المملكة يتعرضن للضرب من قبل أزواجهنّ، وتحمل 170 شابة

[1] أعمر يحياوي المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة طبعة الأمل تيزي وزو 2010م ص. 260
[2] دنيس لويد فكرة القانون ص. 133

سفاحا كلّ أسبوع، وفي أمريكا تُغتصب كل يوم 1900 فتاة 50 منهن من قبل آبائهنّ، وتَقتلُ كل سنة مليون امرأة ولدها إجهاضا أو عند الولادة، وتبلغ نسبة الطلاق سنويا 60 %، وفي سنة 1986م كان 27 % من الرجال يعيشون على نفقة أزواجهم بسبب قانون الجراية، و87 % من العجائز فقيرات، وبين 1980م و1990م عمل في ميدان البغاء نحو مليون امرأة.[1]

الفرع الرابع: التمييز الإيجابي تجاه المرأة

تطوّرت نظرية المساواة في القانون الدولي في القرن 20م تطورا متسارعا، فقد تميّز الأمر بداية بالهضم الكلي لأدنى حقوق المرأة التي مُنعت من الانتخاب وتولّي المناصب، ثمّ بلغت في آخره درجة المساواة المطلقة في جميع الميادين، كما في اتفاقية سيداو وصولا إلى اختراع مبدأ التمييز الإيجابي، ولهذا التطوّر محطات أهمها إعلان مكسيكو الذي عرّف المساواة بأنها مساواة في الكرامة والقيم كبشر، وفي الحقوق وإمكاناتهم ومسؤولياتهم، ثمّ مؤتمر كوبنهاغ **(1980م)** الذي وسّع من مفهومها إلى منع التمييز في الواقع، وصولا إلى مؤتمر نيروبي **(1985م)** الذي لاحظ بقاء عمل كثير لضمان المساواة حقيقة، ثم الملتقى الدولي في بيكين **(1995م)**، وأخيرا تم اعتماد التمييز الإيجابي والانحياز الفاضح تجاه المرأة في الاتفاقيات الدولية كالحقّ في تحديد النسل، وهو ما فسرته اللجنة المختصة بأنّ المسؤوليات التي تقع على النساء بسبب الحمل وتربية الأولاد تؤثر على حقهن في التعليم والعمل... وتفرض عليهن أشغالا غير متكافئة ..فيحقّ للنساء تقرير عدد الأولاد، وكأن الأب ليست عليه واجبات نفسية ومالية وتربوية وقانونية تجاه أولاده، وقد بدا جليا في قضية تعدد الزواج إذ لاحظت لجنة القضاء على التمييز في التوصية 21 أنّ الدول التي تسمح به تعارض الحقوق الدستورية للنساء مخالفة أحكام المادة 5/أ اتفاقية "سيداو"، كما صرّحت لجنتها دورة 1994م فيما يخص منح مركز رئيس الأسرة للزوج (القوامة) أنّه يخالف أحكام المادة 1/16/ج من الاتفاقية.[2]

* **ماذا يعني التمييز الإيجابي؟** يُطلق عليه الإجراءات المؤقتة الخاصة **Temporary special measures** أو الإجراءات الإيجابية **Positif Measures** أو التمييز الإيجابي **Positif Discrimination**، يُقصد به تشريعُ إجراءات تهدف إلى علاج الوضع السلبي تجاه المرأة في كافة مجالات الحياة خاصة القانوني، يُعرّف بأنّه: "عريضة من الأدوات التشريعية والتنفيذية والإدارية والسياسات والممارسات، تهدف إلى الإسراع بالمشاركة المتساوية للنساء في جميع مجالات الحياة"، أو "المفاضلة القانونية في المعاملة مؤقتا، بحيث تصرح الهيئة التشريعية أنها تسعى لتفضيل فئة محددة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية على فئة أخرى؛ لغرض إعادة التوازن بعد اختلاله من جراء لا مساواة فعلية سابقة بين الفئتين"، وقد اختلف

[1] يحياوي المساواة ص. 8 ومسعودي التنازع ص. 220 وبوكايس المساواة ص. 3 وحيدرة المساواة ص. 12 وعبد العزيز الفوزان حكم الإستبراء مجلة أعدل العدد 30 ربيع الثاني 1427

[2] أعمر يحياوي المساواة ص. 13 وص. 25 وقالية عبد القادر المساواة ص. 23

الفقه حول صحة هذا المبدأ وفق اتجاهين: **الأول** عارضه بشدة بحجة أنه يفتح مجال احتجاج المجموعات الأخرى الدينية أو الشواذ أو الشباب، ولأن التمييز في نفسه يُعتبر ظلما تجاه الطرف الآخر الأمر الذي يناقض قصد مؤيديه الذين يحاولون منع الظلم، وهو تدخل سافر في الأعراف والعادات، **الثاني** أيده لكونه تمييزا لأحد وجهي الإنسانية وليس نحو مجموعة، ولأنّ فيه مبدأ الإنصاف بين الزوجين، وكان اجتهاد فرنسا بداية متحفظا عليه حين أجازه في حدود معينة ومعايير مقبولة كالسن أو الظروف الاجتماعية للأفراد أو تمركزهم الجغرافي، ومنع شموله حق الاقتراع أو سائر الحقوق الفردية التي تقوم على أساس الجنس أو الأصل أو العرق أو الدين، ورفضته محكمة العدل الأوروبية قرار 1988/6/30م، ومنعت نظام الحصص في الترقية بتاريخ 1995/10/17م، ثمّ تغيّر اجتهادها فجأة سنة 1997م وناقضت نفسها فسمحت بالتمييز الإيجابي للنساء في مجال التعيين مع نفس الكفاءة؛ شرط أن يكون عدد النساء أقل، وربّما كان اختراع هذا المبدأ المجحف تقف وراءه أياد لا تحب الخير للبشر لأنه يخالف الفطرة، ولأن فيه ظلم شديد ومحاباة تفتح المجال واسعا للتمييز الجنسي والعرقي والديني والطائفي، فقد تعمد مجموعة من البشر إلى استغلال ظلم وقع عليها فتطالب به بحجة تكفير ما وقع مثل قانون محاربة السامية والهولوكست.[1]

* **المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الجزائر:** حاولت تكريس المساواة في تشريعاتها عن طريق القانون الأسمى المواد **(2/29 و31)** دستور 1963م والمادة 39 دستور 1976م، ودستزر 1989م و1996م و2016م، وكلّها تضمنت التساوي في الحقوق والقانون وتقلد الوظائف وممارسة الحقوق والتعليم والتكوين والتقاضي، والواجبات من ضرائب والتزام بالقانون، في المادة 2/131: "لا يجوز التفريق بين المتقاضين بسبب الدين أو جنس أو اللون أو العرق"، وهو مطلوب شرعا وفقها وقانونا وعقلا، ووقّعت الجزائر على اتفاقية "سيداو" المنحازة بشكل فاضح للمرأة، والتي كرّست التمييز الإيجابي ومعاداة الشريعة، وفيها دعوة للانحلال وتفكيك الأسرة بحجة الحرية والمساواة، ما أدى بالحكومة إلى التحفظ على بعض المواد: **(2، 2/9، 4/15، 16)** لمخالفتها لقانون الأسرة، ففي المادة 2/و: "جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة"، والمادة 2/9: "تمنح الدول المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها"، بسببها عُدّل قانون الجنسية **(2005م)** في المادة 6: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"، وفي المادة 4/15 سيداو: "تمنح الدول الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم"، والمادة 16 خطيرة لأنها فرضت المساواة في الزواج والولي والطلاق وحق الأم العازبة والنسل، ومنع القوامة وزواج القصر

[1] أعمر يحياوي المساواة ص. 119 وقالية عبد القادر المساواة ص. 18

وتحديد أدنى سن للزواج وغيرها من الطامات، ورغم بعض إيجابياتها إلا أنّ سلبياتها كثيرة، أهمّها فرض الفكر الغربي على باقي الشعوب، ومنع الطلاق إلا بالقضاء وتمتع الزوجين بذات الحقوق، وقد تأثر المشرع العربي بالعولمة التي فرضت قِيَمها فصادق عليها، ولم تصادق أمريكا وإيران والفاتيكان والسودان والصومال، وصادقت الجزائر بالأمر **3/96 (1996/1/10م)** بتحفظات، ثم ما لبثت دول العرب أن سحبت تحفظاتها تدريجيا دون ضجة؛ للظهور بمظهر التنويري.[1]

المبحث السادس: دار الإسلام والحرب والعهد والذمة والأمان والأقليات

تمهيد البحث في الطلاق المختلط الديني يوجب توضيح معنى دار الإسلام والحرب والعهد والذمة والأمان والأقليات وانتقال المسلم إلى غير دياره:

المطلب الأول: دار الإسلام والحرب والعهد

المطلب الثاني: أهل الذمة

المطلب الثالث: أحكام الأقليات والانتقال إلى ديار غير مسلمة

المطلب الأول: دار الإسلام والحرب والعهد

بين يدي المطلب وضع فقهاؤنا مصطلحات في القانون الدولي العام بحسب عُرفهم، تضمنت مفاهيم تتعلق بالعلاقات بين الدول، ودولة الإسلام والأجانب المقيمين، وهي مفاهيم وأحكام ارتبطت بنظرة وفق عصرهم للجنسية أحد أهم أبواب الدولي الخاص وأحد ركني الزواج المختلط القانوني، وتُعْرَف هذه العلاقات بعلم السير جمع سيرة، يُبحث فيه عن سِيرَةَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَةِ مَعَ الْمُشْرِكِينَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْب وَمَعَ أَهْلِ الْعَهْدِ والْمُسْتَأْمَنِينَ والذِّمَّةِ وَالْمُرْتَدِّينَ،[2] في المطلب فروع.

الفرع الأول: دار الإسلام ودار الحرب

الدار لغة المحل الذي يجمع البناء والعرصة والمساحة، وهي اسم لما اشتمل على بيوت ومنازل، أُخذت من دار يدور من كثرة دوران الناس فيه، كقوله **"فَأَصْبَحُوا فِي دَارِهِمْ جَاثِمِينَ" (الأعراف 78)** أي في منازلهم، وجمعه أُدْؤُرٌ وأَدْؤُرٌ وآدُرٌ ودِيارٌ ودِيَارَةٌ ودِيرانٌ ودُورانٌ ودُوراتٌ ودِياراتٌ وأدوارٌ وأدورةٌ،[3] وهي اصطلاحا: "الإقليم المختص بقهر ملك إسلام أو كفر"، لقوله **"وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ"، (الحشر 9)** وأول من أطلق هذا المصطلح خالد بن الوليد في رسالته إلى أهل

---

[1] بوبشير أمقران النظام القضائي ديوان المطبوعات ط 3، 2003م ص. 36 ويحياوي المساواة ص. 139 وقالية المساواة ص. 12 وورولا الحيت قضايا المرأة ص. 39 وبن دحمان حقوق المواطنة دكتوراه جامعة وهران 2013م ص. 42

[2] ألف "محمد بن الحسن الشيباني" كتابا في السير ذكر فيه العلاقات بين دولة الإسلام وغيرها، ينبغي أن يكون مرجعا في العلاقات الدولية، وقد تأسست في ألمانيا جمعية قانونية تهتم بنظرته لأصول العلاقات الدولية، وقد طُبع السير الصغير بتحقيق خدوري دار المتحدة 1975م، وطبع السير الكبير الشركة الشرقية للإعلانات 1971 مع شرح السرخسي، المبسوط السرخسي دار المعرفة 1993م ج. 10 ص. 2 ودراز فكرة تنازع القوانين الحلبي ط 1، 2011م ص. 198

[3] الفيروزآبادي القاموس ج. 1 ص. 393 والراغب المفردات ت الداودي دارالقلم ط 1، 1412 ص. 321

الحيرة،[1] وقيل ينبغي تسميتها بأمة الإجابة أي الاستجابة للدعوة، وتسمية دار الكفر بأمة الدعوة، بمعنى التفكير في دعوتهم لقوله **"سَأُرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ" (الأعراف 145)**، وفي الحديث: "نهى رَسُول الله أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ مَخَافَةَ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ"،[2] والأقرب أنّه تقسيم اجتهادي غير توقيفي حيث اعتمده الرومان من قبل، وانتقد بعدم توضيحه للمركز القانوني للأجانب،[3] وعرّف **الحنفية** دار الإسلام: "الدار التي تظهر فيها أحكام الإسلام، أو الموضع الذي يكون تحت يد المسلمين وعلامة ذلك أن يأمن المسلمون فيه"، **المالكية:** "التي تجري فيها أحكام الإسلام"، **الشافعية:** "التي يسكنها المسلمون وكانت مُلكا لهم، وإن كان فيها أهل الذمة أو فتحها المسلمون وأقروها بيد الكفار، أو كانوا يسكنونها ثم أجلاهم الكفار عنها"، **الحنابلة:** "التي نزلها المسلمون وجرت عليها أحكام الإسلام"،[4] وتبرزُ ثلاث اتجاهات حول ضبطها: **الأول** اسم للموضع الكائن تحت يد المسلمين ويأمنوا فيه، **الثاني** كلّ ما دخل من البلدان في محيط سلطان الإسلام وأقيمت فيه شعائره، **الثالث** كل دار تجري عليها أحكام الإسلام سواء سكنها مسلمون أو غيرهم، ولهذا الاختلاف آثارٌ ليس هذا موضع تفصيلها، والعامل المشترك بينها ظهور الشعائر وحرية العبادة وهو تعليل في غاية الإشكال؛ بحكم أن الدول الغير إسلامية في أيامنا تسمح للمسلمين بإقامة شعائرهم بكلّ حرية، ولو قلنا أن المناط هو الحكم بشرع الله وإقامة الحدود لكان مشكلا؛ لأن أكثر دولنا اليوم لا تُحكّم شرع الله إلا في المجال الشخصي، وفرارا منهما نضبط التعريف بكون سكانها غالبيتهم من المسلمين ويحكمها مسلم، وقد رأى أبو حنيفة التقييد بقوة القهر والأمان وهو قيد يرفع الإشكالين؛ لأن الدول الإسلامية اليوم تبقى دار إسلام مادام القهر للمسلمين، من هنا اشتُرط جريان أحكام الإسلام وأمان المسلمين وتوفّر القوة والمنعة وإقامة الشعائر بكل حرية، فيكون أساسها ثلاثة أمور: ظهور أحكام الإسلام وعليه يتنزل قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية، ووجود الأمن والأمان للمسلم وعليه يتنزل كلام أبي حنيفة، وسكن المسلمين فيها وإن غلب عليها غيرهم أو كانت سكن لأهل الذمة وعليه يتنزل قول الجمهور.[5]

---

[1] رواه أبو يوسف في الخراج ت عبد الرءوف سعد طبعة المكتبة الأزهرية للتراث مصر ص. 157

[2] رواه البخاري باب السفر بالمصاحف برقم 2990

[3] ابن عابدين 166/4 وخالد عبد القادر فقه الأقليات الأوقاف القطرية ط 1، 1998م ص. 35 والرافعي الأحوال ص. 20 والشحود العلاقات الدولية طبعة 1، 2012 ص. 95 والزحيلي آثار الحرب ص.193

[4] السرخسي المبسوط 62/10 والكاساني البدائع 130/7 وابن رشد المقدمات الممهدات ت حجي دار الغلاب ط 1، 1988 153/2 وحاشية الدسوقي دار الفكر 188/2 والبُجَيرمي التجريد دار الحلبي مصر 1950م 322/4 وابن حجر الهيثمي تحفة المحتاج المكتبة التجارية 1983م ج. 9 ص. 269 وابن القيم أحكام أهل الذمة ت البكري والعاروري طبعة رمادى الدمام ط 1، 1997 ج. 2 ص. 727 وأبو يعلى المعتمد في أصول الدين ت وديع زيدان حداد دار المشرق بيروت 1974 ص. 276

[5] الرافعي الأحوال ص. 43 ودراز فكرة التنازع ص. 181 وصبحي عثمان أحكام الجنسية ماجستير النجاح الفلسطينية 2011م ص. 21 والقصبي الأصول الإسلامية للدولي الخاص مجلة الشريعة والقانون إمارات ع 5 سنة 1991م ص.428 وبن دحمان حقوق المواطنة ص. 172 وخلاف السياسة الشرعية دار السلفية 1350 ص. 70 وأبو زهرة العلاقات الدولية ص. 56 والشحود العلاقات الدولية ص. 110 وزيدان المفصل 259/11 وعبد العزيز الأحمدي اختلاف الدارين دكتوراه جامعة المدينة 2004م 121/1 ورواس قلعجي وحامد صادق

*** دار الحرب Enemy territory**

أُطلقت عليها هذه التسمية الشديدة؛ لأنّ الدول حينها كانت تُكنّ عداءً للمسلمين بسبب المبادئ التي جاء بها الدين الجديد، تُعرّف بأنها الدار التي يغلب عليها الكُفر ولا تجري عليها أحكام الإسلام، ولا يأمن من فيها وشوكتها للكفار ولا ولاية للمسلمين عليها، أو كلُّ بقعةٍ تعلوها أحكامُ الكفر والغلبةُ والكلمةُ للكافرين وإن كان أكثر سكانها من المسلمين، أو كلّ دار لا تُطبق فيها أحكام الإسلام لوجودها خارج نطاق سيادته، اشترط لها أبو حنيفة ثلاثة شروط نراها دقيقة: أَنْ تَكُونَ مُتَاخِمَةً أَرْضَ التُّرْكِ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَرْضِ الْحَرْبِ دَارٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَأَنْ لَا يَبْقَى فِيهَا مُسْلِمٌ آمِنٌ بِإِيمَانِهِ وَلَا ذِمِّيٌّ آمِنٌ بِأَمَانِهِ، وَأَنْ يُظْهِرُوا أَحْكَامَ الشِّرْكِ فِيهَا، وأشكل إطلاق لفظ الحرب عليها دون حرب لهذا اشتُرط أن يكون بينها وبين المسلمين حرب قائمة أو متوقعة، وألا يكون هناك صلح وأن يكون لها موقف عدائي، ويجري عليها أحكام الكفر ولا يترك فيها للشعائر مجال، وهي قيود وجيهة؛ لأن مجرد غلبة الكفر غير كاف، فقد تكون مسالمة لا حرب فيها ولا عدوان على المسلمين، تُعرف بدار العهد أو الحياد، فدار الكفر هي التي يظهر فيها غير المسلمين، ولا يكون للمسلمين فيها أمان ولا تدركها سيادة دولة الإسلام، وبينها وبين دار المسلمين حرب قائمة أو متوقعة، فيما اعتبر الجمهور مجرد جريان الكفر كاف للحكم عليها بالحرب، وما ذكره أبوحنيفة أقرب لأنّ الإطلاق فيه نظر والتقسيم الثلاثي أدقّ.[1]

الفرع الثاني: دار العهد والحياد

دار العهد أو الحياد أو الموادعة، الدار المحايدة التي تُحجم هي ورعاياها عن المشاركة في أي عدوان على المسلمين، والحياد موقف تلتزم به الدولة بالامتناع عن الدخول في الحرب القائمة وفق تقديرها لمصالحها، قال ابن عرفة: "المُهَادَنَةُ هِيَ الصُّلْحُ: عَقْدُ الْمُسْلِمِ مَعَ الْحَرْبِيِّ عَلَى الْمُسَالَمَةِ مُدَّةً لَيْسَ هُوَ فِيهَا تَحْتَ حُكْمِ الْإِسْلَامِ"،[2] ذُكرت في قوله **"فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا"** (النساء 90) نَزَلَتْ فِي قَوْمٍ طَلَبُوا الْأَمَانَ لِيَأْمَنُوا عِنْدَ النبي وَعِنْدَ قَوْمِهِم، وقيل في نُعيم ابن مَسْعُودٍ،[3] قال ابن عباس: "كَانَ المُشْرِكُونَ عَلَى مَنْزِلَتَيْنِ، كَانُوا مُشْرِكِي أَهْلِ حَرْبٍ يُقَاتِلُهُمْ، وَمُشْرِكِي أَهْلِ عَهْدٍ لاَ يُقَاتِلُهُمْ وَلاَ يُقَاتِلُونَهُ"،[4] وقال

قنيبي معجم لغة الفقهاء دار النفائس ط 2، 1988 ص. 205 والزحيلي آثار الحرب ص. 169 وزيدان أحكام الذميين والمستأمنين ص. 18 وغرايبة الجنسية ص. 36

[1] السرخسي المبسوط 114/10 والكاساني البدائع 130/7 وزيدان الذميين ص. 20 وأبو زهرة العلاقات ص. 57 وغرايبة الجنسية ص. 34 وصبحي الجنسية ص. 22 والقصبي الأصول الإسلامية للدولي الخاص ص. 432 ومفتاح نظرية الحرب دون طبعة ص. 95 والزحيلي آثار الحرب ص. 170 والشحود العلاقات ص. 110 وزيدان المفصل 259/11 وخلاف السياسة ص. 70 وخالد فقه الأقليات ص. 60 والطيار حقوق غير المسلمين الرياض ط 2، 2006م ص. 19 ودراز التنازع ص. 187

[2] ابن المواق التاج والإكليل شرح مختصر خليل دار الكتب العلمية ط 1، 1994م ج. 4 ص. 603

[3] تفسير القرطبي 311/5 وأبو زهرة العلاقات ص. 83 وضو مفتاح نظرية الحرب ص. 298 وزردومي فقه السياسة ماجستير باتنة 2006م ص.81 وزيدان الذميين ص.51 والزحيلي آثار الحرب ص. 175

[4] رواه البخاري باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن برقم 5286

الشافعي: "لَمْ أَعْلَمْ مُخَالِفًا أَنَّ النبيّ لَمَّا نَزَلَ بِالْمَدِينَةِ وَادَعَ يَهُودَ عَلَى غَيْرِ جِزْيَةٍ"،[1] يُمثّل لها بصلح أهل نجران وبني ضُمرة وبني مدلج وبلاد النوبة، وقبرص والحديبية الذي سماه الله فتحا بقوله **"إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُبِينًا"** (الفتح 1)،[2] وسبب عدم ذكرها أنّهم كانوا يرونها إما جزءا من دار الإسلام أو توابعها أو لندرتها في زمنهم، أو بسبب منع المعاهدة إلا على الجزية والذمة، حين كان الإسلام عزيزا، وتُطلق على ما يكون أكثر ساكنيه من أهل الذمة، يدفعون الجزية ويحظون بحماية الدولة، وهو ما وُجد بكثرة في الصدر الأول ويدخل في دار الإسلام بلا خلاف، وإن أطلق عليها مجازا دار عهد بحكم عهد الذمة، قال الزُّهْرِيُّ: "أَتَى رَسُولَ اللَّهِ السَّيِّدُ وَالْعَاقِبُ وَفْدُ أَهْلِ نَجْرَانِ الْيَمَنِ فَسَأَلاهُ الصُّلْحَ فَصَالَحَهُمَا عَلَى أَلْفَيْ حُلَّةٍ فِي صَفَرٍ وَأَلْفِ حُلَّةٍ فِي رَجَبٍ"،[3] كما تُطلق على مناطق لا تدفع الجزية، وتتعاهد مع دولة الإسلام على الأمان وحسن الجوار وعدم الاعتداء، وتُعتبر المعاهدات بين الدول في عصرنا من هذا القبيل،[4] وقال الشافعي: تُلحق بدار الحرب حُكما؛ غير أنه واجب على المسلمين الالتزام بالعهد ما التزموا به، وقال كثيرون: تكون بهذا الوصف تابعة لدار الإسلام شرط أمان المسلم على دينه، وأنْ يكون في المعاهدة مصلحة لدولة الإسلام، وشذ الحنفية فقالوا تبقى من دار الحرب وتأخذ أحكامها، وهو قول فيه خطورة، فلا يمكن التسوية بين من عاهد على الأمان ومن يحارب المسلمين، فالأرجح تفعيل التقسيم الثلاثي وإعطاء كل دار حقّها.[5]

ورغم الاختلاف في تحديد بعض أحكامها إلا أنّ الكلّ متفقٌ على وجوب الوفاء بالعهد مع من صولح بسبب النصوص الآمرة بذلك، وصحّ أن أبا سفيان دخل المدينة وهي دار إسلام وهو على شركه في فترة العهد ولم يُتعرض له،[6] وأكثر

---

[1] الشافعي الأم دار المعرفة 1990م 222/4 والذخيرة القرافي 112/10 والغرايبة الجنسية ص. 37

[2] النوبة بمصر لقي منها المسلمون دفاعا شرسا فاضطروا لعقد معاهدة على يد ابن أبي السرح أمضاه عثمان، هو صلح مبنيّ على التبادل التجاري قريب بما يقع اليوم بين الدول، فتوح البلدان للبلاذري ص. 234، وأهل قبرص كتب لهم معاوية (29ه) عهدا ليس فيه جزية وهو أمير الجيش في خلافة عثمان، آثار الحرب لوهبة الزحيلي ص. 211 وموادعة بني ضمرة في غزوة ودان ذكرها ابن هشام في السيرة ت السقا ط الحلبي طبعة 2، 1955م 591/1، ووادع النبي بني مدلج قوم سراقة رواه ابن أبي شيبة في المصنف ت الحوت ط الرشد طبعة 1، 1409 برقم 36612 وصلح المُشْرِكِينَ يَوْمَ الْحُدَيْبِيَةِ رواه البخاري برقم 2700

[3] البلاذُري فتوح البلدان ص. 71 وابن الأثير الكامل تحقيق التدمري الكتاب العربي بيروت 1997م 159/2

[4] روى ابن سعد في الكبرى ت عطا الكتب العلمية ط 1، 1990م ج. 2 ص. 5 في وقائع الأبواء: "وادع مخشي الضمري عَلَى أن لا يغزو بني ضمرة ولا يغزوه، ولا يكثروا عَلَيْهِ جمعًا ولا يعينوا عدوًا وكتب بينه وبينهم كتابًا"، وفي فتوح البلدان للبلاذري ص. 160 وقع صلحٌ في خلافة عمر بلا جزية مع الجراجمة حين غزا الجرجومة فلم يقاتله أهلها، ولكنهم بادروا بطلب الأمان والصلح فصالحوه عَلَى أن يكونوا أعوانا للمسلمين وعيونا **وألا يؤخذوا بالجزية"**.

[5] الشافعي الأم 297/4 و112/10 ودراز التنازع ص. 190 والزحيلي آثار الحرب ص. 177 والطيار حقوق غير المسلمين ص. 21 والقصبي الأصول الاسلامية للدولي الخاص ص. 433 وبن دحمان المواطنة ص. 178 وحسوني أبو بكر فقه الأقليات بين التنظير والتطبيق دكتوراه جامعة وهران سنة 2012م ص. 112

[6] ابن هشام السيرة 396/2: "قدم أَبُو سُفْيَانَ الْمَدِينَةَ فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ أُمِّ حَبِيبَةَ فَذَهَبَ لِيَجْلِسَ عَلَى فِرَاشِ النبي فطَوَتْهُ، فَقَالَ مَا أَدْرِي أَرَغِبْتُ بِي عَنْه أَمْ رَغِبْت بِهِ عَنِّي؟ قَالَتْ هُوَ فِرَاشُ رَسُولِ اللَّهِ وَأَنْتَ رَجُلٌ مُشْرِكٌ نَجَسٌ"

الدول الغير مسلمة اليوم ترتبط مع دولنا بمعاهدات يجب الوفاء بها لقوله **"وَأَوْفُوا بِالعَهْدِ إِذَا عَاهَدْتُم"، (النحل 91)** ويُحبّذُ فقهاء العصر إحياء التقسيم الثلاثي بسبب ظهور منظمة الأمم وغلبة السلم العالمي، وعليه تكون دار الحياد هي كل دولة تلتزم بالسلم والأمان مع الدولة الإسلامية وإنْ لم تدفع الجزية، وهي قضية اجتهادية بدليل تغاير المفهوم من واقع لآخر، وخالف وهبة الزحيلي والقرضاوي وعبد الوهاب خلاف فردّوا التقسيم مطلقا؛ لأنه لم يرد به كتاب أو سنة، ولأنّه تعبير عن حالة من الحرب وجدت ثم زالت؛ فيجب الاجتهاد في إيجاد وصف يناسب عصرنا، خاصة أنّ الكثير من أحكام الإقامة في بلاد غير الإسلام في حاجة إلى إعادة نظر بسبب المتغيّرات الجغرافية والسياسية والثقافية، وأكثرها مبنيّ على العرف وجلب المصالح ودرء المفاسد، والمسلمون اليوم يعيشون بكثرة في دار الحياد يمارسون شعائرهم بكل حرية قد يكون وجودهم فيها أكثر نفعا للإسلام، قال ابن حزم: "كان الزُّهْرِيَّ عَازِمًا عَلَى أَنَّهُ إنْ مَاتَ هِشَامُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ لَحِقَ بِأَرْضِ الرُّومِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيدَ بْنَ يَزِيدَ كَانَ نَذَرَ دَمَهُ إنْ قَدَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ كَانَ الْوَالِي بَعْدَ هِشَامٍ فَمَنْ كَانَ هَكَذَا فَهُوَ مَعْذُورٌ"،[1] والدول اليوم لا تولي أهمية للعقيدة في منح الجنسية إلا تبعا، وتُعتبر الدولة مجموعة من الأفراد يقيمون في إقليم مُعيّن تسيطر عليهم هيئة حاكمة ذات سيادة ولا دخل للعقيدة وأركانها: الأفراد والإقليم والسلطة الحاكمة.[2]

الفرع الثالث: ثمرة تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار كفر وحياد

ينتج عن التقسيم الثلاثي للعالم أحكام ومبادئ وآثار لا يمكن حصرها في هذا المقام، لهذا نذكر ما له صلة بالقانون الدولي الخاص وانحلال الزواج المختلط، **منها** اعتراف الشريعة بوجود دول أخرى لها سيادة على بلادها وديارها، ليس الإسلام فيها هو صاحب الحكم والمنعة، والاعتراف الضمني بحق السيادة الإقليمية والقانونية لكل دولة على إقليمها، قال سَحْنُونُ بْنُ سَعِيدٍ قُلْتُ لِابْنِ الْقَاسِمِ: "هَلْ كَانَ مَالِكٌ يَكْرَهُ أَنْ يَتَّجِرَ الرَّجُلُ إلَى أَرْضِ الْحَرْبِ؟ قَالَ نَعَمْ كَانَ يَكْرَهُهُ كَرَاهِيَةً شَدِيدَةً، يَقُولُ "لَا يَخْرُجُ إلَى بِلَادِهِمْ حَيْثُ تَجْرِي أَحْكَامُ الشِّرْكِ عَلَيْهِ"،[3] و**منها** القول الشاذ بأن دول الإسلام التي لا تطبق الشرع هي ديار كفرية، حيث وقع في هذا الشذوذ جماعات التكفير، يُجاب بأن تعريف دار الإسلام اجتهادي غير منصوص عليه، وقع بحسب عرف سابق حين لم يكن الفقهاء يتصورون بلدا مسلما لا يُطبّق شرع الله، وكان أبو حنيفة بحكم احتكاكه في العراق بحضارات غير مسلمة يزيد قيودا للحكم على دار بأنها دار كفر، وقد حرصنا على ذكر ذلك؛ لأنّ التكفيريين يتخذون التقسيم ذريعة لاستحلال الدماء والفروج وترك الجمعة والجماعات.[4]

---

[1] ابن حزم المحلى بالآثار طبعة دار الفكر بيروت ج. 12 ص. 125

[2] علي الطيار حقوق غير المسلمين ص. 31 وفلة زردومي فقه السياسة الشرعية ص. 84

[3] سحنون المدونة الكبرى دار الكتب العلمية ط 1، 1994م ج. 3 ص. 294

[4] توبولياك الأحكام السياسية للأقليات دار النفائس طبعة 1، 1997 ص. 21 ودراز تنازع القوانين ص.196

ومن آثاره قول أبي حنيفة وابن الحسن بجواز تعامل المسلم بالربا مع الكافر في دار الحرب خلافا للجمهور، وأن المسلم لو ارتكب فيها ما يوجب الحدّ كالقتل والزنا لم يُقم عليه الحد عند الحنفية خلافا للجمهور، وقال الحنفية خلافا للجمهور بالتفريق بين الزوجين بسبب اختلاف الدار، ومذهب الجمهور أنّ المسلم لو غصب شيئا في دار الحرب ضمنه خلافا للحنفية، وقد وضع الشافعيُّ في كتابه الأم بابا يؤصل فيه قاعدة عدم تغيّر الأحكام بتغيّر الدار،[1] **ومنها مسألة**: إذا استولى الكفار على دار الإسلام كما وقع حين استولى الاستعمار على ديار المسلمين في القرنين الماضيين، هل تصير البلاد بهذا الاستيلاء دارا للكفر أم تبقى دار إسلام؟ يُجاب بأنها تبقى دارا للإسلام، ولم يقل أحد بسقوط الشعائر من جُمع وجماعات الصلوات إبان الاستعمار، وهو ما أفتى به الفقيه "الأسبيجاني" الحنفي في القرن 7 هجري حين استولى التتار على بلاد الإسلام؛ محتجا بأن دار الإسلام غير متصلة بدار الحرب على مذهب أبي حنيفة، وأن كثيرا من أحكام الإسلام بقيت جارية كالقضاء بالشرع وبأن بقاء شيء من العلة يُبقى حكمها، وهي نظرة ثاقبة منه حين جعل شعيرة القضاء كافية للحكم على الدار بالإسلام، وهذا هو حال أكثر ديارنا اليوم التي تتحاكم إلى الشريعة في المجال الشخصي ومبادئها في المعاملات، وهو وإن كان فيه نقص كبير غير أن فيه حفظ للأمة من الانسلاخ عن دينها ونهج نبيها، وفيه ردّ على دعاة التكفير الذين يرون أن دولنا صارت دارا للكفر فأعلنوا ردة المسلمين، وهو مذهب باطل بطلانا صريحا يؤدي الأخذ به إلى جلب الويلات على الأمة.[2]

مسألة: هل الأصل في العلاقة بين المسلمين وغيرهم الحرب أم السلم؟

جمهور القدماء وبعض المعاصرين: الأصل هو الحرب والسلم استثناء، وأكثر المعاصرين وبعض الحنفية والشافعية: الأصل هو السلم والحرب استثناء.[3]

*** دليل من قال الأصل هو الحرب** قوله **"وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونُ الدِّينُ لِلَّهِ" (البقرة 193)**، والفتنة هنا تعني الشرك أي قاتلوهم حتى يزول الشرك، جوابه: عدم التسليم بأنها الشرك بل الحرب والاعتداء بدليل قوله **"فَإِنْ انْتَهَوْا"** ولم يقل فإن أسلموا أو دفعوا الجزية،[4] واستدلوا بحديث: "أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ... فَإِذَا فَعَلُوا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ"،[5] وليس فيه دلالة على المقصود؛ لأنه جاء لبيان القصد من القتال وأنه على الإسلام لا الانتقام،

---

[1] الشافعي الأم ج.7 ص. 375 ويسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 220 وخالد عبد القادر فقه الأقليات ص. 36 وسالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية ص. 83 ووهبة الزحيلي آثار الحرب ص. 185

[2] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين والمستأمنين ص. 21

[3] الشربيني مغني المحتاج 9/6 والبابرتي العناية شرح الهداية دار الفكر 441/5 وابن عبد البر الكافي تحقيق ولد ماديك طبعة الرياض الحديثة ط 2، 1980م 466/1 والشحود العلاقات الدولية ص.228 والزحيلي آثار الحرب ص.130 وأبو زهرة العلاقات الدولية ص.50 وضو مفتاح نظرية الحرب ص.79 والطريقي التعامل مع غير المسلمين ط الفضيلة مصر ط 1، 2007م ص.108

[4] تفسير القرطبي ج. 2 ص. 353 وعلي بن نايف الشحود العلاقات الدولية ص. 2

[5] رواه البخاري كتاب الإيمان رقم 25 ج. 1 ص. 14 ومسلم كتاب الإيمان برقم 22 ج. 1 ص. 53

وليس فيه وجوب مقاتلة غير المسلمين بدليل عدم مقاتلة أهل الجزية والمعاهدين رغم عدم إسلامهم، فيكون من العام الذي يراد به الخصوص كما قال ابن حجر في الفتح؛ أي يجب قتال كل من لم يتشهد شهادة الحق ولم يصل ولم يزك ولم يدفع الجزية ولم يكن من المعاهدين واعتدى على المسلمين أو منعهم من نشر دينهم الحق بهذا ينتظم معناه مع قواعد الشريعة، وبذلك يُردّ على شبهة إكراه الناس على الإسلام بالقتال قال ابن دقيق العيد: "لَا يَلْزَمُ مِنْ إبَاحَةِ الْمُقَاتَلَةِ إبَاحَةُ الْقَتْلِ؛ لِأَن الْمُقَاتلَة مفاعله تَسْتَلْزِم وَقع الْقِتَالِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَلَا كَذَلِكَ الْقَتْلُ، وَقال الشَّافِعِيُّ: "لَيْسَ الْقِتَالُ من الْقَتْل بسبيل فقد يَحِلُّ قِتَالُ الرَّجُلِ وَلَا يَحِلُّ قَتْلُهُ"،[1] واستدلوا بأنّ الله أمر نبيه بأن يقاتل غير المسلمين بإطلاق ولم يربطه باعتداء ونهاه عن اتخاذ غير المسلمين أولياء وهو كثير، والقاعدة أنه من دُعي إلى الإسلام بوجه صحيح فليس له عذر في البقاء على الكفر فإما الإسلام أو الجزية أو الحرب، ويجب تأسيس السياسة الخارجية للدولة الإسلام على الجهاد والحرب إلا استثناء لمعاهدة، يجاب بأن القتال مشروع لدفع العدوان أو الوقاية منه أو درء المنع عن الإسلام، أما غير ذلك فليس معه إلا الدعوة أو الدخول في الأمان أو المعاهدة على السلم وعدم الخذلان.[2]

* **دليل من قال الأصل هو السلم:** على الدولة المسلمة إعداد الدعاة وتأهيلهم وبثّهم في ديار الكفر للدعوة ولا تجوز البداية بالحرب إلا عند الاعتداء، فالحرب أداة لإزالة الطاغوت الذي يمنع الدعوة أو يعتدي على الأمة لقوله **"وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا"** **(البقرة 190)** قالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَمُجَاهِدٌ: "هي مُحْكَمَةٌ غير منسوخة" أَيْ قَاتِلُوا الَّذِينَ هُمْ بِحَالَةِ مَنْ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا فِي قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ وَالرُّهْبَانِ وَشَبَهِهِم"،[3] ولقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"** **(البقرة 256)** وقوله **"وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا"** **(الأنفال 61)**، وكلها تدل على وجوب قتال من قاتل، وتواتر أن النبيّ مكث بمكة قبل الفتح 13 سنة في بيئة شركية معادية فأُمر هو وأصحابه بالصبر وكف اليد، كما في قوله **"أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أَيْدِيَكُمْ"** **(النساء 77)**، قال ابن كثير: "كَانُوا مَأْمُورِينَ بِالصَّفْحِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْمُشْرِكِينَ وَالصَّبْرِ إِلَى حِينٍ، وَكَانُوا يَتَحَرَّقُونَ وَيَوَدُّونَ لَوْ أُمِرُوا بِالْقِتَالِ لِيَشْتَفُوا مِنْ أَعْدَائِهِمْ، وَلَمْ يَكُنِ الْحَالُ إِذْ ذَاكَ مُنَاسِبًا لِأَسْبَابٍ"،[4] ونفس الأمر بعد الهجرة حين عاهد اليهود على حسن الجوار ولم يبدأهم بقتال؛ حتى اعتدوا فقاتلهم بالحق وأجلاهم ولم يطلب منهم لا جزية ولا مال إلا الوفاء بالعهد لقوله **"وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ"** **(العنكبوت 46)**، قال الرازي: "لا تجادلوهم بالسيف وإن لم يؤمنوا إلا إذا ظلموا وحاربوا"،[5] يؤيده ماجاء في السنة من تحريم قتال وقتل غير المقاتلين

---

[1] ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري دار المعرفة بيروت سنة 1379 ه ج. 1 ص. 76
[2] عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية ص. 70 وعبد الله الطريقي التعامل مع غير المسلمين ص. 111
[3] تفسير القرطبي ج. 2 ص. 348 وخالد محمد عبد القادر فقه الأقليات ص. 50
[4] تفسير ابن كثير ج. 2 ص. 359
[5] تفسير الرازي مفاتيح الغيب دار الكتب العلمية سنة 2000م ج. 25 ص. 66

من النساء والأطفال والشيوخ والرهبان والعمال، وهو ظاهر الدلالة على أن القتال إنما أمر به لأجل دفع الظلم والاعتداء، قال ابْنُ عُمَرَ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ"،[1] وعن حنظلة أنّه خَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللهِ فَمَروا عَلَى امْرَأَةٍ مَقْتُولَةٍ فَقَالَ: "مَا كَانَتْ هَذِهِ لِتُقَاتِل لَا تَقْتُلُوا ذُرِّيَّةً وَلَا عَسِيفًا" والعسيف الأجير،[2] وقَالَ النبيّ: "لاَ تَقْتُلُوا شَيْخًا فَانِيًا وَلاَ طِفْلاً صَغِيرًا وَلاَ امْرَأَةً"،[3] يُستفاد منها حرمة التعرّض لغير المقاتلة ولو كانوا غير مسلمين، وبهذا تكون العلاقة بين المسلمين وغيرهم مبنية على السلم لا الحرب،[4] فالأصل بناؤها على السلم والأمان إلا إذا طرأت الحرب، وهو نفس ما تُبنى عليه سياسة الدول المعاصرة ومنظمة الأمم المتحدة؛ لأن الإسلام يجنح للسلم لا الحرب، وأكثر نصوص القتال في الكتاب والسنة جاءت معلّلة بالأسباب التي أدت إليه كقوله **"أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا" (الحج 39)**، والقهر ليس من أساليب الدعوة الصحيحة لقوله **"ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ"، (النحل 125)** ومن قال الأصل هو الحرب إنّما بنى كلامه على الواقع وليس النصوص؛ لأنّ واقع النبي كان يضطره إلى الجهاد والقتال،[5] وصرّح بعض الحنفية أَنَّ سَبَبَ الْقَتْلِ الْمُبِيحَ لِلْقِتَالِ هِيَ الحرابة لقَوْلِهِ **"وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ" (البقرة 190)**، ونصّ الشافعية أَنّ وُجُوب الْجِهَادِ إنّما هو من قبيل وُجُوبُ الْوَسَائِلِ لَا الْمَقَاصِدِ؛ إذ الْمَقْصُودُ بِالْقِتَالِ إنَّمَا هُوَ الْهِدَايَةُ وَمَا سِوَاهَا مِنْ الشَّهَادَةِ، وَأَمَّا قَتْلُ الْكُفَّارِ فَلَيْسَ بِمَقْصُودٍ حَتَّى لَوْ أَمْكَنَ الْهِدَايَةِ بِإِقَامَةِ الدَّلِيلِ بِغَيْرِ جِهَادٍ كَانَ أَوْلَى مِنْ الْجِهَادِ،[6] وفي أيامنا يُدرّسُ فقهاء القانون العلاقة بين الدول في فرع القانون الدولي العام الخارجي، فيذكرون القواعد التي تحكم نشوء الدولة وتنظيم العلاقات وتحديد الحقوق والواجبات وقت السلم وتُسمى "قواعد السلم"، والقواعد التي تحكم العلاقات وقت الحرب "قواعد الحرب"، وبعضها يُنظم حالات الحياد "قواعد الحياد"، وفيها أن الحالات التي يشرع معها الجهاد والحرب هي دفع عدوان المعتدين، والحرب الوقائية في محاربة من يمنع الدعوة إلى الله ودينه، والحرب لنصرة المظلوم سواء كان فردا أم جماعة.[7]

ويتفرع عنها قضية **مناط الأمر بالجهاد هل هو العدوان والحرابة أم مجرد الكفر؟** مذهب الجمهور أنه العدوان، وقال الشافعية وبعض الحنابلة: مجرد الكفر، دليل الجمهور النصوص التي تمنع قتال غير المقاتلة، وقوله **"حَتّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ" (التوبة 29)** الدال على القصد من القتال أي عقد الذمة، وما صحّ من إنزال بني قريظة على حكم سعد ولو كان الكفر هو المناط والقتل هو الجزاء ما أنزلهم على حكمه،

---

[1] رواه البخاري باب قتل النساء في الحرب برقم 3015 ومسلم باب تحريم قتل النساء برقم 1744
[2] مسند أحمد 15992 وأبو عبيد غريب الحديث تح محمد شرف مطابع أميرية ط1، 1984م ص. 202
[3] رواه ابن أبي شيبة برقم 33118
[4] رمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص. 214
[5] أبو زهرة العلاقات ص.54 وخلاف السياسة ص.76 والطريقي التعامل مع غير المسلمين ص.114
[6] الشربيني مغني المحتاج ج. 6 ص. 9 وعلي الشحود العلاقات الدولية ص. 228
[7] غالب الداودي المدخل ص. 41 ووهبة الزحيلي آثار الحرب ص. 93

وقوله **"وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا"** (البقرة 190)، قيل أنها منسوخة والأرجح أنها محكمة لأن الآيات تقويها، ودليل الآخرين عموم الأمر بالقتال في آية السيف **"فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ"** (التوبة 5)، يُجاب بأنّها من العام المخصوص وإعمال الأدلة أولى من إهمال بعضها ولا يُلجأ إلى النسخ إلا بدليل.[1]

الترجيح الذي يترجح هو القول بأن أصل العلاقة بين دولة الإسلام وغيرها من الدول هو السلم، وأنّ القتال والحرب استثناء، وأن علة الجهاد هي دفع الصائل وردّ العدوان.

المطلب الثاني: أهل الذمة والأمان

الذّمةُ بكسر الذال العهدُ والعقدُ والكفالةُ والضمانُ والأمانُ والحقّ والحرمةُ، يُعرف المعنى من السياق، وردت في القرآن بمعنى العهد في قوله **"لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً"** (التوبة 10)، وفي الحديث بمعنى الأمان: "يسعى بذمتهم أدناهم"،[2] وهي ليست من الذم بل من العهد، وفيها دلالة على منتهى الأدب والتقدير، وهي في عُرف القانون مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من التزامات، وهو منتقد بالجنين الذي ليس عليه شيء وله ذمة، ولا يشمل إلا الذمة المالية فهو غير جامع،[3] أمّا أهلُ الذمة في الاصطلاح: فكلّ من عاهد المسلمين على أن يجري عليهم حكم الله ورسوله، وأنْ يقيم في المجتمع الذي يحكمه حكم الله ورسوله،[4] وفي عقد الذمّة إقرار بعض الكفار على كفره شرط بذل الجزية والتزام أحكام الملة، وفيه معاهدة سلم دائمة مع غير المسلمين للاستيطان في دار الإسلام، والعيش فيها مقابل دفع الجزية التي تثبت لهم عصمة المال والنفس والعرض.[5]

* **مشروعيته** أجمعوا على مشروعية منح الذمة لغير المسلمين لقوله **"حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ"** (التوبة 29)، ولحديث: "إِذَا حَاصَرْتَ أَهْلَ حِصْنٍ فَأَرَادُوكَ أَنْ تَجْعَلَ لَهُمْ ذِمَّةَ اللهِ وَذِمَّةَ نَبِيِّهِ،... وَلَكِنِ اجْعَلْ لَهُمْ ذِمَّتَكَ وَذِمَّةَ أَصْحَابِكَ"،[6] وحديث المغيرة موقوفا: "فَبَيْنَا نَحْنُ كَذَلِكَ إِذْ بَعَثَ الله إِلَيْنَا نَبِيًّا مِنْ أَنْفُسِنَا نَعْرِفُ أَبَاهُ وَأُمَّهُ؛ فَأَمَرَنَا أَنْ نُقَاتِلَكُمْ حَتَّى تَعْبُدُوا اللَّهَ وَحْدَهُ أَوْ تُؤَدُّوا الْجِزْيَةَ"،[7] وكتاب

---

[1] الزحيلي الحرب ص. 106 وابن تيمية الصارم المسلول محي الدين عبد الحميد ط. الحرس ص.282

[2] رواه أحمد برقم 959 وابن ماجه تحقيق فؤاد عبد الباقي طبعة الحلبي باب المسلمون تتكافأ دماؤهم برقم 2683 وأبو داود باب في السرية ترد على أهل العسكر برقم 2751 وسنده صحيح

[3] الزلمي إيضاح الفوائد ص. 180 والعايد حقوق غير المسلمين ص. 9 والطيار حقوق غير المسلمين ص. 41 والأحمدي اختلاف الدارين 139/1 ودراز فكرة تنازع القوانين ص. 219 وزيدان الذميين ص. 22

[4] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 874

[5] البهوتي كشاف القناع 116/3 والكاساني البدائع 71/7 والطيار حقوق غير المسلمين ص.44 والأحمدي اختلاف الدارين 140/1 وغرايبة الجنسية ص. 52 ودراز فكرة التنازع ص. 219 وعمارة معركة المصطلحات ص. 115 والطاهر بن أحمد حماية
الأقليات ص. 25 ورنا صبحي أحكام الجنسية والمواطنة ص. 29

[6] رواه مسلم باب تأمير الأمراء على البعوث برقم 1731

[7] رواه البخاري باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب برقم 3159

عمر للنصارى من أهل فلسطين.[1]

* **حرمة أهل الذمة** أُقّرت لهم حقوقٌ كحفظ النفس والمال والعرض لحديث: "مَنْ ظَلَمَ مُعَاهِدًا أَوِ انْتَقَصَهُ أَوْ كَلَّفَهُ فَوْقَ طَاقَتِهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ فَأَنَا حَجِيجُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"،[2] وحديث: "من قتل نفسا معاهدا له ذمة الله ورسوله فقد أخفر بذمة الله فلا يرح رائحة الجنة وإن ريحها ليوجد من مسيرة سبعين خريفا"،[3] وحديث: "مَنْ قَتَلَ مُعَاهَدًا فِي غَيْرِ كُنْهِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ"،[4] وحديث: "مَنْ قَتَلَ مُعَاهَدًا لَمْ يَرِحْ رَائِحَةَ الجَنَّةِ وَإِنَّ رِيحَهَا تُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ أَرْبَعِينَ عَامًا".[5]

* **حكمة العقد** لا يُراد به أخذ الأموال والاحتقار، وإنما اتصال المسلمين بغيرهم ودعوتهم إلى الدين بالأخلاق وحسن المعاملة، ومنح فرصة التعرف على الدين بغية الهداية.[6]

* **حقوق أهل الذمة** حرص المسلمون على حمايتمهم ومعاملتهم بالحسنى، فقد ذكرت المصادر أمثلة رائعة كرسالة الأوزاعي إلى الوالي العباسي صالح بن علي حين حاول ترحيلهم، فيها: "فإنهم ليسوا بعبيد فتكونوا من تحويلهم إلى بلد في سعة ولكنهم أحرار أهل ذمة"،[7] وتجلّى ذلك في مجال الحقوق الأساسية؛ أين كان أهل الذمة يستوطنون المجتمعات المسلمة ويحوزون مجمل الحقوق، سواء في الجانب الشخصي كضمان الحركة والفكر والإقامة والتنقل أو من جانب حرية العقيدة وإقامة الشعائر،[8] أو في التملك والتجارة قال الكاساني: "يُتْرَكُونَ أَنْ يَسْكُنُوا فِي أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ يَبِيعُونَ وَيَشْتَرُونَ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ شُرِعَ لِيَكُونَ وَسِيلَةً لَهُمْ إلَى الْإِسْلَامِ وَتَمْكِينُهُمْ مِنْ الْمُقَامِ فِي أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَبْلَغُ إلَى الْمَقْصُودِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةُ الْمُسْلِمِينَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ"،[9] ومُنحوا حق الأمان وعدم الافتتان في الدين وحرمة الدم حين كتب رسول الله لأهل نجران: "لا يُفتن أسقف من أسقفيته ولا راهب من رهبانيته "،[10] وكتب لأهل اليمن: "مَنْ كَانَ عَلَى يَهُودِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ فَإِنَّهُ لَا يُفْتَنُ عَنْهَا"،[11] وأوصى أبو بكر أميره: "سوف تمرون بأقوام فرغوا أنفسهم في الصوامع فدعوهم"،[12] وأوصى بهم عُمَرُ عِنْدَ وَفَاتِهِ خيْرا: "أُوصِي الْخَلِيفَةَ مِنْ بَعْدِي بِذِمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ أَنْ

---

[1] رواه الطبري في تاريخه ج. 3 ص. 609 وقد ذكرنا الكتاب كاملا ص. 25 من هذه الرسالة
[2] رواه أبو داود باب في تعشير أهل الذمة برقم 3052 وإسناده صحيح
[3] رواه الترمذي برقم 1403 وصححه الألباني في صحيح الترمذي مركز نور الإسكندرية ج. 3 ص. 403
[4] رواه أحمد برقم 20377 قال الأرنؤوط: ج. 34 ص. 12 "إسناده صحيح".
[5] رواه البخاري باب إثم من قتل معاهدا بغير جرم برقم 3166
[6] الكاساني البدائع 111/7 وراجع عكاشة حرية التنقل والإقامة دكتوراه جامعة وهران 2013م ص. 42
[7] رواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال برقم 467 ص. 220
[8] يوسف القرضاوي غير المسلمين في المجتمع الاسلامي ص. 5 وضو مفتاح نظرية الحرب ص. 378
[9] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 113
[10] أخرجه البلاذري في فتوح البلدان ص. 72
[11] أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال برقم 66 ص. 35
[12] الطبري تاريخ الرسل والملوك ج. 3 ص. 227

يُوَفِّيَ لَهُمْ بِعَهْدِهِمْ وَأَنْ يُقَاتِلَ مِنْ وَرَائِهِمْ وَلا يُكَلَّفُوا فَوْقَ طَاقَتِهِمْ"،[1] وأُتيَ علي بن أبي طالب بمسلم قَتَلَ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وقَامَتْ الْبَيِّنَةُ فَأَمَرَ بِقَتْلِهِ، فَقال أَخُوهُ عَفَوْتُ، قَالَ: "لَعَلَّهُمْ هَدَّدُوكَ"، قَالَ :لَا وَلَكِنْ قَتْلُهُ لَا يَرُدُّه وَعَوَّضُونِي"، قَالَ:"أَنْتَ أَعْلَمُ مَنْ كَانَ لَهُ ذِمَّتُنَا فَدَمُهُ كَدَمِنَا وَدِيَتُهُ كَدِيَتِنَا".[2]

وفي مجال العدل والقضاء روت لنا دواوين السنة نماذج رائعة مما كان يتمتع به أهل الذمة من عدل وإنصاف وحرية تقاضي، حتى أنّ القرآن الكريم نص عليه بقوله "**فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ**" **(المائدة 42)**، وقوله "**لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُم أَنْ تَبَرّوهُم وَتُقْسِطُوا إِلَيهِمْ**" **(الممتحنة 8)**، ووقعت خصومة بين ابنٍ لعمرو بن العاص وهو أمير مصر وبين شاب من أهل الذمة، فلما رُفعت القضية أمام القضاء العالي بالمدينة حكم فيها الخليفة بوجوب إنصاف القبطي،[3] وقال أَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ: "يُسَوي القاضي بين الخصمين وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذِمِّيًّا فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ الْمُسْلِمُ وَهُوَ الطَّالِبُ؛ فَلَا يَحْكُمُ لَهُ وَلَا يَنْظُرُ فِي أَمْرِهِ حَتَّى يَتَسَاوَيَا فِي الْمَجْلِسِ وَيَرْضَى بِالْحَقِّ"،[4] وحثّ الإسلام على حفظ أموالهم وتحريمها قال ابن عمر: أتى أَهْلُ الْجِزْيَةِ عُمَرَ فَقَالُوا: "إِنَّ الْمُسْلِمِينَ إِذَا نَزَلُوا بِنَا يُكَلِّفُونَا الْغَنَمَ وَالدَّجَاجَ" قَالَ: "اطْعِمُوهُمْ مِنْ طَعَامِكُمُ الَّذِي تَأْكُلُونَ وَلَا تَزِيدُوهُمْ"،[5] وعَنْ صَعْصَعَةَ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ عَبَّاسٍ: "إِنَّا نَمُرُّ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ فَيَذْبَحُونَ لَنَا الدَّجَاجَةَ وَالشَّاةَ" قَالَ: وَتَقُولُونَ مَاذَا؟ قَالَ يَقُولُ: "**لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ**"، **(آل عمران 75)** قَالَ: "إِنَّهُمْ إِذَا أَدَّوُا الْجِزْيَةَ لَمْ تَحِلُّ لَكُمْ أَمْوَالُهُمْ إِلَّا بِطِيبِ أَنْفُسِهِمْ"،[6] وفي الحديث: "لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها"،[7] وعلّم النبيُّ أصحابَه احترام أهل الذمة أحياء وأمواتا فقال جَابِرُ: "مَرَّ بِنَا جَنَازَةٌ فَقَامَ لَهَا النَّبِيُّ وَقُمْنَا بِهِ؛ فَقُلْنَا إِنَّهَا جِنَازَةُ يَهُودِيٍّ

---

[1] رواه البخاري رقم 1392 وأبو يوسف الخراج ص. 138 ويُروى أن عمر وضع شروطا قاسية "الشروط العمرية" فيها إذلال لأهل الذمة ذكرها بعض المؤرخين وأنكرها جماعة، ابن القيم أهل الذمة 1164/3 وبن دحمان المواطنة ص. 129 والألباني إرواء الغليل المكتب الإسلامي 1985م رقم 1265

[2] البيهقي السنن الكبرى ت عطا الكتب العلمية ط 3، 2003م رقم 15934 وقتل المسلم بالذميّ فيه خلاف قال الجمهور لا يُقتل وقال الحنفية يُقتل إذا كان ذميا، المغني لابن قدامة 273/8 والكاساني البدائع 237/7

[3] ابن حمدون التذكرة دار صادر بيروت ط 1، 1417 ج. 3 ص. 209 قال أنس: "جاء قبطيّ إلى عمر فقال هذا مقام العائذ سابقت على فرسي ابنا لابن العاص فمحك فجعل يقنّعني بسوطه ويقول أنا ابن الأكرمين، وبلغ عمرا فخشي فحبسني في السجن فانفلتّ منه، فكتب عمر إلى عمرو إذا أتاك كتابي فاشهد الموسم أنت وابنك، فلما حضرا قام المصريّ فرمى عمر إليه بالدرّة فضربه ونحن نشتهي أن يضربه فلم ينزع حتى أحببنا أن ينزع من كثرة ضربه وعمر يقول اضرب ابن الأكرمين حتى قال قد اشتفيت قال ضعها على صلعة عمرو، قال قد ضربت الذي ضربني قال "والله لو فعلت لما منعك أحد حتى تكون أنت الذي تنزع **يا عمرو متى تعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا؟** فجعل يعتذر ويقول لم أشعر"

[4] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 46

[5] رواه عبد الرزاق برقم 10095

[6] رواه عبد الرزاق برقم 10102

[7] رواه أحمد برقم 16816 وله شاهد برقم 17174

قَالَ: "إِذَا رَأَيْتُمُ الجِنَازَةَ فَقُومُوا"،[1] وعلّمهم حسن معاملتهم وإكرامهم والتصدق عليهم وصلة ذوي الأرحام منهم ولو كانوا مشركين قالت أَسْمَاءُ: "قَدِمَتْ عَلَيَّ أُمِّي وَهِيَ مُشْرِكَةٌ فسألت الرّسول: أَفَأَصِلُ أُمِّي؟ قَالَ: "نَعَمْ صِلِي أُمَّكِ"،[2] وصحّ عنه أنه بعث 500 دِينَارٍ إِلَى مَكَّةَ حِينَ قَحَطُوا قبل فتحها وَأَمَرَ بِدَفْعِها لأَبِي سُفْيَانَ وَصَفْوَانَ لِيُفَرِّقَا عَلَى فُقَرَاءِ أَهْلِ مَكَّةَ"،[3] وعَنْ ابن المسيّب أَنَّ النبي تَصَدَّقَ صَدَقَةً عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ مِنَ الْيَهُودِ فَهِيَ تُجْرَى عَلَيْهِمْ،[4] وقال ابْنُ عَبَّاسٍ: "كَانَ نَاسٌ لَهُمْ أَنْسِبَاءُ وَقَرَابَةٌ مِنْ قُرَيْظَةَ وَالنَّضِيرِ وَكَانُوا يَتَّقُونَ أَنْ يَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِمْ وَيُرِيدُونَهُمْ عَلَى الْإِسْلَامِ، فَنَزَلَتْ **"وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ"، (البقرة 272)**[5] ومرّ هشام بن حكيم بالشام على ذميين أقيموا في الشمس عقوبة، فقال قال الرسول: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا"،[6] ومنه منح الأجنبيّ الأمان بعهد المسلم الواحد مهما كان، فيجوز لكل مواطن منح الأمان لأيّ مشرك أو كتابي حربيّ أو مسالم، فإذا منحه إيّاه وجب على كل مسلم احترام عهده لحديث: "ذِمَّةُ المُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالمَلاَئِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لاَ يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلاَ عَدْلٌ"،[7] وحديث: "الْمُسْلِمُونَ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ تَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ يُجِيرُ عَلَيْهِمْ أَدْنَاهُمْ وَيَرُدُّ عَلَيْهِمْ أَقْصَاهُمْ"،[8] في قوله "أدناهم" إشارة إلى أن الأمان يعطيه كلُّ مسلمٍ لكلّ كافرٍ، واتفقوا على صحة الأمان الذي يمنحه الإمام سواء لأفراد وجماعات ودول، وأن الأمان الأبدي منوط بالإمام، وعلى صحة أمان المسلم لأفراد الناس، ثمّ اختلفوا في جواز منحه من المسلم الواحد لدول أو جماعات: منعه الجمهور وأجازه الحنفية متمسكين بظاهر النص، وربطه الجمهور بالمصلحة والواقع، وهي مسألة من السياسة الشرعية ذكرتها لإظهار أهمية الأمان، وأنّه أنيط بالمسلم الواحد لأجل التشوف إلى هداية غير المسلمين.[9]

ومن مظاهر حسن معاملة أهل الذمة والوفاء لهم وإتمام عهدهم ما نقله القرافي وابن حزم من إجماع العلماء على وجوب حماية أهل الذمة من كل اعتداء ينالهم، قالوا: "يجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكراع والسلاح، ونموت دون ذلك صونا لمن هم في ذمة الله ورسوله ودون ذلك إهمال لعقد الذمة"،[10] وخير من طبّق ذلك الأمين أبو عبيدة قال مكحول: **"صالح أَبو عُبَيْدَةَ قوما بِالشَّامِ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ تترك كنائسهم وبيعهم**

---

[1] رواه البخاري برقم 1311 قال ابن جريج في قوله: **"وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا" (الإنسان 8)** "لم يكن الأسير إلا من المشركين" رواه أبو عبيد الأموال ص.729

[2] رواه البخاري باب الهدية للمشركين برقم 2620 ومسلم باب فضل الصدقة على المقربين برقم 1003

[3] السرخسي شرح السير الكبير ص. 96 وبوّب له رحمه الله تعالى باب: صلة المشرك

[4] رواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال ص. 728 برقم 1993

[5] نفس المرجع السابق ص. 728 برقم 1992

[6] رواه مسلم باب الوعد الشديد لمن عذّب الناس بغير حق برقم 2613

[7] رواه البخاري باب إثم من عاهد ثم غدر برقم 3179

[8] أحمد رقم 6691 عن ابن عمرو وعن أبي هريرة "يجير على أمتي أدناهم" الحاكم رقم 2624

[9] القرضاوي الأقليات ط. وهبة القاهرة ط 1، 1996 ص. 36 والطيار حقوق غير المسلمين ص. 108

[10] القرافي الفروق عالم الكتب 14/3 وزيدان الذميين ص. 86 وصالح العايد حقوق غير المسلمين ص. 14

إِلَى أَنْ لَا يُحْدِثُوا بِنَاءَ بَيْعَةٍ وَلا كَنِيسَةٍ، قَالُوا: "اجْعَل لنا يَوْم فِي السّنة نخرج فِيهِ صلباتنا بِلا رَايَاتٍ وَهُوَ يَوْمُ عِيدِنَا الأَكْبَرِ" فَأَجَابَهُمْ، فَلَمْ يَجِدُوا بُدًّا مِنْ أَنْ يَفُوا لَهُمْ بِمَا شَرَطُوا فَفتحت المدن على هَذَا، فَلَمَّا رَأَى أَهْلُ الذِّمَّةِ وَفَاءَ الْمُسْلِمِينَ لَهُمْ وَحُسْنَ السِّيرَةِ صَارُوا أشداء على عَدو الْمُسْلِمِينَ، فَبَعَثَ أَهْلُ كُلِّ مَدِينَةٍ مِمَّنْ جَرَى الصُّلْحُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ رِجَالا مِنْ قِبَلِهِمْ يَتَجَسَّسُونَ الأَخْبَارَ عَنِ الرُّومِ، فَأَتَى أَهْلُ كُلِّ مَدِينَةٍ رُسُلُهُمْ يُخْبِرُونَهُمْ بِأَنَّ الرّوم قد جمعُوا جَمِيعًا لَمْ يُرَ مِثْلَهُ، فَأَتَى الرُّوَسَاءُ إِلَى الأَمِيرِ الَّذِي خَلَّفَهُ أَبُو عُبَيْدَةَ فَأَخْبَرُوهُ فَكَتَبَ كلّ وَالِي إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ يُخْبِرُهُ فَاشْتَدَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَكَتَبَ أَبُو عُبَيْدَةَ إِلَى كُلِّ وَالٍ يَأْمُرُهُمْ أَنْ يردوا عَلَيْهِم مَا جبي مِنْهُمْ مِنَ الْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ، وَأَنْ يَقُولُوا لَهُمْ: "إِنَّمَا رَدَدْنَا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ لأَنَّهُ قَدْ بَلَغَنَا مَا جُمِعَ وَأَنَّكُمُ اشْتَرَطْتُمْ أَنْ نَمْنَعَكُمْ وَإِنَّا لَا نَقْدِرُ وَقَدْ رَدَدْنَا مَا أَخَذْنَا مِنْكُمْ وَنَحْنُ لَكُمْ عَلَى الشَّرْطِ إِنْ نَصَرَنَا اللَّهُ عَلَيْهِمْ" فَلَمَّا قَالُوا ذَلِكَ لَهُمْ وَرَدُّوا عَلَيْهِمُ الأَمْوَالَ الَّتِي جَبَوْهَا مِنْهُمْ قَالُوا: رَدَّكُمُ اللَّهُ عَلَيْنَا وَنَصَرَكُمْ عَلَيْهِمْ، فَلَوْ كَانُوا هُمْ لَمْ يَرُدُّوا عَلَيْنَا شَيْئًا وَأَخَذُوا كُلَّ شَيْءٍ بَقِيَ لنا حَتَّى لَا يدعوا لنا شَيْئا"،[1] وأقرّ غيرُ المسلمين من المفكرين هذه الأخلاق العالية، كقول "ول ديرونات": "كان أهل الذمة المسيحيون والزردشتيون واليهود والصابئون يتمتعون في عهد الخلافة الأموية بدرجة من التسامح لا نجد لها نظيرا في البلاد المسيحية في هذه الأيام، فقد كانوا أحرارا في ممارسة شعائرهم الدينية واحتفظوا بكنائسهم ومعابدهم ...وكانوا يتمتعون بحكم ذاتي يخضعون فيه لعلمائهم وقضاتهم وقوانينهم"،[2] وقال الانجليزي "روم لاندو": "على نقيض الإمبراطورية النصرانية التي حاولت فرض المسيحية على جميع رعاياها فرضا اعترف العرب بالأقليات الدينية وقبلوا بوجودها، وكان النصارى واليهود والزرادشتيون يعرفون عندهم بأهل الذمة أو الشعوب المتمتعة بالحرية"،[3] وقال "آدم ميتز": "تخلّت الدولة الإسلامية عن الحكم على أصحاب الملل التي كان لهم محاكم كنسية، يقوم رؤساؤها مقام القضاة بين الناس، ولم يقتصر حكمهم على مسائل الزواج بل تعداه إلى كل ما يخص أصحاب الملة"، وقال الإنجليزي "توماس أرنولد": "عامل المسلمون المسيحيين بتسامح عظيم منذ القرن الأول، ونستطيع أن نجزم أن القبائل المسيحية التي اعتنقت الإسلام اعتنقته باختيار وعن إرادة حرة"،[4] لهذا كان أهلُ الكتاب يفضلون الدخول في ذمة المسلمين رغم اختلاف الدين على البقاء تحت سلطة الروم مع وحدته، قال سَعِيد بْن عَبْد الْعَزِيز: **"لما جمع هرقل للمسلمين الجموع وبلغ المسلمين إقبالهم لوقعة اليرموك ردوا عَلَى أهل حمص ما كانوا أخذوا منهم منَ الخراج، وقالوا قَدْ شغلنا عن نصرتكم فأنتم عَلَى أمركم، قال أهل حمص: لولايتكم وعدلكم أحب إلينا مما كنا فيه منَ الظلم والغشم، ولندفعن جند هرقل عن المدينة مع عملكم، وقال اليهود: "والتوراة لا يدخل عامل هرقل مدينة حمص إلا أن نغلب" فأغلقوا الأبواب وحرسوها، وكذلك فعل أهل المدن الَّتِي صولحت منَ النصارى واليهود كلهم قالوا إنْ ظهر الروم عَلَى المسلمين صرنا إِلَى ما كنا عَلَيْهِ، وإلا فإنا عَلَى أمرنا ما بقي للمسلمين عدد، فلما هزم اللَّه الكفرة فتحوا مدنهم وأخرجوا المقلسين فلعبوا وأدوا الخراج وسار أَبُو عُبَيْدة إِلَى جند قنسرين وأنطاكية ففتحها".**[5]

---

[1] أبو يوسف الخراج ص. 152
[2] ول ديورانت وويليام جيمس قصة الحضارة ترجمة زكي نجيب دار الجيل 1988م 131/13
[3] ذكره في كتابه "الإسلام والعرب" نقلا عن صالح العايد حقوق غير المسلمين ص. 12
[4] حسوني أبو بكر فقه الأقليات ص. 51 ورحيل الغرايبة الجنسية ص. 37 ودراز تنازع القوانين ص. 154
[5] البلاذري فتوح البلدان ص. 139

* **لمن يعقد الإمام عقد الذمة؟** اتفقوا على جواز عقده لأهل الكتاب والمجوس، ثم اختلفوا فيمن سواهم على ثلاثة أقوال: **الأول** الشافعية والحنابلة: لا يجوز إلا لأهل الكتاب والمجوس لقوله **"فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ"** (التوبة 5)، ولحديث: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ..."،[1] وهو عموم خُصّ منه أهل الكتاب بآية الجزية والمجوس بالسنة، **الثاني** الحنفية: يجوز لجميع أصناف غير المسلمين غير مشركي العرب لنزول قوله **"فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ"** (التوبة 5) فيهم خاصة، **الثالث** مالك والأوزاعي: يؤخذ عن الجميع بإطلاق، وهو الأرجح لأن النبي أخذ الجزية من المجوس وهم يعبدون النار، والمشركون يعبدون الله ويشركون معه آلهتهم ولا ينكحون محارمهم، وآية عموم القتال نزلت قبل آية الجزية التي نزلت في سنة تسع للهجرة أي بعد فتح مكة.[2]

* **عقد الأمان والمستأمن** المستأمِن بالكسر طالبه وبالفتح شخصه لغةً من الأمان، عقد مؤقت يُمنح لغير المسلم لأمانه أثناء مكوثه في دار الإسلام، أخذ مشروعيته من قوله **"وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللهِ ثُمّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ"** (التوبة 6)، وحديث "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ لعنة الله وملائكته والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل"،[3] يختلف بكونه مؤقتا وغير دائم، وعقد الذمة يمنحه الإمام أو نائبه أما الأمان فيمنحه كل مسلم كامل الأهلية، والذمة يشترط فيه دفع العوض "الجزية" والأمان بلا عوض، والذمة تُمنح لفرد أو جماعة أو دولة، أما الأمان فليس إلا للأفراد من الناس ولا يعمم إلا بإذن الإمام أو نائبه عند الجمهور.[4]

*** الموازنة بين مفهوم المستأمن ونظرية مركز الأجانب**

يُشبه عقد الأمان إلى حدّ ما نظرية مركز الأجانب التي تُعتبر ثورة قانونية في العصر الحديث، وقد وُجد هذا المفهوم في فقهنا، إلا أنّ غلبة التقليد ساهمت في طمسها، فخرج لنا علماء الغرب بقاعدة منح الأجنبي مركزا قانونيا يحفظ كرامته وحقوقه، فوجدنا للأسف أنّ جلّ القواعد المطوّرة كانت مبثوثة في تراثنا الفقهي! والأجنبي لغة هو الغريب والبعيد، يُقال رجل جنب وقوم جنب كقوله **"وَإِنْ كُنْتُم جُنُباً فَاطّهّرُوا"** (المائدة 6)، وأجنب وتجنّب واجتنب وجار جنب من قوم آخرين ليس من أهل الدار ولا من أهل النسب،[5] وهو في القانون من لا يحمل جنسية الدولة يقابله الوطني، وهو وصف نسبيّ؛ لأنّ الأجنبي في دولة لا يحمل جنسيتها وطنيٌّ في

---

[1] رواه البخاري كتاب الإيمان برقم 25 ج. 1 ص. 14

[2] الكاساني البدائع 110/7 وابن المواق التاج والإكليل 593/4 والماوردي الحاوي ت علي معوض الكتب العلمية ط 1، 1999م 284/14 وابن قدامة المغني 328/9 وزيدان الذميين ص. 26 ورنا صبحي أحكام الجنسية ص. 32

[3] رواه البخاري برقم 3172 و7300 عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه

[4] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 48 وراجع عكاشة حرية التنقل ص. 44

[5] الزمخشري أساس البلاغة تحقيق باسل السود دار الكتب العلمية بيروت ط 1، 1998م ج. 1 ص. 150

غيرها،[1] وهو في فقه الشرع ليس غير المسلم كما قد يُتوهّم؛ لأن الذميّ غير أجنبي وله مركز قانوني واضح، لهذا يُقسم غير المسلمين إلى أربعة: **الذمي والمستأمن والمعاهد والحربي**، فالذمي يملك الجنسية وليس بأجنبي وهو مواطنٌ كامل الحقوق، ويدخل الباقون في الأجنبي: فالمعاهد من ارتبطت دولته بدولة الإسلام بمعاهدة، والمستأمن حربيّ دخل دارنا بأمان لفترة محدودة له حق الأمان والإقامة المؤقتة ويُعترف له بالشخصية القانونية، وله جميع الحقوق الأساسية كالتملك والتصرف في الأموال ونقلها إذا رجع إلى موطنه، والحربي من لا يرتبط بدولة الإسلام لا بعقد ذمة ولا بعهد ولا يملك أمان المسلمين وتحارب دولته الإسلام.[2]

فالأجنبي في الإسلام كل فرد لا يرتبط بدولة الإسلام برابطة الإقامة الدائمة أو التوطن المستفاد من عقد الذمة، قال ابن عابدين: "الْمُسْتَأْمِن أَيْ الطَّالِبِ لِلْأَمَانِهُ وَ مَنْ يَدْخُلُ دَارَ غَيْرِهِ بِأَمَانٍ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ حَرْبِيًّا"،[3] واستعمل البعض عبارة: "غير المسلم" في تعريفه وهو خطأ؛ لأن الحصول على الجنسية الإسلامية في دولة مسلمة يُشترط له الإقامة والانتقال، فليس كل مسلم مقيم في بلاد غير إسلامية يعتبر مواطنا في دولة الإسلام، وفي واقع اليوم نجد (57) دولة إسلامية تابعة لمنظمة التعاون الإسلامي، والحامل لجنسية دولة يعتبر أجنبيا في باقي الدول، وتُعرّف نظرية مركز الأجانب: "مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الوضعية المدنية للأجانب بالنسبة لتمتعهم بالحقوق وخضوعهم للواجبات بمقارنتهم مع الوطنيين"، أو "القواعد القانونية التي تضع في دولة معينة نظاما خاصا بالأجنبي يختلف عن الوطني من حيث التمتع بالحقوق العامة والخاصة"، أو "بيان الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي بموجب تشريع الدولة التي يوجد بها"، أو "مجموعة القواعد القانونية التي يضعها المقنن في دولة معينة والتي تحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والالتزامات التي يلتزم بها في مواجهة هذه الدولة"، لها مفهوم خاص في فرع الدولي الخاص؛ إذ تعني صلاحية كل دولة في تحديد مقدار ما يتمتع به الأجنبي فوق ترابها من حقوق وواجبات، ورغم أنّه حقّ مناط بالدولة لكنه ليس على إطلاقه؛ لأن هناك حقوقا أساسية متفق عليها يجب توفيرها، إلا أن سلطان الدولة عن طريق القانون له حق توسيع دائرتها أو تضييقها، بما لا يمس جوهرها ويكون مناسبا لمصالحها العليا، فإذا ضيّقتها حتى مست جوهرها اعتبرت مخالفة للقانون الدولي؛ لأنها حرمت الناس من حقوقهم الأساسية، وتكمن أهمية دراسة مركز الأجنبي في حلّ مشكلة تنازع القوانين بالتعرف على حقوق الأجنبي وواجباته، وتزداد الأهمية في الدول التي تشجع الهجرة إليها وتُقنّن تحفيزات لجلبهم واستقرارهم في بلدها، واستقر القانون الدولي على تقسيم الحقوق الواجب توفّرها في كلّ إنسان إلى عامة وسياسية ومدنية، فالعامة ما يتصل

---

[1] رمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص. 275

[2] الزحيلي آثار الحرب ص. 249 وعشوش الدولي الخاص ص. 235 وصبحي أحكام الجنسية والمواطنة ص. 25 ورحيل الغرايبة الجنسية ص. 37 ورمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص. 154

[3] حاشية ابن عابدين ج. 4 ص. 166

بشخصه بعيدا عن انتمائه وولائه؛ كحقّ الحياة والتملك والارتفاق والانتفاع، فهذه يجب توفيرها بلا خلاف، أما السياسية كالانتخاب والترشح وتولي الوظائف فلا يجب توفيرها للأجنبي مجملا نظرا لارتباطها بالولاء، والمدنية تُقسم إلى أسرية ومالية وحق العمل؛ فيجب تمتع الأجنبي بحقوقه المالية والأسرية لارتباطها بشخصه أما العمل فليس من حقه إلا إذا كان مقيما، من هنا يتجلى السبق الذي كان عليه المسلمون في تحديدهم للمركز القانوني للأجانب في دولة الإسلام.[1]

المطلب الثالث: فقه الأقليات

الفقه لغة إدراك الشيء والعلم به، بالكسر الفهم وبالفتح سبق غيره للفهم وبالضم صار له سجية،[2] وفي الاصطلاح: العلم بمجمل أمور الشريعة، وقال أبو حنيفة: "معرفة النفس ما لها وما عليها"،[3] ثم خُصّ بتعريف حادث: العلم بالأحكام الشرعية العملية التفصيلية المكتسب من الأدلة التفصيلية، أو العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفروعية بالنظر والاستدلال،[4] والأقَلّية بالفتح من قلّ يقلّ فهو قليل ضد الكثرة، والقلة والكثرة يستعملان في الأعداد كقوله **"وَلَا تَزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِنْهُمْ"** (المائدة 13) يعني جماعة قليلة،[5] وقرّر مجمع الفقه الإسلامي استبعاد مصطلح "الأقليات" **Minorities** لغموضه القانوني والسياسي واستبداله بالمسلمين في الغرب، وأنكره ابن جبرين والبوطي منعا لتقسيم الفقه، وأجازه القرضاوي من باب التخصّص وهو أرجح.[6]

وكان الرومان يرون أنفسهم أسيادا لا يستحقّ غيرهم الاحترام، واتصف اليهود رغم كونهم أهل كتاب بعنصرية فاحشة؛ فكانوا يعتقدون بعدم نجاة غيرهم يوم القيامة، يزعمون أن الله هو إله بني إسرائيل دون سواهم، وكذلك فعلت النصرانية رغم أنها ذاقت الويلات من الرومان الوثنين واليهود المتكبرين، فبمجرد اعتناق ملك الروم المسيحية حتى صبّوا غضبهم على غير المسيحيين، لا يقبلون إلا اعتناق الدين أو الموت، وعبّر القرآن عن هذه العنصرية المقيتة بقوله **"وَقَالَتِ الْيَهُودُ لَيْسَتِ النَّصَارَى عَلَى شَيْءٍ وَقَالَتِ النَّصَارَى لَيْسَتِ الْيَهُودُ عَلَى شَيْءٍ"** (البقرة 113)، ولما جاء الإسلام دعا الناس إلى التوحيد والإيمان، وأقر من أراد البقاء على دينه بقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"**، ويُعتبر لفظ الأقليات من المصطلحات الغربية الحادثة بامتياز؛ فقد ظهر أول مرة في القرن 19م حين التزم الباب العالي في الخلافة العثمانية

---

[1] زيدان الذميين ص. 74 والزحيلي آثار الحرب ص. 250 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 281 وسامي منصور الدولي الخاص ص. 73 ودراز التنازع ص. 15وص. 278 والقصبي أصول الدولي الخاص ص. 468 وبن عبيدة عبد الحفيظ الجنسية ومركز الأجانب دار هومة ط 2، 2007م ص. 260

[2] ابن منظور لسان العرب ج. 13 ص. 522 مادة "ف ق هـ"

[3] ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق دار الكتاب الإسلامي 6/1 وحاشية ابن عابدين 61/1

[4] حاشية العطار على جمع الجوامع دار الكتب العلمية ج. 1 ص. 57 والتفتازاني شرح التلويح على التوضيح طبعة صبيح مصر ج. 1 ص. 19 والآمدي الإحكام في أصول الأحكام ج. 1 ص. 6

[5] ابن منظور لسان العرب ج. 11 ص. 564

[6] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 81 وحسوني الأقليات ص. 130 وعمارة الأقليات ص. 9 والقرضاوي فقه الأقليات ط. الشروق طبعة 1، 2001م ص. 32 وراجع عكاشة التنقل ص. 46 والبهجي المواطنة ص. 117

بمعاهدة التسوية بين الرعايا المسلمين وغيرهم في المعاملة في باريس سنة 1856م وبرلين سنة 1878م، والذّي صار وسيلة الأوروبيين لإيجاد مبرّرات التدخل في شؤون الخلافة، ثمّ ظهر بعد الحرب العالمية الأولى حين ذكرته عصبة الأمم كمصطلح خاص بالدول المهزومة كألمانيا والعثمانيين، أما المنتصرة فأُعفيت منه كما في معاهدة فرساي، ثمّ تجلى الحديث عن الأقليات وحمايتها عقب الحرب العالمية الثانية، إلى أن أدرجت في الإعلان العالمي للحقوق سنة 1948م.[1]

ويُستعمل مصطلح الأقليات للتعبير عن الأفراد الذين يعتبرون أنفسهم مشتركين في بعض السمات والخصائص، تميزهم عن غيرهم في مجتمع يستطيعون في إطاره تطوير سلوكهم الثقافي الخاص وقد يحمل أبعادا سياسية، وهناك خلاف حول تحديد مفهومه بدقة؛ بسبب انتشار اختلاف الدين والعرق واللغة في جميع الدول، ولأجل الخلاف حول الضوابط الواجب توفّرها في الأقلية، ولا اعتراف في الفقه الإسلامي سوى بأقلية الدين بوجهين: مسلمة في بلاد غير مسلمة وغير مسلمة في بلاد الإسلام، أما اللغة واللون والعرق فلا اعتبار لهم، وهناك بون شاسع بين المفهوم القانوني والشرعي لمصطلح الأقليات، ولا يعني هذا عدم اعتراف الإسلام بالفوارق الخَلْقية بين الناس، ففي قوله **"وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ"** (الروم 22) إقرار بالاختلاف الخَلْقي وأنه من آيات الله وسننه الكونية، لكن ليس له أثرٌ قانونيٌّ فلا فرق بين عربيّ وعجميّ إلا بالتقوى **"إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ"** (الحجرات 13)، واصطُلح على تعريف الأقليات باعتبار العدد أو المكانة فمن جهة **العدد**: "الأقلية فريق أفراد مستقرين في إقليم إحدى الدول تشكل طائفة حقيقية متميزة بخاصيتها العرقية واللغوية والدينية، وتجد نفسها في حالة أقلية عددية في قلب أكثرية من السكان وتنوي الاحتفاظ بها"، ومن جهة **المكانة**: "كل جماعة عرقية لا تتمتع بالمشاركة السياسية ومضطهدة ومستغلة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية"، أو "مجموعة من سكان قطر أو إقليم أو دولة ما تخالف الأغلبية في الانتماء العرقي أو اللغوي أو الديني دون أن يعني ذلك بالضرورة موقفا سياسيا وطبقيا متميزا"، أو "جماعة غير مسيطرة من مواطني دولة أقل عدديا من بقية السكان يرتبط أفرادها ببعضهم عن طريق روابط عرقية أو دينية أو لغوية تميزهم بجلاء عن بقية السكان ويتضامن أفراد هذه الجماعة فيما بينهم للحفاظ على هذه الخصائص وتنميتها"، وتُضبط الأقلية بالعدد واتحاد الصفة وعدم السيطرة على الحكم، **أنواعها أربعة**: دينية يكون الخلاف بينها وبين الأكثرية في الدين، ولغوية يكون الخلاف في اللغة، وعرقية يكون الخلاف في الصفات البيولوجية كلون البشرة أو لون العينين أو الشعر، وإثنية حين تشترك في خصائص ثقافية معينةكاللغة والدين والتقاليد، وهي لفظة مأخوذة من الكلمة اليونانية **Ethno** تعني شعب أو أمة أو

[1] عمارة الأقليات ص. 12 ويسري فقه النوازل ص. 74 وزردومي فقه السياسة ص. 25 والطاهر بن أحمد حماية الأقليات ماجستير جامعة باتنة 2010م ص. 38 وحسوني فقه الأقليات ص. 50

جنس،[1] أما فقه الأقليات المسلمة فعلى نوعين: فقه أقليات غير مسلمة تعيش في المجتمع المسلم أي أهل الذمة والملة والعهد، ثمّ الأحكام التي يحتاجها المسلمون المقيمون في بلاد تحكمها سلطة غير إسلامية أي دار الحرب والعهد، والذي لم يكن معروفا بسبب طبيعة الحروب الدائرة بين المسلمين وغيرهم، وإنما وجد قبل قرون طفيفة سماهم الونشريسي "المسلمين الذميين" أو "المساكين الذميين" أو "أهل الدجن" للدلالة على ضعفهم، نشأ هذا النوع بسبب الهجرة كما في عصرنا أو الدخول في الإسلام، أو تسلط العدو على بلاد المسلمين فتبقى أقلية تحت سلطة كافرة، وفقه الأقليات هذا فقهٌ بصيرٌ وواقعيٌّ ومعاصرٌ ينطلقُ من محكّمات النصوص والقواعد ويُراعي تغيّرات الزمان والمكان والأحوال.[2]

والحاصل أنّه طرأت نازلة عيش المسلمين بأعداد كبيرة في بلاد غير إسلامية، فصار الفقه الخاص بهم من النوازل التي تحتاج إلى بحث، والأقلية بهذا المنظور: "جماعة إسلامية تشكل العدد الأقل من مجموع السكان تخضع لمعاملة مختلفة وذلك نتيجة لخصائصها المختلفة"، وبحكم التواجد التاريخي يعيش كثير من المسيحين في دول إسلامية كالأقباط المصريين والأقليات الدينية في سوريا والعراق، وقد اعتنى كثير من الباحثين مؤخرا بهذا الفقه الخاص بنوعيه،[3] وفي المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكوبنهاجن بالدانمارك **(2004م)** تقرّر أن فقه الأقليات هو: "الاجتهاد في استنباط الأحكام الشرعية لنوازل الأقليات الإسلامية من خلال القواعد الشرعية المقررة في باب الاجتهاد، وتفعيل الأصول الاجتهادية التي تتعلق بالأحوال الاستثنائية كقاعدة المصالح والمآلات والضرورات، واعتبار خصوصية هذه الأقليات من حيث الاغتراب والالتزام القانوني بأنظمة المجتمعات التي يعيشون فيها والتطلع إلى تبليغ الدعوة إلى أهلها".[4]

وتعترض الأقليات المسلمة في الخارج مشاكل دينية واجتماعية وشخصية؛ كالتزوّج بالكتابية التي تتمتع بحقوق تجعل قوامة زوجها منعدمة، وإسقاط المانع

---

[1] توبولياك الأحكام السياسية ص. 29 وزردومي فقه السياسة ص. 26 والطاهر بن أحمد الأقليات ص. 40 ويسري فقه النوازل ص. 73 وحسوني الأقليات ص. 25 وراجع حرية التنقل ص. 45 والدرويش أثر الضرورة والحاجة على الأقليات المسلمة مؤتمر سنوي 5 مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا البحرين 2007 ص. 3 والجبوري الأقليات المسلمة والفتوى مجلة المجمع الفقهي دبي ع 29 سنة 2013م ص. 179

[2] الونشريسي المعيار المعرب والجامع المغرب الأوقاف المغربية 1981م 137/2 والجبوري الأقليات ص. 179 وزردزمي السياسة ص. 29 والدرويش أثر الضرورة ص. 4 وحسوني أبو بكر فقه الأقليات ص. 34

[3] نوازل الأقليات يسري ابراهيم والأقليات للقرضاوي والأقليات سليمان توبولياك والأقليات خالد عبد القادر والأقليات درويش سلامة والأقليات العلواني والأقليات يوسف الجبر والجاليات شريفة سالم السعيد والأحوال الشخصية الرافعي والمسائل العقدية عبد المنعم حيدر والسياسة الشرعية زردومي وصناعة الفتوى عبد الله بن بيّة والأقليات جمال عطية وفقه الأسرة المسلمة البرزنجي وقضايا الجاليات الشحات الجندي.

[4] البيان الختامي يونيو 2004 نقلا عن يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 323 وحسب أحصائيات 2010م فعدد المسلمين في أوروبا بلغ نحو 70 مليون وذكرت صحيفة الصانداي تلغراف أن بحوثا توقعت بلوغهم سنة 2050م نحو 20 بالمائة من سكان أوروبا أي 1 من كل 5 أوروبيين مسلم، وهم في الهند 200 مليون وأقلية، ويحصى نحو 300 مليون مسلم أقلية أي خمس عدد المسلمين، يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 7 وزردومي فقه السياسة الشرعية ص. 32 والجبوري فقه الأقليات ص. 180

الديني في الزواج بسبب الطابع المدنيّ، وتطليق المرأة نفسها دون قيْد أو شرط، ومنع الرجل من الطلاق بإرادته، ومنع التعدّد ولو مع الحاجة، وتشجيع الخليلات وعدم الاعتراف بموانع الزواج إلا وفق القانون، وكثرة الزواج الصوري لتحصيل الإقامة، وكل ما يترتب عن إسلام أحد الزوجين، وبروز دور المراكز الإسلامية في التزويج والتطليق، ونازلة طلاق القاضي غير المسلم لمسلمين، فأصبح بهذا فقه القليات متميزا يعتمد الضرورة والحاجة والمصالح، ويحتاج المجتهد فيه إلى إدراك واقع الأقليات، والإلمام بالقوانين الغربية، ومعرفة الإشكالات بهدف الإعانة في إحياء الدين والمحافظة على العقائد والشعائر وتبليغ الدين والدعوة، وحل مشاكل الأقليات تجاه ما يعايشونه من مستجدات، كما يُساهم في تثقيفهم بحقوقهم وواجباتهم، مع الإجابة على أسئلتهم المطروحة وإشكالاتهم المتجددة.[1]

المبحث السابع: القانون الدولي الخاص

تمهيد الموضوع متعلق بالقانون الدولي الخاص، نبحثه في مطلبين:

المطلب الأول: تاريخ القانون الدولي الخاص وتعريفه وخصائصه

المطلب الثاني: طبيعته وموضوعه ومصادره

المطلب الأول: تاريخ القانون الدولي الخاص وتعريفه وخصائصه

* **تاريخه** لم تكن الدول تعترفُ للأجنبي بأي حقّ أو مركز قانونيّ؛ فضلا عن السماح بتطبيق قانونه الشخصي داخل إقليمها، قال "إيزوقراط" أحد فلاسفة اليونان: "الفرق بين اليوناني والأجنبي كالفرق بين الإنسان والحيوان"، باستثناء بعض المجتمعات التي أقرّت قانون الأجانب كالرومان بقانون الشعوب والمسلمين عن طريق أحكام المستأمن والذميّ، وقد نشأ مفهوم تنازع القوانين في المجتمع الإيطالي القديم؛ نظرا لظروف معيّنة تأتي مفصلة في مبحث تطور نظرية تنازع القوانين، ويُعتبر الأمريكي "جوزيف سطوري" أول من أطلق مصطلح القانون الدولي الخاص في كتاب له موسوم: "التعليق على تنازع القوانين" طُبع سنة 1834م، ثمّ أخذه عنه الفرنسي "فيليكس" فجعله عنوانا لكتابه سنة 1843م، ثم شاع استعماله وذاع حتى أصبح فرعا مستقلا للقانون هذا من جهة الشكل، أما المضمون فقد وُجد قبل هذا التاريخ بوقت طويل، حيث بدأت ملامحه في النزاعات القانونية في إيطاليا الإقطاعية وفرنسا داخل الدولة نفسها، ثم وسّع الهولنديون من مفهوم التنازع إلى ما بين الدول الأمر الذّي اعتُبر حينها ثورة قانونية، مفادها اعتراف الدولة بقانون دولة أجنبية والسماح بتطبيقه داخل إقليمها، وربما كان نفس المضمون موجودا في تعاليم شريعة الإسلام، حين أجازت للمقيم الأجنبي الحصول على حقوقه كاملة أمام القضاء، وأكثر من ذلك إجازتها لغير المسلم من الذميين والمقيمين تطبيق أحكام ديانتهم المختلفة داخل دولة الإسلام، وهو جواز مبنيّ على احترام خصوصية الآخر دينيا؛ إلا أنه يُشبه إلى حدّ كبير الهدف من التنازل المعاصر عن تطبيق القانون

[1] القرضاوي فقه الأقليات ص. 34 والدرويش أثر الضرورة ص. 5 ويسري فقه الأقليات ص. 144

الأجنبي داخل الإقليم، وقد وقع خلاف حول أساس تطبيق القانون الأجنبي داخل الوطن؛ فزعم الهولنديون أنّ أساسه المعاملة بالمثل والمجاملة وقيل غيره، ثم تطوّرت النظرية على يد "سافيني" عن طريق اعتبار مكانية التطبيق؛ بمعنى سماح الدولة بتطبيق قانون أجنبي فقط في حالة ما إذا كانت الأصول القانونية مشتركة بينها، ثم جاء "مانشيني" فأخرج للناس نظريته الشهيرة "شخصية القوانين"، وتعني أنّ القانون يتبع الشخص أينما حلّ، وأنّ الدولة المستقبلة تقبل تطبيق قانونه الشخصي على هذا الأساس.[1]

* **تعريفه** يتميّز الدولي الخاص عن القانون الدولي العام بأنه يحكم بين الخواص مع وجود العنصر الأجنبي، حيث تتجه أحكامُه إلى الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين هم أفراد الدولة وليس الدولة بذاتها، فيما يتوجه خطاب الدولي العام إلى الدول باعتبارها أشخاص القانون، ويختلفان في أصل التشريع فالدولي العام يشرعه المجتمع الدولي والاتفاقات العالمية والإقليمية والثنائية، أما الدولي الخاص فتُشرعه هيئة التشريع الوطنية كباقي الفروع الداخلية، وتأخذ تسميته بالخاص أهمية بالغة لأنها تميز بينه وبين الدولي العام، لذا يُعرف: "مجموعة القواعد التي تُبيّن القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتعلقة بتلك العلاقات"، أو "مجموع القواعد القانونية التي يطبقها القضاء بأمر صريح أو ضمني من المشرع؛ لتحديد اختصاص محاكم الدولة إزاء محاكم الدول الأخرى بالحكم في القضايا المدنية ذات العنصر الأجنبي التي تقع بين الأفراد، وإسنادها إلى القانون الذي يجب أن يحكم فيها بمقتضاه"، وعرّفه الفقيه "باتيفول" **Batiffol** أنه: "مجموعة قواعد قانونية التي تطبق على الأشخاص الخصوصيين في علاقات المجتمع الدولي"، وقال "بيجونيير" **Pigeonnière**: "مجموعة القواعد القانونية المطبقة على الأفراد في علاقاتهم الدولية"، وأحسن تعريف في نظري أن نقول: "ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يُحدّدُ جنسية الأشخاص التابعين للدولة ومركز الأجانب فيها، ويُبيّن الحلول الواجبة الاتباع في مسائل التنازع الدولي للقوانين والاختصاص القضائي الدوليين، ثم كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الإقليم"، وقد أضفتُ جملة: "ثم كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الإقليم"؛ ليتمّ جمع كل مواضيعه، ويمتاز هذا التعريف بأنه يُعرّف الكلّ بذكر جميع أجزائه.[2]

---

[1] أعراب بلقاسم الدولي الخاص ص. 5 والداودي والهداوي الدولي الخاص التعليم العالي العراقية دون طبعة ص. 5 والهداوي الدولي الخاص ص. 30 وحفيظة السيد حداد الموجز في الدولي الخاص منشورات الحلبي 2013م ص. 14 وعمار بوضياف المدخل إلى علوم القانون طبعة جسور ط 4، 2014م ص. 99

[2] سامي منصور الدولي الخاص ص. 7 وهشام خالد قاعدة الإسناد المعارف الاسكندرية 2015م ص. 314 والداودي المدخل ص. 68 والشحود العلاقات الدولية ص. 14 وحسين منصور المدخل ص. 92 وعشوش الدولي الخاص ص. 214 وعليوش قربوع الدولي الخاص الجزائري دار هومة الجزائر ط 3، 2011م 14/1 ودراز تنازع القوانين ص. 41 والداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 5

* **خصائصه ومميزاته** قواعده لا توجد في تقنين موحّد، بل متفرقة بين المدني والتجاري وتنفيذ الأحكام، وهو داخلي من فروع الخاص خلافا لما يوحيه اسمه، وأُدرج فيه لفظ "الدولي" لأنه يعالج قضايا فيها عنصر أجنبي، ميزته الجمع بين الطبيعة الوطنية والدولية، أكثر قواعده غير مباشرة لأنّها لا تنص على الحكم، وإنما تحيل على القانون الذي يجب تطبيقه، ويحكم على الأشخاص والأفراد وليس على الدول رغم تسميته بالدولي، وقواعده مستمدة من التشريع الداخلي وليس المجتمع الدولي لها قوة اللزوم مثل الوطني، وهو ملزمٌ لا مفسرٌ أو مكملٌ، وحديث النشأة مقارنة بسائر الفروع.[1]

* **أهميته** بسبب سهولة التنقل وتوطين البلد الأجنبي والحصول على الإقامة وانتشار التعامل التجاري الدولي، وازدهار الزواج المختلط من جنسيات وديانات مختلفة كثرت القضايا الحاملة للعنصر الأجنبي؛ ما منح هذا الفرع المكانة الكبيرة التي تبوأها من بين سائر فروع القانون، وتكمن أهميته القصوى في كونه سببا راقيا وعصريا لحلّ المشاكل والنزاعات ذات الطابع الدولي، والتي كانت تُسبّب قديما حروبا خطيرة، حيث صار اليوم متيسرا على أيّ فرد الحصول على حقّه من قضاء أجنبي وفق قانونه الشخصي، أو القانون الذي يختاره في العقد الذي أبرمه، وتظهر أهميته في التعاون بين الدول في الجانب القانوني ونشر العدل بين بني البشر وحفظ الحقوق، وهو من أسمى أهداف بعثة الأنبياء لقوله **"إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ"** (النساء 58)، كما قد يُساهم بشكل مباشر في توحيد المنظومة التشريعية والقضائية الإسلامية بسبب وحدة المرجعية والدين، والذي أشار إليه "السنهوري" مقال:"علاقة الدين بالدولة في الإسلام" (1929م): "يمكن للإسلام أن يشتمل على قانون دولي خاص إسلامي يحكم علاقات دول الإسلام".[2]

المطلب الثاني: طبيعته وموضوعه ومصادره

* **طبيعة القانون الدولي الخاص** يُقسّم القانون عموما بحسب 5 اعتبارات: فبحسب النطاق الإقليمي إلى داخلي وخارجي، وبحسب طبيعة الروابط التي يحكمها إلى عام وخاص، وبحسب قوة الإلزام إلى ملزم ومكمل ومفسّر، وبحسب الصورة إلى مكتوب وغير مكتوب، وبحسب الموضوع إلى موضوعي وشكلي إجرائي، ويندرج الدولي الخاص في الداخلي والخاص والملزم والمكتوب والموضوعي، والقانون العام تكون الدولة طرفا فيه بكونها صاحبة السيادة، فروعه: الدستوري والإداري والمالي والجنائي أي العام الداخلي، يُعرّف بأنه: "القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص والدولة في المجتمع، وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة"، أمّا فروع الخاص فهي: المدني والتجاري والبحري والجوي والعمل والتأمين والدولي الخاص، يُعرّف

[1] الداودي المدخل ص. 68 وسامي بديع الدولي الخاص ص. 9 والداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 16
[2] محمد عمارة حياة السنهوري ص. 124وعمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية ص. 100

بأنّه: "القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص أنفسهم وبينهم وبين الدولة في المجتمع لا بصفتها صاحبة السيادة وإنما بوصفها شخصا عاديا"، واختلف الفقه حول إدراج الدولي الخاص في الداخلي أو الدولي والعام أو الخاص، ثمّ استقرّ الأمر على كونه من الداخلي الخاص، وإن كانت صفة الدولية ليست بعيدة عنه لأنّه ينظر في العلاقات الخاصة بين أفراد الدول، وأدرجه في فرع الدولي "ويس" **Weiss**،[1] وكان "نيبويه" **Niboyet**[2] من أشد المدافعين عن كونه من الخاص الوطني الداخلي، لأنّ مصادره وطنية يحكم علاقات الأفراد ومجال الجنسية ومركز الأجانب والتنفيذ، وكلّها تقضي فيها محاكم وطنية وقيل أنّه نوع ثالث وقول "نيبويه" أرجح.[3]

* **مصادره:** المصادر هي المناهل التي يستمد منها القانون أحكامه، تُقسّم إلى أنواع باعتبار المكان والكتابة، بالمكان: داخلية وخارجية دولية، والداخلية: التشريع والعرف الداخلي والاجتهاد الوطني والفقه الوطني، أما الخارجية فالمعاهدات[4] والاتفاقيات الثنائية والجماعية والعُرف الدولي والاجتهاد الدولي والفقه الخارجي وتفسير المعاهدات التي تقوم بها محكمة العدل الدولية بمقتضى المادة 6 من قانونها الأساسي،[5] واختلفوا حول أولوية المصدر بالنسبة للدولي الخاص فذهب من سُمّوا:

---

[1] فرنسي (1858م/1928م) تخصص في الدولي الخاص، كان رئيسا لمحكمة العدل الدولية الدائمة التي توقفت عام 1939م، استبدلت بعد الحرب العالمية 2 بمحكمة العدل الدولية بلاهاي، له مؤلفات عديدة في هذا الفن، المصدر http://data.bnf.fr/12736269/andre_weiss/ يوم 2017/11/03 على 15 سا 00

[2] فرنسي (1886/1952) دكتوراه في القانون جامعة باريس سنة 1912م، عُين أستاذا في جامعة باريس وستراسبور وليل، أصدر كتابا سنة 1924م مع أستاذه Antoine Pillet حول الدولي الخاص، وهو مرجع فيه حاول الابتعاد عن مبادئ بيلي واتخذ لنفسه قواعد وأصول عرف بها، وأصبح مديرا لمجلة القانون الدولي الخاص (1934م/1952م)، ساهم في إدراج مبادئه في المدني الفرنسي وفي إبراز دوره الهام في المنظومة القانونية الفرنسية، المصدر https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Paulin_Niboyet يوم 2017/11/3م على الساعة 15 سا

[3] أعراب الدولي الخاص ص. 21 وسامي بديع الدولي الخاص ص. 66 وعليوش الدولي الخاص 13/1 والداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 11 والداودي المدخل ص. 35 وحسين منصور المدخل ص. 40

[4] تقوم المعاهدة على فكرتين: "اتفاق بين الدول وقانون داخل الدول المتفقة"، هل تُكيف كقانون أم تعاقد؟ الراجح أن المعاهدة المتعددة بين الدول قانون وبين دولتين عقد، سامي بديع القانون الدولي الخاص ص. 26

[5] وقع خلاف حول مسألتين: **الأولى** إذا وقع تنازع بين معاهدة دولية وتشريع داخلي ماذا يقدم؟ **الثانية** هل يكون تفسير القاضي للمعاهدات الدولية مصدرا للدولي الخاص؟ الأولى على مذاهب ثلاثة: **1** نزاع مستبعد لأن الحكومة حين تمضي على معاهدة تكون على دراية بقوانينها وحين تقنّن نكون على علم بالمعاهدة، المدرسة الألمانية والإيطالية، **2** نزاع واقع يُقدم فيه القانون على المعاهدة لأجل السيادة، المدرسة الفرنسية التقليدية، **3** تُقدم المعاهدة لأنها من القانون الدولي الذي يسمو على الداخلي استقر عليه الفقه، والمادة 50 دستور فرنسي 1958م والمادة 6 دستور أمريكا وفي المادة 132 دستور جزائري: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، سامي الدولي الخاص ص. 39 والداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 30، **الثانية** أجازه الفقه المصري لأن الدولة حين صادقت على المعاهدة صارت كأنها من القانون الداخلي الذي يحق للقاضي تفسيره باتفاق ومنعه الفقه الفرنسي، واختار الجزائري أن تفسير المعاهدات من صلاحيات الحكومة عن طريق وزارة الخارجية كما في المادة 2/37 قانون الجنسية والمادة 9 من المرسوم 77-54 الملغى والمعدل بمرسوم 79-249 في المادة 7 ثم ألغي وعدل بمرسوم 84-164 وآخر برقم 90-359، أعراب بلقاسم الدولي الخاص ص. 30 وحبار الدولي الخاص ص. 17 وعليوش الدولي الخاص ص. 60 والداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 18

"العالميين" إلى تفضيل الدولية وتوحيدها عالميا عن طريق الاتفاقيات، وذهب من سُموا: "الذاتيين" إلى تقديم الداخلي لأن قواعده تُشرع داخليا ولعدم إمكانية التوحيد عمليا وهو ما استقر عليه العمل، وتنقسم مصادره باعتبار الكتابة إلى مكتوبة وغير مكتوبة؛ فالمكتوبة تكون داخلية كالتشريع واجتهادات المحاكم الداخلية والفقه، وتكون خارجية كالمعاهدات الدولية الثنائية والجماعية، أما غير المكتوبة فمثل العرف الداخلي والخارجي، والعرف الداخلي: "مجموعة القواعد القانونية غير الصادرة عن سلطة رسمية تطبقها فئة أو جماعة معينة وتعتبرها ملزمة"، والخارجي: "مجموعة الأحكام القانونية الناشئة عن تصرف الدول في ما بينها بصورة متكررة اتخذ مع الوقت صفة الإلزام".[1]

* **موضوعه** ذهب الفقه الألماني والأمريكي إلى أن "نظرية تنازع القوانين" هي الموضوع الوحيد الذي يجب إدراجه في فرع القانون الدولي الخاص، أما المجالات الباقية فتدرج في فروع أخرى، فالاختصاص القضائي الدولي ينتمي إلى المرافعات، والجنسية إلى القانون العام، وكونها ضابط إسناد ليس مبررا لجعلها ضمن موضوعاته، ومركز الأجانب موضوعه بعيد جدا، وتشدّد الفقه الأمريكي وامتنع عن تسميته بالقانون الدولي الخاص وسماه "تنازع القوانين"، لأنّ الولايات المتحدة لها تشريعات داخلية متعددة فتحتاج إلى نظرية التنازع داخليا، انضم إليهم الفرنسي "أرمنجون" **Armingon** فقال: "نظرية التنازع صالحة لحل المشاكل بين قوانين الدول والولايات الداخلية وحتى بين الأشخاص"؛ وهي الجزئية التي سار عليها النظام القضائي البريطاني، حين لم يُفرّق بين تنازع قانونه الوطني مع قوانين دول وقانون أسكتلاندا ودول تخضع للتاج البريطاني "الكومنولث"، وذهب الفقه البريطاني إلى أنه يتناول موضوعين: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي بحجة التشابه، إذ يُحدد الأول القانون الواجب التطبيق، ويشير الثاني إلى المحكمة التي تفصل في النزاع فالصلة بينهما وثيقة، نصره الفرنسيان "بارتان" **Bartin** و"بيلي" **Pillet**، وذهب الفقه الإيطالي والإسباني ودول أمريكا اللاتينية إلى زيادة مركز الأجانب مع تنازع القوانين والاختصاص القضائي بحجة الارتباط الموجود بين تنازع القوانين ومركز الأجنبي في الدولة الذي يجب أن يرجع إليه أولا، قبل النظر في القانون الواجب التطبيق عليه، واختار الفقه الفرنسي والجزائري والمصري إدراج جميع الأبواب الستة، فزادوا على تنازع القوانين والاختصاص القضائي ومركز الأجانب كلا من الجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام، وهو المذهب الأعدل لارتباط هذه المواضع الستة ببعضها؛ فهي تهدف إلى نشر الحياة القانونية الدولية للأفراد، وعليه اصْطُلح على تقسيم القواعد التي يشملها الدولي الخاص إلى ثلاثة أقسام: **الأول** التمتع بالحقوق **Jouissance de Droit** فيه الجنسية ومركز الأجانب والموطن، **الثاني** ممارسة الحقوق **L'exercice des Droits** فيه تنازع

[1] سامي بديع القانون الدولي الخاص ص. 64 وعليوش قربوع القانون الدولي الخاص ص. 27

القوانين، **الثالث** الحماية القضائية للحقوق **Sanction des Droits** فيه الاختصاص وتنفيذ الأحكام، كما رُتّبت مواضعه حسب المراحل التي تمر بها الدعوى، حيث تبدأ بالاختصاص والجنسية ومركز الأجنبي والموطن، ثم معرفة القانون الواجب التطبيق وتُختتم بالتنفيذ، ما يُضفي عليها واقعية ومنطقية وسلاسة.[1]

* **اعتباره مصدرا احتياطيا** اعتبرت مبادئه مصدرا احتياطيا إذا تعذّر إيجاد قواعد إسناد كما في المادة 23 مكرر2 مدني جزائري، انتُقد بأنّها غالبا ما تكون موضع خلاف أو عدم استقرار بسبب التطوّر وقلّة الاجتهاد، فالدولي الخاص الألماني مثلا صدر 1896/8/18م وبقي الجدل حوله قائما إلى أن عُرض على القضاء العالي سنة 1971م؛ فحكمت المحكمة الدستورية على مواد منه أنها مخالفة للدستور، فأصدر المشرع قانونا دوليا خاصا جديدا 1986/6/25م، ونصت المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية على جعل المبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحدة ضمن مصادر أحكامه رغم أن اجتهاداتها هزيلة جدا، لهذا قد يضطر القضاة إلى الاستئناس باجتهاد المحاكم الأمريكية والفرنسية لأسبقيتها وعراقتها.[2]

* **هل يوجد مضمون القانون الدولي الخاص في المنظومة الإسلامية؟** نعم لكن باصطلاح خاص بدليل أن الأساس موجود، وهو الاعتراف بحق الأجنبي في التقاضي حسب قانونه والإقرار له بمركز قانوني، وجواز القضاء بقانونه الشخصي بشروط، فالذميون مواطنون بكامل الحقوق يُتركون وما يدينون، وتمّ الإقرار بالمركز القانوني للمستأمن الذي وإن كان ليس مواطنا إلا أنه يتمتع بحق التقاضي، يؤكده التناول المستفيض لمصطلحات دار الإسلام والحرب والعهد والذمي والمستأمن، وكلها تبحث في الإقليمية ومركز الأجانب والجنسية والولاء وغيرها من المفاهيم التي يتناولها الدولي الخاص.[3]

المبحث الثامن: مشروعية اقتباس المصطلحات

ترك لنا فقهاؤنا موروثا علميا فاق الخيال، وتطوّرت العلوم الإنسانية في العصر الحديث تطورا يكاد يضاهي تطورها في التاريخ البشري، على رأسها العلوم القانونية التي ازدهرت في القرنين الماضيين ازدهارا عظيما في غير بيئة الإسلام، فحملت بين طيّاتها مفاهيم غير إسلامية ومضامين عدائية تجاه الدين؛ بحكم العداء المتوارث بين الكنيسة وعلماء النهضة، ولم يجد المفكّرون المسلمون من بدّ سوى الإذعان لها بسبب عوامل تاريخية، أقواها الاستعمار الصليبي المدمّر الذي مكث جاثّا على أنفاس المسلمين لأكثر من قرن، ثمّ غلبة التقليد وغلق باب الاجتهاد، والضعف العام الذي أصاب الخلافة العثمانية في أواخرها، وظهور الامتيازات

---

[1] أعراب الدولي الخاص ص.10 والداودي المدخل ص.69 والحداد الموجز ج.1 ص.6 وبديع الدولي الخاص ص.68 وعليوش الدولي الخاص ص.24 والداودي والهداوي الخاص ص.10وبوضياف المدخل ص. 101 ورمزي دراز فكرة التنازع ص. 31 وحبار الدولي الخاص ص. 8 وسعيد البستاني إشكالية وآفاق الجنسية ص. 23 وص. 28 وص. 48

[2] زروتي دراسات 283/1 والحداد الدولي الخاص ص. 31 وعليوش قربوع القانون الدولي الخاص ص. 33

[3] القصبي الأصول الإسلامية للقانون الدولي الخاص ص. 423

القانونية؛ ما أدى بالمسلمين إلى الانبهار بالقوانين المعاصرة التي بدت راقية ومتطورة فاجتهدوا في تقليدها دون تمحيص، ساعدهم التشدّد في منع التقنين اعتقادا أن فيه تشبها بالكفار، ووجود أقليات غير إسلامية قفزت على القوانين الغربية للإفلات من هيمنة الشريعة، حيث ظهر بالتوازي حركتي الإصلاح بشقيها الإسلامي بزعامة عبده والأفغاني وشقها الأوروبي، وللأسف كانت الغلبة للأوروبي بسبب نصرة المستعمِر الذّي ما فتئ مفكروه ينصرون الاتجاه الحداثي العلماني في تغيير المصطلحات الإسلامية بالغربية، وكانت مصر أحد أهم مراكز الصراع، قال "السنهوري": "فقه هذه الشريعة كثوب راعى الشارع في صنعه جسم من يلبسه، ولحظ في صنعه نمو الجسم فبسط له في القماش ليتمكن من توسيعه، فكان الناس بعد النمو على أقسام أحدهما لبس الثوب على ضيقه فاختنق، والثاني لم يطق الضيق فرماه وبقي عاريا، والثالث استعمل الزائد من القماش وصنع ثوبا يليق بجسده الجديد".[1]

ومعلوم أنّ مصطلحات العلوم هي مفاتحها وتطوّرها يتبع تطور المضمون، وقد اضطر علماؤنا إلى أخذ كثير من علوم الغرب بلا تمحيص، فأخذوا المضمون والمصطلح مقتبسا ومطبقا تطبيق المغلوب المولع بتقليد الغالب، فوقع صدام عنيف بين طرفين: يرى الأول أنّها اصطلاحات دخيلة على الإسلام يجب محاربتها، ويراها الثاني سببا للتحضر والرقيّ يجب تطبيقها حرفيا دون تمحيص والصواب بينهما، يقول السنهوري: "لا ننكر على أيّ جيل حقّه في أن يُساهم في صنع لغته، وفي أن يبتدع من الألفاظ ما يفي بحاجاته وما يتماشى مع حضارته، والألفاظ التي ابتدعها تكسب مكانا مشروعا في اللغة لا يجوز لأحد إنكاره"،[2] ولفظ اقتبس من القبس أي الأخذ تقول: اقتبس من النار بمعنى أخذ منها شعلة، واقتبس العلم أخذه والقبس النار كقوله **"أَوْ آتِيكُمْ بِشِهَابٍ قَبَسٍ"** (النمل 7)، وقوله **"لَعَلِّي آتِيكُمْ مِنْهَا بِقَبَسٍ"** (طه 10)، ومعناه شعلة نار في رأس فتيلة أو عود، وفي الحديث "أتيناك زائرين ومقتبسين"،[3] يعني آخذين العلم،[4] ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن هذا؛ فالأمة تقتبس العلوم والأفكار والمبادئ والعادات والتقاليد من غيرها،[5] ويُعرّف "المصطلح" بأنه: "الوعاء اللّغوي الذي يوضع فيه مضمون من المضامين يصير به أداة تؤدي رسالة معينة"،[6] ولم يكن فقهاؤنا يتصوّرون أن يقتبس المسلمون مصطلحات غيرهم، والاقتباس استقراءً نوعان: دينيّ ودنيويّ معرفيّ، فالأول مُحرّم لأن مصادر التشريع واضحة،[7] لحديث: "لَمَّا أَجْمَعَ النبيّ أَنْ يَضْرِبَ بِالنَّاقُوسِ وَهُوَ لَهُ كَارِهٌ لِمُوَافَقَتِهِ

---

[1] صوفي أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية دون طبعة ص. 15 وعمارة السنهوري ص. 192
[2] محمد عمارة السنهوري ص. 54
[3] رواه أحمد في مسنده برقم 17145 وأبو داود باب في لزوم السنة برقم 4607 وسنده صحيح
[4] ابن منظور لسان العرب 167/6 والسيوطي والمحلى الجلالين دار الحديث القاهرة طبعة 1، 495/1
[5] محمد عثمان شبير التكييف الفقهي للوقائع المستجدة دار القلم دمشق طبعة ثانية 2014م ص. 26
[6] محمد عمارة معركة المصطلحات بين الغرب والاسلام ص. 3
[7] عثمان شبير التكييف الفقهي ص. 27

النَّصَارَى، طَافَ بِي طَائِفٌ قَالَ تَقُولُ اللهُ أكبر الأذان"،[1] ولقوله **"لَا تَقُولُوا رَاعِنَا" (البقرة 104)**، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: "كان المسلمون يقولون رَاعِنَا عَلَى جِهَةِ الطَّلَبِ أَيِ الْتَفِتْ إِلَيْنَا وهو بِلِسَانِ الْيَهُودِ سَبّ".[2]

أما الدنيويّ وما يدخل في أبواب المنافع فيجوز اقتباسه باعتبار أن التجربة الإنسانية مشتركة، يُستأنس له بحديث "أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ"،[3] ولأنّ المصطلحات المعرفية تخلو غالبا من التأثيرات العقدية والفكرية للأمم التي أفرزتها، يقول عمارة: "إن تحرير مضامين المصطلحات واكتشاف مناطق الاتفاق ومناطق التمايُز في معاني ومفاهيم هذه المصطلحات، خصوصا الأكثر شيوعا والأكثر إثارة للجدل بين تيارات الفكر في عصرنا وواقعنا، هو مهمة أساسية وأولية بالنسبة لأي حوار فكري حقيقي وجاد، ينقذ حياتنا الفكرية من خطر الاستقطاب الحاد ويوجِدُ لغة فكرية واحدة بين الفرقاء المتحاورين"،[4] وعليه لا يضر الاقتباس ما دام لا يمس العقيدة وكان من الفنون التي اصطلح عليه أهلها، وقد كثُر اقتباس مصطلحات في القانون بسبب تأخر المسلمين المعرفي كاصطلاح: القانون **Loi** والتقنين **Codification** والتشريع والفقه والقضاء والفتوى، ويُلاحظ استعمال المصطلحات الشرعية ربما بسبب غلبة التكوين الشرعي فيمن تصدى لوضعها على رأسهم السنهوري، وفيه من الإيجابي عدم إدراج مصطلحات غريبة، ومن السلبي وقوع الخلط بين المضامين وتصادم المصطلحات، وتلك حجة من منع الاقتباس.

*** مصطلح "القانون"**

قال ابن منظور:"القَوانِينُ هي الأُصُول الْوَاحِدُ قانُونٌ وَلَيْسَ بِعَرَبِيٍّ، والقِنَّةُ القُوَّةُ مِنْ قُوَى الحَبْلِ وَقَانُونُ كُلِّ شَيْءٍ طريقُه وَمِقْيَاسُهُ"،[5] قال الكفوي: "أصله سرياني يعني المسطرة"،[6] وقيل من اليونان أو الرومان أُخذ من **"Kanun"** أو **"Kanon"** لفظة يونانية مشتقة من **"Kanna"** تعني العصا المستقيمة أو قصبة القياس ثم انتقلت إلى مختلف اللغات، يُعبر عنه في الفرنسية **Droit** أي مستقيم وبالإيطالية **Directo** ثم عربت بقانون،[7] فهي يونانية بدليل وجودها في لغة اليونان بمعنى الاستقامة والقياس، تُرجمت إلى لغات عديدة ولا يوجد لها ذكر في الكتاب والسنة أو الشعر العربي، وأول ما عُرفت في المراجع العربية كان بعد قيام عصر الترجمة للكتب اليونانية القديمة ككتاب القانون لابن سينا، وهذا الأصل الغير عربي

---

[1] رواه أحمد برقم 16477 وروى أصله البخاري ومسلم وللحديث طرق يصحح بمجموعها.
[2] تفسير القرطبي ج. 2 ص. 57 وتفسير ابن كثير ج. 1 ص. 373
[3] رواه مسلم باب وجوب امتثال ما قاله شرعا برقم 2363
[4] محمد عمارة معركة المصطلحات ص. 12
[5] ابن منظور لسان العرب ج. 13 ص. 350
[6] الكفوي الكليات ص. 734
[7] أحمد الرفاعي المدخل للعلوم القانونية جامعة بنها سنة 2008م ص. 7 وسعيدي سليم القانون والأحوال الشخصية ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2010 ص. 3 وسليمان الأشقر الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية دار النفائس طبعة ثالثة 1991م ص. 21 وعمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية ص. 16

لا يمنع تعريبها كما وقع لألفاظ عجمية استعملها العرب قبل وبعد الإسلام حتى صارت معربة، بل إن القرآن وهو كلام الله العربي الفصيح يحوي ألفاظا عجمية،[1] ولا ينبغي الخوف من استعمالها وإن كانت عجمية معربة؛ فقد جعلها ابن جزي المالكي عنوانا لكتابه قوانين الأحكام، واستعملها ابن سينا لكتابه في الطب والبيروني لكتابه في علم الفلك المسمى "القانون المسعودي" وأبو حامد الغزالي في قانون التأويل وغيرهم،[2] والقانون في الاصطلاح: "مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة وتعمل السلطة العامة على تطبيقها من خلال فرض الجزاء على من خالفها"،[3] وأول قانون وُضع في العصر الحديث هو المدني الفرنسي من طرف نابليون سنة 1804م، استمده من أصول: القانون الروماني المطبق في جنوب فرنسا إلى غاية 1785م، والقانون الجرماني المطبق في شمال فرنسا وقانون الكنيسة الكاثوليكية في شؤون الزواج وما يتبعه، وقانون الملكية المطلقة بأوامر لويس **14 و15 و16** وقانون الثورة الفرنسية،[4] وتظهر أهمية وجوده في قول أبي بكر عند توليه: "الْقَوِيُّ عِنْدِي ضَعِيفٌ حَتَّى آخُذَ مِنْهُ الْحَقَّ، وَالضَّعِيفُ عِنْدِي قَوِيٌّ حَتَّى آخُذَ لَهُ الْحَقَّ"،[5] وقول العودة: "القانون كمعنى ضرورة لا مفر منها للجماعة وحاجة لا غنى عنها للبشر، به تُنظم الجماعات وتُمنع المظالم وتُحفظ الحقوق وتُوزع العدالة وتُوجه الشعوب خلقته حاجات البشر وضروراتهم، فالجماعة تقتضيها الضرورة أن تنظم نفسها لتستفيد من جهد أفرادها، وتقتضيها الضرورة أن تمنع المظالم عن أفرادها وتحفظ حقوقهم وتوزع العدالة بينهم ليعيشوا في سلام"،[6] وقول السنهوري: "لا يوجد القانون إلا في تنظيم العلاقات بين اثنين متكافئين في القوة، أما حيث يتفاوتان قوة وضعفا فالقانون هو القوة"،[7] أهدافه: الاستقرار وسعادة الناس

---

[1] هل توجد ألفاظ عجمية في القرآن؟ منعه الشافعي والطبري لقوله "**قرآنا عربيا**"، وأجازه الجمهور بدليل إجماع النحاة على منع صرف "ابراهيم" للعلمية، واستدل السيوطي بما رواه الطبري بسند صحيح عن أبي ميسرة: "في القرآن من كلّ لسان"، ومثله عن سعيد بن جبير ووهب بن منبه وهو قول ابن عباس وعكرمة، وقال أبو عبيد: "هذه الحروف أصولها عجمية لكنها وقعت للعرب فعربتها"، كلفظ "استبرق" "أباريق" "الأرائك"، السيوطي الإتقان تحقيق أبو الفضل الهيئة العامة المصرية 1974م ج. 2 ص. 125 والزركشي البرهان ت أبو الفضل الحلبي ط 1، 1957م ج. 1 ص. 287

[2] منذر الفضل تأريخ القانون طبعة ثاراس طبعة 2، 2005م ص. 18 والألفي محاولات تقنين أحكام الفقه مقال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية الإمارات سنة 1994م ص. 96

[3] حسين منصور المدخل ص. 12 وغالب الداودي المدخل ص. 10 وحسن أبو طالب تاريخ النظم ص. 3 ومنذر الفضل تأريخ القانون ص. 18 والرفاعي المدخل ص. 8 والأشقر الشريعة الإلهية ص. 23 والزلمي فلسفة القانون طبعة إحسان ط 1، 2014م ص. 35

[4] عبد الله حسين المقارنات التشريعية دار السلام ط 1، 2001م ص. 63 وعطية سالم محاسن الشريعة مقال مجلة الجماعة الإسلامية المدينة العدد 1 السنة 6 لسنة 1973م ص. 41

[5] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 13009

[6] عبد القادر عودة الإسلام وأوضاعنا القانونية ص. 20

[7] محمد عمارة حياة الدكتور السنهوري ص. 62

ورفع الظلم، وإرساء إطار رسمي من الإلزام لمنع الجرائم والمظالم والإضرار، وحماية الضعيف والإلزام بأداء الواجبات ويُطلق على التقنين والتشريع.[1]

*** مصطلح "التشريع" Legislation**

كلّ ما يقوم به البرلمان من سنّ القوانين في دول العصر، أو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية بصورة مكتوبة، ويُطلق على الأعمال التي تنزع إلى إعداد القوانين من مشاريع واقتراحات قوانين وتعديلات ومناقشات، وعلى فروع القانون كالتشريع المدني أو الجنائي، وقديما كان العرف هو المصدر الأساسي لكل قاض؛ ثمّ أصبح التشريع المكتوب الذي يشرعه البرلمان هو المصدر الرئيسي في سن القوانين وأول ما يعتمده القضاة، وقد كثر السّجال حول استعماله في الدلالة على التقنين، واشتهر النكير عليه كما فعل محمد عمارة بحجة احتكار اللفظة للتشريع الرباني، ولأن التقنين يؤخذ بعضه من أحكام الشريعة وأكثره من العادات والتقاليد وبعض القوانين الغربية، فالمدني العراقي والسوري والمصري مستمد من الفرنسي على يد السنهوري، ولأنّ الدول العربية بعد استقلالها واستفاقتها وجدت نفسها في تخلّف ظاهر ومضمر فحاولت النهوض عن طريق تقليد غالبها، وإنزال ما توصل إليه الغرب في ميدان العلوم على بلدانها، وكان مما أنزلته بغير تمحيص العلوم القانونية، وقد سَلِم المجالُ الشخصي من المسخ بسبب حساسيته وصلته بالشريعة، قال ابن خلدون: "المغلوب مولع أبدا بالاقتداء بالغالب في شعاره وزيه ونحلته وسائر أحواله، والسبب أنّ النّفس أبدا تعتقد الكمال فيمن غلبها وانقادت إليه إمّا لنظره بالكمال بما وقر عندها من تعظيمه أو لما تغالط به من أنّ انقيادها ليس لغلب طبيعيّ إنّما هو لكمال الغالب،"، وعلى منع اقتباس لفظة التشريع ظواهر كقوله **"شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدّينِ مَا وَصّى بِهِ نُوحًا"** (الشورى 13)، وقوله **"ثُمّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأَمْرِ فَاتّبِعْهَا"** (الجاثية 18)، وقوله **"لِكُلّ جَعَلْنَا مِنْكُم شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا"** (المائدة 48)، وقيل بالجواز لأنه لظ يُطلق على مورد الماء والشروع وشاطئ البحر والإظهار، قَالَ ابْنُ الأَعرابي: "شَرَعَ أَي أَظهر" وفي قوله **"أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا"** (الشورى 21)، قَالَ: "أَظهَرُوا"، والشارعُ الرَّبّاني هُوَ الْعَالِمُ العاملُ المعَلِّم، وقَالَ الأَزهري: "شَرَعَ بَيَّنَ وأَوضَح مِنْ شُرِعَ الإِهابُ إِذا شُقَّ وَلَمْ يُزَقَّقْ"، كما تأتي الشريعة بمعنى العادة والطريق الشارِعُ الأَعظم الَّذِي يَشْرَعُ فِيهِ النَّاسُ، والراجح الجواز لأن العرب استعملته في غير معنىً، فلا يضر إطلاقه على التقنين شرط الوضوح، وعدم اللبس على المصطلح الشرعي.[2]

---

[1] توني أونوريه آراء في القانون ترجمة مصطفى رياض الجمعية المصرية لنشر المعرفة ص. 8 ومصطفى الزلمي فلسفة القانون ص. 43 وسعيدي سليم القانون والأحوال الشخصية ص. 3

[2] ابن منظور لسان العرب 175/8 وتاريخ ابن خلدون 184/1 وعمارة معركة المصطلحات ص. 70 وحسين منصور المدخل ص. 109 وسعيدي القانون والأحوال ص. 4 وبوضياف المدخل ص. 130

* **مصطلح "الفقه" Doctrine** الفقه شرعا: "العلم بالأحكام الشرعية العملية التفصيلية المستنبطة من أدلتها التفصيلية"،[1] قال ابن خلدون: "معرفة أحكام الله في أفعال المكلّفين بالوجوب والحذر والنّدب والكراهة والإباحة وهي متلقّاة من الكتاب والسّنّة وما نصبه الشّارع لمعرفتها من الأدلّة"،[2] عرّفته مدوّنة "جوستنيان" **Institutes De Justinien**: "معرفة الأمور الإلهية والأمور البشرية والعلم بما هو حق شرعًا وبما هو غير حق"، وقيل: "مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أو الفقهاء بمناسبة شرح القانون وتفسيره"،[3] فإذا كان القضاء هو المظهر العملي للقانون فإن الفقه هو مظهره العلمي، وأقوال الفقيه ليس لها صفة الإلزام لكن يحتاجها الكلّ مثل قول المجتهد والمفتي، ولا توجد دولة تعتبر الفقه مصدرا رسميا غير أنه يملك قوة أدبية، وتقتصر مهمة الفقيه على شرح أحكام القانون، وتفسير الغامض واستنباط آراء علمية لتحسين القانون، وجلب المصالح الاجتماعية والفردية ودفع المفاسد، ورغم صفته الاستشارية إلا أنه شديد الأهمية؛ لكونه مُعينا وهاديا للمشرع الوطني أثناء صياغة القوانين، ومُهمّا للقاضي قبل إصدار الحكم في فهم النصوص وتفسير المبهم وشرح الغامض، وقد استقرّت مبادئ الدولي الخاص عن طريق آراء فقهائه؛ ففي إيطاليا كان الاعتماد على نظرية الشخصية لمانشيني **Mancini**،[4] ولا يمكن إغفال أثر سافيني **Savigny**[5] على قضاء ألمانيا، ويستشهد اجتهاد بريطانيا بآراء "ديسي" **Dicey** و"ويستليك" **Westlake**[6]، ولعب الفقه الفرنسي دورا بارزا في توحيد التشريع بين الشمال المعتمِد على العرف والجنوب المبني على القانون الروماني ما مهّد لنابوليون تقنين المدني 1804م، وساهم فيه "ديمولان" و"دوما" و"بوتيه"، ومنح الرومان الفقيه صلاحية التشريع مثل "جايوس" **Jauis** و"بابينيان" **Papinien** و"مودستان" **Modestin** و"بول" **Paul** و"أولبيان" **Ulpien**، وبُنيت مدونة جوستينيان على آراء هؤلاء الخمسة، ومن فوائده إعداد الطلبة لفهم القانون وتوجيه القضاء إلى فهمه ولعب دور المراقب المحايد، والمساهمة في نشر العدل ومدّ المشرع بالمبادئ العامة التي تعينه على القوانين.[7]

---

[1] حاشة العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع للسبكي دار الكتب العلمية ج. 1 ص. 57

[2] تاريخ ابن خلدون ج. 1 ص. 563

[3] حسين منصور المدخل ص. 235 وجواد علي المفصل في تاريخ العرب ج. 10 ص. 141

[4] فقيه إيطالي ولد سنة 1817م وتوفي سنة 1888م، كان رجلا قانونيا بارزا، تولى وظائف سياسية كثيرة منها وزارة الخرجية، دافع عن النظرية الشخصية في القانون الدولي الخاص، المصدر
https://fr.wikipedia.org/wiki/Pascal-Stanislas_Mancini يوم 2017/11/03 الساعة 17

[5] ولد في فرنكفورت **(1779م -1861م)**، وضع مدرسة التاريخ القانوني ودافع عن القانوني الألماني الخاص، ttps://fr.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Carl_von_Savigny 2017/11/03 ساعة 17

[6] ديسي بريطاني (1835م - 1922م) متخصص في القانون الدستوري، حيث اعتبر مؤلفه في القانون الدستوري، كدستور مواز للمملكة المتحدة البريطانية، درس في جامعة أكسفورد المصدر:
https://fr.wikipedia.org/wiki/A.V._Diceوويستليك بريطاني متخصص في القانون الدولي العام، (1828م - 1913م) كان أستاذا للقانون الدولي العام في كمبردج، المصدر:
//en.wikipedia.org/wiki/John_Westlake الساعة 18 سا 00 يوم 2017/11/03

[7] الداودي والهداوي الدولي الخاص ص. 35 وحسين منصور المدخل ص. 236 والداودي المدخل ص. 184

* **مصطلح "الفتوى** اسْتَفْتَاهُ فِي مَسْأَلَةٍ فَأَفْتَاهُ وَالِاسْمُ الْفُتْيَا وَالْفَتْوَى، وتَفَاتَوْا إلَيْهِ ارْتَفَعُوا إلَيْهِ فِي الْفُتْيَا وأَفْتَاه يُفْتِيه إذا أَجابه، أَصله مِنَ الفَتَى وَهُوَ الشَّابُّ الْحَدَثُ الَّذِي شَبَّ وقَوِي؛ كأَنه يُقَوّي مَا أَشكل بِبَيَانِهِ فيَشِبُّ وَيَصِيرُ فَتِيّاً قَوِيًّا، فِي الْحَدِيثِ: "الإِثْمُ مَا حَكَّ فِي صَدْرِكَ وإِن أَفْتَاك الناسُ عَنْهُ وأَفْتَوكَ"،[1] أَي وإِن جَعَلُوا لَكَ فِيهِ رُخْصةً، وأفتاه بيّن له حكمه، فإذا كانت المسألة فقهية فالحكم فقهي، وإذا كانت لغوية فهو لغويّ كقوله **"يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الكَلَالَةِ" (النساء 176)**،[2] وتُعرّف بأنها: "إخبار عن حكم الله في إلزام أو إباحة"،[3] أو "تبيين الحكم الشرعي"،[4] وهي في القانون تفسير قاعدة أو توضيح مشكلها أو العودة إلى الاحتياط.

* **أوجه الاتفاق بين الاجتهاد القضائي والفتوى** فيهما إظهار حكم الشرع والقانون وإعمال النظر في الصُور الجزئية، وأجرهما عظيم إذا احتُسب، وأول من قام بهما النبي، وعلى المجتهد والمفتي واجب الاجتهاد ويمنع عنهما التقليد عند الأوائل، ويحرم عليهما الحكم بالهوى، ويجوز أن يُفرض لهما نفقة، ولهما التجمل بلباس خاص للمهابة، ويستحسن أن يخصص لهما مجلس وسط البلاد لخصوصية وظيفتهما، ويكره لهما العمل والحكم خلال عملهما، ويكره لهما التشويش على النفس بالغضب والجوع وما شابه، ولا ضمان عليهما فيما وقعا فيه من خطأ، والمفتى له والمقضي له كلاهما لا ينقذه حكم القاضي والمفتي من محاسبة الله في حال التزوير، **أوجه الاختلاف** الإلزام في القضاء بخلاف الفتوى، والقاضي ينشئ الحكم والمفتي قد ينشئه وقد يخبر به، ويختلفان في الصفة فالحكم القضائي لا يكون إلا منطوقا أو مكتوبا، وتصح الفتوى بالإشارة والفعل، والقاضي يعتمد قول الخصوم والحجج والمفتي يعتمد كلام المستفتي، والقاضي حكمه قاصر على الخصوم والمفتي تعمّ فتواه، ويحتاج القاضي من الصفات ما لا يحتاجه المفتي كالفراسة والتجربة، ومجال القضاء أضيق لأنه واجب أو ممنوع أو مباح، وتشمل الفتوى الأحكام الخمسة، والقضاء يحكم المعاملات وبعض المعتقدات، أما الفتوى فتدخل في سائر الأعمال، ويفترقان في صفة القائم بها لجواز الفتوى للمرأة والمملوك، والقضاء ممنوع على العبد اتفاقا وعلى المرأة عند الجمهور، والفتوى تقبل النسخ ويجب النقض في القضاء، والفتوى لا ترفع الخلاف ويرفعه القضاء بين المتخاصمين، ويحتاج القاضي لخصومة والمفتى قد يفتي في أمور شخصية.[5]

---

[1] رواه أحمد برقم 17999 و18001 وله شاهد في صحيح مسلم برقم 2553

[2] ابن منظور اللسان 147/15 والرازي مختار الصحاح ت الشيخ المكتبة العصرية ط 5، 1999م ص. 234

[3] القرافي المالكي في الفروق ج. 4 ص. 53

[4] البهوتي شرح منتهى الإرادات طبعة عالم الكتب 1993م ج. 3 ص. 483

[5] حمدان آل شراب الاجتهاد ص. 175 والقرافي الإحكام ت أبو غدة دار البشائر ط 2، 1995م ص. 33

الفصل الثاني: التطور التاريخي للقضاء والتشريع والطلاق

توطئة

الاجتهاد في تطبيق القانون والغوص في فهم فحوى النصوص ليس وليد القرنين الماضيين كما قد يُتوهّم، بل هو أمر ضارب في التاريخ ضربا موغلا، فقد عُرف عن البشر منذ المراحل الأولى من تاريخهم اهتمامهم بالتنظيم الجماعي، ونشر العدل وردع النفوس لتحصيل الأمن والاستقرار للجماعة، وكانوا يتخذّون من سنّ القواعد والاحتكام إليها ذريعة ومطية للوصول إلى العدالة، والحكمة تقول حيثما وُجد تشريع وُجد معه قضاء، ولا يبعد عنهما نظر في النصوص وتطبيقاتها، وترتبط دراسة الاجتهاد ارتباطا وثيقا بدراسة القضاء حُكما وتنظيرا، ودراسة القانون تأريخا ووضعا وتشريعا، فلا اجتهاد دون قانون معتمد وشريعة يُستمد منها، وقد قُسّمت دراسة القانون باعتبار الزمن إلى دراسة ماضية: "تاريخ القانون"، **Histoire de droit** ودراسة في الحاضر من حيث كيفية تشريعه وتطبيقه: "القانون الوضعي، **Droit Positif** ومستقبلية استشرافية: "علم السياسة التشريعية" **Science De La Législation**، وتاريخ القضاء والقانون مهمّ من حيث أنّ بعض النظم لا يمكن فهمها إلا من خلال سياقها التاريخي، وتطوّرها عبر الزمن كالتفرقة بين الحق العيني والشخصي، وتقنين الأحوال الشخصية التي تستمد قوتها من الأحكام الدينية وهي مصادر تاريخية، ومن حيث مساعدتها في تكوين الملكة القانونية عن طريق تتبّع مراحل تطوّر القانون والقضاء،[1] ومنظومة الطلاق كذلك قديمة قدم البشرية، عُرفت في مجتمعات بائدة – مثل مؤسسة الزواج - من أول يوم خُلق فيه الإنسان لقوله **"يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا"** (النساء 1)، وقوله **"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا"** (الروم 21)، وقوله **"وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا"** (النحل 72)، لأنّ جمع الزوجين في مكان واحد لمدة طويلة مُدْعاة لخصومة قد تستمر لتبلغ درجة الشقاق المتسبب في الفرقة، نبحث ما سبق في مباحث:

المبحث الأول: تطوّر القضاء والقانون والطلاق قبل الإسلام
المبحث الثاني: تطوّر القضاء والقانون في عصر ازدهار الإسلام
المبحث الثالث: تطوّر القضاء والقانون في عصر الانحطاط
المبحث الرابع: تطوّر القضاء والقانون والطلاق في العصر الحديث
المبحث الخامس: تقنين الفقه الإسلامي ومشروعيته

المبحث الأول: تطوّر القضاء والطلاق خلال العصور الغابرة

تمهيد

يبحث علماء التاريخ عن السّمات القانونية والأصول التشريعية والاجتهادات الحُكمية القضائية التي عرفتها مختلف الأمم في العصور الغابرة، وهو بحث صعب

[1] منذر الفضل تأريخ القانون ص. 11 وصوفي أبو طالب تاريخ النظم القانونية ص. 11

لأنّ الأمم الغابرة لم يكن لها اهتمام بحفظ العلوم ومصادرها، كما ساهمت الحروب في طمس القليلٍ مما صُنّف، كقوله **"إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعِزَّةَ أَهْلِهَا أَذِلَّةً" (النمل 34)**، يحكي على لسان ملكة سبأ ما يفعله الملوك عند دخولهم بلدا عُنوة، ثم صدّق قولها،[1] ويزيد في الصعوبة أن الكتابة والطباعة وحفظ المصادر لم تُعرف إلا منذ فترة وجيزة؛ ما يجعل الإلمام بما كانوا عليه في قضايا القضاء والطلاق صعبا، ومع ذلك فإنّ أهل التاريخ قسموا الزمن الغابر باعتبار مصدر الحكم إلى أربع فترات: **الأولى** عصر القوة **Justice Privée**، يُحفظ فيها النظام بالقوة الفردية، والقانون عبارة عن وجدان وإحساس بوجوب حفظه، **الثانية** عصر التقاليد الدينية **Inspiration Divine**، تميّزت بظهور قواعد قانونية في صورة أحكام ربانية، يملك فيها رجل الدين سلطة التشريع، عن طريق استخراج الأحكام من النصوص الإلهية، هو سبيل المجتمعات التي كان لها كتاب مقدّس، **الثالثة** عصر التقاليد العُرفية **Coutumes** تميّزت بانفصال سلطة التشريع عن الدين، واعتماد القانون كليّة على العرف، ظهرت في أوروبا وازدهرت بعد الثورة الفرنسية أواخر القرن 18م، وعُرفت في الدول الإسلامية أثناء وبعد الاستعمار، **الرابعة** عصر التدوين والتقنين **Codification** تميّزت بكتابة القانون واعتماده وحده، وتدوينه إما على طريقة التشريع كما هو حال المدرسة اللاتينية، أو تدوين الأحكام السابقة ليتم اعتمادها لاحقا كما تقوم به المدرسة الأنجلوسكسونية، ويبدو أنّ هذا التقسيم نابعٌ من كيْسِ الغربيين، من حيث عدم موافقته لما ثبت في مصادرنا التي لا تحتمل الكذب، والتي فيها أنّ آدم عليه السلام كان يحكم بشريعة الله بحكم نبوته، وربما يكون ما ذكروه حصل بعده،[2] خصصنا لهذا المبحث مطالب:

المطلب الأول: التشريع والقضاء في العصور الغابرة وتدوين القانون
المطلب الثاني: القانون والقضاء عند الرومان واليونان وقبل الإسلام
المطلب الثالث: الطلاق في العصور الغابرة وقبل الإسلام

المطلب الأول: القضاء في العصور الغابرة وتدوين القانون

تقتضي طبيعة البشر وجود التقاضي وفصل الخصومات، فكان من الطبيعي وجود أنظمة القضاء منذ العهد الأول للبشر طلبا للاستقرار؛ بدون ذلك تُصبح الحياة فوضى شبيهة بحياة الحيوانات، لهذا مسّت الحاجة إلى وجود نواميس الانضباط الاجتماعي، التي ترمي إلى الاستقرار والأمن والتوفيق بين الرغبات المتعارضة، وتنظيم العلاقات الموسومة بالتنازع والتنافس، وهي نواميس متعددة المصدر وتعتمد على الأخلاق والعادات والتربية والدين، ويُقال أنّ أول حضارة وُجدت كانت بالمثلث القديم "مصر، اليمن، بابل"، بين وادي النيل ونهر الرافدين ومن اليمن إلى الشام،

[1] تفسير الطبري ج. 19 ص. 454 وتفسير ابن كثير ج. 6 ص. 190
[2] صوفي أبو طالب تاريخ النظم القانونية ص. 23 وصاحب عبيد الفتلاوي تأريخ القانون دار الثقافة عمان ط 1، 1998م ص. 50 ودنيس لويد فكرة القانون ص. 65 ومريم عمارة المدخل إلى تاريخ القانون دار بلقيس الجزائر 2014م ص. 5 وعباس العبودي تاريخ القانون دار ثقافة الأردن ط 4، 2014م ص. 47

وزعم "أوفيد" **Ovide** و"سينيكا" **Seneque**[1] أن الإنسان البدائي لم يكن محتاجا لنظام قانوني بسبب فطرته المبنيّة على الجهل وعدم الطموح، بل كان غاية أمله العيش بسلام وإشباع غرائزه؛ فكانت القيادة تُسند لحكيم من القوم يُطاع لحكمته فلا حاجة لقانون، وإنّما احتيج إليه حين فسدت الطباع وظهر الطموح لإشباع غريزة التحكم، نتج عنه نزاع دائم أوجب اختراع القانون، ولست أشك في بطلان هذا القول المبنيّ على التخمين الذّي لا يدعمه دليل نقلي أو عقلي، والذّي لا يصمد أمام الحقائق التاريخية التي ذكرها القرآن، من كون بداية البشرية كانت تحت ظلال النبوة والوحي على يد نبيّ الله آدم، وأنّ النزاع بدأ من أول يوم بما وقع لابنيْ آدم، حين قتل قابيل أخاه هابيل، وهو ما تبنّاه المفكر "روسو" **Russeau**، كما تناول القرآن الكريم قصص الأنبياء عليهم السلام المبعوثين إلى الحضارات القديمة بالهُدى، والذّين عاش أتباعُهم نعمة العدل والقضاء بالوحي كقول شعيب: **"وَيَاقَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ"** (هود85)، وذكر بعض الحضارات في قوله **"وَاسْتَوَتْ عَلَى الْجُودِيّ"** (هود 44)، أي استواء سفينة نوح على جبل الجودي في الموصل بالعراق، وحضارة بابل في البقرة (الآية 102)، وحضرموت في الأحقاف، ومصر في سورة يوسف، أما الذّين لم يكن لهم وحي فكانوا يجتمعون على الأسرة والقبيلة، يملك ربُ الأسرة سلطة التشريع والحكم والتنفيذ على أسرته، ولرئيس القبيلة نفس السلطة على قبيلته.[2]

ولم يكن المجتمع الأول يعرف القانون بالمفهوم المعاصر، إنّما ألزمته الحاجة إلى الاستقرار بالأخذ بنظام الأبوة في الأسرة والرئاسة داخل العشيرة، فكان النظام يُفرض بقوة الشخص أو الجماعة يُعرف ذلك بنظام حكم القوة، واختلفت بداية مصادر التشريع والقانون والقضاء؛ فمنها الإلهي لدى الأنبياء وأتباعهم الذين اعتمدوا الوحي، من نبي الله آدم الذّي قصّ لنا القرآن قصة تحاكم ابنيه عن طريق تقديم القربان في قوله **"وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا"**، **(المائدة 27)** قال القرطبي: "كان قابيلُ وهابيلُ من صلب آدم عليه السلام فحسد قابيل أخاه فاحتكما إلى أبيهما؛ فأمرهما بتقريب قربان فتقبل من هابيل ولم يتقبل من أخيه فازداد حسده

---

[1] وُلد أوفيد سنة 43 ق م بإيطاليا توفي 18 م، عاش في اليونان وروما، وولد "سينيكا" بإسبانيا 4 ق م وتوفي 65 م كان مستشارا لنيون، https://fr.wikipedia.org/wiki/seneque
https://fr.wikipedia.org/wiki/Ovide بتاريخ 2017/11/07 الساعة 17 سا 00

[2] هناك نظريات في تفسير نشوء المجتمع الأول للبشر من الجانب القانوني، فمذهب مكلنن **MacLenan** أن أساسه القبيلة لا الأسرة بسبب الحاجة إلى الدفاع والأمن وتوفير مستلزمات الحياة، وقيل أول مكوّن هي الأسرة التوتمية التي لا ترتبط بدم أو نسب بل على أساس الصلة الروحية المبنية على الخرافة؛ أين يكون حيوان أو مادة مثلا أعلى يجب تقديسه لأنه سبب الوجود، وقيل أن الأسرة النووية والممتدة هي السباقة في التكوين ثم ظهرت العلاقة بين الأسر التي كوّنت القبيلة، وهو ما نصره القرآن بذكره خلق آدم وحواء **"وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى"** (النجم 45) ثم ظهرت القبيلة لقوله **"يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى"** (الحجرات 13)، صاحب الفتلاوي تأريخ القانون ص. 22 واسمهان عفيف السلطة التقديرية للقاضي ماجستير جامعة أم البواقي 2011م ص. 21 وفكرة القانون دنيس لويد ص.16 و129 وحسين منصور المدخل إلى القانون ص. 43 والحميضي القضاء ونظامه ص. 154

لأخيه فقتله"،[1] وفي الحديث: "لاَ تُقْتَلُ نَفْسٌ ظُلْمًا إِلَّا كَانَ عَلَى ابْنِ آدَمَ الأَوَّلِ كِفْلٌ مِنْ دَمِهَا؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ مَنْ سَنَّ القَتْلَ"،[2] ومنها المصدر الإلهي الفاسد كقوانين المشركين وعُبّاد الكواكب الذين زعموا أنهم يحتكمون إلى الآلهة، فيما كان حكمهم يعود للهوى والشيطان، ومنها التقاليد والأعراف بأن يعتاد الناس على سلوك مُعيّن في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية، ينشأ عنه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة، وقيل أن المجتمع البدائي لم يكن محتاجا إلى العقوبة؛ لأن الفرد كان يولد في بيئة تحكمها التقاليد والاعتقاد بحلول العقوبة الغيبية، سواء كانت إلهية أم شركية فكان الغالب التقيّد بالأعراف، وخالف "سيجل" **Seagle** فقال بل كانت لهم عقوبات صارمة جزاءً لمخالفة القوانين التي تضبطها الأعراف الموروثة، وقوله هذا أقرب إلى القرآن؛ لأن قابيل عوقب بالنفي بعد قتل أخيه.[3]

* **تدوين القانون** هناك أسباب أدت إلى ظهور الكتابة عند الأوائل، كتعدّد القضاة والحاجة إلى تدوين يُرجع إليه عند المنازعة، وتوحيد القواعد القانونية طلبا للاستقرار، واتّساع الرقعة الجغرافية الذّي كان يحول دون الرجوع إلى السلطات، وحاجة الناس إلى الاطّلاع على القانون الذي يحكمهم ليعرفوا حقوقهم وواجباتهم؛ فلا يتنصلوا منها بداعي الجهل، وحفظ القانون من الضياع والنسيان، وقد تميّزت المدوّنات القانونية القديمة بأسلوب موجز، وتنظيم القضايا الجزئية وضرب الأمثلة، وأُدرج في بعضها الأخلاق كاليهودية والهندية، وتجردت منها أخرى كقانون حمورابي، كما حرِص المدوّنون على الإلزام بالجزاء، وتُقسّم المدونات جغرافيا على العراق: **(أورنامو وأشنونا ولبت عشتار وحمورابي والأشورية)**، ومصر **(الفرعونية القديمة بوكخوريس)**، والغرب **(اليونانية كدراكون وصولون والرومانية)** والهند **(مانو)**.[4]

المدونات القانونية بالتسلسل التاريخي * قانون **أوركاجينا** **"2355 ق م"** في عهد الملك البابلي الذي انتشر في زمانه العدل * قانون **أورنمو** Ur-Nammu **"2111 / 2004 ق م"** نسبة إلى أور جنوب العراق، تميّز بالطابع الإلهي وتضمن مقدمة و31 مادة، اكتُشف منه أكثر من **300** لوحة في مدينة "لكش"، تعود لعهد سلالة "أور" الثالثة، فيها قضايا المنازعات العقارية والشخصية * قانون **أشنونا** Eshnunna **"1961/2000 ق م"** في بغداد وديالى في العصر البابلي القديم، فقد عثرت بعثاتُ التنقيب في "تلّ حرمل" على لوحات عديدة، في مختلف الفنون القانونية مكتوبة باللغة الأكدية، بقي منها 61 مادة فيها اشتراط رضا الوالدين لزواج البنت، وفي المادة 27: من عاشر فتاة دون زواج حُرم من الزواج بها ولو بقيت عنده عاما كاملا * قانون **لبت عشتار** **"1794/2017 ق م"** في عهد الملك عشتار خامس ملوك سلالة أيسن، نظّم

---

[1] تفسير القرطبي ج. 6 ص. 134

[2] رواه البخاري باب خلق آدم عليه السلام برقم 3335 ومسلم باب بيان إثم من سنّ القتل برقم 1677

[3] تفسير القرطبي ج. 6 ص. 135 ودنيس لويد فكرة القانون ص. 214 منذر الفضل تأريخ القانون ص. 33

[4] الحميضي القضاء ص. 168 والفضل تأريخ القانون ص. 37 و71 وزكي عبد البر تقنين الفقه إحياء التراث قطر ط 2، 1986 ص. 31 والفتلاوي تأريخ القانون ص. 75 وسعيدي القانون والأحوال ص. 10

جميع مجالات الحياة، ونُسخ على ألواح طينية وكُتب باللغة السومرية فيه مقدمة وخاتمة و40 مادة، كُشف عنه النقاب سنة 1947م من طرف **Francis Steele**، وعثرت جامعة بنسلفانيا على ألواحه في مدينة "نفر" في عشرينات القرن 20 *قانون **حمورابي** **"1686/1728 ق م"** شاملٌ لجميع نواحي الحياة، فيه بعض العدل والرحمة بالمساكين، نص على عقوبة السارق بثلاثين ضعفا إذا كان من الأشراف، وعشرة أضعاف إذا كان من المساكين، دام عصره 43 عاما وتميّز قانونه بالدقة والجدية، فنصت المادة 128 على وجوب كتابة عقد الزواج، وتحديد واجبات الزوج تجاه زوجاته حال التعدد؛ ما يدل على رقيّ مكانة المرأة، وفيه اهتمام بالقضاء وتأهيل القضاة وتشجيع تخصصهم، فقد نصّ على وجوب القضاء بروح القانون لا الالتزام الشكلي بالنص، واكتُشف النصب الذي دُوّن عليه سنة **1901م** في حفائر مدينة "سوس" بإيران من طرف **J. De Morgan** الذّي نقله إلى متحف اللوفر بباريس، **"طوله 225 سم وقطره 60 سم وقاعدته 190 سم"**، ثمّ قام **Scheil** بترجمته إلى الفرنسية، هو الوحيد الذي وصلنا نصه الأصلي مدونا على نصب حجري، بلغت مواده 282 مقسمة على 13 قسم،كل قسم لموضوع معيّن كالأحوال الشخصية والسرقات، اتّسم بالقسوة بسبب كثرة الإعدامات وبتر الأعضاء والعقوبات الجسدية * قانون **مانو الهندي** **(1280 ق م)** يعتقد الهنود أنه موحى من الإله، كُتب بأسلوب شعري فبلغت أبياته 2683 بيتا، مُزج فيها بين قواعد السلوك الملزمة والأخلاق والدين، خاصيته الكبرى أنه طبقيّ جعل لكلّ طبقة من الشعب قانونا خاصا، فاستأثر الكهنة بكل الحقوق والمزايا * قانون **حور محب المصري** **(1925/1323 ق م)** اكتشفه الأثري الفرنسي "ماسبيرو" 1882م، هو أهم اكتشاف لتشريعات مصر الفرعونية * قانون **بوكخوريس المصري** **(719 /712 ق م)** لم يصلنا منه إلا القليل، فيه إلغاء نظام استرقاق المدين والديون الربوية الباهظة، ومنح المرأة المركز القانوني اللائق بها كحق الطلاق* قانون **دراكون** أثينا **Dracon** **(621 ق م)** أراد إصلاح مجتمع اليونان بإشراك الشعب في السلطة، وإلغاء استرقاق المدين وتحقيق المساواة، وتعتبر هذه المدونة أساس بناء الديموقراطية اليونانية؛ إلا أن مضمونها اتّسم بالوحشية وتغليظ العقوبة * قانون **صولون** أثينا **Solon** **(594 ق م)** أصدره بعد دراكون بنحو 20 عاما؛ بسبب الضغط الشعبي لتغيير قانون دراكون الوحشي، جاء فيه حق الأبناء في الاستقلال عن سلطة الأب إذا بلغوا سنا معينا، وأقر الديموقراطية وتسيير الشعب للسلطة * قانون **الألواح الإثنى عشر** **Loi des Douzes Tables** **(450 ق م)** أهم قوانين روما، حيث مرّ تقنينهم بمراحل من العصر الملكي، مع نشأة روما إلى ظهور النظام الجمهوري 509 ق م، ثمّ العصر الجمهوري إلى قيام النظام الامبراطوري 27 ق م، ثمّ عصر الإمبراطورية العليا إلى سنة 284م، ثمّ عصر الإمبراطوية السفلى **(بيزنطة)** من عام 284م إلى وفاة الإمبراطور جستنيان 565م، وكانت قوانينهم خلال كلّ هذه المراحل تُستمد من العرف دون كتابة، ثم دعت الحاجة فتمّ تدوين الألواح الإثنا عشر كأول قانون رومانيّ مكتوب، فيه مواد وحشية كاسترقاق المدين العاجز عن رد دينه،

أو تقسيم جسده قطعا بين الدائنين، ومنح الأب والزوج سلطة مطلقة، ومنع الزواج بين الأشراف والشعب، مواده مختصرة وفيها ضرب الأمثال لتسهيل الحفظ * قانون **المشرّع الصيني** **"300 ق م"** فلسفته: طبيعة الإنسان الأصلية شريرة يصلح بالبيئة الطيبة، شعاره: "قانون مقترن بعقوبات شديدة لضمان تنفيذه خير من جميع كلمات الوعظ لحفظ النظام"، وهي تنتقض ما جاء به الإسلام من أن الإنسان يولد على فطرة سليمة طيبة، وإنما تفسده البيئة لحديث: "مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ" **"فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا"** (الروم 30)،[1] وقد تقرّر أنّ الإنسان مزيج من الخير والشر لقوله **"وَنَفْسٍ وَمَا سَوّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا"** (الشمس 8/7) * مجموعات **جستنيان** (565 م) فيها ما تمّ تدوينه من قوانين روما، ومجموعة التقنين **code** التي تحتوي على القوانين والدساتير الرومانية، والموسوعة **Digest** التي تحتوي على الفقه والقانون القديم، والنظم **Les Institutes** المخصصة للدراسة، والدساتير الجديدة التي أصدرها جستنيان، وفيها نظام جيّد للطلاق حين جعله أنواعا: التراضي يقع بموافقة الطرفين، ومباح يقع بإرادة أحد الطرفين، مع وجود المبرر الشرعي كالعجز الجنسي أو الجنون أو الخيانة، ومحظور يطلبه أحد الزوجين بلا مبرر يتعرض طالبه لعقوبة مالية وبدنية قاسية، كما يُسمى "قانون الرومان" **Corpus juris civile** يُطلق عليه في العصر الحديث القانون المدني **Droit Civil** هو أصل التقنين الأوروبي، لا تخلو كلية حقوقية من مقياس القانون الروماني، كما استمد العرب قوانينهم المدنية من المدني الفرنسي **(1804)** والألماني **(1900)** والسويسري **(1912)**.[2]

<u>المطلب الثاني: القانون والقضاء عند اليونان والرومان وقبل الإسلام</u>

زعم بعض الباحثين الأوروبيين في ميدان العلوم القانونية، أنّ الحضارة التي بلغوها والرقيّ الذي نالوه يعود الفضل فيه إلى الفلسفة اليونانية والقانون الروماني، حيث يتغنون بذلك في كل مناسبة وحين، وبحكم هيمنة النظام القانوني اللاتيني على النظم الإسلامية يجب النظر في تطور التشريع اليوناني والروماني؛ لأن فهم التطور التاريخي مفيد لفهم الحاضر المعيش.

* **اليونان** قبائل آرية سكنت آسية الصغرى منذ القدم، يُعرفون بكثرة شركهم وابتداعهم للآلهة، فقد نصبوا إلها للبحر سموه "نبتون"، وآخر للحكمة سموه "آثينة"، وسموا إله القمر "أبولو" وزوجته "هيرا"، والإله الأكبر "زفس"، ومن كثرة ابتداعهم خصّوا الأجانب بآلهة بسبب عنصريتهم، التي لم تسمح لهم بإدراج غيرهم تحت رحمة آلهتهم، كما مرّ تشريعهم بثلاثة مراحل: **الأولى** جاهلية اليونان إلى عصر الإلياذة القرن 9 ق م، أين كانوا ينسبون قوانينهم إلى آلهتهم التي ابتدعوها

[1] رواه البخاري باب إذا أسلم الصبي فمات رقم 1358 ومسلم رقم 2658

[2] الفتلاوي تأريخ القانون ص. 71 وسعيدي القانون ص. 20 ومنذر تأريخ القانون ص. 106 وزكي تقنين الفقه ص. 31 وشعيب الحمداني قانون حمورابي جامعة بغداد 1988م ص. 30 ومريم عمارة المدخل ص. 12 والعبودي تاريخ القانون ص. 56 ودينيس لويد فكرة القانون ص. 15

وأكثروا في ابتداعها، **الثانية** مرحلة الحكماء والنبلاء، أي عصر استيلاء الملوك وحاشيتهم على التسيير والتشريع والقضاء، وبعضه يُرجع فيه إلى الحكماء، **الثالثة** مرحلة تدوين القانون بسبب ثورة الجمهور، بداية من القرن 7 ق م على يد "دراكون" و"صولون" الحكيم أحد حكمائهم السبعة، مزجوا فيها بين اللاهوتي والعقلي والتجريبي، والقوانين الطبيعية الكامنة في الكون لغلبة الفلسفة على أفكارهم، وهم أول من ابتدع فكرة العدل المطلق، والمجتمع المثالي كما في مؤلف الجمهورية الفاضلة لأفلاطون،[1] وانبنى فكرهم القانوني على العدالة بين اليونان فقط، أما غيرهم فخَدَم لا حظّ لهم فيها مطلقا، فحتى عدالتهم كانت عنصرية مقيتة، وكان "أرسطو" يُبرّر العبودية بزعم أن بعض الناس خُلقوا لها، وبعد سقوط دولتهم على يد "ألكسندر" الأكبر، تغيّرت أفكارهم إلى أحقية نشر العدل بين كامل البشر، غير أن فكرة حصره بين أهل الجنس الواحد بقيت راسخة في أذهانهم.[2]

* **الرومان** استطاع ملوك "الأنروسكان" شمال إيطاليا التغلب على القبائل اللاتينية واحتلال روما لقرنين **(750م /500 ق م)**، وفي عام 500 ق م طردهم الرومان فنشأت الجمهورية الرومانية التي توسّعت وصارت إمبراطوريةً كُبرى، وكان حقّ الانتخاب الذّي حظيَ به الشعب أحد أهم القوانين، وامتدت فترة التشريع عندهم لما يزيد عن 13 قرن **(750 ق م/ 600 م)**، والنظام السائد طبقيّ لا يُعترف للرقيق بأيّ حقّ كما في الألواح 12، ولربّ الأسرة سلطة مطلقة على أسرته، فيُسمح له بضمّ الولد عند الولادة أو رفضه، ويمكنه بيع أولاده كعبيد إنْ شاء، وله أن يقتلهم بعد استشارة أقاربه دون إلزام، ويمكنه حرمانهم من الميراث، وليس هناك قيد للطلاق؛ حتى أنّ النساء كنّ يعددن أعمارهن بعدد مرات وقوعه، وعقود التعامل لا تتم بالتراضي ويصح البيع بالغبن الفاحش، ومع ذلك امتازوا بشريعة قانونية راقية ومتميزة بسبب توسّع الإمبراطورية وحاجتهم للتنظيم، كما ساعدهم الاحتكاك باليونانيين والبابليين أصحاب الحضارة، ويعود للرومان السبق في التفريق بين الوازع الديني والردع المدني، والتمييز بين قانون يحكم الرومان وآخر للأجانب، سمّوه "قانون الشعوب" **Jus Gentium** يُستمد من عاداتهم، والسبب في وضعه اعتقادهم أنّ العادة الواحدة إذا حُكّمت بين من يعتادها كان ادعى لامتثالها، كما ورثوا فلسفة اليونان القاضية بحصر العدل في بني الجنس الواحد، ثمّ ظهر "المشرّع" وسط "المفكّر"؛ فصار التشريع يقوم به الفيلسوف العالم بدل الحاكم والكاهن، ما أدى إلى نوع من الرقيّ،

---

[1] المدينة الفاضلة حوار سقراطي ألفه أفلاطون 380 ق م، تحدث عن العدالة والنظام وطبيعة الدولة العادلة والإنسان العادل، زعم أنّ الدولة المثالية تكوّن من 3 طبقات: اقتصادية: التجار والحرفيين، وطبقة الحراس وطبقة الملوك الفلاسفة، يتم اختيار أشخاص من طبقة معينة وإخضاعهم لعملية تربوية وتعليمية ليكونوا ملوكا فلاسفة، وطبقة التجار والحرفيين مرتبطة بفضيلة ضبط النفس، والحراس مرتبطة بالشجاعة والملوك الفلاسفة مرتبطة بالحكمة، شبه طبقات المجتمع بالنفس حيث العاقلة المريدة والمشتهية، قدم فيه أول مفهوم للشيوعية التي تخص طبقة الملوك الفلاسفة، وتنزع ثروتهم وحدد لهم دخل ثابت ومنعهم من الزواج لأنهم مرجعية كاملة تشريعا وقضاء، https://ar.wikipedia.org/wiki يوم 17 مارس 2017 الساعة 16 سا 00

[2] عمر فروخ الأسرة في الشرع المكتبة العلمية ط 1، 1951م ص. 28 ودنيس لويد فكرة القانون ص. 72

أمثال "غايوس" صاحب كتاب **Institus** الذّي ألفه لطلابه **(161 ق م)**؛ فقسّم التشريع إلى شخصي "الأحوال" وعيني "الميراث والوصايا"، وخاص بالدعاوي والتوكيل "الإجراءات"، وفي العهد الجمهوري تحمّل قنصلان مسؤولية وضع النظام القضائي، ثم ظهر منذ عام 367م "البريتور": حاكم مستقل يُعيّن بالانتخاب، يختص بالنظر في المنازعات الناشئة بين الرومان، يُسمّى بريتور المدينة تمييزا عن بريتور الأجانب، له دور رئيسي في تطوير القانون، وظهر القانون البريتوري وهو مجموع ما استقر عليه القضاء الروماني.[1]

* **اليهود والنصارى** بعث الله الأنبياء إلى الأمم التي سبقت الإسلام، وكان أكثر من بُعث إليهم يهود بني إسرائيل، في الحديث: "الْأَنْبِيَاءُ 124 ألفا والرسل 313"،[2] وقد كان لهم دورٌ بارزٌ في نشر العدل والإنصاف في أقضية تلك الأمم؛ لأنّ أحكامهم كانت مستمدة من الوحي، قال تعالى **"إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ"**، **(المائدة 44)** وقال **"وَآتَيْنَاهُ الْإِنْجِيلَ فِيهِ هُدًى وَنُورٌ وَمُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَاةِ"**، **(المائدة 46)** وكان هناك أممٌ لم تبلغهم دعوة الأنبياء أو بلغتهم لكن رفضوها، فقاموا بتشريع ما رأوه صالحا لهم، ونزلت التوراة على موسى لتكون شرعة ومنهاجا لبني إسرائيل، يتحاكم إليها اليهود وإلى التلمود والشروح الفقهية التي وضعها علماؤهم، فالتوراة فيها أحكام من الوحي والتلمود وضعه الأحبار، يحتوي على كتاب "الميشنا" وكتاب "الجيمارة"، مضمونهما تعاليم موسى التي تكلم بها لقوله **"وَمِنْ قَوْمِ مُوسَى أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ"**، **(الأعراف 159)** ثمّ نزل الإنجيل على روح الله عيسى لقوله **"وَلِيَحْكُمْ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ"** **(المائدة 47)** فكان كتابُ الله المنزل على بني إسرائيل هو الحاكم بينهم ومصدر التشريع لديهم، حكم به بعضهم بعدل وإنصاف وقضاء بالحق ففازوا، وجعله آخرون وراء ظهورهم واخترعوا أحكاما من عند أنفسهم فضلوا،[3] قال تعالى **"فَمِنْهُمْ ظَالِمٌ لِنَفْسِهِ وَمِنْهُمْ مُقْتَصِدٌ وَمِنْهُمْ سَابِقٌ بِالْخَيْرَاتِ بِإِذْنِ اللَّهِ"**، **(فاطر 32)** ومما بلغنا من أقضية الأنبياء حديث: "كَانَتِ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا جَاءَ الذِّئْبُ فَذَهَبَ بِابْنِ إِحْدَاهُمَا، قَالَتْ إحداهما: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ وَقَالَتِ الأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ، فَقَالَ: ائْتُونِي بِالسِّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لاَ تَفْعَلْ هُوَ ابْنُهَا فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى"،[4] وقال ابن مسعود مفسرا قوله **"وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ"** **(الأنبياء 78)** هو كَرْمٌ أَنْبَتَتْ عَنَاقِيدُهُ فَأَفْسَدَتْهُ، فَقَضَى دَاوُدُ بالغَنَم لِصَاحِبِ الكَرْم، فَقَالَ سُلَيْمَانُ: تَدْفَعُ الْكَرْمَ إِلَى صَاحِبِ الْغَنَمِ فَيَقُومُ عَلَيْهِ حَتَّى

---

[1] دنيس فكرة القانون ص. 72 وفروخ الأسرة ص. 31 والحميضي القضاء ص. 178 ونصر واصل السلطة القضائية المكتبة التوفيقية ط 2، ص. 28 وأبو زهرة تنظيم الإسلام دارالفكر ص. 9

[2] رواه أحمد 21553 وابن حبان الإحسان تقريب ابن حبان لابن بلبان ت الأرنؤوط الرسالة ط 1، 1988م رقم 361 والحاكم المستدرك 3039 وقال صحيح على شرط مسلم وافقه الذهبي، صحيحة الألباني 2668

[3] منذر الفضل تأريخ القانون ص. 164 والحميضي القضاء ونظامه ص. 172

[4] رواه البخاري باب قوله ووهبنا داود سليمان برقم 3427

يَعُودَ كَمَا كَانَ، وَتَدْفَعُ الْغَنَمَ إِلَى صَاحِبِ الْكَرْمِ فيُصيب مِنْهَا، حَتَّى إِذَا كَانَ الْكَرْمُ كَمَا كَانَ دَفَعْتَ الْكَرْمَ إِلَى صَاحِبِهِ، وَدَفَعْتَ الْغَنَمَ إِلَى صَاحِبِهَا، فَهو قَوْلُهُ **"فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ" (الأنبياء 79).**[1]

* **القضاء عند العرب قبل الإسلام** عاش العرب قبل الإسلام في مجتمع قبليّ، يملك فيه رئيس القبيلة كلّ السلطات، هو المدير والقاضي ومقسّم المال والمرشد، ومُنحت لرب الأسرة سلطة كاملة على أسرته، ولا يوجد قانون يعود إليه رئيس القبيلة أو رب الأسرة سوى العادات والتقاليد الموروثة أبا عن جد، وربما احتكم بعضهم إلى الرومان أو الفرس أو الحبش؛ حسبب احتكاكهم بالأمم المجاورة، وربما دانوا بالقانون اليهودي كما فعل الأنصار في يثرب قبل الهجرة،[2] وكان الغالب عليهم الرحلة والإغارة، كما استقرت قبائل في شبه قرى أو مدن؛ فتوصلت إلى شيء من العدالة وحفظ الحقوق، ويتميز القضاء الجاهلي بأنه لا يلجأ إليه إلا ضعيف وأما القويّ فيأخذ حقه بنفسه، قال الشاعر:[3] فَلسْنَا كمنْ كُنْتُمْ تُصيبُونَ سَلّةً ..... فَنقْبَلُ ضَيْمًا أوْ نُحَكّمُ قَاضِيًا.

واشتهر بعض القضاة فمنهم من يقضي بين أفراد، ومنهم من يقضي بين القبائل، ولم يكونوا منتصبين بل يخضعون لاختيار المتخاصمين يُعرفون: ب"المحكمون"، مثل أكثم بن صيفي حكيم العرب، وقس بن ساعدة الإيادي، وعامر بن الظرب العدواني، وأمية بن أبي الصلت الثقفي، ونساء كخصيلة بنت عامر بن الظرب،[4] وقد عقد ابن حبيب في كتابه "المحبر" فصلا سماه: "حكام العرب" ذكر

---

[1] تفسير ابن كثير ج. 5 ص. 355

[2] الزحيلي تاريخ القضاء ص.31 وشلبي التشريع ص.27 والفتلاوي تأريخ القانون ص.211 ورأفت عثمان النظام القضائي دار البيان ط 2، 1994م ص.32 وواصل القضاء ص.33 وأبو زهرة تنظيم الإسلام ص.14

[3] السلة هي السرقة قصد بها الشاعر القتل غيلة؛ لأن أخاه قُتل غيلة فقتله نهارا في بعض الأسواق، ينظر ظافر القاسمي كتاب نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي دار النفائس ط 3، 1987 ج. 2 ص. 11

[4] * **أَكْثَمَ بْنَ صَيْفِيٍ** بلغه مَخْرَجُ النَّبِيَّ فَأَرَادَ أَنْ يَأْتِيَهُ فَأَبَى قَوْمُهُ أَنْ يَدَعُوهُ فَانْتُدِبَ رَجُلانِ فأتيا النبي فَقَالا نَحْنُ رُسُلُ أَكْثَمِ بْنِ صَيْفِيٍ وَهُوَ يَسْأَلُكَ من أنت؟ فقال: "أنا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَأَنَا عَبْدُ اللَّهِ وَرَسُولُهُ **"إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسانِ وَإِيتاءِ ذِي الْقُرْبى وَيَنْهى عَنِ الْفَحْشاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ" (النحل 90)** فحفظاه وأَتَيَاه وقَالا سَأَلْنَاهُ عَنْ نَسَبِهِ فَوَجَدْنَاهُ وَاسِطَ النَّسَبِ ورَمَى إِلَيْنَا كَلِمَاتٍ حَفِظْنَاهُنَّ فَلَمَّا سَمِعَهُنَّ فقَالَ "يَا قَوْمُ أَرَاهُ يَأْمُرُ بِمَكَارِمِ الأَخْلاقِ وَيَنْهَى عَنْ مَلائِمِهَا فَكُونُوا فِي هَذَا الأَمْرِ رُؤَسَاءَ وَلا تَكُونُوا أَذْنَابًا وَكُونُوا فِيهِ أَوَّلا وَلا تَكُونُوا فِيهِ أُخَّرًا" ثم قصد المدينة مبتغيا الإسلام في مائة من قومه فمات في الطريق لأنه كان معمرا فاق المائة وبلغ أصحابه المدينة وأسلموا وذكره رسول الله بخير، قيل نزل فيه قوله **"وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللهِ" (النساء 100)**، ابن الجوزي المنتظم في تاريخ الأمم ت عبد القادر عطا الكتب العلمية ط 1، 1992م 370/2 والزركلي الأعلام دار العلم للملايين ط 15، 2002م 6/2 وابن حجر الإصابة في تمييز الصحابة ت عبد الموجود وعوض الكتب العلمية ط 1، 1415 351/1

* **قس بن ساعدة الإيادي** أحد الحكماء والخطباء كان أسقف نجران وأول عربي خطب متوكئا على عصا وأول من قال "أما بعد"، كان يفد على قيصر الروم فيكرمه ويعظمه وطالت حياته وأدركه النبي قبل النّبوّة ورآه في عكاظ وسئل عنه فقال يحشر أمة وحده، الأعلام الزركلي 196/5 وابن سيد الناس عيون الأثر ت ابراهيم رمضان طبعة القلم بيروت ط 1، 1993م 83/1

* **عامر بن الظرب العدواني** حكيم وخطيب وإمام مُضر، حرّم الخمر في الجاهلية، كانت العرب لا تعدل بفهمه فهما أحد المعمرين، أول من قرعت له العصا يقال له "ذو الحلم"، الأعلام للزركلي 252/3

بعضهم، أولهم الأفعي بن الحصين الجرهمي، الذي قضى بين بنى نزار بن معد في ميراثهم، منزله بنجران من اليمن من ولده السيد والعاقب اسقفا نجران اللذان باهلا النبي، فكان عدد من ذكرهم (35) قاضيا،[1] وربّما عاد العرب إلى كاهن لعلمه بالغيب مثل سطيح وأبي برزة الأسلمي.[2]

وكان التشريع في هذه الفترة بلا تعقيد، تتناسب قوانينهم القليلة مع طبيعة حياتهم البدوية، جلّ قضائهم التمييز بين حقّ وباطل، وسنّ قواعد يفصل بها كتقدير الديات وحقوق الإرث، ينبني أكثرها على الطمع كحرمان البنت من الإرث، وزواج المقت بأن يتزوج رجل من زوجة أبيه بعد وفاته، أو يعضلها حتى تتنازل عن الإرث، واختلاف حكم الشريف عن الضعيف،[3] وكان طاوس إِذَا سئل عَنْ الرَّجُلِ يُفَضِّلُ بَعْضَ وَلَدِهِ يقرأ **"أَفَحُكْمَ الجَاهِلِيَةِ يَبْغُونَ"**،[4] **(المائدة 50)**، فبقي هذا الحال ساريا إلى مجيء الإسلام؛ فأقرّ بعض الأحكام كحلف الفضول والقَسامة، ومنع أخرى كالتعامل بالربا.[5]

* **القضاء بمكة والمدينة قبل الإسلام:** حاول أهل مكة ضبط العدالة والقضاء لحفظ الحقوق ودفع الظلم ونصر الضعيف، فنصبوا قضاة كعبد المطلب وأبي طالب وذي الأصبع العدواني، وعقدوا حلف الفضول الذّي حضره النبي وامتدحه، قال ابن اسحاق: "تَدَاعَتْ قَبَائِلُ قُرَيْشٍ إِلَى حِلْفٍ فَاجْتَمَعُوا فِي دَارِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جُدْعَانَ لِشَرَفِهِ، فَكَانَ حِلْفُهُمْ عِنْدَهُ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ وَأَسَدُ بْنُ عَبْدِ الْعُزَّى وَزُهْرَةُ وَتَيْمُ، تَعَاقَدُوا عَلَى أَنْ لَا يَجِدُوا بِمَكَّةَ مَظْلُومًا مِنْ أَهْلِهَا وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ دَخَلَهَا مِنْ النَّاسِ؛ إِلَّا قَامُوا مَعَهُ وَكَانُوا عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ حَتَّى تُرَدَّ عَلَيْهِ مَظْلِمَتُه، قال النبيّ: "لَقَدْ شَهِدْتُ فِي دَارِ ابْنِ جُدْعَانَ حِلْفًا مَا أُحِبُّ أَنَّ لِي بِهِ حُمْرَ النَّعَم، وَلَوْ أُدْعَى بِهِ فِي الْإِسْلَامِ لَأَجَبْتُ"،[6]

---

* **أمية بن أبي الصلت الثقفي** حكيم أهل الطائف قدم دمشق قبل الإسلام، مطلع على الكتب القديمة، يلبس المسوح تعبدا حرم على نفسه الخمر ونبذ عبادة الأوثان، رحل إلى البحرين فأقام فيها حتى ظهر الإسلام فعاد إلى الطائف فسأل عن النبي فقيل له يزعم أنه نبي فخرج حتى قدم عليه بمكة وسمع آيات من القرآن فقال أشهد أنه على حق، قالوا فهل تتبعه قال حتى أنظر في أمره وخرج إلى الشام وهاجر رسول الله إلى المدينة وحدثت وقعة بدر وعاد أمية من الشام يريد الإسلام فعلم بمقتل أهل بدر وفيهم ابنا خال له فامتنع، وأقام في الطائف إلى أن مات شعره طبقة أولى لا يحتج به لغة، هو أول من كتب "باسمك اللهم" الأعلام للزركلي 23/2

[1] ابن حبيب البغداي المحبر تح إيلزة ليختن شتيتر دار الآفاق ص. 132 وظافر القاسمي نظام الحكم ص. 14

[2] احتكموا إلى سطيح ورضيه عبد المطلب بينه وبين قيس عيلان على ماء الطائف، يُضرب به المثل بجودة رأيه، كان أبدا منبسطا على الأرض لا يقدر على قيام ولا قعود، يُطوى كما تطوى الحصيرة، يتكلم بكل أعجوبة من أهل الجابية مشارف الشام مات فيها بعد المولد، وكانوا يأتونه فيقولون جئناك بأمر ما هو؟ فيجيبهم، الأعلام للزركلي 14/3 وفي الكبير للطبراني 12045 قال ابْنُ عَبَّاسٍ: "كَانَ أَبُو بَرْزَةَ كَاهِنًا يَقْضِي بَيْنَ الْيَهُودِ فتنافرَ إِلَيْهِ مُسْلِمونَ فنزل **"يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطاغوتِ"**. (النساء 60)

[3] الحميضي القضاء ص. 183 وجواد علي المفصل ج. 10 ص. 143 وأحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 29

[4] تفسير القرطبي ج. 6 ص. 214

[5] روى مسلم 1669 أن النبي أقر القَسامة، بأن يقسم من أولياء الدم 50 نفرا على استحقاقهم دم صاحبهم إذا وجدوه قتيلا بينهم ولم يعرف قاتله، ولا يكون فيهم صبي ولا امرأة ولا مجنون ولا عبد، أو يقسم بها المتهمون على النفي فإن حلف المدعون استحقوا الدية وإن حلف المتهمون لم تلزمهم وتلزم أهل الموضع الذي يوجد فيه القتيل يقولون: "بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا"، الزبيدي تاريخ العروس 270/33

[6] سيرة ابن هشام ج. 1 ص. 134

وحاولوا تنظيم الجباية والسقاية والرفادة والندوة والقضاء، فكانت قبيلة بني سعد مخولة لفصل المنازعات بين القبائل القرشية والأفراد العظماء، وربما تعدى حكمُهم إلى القبائل التي تفد على مكة زمن الحج،[1] ويُروى أن الرسول وصاحبه عمر كانا من قضاة الجاهلية، قال الرَّبِيع بْنَ خُثَيْمٍ: "كَانَ يُتَحَاكَمُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ قَبْلَ الإِسْلامِ ثُمَّ اخْتُصَّ فِي الإِسْلامِ"، وقال رِيَاحُ بْنَ الْحَارِثِ: "كَانَ عُمَرُ يَقْضِي فِيمَا سَبَتِ الْعَرَبُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ قَبْلَ الإِسْلامِ"،[2] وكان الرؤساء والأشراف في مكة يفضون المنازعة وفق العرف، يجتمعون في مكان معيّن كدار الندوة في مكة، ويتولّى رؤساء الشِعب فَضَّ النزاع بين أفراد القبيلة، فإذا وقعت بين شعب مختلفة اتفق رؤساء المحلات على فَضّها باللجوء إلى محكمين يختارونهم ممن يرضون، يكونون على الحياد لا علاقة لهم بالنزاع، وكان قضاء المدينة راقيا بسبب مجاورة اليهود الذين كان لهم كتاب،[3] وكان الزواج على أربعة أنواع، أبطلها جميعا الإسلام إلا الزواج المعروف، قالت عائشةُ: "كان النِّكَاحُ عَلَى أربعة أَنْحَاءٍ؛ نكَاحٌ كنكَاحُ النَّاسِ اليَوْمَ، وَآخَرُ يقول الرَّجُل لِامْرَأَتِهِ إِذَا طَهُرَتْ أَرْسِلِي إِلَى فُلاَنٍ فَاسْتَبْضِعِي مِنْهُ، يَعْتَزِلُهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا يَفْعَلُه رَغْبَةً فِي نَجَابَةِ الوَلَدِ فَهَذَا الِاسْتِبْضَاعِ، وَآخَرُ يَجْتَمِعُ الرَّهْطُ يَدْخُلُونَ عَلَى المَرْأَةِكُلُّهُمْ يُصِيبُهَا فَإِذَا وَضَعَتْ أَرْسَلَتْ إِلَيْهِمْ فَلَمْ يَسْتَطِعْ رَجُلٌ مِنْهُمْ أَنْ يَمْتَنِع، تُسَمِّي مَنْ أَحَبَّتْ فَيَلْحَقُ بِهِ لاَ يَمْتَنِعَ، وَالرَّابِعِ يَجْتَمِعُ النَّاسُ فَيَدْخُلُونَ عَلَى المَرْأَةِ لاَ تَمْتَنِعُ، وَهُنَّ البَغَايَا يَنْصِبْنَ عَلَى أَبْوَابِهِنَّ رَايَاتٍ؛ فَإِذَا حَمَلَتْ إِحْدَاهُنَّ وَوَضَعَتْ جُمِعُوا لَهَا وَدَعَوْا القَافَةَ ثُمَّ أَلْحَقُوا وَلَدَهَا لاَ يَمْتَنِعُ".[4]

المطلب الثالث: الطلاق في العصور الغابرة وقبل الإسلام

الباحث في التاريخ يجد فيه تطوّرا للفكر البشري فيستفيد فهما لواقعه، وقد عرفت أقدم المجتمعات نظام الطلاق لارتباطه بالزواج، وكان لكلّ أمّة نظامها حسب قربها من هدي الأنبياء، أو نظرة المجتمع للمرأة، ولوحظ وجوده على نطاق واسع في مجتمعات مصر وبابل ومابين النهرين والهند والصين، واستعملته المرأة كحقّ لها في وجه زوجها كما في قبائل القيد عرب الجاهلية، أين كان الولدُ يُلحق بأمه دون أبيه، وجعلته معظم قبائل الهنود والصين حقا خالصا للرجل، وفي مجموعة قوانين حمص إلزام الرجل بدفع تعويضات لطليقته، وربّما أُخضع لمبدأ التحكيم والرضا المتبادل كما في قبائل الألب ولبوش من الجنوب الإفريقي، ولم يكتف قانون العراق القديم بالطلاق الشفوي فاشترط الوقوف أمام القاضي، ونص على حرية الزوج في إيقاعه واشترط على الزوجة شروطا صعبة، وقسّمه إلى عادل لسبب مقبول وغير عادل بلا مبرر، ونص قانون "حمورابي" على استصدار قرار من القاضي

[1] شلبي التشريع ص. 28 وأحمد صيام مبدأ استقلال القضاء ماجستير جامعة غزة 2005مص. 59

[2] خبر الرسول رواه ابن سعد الطبقات الكبرى 125/1 وعمر رواه ابن سعد الطبقات 199/6 ويروى تحكيم الرسول حين تنازعت قريش في وضع الحجر الأسود بعد بناء الكعبة، سيرة ابن هشام 197/1

[3] جواد علي المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام ج. 10 ص. 143

[4] رواه البخاري باب من قال لا نكاح إلا بولي برقم 5127

للإيقاعه، وفي قانون "أورنمو" نص على التفريق بين الطلاق من زوج أول وثان؛ ففي الثاني تأخذ المطلقة نصف تعويض الأول، وكان عند المصريين في عهد الأسرة (21) من حق الرجل والمرأة على حدّ سواء، وعلى المطلّق دفع خمس أضعاف المهر أو ثلث ماله، وإذا طلّقت هي ردّت المهر ونصفه، فأصبح نادرا لا يُلجأ إليه إلا لضرورة، وأبغضه الهندوس فضيّقوا من دائرته إلى أقصى حد؛ ولم يجيزوه إلا لسبب قاهر مع موافقة القضاء، وبلغ من قدسية الزواج عند بعض قبائلهم أنهم أحرقوا الأرملة مع زوجها المتوفى، وكانت الزوجة الصينية تُأمرُ بطاعة زوجها حدّ الاستعباد فإذا عصته جُلدت، ولم يكن سهلا طلاقها إذ يُعاقب الزوج بالجلد إذا طلّق بلا مبرر، وكانت المرأة عند اليونان تُباع وتُشترى يبيع الأب ابنته لخاطبها بعدد من الأبقار والثيران حسب قيمتها، وهو ما أُلغي في العصر الكلاسيكي مع احتفاظ الزوج بسلطته المطلقة على زوجته يطلّقها بيُسر، وباستطاعته طلاقها ثم تزويجها لمن يشاء أو يوصي بها لمن شاء بعد وفاته، فإذا عادت المطلقة إلى أهلها تركت أولادها عند أبيهم، ويسمح قانونهم للمرأة بالتطليق في حال الأذى الكبير، وعُرف الطلاق لدى الرومان في جميع مراحل تاريخهم، وحكمته قوانين حسب أهواء الملوك، فكان في البداية بيد الرجل يطلق كما يشاء ويملكُ وليُّ المرأة طلاق وليته لمصلحة، وبعد دخول الامبراطورية في المسيحية طرأت عليه أحكام حسب تأثير الكنيسة، ففي عام 331م منعه "قسطنطين" إلا لسبب وجيه مع التغريم، وأعاد "جوليانوس" إباحته بإطلاق رجوعا إلى عادات روما، وأصبح مكروها قبل صدور الألواح، وبعدها أباحته مطلقا فازدادت أعداده حتى كان النساء يعددن أعمارهنّ بعدد مراته، وأصدر "جوستيانيان" 546م مرسوما يحدد أسبابه بالزنا وما شابه، وقرّر أنّه من طلّق بلا سبب عوقب بثلث ماله وردّ جهاز زوجته، وفي القرن 9م أصدر "ليو الثالث" قانونا يمنعه إلا لضرورة قُصوى.[1]

* **الطلاق عند العرب في العصر الجاهلي:** كان الرجل يُطلق زوجته متى شاء وكيفما شاء ويُراجعها كما شاء، قالت عَائِشَةُ: "كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَهِيَ امْرَأَتُهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا وَإِنْ طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ؛ حَتَّى قَالَ رَجُلٌ: "وَاللَّهِ لَا أُطَلِّقُكِ فَتَبِينِي مِنِّي وَلَا آوِيكِ أَبَدًا أُطَلِّقُكِ فَكُلَّمَا هَمَّتْ عِدَّتُكِ أَنْ تَنْقَضِيَ رَاجَعْتُكِ"، فنَزَلَ قوله "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**"، **(البقرة 229)**"،[2] وقال قتادة وابن أبي زيد: "كان أهل الجاهلية يُطلق الرجل الثلاث والعشر وأكثر، ثم يراجعُ ما كانت في العِدّة فحدده الله بثلاث تطليقات"،[3] فالرجل في هذه الفترة يطلق كما يشاء بلا حساب أو ملام، وطلاقه أنواع: الظهار يقول لزوجته: "أنت عليّ كظهر أمي" فيصير أبديا، وتصبح

---

[1] الزلمي مدى سلطان الإرادة في الطلاق ط إحسان ط 1، 2014م ص. 32 و52 و85 وسعيدي القانون ص.90 و124 وناجي علالي الطلاق في المجتمع الجزائري دار هومة ط 3، 2011م ص. 43 والصابوني الحرية ص. 30 والحميضي القضاء ص. 178 ومسعودة تعويض الضرر دكتوراه تلمسان 2010م ص. 112 ومنصور المقارنة ص. 188 وأبو زهرة تنظيم المجتمع ص. 9

[2] رواه الترمذي رقم 1192 "حسن لغيره" يقويه مرسل صحيح وشاهد ابن عباس كما في الإرواء 162/7

[3] تفسير الطبري ج.4 ص. 540 وتفسير ابن كثير ج. 1 ص. 611

المطلّقة لا هي متزوجة ولا مطلقة؛ لهذا حرّمه الإسلام وجعله من المنكر بقوله **"وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا"** (المجادلة 2)، ومنه الإيلاء بأن يطلقها مؤقتا لشهور أو سنوات، ومنعه الإسلام لأكثر من 4 أشهر بقوله **"لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ"** (البقرة 226)، وأجاز بعضهم الطلاق للمرأة فكانت من تريده تُحوّلُ باب خبائها، وطلّقت امرأة حاتم الطائي ماوية بنت عفرز زوجها لما بالغ في الكرم حدّ الإفلاس.[1]

المبحث الثاني: القضاء والتشريع في عصر ازدهار الإسلام

تمهيد

يبدأ هذا العصر الذهبي من البعثة المشرفة، خاصة بعد الهجرة وتأسيس المجتمع الإسلامي، إلى أفول شعاع الدولة العباسية أواخر القرن 5 هجري وظهور عصر الانقسام، فيه مطلبان:

المطلب الأول: التشريع والقضاء في العصر النبوي وعهد الخلفاء

المطلب الثاني: التشريع والقضاء في العصر الأموي والعباسي

المطلب الأول: القضاء والتشريع في العهد النبوي والخلفاء الراشدين

بين يدي المطلب العهد النبوي الشريف يتحدّد تاريخيا من البعثة إلى يوم وفاة النبيّ، يُعرف فيه القضاء بعد الهجرة إلى المدينة لأن الفترة المكية كانت للتربية والعقيدة، ويمتد عهد الخلفاء لثلاثين سنة من يوم تولّى أبي بكر إلى مقتل علي سنة 40 ه لحديث: "الْخِلَافَةُ ثَلَاثُونَ عَامًا"،[2] ولكل فرع.

الفرع الأول: التشريع والقضاء في العهد النبوي المبارك

يتميّز القضاء في هذه الفترة بخصائص لا توجد في غيرها، لأنّ أسسه وقواعده وضعتها أنامل نبوية مشرّفة، حيث كان تطبيقا عمليا دقيقا وأمينا لما جاء في آيات الكتاب والوحي الخفي من السنة المطهرة، فكان القضاء فيها فاصلا بين عدل الإسلام وظلم الجاهلية، وجُمع فيه بين التبليغ النبوي والعدل؛ بمعنى آخر بين السلطة الدينية والدنيوية، وتُعتبر أقضية هذا العهد من السنن القولية والفعلية والتقريرية المدرجة تحت قبة المصدر الثاني من التشريع، وكان قضاءُ النبي صورة مشرِّفة ومُشْرِقة ومزدهرة لنشر العدل؛ بحكم تشرفه بأن يكون تحت المراقبة الربانية؛ حيث ينزل الوحي بالتصويب حال الخطأ، يتميز بالوضوح والاهتمام بالموضوع وعدم المبالاة بالشكل؛ فقد يُقضى في الطريق أو المسجد، أوقاته غير محددة وإجراءاته غير مقنّنة.[3]

---

[1] الزلمي سلطان الإرادة ص.104 والصابوني الحرية ص.51 ومنصور المقارنة ص.195

[2] رواه أحمد برقم 21919 قال الأرنؤوط "حسن" ورواه الترمذي باب ما جاء في الخلافة برقم 2226

[3] الزحيلي تاريخ القضاء ص.40 وشلبي التشريع ص. 306 والفتلاوي تأريخ القانون ص. 220 وخلاف السلطات الثلاث دار القلم ط 2، 1985م ص. 18 ورأفت عثمان النظام القضائي ص. 36

وكان النظام القضائي في هذا العهد بسيطا بساطة الرسالة؛ فالنبيُّ هو القاضي الأول والأكبر في الدولة، وكان أمر الله واضحا بوجوب الرجوع إليه في المنازعات والرضا والتسليم بقضائه، لقوله "**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**"، **(النساء 65)** وربما عُيّن قضاة في مناطق دخلت في الإسلام، فيجمعون بين ولاية القضاء والولاية العامة على المنطقة التي كُلفوا بإمارتها، قال علي بن أبي طالب حين عيّن قاضيا على اليمن: "بَعَثَنِي النبيُّ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا فَقُلْتُ تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ فَقَالَ: "إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ" قَالَ: "فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا أَوْ مَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ"،[1] وفي رواية: "اللَّهُمَّ اهْدِ قَلْبَهُ وَثَبِّتْ لِسَانَهُ، فَمَا شَكَكْتُ بَعْدُ فِي قَضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ"،[2] وعُيّن معقل بن يسار قاضيا على اليمن، والعلاء بن الحضرمي واليا وقاضيا على البحرين،[3] كما تولّى النبيّ بنفسه شرح وتطبيق قواعد الحكم والقضاء؛ فكان يُعلّم أصحابه وسائل القضاء وطرق الإثبات وكيفية الحكم، يقول: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"،[4] ويقول: "لَا يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ"،[5] ويقول: "إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخَرِ فَسَوْفَ تَدْرِي كَيْفَ تَقْضِي"،[6] و يقول: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صُلحاً أحَلَّ حراماً أو حَرَّمَ حَلالاً والمسلمون على شُرُوطهم"،[7] ويقول: "البيّنة على من ادّعى واليمين على المدّعى عليه"،[8] وقضى بأنّ الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم.[9]

* **أقضية من القرآن الكريم** نزل القرآن لتعليم الصحابة وكان مما علمهم أقضية أراد من خلالها تبيين وجه العدالة، فذكر تحاكم ابني آدم بالقربان **(المائدة 27 - 31)**، وقضية قميص يوسف **(يوسف 23 - 29)**، وقضية صواع الملك **(يوسف 70 - 76)**، وقضية الحرث الذي نفشت فيه غنم القوم فحكم داود بالغنم لأصحاب الكرم، فقال سليمان: تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيعود عليه حتى يرجع كما كان، وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم حتى يتم إصلاح كرمه، **(الأنبياء 78 - 79)**، وقضية أصحاب النعاج **(ص 21 - 26)**، ففي القرآن 6236 آية منها حوالي 330 في الحلال والحرام، و140 في العبادات و70 في الأحوال الشخصية، و70 في المعاملات، و30 في العقوبات

---

[1] رواه أحمد برقم 636 وأبو داود باب كيف القضاء برقم 3582 وسنده صحيح

[2] رواه ابن ماجه باب ذكر القضاء برقم 2310 بسند صحيح

[3] بعث معقل رواه أحمد برقم 20305 قال الأرنؤوط: "إسناده ضعيف" ج. 33 ص. 420 وتعيين العلاء في ابن حجر المطالب العالية طبعة دار العاصمة السعودية ط 1، 1419هـ برقم 2171 ج. 10 ص. 137

[4] رواه مسلم باب اليمين على المدعى عليه برقم 1711

[5] رواه البخاري باب هل يقضي وهو غضبان رقم 7158 ومسلم رقم 1717

[6] رواه الترمذي أبواب الأحكام برقم 1331

[7] رواه أبو داود باب في الصلح برقم 3594 عن أبي هريرة رضي الله عنه وسنده صحيح

[8] رواه البيهقي السنن الكبرى تح محمد عطا الكتب العلمية ط 3، 2003م برقم 21206، زيادة على ما في الصحيحن وإن لم يثبت إسنادها إلا أنها تتقوى بالشواهد، الحميضي القضاء ص. 254

[9] أبو داود باب كيف يجلس الخصمان رقم 3588 وأحمد رقم 16104 الأرنؤوط "إسناده ضعيف".

والجنايات، و20 في القضاء والشهادات،[1] وكان قضاء النبيّ اجتهادا لا وحيا يتعقبه الوحي بالتصويب أو العتاب إذا نُفّذ، لحديث: "إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَدَقَ فَأَقْضِيَ لَهُ بِذَلِكَ؛ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ"، وفي رواية: "أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ" وفي رواية: "إِنِّي إِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ بِرَأْيِي فِيمَا لَمْ يُنْزَلْ عَلَيَّ"،[2] ولحديث: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ"،[3] وحديث: "الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ"،[4] وغيرها.[5]

الفرع الثاني: القضاء والتشريع في عهد الخلفاء رضي الله عنهم

يبدأ من بيعة الصديق سنة 11 إلى يوم اغتيال علي بن أبي طالب سنة 40؛ ما مقداره ثلاثون سنة من الخلافة المباركة على منهج النبوة الموصوفة بأحسن الفترات الإسلامية، قَالَ النبيُّ: "تَكُونُ النُّبُوَّةُ فِيكُمْ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَكُونَ ثُمَّ يَرْفَعُهَا إِذَا شَاءَ أَنْ يَرْفَعَهَا، ثُمَّ تَكُونُ خِلَافَةٌ عَلَى مِنْهَاجِ النُّبُوَّةِ فَتَكُونُ مَا شَاءَ اللهُ ثُمَّ يَرْفَعُهَا إِذَا شَاءَ اللهُ أَنْ يَرْفَعَهَا، ثُمَّ تَكُونُ مُلْكًا عَاضًّا فَيَكُونُ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ يَكُونَ ثُمَّ يَرْفَعُهَا إِذَا شَاءَ أَنْ يَرْفَعَهَا، ثُمَّ تَكُونُ مُلْكًا جَبْرِيَّةً فَتَكُونُ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَكُونَ ثُمَّ يَرْفَعُهَا إِذَا شَاءَ أَنْ يَرْفَعَهَا ثُمَّ تَكُونُ خِلَافَةً عَلَى مِنْهَاجِ نُبُوَّةٍ ثُمَّ سَكَتَ"،[6] وقد تميّزت بوفاة النبي وانقطاع الوحي والمراقبة الربانية،[7] وتوسّع رُقعة الدولة إلى خارج الجزيرة؛ ما حمل عمر على تخصيص ولاية القضاء بأشخاص مستقلين عن ولاية الأقاليم، وهو مالم يكن معهودا من قبل، وباشر الخلفاء القضاء بأنفسهم وربّما عيّنوا من يثقوا فيه، قال وكيع: "لما استُخلف أبو بكر استعمل عمر على القضاء وأبا عبيدة على بيت المال فمكث عمرُ سنة لا يتقدم إليه أحد"،[8] وفي خلافة عمر اتسعت الدولة لتشمل مناطق الشام والعراق وشمال إفريقية، فقام بتفويض مجموعة من الصحابة لولاية القضاء؛ فولّى أبا الدرداء قضاء المدينة واستعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا، وولّى

---

[1] ابن العربي أحكام القرآن تحقيق عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ط 3، 2003م ج. 3 ص. 265 وأحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 37 والحميضي القضاء ونظامه ص. 599

[2] رواه البخاري رقم 2458 ورقم 6967 ورقم 7181 ومسلم رقم 1713

[3] رواه البخاري برقم باب القضاء على الغائب 7180 ومسلم باب قضية هند رضي الله عنها برقم 1714

[4] رواه البخاري باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه برقم 7182

[5] قضى النبي في زبية الأسد وأجاز قضاء عليّ فيها رواه أحمد 573، وقَضَى أَنَّ صَاحِبَ الدَّابَّةِ أَحَقُّ بِصَدْرِهَا رواه أحمد 120، وقَضَى بِالدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ رواه أحمد 1091، وقَضَى في غُرَّةً (الجنين) عَبْدًا أَوْ أَمَةً، قَالَ عُمَرُ: "لَوْلَا مَا بَلَغَنِي لَجَعَلْتُهُ دِيَةً بَيْنَ دِيَتَيْنِ" رواه الدارمي 668، وقضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ، رواه البخاري 2214، وقَضَى إِذَا تَشَاجَرُوا فِي الطَّرِيقِ بِسَبْعَةِ أَذْرُعٍ البخاري رقم 2473، وقَضَى بِالعُمْرَى أَنَّهَا لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ، البخاري 2625.

[6] رواه أحمد برقم 18406 قال الأرنؤوط: "إسناده حسن" ج. 30 ص. 456

[7] بعد وفاة النبي زار الخليفة أبو بكر ووزيره عمر أم أيمن فجعلت تبكي فظنا أنها تبكي لفقد النبي فقالت: أبكي لأن الوحي انقطع من السماء فجعلا يبكيان، رواه مسلم باب من فضائل أم أيمن برقم 2454، يدل على ما كان يعيشه الصحابة من تذوق للوحي.

[8] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 86 وزيدان القضاء 14 وشلبي التشريع ص. 306 وطراد استقلالية القضاء ص. 61 والفتلاوي تأريخ القضاء ص. 222 وخلاف السلطات ص. 48 ورأفت النظام القضائي ص. 42

شريحا القاضي البصرة وأبا موسى قضاء الكوفة وكتب له كتابا مشهورا،[1] ويُعتبر نظام القضاء في هذا العهد المرجع الأساسي للأمة في تنظيمه، لحديث: "عليكم بما عرفتم من سنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين"،[2] وأدّى التفريق بين ولاية القضاء والإمارة إلى ظهور خصومات بين القضاة والولاة لتداخل الصلاحيات، حيث يرى الوالي نفسه مسئولا عن القاضي، ويرى القاضي أنه مستقل، مثل ما وقع بين عبادة بن الصامت ومعاوية بن أبي سفيان، فقد غزا عُبَادَةُ مَعَ مُعَاوِيَةَ الرُّومِ فَرأى النَّاسِ يَتَبَايَعُونَ كِسَرَ الذَّهَبِ بِالدَّنَانِيرِ وَكِسَرَ الْفِضَّةِ بِالدَّرَاهِمِ، فَقَالَ: "إِنَّكُمْ تَأْكُلُونَ الرِّبَا قال رَسُولُ اللَّه: "لَا تَبْتَاعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ لَا زِيَادَةَ بَيْنَهُمَا وَلَا نَظِرَةً"، فَقَالَ مُعَاوِيَةُ يَا أَبَا الْوَلِيدِ لَا أَرَى الرِّبَا فِي هَذَا إِلَّا مَا كَانَ مِنْ نَظِرَةٍ، فَقَالَ عُبَادَةُ أُحَدِّثُكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ وَتُحَدِّثُنِي عَنْ رَأْيِكَ لَئِنْ أَخْرَجَنِي اللَّهُ لَا أُسَاكِنُكَ بِأَرْضٍ لَكَ عَلَيَّ فِيهَا إِمْرَةٌ فَلَمَّا قَفَلَ لَحِقَ بِالْمَدِينَةِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: "مَا أَقْدَمَكَ؟ فَقَصَّ عَلَيْهِ فَقَالَ: "ارْجِعْ إِلَى أَرْضِكَ فَقَبَحَ اللَّهُ أَرْضًا لَسْتَ فِيهَا وَأَمْثَالُكَ وَكَتَبَ إِلَى مُعَاوِيَةَ: "لَا إِمْرَةَ لَكَ عَلَيْهِ وَاحْمِلِ النَّاسَ عَلَى مَا قَالَ فَإِنَّهُ هُوَ الْأَمْرُ"،[3] ثمّ منع عمرُ تدخل الوالي في القضاء فتجسّد مبدأ الفصل بين السلطات، وكان القضاة لا يخافون في الله لومة لائم، وظهرت مصادر أخرى للفصل في المنازعات كالسوابق القضائية والاجتهاد، واستُحدثت أرزاق القضاة والنظام المالي القضائي، وكان الخليفة عثمان أول من أحدث دارا للقضاء وكان قبله يتمّ في المسجد، قال ميمون بن مهران: "كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه قضى به، وإن لم يكن فيه وعلم من رسول الله في ذلك سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين هل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع إليه النفر كلهم يذكر عنه فيه قضاء، فيقول: "الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا"، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس واستشارهم فإن أجمع أمرهم على رأي قضى به، وكان عمر يفعله فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان لأبي بكر فيه قضاء؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به وإلا دعا رؤوس المسلمين فإذا اجتمعوا قضى به"،[4] واقتصر ميدان القضاء على الفصل في الخصومات المدنية، أما القصاص والحدود فمهمة الخلفاء والولاة، وظهر التقاضي على درجتين، وهو ما استقر عليه القضاء المعاصر لبلوغ العدالة الكاملة للمتهم؛ فلا يُحكم عليه إلا بعد تحري وتدقيق.[5]

وقد بلغتنا نماذج رائعة للقضاء في عهد الخلفاء، قال ابْنُ عَبَّاسٍ: "طَلَّقَ عُمَرُ أُمَّ ابْنِهِ عَاصِمٍ فَلَقِيَهَا تَحْمِلُهُ بِمَحْسَرٍ وَقَدْ فُطِمَ، فَأَخَذَ بِيَدِهِ لِيَنْتَزِعَهُ مِنْهَا حَتَّى أَوْجَعَ

---

[1] وكيع أخبار القضاة ت المراغي التجارية ط 1، 1947م ج.1 ص.108 وابن خلدون التاريخ 275/1

[2] رواه أحمد عن العرباض بن سارية برقم 17142 قال محققه الأرنؤوط: "إسناده حسن".

[3] رواه ابن ماجه برقم 18 وابن عبد البر الاستيعاب تحقيق علي البجاوي دار الجيل ط 1، 1992م 808/2

[4] رواه الدارمي في سننه تحقيق سليم الداراني طبعة المغني السعودية ط 1، 2000م برقم 163 والسيوطي تاريخ الخلفاء تحقيق الدرمرداش مكتبة نزار ط 1، 2004م ج. 1 ص. 37

[5] أحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 239

الْغُلَامَ وَبَكَى، قَالَ: "أَنَا أَحَقُّ بِابْنِي مِنْكِ" فَاخْتَصَمَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ فَقَضَى لَهَا، وَقَالَ: "رِيحُهَا وَحَرُّهَا وَفَرْشُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ حَتَّى يَشِبَّ وَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ"،[1] وقال: "هِيَ أَعْطَفُ وَأَلْطَفُ وَأَرْحَمُ وَأَحْنَا وَأَرْأَفُ وَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَزَوَّجْ"،[2] يتجلّى فيها اتصاف الخليفة أبي بكر بالعدل؛ لأن الجميع على علم بمنزلة عمر من أبي بكر؛ فقد كان وزيره وقاضيه ورفيق دربه، وحين اقتضى عنده لم يداهنه وقضى عليه، خاصة أنّ عمر لم يردّ على قضائه بكلمة، قال الْقَاسِمُ بْنِ مُحَمَّدٍ: **"مَا رَاجَعَهُ الْكَلَامَ"**،[3] وقال الشعبي: "ادعى أبيٌّ على عُمَر دعوى وهو أمير المؤمنين؛ فلم يعرفها فجعلا بينهما زيدا فأتياه، فقَالَ عُمَر: جئناك لتقضي بيننا وفي بيته يؤتى الحكم؛ فتنحى له زيدٌ عَن صدر الفراش فقال هنا، فقال: "جُرت يا زيد في أول قضائك ولكن أجلسني مع خصمي"، فجلسا بين يديه فادعى أبيّ وأنكر عُمَر؛ فَقَالَ زيدٌ لأبيّ أعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لأسألها لأحد غيره، فحلف عُمَر لا يدرك زيد القضاء حتى يكون عمر وغيره سواء.[4]

المطلب الثاني: القضاء والتشريع في عهد الأمويين والعباسيين

بين يدي المطلب بعد مقتل علي وانتقال الخلافة إلى معاوية (سنة 40) تغيّر الحكم من خلافة إلى مُلك صالح، وأخذ الحكام باجتهاد معاوية في التوريث، نذكر في فرعين نظام القضاء عند الأمويين والعباسيين.

الفرع الأول: القضاء في عهد الأمويين

يبدأ هذا العهد من بيعة معاوية سنة 40 وهو عام الجماعة، إلى سقوط آخر خلفاء بني أمية "مروان بن محمد" سنة 132 للهجرة، أين تطوّرت المنظومة القضائية الإسلامية فكان يتمّ تعيين القضاة على المستوى المحلي عن طريق الوالي الذي يُعيّن القاضي ويعزله، ولم يكن الولاة يتدخلون في شؤون القضاء إلا يوم التعيين أو العزل؛ لإضفاء نوع من الاستقلالية، فكثر عزل القضاة بسبب خلافاتهم مع الولاة، وظهر الامتناع عن تولي القضاء لأسباب سياسية كموالاة خصوم الأمويين، أو لعدم الرضا عن السياسات المتبعة، أو لغلبة الجانب الروحي، والخوف من الوعيد الوارد فيمن تولّاه، وممن اشتهر عنه الامتناع عبد الله بن عتبة الهذلي، والمسيب بن رافع ومكحول الشامي وأبو حنيفة والأوزاعي، واختص القاضي بالخصومة، فلا شأن له بالجنايات والحدود والمظالم التي يحكم فيها الخليفة وولاته، وأغلب القضاة من المجتهدين الذّين يعودون إلى النص مستعينين بأهل العلم، فكانت كلمتهم نافذة وأحكامهم لا تُردُ حتى من الولاة، لهم مهابة لا يخالفهم بسببها الخليفة إلا نادرا خشية الرأي العام وذمّ المسلمين.[5]

---

[1] خرجه عبد الرزاق في مصنفه برقم 12601 وابن أبي شيبة برقم 19123
[2] رواه عبد الرزاق برقم 12600 وابن أبي شيبة برقم 19114
[3] رواه عبد الرزاق برقم 12602
[4] وكيع محمد بن خلف أخبار القضاة ج. 1 ص. 108
[5] الزحيلي تاريخ القضاء ص.171 وشلبي التشريع ص. 307 والحميضي القضاء ص. 268 والفتلاوي التأريخ ص 223

وظهر تسجيل التقاضي وكتابة الأحكام بسبب إنكار الخصوم، ويُروى أنّ سليم بن عتر التجيبي المصري (توفي 75) قاضي مصر في عهد معاوية اختُصم إليه في قضية ميراث، فقضى فيها فتناكروا فكتب لهم كتابا فكان أول تسجيل، ومن أشهر قضاتها شريح بن الحارث الكندي وعامر بن شراحيل الشعبي وإياس بن معاوية البصري، وأكثر قضاتُها من الاعتماد على قضاء الصحابة لقرب عهدهم بهم، وكانوا بالغي التأثر بالعرف والعادة، متميزين بالاجتهاد المطلق معتمدين على النظر المباشر في القرآن والحديث، ثمّ اجتهاد الرأي في حال الانعدام، ولم يكن هناك فرق بين القاضي والمجتهد الفقهي، وكان الاجتهاد القضائي فرديّ قد يأخذ سمة المنطقة، فهذا السمناني يصف القضاة الأمويين: "في وقتهم كل قاض يحتج بفعله ويرجع إلى قوله"، كما تميزت هذه الفترة بتزايد عدد القضاة مقارنة بعهد الخلفاء؛ بسبب اتساع رقعة دولة الإسلام وتجدد الأقضية، وكانت لهم مهام غير القضاء كالإفتاء والتحكيم والأيتام والأحباس والشرط وبيت المال والتدريس والتعليم والقصص، وقد تفوّق قضاة بني أمية على نظرائهم من بني العباس في أمرين: كان القاضي الأموي يجتهد في المسائل الظنية لعدم انتشار التقليد، فيما كانت فترة العباسيين مليئة بالتقليد، وكان قضاة بني أمية أكثر جرأة في الحق تجاه الولاة؛ لقوة إيمانهم وقربهم من العهد النبوي، خلافا للعباسيين الذين كانوا أكثر خوفا.[1]

الفرع الثاني: القضاء في عهد العباسيين

عمّرت الخلافة العباسية لأكثر من 5 قرون، من سنة 132 هـ إلى أن هاجم التتار بغداد 656 هـ، أسلم فيها عجمٌ كُثُر دخلوا في الدين بأفكارهم وعاداتهم، وترجم المسلمون كتبهم وعلومهم ما أدى إلى ظهور الجدل، وهذا أحد أسباب تدوين الشريعة والأصول لتكون مرجعا للناس، فقد كتب عبد الرحمن بن مهدي إلى الشافعي يحثه على تأليف مرجع يذكر فيه أصول الاستنباط فكتب رسالته الشهيرة، وتُقسّم الخلافة العباسية إلى فترتين: **العصر الذهبي (132 -247)** سنة قتل الأتراك للمتوكل أين كانت السلطة بيد الخلفاء، **عهد الضعف والاستكانة (247 - 656)** أين كانت السلطة إما بيد وزير أو قائد للجيش، وقد تكوّنت في الأولى مذاهب لم يكن الخلاف بينها في الأصول بل الفروع، التي لا تخرج عن أقوال الصحابة كمذهب أبي حنيفة **(150)** ومالك بن أنس **(169)** ومحمد بن إدريس الشافعي **(204)** وأحمد بن محمد بن حنبل **(241)** وسفيان بن سعيد الثوري **(161)** وعبدالرحمن الأوزاعي **(157)** وداود بن علي الظاهري **(270)** ومحمد بن جرير الطبري **(310)**.[2]

وأُحدث في هذا العهد منصب قاضي القضاة المُقيم في عاصمة الدولة، يُعيّن قضاة الأقاليم ويراقبهم يُشبه المحكمة العليا، أول من تلقب به "أبو يوسف" صاحب كتاب "الخراج" تلميذ أبي حنيفة في عهد الرشيد، وبعد توسّع الأقطار صار لكلّ قطر قاض للقضاة سماه أهل الأندلس قاضي الجماعة، وتوسّعت صلاحيات القضاة فكانوا

[1] الحميضي القضاء ونظامه ص. 268 والزحيلي تاريخ القضاء في الاسلام ص. 196
[2] الشافعي الرسالة شاكر الحلبي ط 1، 1940م ص.11 والحميضي القضاء ص.280

يُسيّرون الشُرَط والمظالم والحِسبة ودار الضرب وبيت المال، وظهر التقليد والقضاء به، فقاضي العراق يحكم وفق مذهب أبي حنيفة، وقاضي الشام والمغرب بمذهب مالك، ومصر بمذهب الشافعي، وإذا كان الخصمان من غير مذهب البلد كُلّف قاض من مذهبهما ليقضي بينهما، وتدخّل الخلفاء في عمل القضاة ما حمل الأئمة على التعفّف، ولبس القضاة زيّا خاصا في مجالسهم زيادة في المهابة، وكان لهم حُجاب يمنعون الناس، واشتهرت مهنة "صاحب المسائل" المكلّف بالسؤال عن عدالة الشهود بسبب انتشار شهادة الزور، أوّل من سنّها المفضل بن فضالة **(181)**، وتميّز القضاء بالتنظيم والتطوّر وقاضي القضاة واختيار أفضل العلماء، واستقلالية القاضي الذي بلغ حدا من القوة أن هدّد قاضي بغداد "الإسفرائييني" الخليفة بالعزل وكتب له كتابا، وازدهر الاجتهاد وزاد إجلال القضاة وقلة العزل مقارنة بالأمويين، وكثُر رفض التولي من الأكابر، وظهر القضاء المتخصص فخُصص قاض للعادي، وللمظالم أي من تصيبه مظلمة من الوالي أو الأعيان يشبه الإداري، وآخر للحسبة وهي حفظ الحقوق والآداب يقابلها اليوم النيابة العامة، وقُسّم العادي إلى مدني وجنائي، وبرز القضاء المذهبي فتمّ تعيين قاض لكل منطقة حسب المذهب، ونقل السيوطي أنه في سنة 505 للهجرة رتب أحد الخلفاء أربع قضاة يحكم كل قاض بمذهبه ويورثه، وانحط مستوى التقاضي فصار منصب القاضي يشتريه صاحبه بدفع إتاوة شهرية أو سنوية لمن عيّنه.[1]

المبحث الثالث: التشريع والقضاء في عصر الانحطاط

تمهيد

يبدأ هذا العهد من سقوط الخلافة العباسية **(656)** إلى سقوط الخلافة العثمانية **(1342/ 1924م)** نحو 686 سنة، يُقسم إلى مرحلتين: فترة الدويلات الصغيرة حين صارت كل مدينة دولة مستقلة (267 سنة)، ثم عهد الخلافة العثمانية تأسست **(923 هـ)** ومدتها 420 سنة، وفي المبحث مطلبان:

المطلب الأول: عهد ما بين العباسيين إلى قيام العثمانيين

المطلب الثاني: الخلافة العثمانية

المطلب الأول: عهد ما بين العباسيين إلى قيام الخلافة العثمانية

يبدأ هذا العهد من سقوط الدولة العباسية **(656 ه)** إلى بداية حكم العثمانيين **(923 ه)**، وهو مليء بالاضطرابات السياسية والتخلّف الفكري والانحطاط واضمحلال سلطان العرب، حيث قامت دولُ المغول والترك والفرس والمماليك والبربر، ولم يكن للعرب حكم إلا في جزيرة العرب والأندلس من خلال الدولة الأموية الثانية، وركد الفكر رُكُودا تاما، وظهر التقليد الأعمى واشتدّ التعصب المذهبي، وكثرت المؤلفات والتكرار والمختصرات وشروحها، ثم حواشي الشروح ثم اختصار تلك الحواشي؛ ما أثّر بشكل مباشر على النظام القضائي، قال الدهلوي: "اطمأنوا بالتقليد

[1] شلبي التشريع ص.240 والفتلاوي التأريخ ص.224 والزحيلي القضاء ص. 231

ودبّ فِي صُدُورهمْ دَبِيب النَّمْل وهم لَا يَشْعُرُونَ، ...وانتشر الجور في الْقُضَاة الذين لما جَار أَكْثَرهم، وَلم يَكُونُوا أُمَنَاء لم يُقبل مِنْهُم إِلَّا مَا يريب الْعَامَّة فِيهِ وَيكون شَيْئا قد قيل من قبل"،[1] وانحط القضاء حتى صار القاضي يَشترى منصبه بالمال، يدفع فيه رشوة فتولاه الجاهل والتاجر وصاحب المال، وظهر في عهد المماليك نظام ازدواجية القضاء؛ فالقاضي الشرعي يتولّى المسائل الشرعية، وينفرد الحاجب بالمدنية، وقد أُخذت الحجابة من القوانين التترية التي تسميها "الياسة".[2]

* **القضاء في مصر والعهد المملوكي** في سنة 525 هـ كان القضاة في مصر من الشافعية والمالكية والإسماعيلية والإمامية؛ بسبب تحكم العبيديين الفاطميين، وبعد زوال دولتهم رجع القضاء إلى الشافعية سنة 666 هـ وامتدت الفترة المملوكية لثلاثة قرون **(648 /922)**، فكان القضاء فيها شبيها بأواخر العهد العباسي، مبنيّا على التقليد دون اجتهاد أو خروج عن المذهب، فقاضي القضاة من الشافعية والذي يُعيّن قاضيا من باقي المذاهب الثلاثة، استمر الأمر على ذلك إلى مجيء الظاهر بيبرس؛ فعيّن أربعة قضاة للمذاهب الأربعة لكلّ قاض نواب، وبقي الأمر على هذه الحال إلى قيام العثمانيين، وصدور قرار سنة 927 هـ بتعيين قاض واحد لكل الدولة.[3]

* **القضاء بالمغرب العربي والأندلس:** يُسمّى قاضي القضاة بالمغرب والأندلس قاضي الجماعة، وكان القضاة ملتزمون بالمذهب المالكي، وظهرت خطة الردّ تُشبه محكمة النقض، حيث يقوم قضاتُها بالنظر في الأحكام ومراقبتها، يُسمي قاضيها صاحب الرد مرتبته أدنى من قاضي الجماعة، واشتهر رفض القضاء للورع حتى صنّف النبهانيّ المالقي كتابا في تاريخ قضاة الأندلس، خصص فيه بابا فيمن امتنع عن القضاء، على رأسهم يحي بن يحي ابن كثير الأندلسي أحد رواة موطأ مالك، ومن أشهر قضاتها: ابن رشد الجد وليَ قضاء قرطبة **(520)**، وابن العربي وليَ قضاء إشبيلية **(543)**، وابن رشد الحفيد وليَ قضاء الجماعة بقرطبة **(595)**.[4]

المطلب الثاني: القضاء في العهد العثماني

نشأت الدولة العثمانية بإمارة صغيرة في أرض الدولة السلجوقية **(699)** ثم أصبحت خلافة يوم دخل العثمانيون مصر **(923)**، وتحكم الأتراك في في بلاد الإسلام إلى سقوط خلافتهم بعد الحرب العالمية الأولى سنة **1924م (1342)**، وقد عمّرت خلافتهم لأكثر من 4 قرون، وتمّ ترسيخ ديوان المظالم منذ البدايات الأولى ما يُعرف بالقضاء الإداري وينظر في الخصومة بين المواطنين والحكومة، وهو نوع لا يُعرف في أوروبا إلا بعد ثورة فرنسا أواخر القرن 18م في دستور سنة 1799م بشكل مبدئي، ولم يظهر القانون الإداري إلا سنة 1872م وكان يُعرف بمجلس الملك، مجلس فخْري وُضع لذرّ الرماد على العيون والتظاهر بالعدل، أما في تاريخ الإسلام فإنّ

---

[1] ولي الله الدهلوي حجة الله البالغة ت السيد سابق ط دار الجيل بيروت ط 1، 2005م ج. 1 ص. 262
[2] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 422 والحميضي القضاء ص. 292 وأحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 309
[3] الحميضي القضاء ونظامه ص. 295والزحيلي تاريخ القضاء ص. 422
[4] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 332

الخليفة الأُموي عبد الملك بن مروان (ت 86) هو أول من جلس للمظالم بصفة دورية، أما لجوء الناس إلى الخليفة لمقاضاة الولاة فوُجد قبله، ومرّ القضاء العثماني بمرحلتين: **الأولى** من قيام الخلافة إلى حكم السلطان عبد المجيد (ت 1839 م)، كان القضاء فيها إسلاميا لا يختلف عما سبق، سمتُه الالتزام بالمذهب الحنفي كمذهب رسمي مع مراعاة الأخرى عند الاقتضاء، يتمّ تعيين القضاة من قاضي القضاة العثماني لمدة طويلة، وبعد فساد الجهاز وتوغّل أصحاب النفوذ تقرّر تحديد المدة بسنة، وكان القضاء بسيطا يستمع القاضي للمنازعة ثم يحكم فيها، ويقوم هو بتنفيذها ما جعل الفصل في القضايا سريعا، **المرحلة الثانية** –من سنة 1850م إلى الحرب العالمية الأولى 1914م- خرج فيها العرب عن سيطرة الخلافة، وتميز القضاء بتعدّد التشريع وازدواجية القضاء، ودخول الأنظمة والقوانين الأجنبية وإقامة المحاكم الأجنبية، ثم استمر الأمر في التدهور إلى أن ألغى "أتاترك" المحاكم الشرعية سنة 1923م، وألحق وظائفها بالمحاكم العدلية ثم ألغى الخلافة سنة 1924م، وأُنشئت مدرسة تخريج القضاة باستمبول سنة 1855م فلم يكن القضاة يُعيّنُون إلا من خريجيها، وفي عهد السلطان عبد الحميد 2 أُنشئ مجلس التوفيقات العدلية، يُعادل اليوم المحكمة العليا أو التمييز، وضعفت الخلافة في أواخرها وانبهرت بالحضارة الأوروبية؛ فاقتبست التنظيمات الأجنبية كالمدني، والجزاء الهمايوني لحماية الأقيات وألغت عقوبة الإعدام، أعقبه تولي القوانين والنظم الغربية على يد السلطان عبد المجيد وتعدّد المحاكم، فكانت هناك محاكم الصلح بين المتخاصمين، ومحاكم البداية توجد في مركز كل قرار، ومحاكم التجارة ومحاكم الاستئناف في كل ولاية، تملك دائريتين حقوقية وجنائية، ومحكمة التمييز في اسطمبول بأربعة دوائر: حقوقية وجزائية وتجارية وشرعية، ومحاكم روحية للفصل في أحوال غير المسلمين، وقنصلية تفصل في قضايا الأجانب، وشرعية تختص بأحوال المسلمين.[1]

واضطرت الخلافة إلى تحديد صلاحيات النظامين الشرعي والمدني؛ بسبب الاختلاط بغير المسلمين قصد إضفاء المرونة على القوانين، فكان القضاء المدني يسيّرهُ مسلمون وغيرهُم، والقضاء الشرعي من اختصاص المسلمين وحدهم تسييرا وقضاء وتحكيما، وظهر التقليد الأعمى للمنظومة القضائية الأوروبية؛ فسُنّ قانون الجزاء العثماني (1840م) المقتبس من الفرنسي (1810م)، ثم قانون التجارة (1850م) وهو ترجمة حرفية للتجارة الفرنسي، ثم قانون الأراضي (1858م) ثم قانون أصول المحاكمات التجارية (1861م)، ثم قانون أصول المحاكمات الحقوقية والمدنية (1879م)، ثم قانون الإجراء (1914م) ومجلة الأحكام العدلية للمعاملات الإسلامية (1869م إلى 1876م)، وقانون حقوق العائلة والأحوال الشخصية (1917م)، معظم هذه القوانين فرنسية ترجمت بالحرف إلى التركية.[2]

[1] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 432 والحميضي القضاء ونظامه ص. 298 والقاسمي نظام الحكم 555/2
[2] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 452 والحميضي القضاء ونظامه ص. 301

واختلط المسلمون بالغربيين أواخر الخلافة، فتأثروا بهم وملك الهوى قلوب الحكام لشغفهم بتقليدهم، نتج عنه مسخٌ في المنظومة التشريعية بسبب الفصل بين قضايا الأحوال وباقي الفروع، وتمّ إصدار قانون المعاملات استنباطا من المذهب الحنفي سنة **1286 (1870م)** سُميّ بمجلة الأحكام العدلية، وهي الباكورة الأولى لتقنين الأحكام على شكل مواد قانونية، مع التقيّد الكامل بالمذهب الحنفي ومخالفته أحيانا للمصلحة، فيها **1851** مادة مرتبة على الأبواب والفصول مثل قوانين العصر،[1] وبادرت الخلافة إلى إصدار قانون العائلة **(1917م)** 50 سنة بعد المجلة، ولم يُعتمد فيه على المذهب الحنفي بل أخذ من الكلّ، أخذ الشرط الجعلي من الحنبلي والتطليق للضرر والفقد وتحرير الزوجة بعد مضي 4 سنوات من المالكي، خلافا للحنفي الذي يشترط وفاة أقرانه، ما اعتُبر حينها ثورة على قرون من الالتزام المذهبي، وكان لهذا التقنين دورٌ إيجابيّ في تسهيل مراقبة أحكام القضاء من طرف الولاة، وتحقيق العدل والمساواة وتسيير القضاء على نهج واحد مع منع الاجتهاد، وظهر نظام الامتياز والحقوق القضائية لأقليات غير مسلمة، وتمّ التوقيع على معاهدة مع فرنسا سنة **941** نصت على خضوع الفرنسيين لقنصل فرنسا، فإذا حكم عليهم أحد القضاة المسلمين وقع حكمه باطلا إلا إذا أقرّه القنصل، وكان قضاء هذه المرحلة عصريا ومقلّدا لقضاء أوروبا، بازدواجية المحاكم والتشريعات وتعدد القضاة والطعن ومجلس التأديب، وضعف قضاة الشريعة، وإنشاء مدرسة تكوين القضاة وصدور قانون الإجراءات وسنّ أول تقنين إسلامي، وإحداث دائرة التسجيل العقاري وكاتب العدل **(الموثق)**.[2]

المبحث الرابع: القضاء والطلاق في العصر الحديث

تمهيد

نتطرق إلى تطوّر القضاء والتشريع والطلاق في العصر الحديث عند غير المسلمين، ثمّ لدى العرب ثم نذكر ما حدث بالجزائر، الكل في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تطور القضاء والتشريع والطلاق عند الأوروبيين

المطلب الثاني: تطور القضاء والتشريع عند العرب والمسلمين

المطلب الثالث: تطور القضاء والتشريع في الجزائر

---

[1] أعدها 7 علماء برئاسة أحمد جودت باشا مثقف ووزير الحقانية ومؤرخ، بعد توقف حرب القرم 1 بين الروس والعثمانيين بقيت جالية مسلمة ضخمة تحت سلطة الروس، فطلب العثمانيون من أرثوذكس موسكو تقنينا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب كمراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية فيها 16 كتابا أولها البيوع وآخرها القضاء، مجلة الأحكام العدلية ت نجيب هواويني نشر نور كارخانه كراتش وبن صغير الاجتهاد ص. 33 وشلبي التشريع ص. 311 والبشري السياق التاريخي لتقنين الشريعة الشروق الدولية مصر ط 1، 2011م ص. 22 والحميضي القضاء ص. 304

[2] الدهلوي حجة الله البالغة ص. 137 وبن صغير الاجتهاد ص. 35 والزحيلي تاريخ القضاء ص. 435

المطلب الأول: تطور القانون والطلاق عند الأوروبيين

* **التقنين في أوروبا** بدأت فكرة التقنين المعروفة اليوم على يد الفيلسوف الإنجليزي "بيكون" والفرنسي "مونتيسكيو" بطريقة مبهمة، تبعهما "بنتام" الذي بحث التقنين بالتفصيل، وجاء بعده الألمانيان "سافيني" و"إهرنج"، كما تكلم فيه "روسيي" و"جيني" في محاضرة سنة 1910م، وبعدهما "روجان" في لوزان بسويسرا، و"ديموق" و"مسيسكو" و"تيسيي"، فيما ظهرت حركة التقنين في فرنسا قبل ذلك في عهد الملك شارل السابع في القرن 15م بهدف توحيد فرنسا قانونيا، والذي أصدر عدة أوامر ملكية تأمر بالتوحيد، وتبعه ملوك فرنسا خاصة "كلبير" **colbert** و"داجسو" **dagesseau**، وحين قامت الثورة الفرنسية كانت الدولة تملك قانونا للتحقيق الجنائي **(1670م)** والتجارة **(1673م)** والهبات **(1731م)**، فقام "نابليون" بتكوين لجنة من أربعة علماء : **(Bigot, Pronchet ،Malville, Portalis)** أمرهم بتحضير القانون المدني، فصدرت المجموعة المدنية **(1804م)** سُميّت "تقنين نابليون"، ثم صدر قانون المرافعات **(1806م)** والتجاري البحري **(1807م)** والإجراءات الجنائية **(1809م)** والجنائي **(1810م)**، وكان اهتمام واضعيها منصبا على الجمع بين التقنين الروماني القديم والمبادئ التي أحدثتها الثورة، وبقي المدني الفرنسي ساريا لأكثر من قرن دون أيّ تغيير، ولم يُراجع إلا سنة 1945م على يد عميد كلية الحقوق "دي لامورانديير"، وكان له وقع الفتيل في البارود على دول أوروبا، فسارعت إلى اعتماده لسهولة العبارة وقلة التناقض بهدف توحيد القانون، فصدر النمساوي **(1812م)** والإيطالي **(1865م)** والسويسري **(1881م)** والهندي **(1870م)** والألماني **(1900م)** والبرازيلي **(1916م)** والسوفياتي (1923م) والصيني **(1929م)** ثم تتابعت عليه الدول.[1]

* **فلسفة الطلاق في الدول الغربية المعاصرة:** كان الطلاق ممنوعا بسبب سيطرة الكنيسة على الحكم، وبعد اعتمادها للعلمانية سواء بطريقة متشددة كما هو حال فرنسا، أو متساهلة كما هو حال ألمانيا، قامت بفتح باب الطلاق على مصراعيه من النقيض إلى النقيض؛ فطبقت مقولة: "الفعلُ القويّ يُولّدُ ردّ فعل قويّ"؛ فصارت فلسفتهم تقضي بأنّ الإنسان يحكم نفسه بنفسه، ويُقرّر مصيره لوحده وفق ما يراه من مصلحة ومنفعة ولا دخل للدين، فيجب أن يكون قرار الطلاق حقّا فرديّا، لا يحق لأحد التدخل فيه؛ لأنّه تعبير عن حرية الإنسان، ولا طريق لإيقاعه سوى التطليق القضائي الذي يوقعه القاضي بطلب من أحد الزوجين أو كلاهما، فتمّ منح الزوجين حقّ طلبه سواء بالاتفاق أو بطلب أحدهما، ويكمن دور القاضي في الفصل في آثاره ومدته وليس له منعه خاصة إذا اتفقا، ونص الدستور الفرنسي **(1791م)** على حياد الدولة تجاه الدين وعلى أنّ الزواج عقدٌ مدنيٌّ، وعرف نظامه تطورا ملحوظا بعد صدور قانون سنة 1792م في اتجاه إباحة الطلاق، وبعد مائة سنة صدر قانون 1884/7/27م فيه أن الزوجين أو أحدهما يمكنه حل رابطة الزواج، ونص القانون

[1] عبد البر التقنين ص. 33 واسماعيل الشيخ إشكالات المادة 222 ماجستير وهران 2014م ص. 17

السويسري بتاريخ 1912/1/1م على إمكانية الفرقة بين الزوجين لأسباب وجيهة كمغادرة الزوجة للبيت الزوجية، وأنشأت السويد سنة 1915م نظاما يسمح للزوجين بالانفصال بطريقة مبدئية، وصدر في بريطانيا قانون 1969/10/22م فيه أن العلاقة الزوجية تنحل بالطلاق في حال الزنى أو مغادرة البيت، ويُعطي قانونها المعاصر حقّ الطلاق لأحد الزوجين إذا استعمل الطرف الآخر منطق القوة في الحياة الزوجية، ويصعب على الاجتهاد التمييز بين درجتي القوة المجيزة والمانعة، وصدر في أمريكا قانون 1970م اعتبر الطلاق إفلاسا للعلاقة الزوجية، وانتظرت إيطاليا تاريخ 1974/5/12م لتنظم استفتاء يجيز بموجبه الطلاق بالتراضي، وانتظرت إسبانيا إلى غاية 1982م لتجيزه قوانينُها.[1]

*** مقارنة بين نظام الطلاق الإسلامي والأوروبي**

هناك فروق جوهرية بين نظام الطلاق الأوروبي والطلاق في الإسلام، منها طول مدة الانتظار في الغرب التي تمتد من سنة إلى ثلاث، أما في الإسلام فلا تزيد على ثلاثة أشهر مع محاولة الصلح، ولا يسمح بالطلاق عندهم إلا عن طريق المحامي، وفيه إرهاق لكاهل الطرفين، ويؤدي إلى استغلال المحامين لجهل المتقاضين ورفع الأتعاب، ومنها أنّ المسلم لا يحتاج إلى القضاء إلا من جهة تثبيت طلاقه وأخذ الحقوق، فهو يستطيع التلفظ بالطلاق مباشرة بعيدا عن المحكمة، والمرأة يمكنها خلع زوجها بالتفاهم ويمكن للحكمين الحكم بالتفريق، ويبقى دور المحكمة هو الإثبات مع مراعاة الآثار وحق الطرف المتضرر، أما في أوروبا فإنّ القاضي يُنشئ الطلاق ويمنعه خارج المحكمة، ومنها نظام المناصفة الجائر أين يمكن للمرأة الاستفادة من نصف دخل طليقها مدى الحياة، ولو كانت هي الناشز أو من طلبه؛ ما اضطر الرجال إلى البحث عن حيل قانونية، إما بإخفاء المال أو الإمضاء قبل الزواج على عقد التمييز بين الحالة الزوجية والمالية، أو الانتحار وقتل الطليقة للتخلص منها، كما أدى ذلك بمن لهم وظائف سامية ودخل كبير إلى العزوف عن الزواج مخافة الوقوع في شباكه.[2]

المطلب الثاني: تطور القضاء والقانون عند العرب والمسلمين

دُوّنت المذاهب الإسلامية الفقهية واستكان لها المسلمون تاركين النظر في الكتاب والسنة، والاستفادة منهما فقها واجتهادا وقضاءً، وخُصّ القرآن بالحفظ والتلاوة وبقيت السنة تُدرس بالرواية والدراية، أما استنباط الأحكام منهما فهو مرفوض لغلق باب الاجتهاد منذ القرن 4 هجري، وانتشرت الخلافة العثمانية في كل البلاد سوى المغرب الأقصى واليمن، وأخذت مصر استقلالها الذاتي أواخر القرن 19م؛ فامتنعت عن الأخذ بما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية واستبدلتها بترجمة حرفية لتقنين فرنسا، وكانت بلدان المغربي العربي تحت سيطرة فرنسية إذ احتُلّت

---

[1] الزلمي سلطان الإرادة ص. 477 والصابوني الحرية ص. 55 ومسعودي التنازع ص.202 وزوروتي دراسات في الدولي الخاص 101/1 ودنيس لويد فكرة القانون ص. 57

[2] الرافعي أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ص. 630

الجزائر سنة **1830م** والمغرب سنة **1881م** وتونس سنة **1912م**، وكان الاستعمار سببا لفرض القوانين الفرنسية عُنوة، ووقعت باقي الدول العربية بعد الحرب العالمية 1 تحت الانتداب فكان تحت البريطاني: **(مصر والسودان والعراق والأردن وفلسطين والكويت والإمارات واليمن الجنوبي وعمان مسقط وقطر والبحرين وبعض الصومال)**، وتحت الفرنسي: **(الجزائر وتونس والمغرب وموريطانيا وسوريا ولبنان وجيبوتي وبعض الصومال)**، والإيطالي: **(ليبيا وأريتيريا وجزء من الصومال)**، وأخذت الدول المستعمَرة بقوانين المستعمِرة، واعتمدت السعودية الفقه الحنبلي ولبنان المدني الفرنسي.[1]

في ظل هذه الظروف الحالكة هبّ بعض العلماء أواخر القرن 19م فدعوا إلى نبذ التقليد وفتح باب الاجتهاد، محتجين بأن الوَهَن الذي أصاب الأمة مردّه التقليد الأعمى وتفشي الجهل والجهالة، وأنّه صدق النبيّ يوم قال: "إِنَّ اللَّهَ لاَ يَقْبِضُ العِلْمَ انْتِزَاعًا يَنْتَزِعُهُ مِنَ العِبَادِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ العِلْمَ بِقَبْضِ العُلَمَاءِ؛ حَتَّى إِذَا لَمْ يُبْقِ عَالِمًا اتَّخَذَ النَّاسُ رُءُوسًا جُهَّالًا فَسُئِلُوا فَأَفْتَوْا بِغَيْرِ عِلْمٍ فَضَلُّوا وَأَضَلُّوا"،[2] فلقيت هذه النداءات حربا شرسة من طرف المؤيدين للتقليد، وبلغ الأمر بأنْ كُفّر أصحابها واتهموا في نواياهم، وبعد استقلال الدول الإسلامية انتشرت هذه الصحوة؛ حتى أصبحت هي الأصل ونقيضها الاستثناء، وصارت حرية البحث والاجتهاد ظاهرة للعيان، وإن كنّا نسمع أحيانا صراخ التقليد بصوت ضعيف، لا أثر له أمام أمواج دعاة الاجتهاد، ولا يعني هذا أنّ عوام المسلمين يحقّ لهم الاجتهاد؛ لأنّه يؤدي إلى الفوضى التي لن تجني منها الأمة إلا الخراب، لكنّنا لا ننتصر للاختصار الفقهي وشروحه وإقامة الحواشي عليه ثم إعادة اختصاره، ولا أنْ نجعل آراء الأئمة وحيا وإن كنّا نعظمهم ونحبهم ونجلّهم، دون أن تكون آراؤهم مقدسة تقديس الوحي، وإنما هي خيرٌ لنا لقربهم من العهد النبوي وغلبة الصلاح عليهم، مع تمكنهم من مختلف العلوم التي تجعل الاجتهاد يسيرا عليهم، فآراؤهم شارحة لأحكام الشرع وليست هي الشرع، وتزامن هذا مع ترجمة القوانين الغربية خاصة الفرنسية إلى العربية، وتطبيقها جملة وتفصيلا في دول عربية، لعوامل كانحطاط النظام القانوني إبان الاستعمار المدمّر والانتداب المهلك، واحتكاك المثقفين العرب بأندادهم من الأوروبيين، وانتشار الأمية في عامة المسلمين، والامتناع عن التفكير خارج إطار التقليد، وعقدة تقليد الغالب.[3]

وقد أثّر القانون الأوروبي في الإسلامي بحسب مراحل: بداية بتغلغل النفوذ الأوروبي سياسيا واقتصاديا **(1775 م/1875م)** ثمّ اكتمال السيطرة على المنظومة التشريعية والقضائية للدول العربية **(1875م/1925م)** التي شملت الاحتلال العسكري والممارسة المباشرة وشبه المباشرة لشؤون الحكم، وأخيرا مرحلة انحسار السيطرة

---

[1] عمارة حياة السنهوري ص. 110 والزحيلي تاريخ القضاء ص. 474 وأحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 31 وطارق البشري السياق التاريخي ص. 33 واسماعيل الشيخ الاشكالات الواردة على المادة 222 ص. 30

[2] رواه البخاري باب كيف يقبض العلم برقم 100 ومسلم باب رفع العلم وقبضه برقم 2673

[3] طارق البشري السياق التاريخي ص. 25

وظهور حركات الاستقلال والنزعة الاستقلالية (1925م/1960م)، وتحصلت بعد ذلك دول الإسلام على استقلالها السياسي والتشريعي والقضائي، وكان السنهوري من أوائل المنادين بالاستقلال التشريعي والقضائي للعرب في مقدمة كتابه "نظرية العقد" وعدة مقالات سنة 1933م، فظهرت القوانين الإسلامية تباعا، حيث صدرت مجلة الجنايات والأحكام العرفية في تونس (1861م) اعتمدت المذهب المالكي، ومجلة الالتزامات والعقود (1906م) من كلّ المذاهب، ومجلة الأحكام العدلية التركية (1869م) والمدني المصري (1875م) والسوداني (1891م) والمدني اللبناني (1932م)، وظهر الامتياز القضائي أواخر العهد العثماني ثم انتشر عند العرب، فقد بدأ كاستثناء يختص بالأجانب، ثم أصبح أصلا حتى انحسر القضاء الشرعي في المجال الشخصي والأوقاف، وصارت المحاكم المختلطة للأجانب هي المسيطرة وظهر الازدواج القضائي، فالنظام الشرعي يأخذ أحكامه من الشريعة على اختلاف مذاهبها، والمختلط يُطبق على الأجنبي يأخذ من قوانين أوروبا، والأهلي يطبق في غير الأحوال وتصدر فيه قوانين لا تعارض الشريعة لكنها لا تُستمد منها.[1]

* **القضاء بعد سقوط الخلافة العثمانية** ظهر ما يعرف بالازدواج القضائي؛ بأن يُستمد المجال الجنائي والمدني من القوانين الوضعية والأحوال الشخصية من أحكام الشريعة أواخر الخلافة العثمانية، وتُعتبر هذه الازدواجية من السيئات العظيمة للخلافة العثمانية؛ لأنها مهّدت للخروج عن القضاء الإسلامي، ومنح العثمانيون امتيازات قضائية كبيرة للأجانب؛ حين سمحوا للدول الغربية بإقامة محاكم داخل إقليم الخلافة، تحكم في القضايا التي تكون بين أحد رعاياها وأحد المسلمين، وبعد سقوط الخلافة تبنت الدولة التركية الحديثة النظام العلماني؛ فاستبدلت منظوماتها القضائية بالمنظومات الغربية الاستعمارية، وتبنّت سنة 1926م قانون الموجبات للاتحاد السويسري ثم المدني السويسري، وألغت القضاء بالمجلة العدلية وأحكام الشرع، وكان تعامل دول العرب مع القضاء الشرعي مشابهٌ إلى حد بعيد بما قام به العثمانيون، وبعد الاستقلال تغيّر الأمر حسب مصلحة كلّ دولة وتأثرها بالفكر الاستعماري، فألغت بعض الدول المحاكم الشرعية كمصر والجزائر، ووضعته أخرى مظلة تحت القضاء العادي كسوريا والعراق، وأقرت أخرى استقلاليته وجعلته يضاهي العادي كالأردن، واختارت دول جعله ركيزة القضاء كالسعودية، واتفق الجميع على اعتماد الشريعة في المجال الشخصي سوى تركيا التي طبقت السويسري في الشق العيني والشخصي سنة 1927م.[2]

ما وقع لبعض دول العرب: سوريا انفصلت عن العثمانيين 1918م ووُضعت تحت انتداب فرنسا، فأنشأت محاكم مختلطة سنة 1923م كانت لها صلاحيات كبيرة، وألغيت سنة 1947م وصدر قانون أصول المحاكمات سنة 1953م وقانون السلطة

---

[1] البشري السياق ص.30 وشلبي التشريع ص.313 وعمارة السنهوري ص.117 وعبد البر التقنين ص. 34

[2] الحميضي القضاء ص. 308 وشلبي التشريع والقضاء ص. 312 والزحيلي تاريخ القضاء ص. 514 ومحمود حمدي زقزوق الموسوعة الإسلامية العامة طبعة وزارة الأوقاف المصرية بالقاهرة 2003م ص. 68

القضائية سنة 1953م، كان فيها أربعة أجهزة: العادي يتبع وزارة العدل والإداري لرئيس الوزراء والعسكري والمحاكم الخاصة، يضم العادي الأحوال وفيها الشرعية ومحاكم مذهبية للطائفة الدرزية وروحية لغير المسلمين، **مصر** رفض الخديوي اسماعيل باشا القوانين العثمانية بحجة الاستقلال تبعا لأحد مستشاريه الفرنسيين، ثمّ نسخ قوانين فرنسا وحكم بمقتضاها، وطلب من علماء الأزهر تأليف كتاب في الحقوق والعقوبات فرفضوا ظنا منهم أنه من المبتدعات، فأنشأ محاكم أهلية معتمدا القانون الفرنسي، فكان أول ازدواج في مصادر قضاء مصر، وبقي القضاء الشرعي قائما إلى غاية ثورة 1952م، أين أُلغي وأُلحق قضاة المحاكم الشرعية بالغرف المدنية للمحاكم، وتقرّر أنّهم إذا بلغوا سن التقاعد لا يُعيّن غيرهم من أهل الشرع وحُلّت المحاكم المختلطة بقانون 462 1955/9/21م، **العراق** خضع إبان الخلافة لنظامها، وبعد دخوله تحت انتداب بريطانيا 1917م بدأ في إصدار قوانين جديدة وإلغاء العثمانية، فصدر المرافعات والإجراءات التجاري **(1956م)**، وللدولة نظام آحادي تتولى فيه المحاكم المدنية النظر في كل القضايا الفردية أو الإدارية، وخصصت محكمة سميت بمحاكم المواد الشخصية تنظر في قضايا الأحوال لغير المسلمين إذا لم يكن لهم محاكم روحية، وفيها محاكم شرعية تنظر في أحوال المسلمين العراقيين، **الأردن** تأسست أول حكومة أردنية سنة 1921م، واستقلت عن بريطانيا سنة 1946م فتحولت إلى المملكة الهاشمية الأردنية، نظامها القضائي عثماني وبعد دستور 1952م نص على ثلاثية المحاكم: نظامية ودينية وخاصة، وقسمت الدينية إلى شرعية ومجلس طوائف، **العربية السعودية** نشأت بعد استيلاء الملك عبد العزيز على نجد والرياض وإنهاء النفوذ العثماني بها، النظام القضائي فيها شرعي لا يختلف عن النظام الإسلامي، وقد حاول ملوكها تنظيمه فصدر نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي **(1938م)** فيه 282 مادة، والمرسوم الملكي لتنظيم كتاب العدل **(1945م)**، وأخيرا نظام القضاء عام **(1975م)**، ينقسم إلى ثلاثة فروع: شرعي وديوان المظالم والمؤسسة القضائية المستقلة عن وزارة العدل، وهي البلد الوحيد الذي حافظ على النظام الإسلامي دون تغيير، إلا ما يخص الإجراءات والتطوير، والشريعة هي مصدر التشريع في جميع المجالات عقوبات ومدني وشخصي، وصدر قرار الهيئة القضائية عدد 3 تاريخ 1347/1/7 يقضي بأنّ مجرى القضاء على المفتى به في المذهب الحنبلي، فإذا تعذر أو كان المفتى به ليس فيه مصلحة يأخذ من باقي المذاهب، وحُدّدت الكتب التي يأخذ منها بأنها الإقناع لموسى الحجاوي وكشاف القناع للبهوتي ومنتهى الإرادات للفتوحي وشرح المنتهى للبهوتي والمغنى لابن قدامة والشرح الكبير لابن قدامة، **ليبيا** تمّ توحيد النظام القضائي سنة (1954م)، ثم صدر قرار بتحرير القضاء الشرعي عن العادي (1958م)، وكان القضاء الشرعي فيها يحكم وفق المذهب المالكي، **قطر** تأسست على يد الشيخ آل ثاني **(1868م)** واستقلت **(1971م)** ونظامها القضائي مزدوج: العادي يتبع وزارة العدل والشرعي يتبع الدولة، فيه دائرة رئاسة المحاكم الشرعية، **لبنان** خضع

للانتداب الفرنسي بعد العالمية الأولى وتحرر سنة (1943م)، فيه 14 طائفة دينية ومذهبية لكل طائفة قضاء في الأحوال ونوع القضاء فيها مزودوج مدني وديني.[1]

* **القضاء الروحي والمختلط:** الروحي ما يُنتدب للحكم بين طوائف غير إسلامية داخل دولة الإسلام، والمختلط ينظر في قضايا فيها عنصر أجنبي، وقد بدأت المحاكم الدينية للمسيحيين في العهد العثماني عند صدور الخط الهمايوني 1856/2/18م، وشُكّلت مجالس لطوائف الروم والأرمن واليهود، وبعد احتلال بريطانيا للعراق صدر مرسوم إنشاء محاكم روحية في دستور **(1925م)** ثم ألغيت إلا محكمة "الأرثودوكس" بقيت إلى اليوم ببغداد، وفي مصر قام سعيد باشا **(1861م)** بإنشاء مجلس خاص "قومسيون مصر"؛ للنظر في قضايا الأجانب ضد المصريين فيما عدا العقارات والملكية، وفي **(1876م)** نشأت "المحاكم المختلطة" سميت "محاكم الإصلاح" للفصل في منازعاتالمدنية بين المصريين والأجانب، وبين أجانب من جنسية مختلفة، ثمّ ألغيت في **(1949م)** بعد معاهدة "مونترو".[2]

المطلب الثالث: تطور القضاء والتشريع في الجزائر

بين يدي المطلب بقي الاستعمار الفرنسي جاثا على أنفاس الجزائريين مدة 132 سنة، نال منهم ومن شخصيتهم الدينية والفكرية والحضارية، وعند استقراء المُدد التي بقي فيها في الدول الإسلامية نجد أن الجزائر نالت منه حصة الأسد، حيث كانت أول دولة تُستعمَر سنة 1830م، وآخر دولة تنال استقلالها سنة 1962م، فكان لابدّ أن يتأثر المجتمع الجزائري وقيمه الدينية بهذا الظلام الدامس الذي انغمس فيه كل هذه الفترة، نذكر التطور التشريعي والقضائي والطلاق في الجزائر في فرعين: تطور التنظيم القضائي ثمّ مجال الأحوال الشخصية.

الفرع الأول: تطور النظام القضائي في الجزائر

كان التنظيم القضائي قبل الخلافة العثمانية يخضع للاستنباط من المذهب المالكي، وربّما اعتُبرت الأعراف المحلية مصدرا من مصادر التشريع والقضاء، حيث ساهمت عوامل في اعتماد المذهب المالكي دون غيره ذكرها ابن خلدون، خلاصتها أن أهل المغرب كانوا يرحلون رحلة الحج إلى الحجاز ولم يكن العراق في طريقهم، وكان مالك إمام دار الهجرة دون منازع لحديث: "يُوشِكُ أَنْ يَضْرِبَ النَّاسُ أَكْبَادَ الإِبِلِ يَطْلُبُونَ العِلْمَ فَلَا يَجِدُونَ أَحَدًا أَعْلَمَ مِنْ عَالِمِ المَدِينَةَ"،[3] وغلبت على أهل المغرب البداوة فمالوا لأهل الحجاز لبساطتهم، وفي فترة الخلافة العثمانية كان تعيين القضاة يتمّ دون تقديم مرتبات دورية بل مجرد هدايا، يتولّى القاضي الشرعي النزاع

---

[1] الزحيلي تاريخ القضاء الاسلامي ص. 481 إلى 515 والحميضي القضاء ونظامه ص. 307

[2] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 494 وموقع جريدة المصري اليوم بتاريخ 2016/5/2 الساعة 18 سا 00 http://www.almasryalyoum.com/news/details/151536

[3] رواه الترمذي رقم 2680 وحسنه وأحمد 7980 والحاكم 307 وصححه ووافقه الذهبي، قال ابن عيينة "هو مالك"، الألباني السلسلة الضعيفة المعارف ط 1، 1992م رقم 4833 ضعفه الأرنؤوط لعنعنة ابن جريج.

المدني يعيّنه الداي في العاصمة والبايات في الأقاليم، ويتولى الجنائي الداي، ولا يُفصل بين القضاء والسلطة التنفيذية كما في سائر الخلافة.[1]

وبعد الاحتلال قامت فرنسا بالتوقيع على اتفاقية بتاريخ 1830/7/5م تعهدت بموجبها بعدم المساس بمبادئ الإسلام، ثمّ اجتهدت في تغيير القضاء تدريجيا؛ حين ربطت القضايا المدنية بقانون الشخص والقضايا الجزائية بالإقليم أي القانون الفرنسي، وقامت بموجب الأمر 1841 بالفصل بين القضاء المدني الذي تركته للشريعة، والجنائي الذي ربطته بقانون فرنسا، في هذا يقول المؤرخ عبد الله النديم **(ت 1896م)**: "إن دولة من دول أوروبا لم تدخل بلدا شرقيا باسم الاستيلاء، وإنما تدخل باسم الإصلاح وبث المدنية وتنادي أول دخولها بأنها لا تتعرض للدين ولا للعوائد، ثم تأخذ في تغيير الإثنين شيئا فشيئا كما تفعل فرنسا في الجزائر وتونس، حيث سنت لهم قانونا فيه بعض مواد تخالف الشرع الإسلامي واتخذت لتنفيذه قضاة ترضاهم"،[2] ويقول سعد الله أبو القاسم: "بعد خضوع الجزائر للاحتلال الأجنبي كان أول ما واجهتها تطبيق الأحكام الشرعية، وكان اتفاق 1830م بين الداي حسين و"بورمون" ينص على احترام الدين الإسلامي، بمعنى احترام تطبيق الشريعة وجريان أحكامها على أيدي قضاة مسلمين، هو ما لم يحصل إلا جزئيا وعلى مراحل، ثم أخذ الفرنسيون يغيّرون القوانين ويفرضون قوانينهم ويجردون القضاة من صلاحياتهم إلى أن لم يبق لهم ما يحكمون فيه سوى الأحوال الشخصية"،[3] وحاول المحتل استعمال إيديولوجياته الغربية؛ فأدخل الفقه الإسلامي في المنظور الفرنسي والتقنين الغربي خدمة لأغراضه الاستعمارية الاندماجية التوسعية، فأنشأ محاكم للقضاء الفرنسي في جميع الميادين، لم تُستثنى إلا الأحوال الشخصية بسبب خصوصياتها، وكان قضاة المحاكم الشرعية يطبقون الفقه الإسلامي، أما باقي المجالات القانونية فيُرجع فيها إلى المحاكم الفرنسية التي تطبق الفرنسي، يقول سعد الله: "كان تحطيم جهاز القضاء الإسلامي في نظر الفرنسيين يدخل في مخطط تحطيم المجتمع الجزائري، كمثل القضاء على اللغة بجعلها أجنبية، والقضاء على ملكية الأرض بمصادرتها وإعطائها للمستوطنين، والقضاء على وحدة المجتمع بتفتيت الأعراش والقبائل وإنشاء الدواوير ثم البلديات الفرنسية مكانها، والقضاء على الأنساب والأصول بإنشاء الحالة المدنية على الطريقة الفرنسية، والقضاء على الدين بتشجيع الدروشة والخرافات والتدجيل فهو مخطط شامل"،[4] ومرّ القضاء المدني الجزائري فترة الاحتلال بمرحلتين: **الأولى (1830 إلى 1870م)** تجنبت فيها فرنسا المساس بالمجال المدني للجزائريين خشية إثارة غضبهم، ثم ما لثبت أن أصدرت مرسوم "قيميوز"

---

[1] ابن خلدون ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر ج. 1 ص. 568 وبوبشير محند أمقران النظام القضائي الجزائري ص. 170

[2] محمد عمارة معركة المصطلحات ص. 27

[3] أبو القاسم سعد الله تاريخ الجزائر الثقافي طبعة البصائر 2007م ج. 4 ص. 420

[4] أبو القاسم سعد الله تاريخ الجزائر الثقافي ج. 4 ص. 422

gemieuse (1870م) القاضي بإخضاع المواطنين الفرنسيين والمكتسبين للجنسية الفرنسية واليهود الجزائريين وبعض الجزائريين المتفرنسين للقانون الفرنسي، وصرّح الحاكم العام **De Gueydon** سنة 1874م: "العدالة هي إحدى صلاحيات السيادة يجب على القاضي المسلم أن ينحني أمام القاضي الفرنسي نحن الغزاة" ما اعتُبر مخالفة لاتفاقية 1830م، **الثانية** حاولت الحكومة توحيد قانون الأسرة الجزائري أوائل القرن 20م عن طريق مشروع العميد "مارسيل مورد" من خلال مشروع قانون فيه 263 مادة مخصصة للزواج والطلاق وآثارهما، و226 مادة متعلقة بالأوقاف والميراث و79 مادة متعلقة بالإثبات، ورغم أنه لم يصبح قانونا إلا أن بعض القضاة كانوا يأخذون منه لسهولته.[1]

بعد اندلاع الثورة التحريرية المباركة سنة 1954م حاول المشرع الفرنسي السيطرة على الشخصية الوطنية؛ فسنّ قانون رقم **57-778بتاريخ 1957/7/11م** نظّم فيه الولاية والحجر والغياب والفقدان، وآخر رقم **59-274بتاريخ 1959/2/4م** قنّن فيه الزواج والطلاق في 12 مادة، فيه عدم الاعتراف بزواج أقل من 18 سنة، ولا بالطلاق إلا أمام القاضي، ومنح حق طلب الطلاق للزوجين شرط أن يكون خطيا، وحاول تطبيق قانون خاص بالإباضيين بسنّ أ **1890/12/29م**، وتشريع خاص بالمنطقة القبائلية **بتاريخ 1922/12/28م** كان مستمدا من الأعراف القبائلية، واجتهد في طمس الهوية الإسلامية بسنّ قوانين في المجال الشخصي لعزل أحكام الشريعة، كقانون 1930/5/2م متعلق بالخطبة وسن الزواج، ومرسوم 1931/5/19م متعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، والأمر 1944/11/23م الخاص بتنظيم قضاء الإسلام، وقانون 1957/7/11م متعلق بأحكام المفقود والوصية والحجر وإثبات الزواج، والأمر 1959/2/4م لتنظيم الزواج وانحلاله، غير أن الشعب الجزائر ظل يقاوم تلك القوانين بعدم المبالاة والرجوع إلى القضاء الشرعي والأعراف الجزائرية.[2]

بعد الاستقلال وجدت الجزائر نفسها في فراغ قانوني رهيب؛ بسبب القطيعة مع النظام الفرنسي، فعملت بالتدرج وبصفة بطيئة نحو إتمام نظام تشريعي وطني، حيث اعتمدت أولا على القوانين الفرنسية بموجب **قانون رقم 62-154 المؤرخ 1962/12/31م** القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية، فيما عدا المواد الاستعمارية والعنصرية والمخالفة لحقوق الإنسان، قصد جزأرة القوانين تدريجيا، مع إبقاء الأحوال الشخصية مستمدة من أحكام الشريعة تطبيقا للأمر الملكي الفرنسي بتاريخ 1934/05/30م، ثمّ صدر قانون رقم 63-218 المؤرخ 1963/5/18م ألغى ولاية النقض الفرنسية على قرارات محاكم الاستئناف الجزائرية وأنشأ بدلها المجلس الأعلى للقضاء، ثم صدر أمر بتاريخ 1973/7/5م يقضي بإلغاء جميع أنواع التبيعية

---

[1] بوبشير محند أمقران التنظيم القضائي الجزائري ص. 181

[2] اسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 35 ومحفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي ص. 41 ومحاضرات في قانون الأسرة للأستاذ تشوار الجيلالي من جامعة تلمسان المحاضرة الأولى:
http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=201598 بتاريخ 28 مارس 2016

لقوانين فرنسا، واعتبار أحكام الشريعة والعرف المصدران الوحيدان للقضاء في المجال الشخصي، ثمّ صدر قانون الأسرة رقم 84-11 بتاريخ 1984/6/9م وهو أول قانون متكامل في باب الأحوال الشخصية، وكان الأمر قبله خاضع للاجتهاد القضائي فكانت كلّ محكمة تصدر أحكاما تختلف عن الأخرى في نفس المسألة.[1]

وتتمثّل المبادئ الأساسية للنظام القضائي الجزائري في الاعتراف بحق اللجوء إلى القضاء لكل شخص طبيعي أو معنوي، ومجانيته والمساواة أمامه والتقاضي على درجتين، وعلانية الجلسات وتسبيب الأحكام من خلال بيان ما أقنع القاضي بما قضى به؛ فيشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية، واستقلالية القضاء وحياد القاضي، وحصول الإجراءات في مواجهة الخصوم بأن يعلم الخصم بإجراءات خصمه، أما المحكمة العليا فهيئة تتربع على هرم النظام القضائي مقرها الجزائر العاصمة، سُميت بداية المجلس الأعلى للقضاء **بقانون رقم 63-218 بتاريخ 1963/6/18م**، نصبه الرئيس أحمد بن بلة 1964/3/2م، ثم تغيرت إلى المحكمة العليا سنة 1989م **بقانون 89-22 بتاريخ 1989/12/12م وعدل بقانون رقم 96-25 المؤرخ 1995/8/12م**، تُسمّى في مصر وفرنسا النقض، وفي سوريا والعراق التمييز وفي تونس التعقيب، وتتكوّن العليا الجزائرية من 8 غرف عادية: المدنية والعقارية والتجارية والأحوال والاجتماعية والجنائية والجنح والمخالفات والعرائض، وتنحصر صلاحياتها في توحيد الاجتهاد والرقابة القضائية والنظر في صحيح تطبيق القانون، وتقدير نوعية القضايا التي ترفع إليها وتبليغها سنويا إلى وزير العدل، والاشتراك في برامج تكوين القضاة ونشر القرارات والتعليقات والبحوث القانونية.[2]

الفرع الثاني: تاريخ قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر

كان التنظيم القضائي قبل احتلال فرنسا في المجال الشخصي خاضعا في معظمه لأحكام الشريعة سواء في أصوله أو إجراءاته، وربما اعتمد على التقاليد والأعراف السائدة، وبعد الاستعمار حاول حكام فرنسا طمس معالمه عن طريق الإيهام بأنهم يريدون دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام القضائي الفرنسي؛ لأجل مسخ الشخصية الجزائرية الإسلامية، وباءت جميع محاولاتهم بالفشل إذ قابلها المسلمون الجزائريون بالإنكار وعدم المبالاة؛ ما اضطرهم إلى تغيير هذه الاستراتجية عن طريق ترك الجزائريين وشأنهم في تطبيق قواعدهم القضائية في المجال الشخصي، وإيجاب التعامل مع القضاء الفرنسي في باقي المجالات: المدني والتجاري والإداري؛ ما تسبب في ظهور الازدواجية القضائية، ولم يكن لدى قضاة الشريعة أيّ قانون مكتوب يعودون إليه سوى الفقه الإسلامي على المذهب المالكي، وفي سنة 1959م صدر قانون فرنسي يلزم الجزائريين المسلمين بإثبات الطلاق أمام المحكمة، وعدم الاعتراف بالطلاق خارجها، وحاول المشرع الجزائري بعد الاستقلال التخلص من هذه الازدواجية والتبعية للقانون الفرنسي، عن طريق إنشاء

[1] محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي ص. 65

[2] محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي ص. 65 وأمال حبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 27

المجلس الأعلى للقضاء سنة 1963م بإصدار **قانون 63/261** ألغى بموجبه المحاكم الشرعية ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية، ومن حينها قام الجدل بين منظري المجتمع حول كيفية إصدار قانون للأسرة، بين داع لجعله عصريا مثل المدني الفرنسي، ومن يريد جعله نموذجا للتمسك بالشريعة والهوية الجزائرية، وتمت محاولات لإصداره سنوات 1966م و1973م و1982م فباءت كلّها بالفشل إلى غاية سنة 1984م، حيث تمّ تشريع قانون **رقم 84-11 مؤرخ 9 رمضان عام 1404 موافق 1984/6/9م** سُمي بقانون الأسرة، رغم تضمنه لأوسع مما يختص بالأسرة كأحكام الشخص وترشيده والغياب والفقد والحجر والوصية والهبة، وكلّها تخص الشخص كفرد في المجتمع وليس الأسرة، وسمته دول بالأحوال الشخصية وهو تعبير أدق من حيث الشمول لكن التسمية الجزائرية أقرب إلى مفهوم الشرع، ثمّ ما لبث أن عاد النقاش يحتدم بين من يراه رجعيا لا يتماشى مع عقلية العصر، ومن يراه أقرب للمذهب العلماني منه إلى الشريعة، ومن يراه ضيّق واسعا وتعصب للمذهب المالكي بما لا يفي بغرض المجتمع، وأنه لو أخذ من باقي المذاهب لكان أصلح، فقامت الحكومة سنة 2004م بتعيين لجنة من الخبراء لإعادة النظر فيه، تتكون من (52) عضوا من المتخصصين في مختلف المجالات كالشريعة والقانون والطب والاجتماع، وبناء على التوصيات التي خرجت بها صدر **قانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/5/4م**، والمؤكد أنه تأخر كثيرا مقارنة بالعرب فقانون الأحوال المصري مثلا صدر سنة 1929م، ويُلاحظ أنه أدرج الهبة والوقف مع أن التشريعات الإسلامية أفردت الوقف بقانون خاص، وأدرجت الهبة في المدني لأنه لا علاقة لها بالأسرة، ودافع البعض عن تأخره بأن الجزائر نالت استقلالها متأخرة، وهو تحجج غير مجْدٍ إذا علمنا أن كثيرا من الدول نالت استقلالها مع أو بعد الجزائر وشرّعت قانونها قبل ذلك، وتحجج آخرون بطبيعة الاستعمار الفرنسي الذي يختلف عن نظيره البريطاني، وهو ساقط بدوره بدول الجوار الذين ذاقوا نفس الاحتلال، ويبدو أنّ التأخير كان لسببين: الصراع المحتدم بين الجناحين المتحكمين في زمام الأمور الإسلامي والتغريبي، ثمّ قلة باع واهتمام ذوي الشأن بأمور الدين؛ وإلا كيف يُعقل أن يتأخر قانون مهم للأسرة مدة (22) سنة ثم لا يُعدّل إلا مرة واحدة بعد (21) سنة؟! ولم يخص المشرع إجراءات قضايا الأسرة بقانون خاص وأدرجها في الإجراءات المدنية **رقم 08-09 مؤرخ 18 صفر 1429 موافق 2008/2/25م** أفرد فيه فصلا **(المواد 499/423)** 78 مادة، وهو مقدار قليل بالنسبة لأهمية قضايا الأسرة، واختارت دول تخصيص الأحوال كالأردن في أصول المحاكمات الشرعية **رقم 12 لسنة 1965م.**[1]

[1] يوسف دلاندة استشارات قانونية قضايا الأسرة دار هومة الجزائر ط 3، 2013م ص. 74 واسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 43 وبن صغير الاجتهاد القضائي ص. 27 وآيت منصور كمال مداخلة وضعية الأحوال في قواعد الإسناد الجزائرية ملتقى وطني لتنازع القوانين جامعة بجاية 2014 ص. 3 وحسيني عزيزة الخلع مظهر من مظاهر مساواة الزوجين annales université d'alger مجلد 27 عدد 1 ص. 46 ومرمول موسى دروس قي قانون االأسرة محاضرات جامعة منتوري قسنطينة ص. 3

المبحث الخامس: تقنين الفقه الإسلامي ومشروعيته

تمهيد

كان القضاة الشرعيون يعودون إلى النصوص وفهم الأئمة للحكم على المنازعات، وبعد التطور القضائي في أوروبا انتشرت ظاهرة التقنين؛ فاشتد السجال بين أهل الفقه الشرعي والقانوني حول مشروعية هذه الآلية، بين مؤيد لها مبرز لمصالحها وعدم تعارضها مع الشرع، ومحارب لها مبرز لمساوئها ومخالفتها للمقطوع، نذكر ذلك من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التقنين وتطوره التاريخي

المطلب الثاني: إلزام القاضي بمذهب معيّن

المطلب الثالث: مشروعية تقنين الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تعريف التقنين وتطوّره التاريخي

سبق الأوربيون المسلمين في آلية التقنين، ثمّ ما لبث أن صارت هذه الآلية من المسلّمات القانونية حين أقرتها وعملت بها دول الإسلام، ولا يزال بعض العلماء يرفضونها لمخالفتها، والتقنين مصدر قنّن تعني وضع القوانين، قال ابن منظور: "قانون كل شيء طريقه ومقياسه"، كما يأتي بمعنى الأصل،[1] ويُسمى في العرف القانوني "مدونة" **code**، ولعلم القانون صناعات: كصناعة القضاء **technique jurisprudentielle** والفقه **doctrinaire** والتشريع **legislative** والتقنين **codification** الذي هو عملية تجميع النصوص التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية الخاصة بفرع معيّن من فروع القانون في تقنين واحد كالمدني أو الجنائي، أو صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد، والتي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس بعبارات آمرة، يُميّز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيبا منطقيا بعيدا عن التكرار والاضطراب، أو جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون، بعد ترتيبها وتبويبها وإزالة الغموض عنها، ثم تفرضه الدولة بعد انتخابه من الهيئة التشريعية، وفيه إلزام الحاكم الناس والقضاء بمذهب معيّن، وقد يأمرهم بالأخذ من كل مذهب بما صحّ وترجح، ويُفضل الاعتماد على ما يعرفه أهل البلد من مذهب وعدم الخروج عليه إلا استثناء لمصلحة، وهو بهذا الاعتبار: "صياغة أحكام الشريعة القابلة للتقنين من قبل أهل الخبرة والاختصاص، في صورة مواد متجانسة قابلة للتطبيق والتنفيذ بصورة ملزمة من الحاكم يسهل الرجوع إليها".[2]

* **أركانه وشروطه:** الصياغة والترتيب والترقيم ووحدة الباب والصفة الآمرة، وألا يخرج عن شرع الله عند المسلمين، فالصياغة تميّزه عن الفقه المدوّن، والترتيب والترقيم لتيسير الرجوع إلى قواعده، والصفة الآمرة تجعله قابلا للتطبيق

---

[1] ابن منظور لسان العرب ج. 13 ص. 349

[2] الداودي المدخل ص. 142 وعبد البر التقنين ص. 21 وحسونه مناهج الاجتهاد دكتوراه جامعة الأردن 2005م ص. 415 وبن الصغير الاجتهاد ص. 255 والشثري تقنين الأحكام دار التوحيد ط 1، 1435 ص. 8 وصيام استقلال القضاء ص. 111 ومنصور المدخل ص. 111 وسعيدي القانون ص. 4

فبتركه يتعرض التارك للعقوبة، وكونه في موضوع واحد ليسهل الرجوع إليه وإلا لم يحصل المقصود، ويزيد المسلمون قيودا لمنع الاعتماد على غير شرع الله المقطوع والمظنون أو تبديله أو تحريفه، فيعرّفونه: "صياغة الأحكام الفقهية في مواد مرقمة على هيئة القوانين، بعد اختيار أصحها وأقواها دليلا، على أن لا يُبدّل فيها شرع الله ولا يشرع فيها من الدين ما لم يأذن به الله"،[1] قال أبو زهرة: "سلطة دولة الإسلام في التقنين ليست مطلقة بل مقيدة بالقرآن والسنة، وهذا لا يمس سيادتها لأن الاستنباط منهما والتقيد بهما هو بمثابة التقيد بالفضيلة والمصلحة".[2]

* **تطور التقنين** عرفت المجتمعات القديمة التقنين خاصة في العراق، أبرزها خمسة: "أوركاجينا" و"أورنمو" و"إيشنونا" و"لبت عشتار" و"حمورابي" ومع ذلك بقي نادرا، فكان القاضي يعتمد على المرسوم الملكي أو العرف في تطبيق القانون، وقد صادف في بداياته معارضة شديدة من قبل بعض الفقهاء أمثال "سافينيي" الألماني، حيث نشر سنة 1814م رسالة: "اتجاه العصر نحو التشريع والقضاء" بيّن فيها مضاره، فذكر أنه يُصيب القانون بالجمود رغم تطوّر المجتمع وهو نقد وجيه، كما عارضه أنجلوسكسون مثل "بلانستون" محتجين باختلاف العرف وتطور المجتمع، لهذا لم تُدوّن أمريكا وانجلترا قوانينهما إلا مؤخرا وكان اعتماد القضاة فيها على السوابق، وبعد صدور المدني الفرنسي 1804م قوبل بالتهليل والتعظيم من مختلف مدارس أوروبا، واجتهد الألماني "تيبو" في تقنين قانون بلده ونجح في ذلك رغم معارضة مواطنه "سافيني"، حيث استمر السجال بينهما وبين تلاميذهما إلى صدور المدني الألماني 1900م، ثم انتصر أصحاب التقنين وأخذت به كل الدول الأوروبية.[3]

وأول من دعا إلى التقنين في تاريخ الإسلام هو ابن المقفع **(ت 145)** كاتب أبي جعفر المنصور الخليفة العباسي، أشار عليه بذلك حتى أقنعه، فطلب من الإمام مالك أن يجمع ويُصحح الموطأ ليفرضه على كلّ الخلافة؛ فاعتذر وتعلّل بتفرّق الصحابة واستقرار المذاهب،[4] ففشلت المحاولة وبقي الأمر على حاله ينهل القضاة اجتهادا إلى أن انتشر القول بإلزام القاضي بمذهب البلد ومذهب المتقاضي؛ فكانت كل منطقة تلزم قاضيها بمذهبها، يسأل القاضي المتقاضي عن مذهبه الذي يدين به حتى يحكم عليه، ثم ظهرت في القرنين الماضيين في بلاد المسلمين مشكلة عدم قدرة النظام

---

[1] صيام أبو حمد مبدأ استقلال القضاء ص. 111 وحمدان آل شراب اجتهاد القاضي وفتواه ص. 141

[2] أبو زهرة العلاقات الدولية ص. 62

[3] حسين منصور المدخل ص. 111 والشثري تقنين الأحكام ص. 65 والداودي المدخل ص. 144

[4] قال مالك: "لما حج أبو جعفر قال: "عزمت أن آمر بكتبك فتُنسخ ثم أبعث إلى كل مصر وآمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدوها فإني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة" فقلت: "لا تفعل إن الناس سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم **وعملوا به ودانوا به** من اختلاف الصحابة وغيرهم وردهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم" فقال "لو طاوعتني لأمرت به": موطأ مالك ت الأعظمي طبعة زايد الإمارات طبعة 1، 2004م ج. 1 ص. 77 ورواه أبو نعيم في حلية الأولياء ط السعادة 1974م ج. 6 ص. 332

التشريعي التقليدي على مواكبة الانفتاح الذي واجه المجتمع في مختلف الميادين، وعدم قدرته على تنظيم المستجدات التي طرأت بحكم بنائه على الفقه المذهبي، الذي كانت جذوره وأصوله مبعثرة بين الأمهات والمختصرات وشروحها والحواشي، حتى صار للمذهب الواحد أقوال ووجوه ومشهور ومغمور؛ فترى القاضي تائها وسط أدغالها إذا رمى الحكم في قضية، هذا لعمري إذا التزم بمذهب واحد! أما لو أراد النظر في جميعها فهو التيه الكامل، وليس العيب في قواعد الشرع الكبرى لكونها تملك من المرونة وسعة الأفق ما يمنحها ميزة التأقلم مع كل مستجد، وإنما المصيبة أنّ الجمود الفكري ألصق بها صخورا من الجزئيات والآراء الاجتهادية التي لم يحكم بها كتاب ولا سنة، فكانت سببا في انغلاق الفقه الإسلامي على نفسه انغلاقا منعه من مواكبة سرعة التحضر الأوروبي، أما إذا أراد القاضي النظر في أدلة الأقوال فتلك معضلة أخرى، لا يمكن أن يحلها ويبرز خيوطها إلا جهبذ متمرس عزيز الوجود نادر الحدوث، زد عليه قلة باع المجتهدين بسبب طريقة التدريس والتعليم، المبنية على حفظ الأقوال دون دليلها أو فهمها وغلبة التقليد وانتشار علماء السوء، حيث ساهم كلّ هذا بشكل أو بآخر في تعطيل المواكبة المنشودة؛ حتى صار المسلمون في المؤخرة بعد ما كانوا قادةً ومرشدين.[1]

وبعد وقوع طامة الاستعمار من دول مسيحية حاملة لكل بغض للإسلام وأهله، وسقوط رايات الإسلام وتنكيس علم المسلمين، اختلط الحابل بالنابل وزاد التجهيل فلا مرشد ولا دليل، إلى أن ظهرت بوادر الأنوار مع بدايات القرن 19م في باب التجديد الفكري والقانوني والإصلاحي، والمتميزة بالعودة إلى مصادر الشريعة الأولى وترك التقليد والتعصب، وقد صنّف أحمد الحلبي في القرن 16م كتابا وجيزا في الفقه الحنفي تسهيلا للطلاب سماه "ملتقى الأبحر" بتكليف من السلطان العثماني سليمان الأول، ثمّ لاحظ في القرن الموالي أحد ملوك المغول بالهند "عالمكير" صعوبة الخوض في الفقه؛ فعيّن لجنة برئاسة نظام الدين البلخي لتأليف كتاب جامع لظاهر الرواية في الفقه الحنفي سمي "الفتاوي الهندية" لكنه بقي دون إلزام، وأصدرت الخلافة العثمانية مجلة الأحكام العدلية **(1869م)** فيها جملة من أحكام البيوع والدعاوى والقضاء ألزمت بها عام 1293ه، واشتهرت في مصر اجتهادات محمد قدري باشا **(1880 م)** في تقنين الأحوال، ووُضع التقنين المختلط من قبل المحامي الفرنسي "مانوري" في الاسكندرية **(1872م)** ثمّ صدر كقانون سنة **(1875م)**، وصدر بعده المدني سنة **(1883م)** وُضع أولا بالفرنسية ثم ترجمه إلى العربية يوسف وهبة

---

[1] يقول ابن كمال باشا: "الفقهاء 7 طبقات: **1** المجتهدون كالأئمة الأربعة، **2** المجتهدون في المذهب كأبي يوسف القادرين على الاستخراج، **3** المجتهدون في المسائل التي لا رواية فيها كالخصاف والطحاوي لا يخالفون الإمام، 4 أصحاب التخريج من المقلدين كالرازي، لا يقدرون على الاجتهاد لكنهم لإحاطتهم بالأصول يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين، **5** أصحاب التخريج كالقدوري شأنهم تفضيل بعض الروايات، 6 المقلدون القادرون على التمييز بين الأقوال والقوي والضعيف كصاحب المختار؛ شأنهم ألا ينقلوا في كتبهم الأقوال المردودة، 7 المقلدون الذين لا يقدرون على ما ذُكر ولا يفرقون بين الغث والسمين، فالويل لمن قلدهم"، طارق البشري السياق التاريخي للتقنين ص. 14 وأبحاث هيئة كبار العلماء بالسعودية 119/3

باشا ووقع تجديد المدني سنة (1948م)، ويمكن تصنيف القوانين المدنية العربية إلى ثلاث أصناف باعتبار الاستمداد من الشريعة: دول استمدته بنسبة 100 % كاليمن (1992م) والأردن (1976م)، وأخرى استمدت بنسبة 90 % كالعراق (1951م) والكويت (1980م)، ودول المناصفة كمصر (1948م) وسوريا (1949م) والجزائر (1975م) وليبيا.[1]

ولم تكن بدايات التقنين في العالم الإسلامي على يد الحكومات، إنما بمبادرة علماء اجتهدوا مثل محمد قدري باشا الذي وضع ثلاثة مشاريع: مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة فيه 1045 مادة، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة، شرحه محمد زيد الأبياني في ثلاث مجلدات، وقانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلة الأوقاف فيه 646 مادة، بسبب تأثره بشيخه الطهطاوي (ت 1873م) الذي كان يُنادي بتقنين الفقه كبديل لمواجهة الاختراق العلماني، وألّف أحمد القاري مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد فيها 2382 مادة، ومحمد عامر ملخص الأحكام الشرعية على مذهب مالك، وصدر تأليف من مجمع البحوث بمصر حول الفقه الإسلامي في 16 مجلدا خُصّص لكل مذهب 4 مجلدات، وفي سنة 1929م خطت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الأخذ من مختلف الاجتهادات من غير الأربعة، فأصدرت قانون رقم 25 ألغت فيه تعليق الطلاق بالشرط، واعتبرت تطليق الثلاث أو الاثنتين بلفظ واحد طلقة واحدة عملا برأي ابن تيمية بإقرار مشيخة الأزهر، ثمّ وضع السنهوري (1391) القانون المدني العربي بالاشتراك مع الفرنسي "لامبير"، اعتمد فيه مبادئ الشريعة والوضع، وصدر المدني المصري (1948م) والسوري (1949م) والعراقي (1951م) والكويتي (1962م)، ودعا بعض علماء السعودية إلى التقنين لكن هيئة كبار العلماء أصدرت قرارا (1393) بمنعه، وبعد إلحاح مكوّنات المجتمع أصدر الملك عبد الله أمرا بتشكيل لجنة للتقنين، فكانت المحاكم الشرعية تعتمد الكتاب والسنة مرجعا وحيدا إلى أن صدر قرار الهيئة القضائية سنة 1347ه (1929م) القاضي بأن يكون مجرى القضاء في المملكة منطبقا على المفتى به من مذهب الإمام أحمد، ويجوز عند المصلحة الأخذ من باقي المذاهب وفي المنازعات العقارية والوقف يُعتمد المذهب السائد في المحل.[2]

ووضع المستشرق الإيطالي "سانتيلانا" مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906م) ضمّ فيه من الفقه المالكي وغيره، وكانت أغلب دول العرب خاضعة للخلافة العثمانية سواء لمجلة الأحكام العدلية في المعاملات والعائلة في الأحوال، بقي ذلك مطبقا في لبنان إلى (1943م) وسوريا إلى (1949م) والعراق إلى (1953م) والأردن إلى (1976م)، وظهر أول تقنين رسمي للأحوال (1876م) في المجلة العدلية التي تناولت في

---

[1] البلخي الفتاوي الهندية ص. 2 والداقوقي الاجتهاد ص. 256 والشثري التقنين ص. 11 والبشري السياق ص. 15 وغالب الداودي المدخل إلى علم القانون ص. 96

[2] عمارة معركة المصطلحات ص. 30 والشثري التقنين ص.13 وص. 15 والأشقر الشريعة الإلهية لا القوانين الوضعية ص.70 وأبحاث هيئة كبار العلماء ج.3 ص. 162 والزحيلي تاريخ القضاء ص. 513

كتابها 9 الحجر والأهلية، ولم تُقنن غيرها بسبب الخلاف الكبير في مسائله، وتعدد المِلَل وسياسية التسامح التي دفعتها إلى ترك لغير المسلمين حريتهم، ثمّ دُوّن قانون العائلة **(1917م)** تضمن أحكام الزواج والطلاق للمسلمين واليهود والنصارى من الرعايا، وأُلغي بعد سنتين واستخلف بالمدني التركي **(1925/10/6م)** المقتبس كاملا من المدني السويسري، وبدأ تقنين الأحوال في مصر على يد محمد قدري باشا **(1880 م)** بكتب من المذهب الحنفي مسترشداً بالأحكام العدلية لكنها بقيت بلا إلزام، ثمّ ظهر أول تقنين رسمي للأحوال **(1915م)** بإرادتين سنيتين لموضوع الطلاق، تبيح الأولى للزوجة التي غادرها زوجها دون نفقة المطالبة بفسخ الزواج، وتجيز الثانية فسخ النكاح في حالة إصابة الزوج بمرض خطير، ثم جرت محاولة تقنين الأحوال في مصر لكنها فشلت بسبب المعارضة، ثم صدر قانون رقم **25** لسنة **(1920م)** يختص بأحكام النفقة والمفقود والتفريق للعيب، وصدر سنة 1923م قانون 56 متعلق بالسن الأدنى للزواج المحدد 16 سنة للفتاة و18 للولد، ثم قانون تنظيم بعض أوضاع التقاضي في مسائل الأحوال رقم 1 لسنة **(2000م)**، وقانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 **(1947م)** عُدل **(1951م)** ثم عُدّل برقم 61 **(1976م)** ثم **(2001م)**، والأحوال السوري **(1953م)**، والأحوال العراقي **(1959م)** والتونسي **(1956م)** والمغربي **(1958م)** والكويتي **(1984م)** والجزائري **(1984م)** عُدل **(2005م)** والعُماني **(1997م)** عدا السعودية وأفغانستان، وأوصت لجنة وزارية في المؤتمر العربي لوزراء العدل 1977م بضرورة تقنين الأحوال، فأُلفت لجنة عملت لثلاث سنوات **(1982م/1985)** لكنها توقفت بسبب معارضة بعض المضامين كالوصية الواجبة.[1]

المطلب الثاني: إلزام القاضي بمذهب مُعيّن

بعث الله سبحانه نبيه إلى العرب والعجم؛ فاجتهد في تبليغ رسالة ربه 23 سنة كاملة، علّم فيها أصحابه ما يخص دينهم ومقصد حياتهم، عن العرباض بن سارية قال رسول الله: "قَدْ تَرَكْتُكُمْ عَلَى الْبَيْضَاءِ لَيْلُهَا كَنَهَارِهَا لَا يَزِيغُ عَنْهَا بَعْدِي إِلَّا هَالِكٌ"،[2] فتعلّم الصحابةُ أصول الدين وفروعه وفقُهوا كيفية الاجتهاد والاستنباط، وعلّموا ذلك لمن بعدهم من التابعين، ومع مرور السنين ضعفت الملَكات وانتشرت الجهالات؛ فنادى بقايا العلماء بوجوب غلق باب الاجتهاد لقلة عزائم أصحاب الزمان، ونتج عنه إيجاب الحكّام القضاء على وفق مذهب أهل البلد؛ منعا للظلم والضير بالاجتهاد الصادر عن غير أهله، وكانت البداية حين وليَ أبو يوسف قضاء الخلافة العباسية؛ فصار لمذهب أبي حنيفة المنزلة الأولى في حكومة الإسلام، وكان من سماته أنه لا يُولي قاضيا إلا من اختار المسلك الحنفي؛ فصار الأمر وكأن المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي للخلافة، ثمّ انتشر القول بإلزام القاضي بمذهب واحد انتشار النار في الهشيم وادّعى البعض الإجماع عليه، والحقّ أنّ الخلاف فيه

[1] الداقوقي الاجتهاد ص. 259 والألفي التقنين ص. 138 وحميدو مصلحة المحضون ص. 10 والزرقا المدخل الفقهي العام دار القلم ط 2، 2004م ص. 260 والرافعي الأحوال للمسلمين ص. 35

[2] رواه أحمد برقم 17142 وابن ماجه باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين برقم 43 وسنده صحيح

كان وما يزال قائما، خاصة أنّ أقوى ما احتج به من قال بجواز تقنين الفقه هو القول بجواز إلزام القاضي بمذهب معيّن، وقد اختلفوا في قضاء القاضي بمذهب واحد على قولين: **الأول** لا يجوز عليه جمهور الفقهاء من المتقدمين،[1] **الثاني** يجوز اختاره الحنفية، وجماعة من المالكية كسحنون والقرافي والطرطوشي وأكثر المتأخرين، وفي المادة 181 الأحكام العدلية: "لو صدر أمر سلطاني بالقضاء برأي مجتهد واحد للمصلحة العامة فخالف ذلك القاضي نقض حكمه"،[2] وقال الطرطوشي: "كان وُلَاةُ قُرْطُبَةَ إذَا وَلَّوْا رَجُلًا شَرَطُوا عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ عَنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَهَذَا جَهْلٌ عَظِيمٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ الْحَقَّ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ"، تعقبه ابن فرحون: "أنكره لوجود المُجْتَهِدِينَ فِي قُضَاةِ زمانه، وَكَانَ مُعَاصِرًا لابن عَبْدِ الْبَرِّ وَالْبَاجِيِّ وابْنِ رُشْدٍ وابْنِ الْعَرَبِيِّ وابْنِ عَطِيَّةَ، وَقَدْ عُدِمَ هَذَا النَّمَطُ فِي زَمَانِنَا، وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْبَاجِيُّ عَنْ وُلَاةِ قُرْطُبَةَ وَرَدَ نَحْوَهُ عَنْ سَحْنُونٍ؛ لأَنَّهُ وَلَّى رَجُلًا الْقَضَاءَ فَشَرَطَ عَلَيْهِ أَلَا يَقْضِيَ إلَّا بِقَوْلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ"،[3] وسئل رشيد رضا ما قولكم في السلطان إذا ألزم قضاة بلده بإجرائها وتنفيذها؟ أجاب: "إذا كانت تلك الأحكام والقوانين عادلة غير مخالفة لكتاب الله وما صح من سنة رسوله وجب علينا أن نعمل بها إذا وضعها ولاة الأمر".[4]

* **دليل المانعين** قوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالحَقّ"** (ص 26) وإلزام القاضي بمذهب ليس هو الحق، أجيب أن قضاءه بمذهب واحد فيه مصالح جمة وطاعة لوليّ الأمر وليس فيه اتباعٌ للهوى،[5] واستدلوا بقوله **"فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدّوهُ إِلَى اللهِ وَالرّسُولِ"** (النساء 59) والردّ إلى المذهب ليس ردا إلى الكتاب والسنة، أجيب أنّه جاء قبلها ما يفسرها قوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"** (النساء 59)، ومثله قوله **"وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ"**، (النساء 83)، واحتجوا بحديث: "مَنْ حَالَتْ شَفَاعَتُهُ دُونَ حَدّ مِن حُدُودِ اللهِ فَقَد ضَاد اللهَ في أَمْرِهِ"،[6] والإلزام بمذهب قد يحول دون إقامة الحد؛ فيدخل في الوعيد ولا يغيب ضعفه، وقالوا ثبت عن الخلفاء أنّهم كانوا يعودون إلى الكتاب ثم السنة ثم جمع أهل العلم ومشاورتهم، أجيب أنهم فعلوه لوجود المجتهدين، ويقوي الجواز أنه صحّ عنهم الأخذ بقول الواحد، ونقل ابن تيمية الإجماع على عدم إلزام الناس بقول الواحد، وانتقد بأنه غير مسلّم فقد أجازه جماعة.[7]

---

[1] ابن القيم الإعلام ت عبد السلام الكتب العلمية ط1، 1991 144/2 والماوردي السلطانية دار الحديث ص. 116 وابن قدامة المغني 93/10 وأبو يعلى السلطانية ت الفقي الكتب العلمية ط2، 2000م ص. 63 وابن تيمية المجموع 73/31 والشيرازي المهذب الكتب العلمية 379/3 وأبو زهرة الأحوال ص.7 وآل شراب اجتهاد القاضي ص.133 وزكي عبد الربر التقنين ص.37

[2] حاشية ابن عابدين 692/3 والقرافي الإحكام ص. 92 وابن فرحون التبصرة 26/1 والزحيلي القضاء ص. 355 وسعاد أوهاب تطبيقات القواعد القضائية دكتوراه الجزائر 1، 2016م ص. 404

[3] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 65 والحطاب الرعيني مواهب الجليل ج. 6 ص. 98

[4] فتاوي المنار فتوى رقم 406 نقلا عن أبحاث هيئة كبار العلماء ج. 3 ص. 180

[5] ابن قدامة المغني ج. 10 ص. 23

[6] رواه أحمد برقم 5385 وأبو داود باب فيمن يعين على خصومة رقم 3597 والألباني الصحيحة رقم 437

[7] حمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 134

* **دليل المجوزين** قوله **"أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ" (النساء 59)** وجه الدلالة الأمر بطاعة أولى الأمر، وطاعتهم في إلزام القضاة بمذهب للمصلحة داخل في العموم، وبحديث ابن عمر مرفوعا "السَمْعُ والطاعَةُ حَقّ مَا لَمْ يُؤمَرْ بِمَعْصِيةٍ"،[1] دلالته واضحة لأن أمر الحاكم بالتزام مذهب معين يجب طاعته، وهو ليس بمعصية اتفاقا، وقال شُعْبَةُ الضَّبِّيّ: "تُوُفِّيَ أَخٌ لَنَا فِي عَهْدِ عُمَرَ وَتَرَكَ جَدَّهُ وَإِخْوَتَهُ فَأَتَيْنَا ابْنَ مَسْعُودٍ فَأَعْطَى الْجَدَّ مَعَ الْإِخْوَةِ السُّدُسَ، ثُمَّ تُوُفِّيَ أَخٌ لَنَا آخَرُ فِي عَهْدِ عُثْمَانَ وَتَرَكَ جَدَّهُ وَإِخْوَتَهُ فَأَتَيْنَا ابْنَ مَسْعُودٍ فَأَعْطَى الْجَدَّ مَعَ الْإِخْوَةِ الثُّلُثَ فلما سألناه عن ذلك؟ قَالَ: "إِنَّمَا نَقْضِي بِقَضَاءِ أَئِمَّتِنَا"،[2] فيه تغيّر اجتهاد ابن مسعود بتغيّر اجتهاد الإمام، وهي من صور القضاء بمذهب الحاكم، وعدم تقييد القاضي بمذهب فيه مناقضة لأصل عظيم هو علانية الحكم، بأن يكون الخصوم على علم بالقانون الذي يحكمهم لقوله **"وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا"، (الإسراء 15)** وفي عدم الإلزام زرع للفوضى لاختلاف الأقوال، فقد تكون في مسألة واحدة من النقيض إلى النقيض فإذا تخيّرها القاضي كان فيه تحكم واتباع للهوى المنهيّ عنه.[3]

الترجيح الراجح هو الجواز لضعف الملكة لدى القضاة، وليعلم المتقاضي بالقانون الذي يحتكم إليه، لأن القانون توسّع فأصبح ينظم كل مجالات الحياة، ولو تُركت الأمور على إطلاقها لكان سببا للفوضى.

* **التزام الدول العربية بمذهب البلاد:** الجميع على جعل الشريعة أحد المصادر الاحتياطية في المدني والأحوال، أما الالتزام بمذهب فعلى فرقتين: **1** لم تُعيّن كالجزائر والعراق مدني وأسرة، والأردن مدني، ومصر محتجة في مذكرتها بفتح باب الرحمة، ورجوعا لآراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية وليشعر الناس بمرونة الشريعة، **2** دول عيّنت كالأردن في الشخصي عينت الحنفي، والمحاكمات الفلسطيني بالحنفي في المادة 157، والأسرة القطري المادة 3 و4 تقيّدت بالحنبلي.[4]

---

[1] البخاري باب السمع والطاعة للإمام 2955 ومسلم باب وجوب طاعة الأمراء 1839 وعن عبادة "بَايَعَنَا عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي مَنْشَطِنَا وَمَكْرَهِنَا وَعُسْرِنَا وَيُسْرِنَا وَأَثَرَةً عَلَيْنَا وَأَنْ لاَ نُنَازِعَ الأَمْرَ أَهْلَهُ إِلَّا أَنْ تَرَوْا كُفْرًا بَوَاحًا عِنْدَكُمْ مِنَ اللَّهِ فِيهِ بُرْهَانٌ" البخاري باب قوله سترون بعدي أمورا 7056 ومسلم 1709 وعَنْ أَنَسٍ مرفوعا "اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنِ اسْتُعْمِلَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ كَأَنَّ رَأْسَهُ زَبِيبَةٌ" البخاري باب السمع والطاعة 7142 وعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مرفوعا "مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا فَكَرِهَهُ فَلْيَصْبِرْ فَإِنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ يُفَارِقُ الجَمَاعَةَ شِبْرًا فَيَمُوتُ إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً" البخاري رقم 7143 وعَنْ ابن مسعود مرفوعا "السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى المَرْءِ المُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ سَمْعَ وَلاَ طَاعَةَ" البخاري رقم 7144 وعَنْ جَرِيرٍ "بَايَعْتُ النَّبِيَّ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فَلَقَّنَنِي فِيمَا اسْتَطَعْتُ وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ" البخاري رقم 7204 ومسلم باب بيان أن الدين النصيحة رقم 56 وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مرفوعا "عَلَيْكَ السَّمْعَ وَالطَّاعَةَ فِي عُسْرِكَ وَيُسْرِكَ وَمَنْشَطِكَ وَمَكْرَهِكَ وَأَثَرَةٍ عَلَيْكَ" مسلم رقم 1836

[2] رواه سعيد بن منصور في سننه تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي دار السلفية الهند ط 1، 1982م برقم 61

[3] حمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 136 ومحفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 181

[4] خلاف السياسة الشرعية ص. 14 والداودي المدخل ص. 151 وحمدان اجتهاد القاضي ص. 139

المطلب الثالث: مشروعية تقنين الفقه الاسلامي

يجب التفريق بين مشروعية التقنين على العموم، والذي منعه فقهاء الشريعة بأقل حدّة من تقنين أحكام الشريعة؛ لأن الأول يمكن إدراجه في المصالح المرسلة والترتيبات الدنيوية التي وُكّل تسييرها إلى ولاة الأمر، أما تقنين الفقه فالخلاف فيه أشدّ بسبب ارتباطه بثورة هائلة من الأحكام التي يُخشى طمسها، وخلافهم على قولين: **الأول** لا يجوز لما فيه من التشبه بالكفار وإهمال فقه الكبار، نصره الشنقيطي وعبد الله بن حميد ومحمد الحركان وعبد الملك آل الشيخ وعفيفي وابن باز والألباني وعطية سالم وابن العثيمن وابراهيم آل الشيخ وبكر أبو زيد والأشقر واللحيدان والفوزان والبراك والعباد والسدحان، **الثاني** يجوز لما فيه من صلاح، اختاره محمد عبده ورشيد رضا والمودودي وعلي الخفيف ومصطفى الزرقا ووهبة الزحيلي وزيدان وأبو زهرة وحسين مخلوف وأحمد فهمي أبو سنة.[1]

* **دليل المانعين** نصوص عامة ونظريات عقلية كقوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالقِسْطِ"** (المائدة 42) والقسط يقتضي الحكم بما أنزل الله لا بما وضعه المقننون، أجيب أن التقنين المستمد من الشرع من القسط، وقوله **"فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدّوهُ إِلَى اللهِ وَالرّسُولِ"** (النساء 59) أمر بردّ التنازع إلى القرآن والسنة، جوابه التقنين المستمد منهما فيه رد لهما فهو تنظيم لمحتواهما، وقوله **"فَلَا وَرَبّكَ لَا يُؤمِنُونَ حَتّى يُحَكّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ "** (النساء 65) الرسول هو من يحكم فيما يُتنازع، أجيب بأن التقنين تنظيم لذلك، وقوله **"وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمْ الخِيَرَةُ"** (الأحزاب 36) تحريم الخيرة بعد قضاء الله ورسوله، وليس في التقنين ما يخالفه، وقوله **"لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ"** (النساء 105) لا يحكم برأيه بل بما أراه الله، الجواب: المقنن يجتهد من خلال ما دل عليه الكتاب والسنة، وبحديث بريدة مرفوعا: "القضاة ثلاثة: رجل قضى في الناس على جهل فهو في النار"،[2] حكم القاضي بالتقنين حكم بغير الحق فينالله الوعيد، الجواب: ما دام يحكم بما يُستمد من الشرع فكيف يكون حاكما بغير الحق؟ وحديث عدي في قوله **"اتّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللهِ"** (التوبة 31) قال النبيُّ: "كانوا إذا أحلوا لهم شيئا استحلوه وإذا حرّموا عليهم شيئا حرموه"،[3] وفي التقنين تحريم الحلال وتحليل الحرام، أجيب بأن الموافق لأحكام الشرع لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، وحديث أُسَيْدَ الْأَنْصَارِيَّ أَنَّهُ كَانَ عَامِلًا عَلَى الْيَمَامَةِ وَأَنَّ مَرْوَانَ كَتَبَ إِلَيْهِ أَنَّ مُعَاوِيَةَ كَتَبَ: أَيَّمَا رَجُلٍ سُرِقَ مِنْهُ سَرِقَةٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا حَيْثُ وَجَدَهَا، فَكَتَبْتُ إِلَى مَرْوَانَ أَنَّ النَّبِيَّ قَضَى بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الَّذِي ابْتَاعَهَا مِنَ الَّذِي سَرَقَهَا غَيْرُ مُتَّهَمٍ؛ يُخَيَّرُ سَيِّدُهَا فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الَّذِي سُرِقَ مِنْهُ بِثَمَنِهَا وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ سَارِقَهُ، وقَضَى به أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ"، فَبَعَثَ مَرْوَانُ بِكِتَابِي إِلَى مُعَاوِيَةَ وَكَتَبَ مُعَاوِيَةُ إِلَى مَرْوَانَ: "إِنَّكَ لَسْتَ أَنْتَ وَلَا أُسَيْدٌ

---

[1] حمدان الاجتهاد ص.144 وأوهاب التطبيقات ص. 406 الشثري التقنين ص. 60

[2] رواه أبو داود باب في القاضي يخطئ برقم 3573 وصححه الألباني في الإرواء برقم 2614

[3] رواه الترمذي رقم 3095 وحسنه الألباني غاية المرام المكتب الإسلامي ط 3، سنة 1405 ص.19

تَقْضِيَانِ عَلَيَّ، وَلَكِنِّي أَقْضِي فِيمَا وُلِّيتُ عَلَيْكُمَا فَأَنْفِذْ لِمَا أَمَرْتُكَ بِهِ، فَبَعَثَ مَرْوَانُ بِكِتَابِ مُعَاوِيَة، فَقُلْتُ: لَا أَقْضِي بِهِ مَا وُلِّيتُ بِمَا قَالَ مُعَاوِيَةُ"،[1] فيه أن القاضي غير ملزم بما يقرره الحاكم إذا خالف النص، جوابه أنه لا يمنع التقنين المستمد من الشرع، وأسيدٌ لم يخالف قانون الدولة، وإنما اجتهاد حاكم وهي مسألة أخرى، واحتجوا بأن التقنين فيه إعمال لأحد الأقوال وحظر ما سواه وهو خلاف الإجماع، ولا يجب تقليد الغربيين؛ لأن الفقه الإسلامي مدوّن والحصول عليه متيسر، خلافا للفقه الروماني الذي يعتمده المشرع الغربي، أجيب بأنّ الرجوع إلى أحكام الفقه عسير؛ بدليل أن دولا إسلامية كانت تلزم القضاة بمذهب معين اجتنابا لتيه القاضي، وقالوا: يعتقد المدافعون عنه أنه سبب نهضة المسلمين، وقد طبقه العرب منذ 60 سنة ولم يزدهم إلا تخلفا، الجواب: تخلف الأمة ليس سببه التقنين، إنما ترك منهاج النبوة والاجتهاد العلمي والفكري، وقالوا من مضاره الجمود وغلق باب الاجتهاد، وتدني مستوى القضاة والقضاء، وتغيير حال الكتاب والسنة من مصادر مباشرة إلى مصادر تاريخية، جوابه: لا يمكن إنكار ذلك، غير أن محاسنه كثيرة تترجح عليها، وقالوا التقنين لا يرفع الخلاف، أجيب نعم لا يرفعه لكن يخففه ويضيق من دائرته، وقالوا فيه تعطيل للثورة الفقهية الهائلة التي حباها الله هذه الأمة، ويمنع الاجتهاد ويُعطّله ويسقط من قيمة القضاة، وهو طريق لإدخال النظم الوضعية الغربية إلى النظام الإسلامي، وفيه كثرة التعديلات التي تقع عليه فيتزعزع فقه الشريعة وتقل ثقة الناس بها، أجيب محاسنه أقوى إذا تكفل به فقهاء متخّصصون.[2]

* **أدلة المجيزين** ما ثبت من أمر بطاعة ولي الأمر كقوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"** (النساء 59) وأحاديث السمع والطاعة لولي الأمر في غير معصية، ومعلوم أن تقنين الفقه ليس من المعصية بل مصالحه كثيرة، وقال عمرُ لرجل تقاضى عند زيد بن ثابت: "لو كنت أنا من حكم لقضيت بغير هذا"، فقال الرجل ما يمنعك وأنت أمير المؤمنين فقال: "لو كنت أردك إلى كتاب الله تعالى أو سنة رسول الله فعلت ولكني إنما أردك إلى رأيي والرأي مشترك"،[3] فيه دليل على جواز القضاء بالرأي فإن زيدا قضى به ولم ينقضه أمير المؤمنين، ومنه صنيع عثمان بن عفان حين جمع الناس على مصحف وحرف واحد من القرآن وطرح ما سواه، رغم أن باقي الحروف كانت كلّها من القرآن المنزّل التي تجوز بها الصلاة ومع ذلك أطاعته الأمة،[4] وصح عن جماعة من السلف أنهم ألزموا

---

[1] رواه أحمد برقم 17986والنسائي برقم 4680 وهو في الصحيحة للألباني برقم 609

[2] الشثري التقنين ص. 17 وصيام أبو حمد مبدأ استقلال القضاء ص. 114

[3] ابن عبد البر جامع بيان العلم وفضله تح أبو الأشبال دار ابن الجوزي السعودية ط 1، 1994م 853/2

[4] عن أَنَسَ أَنَّ حُذَيْفَةَ قَدِمَ عَلَى عُثْمَانَ وَكَانَ يُغَازِي أَهْلَ الشَّأْمِ فِي فَتْحِ أَرْمِينِيَةَ فَأَفْزَعَه اخْتِلَافُهُمْ فِي القِرَاءَةِ فَقَالَ:أَدْرِكْ هَذِهِ الأُمَّةَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَلِفُوا فِي الكِتَابِ اخْتِلَافَ اليَهُودِ وَالنَّصَارَى، فَأَرْسَلَ عُثْمَانُ إِلَى حَفْصَةَ أَرْسِلِي إِلَيْنَا بِالصُّحُفِ نَنْسَخُهَا فِي المَصَاحِفِ ثُمَّ نَرُدُّهَا إِلَيْكِ" فَأَرْسَلَتْ فَأَمَرَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسَعِيدَ بْنَ العَاصِ وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الحَارِثِ نَسَخُوهَا فِي المَصَاحِفِ، وَقَالَ عُثْمَانُ لِلرَّهْطِ القُرَشِيِّينَ الثَّلاَثَةِ "إِذَا اخْتَلَفْتُمْ أَنْتُمْ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ فِي شَيْءٍ مِنَ القُرْآنِ فَاكْتُبُوهُ بِلِسَانِ قُرَيْشٍ فَإِنَّمَا نَزَلَ بِلِسَانِهِمْ" فَفَعَلُوا حَتَّى إِذَا نَسَخُوا

القضاة برأي معين يرجعون إليه مثل "سحنون" صاحب المدونة الذي قلّد رجلا القضاء وشرط عليه ألا يقضي إلا بمذهب أهل المدينة،[1] وثبت عن جماعة أنهم ألزموا القضاة بمذهب معين وهذا الإلزام شبيه بالتقنين، فكلّ ما يصلح دليلا لتجويز القضاء بمذهب معين يصلح دليلا لتجويز التقنين، والعدالة تتحقق حين يتقاضى جميع الناس بنفس القانون، ويعرف الوافد على الدولة المسلمة أو المستثمر فيها القانون الذي سوف يحاسبه، وفيه منع القاضي من الحكم بالتشهي والهوى، ولا يوجد اليوم قضاة يمكنهم استنباط الأحكام من الدليل والتقنين يسهل عليهم عملهم، ولو سُمح لهم بالعودة إلى أحكام الشرع لوجدوها مبعثرة تكثر فيه الأقوال والترجيحات بين المذاهب، وحتى لو قيدناهم بمذهب واحد لكثرت عليهم الأقوال المتعارضة داخل المذهب الواحد دون التصريح بالراجح فيها، حيث تتضح به الأحكام الفقهية للقضاة والمتقاضين على السواء، ويعرف كل واحد ما له وما عليه ويسهل فصل المنازعات، وبه يكون حسن سير الجماعة من خلال معرفة أفرادها بحقوقهم وواجباتهم، وعدمه ذريعة للحكام الفاسدين إلى جلب القوانين الوضعية الغربية المنافية للدين، وتغيير مناهج الدراسة في كليات الحقوق التي تعتمد بالمطلق على فلسفة القانون الغربي، ويستأنس للجواز بما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة حين كتب صحيفة المدينة، ذكر فيها حقوق وواجبات الأفراد والجماعات داخل دار الإسلام وكتب أحكام الصدقة والزكاة،[2] ما يوحي بجواز كتابة القوانين لتسهيل الرجوع إليها شرط التزام قواعد الترجيح واعتبار المصلحة.[3]

الترجيح يترجح جواز تقنين الفقه لما ذُكر من المصالح؛ شرط أن يقوم به خيرة فقهاء الشرع والقانون، وأن يُراعوا المصلحة واليُسر والرفق بالمسلمين وازدهار دولة الإسلام وتقويتها، وأن تكون خلفيتهم خدمة المجتمع لا إرضاء الغربيين ومواثيقهم، وأن يتقيّدوا بقواطع الشرع.

* **محاسن التقنين** سهولة الرجوع إلى الأحكام مع ضبطها، وبيان الراجح ووحدة أحكام القضاء، والإعانة على دراسة القانون المقارن، ومواكبة تطوّر المجتمع وضبط علاقات أفراده المتطورة، وسهولة التعرف على الأحكام بعد جمعها في مدونة، وتوحيد القانون في البلد الواحد عن طريق التبويب والفروع كما حدث في فرنسا قبل قانون نابليون، وفي ألمانيا قبل القانون الألماني بداية القرن 20 وهو ما لا يحصل بالعرف والعادة، وضبط الفوضى في القضاء مثل مصر التي كان القضاء فيها فوضويا قبل تقنين 1876م و1883م وكانت القوانين غير معروفة، ودقة الصياغة وإزالة الغموض وتحقيق التناسق بين القواعد والاستفادة من القوانين

الصُّحُفَ فِي المَصَاحِفِ رَدَّ عُثْمَانُ الصُّحُفَ إِلَى حَفْصَةَ وَأَرْسَلَ إِلَى كُلِّ أُفُقٍ بِمُصْحَفٍ مِمَّا نَسَخُوا **وَأَمَرَ بِمَا سِوَاهُ مِنَ القُرْآنِ فِي كُلِّ صَحِيفَةٍ أَوْ مُصْحَفٍ أَنْ يُحْرَقَ"** رواه البخاري باب جمع القرآن برقم 4987

[1] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 65

[2] رواه ابن ماجه باب صدقة الإبل برقم 1798 وأبو داود باب في زكاة السائمة برقم 1568 وإسناده صحيح

[3] أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 9 والشثري التقنين ص. 50 وصيام مبدأ استقلال القضاء ص. 113 وآل شراب اجتهاد القاضي ص. 145 ومحمد جبر الألفي محاولات تقنين أحكام الفقه ص. 125

الأجنبية بما يخدم المصلحة الوطنية، وإعلان أحكام الشريعة وحفظها، وإشراف الدولة على حسن تطبيق أحكام الشرع ومتابعتها وحفظ سمعة القضاء وهيبته وصيانته من التناقضات، وطمأنة المتقاضي وحماية القاضي من التهمة، ومنها أن الطبيعة لا تقبل الفراغ؛ فإذا لم يُسارع إلى تقنين الفقه سارع أهل الهوى إلى الأخذ من غيره فتضيع الأحكام، **مساوئه** إيقاف حركة الاجتهاد والجمود على رأي واحد، والإلزام برأي واحد والجمود على النصوص المقننة، ووضع قواعد لا تتماشى مع متطلبات الجماعة ورغبة الأشخاص، والنقص وعدم احتوائه على تعريف المصطلحات ما يؤدي إلى الغموض واللبس، والإنكار في مسائل الخلاف رغم الإجماع على منعه، وإلزام الأمة باتباع قول ليس بملزم وعدم استيعاب الأحكام.[1]

صلاح الشريعة للتقنين: بعد التوصل إلى أن تقنين الشريعة لا حرج فيه بضوابطه، تُطرح مسألة: هل الشريعة الإسلامية صالحة للتشريع القانوني المعاصر؟ الحقّ أن كثيرا من فقهاء القانون الغربيين قد شهدوا بأنها صالحة لتكون مصدرا رسميا للتشريع، ففي المؤتمر العالمي للقانون المقارن بلاهاي **(1932م)** طرح "علي بدوي" مداخلة حول العلاقة بين الأديان والقوانين، نالت إعجاب المتخصصين فوافقوا بالإجماع على أن تشمل الدورة مقبلة دراسة مفصلة حول تشريع الإسلام، وهو ما وقع في دورة **1937م** حين طرح "محمود شلتوت" بحثا عن المسؤولية الجنائية والمدنية في الشريعة، و"عبد الرحمن حسن" بحثا عن علاقة القانون الروماني بالشريعة، فنال البحثان إعجاب الحضور فقرّروا اعتبار الشريعة مصدرا من مصادر التشريع العام، وأنها حيّة وصالحة للتطور، وتسجيل بحث "شلتوت" واعتباره مرجعا فقهيا، واعتبار التشريع الإسلامي قائما بذاته وليس مأخوذا من الروماني، وطالبوا باستعمال العربية في المؤتمر في الدورات المقبلة، وفي مؤتمر المحامين الدولي **(1948م)** بلاهاي بمشاركة 53 دولة اتفق الجميع على اعتبار الشريعة من مصادر التشريع وتبنيها في القانون المقارن، وخصصت كلية السوربون **(1951م)** أسبوعا كاملا لدراسة فقه الإسلام، وصرّح عقبه رئيس المؤتمر وعميد المحامين الفرنسيين: "كنت أعتقد أن الشريعة الإسلامية جامدة لا يمكنها مجاراة التطور البشري خاصة في المجال القانوني؛ وبعد سماعي لمختلف المداخلات والبحوث تبين لي عكس ذلك تماما"، ويقول "إدمونت بورك" **Edmund Burke** فيلسوف إيرلندي بريطاني **(ت 1797م)**: "القانون الإسلامي يطبق على جميع المسلمين لا فرق بين الملك المتوج أو الخادم الفقير، وقد حيك أبرع حياكة وأحكمها حتى أصبح أعمق وأسطع قانون عرفته البشرية"، وشهد الإيطالي "إنريكو إنساباتو" **Enrico Insabato** على صلاحية الفقه الإسلامي بأن يكون مصدرا للتقنين: "إن الإسلام إذا كان محدودا غير متغير في شكله فهو يتماشى مع مقتضيات الحاجات الظاهرة، ويستطيع أن يتطوّر دون أن يتضاءل ويبقى متحفظا بكل ما له من قوة الحياة والمرونة، ولا يجوز أن

[1] بن الصغير الاجتهاد ص. 258 والداودي المدخل ص. 101 وحمدان الاجتهاد ص. 143 والألفي التقنين ص. 113 والزرقا المدخل ص. 319 وبوضياف المدخل ص. 131 وعبد البر التقنين ص. 25

تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الإسلامية أو أن تغفله أو تمسه بسوء، فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية"، كما شهد للفقه الاسلامي بالمرونة والثبات الألماني "كوهلر" والإيطالي "دلفيكيو" عميد كلية الحقوق بروما والأمريكي "ويجمور" وغيرهم، وفي مقال للسنهوري نشره في مجلة القضاء العراقية صرّح أن كبار فقهاء القانون من الغرب يقرون بصلاحية الشريعة للتقنين ومرونتها وقابلتها للتطور مثلها مثل القانون الروماني والإنجليزي، منهم الألماني "كوهلير" والإيطالي "ديليفيشيو" والأمريكي "ويكمور" والفرنسي "لامبير" وغيرهم كثير.[1]

[1] شلبي التشريع ص. 221 وعلي منصور المقارنة ص. 67 والزرقا المدخل ص. 307 وشلبي الفكر الإسلامي ط النهضة ط 8، سنة 1986 ص. 62 وعبد البر التقنين ص. 13

الفصل الثالث: مبادئ وأحكام ومناهج الاجتهاد القضائي

توطئة

توجد ثلاثة أنواع من الاجتهاد: اجتهاد الفقيه الشرعيّ في فهم مراد الشارع، واجتهاد القاضي الشرعي للفصل في خصومة بناءً على أدلة الشرع، والذّي يتميّز بالإلزام خلافا للأول الذّي ليس إلا حلّا لمعضلة يمكن الأخذ به أو لا، ثمّ اجتهاد القاضي العصري في استخراج حكم، والفصل في خصومة بقول أو فعل على سبيل الإلزام، ثمرته خروج كل واحد من الأطراف بمركز جديد يختلف عما كان عليه، ميزته النظر في تقنين مكتوب دون مصادر التشريع، التي يعود إليها احتياطا إذا انعدم النص، ويُوحّدُ الثلاثةَ بذلُ الوسع في معرفة الحقّ، كما وَرَد استحبابُ الاجتهاد في سياق معالجة الواقع ومواجهة النوازل كحديث: "إذَا حَكَمَ الحَاكِمُ"[1] وحديث معاذ في الاجتهاد بالرأي[2] وغيرها،[3] وهذه مباحث الفصل:

المبحث الأول: مبادئ الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: الأحكام الشرعية والقانونية للاجتهاد القضائي

المبحث الثالث: مناهج الاجتهاد القضائي الشرعي والقانوني

المبحث الأول: مبادئ الاجتهاد القضائي

تمهيد

بذل الوسع في استخراج الحكم الشرعي من النصوص واستخراج حكم القانون من القواعد، عمل دقيق يحتاج إلى مَلَكة علمية وذكاء بارز وتجربة عملية، تُصاحبها مبادئ لا مناص من الدراية بها نذكرها في مطلبين:

المطلب الأول: مشروعية الاجتهاد القضائي وأهميته وفضله

المطلب الثاني: أركان الاجتهاد القضائي ومجاله وآدابه

المطلب الأول: مشروعية الاجتهاد القضائي وأهميته وفضله

خلق الله الإنسان بتركيبة مزج فيها بين العقل والشهوة والإقدام والإلجام، وسُوّيت نفسُه خليطا من التقوى والفجور؛ فالعقل والتقوى يدعوانه إلى الاستقامة، وتدعوه الشهوة إلى الفجور والضلالة،[4] لقوله **"وَكَانَ الإِنْسَانُ أَكْثَرَ شَيْءٍ جَدَلًا"**، **(الكهف 54)** وقوله **"زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ"**، **(آل عمران 14)** وقوله **"وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا"**، **(الشمس 8/7)** وقد وقع اتفاق العقلاء على أنّ كبح

---

[1] رواه البخاري باب أجر الحاكم رقم 7352 ومسلم باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد رقم 1716

[2] رواه أحمد رقم 22007 وأبو داود رقم 3592 والترمذي رقم 1327، صححه الرازي وابن العربي والخطيب وابن القيم، قال الخطيب الفقيه والمتفقه ت الغرازي دار ابن الجوزي ط 2، 1421 471/1: "تقبله أهل العلم واحتجوا به ...ولو أنه لا يثبت لكن لما تلقته الكافة غَنُوا عن الإسناد"، وقال ابن القيم في الإعلام 155/1: "لا يضر غير المسمى لأنهم أصحاب معاذ"، وضُعّف للإبهام وجهالة الحارث بن عمرو.

[3] الريسوني وجمال باروت الاجتهاد النص دار الفكر ط 1، 2000م ص.62 وبن الصغير الاجتهاد ص.188

[4] قال كعب الأحبار: "ركب الله في الملائكة عقل بلا شهوة وفي البهائم شهوة بلا عقل وفي ابن آدم كليهما؛ فمن غلب عقله شهوتَه فهو خير من الملائكة، ومن غلب شهوتُه عقلَه فهو شرٌّ من البهائم"، المطهر المقدسي البدء والتاريخ مكتبة الثقافة بورسعيد مصر 180/1 وابن تيمية مجموع الفتاوي 428/15

جماح الشهوة والخصومة وما شابه، مما فُطر عليه الإنسان يحتاج إلى وضع وسيلة القضاء والقانون، وضعا واجبا وجوبا عقليا وشرعيا وفطريا لا ينكره أحد، وأجمع علماء الإسلام على وجوب تنصيب القضاء والقانون تحقيقا للعدل ودفعا للظلم وإلا صار المجتمع جاهليا، قال أحمد بن حنبل: "لابدّ للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس؟!" ويُكيّف هذا الوضع بأنّه من فروض الكفايات وشعائر الإسلام،[1] وقد تواترت النصوص على مشروعية تنصيب القضاء، والفصل بين الناس ونشر العدل والحكم بالقسطاس المستقيم كقوله **"وَأَنْ اُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ"** (المائدة 49)، وقوله **"وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالعَدْلِ"**، (النساء 58)، وقوله **"إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ"** (النساء 105)، نزلت في طُعْمَة بْنِ أُبَيْرِقٍ الَّذِي سَرَقَ دِرْعًا مِنْ جَارِه كَانَتِ فِي جِرَابٍ فِيهِ دَقِيقٌ، فَجَعَلَ الدَّقِيقُ يَنْتَثِرُ حَتَّى خَبَّأَهَا عِنْدَ يَهُودِيّ، فَالْتُمِسَتِ عِنْدَه فَلَمْ تُوجَدْ وَحَلَفَ مَا أَخَذَهَا، وَاتَّبَعُوا أَثَرَ الدَّقِيقِ حَتَّى انْتَهَوْا إِلَى مَنْزِلِ الْيَهُودِيِّ وقَالَ: دَفَعَهَا إِلَيَّ طُعْمَةُ وَشَهِدَ لَهُ أُنَاسٌ يَهُودِ، فَأتى قَوْمُ طُعْمَةَ الرَسُول فَكَلَّمُوهُ أَنْ يُجَادِلَ عَنْ صَاحِبِهِم، وإِنْ لَمْ يفْعَلْ افْتُضِحَ وَبَرِئَ الْيَهُودِيُّ، فَهَمَّ أَنْ يَفْعَلَ وَكَانَ هَوَاهُ مَعَهُمْ وَأَنْ يُعَاقِبَ الْيَهُودِيَّ، فنزلت وبرأت اليهوديّ، وهذه القصة من أروع ما يُروى في القضاء بالعدل؛ لأنّها برأت اليهوديّ صاحب الذمة وأدانت المسلم السارق،[2] قال عمير بن سعد: "ما يزال الإسلام منيعا ما اشتد السلطان، وليس شدة السلطان قتلا بالسيف وضربا بالسوط ولكن قضاءً بالحقّ وأخذا بالعدل"،[3] وفي الكتاب آيتان تدلان على أنّ القضاء فيه معنى الحكم والمنع ودفع الظلم، وأنه من مقاصد الشرع وهما قوله **"وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ"**، (البقرة 251) وقوله **"وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ"** (الحج 40)، أي لَوْلَا دِفَاعُ اللَّهِ الْمُؤْمِنِينَ الْأَبْرَارَ عَنِ الْفُجَّارِ وَالْكُفَّارِ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ، وهُوَ دَفْعٌ بِما شرّع عَلَى أَلْسِنَةِ الرُّسُل، فلَوْلَاه لَتَسَالَبَ النَّاسُ وَهَلَكُوا، وَاسْتَوْلَى أَهْلُ الشِّرْكِ وَعَطَّلُوا مَا بَيَّنَتْهُ أَرْبَابُ الدِّيَانَاتِ مِنْ مَوَاضِعِ الْعِبَادَاتِ،[4] ويقويها حديث: "إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ" وحديث: "لا حسد إلا في اثنتين .. ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها"،[5] وحديث عَلِيٍّ: "بَعَثَنِي النبيّ إِلَى الْيَمَنِ وقال: "إِنَّ اللهَ سَيَهْدِي لِسَانَكَ وَيُثَبِّتُ قَلْبَكَ" فَمَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ بَعْدُ".[6]

*** أهمية الاجتهاد القضائي**

لا يُمكن تفادي وقوع الخصومات بين الناس لأنّ المنازعات منتشرة في كل وقت ومكان، فلا تخلو بقعة من الاعتداء والظلم وأخذ الحقوق بغير وجه حق، لهذا

---

[1] ابن رشد بداية المجتهد دار الحديث 2004م 461/2 وابن قدامة المغني 32/10

[2] الترمذي 3036 والحاكم 8164 إسناده قويّ، الواحدي أسباب نزول القرآن تح الحميدان دار الإصلاح الدمام ط 2، 1992م ص.181 وتفسير ابن كثير ج. 2 ص. 405 وتفسير الطبري ج. 9 ص. 182

[3] رواه ابن سعد في الطبقات الكبرى ج. 4 ص. 277

[4] تفسير القرطبي ج. 3 ص. 259 ، وج. 12 ص. 70 وأحمد شلبي التشريع والقضاء ص. 229

[5] رواه البخاري باب الإغتباط في العلم والحكمة برقم 73 ومسلم باب فضل من يقوم بالقرآن برقم 816

[6] رواه أحمد برقم 636 وأبو داود باب كيف القضاء برقم 3582 وسنده حسن

احتيج إلى تنصيب القضاة ليحكموا بين الناس ويقيموا القسط، وكان الأنبياء قضاة يحكمون بين الناس لحديث: "كَانَتْ بَنُو إِسْرَائِيلَ تَسُوسُهُمُ الأَنْبِيَاءُ"،[1] أي تقوم عليهم وتتولى أمورهم، والسياسة هي القيام على الشيء بما يصلحه،[2] ووعظ ربنا نبيه داود بقوله **"يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى"**، (ص 26) وكان النبيّ محمد يقضي بين الناس؛ جامعا بين التشريع والتنفيذ والقضاء وكان قضاؤه اجتهاداً، كما أنّها وظيفة الخلفاء والعلماء والصالحين،[3] في الحديث: "انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا" قيل "كَيْفَ نَنْصُرُهُ ظَالِمًا؟ قَالَ "تَحْجُزُهُ مِنَ الظُّلْمِ فَإِنَّ ذَلِكَ نَصْرُهُ"،[4] قال أَبو عُبَيْدَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّه بن مسعود: "إِنَّ الْإِمَامَ الْعَادِلَ لِيُسْكِتُ الْأَصْوَاتَ عَنِ اللَّهِ وَإِنَّ الْإِمَامَ الْجَائِرَ لَتَكْثُرُ مِنْهُ الشِّكَايَةُ إِلَى اللَّهِ"،[5] وقال ابن فرحون: "عِلْمُ الْقَضَاءِ مِنْ أَجَلِّ الْعُلُومِ قَدْرًا وَأَعَزَّهَا مَكَانًا وَأَشْرَفَهَا ذِكْرًا لِأَنَّهُ مَقَامٌ عَلِيٌّ وَمَنْصِبٌ نَبَوِيٌّ؛ بِهِ الدِّمَاءُ تُعْصَمُ وَتُسْفَحُ وَالْأَبْضَاعُ تَحْرُمُ وَتُنْكَحُ وَالْأَمْوَالُ يَثْبُتُ مِلْكُهَا وَيُسْلَبُ، والِاعْتِنَاءُ بِتَقْرِيرِ أُصُولِهِ مِنْ أَجَلِّ مَا صُرِفَتْ لَهُ الْعِنَايَةُ"،[6] وقال: "حكمته رفع التهارج وردّ النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"،[7] وقال ابن القيم: "إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمّ شرع الله"،[8] وقال الزحيلي: "القضاء عند الأمم رمز لسيادتها واستقلالها والتي لا قضاء فيها لا عدل فيها".[9] لهذا ألّف العلماء في فضله المصنفات.[10]

* **دواعي الاجتهاد:** خلود الشريعة وختم النبوة لقوله **"خَاتَمَ النَبّيينَ"**، (الأحزاب 40) وعموم الرسالة لقوله **"وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلّا كَافّةً للنّاسِ"**، (سبأ 28) فالعموم يقتضي الاجتهاد لتلبية حاجات البيئات الجديدة في معرفة الأحكام، ومنها طروء البدع ما يستدعي الاجتهاد لتمييز الطيب من الخبيث، وتناهي النصوص ولا نهائية المشكلات الحادثة للناس زمانا ومكانا، والتطوّر البشري وتغيّر الأحوال والعوائد.[11]

* **أهمية الاجتهاد القضائي لدى علماء القانون** يُضفي على القانون طابعه العملي التطبيقي الحيّ، ويُحدّد مداه وأبعاده وسُبل تطبيقه على الواقع، لهذا اعتبرته

---

[1] رواه البخاري باب ذكر عن بني إسرائيل برقم 3455 ومسلم باب الأمر بالوفاء ببيعة الخلفاء برقم 1882
[2] النووي شرح صحيح مسلم ج. 12 ص. 231 وابن حجر فتح الباري ج. 6 ص. 497
[3] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق ج. 8 ص. 6232
[4] البخاري باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما برقم 2444 ورقم 6952
[5] خرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال ص. 13
[6] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص 1
[7] نفس المرجع السابق ج. 1 ص. 13
[8] ابن القيم الطرق الحكمية مكتبة دار البيان ص. 13
[9] الزحيلي تاريخ القضاء ص. 15
[10] أدب القاضي لأبي يوسف (182) وأدبه للشيباني (189) وأدبه للشافعي (204) وآداب القضاء لأصبغ (225) وآداب القضاء لابن عبد الحكم (282) وآداب الحكام للطبري (310) وأدب الحكام للطحاوي (321) وديوان الأحكام لأبي الأصبغ (486) والأحكام للمالقي (497) والأحكام للبلنسي (557) وأحكام القضاة للعراقي والإحكام للقرافي (683) والتبصرة لابن فرحون (799) والتحفة للغرناطي (829).
[11] محمد عمارة معركة المصطلحات ص. 163

النظم الأنجلوسكسونية بمثابة المصدر الاحتياطي الرسمي، فيما لا يعدو كونه مصدرا تفسيريا عند اللاتينية، أما عمليا فيتمتع الاجتهاد السابق بطابع الإلزام الغير مباشر ولا يقل أهميةً عن القواعد، فقد صدرت اجتهادات للنقض الفرنسية منذ سنين ولا تزال تتمتع بسلطة إلزامية، لعوامل موضوعية كتسلسل أنواع المحاكم فالدرجة الدنيا تتبع العليا، ولوجود رقابة النقض التي حين تتبنى رأيا فإن المحاكم غير ملزمة قانونا بتطبيقه في القضايا المماثلة، بيد أن القضاة يُدركون أنهم إذا خالفوها تتعرض أحكامهم للنقض فيلتزموا بها باقتناع أو بدونه، وربّما أصدرت العليا أحكاما ثابتة تُسمى "الأحكام المبادئ" يلتزم بها كل القضاة، ونصت الدساتير العربية على أهميته كما في المادة 152 دستور الجزائر 1996م: "تُمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، تضمن توحيد الاجتهاد في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون"، وتتمثل أهميته الكبرى في مساهمته في خلق القواعد القانونية فهو سابق عليها في الوجود، يلجأ إليه المشرع لسنّ القوانين بسبب الخبرة والمصداقية واحتكاك القضاء بالواقع ما يُعين على سدّ الثغرات، وله دور في تحقيق الأمن القانوني **sécurité juridique** ما يؤدي إلى زيادة الثقة من المواطن بمرفق العدالة لعلمه بالمباح والمحظور، وله دور كبير في تفسير القانون وتصحيحه.[1]

*** فضل الاجتهاد القضائي وتولي القضاء**

لما كان القضاء من فروض الكفايات التي لا تقوم الأمة إلا بها كان فضله عظيما، فهو وسيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأبرز وسائل الحسبة، به يُنصر المظلوم ويُردع الظالم ويُردّ الحق إلى أهله، ويُصلَح بين الناس وتُدفع أسباب التغابن ويُحفظ المجتمع، ويعتمد في شريعة الإسلام على العقيدة والأخلاق فصار من الضرورات،[2] ونصت الآيات على فضله كقوله **"إِنَّ اللَّهَ يُحِبّ الْمُقْسِطِينَ"**، (المائدة 42) وقوله واصفا داود **"وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ"** (ص 20) "علم القضاء"،[3] وقوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ"**، (النساء 135) وقوله **"قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ"**، (الأعراف 29) وقوله **"لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ"**، (الحديد 25) فإقامة القسط من مقاصد بعثة الرسل والأنبياء وكفى به شرفا،[4] وقوله **"وَكُلا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا"**، (الأنبياء 79) قال الحسن: "لولاها لرأيت الحكام قد هلكوا؛ لأن الله عذر هذا باجتهاده وأثنى على هذا بصوابه"،[5] وفي الحديث: "سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله" وذكر أولهم: "الإمام العادل"،[6] وفي آخر: "لاَ حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ... وَآخَرُ آتَاهُ اللَّهُ حِكْمَةً

---

[1] الداودي المدخل ص. 180 ومطروح الاجتهاد ص. 16 وحبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 8

[2] عبد الكريم زيدان نظام القضاء ص. 15 وصيام أبو حمد مبدأ استقلال القضاء في الدولة الاسلامية ص. 65

[3] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 2

[4] تفسير ابن كثير ج. 8 ص. 27

[5] ظافر القاسمي نظام الحكم ج. 2 ص. 40

[6] رواه البخاري باب من جلس في المسجد رقم 660 ومسلم باب إخفاء الصدقة رقم 1031 عن أبي هريرة

فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيُعَلِّمُهَا"،[1] وفي آخر: "لا قدّس اللَّهُ أُمَّةً لَيْسَ فِيهِمْ مَنْ يَأْخُذُ لِلضَّعِيفِ حَقَّهُ"،[2] وفي آخر: "إِنَّ الْمُقْسِطِينَ عِنْدَ اللهِ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَمَا وَلُوا"،[3] وآخر: "أَتَدْرُونَ مَنِ السَّابِقُونَ إِلَى ظِلِّ اللَّهِ؟ الَّذِينَ إِذَا أُعْطُوا الْحَقَّ قَبِلُوهُ وَإِذَا سُئِلُوهُ بَذَلُوهُ وَحَكَمُوا لِلنَّاسِ حُكْمَهُمْ لِأَنْفُسِهِمْ"،[4] وقال ابنُ مسعود: "لَأَنْ أَقْضِيَ يَوْمًا وَأُوَافِقَ فِيهِ الْحَقَّ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ غَزْوٍ سَنَةً".[5]

*** خطورة الاجتهاد القضائي والتحذير من تولّي القضاء**

الاجتهاد في القضاء بين الناس ونشر العدل مسؤولية كبرى لأنّ الجور فيه ظلم عظيم، ففي الحديث: "الظُّلْمُ ظُلُمَاتٌ يَوْمَ القِيَامَة"،[6] فإذا عدل القاضي ارتفعت به الدرجات وإن جار نزل في الدركات، في الحديث: "من وليَ القضاء بين الناس فقد ذُبح بغير سكين"،[7] ووجه الشبه بينه وبين الذبح بغير سكين الذي هو الخنق؛ أنّ القاضي ظاهرا له تباه وجلالة، والمخنوق من هذا الجانب لا يظهر عليه أثر الدم، وهو باطنا هالك إن لم يقض بالحق، وكذلك المخنوق هالك باطنا وإن لم يظهر عليه دم، وقيل بل يدلّ عَلَى شَرَف القضاء وَأَنَّ مُتَوَلِّيه مُجَاهِدٌ لِنَفْسِهِ وَهَوَاهُ؛ فهو ذَبِيحُ الْحَقِّ امْتِحَانًا لِتَعْظُمَ لَهُ الْمَثُوبَةُ امْتِنَانًا، والأول أقوى،[8] في الحديث: "ليوشك رجل أن يتمنى أنه خرّ من الثريا ولم يلِ أمر الناس شيئا"،[9] وفي آخر: "إِنَّ اللَّهَ مَعَ القَاضِي مَا لَمْ يَجُرْ فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَان ووُكّل إلى نفسه"،[10] ورُوي في التحذير منه أخبار لم تثبت تركتها رغم جواز نقلها في الفضائل؛[11] والعلماء على جواز رواية الضعيف في الفضائل شرط دخوله تحت أصل عام، وألا يعتقد صحته وألا يشتدّ ضعفه، قال ابن الصلاح: "يَجُوزُ التَّسَاهُلُ فِي الْأَسَانِيدِ وَرِوَايَةِ مَا سِوَى الْمَوْضُوعِ

---

[1] رواه البخاري باب الاغتباط في العلم رقم 73 ومسلم باب فضل من يقوم بالقرآن برقم 816

[2] لَمَّا رَجَعَتْ مُهَاجِرَةُ الْبَحْرِ سألهم النبيّ عن أعجب ما رأوا؟ قَالوا: "رأينا عَجُوزٌ تَحْمِلُ قُلَّةً فَمَرَّتْ بِفَتًى فدَفَعَهَا فَانْكَسَرَتْ فقَالَتْ: سَوْفَ تَعْلَمُ إِذَا وَضَعَ اللَّهُ الْكُرْسِيَّ وَجَمَعَ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ" قَالَ: "صَدَقَتْ كَيْفَ يُقَدِّسُ اللَّهُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ لِضَعِيفِهِمْ مِنْ شَدِيدِهِمْ"، ابن ماجه 4010 صححه الحاكم وأبو يعلى وابن حجر التلخيص الحبير ت ابن عباس ط قرطبة ط 1، 1995م ج.4 ص.438.

[3] رواه مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص باب فضيلة الإمام العادل برقم 1827

[4] رواه أحمد في المسند في موضعين برقم 24379 ورقم 24398 وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

[5] البيهقي الكبرى 20171 "رَفَعَهُ الْحَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ إِلَى ابْنِ مَسْعُودٍ مُنْقَطِعًا وَإِنَّمَا يُرْوَى عَنْ مَسْرُوقٍ"، والدارقطني السنن ت الأرنؤوط ط الرسالة ط 1، 2004م برقم 4465 عن مسروق بسند أصلح.

[6] رواه البخاري باب الظلم ظلمات برقم 2447 ومسلم باب تحريم الظلم برقم 2579

[7] الترمذي رقم 1325 وأبو داود رقم 3571 وابن ماجه رقم 2308 صححه بازمول في الاعتناء بتخريج حديث من تولى القضاء" والألباني تخريج أحاديث المشكاة المكتب الإسلامي ط 3، 1985م رقم 3733

[8] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 13 والحميضي القضاء ونظامه ص. 63

[9] رواه الحاكم رقم 7015 وصححه وافقه الذهبي وهو حسن، السيوطي ذم القضاء ص. 77

[10] رواه الترمذي رقم 1330 وابن ماجه رقم 2312 حسّنه الألباني تخريج المشكاة رقم 3741

[11] "لَيَأْتِيَنَّ عَلَى الْقَاضِي الْعَدْلِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ سَاعَة يَتَمَنَّى أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ بَيْنَ اثْنَيْنِ" أحمد 24464 ضعفه الأرنؤوط حسنه الهيثمي، "مَنْ ابْتَغَى القَضَاءَ وَسَأَلَ فِيهِ شُفَعَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَيْهِ أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ" الترمذي 1324 الألباني الضعيفة 1154، "مَا مِنْ حَكَمٍ إِلَّا حُبِسَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَلَكٌ آخِذٌ بِقَفَاهُ عَلَى جَهَنَّمَ ثُمَّ يَرْفَعَ رَأْسَهُ فَإِنْ قَالَ الْخَطَأَ أَلْقَاهُ فِي جَهَنَّمَ" أحمد 4097 قال ابن مسعود: "مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ وَاسْتَعَانَ عَلَيْهِ وُكِلَ إِلَيْهِ وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيْهِ أَنْزَلَ اللَّهُ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ" أبو داود 3578 ضعّفه الأرنؤوط.

مِنْ الْأَحَادِيثِ الضَّعِيفَةِ مِنْ غَيْرِ بَيَانِ ضَعْفِهَا فِيمَا سِوَى صِفَاتِ اللَّهِ وَأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ كَالْمَوَاعِظِ وَالْقِصَصِ وَالفَضَائِلِ، وَمِمَّنْ رُوِّينَا عَنْهُ التَّنْصِيصَ عَلَيه عبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ مَهْدِيٍّ وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ".[1]

* **فرار الصالحين من تولّي القضاء:** قَالَ عُمَر: "وَيْلٌ لِدَيَّانِ مَنْ فِي الْأَرْضِ مِنْ دَيَّانِ مَنْ فِي السَّمَاءِ يَوْمَ يَلْقَوْنَهُ، إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِالْعَدْلِ وَقَضَى بِالْحَقِّ، وَلَمْ يَقْضِ عَلَى هَوًى وَلَا عَلَى قَرَابَةٍ وَلَا عَلَى رَغَبٍ وَلَا رَهَبٍ وَجَعَلَ كِتَابَ اللَّهِ مِرْآةً بَيْنَ عَيْنَيْهِ"،[2] ودُعي أبو حَنِيفَةَ لِلْقَضَاءِ فَأَبَى فحُبِسَ وَجُلِدَ ثَلَاثِينَ، فقَالَ أَبُو يُوسُفَ: "لَوْ تَقَلَّدْتَ لَنَفَعْتَ"، فَنَظَرَ إِلَيْهِ شِبْهَ الْمُغْضَبِ وقَالَ: "لَوْ أُمِرْتُ أَنْ أَقْطَعَ الْبَحْرَ سِبَاحَةً لَكُنْتُ أَقْدَرَ عَلَيْهِ"، أجابه: "الْبَحْرُ عَمِيقٌ وَالسَّفِينَةُ وَثِيقٌ وَالْمَلَّاحُ عَالِمٌ"، قَالَ: "كَأَنِّي بِك قَاضِيًا"،[3] وقال مالك: "رُبَّمَا وَرَدَتْ عَلَيَّ الْمَسْأَلَةُ تَمْنَعُنِي مِنَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَالنَّوْمِ"، فيُقال: "مَا كَلَامُكَ عِنْدَ النَّاسِ إِلَّا نَقْرٌ فِي حَجَرٍ"، فيردّ: "فَمَنْ أَحَقُّ أَنْ يَكُونَ هَكَذَا إِلَّا مَنْ كَانَ هَكَذَا"،[4] وقال مكحول: "لو خُيّرت بين القضاء وضرب عنقي لاخترت الثاني"،[5] وقال أيوب: "ذُكر أبو قلابة للقضاء فهرب، وقال: "ما وجدت مثل القاضي العالم إلا مثل رجل وقع في بحر فما سعى أن يسبح حتى يغرق"،[6] وقال ابن دقيق العيد: "أَعْرَاض الْمُسلمين حُفْرَة من حفر النَّار وقف على شفيرها طَائِفَتَانِ المحدثون والحكام"،[7] وقال ابن فرحون: "رَكِبَ جَمَاعَةٌ مِمَّنْ يُقْتَدَى بِهِمْ الْمَشَاقَّ فِي التَّبَاعُدِ عَنْ تَوَلِّيّ القَضَاء"،[8] وقد أحسن الشاعر حين قال:[9]

إذا جار الأمير وحاجباه ... وقاضي الأرض أسرف في القضاءِ
وإِذَا خَانَ الأَمِيرُ وَكَاتِبَاهُ ... وَقَاضِي الأَرْضِ دَاهَنَ فِي الْقَضَاءِ
فويلٌ ثم ويلٌ ثم ويلٌ .... لقاضي الأرض من قاضي السماءِ

المطلب الثاني: أركان القضاء ومجاله وآدابه

لا تتحقق حِكَمُ تنصيب القضاء ونشر العدل إلا بخمسة أركان: القاضي الصالح للقضاء والقضاء بالعدل واستقلال القاضي عن كل إكراه أو ضغط أو إغراء، ومساندته من طرف وليّ الأمر والشعب، ومراقبته من الإمام ونواب الأمة ليكون قضاؤه وفق القانون، ويُقسّم القضاء إلى أنواع حسب اعتبارات: فباعتبار مصدر التشريع يكون إما قضاء بالشرع والدين أو الوضع، وبينهما فروق لأنّ الدين رسالة من الله والقانون من وضع البشر، ونطاق الدين أوسع يتناول العلاقة مع الله

---

[1] ابن الصلاح المقدمة لالعتر دار الفكر 1986م ص.103 والسيوطي التدريب للفريابي دار طيبة 350/1
[2] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 1 ص. 30
[3] عبد الرحمن شيخي زاده مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر دار إحياء التراث العربي ج. 2 ص. 155
[4] الشاطبي الموافقات آل سلمان ابن عفان ط1، 1997م 323/5 وعياض ترتيب المدارك المحمدية 177/1
[5] السيوطي ذم القضاء وتقلد الأحكام ص. 87
[6] نفس المرجع السابق ص. 89
[7] ابن دقيق العيد الإقتراح في بيان الاصطلاح دار الكتب العلمية ص. 61
[8] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 14
[9] أمالي الزجاجي ت عبد السلام هارون دار الجيل ط 2، 1987م 53/1 والنهرواني الجليس الصالح تح الجندي الكتب العلمية ط 1، 2005م ص. 712 والأبشيهي المستطرف عالم الكتب ط 1، 1419 ص.109

والإنسان فيما يهتم الوضع بالسلوك، وفي الدين حرصٌ على النوايا والمقاصد أما نظر القانون فحبيس التصرفات الظاهرة، ولأحكام الدين جزاءٌ دنويٌّ وأخرويٌّ والقانون حدوده دنيويّة، وغاية الأحكام الدينية السموّ بالإنسان إلى درجة الكمال أما غاية القانون فتحقيق مصالح واضعيه، ثمّ يُقسّم باعتبار أصله إلى جاهلي تُستمد أحكامه من التقاليد وشرعيّ يأخذ أحكامه من الوحي، وقضاء التحكيم كالتحكيم بين الزوجين وقضاء الخصومات أو العادي وهو المقصود عند الإطلاق، وقضاء الحسبة المعروف اليوم بالنيابة العامة المرتبط بالردع مثاله مرور النبيّ على صبرة من طعام فنالت يدُه بللا فقال: "ما هذا؟" قال: "أصابته السماء" قال: "أفلا جعلته فوق ليراه الناس من غشنا فليس منا"،[1] ثمّ قضاء المظالم يُسمّى المحكمة العليا أو القضاء الإداري أو تدخل الرئيس أو الملك في المظلمة،[2] أما مجالاته فتتنوّع إلى شخصي يتعلق بالأسرة والحالة، ومدنيّ متعلّق بالمعاملات، وجنائيّ متعلّق بالجرائم والعقوبات لحفظ الكليات الخمس: "الدين والنفس والعقل والعرض والمال"، ومرافعات يرتبط بالشهادة واليمين، ودستوري يُنظم الحكم، ودولي للعلاقات بين الدول، واقتصادي يُنظّم الموارد، ولا يملك القاضي حرية الاجتهاد إلا في المسائل التي ليس فيها نص قاطع أو إجماع، يكون ما ورد فيها من الأدلة محتملا قابلا للتأويل، أو فيها نصوص متعارضة تحتاج إلى جمع أو ترجيح، أو متردّدة بين طرفي نفي وإثبات، وألا تكون مما اتفق عليه السلف، وسئل أبو حنيفة: هل جوابك هو الحق الذي لا شك فيه؟ أجاب: "لا أدري قد يكون الباطل الذي لا شك فيه"،[3] وقال الشاطبيّ: "مَحَالُّ الاجتهاد الْمُعْتَبَرِ مَا تَرَدَّدَتْ بَيْنَ طَرَفَيْنِ؛ فَلَمْ تَنْصَرِفِ الْبَتَّةَ إِلَى طَرَفِ النَّفْيِ وَلَا إِلَى طَرَفِ الْإِثْبَاتِ".[4]

* **المبادئ التي يحرص عليها القضاء المعاصر:** حقّ اللجوء إليه كما في المادة 2/131 من دستور الجزائر، والمجانية بجعل رسومه رمزية؛ ليُجمع بين منع الدعاوي الكيدية وفتح مجال طلب الحق، والمساواة بلا تمييز بسبب الدين أو العرق أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو اللون، واعتبار الدرجات بإعادة النظر في نفس القضية من طرف قاض آخر، لأنّ الأول من البشر يصيبه ما يصيب البشر من غفلة وخطأ، في حديث: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب" دلالة واضحة على إمكانية الخطأ؛ فيجب أن يكون لكل متقاض الحق في رفع قضيته ثانية أمام قضاة أعلم وأقدم تجربة تسمّى المجالس، وحقّ النقض مكفول بأن تُرفع القضية أمام أعلى جهة قضائية، وقد كانت الدرجات في قانون فرنسا خمسة، ثم طُبق مبدأ الدرجتين بعد قانون 1790م، ولا مركزيته بتقريبه من المواطن.[5]

---

[1] رواه الترمذي باب ما جاء في الغش في البيوع برقم 1315 وسنده حسن

[2] علي التسولي البهجة في شرح التحفة ت عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية ط 1، 1998م ج. 1 ص. 44 وعبد الكريم زيدان نظام القاضاء في الإسلام ص. 21 والحميضي القضاء ونظامه ص. 42 وص. 150

[3] أبو زهرة الأحوال ص. 9 ويسري النوازل للأقليات ص. 255 والحميضي القضاء ص. 333

[4] الشاطبي الموافقات ج. 5 ص. 114

[5] بوبشير محند أمقران التنظيم القضائي ص. 38

* **آداب القاضي:** عليه التحلّي بالآداب والأخلاق التي ترفع من عدالة مجلسه، وتجعل أحكامه أقرب للإنصاف لقوله **"وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا"** (النساء 135) قال ابن عباس: "الرجلان بين يديّ القاضي فيكون ليُّ القاضي وإعراضه"،[1] وقال ابن الزبير: "قضى النبي أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم"،[2] في الحديث: "إِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ"،[3] وقال الشافعيّ: "يَقْضِي فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لَا يَكُونُ دُونَهُ حِجَابٌ، ويَكُونَ مُتَوَسِّطًا لِلْمِصْرِ فِي أَوْفَقِ الْأَمَاكِنِ، وَفِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ لِكَثْرَةِ مَنْ يَغْشَاهُ"،[4] ويجتهد في إصلاح نفسه والناس بالترغيب والترهيب، ويهتم بلباسه وهيأته ليجلب مهابة مجلسه، ويحفظ مروءته ويتوقى ما يُشينه، ولا يهتم بفساد عصره ويجعل نشر العدل نصب عينيه، ويحترز من المشوشات كالغضب ففي الحديث: "لاَ يَقْضِيَنَّ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ"،[5] وليجمع بين الرحمة على الضعفاء والشدة على المعتدين، قال أَبُو بَكْر: "أَقْوَاكُمْ عِنْدِي الضَّعِيفُ حَتَّى آخُذَ لَهُ بِحَقِّهِ، وَأَضْعَفُكُمْ عِنْدِي الْقَوِيُّ حَتَّى آخُذَ الْحَقَّ مِنْهُ"،[6] وليحرص على مشاورة أهل الخبرة ولا يستعجل، قال ابن مهران: "كَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا أَعْيَاهُ أَنْ يَجِدَ جَمَعَ رُءُوسَ النَّاسِ فَاسْتَشَارَهُمْ فَإِذَا اجْتَمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَمْرٍ قَضَى بِهِ"،[7] ولا يقبل الهدايا من المتقاضين لحديث: "هدايا العمال غلول"،[8] وحديث: "ما بال العامل نبعثه فيقول هذا لكم وهذا أُهدي إليّ، والله لا يأخذ أحد منه شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله"،[9] وليُجلس المتنازعين أمام بعضهما ولو كان أحدهما غير مسلم كما هو مذهب المالكية والحنفية، وخالف الشافعية والحنابلة والأول أرجح،[10] وقال عمر: "خصال القاضي ثلاثة: لا يُصانع ولا يُضارع ولا يتبع المطامع"،[11] وقد اشتهرت رسالة عمر لأبي مُوسَى: **"إِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ فَافْهَمْ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ بِحُجَّةٍ وَأَنْفِذِ الْحَقَّ إِذَا وَضَحَ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقٍّ لَا نَفَاذَ لَهُ، وَآسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ حَتَّى لَا يَيْأَسَ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِكَ وَلَا يَطْمَعُ الشَّرِيفُ فِي حَيْفِكَ، الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا، لَا يَمْنَعُكَ**

---

[1] تفسير الطبري ج. 9 ص. 307

[2] رواه أبو داود رقم 3588 وأحمد رقم 16104 قال الأرنؤوط "ضعيف رغم الشواهد".

[3] رواه أحمد وأبو داود وسبق تخريجه

[4] الشافعي الأم ج. 6 ص. 214

[5] رواه البخاري برقم 7158 ومسلم برقم 1717

[6] الديناوري المجالسة وجواهر العلم تح آل سلمان دار ابن حزم 1419ه برقم 1290 112/4

[7] رواه الدارمي في سننه برقم 163

[8] رواه أحمد برقم 23601 والبيهقي في السنن الكبرى برقم 20474 قال الأرنؤوط: "ضعيف الإسناد"

[9] رواه البخاري باب هدايا العمال برقم 7174

[10] حجة الجواز حديث "لا تساووهم في المجلس" أبو نعيم الحلية 139/4 قال ابن الجوزي: موضوع، العلل المتناهية ت إرشاد الأثري ط فيصل آباد ط 2، 1981م رقم 1460، وحاشية الدسوقي 142/4 والسرخسي المبسوط 61/16 والسنيكي أسنى المطالب دار الكتاب 309/4 والبغوي التهذيب ت معوض الكتب العلمية ط 1، 1997م 183/8 وابن مفلح المبدع شرح المقنع الكتب العلمية ط 1، 1997م 165/8 والشوكاني نيل الأوطار ت الصبابطي دار الحديث مصر ط 1، 1993م 316/8

[11] وكيع أخبار القضاة 70/1 وطراد الشريف استقلال القضاء ماجستير جامعة نايف السعودية ص.62

قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالْأَمْسِ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ وَهُدِيتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ وَمُرَاجَعَةَ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ، الْفَهْمَ فِيمَا يُخْتَلَجُ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَمْ يَبْلُغْكَ فِي الْكِتَابِ أَوِ السُّنَّةِ، اعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ ثُمَّ قِسِ الْأُمُورَ فَاعْمَدْ إِلَى أَحَبِّهَا عِنْدَ اللَّهِ وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى، وَاجْعَلْ لِمَنِ ادَّعَى بَيِّنَةً أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَةً أَخَذَ بِحَقِّهِ وَإِلَّا وَجَّهْتَ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ أَجْلَى لِلْعَمَى وَأَبْلَغُ فِي الْعُذْرِ، الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مَجْلُودٌ فِي حَدٍّ أَوْ مُجَرَّبٌ فِي شَهَادَةِ زُورٍ أَوْ ظنين فِي وَلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ، إِنَّ اللَّهَ تَوَلَّى مِنْكُمُ السَّرَائِرَ وَدَرَأَ عَنْكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَإِيَّاكَ وَالْقَلَقَ وَالضَّجَرَ وَالتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ وَالتَّنَكُّرَ لِلْخُصُومِ فِي مَوَاطِنِ الْحَقِّ الَّتِي يُوجِبُ اللَّهُ بِهَا الْأَجْرَ وَيُحْسِنُ بِهَا الذُّخْرَ، فَإِنَّهُ مَنْ يُصْلِحْ نِيَّتَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى نَفْسِهِ يَكْفِهِ اللَّهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، وَمَنْ تَزَيَّنَ لِلنَّاسِ بِمَا يَعْلَمُ اللَّهُ مِنْهُ غَيْرَ ذَلِكَ يَشِنْهُ اللَّهُ فَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ غَيْرِ اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ"، وقد تلقاها العلماء بالقبول فيما أنكرها ابن حزم، وترجمها "إيميل تيان" إلى الفرنسية و"هنري كتن" إلى الإنجليزية و"هامر" إلى الألمانية.[1]

المبحث الثاني: الأحكام الشرعية والقانونية للقضاء

تمهيد يعتري الاجتهاد أحكامٌ ينبغي الإلمام بها، هذه مطالب المبحث:

المطلب الأول: اجتهاد القاضي وسلطته التقديرية
المطلب الثاني: أنواع اجتهاد القاضي وحجية اجتهاده
المطلب الثالث: درجات اجتهاد القاضي
المطلب الرابع: استقلالية القضاء والرقابة عليه
المطلب الخامس: القضاء بالشرع والوضع والتقاضي عند غير المسلم
المطلب السادس: اشتراط الذكورة في القضاء

المطلب الأول: اجتهاد القاضي وسلطته التقديرية

تمتاز نصوص القانون المعاصرة بثلاث خصوصيات أساسية: "العموم والتجرد والمحدودية"، فكلّ قاعدة تكون عامّة ومجرّدة ومحدودة، ويقابل المحدودية تجدّد الوقائع والقضايا والمنازعات الغير متناهية؛ ما يُحتّم اللجوء إلى اجتهاد ذهني لربط الغير متناهي بالمتناهي، وتؤدي العمومية والتجرد إلى إضفاء الغموض حول تحديد الجزئية المناسبة، حين تختفي علاقتها بالنزاع فيحتاج إلى مزيد من بذل الوسع، وأقرّ "أرسطو" بمبدأ تناهي القواعد دون الوقائع فقال في كتابه السياسة والأخلاق: "عندما يكون التشريع قد عبّر بوضوح عن قصده، فإنه يترك بعد ذلك لإشارة القضاة أن يحكموا وأن يُنظموا الباقي، ما يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"،[2] بيد أنّ إعمال الرأي واجتهاد الذهن في استخراج حكم القاعدة ليس بأمر هيّن؛ فيجب الإلمام بالعلوم التي لها ارتباط وثيق بعمل القاضي لأنه يُداوم النظر في قواعد القانون، وقد يعود إلى نصوص الوحيين إذا انعدم النص كما في المادة 222 أسرة جزائري: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة"، وفي المادة 1 مدني جزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي

---

[1] الدارقطني السنن رقم 4471 والبيهقي الكبرى رقم 20537 وهو صحيح، إنكار ابن حزم سببه أنه لم يجد لها ذكرا عند الأوائل وصححها أحمد شاكر في تحقيق المحلى، ابن حزم المحلى 81/1 وابن القيم الإعلام 67/1 و163/2 وابن فرحون التبصرة 108/1 والألباني الإرواء برقم 2619 والحميضي القضاء ص.250

[2] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 13 وبوضياف المدخل إلى العلوم القانونية ص. 23 وص. 181

تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة"، وقد يرجع إلى تفسير القرآن وشروح الحديث وعلوم الآلة كاللغة العربية وأصول الفقه والمقاصد والمنطق، ولا يُشترط له بلوغ مبلغ الراسخين؛ فلا يجب أن يكون مثل الخليل والمبرد في اللغة، أو الشاطبي وابن عاشور في المقاصد، أو السبكي والجويني في أصول الفقه، أو ابن تيمية والنووي في الفقه المقارن، أو ابن حجر والذهبي في معرفة الرجال، بل عليه الإلمام بأصولها وفروعها وما يحتاجه، لأنّ المشرّع قد يترك مسائل يصعب عليه ضبطها في قواعد ملزمة إلى تقديره؛ فمادامت سلطته معتبرة تُحال عليها قضايا تخص مصالح الناس، وجب عليه أن يتوفّر على نصيب من التأهيل العلمي والتجربة الميدانية.[1]

ويتجه القاضي باجتهاده حذو جهتين: فهم النزاع المعروض والإلمام بالواقعة، ثمّ فهم النص الذي ينطبق على النزاع، وتفسير القاعدة تفسيرا سليما وحسن استقصاء مصادر الاحتياط، وكلاهما يحتاج إلى رأي سديد ونظر ثاقب، ويُعرّف الرأي أنّه ما يراه القلبُ بعد فِكْرٍ وتأمل، وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات، وقيل: التعقّل والتفكير بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لا نص، وقيل: بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصا وروحا، والتبصّر بما عسى أن يفسر تطبيقه من نتائج على ضوء من مناهج أصولية، مشتقة من خصائص اللغة وقواعد الشرع أو روحه العامة،[2] ويُطلق الفقه القانوني على الاجتهاد في إعمال الرأي والنظر تسمية "السلطة التقديرية"، يُقابل "اجتهاد القاضي" في فقه الإسلام، قال المازري: "حبس الغريم عند دعوى العجز عن القضاء ثابت عند مالك والشافعي وأبي حنيفة، ومدته غير محدودة بل موكلة إلى اجتهاد القاضي"،[3] وقال الجويني: "وإن وقع نزاع رُد مقدار الكفاية إلى اجتهاد القاضي"،[4] وتعني السلطة لغةً القوة والقهر والتمكّن والتحكّم،[5] وهي في القانون: "ملكة قانونية يحتاجها القاضي لمواجهة ظروف تطبيق القانون، قوامها نشاط ذهني يتمّ على مراحل تنتهي به إلى إصدار حكم قضائي"، أو "نشاط ذهني يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في نطاق قاعدة قانونية معينة، يُقدّر أنها هي التي تصلح للحكم عليه، والحكم على النزاع المطروح أمامه"، أو "نشاطٌ ذهنيٌّ يُقصد به فهم الواقع المطروح، واستنباط العناصر التي تُساهم في إدراج هذا الواقع داخل نطاق قاعدة قانونية معينة، يُقدّر بأنها هي التي تصلح للحكم في النزاع"،[6] ويُعرّف

---

[1] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 24

[2] ابن القيم الإعلام 53/1 والدريني المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي الرسالة ط 3، 2013م ص.22

[3] المازري شرح التلقين تحقيق المختار السلامي دار الغرب الإسلامي ط 1، 2008م ج. 3 ص. 386

[4] الجويني نهاية المطلب في دراية المذهب تح عبد العظيم الديب دار المنهاج ط 1، 2007م 419/15

[5] المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة طبعة دار الدعوة ج. 1 ص. 443

[6] اسمهان عفيف السلطة التقديرية للقاضي في التعويض ص. 18 و84 وقيطة حياة حماية الطفل ص. 88 وحمزة قتال دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي رسالة دكتوراه جامعة الجزائر 1 سنة 2011م ص. 3

فقهاء الشريعة اجتهاد القاضي بأنّه: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله للتفكير والتدبّر بحسب النظر، والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى؛ لأهميته وأثره في الحكم القضائي"، والحاصل أنّ الهدف الأسمى الذي يرجوه القاضي هو الوصول إلى الحكم بعدل وإنصاف بين متخاصمين، مستندا على القانون الواجب التطبيق على الجميع بالتشاور والتجرّد، وسلطته ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية، يكون القانون بدونها مجرّد أحرف مرسومة على أوراق، كما تنبني على إذن من المشرّع الذي يحدد قواعد، ويترك مجالا واسعا للنظر والتأمل.[1]

* **خصائص السلطة التقديرية** ميزتها الأساسية أنها تستمد شرعيتها من القانون، وأنّها ذات مضمون واحد سواء مورست في القانون العام أم الخاص، وتمتاز بالحركية والتغيّر رغم أن القانون الذّي هو أحد عناصرها ثابت نسبيا لارتباطها بالواقع المتحرّك، وتدخل في القانون الموضوعي والإجرائي، وهي عملٌ قانونيٌّ وقضائيٌّ في نفس الوقت، أكبر ميزاتها إلزاميتها فلا يمكن للقاضي التنصّل منها؛ بحجة انعدام النص وإلا اعتُبر منكرا للعدالة وهو ما يجرمه القانون، ورُغم كونها سلطة استثنائية إلا أنها خلّاقة للقواعد، وهناك فرق بين تقدير القاضي بسلطته وتكييفه، لأن التكييف هو إدراج القضية في فئة تدخل في قاعدة، تراقبه المحكمة العليا لأنه من صميم القانون، بخلاف السلطة التي تعني تطبيق القاعدة على المنازعة بحكم ذهني اجتهادين وهو فعل غير مراقب.[2]

وقد اختلفوا حول توسيعها أو تضييقها؛ فأهل الشريعة على توسيع نطاقها إعمالا للعدل وتحقيقا للحقّ، فلا تُحدّد صلاحيات القاضي إلا بالضمير وقواطع الشرع؛ لحديث معاذ حين أُرسل إِلَى الْيَمَنِ وسئل: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي الكتاب والسُّنَّةِ؟ قَالَ: "أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا آلُو" فَضَرَبَ النبيُّ صَدْرَهُ وَقَالَ: "الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ"، جاء فيه الاجتهاد مطلقا بغير تقييد سوى بانعدام النص، وفي رسالة عمر: "اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك"، قال الكساني: "الْعَامِّيُّ يَلْزَمُهُ تَقْلِيدُ الْمُفْتِي فَتَقْلِيدُ الْقَاضِي أَوْلَى، لِأَنَّ الْقَضَاءَ فِي مَحَلِّ الاجتهاد بِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُه قَضَاءٌ مُجْمَعٌ عَلَى صِحَّتِه"،[3] وجنح الفقه الأنجلوسكسوني واللاتيني القديم إلى تضييقها إلى أقصى درجة؛ لعدم نفعها فلا اعتراف بالاجتهاد خارج تطبيق النص، وقد أُطلق على هذه المدرسة "الشرّاح على المتون" لاهتمامها بالنص على حساب الاجتهاد، قال "مونتيسكيو": "يجب على

---

[1] خير الدين كاظم سلطة القاضي التقديرية في الدولي الخاص مجلة جامعة بابل ع 2 سنة 2008م ص.824

[2] نفس المرجع السابق ص. 826

[3] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 6 والمرداوي الإنصاف دار إحياء التراث العربي ط 2، ج. 11 ص. 184 والموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف الكويتية ج. 22 ص. 132

القاضي أن يطبق القانون بطريقة آلية، أما التقدير فهو من اختصاص المشرّع لأنه ليس سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع"، **انتقد** بأنّ القواعد التي لا يمكن تطبيقها بطريقة آلية كثيرة؛ لكونها تتضمن غموضا أو حاجة لتفسير، وقالوا: إنما احتيج إلى سلطة القاضي حين كان التقنين منعدما ومصادره غير مدونة، أجيب: لا خلاف في تطوّر القانون، غير أن مسائل كثيرة لم يتم تشريعها كالثغرات، لهذا ينص المشرع على مصادر احتياطية وفيه اعتراف ضمني بوجودها، وقالوا: في الاعتراف بها مساس بمبدأ الفصل بين السلطات؛ إذ يُصبح القاضي مشرعا ما يُناقض المبادئ العامة للحكم الراشد، أجيب: يصح ذلك لو خالف النص، أما أن يفسره حسب روح التشريع وسدّ الثغرة بالرجوع إلى الاحتياط فهو من عمله، واختار الفقه الحديث الاعتراف بها؛ لأنّها عملية ضرورية لممارسة القضاء على أكمل وجه، فقد يُلائم التطبيق الآلي للقانون في المعاملات التجارية، أما في المجال الشخصي فالأمر صعب لما يعتريها من تداخل عواطف، وكثرة الوقائع وقلة التدقيق في القواعد؛ ما يمنح نطاقا أوسع لسلطة القاضي الذّي لا يُغيّر القاعدة، إنما مناط تطبيقها ما يحتاج إلى نظر وقوة ذهن، وشتان بين نظرة القاعدة وتطبيقاتها؛ فقد تكون غامضة أو مبهمة أو مشتركة ما يحمله على إعمال النظر لتفسيرها، وربما طرأت واقعة لا ينص عليها القانون؛ فيحتاج إلى نظر فيما يشبهها بوجه ما يُعرف بالقياس أو الاجتهاد، وقد يُقيّد المشرع قاعدة بمصطلح غير منضبط كالمصلحة أو المعروف أو العرف أو مهر المثل أو الضرورة وكلّها تحتاج إلى تقدير، في المادة 7 أسرة: "للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" وتنص المواد **64 و65 و66 و67 و69** على مراعاة مصلحة المحضون، وفي المادة 89: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة"، وفي المادة 36 وجوب المعاشرة بالمعروف، وفي المادة 78 اشتمال النفقة على ما يقتضيه العرف والعادة، وفي المادة 15 تحديد المهر المجهول بمهر المثل، وفي المادة 690 مدني: "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة"، وذُكر العرف في المدني: **المواد 1 و65 و68 و94 و107 و120 و327 و328 و329 و354 و356 و488 و559**، وكلّها تتغيّر حسب المكان والزمان والأشخاص وتوجب إعمال النظر والاجتهاد.[1]

الترجيح يترجّح المذهب المانح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إطار النصوص؛ لأنّه الموافق لروح الشريعة وما عليه فقهاؤها، وحتى الفقه الإنجليزي المتشدّد عاد وغيّر مذهبه، فقال أنّ حكم القاضي في قضية معينة يقتصر عليها ولا يكون حجة على قضايا مشابهة، وتبقى المحكمة العليا واجتهاداتها هي الوحيدة التي تملك صفة اللزوم الأدبي، خاصة أنّ القوانين المدنية عموما فيها أن القاضي يطبق منطوق القاعدة وفحواها ما يحتاج إلى تقدير، وتنص على مصادر احتياطية إذا

[1] اسمهان عفيف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ص. 27

انعدمت القاعدة، وتعتمد دول الإسلام على مبادئ الشريعة والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.[1]

والمعهود في بدايات التشريع الإسلامي أنّ القاضي الشرعي والمجتهد الفقهي كلاهما واحد، لا يُفرّق بينهما سوى التعيين في منصب القضاء، ولا يُعيّن إلا بعد بلوغ درجة الاجتهاد المطلق أو المقيّد، كما اعتُبرت اجتهادات القضاة من السوابق الفقهية والقضائية، التي قد تكون من المبادئ الشرعية والأصول التي يتبعها من بعدهم، ثمّ دبّ التقليد في العصور المتأخرة صفوف القضاة، وفسد القضاء حتى صار منصبه يشتريه صاحب المال، فذهب المقصود منه وحُرم الناس اجتهاد أهله، أما القاضي المعاصر فغالبا لا يملك المؤهلات الضرورية، ولا حتى الوقت الكافي للبحث، فهو مقيّد بفهم النص وتفسيره ورغبة المشرّع وإرادته، لا يرى أمامه سوى نص مكتوب يعود إليه، قد تعَوّد على تطبيقه حرفيا فكيف يمكنه تحصيل ملكة اجتهادية؟! رغم أنّ القوانين تجيز له النظر في الفحوى في المجال المدني والشخصي،[2] وترخص له اللجوء إلى مصادر الاحتياط إذا انعدم النص، وله كامل الحرية في فهم الواقعة وحيثياتها وتكييفها عن طريق البحث عن قاعدة ملائمة، ويدخل التكييف تحت رقابة المحكمة العليا أما فهم الواقع فلا، ويحقّ له الاستعانة بالخبراء وفيه اعتراف ضمنيّ بقصور تأهيله.[3]

* **خصائص السلطة التقديرية لقاضي الأسرة:** تشمل مجال الإصلاح والولاية، فالمادة 49 أسرة تلزمه بالإصلاح بين الزوجين قبل الطلاق، ويملك سلطة واسعة في تقدير المصلحة في الكفالة والوصية والحضانة، ولولايته دور إيجابي في لَمّ الشمل والمحافظة على كرامة الطرف الضعيف كالطفل، لأنّ قضايا الأسرة حساسة تطغى عليها العواطف في مقابلة التعامل العقلي المنطقي؛ فسلطته واسعة رغم كونها مجرد رأي بشري.[4]

* **السلطة التقديرية في قانون الجزائر:** ضيّقها المشرّع في المجال الجنائي في المادة 1 عقوبات **66-156 مؤرخ 1966/6/8م معدل 06-23 مؤرخ 2006/12/20م:** "لا جريمة

---

[1] القانون الوضعي droit positif "مجموعة القواعد التشريعية أو العرفية النافذة مثل قانون العقوبات والمدني والأسرة"، والقانون الطبيعي Droit naturel يُدرك بمعزل عن أي نص مكتوب أو عرف مستمد من الطبيعة والعقل، أحد مصادر القانون، يُفسر بالقانون المتوافق مع الهوية والشخصية الاجتماعية والتاريخية الذي يظهر حقيقة الدولة الحضارية، اختلفوا فيه حتى أبطلوا وجوده والراجح أنه ما أودعه الله من الفطرة على العدل، أما قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي فهما فكرتان ضبابيتان يصعب تحديدهما رغم النص على اعتبارهما مصدرين احتياطيين، فقواعد العدالة شعور كامن في أعماق النفس يكشف عنه العقل السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، ويوحي به الضمير المستنير لإيتاء كل ذي حق حقه، والقانون الطبيعي هو المثل العليا الثابتة المشتركة بين جميع بني البشر يستلهمها المشرع في كل بلاد، الداودي المدخل ص. 178 والبستاني الجنسية ص. 8 والزلمي فلسفة القانون ص. 51 وبوضياف المدخل ص. 180

[2] فَحْوى القول لحنُه، عرفته في فَحْوى كلامه وفي فَحْواءِ كلامه ممدوداً ومقصوراً وإنه ليُفَحِّي بكلامه إلى، من الفَحَا والفِحَا وفَحَّيْت القِدْر إذا أَلْقَيْتَ الأَبزار َجَمْعُهُ الأَفْحَاء وعرَفتُه فِي فَحْوَى كَلامِه أَي مِعراضِه، الجوهري الصحاح ت عطار دار العلم ط 4، 1987م 2453/6 وابن منظور اللسان 149/15

[3] محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 252

[4] اسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 52

ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص"، رغم أنّ بعض مواده تتطلب اجتهادا مثل المادة 144 التي تنص على معاقبة الاستهزاء بالمعلوم من الدين؛ ما يقتضي توظيف سلطته لضبط الاستهزاء وظروفه وماهية المعلوم بالدين، ثم فتح المجال واسعا في المدني في المادة 1 لإعمال التقدير بالنظر والرجوع إلى الاحتياط.[1]

* **قضاء القاضي بعلمه في فقه الإسلام** اتفقوا على صحة عمل القاضي بعلمه المتحصل عليه أثناء الحكم؛ لحديث "فإن اعترفت فارجمها"،[2] وعلى وجوب إخبار القاضي بعلمه في الجرح والتعديل،[3] ثم اختلفوا هل يعمل بالعلم المتحصل عليه خارج المحكمة؟ قال الظاهرية والزيدية يعمل به لقوله **"كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ"، (النساء 135)** وليس من القسط ترك الظالم، وفرّق المزني وتبعه الشافعية بين حق الله والآدميين، وخالفهم الربيع مخافة قضاة السوء، دليلهم في حق الله قول أبي بكر: "لو رأيت رجلا على حدّ لم أحده"، ومثله عن عمر وابن عوف،[4] وأجازه الحنفية بشرطين: أن يحصل العلم أثناء توليه القضاء، وأن يتعلق الأمر بحق آدمي، والمتأخرون منهم على عدم الجواز، ومنعه الحنابلة والمالكية مطلقا لحديث: "لعلّ بعضكم أن يكون ألحن في القول"،[5] فالقاضي يقضي بما يسمع لا بما يعلم، ولحديث: "شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك"،[6] ولحديث الملاعنة حين علم النبي أنها زنت لكنه لم يرجمها لعدم البينة أو الإقرار،[7] وتواتر علم النبيّ بالمنافقين ولم يحاكمهم وقال: "لاَ يَتَحَدَّثُ النَّاسُ أَنَّ محمدا يَقْتُلُ أَصْحَابَه"،[8] ولم يحكم على الأعرابي رغم علمه أنه باعه حتى شهد خزيمة،[9] قال ابن حجر: "يَلْزَمُ مَنْ أَجَازَ أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ مُطْلَقًا، أَنَّهُ لَوْ عَمَدَ إِلَى رَجُلٍ مَسْتُورٍ لَمْ يُعْهَدْ مِنْهُ فُجُورٌ أَنْ يَرْجُمَهُ وَيَدَّعِيَ أَنَّهُ رَآهُ يَزْنِي، أَوْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَوْجَتِهِ لأَنَّهُ سَمِعَهُ يُطَلِّقُهَا، ولَوْ فُتِحَ ذلك لَوَجَدَ كُلُّ قَاضٍ السَّبِيلَ إِلَى قَتْلِ عَدُوِّهِ وَتَفْسِيقِهِ وَالتَّفْرِيقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُحِبُّ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: "لَوْلاَ قُضَاةُ السُّوءِ لَقُلْتُ به".[10]

الترجيح لا يجوز الحكم بعلم القاضي حسما للتهمة ودعما للإجراءات.

---

[1] نفس المرجع السابق ص. 37

[2] رواه البخاري باب الوكالة في الحدود برقم 2314 ومسلم باب من اعترف على نفسه بالزنا برقم 1697

[3] ابن القاص الأدب 147/1 وابن حزم المحلى 523/8 والسروجي أدب القضاء ت صديقي دار البشائر ط1، 1997م ص.111 والبلدحي الاختيار ت أبو دقيقة الحلبي 1937م 88/2 وابن القيم الطرق الحكمية ت ناسف عالم الفوائد ط1، 1428 517/2 والداقوقي الاجتهاد ص.60 وزيدان القضاء ص.218 والحميضي القضاء ص.598 وابن أبي الدم الأدب 210/1 وعدوان موانع القضاء ماجستير غزة 2007م ص.36

[4] أبي بكر في ابن حجر الفتح 171/13 صحيح إلى الزهري، وأثر عمر وابن عوف في البخاري معلقا وصله البيهقي، ينظر: ابن حجر العسقلاني التلخيص الحبير ج. 4 ص. 474

[5] رواه البخاري برقم 2680 ومسلم برقم 1713 وسبق تخريجه

[6] رواه البخاري باب إذا اختلف الراهن والمرتهن برقم 2515 ومسلم برقم 138

[7] رواه البخاري باب التلاعن في المسجد برقم 5309

[8] واه البخاري كتاب التفسير برقم 4905 ومسلم باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما برقم 2584

[9] رواه أحمد رقم 21883 وأبو داود رقم 3607 والنسائي رقم 4647

[10] ابن حجر العسقلاني فتح الباري ج. 13 ص. 160

* **القضاء بعلم القاضي في القانون** يُعرّف العلم الشخصي للقاضي بأنّه: "مجموعة المعلومات التي وصلت إلى علم القاضي من غير الطريق المقرّر لنظر القضايا"،[1] واجتهاده مبنيٌّ على الدليل ووسائل الإثبات، وكلام الخصوم وتناول القاعدة لموضوع النزاع، أما علمه الشخصي بأحوال القضية فقد يكون وصل إليه بطرق أخرى، والأكثر على منعه من القضاء بما حصل له من علم من غير طريق الإجراءات ؛لأنّه يمزج بين كونه قاضيا وشاهدا، وهو باطل لخلوّه من الدفاع والحياد وحق الخصوم في المناقشة، ونصت المادة 107 إثبات عراقي على المنع وقيل بجوازه وهو ضعيف، وفرّق "باتيفول" بين العلم الخاص بالخصوم الذي لا يحق له العمل به وبين العلم العام الذي يعرفه كلّ أحد فيحق العمل به، وهو بديهي.[2]

المطلب الثاني: أنواع اجتهاد القاضي وحجية اجتهاده

يجب على القاضي الفصل فيما يُعرض عليه من القضايا؛ لأن القانون يُجرّم الامتناع أي إنكار العدالة حتى لو كان حَسن النيّة، كما في المادة 213 إجراءات مدنية جزائرية، والمادة 136 عقوبات جزائري، والمادة 10 قانون أساسي للقضاء، والمادة 30 مرافعات عراقي 83 لسنة 1969م، فإذا اعترى القواعدَ تنازعٌ من حيث المكان عاد إلى قواعد الإسناد أو نظرية التنازع أهم أبواب الدولي الخاص، وإذا كان التعارضُ في الموضوع؛ أخذ بمبدأ التدرج في القوانين ودلالات الخطاب العربي الباب المهم من أصول الفقه، لأنّ المشرّع أمره بالنظر في منطوق النص وفحواه، ولا يتسنّى له ذلك إلا بقواعد دلالات الألفاظ، وربمّا وقع خطأ في فهم النص أو تفسيره للإبهام أو الغموض بسبب الاختصار والتجرد، أو تكون العبارة غير واضحة تحتمل التأويل فيجب اختيار المعنى الأقرب، وقد يُصادفه خطأٌ ماديّ؛ بمعنى تضمن النص القانوني خطأ فادحا وواضحا لا يستقيم إلا بتصحيحه، أو إبهام في معنى القاعدة، مثال الإبهام ما في النص القديم للمادة 54 أسرة جزائري من جواز الخلع، دون توضيح إن كان يُشترط فيه رضا الزوج أم لا؟ فكان بعض القضاة يقضون بالخلع دون موافقته ويشترطها آخرون وحتّى المحكمة العليا تناقضت في المسألة، وحسما للتناقض عدّل المشرع المادة 54 سنة 2005م فزاد لفظة: "بدون موافقة الزوج" فزال الإبهام، وربّما اعترى القاعدة نقص؛ بأن يغفل المشرع عن بيان حكم مسألة فيعود إلى الاحتياط، وإذا كان هناك تعارض بأن يدل أحد النصين على معنى يناقض ما في آخر فيجب التوفيق أو الترجيح، فقد كانت المادة 4 مدني جزائري تنص أن سن الرشد هو 21 سنة، وفي المادة 7 أسرة أنه في الزواج 19 سنة، فكان القاضي يُوفق فيحكم بصحة المعاملات المالية عند 21 ويُصحح الزواج ببلوغ 19، وبعد تعديل المدني 2005م تمّ توحيد سن الرشد ب 19 سنة فزال التعارض.[3]

---

[1] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 55

[2] عفيف السلطة التقديرية ص.123 وعكوش القانون الأجنبي ماجستير بومرداس 2010م ص.29

[3] بوبشير التنظيم القضائي ص.104 والداقوقي الاجتهاد ص.49 وبن الصغير الاجتهاد ص. 218 و235

* **تفسير النص القانوني** أهمّ ما يحتاجه القاضي هو تفسير النص، وذلك حسب أربع حالات: **الأولى** الخطأ المادي كإحلال لفظ محل آخر ليس في مكانه، أو استخدام مصطلح لا يستقيم معه النص، **الثانية** النقص أو السكوت؛ كأن يغفل المشرع عن ذكر لفظ لا يستقيم النص بدونه، أو يغفل عن معالجة حالات معيّنة يُعبر عنه بالفراغ التشريعي الذي يجب سدّه، **الثالثة** التعارض بأن يوجد تناقض بين نصين يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر ويستحيل الجمع، **الرابعة** النص المبهم أو الغامض؛ بأن تكون العبارة تحتمل التأويل وتؤدي إلى أكثر من معنى؛ فيجب اختيار أنسبها وأقربها للصواب، والتفسير أساس الاجتهاد رغم أنّه عملية معقدة، مصادره أربعة: تشريعي وقضائي وفقهي وإداري، فأقواها التشريعي الذي يضعه المشرع ويلتزم به القضاة، ثم القضائي الذي يصدر عن اجتهادات عليا أو دنيا، كاعتبار الليل ظرفا مشددا في السرقة، فيلجأ إلى تفسير لفظة الليل بالجوّ المظلم المخيف، ثم الفقهي الذي يصدر عن رجال القانون مُدعّما بالحجج، وهو وإن كان غير ملزم إلا أنه يلعب دورا هاما على الصعيد القضائي والتشريعي، فقد يحث المشرع على تعديل نص من خلال إبراز سلبياته ونقائصه، ثم التفسير الإداري الذي تقوم به السلطة التنفيذية.[1]

* **طرقُ التفسير ووسائلُه:** هي كلّ ما يهتدي به القاضي في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص القانوني بما يطابق قصد المشرع، تكون داخلية أو خارجية: **الداخلية** تعتمد المعاني التي ينطوي عليها النص نفسه من عباراته وألفاظه، كاستعمال القياس الذي هو إلحاق حكم مسألة معلومة بمسألة مجهولة اتحدتا في العلة، أو مفهوم المخالفة بإعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكما مخالفا لحالة أخرى منصوص عليها في القانون؛ لاختلافهما في العلة تُسمى القراءة العكسية للنص، أو تقريبها بتخصيص العام وتقييد المطلق، وتساعد **الخارجية** على استخلاص المقصود استنادا إلى عناصر خارجة عن نطاقه؛ كاللجوء إلى حكمة التشريع، أو الوقوف عند نية المشرع الحقيقية أو المفترضة أو الاحتمالية، وتُعتبر الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية طريقا مساعدا للتفسير إلى جانب التاريخية؛ فقد يزول الإبهام بالرجوع إلى الأصل أو المصدر.[2]

* **مجال الاجتهاد القضائي:** هناك مجالان هما فهم النص وتطبيقه، ففي الفهم يكون الاجتهاد حتميّا؛ لأن النصوص ليست على درجة واحدة من الوضوح، فبعضها واضح الدلالة على المقصود، وبعضها أقل وضوحا وبعضها فيه غموض وبعضها غموضه شديد، وقد اهتم علماء الشرع قديما بدرجات الوضوح؛ حيث اصطلح الجمهور على تقسيم دلالة اللفظ إلى أربعة من الأقوى إلى الأدنى: **النص** ثم **الظاهر** ثم **المجمل** ثم **المتشابه**، أما الحنفية فقسموها إلى ثمانية: خصوا أربعة منها لواضح الدلالة وأربعة لخفيها، فأقواها **المحكم** ثم **المفسر** ثم **النص** ثم **الظاهر**، ومن جهة

---

[1] الزلمي معين القضاة ط إحسان ط 1، 2014م ص. 57 والداودي المدخل ص. 212

[2] مصطفى الزلمي معين القضاة ص. 59 وغالب الداودي المدخل ص. 218 ومطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 34 وعمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية ص. 231

الخفاء أخفاها **المتشابه** ثم **المجمل** ثم **المشكل** ثم **الخفي**،[1] أما مجال تطبيق النص ويسمى تحقيق المناط، قال فيه الشاطبي: "الاجتهاد عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يَنْقَطِعَ وَالثَّانِي يُمْكِنُ أَنْ ينقطع قبل فناء الدنيا، والْأَوَّلُ هُوَ الاجتهاد الْمُتَعَلِّقُ بِتَحْقِيقِ الْمَنَاطِ، وَهُوَ الَّذِي لَا خِلَافَ بَيْنَ الْأُمَّةِ وَمَعْنَاهُ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ بِمُدْرَكِهِ الشَّرْعِيِّ لَكِنْ يَبْقَى النَّظَرُ فِي تَعْيِينِ مَحَلِّهِ"،[2] وقال الآمديُّ: "أن يقع الاتفاق على كلية وصف بنص أو إجماع فيجتهد الناظر في وجوده في صورة النزاع التي خفي فيها وجود العلة، وقيل النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها"،[3] وقال الدريني: "ليس الاجتهاد في التفهّم والاستنباط بأولى من الاجتهاد في التطبيق، إن لم نقل أنّ قيمة الاجتهاد عمليا إنما تنحصر فيما يؤتى من ثمرات في تطبيقه وتحقيق مقاصد التشريع وأهدافه"،[4] فالمادة 53 أسرة نصت على جواز طلب التطليق من الزوجة للعيب؛ فيجتهد القاضي في تطبيقها على العقم بالتحقّق: هل هو من العيوب الموجبة لأنه يمنع أهداف الزواج؟ كما أقرته العليا 1992/12/22م رقم 87301، وهذا الجانب التطبيقي المُكتسب بالممارسة أصعب من فهم مراد الشارع؛ لأنّ النص لا يدل على حكم الواقعة من أول وهلة.[5]

* **حجية اجتهاد القاضي:** هي فكرة قانونية تعني أنّ الظاهر من كلّ حكم قضائي صدر وفق شروطه، أن يكون صحيحا محقّقا للعدالة، يجب تنفيذه وعدم البحث عن إعادة النظر فيه إلا بدليل، وأنّه حين يُطبق إرادة القانون في الحالة المعيّنة يحوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو غيرها، فإذا قام أحد الخصوم برفع نفس القضية أمام محكمة أخرى؛ فإنها لا تقبل الدعوى لسبق الفصل فيها، وإذا أثير الحكم أمام محكمة أخرى فإنه يكون ملزما يجب التسليم به دون بحث، ويجب التفريق بين الحجية وقوة الأمر المقضى به، حيث تُستعمل الحجية خارج مجال الخصوم والأمر المقضى به داخل دائرتهم، ويُشترط أن يكون الحكم قضائيا وصادرا عن محكمة مختصة، وباتا أو حائزا قوة الشيء المقضى به، تهدف إلى استقرار الحقوق والمحافظة على المراكز، وبدونها يُصبح الأمر لعبا يُقضى فيه اليوم ثم يُغيّر غدا، ويُقصد بها وضع حدّ نهائي للنزاع حتى لا يتكرر إلى ما لا نهاية، واجتناب تعارض الأحكام فتستقر، وتُرد المظالم وتُحمى الحقوق وتطمئن النفوس ويُحفظ القضاء، والأحكام باعتبارها قطعية تحسم الخلاف بين الخصوم، وغير قطعية لا تحسمه كالوقتية والاستعجالية للتحفظ على شيء قبل الفصل، وإجراءات الدعوى كالجمع بين دعوتين، وفاصلة في الموضوع تفصل في الدفوع والطلبات، وإجرائية تفصل في المرافعات أثناء سير الخصومة كالاختصاص.[6]

---

[1] فتحي الدريني المناهج الأصولية ص. 40 ومطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 21
[2] الشاطبي الموافقات ج. 5 ص. 11
[3] الآمدي الإحكام في أصول الأحكام ج. 3 ص. 302
[4] الدريني المناهج الأصولية ص. 12
[5] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 48 والريسوني وباروت الاجتهاد ص. 64
[6] محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي ص. 243

المطلب الثالث: درجات اجتهاد القاضي

بين يدي المطلب تتفاوتُ مَلَكة الحكم من قاض لآخر حسب التحصيل والتجربة، قال عليٌّ حين أُرسل قاضيا إلى اليمن: "فَمَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ"،[1] وفي الحديث: **"أَقْضَاهُمْ عليٌّ"**،[2] يدل على اكتسابه ملكة قضائية تفوق غيره، قال رَقَبَة: "خَرَجَ يَزِيدُ مِنْ عِنْدِ الْحَجَّاجِ فَقَالَ: قَضَى الْأَمِيرُ مَا كَانَ لِلرَّجُلِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، قَالَ الشَّعْبِيُّ: "قَضَاءُ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ بَدْرٍ"، قَالَ مَنْ هُوَ؟ قَالَ عَلِيٌّ، قال الْحَجَّاجِ: "لَمْ نَنْقِمْ عَلَيه قَضَاءَهُ قَدْ عَلِمْنَا أَنَّه أَقْضَاهُمْ"،[3] فيه فرعان.

الفرع الأول: درجات اجتهاد القاضي لدى فقهاء الشرع

المُجْتَهِدُ في الشرع أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ: مُطْلَق، وفِي مَذْهَبِ إمَامِهِ، وَفِي نَوْعٍ مِنْ الْعِلْمِ، وَفِي مَسْأَلَةٍ، فالمطلق من اجتمعت فيه الشرائط كلّها، ومجتهد المذهب على أنواع: أعلاها غير المقلّد في الحكم والدليل يسلك طريقه في الاستنباط، ثمّ مستقل بالدليل لا يتعدّى أصوله، ثمّ صاحب ترجيح، ثمّ الحافظ والناقل للفروع، والمجتهد في نوع من العلم كالفرائض يُفتي فيما يتقن، وكانت الدعوة إلى غلق باب الاجتهاد وأن الزمن قد خلى منه أهمّ أسباب تدني مستوى القضاة، حيث وقع خلاف حول خُلوّ الزمن من مجتهد؛ فقال الآمدي وابن الحاجب وابن السبكي وابن الهمام والغزالي والرافعي بالجواز، وأنّه محل اتفاق لحديث: "إنّ الله لا يقبض العلم انتزاعا ولكن يقبضه بقبض العلماء"،[4] وحديث: "مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ أَنْ يُرْفَعَ الْعِلْمُ"،[5] ومذهب ابن دقيق العيد والقاضي عبد الوهاب وابن بطال والحنابلة المنع لحديث: "لَا تَزَالُ طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِي يُقَاتِلُونَ عَلَى الْحَقِّ ظَاهِرِينَ"،[6] وهو أرجح.[7]

*** أسباب انتشار القول بغلق باب الاجتهاد:** ترك الأئمة لذخر هائل من الآراء لم تترك لمن بعدهم مجالا كأنها كفتهم، وقوة المذاهب وكثرة أتباعها ما جعل الخروج عليها عسير، وتدوين آراء الأئمة بالتفصيل فصار الوصول إلى رأي غيرهم صعب، ثمّ العامل السياسي المتمثل في اشتراط الحكام اتباع المذهب لأجل التماسك وخشية التفرّق، والتزام القضاة بمذهب معيّن، والأذى الذي أصاب بعض من حاول الخروج، وضعف الهمة وقلة المتفرغين.[8]

---

[1] رواه أحمد برقم 636 وأبو داود باب كيف القضاء برقم 3582 سبق تخريجه
[2] رواه ابن ماجه باب فضل زيد بن ثابت برقم 154 وسنده صحيح
[3] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 21296
[4] رواه البخاري باب كيف يقبض العلم برقم 100 ومسلم باب رفع العلم وقبضه برقم 2673
[5] رواه مسلم باب رفع العلم وقبضه برقم 2671
[6] رواه البخاري كتاب الاعتصام برقم 7311 ومسلم باب نزول عيسى عليه السلام برقم 156
[7] المرداوي الإنصاف 258/12 وابن القيم الإعلام 125/6 والدهلوي عقد الجيد ت الحلبي دار الفتح الشارقة ط 1، 1995م ص. 47
[8] شلبي التشريع ص. 212 والنيفر فتح الاجتهاد المجمع الفقهي مكة ط 5، 2003م ص. 288 وقباني فتح لاجتهاد المجمع الفقهي مكة ص. 319 والعمري الاجتهاد الرسالة ط 3، 1986م ص. 222

* **اشتراط الاجتهاد في القاضي** اختلفوا على قولين: **الأول** الحنابلة والشافعية وابن حزم هو شرط و**الثاني** جمهور المالكية والحنفية هو شرط كمال.[1]

دليل من اشترطه قوله **"فَرُدّوهُ إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ"** (النساء 59) ولا يردّ إليهما إلا مجتهد، أجيب: المقيّد يعود إلى الأئمة الذين عادوا إلى الوحي، وقوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالحَقّ"** (ص 26) ولا يعرف الحقّ إلا مجتهد، أجيب المنتسب يعرفه باعتماده على أهله، وقوله **"وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ"** (المائدة 49) ولا يعرفه إلا مجتهد، أجيب المنتسب يعرفه بإتباع المجتهد، وقوله **"لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ"** (النساء 105) قيّد الحكم بما أراه ولا يتسنى إلا لمجتهد، أجيب المنتسب يعلمه بإتباعه للمجتهد، وقوله **"لَعَلِمَهُ الذّينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُم"** (النساء 83) جوابه: هي في صف المجيزين؛ لأنها أمرت بالرجوع إليهم وهو عين ما يفعله المنتسب، وحديث "القضاة ثلاثة"، فيه اشتراط العلم بالحق لجواز القضاء، أجيب: المتبع لغيره من الأئمة يوصف بأنه عالم بالحقّ، والقضاء فيه إفتاء وإلزام فيشترط فيه الاجتهاد بطريق الأولى، أجيب: الفتوى يجوز فيها التقيّد عند الأكثر، والإلزام سببه الفصل في النزاع،[2] واحتج من قال بالجواز بقوله **"فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"** (النحل 43) فيها جواز رجوع طالب الحق إلى أهل العلم للاستفسار والقاضي منهم، وبقوله **"لَعَلِمَهُ الذّينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُم"** (النساء 83) أجازت الرجوع إلى أهل الاستنباط فيما أُشكل،[3] ولحديث علي: "أنفذني النبيّ إلى اليمن وأنا حديث السنّ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ" يدلّ على الجواز لغير مجتهد لأنّه كان صغيرا باعترافه، وبحديث: "أَقْبَلْتُ أَنَا وَأَخِي وَإِذَا مَشْيَخَةٌ مِنْ الصَحَابَةِ عَلَى بَابٍ مِنْ أَبْوَابِهِ فَجَلَسْنَا حَجْرَة إِذْ ذَكَرُوا آيَةً مِنَ الْقُرْآنِ فَتَمَارَوْا فِيهَا، فَخَرَجَ النبيّ مُغْضَبًا ... يَقُولُ: "مَهْلًا بِهَذَا أُهْلِكَتِ الْأُمَمُ مَنْ قَبْلِكُمْ بِاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ ... فَمَا عَرَفْتُمْ مِنْهُ فَاعْمَلُوا بِهِ **وَمَا جَهِلْتُمْ مِنْهُ فردوه إِلَى عالمه**"،[4] فيه جواز الرجوع إلى أهل العلم في القضاء، وبحديث: "نَزَلَ الْقُرْآنُ عَلَى سَبْعَةِ أَحْرُفٍ الْمِرَاءُ فِي الْقُرْآنِ كُفْرٌ فَمَا عَرَفْتُمْ مِنْهُ فَاعْمَلُوا وَمَا جَهِلْتُمْ مِنْهُ فَرُدُّوهُ إِلَى عَالِمِه"،[5] ولأنّ الفصل في الخصومة هو مقصود القضاء فلو شرطنا الاجتهاد لتعذّر وجوده وتعطّلت المصالح، والقضاء يُقاس على الشهادة التي تحفظ الحقوق ولم يُشترط فيها اجتهاد، ويقوي ما سبق جواز تجزئة الاجتهاد.[6]

---

[1] الكاساني البدائع 3/7 وحاشية الدسوقي 129/4 والبلدحي الاختيار 83/2 وابن قدامة المغني 33/10 والسروجي أدب القاضي ص.541 وطراد الشريف الاستقلالية ص.49 وابن أبي الدم أدب القاضي 203/1 وحمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص.89 وزيدان نظام القضاء ص.248 والحميضي القضاء ص. 129 وابن فرحون التبصرة 26/1 وخلاف السياسة ص. 48

[2] نفس المراجع السابقة

[3] قال ابن جريج: "أهل الاستنباط هم أهل الدين والعقل" ينظر: تفسير الطبري ج. 8 ص. 578

[4] رواه أحمد برقم 6702 ينظر: تفسير ابن كثير ج. 2 ص. 365

[5] رواه أحمد برقم 7989 وسنده صحيح

[6] تجزئة الاجتهاد أن يتمكن من استخراج حكم مسألة معينة يحيط بها دون غيرها، أو تأهيل كامل للاجتهاد في مسألة معينة، أجازه الغزالي وابن دقيق العيد والسيوطي وابن تيمية وابن القيم والرازي والرافعي، ومنعه أبو حنيفة وبعض الشافعية والشوكاني وخلّاف، فقد يكون أصل المسألة في باب آخر، وقيل يجوز في المواريث

الترجيح الظاهر ترجيح عدم الاشتراط لما فيه من تفويت مصالح القضاء لانعدام الوصف في قضاة اليوم، قَالَ الْمَازِرِيُّ (536): "الْمَنْعُ مِنْ وِلَايَةِ الْمُقَلِّدِ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الزَّمَانِ تَعْطِيلٌ لِلْأَحْكَامِ وَإِيقَاعٌ فِي الفِتَنِ"،[1] قال ابن القيم: "إذَا لَمْ يَجِدْ السُّلْطَانُ مَنْ يُوَلِّيهِ إلَّا قَاضِيًا عَارِيًّا مِنْ الشُّرُوطِ لَمْ يُعَطِّلْ الْبَلَدَ وَوَلَّى الْأَمْثَلَ".[2]

* **شروط الاجتهاد المطلق في القاضي عند من يشترطه:** معرفة معاني آيات الأحكام وسبب نزولها وأحاديثها وأسباب ورودها، ومواطن الإجماع والخلاف والقياس وأصول الفقه والناسخ والمنسوخ وحال الرواة، ولسان العرب والمقاصد والتكليف والعدالة وأحوال الناس،[3] قال الشاطبي: "إنَّمَا تَحْصُلُ دَرَجَةُ الاجتهاد لِمَنِ اتَّصَفَ بِوَصْفَيْنِ: فَهْمُ مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ والتمكّن مِنَ الإِسْتِنْبَاطِ"،[4] وقال ابن السبكي: "هو مَنْ هَذِهِ الْعُلُومُ مَلَكَةٌ لَهُ وَأَحَاطَ بِمُعْظَمِ قَوَاعِدِ الشَّرْعِ، وَمَارَسَهَا بِحَيْثُ اكْتَسَبَ قُوَّةً يَفْهَمُ بِهَا مَقْصُودَ الشَّارِعِ"،[5] وقال الجويني: "يكون عَالما بطرق الأدلة ووجوهها الَّتِي مِنْهَا تدل وَالْفرق بَين عقليها وسمعيها، وعَالما بقضايا الْخطاب مَا يحْتَمل مِنْهُ وَمَا لَا يحْتَمل ووجوه الِاحْتِمَال وَالْخُصُوص والعموم والمجمل والمفسر والصريح والفحوى، وَالْجُمْلَة الجامعة كَمَا فَرْضه القَاضِي من هَذَا الْقَبِيل أن يكون عَالما بأصول الْفِقْه"،[6] ومذهب الإمامية اشتراط مقدمات ستة لتحصيل المطلق: علم الكلام وأصول الفقه والنحو والتصريف واللغة وشرائط الأدلة والأصول الأربعة: الكتاب والسنة والإجماع ودليل العقل.[7]

<u>الفرع الثاني: درجات اجتهاد القاضي المعاصر</u>

ذكر فقهاء القانون ما يجب توفّره في القاضي من شروط الاجتهاد، بأن يكون على معرفة قانونية واسعة، يتحصل عليها بممارسة القضاء في مختلف الغرف مدة طويلة لتتم له المَلَكة، وأن يتّبع طريقةً وإجراءً معيّنا أثناء اجتهاده؛ فإذا لم يجد نصا اتبع المبادئ وروح النص وقصد المشرّع، وأن يتعلّم كيفية تفسير الألفاظ والمصطلحات، مسترشدا بما سبق من الاجتهاد مراعيا للعُرف المجتمعي والقانوني، ولأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ فلن يتمكن من الحكم بالحقّ إذا لم يتصوّر المنازعة تصوّرا سليما صحيحا، بالتريث ومشاورة أهل الاختصاص في الفن الذي وقعت فيه الخصومة فهو يحاكم المجرم لا الجريمة، فلو ارتكب شخصان جريمة متشابهة فإن عقوبة أحدهما قد تختلف عن الآخر، يتوقف ذلك على الظروف

والراجح الجواز، بن صغير الاجتهاد ص. 105 وحمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 66 والقرضاوي الاجتهاد طبعة دار القلم الكويت ط 1، 1996م ص. 59

[1] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 26

[2] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 4 ص. 151

[3] حمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 58 والقرضاوي الاجتهاد في الشريعة الاسلامية ص. 17

[4] الشاطبي الموافقات ج. 5 ص. 41

[5] حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للسبكي ج. 2 ص. 424

[6] الجويني الاجتهاد من كتاب التلخيص ت عبد الحميد أبو زنيد دار القلم ط 1، 1408 ه ص. 127

[7] يحي محمد الاجتهاد والتقليد والاتباع والنظر طبعة الانتشار العربي ط 1، سنة 2000م ص. 42

والوقائع، وجهله بعلم النفس كجهل الطبيب بوظائف الأعضاء، واقتصاره على دراسة القانون كاقتصار الطبيب على حفظ اسم كل دواء، وما يصلح من علاج الداء دون النظر إلى تحمّل كلّ مريض وحساسيته للدواء، وعليه الإلمام بنصوص القانون في مجال قضائه بشروحها وتفسيرها ومناهجها ومدارسها، والإلمام بأحكام الشريعة ومعرفة مصادر الأخذ منها وطرق الاستفادة بها، وأن يكون منخرطا في الواقع الإنساني ملمّا بالأمارات المحيطة بقضية النزاع، عارفا بأصول العلوم الإنسانية كعلم النفس والاجتماع والاقتصاد والمالية والسياسة، ولا يُطلب منه التبحر فيها بل الإلمام بأصولها وحواشيها مع الاستعانة بالخبراء عند الحاجة، وأنْ يكون ملتزما بالمؤهلات الذاتية أو الإيمانية، وتعني عندنا أن يؤمن بالله واليوم الآخر، وأنه محاسب على عدله وجوره، وبالمؤهلات السلوكية بالاستقامة في سلوكه، والمؤهلات المكتسبة بامتلاكه لمستوى علمي راقي بدراسات نظرية معمقة من المعاهد القضائية المتخصصة، والتجربة الميدانية والممارسة اليومية.[1]

*** اجتهاد قاضي القضاة والمحاكم العليا**

القصد من تنصيب القضاء إقامة العدل لقوله **"وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ اللَّهُ"** **(الشورى 15)**، ويُعتبر التقاضي على درجات وتنصيب القضاء العالي من أهم آلياته، لأن القضاء العالي يُراقب حسن سير القضاء، ويتابع تعيين القضاة وعزلهم ويحرص على تطبيق صحيح القانون، وقد عرف المسلمون مبدأ الرجوع إلى القضاء العالي منذ فترة النبوة، عَنْ نِمْرَانَ بْنِ جَارِيَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا فَارْتَفَعُوا إِلَى النَّبِيِّ؛ فَبَعَثَ مَعَهُمْ حُذَيْفَةَ فَقَضَى بِهِ لِلَّذِينَ يَلِيهِمُ الْقُمُطُ فَرَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ فَأَجَازَهُ،[2] فيه رجوع القاضي الأدنى إلى الأعلى؛ لأن النبي كان صاحب الحقّ في إبرام الحكم أو نقضه، وهو المرجع الأعلى للسلطة القضائية،[3] وفي حديث قضاء عليّ في زُبْية الأسد: "أَقْضِي بَيْنَكُمْ قَضَاءً إِنْ رَضِيتُمْ فَهُوَ الْقَضَاءُ، وَإِلا حَجَزَ بَعْضُكُمْ عَنْ بَعْضٍ حَتَّى تَأْتُوا النَّبِيَّ فَيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَقْضِي بَيْنَكُمْ"،[4] ونشأ بعد عصر النبوة منصب قاضي القضاة منذ بدايات الخلافة العباسية، وأوّل من تقلّده أبو يوسف،[5] مهمته مراجعة القضايا التي يحكم فيها القضاة، وتعيينهم وعزلهم ومراقبتهم والسهر على حسن تطبيق أحكام الشرع، وبعد تطوّر المنظومة القضائية أصبح وجود المحاكم العليا من المسلمات، ويُقسّم الحكم القضائي من حيث قابليته للطعن إلى ابتدائي يصدر من محكمة درجة أولى، ونهائي لا يُقبل الطعن فيه بالاستئناف، وحائز قوة الشيء المقضي به لا يقبل

---

[1] الزلمي معين القضاة ص. 15 والحميضي القضاء ص. 91 وزيدان نظام القضاء ص 275 وتناح أثر الواقع في تنزيل الأحكام ماجستير وهران سنة 2013م ص. 32 وحبار الاجتهاد القضائي ص. 10

[2] رواه ابن سعد في الطبقات الكبرى ج. 6 ص. 78

[3] ظافر القاسمي نظام الحكم في الإسلام ج. 2 ص. 97

[4] رواه أحمد برقم 573 وإسناده ليّن

[5] منع قوم إطلاق "قاضي القضاة" لحديث: "أَغْيَظُ رَجُلٍ عَلَى اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَخْبَثُهُ رَجُلٌ كَانَ تَسَمَّى مَلِكَ الْأَمْلَاكِ لَا مَلِكَ إِلَّا اللَّهُ" البخاري 6205 ومسلم 2143 والراجح جوازه لأن النبي قال "أَقْضَاكُمْ عَلِيٌّ"، وَقَاضِي الْقُضَاةِ أَيْ فِي زَمَنِهِ وَبَلَدِهِ.

الطعن بالطرق العادية، التي هي إما معارضة أو استئناف، أما غير العادية فالتماس إعادة النظر أو النقض أمام المحكمة العليا، و حكمٌ باتٌّ لا يقبل الطعن لا بالطرق العادية ولا بالطرق غير العادية، وهو الأقوى يصدر عن المحكمة العليا، والمستقر عليه أنّ المحكمة العليا محكمة قانون لا موضوع، تسهر على حسن تطبيقه وتفصل في الحكم لا في الخصومة، ومهمة الاستئناف ممارسة الرقابة على قاضي الموضوع في الابتدائية باعتبارها درجة ثانية، ونفس الرقابة تمارسها المحكمة العليا على المحاكم الدنيا، ورُغم أنّ الحكم الصادر عن قاضي الموضوع له حجية الأمر المقضي به دفعا لاستمرار التنازع؛ إلا أنّ المضرور يملك حقّ الرجوع إلى محكمة الاستئناف أو الطعن بالنقض، فيكون الاستئناف والنقض هما صورة الرقابة القضائية المعاصرة، يُفرّق بينهما بأن محكمة الاستئناف تعيد النظر في الموضوع كلية كأنه طُرح أول مرة، أما العليا فتنظر في مطابقة القانون فقط، وأدقّ ما يواجهها التفريق بين ما يُعتبر من القانون وما يُعتبر من الوقائع، والقانون كلّ ما يُعتبر قاعدة قانونية سواء كان نصا أم مصدرا رسميا أم احتياطيا كالعرف أو مبادئ الإسلام، والمحاكم الدنيا غير ملزمة ظاهرا بتطبيق الاجتهاد العالي إلا في القضية التي ورد فيها النقض، لكن القضايا التي استقر عليها العمل تُسمى "الأحكام المبادئ" غالبا ما يعتمدها القضاة في أحكامهم لأنهم قد يتعرضون للنقض حال المخالفة، وبهذا يتحقّق توحيد واستقرار القضاء، وتختلف المنظومات القضائية في اعتبار درجة العليا، فبعض النظم لا تعتبرها درجة ثالثة من التقاضي لأنها تفصل في الحكم لا الخصومة مثل الجزائر وفرنسا ومصر، واعتبرتها أخرى درجة ثالثة أو أخيرة تفصل في الوقائع والقانون معا مثل بريطانيا وأمريكا، والمسائل المسكوت عنها تجتهد فيها العليا بالمبادئ العامة أو بترجيح رأي فقهي على آخر طلبا لاستقرار الاجتهاد، وهو ما يتمّ تمريره غالبا كقانون من المشرع.[1]

ورغم أنه يُرخّص لقضاة الموضوع في الدرجات الدنيا الرجوع إلى الاحتياط إذا انعدم النص، إلا أنّهم قلّ ما يفعلون نظرا لضعف ملكتهم الفقهية وجرأتهم الذهنية، بخلاف قضاة العليا الذين يملكون جرأة أكبر، غير أن تبريراتهم غالبا ما تكون سطحية وناقلة للفتوى ليس إلا، ففي قرار للعليا الجزائرية تاريخ 1984/9/24م: "يقول ابن أبي زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل" هو نقل مبسط لما في المتون، وفي آخر 1989/11/19م: "متى كان من المقرر في أحكام الشريعة أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق على زوجها وفقا لما عليه الفقيه ابن عصام"، استعان القضاة بفتوى صادرة عن فقيه غير مشهور ولم يبسطوا البحث، ولا يمكن اعتبار ذلك من الاجتهاد إلا تجوّزا، أو من جانب أن قراراتها لا تقبل النقض وتعتبر أعلى سلطة في القضاء، لأنّ اجتهاد القاضي بالاستقلال يُصيّر حكمه إنشائيا، واجتهاده بالترجيح

[1] بن الصغير الاجتهاد ص. 240 والداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 92 وحسين منصور المدخل ص. 254

داخل المذهب يصيره انتقائيا، أما إذا قلّد مفتيا في المذهب فيكون اجتهاده ناقلا للفتوى، ولا يمكن اعتبار الأخير اجتهادا إلا تجوّزا رغم أنه الغالب على الاجتهادات العليا العربية، واستقرار الاجتهاد وعدم التراجع عنه ليس مقصدا لذاته، وإنما الغرض توحيده في البلاد لضمان اتباع المحاكم الدنيا، وللأسف فإنّ اجتهاد العليا بالجزائر ليس مضبوطا ولا متسقا؛ فقد أصدرت أحكاما مختلفة في قضايا مماثلة، كما وقع لعمال طُردوا من عملهم بنفس المؤسسة ونفس الظروف، فقاموا متفرقين برفع دعاوي أمام القسم الاجتماعي بالمحكمة المختصة التي أصدرت أحكاما مختلفة بتعويضات للعمال، وتنوّعت قرارات الاستئناف فتم تأييد بعضها وإلغاء أخرى، وبعد الطعن أصدرت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا قرارات على نوعين: نوع تم فيه رفض الطعن بقرار 1992/9/30م **تحت رقم 88866 و88867** غير منشور، وآخر ألغي الحكم المستأنف بتاريخ 1994/11/22م تحت رقم 110978 غير منشور، وعليه تتحمّل المحكمة العليا قدرا من مسؤولية الخلل في توحيد الاجتهاد واختلاف الأحكام القضائية؛ ما يجعل المحاكم الدنيا غير ملتزمة بالمبادئ العامة، علما أنّ القرار الصادر من اجتماع الغرف في المحكمة العليا يكون بمثابة القاعدة القانونية الملزمة كقرار 1997/2/18م رقم 156136 في الشكلية المطلوبة في عملية بيع المحل التجاري هل هي ركن أم مجرد إجراء؟ فقد كانت الأحكام قبل صدوره مختلفة لكنها توحدت بعده، وهناك مشكلة نشر القرارات حيث أصّر "شارل أوغستان" **مستشار لدى النقض الفرنسية بداية القرن 19م** على أهمية نشرها؛ لأنها ليست ملكية للهيئة التي أصدرتها ولا للمتقاضين وإنما للدولة، وفي نشرها ضمانٌ للمتقاضين وإعلامٌ للمواطنين ومنح الشرعية للاجتهاد، وتحفيز مراقبة الرأي العام للشأن القضائي، وذلك مدعاة للجدية والتقدير والطمأنينة واحترام القضاء.[1]

* **نقض اجتهاد القاضي** حكم القاضي قاطع للنزاع، إلا أنه بشرٌ قد يخطئ أو يخالف المقطوع فإذا فعل هل يُنقض حكمه؟ اتفقوا أنه لا ينقض اجتهاده السابق أو اجتهاد من سبقه؛ لحفظ مصالح الناس وعدم اهتزاز الثقة بالقضاء، وإلا عَمّ الفساد فيصبح كل من كره حكما ذهب إلى قاض آخر لنقض الأول، واتفقوا أن الحكم المخالف للقواطع يجب نقضه، لحديث: "من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد"،[2] وكان عمرُ يُفاضل بين الأصابع في الدية لتفاوت منافعها فلما رُوي له خبر التسوية بينها نقضه،[3] وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن ردّ عبداً بعيب أنه يرد خراجه، فأُخبر بأن النبيّ قضى أن الخراج بالضمان فرجع،[4] أما إذا خالف رأي غيره فلا

---

[1] بوبشير تغيير الاجتهاد بين النص والتطبيق مجلة جامعة معمري ص. 3 وعفيفي السلطة القضائية ص. 38 وحبار محاضرات الاجتهاد ص. 13 وص. 24 وبن الصغير الاجتهاد ص. 274

[2] رواه البخاري باب إذا اصطلحوا على صلح جور برقم 2697 ومسلم باب نقض الأحكام الباطلة برقم 1718

[3] الخطابي معالم السنن المطبعة العلمية حلب 1932م ج. 4 ص. 28

[4] رواه الشافعي في مسنده طبعة دار الكتب العلمية بيروت 1400 ه ص. 243

يُنقض[1] فقد لقيَ عُمَرُ رَجُلًا فَقَالَ مَا صَنَعْت؟ قَالَ قَضَى عَلِيٌّ وَزَيْدٌ بِكَذَا قَالَ: لَوْ كُنْت أَنَا لَقَضَيْت بِكَذَا قَالَ فَمَا مَنَعَك؟ قَالَ لَوْ كُنْت أَرُدُّك إلَى كِتَابِ اللَّهِ أَوْ سُنَّة لَفَعَلْت وَلَكِنِّي أَرُدُّك إلَى رَأْيٍ وَهو مُشْتَرَكٌ"،[2] ولحديث "إذا اجتهد الحاكم"، وحديث "لا يقضين أحد في قضاء بقضاءين"،[3] ثم اختلفوا في الأعلى إذا رأى حكم الأدنى خطأ هل ينقضه؟ الجمهور على الجواز، ومذهب أبي حنيفة المنع إلا بمخالفة القواطع،[4] فقد قضى عمرُ في ميراث ثم رُفع الأمر إلى الخليفة عبد الملك فقضى بقضائه،[5] ومذهب الجمهور أرجح.

* **تغيّر اجتهاد القاضي** قد تُعرض على القاضي قضية تشبه أخرى سبق له القضاء فيها، فهل يجوز له تغيير حكمه بناء على تغيّر قناعته؟ قال مطرف وابن الماجشون يجوز وهو ظاهر قول مالك، وقال ابن عبد الحكم: لا ينقضه سواء كان في مال أو غيره لحديث أبي بكرة: "لَا يَقْضِيَنَّ أَحَدٌ فِي قَضَاءٍ بِقَضَاءَيْنِ"، وقال أشهب: إن كان في مال جاز أما النكاح أو الفسخ فلا،[6] والظاهر الجواز لما استأنف ولا يغيّر قضاءً سابقا.

المطلب الرابع: استقلالية القضاء والرقابة عليه

بين يدي المطلب: الاستقلال لغة الارتفاع، يُقال استقلّ الطائر إذا ارتفع في السماء واستقل بأمره إذا انفرد بتدبيره ولم يتحكم فيه أحد، واستقلَّ النَّبَاتُ أَنافَ واستقلَّ الْقَوْمُ ذَهَبُوا وَاحْتَمَلُوا سارِين وَارْتَحَلُوا،[7] وتُعتبر استقلالية القضاء أهم ركيزة يستند عليها ليكون أساسا للعدل، لأنّه بدونها ليس سوى أداة في يد الظلم، فيه فرعان: الاستقلالية في الإسلام و استقلاليته في عصرنا.

الفرع الأول: استقلالية القضاء في الإسلام

استُخرج من حديث معاذ حين أرسل إلى اليمن قاضيا وسئل بما تقضي؟ قال: "أجتهد رأيي ولا آلو"؛ ما يدل على استقلال القاضي في الإسلام؛ لأنه إذا لم يجد نصا في الكتاب والسنة اجتهد رأيه ولا يعود لأحد وفي ذلك ذروة الاستقلالية، وقيل أنّ عمر بن الخطاب من أوائل من أسس لاستقلال القاضي عمليا، حين كتب إلَى شريح: إذا جاءك أمر فاقض في كتاب الله وقضاء النَّبِيّ، فإذا أتاك ما ليس فيهما فما قضى به أئمة العدل، وإن لم تجد فأنت بالخيار إن شئت أن تجتهد رأيك وإن شئت

---

[1] الشافعي الأم 220/6 واللخمي التبصرة ت نجيب الأوقاف قطر ط1، 2011م 5357/11 والكاساني البدائع 6/7 وابن قدامة المغني 51/10 وابن فرحون التبصرة 78/1 والآمدي الإحكام 245/4 وشلبي التشريع والقضاء ص. 145 وزيدان القضاء ص.267 وآل شراب الاجتهاد ص.115 ومصطفى الخن والبغا والشربجي الفقه المنهجي دار القلم ط 4، 1992م 194/8

[2] ابن القيم الإعلام 52/1 وابن شبة تاريخ المدينة تح فهيم شلتوت ط جدة 1399ه 693/2 وابن عبد البر الجامع 853/2

[3] رواه النسائي رقم 5421 وصححه الألباني في الإرواء ج. 8 ص. 253

[4] ابن القاص أدب القاضي ج. 1 ص. 372

[5] مصنف ابن أبي شيبة برقم 31518

[6] القيرواني النَّوادر والزّيادات دار الغرب الاسلامي بيروت ط 1، 1999م 97/8

[7] ابن منظور لسان العرب ج. 11 ص. 566

تؤامرني، ولا أرى في مؤامرتك إياي إلَّا أسلم لك"،[1] حيث اكتست الاستقلالية منذ صدر الإسلام أهمية قصوى حين امتنع الأئمة عن تولي منصب القضاء خشية انعدامها، ورُويت لنا نماذج عظيمة لتصدي القضاة لكل من تُسوّل له نفسه التدخل في أحكامهم، قال أشهب: "من واجبات القاضي أن يكون مستخفاً بتوسّطات الولاة في النوازل وشفاعتهم فيها، وفي إنفاذ الحقّ عليهم وعلى ذويهم وليس المراد بذلك أن يكون مستخفاً بحقوق الأئمة في تقرير الطاعة العامة"،[2] وبعد مرحلة الانحطاط أصبح القضاة ألعوبة بيد الحكام وصار منصب القضاء يُباع ويُشترى، وذُكرت مبادئ لا يُمكن بدونها وصف القضاء بأنّه مستقل، كالحياد والتخصص والتمكن، وألا يحتكم القاضي إلا إلى رأيه واجتهاده وضميره، وأن يتحصّن بالحماية الدستورية والجزائية والشعبية والإدارية والإيمانية، وأن يكون منصفا أثناء الاجتهاد في الحكم بموضوعية، فالحياد معناه عدم الانحياز لأحد طرفي النزاع فيكون بعيدا عن التحيّز والمحاباة لفريق دون آخر، مطبقا للقانون على الجميع على حدّ سواء بعيدا عن التأثر بالسياسة أو المحسوبية، لقوله "**وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالعَدْلِ**"، (النساء 58) وقوله "**يَا أَيّهَا الذّينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالقِسْطِ شُهدَاءَ للهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُم أَوْ الوَالِدَينِ وَالأَقْرَبِينَ**"، (النساء 135) وقد سرقت المخزومية فأراد أسامة أن يشفع لها فقال النبيُّ: "أَهْلَكَ من قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ وَإِذَا سَرَقَ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا"،[3] أما التخصص والتمكن فمعناهما أنْ يكون القاضي عالما متخصصا متمكنا في مجال قضائه، متأهلا علميا وخُلُقيا لضمان الحياد ورقيّ الاجتهاد، وقد يُقصد به حصر ولاية فض النزاع على رجال متفرغين لهذا العمل، وأن يكون لديهم ما يؤهلهم، يقويه حديث القضاة ثلاثة: فيه أن الناجي هو العالم العادل بقوله: "رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ"، وقال معْمَر: "بعث عُمَر بْن عَبْد الحميد إِلَى رجل يستعمله على القضاء؛ فدخل على ابن شُبْرُمَةَ فجعل يُعظم له القضاء، فَقَالَ: "أي شيء أهون منه"، قال ابن شبرمة: "ما تقول في رجل ضرب شاة حاملاً حتى ألقت ما في بطنها؟ فلم يدر ما يقول، فَقَال: "اذهب إِلَى أهلك"، وسئل فقال: "تُقوّم حاملاً وغير حامل ويُغرم ما بينهما"،[4] وعلى القاضي أن يكون حرّا في رأيه دون تسلّط أو خوف أو إغراء، وألا يهتم بكائن من كان لحديث معاذ "أجتهد رأيي لا آلو"،[5] ثمّ تأتي الحماية الدستورية عن طريق صياغة مبدأ استقلال القضاء في دستور الأمة، الذي هو أسمى أنواع القوانين ليكون مرجعا عاما لكلّ تشريع مستقبلي، وفي القرآن والسنة نصوص دالة على وجوب طاعة أولي الأمر في المعروف كقوله "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا**

---

[1] وكيع أخبار القضاة ج. 2 ص. 189 وظافر القاسمي نظام الحكم ج. 2 ص. 187
[2] ابن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية تح الحبيب بن الخوجة وزارة الأوقاف قطر 2004م 497/2
[3] رواه البخاري باب حديث الغار برقم 3475 ومسلم باب قطع السارق الشريف برقم 1688
[4] وكيع أخبار القضاة ج.3 ص.127 وطراد الشريف استقلالية القضاء ص.15
[5] رواه أحمد برقم 22007 والترمذي برقم 1327 وأبو داود برقم 3592 وسبق تحقيقه

اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ" (النساء 59)، وحديث: "اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنِ اسْتُعْمِلَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ كَأَنَّ رَأْسَهُ زَبِيبَةٌ"،[1] وحديث: "مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا فَكَرِهَهُ فَلْيَصْبِرْ فَإِنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ يُفَارِقُ الجَمَاعَةَ شِبْرًا فَيَمُوتُ إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً"،[2] وحديث: "السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى المَرْءِ المُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ سَمْعَ وَلاَ طَاعَةَ"،[3] والصياغة في الدستور لا تكفي إلا أن يُكرّس الاستقلال واقعا؛ فالقضاء في دستور فرنسا يُسمّى هيئة وهو مستقلن وفي الجزائري يطلق عليه السلطة المستقلة ونُصّ عليه سنة 1996م من المواد 138 إلى 158 أي 20 مادة وهو غير مستقل، والحماية الجزائية تعني فرض عقوبات صارمة على كلّ من تُسوّل له نفسه التدخل في عمل القاضي بغرض التأثير عليه، وتعني الحماية الشعبية وقوف الأمة في وجه من يحاول المساس باستقلال القاضي كما وقع لسلطان العلماء العزّ بن عبد السلام،[4] والحماية الإيمانية بتمتّع القاضي بالضمير المهني والإيمان بقدسية عمله وأهميته ومراقبة الله، والحماية الإدارية تضمن له التعيين والتحويل والمراقبة وتوفير الرزق وكلّ ما يمكن التأثير عليه بها، وكان اعتماد قضاة الإسلام عبر التاريخ على إيمانهم لمنع تدخل السلطة والوجهاء، ويستعمل القضاء المعاصر آليات تجعل استقلال القاضي أمرا واقعيا وعمليا وليس شعارا معلقا على الذقون، أما الموضوعية فهي الاحتكام أثناء النظر في النزاع إلى القانون والأدلة والحيثيات، في الحديث: "مَنِ ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ النَّاسِ فَلَا يَرْفَعَنَّ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُ عَلَى الْآخَرِ"،[5] وفي المادة 10 إعلان عالمي: "كل إنسان على قدم المساواة له الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة نظرا منصفا ومحايدا للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة توجه إليه".[6]

الفرع الثاني: الاستقلالية في النظام القضائي المعاصر

كان لليونانيين بعض اهتمام باستقلال القضاء؛ فقد تحدّث أفلاطون وأرسطو عن هيئات الدولة كمجلس السيادة المكوّن من عشرة أعضاء المتحكّم في شؤون الدولة، وجمعية الحكماء التي تتولّى حماية الدستور، ومجلس الشيوخ المنتخب الذي يتولى تشريع القوانين والهيئة القضائية التي تفصل في النزاعات وهيئة البوليس، ويُعتبر الفقيه "مونتيسكيو" في كتابه "روح القوانين" أول من قام بتأصيل استقلالية القضاء والسلطة القضائية في التنظيم الغربي، ومن أوائل المنادين بانفصال السلطات

---

[1] رواه البخاري باب السمع والطاعة للإمام برقم 7142

[2] رواه البخاري باب السمع والطاعة للإمام برقم 7143

[3] رواه البخاري باب السمع والطاعة للإمام برقم 7144 ومسلم باب وجوب طاعة الأمراء برقم 1839

[4] أفتى برقّ بعض الأمراء منهم نائب السلطنة، فلا يصح بيعهم فضيقوا عليه فخرج من مصر ولحقه المسلمون واسترضاه السلطان حتى باعهم الواحد تلو الآخر كل منهم يتشري نفسه وغالى في ثمنهم وصرفها في الصالح العام ولم يقع مثله في التاريخ، السبكي طبقات الشافعية ت الطناحي ط هجر ط 2، 1413 216/8

[5] رواه الدارقطني في سننه عن أم سلمة برقم 4467

[6] صيام الاستقلال ص. 80 وبن الصغير الاجتهاد ص. 150 وطراد الاستقلالية ص. 8 وبوبشير التنظيم ص. 46 والبياتي النظام السياسي ص. 290 وشيخي الاستقلال الوظيفي للقضاة ماجستير تيزي وزو 2011 ص. 10 وإيناس البهجي والمصري تنازع القوانين الإصدارات القانونية ط 1، 2013م ص. 223

بأن تكون لكل سلطة دورها في تسيير الدولة، فقد منح للسلطة التشريعية سن القوانين الجديدة، وجعل دور التنفيذية تنفيذ القانون وتطبيقه، ودور السلطة القضائية تفسير القانون وتطبيقه في الميدان، وكان قبله "جون لوك" قد أهمل في كتابه "الحكومة المدنية" ذكر السلطة القضائية كليّة، وحاول بعده "بودان" جعلها وظيفة مستقلة عن التنفيذ، حتى وصل الأمر إلى "مونتيسكيو"فقسّم السلطات إلى ثلاث فحصل له السبق العلمي في أوروبا، وتعني استقلالية القضاء في الاصطلاح القانوني ألا يخضع القاضي أثناء ممارسته للاجتهاد القضائي لسلطان أي جهة كانت، سوى الرجوع إلى القانون والضمير المهني والنظر في الأدلة والإثبات، يتسنّى له ذلك بأمرين: أن تكون السلطة القضائية مستقلة في قانون الدولة، وأن يكون هو مستقلا أثناء ممارسة مهامه في رزقه بعيدا عن الترغيب والترهيب مضبوطا في تعيينه وعزله، ويجب أن تقوم المحاكم بعملها المقدس مستقلة عن سائر الهيئات الحكومية، ليس لأي سلطة ولو كانت التنفيذية الحقّ في أنْ تمليَ على القاضي ما يحكم به، فيكون القضاء أحد السلطات الثلاث إلى جنب التنفيذية والتشريعية لا مجرد وظيفة يعينها الحاكم، ويؤدي القاضي عمله بعيدا عن ضغط التعيين والنقل والعزل والابتزاز وسلطة القضاء عند التنازع حاكمة على الباقي.[1]

وقد اعتنى الفقهاء بإبراز الفرق بين استقلالية السلطة القضائية كهيئة مستقلة عن الجهاز التنفيذي والمرفق التشريعي، وبين استقلال القاضي أثناء ممارسة عمله؛ لأنّ الأول لا يعني بالضرورة الثاني، فقد تكون هناك هيئة قضائية مستقلة لكن القاضي ليس مستقلا أثناء ممارسة مهنته، لغلبة المراقبة الموضوعية والشكلية على عمله ما يحول دون اجتهاده على وجه مستقل، لأنّ استقلاله ركيزة أساسية في مبادئ الحقوق الأساسية للإنسان وعلى رأسها حق التقاضي، وحق الحصول على محاكمة عادلة لا يطبق فيها على الفرد إلا القانون العام المطبق على الجميع، في المادة 1/6 معاهدة أوروبية لحقوق الإنسان: "لكل إنسان الحق في أن تسمع قضيته بصفة عادلة عمومية علنية وفي الآجال المعقولة بواسطة محكمة **مستقلة** ومحايدة"، وقد عيّن رئيس الجمهورية الجزائري لجنة لإصلاح العدالة فتوصّلت إلى توصيات لا يمكن بدونها الحديث عن إصلاح، كمساواة المواطنين أمام القضاء وتيسير اللجوء إلى مرفق القضاء وتوفير شروط المحاكمة العادلة، وتكريس حق الدفاع للجميع والوجاهية في العمل القضائي، واستعمال طرق الطعن والفصل في القضايا في آجال معقولة وضمان حياد القاضي، وسماع الإثباتات بمحضر من الخصوم والسماح لهم بمناقشتها والرد عليها، وتعدد درجات التقاضي بالسماح بنقض الحكم من المحكوم عليه إذا أحس بالظلم عن طريق رفع المنازعة إلى درجة أعلى المعروف بقضاء المظالم وعدم التأثير على القضاة، ومن ضمانات الاستقلالية عدم تدخل الحاكم إلا

[1] دنيس فكرة القانون ص. 236 وإسعدي بين استقلالية السلطة القضائية والقضاء ماجستير الجزائر 1 2011 ص. 9 والبهجي والمصري تنازع القوانين ص. 216 وبوبشير التنظيم القضائي ص. 46 وبن الصغير الاجتهاد ص. 148 وصيام استقلال القاضي ص. 79

من جهة المحكمة العليا ومراقبة القانون، وأن تكون من صلاحيات القاضي الحكم على الجميع دون استثناء وأن تؤمنّ له حاجاته البشرية من نفقة ومؤونة كي لا تُستغل للضغط عليه، ويكون تعيينه وعزله منوطا بمجلس القضاء العالي دون هوى السلطان، وأن يرتبط عزله بالإخلال بشروط القضاء.[1]

* **أثر تعيين القاضي وعزله على استقلاليته:** تختلف طرق التعيين من نظام قضائيّ لآخر، فقد اختارت النظم الأنجلوسكسونية طريقة الانتخاب المباشر من الأمة مثل انتخاب النواب، انتقدت بكونها تؤدي بالقاضي إلى أنْ يصير أقرب إلى رجل السياسة فتنتشر الرداءة بين القضاة، لهذا حصرت دولٌ الانتخاب بين القضاة لكن السلبيات بقيت على درجتها، فلجأت أخرى إلى طريقة التعيين عن طريق البرلمان، وعيبها أنها تجعل العمل القضائي في قبضة المشرع فيختل التوازن، واختارت ألمانيا الجمع بين الانتخاب والتعيين جلبا لمصالح الطريقتين ولعلها جلبت مساوئهما، واختارت دولٌ التعيين المباشر عن طريق مرسوم، ومن مساوئها تغليب السلطة التنفيذية على القضائية، والمستقر عليه هو التعيين عن طريق هيئة قضائية متخصصة تتكوّن من كبار القضاة، وهي الأنفع لأنها تُثبت استقلال القضاء وتُبعد شرور الانتخاب، وتجعل السلطة التي تتولّى تعيين القاضي في منصبه وعزله غير قادرة على التحكم في توجهاته، حيث يتمّ تعيين القضاة عن طريق الترشيح من المجلس الأعلى للقضاء ثم يُرسّمه رئيس الجهاز التنفيذي، فالترشيح مستقل لكن التعيين من قبل ولي الأمر كما هو اختيار الجزائر نظريا،[2] ولأن اجتهاد القاضي قد يؤدي به إلى متاهات العزل والتحويل إذا مس بمصالح أهل النفوذ؛ لجأت دولٌ إلى سنّ قواعد قانونية تحميه من العزل إلا بموجب مصلحة عامة أو قانون واجب التنفيذ،[3] وكتب السنهوري سنة 1950م حين كان رئيسا لمجلس الدولة بمصر، وحاولت الحكومة إقالته من منصبه فرفض دفاعا عن استقلاليته: "لا يذّلُ بلدا عسفُ الحكام بل استخزاء المحكومين ولو أنّ كل محكوم شجعت نفسه فقاوم العسف لكان العنت الذي يصيبه من المقاومة أيسر من العنت الذي يصيبه من الضيم"،[4] وقد وقع خلاف حول جواز عزل القاضي من طرف وليّ الأمر، والأسباب الموجبة له وصلاحية القاضي للتمسك بمنصبه، فمنعه البعض واختار آخرون جوازه مطلقا، ويترجح الجواز شرط أن يُحدد بدقة من يقوم به من مجلس أعلى أو ما شابه، وأن يتم وفق ضوابط، فمن المتفق عليه فقدان الحواس والمرض، وكبر السنّ وانتهاء مدة الولاية أو يظهر عجزه وعدم كفاءته، وزوال الأهلية والفسق الظاهر والردة،

---

[1] شيخي الاستقلال ص. 105 وطراد الاستقلالية ص. 24 وإسعدي بين استقلالية القضائية ص. 3 وبن حمد المزروع العزل عن القضاء مجلة كلية الشريعة قطر عدد 30 سنة 2012م ص. 634

[2] الحميضي القضاء ص. 136 صيام استقلال القاضي ص. 136 وشيخي انعدام الاستقلالية ص. 23 وطراد استقلالية القضاء ص. 74 وإسعدي اسقلالية السلطة ص. 15

[3] مسراتي سليمة استقلالية السلطة القضائية مقال مجلة الاجتهاد القضائي جامعة بسكرة العدد 9 ص. 100

[4] محمد عمارة السنهوري ص. 60

واختلفوا في عزل القاضي لنفسه ووفاة الإمام أو التغلب عليه أو تغييره وكثرة الشكاوي ووجود أفضل منه.[1]

* **مراقبة القاضي** يُمارس القاضي مهامه المقدسة بين الاستقلالية والمراقبة، والأصل أنّ اجتهاده مستقل لكن ليس على إطلاقه، فيحقّ لوليّ الأمر مراقبة مدى موافقة أحكامه للقانون دون تدخل بقصد توجيهه لأنه فرع عن بسط العدل، في الحديث "الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى"، قال أَبُو هَاشِمٍ أحد الرواة: "لولا هذا الحديث لَقُلْنَا إِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا اجْتَهَدَ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ"، وفي رواية قَالُوا: "فَمَا ذَنْبُ الَّذِي يَجْهَلُ؟" قَالَ: "ذَنْبُهُ أَنْ لَا يَكُونَ قَاضِيًا حَتَّى يَعْلَمَ"،[2] فيه دلالة أنّ أحكام القاضي ليست من القواطع فمتى خالف الأصول وجب على ولي الأمر عن طريق المحكمة العليا إبطاله، وليس ذلك طعنا في استقلاليته لأنه من حقه مثل حقه في إرشاده كرسالة عمر إلى قاضيه أبي موسى الأشعريّ،[3] ويعتبر تسبيب الحكم أهم وسائل المراقبة، حيث يُشترط ليظهر مدى التزام القاضي بأصول الاجتهاد، وتدقيق البحث وإمعان النظر لمعرفة الحقيقة، وحتى يسلم من مظنة الاستبداد والتحكّم ويرتفع عنه الريب والشبهة، ولإضفاء نفحة الثقة بين نفوس المتقاضين فيقتنعوا بعدالة الحكم، ولمساعدة الاستئناف والعليا حين المراجعة والنقض، وانعدامه أحد وجوه الطعن الجائزة لدى العليا، دوره تبيين الأدلة الواقعية والحجج التي بُني عليها الحكم، لا ذكر الدوافع وأسباب الاقتناع وإنما عرض العناصر المعتمدة، في المادة 11 إجراءات مدنية الجزائر يجب أن تكون الأحكام مسببة، ونفسه في المادة 176 مرافعات مصري و159 مرافعات مدنية عراقي.[4]

المطلب الخامس: القضاء بالشرع والوضع والتقاضي عند غير المسلم

بين يدي المطلب الإسلام شرط لتولّي القضاء لأنه جزء من الولاية لقوله **"وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المؤْمِنِينَ سَبِيلًا"، (النساء 141)**[5] ويجب اعتماد الكتاب والسنة لقوله **"فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ" (النساء 59)**، لأنّ القصد هو تطبيق الشريعة والتمكين لحكم الله ولا يتسنّى ذلك بغير المسلم وبغير ما أنزل الله، لهذا وقع اتفاق على عدم تولية غير المسلم أو الرجوع إلى غير ما أنزل الله، بيد أنّ هناك صُور يجب البحث فيها كالقضاء بالوضع وتولّي قاض غير مسلم القضاء على أهل الذمة، وتحاكم المسلم إلى قضاء غير مسلم.

الفرع الأول: القضاء بالشرع والوضع

الأصل ألا يقضي القاضي المسلم في المنازعات إلا بالكتاب والسنة، وما يتفرّع عنهما من مصادر التشريع المختلفة، لكن بسبب الظروف الراهنة وتطوّر

---

[1] عبد الواحد بن حمد المزروع العزل عن القضاء ص. 640
[2] الأولى ابن ماجه 2315 والترمذي 1322 وأبي داود 3573 الثانية المستدرك 7013 والإرواء 2614
[3] عبد الكريم زيدان نظام القضاء ص. 69
[4] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 52 واسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 127
[5] تفسير القرطبي ج. 5 ص. 420

أنظمة التشريع القانونية، أصبح القاضي يتحاكم إلى نصوص يضعها المشرّع، قد تكون مستمدة من الفقه الإسلامي والشريعة كالمجال الشخصي وأبواب من المدني، أو من القانون الفرنسي اللاتيني كما هو حال أغلب الفروع المدنية والجنائية، وعليه طُرحت مسألة صحة القضاء بالقانون الوضعي؟ وما المقصود بالقانون الإسلامي الواجب التطبيق؟ هل هو الكتاب والسنة القاطعة الدلالة والثبوت؟ أم كلّ ما جاء في الفقه الإسلامي القديم والحديث؟ وهل القضاء بالاجتهاد البشري في تنظيم المجتمع مما لا يخالف النصوص القطعية جائز شرعا؟ نجيب بأنّ ما ثبت من الأحكام بالقطع ثبوتا ودلالة من الكتاب والسنة، وما عُلم من الدين بالضرورة وأجمع عليه العلماء فهذا لا يحقّ الحكم بخلافه ولو كان مقنّنا في قواعد، قال ابن حزم: "لَا يَحِلُّ الْحُكْمُ إلَّا بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى لِسَانِ رَسُولِهِ وَهُوَ الْحَقُّ، وَكُلُّ مَا عَدَا ذَلِكَ فَهُوَ جَوْرٌ وَظُلْمٌ لَا يَحِلُّ الْحُكْمُ بِهِ، وَيُفْسَخُ أَبَدًا إذَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ لقَوْله **"وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"** (المائدة 49)، وَقَوله **"وَآمَنُوا بِمَا نُزِّلَ عَلَى مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ"** (محمد 2) وَقَوله **"لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ"** (النحل 44) وَقَوله **"وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى"** (النجم 3) وَقَوله **"وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"** (الطلاق 1)"،[1] لأنّ القضاء بحكم الطاغوت أو الجاهلية أو بما يخالف شرع الله حتى لو سُميّ قضاء فلا يجوز تنفيذه لقوله **"يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ"** (النساء 60)، وقوله **"أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ"** (المائدة 50)، في الحديث "الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ.. رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فَهُوَ فِي النَّارِ"، فالحاكم بالجور سُميّ قاضيا ولم تمنعه التسمية من الوعيد، أمّا ما كان ظنيا في ثبوته أو دلالته، أو مأخوذا بالاجتهاد والنظر والمصلحة؛ فلا يُلزم به القاضي لأن فيه إلزام بما لم يُلزم، وقد يُرخّص اللجوءُ إلى القضاء الوضعي عندما يتعيّن سبيلا لاستخلاص حقّ، أو دفع مظلمة في بلد لا تحكمه الشريعة لانعدام البديل القادر على ذلك في بلاد الإسلام أو خارجها، بدليل تحاكم الصحابة إلى النجاشي في مجلسين وهو غير مسلم،[2] وقرّر المجمع الفقهي رفع دعوى ضد سلمان رشدي أمام المحاكم البريطانية؛ لأنه لا مجال لفعله عند غيرها رغم أنها لا تحتكم إلى الشرع، ودعا مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا إلى تطوير مجالس الصلح والسعي لجعل أحكامها مقبولة لدى المحاكم الغربية والإسلامية لتكون بديلا عن التحاكم إلى الغرب،[3] كما يُرخّص للقاضي المسلم تولي القضاء في بلد مسلم لا يُحكّم شرع الله أو بلد غير مسلم، لأنّه أولى من تركه بيد غير مسلمة، بدليل صنيع نبي الله يوسف الذي تولّى الوزارة والقضاء في بلد يدين حاكمه وشعبه بالكفر، فاجتهد في الدعوة إلى الله حتّى أسلم الحاكم وشعبه على الكمال بفضل الله، لقوله **"قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ"**، (يوسف 55) فيها مَا يُبِيحُ لِلرَّجُلِ الْفَاضِلِ أَنْ يَعْمَلَ لِلرَّجُلِ الْفَاجِرِ وَالسُّلْطَانِ الْكَافِرِ؛ بِشَرْطِ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ

[1] ابن حزم المحلى شرح المجلى ج. 8 ص. 427 وعبد الكريم زيدان نظام القضاء ص. 245
[2] سيرة ابن هشام ج. 1 ص. 335
[3] الحميضي القضاء ونظامه ص. 42 ويسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 528

يُفَوّضُ إِلَيْهِ فِي فِعْلٍ لَا يُعَارِضُهُ فِيهِ فَيُصْلِحُ مِنْهُ مَا شَاءَ،[1] وفيها طلب الولاية في بلد يحكمه ملك كافر بدلالة قوله **"مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ"، (يوسف 76)** وتولي هذا المنصب العالي في دولة كافرة مدحه الله وأقرّه ووصفه بأنه من رحمة الله بقوله **"وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ يَتَبَوَّأُ مِنْهَا حَيْثُ يَشَاءُ نُصِيبُ بِرَحْمَتِنَا مَنْ نَشَاءُ"، (يوسف 56)** وقيل أنّ يوسف ملك البلاد وحكم وحده، وهو قولٌ باطلٌ يردّه السياق وتفسير الأئمة بأن الملك في عهده أسلم بعد فترة لما رأى أخلاقه، أما عند توليه فكان هو وشعبه على الكفر، ولا يصحّ الاحتجاج بإبطال شرع من قبلنا لمخالفته لشرعنا لأن الحاكمية مما اتفقت عليه الشرائع،[2] ويقويه إقرار النبي للنجاشي على ملكه بعد إسلامه ولم يأمره بالاعتزال، بل أثنى عليه خيرا وصلى عليه غيابيا مع علمه بأنه كان يحكم بشريعة قومه، فقد نعاه يَوْم وفاته وصلى عليه،[3] وقَالَ: "تُوُفِّيَ اليَوْمَ رَجُلٌ صَالِحٌ مِنَ الحَبَشِ"،[4] وقال جَابِرٌ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَأَنَسٌ: "نزل في النجاشي قوله **"وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِمْ خَاشِعِينَ لِلَّهِ"، (آل عمران 199)**"[5] قال ابن تيمية: "النَّجَاشِيُّ مَا كَانَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَحْكُمَ بِحُكْمِ الْقُرْآنِ فَإِنَّ قَوْمَهُ لَا يُقِرُّونَهُ، وَكَثِيرًا مَا يَتَوَلَّى الرَّجُلُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالتَّتَارِ قَاضِيًا وَفِي نَفْسِهِ أُمُورٌ مِنْ الْعَدْلِ يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ بِهَا فَلَا يُمْكِنُهُ، فَالنَّجَاشِيُّ وَأَمْثَالُهُ سُعَدَاءُ فِي الْجَنَّةِ وَإِنْ كَانُوا لَمْ يَلْتَزِمُوا مِنْ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ مَا لَا يَقْدِرُونَ عَلَى الْتِزَامِهِ"،[6] وقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: "إِنْ كَانَ الْمُوَلِّي ظَالِمًا فَقَدِ اخْتَلَفوا فِي جَوَازِ الْوِلَايَةِ مِنْ قِبَلِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا جَوَازُهَا إِذَا عَمِلَ بِالْحَقِّ فِيمَا تَقَلَّدَهُ لِأَنَّ يُوسُفَ وُلِّيَ مِنْ قِبَلِ فِرْعَوْنَ، وَلِأَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي حَقِّهِ بِفِعْلِهِ لَا بِفِعْلِ غَيْرِهِ"،[7] وقال ابن الهمام: "يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنْ السُّلْطَانِ الْجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِنْ الْعَادِلِ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ، وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِنْ الْحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِرًا، إلَّا إذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ مِنْ الْقَضَاءِ بِحَقٍّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِالتَّقَلُّدِ بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ يُمْكِنُهُ"،[8] وقال رشيد رضا: "أَجَزْنَا لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَكُونَ حَاكِمًا عِنْدَ الْحَرْبِيِّ فِي بِلَادِهِ لِأَجْلِ المَصْلَحَةِ، ولَا بَأْسَ مِنَ الْحُكْمِ بِقَانُونِهِ لِأَجْلِ مَنْفَعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَمَصْلَحَتِهِمْ، فَإِنْ كَانَ الْقَانُونُ ضَارًّا بِالْمُسْلِمِينَ ظَالِمًا لَهُمْ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ"،[9] فإذا تغلّب غير مسلم على بلاد الإسلام، وعيّن فيها قاضيا مسلما للحكم بين المسلمين كما كان الحال أثناء الاستعمار فهل يجوز تقلد القضاء؟ فيه خلاف والراجح

---

[1] تفسير القرطبي ج. 9 ص. 215

[2] ابن تيمية المجموع 56/20 وتفسير الماوردي ت ابن عبد المقصود دار الكتب العلمية 50/3 وتفسير الآلوسي ت عبد الباري عطية الكتب العلمية ط1، 1415 7/7 وابن فرحون التبصرة 23/1 وصالح درويش أثر الضرورة على ممارسة الأقليات ص. 45

[3] رواه البخاري رقم 1245 ومسلم رقم 951 ومثله عن جابر رواه البخاري رقم 1317

[4] رواه البخاري باب الصفوف على الجنازة برقم 1320

[5] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 19 ص. 218 ويسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 536

[6] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 19 ص. 218

[7] تفسير القرطبي ج. 9 ص. 215 وأبو يعلى الأحكام السلطانية ص. 73

[8] كمال الدين بن الهمام فتح القدير دار الفكر ج. 7 ص. 264

[9] رشيد رضا تفسير المنار ط الهيئة المصرية العامة سنة 1990 ج. 6 ص. 338

جوازه، في الفتاوى الهندية: "الإسلام ليس بشرط فيمن يُعيّن القاضي"،[1] وفي حاشية ابن عابدين: "إذا ولّى الكافر عليهم قاضيا ورضيَهُ المسلمون صحّت ولايته"،[2] وقال العزّ: "لَوْ اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ عَلَى إقْلِيمٍ عَظِيمٍ فَوَلَّوْا الْقَضَاءَ لِمَنْ يَقُومُ بِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ الْعَامَّةِ، فَالَّذِي يَظْهَرُ إنْفَاذُ ذَلِكَ كُلِّهِ جَلْبًا لِلْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ وَدَفْعًا لِلْمَفَاسِدِ الشَّامِلَةِ، إذْ يَبْعُدُ عَنْ رَحْمَةِ الشَّرْعِ وَرِعَايَتِهِ لِمَصَالِحِ عِبَادِهِ تَعْطِيلُ الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ وَتَحَمُّلُ الْمَفَاسِدِ الشَّامِلَةِ لِفَوَاتِ الْكَمَالِ فِيمَنْ يَتَعَاطَى تَوْلِيَتَهَا لِمَنْ هُوَ أَهْلٌ لَهَا وَفِي ذَلِكَ احْتِمَالٌ بَعِيدٌ"،[3] وإذا عيّن أهل الرأي قاضيا في بلد لا يدين بالإسلام فإنه يكون بمثابة القاضي في بلاد الإسلام لما يملكه القضاء من أهمية.[4]

الفرع الثاني: تنصيب قاض غير مسلم يحكم بين أهل الذمة

هل يجوز تنصيب قاض غير مسلم يحكم بين أهل الذمة في دار الإسلام؟ منعه الجمهور وأجازه الحنفية لمصلحة اجتماع أهل الدار ولأنّه من حقوق الذمة، دليل الجمهور أنّ شرط الإسلام لا ينفك عن ولاية القضاء في دار الإسلام؛ لأنه لا سبيل لكافر على مؤمن ولمبدأ السيادة، فلا يصحّ لغير مسلم تولي المناصب السامية والحساسة في الدولة بسبب مبدأ وحدة القانون ووحدة جهة القضاء، ولقوله **"حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ"**، **(التوبة 29)** والصّغار يتنافى وتنفيذ حكم القاضي الذي فيه رفعة، ولحديث "الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه"،[5] والفاسق ممنوع من القضاء وهو أحسن حالا من الكافر ولم يثبت عن أحد،[6] ومذهب الحنفية صحة تخصيص القضاء بنوع معيّن، وقياسا على جواز شهادة بعضهم اتفاقا، وأهلية القضاء كأهلية الشهادة، وقد تعارف الناس على تركهم وما يدينون، ولقوله **"بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"**، **(المائدة 51)** التي أثبتت ولاية لبعضهم على بعض، وفتح عمرو بن العاص مصر فولّى قضاة أقباطا وبلغ ذلك عمر فلم يُنكر.[7]

الراجح قول الحنفية لقوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ"** **(المائدة 42)**، وقد جرى عرف المسلمين منذ الفتح الإسلامي على ترك أهل الذمة وما يدينون، ولأنهم يحتاجون إلى من يقضي بينهم في نزاعاتهم، وقد يسمى تحكيما لا حُكما ولا يضر لأن المضمون واحد.

---

[1] البلخي الفتاوى الهندية ج. 3 ص. 307

[2] حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ج. 5 ص. 368

[3] العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام ت عبد الرؤوف الكليات الأزهرية 1991م 85/1

[4] السنيكي أسنى المطالب ج. 4 ص. 280

[5] الدارقطني السنن رقم 3620 والبيهقي السنن رقم 12155 وحسنه الألباني في الإرواء برقم 1268

[6] أجاز تولي الفاسق القضاء جمهور الحنفية وبعض المالكية والحنابلة، وجمهور المالكية والشافعية والحنابلة على عدم صحته، السروجي أدب القضاء ص.110 والكاساني البدائع 3/7 والماوردي السلطانية ص.111 وأبو زهرة العلاقات ص.67 ودراز التنازع ص.349 وزيدان الذميين ص.596 وآل شراب الاجتهاد ص. 31 وزيدان القضاء ص. 24 والحميضي القضاء ص.112

[7] الماوردي الأحكام السلطانية ص. 111 ورمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص. 352

الفرع الثالث: تحاكم المسلم إلى قضاء غير إسلامي

لا يُسمح للمسلمين بإنشاء محاكم خاصة بهم في غير بلاد الإسلام وهو من الجور؛ لأنهم اعتادوا منذ العهد الأول على ترك أهل الذمة يتحاكمون لبعضهم أو إلى القاضي المسلم، وكان العثمانيون يجيزون تحاكم غير المسلمين إلى قضاة تعينهم سفاراتهم، بقي ذلك قائما إلى عهد قريب في سوريا والعراق والأردن، أما في البلاد الغير إسلامية فإن المنازعات تخضع بالكلية إلى القضاء الإقليمي ما يجعل التحاكم إلى قضاتهم يدخل في قواعد الضرورة، وهنا اختلفوا في جواز التحاكم إلى القضاء الكافر؟ فالجمهور على أنّ ولاية دولة الإسلام تعمّ المسلم ولو عاش في دار الحرب، واختار أبو حنيفة وصاحبه محمد القول بأن المسلم في الدول الأجنبية لا يخضع لقضاء دولة الإسلام بل لقضاء البلد الذي يعيش فيه،[1] استدل الجمهور بالرابطة الدينية في قوله **"وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمْ الكَافِرُونَ"** و**"الظّالِمُونَ"** و**"الفَاسِقُونَ"** **(المائدة 47/45/44)**، لأنّ الحاكمية لا تكون إلا لله لقوله **"إِنْ الحُكْمُ إِلّا للهِ"** **(يوسف 40)**، والتحاكم إلى غير الشريعة مناف للإيمان لقوله **"لَا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمّا قَضَيْتَ"**، **(النساء 65)** [2] وقال الحنفية: نزلت نصوص التحريم في وقت كان السبيل إلى التحاكم إلى شرع الله متيسرا، فالنهي مناط بالاستطاعة والوجود والتمكين لقوله **"فَاتّقُوا اللهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ"**، **(التغابن 16)** ولحديث: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"،[3] وقول ابن عمر: "كنّا إذا بايعنا الرسول على السمع والطاعة يقول: "فيما استطعتم"،[4] وتحاكم الصحابة إلى النجاشي وهو يومئذ على ملّة الكفر ويحكم بغير ما أنزل الله،[5] وقرّر المجمع الفقهي التابع للمؤتمر الإسلامي متابعة سلمان رشدي قضائيا أمام المحاكم البريطانية بتهمة الإساءة إلى المسلمين،[6] واعتبر المجلس الأوروبي دورة **5** سنة **2000**م أن المسلم المقيم في أوروبا إذا أراد الطلاق ورفعه مضطرا أمام قاض غير مسلم؛ فإن تصرفه هذا صحيح شرعا يدخل في دائرة التفويض؛ كأنه فوّض القاضي الغربي تطليقه من زوجته بدليل قاعدة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"،[7] وصحّح العز بن عبد السلام[8] وابن تيمية والشاطبي تنفيذ أحكام القضاء ولو كان القاضي غير مسلم؛ جلبا للمصلحة ودفعا للفساد وحسما للفوضى،[9] قال ابن عابدين: "فِي بِلَادٍ عَلَيْهَا وُلَاةٌ كُفَّارٌ يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِينَ إقَامَةُ الْجُمَعِ وَالْأَعْيَادِ وَيَصِيرُ الْقَاضِي قَاضِيًا بِتَرَاضِيهم"،[10] كما

---

[1] رمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص. 356 ويسري ابراهيم فقه الأقليات ص. 1053
[2] صالح الدرويش أثر الضرورة على ممارسة الأقليات ص. 42
[3] رواه مسلم باب فرض الحج مرة في العمر برقم 1337
[4] رواه البخاري باب كيف يبايع الإمام الناس برقم 7202
[5] سيرة ابن هشام ج. 1 ص. 335
[6] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1056
[7] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1061
[8] العز بن عبد السلام قواعد الأحكام ج. 1 ص. 86
[9] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1061
[10] حاشية ابن عابدين ج. 4 ص. 175

أجيز الاجتماع على قاض إذا انعدم الإمام أو كان المسلمون يعيشون بين الكفار، قال ابن الهمام: "إِذَا لَمْ يَكُنْ سُلْطَانٌ وَلَا مَنْ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنْهُ كَمَا هُوَ فِي بَعْضِ بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ غَلَبَ عَلَيْهِمْ الْكُفَّارُ كَقُرْطُبَةَ فِي بِلَادِ الْمَغْرِبِ الْآنَ وَبَلَنْسِيَةَ وَبِلَادِ الْحَبَشَةِ، وَأَقَرُّوا الْمُسْلِمِينَ عِنْدَهُمْ عَلَى مَالٍ يُؤْخَذُ مِنْهُمْ يَجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَتَّفِقُوا عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَجْعَلُونَهُ وَالِيًا فَيُوَلَّى قَاضِيًا أَوْ يَكُونُ هُوَ الَّذِي يَقْضِي بَيْنَهُمْ"،[1] وقال المازري: "الْقَضَاءُ يَنْعَقِدُ بِأَحَدِ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا عَقْدُ الْأَمِيرِ أَوْ أَحَدِ أُمَرَائِهِ، وَالثَّانِي عَقْدُ ذَوِي الرَّأْيِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ وَالْمَعْرِفَةِ وَالْعَدَالَةِ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ كَمُلَتْ فِيهِ شُرُوطُ الْقَضَاءِ، حَيْثُ لَا يُمْكِنُهُمْ مُطَالَعَةُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ وَلَا أَنْ يَسْتَدْعُوا مِنْهُ وِلَايَتَهُ وَيَكُونُ عَقْدُهُمْ لَهُ نِيَابَةً عَنْ عَقْدِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ أَوْ نِيَابَةً عَمَّنْ جَعَلَ الْإِمَامُ لَهُ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ"،[2] وقال الماوردي: "إن خَلَا الْعَصْرُ مِنْ إمَامٍ وقلّد جماعة المسلمين قاضيا منهم وأَمْكَنَهُمْ نَصْرُهُ وَتَقْوِيَةُ يَدِهِ، كَانَ تَقْلِيدُهُ جَائِزًا حَتَّى لَا يَتَغَالَبُوا عَلَى الْحُقُوقِ إذَا اجْتَمَعَ عَلَى تَقْلِيدِهِ جَمِيعُ أَهْلِ الِاخْتِيَارِ مِنْهُمْ"،[3] وقال أبو يعلى: "لو خلا بلد من قاض فقلّدوا عليهم قاضيا؛ فإن كان الإمام مَوْجُودًا بَطَلَ إنْ كَانَ مَفْقُودًا صَحَّ"،[4] وأجاز رشيد رضا تحاكم المسلم في الهند إلى المحاكم البريطانية فقال: "إنَّ قَبُولَ الْمُسْلِمِ لِلْعَمَلِ فِي الْحُكُومَةِ الْإِنْكِلِيزِيَّةِ فِي الْهِنْدِ وَمِثْلِهَا مَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ وَحُكْمَهُ بِقَانُونِهَا، هُوَ رُخْصَةٌ تَدْخُلُ فِي قَاعِدَةِ ارْتِكَابِ أَخَفِّ الضَّرَرَيْنِ، إنْ لَمْ يَكُنْ عَزِيمَةً يُقْصَدُ بِهَا تَأْيِيدُ الْإِسْلَامِ وَحِفْظُ مَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ"،[5] وسئل عفيفي عن حكم التحاكم إلى محاكم تحكم بالقوانين الوضعية؟ فقال: "بقدر الإمكان لا يفعل فإذا لم يتمكن من استخلاص حقه إلا عن طريقها فلا حرج".[6]

الراجح تجويز التحاكم إلى غير المسلم في ظروف معينة وبضوابط محكمة.

*** ضوابط التحاكم إلى غير المسلمين والقوانين الوضعية:** الجواز المذكور آنفا ليس بإطلاق، بل تحكمه ضوابط إذا انتفت رجعت المسألة إلى أصلها من المنع، هي تعذّر استخلاص الحق أو الحصول عليه إلا به، والاقتصار على الحق دون زيادة، وكراهة القلب للاحتكام إلى غير الشرع لقوله **"إِلّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌ بِالإِيَمانِ"، (النحل 106)** وبقاء الترخيص في دائرة الضرورة.[7]

*** الطلاق بين غير المسلمين في المحاكم الغربية:** الجمهور على أن زواج غير المسلمين صحيح قبل إسلامهم وبعدهن مهما كانت شروطه سوى ما تم فيه الجمع بين محارم، وخالف المالكية فقالوا بفساد أنكحتهم رغم اعترافهم بآثارها وستأتي، وعليه يصحّ طلاق الكفار فيما بينهم فلو طلق كتابيٌّ زوجته الكتابية جاز

---

[1] كمال بن الهمام فتح القدير ج. 7 ص. 264
[2] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 1 ص. 23
[3] الماوردي الحاوي الكبير ج. 16 ص. 8
[4] أبو يعلى الأحكام السلطانية ص. 73
[5] رشيد رضا تفسير المنار ج. 6 ص. 338
[6] فتاوى ورسائل الشيخ عبد الرزاق عفيفي فتوى رقم 50 باب التوسل ص. 365
[7] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1055

للمسلم نكاحها بعد عدتّها، ولا يُلتفت إلى كيفية وقوعه أو كيفية زواجهما، علما أنّ قوانين الغرب تحدد مدة سنة للنطق بالحكم وفيها لا يحل نكاحها أما بعدها فجائز.[1]

* **الطلاق بين المسلمين في المحاكم الغربية:** هي من النوازل لأن علماءنا لم يختلفوا في اشتراط الإسلام فيمن يقضي بين المسلمين، ولم يكونوا يتصورون ما يقع اليوم أن يختار مسلم طواعية العيش في بلد غير مسلم لا تعترف حكومته بأحكام الإسلام، ولا يكمن الإشكال فيما يمكن فيه الرجوع إلى العلماء؛ كالتلفظ بالطلاق أو الخلع أو التراضي، وإنما المشكل في لجوء أحد الزوجين المسلمين إلى قاض غير مسلم في بلد غير مسلم تحكمه قوانين لا تعترف بالشريعة؛ فيصدر حكما بالتطليق، فهل يعتبر هذا الحكم صحيحا أم أنه لا يقع حتى يقف الزوجان أمام قاض مسلم؟ اختلفوا فقيل هو باطل، وقيل يُنظر فيه فإن وافق الشرع جاز وإن لم يوافق فلا، وقيل إذا كان الزوجان في بلد لا يوجد فيه قضاء إسلامي، وكانا عالمين بأحكام قانون البلد الذي يسكنان فيه صحّ، ويكون الزوج كأنه أوْكل القضاء تطليق زوجته؛ لأن وجودهما في بلد غير مسلم مظنة لعلمهما بما لهما وما عليهما في قانونه، والقاعدة تقول المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وهو من باب جلب المصالح ودفع المفاسد، وفيه استعمال قاعدة نقل الاختصاص القضائي لمحكمة غير إسلامية من الصفة القضائية إلى التحكيمية، اعتُرض عليه بأن التحكيم يشترط فيه الإسلام، أجيب أن بعض العلماء أجازوا تحكيم غير المسلم في قوله **"فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"**، (النساء 35) إذا كانت الزوجة كتابية، كما أجيز لمحتضر مسلم التوصية بشهادة غير مسلمين بقوله **"أَوْ آخَرَان منْ غَيْرِكُم"** (المائدة 106).[2]

الترجيح الظاهر تصحيح الطلاق بين زوجين مسلمين في المحاكم الغربية؛ شرط ألا يخالف القواطع، وأن يكون الزوج راغبا لامتلاكه العصمة وأن تُراعى الأحكام المتفق عليها في الطلاق، لأنّه لا يُحلّ حراما ولا يحرم حلالا، وهو ما أفتى به المجمع الأوروبي للإفتاء رقم 60 بحضور الشيخ "مولوي".[3]

* **ولاية المراكز الإسلامية:** يضطر المسلم خارج ديار الإسلام إلى إيجاد حلول بديلة أمثلها تفويض المراكز الإسلامية المهتمة بالنظر في قضايا الطلاق، استئناسا بحديث العودة من غزوة الطائف، فقال النبيُّ: "إِنَّ إِخْوَانَكُمْ جَاءُونَا تَائِبِينَ وقَدْ رَأَيْتُ أَنْ أَرُدَّ إِلَيْهِمْ سَبْيَهُمْ، فَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يُطَيِّبَ فَلْيَفْعَلْ" فَقَالوا "طَيَّبْنَا"، قَالَ: "لاَ نَدْرِي مَنْ أَذِنَ مِنْكُمْ فَارْجِعُوا حَتَّى يَرْفَعُوا إِلَيْنَا عُرَفَاؤُكُمْ أَمْرَكُمْ"،[4] الشاهد فيه إنابة البعض عن الكل عن طريق وكالة صريحة أو ضمنية، يصلح عند خلوّ المكان من ولي للأمر يفصل في القضايا الجوهرية،[5] قال الجويني: "إِذَا شَغَرَ الزَّمَانُ عَنِ الْإِمَامِ

---

[1] سالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية ص. 616

[2] تفسير ابن كثير ج. 3 ص. 216 وأشرف العمري نظرية التفريق دكتوراه جامعة الأردن 2005م ص. 150

[3] سالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية ص. 620 وموقع الفتوى http://www.e-cfr.org

[4] رواه البخاري كتاب الوكالة برقم 2307

[5] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1068

فَالْأُمُورُ مَوْكُولَةٌ إِلَى الْعُلَمَاءِ، وَحَقٌّ عَلَى الْخَلَائِقِ أَنْ يَرْجِعُوا إِلَيهم وَيُصْدِرُوا فِي قَضَايَا الْوِلَايَاتِ عَنْ رَأْيِهِمْ، فَإِنْ فَعَلُوا صَارَ العُلَمَاءُ وُلَاةَ الْعِبَادِ"،[1] وأفتى مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا أن حصول زوجين على الطلاق في محكمة غربية لا يكفي، ويجب عليهما التنقل إلى أحد المراكز لإتمام الأمر من الناحية الشرعية، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة لتوافرها، ووافقهم الشيخ "بن بية" لأنّها مراكز تتمتع بصلاحية التطليق قياسا على صلاحيتها للتزويج، وللحاجة واعتمادا على قاعدة يُغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود.[2]

المطلب السادس: اشتراط الذكورة في القاضي

هذه مسألةٌ فقهيةٌ قضائيةٌ قانونيةٌ، كثُر الحديث حولها بسبب تعلّقها بالحقوق الأساسية ومبدأ المساواة بين الجنسين، وكان الخلاف حولها قديما هادئا بسبب قلّة الوقوع؛ لأنّ العُرف لم يكن يسمح بأن تتولى المرأة القضاء؛ فبقي الكلام حولها حبيس المراجع، أما اليوم ومع بروز الأفكار التحرّرية للمرأة وقبول الأعراف بخروجها للعمل بلا نكير، وولوجها جميع الوظائف منها القضاء الذي كان سابقا حكرا على الرجال، صار الخلاف حولها شديدا، أما في الفقه القانوني فليس ثمة خلاف يُذكر؛ بسبب غلبة الفكر الأوروبي على التنظير فيه، فلم أجد في كلام فقهاء القانون من يمنع القضاء على المرأة، بحكم أنّ المادة 21 إعلان عالمي لحقوق الانسان تنص على تحصيل الحقوق كاملة ومساواة الرجل بالمرأة، ومن ضمنها حقّ تولي الوظائف السامية في الدولة التي منها القضاء، وسبقه إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789م بفرنسا في المادة 6، وأقرّه العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية سنة 1966م في المادة 28، ونصت دساتير العرب على مبدأ مساواة الرجال بالنساء في تقلّد المناصب، وأنه لا يُشترط فيه إلا ما ينص عليه القانون بلا تمييز بين الجنسين، فصار الواقع يُحتم الترخيص بتوليهنّ القضاء كما في المادة 51 دستور الجزائر 1966م والمادة 40 دستور مصري والمادة 19 دستور عراقي سنة 1970م، ومع ما يبدو من اتفاق على السماح لهنّ بتولي القضاء، إلا أنّ بعض الدول لا تزال تمنعهنّ دون تحريره قانونا، مثل مصر التي مضى العرف فيها على عدم تعيينها، وحتى الجمعية العمومية لمجلس الدولة التي انعقدت سنة 2010م قضت بمنعها، وعلى المنع السعودية والكويت والإمارات، وأجازته الجزائر والمغرب والسودان منذ 1965م وعمان، ورخصته الأردن بقرار عال في المدني والجزائي دون الشرعي، وأجازته اليمن منذ 70 القرن الماضي، فكانت أول بلد خليجي يجيزه وسادس بلد عربي.[3]

---

[1] الجويني الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم ت الديب مكتبة إمام الحرمين ط 2، 1401 ص. 391

[2] يسري النوازل ص.1073 والفعر حكم تولي المراكز مجلة المجمع الفقهي ع 15 سنة 2002م والصويعي مدى مشروعية تولي المراكز مجلة الصراط ع 35 سنة 19 يونيو 2017م ص.158

[3] محمد فريدي الحق في تولي الوظائف تولية المرأة ماجستير جامعة وهران 2012م ص. 12 و82

***الخلاف الفقهي الشرعي حول تولي المرأة القضاء**

اختلافوا على ثلاثة أقوال: **الأول** الذكورة شرط؛ فإذا قلد حاكم امرأة أثم وبطل، عليه الجمهور وزُفر من الحنفية والشيعة، **الثاني** الجواز المطلق في كل أنواع الخصومات، يُروى عن عمر حين قلّد الشفاء الحِسبة، وعن الحسن وشريح والطبري وابن حزم وابن القاسم المالكي،[1] وقال ابن طراز والعزّ من الشافعية: يجوز للضرورة،[2] ونسبه الباجي إلى محمد بن الحسن وهو غلط؛ لأنّ الحنفية يذكرون مذهبهم،[3] وبالجواز قال الخوارج،[4] **الثالث** التفصيل: يجوز في الأموال والأحوال دون الجنايات والحدود، فقضاؤها يدور مع شهادتها وهو مذهب الحنفية،[5] وقيل أنّهم لم يقصدوا الجواز بمعنى الإباحة وإنما نفاذ الحكم، وهو غلط لأنّ عباراتهم دالة على الجواز المطلق المفيد للإباحة، وإن أطلق بعضهم التأثيم على مولّيها، قال الكاساني: "الذكورة ليست شرطا لجواز التقليد"[6] وقال المرغيناني: "يجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا الحدود والقصاص"،[7] وقال شيخي زاده: "يَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ لِكَوْنِهَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لَكِنْ أَثِمَ الْمُوَلِّي"،[8] وفي المادة 1794 أحكام عدلية: "الأهل للشهادة أهل للقضاء"،[9] ومنعته مطلقا اللجنة الدائمة وابن العثيمن وابن باز وعطية صقر والزحيلي والعمروسي والطهطهاوي والأفغاني والسباعي، وأجازه مطلقا الغزالي وبلتاجي، وبشروط الحميضي ورأفت عثمان.[10]

---

[1] تقليد عمر في ابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني ت الجوابرة دار الراية ط 1، 1991 4/6 وابن سعد الطبقات ص.379، وقول شريح في الرعيني المواهب 88/6 والحصكفي الدر المختار ت عبد المنعم الكتب العلمية ط 1، 2002م ص.476، أما الطبري فقال ابن حجر الفتح 56/13: لا يوجد مذهبه في أي من كتبه وتواتر عنه ذلك ولم تصلنا كتبه خاصة "أحكام شرائع الإسلام"، قال السيوطي في طبقات المفسرين ت علي عمر ط وهبة القاهرة ط1، 1396 ص. 96: "فيه مذهبه وكان شافعياً ثم انفرد"، ومذهب ابن حزم في المحلى 527/8، ومذهب ابن القاسم ذكره البغدادي عن أبي الفرج بن ظرارة في المعونة ت حميش المكتبة التجارية 1506/1، وفي الرعيني المواهب 88/6: "قَالَ فِي التَّوْضِيحِ وَرَوَى ابْنُ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ جَوَازه، قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ قَالَ ابْنُ زَرْقُونٍ أَظُنُّهُ فِيمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهَا، قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: لَا حَاجَةَ لِهَذَا التَّأْوِيلِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ قوله كَقَوْلِ الْحَسَنِ وَالطَّبَرِيِّ"، والعيني عمدة القاري دار الإحياء 204/24 وابن عرفة المختصر ت حافظ ط الخبتور ط 1، 2014م 98/9، وفي ابن حجر الفتح 128/8 عن مالك الجواز مطلقا.

[2] الشربيني المنهاج 266/6 "صَرَّحَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ بِنُفُوذِهِ مِنْ الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ دُونَ الْكَافِرِ" والرملي فتاويه ط المكتبة 119/4 "يَنْفُذُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ وَالْكَافِرِ إذَا وَلِيَا بِالشَّوْكَةِ" وأحكام ابن العربي 483/3 مناظرة بين ابن طراز بنصر الجواز وابن الطيب المالكي بمنعه.

[3] حاشية ابن عابدين ج. 5 ص. 440 ورأفت عثمان النظام القضائي ج. 1 ص. 124

[4] ابن السمناني روضة القضاة تحقيق صلاح الدين الناهي طبعة الرسالة ط 2، 1984م ج. 1 ص. 53

[5] المرغيناني الهداية ت طلال إحياء التراث 106/3 وابن الهمام الفتح 297/7 والبلدحي الاختيار 84/2 وحاشية ابن عابدين 440/5 والكاساني البدائع 3/7 وشيخي المجمع 168/2 والغنيمي اللباب تح محي الدين العلمية 84/4 والزحيلي الفقه 6238/8

[6] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 3

[7] المرغيناني الهداية ج. 3 ص. 106

[8] شيخي زاده مجمع الأنهر ج. 2 ص. 168

[9] محمد فريدي تولي الوظائف العامة ص. 117

[10] ابن فرحون التبصرة 26/1 وابن رشد البداية 243/4 والنووي المجموع 127/20 وابن قدامة المغني 36/10 والمنهاجي جواهر العقود ت السعدني الكتب العلمية ط 1، 1996م 290/2 والشربيني المنهاج 266/6

* **دليل من منع بإطلاق** قوله **"الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ"** (النساء 34) فيها حصْرُ القوامة في الرجال، **انتقد** أنها قصدت قوامة رب الأسرة، وليس فيها ما يدل على منع تولي القضاء، وهي في غير محل النزاع بدليل سبب النزول قَالَ الْحَسَنُ: "جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ تَسْتَعْدِيهِ عَلَى زَوْجِهَا لَطَمَها فَقَالَ: "القِصَاص" فَنزلت فَرَجَعَت بدونه"،[1] أجيب أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وهي تعمّ القوامة في كل أمر، وإذا كانت المرأةُ بحاجة إليها في بيتها فلأن تحتاج إليها في القضاء بطريق الأولى، أجيب بأن القوامة ليست حاجة وإنما تنظيمٌ للأسرة ليكون لها رئيس كباقي المؤسسات، والشرع أوكل لها القوامة على أهل بيتها بحديث: "المرأة راعية على بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عن رعيتها"،[2] ولها قوامة الحضانة على محضونها اتفاقا، وقد تكون لها الولاية والوصاية على القصر، وفيه دليل على مشروعية قوامتها لكنْ بدرجة أقلّ عن زوجها لضمان السير الحسن للأسرة،[3] واستدلوا بقوله **"وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ"**، (البقرة 282) وجه الدلالة عدم قبول شهادة النساء منفردات في الأموال فضلا عن النكاح والحدود، فإذا لم تستقلّ بشهادتها كيف يقبل قضاؤها؟ **انتقد** بأنه قياس للقضاء على الشهادة، ويقتضي القياس الصحيح أنه ما دامت تجوز شهادتها وفتواها وروايتها، وهي كلها أمور يجب فيها الضبط والعدالة؛ فإنه ينبغي أن يُقبل قضاؤها وهو عين استدلال فقهاء الحنفية،[4] واستدلوا بقوله **"لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ"**، (البقرة 228) هي درجة تُنافي منصب القضاء، **انتقد** أنها تعني القدرة على النفقة والجهاد وزيادة العقل والميراث، أجيب بأن تفسيرها كذلك لا يُناقض المنافاة،[5] واستدلوا بحديث أبي بكرة مرفوعا: "لَنْ يُفْلِحُ قَوْمٌ وَلّوْا أَمْرِهُمْ امْرَأَةٌ"،[6] وهو أقوى ما تمسكوا به، ووجه الدلالة فيه إطلاق عدم الفلاح على تولي المرأة أمر الناس، وأمرهم عام في كل الولايات والقضاء منها وهو خبر في معنى النهي، وإنما تجوز لها الشهادة بشروط والحضانة لوجود المخصّص، فالأصل عدم التولي مطلقا ويستثنى منه ما خُصص بدليل ولا دليل على تخصيص القضاء، وليس بعد نفي الفلاح شيء من الوعيد، **انتقد** بأنه وارد في الإمامة الكبرى وإطلاق لفظ "أمرهم" يقتضيه وسياق الحديث يدل عليه، فقد جاء جوابا على سؤال حول تولي امرأة للحكم بفارس فلا يُعمم على غيره دون دليل، ولفظة "أمرهم" حقيقة شرعية

وابن جزي القوانين بلا طبعة ص. 195 والدميري النجم الوهاج ط المنهاج ط 1، 2004م 144/10 والروياني البحر المذهب ت طارق الكتب العلمية ط 1، 2009م 157/11 وابن أبي الدم أدب القضاء 198/1 وآل شراب اجتهاد القاضي ص. 40 والسبحاني نظام القضاء ص. 34 وبن صغير الاجتهاد ص. 171 وعبد الرزاق الدويش اللجنة الدائمة إدارة البحوث الرياض ج. 17 ص. 13

[1] تفسير ابن كثير ج. 2 ص. 293

[2] رواه البخاري باب المرأة راعية في بيت زوجها برقم 5200

[3] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 231 وحمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 40

[4] حمدان آل شراب اجتهاد القاضي ص. 40

[5] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 232

[6] رواه البخاري باب كتاب النبي إلى كسرى وقيصر برقم 4425 وباب الفتنة تموج برقم 7099

لقوله "**وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ**"، (النساء 59) تعني الأمير فلا تُنقل إلا بدليل،[1] واحتجوا بحديث "القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل علم الحق فقضى به"،[2] وجه الدلالة التعبير بلفظة "رجل" ما يدلّ على تخصيص القضاء بهم، وهو أضعف ما تمسّكوا به لأنه يعم الذكر والأنثى باتفاق، نظير حديث: "لاَ حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَالًا"،[3] وحديث "ثَلاَثَةٌ لَهُمْ أَجْرَانِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ"،[4] واحتجوا بحديث "مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ"،[5] وجه الدلالة أن المرأة ناقصة عقل ودين، والقضاء مهم فتوليته لناقص عقل ودين لا يصح، **أجيب** يعني التشويش العاطفي الغالب في النساء ولا يضرّ في القضاء،[6] واحتجوا بحديث "أَخِرُوهُنّ حَيْثُ جَعَلَهُنّ اللهُ"،[7] **أجيب** أنّه موقوف على ابن مسعود ولا يصح مُسندا، والمقصود تأخيرهنّ في الصلاة لمنع الاختلاط، وقالوا وقع إجماع على حرمة تولي المرأة القضاء ولم يخالف إلا الطبري وهو مسبوق، ولم يُروَ عن أحد أنه ولّى امرأة القضاء ما يعرف بالإجماع العملي، قال ابن قدامة: "لَمْ يُوَلِّ النَّبِيُّ وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وِلَايَةَ بَلَدٍ فِيمَا بَلَغَنَا وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَخْلُ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا"،[8] **انتقد** بثبوت الخلاف عن عمر والحسن والطبري وابن حزم فليس هناك إجماع، قال أحمد: "من ادّعى الإجماع فقد كذب وما يدريه لعلّ الناس اختلفوا"،[9] وعدم الفعل لا يدلّ على المنع فقد يكون لعدم الحاجة أو للعرف،[10] واحتجوا بدليل العقل والمصلحة والقياس لأنّها تختلط بالرجال فيقع المحظور، وهي معروفة بعاطفتها الجياشة ما يمنعها من النظر العادل في القضايا، وأنوثتها مانعة لها من إمامة الصلاة[11] والأذان والإمامة الكبرى، **جوابه** يجوز لها القضاء مع مراعاة الحشمة وعدم الاختلاط، وقد تعمل المرأة في مؤسسات وتستقبل الرجال وتكلمهم وترشدهم وتعلمهم مع مراعاة الضوابط، فكان الأجدر التشديد عليها لا اللجوء إلى المنع، والقياس على العبادات قياس مع الفارق؛ لأنه يُمنع فيها ما لا يمنع في المعاملات والقضاء منها، والأصل فيها الوقف بخلاف المعاملات المبنية على الإباحة،[12] أما استعمال القياس على الإمامة الكبرى التي مُنعت منها إجماعا فهو

---

[1] ابن حزم المحلى 528/8 وبن صغير الاجتهاد القضائي ص. 165 وحافظ أنور ولاية المرأة ص. 235

[2] رواه ابن ماجه رقم 2315 وأبو داود رقم 3573 الألباني الإرواء برقم 2614 صحيح

[3] رواه البخاري باب الاغتباط في العلم برقم 73

[4] رواه البخاري باب تعليم الرجل أهله وأمته برقم 97

[5] رواه البخاري رقم 304 ومسلم رقم 79

[6] جودة عبد طه المظلوم حق المرأة في الولاية العامة ماجستير جامعة غزة 2006 ص. 64

[7] قَالَ ابن مسعود "أَخِّرُوهُنَّ حَيْثُ جَعَلَهُنَّ اللَّهُ"، ابن خريمة ت الأعظمي المكتب الاسلامي ط 3، 2003 2/ 819 والطبراني الكبير 295/9 والزيلعي نصب الراية ت عوامة ط الريان ط 1997،1 36/2

[8] ابن قدامة المغني ج. 10 ص. 36

[9] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 1 ص. 24

[10] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 236

[11] صحّ الخلاف في إمامة المرأة للرجال عن أبي ثور والمزني والطبري لحديث "أُمِّ وَرَقَةَ جعل لها النبي مُؤَذِّنًا وَأَمَرَهَا أَنْ تَؤُمَّ أَهْلَ دَارِهَا" رواه أبو داود رقم 592 بإسناد حسن، الصنعاني سبل السلام 382/1

[12] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 238 وابن أبي الدم أدب القضاء ج. 1 ص. 200

قياس مع الفارق كذلك؛ لأن مستلزمات الكبرى ليست في ولاية القضاء التي تكاد تكون ولاية إدارية، خاصة في أيامنا التي أصبح فيها القانون مدونا سهلا، فلا يُشترط في القاضي أي نوع اجتهاد سوى الإلمام بالنصوص ومعرفة طرق الفهم والتفسير والنظر في الفحوى.[1]

*** دليل من أجاز بإطلاق** قوله **"المُؤْمِنُونَ وَالمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ"**، (التوبة 71) قال القاسمي: "قضاء المرأة فرع عن حقها في الولايات العامة، وإذا ما أجريناها على إطلاقها لم يكن من حق أحد أن يمنعها"،[2] واحتجوا بحديث: "المرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِهَا وَهِيَ مَسْئولَةٌ عَنْ رَعِيَتِهَا"، فقد أثبت لها النبيّ قوامة في بيتها وهي ولاية خاصة يقاس عليها ولاية القضاء، **انتقد** لا يصح قياس الولاية العامة على الخاصة، أجيب بأن الشبه قائم بين مجرد التولية،[3] ثمّ احتجوا بالقياس على جواز الحِسبة، وهي قضاء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتُعتبر من الولايات العامة،[4] فقد رُوي أن عمر ولىّ "الشّفاء" السوق،[5] **انتقد** أنه غير ثابت **أجيب** صحّحه جماعة كابن حزم وابن حجر وابن عبد البر، ويشهد له ما رُوي عن سمراء الأسدية أنها تولّت الحسبة في مكة في العهد النبوي، وكان لها سوط تُعنّف به الغشّاشين وهو من القضاء، وقال الغزالي: لا تشترط لها الذكورة،[6] وثبت تولية الصحابة وفيهم طلحة والزبير عائشة في واقعة الجمل؛ فكانت كأنها قائد الجيش والمستشار الأعظم وهو من الولايات، بل إنّ أبا بكرة استدل بحديث: "لا يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" على عدم اللحاق بجهة أم المؤمنين في الواقعة ما يدل على تولية من معها من الصحابة لها،[7] وقالوا: الأصل أن كل من يتقلّد الفصل بين الناس له حكم الجواز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى، **انتقد** بأنه وردت أدلة خصصت هذا الأصل وهي ما سبق ذكره، **أجيب** بأن كل ما ورد من العام الضعيف الدلالة على محل النزاع، ولم يأت دليل خاص البتّة فوجب الرجوع إلى البراءة الأصلية،[8] واحتجوا بالقياس على تولي الوصية والحضانة والوكالة، قال ابن حزم: "أَجَازَ الْمَالِكِيُّونَ أَنْ تَكُونَ المرأة وَصِيَّةً وَوَكِيلَةً

---

[1] الماوردي الحاوي الكبير ج. 16 ص. 156

[2] ظافر القاسمي نظام الحكم ج. 2 ص. 253

[3] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 244

[4] الحِسبة في اللغة الإنكار وحسن النظر والتدبير، قال الماوردي: "أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله"، القاسمي نظام الحكم 250/2 و589 وحافظ ولاية المرأة ص. 303

[5] الشَّفَّاءَ بالفتح بنت عبد اللَّه العدوية أم سليمان بن أبي حثمة اسمها ليلى، أسلمت قبل الهجرة كان النبي يزورها ويقيل عندها وكَانَتْ كَاتِبَةً مُعَلِّمَةً، قال لها: "علمي حفصة رقية النملة كما علمتيها الكتابة" رواه أحمد 26444 وأقطعها دارها عند الحكاكين بالمدينة كان عمر يقدمها ويفضلها وربما ولّاها شيئا من أمر السوق توفيت سنة 20، ابن حجر الإصابة 201/8 وأبو نعيم معرفة الصحابة ت عادل العزيزي دار الوطن ط 1، 1998 6 /3371 وابن عبد البر الاستيعاب 1869/4 وابن حزم المحلى 527/8

[6] في المسند الكبير للطبراني 311/24 قال أَبو بَلْجٍ بْنِ أَبِي سُلَيْم:"رَأَيْتُ سَمْرَاءَ بِنْتَ نَهِيكٍ وقَدْ أَدْرَكَتِ النَّبِيَّ عَلَيْهَا دِرْعٌ غَلِيظٌ وَخِمَارٌ غَلِيظٌ بِيَدِهَا سَوْطٌ تُؤَدِّبُ النَّاسَ" صححه ابن عبد البر الاستيعاب 1863/4 والألباني الرد المفحم المكتب الإسلامي ط 1، 1421 ص.155 والغزالي إحياء علوم الدين دار المعرفة 312/2

[7] محمد العثيمن الشرح الممتع على زاد المستنقع دار ابن الجوزي 1422 هـ ج. 15 ص. 275

[8] ابن رشد بداية المجتهد ج. 2 ص. 460

وَلَمْ يَأْتِ نَصٌّ مِنْ مَنْعِهَا أَنْ تَلِيَ بَعْضَ الْأُمُورِ".[1] وقال ابن الهمام: "إذا حَكَّمَ المرأةّ خَصْمَانِ فَقَضَتْ قَضَاءً مُوَافِقًا لِلدِينِ أَكَانَ يَنْفُذُ أَمْ لَا؟ لَمْ يَنْتَهِضُ الدَّلِيلُ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ مُوَافَقَتِهِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إلَا أَنْ يَثْبُتَ شَرْعًا سَلْبَ أَهْلِيَّتِهَا وَلَيْسَ فِي الشَّرْعِ سِوَى نُقْصَانِ عَقْلِهَا، وَلَمْ يَصِلْ إلَى حَدِّ سَلْبِ وِلَايَتِهَا بِالْكُلِّيَّةِ فهي تَصْلُحُ شَاهِدَةً وَنَاظِرَةً فِي الْأَوْقَافِ وَوَصِيَّةً"،[2] واحتجوا بالقياس على الفتوى حيث وقع إجماع على جواز فتواها بشروط، وفيها إظهار للحكم الشرعي مثل القضاء تماما، فلما جازت الأولى مع ما قد يعتريها من مخالفة للضوابط الشرعية جاز لها القضاء مع احترامها،[3] **انتقد** يفترقان بحصول المنازعات والخصومات بكثرة في مجالس القضاء دون الفتوى التي تعتريها المهابة **أجيب** لم يقل أحد بمنع المرأة من تدريس الطلاب بالحجاب والحشمة، وهؤلاء أمهات المؤمنين كنّ يُعلمن الرجال من رواء حجاب ولم يُنكر عليهن،[4] وقالوا الغرض من الأحكام تنفيذها وسماع البينة والفصل فيها وهو ممكن من المرأة كإمكانيته من الرجل، **انتقد** أن الولاية العامة يشبه أن يقوم بها الرجال والنساء، **أجيب** بأن النهي ثابت فيها فافترقا ومهام الكبرى أعظم،[5] وقالوا: فصل الخصومات بالقضاء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولم يشترط أحد الذكورة لأنّ المعوّل عليه صفة الحكم لا الحاكم.[6]

*** دليل من فصّل فأجاز في غير الجنايات:** تجوز شهادتها في الرضاع والأموال والولادة، وأحكام القضاء تُسقى من أحكام الشهادة، **انتقد** بأنّه قياس غير صحيح؛ لأنّ الكافر تجوز شهادته في قوله **"أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ"، (المائدة 106)** ولا يتولى القضاء على مسلم، **أجيب** بأنّ شهادته استثنائية أما شهادتها فأصلية؛ فلو أشهد رجل امرأتين بدل رجل صح، ولا يُقاس أصليٌّ على استثنائيٍّ،[7] وقالوا: أهل القضاء أهل الشهادة وشرط أهليتها شرط أهليته؛ لأن كلا منهما من باب الولاية والشهادة

---

[1] ابن حزم المحلى ج. 8 ص. 528

[2] كمال بن الهمام فتح القدير ج. 7 ص. 298

[3] ابن القيم الإعلام /169 وابن أبي الدم أدب القضاء 201/1 وحمدان اجتهاد القاضي ص. 41

[4] البخاري برقم 251 قال أبو سَلَمَةَ: دَخَلْتُ أَنَا وَأَخُو عَائِشَةَ فَسَأَلَهَا عَنْ غُسْلِ النبيّ فَدَعَتْ بِإِنَاءٍ فَاغْتَسَلَتْ وَأَفَاضَتْ عَلَى رَأْسِهَا وَبَيْنَنَا وَبَيْنَهَا حِجَابٌ"، تُعلم أجنبيا الغسل ولو فعلته عالمة اليوم لاتهمت، والناظر في حياتهن يجدهن كاملات الحشمة منخرطات في قضايا المجتمع، وقيل أنه ابن أختها أم كلثوم من الرضاع، وفي البخاري 4146 قال مَسْرُوق: دَخَلْنَا عَلَى عَائِشَةَ وَعِنْدَهَا حَسَّانُ فَقُلْتُ لَهَا لِمَ تَأْذَنِينَ لَهُ؟ والله يقول **"وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ" (النور 11)** قَالَتْ: "إِنَّهُ كَانَ يُنَافِحُ عَنْ الرَسُولِ"، وفي البخاري 4753 قال ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ اسْتَأْذَنَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَلَى عَائِشَةَ فَقَالَ: كَيْفَ تَجِدِينَكِ؟ قَالَتْ بِخَيْرٍ إِنِ اتَّقَيْتُ قَالَ فَأَنْتِ بِخَيْرٍ زَوْجَةُ الرَسُولِ وَلَمْ يَنْكِحْ بِكْرًا غَيْرَكِ وَنَزَلَ عُذْرُكِ مِنَ السَّمَاءِ" وَدَخَلَ ابْنُ الزُّبَيْرِ فَقَالَتْ دَخَلَ ابْنُ عَبَّاسٍ فَأَثْنَى عَلَيَّ وَوَدِدْتُ أَنِّي كُنْتُ نِسْيًا مَنْسِيًّا"، وفي البخاري 4993 قال يُوسُف بْنُ مَاهَك جاء عَائِشَةَ عِرَاقِيٌّ فَقَالَ أَيُّ الكَفَنِ خَيْرٌ؟ قَالَتْ مَا يَضُرُّكَ؟ قَالَ أَرِنِي مُصْحَفَكِ لَعَلِّي أُؤَلِّفُ القُرْآنَ، قَالَتْ مَا يَضُرُّكَ أَيَّ قَرَأْتَ قَبْلُ؟ مَا نَزَلَتْ البَقَرَةِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا وَأَنَا عِنْدَهُ فَأَخْرَجَتْ لَهُ المُصْحَفَ فَأَمْلَتْ عَلَيْهِ السُّوَرِ"

[5] حافظ أنور ولاية المرأة ص. 243

[6] ظافر القاسمي نظام الحكم ج. 2 ص. 252

[7] ابن الهمام فتح القدير 253/7 ذهب الظاهرية والمالكية وبعض الحنفية والحنابلة إلى جواز شهادة النساء دون الرجال، واشترط بعضهم اليمين، حافظ أنور ولاية المرأة ص. 274

أقوى لأنها ملزمة للقاضي والقضاء ملزم للخصوم"،[1] **انتقد** بأن الشهادة ليس فيها ولاية، **أجيب** فيها تحمّل مسؤولية وانتقال فاجتمعت معه من هذا الجانب، وأنكر القاسمي التجويز في الأموال دون الجنايات فقال: "الشهادة تحمّل مبنية على الانتباه والفهم فمن استطاع أن يفهم الأمور المدنية على تعقيدها كان أولى أن يفهم الجزائية"،[2] وانتُقِد قياس القضاء على الشهادة ببعث الحكمين.[3]

الترجيح الراجح جواز توليها بضوابط، كأن لا يُزاحمها حقّ أولى منه مما هو أوجب عليها، ويكون توليها بموافقة زوجها أو وليها، مع احترام مبادئ الحشمة والآداب، ويُخصص لها في التولية مجالٌ يناسب حشمتها.

المبحث الثالث: مناهج الاجتهاد القضائي

تمهيد

ظهر الاجتهاد القضائي الإسلامي منذ العهد النبوي، فقد كان النبيّ هو المجتهد الأول في تفسير القرآن ووضع أُسس الدين وإعمال الرأي فيما لم ينزل فيه وحي، حيث أجاز العلماء وقوع الخطأ في اجتهاده بلا وحي، لكن لا يُقرّ عليه والأمر مبسوط في مظانه،[4] وربّما اجتهد الصحابيّ في مسألة قضائية في عهده؛ فيعرضها عليه ليُقرها أو يردها كإقراره قضاء علي في "زُبية الأسد" وتقسيم الدية،[5] أما الاجتهاد المعاصر فهو نتاج القرنين الماضيين، وُلد في بيئة لا تعرف الإسلام وبُني على تجربة مجردة عن الوحي، ووُضعت أسُسه وفي قلوب واضعيها من البغض نحو الكنيسة ما لا يعلمه إلا الله، لأنّها طغت عليهم تتحكم في رقابهم وتظلمهم باسم الكتاب المقدس، فظهر مُنظّرون ينئوْن بأنفسهم عن الدين؛ فإذا اجتهاداتهم تبارزه وخياراتهم تُعاديه، وبعد أفول الاستعمار حاول الفقهاء دحض ما يُزعم من أنّ كلّ ما جاء به الدين لابد أن يكون وبالا، منوّهين بأنّ الاجتهاد البشري مهمّ لكنّه يجب أن يستمد أصوله من التوجيه الرباني تأصيلا وتقعيدا، بسطنا ذلك في مطالب:

المطلب الأول: مناهج الاجتهاد في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مناهج الاجتهاد في القضاء المعاصر

المطلب الثالث: الموازنة بين المناهج الإسلامية والمعاصرة والسوابق

المطلب الأول: مناهج الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

الاجتهاد الفقهي قديم قدم الرسالة المحمدية أرسى أُسُسه الرسول الأكرم، ونشر أنواعه بين يدي الأمة أصحابُه الكرام، ثمّ ظهرت مناهجُه ومدارسُه بمرور السنين، وهي مناهج مختلفة في المنطلق والمأخذ والشيوخ كمدرستي الأثر والرأي، تملك كلّ واحدة منها أصولا ونظاما تمشي عليه بتأييد من أنصارها، ولهذا الاختلاف

---

[1] حاشية ابن عابدين ج. 5 ص. 355 والكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 3

[2] ظافر القاسمي نظام الحكم ج. 2 ص. 252

[3] محمد فريدي تولي الوظائف العامة ص. 110

[4] أصول السرخسي دار المعرفة 91/2 وشرح البزدوي دار الكتاب 205/3 وابن قدامة الروضة 341/2 والآمدي الإحكام 165/4 ومسودة آل تيمية تح محي الدين الحميد دار الكتاب العربي ص.506

[5] رواه أحمد في المسند برقم 573

أثر في بروز مذاهب فقهية متميزة بالشدّة والتيسير والتضييق والسعة والعزائم والرخصة والشذوذ والعموم، وقد أوصى المنصور الإمام مالك لما أراد جمع علم أهل المدينة بقوله: "اجتنب رخص ابن عباس وشدائد ابن عمر وشذوذ ابن مسعود".[1]

* **مناهج الاجتهاد في الفقه الإسلامي باعتبار التشدّد الأول** اختار جماعة منهج التشدّد والتضييق؛ بدافع سدّ ذرائع الفتنة والبدع والمعاصي، فصاروا بهذا المنحى أهل ظاهرية حديثة أو تقليد متعصب قديم، يظنون أنّ النص وحده كاف لاستخراج حكم كل نازلة مهما كانت لقوله **"مَا فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِنْ شَيْئٍ"**، (الأنعام 38) رغم أنّها لا تدل عليه،[2] يُضيّقون دائرة الأخذ بالقياس والرأي والمقاصد؛ بزعم أنّهم أصحاب اتّباع لا ابتداع والحقيقة أنهم أصحاب جمود لا اجتهاد، وكان أحمد بن حنبل من أشدّ الناس اتّباعا لهدي السلف لكنه يقول: "من أفتى الناس ليس ينبغي أن يحملهم على مذهبه ويُشدّد عليهم"،[3] وسُئِلَ عَنْ مَسْأَلَةٍ فِي الطَّلَاقِ فَقَالَ يَقَعُ فَقِيلَ لَهُ فَإِنْ أَفْتَانِي أَحَدٌ أَنَّهُ لَا يَقَعُ يَجُوزُ؟ قَالَ نَعَم وَدَلَّهُ عَلَى حَلْقَةِ الْمَدَنِيِّينَ فَقَالَ إنْ أَفْتَوْنِي جَازَ؟ قَالَ نَعَم"،[4] وفي مقابل هؤلاء تشدّد أصحاب المذهبية المفرطة الذين يرون أنّ الانتماء لأحد المذاهب الأربعة من أوجب الواجبات، يُلزمون كل عالم بالاجتهاد داخل المذهب، ويحرمون عليه الخروج عنه بزعم المحافظة على وحدة الأمة، فإذا لم يجدوا تخريجا على أصول إمامهم أفتوا بالحظر والمنع احتياطا، يقولون أُغلق باب الاجتهاد منذ القرن 4 هجري،[5] **الثاني** منهج التساهل والتفريط وهم صنفان: صنف يُقدم المصلحة على النص كالطوفي القائل في شرحه لحديث: "لا ضرر ولا ضرار": "إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع، ويلزم منه أنها أقوى أدلة الشرع لأن الأقوى من الأقوى أقوى"، ولأنّ منكري الإجماع اعترفوا بالمصلحة، والنصوص متعارضة مختلفة بينما المصلحة حقيقية لا يُختلف فيها،[6] والصنف الثاني مهزوم أمام الواقع يقدمه على النّص، له عقدة تجاه ما يأتي من الغرب يجتهد في التشبّه بهم وبلوغ حضارتهم، يريد التخلص من التبعية للشريعة كما تخلصوا هم من التبعية للكنيسة،[7] **الثالث** منهج الوسطية والاعتدال، أصحابه منضبطون بالنصوص يُراعون للمقاصد والمصالح، قال الشاطبي: "الْمُفْتِي الْبَالِغُ ذُرْوَةِ الدَّرَجَةِ هُوَ الَّذِي يَحْمِلُ النَّاسَ عَلَى الْمَعْهُودِ الْوَسَطِ فِيمَا يَلِيقُ بِالْجُمْهُورِ، فَلَا يَذْهَبُ بِهِمْ مَذْهَبَ الشِّدَّةِ وَلَا يَمِيلُ بِهِمْ إِلَى طَرَفِ الِانْحِلَالِ".[8]

---

[1] اللكنوي التعليق الممجد على موطأ محمد تحقيق الندوي دار القلم دمشق ط 4، 2005 ج. 1 ص. 15

[2] ابن كثير التفسير 253/3: "الْجَمِيعُ عِلْمُهُمْ عِنْدَ اللَّهِ وَلَا يَنْسَى وَاحِدًا مِنْ جَمِيعِهَا مِنْ رِزْقِهِ وَتَدْبِيرِهِ سَوَاءٌ كَانَ بَرِّيًّا أَوْ بَحْرِيًّا"، وقيل أن الكتاب هنا هو القرآن والسياق يمنعه، تفسير المنار 330/7

[3] ابن مفلح لآداب الشرعية طبعة عالم الكتب ج. 1 ص. 166

[4] الزركشي البحر المحيط في أصول الفقه طبعة دار الكتبي ط 1، 1994م ج. 8 ص. 374

[5] يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 674

[6] البوطي ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية طبعة الرسالة ص. 206

[7] يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 676

[8] الموافقات للشاطبي ج. 5 ص. 276

* **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر باعتبار الدليل** ينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: **الأول** الاجتهاد المصلحي المقاصدي المستند إلى دليل المصلحة ومقاصد الشريعة، هو مسلك يعتمد على المقاصد لترجيح المعنى المصلحي على ظاهر النص، **الثاني** الاجتهاد الظاهري التوقيفي المبنيّ على التمسك بما يتبادر إلى الذهن من النص، والتوقف عنده دون لجوء إلى الغوص في فحواه ومقصود الشارع منه أو تعليله، وقد أدى الالتزام به أحيانا إلى وقوع طامات؛ كقول ابن حزم: "إذن الثيب موافقتها بالكلام وإذن البكر موافقتها بالسكوت، ولو تكلمت البكر بالموافقة لم يقع عليها الزواج"، **الثالث** الاجتهاد التسويغي التبريري الذي يُضفي شرعية على الواقع، ويوجب التعامل معه ولو على حساب النص، يلتمس له تأويلات بعيدة عن الأصول ويتمسك بشبهة دليل لإبداء الممنوع في صورة المشروع تماشيا مع الواقع.[1]

* **مناهج الاجتهاد الفقهي باعتبار التقيّد بالنص والإلحاق به أو تعديه إلى المصلحة** هو بهذا الاعتبار أربعة أنواع: **1** الاجتهاد البياني المقيّد بالنص؛ يتمّ باستفراغ الوُسع في فهم النص، **2** الاجتهاد القياسي المبني على القياس؛ يتم بإلحاق فرع غير منصوص عليه بأصل منصوص عليه بحكم العلة الجامعة، **3** الاجتهاد الاستصلاحي أو المصلحي المتعلق بتحديد مقاصد الشريعة بناء على جلب المصالح ودرء المفاسد، هو كلّ اجتهاد تُراعى فيه المصلحة أو يُبنى عليها، سواء كانت هي سنده الوحيد أو كانت عنصرا مؤثرا ضمن عناصر أخرى، **4** الاجتهاد المقاصدي المبني على الترجيح بالمقاصد المعروفة بالحكمة من التشريع، أو مطلق المصلحة أو الكليات الشرعية الخمسة، وهي عند الطاهر بن عاشور المعاني والحكم الملحوظة للشارع، وعبر عنها الفاسي بالغاية والأسرار التي وضعها المشرع، والريسوني بالغايات، والخادمي بالمعاني الملحوظة في الأحكام.[2]

* **مناهج الاجتهاد باعتبار متابعة ما سبق أو تجديده أو محاولة التجديد 1** الانتقائي الترجيحي يقوم على تتبّع اجتهاد القدامى والنظر في أدلتهم وآرائهم، ثم الترجيح بينها للخروج باجتهاد يلائم الحال، وهي الطريقة التقليدية المعتمدة، 2 الإبداعي أو الإنشائي القائم على المستجدات الفقهية المعاصرة التي لا يوجد لها فقه قديم، كزرع الأعضاء واستئجار الأرحام وقضايا الاقتصاد المعاصرة، ينظر فيها المجتهد من خلال القواعد العامة محاولا الخروج بأحكام تناسبها، 3 التجديدي الحداثي القائم على إعادة النظر في المسلّمات وما عُلم من الدين بالضرورة، ومراجعتها بما يتوافق ومقتضيات العصر، فيه تقليد لاجتهاد التنويريين الغربيين في

---

[1] ابن حزم المحلى 57/9 وشريفي اعتبار المآلات ص.216 وأوسالم التجديد ص. 62 وحسونة المناهج ص. 168 و358 وزلافي الترجيح بالمقاصد دكتوراه وهران 2011م ص. 46 و99

[2] ابن عاشور مقاصد الشريعة 21/2 والخادمي الاجتهاد المقاصدي ط الأوقاف القطرية ط 1، 1998م 48/1 وعاشوري الترجيح بالمقاصد ضوابطه وأثره الفقهي ماجستير جامعة باتنة 2008م ص. 4 وعمري رشيد الاجتهاد المبني على السياسة ص. 67 وعبد الله بابهون الاجتهاد الجماعي ماجستير الجامعة الأردنية 2006م ص. 37 والريسوني وباروت الاجتهاد ص. 29

مواجهة الكنيسة، لا ضوابط له ولا أصول إلا مجرّد التقليد الأعمى للحضارة الغربية.[1]

* **مناهج الاجتهاد باعتبار الاستنباط والتنزيل** على قسمين: 1 استنباطي قائم على استنباط الأحكام، يدخل فيه البياني والقياسي والاستصلاحي والمقاصدي، 2 تنزيلي عن طريق إعمال العقل من ذي ملكة راسخة متخصصة في إجراء حكم الشرع الثابت بمدركه الشرعي على الوقائع الفردية والجماعية؛ تحقيقا لمقاصد الشارع وتبصرا بمآلات التنزيل، سماه الشاطبي: "النظر في تحقيق المناط"،[2] ويُعرّف الواقع بأنّه ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه مع قطع النظر عن إدراك المدركين وتعبير المعبّرين،[3] قال ابن القيم: "لَا يَتَمَكَّنُ الْمُفْتِي مِنْ الْفَتْوَى إلَّا بِنَوْعَيْنِ مِنْ الْفَهْمِ: أَحَدُهُمَا فَهْمُ الْوَاقِعِ وَالْفِقْهِ فِيهِ وَاسْتِنْبَاطُ عِلْمِ حَقِيقَةِ مَا وَقَعَ بِالْقَرَائِنِ وَالْأَمَارَاتِ وَالْعَلَامَاتِ حَتَّى يُحِيطَ بِهِ عِلْمًا، وَالثَّانِي فَهْمُ الْوَاجِبِ فِي الْوَاقِعِ وَهُوَ فَهْمُ حُكْمِ اللَّهِ الَّذِي حَكَمَ بِهِ فِي كِتَابِهِ أَوْ عَلَى لِسَانِ قَوْلِهِ فِي هَذَا الْوَاقِعِ"،[4] فالحكم الشرعي هو مراد المجتهد الأسمى وغايته وقبلته، يحتاج للوصول إليه إلى نظر في الدليل ثم في محلّ الحكم، ولا يختص بالفقيه الشرعي بل يعم القاضي القانوني الذي يحتاج إلى فهم القاعدة في لفظها وفحواها ثمّ إلى تنزيلها على الحال،[5] أشار إليه الونشريسي في معياره حين صرّح أنّ فقه القضاء هو معرفة أصوله وأحكامه وقواعده، أما علمه فهو معرفة كيفية تنزيل كلياته على القضايا والخصومات،[6] قال الغزالي: "مَنَاط الْحُكْمِ فِي نَفَقَةِ الْقَرِيبِ الْكِفَايَةُ أَمَّا أَنَّ الرِّطْلَ كِفَايَةٌ لِهَذَا الشَّخْصِ فَيُدْرَكُ بِالاجتهاد وَالتَّخْمِينِ".[7]

* **مناهج الاجتهاد باعتبار الالتزام بالمذهب:** على قسمين: 1 مذهبيّ لا يُخرج عليه في الفروع والأصول، هو الغالب بعد القرن 4 يتنوّع إلى تخريج على أصول إمام المذهب وعلى نصوصه، قال الصنعاني: "كَانَ الْفِقْه فِي الْقُرُون الْمَشْهُود لَهَا بِالْخَيرِ فِي ازدهار مُسْتَمر ونموّ متواصل، وَكَانَت اجتهادات الْأَئِمَّة بَين الْأَخْذ وَالعطَاء وَالرَّدّ وَالْقَبُول، إِلَى أَن فَشَا التَّقْلِيد فِي نصف الْقرن 4 وَبَدَأَ التعصب المذهبي"، 2 انتقائيّ إنشائيّ، فالانتقائي هو الاتّباع بأن يُنظر في أدلة المجتهدين

---

[1] يقول الشرفي التونسي: "المسلمات الفقهية الإسلامية لا زالت تعمل بعمق وعن غير وعي في الضمير الإسلامي" ويقول: "ارتفعت الأصوات حديثا للمطالبة بتجديد الاجتهاد والفكر الديني بحجة أن المؤمن أصبح يعيش وضعا تأويليا يختلف جذريا عن الوضع الذي عاشه السلف" عمري رشيد الاجتهاد ص. 68 ونذير أوسالم التجديد والاجتهاد دكتوراه جامعة وهران 1 سنة 2016م ص. 75

[2] الشاطبي الموافقات ج. 5 ص. 11

[3] فاطمة تناح أثر الواقع في تنزيل الأحكام ص. 22

[4] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 1 ص. 69

[5] وورقية ضوابط الاجتهاد التنزيلي دار لبنان ص. 23 وبلخير عثمان البعد التنزيلي ماجستير جامعة وهران 2006 ص.64 وبن مصطفى تحقيق المناط ماجستير جامعة وهران 2006م ص. 69

[6] الونشريسي المعيار المعرب والجامع المغرب ج. 10 ص. 78

[7] أبو حامد الغزالي المستصفى ص. 281

ويُنتقى الأصوب دون التزام بمذهب، والإنشائي مسرح اجتهاد المعاصرين في مسائل مستجدة.[1]

*** تغيّر الاجتهاد بتغيّر الأحوال (الثبات والتغيير)**

وقع خلاف حول ارتباط الاجتهاد بتغيّر الحال والزمان والمكان، فقيل أنّه من اللعب في الدين والقضاء بالهوى فلا يحل القول به لأن الأحكام واحدة لا تتبدّل، قال ابن حزم: "الدّينُ لازم لكل حيّ ولكلّ من يولد إلى القيامة في جميع الأرض؛ فلا معنى لتبدّل الزمان ولا لتبدل المكان ولا لتغيّر الأحوال، وما ثبت فهو ثابت أبدا في كل زمان وفي كل مكان وعلى كل حال"،[2] والأكثر على أنّ الأحكام قد تتبدّل إذا كانت مرتبطة بمعنى متغيّر، وأنّه ليس من قبيل تغيير الحكم أو إبطاله، وإنما استبدال حكم شرعي منوط بعلة بآخر لتحوّل تلك العلة، وهو ليس بنسخ بل من قبيل تحقيق المناط الخاص بالحكم، والأحكام نوعان: نوع لا يتبدّل بحال وهو المرتبط بمصالح دينية ودنيوية ثابتة لا تتغير، وآخر مبنيّ على مصالح متغيّرة مرتبطة بعرف أو وقت فهذا قد يتغير بتغيّرها، بيد أنّه لا يحقّ التوسّع فيه كما توسّع بعض المعاصرين فعطلوا الأحكام بحجة المصلحة، كمن أفتى بنزع حجاب المرأة لمصلحة عدم كره غير المسلمين للدين، إنّما المراد مراعاة المصلحة المعتبرة شرعا أو المرسلة، وربط الحكم بها وجوبا أو منعا أو إباحة، باعتدال وتوسّط من غير إفراط ولا تفريط، خاصة في هذا الزمن الذي طرأت فيه نوازل على الأمة لم تخطر على بال الأقدمين، فكان لزاما على المجتهدين من المفتين والقضاة أن يُسايروا تطوّر البشرية مسايرة العاقل العالم الثابت، فلا الدين يُغيّروا ولا الواقع يهملوا مع مراعاة أحوال الناس،[3] قال أحمد بن حنبل: "لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يُنَصِّبَ نَفْسَهُ لِلْفُتْيَا حَتَّى يَكُونَ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ: ... **ومَعْرِفَةُ النَّاسِ**"،[4] ومن المعرفة الإلمام بقدر من علوم النفس والتربية والاجتماع والاقتصاد والتاريخ والسياسة والقوانين الدولية ونحوها مما يكشف للمجتهد واقعه،[5] وقد يُستأنس بحديث عبد الله بن عمرو: كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ فَجَاءَ شَابٌّ فَقَالَ أُقَبِّلُ وَأَنَا صَائِمٌ؟ قَالَ "لَا" فَجَاءَ شَيْخٌ فَقَالَ أُقَبِّلُ وَأَنَا صَائِمٌ؟ قَالَ "نَعَمْ"، فَنَظَرَ بَعْضُنَا إِلَى بَعْضٍ فَقَالَ: "إِنَّ الشَّيْخَ يَمْلِكُ نَفْسَهُ"،[6] وجه الدلالة اختلاف الحكم باختلاف حال المستفتي، وقد عقَدَ الفقهاءُ لأصل تغيير الأحكام بتغيّر الحال قواعد فقهية كقاعدة: "العادة محكّمة"، و"لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"، و"الحكم إذا أثبت بعلة زال بزوالها" و"الأمور بمقاصدها" و"المشقة تجلب التيسير"،

---

[1] الصنعاني إرشاد النقاد ص. 16 والقرضاوي الاجتهاد ص. 115 وحسونة مناهج الاجتهاد ص. 49 و 72

[2] ابن حزم الإحكام في أصول الأحكام ج. 5 ص. 5

[3] بكر أبو زيد التعالم وأثره على الفكر والكتاب بدون طبعة ص. 73 ومصطفى الزلمي معين القضاة ص. 153 وشريفي محمد أمين اعتبار المآلات ومراعاة الخصوصيات في الاجتهاد ص. 216 ومعروف آدم باوا قاعدة تغير الفتاوي والأحكام بتغير الزمان والمكان مجلة كلية الشريعة قطر مجلد 29 2001م ص. 583

[4] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 4 ص. 152

[5] القرضاوي الاجتهاد ص. 48 والريسوني الاجتهاد ص. 69

[6] رواه أحمد برقم 6739 وله شواهد صحيحة وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم 1606

و"الضرورات تبيح المحظورات"،[1] اعتمادا على ما ثبت من صنيع السلف حيث غيّر عمرُ أحكاما كانت تبدو ثابتة لارتباطها بالعوائد والمصالح، كوقف تقسيم أرض العراق بين الفاتحين،[2] ومنع المؤلفة نصيبهم من الزكاة،[3] وإلزام من طلق ثلاثا في مجلس واحد بالثلاث رغم أنه كان في عهد النبي يقع واحدة،[4] قالت عائشة: "لَوْ أَدْرَكَ الرَسُولُ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ كَمَا مُنِعَتْ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ"،[5] قال الزُّرقاني: "اسْتُنْبِطَ مِنْه أَنَّهُ يُحْدِثُ لِلنَّاسِ فَتَاوَى بِقَدْرِ مَا أَحْدَثُوا كَمَا قَالَ مَالِكٌ"،[6] في الحديث: "من ضحى فلا يُصبحن بعد ثلاثة ويبقى في بيته منه شيء"، فلما كان العام المقبل قال: "كلّوا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها"،[7] وقال أَنَس: "جَلَدَ النَبِيُّ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالنِّعَال ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرِّيفِ وَالْقُرَى، قَالَ: "مَا تَرَوْنَ فِي جَلْدِ الْخَمْرِ؟" فَقَالَ ابْنُ عَوْفٍ: أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا كَأَخَفِّ الْحُدُودِ فَجَلَدَ ثَمَانِينَ"،[8] وقال عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ يَزِيد: "أَكْثَرُوا عَلَى ابن مسعود فَقَالَ: "إِنَّهُ قَدْ أَتَى عَلَيْنَا زَمَانٌ وَلَسْنَا نَقْضِي، ثُمَّ إِنَّ اللَّهَ قَدَّرَ عَلَيْنَا أَنْ بَلَغْنَا مَا تَرَوْنَ فَمَنْ عَرَضَ لَهُ مِنْكُمْ قَضَاءٌ بَعْدَ الْيَوْمِ فَلْيَقْضِ بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ جَاءَ أَمْرٌ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ نَبِيُّهُ، وإلا فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ الصَّالِحُونَ، وإلا فَلْيَجْتَهِدْ رَأْيَهُ وَلَا يَقُولُ إِنِّي أَخَافُ"،[9] فيه الرجوع إلى أهل العلم والصلاح لتنظيم الحياة، وقَالَ عَلِيٌّ للنبيّ: "أَرَأَيْتَ إِنْ عَرَضَ لَنَا أَمْرٌ لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ قُرْآنٌ وَلَمْ يُخَصِّصْ فِيهِ سُنَّةٌ؟" قَالَ: "تَجْعَلُونَهُ شُورَى بَيْنَ الْعَابِدِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَلَا تَقْضُونَهُ بِرَأْيِ خَاصَّةٍ"،[10] وسئل النبيّ عَنِ الْأَمْرِ يَحْدُثُ لَيْسَ فِي كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ قَالَ: "يَنْظُرُ فِيهِ الْعَابِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ"،[11] وغيّر الشافعيُّ كثيرا من آرائه حين انتقل من العراق إلى مصر بسبب الفروق بين البيئتين فاشتهر بمذهب قديم وجديد،[12] وقال القرافيُّ: "إنَّ إجراءَ الأحكام التي مُدْرَكُها العوائدُ مع تغيُّرِ تلك العوائد خلافُ

---

[1] يسري فقه النوازل ص. 190 وصدقي الغزي موسوعة القواعد الرسالة ط 1، 2003م 33/1

[2] قالَ أَبُو يُوسُف الخراج ص. 45: "لَمَّا افْتُتِحَ السَّوَادُ شَاوَرَ عُمَرُ فَرَأَى العَامَّة أَنْ يُقَسِّمَهُ وَكَانَ رَأْيُ عُثْمَانَ وَعَلِيّ وَطَلْحَةَ رَأْيَ عُمَرَ أَلا يُقَسِّمَهُ، فقَالَ عُمَرُ: "وَجَدْتُ حُجَّةً فِي تَرْكِهِ **"لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ** ... **وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ"** (الحشر8)، "كَيْفَ أُقْسِمُهُ لَكُمْ وَأَدَعُ مَنْ يَأْتِي بِغَيْرِ قَسْمٍ فَأَجْمَعَ عَلَى تَرْكِهِ وَجَمْعِ خَرَاجِهِ وَإِقْرَارِهِ فِي أَيدي أهليه".

[3] مصطفى الزلمي معين القضاة ص. 149 ويسري ابراهيم فقه نوازل الأقليات ص. 344

[4] رواه مسلم باب طلاق الثلاث برقم 1472

[5] رواه البخاري رقم 869 ومسلم رقم 445

[6] الزرقاني شرح الموطأ تحقيق عبد الرؤوف سعيد طبعة الثقافية القاهرة ط 1، 2003م ج. 1 ص. 676

[7] رواه البخاري كتاب الأضاحي برقم 5569 ومسلم كتاب الأضاحي برقم 1947

[8] رواه مسلم باب حد الخمر برقم 1706

[9] رواه النسائي باب الحكم باتفاق أهل العلم برقم 5397 وقال: "هذا الحديث جيد جيد" وإسناده صحيح

[10] الطبراني الكبير 12042 والضياء المقدسي المختارة ت بن دهيش ط خضر ط 3، 2000م رقم 153 والأوسط للطبراني ت ابن عوض الله والحسيني ط دار الحرمين رقم 1618 بسند صحيح، السيوطي مفتاح الجنة الجامعة الاسلامية ط3، 1989م ص. 57

[11] رواه الدارمي في سننه برقم 119 قال محققه: "إسناده صحيح لكنه مرسل".

[12] يسري ابراهيم فقه نوازل الأقليات ص. 219

الإجماع وجهالةٌ في الدّين، بل كلُّ ما هو في الشريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ فيَتغيَّرُ الحكمُ عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجدِّدةُ، وليس هذا تجديدًا للاجتهاد من المقلِّدين حتى يُشترَطَ فيه أهليةُ الاجتهاد، بل قاعدةٌ اجتهدَ فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نَتْبَعُهم فيها"،[1] وقال ابن القيم: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغيّر عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات، والثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالاً كمقادير التعزيرات"،[2] وألف ابن عابدين رسالة: "نشر العرف فيما بني على الأحكام من العرف" بيّن فيها أن الحكم قد ينبني على عُرف لو تبدّل فإنّ الاجتهاد يتغيّر.[3]

وقد تُعلّل بعض الأحكام بأوصافها المؤثرة والمعاني المعتبرة للدلالة على تعلّق الأحكام بها، فقد أفتى متأخرون في مسائل بخلاف قول أئمتهم نظرا لتغيّر الأحوال، فكان الأوائل يُفتون بمنع الأجرة على وظائف القربات كالأذان والإمامة لكثرة المتطوّعين، ثمّ أجازها المتأخرون خشية اندثار الشعائر إذا لم يوجد من يقوم بها تطوّعا، وكان أوائل الحنفية أشدّ الناس منعا والمتأخرون على الرخصة،[4] وأجاز أبو حنيفة شهادة المستور لأن الناس كانوا في زمانه على خير، وخالفه أبو يوسف ومحمد فمنعاها بسبب انتشار الكذب،[5] قال القرافي: "تُرَاعَى الْفَتَاوَى عَلَى طُولِ الْأَيَّامِ فَمَهْمَا تَجَدَّدَ فِي الْعُرْفِ اعْتَبِرْهُ وَمَهْمَا سَقَطَ أَسْقِطْهُ وَلَا تَجْمُدْ عَلَى الْمَسْطُورِ فِي الْكُتُبِ، فإذَا جَاءَك رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ إقْلِيمِك يَسْتَفْتِيك لَا تَجْرِهِ عَلَى عُرْفِ بَلَدِك وَاسْأَلْهُ عَنْ عُرْفِ بَلَدِهِ وَاجْرِهِ عَلَيْهِ وَأَفْتِهِ بِهِ دُونَ عُرْفِ بَلَدِك وَالْمُقَرَّرِ فِي كُتُبِك، وَالْجُمُودُ عَلَى الْمَنْقُولَاتِ ضَلَالٌ فِي الدِّينِ وَجَهْلٌ بِمَقَاصِدِ الْعُلَمَاءِ"،[6] وقال ابن القيم: "مَنْ أَفْتَى النَّاسَ بِمُجَرَّدِ الْمَنْقُولِ فِي الْكُتُبِ عَلَى اخْتِلَافِ عُرْفِهِمْ وَعَوَائِدِهِمْ وَأَحْوَالِهِمْ وَقَرَائِنِ أَحْوَالِهِمْ فَقَدْ ضَلَّ وَأَضَلَّ، وَكَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى الدِّينِ أَعْظَمَ مِنْ جِنَايَةِ مَنْ طَبَّبَ النَّاسَ كُلَّهُمْ عَلَى اخْتِلَافِ بِلَادِهِمْ وَعَوَائِدِهِمْ بِمَا فِي كِتَابٍ مِنْ كُتُبِ الطِّبِّ عَلَى أَبْدَانِهِمْ"،[7] وينبني هذا الأصل العظيم على جملة من الأدلة القطعية والقواعد المثلى، كقاعدة اعتبار المصالح وما تواتر من تخصيص الفترة المكية بأوامر العقائد والإيمان والعهد المدني بالتشريع العملي، وما تعارف عليه أهل الأصول من تخصيص العموم وتقييد المطلق؛ نظرا لأوصاف تخلّلت الأمر الواجب، وتشريع الرُخص بعد العزائم رحمة بالمكلّف، وما يطرأ عليه من أحوال مرض وسفر

---

[1] القرافي الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ص. 219

[2] ابن القيم إغاثة اللهفان ت الفقي المعارف 331/1 وعقد ابن القيم فصلا في كتابه الإعلام سماه "فَصْلٌ فِي تَغْيِيرِ الْفَتْوَى وَاخْتِلَافِهَا بِحَسَبِ تَغَيُّرِ الْأَزْمِنَةِ وَالْأَمْكِنَةِ وَالْأَحْوَالِ وَالنِّيَّاتِ وَالْعَوَائِدِ" 11/3

[3] معروف آدم باوا قاعدة تغير القتاوي بتغير الزمان والمكان ص.583

[4] ابن عابدين 73/2 ومعروف قاعدة تغير القتاوي ص. 626 وحاوة طاهر أحكام التيسير ماجستير الجزائر 2005م ص.196

[5] الكاساني بدائع الصنائع ج. 6 ص. 270

[6] القرافي الفروق ج. 1 ص. 176

[7] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 3 ص. 66

وحاجة، وما جاء من ربط أصل التعزير بالمصلحة يراها الإمام، واتساع دائرة العفو والمسكوت عنه بغير نسيان أو تفريط، وما ثبت من اختلاف إجابة النبيّ عن نفس السؤال بحسب الحال؛ فقد سئل عن أفضل الأعمال مرارا فكان جوابه مختلفا، وربّما اختلفت وصيته من شخص لآخر حسب الخصوصية،[1] والاجتهاد بهذا الاعتبار أنواع: **1** تخريج المناط باستخراج علة الحكم تمهيدا للقياس، **2** تنقيح المناط بأن يفرز ما علق بالعلة من صفات اتفاقية لا مدخل لها في الحكم، **3** تحقيق المناط بمعنى تطبيق الحكم الشرعي على الواقع، وقاعدة تغيّر الفتوى بتغير العرف تتعلق بالأخير.[2]

* **الاجتهاد الجماعي** هو خيرُ ما تُضبط به قاعدة تغيّر الاجتهاد بتغيّر الأحوال؛ لأن الفرد لا يُؤمَن عليه اتّباع الهوى، وينضبط الجماعي بسبب التأثير والتأثر ويدُ الله مع الجماعة،[3] وهو ما عليه المجامع الفقهية التي تصدر فتاويها بالأغلبية، ورغم أنّه لا يُغني عن الفرديّ إلا أنّ فيه أمان وصون من الزلّات، وهو هديُ الخلفاء الراشدين الذّين كانوا يجمعون الناس عند حدوث النوازل ويشاورونهم فيتحقق مبدأ الشورى، وهو أكثر إصابة وأمانا يُمكن معه فتح باب الاجتهاد دون خوف من المجازفة؛ لأنه ينظمه ويمنع توقفه ويقي من الأخطار، وهو علاجٌ لمستجدات القضايا وسبيلٌ لتوحيد الأمة ورصّ صفوفها، فيه توطئة للإجماع المحمود شرعا وتكامل بين التخصصات،[4] أرسى مبادئه النبيُّ بقوله: "لا تجتمع الأمة على ضلالة"،[5] و"يد الله مع الجماعة"، فتعلمه الصحابة ومارسوه فأخرجوا لنا تأصيل نظرية الإجماع الأصولي،[6] قال مَيْمُونُ: "كَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْخَصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ... فَإِنْ أَعْيَاهُ جَمَعَ رُءُوسَ النَّاسِ وَخِيَارَهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ فَإِذَا اجْتَمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَمْرٍ قَضَى بِهِ"،[7] وقال رِفَاعَةُ بْن رَافِعٍ: "قيل لعُمَرَ: إِنَّ زَيْدا يُفْتِي النَّاسَ بِرَأْيِهِ فِي الَّذِي يُجَامِعُ وَلَا يُنْزِلُ، ... فَجَمَعَ النَّاسَ وَاتفَقوا أَنَّ الْمَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنَ الْمَاءِ إِلَّا رَجُلَيْنِ عَلِيّ وَمُعَاذ قَالَا: "إِذَا جَاوَزَ الْخِتَانُ الْخِتَانَ وَجَبَ الْغُسْلُ" قَالَ عَلِيٌّ "أَعْلَمُ النَّاسِ بِهَذَا أَزْوَاجُ الرَسُولِ فَأَرْسَلَ إِلَى عَائِشَةَ فَقَالَتْ "إِذَا جَاوَزَ الْخِتَانُ الْخِتَانَ

---

[1] شريفي محمد أمين اعتبار المآلات ومراعاة الخصوصيات في الاجتهاد ص. 236

[2] معروف آدم باوا قاعدة تغير الفتاوي والأحكام بتغير الزمان والمكان ص. 595

[3] رواه الترمذي رقم 2166 والنسائي رقم 4020 قال الهيثمي مجمع الزوائد ت القدسي ط القاهرة 1994م رقم 9123: "رجاله ثقات"، وصححه الأرنؤوط والألباني الإرواء رقم 2452.

[4] يسري النوازل ص. 346 والشرفي الاجتهاد الجماعي الأوقاف القطرية ط 1، سنة 1998م ص. 77 وبن حميد الاجتهاد الجماعي المجمع الفقهي ع 25 سنة 2010م ص. 63 وشعبان اسماعيل الاجتهاد الجماعي ط البشائر ط 1، 1998م ص. 119 وأبو الليل مكانة الاجتهاد الجماعي الشريعة والقانون ع 11 سنة 1998م ص. 17 وبابهون الاجتهاد الجماعي ص. 221 وحسونة المناهج ص. 466 والخادمي الاجتهاد 169/2 وعباسة مراعاة الخلاف ماجستير جامعة وهران 2007م ص. 248

[5] رواه الترمذي برقم 2167 وابن ماجه برقم 3950 حسن بمجموع طرقه، السلسلة الصحيحة رقم 1331

[6] عبد الرحمن السنوسي الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة الأوقاف الكويتية ط 1، 2011م ص. 231 وخلاف السلطات الثلاث في الإسلام ص. 39

[7] رواه الدارمي في سننه برقم 163 ورجاله ثقات غير أن ميمونا لم يدرك الصديق رضي الله عنه

وَجَبَ الْغُسْلُ"، قال عُمرُ "لَا يَبْلُغُنِي أَنَّ أَحَدًا فَعَلَهُ إِلَّا أَنْهَكْتُهُ عُقُوبَةً"،[1] قال أبو حصين: "إِنَّ أَحَدَهُم لَيُفْتِي فِي المَسْأَلَةِ لَوْ وَرَدَتْ عَلَى عُمَرَ لَجَمَعَ لَهَا أَهْلَ بَدْرٍ"،[2] واشتهرت مسائل اجتهد فيها الصحابة جماعة كقتال مانعي الزكاة،[3] وجمع المصحف،[4] وإمضاء طلاق الثلاث في مجلس واحد ثلاثا، وتوحيد الحرف،[5] وفي أيامنا لو غيّر المجتهد اجتهاد من سبقه لتغيّر العرف لكان مظنة الوقوع في الهوى، بخلاف اجتهاد الجماعة التي تبتعد عنها تلك المظنة، لهذا تظهر أهمية الاجتهاد المؤسساتي كضمان لإحياء الأمة ونهضتها، خاصة إذا قام على مبدأ توزيع المهام واحترام التخصصات لأن الغفلة أقرب إلى الفرد منها إلى الجماعة، قال الزرقا: "لقد كان الاجتهاد الفرديّ ضرورة في الماضي وهو اليوم ضرر كبير"،[6] أما تاريخيا فقد مرّ الجماعي بمراحل: أولها اجتماع الصحابة على النوازل كما ذكر ذلك ابن مهران، ثم استمرّ ذلك زمنا في المدينة المنورة قال ابن المبارك: "كان فقهاء أهل المدينة سبعة إذا جاءتهم المسألة **دخلوا فيها جميعا فنظروا فيها** ولا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم فينظرون فيها فيصدرون"،[7] ثم انتشر الاجتهاد الفردي بسبب الخوف من استحواذ الولاة الفاسدين على المجامع العلمية، فتتحوّل إلى ما يُشبه السلطة الكنسية التي تمنع الاجتهاد على غيرها، ثم جاءت مرحلة الجمود والتقليد التّي توقف خلالها الاجتهاد الفردي فضلا عن الجماعي، وظهرت في العصر الحديث محاولات لإحيائه، عن طريق بعض المجامع التي كثر الدعاة إليها من أمثال أحمد شاكر في "الشرع واللغة" وخلاف في "مصادر التشريع"، وشلتوت في "الإسلام عقيدة وشريعة"، ومصطفى الزرقا في "الاجتهاد"، والطاهر بن عاشور في "المقاصد"، وسلام مدكور في "الاجتهاد في التشريع"، والقرضاوي في "الاجتهاد"،[8] ويُعرّف الجماعي بأنّه استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل ظنّ بحكم شرعي بطريق الاستنباط، واتفاقهم جميعا أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور، أو اتفاق أغلبية المجتهدين في نطاق مجمع أو هيئة شرعية ينظمها ولي الأمر على حكم شرعي عملي، لم يرد به نص قطعي الثبوت والدلالة بعد بذل غاية الجهد في البحث

---

[1] رواه أحمد في المسند برقم 21096 وصحح إسناده شعيب الأرنؤوط

[2] الذهبي سير أعلام النبلاء طبعة دار الحديث القاهرة 2006م ج. 6 ص. 138

[3] لَمَّا اسْتُخْلِفَ أَبُو بَكْرٍ وَكَفَرَ مَنْ كَفَرَ قَالَ عُمَرُ لِأَبِي بَكْرٍ: كَيْفَ تُقَاتِلُ النَّاسَ؟ وَقَدْ قَالَ النبيّ "أمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لاَ إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَمَنْ قَالَها عَصَمَ مِنِّي مَالَهُ وَنَفْسَهُ" قَالَ أبو بكر: "وَاللَّهِ لَأُقَاتِلَنَّ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّلاَةِ وَالزَّكَاةِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ المَالِ" قَالَ عُمَرُ "فَوَاللَّهِ مَا هُوَ إِلَّا أَنْ رَأَيْتُ اللَّهَ قَدْ شَرَحَ صَدْرَه فَعَرَفْتُ أَنَّهُ الحَقُّ" رواه البخاري رقم 7284 ومسلم رقم 20

[4] قال زَيْدُ: "أَرْسَلَ إِلَيَّ أَبُو بَكْرٍ وَعِنْدَهُ عُمَرُ: "إِنَّ القَتْلَ قَدْ اسْتَحَرَّ يَوْمَ اليَمَامَةِ وَإِنِّي أَخْشَى أَنْ يَذْهَبَ كَثِيرٌ مِنَ القُرْآنِ وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْمَعَه"، فَقُلْتُ كَيْفَ أَفْعَلُ شَيْئًا لَمْ يَفْعَلْهُ النبيّ فَلَمْ يَزَلْ عُمَرُ يُرَاجِعُنِي حَتَّى شَرَحَ اللَّهُ صَدْرِي" رواه البخاري برقم 4679

[5] رواه البخاري في صحيحه باب جمع القرآن برقم 4987

[6] أحمد الزرقا الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات مجلة الجامعة الإسلامية ع 22 سنة 1989م ص.156

[7] ابن حجر تهذيب التهذيب ط المعارف الهند ط 1، 1326 437/3 وابن القيم الإعلام 49/1

[8] الشرفي الاجتهاد ص.56 وشعبان الاجتهاد الجماعي ط البشائر ط1، 1998م ص.127

والتشاور،[1] وأشهر المجامع التي اكتسبت مصداقية مجمع البحوث الإسلامية الأزهر الشريف 1961م، والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الاسلامي بمكة 1978م، والمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة 1981م.[2]

المطلب الثاني: مناهج الاجتهاد القضائي في التشريع المعاصر

بين يدي المطلب بعد الاطلاع على المناهج الإسلامية نُعرّج على القانونية، وهي تحت مظلتين أنجلوسكسونية ولاتينية، نبحثه في فرعين: المناهج باعتبار تفسير النص ثمّ الإقليمية وتنازع القوانين.

الفرع الأول: منهاج الاجتهاد القضائي باعتبار تفسير النص القانوني

النظر في النص القانوني يختلف من قاض لآخر، وتكمُنُ حقيقة الاجتهاد في هذا النظر كيف يجب أن يكون؟ وكما اختلف أهل الشرع حول دلالة الألفاظ اختلف فقهاء القانون حول نفس الأمر لضبط النظرة الاجتهادية، وقد تفرقت آراؤهم بحسب مدارس ومناهج: **مدرسة التزام النص أو الشرح على المتون:** اهتمّت بالشرح العلمي المنضبط بالنص القانوني، ولم تُحلّل طبيعة القانون تحليلا فلسفيا، بل اكتفت بالظاهر معترفة بكلّ ما يشرعه المشرع، تُشبه إلى حدّ كبير المدرسة الظاهرية في فقنا، برزت بقوة يوم شرّع نابليون قانونه المدني 1804م، فقد كان هو نفسه يكره النظرة الفلسفية للقانون، ميزتها التقيّد الكامل بالنص دون بحث في الفحوى إلا من جهة نية المشرّع، ترى الكمال في التشريع وتقدسه، شعارها تجرّد القاضي إلا من فهم مراد المشرّع روحا ومعنى لأنه قاض وليس بمشرع، ويجب على المشرع عدم ترك حالة إلا ملأها تقنينا، أشهر فقهائها "أوبري" و"ديمولان"، انتقدت لإهمالها إرادة الشعب وعدم اعتبار المصدر البيئي كالعرف، **المدرسة التاريخية** تُنكر وجود القانون الطبيعي؛ لأن القانون وليد البيئة التي ينشأ فيها، ولأنّه يتطوّر حسب الظروف ودائم التغيير؛ فيجب تفسيره حسب ظرف المجتمع يوم تطبيقه لا صدوره، المصدر الوحيد للقاعدة هو ضمير الشعب، وتحرص على ملاءمة النص للبيئة الاجتماعية والثقافية، **مدرسة البحث العلمي الحر** تسعى للتوفيق بين الآراء السابقة فترفض فكرة كمال التشريع وتقييد القاضي ومطلق الحرية وتأثير الظروف، فإذا انعدم الحل التشريعي لجأ القاضي إلى العرف، وإن لم يجد بحث في العلم الحر شرط ألا يلجأ إلى الاحتياط إلا حال انعدام النص أو إبهامه، كما يجب منح القاضي حرية البحث إذا لم توجد قاعدة يطبقها وهي الغالبة اليوم.[3]

أصل هذه المدارس: اختلافها عائد إلى الاختلاف حول تصوّر أصل القانون، هل هو إرادة السلطة أم انبثاق عن فكرة العدالة والقانون الطبيعي؟ الجواب بحسب مذاهب: **المذهب الشكلي** يُسمى نظرية القانون الوضعي يقوم على تحليل القانون تحليلا وضعيا مجردا عن الفرضيات والتصوّرات، فأصل القانون عمل المشرّع

---

[1] الشرفي الاجتهاد ص.46 وبن حميد الاجتهاد ص.56 وحمو بابهون الاجتهاد ص.67

[2] شعبان اسماعيل الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في ص. 137

[3] حسين منصور المدخل ص. 271 وبن الصغير الاجتهاد ص. 250 والداودي المدخل ص. 14

وتنظيم الدولة، نصره الانجليزي "أوستن" (1859م) والألماني هيجل (1831م)، تفرعت عنه مدرسة الشرح، **المذهب المثالي** يُسمى مذهب القانون الطبيعي، يرى أن أصل القانون الوضعي هو ما أودعه الله في الطبيعة من قانون طبيعي، هو ثابت مستمر غير متغيّر بحال والعقل البشري إنما يكتشفه بالبحث، دوره توجيه الناس لما فيه خير البشر ومصلحتهم، نصره الفقيه "توماس هوبس" و"جون جاك روسو" هو السائد عند رجال الكنسية، **مذهب التطوّر التاريخي (سافيني)** برز بعد انتشار التقنين في فرنسا ووضع المدني (1804م)، حيث انتقلت العدوى إلى ألمانيا وساد القول بضرورته وهو ما عارضه "سافيني" بشدّة فألّف رسالة سنة 1811م بيّن فيها مضاره، بأنّه يقضي على نموّ وتطور القانون ويجعله جامدا لأنه جزء من التراث القومي مثله مثل اللّغة والدّين، **المذهب المختلط (العلم والصياغة)** أسّسه "فرانسوا جيني" بعد تحليل النظريات السابقة وأقام نظريته على رُكني العلم والصياغة، فالعلم يقوم على العرف وواقع الحياة الاجتماعية ومادة القانون، والصياغة تتم عن طريق ضبط المادة القانونية المستخرجة من عمق المجتمع في شكل مواد، **نظرية الغاية الاجتماعية** أسسها "فون اهرنج" (1892م) تقبل مبدئيا كلّ النظريات السابقة خاصة التطور شرط أنّ يكون لها غاية اجتماعية مقصودة بالعودة إلى الإرادة البشرية.[1]

النظرية الإسلامية ذكرتها للمقارنة لأنّه مادام فلاسفةُ القانون يستمدون علومهم من أفكارهم وتجاربهم وبيئتهم وسياسة أوطانهم، فحريٌّ بنا أن نستمد فلسفتنا من وحي ربنا، حيث أنّ أصل القانون هو الوحي الرباني من كتاب وسنة وما يتفرع عنهما، وقد بعث ربنا نبيه بدين كامل متكامل لقوله **"اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ"**، (المائدة 3) وأمر عباده بالتزام أحكام دينهم وأنبأهم أنهم بذلك يسعدون في الدارين، فالإسلام في نظر فقهائه ليس للنجاة بعد الموت فقط، وليس إرشادات روحية لغرض السموّ بالبشر إلى الصلاح ومعالي الأخلاق، بل هو نظام حياة فرديّ واجتماعي جاء لتنظيم الحياة الفردية للمسلم والاجتماعية للأمة المسلمة لقوله **"وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الكَافِرُونَ" "الفَاسِقُونَ" "الظَالِمُونَ"**، (المائدة 47/45/44) وقوله **"فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُم ثُمّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِم حَرَجًا مِمّا قَضَيْتَ وَيُسَلّمُوا تَسْلِيمًا"**، (النساء 65) وهذه من أقوى النصوص في الموضوع ثبوتا ودلالة، ولا نزعم أن كلّ ما ورد في فقهنا هو من هذا القبيل، بل نقصد القواطع وما عُلم من الدين ضرورة، أما آراء الرجال ففيها صواب وخطأ كسائر النظم، كما لا يعني اشتمال النصوص على تفصيلات دقيقة وجزئيات متجددة؛ لأن الشرع خاطب الناس في الخصوصيات بما يناسب عصرهم ووضع لهم عمومات لتنظيم ما استجدّ لهم، وأحكامه تنظم ثلاثة أنواع من السلوك: العبادات وهي علاقة العبد بربه ولا يمكن للقانون الوضعي النظر فيها، والأخلاق وهي علاقة العبد بغيره من جهة حسن التعامل، ثمّ المعاملات التي تنتظم بقواعد شرعية وقانونية بين الفرد وباقي المجتمع،

[1] غالب الداودي المدخل إلى علم القانون ص. 13

من هنا يمكن تقسيم النظام القانوني باعتبار اعتماد النص إلى ثلاث مناهج: **الأول** النظام الأنجلوسكسوني (الإنجليزي والأمريكي) يعتمد المنهج الاستقرائي للوصول إلى الحكم عبر استقراء السوابق المشابهة لموضوع النزاع ثم استنباط الحكم، **الثاني** اللاتيني (فرنسا) يعتمد منهج القياس الأرسطي (العقلي) للوصول إليه، **الثالث** النظام الإسلامي يعتمد الكتاب والسنة مصدرا رئيسيا للتشريع والقياس عليهما، والأخذ بالقواعد الكبرى وتجارب البشرية مما لا يعتبر عقيدة ودينا ولا يخالف القواطع.[1]

الفرع الثاني: مناهج التشريع والقضاء باعتبار إقليمية القانون وتنازع القوانين

كان اعتماد الأمم سابقا على مبدأ الإقليمية، فقانون البلد لا يُطبق في غيره بل على من وُجد فيه، والسلطة لا تعترف إلا بالقانون الذي تصدره؛ لأنّه يُمثل في نظرها منتهى سيادتها وأساس وجودها، ومع تطوّر المجتمعات والانتقال والهجرة والاختلاط ظهر مبدأ التنازل عن جزء من تلك السيادة عن طريق تطبيق القانون الأجنبي استثناءً داخل الإقليم، وتطبيق القانون الوطني خارجه وفق ظروف محددة، وقد انقسمت النظريات بهذا الاعتبار إلى منهجين: **إقليمية القانون** يُطبق القانون على الوطني والأجنبي داخل الإقليم، **شخصية القانون** يُطبق على كلّ رعايا الدولة ولو كانوا يسكنون خارج الإقليم، ولا يطبق على الأجانب الذين يعيشون في الداخل، والأكثر على الأخذ بالمبدأ الإقليمي كأصل وتطبيق الشخصي استثناء في الحقوق والواجبات الوطنية كالانتخاب والترشح للمناصب، وقد يأخذ قانون العقوبات الطابع الشخصي، وفي حال التنازع فالشخصي هو الغالب،[2] وتتفرّع هنا قضية فلسفية لا تقل أهمية: ما المقصود من التشريع؟ وما هي الأهداف التي يجب أن يخدمها القانون؟ انقسم الفقه بحسب مناهج: **المنهج الفردي Doctrine individualiste** الفرد هو محور الحياة وهدفها وأساس الوجود ويستمد المجتمع قوته منه، أثره السياسي: للفرد مطلق الحرية في رأيه وأفكاره، والاقتصادي: له كامل الحرية للتصرف باقتصاد السوق، قانونا: هو الغاية الأسمى للتشريع، **المنهج الاجتماعي Doctrine socialiste** ظهر كردّ فعل للمظالم التي أحدثها النظام الإقطاعي، فلسفته: الإنسان كائن اجتماعي ومصلحة المجتمع مُقدمة على الفرد ولا قيمة للفرد إلا بوصفه عضوا في الجماعة، أثره الأساسي: تدخل الدولة في كل الأمور ويغلب على اقتصاده الطابع العمومي، والقصد الأول هو خدمة المجتمع، **التوفيقي** بسبب عيوب السابقين حاول الأخذ بأحسن ما فيهما، وإذا تأملنا فلسفة الإسلام نجدها تصبو إلى هذا التوفيق بين مزايا المذهبين وطرح مساوئهما.[3]

---

[1] غالب الداودي المدخل ص. 30 ورمزي دراز فكرة تنازع القوانين ص 45 والداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 65 وصوفي أبو طالب تاريخ النظم ص. 55 وأمال حبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 3

[2] حسين منصور المدخل إلى القانون ص. 284

[3] حسين منصور المدخل إلى القانون ص. 45 وولد خسال سليمان حق المساواة ص. 13 وعبد الباقي البكري وزهير البشير المدخل لدراسة القانون ص. 165

*** اتجاهات فقهاء القانون في باب تنازع القوانين**

القانون الدولي الخاص من أهمّ فروع القانون في العصر الحديث لما فيه من شُجون، فهو يحكم علاقات خاصة من زاوية اختلاف الجنسية واختلاف القانون المطبّق، وفيه تنازل جزئي عن السيادة الوطنية، وقبول تطبيق قانون أجنبي داخل الإقليم، طوّره الغربيون وإن عرف المسلمون بعض مبادئه، ولم تتفق الآراء حول مسائل منه مثل الأبواب الداخلة فيه أو الطريقة التي يجب التعامل بها معه، له منهجان أساسيان: **المنهج التقليدي** يعتمد على قواعد الإسناد التي يضعها المشرع الوطني، ينص فيها على القانون الذي يجب تطبيقه إذا كان النزاع يحمل عنصرا أجنبيا، سواء كان وطنيا أم أجنبيا حسب كل حالة، وحسب المصلحة والملاءمة التي يراها المشرع، **المنهج الموضوعي** أو المباشر أو المادي **Régles matérielles**، مجموعة القواعد القانونية التي تنطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، يسميها البعض "قواعد البوليس" أو "ذات التطبيق الضروري"، هي نوعان: نوع تبلغ درجة قوته التشريعية حدّا يحول دون دخولها في منافسة القوانين الأجنبية، تهدف إلى حماية النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة، فحتى لو أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي فإنها لا تطبق في مقابلتها لأنّها تجد أساسها في النظام العام، ثم قواعد مادية درجتها أقل لكنها تنص على الحل المباشر في قضايا الدولي مصدرها المعاهدات الدولية أو العرف بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية وقد يكون وطنيا، الداعي إليها ظروف التجارة الدولية.[1]

*** الانتقاد الموجه للمنهج التقليدي:** منهج معقّد يُحيل القاضي على قانون أجنبي لا يعرفه ولم يدرسه، غير دقيق لأن المشرع غالبا ما يترك علاقات دون قاعدة إسناد، فالمدني الفرنسي 1804م لم ينص إلا على قاعدة واحدة تضمنتها المادة 3 تتعلق بالعقارات، لا يُراعي الاعتبارات العملية فربّما أخضع علاقة قانونية للقانون الوطني مع أن الأصلح لها الخضوع للأجنبي أو العكس، كأنها قواعد عشوائية غير مدروسة، لا يُساير التطوّر الذي وصلت إليه مشاكل انحلال الزواج المختلط، وتختلف النظم القضائية حول أساسه كاختلاف نظام الدول الإسلامية والأوروبية بل وانعدام الاشتراك القانوني، فالإسلامية تعتمد الشريعة مرجعا وحيدا للمجال الشخصي، وتعتمد الأوروبية القانون الروماني والمساواة بين الجنسين وحقوق المرأة، ويزيده صعوبة التعالي الذي يسير عليه القضاء الأوروبي الذي يرفض الاعتراف بحقّ الدُول الإسلامية بأن تُقنّن لنفسها ما تراه مناسبا لها ولهويتها، ورغم جدّية هذه الانتقادات إلا أن أغلب الدول لا تزال تأخذ بالمنهج التقليدي.[2]

---

[1] دراز التنازع ص. 112 وأعراب الدولي الخاص ص. 38 والحداد الموجز ص. 68 وهشام قاعدة الإسناد ص. 129 وزوروتي دراسات 13/1 وحبار القانون الدولي الخاص ص. 45

[2] حبار محمد القانون الدولي الخاص ص. 46 وخالد بوعروس الزواج المختلط ص. 170

المطلب الثالث: الموازنة بين المناهج الإسلامية والقانونية والسوابق

بين يدي المطلب ينشأ القاضي الشرعيّ في بيئة مغايرة عن تلك التي ينشأ فيها القانوني، يختلفان في المرجعية والتكوين والخلفية والنصوص المعتمدة، بيد أنّ غرضهما واحد وهو الحكم بالعدل وحفظ الحقوق واستقرار المجتمع بإرساء دولة القانون، وهذا الاختلال في التوازن بين المنهجين له وافر التأثير على تدني مستوى الاجتهاد القضائي في بلدان الإسلام، فلا القضاة استفادوا من المناهج الإسلامية ولا فقهاء الشرع تعلّموا من تطور المنظومات القضائية، وتوجد استقراء ثلاث مدارس للتقنين في الشأن المدني والشخصي: اللاتينية والأنجلوسكسونية والإسلامية لكل منها خصائص تتميز بها، فاللاتيني يعتمد قانون روما من مدونات جوستنيان، والقانون الكنسي العقلاني السائد في العصور الوسطى، الذي تطوّر بفضل فقهاء القانون المتعلمين، أصله كاثوليكي بسبب الموروث الديني، والأنجلوسكسوني أصله ديني بروتستانتي علماني، يرى أنّ القانونَ قرارٌ سياسيٌّ يتميز عن الدين والأخلاق، وأنهما يخضعان للضمير الفردي، والخوض فيه متروك للممارسين،[1] ويدين الاتجاه الإسلامي بالوحي وترابط الدين والأخلاق، وأنّ للقانون والسياسة علاقة متلازمة لا تنفك؛ فأصله ديني مبني على تجارب القضاء النبوي والخلفاء والقائمين به من المجتهدين، في الفرع الأول: الفروق بين الاجتهاد الشرعي والقانوني، وفي الثاني: اختلاف المناهج في السوابق القضائية.

الفرع الأول: الفروق بين الاجتهاد الشرعي والقانوني

هناك فروق أساسية بين الاجتهاد القضائي القانوني والفقهي الشرعي والفتوى، إذ يُقصد بالاجتهاد القضائي الوضعي ما قضت به المحاكم في مسألة معينةن وهو بهذا المفهوم لا يُرادف الاجتهاد القضائي الفقهي بل قاعدة: "ما جرى به العمل"، بأن يشتهر قول فقهيٌّ في قُطر من الأقطار فيتتابع العلماء على الأخذ به من غير نكير من أحد منهم حتى يصير كالعرف المستقر، يُعبرون عنه بقولهم هكذا رأينا علماءنا يفعلون أمثلته كثيرة في موطأ مالك، فقد روى أثرا عن قضاء عمر ثم قال: "وَلَيْسَ عَلَى هذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ، وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ أَوِ الدَّابَّةِ يَوْمَ يَأْخُذُهَا"،[2] عرّفه بعض الأصوليين بالاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحاضر إلى الماضي، قال مالك: "لما حجّ أبو جعفر المنصور دعاني فقال: "عزمت أن آمر بالموطأ فينسخ ثم أبعث إلى كل مصر نسخة وآمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدوها إلى غيرها"، قال مالك: "لا تفعل فإنّ الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سيق إليهم **وعملوا به ودانوا به** من اختلاف الصحابة وغيرهم، وإنّ ردّهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم"،[3] ويوجد بين

---

[1] دنيس لويد فكرة القانون ص. 204

[2] مالك الموطأ برقم 2768

[3] روي ذلك عن مالك بأسانيد صحيحة ذكرها مصطفى الأعظمي في تحقيق الموطأ ج. 1 ص. 77

الفتوى والاجتهاد خصوص وعموم؛ فالفتوى أخص من الاجتهاد لأنها إخبار عن ثمرة الاجتهاد، ولا تكون إلا جوابا لسؤال أو حدوث نازلة خلافا للاجتهاد الذي يحدث بلا شيء، والقاضي والمفتي مشتركان في أن كلا منهما يجب عليه إظهار حكم الشرع وميزة الحاكم الإلزام، وترجع شروط الحاكم إلى شروط إلى الشاهد والمفتي والوالي؛ لأنّه يخبر عن حكم الشرع بعلمه، فكأن للقاضي ثلاث صفات: من جهة الإثبات شاهد، ومن جهة تبيين الحكم مفتي، ومن جهة الإلزام ذو سلطان، والقضاء إنشاء لا إخبار فإما أن ينشئ إباحة أو إلزام والفتوى محض إخبار، والقضاء لا يكون إلا عن منطوق، أما الفتوى فتكون بالكلام والفعل والإشارة والكتابة، والقضاء يلزم المحكوم عليه قبول حكمه سواء كان صوابا أم خطأً والفتوى ليس فيها إلزام بالعمل فإن ظنّها خطأ جاز تركها، وحكم القاضي يرفع الخلاف في المجتهدات ولو كان ما قضى به مخالفا لمذهب واختيار المتقاضي، خلافا للفتوى التي لا ترفع الخلاف وللمستفتي ردُّها إن خالفت مذهبه، والقضاء يختص بالمعاملات دون العبادات والأخلاق والآداب والفتوى تعمّ، وحكم القاضي إما إلزام بوجوب أو منع أو مباح لا يعرف المندوب والمكروه والفتوى تدور مع الأحكام الخمسة، واشترط الجمهور الذكورة في القاضي والجميع على عدم اشتراطها في الفتوى، والفتوى حكم الشرع في مسألة والقضاء فصل في منازعة بحكم شرعي، والقاضي يحتاج إلى نوع فطنة وخبرة وعلم زائد بالواقع والتجارب ففي الحديث: "أقضاهم علي"، فيه تمييز له في فصل الخصومات والعلم بدقائق التقاضي بخلاف الفتوى، وأساس الفرق بين القضاء الشرعي والمعاصر مصادر الاستمداد.[1]

* **خصائص القضاء الشرعي:** يعتمد على العقيدة عند تعيين القاضي أو رفع الدعوى أو سماعها أو الحكم فيها أو الإثبات، ويلتزم القاضي وأطراف النزاع بالأخلاق والصفات والموضوعية، وفيه اجتناب الشكليات وعدم تطويل الإجراءات والإسراع بالفصل، فيه حفظٌ للحقوق ونشرٌ للعدل والعدالة المطلقة، والحكم بما أنزل الله فلا يمكن إلا الإذعان لها ولو صدرت مخالفة لأنها عدالة ربانية، ويصدر الحكم من فقيه استنباطا وفق قواعد الاجتهاد، ويُطبق على الوقائع والأفراد التي تصلح أن تكون جزئيات مناسبة لذلك، وتتسم طبيعته بالتجريد والعموم ويغلب عليه الطابع الديني، **القضاء المعاصر** يعتمد على شرعية السلطة وضبط الإجراءات، والاهتمام بالشكل قبل المضمون والمهابة وقوة الردع، وثقل الفصل وسهولة الرجوع إلى النص، والعدل بالقضاء على درجات، واعتماد الحكم على الحجج القانونية والقواعد وفق إجراءات ووسائل إثبات منصوصة، ويُطبق على أفراد المنازعة فقط.[2]

* **الخصائص المشتركة بين الحكم الفقهي والقاعدة القانونية:** تُشبه القانونيةُ الشرعيةَ بكونها تستهدف مصالح البشر بتنظيم حياتهم، وهي مجردة وعامة وملزمة

---

[1] القرافي الفروق 51/1 وبن الصغير الاجتهاد ص. 83 و231 ويسري السيد موسوعة الأعمال الكاملة لابن القيم جامع الفقه دار الوفاء المنصورة ط 1، 2000م 140/7

[2] محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 158 وآمال حبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 4

ومقترنة بالجزاء مثلها، معنى التجريد تصوّر الموضوع بمطلقه في الذهن، وفي العموم ربط الحكم بمتعلقه من حيث الموضوع واستغراق ما يصلح له، ولا يعني تطبيقه على جميع الأفراد وإنما ما يصلح للدخول في الحكم وألا تقصد جماعة دون أخرى، **الخلاف** تُستنبط الشرعية من الوحي والقانونية من الرأي والتجربة، والأولى غير قابلة للتغيير والتجديد إلا ما كان مستندا إلى ظن أو عرف، أما الثانية فتتغير حسب المصلحة، وفي الشرعية عقاب للمخالف وجزاء للمطيع بخلاف القانونية التي لا تعرف إلا العقوبة؛ فلا يمكن مجازاة من لم يجرم في حياته، ومدار القانونية على المصالح الدنيوية أما الشرعية فتنطبق على الدنيا والآخرة، وتحكم القانونية على الظاهر وتعم الشرعية الباطن، وكلاهما موجه إلى فعل المكلف تنظيما وتحكيما والقضاء فيهما فيه إلزام، وكلاهما يقترن بجزاء لازم، ويفترقان فيه طبيعتهما بحكم أنّ العنصر الروحي أقوى في الشريعة منه في أيّ قانون، حين جعلت له نصيبًا في كل قاعدة كلية أو فرعية، وينبني الوضعي على الجفاء الروحي لأنّ أساسه القانون الروماني الموجود قبل المسيحية، ويختلفان من جهة الأخلاق من حيث كونها الدعامة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في الشرعية، وبالكاد يذكرها القانون إذا أصاب ضررها الأفراد أو النظام، فهو لا يعاقب على الزنى إلا إذا أُكره أحد، أما الشريعة فتعاقب عليه لأنه جريمة تمس الأخلاق وتفسد الجماعة.[1]

الفرع الثاني: السوابق القضائية بين الشرع والقانون Jurisprudence

تُعتبر السوابق القضائية أو الاجتهاد السابق من النظريات الهامة التي خاض فيها المسلمون قديما في باب نقض الاجتهاد وتغيّره، ثم طوّرها أهل القانون حديثا تطوّرا ملحوظا حتى صارت فنا مستقلا بذاته، نذكرها في بندين: أحكامها في الفقه والقانون، ومناهجها ومدارسها.

البند الأول: أحكام السوابق فى الشريعة والقانون

تظهر أهمية السوابق القضائية في كونها المصدر الرئيسي والأولي في النظام الإنجليزي، وفي دورها القويّ في تطوير وصياغة الكثير من القواعد القانونية في النظام اللاتيني والعربي، الذي لا يأخذ بها كمصدر رسمي للتشريع، ففي الجزائر مثلا كان قانون الأسرة لسنة 1984م لا يشترط موافقة الزوج على الخلع ثمّ بسبب الاجتهاد عدلت المادة 54 اتباعا للسوابق؛ فنصت على عدم اشتراطها حسما للخلاف، وتعتبر الشريعة في أكثر دول الإسلام المصدر الوحيد في المجال الشخصي وأحد مصادر المدني، وجعلتها السعودية واليمن المصدر الاحتياطي الوحيد في جميع فروع القانون، وتبعهم السودان سنة 1983م حين بدأ في استمداد القانون الجنائي من أحكامها، وتحرص الدول الإسلامية على تغيير نظامها القانوني من اللاتيني إلى الإسلامي، خاصة في المجال المدني وغيره من أبواب القانون ما يُعرف بالصحوة القانونية الإسلامية، وفيما يخص الأخذ بالسوابق فإن التشريع

[1] الزلمي المدخل للشريعة طبعة الإحسان ط 1، 2014م ص.26 وعبد القادر عودة الإسلام وأوضاعنا ص. 38 وحمزة الحكم الشرعي والقاعدة ص. 365 وجبر الألفي محاولات تقنين أحكام الفقه الاسلامي ص. 103

الإسلامي يستحبه دون إلزام؛ لكون المصادر القانونية عند المسلمين هي الكتاب والسنة وما يتفرع منهما من مصادر فرعية كالقياس والإجماع ودليل العقل، فإذا اجتهد أحد القضاة في خصومة وأصدر فيها حكما لا يجب على من بعده التزام اجتهاده، بل له تغييره دون نقض الحكم السابق، ولا يصح أن يأتي من بعده فينقض حكمه إذا كان أمرا اجتهاديا، أما إذا خالف القواطع فحينها تتدخل رقابة الحاكم المسلم،[1] والطريقة الإسلامية في القضاء يمتنع معها الإلزام بالأخذ بالسوابق؛ بسبب منهج الاستدلال القياسي العقلي المستعمل خلافا للمنهج الاستقرائي الأنجلوسكسوني،[2] قال عُمَر بن عَبْد العزيز: "لا يصلح القاضي إلّا أن تكون فِيْهِ خمس خصال: صليباً نزهاً عفيفاً حليماً عليما بما كان قبله من القضاء"،[3] في قوله عليما بما كان قبله من القضاء إشارة إلى أهمية السوابق دون إلزام،[4] وقال ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ: "كَتَبْتُ إِلَى ابْنِ عَبَّاس أَسْأَلُهُ أَنْ يَكْتُبَ لِي كِتَابًا وَيُخْفِي عَنِّي فَقَالَ "وَلَدٌ نَاصِحٌ أَنَا أَخْتَارُ لَهُ الْأُمُورَ اخْتِيَارًا وَأُخْفِي عَنْهُ"، فَدَعَا بِقَضَاءِ عَلِيٍّ فَجَعَلَ يَكْتُبُ مِنْهُ أَشْيَاءَ"،[5] وقال مَيْمُونُ: "كَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْخَصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ... ثمّ جَمَعَ رُءُوسَ النَّاسِ وَخِيَارَهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ فَإِذَا اجْتَمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَمْرٍ قَضَى بِهِ"،[6] وفي وراية أبي عبيدة: "وكان عمرُ يفعله ثم يسأل هل كان أبو بكر قضى فيه بأمر فإن كان له فيه قضاء قضى به"،[7] وفي كتاب عمر لشُريح: "وإلا فما قضى به أئمة العدل"،[8] وعَنْ ابْنِ عَبَّاس أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى عُثْمَانَ فَقَالَ لَهُ إِنَّ الْأَخَوَيْنِ لَا يَرُدَّانِ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ لقوله **"فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ"**، **(النساء 11)** وَالْأَخَوَانِ فِي لِسَانِ قَوْمِك لَيْسُوا بِإِخْوَةٍ فَقَالَ: "لَا أَسْتَطِيعُ أَنْ أَنْقُضَ أَمْرًا كَانَ قَبْلِي تَوَارَثَهُ النَّاسُ وَمَضَى فِي الْأَمْصَارِ"،[9] وقال ابن عباس "إذا بلغنا شيء تكلّم به عليٌّ قضاء أو فتيا لم نجاوزه إلى غيره"،[10] ويؤيد عدم الإلزام قول الْحَكَمُ بْنِ مَسْعُودٍ: "شَهِدْتُ عُمَرَ أَشْرَكَ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ مَعَ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ فِي الثُّلُثِ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ قَدْ قَضَيْتُ فِي هَذَا عَامَ الْأَوَّلِ بِغَيْرِ هَذَا قَالَ وَكَيْفَ قَضَيْتُ؟ قَالَ "جَعَلْتَهُ لِلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَلَمْ تَجْعَلْ لِلْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ شَيْئًا" قَالَ "ذَلِكَ عَلَى مَا قَضَيْنَا وَهَذَا عَلَى مَا نَقْضِي".[11]

---

[1] الداقوقي الاجتهاد ص. 86 وزيدان نظام القضاء ص. 269 والزحيلي القضاء ص. 118

[2] المنهج الاستدلالي القياسي يتألف من ثلاثة قضايا: المقدمة الصغرى التي تشتمل على الجزئي الذي يطلب معرفة حكمه، والمقدمة الكبرى وهي القاعدة الكلية التي يعمد إلى تطبيقها على الجزئي، ثم النتيجة وهي القضية التي ينتهى إليها، والمنهج الاستقرائي هو ما تجيئ النتيجة فيه أكبر من المقدمات التي ساهمت في تكوينه، الداقوقي الاجتهاد ص. 87

[3] أخرجه وكيع في أخبار القضاة ج. 1 ص. 77

[4] ظافر القاسمي نظام الحكم ج 2 ص. 104

[5] ذكره مسلم في مقدمة صحيحه ج. 1 ص. 13

[6] أخرجه الدارمي باب الفتيا ج. 1 ص. 262

[7] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 1 ص. 66

[8] وكيع أخبار القضاة ج. 1 ص. 189

[9] أخرجه ابن حزم في المحلى ج. 8 ص. 271

[10] وكيع أخبار القضاة ج. 1 ص. 91

[11] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم 31297 والدارمي في سننه برقم 645

أما في الغرب فقد عرف القانون الروماني منذ سنة (367 ق م) منصب البريتور **Préteur** (الحاكم الشرعي) المكلّف بالحكم وتنظيم المسائل والقضايا المدنية، يُعيّنُ لسنة واحدة يقوم عند توليه بإصدار منشور يُبيّن فيه طريقة حكمه في القضايا التي تعرض عليه، وحين يأتي من بعده يُبقي على منشور سابقه ويُعدل منه ما يراه مناسبا، وفي القرن (2 ق م) تم تجميع ما تكرّر من تلك المناشير في قواعد سُميت: "المنشور الدائم" عُرف بالقانون البريتوري، وفي عهد الإمبراطور "هارديان" عهد إلى الفقيه "جوليان" بجمع قواعد المنشور وترتيبها في مجموعة رسمية صادق عليها مجلس الشيوخ، ثمّ أصبحت ملزمة لكل حكم قضائي، لهذا يصف فقهاء فرنسا الاجتهادات التي تتضمن تعديلا أو تقريرا لمبادئ بأنها اجتهادات بريتورية، وسبق التنويه بأن لفظ القضاء أو الاجتهاد القضائي يُطلق على معان كمجموعة المحاكم الموجودة في البلاد وتسمى السلطة القضائية، أو الأحكام التي تصدرها المحاكم في المنازعات المعروضة يقال القضاء الجنائي أو المدني، أو استقرار المحاكم واطرادها على اتجاه معين في مسألة معينة، أو مجموع المبادئ التي تُستخلص من استقرار أحكام القضاء في موضوعات معينة.[1]

* **السوابق القضائية في التشريع المعاصر** لا تُعتبر في الجزائر من القانون الملزم، بل هي عُرف قضائي يلجأ إليه القاضي حينما لا يجد نصا واضحا، وهو يعلم أنه إذا خالف ما استقر عليه القضاء فإنه سوف يعرض أحكامه لا محالة إلى النقض، وعند الرجوع إلى المادة 1 مدني لا نجد فيها ذكرا للسوابق كمصدر احتياطي، وهو نفس ما فعله المشرع المصري بل ولا حتى مصدرا تفسيريا؛ فالمادة 248 مرافعات مدنية وتجارية مصرية لم تجعل السوابق من أسباب النقض أمام المحكمة العليا وقد نصت على أسبابه حصرا، لكن عمليا لاجتهادات محكمة النقض المصرية إلزام أدبي ودور في إعادة صياغة نصوص القانون المدني في طبعته الجديدة، كأخذه بنظريات كالتعسف في استعمال الحق، والتعويض عن الطلاق بغير سبب مشروع واعتمادها على حظر الطلاق، ولم ينص المشرع العراقي في المادة 1 مدني على السوابق بل على التشريع وقواعد العرف والشريعة دون التقيد بمذهب معيّن وقواعد العدالة، وفي المادة 203 من مرافعاته المدنية نص على حالات الطعن بالنقض ولم يذكر مخالفة السوابق، وعمليا فإن النص القانوني يكتب بطريقة مجردة ومختصرة؛ فتضطر محاكم النقض والتمييز إلى شرحها وتعليلها، وقد تصبح هذه الشروح - وهي من السوابق - وكأنها تتمة للقاعدة ما يلزم القاضي اتباعها خوفا من نقض حكمه؛ فتكون بالتالي بهذا الاعتبار من مصادر التشريع، فيما نصت المادة 1 مدني عراقي على وجوب الاسترشاد بالسوابق القضائية العراقية، وبالتشريع الذي يتقارب قانون بلاده مع العراق.[2]

---

[1] حسين منصور المدخل إلى القانون ص. 240 ومنذر الفضل تأريخ القانون ص. 116 وعبيد الفتلاوي تأريخ القانون ص. 115 وأمال حبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 7

[2] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 75 وص. 80

البند الثاني: مناهج السوابق القضائية ومدارسها

اشتهرت مدرستان باعتبار إلزام الأخذ بها: أنجلوسكسونية تتزعمها بريطانيا وأمريكا، ولاتينية تتزعمها فرنسا وتتبعها مجمل الدول الإسلامية، لكل واحدة منها خصائص وأصول في هذا المجال.

* **النظام القانوني الإنجليزي (الاستقرائي):** السوابق فيه من المصادر الرسمية التي يلجأ إليها القاضي بعد التشريع، لها دور كبير في خلق القواعد، وتتمثّل في مجموع الأحكام القضائية السابقة والعرف القضائي والمبادئ العامة التي تُسمى بالقانون العام **Common Law**، تعني مجموعة من أحكام ونظريات فقهية نشأت واستمدت سلطتها من العرف المتوطد في البلاد منذ زمن لا تعيه الذاكرة، يضاف إليها كافة الأوامر والمراسيم تثبيتا للعرف، التي تنظم جميع المبادئ والقواعد اللازمة لإدارة الأشخاص والمحافظة عليهم، وربّما أُطلق على 4 معان: القانون الذي تطوّر في بريطانيا بصورة عامة، والأحكام الصادرة مع تشريعات البرلمان، وقانون المجالس **Chancery Law**، وأحكام المحاكم البريطانية وهو المراد، وكان القضاء البريطاني يعتمد فقط على القانون العام، ومع بداية القرن 18م ضغط الحقوقيون من أجل تشريع قوانين، فتمّ تقرير نظام يلزم المحاكم الدنيا بالاجتهادات التي تصدرها الأعلى، وإلزام الجميع باجتهاد العليا أو اللوردات، وكان القانون البريطاني أولا يُلزم حتى العليا بعدم مخالفة ما سبق، وفي سنة 1966م سمح به مجلس اللوردات إذا كان لأسباب قوية، وعلى المنهج البريطاني نيوزيلندا وجنوب افريقية وأستراليا وبعض ولايات أمريكا، كأن القاضي فيها يخلق القانون ويضعه ويكون القضاء مصدرا رسميا، وكل سابقة قضائية هي مبدأ مستقل كما قال الفقيه "ساموند"، ويجب على القاضي عند إصدار حكمه البحث في القرارات التي قرّرها غيره في قضية مشابهة، فإن وجدها عليه أن يحكم بنفس الحكم ليكون حكمه منسجما مع المبادئ العامة للنظام، وإذا لم يعثر على قرار مشابه وجب عليه الاجتهاد؛ فإذا أُقرّ صار سابقة قضائية لزم على من بعده اتباعه، ويجب على كل محكمة أن تتبع الأعلى في سوابقها، ولا يحق الاجتهاد إلا في حالة عدم وجودها، وإن أقرّ الحكم المجتهد فيه مجلس اللوردات يصير بمثابة مبدأ مستقل وسابقة، والجزء الملزم هو علة القرار **Ratio Decidenti**، ومخالفة السوابق من أسباب النقض، والمحاكم الأمريكية أقل تشددا من الإنجليزية، ومجال تطبيق النظرية كبير في الدول المستعمَرة من بريطانيا كالسودان والعراق، وسببه أنّ القانون في بريطانيا غير مُقنّن يعتمد على الاجتهاد، والقضاة الملكيين قديما كانت لهم قداسة كبيرة حين إصدار أحكامهم ما دفع من بعدهم إلى احترام أحكامهم.[1]

[1] حسين منصور المدخل ص. 244 وبن الصغير الاجتهاد ص. 237 والداودي المدخل ص. 181 ودنيس لويد فكرة القانون ص. 251 ومنذر الفضل تأريخ القانون ص.11 والفاروقي المعجم القانوني مكتبة لبنان بيروت ط 5، 2009م ص. 142

* **النظام القانوني الفرنسي (القياسي)** يعتمد التقنين المكتوب كمصدر رئيسي للحكم، ولا يجعل السوابق من المصادر الرسمية، في المادة 5 مدني فرنسي منع القضاة من إصدار أحكام عامة لائحية؛ لأن السوابق مصدر تفسيري، ومهمة القاضي تقتضي تطبيق النصوص المكتوبة ويمكنه الاستعانة بما سبق من أحكام للتعليل والتفسير والتسبيب، وتعتمد معظم الدول العربية هذا النظام القياسي، والذي يقضي بالاجتهاد في إيجاد علاقة بين الواقعة والقاعدة، ما يُعرف بالتسبيب وإلا كان الحكم معرضا للنقض، أما إذا خالف السوابق فلا نقض نظريا لكن عمليا لاجتهادات المحاكم العليا سلطة معنوية، والقاضي يعلم أنه إذا خالفها فإن حكمه معرض للنقض، وقد نادى "مونتيسكيو" و"روبسبيير" بضرورة إلغاء الاجتهاد واقتصار دور القاضي على التطبيق الحرفي للنص، حيث جاء هذا النداء كردّ فعل على الظلم الذي كان يعانيه المجتمع الفرنسي من قبل القضاء قبل الثورة، أين كان يزعم واضعوه أنه مستمد من الكتاب المقدس وشرعية الملوك، ولم يُكتب له النجاح بسبب تشدّده وعدم واقعيته؛ لأن منع القاضي من الاجتهاد فيه تعطيل الحكم ومصالح الناس، ولا يُتصور أن تغني نصوص قانون محدودة عن وقائع غير محدودة، ويُشبه ذلك ما يحتج به فقهاء الجمهور على الظاهرية الذين رفضوا الاجتهاد فيما لا نص فيه بالقياس، كقول الغزالي: "الوقائع لا نهاية لها والألفاظ المحصورة لا تحويها وتركها سدى مهملا ليفعل كل ما يشاء قبيح"،[1] ويعتمد النظام اللاتيني على قانون روما والثورة الفرنسية، ومجال تطبيقه واسع في فرنسا وألمانيا وشمال افريقية ومصر والشام في كل الفروع القانونية عدا الشخصي بالنسبة للعرب، والسوابق القضائية في هذه المدرسة نوعان: نوع لا يمكن اعتباره مصدرا رسميا، لكنه من الناحية العملية له دور مهم في خلق القاعدة، باعتبار أن القاضي له إلزام أدبي وليس قانوني لاحترامه وعليه أغلب الدول العربية، وآخر لا يتعدى دوره أن يكون مفسرا للقاعدة حال الإبهام أو النقص أو التعارض، وهو ما عليه فرنسا وألمانيا وإيطاليا، يسمى منهجهم بالقانون المكتوب، ورغم أنها لا تأخذ بالاجتهاد كمصدر رسمي أو احتياطي إلا أن الاجتهادات التي تصدرها المحاكم العليا وتستقر عليها يجتنب القضاة مخالفتها خشية تعرض أحكامهم للنقض، وتعود أسباب الامتناع عن الأخذ بالسوابق كمصدر رسمي إلى حظر القوانين على المحاكم إصدار لوائح تنظيمية يعتمد عليها في الأحكام اللاحقة، ومبدأ الحجية التي لا تكون إلا للخصوم في القضية المعروضة، ومبدأ الفصل بين سلطتي التشريع والقضاء.[2]

* **الموازنة بين النظامين:** بسبب قلة تدوين التشريع في الاتجاه الأنجلوسكسوني؛ فإن الاجتهاد السابق يكون في غاية الأهمية للقاضي ما يزيد من ازدهاره، أما في النظام اللاتيني فتُدوّن فيه جزئيات القانون فيصبح الاجتهاد في مرتبة الاحتياط والاستثناء لانعدام النص، ولا يعتمد القاضي على ما سبق من

[1] الغزالي المنخول تحقيق حسن هيتو طبعة دار الفكر ط 3، 1998م ص. 425
[2] الداقوقي الاجتهاد ص. 67 وحسين منصور المدخل ص. 245 والداودي المدخل ص. 72 وص. 183

الاجتهاد إلا في إطار ضيّق، أو خشية تعرض أحكامه للنقض، **مزايا الأنجلوسكسوني** المرونة وحرية القاضي في الإثبات ما يؤدي إلى التقارب بين الحقيقة الواقعية والقضائية، وتحقيقٌ أكثر للعدالة وتوحيد القضاء بالاستعانة بالسوابق، والدفاع على معرفة باتجاه المحكمة، والحكم متقارب متزن بعيد عن الاضطراب؛ فتزيد الثقة بمرفق القضاء، **عيوبه** إجبار القاضي على تطبيق حكم لا يقتنع به، وليس سهلا الوصول إلى علة الحكم، **مزايا اللاتيني** تحديد وسائل الإثبات فلا يضيع وقت القاضي، والاهتمام بالحقيقة القضائية على الواقعية؛ ما يدفع إلى استقرار الفرد، واهتمامه بمعرفة القانون والاحتياط له، **عيوبه:** النص المكتوب لا يستوعب الوقائع ما يُصعّب تحقيق العدالة لهذا يُستنجد بالفحوى للتقريب بين النص والواقع، اختاره الفرنسيان "أوبري" و "رو" في كتابيهما محاضرات في المدني ليُمنع القاضي من إنكار العدالة، والتشدّد للنص المكتوب كأنه وحي رغم تطور المجتمع فيحمل المشرع على إعادة النظر مرارا في القاعدة بذا انتقده "جيني" **Geny**، وهو ما يأخذ وقتا لارتباطها بهيئة التشريع البطيئة.[1]

[1] الداقوقي الاجتهاد القضائي ص. 72 وأمال حبار محاضرات الاجتهاد القضائي ص. 3

الباب الأول: انحلال الزواج المختلط

مدخل

الطلاق ظاهرة عالمية تضرب منظومتها في التاريخ ضربا، لا يخلو مجتمع حديث أو قديم من قواعد تضبطها بسبب آثارها الاجتماعية والدينية والسياسية، فإذا دخل عليها عنصر اختلاف الدين أو الجتسية تعقّدت أحكامها؛ لتصل حدّ النزاع الدولي، في الباب ثلاثة فصول:

الفصل الأول: أُسُس انحلال الزواج المختلط
الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على انحلال الزواج
الفصل الثالث: أثر اختلاف الجنسية على انحلال الزواج

الفصل الأول: أُسس انحلال الزواج المختلط

توطئة

يحتاج الاجتهاد في الطلاق المختلط إلى البحث في أسُس دقيقة لينبنيَ على أصول متينة، ثمّ إلى نظر ثاقب في آليات يضعها المشرّع ويرتكز عليها القاضي، كنظرية تنازع القوانين التي ظهرت بسبب التطوّر والانتقال وقيام تعاملات مالية دولية، حتّى صار دخول العنصر الأجنبي في القانون لا يقلّ أهمية عما يجري بين المواطنين، وكقواعد الإسناد والإحالة والتكييف والجنسية، ومبدأ الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، وكلّها مواضع محرّرة في فرع القانون الدولي الخاص، ونحن سوف نركز في بحثنا على أمرين: النظرة الشرعية، ثمّ العلاقة بجزئية انحلال الزواج المختلط، وهذه مباحث الفصل:

المبحث الأول: نظرية تنازع القوانين أو الاختصاص التشريعي
المبحث الثاني: أحكام الجنسية في الفقه الإسلامي والقانون المعاصر
المبحث الثالث: الدفع بالنظام والعام والغش نحو القانون

المبحث الأول: تنازع القوانين أو الاختصاص التشريعي

Conflit Des Lois/ Conflict Of Laws

تمهيد

مرّت البشرية بمراحل من الفوضى في الحكم والتسيير خاصة حين تبتعد عن هدي الأنبياء، فكان البارز من حيث التنظيم هو مجتمع القبيلة والعائلة، ثمّ ظهر للوجود مفهوم الدولة المبنيّ على الجنس والعرق، ثم تطوّر تسيير الشأن العام فاجتهدت كلّ أمة في بناء نظامها السياسي وتطويره، عن طريق البحث عن أفضل الوسائل والأنظمة التي يمكن من خلالها بلوغ الرقيّ والأمن في التسيير الاجتماعي، ولم يُعرف الاعتراف بقانون الآخر أو الشخصية الأجنبية إلا إبان الحكم الروماني من خلال قانون الشعوب، ثمّ في العهد الإسلامي من خلال عقد الذمة والأمان، حيث كانت العلاقات بين الدول مبنية على الحروب الدائمة؛ فلا يُقصد إلى السلم إلا استثناء لحاجة أو مصلحة، ولم تتبلور قواعد السلم الأصلي بين الدول إلا منذ عقود قليلة مع تطور القانون الدولي، ومن حينها بدأ يتقوى مبدأ قبول الآخر سياسيا وقانونيا خاصة

بعد الحربين الكونيتين الماضيتين، وقد ساهمت ظاهرة الهجرة واختلاط الناس بالزواج في استقرار التعاون القضائي الدولي، ومن رحم كلّ هذه التطورات ظهرت فكرة تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم الدولة، ويُعتبر الطلاق المختلط أحد أبرز المسائل التي تصلح نموذجا لنظرية تنازع القوانين أو الاختصاص التشريعي، إذ يثور التنازع بشأن القانون الواجب التطبيق أو السلطة ذات الاختصاص، فجاء المبحث وفق هذه المطالب:

المطلب الأول: التطور التاريخي لنظرية تنازع القوانين

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لنظرية تنازع القوانين

المطلب الثالث: التأصيل الشرعي لنظرية تنازع القوانين

المطلب الرابع: الآليات الفنية لحلّ التنازع **(التكييف- الإحالة حجية القانون الأجنبي -رقابة المحكمة العليا على القانون الأجنبي - تعدد التشريعات- تطبيق قانون الجنسية المشتركة - الاختصاص القضائي)**

المطلب الأول: التطور التاريخي لنظرية تنازع القوانين

بين يدي المطلب هي نظريةٌ أوروبيةٌ غربيةٌ بامتياز، عُرف بعض مضامينها في الإسلام تحت مسميّات أخرى، وارتبط تطوّرها بما قام به أهل القانون بعد المنعرج الحاسم حين تمّ إدراج المادة 3 مدني فرنسي، والتي أجازت تطبيق القانون الأجنبي في موضوع مخصوص من العقارات، فيه فرعان: تطور النظرية قبل وبعد ثورة فرنسا، ثمّ ما استقر عليه الأمر مع نظرة حول وجودها شرعا.

الفرع الأول: تطوّر نظرية تنازع القوانين تاريخيا

مرّت النظرية بمراحل بداية من تقنين قانون الشعوب الروماني مُرورا بإدراج المادة 3 في المدني الفرنسي، ثم استقرارها في مختلف الأنظمة الأوروبية ونهاية بقبول العمل بها في العصر الحديث، وقد زعم جماعة من الفقه أنها كانت معروفة في المنظومات القانونية القديمة كالمصرية، وهو زعم مبالغ فيه لأن نظام الجنسية لم يعرف بالمفهوم الحالي إلا حديثا، والاختلاط الحاصل بين الشعوب بالإقامة الدائمة في دول أجنبية لا يُعرف كذلك إلا حديثا، فقد كان اليونان أصحاب حضارة عريقة إلا أنهم كانوا يعتقدون أن غير جنسهم برابرة، فلم يُراعوا لمن أقام بين أيديهم أي اهتمام ولم يخطر ببالهم الاعتراف بقوانينهم، وقد انصب اهتمامهم على الجانب الإجرائي؛ فاعترفت محاكمهم بالحماية القضائية للأجنبي الضيف المحمي بموجب استقبال رسمي، وشرّع الرومان قوانين لأنفسهم ولغيرهم لكنهم لم يعترفوا إلا بسلطانهم، وتميّز قانونهم بالجمود والشكليات المعقدة ظنا منهم أنه من الرقيّ والتحضر، ثم اهتدوا إلى تشريع قانون خاص بهم يُطبق على الرومان، وآخر خاص بالأجانب سمّوه "قانون الشعوب" **Jus Gentium**، فكرة قريبة من نظرية التنازع غير أنّ انتماء القانونين إلى دولة واحدة وانعدام التعارض منع الالتحاق، وبعد فترة سمحوا بخضوع الغرباء لقوانينهم في العلاقات العائلية والميراث، فظهرت فكرة "شخصية القانون" بمعنى أنّ القانون يتبع الشخص، وكان يجب اللجوء إلى محاكم أجنبية لتحصيله وفيه مشقة، ثمّ بسبب اختلاط الأعراق والغزو الجرماني ظهرت فكرة

تطبيق القانون الروماني على الرومان والجرماني على الجرمن، فظهر قضاءان: روماني مخصص للرومان وأجنبي يفصل في دعاوى الأجانب، ثم ظهرت في القرون الوسطى نظرية "إقليمية القانون"، تعني وجوب تطبيق القانون على المقيم في الإقليم بغضّ النظر عن هويّته، سبب ظهورها استقرار القبائل الغازية وتمركز النظام الإقطاعي، وتمسك كل رئيس إقليم بسلطته الإقليمية عن طريق فرض نظامه وقانونه ولو على الأجانب، عيبها عدم تحقيقها للعدالة في المجال الشخصي.[1]

وكان النظام الإقطاعي في شمال إيطاليا في القرن 13م لا يُعرَف إلا في شكل ظاهري، فيه جمهوريات صغيرة تحتاج إلى استقرار رغم اختلاف التشريع والمشارب ما اضطرهم إلى قبول القوانين المجاورة، وسهّل عليهم الأمر تقارب قوانينهم الإقليمية المستمدة من القانون الروماني الأصلي، وساعدتهم حركة التجارة والانتقال، فعكف فقهاء إيطاليا على البحث في مسألة تطبيق القانون الأجنبي مع محاولة تطويرها باجتناب سلبيات الشخصية والإقليمية، لأنّ عيب الشخصية هو المساس بالسيادة، وتمس الإقليمية بحقّ الفرد في أن يُحكم وفق هويته، فاجتهدوا في إيجاد نظام يجمع بين مصالح النظريتين ويدفع عيوبهما لتحقيق أعلى مراتب الإنصاف، فخلَصُوا إلى الأخذ بالإقليمية الكاملة والشخصية النسبية؛ فيكون أصل القانون إقليميا وتُطبّق النظرة الشخصية في مظانها وعند الحاجة، وتُسمى المدرسة التي بدأت ذلك: **الأحوال وفقهاء الحواشي** نسبة إلى وضع التهميش على متن القانون الروماني، ثمّ جاء بعدهم من وضع الشروح بدل الحواشي، وقد وقع لهم السبق حين تدارسوا نصا في مجموعة "جيستيان" أي قاعدة "الثالوث المقدس"، **Conctus Populus** مضمونه: أنّ الشعوب التي تخضع لحكم الإمبراطور يجب عليها اتباع ديانة بطرس الرسول، فعلّقوا بأنه يجب إيجاد حلّ للأجانب الذين تحكمهم قوانين بلدانهم؛ فكان هذا التعليق أول تأسيس للنظرية، وحازوا فضل وضع قواعد الإسناد التي لا يزال العمل بها قائما إلى اليوم، وصرّح "بيجونيير" أنّ سبب تأخر النظرية هو تأخر انطلاق التجارة الدولية وغلبة الإقليمية،[2] ثمّ ظهرت بعد المدرسة الإيطالية القديمة مدرستان كان لهما فضل في تطوير النظرية: الفرنسية القديمة والهولندية، نذكر بعض ما قدمته هذه المدارس:

* **الإيطالية القديمة (الحواشي) Glossateurs:** اخترعت الفئة المسندة وربطتها بضابط إسناد مُوجّه، وميّزت بين الإجراءات **Procédure** والموضوع **Fond**؛ فأخضعت الأول لقانون القاضي والثاني لما يُشير إليه الضابط، وقرّرت أن العقود من حيث شكلها وموضوعها تُحكم بقانون محل الإبرام، والجرائم يحكمها مكان

[1] دراز التنازع ص. 12 والهداوي الدولي الخاص ص. 30 وحبار الدولي الخاص ص. 13 والطيار حقوق غير المسلمين ص. 131 وبلمامي القانون الدولي الخاص دار هومة 2010م ص. 18

[2] بديع الدولي الخاص ص. 141 والهداوي الدولي الخاص ص. 38 وحبار الدولي الخاص ص. 53 والحداد الموجز ص. 14 وكمال سمية تطبيق قانون القاضي دكتوراه جامعة تلمسان 2016م ص. 2 وأعراب الدولي الخاص ص. 47 والأسدي أحكام التنازع منشورات الحلبي ط 1، 2012م ص. 29

وقوعها، وهي نواة قاعدة: "الفعل الضار محكوم بقانون محلّ وقوعه"، وأخضعت المال والحالة والأهلية للموطن، وميّزت بين ما يُمكن وما لا يمكن تطبيقه خارج الإقليم وفرّقت بين الشخصي والأموال، وبين الأحوال المستحسنة والمستهجنة وهو نواة نظرية النظام العام.[1]

* **الفرنسية القديمة:** ساهمت في تطوير النظرية على يد "ديمولان" **Dumoulin (1566م)** و"دارجنتريه" **D'Argentré (1690م)**، فقد طوّر "ديمولان" فكرة التكييف حين كان بصدد البحث في المشاطرات المالية المصاحبة لعقد الزواج، وأخضع العقود لقانون الإرادة، وابتكر "دارجونتيه" طريقة الانطلاق من فكرة مسبقة تكون نقطة البدء تُجمع عليها الحلول، وفرّق بين الأحوال والأموال فقّرر بأن يتبع القانون الأحوال خارج الإقليم دون الأموال، وذكر أنّ إقليمية القانون أصل وشخصيته استثناء، وأخضع العينية لمبدأ الإقليمية والشخصية لقانون الموطن دون الجنسية، كما أدرجت المدرسة العلاقات العائلية والشخصية كالاسم والأهلية ورجحت الموطن.[2]

* **الهولندية:** لم تقبل أي استثناء على الإقليمية، وكانت أول من بحث في أساس تطبيق الأجنبي عن طريق فقيهها **Huber Ulric (ت 1694م)** بأنّه المجاملة **Courtoisie**، وأطلقت مصطلح "تنازع القوانين"، ورفضت الصفة العلمية للنظرية وحطت من إلزاميتها.[3]

**** نظرية تنازع القوانين بعد الثورة الفرنسية**

بعد ثورة فرنسا **(1789م)** أخذت نظرية التنازع لأول مرة مكانا لها في التقنين، حيث نصت المادة 3 من المدني 1804م: كلّ العقارات الموجود بفرنسا يحكمها القانون الفرنسي ولو سكنها أجانب، وقضايا العقار التي يملكها فرنسيون يحكمها القانون الفرنسي ولو كانت في الخارج، ولم تكن قبل هذا الإدراج سِوى مسائل علمية يتدارسها المتخصصون، فأصبح لها وجود قانوني معترف به، وبعد الحرب العالمية الأولى **(1918/1914م)** حاولت عُصبة الأمم تنظيم بعض أحكامها لكنها أخفقت لكثرة الخلاف، وفي سنة 1928م انعقد المؤتمر 6 لاتحاد الدول الأمريكية الذّي وضع قواعد مجموعة "بوستامنت" **Boustamente** ثمّ توالت الاتفاقيات الثنائية والدولية، إلى أنْ قامت كل دولة بتقنين مواد خاصة بها في قانونها المدني أو في قانون خاص، وقد تسببت حركة الأشخاص من حيث الهجرة والتنقل والاستيطان في الدول الأجنبية، وظهور التسامح والسلم بين الدول في سرعة الانتشار، وبرز بعد انتشارها

---

[1] أعراب الدولي الخاص ص. 49 وحبار الدولي الخاص ص. 53 وبديع الدولي الخاص 150 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 319 وكمال سمية تطبيق قانون القاضي ص. 106 وبلمامي الدولي الخاص ص. 22

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 50 وعشوش الدولي الخاص ص. 247 وحبار الدولي الخاص ص. 54 والهداوي الدولي الخاص ص. 40 والحداد الموجز ص. 16 وعبد الرسول التنازع ص. 30

[3] أعراب الدولي الخاص ص. 54 وحبار الدولي الخاص ص. 56 والهداوي الدولي الخاص ص. 41 والحداد الموجز ص. 18 وعبد الرسول التنازع الدولي ص. 32 وبلمامي دراسات ص. 29

ثلاث اتجاهات في كيفية التعامل معها: الأول يدعو إلى عالميتها، والثاني إلى إقليميتهان والثالث إلى الخلط بينهما وهو المعمول به عند الأكثر.[1]

* **مبدأ العالمية في تطبيق قواعد الإسناد (التحليلية) L'universalisme** حين تُشرّع الدولة قواعد الإسناد لا تُراعي مصلحتها الوطنية فقط بإخضاع الأشخاص لقانون جنسيتهم، ويجب أن تراعي المعطيات الدولية، اختاره "سافينيي" **Savigny** و"مانشيني" **Mancini**، ورغم التقائهما في النتيجة إلا أن خلفيتهما مختلفة، فسافينيي الألماني انطلق من رغبته في توحيد أوروبا قانونا؛ بحكم وحدة المصدر الروماني والمسيحية، حيث نشر كتاب سنة 1849م: "القانون الروماني الحالي"، قسّمه إلى تنازع حسب الزمان والمكان، ولبّ نظريته ربط العلاقة القانونية بأكثر القوانين ملاءمة لطبيعتها، انتقد بصعوبة تطبيقه لغلبة المصالح الوطنية التي تبقى حائلا منيعا دونه، أما "مانشيني" لإيطالي فكانت بلاده تبحث عن وحدتها السياسية؛ فاعتنق مبدأ شخصية القوانين، وأخرج نظرية اعتماد الأمة بدل الدولة، ويعني بالأمة كلّ من اجتمع على نفس الدين واللغة والعادات والتاريخ، وشدد على اتباع القانون للشخص مهما غيّر موطنه أو انتقل إلى دولة أخرى، انتُقد كلامُه الأول بأنّ الأمة قد تضم دولا والدولة قد تضم عرقيات ما يجعل كلامه بعيدا عن الواقع، والثاني بالاستثناءات التي حطت من قيمته وجعلته جسدا بلا روح.[2]

* **مبدأ الوطنية Le Particularisme** وجوب مراعاة المشرّع حين يضع قواعد الإسناد المصالح الوطنية لدولته وحدها؛ لأن النظام الدولي غير موجود، تبناه فقه فرنسا مثل "نيبوابيه" **Niboyet** و"بارتان" **Bartin**، فقد عاش "نيبوابيه" بعد الحرب العالمية 2 بفرنسا وهي دولة مهجر؛ فخشي على مصلحة بلاده فنادى بتطبيق ضابط الموطن على الأحوال ليحفظ وحدتها القانونية، أما "بارتان" فكان سباقا إلى إخراج نظرية إخضاع التكييف **La Théorie Des Qualifications** للقانون الوطني، فسار على درب "دارجنتريه" الذي لم يعتمد في تقسيمه للقوانين منهجا تحليليا، بل أقام نظرية عامة موجهة بأفكار سياسية، تفيد أن الأصل في تطبيق القانون هو الإقليمية والشخصية استثناء، كما وقع خلاف حول أيهما الأصل القانون الوطني أم الأجنبي؟ فقيل الأجنبي لأن نظرية التنازع لم توضع إلا لتطبيقه، وقيل الوطني بسبب السيادة واعتماده في التكييف والإجراء وإذا كان أحد الخصوم وطنيا وفي النظام العام والغش وتعذر الإثبات والإحالة وهو أرجح.[3]

* **التوفيق بين المصالح الوطنية والمعطيات الدولية** اتجاه قائم على فكرة التنسيق بين القانون الوطني والمعطيات الدولية، حيث يضع المشرع قاعدة الإسناد لإيجاد حل لنزاع فيه عنصر دولي، لكنه يأخذ بالاعتبار المعطيات الدولية والقوانين

---

[1] أعراب الدولي الخاص ص.46 و239 وحبار الدولي الخاص ص.57 ودراز التنازع ص.109

[2] زروتي دراسات في الدولي الخاص 273/2 وعرفة الدولي الخاص ص. 323 وبلمامي دراسات ص. 35

[3] زروتي دراسات 277/2 وحبار الدولي الخاص ص. 57 ودراز فكرة التنازع ص. 109 وبديع الدولي الخاص ص. 145 وكمال سمية تطبيق قانون القاضي ص. 4

العالمية، تزعمه "باتيفول" وهو السائد اليوم.[1]

الفرع الثاني: النظريات القانونية الحديثة لتنازع القوانين

ظهرت مؤخرا نظريات حول كيفية التعامل مع قواعد الإسناد أو التنازع، هي: الفرنسية والإيطالية والألمانية والحديثة، نذكر أهم ما جاء فيها:

* **النظرية الإيطالية "شخصية القوانين النسبية":** معيارها الأخذ بالشخصية عند الاقتضاء وهي مُقدّمة على الموطن؛ لأنها أكثر تكيّفا مع تقاليد الشخص وأخلاقه، يكثر فيها الحديث عن مخالفة القانون للنظام العام، أشهر المنادين بها "مانشيني" اعتمادا على مبدأ القوميات بسبب حالة بلاده، يقول: "لكلّ أمة الحقّ في تكوين دولة"، فالأصل تشخيص القانون وإقليميته استثناءٌ يُلجأ إليه للضرورة، **انتقُد** بأن الدولَ لا تعتمد فقط الشخصية، وهو منهج ساعد الإيطاليين لأن شعبهم كان يهاجر ليجعلهم مرتبطين بدولة الأم، ولم تُناقش اختلاف جنسية الزوجين.[2]

* **النظرية الألمانية:** قامت على مبدأ منح الاختصاص لقانون آخر كقانون محلّ التنفيذ أو السكن، وأنّ السماح بتطبيق القانون الأجنبي ليس من باب المجاملة وإنّما هو التزامٌ دولي؛ لأن العدالة هدف مشترك لا يمكن تحقيقها إلا بالتعاون الملزم، اشتهر بها "سافيني" الذي رأى أن كل علاقة قانونية يجب أن يكون لها مركزٌ مكانيٌّ **Sitz**، فيتعيّن تحليل العلاقة وتحديد طبيعتها لتركيزها في مكان محدّد ثم تطبيق قانون المكان، كما أخضع أهلية الأشخاص وحالتهم لقانون الموطن، والأموال والالتزامات التعاقدية لقانون المكان، انتقدت بصعوبة تحديد المركز.[3]

* **النظرية الفرنسية الحديثة:** تأسست نهاية القرن 19م على يد "بيلي" **Pillet** الذي رفض تخصيص مبدأ الإقليمية أو الشخصية للقوانين، وقال أنّ الحلّ هو الكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون، ومحاولة تحقيقه بتغليب الاستمرارية أو العموم، فالهدف هو الفاصل بين الشخصية والإقليمية إذا وقع تعارضٌ، حيث تُكيّف المحكمة العلاقة حسب القانون الوطني، ثم تفصل فيما يجب تطبيقه معتمدة على الهدف والملاءمة للقصد القانوني، وهي تُقرّ بالحق المكتسب بشرطين: أن يكون مشروعا في دولة المحكمة وألا يخالف النظام العام، انتُقدت بصعوبة معرفة هدف القانون، وبإخراج الحق المكتسب من النزاع، وصعوبة التمييز بين استمرارية القانون وعموميته.[4]

* **العصر الحديث** الهدف الأساسي من نظرية التنازع هو إيجاد القانون الذي يجب تطبيقه على علاقة تحوي عنصرا أجنبيا، وقد استقر الأمر على استعمال

---

[1] زروتي دراسات 278/2 وحبار الدولي الخاص ص. 57 ودراز التنازع ص. 109 وبديع الخاص ص.145

[2] الهداوي الدولي الخاص ص. 43 والحداد الموجز ص. 20 وعبد الرسول التنازع ص. 33 وبلمامي دراسات ص. 41 وخيري كصير حالات تطبيق قانون القاضي منشورات الحلبي ط 1، 2012م ص. 21

[3] الهداوي القانون الدولي ص. 45 والحداد الموجز ص. 22 وعبد الرسول التنازع ص. 34 وبلمامي دراسات ص. 35 وخيري كصير حالات تطبيق قانون القاضي ص. 18

[4] الهداوي الدولي الخاص ص. 46 وعبد الرسول أحكام التنازع ص. 35 وبلمامي عمر دراسات في الدولي الخاص ص. 46 وخيري كصير حالات تطبيق قانون القاضي ص. 23

وسيلتين: **الأولى** وسيلة ناخبة مختارة للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم على الحكم على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وهي تقليدية تستعملها أكثر القوانين تسمى قاعدة الإسناد، **الثانية** وسيلة حاذفة للقوانين التي تتزاحم للحكم على العلاقة المنوطة بعنصر أجنبي، ويتمّ الحذف عن طريق القيام بالتطبيق المباشر للحلّ الموضوع، تُسمى: "قواعد التطبيق المباشر أو القواعد المادية"، **Régles matérielles/ Substancielles**، تبرز أهميتها في التجارة الدولية لعدم مسايرة قواعد الإسناد التقليدية للتطور العالمي في هذا المجال، ولتَشكُّل ما يُسمّى بقانون التجار المستمّد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية، والعقود بين التجار وأعراف التجارة الدولية، والتي هي مجموعة المبادئ والنُظم والقواعد المستمدة من كلّ المصادر التي تُغذّي باستمرار البناء القانوني وسَيْر جماعة العاملين في التجارة الدولية، تتميّز بوضع حلول مباشرة وموضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة ومضمونها دولي، وهي سهلة التطبيق تستجيب لمتطلبات المتعاقدين في مجال التجارة، لها وظيفة علاجية ووقائية.[1]

* **نظرية تنازع القوانين في دول الإسلام:** عرفها المسلمون من باب العدالة حين سمحوا لأهل الذمة بتحكيم قانونهم الشخصي، أما مفهومها الذي استقرت عليه فظلّ مجهولا حتى أواخر الخلافة العثمانية أين كثُر الوجود الأجنبي من ذوي المقامات الرفيعة، فأُنْشئت لهم محاكم مختلطة بسبب ضغوطاتهم والتي انتقلت إلى دول إسلامية كمصر سنة 1875م، وبعد الاستقلال انحصر تطبيق الشريعة في مجال الأسرة، وتضمنت القوانين المدنية في بابها الأول مواد تخص تنازع القوانين من حيث المكان، واختارت الكويت وتونس إفراد فرع الدولي الخاص بتقنين خاص فقننت الكويت قانون 5 سنة 1961م وتونس مجلة الدولي الخاص سنة 1998م، وعلى نهج الإفراد بولونيا والتشيك واليابان وألمانيا وسويسرا، وبالغت مقاطعة الكيبيك حين فصلته إلى جزئيات كثيرة، ولقائل أن يقول: لماذا لم يُطوّر المسلمون مثل هذه النظريات المهمّة؟ السبب في نظري هو الخلاف الذي كان ولا يزال قائما حول مشروعية تقنين الفقه، ثمّ تأخر القضاء الشرعي بسبب انحطاط المجتمع وتبعيته للغرب، ولأن أهل القانون من المسلمين يدرسونه بطريقة بعيدة عن الطريقة الشرعية، ولعلّ أنْ يكون تخصّص الشريعة والقانون منبرا لمنافسة فقهاء الغرب في هذا المضمار، ولم يمنع هذا التأخر من قيام ثُلّة من الباحثين في فنّ القضاء الشرعي من محاولة الدمج بين الطريقة الفقهية والمسلك القانوني مثل زيدان في كتاب القضاء في الإسلام وأبي زهرة في الأحوال الشخصية وغيرهما.[2]

[1] بديع الدولي الخاص ص.75 وبلاق محمد مساهمة القواعد المادية دكتوراه جامعة تلمسان 2016 ص.12

[2] زروتي دراسات في الدولي الخاص ج. 1 ص. 248 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 328

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لنظرية تنازع القوانين

بين يدي المطلب تنازع القوانين مفهوم قانوني غربيّ بحت، يجب توضيحه والتعريف بآليته قاعدة الإسناد، في المطلب فرعان: مفهوم التنازع وتعريف قاعدة الإسناد وعناصرها وشروط التنازع.

الفرع الأول: مفهوم تنازع القوانين

انتشر في العصر الحاضر نظام الدولة ومبدأ السيادة، ويُعتبر الفرنسي "بودان" **Bodin** أول من عرّف سيادة الدول بأنّها السلطة الدائمة المطلقة داخل الدولة، وأنّ الأخذ بها يعني التسليم لها بحقّها في ألا تُراعي في تصرفاتها إلا ما تُمليه عليها مصالحها، وهي تعتمد على الجنسية لتمييز مواطنيها عن غيرهم، وبناءً عليه قنّنت الدولُ قواعد إسناد في منظومتها القانونية؛ فأجازت تطبيق القانون الأجنبي من طرف قاضيها الوطني، وقد ساعدت عواملُ في سرعة انتشار ذلك مثل تنقل الأشخاص والعولمة واستيطان الأجانب، ونظرية مركز الأجانب وقيام المعاملات الشخصية والمالية بين الأجانب والوطنيين وتنقل الأموال بسرعة، حتى أصبح لكل دولة مقيمين من الأجانب على التأبيد أو التأقيت يملكون رخصة الإقامة، ويحتفظون بجنسيتهم الأصلية إما رغبة أو لصعوبة الحصول على الجديدة، ما صعّب تطبيق القانون الوطني عليهم خاصة في المجال الشخصي؛ فتمّ التنازل جزئيا وظرفيا عن مبدأ السيادة عن طريق تطبيق قانون أجنبي داخل الإقليم، لأجل المصلحة العالمية المشتركة التي لها أهمية بالغة للبشر، خاصة أنّ المجال الشخصي يرتبط بديانة الشخص وثقافته وتقاليده وخصوصياته.[1]

ويُقصد بها تزاحمُ قانونين متعارضين أو أكثر، لدولتين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، هي أهمّ مواضع فرع الدولي الخاص ووحيدته في بعض الدول، فالقانون عندما تضعه الدولة تُراعي فيه الدين والأخلاق والعادات والتقاليد والمثل العليا، وتُراعي في الأحوال ما تآلفه الناس من سُنن الحياة لتحفظ خصوصيتها وطابعها التشريعي؛ ما يمتنع معه تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يُبنى على نفس العادات والتقاليد فاقتضت المصلحة التنازل، ويكون التنازع إيجابيا إذا حكم كل قانون أنه مختص، وسلبيا إذا قرر كل واحد أنه غيرُ مختص،[2] والتنازعُ لغةً التخاصم يُقال تنازع القوم أي تخاصموا واختصموا، وبينهم نزاعة أي خُصومة وتنازع القوم أي اختلفوا، في الحديث: "مَالِي أُنَازَعُ القُرْآن"،[3] أي أُجاذب في قراءته،[4] وانتُقد إطلاقه على النظرية لأنه ليس ثمّة تنازع بالمعنى اللغوي، وإنما تنازل طواعية

---

[1] آيت جبارة إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق ماجستير جامعة الجزائر 2002م ص.10 وعشوش الدولي الخاص ص. 216 وبديع الدولي الخاص ص. 166 والبهجي والمصري التنازع ص. 12 ودراز التنازع ص. 32 والداودي المدخل ص. 203 ودربة أمين قواعد التنازع ماجستير تلمسان 2008 ص.7.

[2] الهداوي الدولي الخاص ص. 8 وعرفة الدولي الخاص ص. 306 والداودي المدخل ص. 207 وزروتي الدولي الخاص ط فسيلة ط 1، 2010م ص. 10 وزروتي الدراسات 12/1 وعشوش الدولي الخاص ص. 275

[3] رواه أحمد 7270 وابن ماجه برقم 848 وأبو داود برقم 826 وصحح الألباني إسناده.

[4] ابن منظور لسان العرب ج. 8 ص. 352

للدولة عن بعض سيادتها وقبول تطبيق القانون الأجنبي، لهذا يُستحسن تسميته: تناسق القوانين أو التنسيق بين القوانين **Harmony Of Laws** أو سلطان القانون من حيث المكان، وأطلق عليه فقه هولندا في القرن 17م: "تسابق القوانين" والفقه الإنجليزي: "اختيار القوانين"، أجيب بأنّه لا مُشاحة فيه مادام المفهوم معروفا، وقد ذكرنا أن الهولندي "**Huber Ulric**" هو أول من أطلق لفظ التنازع، رغم كونه مجرد مفاضلة بين قوانين تعلّقت بنزاع مشتمل على عنصر أجنبي.[1]

* **شروط نظرية تنازع القوانين:** الشروط المتفق عليها، **أولها** أن تشتمل على عنصر أجنبي إما في شخص العلاقة كاختلاف جنسية الزوجين، أو في موضوعها كتركيز محلّ النزاع، أو في سببها كالفعل الضار، **الثاني** أن يسمح القانون الوطني بتطبيق الأجنبي بألا يكون من أنصار إقليمية القانون بل "الإقليمية النسبية" **la terrioriate relative**، **الثالث** أن يتزاحم قانونان متعارضان أو أكثر لدولتين أو أكثر، تملك كل واحدة منها سيادة كاملة معترف بها في القانون الدولي، ويجب أن تعترف الدولةُ سياسيا بالدولة المشرّعة للأجنبي، ليس كمثل القضاء العربي الذي لا يعترف بدولة إسرائيل، أو الفرنسي الذي لم يعترف بالثورة السوفيايتة **(1917م)** فرفض قانونها حين أحالت عليه قاعدة الإسناد، ورفض القانون الفيتنامي بتاريخ 1971/11/24م في قضية "فيتنام الشمالية"، ثمّ تراجع بتاريخ 1973/5/3م معترفا: "بأنّ عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يمنع القاضي من تطبيق القانون الصادر عنها إذا كان مطبقا فعليا في إقليمها"، ومن آثاره ألا يُقبل التنازع إلا بين دولتين وليس بين تشريعات داخلية لدولة واحدة كأمريكا، أو بين قانون وطني وطائفي كمصر ولبنان، وشذّ البعض فأدخل الطائفي، ومن نتائجه امتلاك الدولة لسيادة كاملة وليس قبيلة؛ فقد تزوّج إنجليزيٌّ من امرأة افريقية، وبعد وفاته طلبت حقّها في تركته بموجب قانون قبيلتها، فرفض القضاء الإنجليزي وطبّق قانونه الوطني؛ لأنّ من شرط التنازع أن يكون بين دُولٍ وليس بين دولة وقبيلة، ولأنّ تقاليد القبيلة لا يمكن اعتبارها من قبيل القانون، ومن الآثار عدم دخول التنازع بين قانون دولة مستعمِرة وآخر لمستعمَرة، مثل الجزائر إبان الاستعمار أين كان مجال الأحوال منظما بقانون الأهالي، والمعاملات المالية والعينية وأحوال المعمرين تحت المدني الفرنسي؛ ما أدى إلى وقوع تنازع بين قضايا كثيرة يتجاذبها القانونان، فعمدت الحكومة الفرنسية بدهاء إلى فتح المجال أمام الجزائريين ليختاروا بينهما حتى في المجال الشخصي، وتتجلى أهمية هذه الجزئية في قضية توريث جزائري مسلم من زوجته الفرنسية التي تأتي مفصلة قريبا، **الرابع** أن تكون العلاقة داخلة في القانون الخاص الذي ينظر في مصلحة الفرد، وليس العام الذّي ينظر في الصالح العام، وقد يوجد بينهما تقاطع مثل دولة يجرم تشريعها التعدد، وهو ما سيطال كل أجنبي يقيم داخلها ولو كانت جنسيته تجيزه، ومن المختلف فيها: **الخامس** منسوب لفقه أمريكا أن يكون التنازع بين

[1] دراز التنازع ص. 54 وأعراب الدولي الخاص ص. 40 والهداوي الدولي الخاص ص. 13 وعرفة الدولي الخاص ص. 307 ونوارة الإشكالات القانونية في الجنسية ملتقى التنازع بجاية 2014م ص. 28

القانونين حقيقي وغير مزيّف، **السادس** شرط "سافيني" أن ينتمي القانونان المتنازعان لنفس الأساس الفلسفي والنظرة البيئية لمفهوم العدل والعدالة، حجته غلبة فكرة إقليمية القانون الرائجة في وقته، حيث وضعه للتخفيف من حدة الخلاف الذي أبداه المتشددون للإقليمية بحكم أن القانون الواجب التطبيق لن يختلف عن الوطني، ولأن قوانين أوروبا كلّها كانت تنهل من الروماني في المعاملات والحدود ومن المسيحية في الأحوال، أما اليوم فقد اختفى هذا الشرط بسبب تقارب الأنظمة، وعدم انضباط مفهوم التشابه بين الأسس، ولدخول العامل الديني في هذا التشابه ما جعله مخيفا صعب الضبط، وبسبب عولمة النظام العالمي في تأصيل القانون، وانتشار وسائل الاتصال الحديثة التي ساهمت في جعل الفقه متقاربا، وللتقارب الثقافي بين الدول وانتشار ثقافة العولمة، ويجب التنويه بأنّ الأحكام الموضوعية لانحلال الزواج وآثاره في الدول العربية مستمدة من أحكام الشرع؛ ما من شأنه التقليل من حدّة التنازع بين قوانينها إلى درجة العدم، إذا تحقق حلم تشريع قانون موحّد للعرب في المجال الشخصي، ويتجلّى من شرط "سافيني" وجه التخوّف الذي يبديه علماؤنا من نظرية التنازع لاحتمال تطبيق قانون غير إسلامي على مسلم.[1]

الفرع الثاني: قاعدة الإسناد وعناصرها

Règles De conflits / Règles De Rattachements

المستقر عليه هو قيام الدولة بتشريع قواعد إسنادها، وإسناد العلاقة التي يشوبها عنصر أجنبي إلى القانون الذي يجب تطبيقه، وعليه تُعرّف بأنّها: "القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي"، قد يكون معيارها **شخصيا** بمعنى أن العلاقة تكون في أصلها وطنية، غير أن الشخص الذي يعالجها أجنبي فتتحوّل إلى دولية، ويكون **موضوعيا** بمعنى أن موضوع العلاقة من بدايته أجنبي فالعنصر الأجنبي ملازم لها لا ينفك، والكلّ متفق على أن المشرع الوطني هو من يضعها سواء ضمن المدني أو يفرد لها قانونا خاصا، وقد يوهم إطلاق الدولي أن وضعها يكون من قبل المنظومة الدولية كما ذهب إليه "رولاندو كوادري" بحجة أنها تؤدي وظيفة دولية بتنظيمها لتنازع دولي، غير أن الصحيح أن المشرع الوطني له كامل الحرية في سنها وتقنينها؛ فالقاعدة وطنية من حيث التشريع دولية من حيث الوظيفة.[2]

* **مصادر قاعد الإسناد: وطنية ودوليه واتفاق ثنائي أو دولي:** قد تتفق دولٌ على حلّ في علاقات قانونية مشتركة؛ فيكون ما اتُّفق عليه أسمى مما يتمّ تشريعه

---

[1] زروتي دراسات 13/1 و78 وزروتي الديانة ص. 946 وعكاشة التنازع ص. 29 ودراز التنازع ص. 68 وهشام قاعدة الإسناد ص. 79 و382 وعرفة الدولي الخاص ص. 311 ص. 33 والهداوي الدولي الخاص ص. 16 والحداد الموجز ص. 75 وحبار الدولي الخاص ص. 63 وحمزة دور القاضي ص. 79 وعبد الرسول التنازع ص.13 وبلمامي دراسات ص.15 وأعراب الدولي الخاص ص. 60

[2] عكاشة التنازع ص. 8 وأعراب الدولي الخاص ص. 67 ودراز التنازع ص. 112 وهشام قاعدة الإسناد ص. 310 والهداوي الدولي الخاص ص. 15 وحبار الدولي الخاص ص. 7 والبهجي والمصري التنازع ص. 14 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 331

داخليا، عليه المادة 21 مدني جزائري: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"، والمادة 23 مدني مصري والفصل 4/27 دولي خاص تونسي والمادة 25 مدني سوري والمادة 24 مدني أردني، والمادة 34 مدني يمني والمادة 22 مدني إماراتي، والمادة 33 مدني قطري، وتملك هذه الاتفاقيات الدولية مزايا عدة مثل المحافظة على الهوية الوطنية لكلّ دولة، وتشييد نظام دوليّ خاص مَرِن وثنائيّ يُحافظ على مصالح كل دولة وتقليل الدفع بالنظام العام، وتبقى صعبة التحقيق وإذا تحققت ترجحت فيها مصالح طرف على آخر لأنّ القويّ يفرض نظرته على الضعيف، مثل اتفاقية الحضانة الموقّعة بين فرنسا والجزائر التي غُلّبت فيها مصلحة فرنسا، وعيب الاتفاقية عدم مسايرة الاجتهاد كما يفعل التقنين الذي يمكن تغييره بسهولة، أما هي فتحتاج إلى موافقة حكومتين وبرلمانيين، وقد يصادفها عدم مبالاة القضاء فقد تمّ توقيع اتفاقية الطلاق بين فرنسا والمغرب سنة 1981م لكن اجتهاد فرنسا ظلّ يتجاهل حقوق المغاربة التي نصت عليها وكأنها غير موجودة ولم تنفعهم بشيء، ومن المصدر الداخلي العرف والتشريع، ومن الخارجي العرف الدولي والاجتهاد الدولي الذي تصدره محكمة العدل الدولية أو محاكم التحكيم، أو مبادئ القانون الدولي الخاص الذي يعني مجموعة الأسس المشتركة لنظرية التنازع في النظم القانونية والاجتهاد العالمي مثل الدفع بالنظام العام، وقد تحاشى المشرّع العربي اعتماد مبادئ الشريعة كمصدر احتياطي لنصوص التنازع بسبب تأثر واضعيه بالفقه الغربي أو لعدم تطوّر الدولي الخاص الإسلامي، أو لعدم تطرق باحثي الشريعة والقانون لهذا الموضوع بما يكفي، حيث أكدت قوانين العرب على جعل مبادئ الدولي الخاص المصدر الاحتياطي الوحيد لقواعد الإسناد مثل المادة 23 مدني جزائري والمادة 24 مدني مصري والمادة 13 مدني سوداني والفصل 27 دولي خاص تونسي والمادة 24 مدني ليبي والمادة 69 دولي خاص كويتي والمادة 25 مدني أردني والمادة 26 مدني سوري والمادة 24 مدني قطري.[1]

* **عناصر قاعدة الإسناد** لها ركنان أساسيان: ركن الافتراض يدخل فيه ضابط الإسناد والفئة المسندة، ثمّ ركن الأثر يدخل فيه القانون الواجب التطبيق، فكأنها تفرض فروضا ثم حسب الفرض تسند إلى قانون، أما عناصرها فثلاثة: الفئة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه.[2]

الفكرة أو الفئة المسندة Catégorie de Rattachement موضوع قاعدة الإسناد قد تكون مسألة أو جملة مسائل تخضعها القاعدة إلى قانون مُعيّن، أو مجموع

---

[1] عكاشة تنازع القوانين ص. 53 وهشام قاعدة الإسناد ص. 221 وبوعروس الزواج المختلط ص. 184

[2] دراز التنازع ص. 113 وأعراب الدولي الخاص ص. 69 وحبار الدولي الخاص ص. 49 وبديع الدولي الخاص ص.235 وعرفة الدولي الخاص ص. 333 وعكاشة التنازع ص. 18 وجندولي انحلال الرابطة ماجستير تلمسان 2011 ص. 18 وعبد الرسول التنازع ص. 37 وخيري حالات تطبيق ص. 30 وكريم شبي قاعدة الإسناد مجلة جامعة كربلاء مج 3 ع 13 2005م ص.4

الحالات المتشابهة التي تشترك في السبب أو النتيجة يجمعها المشرع ويضعها في طائفة واحدة تسمى الصنف أو الفئة، أو مجموعة تراكبية لقواعد قانونية متشابهة أو متقاربة تتضمن فيما بينها تشابها كافيا لتخضع إلى عنصر التعيين نفسه، أو المسألة موضوع التنازع التي يكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكييف الذي يصنف العلاقات على شكل أفكار مسندة.[1]

ضابط الإسناد Le point De Rattachement ظرف الإسناد وعنصر التعيين: المعيار الذي يختاره المشرّع ليرشد إلى القانون الواجب التطبيق على علاقة ذات عنصر أجنبي، قد يكون جنسية الشخص أو موطنه أو مكان الإبرام، هو أداة فنية تربط موضوع القاعدة بالقانون المسند إليه، والمؤشر الذي يُساعد في معرفة القانون الحاكم، وقد توضع ضوابط عدة في قاعدة واحدة لارتباط العلاقة بأكثر من طرف، أو يضع المشرّع ضابطا أصليا واحتياطيا لمنح القاضي حرية الاختيار.[2]

القانون المسند إليه La Loi Désignée تُشير إليه قاعدة الإسناد اعتمادا على ضابط ونسبة إلى فئة، هو إما قانون القاضي أو أجنبي، حيث تتكوّن كلُّ علاقة من شخص وموضوع وسبب يرتبط مركزُها بأحدها، فإذا كان المركز هو الشخص فالضابط يكون شخصيا إما الجنسية أو الموطن، وإذا كان الموضوع كان الضابط إقليميا بمظهر موقع المال أو التصرف، وإذا كان السبب فهو متعدد الأوصاف مستمدا من العقد كالإرادة أو مكان الإبرام أو محل التمركز كالفعل الضار.[3]

* **خصائص قاعدة الإسناد: هي غير مباشرة Indirecte** لا تعطي الحلّ النهائي إنّما تُبيّن القانون الحاكم، **مزدوجة Bilatérale** تشير إلى الوطني والأجنبي، **محايدة Neutre** لا يعلم القاضي حين يتّبع إرشادها مضمون القانون فهي لا تذكر جنسيته بل جنسية الشخص أو موطنه، **دولية** تحكم علاقات تنشأ في المجال الدولي وتُطبق قانونا غير وطنيّ، **وطنية** واضعها وطنيٌّ ولو استمد موضوعها من المعاهدات الدولية فلا تُطبق إلا بموافقة المشرّع الوطني بهدف حماية مصلحة الوطن ومراعاة حقوق الأجانب شرط عدم المصادمة، **ملزمة Obligatoire** للقاضي والخصوم لأنها من القانون الداخلي، **مرشدة** للقاضي.[4]

---

[1] عكاشة التنازع ص. 18 وبديع الدولي الخاص ص. 235 وقتال دور القاضي ص. 65 وبلمامي دراسات ص. 102 وحسين نوارة مداخلة الإشكالات القانونية ص. 29

[2] حبار الدولي الخاص ص. 50 وبديع الدولي الخاص ص. 238 وهشام قاعدة الإسناد ص. 538 وعكاشة التنازع ص.19 وشبي قاعدة الإسناد ص. 6 وقتال دور القاضي ص. 68 وبلمامي دراسات ص. 103

[3] عكاشة التنازع ص. 26 وقتال دور القاضي ص. 78 وحسين نوارة إشكالات الجنسية ص. 29 وبلمامي دراسات في القانون الدولي الخاص ص. 104

[4] زروتي دراسات 13/1 وأعراب الدولي الخاص ص. 70 وحبار الدولي الخاص ص. 61 والحداد الموجز ص. 30 وبديع الدولي الخاص ص. 174 وعكاشة التنازع ص. 13 وهشام قاعدة الإسناد ص. 323 وعرفة الدولي الخاص ص. 339 وزلاسي الزواج المختلط ص. 66 وعليوش الدولي الخاص ص. 76

* **طبيعة قاعدة الإسناد** هل هي من القانون العام أم الخاص؟ قيل من العام لأنها تُوزّع الاختصاص بين الدول، والصواب أنّها تحكم على الأشخاص فتُدرج في فروع الدولي الخاص.[1]

* **إلزاميتها:** زعم بعض الفقه أنّها غير ملزمة بل مكملة؛ وإنّما يجوز للقاضي العمل بها إذا رأى فيها مصلحة فقط، وقيل يُعمل بها إذا تمسك بها الخصوم بحجة التطابق بين القانونين الوطني والأجنبي، فمن أراد تطبيق الأجنبي فعليه إثبات اختلافه عن الوطني؛ لأن إلزام القاضي به يعني وجوب معرفته بقوانين العالم وهو محال، وهو منطق من اعتبر الأجنبي من الوقائع كاجتهاد فرنسا في قضية "بيزبال"، ثمّ ألزم بها في قضية النسب "ربوح" وهبة "سول"، والأكثر على إلزاميتها لأنّها آمرة لا يمكن الاتفاق على تركها، وفيه انسجام مع العلاقات الدولية الخاصة والمقصد الذي وُجدت من أجله، هو مذهب ألمانيا والنمسا وإيطاليا وسويسرا وبلجيكا، والجزائر حين استعملت عبارات الوجوب مثل يسري، كما أكدته قرارات الوصية 1990/10/17م وآثار الزواج 1998/2/17م.[2]

المطلب الثالث: التأصيل الشرعي لنظرية تنازع القوانين

بين يدي المطلب ظهر الإسلام في وقت كان العالم تحت سيطرة رومية وفارسية، يدين الرومان بدين سماوي محرّف، ويجتهد الفرس في نشر الشرك وتعظيم النار، وبعزيمة الأنبياء استطاع جيل الصحابة الكرام بعد التخرّج من المدرسة النبوية نشر تعاليم الدين الجديد في أنحاء المعمورة في ربع قرن، حيث بسطت دولة الإسلام سلطانها على بلاد تشمل أكثر من 50 دولة من دول اليوم،[3] فدخل الناس في الدين عربا وعجما مصداقا لوعد الله **"وَرَأَيْتَ النّاسَ يَدْخُلُونَ فِي دِينِ اللهِ أَفْوَاجًا"**، (النصر 2) وكان أحد الأسباب أنّ الدين الجديد لم يأت بالإكراه، بل ترك الناس أحرارا في معتقدهم بقوله **"وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ"** (الكهف 29)، وقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"**، (البقرة 256) فكان من بقي على دينه يدفع جزية مقابل حمايته، له بذلك ذمة الله ورسوله والمسلمين، وقد حرص الإسلام على ضبط العلاقة بين المسلمين وأهل الذمة خاصة فيما يتعلق بتحصيل الحقوق وحسن المعاملة، واجتهد أئمة الفقه في تأصيل قواعد التعامل معهم وتنظيم مركزهم القانوني؛ فاستخرجوا أصولا وقواعد كانت هي الأصلح في ذلك الزمان حسب عرفهم، وتُعتبر في نظري من أهمّ ما توصّل إليه العقل البشري في باب التشريع القانوني، كقاعدتي الذمة والمستأمن وقد قررناهما في الباب التمهيدي، وتكفّلت الشريعة تكفلا تاما ببيان حقوق الذميين والمستأمنين بيانا شافيا عن طريق تقعيد قواعد وكليات عامة، اعتُبرت عند الكثير نواة لما يعرف اليوم بنظرية التنازع، التي تعني السماح بتطبيق قانون أجنبي داخل إقليم دولة الإسلام

[1] عكاشة التنازع ص. 29 وهشام خالد قاعدة الإسناد ص. 312 وكريم مزعل مفهوم قاعدة الإسناد ص. 3
[2] عكاشة تنازع القوانين ص. 322 وبلمامي دراسات ص. 109 وقتال دور القاضي ص. 26
[3] الفتوحات الإسلامية https://ar.wikipedia.org/wiki/ يوم 14 أفريل 2017 الساعة 15 00

لاعتبارات شخصية وإنسانية ودعوية، أما في القرون الأخيرة فقد نزل المسلمون أسفل سافلين، ودخلوا عصر التقليد والنزاع وترك الاجتهاد، فأصابهم الوهن وضعفوا واستكانوا حتى صاروا أذنابا بعد ما كانوا أسيادا، وصاروا يأخذون العلم بعد ما كانوا يُعلّمون الغير، فيما نهضت أوروبا وثارت على تسلّط الكنيسة في شتى المجالات، وحين استفاق المسلمون وجدوا الفجوة بينهم وبين غيرهم تعمّقت إلى درجة اليأس من تقليصها، ثم نظروا في علوم غيرهم فوقفوا معها حسب ثلاث فرق: فرقة ذابت فأخذت الغثّ والسمين وانسلخت من دينها انسلاخ الإهاب من الأضحية، وثانية رفضتها كلها بحجة أنها من الزندقة، حتى وُجد منهم من أنكر دوران الأرض، وثالثة توسطت وأخذت ما فيه مصلحة، وتركت ما يعارض القواطع فأنصفت ووُفقت، من هنا يمكن القول أنّ الفقه الإسلامي كان سباقا إلى البحث في تطبيق القانون الشخصي على المواطن الأجنبي المختلف دينا، بدا ذلك جليّا في صحيفة المدينة التي كتبها النبي بعد الهجرة وتأسيس نموذج الدولة، بيد أن عصر الانحطاط الذي مرّ به الإسلام وغلق باب الاجتهاد وسقوط المسلمين في غياهب الاستعمار أخّرهم في مثل هذه النظريات، وقد تجلّت مؤخرا نهضة علمية في أبواب العلم، نرجو أن يباركها الله لتعود أمتنا إلى سابق عهدها من الرقيّ،[1] وما هو رأي فقهاء الإسلام في نظرية التنازع؟ وهل فيها ما يناقض القواطع أم هي آليات فنية فقط؟ فيه فرعان: تطبيق قانون الإسلام على أهل الذمة ثمّ اختلاف المعاصرين.

الفرع الأول: تطبيق القانون الإسلامي على أهل الذمة والمستأمنين

قسّم الفقهاء العالم إلى دارٍ للإسلام وأخرى للحرب، وكانت نظرتهم للقوانين المطبقة في ديار الحرب مليئة بالمعاداة فلا يُتصور تطبيقها داخليا؛ بناء على العداء الطبيعي بين دولة الإسلام الناشئة وباقي الدول، وكانت القاعدة العامة هي سريان الشريعة على الجميع وتطبيقها على كل نزاع لقوله **"وَأَنْ اُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ" (المائدة 49)** وقوله **"وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلكَافِرِينَ عَلَى المؤْمِنِينَ سَبِيلًا"، (النساء 141)**، ولا يمنع هذا التأصيل ما ثبت من ترك أهل الذمة يدينون بدينهم في المجال الشخصي، تأسيا بالنبي الذّي حين هاجر وأسس دولته أقرّ اليهود على دينهم، وكتب صحيفة المدينة التي اعتُبرت أول دستور لدولة الإسلام، فكان التطبيق الشخصي لقانون الأحوال هو القاعدة، فإذا قرر ذميٌّ الترافع إلى القضاء الإسلامي طُبّق عليه الشرع، وقد صرّح جماعة بوجوب تطبيق شريعته عليه حتى لو ترافع لدخول ذلك في عقد الذمة، وكان أهل الذمة في صدر الإسلام يتحاكمون إلى الكنيسة وأحبار اليهود كلّ حسب ديانته، فكانت الكنيسة أحيانا تُقصّر في إيجاد حلّ لقضايا النصارى المستجدة، ما حملهم على اللجوء إلى القضاء الإسلامي؛ فظهرت نازلة الحكم عليهم بعد الترافع، لهذا اجتهد النصارى في إصدار قانون خاص بهم فألّف الجاثليق "تيموتيوس" كتابا في الأحكام القضائية المسيحية أواخر القرن 2 هجري؛ لقطع كلّ

[1] بن دحمان حقوق المواطنة ص. 109 وبلمامي عمر دراسات في القانون الدولي الخاص ص. 54

عذر يتعذر به قومه للجوء إلى قضاء الإسلام بدعوى نقصان قانون المسيح، ويعتبر هذا اللجوء أعظم دليل على سماحة الإسلام مع مخالفيه.[1]

ويجدر التمييز بين صورتين: **الأولى** ترك أهل الذمة يتحاكمون إلى ديانتهم مع خلاف حول المنطلق كصحة أنكحتهم خلافا للمالكية، **الثانية** كيفية الحكم عليهم بعد الترافع إلى قضائنا وهل يصح الحكم عليهم وفق ديانتهم؟ منعه الجمهور وأجازه الحنفية الذين أجازوا تنصيب قاض منهم يحكم عليهم وفق شريعتهم قياسا على شهادة بعضهم على بعض، وقولهم هذا أساس نظرية التنازع.[2]

*** الصورة الأولى: ترك أهل الذمة يتحاكمون إلى دينهم**

قال القرافيُّ: "اتَّفَقوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَتَعَرَّضُ لِلذِّمَّةِ وَلَا أَهْلِ الصُّلْحِ وَلَا الْمُسْتَأْمَنِينَ مَا لَمْ يَتَعَلَّقِ الضَّرَرُ بِغَيْرِهِمْ، وأَنَّهُ إذَا تَرَافَعَ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ أَنَّ الْقَاضِي يحكم بينهم"،[3] ورغم صحة الإجماع إلا أنهم اختلفوا حول المأخذ واشتراط ما زاد عن الترافع والحكم عليهم بشريعتنا، وكيفية التعامل معهم في غير المجال الشخصي، وقد أجمعوا على تركهم ودينهم إذا انعدم الترافع، وهو داخل في شروط الذمة،[4] قال مالك: "قوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُم"**، **(المائدة 42)** الترك أحب إليّ وإن حكم عدل"،[5] وقال الشافعي: "لَا يُنْظُر فِيمَا بَيْنَ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَلَا يُكشف عَنْ شَيْءٍ مِنْ أَحْكَامِهِمْ"،[6] وقَال أَحْمَدُ: "لَا يُبْحَثُ عَنْ أَمْرِهِمْ إلَّا أَنْ يَأْتُوا هُمْ"،[7] وقَالَ زُفَرُ: "لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ إلَّا أَنْ يُسْلِمُوا أَوْ يَتَرَافَعُوا إلَيْنَا"، وقال السرخسي: "نُعْرِضُ عَنْهُمْ لِمَكَانِ عَقْدِ الذِّمَّةِ لَا لِأَنَّا نُقِرُّهُمْ، ونَتْرُكُهُمْ وَعِبَادَةَ النَّارِ وَالْأَوْثَانِ عَلَى سَبِيلِ الْإِعْرَاضِ لَا عَلَى سَبِيلِ التَّقْرِيرِ"،[8] وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ:"إذَا جَاءَ الْأَسَاقِفَةُ وَالزَّانِيَانِ فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ لِأَنَّ إنْفَاذَ الْحُكْمِ حَقٌّ لِلْأَسَاقِفَةِ"،[9] واشترط ابن القاسم رضا قساوستهم مع رضاهم كي يُحكم بينهم،[10] دليله قوله **"فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ"** **(المائدة 42)** صريحة في اشتراط المجيء وهو عين الترافع،[11] وقال ابنُ عمر: "أُتِيَ بِيَهُودِيٍّ وَيَهُودِيَّةٍ زَنَيَا، فَقَالَ النبيُّ: "مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ عَلَى مَنْ زَنَى؟" قَالُوا: نُسَوِّدُ وُجُوهَهُمَا وَنُحَمِّلُهُمَا وَنُخَالِفُ بَيْنَ وُجُوهِهِمَا، قَالَ: "فَأْتُوا بِالتَّوْرَاةِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ"، فَجَاءُوا بِهَا فَقَرَءُوهَا

---

[1] يوسف القرضاوي الأقليات الدينية والحل الإسلامي ص. 17 وسامي بديع القانون الدولي الخاص ص. 142

[2] ابن قدامة المغني 81/9 وتفسير القرطبي 179/6 وزيدان أحكام أهل الذمة ص. 359

[3] القرافي الذخيرة ج. 10 ص. 112

[4] السرخسي المبسوط 38/5 وشرخ الخرشي لخليل 227/3 والشربيني مغني المحتاج 326/4 وحاشية البجيرمي 379/3 والقرافي الذخيرة 458/3 والكاساني البدائع 272/2 وابن قدامة المغني 173/7 وزيدان المفصل في أحكام المرأة 37/7

[5] سحنون المدونة الكبرى ج. 4 ص. 190

[6] الشافعي الأم ج. 7 ص. 44 وينظر ج. 4 ص. 223

[7] ابن قدامة المغني ج. 9 ص. 81

[8] السرخسي المبسوط ج. 5 ص. 38

[9] تفسير القرطبي 179/6 وابن رشد البيان والتحصيل ت حجي دار الغرب ط 2، 1988م 187/4

[10] ابن رشد البيان والتحصيل ج. 9 ص. 376

[11] المنبجي اللباب في الجمع بين السنة والكتاب تحقيق فضل المراد طبعة دار القلم 1994م ج. 2 ص. 573

حَتَّى إِذَا مَرُّوا بِآيَةِ الرَّجْمِ وَضَعَ الَّذِي يَقْرَأُ يَدَهُ عَلَيها وَقَرَأَ مَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا وَرَاءَهَا، فَقَالَ ابْنُ سَلَام: مُرْهُ فَلْيَرْفَعْ يَدَهُ فَرَفَعَهَا فَإِذَا هي تَحْتَهَا فَأَمَرَ بِهِمَا فَرُجِمَا،[1] فيه دليل أنّه قضى بشريعتهم ولو كان الحكم إلى شريعته ما احتاج إلى إثبات الرجم في التوراة، وأقرّ نكاح مجوس هجر مع علمه أنهم ينكحون محارمهم، ولم يأمرهم بفراقهم بل أخذ منهم الجزية وتركهم،[2] وأرسل عمر بن عبد العزيز إلى الحسن: "ما بال الخلفاء تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم؟" قال: "إنّما بذلوا الجزية ليُتركوا"،[3] قال الزّهريُّ: "مَضَتِ السُّنَّةُ أَنْ يُرَدُّوا فِي حُقُوقِهِمْ إِلَى أَهْلِ دِينِهِم إِلَّا أَنْ يَأْتُوا رَاغِبِينَ فنَحْكُمُ بَيْنَهُمْ"،[4] ولما فتح المسلمون فارس لم يتعرضوا لأنكحتهم رغم علمهم أنهم ينكحون محارمهم،[5] لقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"، (البقرة 256)** ولَوْ حُكِمَ عَلَيْهِمْ فَقَدْ أُكْرِهُوا، وعليه تبنى أحكام أنكحتهم على قاعدة: منع الحاكم المسلم من التعرض لهم؛ فحالهم دافعة للتعرض وليست بمثبتة حقوقا.[6]

*** الصورة الثانية: الحكم عليهم بعد الترافع**

إذا ترافع أهل الذّمة إلى القاضي المسلم فهل يقضي بينهم أم هو بالخيار إن شاء قضى وإن شاء أحالهم على شريعتهم؟ وإن حكم فبما يحكم؟ وقع خلاف وكثرت الأقوال حدّ التناقض: **الأول** الحنابلة والمالكية والشافعي في القديم: إذا ترافع لا يحكم إلا إذا رأى فيه مصلحة، فهو بالخيار إن شاء قضى وإن شاء ردّهم إلى شريعتهم، يُروى عن عطاء والشعبي والحسن والنخعي وأبي ثور وسعيد بن جبير والزهري، **الثاني** الشافعي في الجديد فرّق بين أهل الذمة والمستأمنين، فالذميّ يحكم عليه مطلقا بعد الترافع لقوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ" (المائدة 48)** والقاضي بالخيار في أهل الأمان، **الثالث** الحنفية: فرّقوا بين مسائل النكاح وغيرها ففي النكاح وافقوا بأنّ القاضي بالخيار ويشترط الترافع، وفي غيرها هو ملزم بالحكم عليهم وتطبيق شرع الله، منقول عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد وعطاء وقتادة والأوزاعي وأبي عبيد،[7] ومردّ الخلاف الأخذ بإقليمية القانون وتطبيق قانون الإسلام على من يعيش في كنف الدولة شرط الترافع، ثمّ اختلافهم حول نسخ آية الخيار وهي قوله **"فَإِنْ جَاءُوكَ**

---

[1] رواه مسلم باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى برقم 1699

[2] رواه البخاري باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب برقم 3157

[3] رواه عبد الرزاق برقم 9976

[4] رواه عبد الرزاق برقم 19238

[5] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 363

[6] ابن حزم المحلى ج. 8 ص. 520 وأبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 262

[7] ابن المنذر الإشراف ت الأنصاري ط رأس الخيمة ط 1، 2004م 204/4 وابن قدامة المغني 81/9 وتفسير القرطبي 179/6 والنووي المجموع 418/19 والكاساني البدائع 311/2 والسرخسي المبسوط 38/5 وشرخ الخرشي 227/3 والشربيني المغني 326/4 وحاشية البجيرمي 379/3 والبهوتي الكشاف 115/5 والشيرازي المهذب 316/3 وشرح الجصاص على الطحاوي ت بكداش دار البشائر ط1، 2010 345/4 والقرافي الذخيرة 326/4 والقاضي الإشراف ت الحبيب دار ابن حزم ط 1، 1999م 710/2 والماوردي الحاوي 306/9 وابن رشد البداية 255/4 وابن القاص الأدب 141/1 وزيدان الذميين ص.359 وزيدان المفصل 40/7 والزحيلي الفقه الإسلامي 4974/8

فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"، (المائدة 42) فمن قال منسوخة حكم عليهم بشريعتنا وخصّص الشخصي استحسانا ومن قال محكمة قال بالخيار.[1]

القائلون بالنسخ الحنفية وابن حزم يُقرّ الكفار على أنكحتهم إجماعا أما غيرها فقد منع النبي الربا على نصارى نجران وهم ذميون، قال ابن حزم: "منسوخة لقول ابن عَبَاسٍ: "نُسِخَتْ مِنْ سُّورَةِ المَائِدَةِ آيَتَانِ آيَةُ الْقَلَائِدَ وقَوْله **"فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ"** فَكَانَ النبيّ مُخَيَّرًا فَنَزَلَتْ **"وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"** فَأَمَرَ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا فِي كِتَابِنَا"،[2] ووافقه زيدان.[3]

القائلون بالإحكام "الجمهور": لا دليل على النسخ سوى ما رُوي عن ابن عباس وهو من كيسه وليس رواية، وتفسير الصحابة ليس من النواسخ، خاصة أنه رُوي عن علي بن أبي طالب ما يدل أنها محكمة، فلما اختلفوا وجب الرجوع إلى ناسخ محكم ولا يوجد،[4] قال الطبري: "هي محكمة وهو قول النخعي والشعبي وعطاء وابن جريج وعمرو بن شعيب، والنسخ لا يكون نسخًا إلا ما كان نفيًا لحكمٍ غَيْرِه بكلِّ معانيه، حتى لا يجوز اجتماع الحكم بالأمرين جميعًا على صِحّته بوجه من الوجوه، وليس مستحيل في الكلام أن يقال أنّها بمعنى وأن أحكم بينهم بما أنزل الله إذا حكمت بينهم باختيارك الحكم بينهم إذا اخترت ذلك ولم تختر الإعراض عنهم، ولم يوجد عن رسول الله خبُر يصحُّ في النسخ ولا من المسلمين إجماعٌ".[5]

الترجيح يُرجح القول بالإحكام بلا تردّد وبهذا تكون الآية أقوى ما تمسك به الجمهور للقول بالتخيير في الحكم على أهل الذمة إذا ترافعوا إلينا.

*** دليل الحنفية والظاهرية للحكم على أهل الذمة بلا ترافع وبعد الترافع:** في الحديث: "مُرَّ عَلَى النَّبِيِّ بِيَهُودِيٍّ مُحَمَّمًا فقال: "هَكَذَا تَجِدُونَ حَدَّ الزَّانِي فِي كِتَابِكُمْ؟" قَالُوا نَعَمْ فَدَعَا رَجُلًا مِنْ عُلَمَائِهِمْ فَقَالَ: "أَهَكَذَا تَجِدُونَه" قَالَ: نَجِدُهُ الرَّجْمَ وَلَكِنَّهُ كَثُرَ فِي أَشْرَافِنَا فَكُنَّا إِذَا أَخَذْنَا الشَّرِيفَ تَرَكْنَاهُ وَإِذَا أَخَذْنَا الضَّعِيفَ أَقَمْنَا عَلَيْهِ الْحَدَّ، قُلْنَا تَعَالَوْا فَلْنَجْتَمِعْ عَلَى شَيْءٍ نُقِيمُهُ عَلَى الشَّرِيفِ وَالْوَضِيعِ فَجَعَلْنَا التَّحْمِيمَ وَالْجَلْدَ مَكَانَ الرَّجْمِ، فَقَالَ "اللهُمَّ إِنِّي أَوَّلُ مَنْ أَحْيَا أَمْرَكَ إِذْ أَمَاتُوهُ" فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ"،[6]وجه الدلالة أنّه لم يذكر أنهم ترافعوا وليس فيه تخيير **جوابه** عدم الذكر هنا اختصار من الراوي لأنّ الأخرى ذكرته، والسياق يأبى مذهبهم لأن النبيّ لم يحكم عليهم إلا بشريعتهم التي حذفوها يقول: "اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه"، ولو لم يوجد حدّ الرجم في التوراة ما حكم به حيث استشهد بأحد علمائهم وأنشده، وقد حكموا على الزاني

---

[1] الجصاص أحكام القرآن شاهين الكتب العلمية ط 1، 1994م 2/ 543 وابن رشد البيان 186/4 وزيدان الذميين ص. 572

[2] المحلى لابن حزم ج. 8 ص. 521

[3] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 574

[4] الشافعي الأم 150/6 وابن رشد البيان 187/4 وابن رشد البداية 255/4 ورضا المنار 326/6

[5] تفسير الطبري ج. 10 ص. 330

[6] رواه مسلم باب رجم اليهود أهل الذمة برقم 1700

بالتحميم وطبقوه قبل أن يعودوا إليه ما يدل على اتفاقهم بما جاء في صحيفة المدينة، وهذا التصرف هو من قبيل تطبيق الاتفاق الأولي بينه وبينهم، **الثاني** نهي النبيّ أهل نجران من التعامل بالربا،[1] قال ابْنُ عَبَّاسٍ: "صَالَحَ النبيّ أَهْلَ نَجْرَانَ ...لَا تُهْدَمَ لَهُمْ بَيْعَةٌ وَلَا يُفْتَنُوا عَنْ دِينِهِمْ مَا لَمْ يُحْدِثُوا حَدَثًا أَوْ يَأْكُلُوا الرِّبَا"،[2] وجه الدلالة منع أهل الذمة من التعامل بالربا وفيه حكم عليهم بغير ترافع، **جوابه** أنه ضعيف ولو صحّ ما دلّ على ما ذكروه، وغاية ما فيه اتفاق بين حاكم مسلم وجماعة من أهل الجزية على منع التعامل بالربا المحرم في شريعته، وهو اتفاق بين كيانين أو داخل في المعاهدة وليس من التقاضي، **الثالث** قول بَجَالَة التَّمِيمِيَّ: "أَتَانَا كِتَابُ عُمَرَ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَنَةٍ أَنْ أُقْتُلُوا كُلَّ سَاحِرٍ وَسَاحِرَةٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ الْمَجُوسِ"،[3] **جوابه** أنه اجتهاد رُوي خلافه فقد رُوي عن عَلِيٍّ أنّه سئل عن مُسْلِمٍ زَنَى بِنَصْرَانِيَّةٍ؟ أجاب: "يُقَامَ الْحَدُّ عَلَى الْمُسْلِمِ وَتُرَدُّ النَّصْرَانِيَّةُ إلَى أَهْلِ دِينِهَا"،[4] **الرابع** دفع الظلم عن أهل الذمة واجب على دولة الإسلام فلا ينتظر الترافع لأنه لا يمكن المحافظة على الأموال والحقوق إلا به، والقضاء الوحيد هو الإسلامي فلا يصح أن يكون في بلد واحد قضاءان،[5] **جوابه** تركهم لقضائهم فيه إنصاف لا ازدواجية وهو تنازل عن جزء من السيادة لقانون أجنبي كما هو حال نظرية التنازع، **الخامس** قوله **"وَأَنْ اُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ"** (المائدة 48) تنسخ قوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُم"** (المائدة 42) سبق ترجيح عدم النسخ.[6]

* **دليل الشافعية في التفريق** الذميُّ مقيم في دار الإسلام بصفة دائمة فوجب الحكم عليه بقانون الإسلام، والمستأمن إنما دخل لحاجة فيترك، **جوابه** تفريق بغير مفرّق لأنهما في الحكم سواء.

* **دليل الجمهور بأن القاضي بالخيار** أقوى ما تمسك به الجمهور قوله **"فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ"** (المائدة 42) التي فيها دلالة واضحة على التخيير بعد الترافع وسبق الترجيح بأنها محكمة غير منسوخة، وهي نص في محل النزاع ينبغي الرجوع إليه، يعضدها ما تقرّر في صورة عدم الترافع لأنه لا يفرق بينهما شيء لا سيما وقد نصت الآية على التخيير في حال وجوده.

الترجيح أدلة القائلين بأن القاضي مخيّر في الحكم بين أهل الذمة بعد الترافع أقوى بسبب دلالة الآية القطعي وعدم نسخها، والخلاف في غير الأحوال لأنّهم اتفقوا أنه فيها يترك أهل الذمة ودينهم؛ حيث تحجج الجمهور بآية التخيير وأخذه الحنفية استحسانا لرفع الحرج.

---

[1] الجصاص أحكام القرآن ج. 2 ص. 544
[2] رواه أبو داود باب أخذ الجزية برقم 3041 ج. 3 ص. 167 وسنده ضعيف
[3] ابن حزم المحلى ج. 8 ص. 520
[4] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10005 والبيهقي في السنن برقم 17121
[5] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 575
[6] ابن حزم المحلى ج. 8 ص. 520 والمنبجي اللباب ج. 2 ص. 573

*** ولاية القضاء في كون أحد الخصمين مسلما والآخر من أهل الذمة:** اتفقوا أنه إذا كان أحد أطراف الدعوى مسلما والآخر ذميا أو مستأمنا فإن القضاء الإسلامي هو وحده المخوّل للنظر فيها وقانون الإسلام هو الواجب التطبيق،[1] قال القرافي: "مَتَى تَعَلَّقَتِ الْحُكُومَةُ بِمُسْلِمٍ وَجَبَ الْحُكْمُ تَغْلِيبًا لِلْإِسْلَامِ، وَكَذَلِكَ مُخْتَلِفَا الْمِلَّةِ لِعَدَمِ اتِّحَادِ الْأَسَاقِفَةِ فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الآخر، فيسقطون فَإِن ترافعوا إِلَيْنَا فِي التظالم حَكَمْنَا بَيْنَهُمْ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِلُزُومِ ذَلِكَ إِلَيْنَا بِالْإِسْلَامِ وَلَهُمْ بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ مِنَ الذَّبِّ عَنْهُمْ"،[2] وقال الماوردي: "إذا كان القضاء بَيْنَ ذِمِّيَيْنِ مِنْ دِينَيْنِ كَيَهُودِيٍّ وَنَصْرَانِيٍّ تَحَاكَمَا إِلَيْنَا، فَقَدِ اختلف أصحابنا فيهم فَكَانَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ يُخَرِّجُ وُجُوبَ الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ كَمَا لَوْ كَانَا عَلَى دِينٍ وَاحِدٍ لَأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وقال غيره يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا قَوْلًا وَاحِدًا"،[3] وقال ابن قدامة: "إذا تحاكم مسلم وذمي إلى الحاكم لزمه الحكم بينهما لأن إنصاف المسلم والإنصاف منه واجب"،[4] وهو ما أقره القانون المعاصر فلا يخلو تشريع من تحكيم الوطني إذا كان أحد الأطراف وطنيا، كما في المادة 13 مدني جزائري رقم 05-10 المؤرخ 2005/6/20م (جريدة رسمية 44 تاريخ 2005/6/26م).

الفرع الثاني: اختلاف المعاصرين حول نظرية تنازع القوانين

نظرية التنازع بشكلها الحالي حديثة نسبيا، وإن وُجد مفهومها في الفقه الإسلامي من الجانب الديني حين تُرك أهل الذمة والأمان ليتحاكمون إلى دينهم، غير أنّ أصولها وماهيتها لم تتضح إلا بعد ظهور الجنسية والسيادة، وقد اختلف الفقه الشرعي العصري حول جواز العمل بها في النظام القانوني لدول الإسلام، فلو صادف القاضي المسلم في دولة مسلمة قاعدة إسناد تحيله على قانون أجنبي غير مستمد من الشريعة هل يصح شرعا تطبيقه؟ اختلفوا على رأيين: يمنع العمل بها مطلقا ويجوز مطلقا.

حجج المانعين: الأول طبيعة العلاقة بين الشرق الإسلامي والغرب المسيحي التي تتسم بالعداء المتواصل والتنافر والمبنيّة على الحرب لا السلم، **أجيب** بأنها عداوة ما فتئت تتناقص تدريجيا بسبب تطور العلاقات الدولية، وسبق أن أقمنا الدليل في الباب التمهيدي على رجحان القول بأنّ العلاقة بين دولة الإسلام وغيرها مبنية على السلم لا الحرب، لقوله **"وَإِنْ جَنَحُوا للسّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا"**، (الأنفال 61) **الثاني** انعدام التكافؤ بين الشريعة والقوانين الوضعية ما يعرف بتشابه الأُسس الذي اشترطه "سافيني" ومفهوم العدالة عندنا غير مفهومها في النظم الوضعية، وكذلك الحرية والأسس التي يبنى عليها القانون، **أجيب** لا حاجة لتقارب الأسس خاصة في المعاملات المالية التي تتشابه، أما خصائص الأحوال فتجعلها قابلة للتكافؤ من حيث تطبيق أحكام كل جنس على جنسه بسبب العلاقة الوطيدة بالدين، ما يعرف بمبدأ

---

[1] الشافعي الأم 44/7 والنووي المجموع 419/19 والشيرازي المهذب 316/3 وزيدان الذميين ص. 569
[2] القرافي الذخيرة ج. 3 ص. 458 و ج. 10 ص. 111
[3] الماوردي الحاوي الكبير ج. 9 ص. 306
[4] ابن قدامة الكافي في فقه الإمام أحمد طبعة دار الكتب العلمية ط 1، 1994م ج. 4 ص. 181

شخصية القوانين الذي تدافع عنه الشريعة الإسلامية، **الثالث** إقليمية القانون في الشريعة حيث وقع إجماع على وجوب تطبيق أحكام الشرع في إقليم الدولة بغض النظر عن المقيمين فيه، **أجيب** بأنها دعوى بلا دليل لأنّه تحقق قبل قليل أن القانون الإسلامي لا يطبق على أهل الذمة إذا لم يترافعوا، أما بعد الترافع فيملك القاضي المسلم الحرية في الحكم عليهم إذا رأى مصلحة أو ردهم إلى قانونهم، **الرابع** غلق باب الاجتهاد وانعدام المجتهدين ضيّق من دخول مبدأ التنازع في التشريع الإسلامي **أجيب** يتحتم اليوم أكثر من أي وقت مضى إعادة فتح هذا الباب لإيجاد حلول ملائمة للقضايا العصرية، **الخامس** القول بالمنع مخرج على رأي الجمهور القائل بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله **أجيب** الجمهور يوجبون ترك أهل الذمة وتطبيق قوانينهم قبل وبعد الترافع، **السادس** الشريعة عبر آراء الفقهاء وضعت حلولا لقضايا الذميين والمستأمنين، وليس فيها تطبيق قانون آخر غير القانون الإسلامي، بخلاف قواعد الإسناد الحالية التي تحيل على قانون أجنبي قد يكون وضعيا غير إسلامي، **أجيب** تطبيق قانون أهل الذمة على أفرادهم نصت عليه الآية، وعليه أكثر العلماء ويشبه نظرية التنازع من حيث أنّ الأجنبي من جهة الدين يُطبق عليه قانونه الشخصي في مقابلة قانون الإسلام، وتقضي النظرية بتطبيق قانون جنسية الشخص مقابل قانون جنسية القاضي لمصلحة.[1]

أدلة المجيزين: الأول فكرة التنازع غير مجهولة عندنا فقد ذكر لها الفقهاء تطبيقات عدة، ويمكن إدراجها في القانون المعاصر لدول الإسلام لما لها من مصالح في حل النزاعات ذات طابع أجنبي، **الثاني** أكثر الفقه مبنيّ على المصلحة والقواعد العامة وليس فيه نصوص قطعية أو حتى ظنية، فالتأصيل في هكذا أبواب مستساغ لأن القصد اعتبار المصلحة، **الثالث** دأب الفقهاء على تقسيم العالم إلى دار للإسلام وأخرى للكفر، وعلى تحديد خصوصية كل دار وأحكامها والعلاقة بينهما؛ ما يدل أنّهم اعتبروا القانون الأجنبي بغض النظر عن طبيعته، **الرابع** الجميع متفق على ترك الذميين والمستأمنين وما يدينون ما يدل على اعتبار واحترام سيادة القانون الأجنبي على الفرد الأجنبي، وهو سرّ باب تنازع القوانين في الفقه القانوني، **الخامس** القول بجواز العمل بنظرية التنازع مخرج على رأي الحنفية الذين أجازوا تقليد قاض غير مسلم يحكم بين أهل الذمة في دار الإسلام قياسا على شهادة بعضهم، فقد مثّلوا القضاء بالشهادة حكما وفعلا، **السادس** في حديث ابْن عُمَرَ قول النبيّ: "مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ عَلَى مَنْ زَنَى؟" ثم قوله "فَأْتُوا بِالتَّوْرَاةِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ"،[2] دليل لجواز العمل بها لأنّ النبيّ كان لديه في قانون الإسلام حكم الرجم ولم يحكم به بل بالقانون الواجب التطبيق أي التوراة، **السابع** لم يختلف الفقهاء حول المجال الشخصي لغير المسلمين المقيمين في دولة الإسلام أنه يجب عدم التعرض إليهم

[1] دراز التنازع ص. 370 وحبار القانون الدولي الخاص ص. 14 وزيدان أحكام الذميين ص. 593 وعكاشة تنازع القوانين ص. 37 وبلمامي دراسات في القانون الدولي الخاص ص. 55

[2] صحيح مسلم كتاب الحدود باب رجم يهود أهل الذمة في الزنى برقم 1699 ج. 3 ص. 1326

سواء قبل الترافع أم بعده، وأنه يُباح لهم الزواج إذا اتفق مع دينهم، وأنّ كل طلاق صدر منهم واقع إذا وافق ما عندهم ولو كان عندنا غير معتبر.[1]

* **تبرير قواعد التنازع:** نظرية التنازع طوّرها الغربيون فوجب علينا تكييفها، وذلك لما ابتلى الله هذه الأمة من النظر في كل ما يُطوّره الآخرون، ألا ترى أنّهم اكتشفوا البصمة الوراثية ثم قام فقهاؤنا ببحث مشروعية إثبات النسب بها، وعليه فإن قواعد الإسناد من حيث كونها نظرية قانونية فيها تحقيق للعدل والإنصاف لا تخالف الشرع بحال، بيد أنّ لها ثلاثة صور تجوز في اثنين وتُمنع في الثالثة: **الأولى** إذا أحالت القاعدة على قانون بلد مسلم يحتكم في مسائل الأحوال إلى شريعة الإسلام فلا شك أن العمل بمقتضاه لا غبار عليه، **الثانية** إذا أحالت على قانون غربي غير مسلم لكن صاحب الدعوى غير مسلم وهو معاهد يعيش في بلد مسلم، فهذه مقبولة شرعا وهي من صنف ما ذكرناه من تطبيق آية الرجم على اليهودي من كتاب التوراة الذي كان قانون اليهود آنذاك وترك أهل الذمة وما يدينون، وهي المراد عند الإطلاق ومقصود النظرية، **الثالثة** أن يكون القانون الواجب التطبيق لدولة غير مسلمة وصاحب الدعوى مسلم متجنس بجنسيتها، فلا يشرع الحكم به ويصح إدراجه فيما يدفع بالنظام العام، على أن كثيرا من القوانين الأجنبية يسهل دفعها به لأنّه مبدأ إسلامي وقانوني ومنطقي.

* **التشريع العربي المعاصر:** وقع أول تطبيق لقواعد الإسناد بالمفهوم المعاصر أواخر الخلافة العثمانية بسبب المعاهدات التي أقامتها مع دول أوروبا، حين سمحت بتطبيق القوانين الأجنبية على الرعايا الأجانب تحت قاعدة ترك غير المسلم يتحاكم لدينه، ثمّ انتهج المقنّن العربي في الدول التي تتعدد فيها الطوائف الدينية كمصر وسوريا ولبنان والأردن سياسة إعطاء غير المسلمين حرية الرجوع إلى شريعتهم،[2] أما الجزائر فمنعت أي تساهل في تطبيق قانون الملل داخل القطر في

---

[1] ابن حزم المحلى 522/8 وخلاف السياسة ص.93 ودراز التنازع ص.387 وزيدان الذميين ص. 570

[2] **مصر** قانون 13 سنة 1925م ترتيب المجالس الحسبية، وحّد القواعد التي تحكم الأهلية بعد ما كانت متفرقة، وقانون 77 سنة 1943م وحد نظام الميراث بين جميع المصريين حسب قواعد الشرع وأجاز أن يتفق الورثة على تطبيق شريعة المتوفى، وبعد توحيد جهات القضاء المصري بقانون 462 سنة 1955م تمّ إلغاء النظام القضائي القائم على أساس التمييز بين محاكم خاصة بالأجانب، وأخرى بالوطنيين التي تنقسم إلى شرعية ومجالس ملية، فأبقى على تطبيق الشرائع الملية فيما لا يتعارض مع النظام، واعتبر أن الطوائف غير الإسلامية يحق لها في المجال الشخصي التحاكم إلى شريعتها بشرطين: أن يكون طرفي النزاع من طائفة واحدة، وألا يخالف حكم الطائفة المراد تطبيقه النظام العام وإلا تُطبق الشريعة، **سوريا** اعترف دستور 1953م بصيانة ومراعاة الأحوال للطوائف الدينية فنصت المادة 308 قانون 1953م: يطبق على الطوائف اليهودية والمسيحية ما لدى كل طائفة من أحكام، **لبنان** نص دستور 1923م "تضمن للأهلين على اختلاف مللهم نظام الأحوال الشخصية"، **العراق** دستور 1924م على تقسيم المحاكم إلى شرعية وروحية بحكم المادة 75، **الأردن** دستور 1928م على تقسيم المحاكم إلى شريعة وطوائف دينية بحكم لمادة 49، والمادة 5 قانون تركات أردني 8 سنة 1941 للأجانب وغير المسلمين "في أي حالة يكون فيها الأجنبي المتوفى عند وفاته مسلما وقانون بلاده نص على تطبيق الشرع فيما يتعلق بتوزيع أمواله، أو منتميا إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني، يجوز لرئيس المحكمة أن يحيل أمر إدارة أمواله وتوزيعها على المحكمة الدينية ذات الاختصاص" ونفسه قانون انتقال الأموال غير المنقولة العثماني 3 ربيع الثاني 1331 **تونس** أقرت نظاما خاصا لبعض

قانون الأسرة وفق المادة 221: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، والتي انتقدت بسبب ظلمها لحاملي الجنسية من المسيحيين واليهود، **أجيب:** بقلة عدد غير المسلمين المتجنسين ولا تعني تطبيق الشريعة عليهم لأنّها استثنت المواد **(9 - 24 المدني)**، بل قصدت عديمي الجنسية واللاجئين الذين انعدمت صلتهم بدولهم؛ بحكم معاهدة نيويورك 1954/9/28م التي حددت مركز عديمي الجنسية، ومعاهدة جنيف 1951/7/28م التي تحدد مركز اللاجئين، ويؤكده قانون الشعائر لسنة 2006م، وتحفّظ قانون تونس 1956/7/12م لغير المسلمين أن تطبق عليهم مجلة الأسرة، ثم ألغاه بإصدار الدولي الخاص رقم 97 لسنة 1998م، واستثنت المادة 2 مدونة المغرب اليهود المغاربة من أحكامها وخصتهم بقانونهم الطائفي.[1]

المطلب الرابع: الآليات الفنية لحل التنازع بين القوانين

بين يدي المطلب مهمة نظرية التنازع هو فضّ نزاع قائم فيه عنصر أجنبي، بعدل وإنصاف عن طريق إسناد العلاقة إلى أحد القانونين المتنازعين، وتمر هذه العملية عبر آليات محددة كالتكييف والإحالة والحجية والرقابة، ثمّ تعدّد التشريعات وتطبيق قانون الجنسية المشتركة والاختصاص، حيث تطرقنا إلى ما له علاقة بموضوعنا وأهملنا المسائل الأولية التي يُنظر فيها قبل الحكم، كأن تُعرض قضية تركة بين زوجين فيُنظر أولا في صحة الزواج، وقد وقع خلاف حول أيّ قانون يحكمها؟ فأخضعها فقه ألمانيا وفرنسا وإيطاليا إلى الواجب التطبيق، وقيل لقواعد الدولي أو لما يُحقق العدالة، ومذهب الجزائر ومن رفض إحالة درجة ثانية إخضاعها لقانون القاضي وهو أولى، وهذه فروع المطلب.[2]

الفرع الأول: آلية التكييف La qualification

آلية التكييف القضائي أو التصنيف إحدى أهم الآليات القضائية، لها منزلة خاصة في القانون لأنّ الحكم القضائي ليس إلا ثمرتها المباشرة، فلا يستطيع القاضي البتّ إلا بعد تكييف القضية ومنحها وصفا قانونيا مناسبا، كما لها أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص لأنّها تُوجّه القاضي إلى القانون الواجب، حيث أنّه حين يعود إلى قاعدة الإسناد لن يجد الموضوع المتنازع عليه مذكورا بصراحة، فيجتهد في إدراجه ضمن فئة مصنفة في قانونه، ويعتبر هذا الإدراج هو معنى التكييف؛ لهذا قال "بارتن": "التكييف أساس وجود القانون الدولي الخاص بأكمله"، ويُقسّم إلى نوعين: نوع ينصب على واقعة يريد معرفة ما إذا كانت عملا ماديا ضارا أم لا، وآخر منصب على مسألة لمعرفة طبيعتها ككون الحضانة من آثار الزواج أم الطلاق أم ولاية النفس، وهو لغة من الكَيْف أي القطع يُقال كيّفَ الأديم **"الجلد المدبوغ"** أي قطعه

الأحكام للطائفتين اليهودية والمسيحية بقانون 1956/7/12م ينظر: حسين منصور المدخل ص. 200 وحفيظة الحداد الموجز ص. 135 وزروتي أثر اختلاف الديانة ص. 947 والهداوي الدولي الخاص ص. 34

[1] زروتي دراسات في الدولي الخاص الجزائري ج. 2 ص. 18 وحبار القانون الدولي الخاص ص. 10

[2] الحداد الموجز ص. 239 وسامي الدولي الخاص ص. 198 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 415

وجعله أجزاء ويُقال للقطعة من القماس "الكيفة"، ومنه انكاف أي انقطع وتكيّفه أي تنقصه بأن أخذ من أطرافه، وتُطلق الكيفية على حالة الشيء وصفته كتكييف الهواء بتغيير درجة حرارته، و"كَيْفَ" لفظ يُسأل به عمّا يصحّ أن يقال فيه شبيه وغير شبيه كأبيض وأسود، ولا يصحّ أن يقال في الله تعالى كيف؟[1] ولا يخرج معناه الشرعي عن المعنى اللغوي لأنّه معرفة حالة الشيء وصفته، وهو مصطلح حادث استعمله فقهاؤنا تحت مسمى حقيقة الشيء وماهيته والتخريج الفقهي، أي تصوّر صورة النازلة تصوّرا دقيقا يعبّر عن الواقع بأدق ما يمكن حتى يتمّ الحكم عليها بطريقة سليمة، أو تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصلٍ فقهيٍّ خصه الفقه بأوصاف فقهية؛ لمنحها للواقعة والتحقق من المجانسة والمشابهة بينهما، أو التصوّر الكامل للواقعة الأصل الذي تنتمي إليه وردّ المسألة إلى أصل شرعيّ أو تصنيفها تحت ما يناسبها من النظر الفقهي، وهو في المعاملات: "إلحاق عقد بعقد معيّن شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبه الفقهاء على العقد الملحق به من صحة أو بطلان وفساد بالنظر إلى الأركان والشروط"، ولا يصح القول أنّ التكييف هو تطبيق النص على الواقعة أي الاجتهاد التنزيلي وتحقيق المناظ؛ بل هو أقرب إلى تنقيح المناط منه إلى تحقيقه، لأنّه تحريرٌ للمسألة وبيان مدى انتمائها إلى أصل فقهي معتبر، وإعطاء الوصف الفقهي للتصرفات محل البحث بالنظر إلى حقيقتها ومجانستها لما يماثلها من التصرفات التي منحت أوصافا فقهية، قال الزلمي: "تحديد وصف الموضوع وتطويعه للنص الذي يعالجه"، و**في القانون** تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين لإعمال حكمه عليها، أو إعطاء النزاع المعروض الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معينة عليه، **وفي الدولي الخاص** تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة ذات عنصر أجنبي بغية إخضاعها لقاعدة إسناد تُعيّن القانون الواجب التطبيق عليها، أو تحديد طبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي لأجل إدراجها في فئة مسندة لإعمال القانون المختص الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد.[2]

* **مشروعية التكييف الفقهي والقانوني:** يُستأنس له بقوله **"لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ"**، (النساء 83) لأن الاستنباط هو الاستخراج عند عدم النص وهو عين التكييف،[3] وبحديث: "لاَ يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلاَ يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشْيَةَ

---

[1] الأصفهاني المفردات داودي دار القلم ط 1، 1412 ص. 730 وشبير التكييف ص. 12 وتناح الواقع ص. 55 وعكاشة التنازع ص.91 والحداد الموجز ص.95 وبديع الدولي الخاص ص.242 وقتال دور القاضي ص.52 والهداوي الدولي الخاص ص.52 ومسعودي التنازع ص. 235 وعرفة الدولي الخاص ص. 350

[2] الزلمي الإيضاح ص.153 ويسري النوازل ص.718 وعشوش الدولي الخاص ص.263 والحداد الموجز ص.97 وعرفة الدولي الخاص ص.349 وأعراب الدولي الخاص ص.75 وبلمامي دراسات ص.148 والبهجي التنازع ص.15 والداقوقي الاجتهاد ص.404 وعكاشة التنازع ص.104 وتناح أثر الواقع ص. 56

[3] تفسير القرطبي ج. 5 ص. 292

الصَّدَقَةِ"،[1] فقد ترجم له البخاري في صحيحه: لاَ يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلاَيُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ تعميما للقاعدة من الصدقة إلى كلّ الأحكام،[2] وقال عمر: "اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك ثم اعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى"، وقال: "قايس الأمور عندك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق".

* **علاقة التكييف الفقهي الشرعي بالقانوني:** اقتبس علماؤنا مصطلح التكييف من أهل القانون ثم اشتهر التكييف الفقهي تأسيا بالقانوني، وهما يلتقيان في الهدف لأن كلّا منهما يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لحكم قضية معروضة تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني، وفي الإجراءات التي تتمثل في تحديد طبيعة القضية، ثمّ البحث عن الأصل أو القاعدة الموضوعية التي يمكن أن تُلحق بها، وفي تحرّي الدقة فالخطأ فيه ثمرته الخطأ في الحكم، ويختلفان في أنّ التكييف الفقهي يستند إلى قواعد الشرع والقانوني إلى روح التشريع والقواعد، ويُعرف التكييف في علم أصول الفقه بتنقيح المناط، وهو لغة التنقية والتهذيب والتمييز يُقال نقحت الشيء أي خلصته من الشوائب، يُبنى على عملتين: الحذف والتعيين؛ ففي الحذف يقوم المجتهد بحذف الأوصاف والحيثيات الدخيلة في ثبوت الحكم، وفي التعيين يقوم بتعيين علّة الحكم المؤثرة التي يمكن استغلالها في الذهاب إلى أحكام أخرى، قال الغزالي: "نَعْنِي بِالْعِلَّةِ فِي الشَّرْعِيَّاتِ مَنَاطَ الْحُكْمِ؛ أَيْ مَا أَضَافَ الشَّرْعُ الْحُكْمَ إِلَيْهِ وَنَاطَهُ بِهِ وَنَصَبَهُ عَلَامَةً عَلَيْهِ، وَالاجتهاد فِي الْعِلَّةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي تَحْقِيقِ مَنَاطِ الْحُكْمِ، أَوْ فِي تَنْقِيحِ مَنَاطِ الْحُكْمِ أَوْ فِي تَخْرِيجِ مَنَاطِ الْحُكْمِ، ... وتَنْقِيحِ مَنَاطِ الْحُكْمِ أَنْ يُضِيفَ الشَّارِعُ الْحُكْمَ إِلَى سَبَبٍ وَيَنُوطُهُ بِهِ، وَتَقْتَرِنُ بِهِ أَوْصَافٌ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الْإِضَافَةِ؛ فَيَجِبُ حَذْفُهَا عَنْ دَرَجَةِ الِاعْتِبَارِ حَتَّى يَتَّسِعَ الْحُكْمُ"، وقال الآمدي: "تَنْقِيحُ الْمَنَاطِ هُوَ النَّظَرُ وَالاجتهاد فِي تَعْيِينِ مَا دَلَّ النَّصُّ عَلَى كَوْنِهِ عِلَّةً مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ؛ بِحَذْفِ مَا لَا مُدْخَلَ لَهُ فِي الِاعْتِبَارِ مِمَّا اقْتَرَنَ بِهِ مِنَ الْأَوْصَافِ".[3]

* **التطور التاريخي لآلية التكييف:** يُعتبر "كهان" **Kahn** أول من أدرجه في الدولي الخاص حين صرّح بوجود ثلاثة أنواع من التنازع تُواجه إعمال قواعد الدولي الخاص: **الأول** تنازع صريح وهو تعارض القواعد في دول مختلفة كأن تخضع دولة حالة الشخص إلى الجنسية وأخرى إلى الموطن، **الثاني** تنازع ضوابط الإسناد حين تتفق دولتان على إخضاع فئة إلى ضابط واحد لكن تختلفان في تحديده، **الثالث** تنازع خفي أو ضمني كالاختلاف حول تحديد طبيعة العلاقة وهو أساس وجود الدولي الخاص والمعروف بالتكييف، حيث أن الدول قد تتفق على الأول والثاني لكن يصعب اتفاقها على الثالث لأنه خاضع للاجتهاد وداخل في سلطة

---

[1] رواه أحمد برقم 72 والبخاري باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع برقم 1450

[2] صحيح البخاري كتاب الزكاة ج. 2 ص. 116

[3] الغزالي المستصفى ص. 281 والآمدي الإحكام في أصول الأحكام 303/3 وابن قدامة روضة الناظر 148/2 والشاطبي الموافقات 19/5 والداقوقي الاجتهاد ص. 423 وشبير التكييف ص. 24

القاضي، لهذا يستحيل القضاء على نظرية التنازع،[1] وقد دعا "بارتن" إلى إخضاعه إلى قانون القاضي لما درس ميراث المالطي[2] ووصية الهولندي.[3]

* **القانون الواجب التطبيق على آلية التكييف** اختلفوا حسب ثلاثة أنظمة: **الأول** تطبيق القانون المقارن، نظرية الألماني "رابل" **Rabel** دون التقيّد ببلد معين؛ لأن القصد هو إيجاد حل للواقعة وكي تُوحّد أوصاف العلاقة لتكون عالمية، انتُقد بصعوبة التحقيق فلم يجد طريقه إلى العمل، **الثاني** تطبيق القانون الواجب **La Lexcausace** نظرية الفرنسيين "ديسبارنييه" **Despargnet** و"سورفيل" **Surville** والإيطالي "باتشيوني" **Pacchioni** والألماني "وولف" **Wolf**، لأنه مادامت القاعدة قد أشارت إلى قانون فيجب اعتماده للتكييف لتكتملّ العدالة وتُحكمَ العلاقة بنظام واحد، فلو كُيفت بحسب قانون وحُكمت بآخر لصارت تلفيقا مذموما خاصة إذا تعارض القانونان، انتُقد بأنه غير عملي ويؤدي إلى حلقة مفرغة لأن تحديد الواجب التطبيق يحتاج إلى تكييف والتكييف يحتاج إلى تحديد الواجب، **الثالث** تطبيق قانون القاضي **la lex Fori** اختيار الفرنسي "بارتان" **bartin** والألماني "كهان" **Kahn** وهو ما استقر عليه العمل.[4]

حجة "بارتن" سيادة الدولة لأن المشرع تنازل عن جزء منها لا كُلّها فوجب حصرها في إطار ضيّق، **انتقده** حتّى من وافقه في الحكم على التكييف بقانون القاضي لأن القصد هو الوصول إلى العدالة وليس السيادة، والتنازل عن التكييف ليس تنازلا عنها.[5]

* **أساس تطبيق القانون الوطني على التكييف عند غير "بارتن":** اعتمدوا أسُسا بديلة للسيادة كالأخذ بوحدة التكييف القانوني الذي بدونه لا يمكن الوصول إلى العدالة المرجوة، واستعمال التصوّر الكامل للقاضي الملمّ بقانونه؛ فهو يتأثر بالمبادئ السائدة في قانونه وبالكاد يعرف الأجنبي، والتكييف عملية قانونية أولية قبل تطبيق

---

[1] عكاشة التنازع ص.110 والحداد الموجز ص. 99 وكمال التطبيق ص.231 وبلمامي دراسات ص.65

[2] مالطيان 1889م هاجرا إلى الجزائر وتملكا عقارا، بعد وفاة الزوج طلبت الزوجة الميراث ولم يكن معترفا به في قانون فرنسا، فاختلف الحكم باختلاف التكييف، لو كُيف على أساس النظام المالي للزوجين لخضع حسب الفرنسي لموطن الزوجية أي المالطي، ولو كُيّف أنه ميراث لخضع لموطن العقار أي فرنسا: عكاشة التنازع ص. 98 والحداد الموجز ص. 100 وعرفة الدولي الخاص ص. 354 وأعراب الدولي الخاص ص. 76 وعليوش قربوع الدولي الخاص ص. 97 وبلمامي دراسات في الدولي الخاص ص. 77

[3] حرر هولنديٌّ بفرنسا وصية عرفية وفق المادة 669 مدني، ثم تنازع ورثته صحتها لأن المادة 993 مدني هولندي لا تعترف بها، فاختلف الواجب باختلاف التكييف فلو كُيف على أساس نزاع أهلية لخضع حسب الفرنسي للجنسية أي الهولندي وبطلت، ولو كيف شكلا لخضع للموطن أي فرنسا وصحت، ولو كيف وصية لطبق الهولندي لأنه جنسية الموصي، عكاشة التنازع ص.100 والحداد الموجز ص.101 وعرفة الدولي الخاص ص.353 وحبار الدولي الخاص ص.69 وبلمامي دراسات الدولي الخاص ص.74

[4] الهداوي الدولي الخاص ص. 55 وعشوش الدولي الخاص ص. 271 وأعراب الدولي الخاص ص. 88 وحبار الدولي الخاص ص. 73 والحداد الموجز ص. 128 وعرفة الدولي الخاص ص. 364 وقربوع الدولي الخاص ص. 94 وعبد الرسول التنازع ص. 45 وعكاشة التنازع ص. 134 وبلمامي دراسات ص. 263

[5] عكاشة التنازع ص. 113 ومسعودي التنازع ص. 18 وعرفة الدولي الخاص ص.360 وكمال قانون القاضي ص.232 وقتال دور القاضي ص. 60 وعليوش الدولي الخاص ص. 95 وبلمامي دراسات ص. 170

قاعدة الإسناد والقانون المختص لم يتحدد، وتفسير مضمون نظرية التنازع وطني فيجب أن يكون هو نفسه وطنيا، ويجب توحيد التكييف حتى لا يختلف الإسناد باختلافه، لأنّ له صفة آمرة تجاه القانون الأجنبي فكان لزاما أن يكون وطنيا، ومادام أن القانون الوطني هو من أشار بقاعدة الإسناد فهو الأصلح لتكييف العلاقة ليكتمل إشرافه على العملية، وهو المذهب الذّي قررته اتفاقية لاهاي لسنة 1925م.[1]

* **نقد اعتماد قانون القاضي:** يجعل الأطراف المتنازعة جاهلة بالقانون الذي قد يحكمهم لارتباطه بتكييف القاضي، **أجيب** من اللوازم الغير مؤثرة لأننا لو ربطناه بالقانون الأجنبي أو الفقه المقارن فستبقى الأطراف على نفس الجهل، وقاعدة الإسناد نفسها توجب ذلك لكونها مزدوجة، وقيل أنّ الهدف الذي تتوخاه قاعدة الإسناد هو نفسه الذي تقصده القواعد الموضوعية وهو فضّ التنازع، وهو أمر ظاهر المخالفة لما تتوخاه القواعد الموضوعية الداخلية من تنظيم العلاقات الداخلية، فلا يُعقل أن يعود القاضي لقانونه كي يصف قانونا أجنبيا، خاصة أنّه يجهل المؤسسة المراد الحكم عليها، كأن يحاول قاضي أوروبي تكييف قضايا الأسرة لدولة مسلمة تجيز قوانينها التعدد والطلاق الانفرادي والخلع، وهي مفاهيم يجهلها ولا يقبلها منطقه فمن الواجب الاستئناس بالأجنبي.[2]

الترجيح يتجلى أن إخضاع التكييف لقانون القاضي أرجح عملا بسبب قوة حججه من جهة وسهولة تطبيقه من جهة أخرى، ورغم الانتقاد إلا أن أكثر القوانين أخذت به مثل المادة 9 مدني جزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، وقد اختلف نصها الفرنسي عن الترجمة العربية، ففي الصياغة الفرنسية عبارة: "**pour qualifier la catégorie**" بمعنى تكييف الفئة المسندة وهو تعبير يجانب الصواب؛ لأن التكييف يقع على العلاقة القانونية وليس الفئة، وفيه أيضا عبارة: "**objet de droit**" وهي غير مذكورة في العربية، ربما لأن القائمين على التشريع إما مفرنسين وإما يقومون بترجمة النصوص الفرنسية حرفيا مع بعض القيود،[3] وأخذت بالوطني المادة 1/17 مدني جزائري: "يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد بها"، والمادة 10 مدني مصري والمادة 11 مدني أردني والمادة 17 مدني عراقي والمادة 11 مدني سوري والمادة 10 مدني ليبي والمادة 31 كويتي، واستقر عليه قضاء لبنان واجتهاد فرنسا منذ قضية "كاراسلانيس" **Caraslanis**.[4]

---

[1] الهداوي الدولي الخاص ص.60 وعشوش الدولي الخاص ص.267 وأعراب الدولي الخاص ص.79 وحبار الدولي الخاص ص.71 والحداد الموجز ص.110 وزروتي الدولي الخاص ص.11 وعكاشة التنازع ص.114 وبديع الدولي الخاص ص.248 وعرفة الدولي الخاص ص.353 وسمية التطبيق ص.241

[2] السيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 360 وحفيظة الحداد الموجز في القانون الدولي الخاص ص. 116

[3] كمال سمية تطبيق قانون القاضي ص. 250

[4] الحداد الموجز ص. 145 وحبار الدولي الخاص ص. 77 وعشوش الدولي الخاص ص. 272 وعرفة الدولي الخاص ص. 365 وعكاشة التنازع ص. 137 وبلمامي دراسات ص.216

* **استثناء "بارتن"** استثنى وتبعه الفقه حالتين: **الأولى** التفريق بين التكييف الأولى الذي يؤدي إلى النظر في الحكم على القانون الواجب التطبيق والذي يجب إخضاعه لقانون القاضي، ثم التكييف الثانوي الذي قد يحتاجه القاضي حين يطبق القانون الأجنبي والذي قد يكيفه حسب الأجنبي، **الثانية** تكييف طبيعة المال أو وصفه إن كان عقارا أم منقولا، فيجب إخضاعه للأجنبي الواجب التطبيق.[1]

*** أمثلة تُبيّن أثر الاختلاف في التكييف على تغيّر القانون الواجب التطبيق:**

قضية **Caraslanis** يوناني أورثودوكسي تزوّج فرنسية سنة 1931م بباريس، رفع دعوى بفرنسا لإبطال زواجه لأنّ قانون اليونان يعتبر إشهار الزواج في شكل ديني مسألة موضوعية، فيبطل زواجه لعدم استيفائه شرط حضور سلطة دينية، فقضت غرفة مدنية نقض 1955/6/2م أن الشكل الديني داخل في الشكليات وهو من اختصاص قضاء فرنسا والتكييف يخضع لقانون المحكمة، ولو كُيّف أن حضور السلطة الدينية من الشروط الموضوعية لحُكم باليوناني، وفي سنة 1943م رفعت دعوى بفرنسا بالتفريق الجسماني لزوجين إسبانيين، فكيّفه القاضي الابتدائي أنه من فئة انحلال الزواج وأخضعه للجنسية، وأوجب تطبيق القانون الإسباني الذي ينص على إخضاع التفريق لقانون الكنيسة، ثمّ كيفته الاستئناف أنه من نظام الإجراءات الخاضع للقانون الفرنسي فأجازت الانفصال دون رجوع إلى الكنيسة، كما رُفعت فرنسية دعوى أمام قضاء الجزائر ضد زوجها البريطاني وهما مقيمان بالجزائر، موضوعها العُنّة[2] السابقة للزواج، فلو كيّفت أنها من الموضوعية لطبقت المادة 11 مدني أي جنسية الزوجين على طريقة موزعة، الفرنسي على الزوجة والبريطاني على الزوج لأنها ليست من الموانع، ولو كيفت أنها طلاق لطبقت المادة 12 جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أي القانون البريطاني.[3]

الفرع الثاني: آلية الإحالة Le renvoi

الإحالة من الحول السنة والحيلة، يُقال: حال عليه الحول أي مرّ به وحالت الناقة إذا ضرب عليها الفحل فلم تحمل، وحال الشيءُ بيني وبينك أي حَجز، والحالَةُ واحدةُ حال الإنسانِ وأَحْوالِهِ والحالُ الطين الأسود، وأحال عليه بالسوط يضربه وأَحَالَ عَلَيْهِ بِدَيْنِهِ، وَالِاسْمُ الْحَوَالَةُ،[4] واشتهر في علم الحديث قاعدة: "من أسند فقد أحالك"،[5] والقاضي حين تُعرض عليه قضية تحوي عنصرا أجنبيا يقوم بتكييفها، ثم

---

[1] عكاشة التنازع ص. 119 وحبار الدولي الخاص ص. 72 والحداد الموجز ص. 114 وكمال قانون القاضي ص. 246 وعليوش الدولي الخاص ص. 106 وبلمامي دراسات ص. 185

[2] العُنّة احتباس الرجل عن إتيان زوجته لمرض أو سحر، الجوهري الصحاح 2166/6

[3] عكاشة التنازع ص. 102 ومسعودي التنازع ص. 18 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 360 وعشوش الدولي الخاص ص. 265 ودربة قواعد التنازع ص. 28 وحسن الهداوي القانون الدولي ص. 66

[4] الجوهري الصحاح 1682/4 والرازي المختار ص.84 وتعرف الحوالة بفتح الحاء المهملة مِنْ الْإِحَالَةِ تعني النقل، يُقَالُ: أَحَلْت زَيْدًا عَلَى عَمْرٍو فَاحْتَالَ أَيْ قَبِلَ، هي نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إلَى ذِمَّةِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، حاشية ابن عابدين 340/5

[5] يسند الإمام حديثا فيأتي من بعده فيرى ضعفه فيتوهم أنه جهله، والقاعدة تفيد أنه لما أسند لك فقد أحالك على البحث، قال ابن عبد البر التمهيد ت العلوي ط أوقاف المغرب 1387 439/2: "مَرَاسِيلُ الثِّقَاتِ أَوْلَى مِنَ

يعود إلى قواعد الإسناد التي تحيله على قانون واجب التطبيق، فيجد في المحال عليه قواعد موضوعية مقصودة وأخرى من الإسناد، فهل ينظر في الموضوعية فقط أم يعمّها وقواعد الإسناد؟ تجيب نظرية الإحالة عن ذلك، فقيل يجب تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية ومنعه الأكثر.[1]

* **التطور التاريخي للإحالة:** ظهرت في قانون بريطانيا سنة1841م وتحدّدت معالمها في قضية ميراث البافاري "فورقو" **Forgo** قضت فيها نقض فرنسا 1878/6/24م، حيث تُوفيّ بافاريٌّ في فرنسا وترك ثروة دون ورثة فوجهت الإسناد الفرنسية إلى القانون البافاري بحكم جنسية المتوفى، وكان البافاري يحيل في التركات على الموطن فأخذت النقض بالإحالة وحكمت على أمواله للخزينة، ثم تتابع اجتهاد فرنسا على العمل بالإحالة درجة الأولى كقضية "بلسن" **Balsan (1905م)** و"سولييه" **(1910م)** وغواز بن عطار **(1933م)** وبيرشال **(1939م)** ودي فيرار (1958م)، ويرى "نيبويه" **Niboyet** أنّ الإحالة مؤسسة على نظرية النظام العام لأن القاضي لو وجد أن القانون المحال عليه يتعارض مع أسسه رفضه وطبق قانونه الوطني حتى لا يقع في خطر إنكار العدالة.[2]

* **درجاتها:** القانون الأجنبي فيه قواعد موضوعية وإسناد فإذا أحيل القاضي على قانونه سُميّ بإحالة درجة أولى أو الرجوع أو البسيطة أو الحقيقية، وإذا أحالته على قانون ثالث سميت بالدرجة الثانية أو المطلقة، حيث يُصبح فيها التنازع بين قواعد الإسناد وليس الموضوعية.[3]

* **الاختلاف حول قبول الإحالة:** احتج من أوجبها بأنّ القانون الوطني لما أسند إلى أجنبي لم يُفرّق بين موضوع وإسناد، فإذا رفضت قواعد الإسناد في الأجنبي الإحالة فحينها يمكن الامتناع أما إذا أجازتها فيجب الانصياع؛ لأنها وسيلة لتوحيد الحلول وضمان تنفيذ الحكم والابتعاد عن إنكار العدالة، توجبها الضرورة العملية والقانونية، في الأخذ بها نصرة للمبدأ العام من الدولي الخاص بتغليب النزعة الوطنية، ثم اختلف الموجبون حول أساس ذلك، قال "بيجونيير" **Pigeonniere** فرارا من الانتقاد: "حلٌّ احتياطيٌّ يلجأ إليه القاضي عند الحاجة"، وبرّرها "نيبويه" بالإقليمية وقال "باتيفول" **Batiffol:** التنسيق بين قواعد الإسناد، وتوسّع الفقه

الْمُسْنَدَاتِ لأَنَّ مَنْ أَسْنَدَ لَكَ فَقَدْ أَحَالَكَ عَلَى الْبَحْثِ وَمَنْ أَرْسَلَ حَدِيثًا مَعَ عِلْمِهِ وَدِينِهِ وَثِقَتِهِ فَقَدْ قَطَعَ عَلَى صِحَّتِهِ "، وابن القيم مدارج السالكين ت البغدادي الكتاب العربي ط 3، 1996م 439/2 والبسيلي نكت وتنبيهات تح الطبراني الأوقاف المغربية ط 1، 2008 146/1

[1] عشوش الدولي الخاص ص. 277 البهجي والمصري التنازع ص. 16 وجندولي قراءة تشريعية للإحالة مجلة العلوم القانونية جامعة بلعباس العدد 11 سنة 2015 ص. 236

[2] بديع الدولي الخاص ص. 740 والهداوي الدولي الخاص ص. 72 وأعراب الدولي الخاص ص. 99 وحبار الدولي الخاص ص. 79 والحداد الموجز ص. 150 وعكاشة عبد العال الإحالة في الدولي الخاص مجلة الشريعة والقانون الإمارات ع 9 سنة 1995م ص.180 وناتوري الإحالة ص. 310

[3] عكاشة التنازع ص. 188 وجندولي قراءة تشريعية ص. 238 وعرفة الدولي الخاص ص. 403 وحبار الدولي الخاص ص. 78 وعكاشة الإحالة ص. 177 وموشعال فاطيمة دور الجنسية في حل التنازع ماجستير تلمسان 2012م ص. 134 وعبد الرسول التنازع ص. 54 وبلمامي دراسات ص. 122

الإنجليزي فأخذ بالإحالة الكليّة **Foreign Theory Court** خاصة في الميراث المنقول والطلاق، وتعني أن القاضي يفصل كما يفعل الأجنبي وهو توسّعٌ فاحشٌ، والأكثر أنّ أساسها االتفويض بمعنى أنّها تُفوّض الأجنبي لإيجاد حل للقضية وهو أقرب، واحتج المانعون بأنّ القاضي حين يعود إلى الأجنبي فإنه يكون قد طبّق مقصود النظرية فلا حاجة لتطبيق الإحالة كي لا يؤدي إلى حلقة مفرغة؛ بأن يحيل كل قانون على آخر فيتيه بين الإحالات وتضيع الحقوق، أجيب أن الدرجة الأولى تمنع ذلك، واحتجوا بأنّ فيها مساس بالسيادة فهذه البرازيل مثلا وضعت قواعد الإسناد ضمن دستورها ما يؤدي إلى تطبيق قواعد دستور لبلد أجنبي، ويتأكد المنع في المجال الشخصي فقد يؤدي إلى تطبيق أحكام الشريعة على غير المسلمين أو العكس، لهذا السبب رفضتها مصر وإيطاليا.[1]

الترجيح الذي يترجح في قضية الإحالة هو العمل بها بشروط كأن تختص بالدرجة الأولى دون الثانية، أو يُقيّد العمل بالثانية بعدم مخالفة النظام العام وبذلك تسلم من الانتقادات.

* **الاتجاه الوظيفي:** ما ذكرناه عن الإحالة مختصّ بالتقليدية وهناك اتجاه يُسمّى الوظيفي الحديث تبناه القضاء الفرنسي والمصري، مفاده أن الإحالة لا تُقبل إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها، من خلال اتّباع منهج تحليلي يرتكز على تفسير غائي للقاعدة، فالمشرّع لا يُقيّد القاضي بحلّ مسبق بل يترك له حرية الأخذ بها من عدمه بعد تحليلها، فإذا تبيّن أنها تُحقّق وظيفة الإسناد أخذ بها وإلا تركها بقصد إخضاع العلاقة لأكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد، وحتى لا يتفاجأ أحد بقانون لم يكن يتوقعه، بذلك تنتقل الإحالة من المفهوم الشكلي المجرّد إلى المفهوم الغائي المقاصدي، أخذ به القانون التشيكي **1963م** المادة 35 والألماني لسنة **1986م** في المادة 4 التي نصت أنّ القاضي له حرية كاملة في الأخذ بأي نوع من أنواع الإحالة، أو الامتناع عن الأخذ بها شرط أن يقصد تحقيق العدالة، **انتقد** بأنه يربط تطبيق قاعدة الإسناد بتقدير القاضي ويمنحه سلطة واسعة تمكنه من تطبيق القاعدة بشكل مختلف متسترا بتحقيق العدالة ما يُصعب من المراقبة، خاصة أنّ قضاة المحاكم الدنيا ليس لهم تكوين يسمح لهم بتوظيف الإحالة بهذه الطريقة فبقي الاتجاه التقليدي غالبا.[2]

* **الإحالة في القوانين:** امتنعت أكثر الدول العربية عن الأخذ بها مطلقا بحجة عدم تطبيق أحكام الشريعة على الأجانب إذا أحالت قوانين جنسيتهم على الموطن، وهي حجة ضعيفة لأنه يمكن ردّه بالنظام العام، واختارت دول عجمية[3] نفس المنطق

---

[1] عكاشة التنازع ص.192 وأعراب الخاص ص.104 وحبار الدولي الخاص ص.80 والحداد الموجز ص.153 وسمية التطبيق ص.103 وعرفة الدولي الخاص ص.407 وعكاشة الإحالة ص.181

[2] عكاشة التنازع ص. 247 والحداد الموجز ص. 171 وجندولي قراءة تشريعية ص. 68 و245 وهشام قاعدة الإسناد ص. 396 وعكاشة الإحالة ص. 199 وقتال دور القاضي ص. 91

[3] يطلق العجمي مقابل العربي وليس فيه نقص، الفيرزآبادي لسان العرب: 385/12 "العُجْمُ والعَجَمُ خِلافُ العُرْبِ والعَرَبِ، والمفرد عجمي وأعجمي وأعجم والأنثى عجماء ويجمع على أعجمون وأعجمان"

كإيطاليا وأمريكا واليونان والكيبك وهولندا والدول الأسكندينافية والبرازيل، وقبلت أخرى الدرجة الأولى كالجزائر في المادة 23 مدني والإمارات المادة 26 معاملات مدنية والمجر وإسبانيا البيرو وفرنسا، وهو ما نصت عليه اتفاقية لاهاي 1955/6/15م بحجة توحيد النظام القانوني والحجة في رفض الثانية ما فيها من دَوْر، وعممت دولٌ فأخذت بالمطلقة كتركيا وبلجيكا والنمسا وسويسرا وألمانيا واليابان والمكسيك وبولندا، وأبهمت أخرى فلم توضح موقفها كالسعودية والسودان ولبنان والمغرب واليمن، وأخذت بريطانيا بإحالة تسمى المزدوجة **Total Renvoi** أو نظرية المحكمة الأجنبية **Foreign Court Théory**، يتعيّن فيها على القاضي الفصل في النزاع طبقا للحلّ الذي كان يمكن للقاضي الأجنبي أن يصل إليه، مثل قضية "روس" **Ross** مواطنة إنجليزية استوطنت إيطاليا ونظرت المحكمة في ميراثها، فكان يتعيّن حسب قواعد بريطانيا التي تحيل على موطن المتوفى تطبيق قانون إيطاليا، وبعد رجوع القاضي البريطاني إلى الإسناد الإيطالية وجدتها تحيل على جنسية المتوفى، فوضع نفسه مكانه ولأن قانونه يرفض الإحالة رفض الرجوع إلى القضاء البريطاني وطبق الإيطالي وكأنه قاض إيطالي.[1]

الفرع الثالث: حجية القانون الأجنبي

ذهب بعض الفقه إلى أن القانون الأجنبي لا يملك نفس القوة الإلزامية والآمرة التي يملكها الوطنين بل يجب أن يُثْبته من له مصلحة، لأنّ القاضي لا يُفترض به العلم بجميع قوانين العالم، وقيل بل عليه البحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه ولا يقف معه على السلب؛ لأن قانونه هو من أمره بتطبيقه، فإذا بحث ولم يستطع الوصول إليه جاز له تطبيق قانونه كما في المادة 23 مدني جزائري: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق"، وقد وقع خلاف حول حجية الأجنبي بين من يراه بنفس درجة الوطني، ومن يعتبره مجرد واقعة من وقائع الدعوى يجب إثباتها أولا ثم الأخذ بها أو تركها حسب قناعة القاضي.[2]

* **اعتبار القانون الأجنبي واقعة**: **الأنجلوسكسونية** يري البريطاني "دايسي" **Dicey** والأمريكي "بيل" **Beale** أنّ أساس القانون الأجنبي هو نظرية الحقوق المكتسبة **Vested Rights** فينظر إليه القاضي كحقّ مكتسب، **انتقد** بسبب الاقتصار على ذلك لأنّ إنشاء المراكز يمكن دفعه بالنظام العام والحقوق المكتسبة لا تدفع به، ومن المفروض أن تتجاوز مهمته مجرد إنشاء الحق أو الاعتراف به، **الفرنسية** يرى "بيجونير" أن أساسه المبدأ العملي حيث يتعذر على القاضي معرفة جميع قوانين العالم، وخالفه "باتيفول" و"لاقارد" فبرّراه بفقدان الأجنبي لإلزاميته خلافا للقاعدة

[1] عكاشة التنازع ص. 203 وعشوش الدولي الخاص ص. 279 ورحاوي الزواج المختلط ص. 29 وجندولي الانحلال ص. 63 وأعراب الدولي الخاص ص. 108 وحبار الدولي الخاص ص. 81 وجندولي الإحالة ص. 239 والحداد الموجز ص. 203 وبديع الدولي الخاص ص. 720 وعكاشة الإحالة ص. 193

[2] زروتي الدولي الخاص ص. 13 وأعراب الدولي الخاص ص. 151 وجندولي الانحلال ص. 93 وحبار الدولي الخاص ص. 92 وقتال ازدواجية معاملة الأجنبي ملتقى التنازع بجاية 2014م ص.323

الوطنية التي لها ركنان المضمون والإلزام، فالمضمون موجود في الأجنبي دون إلزام لأن سيادة الأجنبي تكون في بلده، **انتقد** بأنّ الطبيعة الإلزامية للقاعدة الأجنبية استمدتها من الوطني الذي أحال عليها، والحكم على الأجنبي أنه مجرد واقعة فيه نوع من المجاز العقلي لأن القاعدة تحوّلت إلى واقع بمجّرد عبورها الحدود.[1]

المراحل التي مرّبها الاجتهاد الفرنسي فيما يخص حجية القانون الأجنبي:

كان بداية يراه من الواقع في قضية "بيسبال" **Bisbal** أين تحصّل زوجان إسبانيان على حكم انفصال من القضاء الإسباني الذي كان لا يقبل تحويله إلى طلاق، انتقلا إلى فرنسا فطلبت الزوجة الطلاق اعتمادا على قانون فرنسا الذي يقبل التحوّل، وأمام سكوت الزوج قرّرت المحكمة الطلاق، فرفع الزوج قضية أمام النقض فقررت **1959/5/12م** أن قواعد التنازع في فرنسا ليست من النظام العام إلا إذا أشارت إلى قانون فرنسا، واستبعدت استئناف مدينة "كان" قانون إسبانيا الواجب التطبيق في قضية حادث مرور وطبقت الفرنسي لأن الخصم لم يستطع إثباته، ثمّ اعتُبر من الواقع إلا في حالات كما في قضية بنك الجزائر 1960/3/2م "القاضي لا يثير القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، إلا في حال كانت المنازعة تتعلق بحق من الحقوق التي لا يمكن للأشخاص التصرف فيها، أو كانت القاعدة ذات مصدر اتفاقي"، دامت هذه المرحلة 30 سنة ثم جاء الالتزام التلقائي واعتبار الأجنبي كقانون في قرار 1988/10/11م في قضية نسب الأم الجزائرية "ربوش" **Rebouch**، وهبة السويسري "شول" **Schule** بتاريخ 1988/10/18م، ثم عاد وتناقض فاعتبره واقعة إلا في حالات استثنائية كما في قضية "كوفيكو" **Coveco** 1990/12/4م، وتقرّر أخيرا أنّ الاستثناء الوحيد لاعتبار القانون واقعة هو أن يكون مصدره اتفاقي بتاريخ 1999/5/26م، فصار تعامل القضاء مزدوجا تجاه الأجنبي فإذا كانت القضية في الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرّف فيها كالأحوال الشخصية وجب التعامل معه كقانون، وإذا كانت فيما يجوز التصرف فيه تعامل معه كواقعة، ويمكن تلخيص نظرة المدرسة الفرنسية في ثلاث نقاط: إلزام الطرف المتمسك بالأجنبي بإثباته فليس للقاضي تطبيقه من تلقاء نفسه مالم يتمسك به الطرفان أو أحدهما، ورفض النقض بسط رقابتها على تفسير القاضي الفرنسي للأجنبي، وقد انتُقد هذا الاضطراب من طرف الفقه، وانتقد انعدام قاعدة عامة ف المسألة يلجأ إليها القضاة.[2]

* **اعتبار القانون الأجنبي كقانون:** القانون الأجنبي كامل الأركان يجب تطبيقه كما يُطبّق الوطني، تبناه مجمع القانون الدولي سنة 1989م بمدينة **St Jaques**

---

[1] عكاشة التنازع ص. 357 وأعراب الدولي الخاص ص. 141 وجندولي الانحلال ص. 94 ودربة التنازع ص. 68 وعكوش القانون الأجنبي ص. 25 وقتال دور القاضي ص. 128 وزروتي دراسات 2،185 ورحاوي الزواج المختلط ص. 62 ومسعودي التنازع ص.269 والحداد الموجز ص. 35 وعرفة القانون الدولي الخاص ص. 422 ومزعل شبي مفهوم قاعدة الإسناد ص. 8

[2] زروتي دراسات 191/2 والحداد الموجز ص. 42 ودربة التنازع ص. 78 وقتال الازدواجية ص. 323 وعكوش القانون الأجنبي ص. 12 وقتال دور القاضي ص. 136 وأعراب الدولي الخاص ص. 144 وحبار الدولي الخاص ص. 92 ودربة التنازع ص. 67 ومزعل مفهوم قاعدة الإسناد ها ص. 9

de Compostelle، ثم وقع خلاف حول أساسه فقالت **الإيطالية:** يندمج الأجنبي في الوطني كأن المشرع هو من شرعه، تُسمى نظرية الاستقبال أو الاستيعاب **réception ou incorporation**، ثم اختلفوا فقال "أونزيلوتي" اندماج مادي وكامل، وقال "أقو" **Roberto Ago:** اندماج شكلي، **انتقدت** لعدم واقعيتها وتحميل قاعدة الإسناد ما لا تحتمل، وفيها إلزام القاضي بتفسير مضمون الأجنبي ما يؤدي إلى تشويهه وتأميمه ونزع طبيعته الأجنبية، وبه تفقد قاعدة الإسناد طابعها الغير مباشر وتتحوّل إلى قاعدة موضوعية آحادية التطبيق رغم أنها ازدواجية اتفاقا، ولن يتمكن القاضي من الإلمام بالأجنبي كما يعرف قانونه ولا يمكنه تفسيره جيدا، وقالت مدرسة **التفويض** الفرنسية والألمانية: التطبيق يتم بناء على تفويض تعقده قواعد الإسناد للأجنبي، **انتقد** بأنّ التفويض يتم لمفوض معيّن وهنا هو مبهم وفيه تنقيص من السيادة، وقالت **الهولندية** تطبيق الأجنبي أساسه المجاملة وللقاضي سلطة كاملة في تطبيقه، انتقدت بأن العلاقات الدولية لا يمكن بناؤها على المجاملة، وترى **المدرسة الأجنبية** أن القاضي يعامل القانون الأجنبي كقانون إلا أنّه يبقى أجنبيا، وهو الاتجاه المستقر عليه وبه أخذت الجزائر.[1]

* **الترجيح بين الاتجاهين: "الواقعة – القانون"** احتج أصحاب الواقعة بحجتين عملية وقانونية، **العملية** لو ألزمنا القاضي بتطبيق الأجنبي فسوف نلزمه بتطبيق نصوص أجنبية بما فيه من جهد لمعرفتها وفهمها وتفسيرها قضاء، **أجيب** لا يلزم من كونه قانونا أن يبحث عنه ويفسره وهناك آليات تساعده، **القانونية** الأصل اعتبار القواعد الموضوعية متشابهة من حيث المضمون وعلى من يرى خلافه الإثبات، **انتقد** بمخالفتها للواقع المعاش الذي يرى الخلاف بين القواعد جوهريا خاصة بين التشريع الإسلامي واللاتيني والأنجلوسكسوني، واحتج من قال **قانون** بقانونية الإسناد التي لا تختلف عن الموضوعية سواء في التشريع أو الإلزام أو الغاية، وباحترام ذاتية العلاقة الدولية التي تحمل عنصرا أجنبيا، التي من وظيفتها إمكانية تطبيق قانون القاضي أو الأجنبي، وبسدّ باب الغش لأنّ عدم إلزاميتها يؤدي إلى تهرب الخصوم، ويسهل التغلب على الصعوبات المذكورة كأن يطلب القاضي ذلك من الخصوم أو الخبرة.[2]

الترجيح الذي يظهر هو اعتبار القانون الأجنبي كواقعة لقوة أدلة أصحابه، ولأنه أقرب إلى روح التشريع الإسلامي، واعتمادا على مبدأ السيادة الدولية وسموّ القانون الوطني في التكييف والنظر، واختلاف الأسس الفلسفية التي بُنيت عليها النظم القانونية، فإذا جاز للقاضي المسلم تطبيق القانون الأجنبي على الرعية الأجنبي، فهل ينظر إليه على أساس أنه قانون أم واقعة؟ الذي أميل إليه أنه ينظر إليه

---

[1] زروتي دراسات 185/2 وعكاشة التنازع ص.361 وقتال القاضي ص.127 وقربوع الدولي الخاص ص.115 وأعراب الدولي الخاص ص.142 وجندولي الانحلال ص.98 ودربة التنازع ص.73 وعكوش الأجنبي ص.99 والحداد الموجز ص.38 ورحاوي الزواج المختلط ص.66 ومسعودي التنازع ص.270

[2] حفيظة الحداد الموجز ص. 36

على أنه واقعة لأن الخلاف في المسألة كبير وإنما تُقبل من قبيل قاعدة "مراعاة الخلاف"[1]، والحجج النظرية والقانونية التي احتج بها أصحاب الواقعة أقوى في التحليل ومبدأ السيادة، ومسائل الزواج والطلاق وآثارهما وإن كانت تُعتبر في شرعنا من المعاملات إلا أنّ فيها جانب التعبد بسبب النصوص الكثيرة التي ضبطتها، فيحتاج القاضي أكثر ما يحتاج إلى تضييق دائرة العمل بالقانون الأجنبي.

* **ثمرة الخلاف** اتفقوا على استبعاد جهة الإثبات كالإقرار واليمين من إثبات الأجنبي رغم أن الوقائع قد تثبت بها، وأنه يمكن إثبات الأجنبيّ بشهادة الشهود المختصين أو شهادات تصدرها القنصليات والجهات الدبلوماسية والخبرات والاستشارات، ثمّ اختلفوا في مسائل: قال أصحاب الواقعة على الخصوم إثباته ولا تمتد الرقابة العليا على تطبيق الأجنبي ولا يطبقه القاضي إلا إذا طلبه المعني، وقال من اعتبره قانونا على القاضي البحث عنه وتفسيره وتمتد الرقابة العليا على تطبيقه وتفسيره ويطبقه القاضي من تلقاء نفسه، فإذا تعذر إثباته فقد اختار قضاء أمريكا رفض الدعوى كما في قضية **"Walton"**، وهو قول ضعيف يؤدي إلى إنكار العدالة، وقال الفقه الألماني وطبقه لفترة: يُطبق القانون الأقرب للذي تعذر إثباته وهو صعب التحقيق، والمستقر عليه هو تطبيق قانون القاضي.[2]

* **موقف التشريعات:** تعاملت معه دول كقانون مثل ألمانيا في المادة 293 إجراءات والأردن المادة 1/79 محاكمات مدنية رقم **24** سنة **1988**م وأقرته التمييز 83/539 تاريخ 1983/11/10م، وتعاملت معه أخرى كواقعة كبريطانيا التي اعتبرت قواعد الإسناد شبه اختيارية واشترطت تتطابق القانون الأجنبي مع الإنجليزي، وتعامل معه البعض بازدواجية بأن يعتبر كقانون في مجالات وواقعة في أخرى مثل الجزائر التي عاملته كقانون في الشخصي وكواقعة في غيره، في المادة 358 إجراءات مدنية: "لا يُبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: وذكرت 18 وجها منها الوجه 6: "مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة"، ولم تنص دول على اتجاهها ما حمل اجتهادها على التناقض كفرنسا ومصر فقد قررت النقض الفرنسية 1955م: "التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها"، وبتاريخ 1960/11/7م: "القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد"، ثم قررت أنه واقعة 1984/2/6م وفي قرار سنة 1979م: "التمسك لأول مرحلة أمام محكمة النقض بقاعدة أجنبية هو دفاع يخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع"، وقد أشرنا قبل قليل إلى هذا التناقض.[3]

---

[1] الباجي المنتقى ط السعادة مصر ط 1، 1332هـ 209/1 والشاطبي الموافقات 106/5

[2] عكاشة التنازع ص.388 و429 وزروتي دراسات 280/1 ودربة التنازع ص. 70 ورحاوي الزواج المختلط ص. 66 وقتال الازدواجية ص. 328 وقتال دور القاضي ص. 171

[3] الداودي المدخل ص. 126 ومسعودي التنازع ص. 270 ودربة التنازع ص. 75 وجندولي الانحلال ص. 96 ورحاوي الزوج المختلط ص. 69 وحبار الدولي الخاص ص. 93 وقتال الازدواجية ص. 324

* **رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره:** تطبيق الأجنبي يطرح نوعين من الرقابة: **الأولى** رقابة على صحته ووجوده ودستوريته وسريانه، **الثانية** رقابة على تفسيره وهو على شقين: تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وتفسير القانون الأجنبي، أما شقّ تفسير قاعدة الإسناد الوطنية فلا خلاف في خضوعه لمراقبة المحاكم العليا، كما قرره الاجتهاد العالي الجزائري في قضية طلاق جزائرية من إيطالي حيث طبق القاضي القانون الإيطالي باعتباره جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بموجب المادة 2/12 من المدني، فنُقض حكمه بحجة أن الزوجة وإن كسبت الجنسية الإيطالية إلا أن جنسيتها الأصلية الجزائرية لم تنزع منها بمرسوم فكان يجب تطبيق المادة 13 ما يؤكد تعاملها مع قاعدة الإسناد على أنّها آمرة يوجب الخطأ فيها النقض، وأما تفسير القانون الأجنبي فقد اختلفوا حول دخوله تحت المراقبة على ثلاثة آراء: **الأول** عدم مراقبته اختاره قانون بلجيكا وألمانيا وسويسرا وإسبانيا وهولندا وقضاء سوريا 1972/10/26م: "التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع"، والمغرب حيث كان المجلس الأعلى يراقبه في الأحوال 1957م لكن إجراءات مدنية الجديد في مادته 359 ألغاه، احتجوا بأنّ دور المحكمة العليا هو توحيد الاجتهاد الوطني وليس مراقبة صحة تطبيق الأجنبي، **انتقد** بأنه يفتح المجال واسعا أمام قاضي الموضوع لتفسيره حسب هواه، **الثاني** أوجب مراقبة تفسير الأجنبي وهو مذهب القضاء المصري والإيطالي واليوناني والتركي والإنجليزي واللبناني ونص عليه فصل 34 مجلة تونسية والمادة 12 تقنين **Bustamente** مؤتمر 6 لاتحاد الدول الأمريكية 1928م، واستقر عليه اجتهاد فرنسا في قضية "ربوح" و"شول" بتاريخ 1988/10/18م، وقضية طلاق زوجين مغربيين 1997/7/1م، **الثالث** تراقب العليا تفسيره في مجال دون آخر مثل الجزائر المادة 358 إجراءات مدنية، **انتقد** بقضية لها شقان أحدهما من الأسرة والثاني خارج عنها فسوف يتعامل القاضي مع نصفها على أنه قانون والثاني أنه واقعة، فيصبح مثل البهلواني الذي يغيّر من أصول محاكمته.[1]

الترجيح الذي أراه راجحا هو دخول تفسير الأجنبي تحت قبة المراقبة العليا لحسن تطبيق القانون رغم الترجيح بأنّه من الوقائع لأن التفسير ينبني عليه حكم فلا يُترك لأهواء قضاة الموضوع.

الفرع الرابع: تعدد التشريعات في القانون الأجنبي

إذا أحالت قاعدة الإسناد على قانون دولة لها تشريعات شخصية أو دينية أو طائفية أو إقليمية داخلية متعددة، حيث يكون القانون شخصيا إذا اختص بفئة معينة،تجمعهم رابطة الدين أو الطائفة أو العرق؛ مثل مصر ولبنان والعراق

[1] عكاشة التنازع ص. 443 وبديع الدولي الخاص ص. 865 وجندولي الانحلال ص. 106 وقتال دور القاضي ص.103 و251 ورحاوي المختلط ص.78 وأعراب الخاص ص.155 وقربوع الخاص ص. 119

وباكستان وإيران، ويكون إقليميا حين يختص كل إقليم داخل الدولة بقانون خاص مثل أمريكا وكندا وسويسرا، فأيّ قانون يطبق القاضي؟[1]

* **حالة التعدد الإقليمي** يجب اتباع القانون الداخلي للدولة ما يُعرف بالإحالة الداخلية أو التفويض، أخذ به المشرع الجزائري المادة 23 والمصري المادة 26 والسوري المادة 28 والعراقي المادة 2/31 والليبي المادة 26 والإماراتي المادة 25 والقضاء اللبناني قرار 121 تاريخ 1968/7/3م **نشرة قضائية 1969 ص. 413** والمدني البولوني المادة 37 والتشكسلوفاكي المادة 33 والبرتغالي المادة 20 والإسباني المادة 5/12، فإذا لم يوجد طُبق قانون عاصمة البلد كما في المادة 2/23 مدني جزائري والقضاء المصري 1958م، وقيل يُطبق قانون موطن الشخص والأول أولى.[2]

* **حالة التعدّد الشخصي** الأكثر على تطبيق قانون الطائفة المنتمي إليها الشخص بدينه أو مذهبه، خاصة إذا نُصّ على اعتبار اختلاف الدين والطائفة في الدستور، مثل دستور سوريا 1953م: "يجب صيانة ومراعاة الأحوال الشخصية للطوائف الدينية"، ودستور لبنان 1926م: "حرية الاعتقاد مطلقة والدولة تحترم جميع الأديان"، والمادة 75 دستور العراق 1924م: "تقسم المحاكم إلى شرعية وروحية أي شريعة اليهود والنصارى"، وفي المادة 24 دستور الأردن 1928م قسمت المحاكم إلى شرعية وطوائف، وفي المادة 6 قانون تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري 1962م: "ينحصر اختصاص المحاكم السنية والجعفرية في الدعاوي والمعاملات المتعلقة بالمتداعين من مذهبها، مع مراعاة الأحوال الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون"، وفي المادة 8 تنظيم القضاء المذهبي الدرزي 473 تاريخ 1960/3/5م: "يدخل في اختصاص المحاكم المذهبية الدرزية وقانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية، النظر في القضايا والمعاملات المتعلقة بتطبيق أحكام الشرع والتقاليد الدرزية وقانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية"، ومثله في المادة 1 قانون تحديد صلاحيات المراجع المذهبية للطوائف المسيحية والطائفة الاسرائيلية 1951م، أما القانون الجزائري فقد استعمل عبارة التشريع الغالب في المادة 2/23 مدني والتي انتقدت بأنّ الشخص قد يكون من غير الطائفة الغالبة، والأصلح استعمال صياغة: "التشريع الذي ينتمي إليه الشخص بدينه وهويته"، كما يجب استعمال مبدأ التفويض أو الإحالة الداخلية في قضايا التعدد الإقليمي والشخصي وهي غير الإحالة المعروفة، حيث تعني أنّ تشريع الدولة المحال على قانونها هو من يقرر أيّ قانون يُطبّق، قال **Agostini Eric** و**Niboyet**: "بغرض توحيد الحلول على المستوى الدولي تكون الدولة المحال على قانونها سيدة في اختيار طريقة التنازع الداخلي؛ لأنها لو وحدت تشريعها لكان على الجميع اتباعه فيجب

---

[1] عكاشة التنازع ص. 301 وبديع الدولي الخاص ص. 134 وأعراب الدولي الخاص ص. 158 وحبار الدولي الخاص ص. 64 والحداد الموجز ص. 217 وموشعال دور الجنسية ص. 125

[2] عكاشة تنازع القوانين ص. 306 وأعراب الدولي الخاص ص. 160 والحداد الموجز ص. 218 وبديع الدولي الخاص ص. 138 وزروتي دراسات 86/1 وقتال دور القاضي ص. 86

اتباع قرارها في الداخلية"، وقال **Ago**: "قواعد الإسناد هي التي تحدد ذلك بحكم السيادة، لأن الرجوع إلى القانون الداخلي فيه انصياع لسيادة أجنبية"، والأول أقوى وهو المعمول به.[1]

الفرع الخامس: قانون الجنسية المشتركة

إذا نصت قاعدة الإسناد على تطبيق قانون جنسية الزوجين وكانت واحدة فلا إشكال، أما إذا اختلفت فقد ظهر مذهبان في كيفية معرفة القانون الذي يحكم العلاقة: التطبيق الجامع **application cumulative** والموزع **application distributive**.

* **التطبيق الجامع** يُطبق فيه قانون الزوجين معًا فيُجمع بين ما نصّ عليه القانونان كأنهما واحد، وذلك بهدف حماية المصالح الأسرية والاستجابة للمبادئ الخُلقية والإنسانية، يكثر استعماله في فئة موانع الزواج والموانع الصحية واختلاف الدين والشروط الموضوعية؛ فلا يُحكم بالصحة إلا إذا استوفى كل زوج شروط قانونه وقانون زوجه، ويُعتبر "بيجونييري" أكبر المدافعين عنه لأن القانون الوطني لكلّ واحد من الزوجين حين وضع الشروط إنّما أراد حماية الرابطة لا الشخص، **انتقد** بسبب تشدده لأنّه لا يكاد يُجيز زواجا، ولأنّه يتعارض مع حياد القاعدة ويمنع الزواج بالأجنبي.[2]

* **التطبيق الموزّع** يجب أن يستوفي كلّ زوج شروط قانونه دون قانون زوجه وهو أيسر تطبيقا وأولى قصدا، لأنّ القانون يوضع لحماية المواطنين فلا مجال لتطبيقه على غيرهم، عليه الجزائر المادة 11 مدني: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، والمادة 97 حالة مدنية: "يشترط ألا يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس في القانون الجزائري إلا في موانع الزواج فيطبق الجامع"، وكانت المادة 11 مدني 1975م غامضة لا تُفرّق بين شكلي وموضوعين لكن بعد تعديل 2005 أضيفت لفظة: "الموضوعية" فصارت تُطبق عليها وأخضعت المادة 19 الشكلية للموطن، وعلى المنهج الموزّع المدني المصري المادة 12 والسوري المادة 13 والليبي المادة 12 والعراقي المادة 19 والأردني المادة 13 والكويتي المادة 36 والتونسي الفصل 45 والألماني المادة 1/3 والإيطالي المادة 116 واليوناني المادة 13 والبرتغالي المادة 49 والبولوني المادة 14 والنمساوي المادة 17 والتركي المادة 11 وقضاء فرنسا.[3]

وتُقسّم الشروط الموضوعية للزواج إلى صنفين: شروط فردية يُطبق عليها المنهج الموزّع، ومزدوجة يُطبّق عليها الجامع كالقرابة المانعة للزواج وشروط الصحة وعدة الزواج المانع للإعادة واختلاف الدين في قوانين الإسلام، ولم يقل أحدٌ

---

[1] زروتي دراسات 22/1 و87 وأعراب الدولي الخاص ص. 160 وقتال حمزة دور القاضي ص. 86 وعليوش قربوع الدولي الخاص ص. 110 وسامي بديع القانون الدولي الخاص ص. 136

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 232 ومسعودي التنازع ص. 47 وبشرى زلاسي الزواج المختلط ص. 69 وشبورو نورية الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين رسالة دكتوراه جامعة تلمسان 2017م ص. 35

[3] مسعودي التنازع ص. 52 وكمال التطبيق ص. 301 وشبورو الزواج المختلط ص. 36 ورحاوي الزواج المختلط ص. 19 وأعراب الدولي الخاص ص. 233 وزلاسي الزواج المختلط ص. 69

أنّ زواج المسلمة من غير مسلم يُطبّق عليه الموزع لإجماع الأمة على منعه، ولا يختص هذا التصنيف بشروط الزواج بل ينطبق على انحلاله إذا كان الضابط المشير هو الجنسية المشتركة، فإذا اختلفت اختار البعض ضابطا احتياطيا هو الموطن، وقررت النقض الفرنسية تطبيق قانون الجنسيتين بطريقة موزعة كما في قضية "فيراري" **Ferrari** وهي فرنسية متزوجة من إيطالي طلبت الطلاق وفق القانون الفرنسي، فقُضي بطلاقها رغم أن الإيطالي لا يجيزه؛ فبقي طليقها متزوجا في نظر الإيطالي ومطلّقا في الفرنسي وهي حالة غريبة ينبغي اجتنابها.[1]

الفرع السادس: الاختصاص القضائي الدولي

compétence internationale/ International jurisdiction

الاختصاص القضائي مسألة أساسية في مباحث الدولي الخاص يُقصد به البحث عن المحكمة المختصة دوليا للنظر في موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي، حيث يجب الرجوع إليه أولا قبل النظر في قواعد التنازع، فلا يمكن البحث عن الواجب التطبيق إذا لم تكن المحكمة مختصة بالنظر، أطلق عليه الفقه الفرنسي "الاختصاص العام" **Juridiction Générale** وهو منتقد لإمكانية الخلط بين الاختصاص الدولي والداخلي، وكان النظام القضائي قديما فيه تلازمٌ مطّردٌ بين الاختصاص القضائي والتشريعي؛ بمعنى أن القاضي متى حَكم أنّه مختص قضائيا فإنه يحكم مباشرة بقانونه، وبعد ظهور نظرية التنازع والسماح بتطبيق الأجنبي داخل الإقليم زال هذا التلازم؛ فأصبح القاضي يبحث في الاختصاص القضائي قبل الحكم في النزاع المعروض، ثم يُعرج على قاعدة إسناد لتشير عليه بأي قانون يحكم، وأصبح من الواجب على الدولة ألا يختص اللجوء إلى قضائها بمواطنيها أو الخصومة بين المواطن والأجنبي، بل يتعدى إلى الخصومة بين الأجانب شرط أن تكون للعلاقة المتنازع عليها محلا في منظومتها، غير أن أغلب الدول تتجنب العمل بهذا المنطق خشية التعارض مع سيادة دولة أخرى.[2]

إذن ينظر القاضي أولا في اختصاص محكمته حسب قانونه تطبيقا لمبدأ السيادة، وإن لم يفعل قد تُعرض نفس القضية على محكمتين أجنبيتين، تُصدر كل واحدة حكما مناقضا للآخر ما يزيد في المشكل، والاختصاص نوعان داخلي ودولي: فالداخلي يُشرّع عن طريق سنّ قواعد آمرة تضبطه، يُستعمل فيها الموطن أو مكان الجريمة منعا لتداخل صلاحيات المحاكم،[3] يُدرج في الإجراءات المدنية والجزائية يشمل المنازعات التي لا صلة لها بدولة أخرى، حيث تكون العلاقة القانونية كلها

---

[1] زروتي دراسات 15/1 وأعراب الدولي الخاص ص. 234 وزروتي الديانة ص. 946 ومسعودي التنازع ص. 50 و214 ودربة التنازع ص. 20 ورحاوي الزواج المختلط ص. 18 وحبار الدولي الخاص ص. 122

[2] بوبشير النظام القضائي ص. 24 وزروتي دراسات 318/1 وهشام قاعدة الإسناد ص. 80 وحبار الدولي الخاص ص. 9 وعشوش الدولي الخاص ص. 218 وطلال العيسى علاقة الاختصاص القضائي الدولي مجلة العلوم الاقتصادية جامعة دمشق ع 1 2009م ص. 309 والبهجي التنازع ص. 13

[3] المادة 426 إ م 9: حالات يتحدد فيها الاختصاص لقضايا الأسرة: موطن المدعى عليه أو المدعي أو اختيار أحدهما أو المسكن الزوجي، المختار شبرو العدة مجلة الباحث ع 13 2018م ص.138

وطنية من حيث الأشخاص والسبب والموضوع، أما الاختصاص الدولي فهو الأهلية القانونية لجهة قضائية معينة للنظر في نزاع يشوبه عنصر أجنبي، أو القواعد التي تُحدّد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من المحاكم الأجنبية، يُضبط عن طريق الاستعانة بالاتفاقيات الجماعية والثنائية كاتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983م **صادقت عليها الجزائر بمرسوم 47/01 مؤرخ 2001/2/11م**، واتفاقية رأس لانوف ليبيا للتعاون بين دول اتحاد المغرب العربي 1991م **صادقت عليها الجزائر 181/94 مؤرخ 1994/6/27م.**[1]

* **ضوابط الاختصاص القضائي:** رغم أن المشرّع يضطلع بمهمة وضع قواعد الاختصاص إلا أنّ عليه الالتزام بضوابط محدّدة مثل مراعاة جنسية المدعى عليه لأنّ المدعي هو من يتحمل التبّعات، لأن المدعى عليه بريء حتى يصدر حكم بخلافه فيتمّ التمييز الإيجابي تجاهه، غير أنّه ضابط قد يصلح في الداخلي أما في الدولي فإنّ المدعى عليه من جنسية مختلفة يستوطن بلده، وقد تختار المحكمة أنها مختصة ولو كان المدعي هو من يستوطن البلد، ومن الضوابط موطن المدعى عليه فيتوجب على المدعى رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة إقليميا بموطن المدعى عليه اعتمادا على قوة النفاذ؛ لأن المحكمة المختصة إقليميا تستطع تنفيذ الحكم بسهولة، وهو كسابقه يصعب اعتماده لأن موطن المدعى عليه قد يكون في دولة أجنبية، وهناك ضابط موقع المال للواقعية لأن موقعه عامل جوهري في الحكم على قضاياه كما في المادة 2/46 إجراءات مدنية فرنسي، وضابط محلّ مصدر الالتزام أو محل التنفيذ بناء على عقد الاختصاص بصرف النظر عن شخص الدعوى، يوصف بالإقليمية لأنه يحافظ على موطن الالتزام الذي اختاره الخصوم كما في المادة 30 مرافعات مصري والمادة 15 مدني عراقي، وضابط الخضوع الإرادي بأن يختار المتعاقدون محكمة تختص بالنظر في المنازعات التي قد تطرأ على علاقتهم، وضابط تلافي إنكار العدالة حين ترى المحكمة أنها غير مختصة إلا أنها لو امتنعت وقعت في إنكار العدالة ما يضطرها للحكم.[2]

* **نظرية الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي** تنبني على فرضيتين: الأولى أن يكون في الدعوى طرف مسلم ففيها يختص القضاء الإسلامي بها قولا واحدا سواء كان الخصم ذميا أو مستأمنا، وسواء كانت القضية في الأحوال أو غيرها وسواء ترافع الخصوم أم لم يترافعوا، والثانية أن يكون طرفا الدعوى غير مسلمين وفيها وقع خلاف شديد سبق تقريره في مباحث قريبة.[3]

* **الاختصاص القضائي في التشريع والاجتهاد الفرنسي:** كان القضاء الفرنسي ينظر في الالتزامات التعاقدية وفق المواد 14 و15 مدني وأحيانا في المجال

---

[1] زروتي الدولي الخاص ص. 34 والعيسى الاختصاص ص. 308 وزروتي دراسات 317/1 وجندولي الانحلال ص. 114 وكمال تطبيق قانون القاضي ص. 12 وكصير تطبيق قانون القاضي ص. 57

[2] زروتي دراسات 321/1 والعيسى الاختصاص الدولي ص.313 وكمال سمية قانون القاضي ص.15

[3] الزحيلي الفقه الإسلامي 5974/8 وتريكي فريد منازعات الأحوال ملتقى التنازع بجاية 2014 ص. 54

الشخصي، وبعد نقد اشتراط كون أحد أطراف العلاقة فرنسيا راجع موقفه تدريجيا ومرحليا؛ فاعترف أولا باختصاصه بالنظر في قضايا العقار للأجانب إذا كان موجودا بفرنسا، ثم قضايا المسؤولية التقصيرية إذا كان الفعل الضار مرتكبا بها، ثم التجارية متى كانت فرنسا موطنا لها ثم الأمور الاستعجالية كالنفقة الوقتية، وكان المنعطف الكبير سنة 1948م في قرار "باتينو" **Patino** حين عمّم أحقية القضاء الفرنسي بالنظر في جميع المنازعات التي يرفعها الأجانب في فرنسا سواء كان لفرنسا علاقة بها أو عرضت أمامها، فتبلورت قاعدة: "كون طرفي الخصومة من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص القضاء الفرنسي".[1]

* **الاختصاص القضائي المصري** نصت المادة 22 مدني أن قواعد الاختصاص والإجراءات تخضع لقانون القاضي، حيث يُكرّس هذا المعيار مبدأ امتياز الجنسية وهو أحد خيارات الاجتهاد الفرنسي منذ 1808م، انتقد باحتمال التعارض مع نظام آخر يكرس نفس المعيار خاصة أن هناك معايير أكثر دقة وموضوعية، ولأن فيه إهمال شديد للتوطن والهجرة، واستقر الأمر على قواعد محكّمة في الاختصاص الدولي قانون المرافعات 1968م **(المادة 28 -35)** فيها تفصيل أفضل من فرنسا والجزائر.[2]

* **الاختصاص القضائي في التشريع الجزائري:** اتّبع الفرنسي فأخذ بمعيار الجنسية كضابط أساسي للاختصاص، من خلال المادتين: 41 إجراءات مدنية: **"يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما بالجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين"**، والمادة 42: **"يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي جتى ولو كان مع أجنبي"**، وهما ترجمة حرفية لما في قانون فرنسا؛ كأن القائمين على التشريع عندنا دورهم ترجمة قانون فرنسا إلى العربية، ومع ذلك فقد نالتا حظهما من النقد؛ لأنّ المعيار الشخصي غير مبني على طبيعة المنازعة، ومخالف لقاعدة تبعية المدعي للمدعى عليه، ويُحابي الشخص الوطني على حساب الأجنبي ولا يحميه، واحتج من وضعهما بالاعتبارات السياسية التي تطغى على العلاقة ذات العنصر الأجنبي؛ بحكم أنه لا توجد إلا محاكم وطنية بالنسبة للأفراد، ثمّ تابع اجتهاد الجزائر نظيره الفرنسي في قاعدة: "كون طرفي النزاع من الأجانب ليس عائقا لرفع قضيتهما أمام المحاكم الجزائرية" كما في استئناف العاصمة 1966/6/19م ومحكمة قسنطينة 1972/4/20م: "الأجنبي يمكنه رفع الدعوى أمام محاكم الجزائر ولو لم تكن الخصومة مع جزائري"، وفي المادة 39 إجراءات مدنية تخصيص محل العقار ومحل ممارسة الحضانة، وقد طُرحت إشكالية التجويز في قواعد الاختصاص حين بدأت بلفظ "يجوز" ما يُضفى عليها

[1] حبار محمد القانون الدولي الخاص ص. 190 وكمال سمية تطبيق قانون القاضي ص. 24
[2] زروتي الدولي الخاص ص. 32 والعيسى الاختصاص ص. 322 ودربة قواعد التنازع ص. 57

صفة التكميل، غير أن القضاء العالي يتعامل معها بمنطق السيادة وعدم التنازل إلا بمبرر قانوني كما في قرار 126986بتاريخ 1996/1/10م، ثمّ ناقض الاجتهاد العالي قواعد الاختصاص في قرار 2008/3/12 **مجلة المحكمة العليا 2008 عدد 1 ص. 257:** "لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية"، وقد أبدى الفقه استغرابه من هذه القاعدة القضائية التي خالفت منطوق المادتين 41 و42، لأنّهما تضمنان لكل جزائري الحق في اللجوء إلى قضاء الجزائر ولو كانت منازعته مع غير جزائري أو يقيم خارج البلاد، خاصة أنّ المحكمة قبلت الفصل في الطلاق وامتنعت عن الحكم في الجانب المادي دون توضيح لأساس ذلك.[1]

المبحث الثاني: نظرية الجنسية

تمهيد

البحث في قضايا الطلاق المختلط يجرّنا إلى نظرية الجنسية أهم أبواب الدولي الخاص، وأساس إسناد القانون الواجب التطبيق في المجال الشخصي، والتي لها مفهوم قديم لأنّ الدول كانت تعرفها وتُميّز بها بين مواطنيها وغيرهم، وآخر جديد اعتمادا على الدم والإقامة وعدم الارتباط بالدين، ويرى البعض وجوب إخراجها من الدولي الخاص وإدراجها في الداخلي العام، لئلا تُهضم مكانتها فلا علاقة لها به إلا من باب الإعارة، والحقّ أنها لو لم توجد فيه لأصبحت كبقية القوانين العادية فهي لم تبلغ تلك الدرجة إلا بسبب ارتباطها بالعلاقات الدولية،[2] في المبحث خمس مطالب:

المطلب الأول: التطوّر التاريخي للجنسية
المطلب الثاني: الأحكام القانونية للجنسية
المطلب الثالث: نظرية الجنسية في الفقه الإسلامي
المطلب الرابع: كسب الجنسية بالزواج المختلط وفقدها بانحلاله
المطلب الخامس: صعوبات يثيرها ضابط الجنسية في تنازع القوانين

المطلب الأول: التطوّر التاريخي للجنسية

عاش البشر على مبدأ وحدة الأسرة والقرابة بين الأسر التي تُكوّن القبيلة، ثمّ على اجتماع القبائل المكوّن للأمة، وكان الولاء[3] التام موهوبا للقبيلة بالانتساب والذوبان وتأييدها ظالمة أو مظلومة.

---

[1] زروتي دراسات 324/1 وحبار الدولي الخاص ص.188 وبوبشير التنظيم القضائي ص.25 وبلغيث عمارة الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية مجلة عنابة ع 5 سنة 2016م ص.67 وزروتي اجتهاد القضاء في مسائل الزواج المختلط annales l'université d'alger مج 30 ع 3 ص.363

[2] سعيد البستاني إشكالية الجنسية ص. 42

[3] الولاء من الوليّ بمعنى القرب شرعا التقرب من الكافر وإيثاره لدينه، ويجب التفريق بين الموالاة للدين أحد النواقض إجماعا لقوله **"وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ"، (المائدة 51)** والموالاة لغرض دنيوي المنافي لكمال الإيمان وقد يصل إلى مرتبة الكبيرة، لحديث حاطب بن أبي بلتعة حين كاتب قريشا يخبرهم عن عزم النبي غزوهم، رواه البخاري رقم 3007، ينظر: عبد الله القرني مناط الكفر دار الدراسات السعودية ط 1، 2008م والقحطاني الولاء والبراء دار طيبة طبعة سادسة 1413هـ

قال الشاعر:[1] وما أنا إلا من غُزيّة إن غَوَتْ... غوَيْتُ وإنْ ترشُد غُزيّةُ أرشُدِ.

ظل الأمر على هذا الحال من التعصّب البغيض إلى أن فرّج الله تعالى على الإنسانية ببعثة سيد البرية محمد صلى الله عليه وسلم، فاجتهد في تغيير الولاء الجاهلي نحو القبيلة إلى ولاء لله ورسوله والأخوة الإسلامية مهما كان نسب الشخص أو لونه أو قبيلته، قال تعالى **"إِنّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ"**، **(الحجرات 13)** وقال **"إِنّمَا المُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ"**، **(الحجرات 10)** وقال **"وَمَنْ يَتَوَلَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالذّينَ ءَامَنُوا فَإِنّ حِزْبَ اللهِ هُمُ الغَالِبُونَ"**، **(المائدة 56)** وقال **"ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ"**، **(محمد 11)** وقال **"لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ"**، **(آل عمران 28)** وفي الحديث: "مَنْ قُتِلَ تَحْتَ رَايَةٍ عِمِّيَّةٍ يَغْضَبُ لِلْعَصَبِيَّةِ أَوْ يُقَاتِلُ لِلْعَصَبِيَّةِ أَوْ يَدْعُو إِلَى الْعَصَبِيَّةِ فَقِتْلَةٌ جَاهِلِيَّةٌ"،[2] وسئل النبيّ: "أَمِنَ الْعَصَبِيَّةِ أَنْ يُحِبَّ الرَّجُلُ قَوْمَهُ؟ قَالَ: "لَا وَلَكِنْ مِنَ الْعَصَبِيَّةِ أَنْ يَنْصُرَ الرَّجُلُ قَوْمَهُ عَلَى الظُّلْمِ"،[3] وعلى ضوء هذا الهديّ الربّاني تربّى الصحابة على الولاء الديني وهو ما يمكن أن نُسمّيه تجوّزا: "التجنس الديني"، فكان الشخص إذا تشهّد شهادة الحق وأسلم اعتُبر متجنسا بجنسية الإسلام له حقّ المواطنة الكاملة في دولته، فأصبحت هذه الرابطة تُكوّن عنصر الشعب المسلم الذي يعيش في كنفها، ويقع الترابط بين الأفراد برابطة الدين والأخوة والسكن داخل الإقليم، يأخذ كلُّ فرد حقوقه ويؤدي واجباته في الحماية والدفاع، فيتحصّل المسلم بموجب هذه الرابطة على الجنسية المسلمة بقوة القانون، وهو التصوّر السائد لدى فقهاء الشريعة في الزمن الأول لا يعرفون غيره، حيث ظهرت بمجيء الإسلام نظرة جديدة لمفهوم الانتساب وعلاقة الفرد بالمجتمع والدولة، وهي علاقة مبنية على أساس إيماني وعقائدي للمسلم وعقد الذمة لغيره نظير ما تفعله الدول اليوم، إلا أنها أبدلت رابطة الدين بالدم والولادة وجعلتها أسباب يُتجنس بها بقوة القانون ولو لم يطلبه الشخص، أما عند غير المسلمين فقد عرف اليونان مفهوم الجنسية فكانوا يمنحونها على أساس الدم يقولون: "حق المواطنة **Jus Civitatis** لا يُمنح إلا برابطة الدم **Jus Sanguinis**"، استمر الأمر على ذلك في عهد الرومان الذّين كانوا لا يمنحون أحدا جنسية الإمبراطورية إلا على أساس الدم، ثم تغيّر الأمر تدريجيا فعرفت روما كسب الجنسية بالقانون عن طريق تبعية الإقطاع وعلاقة العاملين بالحاكم الكبير بسبب اتساع رقعة الدولة، ثم أصدر جوستنيان مرسوم **Caracalla** مُقرا بأن كل سكان الإمبراطورية من الرومان فظهر التجنّس بالإقليم.[4]

---

[1] شعر دريد بن الصمة، الأصمعيات للأصمعي تح أحمد شاكر دار المعارف ط 7، 1993م ص. 107

[2] رواه مسلم باب الأمر بلزوم الجماعة عن أبي هريرة برقم 1848

[3] رواه أبو داود باب في العصبية برقم 5119 وأحمد برقم 16989 قال الأرنؤوط "إسناده حسن"

[4] غرايبة الجنسية ص. 28 والقصبي الأصول الإسلامية للدولي الخاص ص. 441 وبن دحمان حقوق المواطنة ص. 23 وبن عبيدة عبد الحفيظ الجنسية ص. 16 وصبحي الجنسية ص. 48 والطيار حقوق غير المسلمين ص. 75 ويسري النوازل ص. 1090

أما الجنسية كمعيار وحيد للتفرقة بين الوطني والأجنبي على أساس الدم والإقليم فحديثة العهد نسبيا بدأت في التبلور إبان القرن 18م، وكان أول ظهور لها في مقال كتبه الفقيه "مانشيني" سنة 1851م جاء فيه: "من حقّ كلّ أمة أن تكون لها دولة تصدر قوانينها لمواطنيها"، وكان الدافع لهذا النداء تأثره بالثورة الفرنسية التي كانت تُنادي بحق الشعوب في تقرير مصيرها، فظهر مبدأ جديد لم يكن معروفا من ذي قبل وهو مبدأ "القوميات" **Principe Des Nationalités** والذّي بمقتضاه يُصبح لكلّ أمّة **Nation** الحقّ في تكوين دولة **Etat**، وتصير الدولة هي التعبير السياسي المباشر والوحيد للأمة، ولم يكن في البداية سهلا تقبّل الفكرة نظرا لوجود أمم لا تجمعها دولة واحدة كالعرب ودول تضم أمما مختلفة كالاتحاد السوفياتي، وكان لتأخر بلورة مفهوم الدولة تأثير مباشر على تأخر مفهوم الجنسية العصري، وزاده تأخرا أن الولاء كان يُمنح للدين أو الملك أو القومية أوالقبيلة، وأما تنظيمها قانونا فتمّ سنة 1804م من خلال القانون المدني الفرنسي، ومن حينها اكتسبت أهميتها القصوى حين صارت أداة فاعلة في تحديد ركن الشعب الذي يُميّز بين الدول، وباتت على الصعيد الدولي الأداة الوحيدة لتوزيع الأفراد على الدول، وأصبحت بلا منازع مناط الولاء السياسي للدولة لها طرق وفنيات وآليات لاكتسابها، تضطلع كل دولة بكامل الحرية في وضع قواعدها، وتمّ تقسيمها إلى أصلية يُتحصل عليها بالميلاد على أساس الدم أو الإقليم، ومكتسبة يُراعى فيها إرادة الفرد، واختلفت ضوابطها حسب السياسة السكانية وخضعت من حيث تنظيمها فرضا واكتسابا وتجريدا وعودة إلى سلطان المشرع الوطني مستهديا في ذلك بمصلحته الوطنية.[1]

وكانت دول العرب تابعة للخلافة العثمانية التي تعتمد الشريعة مرجعا، وحين ظهرت الجنسية في أوروبا تباطأ انتقالها إلى العرب لأن الخلافة كانت منيعة، لكن مع ضعفها أوائل القرن 20م وبعد التوقيع على معاهدة لوزان 2 بسويسرا 1923/7/24م بين تركيا ودول أوروبا أين تم التنازل عن الخلافة والاعتراف بدولة تركيا،[2] انفصل العرب عن الخلافة الأم آخذين بالتقنين الأوروبي إما عنوة كما وقع لسوريا والعراق ولبنان والأردن والسعودية، وإما اختيارا كما فعلت مصر التي قننت الجنسية سنة 1926م، فيما كان المصريون قبلها مواطنين في الدولة العثمانية، وبعد التوقيع على معاهدة لوزان مرّ القانون العربي بحقبتي التأسيس والتعمير: **جنسية التأسيس** كانت الدول مستعمَرة لعشرات السنين ما أثّر في الطبقة المثقفة والحاكمة بعد الاستقلال بسبب ولع المغلوب بتقليد الغالب، فابتعدت طواعية عن الإسلام وجلبت القانون الغربي بلا تمحيص أو تدقيق أو دراسة، امتد ذلك من عشرينات القرن 20 إلى خمسيناته، وميزتها تشريع قوانين للجنسية متشدّدة تمنع التجنس لغير مواطنيها وتعتز بالقومية الوطنية بدل الانتماء للأمة، **جنسية التعمير** بعد الستينات

[1] دراز تنازع القوانين ص. 283 ويسري فقه النوازل ص. 1090 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 17 والبستاني إشكالية الجنسية ص. 12 وبن عبيدة الجنسية ومركز الأجانب ص. 32

[2] ويكيبيديا https://ar.wikipedia.org/wiki بتاريخ 2016/07/05 الساعة 17 سا 30

ظهرت آراء تدعو إلى إعادة النظر في الجنسية على أساس مرجعية الإسلام، وتميزت بتطوّر التشريع القانوني للجنسية والتفتّح على العالم الخارجي.[1]

المطلب الثاني: الجنسية في القانون المعاصر

الجنسية لغة مصدر صناعي مأخوذ من الجنس الذي هو الضرب من الشيء، وكُلُّ ضَرْبٍ جِنْسٌ وَهُوَ مِنَ النَّاسِ وَالطَّيْرِ وَالْأَشْيَاءِ جُمْلَةً، وَالْجَمْعُ أَجْنَاسٌ وهو أعم من النوع ومنه المجانسة والتجنيس، وهذا يجانسه أي يشاكله والجَنَس جُمُودٌ والجنَس المياه الجامدة،[2] يُعبّر عنها بالفرنسية: **Nationalité** والإنجليزية **Nationality** والإيطالية **Nazionalita** والكل مبنيّ على لفظة **Nation** التي تعني الأمة مأخوذة في اللاتينية من كلمة **Natio** أو **Natus** تعني "المنحدرون من جنس واحد"، وهناك صلة بين المعنيين اللغوي والقانوني فهي لغة المشاكلة أو المشابهة بين الأشياء وهو موجود في الاصطلاح؛ لأنّ أفراد الدولة يتشاكلون في الحقوق والواجبات، ولا يصح تفسيرها بالجنس البشري لأنه قد يتعدد في دولة واحدة تجمعهم جنسية واحدة، فأمريكا تجمع بين السود والهنود والبيض وهم أجناس مختلفة، والعرب لهم نفس الجنس السامي وتختلف جنسيتهم، لهذا قيل أنّها علاقة سياسية وقانونية واجتماعية تربط الفرد بدولة، يرسم القانون نظامها منذ نشأتها إلى زوالها والآثار المترتبة عليه، أو رابطة سياسية وقانونية تُنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابعا لها ويعتبر رعية لها، أو رابطة قانونية وسياسية تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة، وقيل يُفضل التعبير بلفظ "المعيار" الذي يتمّ بمقتضاه التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي، واستعمل البعض عبارة: "نظام قانوني" أو "صفة ذات طبيعة سياسية" أو "الحالة التي يصبح فيها الفرد مواطنا"،[3] ويبدو أنّ استعمال العلاقة والرابطة أدق لأنّه يُعبر عن حقيقتها بربطها للفرد بالدولة، وعرّفتها العدل الدولية في قضية "نوتبوهم" **Nottebohm** بتاريخ 1955/4/6م: "رابطة قانونية يقوم على أساسها واقع ارتباط اجتماعي وتضامن حقيقي في الوجود والمصالح والمشاعر، مقرونة بتبادل الحقوق والواجبات"، فلفظ الرابطة والعلاقة هو الأصلح بسبب ربطه لركنين أساسيين في الدولة:[4] الشعب والسلطة ما يجعلها محل تمحيص وتدقيق فمتى ضُبطت اتضحت ماهية الجنسية.[5]

وقد اختلفوا في ضبط معنى الرابطة فقيل: **رابطة عقدية Contrat Social** بين الفرد ودولته هو السائد خلال القرن 19م، تبناه "جون جاك روسو" في كتاب "نظرية العقد الاجتماعي"، وقال "أيسي": "عقد بين مجموعة من الأفراد وليس بين

---

[1] دراز فكرة التنازع ص. 285 والبستاني إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية ص. 8 و98

[2] الجوهري الصحاح 915/3 وابن فارس مجمل اللغة ص.200 وابن فارس مقاييس اللغة 486/1

[3] عرفة الدولي الخاص ص.4 والوقيد الجنسية ص.10 والقصبي الدولي الخاص ص.441 وتوبولياك الأحكام ص. 79 وعيشوش الدولي الخاص ص.15 والطيار حق غير المسلمين ص. 87 ويسري النوازل ص. 1091

[4] اجتماع أشخاص بصفة دائمة ومستقلة في إقليم تحت سلطة واحدة تضمن الحرية، غرايبة الجنسية ص.19

[5] يسري النوازل ص.1091 وزردوم السياسة ص.200 وغرايبة الجنسية ص.16 وحبار الدولي الخاص ص.258 وزيدان الذميين ص.57 وزروتي دراسات 123/1 وتوبولياك الأحكام ص.79

الفرد والدولة مثل الشركات؛ فالأفراد هم أعضاء الشركة والجنسية هي العضوية"، انتُقد كلاهما بكون العقد يجب أن يتوفر فيه طرفان على الأقل مؤهلان تأهيلا قانونيا ويتوفر ركن الرضا، وكل ذلك غائب في الجنسية الأصلية التي يتحصل عليها الفرد بمجرد ولادته في الإقليم الذّي هو عبارة عن رقعة من سطح الكرة الأرضية تباشر عليها الدولة سيادتها وهو مستقر لشعبها، وهو أحد ثلاث عناصر تتكون منها الدولة زيادة على الشعب والنظام، وقيل **رابطة دولية** لأن الجنسية داخلة في مضمون العلاقات الدولية، وهو ضعيف لأن العلاقة موجودة بين الشعب والدولة ولا دخل لباقي الدول، ومذهب الفقه الأنجلوسكسوني أنّها **رابطة نفعية** لأن العلاقة بين الفرد والدولة ذات منفعة متبادلة أساسها مادي وبينهما واجبات متبادلة، فواجب الدولة الحماية وواجب الفرد الطاعة، هو السائد زمن الإقطاع حين ارتبط الفرد بالملك حماية وطاعة، وقيل **رابطة روحية عائلية** نظرة مبنية على وحدة العادات والتقاليد واللغة والجنس، سادت في دول أوروبا التي حملت النظام القضائي اللاتيني؛ بسبب ما كان معروفا لدى القبائل الأوائل من انتماء وولاء للقبيلة والأسرة، وقيل **رابطة دينية** مشهور في فقه الإسلام إبّان الخلافة التي كانت تضم جميع المسلمين، ومعروف عند اليهود الذي يطالبون بدولة اليهود الكبرى، وتعني أن رابط الجنسية ليس مع الدولة أو القانون وإنما بالأمة، فالمسلم مربوط بدولته برباط قانوني وسياسي وعقائدي، وهو ما لا يستوعبه أهل القانون لأنهم يرونه من سياسات قرون الظلام، يُشترط فيه الجمع بين الربط السياسي والقانوني والديني، ولا يعني أنّ غير المسلم لا يتحصل عليها وإنما فيه بيان أن الدين الإسلامي هو الأصل، ويملك غير المسلم كل الحقوق في إطار القانون ورابطة الولاء بعقد الذمة، وقيل **رابطة سياسية** أفضل من سابقه لأن منح الجنسية يُظهر سياسة الدولة لكنه لا يُعبر عن باقي محاورها كالحقوق والواجبات، ولا يمكن لعلاقة الفرد بدولته أن تكون سياسية فقط، وتبنى الاجتهاد المصري 1961/4/22م أنّها **رابطة قانونية** وهو أفضل لأنه يدخل في القانون معنى العقد والعلاقة السياسية، والدولة تمنح الجنسية وتقيّدها وتنزعها حسب القانون، والواجبات والحقوق المناطة بها تُناط به؛ فوَصْفُها بأنها قانونية قد يكون الأفضل وينتج عنه أمران: **الأول** الدولة ذات السيادة هي المخولة وحدها لوضع شروط وقانون الجنسية، وليس للفرد إلا حرية الدخول فيها أو الخروج منها، **الثاني** الدولة لا يحق لها التدخل في تشريع دولة أخرى لقانون جنسيتها.[1]

والأدق في نظري هو أن توصف الرابطة بأنها سياسية وقانونية؛ لينتج التزام الدولة والفرد بما لهم وعليهم من الحقوق والواجبات وإبراز سياسات الدولة، فالمختار: **"الجنسية رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بالدولة، ينتج بسببها مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة يحددها القانون"**، وتتجلّى أهميتها في كونها أداة معرفة الوطني من الأجنبي، وفي استخدامها في قضايا الدولي الخاص إذ

[1] الداودي المدخل ص. 202 وحبار الدولي الخاص ص. 261 وغرايبة الجنسية 23 وعرفة الدولي الخاص ص. 38 وبن عبيدة الجنسية ص. 28 والوقيد تعدد الجنسية ص. 40 وبديع الدولي الخاص ص. 296

تُخضع لها الدول المجال الشخصي، ويتحدّد بها المستفيد من المعاهدات، لها أركان: الشخص الذي يتلقاها قد يكون طبيعيا أو معنويا، والدولة التي تمنحها والرابطة، وتُحدّد ركن الشعب أحد أركان الدولة زيادة على والإقليم والنظام، وتُميز المواطن عن المقيم وحقوق كل منهما كالإقامة والتمتع بالحقوق السياسية والمدنية وحماية الدولة، والواجبات كالخضوع للقانون والمشاركة في خدمة الدولة بالضرائب والدفاع، ويتحدد بها الاشتراك في المجال الاجتماعي والشعور بالولاء.[1]

* **خصائصها ومميزاتها:** رابطة **سياسية** تُحدّد عنصر الشعب في الدولة كوحدة سياسية، و**قانونية** لأن القانون هو الذي ينص على شروطها، و**اجتماعية** لأنها ترتبط بالدم والعلاقات الأسرية، و**غير مفروضة** أي اختيارية، والأصل أن تكون **واحدة** غير متعددة رغم انتشار التعدد لأنّ الدولة تمنحها بقرار مستقل ما ينتجُ عنه حصول فرد على أكثر من جنسية، والأصل أن **تُمنح لكل شخص** حتى لا يُحرم منها أحد، وهي **مؤقتة** غير أبدية قانونها من **القانون العام** قضى وفق ذلك القضاء الإداري بفرنسا 1950/11/7م، وقيل من **الخاص** لأنها تُحدّد واجبات الفرد وحقوقه والأول أرجح لأنّها تُحدّد حالة الشخص السياسية قبل حالته الخاصة، وأدرجها البعض في المدني وأفردت لها دولٌ قانونا خاصا كفرنسا 1945م والجزائر 1970م، وهي **صفة لازمة** لكلّ فرد اجتنابا لانتشار قاعدة البدون أو عديمي الجنسية، **أقوى** ما يميّزُها اختصاص الدولة بتنظيمها لأنها تُحدد ركن الشعب فيحقّ لها ضبط أحكامها، وهو حقّ يقابله حقّ الفرد بأن لا تُنزع منه جنسيته إلا بقانون، ولا تُفرض عليه جنسية دولة إلا برضاه سوى الأصلية التي يتحصل عليها بحكم المولد وبقوة القانون وله تغييرها بعد بلوغه، وتتميّز في عصرنا **بعلمانيتها** لأن الدين ليس له أساس في منحها أو كسبها، فيما كانت تُمنح قديما على أساس الدين والهجرة بالنسبة للمسلم وعلى أساس الإقامة وعقد الذمة للذميين.[2]

* **أنواع الجنسية** استقراء نوعان: **أصلية** يتحصل عليها صاحبها بقوة القانون وراثة عن والد على أساس الدم أو الولادة في الإقليم، و**مكتسبة** تُناط برغبة الشخص في امتلاكها وتخضع لضوابط.

- **الجنسية الأصلية** تثبت للإنسان لحظة الولادة للمرة الأولى استنادا لحقّ شرعي، تُسمى المفروضة والممنوحة وجنسية الميلاد، يتحصل عليها الشخص الطبيعي أو الاعتباري المكوّن من اجتماع عناصر أشخاص أو أموال يُقدّر له التشريع كيانا قانونيا منتزعا منها مستقلا بها، وجوده تقديري لا حسّي وتبعيّ لا أصلي، أساس اكتسابها إما الدم **Jus sanguinis** أو الإقليم **Jus solis** تحصرها أكثر الدول في الدم، أما تلك التي تشجع الهجرة إليها فتوازن بينه وبين الإقليم كإسبانيا

---

[1] عشوش الدولي الخاص ص.4 وغرايبة الجنسية ص.27 وحبار الدولي الخاص ص.259 وعرفة الدولي الخاص ص. 30 وزردومي فقه السياسة ص. 202 ورنا صبحي أحكام الجنسية ص. 49

[2] عرفة الدولي الخاص ص. 43 وصبحي الجنسية ص. 51 وبن عبيدة الجنسية ص. 24 وعشوش الدولي الخاص ص. 33 ويسري النوازل ص. 1092 والبستاني الجنسية ص. 15 والقصبي الأصول ص. 430

والبرتغال والمكسيك وكندا وبريطانيا وأمريكا وفرنسا، في المادة 301 **قانون 404 سنة 1952م** أمريكي: "الأشخاص الآتية أسماؤهم يكونون مواطنين للولايات المتحدة ..المولودون في الولايات المتحدة"، وفي المادة 1/19 مدني فرنسي 2016/7/4م: الطفل المولود بفرنسا من أبوين أجنبيين يتحصل على جنسية فرنسا، وشذّت دولة الفاتكان فمنحت جنسيتها على أساس الدين والخدمة، وكذلك دولة إسرائيل تمنح جنسيتها الأصلية لكل يهوديّ على أساس ديني، وتسعى للحصول على اعتراف عالمي بيهودية دولتها ما يدلّ على عنصريتهما المفرطة، غير أننا لا نسمع همسا للباحثين أو الإعلام، ولو فعلته دولة مسلمة لاتّهمت بالعنصرية والرجعية والتطرف، ومعنى أساس الدم أن الفرد يستحق الجنسية بسبب النسب والأصل العائلي خاصة البنوة بغض النظر عن مكان الولادة، يُراد به التعلق بأرض الآباء وهي جنسية النسب **Nationalité De Filiation** ، ويعني أساس الإقليم **Nationalité de territoire** منحها لكل مولود في الإقليم بما فيه من أرض وبحر وهواء دون نظر إلى جنسية الوالدين؛ فلسفتها: الطفل دائما يتأثر بمسقط رأسه ويحنّ إليه.[1]

الجنسية المكتسبة تُسمى: الطارئة والاختيارية واللاحقة، يتحصل عليها الفرد بإرادته واختياره تُكسب ولا تُفرض، يكتسبها صاحبها في تاريخ لاحق عن الميلاد بخلاف الأصلية التي تُكتسب لحظة الميلاد، ويدخل الفرد في جنسية دولة معينة في تاريخ لاحق على ميلاده بناء على طلبه وموافقة الدولة بعد استيفاء شروط معينة يحددها القانون، ومن حق الدولة اشتراط ما تراه صالحا من قيود قبل منح جنسيتها، والتي تتنوّع إلى ما يهدف إلى التوثيق من الاندماج في الجماعة كالإقامة والإلمام باللغة، وإلى ما يهدف إلى حماية المجتمع مما يضره كأن يكون الطالب غير عالة على المجتمع بأن يثبت حسن
سيرته وكفاية دخله ومحافظته على الولاء لدولته الجديدة، وإلى قيود خاصة بأهليته.[2]

***الفروق بينهما:** الأصلية تفرض بقوة القانون ولا دخل لإرادة الفرد فيها، والمكتسبة يشترط فيها الإرادة والطلب، والأصلية لا يمكن رفضها ويمكن رفض المكتسبة، وهناك دول كالجزائر تُشرّع لنزع المكتسبة دون الأصلية وتسهل استرجاع الأصلية دون المكتسبة، وللمكتسبة وسيلة قانونية محددة بخلاف الأصلية التي لها طرق عدة لكسبها.[3]

* **صلاحية الدول في منح جنسيتها:** قال "لاقارد" **Lagarde:** تمنح الدولة الجنسية لمواطنيها بتفويض من القانون الدولي إلى القانون الداخلي، فيجب على المشرّع التقيّد بالأعراف والاتفاقيات الدولية، والأكثر على أنّ ضبطها ومنحها

---

[1] عرفة الدولي الخاص ص. 66 وغرايبة الجنسية ص. 81 والبستاني الجنسية ص. 101 وبديع الدولي الخاص ص. 298 وزروتي دراسات 127/1 وحبار الدولي الخص ص. 268 وبن عبيدة الجنسية ص. 46

[2] قريشي أثر الجنسية ص. 125 والغرايبة الجنسية ص. 42 وعرفة القانون الدولي ص. 77 والوقيد تعدد الجنسية ص. 15 وبن عبيدة عبد الحفيظ الحنسية ص. 54

[3] الطيب زروتي القانون الدولي الخاص ص. 98

مربوط بمصلحة الدولة وقوانينها لأنها لصيقة بمفهوم السيادة، أقرّه اجتهاد محكمة العدل الدولية، بيد أنّه يجب مراعاة ما تنص عليه المواثيق الدولية واحترام مبادئ القانون الدولي، بأن يكون لكلّ فرد جنسيته كما في معاهدة لاهاي 1930م للجنسية، وأكدته المادة 15 إعلان عالمي: "لكل شخص الحقّ في جنسية واحدة ولا يمكن حرمانه من حقه في تغيير جنسيته كما أنه لا يجوز حرمانه من جنسيته بصفة تحكمية"، ويجب احترام وحدة الجنسية بأن يكون لكلّ فرد جنسية واحدة معتمدة وحتى إن تعددت فيجب ضبطها، واحترام حرية الإرادة فيها لأن المولود تفرض عليه جنسية أبويه وهو أمر مقبول لكن بعد بلوغه يحق له الاختيار، ولا يصح إسقاطها إلا قضاءً وتنظيم قواعدها بما لا يضر بمصالح الغير، في اتفاقية لاهاي للتنازع 1932/4/12م: "لكل دولة أن تُحدد بمقتضى تشريعها من هم وطنييها ويجب أن ترتضيه الدول الأخرى"، ولا تملك دولة إمداد مواطنيها بجنسية غيرها كما في المادة 14 مدني بوليفي: "المرأة البوليفية التي تتزوج من أجنبي تكتسب جنسيته".[1]

المطلب الثالث: الجنسية في الفقه الإسلامي

يميل علماء الإسلام إلى تكييف رابطة الجنسية على أساس عقائدي للمسلمين وعقدي للذميين وهو ما يخالف التصوّر القانوني المعاصر، بيْدَ أنّ بينهما أوجه تشابه لأنّ المولود يتحصل على جنسية والديه بقوة القانون فيهما، يتحصل عليها المسلم بقوة الشرع وغير المسلم بتوريث عقد أبيه الذمي، ويُمنح اللقيط مجهول الوالدين جنسية الإسلام ويُعتبر من المسلمين إذا وُجد في أرض الإسلام على مذهب الجمهور وإذا وجده مسلم على رأي الحنفية، والنظرة الشرعية للجنسية تعني أنّها رابطة رُوحية تربط المسلم بدولته ارتباط ولاء بغض النظر عن جنسه أو لُغته؛ لأن الدولة تتكوّن من الشعب والسيادة تجمع بينهما رابطة ولاء سياسي يدين فيه أفراد الشعب للدولة بالطاعة، وليس لإقليم دولة الإسلام حدود إلا حيث ينتهي الوجود الإسلامي، ففكرة الجنسية مرتبطة بالدين الذي يعني الجزاء والطاعة والإحساس بوجود قوة مسيطرة يتعيّن التقرب منها وطاعتها، وهذا الولاء الديني هو جوهر الخلاف مع نظرة القانون للجنسية الذّي يرى أن فكرتها ولاء سياسي وقانوني، إلا أنّ الولاء الديني ليس وحده ما يُميّز رابطة الجنسية في الإسلام بل يقترن به ولاء سياسيّ وقانونيّ، فالمسلم الذي يستوطن دار الحرب أو العهد يختلف عمن يسكن دار الإسلام، ووحدة الدين ليست بالضرورة وحدة الجنسية، مثلا وحدة المذهب الكاثوليكي لم تمنع ظهور دولة المجر مع النمسا، ووحدة المذهب البروتستانتي ظهرت معه دولة اليونان وبلغاريا، والدول المغاربية تملك نفس الدين والمذهب وجنسياتها متنوعة، علما أنّ البعض حين يتكلّم عن تطوّر الجنسية يذكر حقبة الرومان واليونان ثم العهد الإقطاعي والعصر الحديث وكأن الفقه الإسلامي لم

[1] حبار الدولي الخاص ص. 263 وعيشوش الدولي الخاص ص. 28 ورحيل الغرايبة الجنسية ص. 30 وبوبكر مولود الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية ماجستير جامعة الجزائر 2009م ص. 3

يعرفها؛ ما أراه ظلما وإجحافا في حق حضارة سيطرت على العالم لقرون.[1]

ومما سبق تُطرح هذه الإشكالات: هل عرف المسلمون الجنسية؟ وما هي الأسس التي بنوها عليها؟ وهل يملك الذميّ جنسية الإسلام أم هو من المقيمين؟ وهل يملك كل مسلم جنسية الإسلام ولو عاش خارج الديار؟ وهل تجوز الإقامة المطولة في دار الحرب؟ وهل يجوز التجنس بجنسية غير مسلمة؟ وما حكم الزواج الصوري للحصول على وثائق الإقامة في بلد غير مسلم؟ نجيب في مسائل:

*** المسألة الأولى: هل عرف المسلمون نظرية الجنسية بالمفهوم المعاصر؟**

اختلف علماء العصر من المسلمين حول ذلك على ثلاثة أقوال: **الأول** لم يعرف الفقه الإسلامي نظرية الجنسية بمفهومها المعاصر، فلا يجب الربط بين المفهوم القانوني المعاصر لها وبين الولاء العقائدي للمسلم تجاه دولته لأنّهما غير متطابقين كلية، يقوم الأول على العقد والقانون وأساس الثاني الدين والولاء، وقد جاء الإسلام للناس كافّة لقوله **"وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ"، (الأنبياء 107)** وقوله **"وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلّا كَافّةً لِلنّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا"، (سبأ 28)** ولحديث "بُعِثْتُ إِلَى النّاسِ كَافّة"،[2] فحصر الإسلام في إقليم مُعيّن عن طريق ربطه بجنسية قانونية فيه معارضة لهذا المبدأ، والتصوّر القانوني لها يتعارض مع الإسلام من حيث أنه نظام علماني يقوم على المواطنة والمدنية التي لا تعترف بدين ولا تعتمد عقيدة، **أجيب** بأن هذا التعارض موجود في الذهن بسبب الخلط بين الشريعة التي هي القانون الإسلامي، وبين العقيدة التي ذكر القرآن أن البشرية حرة في اعتناقها، والقول بأنّ كلّ مسلم يملك جنسية الإسلام لا يصح لأنه يعني أن غير المسلم لا جنسية له، ما يتعارض مع وجوب استعمال كل الوسائل للدعوة إلى الإسلام؛ وهو طرح يُعيق عالمية الإسلام، وإنكار الجنسية الإسلامية فيه إنكار لحقبة قامت منذ عصر النبوة إلى يوم سقوط الخلافة العثمانية **(1924م)**،[3] **الثاني** عرف المسلمون فكرة الجنسية بالمفهوم العصري كمعيار لتكوين عنصر الشعب في دار الإسلام، غير أنها كانت مبنية على أساس ديني محض يُراد بها التعبير عن هوية الإسلام المعروفة تحت مصطلح "دار الإسلام"، وحتى بعد القرن 3 هجري حين لم تكن الخلافة تحت سلطان واحد كان المسلم المقيم في أي مكان يملك الجنسية بمجرد الإقامة، فعندما ينتقل لحاجة إلى بلد آخر يصير مواطنا فيه له كامل الحقوق بمجرد الاستيطان، قال عبد الحميد بن باديس: "الجنسية القومية هي مجموع المقومات والمميزات التي يتصف بها ويتأدب بآدابها، والعقيدة التي يبني ديانته على أساسها والذكريات التاريخية التي يعيش عليها وينظر للمستقبل من خلالها، والشعور المشترك بينه وبين من يشاركه هذه المقومات والمميزات"،[4] وقال

---

[1] ابن قدامة المغني 112/6 وعليش منح الجليل دار الفكر 1989م 241/8 والشربيني المغني 604/3 والفتاوي الهندية 286/2 والطيار الحقوق ص.13 و160 ودراز التنازع ص. 157 والبستاني الجنسية ص.81 وقريشي الجنسية ماجستير بومرداس 2010م ص.29 والوقيد الجنسية ص. 41 والقصبي الأصول ص.440

[2] رواه البخاري برقم 438 ومسلم برقم 521 لفظه: "وبعثت إلى كل أحمر وأسود"

[3] جمال الوقيد تعدد الجنسية ص. 52 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 28

[4] عمار طالبي آثار عبد الحميد بن باديس طبعة الشركة الجزائرية الجزائر ط 3، 1997 ج. 2 ص. 230

خلاف: "الدولة الإسلامية إنّما تعتمد في تكونّها على الوحدة الدينية، وجميع من جمعتهم هذه الوحدة هم أمة واحدة؛ وإن اختلفوا في اللغة أو الجنس أو الحكومات أو سائر المميزات"،[1] ويقوي القول بأنّ المسلمين عرفوا الجنسية في الصدر الأول ما صح من الإحصاء في العهد النبوي في حديث: "اكْتُبُوا لِي مَنْ تَلَفَّظَ بِالإِسْلاَمِ، فَكَتَبْنَا لَهُ **1500** رَجُلٍ فَقُلْنَا نَخَافُ وَنَحْنُ **1500** فَلَقَدْ رَأَيْتُنَا ابْتُلِينَا حَتَّى إِنَّ الرَّجُلَ لَيُصَلِّي وَحْدَهُ وَهُوَ خَائِفٌ،[2] ولهذا المذهب آثار منها أنّ جميع المسلمين لهم جنسية الإسلام ولو سكنوا دار الحرب، وأنّ جنسية الإسلام لا تُمنح إلا لمسلم أما غيره فله الإقامة الدائمة أو المؤقتة، وليست له نفس الحقوق والواجبات مثل المسلم فهو ممنوع من الترشح للخلافة والمناصب الحساسة وتؤخذ منه الجزية، **أجيب** بأنّ الدول قد تفرض قيودا على مكتسب الجنسية فالدستور الجزائري **2016م** مثلا يمنع المناصب العليا على مزدوجي الجنسية أو حامليها الذين لا يقطنون بالبلاد، ويمنع الترشح لمنصب الرئاسة لمن كانت زوجته أجنبية بهدف حماية النظام ولا يعني التقليل من مواطنته، والقول بأن الجنسية هي الدين لا يقبله عقل ولا دين فهذه دولة اليهود تنادي بنفس الأمر والجميع يُنكر عليها،[3] **الثالث** عرف المسلمون نظرية الجنسية وهي مزيجٌ بين الدين والولاء للمسلمين ودولة الإسلام عن طريق العهد والعقد الذي يكون من مسلم وغيره، ثمرته أنّ المسلم يملك الجنسية شرط الإقامة في دار الإسلام وأداء ما عليه من واجبات، فإذا سكن غيرها ولم يقم بما عليه كان له حق الأخوة والنصرة دون المواطنة، وأهل الذمة يتمتعون بجنسية الإسلام لأنهم يؤدون الواجبات وعقدهم إلى الممات، وقد سمّى الفقهاء الجنسية بالمواطنة والتبعية والرعاية والحماية والرعوية، وأطلق عليها النبيُّ لفظ "الأمة" في صحيفة المدينة، فالجهل بالمصطلح لا يعني عدم معرفة المفهوم،[4] يُحتجُ له بأنّ دولة الإسلام كانت قائمة على الشريعة لا العقيدة فمن دخل في الحكم الإسلامي ورضي به مُنح الجنسية سواء كان مسلما أو غير مسلم، فأهل الذمة يحملون جنسية الدولة ويحرم المساس بدمائهم وأموالهم وأعراضهم، وقد وصل المسلمون إلى تحديد مركز الأجانب في الدولة حين عقدوا أبوابا فقهية وقانونية وقضائية في مصنفاتهم لأحكام هذه المراكز، وصنفوا فيها مصنفات مستقلة مثل كتاب أهل الذمة لابن قيم، وصرّح أهل العلم بوجوب حماية أهل الذمة كما يُحمى المسلمون ولو أدى ذلك إلى هلاك المسلمين،[5] يقويه ما في صحيفة المدينة: "إِنَّ يَهُودَ بَنِي عَوْفٍ **أُمَّةٌ** مَعَ الْمُؤْمِنِينَ لِلْيَهُودِ دِينُهُمْ وَلِلْمُسْلِمِيْنِ دِينُهُمْ مَوَالِيهِمْ وَأَنْفُسُهُمْ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَأَثِم فَإِنَّهُ لَا يُوتِغُ إِلَّا نَفْسَهُ وَأَهْلَ بَيْتِهِ"،[6] فاليهود اعتبروا أمة مع المسلين في هذه الصحيفة المباركة رغم أنهم لا يدينون بالإسلام، وقال الكاساني: "الذمي من أهل دار

---

[1] عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية ص. 63

[2] رواه البخاري باب كتابة الإمام الناس برقم 3060

[3] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 64 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 26

[4] عرفة الدولي الخاص ص. 29 وفهمي هويدي مواطنون لا ذميون دار الشروق ط 3، 1999م ص. 110

[5] الطيار الحقوق ص. 82 وعرفة الدولي الخاص ص. 23 والزحيلي آثار الحرب ص. 180

[6] سيرة ابن هشام ج. 1 ص. 503 ومعنى يوتغ أي يهلك

الإسلام"،[1] وذكر السرخسي المتوفي **483** للهجرة مركز أهل الذمة القانوني بكل دقّة: "لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ **صَارُوا مِنَّا دَارًا** وَالْتَزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إلَى الْمُعَامَلَاتِ فَيَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ مَا هُوَ ثَابِتٌ فِي حَقِّنَا"،[2] وقال: "لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ حِينَ أَعْطَوْهُمْ الذِّمَّةَ فَقَدْ الْتَزَمُوا دَفْعَ الظُّلْمِ عَنْهُمْ وَهُمْ صَارُوا مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ"،[3] وقال ابن الهمام: "لأَنَّهُ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ"،[4] وقال ابن قدامة: "الذِّمِّيُّ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ تَجْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُهَا وَقَوْلُهُمْ إنَّهَا مِنْ حُقُوقِ دَارِ الْإِسْلَامِ قُلْنَا وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ فَيَمْلِكُهَا كَمَا يَمْلِكُهَا بِالشِّرَاءِ"،[5] وقال البهوتي: "وَأَمَّا كَوْنُ الذِّمِّيِّ فِيهِ كَالْمُسْلِمِ فَلِعُمُومِ الْخَبَرِ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ"،[6] وقال السنهوري: "يجب التمييز بين الجانب العقائدي في الإسلام الذي هو خاص بالمسلمين لا يفرض على من عداهم، وبين الإسلام كثقافة جامعة لكلّ شعوب الشرق وكقانون وفقه معاملات؛ صاغه فقهاء الشرق للبيئة الشرقية بكل خصائصها وجماعاتها البشرية وكمدنية إسلامية أسهمت في صناعتها كل أمم الشرق"،[7] وقال القرضاوي: "أهل الذمة يحملون جنسية دار الإسلام فهم مواطنون في الدولة الإسلامية وعبارة أهل الذمة ليس فيها عيب أو تنقيص بل فيها ما يوحي بوجوب الرعاية والوفاء".[8]

الترجيح الذّي يترجح هو القول الثالث الذي يفيد أن المسلمين عرفوا الجنسية، وأنّها مبنية على الولاء لدولة الإسلام عقيدة وعملا للمسلم بدينه ودفاعه وطاعته، ولغير المسلم من الذميين بالوفاء والحماية وهو جزء لا يتجزأ من الأمة الإسلامية.

* **المسألة الثانية: هل يكسب الذمي الجنسية الإسلامية؟** مذهب الجمهور أنّ الذميّ يملك كامل المواطنة، ويُفرّق بينه وبين المستأمن الذّي لو بقيَ في دار الإسلام سنة رغم إنذار الإمام له بالخروج؛ فإن بقاءه قرينة دالة على تجنسه فيتغيّر مركزه من مستأمن إلى ذميّ، وخالف المالكية فربطوا ذلك باجتهاد الحاكم،[9] قال الجصاص: "لَا يَتْرُكُ الإمامُ الْحَرْبِيَّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مُقِيمًا بِغَيْرِ عُذْرٍ وَلَا سَبَبٍ يُوجِبُ إقَامَتَهُ، فَيَتَقَدَّمَ إلَيْهِ بِالْخُرُوجِ إلَى دَارِهِ فَإِنْ أَقَامَ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إلَيْهِ سَنَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ صَارَ ذِمِّيًّا"،[10] وقال السرخسي: "لِأَنَّهُ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ صَارَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا"،[11] وقال البهوتي: "كَوْنُ الذِّمِّيِّ فِيهِ كَالْمُسْلِمِ فَلِعُمُومِ الْخَبَرِ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ"،[12] فالمستأمن

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع ج. 6 ص. 281
[2] السرخسي المبسوط ج. 5 ص. 38
[3] السرخسي شرح السير الكبير ص. 209
[4] كمال بن الهما فتح القدير ج. 6 ص. 55
[5] ابن قدامة المغني ج. 5 ص. 418
[6] البهوتي شرح منتهى الإرادات ج. 2 ص. 364
[7] محمد عمارة حياة السنهوري ص. 103
[8] القرضاوي الأقليات الدينية والحل الإسلامي ص. 30
[9] راجع عكاشة حرية التنقل والإقامة ص. 315
[10] الجصاص أحكام القرآن ج. 3 ص. 109
[11] السرخسي المبسوط ج. 10 ص. 81
[12] البهوتي شرح منتهى الإرادات ج. 2 ص. 364

يصبح ذميا إذا أقام أكثر من سنة دون خروج أو اشترى أرضا وتملّكها ودفع خراجها، وإذا تزوجت المستأمنة من مسلم أو ذمي صارت ذمية، والأولاد القُصّر يتبعون آبائهم في الإسلام والذمة، وكلّها عوامل توجب الدخول في الذمة، وهي أكثر توسّعا من الأسباب الموجبة لكسب الجنسية في أيامنا كالإقامة، يقويه الشبَهُ الكبير بين عقد الذمة واكتساب الجنسية؛ فالذمة يعقدها الإمام أو من يُفوّضه وكذلك المكتسبة، وعقد الذمة مؤبّدٌ لا يصح مؤقتا وكذلك المكتسبة، ويشترط فيهما الرضا، ولا يمكن للحاكم فسخهما إلا لتصرف مناف لمصالح البلد، والكثير من المعاصرين على منح الجنسية لمن يستوطن بلدا مسلما ولو كان غير مسلم ليصبح مواطنا كامل الحقوق، منهم العودة في "الإسلام وأوضاعنا" وزيدان "أحكام أهل الذمة" والزحيلي "آثار الحرب" وأحمد مسلم "القانون الدولي الخاص" وعبد العزيز عامر "المدخل لدراسة القانون" وهو الراجح.[1]

*** المسألة الثالثة: هل تمنح الجنسية لمن دخل الإسلام دون اللحاق بداره؟**

اختلفوا على قولين: **الأول** بمجرد دخول الكافر إلى الإسلام يتحصل على جنسيته قال به أبو زهرة، هو نتاج القول بأن المسلمين عرفوا الجنسية وربطوها بعقيدة الإسلام المرجوح، **الثاني** يشترط عليه كيْ يتحصّل على جنسية دار الإسلام الانتقال للعيش فيها، وأداء ما عليه من واجبات تجاه الدولة من ولاء وحماية ودفاع وإلا اكتسب الأخوة دون المواطنة، يُخرّج على مذهب أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف، قال الكاساني: "مَالُ الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إلَيْنَا غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْإِتْلَافِ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ نَفْسَهُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالدِّيَةِ عِنْدَنَا، وَحُرْمَةُ الْمَالِ تَابِعَةٌ لِحُرْمَةِ النَّفْسِ بِخِلَافِ التَّاجِرَيْنِ وَالْأَسِيرَيْنِ فَإِنَّ مَالَهُمَا مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ"،[2] ونص عليه الرازي وسيد قطب والمودودي.[3]

أدلة القول الأول قوله **"إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ" (الحجرات 10)** وقوله **"وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللهِ جَمِيعًا" (آل عمران103)** وقوله **"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"، (التوبة 71)** وغيرها مما يدل على أن رابطة الإسلام أقوى رابطة، **أجيب** بأنها توجب الأخوة أما رابطة الجنسية الدينية والسياسية والقانونية فليست داخلة فيها، واحتجوا بحديث: "من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا ذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تخفروا الله في ذمته"،[4] جعل لكل مسلم ذمة بغض النظر عن مكان سكناه، **أجيب** بأن الذمة هنا تعني حرمة الدم والمال والعرض لحديث: "إن أموالكم ودماءكم وأعراضكم حرام عليكم"،[5] ولم يُخالف فيه

---

[1] زيدان الذميين ص.33 ودراز التنازع ص.245 والقصبي الدولي ص.436 وغرايبة الجنسية ص.67

[2] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 132

[3] سيد قطب ظلال القرآن 1559/3 والمودودي تدوين الدستور الإسلامي الرسالة ط 5، 1981م ص. 56 ودراز تنازع القوانين ص. 286 وتوبولياك الأحكام ص. 153 وأبوزهرة العلاقات الدولية ص. 60

[4] رواه البخاري باب فضل استقبال القبلة برقم 391

[5] رواه مسلم عن أبي بكرة باب تغليظ تحريم الدماء الأعراض والأموال برقم 1679

ولا يُقصد محل النزاع أي الحقوق والامتيازات القانونية،[1] واحتجوا بحديث: "المسلم أخو المسلم"،[2] وحديث: "مثل المؤمنين في توادهم"،[3] التي فيها أن الرابطة الإسلامية مقدمة، **أجيب** أن الأخوة لا خلاف فيها وهي معلومة من الدين بالضرورة والخلاف في اكتساب الحقوق والامتيازات، وقالوا: من مقاصد الدين نشره بين الناس ومنح الجنسية لكل مسلم أدعى لدخول الناس فيه، **أجيب** نشره يحتم إعطاء الجنسية للذمي ليتعرف عليه، وقالوا غير المسلم أجنبي في دار الإسلام لا يمنح جنسيتها **أجيب** كيف يُفرق بين الذمي والمستأمن؟![4]

أدلة القول الثاني قوله **"يَا أَيّهَا الذّينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُم المؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَات فَامْتَحِنُوهُنّ فَإِنْ عَلِمتُمُوهُنّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنّ إِلَى الكُفَارِ"، (الممتحنة 10)** المهاجرات اكتسبن حق الإقامة بعد الهجرة إلى دار الإسلام وإلا فقد كنّ مسلمات قبل ذلك،[5] وقوله **"وَالذّينَ لَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلاَيَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتّى يُهَاجِرُوا"، (الأنفال 72)** لم تنف عنهم صفة الإيمان لكنها منعت توليهم، والولاية هنا هي المعنى الموجود في رابطة الجنسية لأنها غير الولاء الأخوي باتفاق فلا يمكن أن يكون معناها فلا أخوة بينكم، وهي واضحة في اشتراط الإقامة الدائمة لاكتساب الجنسية، يقويه قوله بعدها **"وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدّينِ فَعَلَيْكُمُ النّصْرُ"** تدل على وجوب النصرة وهي حقهم العقائدي أما المغنم فلا حقّ لهم فيه لانعدام الهجرة بهذا يستقيم معنى الآية،[6] ولحديث بُريدة الآتي بعد قليل في تصنيف المسلمين حسب الهجرة باعتبار الغنيمة، وقال أحمد بن حنبل : "هذا الصّنْفُ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَهُمُ الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا بَلْ أَقَامُوا فِي بَوَادِيهِمِ لَيْسَ لَهُمْ فِي الْمَغَانِمِ نَصِيبٌ وَلَا فِي خُمسها إِلَّا مَا حَضَرُوا فِيهِ الْقِتَالَ"،[7] وقال سيد قطب: "هؤلاء ليسوا أعضاء في المجتمع المسلم ولا تكون بينهم وبينه ولاية.. لكن هناك رابطة العقيدة وهذه لا تُرتب وحدها تبعات تجاه هؤلاء الأفراد اللهم إلا أن يعتدي عليهم في دينهم فيفتنوا عن عقيدتهم"،[8] واحتجوا بقوله **"إِنّ الذّينَ تَوَفّاهُمُ الملَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِم"، (النساء 97)** نزلت في قوم تخلّفوا عن الهجرة فتعرضوا للفتنة في دينهم فلم يُقبل منهم،[9] فيه دلالة على أنّ اكتساب المواطنة الكاملة لا يتم بمجرد الإسلام لأن هؤلاء كانوا مسلمين، وقوله **"فَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ أَوْلِيَاءَ حَتَّى يُهَاجِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ" (النساء 89)** قال ابْنُ عَبَّاس: "نَزَلَتْ فِي قَوْمٍ كَانُوا بِمَكَّةَ تَكَلَّمُوا بِالْإِسْلَامِ وكَانُوا يُظَاهِرُونَ الْمُشْرِكِينَ، فَخَرَجُوا يَطْلُبُونَ حَاجَةً

---

[1] سليمان توبولياك الأحكام الساسية ص. 159
[2] رواه البخاري برقم 2442 ومسلم برقم 2564
[3] رواه مسلم باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم برقم 2586
[4] رحيل الغرايبة الجنسية ص. 65
[5] رحيل الغرايبة الجنسية ص. 43
[6] سليمان توبولياك الأحكام ص. 153
[7] تفسير ابن كثير ج. 4 ص. 96
[8] سيد قطب في ظلال القرآن ج. 3 ص. 1559
[9] تفسير الطبري ج. 9 ص. 100

فَقَالُوا: "إِنْ لَقِينَا أَصْحَابَ مُحَمَّد فَلَيْسَ عَلَيْنَا مِنْهُمْ بَأْسٌ"، وَأَنَّ الْمُؤْمِنِينَ لَمَّا أُخْبِرُوا أَنَّهُمْ قَدْ خَرَجُوا قَالَتْ فِئَةٌ ارْكَبُوا إِلَى الْجُبَنَاءِ فَاقْتُلُوهُمْ، وَقَالَتْ أُخْرَى أَتَقْتُلُونَ قَوْمًا تَكَلَّمُوا بِمِثْلِ مَا تَكَلَّمْتُمْ بِهِ، فنزلتْ"، ويُروى مثله عَنْ أَبِي سَلَمَةَ وَعِكْرِمَةَ وَمُجَاهِدٍ وَالضَّحَّاكِ،[1] وجه الدلالة أن القوم رُغم إسلامهم نزلت فيهم لعدم لحاقهم بدار الإسلام، واحتجوا بحديث بريدة: "كَانَ رَسُولُ اللهِ إِذَا أَمَّرَ أَمِيرًا عَلَى جَيْشٍ أَوْصَاهُ فِي خَاصَّتِهِ بِتَقْوَى اللهِ ...وفيه "ثُمَّ ادْعُهُمْ إِلَى التَّحَوُّلِ مِنْ دَارِهِمْ إِلَى دَارِ الْمُهَاجِرِينَ وَأَخْبِرْهُمْ أَنَّهُمْ إِنْ فَعَلُوا **فَلَهُمْ مَا لِلْمُهَاجِرِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُهَاجِرِينَ**، فَإِنْ أَبَوْا فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّهُمْ يَكُونُونَ كَأَعْرَابِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يَكُونُ لَهُمْ فِي الْغَنِيمَةِ وَالْفَيْءِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُجَاهِدُوا"[2] الشاهد: "لهم ما للمهاجرين وعليهم ما عليهم" فالحقوق والواجبات مناطة بالهجرة والإقامة في دار الإسلام، وحديث: "أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين"،[3] فيه أن الحقوق والولاء لا يكون إلا بالسكن مع المسلمين والاحتماء بهم وأنّ الإسلام وحده لا يكفي،[4] وقال الحنفية: "مَالُ الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إلَيْنَا غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْإِتْلَافِ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ نَفْسَهُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالدِّيَةِ عِنْدَنَا وَحُرْمَةُ الْمَالِ تَابِعَةٌ لِحُرْمَةِ النَّفْسِ"،[5] ربطوا اكتساب الحق والضمان بالإقامة في بلاد المسلمين، وسئل مالك عَنْ مُشْرِك أَسْلَمَ ثُمَّ غَزَا الْمُسْلِمُونَ تِلْكَ الدَّارَ فَأَصَابُوا أَهْلَهُ وَوَلَدَهُ؟ قَالَ: "هو فَيْءٌ لِلْمُسْلِمِينَ"،[6] قال الونشريسي: "عاصم المال عند مالك وأبي حنيفة الوجود بدار الإسلام دون الإسلام، فما لم يحز المسلم ماله وولده بدار الإسلام وإلا فما أصيب من ذلك بدار الكفر فهو فيء للمسلمين"،[7] وقالوا: المسلم الذي يعيش في دولة الإسلام يتحمل التكاليف والأعباء ويشارك في بناء الدولة ويدافع عليها، فيجب أن يكون وحده من يملك حق الامتيازات، ولا يُعقل أن يشاركه فيها مسلم يعيش بين ظهراني دولة أخرى تعود إليها منافعه بغض النظر عن كونها دولة مسلمة أم لا.[8]

الترجيح لابدّ من الهجرة والإقامة لاكتساب جنسية دولة الإسلام، فلا حماية ومنافع لفرد لا يشارك برابط، نعم قد يعيش المسلم في دار كفر ويحمل جنسيتها على الدوام كما هو حال الجزائريين المهاجرين، ولهؤلاء رباط مع دولهم ينتفعون منها وتنتفع منهم، لكن الأصل أن يكون المقيم هو المتجنس.

* **المسألة الرابعة: هل تجوز الإقامة الطويلة في دار الحرب؟** أجازوا الانتقال إلى دار الحرب لحاجة واختلفوا في الإقامة الطويلة على أقوال: **الأول** تحريمها عليه

---

[1] تفسير ابن كثير ج. 2 ص. 371
[2] رواه مسلم باب تأمير الإمام الأمراء برقم 1731
[3] رواه أبو داود برقم 2645 والترمذي برقم 1696 قال الأرنؤوط "صحيح"
[4] رحيل الغرايبة الجنسية ص. 48 وسليمان توبولياك الأحكام السياسية ص. 155
[5] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 132
[6] المدونة الكبرى ج. 1 ص. 508
[7] الونشريسي أسنى المتاجر ص. 38 وابن العربي أحكام القرآن ج. 1 ص. 602
[8] سليمان توبولياك الأحكام السياسية ص. 156

المالكية والظاهرية، **الثاني** الجواز إذا أمن الفتنة على دينه وعرضه وماله عليه الجمهور، قال الشافعي: "دَلَّتْ السُنَّةُ علَى أَنَّ فَرْضَ الْهِجْرَةِ إنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْ فُتِنَ عَنْ دِينِهِ لِأَنَّ النبيّ أَذِنَ لِقَوْمٍ بِمَكَّةَ أَنْ يُقِيمُوا بِهَا بَعْدَ إسْلَامِهِمْ مِنْهُمْ الْعَبَّاسُ إذْ لَمْ يَخَافُوا الْفِتْنَةَ"،[1] **الثالث** مستحبة إذا أظهر دينه وقام بالدعوة عليه بعض الشافعية.[2]

حجة المانعين حديث: "أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ الْمُشْرِكِينَ"،[3] قال الونشريسي: "الواجب على كل مؤمن السعي في الحفظ على رأس الإيمان بالبعد والفرار عن مساكنة أعداء حبيب الرحمن"،[4] **أجيب** بأن المنع محمول على من فُتن في دينه وقدر على الهجرة ولم يفعل، وقال ابن رشد: "الهجرة باقية لازمة إلى يوم القيامة واجب بإجماع المسلمين على من أسلم بدار الكفر أن لا يقيم بها حيث تجرى عليه أحكام المشركين، وأن يهاجر ويلحق بدار المسلمين حيث تجرى عليه أحكامهم"،[5] أجيب بأن دعوى الإجماع لا تصح.

حجة المجيزين قوله **"إِنّ الذّينَ تَوَفّاهُمُ المَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِم" (النساء 97)** فيها لوم على من مُنع من أداء الواجب فظلم نفسه بعدم الهجرة لإقامة الشعائر،[6] وقد أذن النبي للعباس بالمقام في مكة وهي دار حرب،[7] وأسلم نعيم النحام بَعْدَ عَشْرَةٍ وَكَانَ يَكْتُمُ إسْلَامَهُ؛ سُمِّيَ النَّحَّامَ لحديث: "دَخَلْتُ الْجَنَّةَ فَسَمِعْتُ نَحْمَةً مِنْ نُعَيْمٍ"، ولَمْ يَزَلْ بِمَكَّةَ يَحُوطُهُ قَوْمُهُ لِشَرَفِهِ، فَلَمَّا هَاجَرَ الْمُسْلِمُونَ أَرَادَ الْهِجْرَةَ فَتَعَلَّقُوا به وقَالُوا دِنْ بِأَيِّ دِينٍ شِئْتَ وَأَقِمْ عِنْدَنَا فَأَقَامَ حَتَّى سَنَةَ سِتٍّ فَقَدِمَ مُهَاجِرًا وَمَعَهُ 40 مِنْ أَهْلِهِ"،[8] وتواتر إسلام النجاشي وإقامته في بلده منيعا ولم يثبت أنه أُمر بالهجرة،[9] وسأل صَالِحُ بْنِ فُدَيْكٍ النَّبِيَّ: "يَزْعُمُونَ أَنَّهُ مَنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلَكَ"، قَالَ: "أَقِمِ الصَّلَاةَ وَاهْجُرِ السُّوءَ وَاسْكُنْ مِنْ أَرْضِ قَوْمَكَ حَيْثُ شِئْتَ"،[10] ولحديث: "ثُمَّ ادْعُهُمْ إِلَى التَّحَوُّلِ مِنْ دَارِهِمْ وَأَخْبِرْهُمْ أَنَّهُمْ إِنْ فَعَلُوا فَلَهُمْ مَا لِلْمُهَاجِرِينَ، فَإِنْ أَبَوْا **فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّهُمْ يَكُونُونَ كَأَعْرَابِ الْمُسْلِمِينَ** وَلَا يَكُونُ لَهُمْ فِي الْغَنِيمَةِ وَالْفَيْءِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُجَاهِدُوا مَعَ الْمُسْلِمِينَ"،[11] فيه إذن لعدم الهجرة للأعراب ومنعهم الفيء فقط.

حجة الاستحباب كلّ نص يحث على الدعوة إلى الله وتحمل الشدائد لذلك كقوله **"ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ "، (النحل 125)** وقول النبي

---

[1] الشافعي الأم ج. 4 ص. 169

[2] ابن حجر فتح الباري ج. 7 ص. 229 وابن رشد المقدمات ج. 2 ص. 153 والونشريسي المعيار ج. 2 ص. 138 والونشريسي أسنى المتاجر ص. 38 والجبوري الأقليات المسلمة ص.180

[3] رواه أبو داود برقم 2645 وصحح إسناده الألباني

[4] الونشريسي المعيار المعرب ج. 2 ص. 138

[5] ابن رشد المقدمات المتممات ج. 2 ص. 153

[6] تفسير البيضاوي تح المرعشلي التراث ط 1، 1418هـ 92/2 وتفسير القرطبي 345/5

[7] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 17762

[8] ابن سعد الطبقات الكبرى ج. 4 ص. 103

[9] سليمان توبولياك الأحكام السياسية ص. 53

[10] رواه ابن حبان في صحيحه برقم 4861

[11] رواه مسلم في صحيحه باب تأمير الأمراء برقم 1731

لعليّ: "ادْعُهُمْ إِلَى الإِسْلاَمِ فَوَاللَّهِ لَأَنْ يَهْدِيَ اللَّهُ بِكَ رَجُلًا خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ يَكُونَ لَكَ حُمْرُ النَّعَمِ"،[1] وإرساله مصعب بن عمير إلى المدينة وهي يومئذ دار كفر للدعوة فمكث فيها سنة،[2] وأفتى به مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.[3]

الترجيح القول بالجواز أولى لأنه الموافق لصنيع النبي، والناس في الغالب يتبعون أرزاقهم فقد تحملهم الأقدار على الإقامة في بلد غير مسلم؛ فإذا أمِن على دينه وعرضه وماله جاز، وإن أقام مجتهدا بالدعوة كانت إقامته مستحبة.

* **المسألة الخامسة: هل يجوز التجنّس بجنسية غير إسلامية؟** لم يتصوّر فقهاؤنا أن يتجنس مسلم بجنسية دولة غير مسلمة؛ لأنّه كان خاضعا للعقيدة مبينا على الولاء الديني، فكان من يفعله يُعتبر من المرتدين المبدلين للدين الخائنين للأهل والعشيرة والوطن، أما في الحاضر فقد أصبح خاضعا للقانون بعيدا عن العقيدة والدين، وقد طُرحت مسألة التجنّس أول مرة بداية القرن 20م حين كانت أغلب دول الإسلام تئنّ تحت وطأة الاستعمار، فكان فقهاء تلك الفترة يتشدّدون في تحريم التجنس، وقد طرحها طلبة علم من تونس في الأزهر الشريف فكان الجواب متصلبا وهو تشدّدٌ في محلّه، ثم خفّ بعد الاستقلال وأخذت الآراء تلين شيئا فشيئا بسبب هجرة المسلمين إلى أوروبا طلبا للرزق والمعرفة، ولأنه بالإمكان التجنس والاحتفاظ بالجنسية الأصلية دون تعريض البلد الأصلي للمخاطر أو الخيانة، والخلاف فيها على قولين: **المنع مطلقا** عليه ابن باز وابن السبيل واللجنة الدائمة للبحوث بالسعودية فتوى 2393، ورشيد رضا والدجوي والسيد الطنطاوي من مصر، والشيخ ابن باديس والابراهيمي من جمعية العلماء المسلمين الجزائريين، والبوطي من سوريا وعلي محفوظ والشيخ محمد الزرقاني، **الجواز مطلقا** عليه القرضاوي ووهبة الزحيلي والنيفر وفيصل مولوي شرط المحافظة على الدين والعرض وعدم الفتنة، وأجازه السلامي مفتي تونس للضرورة وقيل تعتريه الأحكام الخمسة.[4]

* **دليل المانعين** تحريم موالاة غير المسلمين بقوله **"وَمَنْ يَتَوَلّهُم مِنْكُمْ فَإِنّهُ مِنْهُم"، (المائدة 51)** وحديث: "مِنَ الْعَصَبِيَّةِ أَنْ يَنْصُرَ الرَّجُلُ قَوْمَهُ عَلَى الظُّلْمِ"،[5] **أجيب** ليس في التجنّس موالاة وإنّما لجوء إلى دول لديها من العدل ما لا يوجد في دول الإسلام وهو كلجوء الصحابة إلى الحبشة،[6] واحتجوا بقوله **"إِنّ الّذِينَ تَوَفّاهُمُ المَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِم"، (النساء 97)** فيها دلالة على تحريم الإقامة بين ظهراني الكفار، **أجيب** بأنه مخصوص بمن استطاع الهجرة ولم يفعل، وكان يُقيم ببلد يُفتن فيه

---

[1] رواه البخاري رقم 3009 ومسلم رقم 2406

[2] سيرة ابن هشام ج. 1 ص. 434

[3] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1095

[4] ابن سبيل حكم التجنس مجالس الهدى الجزائر ط 1، 2007م ص. 56 وزردومي السياسة ص. 212 ويسري النوازل ص. 1100 وصبحي الجنسية ص. 89 وتقي العثماني بحوث قضايا معاصرة دار القلم ط 2، 2003م ص. 329 والوقيد تعدد الجنسية ص. 55 وراجع حرية التنقل ص. 317

[5] رواه أبو داود باب في العصبية برقم 5119 وأحمد برقم 16989 قال الأرنؤوط "إسناده حسن"

[6] ابن السبيل حكم التجنس ص. 11 ورحيل الغرايبة الجنسية ص. 155

عن دينه بدليل استثناء المستضعفين في آية أخرى، وترخيص النبي للعباس بالإقامة بين أهل الشرك، واحتجوا بأحاديث تدل بظاهرها على التحريم كحديث: "من جامع المشرك وسكن معه فإنه مثله"،[1] وحديث: "أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ الْمُشْرِكِينَ"[2] وحديث: "لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْ مُشْرِكٍ بَعْدَمَا أَسْلَمَ عَمَلًا أَوْ يُفَارِقَ الْمُشْرِكِينَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ"،[3] وحديث: "بَايَعْتُ الرَسُولَ عَلَى إِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ وَعَلَى فِرَاقِ الْمُشْرِكِ"،[4] وكلّها تدل على تحريم الإقامة بينهم فضلا عن التجنس بجنسيتهم، **أجيب** أنّها مُقيّدة بحالة الحرب وعدم القدرة على إقامة الشعائر، وقالوا في التجنس تحاكم إلى قوانين كفرية المحرّم بقوله **"أَفَحُكْمَ الجَاهِلِيَةِ يَبْغُونَ"، (المائدة 50)** وفيه التزام بقانون كافر في المجال الشخصي وغيره، **أجيب** بأن دول الإسلام لا تتحاكم إلى الشريعة بل إلى قوانين غربية ولم يسلم سوى فقه الأسرة، وأغلب المتجنسين لهم محاكم صورية ومراكز يعودون إليها والقانون يُستعمل فقط لترسيم المعاملة، وقالوا في التجنس تأبيد الإقامة وموالاة الكفار، **أجيب** بما سبق من ترجيح جواز الإقامة الدائمة في دار الحرب إذا لم يُفتن واستطاع إقامة الشعائر، كما احتجوا بالآثار المترتبة كالتجنيد في الجيوش تحارب المسلمين الذي هو من الركون المنهي عنه بقوله **"وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الذّينَ ظَلَمُوا"، (هود 113)** ودفع الضرائب وتقوية الشوكة، **أجيب** المسلم الحق يمكنه تفادي ذلك بطرق قانونية.[5]

دليل المجيزين قد تكون هناك مصلحة في الفرار بالدين من حاكم طاغي، أو طلب العلم والمعرفة أو للدعوة إلى الله، أو الحصول على عمل لائق، وقياسا على جواز الإقامة الدائمة بين ظهراني الكفار شرط أمن الفتنة؛ لأن التجنّس إقامة دائمة مع عقد قانوني يحفظ الحقوق، وتُسهل الجنسية القيام بواجب الدعوة دون خوف، وتُيسّر الحياة بالترقي في الوظائف وخدمة الدين والمسلمين من مركز قوة، وكثير من المتجنسين لهم مشاكل عويصة مع بلدانهم الأصلية لأنها قمعية، لا يمكن فيها الاجتهاد للدين أو الدنيا، وكأن هجرة أمثال هؤلاء تشبه هجرة الصحابة إلى الحبشة، لأن المتجنس يحصل على مصالح كحق الملكية والانتخاب وتولي الوظائف وهي مصالح تفوق المفاسد، قال ابن تيمية: "الشَّرِيعَةَ جَاءَتْ بِتَحْصِيلِ الْمَصَالِحِ وَتَكْمِيلِهَا وَتَعْطِيلِ الْمَفَاسِدِ وَتَقْلِيلِهَا وَأَنَّهَا تُرَجِّحُ خَيْرَ الْخَيْرَيْنِ وَشَرَّ الشَّرَّيْنِ"،[6] والذين حرّموا التجنس في القرن الماضي كانوا على صواب لأنه كان تجنّسا بجنسية دولة مستعمِرة حربية فيه خيانة لله ورسوله والمسلمين؛ فأفتى من أفتى بتحريمه كابن باديس ورشيد رضا، أما اليوم فقد اختلف الوضع لأن الدول الغربية تكفل الحريات الدينية والموالاة المحرمة ما اقترن بالرضا الكامل بمعتقداتهم، أما إذا تمّ تحصيل الحقوق والقلب

---

[1] رواه أبو داود باب في الإقامة في أرض الشرك برقم 2787 وصححه الألباني
[2] رواه أبو داود برقم 2645 وصحح إسناده الألباني
[3] رواه النسائي باب من سأل بوجه الله عز وجل برقم 2568 وحسن إسناده الألباني
[4] رواه النسائي باب البيعة على فراق المشرك برقم 4175 وصححه الألباني
[5] ابن السبيل التجنس ص.9 والعثماني القضايا ص.330 ويسري النوازل ص. 1108
[6] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 20 ص. 48

متعلق بالإسلام فليس منه، في الحديث: "يُسْتَعْمَلُ عَلَيْكُمْ أُمَرَاءُ فَتَعْرِفُونَ وَتُنْكِرُونَ فَمَنْ كَرِهَ فَقَدْ بَرِئَ وَمَنْ أَنْكَرَ فَقَدْ سَلِمَ وَلَكِنْ مَنْ رَضِيَ وَتَابَعَ"،[1] فيه رفع الملام بالإنكار القلبي وأن الصلاة هي المعيار فإذا استطاع المتجنس تأديتها فلا ضير، ولحديث: "خِيَارُ أَئِمَّتِكُمُ الَّذِينَ تُحِبُّونَهُمْ وَيُحِبُّونَكُمْ وَتُصَلُّونَ عَلَيْهِمْ وَيُصَلُّونَ عَلَيْكُمْ، وَشِرَارُهم الَّذِينَ تُبْغِضُونَهُمْ وَيُبْغِضُونَكُمْ وَتَلْعَنُونَهُمْ وَيَلْعَنُونَكُمْ"،قَالُوا أَفَلَا نُنَابِذُهُمْ؟ قَالَ "لَا مَا أَقَامُوا فِيكُمُ الصَّلَاةَ"،[2] وغيرها.[3]

الترجيح التجنّس بجنسية دولة غير إسلامية جائز بشروط: ألا تكون الدولة تعادي المسلمين بحرب علنية، وأن يكون فيه مصلحة راجحة ومشروعة، أو لسبب مشروع من اضطهاد أو حاجة ملحة أو ولادة في بلد غير مسلم، وأن يكون ولاؤه لله ولإخوانه المسلمين، ويستعمل مآثرها في الدعوة إلى الله ورسوله والإسلام، فإذا توفرت كلّها أو إحداها فلا مانع لرجحان المصالح على المفاسد.

*** المسألة السادسة: ما حكم الزواج الصوري لاكتساب الجنسية أو الإقامة؟**

اتفقوا أنّه من تزوّج امرأة مسلمة أو كتابية في دار الكفر ثم تحصّل بزواجه على الجنسية أو الإقامة، فإن زواجه هذا صحيح ولا يضر ما تقرّر من كراهة الزواج بالكتابية في دار الحرب، واتفقوا أن التصريح بمدة الزواج في العقد يلحقه بزواج المتعة الباطل إجماعا،[4] ومذهب الجمهور خلافا للحنابلة والأوزاعي صحة الزواج بنية الطلاق إذا أضمر ولم يُصرّح بنيته أثناء العقد أو خارجه،[5] أما الصورة المختلف فيها فهي أن يتزوج مسلم بمسلمة أو كتابية في بلاد الحرب أو العهد لا يريد إلا الإقامة، وقد يتفق الطرفان على مبلغ مالي أو لا يتفقان، وربما عاشا متفرقين أو تعاشرا، وهي من النوازل المستحدثة التي انتشرت في العقود المتأخرة، وقد عُرضت على مجامع فقهية أوروبية وأمريكية وعربية، فكان ردّ مجمع الإفتاء الأوروبي ومجلس علماء الشريعة لأمريكا واللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية بالتحريم والبطلان؛ لأن صورة العقد منافية لأركان الزواج، واشتراط كون الزواج صوريا سواء أُعلن أم أُضمر يبطل العقد، وفيه عبث بمقاصد النكاح واتخاذ آيات الله هزؤا، والتصريح بالتوقيت في بعض صُوره يلحقه بالمتعة، وفي أغلب صوره غش وخداع وضرر وفي الحديث: "لا ضرر ولا ضرار"[6]، وفي آخر: "من غش فليس منّا"،[7]

---

[1] رواه مسلم باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع برقم 1854

[2] رواه مسلم باب خيار الأئمة وشرارهم برقم 1855

[3] ابن السبيل حكم التجنس ص. 7ويسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1111

[4] أجاز الشيعة زواج المتعة يُروى عن ابن عباس وحرمه حديث سبرة رواه مسلم رقم 1406 ونقل الإجماع عليه القاضي عياض والمازري وابن النجيم وابن بطال، ابراهيم التوازل ص. 992

[5] ابن الهمام فتح القدير 249/3 والباجي المنتقى 335/3 وابن قدامة المغني 179/7 وصالح آل منصور الزواج بنية الطلاق دار ابن الجوزي ط 1، 1428 ص. 43 ويسري ابراهيم فقه النوازل ص. 984

[6] رواه أحمد عن ابن عباس رقم 2865 وابن ماجه عن عبادة برقم 2340 وصححه الألباني

[7] رواه الترمذي باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع برقم 1315 وصححه الألباني

وفيه تشويه صورة الإسلام في الغرب، ويشبه التحليل المحرم الذي سُمّي فاعله بالتيس المستعار،[1] ويدخل في التزوير والاحتيال على القانون.[2]

المطلب الرابع: اكتساب الجنسية بالزواج المختلط

تضع الدولُ شروطا لمنح جنسيتها وفق سياستها في توطين المهاجرين، فإذا كانت ممّن يشجع الهجرة إليها خففتها والعكس، غير أنّها تُخفّفها قولا واحدا إذا كان من يريدها متزوّجا بمواطنة؛ لأن توحيد الجنسية داخل الأسرة مفيد لها خاصة إذا وقع تنازع أو توارث، ولتتجنب الرجوع إلى قواعد الإسناد ومساعدة الأطفال في الحصول على جنسيتة والديهم، لم يشذ عن ذلك سوى بعض الدول العربية كالإمارات التي لا تزال تمنعها عن الزوج الأجنبي ولو كان متزوجا من إماراتية حسب المادة 2/3 قانون جنسية 1975م، فتخفيف شروط اكتساب الجنسية بسبب الزواج ليس إلا تطبيقا لمبدأ وحدة الجنسية في العائلة المعروف منذ الصحوة القانونية، ويتفق الفقه على أن الزواج المختلط لا يُعدّ سببا لتحصيل الجنسية بصفة آلية وإنما هو عامل مخفف، كما نصت المادة 37 جنسية فرنسي رقم **93-933 لسنة 1993م**: "الزواج لا يؤثر بصفة آلية على الجنسية"، وفي اتفاقية جمعية الأمم المتحدة متعلقة بجنسية الزوجة لسنة 1957م: :لا يجوز لانعقاد الزواج أو انحلاله بين أحد المواطنين وبين أجنبي ولا لتغيير الزوج لجنسيته أثناء الحياة الزوجية أن يكون بصورة آلية ذا أثر على جنسية الزوجة"، فيها منع نزع الجنسية الأصلية للزوجة بسبب طلبها جنسية زوجها،[3] والزواج المختلط عندنا ما اختلف فيه دين الزوجين؛ كأن يكون الزوج مسلما والزوجة كتابية، أو يكون ذميا وزوجته حربية لحقت به بعد الزواج، أو يسلم أحد الزوجين ويريد انتظار إسلام زوجه، فيُطرح سؤال مفاده هل تمنح جنسية دولة الإسلام حقّ الإقامة الدائمة بسبب الارتباط بالزواج؟ الذي وجدته هو الإقرار بذلك: قال السرخسي: "الْحَرْبِيَّةُ الْمُسْتَأْمَنَةُ إذَا تَزَوَّجَتْ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَقَدْ تَوَطَّنَتْ وَصَارَتْ ذِمِّيَّةً لِأَنَّ الْمَرْأَةَ فِي السُّكْنَى تَابِعَةٌ لِلزَّوْجِ"،[4] وحقّ الإقامة الدائمة هو أساس الجنسية بالمفهوم المعاصر إذا زيد عليها منح الحقوق، هذا من جهة النساء بحكم التبعية للأزواج، أما إذا تزوّج زوج أجنبي غير مسلم بامرأة ذمية مقيمة في دار الإسلام ففيه خلاف، قال السرخسي: "إذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ مُسْتَأْمَنًا فَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ لَيْسَ بِتَابِعٍ لِامْرَأَتِهِ فِي السُّكْنَى"،[5] احتج له الكاساني بأنّ الفَرْق أَنَّ الْمَرْأَةَ تَابِعَةٌ لِزَوْجِهَا فَإِذَا تَزَوَّجَتْ بِذِمِّيٍّ فَقَدْ رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ فِي دَارِنَا فَصَارَتْ ذِمِّيَّةً تَبَعًا لِزَوْجِهَا، أَمَّا الزَّوْجُ فَلَيْسَ بِتَابِعٍ لِلْمَرْأَةِ فَلَا يَكُونُ تَزَوُّجُهُ

---

[1] ابن ماجه رقم 1936 عن عقبة مرفوعا: "التَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ هُوَ الْمُحَلِّلُ لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"، والتيس الذّكر من الظباء والمعز، السيوطي مصباح الزجاجة ط قديمي كراتشي باكستان ص. 139 صححه الحاكم والذهبي وحسن إسناده عبد الحق وابن حجر والألباني في صحيح وضعيف ابن ماجه نور الإسلام 436/4

[2] يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات ص. 989 وسالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية ص. 408

[3] رحاوي الزواج المختلط ص. 43 وأعمر يحياوي المساواة ص. 84 وبن عبيدة الجنسية ص. 73

[4] السرخسي المبسوط ج. 10 ص. 84

[5] نفس المرجع السابق ج. 10 ص. 84

إِيَّاهَا دَلِيلَ الرِّضَا بِالْمُقَامِ فِي دَارِنَا، فَلَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا،[1] وكأن الحنفية أخذوا بوحدة الجنسية داخل العائلة فتأخذ الزوجة جنسية زوجها آليا ويمنع العكس، ويشترط له قانونا أن يكون الزواج صحيحا، وهل يجب أن يكون صحيحا وفق القانون الوطني أم الزوج الأجنبي أم مكان الإبرام؟ الراجح اعتماد قانون القاضي لأنه من يمنحها، ويُشترط استمرار الزواج مدة تختلف حسب حاجة الدولة، فالجزائر تشترط 3 سنوات والكويت 5 والعراق يعفي العربية ويحددها لغيرها 3 سنوات، وأن يقيم طالبها فترة لتتهيأ فرصة مراقبة سلوكه ومدى اندماجه، وقد مرّ القانون بثلاثة مراحل في منح الجنسية بصفة آلية للزواج: وحدة الجنسية واستقلالها والتخفيف.[2]

* **مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة:** تكسب الزوجة جنسية زوجها بطريقة آلية بقوة القانون، هو السائد لدى الرومان وفي الفقه الإسلامي رغم أن فكرة الجنسية لم تكن قد تبلورت بشكل نهائي؛ إلا أنّ العُرف كان يلزم بتبعية الزوجة لزوجها، وهو المعروف في القرنين 19 و20م لأن مصلحة الأسرة كانت تقتضيه والمرأة تابعة لزوجها في حلّه وترحاله، ومن مصلحتها ألا تكون أجنبية في بلد زوجها خاصة أنّه يُوحّد القانون الذي يحكم على الزوجين، وهو من مصلحة الدولة لتتجنّب التنازع، ومن مصلحة الأولاد كي يترعرعوا في أسرة موحدة من جهة الجنسية، أخذت به لبنان المادة 5 قرار **15** سنة **1952م**: "المرأة الأجنبية التي تقترن بلبناني تصير لبنانية"، والمادة 14 الجنسية المصري سنة 1929م: "المرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري تصير مصرية" ألغيت بتعديل 1975م، والمادة 10 الجنسية الأردني سنة 1928م والفصل 13 قانون 6 التونسي شرط أن تفقد المرأة جنسيتها الأصلية بزواجها، والمادة 17 قانون سعودي رقم **4** بتاريخ **1374/1/25**، والمادة 22 مدني إسباني والايطالي لسنة 1921م، وكلّها قواعد تم إلغاؤها أو تعديلها لاحقا، **انتقُد** المبدأ لأنه مبنيٌّ على تنقيص المرأة خاصة إذا جُرّدت من جنسيتها الأصلية بمجرد عقدها كما في المادة 11 قرار مجلس الوزراء السعودي تاريخ **2004/10/8م** والمادة 11 جنسية إماراتي عام 1972م، والمادة 11 مكرر الجنسية الكويتي رقم **15** سنة **1959م** ونفسه في البحرين وقطر، والمادة 8 الجنسية الصيني سنة 1980م والمادة 5 من الجنسية الياباني لسنة 1985م والمادة 9 من الجنسية الهولندي لسنة 1985م، وحتى بدون التجريد فإنّه يُؤدي إلى تعدد الجنسيات المذموم، واختلاف الجنسية لا يؤثر على استقرار الأسرة لأنّ مركز الأجنبي صار مقننا تُحترم فيه الحقوق.[3]

* **مبدأ استقلال الجنسية في الأسرة:** تم تقنين المساواة بين الجنسين في أوروبا وأمريكا بعد الحرب العالمية الأولى **(18/14)**، فتغيّرت نظرة المشرعين

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 110

[2] قريشي الزواج المختلط ص. 8 ومسعودي التنازع ص. 128 وبديع الدولي الخاص ص. 324 وعرفة الدولي الخاص ص. 94 ويحياوي المساواة ص. 84 وزيدان الذميين ص. 36 والغرايبة الجنسية ص. 70

[3] السرخسي المبسوط 84/10 وعرفة القانون الدولي ص. 94 وزروتي دراسات في الدولي الخاص 25/2 والوقيد تعدد الجنسية ص. 373 وقريشي أثر الجنسية على الزواج ص. 45

الغربيين نحو تجنس المرأة بجنسية زوجها بطريقة آلية، حيث بدأت المرأة تتحصل على حقوقها تدريجيا كحق الانتخاب والترشح وباقي الحقوق السياسية والاجتماعية والقانونية، فظهرت فكرة استقلالية الجنسية؛ بمعنى أنّها بعد زواجها تبقى حرّة في التمسك بجنسيتها الأصلية أو كسب جنسية زوجها بإرادتها، بناء على ركن الرضا الذي لا يُستثنى منه إلا المولود الجديد لمصلحته، ولأنّه ليس من مصلحة الدولة أن تُمنح جنسيتها بطريقة آلية، فقد يؤدي إلى تشدّدها في قبول تصريح الزواج خشية حصول الطرف الثاني على الجنسية بصورة آلية، **انتقد** لأنه يؤدي إلى وجود جنسيتين في أسرة واحدة فيتحيّر الأولاد بأيهما يأخذوا، خاصة إذا عاشت الأسرة في دولة تعتمد أساس الدم كما هو حال دول الإسلام، وفي الطلاق يحتاج القاضي إلى الحكم في على الانحلال المختلط بكل تعقيداته.[1]

* **مبدأ الأثر المخفف:** يعتمد هذا المبدأ على مصلحة الأسرة والاختيار والمساواةن وهو مبدأ وسط يعني أنّ الزوجة بتزوجها من زوج أجنبي تحتفظ بجنسيتها الأصلية ولا تُفرض عليها جنسية زوجها بصورة آلية، فإذا أرادتها فإنّ شروط تمكينها منها تكون أخف من العادية من جهة مدة الزواج أو الإقامة، وهو مبدأ عادل تُحفظ به مصلحة الأسرة بتوحيد جنسية أفرادها ومصلحة الدولة بأن تُقرّر لمن تمنحها، ومصلحة المرأة في حفظ إرادتها في البقاء على جنسيتها الأصلية أو اكتساب جنسية زوجها، استقر عليه الاتفاق الدولي ومعاهدة لاهاي لتوحيد القانون الدولي 1930/4/12م واتفاق "مونتيفيديو" للجنسية بأمريكا اللاتينية 1933م، والاتفاقية الثنائية بين فرنسا وبلجيكا 1947/1/9م والمادة 15 إعلان عالمي واتفاقية الأمم المتحدة للحقوق السياسية للمرأة 1952/12/20م واتفاق الجامعة العربية للجنسية 1954م، والمواد 1 و2 و3 اتفاقية نيويورك لجنسية المرأة 1957/2/20م واتفاق المجلس الأوروبي 77-12 بتاريخ 1977/5/27م واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة **Cedaw**.[2]

* **كسب الجنسية بالزواج المختلط في قانون الجزائر:** مرّ بثلاث مراحل من التشدد إلى التساهل: **قانون 1963م** اشتُرط على الأجنبية المتزوجة من جزائري التنازل عن الأصلية ومُنع منها الزوج إلا بتجنس عادي، **قانون 70-86 مؤرخ 1970/12/15م**: أجيز لها الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية مع التخفيف والزوج على المنع، **تعديل 05-01 مؤرخ 2005/2/27م** سُمح للزوجين بتحصيلها بطريقة مخففة شرط زواج صحيح 3 سنوات وإقامة معتادة لعامين واشتُرطت سبع سنوات للعادي، وحسن السيرة والقدرة على المعيشة لحماية المجتمع وطلب خطي.[3]

---

[1] قريشي رزيقة أثر الزواج ص. 18 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص 95

[2] قريشي الجنسية ص. 31 و72 ويحياوي المساواة ص.234 ومسعودي التنازع ص.129

[3] حبار الدولي الخاص ص. 285 وقريشي أثر الزواج على الجنسية ص. 32 وجبار صلاح الدين اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره مجلة المفكر بسكرة ع 11 ص. 147

* **كسب الجنسية عن طريق الزوجة:** لا فرق في دول الغرب بين رجل وامرأة في منح الجنسية بالزواج المختلط أو إعطاء الأم جنسيتها لأولادها، وكانت الدول تمنع منح جنسية المرأة لزوجها أو أولادها، ثم تطوّر الأمر نحو الجواز بسبب ثلاثة اتفاقيات دولية: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المنبثق عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16م، **صادقت عليه الجزائر قانون رقم 89-08 المؤرخ 1989/4/25م**، واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المصادق عليها من طرف الجمعية العامة بتاريخ 1989/11/20م، صادقت عليها الجزائر **منشور في الجريدة الرسمية عدد 91 لسنة 1992م**، ثم أقواها اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" **Cedaw** التي أوجبت المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية، وبقيت دولٌ على المنع كالإمارات والسعودية والبحرين والعراق وسوريا والأردن وقطر وكولومبيا والشيلي وفينيزويلا والأوروقواي والهند وأندونيسيا، وسهلت أخرى كسبها بالزواج المختلط إلى أقصى حدّ كالسلفدور التي منحت الزوج جنسية زوجته بمجرد الطلب واشترطت إيرلندا الطلب والموافقة، وقررت دول منحها للزوج بأثر مخفف في الإقامة كأمريكا التي اشترطت 5 سنوات إقامة للعادي و3 للمتزوج من أمريكية، وإيطاليا ونيكاراقوا والبرازيل والمكسيك وكوبا وسلطنة عمان والأرجنتين، واشترطت دول مدة مخففة دون أن يكون لها قوة القانون كالسويد والدانمارك وهولندا وألبانيا وفرنسا وتونس والجزائر.[1]

* **الأم تمنح جنسيتها لأولادها:** اتفق المسلمون على أن الأب المسلم يمنح جنسيته لأولاده ولو كانت أمهم غير مسلمة، وأنّ الزوجين الذميين الحاصلين على جنسية دار الإسلام يمنحان أبناءهما جنسيتهما بعقد الذمة، ثم اختلفوا في منح الأم جنسيتها الإسلامية لأولادها من زوج غير مسلم، وهو ما يُتصور في امرأة أسلمت وبقي زوجها على دينه ففارقته ولحقت رفقة أبنائها بدار الإسلام، الجمهور على أن الولد يتبع خير أبويه دينا قال السرخسي: "فَإِنْ أَسْلَمَ أَبَوَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا فَقَدْ صَارَ الصَّبِيُّ مُسْلِمًا تَبَعًا لِمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمَا فَإِنَّهُ يَتْبَعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا"،[2] ومذهب مالك أنه يتبع دين أبيه فلا ينال جنسية أمه إلا إذا دخل في الذمة، قال ابن عبد البر: "إن أسلم أحد أبويه فهو على دين أبيه"،[3] ويبدو أنّ رفع هذا القول إلى المالكية هو من باب التخريج؛ لأنّه مادام الولد يلحق بدين أبيه فهو غير مسلم، ولما كان مهاجرا مع أمه إلى دار الإسلام لزمه عقد ذمة ليتحصل على الجنسية ويشترط رضاه وأهليته، وهو ظاهر الضعف فوجب تصحيح رأي الجمهور،[4] وقد تباينت القوانين فيما يخص منح الأم جنسيتها لأبنائها: **الأول** منعه مطلقا عليه المجر وليبيا والسودان وقطر خشية الانفجار

---

[1] قريشي الزواج ص.86 وعرفة الدولي الخاص ص.102 والبستاني الجنسية ص.131 وبليل نونة أثر انحلال الرابطة على الجنسية المكتسبة بالزواج مج الباحث للدراسات مج 8 ع 1 سنة 2021 ص. 892

[2] السرخسي المبسوط ج. 10 ص. 63

[3] ابن عبد البر الكافي فقه أهل المدينة ج. 1 ص. 467

[4] يسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1092 ورحيل الغرايبة الجنسية ص. 88

السكاني، ولقوامة الرجل لأنّه الممثل القانوني لأبنائه ووليّهم، وللاعتبار الديني لأنّ منح جنسية الأم لابنها ذريعة لإعطائها الجنسية لأولاد غير شرعيين، ولمنع ازدواجيتها ما أمكن لضررها، **الثاني** تمنحها احتياطيا في حالات كأن تُجهل جنسية الأب أو ينعدم النسب إلا من جهة الأم لمنع انعدامها، عليه سوريا والأردن وتونس والسعودية والبحرين، **الثالث** لها حق المنح مطلقا عليه القوانين الغربية ومصر تعديل 2004م والجزائر تعديل 2005م والمغرب تعديل 2007م، ولم يشترط قانون الجزائر ولادة الطفل في الجزائر أو أن يكون الزواج فيها وهو خلل جسيم، أما فرنسا فقيّدته بقيود صارمة في المادة 18 الجنسية 1973م.[1]

* **فقد الجنسية بسبب انحلال الزواج المختلط:** إذا كان نزع الجنسية بطلب من المعني سُميّ بالتغيير وهو مسموح به في كل الدول، خاصة إذا كان للزواج المختلط جمعا للشمل العائلي، ولكل دولة قانونها وشروطها في ذلك وهو داخل في الحريات، وفي الفقه الإسلامي إذا طلب الذميُّ تغيير جنسيته واللّحاق بدار الحرب أُقرّ عليه، قال النووي: "إِذَا اخْتَارَ ذِمِّيٌّ نَبْذَ الْعَهْدِ وَاللُّحُوقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَلَغَ الْمَأْمَنَ"،[2] فإذا كان النزع بأمر من الدولة بسبب مخالفة القانون سُمى بالتجريد وهو على أنواع: تجريد بعد الحصول على الجنسية في الفترة المقررة للاختبار التي حددها القانون يُسمّى "السحب"، وتجريد سببه ارتكاب عمل ينافي الولاء السياسي للدولة يُسمى "الإسقاط"، يكون عقوبة في حق المجرّد ويؤدي إلى ظهور عديمي الجنسية،[3] وفي فقه الإسلام حالات يمكن فيها لوليّ الأمر تجريد شخص من جنسيته منها الردة وستأتي، والحرابة لقوله "**إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ أَنْ يُقَتَّلُوا**"، **(المائدة 33)** أي قطع الطرق بالسرقة والقتل فقد جاء في آخرها "**أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ**"، وبالنفي قال الحنابلة وأكثر الشافعية وبعض المالكية،[4] قال ابن رشد: "الظاهر أَنَّ النَّفْيَ تَغْرِيبُهُمْ عَنْ وَطَنِهِمْ وَهِيَ عُقُوبَةٌ مَعْرُوفَةٌ بِالْعَادَةِ مِنَ الْعُقُوبَاتِ كَالضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَكُلُّ مَا يُقَالُ فِيهِ سِوَى هَذَا فَلَيْسَ مَعْرُوفًا"،[5] وقال ابن قدامة: "هو الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ وَالْحَبْسُ إمْسَاكٌ وَهُمَا يَتَنَافَيَانِ"،[6] وتختلف الحرابة عن البغي الذي يعني في اللغة التعدّي والظلم وقصد الفساد، واصطلاحا فئة من المسلمين يخرجون عن الجماعة وإمام المسلمين يستحلون الدماء والأموال بتأويل ولهم منعة، مذكور بقوله "**وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى**"، **(الحجرات 9)** الفرق بينهما أن القصد من قتل البغاة ردعهم وردّهم إلى الجماعة، والجمهور على أنهم لا يُجردون من جنسيتهم إلا بقتال أو ظلم، والأصل فيهم صنيع الإمام علي بن أبي طالب مع الخوارج، ومن أسباب التجريد نقض عقد الذمة

---

[1] قريشي الجنسية ص. 104 ويحياوي المساواة ص. 236 وزوروتي دراسات في الدولي الخاص 215/1
[2] الشربيني مغني المحتاج ج. 6 ص. 85
[3] حبار الدولي الخاص ص.272 والغرايبة الجنسية ص.148وبديع الدولي الخاص ص. 325
[4] ابن عبد البر الكافي ج. 2 ص. 187 والهيثمي تحفة المحتاج ج. 9 ص. 159
[5] ابن رشد بداية المجتهد ج. 4 ص. 241
[6] ابن قدامة المغني ج. 9 ص. 151

كالامتناع عن دفع الجزية أو عدم التزام القانون أو قتال المسلمين، وهناك نزع بالتعدد كأن يكون للشخص جنسيتان أو أكثر تطالبه كل دولة بواجباته، وهي الحالة التي لم يستطيعوا إيجاد حلّ لها رغم المحاولة بسبب تعارض مصالح الدول.[1]

النزع بسبب بطلان الزواج: هناك خلاف حول نزع الجنسية بسبب بطلان الزواج، فأكثر من أخذ بازدواج الجنسية في العائلة على عدم ترتيب أي أثر على بطلانه، وخالفت أمريكا وإسرائيل ومصر والبحرين وسوريا فرتبت عليه فقدان جنسية المتجنس شرط استرداد جنسيته الأصلية، وهو ما جاء في المادة 1/5 اتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية أوت 1961م، وبالغت السعودية وتايلاند وتونس فقررت سحبها تلقائيا، وبالغت أكثر اليونان حين أبطلت جنسية الزوجة التي اكتسبت الجنسية اليونانية بالزواج إذا كان الزواج باطلا ولم يعتبروا نيتها، وحصر اجتهاد البلاد المنخفضة **Pays Bas** (هولندا وبلجيك ولوكسومبروغ) نزعها في حالة النية السيئة.[2]

المطلب الخامس: صعوبات يثيرها ضابط الجنسية

تعتمد الدول الإسلامية واللاتينية على الجنسية لضبط المجال الشخصي، ما يُثير صعوبات كثيرة كتعدّدها أو انعدامها، ونعني بالتعدّد امتلاك الفرد لأكثر من جنسية في وقت واحد وفقا لقانون كل دولة يحمل جنسيتها، وهو تعبير عن حالة تدّعي فيها أكثر من دولة تبعية الفرد لها وفقا لقانونها، كقضية "كارلييه" **Carlier** تحصّل على الجنسية الفرنسية على أساس الدم من والده، وعلى البلجيكية بالإقليم لأنه وُلد فيها، فثار نزاع بين فرنسا وبلجيكا 1881م حول الخدمة العسكرية تسبب في إبرام اتفاقية ثنائية 1891/7/30م سُميت: "معاهدة كارلييه"، ولهذا التعدّد أسباب معاصرة للميلاد وأخرى لاحقة، **المعاصرة**: أثر الزواج المختلط على الأولاد كأن يولد طفل لأبوين مختلفين في الجنسية يتحصل على جنسية والديه على أساس الدم، ويكتسب ثالثة بسبب ولادته في دولة تمنحها على أساس الإقليم، **اللاحقة**: اكتساب جنسية جديدة دون التخلي على الأولى بسبب الزواج المختلط أو حرية الدولة في منح جنسيتها لمن تشاء، وقد حاول الفقه معالجة معضلة تعدد الجنسيات وانعدامها بحسب اتجاهين: تقليدي ووظيفي.[3]

* **تعدد الجنسيات في الاتجاه التقليدي:** إذا أُحيل القاضي على قانون شخص تعددت جنسيته فما هي الجنسية التي يُطبق قانونها؟ المفروض أن يُطبق قانون الجنسية الفعلية التي لها معايير تساعد على معرفتها كالإقامة والعمل وجنسية الزوجة واللغة التي يحسنها، وتحديدها من الوقائع التي تخضع لسلطة القاضي، وهي جنسية الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، تسمى الفعّالة والإيجابية والواقعية

---

[1] الكاساني البدائع 113/7 والغرايبة الجنسية ص. 182 وحبار القانون الدولي الخاص ص. 291

[2] سعيد البستاني إشكالية الجنسية ص. 58 وغرايبة الجنسية ص. 194 وبن عبيدة عبد الحفيظ الجنسية ص. 156 وبليل نونة أثر انحلال الرابطة الزوجية على الجنسية المكتسبة بالزواج ص. 896

[3] الوقيد الجنسية ص. 33 وعرفة الدولي الخاص ص. 124 والبستاني الجنسية ص. 150 وبديع الدولي الخاص ص. 335 وجندولي انحلال الزواج ص. 51 وصبحي أحكام الجنسية ص. 55

Nationalité Effféctive، سماها المشرع الجزائري "الحقيقية" في المادة 22 مدني وهي تسمية منتقدة لأنّ كل الجنسيات حقيقية، وهناك حالتان استقراءً: **الأولى** أنْ يملك من تعددت جنسيته جنسية القاضي؛ فالأكثر على فرض قانون القاضي اعتمادا على السيادة، إلا إذا كانت هناك معاهدة دولية أو ثنائية تحكم بغير ذلك بناء على سموّ المعاهدة، أو كانت الأجنبية في حالة حرب مع الوطنية؛ فقد يلجأ إلى تطبيقها حفاظا على الأمن القومي، **انتُقد** بأنّها قد لا تكون هي الفعلية ولا يكون له معها أي ارتباط وهو وجيه، وعلى هذا المذهب المادة 3 اتفاقية لاهاي 1930م تعدد الجنسيات، والمادة 2/22 مدني جزائري والمادة 2/33 مدني عراقي والمادة 2/10 جنسية عراقي والفصل 39 الخاص التونسي وهو معتمد اجتهاد فرنسا والمغرب.[1]

الثانية طرف القضية له جنسيات متعددة ليست إحداها جنسية للقاضي، وقد وقع خلاف حول المعايير المعتمدة لاختيار الفعلية، فقيل يأخذ بما ما يلائم القانون الوطني أو الجنسية السابقة أو الأصلية دون المكتسبة، أو يمنح حرية اختيار الجنسية التي يحكم بقانونها وكلها منتقدة لعشوائيتها، والأكثر على اختيار الفعلية التي يسهل معرفتها بقرائن الدعوى كالإقامة وممارسة النشاطات والترشح، علما أنّ تحديدها من الواقع لا القانون وبالتالي لا يدخل تحت المراقبة العليا، وبالفعلية أخذت المادة 3/11 الدولي الخاص المجري 1979م، والمادة 4 الدولي الخاص التركي 1982م والمادة 1/9 الدولي الخاص النمساوي 1979م، والمادة 28 الجنسية البرتغالي 1981م، وأيدته اجتهادات عالمية كقرار العدل الدولية بتاريخ 1955/4/6م قضية "نوتبوهم" **Nottebohm** التي تعتبر مرجعا قضائيا في تحديد الفعلية، تتمثل حيثياتها في تمتّع رجل بالجنسية الألمانية بالميلاد واستقراره بقواتيمالا، وبعد الحرب العالمية 2 اكتسب جنسية "ليشتنشتين" غير أن "قواتيمالا" لم تعترف بجنسيته الجديدة واعتبرته ألمانيا فصادرت أمواله، فقضت محكمة العدل بأن جنسيته الجديدة واهية ومنحت الحق "لقواتيمالا" بحجة أحقية الدولة صاحبة الفعلية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وأنها المتفقة مع الحالة الواقعية التي تقوم على أقوى رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول المتنازعة، ونفس الأمر في قرار محكمة تحكيم أمريكية إيرانية في قضية "ناصر الأصفهاني" بتاريخ 1983/3/29م، حين خكمت أنه أمريكي بالفعل بسبب الخدمة العسكرية والإقامة والزواج، وكذلك قضية "كانيفارو" **Canevaro** في حكم تحكيمي بتاريخ 1912/5/2م، رجل يحمل جنسية "بيرو" و"إيطاليا" معا طالبته بيرو بالضرائب بعد زيادة ثروته فلجأ إلى إيطاليا للحماية، فقضت بأنه مواطنٌ بيروفيٌّ بسبب ترشحه سياسيا فيها وعمله قنصلا لبيرو في هولندا، ومن القضايا الشهيرة قضية "ماكينزي" بين أمريكا وبريطانيا أين قُضي

[1] زروتي دراسات 290/2 وعكاشة التنازع ص. 659 وحبار الدولي الخاص ص. 112 و264 والبستاني الجنسية ص. 170 ومسعودي التنازع ص. 59 وبديع الدولي الخاص 336 وعرفة الدولي الخاص ص. 134 والوقيد الجنسية ص. 74 وسمية قانون القاضي ص. 260 وموشعال الجنسية ص. 94 ونوارة الإشكالات ص. 36 وشبورو الزواج المختلط ص. 45 والبهجي التنازع ص. 24 وبن عبيدة الجنسية ص. 256

بجنسيته الأمريكية اعتمادا على حياته الاجتماعية التي كانت أغلبها في أمريكا، وقضية "بارتيز دي مون فور" المتمتعة بالجنسيتين الفرنسية والألمانية فصدر قرار 1926/7/10م بترجيح الفرنسية بسبب ولادتها وعيشها هناك إلى يوم النزاع، **انتقد** هذا الخيار بسبب اختلاف القضاء في تحديدها لارتباطها بالواقع، والقوانين لا تهتم في المجال الشخصي بالجانب السياسي بل الديني، فلو سكن فرنسيٌّ الجزائر وتجنّس بجنسيتها وصارت هي الفعلية فلن يُعترف له بالتعدد أو الطلاق الانفرادي أو الارتباط المثلي، وفي حال الطلاق تتفاجأ الزوجة بقانون لم تكن تتوقعه إذا كانت الفعلية غير المعروفة، رغم ذلك بقي هذا التوجه راجحا.[1]

*** انعدامها في الاتجاه التقليدي Statelessness Apartridie/Apathride:**
عديمي الجنسية أو "البدون" يكثرون في الكويت يخدمون في الجيش والشرطة عددهم نحو 250 ألف، يوجدون في السعودية من جاليات آسيا الذين استوطنوا البلد كالبلوش والبخارية والتركستان والبرماوية وأندونيسية،[2] ويعني انعدامها أنّ الفرد محرومٌ من أيّ جنسية يتواجد في وضع تُنكر عليه سائر الدول انتسابه إليها فهو أجنبي عن جميع دول العالم، وقد يكون الانعدام من الميلاد أو لاحقا بأن تكون له جنسية فتُنتزع منه، وقد حاولوا إيجاد حلّ لهذه الحالة إذا طرأت في قضية يشوبها عنصر أجنبي فيشير الضابط إلى جنسية منعدمة، فقيل يعتمد على آخر جنسية كان متجنسا بها، انتقد بأنها قد تكون منتزعة منه، وقيل يعتمد جنسية الولادة وانتقد بأن الولادة قد تكون عرضية كأن يولد في دولة ليس له بها أيّ ارتباط، وعليه يترجح الأخذ بجنسية موطن الشخص أو محل إقامته بحكم أن الموطن أحد ضوابط الإسناد المقررة في الدولي الخاص، وهو ما أقرته المادة 12 معاهدة نيويورك بتاريخ 28 /1954/9م، **انتقد** بحالة شخص يملك مواطن عدة، وكان المدني الجزائري سنة 1975م يمنح القاضي سلطة تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على عديمي الجنسية، **انتقد** بسبب مخالفته لمعاهدة نيويورك التي صادقت عليها الجزائر سنة 1964م، فاستُدرك الأمر في تعديل 2005م ففي المادة 22: "قانون الموطن أو محل الإقامة هو الواجب التطبيق".[3]

*** الاتجاه الحديث أو الحل الوظيفي:** تبنىّ الجنسية الواقعية أو المهيمنة سواء كانت جنسية القاضي أم لا، ومنح القاضي صلاحية وضع قاعدة إسناد احتياطية عند تعذر تطبيق الأصلية، مع التقيد بالغاية من وضعها وتطبيق القانون الأكثر صلة بمحل النزاع؛ كأن يعتبر مصلحة المحضون، أخذت به نقض فرنسا قضية "دوجاك"

---

[1] عكاشة التنازع ص. 693 وأعراب الدولي الخاص ص. 206 وحبار الدولي الخاص ص.265 ومسعودي التنازع ص. 59 والوقيد الجنسية ص. 78 و112 وبديع الدولي الخاص ص. 337 وعرفة الدولي الخاص ص. 50 و134 وموشعال الجنسية ص. 96 وشبورو المختلط ص. 42 وعبد الرسول التنازع ص. 72

[2] ينظر https://ar.wikipedia.org/wiki/ يوم 19 ماي 2016 الساعة 1600

[3] عكاشة التنازع ص. 721 وأعراب لدولي الخاص ص. 207 وحبار الدولي الخاص ص. 266 ومسعودي التنازع ص. 60 وموشعال الجنسية ص. 101 وجندولي الانحلال ص. 54 وعرفة الدولي الخاص ص. 137 والوقيد الجنسية ص. 14 وعبد الرسول التنازع ص. 73 والبهجي التنازع ص. 35

فلم تأخذ بالحل المجرّد لتحديد الاختصاص وراعت مصلحة المحضون، نصره "ريقو" في القانون الدولي الخاص (1987م)، وتبناه "الاقارد" في مقال: "نحو تقريب وظيفي للتنازع الإيجابي للجنسيات" ورجحه فقه إيطاليا، وقضت محكمة إدارية سورية بتطبيق قانون الجنسية الأصلية لطالب رغم امتلاكه لجنسية مغربية وسورية؛ قاضية باتجاه وظيفي بدل التقليدي الذي يرجح جنسية القاضي، **مزاياه** عدم التعصب للوطني، وتجنّب مخاطر التوصّل إلى حل يفتقر للأمن القانوني كتعريض طفل للمخاطر، وعدم البحث عن الفعلية أو موطن عديمها والنظر في جوهر النزاع والفصل بما يناسب كل حالة، **عيبه:** حاجته لمستوى عالي من التكوين وهو منعدم في محاكم ابتدائية واستئنافية، وصعوبة الطعن أمام العليا لاستعمال سلطة القاضي في إنشاء قاعدة مصلحية، وحاجة النقض للنظر في الإنشاء والتطبيق والمصلحة، فبقي التقليدي معمولا به مع الحرص على تطويره، وإعطاء القاضي سلطة أكبر، والاهتمام بالتكوين خاصة في قضايا الطلاق والحضانة.[1]

المبحث الثالث: نظرية النظام العام والغش نحو القانون

تمهيد يلجأ القاضي إلى قاعدة الإسناد فتُحيله على قانون أجنبي واجب التطبيق، وبعد الرجوع إليه قد يجد قواعده الموضوعية تقضي بما يخالف المستقر عليه في قانونه، فهل يطبقه رُغم هذه المخالفة أم يدفعه ويردّه؟ وإذا تعمّد أحد الخصوم تغيير مركزه للحصول على مزايا ليست من حقّه هل يدفعه بسب التحايل حتى لا يتسرب إلى نظامه؟ فيه مطلبان:

المطلب الأول: دفع القانون الأجنبي الواجب التطبيق بالنظام العام

المطلب الثاني: دفع القانون الأجنبي بالغش نحو القانون

المطلب الأول: دفع القانون الأجنبي بالنظام العام

Ordre public / General System

بين يدي المطلب النظام العام والمبادئ التي يرتكز عليها القضاء أحد أهمّ النظريات لارتباطه بالسيادة، فيه تراجعٌ عن التنازل الذي أبدته الدولة تجاه تطبيق الأجنبي، ويُشبه في الشرع القواطع وما عُلم من الدين بالضرورة؛ فقد يُتساهل في مسائل الخلاف فإذا مُسّت القواطع يُتشدّد، فروعه: تعريف النظام العام وتطوره ثمّ خصائصه وشروطه وآثاره وتطبيقاته.

الفرع الأول : تعريف النظام العام وتطوّره وأحكامه

النظام العام نظرية جديدة من حيث المصطلح قديمة من حيث الوجود لأنها منطقية وعقلية وواقعية، عرفها المسلمون من خلال مصطلح القواطع أو ما عُلم من الدين بالضرورة، وغيرهم من منطلق التأكيد على الاختصاص الإقليمي، مفهومه المعاصر مُبهم نُحاول توضيحه في بندين: تعريفه في القانون العام ثمّ باعتبار التنازع وهل يدخل في سلطة القاضي؟

---

[1] عكاشة تنازع القوانين ص. 677 وسامي بديع الدولي الخاص ص. 348 وخيري كصير حالات تطبيق قانون القاضي ص. 106 وسعيد البستاني إشكلية الجنسية ص. 220 وجندولي انحلال الزواج ص. 55

البند الأول: تعريف نظرية النظام العام في القانون وتطوّرها

ظهرت فكرة النظام العام بداية على يد مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة حين فرّق "بارتول" **bartole** بين الأحوال المستحسنة والمستهجنة، فعله أثناء حديثه عن نظريته المسماة بفقه الأحوال حيث قال: "المستحسنة تتبع الشخص خارج إقليم دولته والمستهجنة لا تتبعه"، وفي القرن 17م تكلّم "بوهيير" **Bouhier** عن عدم ملاءمة تطبيق القوانين الغير عادلة، وفي القرن 19م استخدم "مانشيني" مصطلح "النظام العام" فانتشر من حينه، وصرّح الفرنسي "بيلي" أن النظام العام كاستثناء لقاعدة التنازع يظهر عند الاستبعاد، أما المفهوم المستقرّ عليه بصورته الحالية فلم ير النور إلا على يد الألماني "سافيني **Savigny** من خلال عرضه لفكرة "الاشتراك القانوني"، حيث قسّم الأنظمة القانونية إلى طائفتين: طائفة تشترك في أصلها القانوني يُطبق فيها كل ما أشارت إليه الضوابط، وأخرى لا تشترك لا يُطبق فيها المخالف، ثمّ جاء بعده "كيلسن" **Kelcine** فصرّح حين تحدّث عن أهمية مبدأ النظام العام أنّ كل أمة يمكنها تحديد معيار خاص بها من حيث التعامل مع القانون الدولي قبولا ورفضا، ويعود السبب في تأخر النظرية إلى منع الأنظمة تطبيق القوانين الأجنبية في بلادها بناء على نظرية الإقليمية، حيث كان لنظرية التنازع التشريعي الأثر المباشر في تطويرها، ولم يستقر الفقه على تعريف للنظام العام محدّد وموّحد رغم الجهد المبذول، واتفق الجميع على صحة الدفع به بعد ضبط تصوره في التشريع الوطني، وإطلاق عبارة "النظام العام" يوهم بوجود نظام عالمي وهو غير صحيح لأنه مفهوم وطنيّ بحت، وأهم عائق يقف أمام تحديده بدقة هو تغيّر الأماكن والأزمان والأعراف والتقاليد لأنه مرتبط بها، وقد أصاب اتفاقية لاهاي **1902م** لتنازع القوانين في الزواج الفشل حين حاولت تحديد معاييره، وأكثر ما يُعيق ذلك نسبية الحكم على أمر ما أنه يخالف النظام، فالقضاء الفرنسي مثلا يرى أنّ تعدد الزواج مخالف ويرى القانون الإسلامي أن زواج المسلمة من غير المسلم مخالف، ورغم الاضطراب في ضبطه إلا أن جلّ القوانين أخذت به كالمادة 6 الدولي الخاص البولوني والمادة 36 الدولي الخاص التشكسلوفاكي والمادة 128 المدني السوفياتي والمادة 1 مدني إيطالي والمادة 33 مدني يوناني والمادة 6 الدولي الألماني والمادة 28 مدني مصري والمادة 2 مدني عراقي والمادة 28 مدني ليبي والمادة 30 مدني سوري والمادة 29 مدني أردني والمادة 24 من المدني الجزائري، واشتهر دفع القانون المانع للزواج المختلط بسبب لون البشرة والعنصرية، كما كانت عليه قوانين بعض الولايات الأمريكية في الخمسينات، أو تقدم رجل بطلب زواج ثان في فرنسا فحتى لو كانت جنسيته تجيزه إلا أن القاضي سيمتنع عن تطبيق قانونه الشخصي، ونظرية التبني المعتمدة في أوروبا كحلّ لمشاكل الأطفال تُدفع بالنظام العام في ديار الإسلام وكذلك الزواج المثلي، والكلّ على اشتراط أن تكون المخالفة في الكليات لا الجزئيات لأن الخلاف فيها لا يمكن تفاديه بل هو سبب ظهور نظرية التنازع، وأكثر ما يُستعمل الدفع في الدول التي تختلف حضاراتها وتقاليدها، ويجب التفريق بين

النظام العام الداخلي المبنيّ على منع الأفراد من الخروج عن قواعد آمرة أو ناهية وتعطيلها، وبين مفهوم الدولي الخاص المبنيّ على استبعاد قانون أجنبي أشارت إليه قاعدة الإسناد.[1]

ولم يهتم الفقه بإعطاء تعريف دقيق للنظام العام لأنه فكرة مرنة تتغير بتغيّر المكان والزمان، وقال البعض: الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدولة ما، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معيّنة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها، أو سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل؛ إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية، أو مجموع المصالح الجوهرية والمثل العليا التي ارتضتها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه النظام القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خُلقية أم دينية، إذ يُعرّض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع، وقررت النقض الفرنسية 1944/3/22م أنّ النظام العام يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر مُعيّن، وعرّفته المادة 30 مدني ألماني: "القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام"، ويُعرّف في اصطلاح أهل الشرع أنّه فكرة منضبطة ومطلقة غير نسبية تتمثل في المبادئ والمثل العليا، وليس للقاضي أي سلطة عليه لارتباطه بما علم من الدين بالضرورة والقواطع التي لا تختلف بالزمان والمكان ولا تتأثر بالبيئة، بخلاف الغربي الذي لا يعير أي اهتمام للدين سواء في النظام الداخلي أو التابع للدولي الخاص.[2]

<u>البند الثاني: تعريف النظام العام من خلال نظرية تنازع القوانين</u>

يهتم القانون الدولي الخاص بضوابط قبول أو ردّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية؛ لأن الدفع هنا يُعتبر صمام الأمان **Soupape De Sécurité** والحامي للأسس الجوهرية في مجتمع القاضي، حيث يمنع تسرب القوانين الأجنبية المناهضة لأصول المجتمع، والدفع به باعتباره كيانا ونظاما للمجتمع يستعمل في مجالات عدة كالحرص على عدم الخروج من القواعد الآمرة وعدم مخالفة الأصول، فالطابع الأصلي للنظام العام يُبحث في القانون الداخلي والاستثنائي يُنظر في القانون الدولي الخاص، وأهم الفروق بين النظرة الداخلية ونظرة القانون الدولي الخاص أنه إذا خالف حق الشخص يمنع من إنشائه في القانون

---

[1] زروتي دراسات 106/1 وعكاشة التنازع ص.530 و562 ودربة التنازع ص.100 ودنيس فكرة القانون ص.180 وعرفة الدول الخاص ص.439 وأعراب الدولي الخاص ص.67 وص170 والحداد الموجز ص. 290 وعليوش الدولي الخاص ص. 161 ويوبي التنازع ماجستير جامعة تلمسان 2009م ص. 151 و170 وسنينات دور النظام ماجستير جامعة تلمسان 2009م ص. 14 ومسعودي التنازع ص. 67 وقتال القاضي ص. 157 وموشعال الجنسية ص.150 والهداوي الدولي الخاص ص. 181

[2] الطيب زروتي دراسات 293/1 وغالب الداودي المدخل ص. 84 وزروتي القانون الدولي الخاص ص. 13 والهداوي القانون الدولي الخاص ص. 184 وسنينات عبد الله دور النظام العام ص. 30

الداخلي، وإذا خالفه في نظرية تنازع القوانين وقد اكتسب خارج الوطن قد يكون مقبولا بسبب مبدأ الأثر المخفف، ويُعتبر التنازع في المجال الشخصي - خاصة مجال الطلاق المختلط - الميدان الخصب لتطبيق النظرية، بسبب حساسية قوانينها المرتبطة بالهوية والدين والمعتقد، والمختلفة بين الدول اختلافا جوهريا بالتعارض في أحيان كثيرة، حيث لا يمكن تطبيق قانون أجنبي حكم بالتبني المحرم شرعا وقانونا بالمادة 46 أسرة جزائري رغم أنه مشروع في أوروبا، ويعتبر من الحلول الاجتماعية للمحافظة على حقوق الطفل التي تسمو على حقوق الوالدين، ونزاعات المجال الشخصي تلزم القضاة بالإكثار من استعمال الدفع به خاصة في الدول العربية واللاتينية التي تعتمد ضابط الجنسية، خلافا للأنجلوسكسونية مثل بريطانيا التي تعتمد الموطن والتي لا تُثير الدفع به إلا نادرا.[1]

ومن منطلق التنازع عرّفه "كابيتان" **Capitant:** "مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية"، وقيل: "دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"، أو "مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي الأسس والدعامات التي تمثل الحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونه"، أو "الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله؛ بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جذريا يتنافي مع المصالح الجذرية للدولة"، أو "قاعدة إسناد إقليمية مرنة ذات دور احتياطي، الغرض منها إيجاد أساس استثنائي لتقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي الممتد أو لجعل الاختصاص ينعقد أصلا للقانون الإقليمي"، وقد اتفقت دول الإسلام على أن المنصوص عليه قانونا والقواطع وما علم من الدين بالضرورة داخل في مفهوم النظام العام، ورغم أن أكثر القوانين لم تنص على ما سبق إلا أن مقتضى الاجتهاد فيها ما ذكرناه، وقد وُفّق المشرّع اليمني بنصه في المادة 36 مدني: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعيّن تطبيقه إذا كانت تخالف أحكام الشريعة"، وبسبب مرونة مبدأ الدفع وتغايره من بيئة لأخرى لعدم تحديد جزئياته اتُّفق على إناطته بسلطة القاضي شرط الانضباط بروح القانون والاجتهاد، وأن يكون الدفع بمعيار المجتمع لا الشخصي، فجاءت قاعدة: "النظام العام مبدأ قضائيٌّ لا قانونيّ"، قال السنهوري: "القاضي في مجال تطبيق النظام العام صار كأنه من المشرعين في دائرته الضيّقة"، فيجب أن يتحلّى حين الدفع بآداب العصر ونظم الأمة ومصالحها، وأن يدخل اجتهاده تحت مظلة الرقابة القضائية، وألّا يُكثر منه وإلا كان سببا في تعطيل نظرية التنازع، بل يكتفي بالحالات القصوى التي يهدف من خلالها إلى حماية المبادئ الجوهرية

[1] بديع الدولي الخاص ص. 895 وسنينات النظام العام ص. 19 والبهجي والمصري التنازع ص. 18

لدولته، وتُعتبر شروط الزواج أحد المسائل التي يُستعمل فيها بكثرة الدفع به خاصة في حالة تطبيق قانون جنسية الزوجين معا في الموضوع الديني؛ كأن يخالف القانون الأجنبي أصول الدين، ومثلها الجهل بالقانون الأجنبي وعدم التمكن من إثباته أو فهمه أو تفسيره أو أنّه لا يعترف بالحقوق.[1]

الفرع الثاني: خصائص النظام العام وشروطه والأثر المكتسب

ذكرنا صعوبة تعريف النظام العام بسبب مرونته واختلافه حسب البيئة والزمان داخل الدولة نفسها وبين الدول، لهذا نبيّن خصائصه وشروطه وآثاره:

* **خصائص النظام العام: قواعده وطنية** يُرجع فيها إلى العُرف والقواعد المحلية، **مرنة** تختلف بالزمان والمكان، **وقتية** مرتبطة بوقت رفع الدعوى وليس بزمن إنشاء المركز، يُقصد بها حماية المنظومة التشريعية لدولة القاضي، **نسبية** تختلف من دولة لأخرى فتعدد الزوجات مخالف للنظام العام الأوروبي مسموح به عندنا، **استثنائية** يدفع بها استثناء مقابل تطبيق الأجنبي، **متأخرة** بمعنى أنها آخر وسيلة يلجأ إليها القاضي لمنع تطبيق الأجنبي فهي الابن المرعب للدولي الخاص، **حامية** للسياسة التشريعية للدولة، **مدافعة** عن المبادئ الجوهرية للمجتمع، **أداة قضائية** غير تشريعية يلجأ إليها القاضي لا المشرّع.[2]

* **شروط النظرية: الأجنبية** يجب أن تعمل النظرية في دفع القانون الأجنبي لا المحلي، **التعارض** بأن يتعارض القانون المحال عليه مع النظام العام لقانون للقاضي، **الآنية Actuel** بأن يكون التعارض حاليا وواقعيا ليس سابقا أو لاحقا، **التقدير** يُستعمل بمقدار الضرورة والمصلحة، وشذّت معاهدة لاهاي للزواج 1902م حين أجازت للدول الموقعة عدم الأخذ بالموانع الدينية إذا اشترطها قانون الزوجين، فخالفت دولنا ذلك وأصرت على أنّ المانع الديني شرطٌ موضوعي وخيرا صنعت.[3]

* **آثار الدفع بالنظام العام:** هو فعل قضائي يُلجأ إليه إذا مسّ القانون الأجنبي القواعد العامة، له آثار منشئة ومحافظة وسلبية تتمثل في استبعاد الأجنبي، وإيجابية بإحلال قانون آخر محلّه، وهل يستبعده كله أم الجزئية المخالفة؟ الراجح استبعاد الجزئية المخالفة شرط عدم تشويه الأجنبي.[4]

* **إنشاء الحقوق:** إذا استُبعد الأجنبي وجب إيجاد بديل حتى لا تُترك القضية بلا حكم فيقع في إنكار العدالة، اختلفوا: **الأول** يبحث عنه داخل المستبعد أخذت به

---

[1] زروتي دراسات 303/1 وعكاشة التنازع ص.522 ويوبي التنازع ص.159 والهداوي الدولي الخاص ص. 187 ومنصور المدخل ص.98 وسنينات النظام ص.34 والداودي المدخل ص.86 ودربة التنازع ص.100 ورحاوي المختلط ص.83 وحسين منصور المدخل ص.97 ومسعودي التنازع ص.67

[2] زروتي دراسات 108/1 و293 وبديع الدولي الخاص ص. 903 عكاشة التنازع ص. 586 ودربة التنازع ص. 103 وجندولي الانحلال ص. 72 ويوبي التنازع ص. 172 وسنينات النظام العام ص. 26 وبوسهوة مسائل الأحوال الملتقى الوطني لتنازع القوانين بجاية 2014 ص. 301

[3] عكاشة التنازع ص. 576 وزروتي دراسات 108/1 و56/2 ودربة التنازع ص. 106 ورحاوي المختلط ص. 86 وجندولي الانحلال ص. 76 وعرفة الدولي الخاص ص. 442 وسنينات النظام العام ص.36 ومسعودي التنازع ص.69 وعليوش الدولي الخاص ص.178 وكصير قانون القاضي ص.138

[4] زروتي دراسات 57/2 ورحاوي الزواج المختلط ص. 88 وكصير تطبيق قانون القاضي ص. 141

النقض الفرنسية 1943/11/8م وفي قضية "باتينو" 1963م وميراث "فويول" **Fauyeulle** بتاريخ 1964/11/17م حين استبعدت الجزئية الخاصة بمنع التوارث بين مسلم وغيره وطبقت باقي أحكام الميراث، وقرر اجتهاد ألمانا 1921/12/19م في ديْنٍ خاضع للسويسري الذي لا يسقط بالتقادم أن هذه الجزئية مخالفة للنظام، فأسقطها وألزم الخصم بأطول مدة تقادم في القانون السويسري وعليه القضاء المصري ونصت عليه المادة 36 دولي خاص تونسي، **انتقد** بأنه يُشوّه الأجنبي ولا يصح التلفيق، **الثاني** يُطبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أخذت به محكمة الدار البيضاء 1928م حين قضت بصحة زواج يهوديين رغم أنهما لم يبرما زواجهما أمام الكاهن كما ينص عليه قانونهما الشخصي؛ تطبيقا لقواعد العدالة بحجة صعوبة تطبيق النصوص الوطنية على الأجانب المقيمين داخل البلاد، **انتقد** بصعوبة ضبط مبادئ العدالة، **الثالث** لا يُعوّض بشيء، انتقد بأنها فكرة سطحية تؤدي إلى الفراغ القانوني وإنكار العدالة، **الرابع** تعويض القانون المستبعد بالوطني اختاره الفقه الفرنسي، ثم اختلفوا في جزئيات فقال "بيجونيير": "يطبق القانون الوطني في حدود مستلزمات الدفع"، وقال "نبوابيه": "يطبق فقط فيما منعه الوطني ويطبق في الباقي الأجنبي"، وقال "باتيفول" و"لوسوارين": "يطبق الوطني تطبيقا كليا"، وبه أخذت المادة 24 مدني جزائري والمادة 73 دولي خاص كويتي والمادة 29 مدني أردني والمادة 28 مدني مصري.[1]

* **المحافظة على الحقوق المكتسبة:** يتجه الفقه الحديث إلى التفريق بين إنشاء الحق والمحافظة عليه ما يُعرف بالحق المكتسب؛ فيتشدّد في الأول دون الثاني احتراما للقاضي الذي أنشأ المركز القانوني في البلد الأجنبي، فالحقّ المكتسب يستوجب تطبيق الأثر المخفف للنظام العام **Effet attenué**، وله نظير في الفقه الإسلامي حين تمّ منع القاضي من نقض حكم قاض آخر إذا لم يخالف القواطع، بغض النظر أن القضاء في النظرية القانونية أجنبي عن الدولة، مثال الأثر المخفف أن يقع طلاق بين زوجين في بلد أجنبي وتخالف طريقة الوقوع النظام العام في بلد القاضي، فبسبب أن حقّ الطلاق قد اكتسبه الزوجان فإنّ القاضي يتساهل، بهذا قضت محكمة فرنسية في طلاق وقع بالإرادة المنفردة للزوج، فرغم أن القانون الفرنسي يمنعه والاجتهاد يدفعه بالنظام العام إلا أنه أصبح مؤخرا يقبله بحجة أن الحق قد اكتسب، والمركز القانوني قد تغيّر واحتراما لاجتهاد القاضي الذي قضى فيه، وكان القضاء البريطاني لا يعترف بتعدّد الزوجات بحجة النظام العام ثمّ أصبح يعترف به بسبب الحق المكتسب، واعترف الاجتهاد الفرنسي بآثار الزواج الثاني في تعدّد نشأ في بلد مسلم يسمح به تشريعه، وهو اعتراف مقيّد لأنّه رفض الحق في الإعانة الاجتماعية للزوجة الثانية، ورفض نفس الاجتهاد الطلاق الانفرادي إذا كانت

[1] زروتي دراسات 307/1 والحداد الموجز ص.303 والهداوي الدولي الخاص ص.190 وعكاشة التنازع ص.598 وجندولي الانحلال ص.78 ورحاوي الزواج ص.90 وحبار الخاص ص.104 وسنينات النظام ص.48 وأعراب الخاص ص.177 ومسعودي التنازع ص.76 ويوبي التنازع ص.175

الزوجة فرنسية أو مقيمة في فرنسا، ورغم أن قانون الجزائر لم ينص على الأثر المخفف وألزم بالدفع مطلقا في المادة 24 إلا أن القاضي ملزم به، لأنّ الشعور العام داخل موطن القاضي لا يتأثر كثيرا بمخالفة الحق المكتسب، كون العلاقة القانونية نشأت في الخارج ولا دور للقاضي الوطني في إنشائها، ولو طُلب منه الإنشاء لكان الشعور العام أشدّ، وفي ذلك احترام للمراكز الواقعية وضمان للحق الذي اكتسب في الخارج خاصة في المجال الشخصي، وتماشيا مع الطابع النسبي ومتابعة لتطور العلاقات الدولية التي تزداد ترابطا وليونة يوما بعد يوم بحكم العولمة.[1]

* **نظرية الحقوق المكتسبة Droits Acquis:** نظرية الحق المكتسب أو النزاع المتحرك لا تختص بالنظام العام بل تمس تنازع القوانين بصفة عامة، وقد اخترنا التطرق إليها داخل النظام العام لأنه أدعى لتوضيحها، وقد وقع خلاف حول تبنّيها على مذهبين: **الأول** عدم اعتمادها سواء في التنازع الزماني أو المكاني؛ لأن في التنازع بين دولتين يثبت الاختصاص لكل قانون وفق زمن معين، فيجب البحث عن نطاق كل قانون على حدة، ومادام أن الحق نشأ في قانون دولة في زمن سابق فلا يصح استصحابه، ومضمون الحق مستقبلا وآثاره يجب أن يسري عليه القانون اللاحق، تجلى ذلك في قضية "فيراري"، وفي قرار للنقض المصرية بتاريخ 1934/5/22م: "ليس للزوجة قانونا التحدي بحق مكتسب في أن تطلب التطبيق وفق أحكام القانون الذي أبرم عقد الزواج تحت سلطانه؛ لأن عقد الزواج على الرأي السائد في فقه القانون لا يكسب أيا من الزوجين فيما يخص الطلاق أو التطليق حقا مستقرا، لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامهم ما يكون من شأن سريان قانون آخر في هذا الخصوص"، ثم قام المشرع بتقنين هذا الاجتهاد في المادة 13 مدني القاضية بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، **الثاني** كل حقّ اكتسب في بلد بصفة مشروعة يجب أن يحترم في كل دولة حتى يكون محصنا في أمان، بهدف استقرار الأحكام القضائية دوليا على أساس مبدأ المجاملة الدولية **Courtoisie Internationale** نصره البريطاني "ديسي" والفرنسيان "بيبيه" و"نوابيه" والأمريكي "بيل" واشترط "بيبه" خمسة شروط: أن ينشأ صحيحا في الدولة الأولى والمطلوب في الثانية نفاذه لا إنشاؤه، وأن ينشأ حقّ مضاد في البلد الثاني الذي يراد فيه نفاذه، وألا يخالف النظام العام وألا يكون قد اكتسب بالغش نحو القانون.[2]

فقد يُغيّر أحدٌ مركزه القانوني لمصلحة أو ضرورة كالديانة والجنسية والموطن، ويكون دافع التغيير إرادة الغش والحصول على ما لا يحقّ ففي هذه الحالة يمتنع البعض عن قبول الحق المكتسب إذا تعارض مع النظام العام أو حق اكتسبه آخر، خاصة أن نظرية الحق المكتسب لا تختص بالدولي الخاص بل تدخل ضمن المبادئ العالمية للقانون الدولي، التي ظهرت بعد الحرب الكونية الثانية كأحد

---

[1] زروتي دراسات 312/1 ومسعودي التنازع ص.70 والهداوي الدولي الخاص ص.192 وأعراب الدولي الخاص ص.181 ورحاوي الزواج ص.90 والحداد الموجز ص.310 وسنينات النظام ص.54

[2] زروتي دراسات 102/1 و310 وزروتي اختلاف الديانة ص. 923

المطالب المهمة للدول المستقلة حديثا لتطويرها وتكميل سيادتها السياسية والاقتصادية، فظهر ما يُعرف بالتنازع المتحرك بأن ينشأ حق في دولة تسمى دولة الإنشاء يتم نقله إلى دولة تسمى دولة النفاذ، فيُطرح إشكال مدى قدرة الحق الناشئ في دولة الإنشاء على ترتيب آثاره القانونية في دولة النفاذ؟ اختلفوا حسب ثلاث اتجاهات: **الأول** تطبيق المتأخر حسب التنازع الزماني، والحالي لا يطبق على الماضي إلا بنص والقديم لا يمتد إلى ما بعد نفاذ الجديد إلا على سبيل الاستئناس للعقود، انتقد بالفروق الموجودة، **الثاني** الاعتراف بالحق المكتسب مطلقا انتقد بصعوبة التنفيذ، **الثالث** النفاذ الدولي للحقّ فالذي أنشأه الشخص في بلد الإنشاء يصير بنفسه حقا دوليا يقبل التنفيذ في دول العالم، انتقد بإبطاله لحق دولة النفاذ بالتشريع.[1]

* **نقد قواعد الحق المكتسب في المجال الشخصي:** انتُقد بأنّ الزواج ليس كباقي العقود حتى يطبق عليه قانون الإرادة، بل هو عقد أدبي اجتماعي من نوع خاص، فيه جهة الرضا وجهة أخرى تتعلق بالنظام العام، والقانون ينظمه من حيث انعقاده وانحلاله وآثاره، فهو أقرب إلى القانون منه إلى العقد الإرادي، ومجال الحقوق ينتهي حيث يبدأ النظام العام، وفي إقراره مساس بحرية الشخص في تغيير عقيدته أو جنسيته، وهما الضابطان الأساسيان في التنازع، فيجب أن يتحصل الشخص الذي يغير دينه أو جنسيته على الآثار القانونية دون شرط أو قيد لأنه حق مكفول، ولا أثر للحق الذي اكتسبه الشخص الآخر في العلاقة في إطار الدين القديم أو الجنسية القديمة، ولا ينبغي البحث عن دوافع التغيير لأنه تدخل في الحريات، ولا يهم الوقت الذي وقع فيه التغيير ما دام صادرا من مواطن عاقل مؤهل، والمبدأ الذي يقضي بعدم البحث عن نية الشخص في تغيير دينه نحو الإسلام هو المستقر عليه لقوله **"وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى عَلَيْكُم السّلَمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا"، (النساء 94)** قال ابْنُ عَبَّاس::"بعثت سَرِيَّة فِيهَا الْمِقْدَاد فَلَمَّا أَتَوا الْقَوْم وجدوهم قد تفَرقُوا، وَبَقِي رجل لَهُ مَال لم يبرح فَقَال: "أشهد أَن لَا إِلَه إِلَّا الله"؛ فَأَهوى إِلَيْهِ الْمِقْدَاد فَقتله فَقَالَ لَهُ رجل أقتلت رجلا شهد أَن لَا إِلَه إِلَّا الله" فلما أُخبر النبيّ قال: "أقتلت رجلا يَقُول لَا إِلَه إِلَّا الله" فَنزلت، قَالَ النبيُّ لِلْمِقْدَادِ: "هو رجل مُؤمن يخفي إِيمَانه مَعَ قوم كفار فاظهر إِيمَانه فَقتلته، وَكَذَلِكَ كنت تخفي إيمانك"،[2] ولحديث أسامة حين قتل رجلا بعد ما تشهّد،[3] وهو ما أخذ به اجتهاد مصر.[4]

*** تنفيذ الأحكام الأجنبية**

التنفيذ لغة مصدر من فعل نفّذ الذي يدل على مضاءٍ في أمره، وفي القانون الإجراء العملي لما قُضي به والإلزام الحسي بتسليم الحق لصاحبه بالقوة سواء

---

[1] عكاشة عبد العال التنازع ص. 624 وحبار الدولي الخاص ص. 86 والسيد عرفة الدولي الخاص ص. 386 وزروتي دراسات ج. 1 ص. 102 آيت جبارة محفوظ إشكالية قاعدة الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة ص. 6

[2] رواه أحمد رقم 23881 والطبراني الكبير رقم 13379 والسيوطي الدر المنثور 633/2 وحسنه الأرنؤوط.

[3] رواه البخاري برقم 4269 ومسلم برقم 96

[4] الطيب زروتي دراسات في القانون الدولي الخاص ج. 1 ص. 46

بالحبس أو أخذ المال، وقد رأينا تناول مبحث التنفيذ في مطلب النظام العام بسبب التصاقه به لأنه الغاية الأسمى لكل حكم قضائي في نظرية التنازع التي فيها اتجاهان لتنفيذ الأحكام الأجنبية: **الأول** مذهب النظام الأنجلوسكسوني: يرى أنّ الأحكام الأجنبية لا تعدو أن تكون أحد الإثباتات في القضية الواجب رفعها للحصول على نفس الحق، **الثاني** ما استقر عليه الأمر في النظامين اللاتيني والإسلامي بأنْ يتمّ تنفيذ الحكم الأجنبي بعد تمحيصه والتأكد من عدم مخالفته للنظام العام الوطني، لأنّ القبول بلا تمحيص يمس بالسيادة وعدم التنفيذ يُعطّل مبادئ الدولي الخاص ويُهدر الحقوق المكتسبة، وفي البداية اجتهد الفقه الفرنسي في اختلاق نظرية المراجعة **Révision** بدل التعطيل أو التنفيذ المباشر، وتعني مراجعة موضوع الحكم برمته بالزيادة أو النقصان، ثم تطورت إلى نظرية المراقبة **Controle** أي مراقبة تنفيذ الحكم الأجنبي بشروط كما في اجتهاد محكمة الاستئناف في قضية "منزر" **Munzer 1962م**، ثم صدر قرار النقض الفرنسية بتاريخ 1964/1/7م في هذه القضية اشترط فيه خمسة شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي: اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم وصحة الإجراءات، وتطبيق القانون المختص في نظرية التنازع وعدم مخالفة النظام العام ولا يكون فيه غش نحو القانون، استمر العمل بهذه الشروط إلى سنة 2007م أين صدر قرارٌ بشرطين: الاختصاص وعدم مخالفة النظام العام، وأنْ يقتصر دور القاضي على السماح بالتنفيذ أو الرفض دون تدخل في الحيثيات، ثمّ تتابعت القوانين على ذلك ففي المواد **"605-608"** مدني جزائري **2008م** اشتراط الاختصاص وأن يكون الحكم الأجنبي نهائيا وعدم تعارضه مع حكم جزائري وألا يخالف النظام العام ويحوز الصيغة التنفيذية من محكمة جزائرية، وفي الفصول **"11- 18"** دولي خاص تونسي اشتراط عدم مخالفة الأحكام والنظام العام وتُحترم قوانين المعاملة بالمثل، وفي المواد **"430-432"** مدني مغربي **1974م** اشتراط الاختصاص والنظام واشترطت المادة 128 مدونة مغربية الاختصاص وعدم مخالفة المدونة، ونفسه في المادة 407 مرافعات ليبي والقانون السوري واللبناني والعراقي والأردني.[1]

الفرع الثالث: تطبيقات نظرية النظام العام

يختلف مضمونه بين دول الإسلام والغرب لأنه يشمل القواعد المحكّمة في المجال الشخصي، فيجب استبعاد القانون المجيز لتزويج المسلمة من غير مسلم كما في قرار جزائري 1982/4/6م رقم 8282، وفي المادة 24 مدني: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر"، ويبقى قضاء الجزائر مرنا في غير المجال الشخصي أما فيه فهو ثابتٌ ومستقرٌ ومُوحّدٌ ولا يؤمن بالتعددية الطائفية أو الدينية؛ وفي المادة 6/358 إجراءات مدنية حواز الطعن بالنقض في حال مخالفة الأجنبي للمجال الشخصي، وفي المادة 360: المحكمة العليا

[1] ابن فارس المقاييس 458/5 وولد شيخ شريفة تنفيذ الأحكام دكتوراه تيزي وزو 2015م ص. 118 و152 وعبد النور أحمد إشكالية التنفيذ ماجستير تلمسان سنة 2010م ص. 54 وشبورو الزواج المختلط ص. 217 وعبد الله آل خنين تنفيذ أحكام الحضانة مج المجمع الفقهي أثر المتغيرات سنة 1436 ص. 5

يمكنها النقض من تلقاء نفسها في نفس الوجه، ورُفعت أمام القضاء المصري قضية زواج بريطاني مسلم بيونانية مسيحية، أبطله قضاء اليونان لمنع ارتباط المسيحية بغير مسيحي، فرُدّ الحكم لمخالفته النظام المصري، وسمحت المادة 1/202 مدني فرنسي 2016م بزواج المثليين الأجانب شرط أن يكون أحدهما على الأقل يحمل جنسية تسمح به أو يسكن بلدا يسمح به، فيمكن لجزائريين من نفس الجنس إذا استوطن أحدهما فرنسا عقد قرانهما، وهذه القاعدة تخالف الاتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر القاضي باحترام الأحكام الشخصية في البلد الأصلي، فلو عُرض هذا الزواج على قضاء الجزائر لدفعه بالنظام العام الذي لا يعرف إلا الزواج العادي كما في المادة 4 أسرة جزائري: "الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة"، لهذا ربطت قوانين الإسلام المسائل الشخصية بالجنسية لحفظ عقيدة المسلمين، ولو أنّ أجنبيا يحمل جنسية أوروبية وقعت له واقعة ميراث أو زواج أو طلاق وهو مسلم، فلجأ إلى قضاء عربي وظهر للقاضي أن الواجب التطبيق هو قانون جنسيته الذي لا يراعي الشريعة، فالراجح استبعاده لوجوب الحكم بأحكام الإسلام لأن الشريعة هي صاحبة الولاية العامة في الأمور الشخصية، وقانون القاضي هو الأصلح للتطبيق بالنسبة له، وأوجب اجتهاد مصر استبعاد الأجنبي في جميع الحالات التي يتعلق فيها الأمر بحماية حقوق المسلمين ولو كانوا أجانب، فحكم ببطلان زواج المسلمة من كتابي ولو كان جائزا وفقا لقانون جنسيتهما، واعتبر زواج المسلم بزوجة ثانية صحيحا ولو كان غير جائز في قانونه، والدول العربية كلّها سوى تونس تجيز تعدد الزواج مطلقا أو بشروط ولو قام به أجنبيّ، وقد يواجهه عدم الاعتراف به أو بآثاره في أوروبا؛ لأن منظومة الزواج فيها تقوم على المساواة واحترام الحريات المكرسة، فاللجوء إلى التعدّد يثير حفيظة النظام الأوروبي ويمس شعور مجتمعه، وأبدى فقه الفرنسا موقفا معاديا دون أدنى تمييز بين تعدّد أبرم فيها أو خارجها والذي يسعى صاحبه للاعتراف بآثاره، وبرز مؤخرا تيار يحث على المرونة في إعمال اعتبارات النظام العام نظرا لكونها غير ذي جدوى، ينازعه آخر متشدّد يعتبره امتيازا ذكوريا يصادم المساواة فوجب منع استيراد هذه الوضعية العائلية المخالفة لقيم فرنسا، وكانت الغلبة حليفة الأول فبدأ الاجتهاد يعترف ببعض آثار التعدد المنعقد بالخارج في باب التجمع العائلي، أو العلاقات الشخصية والمالية بين الأزواج كما في قضية "شموني"، لأن استحقاق الزوجة للنفقة راجع إلى الصفة التي حازتها كزوجة شرعية على إثر زواج صحيح في الخارج، وعلى التخفيف اجتهاد ألمانيا فقد أبطل قرارا إداريا بتاريخ 1974/7/18م قضى بطرد زوجة ثانية لأحد الأجانب المقيمين: "الزواج المبني على التعدد والمبرم بالخارج والذي تسري آثاره في ألمانيا لا يشكل أي انتهاك للنظام العام أو مساس بالسلم الاجتماعي" ومثله في بلجيكا وهولندا، والعجب أنّ المشرع التونسي كان أكثر حزما من الأوروبي ففي الفصل 2/46 من مجلة الدولي منع إبرام عقد الزواج لأجنبي يسمح قانونه الشخصي بالتعدد إلا بعد تقديمه شهادة عدم زواجه من

أخرى، فرغم أن قانونه الشخصي يسمح له بالتعدد إلا أنه لم يأخذ بالأثر المخفف فكان علمانيا أكثر من فرنسا مهد العلمانية.[1]

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون Fraude à la loi/Fraud toward Law

بين يدي المطلب الركن الأساسي لقاعدة الإسناد هو الوصف الذي يحدده المشرع لتوجيه القاضي إلى الواجب التطبيق، قد يكون الجنسية أو الموطن ومن السهل تغييرهما، فما حكم من يُغيّر أحدهما لتحصيل حقّ في قانون آخر، فيه فرعان: نشأة نظرية الغش وتعريفها ثم شروطها وتطبيقاتها.

الفرع الأول: نشأة نظرية الغش وتعريفها

انتشرت ظاهرة الغش نحو القانون في زمن كانت القوانين الأوربية تمنع الطلاق قانونا وقضاء، فكان من يريده يلجأ إلى تغيير جنسيته إلى جنسية دولة تقبله كما في قضية "دي بوفورمون" **De Bauffremont** حكمت فيها النقض الفرنسية 1878/3/18م، وهي فرنسية غيّرت جنسيتها إلى الألمانية لأن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بالطلاق خلافا للألماني، فأبطلت النقض زواجها الثاني بحجة الغش نحو القانون، ومثل قضية "**Place et Choppin**" فرنسيٌّ غيّر جنسيته إلى السويسرية لتطليق زوجته، حيث تنتشر حالات الغش حين تتعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون وأهدافه، فيقع التحايل عن طريق إيجاد مركز قانوني مصطنع يتفق مع حرفية القانون ويخالف فحواه وأهدافه ومقاصده، قال "جورج ريبير": "عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة"، وقال "هينري ديبوا": "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه"، أو "التحايل على ضوابط التنازع قصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا بحكم النزاع"، أو"اتخاذ أعمال إرادية عمدا أو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه"، أو"قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام الواجب التطبيق أصلا على العلاقة".[2]

* **أساس نظرية الغش نحو القانون:** اختلف الفقه حول الأساس الذي تقوم عليه نظرية الغش، فذهب "بارتين" إلى أنه تطبيق مبدأ الدفع بالنظام العام، وقيل مبدأ عدم الأخذ بصورية العقود، وقيل أنّها نظرية مستقلة لا أساس لها إلا مبدأ "الغش يفسد كل شيء" وكلّها منتقدة، ويترجح أن أساسها مبدأ التعسف في استعمال الحق بمعنى أن يكون للشخص حق فيستعمله استعمالا غير مشروع، ميزتها أنّ التحايل يتجه نحو القانون بينما في التعسف يكون التصرف صحيحا نحو القانون ويتجه الغش

---

[1] رحاوي الزواج المختلط ص.90 وحبار الدولي الخاص ص.103 ودربة التنازع ص.113 وناتوري الإحالة ص.311 وعيشوش الدولي الخاص ص.317 ومسعودي التنازع ص.68

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 187 وحبار الدولي الخاص ص. 105 والهداوي الدولي الخاص ص. 196 ودربة التنازع ص. 115 ومسعودي التنازع ص. 79 وجندولي الانحلال ص. 82 وزروتي الدولي الخاص ص. 13 وعكاشة التنازع ص. 489 والحداد الموجز ص. 314 وعرفة الدولي الخاص ص. 452

نحو الغير، وغش القانون يمس المصلحة العامة بينما لا يمس التعسف إلا الخاصة، ومن جهة الشرع فإنّ قواعد: "الغش يفسد كل شي" و"معاقبة المتصرف الغشاش بنقيض قصده"، و"من غشنا فليس منا"،[1] تؤكد أنها نظرية مقبولة لدخولها تحت القواعد الكبرى كقوله "**وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ**" (المطففين 1) فيها وعيد لمن يغش في الميزان، وزجر النبي الغاش وحكم عليه بأنه ليس من جماعة المسلمين وفي رواية ليس من أتباعه، ولها مظاهر فمن الناس من يغش في البيع والشراء، ومنهم من يغش في القانون لأخذ حقوق الناس والغش في الدولي الخاص من الثاني، ويثير الفقه الشرعي مسألة عدم إثارتها في حال دخل أحد إلى الإسلام حتى لو كان ظاهر فعله الحصول على مآرب قانونية، كأن يرغب في الزواج بمسلمة أو للخلاص من زوجته الغير مسلمة بناء على قاعدة التفريق لإسلام أحد الزوجين، وقيل يجب التعامل معه بنفس النحو الذي يُتعامل به مع أي غش لأن الغش غير مقبول في الشرع إجماعا، وقيل ينبغي التساهل لأن الدخول في الإسلام مرغوب فيه بقوله "**ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ**"، (النحل 125) وقول النبي "لأن يُهْدَي بك رجلٌ واحدٌ خير لك من حُمُرِ النّعَم"،[2] فوجب تخفيف أثر الدفع بالغش وغض الطرف.[3]

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

اتفق الفقه على شرطين للأخذ بنظرية الغش نحو القانون واختلفوا في غيرها:

* **الشرطان المتفق عليهما: الركن المادي** التغيير الإرادي لقواعد التنازع يسمى فعالية ووسيلة الغش، يثبت أنّ أحد الخصوم تعمّد تغيير مركزه للتأثير على ضابط الإسناد والاستفادة أو الهروب من القانون، يكون في الجنسية أو الموطن لأن ضابط موقع العقار لا يمكن تغييره، **الركن المعنوي** التحايل على القانون بسوء نية للتهرب من الخضوع للواجب التطبيق وهو توافر نية الغش، من مسائل الواقع التي يقع على قاضي الموضوع كشفه أو نفيه، يصعب إثباته ولا يستحيل.[4]

* **الشروط المختلف فيها أربعة: الأول** الغش ضد الأوامر الآمرة لا المكملة،[5] التي أجاز القانون الخروج منها فلا يُتصور تحمل عناء الغش فيها، والصحيح التعميم لأن المكملة تُلزَم بشروطها، **الثاني** الغش نحو قانون القاضي فإذا كان نحو الأجنبي لم يصح الدفع، عليه اجتهاد فرنسا حين تعامل مع القانون الأجنبي كواقعة، ثمّ تغيّر

---

[1] مسلم رقم 101: "**مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا**"، ورقم 102: "مرّ رَسُولُ الله عَلَى صُبْرَةِ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ، فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بَلَلًا فَقَالَ مَا هَذَا؟ قَالَ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ، قَالَ "أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ **مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي**".

[2] رواه البخاري باب دعاء النبي صلى الله عليه وسلم الناس إلى الإسلام برقم 2942

[3] الحداد الموجز ص. 320 والهداوي الدولي الخاص ص. 198 وأعراب الدولي الخاص ص. 195 ودربة تنازع القوانين ص. 120 وموشعال فاطيمة دور الجنسية ص. 160 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 82

[4] عكاشة التنازع ص.497 ودربة التنازع ص.116 والهداوي الدولي الخاص ص.204 وجندولي الانحلال ص.84 وأعراب الدولي الخاص ص.189 وحبار الدولي الخاص ص.107 والحداد الموجز ص.315 ومسعودي التنازع ص. 83 وعرفة الدولي الخاص ص.453 وبديع الدولي الخاص ص.932

[5] القاعدة الآمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، والمكملة يمكن للأطراف الاتفاق على تركها، ينص عليها القانون عادة بعبارة يحوز أو يمكن، ينظر: أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص ص. 194

توجهه 1964/1/7م في قضية "مونزير" واشترط لتنفيذ حكم الأجنبي ألا يحصل عليه صاحبه بالغش نحو القانون مطلقا، لأن مهمة القاضي حماية قانون بلده لا الأجنبي والصحيح أن محاربة الغش تكون بإطلاق كما في المادة 24 مدني جزائري، **الثالث** أن يكون في الغش ضرر نحو القانون وفي التصرف نتيجة غير مشروعة والحقّ أنّ مجرد الغش كاف، **الرابع** عدم توافر دفع آخر غير الغش ويبقى الدفع به على سبيل الاحتياط لا الأصل وهو مرجوح.[1]

* **الانتقادات الموجهة لنظرية الغش:** فيها بحث في النوايا خاصة إذا كان التصرف سليما في الظاهر، **أجيب** أنّه داخل في سلطة القاضي الذي يستعين بالعوامل والأمارات وهو مؤهل بحكم تجربته، **انتقدت** بافتراض التعرف على الغش وقد يكون من طرف في المنازعة دون آخر، فيُحكم على البريء الذي لم يقصده وهو حسن النية **جوابه** أن الدفع على العلاقة وليس الطرف البريء و**انتقدت** بأن التشريع يسمح من جهة بتغيير ضابط الإسناد كالجنسية والموطن ثمّ يعاقب على تغييره **جوابه** أن القانون أجاز التغيير شرط عدم المساس بالسيادة والامتناع عن الغش.[2]

* **آثار الدفع بالغش:** قيل تبطل النتيجة والوسيلة فلو قُضي ببطلان طلاق بسبب تغيير جنسية بطل الطلاق والجنسية، والأكثر على انصراف البطلان إلى النتيجة دون الوسيلة كما قرّره "باتيفول"، وقضت به نقض فرنسا في قضية "بوفورمون" حين أبطلت الطلاق دون الجنسية، ويجب إيجاد حلّ بعد استبعاد الأجنبي بتطبيق القانون الوطني هروبا من إنكار العدالة، وأدرجت جل القوانين نظرية الغش سوى التشريع الأمريكي والأرجنتيني، ولم تدرجها القوانين العربية إلا الجزائر في المادة 24 وتونس في الفصل 30 غير أن قضاء الجميع يعمل بها تبعا لقاعدة بطلان التعامل بالغش.[3]

---

[1] عكاشة التنازع ص. 494 ودربة القواعد ص. 118 وجندولي الانحلال ص. 87 وأعراب الدولي الخاص ص. 193 وحبار الدولي الخاص ص. 108 ورحاوي الزواج المختلط ص. 104 والحداد الموجز ص. 318

[2] الهداوي الدولي الخاص ص.201 والحداد الموجز ص.319 وزروتي دراسات 48/1

[3] عكاشة التنازع ص. 512 والهداوي الدولي الخاص ص. 205 وجندولي الانحلال ص. 90 وأعراب الدولي الخاص ص. 197 والحداد الموجز ص. 323 وعرفة الدولي الخاص ص. 457 وقتال دور القاضي ص. 168 ورحاوي الزواج المختلط ص 99 ومسعودي التنازعن ص 81 ودربة التنازع ص. 121

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على انحلال الزواج

توطئة

اختلاف دين الزوجين منه أصلي بأن يتزوّج مسلمٌ بكتابية، وطارئ حين يرتد أحد الزوجين المسلمين أو يُسلم أحد الكافرين، نبحث أثره على الزواج والانحلال:

المبحث الأول: أحكام الزواج المختلط دينيا

المبحث الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة مع اختلاف الدين

المبحث الثالث: التطليق الشرعي والقضائي مع اختلاف الدين

المبحث الرابع: إسلام أحد الزوجين الكافرين وأثره على الفرقة بينهما

المبحث الخامس: ردة أحد الزوجين المسلمين وأثرها على الفرقة بينهما

المبحث الأول: أحكام الزواج المختلط دينيا

تمهيد

كان الزواج بعد خلق آدم وحواء يتمّ بين العائلة الممتدة الواحدة، وكانت شريعتهما تسمح بزواج الذكر من أخته الأنثى شرط ألا تكون من نفس البطن،[1] ثم تطوّر فصار يتمّ بين أفراد القبيلة، وبعد اتساع الرقعة واجتماع البشر على قبائل ودول كثُر بين أفراد الدولة التي لها أصل عرقيّ واحد، ثم ظهر الزواج المختلط دينيا وانتشر وزادت أعداده حديثا بصفة معتبرة؛ بسبب تطوّر الوسائل التكنولوجية والهجرة وانتقال الأشخاص بسرعة لم تعهدها البشرية، وهذه مطالب المبحث:

المطلب الأول: تعريف المشرك والكافر والكتابي

المطلب الثاني: زواج المسلم بالكتابية

المطلب الثالث: زواج المسلم بالكافرة والمشركة والمسلمة بغير مسلم

المطلب الرابع: الزواج مع اختلاف الدين في القانون والقضاء

المطلب الأول: تعريف المشرك والكافر والكتابي

قد يكون الدينُ سماويا كما هو حال الإسلام والنصرانية واليهودية، وقد يكون من الكفر والإلحاد، نذكر الفروق بين المشرك والكافر والكتابي:

* **المشرك** اسم فاعل من الشرك من يعبد الله تعالى وغيره ولا يدّعي اتباع نبيّ ولا كتاب ويدين بتعدد الآلهة، والشرك اتخاذ المرء من دون الله نِدّا ومثيلا ونظيرا يُعظمه كتعظيم الله، وسئل النبي أيّ الذنب أعظم؟ قال: "أن تجعل لله ندّا وهو خلقك"،[2] وهو على أنواع: شرك الاستقلال بأن يُثبت إلهين مستقلين كشرك الثنوية، وشرك التركيب حين يعتقد أنّ الله مركّب من عدة آلهة، وشرك التدبير بأن يعتقد أن الله خلق الكون وفوّض تدبيره إلى العقول والنفوس، وأخيرا شرك العبادة بأن يعبد الله ويشرك معه غيره في عبادته وهو المراد عند الإطلاق، وقد اختلف العلماء في طهارة المشرك فقال الجمهور بطهارته حسا ونجاسته معنى لقوله **"إنّمَا**

[1] تفسير القرطبي ج. 6 ص. 134 وتفسير ابن كثير ج. 3 ص. 82

[2] رواه البخاري كتاب تفسير القرآن برقم 4477 ومسلم باب كون الشرك أقبح الذنوب برقم 86

المُشْرِكُونَ نَجَسٌ"، (التوبة 28) ونُقل الإجماع عليه ولا يصح لثبوت الخلاف عن مالك حين قال: "لَا يُصَلِّي فِي ثِيَابِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الَّتِي يَلْبَسُونَهَا، وَأَمَّا مَا نَسَجُوا فَلَا بَأْسَ بِهِ"، وقَالَ: "لَا أَرَى أَنْ يُصَلِّيَ بِخُفَّيْ النَّصْرَانِيِّ اللَّذَيْنِ يَلْبَسُهُمَا حَتَّى يُغْسَلَا"،[1] وهو رأي الرازي والآلوسي وابن حزم، ورغم عدم صحة الإجماع إلا أن القول بالطهارة أرجح بسبب إباحة الكتابيات واستعمال النبيّ وأصحابه لمزادة (قربة) ماء لامرأة مشركة،[2] ولم يثبت عنه أو عن أحد أصحابه القول بنجاستهم عينا.[3]

* **الكافر** اسم فاعل من الكفر وهو الجحود والإنكار والتغطية والظلمة، والراجح إطلاقه على غير أهل ملة الإسلام ولو كانوا أهل كتاب، وهو أنواع: كفر الإنكار ككفر فرعون، وكفر الجحود ككفر إبليس الذي عرف الله بقلبه وأنكره بلسانه، وكفر العناد وهو من عرف الله بقلبه ولسانه وأبى الاتباع، ثمّ كفر النفاق بأن يبطن الكفر ويظهر الإسلام.[4]

* **الكتابي** نسبة لأهل الكتاب ومذهب الحنفية وأبي يعلى الحنبلي أنّه من يؤمن بأيّ كتاب منزّل كالزبور وصحف إبراهيم وشيث فضلا عن التوراة والإنجيل تبعا للمفهوم اللغوي، وتوسّع رشيد رضا فأدخل المجوس والبوذيين والصابئة والبراهمة ووثنيي الهندوس، وهو توسّع فاحش تأباه النصوص،[5] وتوسّط المالكية وأكثر الحنابلة فقالوا هم اليهود والنصارى فقط،[6] لقوله **"أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا"**، (الأنعام 156) ولأنّ عُرْف الْقُرْآنُ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ فِي الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ أَنَّهُمْ أَهْلُ الْكِتَابَيْنِ خَاصَّةً، وأمّا الكتبُ التّي أشاروا إليها فهي مواعظ لا شرائع،[7] وضيّق الشافعية فقسّموهم إلى أولاد يعقوب وغيرهم فخصّوا اللفظ بالأولين، فمن دخل في دينهم قبل التبديل فمقصود ومن دخل بعده فلا، وهو تفصيل غير معروف،[8] قال البغوي: "الكفارُ على ثلاثة أقسام: قسم لهم كتابٌ وقسم لهم شبهة كتابٍ وقسم لا كتاب لهم، فأما الذين لهم كتاب فهم اليهود والنصارى، فمن كان منهم من نسل بني إسرائيل يُقرون بالجزية ويحل له نكاح حرائرهم وأكل ذبائحهم لأن الكتاب أنزل في آبائهم، أما من دخل في دينهم من غير نسلهم؛ نظر إن دخلوا في

---

[1] المدونة الكبرى ج. 1 ص. 140

[2] رواه البخاري باب الصعيد الطيب برقم 344 ومسلم باب قضاء الصلاة الفائتة برقم 682

[3] ابن عاشور التحرير والتنوير دار سحنون تونس 1997م 360/2 وبدران العلاقات الاجتماعية ص. 28 وخالد عبد القادر فقه الأقليات ص. 80 والزلمي مجموعة الأبحاث القرآنية ط إحسان ط1، 2014م ص. 158

[4] يسري إبراهيم فقه النوازل ص.936 وأبو العينين العلاقات ص.30 والزلمي مجموعة الأبحاث ص. 157

[5] الزيلعي تبيين الحقائق الأميرية القاهرة ط 1، 1313 110/2 ورضا تفسير المنار 155/6 وخالد عبد القادر الأقليات ص. 44 ويسري فقه النوازل ص. 937 وزيدان المفصل 307/6 والعمري الاجتهاد ص. 336

[6] اليهود نسبة إلى "يهوذا" أحد أبناء يعقوب من زوجته لائقة، أشار على إخوته بإلقاء يوسف في الجب واتهام الذئب، والنصارى أتباع المسيح نسبة إلى "الناصرة" حيث ولد توجد بالخليل، والمسيح من مسح كهنة المعبد بالزيت لكل مولود من نسل داود، فهد المسعودي حقوق غير المسلمين ماجستير جامعة نايف 2003م ص. 23

[7] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج 2 ص. 813 وابن قدامة المغني ج.7 ص. 130 وزيدان أحكام الذميين ص. 11 وميرة وليد أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية ماجستير جامعة باتنة 2005م ص. 5

[8] السنيكي فتح الوهاب دار الفكر 1994م ج. 2 ص. 54 وبدران أبو العينين العلاقات ص. 42 ويسري إبراهيم فقه النوازل ص. 939 وميرة وليد أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية ص. 4

دينهم قبل التبديل والنسخ يقرُّ أولادهم الذين جاءوا من بعد بالجزيةن وهل يحل نكاح حرائرهم وأكل ذبائحهم؟ فيه قولان أحدهما وهو الصحيح من المذهب يحل كما يقرون بالجزية، والثاني لا يحل اعتباراً بالنسب وقررناهم بالجزية تغليباً للحقن"،[1] والأكثر على عدم اشتراط العمل قياسا على المسلم غير الملتزم، وقال عليٌّ في نصارى تغلب: "ليس معهم من النصرانية سوى شرب الخمر"، فخالفه الصحابة وقالوا حسبنا أنهم قالوا نحن نصارى، كما استدل لهم ابن عباس بقوله "**وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ**"، (المائدة 51) وصالحهم عمر على الجزية.[2]

الراجح مذهب الجمهور بأنّهم اليهودَ والنَصارى فقط، مع عدم اشتراط الممارسة للشعائر، ومنع التشدد الذين ذهب إليه الشافعية لأنه لا مستند له، ولا يُعقل توسّع الأحناف أو صاحب المنار.

* **تناول لفظ المشرك لمعنى الكتابي:** قيل يتناوله لقوله "**وَقَالَتْ اليَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللهِ وَقَالَتْ النَصَارَى المَسِيحُ ابْنُ اللهِ**"، (التوبة 30) وقيل لا بسبب العطف في قوله "**لَمْ يَكُنِ الذّينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ وَالمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ**" (البينة 1) وقوله "**مَا يَوَدّ الذّينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ وَالمُشْرِكِينَ**"، (البقرة 105) والصواب تناوله عند الإطلاق وعدم التناول عند الاقتران مثل لفظي المؤمن والمسلم الذين يدلان على معنى واحد عند الافتراق ومغاير عند الاقتران، قال البُلقيني: "لفظ الْمُشْرِك وَالْكِتَابِي كلفظ الْفَقِيرِ وَالْمِسْكِينِ إنْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا اخْتَلَفَ مَدْلُولُهُمَا، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا تَنَاوَلَ الْآخَرَ"،[3] وتظهر ثمرة الخلاف عند المقارنة بين قوله "**وَلَا تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتّى يُؤْمِنّ**"، (البقرة 221) وقوله "**وَالمُحْصَنَاتِ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ**"، (المائدة 5) فعند القائلين بعدم التناول لا يوجد تعارض لأن الأولى منعت نكاح المشركة والأخرى أباحت الكتابية، ومن قال بالتناول وقع عنده تعارض فاحتاج إلى تخصيص.[4]

المطلب الثاني: زواج المسلم بالكتابية

بين يدي المطلب اشتهر الترخيص في زواج المسلم من الكتابية لكنّه ليس على إطلاقه ولا محلّ اتفاق خاصة الحربية والمملوكة، فيه فروع: الزواج بالكتابية الحرة والحربية والمملوكة وفي عصرنا.

الفرع الأول: زواج المسلم بالكتابية الحرة في دار الإسلام

الأكثر على إباحة زواج المسلم من الكتابية الحرة في دار الإسلام،[5] قال ابن المنذر: "لا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرّم ذلك"،[6] ونقل الإجماع عليه الطبري

---

[1] البغوي التهذيب 368/5 والنووي الروضة ت الشاويش المكتب الإسلامي ط 3، 1991م 135/7

[2] خالد عبد القادر فقه الأقليات ص. 47

[3] الشربيني مغني المحتاج 320/4 وعبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة 305/6

[4] عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة ج. 6 ص. 306

[5] المدونة الكبرى 219/2 ومختصر خليل ت جاد دار الحديث ط 1، 2005م ص.101 و ابن عابدين 45/3 والنووي الروضة 135/7 وابن مفلح المبدع 139/6 والخرشي على خليل دار الفكر 226/3 وابن حزم المحلى 12/9 وعبد العزيز عامر الأحوال الشخصية دار الفكر ط 1، 1984م ص.77

[6] ابن المنذر الإشراف ج. 5 ص. 93 والمرشدي العتيبي فقه المتغيرات دار الفضيلة ط، 2009م ص. 750

وابن أبي هبيرة في كتابه الإفصاح وهو غير دقيق لورود الخلاف عن ابن عمر، قال نافعٌ: "كان إِذَا سُئِلَ عَنْ نِكَاحِ النَّصْرَانِيَّةِ وَاليَهُودِيَّةِ أجاب: "إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ المُشْرِكَاتِ عَلَى المُؤْمِنِينَ وَلاَ أَعْلَمُ مِنَ الإِشْرَاكِ شَيْئًا أَكْبَرَ مِنْ أَنْ تَقُولَ المَرْأَةُ رَبُّهَا عِيسَى وَهُوَ عَبْدٌ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ"،[1] قال ميمون بن مهران: "أراد الكراهة لا التحريم"،[2] وقال الباجي: "لا أعلم أحدا منعه غيره"،[3] وعلى المنع الهادوية من الزيدية،[4] ويُروى عن عُمر ولا يصح[5] والصحيح أَنَّ حُذَيْفَةَ نَكَحَ يَهُودِيَّةً فَقَالَ له عُمر: "طَلِّقْهَا فَإِنَّهَا جَمْرَةٌ" قَالَ: أَحَرَامٌ هِيَ؟ قَالَ لَا فَلَمْ يُطَلِّقْهَا حُذَيْفَةُ لِقَوْلِهِ حَتَّى إِذَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ طَلَّقَهَا"، وفي رواية قال: "لَا أَزْعُمُ أَنَّهَا حَرَامٌ وَلَكِنِّي أَخَافُ أَنْ تَعَاطَوُا الْمُومِسَاتِ"، وقال: "الْمُسْلِمِ يَنْكِحُ النَّصْرَانِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّ لَا يَنْكَحُ الْمُسْلِمَةَ"، وكلها أصح من رواية التحريم،[6] ولعل المنع كان من قبيل المصلحة المرسلة والاستحسان،[7] ومنعه سيد قطب والصابوني،[8] وقال بعض الحنفية: "إذا اعتقدت المسيحية ألوهية عيسى واليهودية أن العزير ابن الله لم تحل"،[9] وعلى المنع الجبري في كتابه جريمة الزواج بغير المسلمين والغماري في دفع الشك وغيرهما.

* **أدلة المانعين** قوله **"وَلَا تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتّى يُؤْمِنّ"، (البقرة 221)** وقوله **"وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ"، (الممتحنة 10)** كلاهما مخصّص ولا يراد بهما العموم.

* **دليل المجيزين** قوله **"وَالمُحْصَنَاتُ مِنَ الّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ" (المائدة 5)** نسخت قوله **"وَلَا تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ" (البقرة 221)** أو خصصت عمومها، مأخذ النسخ وجود الشرك في أهل الكتاب اختاره ابن عباس ومالك والثوري والأوزاعي والتخصيص أرجح،[10] لحديث: "نتزوّج نساءَ أهل الكتاب"،[11] وحديث: "سنّوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم"،[12] والاستثناء دليل الجواز وإلا كان عبثا ولا

---

[1] رواه البخاري كتاب الطلاق برقم 5285

[2] خرجه ابن أبي حاتم كما في تفسير ابن كثير ج. 1 ص. 583

[3] الباجي المنتقى ج. 3 ص. 328 وزيدان أحكام الذميين ص. 344

[4] الشوكاني السيل الجرار دار ابن حزم ط 1، ص. 354 يوجد المذهب الزيدي شمال اليمن و**الهادوية** نسبة للهادي يحيى بن الحسين، حارب القرامطة وأول إمام للدولة الزيدية حكمت بعض اليمن توفي (298): الجهيني الموسوعة الميسرة دار الندوة ط 4، 1420 77/1 وزيدان المفصل 13/7

[5] رواه الطبراني في الكبير عن ابن عباس برقم 13013

[6] الأولى في مصنف الرزاق 10057، الثانية في ابن أبي شيبة 16163، الثالثة في عبد الرزاق 10058

[7] الدريني المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ص. 17

[8] سيد قطب في ظلال القرآن ج 1 ص. 240 وزيدان أحكام الذميين ص. 342 وأميرة مازن أثر الاختلاف في أحكام الزواج في الفقه الاسلامي ماجستير جامعة النجاح نابلس فلسطين 2007م ص. 57

[9] حاشية ابن عابدين ج 3 ص. 184 وكمال بن الهمام فتح القدير ج 3 ص. 229

[10] عبد الفتاح عمرو السياسة الشرعية ص. 49

[11] الطبري في التفسير 367/4: "تلكموا فيه وهو صحيح" قال شاكر: "قيل أن الحسن لم يسمع من جابر وقد سمع"، الملاح الأحاديث الضعيفة لابن كثير في تفسيره مكتبة العلوم المدينة ط 1، 2010م ص. 66

[12] محفوظ بلفظ "سنوا بهم سنة أهل الكتاب" والزيادة شاذة، قال الزيلعي نصب الراية 170/3: "غريب بهذا اللفظ وإسناده مرسل فيه قيس بن مسلم سيء الحفظ" وقال ابن حجر التلخيص 375/3: "مدرجة".

يصح مُسندا، ورُوي فعله عن عمر وابن عباس وحُذَيْفَةَ وطَلْحَةَ،[1] قال ابن بطال: "على الجواز العامة ولا يُروى خلافه إلا عن ابن عمر الذّي شذّ وخالف الآية ولم يلتفت أحد إلى قوله، والمسلمون على الرخصة، فقد تزوّج عثمانُ بنائلة النّصرانية وطلحةُ هودية وحذيفةُ يهودية وعنده مسلمتان وغيرهم كثير".[2]

الراجح نكاح الكتابية الحرة في دار الإسلام جائز؛ لأنّها تلتقي مع المسلم في أساس الفضائل، والأديان السماوية واحدة في الأصل مما يساعد على دوام العشرة بغير مساس بالعقيدة.

الفرع الثاني: زواج المسلم من الكتابية الحربية

يشتد الخلاف في الكتابية الحربية لأنّ من رخّص في التزوّج بساكنة دار الإسلام قد يمنعه بمن تسكن دار الحرب، وعلى المنع ابن عباس وعمر وابنه وعليّ وقتادة وابن جريج والنخعي والثوري ومجاهد والحَكَمُ وبعض الحنابلة والحنفية والمالكية، والقرضاوي لانقطاع أواصر النسب وابن باديس والقاسمي والجابري،[3] والباقي على الكراهة إذا كانت عفيفة لمفاسد الزواج في دار الكفر، وأجيز للمهاجر والطالب إذا خاف على نفسه، ونقل ابن الهمام الإجماع على الكراهة وفيه مبالغة.[4]

احتج المانعون بقوله **"وَالمُحْصَنَاتُ مِنَ الذّينَ أُوتُوا الكِتَابَ"**، **(المائدة 5)** التي خصّت الجواز بالذّمية الملتزمة بقانون دولة الإسلام، أجيب أنه تحكّم بلا دليل وتخصيص بلا مخصّص، واستدلوا بما ورد من النهي عن موالاة المحاربات كقوله **"لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ يُوَادّونَ مَنْ حَادّ اللهَ وَرَسُولَهُ"**، **(المجادلة 22)** ولا مودة أكثر من الزواج لقوله **"وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً"** **(الروم 21)**، أجيب أنّها حين تتزوج بمسلم تستوطن دار الإسلام فتصير ذمية، ولفظ الحربية لا يعني أنها تحارب المسلمين وإنما تسكن دار الحرب، واستدلوا بقوله **"الخَبِيثَاتُ للخَبِيثِينَ"**، **(النور 26)** والحربية خبيثة تحارب الله ورسوله والمسلمين فلا يتزوجها إلا خبيث، جوابه أنها حربية بالمسكن، وقالوا التزوّجُ بالحربية يُفضي إلى الإقامة معها في دار الحرب وفيه مخالفة لأمر الله ورسوله بالهجرة؛ لأنه يُكثر سواد الكفار ويُقلّل عدد المسلمين، أجيب أنّ الإقامة في بلد الكفر لا تُحرم إذا كانت بقصد سليم، وقالوا: المسلم بهذا الزواج يعرض نفسه وولده لمخاطر كبيرة، فربما أثّرت عليه وعلى ولده فتخلقوا بأخلاقها وشبُّوا على عاداتها وعادات قومها، وأخطر منه ميولهم إلى دينها

---

[1] عمر في عبد الرزاق 12664 و10058 صحيح، وابن عباس في الطبراني الكبير 12607 صحيح: المروزي السنة ت السلفي الكتب الثقافية ط 1، 1408 91/1 والطبري التفسير 362/4 والجديع إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه دون طبعة ص. 97 وحذيفة في عبد الرزاق 10057 وطلحة في عبد الرزاق 10059.

[2] شرح ابن بطال على البخاري مكتبة الرشد الرياض تحقيق ياسر بن إبراهيم 2003م ج. 7 ص. 434

[3] قول ابن عباس الجصاص أحكام القرآن 411/2 وعلي عبد الزاق 10087 وقتادة عبد الرزاق 10086 وابن جريج عبد الزاق 10088، وابن قدامة المغني 293/9 والمرداوي الإنصاف 135/8 وحاشية ابن عابدين 45/3 والسرخسي المبسوط 50/5 وتفسير القرطبي 69/3 والقرضاوي فتاوي معاصرة مكتبة وهبة ص. 753

[4] ابن الهمام فتح القدير 229/3 والرعيني المواهب 478/3 والشربيني المغني 311/4 والمرداوي الإنصاف 136/8 وميرة أثر الاختلاف ص. 13 وبدران العلاقات ص. 54

وردتهم، مع ما يحصل من الاسترقاق لأولاده عندما تؤسر أمهم في حب مع مسلمين، وهي حامل منه فلا تُصدّق بأنه حمل مسلم، وما يحصل للزوج من الانغماس في المحرمات التي لا يقدر على إنكارها، وقد تمارس امرأته أنواعا منها وهو لا يقدر على منعها وربما صار مثلها، أجيب بأنه تعليل موجود في الكتابية في دار الإسلام وقد أهمله الشارع فلا مجال لاعتباره هنا، واحتج الجمهور للكراهة بمنع المفاسد الواقعية المترتبة أما الإباحة فسببها عموم النصوص المبيحة.[1]

الترجيح تجويزه شرط أن يأمن المسلم أبواب الفتن ويضبط زواجه بالشرع.

الفرع الثالث: زواج المسلم من الكتابية المملوكة أو المسبية

* **المملوكة الكتابية** اختلفوا على أقوال: **الأول** التحريم نص عليه مالك في المدونة وبه قال الشافعية والحنابلة، **الثاني** الكراهة عليه أكثر الحنفية وبعض المالكية وهو قول عند الحنابلة، **الثالث** الجواز قال به سعيد بن جبير وعطاء وطاوس وأبو ثور، احتج المجيزون بقوله **"وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"**، **(النساء 34)** وقوله **"إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ"**، **(المؤمنون 6)** فيهما جواز الاستمتاع بالأمة ولو كانت كتابية أو مشركة، وفي حديث سبايا أوطاس جواز نكاح المشركات فتجوز الكتابية بطريق الأولى، واستدل المانعون بقوله **"وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ"**، **(البقرة 221)** عامة في كل مشركة ولا يُخصص إلا حرائر أهل الكتاب، وحديث سبايا أوطاس يحتمل أنهن أسلمن قبله لقوله **"فَمِن مَا مَّلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ"**، **(النساء 25)** فيها تخصيص الجواري بالإسلام وهو بعيد.[2]

الترجيح جواز نكاح الأمة الكتابية لعموم الجواز ولا يوجد ما يعارضه.

* **المملوكة المشركة** صورتها أن تقع امرأة مشركة سبيّة بيد مسلم فهل يجوز وطؤها؟ اختلفوا على قولين: **المنع** قال به أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَالزُّهْرِيُّ وَسَعِيدُ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ ومُرَّةُ الْهَمْدَانِيُّ ونسبه ابْنُ عَبْدِ الْبَرّ إلى الجمهور، **والجواز** مذهب طاووس والشوكاني،[3] **دليل المجيزين** بعث الرَسُولُ يَوْمَ حُنَيْنٍ جَيْشًا إِلَى أَوْطَاسَ فَلَقُوا عَدُوًّا فَظَهَرُوا وَأَصَابُوا سَبَايَا، فَكَأَنَّ نَاسًا تَحَرَّجُوا مِنْ غِشْيَانِهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَنزَلَ قوله **"وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"**، **(النساء 24)** أَيْ فَهُنَّ لَكُمْ حَلَالٌ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ"،[4] قال ابن كثير: "حُرِّمَ عَلَيْكُمُ الْأَجْنَبِيَّاتُ الْمُزَوَّجَاتُ إِلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ بِالسَّبْيِ فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَكُمْ وَطْؤُهُنَّ إِذَا اسْتَبْرَأْتُمُوهُنَّ"،[5] ونهى النبيّ أَنْ تُوطَأَ السَّبَايَا حَتَّى يَضَعْنَ مَا فِي بُطُونِهِنَّ،[1] وقال:

---

[1] يسري إبراهيم فقه النوازل ص. 962 وعبد العزيز الأحمدي اختلاف الدارين ج. 2 ص. 248

[2] المدونة 219/2 والشربيني المغني 304/4 وابن القيم أهل الذمة 798/2 وابن قدامة المغنى 134/7 وابن رشد المقدمات الممهدات 465/1 وبدران العلاقات الاجتماعية ص. 34 وزيدان المفصل 323/6

[3] النووي على مسلم دار إحياء التراث ط 2، 1392 36/10 وابن رشد المقدمات 465/1 والمباركفوري تحفة الأحوذي الكتب العلمية 294/8 ومحمد الولوي ذخيرة العقبى دار المعراج 2003م 382/27 والشوكاني النيل 196/6 وابن قدامة المغني 134/7

[4] رواه مسلم باب جواز وطء المسبية رقم 1456 والترمذي رقم 1132 وأحمد رقم 11691

[5] تفسير ابن كثير ج. 2 ص. 256 وتفسير القرطبي ج. 5 ص. 121

"من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا ينكحن شيئًا من السبايا حتى تحيض حيضة"،[2] وسبى أبو إياس مشركة فوهبها النبيّ قبل أن يمسّها،[3] **وحجة المانعين** قوله **"وَلَا تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتّي يُؤْمِنّ"** (البقرة 221) نسخت آية الجواز ولأجل الإجماع حيث لم يخالف إلا طاوس، وأجاب أحمد عن حديث أوطاس بقوله: "لعلهنّ أسلمن قبل وطئهنّ"، وهو بعيد لأنّ في السياق أنّهم تحرّجوا من قربهنّ ولو أسلمن ما تحرجوا، وقيل أنّ الجواز كان قبل التحريم لأن أمّ كلثوم ابنة عقبة بن أبي معيط جاءت بعد الحديبية مع نسوة مؤمنات فنزل **"إِذَا جَاءَكُم المؤْمِنَاتُ"**، (الممتحنة 10) ودعوى النسخ تحتاج إلى دليل ولا يوجد.[4]

الراجح الجواز ولم يأت المانعون بما يقارع أدلة الجواز ودعوى النسخ باطلة.

الفرع الرابع: زواج المسلم من الكتابية في عصرنا وضوابطه

بعض المعاصرين على منع زواج المسلم من الكتابية في أيامنا من باب السياسة الشرعية؛ لأن أكثرهنّ لا دين لهنّ، وهنّ إما ملحدات أو مشركات يتنزل عليهنّ قول ابن عمر: "لاَ أَعْلَمُ مِنَ الإِشْرَاكِ شَيْئًا أَكْبَرَ مِنْ أَنْ تَقُولَ المَرْأَةُ رَبُّهَا عِيسَى"، ولانعدام القوامة وغلبة المسيحية على زوجها بحريتها المفرطة، والقانون المنحاز إليها وخوف الفتنة على الأولاد، ويشتد المنع إذا كان الزوج من القيادات، ويذكر التاريخ أن الجواسيس الذين أهلكوا دول الإسلام كنّ كتابيات متزوجات من قادة، قال الغزالي: "كلمة أهل الكتاب أبعد ما تكون عن وصف رجال ونساء أوروبا وأمريكا، إن التوراة والإنجيل فقدا سلطانهما على الناس، والدين في مظهره العملي لا يعدو أن يكون عطلة الأحد أو أحفال عيد الميلاد، ثم السخط على الإسلام، ...إن الزواج بالكتابية المحصنة كان جائزا لمسلم قدير على الإمساك بزمام بيته وتربية أولاده"، ويبدو أنّ منع المسلم من الزواج بالكتابية قد يجوز لوليّ الأمر من باب السياسة خاصة لذوي المسؤولية، حيث تقرّر جواز تدخل وليّ الأمر بتقييد المباح ومنعه من باب السياسة لا تغيير الأحكام كنهي عمر عن نكاح الكتابية،[5] وإمضائه الثلاث في مجلس واحد ثلاثا،[6] ففي المادة 6/87 دستور الجزائر 2020 نص على وجوب حمل زوجة الرئيس للجنسية الجزائرية الأصلية فقط، لأنّ الغالب على الجزائريين أنهم يدينون بالإسلام، وانتقدت بحالة كونها جزائرية غير مسلمة، أما المنع الشرعي فلا يصح لأن ما أباحه الشارع لا يُمنع إلا بديل.[7]

---

[1] رواه الترمذي باب كراهية وطء السبايا برقم 1564 وأحمد برقم 17153 صححه الأرنؤوط

[2] رواه أحمد برقم 16997 وصححه الأرنؤوط

[3] رواه مسلم باب التنفيل برقم 1755

[4] سحنون المدونة 225/2 وابن قدامة المغني 135/7 والملطي المعتصر عالم الكتب 304/1

[5] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 16163

[6] رواه مسلم باب الطلاق الثلاث برقم 1472

[7] شلبي الحياة الاجتماعية ط النهضة ط5، 1986م ص.46 وزيدان المفصل 18/7 والعتيبي المتغيرات ص.761 والدريني المناهج ص.17 والغزالي قضايا المرأة ط الشروق ص.203 والقرضاوي الأقليات ص. 91 والجهني حدود سلطة ولي الأمر مجلة المجمع الفقهي عدد 21 سنة 2008م ص. 209

* **ضوابط الزواج بالكتابية** يُضبط بالاستيثاق من كونها كتابية فليس كل امرأة مولودة في الغرب تُعتبر كذلك، وألا يجد المسلمات قال جابر: "شَهِدْنَا الْقَادِسِيَّةَ مَعَ سَعْدٍ وَنَحْنُ يَوْمَئِذٍ لَا نَجِدُ سَبِيلًا إِلَى الْمُسْلِمَاتِ؛ وَتَزَوَّجْنَا الْيَهُودِيَّاتِ وَالنَّصْرَانِيَّاتِ فَمِنَّا مَنْ طَلَّقَ وَمِنَّا مَنْ أَمْسَكَ"،[1] وقال عطاء: "كَانَ ذَلِكَ وَالْمُسْلِمَاتُ قَلِيل"،[2] ومنها الحصانة لقوله **"والمحصنات"**، (المائدة 5) حيث قيل أنّه خرج مخرج الغالب، والأكثر على اعتباره غير أنهم اختلفوا في مدلوله، فقال مجاهد والطبري: **الحرائر** فيجوز نكاح الحرة الكتابية فقط، وقال ابن كثير **العفيفة** فيجوز نكاح الكتابية العفيفة سواء كانت حرة أم أمة وهو أرجح لقوله **"مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ"**،[3] (النساء 25) وألا تكون محاربة ويأمن معها الضرر لقول عمر:"أَخَافُ عليكم الْمُومِسَاتِ"، ويعقد عليها بزواج شرعي.[4]

* **أسباب ظاهرة زواج المسلم من غير المسلمة** الرغبة في الحصول على الجنسية والإقامة، والعيب الخَلْقي الحامل على البحث عن زوجة غير عربية من المجتمع الهندي ممن يقبل التشوه، وطلب الجمال والانحلال الذي جعل النساء أرخص خلافا للمسلمة التي يغلب عليها التباهي، والانبهار بالحضارة الغربية وثقافتها ومحاولة الاندماج، والرغبة في الحصانة لطلاب الجامعات، وتضييق القوانين الإسلامية على التعدد؛ لهذا يُقبل أصحاب المال على الأجنبيات.[5]

* **آثار ظاهرة نكاح أهل الكتاب** جَلَب مفاسد كبيرة حين صار الدين آخر الاهتمامات، وقيام الزوجة الغير مسلمة بتربية أولاد المسلم على غير الإسلام، وهناك أثر اجتماعي يتمثل في العنوسة، وآخر نفسي حين يتعقد الأولاد المنحدرين من أسرة مختلطة، وسياسي كتعرّف غير مسلمة على عادات العائلة والوطن والدولة فتستعمله للتجسس، واقتصادي كالإكثار من السفر إلى الأهل وزيادة المصاريف، وصحي كانتشار الأمراض لعدم تعفّف المسيحيات الغربيات.[6]

المطلب الثالث: زواج المسلم بالكافرة والمشركة وأهل الطوائف

نبحث زواج المسلم بالكافرة، وهي استقراء: المرتدة والمشركة والمتولدة من مشرك وكتابيّة والمجوسية والصابئة والدرزية، ثم نذكر الزواج بأهل الطوائف كالشيعية لما عندها من كفر اعتقادي وزواج المسلمة بغير المسلم.

* **نكاح المرتدة** اتفقوا على أنّه لا يحلُّ لمسلم الزواج بمرتدة؛ لأنه لا دين لها وتُعتبر في حكم الميتة، ولو انتقلت إلى دين سماويّ، قال السرخسي: "لَا يَجُوزُ لِلْمُرْتَدِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُرْتَدَّةً وَلَا مُسْلِمَةً وَلَا كَافِرَةً أَصْلِيَّةً؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَعْتَمِدُ الْمِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ

---

[1] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 16169
[2] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 16164
[3] تفسير الطبري ج. 8 ص. 160 وتفسير ابن كثير ج. 3 ص. 42
[4] القرضاوي فقه الأقليات ص. 97 والعتيبي فقه المتغيرات ص. 752 ورشيد العمري الاجتهاد ص. 340 وحيدرة محمد الضرر في الأحوال الشخصية دكتوراه جامعة وهران 2012م ص. 44
[5] أميرة مازن أثر الاختلاف ص. 180
[6] نفس المرجع السابق ص. 185

لِلْمُرْتَدِّ"،[1] ونفس الأمر لزواج المسلمة من مرتد،[2] قال الشافعي: "إِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ فَنَكَحَ مُسْلِمَةً أَوْ مُرْتَدَّةً أَوْ مُشْرِكَةً أَوْ وَثَنِيَّةً فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ لَمْ يُسْلِمَا وَلَا أَحَدُهُمَا، ... وَلَا تَحِلُّ بِهِ لِزَوْجٍ لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا لِأَنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ"،[3] ومن المرتدين في هذا الزمان بعض الشيوعيين الذّين يعتقدون العقيدة المادية قلبا وقالبا، والذين لا شك في إلحادهم وكفرهم وحرمة الزواج بهم، وقد طُرحت المسألة على لجنة الفتوى بالأزهر فأجابت: "الشيوعية مذهب مادي لا يؤمن بالله وينكر الأديان ويعتبرها خرافة، والشيوعي المعروف بشيوعيته وهو مُصرٌّ عليها يعتبر مرتدا، وإذا كان الإسلام حرّم زواج المسلمة من مشرك فمن باب أولى أن يمنع مع من لا دين له".[4]

* **نكاح المشركة** اتفقوا على تحريم الزواج بها وما يلحقها ممن لا تدين بدين سماوي كالملحدة والبوذية، وخالف رشيد رضا فأحلّ مشركات غير العرب لتفسير الطبري بأن المقصود مشركات العرب دون العجم، وبأن الوثنيين من أهل الصين كانوا أهل كتب مشتملة على التوحيد كالمجوس، احتج المانعون بقوله **"وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتّى يُؤْمِنّ"، (البقرة 221)** وقوله **"وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ"، (الممتحنة 10)** ونقل الإجماع عليه أبو عبيد وابن قدامة وابن الهمام وابن رشد.[5]

الترجيح الراجح هو التحريم ولا مجال لمناقشة الأدلة التي ساقها السيد رضا، لأنّه لو سلّمنا بها لفتحنا بابا طويلا عريضا لتعطيل أحكام الشرع وردّ النصوص بالظن، وقديما قال القاسم بن سلام: "ذكرنا ما في نكاح نساء أهل الكتاب فأما المجوسيات والوثنيات فنكاحهن محرم عند المسلمين جميعا لم ينسخ تحريمهن كتاب ولا سنة"،[6] أما حكمة التحريم فهي التنافر بين الإسلام والأديان الوثنية فلن تستمر العشرة ولن تتلاءم، وكيف يُتصور أن يتعاشر زوج يتقرب بذبح بقرة وزوجته بالعبادة إليها؟! والمنع لا يقتصر على أهل الإسلام فقد ذُكر في العهد القديم سفر تثنية 7: 1-4 "إذا أدخلك الربّ إلهك إلى الأرض.... ولا تصاهرهم ولا تعط ابنتك لابنه ولا تأخذ ابنته لابنك"،[7] ثمّ اختلفوا في نكاح المتولدة من أبوين أحدهما وثنيّ والآخر كتابي، فمنعه الشافعية والحنابلة تغليبا للتحريم، وفي رواية للشافعية تحرُم ابنة الوثني وتجوز ابنة الكتابي ولو كانت أمها وثنية لأنها تنسب إليه، ولم يختلفوا في الجواز إذا بلغت واختارت دينا كتابيا، وقال الحنفية بالجواز مطلقا وهو أرجح.[8]

---

[1] السرخسي المبسوط ج. 5 ص. 48

[2] السنيكي الأسنى 162/3 وأبو زهرة الأحوال ص.100 وزيدان المفصل 309/6

[3] الشافعي الأم ج. 5 ص. 62

[4] جريدة الأهرام 1965/8/9م والسامرائي أحكام المرتد دار العلوم ط 2، 1983م ص.221

[5] القاسم بن سلام الناسخ والمنسوخ ت المديفر مكتبه الرشد ط 2، 1997م 94/1 وابن قدامة المغني 131/7 وابن الهمام الفتح 231/3 وابن رشد البداية 67/3 وأبو زهرة الأحوال ص. 99 والعمري الاجتهاد ص. 332

[6] أبو عبيد القاسم بن سلام الناسخ والمنسوخ ج. 1 ص. 94

[7] أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 99 والقرضاوي من فقه الأقليات ص. 92

[8] الرافعي ت محمد عوض الكتب العلمية ط 1، 1997م ج. 10 ص. 512 والسنيكي فتح الوهاب 54/2 وسليمان الجمل حاشية الجمل دار الفكر 194/4 والشربيني المغني 314/4

* **نكاح المجوسية** المجوس كلمة فارسية تُطلق على أمة من الناس أصل دينهم تعظيم النور الذي إلهه "يزدان" والتخويف من الظلمة التي إلهها "أهرمن"، يعبدون النار لأنّها منبع النور لأنّ أصل الكون عندهم هو القوة الكامنة في النور والظلمة، لهم فيه مذاهب موطنهم بلاد فارس،[1] نص الشافعي أنهم أهل كتاب،[2] وقد اتفقوا على جواز أخذ الجزية منهم لكن اختلفوا في نكاح نسائهم، فمنعه الجمهور وأجازه أبو ثور وداود وابن القصار المالكي وابن حزم،[3] **احتج المجيزون** بحديث "سَنّوا بِالمجُوسِ سُنّةَ أَهْلِ الكِتَابِ"،[4] رُدّ بعدم ثبوته وقد حسنه ابن حجر، ولو صحّ لكان يعني معاملتهم بأخذ الجزية عنهم لأنه جاء جوابا عن سؤال حولها لرواية: "غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم"،[5] واحتجوا بأن النبي والخلفاء أخذوا منهم الجزية، وبقول علي بن أبي طالب: "كانوا أهل كتاب فرفع الله كتابهم"،[6] وبأنّ عثمان أخذ الجزية عن البربر،[7] أجيب: أثر عليّ ضعيف، وعلى فرض صحته فإن كتابهم مرفوع فلم يعودوا منهم ورُوي عنه التحريم،[8] **واحتج المانعون** بقوله **"أَنْ تَقُولُوا إِنّمَا أُنْزِلَ الكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ"، (الأنعام 156)** وجه الدلالة: أهل الكتاب طائفتان، وقبول الجزية من المجوس لا يُغيّر حظر النكاح، وفي بداية الإسلام حزن المسلمون لهزيمة الروم لأنهم أهل كتاب فنزل قوله **"غُلِبَتْ الرّومُ"**،[9] **(الروم 1)** وأرسل النبيُّ كتابا إلى الروم فخاطبهم: **"قُلْ يَا أَهْلَ الكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ"، (آل عمران 64)** ولم يفعله مع المجوس،[10] وأجمع الصحابة على تحريم نكاح المجوسية ولم يُعلم لهم مخالف، أجيب أنّ نقل الإجماع فيه نظر لأنّ الجواز مروي عن حذيفة وعطاء وطاوس وابن دينار، أجيب: الثابت عن حذيفة أنه تزوج يهودية ويروى عن الباقين جواز التسري وهو خارج محل النزاع.[11]

الترجيح يمنع الزواج من المجوسية لأنه لا كتاب لها، ولا يصح الاحتجاج بأخذ الجزية عن قومها لأنه ترخيص دعويّ لا يغيّر من الحظر شيئا.

---

[1] في إيران مليون مجوسي لهم نيران لا تخمد لحظة في "يزد" المقدسة، يعتقدون بتناسخ الأرواح وعبادة النار ونكاح المحارم، خالد الأقليات ص. 48 وزيدان الذميين ص. 16 وبدران العلاقات ص. 78

[2] الشافعي الأم ج. 4 ص. 183

[3] ابن القيم أهل الذمة 816/2 وشرح الخرشي 132/4 وزيدان المفصل 24/7 ومازن الاختلاف ص.45 وعبد القادر الأقليات ص. 47 وأبو العينين العلاقات ص. 78 وزيدان الذميين ص. 345

[4] رواه مالك في الموطأ بسند منقطع، حسنّه ابن حجر في الفتح 261/6 وضعفه الألباني الإرواء 1248

[5] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 32 ص. 188

[6] البيهقي الكبرى 18650 سنده ضعيف فيه سعيد بن المرزبان، قال البخاري منكر الحديث، وقال أبو حاتم لا يحتج به، وقال أبو زرعة لين، وأنكره أحمد، وحسّنه ابن حجر في الفتح 261/6 المزي تهذيب الكمال تحقيق بشار الرسالة ط 1، 1980م 55/11 وزيدان المفصل 308/6

[7] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 18655 ج. 9 ص. 319

[8] رواه أبو يوسف في الخراج ص. 143

[9] الواحدي أسباب نزول القرآن ص. 344

[10] رواه البخاري باب كيف كان بدء الوحي برقم 7

[11] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 817

* **نكاح الصابئة:** الصابئة من صبأ أي خرج من دين لآخر، وقيل من اغتسل لهذا يسكنون الأنهار لحبهم الاغتسال، أصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها، قال الشهرستاني: "كانوا في زمن إبراهيم وزعموا أن عبادة الله لا تكتمل إلا باتخاذ وسائط من الروحانيين"،[1] وقيل أنّهم نصارى زادوا تعظيم الكواكب وقيل عبدة أوثان، وقد اضطربت الأقوال في حقيقتهم يوجدون اليوم بالعراق،[2] ذكرهم القرآن بقوله **"إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ"** (البقرة 62) وقوله **"إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئُونَ"** (المائدة 69) وقوله" **إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ"** (الحج 17)، واختلفوا في نكاح نسائهم فأجازه الشافعية والحنابلة وهو قول لأبي حنيفة، ومنعه أبو يوسف وابن الحسن لأنهم بالمشركين أشبه.[3]

الترجيح الراجح هو المنع لأن الذين كانوا نصارى قد اندثروا، قال غُضَيْفُ بْنِ الْحَارِثِ: "كَتَبَ عَامِلٌ لِعُمَرَ أَنَّ نَاسًا مِنْ قِبَلِنَا يُدْعَوْنَ السَّامِرَةَ يَسْبِتُونَ يَوْمَ السَّبْتِ وَيَقْرَءُونَ التَّوْرَاةَ وَلَا يُؤْمِنُونَ بِيَوْمِ الْبَعْثِ فَمَا تَرَى فِي ذَبَائِحِهِمْ؟ فَكَتَبَ: "هُمْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ذَبَائِحُهُمْ ذَبَائِحُ أَهْلِ الْكِتَابِ"،[4] ولم يبق إلا صابئة العراق عباد الكواكب من المشركين فلا تحل نساؤهم.

* **نكاح الدرزية:** أتباع نشتكين الدرزي مولى الحاكم بأمر الله الفاطمي، فرقة باطنية كافرة لا يؤمنون بالأنبياء ولا بالقرآن، لا يحل الزواج ببناتهم اتفاقا.[5]

* **نكاح الشيعية:** هم ثلاث فرق أساسية: زيدية وإمامية ونصيرية، فالنصيرية كفار حركتهم باطنية يعتقدون بجانب من الألوهية في علي بن أبي طالب، أسّسها أبو شعيب بن نصير البصري مدّعي النبوة، يُسمون القرامطة والباطنية، سمّتهم فرنسا بالعلويين، يعتقدون أن عليا خلق النبيّ، يُحلّون المحرمات ويكفّرون الصحابة ولا يعترفون بالحج والزكاة لهم صلاة مختلفة، وقد اتُّفق على تحريم نكاح نسائهم،[6] الزيدية أقرب لأهل السنة لأنّهم على اعتدال، يتبعون زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي، أخذ عنه أبو حنيفة له كتاب المجموع، وأفتى جماعة بجواز زواج السني بالزيدية شرط ألا يظلمها ولا يغيّر مذهبها،[7] الإمامية سموا بالرافضة لرفضهم قول زيد في عدم لعن الشيخين أبي بكر وعمر، أصل أصولهم الإيمان بإمامة 12 إماما من ذرية النبيّ وبالمهدي المغيّب، أشهر الفرق وأكثرها عددا، لهم عداوة شديدة لأهل السنة يكفرونهم ويستحلون دماءهم ويمنعون نكاح نسائهم، ومنع ابن تيمية

---

[1] الشهرستاني الملل والنحل طبعة الحلبي ج 1 ص. 11 و ج 2 ص. 35

[2] يعتقدون بالخالق واليوم الآخر يتبعون تعاليم آدم، نبيهم "يحي" جاء لتنقية دين آدم مما خالطه، كتابهم "الكانزابرا" أي صحف آدم، لهم صلاة فيها قيام وركوع وجلوس بلا سجو 3 مرات في اليوم قبلتهم النجم القطبي، زيدان الذميين 352/12 وأبو العينين العلاقات ص. 74 وأبو زهرة الأحوال ص. 101

[3] ابن قدامة المغني 130/7 والجصاص الأحكام 413/2 وزيدان المفصل 308/6 وزيدان الذميين ص.346

[4] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 13989 ج. 7 ص. 281

[5] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 35 ص. 161 وأميرة مازن أثر الاختلاف ص. 96

[6] الشهرستاني الملل والنحل ج. 1 ص. 188 وابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 35 ص. 161

[7] أميرة مازن أثر الاختلاف ص. 89

زواج السني بالإمامية وأجازه شلتوت شيخ الأزهر،[1] والتحريم أرجح.

* **زواج المسلمة بغير المسلم** أجمعوا على تحريمه لقوله **"وَلَا تُنْكِحُوا المُشْرِكِينَ"**، **(البقرة 221)** وقوله **"لَا هُنّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلّونَ لَهُنَّ" (الممتحنة 10)** ولحديث: "الإسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى"،[2] نقل الإجماع القرطبي والكاساني وابن جزي،[3] فإذا نكحت مسلمة غير مسلم وقع نكاحها باطلا قبل وبعد الدخول، لا يترتب عليه أيّ أثر شرعي أو قانوني لانتفاء المحلية الأصلية التي هي شرط الانعقاد، وفي ثبوت النسب خلاف لمصلحة المولود، أثبته أبو حنيفة وخالفه صاحباه والجمهور،[4] وزعم بعض المعاصرين أنّ زواج المسلمة بالكتابي في دار الكفر جائز لما فيه من مصلحة ولقوة نسائهم، فقد جُرّب اتباع الرجال للنساء في العقيدة وضعف الرجال، وهو زعمٌ باطلٌ ينمو عن جهل بالشرع،[5] بل إنّ الأَمَةَ المسلمة لا يحل لها نكاح عبد غير مسلم فقد منعه جابر بن عبد الله،[6] ويُشار إلى أن المادة 16 إعلان عالمي أكدت على حق التزوّج للجنسين دون رجوع إلى قيد دين، فيجب ردّ ذلك اعتمادا على النظام العام، لأن قواعد الشرع المحكمة تنص بلا شك على منع زواج المسلم من المشركة وزواج المسلمة من غير المسلم.

المطلب الرابع: الزواج مع اختلاف الدين في القانون والقضاء

اختلاف جنسية الزوجين لا يؤثر في الزواج صحة وبطلانا لأن الجنسية رابطة قانونية وسياسية يتصف بها الإنسان بحكم عيشه في بيئة معينة تجلب له حقوقا وتلزمه بواجبات، بيد أنّها تؤثر في العقد من حيث استيفاء الشروط؛ فإذا أبرم مسلمان عقد زواجهما في بلد مسلم ينص قانونه على توفير الأركان والشروط الموضوعية فالزواج صحيح وشرعيّ، أما إذا أبرماه في بلد غير مسلم لا ينص قانونه إلا على شرط الرضا فيجب عليهما إقامة مجلس شرعي أمام جماعة من المسلمين، وإلا بطل الزواج شرعا لخلوّه من الولاية والشهادة والمهر والإيجاب والقبول والإشهار والإعلان، خاصة أنّ الزواج في هذه الدول لا يعدو كونه أوراقا تُكتب وإجراءات تُتبع، وهنا يُطرح التساؤل: هل تقوم الكتابة والإجراءات مقام التلفظ؟ الراجح أنها تقوم مقامه وإلا لم نُصحّح الزواج الرسمي المنعقد في ديار الإسلام القائم على الإجراءات، ولأنّ الكتابة والقراءة فيهما قبول ضمني قياسا على الإشارة القائمة مقام اللفظ، وبعض الشروط المذكورة آنفا قد يُخالَف فيها لكن لا أحد يُخالفُ في أنّ الزواج الخالي منها كلّها باطل، فصورة العقد لا يُصححها أهل العلم اتفاقا وإن كانوا يُصححون خلو بعضها، أما جهة تناول القوانين لأثر اختلاف الدين فإنّ طغيان

---

[1] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 28 ص. 475 وأميرة مازن أثر الاختلاف 93

[2] رواه الدارقطني في السنن برقم 3620 وعلقه البخاري في صحيحه عن ابن عباس موقوفا ج. 2 ص. 93.

[3] تفسير القرطبي 72/3 والكاساني البدائع 271/2 وابن جزي القوانين ص.131 وأبو زهرة الأحوال ص. 102 ويسري الأقليات ص. 990 وزيدان المفصل 7/7 وزيدان الذميين ص. 355

[4] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 355

[5] يسري إبراهيم النوازل ص. 377

[6] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10069

المدنية على عقود الزواج تسبّب في إهماله رغم الأثر الشرعي إذ لا يسع مسلم مخالفتها، فيما اهتمت قوانين المسلمين بتوفر شرط اتفاق الدين:

القانون الجزائري: لم يذكر زواج الجزائري بالكتابية وفيه تجويز ضمني؛ لأن القاضي إذا رجع إلى المادة 222 أسرة ستحيله على أحكام الشريعة التي تجيزه اتفاقا، وإبرام الزواج بين جزائري وأجنبية يخضع لإجراءات تنظيمية حسب المادة 31 أسرة، وصدر مرسوم الداخلية بتاريخ 1980/2/11م يوجب الحصول على ترخيص من والي ولاية مقرّ الإبرام، وفي المادة 30 أسرة منع زواج المسلمة من غير المسلم، لهذا تسعى الإدارة من التحقق من ديانة الأجنبي إذا أراد الزواج من جزائرية، كما في التعليمة الوزارية المشتركة بين الداخلية والعدل 1967/1/12م، ويُعتبر كل عقد أبرم بين جزائرية مسلمة وغير مسلم باطلا بطلانا مطلقا لا يترتب عليه أيّ أثر، حتى لو تم تسجيله رسميا أمام الموثق أو ضابط الحالة، ولا يمكن الاحتجاج بتسجيله لا من قبل الزوجين أو أيّا كان لأنه ليست له قيمة قانونية، ويمكن للنيابة العامة أو لكل ذي مصلحة أن يطلب الحكم ببطلانه حتى لو حُرّر في بلد أجنبي أو سُجّل في سجلاته المدنية.[1]

القانون التونسي: لم ينص صراحة على منع زواج المسلمة التونسية من غير مسلم، فقيل بصحته لأن التباين في الدين لم يرد في صلب موانع الزواج التي حددها الفصل 14 مجلة، وأكثر فقه تونس على بطلانه للفصل 5 الذي فيه وجوب خلو الزوجين من موانع الشرع؛ بتأييد التعقيب بتاريخ 1966/1/31م برقم 3384: "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله".[2]

القانون السعودي: يمنع نكاح غير المسلمة سواء كانت كتابية أم لا؛ فضلا عن نكاح المسلمة لغير المسلم، في المادة 6 **قرار وزاري 6874 يوم 1422/12/20 موافق 2002/3/4م** منع زواج السعودي من الكتابية إذا كان مقيما بالجزيرة لحديث: "أخرجوا المشركين من جزيرة العرب"، و"لأخرجنّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها إلا مسلم"،[3] فمناط المنع هو تطبيق النص الشرعي.[4]

القانون المصري: يجيز زواج المسلم بالكتابية مع اشتراط اطلاعها على حقوقها وواجباتها والتصديق عليه، فيجب عليها الإمضاء على وثيقة اطلاع على أحكام الزواج كما هو مقرر في الشريعة، أما زواج المسلمة من غير المسلم فليس فيها نص صريح لكن بحكم المادة 280 من المدني التي توجب الرجوع إلى المذهب الحنفي إذا انعدم النص فيجب على القاضي منعه.[5]

---

[1] زوروتي دراسات ص. 29 وزوروتي اختلاف الديانة ص. 933 وبن الصغير الاجتهاد ص. 450 وميرة أثر الاختلاف ص. 24 ومسعودي تنازع القوانين ص. 33

[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 292

[3] الأول في البخاري برقم 3053 ومسلم برقم 1637 والثاني عند مسلم برقم 1767

[4] العتيبي فقه المتغيرات في علائق الدولة الإسلامية ص. 757

[5] بدران أبو العينين العلاقات الاجتماعية ص. 55

القانون اليهودي: في المادة 17 أحوال يهودي منع زواج اليهودي من المختلف دينا، وفي سفر التثنية إصحاح 3/7: "لا تصاهرهم ابنتك لا تعطي لابنه وابنته لا تأخذها لابنك"، وأبطل اليهود بكل مذاهبهم الزواج المختلط ديينا كي لا يضيع العرق الإسرائيلي، رغم زواج إبراهيم عليه السلام من هاجر المصرية، وتجيز بعض فرقهم لليهودية الزواج بغير يهودي شرط تربية أولادها على دينها.[1]

القانون المسيحي: في المجموع الصفوي لابن عسال منع زواج المسيحية من غير المسيحي، وجوازه للمسيحي شرط دخولها في الديانة وبقاء المسيحي على دينه وتربية الأولاد على المسيحية، وفي الخلاصة القانونية: اختلاف الدين يمنع الزواج ابتداء، وفي المادة 1086 قانون كنسي كاثوليكي تجويزه بنفس الشروط، ومنعه البروتستنت ثم أجازوه سنة 1792م وبقي الأرثودوكس على التشدّد.[2]

معاهدة لاهاي للزواج 1902م: أجازت للدول الموقّعة عدم الأخذ بالموانع الدينية، غير أن الدول الإسلامية تحفظت عليها واعتبرت المانع الديني من الشروط الموضوعية وخيرا صنعت.[3]

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: نص المادة 16: "الرجل والمرأة متى بلغا سنّ الزواج كان لهما حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين"، نكاد نجزم أنّ من صاغ هذه المادة مُلحد لا يعترف بالدين كأساس للهوية، أما قوله "الجنس" فإن أراد البشري فهو ذاك وإن أراد الجنس بمعنى الذكر والأنثى فمعناه إباحة المثلية وهو منكر عظيم، والحق أنّ الإعلان فيه إيجابيات لكنه أهمل أعظم حق للإنسان وهو حقه في أن يعيش دينه وعقيدته.

* **أنكحة غير المسلمين: مذهب** الجمهور صحتها وقال المالكية بفسادها سواء وافقت شروطنا أم لا، وصحّح زُفر ما وافق منها، وتضاربت أقوال المالكية فمنهم من يرى الفساد المطلق، ومنهم من قال بالفساد وتحصيل آثارها بحكم الواقع ولتركهم وما يدينون، ليس هذا مقام التفصيل.[4]

احتج المالكية بحديث: "فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ"؛[5] فيه ترتيب مُلك البُضع على كتاب الله، فكلّ تملّك على غيره فاسد، أجيب أنّه من خصائص المسلمين أمّا غيرهم فقد أُقرّوا رفعا للحرج، ولا يمكن محاسبتهم بالشرع لأنه يؤدي إلى إبطال معاملاتهم ومناكحاتهم وتوارثهم، وقالوا صحة الزواج توجب استيفاء الشروط كإسلام الزوج وهو منعدم، أجيب بأن إسلامه شرط لتصحيحه في الإسلام أما في غيره فيُصحح بحسب القواعد،[6] **واحتج الجمهور** بقوله

---

[1] بدران أبو العينين العلاقات الاجتماعية ص. 89 وبشرى زلاسي الزواج المختلط ص. 18

[2] بدران أبو العينين العلاقات الاجتماعية ص. 90 وبشرى زلاسي الزواج المختلط ص. 23

[3] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 69

[4] الماوردي الحاوي 301/9 وابن القيم الذمة 614/2 وحاشية ابن عابدين 184/3 والقرافي الفروق 132/3 والكاساني البدائع 310/2 وشرح الخرشي 227/3 والرعيني المواهب 478/3 والقرافي الذخيرة 325/4

[5] رواه مسلم باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 1218

[6] عبد اللطيف بعجي تفردات المالكية في باب النكاح ماجستير جامعة باتنة 2010م ص. 141

"**وَامْرَأَتُهُ حَمّالَةَ**"، (المسد 4) فيها تقرير الزوجية رغم أنها في الجاهلية، وقوله "**امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ**"، (القصص 9) إِضَافَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْحَقِيقَةِ الْمُقْتَضِيَةٌ لِلتَّمْلِيكِ،[1] وحديث: "وُلِدتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا سَفَاحٍ"،[2] ومناكح آبائه في الشرك،[3] وأقرّ النبيُّ أنكحة المشركين ولم يسألهم عن حيثياتها، وأسلم فيروز عن أختين فأمره بترك إحداهن ولم يسأله،[4] وأسلم ابن غيلان عن عشر فأمره بترك ستّة وأقره على الباقي،[5] ورَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ زَنَيَا،[6] ولَوْ كَانَتْ أَنْكِحَتُهُمْ فَاسِدَةً لَمْ يَرْجُمْهُمَا لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا يُحَصِّنُ، ووُلد الصَّحَابَةُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فِي الشِّرْكِ وَهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَى آبَائِهِمِ، وأَسْلَمَ الكثيرُ فِي عَهْدِه فَلَمْ يَأْمُرْ أَحَدًا أَنْ يُجَدِّدَ عَقْدَهُ.[7]

الترجيح أدلّة الجمهور أقوى وأدق من دليل المالكية، وبعض محققي المالكية كالقرافي أنكروا قولهم،[8] فتكون أنكحة غير المسلمين صحيحة.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الطلاق الانفرادي

تمهيد

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة معروف تحت مصطلح "العصمة"، له أحكام أهمها القواعد الآمرة في القرآن الذّي ذكر الطلاق 14 مرة في 12 آية مدنية، عبّر عنه بالسراح الجميل والتسريح بإحسان أو التسريح بالمعروف في أربع آيات، أفادت تنظيمه وتحديده وبيان وقت وقوعه والحقوق المترتبة عنه وآثاره،[9] وتولّى النبيُّ بيان مجملها بنصوص تُبيّن للناس ما نُزّل إليهم، وهو نوعان: طلاق الزوج بفك العصمة ثمّ خلع الزوجة، يدخل عليهما اختلاف الدين، ونقسّم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الطلاق الانفرادي مع اختلاف الدين في الإسلام وغيره

المطلب الثاني: الطلاق الانفرادي مع اختلاق الدين في التشريع والقضاء

المطلب الأول: الطلاق مع اختلاف الدين في الإسلام وغيره

بين يدي المطلب إذا دخل عنصر اختلاف الدين على طلاق بإرادة منفردة فسوف يختلف الحكم بين أن يكون الزوج مسلما أو كلا الزوجين على غير دين الإسلام، حيث لا تنظر الديانات إلى الطلاق مع اختلاف الدين من نفس الزاوية، نُقسم المطلب إلى فروع: الأول طلاق المسلم لزوجته الغير مسلمة وخلعها منه، والثاني طلاق أهل الملل، والثالث طلاق أهل الذمة في كنف دولة الإسلام.

---

[1] الماوردي الحاوي ج. 9 ص. 301

[2] الطبراني الكبير 10812 فيه أبوالحويرث ضعفه ابن حجر التلخيص 382/3 وحسنه الألباني الإرواء 1914

[3] الماوردي الحاوي ج. 9 ص. 141

[4] رواه أبو داود باب فيمن أسلم وعنده نساء فوق أربعة 2243 والترمذي الرجل يسلم عنده أختان 1129

[5] رواه الترمذي باب الرجل يسلم وعنده عشر نسوة 1128 وابن ماجه باب الرجل يسلم على أربع 1953

[6] رواه مسلم باب رجم اليهود أهل الذمة برقم 1699

[7] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 614

[8] القرافي الفروق ج. 3 ص. 132

[9] عبد القادر داودي أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة دار البصائر 2010م ص. 297

الفرع الأول: طلاق المسلم لزوجته الغير مسلمة وخلعها منه

اتفق علماءُ الإسلام على أن الزوج المسلم يملك طلاق زوجته الكتابية كما يملك طلاق زوجته المسلمة، شرط توفّر الشروط الشرعية الصحيحة على اختلاف بينهم حولها، وهو ما نصّ عليه جماعة من السلف الصالح قال سعيدُ بن الْمُسَيّبِ: "الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ عِدَّتُهَا وَطَلَاقُهَا وَقِسْمَتُهَا كَهَيْئَةِ الْمُسْلِمِينَ"،[1] وقال عطاءُ بن أبي رباح: "الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ كَهَيْئَةِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ عِدَّتُهَا وَطَلَاقُهَا، وَالْقِسْمَةُ لَهَا إِذَا كَانَتْ مَعَ الْمُسْلِمَةِ وَتُنْكَحُ عَلَى الْمُسْلِمَةِ، وَمَنْ نَكَحَهَا فَقَدْ أُحْصِنَ سُمِّينَ مُحْصَنَاتٍ"،[2] وقال ابْنُ جُرَيْجٍ قَالَ لِي سُلَيْمَانُ: "شَأْنُ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ عِنْدَهُمْ بِالشَّامِ كَشَأْنِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعِدَّةِ وَالْقَسْمُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ"،[3] وقال الأوزاعي: "فَإِنَّ أهل الذمة لَيْسُوا بِعَبِيدٍ فَتَكُونُوا مِنْ تَحْوِيلِهِمْ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ فِي سَعَةٍ، وَلَكِنَّهُمْ أَحْرَارٌ أَهْلُ ذِمَّةٍ يُرْجَمُ مُحْصِنُهُمْ عَلَى الْفَاحِشَةِ وَيُحَاصُّ نِسَاؤُهُمْ نِسَاءَنَا مِنْ تَزَوَّجَهُنَّ مِنَّا الْقَسَمُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِدَّةُ سَوَاءٌ"،[4] وقال الحسن البصري: "طَلَاقُ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ طَلَاقُ الْمُسْلِمَةِ"،[5] ومثله عن ابراهيم النخعي.[6]

في هذه الأقوال تأصيلٌ لقواعد الشرع الكبرى، مفاده أنّ الزوجة المسيحية تحت المسلم لها نفس حقوق المسلمة في الطلاق والعدة والقسمة حال التعدّد، وأنّ اختلاف الدين لا أثر له في هذه الحالة لأنها تملك نفس حقوق الزوجة الحرة المحصنة، وهو ما قرّره إمام أهل الشام الأوزاعي رحمه الله في رسالته الشهيرة، وعليه اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الزوج المسلم له حق طلاق زوجته الكتابية كما يطلق زوجته المسلمة لا أعلم في ذلك خلافا، وفي المقابل يحقّ للكتابية زوجة المسلم خلع زوجها أمام القاضي المسلم كما تخلعه زوجته المسلمة ليس بينهما فرق، قَالَ الشَّافِعِيُّ: "إِذَا اخْتَلَعَتْ الْمَرْأَةُ الذِّمِّيَّةُ مِنْ زَوْجِهَا بِخَمْرٍ بِعَيْنِهِ أَوْ بِصِفَةٍ فَدَفَعَتْهَا إلَيْهِ ثُمَّ جَاءُوا بَعْدُ إلَيْنَا أَجَزْنَا الْخُلْعَ وَلَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ وَلَوْ لَمْ تَدْفَعْهَا إلَيْهِ ثُمَّ تَرَافَعُوا إلَيْنَا أَجَزْنَا الْخُلْعَ وَأَبْطَلْنَا الْخَمْرَ وَجَعَلْنَا لَهُ عَلَيْهَا مَهْرَ مِثْلِهَا"،[7] فقد أجاز خلعها بلا فرق عن المسلمة ومنع أن يكون العوض خمرا نجسا، وحتى لو كان كذلك أجاز لها الخلع وأثبت لها مهر المثل، وهو منْ أسمى مظاهر التسامح وأعظم ما قيل في مبدأ المساواة بين المسلم وغيره في دار الإسلام، فقد أبْطل العوض لنجاسته وحرمته وأقر لها مرادها في الخلع وقرر لها تعويضا يناسبها، وهو من أرقى منازل العدل والإنصاف الذي أُمرنا به مع سائر العباد بلا نظر إلى عقيدتهم، كقوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا**

---

[1] رواه عبد الرزاق برقم 10063
[2] رواه عبد الرزاق برقم 10064
[3] رواه عبد الرزاق برقم 10065
[4] رواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال ص. 220
[5] رواه ابن أبي شيبة برقم 18813
[6] رواه ابن أبي شيبة برقم 18815
[7] الشافعي الأم ج. 5 ص. 223

اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى"، (المائدة 8) وقوله **"وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى"، (الأنعام 152)** قال السرخسي: "إذَا وَكَّلَتْ الْمَرْأَةُ الذِّمِّيَّةُ مُسْلِمًا بِخُلْعِهَا مِنْ ذِمِّيٍّ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ جَازَ؛ لِأَنَّهما مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فِي حَقِّهِمْ وَلَوْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا وَالْوَكِيلُ كَافِرًا جَازَ الْخُلْعُ وَبَطَلَ الْجُعْلُ"،[1] وعليه يتعامل القاضي المسلم مع الزوج المسلم الذي يريد طلاق زوجته الكتابية، أو مع كتابية تريد خلع زوجها كما يتعامل مع مُسلمَيْن يُريدان طلاقا أو خُلعا.

الفرع الثاني: طلاق أهل الملل فيما بينهم

ضبط الطلاق ليس ميزة خاصة بأهل الإسلام فقد أخذت بمقتضاه كلّ الطوائف والديانات بسبب الحاجة إليه، ولأنّ في إهماله ضرر على الفرد والمجتمع، فهؤلاء الصابئة وهم أشد الناس بغضا له ويحرمونه فيما بينهم، وبسبب الحاجة إليه أباح شيوخهم إيقاعه أمام محاكم المسلمين.[2]

* **الطلاق عند اليهود** ينقسم اليهود إلى طائفتين: "الربانيون" و"القراءون" وقع بينهما انفصال في القرن 8م، فالقرّاءون يعتقدون أن التوراة مُنزّل من عند الله والتلمود كتاب فقه لعلماء اليهود، والربانيون يرون أن كلاهما منزل من عند الله، هذا هو الفرق الجوهريّ بينهم، ويجيز الربّانيون الطلاق ويجعلونه بيد الزوج يوقعه متى شاء مع الكراهة، وتجيزه بعض فرقهم لأتفه الأسباب، أما القراءون فلا يجيزون للرجل طلاق امرأته إلا لسبب مشروع، ويُرخّصون للزوجة الطلاق لسبب مشروع كذلك فإذا اتفقا فلا حاجة لسبب، في المادة 324 كتاب ابن شمعون "الطلاق في يد الرجل"، وفي المادة 325: "قبول المرأة الطلاق ليس شرطا"، ويشترط اليهود بطائفتيه على المطلِّق تسليم وثيقة الطلاق لمطلقته أمام القاضي فيها: "هذه وثيقة الطلاق أنت طالق"، وفي سفر التثنية إصحاح 24: "إذا تزوج رجل من فتاة ولم ترق له لأنه اكتشف فيها عيب ما، وأعطاها كتاب الطلاق وصرفها من بيته"، وفي سفر التثنية إصحاح 2 ، 1 ، 24 قول موسى: "إذا اتخذ رجل امرأة وصار لها بعلا ولم تحظ عنده لعيب أنكره عليها فليكتب لها كتاب طلاق ويدفعه إلى يدها ويصرفها من بيته"، ونصّ أحبارهم على شروط الورقة من حيث كتابتها وما فيها، فإذا طُلقت المرأة واعتدت ثمّ تزوجت من آخر فإن شريعتهم لا تسمح لها بالرجوع إلى الأول إذا طلقها الثاني أو مات عنها كما في سفر التثنية إصحاح 24، وهناك حالات لا يُسمح فيها بالطلاق كأن يتهم الزوج زوجته بانعدام العذرية ويثبت العكس عقوبة له كما في التثنية إصحاح 22، وإذا زنى بامرأة ثم تزوجها فإنه يحرم عليه تطليقها، وإذا اغتصب امرأة وهتك عرضها وجب عليه الزواج بها ويُمنع من طلاقها، ويجب على الرجل أن يُطلّق زوجته إذا زنت أو كانت عقيما مدة 10 سنوات أو خالفت شريعة اليهود، وللزوجة حقّ طلب التطليق إذا لم يتصل بها زوجها جنسيا مدة 6 أشهر، أو أخلّ بواجب النفقة أو كانت أخلاقه فاسدة أو تزوج عليها غدرا أو كرهته، وأجاز

[1] السرخسي المبسوط ج. 19 ص. 132
[2] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 387

التلمود الطلاق إذا وجد أجمل من زوجته أو رأى أن زوجته لا تنظف البيت بما يكفي، يشترطون ثلاثة مراحل: أن يكتب الزوج ورقة يثبت فيها طلاقه، ثمّ يُسلمها بيده، ثمّ يطلب منها مغادرة منزله، ويجب أنْ تكون المراحل أمام القاضي أو الشهود، وفي كتاب "مشنة التوراة": "يشترط لوقوع الطلاق 10 شروط: أن يكون بمحض إرادة الزوج ويستخدم وثيقة مكتوبة الغرض منها إخراج زوجته من سيطرته، فتكون مكتوبة خصيصا للزوجة ولا ينقصها شيء، ويسلمها إما الزوج أو وكيله ويشهد على تسليمها، وأما الطلاق بين الزوجين أحدهما يهودي فلم أجد من ذكره والقياس أنهم يبيحونه لأنهم يمنعون الزواج المختلط.[1]

* **الطلاق عند النصارى** لا تعترف المسيحية بالطلاق الانفرادي خلافا لليهودية والإسلام والقوانين الرومانية واليونانية، فالزواج عندهم رابطة مقدّسة لا تُحلّ إلا بوفاة، ثمّ اختلفوا في جواز التطليق وفي أسبابه، ولم يُمنع الطلاق فيها منعا قاطعا إلا بعد فترة طويلة من عهد المسيح حين انعقد مجمع "ترنت" **1542م**، وكان أكثرهم قبل ذلك على العهد القديم في إباحته،[2] وقد مرّ المجتمع المسيحي فيما يخص إباحته بثلاثة مراحل: منعه مطلقا وفق التعاليم المسيحية الصارمة، ثمّ منعه وتعويضه بانفصال جسدي عند الكاثوليك، وإباحته لأسباب تختلف سعة عند البروتستنت والأرثودوكس، وأخيرا عودة الكاثوليك من فكرة التفريق الجسدي إلى الطلاق لأسباب،[3] حيث وقع خلاف بين الطوائف الثلاث:

* **الكاثوليك** يعترفون أن دينهم لم يأت بأحكام فرعية، في مختصر القواعد الأساسية للأحوال الشخصية للكاثوليك مجموعة الجلاد 399/5: "الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية في شأن الولي والوصي والحجر والهبة والوصية واللقيط وتصرفات المريض والمواريث؛ لأن المسيحيين يخضعون ديانة لأحكام ملوكهم"، ويمنعون الطلاق والتطليق مطلقا لما ورد في لوقا الإصحاح 18/16: "كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزني"، وفي مرقص الإصحاح 2/15: "الذي جمعه الله لا يفرقه إنسان"، يرون أن الزواج سرّ مقدس لا يجوز إفشاؤه بالطلاق، يجيزون الانفصال الجسماني للزنى أو الخروج عن الكاثوليكية وتربية الأولاد في غير بيئتها، ومعيشة الإجرام المزرية بالشرف

---

[1] أبو زهرة الأحوال ص. 267 والصابوني الحرية ص. 35 وزيدان الذميين ص. 386 وعبد المعبود ترجمة التلمود دار طيبة ط1، 2008م ص. 283 والكيلاني الطلاق في الديانات مجلة البحوث ع 20 سنة 1435 ص. 89 وعلي منصور المقارنة ص. 192 وصابر طه نظام الأسرة ص. 133 ومسعودة التعويض عن الضرر ص.113 وظفر الإسلام خان التلمود تاريخه ط النفائس ط 2، 1972م ص.58.

[2] علي منصور مقارنة بين الشريعة والقوانين ص. 193

[3] كانت المسيحية طائفة واحدة، في سنة 451م أعلن أحد المجامع أن المسيح له طبيعتان بشرية وإلهية، وهو ما رفضه أرثودوكس مصر فوقع فراق سنة 1054م، والكاثوليك أتباع بابا روما بالفاتيكان، الأرثوذكسية تعني باليونانية الرأي القويم تتبع الكنائس الشرقية رئيسها بطريرك، البروتستانتية عددهم 800 مليون من 2.5 مليار مسيحي نشأت على يد مارتن لوثر في ألمانيا، انشقت عن الكاثوليكية القرن 16م مبادئها عدم الاعتراف بغير الكتاب المقدس مصدرا للتشريع، ولا يجوز لرجل الدين أن يصلي بلغة لا يفهما المصلون وعدم الاعتراف بوحدة الكنائس.ويكيبديا http://ar.wikipedia.org/wiki يوم 2015/5/22 الساعة 17 سا

والخطر وسوء المعاملة، في المادة 107 إرادة رسولية: "الزواج الصحيح المكتمل لا يحله سلطان بشري أيا كان ولأي سبب خلا الموت".[1]

* **البروتستانت** يُجيزونه للزنى وتغيير الدين، في متى الإصحاح 32/5: "قال المسيح من طلق امرأته إلا لعلة الزنا فقد جعلها زانية ومن تزوج مطلقة فقد زنا"، وتغيير الدين لأن المُغيّر في حكم الميّت والوفاة الحكمية تحلّ الرابطة، وناقش الكاثوليك ما في إنجيل متى بأنّ القصد هو الهجر مع بقاء الزواج، فمن وجدها تزني لا يطلقها بل ينفصل، يُفارقها في المأكل والمشرب والمضجع وتبقى الرابطة الزوجية بينهما ولا يحل لأحدهما أن يتزوج، وأخذ البروتستانت بالظاهر.[2]

* **الأرثودكس** يُجيزون التطليق للزنى وتغيّر الدين والمرض والضرب والسجن المطوّل والغيبة 3 سنوات والرهبنة وسوء السلوك والمرض والعيب والجنون؛ لأن الحياة معها تُصبح مستحيلة، أهم مرجعهم في الأحوال المجموع الصفوي لابن العسال (القرن13م)، والأحوال الشخصية لفيلوتاؤس عوض وقوانين ابن لقلق.[3]

أما الطلاق بين زوجين مختلفين دينا أحدهما مسيحي، فالظاهر أن الطوائف الثلاث تقول به لأنها تمنع الزواج المختلط الديني أصالة، ولأنّ تغييرَ الدين أحد أسباب الفرقة مثل الردة عندنا.

الفرع الثالث: طلاق أهل الذمة في كنف دولة الإسلام

أهل الذمة مواطنون بكامل الحقوق في دولة الإسلام يملكون جنسيتها، بينهم وبينها عقد ذمة يقضي طرفه الأول بالحماية والرعاية والعدل من قبل الدولة، وطرفه الثاني بالولاء وطاعة القوانين وحفظ المصالح من قبل الذميين، فإذا وقع طلاق بين زوجين ذميين فما هي الشريعة التي يُحكم بها عليهم؟ ذهب الجمهور إلى تحكيم القانون الشخصي لأهل الذمة في مسائل الطلاق بناء على تركهم وما يدينون، فيقع طلاق الذميّ كما يقع طلاق المسلم، قال الماوردي: "خُلْعُ الْمُشْرِكِينَ جَائِزٌ كَالْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ كَالْبَيْعِ"،[4] وخالف المالكية والظاهرية فقالوا لا يقع طلاق الذمي، قَالَ مَالِكٌ: "طَلَاقُ أَهْلِ الشِّرْكِ لَيْسَ بِطَلَاقٍ، وَفِي النَّصْرَانِيِّ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا ثُمَّ يُسْلِمَانِ إنَّهُ يُقِيمُ عَلَيْهَا عَلَى نِكَاحِهِمَا قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ طَلَاقُهُ بِطَلَاقٍ"،[5] وقال ابن جزّي: "الْمُطلق لهُ أَرْبَعَة شُرُوط الْإِسْلَام وَالْعقل وَالْبُلُوغ والطوع فَلَا ينفذ طَلَاق مَجْنُون وَلَا كَافِر اتِّفَاقًا"،[6] وقال ابن حزم: "لَا يَلْزَمُ الْمُشْرِكَ طَلَاقُه وَأَمَّا نِكَاحُهُ

---

[1] أبو زهرة الأحوال ص. 265 وعمارة السنهوري ص. 118 وزيدان الذميين ص. 385 والكيلاني الطلاق في الديانات الثلاث ص. 98 وصابر طه نظام الأسرة ص. 150

[2] الصابوني الحرية ص. 40 وأبو زهرة الأحوال ص. 265 وصابر أحمد نظام الأسرة ص. 152

[3] الصابوني الحرية ص. 43 وأبو زهرة الأحوال ص.265 وزيدان الذميين ص.387 والكيلاني الطلاق ص. 99 والسعيد رشدي الأحوال الشخصية لغير المسلمين ط 2007م ص. 211

[4] الماوردي الحاوي الكبير ج. 10 ص. 107

[5] سحنون المدونة الكبرى ج. 2 ص. 224

[6] ابن جزي القوانين الفقهية ص. 151 يقصد بقوله اتفاقا أي في المذهب المالكي طبعا.

وَبَيْعُهُ وَابْتِيَاعُهُ وَهِبَتُهُ وَصَدَقَتُهُ وَعِتْقُهُ وَمُؤَاجَرَتُهُ فَجَائِزٌ كُلُّ ذَلِكَ"،[1] وعليه يجب أن يُخصص المالكية الطلاق من المسائل الشخصية التي قضوا بخضوعها لقانون أهل الذمة حسب قاعدة: "تركهم وما يدينون"،[2] وقد احتج المالكية بفساد أنكحتهم لإبطال طلاقهم، وسبق أن رجحنا قريبا صحتها، وبأنّ الصواب تركهم وما يدينون في المجال الشخصي، واستدل ابن حزم كعادته بأنه لم ينص الشرع على وقوع طلاق الكافر، حيث ثبت بزعمه أنّ النبيّ أجاز جميع معاملات الكفار سوى الطلاق، يُجاب أن الشرع أمر بتركهم في دينهم والطلاق داخل فيه، ومذهب الجمهور عدم منافاة الكفر لأهلية الطلاق لأنّ أنكحتهم صحيحة فكذلك طلاقهم، فلم يزالوا يطلقون وتتزوج نساؤهم ونحن مأمورون بإقرارها، ثم اختلفوا في شروطه هل تُبنى على دينهم أم شريعتنا؟ قال ابن الحسن وأبو يوسف يحمل على أحكام شريعتنا بناء على أن الذميّ قد التزم أحكامها، وقال أبو حنيفة وتبعه الأحناف يُبنى على أحكام شريعة الذمي بناء على أن الكفار غير مخاطبين بحقوق الله وأننا أمرنا بتركهم وما يدينون وهو أقرب، ثم اختلفوا في خلع أهل الذمة صحة وبطلانا فقال الجمهور بصحته بينهم كما يصح بين المسلمين، واختار المالكية والظاهرية منعه واحتجوا بنفس ما احتجوا به في عدم إيقاع طلاقهم، وأجيب عنه بنفس الأجوبة والصواب حليف الجمهور في المسألتين.[3]

الترجيح ينبغي تصحيح طلاق وخلع غير المسلمين من أهل الذمة والحكم بترتب الآثار؛ لأننا ذكرنا أدلة ترك أهل الذمة وما يدينون، وذكرنا أن العلماء متفقون على ذلك في المجال الشخصي وإنما وقع الخلاف بينهم في غيره، والعجب أن المالكية متفقون مع الجمهور في وجوب تركهم وما يدينون استدلالا بقوله "**فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِض عَنْهُم**" ليس فقط في المجال الشخصي وإنما في جميع المجالات، غير أنهم في مسألة الطلاق منعوا الحكم به ولعلهم أخذوا بذلك استحسانا، وإبطال طلاقهم فيه ضرر بالغ لأنه يخالف هويتهم وأحكام دينهم.

المطلب الثاني: الطلاق المختلط الديني في التشريع والقضاء

يحاول التشريع المعاصر الابتعاد قدر الإمكان عن سنّ قوانين تخص قضايا الأحوال الشخصية في حالة اختلاف دين الزوجين، وهذا الابتعاد شبيه بما تفعله النعامة حين تدوس رأسها في التراب خشية العاصفة لأنه لا يحلّ مشكلة ويزيد الأمر تعقيدا، ومن الأفضل تناول هذه القضايا بالبحث والتدقيق ليكون الأمر على بينة، وعند العودة إلى قوانين دول الإسلام نجدها تتحاشى قدر المستطاع إبراز دور العقيدة الإسلامية في المجال الشخصي، بسبب التأثر بالفكر القانوني الغربي العلماني الذي يُحاول بكل ما أوتي من قوة الابتعاد عن الصبغة الدينية للقانون، ولأجل الخوف من الظهور بمظهر الرجعي بحكم ارتباط الدين بمصائب وقعت في القرون الوسطى، ثم

---

[1] ابن حزم المحلى بالآثار ج. 9 ص. 461

[2] المدونة 224/2 وابن جزي القوانين ص.151 والتسولي البهجة 563/1 وابن قدامة المغني 374/6 والبهوتي الكشاف 351/5 والشربيني المغني 327/4 والكاساني البدائع 100/3 وابن حزم المحلى 461/9

[3] ابن جزي القوانين ص. 151 وابن حزم المحلى 461/9 وزيدان الذميين ص. 383

لسيطرة النظام الغربي الملحد على المنظمات الدولية المسيرة للقوانين العالمية، وأخيرا لقلة باع القائمين على تشريع القوانين بالمجال الشرعي إلا القلة القليلة والمرء عدو ما يجهل، وكانت المحاكم الشرعية قبل إلغائها في مصر وسوريا تجيز طلاق غير المسلم لزوجته غير المسلمة إذا قال لها أنت طالق أو ما شابه، حيث صدر وفق ذلك أحكام قضائية في مصر وغيرها، فقد قضت محكمة بني سويف الابتدائية الشرعية بتاريخ 1926/11/16م بتصحيح طلاق أهل الذمة في عصرنا وهم المسيحيون المتجنسون بجنسية دولة الإسلام، وكذلك فعلت محكمة قيلوب الشرعية بتاريخ 1929/3/16م، ظلّ الأمر على ذلك برهة من الزمن بعد إلغاء المحاكم الشرعية والملية، إلا في حالة اختلاف الزوجين في ديانتهما بأن يكون أحدهما مسيحيا والآخر يهوديا فيطبق عليها أحكام الفقه الحنفي في مصر، وبعد ظهور المحاكم المدنية صارت الأحكام في مصر وسوريا تصدر أحكاما قضائية وفق المعتقد الديني للزوجين، وتبنّى العراق مبدأ ترك أهل الملل وأحكامهم الدينية الخاصة بهم في الطلاق، ويمكن القول بأنّ الموافق لروح الشرع واحتراما لشعائر الطوائف الدينية هو أن يحكم القاضي المسلم بحسب نظام الطلاق لديهم، على أنه لا يقوم هو بإنشاء الطلاق وإنّما يُقرر أنه وقع في الدائرة المرسومة عندهم، وفي هذا الصدد قرّر المشرع المصري أن حكم القاضي المسلم بما تقرر عند الطوائف في مسائل الطلاق هو من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته، كما فعلت محكمتا بني سويف وقيلوب فيما أصدرته من أحكام قضائية.[1]

وللأسف تضع ندرة تناول أثر اختلاف الدين على الطلاق قاضي الموضوع في حيرة إذا تعرض لقضية من هذا النوع، لكن في المقابل نذكر حالتين عالجتهما محاكم جزائرية وناقشهما الفقه هما: توريث جزائري مسلم من زوجته الفرنسية، ووصية جزائري مسلم وفق القانون الفرنسي.

*** مسألة: توريث جزائري مسلم من زوجته الفرنسية**

مذهب الجمهور عدم توريث المسلم من الكافر وصحّ عن معاوية جوازه،[2] وهو مرويّ عن عمر ومعاذ[3] وابْنِ الْحَنَفِيَّةِ وَعَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ وَسَعِيدِ وَمَسْرُوقٍ وَعَبْدِ اللَّه بْنِ مَعْقِلٍ وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ وَيَحْيَى بْنِ يَعْمُرَ وَإِسْحَاقَ،[4] وقد عُرضت مسألة ميراث جزائري مسلم من زوجته الفرنسية المسيحية على المجلس الإسلامي الأعلى فأفتى بتوريثه اعتمادا على القول المجيز وجلبا لمصلحة الجزائري؛ لأنّ الزوجة كانت تعيش في الجزائر وتتّبع تقاليدها وقد تكون أسلمت، وحتى لو لم تُسلم فيرثها عملا بالمذهب المجيز، انتُقدت الفتوى لمخالفتها مشهور الأقوال ولعدم مطابقتها للقانون لعدم ثبوت تجنس الزوجة، فالمادة 16 مدني تُلزم بتطبيق قانون جنسية

[1] أبو زهرة الأحوال ص. 264 وعبد العزيز عامر الأحوال ص. 358 وزيدان الذميين ص. 386
[2] رواه ابن أبي شيبة برقم 31451
[3] رواه ابن أبي شيبة برقم 31450
[4] ابن قدامة المغني 367/6 وابن حزم مراتب الإجماع ص.98 والزحيلي الفقه الاسلامي 7719/10

المتوفى في الميراث أي الفرنسي، أجيب بأن القانون الفرنسي هو قانون دولة مستعمِرة لا يدخل ضمن نظرية التنازع كما تقرر في شروطها، وأن المذهب المجيز مرويٌّ عن خيرة الناس والقصد من ذكرها إظهار أهمية مثل هذه القضايا.[1]

*** مسألة: وصية جزائري مسلم أوصى بتطبيقها حسب القانون الفرنسي**

أوصى سنة 1952م إبان الاستعمار بأن تؤول تركته إلى زوجته دون ورثته عملا بالمدني الفرنسي الذي يجيز الوصية لمن شاء الموصي ثم توفي 1957م، بعد الاستقلال طالب ورثته بإبطالها لمخالفتها الشريعة والإجماع المنعقد: "لا وصية لوارث"،[2] قضت ابتدائية بجاية ثمّ الاستئناف 1987/2/14م بصحتها لأن الموصي كان يحمل جنسية فرنسا فيحق له اختيار قانونه، ولأن قانون الأسرة المانع للوصية لوارث لا يُطبّق بأثر رجعي، غير أن المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17م **المجلة القضائية 1991 ج 2 ص. 79** أبطلت هذا الاجتهاد بحجة أنّ الاستعمار منح الجنسية للجزائري بطريق عدواني وعلى غير وجه حق، والموصي يدين بالإسلام فيجب تطبيق القانون الإسلامي عليه والحكم ببطلان الوصية والتوريث وفق الشرع؛ لأن قانون الموصي التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الجزائرية ليس هو القانون الفرنسي، بل الجزائري ولو كانت التوصية إبان الاستعمار لأنه هو قانون الأهالي المأخوذ كلية من الشريعة، وقد **استُنتج منه قواعد مهمة**: قانون المستعمِر لا يعتبر قانونا لأنه مبني على الظلم، ومن شروط تطبيق التنازع أن يكون النزاع بين دولتين تملكان سيادة وليس بين دولة مستعمَرة وأخرى مستعمِرة، وضابط الجنسية إذا أدى إلى تطبيق قانون يخالف أحكام الشرع وجب دفعه، والأصل الأول لإعمال ضابط الجنسية هو المحافظة على علاقة الفرد بدينه وتقاليده فحين يصبح مانعا وجب دفعه، من هنا يكون اجتهاد المحكمة العليا في المسألة مُوفّقا جدا نظرا لتقديمه أمور الدين على القانون واعتبار المضمون قبل الشكل.[3]

المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين على التطليق

تمهيد

التطليق القضائي حلّ يلجأ إليه أحد الزوجين لفكّ الرابطة متى توفّر سبب قانونيّ يمنع استمرارها، فكيف يؤثر اختلاف الدين على أحكامه؟ نبحثه في مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التطليق شرعا وقضاء

المطلب الثاني: الأسباب المشروعة لطلب التطليق القضائي

المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على أحكام التطليق

المطلب الأول: مشروعية التطليق شرعا وقضاء

اصطُلح على التفريق بين الطلاق والتطليق؛ حيث يُعرف الأول تحت مصطلح العصمة المبنيّ على طلاق الرجل امرأته من جانب واحد بإرادة منفردة،

---

[1] زوروتي دراسات 65/1 وزروتي اجتهاد القضاء الجزائري في الزواج المختلط ص.368

[2] الترمذي رقم 2120 وابن ماجه رقم 2714 وأبو داود رقم 3565 صححه الألباني الإرواء 1654

[3] الطيب زوروتي دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ج. 1 ص. 74

أما الثاني فوسيلةٌ تلجأُ إليها الزوجةُ لفكّ الرابطة الزوجية اعتمادا على أسباب مشروعة، ويُمنح لها حقّ طلب التفريق أمام القاضي بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى حالات محددة ومنصوص عليها قانونا، وهو حقّ لها دون زوجها رغم أنه غير مخصوص بها، وقيل هو حقٌّ للقاضي فيكون بهذا الاعتبار: حلُّ القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالا أو مآلا لسبب يقتضيه، وهناك صُور لتدخل القاضي في التطليق كأن يُجبر الزوج على تطليق زوجته إذا وُجد المبرر الشرعي، أو يقوم بناء على ولايته العامة بتطليق الزوجة من زوجها، أو يُنهي العقد بإعلان فسخه بناء على وجود مانع يمنع الاستمرار، والتطليق لغة غير مختص بالزوجة لأنه يفيد نفس معنى الطلاق لغة وشرعا، فيما يقصره العرف القانوني المعاصر على ما يصدره القضاء على أساس سبب مشروع تمييزا له عن الطلاق الإرادي للزوج، وعن الخلع الذي قد لا يكون لسبب الإضرار بل لمجرد بغض الزوجة زوجها، وقد كيّف قانون الجزائر التطليق بأنه طلاق وليس فسخا، يؤخذ ذلك من فحوى المادة 48 أسرة التي قرنت بالعطف بين الطلاق والتطليق ما يقتضي المغايرة، وأدرجت فيها الطلاق الانفرادي للزوجة وجعلته أحد أنواعه، فيكون بذلك قد أخذ بمذهب مالك والحنفية، قال ابن رشد: "الاعْتِبَار فِي التفريق بين الفسخ والطلاق عند مالك هُوَ بِالسَّبَبِ الْمُوجِبِ لِلتَّفَرُّقِ؛ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ رَاجِعٍ إِلَى الزَّوْجَيْنِ كان فَسْخًا مِثْلَ نِكَاحِ الْمُحَرَّمَةِ بِالرَّضَاعِ أَوِ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَهُمَا أَنْ يُقِيمَا عَلَيْهِ مِثْلَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ كَانَ طَلَاقًا"، لهذا يُحسب في عدد الطلقات.[1]

ولم يختلف العلماء حول مشروعية طلب الزوج أو الزوجة أو أحد الأولياء أو المدعي العام التفريق بين الزوجين؛ لأن القضاء موضوع لإقامة العدل ومنع الظلم، ولا مناص من وقوع الشقاق بين الزوجين لأنه من طبيعة البشر، فالزوج وإن كان يملك حق فك العصمة ويستطيع إنفاذها إلا أنه يمكنه طلب التطليق بهدف الإعفاء من الآثار، فلو طلّق بإرادته سوف يتحمل التبعات وقد يرى أنّه وقع عليه الضرر، أو يسعى كي لا يظهر أمام الناس بمظهر الظالم الذي طلّق زوجته وأضرّ بها وقد يلجأ إليه للعيب، ويبرز دور الوليّ في حالة الصغر أو السفاهة أو الحجر أو وقوع خلل في أصل العقد كالكفاءة، وأما الادعاء العام فيكمن دوره في حال مسّ الشقاق بين الزوجين أو عقد زواجهما بالنظام العام، كأن يكون محرما أو فاقدا للشرعية أو وقع بدون توفّر أركانه، والزوجة قد لا تملك ما تفتدي به نفسها بالخلع، أو تريد بقاء جميع حقوقها لما أصابها من ضرر، وربما رفض الزوج تطليقها مع الإضرار أو ترى أن الضرر الواقع عليها أشدّ من أن تقوم باستعمال الخلع فتلجأ إلى هذه الوسيلة لنيل مرادها،[2] وتؤخذ مشروعيته من قوله **"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ"**، **(البقرة 236)**

---

[1] ابن رشد البداية 92/3 والصابوني الحرية ص. 75 والبيتاوي التدابير ص. 25 وأبو زهرة الأحوال ص. 277 والسرطاوي الأحوال ص. 173 والعمري التفريق ص. 24 ومعاشي التطليق كلية الحقوق بسكرة ص. 2 ونذير التطليق ص. 6 ومسعودي التنازع ص. 197 وسمور التفريق ص. 18 وعابدي حق الزوجة ص. 43

[2] بن صغير الطلاق ص.225 وزيتوني دراسة المادة 53 ماجستير جامعة الجزائر ص.45

وقوله "**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ**"، (النساء 130) ومن حديث ابن عمر حين طلّق زوجته وهي حائض فأمره النبيّ بإرجاعها، وكان الصحابة يعودون إليه في الطلاق بصفته قاضيا كما فعل عمر.[1]

وتُشرّع قوانين العالم التطليق حتى تلك التي لا تقبل الطلاق الانفرادي، لأنّها ترى أنّه يحفظ الحقوق بسبب إشراف القضاء، تسميه الدول المغاربية بالتطليق ويُعرف عند المشارقة بالتفريق كما في مصر وسوريا والأردن، وهو مقنّن عند العرب إلى جانب الانفرادي وخالف التونسي في الفصل 31 من مجلته فلم يقرّ بالإرادة المنفردة في الطلاق سواء بالعصمة أو الخلع، واعترف فقط بالقضائي سماه: "انحلال الزواج بناء على رغبة الزوجة" متبعا غير سبيل المسلمين، ونصّ الجزائري على جواز التطليق في المادة 53 أسرة خصّها بعشرة أسباب تجيز للزوجة طلبه، وكي لا يقع لبس ويُعتقد أنه محصور في الزوجات قنّن المادة 55: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، والمادة 19: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية"، فإذا خالفت شرطا صحّ طلبه اعتمادا على المادتين 19 و55، وقنّن الأردني 5 مواد لحق الزوج في التطليق **(19، 34، 117، 132، 177)** والمغربي المواد **(60، 63، 66، 71، 97،107)**.[2]

المطلب الثاني: أسباب التطليق الشرعي والقانوني

بين يدي المطلب لا يختلف العقلاء فضلا عن أهل الشرع أنّ ثمة أسباب يستحيل معها مواصلة العشرة بين الزوجين، إلا أن تحديدها بعدل لمنع الظلم عن المتضرر عسير، والناس فيها على ثلاث مذاهب طرفان ووسط، فالمتشدد ما عليه النصارى البروتستانت والأرثودوكس الذين ضيّقوها فلم يعتبروا إلا تغيير الدين والزنى والمرض الخطير، والموسّع قوانين أوروبا التي تجيز الطلاق لأيّ سبب، وتوسطت دول الإسلام فحصرتها فيما يضر فكان مذهبهم أعدل المذاهب، غير أنّها لم تتفق على تعيينها حيث أخذت دول بالمذهب السائد وأخرى من كلّ مذهب كما هو شأن الجزائر في المادة 53 التي حدّدتها 10 وأخذت كل سبب من مذهب، وكانت في 1984م 5 فأضيفت الفقرات: **(4 –6 –8 –9 – 10)** في تعديل 2005م، وهي ظاهرا محصورة في هذا العدد إلا أنّ الفقرة 10 ذكرت كل ضرر معتبر ما يوصلها إلى ما لا حصر له، وقد فتح المشرع باب التطليق على مصراعيه، وتعامل مع الزوجة على أنها الطرف الأضعف والمظلوم دائما، نذكر الأسباب مقرونة بالخلاف الشرعي والقانوني كلّ سبب بفرع.[3]

---

[1] رواه البخاري كتاب الطلاق برقم 5251 ومسلم باب تحريم طلاق الحائض برقم 1471

[2] رشيد عمري الاجتهاد ص. 519 وعبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الطلاق والزواج بعد التعديل دار هومة ط 4، سنة 2013م ص. 126 واسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 93

[3] الصابوني الحرية ص. 40 وأبو زهرة الأحوال ص. 265 وزيتوني دراسة تحليلية ص. 35 وعبد القادر بن داود المذكرة الإيضاحية لقانون الأسرة دون طبعة ص. 70 وبن صغير الطلاق ص. 232

الفرع الأول: التطليق للإعسار وعدم الإنفاق

على قولين: **الأول** الجواز هو مذهب الجمهور لقوله **"فَإِمْسَاكٌ بِمَعرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"، (البقرة 229)** وقوله **"وَلَا تُمسِكُوهُنّ ضِرَارًا لتعْتَدُوا"، (البقرة 231)** ومن الإمساك بالمعروف إذا لم يُنفق عليها أن يُطلّقها فإن أبى طلّقها القاضي قياسا على عدم الوطء بطريق الأولى، وكتب عمرُ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ فَأَمَرَهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِالنَفَقَةِ،[1] ولحديث: "ابدأ بمن تعول"،[2] وحديث: "تقول المرأة إما أن تطعمني أو تطلقني".[3] وسئل ابن المسيّب عَنْ الرَّجُلِ لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ أَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا؟ قَالَ: "نَعَمْ هو سُنَّةٌ"،[4] قال الشافعي: "يشبه أنها سنة النبيّ"،[5] وقيل لمالك: "كان الصحابة يعسرون فقال: "إنّما تزوجته رجاء"،[6] ثمّ اختلفوا في تكييف لفرقة هل هي طلاق أم فسخ؟ قال الشافعية والحنابلة: فسخ وقال مالك: طلاق رجعي،[7] ويترجح قول الحنبلية والشافعية لأنّه لا يمكن تطليق امرأة لعدم الإنفاق ثمّ يُمنح زوجها حقّ الرجعة، ثم اختلفوا في مدة الانتظار قال الشافعي وأحمد: ثلاثة أيام، وقال المالكية: شهر وسنة مثل العنين، والراجح إناطتها بسلطة القاضي لأن بعض النساء تتضرر بشهر وأقل ،[8] **الثاني** لا يجوز التفريق للإعسار بل تُنفق هي من مالها أو تستدين ثم ترجع عليه حال يُسره، وإذا امتنع عمدا أجبره القاضي ولا يُفرّق بينهما، هو مذهب الحنفية والظاهرية وابن القيم؛ شرط ألا يغرّها بأن يكون ذا مال ولا يُنفق عمدا، وألا يتمكن القاضي من صرف نفقتها، أو تتزوجه بعدما ادّعى أنه ذو مال ثم تجد خلافه،[9] احتجوا بقوله **"وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقَهُ فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتَاهُ اللهُ"، (الطلاق 7)** وقوله **"وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ" (البقرة 280)**، وبقصة أزواج النبي الذين سألوه النفقة فغضب عليهنّ وعزلهنّ شهرا حتى قيل أنه طلقهن جميعا ولم يفعل،[10] وأجيب عن آيات الخصوم بأنها مختصة بالممتنع لا

---

[1] الشافعي المسند ترتيب السندي الكتب العلمية 1951م رقم 213 65/2 والبغوي شرح السنة تح الأرنؤوط المكتب الإسلامي ط 2، 1983م 326/9 والبيهقي السنن الكبرى برقم 15706 772/7

[2] رواه البخاري باب وجوب النفقة على الأهل برقم 5355

[3] رواه البخاري برقم 5355 وقيل هو موقوف على أبي هريرة ينظر: الألباني إرواء الغليل 317/3

[4] رواه سعيد بن منصور في سننه برقم 2022

[5] الشربيني مغني المحتاج ج. 5 ص. 176

[6] النووي الروضة 76/9 وتفسير القرطبي 155/3 وابن قدامة المغني 204/8 وحاشية الدسوقي 518/2 والشربيني المغني 176/5 وأحمد أبو سماقة حق الزوجة في التفريق مجلة أردنية دراسات ع 3 سنة 2016م ص. 46 والنتشة دعوى التفريق لعدم الإنفاق ماجستير الخليل 2006م ص.53

[7] العيني البناية 671/5 والسرخسي المبسوط 191/5 وابن رشد البداية 113/3 والرعيني المواهب 489/3 والدسوقي 519/2 وعبد الرحمن سلطة القاضي التفريق الوفاء ط1، 2011م ص.55

[8] الشربيني مغني المحتاج ج. 5 ص. 180 وابن قدامة المغني ج. 8 ص. 204 والبهوتي كشاف القناع ج. 5 ص. 476 وابن جزي القوانين الفقهية ص. 144 وابن حزم المحلى ج. 9 ص. 257

[9] العيني البناية 671/5 والسرخسي المبسوط 191/5 وحاشية ابن عابدين 590/3 وابن حزم المحلى 260/9 وابن القيم الزاد 465/5 وأبو سماقة حق الزوجة في التفريق ص.45 وعابدي عبد الله حق الزوجة في فك الرابطة ماجستير جامعة وهران 2006م ص. 16 والنتشة دعوى التفريق ص. 48

[10] رواه البخاري باب الغرفة والعلية المشرفة برقم 2469 عن أنس بن مالك رضي الله عنه

المعسر، ومن الظلم تطليقه للعسر وهو ليس من فعله، أجيب بأن العسر وإن كان ليس من صنعه إلا أنّه وقع خلل في التزامه بالنفقة التي هي ركن في الزواج، فلما اختل من قِبَلِهِ طُلِّقَت عليه ولو لم يأثم بفعله، أجيب أنه التزم يوم عقد الزواج لكن الزواج بخلاف باقي العقود في انحلاله مفاسد ليست في غيره فيجب إيجاد حلّ غير التفريق كأن تقرضه أو تصبر لقوله **"لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"** (الطلاق 7) ومناسبتها أنها ذكرت في سورة الطلاق.[1]

الترجيح يترجح مذهب الحنفية والظاهرية بتقييد ابن القيم، والحلّ الذي ذكروه بأن تقرضه من مالها إن كان عسره مؤقتا، أو تنفق عليه إن كان دائما أولى بالتواصل وحسن العشرة من التفريق لمجرد حالة فقر ألمت به، ولو فتحنا هذا الباب لهبّت كل امرأة وقع لزوجها بلاء إلى القضاء طلبا للتطليق فتخرب البيوت وتدمر الأُسَر، فبجب حصر التطليق في الموسر الممتنع بعد جبر القاضي له على الإنفاق، فإذا امتنع عمدا فلا يملك القاضي سوى الإذعان لطلب الزوجة رفعا للضرر الذي يُزال، قال ابن عابدين: "إِنَّ مَشَايِخَنَا اسْتَحْسَنُوا أَنْ يُنَصِّبَ الْقَاضِي الْحَنَفِيُّ نَائِبًا مِمَّنْ مَذْهَبُهُ التَّفْرِيقُ إذَا كَانَ الزَّوْجُ حَاضِرًا وَأَبَى عَنْ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الْحَاجَةِ الدَّائِمَةِ لَا يَتَيَسَّرُ بِالِاسْتِدَانَةِ إذْ الظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا تَجِدُ مَنْ يُقْرِضُهَا، وَغِنَى الزَّوْجِ مَآلًا أَمْرٌ مُتَوَهَّمٌ فَالتَّفْرِيقُ ضَرُورِيٌّ إذَا طَلَبَتْهُ".[2]

* **التطليق للإعسار في القانون:** يجوز للزوجة في الجزائر طلب التطليق للإعسار إذا أهمل زوجها الإنفاق عليها مدة شهرين، وفق المادة 1/53 ودلالة المادة 331 عقوبات، ترفع دعوى طلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ، ثم تقوم بتبليغه بعد اكتساب الصيغة النهائية عن طريق المحضر، هنا يجوز لها إما متابعته جزائيا بتهمة الإهمال العائلي، أو رفع دعوى تطليق تأسيسا على أحكام المادة 53، ويسقط حقّها إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج، ولم يفرّق المشرع بين عدم الإنفاق مع القدرة وعدمه لعذر كإفلاس أو بطالة أو عجز وكان عليه أن يفعل، ومدة الانتظار غير محددة بل استنبطت قياسا من قانون العقوبات كما استقر عليه القضاء العالي كقرار 34791 بتاريخ 1984/11/19م، وقيل على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 والأول أصح لموافقته المذهب والاجتهاد، ونص القانون المصري 25 في المادة 4 على جواز التفريق للإعسار شرط عدم وجود مال للزوج أو وجوده مع الإصرار على عدم الإنفاق، ونفسه في المادة 110 أحوال سوري التي حددت المدة 3 أشهر والمادة 102 مدونة مغربية تحددها 30 يوما، والمادة 40 عراقي حددتها 60 يوما، والمادة 124 إماراتي بشهر.[3]

---

[1] العيني البناية شرح الهداية 671/5 وابن حزم المحلى 257/9 وابن القيم زاد المعاد 460/5

[2] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 590

[3] العربي بختي أحكام الأسرة ديوان المطبوعات 2013م ص. 113 وزيتوني دراسة تحليلية ص. 74 واليزيد بلمامي التطليق بطلب من الزوجة ماجستير الجزائر 2003م ص. 53 وآيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دكتوراه جامعة تيزي وزو 2014م ص. 130

الفرع الثاني: التفريق للعيب

يُعرّف عيب النكاح بأنّه ما يُنفّر عن الوطء ويكسِر شهوة التواق، أو نقص في بدن أو عقل أحد الزوجين يمنع الوطء وكمال اللذة، وعيوب الرجال: الجَبّ (استئصال العضو التناسلي) والعُنّة (العجز عن الوطء) والخِصاء (استئصال الخصيتين)، وعيوب النساء: الرّتق (انسداد الفرج) والقَرَن (ظهور عظم عند الفرج)، فإذا أصيب أحدهما بعيب خَلْقي يمنع الوطء هل يجوز طلب التطليق؟ نقل ابن المنذر الإجماع على جوازه في المجبوب وفيه نظر! لمخالفة ابن حزم وداود وعمر بن عبد العزيز والحكم بن عيينة، وحين رجعت إلى كلام ابن حزم وجدته تكلّم عن العنين ولم يذكر المجبوب وبينهما فرق، ثم وجدت تلميحا لابن رشد بأن ابن المنذر لم يصب في نقل الإجماع؛ لأنه نسب القول بالتطليق للعُنّة إلى الجمهور بعد مضيّ سنة،[1] والاختلاف حول التطليق للعيب على ثلاثة أقوال: **الأول** الظاهرية يُمنع مطلقا، منسوب لعمر بن عبد العزيز وداود والحكم والشوكاني، استدل ابن حزم بحديث: "حتى تذوقي عسيلته"،[2] وهو ضعيف لوروده فيمن لم يستطع الجماع لا أنه معيب،[3] **الثاني** الحنفية أجازوه للزوجة ومنعوا الزوج لقدرته على التعدّد ولأنّه يمكنه الطلاق، ولأن قصد الزواج هو التناسل لحديث: "إني مكاثر بكم الأمم"،[4] فإذا انعدم فُسخ العقد وإلا فلا،[5] **الثالث** المالكية والشافعية والحنابلة: يجوز شرط أن يمنع استمرار الحياة الزوجية كالجنون والبرص، وتزوّج النبي بامرأة فوجد فيها برصا فردّها،[6] ولحديث: "فرّ من المجذوم"،[7] ولقول عمر: "أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا"،[8] ولأنّ الإمساك مع العيب ليس من المعروف، ثمّ اختلفوا في حصرها، فقدّرها الشافعية والحنابلة بسبعة: ثلاثة مشتركة (الجنون والجذام والبرص)، وعيبان للزوجة (الرتق والقرن)، واثنان للزوج (العنة والجبّ)،[9] وعدّها المالكية 13 أَرْبَعَةٌ مشتركةٌ: الْجُنُونُ وَالْجُذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْعَذْيَطَةُ (التغوط عند الجماع)، وَأَرْبَعَةٌ للرَّجُلِ: الْجَبُّ وَالْخِصَاءُ وَالِاعْتِرَاضُ وَالْعُنَّةُ، وَخَمْسَةٌ للنساءِ: الرَّتَقُ وَالْقَرَنُ وَالْعَفَلُ (غلظ في الرحم) وَالْإِفْضَاءُ (إزَالَةُ الْحَاجِزِ بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَمَحَلِّ الْجِمَاعِ) وَالْبَخرُ،[10] وتوسّع ابن القيم فقال يُفرّق بكلّ عيب يمنع الاتصال

---

[1] ابن المنذر الإجماع ت فؤاد عبد المنعم دار المسلم ط 1، 2004م مسألة 358 ص. 79 وابن رشد البداية 75/3 وابن حزم المحلى 202/9 وشوقي علام التفريق بين الزوجين للعلل أو العيوب ط الوفاء ط 1، 2010 ص. 18 وردينا الرفاعي التطبيقات العملية للتفريق لعيوب الزوجة المجلة الأردنية ع 3 سنة 2017م ص. 41 واليزيد بلمامي التطليق ص. 71 وآيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية ص. 15

[2] رواه البخاري باب شهادة المختبي رقم 2639 ومسلم باب لا تحل المطلقة ثلاثا رقم 1433

[3] ابن حزم المحلى 202/9 و255 وابن رشد البداية 74/3 والشوكاني النيل 187/6

[4] رواه ابن حبان برقم 4017 وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم 1784

[5] السرخسي المبسوط 97/5 والقدوري الكتب العلمية ط1 ص. 150 والكاساني البدائع 322/2

[6] رواه أحمد برقم 16032 قال الأرنؤوط: "فيه ضعف بسبب جميل بن زيد الطائي"

[7] رواه البخاري باب الجذام برقم 5707 عن أبي هريرة رضي الله عنه

[8] رواه البيهقي معرفة السنن والآثار تح قلعجي دار الوفاء ط 1، 1991م برقم 14145

[9] الرملي نهاية المحتاج دار الفكر طبعة أخيرة 1984م ج. 6 ص. 309 وابن قدامة المغني ج. 7 ص. 185

[10] حاشية الدسوقي 277/2 والمواق التاج والإكليل 342/8 والأزدي جمهرة اللغة 937/2

حسّا أو معنى، وقد كيّف الحنفية والمالكية هذا التفريق بأنّه طلاق بائن، وقال الشافعية والحنابلة فسخ وهو أولى.[1]

الراجح جواز التفريق للعيوب دون حصر مبني على الرأي، فكلّ عيْب أحال استمرار الحياة الزوجية بأي وجه يوجب الفرقة، ومن تدبّر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته لا يخفى عليه رُجحان هذا القول، شرط عدم العلم قبل الزواج وعدم الرضا بعد الاطلاع وأنْ يمنع استمرار الحياة بكونه فاحشا،[2] قال الشافعي: "الْجُذَامُ وَالْبَرَصُ دَاءٌ مَانِعٌ لِلْجِمَاعِ لَا تَكَادُ نَفْسُ أَحَدٍ أَنْ تَطِيبَ بِأَنْ يُجَامِعَ مَنْ هُوَ بِهِ، وَلَا نَفْسُ امْرَأَةٍ .. والْجُنُونُ وَالْخَبَلُ لَا يَكُونُ مِنْهُ تَأْدِيَةُ حَقّ".[3]

التفريق للعيب في القانون: هو كلّ ما يحول دون تحقيق أهداف الزواج المذكورة في المادة 4 أسرة: "المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، يُمثّل له بالجنون والأمراض العقلية إذا طالت وتعذّر علاجها، وما يحول دون إحصان الزوجين كالأمراض الجنسية غير القابلة للعلاج مثل "الإيدز"، وما يتطلب علاجه مدة تزيد عن سنة، فلا تُلزم الزوجة الصبر على علاج زوجها أكثر من هذا كما في قرار 1984/11/10م، والعيب الذي يحول دون المحافظة على الأنساب؛ كأن يمتنع عن إنجاب الأطفال بالعزل رغم قدرته أو يكون عقيما، ويجب الإثبات عن طريق الخبرة الطبية وتغليبها على غيرها، ولا يكفي تقديم شهادة طبية لأنها أصبحت تأخذ طابع المجاملة، فمتى ثبت العيب حكم القاضي بالتطليق للعيب أو منح أجلا للعلاج أو رفض الدعوى لعدم التأسيس، شرط أن يكون حائلا دون أهداف الزواج، وألا تكون الزوجة عالمة به وأن تثبت صدق دعواها بوسائل قانونية، ومال المشرع الجزائري إلى المذهب الحنفي حين أجاز للزوجة فقط طلب التفريق للعيب رغم أن مذهب الجمهور أعدل، وأيّد توجهَ المشرع القضاءُ فحين ادّعى رجل على زوجته عيبا قرّرت العليا 1989/10/12م: المرأة الحرة لا تُكشف وهي مؤتمنة على موطن سرّها، تصدق فيما قالته مع يمينها اعتمادا على ما جاء في مختصر خليل، وهذا القرار لا ينبع عن اجتهاد فقهي أو قضائي وإنّما هو مجرّد تلفيق وتقليد؛ لأنه منع تطليق الزوج لزوجته بسبب العيب بحجة اتباع المذهب وهو تناقض؛ لأن المالكية يجيزون التفريق للعيب للزوجين، وكأن القائمين على التشريع يحرصون على التمييز الإيجابي تجاه الزوجة ما أمكن والاحتجاج لا يُحتج به، بسبب غلبة الفهم الغربي والتجزئة الفقهية على واضعي القوانين، وطُرحت مسألة: إذا وجد الزوج زوجته مفتضة من زنا هل يعتبر ذلك من العيوب الموجبة للخيار؟ وقع خلاف في المذهب المالكي فالمشهور أنه لا يُعتبر إلا إذا اشترط الزوج عذريتها، كما في قرار رقم 33715 بتاريخ 1984/6/25م **مجلة قضائية 1989م عدد 4 ص.**

---

[1] المدونة 142/2 والرملي نهاية المحتاج 309/6 والدسوقي 277/2 وابن قدامة المغني 185/7 وابن القيم الزاد 5/ 165 والقدوري ص.150 والجزيري الفقه المذاهب الأربعة الكتب ط 2، 2003م 163/4

[2] الصنعاني سبل السلام 135/3 وشوقي التطليق القضائي ص.68 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص.57

[3] الشافعي الأم ج. 5 ص. 92

99، وبسبب كثرة دعاوى فسخ النكاح لانعدام البكارة تم إدراج المادة 7 أسرة فيها اشتراط وثيقة طبية في الزواج، ومالت قوانين عربية نحو المنحى الجزائري مقتصرة على منح هذا الحق للزوجة وفقا للمذهب الحنفي كالمصري في المادة 1/9 وصرّح في المادة 10 أنه طلاق بائن، والسوري في المادة 105 والعراقي في المادة 1/43، ومنحته دول للزوجين تبعا لمذهب الجمهور كمدونة المغرب المادة 107 وأحوال إماراتي المادة 1/112 وهو أعدل.[1]

الفرع الثالث: التطليق للهجر في الفراش

الجمهور على جواز هجر الزوجة تأديبا لها لأي مدة يراها الزوج سواء زادت على أربعة أشهر أم لا لقوله" **وَاهْجُرُوهُنّ"** (النساء 34) التي جاءت دون تحديد، ولحديث: "وَلَا يَهْجُرْ إِلَّا فِي الْبَيْتِ"،[2] فيه منع الهجر خارجه فقط، فلا يجب الخلط بين الهجر في المضجع الذي هو تأديب، وبين الإيلاء الذي يعني الحلف ألا يقرب زوجته مدة معينة، والذّي هو نوع تمرّد من الزوج فحُدّد بأربعة أشهر، فقد صحّ أنّ أنس بن مالك كان يهجر امرأته فوق أربعة أشهر ولا يعده إيلاء، ومذهب المالكية عدم الهجر فوق أربعة أشهر مطلقا تأديبا أو إيلاء، فحَمَلُوا المطلق على المقيّد لأن النبي آلى من زوجاته شهرا ولم يزد ومذهبهم هذا أعدل،[3] وفي المادة 53 أسرة: إذا هجر الزوج زوجته فوق أربعة أشهر جاز لها طلب التطليق، ولا تقبل الدعوى دونها لاحتمال هجرها على سبيل التأديب، وإثباته صعب لمن يدعيه لكنّه ليس بمستحيل؛ فقد يثبت بالتحكيم أو بهجر البيت أو طرد الزوجة، حيث أنّ حفظ سمعتها من الألسن يقتضي بأن لا يهجرها إلا داخله شرط تأدية ما عليه من نفقة، خاصة أنّه بدونها يدخل تحت طائل المادة 331 عقوبات بجنحة ترك أسرة.[4]

الفرع الرابع: التطليق للغياب والفقدان والحبس

الغائب من ترك وطنه اختيارا أو اضطرارا، وتكون حياته معلومة وأخباره موصولة لا تنقطع ولو إجمالا، لهذا يتميز عن المفقود، في المادة 110 أسرة: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع أكثر من سنة يعتبر كالمفقود"، فيها أنّ الغائب يختلف عن المفقود بأنه يُعلم مكانه،[5] والخلاف حول التطليق للغياب على قولين: **الأول** الجواز قاله مالك وأحمد لقوله **"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"**، (البقرة 229) وقوله **"ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"**، (البقرة 231) وقوله **"فتذروها**

---

[1] المدونة 142/2 وابن جزي القوانين 142/1 والمواق التاج 151/5 وخليل ص.102 وسي ناصر الاشتراط ماجستير جامعة وهران 2012م ص.164 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص.24 ونذير سعاد التطليق ص.47 واسماعيل الشيخ إشكالات المادة 222 ص.105 ولحسين آث ملويا المنتقى دار هومة ط 3، 2011م 235/1

[2] رواه ابن ماجه رقم 1850 وأبو داود رقم 2142 الألباني صحيح أبي داود برقم 1859

[3] ابن قدامة المغني 318/7 والكاساني البدائع 334/2 وشرح الخرشي 7/4 والشربيني المغني 426/4 ونايف الجنيدي عضل النساء ماجستير جامعة الخليل 2007م ص. 112 وبلمامي التطليق ص. 113

[4] نذير سعاد التطليق ص. 55 واليزيد عيسات بلمامي التطليق ص. 109

[5] ابن عبد البر الكافي 569/2 والماوردي الحاوي 316/11 والمغاوري الفقي التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دار الوفاء ط 1، 2011م ص. 13

كالمعلقة"، (النساء 129) ولحديث: "تقول المرأة إما أن تُطعم أو تُطلق"، وكتب عمرُ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِم فَأَمَرَهُمْ أَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا حَبَسُوا،[1] ثم اختلف المالكية والحنابلة في أقل مدته وفي اعتبار العذر، فقال الحنابلة أقلها ستة أشهر ويُقبل العذر لفعل عمر حين سأل ابنته حفصة عن الفترة التي يمكن للزوجة أن تصبر على زوجها،[2] ومثال العذر أن يكون في حجّ أو غزوٍ أو طلبِ رزقٍ، وقال المالكية أقلها سنة وهو المعتمد وقيل ثلاث سنوات، فقد أجّل عمرُ رجلا سنة يختبره لما طلبت زوجته التفريق لعدم المسيس، وقال سعيد: "قَضَى عُمَرُ فِي الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ النِّسَاءَ أَنْ يُؤَجَّلَ سَنَةً" ومثله عن عليّ والمغيرة،[3] وبهذا أخذ التشريع العربي، وقال المالكية: لا يُعتبر العُذر فمجرد الغياب موجب،[4] وزعم سليمان الأشقر أنه لا يوجد فقيه يقول بجواز التفريق للغيبة مع العلم بمكان الغائب، وإنما أجاز مالك وأحمد ذلك شرط عدم العلم، وهو تفسير خاطئ لأن كتب المالكية والحنبلية مليئة بذلك يقولون يُرسل له القاضي فيعلمه بأنه إذا لم يعد طُلقت عليه زوجته،[5] **الثاني** منع التفريق للغيبة هو قول أبي حنيفة والشافعي والظاهرية لحديث المغيرة أنّ النبيّ أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان، وهو ضعيف لا يصلح للاحتجاج،[6] ولأنّ المفقود لا يُورّثُ فلا يُطلّقُ وهو قياس مع الفارق لأن ضرر انتظار عودة الزوج لا يُحتمل بخلاف ضرر عدم تقسيم التركة.[7]

الراجح الذي يترجح هو قول مالك وأحمد مع التحديد بثلاث سنوات وإمكانية رفع الدعوى بعد سنة، بهذا قضى عمرُ وعثمانُ وابن عباس ويجب اعتبار العذر.[8]

* **التطليق للغيبة في القانون:** يحقُّ للزوجة في قانون الجزائر طلب التفريق بثلاث شروط مقترنة بالغياب: مضي سنة كاملة دون عذر ولا نفقة، وتُحتسب السنة من يوم غيابه إلى رفع الدعوى، فإن كان لعذر كأداء الخدمة العسكرية أو العلاج أو الدراسة لم يُقبل، فإذا تعسف في غيابه طالبت التطليق للضرر كما في المادة 53، وهي قاعدة موفقة وافقت الراجح غير أنّ مضمونها ناقض ما في المادة 110: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، فرغم

---

[1] خبر عمر مع أمراء الأجناد رواه البيهقي في السنن برقم 15706 وحديث "إما أن تطعم" سبق تخريجه.
[2] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 12594 وسعيد بن منصور في السنن برقم 2463
[3] رواه عبد الرزاق برقم 10720 وابن أبي شيبة برقم 16492.
[4] الدسوقي 431/2 وابن قدامة المغني 130/8 والرعيني المواهب 199/4 والفقي التفريق ص. 21 وشلباية أحكام الطلاق مكتبة ابن تيمية 1988م ص. 109 وعمرو سليم الجامع في الطلاق ط الضياء ص. 288 والعربي مصطفى الغيبة وأثرها في التطليق ماجستير جامعة وهران 2013م ص. 55
[5] حاشية الدسوقي ج. 2 ص. 431 وابن قدامة المغني ج. 7 ص. 31 والفقي التفريق للغياب ص. 21
[6] البيهقي الكبرى 15565 وضعفه أحمد والدارقطني والبيهقي لسوار بن صعب الضعيفة للألباني 2931
[7] الشافعي الأم ج. 5 ص. 255 والكاساني بدائع الصنائع ج. 4 ص. 27 والماوردي الحاوي الكبير ج. 11 ص. 316 وابن حزم المحلى ج. 9 ص. 316 والعربي باشا مصطفى الغيبة وأثرها في التطليق ص. 60
[8] رواه عنهم ابن حزم في المحلى ج 8 ص. 440 وصحح الألباني أثر عمر في الذي اختطفته الجنّ مدة أربع سنين فأمر زوجته بالعدة والزواج، ينظر: إرواء الغليل للألباني ج. 6 ص. 151.

الظروف القاهرة فهو غير معذور وفي المادة 53 عدم قبول التطليق إذا كان غيابه لعذر، لهذا تناقض الاجتهاد فيجب إعادة النظر في المادة 110 بما يتماشى مع منطوق المادة 5/53، وقد لفّق المشرّع مذهبي المالكية والحنبلية حين أخذ المدة من المالكية والعذر من الحنابلة، ومثله في المصري المادتين 12 و13 والسوري المادة 109 والأردني المادة 123 والكويتي المادة 136، أما تكييف فرقة الغياب فلم يبيّن الجزائري هل هو رجعي كما يراه المالكية أم فسخ كما قرره الحنابلة؟ على عكس المصري الذي نص أنه بائن وقال السوري رجعيّ، وكونه بائنا أرجح.[1]

* **التطليق للحبس في السجن شرعا:** خصّ القانون الجزائري في المادة 4/53 السجن بأنه أحد أسباب التطليق رغم أنّه فرع للتفريق للغيبة؛ لأنّ المحبوس وإن عُرف مكانه إلا أنه لا يمكنه الاتصال بزوجته مما يعود عليها بالضرر،[2] وأكثر الفقه الشرعي على عدم التفريق للحبس أما الحنفية والشافعية فلأنهم لا يرون مطلق الغيبة مهما كانت سببا للتطليق والسجن منها، وأما الحنابلة فلأن مذهبهم أن العذر يسقط حقّ التطليق والسجن عذرٌ، وقد أطلق ابن قدامة والنووي الإجماع على منع تطليق زوجة المحبوس،[3] وفيه نظر لأنّ المالكية أجازوه لأنهم يرون مطلق الغيبة موجبة له لعذر أو لغير عذر، محتجين بحديث: "لا ضرر ولا ضرار"، وهل يشترط عدم النفقة لتطليق زوجة الأسير؟ أكثر المالكية على اشتراطه،[4] وقال الْأُجْهُورِيُّ منهم بالجواز ولو مع النفقة إذا خشيت على نفسها الفاحشة، وقال ابن تيمية: "حُصُولُ الضَّرَرِ لِلزَّوْجَةِ بِتَرْكِ الْوَطْءِ مُقْتَضٍ لِلْفَسْخِ سَوَاءٌ كَانَ بِقَصْدٍ أم لا، وَلَوْ مَعَ قُدْرَتِهِ وَعَجْزِهِ كَالنَّفَقَةِ وَأَوْلَى لِلْفَسْخِ بِتَعَذُّرِهِ فِي الْإِيلَاءِ إجْمَاعًا، فَالْقَوْلُ فِي امْرَأَةِ الْأَسِيرِ وَالْمَحْبُوسِ مِمَّنْ تَعَذَّرَ انْتِفَاعُ امْرَأَتِهِ بِهِ إذَا طَلَبَتْ فُرْقَتَهُ كَالْقَوْلِ فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ بِالْإِجْمَاعِ"،[5] وفي نقله للإجماع نظر.

الراجح قول المالكية شرط عدم الإنفاق؛ لأن السجن لأكثر من سنة فيه ضرر شديد على الزوجة، والحبس يُقاس على الغيبة بسبب اتحاد العلة.[6]

* **التطليق للحبس في التشريع:** نصت المادة 4/53 أسرة على جواز التطليق بسبب حبس الزوج، وقيّدته بالجرائم الشائنة التي فيها مساس بالشّرفَ والعِرض والأخلاق والأموال، ورُغم أن كل الجرائم تُعتبر شائنة إلا أنها لا تؤدي كلها إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية كجريمة انعدام شهادة التأمين أو المشاجرة أو

---

[1] نذير التطليق ص. 20 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 144 وبلمامي التطليق ص. 124 والغوط عبد الكريم سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج ماجستير جامعة وهران 2007م ص. 107

[2] عابدي حق الزوجة في فك الرابطة ص. 21 والغوط عبد الكريم سلطة القاضي ص. 111

[3] ابن قدامة المغني 130/8 والنووي المجموع 158/18 ومحمد بن الحسن الحجة على أهل المدينة ت الكيلاني القادري عالم الكتب بيروت ط 3، 1403 هـ 67/4 وأبو زهرة الأحوال ص. 368

[4] المواق التاج والإكليل ج. 5 ص. 504 وشرح الخرشي على خليل ج. 4 ص. 153 وابن غنيم الفواكه الدواني دار الفكر 1995م ج. 2 ص. 42 وحاشية العدوي ج. 2 ص. 93 وحاشية الدسوقي ج. 2 ص. 482

[5] الفتاي الكبرى لابن تيمية دار الكتب العلمية ط 1، 1987م ج. 5 ص. 482

[6] آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ص. 173

الجرح الخطأ، وكلّها يُعاقب عليها القانون لكنّها ليست شائنة ولا مؤثرة على استمرار الحياة، ولا يُشترط الحكم بحبس الزوج بل تكفي الإدانة النهائية ليكون من حقها التطليق، بهذا يكون المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي المجيز مع عدم اشتراط النفقة كما نص عليه الْأُجْهُورِيُّ خلافا لما ذهب إليه أكثر المالكية، ثم اشترط أن تكون الجريمة شائنة أخلاقيا وهو ما لم يقل به أحد فيما أعلم، حيث اكتفى المالكية وابن تيمية بمجرد السجن وحرمان الزوجة وتضررها، واشترط أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، وكلّها شروط لا سابق لها في فقهنا فيما نعلم، لهذا انتقدت بسبب غموضها وتلفيقها وابتداعها، وكانت في قانون 1984م تُحدد مدة السجن بسنة ثم تُرك ذلك في تعديل 2005م، لأنه أوقع ظلما على أزواج كثر؛ فقد يُحكم على أحدهم بسنة سجنا ثم يخرج بعد ستة أشهر فيجد بيته قد خُرّب، فتدارك المشرع الأمر وألغى التحديد واعتبر الإدانة في حد ذاتها واستحالة مواصلة الحياة الزوجية تاركا تقدير المدة لقضاة الموضوع، وهو تعديل إيجابي حَفِظ كثيرا من الأسر الجزائرية من مصيبة التفكّك، ويُشترط للتطليق بسبب السجن شروطا خمسة: أن يكون الحكم نهائيا حاز قوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل الطعن فيه، وأن تكون العقوبة مقيّدة للحرية لأكثر من سنة، وأن تكون مشينة ويستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، ونص المشرع المصري في المادة 14 على صيغة أدق: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، ومثله في السوري المادة 1/109 ومدونة المغرب المادة 106 والعراقي المادة 43 والإماراتي المادة 131 والأردني المادة 125 والكويتي المادة 138، حيث أخذ الجميع بقول الأُجْهُوريّ في عدم اشتراط انعدام النفقة.[1]

* **التطليق للفقد:** غيبة دون علم بالمكان لغةً الشياع، واصطلاحا من غاب عن بلده ولم يعرف مكانه ولا خبره هل هو حيّ أم ميت؟ قال ابن عرفة: "مَنْ انْقَطَعَ خَبَرُهُ وَيُمْكِنُ الْكَشْفُ عَنْهُ"،[2] وفي المادة 109 أسرة: "الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا حياته من موته"،[3] واختُلف حول جواز تطليق زوجته فمذهب الحنفية والشافعية أنّه من الأحياء فلا فرقة حتى ينتهي جيله أو يموت أقرانه لثبوت حياته دون وفاته، قال عمر: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"، قال القدوري: "لا يُفرّق بينه وبين امرأته فإذا تم له 120 سنة من يوم ولد حكمنا بموته، واعتدت امرأته"، وكان الشافعي في القديم يرى أنّ تطلب الطلاق بعد أربع سنين وقال في الجديد كقول الحنفية، وفرّق الحنابلة بين مفقود حرب فيجوز تفريق زوجته بعد مدة ومفقود السلم الذي لا يفرّق فيه إلا بيقين وفاة، وفرّف المالكية بين مفقود أرض

[1] بلمامي التطليق ص. 116 وآيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة ص. 173 والغوط عبد الكريم سلطة القاضي ص. 115 ونذير سعاد التطليق ص. 18 ومقالة الأستاذة سميرة معاشي ص. 4

[2] الرصاع شرح حدود ابن عرفة ص. 222

[3] آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة ص. 155 والغوط عبد الكريم سلطة القاضي ص. 120

الإسلام فيفرق بعد أربع سنين، ومفقود في قتال يدخل في اجتهاد القاضي ومفقود أسر ينتظر موت أقرانه، ولكلّ دليله ليس هذا مقام تفصيله.[1]

الراجح جواز التفريق بعد أربع سنوات من الفقدان؛ لأنّ الضرر الواقع على الزوجة بعدها لا يُطاق، قضى به عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر،[2] أما انتظار انقضاء حياة أمثاله ففيه ضرر بالغ لأنّ من حقّها خلعه وهو حاضر فكيف تمنع من تطليقه وهو مفقود؟! وأخذت قوانين العرب بجواز تطليق المفقود بعد 4 سنوات كما في الجزائري المادة 133 والمصري المادة 21 والعراقي المادة 4/43 وبسنة السوري المادة 203 والمغربي المادة 327 والإماراتي المادة 3/237.[3]

الفرع الخامس: التطليق للشقاق والنشوز

الشقاق من الشقّ والصدع والمشاقة العداوة والخلاف؛ فكأن كلُّ زوج أخذ شِقّا غير الذي أخذه الآخر، والنشوز من النشْز والنشَز المكان المرتفع من الأرض، ونشزت المرأة فهي ناشز أي ارتفعت على زوجها، وفي الاصطلاح: ترفّعُ المرأة وتعاليها بمخالفة زوجها ومعصيته فيما فرض الله عليها من طاعته، وفي القرآن استعمال اللفظتين: "**نُشُوزَهُنّ**" و"**شِقَاقَ بَيْنِهِمَا**"،[4] وقد يصدر النشوز من الزوج أو الزوجة أو الاثنين؛ لهذ أعدّ الإسلام لكل حالة علاجا يناسبها:

* **نشوز الزوجة:** قوله "**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ**" **(النساء 34)** الخوف هنا بمعنى الظنّ أي التي تظنون، وفيه إشارة إلى الوقاية قبل المصيبة، وإرشاد إلى مراحل علاج نشوز الزوجة بالموعظة التي يستمر فيها حتى يعتقد أنها لا تُفيد، ثمّ الهجر في المضجع لا في الكلام المنهي عنه: "لا يحل لامرئ مسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث"،[5] وهي داخلة فيه، ثمّ الضرب غير المبرّح قال عطاء: "يضرب بسواكه" وقال الحسن: "ضرب غير مؤثر"، وهو غير لازم ولا واجب بل مباح لحاجة،[6] فإذا استعمل المبرّح جاز التطليق،[7] قال النبيُّ: "لا تجدون أولئك خياركم"[8] يقصد الضاربين، وخير النساء من تمتثل بالوعظ ولا تحتاج لهجر أو ضرب لحديث: "ألا أخبركم بنسائكم في الجنة كل ودود ولود إذا غضبت أو أسيء إليها قالت يدي في يدك لا أكتحل حتى ترضى"،[9] وفي قرار جزائريّ 1984/7/9م: "إذا امتنعت الزوجة عن الرجوع إلى البيت فهي ناشز".

---

[1] المدونة 30/2 والقدوري ص.138 وابن رشد البداية 75/3 والعمراني البيان ت النوري ط المنهاج ط 102/1،11 والنووي المجموع 159/18 وابن قدامة المغني 131/8 وابن قدامة العمدة عزوز العصرية 2004م ص.106 والمرداوي الإنصاف 288/9

[2] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 15566 ورقم 15567 ورقم 15569

[3] آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة ص. 161 والغوط عبد الكريم سلطة القاضي ص. 127

[4] ابن منظور لسان العرب 55/3 و181/10 وعبد الجواد الجنيدي عضل النساء ص. 85

[5] رواه البخاري باب الهجرة برقم 6073 ومسلم باب النهي عن التحاسد برقم 2558 عن أنس بن مالك

[6] الماوردي الحاوي ج. 9 ص. 600

[7] ابن حزم المحلى 41/10 والدسوقي 402/2 وابن قدامة المغني 161/8 والجنيدي العضل ص. 86

[8] رواه ابن ماجه باب ضرب النساء برقم 1985 عَنْ إِيَاسِ بن عَبْدِ اللَّهِ قال محققه: حسنه الألباني

[9] رواه الطبراني في الكبير برقم 12467 وهو في السلسلة الصحيحة للألباني برقم 3380

* **نشوز الزوج:** لقوله **"وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا"** (النساء 128)، إذا أحسّت الزوجة بنشوز زوجها وعظته فإذا أصرّ تنازلت له عن بعض حقوقها لكسبه، وإلا رفعت أمرها إلى القاضي فيعظه أو يأمرها بهجره ثم يزجره إن لم يرجع وربما عزّره، ويُعتبر ناشزا إذا كان فارا أو متمردا على واجباته الزوجية.[1]

* **بعث الحكمين في الشقاق أو نشوز الزوجين:** لقوله **"وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"**، (النساء 35) يُعتبر هذا العلاج القرآني من أفضل الحلول للحيلولة دون الفراق، في تركه مفاسد كبيرة وفي إعماله فوائد جمة، يرتبط بالتطليق لأن القاضي هو من يبعث الحكمين والمخاطب بقوله **"وَإِنْ خِفْتُمْ"** وقوله **"فَابْعَثُوا"**، وجاء هَانِئٌ إِلَى النبي مَعَ قَوْمِهِ فسَمِعَهُمْ يَكْنُونَهُ بِأَبِي الْحَكَمِ فَسأله؟ فقَالَ: "إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِيَ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ"، فقَالَ: "مَا أَحْسَنَ هَذَا"،[2] واشترط الجمهور أن يكونا من أهل الزوجين أو أقاربهما ولم يوجبوه خلافا لابن حزم، ونُقل الإجماع على عدم الوجوب وفيه نظر لمخالفة الظاهرية، ونقل ابن عبد البر وابن رشد الإجماع على قبول قولهما في الجمع،[3] ثم اختلفوا في تنفيذه في التفريق دون رجوع إلى القاضي: **الأول** قول مالك وأحمد في رواية أنّه ينفذ قولهما في التفريق دون حاجة لموافقة الزوجين أو القاضي، لما رُوي عن علي وابن مسعود أنهما أنفذا فرقة الحكمين، ولأنهما قضاة سماهما الله حكمين لا وكيلين، **الثاني** الجمهور لا يفرّق بينهما حتى يوافق الزوجان لأن الطلاق لا يكون إلا من الزوجين أو القاضي بشروط وهما لا يملكان الصفة، وهو الصحيح لأن رجوع التفريق إلى القاضي أحوط لصيانة الأسرة، وقيل إذا عيّنَهُمَا القاضي ورضيَ الزوجان فحُكمهما نافذ في الجمع والفرقة وإذا اختارهما الزوجان بلا توكيل قضائيّ ينفذ حكمهما في الجمع دون التفريق، وهو متجه والأول أقوى.[4]

* **بعث الحكمين في الأسرة الجزائري:** المادة 56 أسرة: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يُعيّن القاضي حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أي يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، هي فاعدة إيجابية مستمدة من القرآن، يُعاب عليها عدم تضمنها الحالة التي يجب فيها التعيين ولا وقته ولا شروط الحكمين: هل يجب أن يكونا من الأهل أم لا؟ وكيف يتم اختيارهما؟ وكيف يمارسان مهمتهما في الاتصال بالزوجين؟ خلافا للقانون المصري الذي نظّم وقت التعيين وطريقته ودور كل واحد، كما يُعاب عدم توضيح حجية المحضر الذي يقدمه الحكمان هل هو على

---

[1] حاشية الدسوقي 402/2 والخرشي 147/3 والشربيني المغني 261/3 وتفسير الطبري 268/9

[2] رواه أبو داود باب في تغيير الاسم القبيح برقم 4955 وإسناده صحيح

[3] ابن رشد البداية 473/1 وابن قدامة المغني 178/8 وابن حزم المحلى 87/10 وتفسير ابن كثير 297/2 وصالح أبو هشهش الصلح وتطبيقاته في الأحوال ماجستير الخليل 2007م ص. 120

[4] المدونة 268/2 وابن القيم الزاد 189/5 وابن قدامة المغني 168/8 وابن رشد البداية 474/1 وموافي الجامع لاختيارات ابن تيمية ط دار ابن الجوزي ط 1، 1993م ص. 654 وابن العدوي الطلاق ص. 86

سبيل الإلزام أم التخيير؟ وهو ما تسبّب في تعطيل العمل بهذا الحلّ وقلة لجوء القضاة إليه، إما لعدم الاطلاع أو لعدم وضوح الإجراءات، واستقرّ الأمر على أنّه إذا رفعت الزوجة للمرة الثانية دعوى تطليق لشقاق أو ضرر بعد الرفض الأول تعيّن بعث الحكمين وفقا للمادة 446 إجراءات مدنية: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما"، فعدم ثبوت الضرر شرط جوهري لبعثهما كما في قرار 620084 بتاريخ 2011/4/14م، وفصّلت المواد **447 و448 و449** إجراءات مدنية علاقة القاضي بالحكمين، وانتُقد استعمال الجواز لأنه يفيد أن بعثهما ليس بملزم وأنّه مربوط بإرادة الزوجين أو أحدهما، ما من شأنه حرمان كثير من الأزواج من هذا الحلّ وحرمان أُسَر من النجاة من الطلاق، ومقتضاها اعتبارهما وكيلين لأنها لم تحدد لهما سلطة كما هو مذهب الجمهور خلافا للمالكية وفيه سداد، ولو نُص على قبول اتفاقهما لكان أسلم، وفصّلته قوانين كالمصري المواد **(7 – 11)** والسوري المواد **(112 – 115)**.[1]

* **التفريق للشقاق شرعا:** على قولين: **الأول** المالكية والحنابلة: يجوز وهو من التسريح بإحسان **"وَلَا تُمْسِكُوهُنّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا" (البقرة 231)** ولحديث: "لا ضرر ولا ضرار"، **الثاني** الحنفية والشافعية والظاهرية: يمنع لأنّ للزوج الطلاق ولها الخلع.[2]

الراجح هو القول بالجواز شرط أن يبلغ الشقاق مبلغا لا يمكن معه استمرار الزواج، وأن تُستنفذ سبل الإصلاح كبعث الحكمين لأن الزواج رباط مقدس والخروج منه بالإرادة أمر مقدس، فمن العدل أن يكون الطلاق حقا للرجل والخلع حقا للمرأة والتطليق حقا لهما.[3]

* **التطليق للشقاق قانونا:** في المادة 53 جواز التطليق للشقاق وانعدام الألفة، هي وليدة الاجتهاد العالي كقرار 224655 تاريخ 1999/6/15م **المجلة القضائية سنة 2001م** للمحافظة على الاستقرار النفسي للزوجين والأولاد من استمرار الصراع بين الأبوين، وإلا انتهى الحال إلى جريمة قتل أو ما شابه رغم أنّه اكتنفها غموض وعدم توضيح للإجراءات، وفي قرار 1996/9/24م و1999/6/15م اشتراط استمرار الشقاق وأن تصبح الحياة مستحيلة ويثبت الضرر.[4]

<u>الفرع السادس: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة</u>

ذكرت المادة 7/53 أن ارتكاب فاحشة مبينة أحد أسباب التطليق ولم توضح المراد بها، فتبقى الإحالة على الشرع بمقتضى المادة 222 هو الحل الأوحد لسكوتها عن البيان، وكلّ شيء جاوز الحد فقد فحش والفُحْش والفَحْشاءُ والفاحِشةُ القبيحُ مِنَ

---

[1] نذير التطليق ص. 24 وص 64 وبن صغير الطلاق ص. 260 والجنيدي عضل النساء ص. 85 والمصري الطلاق ص. 252 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 236 ومرمول دروس قانون الأسرة ص. 96 وأبو هشهش الصلح ص. 127 وزيدان عبد النور الصلح في الطلاق ماجستير جامعة الجزائر 2007م ص. 48

[2] المواق التاج 17/4 والخرشي 149/3 والدسوقي 345/2 والشافعي الأم 208/5 والماوردي الحاوي 603/9

[3] الصابوني الحرية ص. 770 والسرطاوي شرح الأحوال ص. 300 وداودي أحكام الأسرة ص. 313

[4] بن صغير الاجتهاد ص. 252 وبلمامي التطليق ص. 146 وعابدي حق الزوجة ص. 33

الْقَوْلِ وَالْفِعْلِ وَجَمْعُهَا فَواحِش،[1] وفي الشرع كلّ معصية اعتبرت من الكبائر كالزنى والسرقة والقتل لقوله **"وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ"** (النساء 15) وقوله **"وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً"** (النساء 22) وقوله **"وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً"** (الإسراء 32) وقوله **"إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ"** (النور 19) وقوله **"وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ"** (النمل 54) والمعمول به قضائيا في الجزائر قصرُها على الزنا وأخصّ منه يُراد بها في لغة القانون زنا الأقارب تبعا للمفهوم الجنائي للمصطلح وفق المادة 337 مكرر عقوبات، فيها أنّ الفاحشة ارتكاب العلاقة الجنسية بين الأقارب، والمفارقة أنه يجوز من الناحية الشرعية أن تطلب الزوجة الطلاق من زوجها إذا كان يشرب الخمر لأنه فاحشة وأمّ الخبائث، أما قضائيا فإنه غالبا لا يُحكم لها بالتطليق بسببه لأنه غير ممنوع وشربه لا يُعدّ جريمة إلا حال السياقة، والمسألة لا تعدو كونها قضية تكييف تقديري، فكان من الأفضل تجاوز استعمال الألفاظ المشتركة سدا لباب الاختلاف في التأويل والتفسير المؤدي إلى تعارض الاجتهاد، خاصة أن الفقه الإسلامي ليس فيه تخصيص الفاحشة بكونها سببا منفردا لطلب التطليق وإنما تُدرج في الضرر المعتبر، وهذا من المبتدعات التي شذّ بها المشرع الجزائري وقد تكون من قبيل ما يعرفه الأصوليون من عطف الخاص على العام لبيان أهميته، أما من منظور الشرع فإنّ أكثر ما يدخل في الفاحشة الشرك والزنا والردة وشرب الخمر والاعتداء على قاصر وما شابه إذا اشتهر به الزوج، ولم يُوضّح المشرع هل يجب صدور حكم ضد الزوج أم يكفي أن تثبت الزوجة أن زوجها ارتكب فاحشة؟ وهل قصدت المادة رفع الضرر عن الزوجة أم معاقبة الزوج لارتكابه فاحشة؟ الله أعلم بالمراد بسبب انعدام المذكرات التوضيحية.[2]

الفرع السابع: التطليق لمخالفة الشروط الجعلية

الشرط اصطلاحا ما تتوقف عليه الماهية وليس جزءا منها، أو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم،[3] في المادة 203 مدني جزائري: "يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"، وفي المادة 420 مدني إماراتي: "الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه"، ويُقصد بالشرط الجَعلي كل ما يشترطه المتعاقد وكان ملزما للمتعاقد الآخر بما لا يلزمه بمقتضى العقد، وقد اختلفوا حول مطلق الاشتراط في العقود بين موسّع ومضيّق، فمذهب الظاهرية إبطال أي شرط لم يأت به شرع لقوله **"اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ"** (المائدة 3) ولحديث: "من اشترط شرطا ليس في كتاب

[1] ابن منظور لسان العرب ج. 6 ص. 325

[2] يوسف دلاندة دليل المتقاضي دار هومة 2007م ص. 59 ومعاشي التطليق ص. 6 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 221 وعابدي حق الزوجة ص. 31 ونذير سعاد التطليق ص. 39

[3] أصول السرخسي ج. 2 ص. 303 والجرجاني التعريفات ص. 125 والبهوتي الروض المربع ص. 67

الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"،[1] وأجازه الجمهور بغير ما يُحلّ حراما أو يُحرّم حلالا لقوله "**أَوْفُوا بِالعُقُودِ**"، **(المائدة 1)** ولحديث: "المسلمون على شروطهم"،[2] والمجيزون ليسوا على درجة واحدة فمنهم المتوسع كالحنابلة والمالكية والمتوسط كالحنفية والشافعية،[3] هذا من جهة الاشتراط المطلق في العقود أما شروط عقد الزواج فعلى ثلاثة أضرب : **الأول** شروط من مقتضى العقد وآثاره كأن يشترط الزوجان المعاملة بالحسنى فهذه يجب الوفاء بها اتفاقا، **الثاني** شروط منافية لمضمون العقد كأن تشترط المرأة الخروج من البيت متى شاءت أو يكون لها على ضرتها أكثر من القسم العادل، فهذا باطل باتفاق لحديث بريرة عن عائشة قال النبيّ: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"، وحديث: "نهى الرسول أن تشترط المرأة طلاق أختها"،[4] **الثالث** شروط جَعلية يشترطُها أحدهما ليست من مضمون العقد ولا تنافيه كأن لا يُخرجها من بلدها أو تعمل بعد الزواج وما شابه،[5] وقد اختلفوا في وجوب الوفاء بها على ثلاثة أقوال: **الأول** الشافعية والحنفية والظاهرية: هي باطلة لا يصح الوفاء بها لأنها زائدة على العقد لحديث عائشة مرفوعا: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل"،[6] **الثاني** المالكية يستحب الوفاء بها ولا يجب باستثناء ما فيه عتق أو طلاق فيُوفّى به،[7] جمعا بين حديث عائشة وحديث: "إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج"،[8] **الثالث** الحنابلة يجب الوفاء بها،[9] وافقهم ابن شبرمة والزهري والأوزاعي لحديث أحق ما أوفيتم به و"المسلمون عند شروطهم" وقول عمر "مقاطع الحقوق عند الشروط".[10]

الراجح هو مذهب المالكية من استحباب الوفاء بها بلا وجوب، لأننا لو فتحنا باب الاشتراط قبل الزواج لأفسدنا الوُدّ المطلوب بين المخطوبين، والقاعدة تقول النكاح يُبنى على المكارمة وليس المشاحة، وباب الشروط يفتح باب الطلاق على مصراعيه، وعقد النكاح ليس كالبيع الذي يمكن فيه الفسخ والتفرق بسهولة بل تجب فيه مراعاة العواطف والآثار.

* **موقف القانون من الشروط الجعلية:** يشترط المقبل على الزواج شروطا لحفظ حقوقه وتحصيل امتيازات يراها من حقه، وقد اتفق أهل القانون على أنّ

---

[1] رواه البخاري باب ما يجوز من شروط المكاتب برقم 2561 ومسلم باب الولاء لمن أعتق برقم 1504
[2] رواه البخاري معلقا ج. 3 ص. 92 وأبو داود باب في الصلح برقم 3594 والترمذي 1352 وسنده صحيح
[3] ابن حزم الإحكام في أصول الأحكام 2/5 وابن تيمية المجموع 137/29 وناصر الاشتراط ص. 60
[4] رواه البخاري باب ما لا يجوز من الشروط برقم 2723 ومسلم برقم 1515
[5] الشافعي سلطة القاضي ص. 171 والموسوعة الفقهية الكويتية ج. 6 ص. 26 والدبيان المعاملات المالية مكتبة الملك فهد الرياض ط 2، 1432هـ ج. 5 ص. 211 وسي ناصر بوعلام الاشتراط ص. 114
[6] النووي الروضة 264/7 والكاساني البدائع 175/5 وابن حزم المحلى 47/8 والعيني البناية 165/5
[7] المدونة الكبرى 132/2 وابن رشد البداية 81/3 وابن جزي القوانين الفقهية ص. 146
[8] رواه البخاري باب الشروط في المهر برقم 2721 عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه
[9] ابن قدامة الكافي 39/3 والفتاوي لابن تيمية 80/4 وابن العثيمن الشرح الممتع 165/12
[10] رواه ابن أبي شيبة برقم 16449 بإسناد صحيح كما في الإرواء للألباني برقم 1891

للمتعاقد مطلق الحرية في الاشتراط سواء في النكاح أو غيره، فجاءت قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، ففي المادة 106 مدني جزائري: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهذه الحرية في الاشتراط ليست على إطلاقها بل تُقيّد بالنظام العام والآداب، في المادة 19 أسرة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج...ما لم تتنافى مع أحكام هذا القانون"، وأخذ القانون الجزائري بالمذهب الحنبلي في المادة 19 حين جعل الإخلال بها سببا للتطليق، وخصّ بالذكر شرطين على سبيل المثال لا الحصر هما عدم التعدد والعمل بعد الزواج، ورغم اشتراك الزوجين في هذا الحقّ إلا أنّ أمثلة الصياغة كانت من خصائص النساء، وكأن عين المشرّع على حقوق النساء أكثر منها على حقوق الرجال طبعا بسبب التغريب، ويجب أن تقع المخالفة كي يصح اعتماده وليس مجرد العزم وأن تتضرر الزوجة ولا ترضى، وأن يبقى ما اشتُرط على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، وأن يكون التفريق بالقضاء وليس بينهما لأنها مسألة خلافية يرتفع الخلاف فيها بالحاكم، وأخذ المشرع المغربي بهذا الاتجاه المادة 99 مدونة والتونسي الفصل 11 مجلة، وكان الإماراتي أكثر عدلا في المادة 4/20 أحوال:"إذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء كان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج".[1]

* **مخالفة شرط التعدد:** الحنفية والشافعية والمالكية على عدم التفريق بسببه التعدد بناء على عدم تأثير الشروط الجعلية عندهم، ومذهب الحنابلة وجوب الوفاء به، استدل لهم ابن القيم بحديث خطوبة عَلِيّ لابْنَةَ أَبِي جَهْل وقول النبيُّ: "فَاطِمَةَ مِنِّي وَأَنَا أَتَخَوَّفُ أَنْ تُفْتَنَ فِي دِينِهَا، وَإِنِّي لَسْتُ أُحَرِّمُ حَلاَلًا وَلاَ أُحِلُّ حَرَامًا وَلَكِنْ وَاللَّهِ لاَ تَجْتَمِعُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ وَبِنْتُ عَدُوِّ اللَّهِ أَبَدًا"،[2] أجاب الجمهور بأنه من خصائصه بدليل قوله أنّه حلال وهو الأرجح،[3] وقد اختلف أهل القانون هل التعدد من أسباب التطليق؟ فقيل هو ليس بضرر دون علم الزوجة؛ لأنه مأذون به شرعا بقوله **"فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ"**، (النساء 3) إلا إذا أدّى إلى وقوع ضرر؛ فتطلب التطليق للضرر لا التعدد، والزواج الثاني ليس فيه إضرار بأصله وإنما بآثاره، هو قول وجيه موافق لمقاصد الشرع في التعدد، لأنّ فوائده كثيرة وسلبياته معروفة، وقد اقتُرح تعديل المادة: "إذا كان الزواج الثاني سببا لوقوع الضرر المعتبر شرعا على الزوجة؛ جاز لها طلب التطليق لذلك الضرر، يُترك ذلك لسلطة القاضي"، لأنّ من التعدّد ما يكون فيه خير للأسرة والمجتمع، ومنه ما يكون فيه ضرر؛ فيجتهد القاضي بالحكم على الأول بعدم التأسيس وعلى الثاني بالقبول، أما أن يُحكم على كل تعدّد

---

[1] الشافعي عبد الرحمن سلطة القاضي ص. 186 وسي ناصر بوعلام الاشتراط ص.137 ورشدي شحاتة أبو زيد الاشتراط في وثيقة الزواج دراسة مقارنة مكتبة الوفاء القانونية الاسكندرية ط 1، 2011م ص. 201

[2] رواه البخاري باب ورع النبي برقم 3110 ومسلم باب فضائل فاطمة رضي الله عنها برقم 2449

[3] العيني البناية 165/5 وابن جزي القوانين ص.146 والنووي الروضة 264/7 وابن قدامة الكافي 39/3 وابن القيم الزاد107/5

بكونه سببا للتطليق ففيه إجحاف، خاثة أنذ الشروط المقيّدة له في المادة 8: علم الأولى والثانية وترخيص القاضي ووجود المبرر؛ تؤدي إلى العدم وتركه بالكلية، أو التحايل عليه بالزواج العرفي ثم رفع دعوى إثبات، أو بالحرام واتخاذ الخليلات، وقد أفتى الأزهر برفض طلب التطليق للزواج الثاني لأنه ليس بضرر، في المقابل قيل أنّ منح الزوجة حق التطليق بسبب التعدد فيه حفظ للأسرة من تطاول الرجل، حيث يحمله ذلك على التريّث، وهو داخل ضمن صلاحيات ولي الأمر، الذي يجوز له منع بعض المباحات جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة، فيجب التفريق بين الحرام الذي لا يقع إلا بنص، والممنوع الذي قد يكون في ذاته مباحا ويُمنع لسبب، والتعدد مفسدة فما سُميت الضرة بهذه التسمية إلا لاشتقاق اسمها من الضرر، والتطليق بسببه جائز؛ لأن القرآن اشترط العدل ثم قطع باستحالته بقوله **"وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ"**، (النساء 129) عليه العراق المادة 5/40 والمغرب المادة 45، ولم تجعله مصر وسوريا والإمارات سببا للتفريق، وجرّمته تونس في فصل 18 بسنة سجن وغرامة.[1]

الترجيح الظاهر تجويز التعدد بشروط، ونزعه من أسباب التطليق؛ لأنّه دواء العنوسة وحفظ من الفواحش، وليس الظلم الواقع ممّن عدّد أولى بالمنع من الظلم الحاصل من اتخاذ الخليلات وعنوسة العفيفات، وأكثر الرجال إذا وجب عليه الخيار اختار الثانية وطلّق الأولى، وإذا كان له خيار التعدد احتفظ بهما جميعا، أما تقييد المباح لمصلحة؛ فشرطه أنْ تكون المفسدة واقعة في نظر الشرع، وليس حسب هوى الحاكم أو مفسدة يتوهمها، والتضييق على التعدد تضييق على الحلال.

الفرع الثامن: التطليق للضرر المعتبر شرعا

منعه أكثر العلماء لإمكان رفعه بلا طلاق بإلزام من القاضي، ومذهب المالكية ورواية لأحمد جوازه لحديث: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"، وتوسّع المالكية فقالوا من هجر زوجته أو سبّها أو سبّ أباها أو قطع الكلام عنها أو حوّل وجهه أو أثار ضرتها أو ضربها ضربا مؤلما فهو ضار ضرره موجب للتطليق، لا يُشترط إلا كونه متحققا غير متوهم مستمرا لا طارئا، ويصيب الزوجة لا غيرها ويمنع دوام العشرة، ويصدر من الزوج لا غيره ويتعمده، يثبت إما بشاهدي عدل أو شهادة سماع شائعة، حيث يشهد اثنان فأكثر أنهم لا يزالون يسمعون الخصومة والشقاق بين الزوجين، وأن يتم بالقضاء.[2]

الراجح مذهب الجمهور من عدم التطليق للضرر لأن الشقاق اعتبر شرعا وقانونا وهو أصل الضرر، وفتح أبواب التطليق بتكثير أسبابه لا يُوافق قصد الشارع من تضييق دائرته، ويفتح الباب للتوسع كقول بعض المالكية أن مجرد تحويل الوجه أو قطع الكلام موجب التطليق.

---

[1] آيت شاوش إنهاء الرابطة ص.272 ويوسف دلاندة استشارات قانونية ص. 20 وبن صغير قضايا الطلاق ص.235 وجريدة المسلمون عدد 85/6/3 ص.10 طبعة لندن

[2] حاشية ابن عابدين 191/3 والزركشي للخرقي 473/5 والدسوقي 431/2 وابن رشد البداية 120/3 والخرشي 92/4 والرعيني المواهب 489/3 وآيت شاوش الإنهاء ص. 204

موقف القانون: الضررُ قضاءً كل إساءة أو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل لا يليق بمثلها ويستحيل معه استمرار العشرة الزوجية، من شروطه أن يكون محقّقا وشخصيا يصدر من الزوج ويصيب الزوجة وتمتنع معه مواصلة العشرة، وفي المادة 10/53 أسرة أنّه من أسباب التطليق لكنّها لم تذكر وجهه ولا المقصود منه، هل هو الضرر الشرعي الذي منع الجمهور التطليق بسببه أم آخر قانوني؟ فلم تُعرّفه حتى يُعرف! ولعلها أحالته على تقدير القاضي فتبقى إشكاليته مطروحة، إذ يختلف تفسيره من قاض لآخر بسبب الغموض الذي يعتريه، وكانت مدونة المغرب أكثر دقة حين عرّفت الضرر في المادة 99: "كلّ تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية ومعنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في الحياة الزوجية"، ولم يُوفّق المشرع الجزائري بهذا الإهمال خاصة أنّه دأب على اختيار أقوال المذاهب الأكثر تسامحا مع الزوجة وتشددا مع الزوج، ففي التطليق للعيب اختار الأكثر تشددا مع الزوج وهو الحنفي، وفي الشروط الجعلية اختار الحنبلي، وفي الهجر والضرر اختار المالكي المتوسع؛ فلم يتذكر أنه ينتمي إلى بلد يتبعه إلا فيهما، وفي الغيبة اختار مدة سنة من المالكي وقبول العذر من الحنبلي، وفي التعدد ابتدع قولا لم يسبق إليه طبعا في صالح الزوجة وفي الشقاق نفس الشيء، ما يدل على وجود خلفية متأثرة باللوائح الأممية العالمية رغم أن القانون مستمد من الشريعة، فقد أدّت هذه الاختيارات العشوائية إلى تناقض مواد القانون وعدم انسجامها، والطامة أنه قرّر في المادة 57 أن التطليق غير قابل للاستئناف رغم أن القاضي هو من يُنشئه معتمدا على أدلة وإثباتات تعتريها الصحة والخطأ، فكان الأجدر جعله كباقي الأحكام المدنية خاضعا للدرجتين وفق المادة 5 إجراءات، من هنا اختلف الفقه حول رفض دعوى التطليق هل يجوز للزوجة فيها الاستئناف؟ فقيل لها الحق لأنه حكم ابتدائي ليس فيه تطليق وعليه تفسير المحكمة العليا رقم 216850 بتاريخ 1999/02/16م، وقيل هو حكم بالسلب لا يقبل الاستئناف وفقا للمادة 57، وأخذ المشرع المصري بالتفريق للضرر المادة 6 قانون 1929م تماشيا مع تطور المجتمع رغم أنه يستمد أحكامه من المذهب الحنفي الذي لا يجيزه، وكذلك فعل السوري المادة 112 والإماراتي المادة 117 والعراقي المادة 41 ناصا على أمثلة كتناول المسكرات أو المخدرات.[1]

المطلب الثالث: التطليق مع اختلاف الدين

بين يدي المطلب لا يُتصوّر تطليق مع اختلاف الدين إلا بين زوج مسلم وزوجة كتابية أو بين ذميين، وتدخل فيه فرقة الشرع من لعان وظهار وإيلاء، فيه فرعان: التطليق مع اختلاف الدين والفرقة الشرعية مع اختلاف الدين.

[1] عبد العزيز سعد قانون الأسرة ص. 130 ونذير التطليق ص. 67 وشاوش إنهاء الرابطة ص. 207 وفريحاوي التفريق للضرر ماجستير جامعة الجزائر 2001م ص.19 ولحسين بن الشيخ المنتقى ص.345

الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على التطليق القضائي

جاءت شريعة الإسلام بالعدل وأمرت به بقوله **"وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ"** (النساء 58) وقوله **"اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى"** (المائدة 8) وقوله **"إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ،** (النحل 90) وعليه يجب النظر إلى زوجة المسلم الغير مسلمة أو إلى الذميين المقيمين بدار الإسلام نظرة عدل وإحسان، بأن يكون للكتابية نفس حقوق المسلمة لأن زواجها من المسلم زواجٌ شرعيٌّ تُبنى عليه آثاره وتتحصل به على كلّ حقوقها، ولم أجد في كلام الفقهاء أو تطبيقات قواعد الشرع فرْقٌ بين أن تكون الزوجة كتابية أو مسلمة، فكلُّ ما ذُكر من أحكام في المطلب السابق ينطبق حرفيا على حالة الزوجة الكتابية، سواء كان التطليق للنفقة أو العيب أو الغيبة أو السجن أو الشقاق أو مخالفة شرط جعليّ أو الضرر، فيحقّ للكتابية زوجة المسلم التقدم أمام محكمة دار الإسلام لطلب التطليق لسبب مشروع بحكم أنها لا تريد استعمال حقها في الخلع ولا ردّ المهر الذي أخذته، أو لأن الضرر الواقع عليها من زوجها المسلم موجب لحصولها على الفرقة، تريد تحصيل جميع حقوقها من نفقة عدة وصداق مؤخر ومتعة وتعويض، فكونها غير مسلمة لا أثر له أمام القضاء وهو ما أقرّه التشريع، ومن أورع ما جاءنا في ذلك قصة علي بن أبي طالب مع يهودي وجد درعه عنده، فترافعا إلى شريح قاضيه المُعيّن من قبله فحكم عليه وأنصف اليهودي فأعلن إسلامه، والقصة رغم ضعفها تُروى للاعتبار.[1]

وفيما يخص الذميين فإن طائفة الكاثوليك تُحرّمُ الطلاق والتطليق تحريما باتا مهما كانت الأسباب ولا تسمح إلا بالتفريق الجسماني، والأرثودوكس والبروتستانت يمنعونه بإرادة منفردة ويجيزون القضائي لأسباب، هي عند الأرثودوكس الأقباط غياب الزوج خمس سنوات أو إصابة أحد الزوجين بجنون لمدة خمس سنوات ولم يتمكن الأطباء من شفائه، أو إصابة الزوج بالعُنّة والزوجة صغيرة يُخشى عليها الفتنة، أو اعتداء أحدهما على الآخر اعتداء فيه خطر على الحياة، وعند الأرثودوكس الروم هي الغياب لثلاث سنوات أو الإصابة بالجنون لثلاث سنوات أو الاعتداء المؤدي للخطر، وضيّق البروتستانت أسبابه إلى الزنى وتغيير الدين، ويجيزه اليهود لإصابة الزوج بمرض تستحيل معه الحياة الزوجية ولا يُشفى منه، أو اعتداء الزوج بالضرب دون مُسوّغ وإذا امتنع عن الإنفاق،[2] فإذا طلب أحد الزوجين الذميين التطليق القضائي نظر القاضي في أحكام طائفتهما وطبقها ولم يتعداها كما ترجّح لقوله **"فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ "**، (المائدة 42) وكانت المحاكم العربية في عصرنا تحكم بالتطليق القضائي وفق أحكام الشريعة، وبعد إلغاء المحاكم الشرعية واستبدالها بالمدنية أصبحت تحكم على غير المسلمين وفق أحكام ديانتهم الموحدة، وفي حالة اختلفت ديانة الزوجين فقد تعارض الاجتهاد بسبب انعدام النص القانوني وانعدام تفصيل المسألة في فقه الإسلام، وعدم اعتراف الديانات الغير إسلامية

[1] أبو نعيم الأصبهاني حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ج. 4 ص. 139

[2] الصابوني مدى الحرية ص. 40 وأبو زهرة الأحوال ص. 265 وزيدان أحكام الذميين ص. 432

بالزواج المختلط الديني، والذي يظهر مرجحًا في هذه الحالة المعقدة بسبب اختلاف دين الزوجين الذميين الحاملين لجنسية دار الإسلام، هو أن يُطبق عليهما الحكم الإسلامي لأنه ليس قانون أحدهما أولى بالتطبيق من قانون الآخر، فقد عُرضت على المحكمة الابتدائية بالاسكندرية بتاريخ 1963/5/23م دعوى بطلان زواج بين يونانية مسيحية أرثودوكسية ومصري مسيحي ماروني، وكان من اللازم على المحكمة أن تطبق القانون المدني المصري من خلال المادة 14 التي تنص على تطبيق القانون المصري في حال كان أحد الزوجين مصريا، والقانون المصري مستمد من الشريعة الإسلامية فوجب تطبيق مضمونها وأحكامها، لكن بسبب اختلاف ملة الزوجين وطبقا للمادة 6 من القانون رقم 462 لسنة 1955م لغير المسلمين فإنها قضت بتطبيق أحكام شريعة المارون التي يتبع لها الزوج بدعوى أن المادة السالفة إنما تطبق على المنازعات التي هي من اختصاص المحاكم الشرعية، وقد اختُلف حول هذا الاجتهاد بين من رأى أنّه جانب الصواب لاعتماده التفويض الداخلي حين طبق القانون المصري الغالب أي الشريعة، وبين من رأى أن الصواب كان حليفه لأن دخول العنصر الأجنبي جعل ديانة المصري غالبة، وقضت استئناف مصر الأهلية 1934/2/3م في قضية زواج مصريين مسيحيين من الأقباط الأرثودوكس، وبعد خصومة وقع بينهما انفصال جسماني فطلبت الزوجة النفقة من المجلس الملي للأقباط التي قضت لها بنفقة زوجية، ثمّ تحوّل الزوج إلى مذهب الروم الأرثودوكس وتمكّن من الحصول على طلاق من محكمة شرعية وإبطال النفقة الواجبة عليه، فرُفعت القضية إلى المحاكم الأهلية فقضت بإبطال الطلاق ووجوب النفقة لأن المحكمة الشرعية غير مخوّلة قانونا بهكذا حكم قضائي، فرفع الزوج قضيته أمام محكمة الروم الأرثودوكس وتحصل على الطلاق ثم تزوج من جديد وفق ديانته الجديدة، فصار الزوج المسيحي له زوجتان من مذهبين مختلفين في بلد واحد تحتكم غالبيته إلى الإسلام.[1]

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على التفريق الشرعي

يُقصد به ما لا يكون بإرادة الزوجين أو أحدهما بل لوصف طرأ على علاقتهما الزوجية منع استمرارها، يدخل فيه اللعان والإيلاء والظهار وإسلام أحد الزوجين أو ردته، قال الشافعي: "كان أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يُطَلِّقُونَ بالظِّهَارِ وَالْإِيلَاءِ وَالطَّلَاقِ فَأَقَرَّ اللَّهُ الطَّلَاقَ وَحَكَمَ فِي الْإِيلَاءِ بِإمهال وَفِي الظِّهَارِ الْكَفَّارَةِ"[2] نخصص بندا للأوائل ومبحثا للأخيرين.

البند الأول: أثر اختلاف الدين على اللّعان

اللّعان من اللعن الطرد والإبعاد، قال ابنُ عرْفَة: "حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه، خلاصته أربع شهادات من الزوجين أمام الحاكم مؤكدات بالأيمان مقرونة بشهادة الزوج باللعن والزوجة

[1] الطيب زوروتي دراسات ج 1 ص. 37 وحفيظة الحداد الموجز في القانون الدولي الخاص ص 222
[2] الشافعي الأم ج. 5 ص. 294 وماجد توفيق سمور التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الاسلام ص. 21

بالغضب، قائمة مقام حدّ القذف في حقّه ومقام حدّ الزنى في حقّها"،[1] وقال الحنفية: "شَهَادَاتٌ تَجْرِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ وَالْغَضَبِ، سَبَبُهُ قَذْفُ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ قَذْفًا يُوجِبُ الْحَدَّ فِي الْأَجْنَبِيَّةِ، شَرْطُهُ النِّكَاحُ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الْقَذْفِ لَا يَجْرِي اللِّعَانُ بَيْنَهُمَا، رُكْنُهُ شَهَادَاتٌ مَخْصُوصَةٌ تَجْرِي بِكَلِمَاتٍ مَعْرُوفَةٍ"،[2] لقوله **"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ"**، (النور 6 - 9) وقال عويمر العجلاني: "رَجُلٌ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ؟ فأمرهما النبيّ بِالْمُلاَعَنَةِ سنة تسع للهجرة،[3] وأجمعوا على اشتراط القضاء ويُسنّ في المسجد، وتلاعن المسيحية في الكنيسة واليهودية في بيعتها، قال خليل: "لَاعَنَتْ الذِّمِّيَّةُ بِكَنِيسَتِهَا"،[4] وسيأتي مزيد تفصيل.

* **اللعان بين مسلم وزوجته الذمية:** خلافهم على قولين: 1 يصح عليه مالك وأحمد والشافعي وابن المسيب وسليمان والحسن وربيعة واسحاق وأبو الزناد، 2 لا يصح عليه أبوحنيفة والزُّهْرِيّ وَالثَّوْرِيّ وَالْأَوْزَاعِيّ وَحَمَّاد،[5] وقد احتج المجيزون بقوله **"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ"**، والذمية من الأزواج، ولأنه يمين فلا يُشترط فيه إسلام كالإيلاء الذي أجيز لغير مسلم، وهو نوع من الحلف يصحّ من غير المسلم بدليل قول النبيّ بعد لعان عويمر: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"،[6] يقويه تكرار الشهادات خمس مرات، والعجب أن الحنفية يجيزون شهادة غير المسلم واللعان نوع من الشهادة فلم يجيزوه وهو تناقض صريح منهم؛ لأن اللعان يحتاجه غير المسلم مثل المسلم لدفع شبهة الزنى عنه والدفاع عن نسبه،[7] وقال المانعون هي شهادة غير مسلم على مسلم فلا تصح،[8] ودليل كونها شهادة قوله **"وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ"**، (النور 6) وقوله **"فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ"**، أجيب أنّ تسميتها شهادة لا يلزم منه أن يأخذ أحكامها لأنّ الاسم مبنيّ على قول الملاعن "أشهد"؛ بدليل مقابلة يمين المرأة يمين زوجها رغم أن شهادتها على النصف من شهادته؛ فلما تساوت الشهادتان دل على أنها أيمان لا شهادات.[9]

الترجيح قول الجمهور أولى لقوة أدلتهم وحكمة أجوبتهم، ولأنّ شهادات اللعان من الأيمان لما يحيط بها من قرائن فتصح من المسلم ومن أهل الكتاب، فإذا نكّلت الذمية ولم تلاعن فإنّها تؤدّب ولا يقام عليها الحد، بل تُسلّم إلى أهل دينها ليقيموا

---

[1] الرصاع التونسي شرح حدود ابن عرفة ص. 211
[2] البابرتي العناية شرح الهداية ج. 4 ص. 276
[3] رواه البخاري برقم 4745 ومسلم برقم 1492 تفصيل القصة في تفسير الطبري 184/12
[4] شرح الخرشي 132/4 والنووي المجموع 440/17 والماوردي الحاوي 48/11
[5] المدونة 352/2 والشافعي الأم 304/5 وابن قدامة المغني 49/8 وأبو يعلى العدة ت المباركي ط 2، 1990م 359/2 والكاساني البدائع 241/3 وتفسير القرطبي 186/12 ومختصر القدوري ص. 167
[6] رواه أحمد برقم 2132 وأبو داود باب في اللعان برقم 2256 قال الأرنؤوط: "إسناده حسن"
[7] ابن قدامة المغني 49/8 وابن رشد البداية 136/3 وزيدان الذميين ص. 400
[8] نقل الدردير والنووي الإجماع على عدم الصحة وقال الحنابلة تصح للوصية في السفر، المدونة 21/4 والكاساني البدائع 241/3 والعيني البناية 100/5 والدسوقي 154/4 والنووي المجموع 226/20 والمراداوي الإنصاف 330/29
[9] الكاساني بدائع الصنائع ج 3 ص. 242 وابن رشد البداية ج. 3 ص. 136

عليها شريعتهم بناء على قاعدة ترك أهل الذمة وما يدينون وهو مذهب المالكية، فالمسلم يلتعن في نفي حمل زوجته النصرانية فإن نكلت انتفى الولد وبقيت زوجة ولا شيء عليه، وقد جُعِلَ لَهَا أَنْ تَلْتَعِنَ لِأَنَّه يوجِب رَفْع عِصْمَتِهِ عَنْهَا وَتَبْقَى الْعِدَّةُ الَّتِي لَزِمَتْهَا، وَربّما كان الْتِعَانُهُ يُوجِبُ عَلَيْهَا فِي دِينِهَا حُكْمًا فَكَانَ لَهَا أَنْ تَلْتَعِنَ لِدَفْعِهِ،[1] وقال الشافعية: تُحدّ لأنها رفعت أمرها إلى المسلمين ورضيت بحكمهم، وتُحد ولو تلاعنت مع زوج ذميّ،[2] **والراجح** هو قول المالكية بعدم إقامة الحدّ عليها بناء على قاعدة ترك أهل الذمة وما يدينون.

* **لعان الذميين أمام القضاء الإسلامي:** أجازه الشافعية والحنابلة ومنعه الحنفية المالكية، احتج المانعون بأنّه شهادات مؤكدة بالأيمان والذميان وإن جازت شهادة بعضهم على بعض إلا أنهما ليسا من أهل المؤكدة، وهو تناقض مع أصل الحنفية المصحّح لشهادة الكفار على بعضهم، واحتج المجيزون بالعموم وحاجة الذميين إلى دفع الظلم،[3] والراجح هو المنع إلا إذا ترافعا إلينا فيكون القاضي بالخيار يحكم أو يرده للمصلحة كما تقرّر سابقا.

البند الثاني: أثر اختلاف الدين على الإيلاء

كان الإيلاءُ في الجاهلية طلاقا بلا فراق تصير المطلقة بسببه كالمعلقة، فلما جاء الإسلام حفظ للزوج حقّه ورفع الضرر عن الزوجة، هو لغةً الحلف وشرعا حلف الزوج ألّا يقرب زوجته بوطء لقوله **"لِلذّينَ يُؤلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ"**، **(البقرة 226)** فأقصى ما يمكن للزوج أن يبقى موليا هي أربعة أشهر ثمّ إما أن يُكفّر ويعُود أو يَعزم ويُطلّق،[4] واختُلِف في تكييفه فقيل حرام لأنه يمين على ترك مشروع، وقيل مكروه لأن فيه أذى للزوجة، والأكثر على جوازه في حالة النشوز وبقصد التأديب ومنعه لمجرد الإضرار، والراجح حرمته لأكثر من أربعة أشهر وكراهته لغير قصد وجوازه لسبب لأن النبي فعله،[5] ويكون الزوج موليا إذا حلف أن يجاوز أربعة أشهر كما سيأتي؛ فإذا جاوزها أمره القاضي بعد انقضاء المدة بالفيء أو الطلاق بطلب من الزوجة، ومذهب المالكية والشافعية أن فرقة الإيلاء رجعية وقال الحنفية هي طلاق بائن وهما قولان للحنابلة، والبينونة أرجح لئلا يتلاعب الزوج بقصد الضرر حيث يُولى أربعة أشهر ثم يراجع ثم يعود فيولي فتضيع حكمة ضبطه بالقرآن،[6] وأهمل

---

[1] المدونة 355/2 والدسوقي 465/2 والمواق التاج والإكليل 465/5 والقيرواني النوادر 346/5

[2] السنيكي أسنى المطالب ج. 3 ص. 380 والرافعي العزيز شرح الوجيز ج. 9 ص. 419

[3] المدونة 352/2 والكاساني البدائع 242/3 وحاشية ابن عابدين 483/3 وابن قدامة المغني 49/8 والشربيني المغني 67/5 والماوردي الحاوي 48/11 والدسوقي 458/2 والبابرتي البناية 278/4 والنووي المجموع 433/17 والمواق التاج 456/5 وزيدان أحكام الذمة والمستأمنين ص. 399

[4] الشربيني المغني 343/3 وابن قدامة المغني 506/8 وشرح الخرشي 229/3 والشافعي سلطة القاضي ص. 129 وزيدان الذميين ص. 394 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 181

[5] رواه البخاري باب الصلاة في السطوح برقم 378

[6] ابن رشد البداية 120/3 والشربيني المغني 27/5 وابن قدامة المغني 563/7 والبلدحي الاختيار 152/3

المشرع الجزائري الإيلاء إلا حين جعل الهجر فوق 4 أشهر سببا للتطليق، فقيل أهمله لتضييق الأسباب وهو بعيد لأنه زاد خمسة في تعديل 2005م.[1]

ولا يختلف إيلاء المسلم من زوجته الذمية عن إيلائه من المسلمة لأنّه منوط بالمُولى الذّي هو في الحالتين مسلم، لكن اختُلف في إيلاء الذميّ من زوجته الذمية، فقال أبو حنيفة يصحّ وقال أبو يوسف وابن الحسن: يُشترط الإسلام لأن المولي يجب أن تكون له أهلية كفارة، فإذا كان قَسَم الإيلاء على الطلاق والعتاق صحّ عند الحنفية قولا واحدا، ويبطل باتفاق بينهم بالقربات من صوم ونحوه، فخرج للحنفية ثلاثة أحوال: إذا آلى بالقسم والحلف صح عند أبي حنيفة دون الصاحبين، وإذا آلى بالطلاق والعتاق صح باتفاق، وإذا آلى بالقربات بطل باتفاق، وأبطله المالكية قولا واحدا وصححه الحنابلة مطلقا كما في رواية ابْنِ مَنْصُور عن أحمد، وقَالَ الشَّافِعِيُّ: "الذِّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِيمَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْإِيلَاءِ إذَا حَاكَمَ إلَيْنَا، فَلَوْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ تَسْتَعْدِي بِأَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أَوْ آلَى مِنْهَا أَوْ تَظَاهَرَ حَكَمْت عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ حُكْمِي عَلَى الْمُسْلِمِينَ"، قَالَ الْمُزَنِيّ: "هَذَا أَشْبَهُ الْقَوْلَيْنِ بِهِ لِأَنَّ قَوْلِه **"حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ"** **(التوبة 29)** تعني أَنْ تَجْرِيَ عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ" وبصحته قال أبو ثور وهو الراجح شرط الترافع إذا تضررت منه الزوجة الذمية لأنّ الضرر يُزال.[2]

البند الثالث: الظـهـار مع اختلاف الدين

عُرف الظهار في الجاهلية فكان الرجل يظاهر من امرأته بقوله: "أنت عليّ كظهر أمي"، أي لن أقربك كما لا يحلّ لي قرب أمي؛ فتصيرُ امرأته كالمعلقة لا هي زوجة ولا أمّ ولا مطلّقة، وبسبب ضرره الكبير أقرّ الإسلامُ أصله وَنَقَلَ حُكْمَهُ إلَى تَحْرِيمٍ مُؤَقَّتٍ بِالْكَفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ وجعله منكرًا من القولِ وزوراً،[3] هو لغة من وضع الظهر مقابل الظهر، واصطلاحاً قول الزوج لزوجته: "أنت عليّ كظهر أمي" وهو من الكبائر لقوله **"وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا"**، **(المجادلة 2)** ولا يزيلُ الزوجية وليس بطلاق، ومن ظاهر أثم وحرُم عليه المسيس حتى يُكفّر لقوله **"قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا"**، **(المجادلة 4/3)** وقال الحنفية: "هو تَشْبِيهُ الْمَنْكُوحَةِ بِالْمُحَرَّمَةِ عَلَى سَبِيلِ التَّأْبِيدِ اتِّفَاقًا بِنَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ"، وقال خليل: "تشبيه المسلم المكلف مَنْ تَحِلُّ أَوْ جُزْأَهَا بِظَهْرِ مُحَرَّمٍ أَوْ جزئه"، والشافعية: "تَشْبِيه الزَّوْج زَوجته فِي الْحُرْمَة بمحرمة"، والحنابلة: "قول الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي"،[4] وهل يختص بالزوجة أم يصح من أجنبية؟ مذهب المالكية والحنابل صحته منها فلا تحل حتى يُكفّر، وقال الحنفية والشافعية: لا يصح إلا من زوجة وهو أقرب لقوله

[1] آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ص. 186

[2] الشافعي الأم 291/5 والمزني دار المعرفة 1990م 305/8 والكاساني البدائع 175/3 والبهوتي الكشاف 361/5 وابن قدامة المغني 459/7 والشيرازي المهذب 52/3 والدسوقي 426/2 والمواق التاج 414/5

[3] البابرتي العناية 248/4 وتفسير ابن كثير 37/8 والشيرازي المهذب 64/3 وابن عاشور التحرير 7/28

[4] البابرتي العناية 246/4 وخليل ص.125 والشربيني الإقناع دار الفكر 455/2 والزركشي للخرقي 478/5

"يُظَاهِرُونَ منكم مِنْ نِسَائِهِمْ"،[1] والقصد من تحريمه منع العبث بالزواج وظلم المرأة، ومذهب الحنفية والمالكية تحريم كلّ أنواع المسيس ولم يمنع الشافعية والحنابلة إلا الوطء، حيث اختلفوا في قوله **"يَتَمَاسّا"** فمن فسره بالوطء قال به ومن عمّمه عمّم المنع، ولا يمسّ إلا بعد التكفير بالترتب: الرقبة ثمّ الصيام ثمّ الإطعام،[2] واختلفوا في معنى "العود" في قوله **"ثُمّ يَعُودُونَ"**: قال الظاهرية يعود فيظاهر أخرى فلا تجب الكفارة إلا إذا ظاهر ثانية! وهو قول لا يليق بفقيه! وقيل العزم على الوطء، وفسّره الشافعية والمالكية بأن يُمسكها مقدار ما يستطيع فيه الطلاق ولا يفعل، لأنّه لو طلّق فلا كفارة وهو أقرب، ولو سلّمنا بغيره لأمكنه أن يُبقيها تحت عصمته ولا يعود فيذرها كالمعلقة وهو ما أراد الشرع منعه؛ فتفسير العود بالوطء مضرّ، وفسّره مالك بإرادة الإمساك والوطء وهو وجيه.[3]

ولظهار المسلم من زوجته الكتابية نفس أحكام ظهاره من مسلمة؛ لأنه من الحقوق التي لا تتأثر باختلاف الدين فيحرُم المسيس حتىّ يُكفّر، أما إذا ظاهر ذميٌّ من زوجة ذمية فقد اختلفوا على قولين: **الأول** الشافعية والحنابلة: يصح فيؤمر بالكفارة قبل المسيس شرط الترافع، فإذا لم يترافعا لا يُتعرض لهما، وفي رواية عن أحمد قال: لا يُعتبر ظهار الذميّ لأنه غير مأمور بالكفارات، وقال في رواية مهنأ: يظاهر إذا أسلم، **الثاني** الحنفية والمالكية: لا يصح وإنْ فعل كان لغوا، احتج من أوجب بالعموم وقياسا على الطلاق، أجيب أنه من الفروع الموجهة للمسلمين، وبعدم مخاطبة الكفار بها والذمي ليس من أهل الكفارات، وفي آية الظهار قوله **"منكم مِنْ نِسَائِهِمْ"** (المجادلة 2) فيها تخصيص بالإسلام وقوله **"غفور رحيم"** يؤكده، فيكون مذهب الحنفية والمالكية أولى.[4]

المبحث الرابع: إسلام أحد الزوجين الكافرين

تمهيد

زواج غير المسلمين صحيح يُنتِج آثارَه خلافا للمالكية، فإذا دخل زوجان كافران الاسلام بقي زواجهما على صحته، لا يُشترط إلا أن يُسلما في مجلس واحد أو بينهما زمن قصير، ولا يجب اقتران تلفظهما بالشهادة؛ نقل عليه الإجماع

---

[1] ابن رشد البداية 126/3 وابن قدامة المغني 17/8 والرملي النهاية 84/7 والنووي الروضة 261/8 والقدوري ص.165 والعيني البناية 539/5 والمرداوي الإنصاف 202/9 وابن حزم المحلى 199/9

[2] العيني البناية 184/12 والمرداوي الإنصاف 204/9 والرملي النهاية 88/7 والبلدحي الاختيار 161/3 وابن قدامة المغني 12/8 والنووي المجموع 365/17 والمواق التاج 439/5

[3] الشافعي الأم 296/5 الرملي نهاية المحتاج 86/7 وابن رشد البداية 124/3 والكاساني البدائع 236/3 والبابرتي العناية 247/4 وابن عبد البر الكافي 604/2 والدسوقي 430/2 والماوردي الحاوي 443/10 والنووي المجموع 359/17 وابن قدامة الكافي 168/3 وابن قدامة المغني 15/8 وابن حزم المحلى 193/9

[4] الكاساني البدائع 230/3 والعيني البداية 531/5 وابن نجيم البحر 104/4 وشيخي مجمع الأنهر 446/1 والسرخسي المبسوط 231/6 وابن جزي القوانين ص. 160 والمواق التاج 422/5 وعليش المنح 222/4 وعبد الوهاب عيون المسائل ت بورويبة دار ابن حزم ط 1، 2009م رقم 779 ص.360 وابن القيم الذمة 625/2 ومختصر المزني 306/8 والنووي الروضة 261/8 وابن قدامة الكافي 165/3 وابن قدامة المغني 4/8 والمرداوي الإنصاف 198/9

السرخسي وابن قدامة والشيرازي وابن عبد البر وابن القيم،[1] قال ابن عبد البر: "أجمعوا أن الزوجين إذا أسلما معًا أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع، وأسلم خلق في زمن النبي وأُقروا ولم يسألهم عن شروط النكاح أو كيفيته وهو معلوم بالتواتر والضرورة"،[2] فإذا أسلم أحدهما فهي مطالب:

المطلب الأول: إسلام أحد الزوجين في دار الإسلام

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدار على انحلال الزواج

المطلب الثالث: الأحكام القانونية المعاصرة لإسلام أحد الزوجين

المطلب الأول: إسلام أحد الزوجين في دار الإسلام

* **إسلام أحدهما قبل الدخول:** يتشدّد الشرع في الفُرقة قبل الدخول أكثر مما يتشدّد بعدها لحفظ حقوق الزوجة، فجاءت قاعدة: "قد يُغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، واستعمال أداة "قد" فيه إِشَارَة إِلَى أَنها لَيست مطردَة فقد تتخلّف،[3] واتفقوا على وجوب التفريق إذا أسلم أحدهما قبل الدخول، ثمّ اختلفوا في المدة الواجب انتظارها، فقال الجمهور: يُفرق بين الزوجين في الحين بلا انتظار، وقال المالكية: إذا أسلم الزوج فُرّق بينهما حالا وإذا أسلمت الزوجة عُرض على زوجها الإسلام فإن أبى فرق بينهما، وقال الحنفية: يُعرض الإسلام على المتخلف منهما في الحالتين.[4]

الترجيح يبدو أنّ مذهب الحنفية أرجح لما فيه من إعمال الدعوة إلى الإسلام، ولعلّ المتخلف منهما لا يريد الفراق فيدخل في الدين طمعا في إبقاء زواجه، قال الكاساني: "لَوْ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ لَمَا وَقَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى تَفْرِيقٍ، وَالْإِسْلَام لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبْطِلًا لِلنِّكَاحِ لِأَنَّهُ عُرِفَ عَاصِمًا لِلْأَمْلَاكِ فَكَيْفَ يَكُونُ مُبْطِلًا لَهَا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْطُلَ بِالْكُفْرِ لِأَنَّه كَانَ مَوْجُودًا مِنْهُمَا".[5]

* **إسلام أحدهما بعد الدخول:** اختلفوا حسب أربعة أقوال أوصلها البعض إلى تسعة: **الأول** يُفرّق بينهما حالا عليه الظاهرية وأبي ثور وعمر وجابر وابن عباس وقتادة والشعبي، **الثاني** يُعرض الإسلام على المتخلّف فإن أبى فُرّق بينهما في دار الإسلام لا دار الحرب إلا بعد العدة لأن العرض غير ممكن، عليه الحنفية، **الثالث** يُمهلان حتى انتهاء العدة فإن أسلم المتأخر فهو ذاك وإلا فُرّق، مذهب المالكية والشافعية وأكثر الحنابلة، وقول مجاهد وقتادة وإسحاق وأبي عبيد والأوزاعي، **الرابع** يتربص المسلم منهما بلا مساس ويدعو المتخلّف إلى الإسلام، فإن يئس وطلب الطلاق بمشيئته فُرق، فإذا أسلم ولو بعد العدة بقيا على نكاحهما، نصره ابن

---

[1] ابن عبد البر التمهيد 23/12 وابن القيم الذمة 640/2 وابن الحاجب جامع الأمهات ت الأخضري اليمامة ط 2، 2000م ص. 268 وابن جزي القوانين ص. 132 والمواق التاج 137/5 وحاشية العدوي 71/2 والشيرازي المهذب 456/2 والنووي المجموع 295/16 وابن قدامة الكافي 50/3 والمرداوي الإنصاف 210/8 وأبو زهرة الأحوال ص.268 وزيدان الذميين ص.403 والإثيوبي الذخيرة 204/29

[2] ابن عبد البر التمهيد ج 12 ص. 23

[3] أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية دار القلم ط 2، 1989م ص. 293

[4] المدونة 216/2 والشربيني المغني 320/4 وابن قدامة المغني 152/7

[5] الكاساني بدائع الصنائع ج. 2 ص. 337

تيمية وابن القيم وهو رواية لأحمد ويُنسب لعمر وابن عباس وعلي وحماد وداود والنخعي والزهري والثوري والشعبي،[1] ويُخرج على قول ابن القاسم المالكي،[2] واختاره الصنعاني والشوكاني والسعدي.[3]

دليل من قال يُفرّق بينهما في الحال: قوله **"وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ"، (الممتحنة 10)** حيث طلّق عمر زوجتين له كانتا كافرتين لمّا نزلت،[4] والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فلا يحل لمؤمن الإمساك بعصمة كافرة ولا يحل لمؤمنة البقاء تحت عصمة كافر، **جوابه** لو كانت الفرقة تحصل لمجرد اختلاف الدين لما احتاج عمر إلى الطلاق فطلاقه كان سياسية،[5] واحتجوا بقوله **"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنّ إِذا آتَيْتُمُوهُنّ أُجُورَهُنّ"، (الممتحنة 10)** فلم يذكر عدة ولا انتظار،[6] **جوابه** تفسير ابن كثير: "إِذَا أَعْطَيْتُمُوهُنَّ أَصْدِقَتَهُنَّ فَانْكِحُوهُنَّ أَيْ تَزَوَّجُوهُنَّ بِشَرْطِهِ مِنِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَالْوَلِيِّ وَغَيْرِه"،[7] فالعدّة مقدرة مثل الوليّ وهي خارج محل النزاع لقول ابن عباس: "كَانَ إِذَا هَاجَرَتِ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ لَمْ تُخْطَبْ حَتَّى تَحِيضَ وَتَطْهُرَ فَإِذَا طَهُرَتْ حَلَّت"،[8] ويدل على الفور آثارٌ كتفريق عمر بين نصرانية وزوجها حين أسلمت وهي تحت نصراني،[9] وقال سُلَيْمَانَ الشَّيْبَانِيِّ: "أَنْبَأَنِي ابْنُ الْمَرْأَةِ الَّتِي فَرَّقَ بَيْنَهُمَا عُمَرُ حِينَ عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ فَأَبَى فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا"،[10] وقال ابن عباس: "إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حُرّمت عليه"،[11] وقَالَ: "النَّصْرَانِيَّةِ تَكُونُ تَحْتَ النَّصْرَانِيِّ فَتُسْلِمُ الْمَرْأَةُ لَا يَعْلُو النَّصْرَانِيُّ الْمُسْلِمَةَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا"،[12] **جوابه** أنّه اجتهاد صحابيّ لا حجة فيه لمعارضة مثله.[13]

---

[1] عمر عبد الرزاق 10083 وابن عباس ابن أبي شيبة 18297 وعليّ ابن أبي شيبة 18307 وفضل مراد استدامة نكاح من أسلمت ولم يسلم زوجها مجلة العلوم الإسلامية قطر مج 5 ع 1 سنة 2020م ص. 20

[2] المدونة 214/2 وابن حزم المحلى 374/5 وابن قدامة المغني 175/7 والبخاري الصحيح 49/7 والترمذي السنن 439/2 والكاساني البدائع 238/2 وابن عابدين 353/4 وابن الهمام الفتح 419/3 والزيلعي التبيين 174/2 وابن تيمية المجموع 337/32 وابن القيم الزاد 122/5 والمرداوي الإنصاف 213/8 وابن القيم الذمة 641/2 والماوردي الحاوي 295/9 وشرح الخرشي 213/3 وزيدان المفصل 93/9

[3] الشوكاني السيل الجرار دار ابن حزم ط 1، ص. 384 وفضل مراد استدامة نكاح من أسلمت ص. 34

[4] رواه البخاري باب الشروط في الجهاد برقم 2731 وهو في تفسير ابن كثير ج. 8 ص. 122

[5] يسري إبراهيم فقه الأقليات 1023 وعبد القادر أبو فارس أثر إسلام أحد الزوجين في النكاح ص. 22

[6] السرخسي المبسوط ج. 5 ص. 57

[7] تفسير ابن كثير ج. 8 ص. 94

[8] رواه البخاري باب نكاح من أسلم من المشركات برقم 5286

[9] رواه ابن أبي شيبة برقم 18301 وإسناده ضعيف كما قال الجديع في إسلام المرأة ص. 106

[10] رواه عبد الرزاق برقم 10081

[11] رواه البخاري معلقا باب إذا أسلمت المشركة أو النصرانية ج. 7 ص. 49

[12] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10080

[13] قول الصحابي حجة إن لم يكن له مخالف عند الحنابلة والحنفية، وليس بحجة مطلقا عند المالكية والشافعية، أبو يعلى العدة 580/2 وابن قدامة الروضة 75/2 والشيرازي اللمع الكتب العلمية ط 2، 2003م ص.94 والغزالي المستصفى ص.168 والرازي المحصول تح العلواني الرسالة ط 2، 1997م 159/4 والآمدي الإحكام 149/4

دليل التفريق بعد العدة: قوله **"لَاهُنّ حِلٌّ لهُمْ وَلَا هُمْ يَحلّونَ لَهُنّ"**، (الممتحنة 10) نزلت في مؤمنات أسلمن وبقي أزواجهنّ كفارا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، قال ابن العربي: "العلّة في عدم الحل هي الإسلام وليس اختلاف الدار"،[1] **جوابه** أنّهن طلبْنَ التفريقَ فأقرّهنّ القرآنُ والآية في امرأة هربت من زوجها الكافر الحربي لا تريد الرجوع إليه؛ فأبطل الله عقد الزواج وحرّر المسلمة من بطش زوجها الكافر وطلبه إياها بحكم معاهدة الحديبية، والواقعة في غير محل النزاع بأن تُسلم امرأة وترضى بالبقاء تحت عصمة زوجها لمدة؛ تريد دعوته والصبر عليه حتى يهتدي تأسيا بصنيع الطاهرة زينب رضي الله عنها، وما ذكره ابن العربي يُجاب عنه بأن العلة ولو كانت اختلاف الدين إلا أنه لا يُسلّم أنها العلة الوحيدة؛ لأن في حديث زينب في رجوعها إلى زوجها بالعقد الأول دليل أن الحرابة علة، والنبيّ لم يبطل زواج ابنته رغم أن زوجها عاد إليها بعد الحديبية وبعد نزول آية الممتحنة؛ التي لم تنزل في متزوجات فقط حيث كان من بين المهاجرات أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط امرأة شابة بلا زوج، مع ذلك نهى الله عن ردّها لأنها لا تحل لهم، إذن قصدت الآية التفريق للحرب واختلاف الدين وليس لمجرد الاختلاف في الدين،[2] واستدلوا بالإجماع الذي نقله الشافعي وابن عبد البر والقرطبي،[3] يجاب بأن الخلاف فيها معروف منذ عصر الصحابة ومن بعدهم قال ابن حجر: "ثبت الْخِلَافِ فِيهِ قَدِيمًا وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنْ عَلِيّ وإبراهيم النَّخعِيّ أخرجه بن أَبِي شَيْبَةَ عَنْهُمَا بِطُرُقٍ قَوِيَّةٍ، وَبِهِ أَفْتَى حَمَّادٌ شَيْخُ أَبِي حَنِيفَةَ"،[4] واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ردّ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بمهر جديد ونكاح جديد،[5] ولا يُحتج به لضعفه، واحتجوا بما رُوي عن عمر وعياض بن غنم،[6] وبقول عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ: "هُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ"،[7] وقول ابن شبرمة: "كان الناس على عهد النبيّ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل؛ فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما"،[8] وقول الزهريّ: "كان بين إسلام صفوان وامرأته نحوا من شهر أسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر، ثم أسلم فلم يفرق النبيّ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك

---

[1] أبو بكر ابن العربي المالكي أحكام القرآن ج. 4 ص. 230

[2] عبد القادر أبو فارس أثر اسلام أحد الزوجين ص. 22 والجديع إسلام المرأة ص. 85

[3] الشافعي الأم ج. 5 ص. 35 وتفسير القرطبي ج. 3 ص. 72 وابن حجر فتح الباري ج. 11 ص. 343

[4] ابن حجر فتح الباري ج. 9 ص. 423

[5] رواه الترمذي 1142، قال الأرنؤوط في المسند 182/14: "فيه الحجاج بن أرطأة مدلس وقد عنعنه ثمّ شيخه العزرمي ضعيف"، قال البيهقي: "لا يعبأ به"، ضعفه أحمد والألباني في ضعيف ابن ماجه 390 ونقل البيهقي السنن الكبرى 14070 عن الترمذي: سألت البخاري قال: حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو.

[6] رواه البخاري باب نكاح من أسلم من المشركات برقم 5287 عن ابن عباس رضي الله عنه

[7] رواه ابن أبي شيبة برقم 18320

[8] ابن القيم زاد المعاد ج. 5 ص. 127 وهو معضل ضعيف، ينظر: إرواء الغليل للألباني ج 6 ص. 338.

النكاح"،[1] إسناده ضعيف ولو صح فإن فيه ردّا على من قال بالفرقة العاجلة وليس في مدة الشهر أي حجة غير ذلك لأنها قضية حال لا تُعمّم.

دليل الحنفية في التفريق بين دار الحرب والإسلام: قوله "**وَلَا تُمسِكُوا بِعِصَمِ الكوَافِرِ**"، والتفريق بعد العدة في دار الحرب فلحديث ابن عباس في ردّ النبي ابنته زينب، فقد حاولوا الجمع بين المنع في الآية والفعل في الحديث؛ فأعملوا مبدأ اختلاف الدار، والظاهر أن الصواب لم يكن حليفهم هذه المرة خاصة أن أقوالهم اضربت اضطرابا شديدا حتى صار مذهبهم في المسألة أعقد المذاهب.[2]

دليل من قال يمكنها إذا أرادت انتظاره دون تجديد عقد: حديث: "ردَّ النبيّ ابنتَه زينَب على أبي العاص بن الرّبيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم يُحدث نكاحا"،[3] حيث اتفق أهل العلم أنّ رجوعها كان بعد العدة والحديث حجة في محل النزاع، وقال ابْنُ عَبَّاسٍ: "أَسْلَمَتْ امْرَأَةٌ فَتَزَوَّجَتْ فَجَاءَ زَوْجُهَا فَقَالَ إِنِّي أَسْلَمْتُ وَعَلِمَتْ بِإِسْلَامِي فَانْتَزَعَهَا النبيّ مِنْ الْآخَرِ وَرَدَّهَا إِلَى الْأَوَّلِ"،[4] وهو وإن كان ضعيفا إلا أنّه يشهد للأول، وقالت عَائِشَةُ: "صَرَخَتْ زَيْنَبُ إِنِّي قَدْ أَجَرْتُ أَبَا الْعَاصِ فقال النبيّ: "أَكْرِمِي مَثْوَاهُ وَلَا يَخْلُصَنَّ إِلَيْكِ"،[5] فيه دليل على منع المسيس مع بقاء العقد، وقالت عَائِشَةُ: "لَمَّا بَعَثَ أَهْلُ مَكَّةَ فِي فِدَاءِ أَسْرَاهُمْ بَعَثَتْ زَيْنَبُ فِي فِدَاءِ أَبِي الْعَاصِ بِمَالٍ وَبَعَثَتْ فِيهِ بِقِلَادَةٍ لَهَا كَانَتْ لِخَدِيجَةَ فَلَمَّا رَآهَا النبيّ رَقَّ لَهَا وَقَالَ: "إِنْ رَأَيْتُمْ أَنْ تُطْلِقُوا لَهَا أَسِيرَهَا وَتَرُدُّوا عَلَيْهَا الَّذِي لَهَا فَافْعَلُوا" فَقَالُوا نَعَمْ فَأَطْلَقُوهُ وَرَدُّوا الَّذِي لَهَا"،[6] وكان ذلك بعد غزوة بدر وهي مسلمة وزوجها مشرك وهي تحت عصمته ولم ينكر النبيّ بل شفع لها،[7] وقال ابْنُ عَبَّاسٍ:"كَانَ الْمُشْرِكُونَ عَلَى مَنْزِلَتَيْنِ ... وَكَانَ إِذَا هَاجَرَتِ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ لَمْ تُخْطَبْ حَتَّى تَحِيضَ وَتَطْهُر فَإِذَا طَهُرَتْ حَلَّ لَهَا النِّكَاحُ، **فَإِنْ هَاجَرَ زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَنْكِحَ رُدَّتْ إِلَيْهِ**"،[8] تُردّ إلى زوجها ما لم تتزوج ولم يقيده بعدة، وعن ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ أُمَّ حَكِيمٍ بِنْتَ الْحَارِثِ كَانَتْ تَحْتَ عِكْرِمَةَ أَسْلَمَتْ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَهَرَبَ عِكْرِمَةُ حَتَّى قَدِمَ الْيَمَنَ فَارْتَحَلَتْ حَتَّى قَدِمَتْ عَلَيْهِ فَدَعَتْهُ فَأَسْلَمَ وَقَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللهِ عَامَ الْفَتْحِ"،[9] فيه عدم اعتبار العدة لأنّ الانتقال إلى

---

[1] رواه مالك في الموطأ ج. 3 ص. 782 وينظر: إرواء الغليل للألباني ج 6 ص. 337

[2] الكاساني بدائع الصنائع ج 2 ص. 238 وحاشية ابن عابدين ج. 4 ص. 353

[3] أبو داود رقم 2240 قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَمْرٍو "بَعْدَ سِتِّ"، وَقَالَ الْحَسَنُ "بَعْدَ سَنَتَيْنِ"، من رواية داود بن الحصين عن عكرمة أُنكرت وصحّحها أحمد والحاكم والذهبي وابن حزم والألباني صحيح أبي داود 2240، له أخرى عن ابن اسحاق صرّح بالتحديث وله شاهد عن الشعبي مرسلا في سنن سعيد 2107، وآخر عن عمرو بن دينار مرسلا في سنن سعيد 2108، وعن عطاء في المدونة، بمجموعها حسن لغيره، ابن حجر الفتح 424/9 وابن تيمية المجموع 336/32

[4] رواه أبو داود 2239 وابن ماجه 2008 ضعفه الألباني ضعيف أبي داود رقم 2239

[5] رواه البيهقي السنن الكبرى برقم 14061 والطبراني الكبير 1050 والحاكم في المستدرك برقم 5038

[6] رواه أحمد برقم 26362 وأبو داود باب فداء الأسير بالمال برقم 2692 قال الأرنؤوط: "إسناده حسن"

[7] الجديع إسلام المرأة وبقاء زوجها ص. 55

[8] رواه البخاري باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتن برقم 5286

[9] رواه مالك في الموطأ ج. 3 ص. 785 وهو معضل من رواية الزهري

اليمن يأخذ زمنا ولم يسألها النبي عن عدتها، ولو كان الأمر مُلحا لسألها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة،[1] وصحّ أن ابن عباس وأمّه أم الفضل لبابة بن الحارث أسلما قديما وبقيا في مكة وكانت أم الفضل تحت العباس ولم يكن أسلم بعد ولا يُعلم أنه جُدد لهما نكاح،[2] وقال عبد الله الخطمي: "أسلمت امرأة من الحيرة ولم يسلم زوجها فكتب عمر أن خيّروها فإن شاءت فارقته وإن شاءت قرّت عنده"،[3] وكَانَ هَانِئَ بْنَ قَبِيصَةَ الشَّيْبَانِيَّ نَصْرَانِيًّا وكَانَ عِنْدَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ فَأَسْلَمْنَ فَكَتَبَ عُمَرُ أَنْ يُقْرَرْنَ عِنْدَهُ،[4] وقال عليٌّ: "إِذَا أَسْلَمَتِ النَّصْرَانِيَّةُ امْرَأَةُ الْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ كَانَ أَحَقَّ بِبُضْعِهَا لِأَنَّ لَهُ عَهْدًا"، وفي رواية: "هُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُخْرِجْهَا مِنْ مِصْرِهَا"،[5] وقال أبو هبيرة الأنصاري: "لما انصرف السبعون من الأنصار من العقبة وقد أسلموا فلما قدموا إلى المدينة وأسلم نساؤهم فكانوا على نكاحهم الأول"،[6] ويُروى التجويز عن عطاء بن أبي رباح والثوري والنخعي،[7] ونص القرآن أنّ زوجة نوح وزوجة لوط كانتا كافرتين وكانتا تحتهما رغم اختلاف الدين، فقد أضاف لفظ "امرأة" إلى نوح ولوط وفرعون وفيه دليل على إبقاء النكاح، والقاعدة تقول: "شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص في شريعتنا يرده"،[8] تقويه المصلحة ومقاصد الشريعة فلو ألزمنا كلّ من دخل الإسلام بفراق زوجه لامتنع عن القبول، لهذا تقضي المصلحة ببقاء العقد صحيحا بعد العدة لمن شاء،[9] يُستأنس له بإسلام نساء المشركين وبقاء العقد فقد أسلمت زوجة صفوان وعكرمة وأبي العاص قبل أزواجهم بمدة ولم يثبت أن النبي جدد لأحدهم عقده، وأجمع العلماء على أن الزوجين الكافرين إذا أسلما لا يُجدد لهما نكاحهما وهذا منه، قال ابن القيم: "الْمَرْأَةُ إِذَا عَلِمَتْ أَنَّهُ بِمُجَرَّدِ الْإِسْلَامِ يَزُولُ النِّكَاحُ وَيُفَارِقُ مَنْ يُحِبُّ وَلَمْ يَبْقَ لَهُ عَلَيْهَا سَبِيلٌ إِلَّا بِرِضَاهَا وَرِضَا وَلِيِّهَا

---

[1] الباجي المنتقى ج. 3 ص. 345 والجديع إسلام المرأة ص. 47

[2] رواه البخاري باب ما يكره من النياحة على الميت برقم 1291

[3] عبد الرزاق 10083 وابن أبي شيبة 18313 صحيح، ابن حجر الفتح 421/9 وابن حزم المحلى 313/7، رواية تعارض ما جاء عنه بالتفريق فوجب الترجيح لأن هذه أصح، الجديع إسلام المرأة ص. 105

[4] رواه ابن أبي شيبة برقم 18312

[5] رواه ابن أبي شيبة 106/4 بإسناده صحيح، الجديع إسلام المرأة ص. 108 والثانية عبد الرزاق 10084

[6] رواه سعيد بن منصور في سننه برقم 2110 واسم أبو هبيرة يحي بن عباد روى عن جابر وأنس بن مالك

[7] قيل لعطاء: "أبلغك أن النبيّ أقر أهل الجاهلية على ما أسلموا؟ قال "نعم" الجديع إسلام المرأة ص. 51 قال الثَّوْرِيُّ: "إِذَا كَانَا مُحَارِبَيْنِ فَأَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَقَدِ انْقَطَعَ النِّكَاح" عبد الرزاق المصنف برقم 10075 وقال النخعي: "هُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُخْرِجْهَا مِنْ دَارِ هِجْرَتِهَا" رواه عبد الرزاق في مصنفه رقم 10085

[8] شريعة الأنبياء غير مؤقتة وصالحة لكل زمن ما لم تنسخ، والرسول في السابقة لا يفقد صفة الرسالة بمجيء من بعده، وأوجب القرآن الإيمان بجميع الرسل وهو أحد أركان الإيمان الستة، وقيل لا يعمل به لأن الجديدة دليل إلغاء القديمة **"لِكُلّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا"** (المائدة 48)، فيها وجوب اتباع شريعة الإسلام وقوله **"وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الاسْلَامِ دِينًا"** (آل عمران 85)، وقيل يجمع بألا يعتبر ما سبق شرع لنا إلا ما أقره شرعنا أو ذكره مع القبول، ابن قدامة الروضة 459/1 والزلمي الإيضاح ص. 202 والجديع الإسلام ص. 49 ويسري الأقليات ص. 1024 وعبد القادر إسلام أحد الزوجين ص. 84

[9] ألف الجُديع رسالة رجح فيها القول بجواز التربص، وأنّ خلفية الترجيح فتح أبواب الهداية على الراغبين والحرص على لم لأسرة، ينظر: عبد الله بن يوسف الجديع إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه طبعة 2000م

وَمَهْرٍ جَدِيدٍ نَفَرَ عَنِ الدُّخُولِ فِي الْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنَّهُ مَتَى أَسْلَمَ فَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ وَلَا فِرَاقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ هُوَ الْمُفَارَقَةَ كَانَ فِي ذَلِكَ مِنَ التَّرْغِيبِ فِي الْإِسْلَامِ وَمَحَبَّتِهِ مَا هُوَ أَدْعَى إِلَى الدُّخُولِ فِيهِ"،[1] ويُستدل له بقاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء" وهي مضمون المادة 56 مجلة الأحكام العدلية، وهي قاعدة جليلة في باب النكاح والطلاق إذ يُتشدّد قبل الدخول ويُتساهل بعده، محلّها حيث لا تتعلّق المخالفات بصلب العقد كثبوت الرضاع بين الزوجين وما شابه، فيُتسامح في الحكم ببقاء الشيء على حاله أي خلال الأمر وأثناءه مع أنه لا يتسامح في اعتبار تلك الحالة لو أريد إحداثها،[2] قال ابن القيم: "بَقَاءُ مُجَرَّدِ الْعَقْدِ جَائِزًا غَيْرَ لَازِمٍ مِنْ غَيْرِ تَمْكِينٍ مِنَ الْوَطْءِ خَيْرٌ مَحْضٌ وَمَصْلَحَةٌ بِلَا مَفْسَدَةٍ، فَإِنَّ الْمَفْسَدَةَ إِمَّا بِابْتِدَاءِ اسْتِيلَاءِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمَةِ فَهَذَا لَا يَجُوزُ كَابْتِدَاءِ نِكَاحِهِ لِلْمُسْلِمَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَطْءٌ، كَمَا لَا يَجُوزُ اسْتِيلَاؤُهُ بِالِاسْتِرْقَاقِ وَإِمَّا بِالْوَطْءِ بَعْدَ إِسْلَامِهَا وَهَذَا لَا يَجُوزُ، فَصَارَ إِبْقَاءُ النِّكَاحِ جَائِزًا فِيهِ مَصْلَحَةٌ رَاجِحَةٌ لِلزَّوْجَيْنِ فِي الدِّينِ وَالدُّنْيَا مِنْ غَيْرِ مَفْسَدَةٍ وَمَا كَانَ هَكَذَا فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ لَا تَأْتِي بِتَحْرِيمِهِ"،[3] وقد وافق بعض علماء العصر اختيار ابن تيمية وابن القيم كمصطفى الزرقا في فتاويه، والعمراني في فقه الأسرة في المهجر وفيصل مولوي والشيخ القرضاوي في كتابه فقه الأقليات، والمجلس الأوروبي للإفتاء **الدورة 8 المنعقدة في فالنسية الإسبانية 22/18 يونيو 2001م برئاسة القرضاوي**، منشور في موقع **www.e-cfr.org**، وخالف مجلس علماء أمريكا ومجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فرجحوا مذهب الجمهور.[4]

الترجيح: الراجح بقاء الزواج إذا اختاره من أسلم؛ لأن النص منع الوطء ومصلحة الدعوة اقتضت الانتظار، والسر فيه قول ابن القيم: "الْعَقْد فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ جَائِزٌ لَا لَازِمٌ"،[5] وفي رسائل القديس بولس **نص 2 قورنتس 7، 12-15:** الترخيص لزوج اعتنق المسيحية بالبقاء مع زوجته لتدخل في الدين، وله طلب الطلاق إذا رأى مصلحة، والمراد منه الإشارة إلى أنّ هذه المصلحة كانت موجودة فيما سبق.

* **منع المعاشرة الزوجية حال الانتظار:** اختلف أصحاب التربّص حول المسيس؛ فمنعه الأكثر لأن سبب الترخيص هو ترغيب الطرف الآخر في الإسلام، وقد نقل الإجماع عليه الشافعي والبيهقي والقرطبي، فيما نصر الجديع الجواز محتجا بأن نقل الإجماع غير صحيح؛ بدليل قول علي: "إذا أسلمت النصرانية كان زوجها أحق ببُضعها (الجماع) لأن له عهدا"، وبأنّ الرجل كان يسلم وتبقى زوجته على شركها وتبقى المعاشرة، ويقويه إباحة وطء الكتابية بالزواج باتفاق ولم يمنعه اختلاف الدين، وإباحة وطء الأمة المشركة بملك اليمين على الراجح لحديث سبايا

---

[1] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 694

[2] الزلمي إيضاح الفوائد في شرح القواعد ص. 118

[3] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 694

[4] القرضاوي الأقليات ص.106 وحسوني الأقليات ص.72 ويسري الأقليات ص.1024

[5] ابن القيم الذمة 643/2 وابن القيم زاد المعاد 135/5 والشوكاني نيل الأوطار 307/6 والصابوني مدى حرية الزوجين ص. 975 وفطاني أثر اختلاف الدارين على المناكحات ص. 240

أوطاس، واحتج من منع بحديث: "أي بنيّ أكرمي مثواه ولا يخلصنّ إليك فإنط لا تحلين له"،[1] ولا يصح سندا، والراجح منعه لنص القرآن ولا ينبغي التمادي في الرخص، وقد يكون المنع سببا في تعجيل إسلام المتخلّف.[2]

المطلب الثاني: التفريق بين الزوجين لاختلاف الدار

التقسيم الإسلامي للعالم مبنيّ على تقسيم ثنائيّ أو ثلاثيّ حسب المصلحة وقد رجحنا الثلاثي وبيّنا منافعه، فإذا اختلفت دار الزوجين الغير مسلمين فسكن أحدهما دار الإسلام؛ يُطرح التساؤل: هل يوجب هذا الافتراق في السكن الفرقة بينهما؟ قال الحنفية يُفرّق إذا دخل الساكن دار الإسلام في الدين أو في الذمة فإذا كان مستأمنا فلا، قال الكاساني "مِنْهَا (يرفع حكم النكاح) اخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ عِنْدَنَا بِأَنْ خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا أَوْ **ذِمِّيًّا** وَتَرَكَ الْآخَرَ كَافِرًا فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَلَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مُسْتَأْمَنًا لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ بِالْإِجْمَاعِ"،[3] وافقهم الثوري وبعض المالكية، وذهب الجمهور إلى أنّه لا أثر لدخول الكافر في عقد الذمة ودار الإسلام على زواجه، وإنما المؤثر هو اختلاف الدين.[4]

دليل الحنفية: قوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ"** (الممتحنة 10) عدم إرجاعها إلى زوجها الكافر في دار الكفر دليل انقطاع العصمة لاختلاف الدار، والأمر بردّ مهر المسلمة المهاجرة إلى زوجها الكافر المقيم بدار الكفر دليل انقطاعها، وقد أحلّ الله المسلمات المهاجرات إلى دار الإسلام للمؤمنين من غير شرط إلا إعطائهن المهور، ونهى المؤمنين أن يمسكوا بعِصَمِ الكوافر، فالكافر الذي أسلم في دار الكفر ثم هاجر إلى دار الإسلام وترك زوجته الكافرة في دار الكفر يفرق بينهما،[5] **الجواب** مناط الفرقة في الآية هو اختلاف الدين مقترنا بالحرب لا الدار؛ بدليل أن أم الفضل زوجة العباس كانت تقيم في دار الإسلام وزوجها في دار الكفر لسنين ولم يُفرّق بينهما، ربّما لعلم النبيّ بإسلام العباس ورضاه بإسلام زوجته، ونفس الأمر وقع لزينب ابنته، ما يدلّ أنّ علة التفريق هي اختلاف الدين والحرب، واستدل الحنفية بالحديث الضعيف بأنّ النبي ردّ ابنته بمهر جديد ونكاح جديد، قالوا تباين الدارين يوجب الفرقة بين الزوجين لأنها كانت مسلمة بدار الإسلام، وأبو العاص كافرا بدار الكفر ففُرّق بينهما، **جوابه** الحديث ساقط الإسناد ولو كان صحيحا لما كان فيه دلالة على المبتغى لأن التفرقة سببها اختلاف الدين،[6] فقالوا أنّ تبايُن

---

[1] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 14061 وسندها لا يصح ينظر: عمرو سليم جامع الطلاق ص. 275

[2] الشافعيّ الأم 163/5 والبيهقي الكبرى 301/7 والقرطبي التفسير 72/3 وابن الأثير النهاية في غريب الحديث تح طاهر الزاوي المكتبة العلمية 1979م 133/1 والجديع إسلام المرأة ص. 193

[3] الكاساني بدائع الصنائع ج 2 ص. 338

[4] السرخسي المبسوط 51/5 والكاساني البدائع 338/2 وابن عابدين 192/3 والجصاص الأحكام 173/2 والخطابي المعالم 259/3 وابن العربي الأحكام 230/4 وابن قدامة المغني 157/7 وابن القيم 732/2 وزيدان الذميين ص.423 والرافعي الأحوال ص.28 والجديع إسلام المرأة ص.140 والأحمدي الاختلاف 262/2

[5] الجصاص أحكام القرآن ج. 2 ص. 171 وص. 266 والأحمدي اختلاف الدارين ج. 2 ص. 265

[6] الأحمدي اختلاف الدارين ج 2 ص. 268

الدارين مُفوّت لمقاصد النكاح لأنه لن يتمكن الزوجان من الانتفاع به عادة، فلم يكن لبقائه فائدة حيث يكونان بحال يتعذر معها انتظام التعاون، كالمسلم إذا ارتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب يزول ملكه عن أمواله وتعتق أمهات أولاده، **أجيب** اختلاف الدار قد يؤثر في انقطاع الولاية وعدم السيادة ولا يوجب انقطاع الزواج، وقالوا أهل دار الحرب كالموتى في حق أهل دار الإسلام فلو التحق بهم المرتدّ جرت عليه أحكام الموتى، وكما لا تتحقّق عصمة النكاح بين الحي والميت فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما، أجيب: هناك فرق بين الموت واختلاف الدار فالموت قاطع للأملاك وعصمة النكاح أما اختلاف الدار فلا، وقالوا اختلاف الدارين يؤثر في انقطاع العصمة كما يؤثر في المنع من الميراث، ألا ترى أن الذميّ لو مات في دار الإسلام وخلّف مالا وله ورثة من أهل الحرب في دار الحرب لم يستحقوا من إرثه شيئا وكان ماله لبيت المال، ولو كان ورثته ذميين في دار الإسلام لكانوا هم أحق بتركته من جماعة المسلمين؛ لأنه لم تختلف الدار بينهم والجميع من أهل دار الإسلام، **أجيب:** هذا الكلام منتقض بانتقال المسلم إلى دار الحرب ودخول الحربية إلى دار الإسلام بأمان التجارة فإن الفرقة لا تقع، والحربية إذا دخلت دار الإسلام وأسلمت فالموجب للفرقة هناك اختلاف الدين دون الدار، ألا ترى أنه لو وُجدا في دار واحدة كان الحكم كذلك، وانقطاع الإرث بينهما ليس سببه اختلاف الدارين وإنما انقطاع الموالاة والنصرة، ولو كان ذميا في دار الإسلام فدخل قريبه الحربي مستأمنا لمدة ويرجع إلى دار الحرب لم يتوارثا وإن كانت الدار واحدة.[1]

دليل الجمهور القائلين بعدم التفريق بسبب اختلاف الدار: قوله **"يَا أَيّهَا الذّينَ آمنُوا إِذَا جَاءكُم المؤْمِنَاتُ"** (الممتحنة 10) فقوله المؤمنات يدلّ أن موجب الفرقة هو الإيمان لا الهجرة والعلة في عدم الحل هي الإسلام لا اختلاف الدار،[2] وعن ابن عباس أنّ النبي ردّ ابنته زينب على زوجها بالنكاح الأول، فيه دليل على أن اختلاف الدار لا أثر له،[3] وقال ابنُ عباس: "كان المشركون على منزلتين من النبي والمؤمنين، ...، وكان إذا هاجرت امرأة من الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر فإذا تطهرت حل لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردت إليه"، فيه دلالة واضحة أن الاختلاف بين الدارين غير مؤثر؛ لأن زوجها لو هاجر عادت إليه زوجته،[4] وقال ابن عباس: "أسلمت امرأة على عهد النبي فتزوجت فجاء زوجها فقال إني أسلمت معها وعلمت بإسلامي فانتزعها النبيّ من زوجها الآخر وردّها إلى الأول"، فيه دليل أن الفرقة لا تقع باختلاف الدار،[5] يؤيده ما وقع لأبي سفيان مع زوجته هند فقد أسلم قبلها وكان في المدينة دار الإسلام وهي في مكة دار الحرب ولم

---

[1] ابن القيم الذمة 732/2 وابن عابدين 192/3 وزيدان أحكام الذميين ص. 426
[2] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 424
[3] أبو سليمان الخطابي معالم السنن ج. 3 ص. 259
[4] قال ابن القيم في أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 722: "الحديث فصل في المسألة"
[5] الأحمدي اختلاف الدارين ج. 2 ص. 273

يُفرّق بينهما، ونفس الأمر وقع لحكيم بن حزام وصفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل،[1] وعقد النكاح عقد معاوضة لا ينفسخ باختلاف الدار كسائر عقود المعاوضات من بيع ونحوه، واختلاف الدار يؤثر في انقطاع الولاية ولا يوجب فسخ النكاح، والمسلم إذا خرج مستأمنا إلى دار الكفر لا يُفرّق بينه وبين زوجته مع اختلاف الدار بينهما، والمستأمن إذا خرج إلى دار الإسلام لا يُفرّق بينهما.[2]

الترجيح مذهب الجمهور أرجح لأنّ الحنفية لم يأتوا بدليل سوى البناء على أصلهم في تأثير اختلاف الدار، وهو أصلٌ قد فُرض في زمنهم بسبب العداوة بين المسلمين وغيرهم أما اليوم فقد زال ولم يعد مؤثرا، خاصة أن العلاقات الدولية صارت تحكمها قوانين مضبوطة ومعاهدات محترمة يجب الوفاء بها لقوله **"يَاأَيُّهَا الذّينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ"** (المائدة 1).

المطلب الثالث: إسلام أحد الزوجين في القانون وتكييف فرقته

* **تكييف فرقته:** الجمهور على أنها فسخ لوقوعها بحكم الشرع ولا خيار للزوجين فيها، وقال أبو حنيفة وابن الحسن وابن القاسم: طلاق إذا أسلمت الزوجة؛ لأن القاضي لما طلّقها كأنه ناب عن زوجها، وفسخ إذا كان الزوج هو المسلم، وأوقفها ابن القيم على مشيئة المسلم منهما مع منع المعاشرة، وتظهر ثمرة الخلاف في كيفية رجوعهما إذا أسلم المتخلف، فمن قال فسخ قال يعودان بعقد جديد، ومن قال طلاق قال تعود في العدة بلا عقد جديد وبعدها بعقد، وعلى قول أصحاب التربص لا يلزمهما عقد جديد مهما طالت المدة ما دام المسلم مستعد للانتظار؛ بدليل عودة زينب بنت رسول الله إلى زوجها بعد بضع سنين، وهو ما يجب ترجيحه تبعا لرجحان القول بصحة التربص.[3]

* **قانون الجزائر:** لم يذكر المسألة فوجب العودة إلى أحكام الشرع وفق المادة 222 أسرة، فإذا أسلم أحد الجزائريين في الجزائر فلا إشكال؛ لأنّ القاضي سوف يطبق عليهما أحكام الشريعة، ولو فرضنا أنهما من جنسية غير جزائرية وأسلم أحدهما ثم رفع دعوى لفسخ النكاح والسماح بالزواج من جديد، فهنا يتعقد الأمر لأنّ المادة 2/12 مدني تنص: "يسري على انحلال الزواج القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، فيلزم تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإذا كان القانون مستمدا من الشريعة فلا إشكال لأنّ أغلب الدول الإسلامية تطبق أحكام الشرع في المجال الشخصي، وإذا كان لا يسمح بالفرقة لأجل تغيير الدين، فقد زعم بعض الفقه أنّه يتحتّم عدم تطبيق القانون الأجنبي؛ لإجماع المسلمين على أنه لا يجوز للقاضي المسلم الحكم بغير الشريعة قضايا المسلمين لقوله **"وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ"**، (المائدة 48) فيدفعه بالنظام العام الذي لا يسمح بزواج المسلمة من غير

---

[1] استدلال في مناظرة بين الشافعي وابن الحسن نقلها بطولها ابن القيم في أحكام أهل الذمة 723/2

[2] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 424 والأحمدي اختلاف الدارين ج. 2 ص. 275

[3] أبو زهرة الأحوال ص. 269 وبدران العلاقات ص. 118 ومازن الاختلاف ص. 115 ويسري النوازل ص. 1008 وزيدان الذميين ص. 416 وماجد سمور التفريق ص. 69

المسلم ولا بالمسلم بغير الكتابية، والصواب والله أعلم هو أن يُطبّق القاضي المسلم ما ترجح في المطلب السابق من إناطة الفرقة بمشيئة المسلم من الزوجين، فإن شاء انتظار زوجه فله ذلك وإن شاء الافتراق بناء على اختلاف الدين كان له ذلك.[1]

* **القانون والقضاء المصري:** صدرت اجتهادات مصرية تُقرّ بقبول تغيير أحد الزوجين لديانته من غير الإسلام إليه، وأنه لا يجب التمادي في التحقّق من صدقه أو اتهامه بالغش، ففي اجتهاد للنقض: "مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد فمتى ثبت أن الشخص أسلم فإن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم حالته من هذا الوقت، إذ القول بغير ذلك فيه إهدار غير مباشر لحقوق موضوعية ومخالفة للنظام العام"، واستقر الأمر على إعمال آثار تغيير الديانة إذا كانت إلى الإسلام وعدم إعمالها إلا بعد التحقق من انعدام الغش إذا كان خروجا منه، ما أثار انتقادات بسبب التمييز الديني، أجيب بأن الدولة تدين بالإسلام فيجب أن يكون دينها محوريا في منظومتها القضائية، ولا ضير أن تبدي تمييزا إيجابيا نحوه لأنه من النظام العام في المجال الشخصي، ونصت المادة 7 من القانون الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية رقم **462** لسنة **1955**م: "لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن الوحدة الطائفية إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام".[2]

* **القانون الفلسطيني:** نصت المادة 126 مجموعة القوانين: "إذا أسلمت الزوجة الغير مسلمة عرض على زوجها الإسلام فإن أبى فرق بينهما في الحال"، ونصت المادة 127 "الزوج الغير مسلم إذا أسلم وكانت زوجته كتابية أقرا على نكاحهما وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أبت فرق بينهما" وهو مشهور المذهب الحنفي.[3]

* **الديانات السماوية ومبدأ التفريق لاختلاف الدين:** كلّ الكنائس المسيحية على أن تغيير أحد الزوجين لدينه سبب للتفريق، رغم أنّ الكاثوليك يمنعون الطلاق ويقضون بالتفريق لكن بسبب خطورة اختلاف الدين أقروا بفرقته، والمادة 18 قواعد الأحوال الشخصية لطائفة البروتستانت: "لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومي...وفي حالة اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق كان له ذلك"، ومثله في المادة 49 قانون الأرثودكس مجموعة 1955م وفيها أنه يكون حالا دون حاجة لقضاء، وفي المادة 17 من كتاب ابن شمعون للأحوال الشخصية لليهود: "الدين والمذهب شرط لصحة الزواج".[4]

---

[1] الطيب زوروتي أثر اختلاف الديانة والجنسية ص. 925

[2] الطيب زوروتي دراسات في الدولي الخاص ج. 1 ص. 48 والسيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 459

[3] ماجد سمور التفريق بين الزوجين للردة ص. 75

[4] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 418 والسعيد رشدي الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص. 220

المبحث الخامس: أثر الردة على فرقة الزواج

الردة من الارتداد والردة عن الإسلام التحوّل عنه، تُطلق على الضرع إذا امتلأ من اللبن قبل النتاج، والارتداد الرجوع يُقال رددت الشَّيْء أردّه ردّا فَهُوَ مَرْدُود، وَفِي وَجه الرجل رِدة إِذا كَانَ قبيحا، وَأَرْدت النَّاقة إِذا ورمت حياؤها من كَثْرَة شرب المَاء فَهِيَ مردّ،[1] ذُكرت في القرآن بما يوضح مفهومها بقوله **"وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ"** (البقرة 217) وقوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ"** (المائدة 54) وقوله **"إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ"**، (آل عمران 90) وفي غيرها،[2] في السنة قول ابْن عَبَّاسٍ: "أُسْرِيَ بِالنَّبِيِّ إِلَى بَيْتِ الْمَقْدِسِ ثُمَّ جَاءَ مِنْ لَيْلَتِهِ فَحَدَّثَهُمْ؛ فَقَالَ نَاسٌ نَحْنُ نُصَدِّقُ مُحَمَّدًا بِمَا يَقُولُ فَارْتَدُّوا كُفَّارًا"،[3] وفي الحديث: "من بدّل دينه فاقتلوه"،[4] وفيه: "لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ ... بِإِحْدَى ثَلاَثٍ ... وَالمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ"،[5] والمرتدّ عند الحنفية والشافعية من يرجع عن دين الإسلام إلى الكفر، وعند الحنابلة من يكفر بعد إسلامه، وعند المالكية كُفْرُ الْمُسْلِمِ بصريح أَوْ لَفْظ يَقْتَضِيه أَوْ فِعْل يَتَضَمَّنُهُ كَإِلْقَاء مُصْحَف بِقَذِر، قال ابن عرفة: "كُفْرٌ بَعْدَ إسْلَامٍ تَقَرَّرَ بِالنُّطْقِ بِالشَّهَادَتَيْنِ مَعَ الْتِزَامِ أَحْكَامِهِمَا"،[6] هي كفر بعد إيمان وتحوّل عن الإسلام تكون قولية أو فعلية أو اعتقادية.[7]

* **حكم المرتد** للردة أحكامٌ وآثارٌ أخروية ودنيوية فمن آثارها الأخروية إحباط العمل لقوله **فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُم فِي الدُنيَا والآخِرَة"**، (البقرة 217) أمّا الدنيوية فانقطاع جميع الأواصر والعلاقات الاجتماعية بين المرتد والمجتمع المسلم، والقتل حدّا إن كان رجلا عند الجميع وإن كانت امرأة عند الجمهور خلافا للحنفية، استدل الجمهور لإقامة حد الردّة على المرأة بعموم حديث ابن مسعود مرفوعا: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث وذكر: "التارك لدينه المفارق للجماعة"، وخصه الحنفية بالرجال لحديث النهي عن قتل النساء،[8] أجاب عنه الجمهور بأنه مختص بالكافرة الأصلية، وهل يُستتاب المرتد قبل إقامة الحد بأن يُمهل مدة للمراجعة؟ مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجوب الاستتابة لعموم الآيات الدالة على قبول توبة التائب، وقيل لا يستتاب يُروى عن الحسن وطاوس وهو قول الظاهرية لقول ابن

---

[1] مرتضى الزبيدي تاج العروس ج. 8 ص. 90 والأزدي جمهرة اللغة ج. 1 ص. 110

[2] قوله **"أَكَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ"** (آل عمران106) وقوله **"إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا .. لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لهم"**(النساء137) وقوله **"مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ"**(النحل106)

[3] رواه أحمد برقم 3546 قال الأرنؤوط: "إسناده صحيح"

[4] رواه والبخاري باب لا يعذب بعذاب الله برقم 3017

[5] رواه البخاري كتاب الديات برقم 6878 ومسلم باب ما يباح به دم المسلم برقم 1676

[6] العيني البناية 267/7 وعليش منح الجليل 210/9 وابن غنيم الفواكه الدواني 200/2 والنووي المجموع 223/19 والبهوتي كشاف القناع على متن الإقناع 167/6

[7] بدران العلاقات ص. 12 وزيدان المفصل 109/9 وزيدان أحكام الذميين ص. 17 وحيدرة الضرر في الأحوال ص. 188 وماجد توفيق سمور التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الاسلام ص. 31

[8] رواه البخاري باب قتل الصبيان في الحرب برقم 3014 ومسلم باب تحريم قتل النساء برقم 1744

عباس: "لا تُقبل توبة المرتد"، ومذهب الحنفية استحبابها إلا إذا طلبها المرتد فتجب، وقول الجمهور بوجوب الاستتابة أقوى.[1]

وقد بحث علماء العصر موضوع قتل المرتد حدّا فتوصل بعضهم إلى أنه لا يُقتل إلا إذا اقترن ارتداده بجريمة، والعقوبة الأخروية هي جزاء من ارتد دونها لأن حديث قتل المرتد مقرون بجرم أوجب عليه الحد وهو مفارقة الجماعة، والفقهاء لم يدرجوا الردة داخل أبواب الحدود بل في باب خاص بها، والنصوص الواردة في قتله منها المطلق والمقيّد بجريمة محاربة الجماعة فيجب حمل المطلق على المقيد لاتحاد السبب والحكم وهي قاعدة أصولية مجمع عليها، فحديث ابن عباس: "من بدل دينه فاقتلوه" مطلق ينبغي تقييده بقيد مفارقة الجماعة الوارد في حديث ابن مسعود: "التارك لدينه المفارق للجماعة"، وقال جمال قطب رئيس لجنة الفتوى بالأزهر: قتل المرتد مخصوص بالفترة النبوية، وأكثر المعاصرين على إقامة الحدّ عليه مطلقا، وقيل أن التفريق بين المرتد وزوجه لا يحتاج إلى حكم قضائي لأن نفس الردة منافية للنكاح مسقطة لعصمة النفس والمال والنكاح كما نصت المادة 303 أحوال فلسطيني،[2] ولا يصح اعتبار هذا القول وإلا أصبح قانون الغاب هو الحاكم؛ حيث يُقيم أيُّ أحد الحدّ على مرتد فيأخذ ماله ويفرق بينه وبين زوجه؛ ما ينتفي مع عدل الإسلام والمبادئ السامية التي بلغها النظام القانوني، فيُشترط القضاء ليصح التفريق بالردة لأنّ الْإِسْلَامَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبْطِلًا لِلنِّكَاحِ.[3]

* **ردة الزوجين جميعا:** إذا ارتدا معا بطل زواجهما بعد العدة عند الجمهور فإن عادا إلى الإسلام وجب عليهما تجديد عقدهما، ومذهب الحنفية بقاء نكاحهما ولو طال العهد قبل عودهتما بدليل ما وقع لقبيلة بني حنيفة الذين ارتدوا ثمّ عادوا ولم يُنقل أن أحدا جدد لهم أنكحتهم، وقياسا على إسلام زوجين مشركين معا حيث لا يحتاج عقدهما إلى تجديد إجماعا، وهو الأرجح لما وقع لقبيلة بني حنيفة، في المادة 305 أحوال فلسطيني: إذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك يبقى النكاح قائما بينهما وإنما يفسد إذا أسلم أحدهما قبل الآخر.[4]

* **ردة أحد الزوجين قبل الدخول:** اتفقوا على منع استمرار زواج عُقد مجلسه الشرعي ولم يقع دخول إذا ارتد أحد الزوجين؛ لأن المرتد لا ملّة له وهو في حكم

---

[1] ابن عبد البر الاستذكار ت معوض دار الكتب ط 1، 2000م 151/7 والماوردي الحاوي 149/13 وابن قدامة المغني 7/9 وابن حزم المحلى 108/12 والكاساني البدائع 135/7 والصدقي عون المعبود دار الكتب ط 2، 1415 4/12 والشيرازي المهذب 256/3 وشرح الخرشي 67/8 والدسوقي 306/4 وابن القيم الإعلام 339/3 وابن تيمية المجموع 102/20 وابن عاشور التحرير 336/2 وشهوان استتابة المرتد مج الشريعة ع 9 سنة 1995م ص.254

[2] الزلمي مجموعة الأبحاث ص.168 والعوا الحق في التعبير ط الشروق ط 2، 2003م ص.68

[3] الكاساني البدائع 337/2 والبلدحي الاختيار 114/3 وسمور التفريق ص. 52 وراضي عبد الإله وطاهري بلخير الردة أحكامها وآثارها دراسة مقارنة مجلة الشهاب الوادي مجلد 5 عدد 1 مارس 2019م ص. 296

[4] ابن قدامة المغني 370/6 والسرخسي المبسوط 49/5 والدمياطي الشامل ت نجيب نجيبويه ط1، 2005م 918/2 والجصاص 116/6 وعبد الوهاب الإشراف 710/2 وزيدان المفصل 110/9

الميت وحد القتل واجب عليه، ولقوله **"وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ"**، **(الممتحنة 10)** فالإقبال على الزواج بمرتد ممنوع باتفاق.[1]

* **ردة أحد الزوجين بعد الدخول:** اختلفوا على أربعة أقول: **الأول** الحنفية والمالكية والظاهرية يُفرق بينهما بمجرد الردة، هو قول الحسن والثوري وزُفر وأبي ثور وابن المنذر،[2] لعدم جعل الكافر يستولي على المسلمة وهو في حكم الميت ومهدور الدم، وقال المالكية إذا ارتدت الزوجة للخروج من العصمة عوقبت بنقيض قصدها،[3] **الثاني** الحنابلة والشافعية وابن أبي ليلى: التربص حتى تنتهي العدة فإن تاب المرتد ثبتت الزوجية وإلا فُرق بينهما قياسا على إسلام أحدهما،[4] هو قول ابن المسيّب وعمر بن عبد العزيز،[5] **الثالث** قول الشعبي وداود لا يُفرق حتى يُستتاب المرتد،[6] **الرابع** قول ابن تيمية وابن القيم: النكاح على حاله حتى بعد العدة إلا إذا طلّق الزوج الباقي على دينه أو طلبت هي التطليق إن كان هو المرتد، وقد ارتد بعض الصحابة ولم يعلم أنه جُدّد لهم أنكحتهم، ورجع بعضهم بعد العدة بزمان إلى أزواجهم بالعقد قديم، وتعجيل الفرقة ينفر المرتد عن العودة لدينه.[7]

الترجيح الذي يظهر هو ترجيح قول ابن تيمية وابن القيم نظرا لوجاهة وقوة ما احتجا به، ولما فيه من حفظ أواصر القرابة شرط أن يكون ذلك هو مراد من بقي على دين الإسلام.

تكييف فرقة الردة: مذهب الجمهور أنّه فسخ، وقال المالكية وابن الحسن: طلاق لأنها بإرادة أحدهما، والراجح عند المالكية أنها فرقة رجعية، وما عليه الجمهور أقوى.[8]

* **أثر الردة على الطلاق قانونا:** قيل أنها سبب تلقائيّ للطلاق لأن اتحاد الديانة شرط صحة، والحق أنّه سبب قد يستعمله الباقي على دينه، وليس من العدل الإضرار بالمحتفظ بدينه إذا كانت ديانته تشترط الاتحاد ورأى أن علاقته بالآخَر محرّمة، وأقرّ له البعض الحق في التعويض للضرر بناء على فكرة مهر المثل أو

---

[1] الكاساني البدائع 337/2 وابن غنيم الفواكه 25/2 والشربيني المغني 417/4 وابن مفلح المبدع 183/6 والنووي المجموع 316/16 وابن قدامة المغني 173/7

[2] روى أقوالهم عبد الرزاق في المصنف برقم 10076 ورقم 10077 ورقم 10078

[3] المدونة 226/2 والخرشي 213/3 والدمياطي الشامل 918/2 وابن غنيم الفواكه 25/2 والكاساني البدائع 237/2 والتميمي الجامع دار الفكر ط1، 2013م 651/10 والمرغيناني البداية ط صبح ص.66 وابن مازة المحيط البرهاني تح الجندي دار الكتب ط 1، 2004م 141/3 والسرخسي المبسوط 49/5 والقدوري التجريد تح سراج وجمعة دار السلام ط 2، 2006م 4547/9

[4] الشافعي الأم 274/8 ومسائل أحمد للكوسج جامعة إسلامية المدينة ط 1، 2002م رقم 1199 و1202 وابن قدامة المغني 175/7 والماوردي الحاوي 295/9 والخلال أهل الملل والردة تحقيق كسروي حسندار الكتب العلمية ط 1، 1994م ص. 504 وزيدان المفصل ج 9 ص. 109 وبدران أبو العينين العلاقات ص. 120

[5] أثر سعيد في مصنف عبد الرزاق رقم 10079 وأثر عمر فيه برقم 12619 وسندهما صحيح

[6] زيدان المفصل 109/9 وبدران العلاقات ص.120 سليم الجامع أحكام الطلاق ص.269

[7] ابن القيم الذمة 643/2 وابن القيم الزاد 135/5 وعبد الإله راضي الردة ص. 307

[8] الشافعي الأم 173/6 والكاساني البدائع 136/7 والقيرواني الرسالة دار الفكر ص. 92 وابن عبد البر الكافي 485/1 وابن غنيم الفواكه 25/2 وزيدان المفصل 113/9 وأميرة مازن أثر الاختلاف ص. 127

الحقوق المكتسبة أو المسؤولية التقصيرية لأن المغيّر لدينه تعسف بردّته،[1] وفي المادة 32 أسرة جزائري 1984م: "يفسخ النكاح إذا ثبت ردة الزوج"، ولم تذكر هل يُفسخ حالا أم بعد العدة؟ وفي استعمال لفظة "الفسخ" إشارة إلى الآنية كما هو مذهب المالكية والحنفية، وأعيدت صياغتها في 2005م بحذف "ردة الزوج" فعلى القاضي العودة إلى أحكام الشرع، ولا يُفهم سببُ الحذف لعدم إصدار مذكرات، فقيل سببه التأثر المواثيق التي تمنع التمييز الديني، وقيل تحضيرا لصدور القانون المانع للتبشير رقم **03-06 بتاريخ 2006/3/1م** المتضمن تنظيم الشعائر الدينية لغير المسلمين، حيث خشِيَ المشرّعُ أنّ يظنّ المبشرّون تجويز الردة، وقيل بصحة قياس فرقة الردة على منع التوارث بين المسلم وغيره في المادة 138 أسرة، وهو قياس مع الفارق لعدم التفريق بين المسلم والكتابية فكان الرجوع إلى أحكام المادة 222 هو اللازم، وألزمت المادة 1 أسرة حضور النيابة في قضايا الأحوال فيجب أن يكون لها دور في فُرَق الردة وإلا فلا جدوى من وجودها، وقال من منع تدخلها بأنّ مسائل الأحوال تخضع لإجراءات فلا تُقبل إلا من أحد الزوجين، فكان ينبغي ترك اللفظة في قانون 84 أو توضيح دور النيابة.[2]

الردة ونظرية الغش نحو القانون: يتعامل الاجتهاد القضائي الغربي مع تغيير الدين بغرض الحصول على امتياز قانوني بنفس المعاملة سواء كان المغيّر لدينه غيّره من المسيحية أو إليها، أما الاجتهاد الإسلامي المعاصر فإنّه يُفرّق بين من يُغيّر دينه إلى الإسلام وبين المسلم الذي يترك دينه، وهو تمييزٌ إيجابيٌّ ومحمودٌ شرعا وقانونا لا سيما وأن مسائل الأحوال الشخصية مصونة بالنظام العام محفوفة بقرائن الدين، وهو ما نص عليه التشريع المصري في القانون الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية رقم **462 لسنة 1955** الذّب جاء في مادته 7: "لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن الوحدة الطائفية ...إلا إذا كان التغيير إلى الاسلام"، وينبغي أن تقتدي باقي الدول الإسلامية بهذا الموقف.[3]

---

[1] زوروتي أثر الديانة والجنسية على الزواج المختلط ص. 928 وماجد سمور التفريق ص. 54

[2] وليد اختلاف الدين ص. 62 وحيدرة الضرر ص. 193 وعبد القادر بن داود الردة بين القانون وقانون الحريات الدينية الدولية الأمريكي م جامعة وهران ص. 365

[3] السيد عرفة القانون الدولي الخاص ص. 459

الفصل الثالث: أثر اختلاف الجنسية على انحلال الزواج

توطئة

التدافع بين الدول الكبرى ومصالح باقي الدول ينعكس سلبا على منظومات القضاء في المجال الشخصي المرتبط بالهوية الدينية، والمتضمن لجزئية انحلال الزواج المختلط؛ حيث تُقنّنُ كلُّ دولة ما يُناسبها من قواعد وإجراءات لحماية نظامها؛ جلبا لمصالح شعوبها وتماشيا مع سياساتها، وقد تبنّت دول الإسلام الجنسية كضابط إسناد لحفظ هوية الأفراد، شأنها شأن الدول اللاتينية التي لها مصلحة في ربط مواطنيها بنظامها؛ بسبب تفشي روح المواطنة لديها ومعاناتها من الهجرة، وفي المقابل اختارت الأنجلوسكسونية ضابط الموطن لتشجيع اندماج المهاجرين، وتطبيقا لقوانينها على الأجانب من باب الترفّع، ولأنّها دولٌ مستقبلةٌ ومتعددة النسيج الاجتماعي، وهذه مباحث الفصل:

المبحث الأول: أثر اختلاف الجنسية على الطلاق الانفرادي والتراضي

المبحث الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق والانفصال

المبحث الثالث: الاستثناءات الواردة على قواعد انحلال الزواج المختلط

المبحث الرابع: الانتقادات الموجهة لاختيارات التشريع العربي الإسلامي

المبحث الأول: اختلاف الجنسية في الطلاق الانفرادي والتراضي

تمهيد

تمنح شريعةُ الإسلام الزوج صلاحية طلاق زوجته مع تحمّل مسؤوليته، وتُجيز للزوجة خُلع زوجها بإرادتها مع تحمّل آثار صنيعها، بإعادة المهر الذي أخذته يوم زواجها أو دفع ما يُرضيه، بهذا يتجلّى الإنصاف في صِيَغ حلّ الزواج، وقد تقع الفُرقة بالتراضي إذا تنازل كلّ واحد عن بعض حقوقه، حيث تبنّت دول الإسلام هذه القواعد العادلة خلافا لغيرها التي لا تعرف إلا التطليق القضائي، مانعة الزوجين من حرية التحلّل من زيجة لا يرضونها، وقاضية عليهم بالرجوع إلى القضاء في كل ما يخص افتراقهما، والطلاق الانفرادي ليس مباحا بإطلاق فيجب أنْ يُشرف عليه القضاء من حيث تثبيته ومتابعة آثاره، خلافا للقضاء الغير إسلامي الذي هو بكل الأحوال منشئٌ للفُرقة، وقد أدّى هذا التباين بين المنهجين إلى تعقيد نظرية التنازع، وهو ما ننظر فيه من خلال مطالب:

المطلب الأول: أنواع انحلال الزواج المختلط ونظريات تحديد القانون الواجب

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على الطلاق بالإرادة المنفردة

المطلب الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الخلع

المطلب الأول: أنواع الانحلال المختلط ونظريات تحديد القانون

بين يدي المطلب لقضايا الطلاق المختلط أهمية كبرى في تطوير القانون الدولي الخاص، بحكم أنّ الزواج يتمّ عادة بين طرفين متراضيين يغلب عليهما التنازل، وحيث تملأ بداية الزواج المودّة ولو اختلفت الجنسية، فيسعى الزوجان معًا لتجاوز العقبات القانونية التي قد تحول دون ارتباطهما، وحتى القواعد المحكمّة

تكون في صفهما تعينهما على تجاوز المشاكل، وتوثيق العلاقة توثيقا صلبا يحفظ حقوقهما، بيد أنّ هذا التوافق ينعدم عند الانفصال، وتحلّ محلّه الخصومة والحرص على تحصيل الحقوق بكلّ الوسائل ولو على حساب الطرف الآخر، لهذا جاءت النصائح بضرورة التعامل مع شريك الماضي بالعفو في قوله **"وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ"** (البقرة 237) قاله في معرض الحديث عن الاختلاف في أحقية الصداق، يؤكدها قوله **"وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا"** (المائدة 8) والشنآن هو البغض كقوله **"إِنَّ شَانِئَكَ"** أي مبغضك؛ معناها لا يحملنكم بغض قوم على ألاّ تعدلوا،[1] كما يعتري الطلاق المختلط تنازعٌ مباشرٌ ومداديٌّ وواقعيٌّ لقانون الزوجين، ففي ضبطه حفظٌ من الأزمات الدبلوماسية والسياسية، مثل أزمة "صفية" فتاة من وهران اختلف حول حضانتها أبوها الفرنسي وأسرة أمها الجزائرية، وكان هذا الخلاف سببا لوقوع أزمة دبلوماسية بين الجزائر وفرنسا وصلت لأعلى مستوى، وقد أبدى الرئيس الفرنسي سروره بوصول الطفلة إلى والدها بفرنسا، والذّي قام بتعميدها بعد ما قضت 8 سنوات مسلمة، والقضية وقعت سنة 2009م،[2] وبمثل هذه القضايا يقع التنافر بين الشعوب الإسلامية وما يقابلها من الأوروبية، لأنّ بعض القواعد المحكّمة عندهم تُعتبر في بلادنا مخالفة للنظام العام مثل الجراية، وكم من قاعدة مستوحاة من الشرع تعتبر في أوروبا منافية للنظام كالتعدّد، نذكر أنواع الانحلال ثم نظريات تحديد القانون الأجنبي.

الفرع الأول: أنواع الانحلال في الطلاق المختلط

انحلال الزواج المختلط شأنه شأن الانحلال العادي له أنواع معروفة هي: الطلاق بالإرادة المنفردة يُسمّى بفكّ العصمة، والتطليق القضائي والخلع والتراضي والفسخ، ثمّ الانفصال الجسماني الذي لا تعرفه شريعة الإسلام، رغم أنّه من أساسيات الطلاق في دول الغرب، وقد تنحل الرابطة بالوفاة كما في المادة 47 أسرة جزائري والمادة 101 أحوال قطري والمادة 83 وثيقة القانون العربي الموحد للأحوال **المعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب رقم 105 سنة 1988م**، وفي قوانين العرب إذا كان طالب حلّ الزواج هو الزوج سُمي فعله بفك العصمة، وإذا كانت الزوجة سُمي خلعا، وإذا كان بطلبهما سُميّ بالتراضي الذّي لا يُعرف شرعا بهذا المصطلح، وإنما في نظام الخلع حين يتراضى الزوجان على بدل الخلع، وإذا كانت الفرقة بقضاء القاضي سُمي تطليقا، وإذا كان بحكم الشرع سُمي بالفرقة الشرعية: فيها الظهار واللعان والإيلاء وردة أو إسلام أحد الزوجين، وإذا وُجد مانع شرعي أوجب حلّ الرابطة سمي بالفسخ، عن عُقْبَةَ بْنِ الحَارِثِ أَنَّ امْرَأَةً سَوْدَاءَ زَعَمَتْ أَنَّهَا أَرْضَعَتْه وزوجته فَذَكَرَ لِلنَّبِيِّ فقَال: "كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ"،[3] كما يتباين تكييف الطلاق الانفرادي بين

---

[1] ابراهيم الحربي غريب الحديث ت سليمان العايد جامعة أم القرى ط1، 1405 273/2 والجوهري الصحاح 57/1: "شنأ الشناءة مثل الشناعة البغض، شنَأته شَنْئاً وشُنْئاً وشِنْئاً ومشنأ وشنَآنا وشنْآنا".

[2] http://www.alarabiya.net/articles/2009/07/05/77907.html 2018/2/12م ساعة 19سا 30

[3] رواه البخاري باب تفسير المشبهات برقم 2052

الشريعة والقانون، حين تُلزم القوانين المطلّق بأعلى درجات التعويض، رغم إباحته شرعا مع التضييق عليه بجعله مكروها لحديث: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"،[1] وحديث: "يضعُ إِبْلِيسُ عَرْشَهُ عَلَى الْمَاءِ ثُمَّ يَبْعَثُ سَرَايَاهُ فَأَدْنَاهُمْ مَنْزِلَةً أَعْظَمُهُمْ فِتْنَةً، يَقُولُ مَا تَرَكْتُهُ حَتَّى فَرَّقْتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَيَقُولُ نِعْمَ أَنْتَ"،[2] وحديث: "لاَ تَسْأَلَ المرأةُ طلَاقَ أخْتِهَا تَسْتَفرغُ صَحْفَتَهَا فَإنّمَا لَهَا مَا قُدّر لها"،[3] والحاصل أنّ الأنواع ستة: الطلاق **repudiation** والخلع والتطليق **Divorce** والتفريق **Separation de La Corps** والتراضي والفسخ.

* **الطلاق الانفرادي** يُعبّر عنه بالعصمة، يتمّ بالتلفّظ حين يقول الزوج لزوجته: "أنت طالق"، لا يحتاج إلى حكم قضائيّ إلا من حيث إثباته وضمان الحقوق، هو جائز في الشريعة وقوانين دولها، قننته جلّها مع محاولة التضييق عليه دون منعه كلية، في المادة 48 أسرة جزائري: يتمّ حلّ الطلاق بالإرادة المنفردة، وفي محاولة لتقييده نصت المادة 49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"، يُقصد بالحكم المثبت لا المنشئ والذّي يقتصر دور القاضي فيه على الإثبات والنظر في الآثار، فيما ترفضه قوانين أوروبا مطلقا وترى فيه مساسا بحقّ المساواة، وتابعتهم تونس في الفصل 30 مجلة: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة" وكان القانون السوفياتي سابقا يجيزه، أما شرعا فقد وقع اتفاق على امتلاك الزوج حقّ طلاق زوجته، مع أنّه حقّ مشوب بالكراهة التي لا ترتقي إلى درجة الحرمة؛ إلا إذا اقْترن بوصف فيحرم بسببه، ويُطلق عليه مصطلح العصمة لقوله "**وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ**"، جمع عصمة أي عقد الزواج، قال الزجاج: "أصل العصمة الحبل" لقوله "**وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللهِ جَمِيعًا**"، **(آل عمران 103)** وقوله "**وَمَنْ يَعْتَصِمْ بِاللهِ**"، **(آل عمران 101)** ومعصم المرأة موضع السوار من ساعدها والعصمة القلادة والجمع الأعصام، وأعصم فلان إذا لزمك وأُخذت العصمة الزوجية منه، فالزوج يمسك بعصام زوجته ويجعلها مسئولة منه في عنقه كالقلادة، وقد تأخذ معنى الحفظ كقوله "**لاَ عَاصِمَ اليَوْمَ مِنْ أَمْرِ اللهِ**" **(هود 43)** أي لا حافظ فهو يحفظها،[4] وقد نقل الإجماع امتلاك الزوج للعصمة ابن قدامة وابن حزم،[5] حجته قوله "**يأيّهَا الذّينَ آمَنُوا إذَا طَلّقتُم النّسَاء**"، **(الطلاق 1)** دلّت

---

[1] رواه أبو داود رقم 2177 وابن ماجه رقم 2018 من طريق "محارب بن ديثار" صححه الحاكم، قال الذهبي على شرط مسلم قال البيهقي والمنذري والخطابي: مرسل، رواه ابن أبي شبية وابن أبي حاتم العلل 431/2، أورده ابن الجوزي في العلل فيه "عبيد الله الوصافي" لا يصح، في تهذيب ابن حجر 540/1 "ضعيف"، وتابع محارب "معرف بن واصل السعدي الكوفي" ثقة، والمنفرد عن "محارب" بوصله "الوهبي" صدوق فهو صالح بالمجموع، ابن العربي القبس ت كريم دار الغرب ط 1، 1992م 724/1 والعجلوني كشف الخفاء ت ابن الهنداوي المكتبة العصرية ط 1، 2000م 36/1 والألباني الإرواء 106/7 وابن العدوي الطلاق ص. 12 وأُشكل اجتماع الحلّ مع البغض ولا يراد بالحلال ما استوى طرفاه بل ما يقابل الحرام يدخل فيه المندوب والمكروه والواجب والمباح، الصابوني مدى حرية الزوجين ص.92

[2] رواه مسلم عن جابر بن عبد الله باب تحريش الشيطان برقم 2813

[3] رواه البخاري عن أبي هريرة كتاب النكاح باب الشروط التي لا تحل في النكاح برقم 5152

[4] ابن فارس المجمل ص.671 والرازي المختار ص.211 والزمخشري الكشاف 93/4

[5] ابن قدامة في المغني ج. 7 ص. 277 وابن حزم مراتب الإجماع ص. 64

بسياقها على إرادة الرجال لأنه في مقابلة النساء، وقوله "**ولا تُمسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ**"، (**الممتحنة 10**) ويؤكده توجه خطاب القرآن إلى الزوج في أحكام الطلاق في 4 مواضع بلفظ "**طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ**"، وفي موضعين بلفظ "**فَإِنْ طَلَّقَهَا**"، وموضع بلفظ "**طَلَّقْتُنَّ**" نسبة للنبي؛ فهذه 7 مواضع ينسب فيها الطلاق للأزواج، (**البقرة 230، 231، 232، 236 والطلاق 1 والتحريم 5**)، ولما ذكر الزوجات استعمل لفظ "**المطلقات**" (**البقرة 228**) ما يدلّ على أنه في يد الزوج دون الزوجة، ولحديث: "طلقني رفاعة"،[1] وإرسال أبي عمرو زوج فاطمة بنت قيس طلاقها الثالث،[2] وطلاق ابن عمر لامرأته،[3] وحديث "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"،[4] واستقرّ العمل عليه.[5]

* **الخلع** فراق الزوجة زوجها مقابل مال يرتضيه، لا يُشترط فيه موافقة الزوج في قانون الجزائر في المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وفيه خلاف سيأتي، يحتاج إلى حكم مثبت لا منشئ لأنه مبني على إرادة الزوجة وكرهها دون إثبات ضرر.

* **التطليق** إنهاء رابطة الزواج بحكم قضائي منشئ للطلاق، أقرّته جل القوانين على خلاف حول شروطه وأسبابه، يتعيّن فيه رفع دعوى وبيان الأسباب المؤدية إلى التطليق، ويُشترط أن تكون منصوصا عليها، وتختلف الدول من حيث التوسعة فيها والتضييق، والمتعارف عليه في النظام العربي تخصيصه بالزوجة رغم اشتراكهما في أسبابه، ورغم منح الشريعة الزوجة منفذ الخلع مقابل حق العصمة للزوج، فتكون بهذا قد انحازت للزوجات وبالغت في التمييز الإيجابي، فالمشرّع الجزائري مثلا منح الزوج حقّ التطليق للنشوز في المادة 55، وحقّ الطلاق الانفرادي في المادة 48، ومنح الزوجة عشرة أسباب للتطليق في المادة 53، وحقّ الخلع بلا موافقة زوجها في المادة 54، والعجب أن قوانين أوروبا كانت أكثر إنصافا مع الرجل وتعاملت مع الزوجين على قدم المساواة بجعل التطليق حقا لهما، كما يتجه اجتهاد فرنسا إلى ربط الطلاق والتطليق بفئة إسناد واحدة، باعتبارهما سواء في الحكم والقضاء، وتبعه قانون الجزائر في المادة 2/12 مدني، وبالغ المغرب حين نص في الفصل 13 اتفاقية ثنائية مبرمة بين فرنسا والمغرب أن الطلاق والتطليق سواء في الحكم باعتبار الاعتراف به وشروطه: "تترتب عن عقود انحلال ميثاق الزوجية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب، والواقعة بين زوجين مغربيين طبقا لقانونهما الوطني آثارها بفرنسا، ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق الصادرة في الدول الأخرى"، وللأسف تفوح منها رائحة تغليب النظرة الفرنسية على الإسلامية.[6]

---

[1] رواه البخاري باب من أجاز طلاق الثلاث برقم 5260

[2] رواه مسلم باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها برقم 1480

[3] رواه البخاري رقم 4908 و5258 ورقم 7160 ومسلم برقم 1471

[4] رواه ابن ماجه برقم 2081 عن ابن عباس قال الأرنؤوط: "حسن لغيره" وحسنه الألباني الإرواء 2041

[5] جندولي انحلال الزواج ص. 21 ودربة أمين قواعد التنازع ص. 47

[6] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 274

* **الانفصال الجسماني** لا تعرفه شريعة الإسلام ولا قوانين دولها إلا استثناء في قواعد التنازع للأجانب الذين قد يحكم به قانونهم، وهو من أسس الفراق في الدول التي لا تعترف بالانحلال إلا بالوفاة؛ كالبرازيل والتشيلي وكولومبيا والبراقواي وإيطاليا وإسبانيا قبل 1970م وطوائف الكاثوليك بالمشرق، حيث اخترعه القضاء الغربي لتجنّب الصدام مع الكنيسة المسيطرة على النظام القضائي، والتي كانت تُحرّم الطلاق تحريما باتا، أما الإسلام واليهودية فلم يكونا بحاجة إليه لأنهما يبيحانه، غير أن التطوّر الحديث وبروز العمل بالقانون الأجنبي داخل الإقليم، أوجب على دول الإسلام مراعاة حالات الأجانب التي قد يدرج في قضاياهم الانفصال، فقامت بضبطه بنفس ضابط إسناد التطليق لتقاربهما، ولم يدرجه المدني الجزائري إلا في تعديل سنة 2005م في المادة 12/ 2، ويُعرّف: "مباعدة مادية بين أطراف العلاقة الزوجية تنقطع بسببه المعيشة المشتركة لأسباب معينة، قد تكون جلية وقد يترك تقديرها إلى القاضي"، أو "وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة"، ويفترق عن الطلاق بكونه لا يؤدي حتما إلى الانحلال، أما الطلاق فلا عودة إلا بعقد جديد قانونا، أما في الشريعة فيمكن إرجاع المطلقة الرجعية في العدة دون حاجة لعقد جديد لقوله "**وَبُعُولَتُهُنّ أَحَقّ بِرَدّهِنّ**"، (البقرة 228) ولا ترجع المطلقة ثلاثا في ثلاثة مجالس مختلفة إلا بعقد ونكاح لقوله " **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** "، (البقرة 230) وقد اختُرع الانفصال هروبا من تحريم الطلاق، ثم تُرك كفترة انتقالية يحاول فيها الزوجان التصالح، أدرجه المدني الفرنسي المواد (296 - 308)،ففي المادة 296: يكون الانفصال بطلب أحد الزوجين، والمادة 299: لا يحل العلاقة الزوجية وينهي واجب عيش الزوجين، والمادة 301: وفاة أحد الزوجين أثناءه يبقى الزوج الثاني بحقوقه، والمادة 306: يتحول إلى طلاق بعد سنتين.[1]

* **التراضي** اختُرع في العقود الأخيرة بعد ظهور نظرية المساواة، وهو مقبول في شرعنا من حيث أنّ طلاق الزوج معتبر فيه، فكأنّ رضا الزوج هو الأساس في قبوله؛ فإذا رضيت المرأة بالتنازل عن حقوقها كان لها ذلك، والإسلام يتشوّفُ إلى الصلح في قوله "**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"، (النساء 128) وقوله "**إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**"، (النساء 35) وقوله "**قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ**"، (البقرة 220) وقوله " **إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ**"، (النساء 114) وقوله "**فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا**"، (البقرة 233) وقوله "**إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**"، (النساء 29) وغيرها مما يدلّ على قبول التراضي، وفي حال اختلفت جنسية الزوجين فإنّ اتفاقهما مظنّة تسهيل اختيار القانون الواجب التطبيق.

---

[1] دربة التنازع ص. 47 وعشوش الدولي الخاص ص. 325 وتواتي إشكالات خضوع الانفصال للجنسية ملتقى التنازع بجاية 2014 ص. 162 وعثماني دراسة المادة 13 نفس الملتقى ص. 174

* **الفسخ** إعلان ترتفع به أحكام الزواج في الحال ولا يؤثر على ما قبله، أو نقض عقد الزواج لخلل وقع فيه وقت عقده أو لسبب طرأ عليه يمنع من بقائه.[1]

الفرع الثاني: نظريات تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق المختلط

يجتهد الفقه في إيجاد حلول عادلة ومنطقية للتعرّف على القانون الواجب التطبيق في قضايا الطلاق المختلط، وقد اختلف التشريع حول الضابط المعتمد إذ اختارت دول الإسلام جنسية الزوج، مع خلاف حول تقييده بزمن معين كوقت الزواج أو رفع الدعوى، واختارت دول الغرب الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك اعتمادا على المساواة، وكان هدف كل فريق هو بلوغ أعلى درجات الإنصاف بين المتخاصمين،[2] وقد طُرحت ستة نظريات لضبط فئة الانحلال:

* **الجنسية المشتركة:** العلاقة الزوجية تستند في وجودها إلى طرفين، واختيار جنسيتهما معا أدعى لتحقيق المساواة في الحقوق والواجبات، تُنادي به المعاهدات والاتفاقيات لأنّ فيه احترام للإرادة المشتركة، وانسجام مع القانون الذي يحكم الزواج والطلاق، أخذت به الكويت المادة 40، وتونس بقيد يوم رفع الدعوى الفصل 49 الدولي الخاص، والمغرب فصل 9 ظهير خاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، وفصل 9 الاتفاقية الفرنسية المغربية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة، وفرنسا المادة 309 مدني: إذا اختلفت الجنسية يطبق القانون الفرنسي إذا كان أحدهما يستوطن فرنسا وإذا لم يستطع القاضي تطبيق قانون مخصص عاد وطبق القانون الفرنسي، **انتقدت** بصعوبة التحقيق، وإذا اختلفت جنسيتهما نضطرّ إلى اللجوء إلى التطبيق الجامع أو الموزع، وفي حال مَنَع قانون أحدهما الطلاق وأجازه الآخر، وطبقنا الموزّع يؤدي إلى تطليق أحد الزوجين فقط، وهي حالة غريبة يجب السعي إلى عدم وقوعها، رغم أن اجتهاد فرنسا قضى بها كما في قضية "فراري" فرنسية تزوجت بإيطالي 1922م وتحصّلت على جنسية إيطاليا، وبعد النزاع قضت محكمة إيطالية بالتفريق الجسماني لأن قانونها لم يكن يُجيز الطلاق ولم يجزه إلا سنة 1970م مع وجوب التربص 5 سنوات، ثمّ عدّلها بثلاث سنة 1987م وقلّصها في 2015م إلى 6 أشهر، ولم تستطع الكنيسة توقيف التعديل رغم تحريمها الطلاق، فعادت فراري إلى فرنسا وطلبت الطلاق؛ فرفضته النقض لأن جنسيتها مشتركة مع زوجها، وقانونهما يمنعه فاستردت جنسيتها الفرنسية ورفعت دعوى جديدة فقُضي لها بالطلاق، وأيدته النقض 1928/3/14م، وكانت النتيجة أنّ زوجها كان مطلقا في قانون فرنسا ومتزوجا في نظر إيطاليا، وأعادت النقض الفرنسية نفس الحكم بتاريخ 1947/2/25م، ثمّ تغيّر اجتهادها فحكمت سنة 1953م في قضية انحلال بقانون الموطن المشترك وأيدته سنة 1961م.[3]

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع 285/5 والقرافي الذخيرة 176/9 والنووي المجموع 275/16

[2] حبار الدولي الخاص ص. 132 وعشوش الدولي الخاص ص. 328 ومسعودي تنازع القوانين ص. 207

[3] مسعودي التنازعن ص.209 وhttp://alkhaleejonline.net يوم 2017/7/27 سا 16 سا

* **الموطن المشترك:** كرّسه اجتهاد فرنسا في قضية "ريمير" 1953/4/17م، فقد طلّق إكواتوري زوجته الفرنسية؛ فقضت المحكمة أن الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك أي الإكواتوري، ثم أخذت بنفس الاتجاه بتاريخ 1961/2/22م في قضية زوجين مختلفين في الجنسية، يحظر قانون جنسية كل واحد منهما الطلاق، فقرّرت تطبيق قانون الموطن المشترك المبيح، **انتقدت** بسهولة تغييره وفتح باب الغش، وصعوبة تطبيقه إذا استوطنا بلدا ينافي مقوماتهما الدينية والفكرية.[1]

* **جنسية الزوج وقت الطلاق ووقت الدعوى للتطليق:** تنبني على اعتبارات دينية لامتلاك الزوج العصمة، فيجوز أن يوقع الطلاق متى شاء مع تحمّل التبعات، أما التطليق فلا يقع إلا من القضاء والفرق بينهما جوهري، فوجب التفريق في زمن الضابط لأنّ الطلاق الانفرادي من صميم الفراق وموضوعه، والحجة في اختيار قانون الزوج هي المحافظة على تماسك الأسرة والقوامة، طبقتها مصر مادة 13/ 2 وسوريا مادة 14 والمادة 13 معاملات إماراتي، **انتقدت** بخرقها لمبدأ المساواة، وبأنها تربط الحقوق المشتركة بمزاج الزوج ما يمسّ بمصلحة الزوجة، وفيها مفاجأة لها بتغيير القانون المطبق عليها إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بين يوم زواجه ورفع الدعوى أو التلفظ؛ فيُفتح باب الغش على مصراعيه.[2]

* **جنسية الزوج وقت الطلاق والتطليق:** الزوج مسئول ويتحمل التبعات؛ فمن المنطق تطبيق قانونه، بلا فرق بين الطلاق والتطليق لأن كلاهما محتاج لحكم، لا يفترقان إلا في كون الأول مثبتا والثاني منشئا، وهو غير مؤثر لدخولهما تحت سلطة القاضي حكما ومتابعة، والربط بزمن رفع الدعوى أدعى لتحصيل العدل، والمتلفظ بالطلاق عادة ما يلجأ مباشرة للقضاء ولا يمكنه تغيير جنسيته في هذه الفترة، فيها مصلحة توحيد قاعدة الإسناد، عليه الجزائر المادة 12 مدني، **انتقدت** بخرق المساواة والزوج قد يطلق ثم يبقى مدة لرفع الدعوى.[3]

* **جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج:** الزوجان على علم بقانون زواجهما، فهو الذي يحكم فراقهما حتى لا يقعا في المفاجأة، بها يُحفظ حق الزوجة بأن تعلم أنه في حال الفراق ما هي جنسية القانون، وسبب اختيار الزوج ترسيخ القوامة، عليه المادة 16 مدني يوناني وجعلتها الكويت ضابطا احتياطيا المادة 40، **انتقدت** بالمس بالمساواة، والطلاق ليس من آثار الزواج حتى يُربط بقانونه، فهو تصرف طارئ لا علاقة له بالزواج، والربط به يعني وجوب الطلاق بعد الزواج ما ينافي الحسّ والواقع، وإذا غيّر الزوج جنسيته فسوف يحاكمان بما لا علاقة لهما به.[4]

* **قانون القاضي:** عليه بريطانيا وأمريكا وهو غير واقعيّ؛ وإلا كيف يُعقل أن يطبق القانون البريطاني على جزائريين مسلمين مقيمين، وهو ينبني على ثقافة

---

[1] نفس المرجع السابق ص. 207
[2] نفس المرجع السابق ص. 208
[3] نفس المرجع السابق ص. 208
[4] نفس المرجع السابق ص. 209

مسيحية بروتستانتية تخالف الشرع؟![1]

الراجح هو العمل بضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى للتطليق ووقت التلفظ للطلاق؛ لأن الزوج هو القيّم في الإسلام وعليه التبعات؛ فمن العدل تطبيق قانونه، أما التقييد بوقت رفع الدعوى فلأن جنسيته حينها هي الفعلية، وأما وقت التلفظ لأنه قد يكون بينه وبين الرفع أمد.

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على الطلاق بالإرادة المنفردة

منح الله تعالى الزوج حقّ فك العصمة بإرادته لطبيعة الرجل والمرأة؛ فالمرأة تحكُمُها العاطفة وهي فضيلة تُحسب لها، فربّما ثارت وهي جامحة في لحظة غضب، أو إساءة من الزوج فتتلفّظ بكلمة الطلاق ويقع المحظور، بخلاف الرجل الذي يغلب عليه الحساب والتروّي، وقد تحمله تبعات الطلاق على التفكير قبل الإقدام، فقد أنفق مهرا وعليه من نفقات الطلاق ما يحمله على التريّث، وبعد الطلاق تؤول حضانة أولاده إلى أمّهم؛ فيُجمع عليه بين الفراق والنفقات، وهو بعد الطلاق إذا أراد الزواج وجب عليه دفع مهر جديد، أما هي إذا تزوجت فإنّها تتحصّل عليه، وهو إذا طلّق لا يجب عليه ذكر السبب وفيه ستر، أما إذا طلبته هي ذكرت السبب فيُفضح، والقوامة في الإسلام مختصة بالرجل فمن الطبيعي أن تكون العصمة بيده، وللمرأة حقّ التطليق والخلع وهما حقان لها في مقابلة حق الطلاق، فكأن الله جعل الطلاق في يد الرجل ليَعصِم الحياة الزوجية أن تنتهي عند أول مشاحنة، وجعل لهما التطليق ليحمي كلّ واحد من استبداد الآخر، وشرّع الخلع ليحافظ على حقها في عيش كريم؛ فأعطى لكُل ذي حقّ حقه، وامتلاك العصمة ليس بحق مطلق فهو مضبوط بأن الأصل في إيقاعه الكراهة، ويجب تحرّي الوصف السُنّي فلا يوقعه في حيض أو طهر مسّها فيه وإلا أثم، ومراعاة الوصف العددي فلا يوقع إلا طلاقا بعد طلاق لقوله **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"**، **(البقرة 229)** وإلا أثم عند الجمهور خلافا للشافعية والظاهرية، ويتحمّل مسئولة التعويض والمتعة ونفقة العدة وسكن الحضانة.[2]

وأثيرت شبهات حول هذا الحق، منها ما أثاره الكاتب التونسي محمد شرفي في كتابه "الإسلام والحرية" فقال: "إعطاء حقّ العصمة للزوج وحده فيه ظلم للمرأة، فيجب إعطاء نفس الحق للمرأة من باب المساواة أو تقييد حق الطلاق بالقضاء"، وقال غيره: "الإسلام دين ذكوري منع المرأة من حقوق لها ثابتة، ولم يسوّ بينها وبين الرجل في أحكام الأسرة"، وللأسف تأثّر بهذه الشُبه بعض المسلمين ممّن لهم باعٌ في علوم الشرع قليل، وممن انخدع وانبهر بثقافة الغرب فانسلخ من هويته، ويتجلّى بطلانه بأن الحقّ الممنوح للرجل هو في مقابل ما أنفق من مهر قبل الزواج، ومقابل القوامة بالإنفاق بعده لقوله **"بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"**، **(النساء 34)**

---

[1] نفس المرجع السابق ص. 209

[2] أبو زهرة الأحوال ص. 284 وأبو العينين الزواج والطلاق دار التأليف ط 2، 1961م ص. 223 وص 255 والسرطاوي الأحوال ص. 209 وزيدان المفصل 348/7 والمصري الطلاق ص. 34 وخلاف أحكام الأحوال دار القلم الكويت ط 2، 1990م ص. 131 وبن صغير قضايا الطلاق ص. 43

وهو حقّ يقابله حق المرأة في الخلع فكان في تشريع الله عدالة وإنصاف، فالزوج يتحمل الآثار المالية المترتبة عن طلاقه من نفقة عدة ومتعة وتكاليف رضاع وحضانة وسكن، ولو أعطيت المرأة نفس الحق هل يمكنها تحملها؟! وخاصية الرجال الشدة والصبر والتروي، وخاصية النساء العاطفة والتسرع والثوران، فكان الأجدر منطقيا وضع زمام الطلاق بيد الرجال لأجل تلكم الخاصية بدلا عن النساء، ويختلف نظام الطلاق في الإسلام عما في الغرب لاعتماده على ما في الكتاب والسنة من أحكام ولمراعاته المصالح المعتبرة، أما النظام الغربي فعمدته المساواة بين الزوجين والفرار من هيمنة الكنيسة، وما تشريع الانفصال كمرحلة واجبة قبل بالطلاق إلا أحد مظاهره، وأهمّ ما يميزه في طلاق الغرب مدنيته التي لا تستند إلى أي صفة دينية فلا تفريق إلا بقضاء، وهو حق لهما جميعا إما أن يتراضيا عليه، أو يأتي من يريده بدليل على وقوع الطرف الآخر في خطأ جسيم كخطأ الشرف، فقد أدى التشدّد في منحه إلى خصومات كبيرة وبقاء العلاقة الزوجية معلّقة لسنوات، ويسهل على من لا يريده ابتزاز الطرف الآخر بعدم الموافقة، ويدفع بمن يريده إلى التحايل على القانون للخلاص أو مراقبة الآخر ليثبت أنه وقع في الخطأ، فيصبح الزواج مثل الكماشة التي يقع فيها الزوجان؛ فلا يستطيع أحدهما النجاة منها إلا بموافقة الآخر، بخلاف سعة أفق الإسلام الذي منح لكلٍّ من الزوجين حق الخروج من العلاقة بإرادة منفردة دون حاجة لموافقة الطرف الثاني، وعلى من يريده دفع تعويض عما لحق بالآخر من ضرر، كما لا يعترف النظام الغربي بألفاظ الطلاق ولها في شريعتنا ثمراتها الشرعية، والغربيُّ لا يلزم القاضي بالبحث عن أسبابه أما في الشريعة فهو ملزم ليتبين له التعسف، وقد يطول عندهم لأن القانون يشترط مدة للتريث تتراوح بين سنة إلى ثلاث، ويحصل عليه طالبه عندنا بعد فترة تسبقها جلسات صلح وجوبا حددتها المادة 49 أسرة جزائري بثلاثة أشهر على الأقصى، ولا يمكن للزوجين في الغرب التقدم أمام المحكمة إلا بتوكيل محام كما في المادة 250 مدني فرنسي ما يزيد من النفقات، ويجب الاتفاق قبله على الحضانة والنفقة وأثاث البيت والمسكن، أما قانون المسلمين فيحكم به بحكم غير قابل للاستئناف ثم في آثاره القابلة له، وفي الغرب يجب على القادر النفقة على المحتاج ما يُعرف بالجراية حسب مستوى معيشة الزوجين والدخل الحقيقي، وتُقدر بنصف مجموع ما يأتي الطرفين أي المناصفة، أما في الشريعة فيدفع الزوج متعة ونفقة عدة حسب العرف وليس عليه إلا نفقة أولاده، وإذا طلبت هي الخلع وجب عليها تعويضه، ولا يُلزم أحد بقسم ماله مع طليقه للذمة المالية المستقلة، وفي ظروف معينة في الغرب يُعطى للمطلق أربعة أسباع دخله وتأخذ زوجته الثلاثة الباقية ما يعتبر ظلما عظيما للأزواج، لهذا اهتدى أكثر الأغنياء إلى التحايل على القانون بإنشاء عقود الفصل بين الثروات الذي يمنع التقسيم عند الطلاق.[1]

[1] العربي بختي أحكام الأسرة ص. 37 وأعمر يحياوي المساواة ص. 288 ويسري ابراهيم فقه النوازل ص. 1060 وسعادي لعلى الزواج وانحلاله دكتوراه جامعة الجزائر 1 سنة 2015م ص .194

* **نظرة اجتهاد أوروبا للطلاق الانفرادي:** لم تأخذ قوانين أوروبا بالطلاق الانفرادي بناء على نظرية المساواة بين الزوجين في المجال الشخصي، فهي لا تُخوّل إلا سبيلا واحدا لفك الرابطة هو التطليق، ويؤكد اجتهادهم أن الطلاق المنفرد يندرج في الشكل لا المضمون، فيخضع بالتالي لقواعد الإسناد التي تحكم الشكل أي قانون الموطن، وهذا التكييف ينمو عن جهل فادح بأصول الطلاق في الإسلام، فيجب المطالبة بإعادة النظر فيه حتى نتمكنّ من الحديث عن توافق في قواعد التنازع بين الضفتين، ففي الفصل 89 مدني إسباني: "الطلاق لا يمكن أن يتم إلا بحكم قضائي"، وفي المادة 229 مدني فرنسي أنّ انحلال الرابطة الزوجية لا يتم إلا بطريق التطليق بناء على أحد الأسباب التالية: إذا اتفق كلا الزوجين عليه، أو انقطعت الحياة المشتركة بينهما منذ مدة، أو أثبت أحد الزوجين خطأ الآخر، ونص مدني هولندي على شكل وحيد لإنهاء العلاقة وهو الطلاق بموجب حكم قضائي، وكلّها تتعارض مع إدراج قوانيننا للطلاق الانفرادي في منظومتها، فيُطرح إشكال عدم اعتراف دول أوروبا بأحكام القضاء إذا جاء بموجب طلاق إنفرادي؛ لأنّ النظام العام فيهم ينكره ويعتبره الأكثر تكريسا لعدم المساواة في الطلاق، حيث يرى الاجتهاد الأوروبي أنه يتصادم مع مُقوّمات مجتمعهم.[1]

* **قضاء فرنسا:** له أهمية بالغة في قضاء أوروبا لما يمثله من ريادة، فهو يُعتبر بلا منازع رائد النظام القضائي اللاتيني الذي يقابل الأنجلوسكسوني، وكان في البداية يرفض الاعتراف بالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته لمخالفته النظام العام الفرنسي، الذي لا يبيح إيقاع طلاق على زوجة لم تُخصص لها ضمانات مالية للتعويض عن الضرر اللاحق بها، وكان يتذرّع للرفض بأنّ الطلاق المحصّل عليه من قبل الزوج لم تُحترم فيه الإجراءات السليمة، ما يعني عدم حضور الزوجة أو دون تكليفها بالحضور لإبداء دفوعها كما في قرار النقض بتاريخ 1994/6/1م: "الطلاق الصادر دون استدعاء الزوجة لحضور الإجراءات وتقديم دفوعاتها أمام القضاء، يشكل خرقا لمبدأ المساواة بين الزوجين حين الزواج وعند انحلاله تنفيذا لما جاء في الفصل 5 من البروتوكول رقم 7 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان 1974/11/22م"، والعجب أنّه ألزم في هذا الاجتهاد القضاء الإسلامي ببروتوكول وقّعت عليه دول أوروبية لا علاقة له بها! كما امتنعت محكمة فرنسية 1989/10/9م عن الاعتراف بطلاق انفرادي لمخالفته النظام العام، ولعدم كفاية الضمانات المالية للتعويض عن الضرر اللاحق بالمرأة، وربّما رُفض بحجة الغش إذا كان الزوجان يقيمان بفرنسا ثمّ لجأ الزوج إلى بلده الأصلي لاستصدار طلاق من محاكم إسلامية بإرادته، لأن لجوءه إليها رغم الإقامة في فرنسا هو بهدف التهرب من الاختصاص المعقود لمحاكم فرنسا، وقد يعتمد قضاة النقض على المساواة المنصوص عليه في اتفاقيات أوروبية لردّه، رغم أنها مساواة مطلقة مبالغ فيها ومخالفة للفطرة، والإسلام

[1] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 47

يدعو إلى مساواة عادلة تنجلي في هذه الجزئية بمنح الرجل حقّ الطلاق الانفرادي والمرأة حق الخلع، وعلى كلّ واحد منهما تعويض الآخر إذا استعمل حقّه، ولا يمنح النظام الفرنسي لكل منهما إلا حق التقاضي لهذا يبدو المنهج الإسلامي أقرب للفطرة والواقعية، ولم تلبث حجة النظام العام إلا يسيرا حتى سقطت أمام نظرية التطبيق المخفّف، وانهارت حجة الغش بسبب صلاحية القانون الشخصي للمسلم للحكم على طلاقه، لأن قاعدة الإسناد الفرنسية نفسها تحيل على قانونه الشخصي فكيف يعتبر اللجوء إليه غشا؟! وعليه لجأ الاجتهاد إلى قبول آثاره عموما وقد يرفضها إذا كانت الزوجة تربطها صلة بالتراب الفرنسي؛ كأن تقوم زوجة جزائرية مقيمة بفرنسا بطلب نفقة زوجها أمام محكمة فرنسية بعد ما قام زوجها بتطليقها بإرادته في بلده، فالقضاء غالبا لن يعترف بهذا الطلاق، بل يلزم الزوج بالنفقة رغم أن قانونه الشخصي يعترف به، فهي شرعا وقانونا طليقته لكن القضاء يلزمه بالنفقة عليها كأنها زوجته، وكلّ هذا التخبط سببه عدم احترام القانون الأجنبي إذا كان مصدره الإسلام، خاصة أن نظرية التنازع لم توضع إلا لتطبيق قانون الشخص كاملا دون تجزئة أو تبديل كما سبق تقريره.[1]

وفي تطوّر ملحوظ صدر قرارٌ للنقض بتاريخ 2001/7/3م حدد فيه الشروط الواجب توفرها لإمكانية الاعتراف بآثار طلاق انفرادي موقّع بالخارج، شرط ألّا يكون اختيار المحكمة الأجنبية من الزوج مشوبا بالتحايل، وأن يتمكن الزوجان من الحضور والتعبير عن دفوعهما، وأن تُضمن الحقوق المالية للزوجة بالحكم على الزوج بأداء تعويضات عن طلاقه التعسفي ونفقة العدة ونفقة غذائية للهجر، حيث اعتُبر هذا القرار تحوّلا جذريا لأنه تغيّر من الدفع بالنظام العام أو عدم المساواة أو الغش إلى الاعتراف بشروط، والسبب فيه هو الدور الضعيف الذي يلعبه النظام العام والغش لكونهما قواعد فضفاضة لا تُقنع كثيرا، كما هناك دافع الخضوع للواقع والحرص على الواقعية فقد يكون من مصلحة الزوجة الخروج من زواجها، فلو رُفض كل طلاق انفرادي قد يعود عليها بالضرر حين تبقى بين وضعيتين قانونيتين متناقضتين، تكون مطلقة في بلدها الأصلي ومتزوّجة في فرنسا وهي حالة لا تحل مشكلة بل تزيدها تعقيدا، ومن يوم صدوره أصبح الاجتهاد يتعامل بلين وروية تجاه قضايا انحلال الزواج الانفرادي، وكان يمكن للمشرّع وضع قواعد ملزمة لكنه لم يفعل رغم عدد المسلمين الكبير في فرنسا، ربّما بسبب الحساسية المفرطة تجاه الدين فتمّ تركه للاجتهاد للفصل فيه حسب كلّ حالة، كما طرح فقه فرنسا أهمية التفريق بين نفس الطلاق وآثاره المالية، فيجب التشدد في الآثار والحقوق دون الفرقة؛ لأن الطلاق المكتسب خارجا بصفة قانونية يستفيد من الأثر المخفف، مع الاعتراف بالمستوى المعيشي بين الضفتين فليس من الحكمة أن ينظر القاضي الفرنسي إلى

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 268 وخالد بوعروس الزواج المختلط ص. 47

مقدار النفقة من زاوية فرنسية؛ وإلا صارت كلّ نفقة يقررها أحد القضاة المغاربة غير مقبولة لقلتها وعدم كفايتها.[1]

* **قضاء هولندا:** تطوّر تقنين هولندا بشكل ملحوظ في شأن الطلاق الانفرادي حين أصدر قانون 1981/3/25م المنظم لتنازع القوانين في مادة انحلال الزواج والانفصال، حيث نُص على الاعتراف بالطلاق الصادر من محاكم أجنبية إذا بُني على إرادة الزوج المنفردة ما شكّل منعطفا كبيرا، ففي المادة 2 اعتراف بالتطليق القضائي الصادر في دول أجنبية بشرطين: أن يكون القاضي مختصا وأن يحصل وفق محاكمة عادلة، وفي المادة 3 اعتراف بالطلاق الانفرادي بثلاثة شروط: أن يكون الطلاق موافقا لقانون الزوج، وأن يكون له آثار في البلد التي تم به، وأن يظهر بوضوح القبول الصريح أو الضمني للمرأة، وقد تجلّى فيهما وعيُ المشرع بالمشاكل المتراكمة قبل صدوره، لأنّ الجالية المسلمة في هولندا كبيرة فكانت الزوجة هي المتضررة نتيجة رفض الاعتراف باسم حماية المبادئ السائدة في المجتمع الهولندي، ويُعاب على المادة 3 اشتراط موافقة الزوجة الصريح أو الضمني بحجة إدراج مفهوم المساواة وفرضه على غير المسلمين، وهو صعب التحقيق لأنّ الأحكام الصادرة في دول الإسلام لا تذكر موافقة الزوجة بل قد تصرح بأنّها ترفضه، وأن الطلاق تمّ بطريقة تعسفية ما يعني نسف إيجابياتها، بهذا يتبيّن تردد المشرع في إدراجه لقاعدة تسمح باختيار الزوجين للقانون المطبق عليها بين الهولندي والشخصي، وقضت محكمة ابتدائية بلاهاي 1991/12/10م بتطليق الزوجة الهولندية من زوجها المغربي طبقا لقانون هولندا نتيجة اختيار الزوجة، وقضت محكمة ابتدائية "دنبوش" 2001/2/16م بالطلاق بين رجل مصري وامرأة مغربية وفقا للهولندي الذي اختاره الزوجان، فرغم كونهما مسلمين إلا أنهما اختارا القضاء الهولندي ما يُعدُّ مخالفة صريحة للشرع، ويبدو أنّ منح الأطراف الأجنبية حريّة الاختيار ينمو عن حيلة غير بريئة في استدراج الأزواج إلى القضاء الهولندي بدل الإسلامي، بسبب ضعف الوازع الديني والجهل بالتبعات الشرعية للولاء لغير المسلمين الذي قد يكون من كبائر الذنوب، ولما فيه من الإعفاء من عبء إثبات المضمون، والإحساس بعدالة الهولندي خاصة من الزوجات، وسهولة الحصول على الحكم التنفيذي خاصة إذا كان الطرفان يقيمان في هولندا.[2]

* **الاجتهاد والتشريع الجزائري والعربي:** صدر المدني الجزائري سنة 1975م بعد 13 سنة من الاستقلال، وكان القضاء قبله يتبع اجتهاد فرنسا بموجب قانون 1962/12/31م القاضي بتمديد العمل بالنصوص الفرنسية باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية أو ينادي بأفكار عنصرية، وكانت القرارات العليا حينها تضبط انحلال الزواج المختلط إمّا بالجنسية المشتركة مثل حكم محكمة الجزائر الشمالية 1972/7/13م في قضية "بياتريس" ضد "جان ماريط"، وإمّا بالموطن كما

[1] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 45
[2] المرجع السابق ص. 51

في قرار محكمة الجزائر الشمالية 1969/3/22م في قضية زوج لبناني متزوج بفرنسية: "الطلاق المختلط يخضع لقانون الموطن المشترك"، وبعد صدوره سنة 1975م اختار المشرع إخضاعه لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وأبقى عليه في تعديل 2005م من خلال المادة 12 مع إضافة فئة الانفصال، واختارت قوانين العرب التفريق بين الطلاق والتطليق في توقيت قيد الجنسية، فقيّدته في الطلاق بوقت التلفظ وفي التطليق برفع الدعوى، وهو أصلح لتتبيّن أهمية الطلاق اللفظي وفك العصمة، ثم للاعتبار الواقعي لأن الزوج قد يُطلق بتلفظ ثمّ يمكث مدة قبل رفع قضيته؛ فإذا طال الفصل كان من صالح الزوجين الحكم بقانون الطلاق وليس الدعوى، وهو ما جاء في المدني المصري المادة 13/ 2 والسوري المادة 14.[1]

المطلب الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الخلع

نبحث أولا نظرية الخلع التي أخرجت عن مقاصد تشريعها حين أصبحت عقدا يملك الزوج رفضه أو إنفاذه، ولتخفيف الظلم على الزوجة والسماح لها بالخروج من زيجة لا تحفظ كرامتها.

* **الخلع** بالفتح الإزالة والنزع وبالضم خلع المرأة زوجها، قال كعب: "مِنْ تَوْبَتِي أَنْ أَنْخَلِعَ مِنْ مَالِي"،[2] وقال أبو لبابة: "مِنْ تَوْبَتِي أَنْ أَنْخَلِعَ مِنْ مَالِي"،[3] وفي الحديث: "مَنْ خَلَعَ يَدًا مِنْ طَاعَةٍ"،[4] وشرعا: "فُرقةٌ بعِوضٍ بلفظ طلاق أو خُلع" أو "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة" أو "طلاق بعوض" أو "إزالة مُلك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه" أو "افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها".[5]

* **مشروعيته** قوله "**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**"،[6] **(البقرة 229)** وحديثُ ابْنِ عَبَّاس أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ أَتَتْ النَّبِيَّ فقَالَتْ: "مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ"، قَالَ: "أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟" قَالَتْ نَعَمْ قَالَ: "اقْبَلْ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً"،[7] وقال سَهْلٌ: "كَانَتْ حَبِيبَةُ ابْنَةُ سَهْلٍ تَحْتَ ثَابِتِ فَكَرِهَتْهُ وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا؛ فَجَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ فَقَالَتْ: "إِنِّي لَا أَرَاهُ فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللهِ لَبَزَقْتُ فِي وَجْهِهِ ولَا أُطِيقُهُ بُغْضًا" قَالَ: "أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ فَفَرَدَّتْ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ فَكَانَ ذَلِكَ أَوَّلَ خُلْعٍ فِي الْإِسْلَامِ"،[8] وقالت الرُّبَيِّع ضرب ثَابِتٌ امْرَأَتَهُ جَمِيلَة فَكَسَرَ يَدَهَا فَأَتَى أَخُوهَا يَشْتَكِيهِ؛ فَقال النبيّ: "خُذِ الَّذِي لَهَا عَلَيْكَ وَخَلِّ سَبِيلَهَا"،[9] وقد انعقد الإجماع

---

[1] جندولي فاطمة الزهراء انحلال الزواج ص. 21

[2] رواه البخاري باب إذا تصدق أو أوقف بعض ماله رقم 2757 ومسلم باب حديث توبة كعب رقم 2769

[3] رواه أبو داود باب فيمن أنذر أن يتصدق بماله برقم 3319 وهو صحيح الإسناد

[4] رواه مسلم باب الأمر بلزوم الجماعة عند الفتن برقم 1851

[5] ابن منظور لسان العرب 76/8 والزُّرقاني على خليل ت عبد السلام الكتب ط 1، 2002م 112/4 وابن عابدين 439/3 والنووي المجموع 5/17 وابن قدامة الكافي 95/3 وابن حجر الفتح 395/9

[6] تفسير القرطبي 139/1 وتفسير ابن كثير 613/1 والسيوطي الدر المنثور 672/1

[7] رواه البخاري باب الخلع وكيف الطلاق فيه برقم 5273

[8] رواه أحمد رقم 16095 قال الأرنؤوط: "حسن لغيره" وابن ماجه برقم 2056

[9] رواه النسائي باب عدة المختلعة برقم 3497 وسنده صحيح

على مشروعيته سوى ما رُوي عن بكر المزني التابعي أنه أنكره وقال بنسخه لقوله **"وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"**، (النساء 20) وليس كما قال؛ لأنّ من شرط النسخ تأخر الناسخ مع التعارض وتعذّر الجمع وهو ما لم يتحقق هنا، ويدلّ على جواز أخذ المهر مقابل الخلع قوله **"فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيئ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"**، (النساء 4) وزعم ابن سيرين وأبو قلابة وابن شبرمة عدم جوازه حتى تأتي الزوجة بفاحشة مبينة يتأولون القرآن على ظاهره في قوله: **"وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ"**، (النساء 19) وهم مسبوقون بالإجماع والنص، وأَوَّلُ خُلْع في العرب أَنَّ عَامِرَ بْنَ الظَّرِبِ أحد الملوك زوّج ابْنَته من بن أَخِيهِ فنَفَرَتْهُ فَقَالَ: "لَا أَجْمَعُ عَلَيْكَ فِرَاقَ أَهْلِكَ وَمَالِكَ وَقَدْ خَلَعْتُهَا مِنْكَ"، وخلع امرأة ثابت هو الأول في الإسلَامِ.[1]

*** اشتراط رضا الزوج لصحة الحكم بالخلع**

مذهب الأكثر أنّ الخلعَ اتفاقٌ بين زوجين لا يصح دون رضا الزوج فموافقته شرط صحة، ولا يصحّ إلا بلفظ منه بأن يقول: خالعتك، فإن لم يتلفظ لم يصح كالطلاق وفيه الصريح والكناية، حيث أجاز الحنفية وقوعه بلفظ المبارأة والطلاق والبيع والشراء والمباينة والمفارقة، وفصّل المالكية فجعلوا لكل نوع ما يناسبه، فالخلع والصلح والمبارأة والفدية كلها تؤول إلى معنى بذل العوض عن الطلاق إلا أن اختلافها يرجع إلى اختلاف صفات وقوعها؛ فالخلع بذل جميع المال على الطلاق، والصلح بذل بعضه، والافتداء بذل جميع الحق الذي أعطاها، والمبارأة ترك ما لها عليه من حقّ أو ترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق، وصريحه عند الشافعية: الطلاق والخلع والمفاداة، وعند الحنابلة: الخلع والمفاداة والفسخ،[2] والحاصل أنه عند الجمهور من أنواع الطلاق الواقع بتلفظ الزوج ورضاه قياسا عليه، وعند النظر في نصوص الخلع يتجلى أن هذا المذهب فيه تعسف فقهيّ؛ لأن الخلع إنما شُرّع خلاصا للزوجة ومنفذا لها تتخلص به من زيجة لا ترضاها، فيجوز بغير سبب من الزوج ولمجرد كره الزوجة لزوجها كما كرهت زوجة ثابت ثابتا، فيما جعله هؤلاء واقعا عليها بيد زوجها مصنّفا ضمن حق العصمة، قال الشافعيُّ: "الْخُلْعُ طَلَاقٌ فَلَا يَقَعُ إِلَّا بِمَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ "،[3] وقال العينيُّ: "الخلع يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية"،[4] وقال ابن حجر: "لهم فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْخُلْعُ مُجَرَّدًا عَنِ الطَّلَاقِ لَفْظًا وَنِيَّةً ثَلَاثَةُ آرَاءٍ هِيَ لِلشَّافِعِيِّ، أَحَدُهَا مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَنَّه طَلَاقٌ وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ"،[5] وقال ابن

---

[1] ابن حجر الفتح 395/9 والعيني البناية 507/5 وابن رشد البداية 89/3 وابن قدامة المغني 324/7

[2] حاشية ابن عابدين 414/3 والسرخسي المبسوط 172/6 وابن رشد المقدمات 560/1 والمواق التاج 268/5 والماوردي الحاوي الكبير 33/10 وابن قدامة المغني 329/7

[3] الشافعي الأم ج. 5 ص. 211

[4] العيني البناية ج. 5 ص. 510

[5] ابن حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري ج. 9 ص. 396

قدامة: "لَا يَحْصُلُ الْخُلْعُ بِمُجَرَّدِ بَذْلِ الْمَالِ وَقَبُولِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظِ الزَّوْجِ"،[1] وقال ابن حزم: "فَلَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ وَيُطَلِّقَهَا إنْ رَضِيَ هُوَ، وَإِلَّا لَمْ يُجْبَرْ هُوَ وَلَا أُجْبِرَتْ هِيَ إنَّمَا يَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا"،[2] وقال السرخسي: "لِلزَّوْجِ وِلَايَةُ إيقَاعِ الطَّلَاقِ وَلَهَا وِلَايَةُ الْتِزَامِ الْعِوَضِ"،[3] وقال الكاساني: "رُكْنُ الخلع الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الطَّلَاقِ بِعِوَضٍ فَلَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ وَلَا يُسْتَحَقُّ الْعِوَضُ بِدُونِ الْقَبُولِ"،[4] وعليه يستحب استجابة الزوج لمخالعة زوجته على عِوض ولا يُجبر لدفع الشقاق، قال البهوتي: "تُسَنُّ إجَابَتُهَا إذَا سَأَلَتْهُ الْخُلْعَ عَلَى عِوَضٍ"،[5] ويُحمل أمر الرسول ثابتا بأن يُفارق امرأته على أنه أمر إرشاد وإصلاح وليس فيه إيجاب وإلزام،[6] وهو توجيه غير صائب لأن الصحابة كانوا يُميّزون بين اللزوم والإرشاد، عن ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ يحبها وتكرهه؛ فَقَالَ النبي: "لَوْ رَاجَعْتِهِ" قَالَتْ: تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: "إِنَّمَا أَشْفَعُ" قَالَتْ: "لاَ حَاجَةَ لِي فِيهِ"،[7] يُستخرج منه اعتبار الكره الفطري لأنه لم ينكر وشفع دون إلزام،[8] وذكر لقيطُ بن صَبِرَة من طُول لسان امرأته، فَقَالَ النبيّ: "طَلِّقْهَا" قَالَ: "إِنَّهَا ذَاتُ صُحْبَةٍ وَوَلَدٍ"، قَالَ: "أَمْسِكْهَا وَأْمُرْهَا وَلَا تَضْرِبْ ظَعِينَتَكَ ضَرْبَكَ أَمَتَكَ".[9]

ورغم اعترافنا بإمامة وعلوّ قدر من سبق ذكرهم إلا أن مذهبهم لا يدل عليه دليل، ففي حديث امرأة ثابت أنها جاءت إلى النبي فحاورته وخلعت زوجها دون حوار معه ولا تلفظ، وغاية الأمر أنّ النبيّ أمره بتطليق زوجته، فيه أن القاضي يقبل خلع الزوجة إذا رأى منها بغضا دون مراعاة موافقته، ولم يُنقل أنه استشار ثابتا أو طلب موافقته، قال عبد الله بن أحمد سألت أبي: "إذا كره الرجل امرأته وأراد أن يخالعها؟ قال: "كَيفَ يكون هَذَا إِنَّمَا الْمَرْأَة الَّتِي تكرههُ كَمَا كرهت حمْنَة بنت سهل ثَابت بن قيس"،[10] فيه إشارة إلى أنه حقٌّ للمرأة وأنه طلاقٌ بإرادة منفردة منها في مقابل حق العصمة للزوج، ولها طلبه بأن تُفدي نفسها مقابل سراحها إذا أحست بالنفرة لقوله **"لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"**، (البقرة 229) حيث نَسَب الفداء إليها دون اشتراط رضاه، وفي حديث زوجة ثابت قبل النبيّ خُلعها دون استفسار بل لمجرد طلبها وتعليلها بغير تفصيل ولم يشترط موافقته، ولو كانت شرطا ما تأخر

---

[1] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 329
[2] ابن حزم المحلى بالآثار ج. 9 ص. 511
[3] المبسوط للسرخسي ج. 6 ص. 173
[4] الكاساني بدائع الصنائع 145/3
[5] البهوتي شرح منتهى الإرادات طبعة عالم الكتب ط 1، 1993م 57/3
[6] البهوتي الكشاف 212/5 وابن حجر الفتح 400/9 والزيباري أحكام الخلع دار ابن حزم ط1، 1997م ص. 78 وزيدان مدى حق الزوجة في الخلع المجمع الفقهي ع 24 سنة 2008م ص. 51
[7] رواه البخاري باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زوج بريرة برقم 5283
[8] بن مالك حسن أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد مجلة الحضارة الإسلامية مجلد 10 عدد 13 ص. 367 وراضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع مجلة الشهاب مجلد 7 عدد 2 سنة 2021م ص. 199
[9] رواه أحمد في المسند 310/26 رقم 16384 وأبو داود باب في الاستنثار رقم 142 وسنده صحيح
[10] مسائل عبد الله مع الإمام أحمد تحقيق الشويش طبعة المكتب الاسلامي ط 1، 1981م مسألة 1248

عن بيانه ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، ورغم هذا ينبغي للزوجة الاجتهاد في تحصيل رضا زوجها والاتفاق معه؛ فإن وافق وقع الخلع بتوافقهما دون حاجة لحكم منشئ بل مثبت فقط مثل طلاق التراضي، ولا يفتقر الخلع المتوافق عليه إلى حكم حاكم، قال أحمد واسحاق: "يجوز الخلع دون سلطان"،[1] وفي المدونة: "قُلْنَا لِمَالِكٍ أَيَجُوزُ الْخُلْعُ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ؟ قَالَ: نَعَمْ جَائِزٌ"،[2] وقال الشافعي: "تَجُوزُ الْفِدْيَةُ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَدُونِهِ"،[3] ويُروى عن عمر وعثمان،[4] وهو قول عامة أهل العلم لم يخالف إلا ابن سيرين والحسن لامتلاك الزوج ولاية إيقَاعِ الطَّلَاقِ وَالزوجة وِلَايَة الْتِزَامِ الْعِوَضِ؛ فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ حَضْرَةِ السُّلْطَانِ،[5] فإن أبى رفعت أمرها إلى القاضي فيبعث حكمين فإذا ظهر لهما قبول الخلع قبلاه وأمضاه القاضي ولو دون رضا الزوج، وإن لم يقبلاه رفعت أمرها للقاضي ثانية فيحكم بالخلع، وهنا يكون حكمه كالتطليق للضرر، الفرق بينهما أنه في التطليق يملك الردّ وفي الخلع لا، ودوره هو الإثبات والنظر في الآثار لأنه حق لها مقابل حق الزوج في الطلاق، قال عمرُ: "إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهنّ"،[6] وقال ابْن الْمُسَيِّبِ فِي الْمُخْتَلِعَةِ: "إِنْ كَانَتْ نَاشِزَةً أَمَرَهُ السُّلْطَانُ أَنْ يَخْلَعَ"،[7] وقال أحمد: "قال قوم الخلع ليس بطلاق"،[8] وإليه مال ابن رشد: "الفقه أن الفداء جُعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق"،[9] والحاصل أنّ الكره الفطري كاف لقبول الخلع ولا يُشترط الضرر، ويحق للحاكم تقنين ما يراه مناسبا للحد منه وحفظ كيان الأسرة،[10] وربّما كان سبب اشتراط الموافقة الخوف من تعارضه مع نظرية العصمة المتفق عليها، والحقّ أنّه لا معارضة؛ لأن الزوج يمكنه إيقاع الطلاق بمجرد التلفظ دون قضاء، أما هي فلا يمكنها الخلع بمجرد التلفظ بل ترضيه أو تمرّ على الحكمين أو القضاء، ويملك الحكمان أو القاضي خلعها دون موافقته، وكأن الخلع من هذه الزاوية يُشبه التطليق لسبب غير ظاهر كالبغض، والزوج يملك العصمة باللفظ فمن العدل أن يجعل للزوجة نفس الحق، لأنّ الإسلام لا يرى المرأة أقل من الرجل بقوله "**وَلَهُنَّ مِثْلُ**

---

[1] الكوسج المروزي مسائل الإمام أحمد واسحاق ج. 4 ص. 1972

[2] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 247

[3] الشافعي الأم ج. 5 ص. 211.

[4] البخاري معلقا عن عمر 46/7 وصله ابن أبي شيبة 18468 وابن أبي شيبة عن عثمان 18470

[5] الشافعي الأم 211/5 وابن قدامة المغني 324/7 والمرداوي الإنصاف 382/8 والعيني البناية 507/5 وابن حجر الفتح 396/9 والحطاب المواهب 19/4 والسرخسي المبسوط 173/6 والهلالي أحكام الخلع في الإسلام طبعة المكتب الاسلامي ط 2، 1395 هـ ص. 75 وراضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع ص. 199

[6] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 14968 وابن أبي شيبة في المصنف برقم 19261 ومعنى "تكفورهن" تنكروا عليهن كقول النبي في حديث البخاري برقم 29 "يكفرن العشير" أي ينكرنه.

[7] رواه ابن أبي شيبة برقم 18475

[8] مسائل الإمام أحمد رواية ابن أبي الفضل صالح طبعة دار العلمية الهند مسألة رقم 1600 ج. 3 ص. 178

[9] ابن رشد بداية المجتهد ج. 3 ص. 9

[10] أبو زهرة الأحوال ص.339 والسرطاوي الأحوال ص.288 والسيد سابق فقه السنة الكتاب العربي ط 3، 1977م 299/2 والزيباري الخلع ص.79 وعابدي حق الزوجة ص.132 والطهطهاوي تنبيه الأبرار بأحكام الخلع الكتب العلمية ط 1، 2003م ص. 30 وراضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع ص. 200

الذّي عَلَيْهِنّ"، (البقرة 228) وقد صرّح بعدم الاشتراط الشوكاني والصنعاني، وأفتى به ابن تيمية لبعض الحكام المقادسة.[1]

* **موافقة الزوج على الخلع في القانون:** تمّ سنة 2005م تعديل المادة 54 أسرة وإدراج لفظة "دون موافقة الزوج" وهو تعديل موفقٌ لموافقته روح الشريعة ومقصد تشريع الخلع، لكن الصواب خان المشرع حين أهمل إيجاب الصلح وبعث الحكمين كما فعل في الطلاق الانفرادي؛ ما أدّى إلى زيادة حالات الخلع إلى مستويات هائلة، ففي سنة 2003م قبل التعديل كان العدد 2000 حالة سنويا ثم في سنة 2013 أي بعد 8 سنوات ارتفع إلى نحو 20 ألفا حالة، أما سبب الإدراج فهو تكريس الاجتهاد المستقر عليه منذ سنة 1997م؛ لأن القاعدة كانت مبهمة لا يُفهم منها اشتراط قبول الزوج من عدمه ما أدّى إلى تناقض الاجتهاد،[2] وقد ساهم التعديل في توحيد الاجتهاد،[3] كما قرّر المشرّع زع صلاحية موافقة الزوج على مقدار التعويض، فجعله تحت سلطة القاضي وقام بتسقيفه بمهر المثل؛ ما اعتُبر تعسّفا في حقه ومنحا لسلطة كاملة للزوجة والقاضي على حسابه، فكأن المشرع ابتدع مذهبا ملفقا فإن هما تراضيا على تجاوز المهر جاز وإذا اختلفا لم يجز،[4] فيما وُفق المشرع المصري في أخذه بعدم اعتبار الموافقة في المادة 20 قانون رقم 1: "للزوجين أن يتراضيا بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقوها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه"، وقد وقع نقاش بين مكوّنات المجتمع بعد صدوره بين مؤيد ورافض بحجة مخالفة الشرع، ويُشترط للحكم أن تبغض الزوجة زوجها بغضا لا يمكن معه الاستمرار، وأن ترد المهر أو ما تراضت عليه مع زوجها كي يتحقق لها الخلع، وألا يتمكن القاضي من الإصلاح بينهما بعد محاولة جادّة، وفي صيغة المادة 92 أحوال موريتاني ما يشير إلى اختيار هذا الرأي: يصح الطلاق بعوض من المرأة...إذا وقع الخلع على الوجه الممنوع مضت الفرقة ولم يكن للزوج شيئ، وفي المادة 126 أحوال أردني: "إذا لم يتم

---

[1] الشوكاني الدراري المضية الكتب العلمية ط 1، 1987م 227/2 والصنعاني سبل السلام 245/2 وابن مفلح الفروع تح التركي الرسالة ط1، سنة 2003م 417/8 وبن صغير قضايا الطلاق ص. 183 والمطري فقه الخلع رسالة جامعية 2012م ص. 25 وراضي عبد الإله الموافقة على الخلع ص. 201

[2] **قرارات تلزم**: قرار1968/3/13م و1969/2/19م نشرة سنوية 1969م ص.266 و1969/3/12م و1969/5/22م و1976/2/23م رقم1267: "لا يجوز للقاضي أن يصرح بالخلع من تلقاء نفسه ولابد من وجود التراضي"، و1984/6/11م رقم 33652 و1988/11/21 رقم 51728 مجلة قضائية 1990 ع 03 ص.72، و1991/4/23م رقم 73885، **قرارات لا تلزم**: 1992/7/21م رقم 83603 و1994/0/19م رقم 103793 و1996/7/30 رقم 141262 و1999/3/16م رقم 216239 م ق ع خ 2001 ص.138

[3] قانون صلاحيات العليا 11/ - 2011/7/26م: اجتماع الغرف إذا تغير الاجتهاد بأمر من الرئيس، لم يطبق ذلك في تغيير اجتهاد الخلع والمادة جاءت بصيغة الجواز، ويفتخر الفرنسيون أن نقضهم لم تغير اجتهادها في مسائل منذ 1810م: القاسمي نظام الحكم ص. 104 وحبار الاجتهاد القضائي ص. 16

[4] عبد العزيز سعد قانون الأسرة ص. 130 ولحسين بن الشيخ المنتقى ص. 411 ومرمول موسى دروس قانون الأسرة ص. 85 وراضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع ص. 205

الصلح حكمت المحكمة في الخلع بتطليقها عليه بائنا"، ومثله في المادة 114 قانون أحوال مؤقت رقم 36 سنة 2010م، ووضعت الإمارات استثناءً المادة 111 أحوال:"إذا كان رفض الخلع من جانب الزوج تعنتا وخيف ألا يقيما حدود الله حكم بالمخالعة مقابل بدل مناسب"، وأبقت غير هذه الدول على اعتبار الخلع حقا للزوجين معا لا يمكن إيقاعه إلا بموافقتهما كأنه مصنف في نوع التراضي، وهو تصنيف غير صائب لأن التراضي ليس فيه إلا تنازل عن الحقوق والبدل من صميم الخلع وأساسياته، وعلى اشتراط الموافقة المادة 96 أحوال سوري: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر"، والمادة 118 قطري: "الخلع حل عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع أو ما في معناه"، والمادة 96 كويتي: "للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع"، والمادة 73 يمني: "يتم الخلع بالرضا بين الزوجين أو ما يدل عليه عقدا كان أو شرطا ويشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق"، والمادة 46 عراقي: برضاهما وإيجاب وقبول أمام القاضي ويعتبر من قبل الزوج يمينا ومن قبل الزوجة معاوضة، وفي المادة 2/120 مدونة المغرب أحقية الزوجة في فراق زوجها بمخالعة عن طريق إدراج الدعوى في الشقاق؛ ما يعني تصنيف الخلع بغير موافقة الزوج في التطليق للشقاق، وفيه توسط بين من أجازه ومن منعه، ويبدو أن الجزائر ومصر ومن معهما كانوا أكثر توفيقا.[1]

* **طبيعة الخلع الشرعية** الراجح أنّه مكروه كراهة تنزيه كالطلاق،[2] بهذا يُجمع بين مشروعيته وما ورد في ذمه كحديث: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"،[3] وحديث: "المختلعات والمنتزعات هن المنافقات"،[4] ثم اختلفوا في كونه طلاقا أم فسخا؟ فقال الحنفية والمالكية والشافعية: طلاقٌ بائنٌ لقول النبي: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، وفي رواية: جعل الخلع تطليقة،[5] وشذّ ابن حزم فقال: طلاق رجعيّ لأن البائن هو الثلاث أو قبل الدخول فقط، ولا يُعقل هذا المنحى وإلا كيف يُؤذن للزوجة بالفداء بمالها ثم يُمنح لزوجها حق الرجعة، والفداء لا يحصل دون بينونة؟! وقال الحنابلة: فسخ وهو مرويّ عن طاوس وعكرمة وأبي ثور واسحاق وابن المنذر وداود والشافعي في القديم، دليلهم أن ابن عباس أفتى به وهو راوي حديث الخلع، أجيب أن العبرة بالرواية لا الفتوى كما تقرر في المصطلح، وفسّر ابن تيمية التطليقة بأنها تعني الفسخ كما في حديث فيروز الديلمي لما أسلم وتحته أختان فقال النبي: "طلّق أيتهما شئت" فعمد إلى أسبقهما صحبة ففارقها"،[6] وقال أحمد: "لم يثبت عن أحد من الصحابة أنّه طلاق وثبت عن ابن عباس أنه فسخ"، واحتج له ابن عباس بقوله "**الطَلاَقُ مَرَتّانِ**" (البقرة

[1] زيدان الخلع ص.57 وفاروق الوسيط ص. 223 وراضي الموافقة الخلع ص.204
[2] عامر الزيباري أحكام الخلع ص. 65
[3] رواه أحمد رقم 22379 والترمذي برقم 1187 وابن ماجه برقم 2055 كلهم عن ثوبان وإسناده صحيح
[4] رواه الترمذي برقم 1186 وأحمد برقم 9358 وفي إسناده انقطاع بين الحسن وأبي هريرة رضي الله عنه
[5] الأول البخاري أعلها بالإرسال الثانية البيهقي السنن 14865 من طريق عباد بن كثير ضعيف
[6] رواه أبو داود باب فيمن أسلم وعنده أكثر من أربع برقم 2243 وسنده صحيح

229) التي ذُكر فيها الخلع بين الطلاق الثاني والثالث ولو كان الخلع طلاقا لكانت أربع تطليقات،[1] يؤيده أنّ النبي أمر امرأة ثابت أن تعتد بحيضة واحدة.[2]

الراجح أن الخلع فسخٌ لأن الطلاق حقّ الرجل والخلع حق المرأة فافترقا؛ ولأن الطلاق رجعيّ والخلع غير رجعي، وفي جعله فسخا توسعة على الزوجين في عدم احتسابه في العدد، وفيه منع التدخل بين الزوجين كأن يقوم أحد بدفع عوض للزوج مقابل خلع زوجته؛ ولأنّه هو الثابت عن ابن عباس، ولإتاحة الفرص للرجعة فلا تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة.[3]

* **شروط صحة الخلع:** الجمهور على عدم العضل ومذهب الحنفية أنّ من عضل أثم وصحّ خُلعه، دليل الجمهور قوله **"وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ" (النساء 19)** وقوله **"وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا"، (البقرة 229)** وحديث: "اللهم إني أحرج عليك حق الضعيفين"،[4] وقال الحنفية: النهي للإيحاش فلا يبطل بالعضل كالبيع وقت النداء، ويترجح مذهب الجمهور،[5] واشترط الظاهرية وابن المنذر الشقاق لقوله **"إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ" (البقرة 229)**، ومذهب الجمهور عدم اشتراطه ويكفي الكره الفطري وهو أرجح،[6] ومذهب الظاهرية والزيدية وأبي ثور وقول للحنابلة منع الخلع من غير الزوجة؛ كأن يخالع الأب، وفصّل المالكية بين ما فيه مصلحة رفع الظلم وما ليس فيه، والجمهور على الجواز، والحق أنّ إجازة الخلع من غير الزوجة البالغة العاقلة مناف لروح الإسلام، ولا ولاية لأحد على بالغ عاقل ولو كانت أنثى سوى في النكاح على خلاف، لهذا قال أبو ثور: "إجازة الخلع من غير الزوجة سفه لا خير فيه"، وقد يقدم أيّا كان على خلع زوجةٍ منْ زوجها والنبي يقول: "ليس منا من خبّب امرأة على زوجها"،[7] وفي رواية "مَنْ أَفْسَدَ امْرَأَةً على زوجها فليس منا"،[8] ويترجح المنع.[9]

* **الخلع السنيّ والبدعيّ:** الراجح أنه لا بدعية فيه لأن من يُخشى عليها الضرر بالفراق في حيض قد طلبته وهي أعرف بمصلحتها، وخالف الشيعة

---

[1] رواه ابن أبي شيبة برقم 18451

[2] رواه الترمذي باب ما جاء في الخلع برقم 1185 وسنده صحيح

[3] مختصر المزني 52/4 والسرخسي المبسوط 177/6 وابن قدامة المغني 320/7 وابن حزم المحلى 511/9 وابن حجر التلخيص 231/3 والجامع لابن تيمية ص.658 وابن رشد البداية 91/3 وابن تيمية المجموع 301/32 والشربيني المغنى 367/3 والمرداوي الإنصاف 392/8 وابن القيم الزاد 36/4

[4] رواه أحمد برقم 9666 وابن ماجه برقم 3678 وسنده صحيح

[5] المدونة 241/2 والخرشي 21/4 والبابرتي العناية 215/4 والشيرازي المهذب 489/2 والمرداوي الإنصاف 385/8 والكاساني البدائع 150/3 وابن رشد البداية 90/3 والعيني البناية 511/5

[6] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 441 والنووي المجموع ج. 11 ص. 352 وابن المنذر الإشراف ج. 5 ص. 260 وابن حزم المحلى ج. 9 ص. 511 وابن رشد البداية ج. 3 ص. 90

[7] رواه أبو داود برقم 2175 قال الذهبي: "هو على شرط البخاري"

[8] رواه أحمد برقم 9157

[9] ابن حزم المحلى526/9 والرعيني المواهب19/4 والمرداوي الإنصاف389/8 والطهطهاوي الخلع 33

والإباضية وبعض المالكية فحرّموا بدعته لأنه أمر تعبدي، ولا معنى لقولهم لكونه من المعاملات المعقولة المعنى الواضحة الحكمة.[1]

* **مقدار عوض الخلع:** أجاز المالكية والشافعية والظاهرية الزيادة على المهر ديانة وقضاء، ويُروى عن عثمان وابن عمر وابن عباس والنخعي، لعموم آية الخلع ولحديث أَبِي سَعِيدٍ: "كَانَتْ أُخْتِي تَحْتَ رَجُلٍ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَدِيقَةٍ، فقال الرَسُول: "تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَيُطَلِّقُكِ قَالَتْ نَعَمْ وَأَزِيدُهُ"،[2] ولا يصح، ومنع الحنابلة والحنفية الزيادة ديانة وصححوها قضاءً إذا رضيت الزوجة وهو قول سعيد وطاوس وعطاء والزهري، واستحب الطبريُّ ألا يأخذ منها شيئا تكرّما فيخالعها بلا بدل، فيه مروءة لكنه يخالف القرآن الذي أجاز الفدية، وقيل لا يأخذ أكثر من المهر ديانة وقضاء يُروى عن علي وعكرمة والشعبي وحماد والحسن لقوله **"وَلَا يَحِلّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّا آتَيْتُمُوهُنّ شَيْئًا"** (البقرة 229) فيها تحريم أخذ المهر بعد الدخول واستثناء حالة الخلع ولرواية "أما الزيادة فلا"،[3] والراجح قول من أجازها لأن القصد هو خلاص الزوجة فإذا رضيت صحّ، ومنع الجمهور غير المال في العوض وتوسّع المالكية فأجازوا كلّ شرط لا يخالف القواطع ومذهب الجمهور أرجح.[4]

* **عدة المختلعة:** قيل تعتد بحيضة واحدة يُروى عن عثمان وابن عمر وابن عباس وإسحاق وابن المنذر ورواية لأحمد، لحديث الرُّبيع أنها اختلعت في عهد النبيّ فأمرها أن تعتد بحيضة،[5] وحين خلعت امرأة ثابت أُمرت أن تعتد بحيضة،[6] ومذهب الجمهور ومشهور قول أحمد أنّ عدتها ثلاثة قروء، والراجح اعتدادها بواحدة لأن الحكمة من جعلها ثلاثة قروء هو تطويل العدة لتسهيل الرجوع، وهو غير جائز في الخلع لأنه فرقة بائنة فتعتد بواحدة تبرئة لرحمها.[7]

* **الخلع مع اختلاف الجنسية:** نظام الخلع من خصائص التشريع الإسلامي لا يعرفه اليهود الذين يُقرون بالطلاق الانفرادي للرجل ويعترفون بالتطليق لأسباب مشروعة، وإن كانت بعض طوائفهم قد عملت به، ولم يأت على بال منظري الديانة المسيحية الذين يُحرّمون الفرقة إلا استثناء فلا يُتصور خلع إلا من مسلمَيْن، وإذا طلبت زوجة مسلمة أجنبية تحمل جنسية دولة غير إسلامية الخلع من زوج مسلم أجنبي أمام القضاء الجزائري، وجب على القاضي عدم تطبيق المادة 12 مدني التي توجب تحكيم قانون الزوج وقت رفع الدعوى لأنه يحرمها من حقها، بل يدفعه

---

[1] ابن قدامة المغني 324/7 وابن عابدين 441/3 وابن أبي زيد النوادر 89/5 والمواق التاج 304/5 والماوردي الحاوي 8/10 والرملي نهاية المحتاج 4/7

[2] الدارقطني رقم 3627 سنده ضعيف، الشوكاني نيل الأوطار 297/6

[3] رواه ابن ماجه باب المختلعة تأخذ ما أعطاها برقم 2056

[4] الدسوقي 351/2 والمرغيناني الهداية 261/2 وابن رشد البداية 89/3 والنووي المجموع 9/17 وابن قدامة المغني 325/7 وابن حجر الفتح 402/9 وراضي عبد الإله الموافقة على الخلع ص. 205

[5] رواه الترمذي بسند صحيح برقم 1185

[6] رواه أبو داود برقم 2229 قال ابن تيمية في الاختيارات ص. 668: "يتقوى بمجموع طرقه"

[7] ابن القيم زاد المعاد 33/4 وموافي جامع اختيارات ابن تيمية ص. 668 وعمرو الجامع ص. 252

بمخالفة النظام العام الجزائري الذي يجيز في قواعده الآمرة الخلع، وقد أهمل المشرع الجزائري التطرق لنظرية الخلع في قواعد التنازع اعتقادا منه ربّما بعدم الجدوى؛ لأن الأجانب في الغالب لا يدينون بالإسلام ولا يوجد نظام الخلع عندهم، والحق أنه من الأصول التي أقرّها رب العزة فوجب إعماله لكل مسلمة تطلبه، ولو كان القانون الواجب التطبيق لا يعرفه، وعليه يجب على كل قاض مسلم تطبيق أحكامه على كل زوجة مسلمة رفعت أمرها أمام القضاء ليحفظ كرامتها وحقها، وأكاد أجزم أن القضاء الغربي لن يفهم نظرية الخلع لأنه بالكاد بدأ يتأقلم مع الطلاق الانفرادي، ولعلّ ما اشتهر عندهم من التمييز الإيجابي نحو المرأة يشفع له عندهم، لأنّنا نسمع عن مساوئ التشريع الإسلامي عند الغربيين وأتباعهم فيما يخص حقزق المرأة، لكننا لا نقرأ لهم إذا كانت القضية في صالحها.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق القضائي والشرعي

تمهيد

يعترف النظام القضائي العالمي بالتطليق ويجعله سبيلا للخلاص من زيجة غير مقبولة، وهو مُدرج في كلّ النظم الإسلامية واللاتينية والأنجلوسكسونية، وتختصّ النظمُ الغربية بنظرية الانفصال الجسماني ربيبة التطليق وتزيد الإسلامية الشرعي، نتطرق لأثر اختلاف الجنسية عليها في مطالب:

المطلب الأول: أثر اختلاف الجنسية على التطليق والانفصال

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق الشرعي

المطلب الأول: أثر اختلاف الجنسية على التطليق القضائي والانفصال

اختارت كلّ دولة ما تراه صالحا لرعاياها في اختيار ضابط التطليق، وحاولت اتفاقية لاهاي 1902/6/12م لتنازع التطليق ضبطه في المادة 1: "لا تقبل دعوى التطليق إلا إذا اتفق قانون جنسية الزوجين وقانون المحكمة المرفوعة أمامها على إجازة التطليق"، وقد صارت هذه القاعدة غير ذي جدوى لانعدام منع الطلاق اليوم، أما في العصر الذي أُبرمت فيه فكانت أوروبا تمنعه تبعا للمتوارث، والهدف منها منع الازدواجية في الطلاق؛ بأن يكون أحدهما مطلقا في قانون ومتزوجا في آخر كما في قضية "فراري"، فإذا اختلفت الجنسية فإنّ المادة 8 أوجبت تطبيق قانون آخر جنسية مشتركة، وأهملت عدم الاشتراك، وتحصُر الدول اللاتينية والإسلامية الضبط بالجنسية المشتركة أو الموطن أو آخر جنسية مشتركة، أو قانون جنسية الزوج وقت الإبرام أو رفع الدعوى أو التلفظ، أما الأنجلوسكسونية فتُسند الكلّ إلى قانون القاضي على اعتبار أنّ توطين الزوجين أو أحدهما إنّما يقع في بلاده، وهي مدرسة معروفة بميولها إلى الضبط بالموطن الذي ما لا يرقى إلى حلّ الإشكالات.[1]

* **اجتهاد وتشريع فرنسا:** كان بداية لا يخوض في قضايا الطلاق المختلط أو قواعد التنازع في انحلال الزواج المختلط؛ لأنه كان يرى أنّها من المسائل الشخصية

[1] دربة أمين قواعد التنازع ص. 48

التي تتبع القانون الشخصي للزوجين، خاصة أنها كانت نادرة الوقوع لعدم انتشار الزواج المختلط بسبب تنافر المجتمعات، ولأن الزوجة كانت تتحصّل على جنسية زوجها بقوة القانون بموجب نظرية وحدة الجنسية، فكان من النادر وقوع تنازع للقوانين في قضية طلاق مختلط، ثمّ سرعان ما ظهرت عوامل جعلته يهتم بها مثل تطوّر حركة الهجرة وزيادة حالاتها وانتشار الزيجات المختلطة، والترخيص القانوني للمرأة المتزوجة زواجا مختلطا بأن تحافظ على جنسيتها الأصلية بناء على نظرية الأثر المخفف في وحدة الجنسية، فبدأت تتجلى الاجتهادات الفرنسية حول هذا الموضوع والمجال المستجد، فقضى اجتهاد فرنسا أولا بقانون جنسية الزوجين المشتركة وفي حال اختلافها طبّق على كلّ واحد قانونه تطبيقا موزعا، حتّى في حالة منع قانون أحدهما للطلاق كما في قضية "فيراري" **Ferrari** امرأة تزوجت من إيطالي اسمه "فراري"، تحصلت على الجنسية الإيطالية بحكم وحدة الجنسية، وبعد خلاف رفعت قضية طلاق أمام محكمة إيطالية فتحصلت على الانفصال لأن إيطاليا لم تكن تسمح بالطلاق، ثمّ توجهت إلى فرنسا وكانت تجيزه فرُفضت دعواها لكونها إيطالية فاسترجعت جنسيتها الفرنسية وتحصلت على الطلاق من محكمة فرنسية باعتبار التطبيق الموزّع، فنتج عنه ظهور حالة غريبة مفادها أنّ الزوجين "فراري" كانا متزوجين في نظر القانون الإيطالي ومطلقين في نظر الفرنسي؛ ما أدّى بالاجتهاد إلى التطوّر واعتماد قانون الموطن المشترك إذا اختلفت الجنسية مثل قضية "ريفيير" **Riviere** بتاريخ 1953/4/17م و"لو أندويسكي" **Lew andwski** بتاريخ 1955/3/15م، ويُقصد بالموطن الإقامة الفعلية التي تثبتها الأدلة والقرائن لا مجرد العبور أو المقرّ الزائف، ثمّ وقعت قضية "توريد" **Tawrid** بتاريخ 1961/5/5م وهما زوجان يملكان جنسية مختلفة وموطنا مختلفا، حيث كان الزوج بولونيا يسكن بريطانيا والزوجة فرنسية تسكن فرنسا، فاضطر القضاء إلى التطوّر وتطبيق القانون الفرنسي، ثمّ استقر الأمر على هذا الترتيب بأن يُحكم بقانون جنسية الزوجين المشتركة فإن لم يكن فالموطن المشترك فإن لم يكن فالقانون الفرنسي، بقي الحال عليه إلى غاية تقنين المادة 310 سنة 1975م التي عُدلت بالمادة 309 من الأمر 05-759 الصادر 2006/7/4م المعدل للقانون رقم 75-617 الصادر 1975/7/11م: "يُطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال: إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية، وإذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا، أو حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة"، وقد تبلورت المادة 309 بداية بتطبيق قانون الجنسية المشتركة ثم قانون جنسية كل زوج حسب المنهج الموزع مرورا بقانون الموطن المشترك الفعلي إذا اختلفت الجنسية، وصولا إلى قانون القاضي عند اختلاف الجنسية والموطن، وقد لقيت انتقادات لاذعة بسبب تناقضها وتشدّدها في تطبيق قانون فرنسا على الأجانب، حيث أنها خالفت المتعارف عليه في نظرية التنازع التي تجعل قاعدة الإسناد إما تسند للقانون الأجنبي أو الوطني حسب اعتبارات، أما هي فكأنّها مادة موضوعية تذكر حالات اختصاص القانون الفرنسي،

خاصة أنّها تُشكل خليطا من الوحدة القومية عند اعتبارها الجنسية المشتركة ثم الموطن المشترك، وهو ما لم يُعهد في المدرسة الفرنسية وإنما عُرف في الأنجلوسكسونية، وفي حرصها على تطبيق القانون الفرنسي دليل على سعي المشرّع بكلّ جد لتطبيق قانونه، فهو يُطبقه إذا كان الزوجان فرنسيان أو أحدهما وإذا كانا يسكنان فرنسا أو أحدهما، وإذا كانا لا يحملان الجنسية الفرنسية ولا يسكنان بها لكنّ القانون الواجب التطبيق لا يعترف بمؤسسة الطلاق كما في قرار للنقض 1979/7/10م في قضية زوجة فرنسية مع زوج إيرلندي لا يعترف قانونه بالطلاق، ويتجلّى في هذا التصرّف تعالي الاجتهاد الفرنسي؛ فكأنه يظنّ بأن الولوج داخل تحت ظلال عدالة فرنسا مظنة للإنصاف، وهو ظنّ خائب لا محالة.[1]

* **التشريع الأنجلوسكسوني:** تميل أمريكا وكندا وبريطانيا إلى إسناد قضايا الطلاق المختلط إلى قانون القاضي باعتبار توطين الزوجين أو أحدهما، أو على أساس أنها تمس النظام العام والآداب العامة، وقانون الموطن هو الأساس بسبب رغبتهم في توطين المهاجرين في دولهم، وفي ذلك مخالفة صريحة لارتباط القانون الشخصي بحالة الشخص وهويته.[2]

* **قانون الجزائر:** مرت نظرية التنازع بثلاثة مراحل: **الأولى** قبل إصدار المدني سنة 1975م أين كان القضاء يعتمد على الاجتهاد الفرنسي الذي يُفرّق بين أن تكون جنسية الزوجين واحدة فيخضعها لقانون جنسيتهما، وبين أن تختلف فيخضعها لقانون الموطن المشترك، فإذا لم يكن لهما موطن مشترك طبق قانون موطن الزوج بحكم أن الزوجة في الغالب تتبع مكان سكن زوجها، **الثانية** بعد صدور المدني سنة 1975م تمّ إدراج المادة 12: "يخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، ولم يميّز بين الطلاق الانفرادي وباقي الأنواع كالخلع والتطليق، **الثالثة** سنة 2005م قام بتعديل جلّ المواد الخاصة بنظرية التنازع، وأغلبه يتماشى مع المواقف الفقهية الأخيرة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، فعُدّلت المادة 12 وتمّ إسناد فئة انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والهدف من التقييد بوقت رفع الدعوى هو منع الزوج من التلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة لتفعيل المادة 49 من الأسرة: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"، وتقليل الخلاف حول كون حكم التطليق منشئا أي أن القاضي هو من يطلق؟ أم مثبتا بمعنى أن الزوج هو من طلّق واختص القاضي بالإثبات فقط؟ وكأن المشرّع رأى بأنه بهذا التوحيد لقاعدة الإسناد سوف يتخلص من المعضلة لكن هيهات! فما زال الرجال يُطلّقون أزواجهم تلفظا بحكم أنّ الطلاق ليس معاملة عادية تتمّ بعد فكر وروية وإنّما يصدر تحت تأثير الغضب والتهوّر، فرغم أن توحيد فئة الطلاق والتطليق وقع سنة 1975م إلا أن الطلاق الانفرادي مستمرٌ ولا يزال الخلاف حول

[1] جندولي انحلال الزواج ص. 20 و ص. 50 ودربة أمين قواعد التنازع ص. 50
[2] جندولي فاطة الزهراء انحلال الزواج في القانون الدولى الخاص ص. 21

حكم القاضي هل هو منشئ أم مثبت قائما؟[1] كما خالف المشرع بهذا التوحيد مجمل القوانين العربية التي أسندته إمّا على أساس الجنسية المشتركة أو وقت رفع الدعوى أو وقت التلفظ بالطلاق، حيث انتقد اختياره بأنّه يظلم الزوجة لأنها قد تتفاجأ بقانون لم تكن تعلمه يوم زواجها، وبأن الزوج نفسه التي ربطت القاعدة حكمها بقانون جنسيته قد يُفاجأ بأنه تحت طائلة قانون لم يكن يعرفه في حالة تغيير جنسيته، فكان الأنسب ضبط الفئتين بقانون الزوج يوم انعقاد الزواج لأن فيه إعلام للزوجين بما سوف يُحاكمان به في حالة الفرقة بينهما، أجيب بأن الربط بيوم الانعقاد قد يؤدي إلى محاكمة الزوج بقانون لا يرتبط به إذا غيّر جنسيته، وانتقد توحيد فئتي الطلاق والتطليق بأن الزوج قد يطلق زوجته لفظا فيقع طلاقه شرعا ثمّ يمكث مدة قبل أن يرفع الدعوى فإذا غيّر جنسيته حُكم عليه بقانون مختلف عن القانون الذي طلّق فيه، أجيب أنه نادر والنادر لا حكم له، أجيب بأن القول بالندرة تحكّمٌ بلا برهان فلا يزال الرجال يطلقون نساءهم ويمكثون مدة قبل لجوئهم إلى القضاء، ودافع البعض عن اختيار الجمع بأنّ فيه إشارة إلى تبنيّ المشرع لموقف جاد من إلغاء الطلاق الانفرادي، وفيه توسط بين قانون تونس الذي ألغاه وجرّمه وبين باقي الدول العربية التي، وقد أشرنا إلى أنّ هدف الإلغاء لم يحصل بحكم ارتباط الطلاق والعصمة بأحكام الشريعة والانفعال البشري، لهذا فإن ما تبنته الدول العربية يكون أقوى مما اختاره الجزائري لما فيه من احترام ضمير الأمة وهويتها التي تنص على امتلاك الزوج حق طلاق زوجته بإرادته كما سبق ترجيحه.[2]

* **القانون العربي:** فرّقت دول عربية بين الطلاق والتطليق في إسناد القانون الواجب التطبيق؛ فجعلت للطلاق الانفرادي ضابط قانون الزوج وقت التلفظ وللتطليق قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، كما في المادة 14 من السوري والمادة 2/13 من المصري والمادة 13 من المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 1/13 من المدني الليبي، ولا تخفى فائدة التفريق بين الوقتين لما فيه من ترسيخ لما ثبت في الشرع من العصمة الزوجية، وربطا للطلاق بمسببه والتطليق بوقت وقوعه.[3]

* **قانون الكويت:** في المادة 40 قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي: "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق، أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج" ومثلها في اليوناني، فيها مزية الحُكم بقانون الزوجين الموحد وإن لم يوجد فبما يعرفانه من القانون الذي تزوجا عليه، عيبها أنّه في حال غيّر الزوجان جنسيتهما

---

[1] يسير اجتهاد الجزائر على قبول الطلاق اللفظي يسميه بالعرفي، وقيل لا يجب وفق المادة 49 أسرة، بوجمعة حمد إثبات الطلاق العرفي مج الأستاذ الباحث م 2 ع 10 2018 ص. 766

[2] حبار الدولي الخاص ص. 83 ودربة التنازع ص. 54 وموري سفيان إشكالية الاختلاف في الإسناد ملتقى التنازع بجاية ص. 22 وعليوش قربوع القانون الواجب التطبيق على الانحلال نفس الملتقى ص.141

[3] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 208

واستقرا في بلد غير بلد الجنسية الأولى فسوف يُحاكمان بجنسية قديمة لا يبرتبطان بها، وفيها إهمال القوامة والعصمة ومخالفة المبدأ المستقر عليه بربط القانون بجنسية الغريم الذي هو الزوج في الطلاق.[1]

* **قانون تونس:** نص الفصل 49 مجلة الدولي الخاص: "يسري في انحلال الزواج قانون الجنسية المشتركة عند رفع الدعوى، وعند الاختلاف يطبق القاضي قانون آخر موطن مشترك وإن لم يوجد فالقانون الوطني"، يُلاحظ أنها صورة طبق الأصل من القانون الفرنسي؛ ما يُبرز تأثر المشرع بالتقاليد الفرنسية رغم خصوصيته الإسلامية وتقاليد المجتمع التونسي المسلم.[2]

* تمنع البرازيل والأرجنتين وإيرلندا الطلاق ما يطرح إشكالية الإحالة، وفي المادة 1 اتفاقية لاهاي للتنازع 1902/6/12م: لا تقبل دعوى التطليق إلا إذا اتفق القانون الأجنبي على إجازته.[3]

* **مبدأ الانفصال الجسماني:** هو المفارقة ظهرت بسبب سيطرة المسيحية على النظام القضائي الغربي، حيث لا يعدو كونه حيلة قانونية للإفلات من تعصبها إبان حكمها لأوروبا، فقد بلغ من سيطرتها أنّها كانت تمنع وتعاقب وتنفي وتعادي على الطلاق؛ ما اضطر أهل القانون وبعض العقلاء - خشية نفور الناس من الدين - إلى إيجاد ثغرة للتفريج عن كرب الزوجين الراغبين في التفريق، فظهرت نظرية يتصرّف من خلالها الزوجان كأنّهما على انفصال دون أن يجب عليهما ما يجب على الزوجين من نفقة وعيش تحت سقف واحد واتصال حميمي، وإرضاء لقانون الكنيسة أبقوا على اتصالهما الزواجي بلا انقطاع طاعة لنص الإنجيل كما في لوقا **Lucas الاصحاح 16 عدد 18:** "كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزني"، ومرقص **Marcus الاصحاح 15 عدد 2** "الذي جمعه الله لا يفرقه إنسان"، وفي المادة 117 إرادة رسولية: "للزوج الآخر أن ينفصل إما بسلطة الرئيس الكنسي الملي أو حتى بسلطته هو من تلقاء نفسه أيا كانت أسباب الانفصال واضحة المختصة والمحققة وكانت هناك ضرورة عاجلة"، وفي المادة 15 من مجموعة الإنجيليين: "إذا لم تصلح المصالحة بين الزوجين وطلب أحدهما المفارقة جاز للسلطة المختصة أن تحكم له بها إلى أن يتصالحا".[4]

* **الانفصال الجسماني في فرنسا وبريطانيا:** يشترط القانون الفرنسي سنتين من الانفصال ليت تحويله إلى طلاق كما في المادة 296 مدني: "يمكن الحكم بالانفصال الجسماني بطلب من أحد الزوجين بنفس الحل والشروط التي يقضى بها

---

[1] دربة أمين قواعد التنازع ص. 51

[2] نفس المرجع السابق ص. 52

[3] جندولي الانحلال ص. 21 ودربة التنازع ص. 48، أجازت البرازيل الطلاق 1977م وانتظرت إيرلاندا 1985م لتجيزه عن طريق استفتاء بمعدل 50 بالمائة، والأرجنتين سنة 1987م بالمحكمة العليا. https://en.wikipedia.org/wiki/Divorce_law_by_country يوم الثلاثاء 2021/8/3م 17 سا 00

[4] السعيد رشدي الأحوال لشخصية ص. 251 و255 وكمال آيت منصور إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية مجلد 1 رقم 2 ص. 144

في الطلاق"، ورجحت المادة 297 الطلاق على الانفصال إذا توفرت شروطه القانونية، ونصت المادة 299 أنه لا يَحلّ الزواج لكنه ينهي واجباته والمادة 300 على احتفاظ الزوجة باسم زوجها، وقررت المادة 301 احتفاظ الزوجين للحقوق القانونية في حالة وفاة الآخر، والمادة 302 احتفاظ كل زوج بأمواله الخاصة ووجوب التفريق بينها، ثم قررت المادة 306 جواز تحول الانفصال إلى طلاق بطلب من أحد الزوجين إذا استمر لمدة سنتين على الأقل، واشترط البريطاني خمس سنوات وفقا لقانون الإصلاح سنة 1969م.[1]

* **الانفصال الجسماني في الجزائر:** أدرجت فئة الانفصال في المادة 2/12 مدني في تعديل 2005م وكانت قبله تنص على انحلال الزواج فقط، رغبة في مسايرة التطوّر الحاصل في مبادئ الدولي الخاص، ولتفادي الثغرات التي وجدت قبل؛ كأن يعرض على القاضي الجزائري قضية انفصال فلا يدري أي ضابط يعتمد؛ لأنّه غير معروف في الفقه الإسلامي وإنما تمّ اختراعه للخروج من ضيق الكنيسة، والمسلم غير معنيّ به ولو كانت جنسيته تجيز القضاء به، وقد انتقد التعديل لربطه الانفصال بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى لأنّ فيه خلل من جهتين: **الأولى** اختيار جنسية الزوج بدل الزوجين فيه مساس خطير بمبدأ المساواة المطلقة الذي يعتمده النظام الغربي المختص بغير المسلمين والذي لا يعترف بالطلاق الانفرادي، وكأن المشرع بهذا الاختيار أخذ نصف النظرية من الغرب وأخلطها بالمفهوم الإسلامي وهو تلفيق قانوني مذموم، فكان من الأجدر إخضاعه لقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لأنه لا يشبه الطلاق الإسلامي، **الثانية** تقييد الضابط بوقت رفع الدعوى الذي قد يكون فيه وجاهة في الطلاق الإسلامي؛ لارتباطه بالزوج وجنسيته الفعلية الحالية، أما الانفصال الذي لا يعني المسلم فليس فيه أيّ منطق لأنه داخل في صميم القضاء الغربي، الذي لا يرى فرقا بين الزوجين في قوانينه، أجيب أنه يمنع الحكم على الزوجين بجنسية منعدمة في حال قاما بتغيير جنسيتهما الأصلية، وهو نفس ما في القانون الأردني والسوري والمصري.[2]

وهناك إشكال في حالة قد تبدو نادرة لكنّها ممكنة هي أن ينشأ انفصال في دولة أجنبية وفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يعترف به، وبعد الحكم به يكتسب الزوج الجنسية الجزائرية ويدخل الإسلام ثم يرفع القضية أمام قضاء الجزائر، فلا يجد القاضي قواعد تحكم الانفصال رغم أن المتقاضي جزائري مسلم، ومعلوم أنّه لا يمكن لأحد أن يتقدم أمام قضاء الجزائر بطلب إنشاء عقد الانفصال لأنه ممنوع وغير معترف به، غير أن الأثر المخفف للنظام قد ينطبق على هذه الحالة، بأن يتحصل زوجان على انفصال بفرنسا ثم يقوم أحدهما بطلب آثاره في الجزائر فهنا قد يدخل اعتبار الأثر المخفف، يعود الأمر إلى الاجتهاد الذي قد يحكم به اعتبارا أن

---

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 206

[2] نور الدين بوسهوة مسائل الأحوال ص. 306 ونصيرة تواتي إشكالات خضوع الانفصال ص. 165 وكمال آيت منصور إشكالية القانون الواجب على الانفصال ص. 145

المادة 2/12 ذكرته، وربما أخرج سيف النظام العام لأن القانون لا يعرفه، لهذا ينبغي إخضاعه في مجال صحته وآثاره إلى قانون البلد الذي أُبرم فيه، وحق المطالبة به إلى قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك إذا انعدمت.[1]

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق الشرعي

بين يدي المطلب التطليق الشرعي سببه أمرٌ طرأ على العلاقة الزوجية منع استمرارها، يدخل فيه اللعان والإيلاء والظهار، فما هو تأثير العنصر الأجنبي عليه؟ ؟ نخصص مطلبا لكل نوع.

الفرع الأول: أثر اختلاف الجنسية على اللـعان

ذكرنا بعض ما يخص اللعان في الفصل السابق حين عرّفناه وذكرنا أصله ومشروعيته ثم أحكام اللعان إذا اختلف دين الزوجين، ونذكر هنا أحكامه القانونية المعاصرة وقاعدة الإسناد التي تحكمه، وأحكام القضاء الخاصة به في القانون الدولي الخاص، حيث يختلف تكييفه بين إدراجه في مجال النسب ونفي الولد أو التطليق، ويحتاج هذا التكييف في فئة مسندة إلى بحث حول تكييفه شرعا من حيث كون فرقته من التفريق القضائي أم أن مجرد الملاعنة كافية للتفريق فتدخل في فئة النسب؟ ذهب الحنفية إلى أنّ اللّعان لا يُفرّق بين الزوجين بذاته بل يحتاج إلى حكم قضائي، وقال المالكية والحنابلة وتبعهم زُفر: مجرد اللعان فرقة شرعية ولو لم يفرق بينهما القاضي لحديث: "فكانت سنة المتلاعنين"،[2] حتى قال مالك: "إتْمَامُ اللِّعَانِ هِيَ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ"،[3] وبالغ الشافعي فذهب إلى أنه إذا انتهى الزوج من القسم فُرّق بينهما ولو لم تلاعن زوجته؛ لأن لعانها لدرء الحد عنها فقط.[4]

الترجيح الراجح هو مذهب الجمهور الذي يفيد أنّ مجرد اللعان كاف للتفريق، وإن كان مذهب الحنفية له وجاهتة؛ لأن اللعان لا يتم بين زوجين أو جماعة المسلمين بل يقوم به الحاكم، لارتباطه بحدّ الرجم في حال النكول ونفي النسب وهو من خصائص القضاء إجماعا، وقول النبيّ: "لا يجتمعان أبدا"،[5] فيه دلالة على أن الفرقة وقعت بين عويمر وزوجته بأمره وهو يومئذ الحاكم، ويؤيد قول الحنفية أن عويمر قال: "كَذَبْتُ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتُهَا فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ "،[6] حيث أنّ لعانه لم يُفرق بذاته وإنما بحكم الحاكم وطلاق الزوج لأن النبي سكت ولم يُنكر، واحتج الجمهور لكونه مفرّقا بلا قضاء بقوله: "فكانت سنة المتلاعنين"، وأجابوا عن دليل الحنفية أنه تحصيل حاصل، فيترجح أنّه يُفرق بمجرده نظير التلفظ بالطلاق من مالك العصمة،

---

[1] نور الدين بوسهوة مسائل الأحوال ص. 306 ونصيرة تواتي إشكالات خضوع الانفصال ص. 165 وكمال آيت منصور إشكالية القانون الواجب على الانفصال الجسماني والتبني ص. 150

[2] رواه البخاري برقم 5259 ومسلم برقم 1492

[3] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 354

[4] ابن رشد البداية 139/3 والبابرتي العناية 285/4 وحاشية ابن عابدين 488/3 وابن قدامة المغني 65/8 والنووي المجموع 452/17 والعيني البناية 571/5 وابن عبد البر الكافي 614/2

[5] رواه أبو داود برقم 2251 قال محققه: "صحيح"

[6] رواه البخاري برقم 5259 ومسلم برقم 1492

فإذا تلاعن زوجان أمام جمع من المسلمين صحّ لعانهما ولم يُلحق نسب الولد بأبيه وفُرّق بينهما، ويبقى دور القضاء في الإثبات ومتابعة تطبيق الحدّ إن وُجد وإعطاء كل ذي حقّ حقه، وعليه يُكيّف اللعان قانونا على أساس نفي النسب، وإذا وصل إلى القضاء قد يُكيّفه القاضي بأنّه من التطليق القضائي إذا كانت الدعوى أساسها تفريق.[1]

فرقة اللعان فسخ عند الجمهور، وقال أبو حنيفة: طلاق بائن لأنها وقعت بتطليق القاضي، ويترجح قول الجمهور لوقوعها باللعان، وهي مؤبدة عند الجمهور لا يجوز للمتلاعنين الزواج أبدا لرواية: "لا يجتمعان أبدا"،[2] ومذهب أبي حنيفة وابن الحسن الجواز شرط اعتراف الزوج وإقامة الحد ورضا الزوجة، ومذهب الجمهور أرجح، وحاصل اللعان نفي الولد أو اتهام الزوجة بالزنى، أثره سقوط الحدّ عن الزوج والزوجة، وانتفاء النسب ووقوع الفرقة على وجه التأبيد.[3]

* **شروط اللعان:** يُشترط لصحته قيام الزوجية سواء كانت الزوجة مدخولا بها أم لا، لأنّ الزواج الفاسد لا لعان فيه، ومذهب المالكية صحته في الفاسد لأنه يثبت بمثله النسب،[4] ومذهب الجمهور أرجح إلا أن يقصد به المالكية نفي النسب في زواج فاسد، ويُشترط النطق بألفاظه، وأن ينفي الزوج النسب دون اعتراف صريح منه بالولد، وأن يكون النفي عند الولاة أو وقت شراء ما يلزم للأم أو الولد، أو في مدة التهنئة بالمولود مما يدل على معاصرة النفي للولادة، ويشترط التعجيل بعد العلم به سواء بالحمل أو بالولادة وهو موقف الاجتهاد الجزائري، فمتى تم بالشروط المذكورة يُلحق نسب الولد بأمه، ولا يُعتبر ابنا للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة والإرث، أما ما يتعلق بحقوق الله فيُتعامل معه كأنه ابنه للاحتياط؛ فلا يعطيه زكاته ولا تجوز شهادة أحدهما للآخر، إضافة إلى المحرمية بينه وبين أولاده لاحتمال أن يكون ابنه، ولا يُعدّ مجهول نسب فلا يصح أن يدّعيه غيره.[5]

* **موقف الجزائر من اللعان:** في المادة 41 أسرة: "يُنسب الولد لأبيه ... ولم ينفه بالطرق المشروعة"، لم تُبيّن الطرق فتبقى مبهمة؛ وبالرجوع إلى الشرع نجد أن الطريق الوحيد للنفي هو اللعان، وقد يتضح الإبهام بالمادة 138: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، ويصح اللعان إذا اتّهم الزوجُ زوجتَه بالزّنى أو نفى نسب ولدها إليه، ولم يكن له بيّنة ولم تصدقه وطلبت إقامة حدّ القذف عليه؛ فيأمره القاضي بملاعنتها في جلسة سرية يحلف: "أشهد بالله أنّي لمن الصادقين فيما رميتها به" يكرّرها 4 مرات وفي الخامسة: "لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين"، ثم يأمر الزّوجة فتحلف: "أشهد بالله أنه من الكاذبين" تكرّرها 4 مرّات وفي الخامسة: "غضب الله عليّ إن كان من الصادقين"، فإذا تم بهذه الكيفية أثبته وفرّق بينهما

---

[1] الصابوني مدى الحرية ص. 901 وابن العدوي الطلاق ص. 127 وزيدان الذميين ص. 399

[2] رواه أبو داود باب في اللعان برقم 2250 وسنده صحيح

[3] المدونة 354/2 والنووي المجموع 452/17 وابن قدامة المغني 65/8 وابن رشد البداية 140/3 والعيني البناية 572/5 وابن عبد البر الكافي 614/2 وكيحل اللعان مجلة المفكر ع 3 ص. 124

[4] المواق التاج والإكليل ج. 5 ص. 456 وحشاية الدسوقي ج. 2 ص. 457

[5] المدونة 353/2 وابن عبد البر الكافي 616/2 والعربي الأسرة ص.120 وآث ملويا المنتقى ص.89

ونفى النسب، عليه قرارات عليا كرقم 69798 بتاريخ 1991/4/23م ورقم 204821 بتاريخ 1998/10/20م، ومدته 8 أيام منذ أول يوم علم بالحمل أو رأى الزنى، قرار رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28م، وحُدّدت بيوم في رقم 35934 بتاريخ 1985/02/25م، والمكان بالمسجد العتيق للزجر في قرار رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28م، ويستحب دبر صلاة العصر، مع أنّ غياب النصوص التوضيحية ثغرة وجب سدّها، ولا تكفي الإحالة على الشرع لأن أحكامه محل خلاف كبير.[1]

* **دخول العنصر الأجنبي على اللّعان في الجزائر:** يعترف القانون باللعان ويجعله سببا للتفريق ونفي الولد، فإذا رفع زوج أجنبيّ دعوى لعان في الجزائر؛ فإنّ الواجب التطبيق يختلف باختلاف تكييف فئة اللعان حسب قانون القاضي وفق المادة 9 مدني، فإذا كان المدعي يريد التفريق مستعملا اللعان كوسيلة فإنّه سوف يكيّف على أنه من التطليق؛ فيطبق قانون جنسية الزوج يوم رفع الدعوى وفق المادة 2/12 مدني، فإذا كان أحدهما جزائريا وقت الانعقاد طُبّق الجزائري بموجب المادة 13، فإذا كان السبب هو نفي النسب؛ فإن القاضي يعود إلى قاعدة الإسناد التي تحكم فئة النسب وحقوق الولد أي المادة 13 مكرر مدني: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب عند الوفاة"، حيث أنها نصت على الإنكار الذي هو عين اللعان؛ ما يعني أن المشرّع يميل إلى تكييف اللعان بنفي النسب، فيطبق القاضي قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، لتفعيل الجنسية الحالية والفعلية، فإذا تُوفي قبل ولادته طبق قانون جنسية الوفاة، أي آخر جنسية اكتسبها ومات عليها.

* **دخول العنصر الأجنبي على اللّعان في مصر والأردن:** ألزم المدني المصري تكييف القضايا المشوبة بعنصر أجنبي حسب الوطني طبقا للمادة 10، فإذا كُيّف اللعان على أساس تطليق طُبّقت المادة 2/13 أي قانون الزوج وقت رفع الدعوى في التطليق، وإذا كيّف على أساس إنكار نسب فالمشرع صنف فئة النسب في آثار الزواج المادة 1/13 وطبق عليها قانون الزوج وقت انعقاد الزواج وهو ما اختلف فيه مع الجزائري، ومثله في الأردني الذي جعل التكييف أردنيا المادة 11 فإذا كيفه أنه تطليق طبق المادة 2/14 جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وإذا كيفه أنه نسب طبق المادة 1/14 أي قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد، وهكذا باقي الدول.

الفرع الثاني: الإيــلاء في الزواج المختلط بسبب الجنسية

ذكرنا بعض الأحكام ونذكر هنا أخرى مع أثر دخول العنصر الأجنبي:

* **مدة الإيلاء** اختلفوا على أربعة أقوال: **الأول** ابن عباس: يكون موليا إذا حلف لا يطؤها أبدا،[2] **الثاني** الظاهرية والحسن وإسحاق: يكون موليا إذا حلف لا يقربها ساعة فصاعدا، **الثالث** الحنفية والثوري: إذا حلف لا يطؤها أربعة أشهر

[1] المدونة الكبرى 354/2 والماوردي الحاوي 44/11 وابن قدامة المغني 85/8 والعربي الأسرة ص. 120 والحسين بن الشيخ المنتقى ص. 100 وعز الدين كيحل اللعان ص. 122

[2] رواه عنه ابن حزم في المحلى ج. 9 ص. 180 وعبد الرزاق برقم 11608

لقراءة ابن مسعود وأبيّ الآحاد: **"فَإِنْ فَاءُوا فِيهِنّ"**، **الرابع** مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وسعيد بن جبير: إذا حلف لأكثر من أَربعة أشهر.[1]

الراجح قول الحنفية بتحديدها 4 أشهر بلا زيادة لما فيه من رفع الضرر بعدم التطويل وليس في النص إشارة إلى الزيادة، وقراءة ابن مسعود تنفيها وهي في أدنى أحوالها حجة كالآحاد.[2]

* **مآل العلاقة الزوجية:** اختلفوا على ثلاثة أقوال: **الأول** الحنفية: بمجرد انتهائها وعدم رجوع المولي تُطلق الزوجة طلاقا بائنا، بلا رجعة إلا بعقد جديد بعد العدة، ولأن انتظار هذه المدة يشبه العدة وفيها ما يتسع للتفكير، فإذا مضت ولم يرجع طُلقت، يُروى عن ابن عباس وابن مسعود، **الثاني** الظاهرية: يوقف الحاكم المولي دون حاجة لطلب الزوجة فيأمره بالفيء أو الطلاق، **الثالث** الجمهور: إذا مضت المدة وطلبت الزوجة أوقفه الحاكم، وروى سهيل عن أبيه: "سألت 12 من الصحابة فقالوا بذلك"،[3] ولأنّ الطلاق مضاف إليه بقوله "وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ".[4]

الترجيح أعدل الأقوال قول الجمهور الذي فيه ربط تطليق الإيلاء بانتهاء المدة وحُكم القاضي وطلب الزوجة؛ لأنها المتضررة وأعرف بحالها فلا يمكن تطليقها بلا طلبها، وهي صاحبة الشأن قد ترى الصبر لمصلحتها ولأولادها والمحافظة على زواجها لرجحان عقلها، وعلة الخكم رفع الضرر فإذا رضيت فلا معنى لتطليقها، والعجب من تسرّع الحنفية بلا طلب أو قضاء.[5]

* **تكييف فرقة الإيلاء** مذهب الجمهور أنّه طلاقٌ رجعيٌّ لأنه الأصل في الطلاق ولا دليل يصرفه، وذهب الحنفية وأبو ثور وهو رواية لأحمد أنه طلاق بائن؛ لأنه لو كان رجعيا لزم منه الضرر حيث يولي منها لأربعة أشهر ثم لما تطلق يراجعها ثم يعود فيولي وفيه ضرر بالغ، وهو الراجح لما فيه من حفظ مصالح الزوجة من عبث زوجها ومنعا للضرر الذي يُزال، والمولي خُليّ بينه وبين زوجته 4 أشهر ثم خيّره القاضي فاختار الفرقة فلا رجعة وإلا صار الأمر عبثا.[6]

* **الإيلاء في القانون:** لا وجود له في قانون الجزائر سوى ما جاء في المادة 3/53 أسرة: "الهجر أكثر من أربعة أشهر" أخذها قياسا على أكثر مدة الإيلاء، وهو إهمال مذموم لأن قوانين العرب قننته تبعا للشريعة؛ في المادة 58 مدونة المغرب:

---

[1] المدونة 336/2 وابن رشد البداية 119/3 والمغني لابن قدامة 538/7 والشيرازي المهذب 54/3 والمرداوي الإنصاف 175/9 والنووي المجموع 300/17 وابن حزم المحلى 178/9 والكاساني البدائع 171/3 والبابرتي العناية 190/4

[2] قال مالك والشافعي: ليست حجة وقال أبو حنيفة وأحمد: حجة، الآمدي الإحكام 160/1 وابن قدامة الروضة 204/1 وابن العربي المحصول ص.120 وابن أمير الحاج التقرير 313/1 والشوكاني الإرشاد 88/1

[3] الدارقطني السنن 4039 والبيهقي الكبرى رقم 15209 وصححه الألباني الإرواء 2085

[4] البابرتي العناية 191/4 والعيني البناية 489/5 والكاساني البدائع 176/3 والمدونة 337/2 وابن رشد البداية 118/3 والمواق التاج 420/5 والنووي المجموع 322/17 والشربيني المغني 25/5 وابن قدامة المغني 553/7 وابن عبد البر الكافي 598/2 وابن حزم المحلى 178/9 وابن العثيمن شرح الممتع 228/13

[5] السرطاوي الأحوال ص.330 والعدوي الطلاق ص.103 وأبو العينين الزواج ص.274

[6] ابن عبد البر الكافي 599/2 والشيرازي المهذب 61/3 وابن قدامة المغني 563/7 والكاساني البدائع 177/3

"إذا آل الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يؤجله إلى أربعة أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي" وهي واضحة وموافقة للقرآن، ومثله في الكويتي المادة 124 والمادة 103 أحوال موريتاني، وفي المادة 132 إماراتي: "للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة 4 أشهر فأكثر، ما لم يفئ قبل انقضائها ويكون الطلاق بائنا"، وأهمله المصري والسوري والعراقي.[1]

* **الإيلاء في زواج اختلفت فيه جنسية الزوجين:** إذا آلى أجنبي مسلم من زوجته الأجنبية المسلمة صح، وكذلك إذا كانت زوجته كتابية، فإذا عُرضت قضية تطليق من الزوجة بسبب الضرر الذي أصابها من الإيلاء وطول مدته، فإنّ القاضي يُكيّف القضية على أنها من فئة التطليق القضائي فيحكم بالقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ففي تشريع الجزائر يحكم بقانون الزوج وقت رفع الدعوى، وفي حال كان أحدهما جزائريا وقت انعقاد الزواج طبق الجزائري بموجب المادة 13 مدني، ثم يطبق المادة 53 أسرة التي فيها جواز التطليق بسبب الهجر لمدة أربعة أشهر، وكذلك يفعل كلّ قاض وطني في أي دولة مسلمة، ويُطرح إشكال: إذا كان الزوج مسلما لكنه يتمتع بجنسية دولة غير مسلمة لا تعترف بالإيلاء كسبب للتطليق، فهل يحق للقاضي المسلم تطبيق قانونه الوطني إذا كان الأجنبي مقيما ويدفع الأجنبي بمخالفة النظام العام؟ الجواب: أكيد نعم فيجب أن يدفعه ويطبق القانون الإسلامي.

الفرع الثالث: الظهار في الزواج المختلط بسبب الجنسية

ذكرنا أهم أحكامه في الفصل السابق، ويُتصور فيه التطليق في حالة ظاهر رجل من امرأته ثم امتنع عن العودة والتكفير أو الوطء، حيث تقرر أنّ مذهب الشافعي الذّي فسّر العود في آية الظهار بأن يُمسكها قدر ما يُطلقها أنه أعدل الأقوال وأصوبها؛ لأنّه بغير ذلك يقع ضرر عظيم على الزوجة إذ يظُاهر منها ثم لا يعود ولا يطؤها ويلبث عليه شهورا فيقع المحظور، فمتى تضررت الزوجة جاز لها رفع أمرها إلى القاضي فيأمره بالعودة والتكفير أو يفارقها للضرر، وهو قول المالكية والحنابلة وبعض الحنفية والشافعية، وخالف جمهور الشافعية والحنفية وقالوا لا يفرق بينهما، والراجح هو مذهب التفريق لضرر الظهار رفعا للضرر عن الزوجة المظاهر منها وقياسا على الإيلاء لاتحاد المعني، قال إِسْحَاقُ: "قُلْت لِأَحْمَدَ فِي مَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: "أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي إنَّ قَرُبْتُك إلَى سَنَةٍ"، قَالَ: "إنْ جَاءَتْ تَطْلُبُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْضُلَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ يُقَالُ لَهُ إمَّا أَنْ تَفِيءَ وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَ، فَإِنْ وَطِئَهَا فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَإِنْ أَبَى وَأَرَادَتْ مُفَارَقَتَهُ طَلَّقَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْهِ"، وفي المادة 133 أحوال إماراتي: "للزوجة طلب التفريق للظهار"، وفي المادة 134: "ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ اليمين فإن امتنع لغير عذر حكم بالتطليق طلقة بائنة"، وهو مذهب وجيه نابع عن بحث مستقيم

[1] آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ص. 192

يرفع الغبن عن المرأة ويمنع عضل الزوج، وفي حالة دخول عنصر أجنبي فإنّ الظهار فعل إيماني لوجود الكفارة التي هي من مقتضيات الأخلاق فلا يتدخل فيها القانون، غير أنه يحتمل أن تلجأ الزوجة بطلب تطليق لأنه ظاهر منها ولا يريد التكفير والعودة؛ فيلزم القاضي تبعا لأصح الأقوال التفريق رفعا للضرر حتى لو كان الزوجان أجنبيين ولم يحكم قانون الزوج بجواز التفريق للظهار، ويكون الحكم حسب الوطني فيطبق المادة 2/12 أي قانون جنسية الزوج وقت الدعوى والمادة 13 إذا كان أحدهما جزائريا، وهو ما يقوم به كل قاض في كل بلد مسلم.[1]

المبحث الثالث: استثناءات قواعد إسناد الطلاق المختلط

تمهيد

القواعد المحكّمة في الطلاق والخلع والتطليق والانفصال، تعتريها استثناءات موضوعية كاستثناء ترجيح قانون القاضي إذا حمل أحدهما جنسيته، والشكل والامتناع عن تطبيق الأجنبي لمخالفته النظام العام أو الحصول على مزايا بالغش، أو العجلة والإجراء، نخص كلّ استثناء بمطلب:

المطلب الأول: الاستثناء لكون أحد الزوجين يحمل جنسية القاضي
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الطلاق
المطلب الثالث: دفع قانون انحلال الزواج المختلط بالنظام العام
المطلب الرابع: دفع قانون انحلال الزواج المختلط بالغش نحو القانون
المطلب الخامس: الأحكام والوقتية والاستعجالية والإجراءات

المطلب الأول: استثناء حمل أحد الزوجين جنسية القاضي

في بعض قضايا الطلاق المختلط يكون أحد الزوجين حاملا لجنسية القاضي الناظر فيها، وفيها ذهبت أكثر القوانين إلى الأخذ بمبدأ الوطنية في اختيار القانون الواجب التطبيق؛ بمعنى ترجيح قانون القاضي على غيره بسبب علوّ جنسية المشرّع الساعي إلى ترجيح قانونه على أيّ قانون أجنبي؛ لأنّ إجازة تطبيق الأجنبيّ داخل الوطن إنّما جاءت استثناء ورخصة، وما دام أحد طرفي النزاع من الوطن فيجب حمايته بترجيح قانونه، وهي فلسفة مبنية على نظرية إقليمية القوانين الغالبة قبل ظهور مبادئ التنازع التي تمّ بسببها الترخيص بتطبيق القانون الأجنبي في حالات خاصة وظروف معدودة؛ بأن يكون الزوجان أجنبيين سواء حملا نفس الجنسية أو مختلفة، أما دول الإسلام فإن سبب أخذها بمبدأ الامتياز الوطني عقائديّ ودينيّ قد نُسمّيه "الامتياز الديني"، أي منع تطبيق قانون أجنبي قد يكون علمانيا على مواطن مسلم، وكلا النظرتين نتيجة حتمية لنظرية الدفع بالنظام العام، وقيل أنّ سبب اختيار دول الإسلام هو مواجهة بعض الحالات العملية الغير مناسبة في حالة الزواج، كأن يكون الزوج جزائريا وزوجته كتابية يمنع قانونها الوطني الزواج من غير صاحب دينها، أو تكون الزوجة جزائرية مسلمة تريد الزواج من أجنبي غير مسلم يسمح دينه

[1] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 760 وعبد الرحمن السيد سلطاة القاضي في التفريق بين الزوجين ص. 158

بمثل هذا الارتباط، وفي الطلاق يتم به مجابهة حالات كأن يريد الوطنيّ من الزوجين الطلاق ويكون قانون الطرف الثاني يمنعه، أو أن يمنع الأجنبي التعدّد ويسمح به الوطني، وفي المذكرة الإيضاحية المصرية أن سبب تشريع المادة 14 مدني الآمرة به هو الخوف من بطلان زواج المصري المسلم من مسيحية إذا كان قانونها الشخصي يبطله؛ بحكم التطبيق الموزّع لقانون جنسية الزوجين، حيث يكون الزواج باطلا في قانونها وصحيحا في قانون زوجها فيتمّ حماية المواطن المصري.[1]

ولا يُقال أن القاعدة فيها تمييز قانوني؛ لأنه لا يعدو كونه رجوعا إلى الأصل وعدولا عن الاستثناء، فقد كان التنازلُ يُحتّم قبول تطبيق الأجنبي داخل الإقليم، فكان لزاما بعد وجود الطرف الوطني العودة إلى الأصل، ولا يُقصد به رعاية القانون بقدر ما يهدف إلى مراعاة حقوق الطرف الوطني، وكالعادة كان اجتهاد فرنسا سبّاقا إلى تقعيد النظرية حين طبّق قانونه على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي إذا كان أحد الخصوم فرنسيا، ويعود الفضل في تطويرها إلى فقه بريطانيا وأمريكا وألمانيا؛ حجتها أن حالة الشخص يجب أن تبقى خاضعة لقانونه، فهو أكثر ملاءمة للتطبيق العملي خاصة في الشخصي الذي لا يقبل الانسلاخ.[2]

* **الانتقادات الموجهة لهذا الاستثناء:** نال مبدأ الامتياز الوطني عن طريق تغليب القانون الوطني في قضايا التنازع التشريعي قسطا وافرا من الانتقادات، أبرزها تعارضه مع المادة 2 إعلان عالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات ... دون أي تمييز بسبب ...**أو الأصل الوطني**"؛ حيث أنّ الأخذ به فيه تمييز بسبب الجنسية والوطنية وإهدارٌ لحقوق الطرف الآخر بناء على نفس التمييز، كما أنه يتعارض مع نص المادة 2 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب: "يتمتع كل إنسان بالحقوق والحريات المعترف بها ....أو **المنشأ الوطني**"، **أجيب**: لا يمكن تصنيفه كذلك لأن القانون إنما وُجد أصلا لتطبيقه على الرعايا المنتسبين إليه وهي قاعدة عالمية؛ ومن حقّ كل مشرّع حفظ مصالح رعاياه المنتسبين إليه والحق الإنساني مضمون بسبب ذلك، والإعلان العالمي والميثاق الإفريقي إنما قصدا انعدام العدل بسبب الانتماء الوطني والاستثناء غير داخل فيه.[3]

لهذا قيل أنّ أحسن ما يمكن به رفع التمييز بين الوطني والأجنبي هو أن تُربط فئة انحلال الزواج بضابط الموطن؛ لما فيه من عدالة أكبر بسبب تطبيق قانون البلد الذي يعيش فيه الزوجان، أجيب: الموطن لا يلائم البتة خصوصية المجال الشخصي، فليس من الإنصاف تطبيق قانون يخالف هوية الشخص وتقاليده ومعتقداته، وقيل أنّ الدفع بالنظام العام كاف لردّ الحالات التي تعترض القاضي أثناء النظر في دعوى انحلال زواج مختلط يكون فيها أحد الزوجين حاملا لجنسية القاضي، فمتى وُجد في

---

[1] عشوش الدولي الخاص ص.329 وأعراب الدولي الخاص ص.258 وحبار الدولي الخاص ص.132 ومسعودي التنازع ص. 55 وكمال سمية مجلة الحقوق جامعة بلعباس عدد 11 2015 ص.100.

[2] جندولي الانحلال ص. 25 ومسعودي التنازع ص. 56 وص. 215 وكمال سمية ثانون القاضي ص. 305

[3] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 58

القانون الأجنبي ما يعارض أساسيات منظومة القانون الوطني يمكن استعماله بهذا تتضح عدم وجاهته، أجيب بأنّ الحالات التي تعترض القاضي في هذا النوع من النزاعات كثيرة وحساسة؛ فيضطر كل تشريع إلى تخصيصها بقاعدة ولو كانت داخلة في نظرية الدفع كما هو شأن كل المواضيع الحساسة، كما انتقد هذا الاستثناء لكونه يؤدي إلى الوقوع في التنازع السلبي كأن يقع طلاق بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، ويكون قانون كل واحد منهما يطبقه، ثمّ يرفع كل واحد قضيته أمام قضاء بلده فيُحكم عليهما في قضية واحدة بقانونين مختلفين وحكمين متعارضين؛ الأمر الذي لن يحلّ مشاكل التنازع ويزيدها تعقيدا وإشكالا، **جوابه** أنها ممكنة الوقوع ولا يمكن دفعها بيد أنّ مضارها أقل بكثير من ضرر الحكم على مواطن بقانون أجنبي يمس سيادة الدولة، ويزعزع مبدأ التنازل الجزئي لفائدة نظرية اتنازع.[1]

وانتقد كذلك بأنّ فيه إهمال للقانون الأجنبي الذي ارتبط بالزوج الوطني، وفيه إمكانية تطبيق قانون وطني على أجنبي ومخالفة أصول الدولي الخاص برمته، **أجيب** أنه ممكن لكن المحافظة على حق المواطن أولى وليس من مهام الدولة الوطنية المعاصرة مراعاة حقوق الأجانب إذا تعارضت مع حقوق مواطنيها، وهو تقعيد ليس فيه خلاف بين النظّار، وقيل قد يكون ترجيح جنسية القاضي نافعا إذا رُفعت القضية أمام القضاء الوطني أما لو رُفعت أمام الأجنبي فلا فائدة تُرجى لأن هناك تلازمٌ مطرّدٌ بين تطبيق نظرية الامتياز وبين الاختصاص القضائي، وتظهر محدودية المبدأ في إيجاد حلول لمشاكل التنازع، علما أنّ اهتمام كل قاض بتطبيق قانونه سوف يُعطل تنفيذ الأحكام الأجنبية لأنها تعارض حكما وطنيّا، **أجيب:** أنّها انتقادات وجيهة لكنها لا تُقارع مفسدة تطبيق قانون أجنبي على مواطن.[2]

*** استثناء الامتياز الوطني في قانون الجزائر:** في المادة 13 مدني: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"، وعليه يُطبق القاضي قانونه إذا كان أحد طرفي الطلاق جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهي عامة في الجنسين إلا أن الهدف من وضعها هو حماية الزوجة بحكم أنها أكثر المستفيدين؛ لأن الزوج يحكم عليه بقانونه الشخصي وفق المادة 12، أما الزوجة فلولا وجود المادة 13 لخضعت لقانون زوجها الأجنبي، وقد قُيّدت القاعدة بقيْد مبهم: أن يكون أحد الزوجين جزائريا يوم انعقد الزواج، فرغم أن ترجيح القانون الوطني كان من القرارات الصائبة لكونه موافقا للمذهب الراجح بهدف حماية خصوصية المواطنين الجزائريين، ويُحسب للمادة التسوية بين الجنسين في الحماية وعدم تفضيل المرأة، إلا أن الصواب قد جانبها حين قُيّدت بوقت انعقاد الزواج؛ لأنه فتح بابا من المشاكل يصعب غلقه وطرح بذلك إشكالات عدّة: كأن يكون أحد الزوجين جزائريا يوم انعقاد الزواج ثم يغيّر جنسيته أثناء الزواج فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون الجزائري

[1] مسعودي التنازع ص. 56 و217 وكمال قانون القاضي ص. 101 وسمية تطبيق القاضي ص.309
[2] مسعودي التنازع ص. 55 وسنينات النظام العام ص. 123 وسمية كمال تطبيق القاضي ص. 314

وفقا للمادة 13 رغم أنهما صارا يوم رفع الدعوى أجنبيين، وفي حالة إبرام زواج في بلد أجنبي ثمّ تجنست الزوجة بالجنسية الجزائرية ورفعت قضية تطليق أما القضاء الجزائري؛ فيجب تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت إبرام الزواج، فيقع المشرع فيما أراد الفرار منه أي الحكم على مواطنة جزائرية بقانون أجنبي، مثل الحكم الذي أصدرته محكمة بئر مراد رايس الابتدائية 1996/7/14م قضت فيه بإسناد القانون الواجب التطبيق على زوجين إيطاليين إلى القانون الإيطالي؛ لأن الزوج كان إيطاليا وقت رفع الدعوى، وكانت الزوجة لا تزال تملك الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج رغم أنها كسبت الجنسية الإيطالية، فنقضته المحكمة العليا بتاريخ 1998/2/17م رقم 170082 **المنشور في المجلة القضائية سنة 2000م عدد 01 ص 167**، بحجة أن تطبيق المادة 2/12 كان خطأ ويجب تطبيق المادة 13؛ لأن الزوجة كانت جزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بحقها مرسوم يجردها من جنسيتها.[1]

وهناك إشكال آخر في حالة زواج جزائري مسلم بفرنسية مسيحية مثلا ثم وقع بينهما نزاع، فقامت الزوجة الفرنسية برفع دعوى أمام القضاء الجزائري تطالب بالانفصال الجسماني؛ لأنها متدينة ولا تؤمن بالطلاق في دينها، فالمادة 13 توجب على القاضي تطبيق القانون الجزائري لأن أحد الزوجين جزائري رغم أنّ قانونه لا يعترف بنظرية الانفصال أو تحريم الطلاق، لأن الاستثناء الوارد في المادة 13 مبني على المادة 2/12 التي ذكرت الانفصال الجسماني، إلا أن القاضي يجب عليه قطع الاتصال بين المادتين وإشهار سيف النظام العام لدفع هذه العلاقة الظاهرة، ونفس المعضلة نجدها في حالة زواج امرأة جزائرية بفرنسي مسلم، لذلك يرى البعض أن القيد الوارد في المادة 13 غير موفّق ينبغي مراجعته وتعديله بوقت رفع الدعوى مع التنصيص على استثناء الانفصال الجسماني من أحكام المادة، واختار الأستاذ زروتي عدم تطبيق المادة 13 في حالة الطلاق واعتمادها فقط في الزواج خلافا لما جاء فيها من كونها استثناء للمادتين 11 و12، والظاهر ترجيح تعميمها على الزواج والطلاق خلافا لما ذهب إليه، وعليه يحسن تعديل المادة 13 وفق هذه الصيغة: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال منصوص عليها في المادة 11 والمادة 1/12 وعلى انحلال الزواج".[2]

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قيّد زمن انحلال الزواج بوقت رفع الدعوى في المادة 12 وزمن الاستثناء بوقت انعقاد الزواج في المادة 13، فكان الأصل في وقت واستثناؤه في آخر ما يطرح تساؤلات حول الأسس المعتمدة؟ خاصة أنّ الاستثناء يسري على الزوجين وقانون الانحلال يسري على الزوج فقط باعتبار جنسيته دون جنسية زوجته وهو تعارض كان ينبغي تفاديه؛ لأنه لو كان أحد

---

[1] عليوش قربوع الواجب التطبيق على الانحلال ص. 153 وعثماني دراسة نص المادة 13 ص. 175 وسمية تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة ص. 306 و315

[2] عليوش قربوع الواجب التطبيق على الانحلال ص. 147 وسمية كمال قانون القاضي ص. 101

الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج ثم غيّر جنسيته بعد الزواج فإن القاضي الجزائري سوف يطبق قانونه على زوجين أجنبيين، لهذا اقتُرح إطلاق وقت الجنسية والاستثناء وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، والذي أراه راجحا هو تقييد الأصل والاستثناء بوقت رفع الدعوى.[1]

* **المغرب وتونس والعرب:** نص الفصل 2 ظهير 1960/3/4م بشأن انعقاد الزواج بين المغاربة والأجنبيات، أن الشروط الموضوعية يجب أن تكون وفق قانون المغرب، ولا وجود في مجلة الدولي الخاص التونسية للامتياز الوطني لأن الفصل 45 نص على تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا موزعا في شروط الزواج والطلاق؛ بناء على فلسفته المستوحاة من الغرب المبنية على المساواة المطلقة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، و نصت على الامتياز الوطني المادة 14 مدني ليبي والمادة 9 التزامات موريطاني والمادة 36 الكويتي علاقات ذات بعد أجنبي والمادة 14 مصري والمادة 15 سوري والمادة 15 أردني والمادة 1 قطري والمادة 14 إماراتي والمادة 7/11 مدني سوداني.[2]

* **التشريع الأوروبي:** عليه المادة 310 مدني فرنسي وبلجيكا بتاريخ 1960/6/27م، وكان المدني الألماني في المادة 17 أكثر احترازا خشية الوقوع في مطب الانتقاد والحالات الغريبة؛ فاشترط أن تكون الزوجة ألمانية الجنسية وقت طلاق، أما إذا غيّر الألماني جنسيته طُبق عليه القانون الأجنبي الموافق لجنسيته الجديدة، وهو تقييد إيجابي يحلّ الكثير عن الإشكالات، مع ذلك انتُقد بمفاجأة الطرف الآخر بقانون لا يعرفه، ولم تنص قوانين أوروبية صراحة على الاستثناء؛ لكنها عمليا تطبقه في اجتهاداتها الدنيا والعليا.[3]

المطلب الثاني: الشكل الديني لانحلال الزواج المختلط

اختلف أهل القانون حول شكل التصرفات من حيث اعتباره من عدمه وقبوله من رده وضابطه المعتبر، في المطلب فروع: الفروق بين الشكل والمضمون وقاعدة "لوكوس" ونظرة الشرع.

الفرع الأول: الفروق بين الشكل والمضمون في التصرف القانوني

يحتوي كلُّ تصرّف قانونيّ على عناصر موضوعية تتعلق بجوهره وأخرى شكلية تجعله مضبوطا، حيث يتصرف شخص العلاقة في الشروط فيما تضبط السلطة المخوّلة شكلها، وتغيير العناصر الموضوعية يؤثر في صميم العلاقة فإذا تغيّر الشكل فلا أثر، لأن تغيير الأول يتعلق بجوهر التصرف أما الثاني فبشكله، والإخلال بالعنصر الموضوعي يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة أما الإخلال بالشكل فلا يؤدي إليه بالضرورة، وتربط نظرية التنازع العناصر الموضوعية بضابط إسناد معيّن والشكلية بآخر، فالمدرسة اللاتينية والعربية تربط الموضوعية بالجنسية في

---

[1] أعراب الدولي الخاص ص. 258 ومسعودي التنازع ص. 216 وسمية قانون القاضي ص.316

[2] هشام خالد قاعدة الإسناد العربية ص. 347 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 54

[3] أعراب الدولي الخاص ص.258 وهشام القاعدة ص.360 ومسعودي التنازع ص.216

المجال الشخصي حفاظا على علاقة الشخص وهويته وتربطها الأنجلوسكسونية بالموطن، ولا يختلف الجميع في ربط الشكلي بالموطن اعتمادا على قاعدة "لوكوس"، والدول التي لا تدين بالإسلام لها نظرتان فيما يخص شكل المجال الشخصي وفق فلسفة منظومتها القانونية، فإذا كانت علمانية كما هو حال أغلب دول الغرب فإن الشكل الديني لا يعتبر قانونا ملزما ولا يهتم المشرع إلا بالمضمون، أما إذا كانت لها خلفية دينية كما هو حال اليونان والبرازيل فإن الشكل الديني يعتبر من الشروط الموضوعية للزواج وربما الطلاق، أما دول الإسلام فتعتبر الشريعة مصدرا وحيدا وأساسيا لتشريعاتها في المجال الشخصي، إلا أن مرونة الإسلام أبقت الشكل على غير ذي بال إلا في حالات، والمعتبر هي أركان الزواج والطلاق حيث تفطّن فقهاء الشريعة قديما إلى التفريق بين الأركان والسنن التي رغم أنّها من الشعائر إلا أن الفرق بينها وبين الركن واضح، وعليه لا تظهر أيّ مشكلة عند تقنين قواعد الشكل الديني لأنه مبني على مبدأ الفضل والاستحباب، بخلاف الموضوع القائم على الوجوب والحظر.[1]

ليس من اليسير على التشريع ضبط الفروق الجوهرية بين الشكلي والموضوعي نظرا لتداخلهما، وتأثير فلسفة المجتمع في المجال الشخصي لارتباطه بالهوية، بخلاف الاجتهاد الذي يمكنه فعل ذلك بسهولة نسبية لامتلاكه آلية التكييف، فإذا كيّف القاضي عنصرا على أنه شكلي في العلاقة ربطه بضابط الشكل، وإذا كيّفه أنه موضوعي ربطه به، وهذا اليُسر المتأتي للقاضي سببه الارتباط الوثيق لعملية التكييف بالوقائع، خلافا للمشرع الذي ينصبّ نظره على النظريات بعيدا عن التطبيقات، لهذا ربط الأكثر التكييف بقانون القاضي بغرض الخروج بحلول عادلة وواقعية، وتُستعمل آلية التكييف للتمييز بين الشكلي والموضوعي؛ لأن الكثير مما يراه الغرب شكليا قد يراه القاضي العربي موضوعيا من صميم التصرف والعكس، مثاله ما قرّرته نقض فرنسا أن ما يقضي به القانون النمساوي من اشتراط حضور الزوجين أمام المحكمة بالطلاق هو من الشروط الشكلية، وما يقضي به قانون كندا أن الطلاق لا يُحكم به إلا بعد تصريح من البرلمان من الشكلي كذلك، رغم أن كلا الحكمين يُعتبران من موضوع الطلاق في بلديهما، وقد أهمل المشرع الجزائري ذكر الفروق بينهما ما يُصعّب من مهمة القاضي، وهناك وسيلة تعينه بأن يبني حكمه على اعتبار النص؛ فما اشترطته القواعد فهو موضوعي، وما لم تشترطه واتبع العرف كان شكليا، فيما ذكر قانون الكويت الفروق بدقة في المادة 37 علاقات عنصر أجنبي: "يرجع في الأوضاع الشكلية في الزواج كالتوثيق والمراسيم إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو قانون جنسية كل من الزوجين...".[2]

* **الاختلاف حول الشكل الديني:** اختلفوا في اشتراط توفير الشكل الديني إذا كان القانون الشخصي للزوجين يشترطه في إبرام الزواج أو الطلاق على مذهبين:

---

[1] مسعودي مسعود تنازع القوانين ص. 16 وص. 85 ورحاوي أمينة الزواج المختلط ص. 31

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 247 ومسعودي التنازع ص. 17 ورحاوي الزواج المختلط ص. 30

الأول إذا ألزم القانون الأجنبي الواجب التطبيق اعتبار الشكل الديني؛ فإن القاضي غير ملزم به لأنه غير مشروط في وطنه حيث تمّ إبرام الزواج أو الطلاق، وهو غير مطالب بتطبيق الشكل الديني المنصوص عليه في قانون الزوجين فيدفعه بالنظام العام، أيدته المادة 5 معاهدة لاهاي لتنازع القوانين في الزواج 1902/6/12م، فيها وجوب الاعتراف بأي زواج تم موافقا للشروط المنصوص عليها في موطن الإبرام، **الثاني** يبطل الزواج أو الطلاق إذا لم يتوفر على الشكل المطلوب في القانون الشخصي للزوجين؛ لأن التصرف لا يصحّ دون شرط موضوعي يشترطه القانون الواجب، نصره الفقيه "دي فاريي سوميير" **De Vareilles Sommiéres**، ويصعب الترجيح بينهمان نظرا لخطورة عدم الاعتراف ببعض الأشكال الدينية على المعتقد والدولة، وفي المقابل هناك دول تُصرّ على أشكال معيقة للحريات كاشتراط الشكل الديني في الزواج، كما في دولة إسرائيل ومالطا وكولومبيا وهو ما كان ساريا في اليونان قبل 1982/4/5م وإسبانيا قبل قانون 81/30 لسنة 1981م، لهذا قد يترجح ما جاء في معاهدة لاهاي 1902م لأن الشكل في فقهنا داخل في المندوب دون الأركان، ولم تتفق كلمة الفقه حول تكييف الإلزام بالشكل الديني في الطلاق المختلط، فأكثر الفرنسي والمصري على أنه من الإجراء الخاضع لقانون القاضي، وذهب بيجونيير إلى أنه من مسائل الموضوع للطلاق فيخضع للقانون الواجب، والأول أقوى.[1]

الفرع الثاني: قاعدة لوكوس Locus Regit Actum

احتاجت البشرية بسبب الاختلاط بين الشعوب والأعراق إلى قوانين تنظم علاقاتها البينية، فحين ازدهرت الإمبراطورية الرومانية حاولت تطوير منظومتها القانونية عن طريق تقنين قانون الشعوب المنظم لعلاقات الشعوب المنطوية تحت سلطتها، ولم يكن الدافع الحقيقي لتشريعه حفظ حقوق المستعمرات بقدر ما كان يهدف إلى استقرار الإمبراطورية في مستعمراتها، والظهور بمظهر المتحضّر الذي يحترم حقوق الآخرين؛ لهذا فاحت منه رائحة التعالي والانحياز للعرق السامي الروماني فكان قانونا عنصريا بامتياز، ولم يكن كلّه سيئا فقد وُجدت فيه إيجابيات كتخليه عن الشكليات المشترطة في علاقات المجال الشخصي، وفي أواخر القرن 15م أخرج "كورتيوس" **Curtius** قاعدة ربط الشكل بالموطن بحجة أنّ أفراد العلاقة حين اختاروا موطنا لإبرام العقد؛ فكأنهم راضون ضمنا بالقانون الذي يحكمه، فتلقف الفكرة "دومولان" **Demoulin** في القرن 16م وطوّرها، حيث يعود إليه فضل تأصيل ربط شكل التصرف بقانون موطنه، فعل ذلك حين كان بصدد البحث في النظام المالي للزوجين فتوصّل إلى أن الإرادة هي التي تُنشئ العقد وليس القانون، أما ما يختص بنظرية التنازع فقد كان فقهاء مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة لا يُفرّقون بين الشكل والموضوع، فيُخضعون الجميع لضابط الموطن ومحل إبرام العقد من حيث الواجب التطبيق، ثمّ تفطن "بارتول" **Bartole** إلى حتمية التفريق

[1] أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص ص. 260 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 85

بينهما حين بحث صحة وصية شخص يقطن في بلدة وهو من أصل آخر، وكان قانون البلد الأصلي يشترط سبعة شهود لصحتها وقانون الموطن لا يشترط إلا ثلاثة، فحكم بصحتها نظرا لمكان إبرامها وطلبا للتسهيل الذي تفرضه الظروف، فكانت هذه الفتوى القانونية سببا لتعميم العمل بقاعدة "لوكوس" عالميا بعد مرورها بمخاض عسير، حيث رحّب بها قوم وأنكرتها مدارس كالهولندية التي صرّحت بعدم فائدتها، ثمّ استقر القانون على الأخذ بها لحاجة المعاملات الدولية، وللتيسير على المتعاقدين الذين يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير الذي أبرموا تحته العقد، والحكمة من إخضاع شكل التصرف لقانون المحل هي ملاءمة الشكل المحلي لسلامة المعاملات، ولأن القواعد المحكمة تكون معروفة لدى المتعاقدين ما يبعث على الاطمئنان على صحة التصرف وبالتالي احترامه.[1]

* قاعدة لكوس Locus Regit Actum: تعبير يوناني معناه: التصرف يخضع في شكله لقانون المكان الذي أُبرم، ترجمتها بالعربية: "المحل يحكم التصرف أو المكان يسود العقد" وبالإنجليزي: "Place governs the Act" وبالفرنسي:

"Formule latine: un acte juridique est soumis aux conditions de formes, édictées par la législation en vigueur dans le pays où il a été conclu".

* **طبيعة قاعدة لوكوس القانونية هل هي آمرة أم مكملة؟** اتجه بعض الفقه مثل "بوزاتي" **Buzatti** و"أرمنجون" **Arminjon** والفقه البريطاني إلى إيجابها وجعلها آمرة لا يحق الخروج عنها أو مخالفتها، وقال"بيلي" **Pillet** وتبعه كثيرون هي مكمّلة مفسّرة غير ملزمة يجوز للأفراد الخروج عنها، احتج من رآها **آمرة** بأن الأجنبي يجب عليه احترامها لأنّه لا يملك التخيير بين قانون موطن التصرف وقانونه، خاصة أن الدول بما فيها دولته تعترف بها، والشكل غالبا ما يرتبط بالمصلحة الدينية والاقتصادية والسياسية لدولة الإبرام المبنية على النظام العام الذي لا يجوز مخالفته، والقوانين المحلية تراعي العادات والتقاليد والأفكار السائدة فيه، وحجة من قال **مكملة** هي أنها اختيارية وميسِّرة يحق للزوجين الالتزام بها وإبرام الزواج وفق قانون المحل، كما يحق لهما التمسك بقانونه جنسيتهما لأنها تهدف إلى الحدّ من أسباب بطلان التصرفات وتحقيق الانسجام بين مختلف القوانين عن طريق إجازة اختيارها، أما الدول فتباينت مواقفها حول الإلزام بها: فألزمت بها أمريكا وبريطانيا واليابان وفرنسا مطلقا في المادة 47 مدني فرنسي: "كل تصرف خاص بالحالة المدنية للفرنسيين والأجانب تم في الخارج يكون صحيحا متى كان قد حرر حسب الأشكال المنصوص عليها طبقا لقانون مكان الإبرام"، وذهبت ألمانيا والنمسا وبولونيا إلى الإلزام بها شرط أن تدل قاعدة الإسناد على القانون الوطني فإذا دلّت على الأجنبي فالقاضي بالخيار، وجنحت دول كالجزائر إلى أنها اختيارية غير ملزمة في المادة 19 مدني التي خيّرت بين قانون مكان الإبرام أو الموطن المشترك أو

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 92

الشروط الموضوعية، ونصت المواد 71/97/95 الحالة المدنية على اعتبار الموطن في شكل الزواج وانحلاله، حيث أُخذ منها أنه في حالة اختلاف الجنسية يتعيّن الموطن كضابط، وعلى التخيير المادة 37 دولي خاص كويتي والمادة 21 مدني سوري والمادة 20 مدني مصري والمادة 2/13 أردني والفصل 1/46 مجلة تونسية: "تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان الإبرام"، والمادة 2 اتفاقية الزواج 1978/3/14م.[1]

* **موانع تطبيق قاعدة لوكوس:** لا تختص قاعدة "لوكوس" بالمجال الشخصي حيث أنّها تعمّ كلّ التصرفات المالية والتجارية، ويعنينا منها ما يختص بالطلاق المختلط حيث تعتريها موانع أثناء تطبيقها كالغش نحو القانون، الذي لا يُختلف أنه يفسد العمل بها رغم أنها قاعدة مفسرة مكملة على الأرجح بناء على نظرية "الغش يفسد كل شيء"، وقاعدة "معاقبة المتصرّف الغشاش بنقيض قصده"، غير أنّ إثبات الغش فيها عسير وفتح بابه قد يؤدي إلى التعسف فوجب الحذر، كما يمنع تطبيقها مخالفتها للنظام العام كما في اجتهاد فرنسي 1922/6/17م في قضية "نانسي" **Nancy**: يمكن للقضاء الاعتراف بالزواج الديني المحض لكنه لا يمكنه الاعتراف بالطلاق الديني المحض، وكثيرا ما يدفع الاجتهاد بالنظام العام الزواج الذي تم في الخارج بشكل ديني مختلف عن الشكل المطلوب شرعا؛ كأن يقوم جزائري وامرأة يونانية مسيحية بعقد قرانهما داخل كنيسة في اليونان كما ينص عليه القانون محل الإبرام، فرغم أن الشكل الديني صحيح في قانون الموطن إلا أنه على القاضي الجزائري إبطاله بحجة مخالفة أحكام الشريعة التي هي أساس النظام العام الجزائري، والزواج في شرعنا مدني الهيكل لا يشرط فيه شكل معين للحكم بصحته لكن الشكل المسيحي أو اليهودي يبطله بلا خلاف.[2]

* **شكل الطلاق المختلط في قانون الجزائر:** كانت المادة 11 مدني 1975م المخصصة لشروط الزواج مصاغة بطريقة فيها إبهام: "الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين"، ما أدى إلى وقوع الاجتهاد في إشكالات عدة، حيث برز هذا التساؤل: هل تُطبّق جنسية الزوجين معًا على الشروط الموضوعية أم الشكلية لإبرام الزواج؟ ثم تفطّن المشرع وتدارك الأمر في 2005م وعدّلها بطريقة إيجابية: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، فكان لزيادة لفظة الموضوعية دورٌ كبيرٌ في إزالة الغموض الذي اكتنف الصياغة القديمة، وفيما يخصّ شكل الطلاق المختلط فيرى الأكثر أنه يخضع لقانون محل الوقوع طبقا للمادة 19: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه"، وأكدّته المادة 1/97 من الحالة المدنية سنة 1970م: الزواج الذي تمّ في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وأجنبي يُعتبر صحيحا؛ إذا تم وفق الشروط الشكلية المنصوص عليها في البلد المبرم

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 92 ورحاوي أمينة الزواج المختلط ص. 34
[2] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 106

فيه شريطة عدم مخالفة الشروط الموضوعية الجزائرية، وقيل أنّ المادة 19 ومثيلاتها لا يدخل في مضمونها الزواج وانحلاله وإنما تختص بعقود غير الزواج، وهو قولٌ يُجانب الصواب لأنّ الزواج وانحلاله من التصرفات العقدية وتحكمها هذه المادة، بدليل أن المشرّع لم ينص على الشروط الشكلية للزواج وانحلاله في قواعد الإسناد وذكر المادة 19 عقبها ما يدل أنها تختص بكل العقود في جانبها الشكلي، ولا أدل عليه من نص المادة 4 من الأسرة: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، وكانت صياغة المادة 19 قبل التعديل: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها بقانون البلد الذي تمت فيه"، فتمّ تعديلها بصياغة أدقّ يدخل فيها شكل الزواج وانحلاله، ولاجتناب مثل هذا الغموض صاغت دولٌ قواعد دقيقة تحكم الجانب الشكلي للزواج وانحلاله مثل الفصل 1/46 مجلة تونسية للدولي الخاص: "تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان الإبرام"، وهي وإن كانت نصا في شكل الزواج إلا أن شكل الطلاق يلحق بها لما بينهما من تلازم، وفي المادة 2 اتفاقية لاهاي للزواج 1978/3/14م نفذت 1991/5/1م: "الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها"، وفي المادة 2/13 مدني أردني: "من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"، ونفس الأمر في المادة 37 الخاص الكويتي وفي مصر ولبنان وسوريا والعراق وفرنسا وإيطاليا واليونان وألمانيا والنمسا وألبانيا وبلغاريا وتركيا وأنجلترا وأمريكا.[1]

الفرع الثالث: نظرة شرعية للشكل في انحلال الزواج المختلط

شكل الانحلال عبارة عن كل المراسيم أو التقاليد أو الأعراف المصاحبة له، دون أن يكون لها دور جوهري، كألفاظ الطلاق التي كان لها بالغ التأثير في الفقه المذهبي، ثمّ صارت عند البعض بحكم التقنين وتطوّر المناهج وقلة التعصب من شكله لا موضوعه، وكالشهادة أو كتابة ورقته التي يشترطها اليهود، أو المثول أمام القاضي عند من يرى أنّ الطلاق من حق الزوجين كالنمسا، ومنعه خارج المحكمة كما في الغرب وتونس، أو يكون أمام رجل الدين كما هو شأن بعض طوائف اليهود والمسيحية، **نيحث صيغ الطلاق والإشهاد**.

* **ألفاظ الطلاق:** اشتهر الخلاف حول اللفظ الذي يقع به الطلاق صراحة، فقال الشيعة: لا يقع إلا بصيغة "طالق"؛ لأن الزواج ميثاق غليظ لا يصحّ حلّه بغيره ولم يرد سواه، وقال الظاهرية والشافعية: يقع بأحد ثلاثة "الطلاق والسراح والفراق"، وما يُشتق منها لأن القرآن لم يذكر الفرقة إلا بها، وقال المالكية والحنابلة: صريحه لفظ الطلاق ومشتقاته، وقال الحنفية والزيدية: كلّ لفظ لا يستعمل إلا فيه فهو صريح ولكلٍّ أدلته، والراجح قصر الصريح على "الطلاق" ومشتقاتها كما هو

[1] الطيب زوروتي القانون الدولي الخاص ص. 16 ورحاوي أمينة الزواج المختلط ص. 33

مذهب المالكية والحنبلية؛ لأن الميثاق الغليظ لا يُفكّ بلا يقين، والسراح والفراق قد يراد بهما غيره كما في قوله "**إِذَا نَكَحْتُمْ الْمؤْمِنَاتِ ثُمّ طَلَقْتُمُوهُنّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسّوهُنّ ... فَمَتّعُوهُنّ وَسَرّحُوهُنّ**"، (الأحزاب 49) وعطفُهما يدلّ على المغايرة فلم يبق إلا لفظ الطلاق الذي يُعتبر صريحا ولا يحتاج إلى نية، ثم اختلفوا في كنايته، فالجمهور على اشتراط النيّة في الكناية ديانة وقضاء بضابط العرف، لحديث كعب حين أمره الرسول أن يعتزل زوجته فقال: أُطلّقها؟ قال: "اعتزلها فلا تقربنها" فقال لامرأته: الحقي بأهلك"،[1] ولم يكن طلاقا، وقال الحنفية: يقع بلا نية إذا اقترن بحال يدل عليه، ومذهب الجمهور أرجح،[2] وقد صنّف الفقهاءُ أبوابا في كناية طلاق ذكروا فيها مسائل لا يمكن قبولها، كقول المالكية لو قال الرجل لزوجته طلقتك شرّ الطلاق أو أكمله أو أقبحه كان ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ومن كانت له زوجتان فنادى إحداهما وأجابته الأخرى فطلّقها يظنها من ناداها تُطلّق عليه زوجتاه، ثم ذكروا في الكنايات ألفاظا لا يعرفها الناس، علّقوا عليها حلّ الزيجات وتحريم الحلال وأكثره مما لا يقوم عليه دليل،[3] قال ابن القيم: "كون اللفظ صريحًا أو كناية أمر يختلف باختلاف عُرف المتكلم والمخاطب والزمان والمكان، فكَم من لفظ صريح عند قوم ليس بصريح عند آخرين وفي مكان دون مكان وزمان دون زمان"،[4] وقد صار التلفظ بصريح الطلاق في أيامنا بلا قيمة قانونية خلافا لما كان عليه الأمر إبّان الالتزام المذهبي؛ لأنه يقع أمام القاضي الذي يسأل الزوج عن طلاق زوجته ويُثبته، فإذا أصرّ على أنه طلّق زوجته بإرادته المنفردة لا يملك إلا الإذعان، لم يخالف إلا القانون التونسي الذي منع الطلاق خارج المحكمة في الفصل 30 مجلة الأسرة، وهل تُعتبر ألفاظ الطلاق في الدولي الخاص من شكله أم موضوعه؟ الجواب أنّه إذا اعتُبرت من شكله أُسند الحكم إلى قانون مكان إبرام الزواج، وإذا اعتبرت من موضوعه أُسند إلى قانون جنسية الزوج، والصحيح أنّه من الموضوع لأن الطلاق لفظا له قوة الوقوع خاصة الصريح منه المستعمل فيه لفظ الطلاق ومشتقاته وهو داخل في فئة الطلاق الانفرادي للزوج، فإذا استعمل الكنايات أو الألفاظ الصريحة الغير معتبرة فهو من الشكل المحال على قانون المكان.

* **الإشهاد:** أصله قوله "**وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدلٍ منْكُم**" (الطلاق 2) نزلت في الرجعة؛ لأنّ المطلقة الرجعية إذا شارفت عدتها على الانقضاء وجب على الزوج أن يُقرّر الرجعة أو الفرقة،[5] قال البخاري في ترجمة صحيحه: "طلاق السنة أن يطلقها

---

[1] رواه البخاري باب حديث كعب بن مالك رضي الله عنه برقم 4418

[2] ابن رشد البداية 95/3 وابن قدامة المغني 385/7 والمرداوي الإنصاف 462/8 وابن حزم المحلى 436/9 والشربيني المغنى 457/4 والبغدادي التلقين 128/1 وابن رشد البيان 350/6 والكاساني البدائع 98/3 والمرغيناني الهداية 225/1 والنجفي الجواهر 283/5

[3] شرح الخرشي 30/4 وابن قدامة المغني 388/7 والشربيني المغني 459/4 والكاساني البدائع 105/3

[4] ابن القيم إعلام الموقعين ج. 3 ص. 200

[5] تفسير ابن كثير ج. 8 ص. 145

طاهرا من غير جماع ويُشهد شاهدين"،[1] وهل تجب أم تُستجب؟ مذهب الجمهور أنّه مندوب؛ لأن ابن عمر طلّق زوجته حائضا ولم يؤمر به ولو كان واجبا لأُمر،[2] وتُحمل الآية على الاستحباب نظير قوله **"وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُم" (البقرة 282)** المحمولة على الندب عند الأكثر،[3] وسئل عِمْرَان عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى طَلَاقِهَا وَلَا عَلَى رَجْعَتِهَا؛ فَقَالَ: "طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهِدْ عَلَى طَلَاقِهَا وَعَلَى رَجْعَتِهَا وَلَا تَعُدْ"،[4] لم يأمره بفراقها ولو كان واجبا لفعل، وقال الشافعي في القديم والظاهرية وهو رواية لعطاء هو واجب لظاهر الآية، ونصره بعض المعاصرين لمنع التعسف في الطلاق ولحفظ حقّ المرأة وعدم الإيجاب أرجح، ولم توجب قوانين أوروبا وتونس الشهادة في الطلاق بحكم منعه خارج المحكمة وعدم الاعتراف بالانفراديّ منه، ونحى الجزائري منحى التوسط فنصّ على جواز الطلاق الانفرادي ولم يذكر في وسائل الإثبات أي بينة أو شهود لمن استعمله، واختارت دول عربية إيجابه كالمصري والمغربي، ففي المادة 79 مغربي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بين الزوجة"، وفي المادة 21 المصري: "لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"، فإذا وقع طلاق مختلط بغير شهود فإن القاضي يُكيّفه حسب قانونه من الشكل أو المضمون لأن التكييف يخضع لقانون القاضي، فإذا كان قانونه يرى الإشهاد آمرا كالمصري والمغربي فإنه يُكيفه على أنه من الموضوع فيقضي بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وإذا كان لا يراه من الموضوع كيفه على أساس الشكل وحكم بقانون محل إبرامه، وهو ما يبرز أهمية التكييف في القضاء على الشكل والموضوع.[5]

المطلب الثالث: دفع قانون انحلال الزواج المختلط بالنظام العام

انحلال الزواج المختلط مجالٌ خصبٌ لإعمال نظرية الدفع بالنظام العام؛ لأنه تصرفٌ قانونيّ وشخصيّ مرتبطٌ ارتباطا وثيقا بالهوية والدين والعُرف، وهي العناصر التي يُحاول المشرع والاجتهاد المحافظة عليها بشدة وعلى الدوام، حيث يربطه المشرع العربي بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو قيد زمنيّ متأخر عن تاريخ إبرام الزواج ما يفتح المجال لتغيّر القانون الحاكم للعلاقة، وقد يكون القانون الجديد غير ملائم لنظام القاضي فيدفعه، وقد يُغيّرُ أحدٌ ديانته إلى الإسلام الذي يختلف تصوّر منظومة الطلاق لديه اختلافا جذريا عن تصور قوانين الجنسيات التي

---

[1] صحيح البخاري ج. 7 ص. 40

[2] رواه البخاري كتاب الطلاق برقم 5251

[3] دليل الاستحباب حديث خزيمة الذي شهد دون حضور ولم يكن معه شهود، رواه أبو داود باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد 3607 وصححه الأرنؤوط المسند 206/36 وتفسير ابن كثير ج. 1 ص. 726

[4] رواه أبو داود باب الرجل يراجع ولا يشهد برقم 2186 وابن ماجه برقم 2225 وسنده صحيح

[5] الشافعي الأم 189/7 والكاساني البدائع 181/3 والبلدحي الاختيار 148/3 وابن عبد البر الكافي 574/2 والماوردي الحاوي 319/10 وابن كثير 145/8 والقرطبي 158/18 والغزالي المرأة ص.184 وأحمد شاكر نظام الطلاق الرسالة 1998م ص.81 والقاسمي الإستئناس ت عبد الحميد دار عمار ط 2، 1988م ص.51

لا تنتمي إلى الفلك الإسلامي؛ ما يحمل القاضي على ردّ القوانين الشخصية التي لا تتلاءم مع الديانة الجديدة لمن يحمل جنسيتها، ومن المعلوم أنّ شريعة الإسلام تُقرّ الطلاق الانفرادي الذي تمنعه القوانين الغير إسلامية ما يدفع قضاتها إلى دفعه، لأنّهم يرونه غير عادل ويمس بقاعدة المساواة بين الجنسين المقدسة، هم يرمون إلى التساوي المطلق المخالف للفطرة ويقصد الإسلام العادل منه، وكان القضاء الفرنسي يدفع القانون الواجب التطبيق على طلاق وقع بإرادة منفردة؛ لأنه يُكرّس تفاوتا خطيرا بين الرجل والمرأة ما يخالف النظام الفرنسي بصفة مطلقة؛ خاصة إذا كانت المطلّقة بهذه الطريقة فرنسية الموطن تعيش في فرنسا بلد المساواة في نظرهم.[1]

والاندفاع في ردّ الطلاق الانفرادي هو دَيْدَنُ قضاء سويسرا حين رفض الاعتراف بطلاق بين زوجين مصريين مُقيمين في سويسرا، حيث طلّق الزوج بالوكالة ثم سافر إلى المغرب وتزوّج بمغربية، ثم عاد إلى سويسرا وطلب تصريحا بالإقامة لزوجته المغربية، فرفضت محكمة "جنيف" بحجة عدم اتباعه الإجراءات الخاصة بالطلاق المنصوص عليها في سويسرا، رغم أن قواعد الإسناد السويسرية تُحكّم القانون المشترك للزوجين؛ أي المصري الذي يجيز الطلاق بالوكالة، فقد ردّ القاضي الواجب التطبيق لمخالفته المبادئ العامة السويسرية كمبدأ المساواة أمام القانون، وذهب قضاء فرنسا أبعد من ذلك حين رفض في قضية باتينو **Patino** بتاريخ 1963/5/15م قبول تطبيق القانون البوليفي؛ لأنه لا يعترف بالانفصال الجسماني كمرحلة أولية، وطبق قانون فرنسا بحجة عدم تجزئة القانون الأجنبي، وفي اجتهاد لنقض فرنسا بتاريخ 2004/2/17م رقم 256 رفض القضاة الاعتراف بطلاق وقعه جزائري بإرادة منفردة لأنّ الزوجة فرنسية، بحجة منع الأزواج من الذهاب إلى بلدانهم وإيقاع الطلاق بهذه الطريقة، ثم محاولة الاحتجاج بالأحكام المحصلة بالخارج أمام القضاء الفرنسي للحصول على آثار قانونية، وهو اجتهاد مبنيّ على قاعدة سد الذرائع، والتي تجلت بقوة في قضية رفضت فيها النقض الفرنسية الاعتراف بطلاق وقعه زوج جزائري بالإرادة المنفردة؛ لتعارضه مع مبدأ المساواة المكرّس في فصل 5 بروتوكول 7 بتاريخ 1984/11/22م المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهو ما انتُقد بشدة لأنّ الاتفاقيات الأوروبية تلزم أصحاب الثقافة الأوروبية؛ فلا يحق الاحتجاج بها للحكم على جزائريين يملكون ثقافة إسلامية تختلف عنها اختلافا جذريا.[2]

كما بلغ الاستبعاد في قضايا الطلاق المختلط إلى ما بين الدول الإسلامية التي لها نفس الفلسفة القانونية، فقد اجتهدت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1987/6/16م في استبعاد القانون المغربي الواجب التطبيق بين زوج مغربي وزوجة تونسية؛ لأن القانون المغربي لا يسمح للزوجة بطلب الطلاق إلا في حدود وأسباب معينة، خلافا للتونسي الذي يسمح به مطلقا فحكمت لها بالطلاق رغم

[1] زوروتي الدولي الخاص ص. 187 ومسعودي التنازع ص. 218 ودربة التنازع ص. 112
[2] مسعودي يوسف التنازع ص. 218

معارضة زوجها المغربي، وفيما يخص دفع القانون الواجب التطبيق في حالة تغيير الدين فإن منظومة القضاء الإسلامية إذا عُرضت أمام قاضيها دعوى طلاق سببها أن الزوج غيّر دينه من النصرانية أو اليهودية إلى الإسلام وأن زوجته بقيت على دينها أي كتابية، وأن القانون الشخصي للزوجين يقضي بالتفريق بينهما بسبب تغيير الدين، فإنه سوف يدفع القانون الأجنبي الملزم للفرقة بالنظام العام الإسلامي لأن زواج المسلم بالكتابية في شريعة المسلمين جائز لا غبار عليه، وعكسه إذا رُفعت قضية زوجة أسلمت وأرادت فراق زوجها الذي بقي على دينه، فحتى لو كان القانون الشخصي للزوج وقت رفع الدعوى يمنع هذا الطلاق فإنه سوف يبعده بحجة مخالفته النظام العام، ويحكم بالتفريق لما تقرر من صحة ذلك اتفاقا بطلب الزوجة بسبب إسلام أحد الزوجين، وقد يكون سبب الدفع مناقضة المشروع في ديانات أخرى مع أحكام الشرع مثل اجتهاد النقض المصرية حين ردّت ما تنص عليه قواعد الكنيسة الأرثودوكسية المصرية في المادة 69 مجموعة الأقباط الأرثودوكس لعام 1955م: "يجوز لكلّ من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج"، بحجة أنّه من شأنه المساس بحرية الزواج الذّي هو من الحريات الأساسية؛ فوجب استبعاده لتعارضه مع النظام العام المصري، والحاصل أن كثرة استعمال آلية الدفع قد تُعطل العمل بنظرية التنازع في الطلاق المختلط، خاصة أنّ الدفع لا يعتمد القواعد القانونية حَكَمًا، بقدر ما يرتبط بالاعتبارات السياسية والثقافية والسوسيولوجية المنبثقة عن المجتمع.[1]

*** أمثلة تطبيقية للدفع بالنظام العام في انحلال الزواج المختلط: الجزائر**

استقر الفقه على التفريق في النظام العام بين نوعين من المسائل: الأول لا يتعلق بالمجال الشخصي حيث يبقى فيه القضاء مرنا ومتطورا في تطبيقه، والثاني شخصي يمتاز فيه النظام العام بخصائص منها أنه ثابت ومستمد من الشريعة، ومواده مستقرة قانونيا نظرا لتعلقها بالعبادات، وهو موحّدٌ لا يعترف بالتعددية الطائفية أو الدينية، **المغرب** قبل صدور المدوّنة كان الاجتهاد يرفض الحكم بالصيغة التنفيذية للأحكام الأوروبية التي تدفع الحكم على انحلال زواج مغربيين بالإرادة المنفردة لأنه من صميم النظام العام المغربي، وقرر المجلس الأعلى في 2000/9/20م رقم 864: "لما نصت المحكمة الألمانية على عدم إمكانية تطبيق القانون المغربي رغم أن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لمغاربة مسلمين؛ فإن الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية يعتبر مخالفا للنظام العام المغربي"، ثم تقرر أنّ الأحكام الأجنبية يجب أن تبنى على أسباب لا تتنافى مع مضمون المدونة، واشترطت المادة 2/128 منها اختصاص المحكمة وأن تكون أسبابها غير متنافية مع المدونة تماشيا مع سياسة تسهيل الإجراءات للمغاربة بالخارج، **تونس** استبعد القانون المغربي الواجب التطبيق 1977/4/19م لأنه أجاز الطلاق بالإرادة المنفردة؛ ما يتعارض مع التشريع

[1] أعراب بلقاسم القانون الدولي ص. 262 ومسعودي يوسف التنازع ص. 218

التونسي الذي لا يجيزه إلا بحكم قضائي، **مصر** اعترف لزوج طلّق امرأته بإرادته وهو غير مسلم؛ لأنه مسموح به رغم أن الواجب التطبيق يمنعه؛ لأنّ المنع يعارض النظام العام، واستبعدت محكمة الإسكندرية قانونا يحرم الزوج من الطلاق 1951/4/9م **مجلة مصرية لسنة 1951 ص 194**، لأنه لم ينظم الطلاق بل حرّمه مطلقا، **فرنسا** قررت النقض في قضية **patino** قبول الطلاق بين زوجين بوليفيين رغم أن قانونهما الوطني يمنعه، حيث اعتبرت المنع مخالفا للنظام العام فطبقت قاعدة الأثر المخفف، ولم يكن قانون فرنسا قبل 1884م يسمح بالطلاق فكان الاجتهاد يعترف بطلاق تم بالخارج، كما يعترف في أيامنا بحق الزوجة الثانية في النفقة لحفظ حقوقها رغم أنّه لا يعرف التعدد ولا يقبله، **إسبانيا وإيطاليا** كانا يمنعان الطلاق للانتماء الكنسي، ولم يصبح مشروعا لديهما إلا منذ عقود، فلو تقدم فرنسيان إلى قضائهما بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيتهما؛ فسوف يُرفض بحجة مخالفة النظام العام، وحتى قضاء فرنسا نفسه سوف يقضي باعتبار الاتفاق بين الزوجين على عدم الطلاق مخالفا للنظام العام.[1]

المطلب الرابع: دفع قانون انحلال الزواج المختلط بالغش

يُلازم قضايا الطلاق تنازعٌ شديدٌ وخصوماتٌ ماليةٌ ومشاحناتٌ فرارًا من تحمل الآثار، لأنّ المحاكم عادة ما تقضي بتعويضات مُعتبرة على الزوج المتعسف في طلاقه، قد تصل في قانون تونس وقوانين أوروبية إلى جراية شهرية مدى الحياة، أو تقسيم الثروة مناصفة بين الزوجين كما في القانون البريطاني، لهذا يلجأ بعض الأزواج الأغنياء طواعية إلى قضائها لتقسيم ثرواتهم بالسوية، وفي هذا الصدد اشتهرت قضية الروسي "بوريس برزوفسكي" الذي دفع لطليقته مبلغ 275 مليون يورو محطّما كلّ الأرقام حول تعويضات الطلاق، فمن شأن هذه المشاحنة الدفع بالأزواج المقبلين على الطلاق إلى استعمال كل الوسائل المتاحة لاجتناب دفع المال أو تقسيم الثروة، وقد يصل البعض إلى ذروة اليأس فيستعمل وسيلة الغش نحو القانون الواجب التطبيق، عن طريق تغيير ضابط الإسناد الدال عليه إذا كان القانون الجديد في صالح المغيّر لضابطه، والذي لا يخرج عن كونه إما الجنسية أو الموطن الذان يسهل تغييرهما خاصة الموطن، وتعتبر الفرقة الزوجية أكثر المجالات استعمالا لقاعدة الغش وكأنها الأرض الخصبة للنظرية، وأشهر قضية تُذكر في هذا الصدد تُعرف باسم الأميرة بوفورمون **Beaufferment** امرأة بلجيكية الأصل تزوّجت من عسكري فرنسي فساءت العلاقة بينهما وتحصلا على انفصال جسماني سنة **1874م**، فأرادت تحويله إلى طلاق وكان القانون الفرنسي يمنعه فانتقلت إلى ألمانيا وتحصّلت على جنسية إحدى الإمارات ثم على الطلاق وفقا لجنسيتها الجديدة، ثم تزوجت بالأمير الروماني بيبسكو **Bibesco** فطعن طليقها في زواجها الثاني؛ فقررت النقض الفرنسية بتاريخ 1878/3/18م بطلان طلاقها بسبب الغش، وقد يُغيّر

[1] أعراب الدولي الخاص ص. 82 وحبار الدولي الخاص ص. 103 وبوعروس المختلط ص. 57 وبوسهوة مسائل الأحوال ص. 302 وعشوش الدولي الخاص ص. 328 ودربة التنازع ص. 113

من يريد الغش ضابط الموطن إذا كان الواجب التطبيق مرتبطا به وهو أيسر من تغيير الجنسية وكلاهما يُعتبر من الغش في تغيير الضابط، وربّما وقع الغش باصطناع قاعدة تنازع تلائم الحالة بمعنى أن الزوجين أو أحدها يجتهد في الوصول إلى قاعدة تنازع تلائمه وليس قاعدة موضوعية، مثل قضية زوجين لبنانيين من الطائفة المارونية[1] حين انتقلا إلى فرنسا للحصول على الطلاق الذي تمنعه ديانتهما وقانون بلدهما حسب القانون الماروني، فقد كانا على علم أن القاعدة الفرنسية تحيل على الموطن فتحصلا على الطلاق بالغش نحو القانون عن طريق تغيير قاعدة الإسناد بتحويل الموطن.[2]

وهناك وسيلة أخرى للحصول على مزايا قانون أجنبي وهي تغيير الديانة، وهي نافعة جدا في الدول الإسلامية التي تجيز قوانينها الحكم بانحلال الزواج بسبب اختلاف الدين، بل وتعطي للمغيّر لدينه نحو الإسلام تمييزا إيجابيا بحكم ما أكدته مختلف نصوص الشريعة من وجوب الترغيب للدخول في الإسلام، حيث يقوم أحد الزوجين بالدخول في الإسلام ورفع دعوى تطليق بسبب اختلاف الدين؛ فيضطر القاضي المسلم إلى الحكم لصالحه بسبب القطع الشرعي أو مخالفة النظام العام، أو وجود نص قانوني مثل المادة 30 من الأسرة الجزائري التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم، فأصبح اختلاف الدين من موانع الزواج القطعية والشروط الموضوعية لاستمرار الرابطة الزوجية، وعليه أوجب بعض الفقه التحرّي في مثل ذلك فإذا تبيّن أن المغيّر لدينه يريد الغش وجب دفع الواجب التطبيق بحجة الغش نحو القانون، والأكثر على أنّ القاضي لا يُحبَّذ له التشدّد لما تقرّر في الشريعة من القصد إلى هداية الناس ودخولهم في الدين أفواجا،[3] ويتضح مما سبق أنّ أنواع الغش نحو القانون قي قضايا الانحلال المختلط ثلاثة: تغيير ضابط الإسناد مثل قضية بوفرمونن، وتغيير قاعدة الإسناد مثل الزوجين المارونيين، وتغيير الديانة كدخول أحد الزوجين في الإسلام بغرض الحصول على الفرقة الزوجية والاحتفاظ بالحقوق والمزايا.

*** أمثلة تطبيقية للنظرية دفع قانون انحلال الزواج المختلط بالغش: الجزائر**

لم يذكر المدني 1975م الغش نحو القانون ثم تدارك الأمر في تعديل 2005م فنص عليه في المادة 24، التي تفيد ظاهرا أن القاضي ملزم بالنظر في الغش نحو القانون الجزائري فقط، غير أن المادة 358 إجراءات مدنية نصت على أنه يجوز الطعن أمام المحكمة العليا بسبب مخالفة الأجنبي في المجال الشخصي، وعليه تكون قد قيّدت مطلق المادة 24 وألزمت بالنظر في الغش نحو القانون الأجنبي في المجال الشخصي؛ لأن المشرع جعله قابلا للطعن بسببه خلافا لباقي المجالات التي يعتبرها

---

[1] كنيسة أنطاكية سريانية شرقية كاثوليكية اجتمعت نواتها 1 حول القديس مارون، رغم اتباعها للكاثوليك وإقرارها بسيادة البابا إلا أن لها بطرياك وأساقفة، يقيم بطرياكها في مدينة بكركي قضاء كسروان اللبناني ويبلغ أتباعها في العالم نحو ثلاثة ملايين ثلثهم بلبنان https://ar.wikipedia.org/wiki بتاريخ 2016/10/22 الساعة 18 سا 00

[2] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 224

[3] نفس المرجع السابق ص. 226

من الوقائع، وحرصا على منع الغش في هذا المجال جرّم المشرع الزواج المختلط بهدف الحصول على الإقامة إذا ثبت أنه لم يكن صحيحا: "زواج مختلط أبيض"، ففي المادة 48 قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب رقم **08-11 المؤرخ 2008/6/25م جريد رسمية 2008م عدد 36 ص. 10:** "الذي يقوم بعقد زواج مختلط أبيض بغرض تسهيل الإقامة أو الجنسية لأجنبي يعاقب بالسجن من 2 إلى 5 سنوات وغرامة مالية 50 إلى 500 ألف دج" وهي عقوبة شديدة، **تشريع العرب:** اعتبرت اجتهاداتها أن قيام امرأة مسلمة بتغيير جنسيتها نحو جنسية يبيح قانونها زواج المسلمة من غير المسلم، للتزوّج من رجل غير مسلم، فإن هذا الزواج يُعتبر باطلا بطلانا مطلقا؛ لأنه أُبرم بطريقة الغش نحو القانون، وفي المقابل فإنّ تغيير الأجنبي الغير مسلم ديانته إلى الإسلام لا يعتبر من الغش لأنه من النظام العام الإيجابي، فيكفيه التلفظ بالشهادتين كي يحصل على امتيازات قانونية لإسلامه؛ كالسماح له بالزواج من مسلمة وقبول دعواه للتطليق، ولا يجوز للقضاء البحث عن نيته أو التدقيق فيها، بهذا قضى المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 1974/7/5م: "يترتب على اعتناق الديانة الإسلامية لزوما تطبيق القواعد الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية والميراث لمعتنقي هذه الديانة، ما دام هذا الاعتناق وقع بدون تدليس وطبقا للقواعد الشكلية المقررة قانونا"، وقد يلجأ من يريد طلاق زوجته إلى تغيير ديانته من ديانة غير إسلامية لا تسمح بالطلاق بتاتا أو تسمح بالتطليق القضائي فقط إلى الإسلام الذي يسمح بالطلاق الانفرادي، وربّما لجأ مسيحيّ إلى تغيير مذهبه الكاثوليكي الذي يمنع التطليق كلية إلى الأرثودوكسي الذي يجيزه بشروط، وهو أمر منتشر بكثرة في الدول المتعددة الطوائف الدينية، فقد تعذّر على زوج مصري أرثودوكسي قبطي الحصول على الطلاق والهروب من النفقة فغيّر مذهبه إلى الروم الأرثودوكس، واشتهرت قضيته وحكمت فيها استئناف مصر الأهلية يوم 1934/2/3م، **فرنسا:** لم تكن المادة 170 مدني قانون 1884/7/27م تسمح بالطلاق مطلقا، فكان الفرنسيون الذّين يريدونه يُغيّرون جنسيتهم إلى جنسية بلد يجيزه، ثم يطلبون التطليق بموجب قانون الجنسية أي الأجنبي، وفي العصر الحديث نصّ القانون على عدم الاعتراف بالطلاق الذي يتم بين فرنسيين خارج الدولة، وعلى عدم الحكم بالآثار القانونية إلا إذا سُجّل في مصالح الحالة الفرنسية تجنبا للغش، حيث يُفرّق قضاء فرنسا بين حالتين: **الأولى** إذا تحصّل زوجان فرنسيان على الطلاق في الخارج وبقيا هناك فلا يُتهمان بالغش، فإذا دخلا فرنسا مباشرة بعد الطلاق فإنهما يتهمان به، **الثانية** إذا كان الزوجان أجنبيان ولهما موطن مشترك في الداخل وطلبا الطلاق بالخارج؛ اعتُبر ذلك غشا نحو القانون مانعا للطلاق، وهي نفس القاعدة المعمول بها حين كان الطلاق ممنوعا في القرن 19م، وحديثا اعتبر الغش نحو القانون في الطلاق إذا كان طالبه تهرب من أحكام القانون الفرنسي كما في قضية "دو بوفرمون"، أما إذا هرب إليه بمعنى أنه أراد الاستفادة من مزاياه كما في قضية "فيراري" فإنه لا يحكم ببطلانه بالغش ولو كانت أركانه ظاهرة للعيان وهو تحيّز مشين، ومعروف عن قوانين أوروبا سعيها إلى

حماية قوانينها وترجيحها، لهذا من الواجب على قضاتنا مراعاة ذلك من باب المعاملة بالمثل، ومن باب سموّ تشريع الإسلام المستمد من الوحي وترجيحا لتطبيق القانون الوطني.[1]

المطلب الخامس: استثناء الأحكام الوقتية والإجراءات

كل قضية طلاق مختلط شأنها شأن كلّ القضايا فيها إجراءات واجبة الاتّباع، وأخرى وقتية يجب الفصل فيها على جهة الاستعجال لكونها لا تحتمل الانتظار:

* **القانون الواجب التطبيق على إجراءات التقاضي:** هي التي تحكم سير الدعوى لها أهمية قُصوى، لهذا توضع لها قوانين خاصة غالبا ما تكون على فرعين، يختص الأول بالمجال الجنائي والثاني بالمدني، وخصّ بعض العرب مجال الأحوال بقانون إجراءات، واكتفت أخرى بإدراجها في الإجراءات المدنية كالجزائر، وتبرز أهميتها من خلال تحكّمها في سير الدعوى وتبيانها لمنهجية الفصل والمراحل الواجب اتباعها، ومخالفتها تعرّض الحكم للنقض، في المادة 1/358-2 إجراءات مدنية جزائرية: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات أو إغفال شكل جوهري فيها أحد أوجه النقض، يُمثل لها بتحديد جهة معينة دينية أو هيئة قضائية يتم التصريح لديها بالرغبة في فك الرابطة، وقد اختلف في القانون الواجب الحكم عليها: بين من يرى تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ومن يوجب تحكيم قانون القاضي؛ احتج الأولون بأن الإجراءات من صلب الموضوع، وقال الآخرون أنها تشبه التكييف من حيث معرفة القاضي بها، ولأنّ القضية مرفوعة في بلد له سيادته فلا يمكن أن تُحكّم فيه إجراءاتٌ أجنبيةٌ، فهي لا تحتمل غير الحكم بالنص ولا يجوز فيها الاجتهاد والفحوى، ويجب ربط قانون الإجراءات بمرفق القضاء الذي يجب أن يعمل بالقواعد التي تحدثه ويدخل فيها نظام الإثبات، ولا يُتصوّر أن تختلف قواعدها باختلاف جنسية المتقاضين، غير أن المشرّع قد يُلزم الأجنبي ببعض القواعد الخاصة كتقديم الكفالة، وهو ما أخذت به الجزائر في المادة 21 مكرر مدني: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" وهو اختيار أكثر القوانين، وجعله القضاء الفرنسي من القواعد والنظريات المتبعة، ففي سنة 1943م رفعت دعوى أمام محكمة فرنسية بطلب تفريق جسماني لزوجين إسبانيين؛ فاجتهدت محكمة ابتدائية وكيّفت التفريق الجسماني على أنّه من فئة انحلال الزواج فأخضعته لضابط الجنسية والقانون الشخصي، وحكمت أنّ الواجب التطبيق هو الإسباني الذي ينص على إخضاع التفريق لقانون الكنيسة، ولما أعادت الاستئناف النظر كيّفته أنه داخل في المرافعات والإجراءات قبل الطلاق فأخضعته للقانون الفرنسي وأجازته دون رجوع للكنيسة، ورغم أن أكثر القوانين أخذت بهذا المبدأ إلا أن الفقه لا يزال يختلف حول أساس ذلك، فقيل أساسه النظام العام ويظهر فساده لكونه يعني أن الأصل هو تطبيق

[1] زوروتي دراسات في الدولي الخاص 49/1 وزوروتي أثر اختلاف الديانة والجنسية ص. 929 ورحاوي أمينة الزواج المختلط ص. 98 ودربة تنازع القوانين ص. 123 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 155

الأجنبي ثم استبعد وهو خلاف الراجح، وقيل قاعدة لوكوس وهو ظاهر الفساد كذلك لأنه قد أُخذ بها تيسيرا للتعامل الدولي وليس بينها وبين محل النزاع علاقة، والراجح أن الإجراءات من القواعد المنظمة التي لا تحتكم إلى قانون أجنبي ولابد فيها من تحكيم الوطنيّ.[1]

* **القانون الواجب التطبيق على المسائل الوقتية:** المستقر عليه هو تطبيق قانون القاضي على الأحكام الوقتية والتحفظية المتخذة أثناء سير الدعوى؛ بهدف المحافظة على مصالح أحد الزوجين أو الأولاد، يُمثّل لها في قضايا الطلاق بتحديد نفقة وقتية أو تسليم أثاث الاستعمال اليومي، والحضانة والسكن والأموال المشتركة ومتاع البيت الذي له قيمة، في المادة 57 أسرة: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، ويبقى الحكم صالحا من يوم صدوره إلى الحكم النهائي، وقد انتُقد اعتماد قانون القاضي بأن قاعدة الإسناد قد أشارت إلى قانون واجب فكيف يحِلُّ قانون القاضي محلّه؟ أجيب بأن الأمر يتعلّق بإجراء استعجالي لا يمكنه الانتظار فيجب الحكم بما يعرفه القاضي؛ لأنّ الأجنبي يحتاج إلى وقت لتحديده وتفسيره، وعليه جاءت المادة 15 مدني جزائري: "يجب تطبيق قانون الشخص الذي تجب حمايته في قضايا الولاية والوصاية والقوامة؛ غير أنه يطبق القانون الجزائري على التدابير المستعجلة إذا كان الذي يجب حمايته يوجد هو أو ماله في الجزائر"، فرغم أن المشرع الجزائري لم يخص الإجراءات الوقتية بمادة إلا أن هذه القاعدة فيها بيان لمنهجه، وحددها المصري في المادة 34 من المرافعات: الإجراءات الوقتية والتحفظية من اختصاص قانون القاضي، ومثله في الفصل 2/49 من الدولي الخاص التونسية: "ينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"، والمادة 21 من الدولي الخاص الكويتي.[2]

المبحث الرابع: الانتقادات الموجهة لاختيارات التشريع العربي الإسلامي

تمهيد

يغلب على فلسفة القانون المعاصر المفهوم الروماني اللاتيني الخاضع لآراء لا تنتمي لديننا ولا يفقه أصحابها مقاصده، وللأسف لم يستطع نظامنا القضائي المعاصر الصمود أمام الزحف الهائج لنظريات تلك الفلسفة، لم ينج من ذلك سوى المجال الشخصي الذي ما انفكت دولنا تُناور من أجل بقائه مستمدا من الشرع، فبقي شامخا رغم هجمات مفكري الغرب وأذنابهم الذين يتصوّرون أن ما يصدر عن غيرنا لا شكّ مفيد لنا، وعلى هذا الأساس انتقدت اختيارات دول الإسلام في مجال الأحوال الشخصية إذا خالطها عنصر أجنبيّ، وهذه مطالب المبحث:

---

[1] عشوش الدولي الخاص ص. 265 وبوبشير النظام القضائي ص. 26 وسمية قانون القاضي ص. 107 ودربة التنازع ص. 55 ومسعودي التنازع ص. 227

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 259 ودربة التنازع ص. 57 وزيدان الصلح ص. 82 وسعادي الزواج ص. 504 وكصير القاضي ص. 76 وخليل ابراهيم تنازع النفقة الرافدين م 11 ع 40 سنة 2009م ص.101

المطلب الأول: المساس بمصلحة الزوجين من خلال ربط القانون بالجنسية
المطلب الثاني: الخلط بين الجنسية والهوية الدينية
المطلب الثالث: المساس بالمساواة بين الرجل والمرأة
المطلب الرابع: المساس بمصلحة الزوجة بتقييد وقت الطلاق

المطلب الأول: المساس بمصلحة الزوجين بضابط الجنسية

ضبطت دول الإسلام قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج المختلط بالجنسية، فجلب لها ذلك انتقادات من قبل المرجحين للموطن، رغم أن المنتمين للمدرسة اللاتينية أخذوا به، إذ استقر التشريع المعاصر على التنازل للقانون الأجنبي إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا التنازل هو حجر الزاوية في نظرية التنازع؛ ولا يزال الخلاف قائما حول اختيار أفضل ضابط يمكنه تحقيق أعلى مراتب العدل، بين التوجه اللاتيني والعربي المرجح للجنسية والأنجلوسكسوني الرجح للموطن، الذّي يُعرّف بأنّه مكانٌ يستقر فيه الإنسان بالسكن أو العمل، يتعلّق به نشاطه القانوني ويكون الشخص موجودا فيه على الدوام إلا لطارئ، وأنّه الأداة التي من خلالها يوزع الأشخاص جغرافيا بين الدول، في المادة 1/40 مدني مصري: "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"، ويترتّب على تحديده أهمية بالغة في القضاء حيث يُعرف به الاختصاص، وهو أنواع: موطن عام اختياري وإلزامي ومقرر قضاءً، وموطن قاصر ومختار للقيام بعمل قانوني، وخاص بتجارة أو حرفة، ذكره المشرع الجزائري في المادة 36 مدني دون تعريفه،[1] والخلاف حول أصلح ضابط على 4 مذاهب: الموطن والجنسية والاتفاقيات والإرادة:

* **ضابط الموطن** اختيار الدول المتأثرة بالأفكار الإقطاعية كبريطانيا والدانمارك وأمريكا اعتمادا على العُرف المستقر عليه، ورأي "سافيني" الذّي بنى اختياره على الخضوع الاختياري للفرد، ومنذ الاهتمام الأول للمعلّقين من أهل الحواشي تمّ الاتفاق على إسناد الموطن للأحوال لتحقيق مصلحة الفرد والغير، لأنّه يُشجع المهاجر الذي يتوطّن البلد المستقبل لأخذ أعرافه وتقاليده والاحتكام إلى قانونه، ومن مصلحة البلد المضيف التزام المقيم بقانونه ليكون هناك انسجام، وحين تختلف جنسية الزوجين يصعب الاعتماد عليها بينما موطنها واحدٌ، ويُلائم عديمي الجنسية لأن موطنهم معروف، والمهاجر حين يستوطن بلدا وتطول فيه إقامته تصبح معرفته بقوانينه أكبر، والمواطنون يجب عليهم التعامل مع الأجانب بنفس القانون، ومن مصلحة القاضي أن يجري القانون الذي يعرفه على الأجنبي المقيم في بلده، وهو أفضل من البحث على قانون لا يعرفه ليطبقه فقد يخطئ في فهمه وتفسيره فيذهب العدل، وبلدان المهجر التي يقطنها أجانب بكثرة لو يُطبق فيها قانون الجنسية لصارت قوانين العالم تُطبّق فيها ما يؤدي إلى الفوضى، والشخص يرتبط بموطنه الذي يعيش فيه أكثر من ارتباطه ببلده، وفيه محافظة على المصالح العليا للدولة

[1] حبار دولي خاص ص.19 ونبيل ابراهيم مدخل إلى القانون الحلبي ط 1 2010 ص.157

المستقبلة، والموطن أقدم من الجنسية في الوجود القانوني، **انتقد** بأنه لا يأخذ بعين الاعتبار احتمال العودة إلى البلد الأصلي، وبأنّ شريعة الإسلام لا تسمح بتطبيق قانون غير إسلامي على مسلم، وفيه تشجيع على الغش بسبب سهولة تغييره مقارنة بالجنسية، ويؤدي إلى ظهور حالات شاذة كأن يكون أحد الزوجين مطلقا في قانون المهجر ومتزوجا في قانونه الوطني، بسبب استعمال النظام العام لمنع الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في الخارج بحكم الموطن، ولأنّ قوانين المهجر مناقضة للتقاليد والهوية فكيف يُحكم فردٌ بقانون لا يرضاه.[1]

* **ضابط الجنسية** اختيار الدول اللاتينية مثل فرنسا وألمانيا ودول الإسلام، وكانت فرنسا هي أول من نصّ على إخضاع حالة الشخص وأهليته إلى قانون جنسيته، حيث كان الإسناد قبله مرهونا بالموطن في دول أوروبا، وقد أرادت من خلال هذا التحوّل إحلال القانون الفرنسي الموحّد محلّ القوانين الإقليمية المتعددة، ولم يعتقد المشرّعون حينها أنهم اخترعوا مذهبا جديدا في نظرية التنازع الذي انتشر في أنحاء أوروبا، أما حجة العرب فلأنّه قانون الوسط الشخصي والأصلح لحلّ المشاكل الشخصية والأجدر بحماية الفرد وعائلته، فيه تغليب صفة الاستمرار للقانون الأصلي فلا يقع التذبذب والخلاف، والأحوال الشخصية ترتبط بالدين ما يُسمّى بالمسحة الدينية **Empreinte Religieuse**، وفيه استقرار للقانون وتثبيته، وتُخضع الدول رعاياها لقوانينها فيجب أن يتبعهم ذلك القانون أينما ذهبوا حفاظا على مصالحهم، وفيه غرس للولاء الوطني والشعور بالقومية، وهو مظهر لاهتمام كل دولة برعاياها الموجودين بالخارج، ومن أسمى أهداف الشخص تكوين أسرة والجنسية تفيدها أكثر مما يفيدها مكان وجودها لأن فيها ارتباط بالهوية، **انتقد** بأنه يخلط بين مفهوم الأمة والدولة ويتسبب في التقليل من أهمية الإقليم والسيادة، ويُغلّب مصلحة العرف والدين واللغة التي لا ينبغي أن يبنى عليها القانون العصري، **أجيب** أنّه يجب ترجيح الاستقرار الشخصي للفرد على ما يصيب الإقليم والمفهوم القانوني، وفي فقهنا لا يُطرح هذا الخلاف أساسا لأن المسائل الشخصية من زواج وطلاق وميراث ووصية ونسب ونفقة كلها مرتبطة بالدين مضبوطة بأحكامه فيها شَبَه من التعبّد، فلا يُتصوّر أن تشرع دولة إسلامية قانون ينص على ربط الأحوال بالموطن بسب ملاءمة قانون الجنسية لمرجعيتها.[2]

* **اعتماد الاتفاقيات الدولية والثنائية** مراده إيجاد حل للنزاع المطروح بين اعتماد ضابط الجنسية أو الموطن، وذلك بسبب إيجابياتها غير أن السبيل إليها ليس سهلا لهذا لم تسلم من النقد، فقد عُقدت سنة 1902م اتفاقية لاهاي بشأن الزواج والطلاق، وقد حاول القائمون عليها توحيد الحلول إلا أنهم وجدوا صعوبات كثيرة

---

[1] عكاشة التنازع ص. 657 وأعراب الدولي الخاص ص. 204 وعشوش الدولي الخاص ص. 296 وموري سفيان الاختلاف حول الضابط ص.17 وبوعروس المختلط ص. 142 وزلاسي المختلط ص. 61

[2] الهداوي الدولي الخاص ص. 85 وأعراب الدولي الخاص ص. 203 وعشوش الدولي الخاص ص. 295 وزلاسي الزواج المختلط ص. 59 وموري إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد ص. 16

بسبب الخلاف بين المدرسة اللاتينية بزعامة فرنسا والأنجلوسكسونية بزعامة بريطانيا وأمريكا فكان مآلها الفشل، فيما كانت دول الإسلام حينها في سُبات علميّ عميق لوقوعها تحت وطأة الاستعمار، ثمّ عقدت دول أمريكا الجنوبية مؤتمر "هافانا" بكوبا 1928م أسفر عن وضع تقنين شامل ينظم الحقوق، وتبعتهم الدول الأسكندينافية في وضع اتفاقيات فيها بعض الحلول الخاصة بتنازع المجال الشخصي كالاتفاق المبرم سنة 1931م المتعلق بالزواج والتبني والوصايا، وقد نجحت هذه الدول بشكل ما في حلّ مشكل اختيار ضابط الإسناد بين الجنسية والموطن بسبب تقارب أسسها، أما دول الإسلام فليس لها إلا ضابط الجنسية قولا واحدا.[1]

* **اعتماد مبدأ الإرادة** حاول البلجيكي **jean Yves carlier** الخروج من مأزق ازدواجية استعمال ضابطي الجنسية والموطن فاقترح الأخذ بضابط الإرادة في المجال الشخصي، يعني أن الدولة تُقنن قواعد إسناد تشير إلى الواجب التطبيق حسب إرادة المتنازعين، لإيجاد حل وسط وتوفيقي بين القانون الوطني المحافظ على ثقافة المهاجر والمتناقض مع النظام العام الأوربي، وبين قانون الموطن الذي يتجاهل هوية المهاجر ويعمل على استيعابه، ونصت المادة 11 اتفاقية لاهاي **بتاريخ 1989/8/1م** متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الميراث على هذا المبدأ، وأخذت به المادة 17 قانون ألماني **بتاريخ 1986/7/25م** في آثار الزواج، والدولي الخاص الهولندي **بتاريخ 1981/3/25م** في مادة انحلال الزواج والانفصال الجسماني، والإسباني **بتاريخ 1990/10/15م** في مادة آثار الزواج، حجتهم السماح لأطراف النزاع بالانخراط في الحل والمساهمة فيما يفضي إلى الاقتناع، **انتقد** بأن دافعه ليس إيجاد حلول للجاليات الأجنبية وإنما محاولة استيعابها وإبعادها عن وطنها، والخروج عن ضبط المجال الشخصي بالجنسية إلى الموطن، فكأن اللاتينية كانت تدافع عن الجنسية حين كانت دولا يهجرها مواطنوها، ثمّ تحولت إلى نقيضه حين أصبحت دول مهجر.[2]

الترجيح يترجح ضابط الجنسية على الموطن والاتفاقيات والإرادة، وقيل أنّ الجنسية والموطن كلاهما نسبي المصلحة، فالدولة التي يهاجر رعاياها بكثرة إلى الخارج كألمانيا وإيطاليا ودول الإسلام يُفضّل لها تطبيق قانون الجنسية لربط رعاياها بوطنهم، والدول التي تبني سياستها على قبول المهاجرين كأمريكا وبريطانيا فخير لها أن تختار الموطن؛ لتربط المهاجرين إليها بمهجرهم وتقوي أواصره، ورغم أنه قول عملي للبعض إلا أن دول الإسلام لا يمكنها غير ترجيح الجنسية بسبب علاقتها بالدين والهوية ما يتجلّى في المطلب الموالي.[3]

---

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 160
[2] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 148
[3] أحمد عشوش القانون الدولي الخاص ص. 298

المطلب الثاني: الخلط بين الجنسية والهوية الدينية

انتقد خيار الجنسية كضابط إسناد يدل على الواجب التطبيق في الطلاق المختلط بأن فيه خلطٌ بين مفهوم الجنسية والدين، حين يتمّ المزج بين العصمة والجنسية التي هي من حقوق المواطنة بلا تمييز بين الزوجين، لهذا يُطرح التساؤل: هل توجد علاقة بين عصمة الطلاق المناطة بالزوج وبين جعل الواجب التطبيق على الطلاق المختلط مربوط بجنسيته؟ وهل يخاف المشرع ألا تقبل جنسية المرأة الطلاق الانفرادي؟ الجواب نعم بينهما اتصال وثيق يصعب فكّه؛ لأن الجنسية لها ركنان أساسيان: الولاء للإسلام ودولته للمسلم والولاء بالذمة لأهلها، ورغم تعبيرها عن المواطنة إلا أن هوية الإسلام لا تنفك عنها، فيجب ترجيح ضابط الجنسية لأنّه مظهر من مظاهر الهوية، حكمته أنّ القانون الشخصي هو الأسلم للمسلمين بسبب جواز زواج المسلم من الكتابية ومنع زواج المسلمة من غير مسلم، ولصحة الطلاق الانفرادي والخلع، وقد عقدت دول عربية اتفاقيات ثنائية مع مثيلة لها تكثر أعداد الزيجات المختلطة بينها، مثل المغرب وموريطانيا في اتفاقية 1979/1/20م وفيها إخضاع رعايا البلدين المقيمين فوق تراب الآخر لقانون الموطن بدل الجنسية، وقد سهّل عليهم التقارب بين قانونهم المستمد من الإسلام والمذهب المالكي، وقد يكون من مصلحة دولنا ربط المجال الشخصي بالموطن في اتفاقيات ثنائية أو متعددة حافظة لمصالحهم، أما مع غيرهم فلا مجال للضبط سوى بالجنسية.[1]

انتُقد اعتماد ضابط الجنسية بأنّ فيه رائحة الامتياز الديني، ما يخالف الأعراف الدولية التي تمنع التمييز على أساس الدين والجنس، **أجيب** بأنه امتياز غيرُ مَعيب ولا مخالف لمعاهدات المجال الشخصي المرتبط بالهوية والتقاليد، وقد وقع اتفاق على أحقيّة رفض القانون الأجنبي الواجب المخالغ للنظام العام، وغالب أسس النظام ليست إلا أصول الدين، وهذا المنهج لا يقتصر على دولنا بل يعم الدول الداخلة تحت العرف المسيحي أو اليهودي، فالقانون الإسباني مثلا لا يزال يحظر الطلاق الانفرادي على المسلمين المقيمين رغم أن قانونهم يجيزه، وفيه امتياز ديني للمسيحية في إسبانيا المعروفة بتشدّدها، والتي كانت إلى عهد قريب تحظر الطلاق فلم تُجزه إلا سنة 1982م، وخير مثال على تقديم الهوية ما وقع لفرنسيين تزوجا في فرنسا بتاريخ 1945/8/30م وأنجبا طفلين، ثم انتقل الزوج إلى المغرب ودخل الإسلام وتزوّج من مغربية، وأنجب منها طفلين دون مفارقة الأولى التي رفعت دعوى إبطال زواجه الثاني بحجة منع التعدد في قانون فرنسا، فقضت محكمة مغربية ببطلان الثاني لأن المادة 147 مدني فرنسي واجب التطبيق تمنع التعدد، غير أن المجلس الأعلى المغربي نقضه لأن الزوج صار مسلما فيجب إخضاعه لقضاء شرعي وفق ظهير 1959/4/24م، وهو اجتهاد موفّق تجلّى فيه ترجيح الديانة على الجنسية لأنّه من النظام العام الإسلامي، وقرّر نفس المجلس 1972/2/7م أنّ أيّ

[1] مسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 153

نزاع يقوم بين زوج مسلم وزوجة فرنسية يجب الرجوع فيه إلى الشريعة، واستقر القضاء الإسلامي والتشريع على اعتبار الديانة الإسلامية أحد العناصر الأساسية في ضابط الإسناد بالنسبة للمسلم، رغم أنّه يتحاشى بسبب الحساسية تجاه المفاهيم الغربية ذكر الإسلام كضابط إسناد، فيقوم بإخفائه في قالب الجنسية المعترف بها، ومن آثار ذلك أنّ الأجنبي المسلم لا يسري عليه قانون جنسيته إذا لم تكن جنسيته مسلمة، ويُطبق عليه قانون الموطن أي المسلم لأجل ديانته.[1]

وفي انتقاد آخر موجه لاعتماد الجنسية كضابط ديني تُذكر إمكانية لجوء الزوج إلى ادّعاء الدخول في الإسلام هروبا من التزاماته فيُفتح باب الغش على مصراعيه؛ لأن تغيير الجنسية أمر عسير بينما تغيير الدين متيسر تكفيه شهادة شاهدين وتلفّظ بكلمة التوحيد، كما وقع لزوج إيطالي اعتنق الإسلام في المغرب ثم رفع دعوى فسخ زواج من زوجته الإيطالية لاختلاف الدين، فقضت استئناف الدار البيضاء بتاريخ 1994/7/6م بأن الزوجة ما دامت مسيحية فلا يُفسخ الزواج لأن الإسلام يجيز التزوّج بالكتابية، ثم قامت زوجته الإيطالية برفع دعوى تطبيق القانون الإيطالي الواجب التطبيق بحكم قاعدة الإسناد المغربية، وأوضحت أن قصد زوجها من تغيير ديانته هو التهرب من القوانين الإيطالية المتشددة في الطلاق، والتنصل من التزاماته المالية بحكم القانون الإيطالي والاستحواذ على أموالها، **أجيب عن الانتقاد** بأن نفس السهولة تنطبق على الموطن حين يلجأ الزوج إلى تغيير موطنه بغية الحصول على مزايا قانون آخر، وبأن القاضي يستطيع بخبرته وحيثيات القضية التفريق بين الاعتناق الصحيح والمزيّف فلم يوضع القضاء إلا لذلك، وانتُقد التمييز الديني بأن الزوجة إذا كانت كتابية غير مسلمة فسوف تُحكم بقانون زوجها المسلم المخالف لهويتها، أجيب بأنها حين تزوّجت به كأنّها رضيت بالحكم الإسلامي لأنها كانت على علم به، وعلى هذا الأساس اشترط المشرع المصري على كل امرأة مسيحية تريد الزواج من مسلم مصري الإمضاء على وثيقة يوم زواجها توافق من خلالها على احتكام زواجها وطلاقها إن وُجد، وكل ما يتصل بأحوالها الشخصية مادامت متزوجة إلى شريعة الإسلام، وهو إجراء إيجابي يجعل الزوجة عل علم بالقانون الواجب التطبيق عليها أثناء الزواج أو عند انحلاله.[2]

المطلب الثالث: المساس بمبدأ المساواة بسبب اعتماد جنسية الزوج

نال اختيار ضابط جنسية الزوج دون الزوجة حصة الأسد من الانتقاد، لأنه عمليا يجعل الزوجة في مراكز حرجة قانونا حين يُطبق عليها قانون أجنبي، ويُكرس مبدأ التفضيل بين الزوجين المخالف لنظرية المساواة المقررة في القانون الدولي، في المادة 2 إعلان عالمي: "لكل إنسان الحق في التمتع بكامل الحقوق والحريات دون أي تمييز بسبب.. أو **الجنس**"، في المادة 16: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج دون أي قيد بسبب **الجنس** أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج

[1] عكاشة التنازع ص. 503 ومسعودي التنازع ص. 155 وبوعروس الزواج المختلط ص. 151
[2] سمية تطبيق قانون القاضي ص. 304 ومسعودي التنازع ص. 156

وانحلاله"،[1] وفي المادة 16 اتفاقية سيداو: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وتضمن أساس تساوي الرجل والمرأة"، وقد أمضت دولنا على هذه البنود فيكون اعتماد ضابط جنسية الزوج فيه مخالفة لهذا التوقيع، وقد أجيب بالتحفظات التي أبدتها الدول الإسلامية تجاه كثير منها، كما تتهم دولنا بأنها لم تستطع بعد تطهير قوانينها من الصفة الذكورة الظالمة التي ظلت لصيقة بها، والحق أن فلسفة الطلاق والزواج عندنا مبنية على تحميل الزوج كامل المسؤوليات في أسرته فمن حقه أن يحكم وفق قانونه بهذا الاعتبار.[2]

واجتنابا لما سبق اعتمدت دول عربية ضابط الجنسية المشتركة أو آخر موطن مشترك للزوجين، مثل المشرع الكويتي في المادة 40: "يسري على الطلاق والتفريق الجسماني قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج"، وهو ما يُطابق المادة 8 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال، ورغم هذا التنازل نالت القاعدة حظها من الانتقاد لأنّها جعلت الاحتياط لجنسية الزوج، فمهما حاول العرب التقرّب إلى الغير ازداد النقد، وعلى نفس المنوال سارت تونس في الفصل 49 مجلة الدولي الخاص لسنة 1997م، محاولة الابتعاد عن الانتقاد بعدم المساواة، لأنها تعتبر نفسها رافعة لواء المساواة المطلقة بين الجنسين في الأنظة العربية، حيث أخضعت فئة انحلال الزواج المختلط لضابط الجنسية المشتركة فإن لم يوجد فقانون الموطن المشترك وإن لم يوجد فقانون القاضي، لكن عند التأمل نجد أنها ترجمت حرفيا قاعدة الأسناد الفرنسية دون أدنى اجتهاد؛ وكأن المشرع التونسي يشرع لفرنسيين لا تونسيين مسلمين، وكأن التطبيق الحرفي لقواعد فرنسا كفيل بإخراج الأمة التونسية من الجهل والتخلف، وقد احتج لهم البعض بالرغبة في الابتعاد عن تهمة التمييز بين الجنسين المذموم عالميا، متناسين أنّ الزوج يتحمل النفقة أثناء الزواج والتبعات والتعويضات بعد الطلاق، وأنّه من يدفع نفقة الطلاق والعدة والمتعة والتعويض إذا تعسف في طلاقه، فكان لزاما تقييد القانون الواجب التطبيق بقانونه الشخصي لأنه هو من يتحمل المضار، وهو نظير ربط القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والوصايا بالمورث والموصي، وقضايا الدَيْن بقانون المدين وقضايا الكفالة والحضانة بقانون المكفول والمحضون؛ فمادام هو من يتحمل المسؤولية فمن العدل أن يحكم عليه بقانونه الشخصي، وهو تطبيق عادل للمبدأ المستقر في القانون الدولي الخاص من جعل الضابط يعود على الغريم في العلاقة، ولما كان الزوج هو الغريم غالبا في قضايا الطلاق كان من الإنصاف

[1] كأنها سيقت لمحاربة الإسلام الذي أقر فروقا فطرية بين الجنسين، ومنع التقييد بسبب الجنس فيه إيحاء بتجويز الزواج المثلي، وقيد الدين فيه إنكار على قوانين الإسلام التي تمنع زواج المسلمة من غير مسلم.

[2] أعراب الدولي الخاص ص. 257 وجندولي الانحلال ص. 23 ومسعودي التنازع ص. 158 وسمية تطبيق القاضي ص. 303 وسنينات النظام العام ص. 105 وآيت منصور الأحوال ص. 10

اختيار قانونه الشخصي، ومن كمال العدل أن يكون الغنم بالغرم، والمساواة المقصودة في الشريعة هي العادلة لا المطلقة، ويبدو التناقض واضحا في التشريع التونسي في كون الزوج يتحمل نظام الجراية مع زوجته؛ بمعنى أنه يدفع لها نفقة مدى الحياة ما لم تتزوج وفقا للفصل 31 مجلة، ولم يشفع له ذلك في أن يُحكم عليه وفق قانونه الوطني، ولنفرض أن زوجين أجنبيين مسلمين أحدهما جزائري والآخر مغربيّ يقطنان بتونس فطبقا للمادة 49 دولي خاص تونسي سوف يحكم عليهما بقانون تونس الملزم بالجراية بسبب موطنهما رغم أن قانونهما لا يعترف بهذه النظرية الجائرة، فكيف يحق لقاض تونسي أن يحكم بها عليهما؟!!.[1]

وأشدّ ما انتقد به اختيار ضابط جنسية الزوج دون الزوجة، أنّ الدول العربية قد خالفت به دساتيرها الوطنية التي تنص صراحة على احترام مبدأ المساواة بين الجنسين، ففي الجزائري المادة 29: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"، وبالتالي تكون هذه القواعد المنحازة للزوج دون الزوجة باطلة وغير دستورية، أجيب عنه بأن هذه النصوص تنبني على المساواة العادلة حيث أنّه من رحمها خرجت قوانين تفرض على الزوج النفقة في الزواج والطلاق على أولاده وزوجته ولو كان لها دخل أكبر من دخله، فلو أخذنا بهذا المنطق لكانت هذه القواعد القانونية الملزمة لنفقة الزوج على زوجته مخالفة للدستور بحكم أنها أوجبت على الرجل ما لم توجبه على المرأة، حيث تفطنت دول أوروبا لهذا التناقض فلم توجب النفقة على الزوج بل أناطها بالقادر على العاجز، أما شريعتنا فقد جاءت بالعدل لأنها من جهة حملت الزوج عبء النفقات والقوامة والتعويض، ومن جهة أخرى منحته حق الطلاق والتخلص من زيجة لا يريدها، وحقه بأن يحكم بقانونه الشخصي لأنه من يدفع الثمن، والمنتقدون حين رجحوا ضابط الموطن لم يسلموا من الانتقاد فهو يحرم الزوجين أو أحدهما من مزايا قد يوفرها لهما قانونهما الوطني ويفرض عليهما قيودا لا تليق بحالتهما.[2]

ثمّ انتقد الخيار عمليا بأنّه يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي على مواطنة، كأن يتزوج سوري بلبنانية وبعد الزواج تقوم بكسب جنسية الجزائر ثم يقع الطلاق، والمادة 2/12 مدني جزائري تلزم بتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى أي القانون السوري، ولا يمكن استعمال استثناء المادة 13 لأنها كانت لبنانية يوم الانعقاد، فيطبق القاضي قانون سوريا على مواطنة جزائرية من هنا صرحنا قبل أنّه ينبغي إزالة التناقض بين المادة 12 و13 من المدني عن طريق تقييد المادة 13 بيوم رفع الدعوى وليس انعقاد الزواج، وفي حالة أخرى قد يعمد الزوج إلى تغيير جنسيته مادام القانون مرتبطا بها للحصول على مزايا قانونية لا يتحصل عليها في قانونه

[1] جندولي الانحلال ص. 17 وحسين الإشكالات ص. 50 وعليوش الواجب التطبيق ص. 144

[2] جندولي الانحلال ص. 23 ومسعودي التنازع ص. 158 وموري إشكالية الاختلاف ص. 22 وحسين الإشكالات القانونية ص. 50 وعليوش القانون الواجب التطبيق ص. 144

القديم، وهو من أضعف ما انتقد به لصعوبة تغيير الجنسية مقارنة بالموطن الذي يتيسّر لكلّ أحد، ولا يحق التشبث بضابط الجنسية المشتركة لأنها في تلك الحال سوف يحكم للزوجة بجنسيتها إذا اتحدت مع جنسية زوجها، وانتقد التمسك بجنسية الزوج كضابط في قضايا الأجانب بأنه تطبيق لمبدأ المسلمين على غيرهم، يظهر ذلك جليا في رفع زوجين أجنبيين يملكان جنسية مختلفة دعوى طلاق أمام قاض وطني فإن المشرع يلزم بالحكم بقانون الزوج رغم أن فلسفة التشريع الغربي هي عدم تحميل الزوج أعباء النفقات كما هو حال المسلمين، وكم يصعب الجواب عنه لهذا جنح المشرع الكويتي إلى تحكيم قانون الجنسية المشتركة لأن الأجانب غالبا ما يكونون من غير المسلمين، فمن المنطقي أن يحكم عليهم حسب عرف منظومة القوانين الأجنبية وهي الجنسية المشتركة.[1]

وقد احتج القائلون بربط القانون الواجب التطبيق بجنسية الزوج دون الزوجة بأنه الأنسب لتحقيق سياسة تشريعية تميل إلى إبقاء العلاقة بين المواطنين ودولتهم وقانونهم؛ لأن قانون الدولة هو أفضل ما يحقق طموح وآمال المواطنين، ولأن الزوج يتحمل جميع الالتزامات الهامة داخل الأسرة على رأسها النفقة، وهذا التمسك إنما يكون نطاقه في الأركان والشروط الموضوعية للطلاق، مثل الشروط التي يجب أن تتوفر في المطلق والقيود التي قد ترد على استعمال الطلاق، وجواز التوكيل من عدمه ودراسة الأسباب التي قد تلجأ إليها الزوجة لطلب التطليق أو الانفصال بالنسبة للأجانب، والحكم على المدة اللازمة لتغير حالة الانفصال إلى قضية طلاق، وغيرها من المسائل التي يكيّفها القاضي على أساس ركن أو شرط موضوعي، أما الشكل فهو من خصائص قانون الموطن كما هو الراجح طبقا لقاعدة "لوكس"، وهناك مسائل داخلة في أحكام الطلاق تختص بالزوجة دون زوجها يقوم القاضي بتكييفها على أساس أنها من الآثار التي تتصل بكل زوج على حدة، كإمكانية زواجها من زوج آخر أو استرداد لقبها الأصلي، فهذه الفئة يجب أن يطبق عليها قانون جنسية الزوجة وليس الزوج بسبب اتصالها الشخصي بها، ولأنها من الآثار الخاصة وليست من أركان عملية الطلاق، ونفس الأمر بالنسبة للزوج الذي قد تخضع بعض المسائل الخاصة به إلى قانونه الشخصي ولو كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المخالف لقانونه الشخصي كإمكانية زواجه مرة أخرى، والحاصل أن اعتماد جنسية الزوج دون الزوجة فيه محاولة للجمع بين خلفية الإسلام والالتزامات الدولية بعد الإمضاء على مواثيق وعهود وإعلانات يُصدرها مشرعون لا يعرفون الإسلام ولا أي ديانة أخرى، ولا يرون الرجوع إلى الأساس الديني سوى تخلفا ورجعية، ونلاحظ أن دولنا كلما قدمت تنازلات لإرضاء المجتمع الدولي إلا وازدادت حدة وشدة الانتقادات الموجهة إليها.[2]

---

[1] جندولي الانحلال ص. 23 ومسعودي التنازع ص. 158 وعليوش الواجب التطبيق ص. 144

[2] جندولي انحلال الزواج ص. 23 ومسعودي تنازع القوانين ص. 158 وص. 227

المطلب الرابع: المساس بمصلحة الزوجة بزمن رفع الدعوى

سبب اختيار المشرع العربي لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو ما يتمتع به الزوج من صلاحيات داخل الأسرة، حيث يجوز له إنهاء زواجه بإرادته وفقا لما تقضي به الشريعة، فكان من العدل أن يحكمه قانونه الشخصي؛ لأنه هو من يتحمل تبعات الطلاق، نظير ما يسميه أهل القانون بعنصر الحالة بالنسبة للزوج، ولأنه أدعى لحل مشكلة التنازع المتحرك الذي يمكن أن ينشأ عن طريق تغيير ضابط الجنسية، فضبط الجنسية بمعيار زمني محدد يمنع من التلاعب لأنّه يمكن تغييره قانونا وواقعيا، لكنه انتقد بأنّه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بقانون قد تكون لا تعرفه وقت زواجها إذا غيّر زوجها جنسيته، خاصة إذا سمح القانون الجديد للزوج بحلّ طلاقه اعتمادا على أسباب لم تكن تعرفها، فكان من الأفضل الضبط بآخر جنسية مشتركة كما في المادة 40 كويتي و16 يوناني والمادة 8 اتفاقية لاهاي للانفصال لأنه يُحقق مبدأ المساواة، فإذا لم توجد وجب اختيار قانون الزوج وقت الانعقاد الذي هما على بصيرة به كي لا يتحججان بالجهل به، ذلك أنّ المعيار الزمني المقيد بوقت رفع الدعوى فيه خلل كبير ومساس بمصلحة الزوجة من جانبين: حين يُطبق عليها قانون لم تكن تتوقعه يوم زواجها إذا غيّر الزوج جنسيته، ثم إذا لجأ الزوج إلى تغيير جنسيته قبل رفع دعوى الطلاق للاستفادة من مزايا الجديدة ما يُشجع على الغش، أجيب بأنّ الطلاق ليس أثرا من آثار الزواج حتى يصبح حقا مكتسبا له قوة نفاذ دولية، وكل ما قيل عن احتمال تغيير الزوج لجنسيته لا يقارع التعليل بالأعباء المالية التي يتحملها الزوج بفراق زوجته بإرادته وسبق التعليل به، وأما تقييده بوقت الانعقاد فمن مساوئه أنه متى غيّر الزوج جنسيته فسوف يضطر القاضي إلى الحكم بقانون لم يعد له أيّ ارتباط به.[1]

وزعم البعض أنّ الضرر سوف يقع على الزوجين وليس الزوجة فقط، في حال غيّر المشرع قانونه فتكون المفجأة على الزوجين، لأنهما سوف يحاكمان بقواعد لم يكونا يعرفانها يوم الزواج وقد لا تكون في صالحهما، وعليه يُفضل التقييد بزمن الانعقاد أو يحكم القاضي بجنسية الزوج الفعلية، **أجيب**: الطلاق غالبا يكون متأخرا عن الزواج، وقد تتغير جنسية الزوج فليس من المعقول أن يُحكم بقانون جنسية قديمة تركها أو نُزعت منه وليس له أي ارتباط بها، وهذا المعيار العملي أقوى من كلّ الانتقادات، وقيّدت الدول العربية بزمن رفع الدعوى كما في المادة 2/13 مدني مصري والمادة 1/13 من السوري والمادة 6/11 من السوداني والمادة 2/14 من الأردني والمادة 2/13 من الليبي، والمادة 2/12 جزائري، وتونس بالجنسية المشتركة ثم الموطن المشترك ثم قانون القاضي في الفصل المادة 49، وقطر بالجنسية المشتركة في المادة 17 والكويت في المادة 40، وفي المادة 9 مغربي: "للأجانب الحق في أن يطلبوا الطلاق والفصل الجسماني طبقا لشروط قوانينهم

[1] أعراب الدولي الخاص ص. 257 وقربوع الواجب التطبيق ص. 145 وآيت منصور الأحوال ص. 10 وجندولي الانحلال ص. 17 وأوصالح نعيمي وبلعلى جيلالي الواجب التطبيق ص. 12

الوطنية"، وكان الرائج في أوروبا تحكيم قانون الجنسية، ثمّ طرأ تحوّل فصارت تميل إلى الموطن أو الإرادة، ففي المادة 310 مدني فرنسي: "يسري القانون الفرنسي على الطلاق أو الانفصال الجسماني عندما يكون موطن الزوجين داخل فرنسا"، فيه إعمال اجتهاد النقض 1953/7/17م: "الطلاق بين زوجين مختلفي الجنسية يخضع لقانون موطنهما المشترك"، وعُدلت سنة 2016م نحو المادة 309 التي نصت على الحالات التي يخضع فيها الطلاق المختلط لقانون فرنسا: إذا كان أحدهما فرنسيا وإذا كان موطنهما فرنسا وفي حال الاختصاص السلب، واختارت اليونان الجنسية المشتركة ثم جنسية الزوج وقت الانعقاد، وطبقت بريطانيا وأمريكا قانون القاضي، وفي المادة 107 مدني إسباني: "يخضع الفصل الجسماني والطلاق للقانون الجنسية المشترك وقت تقديم الطلب، وإلا لقانون الإقامة الاعتيادية"، ومثله المادة 31 مدني إيطالي 1995م، وفي المادة 14 ألماني 1986م أنّه إذا اختلفت الجنسية طبق قانون الموطن، وفي المادة 1 هولندي 1981م: قانون الجنسية المشتركة ثم الموطن ثم قانون الإرادة، وأوصى المعهد الدولي الخاص سنة 1987م بإخضاع آثار الزواج والطلاق والانفصال لقانون الإرادة إذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة، فلقي ذلك صدى طيبا عند بعض الدول الأوروبية، فيما لم تهتم به الدول العربية بسبب ما سبق ذكره من ارتباط الطلاق بالهوية والدين، ونستطيع القول أن الانتقاد الموجّه للاختيار الإسلامي لا يعدو أن يكون مبنيّا على مصالح قد تنفع المجتمع الأوروبي؛ بحكم مبالغته في اعتماد مبدأ المساواة بطريقة متوحشة، أما المجتمع المسلم فإنّ ما تمّ اختياره هو الأنفع له ليحفظ دينه وهويته، لأنه لن يزدهر إذا أهمل قيمه وأصوله.[1]

[1] زوروتي دراسات 29/2 وهشام خالد قاعدة الإسناد ص. 94 وبوعروس الزواج المختلط ص. 39

الباب الثاني: آثار انحلال الزواج المختلط

مدخل

تُصاحبُ الفرقةَ بين الزوجين آثارٌ شرعيةٌ كحرمة أبدية بعد الملاعنة عند الجمهور خلافا للحنفية، أو فسخ لاتصال أحد الزوجين بالآخر أو رّضاع؛ حين قالت امْرَأَةٌ: "أَرْضَعَتْه وَالَّتِي تَزَوَّجَ" فَقَالَ النبيّ: "كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ؟" فَفَارَقَهَا،[1] وقد يوجب سببُها محرمية مؤقتة، تزول بزواله كخيار البلوغ أو الرّدة أو إباء الإسلام، وقد تكون فسخا كالردة أو طلاقا،[2] ومن الآثار العدة والرجعة ومؤخر الصداق والنفقة والحضانة بأجرتها والإرضاع والتعويض والمتعة والسكن، نذكر الحضانة والسكن والتعويض والعدة من حيث اختلاف الدين والجنسية في ثلاث فصول:

الفصل الأول: الحضانة في انحلال الزواج المختلط

الفصل الثاني: التعويض المالي عن الطلاق المختلط

الفصل الثالث: العدة في انحلال الزواج المختلط

الفصل الأول: الحضانةُ في الطلاق المختلط

Custody of Infant - Garde des Enfants

توطئة

للحضانة أهمية كبرى بسبب أثرها البالغ على الأطفال؛ حيث أنّ الفرقة تؤثر على الزوجين نفسيا وماليّا؛ لكن بعدها يصبح كلٌّ منهما أجنبيا عن الآخر يفكر في إعادة حياته، وربّما كان أثرها على الزوجة أشدّ وقعا نظرا للظروف الاجتماعية، إلا أنها تستطيع النهوض بقليل من العزم، أما الأطفال فلا يمكنهم قطع حبال البنوّة عن والديهم؛ فربّما يكون الفراق رحمة للزوجين لكنّه لنْ يكون إلا وبالا على الأولاد، حيث يجمع ضرره بين الأثر المادي والمعنوي، ويمتد طوال الحياة ويُؤدي إلى فقدان الطفل[3] للإحساس بالأمان والاستقرار، وذهاب وظيفة الأسرة التربوية المبنية على التعاون، حين ينقلب حالها إلى تناحر وإهمال وانعدام نفقة الأب وقلة احتكاكه بولده، وكلّما زادت خصومته مع طليقته ضيّق عليهم ولو كان غنيا خشية سوء استعمالها لموارده، لهذا تكتسي الحضانة أهمية كبرى منذ القدم فقد حُكم فيها في العهد النبوي بأحكام مشهورة، حتّى اعترف باحثون من غير ملّة الإسلام بأنّ الفقه الإسلامي أوْلى لها أهميتها المنشودة، كما اهتم بها علماء القانون والاجتماع والنفس وعقدوا لها

---

[1] رواه البخاري باب الرحلة في المسألة النازلة برقم 88

[2] محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 521

[3] الطفل الصغير من الناس والدواب **"ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا" (الحج 5)**، عمره شرعا الفطام للبلوغ، وفي علم النفس من الميلاد إلى النضج أو 25، حددت الجزائر البلوغ 19 في المادة 7 أسرة و40 مدني، وفي المادة 49 عقوبات تدابير حمائية بين 13 و18 وهو تناقض، وحددته المادة 1 اتفاقية حقوق الطفل 18، هو كائن بشري ضعيف جسديا وفكريا، في حاجة ماسة لحماية شخصه وماله من العالم الخارجي ومن نفسه"، ابن منظور اللسان 401/11 وقيطة حماية الطفل ص. 30 وفخار الحماية الجنائية للطفل دكتوراه بسكرة 2015م ص.17

مؤتمرات للحدّ من آثارها خاصة في القضايا التي يشوبها عنصر أجنبي؛ فقد ينجر عن سوء تطبيق حلول القانون فيها خلافات دولية، وهذه مباحث الفصل:

المبحث الأول: أحكام الحضانة في الشرع والقانون
المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الحضانة
المبحث الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الحضانة
المبحث الرابع: توفير السكن للمحضون في الطلاق المختلط

المبحث الأول: أحكام الحضانة

تمهيد اهتمت الشريعة بالطفل منذ كان جنينا بتحريم إسقاطه وحفظ حقه في الميراث وعدّه نفسا زكية، ثم بعد ولادته ونموّه إلى أن يبلغ أشده، لهذا كانت الحضانة من الأبواب الفقهية والقانونية الحساسة؛ لأنّها تمسّ مصلحة الطفل، وتتعقد بدخوب عنصر أجنبيّ أو اختلاف دين، فيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها
المطلب الثاني: مصلحة المحضون في الشرع والقانون
المطلب الثالث: التكييف الفقهي والقانوني للحضانة
المطلب الرابع: الأم أحقّ بحضانة ولدها بعد طلاقها ومرتبة الأب
المطلب الخامس: شروط الحضانة
المطلب السادس: مدة الحضانة وأجرتها

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشورعيتها

الحضانة بفتح الحاء وكسرها من الحُضن ما دون الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضدان جمعها أحضان، يُقال: احتضنتُ الأمر أي تولّيت رعايته والدفاع عنه، والاحْتِضانُ احتمالُك الشيءَ وجعلُه فِي حِضْنِك، كَمَا تَحْتَضِنُ المرأَةُ وَلَدَهَا فَتَحْتَمِلُهُ فِي أَحد شِقَّيْها، تُصرّف: حَضَنَ يحضُنُ حضْنًا وحَضَانَةً بمعنى يحفظ ويصُون، وهي عند **الحنفية**: "تربية الولد ممن له حقّ الحضانة"، **المالكية**: "القيام بحفظ من لا يميّز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه، وحِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيتِهِ وَمُؤْنَةِ طَعَامِهِ وَلِبَاسِهِ وَمَضْجَعِهِ وَتَنْظِيفِه"، **الشافعية**: "حفظ من لا يستقلّ بأموره عمّا يؤذيه، وتنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحوه"، **الحنابلة**: "حفظ صغير ومجنون ومعتوه، بغسل يديه وثيابه ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ذلك مما يتعلق بمصلحته".[1]

وللفقهاء اتجاهان حول تعريف الحضانة: اتجاه يقصُرها على الطفل الصغير خلال حاجته لأمّه في الرضاع والرعاية كقول الجويني: "حفظُ الولد والقيامُ عليه بما يحفظه ويقيه ويستصلحه"،[2] وقول مرعي: "حفظ الطفل عما يضره والقيام

[1] ابن منظور اللسان 122/13 وابن فارس المجمل ص.239 وابن عابدين 555/3 والكاساني البدائع 40/4 والدسوقي 526/2 والمواق التاج 594/5 والشربيني المغني 191/5 والرملي النهاية 225/7 والبهوتي الكشاف 495/5 وابن قدامة المغني 237/8

[2] الجويني نهاية المطلب في دراية المذهب ج. 15 ص. 542

بمصالحه"،[1] وآخر توسّع فأدخل كلّ من لا يستقل بنفسه واحتاج إلى رعاية كالمجنون والمحجور عليه، كقول ابن جزّي: "من لَا يسْتَقلّ كالصغير وَالْمَجْنُون وَالْمَعْتُوه وَإِن كَانَا كبيرين"،[2] والمعاصرون على نفس الاتجاهين؛ فقد عمّم السيد سابق والجزيري والزحيلي واختار الشلبيّ التقييد، ونحن نسلك مسلك التضييق لأن البحث يختص بحضانة طلاق، أما التعريف المختار فهو: سلطة يجعلها الشارع لإنسان معيّن على الطفل؛ للقيام بما يلزمه من مؤونة المعيشة وحمايته مما يؤذيه وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه.[3]

* **الحضانة والكفالة:** بعض الشافعية على التفريق بين الحضانة والكفالة حيث خصوا الأولى بالفترة بين الولادة والتمييز والثانية بما بين التمييز إلى البلوغ، والراجح أنهما سواء لقوله **"وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا"** (آل عمران 37) وقوله **"إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ"**، (آل عمران 44) وخصت المادة 148 أحوال يمني الكفالة لحالة المحضون بعد بلوغه سبع سنوات وتخييره وعدم التفريق أولى.[4]

* **الحضانة في القانون:** لم يسلك العرب سبيلا واحدا في تعريفها فقد أهمله السوري والكويتي والأردني، وعرّفها الجزائري المادة 62: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخُلُقًا"، والمغربي المادة 163: "حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه"، والتونسي الفصل 54: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"، والموريتاني المادة 121، حيث وُفّق المغاربة لأن القاضي يستخرج منه الأركان ويلتزم بتوفيرها ومراعاتها، كالرعاية والتعليم والتربية على دين الأب والحماية والصحة والخُلق، وخصّها التونسي ب 41 مادة والجزائري ب 11 مادة والمغربي 24 مادة، وربط الجميع إسنادها وإسقاطها بمصلحة المحضون غير ملتزمين بمذهب معيّن، سائرين على اختيار الأقوال مجزأة من المذاهب بما يخدم الخلفية، ولم يقتصر تعريفها على المقنن المغاربيّ فقد عرّفتها محكمة دستورية بمصر قضية 7 يوم 1993/5/15م: "ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، الأصل فيها مصلحة الصغير التي تتحقق حين تضمه الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته".[5]

---

[1] مرعي الحنبلي دليل الطالب لنيل المطالب تح أبو قتيبة الفريابي دار طيبة ط1، 2004م ص. 293

[2] ابن جزي القوانين الفقهية ص. 149

[3] سابق فقه السنة 338/2 والجزيري المذاهب 520/4 والزحيلي الفقه 7296/10 ومقداش الانحلال ص. 12 وأبو العينين العلاقات ص. 156 وأبو زهرة الأحوال ص. 406 والسلمي الحضانة أثر المتغيرات في الحضانة المجمع الفقهي 1436 ص. 8 والحرازي مستحقو الحضانة ص. 14 ومسعودي التنازع ص. 232

[4] السنيكي أسنى المطالب 447/3 والماوردي الحاوي 507/11 وحاشية العدوي 129/2 وعبد الناصر بن موسى أبو البصل حق الحاضن في الحضانة مجلة المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات ص. 7

[5] حميدو مصلحة المحضون ص. 8 و20 وفاطمة سماعين حماية المحضون ملتقى تطور التشريع لأحكام الأسرة جامعة الشلف 2015/11/15م ص. 4 وإلغات الحضانة حوليات الجزائر ع 27، 2015م ص. 38

* **مشروعيتها:** قوله **"وَالوَالِدَاتِ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ"** **(البقرة 233)**، فيها بيان من يجب عليه القيام بالحضانة بتأكيدها على الحولين لئلا يُتوهّم أنها للتقريب كقوله **"تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ"**، **(البقرة 196)** نزلت فِي مُطَلَّقَات لَهُنَّ أَوْلَادٌ فهُنَّ أَحَقُّ بِالرَضَاعِ مِنَ الْأَجْنَبِيَّاتِ لِأَنَّهُنَّ أَحْنَى، وَانْتِزَاعُ الْوَلَدِ منهنّ فيه إضْرَارٌ، وقوله **"وَقُلْ رَبّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبّيَانِي صَغِيرًا"** **(الإسراء 24)** فيها إثبات التربية في الصغر وبيان فضلها، وخَصَّ التَّرْبِيَةَ لِيَتَذَكَّرَ شفقة أبويه وتعبهما، وبيّنت السنّةُ أثرَها على الدين بحديث: "مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ" قال أَبُو هُرَيْرَةَ: **"فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا"**،[1] **(الروم 30)**.[2]

* **التكييف الشرعي للحضانة:** واجبة إذا احتاجها المحضون لأنه يهلك بدونها هلاكا حسّيا ومعنويّا، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولحديث: "كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ من يعول"،[3] ونُقل الإجماع على وجوبها بهذا الاعتبار، وتتعيّن إذا لم يجد حاضنا أو لم يقبل غيره، وتجب على الكفاية إذا تعدّد الحواضن،[4] وهذا الوجوب لا يمنع التنازل عنها لأنها على الكفاية وليست على عين الأم أو الحاضن، فإذا جاز للأم التنازل عن الإرضاع الذي يحتاج إليه الرضيع بشكل أقوى لقوله **"وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى"**؛ **(الطلاق 6)** فلأن يجوز التنازل عن الحضانة بطريق الأولى، وفي الفصل 55 مجلة تونسية: "إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليها"، ويصحّ جعلها بدلا عن الخلع عند المالكية خلافا للجمهور، وللحاضن العودة وأخذ الأجرة مع تغليب حق المحضون.[5]

* **مقتضاها:** كلّ ما يحفظ المحضون ومصلحته ويدفع الضرر عنه كالطعام والشراب والخادم والتمريض والغسل والتطهير والتعليم والتأديب والخُلُق.[6]

ونظّم ذلك الفطيسي:[7] والحفظ للمولد في مبيته ... وفي اللباس مضجع وقوته
كذاك في تنظيفه للجسم ... هو الحضانة تأمل رسمي

***مقدار نفقتها:** أناطت المادة 79 أسرة تقديرها بسلطة القاضي مع مراعاة ظروف الوالد، ومنع إعادة النظر في التقدير قبل مضي سنة، وأدرجت المادة 78 الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وما يُعتبر ضرورة، وفي المادة 331 عقوبات

---

[1] رواه البخاري برقم 1358 ومسلم برقم 2658
[2] تفسير القرطبي 244/10 وفاء فراش آثار الطلاق المعنوية والمالية ماجستير جامعة أم القرى 1985م ص.423 والسلمي الحضانة ص.14 والفعر الشريف الحضانة متغيرات العصر الحضانة 2004م ص. 10
[3] أحمد برقم 6495 وأبو داود برقم 1692 صححه الذهبي والأرنؤوط والألباني والحاكم رقم 8526
[4] الرعيني المواهب 214/4 والتسولي البهجة 645/1 وابن قدامة المغني 237/8 وابن رشد المقدمات 564/1 وابتسام القرني حقوق الحاضن على المحضون المجمع الفقهي أثر المتغيرات 1436 ص. 13
[5] المرغيناني الهداية 283/2 وابن عبد البر الكافي 626/2 والغزالي الوسيط ت ابراهيم دار السلام ط1، 1417 331/5 وابن نجيم البحر 180/4 والمرداوي الإنصاف 421/9 وبجاق مراعاة مصلحة المحضون مجلة البحوث ع 17 سنة 2014م ص.186
[6] الماوردي الحاوي 507/11 وجميل ديب الحضانة المجمع الفقهي أثر المتغيرات 1436 ص.13 وقال ابن الحاج في المدخل دار التراث 295/4: ذكر ابن العربي في "مراقي الزلفى" ما يجب على الحاضن.
[7] المهدي محمد الحرازي مستحقو الحضانة وترتيبهم ص. 12

معاقبة المتخلف بالسجن من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وأوجد المشرّع حلّا للممتنع أو المعسر في قانون رقم 01/15 بتاريخ 2015/1/4م يختص بصندوق النفقة.[1]

المطلب الثاني: مصلحة المحضون

المصلحة كالمنعة وزنا ومعنىً مصدرٌ بمعنى الصلاح ضدُّ الْفَسَادِ، يُقال: صَلَح يَصْلَحُ ويَصْلُح صَلاحاً وصُلُوحاً وَالْجَمْعُ صُلَحاءُ وصُلُوحٌ، وصَلُح بالضم كصَلَح بالفتح والمصْلَحة الصَّلاحُ وَاحِدَةُ الْمَصَالِح، وفي الاصطلاح: "المنفعة التي قصدها الشارع لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم"،[2] ويختلف مفهومها بين أهل الشرع وغيرهم من الفلاسفة وعلماء الاجتماع، فهي عند غير المسلمين تُقدّر زمنا بالدنيا وتُقوّم باللذّة المادية والمنفعة الحسية سواء أخذ بها فرد أو مجتمع، والدّين ليس إلا فرعا للمصلحة الذاتية إذا أدى دوره في السكينة، ويرى أهل الشرع أنّها موقوتة بالدنيا والآخرة والأخروية مقدّمة على مصالح الدنيا، وتُقوّم باللذة المادية والروحية والدّين أولى المصالح ورأس سنامها،[3] وعليه يتعارض الاجتهاد بين ضفتي المتوسط في اعتبار ما يصلُح للمحضون، وتغلُب المشاحنة إذا حمل الأبوان جنسية مختلفة وتحاكم كلّ منهما إلى قضائه، خاصة أنّ أحكام الحضانة اجتهادية والنصوص الجزئية فيها قليلة، فقد تضاربت الآراءُ حول استحقاق الحضانة وترتيب الأولوية بعد الأم وشروط الاستحقاق والسقوط والسنّ الذّي تنتهي فيه، والكلّ متفق على أنّ القصد الأول من كلّ اجتهاد هو تحصيل مصلحة المحضون، قال الجويني: "الحضانة حفظُ الولد والقيامُ عليه بما يحفظه ويقيه **ويستصلحه**"،[4] والاستصلاح هو طلب المصلحة، وقال ابن حزم: "إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَحْوَطَ لِلصَّغِيرِ فِي دُنْيَاهُ فَهُوَ أَوْلَى، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَحْوَطَ فِي دِينِهِ وَالْآخَرُ أَحْوَطَ فِي دُنْيَاه فَالْحَضَانَةُ لِذِي الدِّينِ"،[5] وقال ابن تيمية: "ليس عن الشارع نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا ولا تخيير أحدهما، والعلماء متفقون على أنه لا يتعيّن أحدهما مطلقا بل مع العدوان والتفريط لا يُقدم من يكون كذلك على العادل القائم بالواجب"،[6] وقال ابن القيم: "قُدِّمَ كُلٌّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ فِيمَا جُعِلَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ لِتَمَامِ مَصْلَحَةِ الْوَلَدِ"،[7] من هنا تأصّلت قاعدة: "لَا يُقَرُّ الطِّفْلُ بِيَدِ مَنْ لَا يُصْلِحُهُ".[8]

وقد اهتم بها فقهاء القانون فقرّروا قاعدة: "قانون اليوم دولة أمراؤها الأطفال"، تعني أنّ القانون يهتم بشدة بمصلحة الأطفال خاصة في الأوقات العصيبة

---

[1] اللخمي التبصرة 2576/6 وطرطاق نورية المجلة الجزائرية للحقوق ع 2017م ص. 55 وبوقرة أم الخير حق المحضون في السكن مج العلوم الإنسانية مج 19 ع 1 سنة 2019م ص. 70 وعثمان حويذق ولمين مجرالي صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق المحضون مج الشهاب ع 5 ديسمبر 2016م ص. 201

[2] ابن منظور اللسان 517/2 والغزالي المستصفى ص.174 والشاطبي الموافقات 44/2

[3] البوطي ضوابط المصلحة ص. 30

[4] الجويني نهاية المطلب ج. 15 ص. 542

[5] ابن حزم المحلى بالآثار ج. 10 ص. 145

[6] ابن تيمية رسالة في تسليم البنت إلى الأب أو الأم تح الكبي مكتبة المعارف ط1، 2010م ص. 73

[7] ابن القيم زاد المعاد ج. 5 ص. 392

[8] المرداوي الإنصاف 432/9 والبغا وقت الحضانة ورؤية الطفل مج جامعة دمشق ع 1 سنة 2002م ص.9

عند افتراق الأبوين، يقول "إيرفي بارشمينال": "تحديد وحماية مصلحة المحضون مسألتان عويصتان إلى حدّ كثرة الحالات الخاصة وتعدّد الحلول الممكنة"، أكدته المادة 3 اتفاقية حقوق الطفل: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال ...يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى"، والمادة 18: "تكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي"،[1] وعليه فإنّ الصفة الاجتهادية لأحكام الحضانة قد تسمح بإعادة النظر في بعضها بما يساعد على تحقيق هذه المصلحة، وللقاضي دور بارز في البحث وتقصي مظانها ومراعاتها وجلبها، وخير قدوة ما قضى به أبو بكر حين اختصم عمر مع زوجته أم عاصم حول حضانة ولدهما فقال له: "رِيحُهَا وَحَرُّهَا وَفَرْشُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ".[2]

وميزتها أنها شخصية وذاتية، بمعنى أنها تتعلّق بكل طفل على حدة، وليست معنى واحدا عاما لجميع الأطفال، وهي نسبية ومتطورة فما يصلح لمحضون في زمن معيّن قد لا يصلح في غيره، وهي مرنة ومطاطة يملك القاضي سعة أفق في إدراكها، ولا يمكن الاستغناء عن الشخصية والنسبية والمرونة لأنها من الواقع الذي يُترك لاجتهاد القاضي، حيث يُعمل رأيه بحذر وفطنة ليُحسن تفسير الواقع ثم يطبقه تطبيقا سليما، مستعينا بالتحقيق الميداني والانتقال للمعاينة والاستماع لأفراد العائلة وأهل الخبرة، في المادة 425 إ م ج: يجوز لقاضي شؤون الأسرة تعيين مساعدة اجتماعية، أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع؛ بغرض الاستشارة فيما يعينه على تحصيل المصلحة الفضلى للمحضون، وفي اجتهاد عالي 1991/6/18م وجوب مراعاة مصلحته وأن الحكم يدور معها حيث دارت، وتكمن مصلحته في عوامل واقعية يجب توفيرها كالحق في وسط عائلي هادئ ينمو فيه، والحقّ في الرعاية والاهتمام وتلبية الحاجات الجسدية والنفسية والعطف والحنان والحب، وعدم الابتعاد عن والديه ورؤيتهما، والنفقة والرعاية والتعليم والصحة، في الفصل 8 قانون الطفل التونسي رقم **92** مؤرخ **1995/11/9م** تأكيد على حق الطفل في الوسط العائلي، وفي المادة 9 اتفاقية حقوق الطفل: "تضمن الدول عدم فصل الطفل عن والديه على كره".[3]

ومن مظاهر اهتمام فقهاء الإسلام بمصلحة المحضون مسألة: هل الحضانة حقّ للحاضن أم المحضون؟ اختلفوا على أربعة أقوال: **الأول** حقّ للحاضن أي الأم ولا تجُبر، عليه جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية، لحديث: "أنت أحق بولدك ما لم تنكحي"، أجيب بأن الحقّ الممنوح لها هو في مقابل حق الأب والسياق يقتضيه، ولو خاصمت محضونها ما قيل لها ذلك، وحتى لو كانت حقا لها فقد تصبح واجبا عليها إذا لم يوجد غيرها، **الثاني** حقّ للمحضون عليه جماعة من المالكية، نص عليه ابن الماجشون ويُروى عن مالك وهو قول لدى الحنفية وبعض الشافعية،

---

[1] حميدو مصلحة المحضون ص. 33 و79 وقيطة حياة حماية الطفل ص. 74

[2] رواه عبد الرزاق في مصنفه برقم 12601 وابن أبي شيبة برقم 19123

[3] مسعودي التنازع ص. 233 وحميدو المصلحة ص.34 و80 وبجاق المصلحة ص.191

أقرته المادة 138 أحوال يمني: "الحضانة حق للصغير فلا يجوز النزول عنها وإنما تمتنع بموانعها وتعود بزوالها"، دليلهم قوله **"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ" (البقرة 233)** هو إخبار دال على اللزوم وما دامت ترضع وجوبا فتحضن وجوبا، يجاب بما سبق تقريره أن الحضانة واجبة على الكفاية بدليل جواز التنازل عنها وعن الرضاع، **الثالث** حقّ لله[1] لأنه الآمر بها، هو رأيٌ عند الإباضية، انتُقد بسبب جواز التنازل عنها من قبل مستحقيها، **الرابع** حقٌّ مشترك بين الأم والمحضون يجب التوفيق بينهما، اختاره ابن عابدين وابن القيم والباجي وابن محرز من المالكية، لقوله **"لَا تُضَارُ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ"، (البقرة 233)** فيها وجوب مراعاة حق الوالدين في حضانة الولد وعدم الإضرار بهما، قال ابن كثير: "لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها بأن تَدْفَعُهُ عَنْهَا لِتَضُرَّ أَبَاهُ بِتَرْبِيَتِهِ، ولا مولود له بولده بِأَنْ يُرِيدَ أَنْ يَنْتَزِعَ الْوَلَدَ مِنْهَا إِضْرَارًا بِهَا، قَالَهُ مُجَاهِدٌ وَقَتَادَةُ وَالضَّحَّاكُ وَالزُّهْرِيُّ وَالسُّدِّيُّ والثوري وابن زيد"، وحق المحضون معتبر استقراء.[2]

الراجح هو الرابع فإذا استطاع القاضي مراعاة حق المحضون والحاضن معًا فهو ذاك، وإلا رجّح حق المحضون، قال مالكٌ: "لَا يُضَرَّ بِالْوَلَدِ فيُنْظَرَ له بِالَّذِي هُوَ أَكْفَأُ"،[3] وقال ابن عابدين: "يَنْبَغِي لِلْمُفْتِي أَنْ يَكُونَ ذَا بَصِيرَةٍ لِيُرَاعِيَ الْأَصْلَحَ لِلْوَلَدِ،.. لِأَنَّ مَدَارَ أَمْرِ الْحَضَانَةِ عَلَى نَفْعِه"،[4] بهذا أخذ قانون الجزائر في المادة 64 حين ذكر ترتيب أهلها ثم قيّده بمراعاة مصلحته، أيّده قرار 189234 بتاريخ 1998/4/21م **المجلة القضائية 2001م العدد الخاص ص. 175**: تنازل الأم عن حق الحضانة إذا كان مضرا بمصلحة المحضون أجبرت، في المادة 166 أسرة قطري: "الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير وحق الصغير أقوى" قاعدة دقيقة، وتُمنح الحضانة في المسيحية للأم عند الأرثودوكس السريان شرط ألا تكون المتسببة في الفرقة حسب المادة 37: "الأم هي الحاضنة إلا إذا كانت متعدية"، ومذهب الأقباط الأرثودوكس أنها حق للأم والصغير معا وفق المادة 134.[5]

المطلب الثالث: الطبيعة الشرعية والقانونية للحضانة (التكييف)

بين يدي المطلب فيه التكييف الشرعي والقانوني للحضانة، من خلاله يقوم القاضي بإدراج الحضانة في فئة ملائمة، ثم تأتي المقارنة بينهما.

---

[1] حق الله ما تعلق بواجبات العباد أو الصالح العام، أضيف إليه لعظمته وشمول نفعه لا للاختصاص، القرني حقوق الحاضن ص. 18 ولعناني أميرة نزاعات الحضانة ماجستير الجزائر 1 سنة 2015م ص.37

[2] تفسير ابن كثير 479/1 وابن عبد البر الكافي 625/2 وحاشية ابن عابدين 559/3 وابن القيم الزاد 404/5 وابن جزي القوانين ص.149 والمواق التاج 597/5 ورسائل ابن عابدين د ط 265/1 والشيرازي المهذب 164/3 وابن نجيم البحر 180/4 والتسولي البهجة 645/1 والسلمي الحضانة ص.22 والقرني حقوق الحاضن ص.18 والحرازي مستحقو الحضانة ص.21 وعلاء الدين رحال حق القريب الحاضن مجلة المجمع ندوة متغيرات 1436 ص. 8 ولعناني الحضانة ص.42 وفراس شيعان وحسين نغيمش تنازع الحضانة مجلة المحقق العراقية عدد 1 سنة 5 ص. 159

[3] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 258

[4] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 565

[5] بجاق مراعاة مصحة المحضون ص. 187 وشيعان ونغيمش التنازع في الحضانة ص. 185

الفرع الأول: طبيعة الحضانة الشرعية

تطرّق فقهاء الشريعة إلى تكييف الحضانة بمعنى إسنادها إلى فئة فقهية لها أحكامها الخاصة، رُغم أن مفهوم التكييف لم يكن قد تبلور عندهم بشكل دقيق، وقد شهد فقهاء غربيون على أن شريعة الإسلام كانت سباقة إلى وضع الأسس القانونية والمستقلة لمبدأ الحضانة، من خلال بحثها وجعلها بابا مستقلا في الفقه ووضع أصولها وأحكامها،[1] وفيما يخصّ تكييفها شرعا فقد اختلفوا فيه بناء على صفة بارزة في الحضانة أو عامل مهم فيها أو مقصد مطلوب منها، وهذه أقوالهم:

* **من الولاية على النفس انتقد** بأنّ ثمّة أمور تختلف فيها الحضانة عن الولاية عن النفس، فمن حيث الموضوع تحمل المعنى الجسديّ العاطفيّ المحض والخدمة المادية، أما الولاية على النفس فتشمل التربية بمفهومها الواسع بما فيها من تنشئة وحراسة، وتختلفان من حيث أصحابها فالولاية حكرٌ على الرجال كالأب والعصبة والحضانة تُسند للنساء، ومن حيث سنّ الطفل إذ أنّ سن المحضون أقل من السن المحدّد للولاية بكثير، ومن حيث اشتراط اتحاد الدّين ففي الولاية يشترط الجميعُ اتحاده ولا يشترطه المالكية والحنفية في الحضانة، ومن حيث سن الانتهاء فسن الولاية على النفس ينتهي ببلوغ الرشد أما الحضانة فقبله بكثير، فهما مختلفان في المضمون والزمان والأشخاص المسنودة إليهم.[2]

* **ولاية وفقط** قول غير صائب لما فيه من الإطلاق وعدم تحديد.

* ك**ولاية الزواج** مردود لأن ولاية الزواج نوع من المرافقة لا التربية.

* **ولاية تربية** الراجح لاختصاصها بالنساء لما في المرأة من صبر وحنان، قال أبو زهرة: "يثبت للطفل منذ ولايته ثلاثُ ولايات: التربية هي المقصودة بإطلاق لفظ الحضانة، ولاية على النفس وولاية على المال إن كان له مال"،[3] وهو قول الكاساني وابن شاس والغزالي وابن قدامة،[4] فتكيّف شرعا بأنها نوع خاص من الولايات تسمى ولاية تربية تختلف عن ولاية النفس والمال.

الفرع الثاني: طبيعة الحضانة القانونية

اختلفوا حول تكييفها إلى مذاهب سبعة، يصلح بعضها في التكييف العادي وبعضها في التنازع، وأدرجنا الكلّ هنا للمقارنة:[5]

---

[1] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 91

[2] قيطة حياة حماية الطفل بعد انفصال الزوجين ص. 50

[3] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 405

[4] الكاساني البدائع 42/4 وابن شاس عقد الجواهر ت لحمر دار الغرب ط1، 2003م 609/2 والغزالي الوسيط 238/6 والرافعي فتح العزيز دار الفكر 7/1 وابن قدامة المغني 237/8 وزيدان المفصل 13/10 ومطروح الاجتهاد ص.309 وإشوي تنازع الحضانة ملتقى وطني للتنازع جامعة بجاية 2014م ص.199

[5] دربة التنازع ص. 60 وجندولي الانحلال ص. 34 وبوعروس الزواج المختلط ص. 77 وإشوي تنازع الحضانة ص. 202 ومسعودي التنازع ص. 237 وغالي كحلة إشكالات الحضانة ص. 160 والمكي صلوح تنازع القوانين في الحضانة مجلة العلوم الإنسانية تندوف مجلد 5 عدد 1 ص. 159

* **من آثار الزواج** عليه فقه فرنسا مثل "باتيفول"، كما ورد في اجتهاد مصري لابتدائية الإسكندرية 1952/2/26م **المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 سنة 1952م ص. 165**، وورد في قضاء مغربي، **حجتهم** أنّ الحضانة تتعلّق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية، وهي مظهر أساسي ملازم لولاية الأبوين على نفس ومال المحضون، **انتقد** بأنه لا يمكن الحديث عن آثار الزواج بعد انحلاله بالطلاق، ولأنه لا يُبرّر إلزام غير الزوجين بالحضانة في حالة عدم وجودهما أو عدم أهليتهما.[1]

* **آثار النسب:** تُعلّق على عاتق من ينسب المحضون إليه، **انتقد:** النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الولد ولا علاقة له بالحضانة فقد يحضن من لا نسب له.

* **مسائل الولاية على المال** اختاره "بارتن" لأن الحاضن يرعى أموال المحضون، وهو اتجاه في التشريع المصري المادة 16: "يسري على الولاية عموما قانون الشخص الذي تجب حمايته"، فبسبب تعميم الولاية دون تخصيص بالمال قد يأخذ القاضي بمبدأ أن الحضانة يحكم عليها بقانون جنسية المحضون، وهو اجتهاد لابتدائية القاهرة 1952/11/9م **انتقد** بأن الولاية على المال قد يكون فيها حفظ مال المحضون ومال غيره، والحضانة أعم يدخل فيها حفظ المال ورعاية المحضون جسديا ونفسيا، فالتعميم المصري منتقد لما فيه من خلط.[2]

* **اعتبار موطن الطفل المحضون** بمعنى أن التكييف القانوني للحضانة لا يهم لأنّ المعتبر الموطن كضابط محيل على القانون الذي يجب تطبيقه، عليه اتفاقية لاهاي بتاريخ 1961/1/5م متعلقة بحماية القُصّر، على أساس أنّ الموطن هو المكان الذي ترتكز فيه حياته وعلاقته بالغير، أخذ به القانون البريطاني والأنجلوسكسوني، **انتقد** بأنها فلسفة مبنية على الاعتناء بالطفل أكثر من الحاضن، وفيها مبالغة تجاه حقوقه وقد يكون موطنه غير جنسيته وقانونها أصلح له.

* **مصلحة المحضون** لأن مصدر الالتزام بالحضانة هو الشرع والقانون؛ فتُكيّف حسب مصلحة الطفل بغض النظر عن علاقته بوالديه وحالته قبل وبعد الانفصال، عليه الفصل 50 مجلة الدولي الخاص التونسية حين جعل آخر ضابط يلجأ إليه القاضي هو تطبيق القانون الأفضل للطفل، **انتقد** بأن فيه توسع فاحش لصلاحيات القاضي بما قد يضر بمصلحة المحضون.

* **العلاقات القانونية بين الآباء والأبناء** منسوب لاجتهاد فرنسا، **انتقد** بأنه لا يمكن اعتبارها من الفئات القانونية لفضفضتها، وبُعدها عن المفهوم الطبيعي للحضانة التي أساسها الرعاية، لا العلاقة العاطفية أو القانونية، وتُذكر هنا قضية "دوجاك" صدر فيها قرار نقض فرنسا 1987/7/22م، تتلخّصُ في أنّ زوجين بولونيين نزحا إلى فرنسا، وتحصّلا على جنسيتها مع احتفاظ الزوجة بجنسيتها البولونية، بعد انفصالهما عادت الأم إلى بولونيا رفقة ابنها فاستصدر الأب من القضاء الفرنسي حكما بالطلاق وإسناد الحضانة إليه، واستصدرت الزوجة حكما من

[1] فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش تنازع القوانين في الحضانة ص. 162
[2] نفس المرجع السابق ص. 162

القضاء البولوني بإسناد الحضانة إليها وطالبت بالاعتراف بحكمها في فرنسا وتحصيل نفقة ابنها، ورغم وجود اتفاقية ثنائية بين فرنسا وبولونيا في الحضانة إلا أن القضية وقع فيها نزاع، وطُرح إشكال: إذا كُيّفت الحضانة من آثار الزواج اختص بها قانون الموطن المشترك أي الفرنسي طبقا للمادة 9 اتفاقية، وإذا كيفت من العلاقات القانونية بين الأبناء والآباء خضعت لموطن الطفل تطبيقا للمادة 11، وكانت نتيجة القرار الحل الثاني على أساس العلاقة بين الآباء والأبناء.

* **آثار انحلال الزواج** هو الرأي الغالب والراجح لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بعد الفرقة، فالحضانة أثر مباشر للانحلال ولا معنى للكلام عنها قبله، أخذت به الجزائر حين أدرجت قواعدها **(المادة 62 إلى 72)** في باب آثار انحلال الزواج وعليه أكثر الفقه المصري، وهذا الإدراج من شأنه مساعدة القاضي في معرفة الواجب التطبيق في نزاع حول الحضانة مه وجود عنصر أجنبي.

الفرع الثالث: تكييف الحضانة بين أهل الشرع وأهل القانون

لابد من التنبيه على فرق جوهريّ في تكييف الحضانة بين أهل الشرع والقانون، فبينما لا يرى فيها فقهاؤنا سوى مجرد تربية وعطف وحنان تكون الأحقية فيها للأم ثمّ للنساء من قبلها تُسمّى ولاية تربية، وتبقى ولاية المال والنفس والتحكّم في المصير والسفر منوطة بوالد المحضون، يأخذه معه نهارا للتعليم والتربية ويعيده ليلا للرعاية والعطف، قال مالك: "يُؤَدِّبُهُ بِالنَّهَارِ وَيَبْعَثُهُ إلَى الْكُتَّابِ وَيَنْقَلِبُ إلَى أُمِّهِ بِاللَّيْلِ فِي حَضَانَتِهَا، وَيُؤَدِّبُهُ عِنْدَ أُمِّهِ وَيَتَعَاهَدُهُ عِنْدَ أُمِّهِ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ إلَّا أَنْ تَتَزَوَّجَ"،[1] وقال السرخسي: "لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ وَإِنْ كَانَتْ أَحَقَّ بِوَلَدِهَا أَنْ تَشْتَرِيَ لَهُ وَتَبِيعَ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لَهَا حَقُّ الْحَضَانَةِ فَأَمَّا وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ لِلْأَبِ أَوْ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَتْ هِيَ وَصِيَّةَ أَبِيهِ فَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ بِسَبَبِ الْوِصَايَةِ لَا بِسَبَبِ الْأُمُومَةِ"،[2] وفي المادة 121 أحوال موريتاني: لا تترتب ولاية على الحضانة، أما أهل التقنين فيُعمّمون ويُدرجون فيها التربية والولاية والتحكّم، عن طريق جمع كل الصلاحيات في الحضانة القانونية، لهذا يُقدّمون الأب على سائر الحواضن بعد الأم، وهو الطرح الذّي يناقض ما في الفقه الإسلامي من تكييف الحضانة على أساس التربية لا الولاية على النفس والمال المختصة بالأب، ويُروى عن أبي سعيد الاصطخريّ **(فقيه شافعي)** أنّ الولاية تكون للأم حال الحضانة، وتبنّت الجزائر في المادة 87 -مضافة 2005م- إسناد الولاية على النفس للحاضن ولو كانت أما: "في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، وفي المادة 92 جواز تعيين وصيّ شرط ألا تكون للطفل أما، وفي اجتهاد عال 2009/11/14م رقم 476515: "إسناد الحضانة إلى الأم بدون منح الولاية لها خرق للقانون"، وهو حال الفصل 3/67 مجلة تونسية: "تتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحية الولاية فيما يتعلق بسفر

[1] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 258
[2] السرخسي المبسوط ج. 6 ص. 171

المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية"، بهذا تكون الجزائر وتونس قد اختارتا قول الاصطخريّ.[1]

وكان فقهاؤنا ينيطون الولاية على النفس والمال بالوالد وجوبا؛ فإذا ذكروا أولى الناس بالحضانة قدموا سائر النساء على الأب، قال ابن القيم: "الْوِلَايَةُ نَوْعَانِ: نَوْعٌ يُقَدَّمُ فِيهِ الْأَبُ عَلَى الْأُمِّ وَهِيَ وِلَايَةُ الْمَالِ وَالنِّكَاحِ، وَنَوْعٌ تُقَدَّمُ فِيهِ الْأُمُّ وِلَايَةُ الْحَضَانَةِ وَالرَّضَاعِ"،[2] وقال القرافي: "الْحَضَانَةُ يُقَدَّمُ فِيهَا النِّسَاءُ عَلَى الرِّجَالِ بِخِلَافِ جَمِيعِ الْوِلَايَاتِ يُقَدَّمُ فِيهَا الرِّجَالُ؛ لأَنَّهُ يُقَدَّمُ فِي كُلِّ مَوْطِنٍ مَنْ هُوَ أَقْوَمُ بِمَصَالِحِهَا"،[3] لهذا يجب رفع مرتبة الأب في استحقاق الحضانة لتكون مباشرة بعد الأم، وضبط صلاحيات الولاية في الحضانة وجعلها مشتركة في أمور السفر والمال؛ فلا يُقرّر فيها أحدهما دون الآخر وإذا اختلفا كان القضاء حَكمًا، قال "رينار" **Raynaer**: "ليس هناك امرأة في العالم يمكن أن تكون لأطفالها بمثابة الأم والأب معا"،[4] حيث أخذ بهذا التوسّط المغرب فكان أكثر واقعية، فقد عدّدت المادة 54 مدونة حقوق الطفل في الفقرة 7: "عندما يفترق الزوجان تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبيّن في أحكام الحضانة"، وهو توزيع عادل لولاية النفس والمال، وأفضل مما قامت به الجزائر وتونس من إعطاء كامل الولاية للأم وإهمال الأب، الذّي ليس له إلا الزيارة مقابل النفقة والإسكان والجراية الشهرية عند التونسيين، والعجب أننا حين نعود إلى اتفاقية حقوق الطفل في مادتها 18 نجدها حريصة على التعاون بين الوالدين في ولاية أطفالهم وكأنهم أعرف بالواقع، فقد اعتمد الغرب الحضانة المشتركة **Joint Custody** بدل المنفردة **Sole Custody**، وفي القرآن ما يدعو إلى هذا التشاور في إدارة شؤون المحضون كقوله **"فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا"**، **(البقرة 233)** والخلاف على الإرضاع وارد فبيّن أن التشاور على الفصال إذا كان بالتراضي فلا جناح فيه، وبالرجوع إلى اتفاقية "سيداو" التي جاءت ظاهرا لرفع غبن عن النساء، وهي باطنا لا تعدو كونها خرابا للدين، نراها تنص في المادة 1/16: "تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم"، ورغم أنّ دولنا صادقت عليها مع كل ما فيها من نقض لأسس الدين إلا أنها لم تُراعي جوانبها الإيجابية، فبدل أن تجتهد في إبراز المساواة بين الوالدين نجدها تعطي الحضانة للأم وتزيدها الولاية ولا يبقى للأب سوى الزيارة، فلا هو يتحكم في مصير ابنه الدراسي ولا سفره، ويُلزم بالنفقة وتهيئة مسكن ملائم وإذا امتنع كان مصيره السجن، ثم يأتي من ينادي بترك المحضون عند أمه بعد الزواج؛ فيصبح الوالد يرى

---

[1] الماوردي الحاوي 333/8 والشيرازي المهذب 126/2 والرافعي فتح العزيز 291/10 والروياني البحر المذهب 139/8 وقيطة حياة حماية الطفل بعد انفصال الزوجين ص. 52

[2] ابن القيم زاد المعاد ج. 5 ص. 392

[3] القرافي الفروق ج. 3 ص. 206 (القاعدة 178)

[4] قيطة حياة حماية الطفل بعد انفصال الزوجين ص. 48

ابنه عند زوج أمه لا يستطيع التدخل في شؤونه، وحينها قد يحقّ للرجال إنشاء منظمات للدفاع عن حقوقهم، لهذا ينبغي إناطة ولاية التربية بالأم وولاية النفس بالأب، وإذا اختلفا في أمر هامّ كالانتقال أو الدراسة كان القضاء فاصلا، فتكون من هذه الزاوية كأنها مشتركة، أما المشرع الجزائري فقد منح الأم ولاية كاملة على محضونها، وليس لوالده إلا حق الزيارة ولا رأي له في مصير ولده؛ رغم أنه ينفق عليه وجوبا ويدفع ثمن السكن وتهيئته وإلا عوقب بالسجن للإهمال، وقد وقع المشرع في الخلط حين أخذ بعض القواعد من الشرع، كأولوية الأم في الحضانة ووجوب إنفاق الأب على ولده، وبعضها من غيره كإسناد الولاية الكاملة لها، فوقع بهذا التلفيق في حرج فلا الشرع طبق ولا المساواة دعم ولا بالمنطق الغربي حكم.[1]

المطلب الرابع: الأم أحق بحضانة ولدها ومرتبة الأب

بين يدي المطلب أولوية الأم في الحضانة شرعا وقانونا لا يُنازع فيه مسلم، وخالف فيه أهل القانون لغلبة نظرية المساواة وتبعهم المشرع التونسي بغرابة، فيه فرعان: الحضانة للأم ثم مرتبة الأب.

الفرع الأول: إسناد الحضانة للأم في الشرع والقانون

يترجح إسناد حضانة الولد عند الطلاق للأم بسبب الفطرة البشرية، والمرجع فيه أحكام الشريعة وهي أولوية مفقودة في التقنين الغير إسلامي، نبحثه في بندين.

البند الأول: إسناد الحضانة للأم في الشرع

اتفقوا على تقديم جانب النساء على جانب الرجال عند التساوي لأنهن أشفق، والأم أعرف بالتربية وأقدر عليها، لها من الصفات الفطرية ما ليس للرجل من صبر وعطف ومثابرة وتحمل للمشقة وأناة وحلم، وغير ذلك مما لا يقدر عليه رجل مهما أوتي من حلم، وأقوى سلاحها الوقت والتفرغ،[2] قال القرافي: "لَمَّا كَانَتْ الْحَضَانَةُ تَفْتَقِرُ إلَى وُفُورِ الصَّبْرِ عَلَى الْأَطْفَالِ فِي كَثْرَةِ الْبُكَاءِ وَالتَّضَجُّرِ، وَمَزِيدِ الشَّفَقَةِ وَالرِّقَّةِ الْبَاعِثَةِ عَلَى الرِّفْقِ بِهِمْ لِأَنَّ أَنَفَاتِ الرِّجَالِ وَإِبَاءَةَ نُفُوسِهِمِ وَعُلُوَّ هِمَمِهِمْ تَمْنَعُهُمْ مِنْ الِانْسِلَاكِ فِي أَطْوَارِ الصِّبْيَانِ وَمَا يَلِيقُ بِهِمْ مِنْ اللُّطْفِ وَالْمُعَامَلَاتِ وَمُلَابَسَةِ الْقَاذُورَاتِ"،[3] نقل الإجماع ابن المنذر وابن عبد البر وابن قدامة وابن القيم وابن هُبَيرة والشوكاني،[4] لقوله **"وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ"**، **(البقرة 233)** قال ابن العربي: "الْحَضَانَةُ بِدَلِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ لِلْأُمِّ وَالنُّصْرَةُ لِلْأَبِ"،[5] قال الجصاص: "فِيها دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِإِمْسَاكِ الْوَلَدِ وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْ الرَّضَاعِ بَعْدَمَا يَكُونُ مِمَّنْ يَحْتَاجُ إلَى الْحَضَانَةِ لِأَنَّ حَاجَتَهُ إلَى الْأُمِّ بَعْدَ الرَّضَاعِ كَهِيَ قَبْلَهُ"،[6] وقوله

---

[1] بوكايس سمية المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة ص. 137

[2] عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة ج. 10 ص. 9 وزكية حميدو مصلحة المحضون ص. 330

[3] القرافي الفروق ج. 3 ص. 206 وشرح الخرشي على مختصر خليل ج. 4 ص. 211

[4] ابن المنذر الإشراف 171/5 وابن عبد البر الاستذكار 290/3 وابن هُبَيْرَة الاختلاف تح يوسف الكتب العلمية ط1، 2002م 213/2 وابن قدامة المغني 238/8 وابن القيم الزاد 390/5 والشوكاني النيل 389/6

[5] ابن العربي أحكام القرآن ج. 2 ص. 275

[6] الجصاص أحكام القرآن ج. 1 ص. 490

"حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ" (لقمان 14) وقوله **"حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا،** (الأحقاف 15) فيها إشارة إلى تخصيص الأم في السنين الأولى من حياة الطفل لأنه خصّها بالحمل والفصال، قال الْجَوْهَرِيُّ: "فِطامُ الصَّبِيِّ فِصاله عَنْ أُمه" أي انفصاله عن رضاعها،[1] ومشاعر الأمومة لا يغلبها إلا هولُ القيامة لقوله **"يَوْمَ تَرَوْنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ"،** (الحج 2)[2] وقالت امْرَأَةٌ: "إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطنِي لَهُ وِعَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي"، فَقَالَ لَهَا النبيُّ: "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"،[3] وفي حديثُ البراء أنّه اخْتَصَمَ عَلِيٌّ وَزَيْدٌ وَجَعْفَرٌ في ابْنَة حَمْزَةَ فَقَالَ عَلِيٌّ: "أَنَا أَحَقُّ بِهَا وَهِيَ ابْنَةُ عَمِّي" وَقَالَ جَعْفَرٌ: "ابْنَةُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي" وَقَالَ زَيْدٌ: "ابْنَةُ أَخِي"، فَقَضَى بِهَا لِخَالَتِهَا وَقَالَ: "الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ"،[4] فقد استحقتها لتشبهها بالأم؛ فدلّ بطريق الأولى أنّه بوجود الأم لا يُستغنى عنها، وسئل: "من أحق الناس بصحبتي؟" قال: "أمّك ثلاث مرات"،[5] ولحديث: "من فرّق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته"،[6] وحديث: "المَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ"،[7] وحديث: "نِسَاءُ قُرَيْشٍ خَيْرُ نِسَاءٍ رَكِبْنَ الإِبِلَ أَحْنَاهُ عَلَى طِفْلٍ وَأَرْعَاهُ عَلَى زَوْجٍ فِي ذَاتِ يَدِهِ"،[8] وفي رواية "أحناه على ولد في صغره"،[9] وفي وراية "أَحْنَاهُ عَلَى يَتِيمٍ فِي صِغَرِهِ"،[10] وقال ابْنُ عَبَّاس طَلّق عُمَرُ أُمَّ عَاصِمٍ فَلَقِيهَا تَحْمِلُهُ بِمَحْسَرٍ وَقَدْ فُطِمَ، فَأَخَذَ بِيَدِهِ لِيَنْتَزِعَهُ مِنْهَا وَنَازَعَهَا إِيَّاهُ حَتَّى أَوْجَعَ الْغُلَامَ وَقَالَ: "أَنَا أَحَقُّ بِابْنِي مِنْكِ" فَاخْتَصَمَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ فَقَضَى لَهَا بِهِ وَقَالَ: "رِيحُهَا وَحَرُّهَا وَفَرْشُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ حَتَّى يَشِبَّ وَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ"،[11] وفي رواية: "هِيَ أَعْطَفُ وَأَلْطَفُ وَأَرْحَمُ وَأَحْنَا وَأَرْأَفُ وَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَزَوَّجْ"،[12] وقال أبو الوليد: "اخْتَصَمَ عَمٌّ وَأُمٌّ إِلَى عُمَرَ فَقَالَ: "جَدْبُ أُمِّكَ خَيْرٌ لَكَ مِنْ خَصْبِ عَمِّكَ"،[13] أي الفقر معها خير من الغنى معه.

<u>البند الثاني: إسناد الحضانة للأم في القانون والقضاء</u>

تماشيا مع المجبول عليه في الفطرة البشرية تُعتبر الحضانة بالأساس مؤسسة نسوية، حيث تحتفظ المرأةُ بالأولوية وتحظى بالأسبقية فيها إن لم نقل أنّها تحتكره؛

---

[1] ابن منظور لسان العرب ج. 12 ص. 454
[2] محمد سيف عبد الله العديني قانون الأحوال الشخصية اليمني طبعة التنوير ط 1، 2014م ص. 226
[3] رواه أبو داود رقم 2276 وأحمد رقم 6707 والحاكم المستدرك رقم 2830 الألباني الإرواء 2187: حسن.
[4] رواه البخاري كتاب الصلح رقم 2699 ج. 3 ص. 184
[5] رواه البخاري كتاب الأدب برقم 5971
[6] رواه أحمد رقم 23499 والترمذي رقم 1283 قال الأرنؤوط "حسن لغيره"
[7] رواه البخاري باب المرأة راعية في بيت زوجها برقم 5200
[8] رواه البخاري كتاب أحاديث الأنبياء برقم 3434 ومسلم باب من فضائل نساء قريش برقم 2527
[9] رواه البخاري باب إلى من ينكح برقم 5082 ومسلم باب من فضائل نساء قريش برقم 2527
[10] رواه مسلم باب من فضائب نساء قريش برقم 2527
[11] رواه عبد الرزاق في مصنفه برقم 12601 وابن أبي شيبة برقم 19123
[12] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 12600 وابن أبي شيبة في المصنف برقم 19114
[13] مصنف عبد الرزاق رقم 12608، قَال ابن عبد البّر في الاستذكار ج. 7 ص. 289 "هَذَا خَبَرٌ مُنْقَطِعٌ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَلَكِنَّهُ مَشْهُورٌ مَرْوِيٌّ مِنْ وُجُوهٍ مُنْقَطِعَةٍ وَمُتَّصِلَةٍ تَلَقَّاهُ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالْقَبُولِ وَالْعَمَلِ"

لأنّ الشفقة والحنان والعطف تتوفر فيها بشكل أقوى، من هنا نصت أغلب قوانين الإسلام على وجوب إسناد الحضانة للأم أول الأمر ما لم يوجد هناك مانع، ففي المادة 64 أسرة جزائري: "الأم أولى بحضانة ولدها"، وفي المادة 171 مدونة المغرب: "تُخوّل الحضانة للأم"، ونفسه في المادة 132 قانون عربي موحد للأحوال الشخصية والمادة 20 أحوال مصري، والمادة 154 أحوال أردني والمادة 139 أحوال سوري، والمادة 166 من أسرة قطري لسنة 2006م والمادة 189 أحوال كويتي والمادة 123 مدونة الأحوال الموريتانية، وقبل وضع هذه القواعد كان الاجتهاد يأخذ بذلك كما في قرار عال جزائري 1968/9/25م و1968/11/13م، وفي حيثيات آخر 1986/2/24م: "من المقرر في الشريعة أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها"، وفي آخر 6/6/ 1988م: "الحضانة من حق الأم ومصلحة المحضون لا تحقق بصورة كاملة إلا إذا كان عند أمه وإذا صرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي أو ثبت عدم قدرتها على الاعتناء به"، وفي قرار عال مغربي 1982/7/12م: "الحضانة للأبوين مادامت الزوجية قائمة فإذا انقطعت فالأم أولى بحضانة ولدها"، وبتاريخ 1982/5/10م وبتاريخ 1986/6/28م وبتاريخ 1994/10/4م، وقررته النقض السورية 1983/3/24م رقم 136 **مجلة القانون 1983 عدد 5 ص. 592:** "الشرع الحنيف جعل الأم أولى من الجميع بحضانة الصغير وضمه مادامت قادرة على القيام برعايته والعناية به، ولا يمكن العدول عنه إلا بمسوغ معقول يدل على عجز الأم، وهو من النظام العام"،[1] وهو ما كان عليه المبدأ 8 من وثيقة إعلان حقوق الطفل ليوم 1959/11/20م خلال الدورة 14 للأمم المتحدة: "يحتاج الطفل إلى الحبّ والتفهم كي تتفتح وتنسجم شخصيته ويجب أن لا يفرق بين الطفل الصغير وأمه إلا استثناء"، حيث دام هذا الوضع في أوروبا برهة من الزمن ثم دخلت نظرية المساواة بين الجنسين على نظامهم التشريعي فصار المبدأ الفطري القاضي بإسناد الحضانة إلى الأم مهجورا، فكأنّ هذه الدول وقعت في شر فلسفتها المبنية على زعم المساواة المطلقة بين الزوجين والمخالفة لأصول الفطرة السليمة والمنطق السويّ، ففي المادة 373-2-1 مدني فرنسي: "يمكن للقاضي أن يسند ممارسة السلطة الأبوية لأحد الأبوين إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك"، ونفسه في المادتين 133 و134 مدني سويسري لسنة 1907م المعدل سنة 2014م، وللأسف سارت تونس على ذلك في قانون 24 تاريخ 1966/6/3م: الأم لا يمكنها الحصول على الحضانة بالأولوية وإنما بالتساوي مع الأب وحسب المصلحة، وأقره الفصل 67 مجلة: "إذا انفصمت الزوجية وكان الزوجان بقيد الحياة عهدت إلى أحدهما أو إلى غيرهم"، والقصد منها حسب فقه تونس هو عصرنة القانون وجعله متطابقا مع الطموح الجديد للمجتمع بإقامة المساواة بين الجنسين، وترقية دور المرأة عن طريق حذف بعض امتيازات

[1] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 336

الذكور كالطلاق الانفرادي والتعدد، ولا يخفى ضعف هذا التوجه لأن كلّ تجارب علماء التحليل النفسي تثبت أن الطفل في حياته الأولى يكون في حاجة ماسّة لأمه، لأن نموّه واتزّانه النفسي وتكوينه الخُلقي لا يتم إلا على يديها، وفقدان حنان الأم خلال الأعوام الخمسة الأولى له تأثير مباشر على انحرافه،[1] ورغم تأكيد قوانين أوروبا على تساوي الأبوين في الحضانة إلا أن اتجاه المحاكم فيها يميل إلى إثبات أولوية الأم، فاتضح أن مشرع تونس لم يتبنّى هذا المبدأ نظرا للظروف الاجتماعية المعاشة أو طلبا للرقيّ والتحضر وإنما تقليدا لقانون فرنسا، والمؤكد أنّ تمسك المسلمين بثوابتهم في المجال الشخصي سيجلب لهم بركات الوحي الذي رفع سلفنا إلى الذروة والرقيّ، ويتجلّى بوضوح في هذه الجزئية علوّ شأن الشريعة وأنّ المبادئ الغربية لا تعدو كونها تجارب بشر سريعا ما يظهر عورها، فيما شريعة ربنا كثيرة المصالح إذا أُحسن توظيفها.[2]

الفرع الثاني: مرتبة الأب بعد الأم في إسناد الحضانة

أهل الشرع على إسناد الحضانة للأم بطريق الأولى، فإن لم توجد أو لم تكن مؤهلة لمانع أسندت للنساء من جهتها ممن يرثنها، كأمها جدة المحضون أو خالته أو من جهة أبيه، فإذا لم يكن فالأب أولى لأنه يحتاج لأنثى ترعاه وتحفظه، ولا يمكن للأب أن يستقل بحضانة ابنه، وتلك نظرة فطرية معقولة من جهة المبدأ، ثمّ اختلفوا في تحديد مرتبة الأب فقال الحنابلة والشافعية: بعد الأم وأم الأم أي جدة المحضون لأمه، وهي الثالثة وهؤلاء كانوا أكثر إنصافا، وقال المالكية: رابعة بعد الأم وأمها والخالة، وشذّ الحنفية فأخروه عن جميع النساء من الجهتين.[3]

وهذا التأخير النسبيّ للأب عند الجمهور والمطلق عند الحنفية مردّه تكييف الحضانة على أساس ولاية تربية، والتي تقتصر على الرعاية والإطعام والتنظيف وكلّ ما تكون فيه النساء أكثر تأهيلا، أمّا ولاية النفس والمال فتبقى من صلاحياته لأنّه الوليّ الشرعي، لكن بسبب تغيّر التكييف في الأزمان المتأخرة وإدراج ولاية النفس والمال في الحضانة يجب العدول عن تلك الآراء المبنية على عوائد تغيّرت، ومنح الأب أولوية الحضانة على ولده بعد الأم مباشرة، وهو قولٌ لمالك والأوزاعي، قال ابن رشد الجدّ: "ظاهر قول ابن القاسم أنّ الأب أحق بالحضانة من الخالة وإن كانت مسلمة، ذكره ابن المواز عن مالك"،[4] ولأنّ الحضانة صارت غير مقتصرة

---

[1] في دراسة لمجلة "لانست: "الأطفال الذين يعانون من انخفاض الحرارة بعد الولادة يدفؤون بسرعة أكبر إذا حضنتهم أمهاتهم مما لو وُضعوا في حضّانة"، وفي دراسة لمعهد أبحاث العناية "ستوكهولم" أُخذ 80 طفلا ممن انخفضت حرارتهم بعد الولادة وقُسّموا إلى صنفين وُضع الأول في حاضنات والثاني على جسد أمهاتهم، بعد 4 ساعات ارتفعت حرارة 90% ممن وضعوا على أمهاتهم إلى معدل طبيعي مقارنة ب 60% في الحضانات" زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 105 وقيطة حماية الطفل بعد الانفصال ص. 26

[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 339

[3] المدونة 259/2 الكاساني البدائع 41/4 والمرغيناني الهداية 283/2 والشيرازي المهذب 166/3 والمرداوي الإنصاف 420/9 وابن قدامة الكافي 244/3 والشيرازي التنبيه عالم الكتب ص.211 والعيني البناية 644/5 والخرشي 208/4 والشربيني المغني 194/5 وشيخي زاده مجمع الأنهر 482/1 وابن عبد البر الكافي 624/2

[4] ابن رشد الجد البيان والتحصيل ج. 5 ص. 413 وابن عبد البر الاستذكار ج. 7 ص. 292

على التربية وتعدت إلى الولاية القانونية بمفهومها المطلق، ما حمل فقهاء القانون على تقديم الأب على الجدة وغيرها لأنه أحفظ لمصلحة المحضون وخيرا صنعوا، لهذا غيّرت الجزائر والمغرب والإمارات وقطر موقفها تدريجيا عن طريق إسناد حضانة الولد بعد الأم إلى أبيه مباشرة، كما في المادة 64 أسرة جزائري تعديل 2005م وكانت الجدة لأم في قانون 1984م مقدمة، وفي المادة 171 مدونة مغرب والمادة 146 أحوال إماراتي والمادة 169 أسرة قطري، وتُعتبر هذه التعديلات تطورا إيجابيا لما سبق ذكره، وأبقت قوانين عربية الأمر على مذهب الجمهور من تقديم النساء على الأب كالتشريع الكويتي في المادة 189: منح الحضانة للأم ثم النساء من قبلها ثم النساء من قبل الأب ثم الأب وهو مذهب الحنفية المتشدد تجاه الأب، وتوسّط الأردني في المادة 170 فنص على أحقية الأم ثم أمها ثم أم الأب ثم الأب فجعله في المرتبة الرابعة، ولا يضر المحضون شرط ألا تُدرج الولاية على النفس والمال في تكييفها كما قرره المشرع الموريتاني في المادة 121 من مدونته للأحوال: "الحضانة لا تترتب عليها ولاية"، وشذّ التونسي فلم يُقدم الأم وجعل الحضانة صالحة لأحد الأبوين حسب مصلحة المحضون كما في الفصل 67 مجلة، وزعم البعض أن إسنادها إلى الأب بعد الأم ليس فيه مصلحة للمحضون لأنه سيدفعه إلى زوجته الأجنبية لتربيته، ورعاية جدته وخالته أفضل في الواقع والعرف، أجيب بأنه اعتراض قد يصح لو كانت الحضانة مقتصرة على الرعاية وبقيت الولاية على النفس من صلاحيات الأب، أما وقد أدرجت فيها ولاية تامة أو شبه ولاية فلا يمكن تأخير الأب بوجه من الوجوه، والحاضنة التي تأخذه بعد الأم سواء الخالة أو الجدة سوف تعيش معه وهي متزوجة فإذا كانت صاحبة الولاية كان الضرر أكبر، وسوف يتكفل القاضي بمتابعة الطفل عند أبيه فإذا رأى مصلحته مهضومة عند زوجته أسقطها وأسندها لقريب مشفق، وفي اجتهاد عال جزائري رقم 742002 بتاريخ 2013/3/14م: إسناد الحضانة إلى الأب بسبب زواج الأم من أجنبي دون مراعاة حسن عيشه عند جدته لأمه أمر مخالف لمصلحة المحضون فوجب نقضه، وفي قرار 707971 بتاريخ 2013/1/10م: إسناد الحضانة للجدة بناء على المصلحة رغم وجود الأب موافق للقانون وتسبيبه مقبول.[1]

* **التراضي على الحضانة:** إذا اتفقا عليها فلا مانع مادامت مصلحة المحضون مرعية؛ لأن بقاءه مع أحدهما مظنة للخير، ويجب مراجعة القاضي إذا كان التنازل لغير الأبوين؛ وقد تنازلت أمٌّ عن الحضانة بالتراضي فألغاها قاض جزائري فقررت العليا 1985/12/30م نقضه مصرحة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن تراضي الأبوين كاف لتصحيحه، ويحق للقاضي تغيير الاتفاق إذا رأى مساسا بمصلحة المحضون أو مخالفة للنظام العام كما في المادة 431 إجراءات مدنية.[2]

[1] الشامي تعديلات قانون الأسرة ماجستير الإسكندرية 2009م ص.212 ولعناني نزاعات الحضانة ص.30

[2] بوكايس سمية المساواة بين الجنسين ص. 143

المطلب الخامس: شروط الحضانة

تسقط الحضانة بالتنازل أو للإخلال بالواجبات والتقصير في الأهداف أو السفر بالمحضون دون موافقة قضائية، أو لانعدام شرط واجب كالعقل والقدرة والمرض المضر، يُعبّر عنها بشروط التكليف الشرعي والتأهيل، وهو ما جاء في المادة 62 أسرة جزائري: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، والمادة 173 مدونة مغربية: "شروط الحاضن الرشد القانوني لغير الأبوين والاستقامة والقدرة على تربية المحضون وعدم زواج طالبة الحضانة"، والمادة 58 مجلة تونسية: "يشترط في مستحقي الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية"، واشترطت المادة 167 أسرة قطري البلوغ والعقل والأمانة والقدرة والمحافظة والرعاية والسلامة من الأمراض المعدية،[1] ثم وقع خلاف حول الإسلام والعدالة والحرية والزواج والتفرغ والبلوغ والتنازل، نترك أثر الإسلام والعدالة إلى مبحث خاص ونذكر الباقي.

* **اشتراط البلوغ:** الأكثر على أن البلوغ شرطٌ في استحقاق الحضانة، زاد الحنفية والشافعية استئناس الرشد في العقل واقتصر الحنابلة على البلوغ ولم يشترطه المالكية في الوالدين، ويبدو أنّ قول المالكية في المسألة أعدل فيما يخص الوالدين؛ لأن الشفقة والرعاية مجودتان في القاصر بدافع الفطرة التي فطر الله الناس عليها كمثل وجودها في الراشد، قال عُمَر: قَدِمَ سَبْيٌ فَإِذَا امْرَأَةٌ تَحْلُبُ ثَدْيَهَا تَسْقِي إِذا وَجَدَتْ صَبِيًّا فِي السَّبْيِ أَخَذَتْهُ فَأَلْصَقَتْهُ بِبَطْنِهَا وَأَرْضَعَتْهُ فَقَالَ النَّبِيُّ: "أَتُرَوْنَ هَذِهِ طَارِحَةً وَلَدَهَا فِي النَّارِ؟" قُلْنَا "لاَ" قَالَ: "لَلَّهُ أَرْحَمُ بِعِبَادِهِ مِنْ هَذِهِ بِوَلَدِهَا"،[2] فيه ضرب المثل برحمة الأم على وليدها وهي رحمة لا تضاهيها رحمة مخلوق، وفي الحديث: "لِلَّهِ مِائَةَ رَحْمَةٍ أَنْزَلَ مِنْهَا رَحْمَةً وَاحِدَةً بَيْنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ وَالْبَهَائِمِ وَالْهَوَامِّ فَبِهَا يَتَعَاطَفُونَ وَبِهَا يَتَرَاحَمُونَ **وَبِهَا تَعْطِفُ الْوَحْشُ عَلَى وَلَدِهَا** وَأَخَّرَ اللهُ تِسْعًا وَتِسْعِينَ يَرْحَمُ بِهَا عِبَادَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"،[3] فيه أن رحمة الأمومة وشفقتها غير مختصة ببني البشر، لهذا تكون الأم الراشدة أولى بحضانة ولدها ولو لم تكن بالغة،[4] وأجازت المادة 7 أسرة جزائري لمن بلغ 16 سنة -ذكرا أو أنثى- عقد زواجه بشروط رغم أن سنّ الرشد القانوني هو 19 سنة، ما قد يؤدي إلى إسناد الحضانة لقاصر في نظر القانون إذا تولت الأم حضانة ولدها ولم تبلغ سن 19 سنة، وبهذا يكون قد أخذ بالمذهب المالكي، ويزول الإشكال إذا علمنا أنّ البالغ سن 16 يتعبر من البالغين المؤهلين شرعا فأقصى ما يؤخذ به شرعا هو سنّ 15 للجنسين، فيما يُشكل على هذا الخيار أنّ المادة

---

[1] الماوردي الحاوي 502/11 والشيرازي المهذب 164/3 وابن قدامة الكافي 245/2 وشرح الخرشي 211/4 وبجاق المراعاة ص. 201 والمبروك شروط الحضانة مج الاجتهاد تمنراست 2015م ص. 96 وفاطمة حداد التعسف في حق الحضانة مج الدراسات الفقهية جامعة الوادي مج 4 ع 1 جوان 2018م ص. 164

[2] رواه البخاري باب رحمة الولد برقم 5999 ومسلم باب في سعة رحمة الله تعالى برقم 2754

[3] رواه البخاري باب الرجاء مع الخوف برقم 6469 ومسلم باب في سعة رحمة الله برقم 2752 واللفظ له

[4] حاشية الدسوقي 529/2 وحاشية ابن عابدين 556/3 وابن قدامة المغني 248/8 وشرح الخرشي 212/4 والبجيرمي تحفة الحبيب حاشية البجيرمي دار الفكر 1995م 113/4

87 منحت الولاية لمن تُمنح له الحضانة فإذا كان الحاضن سواء كان أبا أو أمّا من القاصرين ولم يبلغ 19 سنة وهو محتاج إلى من يتولاه من أب أو وصيّ أو قيّم؛ فسوف تُطرح صحة الولاية على الولاية التّي وُجد من أجازها شرعا وتبقى في نظر القانون غاية في الإشكال؛ إذ كيف تُمنح الولاية لقاصر على قاصر؟! وأخذ المغرب بمذهب مالك حين صرّحت المادة 173 باشتراط الرشد في غير الأبوين.[1]

* **اشتراط الحرية:** اشترطها الجمهور في الحاضن؛ لأن الرقّ يمنع أداء مهامها، وخالف المالكية والظاهرية فأجازوا للمملوكة حضانة ولدها إذا كانت مأمونة وتبعهم ابن القيم،[2] حجة الجمهور أن المملوكة لا يمكنها القيام بواجب الحضانة لاشتغالها بخدمة سيدها، ونظر المجيزون إلى معنى الحلم والرعاية الذي لا يختلف وجوده في كلّ أمّ سواء كانت حرة أو أمة،[3] والظاهر ترجيح الجواز لعموم النص في أحقية الأم، ولا مخصص لها سوى القياس وفي جواز تخصيص الخبر به خلاف، ويؤيد الجواز حديث: "من فرّق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"،[4] وحديث: "لَا تُولَهْ وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا "،[5] وكان النبيّ مسافرا فانطلقَ لِحاجَتِه فرأى من معه حُمَّرَةً (طائر صغير) معها فَرْخَانِ فأخذ فَرْخَيْهَا فجاءتِ الحُمَّرَةُ فجعلت تُعَرِّشُ، فقال النبيّ: "مَنْ فَجَعَ هذهِ بولدِها؟ رُدُّوا ولدَها".[6]

* **اشتراط التفرّغ:** كانت الأم تتفرغ للحضانة، ثم ظهر عرفٌ جديدٌ يقضي بعمل المرأة بدوام كامل، تخرج صباحا لا تعود إلا مساء 5 أيام في الأسبوع طوال السنة لا تأخذ إجازة إلا لشهر، وخروجها لا محالة مؤثر على الحضانة، وما إجماع الفقهاء قديما على إسنادها إليها وتأخير مرتبة الأب إلا بسبب تفرغها، لهذا ذهب البعض إلى اشتراط تفرغها كي تستحقها، وقيل لا يُمكن لعملها أن يكون مانعا، واحتج من أوجب التفرغ بأنّه إذا انشغلت لم يكن بينها وبين الوالد فرق، قال ابن عابدين: "الْمُرَادُ بِكَوْنِ الحاضنة أَمِينَةً أَنْ لَا يَضِيعَ الْوَلَدُ عِنْدَهَا بِاشْتِغَالِهَا عَنْهُ بِالْخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهَا كُلَّ وَقْتٍ"،[7] وقال ابن نجيم: "حَقُّ الْحَضَانَةِ جُعِلَ إلَى النِّسَاءِ لِأَنَّهُنَّ أَبْصَرُ ولِزِيَادَةِ شَفَقَتِهِنَّ وَمُلَازَمَتِهِنَّ لِلْبُيُوتِ"،[8] وقال أبو زهرة: "إذا عجزت الحاضنة عن التكفل بالمحضون لانشغالها عليه بالاحتراف ولا تقيم في البيت أكثر النهار والليل فهي ليست أهل للحضانة"،[9] ولهذا أوجب البعض مساهمة المرأة العاملة في النفقة الزوجية لتفريطها في كثير من مهامها ونقصان علة الحبس، في

---

[1] فاطمة حداد حق الطفل في الحضانة مجلة الشهاب وادي سوف ع 3 2016م ص. 164
[2] الكاساني البدائع 42/4 والماوردي الحاوي 502/11 وابن قدامة الكافي 245/2 والمغني 237/8 والمدونة 260/2 وشرح الخرشي 208/4 وابن حزم المحلى 143/10 وابن القيم الزاد 412/5
[3] أشرف عقلة التعسف في استعمال الحضانة مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات 1436 ص. 19
[4] رواه أحمد برقم 23499 والترمذي برقم 1283 قال الأرنؤوط: "حسن لغيره"
[5] رواه البيهقي السنن الكبرى رقم 15767 وحسنه السيوطي كما في سبل السلام للصنعاني 333/2
[6] رواه أبو داود برقم 5268 وإسناده جيد، الشرح في عون المعبود للصديقي 240/7
[7] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 556
[8] ابن نجيم البحر الرائق ج. 4 ص. 180
[9] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 407

الفصل 23 مجلة تونسية وجوب مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال، والحقّ أنّ المبالغة في منح النساء حقوقا أعظم من الرجال ليس إلا تأثرا بالتطور العصري، وانتشار تطبيق نظرية المساواة المتهالكة المبنية على التساوي المطلق بين الجنسين وإهمال العدل، وقد أجاب من قال أنّ عمل الأم ليس مانعا من الحضانة بأن الكثير من النساء المتزوجات يعملن بدوام كامل بموافقة أزواجهنّ، ولم يعترض عليهن أحد بشرع أو قانون والأمر لا يختلف عن المطلقة، وهو ما أراه راجحا لأن تفضيل النساء في الحضانة ليس بسبب التفرغ فقط إنما لعلة الحنان والعطف كما قال أبو بكر: "رِيحُهَا وَحَرُّهَا وَفَرْشُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ"،[1] ومع ذلك يجب النظر في طبيعة عملها فإن كان فيه سفر دائم وغياب لأيام طويلة مما يعود بالضرر على المحضون فربّما جاز للقاضي التدخل لرفعه.[2]

وسارعت الجزائر إلى حسم موقفها في تعديل 2005م في المادة 67: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة"، ونفسه في اجتهاد عالي 2002/7/30م رقم 274207 **مجلة قضائية 2004م عدد 1 ص.270:** "عمل المرأة لا يمكنه أن يكون سببا لإسقاط الحضانة"، لأنّ المشرع لم يوجب لها أجرة كما فعل غيره فحُقّ لها التكسب لأن النفقة لن تكفي، وجاء التعديل متماشيا مع توقيع الجزائر على اتفاقية "سيداو" التي تنص في المادة 11 على وجوب محاربة التمييز ضد المرأة في مجال العمل، وفي المادة 2/139 أحوال سوري: لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها، وهو ما أقرّه اجتهاد المغرب في قرار 41831 بتاريخ 1975/2/10م، وحاولت الأردن التوسط في المادة 162 فنصت على منح الأم حق الحضانة إلى غاية البلوغ شرط أن تحبس نفسها لأجل محضونيها.[3]

* **الخلو من الزوج:** الجمهور على إسقاطها بمجرد عقد الزواج ولو قبل الدخول ولو رضي الوالد، فإذا تزوجت بمحرم للمحضون لا تسقط على خلاف في ماهية العلاقة الواجب توفّرها بين زوج الأم والمحضون، فمذهب الحنابلة: يجب أن يكون الزوج نسيبا للطفل، واشترط الحنفية أن يكون ذا محرم محرّم، وللمالكية قول بوجوب أن يكون بينهما ولادة وفيه تشدّد، وقال الظاهرية والحسن:[4] لا تسقط بالزواج ويُروى عن عثمان، وقال أحمد في رواية مهنأ: "إذا تزوجت الأم بقيت معها الجارية إلى سبع ثم تعود للأب"، وفي المسألة أقوال أخرى.[5]

---

[1] رواه عبد الرزاق رقم 12601 وابن أبي شيبة رقم 19123

[2] بن الصغير الاجتهاد ص. 665 وكربال سهام الحضانة ص. 11 وشامي التعديلات الجديدة ص. 214

[3] شامي التعديلات ص. 218 وإلغات الحضانة ص. 51 وبوكايس المساواة ص.146

[4] رواه ابن أبي شيبة برقم 1918

[5] ابن القيم الزاد 414/5 و454 والبهوتي الكشاف 498/5 والشربيني المغني 196/5 وابن حزم المحلى 143/10 والرملي النهاية 231/7 وابن عبد البر الكافي 624/2 وابن قدامة الكافي 245/3 والكاساني البدائع 42/4 والمرداوي الإنصاف 425/9 وساعي مسائل الجمهور دار السلام ط 2، 2007م ج. 2 ص. 795 وزيدان المفصل 43/10 وكربال الحضانة ص. 24 ومطروح الاجتهاد ص. 332

تحرير مذهب المالكية: قال خليل: "شَرْطُ الْحَاضِنِ: وَلِلْأُنْثَى الْخُلُوُّ عَنْ زَوْجٍ **دَخَلَ** إلَّا أَنْ يَعْلَمَ وَيَسْكُتَ الْعَالِمُ، أَوْ يَكُونَ مَحْرَمًا وَإِنْ لَا حَضَانَةَ لَهُ كَالْخَالِ أَوْ وَلِيًّا كَابْنِ الْعَمِّ، أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَلَدُ غَيْرَ أُمِّهِ أَوْ لَمْ تَرْضِعْهُ الْمُرْضِعَةُ عِنْدَ أُمِّهِ، أَوْ لَا يَكُونُ لِلْوَلَدِ حَاضِنٌ أَوْ غَيْرَ مَأْمُونٍ أَوْ عَاجِزًا أَوْ كَانَ الْأَبُ عَبْدًا وَهِيَ حُرَّةٌ"،[1] وافقوا الإسقاط بالزواج، واشترطوا قيودا لمصلحة المحضون، كعدم سكوت من له الحقّ بعد علمه بالزواج سنة فأكثر، فإذا سكت عُدّ سكوته رضا فسقط حقّه، عليه المادة 68 أسرة: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه"، ومنها وجود مرضعة للطفل غير حاضنته إذا كان رضيعا، وأن يوجد حاضن آخر تتوفر فيه الشروط يكون حضنه أرفق كالأب، وألا تكون الحاضنة المتزوجة بأجنبي وصية على الطفل المحضون من قبل أبيه أو القاضي، وألا تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو وفاة قبل أن يطلب صاحب الحق فإن فارقت كانت أولى، ومنها قبول الولد غير أمه، وأن يقع دخول فلا سقوط بمجرد العقد،[2] وفي نظري فإنّ هذه القيود صائبة يجب المصير إليها حرصا على مصلحة المحضون، دون الاستماع إلى الصوت النشاز المنادي ببقاء المحضون مع أمه الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي؛ وهل يُعقل أن يعيش ولد مع زوج أمه، ووالده يُنفق عليه ويستأجر له سكنا يسكن فيه زوج طليقته، وتكون الولاية لأمه يقرر زوجها مصير أولاده؟!

***دليل الجمهور:** حديث: "أنت أحقّ به ما لم تنكحي"،[3] صريح في الدلالة على المقصود، ونوقش من جهة إسناده لعنعنة ابن جريج وهو مدلّس، أجيب بأنه توبع فيه وصححه الحاكم والذهبي والألباني والأرنؤوط، يُقوّيه أنّ الأم المتزوجة تشتغل بأمور زوجها، وتهمل ولدها وزوجها ينظر إلى المحضون نظرة سخط واحتقار ولا تقدر على حمايته،[4] قال البابرتي: "لِأَنَّ زَوْجَ الْأُمِّ إذَا كَانَ أَجْنَبِيًّا يُعْطِيهِ نَزْرًا وَيَنْظُرُ إلَيْهِ شَزْرًا فَلَا نَظَرَ".[5]

دليل الظاهرية بعدم الإسقاط بالزواج مطلقا قوله **"وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ"، (الأنفال 75)** قال ابن حزم: "أَمَّا الْأُمُّ فَإِنَّهُ فِي يَدِهَا لِأَنَّهُ فِي بَطْنِهَا ثُمَّ فِي حِجْرِهَا مُدَّةَ الرَّضَاعِ لِقَوْلِهِ **"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ"، (البقرة 233)** فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهُ أَوْ نَقْلُهَا عَنْ مَوْضِعٍ جَعَلَهُمَا اللَّهُ فِيهِ بِغَيْرِ نَصٍّ وَلَمْ يَأْتِ نَصٌّ صَحِيحٌ بِأَنَّ الْأُمَّ إنْ تَزَوَّجَتْ يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَضَانَةِ"، أجيب أن النص ثابت لكن ابن حزم يُضعّف صحيفة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده والحديث منها،[6] واحتج بقوله

---

[1] عليش منح الجليل شرح مختصر خليل ج. 4 ص. 428

[2] شرح الخرشي على مختصر خليل ج. 4 ص. 213

[3] أبو داود 2276 وأحمد 6707 والحاكم 2830 صححه وافقه الذهبي والألباني الإرواء 2187 والأرنؤوط، مداره على عمرو بن شعيب، مغلطاي إكمال التهذيب ت أبو عبد الرحمن الفاروق ط1، 2001م 187/10 وابن عدي الضعفاء ت عبد الموجود الكتب العلمية ط 1، 1997م 201/6 والمزي التهذيب 64/22

[4] عليش منح الجليل 427/4 وأنور حافظ ولاية المرأة ص. 616 ووفاء فراش الآثار ص. 451

[5] البابرتي العناية شرح الهداية ج. 4 ص. 370

[6] ابن حزم المحلى بالآثار ج. 10 ص. 143 وص. 147

"وَرَبَائِبِكُم التّي فِي حُجُورِكُم"، (النساء 23) ولو كان الزواج مسقطا ما كانت الربيبة في حجر زوج أمها، أجيب أنّه قيد خرج مخرج الغالب لا دلالة فيه، ولا يُنكر وضع المحضون في حضن أمه المتزوجة من غير أبيه إذا لم يكن لديه غيرها، واستدل بحديث: "من أحق الناس بصحبتي؟" أجاب "أمك ثم أمك... في الرابعة أبوك"،[1] فزعم أنّه نَصٌّ جَلِيٌّ عَلَى إيجَابِ الْحَضَانَةِ لِأَنَّهَا صُحْبَةٌ،[2] لكنّه وارد فيما بعد البلوغ ولا علاقة له بالحضانة، واحتج من وافقه بحديث خدمة أنس وهو صغير للنبي وهو في حضانة أمه أم سليم وهي متزوجة من أبي طلحة ولم ينكره النبيُّ،[3] يُجاب بأنه كان بالغا بدليل تزويجه لأمه، وهي حالة يمكنه فيها العيش مع أمه المتزوجة والخلاف فيمن دونه، واستدلوا بحديث البراء في تخاصم علي وزيد وجعفر في ابنة حمزة، فقضى بها الرسول لخالتها وقال: "الخالة بمنزلة الأم"،[4] قضى بها لخالتها وهي متزوجة، أجيب أنّ الخالة كانت أقرب حاضنة تصلح ولا خلاف فيه.[5]

دليل من أبقى الحضانة إذا كان زوجها قريبا للمحضون: حديث البراء في تخاصم علي وزيد وجعفر في ابنة حمزة قضى فيه الرسول لخالة، فالحاضنة إذا كانت متزوجة من قريب جاز لها إمساك ولدها المحضون لأن زوج المقضي لها كان ابن عم المحضونة، انتقد بعدم التعليل به وإنما بقرابة البنت من الزوجة، أجيب بأن عدم التنصيص لا يدل على عدم التعليل والجمع بين حديث الخالة وحديث ما لم تنكحي يقتضي اعتبار القرابة بأنها غير مسقطة، وخيرٌ منه دلالة ما رواه أَبُو سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: "كَانَتِ امْرَأَةٌ تَحْتَ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَقُتِلَ يَوْمَ أُحُدٍ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ فَخَطَبَهَا عَمُّ وَلَدِهَا وَرَجُلٌ إِلَى أَبِيهَا، فَأَنْكَحَ الرَّجُلَ وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِهَا فَأَتَتِ النَّبِيَّ فَقَالَتْ: "أَنْكَحَنِي أَبِي رَجُلًا لَا أُرِيدُهُ **وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِي فَيُؤْخَذُ مِنِّي وَلَدِي"**، فَدَعَا النَّبِيُّ أَبَاهَا فَقَالَ: "أَنْكَحْتَ فُلَانًا فُلَانَةَ" قَالَ نَعَمْ قَالَ: "أَنْتَ الَّذِي لَا نِكَاحَ لَكَ اذْهَبِي فَانْكِحِي عَمَّ وَلَدِكِ"،[6] لكنه ضعيف، كما أنّ الزوج القريب غالبا يملك شفقة تحمله على حسن الرعاية وقد تكون له الحضانة إذا انعدم الأبوان.[7]

الترجيح ينبغي ترجيح مذهب المالكية الذين أسقطوا الحضانة بالزواج مع مراعاة القيود التي تحفظ مصلحة الطفل، ويبقى حقها في الحضانة قائما إذا تزوجت من قريب، قال ابن عابدين وهو من الحنفية الذين أسقطوا الحضانة بالزواج مطلقا: "ينبغي للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد؛ فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه أو ليأكل من نفقته أو نحوه، وقد تكون له زوجة تؤيه أضعاف ما

---

[1] رواه البخاري باب أحق الناس بحسن الصحبة برقم 5971 ومسلم باب بر الوالدين برقم 2548

[2] ابن حزم المحلى ج. 10 ص. 144

[3] رواه البخاري براب دعوة النبي صلى الله عليه وسلم قم 6344

[4] رواه البخاري باب عمرة القضاء برقم 4251

[5] حافظ الولاية ص. 619 وفراش الآثار المعنوية ص. 449 وحميدو المصلحة ص. 524

[6] رواه عبد الرزاق 10304 ضعفه ابن حزم، مرسل تابعي كبير والمرأة من الأنصار لا يبعد لقاءه بها.

[7] وفاء فراش الآثار المعنوية ص. 452 وأنور حافظ ولاية المرأة ص. 616

يؤيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم القاضي شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد وتحصيل الخير له"،[1] أما مع وجود الأبوين فإن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيه إلا إذا تنازل هو أو ثبت ضرر من زوجة أبيه، وأخذت الجزائر بمذهب الجمهور في المادة 66: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"، وهي نتاج اجتهادات عليا كقرار رقم 40438 صادر بتاريخ 1986/5/5م، ويبدو أنّها تسقط بمجرد العقد كما هو مذهب الجمهور وكما نص عليه قانون مصر المادة 1/383 والأردني المادة 156 والسوري المادة 138 والقطري المادة 168 والكويتي المادة 191 والإماراتي المادة 144، بخلاف المذهب المالكي الذّي أسقطها بشرط الدخول؛ لأنها قد تعقد ولا يدخل بها زوجها، ومادامت لا تعيش معه فهي غير مشغولة عن ولدها والحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وبمذهب مالك الراجح أخذ القانون المغربي في المادة 175: سقوط الحضانة عن الأم المتزوجة يشترط فيه ألا يكون سنّ المحضون أقل من 7 سنوات، وألا تكون به علة مستعصية على غير الأم، وألا يكون زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون، ونفسه في التونسي في الفصل 58، ونصت المادة 2/57 أحوال عراقي على عدم إسقاطها بزواج الأم على مذهب الظاهرية بل ينظر القاضي في مصلحة المحضون، والإسقاط بسبب الزواج ليس له قوة القانون فيجب إثباته برفع دعوى من قبل من له مصلحة كما في قرار عالي جزائري رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23م **نشرة القضاة عدد 56 ص. 33**، فإذا كانت الأم المتزوجة من أجنبي هي الحاضنة الوحيدة كأن يتوفى أبوه أو يسافر أسندت إليها شرط تعهد زوج الأم كتابيا بأن يحسن معاملته، ويستعين القاضي للمتابعة بمرشدة اجتماعية،[2] قال مالك: "إذا تزوجت فرضي الأب أن يقيم الولد عندها حولين ثم يأخذه وأشهد بذلك جاز".[3]

التنازل عن الحضانة: أجاز فقهاؤنا التنازل عنها إذا انعدم الضرر، ونصت المادة 66 أسرة جزائري على جواز االتنازل عنها من الأم شرط عدم تضرر المحضون، ونفسه في الفصل 64 مجلة تونس للأسرة، ولا يُسمح به إلا تحت إشراف قضائيّ لمنع الإضرار بالمحضون.[4]

المطلب السادس: مدة الحضانة وأجرتها

بين يدي المطلب لا يوجد نص يُحتكم إليه في مدة الحضانة، وهل يحق للحاضن أخذ أجرة؟ نبحثه في فروع: المدة شرعا وقانونا ثمّ الأجرة.

---

[1] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 565

[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 534 وربيحة إلغات الحضانة ص. 55 ومروة بن شويخ أثر تغيّر الظروف على سقوط الحضانة مجلة البحوث والدراسات مجلد 10 عدد 1 ص. 16

[3] ابن أبي زيد القيرواني النوادر والزيادات ج. 5 ص. 61

[4] البهوتي الكشاف 496/5 وابن مازة المحيط 177/3 واللخمي التبصرة 2568/6 والجمل حاشية الجمل 516/4 ومروة بن شويخ أثر تغيّر الظروف على سقوط الحضانة ص. 23

الفرع الأول: مدة البقاء عند الحاضنة في الشرع

اختلف فقهاء الشريعة حول المدة التي يبقى فيها المحضون عند حاضنته، وهذا ملخص أقوالهم: **الحنفية**: يبقى الذكر عند أمه إلى 7 أو 9 والأنثى إلى 9 أو 11، لأنّ الولد يحتاج إلى الاحتكاك بأبيه والأنثى بأمها، فأخذوا مدة الذكر من قصة عمر حين وجد ابنه شبّ ولا يخفى ضعفه، أما الأنثى فلأنها في سنّ 11 تحتاج لأبيها ليحفظ عرضها ويُزوجها، وكلّها مددٌ وتعليلات اجتهادية لا تبرير لها في عرفنا، بل هي مبنية على عرف قديم زال وذهب فلم تعد النساء تتزوج في سنّ مبكر ولم يعد العرف معروفا فبطل القياس،[1] **المالكية**: يبقى الذكر عند أمه إلى بلوغه والأنثى إلى زواجها، أبقوا الفتاة عند حاضنتها من النساء أقصى مدة أو طول عمرها ولا تُضم لرجل، وكلما زاد سنها زادت حاجتها لعشرة النساء، وقد وُجد من يوافقهم لأنه مذهب يُوفر الاستقرار، ولعدم نزعهن من الحاضنة وتوقيف الصراع بين الوالدين، وربما كان يُناسب النساء قديما حين كنّ يتزوجنّ في سنّ مبكّر، أما الآن فلا يتماشى مع الواقع؛ لأن بنت قد تتزوج وهي قريب من 30،[2] **الشافعية:** يبقى الذكر والأنثى كلاهما عند الأم سبع سنين، وبعد بلوغ سنّ التمييز خيّرهما القاضي ويبقيهما مع من اختاراه، فيه إنصاف بسبب معرفة الطفل بمصلحته غالبا لكن في سنّ السابعة لا يكتمل العقل لمثل هذا القرار المصيري،[3] **الحنابلة:** الذكر يبقى مع أمه لسبع ثم يُخيّر، والأنثى إذا بلغت سبع سنين أُسندت لأبيها ولا تخيّر لأنّ حظها وحقها عنده، وهو أولى بها من أمها،[4] **الظاهرية**: مدة الحضانة إلى البلوغ للذكر والأنثى.[5]

والحاصل أنّها أقوال انبنت على عُرف قديم وعلى جلب مصالح المحضون ماديا وروحيا ونفسيا، استدل لهم البعض بأثر عمر حين رأى ابنه شبّ وقضى عليه أبو بكر: "رِيحُهَا وَحَرُّهَا وَفَرْشُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ"،[6] يدلّ بمفهومه على أن المحضون يعود لأبيه بعد أن يُصبح غلاما، وهو بعيد لأن عمر أراد أخذه عند الفطام وقضى أبو بكر أن أمه أولى ما يدل على عدم وجود نص، ولا يعدو الأمر أن يكون اجتهاد استصلاح، والراجح بقاءه مع الحاضن حسب الحاجة، وعلى القاضي التدخل بعد العاشرة، ومصير المحضون**: الحنفية**: الذكر يعود لأبيه عند 9 والبنت عند 11، **المالكية**: الذكر يعود لأبيه البلوغ والأنثى مع أمها إلى الزواج، **الحنابلة**: تخيير الذكر عند 7 ورجوع البنت إلى أبيها عند 7، **الشافعية** يخير الذكر والأنثى عند 7.[7]

---

[1] السرخسي المبسوط 207/5 والكاساني البدائع 42/4 والزيلعي التبيين 48/3 وزيدان المفصل 68/10

[2] المدونة 258/2 والدسوقي 526/2 وبن طاهر الفقه المالكي دار المعارف ط 5، 2007م 290/4

[3] الشيرازي المهذب ج. 3 ض. 168 والنووي المجموع شرح المهذب ج. 18 ص. 337

[4] البهوتي كشاف القناع على متن الإقناع ج. 5 ص. 501 وابن قدامة المغني ج. 8 ص. 239

[5] ابن حزم المحلى بالآثار ج. 10 ص. 143

[6] رواه عبد الرزاق برقم 12601 وابن أبي شيبة برقم 19123

[7] المدونة 258/2 والسرخسي المبسوط 207/5 والكاساني البدائع 42/4 والزيلعي التبيين 48/3 والشربيني المغني 198/5 والبهوتي الكشاف 501/5 وابن قدامة المغني 239/8 والبغا وقت الحضانة ص. 6

*** دليل من قال بالتخيير -الشافعية في الجنسين والحنابلة في الذكور-** قال أَبو مَيْمُونَةَ: "جاءت امرأةٌ فارسية إلى أَبِي هُرَيْرَةَ مَعَهَا ابْنٌ لَهَا فَادَّعَيَاهُ فَقَالَ: "اسْتَهِمَا عَلَيْهِ" فَقال زَوْجُهَا: "مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي"، فَقَالَ: "جَاءَتْ امرأةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَقَالَتْ إِنَّ زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بِئْرِ أَبِي عِنَبَةَ، فَقَالَ اسْتَهِمَا عَلَيْهِ فَقَالَ زَوْجُهَا مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي؟ فَقَالَ النبيُّ: "هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ فَانْطَلَقَتْ بِهِ"،[1] يُؤيده حديث رَافِعِ بْنِ سِنَانٍ وسيأتي وفيه قَالَ لَهُ النَّبِيُّ: "اقْعُدْ نَاحِيَةً" وَقَالَ لَهَا "اقْعُدِي نَاحِيَةً" وَأَقْعَدَ الصَّبِيَّةَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ قَالَ ادْعُوَاهَا"،[2] هما حجة في التخيير، وصحّ القضاء به عن عمر وعليّ وأبي هريرة وشُريح،[3] ولأنّ الطفل المميّز أعرف بمصلحته فقد عاش مع أمه يعرف حنانها ويذكر معاهدة أبيه، وبالغ الشافعية فقالوا إذا اختار أحدهما يُسلم إليه فإن عاد واختار الآخر حُوّل إليه، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه لأن الاختيار إلى شهوته، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه في المأكول، ووافقهم الحنابلة.[4]

*** حجة المانعين للتخير:** الولد يختار بشهوة ولا يعرف مصلحته خلافا للقاضي الذي يحكم بالأصلح، وأجاز بعض المالكية تخيير الذكر دون الأنثى لأنه لم يثبت أن النبي أو أحد أصحابه خيّرها وهو ثابت في الذكر من حديث رافع، والمعروف عنهم أنهم يقيسون في مثل هذا! وكأنهم رأوا أن مصلحة البنت مع أمها مقطوع بها وأما الولد فقد يُخير للخبر، واحتج المانعون بحديث: "أنت أحق بولدك ما لم تنكحي"، وبحديث إسناد حضانة ابنة جعفر لخالتها، ولو كان التخيير مشروعا لبينه لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة،[5] وأجابوا عن حديث أبي هريرة بأن الغلام شارف على البلوغ لقول الأم: "سَقَانِي مِنْ بِئْرِ أَبِي عِنَبَةَ" وهي بعيدة عن المدينة لا يمكن لصبيّ السقي منها، رُدّ بأن لفظة غلام تطلق على الصغير الذي لم يبلغ، ولا يدرى أحد المسافة بين البئر والبيت، وأما حديث رافع فقالوا التخيير فيه كان باختيار الوالدين بدليل قوله "إن شئتما خيرتكما"، ولا يخفى ضعف الجوابين.[6]

الراجح جواز تخيير الجنسين كما ثبت في السنة وقضاء الصحابة، لكن ليس في سنّ السابعة لأنّ المحضون يكون قليل الإدراك، وإنّما يُنتظر بلوغه العشر لأنّه سنّ كمال التمييز لحديث اضربوهم على الصلاة على عشر، ويجب مراعاة روح التخيير فيُسأل المحضون عن دوافعه فإذا كانت مقنعة فهو ذاك وإلا قُضى بالأصلح،

---

[1] رواه أبو داود رقم 2277 والنسائي رقم 5660 والترمذي رقم 1357 وابن ماجه رقم 2351، صححه ابن حجر وابن القطان، الألباني الإرواء رقم 2192

[2] رواه أبو داود برقم 2244 والنسائي في السنن الكبرى برقم 6385 سيأتي تخريجه مفصلا قريبا.

[3] تخيير عمر في عبد الرزاق 12604، وعلي وأبي هريرة الأم للشافعي 99/5 وابن القيم الزاد 415/5

[4] الشيرازي المهذب ج. 3 ص. 168 وابن قدامة المغني ج. 8 ص. 240 وابن تيمية رسالة في تسليم البنت ص. 47 ونزار الحمداني تخيير الطفل بين والديه مجلة المجمع الفقهي الاسلامي عدد 14 سنة 12 ص.284

[5] عبد الفتاح عمرو السياسة ص. 108 والبغا الحضانة ص. 10 وحاج معطي حقوق المرأة ماجستير جامعة الأردن 2006م ص. 269 وجمال أزهير توقيت الأحوال ماجستير النجاح نابلس 2001م ص. 74

[6] نزار بن سلطان الحمداني تخيير الطفل بين والديه ص. 284

فقد نَازَعَ أَبَوَانِ صَبِيًّا عِنْدَ حَاكِمٍ فَخَيَّرَ الْوَلَدَ فَاخْتَارَ أَبَاهُ، فَقَالَتْ أُمُّهُ سَلْهُ لِأَيِّ شَيْءٍ يَخْتَارُهُ؟ قَالَ: "أُمِّي تَبْعَثُنِي للفَقِيهِ يَضْرِبَانِي وَأَبِي يَتْرُكُنِي أَلْعَبُ فَقَضَى بِهِ لِلْأُمِّ.[1]

الفرع الثاني: مدة الحضانة في التشريع والاجتهاد

تباينت القوانين العربية حول تحديد مدة البقاء عند الحاضن؛ لأسباب أهمها التمسك بمرجعية البلد الفقهية وتأثير المعاهدات الخاصة بالطفل على التشريع وتطوّر القضاء، وهذه عيّنة منها:

* **الجزائر** تناول المشرع الحضانة في المواد (62-72) أسرة وتمّ تعديل بعضها سنة 2005م، مثل جعل الأب أولى بحضانة ولده بعد الأم وفق المادة 64 وكان في قانون 1984 يستحقها بعد الجدة لأم، وأُدرج حق الحاضنة في العمل وفقا للمادة 67، وأُلزم الأب بتوفير سكن ملائم للحاضنة حسب المادة 72 فإذا تعذر دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وقد شجّع بعضُ الفقه هذه التعديلات لكونها تطوّرا إيجابيا يهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون، وانتقدها آخرون لأنها زادت من التبعات المالية على الزوج؛ إذ يُؤخذ منه الحق الذي حكمت به الشريعة كالنفقة وسكن، وتُنزع منه حقوقه بحجة التساوي كمنح ولاية النفس والمال للحاضنة وعمل طليقته،[2] وحددت المادة 65 مدة البقاء لدى الحاضنة للذكر إلى العاشرة والأنثى إلى بلوغ سنّ الزواج، ويمكن للقاضي تمديد حضانة الذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة أمّا ولم تتزوج ثانية على أن تُراعى مصلحته، ويفهم منها إمكانية التمديد إلى سنّ الرشد الموحد وهو 19 سنة وهي قاعدة موافقة للمذهب المالكي؛ غير أنّ التوفيق خانها حين ربطت انتهاء حضانة الأنثى بالزواج؛ لأنها قديما كانت تتزوج في سنّ أقل بكثير من الذي تتزوج عليه اليوم، خاصة أنه لا يسمح لها بالزواج قبل سنّ 19 وفق المادة 7 إلا استثناء، ولو كانت الصياغة هكذا: "الأنثى تبقى في حضن أمها إلى سنّ الرشد مالم تتزوج قبل ذلك بطريقة مشروعة وقانونية" لكان أفضل وأسلم من الانتقاد، وكالعادة تولىّ الاجتهاد سدّ هذه الثغرة في قرار 2006/1/4م رقم 347914 **مجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2006 ص. 449:** "البنت المحضونة تنتهي حضانتها بمجرد بلوغها سن الزواج بقوة القانون دون حاجة إلى إصدار حكم"،[3] وتُعتبر هذه المادة نتاج الاجتهاد العالي بتاريخ 1995/10/24م **ملف رقم 123889 نشرة القضاة لسنة 1997م عدد 52 ص. 111:** "إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 أسرة"، وآخر 1989/3/13 **ملف رقم 52221 المجلة القضائية لسنة 1993م العدد 1 ص. 48:** "حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية

---

[1] ذكرها ابن القيم عن شيخه ابن تيمية رحمهما الله، ينظر: نيل الأوطار للشوكاني ج. 6 ص. 393

[2] محفوظ بن الصغير الاجتهاد ص. 665 وكربال سهام الحضانة ص. 11

[3] العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة ج. 1 ص. 390 وربيحة إلغات الحضانة ص. 51

الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة والمادة 64 أسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"، كما انتُقدت القاعدة بسبب إهمالها لمصير الذكر بعد الحضانة والتمديد، فقيل يعود إلى أبيه لأنه المعروف شرعا، أو يُخيّر علما أن قضاء الجزائر يرفض التخيير إلا في حالات قصوى وعند الضرورة ويترجح الأول.[1]

* **تخيير المحضون في الجزائر:** رتبت المادة 64 أصحاب الحضانة، وفي قرار 1970/10/21م **نشرة القضاة 1972م عدد 1 ص. 58**: "سماع الأولاد المحضونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين وجه غير سديد؛ لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية وليس هناك نص يلزم سماع الأولاد"، يقصد القانوني لأن الشرعي موجود، وتعزّز بتاريخ 1982/1/11م رقم 26503 **نشرة القضاة 1982م ص. 236**: "رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن"، بهذا يكون القضاءُ صارما في منع التخيير، رغم أنّ المادة 5/153 إ م 2008م أجازت شهادة القصر في سنّ التمييز على سبيل الاستدلال، وقضى الاجتهاد قبل الأسرة 1984م بالتخيير حين استمع قاضي تلمسان لفتاة بتاريخ 1966/12/1م وحكم برأيها بإسناد حضانتها إلى أمها وأيده المجلس 1967/7/6م: "إسناد حضانة البنت إلى الأم التي أضحت لا تطيق العيش مع أبيها فيه تطبيق القانون تطبيقا سليما"، وفي اجتهاد لمجلس مستغانم 1980/3/18م قُضي بإبقاء الحضانة لدى الأم رغم ثبوت الزنى عليها بسبب عفو الزوج ورغبة الأطفال، الذين صرّحوا أمام المجلس بأنهم يفضلون البقاء عندها، وأيده الأعلى بتاريخ 1981/12/14م رقم 26225: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج،.. ولرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء معها، اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي، وعلى مصلحة الأولاد ما يستوجب رفض طلب النقض".[2]

* **المغرب** نص المادة 166: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، وبعد انتهاء العلاقة الزوجية يحقّ للمحضون الذي أتمّ 15 سنة أن يختار من يحضنه من أبيه وأمه"، فرغم انتماء المشرّع للمذهب المالكي إلا أنه خرج عنه واختار القول بالتخيير المعروف عند الشافعية والحنبلية، عن طريق تحديد السنّ ب 15 بخلاف 7 عندهم وهو فرق مهم وتنصيص وجيه؛ لأنه في هذا السن المتقدم يكون متميزا له عقل ناضج إلى حدّ معرفته لصلاحه.[3]

* **تونس** لم يحدد المدة مثل المذهب الزيدي الذي حددها باستغناء الطفل سواء بلغ 7 أو أكثر؛ لأن حاله يختلف في الذكاء والبلادة، والفتاة تبقى لدى أمها حتى

---

[1] ربيحة إلغات الحضانة بين أحكام التشريع الاسلامي والقانون ص. 51
[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 56
[3] نفس المرجع السابق ص. 56

الزواج، وفي قرار التعقيب 1981/3/24م: "طالما ثبت من تقرير المرشد الاجتماعي أن إسناد حضانة البنت لوالدها أولى، كما أن الابن بلغ من السن ما يجعله يدرك منفعته، وقد أعرب عن عدم رغبته في الإقامة مع أمه، حيث فرّ عنها إلى أبيه الذي يعيش معه، وأن ما ذهبت إليه محكمة الموضوع من إسقاط حضانة الأم لأبنائها إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون وطبق تقرير المرشد الاجتماعي يكون معللا تعليلا سائغا قانونا".[1]

* **مقارنة بين التشريعات المغاربية:** ميّزت الجزائر بين الجنسين تبعا للمذهب المالكي والحنبلي، واختارت المغرب وتونس ترك التمييز بإهمال المدة في المجلة وإقرارها إلى الرشد في المدونة، كي تظل مصلحة المحضون تحت سلطة القاضي، وقطعت الجزائر مجال الخصومة بعد بلوغ السن المحدد، ولا مجال للحواضن من التمسك بحقهن بعد المدة لأنها تنتهي بقوة القانون، لعدم وجود أية فائدة بالنسبة للولد لاستقلاله وهذا كأصل عام، وفي المادة 131 وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال: المحضون يستمر إلى سن 10 عند الحاضن، وحدد المصري مدة البقاء في المادة 20 ب 10 سنين للذكر و12 للأنثى والقانون اليمني المادة 139 بتسع للذكر و12 للأنثى، والأردني المادة 162 أن الجنسين يبقيان مع المحضون إلى البلوغ إذا كانت الحاضنة أمّا شرط أن تحبس نفسها على تربية وحضانة أولادها، وغير الأم حُدد لها 9 سنين للذكور و11 للإناث، والقطري المادة 173 للذكر ب13 سنة وللأنثى 15سنة، وفي الموريتاني المادة 126: مدة حضانة الأنثى تنتهي بالدخول والذكر بالبلوغ ويجوز تسليم الذكر لأبيه بعد سبع إذا اقتضت مصلحته، وقد نصنفها حسب ثلاثة مذاهب: دول أخذت بمذهب البلد كمصر والإمارات وسوريا وقطر، وأخرى حددتها بالبلوغ شرط التفرغ أو مطلقا كالأردن والكويت والجزائر، وخيّرت دولٌ كالمغرب وموريتانيا، وأعدلها أن يُحكم للأنثى لأمها إلى الزواج أو تبلغ الرشد قبله، وللولد لأمه إلى 10 ثم مصلحته، وإذا بلغ 15 خُيّر وإذا طلبت أنثى في سنّ 15 الخروج من حضن أمها قُبل إذا كان مؤسَسًا.[2]

الفرع الثالث: أجرة الحضانة

الحضانة حقٌّ للمحضون والحاضن يغلب فيها حقّ المحضون، حيث ينصب نظر القاضي على توفير مصلحة المحضون كاملة، فإذا امتنعت حاضنة عن أداء واجبها لعذر أو لغير عذر مطالبة بأجرة مقابل ذلك فهل يحق لها؟ رأى قوم أنّه من حقها لتفرّغها وهو أدعى لتحصيل مصلحته كما هو مذهب الشافعية والحنابلة، محتجين بأنها صارت أجنبية وهي تُربي أولاده فاستحقتها، ومذهب المالكية وجوب القيام بمهام الحضانة بلا مقابل، إلا أن تكون فقيرة فيُنفق عليها من مال محضونها، وقيّد الحنفية الجواز بما بعد العدة، وسبب الخلاف هو: هل الحضانة واجبة على الأم أم لا؟ وهل هي حق للحاضنة يجوز لها التنازل عنها أم للمحضون يجب على

[1] نفس المرجع السابق ص. 56
[2] نفس المرجع السابق ص. 51 وص. 173 وص. 181

الحاضنة القيام بها؟ فمن رأى أنها واجبة قال لا أجرة لها ومن رأى أنها متطوعة قال تجب من مال طليقها؛ لأن نفقة المولود تجب على الوالد لقوله **"وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالمَعْرُوفِ"**، (البقرة 233) فقد احتج من قال بالأجرة للحاضنة - الحنابلة والشافعية والحنفية بما بعد العدة- بأنّ الأم متطوّعة فيحق لها طلبها، والأب ملزم بالإنفاق على أولاده في الرضاع بالنص وفي الحضانة بالقياس، وهي قد حبست نفسها لخدمة محضونها وربما امتنعت عن الزواج، ومنعها الحنفية في العدة لأن الوالد ملزم بالنفقة، ولا يحق لها الجمع بين نفقتين، واحتج المالكية بأنّ الأم ملزمة بالحضانة والرضاع فلا يصح طلب الأجرة على واجب، ولا يمكن القياس على الرضاع المنصوص عليه لأنه ليس بواجب بخلاف الحضانة، والرضاع يسهل إيجاد غيرها بخلاف الحضانة.[1]

الترجيح الراجح مذهب المالكية وإلا كيف تُمنح أجرة لأم على حضانة واجبة على الكفاية؟ أما غير الأم فتستحقها لأنها متطوعة، نص عليه الكويت المادة 199.

* **أجرة الحضانة في التشريع والاجتهاد:** أهملها الجزائري وقررت العليا بتاريخ 1985/4/8م رقم 35912: "الحاضنة لا تستحق أجرة لأن حضانتها لمولودها واجب عليها"، هو مذهب المالكية، ونص التونسي الفصل 65: "لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف"، هي مبهمة لا تتجلى منها فلسفة المشرع هل يوجبها أم لا؟ فينبغي اجتناب مثل هذه القواعد المبهمة، وإنما يُقطع بوجوبها من عدمه أو يترك ذلك للاجتهاد، ونص المغربي في المادة 167 أنها تجب من مال المكلف بنفقة المحضون وهو في الغالب والده وهي غير أجرة الرضاع والنفقة، ونص أنها لا تستحقها في العدة كما هو مذهب الحنفية، وعلى إيجابها الأردني المادة 159 واليمني المادة 146 والسوري المادة 124 والقطري المادة 178 والعراقي المادة 3/57.[2]

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الحضانة

تمهيد

هناك اختلاف جوهري بين علماء الشرع والقانون حول أحكام الحضانة لأنها مبنية على الاجتهاد، ويزداد إذا دخل عنصر تغاير الدين واستحقاق الفاسقة واتباع الولد لدين أبويه، وهذه مطالب المبحث:

المطلب الأول: دين أولاد غير المسلمين

المطلب الثاني: إسلام الحاضنة وعدالتها

المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على الحضانة في التشريع والاجتهاد

---

[1] السنيكي الأسنى 447/3 والبغوي التهذيب 395/6 والزركشي للخرقي 41/6 وابن نجيم البحر 181/4 ورسائل ابن عابدين 620/3 والخرشي 219/4 وعليش المنح 432/4 وزيدان المفصل 57/10 وسميرة ياسين العدة ماجستير جامعة غزة 2007م ص.88 وكربال الحضانة ص.14 وبن فغارة حقوق المرأة ص. 271

[2] كربال سهام الحضانة ص. 16 ومطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 42 وبوشفرة نبيلة الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق دبلوم الدراسات المعمقة جامعة فاس 2006م ص. 48

المطلب الأول: دين أولاد غير المسلمين

اتفق العلماء قديما وحديثا على أن أولاد الزوجين المسلمين مسلمون ولو كانوا صغارا فاقدي التمييز والتكليف تبعا لوالديهم، وعلى أنّ الأب إذا كان مسلما والأم كتابية فإنّ أولاده يتبعونه في الدين فيُعاملون معاملة المسلمين مهما كانوا صغارا، واتفقوا أن أولاد الزوجين الغير مسلمين يكونون على غير دين الإسلام تبعا لوالديهم،[1] وعليه ينحصر دين الأولاد في أربع حالات استقراء: يكون الأبوان مسلمين فيُقضى بإسلام الأولاد قولا واحدا، وإذا كانا كافرين يُحكم بكفر الأولاد قولا واحدا، وإذا كان الأب مسلما والأم كتابية ولا يُتصوّر غيرها يُحكم بإسلام الأولاد تبعا لأبيهم ولا تأثير لدين الأم باتفاق، والرابعة أن تكون الأم مسلمة والأب كافرا وتُتصور في حالة إسلام الزوجة أو ارتداد الزوج وفي هذه وقع خلاف، فمذهب الجمهور أنّ الولد يتبع أمه في الإسلام ومذهب المالكية أنه كافر تبعا لأبيه، من هنا جاءت قاعدة: **"الولد يتبع خير الأبوين دينا"**،[2] أما الخلاف المفصل فهو على أربعة أقوال: **الأول** الجمهور: يتبع الولد أبويه دينا، واشترط الحنفية اتحاد الدار بأن يكونا في دار واحدة سواء في دار الإسلام أو الحرب، قال ابن الهمام: "الْوَلَدُ يَتْبَعُ الْأُمَّ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَحُكْمِ أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ، وَفِي النَّسَبِ يَتْبَعُ الْأَبَ وَفِي الدِّينِ يَتْبَعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا"،[3] وقال الحموي: "يَتْبَعُ الْوَلَدُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا وَيَتْبَعُ الْكِتَابِيَّ مِنْهُمَا لَا الْمَجُوسِيَّ"،[4] **الثاني** المالكية: يتبع الولد أباه فيبقى على الكفر، **الثالث** يتبع أمه إذا أسلمت وليس أباه لأنه تبع لها في الحرية والرق، **الرابع** الزيدية: إذا وجد في دار الإسلام وأبواه كافرين في دار الحرب فهو مسلم، وهو توسّع فاحش.[5]

* **دليل الجمهور:** قوله **"فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا"** (الروم 30)،[6] وقوله **"وَالذِّينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِم ذُرِّيَتَهُم"**، (الطور 21) والأم إذا أسلمت لحقها ولدها،[7] قال ابنُ عباس: "كُنْتُ أَنَا وَأُمِّي مِنَ الْمُسْتَضْعَفِينَ"،[8] فيه دلالة على محلّ النزاع لأنه كان غلاما، وأسلمت أمه ولم يسلم أبوه وحُكم له بالإسلام تبعا لأمه، بل إنّ القرآن قصده هو وأمثاله وذكرهم بالإيمان، وصرّح الحَسَنُ وشُرَيْح والنخعي وَقَتَادَة أنه إذا أسلم أحد الأبوين فَالوَلَدُ مَعَ المُسْلِمِ لحديث ابْن عَبَّاس،[9] وقال

---

[1] الكساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 104 وعبد الكريم زيدان المفصل ج. 9 ص. 442

[2] البخاري كشف الأسرار 273/2 وابن الهمام الفتح 131/2 وابن عابدين 196/3 والزحيلي الفقه 5863/8

[3] كمال بن الهمام فتح القدير ج. 4 ص. 457

[4] الحموي غمز عيون البصائر دار الكتب العلمية ط 1، 1985م ج. 2 ص. 265

[5] الشافعي الأم 284/4 والكاساني البدائع 104/7 وابن قدامة المغني 18/9 وابن حزم المحلى 382/5 والفتاوي الهندية 339/1 والمبسوط للسرخسي 63/10 والماوردي الحاوي 44/8 ابن عبد البر الكافي 467/1 والخرشي 69/8 وزيدان المفصل 446/9 وزيدان الذميين ص. 350

[6] ابن حزم المحلى ج. 5 ص. 382

[7] الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ج. 8 ص. 5863

[8] رواه البخاري باب إذا أسلم الصبي فمات ج. 2 ص. 94 برقم 1357

[9] رواه عنهم البخاري معلقا في صحيحه ج. 2 ص. 93 باب إذا أسلم الصبي فمات

النبيُّ: "مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ"،[1] ووجه الدلالة أن المولود باق على فطرته، فإذا أسلمت الأم كان على الفطرة الباقية من دينها حتى يبلغ فيختار، والشاهد أن النبي ذكر تأثير الوالدين في تغيير الفطرة بمعنى أنّ الأم قادرة على ذلك فلأن ترده إلى دين الإسلام أقدر،[2] وقال النَّبِيُّ: "مَا مِنَ النَّاسِ مِنْ مُسْلِمٍ يُتَوَفَّى لَهُ ثَلاَثٌ لَمْ يَبْلُغُوا الحِنْثَ إِلَّا أَدْخَلَهُ اللَّهُ الجَنَّةَ بِفَضْلِ رَحْمَتِهِ إِيَّاهُ"[3] قيل هو عام فيمن كان أبواه مسلمين أو أحدهما، ولحديث: "الإسلام يعلو ولا يعلى عليه"،[4] وفي إسناده نظر وفي دلالته على محل النزاع نظر، وخير منه دلالةً قضاء عمر في ولد نصرانيين أسلم أحدهما: "أولاهما به المسلم".[5]

* **دليل المالكية:** شرف الولد من شرف أبيه فوجب عليه أن يتبع دينه، والأديان قائمة على النصرة وهي بالرجال أولى منها بالنساء، فالولد يتبع أباه في الدين والنسب وأمه في الرق والحرية.[6]

* **دليل الحنفية:** اختلاف الدار يؤثر في الأحكام؛ لأنه يقطع الولاية ويُعدم تأثير الأم على ولدها، ولو كان الأب هو من أسلم وهو في دار تختلف عن دار ولده لم يحكم له بالإسلام، وهذا من أضعف ما تمسكوا به لأنه يتوصل به إلى تكفير المسلم الساكن في دار الكفر، ويوجد اليوم ملايين من المسلمين وأطفالهم يعيشون في غير دار الإسلام، والصحابة هاجروا إلى الحبشة وهي يومئذ دار كفر ولم يؤثر ذلك على أبنائهم رغم بقائهم فيها سنين طويلة.[7]

الترجيح يترجح هو مذهب الجمهور الذي يفيد بتبعية الولد في الدين لأمه، بدليل ما وقع لابن عباس الذي هاجر مع أمه المسلمة وكان أبوه العباس لم يسلم، وذكرهما الله بقوله "**إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ**"، **(النساء 98)** والناظر في دليل المالكية يجده منطقا ضعيفا لا يمكنه مقارعة أدلة الجمهور، أما تمسك الحنفية فأضعف، وربّما كان يصلح في تلك الأزمنة أما اليوم وقد زالت من الدنيا دار الحرب ولم يبق منها إلا دار العهد فلا مجال للنظر في قولهم.

* **دين ولد المرتد:** لا يُحكم بالردة على ولد المرتد؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه والدخول فيه ليس كالخروج منه، والتساهل في الدخول مطلوب والتشدد في الخروج أصل، ويكفي التلفّظ بالشهادة للحكم بإسلام المتشهد ولا يخرج منه إلا بعد الحجة والاستتابة، والدخول في الدين مكرمة ورحمة يجب إيصالها إلى الأولاد، أما الردة فجريمة لا يتحملها الولد لأنه لا تزر وازرة وزر أخرى، ومادام الولد في دار

---

[1] رواه مسلم باب معنى كل مولود يولد على الفطرة برقم 2658
[2] ابن حزم المحلى ج. 5 ص. 383 وزيدان أحكام الذميين ص. 350 وميرة وليد أثر اختلاف الدين ص. 41
[3] رواه البخاري باب فضل من مات له ولد فاحتسب برقم 1248
[4] سبق تخريجه ولا يصح مرفوعا بل الموقوف عن ابن عباس أصح، وقد أورده البخاري في صحيحه.
[5] رواه عبد الرزاق برقم 9899
[6] ابن عبد البر الكافي ج. 1 ص.467
[7] سيرة ابن هشام 321/1

الإسلام فإنه يُحكم عليه تبعا لها،[1] أما ولد المرتد الذي وُلد بعد ردة والديه فمذهب الحنفية والمالكية والحنبلية أنه مرتد تبعا لوالديه، ويُرغم على الإسلام ولا يُقتل،[2] وبناء عليه فإن لأحفاد المرتدين أحكام الكفار الأصليين كعدم إكراههم على الإسلام، وحفظ أموالهم وأنفسهم وأعراضهم إذا دخلوا في الذمة، لهذا أفتى علماء باكستان في القادينية "الأحمدية" أنهم من الكفار الأصليين، فطلبوا من الحكومة الباكستانية إخراجهم من دائرة الإسلام إلى دائرة الكافر الأصلي الذي له حقوق الأقليات في باكستان،[3] ولهذه الفتوى أصل في فقه مالك فقد قال ابن القاسم: " أولاد المرتدين إن لم يدركوا حتى كبروا وصاروا رجالاً ونساء رأيت أن يقروا على دينهم؛ لأنهم إنما ولدوا على ذلك وليس ارتداد أبيهم قبل أن يولدوا ارتداداً لهم".[4]

المطلب الثاني: أثر إسلام الحاضنة وعدالتها على الحضانة

بين يدي المطلب فرع لاشتراط عدالة المسلمة وإسلام الحاضنة.

الفرع الأول: اشتراط العدالة في الحاضنة المسلمة

العدالة لغة التوسط في الأمر بغير نقصان ولا زيادة تُطلق على الاستقامة، وشرعا: "مَلَكَة في النفس تمنع من اقتراف الكبائر وصغائر الخسة، كسرقة لقمة والرذائل المباحة كالبول خارجا"،[5] وهي مطلوبة في الحاضن لكنهم اختلفوا في ضبط ما يُسقط الحضانة منها بعد الاتفاق أن المضر بالمحضون يسقطها لا لعدم التديّن والفسق وإنما لفقد أمانة التربية، فإذا كان الفسقُ غير مضر به ظاهرا فهو على قولين: **الأول** جمهور المالكية والحنابلة والشافعية وبعض الحنفية: هي شرط صحة في الحاضنة تسقط إذا ثبت فجورها، وتوسّع الشافعية والحنابلة في إسقاطها بالفسق، وتوسط المالكية فأسقطوها عن المجاهرة بالزنا والفسق، **الثاني** الحنفية وابن القيم: لا تسقط إلا إذا أضر الفسقُ بالمحضون.[6]

احتج الجمهور بأنّ الفسق مظنة ضياع المحضون وبالخوف من انتقاله إليه، والحضانة نوع ولاية فلا تصح من فاسق، أجيب بأن الخوف في غير محله لأن فترة الحضانة يكون فيها الطفل غير واع بأمور الفسق، وإذا رأى القاضي أنه مؤثر أسقطها والولاية ليست إلا للتربية، وقال الحنفية وتبعهم ابن القيم: لَمْ يَزَلْ منذ فجر الإسلام أَطْفَالُ الْفُسَّاقِ بَيْنَهُمْ لَا يَتَعَرَّضُ لَهُمْ أَحَدٌ مَعَ كَوْنِهِمُ الْأَكْثَرِينَ، ولَمْ يثبت أنّ النَّبِيَّ أو أحدا مِنَ الصَّحَابَةِ منَعَ فَاسِقًا مِنْ حضانة ابْنِهِ، ولو اشْتُرِطَ فِي الْحَاضِنِ

---

[1] ابن قدامة المغني 16/9 والكاساني البدائع 139/7 والشيرازي المهذب 259/3 والمواق التاج 374/8 والغزالي الوسيط 429/6 وابن حزم المحلى 123/12 والماوردي الحاوي 378/14 والعمراني البيان 58/12 والمقدسي العدة دار الحديث 2003م ص.620

[2] الجصاص على الطحاوي 124/6 ومختصر القدوري مسألة 1403 والتميمي الجامع 272/22 وأبو يعلى المسائل ت اللاحم ط المعارف الرياض ط 1، 1985م 310/2 وابن رشد البيان 439/16

[3] تيسير العمر الردة وآثارها دار النوادر ط 1، 2012م ص. 292

[4] التميمي الجامع لمسائل المدونة ج. 22 ص. 272

[5] الكفوي الكليات ص. 639 والجوهري مختار الصحاح ص. 202 والزركشي البحر المحيط 149/6

[6] حاشية الدسوقي 528/2 والبهوتي الكشاف 498/5 والشربيني المغني 195/5 وحاشية ابن عابدين 556/3 والبلدحي الاختيار 16/4 وابن القيم زاد المعاد 411/5 وأبو زهرة الأحوال ص. 407 و487

الْعَدَالَةُ لَضَاعَ أَطْفَالُ الْعَالَمِ وَلَعَظُمَتِ الْمَشَقَّةُ، واشتراطها بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِهَا فِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ الذي هو دَائِمُ الْوُقُوعِ، والعجب من اشتراط المالكية للعدالة دون الإسلام، وربّما أرادوا الزِّنَى الْمُقْتَضِيَ لِاشْتِغَالِ الْأُمِّ عَنْ الْوَلَدِ بِالْخُرُوجِ لَا مُطْلَقَهُ؛ لِمَا تقرر أَنَّ الذِّمِّيَّةَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلْ الْأَدْيَانَ فَالْفَاسِقَةُ الْمُسْلِمَةُ أَوْلَى، والشَّارِعُ يكتفي بِالْبَاعِثِ الطَّبِيعِيِّ لاستحقاقها.[1]

الترجيح الذي يترجح هو عدم إسقاط الحضانة بالفسق إلا إذا رأى القاضي أنه مضر بالمحضون كأن يكون فيه مجاهرة بالزنى أو يؤدي إلى إهماله.

* **إسقاط الحضانة بالفسق قانونا:** ذكرت المادة 62 أسرة أركان الحضانة: السهر على تربية الولد وحفظه صحة وخلقا، وقرر الاجتهاد إسقاط الحضانة عن الفاسقة إذا كان فسقها مشهورا أو تم الحكم عليها لفاحشة، كقرار رقم 31997 تاريخ 1994/1/9م وبرقم 53578 تاريخ 1989/5/22م ورقم 171684 تاريخ 1997/9/30م، وتاريخ 2012/7/12م تحت رقم 691310: "قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنتين إلى أبيهما مستندين إلى مصلحة المحضونتين بعد أن شهدت البنتان على سلوك أمهما اللاأخلاقي"،[2] وكان المشرع الموريتاني أدق تعبيرا في المادة 122: "يشترط في الحاضن الاستقامة والأمانة وهو محمول عليها حتى يثبت خلافها"، بمعنى قبول حضانة مستور الحال كما يُعبّر عنه أهل الحديث.[3]

الفرع الثاني: اشتراط الإسلام في الحاضنة

تُعرف الحضانة عند الأثودوكس والبروتستانت ويشترطون كون الحاضن مسيحيا، ولا يُقرّها الكاثوليك لأنهم لا يعرفون الطلاق، وفي حال الفرقة الضرورية فإن المادة 121 إرادة رسولية تشترط أن تكون كاثوليكية وإلا سُلبت منها ولو لم تكن هي المتعدية، أما اليهود فيجيزون الطلاق والتطليق ويقرون بأن الحضانة تكون لليهودية،[4] واتفق أهل الإسلام أنّ للمسلم حضانة المسلم وللذميّ حضانة الذميّ، وللمسلم حضانة غير المسلم بشروط، ثم اختلفوا في اشتراط الإسلام في الحاضنة بناء على تكييف الحضانة: فمن نظر إليها أنّها عطف وخدمة لم يشترط؛ لأنّها صفات توجد في كلّ أمّ سواء، ومن رأى أنها تعليم اشترط سدا للذريعة ومنعا لتربية الولد على غير دين الإسلام، ومدار الخلاف على الأم أما لو كان الحاضن أبا غير مسلم فقد أجازها له المالكية، وخالف الحنفية فلم يجيزوا الحضانة للرجل غير المسلم، وأخذ به المشرع اليمني في المادة 140.[5]

---

[1] ابن القيم زاد المعاد 412/5 وحاشية ابن عابدين 556/3 وزيدان المفصل 10/ 36 ومطروح الاجتهاد ص. 320 وأبو زهرة الأحوال ص. 407 والقرني حقّ المحضون ص. 41

[2] مطروح الاجتهاد ص. 322 ولعناني نزاعات الحضانة ص. 100 وإلغات الحضانة ص. 39

[3] المستور من الرواة من لم يثبت فيه جرح ولا تعديل في الظاهر، واختلفوا في قبول روايته، قال ابن الصلاح المقدمة ص. 111: "المستور هو الْمَجْهُولُ الَّذِي جُهِلَتْ عَدَالَتُهُ الْبَاطِنَةُ وَهُوَ عَدْلٌ فِي الظَّاهِرِ".

[4] زيدان أحكام الذميين ص. 459 وفراس شيعان وحسين نغيمش تنازع الحضانة ص. 158

[5] بوعروس الزواج المختلط ص. 70 ونوال العيد حقوق المحضون ص. 15 وميغا حق القريب الحاضن في المحضون مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ندوة أثر متغيرات العصر على الحضانة 1436 هـ ص. 20

والاختلاف في اشتراط الإسلام في الحاضنة على ثلاثة أقوال: **الأول** المالكية والحنفية: أجازوا لغير المسلمة حضانة ولدها من زوجها المسلم، وللحنفية قول بالجواز للذكور دون الإناث، وعلى الجواز مطلقا أبو ثور والأصطرخي الشافعي وسوار العنبري،[1] شرط عدم تغذيتهم خنزيرا أو خمرا، وأن تكون في غير سنّ التمييز وألا تلقنه دينها فيه، **الثاني** قول الحنابلة والشافعية بمنع إسناد الحضانة إلى غير المسلمة، **الثالث** الجواز خلال الحولين من الرضاع فقط وهو مذهب ابن حزم.[2]

* **دليل المجيزين** قوله **"وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ"** (المائدة 2) ومن العدوان أخذ الولد من أمه، وحرمانه من عطفها وحرمان الأم من وليدها، ولحديث رَافِعِ بْنِ سِنَانٍ أَنَّهُ أَسْلَمَ وَأَبَتِ امْرَأَتُهُ أَنْ تُسْلِمَ فَأَتَتِ النَّبِيَّ فَقَالَتْ: ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ، وَقَالَ رَافِعٌ ابْنَتِي قَالَ لَهُ النَّبِيُّ: "اقْعُدْ نَاحِيَةً" وَقَالَ لَهَا: "اقْعُدِي نَاحِيَةً" وَأَقْعَدَ الصَّبِيَّةَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ قَالَ ادْعُوَاهَا فَمَالَتِ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا فَقَالَ صلى الله عليه وسلم: "اللَّهُمَّ اهْدِهَا" فَمَالَتِ إِلَى أَبِيهَا فَأَخَذَهَا،[3] وجه الدلالة أنّه خيّر البنت بين اللّحاق بأبيها المسلم وأمها الغير مسلمة، ولو كان التحاقها بأمها محرما ما فعله، رغم ميله إلى ذهابها مع أبيها المسلم إلا أنه خيّرها والعدل اقتضى التخيير، يؤخذ منه جواز احتضان الأم الكافرة لولدها، **أجيب** أنه منسوخ وهو باطل لانعدام الناسخ، ويؤيد الجواز أنّ القصد من الحضانة هو الرضاعة والرعاية وهما موجودان في الأم أكثر من الأب؛ لأنها مبنية على الشفقة التي لا فرق فيها بين ذمية ومسلمة لكونها فطرية لا يعدمها اختلاف الدين، ولا يعقل المحضون التلقين الديني إلا بعد بلوغه سنا معينا لحديث: "مروا أولادكم بالصلاة لسبع سنين واضربوهم لعشر"، فهي أولى ولو كانت كافرة.[4]

* **دليل المانعين:** حديث رافع السابق والشاهد منه دعاء النبي للصبية أن تختار أباها؛ لأن كونهَا مَعَ الْكَافِرِ خِلَافُ هُدَى اللَّه الَّذِي أَرَادَهُ مِنْ عِبَادِهِ، وَلَوِ اسْتَقَرَّ جَعْلُهَا مَعَ أُمِّهَا لَكَانَ فِيهِ حُجَّةٌ بَلْ أَبْطَلَهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ بِدَعْوَةِ رَسُولِه، **أجيب** بأنّ الترخيص بالاختيار يقضي بالجواز والدعاء يدل على الاستحباب، والخلاف في الجواز أما استحباب إسناد الحضانة للمسلم من الوالدين فلا خلاف فيه، واستدل

---

[1] أبو ثور ابراهيم بن خالد الكلبي ولد 170 سمع الشافعي وابن عيينة ووكيع، روى عنه أبو داود وابن ماجه توفي 240 وسئل أحمد عن مسألة فقال سل أبا ثور، الذهبي سير الأعلام 72/12، وأبو سعيد الأصطرخي شافعي عراقي رفيق ابن سريج ولي القضاء له كتاب القضاء ت 328 الذهبي السير 250/15، وسوار العنبري البصري قاضي الرصافة روى عنه أبو داود والترمذي والنسائي ت 245، الذهبي سير أعلام النبلاء 543/11

[2] الطحاوي مشكل الآثار ت الأرنؤوط الرسالة ط 1، 1994م 104/8 والبلدحي الاختيار 16/4 والكاساني البدائع 42/4 والعيني البناية 644/5 واللخمي التبصرة 2570/6 والخرشي 212/4 وابن قدامة المغني 237/8 وابن القيم الزاد 410/5 والبهوتي الكشاف 498/5 والشربيني المغني 195/5 وابن حزم المحلى 143/10 والشوكاني النيل 141/7 وزيدان المفصل 33/10 ونعيم ساعي موسوعة الجمهور طبعة 2007م 795/2

[3] رواه أبو داود رقم 2244 والنسائي الكبرى رقم 6385 وابن ماجه رقم 2352 وأحمد رقم 23810 صححه الحاكم والذهبي وابن القطان وابن القيم الزاد 411/10 والنووي المجموع 324/18 والألباني صحيح أبي داود ط غراس الكويت ط 1، 2002م 13/7

[4] ابن حزم المحلى 143/10 والنووي المجموع 324/18 وابن القيم الزاد 389/5 والكاساني البدائع 42/4 وبدران العلاقات ص. 158 وحميدو المصلحة ص. 311 وزيدان الذميين ص. 456 ووليد أثر الاختلاف ص. 69 وحافظ ولاية المرأة ص.612 وأشرف عقلة تعسف الحضانة ص. 16 ومطروح الاجتهاد ص.328

المانعون بحديث: "مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ"[1] فيه تأثير ديانة الأم على محضونها وتغيير دينه من أعظم الضرر، أجيب بأن الجواز مشروط بعدم التغيير ولو ثبت سقطت عنها والاستدلال في غير محلّه، وقالوا الحضانة نوع ولاية بل هي من أقوى الولايات فلا يمكن منحها لغير مسلم لأنه لا يُستأمن على دين المحضون، ودينه أهم ما فيه وهو مقدم على طعامه وكسوته وما يحتاجه من حنان، لقوله **"وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المؤْمِنِينَ سَبِيلًا" (النساء 141)** أجيب أن الحضانة ولاية تربية لا نفس فلا حجة فيما سبق، وفي مثل هذا السنّ تكون حاجة المحضون إلى الرعاية والتربية أولى ولا مجال لتلقينه الديانة قبل سنّ التمييز، ثمّ قالوا الكافر لا يكون حريصا على تربية الطفل على الدين فقد يجتهد في إخراجه عنه بتعليمه الكفر وبعد الكبر يصعب رده إلى الحق، يجاب بأن اشتراط التربية على الإسلام فيه احتراز من ذلك، ثم صرّحوا بأن أهل العلم منعوا الحضانة عن الفاسق والكفر أشد منه لأن ضرره المتوقع أشد، جوابه لا يُسلّم بعدم استحقاق الفاسق للحضانة وسبق ترجيح خلافه، ولا يسقطها إلا إذا تضرر المحضون منها فكذلك الكفر لا يسقطها إلا بضرر بيّن، واستدلوا بقوله **"يَا أَيّهَا الذّينَ آمنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا" (التحريم 6)** فيها وجوب وقاية الأولياء لأولادهم من أسباب دخول النار وعلى رأسها الكفر، أجيب أنّ دلالتها لا تشمل محل النزاع لأنّ الوالد والقاضي وكلّ من له مصلحة يراقبون الحاضن فإذا حاول تغيير الدين أسقطوها عنه، وقالوا الحضانة من الولايات التي لا تثبث لغير مسلم على مسلم لقوله **"يَا أَيّهَا الذّينَ آمنُوا لَا تَتّخذُوا الكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ المُؤْمِنِينَ" (النساء 144)** وهي إنما شرعت لحفظ الولد ومراعاة مصلحته فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه، وإسناد الطفل لغير المسلم فيه نوع من الموالاة المحرمة، أجيب بأنها ولاية تربية التي تختلف عن النفس، وسنّه لا يسمح بالتغيير.[2]

*** دليل ابن حزم:** أخذ الجواز من قوله **"وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ" (الأنفال 75)** فيها أحقية ذي الرحم من غير نظر إلى دين، والتقييد من قوله **"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ" (البقرة 233)** فيها تأكيد وقت الرضاعة ولا ضرر عليه خلالها لأنه لا يعقل.[3]

الترجيح يترجح الجواز خلال فترة الرضاع وسنّ ما قبل التمييز، مع مراقبة القاضي ووليّ أمر المحضون حتى لا تجتهد في تغيير دينه فإن فعلت سقطت، لأنّ الرضاعة يحتاجها المحضون ولا تأثير للحاضن، وكذلك سنّ ما قبل التمييز يحتاج إلى تربيتها ولا تأثبر فلا يعقل الدين والمراقبة تمنع المخالفة، وحرص الحنفية على مراقبة غير المسلمة فإذا ثبت تغيير الدين انتزع منها، وقال المالكية لا يُنتزع بل

---

[1] رواه البخاري برقم 1359 ومسلم برقم 2658

[2] ابن القيم الزاد 410/5 الشوكاني النيل 392/6 وحميدو المصلحة ص 304 وأبو العينين العلاقات ص. 158 وأنور ولاية المرأة ص. 612 وبوعروس الزواج المختلط ص. 65 والسلمي الحضانة ص. 16

[3] ابن حزم المحلى 143/10 وبدران العلاقات ص. 163 ووفاء فراش الآثار المعنوية ص. 439

تُضم إلى جيران مسلمين يكونون رقباء، وإذا أسلم زوج المجوسية جاز لها حضانة ولدها شرط عدم تغذيتهم ما يحرم أو محاولة تغيير دينهم، وهو قول فيه حكمة لأن انتزاع الولد من أمه لمجرد إسلام الأب فيه ظلم كبير،[1] قيل لمالك: "أَرَأَيْتَ إِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ وَهِيَ نَصْرَانِيَّةٌ أَوْ يَهُودِيَّةٌ وَمَعَهَا أَوْلَادٌ صِغَارٌ مَنْ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا؟ قَالَ: "هِيَ أَحَقُّ وَهِيَ كَالْمُسْلِمَةِ وَإِنْ خَافُوا أَنْ تَفْعَلَ ضُمَّتْ إِلَى مُسْلِمِينَ".[2]

* **حضانة المرتدة:** هناك فرق بين كافر أصلي يجوز له البقاء على دينه لقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"** (البقرة 256) وبين من عرف الحق وتركه، وجواز إسناد الحضانة لغير مسلمة لا ينطبق على المرتدة اتفاقا، وسوف يُحكم عليها بحد القتل عند الجمهور والحبس عند الحنفية ما يتنافى ومقاصد الحضانة، ولا دين لها والحضانة نوع ولاية وثقة وتكريم لا تستحقهما مرتدة، ولم تذكر قوانيننا هذه الجزئية غير أنّ الاجتهاد يقضي بالمنع لأنها غير مأمونة على دينها ودين محضونها.[3]

المطلب الثالث: اختلاف دين الحاضن والمحضون في التشريع والقضاء

لا تخفى الحساسية التي تنتاب أهل التشريع في عصرنا تجاه أثر الأحكام الدينية على قواعد القانون، فقد يكون سببه ما يُعرف بحقوق الإنسان وتبني المنظمات لحرية الاعتقاد والتديّن، وحرصها على جعل الدين مدرجا ضمن الحريات الشخصية التي لا يمكن للدول ضبطها قانونا، خاصة أن الحاملين لهذا التوجه فيهم تشدد رهيب تجاه الدين بسبب ميراثهم لبيئة تحارب الدين بعد ما ذاقت ويلاته بالاضطهاد والقمع إبان تسلط الكنيسة على مقاليد الحكم، فأخرجوا للناس قواعد تؤصّل لنزع الدين من التشريع بحكم ما مضى من التسلط باسمه، فحين ينظر مقنّن دول الإسلام إلى إسناد الحضانة لغير مسلمة أو مرتدة ينتابه خوف مزدوج؛ فهو من جهة يخشى الخروج عن ضمير الأمة، ومن جهو أخرى يريد الظهور بمظهر القائم على مضمون إعلان حقوق الإنسان على أحسن وجه، وبدون ذلك تتسلط عليه المنظمات العالمية التي ما لبثت تنتقد خيارات الأمة في تشريعاتها واجتهاداتها.

* **الجزائر:** اشترطت المادة 62 أسرة على الحاضن تربية المحضون على دين أبيه، وهو شرط إيجابي يُراد به حفظ الدين الذي هو أسمى مقاصد الشرع، غير أن الصياغة لم تكن موفقة لأنها نصّت على دين الأب وليس الإسلام؛ فقد يزعمُ أبُ المحضون أنه مسيحي الديانة فيجب على الحاضنة أن تربي ولده على المسيحية لأنها دين الأب، لهذا تفطّن المشرع الموريتاني حين اشترط في المادة 122 من مدونته: الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم، ويُحسب للجزائري أنه حاول تجنّب المخاطر التي قد تترتب عن تطبيق مبدأ حرية اختيار دين الطفل لأنه في هذا السنّ لا يُتصوّر امتلاكه لأهليتها، والعجب أن

---

[1] العيني البناية 651/5 والبلدحي الاختيار 16/4 وحاشية الدسوقي 529/2

[2] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 260

[3] الكاساني البدائع 42/4 وابن نجيم البحر 185/4 وأبو زهرة الأحوال ص. 407 وزيدان المفصل 34/10 وزكية حميدو مصلحة المحضون ص. 316 مسعودي تنازع القوانين ص. 252

المادة 14 لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل 1989م نصت: "احترام الدول الموقعة عليها لحق الطفل في حرية الدين؛ أي أن تكون له الحرية في اختيار دينه وفي تغييره كلما شاء" والتي صادق عليها المغرب 1996/11/21م وتونس 1991/3/29م، ومكمن العجب! أن القائمين عليها يقرون بأهلية الطفل في اختيار دينه بعيدا عن والديه كأنه بهذا الاختيار سيكون أكثر ازدهارا! وسرعان ما يزول العجب حين نعود إلى مجتمعاتهم لنرى المستوى المتدني الذي بلغه اهتمام الأولياء بالدين؛ فقد نجحت العلمانية الفاحشة واللادينية المتوحشة في حصد بقايا دين أهل الكتاب، فيما لا تزال مجتمعاتنا تحافظ فيها الأسرة على هوية أفرادها ومرجعيتهم ودينهم تُعلم ذلك لأبنائها منذ الصغر، وفي الحديث: "مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا إِذَا بَلَغُوا عَشْرًا"،[1] وهناك إشكال آخر في المادة 62 يتمثل فيما إذا أسلمت امرأة وبقي زوجها على الكفر وتحصلت على الحضانة فقد يتحجج هو بأن القانون يلزم بتربية الولد على دين أبيه وأنه باق على دينه، وأن مذهب مالك يقضي باتباع الولد لأبيه في الدين سواء كان مسلما أم كافرا، فينبغي إعادة الصياغة هكذا: "على دين الإسلام" أو "على دين أبيه أي الإسلام"، وربما أراد المشرع هذا المعنى وإصابة مشهور مذهب المالكية لكن التعبير خانه، وقد اختصم زوجان مسيحيان من الأرثودكس أمام قضاء العراق، فأعلنت الزوجة إسلامها فعرض القاضي الإسلام على زوجها فأبى فحكم بها للأم بناء على: "اتباع الولد لخير الأبوين دينا"، وأقرّت محكمة التمييز هذا الحكم.[2]

والحاصل أنّ المادة 62 فعالة وجدية تهدف إلى ضبط وتأصيل الحضانة إذا أسندت لغير مسلمة، لكنها للأسف تعترضها إشكالات مثل ما إذا كانت الأم غير مسلمة وتسكن بالجزائر والأب مسلم يسكن فرنسا، فإن القضاء يرجح إسنادها للساكن في الجزائر من الوالدين ولو كان غير مسلم وقد يكون إسنادها بدون ضوابط ومراقبة، ومثل ارتداد الأم عن الإسلام فإن القانون لم يذكر شيئا عنه سوى وجوب الإسناد للأم، وقد يقع نزاع بين زوجين أجنبيين ويكون الأب مسلما والأم غير مسلمة فتسند للأم الغير مسلمة بلا ضوابط، وقد يكون الأب جزائريا لكنه غير مسلم والمادة فيها "دين أبيه" ما يعني في الظاهر أن الأم تُجبر قانونا على تربية ولدها على دين أبيه غير الإسلام، وبهدف الخروج منها ينبغي إعادة صياغتها بتبديل لفظ "دين أبيه" ب "دين الإسلام" فيزول اللبس وتصبح القاعدة تحلّ كثيرا مما يعتري موضوع الحضانة مع اختلاف الدين، وربما أراد المشرع اتباع المذهب المالكي في إقرار تبعية الولد لأبيه فقط دون أمه لكن الحظ خانه، كما أنّ القانون يُسند الحضانة أصالة للأم طبقا للمادة 64: "الأم أولى بحضانة ولدها"، غير أنه لم يُوضح حالة الأم الكافرة هل يحق لها الحصول عليها؟ حيث تولّى الاجتهاد الإجابة عن هذا الإبهام من خلال جملة من القرارات كرقم 52221 المؤرخ 1989/3/13م **المنشور في المجلة**

[1] رواه أحمد رقم 6689 و15339 سنده حسن، وأبو داود رقم 494 وسنده صحيح
[2] فراس شيعان وحسين نغيمش تنازع القوانين في الحضانة ص. 165

القضائية 1993 العدد 1 ص. 48: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه"، والشرط المعبر عنه بالخوف على الدين من النظام العام، وفي قرار بتاريخ 1989/12/25م تقرر إسقاط الحضانة عن أم مسيحية لما تبين أنها أرادت تمسيح محضونيها، ومنعت المحكمة العليا الجدة المسيحية حضانة أبناء بنتها بسبب أنها تدين بالمسيحية، ونفسه في قرار بتاريخ 1979/4/19م وآخر بتاريخ 1990/2/19م، وفي اجتهاد برقم 29293 بتاريخ 1982/3/8م: "المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة فالمسيحية لها الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة ... وأن الشريعة تولي الأهمية في مسألة الحضانة للأم وتعطى لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها"، يُلاحظ أن القضاء العالي لم يخرج عن مشهور المذهب وخيرا صنع، ولا تعني هذه القرارات إهمال عقيدة المحضون لأنّ القضاء من أدناه إلى أعلاها حريصٌ على المحافظة عليها، فهو قد يتساهل في إسناد الحضانة للأم غير المسلمة إذا كانت تقيم في الجزائر لأن وجودها بالداخل يُسهّل على الأب متابعة أحوال أبنائه، أما إذا كانت إقامتها خارج الإقليم فإنه يتشدد كما في قرار 1987/3/9م برقم 45186: "حيث أن الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر"، وقرار 1968/5/12م: "من المقرر فقها وقضاء أنه يجب أن تتوفر في الحاضنة الشروط الواردة في الشريعة الإسلامية"، وقرار 1989/1/2م: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما يكون أحقّ بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"، وقرار 1989/3/13م: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خشي على دينه"، وقرار 1990/2/19م: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن يراع فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعدّ قضاء مخالف للشرع والقانونويستوجب نقض القرار المطعون فيه"، وقد استقر الأمر على السماح للأم الغير مسلمة بالحضانة شرط عدم محاولتها تغيير الدين وأن تكون مقيمة في الجزائر وتمنع غيرها إن لم تكن مسلمة.[1]

* **المغرب:** اشترطت المادة 173 مدونة في الحاضن القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا، ويتجلى إلزام اتباع الابن أباه في دينه في المادة 145: "متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيا يتبع أباه في نسبه ودينه"، وكان المشرع يميّز من خلال المدونة الملغاة بين حالتين بخصوص حضانة غير المسلمة ففي المادة 108: "إذا كانت الحاضنة على

[1] زروتي الدولي الخاص ص. 56 وميرة اختلاف الدين ص. 73 وحميدو مصلحة المحضون ص. 310 وكربال الحضانة ص. 27 وإشوي تنازع قوانين الحضانة ص. 214 وخوادجية حنان تنازع قوانين الولاية على النفس ملتقى التنازع بجاية 2014م ص.240

غير دين أب المحضون ولم تكن أما لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمسة الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط ألا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه"، وفي الجديدة لم يشترط شرط الدين لكنه ربطها بشروط محددة في المادة 173: وجوب رعايته دينا وخلقا بمعنى وجوب المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل، وأن توفر له جوا يساعد على ترسيخ تلك الهوية، ونبه في المادة 54 أنه من حقوق الطفل على أبويه التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، ويبقى هذا التراجع غير جيّد سببه التأثر بالعقيدة القانونية السائدة في المجتمع الدولي التي لا تخدم الإسلام، غير أن الاجتهاد يبقى وفيا لمبادئ الأمة حيث صدرت قرارات في اتجاه المحافظة على عقيدة المحضون كقرار 71 تاريخ 1992/1/21م: "المشرع لم يشترط في الحاضن كونه مسلما سواء أما أو غيرها؛ ما دام قصد نشأة المحضون على غير دين أبيه في حالة كون الحاضنة غير مسلمة غير ثابت"، وقررت استئناف الرباط 2006م بأحقية أم يهودية لحضانة ابنها بعد أن كانت المحكمة الابتدائية للأسرة بالرباط قضت بحرمان الأم من الحضانة نظرا لعامل الديانة.[1]

* **تونس:** نص الفصل 59 مجلة: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وألا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة"، حاولت التوفيق بين مصلحة المحضون في حصوله على الحنان وبين دينه، فلم تمنح للحاضنة غير الأم الحضانة إلا بشرطين: المحضون دون الخامسة وأن لا يُخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، وهو اتجاه يُمدح عليه وتدقيق حافظ للمصلحة، وقضت استئناف تونس 1963/12/23م بإسناد حضانة الطفل لأم على غير دين أبيه، مع قولها بأنه يجب أن يتبع الابن ديانة أبيه الذي يلقنه مبادئ الشريعة وأنّ الأم ليس لها حق الاعتراض، وأكدته التعقيب يوم 1972/9/13م: إذا اختلف الزوجان في الحضانة وكانا مختلفين في الدين فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة للأم، وفي قضية أخرى حاولت الأم غير المسلمة السفر بمحضونها فتغيّر الاجتهاد وقضت التعقيب 1982/6/3م: "حكم طلاق الأجنبية من زوجها العربي التونسي الصادر بالخارج وبإسناد حضانة الولد لها وهو يعيش عند والده بتونس، أين يكمن تنفيذ الحكم بالنسبة للحضانة بعد إكسابه الصفة التنفيذية من طرف القضاء التونسي، حسب القانون الذي أوجب عدم تعارض ذلك الحكم مع قواعد النظام العام بتونس التي منها العروبة والإسلام، اللذين هما من مقومات السيادة التونسية حسب دستورها ولا يمكن الحياد عنهما، وبذلك فإن ما ذهب فيه الحكم التونسي من اكساب الحكم الأجنبي الصفة التنفيذية فيه خرق للقانون فيجب نقضه".[2]

---

[1] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 305 وخالد بوعروس الزواج المختلط ص. 70

[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 305 وخالد بوعروس الزواج المختلط ص. 71

* **مصر** جاء في شروط إبرام عقد زواج المسلم المصري بالكتابية سواء كانت مسيحية أو يهودية، وجوب إمضاء المرأة على وثيقة تقبل فيها أن يكون أولادها على دين أبيهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم، وهو التزام قانوني منها بتربية الأبناء على دين الإسلام خلال الزواج أو بعد الفرقة إذا أسندت الحضانة إليها، فإذا فعلت كان لها حقّ الحضانة بعد الفرقة إلا إذا رأى القاضي ما يمنع ذلك ولها أجرة، وهي إجراءات وجيهة مستوحاة من المذهب الحنفي، وأفتت دار الإفتاء 1918/10/28م أنّ اختلاف الدين لا يؤثر على الحضانة، فإذا كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة معتنقة دينا سماويا أو غير سماوي لها أن تحتضن الولد متى كانت أهلا للحضانة ومستوفية لشرائطها إلا إذا خيف على الولد أن يألف دينا غير الإسلام، وفي اجتهاد لمحكمة: "يشترط في الحاضن العاصب اتحاد الدين للعصبة في حضانة الصبي، إلا أن يكون دينه فإذا كان أخوان أحدهما مسلم والآخر يهودي والصبي يهودي فاليهود أولى"، وقضت أخرى 1938/9/12م: "إمساك الصغار المسلمين في بيت غير المسلمين يعتبر إمساكا لهم عند المبغضين لهم بمقتضى طبيعة اختلاف الدين، يُخشى على الذين بلغوا سن التمييز أو سن التقليد من أهل الكفر وعادات أهله".[1]

* **الأردن وليبيا وقطر واليمن:** منح الأردن في المادة 155 الأم غير المسلمة حق حضانة طفلها شرط ألا تكون مرتدة، وفي عدم ذكر شروط استحقاقها منقصة لم يعتدها الأردنيون، ولعلهم تركوه للاجتهاد بسبب وضوحه في المذهب الحنفي الذي يعتبر المرجع عند الإبهام أو الانعدام، وكان المشرع الليبي أكثر وضوحا في المادة 64 **قانون رقم 10 سنة 1984م:** "تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم"، ونصت المادة 175 أسرة قطري رقم **22 لسنة 2006م:** "تستحق الأم الغير مسلمة ما لم تكن مرتدة الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان أو يخشى عليه أن يألف غير دين المسلمين، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره"، هي قاعدة جامعة مانعة عادلة فقد حافظت على حق الأم والمحضون والمجتمع، واشترط اليمني المادة 140 أحوال عدم ردة الأم واتحاد الدين في الحاضن الرجل وهو قيد أهمله غيره.[2]

* **العراق:** قررت التمييز 3933 بتاريخ 1971/12/4م إلحاق الأولاد بأمّهم المسلمة والتفريق بينها زبين زوجها البهائي، لأن البهائية غير معترف بها كدين أو مذهب ودين الأم أشرف الأديان، وفي قضية رقم 20 بتاريخ 1979/4/7م أعلنت زوجة مسيحية إسلامها أمام القاضي فقضى بإسناد الحضانة إليها، ولم يذكر القانون موقفه من حضانة غير المسلمة سوى قوله في المادة 1/57: "الأم أحق بحضانة الولد ما لم يتضرر المحضون" ولعل ضرر العقيدة يدخل فيه بالفحوى.[3]

---

[1] أبو زهرة الأحوال ص. 107 وبدران العلاقات ص. 169 وحميدو مصلحة المحضون ص. 303 وبوعروس الزواج المختلط ص. 68 والفتاوي الإسلامية المصرية 362/1 دار الإفتاء دون طبعة أو تاريخ

[2] إيمان عزام التعسف في استعمال الحضانة المجمع الفقهي 1436 ص. 16 وبوعروس المختلط ص.70

[3] فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش تنازع القوانين في الحضانة ص. 165

* **المشروع العربي الموحد للأحوال:** في المادة 135: "إذا كانت الحاضنة على غير دين أبي المحضون ولم تكن أما سقطت حضانتها بإكمال المحضون السنة 5، وإذا كانت أما تستمر حضانتها ما لم يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه"، هي دقيقة ومنصفة ينبغي تبنيها.[1]

* **مستند منع الحضانة لغير مسلمة:** أغلب التشريع العربي حتى التونسي المعروف بعلمانيته على منع إسناد الحضانة لغير المسلمة، سوى الأم شرط عدم اجتهادها في تغيير دين المحضون، بحجة أنّ الولد وهو في سنّ صغير لا يتمكن من اختيار دينه وبالتالي يقوم والداه بذلك مصداقا لحديث: "مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ"، ولأن قاعدة منع المسلمة من الزواج بغير المسلم يترتب عليها أن كل ولد نتج عن زواج مختلط دينيا فإنه يكون مسلما، ولأن الأب هو رئيس الأسرة وله السلطة الكاملة والولاية التامة على أولاده فمن حقه أن يكون ولده على دينه، ولأن الانتماء الديني للطفل يحدّده الأب مثل كل ما يتعلق بالحالة، ولم يكن هذا التوجه مقتصرا على فقه المسلمين حيث تعدى إلى فقهاء غير مسلمين مثل "جون دي بردان" **Bredin** و"جون كربونيي" **Carbonnier**، والذّي صرّح بأنّ المسائل العقائدية يجب أن تُدمج في حالة الطفل؛ لأن هناك علاقة بين الدين والاسم والجنسية، ويجب أن يتبع الطفل المركز القانوني لأبيه، وهي حجج مقبولة فيجب التمسك بقاعدة منع الحضانة لغير المسلمة إذا لم تكن أما، وتجويزها للأم شرط عدم تغيير الدين لأنه عامل حاسم في تطوير شخصية المحضون.[2]

* **فرنسا:** كان القضاء يُقرّ أنّ الشخص الذي يتمتع بالسلطة الأبوية هو من يملك اختيار دين الطفل، وأنّ كل اتفاق بين الوالدين من شأنه الحدّ من هذه السلطة يُعد باطلا، قضت به استئناف باريس 1955/10/18م: "إن دين الطفل يكون مشترك مع دين فاعله" أي أبيه، و قررت بتاريخ 1964/12/11م: "اختيار دين الولد يكون من اختصاص السلطة الأبوية"، ثم ظهر تقنين يقضي بممارسة السلطة الأبوية من قبل الأبوين، وأنّه يمكن إسنادها لأحدهما إذا دعت مصلحة الطفل وللآخر حق المراقبة شرط أن يتم إبلاغه بكل الاختيارات ومنها الاختيار الديني.[3]

* **ألمانيا:** لم يسلم قضاؤها من الحساسية تجاه دين المحضون؛ فقد تزوج مسلمٌ بامرأة ألمانية فكان له منها 5 أولاد وكان قبل زواجه بعيدا عن تعاليم الدين، ثم هداه الله فعاد إلى الصلاة والشعائر، فلما رأته زوجته على تلك الحال رفعت قضية طلاق بحجة التشدّد فتحصلت عليه وعلى الحضانة، وحكم القاضي بأن يلقى الأب أولاده مرة كلّ أسبوع مع منعه من الحديث عن الإسلام.[4]

---

[1] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 107
[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 301 وخالد بوعروس الزواج المختلط ص. 72
[3] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 298
[4] سالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية ص. 418

المبحث الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الحضانة

تمهيد

قضايا إسناد الحضانة حساسة لارتباطها بمصلحة الأطفال، الذين لا يكونون في حالات سوى وسيلة ابتزاز، والتي تتعقّد إذا دخل عليها عنصر أجنبي حين يعسر تحديد ما يضمن مصلحة المحضون، تلك المصلحة التي كانت ولا تزال شغل المشرّع، كما أنّها تُثير حساسية سياسية على أعلى مستوى في هرم الدول، حيث يُسارع كلّ قاض إلى ادّعاء اختصاصه فيقع التنازع المثير للمشاكل، كما يحرص القضاةُ على دفع الأحكام الصادرة عن محاكم أجنبية بدعوى مخالفة النظام، وتعطيل تنفيذها محليّا الأمر الذي يُعطل العمل بنظرية التنازع، ومع انتشار الزواج المختلط زادت أعداد الطلاق المختلط المصحوب بنزاع وخصومة وغلبة الهوى، عن طريق استعمال كل وسيلة قانونية تؤدي إلى تحصيل حضانة الأطفال خاصة إذا قرّر أحد الزوجين العودة إلى بلده، لهذا جاء قول الله في معرض الحديث عن الطلاق: **"وَلَا تَنْسَوْا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ"**، (البقرة 237) وللأسف يقع أكبر الضرر على رؤوس الأطفال لعدم إمكانية فك الرابطة بينهم وبين أوليائهم، فيدفعون ثمنا مؤلما على خلاف ليسوا طرفا فيه، كحرمانهم من أحد الوالدين أو إسناد حضانتهم لأسوئهما أو اختطافهم، وبهدف الحدّ من هذه الآثار تُبرم الدول اتفاقيات في مجال الحضانة لغلق باب النزاع الدولي القانوني والدبلوماسي، لأنّ الاختلاف بين زوجين من جنسية مختلفة على الحضانة غالبا ما يصل إلى المحاكم الجنائية فضلا عن الأحوال؛ بسبب الاختطاف أو الامتناع عن تنفيذ الحكم، وتتضارب الأحكام القضائية حين يتحصل كل طرف على حكم يُناقض حكم الآخر، فتنتج عنه مشكلات سياسية ودبلوماسية وقانونية، كما أنّ مسألة انتقال الحاضن بالمحضون علاقة بهذا المبحث المفصل في ثلاث:

المطلب الأول: الانتقال بالمحضون

المطلب الثاني: ضابط الإسناد المعتمد في قضايا الحضانة

المطلب الثالث: المعاهدات الدولية الخاصة بضبط قضايا الحضانة

المطلب الأول: الانتقال بالمحضون

بين يدي المطلب لم يكن فقهاؤنا يعرفون نظرية الجنسية، وإن كانوا يستوعبون معناها الظاهري الذي يعني الانتماء للوطن وتحصيل الحقوق والقيام بالواجبات تجاه الجماعة، فقد عرفوا الولاء لدار الإسلام بالعقيدة للمسلم والعقد لغير المسلم بمقتضى الذمة، كما تطرّقوا إلى قضية انتقال الحاضن بالمحضون والتي يمكن إسقاطها على الحضانة مع اختلاف الجنسية، لأن غالب نظر القاضي هو في مصلحة الانتقال إلى بلد الحاضنة، نذكر الانتقال شرعا ثمّ تشريعا وقضاء.

الفرع الأول: انتقال الحاضن بمحضونه في الفقه الإسلامي

اختلفوا حول إسقاط الحضانة بسبب انتقال الحاضنة بمحضونها إلى بلد غير بلد الأب نقلة دوام على ثلاثة أقوال: **الأول** جمهور المالكية والشافعية والحنابلة: الأب أولى بحضانة ولده سواء كان هو المنتقل أم الأم، **الثاني** الحنفية: يجوز لها الانتقال

نقلة دوام بشرطين يكفي أحدهما: أن يكون البلد الذي تريده هو بلدها الأصلي الذي انتقلت منه للعيش مع زوجها، أو يكون النكاح وقع في البلد الذي تريد الانتقال إليه وإذا انتقل الأب لم تسقط حضانة الأم، **الثالث** الظاهرية وابن القيم: لا تسقط الحضانة بالانتقال وإنّما يُراعَى الأصلح للمحضون.[1]

احتج الجمهور بأنّ الشرع قصد حفظ النسب، وهو لا يتسنّى إلا من الأب لهذا يكون أوْلى بولده، خاصة أنّ واجب الرعاية والتأديب والإنفاق لا يمكن تأديتا إذا انتقل المحضون بعيدا، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، يؤكده حديث: "كلّكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"، الذّي فيه أسبقية رعاية الأب على رعاية الأم وقوامته ورئاسته للأسرة، وقد يستغني المحضون عن عطف أمه بحضن آخر لكنه لا يستغني عن النفقة والتعليم والتأديب، وقال الحنفية إنّما منح الجمهور أولوية الحضانة للأب بسبب الضرر الواقع عليه، وهو ضرر متوّهم غير واقع في حالة عادت الأم بمحضونها إلى بلدها لأنه هو من أخرجها منه، فحين طلّقها كان من حقها العودة إلى ديارها فلن تكون معتدية فتكون أحق بمحضونها، **أجاب** الجمهور بأن علة المنع ليس الضرر الواقع على الأب وإنما الواقع على المحضون بسبب حرمانه من رعاية والده والإنفاق عليه، والولاية على النفس من حق الوالد باتفاق وهي مقدمة على الحضانة التي هي ولاية تربية، وحفظ النفس والمال مقدم على العطف، واعتمد ابن حزم كعادته البراءة الأصلية وعدم الدليل، وراعى ابن القيم المصلحة فجعلها في ذمة القاضي الذي يجب عليه الاجتهاد وترجيح مصلحة البقاء أو الانتقال.[2]

الراجح مراعاة مصلحة المحضون إذا أراد أحدهما الانتقال نقلة دوام، وعدم الفصل فيمن يأخذه إلا بعد التحرّي لعدم ورود النص، ويُراعي القاضي مصلحة المحضون في سنّه ومكان السفر والهدف؛ فالرضيع أحوج لأمه من الطفل المميّز الذي يحتاج إلى رعاية أبيه ونفقته وليس الذكر كالأنثى.

<u>الفرع الثاني: انتقال الحاضن بالمحضون في التشريع والقضاء</u>

تضمن دساتير العرب ومنها الجزائري في المادة 44 حق الانتقال داخل وخارج البلاد، لكنه يتقيّد حال الانتقال بالمحضون؛ والغالب هو الحكم بالحضانة للمقيم داخل البلد تغليبا للجنسية، ويزيد التشدّدإذا كان الطرف الآخر ينتمي لدولة لا تدين بالإسلام خشية على دين المحضون.[3]

* **الجزائر:** إذا كان الانتقال للخارج فيجب النظر في مصلحة المحضون، كما في المادة 69 أسرة: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة

---

[1] ابن قدامة المغني 242/8 والكافي ابن عبد البر 625/2 والرملي النهاية 234/7 وحاشية الدسوقي 531/2 والشربيني المغني 201/5 والمواق التاج 599/5 والبهوتي كشاف القناع 500/5 وابن القيم الزاد 414/5 والكاساني البدائع 44/4 والفتاوي الهندية 543/1 وابن حزم المحلى 143/10 وزيدان المفصل 63/10

[2] الشربيني المغني 201/5 وابن قدامة المغني 242/8 والرملي النهاية 234/7 والمواق التاج 600/5 والكاساني البدائع 44/4 والفتاوي الهندية 543/1 وابن حزم المحلى 143/10 وابن القيم الزاد 414/5

[3] علي العون تعسف الطلاق مج دراسات م 43ع 2 سنة 2016م ص.657 وحداد الحضانة ص. 168

المحضون"، غير أن القضاة غالبا ما يلزمون الحاضنة بالبقاء في بلد الأب كي تقوم بتربية المحضون على دين أبيه كما في المادة 62 أسرة، حيث أكدت المادة 67 أن الإخلال بشرط من الشروط المذكورة فيها يسقطها، ومصلحة المحضون وصف لا ينضبط بسهولة، وبالرجوع إلى الاجتهاد نجده حريصا على شرط الدين ويقضي بالحضانة للمقيم من الوالدين بالجزائر بهدف رعاية دينه على ملّة الإسلام؛ خاصة إذا كان البلد المنتقل إليه لا يدين به، كما في قرار العليا رقم 52207 بتاريخ 1989/1/2م: وجوب بقاء المحضون مع الوليّ الذي بقي في الجزائر إذا كان الثاني يعيش في بلد لا يدين بالإسلام، رغم أن الوليّ المقيم بالخارج كان قد تحصّل على حكم بالحضانة لصالحه من محكمة أجنبية لأنه يُعارض النظام العام فيمتنع تنفيذه، وفي قرار رقم 53013 تاريخ 1990/2/19م: إسناد الحضانة يجب فيها مراعاة تربية الولد على دين أبيه فلا يصح إسنادها لأمه التي تعيش في الخارج بعيدا عن مراقبة أبيه، وقرّرت العليا رقم 52207 تاريخ 1989/1/2م **منشور مجلة قضائية عدد 4 سنة 1990 ص. 74**: استبعاد الحكم بالحضانة من محكمة أجنبية بدولة غير مسلمة وإسنادها للأم الموجودة في الجزائر، رغم أنها كانت غير مسلمة بسبب مخالفة النظام العام، يظهر فيه ترجيح بلد الجزائر المسلم على ديانة الزوجة التي كانت غير مسلمة وزوجها مسلم، ولكونها ساكنة في الجزائر وزوجها بفرنسا فإن القضاة رأوا أن تربية الطفل في بيئة مسلمة مع أم غير مسلمة، لأنّه أفضل له من تربيته عند أب مسلم في بيئة غير مسلمة، وهو اجتهاد موفق إلى حدّ ما، وفي قرارين 1990/2/19م رقم 59013 وتاريخ 1995/11/21م رقم 111408: رفض تنفيذ حكم قضائي فرنسي يسند بنتين لحاضنهما بفرنسا بحجة البعد عن الدين والعادات والمساس بالنظام العام، لأن الأب له حق الرعاية والرقابة وإبعاد البنتين يفقده هذا الحق، ولأن الحضانة تسند للساكن بالجزائر ولو كان غير مسلم، وفي آخر 1985/11/21م: "في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر؛ فإن من يوجد بها منهما يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوان مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه"، ورغم استقرار الاجتهاد على هذا المبدأ إلا أن مصلحة المحضون تقضي أحيانا بانتقاله خارج البلاد إذا كان والداه يعيشان هناك واتفقا على انتقاله، كقرار 1993/6/29م رقم 91671 الناقض لحكم قضى ببقاء المحضون في الجزائر رغم أن والديه يقيمان بفرنسا، حيث استوجبت مصلحته الانتقال إلى حيث يعيش والداه لأنّ الأب لم يمانع، يؤخذ منها أنّ السفر لوقت قصير بالمحضون إلى بلد أجنبي غير ممنوع، والانتقال إلى بلد عربي لا يسقطها والأمر عائد لسلطة القاضي.[1]

[1] مطروح الاجتهاد ص. 354 وجندولي انحلال الزواج ص. 36 وقيطة حماية الطفل بعد انفصال الزوجين ص. 85 وفاطمة حداد التعسف في استعمال حق الحضانة ص. 170

أما إذا انتقل داخل الوطن فإن المشرع أهمل هذه الحالة وتركها للقضاء الذّي لم يستقرّ على رأي، فقد اعتمدت العليا مسافة القصر أي أربعة بُرد،[1] لقول ابن أبي زيد: "مَنْ سَافَرَ مَسَافَةَ أَرْبَعَةِ بُرُدٍ وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ مِيلًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْصُرَ الصَّلَاةَ"،[2] فإذا انتقلت الأم بمحضونها أكثر منها تسقط حضانتها للبعد عن مراقبة الوالد كما في قرار رقم 43594 بتاريخ 1986/9/22م: الانتقال الدائم للحاضنة بمحضونها لمسافة ألف كيلومتر مسقط لحضانتها والمسافة التي فاقت أربعة برد تعتبر من أسباب إسقاطها، ومثله قرار 26693 بتاريخ 1982/1/25م، وكان الاجتهاد قبلها لا يمانع في الانتقال لمسافة بعيدة داخل البلاد كقرار 1968/10/9م: بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة لا يعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم و لا يمنع استعمال حق الزيارة"، وبتاريخ 1970/11/18م: "بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة بمسافة البرد الستة المقررة عن الفقهاء الأقدمين لا يمنع استعمال الحق بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل"، وأيد المجلس بتاريخ 1966/5/18م **نشرة القضاة 1966 عدد 3 ص. 34** موقف قضاة الموضوع الذين رفضوا إسقاط الحضانة عن الأم بالرغم من توافر سبب الإسقاط المتمثل في بعد موطن الحاضنة عن موطن الأب؛ بحجة أن وسائل النقل أصبحت اليوم تفي بالغرض لكونها سريعة فكان بقاء المحضون مع أمه أصلح له، ويبدو أن الاجتهاد كان بداية لا يرى السفر داخل الوطن لمسافة طويلة من المسقطات كما في قرارات سنوات الستينات من القرن الماضي، ثم أسقطها بالتنقل لمسافة بعيدة كما في سنوات الثمانينات، فهل نقول أن الاجتهاد الأخير ناسخ؟ فيه نقاش بين أهل القانون.[3]

* **تونس:** الفصل 61 مجلة: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الوليّ القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها"، الفصل 62: "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحته خلافه"، تبنته التعقيب 1961/2/1م مدني عدد 606 **مجلة القضاء 1961 عدد 4 ص. 38**: "للمحكمة حق الاجتهاد في تقدير المسافة لزيارة المحضون".

* **المغرب:** المادة 178: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة داخل المغرب"، وأجازت المادة 179 سفر المحضون خارج المغرب بحكم وحسب مصلحته، وفي قرار 1995/7/27م رقم 1252 رقم **945891 عدد 48 سنة 1996م**: "لا تسقط الحضانة بالانتقال إلا إذا تضررت مراقبة المحضون من ولي أمره".[4]

---

[1] البرد جمع بريد 4 فراسخ والفرسخ 5 كلم ونصف، فالبريد 22 كلم ومسافة القصر أربعة برد: 88 كلم، في الحديث "إِذَا بَرَّدْتُمْ إِلَيَّ بَرِيدًا فَابْعَثُوهُ حَسَنَ الْوَجْهِ حَسَنَ الاسْمِ، البزار الزوائد ت الأعظمي الرسالة ط 1، 1979م رقم 1985 412/2 والبغوي شرح السنة رقم 3361، صححه السخاوي المقاصد الحسنة ت الخشت الكتاب العربي ط 1، 1985م ص. 149 والبسام التميمي توضيح الأحكام الأسدية ط 5، 2003م 540/2

[2] ابن أبي زيد القيرواني الرسالة ص. 45

[3] مطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 380 وزكية حميدو مصلحة المحضون ص. 551

[4] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 75

* **مصر وسوريا والأردن:** منعت المادة 2/392 مصري الأب من السفر بالولد، أما انتقال الحاضنة فأخذ الاجتهاد بالمذهب الحنفي: "لا يبطل حق الأم في حضانة ولدها إقامتها بالصغير بعيدا عن موطن والده"، وفي آخر: "انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد غير الذي تقيم فيه مع والده لا يسقط حقها في الحضانة مع تمكن الأب من رؤية ابنه والعودة نهارا"، وقضى به في غير الأم: "غير الأم من الحاضنات كالأم يجوز لها الانتقال بالصغير بغير إذن الأب في كل موضع جاز للأم بعد انقضاء عدّتها الانتقال إليه ولم يكن لعقد النكاح تأثير في هذا الانتقال"، وقررت نقض سوريا 1966/7/11م: "الأب لا يخرج بالطفل من محل إقامته لدى أمه قبل استغنائه عن الحضانة ما دام في بلد الأم الحاضنة"، وفي المادة 175 أحوال أردني جواز انتقال المحضون مع حاضنته داخل الأردن إلا لضرر، ومنعت المادة 176 انتقاله خارج البلد إلا بموافقة الولي والتحقّق من مصلحة المحضون.[1]

* **مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد 1961م:** المادة 169: "ليس للأم خلال الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أن تسافر بولدها أو تنقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه، ويجوز لها بعد البينونة أن تنتقل به إلى بلد آخر إن لم يكن هذا النقل منافيا لمصلحة تربية الصغير ولم يكن ظاهرا منه قصد المضارة للأب ولا يكلف الأب مشقة أو نفقة غير عاديتين".[2]

* **فرنسا:** في قرار للنقض على جزائري طلب حضانة ابنته: "وإن كان قانون فرنسا يحيل على قانون الجزائر بسبب جنسية الأب وابنته؛ إلا أنه بسبب الدفع بالنظام العام يحكم بالفرنسي رعاية لمصلحة البنت الموجودة بفرنسا"، فكأنّ فرنسا ترى أنّ العيش في بلد مسلم يفسد المعتقد.[3]

* **جريمة اختطاف الأطفال:** تسعى الدول جاهدة لضبط انتقال الحاضن قانونا بُغية الحدّ من ظاهرة اختطاف أحد الأبوين المحروم من الحضانة لولده، حيث يُعتبر الاختطاف العائلي من أكثر أسباب خطف الأطفال في العالم، حين يستغل الوليّ المحروم حقّ الزيارة فينقل ابنه إلى بلده ويمنع عودته، ما يُعتبر مساسا بمصلحة الطفل التي تقتضي عدم قطع روابطه مع عائلته، لهذا عمدت دولٌ إلى سنّ قوانين صارمة لإجازة انتقال الطفل مع أحد والديه، فقد أصدرت كندا سنة 2001م قانونا يُقيّد إمكانية إضافة اسم الطفل إلى اسم والده في جواز السفر الخاص به إلا بعد تقديم طلب مصحوب بنسخة من الأمر بالحضانة، ودأب قضاء فرنسا على منع السفر بالطفل إلى الخارج دون موافقة الأبوين معا، وتحديد ممارسة حق الزيارة فوق التراب الفرنسي بحضور طرف أجنبي أحيانا، وإجبار الأب على تسليم جواز سفره للطرف الآخر أثناء ممارسة حق الزيارة، وفي حالة ممارستها خارج فرنسا يمكن للقاضي تحديد العقوبات الزجرية التي قد يحكم بها على الأب في حالة عدم العودة

---

[1] حميدو زكية مصلحة المحضون ص. 548 وعلي العون التعسف في الطلاق ص. 658

[2] علي العون التعسف في الطلاق ص. 658

[3] خوادجية حنان تنازع القوانين في الولاية على النفس ص. 226

بالطفل خلال المدة المحددة، ويُجيز القانون للنائب العام والقاضي منع سفر المحضون مع حاضنه إذا ثبتت نية الاختطاف، ونصت المادة 7 اتفاقية لاهاي 1980/10/25م لمعالجة المسائل المدنية لحالات خطف الأطفال خارج الحدود على وجوب تعزيز تعاون السلطات لضمان عودة الأطفال المختطفين فورا واتخاذ التدابير اللازمة، ونصت المادة 328 عقوبات جزائري على السجن من شهر لسنة وغرامة لمن يخطف محضونا من حاضنه؛ شرط توافر الركن المادي المتمثل في المحضون والخاطف ووجود حكم قضائي بإسناد الحضانة، والركن المعنوي المتمثل في وجود نية الخطف وعدم التنفيذ وعلم الخاطف بوجود حكم، ونصت المادة 327 على عقوبة السجن للممتنع عن تسليم محضون بعد صدور الحكم.[1]

المطلب الثاني: ضابط الإسناد في قضايا الحضانة في الطلاق المختلط

التكييف القضائي هو الوحيد الذّي يمكنه نقل قاعدة الإسناد من المجرّد إلى الواقع؛ ليتمكن القاضي من تطبيقها وهو ضرورة أولية قبل إعمال القاعدة، والناظر في تشريعات اليوم يجدها مختلفة حول ضبط الحضانة في قضايا الطلاق المختلط، بين من يضبطها بجنسية الطفل الواجب حمايته أو موطنه أو جنسية أبيه، ومن يتركها دون ضابط مثل الدول العربية التي أناطتها بسلطة القاضي، وسبق أن رجحنا خضوع عملية التكييف لقانون القاضي لهذا يجب أولا تكييف الحضانة في الطلاق المختلط بناء على القواعد الكبرى لقانون القاضي، ثم الحكم بإدراجها في فئة مسندة ملائمة، فإذا كيّفها على أنها من الولاية نظر في قواعده أين تُدرج فئة الولاية، وإذا كيّفها أنها من آثار الطلاق أدرجها فيها.[2]

* **الجزائر:** لم ينص على فئة الحضانة في قواعد الإسناد **(المدني:9 -24)**، غير أن القاضي قد يستأنس بذكر أحكامها في باب آثار انحلال الزواج من الأسرة، وهي جزئية مهمّة في منازعات الحضانة في الطلاق المختلط؛ لأنّها تساعده على تكييف الحضانة بأنها من آثار انحلال الزواج، فهو ملزم بنص المادة 9 بالرجوع إلى القانون الجزائري لتكييفها، وبعد أن يقوم بتصنيفها على أساس أحد آثار انحلال الزواج يُحكّم قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تبعا لمضمون المادة 2/12، وإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبق قانونه وفق المادة 13، وقيل يُطبق المادة 14 مدني فيما يخص مسائل نفقة المحضون القاضية بقانون المدين بالنفقة بين الأقارب، وهو قول مرجوح لأن قضايا الحضانة كلّها يجب أن تُحكم بقانون الزوج وقت رفع الدعوى إذا كان الزوجان أجنبيان والجزائري إذا كان أحدهما جزائريا، وقيل أن أهلية الحاضن تُحكم وفق المادة 10 مدني لأنه لا يُعقل مثلا أن يطبق قانون الزوج على أهلية زوجته الحاضنة خاصة إذا كانت هي مسلمة وهو غير مسلم، وهو مذهب وجيه يضفي إشكالا بالغا على مسألة أهلية الحاضنة

[1] مسعودي التنازع ص. 234 وحمو فخار حماية الطفل ص. 158 وبوعروس المختلط ص. 75
[2] بوعروس المختلط ص.55 وأوصالح الواجب على الانحلال ص.21 وفراس شيعان ونغيمش تنازع الحضانة ص.164 والمكي صلوح تنازع القوانين في الحضانة ص. 177

والمحضون، وعليه كان ينبغي التنصيص على فئة الحضانة بمفردها، وإخضاعها لقاعدة إسناد خاصة بدل تركها لسلطة القاضي الذي قد يتيه وسط هذه الآراء، كما ينبغي ربطها بقانون جنسية الأب لأنه المتكفل بالنفقة وصاحب الولاية، وتكييف الحضانة بأنها من آثار انحلال الزواج قضت به محكمة ابتدائية بالمدية حين وقع نزاع حضانة بين زوج إيطالي وزوجته الإيطالية فحكمت بالقانون الإيطالي وفق المادة 2/12، ثم طعنت الزوجة بالنقض على أساس أنها كانت جزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر مرسوم نزع جنسيتها رغم حصولها على الإيطالية، فنُقض الحكم 1998/2/17م رقم 170082 **المنشور في المجلة القضائية عدد 1 سنة 2000م ص. 167**، واعتبر القرار أن الحضانة تخضع لقانون الجزائر لأن الزوجة جزائرية بمقتضى المادة 13 مدني، ومن حسن الحظ في هذه الحالة أنها استفادت من تقييد القاعدة بتاريخ الانعقاد لأنّه قيدٌ أضر بغيرها، كتلك التونسية المتزوجة بمغربي ثمّ استوطنا الجزائر وتحصلت مع أولادها على الجنسية الجزائرية ثم وقع الطلاق، فالقاضي مضطر لتطبيق القانون المغربي بحكم المادة 2/12 رغم أنها وأولادها جزائريون، ولا يمكن تطبيق المادة 13 لأنها لم تكن جزائرية حين الانعقاد.[1]

ورغم أن القانون يمنح الأم أولوية حضانة صغارها وفقا للمادة 64 أسرة، إلا أنها إذا كانت تحمل جنسية أجنبية فإن الأمر يختلف خشية سفرها بمحضونها إلى الخارج فتسقط حضانتها بسبب انعدام شرط تربية الولد على دين أبيه، كما أقرته العليا رقم 19287 بتاريخ 1979/4/16م حين رفضت تسليم المحضون لجدته الغير مسلمة، ونفسه في قرار 1989/12/25م مع أم يهودية طلبت حضانة ابنها، وفي قرار 1990/2/19 برقم 59013 **المجلة القضائية عدد 4 سنة 1991م ص. 11**: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه"، وفي آخر 1989/12/25 برقم 56597 **مجلة قضائية عدد 3 سنة 1991م،ص. 6**: "في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"، وخير مثال قضية "عبد الله" عامل جزائري بفرنسا تزوّج بفرنسية فأنجبت بنتا فعاد إلى الجزائر مع ابنته دون علم زوجته ورفع دعوى طلاق وحضانة، فقضت المحكمة بتاريخ 2009/6/5م بالطلاق وإسناد حضانة ابنته البالغة 5 سنوات إليه، واستصدرت زوجته بفرنسا حكمٌ بإسناد الحضانة إليها مع إلزام الزوج بالنفقة على ابنته، وفي مثل هذه الحالات يتجلى بحق مفهوم التنازع حيث اختص القانون الجزائري بحكم المادة 13 مدني واختص الفرنسي بحكم المادة 310 مدني، الأمر الذي حمل دولٌ على اللجوء إلى إبرام معاهدات ثنائية فرارا من هذه المعضلة، والحاصل أنّ القانون الجزائريّ يكيّفُ

[1] دربة التنازع ص.62 وخوادجية التنازع ص.225 ولعناني الحضانة ص. 67 وجندولي الانحلال ص. 34 وعليوش الواجب التطبيق ص. 143 وزروتي القضاء الجزائري في الزواج المختلط ص. 366

الحضانة في الزواج المختلط على أساس أنها من آثار الطلاق فيطبق عليها المادة 2/12 مدني إذا كان الزوجان أجنبيين؛ بمعنى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وإذا كان أحدهما جزائريا وقت الانعقاد طبق الجزائري بحكم المادة 13، واستقر الاجتهاد على منع الأم من الحضانة إذا كانت تسكن بالخارج، ولا يمنع إسنادها لها إذا كانت من أهل الكتاب شرط أن تسكن في الجزائر، ويتمّ تفضيل الولي الساكن في الجزائر شرط تربية المحضون على الإسلام.[1]

* **مصر:** اختلف نظر الفقه حول تكييف الحضانة، فقيل هي من الولاية على المال فيُحدد القانون الواجب التطبيق عليها بقانون الشخص الذي يجب حمايته كما في المادة 16 مدني، وقيل من آثار انعقاد الزواج بحكم أن المحضون نتج عن علاقة زواج، وهو ما قضت به محكمة ابتدائية اسكندرية 1952/2/26م **المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 سنة 1952م ص. 165**، انتقد بأنه لا يمكن الحديث عن الحضانة دون طلاق، وعليه كيّفها أكثر الفقه على أنّها من آثار انحلال الزواج يسري عليها قانون الزوج عند التلفظ وقانونه عند الرفع، والسبب في هذا الخلط هو عدم تصنيف ضابط للحضانة، وفي اجتهاد حديث قررت النقض 2008/9/10 رقم 57038 **مجلة المحكمة العليا 2008 عدد ص. 313** تسليم المحضون لأمه الساكنة في بلد غير مسلم والمكتسبة لجنسيته لكون ديانة الأم هي الإسلام، وكأن الصفة الدينية للحاضنة أغنت عن حق الأب في المراقبة وحرمته عمليا من الزيارة.[2]

* **المغرب:** رغم عدم تخصيص التشريع لضابط خاص بالحضانة إلا أنّ المعمول به هو إخضاعها للقانون الذي يطبق على آثار الزواج أي الوطني للزوجين، فإذا كان أحد الأطراف مغربيا سواء الأم المكلفة بالحضانة أو الأب المسئول عن الرعاية وأجرة الحضانة، أو المحضون فلا مجال إلا لتطبيق القانون المغربي انطلاقا من المادة 2 مدونة: "تسري أحكام هذه المدونة على جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى والعلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا"، ويمتنع القضاء عن تنفيذ أحكام خارجية بناء على حفظ حق المحضون في التربية على دين أبيه، كما في قرار استئناف وجدة 1993/11/17م الذي ألغى حكم ابتدائية بركان منح الصيغة التنفيذية لحكم صدر عن ابتدائية بروكسيل قضى بحضانة الأم البلجيكية لابنيها من مغربي، وحكمت محكمة ابتدائية بالعرائش 2006/7/18م بعدم منح الصيغة التنفيذية لحكم الابتدائية الكبرى بأورليان بفرنسا عدد 03/01033 بتاريخ 2005/5/12م القاضي بمنح الحضانة للفرنسية وعللته بمخالفة المادة 430 مدني مغربي والنظام العام المغربي.[3]

---

[1] زوروتي االدولي الخاص ص. 54 وسنينات النظام العام ص. 111 وامحمدي بوزينة آمنة الاجتهاد القضائي في الحضانة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية مج 56 ع 2 سنة 2019م ص. 58

[2] دربة التنازع ص. 60 وعماد إشوي تنازع القوانين ص. 210 وشيعان تنازع القوانين ص. 163 وزوروتي القضاء الجزائري في الزواج المختلط ص. 367 والمكي صلوح تنازع الحضانة ص. 175

[3] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 57 و78

* **فرنسا:** لم يخص الحضانة بقاعدة وجعلها من آثار الانحلال فيحكمها قانونه، وبعض فقهه يخضعها للقانون الشخصي للطفل باعتباره ما يحقق مصلحته، ويجب إخضاع التدابير التحفظية والمستعجلة لقانون القاضي، حيث عمل الاجتهاد برهة من الزمن بالتوجه القائل بإخضاع قضايا الحضانة لقانون جنسية الطفل، ثم تراجع وصار يطبق قانون موطن الطفل اعتبارا لمصلحته، وأشهر حالة عرضت عليه في هذا المجال ما يعرف بقضية **Dujaque** التي سبق الإشارة إليها.[1]

* **هولندا وبلجيكا:** أتيحت للقضاء الهولندي فرصة تطبيق القانون الهولندي بالاعتماد على الموطن الاعتيادي للقاصر الذي اعتبرته المحكمة متوافقا مع مصلحته، في حكم ابتدائي بأمستردام **(1982م)** حيث منحت فيه الحضانة للأم اعتمادا عليه، ونفس الاتجاه سلكه البلجيكي قرار استعجالي 50/102 عن ابتدائية بروكسيل 1991/2/15م قضى لفائدة المدعى عليها بحضانة ولديها بناء على قانون بلجيكا، حيث نلاحظ أن اجتهاد أوروبا يراعي ظروفه اعتمادا على الموطن رغم أنه لاتيني المرجع يرجح الجنسية عادة، بمعنى أنّ المصالح العليا للرعايا هي الغالبة بدل المبادئ العلمية المتوارثة.[2]

* **بريطانيا:** تركت مجال تحديد الواجب التطبيق على الحضانة إلى القاضي حسب المصلحة الملحة للمحضون، انتُقد لأنه يترك مجالا واسعا للقضاة الذين تتناقض أحكامهم بسبب عدم ضبطهم بقانون محدّد وواضح.[3]

* **القضاء السوفياتي:** أحال قانونه سابقا القانون الواجب على الحضانة على ما تقرر في تشريع جمهورياته الداخلة في إمبراطوريته، فكانت الجمهوريات التي تدين بالإسلام تقضي وفق أحكام الشريعة، والمسيحية تنظر إلى الحضانة على أساس أنها من آثار الطلاق، وقد دأب اجتهاد أوروبا على استبعاد الأجنبي إذا اشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون بسبب النظام العام، وهي أحد القضايا الشائكة التي تعترض قضاة جانبي المتوسط.[4]

والحاصل أنّ هناك دول لم تنص على ضابط الحضانة مثل الجزائر والمغرب ومصر وفرنسا، والإمارات التي نصت المادة 16 من قانونها المدني على ضابط الولاية بأنه قانون الشخص الذي تجب حمايته؛ لذا قد يلجأ القاضي الإماراتي إلى اعتماده في ضبط الحضانة، فيما نصت عليه المادة 43 الخاص الكويتي: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس والحضانة" والمادة 20 مدني قطري، والفصل 50 دولي خاص تونسي: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"، والمادة 4/19 مدني عراقي على جنسية الأب عملا بتكييفها على

---

[1] سامي بديع القانون الدولي الخاص ص. 349 ودربة أمين قواعد التنازع ص. 61
[2] خالد بوعروس الزواج المختلط ص. 76
[3] فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش تنازع القوانين في الحضانة ص. 167
[4] فراس شيعان ونغيمش تنازع الحضانة ص. 167 ومسعودي التنازع ص. 252

أساس أنها من الحقوق المتبادلة بين الآباء والأبناء كما هو اجتهاد فرنسا في قضية **Dujaque**، ويُغلب اجتهاد العراق الموطن الداخلي على الأجنبي كما في التمييز رقم 1990يوم 1970/11/30م أنّ الجدّ لأب أولى بحضانة الصغيرة من الأم الأجنبية التي لا تقيم بالعراق وهو تكريس لمبدأ الوطنية.[1]

المطلب الثالث: المعاهدات الدولية الخاصة بقضايا الحضانة

تجنبا للنزاعات القضائية والقانونية والدبلوماسية الناتجة عن حضانة الطلاق المختلط تلجأ الدول المعاصرة إلى أسلوب المعاهدات الثنائية لحلّ المعضلات بطرق ودّية، لأنّ الاختلاف فيها له آثار سياسية جدية يحصل بسببها توتر في العلاقات الدولية، وهذه المعاهدات قد تكون ثنائية بين دولتين أو دولية متعددة، وأول اتفاقية متعددة هي معاهدة لاهاي بتاريخ 1961/10/5م متعلقة بحماية القصر دخلت حيّز التنفيذ 1969/2/4م، تمّ الاتفاق فيها على إخضاع الحضانة لقانون موطن المحضون باعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بغيره، ثم جاءت معاهدة لوكسمبورغ 1980/5/20م متعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ أحكام الحضانة، ثم اتفاقية لاهاي بتاريخ 1980/10/25م لمعالجة المسائل المدنية لحالات خطف الأطفال خارج الحدود، والتي لقيت نجاحا كبيرا إذ صادق عليها إلى غاية سنة 1988م حوالي 49 دولة، تلتها اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل المبرمة 1989م، ثمّ أُبرمت معاهدة لاهاي سنة 1996م تتعلّق بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال، فذكرت المادة 2/3 منها أحكام الحضانة التي تشمل العناية بشخص الطفل وكل ما يتعلق بتجديد مقر إقامته وحق الزيارة واهتمت بمصلحته الفضلى، وتماشيا مع المعمول به في الدول الغربية حاولت ربط القانون الواجب التطبيق بموطن الطفل ظنا منها أنه ما يُحقق العدل، وهو توجه يعكس إيديولوجية القائمين عليها الذين ينتمي أغلبهم إلى المدرسة الأنجلوسكسونية.[2]

والحق أنّ إيجابيات المعاهدات الثنائية أكبر مما يمكن أن نجنيه من الدولية، بحكم أن الدولة في الثنائية تستطيع التفاوض بجدّ وعزم ومراعاة مصالح مواطنيها، خلافا للدولية التي يحررها خبراء قد لا تكون الدولة لها فيهم نصيب، فلا يبقى لها سوى الموافقة أو التحفظ وهو ما يُقيّد من قدرتها على المناورة ومراعاة مصالحها القومية، خاصة أنّ أغلب الاتفاقيات الدولية تكون الكلمة الأخيرة فيها لخبراء الدول العظمى في منظمة الأمم المتحدة الذين يحملون حساسية مفرطة تجاه مبادئ الشريعة، لهذا لجأت دول إسلامية إلى عقد اتفاقيات ثنائية في موضوع الحضانة مع دول يكثر مع رعاياها الزواج المختلط، كاتفاقية الجزائر وفرنسا المتعلقة بالحضانة

---

[1] إشوي التنازع ص. 210 وغالي كحلة إشكالات الحضانة ص. 161 وفراس شيعان ونعمة نغيمش تنازع الحضانة ص. 165 وأوصالح وبلعلى جيلالي الواجب التطبيق على الانحلال ص. 22

[2] دربة التنازع ص. 62 وجندولي الانحلال ص. 40 ومسعودي التنازعن ص. 249 وعماد إشوي تنازع الحضانة ص. 209 وفراس شيعان وحسين نغيمش تنازع القوانين في الحضانة ص. 161

1988/6/21م، وتلك المبرمة بين المغرب وإسبانيا للحضانة 1997/5/30م، وبين المغرب وفرنسا المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة المؤرخة 1981/8/10م، حيث يُعتبر الاتفاق الثنائي خير سبيل يؤدي إلى حلّ نزاعات الحضانة وتجنب القلائل السياسية، بيد أنه يلاحظ بكل أسف انعدامها بين الدول المغاربية رغم كثرة الزيجات المختلطة بينها، ورغم انتمائها لأصل قانوني واحد متمثل في الدين الإسلامي والمذهب المالكي، ولم نجد رغم الارتباط بين شعوبها سوى اتفاقية بين المغرب مع كل من مصر وموريتانيا، فنتج عن هذا الإهمال عدم توحيد الحلول الخاصة بآثار الطلاق من حضانة وتعويض وعدة وغيرها، كما نأسف لأن المعاهدات التي تعقدها دولنا مع دول أوروبية تكون فيها مصالح دول أوربا راجحة نتيجة ضعف الإدارة العربية، وتأثر المفاوض العربي وتعالي الغربي بسبب عقدة تقليد المغلوب للغالب.[1]

* **معاهدة الجزائر وفرنسا:** بسبب كثرة الزيجات بين الجزائريين والفرنسيات أبرمت معاهدة بين الجزائر وفرنسا متعلقة بأطفال الزواج المختلط برقم 144/88 بالجزائر بتاريخ 1988/8/21م فيها 14 مادة، وكان الدافع لإبرامها كثرة المشاكل بين الآباء الجزائريين والأمهات الفرنسيات المتعلقة بالحضانة والزيارة، والهدف المرجو منها هو حماية الطفل المحضون وحرية تنقله بين البلدين، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة والزيارة، وقيل أن سببها ما وقع للطفل "سليم معمري" الذي توجه إلى فرنسا لزيارة أمه ثم رفض العودة إلى الجزائر؛ ما أثار جدلا سياسيا وإعلاميا كبيرا في البلدين، وتضمنت الاتفاقية بعض المبادئ كتنظيم حق الزيارة في المادة 2، وجعل الأحكام القضائية التي تصدر في البلدين بمثابة رخصة تنقل، ووضع أسس تفادي اختطاف الأطفال من طرف أوليائهم، وأكدت المادة 7 على أهمية اعتبار مصلحة الطفل ولو اقتضى الأمر تجريم تصرفات أحد الوالدين باختطافه، وأوجبت البحث عن مكان الطفل وتقديم المعلومات للطرف الثاني، وتسهيل الحلول الودية وتنظيم حق الزيارة وتسليم الطفل إذا صدر حكم، ورغم ما يبدو فيها من إيجابيات إلا أن القضاء الفرنسي لا يسمح بحق الزيارة للأب الجزائري إلا إذا كان يقطن بفرنسا ويتشدد معه إذا استوطنها، فيطلب منه إيداع جواز سفره لدى المحكمة وغيرها من الوسائل المتزمتة، ومؤخرا بدأت هذه الشدة من قبله في التساهل ببطء شديد.[2]

وانتُقدت الاتفاقية لإهمالها جوانب مهمة من مصلحة المحضون والوالد، فهي تميل بإفراط إلى كفّة الزوجة الفرنسية على حساب الزوج الجزائري، ولم تحدّد حق الزيارة بوضوح ولا حقّ استضافة المحضون في الجزائر، ومنعت التعليل لأمور مهمة في قانون الجزائر ما حمل البعض على اعتبارها منحازة انحيازا كاملا لقانون

[1] طيب زروتي دراسات في القانون الدولي الخاص ج. 2 ص. 34

[2] دربة التنازع ص. 63 وإشوي تنازع الحضانة ص. 206 ولعناني الحضانة ص. 52 وسنينات النظام العام ص. 113 وغالي كحلة إشكالات الحضانة الطلاق المختلط مج القانون عدد 9 سنة 2017م ص. 149

فرنسا،[1] فقد منحت أهمية لحق الأم في الحضانة اعتمادا على شريعة المسلمين رغم أن المشرع الفرنسي لا يعطي للفرنسيات هذا الحق وإنّما يُخضعها لسلطة القاضي، ولما كانت أكثر الزيجات بين الجزائر وفرنسا تكون فيها الأم فرنسية أخذ المفاوض الفرنسي بهذا المبدأ الإسلامي المحض حفاظا على مصلحة مواطنيه من النساء، وليس ذلك إلا حيلة قانونية كان يجب على المفاوض الجزائري التنبه لها،[2] خاصة أنها منحت الاختصاص للموطن وهو ميل آخر للطرف الفرنسي إذا علمنا أن أكثر الزيجات المقصودة بهذه الاتفاقية يكون موطنها بفرنسا، وبالتالي يكون مآل قضايا التنازع فيها بين جزائري وفرنسية أن يحكمها القضاء الفرنسي المعروف بانحيازه الشديد إلى جانب الأم الفرنسية، لهذا ينبغي إعادة النظر في قواعدها؛ خاصة أنه تم التوقيع عليها قبل أكثر من 30 سنة **(1988م)** على أنّ تكون المراجعة بما يحفظ مصلحة المحضون لا الأم الفرنسية، فقد وُجدت حالات وقع فيها اختطاف محضون من طرف أم فرنسية وامتنع القضاء الفرنسي عن الاستجابة للأب الجزائري رغم أن القانون والاتفاقية كانا في صفه، مثل قضية البنت "صبرينة" التي طرق فيها الأب الجزائري "رمضان وتقي" جميع أبواب سلطات فرنسا دون جدوى، وبلغ به الأمر الاستنجاد بالبرلمان الأوروبي، حيث وقعت القضية سنة 1994م بعد 6 سنوات من إمضاء الاتفاقية، وتفاصيلها في الشروق اليومي 2012/8/2م.[3]

* **معاهدات:** لم تقتصر فرنسا على التعاهد مع الجزائر فأبرمت قبلها اتفاقية مع المغرب بتاريخ 1981/8/13م وتونس بتاريخ 1982/3/18م، وتتعلق اتفاقية المغرب بحالة الأشخاص والأسرة ذُكرت فيها الحضانة من الفصل 15 إلى 25، هو اتفاق ظاهره اعتدال غير أن أغلب الزيجات المختلطة المنظور فيها تكون فيها الأم فرنسية تأخذ كلّ الحقوق لأن موطنها بفرنسا ويكون القضاء الفرنسي هو المخوّل، وهو معروف بتفضيله لقانونه ومواطنيه على حساب حقوق الأجانب، والعجب أن نفس الحيل تنطلي على المفاوض العربي، كأنه يرضخ لمطالب فرنسا ويذعن لها بحكم النقص النفسي الذي يشعر به، وقام المغرب بإبرام معاهدة ثنائية مع إسبانيا 1997/5/30م بمدريد **نُشرت في الجريد الرسمية عدد 4700 المؤرخة 1999/6/17م ص. 1544**، وأخرى مع مصر 1998/5/27م، وأنشأت مصرُ لجنة للتعاون في المجال الشخصي فأبرمت معاهدة مع أستراليا بشأن احترام حقوق الطفل بحكم التواجد الكبير للجالية

---

[1] موضوع الاتفاقية لطفل الناتج عن زواج شرعي، مانعة دخول الأطفال الطبيعيين من علاقات خارج إطار الزواج، والأطفال المتبنين، واعتبره البعض تنازلا من المفاوض الفرنسي للجزائري، لكون التبني وإلحاق الولد ممنوع في تشريع الجزائر، غالي كحلة إشكالات الحضانة من طلاق مختلط ص. 151

[2] قصة صفية 8 سنوات كانت في وهران عند عائلتها "بلحوسين"، تسلمها أبوها الفرنسي "جاك شاربوك" بعد معركة قضائية، اجتهد في تعميدها وتغيير ديانتها بمجرد وصولها لفرنسا، وأصدرت الرئاسة في عهدة ساركوزي بيانا أكدت فيه سعادتها بالعودة، وأن الرئيس ظل يتابع القضية عن كثب، ورئيس الجمهورية الجزائري تدخل بنفسه لحل المشكل، الشروق اليومي 2009/7/1م وموقع العربية.نت ليوم 2009/7/5م

[3] كربال الحضانة ص. 80 وإشوي تنازع الحضانة ص. 206 ولعناني نزاعات الحضانة ص. 54 وغالي إشكالات الحضانة طلاق مختلط ص. 156 وامحمدي بوزينة الاجتهاد في مسائل الحضانة ص. 57

المصرية بأستراليا تم توقيعها في القاهرة سنة 2000م، ولوحظ فيها تغليب مصالح دول أوروبا في مضامينها ومصلحة الطفل على مصلحة الوالدين أو المبادئ الدينية ثم مصلحة الأم الأوروبية؛ لأن أكثر الزيجات تكون فيها الأم إما فرنسية أو إسبانية بحكم هجرة الرجال دون النساء، ويُعقد فيها الاختصاص للقانون الأوروبي بسبب ربطه بالموطن لأن هذه الزيجات يكون موطنها غالبا في أوروبا، ومعروف أيضا أن القانون الأوروبي يأخذ على العموم بالمصلحة المادية للمحضون دون المعنوية المرتبطة بدينه وأخلاقه وحاجاته النفسية، وجدير بمفاوض دول الإسلام الاجتهاد في تحسين مواقفه من قضايا الهوية ومراعاة الجوانب الدينية أثناء المفاوضات.[1]

المبحث الرابع: توفير السكن للمحضون في الطلاق المختلط

تمهيد

السكنُ مشتق من فعل سَكَنَ أي قرّ واطمأنّ وانقطع عن الحركة، والسكينة الوقار والطمأنينة والمهابة والمسكن والسكينة مشتقان من أصل واحد فإذا لم يكن مسكن فلا سكينة، وسَكَنَ الشيءُ يَسْكُنُ سُكوناً إِذَا ذَهَبَتْ حَرَكَتُهُ وأَسْكَنه هو وسَكَّنه غَيْرُهُ تَسْكينٌ والسَّكَن سُكْنَى الرَّجُلِ فِي الدَّارِ، يُقَالُ لَكَ فِيهَا سَكَنٌ أَي سُكْنَى والسَّكَنُ والمسْكَنُ والمسْكِنُ بفتح الكاف وكسرها هو الْمَنْزِلُ وَالْبَيْتُ،[2] قال تعالى **"وَلَنُسْكِنَنَّكُمُ الأَرْضَ مِنْ بَعْدِهِم"** (ابراهيم 14) وقال **"يَا أَيّهَا النّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُم"** (النمل 18) وقال **"وَأَوْحَى رَبّكَ إِلَى النّحْلِ أَنْ اتّخِذِي مِنَ الجِبَالِ بُيُوتًا"**، (النحل 68) يُعرّف بأنه: "كلّ مكان يُستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة سواء كان لساكنه أو مستأجرا له أو يُقيم فيه مجانا"،[3] وعرّفته المادة 355 عقوبات جزائري رقم **66-156** مؤرخ **18** صفر **1386** موافق **1966/6/8**م: "يُعد منزلا مسكونا كلّ مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك، ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك، وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها، حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي"، وهو تعريف قانوني فيه توسّع يُراد به حماية المساكن من الانتهاك؛ لأنّه من أهمّ ضرورات الحياة لما فيها من الإحساس بالأمن والأمان وراحة البال وهو ضروري لنموّ الطفل، في الحديث: "مَنْ أَصْبَحَ مِنْكُمْ مُعَافًى فِي جَسَدِهِ آمِنًا فِي سِرْبِهِ عِنْدَهُ قُوتُ يَوْمِهِ فَكَأَنَّمَا حِيزَتْ لَهُ الدُّنْيَا"،[4] ومسكن الحاضنة هو المخصّص لممارسة الحضانة أو الذي يعده المطلّق لإقامة مطلقته وأولاده،[5] والمقرّر أنّ الوالد ملزم بتوفير سكن لأهله أثناء الزواج لأنه داخل في واجباته تجاه من يعول لقوله **"وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"**، (النساء 34) أما بعد الفرقة وانتقال الأولاد للعيش مع أمهم فهل

---

[1] جندولي الانحلال ص. 40 وإشوي تنازع الحضانة ص. 208 ومسعودي التنازع ص. 243
[2] ابن منظور لسان العرب ج. 13 ص. 211
[3] لعناني نزاعات الحضانة ص. 50
[4] ابن ماجه 4141 والترمذي 2346 وابن حبان 671 الألباني الصحيحة رقم 2318 حسن لغيره
[5] لمطاعي مسكن الحاضنة ص. 29

يُلزم الأب بتوفير سكن لأولاده أم تلزم الحاضنة وإلا سقطت حضانتها لعدم القدرة؟ قسمنا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: توفير السكن في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: توفير السكن في القانون والقضاء

المطلب الأول: توفير السكن في الفقه الإسلامي

اختلف أهل الشرع حول توفير السكن للمحضون من قبل وليّه على أربعة مذاهب: **الأول** الحنفية: تجب للحاضنة السكنى إذا لم يكن لها مسكن، **الثاني** المالكية: يجب مناصفة بين الوالد والحاضنة، **الثالث** يجب على الوالد يُنسب لبعض الحنفية وفي المدونة قُلْتُ: "أَرَأَيْتَ الْمُطَلَّقَةَ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَيَلْزَمُهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ أَمْ لَا؟ قَالَ مَالِكٌ السُّكْنَى تَلْزَمُهُ لَهُنَّ كُلِّهِنَّ"، **الرابع** بعض المالكية لا يجب عليه ويلزم الحاضنة توفيره وإلا سقطت حضانتها، وأساس الخلاف هو تكييف الحضانة هل هي حقّ للمحضون أم للحاضنة؟ فمن قال حق للحاضنة لم يوجبه لأنه لا يستقيم أن يكون من حقها التكفل بالمحضون وتؤويه إليها ثم يجب لها حق آخر، ومن قال للمحضون أوجب السكنى والنفقة أجرة لحضانته.[1]

حجة من أوجبه: هو داخل في النفقة الواجبة والحاضنة تسكن فيه على جهة التبع لا الأصل وينتهي الوجوب بانتهاء حضانتها، والسكن داخل في النفقة الواجبة مع الطعام والكسوة لقوله **"فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَى"، (طه 117)** قال القرطبي: "أَعْلَمَنَا فِيها أَنَّ النَّفَقَةَ الَّتِي تَجِبُ لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ: الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ وَالْكِسْوَةُ وَالْمَسْكَنُ"، ويجب الإسكان في الزواج وبعد الطلاق للنص على إسكان الرجعية بقوله **"لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ" (الطلاق 1)** وقوله **"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"، (الطلاق 6)** **واحتج من جعله مناصفة:** يجب على الأب حفظ أولاده والحاضنة أخذت مسؤولية الحضانة وخرجت من نفقته وصارت أجنبية فيجب عليها المساهمة، ومن قال الثلثين اعتبر الدخل، **وحجة من لم يوجبه:** الحاضنة تحملت الحضانة فيجب عليها إسكانه، وليس على الأب إلا الطعام والكسوة لقوله **"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"، (البقرة 233)** ولحديث: "تُطْعِمُهَا إِذَا أَكَلْتَ وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ"،[2] ولحديث: "لهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"،[3] ذكر فيه الواجب في النفقة الزوجية ولم يذكر الإسكان.[4]

الترجيح الظاهر وجوب توفير السكن على وليّ المحضون شرط ألّا تملك الحاضنة سكنا.

---

[1] المدونة 48/2 والزرقاني لخليل 486/4 والرعيني المواهب 220/4 والرجراجي مناهج التحصيل تح الدمياطي دار ابن حزم ط 1، 2007 149/4 وعليش المنح 432/4 والخرشي 219/4 ورسائل ابن عابدين 562/3 وابن رشد البيان والتحصيل 90/11 وابن رشد المقدمات الممهدات 570/1

[2] رواه أحمد برقم 20011 قال الأرنؤوط: حسن، ورواه أبو داود رقم 2142 قال الألباني: صحيح.

[3] رواه مسلم باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 1218

[4] القرطبي 253/11 وابن رشد البداية 77/3 والحجاوي الإقناع ت السبكي دار المعرفة 136/4 والزرقاني لخليل 486/4 والخن الفقه المنهجي 169/4 وحميدو المصلحة ص. 120 وكربال الحضانة ص. 59

* **أثر اختلاف الدين على توفير سكن المحضون:** لا يوجد في شريعة الإسلام فرق في تحصيل الحقوق بين أن تكون زوجة المسلم مسلمة أو كتابية، ولأنّ الشافعية والحنبلية لا يقرون إسناد الحضانة إلى كتابية؛ فلا حديث عن توفير سكن لمحضونها عندهم، ونصّ مالك في المدونة على وجوب توفيره لها فقد سئل ابن القاسم: "أَرَأَيْتَ النَّصْرَانِيَّةَ تَحْتَ الْمُسْلِمِ هَلْ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا إذَا طَلَّقَهَا السُّكْنَى مِثْلَ مَا يَكُونُ عَلَيْهِ فِي الْمُسْلِمَةِ الْحُرَّةِ؟ قَالَ "نَعَمْ وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ"،[1] كما أجاز الحنفية حضانة غير المسلمة ولا نعرف عنهم التفريق في الحقوق بين مسلمة وكتابية، فيُخرّج عليه أنه إذا حكم القاضي بإسناد الحضانة للكتابية ولم يكن لها مسكن فإنه يلزم الأب بتوفير، فما رجحناه في حالة المسلمة هو المرجح في حالة أُسندت الحضانة لأمّ كتابية.

المطلب الثاني: توفير السكن في القانون والقضاء

يميل المشرّع في دول الإسلام على إيجاب السكن للمحضون، حيث تطوّر ذلك تدريجيا مع تطور النظام القضائي والقانوني، وقد تقرّر إيجابه للأم الحاضنة دون سواها فلا يحق اتفاقا لجدة حاضنة اشتراطه من أب المحضون، والهدف هو حماية المحضون من التشرّد بعد الطلاق وليُضمن له مستوى معيشي مقبول؛ كما ذكرت الجزائر عند بيان أسباب تشريع المادة 72 أسرة.[2]

* **الجزائر:** مرّ تشريعها بمراحل: بعد الاستقلال، كان الاعتماد على اجتهاد المحكمة العليا أو مصادر الاحتياط من شريعة وعرف، ثمّ بعد المدني سنة 1975 أين أدرجت المادة 2/467: "في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار، باعتبار التكاليف من أجل حضانة الأولاد"، وبعد تقنين الأسرة 1984م تم توحيد الأحكام المنظمة للمسائل الشخصية وأدرجت المادة 2/52: "إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، وقد انتقدت لتعارضها مع مضمون المادة 72 القديمة في نفس القانون وفيها توفير سكن أو أجرة مسكن للمحضون من قبل الأب بإطلاق؛ ما يتعارض مع شروط المادة 52، ثم بسبب التعبير بلفظة "محضونيها" الذي يوحي بأن الزوجة الحاضنة لولد واحد ليس لها حق السكن، فاحتاجت إلى تفسير قضائي عالي بقرار 112705 تاريخ 1994/11/29م: لا يشترط لاستحقاق السكن أن يكون عدد المحضونين أكثر من واحد"، وأخيرا بعد تعديل سنة 2005م استدرك المشرع التناقضات التي كانت في قانون 1984م فألغى الفقرة الثانية من المادة 52 وقام بتعديل المادة 72: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، فأزال به التناقضات وتمّ اختيار المذهب الفقهي الملزم بتوفير السكن، وتوفيره وبدل الإيجار ليس على الخيار بل على البدل أي يؤمر الزوج أولا بتوفير سكن ملائم فإن لم يقدر أُمر بتوفير بدل للإيجار، وهو ما أقرته

[1] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 48

[2] لمطاعي صبيحة مختار مسكن الحاضنة في القانون الجزائري دكتوراه الجزائر 1 سنة 2015م ص. 20

العليا 2010/9/16م برقم 566381 **المنشور في المجلة القضائية 2010 عدد 02 ص. 268**، أما مقدار بدل الإيجار فيخضع لسلطة القاضي باعتباره من الوقائع، وأيدت اجتهادات عليا المذهب الفقهي القائل بأن السكن داخل في النفقة الواجبة على الأولاد كقرار بتاريخ 1998/7/21م برقم 197739 **نشرة القضاة 1999 عدد 56 ص.** 37: "أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك"، ونفسه في قرار رقم 105366 المؤرخ 1993/4/27م وآخر برقم 24148 المؤرخ 1980/12/2م.[1]

ونصت المادة 72 أن الحاضنة تبقى في البيت الزوجية حتى تنفيذ حكم الإسكان، وقد انتقدت بأنّ وجود المطلق والمطلقة في نفس المكان بعد انتهاء العلاقة قد ينتج عنه شقاق وتناحر؛ تفقد الأسرة بسببهما الاحترام الواجب تبادله بين المطلقين أمام أطفالهما، وقد يتوسع ليشمل الأبناء حين يحاول كل طرف تجنيدهم لصالحه ما ينتج عنه عواقب وخيمة، فيفقد المحضون القدوة التي يتعلم منها القيم والسلوك الحميد، فيلجأ إلى البحث عن قرين لهذه القدوة غير كفء من خارج البيت، وعليه تكون القاعدة غير عملية في هذه الجزئية ويصعب تنفيذها، وقد يكون من وضَعَها استوحاها من الأمر الرباني بعدم إخراج المطلقات من بيوتهن أثناء العدة غير أن التوفيق قد خانه، وفي إطار حماية الحاضنة والمحضون اجتهد المشرع فأدرج في تعديل 2005م المادة 57 مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما مات علق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن"، ومن خلال النظر في مجمل ما ورد في مجال إيجاب مسكن للحاضنة فإنه يشترط للحكم به أن تكون الحاضنة هي أم المحضون طليقة المحكوم عليه بالسكن، ويصدر حكم بإسناد الحضانة إليها وتكون مقيمة بالجزائر وليس بالخارج، بذا صدر قرار عال 2014/1/16م لم يوجب بدل إيجار لحاضنة تسكن بأمريكا، ونفسه قرار بتاريخ 2011/5/12م يحمل رقم 622754 حيث أيّد حكم المجلس في عدم إيجاب بدل الإيجار لحاضنة تسكن بفرنسا، وفي الفصل 56 مجلة تونسية: "إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون"، وهذا الاختيار موافق لما قمنا بترجيحه لذلك نراه موفقا إلى حدّ بعيد، وفي المادة 168 مدونة المغرب "تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما".[2]

* **مشروع تقنين الشريعة الإسلامية لسنة 1907م:** أبدى حرصه على مصلحة المحضون بخصوص توفير السكن في المادة 1/115: "لا تنطوي الحضانة في حد ذاتها بالنسبة للحاضن التزام تلبية السكن والغذاء للمحضون وللحاضن إذا لم

---

[1] مطروح الاجتهاد ص. 400 وكربال الحضانة ص. 64 ولعناني نزاعات الحضانة ص. 166 وحداد حق الطفل ص. 170 ولمطاعي مسكن الحاضنة ص. 55

[2] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 139 ولمطاعي مسكن الحاضنة ص. 76 و100

يكن ملزما شخصيا بالنفقة بسبب قرابته مع المحضون"، وبيّنت المادتان 102 و 104أن الأب هو الملزم بتلبية الغذاء والملبس والمسكن لولده ثم نصت المادة 117: "التكاليف الضرورية للإنفاق على الولد تسدد قبل أي دين آخر".[1]

* **ملاءمة السكن:** يجب أن يكون مناسبا ومستقلا لا يشارك فيه غير المحضون، عبّر عنه المشرع الجزائري بالملاءمة في المادة 72 أسرة، وفي قرار 692938 تاريخ 2012/9/13م: السكن الذي وفّره الأب عبارة عن ملحق بمكتبه مساحته (20 متر²) ليس ملائما، وفي قرار 2013/1/10م برقم 722151: إيجار سكن للحاضنة بعيدا عن أهلها ليس ملائما، وبتاريخ 2013/3/14م برقم 729230 مجلة المحكمة العليا العدد 2 سنة 2013م ص. 276 أنّ الملاءمة في السكن واجبة.[2]

* **قيمة بدل الإيجار:** تركت أكثر القوانين تحديد بدل الإيجار لسلطة القاضي الذي يجب عليه مراعاة مجموعة من العوامل، كالحالة المادية للأب وموقع السكن والمستوى المعيشي للعائلة وزمن استحقاق الأجرة وعدد المحضونين وغيرها من الظروف والأعراف.[3]

* **أثر اختلاف الجنسية على السكن:** إذا رُفعت قضية سكن من زوجين أجنبيين أمام القضاء الوطني يكيّفها القاضي وجوبا وفق القانون الوطني، وهو أحد آثار الحضانة التي هي من آثار انحلال الزواج، كما هو مقرر في معظم التشريعات والاجتهادات، وعليه سيعود إلى قواعد إسناده بعد التكييف أنها من آثار الانحلال، وفي قانون الجزائر إذا كان أحدهما جزائريا وقت انعقاد الزواج فسوف يطبق قانون الجزائر بحكم المادة 13 مدني، أي المادة 72 قانون أسرة بتوفير سكن ملائم للمحضون والحاضن، وإن تعذر فعليه دفع مقابل الإيجار حتى لو كانت الزوجة أجنبية شرط أن تسكن الجزائر لا خارجها، وقد استقر القضاء على عدم منح الحضانة لمن يسكن خارج البلاد فلا يُطرح هذا الإشكال، وحينها سيأمره القاضي بتوفير سكن لمحضونه وطليقته الأجنبية داخل التراب الوطني، أما إذا كانا أجنبيين فالقاضي ملزم بتطبيق المادة 2/12 قانون مدني القاضية بتحكيم قانون الزوج وقت رفع الدعوى، فإذا كان الزوج فرنسيا طبق الفرنسي وهكذا، وللقاضي دفع القانون الأجنبي بالنظام العام إذا بدا له أن مضمونه يخل بأركان التشريع الوطني.

---

[1] زكية حميدو مصلحة المحضون ص. 135

[2] لعناني نزاعات الحضانة ص. 172 ولمطاعي مسكن الحاضنة ص. 143

[3] لعناني أميرة نزاعات الحضانة ص. 175

الفصل الثاني: التعويض في انحلال الزواج المختلط

توطئة

يتحمل الزوج مسؤولية أسرته في الإسلام لقوله **"الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ... وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِم"**، (النساء 34) ما يُعرف تحت مصطلح "القوامة"، وهي ليست بسلطان مطلق أو طغيان جارف يحق من خلالها للرجل فعل ما يشاء، وإنّما مجرد قيادة حكيمة وتحمل لأعباء مالية ونفسية، لأنّ كلّ تنظيم جماعيّ يحتاج لقيّم،[1] وهي ليست وليدة العهد الإسلامي بل قديمة قدم البشرية لقوله **"فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَى"**، (طه 117) قال القرطبي: "لَمَّا كَانَ الْكَادَّ عَلَيْهَا وَالْكَاسِبَ لَهَا كَانَ بِالشَّقَاءِ أَخَصُّ"،[2] وربّما حملت بين طياتها قليلا من حظ النفس ونشوة القرار وتنفيذ السياسات، لكن عليها في المقابل تبعات كتحمّل أعباء الكسب وجلب الموارد، ومتى استعمل حقّ الطلاق دفع تعويضا عن حقها في البقاء، نبحثه مع أثر دخول اختلاف الدين والجنسية:

المبحث الأول: النفقة والمتعة في الشرع والقانون
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي
المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين والجنسية على تعويض الطلاق

المبحث الأول: نفقة الطلاق ومُتعته

تمهيد

منح الإسلامُ الزوجة حُقوقا بموجب زواجها أهمها الحقوق المالية التي يمكن تقويمها بالعقد، والتي تنشأ بسبب علاقة الزواج، وهي على نوعين: ما يتصل بالنكاح كالمهر ونفقة الزواج والسكن، ثم ما يرتبط بالفرقة كنفقة العدة والمتعة والميراث، كما منح لها حقوقا غير مالية كحسن العشرة والمعاملة، والذّي يهمّنا هنا حقوقها المالية المرتبطة بفراق زوجها،[3] حيث تنحصر نفقات الزوج عند الطلاق الانفرادي في أربع: الإهمال والعدة بأنواعها والمتعة والتعويض حال التعسف، وزاد البعض المهر المؤجل لكنّه أقرب لآثار الزواج؛ لأنّه دينٌ على عاتق الزوج يجب عند الفراق، وهذه مطالب المبحث:

المطلب الأول: تعريف نفقة الطلاق وأنواعها
المطلب الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للطلاق (طبيعته)
المطلب الثالث: متعة الطلاق

---

[1] الْقِوَامَةُ مِنْ قَامَ عَلَى الشَّيْءِ يَقُومُ قِيَامًا أَيْ حَافَظَ عَلَيْهِ وَرَاعَى مَصَالِحَهُ، والْقَيِّمُ من يَقُومُ عَلَى شَأْنٍ وَيُصْلِحُهُ، وَالْقِوَامُ لِلْمُبَالَغَةِ مِنَ الْقِيَامِ عَلَى الشَّيْءِ وَالِاسْتِبْدَادِ بِالنَّظَرِ فِيهِ، سببها فطري لكمال الدين والعقل لحديث: "مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ" البخاري 304 ومسلم 79، وكسبي للإنفاق **"بِمَا أَنْفَقُوا"** الموسوعة الكويتية 75/34، والزحيلي الفقه 6853/9 والكاساني البدائع 16/4 والكراني القوامة دار القاسم ط1، 2010م ص. 26 والكربي القوامة ماجستير قطر 2017م ص.31.

[2] تفسير القرطبي ج. 11 ص. 253 والشربيني مغني المحتاج ج. 5 ص. 151

[3] محمد يعقوب الدهلوي حقوق المرأة الزوجية طبعة دار الفضيلة ط 1، 2002م ص. 59

المطلب الأول: تعريف نفقة الطلاق وأنواعها

بين يدي المطلب تجب على الزوج أربع نفقات: نفقة القريب المعسر من ولد وأصل ورحم، ونفقة ملكية للخدم والرقيق والحيوان، ونفقة الزوجة أثناء الزوجية، ونفقة الفرقة،[1] وكلّها تنعدم في القانون الغربي؛ لأنّ فلسفة الإسلام تحمل على تقنين مبادئ في العلاقات البينية مثل القوامة والعصمة والطاعة في مقابل التبعات المالية، نبحث نفقة الطلاق وأنواعها ثم ذمّة الزوجة المالية أثناء الزواج.

الفرع الأول: نفقة الزواج والطلاق

النفقة من النفوق لاستهلاكها في مقتضيات الحياة، ونَفِقَ مالُه ودِرْهَمُه كفرِح نَفْقاً ونَفَاقاً نَفِد وفَنِيَ وذهَب، أو نقَص وقلّ فرُغِب فِيهِ وراجَ، ونفقت الدابة إذا هلكت ونفق الشيء إذا فنيَ، كقوله **"لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الإِنْفَاقِ"**، (الإسراء 100)[2] وهي في الاصطلاح نوعان: نفقة أثناء الزواج عرّفها **الحنفية**: "بالإدرار على الشيء بما به بقاؤه"، و**المالكية**: "مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ حَالِ الْآدَمِي دون سرف"، و**الشافعية**: "ما يحتاجه الإنسان من طعام وشراب وكسوة ومسكن"، و**الحنابلة**: "كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة ومسكنا وتوابعها"، فهي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته، وسُميّ المال الخارج نفقة لما فيه من نفوق، والثاني: نفقة الطلاق أي المال المستحق على الزوج مقابل طلاقه، وما يجب من المال أثناء العدة بعد الطلاق ومقابله، وما يَجِبُ دَفْعُهُ للزوجة المُفَارِقَةِ فِي الْحَيَاةِ بِطَلَاقٍ وَمَا فِي مَعْنَاهُ.[3]

* **مشروعيتها:** اتفقوا على وجوب نفقة الزوج على زوجته خلال الزوجية سواء كانت فقيرة أو غنية، حيث نقل الإجماع عليه ابن رشد والزركشي والكاساني والروياني،[4] لقوله **"وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِم"**، (النساء 34) هي قطعية الثبوت والدلالة، وقوله **"وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالمَعْرُوفِ"**، (البقرة 233) ولحديث: "لهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"،[5] و حديث: "تُطْعِمُهَا إِذَا أَكَلْتَ وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ"،[6] وحديث: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ".[7]

* **نفقة الزواج في القانون:** أوجبت قوانين العرب على الزوج الإنفاق على زوجته أثناء قيام الزوجية، كالمادة 74 أسرة جزائري: "تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة"، والمادة 1 أحوال مصري: "تجب النفقة للزوجة على زوجها"، والمادة 35 الأردني والمادة 72 السوري والمادة 57 القطري

---

[1] نوال العيد حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية ط الواحات ط 1، 2006م ص. 513

[2] الزبيدي تاج العروس من جواهر القاموس 431/26 والجرجاني التعريفات 708/1

[3] العيني البناية 659/5 والشربيني المغني 398/4 والرصاع شرح الحدود ص. 227 والحجاوي الإقناع 136/4 والخن والبغا الفقه المنهجي 169/4 وبلمامي التطليق ص. 15 وياسين أحكام العدة ص. 76

[4] الشافعي الأم 93/5 وابن رشد البداية 77/3 والزركشي على الخرقي 3/6 والكاساني البدائع 16/4 والروياني البحر 42/11

[5] رواه مسلم باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 1218

[6] رواه أحمد عن معاوية البهزي برقم 20011 قال الأرنؤوط: إسناده حسن، ورواه أبو داود برقم 2142

[7] رواه البخاري باب إذا لم ينفق الرجل برقم 5364 ومسلم كتاب الأقضية باب قضية هند برقم 1714

والمادة 74 الكويتي والمادة 1/23 العراقي والمادة 194 مغربي، والفصل 23 مجلة تونسية وفيها وجوب مساهمة الزوجة إن كان لها مال، أما في القانون الغربي فإن هذه النفقة تنعدم ويتحمل كلا الزوجين مناصفة مسؤولية النفقة داخل الأسرة.[1]

* **سبب وجوبها:** الجمهور على أنّه الاحتباس والاستمتاع والزوجية فلا تجب قبل الدخول، كما في المادة 74 أسرة جزائري والفصل 38 مجلة تونس والمادة 194 مدونة المغرب، وقال ابن حزم وهو رواية للشافعيّ: يوجبها العقد وهو ضعيف؛ لأنها قبل الدخول تكون عند أوليائها فكيف يُنفق عليها؟! وقيل ملك النكاح وهو ضعيف، وقيل القوامة وهو وجيه، ومذهب الجمهور أقوى،[2] فقد تزوّج النبي عائشة ودخل بها بعد سنتين ولم ينفق عليها إلا بعد الدخول،[3] وفي الحديث: "واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهنّ عليكم رزقهنّ".[4]

* **مقدارها:** الجمهور حسب العرف والكفاية لقوله **"وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ ِالمَعْرُوفِ"** (البقرة 233) ولحديث: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، وحدّدها الشافعي في الجديد وأبو يعلى، وهو مرجوح لاختلاف الزمان والأعراف، والتقدير بالعرف وحالة الزوج وسلطة القاضي في المادتين 78 و79 أسرة والمادة 189 مدونة والفصل 3/23 مجلة.[5]

* **نفقة الطلاق:** ثمرة مباشرة لنفقة الزواج وفرع لوجوبها، وأدلة وجوب الزوجية هي نفسها أدلة وجوب نفقة الطلاق، ولا يزول وجوبها إلا بانقطاع العلاقة نهائيا، حيث يلزمه بلا خلاف الإنفاق عليها أثناء العدة الرجعية، واختلفوا في الإنفاق على البائن، كما اتفقوا على مشروعية منح الطليقة متعة على خلاف في وجوبها يأتي في محله، وأوجب بعض علماء العصر تعويض التعسف في الطلاق، وتُعرّف نفقة الطلاق بأنّها التزام ماليّ تقدره وتفرضه المحكمة على عاتق الزوج لطليقته.[6]

---

[1] L'article 203 Code civil 2016 français « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ».
"يتحمل الزوجان معا بموجب الزواج فقط واجب النفقة والرعاية داخل الأسرة على أولادهما"

[2] الكاساني البدائع 16/4 والعيني البناية 697/5 وحاشية الدسوقي 508/2 وابن رشد البداية 77/3 والشربيني المغني 165/5 وابن قدامة المغني 195/8 وابن حزم المحلى 249/9 والجويني النهاية 446/15 والرافعي الشرح الكبير 364/10 وابن العثيمن الشرح الممتع 498/13 والزحيلي الفقه الاسلامي 7373/10 ودلاندة استشارات ص. 24 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 80 وأبو منشار النفقة الواجبة ماجستير جامعة الخليل ص. 58 والعيد حقوق المرأة ص. 529 والدهلوي حقوق المرأة ص. 187

[3] رواه البخاري باب تزويج النبي عائشة برقم 3896 ومسلم باب تزويج الأب البنت الصغيرة برقم 1422

[4] رواه مسلم باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 1218

[5] الشربيني المغني 152/5 وابن قدامة المغني 196/8 وابن القيم الزاد 440/5 والكاساني البدائع 23/4 وحاشية الدسوقي 509/2 والبهوتي الكشاف 460/5 وفراش آثار الطلاق ص.316 وأبو منشار النفقة الواجبة ص.101 والعيد حقوق المرأة ص. 530 والدهلوي حقوق المرأة ص. 191 وبوشفرة الحقوق المالية للمرأة بعد الطلاق دراسات جامعة فاس المغرب 2006م ص.27

[6] فراش آثار الطلاق ص.316 وقتال نفقة المطلقة مج دراسات مج 6 ع1 2020م ص.87

الفرع الثاني: أنواع نفقة الطلاق

النفقات الواجبة بعد الفرقة أربعة: الإهمال والعدة ومتعة الطلاق والتعويض عن طلاق التعسف، وتُقسّم نفقة العدة إلى ثلاث: عدة الرجعية وعدة البائن الحامل وعدة البائن الحائل، يصير المجموع ستة نذكر أربعة الإهمال وأجزاء العدة، ونخصص للمتعة مطلبا وللتعويض مبحثا لأهميتهما.

* **نفقة الإهمال:** لا تستحق الزوجة الناشز نفقة عند أهل الشرع بسبب خروجها بإرادتها، ثمّ اختلفوا فيمن خرجت بغير إرادتها، فأوجب لها الجمهور نفقة تبقى دينا في ذمة الزوج، وقال الحنفية وبعض الحنابلة: مادامت في غير المسكن الزوجي فلا نفقة لها لأنها تجب يوما بيوم، والراجح مذهب الجمهور لتواتر أدلة الوجوب مادامت تحت العصمة، وتُمنح قانونا للزوجة بعد خروجها من البيت وقبل صدور الحكم ولو كانت في بيت أهلها، تأخذها بطلب منها من يوم رفع الدعوى إلى الحكم، دليلها كل دليل موجب للإنفاق الزواجي؛ لأنها زوجته ما لم يطلقها لفظا أو يصدر حكم طلاقها أو تخالعه، واستقر اجتهاد الجزائر على إيجابها كقرار 72602 يوم 1995/7/25م ورقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، وفي المادة 80 أسرة تُستحق النفقة من يوم رفع الدعوى، ويجوز الحكم بها قبله ببينة لمدة لا تتجاوز سنة، ورغم أن الجمهور خلافا للحنفية أقروا بها مادامت في عصمته؛ إلا أن المشرع جعل أقصاها سنة منعا لإرهاق الزوج والمكر به.[1]

* **نفقة العدة:** تستحقها المطلقة في عدتها من زواج صحيح، إذا كانت الفرقة بإرادة الزوج أو تطليق أو فسخ، أو إيلاء أو لعان أو إباء الإسلام أو ارتداد، ولم يوجبها الشرع في ثلاث حالات: إذا كانت من دخول في عقد فاسد أو شبهة، أو كانت العدة من وفاة، أو كانت الفرقة فسخا لمعصية الزوجة، حكمتها إكرام المرأة أثناء تربصها الواجب عليها؛ لأن الشرع منعها من الزواج تمحيصا لرحمها وتعظيما للعشرة فكان لزاما ألا تُترك دون نفقة، وتُقسّم إلى رجعية وبائن حامل وبائن حائل:[2]

- **نفقة المطلقة الرجعية في عدتها:** لها النفقة والسكنى اتفاقا سواء للحامل أم الحائل لقوله **"لَا تُخْرِجُوهُنّ مِنْ بُيُوتِهِنّ"**، (الطلاق 1) وقوله **"وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالمَعْرُوفَ"**، (البقرة 233) وقوله **"وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ"**، (البقرة 228) ولحديث: "إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة"،[3] ولأنّ ملك النكاح قائم فصار الحال بعد الطلاق كقبله.[4]

---

[1] المدونة 181/2 والشافعي الأم 115/5 وابن قدامة المغني 207/8 والكاساني البدائع 29/4 والسرخسي المبسوط 184/5 ومسعودي رشيد النظام المالي للزوجين دكتوراه تلمسان 2006م ص. 74 ودلاندة استشارات ص. 24 ومحمد لاتي المنازعات المالية للزوجين ماجستير تلمسان 2002م ص. 71

[2] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 384 ووفاء فراش آثار الطلاق ص. 308

[3] رواه أحمد برقم 27100 والنسائي برقم 3403، وهو صحيح بطرقه الألباني السلسلة الصحيحة برقم 1711

[4] السرخسي المبسوط 201/5 وزيدان المفصل 237/9 وابن العدوي الجامع ص. 176 وياسين العدة ص. 77 وعياش نفقة الزوجة ماجستير الجزائر 2007م ص.101 وأبو منشار النفقة ص.250

- **نفقة عدة المطلقة البائن الحامل:** أوجب لها الجمهور النفقة والسكن، ونقل الإجماع عليه ابن المنذر ولا يصح لقول ابن حزم: "البائن لا نفقة لها وإن كانت حاملا"، دليل الجمهور قوله "**وَإِنْ كُنّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنّ حَتّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ**"، (الطلاق 6) نزلت في الحامل البائن لأن الرجعية نفقتها واجبة باتفاق، ولحديث: "لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا"،[1] وهي تحمل ولده ولا يمكنه الإنفاق إلا بالإنفاق عليها وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وهو أرجح.[2]

- **نفقة عدة المطلقة البائن الحائل:** فيها خلاف حسب ثلاثة أقوال: **الأول** المالكية والشافعية: تجب لها السكنى لنص القرآن ولا نفقة لها لخروجها من العصمة، **الثاني** الحنابلة والظاهرية وابن أبي ليلى: ليس لها نفقة ولا سكنى لحديث فاطمة بنت قيس أنها بانت بينونة كبرى فلم يُجعل لها نفقة ولا سكنى، **الثالث** الحنفية: لها النفقة جزاء الاحتباس والسكنى للآية،[3] **الراجح** قول الحنفية لما فيه من الوفاء بين الزوجين، وتحرير أدلة النزاع ليس من صميم الموضوع وإنما أردنا ذكر أنواع النفقات فقط.

* **نفقة العدة في التشريع:** نصت المادة 61 أسرة: "للمطلقة الحق في نفقة عدة الطلاق"، صيغة مُطْلَقة تشمل الرجعية والبائن الحامل والحائل وفيها ميلٌ للمذهب الحنفي، وهي نتاج الاجتهاد الذي استقر على منح النفقة للمطلقة في عدتها مطلقا، كقرار 4327 لسنة 1984م ورقم 38620 بتاريخ 1985/2/30م، فيهما أن نفقة العدة للمطلقة تستحقها مهما كانت حالتها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، ونصت عليه المادة 196 مدونة المغرب والفصل 38 مجلة تونس والمادة 150 حقوق العائلة اللبناني والمواد 83 و84 أحوال سوري، والمواد 79 و80 و81 أحوال أردني والمادة 2 أحوال مصري.[4]

الفرع الثالث: استقلالية الذمة المالية للزوجة

يُقرُّ التشريع العربي تبعا لإجماع المسلمين أنّ الزوج يملك عصمة الطلاق وعليه في المقابل نفقة، وهو تقابل عادل بين ملك العصمة وتحمّل التّبعات؛ لأنه نابع من شرع موصوف بالعدل المطلق، وهذا الاعتدال في منح الحق والإلزام بالواجب يغفل عنه من يُنكر على الشريعة منحها للزوج حق العصمة والقوامة، وترتبط

---

[1] أحمد رقم 27337 والنسائي 3552 وأبو داود 2290 الأرنؤوط "صحيح" والألباني الإرواء 2160

[2] ابن المنذر الإشراف 346/5 وابن حزم المحلى 90/10 والعيني البناية 687/5 والشيرازي المهذب 85/3 وابن أبي الخير البيان ت النوري المنهاج جدة ط1 2000م 230/11 والمرداوي الإنصاف 360/9

[3] حديث فاطمة في مسلم رقم 1480، قَالَ عُمَرُ: "لَا نَتْرُكُ كِتَابَ اللهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ"، المدونة 48/2 والشافعي الأم 254/5 والمروزي اختلاف الفقهاء ت طاهر أضواء السلف ط 1، 2000م ص.276 والرملي النهاية 77/4 والمرداوي الإنصاف 361/9 والدسوقي 406/2 والخرشي 192/4 والعدوي 126/2 والمنبجي اللباب 699/2 والبلدحي الاختيار 8/4 وابن عابدين 609/3 والزركشي للخرقي 21/6 وابن العطار أحكام النساء ص. 385 وزيدان المفصل 240/9 وفراش الآثار المعنوية ص. 348 وأبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 385 وسعاد شيخ رعاية الفقه للمقاصد ماجستير جامعة أم القرى 1998م ص. 55 وسميرة أحكام العدة ص. 77

[4] عياش نفقة الزوجة ص. 104 والزاوي التابعات المالية في الطلاق ص. 35 وقتال نفقة المطلقة ص. 88

مناداتهم المتكررة بإلغاء العصمة والقوامة في حال وقوعها لا سمح الله بإلغاء كل نظام التعويض والنفقة في الطلاق ووجوبها أثناء الزواج، والعجب أنّ النظام الأوروبي كان أعدل منهم لأنّه لا يُقرّ التبعات طبقا لفلسفته في إقرار المساواة بين الزوجين ومنع الطلاق الانفرادي، بل اخترع أنظمة مالية معقدة جاعلا لكل نظام التزامات قانونية هي حسبه أعدل ما يمكن العمل به، ومن مظاهر المساواة العادلة بين الجنسين في الإسلام نظرية استقلال الذمة المالية للزوجة عن زوجها أو أبيها ووليها قبل الزواج، وعليه فلها حقّ التصرف في أموالها حتى بعد الزواج، وكان العرب في الجاهلية لا يعرفون للمرأة حقا ولا ذمة، حتى قال عمرُ: "والله إن كنا في الجاهلية ما نعدّ للنساء أمرا حتى أنزل الله فيهنّ ما أنزل وقسّم لهنّ ما قسم"،[1] وقال ابن عباس: "كَانُوا إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ كَانَ أَوْلِيَاؤُهُ أَحَقَّ بِامْرَأَتِهِ إِنْ شَاءَ بَعْضُهُمْ تَزَوَّجَهَا، وَإِنْ شَاءُوا زَوَّجُوهَا وَإِنْ شَاءُوا لَمْ يُزَوِّجُوهَا، فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا مِنْ أَهْلِهَا فَنَزَلَ **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا"**، (النساء 19)[2] ولا يخفى الحيفُ الذّي كانت عليه ذمة المرأة المالية في العصور الغابرة، سواء عند الإغريق الذين منعوها من حقّها في الملكية والميراث، أو في شريعة حمورابي التي اعتُبرت فيها كالماشية، أو الهنود الذين جعلوها ملكية لدى أبيها وزوجها، وقرّر الرومان أنّ أموال البنت والزوجة في يد الأب والزوج، رغم أن بعض زيجاتهم كان يُشترط فيها انفصال الأموال، ومنع اليهود الميراث على النساء إذا كان في أسرتها رجل وقد تُورّث هي كالمتاع، ومنذ عهد قريب كان القانون الإنجليزي يبيح للزوج بيع زوجته حتّى أُلغي ذلك سنة 1805م، وبقيت محرومة من الملكية إلى سنة 1882م، وكانت المادة 217 مدني فرنسي 1804م - اعتُبر ثورة في التقنين - تمنع المرأة من التصرّف في أموالها بغير إذن زوجها، ونصت مجمل قوانين فرنسا بعد الثورة على أن القُصّر هم العبيد والنساء والمجانين، وأول من سبق في أوروبا إلى منح المرأة ذمة مالية مستقلة هم الإنجليز سنة 1882م، أمّا الفرنسيون فلم يفعلوه إلا بتاريخ 1974/7/5م أي منذ أقل من 50 سنة، حيث بحث أهل القانون استقلال النظام المالي للزوجين ردّا على مبدأ تأميم أموال الزوجة من طرف زوجها، الذي كان سائدا قبل الثورة إبان الحكم الكنسي، ويُعرّف النظام المالي للزوجين بأنّه: مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منها، من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعده، وتسوية حقوق كل منهما بعد انتهاء الزوجية، أو مجموع القواعد التي تُسيّر المجموعة الزوجية **association conjugale**، سواء ما تعلق بالمنقول وغيره والحقوق المالية الحاضرة أو اللاحقة، ونصت المادة 1401 مدني فرنسي على نُظُم المشاطرات المالية حسب نظامين: **الأول** الاشتراك المالي **Régime en Communauté** فيه اشتراك في الأموال التي تنفق حول الحاجات والديون، والزوج

[1] رواه البخاري باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتجوز من اللباس والبسط برقم 5843
[2] رواه البخاري كتاب التفسير برقم 4579

هو القائم بإدارتها والمهم منها يحتاج إلى موافقتهما، يتميّز باستقلال كل زوج بإدارة أمواله الخاصة، له أربعة صور: الاشتراك العام **communauté universelle** كل أموالهما مشتركة، الاشتراك في المنقولات والمكاسب **communauté de meubles et aquets**، يختص بأموالهما المنقولة يوم إبرام الزواج والتي تحصلا عليها بعده، الاشتراك المخفض **communauté réduite aux aquets** يحتفظ فيها كل زوج بأمواله المنقولة قبل الزواج، ويتم الاشتراك فقط فيما اكتسباه بعده، الاشتراك القانوني يحدد فيها القانون وضعية المال والثروة خلال الزواج، **الثاني** الانفصال المالي **Régime de la séparation des biens** يمنح لكل زوج حقّ التصرف الآحادي في أمواله دون تدخل الآخر، وفي حال الطلاق لا يأخذ أحدهما من الآخر شيئا، له صورتان: فصل قضائي واتفاقي، ومن الواضح أنّها نُظُم كثيرة التعقيد تنبني على التعقل والمكارمة في البداية المليئة بالمودة، حيث يكون الزوجان في مرحلة تعارف يصعب معها الحديث عن نظام مالي كما يفعل التجار، وأكثر من يهتم بها أغنياء الناس الذين يملكون ثروات يخشون الطمع، بخلاف عامتهم الذين لا يبتغون إلا الأمان والسعادة والمحبة، لهذا يتهاون الكثير في ضبطها أول الأمر وعند منازعات الطلاق تختلط الأمور.[1]

أما شريعة الإسلام فقد بسّطت الأمر واعترفت بانفصال الذمة المالية للزوجين، فيحقُّ للزوجة التصرف في مالها بالبيع والشراء والهبة دون اشتراط موافقة زوجها عند الجمهور، قال الشافعي: "أَيُّهُمَا صَارَ إلَى وِلَايَةِ مَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ فِي مَالِهِ مَا يَفْعَلُ غَيْرُهُ وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ وَذَاتُ زَوْجٍ كَانَتْ أَوْ غَيْرُ ذَاتِ زَوْجٍ، وَلَيْسَ الزَّوْجُ مِنْ وِلَايَةِ مَالِ الْمَرْأَةِ بِسَبِيلٍ"،[2] وخالف المالكية لمصلحة رآها إمامهم فقالوا إذا زاد المبلغ المتصرف فيه عن الثلث فإن موافقته شرط، قَالَ مَالِكٌ: "فِي هِبَةِ الْمَرْأَةِ ذَاتِ الزَّوْجِ إنَّهُ يَجُوزُ مَا صَنَعَتْ فِي ثُلُثِ مَالِهَا"،[3] وبالغ طاووس فقال: لا تنفق مطلقا إلا بإذنه.[4]

احتج الجمهور بقوله **"وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ"، (النساء 12)** فيها أن مال الزوجة مستقل عن مال زوجها؛ لأنه في حال وفاتها يرث النصف فقط إن لم يكن لها ولد والربع إن كان لها ولد، وقوله **"فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ"، (النساء 4)** تفيد أن الزوج لا يحل له أخذ شيء مما منحه لزوجته من الصداق إلا بطيب

---

[1] السباعي المرأة ص. 13 ونعيرات الذمة المالية للمرأة ماجستير النجاح 2009م ص. 11 ويحياوي المساواة ص.262 ومسعودي النظام المالي ص.8 وفاطمة الزهراء لقشيري العقد المالي بين الزوجين مجلة الباحث للدراسات عدد 11 جوان 2017م ص. 788 ومسعودي التنازع ص. 168

[2] الشافعي الأم ج. 3 ص. 221

[3] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 154

[4] المدونة 124/4 والشافعي الأم 221/3 وابن قدامة الكافي 113/2 والمغني 348/4 وابن حجر الفتح 218/5 وابن بطال شرح البخاري 107/7 والقرافي الذخيرة 197/9 والخرشي 306/5 وعياض شرح مسلم تح يحي اسماعيل دار الوفاء مصر ط 1، 1998م 293/3 والزحيلي الفقه 4505/6

نفسها، وهو داخل تحت قول النبيّ: "لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ"،[1] وقوله **"فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"، (النساء 6)** والزوجة رشيدة عاقلة بالغة يحق لها التصرف في مالها، وبحديث أَسْمَاءَ قَالَتْ للنبي: مَالِيَ مَالٌ **(ليس عندي مال يخصني)** إِلَّا مَا أَدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ فَأَتَصَدَّقُ؟ قَالَ: "تَصَدَّقِي وَلاَ تُوعِي فَيُوعَى عَلَيْكِ"،[2] وأعتقت ميمونة بنْت الحَارِثِ وَلِيدَةً لها وَلَمْ تَسْتَأْذِن النبي فقَالَ: "أَمَا إِنَّكِ لَوْ أَعْطَيْتِهَا أَخْوَالَكِ كَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرِكِ"،[3] ولحديث: "يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ"،[4] وفيه أَنَّهُنَّ تَصَدَّقْنَ فَقَبِلَ صَدَقَتَهُنَّ وَلَمْ يَسْأَلْ وَلَمْ يَسْتَفْصِل،[5] وحجة المالكية حديث: "لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا"،[6] أجيب أنّ لفظة "في مالها" مدرجة؛ أجاب المالكية بأنها ثابتة بتصحيح الحفّاظ، أجاب الجمهور: ولو كانت محفوظة فالنهي محمول على الكراهة جمعا بين الأخبار، وقال المالكية: التقييد بالثلث مبنيّ على المصلحة قياسا على الوصية، وتُحمل أحاديث الجواز على اليسير أو ما لم يجاوز الثلث، أجيب: يبطل القياس في مقابل صريح النصوص.[7]

الترجيح الراجح هو مذهب الجمهور لقوة أدلتهم وسهولة حمل دليل المالكية على الاستحباب، وهو ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي.[8]

*** الذمة المالية للزوجة في القانون**

تُعرّف الذّمة المالية عموما بأنها مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من التزامات، أو مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية، يلتقي ذلك مع ما جاء في فقه الإسلام من وجوب إيجاد شخص طبيعي أو معنوي تسند إليه هذه الذمة، وتفترق من حيث اختصاصها بالجانب المالي والدنيوي وحقوق العباد في القانون وتعم غيرها في الشرع، قال الجرجاني: "الذمة لغة العهد لأن نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفًا فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلًا للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتًا فعرّفها بأنها نفس لها عهد، ويولد الإنسان بذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء بخلاف الحيوانات"،[9] ونص قانون الجزائر على مبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين في المادة 37 أسرة: "لكلّ من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، وهو مذهب راشد موافق لما عليه جماهير العلماء، غير أنه استدرك عليها بتكملة نراها تلفيقا مذموما وتردّدا ظاهرا حين نص: "غير أنه يجوز

---

[1] رواه أحمد برقم 20695 وصححه الأرنؤوط

[2] رواه البخاري باب هبة المرأة لغير زوجها برقم 2590 ومسلم باب الحث على الإنفاق برقم 1029

[3] رواه البخاري باب هبة المرأة لغير زوجها برقم 2562 ومسلم باب فضل النفقة على الأقربين برقم 999

[4] رواه البخاري باب ترك الحائض الصوم برقم 304 ومسلم باب نقصان الإيمان بنقص الطاعة برقم 79

[5] ابن قدامة المغني 349/4 ويحياوي المساواة ص. 262 والسباعي المرأة بين الفقه والقانون ص. 19

[6] رواه ابن ماجه رقم 2389 وأبو داود رقم 3547 وأحمد 6681 قال الأرنؤوط 265/11: "حسن"، والسلسلة الصحيحة للألباني برقم 775

[7] ابن حجر الفتح 218/5 والشوكاني نيل الأوطار 25/6 والأرنؤوط تحقيق المسند 271/11

[8] إلغات الحقوق الزوجية ص. 182 ونعيرات الذمة المالية للمرأة ص. 56 ومسعودي رشيد النظام المالي ص. 122 ولاتي المنازعات المالية بين الزوجين ص. 8 وهقي الحقوق المالية للمرأة ص. 47

[9] الجرجاني التعريفات ص. 107

للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، وهو ما اعتبره البعض تناقضا سافرا ومخالفة صريحة لمبدأ الانفصال، وكأن المشرع يلجأ تدريجيا إلى اعتماد النظام المالي الفرنسي؛ فحاول التلفيق بين الفقه الشرعي وقانون فرنسا فخرج بهذا التناقض، ونفس التلفيق تبناه المغرب في المادة 49 مدونة، فيما اختارت باقي دول الإسلام الانفصال المالي بين الزوجين؛ لأنه عادل وواقعي يعرف من خلاله من له الحق ومن عليه، واعتمدت دول مبدأ الأموال المشتركة المطلقة بين الزوجين كتونس وماليزيا، وقد حاول البعض تبريره شرعا عن طريق تحكيم العرف وقاعدة العادة محكمة ونظرية المصالح المرسلة، وهو احتجاج فاسد لأنها قواعد تُحكّم في المجال الاجتهادي الذي لا نص فيه، وتسقط إذا عارضت نصوصا واضحة.[1]

المطلب الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للطلاق (طبيعته)

بين يدي المطلب يعتري الطلاق الأحكام الخمسة؛ فقد يكون واجبا إذا ألزم عدمه الإضرار بالزوجة؛ كأن لا يجد ما ينفق عليها وكطلاق المولي، ومندوبا كطلاق تاركة الصلاة، ومباحا كطلاق من لا يهواها، ومكروها كالطلاق بلا سبب، وحراما كطلاق الحائض إجماعا أو جمع الثلاث عند الجمهور خلافا للشافعي المعروف بطلاق البدعة في الصفة والعدد،[2] ثم وقع خلاف حول أصل الطلاق الخالي من كلّ وصف؟ نذكر أصله في الشرع وفي القانون.

الفرع الأول: الطبيعة الشرعية لأصل الطلاق

اختلفوا حول حكم أصل الطلاق إذا خلا من أي وصف على ثلاثة أقوال: **الأول** حرام عليه بعض الحنفية وأبي يعلى وابن تيمية، **الثاني** مباح عليه أكثر المالكية، **الثالث** مكروه عليه الجمهور.[3]

* **دليل التحريم:** قوله **"وَعَاشِرُوهُنّ بِالمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"**، (النساء 19) جعل الكره غير مبرّر للفراق وأوجب الإمساك رغم وجوده، أجيب بأنها خرجت مخرج التذكير وليس فيها دلالة على الوجوب، ولحديث "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، فيه إشعار بالتحريم في الأصل لأن الحلال البيّن لا يمكنه أن يكون بغيضا لله، أجيب أن المزج بينهما غاية ما فيه الكراهة والحرمة لا تجتمع مع الحلال.[4]

---

[1] إلغات الحقوق ص. 183 وكنزي ولمعوش المكتسبات المالية ص. 15 ومعلمين شهيد شرعية المال المشترك بيم الزوجين مجلة الشريعة والقانون ماليزيا مج 3 سنة 2016م ونعيرات الذمة المالية ص. 30 وخنوش سعيد توزيع الأموال المكتبة خلال الزواج مجلة الأستاذ مج 5 عدد 1 سنة 2020م ص. 433

[2] الخرشي 27/4 والعدوي 80/2 والدسوقي 361/2 والبجيرمي 500/3 وابن قدامة المغني 363/7

[3] ابن قدامة المغني 363/7 والنووي لمسلم 61/10 وابن العربي القبس 41/1 والكاساني البدائع 95/3 والزركشي للخرقي 205/7 والقرطبي 126/3 والسرخسي المبسوط 2/6 والدسوقي 361/2 والمغاوري سنية الطلاق دار الوفاء ط1، 2011م ص.13 ويميل ابن تيمية في المجموع 89/33 إلى التحريم.

[4] عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة ج. 7 ص. 355

* **دليل الإباحة:** ذكر الله الطلاق في القرآن ولم يُقيّده بحاجة أو سبب، أجيب: فعل لأنه كان في معرض بيان أحكامه وإلا فقد ذكرته آيات بدلالة الكراهة، كقوله **"فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ"**، (النساء 19) وقوله **"لَعَلّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"**، (الطلاق 1) وعدم وجود التحريم صحيح أما الكراهة فكثير، واحتجوا بقوله **"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلّقْتُمْ"**، (البقرة 236) جوابه: رفع الإثم لا خلاف فيه لأن الكراهة فيها رفع الإثم وإثابة التارك، لكن ليس عدم الكراهة، وهي في طلاق قبل الدخول والخلاف فيه أقلّ لعدم الضرر، واحتجوا بقول النبيّ لابن عمر: "ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلّق"، أجيب أنه لما طلّق في الحيض أمره بالإرجاع لأنه حرام، أما في طهر لم يمسها فيه فيشرع بلا خلاف، لكن ليس في الخبر ما يمنع الكراهة التي استفيدت من نصوص أخرى، والشرع لا يُكذّب بعضه بعضا وإعمال الأدلة أولى من إهمال بعضها، وقالوا طلّق النبي بنفسه ما يدل على مطلق الإباحة فلا يصح منه حرام، ورُوي أنه طلّق أميمة بنت شراحيل لما دخل عليها وكرهته، وقالت أعوذ بالله منك وهو لا يفعل مكروها، جوابه طلقها لأنها كرهته وفي رواية قالت: "كيف تهب أميرة نفسها للسوقة"، وأيّا كان فهو سبب مشروع يُباح معه الطلاق بغير الكراهة، ومع ذلك أكرمها برازقتين،[1] وقالوا طلّق النبيّ حفصة بغير سبب ما يدل على الإباحة، جوابه أنه لما فعل أتاه جبريل فقال: "طلقتها وهي صوامة قوامة وهي زوجتك في الجنة فراجعها"،[2] حيث أرجعها الله لما كان طلاقها من غير سبب فلم يحب لرسوله أن يقوم بشيء فيه كراهة فنزهه، والحديث دليل لمن قال بالكراهة المطلقة، وقال المبيحون: طلّق بعض الصحابة نساءهم فقد طلّق عمر أم عاصم وطلّق ابن عوف زوجته تماضر وطلّق المغيرة بن شعبة أربع نسوة مرة واحدة، وكان الحسن بن علي رجلا مطلاقا، أجاب عنه أبو زهرة: "طلاقهم لا يمكن أن يكون لغير حاجة، والحاجة التي يباح لها الطلاق هي الحاجة النفسية ونحوها مما لا يقع تحت سلطان القضاء،" وقال ابن الهمام: "كُلُّ مَا نُقِلَ عَنْ طَلَاقِ الصَّحَابَةِ فَمَحْمَلُهُ وُجُودُ الْحَاجَةِ مِمَّا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا إذَا لَمْ تَكُنْ حَاجَةٌ فَمَحْضُ كُفْرَانِ نِعْمَةٍ وَسُوءِ أَدَبٍ فَيُكْرَهُ"، واحتجوا بقياس الطلاق على العتاق بجامع إزالة الملك، جوابه: أنّه قياس مع الفارق لما في العتاق من مصلحة تحرير الرقاب وفك العبودية وما في الطلاق من خراب، فالأول مستحب والثاني مكروه غير مطلوب فلا يصح القياس بينهما، وقال ابن المنذر: "ليس في النهي عن الطلاق ولا في المنع منه خبر يثبت"، جوابه عدم وجود نص التحريم صحيح لكن توجد نصوص الكراهة بكثرة، وقال القرطبي: "إجماع الأمة واقع على إباحة الطلاق" وهو زعم لا يصح لما ثبت من الخلاف.[3]

---

[1] الحديث بطوله رواه البخاري كتاب الطلاق باب من طلق برقم 5255

[2] الحاكم المستدرك رقم 6754 صحيح بمجموعه، الألباني الإرواء 157/7 والألباني الصحيحة 15/5

[3] ابن المنذر الإشراف 5 /183 والقرطبي 126/3 والرافعي الأحكام ص. 526 وابن الهمام الفتح 465/3 وأبو زهرة الأحوال ص.285 ومطروح الاجتهاد ص. 219 ومسعودة التعويض ص.118

* **دليل الكراهة:** قوله **"فَإِنْ أَطَعْنَكُم فَلَا تَبْغُوا عَلَيهِنّ سَبِيلًا"** (النساء 34) من طلّق زوجة تطيعه وليس له عليها حجة فقد بغى؛ لأنّ الزواج نعمة والطلاق قطع لها وقطع النعم مكروه، لكن القياس عدم إلغاء الطلاق الانفرادي فيجوز لحاجة،[1] وقوله **"فإنْ كَرِهْتُمُوهُنّ فَعَسَى أنْ تكرَهُوا شَيْئًا ويَجعلَ اللهُ فيهِ خيرًا كثيرًا"** (النساء 19) قال السيوطي: "فيها دليل أنّ الطلاق مكروه"،[2] وقوله **"فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"** (البقرة 226/ 227) في الطلاق قال سَمِيعٌ عَلِيمٌ فيه شيء من التهديد، وفي الفيئة قال غَفُورٌ رَحِيمٌ فدل على أن الأصل هو الكراهة،[3] وقوله **"إِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ"** (الأحزاب 37) استحسن القرآن إلحاح النبي على زيد بإمساك زوجته رغم الشقاق؛ ما يدل على كره النبيّ له وموافقة الباري،[4] وأقوى ما احتج به أصحاب الكراهة حديث ابن عمر مرفوعا: "أبغض الحلال عند الله الطلاق".[5] فإن قيل كيف جُمع فيه بين الحلال والبغض؟ جوابه: الكراهة اصطلاحا فيها جمع بين رفع الإثم وبغض الفعل والأجر على الترك، وعبارة أبغض الحلال مشعرة بالكراهة التي جمعت بين طرفي رفع الإثم والأجر بالترك في الحرام، واحتجوا بحديث: "لَا تَسْأَلْ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَفْرِغَ صَحْفَتَهَا وَلِتَنْكِحَ فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا"،[6] فيه بيانٌ لمفاسد الطلاق وتعليلُ كراهته، وحديث: "لَيْسَ مِنَّا مَنْ خَبَّبَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا أَوْ عَبْدًا عَلَى سَيِّدِهِ"،[7] خبّب أي أفسد، وحديث: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ"،[8] فيه وعيد لمن طلبته وهو محمول على من سألته بغير سبب؛ لأنّه قيد منصوص عليه فوجب التقيّد به، أما من اختلعت لسبب مشروع كُرّه لها ذلك وارتفع عنها الإثم وتؤجر إن صبرت، وحديث: "لا تُطَلِّقُوا النِّسَاءَ إلا مِنْ رِيبَةٍ فَإِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الذَّوَّاقِينَ وَلا الذَّوَّاقَاتِ"،[9] فيه نهي عن الطلاق إلا من تهمة لكن إسناده واهٍ، وحديث: "المختلعات والمنتزعات هن المنافقات"،[10] قالوا أي عملا لا اعتقاداً، ومعناه أن مثل هذا الفعل ينبغي ألا يتحقق من المؤمنة وإنما يتحقق من المنافقة،[11] وحديث: "لَا تُطَلَّقُ النِّسَاءُ إِلَّا مِنْ رِيبَةَ إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات"،[12]

---

[1] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 285
[2] طارق بن أنور آل سالم الواضح في الطلاق طبعة دار الإيمان الإسكندرية مصر سنة 2004 ص. 13
[3] ابن العثيمين الشرح الممتع ج. 13 ص. 10
[4] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 121
[5] رواه أبو داود باب في كراهية الطلاق برقم 2178 وابن ماجه برقم 2018 سبق تخريجه
[6] رواه البخاري باب الشروط التي لا تحل في النكاح برقم 5152
[7] رواه أبو داود باب فيمن خبب امرأة على زوجها برقم 2175 سنده صحيح
[8] رواه أبو داود رقم 2226 والترمذي رقم 1187 صحيح كما في الإرواء الألباني 100/7
[9] الطبراني المعجم الأوسط 24/8 ضعيف، الألباني ضعيف الجامع تح الشاويش المكتب رقم 6244
[10] أحمد 9358 والترمذي 1186 "ليس إسناده بالقوي"، ضعفه الأرنؤوط المسند 209/15 وصححه الألباني الصحيحة 632، من رواية الحسن عن أبي هريرة فيه خلاف حول سماع والراجح أنه لم يسمع.
[11] عمرو سليم الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته ص. 24
[12] رواه البزار مسنده رقم 3066 والطبراني الأوسط رقم 7848 الألباني ضعيف الجامع برقم 1673

ضعيف لكنه ظاهر الدلالة على المقصود ويتقوى بالشواهد، وأخبر لقيط بن صبرة النبي أن امرأته تؤذيه بلسانها فقال: "طلقها"، قال: "إنها ذات صحبة وولد"، قال: "فأمسكها وأمرها فإن يك فيها خير فستقبل ولا تضرب ظعينتك ضرب أمتك"،[1] فيه إرشاد إلى الإمساك رغم وجود الأذى، قال أَنَس: "كَانَ بَيْنَ أَبِي طَلْحَةَ وَأُمِّ سُلَيْمٍ كَلَامٌ فَأَرَادَ أَبُو طَلْحَةَ أَنْ يُطَلِّقَ أُمَّ سُلَيْمٍ فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ فَقَالَ: "إِنَّ طَلَاقَ أُمِّ سُلَيْمٍ لَحَوْبٌ"،[2] ويدل على الكراهة القيود التي أوردها الإسلام على الطلاق حين قيّده من جهة القصد وأمر ألا يُطلّق إلا لحاجة بقوله **"فَإِنْ أَطَعْنَكُم فَلَا تَبْغُوا عَلَيهِنّ سَبِيلًا"** (النساء 34) وقيّده من جهة العدد فقال الطلاق مرتان، ومن جهة الزمن حين نهى عن طلاق الحائض أو في طهر مسها فيه، وأمر ببعث الحكمين والصلح والتنازل وغير ذلك كثير،[3] **الترجيح** الأصل فيه الكراهة لأنه أعدل الأقوال وأولاها بالصواب.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لأصل الطلاق

لم يتفق أهل القانون على اتجاه واحد لتكييف أصل الطلاق، فقد تباينت آراؤهم هل هو على الإباحة أم الحظر؟ وانحصرت أقوالهم في أربعة مذاهب:

الأول اختاره سليمان الأشقر ومحمود السرطاوي: الأصل في تشريعه أن يُبنى على الإباحة، فطالما أنّ الشريعة ملّكت الرجل حقّ الطلاق بإرادته فهو حرّ التصرف لا يحقّ الحكمَ عليهِ بالتعويض، لأنه استعمل حقه الذي منحه إياه الشرع والقانون، قضت به استئناف مصر 1927/12/18م: "الطلاق حقّ مطلق للزوج والزوجة حين زواجها كانت على علم بهذا الحق الممنوح للزوج؛ فلا يحق لها أن تتظلم مما كانت تعلمه يوم العقد"، حيث بنت المحكمة حكمها على أنه حق مطلق للزوج، أجيب أنه مبنيّ على الكراهة ويحتاج إلى سبب ليستعمله وإلا كان متجاوزا، وقالت: الزوجة كانت على علم بهذا الحق، أجيب أنها لم تكن تعلم أن زوجها سوف يستعمله بطريقة فيها ظلم، واحتجت بأن الشريعة قصرت حق الزوجة عند الطلاق في مؤخر الصداق ونفقة العدة، أجيب أنّها أمرت بالمتعة لجبر الخاطر، وقالت: التعويض يستلزم نشر أسرار البيوت، أجيب النشر يكون أمام قاض مأمون على الأسرار، وقالت: ليس من المصلحة جبر أحد على معاشرة من يكره خشية التعويض، جوابه ليس من المصلحة ترك الزوجة بلا نفقة في حال الفقر والبؤس وبعد عشرة، بهذا يتبيّن أن الاجتهاد المؤدي إلى إباحة الطلاق مطلقا وحرمان الزوجة من التعويض غير موفق.[4]

الثاني عليه أبو زهرة: الأصل فيه الحظر ديانة أما قضاءً فهو مباح لا يترتب عليه أي تعويض قضت به استئناف مصر 1940/2/29م، فمن طلّق زوجته بلا سبب أو على غير السنة أثم ديانة وليس عليه شيء قضاء، حجته عدم تدخل القضاء

---

[1] رواه أحمد برقم 16384 وأبو داود برقم 142 وصححه الأرنؤوط والألباني في صحيح أبي داود برقم 130

[2] رواه البزار رقم 6620 والبيهقي الكبرى رقم 14901 وضعفه الألباني في الضعيفة رقم 6606

[3] أبو زهرة الأحوال ص. 285 وابن العثيمن الشرح 10/13 ومسعودة التعويض ص. 128

[4] أبو زهرة الأحوال ص.285 والزحيلي الفقه 499/9 وخلاف الأحوال ص.142 والسباعي شرح الأحوال دار الوراق 276/1 وخارف التعويض ماجستير جامعة وهران 2014م ص.89

في سبب الطلاق كي لا يؤدي إلى نشر الأسرار؛ فقد يُطلّقها لأمر نفسي لا يريد البَوْح به، جوابه يحقّ للقاضي التدخل في قضايا الأسرة ومعرفة أسرارها إذا كان العدل لا يتحقق بغيره، يقويه أنّ الشرع حكم بالمتعة للمطلقة تعويضا لها عن الضرر اللاحق بها وجبرا لخاطرها، وقد اعتمد أبو زهرة قاعدة: "كل شرط بين زوجين تضمن تعويض على الطلاق فهو شرط فاسد"، أجيب التعويض قد يفسد إذا كان الضرر منها أما منه فيصح.[1]

الثالث يُمنع الزوج من الطلاق إلا قضاءً مع منح الزوجة تعويضا إذا طلّق بلا سبب، عليه الفصل 30 مجلة تونسية: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"، والمادة 124 أحوال ماليزي **(1984م)**: "يمنع الطلاق خارج القضاء"، وجرّمته ماليزيا بغرامة مالية وسجن وفيه مبالغة، لهم فيه حجتان: منع الزوج من التعسف، وصيانة الأسرة من العبث؛ فلا طلاق إلا بمبرر يَقبَلُهُ العُرفُ ولا يخفى بطلانه.[2]

الرابع اختاره وهبة الزحيلي وخلاف والسباعي وكثيرون، من حقّ الزوج الطلاق بإرادته المنفردة لأن الشرع وهبه هذا الحقّ، غير أن طلاقه يخضع للقضاء من جهة الضرر الناتج عنه؛ فمن أضر بغيره عند استعمال حقه وجب عليه الضمان، هو أعدل الاتجاهات لأنه يُحافظ على حق الزوج في الطلاق ولو بلا سبب ويُراعي حقوق الزوجة ومصلحتها إن هي تضررت.[3]

الترجيح الظاهر ترجيح الاتجاه الرابع من حيث قربه من روح الشريعة، ومن حيث تخريجه على مقاصدها في حفظ الحقوق ومنع الضرر والإضرار، فقد منع القرآن الزوج من تطليق زوجته أكثر من مرتين لعدم الإضرار بها في قوله **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"**، **(البقرة 229)** واشترط عليه إذا أراد إرجاع زوجته أن يقصد الإصلاح لا الضرر والعنت في قوله **"وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا"**، **(البقرة 228)** ومُنع ابن عمر من الطلاق في الحيض خشية الإضرار،[4] فرغم كون الطلاق حقا للزوج إلا أنّه مقيّد بعدم التعسف، وهي نظرة قريبة من روح الإسلام من خلال تشريع متعة الطلاق، بيد أن التعويض يجب ألا يعدو المتعة التي أقرها المولى لكل المطلقات جبرا لخواطرهنّ، والتي لا تحتاج إلى تعسف أو إثبات ضرر، والأخذ بها يغني عن جميع النظريات الغربية.

المطلب الثالث: متعة الطلاق

نظرية متعة الطلاق من خير ما حواه شرعنا الحنيف في المجال الشخصي؛ لأنها من وضع خالق البشر العليم بما يُصلحهم، بيد أنّ المقنّن المعاصر لم يُقدّر نفعها، ويغفل عن إدراك مقاصدها جلّ النساء، قال النووي: "وُجُوب الْمُتْعَةِ مِمَّا يَغْفُلُ

---

[1] أبو زهرة لأحوال ص.285 والصابوني الحرية ص. 104 وخارف التعويض ص. 91

[2] الصابوني مدى حرية الزوجين ص. 104 والسرطاوي شرح قانون الأحوال ص. 45

[3] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 131

[4] رواه البخاري في مواضع برقم 4908، و5251، و5252، و5258، و5332، و5333، و7160.

النِّسَاءُ عَنْ الْعِلْمِ بِهَا"،[1] والمتعة بالضم والفتح والكسر صحيح لغة، لفظة مشتقة من متّع أي نفع، والمتعة المنفعة والبلغة والمتاع كل شيء يُنتفع به، تقول: متعة أعيش بها أي أبغ لي شيئا آكله أتزوده أو قوتا أقتاته، كقوله **"إِنَّمَا هَذِهِ الحَيَاةُ الدُنْيَا مَتَاعٌ" (غافر 39)** أي بلغة يُتبلغ بها،[2] وهي شرعا على أربع معان: متعة الحج بأن يُحرم بالعمرة في أشهر الحج ثم يتحلّل، ثم يحرم بالحج يوم التروية لقوله **"فَمَنْ تَمَتّعَ بِالعُمْرَةِ إِلَى الحَجّ"، (البقرة 196)** ويُعرف عن الشيعة الروافض تدليسهم بهذا المعنى؛ حين يستدلون بنصوص متعة الحج على إباحة متعة الزواج، والثاني متعة الزواج المعروفة بزواج المتعة التي أجمع المسلمون سوى الشيعة على تحريمها، والثالث إمتاع المرأة زوجها من مالها على عرف بعض البلاد، والرابع متعة الطلاق التي هي من الحقوق المستوجبة على المطلقة، تُمنح لها جبرا لخاطرها وتخفيفا لآلامها لما أصابها من حسرة وأسف نتيجة استعمال الرجل لحق الطلاق، تُعرّف بأنّها مَا يُعْطِيهِ الزَّوْجُ وَلَوْ عَبْدًا لِزَوْجَتِهِ الْمُطَلَّقَة، زِيَادَةً عَلَى الصَّدَاقِ لِجَبْرِ خَاطِرِهَا عَلَى قَدَرِ حَالِهِ، أو ما يمنحه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه على حسب حاله، أو التعويض الذي يلزم به الزوج لزوجته بعد طلاقه لها جبرا لوحشة الفراق.[3]

* **مشروعيتها:** شُرّعت بقوله **"مَتّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ"، (البقرة 236)** وقوله **"وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ" (البقرة 241)** وقوله **"فَمَتّعُوهُنّ وَسَرّحُوهُنّ سَرَاحًا جَمِيلًا" (الأحزاب 49)** وقوله **"فَتَعَالَيْنَ أُمَتّعْكُنّ"، (الأحزاب 28)** قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم:[4] "لما نزل قوله **"مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ" (البقرة 236)** قال رجل: "إن شئتُ أحسنت وإن شئتُ لم أفعل" فنزل: **"حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"، (البقرة 241)**[5] وقد ترجم النبيّ ذلك حين تَزَوَّجَ أُمَيْمَةَ بِنْتَ شَرَاحِيلَ وأُدْخِلَتْ عَلَيْهِ، فبَسَطَ يَدَهُ فَكَأَنَّهَا كَرِهَتْ فَأَمَرَ أَنْ يُجَهِّزَهَا وَيَكْسُوَهَا ثَوْبَيْنِ رَازِقِيَّيْنِ،[6] وقد أوجب الله لكلّ مطلقة نوعا من النفقة؛ فالمدخول بها وجبت بقوله **"فَتَعَالَيْنَ أُمَتّعْكُنّ"، (الأحزاب 28)** وغير المدخول بها إذا لم يُسمى لها مهرا ثم طلقت فلها نصف المهر لقوله **"فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"، (البقرة 237)** وإذا طلقها قبل المسيس ولم يسمي لها فلها المتعة بقوله **"وَمَتّعُوهُنّ عَلَى المُوسِرِ قَدْرُهُ وَعَلَى المُقْتِرِ قَدْرُهُ" (البقرة 236).**[7]

* **الحكمة من تشريعها** قال محمد عبده: "لأَنَّ فِي الطَّلَاقِ غَضَاضَةً وَإِيهَامًا لِلنَّاسِ أَنَّ الزَّوْجَ مَا طَلَّقَهَا إِلَّا وَقَدْ رَابَهُ مِنْهَا شَيْءٌ، فَإِذَا هُوَ مَتَّعَهَا مَتَاعًا حَسَنًا تَزُولُ

---

[1] الشربيني مغني المحتاج ج. 4 ص. 399

[2] ابن منظور لسان العرب 329/8 وجميل فخري المتعة والتعويض دار الحامد ط 1، 2009م ص.63

[3] الدسوقي 425/2 والشربيني المغني 398/4 وبن الصغير الاجتهاد ص.574 والعمري الاجتهاد ص.563 وفراش الطلاق ص. 255 ونايف المشاقبة متعة الطلاق مج جامعة الخليل مج 8 ع 2 سنة 2013م ص.57

[4] صَاحِب قُرْآنٍ وَتَفْسِيْرٍ، جَمَعَ تَفْسِيْراً فِي مُجَلَّدٍ وَكِتَاباً فِي النَّاسِخِ، حَدَّثَ عَنْ أَبِيْهِ وَابْنِ المُنْكَدِرِ ورَوَى عَنْهُ أَصْبَغُ وَقُتَيْبَةُ وَهِشَامُ بنُ عَمَّارٍ توفي 182 هـ، ينظر: الذهبي السير 349/8

[5] تفسير ابن كثير ج. 1 ص. 660

[6] البخاري برقم 5256 قال ابن حجر في الفتح 122/1: "رازقيين من كتَّان أَبيض وَفِي اللَّوْن زرقة"

[7] بن الصغير الاجتهاد ص. 576 جمع منسوب لمحمد البلتاجي في كتابه دراسات في الأحوال الشخصية.

هَذِهِ الْغَضَاضَةُ، وَيَكُونُ هَذَا الْمَتَاعُ الْحَسَنُ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ بِنَزَاهَتِهَا، وَالِاعْتِرَافِ بِأَنَّه كَانَ مِنْ قِبَلِهِ لِعُذْرٍ يَخْتَصُّ بِهِ لَا لَا لِعِلَّةٍ فِيهَا، فهو كَالْمَرْهَمِ لِجُرْحِ الْقَلْبِ"،[1] كما أنّها تدفع للتروي والأناة في الطلاق، والمحافظة على العلاقة بين الأُسَر ولو بعد الفراق، وتجبُر الخاطِر حين يكون الإقدام من قِبَل الزوج فلا تشعر المطلقة بأنها ظُلمت، خاصة إذا خاض الناس في عرضها، وفيها شهادة منه أن طلاقه ليس بسبب نقص فيها إنما لحاجة.[2]

* **على من تجب المتعة؟** المطلقات باعتبار الدخول وفرض المهر أربعة: مدخول بها فُرض لها مهر، ومدخول بها لم يفرض لها، وغير مدخول بها مفروض لها، وغير مدخول لم يفرض لها، وقد وقع خلاف فيمن تجب لها المتعة بسبب اختلافهم فيمن يعود عليها ضمير قوله "**مَتِّعُوهُنّ**" على كلّهنّ أم بعضهنّ؟ وهل يُخصص قوله "**لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**" عموم قوله "**وَلِلْمُطَلّقَاتِ مَتَاعٌ**"؟ وما دلالة قوله "**مَتِّعُوهُنّ**" هل هو على الوجوب أم الاستحباب؟ وما هي علة المتعة؟[3] قال أبو يوسف: هي غير معللة بل شُرّعت ابتداء، والأرجح تعليلها لكن اختُلف في تحديدها، قال الحنفية والحنبلية: بدل عن المهر؛ فلم يوجبوها إلا لمن لم يُحدّد لها مهر، قال السرخسي: "تَجِبُ خَلَفًا عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ"،[4] وقال ابن قدامة: "قَائِمَةٌ مَقَامَ نِصْفِ الْمَهْرِ"،[5] وقال الشافعية والمالكية: هي للإيحاش والابتذال ودفع وحشة الفراق، قال الشربيني: "تَجِبُ لِلْإِيحَاشِ"،[6] وقال الخرشي: "لحصُولِ الْوَحْشَةِ بِأَلَمِ الْفِرَاقِ"،[7] وبعض المالكية على تعليلها بجبر الخاطر وتطييب النفس وهو أقوى،[8] ثم اختلفوا فيمن تجب لها على أربعة أقوال: **الأول** واجبة لكل مطلقة مطلقا قاله سعيد بن جبير والطبري وابن حزم وابن حجر،[9] **الثاني** واجبة لكل مطلقة غير التي لم يُدْخُل بها وسُمّي لها مهرٌ لها النصف يُروى عن ابن عمر،[10] والحسن بن علي الذي طلق زوجته ثلاثا بعد الدخول بهاح فأرسل لها متعة قيمتها 20 ألف درهم، فأجابته: "متاع قليل من حبيب مفارق"،[11] وهو قول القاسم بن محمد ومجاهد والشعبي والحسن وأبي العالية والزهري،[12] والشافعي في الجديد والمعتمد عند الشافعية، وقول لأحمد

---

[1] رشيد رضا تفسير المنار ج. 2 ص. 341

[2] السرطاوي الأحوال ص. 182 والصابوني الحرية ص. 122 وعفيف السلطة التقديرية ص. 162 وزيدان المفصل 139/7 وحيدرة الضرر ص. 339 والمشاقبة المتعة ص. 60 وجانم المتعة ص. 73

[3] تفسير القرطبي 200/3 وتمام العساف متعة الطلاق مج الشارقة م 9 ع 2 ص.135

[4] السرخسي المبسوط ج. 6 ص. 62

[5] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 241

[6] الشربيني مغني المحتاج ج. 4 ص. 398

[7] شرح الخرشي على مختصر خليل ج. 4 ص. 87

[8] أبو الوليد ابن رشد المقدمات الممهدات ج. 1 ص. 548 والقرافي الذخيرة ج. 4 ص. 449

[9] ابن حزم المحلى 3/10 وتفسير الطبري 263/5 وابن حجر الفتح 496/9 والعساف المتعة ص.139

[10] رواه الطبري في تفسيره 126/5 والبيهقي في السنن الكبرى برقم 14491

[11] رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 14492

[12] أقوالهم في السنن الكبرى للبيهقي ج. 7 ص. 419

واختاره ابن تيمية،[1] **الثالث** مستحبة لكل مطلقة ولا تجب، هو مشهور مذهب المالكية؛ لأن الله ربطها بالتقوى والإحسان، أجيب: لا تعارض بين الوجوب والإحسان لأن أداءها منه،[2] قال المالكية: لو كانت واجبة لكانت مقدرة كسائر الفروض، وخالفهم القرطبي فأوجبها،[3] **الرابع** تجب لغير المدخول بها إذا لم يسم لها مهرا وتُستحب للباقي، هو مذهب الحنفية ومشهور الحنابلة والشافعي في القديم والشيعة الإمامية.[4]

الترجيح الظاهر وجوبها لكلّ مطلقة سوى التّي سُميّ لها مهر ولم يُدخل بها، بهذا يُخصص القرآن بالقرآن، فقوله **"وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ"** (البقرة 241) عام يُخصص بقوله **"فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"**، (البقرة 237) ودليل الوجوب تكرار الأمر بها لما فُهم أنها غير واجبة، وقوله **"فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ"**، (الأحزاب 28)، وهو كان متزوجا بدخول وفرض مهرا، وأُمر بالمتعة وأمره أمر لأمته إلا لمخصص،[5] ولحديث: "طَلَّقَ حَفْصٌ امْرَأَتَهُ فأَتَتِ النَّبِيَّ فَقَال: "مَتِّعْهَا" قَالَ: "لَا أَجِدُ"، قَالَ: "فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمَتَاعِ مَتِّعْهَا وَلَوْ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ"،[6] قال البيهقيّ: "قِصَّتُهَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا"،[7] ولا حجة في التقييد بالإحسان والتقوى؛ لأنه قيْدٌ خرج مخرج التذكير للمترددين؛ بأنه ليس من شيم أهل الإحسان والتقوى لدفعهم إلى الامتثال، وهي طريقة القرآن حين يضيف للأوامر وصفا مرغبا للأداء،[8] وفائدة الإيجاب حمل الزوج على التريّث قبل الطلاق، وجبر خاطر المرأة، وموافقة فقه القانون في التعويض؛ حيث تكون المتعة تعويضا لكلّ مطلقة وليس لمن تضررت فقط، وحتى يعود تقنين الإسلام إلى نظريات الشرع المبنية على الهوية، بدلا من اختراع ما لا علاقة له بتقاليدنا،[9] وإيجابها لكل مطلقة قال به كبار الأئمة من السلف مثل عليّ وابن عمر والحسن وأبي العالية والزهريّ وابن المسيب والقاسم بن محمد ومجاهد والشعبي والشافعي وأحمد.[10]

---

[1] أوجب الشافعي متعة للمختلعة، الأم 270/7، بعيد لأنها تعوضه فكيف يعطيها متعة؟! النووي المجموع 389/16 والماوردي الحاوي 547/9 وابن قدامة المغني 241/7 والجويني النهاية 181/13 وابن العثيمن الممتع 308/12

[2] البهوتي كشاف القناع ج. 5 ص. 158

[3] المدونة 238/2 والدسوقي 425/2 والقرطبي 200/3 وعبد الوهاب الإشراف 715/2 وابن عبد البر الاستذكار 121/6

[4] الكاساني البدائع 303/2 وابن مَازَةَ المحيط 112/3 والبابرتي العناية 335/3 والمرداوي الإنصاف 302/8 وهاشمي متعة الطلاق ص. 367 وعواد متعة الطلاق مج أبحاث التربية الموصل مج 5 ع 1 ص.107

[5] آل عبد السلام المتعة دورة 22 المجمع ص. 20 والمصري الطلاق ص. 228 وجانم المتعة ص. 102

[6] رواه البيهقي السنن الكبرى برقم 14493 وحسنه الألباني في الصحيحة برقم 2281

[7] البيهقي السنن الكبرى ج. 7 ص. 420

[8] عبد الفتاح تقية الطلاق بين تشريع الأسرة والاجتهاد دكتوراه جامعة الجزائر 2007م ص. 70

[9] فراش الآثار ص.270 والسرطاوي الأحوال ص.183 وشاكر نظام الطلاق ص.86 وزيدان المفصل 129/7 ومطروح الاجتهاد ص.201 وحيدرة الضرر ص.338 وآل عبد السلام المتعة ص.19

[10] ابن أبي شيبة المصنف 140/4 والبيهقي السنن الكبرى برقم 14494 وخبر علي بن أبي طالب أخرجه السيوطي في الدر المنثور 740/1 بسند جيد كما في الإرواء برقم 1941

* **مقدارها وجنسها: الحنفية** الواجب فيها ثلاثة أثواب: درع وخمار وملحفة وتجوز القيمة، يُروى عن عائشة وابن عباس،[1] ولا تزيد عن نصف مهر المثل لأنها بدل عنه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأن أقل المهر عشرة دراهم، **الحنابلة**: أعلاها خادم وأدناها ثوب، **الشافعية** أدناها ثلاثون درهما، وقدّرها **المالكية** بالعرف وموافقة الزوجين والقاضي وهو أرجح.[2]

* **المعتبر في تقديرها** مذهب المالكية والحنفية والحنابلة تقديرها بسعة الزوج لقوله **"وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ"، (البقرة 236)** في مختصر خليل: المتعة على قدر حاله، وللحنابلة قول بأنّها تُقدّر بحال الزوجة، وللشافعية قولان اعتبار حالهما وحال الزوجة، والصحيح تقديرها بالعرف والتراضي وحال الزوج لأنه الغارم ولنص الآية، كما تُضبط باجتهاد القاضي المكلّف.[3]

* **المتعة في قانون وقضاء الجزائر:** لم تُذكر في الأسرة وفي المقابل ذُكر تعويض الضرر اللاحق بالمطلقة في أربع مواضع: المادة 2/5: التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، والمادة 52: التعويض عن الطلاق التعسفي، والمادة 53 مكرر: التعويض عن ضرر التطليق، والمادة 55: التعويض عن النشوز، كما ذُكر التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 124 مدني، وأوجبت المادة 4/3 إجراءات جزائية قبول دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر المادي الجسماني أو الأدبي، وذكرته المادة 2/6 قانون العمل والمادة 47 مدني، فيما قضى الاجتهاد بالمتعة 1986/12/29م و1987/1/29م و1984/2/24م، وكان لإهمال المشرّع ذكرها أثر في تناقض الاجتهاد من أدناه إلى أعلاه، حيث وقع خلط بينها وبين التعويض عن ضرر الطلاق، فقد اعتبرتهما قراراتٌ شيئا واحدا وفرقت بينهما أخرى، وهذا التناقض لا يساعد استقرار القضاء وتوحيد الاجتهاد وحفظ الحقوق.[4]

قرارات اعتبرت المتعة والتعويض شيئا واحدا: قرار 1986/1/27م رقم 39731 **مجلة قضائية عدد 4 سنة 1993 ص. 61:** "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الطلاق الناتج عن طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية، ولما كان من الثابت هنا أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة"، و1985/4/8 رقم

---

[1] خبر ابن عباس في ابن أبي شيبة برقم 18715 وصحح إسناده الألباني الإرواء برقم 1942

[2] المدونة 240/2 وابن قدامة المغني 242/7 والشربيني المغني 399/4 والجصاص الأحكام 525/1 والبابرتي العناية 326/3 والجصاص للطحاوي 413/4 والقدوري التجريد 4727/9 والجامع لعلوم أحمد الفلاح المصرية ط 1، 2009م مسألة 2390 400/11 والسنيكي الأسنى 220/3 والكاساني البدائع 304/2 والجويني النهاية 184/13

[3] المدونة 240/2، وخليل ص. 122 والبابرتي العناية 327/3 والبلدحي الاختيار 4/4 وابن عبد البر الكافي 561/2 والشيرازي المهذب 476/2 وابن قدامة المغني 198/8 والكاساني البدائع 304/2 والمرداوي الإنصاف 301/8 والشربيني المغني 399/4 والبهوتي الكشاف 158/5 وزيدان المفصل 135/7 والرافعي الأحوال ص.592 وأبو زهرة الأحوال ص.202 ومطروح الاجتهاد ص.209 وحيدرة الضرر ص.342

[4] عفيف السلطة التقديرية ص. 163 ولاتي المنازعات ص. 72 والمصري الطلاق ص. 236 وحيدرة الضرر ص. 343 ورشيد العمري الاجتهاد ص. 580

35912: "إذا كانت الشريعة تمنح للزوجة متعة جراء طلاقها لتخفيف ألم الفراق وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وآخر كتعويض"، و1986/4/8م برقم 41560 فيه تسمية المتعة بنفقة المتعة واعتبرها نفقة واجبة على الزوج بحكم الزوجية، ومثله في قرار بتاريخ 1986/1/27م، **قرارات فرّقت:** قرار 1991/6/18م برقم 75029: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة قضاة الموضوع"، ويظهر التفريق بوضوح في قرار 1986/4/7م برقم 41560 **مجلة قضائية 1989م عدد 2 ص. 69:** "للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة وإهمال ومتعة والتعويض"، وقد يقبل المنطق اعتبار الزوج غير متعسف في طلاقه فيحكم للزوجة بالمتعة جبرا لخاطرها بنص القرآن، أو اعتباره متعسفا فيُحكم لها بالتعويض وفق المادة 52 أما الجمع بينهما فلا يمكن، وعلى الجمع المادة 180 أحوال سوري.[1]

- **مقدار تعويض المتعة في الاجتهاد:** أخضعته العليا لسلطة القاضي فلا يتعرض للرقابة: قرار 725029 تاريخ 1991/6/18م ورقم 75029 تاريخ 1991/6/18م، ويلزم القاضي بتحديد الأسباب التي أدت إلى تحديده، فإن لم يذكرها تعرض حكمه للنقض بحجة القصور في التعليل.[2]

- **أساس منح المتعة في الاجتهاد:** يحقّ للزوجة أخذها إذا لم يكن لها دخل في الطلاق، فإن تسببت هي لم تستحقها وهو الموافق لما عليه الجمهور، قضت به محكمة البيض 2001/5/15م قضية رقم 01/99، وخالفت محكمة عين الصفراء 2004/2/15م فقضت للمطلقة بالممتعة رغم تسببها في الطلاق وامتناعها عن الرجوع في جلسة الصلح، فيجب ضبط ذلك منعا للاضطراب.[3]

* **التشريع المصري:** نصت المادة 18 مكرر **قانون 100 سنة 1985م معدل بقانون 01 سنة 2000م:** "من حق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا سبب من قبلها، في الحصول فوق نفقة عدتها على متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق يُسرا أو عُسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية مع جواز سداد هذه المتعة على أقساط"، بعد التمعن في مضمونها يظهر أنها عادلة ورصينة ودقيقة وموافقة لروح التشريع الإسلامي.[4]

* **قوانين العرب:** تقنينها عموما يوافق روح التشريع الإسلامي، كالمادة 51 أسرة ليبي: "إذا كان الطلاق بسبب الزوج حكمت المحكمة بالمتعة حسب يسر المطلق"، وفي المادة 84 مدونة المغرب: "تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية

---

[1] مطروح الاجتهاد ص.200 واسمهان السلطة التقديرية ص.163 وصقر قانون الأسرة ص.16 ومسعودي النظام المالي ص. 72 وتقية الطلاق ص. 75 والشافعي سلطة القاضي ص.65

[2] مطروح الاجتهاد ص. 214 وحيدرة الضرر ص. 344 ويومبعي عبد اللطيف التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ماجستير جامعة الوادي سنة 2015م ص. 100

[3] يومبعي عبد اللطيف التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ص. 101

[4] رشيد العمري الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية ص. 577 وأحمد آل عبد السلام متعة الطلاق ص. 32

للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج"، وضيّق الأحوال السوري (المواد 1/61 و2/61 و62) من مجالها واعتبرها بدلا عن مهر المثل تبعا للحنفية، **انتقده** محمد الزحيلي بأنّه تضييق لواسع رحمة الله بالنساء، **أجيب** أنّ التضييف هدفه إدراج التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 180، وقد نصت على نفقة العدة ومتعة الطلاق، فإذا رأى القاضي أن الزوج متعسف في طلاقه حكم بتعويض مقداره نفقة سنة لأمثالها، فيه جمع بين المتعة والتعويض عن الضرر، وسوف نبيّن قريبا أنّه من الإجحاف الذي ينبغي اجتنابه، وكانت المادة 117 من القانون القديم تقضي بالتعويض عن التعسف ونفقة العدة فقط، وفي المادة 127 مشروع عربي للأحوال: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا انحل زواجها وثبت احتياجها تستحق سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة"، وحددتها المادة 120 أسرة قطري 3 سنوات ثم تركت التحديد لسلطة القاضي لأنّ القرآن لم يحددها، ولأنّ التحديد قد يكون إجحافا في حق زوجة طال مكثها مع زوجها، وحددها الكويتي في المادة 165 بسنة بالتقسيط الشهري، معللا ذلك بتراخي عُرى المروءات ولأنّ نفقة العدة صارت غير كافية، ووُفّقت جل القواعد في جعلها عوضا عن الطلاق التعسفي، وهو أفضل من صنيع الجزائر وسوريا حين انحازا للنظرية الغربية.[1]

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

تمهيد الطلاق الانفرادي حقٌّ للزوج يوقعه متى شاء، يُصاحبه تمتيعٌ للزوجة جبرا لخاطرها، حيث كانت دول الإسلام تأخذ ابتداء بهذا المبدأ العادل، ثمّ ما لبث أنْ تطورت نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، فتفرّع عنها مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، الذّي انتقل إلى أذهان فقهائنا ليقع هذا الإشكال: هل يُفرض على الزوج دفع تعويض عن الطلاق أم يُكتفى بالمتعة؟ وهل هما سواء؟ وهل يحكم عليه إذا تعسّف بهما أم يُكتفى بإحداهما؟ خصصنا مطالب لبحث ذلك:

المطلب الأول: التعويض وتطوّره في المجال المعنوي
المطلب الثاني: نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون
المطلب الثالث: الموازنة بين التعويض عن التعسف والمتعة
المطلب الرابع: التعسف في طلاق الفار والخلع

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المعنوي وتطوّره

بين يدي المطلب قبل ذكر أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي نعرّفُ بالتعويض وما يلحق به من ضرر وتعسف، ونذكر تطور مفهوم التعويض عن الضرر المعنوي والأدبي، الكلّ في فرعين.

الفرع الأول: تعريف التعويض والضرر والتعسف

* **التعويض:** من العِوض يُقال عِضْتُه عِياضاً وعَوْضاً والمستعملُ التَّعويضُ، وعوّضتُه من هِبَته خيرا واستعاضني سألني العِوَض، وعاوَضْتُ فلاناً بعَوَضٍ في

[1] الزحيلي التعويض المالي دار المكتبي ط 1، 1998م ص. 89 وآل عبد السلام المتعة ص. 40

البيع والأخذ فاعتَضْته مما أعطيته،[1] ولا يُعرف هذا المصطلح في مجال الطلاق وإن وُجد مبعثرا في غيره، حيث ذكره الكاساني في البدائع في تعويض الخلع، وابن مازة في المحيط في الهبات، والقرافي في الذخيرة في باب الصدقات، والسبب في ذلك هو الاستغناء بمصطلح المتعة، فيما اشتهر "الضمان" الذّي يعني واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة، والذي يفيد الالتزام بتعويض ماليّ عن ضرر أصاب الغير، أو ردّ مثل ما هلك أو قيمته، أو هو المال الذي يحكم به على المعتدي نتيجة إحداثه ضررا للغير، أو ما يلتزم به المسئول في مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر،[2] والتعويض في فقه القانون هو: "الالتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بأداءات مالية أو عينية"، وفي المادة 416 مجلة عدلية: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات"، وقيل: "شغل الذمة بحقّ ماليّ أوجب الشارع أداؤه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا أو مآلا"،[3] ويُشرع للجبر لا العقوبة ويستوي فيه المميّز والمؤهل والصغير والمجنون والجاد والهازل والعامد والمخطئ، موجبه الواقعة المنشئة للتعويض إما بالتعدي أو إساءة استعمال الحق.[4]

* **الضرر Préjudice** بفتح الضاد وضمها لغة من الضُرّ ضِدُّ النَّفْع؛ فالضَّر الْمَصْدَرُ والضُّرّ الِاسْمُ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ سُوءِ حَالٍ وَفَقْرٍ أَو شِدَّةٍ فِي بَدَنٍ فَهُوَ ضُرّ بالضم، وَمَا كَانَ ضِدًّا لِلنَّفْعِ فَهُوَ ضَرّ بالفتح، والمَضَرّة خِلَافُ المَنْفعة وضَرَّهُ يَضُرّه ضَرّاً وضَرّ بِه وأَضَرّ بِه وضَارَّهُ مُضَارَّةً وضِراراً بِمَعْنًى وَالِاسْمُ الضَّرَر،[5] في التنزيل: **"وَلَا تُمْسِكُوهُنّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا"، (البقرة 231)** في الحديث: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرارَ فِي الإِسلام"،[6] ولا يختلف معناه اصطلاحا عن اللغوي، قَالَ الْخُشَنِيُّ:

---

[1] الخليل الفراهيدي العين تحقيق نهدي المخزومي طبعة دار الهلال ج. 2 ص. 194

[2] الكاساني البدائع 144/3 وابن مازة المحيط 254/6 والقرافي الذخيرة 239/6 والحموي الغمز 6/4 وابن قدامة المغني 399/4 والزحيلي الضمان دار الفكر ط 2، 1998م ص. 21 وبن صغير الطلاق ص. 582 وخارف التعويض ص. 21 وحيدرة الضرر ص.261 ويومبعي التعويض ص. 64

[3] منسوب للأستاذ أحمد سراج، منقول من حيدرة محمد الضرر ص. 263

[4] بن الصغير الاجتهاد القضائي ص. 583 واسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 75

[5] ابن منظور لسان العرب ج. 4 ص. 482

[6] أحمد 2865 وابن ماجه 2340، قال ابن الأثير: "لَا ضَرَرَ: لَا يَضُرّ الرَّجُلُ أَخاه فَيَنْقُصه مِنْ حَقِّهِ، والضِّرارُ لَا يُجَازِيهِ على إضراره بإدخال الضَّرَر عَلَيْهِ، والضَّرَر فِعْلُ الْوَاحِدِ والضِّرَارُ فِعْلُ الِاثْنَيْنِ، والضَّرَر ابْتِدَاءُ والضِّرَار الْجَزَاءُ، وَالضَّرَر مَا تَضُرّ بِه صَاحِبَكَ وَتَنْتَفِعُ بِه، والضِّرار أَن تَضُرّه مِنْ غَيْرِ أَن تَنْتَفِعَ، وَقِيل التَكْرَار للتأْكيد" وقد حسنه ابن رجب جامع العلوم ت الأرنؤوط الرسالة ط 7، 2001م 207/2، وذكر طرقه القاعدة الذهبية ت إيهاب دار الكتاب ط 1، 1990م، يشهد له: "من ضار ضار الله به" ابن ماجه 2342 وأبو داود 3635 حسن، ونهى القرآن عَنِ الْمُضَارَّةِ في الوصية: **"مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ...غَيْرَ مُضَارٍّ" (النساء 12)** وفي الحديث: "إِنَّ الْعَبْدَ لَيَعْمَلُ بِطَاعَةِ اللَّهِ 60 سَنَةً ثُمَّ يَحْضُرُهُ الْمَوْتُ فَيُضَارُّ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَدْخُلُ النَّارَ" الترمذي 2117 ضعيف، ونهى في الرَّجْعَةُ: **"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا" (البقرة 231)** وفي الرَّضَاع: **"لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا" (البقرة 233)**، وفِي الْبُيُوعِ عن التَّفْرِيقُ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا: "مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ" أحمد 23499 والترمذي 1566 حسن.

"الضَّرَرُ مَا يَنْفَعُك وَيَضُرُّ صَاحِبَك، وَالضِّرَارُ مَا يَضُرُّ صَاحِبَك وَلَا يَنْفَعُك، فَالضَّرَرُ مَا قَصَدَ بِهِ الْإِنْسَانُ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ وَمَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَالضِّرَارُ مَا قَصَدَ بِهِ الْإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ"،[1] قال ابن العربي: "كُلُّ أَلَمٍ لَا نَفْعَ يُوَازِيهِ، وَحَقِيقَةُ النَّفْعِ كُلُّ لَذَّةٍ لَا يَتَعَقَّبُهَا عِقَابٌ وَلَا تَلْحَقُ فِيهِ نَدَامَةٌ"،[2] هو كلّ إساءة أو مفسدة تلحق بالغير أو مساس بحق أو مصلحة مشروعة تُسبب لصاحبه أذى أو إساءة مادية أو معنوية، وكل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.[3]

وقد أشكل على فقه القانون تعريفه لكثرة أنواعه؛ لهذا امتنعت قوانين رغم اعتمادها عليه، فقيل: الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحقّ من حقوقه، ويقصدون بلفظة "مشروعة" أن ينص القانون على اعتبارها؛ فليس كلّ مساس بكلّ مصلحة لشخص يمكن أن يوصف بالضرر، وهو قيد مهم قيّده به اجتهاد فرنسا وتبعه الباقون، وقيل: الأذى الذي يصيب الإنسان في الجسم أو العرض أو المال، أو أي شيء محترم من شؤونه ناشئا عن تضييع حقّ مشروع أو إيجاد أمر غير مشروع، يُقسّم إلى: ماديّ **préjudice Matériel** ومعنوي **Préjudice Moral**، ويُقسّم المادي إلى ماليّ وبدنيّ وسموا المعنوي بالأدبي، فالضرر المادي يمسّ الجسد أو المال، والمعنوي يمسّ الشرف والنفس كالسب والشتم، في المادة 182 مدني جزائري: "كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، وفي اجتهاد لبناني: "كل ألم نفسي يحدثه عمل أو إهمال صادر عن الغير في شخص ما"، إذن المعنويّ هو كل مساس بحقّ أو بمصلحة مشروعة يسبب لصاحب الحق أو المصلحة أذى في مركزه الاجتماعي أو في عاطفته أو شعوره، ولو لم يسبب له خسارة مالية.[4]

وينظر قاضي الأحوال في أنواع منه كضرر العدول عن الخطبة في المادة 3/5 أسرة، رغم أنها ليست إلا وعدٌ بالزواج لا ينتج عن العدول عنها أيّ أثر، وكضرر الطلاق والتطليق والنشوز، حيث أجاز المشرع للزوجة طلب تطليق الضرر المعتبر في المادة 10/53، لكنّه لم يذكر وجه الاعتبار خلافا للمغربي في المادة 99 مدونة: "كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية ومعنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في الحياة الزوجية"، وفي المادة 6 أحوال مصري: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما"، وتظهر دقة التعبير بسبب تحديد نوع الضرر، ونوع الطلقة بكونها بائنا خلافا للجزائري الذي أهملهما، وقد أحالت المادة 222 أسرة على أحكام الشرع فيما لا

---

[1] ابن فرحون تبصرة الحكام ج. 2 ص. 348

[2] ابن العربي أحكام القرآن ج. 1 ص. 49

[3] صالحي الإهمال ص. 14 وآيت شاوش إنهاء الرابطة ص. 200 وفريحاوي التفريق للضرر ص. 15

[4] عفيف السلطة ص.70 ومقدم نظرية التعويض المعنوي الوطنية للكتاب 1992م ص.37 وخارف التعويض ص.9 ويومبعي التعويض ص. 55 وباسل قبها التعويض ص. 11 وعابدي السلامة ص. 26

نص فيه؛ فيجب العودة إليها لتحديد الضرر وتقديره، وعند الرجوع نجد أنّ الجمهور على منع التطليق للضرر، ومذهب المالكية وأحمد في رواية جوازه، وقد توسّع المالكية توسعا فاحشا فاعتبروا أن من هجر زوجته أو سبّها، أو سبّ أباها أو قطع الكلام عنها أو حوّل وجهه عن الفراش أو أثار ضرتها أو ضربها ضربا مؤلما، كل ذلك ضرر موجب للتطليق؛ شرط أن يكون متحقّق الوقوع غير متوهّم، وشخصيا أصاب الزوجة دون غيرها، ويمنع دوام العشرة، ويصدر من الزوج لا غيره كعائلته ويتعمده، يثبت بشاهدي عدل أو شهادة سماع شائعة؛ فيشهد اثنان أو أكثر أنهم لا يزالون يسمعون الشقاق، ولو أخذنا بهذا لطُلقت كلّ زوجة.[1]

* **التعسف** لم يستعمل فقهاؤنا هذا المصطلح للدلالة على التعدّي في استعمال الحق، إنّما ذكروا الإضرار لحديث: "لا ضرر ولا ضرار"، لكنّهم عرفوا الاستعمال المذموم أو المضارة في الحقوق، فمضمون النظرية معروف وليست العبرة بالمباني وإنما تُقصد المعاني، ففي كلام العزّ: "كُلُّ تَصَرُّفٍ تَقَاعَدَ عَنْ تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ"،[2] وقال الشاطبي: "قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقًا لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ"،[3] وغير ذلك.[4]

والتعسف من العَسَف هو السّيُر على غير هُدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، والعَسْفُ القَدَحُ الضخمُ والعَسوفُ الظلومُ، وناقةٌ عاسِفٌ إذا أشرفت على الموت من الغدّة وجعلت تتنفس ومنه التعسف والاعتِسافُ،[5] وشرعا مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل؛ فالفعل مشروع لذاته لكنّه معيب في باعثه أو مآله، له معياران: **الأول** محض قصد الضرر الظاهر بقرينة انتفاء المصلحة المشروعة لحديث "لا ضرر"، **الثاني** الباعث غير المشروع لحديث "الأعمال بالنية"،[6] فالتعسف في استعمال الحق هو ممارسة الشخص لفعل مشروع له أصالة بمقتضى حق شرعي أو إباحة شرعية مأذون له فيها، غير أن هذه الممارسة تمت على وجه ألحق ضررا بالغير، أو خالف فيه حكمة التشريع؛ فيُبحث من جهة الشخص المتعسف، ومن جهة نتيجة فعله، فمن جهة الشخص يُنظر في نيته

---

[1] ابن عابدين 191/3 والزركشي للخرقي 473/5 والدسوقي 431/2 وابن رشد البداية 120/3 والخرشي 92/4 ولحسين بن الشيخ المنتقى ص. 345 وخارف التعويض ص. 12 وقبها التعويض ص. 24

[2] العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام ت عبد الرؤوف الكليات الأزهرية 1991م 143/2

[3] الشاطبي الموافقات ج. 3 ص. 23

[4] الشافعي الأم 290/7: "هَلْ تَقُولُ فِيهِ اجْتِهَادًا عَلَى عَيْنٍ مَطْلُوبَةٍ غَائِبَةٍ عَنْك أَوْ تَقُولُ فِيهِ مُتَعَسِّفًا؟" أي متعديا، وابن حزم رسالة الأخلاق دار الثقافة ط 2، 1979م 394/1: "لتعلم أن التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله أمره من رقيق أو رعية يدلان على خساسة النفس" يقصد الظلم، والشاطبي الموافقات 507/3: "لَوِ انْهَدَمَ أَصْلُ الْمَصْلَحَةِ لَانْعَدَمَ أَصْلُ الْمُبَاحِ لِأَنَّ الْبِنَاءَ إِنَّمَا كَانَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَزَلْ أَصْلُ الْمُبَاحِ وَإِنْ كَانَ مَغْمُورًا تَحْتَ أَوْصَافِ الِاكْتِسَابِ وَالِاسْتِعْمَالِ الْمَذْمُومِ"، طاري سعيد التعسف ماجستير وهران1 2012م ص.17 وعماري نظرية التعسف ماجستير وهران 2006م ص. 69 وخارف التعويض ص.84 والدريني الحق ومدى سلطان الدولة الرسالة ط 3، 1984م ص.19 ويومبعي التعويض ص.36

[5] الخليل الفراهيدي العين ج. 1 ص. 339 والصحاح للجوهري ج. 4 ص. 1403

[6] رواه البخاري رقم 1 ورقم 6689 ورقم 6953 ومسلم رقم 1907

تحصيل الضرر بالغير أو باعث له غير مشروع، ومن جهة النتيجة ينظر إلى مقدار النفع المحصّل عليه مقابل الضرر على الغير، وهو ما يُسمى المعيار المادي.[1]

ومراعاة معايير التعسّف واجبة كتعمد الإضرار والباعث غير المشروع، وهو ما اهتم به الشرع في كلّ المجالات؛ يُعرف تحت مصطلح القصد والنية والعلة والدافع، ويُعرّف الباعث: الدافع الذي يُحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر، ومعيار التعسف أن يكون الضرر اللاحق بالمتضرر أكبر من مصلحة صاحب الحق، أو يستعمل حقه بشكل غير معتاد بما يلحق ضررا بالغير، أو يصاحب استعمال الحقّ إهمالٌ أو خطأٌ، أو يكون الضرر الذي أصاب المضرور فاحشا لا يمكن تحمّله، فمهمة النظرية الاضطلاع بإقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة على ضوء القواعد العامة المحكّمة، حيث تبلورت هذه المعايير من خلال اجتهاد فرنسي كقرار 1915/8/3م قضية "كلمون بيار"، واجتهاد محكمة كولمار الاستئنافية 1955/5/2م، كما تتجلّى صورة التعسف في الطلاق حين يطلق الزوج بإرادته دون ذكر سبب، أو بقصد الحرمان من الميراث كما في طلاق الفار، أو بقصد الإضرار بالزوجة وعضلها حقوقها أو لكسب الخلع.[2]

* **التكييف الشرعي لنظرية التعسف في استعمال الحق:** منع بعض أهل العلم العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق؛ لأنها تبحث في النيات والمآلات الغير مضبوطة، ويُخرج المنع وفق مذهب أبي حنيفة والشافعي وقول ابن حزم، وعملا بقاعدة الجواز ينافي الضمان،[3] والراجح اعتمادها لقوله **"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا" (البقرة 231)** فيها منع استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار، فقد كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ الْمَرْأَةَ فَإِذَا قَارَبَتِ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ رَاجَعَهَا ضِرَارًا؛ لِئَلَّا تَذْهَبَ إِلَى غَيْرِهِ ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَعْتَدُّ، فَإِذَا شَارَفَتْ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ طَلَّقَها لِتَطُولَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ فَنَهَاهُمُ،[4] ولقوله **"لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ" (البقرة 233)** فيها نهي الأب عن استعمال حقّه في ولاية ابنه من مضارة طليقته، ونهي الأم عن استعمال حقّها في حضانة ولدها وإرضاعه في مضارة طليقها،[5] ولحديث: "لا ضرر ولا ضرار"،

---

[1] الدريني الحق ص.27 وخارف التعويض ص.85 ومسعودة التعويض ص.166 وتقية الطلاق ص.57 وجانم المتعة ص. 143 وعفيف السلطة ص.91 وعبد الفتاح السياسة ص. 179 وبوشنتوف الباعث ماجستير وهران سنة 2014 ص. 47 وبلحورابي التعسف ماجستير تيزي وزو 2014م ص.14 والعمري التعسف مجلة الحضارة الإسلامية مج 19 عدد 1 أبريل 2018م ص. 239 وشذى مظفر تعويض الطلاق رسالة الحقوق مج 1 ع 1 سنة 2009م ص.1 وعماري التعسف ص.71 ويومبعي التعويض ص.34

[2] الدريني الحق ص. 22 ومجوبي التعسف في الحق ماجستير الجزائر 2006م ص. 30 وبوشنتوف الباعث ص. 48 وبلحورابي التعسف ص. 21 وطاري التعسف ص. 20 ويومبعي التعويض ص. 37 والمطيري الإضرار بالمطلقة ماجستير جامعة نايف 2014م ص. 29

[3] ابن حزم المحلى 85/7 وابن حريز الكفاية ص. 303 وابراهيم عبد الرحمن التعسف مج العدل العراقية ع 22 سنة 9 ص. 24 ومخالفية حماية الأسرة ماجستير الجزائر 1 2016م ص.15

[4] تفسير ابن كثير ج. 1 ص. 629

[5] نفس المرجع السابق ج. 1 ص. 634

ومنع الشرع الاحتكار: "لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ "،[1] ومنع بيع الحاضر للباد: "لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ"،[2] وحذّر من عضل الوليّ بقوله "**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**" **(البقرة 232)** فقد نزلت في معقل بن يسار حين امتنع عن ردّ أخته لطليقها؛ لأنه طلّقها بعد تفضيله، وكانت أخته تريد الرجوع فنهاه عن التعسف في ولايته،[3] وكان غرض المنافقين ظاهرا من بناء مسجد ضرار إقامة الصلاة، لكن القصد المبطّن هو محاربة الإسلام ففُضحوا بقوله "**اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا**"، **(التوبة 107)**[4] وفي حديث عَمْرِو الْمَازِنِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجاً لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ فَأَبَى، فَقَالَ الضَّحَّاكُ: "لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ وَلاَ يَضُرُّكَ؟" فَأَبَى فَكَلَّمَ عُمَرَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ فَقَالَ لاَ، فقَالَ عُمَرُ: "وَاللهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ عَلَى بَطْنِهِ فَأَمَرَهُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ".[5]

* **تطوّر نظرية التعسف:** عُرفت جزئيات منها عند الرومان ولم تكن واضحة، ثمّ تسرّبت إلى فرنسا عن طريق الاهتمام بالإضرار بالغير في استعمال الحقّ، وفي بداية القرن 20 م كان للفقيهين "سالي" و"جوسران" فضل في بلورتها، وما لبثت القوانين أن أدرجتها في منظومتها كألمانيا في المادة 226 و826 وسويسرا في المادة 2 ولبنان في المادة 124 ومصر في المادة 5 والجزائر في المادة 124، وكانت مجلة الأحكام العدلية سباقة إلى الأخذ بها في المادة 1197: "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا إلا إذا كان ضرره بغيره فاحشا"، وعرفت المادة 1199 الفحش بأنه ما يمنع الحوائج الأصلية، ويختلف مفهوم التعسف في استعمال الحق بين المذهبين الفردي والاجتماعي، فالفردي يتصوّر أن الفرد له حقوق طبيعية فطرية يتمتع بها بحكم إنسانيته منذ النشأة الأول وأنها سابقة على القانون، والقانون ليس أساسا للحقّ؛ وإنما الحق هو أساس القانون والجماعة مسخرة لخدمة الفرد، انتُقد لعدم مراعاة الصالح العام، ويرى الاجتماعي أن ملكية الفرد ليست إلا تمكينا للفرد من ممارسة حقه، ومصالح الجماعة مقدمة على مصلحته، لهذا ألغيت فيه الحقوق وجعلت الملكية وظيفة اجتماعية، وطبيعة الشريعة الإسلامية المزج بين إيجابيات المذهبين دون تفريط أو إفراط، ويطلق فقهاؤنا على الفردي مصطلح "حق العبد" وعلى الجماعي "حق الله" تعظيما له، وهو الذي تتدخل الدولة لضبطه، وتبعا للمذهبين الفردي والجماعي اختلف الفقه حول تعريف الحق؛ فالشخصي يجعله سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين؛ لأن جوهر الحقّ هو الإرادة الشخصية وهو وثيق الصلة بالمذهب الفردي، ويزعم المصلحي أنه مصلحة يحميها القانون؛ فيتم معرفة الحق بهدفه وغايته نصره السنهوري، ويُعرّف بطريقة مختلطة عن طريق

---

[1] رواه مسلم باب تحريم الإحتكار في الأقوات برقم 1605

[2] رواه البخاري برقم 2150 ومسلم برقم 1413

[3] رواه البخاري باب من قال لا نكاح إلا بولي برقم 5130 وتفسير ابن كثير ج. 1 ص. 631

[4] تفسير ابن كثير 211/4 وبلحورابي التعسف ص. 15 ومظفر التعويض ص. 3 و عماري التعسف ص. 77 وجانم متعة الطلاق ص. 148 وابراهيم عبد الرحمن التعسف ص. 23

[5] رواه مالك في الموطأ تحقيق الأعظمي برقم 2760 وسنده صحيح

الجمع بين النظرتين؛ فيدخل الحق في إرادة الفرد شرط أن يهدف إلى تحقيق مصلحة، ثمّ اختلفوا في تغليب أحد العنصرين: الإرادة والمصلحة، فمن غلّب الإرادة قال: "قدرة إرادية تُعطى لشخص لتحقيق مصلحة"، ومن غلّب المصلحة قال: "مصلحة محمية بالقانون تحققها إرادة شخصية"، ثم ظهر المذهب الحديث على يد البلجيكي "جان دابان" فقال: "استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه"، ومعنى الاستئثار الاختصاص.[1]

الفرع الثاني: تطوّر نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي)

كانت الشريعة سبّاقة إلى تأصيل العقوبة عن الضرر المعنوي من خلال تشريع حدّ القذف وتجريم فعل القاذف، فيما كان الفكر السائد قديما هو الانتقام للضرر المعنوي فلا يهدأ بال المضرور إلا بسيلان دم المضار، وبعد تطوّر النظريات القانونية أصبح بالإمكان اللجوء إلى القضاء للتعويض عنه، وهو غير مختص بنهضة أوروبا؛ إذ وُجد في العهد السامري والبابلي والآشوري، وأشارت إليه الألواح السومرية التي نصت على الدية مقابل القصاص،[2] فيه بندان: الضرر الأدبي في الشرع وفي القانون.

البند الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

لم يختلف أهل الشرع حول التعويض عن الضرر المادي بالقصاص لقوله **"كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى"** (البقرة 178) وقوله **"وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ"**، (البقرة 179) ولنظرية الديات بقوله **"فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ"** (النساء 92) فقد ورمت امرأةٌ أُخْرَى فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا فَقَضَى النبيّ فِيهَا بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ،[3] فمن أضرّ بغيره فأصاب له جسدا أو مالا وجب عليه التعويض بالقصاص أو الحدّ أو الدية أو التعزير؛ إذا كان الضرر خطأ وليس فيه حدّ،[4] قال الزهري: "لو أن رجلا شَجَّ زوجته أو جَرحها لم يكن عليه قَوَدٌ وكان عليه العَقل"،[5] والقَوَد القصاص أما العقل فالدية، وقال القرطبي: "إِذَا أَدَّى إِلَى الْهَلَاكِ وَجَبَ الضَّمَانُ"،[6] وقال الكاساني: "لَوْ ضَرَبَ امْرَأَتَهُ لِلنُّشُوزِ فَمَاتَتْ مِنْهُ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمَأْذُونَ هُوَ التَّأْدِيبُ لَا الْقَتْلُ"،[7] وقد اختلف العلماء في التعويض عن الضرر المعنوي بين مانع ومجيز:

* مال إلى المنع في عصرنا علي الخفيف ومصطفى الزرقا ومجامع فقهية، لقوله **"لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَ النَّاسِ بِالبَاطِلِ"**، (البقرة 188) ولأن التعويض بالمال المقدّر على ضرر غير مقدر ظلم وأكل للمال بالباطل، أجيب: التعويض لا يتم إلا بحكم،

---

[1] عماري التعسف ص. 77 وطاري التعسف ص. 19 ومجوبي التعسف ص.10 و35 وابراهيم التعسف ص. 24 والداودي المدخل ص. 303 والدريني الحق ومدى سلطان الدولة ص. 54 وما بعدها.

[2] السعيد مقدم نظرية التعويض ص. 9 ومسعودة نعيمة إلياس التعويض عن الضرر ص. 9

[3] رواه البخاري كتاب الديات باب جنين المرأة برقم 6904

[4] عابدي عبد الله حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ص. 143

[5] تفسير الطبري ج. 8 ص. 292

[6] تفسير القرطبي ج. 5 ص. 172

[7] الكاساني بدائع الصنائع ج. 7 ص. 305

والقاضي يستطيع تقدير مدى الضرر وقيمة المال الصالحة للتعويض، وليس في ذلك مخالفة لقصد حفظ المال،[1] وصرّح فقهاء بمنع التعزير بالمال قال الدسوقي: "لَا يَجُوزُ التَّعْزِيرُ بِأَخْذِ الْمَالِ إجْمَاعًا، وَمَا رُوِيَ عن أَبِي يُوسُفَ صَاحِبِ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ أَنَّهُ جَوَّزَ لِلسُّلْطَانِ التَّعْزِيرَ بِأَخْذِ الْمَالِ؛ فَمَعْنَاهُ كَمَا قَالَ الْبَزَّازِيُّ مِنْ أَئِمَّةِ الْحَنَفِيَّةِ أَنْ يَمْسِكَ الْمَالَ عِنْدَهُ مُدَّةً لِيَنْزَجِرَ ثُمَّ يُعِيدَهُ إلَيْهِ، لَا أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِبَيْتِ الْمَالِ كَمَا يَتَوَهَّمُهُ الظَّلَمَةُ، إذْ لَا يَجُوزُ أَخْذُ مَالِ مُسْلِمٍ بِغَيْرِ سَبَبِ شَرْعِيٍّ أَيْ كَشِرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ"،[2] وقال ابن قدامة: "التَّعْزِيرُ يَكُونُ بِالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ وَالتَّوْبِيخِ وَلَا يَجُوزُ قَطْعُ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَا جَرْحُهُ وَلَا أَخْذُ مَالِهِ، لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ عَنْ أَحَدٍ يُقْتَدَى بِهِ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ أَدَبٌ وَالتَّأْدِيبُ لَا يَكُونُ بِالْإِتْلَافِ"،[3] يُجاب بأنها دعاوى بلا دليل وادعاء الإجماع فيه مبالغة، لأنّ التعويض عن المعنوي بالمال عقوبة قضائية تُسلّط على من قام بجنحة دون الحدّ، قال بها مالك وأبو يوسف والليث والأوزاعي وأكثر الحنابلة،[4] قال ابن القيم: "التَّعْزِيرُ بِالْعُقُوبَاتِ الْمَالِيَّةِ مَشْرُوعٌ فِي مَوَاضِعَ من مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَأَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، وجَاءَتْ السُّنَّةُ بِذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ".[5]

* واحتج المجيزون بأنّ الشرع أجاز مبدأ التغريم بالمال عقوبة كإلزام القاتل خطأً بالكفارة، وحدّ القاذف بالجلد رغم أن الضرر معنوي لقوله "**فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً**"، (النور 4) وجه الدلالة إيجاب الحدّ على القاذف وضرره معنوي بحت ليس فيه أثر مادي؛ ما يعني تقرير مبدأ تجريم الضرر المعنوي وهو المقصود،[6] وسئل النبيّ عَنِ الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ فَقَالَ: "مَنْ أَصَابَ بِفِيهِ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرَ مُتَّخِذٍ خُبْنَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ خَرَجَ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ غَرَامَةُ مِثْلَيْهِ وَالْعُقُوبَةُ"،[7] فيه مبدأ التغريم بالضعف وبه قال أحمد بن حنبل،[8] واستدل ابن رجب بحديث سمرة أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشقّ عليه؛ فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبيّ فذكر له فطلب إليه النبيّ أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى قال فَهبه لَه وَلكَ كَذا فأبى فقال: "أَنتَ مُضَارٌّ، اذهَب فَاقلع نَخلَهُ"،[9] قال أحمد: "كُلُّ مَا كَانَ عَلَى هَذِهِ الْجِهَةِ وَفِيهِ ضَرَرٌ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ؛ فَإِنْ أَجَابَ وَإِلَّا أَجْبَرَهُ السُّلْطَانُ"،[10] قال ابن رجب: "فيه الإِجْبَار عَلَى الْمُعَاوَضَةِ وَهَذَا مِثْلُ إيجَابِ الشُّفْعَةِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الطَّارِئِ"،[11] وفيه

---

[1] طاري سعيد التعسف في فرق الزواج ص. 206 وخارف محمد التعويض عن الضرر المعنوي ص. 27
[2] حاشية الدسوقي ج. 4 ص. 355
[3] ابن قدامة المغني ج. 9 ص. 178
[4] ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج. 5 ص. 44
[5] ابن القيم الطرق الحكمية ص. 224
[6] حيدرة محمد الضرر في الأحوال الشخصية ص. 272 وعابدي عبد الله حفظ السلامة المعنوية ص. 38
[7] رواه أبو داود كتاب اللقطة باب التعريف باللقطة برقم 1710 قال محققه: إسناده حسن كما قرره الألباني
[8] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 28 ص. 118
[9] رواه أبو داود باب من القضاء برقم 3636 وحسن إسناده ابن رجب في القاعدة الذهبية ص. 67
[10] ابن رجب جامع العلوم والحكم ج. 2 ص. 218
[11] في كلام ابن رجب استعمال المعاوضة من التعويض والأكثر على الضمان، جامع العلوم 219/2

اعتبار الضرر المعنوي والعقوبة عليه؛ لأن ضرر الداخل إلى الحائط كان معنويا، واحتُجّ بقوله **"وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا"** (الشورى 40) وقوله **"وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"** (النحل 126) وقوله **"فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"**، (البقرة 194) وأَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ إِلَيه طَعَامًا فِي قَصْعَةٍ فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ القَصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النبيّ "طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ،[1] وبعث النَّبِيُّ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَّهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ، فَأَتَوُا النَّبِيَّ فَقَالُوا الْقَوَدَ فَقَالَ "لَكُمْ كَذَا" فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ "لَكُمْ كَذَا" حتى رضوا"،[2] وجه الدلالة تعويضهم بالمال دون القَوَد أي ردّ اللطمة، وفي ذلك دلالة على جواز تعويض المضرور بالمال وهو المقصود، ويمكن الاستدلال بحديث: "لا ضَرَرَ ولا ضرار" لأنّه يفيد منع الضرر منطوقا ووجوب التعويض عنه مفهوما، كما تبرز مشروعية الضمان من حديث الزُّهْرِيِّ عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةَ أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ دَخَلَتْ حَائِطًا فَأَفْسَدَتْ فِيهِ فَقَضَى النبيّ: "أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا"،[3] وحديث: "مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبٌّ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ"،[4] وقد عوّض عمر الضرر المعنوي بالمال؛ فقد كان رجل يَقُصُّ شَارِبَه فَأَفْزَعَهُ فَضَرِطَ، فَقَالَ: "سَنَعْقِلُهَا" وَأَعْطَاهُ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا"،[5] وعَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ أَنَّ عُمَرَ صَاحَ بِامْرَأَةٍ فَأَسْقَطَتْ فَأَعْتَقَ غُرَّةً،[6] وأكدّ الشاطبي أنّ إساءة استعمال الحقّ هو تعسف ينافي قصد الشارع، واشترط في مواضع من كتابه الموافقات موافقة فعل المكلّف لقصد الشارع؛ ليتحقّق الإذن في استعمال الحق، كقوله: "قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقًا لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ"، وقوله: "كُلُّ مَنِ ابْتَغَى فِي تَكَالِيفِ الشَّرِيعَةِ غَيْرَ مَا شُرِعَتْ لَه فَقَدْ نَاقَضَ الشريعة، وكل ما نَاقَضَهَا فَعَمَلُهُ فِي الْمُنَاقَضَةِ بَاطِلٌ، فَمَنِ ابْتَغَى فِي التَّكَالِيفِ مَا لَمْ تُشْرَعْ لَهُ فَعَمَلُهُ بَاطِلٌ"،[7] لهذا قيل أنّه من أوائل من أقرّ بنظرية التعويض عن الضرر،[8] وأوجب أبو يوسف ومحمد بن الحسن التعويض عن الضرر المعنوي في الألم الجسماني، قال أبو يوسف: "يَلْزَمُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ **(تقدير القاضي)** بِاعْتِبَارِ الْأَلَمِ الَّذِي لَحِقَهُ"،[9] ويُنقل عنه وبعض المالكية والشافعية وابن تيمية وابن القيم: جواز التغريم بالمال والتعزير به؛ رغم منع الجمهور خشية تسلّط الظلمة على الأموال،[10] وأقر الزحيلي وفوزي فضل الله

---

[1] رواه الترمذي باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ويحكم له برقم 1359 قال الألباني صحيح
[2] رواه أبو داود باب العامل يصاب على يديه خطأ برقم 4534 وإسناده صحيح
[3] رواه أحمد برقم 23691 وابن ماجه باب الحكم فيما أفسدت المواشي برقم 2332 وهو مرسل بسند صحيح
[4] ابن ماجه رقم 3466 وأبو داود رقم 4586 والنسائي رقم 4830 وسنده حسن
[5] خرجه ابن حزم في المحلى ج. 11 ص. 95
[6] الغرة قومها الجمهور بخمسين دينار، والأثر مخرج في سنن البيهقي الكبير برقم 16426 وفي سنده انقطاع.
[7] الشاطبي الموافقات ج. 3 ص. 23 وص. 27
[8] مطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 224 وعابدي عبد الله حفظ السلامة المعنوية ص. 78
[9] السرخسي المبسوط ج. 26 ص. 98
[10] وهبة الزحيلي نظرية الضمان ص. 30

وشلتوت والدريني والسراج وجود التعويض عن الضرر المعنوي في روح الشريعة وإن لم يُذكر بهذا المصطلح.[1]

البند الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في القانون

عَرَف القانون الروماني منع الإضرار بالغير ماديا ومعنويا؛ فكان يسمح للمضرور معنويّا الحصول على تعويض عما لحق به من ضرر، ثم أخذ به فقه فرنسا بداية من القرن 19م على يد رائد هذه النظرية "جوسران"، واعتقد خطأً "دوما" و"بوتييه" أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي لم يعرفه التشريع الروماني؛ ما تسبّب في عدم إدراجه في المدني الفرنسي 1804م، وكان سبب رفض الفكرة هو عدم إمكانية القياس على المال، وخلال القرن 19م ازدهر المنع لعدم إمكانية تحديد الضرر أو المبلغ الذي يناسب كل نوع، ولأن المبلغ المالي المعوّض به لا يمكنه إزالة الضرر المعنوي، فلا يوجد محلّ لشراء الشرف، ولأن تقديره أمر تحكمي **Arbitraire** لا يستند لأي ضابط معقول، ثم دافع عنه البعض شرط اقترانه بضرر مادي ظاهر أو جريمة بشعة، ثمّ قُبل منه ما يصيب الذمة الجماعية فقط، وقد أخذ الدفاع من أنصاره طابع النضال، وأخيرا تقبّل الفقه العالمي الفكرة تدريجيا حتى استقر العمل بها، فبلغ الأمر بمحكمة فرنسية أن حكمت بتاريخ 1962/1/14م في قضية **Lunus** بالتعويض عن فقدان حصان بسبب الألم الذي أصاب صاحبه، وأصدرت محكمة "كان" 1962/10/30م حكما يقضي بالتعويض عن ضرر فقدان كلب، وحين تطوّرت نظم القانون في باب استقلالية المسؤولية المدنية عن الجنائية – وهو مالم يكن معروفا من قبل- أدى ذلك إلى إخراج تعويض المتضرر بالمال عن عقوبة الضار، وكانت قبل ذلك مبهمة لدخولها في المجال الجنائي.[2]

* **أساس النظرية:** قيل العقوبة الخاصة **Peine privée**، مذهب رائج في بدايات التشريع، حين كان الانتقام هو السبيل الوحيد لجبر الضرر المعنوي، فكان من لا ينتقم يُعتبر ضعيفا، قال المتنبي: لا يسلم الشرف الرفيع من الأذى ... حتى يراق على جوانبه الدم،[3] ثمّ ظهرت فكرة الترضية **Satisfaction**، مفادها: التعويض ليس عقوبة للمضار بل جبرا للمضرور، اعتمد حديثا لأن الأول فيه معاقبة المضار وهو ظلم بحكم صعوبة تحديد مقدار الضرر، والثاني يُراد به إرضاء المضرور وهو متيسر؛ فغالبا ما يرضى بالمال والاعتراف، كما في قرار عال جزائري 1976/11/16م: "التعويض بيد القضاة يقدرونه جبرا للخواطر" وبتاريخ 1987/4/22م، وعليه فلا يراد بالتعويض إعادة الحالة المضرورة إلى سابق عهدها، وإنما إعطاء البديل النقدي لتخفيف الضرر.[4]

---

[1] الزحيلي الضمان ص. 23 والجلال التعويض عن الضرر الأدبي ص. 37 وحيدرة الضرر ص. 270

[2] الداودي المدخل ص.304 ومقدم التعويض ص28 و66 وخارف التعويض ص.23 وطاري التعسف ص.214 ومسعودة التعويض ص.15 وامحمد بوصيدة التعويض مج البحوث ع12 2016م ص.162

[3] أبو منصور الثعالبي أبو الطيب المتنبي ما له وما عليه تح محي الدين عبد الحميد مكتبة الحسين ص. 128

[4] مقدم التعويض ص. 85 وعفيف السلطة ص. 79 وباسل قبها التعويض ص. 46

* **مقدار التعويض:** ينبغي الاعتماد على العرف، ولا يعني تقدير الضرر بالمال وإنما إدانة المسئول، والاجتهاد على تخويل القاضي سلطة تقديره كقرار عالي جزائري 2003/3/28م رقم 231419، وقيل بوجوب تسبيبه وقيل لا كما في قرار 1981/12/10م، وصرحت نقض مصر 1990/10/15م أنّ التعويض الأدبي ليس له معيار يُعتمد عليه، وهي مبالغة يُفترض اجتنابها، واشترطت عليا جزائر 1976/12/6م ألا يكون سببا للثراء الفاحش وهو وجيه.[1]

* **تقنينه:** المادة 124 مدني جزائري، والمادة 4 مدني مصري والمادة 6 مدني عراقي، والمادة 2 سويسري والمادة 226 ألماني، والمادة 267 مدني أردني وضرحت النقض الأردنية أنّ سبب الأخذ به عائد إلى فقه الإسلام الذي فيه ما يفيد التعويض عن المعنوي، وحددت أنواعه بثلاثة باعتبار الجهة الملزمة: **اتفاقي،** باتفاق مسبق بين متعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، **قانوني،** يتكفل القانون بوضع مقداره كتعويضات العمل، **قضائي،** يقدره القاضي كجزاء للإخلال بالتزام، ويُدرج التعويض عن الطلاق التعسفي في الثاني والثالث، ويجب التأكيد على أن خطأ المضار ليس بالضرورة خطأً بالمفهوم الشرعي أو القانوني، لأن أيّ عمل في نظر القانون يؤدي إلى ضرر للغير ولو كان في حدّ ذاته لا يعتبر خطأً يوجب التعويض، لهذا جاءت لفظة "فعل" في المادة 124 مدني جزائري: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه التعويض".[2]

المطلب الثاني: نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي

بين يدي المطلب هذه النظرية فرعٌ منطقيٌّ ونتيجةٌ حتميةٌ لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ولا يُمكن المقارنة بين ضرر الطلاق وأيّ ضرر آخر، نبحث تطوّرها ثم المعنى في الإسلام والقانون.

الفرع الأول: تطور نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي

عرفت بعض المجتمعات القديمة التعويض عن الطلاق، فكانت الحضارة المصرية تفرض على المطلِّق دفع بعض الفضة والحنطة ونصيبا من مكسبه لطليقته، ونص قانون حمورابي أنّ المطلّق يدفع لطليقته تعويضا على قدر ما معها من أولاد، فإذا لم يكن لها ولد دفع لها مقدار مهرها وردّ لها جهازها الذي جاءت به، وأمر الإسلام بمتعة المطلقة وجوبا كما ترجّح واستحبابا باتفاق، ويُشار إلى أن مبدأ التعسّف في استعمال الحق مرّ بنفس مراحل التعويض عن الضرر المعنوي ابتداء من الرفض ثم القبول بشروط ثم القبول المطلق، فقد استقر القانون الألماني في المادة 226 مدني على الالتزام بقبول النظرية إذا كان القصد الأوحد للمستعمل هو الإضرار، وكان قانون سويسرا أكثر توسّعا في المادة 2 مدني **سنة 1907م**: "يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي

---

[1] محمد بوصيدة معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي ص. 151 و

[2] السعيد مقدم التعويض عن الضرر المعنوي ص. 29 وص. 65

يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يُقرّه القانون"،[1] وقد اعتبرت نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي نتيجة منطقية لانتصار أصحاب مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، لهذا دأبت القوانين العالمية والعربية على إدراجه في منظومتها القانونية؛ بحكم أنّ الطلاق بتفسه ضرر معنوي باتفاق، غير أن استيراد دولنا العربية لنظرية التعويض عن التعسف في استعمال الحقّ بلا تمحيص، وتطبيقها على المطلّقات عموما كان سببا في حدوث تناقضات قانونية وعدم انضباط الاجتهاد؛ لأن فقهنا كان يحمل بين طيّاته نظرية المتعة التّي تتضمن تعويضا عن كل أنواع الطلاق وليس التعسفي فقط، ويُعتبر المشرّع السوري أول من أدرجها من خلال المادة 118 أحوال: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها ودونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة؛ جاز للقاضي الحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض شهريا أو جملة بحسب مقتضى الحال"، ثمّ تلته الدول العربية مثل الأسرة الجزائري المادة 52: "إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، والأردني المادة 134: "يحكم بنفقة سنة إلى ثلاث سنوات حسب حال الزوج"، وبالغ التونسي في الفصل 31 حين قضى للمطلقة بجراية أبدية وهي نفقة مدى العمر ما لم تتزوج تقليدا لقوانين دخيلة، وهو نظام شاذ ومتشدد ينبني على تحريم الطلاق بين الزوجين المعروف في المسيحية، فقد نص الفصل 31: "بالنسبة للمرأة يُعوّض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش، في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهي قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما طرأ من متغيرات، وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد، أو بحصولها على ما يغنيها عن الجراية وتبقى دينا على المتوفي"، والحق أنّ هذا التشريع يخالف الشرع لأن الأصل هو إلزام الأسرة بالنفقة على المحتاج ثم الدولة وليس المطلِّق، وتناقض اجتهاد مصر في الحكم بالتعويض التعسفي حيث قررت النقض 1963/1/30م: "الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج كالمهر والنفقة لا تدخل في التعويض الذي يُقضى به عند الطلاق التعسفي"، وفي آخر بتاريخ 1927/12/18م: "الطلاق هو حق للزوج بحكم الشريعة ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا"، وعليه عُرّف الطلاق التعسفي بأنه: "طلاق يصدر عن الزوج بقصد الضرر وبلا حاجة مشروعة"، أو "طلاق تم بالإرادة المنفردة للزوج وتأذت منه المرأة"، أو "إساءة استخدام الزوج حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا وقانونا".[2]

---

[1] عبد الرحمن مجوبي التعسف في استعمال الحق ص. 19 ومسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 110

[2] خلاف الأحوال ص. 142 والسرطاوي الأحوال ص.178 ومطروح الاجتهاد ص.227 والعون التعسف ص. 650 وعمري الاجتهاد ص. من 483 وعفيف السلطة ص. 91 وبلحورابي التعسف ص. 33 ومخالفية الحماية ص. 11 ويومبعي التعويض ص. 39 والزاوي التبعات ص. 10 وجانم المتعة ص. 196

الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

تطورت نظرية تعويض الطلاق التعسفي في القانون تبعا لاستقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، أمّا فقهاء الإسلام فلم يكونوا يعرفون غير المتعة المذكورة في القرآن؛ فكان لزاما على المعاصرين النظر في مدى موافقة التعويض التعسفي لأصول الشرع، خاصة أن التعويض عن الضرر المعنوي معروف معمول به في الراجح من الأقوال، فليس كلّ من قبل نظرية التعويض عن الضرر المعنوي أجاز التعويض عن التعسفي، فقد وُجد من ينكره أشد الإنكار؛ ويرى فيه مناقضة صريحة لنظرية المتعة الشرعية، فيما أفرط آخرون فجعلوه بديلا لها تقليدا واتباعا للمفهوم الغربي، والذي يترجّح هو التوسط بقبول المبدأ وإدراجه ضمن نظرية التمتيع، وقد احتج من منعه بأن إعطاء الشخص حقا ثمّ مُحاسبتُهُ على استعماله فيه تناقض، أجيب بأن مشروعية الحقّ شيء واستعماله لغاية غير مشروعة شيء آخر؛ فالجهة منفكة فلا تناقض، وليس كل من له حقّ جاز له فعله بإطلاق، واحتج من أجازه بأنّ الأصل في الطلاق الحظر القانوني والكراهة، فأيّ مخالفة لهذا المنع يوجب الضمان بالتعويض، فإذا تعسّف شخصٌ في استعمال حقّه ورتب ضررا للغير وجب عليه تعويض المتضرر جبرا لخاطره، ولا يُقال أن استعماله لحقه المشروع يُنافي الضمان؛ بسبب قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، خاصة أنّ التعويض عن الضرر المعنوي مشابه للتعويض عن المادي، فيدخل تحت النصوص القطعية الموجبة للتعويض.[1]

كما يُمكن الاحتجاج بنظرية الباعث التي كان الشاطبي من أوائل الفقهاء تنظيرا لها، حيث احتج لها في الموافقات بقوله **"وَبُعُولَتُهُنّ أَحَقّ بِرَدّهِنّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا"**، (البقرة 228) فيها ربط حقّ الرجعة بإرادة الصلاح والإصلاح، كما قد يُحتج بتحديد عدد الطلقات بعدما كان مفتوحا بسبب التعسف في استعمال الطلاق وحقّ الإرجاع، قالت عَائِشَةُ: "كَانَ النَّاسُ وَالرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا، وَهِيَ امْرَأَتُهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَإِنْ طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ، فقَالَ رَجُلٌ: "لَا أُطَلِّقُكِ فَتَبِينِي مِنِّي وَلَا آوِيكِ أَبَدًا أُطَلِّقُكِ فَكُلَّمَا هَمَّتْ عِدَّتُكِ أَنْ تَنْقَضِيَ رَاجَعْتُكِ" فنَزَلَ **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"** فَاسْتَأْنَفَ النَّاسُ الطَّلَاقَ مُسْتَقْبَلًا"،[2] وبتحريم الإمساك بالزوجة وإرغامها على الرجوع وإن كان نفس الفعل مشروعا إذا كان في ذلك بقصد الإضرار لقوله **"وَلَا تُمْسِكُوهُنّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا"** (البقرة 231) فقد كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ الْمَرْأَةَ فَإِذَا قَارَبَتِ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ رَاجَعَهَا ضِرَارًا؛ لِئَلَّا تَذْهَبَ إِلَى غَيْرِه ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَعْتَدُّ، فَإِذَا شَارَفَتْ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ طَلَّقَ لِتَطُولَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ فَنَهَاهُمُ اللَّهُ عَنْ ذَلِكَ وَتَوَعَّدَهُمْ عَلَيْهِ ونزلت،[3] فاعتبار القصد والباعث في العبادات والعادات أمر متفق

---

[1] مصطفى الزحيلي القواعد دار الفكر ط1، 2006م 539/1 وعمر بدر الدين ضمان الفعل المشروع ماجستير دمشق 2005م ص. 74 وبن صغير الطلاق ص. 82 ص. 126

[2] رواه الترمذي أبواب الطلاق واللعان برقم 1192 في إسناده لين، الألباني الإرواء 162/7

[3] تفسير ابن كثير ج. 1 ص. 629

عليه؛ لكنّ القانون الوضعي اكتشفه مؤخرا وطوّره وسنّه في مختلف التشريعات وهو ما سميّ بنظرية السبب الحديثة،[1] وقد يُستأنس بأن الشرع أقرّ بالتعويض ومنع الضرر ولو صلحت النية كما في حديث النُّعْمَان مرفوعا: "مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا؛ مَثَلُ قَوْمٍ رَكِبُوا سَفِينَةً فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا وَبَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ فَآذَوْهُم، فَقَالُوا لَوْ خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا **وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا**، فَإِنْ تَرَكُوهُمْ هَلَكُوا جَمِيعًا وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا جَمِيعًا"،[2] فالذين كانوا أسفل السفينة أرادوا الحصول على الماء دون الإضرار بمن فوقهم ولما كان فيه فيه ضرر أُمروا بمنعهم،[3] وقد يُحتج بمبدأ القصاص عموما ونظرية الدية التي شرعت جبرا لخاطر أهل القتيل أو المجروح، ويتناسب التعويض عن الطلاق التعسفي كلية مع مقاصد الشريعة التي نصت على منع الإضرار بالغير بقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، فحيث وُجد ضرر وجب إزالته وفقا لقاعدة "الضرر يزال"[4] ويُزال بالتعويض، ولا يجاب بأن المطلّق إنما مارس حقه فكيف يطالب بالتعويض لأن التعسف هو الموجب وليس استعمال الحق،[5] وحتىّ الاستحسان الأصولي الذي اعتمدته مذاهب خاصة الحنفي هو في أصله منع لتعسف القياس وإبطال لضرره، فالقياس جواز تصرف المالك في ملكه ولو أضر ذلك بجاره، غير أنّ الاستحسان منع ذلك منعا للضرر، قال السرخسي: "لَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ فِي هَذَا الْحَائِطِ الْمَائِلِ فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى سَقَطَ وَأَصَابَ إنْسَانًا فَفِي الْقِيَاسِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ هُوَ تَعَدٍّ وَالْإِشْهَادُ فِعْلُ غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، لَكِنْ اسْتَحْسَنَ عُلَمَاؤُنَا إيجَابَ الضَّمَانِ"،[6] ولم يناقش الفقهاء قديما نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي لأن كلامهم كان يدور حول متعة الطلاق، غير أنه وُجد في المذهب المالكي بعض مضامينها كقولهم: إذا ظهر للحكمين المبعوثين في الشقّاق بين الزوجين أنّ الظلم من جهة الزوج جاز لهما الحكم بالطلاق مع النفقة وضمان الحقوق، وإن ظهر لهما أنّه من قبل الزوجة جاز لهما الحكم بالخلع، والعجب أن المشرع المصري حين أراد الأخذ بمذهب مالك في بعث الحكمين أخذ فقط جهة ظلم الزوج وترك جهة ظلم الزوجة معللا ذلك في مذكرته: "رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب مالك من أحكام الشقاق بين الزوجين، ماعدا للحالة التي تبين للحكمين فيها أن الإساءة من قبل الزوجة لا الزوج؛ لئلا يكون ذلك داعيا لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرا الزوجية بلا مبرّر".[7]

---

[1] الأستاذ مشهور آل سلمان محقق الموافقات ج. 3 ص. 23 في الهامش، وفتحي الدريني الحق ص. 85، وقد أفاض الشاطبي في الموافقات في تقرير أصل الباعث وتبعه في ذلك ابن القيم في إعلام الموقعين.

[2] لفظ أحمد في المسند برقم 18370 والحديث أصله في البخاري باب القرعة في المشكلات برقم 2686

[3] فتحي الدريني الحق ص. 76

[4] السبكي الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية ط 1، 1991م ج. 1 ص. 41

[5] مطروح عدلان الاجتهاد القضائي ص. 227

[6] السرخسي المبسوط ج. 29 ص. 9 والزيلعي تبيين الحقائق ج. 4 ص. 196

[7] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 364

* **أساس تجويز نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي:** اختلف المجيزون حول الأساس المعتمد لتجويزها، فقيل الحظر الأصلي للطلاق في الشرع والقانون وهو بعيد لوجود الخلاف ولو أن ترجيح الحظر والكراهة هو الصواب، وقيل أساسه أن الطلاق تصرّف انفرادي للرجل وهو غير سليم؛ لأن الذي أجيز له التصرف سواء من الشرع أو من صاحب الحق لا يمكن مطالبته بالضمان، ويُجاب عنه بأن المطالبة ليست على فعل المشروع وإنما على الضرر اللاحق للفعل، وقيل أساسه المسؤولية العقدية وهو فاسد قولا واحدا؛ لأن علاقة النكاح ليست مادية تبادلية، والرجل لا يشتري زوجته والمهر الذي يهبها إياه إنما هو لتطييب خاطرها وإكرامها، وركن الإخلال بالالتزام التعاقدي منعدم، وقيل المسؤولية التقصيرية وهو ضعيف جدا؛ لأن الطلاق ليس سببه دائما تقصير من الزوج، فقد تُقصر الزوجة أو يقصر كلاهما مناصفة، وهو ما تمّ نفيه في اجتهاد عال جزائري بتاريخ 2000/2/22م ملف رقم 235456، وأفضل ما يمكن اعتماده كأساس هو نظرية تعسف الرجل في استعمال حقه في الطلاق، وهي نظرية مقبولة شرعا تهدف إلى دفع الزوج للتروي قبل الطلاق ومنعه من الإضرار بزوجته، فمن طلّق بلا حاجة ولا سبب فقد حرم زوجته من نعمة الزواج وكسر قلبها، وربّما اتّهمَت بالريبَة وخُدشت سُمعتها فيتحقّق الضَررُ والتعسّف في استعمال الحقّ، ولا يمكن إزالته إلا بإزالة آثاره بتعويض مالي، وفيه عمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة بسبب تعنت الزوج، ويستند على المتعة التي أوجبها بعض أهل العلم كما تمّ ترجيحه واستحبها الجميع.[1]

<u>الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون</u>

استقر التشريع على العمل بنظرية التعويض عن الطلاق التعسفي، غير أن فقهاءه اختلفوا حول الأساس القانوني للعمل بها؛ فلجأ بعضهم إلى قياس قواعد الضرر في المسؤولية التقصيرية، أو الضرر الناشئ عن التصرف في الحق مطلقا على قواعد الضرر الناتج عن استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة من قبل الرجل أو المرأة، وهو قياس غير وجيه لما يوجد في الزواج والطلاق من عواطف غائبة في غيرها من المعاملات، ولأن أكثر العلماء على إباحة أصل الطلاق وغاية ما يبلغه الكراهة الشرعية، ولأن بعض الفقه القانوني يُسلّم بالتعويض عن الضرر المعنوي دون التعسفي، لهذا اتجه الفقه الفرنسي على رأسه "جوسران" إلى إخراج الحقّ التقديري من دائرة نظرية التعسف في استعمال الحقوق؛ لأن هذا النوع من الحقوق لا يمكن إخضاعه لسلطة القاضي، وبرّره "جوسران" بأن هذا النوع من الحقوق التقديرية له حدود موضوعية معينة تعيينا دقيقا يغني عن الحدود الشخصية، ومنها حق الطلاق الذي يكون تقدير الدوافع فيه صعب وعسير.[2]

---

[1] وهبة الزحيلي الفقه 499/9 ومحمد الزحيلي التعويض ص. 8 ومقدم التعويض ص. 29 وبن صغير الطلاق ص. 83 ومجوبي التعسف ص. 44 ومسعودة الطلاق التعسفي ص. 106 وجانم متعة الطلاق ص. 209

[2] الدريني الحق ص. 181 ومظفر التعويض ص. 5 ولاتي التعويض ص. 364

وأخذ المشرع الجزائري بنظرية التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 أسرة والسوري المادة 118 ومشروع القانون العربي الموحد المادة 97 فقرة ب: "للمطلقة حق التعويض حال التعسف بما لا يجاوز نفقة سنة"، إلا أن النظرية ليست على إطلاقها؛ فيجب أن تُضبط بشروط صارمة حتى لا يحرم الفرد من استعمال حقه؛ كأن يوجد قصد الاعتداء أو تكون المصلحة المرجوة غير مشروعة،[1] أو يتحصل المطلق على منفعة لا تناسب الضرر الذي أصاب الغير أو تتجاوز العرف والعادة، وكلّها قيود مذكورة في المادة 124 مدني جزائري المستحدثة في تعديل 2005م الهادفة إلى ضبط المعاملات العينية والمالية، وقد ذكرناها في تعويض الطلاق رغم أنّ فحواها أعمّ؛ لبيان أنّ القاعدة ليست على إطلاقها بل مقيدة بشروط موضوعية، ونفس الشروط ذُكرت في المادة 3/5 مدني مصري، والتعويض عن الضرر المعنوي يشبه إلى حد كبير التعويض التعسفي؛ لأن كلاهما يُقصد به التعويض عن ضرر وقع لشخص، ويكمن وجه الاختلاف في أن تعويض الطلاق مربوط بحق مشروع للزوج في طلاقه، فلا تحتاج الزوجة إلى إثبات ضررها بل يكفي عدم ذكر المطلق لوجه الطلاق، أو وجود ظرف مبرز للضرر كانعدام السكن، فيما يجب على المضرور معنويا إثبات ضرره بطرق الإثبات القانونية.[2]

* **اختلاف المعاصرين حول التعويض عن الطلاق التعسفي:** ليس كل من أيّد التعويض عن الضرر المعنوي من أهل القانون أقرّ بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فرغم أنه استقر العمل بالأول سواء في دول الإسلام أو غيرها إلا أن الثاني لا يزال محل خلاف أقرّه البعض ومنعه آخرون، ومن أجازه من الفقهاء المسلمين فعل ذلك تخريجا على مذهب المالكية وأبي يوسف من الحنفية وبعض الحنابلة الذين أجازوا التعويض في التطليق عن الضرر، منهم شلتوت ووهبة الزحيلي وعبد الرحمن الصابوني وأحمد الغندور في كتابه الطلاق في الشريعة ومصطفى السباعي في شرح قانون الأحوال، حجتهم العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة وقياسا على المتعة الشرعية الواجبة، واعتمادا على الحظر الأصلي للطلاق وكراهته لدى الشارع، وقياسا على الخلع الذي شُرّع فيه أخذ المال مقابل التسريح، ومنعه آخرون قانونا رغم إقرارهم بالتعويض المعنوي في غير الطلاق بحجة الاكتفاء بما تقرر في الشريعة من المتعة، وهو قول يُخرّج على قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد وابن حزم، ومال إليه أبو زهرة في نظام الأسرة في الإسلام، وزيدان في المفصل في أحكام المرأة، كأنّهم يقولون: الطلاق وإن كان فيه كراهة لكنه مباح مشروع لا إثم

---

[1] المصلحة في الشرع ليست عشوائية يحكمها الهوى، قال العز في القواعد 10/1: "مَصَالِحُ الدَّارَيْنِ وَأَسْبَابُهَا وَمَفَاسِدُهَا لَا تُعْرَفُ إلَّا بِالشَّرْعِ فَإِنْ خَفِيَ مِنْهَا شَيْءٌ طُلِبَ مِنْ أَدِلَّةِ الشَّرْعِ... ومَصَالِحُ الدُّنْيَا وَأَسْبَابُهَا وَمَفَاسِدُهَا فَمَعْرُوفَةٌ بِالضَّرُورَاتِ وَالتَّجَارِبِ وَالْعَادَاتِ وَالظُّنُونِ الْمُعْتَبَرَاتِ".

[2] الزاوي التبعات المالية ص. 19 ومظفر التعويض ص. 7 والصابوني مدى حرية الزوجين 262 والسرطاوي شرح قانون الأحوال الشخصية ص. 179

على من فعله، وحتى لو كان محظورا فيباح لحاجة نفسية قد لا يُمكن البوح بها، والأخذ بالتعويض يلزم بأن يعيش مع من يكره ولم يأت به كتاب أو سنة.[1]

الترجيح الراجح هو جواز التعويض عن الطلاق التعسفي، ويُقيّد بشروط: وجود نية الإضرار أو وقوع الضرر، وأن يرمي الزوج الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الحاصل لطليقته، وأن يدخل تحت مظلة المتعة، ولا يُحكم به إلا إذا ظهر للقاضي أن الزوج استعمل حقّه بطريقة تعسفية، ويُشترط قيام الزوجية وتعسف الزوج، ويكفي عدم ذكر السبب أو عدم إثبات النشوز، وأن يترتب على طلاقه ضرر مادي ومعنوي، ويكون الطلاق بإرادة منفردة بائنا غير رجعي، ويُمنح بطلب من الزوجة وليس تلقائيا ويتبع الإجراءات، وبالغ المشرع الجزائري حين أوجب التعويض في التطليق بطلب الزوجة.[2]

* **موقف الجزائر وتونس من الطلاق الانفرادي خارج المحكمة:** المادة 49 أسرة: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"، لا تقصد الوقوع باتفاق وإنّما الثبوت القانوني، وتعني عدم الاعتراف بأي طلاق وقع قبل محاولة الصلح أمام القاضي؛ فيجب على الزوج إظهار نيّته في الطلاق أمام القاضي في جلسة صلح، ومحرّر الصلح القضائي شرط لصحة إثباته وليس شرطا لوقوعه، والهدف هو منع الزوج من استعمال حقه بطريقة تعسفية عن طريق إشراف القضاء على طلاقه، وجاء في الفصل 30 مجلة تونسية إبطال كل طلاق خارج المحكمة؛ حين استعمل صيغة: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"، وبينهما بون شاسع؛ فلا يحق للقاضي الجزائري رفضه بل يقبله وجوبا ويراقب تعسفه فإذا وجده متعسفا قضى بالتعويض، بدليل أن المادة 57 أقرت الطلاق بأنواعه: الانفرادي والتطليق والخلع وجعلهتا غير قابلة الاستئناف، أما التونسي فيحكم ببطلان الطلاق الواقع خارج إشراف القضاء مطلقا.[3]

* **من التعسف عدم تقديم سبب وجيه للطلاق:** لا توجد قاعدة في الأسرة الجزائري تُلزم الزوج بتقديم سبب طلاقه، لكن دأبت المحاكم على السؤال عنه ليتبيّن هل الطلاق مشروع أم تعسفي؟ ويُشترط لتفعيل قاعدة التعويض أن يقتنع القاضي بأن الطلاق لم يكن لسبب جادّ، وأن يلحق الزوجة ضرر مادي معتبر؛ لأن المعنوي لاحق لا محالة في كلّ طلاق، ويُترك مبلغ التعويض لسلطة القاضي كما في قرار 1999/6/15م رقم 223019 **المجلة القضائية عدد خاص 2001م، ص. 10:** "من المقرر قانونا

---

[1] بن صغير الطلاق ص. 130 وعمري الاجتهاد ص. 489 وعفيف السلطة ص. 78 و92 وعمرو السياسة ص. 180 وزيدان المفصل 358/7 والعساف المتعة ص. 145 والزاوي التبعات المالية ص. 11 وبودية الطلاق ص. 88 والعمري التعسف في استعمال حق الطلاق ص. 250

[2] يومبعي التعويض ص. 40 ومطروح الاجتهاد ص. 218 وبودية الطلاق التعسفي ص. 90

[3] يقوم الحكم المنشئ على إنهاء حق أو مركز قانوني أو تعديله أو إنشاء جديد ويُغير مراكز الأطراف، يُقاسمه حكم الإلزام والتقرير وفيهما جبر على أداء حق: وفي قرار عالي جزائري 1984/12/17م رقم 35222 مجلة قاضئية 1989م عدد 4 ص. 91 أن القاضي حين لم يعتبر الطلاق الانفرادي خارج المحكمة فإنه يكون قد خرق أحكام الشريعة والقانون، لأن الطلاق هو بعصمة الزوج وما على القاضي سوى الإثبات، ونفسه في قرار بتاريخ 1999/2/16 برقم 216850 بوجمعة حمد إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة ص. 770

أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إليه، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون". وجاء في اجتهاد لمحكمة سعيدة 2008/5/21م: "حاول القاضي الصلح لكن الزوج أصّر على الطلاق دون إعطاء سبب وجيه؛ مما يوجب للمطلقة تعويضا عما لحقها من ضرر"، ورغم أن قواعد القانون لم تذكر موجبات تعويض التعسفي إلا أنه يمكن استخراجها من الواقع العملي للمحاكم، كأن يُطلق بغير سبب معقول، أو تطلب الزوجة الرجوع ويتمسك بالطلاق، أو يُطلقها في مرض موته مثل قرار 1998/3/17م، يُترك ذلك لسلطة القاضي كما في قرار 1984/4/2م رقم 2779 **المجلة القضائية عدد 2 سنة 1989م**، ويجب أن تتوفر شروط قبل الحكم كقيام عقد الزواج، وتقدير قوة الضرر الواقع على الزوجة ومدى تعسف الزوج، ثمّ النظر في وقوعه بإرادة منفردة دون مبرر أو سبب مقنع، وألا يكون للزوجة دخل في الطلاق أو تكون راضية به، ففي اجتهاد للعليا بتاريخ 1986/1/27م رقم 39731 اشتراط ألا يكون للزوجة دخل وإساءة في طلب الزوج للطلاق، وبتاريخ 1993/2/23م رقم 92674 اشتراط أن يكون هو المطلق وليس بطلب الزوجة، وفي آخر بتاريخ 2000/2/22م رقم 235367 **المجلة القضائية عدد 1 سنة 2001م ص. 275** أن التعويض عن المسؤولية التقصيرية يختلف عن تعويض الطلاق التعسفي الذي يرتكز على مبدأ المتعة، فإذا أرادت الزوجة تعويضا عن ضرر تقصير زوجها وفق المادتين 41 و124 فعليها رفع دعوى أخرى، وينص المدني الجزائري في المادة 124 على شروط موضوعية للاستفادة من تعويض الضرر المعنوي: "أن يقع الفعل بقصد الإضرار بالغير، أو يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، وإذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"، وتقع مؤونة إثباته على عاتق المتضرر، وهو ما يتعارض ظاهرا مع الحكم بتعويض الطلاق بسبب امتناع الزوج عن ذكر السبب، فلو قضينا بحكم المادة 124 لكان المطلق يعتبر غير متعسف إلا إذا حصل على فائدة قليلة مقابل الضرر، أو طلب فائدة غير مشروعة ولكان من واجب الزوجة إثبات ضررها، غير أن المعمول به اعتباره متعسفا بمجرد عدم ذكره للسبب الحامل أو يُثبت هو أنه غير متعسف، فكأن تعويض الطلاق استثناء لقاعدة التعويض عن الضرر المعنوي رغم أنه يستند في أساسه عليها، وبهذا يظهر التناقض الذي عليه الفقه في هذه الجزئية؛ فهو يستند على نظرية ثم يخالفها، ولو استند المشرع على نظرية المتعة لكان أبعد عن التناقض.[1]

[1] بن الصغير الاجتهاد ص. 103 و136 و579 و591 ومطروح الاجتهاد ص. 226 وعفيف السلطة التقديرية ص. 151 ودلاندة قانون الأسرة ص. 51 و567 وعمري الاجتهاد ص.494 وخارف التعويض

* **مبالغة المشرع الجزائري في الأخذ بنظرية التعويض:** أثبت المشرع الجزائري التعويض في حال التطليق في المادة 53: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وكان الاجتهاد قبلها متناقضا يقرر أحيانا أنه لا تعويض لمن تختار فراق زوجها فلا متعة أو تعويض إلا في الطلاق الانفرادي التعسفي كما في قرار 1986/12/19م رقم 43860 **مجلة قضائية عدد2 سنة 1993م ص.41**، وقرار 1996/1/27م رقم 39731 **مجلة قضائية عدد 4 سنة 1993م ص. 61**، وقرار 1998/11/17م رقم 210451 **مجلة قضائية عدد خاص 2001م ص. 2**، وأحيانا يقرّ بتعويض التطليق إذا ثبت ضرر كقرار 1998/7/21م رقم 192665 **مجلة قضائية عدد خاص 2001م ص. 11**، ومنعا للتضارب أضيفت القاعدة السابقة سنة 2005م، مفادها: يُحقّ للزوجة التي لجأت للقضاء طلبا للفرقة أن تتحصل عليها إذا كان السبب منصوصا، ويحق لها طلب التعويض عن ضرر لحق بها لأنّها لم تختر الفراق دون مسوّغ وإنما لضرر، وليس من الحق أو العدل أن نجمع عليها بين ضررين: ضررٌ حملها على طلب التفريق وضرر الحرمان من التعويض، وقد انتُقد هذا الخيار للمبالغة في الميل تجاه حقوق الزوجة، خاصة أن المشرّع زاد في أسباب التطليق لتصبح عشرة، والشريعة جاءت بالمتعة للمطلقة بإرادة الزوج وليس لمن طلبت الفراق فينبغي إعادة النظر فيها، خاصة أن جمهور الفقهاء على تمتيع المطلقة من تطليق قضائي في كل فرقة حصلت بسبب من الزوج كالإيلاء واللعان والجب والعنة والردة، ولا تُمتّع إذا كانت بسببها كردتها وخلعها وإبائها الإسلام، وتشدد المالكية والظاهرية فمنعوها في كل تطليق، وقول الجمهور أرجح قياسا على متعة الطلاق الانفرادي؛ فيكون تعويض التطليق قولا شاذا.[1]

* **التعويض على التطليق لعدم الدخول:** نص القرآن على أنّ غير المدخول بها إذا طلقت وقد فُرض لها مهر أن لها نصفه بقوله **"فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"**، **(البقرة 237)** فإذا لم يُفرض لها ولم يُدخل بها فعلى زوجها المتعة وجوبا عند الجمهور، وهو قرارٌ للعليا الجزائرية بتاريخ 1996/4/23م رقم 135435 **المجلة القضائية عدد 1 1998م ص. 129** بحجة أنه تأخر في الدخول خمس سنوات، ونفسه بتاريخ 1999/3/16م رقم 217179 **مجلة قضائية عدد خاص 2001م ص. 122**، وهو المعمول به في القضاء السوري والعراقي والأردني، والظاهر أنه اجتهاد لا يوافق القرآن الذي ذكر المتعة ونصف المهر مقابل طلاق الزوج الانفرادي، فإذا طلبت الزوجة الفراق فليس لها شيء؛ لأن لها أن تختلع أو تطلب التطليق للضرر ولو فرض لها مهر فترده كله، ونصّ القانون العربي الموحد على قيد الدخول لمنح التعويض،[2] وفي المدونة في اليهودية تسلم

ص.95 ومسعودة التعويض ص. 168 ويومبعي التعويض عن الضرر ص. 42

[1] عبد العزيز سعد قانون الأسرة ص. 126 وبن الصغير الاجتهاد ص. 578 وعبد الفتاح تقية الطلاق ص. 64 وجميل جانم متعة الطلاق ص. 103

[2] ساجدة عفيف عتيلي الطلاق التعسفي والتعويض عنه ماجستير نابلس فلسطين 2011م ص. 152 وشذى مظفر حسين التعويض عن الطلاق التعسفي ص. 9

ويأبى زوجها: "إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَا صَدَاقَ لَهَا لَا مُقَدَّمَ وَلَا مُؤَخَّرَ، وَإِنْ كَانَتْ أَخَذَتْهُ مِنْهُ رَدَّتْهُ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا"،[1] وقال السرخسي: "كُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنْ الْمَهْرِ وَلَا مِنْ الْمُتْعَةِ؛ لِأَنَّ الْمُتْعَةَ بِمَنْزِلَةِ نِصْفِ الْمُسَمَّى فَكَمَا أَنَّ فِي النِّكَاحِ الَّذِي فِيهِ التَّسْمِيَةُ لَا يَجِبُ مِنْ الْمُسَمَّى شَيْءٌ إذَا جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ الَّذِي لَا تَسْمِيَةَ فِيهِ لَا تَجِبُ الْمُتْعَةُ إذَا جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا"،[2] وسئل ابن القاسم عن الرجل يتزوّج المرأة ثم يُجنّ قبل أن يدخل فتختار فراقه فيفرق بينهما قال مالك: "لا شيء لها من المهر"،[3] وقال ابن نافع: "إذا طلّق عليه قبل البناء لعدم الصداق فلا صداق لها لأن الفراق من قبلها"،[4] وقال ابن ضويان: "يسقط كل المهر قبل الدخول حتى المتعة بفرقة اللعان؛ لأن الفسخ من قبلها، وبفسخه لعيبها لتلف المعوض قبل تسليمه فسقط العوض كله، وبفرقة من قبلها كفسخها لعيبه وإسلامها تحت كافر وردتها تحت مسلم ورضاعها من ينفسخ به نكاحها لحصول الفرقة بفعلها، ويتنصف بالفرقة من قبل الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته".[5]

* **تعويض الطلاق التعسفي في مصر:** يُشترط الدخول ليوصف بالتعسفي، وقد سُويّ بين التعويض والمتعة في المادة 1/15: "الزوجة المدخول بها إذا طلقها زوجها دون رضا ولا سبب منها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين بمراعاة حالة المطلق وظروف الطلاق ومدة الزوجية"، وقضت محكمة اسكندرية 1957/2/23م: "عدم ذكر السبب موجب للتعويض".[6]

* **التعويض عن الطلاق التعسفي في المغرب:** في المادة 84 مدونة: "تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه"، يتبيّن أن المشرع كان أقرب إلى روح الشرع من خلال إدراج تعويض الطلاق تحت مظلة المتعة مع تقييدها زيادة ونقصا بالتعسف، وهو جمع ممتاز بين المتأصل في القرآن وأفضل ما توصل إليه عقل البشر، غير أن غلبة المفهوم المعاصر ظهر في المادة 101: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر"، وسبق أن ذكرنا عدم مناسبته؛ وإلا كيف يجمع للمرأة بين تعويضين وللرجل بين غرامتين؟ تُطلّق عليه امرأته دون إذن منه ويُغرّم بالتعويض، وحاول المشرع تضييق الطلاق في المادة 70: "لا ينبغي

---

[1] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 160
[2] السرخسي المبسوط ج. 6 ص. 62
[3] أبو الوليد ابن رشد البيان والتحصيل ج. 5 ص. 50
[4] التميمي الجامع لمسائل المدونة ج. 9 ص. 279
[5] ابن ضويان منار السبيل شرح الدليل تح الشاويش المكتب الإسلامي ط 7، 1989م 195/2
[6] مطروح الاجتهاد ص. 229 والسعيد مقدم التعويض ص. 125 ومسعودة إلياس التعويض ص. 160

اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين بسبب تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".[1]

* **التعويض عن التعسفي في تونس:** الفصل 4/31 مجلة: "يقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق"، فيها تسوية بين الزوجين بحكم أنّها تنبني على فلسفة النظام المرتكزة على المساواة المطلقة، فيبقى المشرع وفيا للمبدأ التي انتهجه في مجلته؛ حين قسّم الطلاق إلى ثلاث: التراضي وطلاق الضرر يطلبه من تضرر وطلاق بطلب أحد الزوجين، وانفرد حين اعتبر أن التعسف مفترض في الشخص الذي يطلبه كأنه محرم قانونا، وهي شبهة قد تنطلي على تقنين مسيحي لا مسلم، وقنّن الجراية للمطلقة وهي نفقة شهرية مدى الحياة نقلها دون مراعاة الخصوصية الإسلامية.[2]

* **سوريا والأردن:** حاولا ضبط التعسف المؤدي إلى تعويض الضرر بشروط وجيهة، بأن يقع الطلاق من الزوج دون مبرر ولا لتصرف مشين من الزوجة، وألا يكون بطلبها أو رضاها وأن تصاب الزوجة بضرر معتبر، وهي قيود تشجع المعنى المتوخى من فلسفة المتعة ومقاصد تشريعها كان على الباقي الالتزام بها إحقاقا للحق، ففي المادة 117 سوري: "يعتبر الطلاق تعسفيا إذا وقع من غير سبب معقول وأن يصيب الزوجة من ورائه بؤس وفاقة"، وفي المادة 134 أردني: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب مقبول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على ثلاث سنوات يراعي فيها حال الزوج عسرا ويسرا".[3]

التعويض عن الطلاق التعسفي في العراق: في المادة 3/39 **مضافة تعديل 1985م قانون 15 للأحوال:** "إذا طلق الزوج زوجته وتبيّن للمحكمة أنه متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك؛ تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه بقدر جملة على ألا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى"، وقررت التمييز رقم 8095 لسنة 1988م أن التعويض لا يحكم به إلا بعد ثبوت الضرر بتحقيق من المحكمة، وفي المذكرة الإيضاحية أن سبب تقنين تعويض الطلاق التعسفي هو حماية الزوجة من تعسف مطلقها، وعلامته أن يطلق لغير سبب مشروع ما يوجب تدخل القضاء لحمايتها من الضرر بتعويضها.[4]

* **فرنسا:** تردد بداية في الأخذ بالتعويض عن المعنوي فلم يدرجه في المدني 1804م، ومع اتضاح الفكرة قنّنها خاصة ما يتعلق بالخطأ القضائي والإهانة والقذف، ثم أضاف المادة 301 مدني 1941/4/2م بأنّ الزوج المحكوم لصالحه في

---

[1] خارف التعويض ص. 127 ومحمد الشافعي الطلاق والتطليق مطبعة مراكش ط 1، ص. 20

[2] اسمهان عفيف السلطة التقديرية ص. 93 وعبد التفاح تقية الطلاق ص. 67

[3] مسعودة التعويض ص.162 وعفييف السلطة التقديرية ص.159 ومقدم التعويض ص. 126

[4] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص.162

الطلاق يحق له المطالبة بالتعويض، ثم أصبحت قاعدة آمرة من النظام العام يحق المطالبة به في المسؤولية التقصيرية والعقدية، وتُقسّم المسؤولية إلى جنائية ومدنية، والمدنية إلى عقدية وتقصيرية.[1]

* **ألمانيا:** تشدّدت بداية إزاء نظرية التعويض عن المعنوي ثم أدرجتها في المادة 1300 مدني، فيها جواز التعويض عن الضرر اللاحق بفسخ الخطبة، وفي المادة 226: "لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير"، فيها تضييق على قاعدة التعسف، وتجب نفقة الطلاق على الأقوى ماديا من الزوجين تجاه الأضعف تبعا لمبدأ الاشتراك كما صرّح به "دروز" **Drewes**، بهدف ضمان التساوي في مستوى المعيشة، تبدأ من يوم رفع الدعوى إلى ما بعد الطلاق تُقدر حسب الدخل المعيشي للزوجين، قدرتها محكمة فدرالية بنصف المدخول الحقيقي للطرفين؛ يأخذ كل طرف نصف مجموع ما يأتيهما من المال ما يُعرف بالمناصفة، ما أدّى إلى عزوف الطرف الضعيف عن العمل والعيش على نفقة القويّ، فتمّ ابتداع نظام السبع أين يتم فيه تقسيم الدخل الجامع على سبعة؛ يأخذ العامل منهما أربعة أسباع وغير العامل ثلاثة تشجيعا للعمل، وتستمر طول الحياة، وهو ما شجّع على الانتحار هروبا من جحيم دفع أكثر من نصف دخله الشهري لطليقته، أو التحايل عن طريق توقيع عقد تمييز المال قبل الزواج.[2]

* **تحديد مقدار التعويض:** لم يحدده قانون الجزائر وتركه لسلطة القاضي شرط تسبيبه كما في قرار 1984/4/2م و1991/6/18م، وقضت محكمة بجاية 2004/7/7م بمبلغ 30 مليون سنتيم فاعترض المطلق أمام العليا فأقرته لأنه داخل في سلطة القاضي، وفي المادة 132 مدني: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون مقسطا، وأن يكون إيرادا مرتبا"، وحدده السوري في المادة 117 بنفقة 3 سنوات على الأقصى، والأردني بنفقة سنة على الأقصى، والمصري في المادة 18 مكرر بسنتين، وأنكر السباعي التحديد بنفقة سنة وفضّل تركه للقاضي؛ لأن التعسف الواقع على المرأة قد يكون عظيما لا يليق به إلا نفقة حتى تتزوج إن كانت شابة، أو الوفاة إن كانت عجوزا، هو مذهب وجيه؛ فلا يمكن أن يتساوى التعويض بالمتعة لمطلقة ساهمت في الطلاق، وأخرى ظلمت ولها دخل مستقر، وثالثة متضررة لا دخل لها وقضت حياتها ترعاه هو وأولاده، مع هذا يجب ضبط التعويض وفق نظرية المتعة ويمتنع الأخذ بالجراية الأبدية.[3]

* **التعويض في أسباب للطلاق:** السكن وعدم الانسجام والعقم والعذرية.

* **السكن** قد يضطر البعض للعيش مع أسرة ممتدة، فهل الطلاق لعدم استطاعة الزوج توفير سكن تعسف؟ استقر اجتهاد الجزائر على أحقية الزوجة في

---

[1] مقدم التعويض ص. 114 و138 وباسل قبها التعويض ص. 12 ومجوبي التعسف ص. 18

[2] الرافعي الأحوال ص. 605 ومقدم التعويض ص. 116 ومجوبي التعسف ص. 18

[3] السباعي المرأة ص. 117 ومطروح الاجتهاد ص. 230 ويومبعي التعويض ص. 105 والزاوي التابعات ص. 10 ورايس محمد دور القاضي في التعويض عن التعسفي المجلة الجزائرية للقانون ع 2 ص. 90

سكن منفرد كقرار 1985/11/14م و1997/5/13م، وقد اعتمد القضاة على مختصر خليل: "وَلَهَا الِامْتِنَاعُ مِنْ أَنْ تَسْكُنَ مَعَ أَقَارِبِهِ"،[1] وهو مشهور مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، لأنّه من مستلزمات النفقة، وضيّقت مصر واعتبرت الزوجة ناشرا إن امتنعت عن السكن في سكن أعده زوجها ولو مع أقاربه، خاصة إن رضيت أول الأمر بالسكن مع أهله كقرار 1997/4/7م، واختار السوري التنصيص عليه المادة 29 أحوال: "ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها"، فقد يترجح في قضاء الجزائر وسوريا الحكم بأحقية الزوجة بسكن لائق ومنفرد وإن لم تشترطه في العقد، فإذا عجز عن توفيره وأراد الطلاق اعتبر طلاقه متعسفا ومضرا بالزوجة موجبا للتعويض.[2]

* **عدم الانسجام** قد يتحجج بعدم الانسجام في الخُلق أو التوافق الجنسي، واعتبر قضاء الجزائر ذلك تعسفا موجبا للتعويض كقرار 1982/11/12م.[3]

* **العقم** الجمهور على منع التفريق به، وقيل بأحقية الفسخ للزوجة لأنّ الزوج يمكنه التعدد، وكان قضاء الجزائر يُقرّ أنّ العقم من أسباب الطلاق، وأنه لا تعسف في طلاق بسببه كقرار 1992/12/22م، وهو معتمد قضاء سوريا النقض 1966/10/5م: "يعتبر عقم الزوجة سببا مبررا للطلاق ينفي عن الزوج التعسف"، ثم تغيّر اجتهادها لاحقا وقررت 1976/6/1م أن العقم وحده لا يبرر الطلاق، ثم استقر اجتهادها على الثاني.[4]

* **عذرية الزوجة** قد يتحجج المطلق بأنه وجد زوجته غير عذراء ليلة الدخلة، والمستقر عليه في اجتهاد الجزائر أنّه ليس بمبرّر للطلاق إلا إذا اشترطه في العقد، كما في قرار 1984/6/25م و2000/5/23م، وقضت به محكمة معسكر 2006/5/21م، وقررت نقض سوريا 1978/10/15م: "الثيوبة والبكارة لا تأثير لها في عقد النكاح فسادا أو بطلانا".[5]

المطلب الثالث: الموازنة بين التعويض عن تعسف الطلاق والمتعة

اختلفوا حول الاستغناء بالمتعة عن تعويض التعسفي على قولين: **الأول** يُستغنى بها فمن قُضي لها بالمتعة لا تستحق تعويضا لأن المتعة هي صورته الحقيقية، خاصة أنّ الشرع أقرّها دون حاجة لمعرفة السبب، وهي تُحقّق المقصود من التعويض بصورة أفضل وتحفظ كرامة المرأة، اختاره محمد الزحيلي وأحمد صالح والسرطاوي وسامي صالح، **الثاني** لا تغني لاختلافهما في الحكم والسبب والكيفية اختاره عبد الفتاح عمرو، وقرر الأحوال الأردني 1976م في المطلقة قبل

---

[1] مختصر خليل ص. 136

[2] المرغيناني الهداية 288/2 والرافعي العزيز 19/10 والبهوتي الكشاف 460/5 والكاساني البدائع 23/4 وابن نجيم البحر 210/4 والدسوقي 512/2 وإلغات الحقوق ماجستير الجزائر 2011م ص.172

[3] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 160

[4] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 160 وعبد الباقي بدوي التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم مجلة الحضارة الإسلامية هدد 29 جوان 2016م ص. 703

[5] مسعودة إلياس التعويض عن الضرر ص. 164

الدخول تعسفا فأوجب لها المتعة اعتمادا على المذهب الحنفي في المادة 55 والتعويض القانوني في المادة 134.[1]

الترجيح الراجح الاستغناء بمتعة الطلاق عن التعويض، ولا يصح الجمع على الزوج غرامتين، والمتعة واجبة لكل مطلّقة وتُغني عن البحث في الأسباب، ويحصل بها حفظ الحقوق، ولا يُعقل أن يُجمع على المطلق بين تعويضين أحدهما شرعي والآخر قانوني مبني عليه، فإما تُقرر متعة أو تعويضا بمعنى المتعة، لأنّه الأقرب لروح الشرع والقانون.

* **أوجه الشبه بين المتعة والتعويض** كلاهما يكون بعد الطلاق البائن وليس الرجعي، وكلاهما غير مقدّر بقدَر محدود ومتروك لسلطة القاضي، ولا يجبان إذا كانت الفرقة بطلب من الزوجة، والمقصود منهما جبر خاطر الزوجة ولا يؤثران على باقي الحقوق الزوجية.[2]

* **أوجه الاختلاف:** في المتعة نص قرآني ظاهره الوجوب، ويستند التعويض على نظرية التعسف في استعمال الحق والتعويض عن الضرر المعنوي، والمتعة أعمّ من التعويض تجب لكل مطلقة ولا يجب هو إلا لمن تعسف زوجها في طلاقها، ولا يحتاج الزوج في المتعة إلى ذكر السبب فيدفعها بمجرد الطلاق، أما في التعويض فيجب عليه بيانه ويُقرّر على ضوء ذلك استحقاق التعويض من عدمه وإذا امتنع حُكم عليه، والمتعة تعبير عن شهامة الرجل ومروءته وتقواه وإحسانه؛ فقد ذُكر الإحسان والتقوى عقب الأمر بها بقوله **"حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"** (البقرة 236) و**"حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"**، (البقرة 241) أما التعويض فناشئ عن سوء تصرف من المطلق تجاه طليقته؛ لهذا كان الراجح تمتيع كل المطلقات والمعروف قانونا تعويض المتضررة، وعلى هذا الأساس ينبغي ألا تسارع الدول العربية بتقليد ما جاء في القوانين الغربية حذو النعل بالنعل، رغم أنّنا لا ننكر أن التعويض عن الضرر المعنوي والأدبي قد سبقونا إليه، بداية من إنكاره مرورا بقبوله بشروط واستقرارا على العمل به مطلقا، في المقابل كان أهل الشرع يمنعون تعويض الضرر المعنوي إلا في حدود ضيّقة، غير أن تعويض الزوجة عما أصابها من ضرر الطلاق نص عليه القرآن، وجعل له حكما صريحا ونصا قاطعا، فكان الواجب الإبقاء على المتعة مع تطويرها بما يتوافق وروح الشرع، بدل السعي وراء تطبيق النظريات الأوروبية بحجة أنها متطورة أحيانا أو سابقة أحيانا أخرى، لهذا يجب تعميق البحث في نظرية المتعة لتُصبح أصلا في قضايا تعسف الطلاق لأن نفعها عائد على النساء بطريقة أعم وأعدل، وحتى تكون هي التعويض عن ضرر الطلاق مع الأخذ بالقول الموجب لها سوى لغير المدخول بها إذا فُرض لها المهر التي لها نصفه، فتستحق بالتالي كل

---

[1] عبد الفتاح السياسة ص. 178 وعتيلي الطلاق ص. 152 وخارف التعويضي ص. 100 ومظفر التعويض ص. 18 وطاري سعيد التعسف في فرق الزواج ص. 209

[2] عتيلي الطلاق ص.145 ويومبعي التعويض ص.74 ولاتي المنازعات ص.72 وجانم المتعة ص. 234 ولاتي أساس التعويض عن التعسفي مجلة القانون والعلوم السياسية ع 4 جوان 2016م ص. 259

مطلقة تعويضا دون حاجة لإثبات ضررها لأن الضرر واقع لا محالة بالطلاق، أما إذا لجأت إلى التطليق أو الخلع فلا متعة، بهذا نستغني عن نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما أخذت به دول فأنصفت المطلقات وردعت المتعسّف.[1]

المطلب الرابع: التعسف في طلاق الفار وخلع الزوجة

من أوجه التعسف طلاق الرجل امرأته في مرض موته ليحرمها من الميراث، أو خلع الزوجة زوجها لغير سبب؛ نذكر طلاق الفار شرعا وقانونا ثم تعسف الخلع.

الفرع الأول: طلاق الفار في الفقه الإسلامي

إذا طلّق رجل امرأته في مرض موته لحرمانها من الميراث فقد أضر بها، ورغم الاتفاق على وقوع الطلاق إلا أنّهم اختلفوا حول أثره على الميراث بسبب التعسف، وعرّفت المادة 1595 أحكام عدلية مرض الموت: "أنّه الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الشخصية، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن"، وفي المادة 543 مدني أردني: "الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر كانت تصرفاته تصرفات الصحيح"، وعرّفه اجتهاد الجزائر تعريفا دقيقا 1984/4/19م: "المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجرّ إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه؛ فيجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف"، له 4 شروط ليبطل التصرف: أن ينتهي بالموت غالبا، ويموت بالفعل بعد إصابته به موتا متصلا، ويقعده عن مباشرة مصالحه، وبعد الدخول،[2] وقد اختلفوا هل ترث المطلقة في مرض الموت؟ على أربعة أقوال بعد الاتفاق على توريث الرجعية: **الأول** الظاهرية والشافعية وابن الزبير: لا ترثه مطلقا لأنَها لو ماتت بعد طلاقه لا يرثها إجماعا ولا توجد زوجية فيها ميراث من جهة، **الثاني** الحنفية: ترثه في العدة لأن الحقوق الزوجية تنتهي بانتهائها، والقياس عدمه لكنها ترثه استحسانا لورود الخبر عن الصحابة، **الثالث** الحنابلة: ترثه ولو بعد العدة ما لم تتزوج لما وقع لامرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته فأورثها عثمان بعد عدتها، فإن تزوجت لم ترث للإجماع على أن المرأة لا ترث زوجين معا فكأنّها قبلت إسقاط حقها بتزوجها، **الرابع** المالكية: ترثه مطلقا ولو بعد الزواج ولو كان طلاقه برضاها، قال ابن رشد: "بالغ مالك مبالغة شديدة فأوجب لها الميراث من زوجين في وقت واحد، وبالغ أكثر لما أفتى بأنها ترثه إن مات ولا يرثها إن ماتت"، حجته ما ثبت عن عمر وعثمان وعائشة ولا يُعلم لهم مخالف إلا ما رُوي عن ابن الزبير، ويقتضيه

---

[1] ويومبعي التعويض ص. 76 وعتيلي التعسفي ص. 145 والعساف المتعة ص. 149 وتقية الطلاق ص. 73 وآل عبد السلام المتعة ص. 39 وعبد العزيز سمية متعة مج معارف ع 16 2014م ص. 124

[2] ابن قدامة المغني 506/6 والسرطاوي الأحوال ص.221 والصابوني الحرية ص.112 والزلمي حكم أحكام القرآن إحسان طهران ط1، 2014م ص. 106 والسباعي المرأة ص.116 49 والمطيري الإضرار ص. 35 والعون التعسف ص. 651 ورشاد ابراهيم تصرفات المريض ماجستير الجزائر 1989م ص. 31

العمل بسد الذرائع وإلا طلّق من أراد حرمان زوجته من الميراث طلاقا بائنا، وهو كقول النبي: "القاتل لا يرث"،[1] فتوريثها معاقبة له بنقيض قصده،[2] وصحّ أنّ عثمان ورّث زوجة عبد الرحمن "تماضر" لما طلقها في مرض وفاته، قال: "لا أتهمه لكن أردت السنة"، فعله على مسمع من الصحابة ولم يُنكَر،[3] وقال ابن عمر: طلّق غيلان نساءه فقال عمر: "لئن لم تراجعهنّ لأورثنهن منك ثم لآمرن بقبرك فليرجمن كما رجم قبر أبي رغال" فراجعهنّ.[4]

الراجح في نظري ما ذهب إليه الحنابلة من التوريث، ولو بعد العدة لكن قبل أن تتزوج؛ لأنها بتزوجها تنقطع عصمتها من زوجها، وهو القول الأوسط والأعدل.

الفرع الثاني: طلاق الفار في القانون

المطلق لزوجته في مرض موته متعسف لهذا ترثه زوجته، كأنّ ميراثها قائم مقام التعويض عن فراق متعسف، وهو ما عليه أغلب قوانين العرب،[5] في المادة 116 أحوال سوري: "من باشر سببا من أسباب البينونة في مرض موته ومات في ذلك المرض والمرأة في عدتها فإنها ترث منه"، ومثله المادة 35 أحوال عراقي، والمادة 364 قانون عربي موحد 1961م، والمادة 255 أسرة قطري، ولم تتعرض الجزائر لطلاق الفار مع أنّها قنّنت بعض التصرفات؛ كالبيع والوصية والنسب والهبة، في المادة 408 مدني حكم البيع، وفي المادة 776 الوصية، وفي المادة 44 الإقرار بالنسب، وفي المادة 204 الهبة، وقد استوفت حالات التصرف في مرض الموت سوى الطلاق، فيلزم من ذلك رجوع القاضي إلى أحكام الشرع وفق المادة 222، والغالب أنه يعود لمذهب المالك لأنه المذهب الرسمي، والذّي يوجب توريثها ولو تزوجت، رغم أنّ الاجتهاد العالي لا يلتزم به بل يُرجّح ما فيه مصلحة، أما قضاة المحاكم الدنيا فالمعهود عنهم الالتزام، والمنطق القانوني يقضي بتعسف الفار قياسا على المادة 132 أسرة: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"،[6] فقد ذكرت العدة بإطلاق فترثه سواء كانت رجعية أم بائنا، وتستحق الميراث قبل الحكم الذي قد يصدر بعد العدة، وكان ينبغي تجنب الغموض والنص على توريث طليقة الفار بعد اتفاق أكثر العلماء؛ لهذا اقتُرِحَ إدراج مادة في باب الميراث تُصاغ: "إذا ثبت أمام القاضي بالبينة أن أحد

---

[1] رواه الترمذي رقم 2109 وابن ماجه رقم 2645، الألباني صحيح الجامع 4436 والإرواء 1671

[2] النووي المجموع 66/16 والجويني النهاية 231/14 وابن حزم المحلى 487/9 والكاساني البدائع 218/3 والسرخسي المبسوط 168/6 والبابرتي العناية 145/4 وابن قدامة المغني 396/6 وابن قدامة الكافي 314/2 وابن القيم الإعلام 126/3 والمدونة 87/2 والدسوقي 353/2 وابن رشد بداية المجتهد 461/1

[3] ابن سعد الطبقات الكبرى 832/8 وصححها الألباني إرواء الغليل برقم 1721

[4] رواه عبد الرزاق في مصنفه برقم 12216

[5] أخذت إبطال تصرف مرض الموت من الشرع، ولا يعرفه قانون فرنسا إلامع الطبيب المعالج أو رجل الدين المادة 909 مدني، بن غريب رابح التصرفات في مرض الموت مجلة نقدية ص.353

[6] عدة زوجة الفار: الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَأَبُو يُوسُفَ: تُكملعدة طلاقها فقط، الْحَنَفِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ: تعتد بِأَبْعَدِ الأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الطَّلاَقِ احْتِيَاطًا، الملا خسرو درر الحكام إحياء الكتب 364/1 وابن النجيم البحر 148/4 وابن عابدين 267/3 والماوردي الحاوي 154/8 والموسوعة الكويتية 76/32 والزحيلي الفقه 7191/9

الزوجين فارق زوجه قبل الموت لحرمان زوجه من الميراث؛ وُرّث الحي منهما ولو بعد العدة ولو تزوجت" على مذهب مالك، أما ما تم ترجيحه: "ما لم تتزوج".[1]

كما يُدرج طلاق الفار في نظرية التعسف في استعمال الحقّ فيجب فيه التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة من خلال منحها الميراث كأنها زوجة، ويقع الطلاق قانونا كما في قرار عالي جزائري 1998/03/17م، ويتجلى وجه التعسف في أنّ الزوجة ليس عليها إلا إثبات أن الطلاق وقع في مرض الموت، فيكون التوقيتُ قرينة كافية لإثبات سوء نية المطلق، وأنه طلقها بغير وجه مشروع بقصد الإضرار بها وحرمانها من الميراث فوجب معاقبته بنقيض قصده، وفي اجتهاد عالي جزائري 1993/12/21م رقم 101444: "زوجة الفار إذا طلقت تعتد بأبعد الأجلين حتى تتمكن من حقها في الميراث" هو مذهب الحنفية، وشذ قانون العراق فنص على عدم وقوع طلاق الفار في المادة 35 أحوال: "لا يقع طلاق المريض مرض الموت" وهو شذوذ كان ينبغي تجنبه.[2]

الفرع الثالث: التعسّف في استعمال حق الخلع

الطلاق بيد الزوج يُطلق لحاجة فإذا كان السبب وجيها لم يأثم ولم يضمن، وإن كان لغير مبرر فقد يأثم ويجب عليه التعويض، بمتعة يقدرها القاضي حسب الظروف والعرف ووُسع الزوج، في المقابل للزوجة حقّ خلع زوجها، ويلزمها إن خالعته أن تعوضه بسبب الضرر الحاصل، وهو تعويض محل اتفاق بسبب التنصيص عليه في القرآن بقوله **"فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"**، (البقرة 229) قال ابن الجوزي: "لا جُناحَ على المرأة فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ وعلى الزوج فيما أخذ لأنه ثمن حقّه"،[3] وهل يشترط الشقاق لإجازته؟ مذهب المالكية والحنابلة أنه لا يحل أخذ مقابل الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانبها، وكرّه الحنفية أخذه إذا كان النشوز من قبله، وتوسّع الشافعية فأجازوه على كل حال سواء في شقاق أو نشوز أو اتفاق وهو أرجح؛ لأن القيد في الآية خرج مخرج الغالب،[4] فإذا عضل زوج زوجته لتُفدي نفسها أو ضربها أو أكرهها على الخلع فأضر بها بغية الحصول على بدل الخلع والإفلات من دفع تكاليف الطلاق؛ فقد ذهب الجمهور إلى إبطال الفدية ومعاقبة الزوج بنقيض قصده، بأن يحكمُ القاضي بطلاق الزوجة دون تقديم بدل، ويضمن الزوج ما وجب عليه من التعويض عن تعسفه وضرره، حيث ينبني هذا الحكم على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وعلى قوله **"وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ"**، (البقرة 229) وقوله **"وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا**

---

[1] تقية قضايا الأسرة ثالة الجزائر 2011م ص.32 وخارف التعويض ص.98 ومسعودة التعويض ص.151 والعون التعسف ص.652 ومخالفية الحماية ص.62 وبن غريب التصرفات ص. 353

[2] القدوري ص.169 والزلمي حكم القرآن ص. 107 وبكارة بوشنتوف الباعث ص.100

[3] ابن الجوازي زاد المسير ج. 1 ص. 203

[4] المدونة 241/2 وابن عبد البر الكافي 593/2 والقاضي التلقين 130/1 وابن قدامة المغني 328/7 وشرح الزركشي 358/5 والبلدحي الاختيار 157/3 والبابرتي العناية 215/4 والماوردي الحاوي 5/10 وتفسير ابن كثير 614/1 والشيرازي المهذب 489/2

تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"، (النساء 20) وقوله **"وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ"**، (النساء 19) وقوله **"فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"**، (النساء 4) صريحة في منع أخذ البدل إلا حال النشوز دون عضل.[1]

وهل تُدرج فدية الخلع في نظرية التعويض عن الضرر المعنوي؟ نعم يمكن إدراجها خاصة إذا تم الخلع بغير رضى منه كما في المادة 54 أسرة، حيث كان القضاء العالي قبلها يمنع الخلع بغير موافقته في قرارات الثمانينات من قرن الماضي وما قبلها، ثم وقع تحوّل أواخر تسعينات حين اعتبر الخلع حقا لها وليس عقدا رضائيا، وتابعه المشرع المصري في المادة 20 قانون مصري رقم 1 لسنة 2000م، وهو ما أخذت به الأردن والإمارات وموريطانيا، وأبقت باقي الدول على اشتراط رضاهما معا لصحته،[2] والتعويض المستحق للزوج في مقابل استعمال الزوجة للخلع دون موافقته هو حق متفق عليه أخذت به مجمل التشريعات، والأكثر على عدم مجاوزة المهر وبموافقة القاضي، وجعلت الجزائر موافقة الزوج على بدل الخلع مرتبطة بموافقة القاضي ما اعتُبر تعسفا في وجهه، ويتطلب العدل معاملة الزوجين على قدم المساواة؛ لأن تعويض الزوجة لا حدّ له خلافا لتعويض الخلع، ولا أرى ما يوجب التفريق سوى ما جاء في النظام العالمي من التحيّز للمرأة والتمييز الإيجابي نحوها، ولا يمكن التحجج بسوء عشرة الزوج التي دفعت الزوجة للمخالعته؛ لأنه يمكنها اللجوء إلى تطليق الضرر كما في المادة 53 أسرة، أما الخلع فهو وسيلة زوجة لا تجد سببا مضرا بها، وإنما يدفعها الكره وعدم استطاعة الاستمرار في العيش، فالمتضرر من الخلع هو الزوج المخلوع؛ فمن الواجب منحه تعويضا يرضيه لا إبقاءه بلا حق وتحت سلطة القاضي.[3]

لهذا ينبغي منح الزوجة حقا مطلقا في طلب الخلع دون موافقة زوجها، ولو كان خلعها بغير سبب، كما وقع لامرأة ثابت التي لم يُذكر في حديثها موافقته،[4] بيد أنّ بدل الخلع لا بد فيه من رضا الطرفين فإذا اختلفا حكم القاضي بما يراه عدلا، فإذا رأى أن المختلعة تعسفت في خلعها ولم تثبت شيئا ضد زوجها قضى بأعلى درجات التعويض، ولو تجاوز مقدار المهر كما هو مذهب المالكية والشافعية والظاهرية، لحديث أَبِي سَعِيدٍ أَنَّهُ كَانَتْ له أُخْتٌ تَحْتَ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَدِيقَةٍ وَكَانَ بَيْنَهُمَا كَلَامٌ فَارْتَفَعَا إِلَى الرَسُولِ فَقَالَ صلى الله عليه وسلم: "تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَيُطَلِّقُكِ قَالَتْ نَعَمْ وَأَزِيدُهُ قَالَ رُدِّي عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَزِيدِيهِ"،[5] وقال الحنفية تصح الزيادة قضاء ويأثم فاعله ديانة ومذهب الجمهور أرجح، واستقر القضاء الإسلامي المعاصر على أن امتناع الزوج عن ذكر سبب وجيه لطلاقه الانفرادي يجعله

---

[1] المدونة 241/2 والشافعي الأم 122/5 وحاشية ابن عابدين 445/3 وابن قدامة المغني 327/7 وتفسير القرطبي 136/3 وحيدرة محمد الضرر في الأحوال الشخصية ص. 78

[2] تفصيل المسألة في الفصل الثالث من الباب الأول من هذه الأطروحة ص. 367

[3] مسعودة التعويض عن الضرر ص. 178 و183 وراضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع ص. 205

[4] رواه البخاري باب الخلع وكيف الطلاق فيه برقم 5273

[5] رواه الدارقطني في السنن باب المهر برقم 3627 وسنده ضعيف

متعسفا تستحق طليقته التعويض، وقياسا عليه يجب أن يكون طلب الزوجة للخلع دون ذكر سبب قانوني تعسفا يوجب للزوج المخلوع تعويضا، وتسقيف التعويض عن الخلع بالمهر المدفوع لا أراه عادلا؛ لأن المهر قد يكون غير كاف لجبر خاطر الزوج، أما المشرع الجزائري فإنه لا يرى أن بدل الخلع من التعويض لأنه شرّعه لكل مخلوع بغض النظر عن وجود سبب لدى المختلعة؛ ما يتنافى مع فلسفة التعويض التي يلزم فيها وجود ضرر، كما أنه قام بتحديد سقفه بالمهر المدفوع منعا لابتزاز الزوجة كما في قرار 1992/7/21م، رغم أنّه قد يلحق بالمخلوع ضرر يستوجب قيمة أعلى من التعويض.[1]

المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين والجنسية على التعويض

تمهيد

بعد تحرير أحكام نفقة الطلاق وتعويضه ومتعته، وبعد ما تقرّر إدراج التعويض تحت مظلّة المتعة الشرعية الواجبة لكل مطلقة سوى التي فُرض لها مهرا ولم يُدخَل بها، وأنّ على الزوج نفقة زوجته أثناء العدة، ننظر في هذه الأحكام بعد دخول عنصر اختلاف الدين أو الجنسية في مطالب:

المطلب الأول: تعويض المطلقة الكتابية

المطلب الثاني: تعويض الزوجة في حال أسلم أو ارتد أحد الزوجين

المطلب الثالث: تعويض الزوجة إذا اختلفت جنسية الزوجين

المطلب الأول: نفقة الطلاق للزوجة الكتابية

لا خلاف حول وجوب نفقة الزوج على زوجته الكتابية أثناء قيام الزوجية وبعد الطلاق مثلها مثل المسلمة؛ لأن النفقة من الحقوق التي لا أثر للدين أو المعتقد عليها، ولأن إيجاب نفقة الطلاق وتعويضه من متعة ونفقة إهمال وعدة هو حكم معلّل بجبر خاطر الزوجة ورعاية العشرة، وهي علة موجودة في الزوجة الكتابية لقوله **"وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ كِسْوَتُهُنّ وَرِزْقُهُنّ بِالمَعْرُوفِ"**، (البقرة 233) فلفظة "على" تدل على الوجوب المطلق بغض النظر عن ديانة الزوجة، لا فرق بين مسلمة وكتابية إذا وقع الزواج بها صحيحا، لعموم حديث: "لهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"،[2] والزوجة تجب لها النفقة نظير احتباس زوجها لها، وهي علة موجودة في الكتابية مثل المسلمة، وقد تقرّر أن نفقات الطلاق من متعة وغيرها مربوطة بنفقة الزواج؛ بمعنى أن الزوج يجب عليه الانفاق على زوجته أثناء الزواج؛ فإذا طلقها وجب عليه أن ينفق عليها نفقة طلاقها، ولأن مَا يَجِبُ مِنْ الْعِوَضِ يَسْتَوِي فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ كَالْمَهْرِ،[3] وهو ما عليه الأئمة قديما وحديثا؛ فقد سئل مالك: "أَرَأَيْتَ الصَّغِيرَةَ إذَا طَلُقَتْ **وَالْيَهُودِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّةَ** وَالْأَمَةَ وَالْمُدَبَّرَةَ وَالْمُكَاتَبَةَ وَأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

---

[1] المدونة 245/2 والمرغيناني الهداية 261/2 وابن رشد البداية 89/3 والنووي المجموع 8/17 وابن قدامة المغني 325/7 وابن حجر الفتح 402/9 والشوكاني النيل 297/6 وراضي موافقة الزوج على الخلع ص.205

[2] رواه مسلم عن جابر بن عبد الله باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 1218

[3] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 241

إِذَا طُلِّقْنَ أَيَكُونُ لَهُنَّ مِنْ الْمَتَاعِ مِثْلُ مَا لِلْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ الْبَالِغَةِ؟ قَالَ: "سَبِيلُهُنَّ فِي الطَّلَاقِ وَالْمُتْعَةِ إنْ طَلُقَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ قَبْلَ أَنْ يُدْخَلَ بِهَا وَقَدْ فُرِضَ لَهَا فَرْضٌ كَسَبِيلِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ وَإِنْ لَمْ يُفْرَضْ لَهَا فَكَذَلِكَ إنْ دُخِلَ بِهَا وَكَذَلِكَ فِي أَمْرِهِنَّ كُلِّهِنَّ سَبِيلُهُنَّ كَسَبِيلِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ الْبَالِغَةِ فِي الْمَتَاعِ وَالطَّلَاقِ"،[1] وقال الشافعي:"كُلُّ نِكَاحٍ صَحِيحٍ طَلَّقَ رَجُلٌ فِيهِ امْرَأَتَهُ مُسْلِمَةً حُرَّةً أَوْ **ذِمِّيَّةً** أَوْ مَمْلُوكَةً فَهُوَ كَمَا وَصَفْت فِي الْحُرَّةِ إلَّا أَنَّ لِأَهْلِ الذِّمِّيَّةِ أَنْ يُخْرِجُوهَا فِي الْعِدَّةِ وَمَتَى أَخْرَجُوهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا إنْ كَانَتْ حَامِلًا وَلَا سُكْنَى كَانَ طَلَاقُ زَوْجِهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ أَوْ لَا يَمْلِكُهَا"،[2] ويقول ابن قدامة: "الْمُتْعَةُ تَجِبُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ لِكُلِّ زَوْجَةٍ مُفَوّضَةٍ طَلُقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ وَالْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ وَالْمُسْلِمَةُ **وَالذِّمِّيَّةُ**"،[3] ويقول الشربيني: "يَسْتَوِي فِيها الْحُرُّ وَغَيْرُهُ وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ وَالْحُرَّةُ وَغَيْرُهَا وَالْمُسْلِمَةُ وَالذِّمِّيَّةُ".[4]

* **تحرير مذهب الحنفية:** المتعة مشروعة للذمية كالمسلمة؛ ونقل ابن قدامة عن أبي حنيفة أنه لَا مُتْعَةَ لها،[5] وهو غير دقيق لأن مذهبه تمتيعها بعد الطلاق سواء كان زوجها مسلما أو ذميّا شرط الترافع، قال أبو يوسف: "النصراني إذا طلق النصرانية فإن لها النفقة ولا سكنى لها"،[6] والحاصل أن الفقهاء متفقون بأنّ اختلاف الدين غير مؤثر في الحقوق الزوجية؛ سواء أثناء الزواج أو بعد الفراق لأنها من العوض الذي لا يؤثر فيه هذا الاختلاف، وقد نصت قوانين على عدم التأثير، وعلى وجوب إنفاق الزوج على زوجته وتعويضها في حال الطلاق، ولو اختلف دينها عن دينه اختلافا أصليا كما في المادة 67 قانون الأحوال الشخصية الأردني.[7]

المطلب الثاني: نفقة الزوجة في حال أسلم أو ارتد أحد الزوجين

بين يدي المطلب اختلاف دين الزوجين قد يكون أصليا؛ بأن يتزوج مسلمٌ كتابيةً ولا يُتصوّر غيره؛ لأن الشريعة منعت زواج المسلمة بغير المسلم قولا واحدا، وربّما كان طارئا ويُتصور في ثلاث حالات: أن يسلم أحد الزوجين أو يرتد أحدهما أو يرتد كلاهما، ويُلاحظ شحّ كلام الفقهاء في هذا الباب بسبب شحّ النصوص وقلة الآثاره، وثمة قواعد استقر عليها القول في باب التمتيع بالنفقة والإنفاق أثناء العدة عند كثير من الحنفية والشافعية والحنبلية، فقد تقررّ أن تغيير الدين يُنظر فيه إلى المخطئ من الزوجين؛ فإن كان الزوج هو من قصّر في حق زوجته وجب عليه الإنفاق والتمتيع، وإن كانت الزوجة هي المخطئة أُعفيَ الزوج من النفقات، فالقاعدة عندهم أن الغنم بقدر الغرم وأن المخطئ هو المغروم، قال الكاساني: "كُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فِيهِ فَتُوجِبُ الْمُتْعَةَ؛ لِأَنَّهَا تُوجِبُ

---

[1] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 240
[2] الشافعي الأم ج. 5 ص. 253
[3] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 241
[4] الشربيني مغني المحتاج ج. 4 ص. 398 والسنيكي أسنى المطالب ج. 3 ص. 219
[5] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 241
[6] البابرتي العناية 3/ 385 والعيني البناية 201/5 وابن مازة المحيط البرهاني 469/3
[7] نبيل المغايرة نفقة المرأة على نفسها وعلى غيرها ماجستير الجامعة الأردنية 1997م ص. 64

نِصْفَ الْمُسَمَّى فِي نِكَاحٍ فِيهِ تَسْمِيَةٌ، وَالْمُتْعَةُ عِوَضٌ عَنْهُ كَرِدَّةِ الزَّوْجِ وَإِبَايَةِ الْإِسْلَامِ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ فَلَا مُتْعَةَ لَهَا لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِهَا الْمَهْرُ أَصْلًا فَلَا تَجِبُ بِهَا الْمُتْعَةُ"،[1] وقال الشيرازي: "إن كانت الفرقة بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة؛ فحكمه حكم الطلاق في وجوب المتعة؛ لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة لم تجب لها المتعة"،[2] وقال ابن قدامة: "مَا يَسْقُطُ بِهِ الْمُسَمَّى مِنْ الْفُرَقِ كَاخْتِلَافِ الدِّينِ وَالْفَسْخِ بِالرَّضَاعِ وَنَحْوِهِ إذَا جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا لَا تَجِبُ بِهِ مُتْعَةٌ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مَقَامَ نِصْفِ الْمُسَمَّى فَسَقَطَتْ فِي مَوْضِعٍ يَسْقُطُ كَمَا تَسْقُطُ الْأَبْدَالُ بِمَا يُسْقِطُ مُبْدَلَهَا"،[3] ورغم محاولة تأصيل قواعد المتعة عند فُرق الطلاق المختلط؛ إلا أن بعض المسائل تحتاج إلى تفصيل نبحثه في فرعين: التعويض في حال إسلام أحد الزوجين، وحال ردة الزوجين أو أحدهما.

الفرع الأول: التعويض في حالة إسلام أحد الزوجين

إسلام أحدهما له حالتان: يسلم الزوج أو تبادر هي بالإسلام لكلٍّ بند.

البند الأول: التعويض في حالة إسلام الزوج

لا يخلو حال الزوجة الغير مسلمة إذا أسلم زوجها من أن تكون حاملا أو حائلا، ففي حالة الحمل اتفق جميع الفقهاء على أن الزوج يجب عليه الإنفاق عليها لورود النص القرآني، وهو قوله **"وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"** (الطلاق 6)، لا فرق في هذا الحكم بين مسلمة وكتابية، غير أنه يفرق بينهما بعد وضع الحمل عند الجمهور أي انتهاء عدتها وبالتالي تسقط نفقته الزوجية، وقال جماعة: يستطيع الزوج أن يبقى متزوجا بها شرط عدم المسيس؛ فلا تقع الفرقة بينهما إلا بمشيئته ترغيبا لها في الإسلام، والجميع متفق على وجوب نفقته عليها أثناء العدة على قول الجمهور وأثناء فترة التربص عند القائلين بها،[4] قال ابن مازة الحنفي: "المجوسية إذا أسلم زوجها فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن يحتاج الزوج إلى حفظ مائِهِ فيحبسها لصيانة مائِهِ"،[5] أما بعد وضع الحمل والحكم بالفرقة بينهما من طرف القاضي نظرا لإسلام الزوج واختلاف الدين الطارئ؛ فيجب عليه إمتاعها لأن المتعة من الحقوق المشروعة التي لا يؤثر فيها الاختلاف في الدين طارئا كان أم أصليا، وإذا رضي الزوج بالانتظار مدة عملا بالراجح من الأقوال بالجواز ثم طلب الحكم بالفرقة فله ذلك شرط التمتيع، أما إذا كانت الزوجة حائلا غير حامل فقد اختلفوا حول استحقاقها النفقة والتعويض؛ فمذهب الجمهور سقوط نفقة طلاقها؛ لأنها لم تتبع زوجها في دينه وخرجت عن عصمته ولا سبيل له عليها فأشبهت البائن، وقال الشافعي: لا تسقط وإن فارقها وجب عليه تمتيعها لأنه لا ذنب لها بإسلامه، وقد

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع ج. 2 ص. 303
[2] الشيرازي المهذب ج. 2 ص. 475
[3] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 242
[4] المدونة 215/2 والشافعي الأم 50/5 وأبو زهرة الأحوال ص. 384 وبدران العلاقات ص. 138
[5] ابن مازة المحيط البرهاني ج. 3 ص. 469

تعتنق الإسلام وقت العدة، احتج الجمهور بأنها بتخلفها عن الإسلام حبست نفسها عنه فسقطت نفقة طلاقها؛ لأن مبررها قد زال وهو الاحتباس أو الاستمتاع، وفي كتاب النفقات الشرعية الفلسطيني المادة 371: المرأة إذا أبت الإسلام واتباع زوجها في الدين لا تستحق نفقة العدة.[1]

الترجيح إذا أراد الزوج الذي أسلم إبقاء الرابطة فله ذلك، ويجب عليه الإنفاق بحكم الزوجية والاحتباس، وإن أراد الطلاق فعليه دفع الحقوق المالية كاملة كما هو مذهب الشافعي، لأنه من أحدث الطلاق بغير نشوز منها، ومن حقّها عدم اتباعه لقوله **"لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"**، **(البقرة 256)** وهل يحق لها طلب التعويض عن الضرر؟ الراجح أنه لا يحق لأن زوجها لما دخل في دين الحق صنع حميدا، فلا يمكن اعتبار دخوله للحنيفية نوع ضرر لها، وقد سمحت لها الشريعة باللحاق به في فترة العدة أومدة التربص، وبسبب إمكانية اللحاق بدين الحق لا يحق لها التذرع بإسلامه لتطلب تعويضا، وغاية ما يمكنها طلبه حقوقها المشروعة، وقد سار اجتهاد الجزائر على أن نفقة العدة للمطلقة تستحقها مهما كانت حالتها سواء ظالمة أو مظلومة، كما في قرارات سنة 1984م رقم 4327 ورقم 38620 بتاريخ 1985/2/30م.[2]

ومن رحمات شريعتنا أن الكافر المتزوج من أكثر من أربعة نسوة إذا أسلم فإنه يجب عليه اختيار أربعة وفراق باقي نسائه لعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع نساء لقوله **"فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ"**، **(النساء 3)** غير أنه يجب عليه النفقة عليهن جميعا حتى يختار من يختار،[3] قال ابن القيّم: "قَبْلَ الِاخْتِيَارِ هُنَّ عَلَى النِّكَاحِ فِي حُكْمِ الْإِنْفَاقِ فَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْجَمِيعِ إلَى أَنْ يَخْتَارَ؛ لِأَنَّهُنَّ مَحْبُوسَاتٌ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ النِّكَاحُ صَحِيحًا لَازِمًا بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَلِأَنَّهُنَّ فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ وَلِهَذَا أَيَّتُهُنَّ اخْتَارَهَا كَانَتْ زَوْجَةً مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ عَقْدٍ".[4]

<u>البند الثاني: التعويض في حالة إسلام الزوجة</u>

إذا كانت الزوجة هي من أسلمت وبقي زوجها على الكفر فإن الأمر يختلف عن سابقه لأنه هنا تقع محرومية الاتصال بينهما لكونها مسلمة وزوجها كافر، وهي أشدّ بحكم أنّ أكثر أهل العلم أجازوا لها انتظاره مدة العدة فقط ولا تزيد، ورجّح البعض جواز الانتظار برضاها رجاء إسلامه، ثم اختلفوا حول وجوب نفقته عليها إبان فترة الانتظار: فمذهب الجمهور وجوبه بناء على استمرار الزوجية ما دامت في العدة، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى خلافا لما رواه عنه أصبغ،[5] ومذهب الشافعية أنه لا نفقة لها أثناء ذلك؛ لأنها هي التي أحدثت المانع بتغيير دينها فوجب

---

[1] المدونة 215/2 وابن قدامة المغني 155/7 وابن مازة المحيط 112/3 والجويني النهاية 182/13 والشيرازي المهذب 475/2 والشربيني المغني 399/4 وبدران العلاقات ص. 138 والمغايرة نفقة المرأة على نفسها ص.63 وأبو منشار النفقة الواجبة ص.266

[2] رتيبة عياش أحكام نفقة الزوجة ص. 104

[3] ابن مفلح الحنبلي المبدع شرح المقنع ج. 6 ص. 185

[4] ابن القيم أحكام أهل الذمة ج. 2 ص. 738

[5] الباجي المنتقى شرح الموطأ ج. 3 ص. 345

عليها تحمل مسؤولياتها، ولكونها ممتنعة عن الاستمتاع بها بتصرف منها، ومعتمد الشافعية أنه بإسلامها قد بانت منه فلا نفقة لها عليه، وأجاب الجمهور بأن الزوجة قد أحسنت صنعا لما أسلمت، أما هو فقد أساء برفضه الإسلام فوجب تغريمه، وكأن الفرقة جاءت بسببه فوجب عليه الإنفاق، خاصة أنها في عدتها تكون مثل الرجعية، فبإمكانه اللحاق بها ولم يفعل.[1]

الترجيح الذي يترجح في نظري هو مذهب الجمهور بسبب بقاء الزوجية واستمرارها، والإسلام لم يمنع إلا الاتصال أما الحبس فلا يزال قائما، فإذا أراد زوجها الباقي على دينه وكفره طلاقها فله ذلك إذا قدم لها وجوبا كل النفقات المستحقة لها، وهل يحق لها طلب التعويض عن الضرر الواقع عليها؟ الجواب نعم يحق لها ذلك قانونا وشرعا؛ لأنها بإسلامها قد فعلت ما يجب وهو بتعنته وامتناعه قد أساء، والدخول في الدين الحق من أعظم الحقوق ومحاولة منع الغير من دخوله من أعظم الضرر، فيحق لها طلب التعويض عن الضرر الذي أصابها، ولا يقولن قائل أن رفض الزوج الدخول في الدين يدخل في الحريات؛ لأنه لا يحق له منع زوجته من اتباع الحق، وهو برفضه كان سببا لوقوع الفرقة فيقع عليه غرم التعويض عن الضرر، لكن يجب التنويه أن التعويض هنا هو المتعة الشرعية التي قد يزيد مقدارها كلّما زاد الضرر، يعود ذلك لتقدير القاضي.[2]

الفرع الثاني: التعويض عند ردة أحد الزوجين أو كلاهما

* **ردة الزوجين:** إذا وقعت منهما بقيت النفقة واجبة على الزوج، وإن أراد تطليقها وجب عليه أن يعطيها حقوقها جميعا لاستوائهما.[3]

* **ردة الزوج:** يستمر في النفقة أثناء العدة عند الجمهور، ومذهب المالكية سقوط النفقة إلا في الحمل لأنها بانت منه بردته، قَالَ مَالِكٌ: "كُلُّ نِكَاحٍ كَانَ حَرَامًا نُكِحَ بِوَجْهِ شُبْهَةٍ مِثْلَ أُخْتِهِ مِنْ الرَّضَاعَةِ أَوْ غَيْرِهَا مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ شُبْهَةٍ فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنَّ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا إذَا كَانَتْ حَامِلًا فَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَلَا"،[4] أجيب أنه المتسبب فيتحمل تبعات تصرفه؛ فيؤخذ من ماله وينفق عليها حتى تطلب هي الفرقة لتغيير الدين.[5]

الترجيح مذهب الجمهور أرجح، لأنّ فترة الانتظار هي العدة أو التربص؛ وهل ينفق عليها بعد العدة إذا أرادت الانتظار؟ الأقرب هو النفي لأن الإنفاق في العدة من حقوق الله تعالى، أما في التربص فإن الزيادة من عندها لمصلحتها فلا

---

[1] الشافعي الأم ج. 5 ص. 50 وابن قدامة المغني ج. 7 ص. 155 والسنيكي أسنى المطالب ج. 3 ص. 220 والباجي المنتقى ج. 3 ص. 345 والكاساني البدائع ج. 2 ص. 303 والشيرازي المهذب ج. 2 ص. 475

[2] نزار أبو منشار النفقة الواجبة ص. 266

[3] راضي عبد الإله وطاهري بلخير الردة أحكامها وآثارها ص. 306

[4] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 48

[5] ابن قدامة المغني 174/7 وابن مفلح المبدع 184/6 وابن الحسن الشيباني الأصل المعروف بالمبسوط ت الأفغاني ط كراتشي 344/10 والسرخسي المبسوط 205/5 والكاساني البدائع 303/2 والشيرازي المهذب 475/2 والشربيني المغني 399/4

يغرم زوجها، فإذا طلبت المسلمة الطلاق فلها ذلك فتأخذ كلّ حقوقها من نفقة إهمال وعدة ومتعة، ويحق لها أن تطلب تعويضا عما لحقها من ضرر بسبب ردته، لا أعلم فيه خلافا لأنه أساء إليها، لكن التعويض يدخل حتما في نظرية المتعة.[1]

* **ردة الزوجة:** إن كانت حاملا وجب عليه الإنفاق عليها مدة حملها للآية، سئل مالك: "أَرَأَيْتَ الْمُرْتَدَّةَ أَتَكُونُ لَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى إنْ كَانَتْ حَامِلًا مَا دَامَتْ حَامِلًا؟ قَالَ نَعَمْ لِأَنَّ الْوَلَدَ يُلْحَقُ بِأَبِيهِ فَمِنْ هُنَا لَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ؟"،[2] وإن كانت حائلا فمذهب الجمهور سقوط نفقتها؛ لأنها أساءت بصنيعها وخرجت عن طاعته بتغييرها لدينها والردة أعظم أنواع النشوز، واتفقوا أن النفقة الزوجية ساقطة لمجرد النشوز فكيف بالردة التي هي أعظم أنواعه،[3] قال مالك: "إنْ كَانَتْ غَيْرَ حَامِلٍ فَلَا أَرَى لَهَا عَلَيْهِ نَفَقَةً لِأَنَّهَا قَدْ بَانَتْ مِنْهُ"،[4] واختار البعض عدم سقوط النفقة بمقتضى القياس؛ لأن حق الحبس باق في ذمته فوجب عليه الإنفاق عليها وهي ممنوعة من التزوج بغيره،[5] والصحيح ما ذهب إليه الجمهور لقوة دليلهم، فإذا اختار الزوج المسلم الفراق فلا يعطيها شيئا من حقوقها لردتها، فلا نفقة عدة ولا متعة ولا تعويض؛ لأنها أساءت بالخروج عن طوع زوجها ودينها، وعلى مقتضى القواعد القانونية يحق له طلب التعويض عن الضرر اللاحق به جراء فراقها بردتها وخروجها عن طاعته، وذلك عن طريق الزيادة في مقدار المتعة الشرعية، والحرمان من التعويض حال الردة هو ما عليه أهل الكتاب، ففي المادة 117 كتاب الأحوال الشخصية الإسرائيلية: "تسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع"، وفي الخلاصة القانونية المسيحية: المغيّرة لدينها تحرم النفقة ويؤخذ منها جهازها وقيمة مهرها.[6]

* **التعويض للردة في القانون المعاصر:** استقر الفقه القانوني على تغريم المتسبب في الردة؛ فإن كان هو الزوج وجب عليه إعطاء زوجته نفقة العدة والمتعة والتعويض عما أصابها من ضرر؛ لأنه لا ضرر أكبر من خيانة الدين الحق، وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها ولا سكنى ولا تعويض، بل هي من يجب عليها تعويض زوجها بسب ما أصابه من ضرر، وهو ما جاء في المادتين 355 و356 من كتاب النفقات الشرعية الفلسطيني، أما في التشريع الجزائري فإن المادة 61 أسرة نصت على وجوب نفقة العدة لكل مطلقة مطلقا دون قيد؛ حتى لو ارتدت كما ذكر ذلك بعض الفقه، وهل يحق للقاضي تخصيص مفهوم المادة المطلق بما جاء في

---

[1] أبو العينين العلاقات ص. 142 ومازن أثر الاختلاف ص. 153 ونزار النفقة ص. 264

[2] سحنون المدونة الكبرى ج. 2 ص. 55

[3] الشيباني الأصل 344/10 والسرخسي المبسوط 205/5 وابن قدامة المغني 174/7 وابن مازة المحيط 112/3 والزيلعي تبيين الحقائق 1787/2 والسنيكي الأسنى 220/3 والمرغيناني الهداية 290/2 والشيرازي المهذب 475/2 والكاساني البدائع 303/2

[4] المدونة الكبرى ج. 2 ص. 55

[5] بدران العلاقات ص. 142 ومازن الاختلاف ص. 153 ومشواة حليمة حق الزوجة في النفقة دكتوراه وهران 2013م ص. 132 ونبيل المغايرة نفقة المرأة على نفسها ص. 63

[6] بدران أبو العينين العلاقات الاجتماعية ص. 145

الشرع بحكم رجوعه إليه بمقتضى المادة 222 أسرة؟ فيه خلاف والراجح صحة التخصيص لأنه مفهوم فقط؛ فلم تنص المادة صراحة على جواز النفقة في حالة الردة بل فُهم ذلك من العموم و المفهوم أضعف من المنطوق، ونفس الأمر منصوص عليه في المادة 79 من الأحوال الشخصية الفلسطيني التي أوجبت نفقة العدة لكل مطلقة مطلقا ففهم كثير من شراح القانون وجوب الإنفاق في عدة المرتدة وخالف آخرون.[1]

المطلب الثالث: أثر اختلاف الجنسية على نفقة الطلاق

إذا وقع طلاق بين زوجين مختلفين في الجنسية؛ فإنّه سوف يُطرح موضوع إيجاد القانون الذي يجب تطبيقه، فيما يخص نفقات العدة والإهمال والتعويض والمتعة، خاصة أنذ القضايا المالية للطلاق يُحكم فيها بأحكام استئنافية خلافا للطلاق والتطليق والخلع التي تكون أحكامها نهائية كما في المادة 57 أسرة جزائري، ما يعني أن المتضرر من الزوجين يمكنه الاستئناف أمام المجلس، ونفقة الطلاق مبلغ تستحقه المطلقة من مال زوجها في عدتها، أو بسبب طلاقها بتعسف يُقدّرها القاضي ويحكم بها إجماليا أو شهريا، فإذا دخل عنصر أجنبي على منازعة مالية في طلاق مختلط؛ فلا يمكن اعتبار ذلك من النفقات بين الأقارب أو الزوجين كما هو حال نفقة الإهمال، بل من آثار الطلاق فتخضع للواجب التطبيق على آثار الطلاق، حيث أنّ النفقات بكلّ أنواعها تدخل في آثار انحلال الزواج ولو كان لها طابعا ماليا، كما لم تُحدّد أغلب القوانين ضابطا لآثار الطلاق المالية، ويجب التفريق بين التعويض عن الطلاق -سواء سميّ بالتعويض أو المتعة أو نفقة الطلاق- وبين النفقة الزوجية التي تجب بموجب الزوجية والدخول، والتي يحكمها ضابط إسناد خاص بها؛ لأنها من الآثار الشخصية والمالية للزواج، يحكمها ضابط جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كما في المادة 1/12 مدني جزائري، وهي غير النفقة بين الأقارب المضبوطة بالمادة 14: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، فذا تنازع أجانب حول النفقة الزوجة طبق القاضي قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد.[2]

* **الجزائر:** اختُلف في تكييف التعويض عن طلاق التعسف حسب اتجاهين: اتجاه يُكيّفه أنه من آثار انحلال الزواج يُحكم بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى المادة 2/12 و13 مدني، لاعتبار مسؤولية الزوج الذّي أخطأ بحله الرابطة، وآخر يُكيفه على أساس المسؤولية التقصيرية؛ يُضبط بمقتضى المادة 124 مدني، فيجب على المطلقة إثبات ضررها بدعوى مستقلة، فإذا دخل عنصر أجنبي طُبق قانون محل وقوع الفعل الضار حسب المادة 20 مدني: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة

[1] نزار أبو منشار النفقة الواجبة ص. 267 وعياش أحكام نفقة الزوجة ص. 104

[2] الطيب زوروتي دراسات 32/2 وعبد التفاح تقية الطلاق ص. 278 وجندولي انحلال الزواج ص. 42 وسنينات عبد الله دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية ص. 108

في البلد الذي وقعت فيه"، ويترجح الاتجاه الأول؛ لأن فعل الزوج هو المتسبب، وقد نص المشرع على التعويض في المادة 52 و53 أسرة، والفعل الضار تشريع عام؛ والأصل يقتضي تقديم الخاص على العام، وفي المادة 8 اتفاقية لاهاي 1973/10/2م خاصة بالواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة: القانون المطبق على انحلال الزواج يسري بالنسبة للآثار المالية الناجمة عنه، فإذا عُرضت على قاض جزائري قضية تعويض طلاق بين زوجين أجنبيين طبّق المادة 2/12 التي تشير إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى، فيكون أمامه ثلاث حالات: **الأولى** تحيله المادة على قانون إسلامي مشابه للجزائري والمعنيّ مسلم؛ فيُطبقه بلا إشكال، **الثانية** تحيله على قانون لا يعترف بنفقة الطلاق والمعنيّ غير مسلم؛ فهذه مثل الأولى يطبقها وحسب، **الثالثة** تحيله على قانون يحكم بالتعويض الأبدي ونظام الجراية مثل قانون تونس وفرنسا وألمانيا أو يحكم بتقسيم جميع المال، والزوج رغم حمله لجنسية أجنبية هو مسلم الديانة وهذه النظم تخالف مبادئ الإسلام، فهنا يضطر لإشهار سيف النظام العام لدفع هذا القانون الجائر، فقد دفع اجتهاد فرنسا مرارا قوانين لا تُقر تعويضا للمرأة بحجة مخالفة النظام العام الفرنسي، كقرار النقض 1992/6/16م **المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص عدد 2 سنة 1993م ص. 269**: "القانون الذي لا يقرر تعويضا أو نفقة للزوجة أو تعويضا لصالحها في حالة الطلاق يعتبر متعارضا مع النظام العام الفرنسي ويتعين استبعاده وتطبيق الفرنسي"، وفي المادة 8 اتفاقية لاهاي 1973/10/2م متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة: القانون المطبق على الطلاق يسري بالنسبة للآثار المالية الناجمة عنه، وعليه فإنّ القضاء الأجنبي هو المختص بتحديد النفقة بالنسبة للأبناء حينما يقع الطلاق أمام محاكمه، وهو المختص بحسم النزاع في النفقة على أساس أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الإقامة الاعتيادية للدائن بالنفقة، ما يخالف المبدأ المعروف في الدولي الخاص بشأن النفقة المترتبة على الزواج المختلط والذي يعتبر أن الواجب تطبيقه هو القانون الوطني للدائن بالنفقة، وبالتال ينظر القاضي في جنسية الزوج وقت الدعوى فإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما من المسلمين وكان قانون جنسيته مطابق لأحكام الإسلام طبقه ولو خالف في جزئياته قانونه، وإذا كان مخالفا لأصوله دفعه بالنظام العام، وإذا كان الزوجان من غير ملة الإسلام طبّق قانون جنسية الزوج على التعويض عن طلاقه ولو كان مخالفا لقواعد الشرع، وقد تختلف جنسية الزوجين وأحكام قانونيهما وفيها يُطبق قانون جنسية الزوج دون الزوجة لأنه المنطوق الصريح للقاعدة.[1]

* **التشريع العربي:** المادة 3/19 مدني عراقي على ضابط إسناد خاص بقضايا الطلاق المختلط: قانون الزوج وقت رفع الدعوى أو الطلاق وهو الذّي يحكم النفقة لأنها من آثاره، مثله مدني مصري المادة 2/13 وسوري المادة 2/14 وليبي المادة 2/13، وفي الدولي الخاص الكويتي المادة 40 قانون الجنسية المشتركة أثناء

[1] جندولي الانحلال ص. 45 وعليوش الواجب التطبيق على الانحلال ص. 143 ودربة التنازع ص. 58 وبوعروس الزواج المختلط ص. 46

الزواج وإلا قانون الزوج وقت الزواج، وهناك فرق جوهري بين اتجاه العرب والكويت فقد بنى العرب الضابط على العصمة، ويرى الكويت أنّ الأجانب غالبا يكونون غير المسلمين فيحكم عليهم بجنسيتهم، وإلا جنسية الزوج وقت الزواج لعدم مفاجأة الزوجة بقانون لا تعرفه.[1]

* **النفقة المؤقتة:** تجوز المطالبة بنفقة مؤقتة أثناء دعوى طلاق كما في المادة 57 أسرة جزائري والمادة 921 مرافعات مصري **13 سنة 1968م** والمادة 1/31 أحوال عراقي، حيث يُقصد بالقضاء المؤقت الفصل مؤقتا في أمور لا تمس أصل الحق ويقتصر على إجراء وقتي ملزم للطرفين يراعى فيه المحافظة على أوضاع قائمة، أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح أطراف النزاع والنفقة الوقتية من الصيانة، ثم اختلف الفقه في القانون الواجب التطبيق عليها: **الأول** تندرج في مضمون التطليق فيحكم بقانون الزوج وقت رفع الدعوى، قضت به محكمة الإسكندرية 1950/3/18، انتقد بأن نفقة التطليق لا تُستحق إلا بعد صدور الحكم، أما أثناء النظر في الإجراءات الوقتية فيكون الحكم لم يصدر بعد، **الثاني** تُدرج الأحكام الوقتية في آثار الزواج لأن العلاقة لا تزال قائمة والحكم بالتطليق لم يصدر، انتقد بأنها نفقة لا علاقة لها بالزواج وإنما يحكم بها كإجراء تحفظي لحفظ الحقوق، **الثالث** يُطبق قانون القاضي كما سبق ترجيحه، وقد وُفّقت المادة 45 دولي خاص كويتي حين نصت على إخضاع النفقة الوقتية للطلاق لقانون القاضي.[2]

[1] خليل ابراهيم محمد تنازع القوانين في مسألة النفقة ص. 87

[2] عبد الفتاح تقية الطلاق ص. 270 وخليل ابراهيم محمد تنازع القوانين في مسألة النفقة ص. 99

الفصل الثالث: العدة في انحلال الزواج المختلط

توطئة

تقضي شريعة الإسلام ببقاء الزوجة مدة من الزمن بعد فراق زوجها لا يحقّ لها فيها التزوّج، وفي المقابل لا نجد لهذا التربّص ذِكرا في قوانين أوروبا؛ لأنّهم يُنكرون حِكَمَه الأصيلة لما ترسخ لديهم من نظرية المساواة، علما أنّ ما يتشوّفُ إليه الإسلام هو العدل بما يحفظ خصوصية الجنسين، أما المطلقة فمخالة للفطرة، لا يمكن تحقيقها إلا ببخس للحقّ، والعدة ثابتة يراها غيرنا من الزوائد التي لا يلتفت إليها، وقد تكون من الجور الذي يجب محاربته، وفي الفصل مبحثان:

المبحث الأول: أحكام العدة في انحلال الزواج

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين والجنسية على عدة الطلاق

المبحث الأول: أحكام عدة انحلال الزواج

تمهيد نذكر أحكام العدة في الشريعة والقانون من خلال مطالب:

المطلب الأول: تعريف العدة ومشروعيتها وحِكَمُها

المطلب الثاني: أنواع العُدد

المطلب الثالث: بعض أحكام العِدّة

المطلب الأول: تعريف العدة ومشروعيتها وحِكَمُها

العدة لغة من العدّ والإحصاء جمعها عُدد، يُقال عددت الشيء وفلان في عِداد أهل الخير أي يُعدّ معهم، والعُدّة ما أعددته للحوادث، والعَدّ الماء الذي لا ينقطع كماء العين، وبنو فلان يتعدّدون على عشرة آلاف أي يزيدون، وعِداد فلان مع بني فلان إذا كان يُعدّ معهم في الديوان، وعدة المرأة أيام إقرائها، والعدة مصدر الإحصاء للعدد كقوله "**وَأَحْصَى كُلّ شَيْءٍ عَدَدًا**"، (الجن 28) وقوله "**إِنّ عِدَةَ الشّهُورِ عِنْدَ اللهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا**"، (التوبة 36) وقوله "**فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ**"، (الطلاق 4) وهي بِالضَّمِّ الشَّيْءُ الْمُسْتَعَدُّ له كقوله "**أَعَدّوا لَهُ عُدَّةً**"، (التوبة 46) وبالكسر زمن تتربّصه المطلقة، وبالفتح الجملة المعدودة: "عَدَدْتُ لَهُمْ ثَمَنَكَ عَدَّةً وَاحِدَةً"،[1] أما في الاصطلاح: **الحنفية** "تربّص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته" أو "اسْمٌ لِأَجَلٍ ضُرِبَ لِانْقِضَاءِ مَا بَقِيَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ" **المالكية** "مدة مَنْعِ النِّكَاحِ لِفَسْخِهِ أَوْ مَوْتِ الزَّوْجِ أَوْ طَلَاقِه"، **الشافعية** "اسْمٌ لِمُدَّةٍ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا، أَوْ لِلتَّعَبُّدِ أَوْ لِتَفَجُّعِهَا عَلَى زَوْجِهَا" أو "اسْمٌ لِمُدَّةٍ تَتَرَبَّصُ بِهَا الْمَرْأَةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا أَوْ فِرَاقِهِ لَهَا إِمَّا بِالْوِلَادَةِ أَوْ الْأَقْرَاءِ أَوِ الْأَشْهُرِ"، **الحنابلة** "مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِتَعْرِفَ بَرَاءَةَ رَحِمِهَا"،[2] وهي عند المعاصرين: مدّة تتربّصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة تُمنع خلالها من التزوّج، أو الأجل الذي أوجبه الشرع على

---

[1] ابن فارس مجمل اللغة ص. 612 والزبيدي تاج العروس 357/8 والماوردي الحاوي 11/ 163

[2] الزيلعي التبيين 26/3 والغنيمي اللباب 80/3 والكاساني البدائع 190/3 والبابرتي العناية 306/4 وشرح الخرشي 136/4 وابن غنيم الفواكه 57/2 والرصاع الحدود ص.214 والشربيني المغني 78/5 والماوردي الحاوي 163/11 والبهوتي الكشاف 411/5

الزوجة التي انحلّ عقد زواجها بالطلاق لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، وعليه فهي أجلٌ محدّدٌ من قبل الشارع تتربص فيه الزوجة عن التزوّج بغير طليقها، لها فيها أحكام يعرفها أهل الشرع، تُضبط بالقصد من تشريعها أي براءة الرحم، ولأنّ البحث فيه أثر اختلاف الدين ندرج عدة الكتابية، والمختار: "المدة التي يجب على المرأة المسلمة أو الكتابية ذات البعل المسلم -إذا كان مدخولا بها- أن تقضيها قبل أن يجوز لها الزواج مرة أخرى شرعا".[1]

* **مشروعيتها:** واجبة لقوله **"وَالمُطَلّقَاتُ يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ" (البقرة 228)** وقوله **"فَطَلّقُوهُنّ لِعِدّتِهِنّ وَأَحْصُوا العِدّةَ" (الطلاق 1)** وقوله **"فَعِدّتُهُنّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ"، (الطلاق 4)** وحديث فاطمة بنت قيس أنّ النبيّ أَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ،[2] وقد أجمع المسلمون على وجوب اعتداد المرأة من طلاق أو وفاة، وذكرها الأسرة الجزائري **مواد: 58-61**، وفي قرار 2006/7/12 رقم 358348 **مجلة العليا 2006 عدد 2 ص.**449: لا طلاق دون عدة ونفقة عنها لأنّها من النظام العام.[3]

* **حكمة تشريعها** قيل أنها أمر تعبدي؛ لأن براءة الرحم تتبيّن بحيض واحد،[4] يُجاب أنّه شُرّع الاعتداد بالأشهر إذا انعدم الحيض، وأنها لا تُشرع لغير المدخول بها بقوله **"فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ"، (الأحزاب 49)** وفيه إشارة إلى أنها معقولة المعنى، وربّما تكون عدة الوفاة من التعبد؛ لأنها واجبة قبل الدخول،[5] ورغم أنّ ظاهرها التعبد إلا أن لها حِكما كإظهار التأسف على فوت نعمة النكاح،[6] وقال ابن حجر: "حِكْمَتها أَنَّ الْوَلَدَ يَتَكَامَلُ تَخْلِيقُهُ وَتُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ بَعْدَ مُضِيِّ 120 يَوْمًا، وَهِيَ زِيَادَةٌ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ بِنُقْصَانِ الْأَهِلَّةِ فَجُبِرَ الْكَسْرُ إِلَى الْعَقْدِ لِلِاحْتِيَاطِ"،[7] ويؤكد المعقولية تعليلها ببراءة الرحم بنص القرآن بقوله **"وَلَا يَحِلّ لَهُنّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرِحَامِهِنّ"، (البقرة 228)**[8] ويبعد أن يجمع الحكم بين التعليل والتعبد في نفس الجزئية، وربّما جمعهما في الأصل كقول الشافعي: "المعتدة تَعْتَدُّ بمعنيين: استبراءٌ ومعنى غيرُ استبراءٍ مع استبراء، فقد جاءت بحيضتين وطُهرين وطهرٍ ثالث، فلو أريد بها الاستبراء كانت قد جاءت بالاستبراء مرتين، ولكنه أريد بها مع الاستبراء التَعَبُّد"،[9] وجمع بينهما البهوتي: "الْعِدَّةُ إمَّا لِمَعْنًى مَحْضٍ كَالْحَامِلِ، أَوْ تَعَبُّدٌ مَحْضٌ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ لَهُمَا وَالْمَعْنَى أَغْلَبُ كَالْمَوْطُوءَةِ الَّتِي يُمْكِنُ حَمْلُهَا مِمَّنْ

---

[1] أبو زهرة الأحوال ص.372 وعبد الفتاح السياسة ص.186 وزيدان المفصل 121/9 وزيدان الذميين ص. 434 وعامر الأحوال ص.356 وفروخ الأسرة ص.162 وسميرة عبد المعطي العدة ص.5

[2] رواه مسلم باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها برقم 1480

[3] سميرة أحكام العدة ص.8 وليلى حسن الزوبعي أحكام العدة الكتب العلمية ط 1، 2007م ص. 42 وهشام ذبيح أحكام العدة بين الفقه وقانون الأسرة مجلة الدراسات القانونية مج 4 ع1، 2021م ص. 42

[4] الشربيني مغني المحتاج ج. 5 ص. 78

[5] ابن قدامة المغني ج. 8 ص. 97 وابن عبد البر الكافي في فقه أهل المدينة ج. 2 ص. 619

[6] الكاساني بدائع الصنائع ج. 3 ص. 201

[7] ابن حجر في الفتح ج. 9 ص. 487

[8] الماوردي الحاوي الكبير ج. 11 ص. 166

[9] الشافعي الرسالة ج. 1 ص. 571

يُولَدُ لِمِثْلِهِ، أَوْ لَهُمَا وَالتَّعَبُّدُ أَغْلَبُ كَعِدَّةِ الْوَفَاةِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ أَقْرَائِهَا فِي أَثْنَاءِ الشُّهُورِ"،[1] وعليه تكون العدة معلّلة بعلل حكيمة ومقاصد سامية، أقواها براءة الرحم وحفظ النسب، انتُقد ذلك بعدم الاعتبار في زماننا بسبب تطور الطب؛ فمن خلال فحص بسيط نستطيع معرفة الحمل،[2] يُجاب بأنّ الأمر بها نزل قبل أكثر من 14 قرن ولم تكن حينها هذه الوسائل متوفرة، وبأنّ لها حِكمٌ أخرى كتقديس الزواج؛ لأن العلاقة الزوجية غالية والوفاء للعشرة أمر محتوم لقوله **"وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ"**، (البقرة 237) لهذا شُرّعت عدة الوفاة لتبرئة الرحم والإحداد، ومن حكمها منح فرصة الرجوع ولمّ الشمل في الطلاق الرجعي؛ كفترة تفكير قبل الإقبال على الفراق لقوله **"لَعَلّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"**، (الطلاق 1) ومنها استحقاق النفقة والرعاية، وحقّ الزوج الثاني في ألا يسقي ماؤه زرع غيره لحديث: "لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ"،[3] أما حكمة عدة الوفاة فالوفاء والحزن على الفراق،[4] قال الدهلوي: "كانت العدة من المشهورات الْمسلمَة فِي الْجَاهِلِيَّة مِمَّا لَا يكادون يتركونه، فِيهَا مصَالح كمعرفَة بَرَاءَة الرحم لِئَلَّا تختلط الْأَنْسَاب؛ لأن النّسَب أحد مَا يتشاح بِهِ ويطلبه الْعُقَلَاء وَهُوَ من خَواص نوع الإنسان، وَمِنْهَا التنويه بفخامة أَمر النِّكَاح... وَلَوْلَاه لَكَانَ بِمَنْزِلَة لعب الصّبيان يَنْتَظِم ثمَّ يفك فِي السَّاعَة"،[5] كما تُقسّم الحِكم بحسب اعتبارات:[6] فهي حقٌّ لله حين ضبط أوقاتها، وحقٌّ للزوج بحفظ نسبه والرجعة لقوله **"فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنّ مِنْ عِدّةٍ تَعْتَدّونَهَا"** (الأحزاب 49) أضافها إليه، وحقٌّ للولد المحتمل في عدم ضياع نسبه، وحقٌّ للمطلقة في نفقة عدتها وميراثها، وحقٌّ للناكح الثاني إن وُجد في عدم زرع مائه لماء غيره، **خلاصتها**: براءة الرحم والنسب وتعظيم الزواج والرجعة وحق الطليق والزوج الثاني والجنين، وحق المرأة في النفقة وإظهار الحزن على فراق الزوج بالوفاة والطلاق.[7]

* **الإرجاع:** لغة من العَوْد، واصطلاحا امتلاك الزوج حقّ رد زوجته طوال فترة العدة، يراها **الحنفية** استدامة للنكاح أثناء عدة الطلاق، عرّفها **الشافعية** بأنها إعادة أحكام الزواج في أثنائها، وقال المالكية: عودة الزوجة المطلقة للعصمة من

---

[1] البهوتي دقائق أولي النهى شرح منتهى الإرادات ج. 3 ص. 191

[2] أجمع أهل العصر أن المعتدة لا تكتفي بكشف طبي لبراءة رحمها، وتلتزم أحكام العدة، فتوى اللجنة الدائمة السعودية رقم 4091، ومفتي مصر نصر فريد واصل سنة 1425، خياري مقاصد العدة ص. 58

[3] رواه أحمد برقم 16990 وأبو داود برقم 2158 عن رُوَيْفِعِ الْأَنْصَارِيِّ قال الأرنؤوط "حسن"

[4] العيني البداية 594/5 والزحيلي الفقه 9/ 7169 وأبو زهرة الأحوال ص. 372 وزيدان المفصل 122/9 والذميين ص.434 والسرطاوي الأحوال ص.339 والزوبعي العدة ص. 44 وبوعلام المرأة الحامل دكتوراه وهران 1، 2015م ص.222 وياسين العدة ص.9 والداغستاني آثار الطلاق ص.237

[5] الدهلوي حجة الله البالغة ج. 2 ص. 220

[6] القرافي الفروق 109/1: "الْفَرْقُ بَيْنَ قَاعِدَتَيْ أَجْزَاءِ الْعِلَّةِ وَالْعِلَلِ الْمُجْتَمِعَةِ: إذَا وَرَدَ الْحُكْمُ عَقِيبَ أَوْصَافٍ بِمَ يُعْلَمُ أَنَّهَا أَجْزَاءُ عِلَّةٍ أَوْ أَنَّهَا عِلَلٌ مُجْتَمِعَةٌ؟ الْحُكْم إذَا ثَبَتَ عَقِيبَ أَوْصَافٍ يُنْظَرُ إنْ كَانَ الشَّرْعِ رَتَّبَ الْحُكْمَ مَعَ كُلِّ وَصْفٍ إذَا انْفَرَدَ فهِيَ عِلَلٌ مُجْتَمِعَةٌ كَالْوُضُوءِ عَلَى مَنْ بَالَ وَلَامَسَ.. وَإِنْ وَجَدْنَا أنّه لَا يُرَتِّبُ الْحُكْمَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا فهِيَ عِلَّةٌ وَاحِدَةٌ مُرَكَّبَةٌ مِنْ تِلْكَ الْأَوْصَافِ كَالْقَتْلِ الْعَمْدِ".

[7] الكاساني البدائع 269/2 والزلمي الحِكم ص. 104 وعطية صقر موسوعة الأسرة وهبة ط 2، 2006م 357/6 وآل سالم الواضح ص.101 وشيخ رعاية الفقه للمصالح ص. 223 وخياري مقاصد العدة ص. 54

غير تجديد عقد، ولا تملك الامتناع عن الرجوع، لها في مقابله حقان: وجوب النفقة وإذا أحست أن قصده الإضرار بها رفعت أمرها للقاضي، أما حكمة الإرجاع فإتاحة الفرصة للزوجين في رأب الصدع؛ حيث يملك الزوجُ إرجاع طليقته من غير اعتبار رضاها لقوله **"وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ"**، (البقرة 228) واختلفوا هل يشترط القول أم يكفي الفعل كأن يواقعها؟ الراجح كفاية الفعل بخلاف الطلاق وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة بشرط النية، واشترط الشافعية التصريح ومذهب الجمهور أعدل، وقد سمّى الله الزوج بعلا أثناء العدة فهو أحق بزوجته، وبالغ الحنفية فأجازوا الرجعة بفعل الزوجة كأن تلمسه فيسكت وهو جيّد،[1] ويؤكد أن الرجعة قصدٌ ساميّ الأمر باعتداد الرجعية في بيتها بقوله **"لَا تُخْرِجُوهُنّ مِنْ بُيُوتِهِنّ وَلَا يَخْرُجْنَ"**، (الطلاق 1) أمر ألا تخرج تكرار، فقال للزوج **"لَا تُخْرِجُوهُنّ"** وللزوجة **"لَا يَخْرُجْنَ"**، لهذا قال الحنفية: تزيّنها له أثناء عدتها مستحب ويُروى عن الثوري والأوزاعي وابن المسيب والزهري والحسن والنخعي، ونُقل عن مالك جواز أن تأكل معه دون تزيّن، ومذهب الحنفية أصلح.[2]

* **سبب وجوبها:** الطلاق بعد الدخول أو الموت، والفسخ من زواج صحيح أو فاسد أو شبهة، والخلوة الصحيحة عند الجمهور خلافا للشافعية والظاهرية، وبعد الزنى عند المالكية والحنابلة.[3]

* **هل على الرجل عدة؟** تجب إذا كان متزوجا بأربع وطلّق إحداهن؛ فلا يحل له التزوج حتى تنقضي عدتها، وذكر ابن عابدين 20 حالة لعدة الرجال، وسأل أبو هاشم الواسطي النخعي هل على الرجل عدة؟ قال: نعم وذكر الأختين يطلق إحداهما، والأربع يطلق واحدة منهنّ.[4]

* **أقل مدة العدة** اختلفوا في ذات الحيض فقال أبو حنيفة أقلّها 60 يوما، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن (39)، وقال المالكية شهر واحد شرط أن يُصدقها النساء، وقال الشافعية (32) يوما ولحظات، وقال الحنابلة (29) يوما ولحظة إذا كان القرء هو الحيض و(28) يوما، ولحظتين إذا كان الطهر، وقال الظاهرية لا حدّ لأقلها؛ لأنه لا نص فيه، فَلَا نُصَدِّقُهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ مِنْ أَرْبَعِ قَوَابِلَ عُدُولٍ عَالِمَاتٍ؛ لِأَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ أُتِيَ بِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ ثَلَاثَ حِيَضٍ فِي شَهْرٍ فَقَالَ لِشُرَيْحٍ اقْضِ فِيهَا، قَالَ: "إِنْ جَاءَتْ بِالْبَيِّنَةِ مِنْ النِّسَاءِ الْعُدُولِ مِنْ بِطَانَةِ أَهْلِهَا مِمَّنْ يُرْضَى صِدْقُهُ وَعَدْلُهُ " قال: "صدقت"، ومذهبه هذا أقوى دون اشتراط الأربع بل تكفي شاهدتان، وتظهر ثمرة الخلاف في مدة الرجعة فإذا ادّعت المطلقة أن عدتها

---

[1] البلدحي الاختيار 147/3 والرعيني المواهب 99/4 والشيرازي المهذب 46/3 والزركشي للخرقي 443/5 وابن رشد البداية 105/3 والسرخسي المبسوط 21/6 وبدران أحكام الزواج ص.261

[2] ابن رشد بداية المجتهد ج. 3 ص. 105 وعمرو سليم الجامع لأحكام الطلاق ص. 264

[3] البابرتي العناية 592/5 وابن الهمام الفتح 4/ 307 والكاساني البدائع 191/3 وابن جزي القوانين ص. 156 والشربيني مغني المحتاج 78/5 وابن قدامة المغني 97/8

[4] حاشية ابن عابدين 503/3 وأبو زهرة الأحوال ص. 372 وزيدان المفصل 121/9 والزوبعي أحكام العدة ص. 45 وأثر النخعي في مصنف عبد الرزاق برقم 10577

انقضت صُدقت بعد أقلها عند الجمهور وبالبينة عند ابن حزم، وفي المادة 135 أحوال أردني: أقلها ثلاثة أشهر وفيه مبالغة لأن أطول ما قيل هو 60 يوما.[1]

المطلب الثاني: أنواع العُدد

بين يدي المطلب عدة الطلاق أنواع: قد تكون المطلقة صغيرة أو كبيرة، وقد تحيض أو لا، وتكون حاملا أو حائلا، وتُطلّق قبل أو بعد الدخول، نخصص لكل نوع فرعا فكان المجموع ثمانية.

الفرع الأول: عدة المطلقة قبل الدخول

اتفقوا على أنّ الطلاق إذا تمّ قبل الدخول فلا عدة فيه لقوله **"ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا "** (الأحزاب 49) لأنّ القصد الأول من الاعتداد هو تبيّن فراغ الرحم وهو منتف في حقها، نقل الإجماع عليه الشافعي وابن قدامة وابن رشد والماوردي،[2] وهو ما جاء في القوانين الإسلامية مثل المادة 58 أسرة جزائري: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء"، تدلّ بمفهومها أن غير المدخول بها لا عدة لها، والمادة 130 مدونة مغربية: "لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحية إلا للوفاة"، والفصل 34 مجلة تونس، ووُفق الأردني في المادة 145/ج الأحوال رقم 36 لعام 2010م في الصياغة: "إذا وقع الطلاق أو الفسخ بعد العقد الصحيح فلا تلزم العدة إلا بالدخول أو خلوة صحيحة"، ومثلها في المادة 126 أحوال سوري والمادة 158 أسرة قطري، وفي المادة 118 مدونة موريتانية: "لا تلزم العدة إلا بعد الدخول أو الخلوة المحققة أو الوفاة".

الفرع الثاني: أثر الخلوة قبل الدخول على العدة

الخلوة لغة من الخلاء تقول خَلَت الدار، ولها معنى الانفراد كقوله **"وَإِذَا خَلَوْا إِلَى شَيَاطِينِهِمْ"**، (البقرة 14) ومعنى الانعزال والاستتار والفراغ والاقتصار، أما شرعا فاجتماع الزوجين بعد العقد وقبل الدخول الرسميّ في مكان خال، تُرخى فيه الستور ويحجبان عن العيون، فهل تكون هذه الخلوة موجبة للعدة لشبهة الوطء؟ فيها صورتان: أن يُقرّ أحدهما أو كلاهما أنه وقع وطء، وفيها تجب العدة باتفاق ولو أنكر الثاني، أما إذا اتفقا على عدم وقوعه فقد اختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب: **الأول** المالكية والحنابلة: تجب العدة، **الثاني** الحنفية: قسموها إلى صحيحة يمكن معها الوطء توجبها وفاسدة لا توجب، **الثالث** الظاهرية والشافعية في الجديد: لا تجب،[3] احتج المالكية والحنابلة بما رُوى عن السلف بأنّ الخلوة موجبة للصداق فتجب بها العدة، فقد سئل طاوس: "إِذَا وَجَبَ الصَّدَاقُ وَجَبَتِ الْعِدَّةُ؟" قَالَ: "وَيَقُولُ أَحَدٌ غَيْرَ

---

[1] المدونة 237/2 والكاساني البدائع 198/3 والبلدحي الاختيار 175/3 والماوردي الحاوي 306/10 والشيرازي المهذب 120/3 وابن قدامة المغني 526/7 وابن حزم المحلى 412/1 والأشقر أحكام النية ماجستير جامعة الخليل 2005م ص. 178

[2] الشافعي الأم 230/5 وابن قدامة المغني 96/8 وابن رشد البداية 108/3 والشيرازي المهذب 118/3 والماوردي الحاوي 217/11

[3] الشافعي الأم 230/5 والشربيني المغني 79/5 وابن حزم المحلى 26/10 وابن قدمة المغني 248/7 و99/8 والدسوقي 468/2 والبهوتي الإقناع 512/5 والحطاب المواهب 141/4 وابن مازة المحيط 461/3

ذَلِكَ؟"،[1] وعَن عُمَرَ وَعَلِيٍّ قَالَا: "إِذَا أَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَى سِتْرًا فَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلًا وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ"،[2] وقال زُرَارَةُ بْنِ أَوْفَى: "قَضَى الْخُلَفَاءُ أَنَّ مَنْ أَرْخَى سِتْرًا أَوْ أَغْلَقَ بَابًا فَقَدْ وَجَبَ الْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ"،[3] وأرسل مروان بن الحكم إلى زيد في رجل تَزَوَّجَ بامرأة فَقَالَ عِنْدَهَا؟ قال: "لَهَا الصَّدَاقُ" فردّ إِنَّهُ مِمَّنْ لَا يُتَّهَم، فَقَالَ: "لَوْ جَاءَتْ بِحَمْلٍ أَكُنْتَ تُقِيمُ عَلَيْهَا الْحَدَّ؟!"،[4] وعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلًا اخْتَلَى بِامْرَأَتِهِ فِي طَرِيقٍ فَجَعَلَ لَهَا عُمَرُ الصَّدَاقَ كَامِلًا،[5] ولأنّ العدة حقٌّ لله لا تسقط بنفي الزوجين، وقضى شريحٌ بنصف الصداق لامرأة أقرت على نفسها أنه لم يصبها في خلوة لكن أمرها بالعدة احتياطا،[6] ويُستأنسُ بقوله **"وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ"**، (النساء 21) قال الفراء: الإفضاء هو الخلوة، وقال ابن قدامة: الْإِفْضَاءَ مَأْخُوذٌ مِنْ الْفَضَاءِ وَهُوَ الْخَالِي، وقال الحنفية: يستحيل الوطء في خلوة غير صحيحة وهذا القول عائد إلى الذّي سبق، واحتج الشافعية والظاهرية بقول ابن عباس: "إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ لقوله **"فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"** (البقرة 237) وَإِنْ كَانَ قَدْ خَلَى بِهَا"، ومثله عن ابن مسعود والشعبي وطاوس،[7] وفي المسألة تفاصيل أخرى.[8]

الترجيح الراجح مذهب الجمهور بوجوب العدة بالخلوة ولو زعما أنه لم يحصل شيء، لقضاء الخلفاء وفي الحديث: "عَلَيْكُمْ بِمَا عَرَفْتُمْ مِنْ سُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ"،[9] وسارت القوانين عليه كما في المادة 3/145 أحوال أردني والمادة 1/155 أحوال عراقي والمادة 158 أسرة قطري، والمادة 130 مدونة، واختار السوري المادة 126 أحوال عدم إيجابها بالخلوة وأهمله الجزائري والتونسي.

الفرع الثالث: عدة المطلقة ذات الأقراء الحائل بعد الدخول

الحائل لا حمل لها، حالَتِ الناقة حِيالاً إذا ضربها الفحلُ فلم تَحمِل، وأجمعوا أنّ عدة المطلقة الحائل التي تحيض هي ثلاثة أقراء لقوله **"وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"**، (البقرة 228) والقرء من الأضداد، أصله الاجتماع سميّ به الحيض لاجتماع الدمن وقيل أقرأت النجوم إذا غابت،[10] ثمّ اختلفوا حول المقصود به هل هو الحيض أم الطهر؟ **الأول الطهر** -الزمن بين حيضتين- عليه مالك والشافعي

---

[1] رواه عبد الرزاق برقم 10880

[2] الطحاوي شرح مشكل الآثار 109/2 والبيهقي السنن الصغير ت قلعجي ط كراتشي ط1، 1989م 84/3 برقم 2573 وعن عمر عند عبد الرزاق 10874 وعن علي عند ابن أبي شيبة 16690

[3] الطحاوي مشكل الآثار 111/2 وابن أبي شيبة 16695 وصححه الألباني الإرواء برقم 1937

[4] رواه ابن أبي شيبة برقم 16693 وعبد الرزاق برقم 10866

[5] رواه ابن أبي شيبة برقم 16703

[6] رواه عبد الرزاق برقم 10885

[7] ابن مسعود ابن أبي شيبة 16704 وابن عباس ابن أبي شيبة 16706 والشعبي ابن أبي شيبة 16708 وطاوس عبد الرزاق 10880

[8] ابن قدامة المغني 249/7 والدسوقي 468/2 والرعيني المواهب 141/4 والكاساني البدائع 191/3 وزيدان المفصل 128/9 وفراش الآثار المعنوية ص. 145 والزوبعي أحكام العدة ص. 91

[9] أحمد 17142 وابن ماجه 42 والترمذي 2676 وأبو داود 4607 صحيح بطرقه.

[10] الجوهري الصحاح 1679/4 وابن منظور اللسان 130/1 والرازي مختار الصحاح ص. 249

والظاهرية ورواية مرجوحة لأحمد، ويُروى عن ابن عمر وعائشة وزيد، **الثاني الحيض** ذهب إليه أبو حنيفة وأحمد حيث قال فِي رِوَايَةِ النَّيْسَابُورِيِّ: "كُنْتُ أَقُولُ إِنَّهُ الْأَطْهَارُ وَأَنَا أَذْهَبُ الْيَوْمَ إِلَى الْأَقْرَاءَ"، وفِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ: "كُنْتُ أَقُولُ الْأَطْهَارَ ثُمَّ وَقَفْتُ لِقَوْلِ الْأَكَابِرِ"، وفِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ: "رَأَيْت الْأَحَادِيثَ عَمَّنْ قَالَ الْقُرُوءُ الْحَيْضُ تَخْتَلِفُ وَالْأَحَادِيثُ عَمَّنْ قَالَ إنَّهُ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى تَدْخُلَ فِي الْحَيْضَةَ الثَّالِثَةَ أَحَادِيثُهَا قَوِيَّةٌ"، وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وأبي سعيد وأبي موسى وأبي الدرداء والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى،[1] وسبب الخلاف أنّ لفظ "القرء" مشترك لغة بين الحيض والطهر، وتبرز ثمرته في احتساب العدة؛ فمن قال الحيض أحلّها بطهارتها من الثالث، ومن قال الطهر أحلّها بدخولها في الحيض الثالث.[2]

احتج الحنفية والحنابلة بأن الحيض يُعَرِّف براءة الرحم، وهو القصد لقوله **"وَاللّائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ"**، (الطلاق 4) التي نقلت الحكم عند عدمه إلى الأشهر فدل أنه الأصل، ومعهود الشارع استعمال القرء بمعنى الحيض كحديث المستحاضة: "دعي الصلاة أيام أقرائك"،[3] وهو المفسر لمجمل الكتاب، ولحديث: "طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان"،[4] فاعتبار عدة الأمة بالحيض يدل على أنّ عدة الحرة كذلك، وعدة الاستبراء بالحيض اتفاقا، واحتج المالكية والشافعية بأنّ القرآن أثبت التاء في العدد "ثلاثة" فدل أن المعدود مذكر وهو الطهر، ولقوله **"فَطَلِّقُوهُنّ لِعِدّتِهِنّ"** (الطلاق 1) أي وقت عدتهن والطلاق في الحيض حرام، أجيب معناه مستقبلات عدتهن، وقالوا القرء مشتق من الجمع فأصله الاجتماع، وفي الطهر يجتمع الدم في الرحم، أما الحيض فيخرج وما وافق الاشتقاق أولى.[5]

الترجيح الراجح أنه الحيض لأنّ النبيّ استعمله، ومنه تؤخذ الحقائق الشرعية المقدمة على اللغوية، ولا يُنكر إطلاقه على الطهر بالحقيقة اللغوية لأنه لفظ مشترك غير أن النص دل على الحيض.

<u>الفرع الرابع: عدة المطلّقة الحامل</u>

المطلقة الحامل تعتد بوضع حملها اتفاقا، ولو وضعت بعد ساعات من طلاقها نقل الإجماع عليه ابن حزم وابن قدامة، لقوله **"وَأُولَاتِ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ"**، (الطلاق 4) ولأنّ القصد من العدة براءة الرحم وقد تبيّن حملها، أما الحامل المتوفى عنها زوجها فقد خالف عليٌّ وابن عباس وسحنون وابن رشد الحفيد فقالوا تعتد بأبعد الأجلين، والجمهور على أنها تعتّد بوضع حملها قياسا على المطلقة

---

[1] الشافعي الأم 224/5 والقاضي التلقين 135/1 والأزهري الثمر الداني مكتبة ثقافية ص.484 والماوردي الحاوي 163/11 وابن حزم المحلى 28/10 والرسالة ص.98 والقيروني النوادر 23/5 والمرغيناني الهداية 2/ 274 وأبو البركات المحرر المعارف ط2 1984م 104/2 والمرداوي الإنصاف 279/9 والعيني البناية 594/5 وابن رشد البداية 108/3 وابن قدامة المغني 101/8

[2] ابن رشد البداية 108/3 وابن شاس عقد الجواهر 572/2 والزوبعي أحكام العدة ص. 61

[3] رواه أحمد 25681 وأبو داود 299 وابن ماجه 625 عن عائشة وسنده صحيح.

[4] رواه ابن ماجه 2079 وأبو داود 2189 سنده ضعيف الإرواء للألباني برقم 2066

[5] ابن رشد البداية 108/3 وابن شاس عقد الجواهر 572/2 والزوبعي العدة ص. 62 وزيدان المفصل 144/9

وتخصيصا لآية الأربعة أشهر وعشرا، بدليل حديث سُبَيْعَةَ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ ابْنِ خَوْلَةَ فَتُوُفِّيَ عَنْهَا فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ فَلَمْ تَنْشَبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، فسألت النبي فَأَفْتَاها بِأَنها حَلّت حِينَ وَضَعَتْ"،[1] وهو أرجح وعليه التشريع في المادة 60 أسرة جزائري والمادة 133 مدونة مغربية والفصل 35 مجلة تونسية والمادة 148 أحوال أردني وغيرهم.[2]

الفرع الخامس: عدة من لم يُسبق لها حيض والآيسة

هي التي لم تحض ولم تبلغ سنا يحيض فيه النساء، أو التي نُزع منها رحمها ممن لا ترجو عودة محيضها –من النوازل- فعدتهنّ كلهنّ 3 أشهر قمرية[3] اتفاقا لقوله **"وَاللَائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَائِي لَمْ يَحِضْنّ"**، (الطلاق 4)[4] حيث اختلفوا في قوله **"إن ارتبتم"** فمذهب الجمهور: إذا لم تعلموا حكم غير ذوات الحيض لأن ناسا سألوا فأجابهم، وقال مجاهد وقتادة: المستحاضة لا تُفرّق بين حيض واستحاضة،[5] والراجح تفسير الجمهور بلقول عُمَر بْن سَالِم: "لَمَّا نَزَلَتْ عِدَّةُ النِّسَاءِ، قَالَ أُبَيُّ: "بَقِيَ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ لَمْ يُذْكَرْ فِيهِنَّ شيء، الصِّغَارُ وَذَوَاتُ الْحَمْلِ" فَنَزَلَتْ،[6] فمن لم تر حيضا سواء لصغر أو مرض، ومن يئست لكبر سنها فإنها تعتد بثلاثة أشهر قمرية.

الفرع السادس: عدة من بلغت سنا تحيض فيه عادة لكنها لم تحض

إذا بلغت المرأة سن المحيض عادة -بين 10 و15 سنة- ولم تحض ثم تزوجت وطلقها زوجها بماذا تعتدّ؟ الجمهور: تعتد بثلاثة أشهر للآية، وقيل تعتد بسنة للتأكد من براءة الرحم ثم بثلاثة أشهر؛ لأنّ الآية فيها من لم تبلغ مبلغا تحيض فيه النساء، وهو وجه لدى الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة.[7]

احتجّ من حددّها بثلاثة أشهر بالآية لأنّه حال من لم تحض، والقياس الاعتبار بحال المعتدة لا غيرها، فلو حاضت قبل بلوغ السن المعتاد كانت عدتها بالحيض أو الطهر لا الأشهر، وكذلك من بلغته ولم تحض كانت عدتها بالأشهر، وقيل أنذها بلغت سن الحيض المعتاد ولم تحض، وهي مدخول بها فقد تكون حاملا ولا تدري،

---

[1] رواه البخاري برقم 3991 ومسلم برقم 1484

[2] ابن حزم المراتب ص.77 وابن قدامة المغني 117/8 والسرخسي المبسوط 11/6 وابن غنيم الفواكه 58/2 والبهوتي الكشاف 411/5 والرملي النهاية 134/7 وتفسير ابن كثير 172/8 وزيدان المفصل 166/9

[3] المادة 58 أسرة: عدة المطلقة بلا حيض 3 أشهر والمادة 59 المتوفى عنها 4 أشهر وعشرا، لم يُذكر أنها قمرية رغم أن الفرق بينها والشمسية كبير، في المادة 3 مدني احتساب الشهر بالميلادي إلا إذا نص القانون على خلافه، زغيشي وشبرو العدة وأساس التعويض مجلة الباحث ع 13 جويلية 2018م ص. 143

[4] الزوبعي العدة ص.79 والمطلق عدة من ارتفع حيضها جمعية فقهية سعودية ع 9، 2011م ص.179

[5] تفسير القرطبي 162/18 وتفسير ابن كثير 171/8 وابن عبد البر الاستذكار 179/6 وابن حجر الفتح 470/9 والزيلعي التبيين 27/3 والقيرواني النوادر والزيادات 24/5 وابن رشد بداية المجتهد 111/3 والماوردي الحاوي الكبير 163/11

[6] تفسير الطبري ج. 18 ص. 162 وتفسير ابن كثير ج. 8 ص. 171

[7] شيخي زاده المجمع 465/1 والنووي المجموع 144/18 وابن رشد البداية 110/3 والعيني البناية 597/5 والزيلعي التبيين 27/3 وزيدان المفصل 157/9 وشارف الآثار المعنوية ص.192 وياسين العدة ص.17

فتعتد احتياطا بتسعة أشهر مدة الحمل ثم بثلاثة للآية، أجيب: قد يصح لو أنها حاضت ثم ارتفع حيضها، أما إذ لم تحض أبدا فتدخل في مدلول الآية.[1]

الترجيح الظاهر ترجيح مذهب الجمهور لأنها داخلة في دلالة النص، وادعاء غير ذلك تحكم بلا دليل وقول بلا برهان، ويمكن معرفة حملها بطرق بسيطة فلا حاجة لتربصها هذه المدة كلّها.

الفرع السابع: عدة المرتابة

هي امرأة تحيض ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، اختلفوا في عدتها على أربعة أقوال: **الأول** تعتدّ 9 أشهر تبرئة ثم ثلاثة للعدة، هو قول مالك وأحمد والشافعي قديما،[2] وقال سحنون: "5 سنوات" ومشهور المالكية سنة لقول عمر،[3] **الثاني** تتربص 4 سنين أطول مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر هو قول لدى الشافعية والحنابلة،[4] **الثالث** تعتد ثلاثة حيض فتنتظر حيضتها الثالثة حتى سن اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر، قول الحنفية والشافعي في الجديد،[5] قال الشافعي: "إِذَا كَانَتْ تَحِيضُ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ فَطَلُقَتْ فَرَفَعَتْهَا حَيْضَتُهَا سَنَةً ... لَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ إِلَّا بِدُخُولِهَا فِي الدَّمِ مِنْ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ...حَتَّى تَبْلُغَ أَنْ تَيْأَسَ مِنْ الْمَحِيضِ"،[6] قال القدوري: "إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غير عارض بقيت في العدة إلى أن تبلغ حدّ الإياس"،[7] والحقّ أنّ هذا المذهب فيه حيفٌ شديدٌ؛ فهو قد يُبقى المرأة في العدة طول حياتها، ولنتصور أنها طُلقت في 20 وهي ذات حيض، ثم ارتفع حيضها فإنها تمكث 40 أو 30 سنة في العدة إلى بلوغ الخمسين وهو أمر غير معقول، كل هذا للتحقق من عدم حملها!! وهل يُعقل أن تحمل امرأة أكثر من تسعة أشهر؟! ورحم الله عبد الله بن عباس حين قال: "لا تطوّلوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر"،[8] والعجب أن المادة 314 أحوال فلسطين فيها: "المرأة التي رأت الدم أحيانا ثم ارتفع عنها واستمر طهرها سنة فأكثر تعتد بالحيض، ولا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن اليأس، وهو 55 سنة وتتربص بعد ذلك ثلاثة شهور"، والغريب أنهم زادوها ثلاثة أشهر بعد انتظارها كلّ تلك السنين،[9] **الرابع** اختاره بعض المعاصرين: تعتد 3 أشهر عدة الآيسة؛ شرط إجراء تحليل يثبت عدم حملها.[10]

---

[1] نورة المطلق عدة من ارتفع حيضها ص. 184

[2] مسائل أحمد لأبي داود ت أبو معاذ ط ابن تيمية ط1، 1999م ص.252 والقرطبي 163/18 والمرداوي الإنصاف 285/9 والقيرواني النوادر 25/5 وابن عبد البر الكافي 620/2 وحاشية الدسوقي 470/2 وابن شاس الجواهر 572/2 وابن قدامة المغني 109/8

[3] رواه مالك في الموطأ برقم 611 وعبد الرزاق في المصنف برقم 11095

[4] نورة المطلق عدة من ارتفع حيضها ص. 203 وليلى الزوبعي أحكام العدة ص. 129

[5] الماوردي الحاوي الكبير ج. 11 ص. 188

[6] الشافعي الأم ج. 5 ص. 226

[7] القدوري التجريد مسألة رقم 1249 ج. 10 ص. 5298

[8] ابن قدامة المغني ج. 8 ص. 110

[9] أحمد محمد عاشور أحكام الخلوة ص. 90

[10] اختاره من المعاصرين الشيخ ابن عثمين وغيره، ينظر: نورة المطلق عدة من ارتفع حيضها ص. 213

الترجيح الراجح هو الأخير لأنّ وسائل الطب تسمح بمعرفة الحمل، وما حرص أولئك الأفاضل على تطويل المدة إلا لحفظ النسب، ومادام محفوظا فلا داعي لإطالتها، فتعتد بثلاثة أشهر تعبدا وتحصيلا لباقي المقاصد وتجري تحليلا يثبت عدم حملها.[1]

الفرع الثامن: عدة المرأة من زنى

اختلفوا فيها على قولين: **الأول** المالكية[2] والحنابلة: تجب عليها العدة، وافقهم من الحنفية محمد بن الحسن، غير أن المالكية قالوا باستبرائها بثلاث حيضات، وقال ابن الحسن بواحدة،[3] **الثاني** الحنفية والشافعية والظاهرية لا تجب عليها عدة،[4] استدل من قال بوجوبها بالقياس على الموطوءة بشبهة، والتي اتفق الفقهاء على وجوب اعتدادها، والزنى وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة، ولحديث: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها"،[5] وفي لفظ: "لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذاتِ حمل حتى تحيض حيضة"،[6] وجه الدلالة منع وطء المسبية وهي مشركة إلا بعد الاستبراء، والمزنيّ بها تقاس عليها فلا يحل وطءٌ إلا بعد الاستبراء، وهو استدلال فيه تعسف إلا إذا أُخذ اللفظ على ظاهره كما تقرر من كون العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب،[7] ودليل أحمد بن حنبل حديث رُوَيْفِعُ يَوْمَ حُنَيْنٍ: "لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ"، يَعْنِي إتْيَانَ الْحَبَالَى،[8] ودليل الباقي انتفاء العلة لأن المقصود حفظ النسب والزاني لا يلحقه نسب ومَاءَ الزِّنَى لَا اعْتِبَارَ لَهُ.[9]

الترجيح الراجح أنّه لا عدة لها شرط أن تقوم بتحليل استبراء، لأنّ العدة معقولة المعنى معلولة المبنى فلما انتفت علتها انتفى حكمها، والقول بأن الزاني لا يلحقه نسب فيه خلاف.[10]

---

[1] مريم الداغستاني الآثار المترتبة على الطلاق ص. 262

[2] مذهب المالكية والشافعية أن المزني بها إذا كانت حاملا من زنى فإنها تعتد بثلاثة أشهر ولا اعتبار لحملها، ينظر: السنيكي أسنى المطالب ج. 1 ص. 114 وبوعلام عبد العالي أحكام المرأة الحامل ص. 223

[3] قال مالك: "من زنى بامرأة له أن يتزوجها بعد استبرائها بثلاث حيض" القيرواني النوادر 506/4 وابن رشد البيان 463/4 وابن جزي القوانين ص.159 وابن قدامة المغني 143/7 وابن القيم إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ص. 366 وابن القيم زاد المعاد 646/5 والزحيلي الفقه الإسلامي 7214/9

[4] ابن حزم المحلى 27/10 وزعم الشربيني المغني 78/5: المزني بها لا عدة عليها باتفاق وهو باطل للخلاف، حاشية ابن عابدين 50/3 وفي ابن رفعة كفاية النبيه تح باسلوم دار الكتب ط 1، 2009م 109/15: "المزني بها لا عدة عليها ولو حملت لا تعتد به"

[5] رواه أبو داود برقم 2158 والترمذي 1131 وسنده حسن

[6] رواه أبو داود باب في وطء السبايا برقم 2157 وسنده صحيح

[7] الصنعاني سبل السلام 302/2 وطارق آل سالم الواضح في أحكام الطلاق ص. 106

[8] ابن قدامة المغني ج. 7 ص. 143

[9] ابن تيمية المجموع 348/32 وابن عابدين 50/3 والزحيلي الفقه 7214/9

[10] أجمعوا إذا ولد طفل من امرأة متزوجة أنه يلحق بزوجها ما لم ينفه، فإذا ادعاه آخر لم يلحق به لحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر" البخاري 2053 ومسلم 1457، ثم اختلفوا في الخلية بلا زوج إذا ولدت من زنى وادعاه شخص على أقوال: 1 الجمهور: عدم الإلحاق ولو نسبته إليه ولو ادعاه وصدقته المرأة، 2 يلحق

المطلب الثالث: أحكام متفرقة للعدة

بين يدي المطلب فيه الزواج في العدة وخروج المعتدة من بيتها وخطبتها وطلاقها في فروع.

الفرع الأول: حكم الزواج بامرأة في عدّتها

يحرم الزواج بمعتدة اتفاقا سواء لوفاة أو فرقة أو فسخ، لقوله **"وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"**، **(البقرة 235)** فمن تزوّج بها فُرّق بينهما وبطل زواجه لوقوعه في مانع شرعيّ، ثم اختلفوا في إعادة الزواج بها بعد الفسخ وانقضاء العدة على قولين: قال المالكية والأوزاعي والشافعي قديما ورواية لأحمد: يفترقان أبدا، وقال الشافعي جديدا والحنفية ومشهور الحنابلة بالجواز.[1]

احتج من منع بقضاء عمر[2] وإعمال العقوبة بنقيض القصد؛ فمن استعجل أمرا قبل أوانه عوقب بحرمانه، قياسا على الوارث القاتل لمورثه الذي يُحرم من الميراث، وعلى اللعان الذي يوجب التحريم الأبدي بجامع علة إفساد النسب، واحتج من أجاز برجوع عمر إلى قول عليّ في الجواز؛ فقد أُتي عَلِيٌّ بِامْرَأَةٍ نُكِحَتْ فِي عِدَّتِهَا وَبُنِيَ بِهَا فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ بِمَا بَقِيَ مِنْ عِدَّتِهَا الْأُولَى ثُمَّ تَعْتَدَّ مِنْ هَذَا عِدَّةً مُسْتَقْبَلَةً، فَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ نَكَحَتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَلَا"،[3] وهو قول ابن مسعود[4] والشعبي[5] والحسن البصري،[6] وبعموم تحليل نكاح الزوجات الخاليات من الموانع، وبالقياس بطريق الأولى على جواز نكاح من زنى بها بعد استبرائها.[7]

الراجح هو الجواز لأن الشرع فرّق بينهما حتى تنتهي العدة، وليس هناك ما يدل على المنع بعدها اللهم إلا السياسة الشرعية التي قضى بها عمر، وهو غير لازم لا سيما وقد رُوي رجوعه ومخالفة غيره، ثمّ اختلفوا في كيفية اعتداد امرأة تزوج بها رجل في عدتها من آخر ودخل بها -تداخل العُدد- بعد الاتفاق أن الحامل يجزئ عنها الوضع عن العدتين، وخلافهم على مذهبين: **الأول** قول الشافعي ومالك وأحمد في المشهور: تعتد بقية عدتها من الأول ثم تستأنف عدة ثانية لقضاء عمر وعليّ، **الثاني**

به إذا لم يكن على فراش وادعاه رجحه ابن تيمية وابن القيم ومروي عن عروة واسحاق، 3 يلحق به شرط ألا يذكر المستلحق أنه من زنى الحنفية، 4 يجوز الاستلحاق مطلقا إذا أقيم الحد مرويّ عن الحسن وابن سيرين والنخعي، 5 يترك لاجتهاد القاضي بعض الحنابلة، ابن قدامة المغني 345/6 وابن تيمية الفتاوي 404/4 وابن القيم الزاد 382/5 والبلخي الفتاوي 128/4 وابن مفلح المبدع 70/7 وأحمد شليبك الصويعي حكم العقد على الحامل من زنا مجلة الشريعة قطر ع 31 سنة 2013م ص. 169

[1] ابن قدامة المغني 125/8 وابن عبد البر الكافي 531/2 وابن رشد المقدمات 521/1 وشرح الخرشي 139/4 وابن تيمية المجموع 344/32 وتفسير القرطبي 193/3 وابن قدامة المغني 124/8

[2] رواه مالك الموطأ رقم 1352 وعبد الرزاق المصنف رقم 10539

[3] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10532

[4] رواه عبد الرزاق برقم 10533

[5] رواه عبد الرزاق برقم 10536 وابن أبي شيبة برقم 18793

[6] رواه عبد الرزاق برقم 10537

[7] ابن قدامة المغني ج. 8 ص. 125 وحيدرة الضرر في الأحوال ص. 67

قول أبي حنيفة والنخعي،[1] تعتد بعدة الثاني وتجزئها عن الأولى وتتداخل العدتان،[2] **الراجح** مذهب الجمهور لما فيه من الاحتياط والتزام ظواهر النصوص.

الفرع الثاني: التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن

خطبة المعتدة حرام باتفاق على أجنبي؛ سواء كانت من وفاة أو طلاق بائن أو رجعي، لأنّ الرجعية في حكم الزوجة فلا يجوز خطبتها، وتحريم خطبة البائن والمتوفى عنها فلما بقي لها من آثار حق زوجها،[3] أما التعريض دون مصارحة: وهو كُل لَفْظٍ يَحْتَمِل الْخِطْبَةَ وَغَيْرَهَا؛ كأن يقول أَنْتِ جَمِيلَةٌ، أو إن اللَّهَ سَاقَ لَكَ خَيْرًا، أو رُبَّ رَاغِبٍ فِيك؛ بأن يُقْصَدَ مِنْ اللَّفْظِ مَعْنَاهُ حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا أَوْ كِنَايَةً، وَمِنْ السِّيَاقِ مَعْنَاهُ مُعَرَّضًا بِهِ، فَالْمَوْضُوعُ لَهُ وَالْمُعَرَّضُ بِهِ كِلَاهُمَا مَقْصُودَان، لَكِنْ لَمْ يُسْتَعْمَلْ اللَّفْظُ فِي الْمُعَرَّضِ بِه،[4] وهو ثلاثة أنواع: تعريض بخطبة معتدة من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن؛ فالتعريض من عدة وفاة جائز بقوله **"وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"**، **(البقرة 235)** حيث اتفقوا عليه سوى ما رُوي عن بعض الشافعية أنه منعه إذا كانت حاملا خشية إسقاطه، وهو قول ضعيف أنكره حتى الشافعية،[5] وأما التعريض بخطبة الرجعية فلا يجوز اتفاقا لأنّها محصنة، ثمّ اختلفوا في المطلقة البائن؛ فمذهب الجمهور الجواز قياسا على معتدة الوفاة؛ لعموم آية الجواز ولانقطاع سلطة الزوج، ومذهب الحنفية وهو قول للشافعي وأحمد عدم الجواز؛ لأن زوجها أحق بها بعد عدتها ويفضي إلى العداوة،[6] **والراجح** هو الجواز لعموم الآية، ولتشبه البائن بالمتوفى عنها من هذا الوجه.

الفرع الثالث: خروج المعتدة من طلاق بائن من بيتها

الأكثر على وجوب بقاء المعتدة من طلاق في بيتها فيحرم عليها الخروج من بيتها ليلا أو نهارا لقوله **"لَا تَخْرِجُوهُنّ مِنْ بُيُوتِهِنّ وَلَا يَخْرُجْنَ"**، **(الطلاق 1)** وقال الحنابلة: تعتد البائن حيث شاءت والرجعية في بيتها،[7] لحديث فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا حَفْصِ بْنَ الْمُغِيرَةِ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ انْطَلَقَ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ لَهَا أَهْلُهُ لَيْسَ لَكِ عَلَيْنَا نَفَقَةٌ، فَانْطَلَقَ خَالِدُ فأتى رَسُولَ اللهِ فقال: إِنَّ أَبَا حَفْصٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فَهَلْ لَهَا مِنْ نَفَقَةٍ؟ قَالَ: لَيْسَتْ لَهَا نَفَقَةٌ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ".[8]

---

[1] قضاء عمر عبد الرزاق 10539 وقضاء علي عبد الرزاق 10532 والنخعي عبد الرزاق 10546

[2] المدونة 21/2 وابن تيمية المجموع 344/32 والماوردي الحاوي 289/11 وابن جزي القوانين ص.157 وابن قدامة المغني 124/8 والبلدحي الاختيار 175/3 والكاساني البدائع 190/3

[3] الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ج. 9 ص. 7197

[4] حاشية ابن عابدين ج. 3 ص. 534 والموسوعة الفقهية الكويتية ج. 12 ص. 249

[5] الموسوعة الفقهية الكويتية ج. 12 ص. 249

[6] المدونة 20/2 وحاشية الدسوقي 219/2 والماوردي الحاوي 9/ 248 وابن قدامة المغني 147/7 والكاساني البدائع 204/3 وحاشية ابن عابدين 534/3

[7] المدونة الكبرى 42/2 وابن قدامة المغني 166/8 والملا خسرو درر الحكام دار إحياء الكتب دون طبعة 405/1 والشيرازي المهذب 125/3 والزوبعي أحكام العدة ص. 53

[8] رواه مسلم باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها برقم 1480

الترجيح يترجح مذهب الحنابلة في الجواز شرط أن تريد المطلقة؛ وإلا وجب عليه إيواءها حتى انقضاء عدتها، وفيه تخصيص دلالة الآية بالخبر، ثمّ اختلف من قال باعتدادها في بيت الزوجية في جواز خروجها نهارا لحاجة على قولين: **الأول** الحنفية والشافعي في القديم: يحرم على المطلقة البالغة العاقلة الحرة المسلمة المعتدة الخروج ليلاً ونهاراً سواء في طلاق بائن أو ثلاث أو رجعيّ، بل قال أبو حنيفة: إنّ الفاحشة في الآية هي هذا الخروج، حجتهم الحاجة لحفظ الأنساب ومنع اختلاط المياه، وحديث فُرَيعة بنت مالك قلت لرسول الله إني في دار وحشة أفأنتقل إلى دار أهلي فأعتد عندهم؟ قال: "امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله" قالت: "فاعتددت فيه"،[1] أجيب أنّه في المتوفى عنها زوجها فلا يصح الاحتجاج به، والمعتدة من طلاق فيها نص بالجواز فلا يعدل عنه إلى القياس،[2] **الثاني** المالكية والشافعي في الجديد: يجوز الخروج لضرورة أو عذر،[3] لحديث جابر: "طُلّقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذّ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي فقال "اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً"،[4] وهو مروي عن ابن عباس وجابر والحسن وعطاء وطاوس وعكرمة.[5]

الترجيح الأرجح هو مذهب المالكية والشافعية بالترخيص لها في الخروج لحاجتها؛ لورود النص في حديث جابر وهو فصل في محل النزاع، أما ما استدل به الآخرون فهو في عدة الوفاة والنزاع في المطلقة، ولا يحسن استعمال القياس في مقابلة النص، والحق أنّنا لا نحتاج لذلك بحكم ترجيح الجواز المطلق، أما المتوفى عنها زوجها فمذهب الجمهور وجوب اعتدادها في بيتها الذي مات عنها فيه زوجها، وخالف ابن حزم فقال تعتد حيث شاءت، والصواب حليف الجمهور.[6]

الفرع الرابع: طلاق المرأة أثناء عدتها

هو طلاق الرجل امرأته في عدتها الرجعية أو البائن بينونة صغرى أو الخلع، أما الكبرى[7] بأن يطلقها ثلاثا في مجلس واحد على رأي الجمهور أو في ثلاث مجالس إجماعا فإنه لا يلحقها؛ لأنه لا يمكنه إرجاعها ولا إعادة الزواج بها قبل أن تنكح زوجا غيره؛ فيقع طلاقه فيها لغوا لأنه طلاقٌ رابع لا يملكه لقوله **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"**، (البقرة 229) واختلفوا في الطلاق أثناء العدة: **الأول** الحنفية: يلحق عدة الرجعية والمختلعة والبينونة الصغرى، **الثاني** المالكية والشافعية والحنبلية: يلحق

---

[1] رواه أحمد برقم 27057 والنسائي برقم 3532 حسنه الأرنؤوط في المسند، واضطرب الألباني فضعفه في الإرواء 2131 وصححه السلسلة الضعيفة برقم 5597

[2] العيني البناية 625/5 وابن نجيم البحر 167/4 وحاشية ابن عابدين 535/3

[3] ابن جلاب التفريع ت كسروي دار الكتب ط1، 2007م 75/2 والماوردي الحاوي 272/11 والروياني البحر 9/ 248 ومسائل أحمد لأبي داود ص. 252 وباجنيد أثر العرف ماجستير أم القرى 2003م ص.357

[4] رواه مسلم باب جواز خروج المعتدة البائن برقم 1483

[5] ابن المنذر الإشراف ج. 5 ص. 344 والمدونة الكبرى ج. 2 ص. 42

[6] الملا خسرو درر الحكام 405/1 والشيرازي المهذب 127/2 وابن حزم المحلى 73/10

[7] البينونة الصغرى حين تنقضي العدة فيجب عقد جديد، والكبرى حين تحرم عليه فلا ينكحها إلا بعد أن تتزوج وتطلق، ابن نجيم البحر الرائق 323/3 والقدوري التجريد 4852/10

الرجعية لأنّها تحت عصمته، **الثالث** لا يقع الطلاق في العدة مطلقا، يُروى عن ابن عباس وأبي موسى وجابر بن زيد وعطاء وابن تيمية وابن القيم،[1] ويُشبه اختلافهم هنا الاختلاف حول وقوع الطلاق البدعي؛ إذ يدور الاستدلال حول قوله **"الطلاق مرتان"**؛ فمن أوقعه مطلقا كالحنفية قال إنّما أراد توضيح كم للمطلق من فرصة، وعلى مذهب الجمهور: بيّن فيها عدد الطلقات المباحة؛ فيجب أن تقع مرة بعد مرة، والراجح أنّ البائن والمختلعة ليستا في حكم الزوجة، ولا يملك إرجاعهما فلا يملك طلاقهما، ومن قال الرجعية لا يلحقها طلاق فدليله عدم وقوع الطلاق البدعي، ويترجح مذهب الجمهور بوقوع طلاق الرجعية فقط.[2]

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين والجنسية على عدة الطلاق

تمهيد

قد تكون المعتدة كتابية من زوج مسلم، أو زوجها كتابيٌّ من الذمة، وقد يطرأ اختلاف الدين وتختلف جنسية المطلق عن المعتدة، نُفصّل في مطلبين:

المطلب الأول: أثر اختلاف الدين الأصلي والطارئ على العدة

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على العدة

المطلب الأول: أثر اختلاف الدين الأصلي والطارئ على العدة

بين يدي المطلب تعتد الكتابية الذمية زوجة المسلم اتفاقا، أما زوجة الذميّ فقد اختلفوا فيها بسبب الخلاف في مخاطبة الكفار بفروع الإسلام، وهل العدة من حقوق البشر أم هي حقّ لله؟ في المطلب فروع: عدة الكتابية من المسلم وعدة مطلقة الذمي والعدة في اختلاف الدين الطارئ.

الفرع الأول: عدة الكتابية مطلقة المسلم

الذي عليه جماهير العلماء هو وجوب اعتداد الكتابية المتزوجة من مسلم إذا طلّقها، وقد أطلق الإجماع عليه ابن المنذر وابن القطان،[3] **المالكية** قال خليل: "تعتد حرة وإن كتابية"، وقال ابن أبي زيد: "تُجبر الحرة الكتابية على العدة من المسلم في الوفاة والطلاق"،[4] وإنما وقع الخلاف بين علماء المالكية حول عدة الكتابية التي يتوفى عنها زوجها المسلم وسيأتي، **الشافعية** اتفقوا على وجوب اعتدادها،[5] **الحنابلة** اتفق قولهم على وجوب العدة على الذمية بعد فراق زوجها المسلم.[6]

---

[1] حاشية ابن عابدين 344/3 وابن نجيم البحر 4/4 والدسوقي 437/2 وعليش المواهب 182/4 والنووي الروضة 68/8 وابن مفلح المبدع 98/7 وابن تيمية الفتاوي 490/5 والشوكاني النيل 271/6 وخالد بني أحمد الطلاق أثناء العدة المجلة الأردنية للدراسات الاسلامية مجلد 11 عدد 3 سنة 2015م ص. 180

[2] خالد علي سليمان بني أحمد الطلاق أثناء العدة ص. 181

[3] ابن المنذر الإشراف 361/5 وابن القطان الإقناع ت الصعيدي الفاروق الحديثة ط 1، 2004م 45/2

[4] حاشية الدسوقي 2/ 468 والأزهري الثمر الداني ص. 485 وابن غنيم الفواكه الدواني 58/2 وزروق الرسالة دار الكتب ط 1، 2006م 704/2

[5] الماوردي الحاوي الكبير ج. 11 ص. 285

[6] ابن قدامة المغني 8/ 96 وعبد الرحمن بن قدامة الشرح الكبير ت رشيد رضا دار الكتاب العربي 77/9

* **الحنفية** ذكر ابن قدامة الحنبلي أنّ مذهب أبي حنيفة هو عدم وجوب العدة عَلى الذمية المتزوجة من مسلم، وإنما يَجِبُ عَلَيْنَا أَنْ لَا نَتَزَوَّجَهُمَا في تلك الفترة،[1] والصحيح أن فقهاء الحنفية متفقون على وجوب اعتدادها؛ لأن العدة حق زوجها المسلم في حفظ نسبه، ويجب عليها الوفاء لأنها مأمورة بأداء حقوق العباد،[2] ونقل البغوي عن أبي حنيفة التفريق بين الحربية والذمية، وأنه لم يوجب عدة على الحربية ولو كانت زوجة مسلم،[3] والذي عليه أهل التحقيق من الحنفية أن مذهبه إيجاب العدة عليها، وعليه يجب الرجوع في النقل إلى أصحاب المذهب وأهل التحقيق، ويبدو أن الناقلين وقع لهم خلط لأنه كان لا يرى عدة على مطلقة الذمي فمن هنا جاء اللبس.[4]

احتج العلماء لإيجاب العدة على الذمية زوجة المسلم بعموم الآيات الآمرة بها، والتي لم تفرق بين مسلمة وكتابية، قال أبو حيان: "ظاهر قَوْلِهِ **يَتَرَبَّصْنَ** في قوله **"وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"** (البقرة 228) الْعُمُومُ فِي كُلِّ امْرَأَةٍ تُوَفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا فَيَدْخُلُ فِيهِ الْأَمَةُ والكتابية والصغيرة"،[5] وقد صحّ النقل عن أئمة السلف على وجوبه، صح ذلك عن سعيد بن المسيب[6] وعطاء بن أبي رباح[7] وابن جريج[8] والأوزاعي[9] والحسن البصري[10] وابراهيم النخعي[11] والزهري،[12] يقويه القياس على المسلمة لأنهما تستويان في القصد من العدة، وهو حفظ النسب، وأمر النبي باستبراء سبايا أوطاس حين بعث يَوْمَ حُنَيْنٍ جَيْشًا؛فَلَقُوا عَدُوًّا فَقَاتَلُوهُمْ فَظَهَرُوا عَلَيْهِمْ وَأَصَابُوا سَبَايَا، فَكَأَنَّ نَاسًا تَحَرَّجُوا مِنْ غِشْيَانِهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فَنزَلَت **"وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"** (النساء 24) أَيْ فَهُنَّ لَكُمْ حَلَالٌ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ،[13] ولأن العدة كما هي حق لله فإنها حقٌّ للزوج من أحد الوجوه لقوله **"فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا"**، (الأحزاب 49) والذمية مطالبة بأداء حقوق زوجها، وقد تكون حقا للولد إذا كانت أمه حاملا، وهي مأمورة بأداء حقوق العباد،[14] قال ابن تيمية: "نفَى اللَّهُ أَنْ يَكُونَ لِلرِّجَالِ عَلَى النِّسَاءِ عِدَّةٌ، وَلَيْسَ هُنَا عِدَّةٌ لِغَيْرِ

---

[1] ابن قدامة المغني ج. 8 ص. 96
[2] عبد الكريم زيدان أحكام الذميين ص. 436
[3] البغوي التهذيب في فقه الشافعي ج. 5 ص. 419
[4] الكاساني بدائع الصنائع ج. 3 ص. 209
[5] أبو حيان الأندلسي البحر المحيط تحقيق صدقي جميل طبعة دار الفكر 1420 هـ ج. 2 ص. 515
[6] رواه عبد الرزاق في مصنفه برقم 10063 ج. 6 ص. 69 وابن أبي شيبة في المصنف برقم 18814
[7] رواه عبد الرزاق برقم 10064 ج. 6 ص. 79
[8] رواه عبد الرزاق برقم 10065 ج. 6 ص. 80
[9] رواه أبو القاسم بن عبيد في كتاب الأموال ص. 220
[10] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 18813
[11] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 18815
[12] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 18816
[13] رواه مسلم باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء برقم 1456
[14] ابن قدامة المغني 96/8 والكاساني البدائع 191/3 وزيدان الذميين ص.436 والمفصل 123/9 والزحيلي الفقه 7168/9 والموسوعة الكويتية 336/29

الرِّجَالِ فَعَلِمَ أَنَّ الْعِدَّةَ حَقٌّ لِلرِّجَالِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِي نَفْيِ أَنْ يَكُونَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ عِدَّةٌ مَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لِلَّهِ عِدَّةٌ".[1]

وقد يستدل من يرى عدم وجوب عدة الكتابية من زوجها المسلم؛ بأن الكفار غير مخاطبين بالفروع والعدة منها، وبأن الكتابية غير ملزمة بتطبيق أحكام الشرع لأننا أُمرنا بترك أهل الذمة وعبادتهم، ويُناقش ذلك بأن العدة فيها وجه تعبد وحق لله وفيها حق للزوج بحفظ نسبه وللولد بحفظ انتسابه، ورغم عدم إسلامها إلا أنها يجب عليها الوفاء بحقوق البشر،[2] وربّما استدل المعارض بأنّ خطاب العدة مقيّد بالإيمان المنتفي عن الكتابية في قوله **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا"** (الأحزاب 49) أجيب بأن الكتابية لم تخاطب بالإيجاب بفروع الإسلام وإنما بأداء حق مشروع لزوجها وطليقها وجنينها المحتمل، وبأن القيد هنا خرج مخرج الغالب لعموم قوله **"وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ"** (البقرة 228).[3]

الترجيح تجب العدة على الكتابية صيانة للنسب وحفظا لحق الزوج المسلم، فتُمنع من إعادة الزواج خلالها بالقانون، ولا تُجبر على غير ذلك كعدم الخروج من البيت تقريرا لأصل حرية الاعتقاد وأن الكفار لا يطالبون بالفروع، وأهل الذمة متروكون في شريعتنا وعبادتهم على وفق أحكامهم، لا يجبرون على أحكامها وفاء منا بعهدهم لقوله **"فَأَتِمُّوا عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ"**، (التوبة 4)، والعدة ليست من المسائل التعبدية بل من الأحكام العادية المعقولة.

الفرع الثاني: عدة الذمية المطلقة من زوجها الذمي

إذا طلّق ذميٌّ زوجته الذميّة في بلاد الإسلام فهل تجب عليها العدة؟ اختلفوا على قولين: **الأول** الجمهور وتبعهم ابن الحسن وأبو يوسف: عليها العدة وجوبا،[4] **الثاني** أبو حنيفة: ليس عليها عدة وتتزوج بعد الطلاق مباشرة إن شاءت، إلا الحامل تعتد بوضع حملها وهو الراجح عند الحنفية.[5]

احتج الجمهور بما لا تخلو من ضعف، قالوا: يعيش أهل الذمة في بلاد الإسلام وهم ملزمون بأحكامهم، يجاب بأن أحوالهم الشخصية يُرجع فيها إلى دينهم إلا إذا ترافعوا إجماعا، وقالوا العدة من حقوق الله فيُحكم عليهم فيها بغض النظر عن ديانة المعتدة، أجيب لا يسلم أنها من حقوق الله بل هي حقّ أصلي للزوج، وهو في هذه الحالة غير مسلم لم يطلب حقه، ولا يصح جعل العدة من متعبدات الشرع لأنها معقولة المعنى، قال أبو حنيفة: "لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِهَا بِحَقِّ الزَّوْجِ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَعْتَقِدُ حَقًّا لِنَفْسِهِ"، وقال الكاساني: "لَا وَجْهَ إلَى إيجَابِهَا بِحَقِّ اللَّهِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ فِيهَا مَعْنَى

---

[1] ابن تيمية مجموع الفتاوي ج. 32 ص. 346

[2] ابن عرفة المختصر الفقهي ج. 4 ص. 403

[3] ابن قدامة المغني 8/ 96 والأبي الأزهري الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ص. 485

[4] الشافعي الأم 259/5 الكشناوي أسهل المدارك دار الفكر ط 2، 186/2 والبابرتي العناية 414/3 وابن مازة المحيط 138/3 وعامر الأحوال ص. 357 وزيدان الذميين ص. 436 والموسوعة الكويتية 336/29

[5] البلدحي الاختيار 173/3 والكاساني بدائع الصنائع 191/3 والمرغيناني الهداية 277/2

الْقُرْبَةِ وَالذمية غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِالْقُرُبَاتِ"،[1] ثمّ احتجوا بقول النبي في سَبْيِ هَوَازِنَ: "أَلَا لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ"،[2] وَقَدْ كُنَّ ذَوَاتِ أَزْوَاجٍ فِي الشِّرْكِ والاستبراء هو عين العدة، وفي حديث سبايا أوطاس وجوب الاستبراء، أجيب أنّ استبراء السبايا قبل الوطء مما لا خلاف فيه لكنّه خارج محل النزاع؛ لأنّ المسلم لو أراد وطأها بحلال بعد طلاقها وجب عليه استبراؤها اتفاقا، وقالوا على المشركة حفظ أنساب المشركين كَمَا تَحْفَظُ أَنْسَابَ الْمُسْلِمِينَ لِقَوْلِه **"وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"** (البقرة 49) لِتَمْيِيزِ أَنْسَابِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ أَنْسَابِ الْمُشْرِكِينَ، والحق أن حفظ النسب عقيدة لدى المسلمين لا يمكن فرضها على غيرهم لأن أهل الكتاب لهم دينهم، فاليهود يحفظون أنسابهم بانتساب الولد لأمه؛ فولد اليهودية يهودي أصيل خلافا لولد اليهودي، وللنصارى أحكامهم في النسب؛ فلا يصح فرض قواعد النسب الإسلامية عليهم لكونها داخلة في المجال الشخصي.[3]

واحتج الحنفية بأنّ العدة فيها معنى العبادة والقربة؛ فلا يمكن إيجابها حقا للزوج لأنه لا يعتقد بها، ولا حقا لله لأنهم غير مخاطبين بما هو عبادة أو قربة وأُمرنا بتركهم وما يدينون،[4] وقد سئل الشعبي عن امْرَأَةٍ ذِمِّيَّةٍ طُلِّقَتْ فَأَسْلَمَتْ فِي عِدَّتِهَا، قَالَ: "إِذَا أَسْلَمَتْ فِي عِدَّتِهَا لَزِمَهَا مَا لَزِمَ الْمُسْلِمَاتِ"،[5] يدل بمفهومه أنها قبل أن تسلم لا عدة عليها، وقال سفيان الثوري فِي مُشْرِكٍ طَلَّقَ مُشْرِكَةً فَلَمْ تَعْتَدَّ حَتَّى أَسْلَمَتْ: "تَعْتَدُّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا مِيرَاثَ لَهَا"، وَقَالَ فِي مُشْرِكٍ مَاتَ عَنْ مُشْرِكَةٍ فَأَسْلَمَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا: "تَعْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَيُحْتَسَبُ بِمَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا فِي الشِّرْكِ قَبْلَ أَنْ تُسْلِمَ"،[6] فيه دلالة أن الكفار لا يُلزمون بأحكام الإسلام إلا بعد إسلامهم، وأفتى إِبْرَاهِيمُ النخعي فِي الَّذِي يَنْكِحُ الْمَجُوسِيَّةَ عَمْدًا فِي عِدَّتِهَا بأنّه لَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ،[7] ثمّ إنّها مسألة مبنية على الخلاف المعروف في مخاطبة الكفار بفروع الشريعة، وهي مسألة أصولية خاض فيها علماء الأصول قديما وحديثا، وقد تقدّم البحث فيها وترجيح القول بأنهم غير مخاطبين ولا ملزمين بواجباتها، خاصة أن الفقهاء متفقون على ترك أهل الذمة وما يدينون في المجال الشخصي، أما إذا ترافعوا إلينا في قضية عدة؛ كأن يطلبها ذمي من زوجته أمام القاضي المسلم، فقال أبو حنيفة لا يحكم عليهم إلا إذا تراضيا كلاهما على الطلب، ولو تزوج ذميّ بطليقة ذميّ في

---

[1] الكاساني بدائع الصنائع ج. 3 ص. 191

[2] حديث النهي عن وطء الحامل حتى تضع والحائل حتى تحيض، سنن الدارقطني 3640 والمعجم الأوسط للطبراني 483، وفي لفظ يوم حنين: "لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءَه زرع غيره (يعني إتيان الحبالى) ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها" أبو داود 2158 والترمذي 1131، وفي لفظ: "لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذاتِ حمل حتى تحيض حيضة" أبو داود برقم 2157 وأسانيدها جيدة.

[3] المرغيناني الهداية ج. 2 ص. 277

[4] الكاساني بدائع الصنائع ج. 3 ص. 191

[5] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 18810

[6] رواه عَبْدُ الرَّزَّاقِ في مصنفه برقم 10074

[7] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10055

عدتها صح زواجه، وقال أبو يوسف وابن الحسن: يبطل الزواج الثاني إذا ترافعا إلينا باعتبار وجوب الحكم عليهم بما في شريعتنا، وقيّد ابن الهمام الخلاف بحالة رفع القضية إلى القاضي المسلم في العدة، أما بعدها فلا يُفرّق باتفاق عند الحنفية.[1]

الترجيح يترجح بأن الذمية ليس عليها عدة من ذمي إذا طلقها لأنها غير مخاطبة بالفروع، ولا يصح إلزامها بالعدة وفق الشريعة وفي دينها أحكام خاصة بها.

* **مدة عدة الذمية** اختلف القائلون بوجوب عدة الطلاق من مسلم أو ذمي حول مدتها على قولين: **الأول** الجمهور: تعتد كعدة المسلمة فإن كانت عدتها من وفاة اعتدت أربعة أشهر وعشرا، وإن كانت من طلاق وهي ممن تحيض اعتدت بثلاثة قروء، وإذا كانت ممن لا تحيض اعتدت بثلاثة أشهر، وإذا كانت حاملا اعتدت بوضع حملها، **الثاني** قال مالك: عدتها حيضة واحدة،[2] قال ابن بزيزة: "اختلف المذهب في عدة الكتابية - من وفاة - فقيل كالمسلمة، وقيل باستبراء رحمها بثلاث حيض، وقيل حيضة واحدة، فمن تمسك بعموم اللفظ جعلها كالمسلمة، ومن رأى الخطاب خاص بالمسلمين أوجب عليها ما يحصل عليها براءة الرحم".[3]

الترجيح لا نرى عدة على الذمية زوجة الذمي، أما طليقة المسلم فتعتد.

* **العدة عند أهل الكتاب** يلزم بها النصارى ففي المادة 25 قواعد الأحوال للأقباط الأرثودوكس مصر: "ليس للمرأة التي مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجا ثانيا إلا بعد انقضاء 10 أشهر ميلادية، وينقضي هذا الميعاد إذا وضعت حملها"، ونفسه في لائحة الزواج والطلاق للأرمن الأرثودوكس التي اعتبرت العدة من موانع الزواج، ويشترطون تربصها مدة بعد الطلاق للتأكد من خلو الرحم، وكان الكاثوليك على نفس الالزام وبعد التصنيف الكاثوليكي الشرقي أهملوها، وفي المادة 376 الأحوال الشخصية للإسرائيليين لحاي بن شمعون: "لا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها 90 يوما"، وفي التلمود: "لا تقوم الأرملة بأداء الخلع أو الزواج من أخي زوجها المتوفي حتى تمر 3 أشهر"، وقيل أن التوراة والتلمود لم يتطرقا إلى العدة إنما قام أحبار اليهود بتحديدها 90 يوما لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة، وهو تحديد مطلق ولو كان الزوج عقيما أو مجبوبا أو مريضا أو غائبا، ولو كانت الزوجة صغيرة أو لم يُدخل بها، فإن كانت حاملا فعدتها وضعها، وإن كان لها رضيع فتنتهي إذا بلغ رضيعها حولين، وأوجب اليهود على الرجل إذا ماتت زوجته أن يعتد ثلاثة أعياد بلا حساب عيد الاستغفار أو رأس السنة اليهودية، ويشترط الصابئون في العراق العدة 3 أشهر على المطلقة والمتوفى عنها.[4]

---

[1] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 260

[2] نعيم ساعي موسوعة مسائل الجمهور مسألة رقم 1309

[3] ابن بزيزة روضة المستبين شرح التلقين ت عبد اللطيف زكاغ طلعة دار ابن حزم ط 1، 2010م 866/2

[4] زيدان الذميين ص. 371 والكيلاني الطلاق ص. 95 وعطية صقر موسوعة الأسرة 355/6 ومصطفى منصور ترجمة التلمود ط النافذة ط 1، 2008م القسم الثالث ناشيم النساء ص. 50

* **العدة مع اختلاف الدين في القضاء والتشريع المعاصر:** يسير اجتهاد مصر على إيجاب العدة لكل المصريات المطلقات سواء كنّ مسلمات أو مسيحيات، فقد قررت النقض أن عدم اعتبار العدة في الفرقة بين زوجين مصريين في نظام الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية مخالفٌ للنظام العام، حيث خالف هذا الاجتهاد ما ترجح من وجوب ترك أهل الذمة وما يدينون في المسائل الشخصية، فإذا وقع طلاق بين زوجين مصريين قبطيين مسيحيين، ثم رُفعت القضية أمام قاض مصري مسلم، وهم لا يرون عدة على المطلقة إلا لحامل، وأن الطلاق غير جائز إلا لأسباب معدودة وبموافقة رئيس الكنيسة، فكيف يمكن إيجاب العدة عليها بحكم ديننا وقد أمرنا بتركهم ودينهم؟! فيما اجتهدت محكمة بني سويف 1926/11/16م فقضت بأنّ الطلاق الواقع بين القبط الذميين في مصر ليس له أي أثر؛ لأنه لا يعتقده؛ فلا يترتب عليه عدة لانتفاء الاعتقاد حسب دينهم وهو جيّد.[1]

الفرع الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على العدة

* **عدة المطلقة بعد إسلام أحد الزوجين:** إذا أسلم الزوج ثم طلّق امرأته غير المسلمة فهل تجب عدة؟ الجمهور على إيجابها لأنها حقّ الزوج المسلم، وفي حال إسلام أحد الكافرين فإن الذي أسلم له كامل الحقوق الزوجية، فإذا كانت الزوجة هي التي أسلمت استحقت المهر إن دخل بها، والمتعة إن لم يكن دخل، وإذا أسلم الزوج وجبت العدة على زوجته ولو بقيت على دينها لأنها من حقه،[2] لحديث: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره"،[3] يجاب بأن الحديث ورد في منع التزوّج من معتدة الغير فهو خارج محل النزاع، الذّي هو اعتداد زوجة طلقها زوجها بعد إسلامه، وهي على دينها، والصحيح الذي أراه راجحا أنه لا يجب علينا إلزام غير مسلمة بعدة أو تربص؛ لأنها شُرعت للمسلمين ابتداء لحفظ أنسابهم، وقد تقرر ترك غير المسلمين وما يدينون وعدم إلزامهم بأحكامنا، نعم لو كانت الذمية قد رضيت بالزواج من مسلم فهذه يجب عليها العدة، أما أن تجد نفسها مأمورة بعدة لا تعرفها ولم ترضى بها فلا، فيترجح عدم الإلزام لأنها لم تختر الزواج من مسلم، وقال الحنفية قولا واحدا: "إذا جاء الزوج مسلماً وترك امرأته في دار الحرب فلا عدة عليها باتفاق، إذ لا حق لأحد الزوجين على الآخر في حال اختلاف الدارين، ولأن أحكام الإسلام تُطبق على أهل الذمة لا الحربيين"،[4] أما إذا أسلمت الزوجة فتعتد بما يجب عليها، لأنها بإسلامها رضيت بحكم الله فيجب عليها الامتناع عن الزواج مدة عدتها،[5] بهذا أفتى الحسن البصري حين سئل عن إسلام نصرانية هل يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا؟ قَالَ: "نَعَم وعَلَيْهَا العِدَّةُ"،[6] ونُقل عن أبي حنيفة أنها لا تعتد إذا كانت

---

[1] عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية ص. 358 ومسعودي يوسف تنازع القوانين ص. 223

[2] محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ص. 270

[3] رواه أحمد برقم 16990 وأبو داود برقم 2158 عن رُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيِّ وسبق تخريجه

[4] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ج. 9 ص. 7168

[5] المرغيناني الهداية ج. 2 ص. 277

[6] رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم 18811

حربية ولحقت بدار الإسلام إلا إذا كانت حاملا،[1] والأول أصح لأن مردّ قول أبي حنيفة على تأثير اختلاف الدار وهو غير مؤثر كما رجحناه، فإذا أسلم الزوجان معا ثم تفرقا فلا أعلم خلافا بأن الزوجة تعتد عدتها حسب نوعها.

* **عدة المطلقة بعد الردة:** إن كان المرتد هو الزوج وطلبت الزوجة التطليق؛ فإنها تعتد قولا واحدا لدخولها في الحكم، فقد سئل سعيد بْنَ الْمُسَيِّبِ عَنِ الْمُرْتَدِّ كَمْ تَعْتَدُّ امْرَأَتُهُ؟ قَالَ: "ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ" قُلْتُ قُتِلَ؟ **(بسبب ردته)** قَالَ: "أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"،[2] وعَنِ الشَّعْبِيِّ وَالْحَكَمِ فِي الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ يَرْتَدُّ عَنِ الْإِسْلَامِ وَيَلْحَقُ بِأَرْضِ الْعَدُوِّ قَالَا: "تَعْتَدُّ امرأَتُه ثُمَّ تَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ"،[3] وبهذا أفتى الحسن والنخعي وعمر بن عبد العزيز،[4] فإذا رجع الزوج إلى الإسلام أثناء العدة فهل يكون أحق بها أم يحق لها تطليقه؟ الذي أفتى به عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم والنخعي أنه أحق بها مادامت في العدة، ولا أرى مذهبهم هذا وجيها، وهل يحقّ لها الامتناع عن الرجوع ويفقد زوجها صلاحية الإرجاع؟ الأرجح أنّه يحق لها الامتناع فلا عودة إلا برضاها،[5] وإذا كانت المرتدة هي الزوجة فلا أرى مجالا لإجبارها على العدة الشرعية بعدما رفضت الانصياع للشرع، وإنما تقع تحت طائلة حد ردة المرأة،[6] وإذا ارتد الزوجان جميعا ثم تفرقا فلا عدة.

المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على عدة الطلاق

قد يقع خلاف قضائي حول العدة كأن تريد مطلقة إعادة الزواج، أو تطلب حقها في الميراث خلالها كما في طلاق الفار، وبمثل هذه المسائل تأخذ أحكام العدة أهمية خاصة، فإذا كان أحد الزوجين أجنبيا احتاج القاضي إلى معرفة القانون الواجب التطبيق، فإذا كان أحدهما وطنيا يملك جنسية القاضي؛ فإن دول الإسلام احتاطت لنفسها وأخذت بمبدأ ترجيح القانون الوطني، ويُطرح السؤال: في أي فئة يجب إدراج العدة من طلاق أو وفاة؟ خاصة أنّ دول أوروبا لا تعترف بها وتعتبرها تنقيصا للمرأة ومساسا بقاعدة المساواة، ولا يعترفون فيما يخص براءة الرحم إلا بالوسائل الطبية؛ لهذا لا يُصنفها تشريعهم في قواعد بل يُقنن للانفصال الجسماني،

---

[1] المرغيناني الهداية ج. 2 ص. 277 والعيني البناية شرح الهداية ج. 5 ص. 246

[2] رواه عبد الرزاق في المصنف برقم 10079

[3] رواه ابن أبي شيبة برقم 18807

[4] أثر الحسن في مصنف ابن أبي شيبة برقم 18808 وأثر النخعي وعمر فيه برقم 18809

[5] محمد بن سعد بن شقير فقه عمر بن عبد العزيز طبعة مكتبة الرشد ط 1، 2003م ص. 461

[6] اختلفوا في حد المرتدة على قولين: **1** الجمهور: يُقام عليها، **2** الحنفية: تحبس وتستتاب حتى تعود، حجة الجمهور عموم قول النبي: "من بدّل دينه فاقتلوه"، رواه الجماعة إلا مسلم، وحديث ابن مسعود: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، التارك لدينه" البخاري 6878 ومسلم 1676، وبما خرّج الدارقطني سننه رقم 3215 عن جابر أن امرأة ارتدت على عهد النبي فأمر بقتلها، وفي بعض ألفاظ حديث معاذ لما أرسله إلى اليمن أنه أمر بقتل المرتدة وهو في الطبراني، قال ابن حجر في الفتح 72/12 إسناده حسن، دليل الحنفية ما صح من نهي النبي عن قتل النساء رواه الترمذي برقم 1569 وصححه الألباني، واحتجوا باستثناء ابن عباس راوي حديث من بدل دينه النساء من الحكم وهو أعلم بدلالته من غيره، ينظر: تيسير العمر الردة وآثارها ص. 231 وراضي عبد الإله وطاهري بلخير الردة أحكامها وآثارها دراسة مقارنة مقال مجلة الشهاب جامعة الوادي مجلد 8 عدد 1 مارس 2019م ص. 294

والذي تمتد مدته من سنة إلى ثلاث، يُسمح من خلاله للزوجين بمراجعة أمر الطلاق، يعيشان منفصلان جسديا ويكون عقد زواجهما قائما، وقد ذكرنا أنّ أحد مقاصد تشريع العدة هو إعطاء فرصة المراجعة، وهذه الفرصة داخلة في فلسفة الانفصال؛ لأن مدة التربص تسمح بإقرار الرجوع من عدمه، والجميع على ضبط فئة الانفصال بنفس ضابط انحلال الزواج؛ لهذا قد يترجح إدراج العدة في آثار الانحلال فيُحكم عليها بقانونه، وهو في تقنين الجزائر قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وفي غيره قانون جنسية الزوج وقت الطلاق بالنسبة للطلاق وقانون جنسيته وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطليق.[1]

وتلزم دول الإسلام النساء بالعدة بعد فُرَق النكاح والوفاة، بيد أنّها لم تدرجها في فئات التنازع؛ ما يحمل القاضي على الاجتهاد في إدراجها فيما يناسبها، ورغم كثرة الظروف والحالات إلا أنّها تبقى داخلة في فئة الانحلال؛ لأنها من آثاره المباشرة وشبيهة إلى حد ما بتربص الانفصال، ويطبق نفس الحكم على نفقات العدة وأحكام بدايتها أو نهايتها، وتدخل أحيانا في الشروط الموضوعية للزواج؛ كما لو أرادت طليقة أو متوفى عنها زوجها إعادة الزواج في عدتها، وتبقى صلاحية التكييف تحت سلطة القاضي وفق المادة 9 مدني جزائري، وقيل أنها أثر شخصي كالأهلية فلا يُحكم عليها إلا بالقانون الشخصي، أي جنسية المعتدة وهو مذهب له وجاهته، كما يُطرح الإشكال: بأي قانون يحكم القاضي إذا كانت المعتدة مسلمة، وقانونها الشخصي لا يعترف بالعدة؟ الراجح أنّه يتعامل معها وفق أحكام الشرع بغض النظر عن جنسيتها، على أساس امتياز الديانة على الجنسية، فإن كانت المطلقة كتابية وقانونها الشخص لا يعترف بالعدة فقد يتخرج الأمر على رأيين: **الأول** أن يحكم عليها بالعدة قولا واحدا مثل المسلمة التي تجنست بجنسية لا تعترف بالعدة؛ بسبب إجماع الفقهاء على وجوب اعتدادها، **الثاني** أنه لا يفرض عليها الاعتداد إلا إذا ترافعت إلى القانون الإسلامي، أو طلبت الحكم عليها به والأول أقرب، وقد نجمع بين ما سبق بأنّه إذا كان النزاع بين الزوجين في ميراث فار، أو طلب إرجاع؛ فإنه يُحكم أن العدة من آثار انحلال الزواج، فتُضبط وفق قانون جنسية الزوج بحكم القوامة، وإن كانت القضية شخصية لا علاقة للزوج بها؛ كأن تطلب الزوجة السماح بإعادة الزواج؛ فإنه يحكم لها وفق قانونها الشخصي إذا لم يمس بمصلحة الزوج، بهذا نجمع بين ما سبق من الأقوال جمعا حميدا ومقبولا.[2]

[1] جندولي انحلال الرابطة الزوجية ص. 30 وص. 31

[2] الطيب زروتي دراسات في القانون الدولي الخاص 32/2 وجندولي انحلال الرابطة ص. 31

الخاتمة

النتائج

* الاجتهاد القضائي هو بذل وسع من نصبته الدولة للفصل في الخصومات؛ حسما للتداعي وقطعا للتنازع بأحكام مستقاة من الكتاب والسنة، والحكم بها على النزاع المعروض، والأحوال الشخصية هي مجموعة عناصر تتعلق بالحالة المدنية والشخصية لكل إنسان، وصفات خاصة يتميز بها كالأهلية، تتعلق بعلاقته بأسرته منذ الولادة إلى الوفاة كالزواج، تُستمد من الشرع وقد بقيت مستقلة عن سيطرة المنظمات لارتباطها بالهوية.

* تُكرّس الاتفاقيات الدولية في المجال الشخصي حقوق المرأة والطفل على انفراد، وكأن النساء والأطفال يعيشون بعيدا عن أسرهم رغم أن أكثرهم يعيشون داخل أُسر، ويُطلق الزواج المختلط على كلّ زواج اختَلَف فيه الزوجان في الدين والجنسية والعرق واللون والطائفة وبين الجن والإنس، ومدار البحث على أثر اختلاف الدين والجنسية على انحلال الزواج والعدة والحضانة والتعويض، ويدل الإحصاء على قوة انتشاره.

* تواترت النصوص على وجوب التعامل مع غير المسلم وفق أسمى معاني الاحترام، ولا ينافي ذلك وقوع مظالم من قبل حكام مسلمين رغم ندرتها، ومراعاة دول الإسلام للصالح الديني والدنيوي أدّى إلى معارضة المفهوم اللائكي المانع لتدخل السلطة في الاعتقاد، ويختلف مفهوم المساواة بين الجنسين بين الإسلام والغرب؛ يراها المسلمون مؤصلة في الشرع بطريقة عادلة تحترم الخصوصية، ويميل الغربيون إلى مطلق التساوي بسبب الحيف الذي أصاب المرأة، وتطوّرت الفكرة لتبلغ درجة التمييز الإيجابي تجاهها.

* دار الإسلام بقعة من الأرض يعيش فيها مسلمون ويحكمها مسلم، تظهر فيها شعائر الدين بكل حرية، يُستمد فيها القانون من أحكام الأسلام، ويحكم دار الكفر غير مسلمين يمنعون شعائر الإسلام ويكنون العداء لأهله، وترتبط دار العهد والحياد مع دولة الإسلام بمعاهدة صلح مؤقتة أو أبدية، وتحترم المسلمين ولا تظهر عداوتها لهم، وقد منح الإسلام حقوقا لأهل الذمة محترما معتقدهم ودماءهم وأعراضهم، وكان هذا العقد في العهد الأول من تاريخ المسلمين مثالا يُقتدى به، غير أن غلبة الفقه التقليدي على المقاصدي أفقده بريقه، وحين ظهرت نظريات كمركز الأجنبي تبيّن أنّ مضمونها كان في فقهنا، الذّي سبق إلى تحديد المركز القانوني للأجنبي عن طريق نظرية الأمان، غير أن عدم تطويرها جعل مجمل الازدهار في حقوق الأجانب مُسطر في الفقه القانوني لغيرنا.

* طرأ طارئ فقه الأقليات لأنّ خمس عدد المسلمين يعيش في غير دولنا ويتحاكم لغير شرعنا، وبرزت خصوصيته وأهدافه وضوابطه وإن كان البعض لا يزال يُنكر منافعه، ويتضمن فرع القانون الدولي الخاص ستة أبواب: الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، والجنسية والموطن ومركز الأجانب وتنفيذ الحكم، وهو

من الداخلي الخاص ولو سُمي بالدولي، أهم أبوابه نظرية التنازع التي وُجد بعض أحكامها في عقد الذمة والعلاقات الدولية في فقهنا، كما أخذ المسلمون بمصطلحات غيرهم في القانون، فوقع لبس بسبب استعمال اصطلاحات شرعيّة للدلالة على مضامين قانونية، ويصح استعمالها شرط وضوح المفهوم.

* لا يقتصر وجود القضاء والاجتهاد فيه على العصر الحديث، فلم تزل البشرية تتطلّع إلى العدل الاجتماعي متخذة القضاء مطية له، ولم تكن الحريات والتطبيق العادل سمة جميع المجتمعات؛ اللهم إلا تلك محظوظة بوجود النبوة أو من كان تحت من أوتي حكمة، وقد ازدهر القضاء خلال العهد النبوي وفترة الخلفاء، ثم دبّ فيه التقليد وتدخل الخلفاء فانتشر الظلم، فينبغي منحه مكانته في المجتمع ليكون سببا لرقيّه.

* الاجتهاد القضائي أهم آليات ترسيخ دولة القانون لهذا أكدت أهميته نصوص الشرع والقانون، وقد أدرج في جهود الأنبياء لبيان فضله، رغم ما فيه من خطورة جلب سخط الله إذا كان بغير علم أو بدافع الظلم، وللاجتهاد في القضاء مبادئُه التي لا تختلف باختلاف العصور والأماكن، لهذا تحرص الدول على ترسيخها في منظومتها، وعلى اتسام القاضي بالآداب التي تزيد من مهابة مجلسه، وترفع درجات قبول المجتمع لحكمه، والقضاة ليسوا على درجة واحدة من الاجتهاد كلٌّ حسب علمه وتجربته ومَلَكَته، لهذا تهتم الدول بتعيين خيرتهم في الدرجات العُليا، ولا توجد دولة قانون بلا استقلال للقضاء تأسيسا وممارسة، بل صارت الحرية في الدول تقاس بمقدار استقلال قضاتها.

* يتفرق الاجتهاد القضائي في الشريعة عن الفقهي والفتوى بالإلزام، له مناهج حسب اعتبارات كما للاجتهاد القضائي المعاصر مناهجه، يجمع بينهما بذل الوسع للنظر في مراد الشارع، ويفترقان في المرجعية والشكل والمضمون والإجراء ووسائل الإثبات، وميزة الأنجلوسكسوني الإلزام بالسوابق القضائية ويجنح اللاتيني والإسلامي إلى الأخذ بها دون إلزام.

* بعض مضامين نظرية التنازع مبثوثة في القانون الروماني والفقه الإسلامي من خلال عقد الذمة والأمان، فقد سمح الرومان بتطبيق قوانين أجنبية تحت مسمى قانون الشعوب، وترك المسلمون أهل الذمة يتحاكمون إلى قوانينهم، رغم أنّ بعضها ممنوع كالتعامل بالربا وأكل الخنزير، وقد ازدهرت النظرية حديثا بسبب الهجرة وزيادة أعداد الزيجات المختلطة والتجارة الدولية، فصار لها آليات كقاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التحكيم، والتي أدرجتها مجمل الدول في منظومتها لتسمح بتطبيق القانون الأجنبي داخل إقليمها وفق شروط.

* آلية التكييف أهمّ ما يحتاجه القاضي الناظر في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي؛ لأنّها تؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق، واستقر الأمر على إخضاعها للقانون الوطني، كما تختلف النظم في الأخذ بالإحالة، والأكثر على بالدرجة الأولى التي تحيل على قانون القاضي، وهو مذهب وسط بين من أخذ بها بإطلاق

كالبريطاني الذي يفرض على قاضيه الحلول محل القاضي الأجنبي، وبين من منعها بإطلاق فضيّق العمل بنظرية التنازع.

* المختار اعتبار القانون الأجنبي من الوقائع؛ غير أن المراقبة المحاكم العليا يجب أن تنطبق على أحكامه وتفسيره فهو ليس واقعة عادية، بل يُشبه القانون الداخلي لدولة أجنبية من وجه ما، ويجب تطبيق قانون جنسية كل زوج بطريقة موزعة، ولا يمكن تطبيق قواعد قانون على شخص لا ينتمي إليه؛ إلا في باب الموانع الذّي يُطبق فيه المنهج الجامع نظرا لخطورته.

* إذا تعدد التشريع في قانون أجنبي اعتمدت الإحالة الداخلية، فإذا انعدمت طُبق قانون العاصمة في الإقليمي والشخص في الطائفي، فيما تطوّر الاختصاص القضائي الدولي حتى صار القضاء الداخلي يقبل النظر في قضايا الأجانب ولو لم تكن لهم علاقة به، رغم قلة اجتهاد من وضع قواعد الاختصاص في المدني الجزائري، حيث لم يزد على ترجمة القواعد الفرنسية حرفيا، فيما كان يجب الاجتهاد اعتمادا على المرجعية الدينية ومصالح البلاد، ويبقى العمل به حساسا؛ لاجتناب التدخل في سيادة الدول المقدسة دوليا.

* الجنسية أهمّ معيار يضبط الشعب، تتجلّى أهميتها في تحديدها للعلاقة بين الفرد والدولة، وتنقسم إلى أصلية ومكتسبة، وقد عُرف مضمونها في فقهنا وحضارة روما واليونان؛ غير أن التأصيل الذي بلغته والتطور الذي أدركته جديد على البشرية، والنظام العام يطابق مفهوم القواطع، يجب المحافظة عليه وتطويره وجعله من صميم عمل القاضي؛ ليستعمله قبل السماح بتطبيق قانون أجنبيّ، بعد ما يتأكد من عدم مخالفته لأسس ومبادئ النظام القانوني ليحفظ كيان الدولة والأمة، ونظرية الغش نحو القانون جزء من قاعدة الغش يفسد أي تصرف، الفرق بينهما أن الغش في الثانية يتجه نحو الأشخاص وفي النظرية نحو القانون، وكلاهما محرم شرعا وقانونا.

* الزواج شراكة أبدية جسدية وروحية، يصعب نجاحه إذا اختلف دين الزوجين، لهذا منع الإسلام اقتران المختلفين دينا اللهم إلا إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية حرة وذميّة، والزواج بالكتابية يصلح بسبب القوامة رغم أنه في عصرنا قليلا ما ينجح لعدم الالتزام بالدين واختلاف التكوين النفسي، وتملك الكتابية زوجة المسلم نفس الحقوق التي تملكها زوجته المسلمة، فإذا طلّقها متّعها وأنفق عليها في عدتها ومنحها كامل حقوقها، ومن حقها خلعه مقابل فدية، ويُلاحظ تحسس المشرع العربي من تقنين قواعد تنظم الطلاق مع اختلاف الدين.

* التطليق هو الطلاق شرعا ولغة، وقد اصطُلح على تخصيصه بالطلاق القضائي الذي يقع أمام القاضي بطلب من أحد الزوجين أو النيابة أو أحد الأولياء، وهو مشروع في كل الدول خلافا للطلاق الانفرادي الذي اختصت به دول الإسلام.

* لا يصح التطليق لعسر الزوج وإنّما يحاول القاضي إيجاد حل لرفع الضرر الواقع على الزوجة؛ كأن يجبره أو تقرضه، فإذا أصرّ على عدم الإنفاق وكان موسرا ضارا يمكن الحكم بالتفريق للضرر، وأخذ العرب بالمذهب المرجوح فأجازوا

التفريق لعدم النفقة مع تحديد المدة من شهر لثلاثة، وأهمل الجزائري التحديد فتولاه القضاء وحددها بشهرين وفقا للمالكي.

* الموافق للفطرة ومقاصد الشرع هو إجازة التفريق القضائي لعيب فاحش مانع لاستمرار الحياة الزوجية سواء كان حسيا أو معنويا، ووافق القانون المذهب الراجح إلا أن التشريع الجزائري رخّص بالفرقة للعيب للزوجات دون الأزواج كما هو مذهب الحنفية، ويجب التفريق بين الغائب والمفقود، والراجح جواز التطليق للغياب إذا كانت الغيبة لأكثر من 3 سنوات، مع جواز رفع الدعوى بعد سنة لأنه قضاء الصحابة، كما يجب اعتبار العذر كالخدمة العسكرية والحج، بهذا أخذت المادة 5/53 أسرة جزائري، وهو توجه موفق غير أنّ المشرع لم يتفطن إلى تعارض المادة 110 ظاهرا مع مفهوم المادة 53، والجمهور على عدم التطليق للحبس ومذهب المالكية جوازه، وهو الراجح الذي أخذت به أغلب دول الإسلام دون اشتراط القدرة على النفقة، وتتربص امرأة المفقود 4 سنوات ثم يمكنها طلب التطليق كما عليه غالب التشريع.

* خير ما يقلّل مشاكل النشوز بين بعث الحكمين من أهلهما يكون ما اجتمعا عليه نافذا، وما تفرقا عليه موقوفا على موافقة القاضي، وأهمل المشرع الجزائري تفعيل هذا الحل خلافا لباقي دول العرب التي أحسنت توظيفه، ويجوز قبول دعوى تطليق للشقاق المستمر رفعا له وحفظا للأسرة من العيش في خصومة دائمة، وقد شذّت الجزائري حين قرّرت أن ارتكاب فاحشة سبب للتطليق، ولم يُحدد معنى الفاحشة هل هي الزنى أم كبائر الذنوب؟!

* ليس من المصلحة إيجاب الوفاء بالشروط الجعلية في الزواج، إنّما يُستحب الوفاء بها عملا بمقتضى الجمع بين النصوص، وهو المذهب الوسط الذي عليه المالكية، وأوجب الوفاء بها قانون الجزائر تبعا للمذهب الحنبليّ، وتدل صيغة القاعدة على اختصاص الزوجة به، وفيه شذوذ لأنه من حق الزوجين، وليس من المصلحة التضييق على التعدد أو جعله أحد أسباب التطليق، ولا تختلف أحكام التطليق إذا كانت الزوجة كتابية؛ لأن الحقوق لا يؤثر فيها اختلاف الدين، فإذا ترافع ذميان طلبا للتطليق أمام قضاء الإسلام فالراجح تركهم وما يدينون، فإذا رأى القاضي مصلحة في الحكم قضى عليهما بقانونهما، ويصح لعان وإيلاء الذميين أما الظهار فلا، كما اختلفوا في مصير عقد الزواج إذا أسلم أحد الزوجين، والراجح إبقاء العقد قائما إذا شاء المسلم منهما، شرط ترك الوطء، ونفس الأمر في حال الردة.

* الطلاق بإرادة منفردة أحد أنواع الطلاق الموضوعي في الإسلام وقوانينه، أساسه قوامة الرجل وتحمله الأعباء، ولا تعترف به قوانين أوروبا لأنه يخالف مبدأ المساواة؛ ما يطرح إشكالا جديا! وكان قضاؤهم يرفضه مطلقا ثم قبله بشروط لحفظ حقوق الزوجات، وإعمالا لمبدأ الأثر المخفف للنظام العام، ولم تستقر دولنا على ضابط موّحد، والأفضل ضبطه وفق قانون جنسية الزوج وقت التلفظ بالطلاق، أما الخلع فمن حق للمرأة تستعمله دون رضى زوجها على الأرجح، وهو من خصائص

النظام الإسلامي وإن وجد عند بعض طوائف أهل الكتاب، وإذا دخل عنصر أجنبي يجب إشهار سيف النظام العام وتطبيق أحكام الإسلام إذا كانت من تطلبه مسلمة.

* تأخذ قوانين العالم بالتطليق القضائي وفي حال دخول عنصر أجنبي فقد انحاز الكلّ لنظرية معينة، ورجح القانون الإسلامي جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ورجحت غيرها الجنسية المشتركة أو الموطن، ويختص التطليق الشرعي بالإسلام فيجب إخضاع اللعان والإيلاء والظهار لتكييف قانون القاضي الوطني المسلم، فإذا كيفه على أساس تطليق ضبطه بقاعدة التطليق، وإذا كيّف اللعان على أساس نفي نسب ضبطه بقاعدته في الدولي الخاص.

* للقواعد الكبرى في فرع الدولي الخاص استثناءات، كالتمييز الوطني بحيث يكون التنازل عن تطبيق قانون القاضي لا يسري إذا كان أحد الخصوم وطنيا، ولا يعقل أن تسمح دولة بتطبيق قانون أجنبي على مواطنها داخل إقليمها، ومنه الاتفاق على تطبيق قانون الموطن على شكل العلاقة، مع الاختلاف حول ضبط الأشكال وفق قاعدة "لوكوس"، ومنه دفع القانون الأجنبي بالنظام العام والغش وربط الأحكام الوقتية والإجرائية بقانون القاضي، وقد نالت اختيارات دول الإسلام في باب التنازع انتقادات كثيرة، بداية من ضبط فئاته بالجنسية الذي ظهر رجحانه لاعتبارات دينية، ثم المزج بين الجنسية والهوية، وقد تبيّن وجه الصواب فيه، مرورا بعدم المساواة بين الجنسين في اختيار جنسية الزوج، نهاية بربط الضابط وتقييده بزمن رفع الدعوى.

* اهتم أهل الشرع والقانون بالحضانة بسبب أثرها البالغ على الأطفال، ويجب النظر في مصلحة المحضون وتقديمها، فإذا استطاع القاضي مراعاتها ومصلحة أمه فلا بأس وإلا قدم ما يصلح للمحضون، وإسنادها للأم أولى شرعا وقانونا بحكم صفاتها الفطرية، وهو مما اتفق عليه الفقه الشرعي والقانوني عندنا، وكان قانون الغرب يوافقه أصالة ثم مع غلبة مفهوم التساوي المطلق بين الجنسين عدل عنه، وجعل الأبوين في درجة واحدة من حيث استحقاقها؛ فوقع في شر فلسفته المخالفة للفطرة، ويجب الحذر من تكييفها لأنها ليست أكثر من ولاية تربية فإذا صارت ولاية كاملة وجب مراعاة مرتبة الأب، ويشترط لمنح الأم الحضانة شروط التكليف وألا تتزوج بغير قريب مشفق، كما يحق لغير المسلمة حضانة أولادها؛ شرط ألا تجتهد في إخراجهم من دينهم، على القاضي مراقبتها وحماية المحضون، ولا يحق لها الانتقال به خارج البلاد إذا لم يكن البلد مسلما مع مراعاة مصلحة المحضون في الانتقال، ويجتهد القاضي في توفير سكن ملائم له ولو كانت الأم كتابية أو أجنبية؛ شرط ألا يُكلف الوليُّ توفيره خارج البلد.

* نفقة الطلاق واجبة وجوب نفقة الزواج تُقدّر حسب العرف، تدخل فيها الإهمال والعدة بأنواعها، وللزوجة ذمة مالية مستقلة خلافا للنظم المالية الأوروبية المبتدعة، ومظهر نفقة الطلاق عندنا هي المتعة الشرعية الواجبة لكل مطلقة، سوى من فُرض لها مهر ولم يُدخل بها احتراما لتخصيص القرآن، وهي نفقة مشروعة

قطعا فيها غُنية عن كلّ التعويضات التي تُقرها قوانين العصر للمطلقة المتعسف في حقها، حيث تشمل الجميع ويختص التعويض بالمتضررة، وتعويض المطلقات فرع لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي الذي وُجدت جزئيات منه في الإسلام، وإن كان كثير من فقهائنا لم يعترفوا به لعدم القدرة على تقييمه ماليا، وخشية الظلمة، ولا أثر لكون المطلقة كتابية على أحكام التعويض والمتعة، وقد يكون لاختلاف الدين الطارئ تأثير عليها حين يغرم المرتد عن الدين، ولا يُحمّل الباقي على أصل دينه فوق طاقته، فإذا اختلفت الجنسية فإن القاضي يُكيّف المتعة في فئة آثار الطلاق؛ فيحكم عليها وفق جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في عموم القوانين العربية.

* العدة عندنا من المقررات المتفق عليها، لا يعرفها غيرنا لأنهم يرون فيها مساسا بمبدأ التساوي بين الجنسين، فيردونها بالنظام العام إذا دل عليها قانون شخصي لمسلم يعيش عندهم، ولا يؤثر اختلاف الدين الأصلي على أحكامها، ويترجح عدم إلزام الذمية زوجة الذمي بها؛ إعمالا لقاعدة ترك أهل الذمة وما يدينون، فإذا اختلفت جنسية الزوجين أدرجها القاضي في فئة الانحلال والحكم عليها وفق ذلك.

التوصيات

القانون الوطني لدول الإسلام في حاجة ماسة لاعتماد الاجتهاد القضائي؛ لمسايرة تطوّر المجتمع والوصول إلى الكمال في مجال التنظيم ونشر العدل:

* فتح مجال البحث المقارن بين الشريعة والقانون والاستفادة المتبادلة؛ كي يترقى الفقه الشرعي ويساير التطور البشري لمعالجة النوازل، ويتمكن الفقه والتشريع والاجتهاد المعاصر من العودة إلى الاستمداد من مشكاة الوحي الرباني والهدي النبويّ، والمسارعة إلى تقنين الفروع القانونية من المدني والجنائي والدستوري وغيرها بما يتوافق مع الشرع لتُحفظ الشريعة من الإهمال، ولا تبقى أحكامها مجرد معلومات يتداولها طلابها في المساجد وكليات الشريعة، بل تكون عملية مطبقة بين أفراد الأمة، وحيّة تساير المستجدات ويُستخرج منها الحلول لمعضلات الحياة، خاصة أنّ مرونتها وشمول قواعدها يسمحان لها بتولي ذلك.

* على الدول الإسلامية عن طريق منظمة المؤتمر الإسلامي الولوج داخل المنظمات العالمية، سواء تلك التابعة لمنظمة الأمم المتحدة أو التي تدور في فلكها؛ بغية إسماع صوت المسلمين في المجال الشخصي والحقوقي، وإبراز مظاهر التسامح ومنح الحقوق في شريعتنا.

* بسبب انتشار الطلاق المشوب بعنصر أجنبيّ يجب على القائمين على التقنين عندنا وضع قواعد تضبطها؛ للحد من الفوضى التي يعيشها الزوجان ولتقليل آثاره السياسية، كما ينبغي أن تهتم التشريعات بترقية تساوي الحقوق بين الجنسين سواء في المجال الشخصي أو غيره، عن طريق محاربة الفروق التي توارثها الناس تقليدا، مع الوقوف بشموخ الجبال أمام محاولة طمس الهوية؛ تبعا لأهواء منظمات إلحادية شغلها محاربة الأديان والهوية بغية سلخ الأمة عن مصدر قوتها.

* ينبغي الاجتهاد في تطوير فقه الأقليات سواء ما يختص بأهل الذمة حتى لا يُتخذوا ذريعة للتدخل في سياسة المسلمين طلبا لتعطيل شرع الله، أو ما يختص بالمسلمين الذين يعيشون في دول غير مسلمة؛ بغرض ربطهم بدينهم وجعلهم منارة لنشر هداية الإسلام، كما يتطلب الأمر أكثر من أي وقت مضى مجهود كبير، قصد تحديث قواعد التنازع وقانون الأسرة في اتجاه حماية الهوية الإسلامية، لا بمجرد ترجمة النصوص القانونية الغربية، وإنّما بفتح ورشات وملتقيات ينشطها مختصون، يتم من خلالها بلورة قانون دولي خاص يتماشى وهوية الأمة، شرط أن يشرب القائمون على التشريع مزايا أحكام الشرع التي تملك حلولا عادلة، ويجب منع الاعتماد على النظريات الحديثة إلا إذا انعدم النص ولم تصادم الأصول، وعلينا التفريق في مجال الأحوال بين الأركان التي يمنع فيها التنازل، وبين الشكل الذي يمكن التخفيف فيه، ويُمنع تنفيذ حكم أجنبيّ إذا خالف قوانيننا.

* يجب إعادة النظر في اتفاقية الحضانة المبرمة بين الجزائر وفرنسا بما يحفظ مصالح الآباء الجزائريين، فقد لوحظ أنّه بعد أكثر من 30 سنة عن إبرامها لم تحل المشاكل، بل زادت من غبن الجزائريين وتقوية الفرنسيات، وهو ما يحتاج لسلطة عامة قوية بشعبها.

* نظرية المتعة الشرعية تغني عن كل النظريات الحديثة المعتنية بالتعويض عن ضرر الطلاق، فيُكتفى بها مع تطويرها بما يساير العصر ولا يصادم النص، وعليه ينبغي استغلال استمداد مجال الأسرة من أحكام الشرع، ومحاولة البحث فيه وتطوير محتواه ليبلغ مقام الإتقان ليكون سببا لتأثر باقي فروع القانون، ولتكون الثمرات الطيبة سببا لإبعاد المخاوف التي يبديها البعض من الرجوع إلى الشرع.

* حاولنا من خلال البحث في جزئية انحلال الزواج المختلط إلقاء نظرة شرعية إسلامية على فرع غاية في الأهمية، هو القانون الدولي الخاص فيجب المبادرة ببحوث مماثلة حوله وغيره كالجنائي والدستوري؛ ليفهم القائمون على الشأن العام والمتخصصون من أهل القانون أن الشريعة وما فيها من كنوز القواعد، تُعين المجتمع على الرقيّ والازدهار إذا أُحسن توظيفها، وحتى تتقلص بمثل هذه الجهود الفجوة بين الباحثين في هذا الميدان ويأخذ كل واحد أحسن ما عند الآخر، فيبقى التنافس بينهما خادما للمجتمع واستقراره وازدهاره.

فهرس المراجع

* تفسير القرآن وعلومه

كتب التفسير

- تفسير الطبري تحقيق أحمد شاكر طبعة الرسالة طبعة أولى 2000م
- الجصاص أحكام القرآن تحقيق عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م
- تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن تحقيق البردوني وأطفيش الكتب المصرية ط 2، 1964م
- تفسير ابن كثير تحقيق سامي بن محمد سلامة طبعة دار طيبة للنشر والتوزيع طبعة ثانية 1999م
- تفسير الرازي مفاتيح الغيب طبعة دار الكتب العلمية سنة 2000م
- ابن العربي أحكام القرآن تحقيق عبد القادر عطا دار الكتب العلمية طبعة ثالثة 2003م
- تفسير الماوردي تحقيق السيد ابن عبد المقصود دار الكتب العلمية بيروت
- تفسير البيضاوي تحقيق المرعشلي طبعة دار التراث بيروت طبعة أولى 1418ه
- ابن الجوزي زاد المسير تحقيق عبد الرزاق المهدي دار الكتاب العربي طبعة أولى 1422 ه
- أبو حيان الأندلسي البحر المحيط تحقيق صدقي جميل طبعة دار الفكر 1420 هـ
- السيوطي الدر المنثور طبعة دار الفكر بيروت
- السيوطي والمحلى الجلالين طبعة دار الحديث القاهرة طبعة أولى
- تفسير الآلوسي تحقيق عبد الباري عطية طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 1415 هـ
- الطاهر بن عاشور التحرير والتنوير طبعة دار سحنون للنشر تونس 1997
- سيد قطب في ظلال القرآن طبعة دار الشروق بيروت الطبعة 17 لسنة 1412 ه
- البسيلي التونسي نكت وتنبيهات في تفسير القرآن المجيد تحقيق محمد الطبراني طبعة الأوقاف المغربية
- محمد رشيد رضا تفسير المنار طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة 1990م

علوم القرآن

- عبيد القاسم بن سلام الناسخ والمنسوخ تحقيق محمد المديفر مكتبه الرشد الرياض طبعة ثانية 1997م
- الواحدي أسباب نزول القرآن تحقيق الحميدان دار الإصلاح الدمام طبعة ثانية 1992م
- الزركشي البرهان تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم طبعة الحلبي المصرية الطبعة الأولى 1957م
- السيوطي الإتقان تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم طبعة الهيئة العامة المصرية للكتاب 1974م

* الحديث وشروحه وتخريجه

متون الحديث

- موطأ مالك تحقيق مصطفى الأعظمي طبعة زايد الإمارات طبعة أولى 2004م
- عَبْدُ الرَّزَّاقِ المصنف تحقيق الأعظمي المكتب الإسلامي طبعة ثانية 1403 ه
- ابن أبي شيبة المصنف تحقيق كمال الحوت طبعة الرشد الرياض طبعة أولى 1409 هـ
- أبو عبيد القاسم بن سلام الأموال تحقيق خليل هراس طبعة دار الفكر بيروت
- الشافعي المسند طبعة دار الكتب العلمية بيروت 1400 ه
- الشافعي المسند ترتيب السندي طبعة دار الكتب العلمية سنة 1951م
- أحمد بن حنبل المسند تحقيق شعيب الأرنؤوط طبعة الرسالة طبعة أولى 2001م
- البخاري الجامع المسند الصحيح تحقيق زهير الناصر طوق النجاة ط 1، 1422
- مسلم بن الحجاج المسند الصحيح تحقيق فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث
- أبو داود السنن تحقيق محي الدين عبد الحميد طبعة العصرية صيدا بيروت
- الترمذي السنن تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي طبعة الحلبي طبعة ثانية 1975م
- النسائي السنن تحقيق أبو غدة مكتب المطبوعات الإسلامية حلب طبعة ثانية 1986م
- ابن ماجه السنن تحقيق فؤاد عبد الباقي طبعة الحلبي المصرية
- ابن حبان الصحيح الإحسان في تقريب ابن حبان لابن بلبان تحقيق الأرنؤوط الرسالة ط 1، 1988م
- الدارمي السنن تحقيق سليم الداراني طبعة المغني السعودية طبعة أولى 2000م
- ابن خريمة الصحيح تحقيق مصطفى الأعظمي طبعة المكتب الاسلامي الطبعة الثالثة 2003م
- الطحاوي شرح مشكل الآثار تحقيق الأرنؤوط الرسالة طبعة أولى 1994م
- البيهقي السنن الكبرى تحقيق محمد عطا دارالكتب العلمية طبعة ثالثة 2003م
- البيهقي السنن الصغير تحقيق عبد المعطي قلعجي طبعة كراتشي طبعة أولى 1989م

- البيهقي معرفة السنن والآثار تحقيق عبد المعطي قلعجي دار الوفاء القاهرة طبعة أولى 1991م
-البيهقي شعب الإيمان تحقيق الندوي مكتبة الرشد ط 1، 2003م
- الدارقطني السنن تحقيق الأرنؤوط طبعة الرسالة طبعة أولى 2004م
- المروزي السنة تحقيق سالم السلفي الكتب الثقافية بيروت طبعة أولى 1408
- سعيد بن منصور السنن تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي دار السلفية الهند طبعة أولى 1982م
- الديناوري المجالسة وجواهر العلم تحقيق مشهور آل سلمان طبعة دار ابن حزم 1419ه
- الحاكم المستدرك تحقيق مصطفى عبد القادر عطا دار الكتب العلمية بيروت طبعة أولى 1990م
- الطبراني المعجم الكبير تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي مكتبة ابن تيمية القاهرة طبعة الثانية
- الطبراني المعجم الأوسط تحقيق طارق بن عوض الله والحسيني طبعة دار الحرمين القاهرة
- البزار الزوائد تحقيق حبيب الأعظمي طبعة الرسالة طبعة اولى 1979م
- ابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني تحقيق باسم الجوابرة طبعة دار الراية الرياض الطبعة الأولى 1991
- أبو الشيخ العظمة تحقيق المباركفوري دار العاصمة الرياض طبعة الأولى 1408 ه
- البلاذُري فتوح البلدان طبعة مكتبة الهلال بيروت 1988م
- أبو نعيم حلية الأولياء طبعة السعادة مصر 1974م
- الضياء المقدسي في المختارة تحقيق بن دهيش طبعة خضر بيروت طبعة ثالثة 2000م

تخريج الحديث

- الهيثمي مجمع الزوائد ومنبع الفوائد تحقيق حسام الدين القدسي طبعة مكتبة القدسي القاهرة 1994م
- ابن حجر المطالب العالية طبعة دار العاصمة السعودية طبعة أولى 1419ه
- ابن حجر العسقلاني التلخيص الحبير تحقيق حسن بن عباس طبعة قرطبة مصر طبعة أولى 1995م
- ابن الجوزي العلل المتناهية تحقيق إرشاد الحق الأثري طبعة فيصل آباد طبعة ثانية 1981م
- الزيلعي نصب الراية تحقيق محمد عوامة طبعة الريان بيروت الطبعة الأولى 1997
- السخاوي المقاصد الحسنة تحقيق محمد الخشت طبعة دار الكتاب العربي طبعة أولى 1985م
- الألباني سلسلة الأحاديث الصحيحة مكتبة المعارف الرياض طبعة أولى 1995م
- الألباني سلسلة الأحاديث الضعيفة طبعة المعارف الرياض طبعة أولى 1992م
- الألباني صحيح الترغيب والترهيب طبعة المعارف الرياض طبعة أولى 2000م
- الألباني صحيح وضعيف سنن الترمذي طبعة مركز نور الاسلام الإسكندرية
- الألباني صحيح وضعيف ابن ماجه مركز نور الإسلام الإسكندرية
- الألباني إرواء الغليل طبعة المكتب الإسلامي سنة 1985م
- الألباني في غاية المرام تخريج أحاديث الخلال والحرام المكتب الإسلامي طبعة 3 سنة 1405ه
- الألباني في تخريج أحاديث المشكاة طبعة المكتب الإسلامي طبعة ثالثة 1985م
- الألباني صحيح أبي داود طبعة غراس الكويت طبعة أولى 2002م
- الألباني ضعيف أبي داود طبعة غراس الكويت طبعة أولى 1424ه
- الألباني ضعيف الجامع الصغير تحقيق زهير الشاويش طبعة المكتب الإسلامي
- أحمد بن عمر بن سالم بازمول الإعتناء بتخريج حديث من تولى القضاء بدون طبعة
- محمود الملاح الأحاديث الضعيفة والموضوعة حكم عليها ابن كثير مكتبة العلوم ط 1، 2010م

شروح الحديث (16)

- ابن عبد البر التمهيد تحقيق فيصل العلي طبعة الأوقاف الكويت طبعة أولى 2012م
- الخطابي معالم السنن المطبعة العلمية حلب 1932م
- القاضي عياض شرح مسلم (إكمال المعلم) تحقيق يحي اسماعيل دار الوفاء مصر ط 1، 1998م
- ابن بطال شرح صحيح البخاري مكتبة الرشد الرياض تحقيق ياسر بن ابراهيم 2003م
- شرح النووي على مسلم المنهاج دار إحياء التراث طبعة ثانية 1392 ه
- ابن العربي القبس شرح الموطأ تحقيق عبد الله ولد كريم طبعة دار الغرب طبعة أولى 1992م
- ابن حجر العسقلاني فتح الباري طبعة دار المعرفة بيروت سنة 1379 ه
- العيني عمدة القاري شرح صحيح البخاري طبعة دار الإحياء بيروت
- اللكنوي التعليق الممجد على موطأ محمد تحقيق الندوي طبعة دار القلم دمشق الطبعة الرابعة 2005م
- الباجي المنتقى شرح الموطأ طبعة السعادة مصر طبعة أولى 1332ه

- الزرقاني شرح الموطأ تحقيق عبد الرؤوف سعيد طبعة الثقافية القاهرة طبة أولى 2003م
- السيوطي مصباح الزجاجة طبعة قديمي كراتشي باكستان
- المباركفوري تحفة الأحوذي شرح الترمذي دار الكتب العلمية
- الصدقي العظيم آبادي عون المعبود شرح سنن أبي داود طبعة دار الكتب العلمية طبعة ثانية 1415 ه
- محمد الولوي ذخيرة العقبى شرح المجتبى طبعة دار المعراج الدولية 2003م
- ابن رجب القاعدة الذهبية في المعاملات تحقيق إيهاب حمدي دار الكتاب العربي ط 1، 1990 م

*** الفقه الإسلامي**

فقه حنفي

- أبو يوسف الخراج تحقيق طه عبد الرءوف سعد وسعد حسن محمد طبعة المكتبة الأزهرية مصر
- محمد بن الحسن الشيباني الحجة على أهل المدينة تحقيق الكيلاني عالم الكتب بيروت ط 3، 1403 ه
- محمد بن الحسن الشيباني الأصل المعروف بالمبسوط تحقيق أبو الوفا الأفغاني طبعة كراتشي
- السرخسي المبسوط طبعة دار المعرفة بيروت 1993م
- الجصاص شرح مختصر الطحاوي تحقيق بكداش دار البشائر ط 1، 2010
- ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق دار الكتاب الإسلامي بدون تاريخ
- الحصكفي الدر المختار شرح تنوير الأبصار تحقيق عبد المنعم ابراهيم الكتب العلمية ط 1، 2002م
- مجموعة رسائل ابن عابدين بدون طبعة بدون تاريخ نشر
- حاشية ابن عابدين دار الفكر بيروت طبعة ثانية 1992م
- الكاساني بدائع الصنائع دار الكتب العلمية طبعة ثانية 1986م
- العيني البناية شرح البداية دار الكتب العلمية بيروت طبعة أولى 2000 م
- كمال الدين بن الهمام فتح القدير دار الفكر
- الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الأميرية القاهرة ط 1، 1313 ه
- المرغيناني الهداية تحقيق طلال يوسف طبعة دار إحياء التراث بيروت
- المرغيناني بداية المبتدي طبعة علي صبح القاهرة
- البابرتي العناية شرح الهداية طبعة دار الفكر
-الملا خسرو درر الحكام شرح غرر الأحكام دار إحياء الكتب بدون طبعة
- ابن السمناني روضة القضاة تحقيق صلاح الدين الناهي طبعة الرسالة طبعة ثانية 1984م
- البلدحي الاختيار لتعليل المختار تحقيق أبو دقيقة طبعة الحلبي القاهرة 1937م
- نظام الدين البلخي الفتاوي الهندية دار الفكر طبعة ثانية 1310 ه
- ابن مازة المحيط البرهاني تحقيق سامي الجندي دار الكتب العلمية طبعة أولى 2004م
- الغنيمي اللباب في شرح الكتاب تحقيق محي الدين عبد الحميد طبعة العلمية بيروت
- المنبجي اللباب في الجمع بين السنة والكتاب تحقيق فضل المراد طبعة دار القلم 1994م
- الملطي المعتصر من المختصر طبعة عالم الكتب بيروت
- مختصر القدوري تحقيق كامل عويضة دار الكتب العلمية طبعة أولى 1997م
- القدوري التجريد تحقيق أحمد سراج وعلي جمعة دار السلام القاهرة طبعة ثانية 2006 م
- الهيثمي الفتاوي الحديثية للهيثمي طبعة دار الفكر
- عبد الرحمن شيخي زاده مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر دار إحياء التراث العربي

فقه مالكي

- سحنون المدونة الكبرى دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م
- ابن جلاب التفريع تحقيق سيد كسروي طبعة دار الكتب الطبعة الأولى 2007م
- ابن عبد البر الكافي تحقيق ولد ماديك الموريتاني ط الرياض الحديثة ط 2، 1980م
- ابن عبد البر الإستذكار تحقيق سالم عطا وعلي معوض دار الكتب العلمية ط 1، 2000م
- ابن يونس التميمي الجامع لمسائل المدونة دار الفكر طبعة أولى 2013م
- اللخمي التبصرة تحقيق عبد الكريم نجيب طبعة وزارة الأوقاف قطر الطبعة الأولى 2011 م
- ابن أبي زيد القيرواني النَّوادر والزِّيادات ت أساتذة دار الغرب الاسلامي ط 1، 1999م
- ابن أبي زيد القيرواني الرسالة طبعة دار الفكر
- القاضي عبد الوهاب المعونة تحقيق حميش عبد الحق المكتبة التجارية مكة المكرمة

- القاضي عبد الوهاب الإشراف على مسائل الخلاف تحقيق ابن طاهر دار ابن حزم ط 1، 1999م
- القاضي عبد الوهاب عيون المسائل تحقيق علي بورويبة دار ابن حزم بيروت طبعة أولى 2009م
- القرافي الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام تحقيق أبو غدة دار البشائر ط 1، 1995م
- القرافي الذخيرة طبعة الغرب الإسلامي بيروت طبعة أولى 1994م
- القرافي أنوار البروق في أنواء الفروق المسمى الفروق طبعة عالم الكتب
- القرافي الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي ت أبو غدة دار البشائر ط 2، 1995م
- أبو الوليد ابن رشد المقدمات الممهدات تحقيق محمد حجي دار الغلاب الطبعة الأولى 1988م
- أبو الوليد ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار الحديث القاهرة 2004م
- ابن رشد الجد البيان والتحصيل تحقيق محمد حجي طبعة دار الغرب بيروت الطبعة الثانية 1988
- المازري شرح التلقين تحقيق المختار السلامي دار الغرب الإسلامي طبعة أولى 2008م
- مختصر خليل تحقيق أحمد جاد دار الحديث القاهرة طبعة أولى 2005م
- ابن الحاجب جامع الأمهات تحقيق الأخضر الأخضري طبعة اليمامة طبعة ثانية 2000م
- الدمياطي الشامل في فقه مالك تحقيق أحمد نجيب طبعة نجيبويه طبعة أولى 2005م
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير على خليل طبعة دار الفكر
- الخرشي شرح مختصر خليل طبعة دار الفكر بيروت
- ابن عرفة المختصر الفقهي تحقيق حافظ خير طبعة الخبتور طبعة أولى 2014م
- المواق المالكي التاج والإكليل شرح مختصر خليل دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م
- أبو العباس الونشريسي أسنى المتاجر تحقيق حسين مؤنس طبعة مكتبة الثقافة مصر طبعة 1996م
- ابن فرحون تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام مكتبة الكليات الأزهرية ط 1، 1986م
- أبو العباس ابن القاص أدب القاضي تحقيق حسين الجبوري ط الصديق السعودية ط 1، 1989م
- الحطاب الرعيني مواهب الجليل دار الفكر طبعة ثالثة 1992م
- ابن الحاج المدخل طبعة دار التراث بدون تاريخ طبع
- الرجراجي مناهج التحصيل تحقيق الدمياطي دار ابن حزم طبعة أولى 2007
- حاشية العدوي تحقيق يوسف البقاعي دار الفكر سنة 1994م
- ابن بزيزة روضة المستبين شرح التلقين تحقق عبد اللطيف زكاغ دار ابن حزم ط 1، 2010م
- ابن شاس عقد الجواهر الثمينة تحقيق حميد لحمر دار الغرب بيروت طبعة أولى 2003م
- الصاوي بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي) دار المعارف
- عليش منح الجليل طبعة دار الفكر بيروت 1989م
- زروق شرح الرسالة دار الكتب طبعة أولى 2006م
- شرح الزُّرقاني على خليل تحقيق عبد السلام أمين دار الكتب العلمية طبعة أولى 2002م
- الرصاع شرح حدود ابن عرفة المكتبة العلمية طبعة أولى 1350هـ
- الونشريسي المعيار المعرب والجامع المغرب طبعة وزارة الأوقاف المغربية سنة 1981م
- علي التسولي البهجة في شرح التحفة تحقيق عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية طبعة أولى 1998م
- ابن جزي القوانين الفقهية بدون طبعة
- الكشناوي أسهل المدارك دار الفكر بيروت طبعة ثانية
- ابن غنيم الفواكه الدواني شرح الرسالة دار الفكر 1995م
- الآبي الأزهري الثمر الداني شرح الرسالة المكتبة الثقافية بيروت
- حبيب بن طاهر الفقه المالكي وأدلته مكتبة المعارف طبعة خامسة 2007م

فقه شافعي

- الشافعي الأم دار المعرفة 1990م
- المزني المختصر دار المعرفة بيروت 1990م
- إمام الحرمين الجويني نهاية المطلب في دراية المذهب تحقيق الديب دار المنهاج ط 1، 2007م
- الجويني الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم تحقيق عبد العظيم الديب مكتبة إمام الحرمين ط 2، 1401
- الغزالي الوسيط في المذهب تحقيق أحمد ابراهيم ومحمد تامر دار السلام القاهرة طبعة أولى 1417 ه
- الرافعي العزيز شرح الوجيز تحقيق علي عوض طبعة الكتب العلمية طبعة أولى 1997م
- الرافعي فتح العزيز (الشرح الكبير) طبعة دار الفكر بدون تاريخ

- البغوي التهذيب في فقه الشافعي تحقيق علي معوض دار الكتب العلمية طبعة أولى 1997م
- البغوي شرح السنة تحقيق الأرنؤوط وشاويش المكتب الإسلامي طبعة ثانية 1983م
- العمراني الشافعي البيان تحقيق قاسم النوري دار المنهاج جدة طبعة أولى 2000م
- ابن أبي الخير البيان تحقيق قاسم النوري طبعة المنهاج جدة طبعة أولى 2000م
- ابن رفعة كفاية النبيه في شرح التنبيه تحقيق سرور باسلوم دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 2009م
- النووي المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي طبعة دار
- النووي روضة الطالبين تحقيق الشاويش المكتب الاسلامي طبعة ثالثة 1991م
- الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م
- الشربيني الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع طبعة دار الفكر بيروت
- الشيرازي المهذب دار الكتب العلمية بدون تاريخ
- الشيرازي التنبيه طبعة عالم الكتب بدون تاريخ
- علاء الدين بن العطار أحكام النساء طبعة جامعة الإمام سعود طبعة أولى 2011م
- الماوردي الحاوي الكبير تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود دار الكتب العلمية طبعة أولى 1999م
- الماوردي الأحكام السلطانية طبعة دار الحديث القاهرة
- الروياني البحر المذهب تحقيق طارق الكتب العلمية طبعة أولى 2009م
- السنيكي أسنى المطالب طبعة دار الكتاب الإسلامي
- السنيكي فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب طبعة دار الفكر 1994م
- ابن حريز الشافعي كفاية الأخيار تحقيق علي بلطجي دار الخير دمشق طبعة أولى 1994م
- سليمان الجمل الشافعي حاشية الجمل طبعة دار الفكر
- ابن قاسم فتح القريب المجيب تحقيق بسام الجابي دار ابن حزم بيروت طبعة أولى 2005 م
- البُجَيرمي التجريد لنفع العبيد حاشية البجيرمي على شرح المنهج دار الحلبي مصر طبعة 1950م
- البجيرمي تحفة الحبيب حاشية البجيرمي على الخطيب طبعة دار الفكر 1995م
- ابن حجر الهيثمي تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحاشية الشرواني المكتبة التجارية 1983م
- المنهاجي الأسيوطي جواهر العقود تحقيق السعدني دار الكتب العلمية طبعة أولى 1996م
- الدميري النجم الوهاج في شرح المنهاج طبعة المنهاج طبعة أولى 2004م
- السيوطي ذم القضاء وتقلد الأحكام تحقيق مجدي فتحي السيد دار الصحابة مصر طبعة أولى 1991
- ابن أبي الدم أدب القضاء تحقيق محيي هلال السرحان مطبعة الرشاد بغداد الطبعة الأولى 1984م
- الرملي الشافعي الفتاوي طبعة المكتبة الاسلامية
- الرملي نهاية المحتاج دار الفكر طبعة أخيرة 1984م
- مصطفى الخن والبغا والشربجي الفقه المنهجي دار القلم دمشق الطبعة الرابعة 1992م

فقه حنبلي

- مسائل أحمد للكوسج جامعة الاسلامية المدينة المنورة طبعة أولى 2002م
- مسائل عبد الله مع الإمام أحمد تحقيق الشويش طبعة الاسلامي طبعة أولى 1981م
- مسائل الإمام أحمد رواية ابن أبي الفضل صالح طبعة دار العلمية الهند
- مسائل أحمد رواية أبي داود تحقيق أبو معاذ طارق طبعة ابن تيمية مصر الطبعة الأولى 1999م
- الخلال أهل الملل والردة تحقيق كسروي حسن دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م
- أبو يعلى المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين تحقيق اللاحم ط المعارف ط 1، 1985م
- بهاد الدين المقدسي العدة شرح العمدة دار الحديث القاهرة 2003م
- أبو البركات ابن تيمية المحرر في فقه أحمد مكتبة المعارف الرياض طبعة ثانية 1984م
- مجموع الفتاوي لابن تيمية تحقيق ابن قاسم مجمع الملك فهد 1995م
- الفتاي الكبرى لابن تيمية دار الكتب العلمية طبعة اولى 1987م
- ابن تيمية الصارم المسلول تحقيق محي الدين عبد الحميد طبع الحرس السعودي
- ابن تيمية رسالة في تسليم البنت إلى الأب أو الأم تحقيق سعد الدين الكبي مكتبة المعارف ط 1، 2010م
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي دار العبيكان طبعة أولى 1993م
- ابن قدامة المغني مكتبة القاهرة 1968م
- ابن قدامة الكافي في فقه الإمام أحمد طبعة دار الكتب العلمية طبعة أولى 1994م

- عبد الرحمن بن قدامة الشرح الكبير تحقيق رشيد رضا دار الكتاب العربي
- ابن القيم أحكام أهل الذمة تحقيق يوسف البكري وشاكر العاروري طبعة رمادى الدمام طبعة أولى 1997
- ابن القيم الطرق الحكمية في السياسة الشرعية تحقيق ناسف الحمد عالم الفوائد طبعة أولى 1428 ه
- ابن القيم الطرق الحكمية في السياسة الشرعية مكتبة دار البيان
- ابن القيم بدائع الفوائد طبعة دار الكتاب العربي
- ابن القيم إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان تحقيق حامد الفقي طبعة المعارف الرياض
- ابن القيم مدارج السالكين تحقيق المعتصم بالله البغدادي دار الكتاب العربي بيروت طبعة ثالثة 1996م
- ابن القيم زاد المعاد طبعة الرسالة ط 27، 1994م
- يسري السيد محمد موسوعة الأعمال الكاملة لابن القيم دار الوفاء المنصورة الطبعة الأولى 2000 م
- مرعي الحنبلي دليل الطالب لنيل المطالب تح أبو قتيبة الفريابي دار طيبة الرياض طبعة أولى 2004م
- البهوتي كشاف القناع دار الكتب العلمية
- البهوتي الروض المربع شرح زاد المستقنع تحقيق عبد القدوس نذير مؤسسة الرسالة
- البهوتي دقائق أولي النهى شرح منتهى الإرادات طبعة عالم الكتب طبعة أولى 1993م
- ابن مفلح المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية طبعة أولى 1997م
- ابن مفلح لآداب الشرعية طبعة عالم الكتب
- ابن مفلح الفروع تحقيق عبد الله التركي طبعة الرسالة طبعة أولى سنة 2003م
- المرداوي الإنصاف دار إحياء التراث العربي طبعة ثانية
- الإسفرائيني الحنبلي لوامع الأنوار مؤسسة الخافقين دمشق طبعة ثانية 1982م
- مرعي الحنبلي دليل الطالب لنيل المطالب تحقيق أبو قتيبة الفريابي دار طيبة الرياض طبعة أولى 2004م
- الحجاوي الإقناع في فقه الإمام أحمد تحقيق عبد اللطيف السبكي دار المعرفة بيروت بدون تاريخ
- أبو يعلى المعتمد في أصول الدين تحقيق وديع زيدان حداد طبعة دار المشرق بيروت 1974م
- أبو يعلى الأحكام السلطانية تحقيق الفقي دار الكتب العلمية طبعة ثانية 2000م
- ابن ضويان منار السبيل في شرح الدليل تحقيق الشاويش المكتب الإسلامي طبعة سابعة 1989م
- محمد العثيمن الشرح الممتع على زاد المستنقع دار ابن الجوزي 1422 هـ
- أحمد موافي الجامع للاختيارات الفقهية لابن تيمية طبعة دار ابن الجوزي السعودية طبعة أولى 1993م
- الدبيان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة مكتبة الملك فهد الرياض طبعة ثانية 1432ه

فقه ظاهري

- ابن حزم المحلى بالآثار طبعة دار الفكر بيروت
- ابن حزم مراتب الإجماع طبعة دار الكتب العلمية بيروت

فقه عام ومقارن

- ابن هُبَيْرَة اختلاف الأئمة العلماء تحقيق السيد يوسف دار الكتب العلمية طبعة أولى 2002م
-ابن المنذر الإشراف على مذاهب العلماء الأشراف تحقيق الأنصاري مكتبة مكة رأس الخيمة ط 1، 2004م
- ابن المنذر الإجماع تحقيق فؤاد عبد المنعم طبعة دار المسلم طبعة أولى 2004م
- المروزي اختلاف الفقهاء تحقيق طاهر حكيم طبعة أضواء السلف الرياض طبعة أولى 2000م
- البسام التميمي توضيح الأحكام من بلوغ المرام طبعة الأسدية مكة طبعة خامسة 2003م
- ابن القطان الإقناع في مسائل الإجماع تحقيق فوزي الصعيدي طبعة الفاروق الحديثة طبعة أولى 2004م
- الموسوعة الفقهية الكويتية طبعة الأوقاف الكويت طبعة أولى 1404 ه
- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية
- محمد الصنعاني سبل السلام شرح بلوغ المرام طبعة دار الحديث
- الشوكاني نيل الأوطار تحقيق الصبابطي دار الحديث مصر طبعة أولى 1993م
- الشوكاني السيل الجرار طبعة دار ابن حزم طبعة أولى
- الشوكاني الدراري المضية شرح الدرر البهية طبعة الكتب العلمية طبعة أولى 1987م
- ولي الله الدهلوي حجة الله البالغة تحقيق السيد سابق طبعة دار الجيل بيروت الطبعة الأولى 2005م
- وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق
- عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة دار الكتب العلمية بيروت طبعة ثانية 2003م
- السيد سابق فقه السنة طبعة دار الكتاب العربي بيروت طبعة ثالثة 1977م

- عبد الرزاق الدويش اللجنة الدائمة إدارة البحوث الرياض
فقه شرعي معاصر
- مصطفى السباعي المرأة بين الفقه والقانون طبعة الوراق السعودية الطبعة السابعة 1999م
- مصطفى السباعي شرح قانون الأحوال طبعة دار الوراق
- عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق طبعة دار الفكر الطبعة الثانية 1968م
- محمد الغزالي الإسلام وقانون الأحوال دار النهضة مصر الطبعة الأولى
- محمد الغزالي قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة طبعة دار الشروق
- صالح بن عبد العزيز آل منصور الزواج بنية الطلاق طبعة دار ابن الجوزي طبعة أولى 1428 ه
- عمرو عبد المنعم سليم الجامع في أحكام الطلاق طبعة الضياء طنطا مصر
- نوال بنت عبد العزيز العيد حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية طبعة الواحات السعودية طبعة أولى 2006م
- عبد الحميد الكراني القوامة وأثرها في استقرار الأسرة طبعة دار القاسم السعودية الطبعة الأولى 2010م
- محمد يعقوب الدهلوي حقوق المرأة الزوجية طبعة دار الفضيلة طبعة أولى 2002م
- فتاوى ورسائل الشيخ عبد الرزاق عفيفي فتوى رقم 50 باب التوسل
- نعيم ساعي موسوعة مسائل الجمهور دار السلام مصر طبعة ثانية 2007م ج. 2 ص. 795
- الألباني الرد المفحم المكتب الاسلامي طبعة أولى 1421 ه
- مريم الداغستاني الآثار المترتبة على الطلاق بدون طبعة
- طارق بن أنور آل سالم الواضح في أحكام الطلاق طبعة دار القمة ودار الإيمان 2004م
- محمد بن سعد بن شقير فقه عمر بن عبد العزيز طبعة مكتبة الرشد طبعة أولى 2003م
- يوسف القرضاوي غير المسلمين في المجتمع الاسلامي بدون طبعة
- القرضاوي فتاوي معاصرة مكتبة وهبة
- محمد عمارة الاسلام والأقليات طبعة الشروق طبعة أولى 2003م
- عبد الله الطريقي التعامل مع غير المسلمين طبعة الفضيلة مصر طبعة أولى 2007م
- فقه الأقليات القرضاوي طبعة الشروق طبعة أولى 2001م
- يوسف القرضاوي الأقليات الدينية والحل الإسلامي طبعة وهبة القاهرة الطبعة الأولى 1996م
- المودودي تدوين الدستور الاسلامي طبعة الرسالة طبعة خامسة 1981م
- علي حسني الخربوطلي الإسلام وأهل الذمة طبعة المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية القاهرة
- محمد بن سعيد القحطاني الولاء والبراء في الإسلام طبعة دار طيبة الرياض الطبعة السادسة 1413ه
- عمر فروخ الأسرة في الشرع الإسلامي طبعة المكتبة العلمية بيروت الطبعة الأولى 1951م
- المصري مبروك الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري طبعة دار هومة 2010م
- عبد الله القرني مناط الكفر بموالاة الكفار طبعة دار الدراسات السعودية الطبعة الأولى 2008م
- فهمي هويدي مواطنون لا ذميون دار الشروق طبعة ثالثة 1999م
- عبد القادر داودي أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري طبعة دار البصائر 2010م
- شوقي إبراهيم علام التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب مكتبة الوفاء الإسكندرية ط 1، 2010م
- المغاوري الفقي التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دار الوفاء الاسكندرية ط 1، 2011م
- المغاوري عبد الرحمن الفقي سنية الطلاق وبدعيته دار الوفاء مصر طبعة أولى 2011م
- مصطفى بن العدوي شلباية أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية طبعة مكتبة ابن تيمية القاهرة 1988م
- الزحيلي التعويض المالي عن الطلاق دار المكتبي دمشق طبعة أولى 1998م
- الهلالي أحكام الخلع في الإسلام طبعة المكتب الاسلامي الطبعة الثانية 1395 ه
- أحمد شاكر نظام الطلاق في الإسلام طبعة الرسالة 1998م
- القاسمي الإستئناس لتصحيح أنكحة الناس تحقيق علي عبد الحميد دار عمار عمان طبعة ثانية 1988م
- رشدي شحاتة أبو زيد الاشتراط في وثيقة الزواج مكتبة الوفاء القانونية الاسكندرية طبعة أولى 2011
- محمد رأفت عثمان النظام القضائي دار البيان طبعة ثانية 1994م
- محمد تقي العثماني بحوث في قضايا معاصرة دار القلم طبعة ثانية 2003م
- بدران أبو العينين بدران العلاقات الإجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين مؤسسة شباب جامعة الاسكندرية
- بدران أبو العينين أحكام الزواج والطلاق في الإسلام طبعة دار التأليف مصر طبعة ثانية 1961م
- الطهطهاوي تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار دار الكتب العلمية بيروت طلعة أولى 2003م

- تيسير العمر الردة وآثارها دار النوادر طبعة أولى 2012م
- خالد محمد عبد القادر من فقه الأقليات طبعة وزارة الأوقاف قطر الطبعة الأولى 1998 م
- عبد الكريم زيدان نظام القضاء في الشريعة الاسلامية طبعة مؤسسة الرسالة 1989م
- محمد الزحيلي تاريخ القضاء في الإسلام دار الفكر طبعة أولى 1995م
- عبد الرحمن الحميضي القضاء ونظامه في الكتاب والسنة جامعة أم القرى طبعة أولى 1989م
- عبد الرحمن الشثري تقنين الأحكام الشرعية دار التوحيد الرياض طبعة أولى 1435ه
- زكي عبد البر تقنين الفقه الاسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق إحياء التراث الاسلامي قطر ط 2، 1986
- خالد عبد القادر من فقه الأقليات المسلمة طبعة وزارة الأوقاف القطرية طبعة أولى 1998 م
- إسماعيل فطاني اختلاف الدارين وأثره في المناكحات دار السلام القاهرة الطبعة الثانية 1998م
- علي بن عبد الرحمن الطيار حقوق غير المسلمين في الدولة الاسلامية الرياض طبعة ثانية 2006م
- عامر الزيباري أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية دار ابن حزم بيروت الطبعة الأولى 1997م
- محمد بن عبد الله بن سبيل حكم التجنس بجنسية دولة غير إسلامية مجالس الهدى الجزائر ط 1، 2007م
- حافظ محمد أنور ولاية المرأة في الفقه الاسلامي دار بلنسية الرياض طبعة أولى 1420 ه
- عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية المطبعة السلفية القاهرة 1350 ه
- عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية مذهب أبي حنيفة دار القلم الكويت ط 2، 1990م
- يسري ابراهيم فقه النوازل للأقليات المسلمة دار الكتب المصرية طبعة ثانية 2012م
- عثمان شبير التكييف الفقهي للوقائع المستجدة دار القلم دمشق طبعة ثانية 2014م
- ظافر القاسمي نظام الحكم في الشريعة والتاريخ دار النفائس طبعة ثالثة 1987م
- محمد عبد القادر أبو فارس أثر إسلام أحد الزوجين في النكاح دار الوطن الرياض طبعة أولى 2002م
- سالم الرافعي أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب دار ابن حزم بيروت طبعة أولى 2002م
- وهبة الزحيلي آثار الحرب في الفقه الاسلامي دار الفكر الطبعة الثالثة 1998
- نعمان عبد الرزاق السامرائي أحكام المرتد دار العلوم الرياض طبعة ثانية 1983م
- سليمان توبولياك الأحكام السياسية للأقليات المسلمة دار النفائس الأردن طبعة أولى 1997م
- سعد المرشدي العتيبي فقه المتغيرات في علائق الدولة الإسلامية بغير المسلمين دار الفضيلة ط 1، 2009م
- الشافعي عبد الرحمن سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالإعسار مكتبة الوفاء ط 1، 2011
- محمود حمدي زقزوق الموسوعة الإسلامية العامة إشراف طبعة وزارة الأوقاف المصرية بالقاهرة 2003م
-ليلى حسن الزوبعي أحكام العدة في الشريعة الإسلامية دار الكتب العلمية طبعة أولى 2007م
- عبد الله بن يوسف الجديع إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه بدون طبعة
- ضو مفتاح غمق نظرية الحرب في الاسلام وأثرها في القانون الدولي العام بدون طبعة
- فتحي الدريني الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده طبعة الرسالة طبعة ثالثة 1984م
- السعيد رشدي الأحوال الشخصية لغير المسلمين طبعة 2007م
- عطية صقر موسوعة الأسرة مكتبة وهبة القاهرة طبعة ثانية 2006م
- الفتاوي الإسلامية المصرية دار الإفتاء المصرية بدون طبعة ولا تاريخ
- محمد الشافعي الطلاق والتطليق مطبعة مراكش طبعة أولى

فقه شيعي

- جعفر السبحاني نظام القضاء والشهادة طبعة مؤسسة الصادق قم إيران طبعة أولى 1374 ه
- محمد حسن النجيفي جواهر الكلام دار إحياء التراث بيروت الطبعة السابعة 1981م

*** الشريعة والقانون**

-علي علي منصور مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية دار الفتح بيروت طبعة الأولى 1970م
-عبد الوهاب خلاف السلطات الثلاث في الإسلام طبعة دار القلم طبعة ثانية 1985م
- نصر فريد واصل السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام طبعة المكتبة التوفيقية الطبعة الثانية
- وهبة الزحيلي نظرية الضمان طبعة دار الفكر الطبعة الثانية 1982م
- السرطاوي شرح قانون الأحوال الشخصية دار الفكر عمان طبعة ثالثة 2010م
- أبو العباس السروجي أدب القضاء تحقيق صديقي ياسين طبعة دار البشائر الطبعة الأولى 1997م
- محمد سيف عبد الله العديني قانون الأحوال الشخصية اليمني طبعة التنوير طبعة أولى 2014م
- منير البياتي النظام السياسي الاسلامي دار النفائس طبعة رابعة 2013م

- مصطفى أحمد الزرقا المدخل الفقهي العام دار القلم طبعة ثانية 2004م
- العربي بختي أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ديوان المطبوعات الجامعية 2013م
- سليم العوا الحق في التعبير طبعة الشروق طبعة ثانية 2003م
- جميل فخري محمد جانم متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض دار الحامد طبعة أولى 2009م
- محمد أبو زهرة العلاقات الدولية في الاسلام طبعة دار الفكر العربي سنة 1995م
- محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية طبعة دار الفكر العربي الطبعة الثالثة 1957م
- علي بن نايف الشحود العلاقات الدولية بين الإسلام والقوانين الدولية طبعة أولى 2012 بدون ناشر
- عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية دار الفكر العربي طبعة أولى 1984م
- عبد الفتاح عمرو السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية طبعة دار النفائس الأردن الطبعة الأولى 1998م
- أحمد شلبي التشريع والقضاء في الفكر الاسلامي طبعة النهضة المصرية الطبعة الرابعة 1989م
- أحمد شلبي الفكر الإسلامي منابعه وآثاره طبعة النهضة الطبعة الثامنة سنة 1986م
- أحمد شلبي الحياة الاجتماعية في الفكر الاسلامي طبعة النهضة المصرية الطبعة الخامسة 1986م
- عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة طبعة الرسالة الطبعة الأولى 1993م
- عبد الكريم زيدان أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام طبعة الرسالة بيروت الطبعة الثانية 1982م
- صالح بن حسين العايد حقوق غير المسلمين في بلاد الاسلام طبعة الأوقاف السعودية الطبعة الرابعة 2008م
- نور الدين أبو لحية حرية الزوجين في حل العصمة الزوجية دار الكتاب الحديث القاهرة طبعة أولى
- محفوظ بن صغير قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة دار الوعي رويبة الجزائر 2012م

*** القانون**

- مجلة الأحكام العدلية تحقيق نجيب هواويني الناشر نور محمد كارخانه تجارتِ كتب آرام باغ كراتش
- الطيب زروتي دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري طبعة دار هومة جزءان 2011م
- أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري دار هومة 2002م
- عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007م
- عليوش قربوع كمال القانون الدولي الخاص الجزائري دار هومة الجزائر الطبعة الثالثة 2011م
- بوبشير محند أمقران النظام القضائي الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2003م
- يوسف دلاندة استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة طبعة دار هومة الجزائر الطبعة الثالثة 2013م
- يوسف دلاندة دليل المتقاضي في قانون الأسرة دار هومة 2007م
- عبد الفتاح تقية قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء ط ثالة الجزائر 2011م
- ناجي بلقاسم علالي الطلاق في المجتمع الجزائري طبعة دار هومة الطبعة الثالثة 2011م
- عبد العزيز سعد قانون الأسرة في ثوبه الجديد بعد التعديل دار هومة طبعة 4، سنة 2013م
- لحسين بن الشيخ آث ملويا المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية دار هومة الجزائر ط 3، 2011م
- غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي القانون الدولي الخاص وزارة التعليم العالي العراقية بدون طبعة.
- غالب علي الداودي المدخل إلى علم القانون طبعة دار وائل عمان طبعة سابعة 2004م
- مصطفى الزلمي حكم أحكام القرآن طبعة إحسان طهران طبعة أولى 2014م
- مصطفى الزلمي المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية طبعة الاحسان طبعة أولى 2014م
- مصطفى الزلمي فلسفة القانون طبعة إحسان طبعة أولى 2014م
- مصطفى الزلمي مدى سلطان الإرادة في الطلاق طبعة إحسان طبعة أولى 2014م
- مصطفى الزلمي معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة طبعة إحسان طبعة أولى 2014م
- مصطفى الزلمي إيضاح الفوائد في شرح القواعد طبعة إحسان طبعة اولى 2014م
- مصطفى الزلمي مجموعة الأبحاث القرآنية طبعة إحسان طبعة أولى 2014م
- عبد القادر عودة الإسلام وأوضاعنا القانونية طبعة المختار الاسلامي القاهرة الطبعة الخامسة 1977م
- محمد عمارة معركة المصطلحات بين الغرب والاسلام طبعة نهضة مصر الطبعة الثانية 2004م
- محمد السيد عرفة القانون الدولي الخاص طبعة دار الفكر والقانون المنصورة 2013م
- هشام خالد قاعدة الإسناد العربية طبعة المعارف الاسكندرية 2015م
- سامي بديع منصور ونصري انطوان دياب وعبده جميل غصوب القانون الدولي ط. مجد ط 1، 2009م
- عبد الباقي البكري وزهير البشير المدخل لدراسة القانون وزارة التعليم العالي العراقية
- يحي الجمل حصاد القرن العشرين في علم القانون دار الشروق طبعة أولى 2006م

- أحمد الرفاعي المدخل للعلوم القانونية جامعة بنها سنة 2008م
- عمر سليمان الأشقر الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية دار النفائس طبعة ثالثة 1991م
- سيد عبد الله علي حسين المقارنات التشريعية طبعة دار السلام طبعة أولى 2001م
- شعيب أحمد الحمداني قانون حمورابي جامعة بغداد 1988م
- إيناس البهجي ويوسف المصري تنازع القوانين مركز قومي للإصدارات ط 1، 2013م
- إيناس البهجي ويوسف المصري المواطنة في القانون الدولي مركز قومي للإصدارات ط1، 2013م
- فاروق عبد الله كريم الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي جامعة السليمانية 2004م
- بلمامي عمر دراسات في القانون الدولي الخاص نظرية التكييف دار هومة 2010م
- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي أحكام التنازع الدولي للقانون منشورات الحلبي طبعة اولى 2012م
- محمد خيري كصير حالات تطبيق قانون القاضي منشورات الحلبي الحقوقية طبعة أولى 2012م
- بن عبيدة عبد الحفيظ الجنسية ومركز الأجانب دار هومة طبعة ثانية 2007م
- عمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية طبعة جسور طبعة رابعة 2014م
- مريم عمارة المدخل إلى تاريخ القانون دار بلقيس الجزائر 2014م
- السعيد مقدم نظرية التعويض عن الضرر المعنوي طبعة المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992م
- عباس العبودي تاريخ القانون دار ثقافة الأردن طبعة رابعة 2014م
- عباس مهدي الداقوقي الاجتهاد القضائي مركز قومي للاصدارات الطبعة الأولى 2015 م
- حسن الهداوي القانون الدولي الخاص مكتبة دار الثقافة عمان الأردن طبعة ثانية 1997م
- الطيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا مطبعة فسيلة طبعة أولى 2010م
- رحيل غرايبة الجنسية في الشريعة الاسلامية الشبكة العربية للأبحاث بيروت الطبعة الأولى 2011م
- محمد حسين منصور المدخل إلى القانون القاعدة القانونية طبعة الحلبي مصر طبعة أولى 2010م
- رمزي محمد علي دراز فكرة تنازع القوانين في الفقه الاسلامي منشورات الحلبي طبعة أولى 2011م
- حبار محمد القانون الدولي الخاص دار الرؤى للنشر الجزائر 2013م
- حفيظة السيد حداد الموجز في القانون الدولي الخاص منشورات الحلبي الحقوقية 2013م
- سعيد البستاني إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان وعرب الحلبي الحقوقية ط 1، 2006م
- أعمر يحياوي المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولير ط الأمل تيزي وزو 2010م
- طارق البشري السياق التاريخي والثقافي لتقنين الشريعة الشروق الدولية مصر الطبعة الأولى 2011م
- نبيل ابراهيم سعد المدخل إلى القانون نظرية الحق منشورات الحلبي الطبعة الأولى 2010م
- جمال سلامة أحمد الوقيد تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية جامعة نايف للعلوم الأمنية 2011م
- منذر الفضل تأريخ القانون طبعة ثاراس الطبعة الثانية 2005م
- صاحب عبيد الفتلاوي تأريخ القانون طبعة دار الثقافة عمان الطبعة الأولى 1998م
- الحلابي الكتاني مدى مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية جامعة محمد الخامس 1984م
- الفاروقي المعجم القانوني مكتبة لبنان بيروت طبعة خامسة 2009م
- أحمد عبد الحميد عشوش القانون الدولي الخاص بدون طبعة
- صوفي حسن أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية بدون طبعة
- عبد القادر بن داود المذكرة الإيضاحية لقانون الأسرة بدون طبعة
- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة بدون طبعة
- نبيل صقر قانون الأسرة نصا وفقها بدون طبعة

*** أصول الفقه ومصطلح الحديث وعلومه**

أصول الفقه

- أبو حامد الغزالي المستصفى تحقيق عبد السلام شافي طبعة دار الكتب العلمية طبعة اولى 1993م
- الغزالي المنخول تحقيق حسن هيتو طبعة دار الفكر الطبعة الثالثة 1998م
- الرازي المحصول تحقيق فياض العلواني طبعة الرسالة الطبعة الثانية 1997م
- ابن حزم الإحكام في أصول الأحكام تحقيق أحمد شاكر طبعة دار الآفاق الجديدة بيروت
- أصول السرخسي طبعة دار المعرفة
- ابن قدامة روضة الناظر وجنة المناظر طبعة الريان طبعة ثانية 2002م
- أبو يعلى العدة في أصول الفقه تحقيق أحمد المباركي طبعة ثانية 1990م

- الشاطبي الموافقات تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان دار ابن عفان طبعة أولى 1997م
- العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام تحقيق عبد الرؤوف سعد الكليات الأزهرية 1991م
- ابن أمير الحاج التقرير والتحبير على تحرير الكمال دار الكتب العلمية الطبعة الثانية 1983م
- بيان المختصر شرح ابن الحاجب تحقيق مظهر بقا طبعة المدني السعودية طبعة أولى 1986م
- ابن العربي المالكي المحصول تحقيق حسين اليدري دار البيارق عمان طبعة أولى 1999م
- أبو الوليد الباجي الحدود في الأصول تحقيق محمد حسن دار الكتب العلمية طبعة أولى 2003م
- الآمدي الإحكام في أصول الأحكام تحقيق عبد الرزاق عفيفي طبعة المكتب الإسلامي بيروت
- علاء الدين البخاري كشف الأسرار شرح أصول البزدوي دار الكتاب الاسلامي
- تاج الدين ابن تقي الدين السبكي الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية طبعة أولى 1991م
- ابن نجيم الأشباه والنظائر تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية طبعة أولى 1999م
- الشيرازي اللمع في أصول الفقه طبعة دار الكتب العلمية الطبعة الثانية 2003
- حاشية العطار على جمع الجوامع للسبكي طبعة دار الكتب العلمية
- التفتازاني شرح التلويح على التوضيح طبعة صبيح مصر
- الزركشي البحر المحيط في أصول الفقه طبعة دار الكتبي الطبعة الأولى 1994
- العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام تحقيق عبد الرؤوف الكليات الأزهرية القاهرة 1991م
- المسودة لآل تيمية تحقيق محي الدين عبد الحميد طبعة دار الكتاب العربي
- ابن قيم الجوزية إعلام الموقعين تحقيق عبد السلام إبراهيم دار الكتب العلمية ط 1، 1991
- ابن مفلح أصول الفقه تحقيق السدحان مكتبة العبيكان طبعة أولى 1999م
- الحموي غمز عيون البصائر دار الكتب العلمية طبعة 1985
- الشوكاني إرشاد الفحول تحقيق عزو عناية دار الكتاب العربي طبعة أولى 1999م
- الصنعاني إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد تحقيق مقبول أحمد الدار السلفية الكويت ط 1، 1405
- وليّ الله الدهلوي عقد الجيد في أحكام الإجتهاد والتقليد تحقيق الحلبي دار الفتح الشارقة ط 1، 1995م
- الجويني الإجتهاد من كتاب التلخيص لإمام الحرمين تحقيق عبد الحميد أبو زنيد دار القلم طبعة أولى 1408 ه
- ابن عاشور مقاصد الشريعة الاسلامية تحقيق الحبيب ابن الخوجة طبعة الأوقاف القطرية سنة 2004م
- عبد القادر بن بدران المدخل إلى مذهب أحمد الرسالة بيروت الطبعة الثانية 1401 ه
- نور الدين الخادمي الاجتهاد المقاصدي طبعة الأوقاف القطرية الطبعة الأولى 1998م
- القرضاوي الاجتهاد في الشريعة مع نظرات في الاجتهاد المعاصر دار القلم الكويت طبعة أولى 1996م
- عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه دار القلم طبعة ثامنة
- البوطي ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية طبعة الرسالة بدون تاريخ
- ورقية عبد الرزاق ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية طبعة دار لبنان
- عبد المجيد السوسوه الشرفي الاجتهاد الجماعي وزارة الأوقاف القطرية طبعة أولى سنة 1998م
- شعبان اسماعيل الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه ط البشائر طبعة أولى 1998م
- مذكرة في أصول الفقه الأمين الشنقيطي مكتبة العلوم المدينة طبعة خامسة 2001م
- المختار الشنقيطي جواهر الدرر دار ابن حزم طبعة أولى 2005م
- نادية شريف العمري الإجتهاد في الاسلام طبعة الرسالة الطبعة الثالثة 1986م
- يحي محمد الاجتهاد والتقليد والاتباع والنظر طبعة الانتشار العربي الطبعة الأولى سنة 2000م
- ابن العثيمن الأصول دار ابن الجوزي طبعة رابعة 2009م
- أحمد الريسوني ومحمد جمال باروت الاجتهاد النص الواقع المصلحة طبعة دار الفكر الطبعة الأولى 2000م
- عبد الرحمن السنوسي الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الأوقاف الكويتية طبعة 1، 2011م
- محمد مصطفى الزحيلي القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة طبعة دار الفكر طبعة أولى 2006م
- أحمد محمد الزرقا شرح القواعد الفقهية تحقيق مصطفى الزرقا دار القلم طبعة ثانية 1989م
- فتحي الدريني المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي طبعة الرسالة طبعة ثالثة 2013م
- عبد الكريم النملة المهذب في علم أصول الفقه مكتبة الرشد الرياض طبعة أولى 1999م
- عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه الرسالة طبعة رابعة 1994م
- فيصل النجدي مقام الرشاد تحقيق الجوراني بدون طبعة
- صدقي الغزي موسوعة القواعد الفقهية طبعة الرسالة طبعة أولى 2003م

مصطلح الحديث وعلومه
- الخطيب البغدادي الفقيه والمتفقه تحقيق عادل الغرازي طبعة دار ابن الجوزي الطبعة الثانية 1421 ه
- ابن الصلاح المقدمة "علوم الحديث" تحقيق نور الدين عتر طبعة دار الفكر 1986م
- ابن دقيق العيد الإقتراح في بيان الاصطلاح طبعة دار الكتب العلمية
- السيوطي تدريب الرواي شرح تقريب النووي تحقيق الفريابي طبعة دار طيبة
- السيوطي مفتاح الجنة في الاحتجاج بالسنة الجامعة الاسلامية المدينة طبعة ثالثة 1989م
- أحمد شاكر الباعث الحثيث دار الكتب العلمية طبعة ثانية
- العثيمن مصطلح الحديث مكتبة العلم القاهرة طبعة أولى 1994م

*** السير والتاريخ والتراجم**

السيرة النبوية والتاريخ
- ابن هشام السيرة النبوية تحقيق السقا مصطفى طبعة الحلبي المصرية طبعة ثانية 1955م
- محمد بن الحسن الشيباني السير الصغير تحقيق مجيد خدوري دار المتحدة للنشر سنة 1975م
- ابن حبيب البغداي المحبر تحقيق إيلزة ليختن شتيتر دار الآفاق بيروت
- محمد بن الحسن الشيباني السير الكبير طبعة الشركة الشرقية للإعلانات سنة 1971
- ابن جرير الطبري تاريخ الرسل والملوك طبعة دار التراث بيروت طبعة ثانية 1387 ه
- ابن شبة تاريخ المدينة تحقيق فهيم شلتوت طبعة جدة 1399ه
- عبد الرحمن بن خلدون التاريخ "ديوان المبتدأ" تحقيق خليل شحاتة دار الفكر طبعة ثانية 1988م
- ابن الجوزي المنتظم في تاريخ الأمم والملوك تحقيق عبد القادر عطا دار الكتب العلمية طبعة أولى 1992م
- ابن الأثير الكامل في التاريخ تحقيق التدمري طبعة الكتاب العربي بيروت 1997م
- ابن سيد الناس عيون الأثر تحقيق ابراهيم رمضان طبعة القلم بيروت طبعة أولى 1993م
- السيوطي تاريخ الخلفاء تحقيق الدرمرداش مكتبة نزار طبعة أولى 2004م
- أبو القاسم سعد الله تاريخ الجزائر الثقافي طبعة البصائر 2007
- صابر أحمد طه نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والاسلام طبعة دار النهضة مصر 2000م
- ظفر الاسلام خان التلمود تاريخه وتعاليمه طبعة النفائس طبعة ثانية 1972م
- خالد حسن الجبالي الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان طبعة الآداب القاهرة
- جواد علي المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام دار الساقي طبعة رابعة 2001م
- المطهر بن طاهر المقدسي البدء والتاريخ طبعة مكتبة الثقافة برو سعيد مصر

التراجم
- ابن سعد في الطبقات الكبرى تحقيق عبد القادر عطا طبعة الكتب العلمية طبعة أولى 1990م
- وكيع أخبار القضاة تحقيق مصطفى المراغي التجارية الكبرى مصر طبعة أولى 1947م
- ابن عبد البر الإستيعاب تحقيق علي البجاوي دار الجيل بيروت طبعة أولى 1992م
- أبو نعيم الأصبهاني معرفة الصحابة تحقيق عادل العزيزي طبعة دار الوطن الرياض الطبعة الأولى 1998
- القاضي عياض ترتيب المدارك وتقريب المسالك مطبعة فضالة المحمدية المغرب
- المزي تهذيب الكمال تحقيق بشار معروف طبعة الرسالة طبعة أولى 1980م
- ابن عدي الكامل في الضعفاء تحقيق عادل عبد الموجود طبعة الكتب العلمية طبعة أولى 1997م
- مغلطاي إكمال تهذيب الكمال تحقيق أبو عبد الرحمن بن محمد طبعة الفاروق طبعة أولى 2001م
- ابن حجر الإصابة في تمييز الصحابة تحقيق عبد الموجود وعوض دار الكتب العلمية ط 1، 1415
- ابن حجر العسقلاني تهذيب التهذيب طبعة المعارف الهند طبعة أولى 1326هـ
- الذهبي سير أعلام النبلاء طبعة دار الحديث القاهرة 2006م
- الزركلي الأعلام طبعة دار العلم للملايين طبعة 15 سنة 2002م
- السبكي طبقات الشافعية الكبرى تحقيق الطناحي ومحمد الحلو طبعة هجر الطبعة 2 سنة 1413ه
- السيوطي طبقات المفسرين تحقيق علي عمر طبعة وهبة القاهرة طبعة أولى 1396هـ
- العجلوني كشف الخفاء ومزيل الإلباس تحقيق ابن الهنداوي طبعة المكتبة العصرية طبعة أولى 2000م
- محمد عمارة الدكتور عبد الرزاق السنهوري طبعة دار السلام طبعة أولى 2009م
- عمار طالبي آثار عبد الحميد بن باديس طبعة الشركة الجزائرية الجزائر الطبعة الثالثة 1997

*** المعاجم اللغوية والشعر والأدب**

- الأصمعيات للأصمعي تحقيق أحمد شاكر دار المعارف مصر طبعة سابعة 1993م
- الخليل بن أحمد الفراهيدي العين تحقيق نهدي المخزومي طبعة دار الهلال
- الجرجاني التعريفات دار الكتب العلمية بيروت طبعة أولى 1983م
- زكريا الأنصاري الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة تحقيق مازن المبارك دار الفكر طبعة أولى 1411 ه
- مرتضى الزبيدي تاج العروس من جواهر القاموس دار الهداية
- الحموي المصباح المنير المكتبة العلمية بيروت
- ابن فارس معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام هارون دار الفكر 1979م
- ابن فارس مجمل اللغة تحقيق زهير عبد المحسن سلطان طبعة الرسالة طبعة ثانية 1986م
- أبو البقاء الكفوي الكليات تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري مؤسسة الرسالة
- الفيروزآبادي القاموس المحيط تحقيق نعيم العرقسُوسي الرسالة طبعة ثامنة 2005م
- الأزدي جمهرة اللغة تحقيق رمزي منير بعلبكي دار العلم للملايين بيروت طبعة أولى 1987م
- الفيومي المصباح المنير في غريب الشرح الكبير طبعة المكتبة العلمية بيروت
- الجوهري الصحاح تحقيق أحمد عطار دار العلم للملايين الطبعة الرابعة 1987م
- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي معجم لغة الفقهاء طبعة دار النفائس الطبعة الثانية 1988م
- الزمخشري أساس البلاغة تحقيق محمد باسل السود طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 1998م
- الأصفهاني المفردات تحقيق صفوان داودي دار القلم طبعة أولى 1412 هـ
- الرازي مختار الصحاح تحقيق يوسف الشيخ المكتبة العصرية بيروت طبعة خامسة 1999م
- أمالي الزجاجي تحقيق عبد السلام هارون دار الجيل بيروت طبعة ثانية 1987م
- النهرواني الجليس الصالح تحقيق الجندي الكتب العلمية طبعة أولى 2005م
- الأبشيهي المستطرف في كل فن مستظرف عالم الكتب طبعة أولى 1419ه
- ابن الأثير النهاية في غريب الحديث تحقيق طاهر الزاوي طبعة المكتبة العلمية بيروت سنة 1979م
- ابراهيم الحربي غريب الحديث تحقيق سليمان العايد طبعة جامعة أم القرى طبعة أولى 1405 هـ
- المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة طبعة دار الدعوة
- أبو منصور الثعالبي أبو الطيب المتنبي وما له وما عليه تحقيق محي الدين عبد الحميد مكتبة الحسين القاهرة

*** كتب عامة**

- الشهرستاني الملل والنحل طبعة الحلبي
- ابن عبد البر جامع بيان العلم وفضله تحقيق أبو الأشبال دار ابن الجوزي السعودية طبعة أولى 1994م
- ابن رجب جامع العلوم تحقيق الأرنؤوط طبعة الرسالة طبعة سابعة 2001م
- أبو حامد الغزالي إحياء علوم الدين طبعة دار المعرفة بيروت
- ابن حزم في رسالة الأخلاق والسير في مداواة النفوس دار الثقافة الجديدة بيروت طبعة ثانية 1979م
- بدر الدين الشبلي آكام المرجان في أحكام الجان تحقيق ابراهيم الجمل طبعة مكتبة القرآن القاهرة مصر
- السيوطي لقط المرجان في أحكام الجان مكتبة القرآن القاهرة مصر
- ابن حمدون التذكرة الحمدونية دار صادر بيروت طبعة أولى 1417 ه
- بكر أبو زيد التعالم وأثره على الفكر والكتاب بدون طبعة
- محمد أبو زهرة تنظيم الإسلام للمجتمع دارالفكر
- عباس محمود العقاد المرأة في القرآن طبعة المكتبة العصرية صيدا بيروت بدون تاريخ نشر
- الجهيني الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب دار الندوة طبعة رابعة سنة 1420ه
- مصطفى عبد المعبود منصور ترجمة متن التلمود القسم الثالث دار طيبة الجيزة طبعة أولى 2008م

***الرسائل الجامعية**

رسائل الدكتوراه

- حسوني أبو بكر فقه الأقليات بين التنظير والتطبيق دكتوراه جامعة وهران 1 سنة 2012
- حسن سندي الأحاديث النبوية المتصلة بالقضاء والحكم في الخصومات دكتوراه جامعة القاهرة 2001م
- عبد العزيز بن مبروك الأحمدي اختلاف الدارين وآثاره دكتوراه الجامعة الاسلامية المدينة المنورة 2004م
- عارف عز الدين حامد حسونه مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر دكتوراه الجامعة الأردنية 2005م
- سعاد أوهاب تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي دكتوراه جاكعة الدزائر 1 سنة 2016م

- محمد نذير أوسالم التجديد والاجتهاد في تأويل النص القرآني دكتوراه جامعة وهران 1 سنة 2016
- بلاق محمد حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية دكتوراه جامعة تلمسان 2016
- كمال سمية تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة دكتوراه جامعة تلمسان 2016م
- حمزة قتال دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي رسالة دكتوراه جامعة الجزائر 1 سنة 2011م
- ولد شيخ شريفة تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي دكتوراه جامعة تيزي وزو 2015م
- آيت شاوش دليلة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دكتوراه جامعة تيزي وزو 2014م
- أشرف يحي رشيد العمري نظرية التفريق القضائي بين الزوجين دكتوراه جامعة الأردن 2005م
- سعادي لعلى الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دكتوراه جامعة الجزائر 1 سنة 2015
- حمو بن ابراهيم فخار الحماية الجنائية للطفل دكتوراه جامعة بسكرة 2015م
- لمطاعي صبيحة مختار مسكن الحاضنة في القانون الجزائري دكتوراه جامعة الجزائر 1 سنة 2015م
- مسعودي رشيد النظام المالي للزوجين دكتوراه جامعة تلمسان 2006م
- عبد الفتاح تقية الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي دكتوراه جامعة الجزائر 2007م
- مشواة حليمة حق الزوجة في النفقة دكتوراه جامعة وهران 2013م
- بوعلام عبد العالي أحكام المرأة الحامل في الفقه المالكي دكتوراه جامعة وهران 1 سنة 2015م
- رولا حافظ الحيت قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق دكتوراه الجامعة الأردنية 2005م
- عمر بن دحمان حقوق المواطنة في الفقه السياسي الإسلامي دكتوراه جامعة وهران 2013م
- راجع عكاشة حرية التنقل والإقامة في الشريعة والقانون دكتوراه جامعة وهران 2013م
- شبورو نورية الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين دكتوراه جامعة تلمسان 2017م
- محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاتها في قانون الأسرة دكتوراه جامعة باتنة 2009م
- حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة دكتوراه جامعة تلمسان 2005م
- مطروح عدلان الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال وفق مقاصد الشريعة دكتوراه جامعة وهران 1، 2015م
- عمري رشيد الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال دكتوراه جامعة وهران 2011م
- مسعودي يوسف تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة دكتوراه جامعة تلمسان 2012م
- عبد الرحيم صالحي أحكام الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي دكتوراه جامعة وهران 2012م
- مسعودة إلياس التعويض عن الضرر في الزواج والطلاق دكتوراه جامعة تلمسان 2010م
- حيدرة محمد الضرر في الأحوال الشخصية دكتوراه جامعة وهران 2012م
- عابدي عبد الله حفظ السلامة المعنوية في الشريعة والقانون الوضعي دكتوراه جامعة وهران 2016م
- زلافي عبد الحميد الترجيح بالمقاصد دكتوراه جامعة وهران سنة 2011م
- مزي خديجة أسباب إقبال الجزائريين على الزواج المختلط دكتوراه جامعة سيدي بلعباس 2017م

رسائل الماجستير

- جودة عبد طه المظلوم حق المرأة في الولاية العامة في ضوء الشريعة ماجستير كلية الشريعة غزة 2006م
- إسعدي آمال بين استقلالية السلطة القضائية واسقلال القضاء ماجستير جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة 2011
- شيخي شفيق انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر ماجستير جامعة تيزي وزو 2011
- طراد الشريف استقلال القضاء ماجستير جامعة نايف السعودية
- عبد الله صالح حمو بابهون الاجتهاد الجماعي وأثره في الفقه الإسلامي ماجستير الجامعة الأردنية 2006م
- محمد فريدي الحق في تولي الوظائف العامة تولية المرأة القضاء ماجستير جامعة وهران 2012
- حاوة طاهر أحكام التيسير في الشريعة وأثره كعامل من عوامل تطبيقها ماجستير جامعة الجزائر 2005م
- حمدان بن عبد الحي آل شراب اجتهاد القاضي وفتواه ماجستير الجامعة الاسلامية غزة 2005م
- رتيبة عياش أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الاسلامية والقانون ماجستير جامعة الجزائر 2007م
- شريفي محمد أمين اعتبار المآلات ومراعاة الخصوصيات في الاجتهاد والإفتاءات ماجستير جامعة وهران
- محمد عاشوري الترجيح بالمقاصد ضوابطه وأثره الفقهي ماجستير جامعة باتنة 2008م
- فاطمة تناح أثر الواقع في تنزيل الأحكام رماجستير جامعة وهرن سنة 2013
- بكارة بوشنتوف نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية ماجستير جامعة وهران سنة 2014م
- رزيقة قريشي أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة ماجستير جامعة بومرداس سنة 2010م
- خارف محمد التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري ماجستير جامعة وهران 2014م
- عكوش سيهام القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا دراسة مقارنة ماجستير جامعة بومرداس 2010م
- يوبي سعاد تنازع القوانين في مجال النسب ماجستير جامعة تلمسان 2009م
- آيت جبارة محفوظ إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة ماجستير جامعة الجزائر 2002م

- بوبكر مولود الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية ماجستير جامعة الجزائر 2009م،
- رنا صبحي سعيد عثمان أحكام الجنسية والمواطنة ماجستير جامعة النجاح الفلسطينية 2011م
- موشعال فاطيمة دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين ماجستير جامعة تلمسان 2012م
- عبد النور أحمد إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ماجستير جامعة تلمسان سنة 2010م
- سنينات عبد الله دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها ماجستير جامعة تلمسان 2009م
- ماجد توفيق حمادة سمور التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الاسلام ماجستير الجامعة الاسلامية غزة 2010م
- شيخي شفيق انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر ماجستير جامعة معمري تيزي وزو الجزائر 2011م
- اسماعيل الشيخ الاشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 ماجستير جامعة وهران 2014م،
- سي ناصر بوعلام الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون ماجستير جامعة وهران 2012م
- نجية زيتوني دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة ماجستير جامعة الجزائر 2006م
- سعيدي سليم القانون والأحوال الشخصية في العراق ومصر 2050 - 332 ق م ماجستير جامعة قسنطينة 2010م
- اليزيد عيسات بلمامي التطليق بطلب من الزوجة ماجستير جامعة الجزائر 2003م
- العربي باشا مصطفى الغيبة وأثرها في التطليق ماجستير جامعة وهران 2013م
- نايف محمد عبد الجواد الجنيدي عضل النساء والتفريق للشقاق ماجستير جامعة الخليل فلسطين 2007م
- فريحاوي كمال التفريق للضرر ماجستير جامعة الجزائر 2001م
- عابدي عبد الله حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ماجستير جامعة وهران 2006م
- الغوط عبد الكريم سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه ماجستير جامعة وهران 2007م
- ريم محمد اسحاق عباس النتشة دعوى التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ماجستير جامعة الخليل 2006م
- زيدان عبد النور الصلح في الطلاق ماجستير جامعة الجزائر 2007م
- عبد الرحيم مقداش انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه والقانون ماجستير جامعة تيزي وزو 2013م
- حاج عبد الرحمن بن فغارة حاج معطي حقوق المرأة أثناء الزوجية وبعد الفرقة ماجستير الجامعة الأردنية 2006م
- نسيم بن مصطفى تحقيق المناط وأثره في اختلاف الأحكام ماجستير جامعة وهران 2006م
- أحمد شامي التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ماجستير جامعة الإسكندرية 2009م
- وجمال محمود أزهير التوقيت في الأحوال الشخصية ماجستير جامعة النجاح نابلس 2001م
- قيطة حياة حماية الطفل بعد انفصال الزوجين ماجستير جامعة وهران 2012م
- لعناني أميرة نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري ماجستير جامعة الجزائر 1 سنة 2015م
- حاتم البيتاوي التدابير الشرعية للحد من الطلاق ماجستير نابلس فلسطين 2001م
- بوكايس سمية المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة ماجستير جامعة تلمسان 2014م
- نزار نبيل أبو منشار النفقة الواجبة على الزوج ماجستير جامعة الخليل
- ربيحة إلغات الحقوق الزوجية ماجستير جامعة الجزائر 1 سنة 2011م
- بلحورابي سعاد نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها ماجستير جامعة تيزي وزو 2014م
- نبيلة بوشفرة الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق دبلوم دراسات معمقة جامعة فاس المغرب 2006م
- أيمن أحمد نعيرات الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي ماجستير جامعة النجاح فلسطين سنة 2009م
- مخالفية سعاد حماية الأسرة من التعسف ماجستير جامعة الجزائر 1 سنة 2016م
- بدر الدين عماري نظرية التعسف في استعمال الحق عند الشاطبي ماجستير جامعة وهران 1 2006م
- طاري سعيد التعسف في فرق الزواج وآثاره ماجستير جامعة وهران1 سنة 2012م
- يومبعي عبد اللطيف التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ماجستير جامعة الوادي سنة 2015م
- رحاب الحميدي المطيري الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه ماجستير جامعة نايف 2014م
- عبد الرحمن مجوبي التعسف في استعمال الحق ماجستير جامعة الجزائر سنة 2006م
- منصور عمر بدر الدين الضمان في الفعل المشروع ماجستير جامعة دمشق 2005م
- لاتي محمد المنازعات المالية بين الزوجين ماجستير جامعة تلمسان 2002م
- رشاد السيد ابراهيم عامر تصرفات المريض مرض الموت ماجستير جامعة الجزائر سنة 1989م
- نبيل محمد المغايرة نفقة المرأة على نفسها وعلى غيرها ماجستير الجامعة الأردنية 1997م
- أحمد محمود عاشور أحكام الخلوة في الفقه الاسلامي ماجستير الجامعة الاسلامية غزة سنة 2007م
- سعاد محمود شيخ رعاية الفقه الاسلامي للمصالح الحاجية في آثار النكاح وفرقه ماجستير جامعة أم القرى 1998م
- إلهام باجنيد أثر العرف في الفرق ماجستير جامعة أم القرى 2003م
- عبد المجيد ابراهيم الأشقر أحكام النية في مسائل الأحوال الشخصية ماجستير جامعة الخليل سنة 2005م
- لخضر بن ناصر عائشة حق غير المسلمين في ممارسة الشعائر الدينية ماجستير جامعة وهران 2012م
- دحماني مصطفى الحريات الفكرية ماجستير جامعة وهران 2012م
- محمود محمد عدوان موانع القضاء ماجستير الجامعة الاسلامية غزة سنة 2007م

- عبد اللطيف بعجي تفردات المالكية في باب النكاح ماجستير جامعة باتنة 2010م
- فهد المسعودي حقوق غير المسلمين ماجستير جامعة نايف 2003م
- بلخير عثمان البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الشاطبي ماجستير جامعة وهران 2006م
- العيد عباسة قاعدة مراعاة الخلاف ماجستير جامعة وهران 2007م
- رحاوي أمينة الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ماجستير جامعة تلمسان 2011م
- أميرة مازن عبد الله أبو رعد أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج ماجستير النجاح نابلس فلسطين 2007م
- دربة أمين قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله دراسة مقارنة ماجستير جامعة تلمسان 2008م
- ميرة وليد أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية ماجستير جامعة باتنة 2005م
- فلة زردومي فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة رسالة ماجستير جامعة باتنة 2006م
- خالد بوعروس الزواج المختلط دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة طنجة المغرب 2007م
- جندولي فاطمة الزهراء انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ماجستير جامعة تلمسان 2011م
- وفاء معتوق فراش آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه ماجستير جامعة أم القرى مكة سنة 1985م
- سميرة عبد المعطي محمد ياسين أحكام العدة في الفقه الاسلامي ماجستير جامعة غزة 2007م
- اسمهان عفيف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ماجستير جامعة أم البواقي 2011م
- أحمد صيام سليمان أبو حمد مبدأ استقلال القضاء في الدولة الاسلامية ماجستير الجامعة الاسلامية غزة 2005م
- قالية عبد القادر مبدأ المساواة بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ماجستير جامعة البويرة 2013م
- عون عمار التوافق الزواجي دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري أجنبي ماجستير جامعة وهران 2014م
- أحمد صالح أبو هشهش الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ماجستير جامعة الخليل 2007م
- طراد بن فهد الشريف استقلالية القضاء في الشريعة وتطبيقاتها في السعودية ماجستير جامعة نايف
- باسل محمد يوسف قبها التعويض عن الضرر الأدبي دراسة مقارنة ماجستير جامعة النجاح 2009م
- بوكايس سمية المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري ماجستير جامعة تلمسان 2014م
- الطاهر بن أحمد حماية الأقليات في ظل النزاعات المسلحة ماجستير جامعة باتنة 2010م
- بشرى زلاسي الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من انعقاده وآثاره ماجستير جامعة بن عكنون الجزائر 2011م
- ساجدة عفيف عتيلي الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني ماجستير نابلس فلسطين 2011
- محمد المطري فقه الخلع رسالة جامعية 2012م
- بوشفرة نبيلة الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق دبلوم الدراسات المعمقة جامعة فاس 2006م
-جمعة الكربي قوامة الرجال على النساء رسالة ماجستير جامعة قطر 2017م

*** المقالات**

- زوروتي أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في المختلط مج الجزائرية للعلوم القانونية ع4، 1993م
- زوروتي اجتهاد القضاء الجزائري في الزواج المختلط annales l'université d'alger م 30ع 3
- محمود أبو الليل المرأة ومنصب القضاء في الاسلام مجلة الشريعة والقانون الإمارات ع 7 1993م
- صالح بن حميد الاجتهاد الجماعي والنوازل مج المجمع الفقهي الاسلامي عدد 25 2010م
- محمود أبو الليل مكانة الاجتهاد الجماعي مجلة الشريعة والقانون الإمارات العدد 11 سنة 1998م
- محمد النيفر الشاذلي فتح باب الاجتهاد مجلة المجمع الفقهي مكة المكرمة الطبعة الخامسة سنة 2003م
- محمد رشيد رضا قباني فتح باب الاجتهاد مجلة المجمع الفقهي مكة طبعة خامسة 2003م
- حمزة الفعر حكم تولي المراكز عقود تزويج المسلمين مج المجمع الفقهي الاسلامي عدد 15 2002م
- كريم مزعل شبي مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها مجلة جامعة كربلاء مجلد 3 العدد 13 سنة 2005م
-عكاشة عبد العال الإحالة في القانون الدولي الخاص مج الشريعة والقانون الإمارات عدد 9 سنة 1995م
- رجب سعيد شهوان استتابة المرتد في الفقه مج الشريعة والقانون الإمارات العدد 9 سنة 1995م
- القصبي الأصول الاسلامية للدولي الخاص مج الشريعة والقانون الإمارات العدد 5 سنة 1991م
- أحمد الزرقا الاجتهاد ودور الفقه مجلة الجامعة الاسلامية العدد 22 سنة 1989م ص. 156
- ردينا الرفاعي التطبيقات العملية لدعوى التفريق للعيوب الزوجة المجلة الأردنية للدراسات عدد 3 2017م
- كمال سمية تطبيق قانون القاضي على أحوال فيها عنصر أجنبي مج العلوم القانونية بلعباس ع11، 2015م
- جندولي فاطمة الزهراء قراءة تشريعية للإحالة في الدولي الخاص مج العلوم القانونية بلعباس ع 11 2015م
- أحمد أبو سماقة وجهاد الشرفات حق الزوجة في طلب التفريق للإعسار م الأردنية ع 3، 2016م
- صالح الكيلاني الطلاق في الديانات الثلاث م البحوث والدراسات العدد 20 سنة 1435 ه
- صالح الدرويش أثر الضرورة والحاجة على الأقليات المسلمة مج فقهاء أمريكا مؤتمر5 بحرين 2007
- عبد الكريم زيدان مدى حق الزوجة في الخلع مجلة المجمع الفقهي الاسلامي العدد 24 سنة 2008م

- فهد الجهني حدود سلطة ولي الأمر فيما يأمر به مج المجمع الفقهي الاسلامي العدد 21 سنة 2008م
- عز الدين كيحل اللعان بين الزوجين في الفقه والقضاء الجزائري مجلة المفكر بسكرة العدد 3
- عبد الله ميغا حق القريب الحاضن في المحضون مج المجمع ندوة أثر متغيرات العصر الحضانة 1436
- عبد الناصر أبو البصل حق الحاضن في الحضانة مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات الحضانة 1436
- بوبشير محند أمقران تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق مجلة جامعة معمري تيزي وزو
- ابتسام القرني حقوق الحاضن على المحضون مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات 1436
- أشرف عقلة بني كنانة التعسف في استعمال حق الحضانة مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات 1436
- المهدي الحرازي مستحقو الحضانة وترتيبهم مج المجمع الفقهي ندوة متغيرات العصر 1436
- علاء الدين رحال حق القريب الحاضن في المحضون مج المجمع الفقهي ندوة متغيرات 1436
- محمد ديب مصطفى الحضانة ومقاصدها مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات 1436 هـ
- نوال العيد حقوق المحضون مجلة المجمع الفقهي ندوة أثر متغيرات العصر 1436
- عبد الله آل خنين تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة مج المجمع الفقهي ندوة أثر المتغيرات لسنة 1436
- إيمان عزام التعسف في استعمال حق الحضانة مج المجمع الفقهي ندوة أثر متغيرات العصر 1436
- نزار الحمداني تخيير الطفل مجلة المجمع الفقهي الاسلامي العدد 14 سنة 12
- فراس شيعان وحسين نعمة نغيمش تنازع قوانين الحضانة مج المحقق للعلوم القانونية العراقة ع 1 سنة 5
- فاطمة حداد حق الطفل في الحضانة مجلة الشهاب وادي سوف عدد 3 جوان 2016م
- ربيحة إلغات الحضانة بين التشريع الاسلامي والقانون حوليات الجزائر العدد 27 لسنة 2015م
- منصوري المبروك شروط الحضانة مجلة الاجتهاد تمنراست عدد جوان 2015م
- مصطفى البُغا وقت الحضانة ورؤية الطفل مجلة جامعة دمشق العدد 1 سنة 2002م
- شاه جنيد هاشمي ونور الهدى الهاشمي متعة الطلاق مجلة الأضواء
- معلمين محمد شهيد شرعية المال المشترك بيم الزوجين مجلة الشريعة والقانون بماليزيا مجلد 3 سنة 2016م
- أحمد بن صالح آل عبد السلام متعة الطلاق بحث في الدورة 22 من مجمع الفقهي الاسلامي
- عبد الهادي عبد الكريم عواد آيات متعة الطلاق مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية الموصل المجلد 5 العدد 1
- علي عبد الله العون التعسف في الطلاق دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 43 العدد 2 سنة 2016م
- شذى مظفر حسين التعويض عن الطلاق التعسفي مجلة رسالة الحقوق العلمية المجلد 1 العدد 1 سنة 2009م
- تمام عودة عبد الله العساف متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض مجلة الشارقة للعولم الشرعية مجلد 9 عدد 2
- هلا نايف المشاقبة متعة الطلاق في ضوء الفقه الاسلامي مجلة جامعة الخليل مجلد 8 عدد 2 سنة 2013م م
- خليل ابراهيم محمد تنازع القوانين في مسألة النفقة مجلة الرافدين للحقوق المجلد 11 العدد 40 السنة 2009م
- خالد بني أحمد الطلاق أثناء العدة المجلة الأردنية للدراسات الاسلامية مج 11 ع 3 سنة 2015م
- صلاح الدين سلطان الحياة الزوجية في الغرب بحث الدورة 14 المجلس الأوربي للإفتاء استمبول 2005م
- عطية سالم محاسن الشريعة ومساوئ الوضعية مج الجماعة الاسلامية المدينة ع 1 سنة 6 سنة 1973م
- محمد جبر الألفي محاولات تقنين أحكام الفقه ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية الإمارات سنة 1994م
- عبد العزيز بن صالح الرضيمان الحضانة في الاسلام بحث أكاديمي مجلة العدل العدد الرابع 1236 ه
- حمزة حمزة الحكم الشرعي والقاعدة القانونية مج جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية م 23 ع 2 2007م
- نورة المطلق عدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه مج الجمعية الفقهية العدد 9 سنة 2011م
- ولد خسال سليمان حق المساواة في الفقه مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية تمنراست عدد 2003م
- عبد العزيز الفوزان حكم الاستبراء مجلة أعدل العدد 30 ربيع الثاني 1427 ه
- الجبوري الأقليات المسلمة وتغير الفتوى مج المجمع الفقهي دبي العدد 29 سنة 2013م
- خير الدين كاظم سلطة القاضي التقديرية في الدولي الخاص مجلة جامعة بابل المجلد 10 عدد 2 سنة 2008م
- مسراتي سليمة استقلالية السلطة القضائية مجلة الاجتهاد القضائي جامعة بسكرة العدد 9
- بلغيث عمارة الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص مج عنابة ع 5، 2016م
- جبار صلاح الدين اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره مجلة المفكر جامعة بسكرة العدد 11
- سميرة معاشي التطليق في القانون الجزائري كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة
- عبد القادر بن داود الردة بين القانون الجزائري وقانون الحريات الدينية الدولية الأمريكي جامعة وهران
-بن مالك حسن أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد مجلة الحضارة الإسلامية مجلد 10 عدد 13
- ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته مجلة العدل العراقية العدد 22 سنة 9

- امحمد بوصيدة معايير تقدير التعويض مجلة البحوث والدراسات الإنسانية العدد 12 سنة 2016م
- حسيني عزيزة الخلع مظهر من مظاهر مساواة الزوجين annales université d'alger مجلد 27 عدد 1
- معروف آدم باوا قاعدة تغير الفتاوي والأحكام بتغير الزمان والمكان مج الشريعة قطر مج 29، 2001م
- أحمد شليبك الصويعي حكم العقد على الحامل من زنا بمن زنا بها مج الشريعة قطر ع 31، 2013م
-عبد الواحد بن حمد المزروع العزل عن القضاء مجلة كلية الشريعة قطر عدد 30 سنة 2012م
- غالي كحلة الإشكالات التي تعترض الحضانة في الزواج المختلط مج القانون غيليزان ع 9، 2017م
- بليل نونة أثر انحلال الرابطة الزوجية على الجنسية المكتسبة بالزواج الباحث للدراسات مج8 ع1، 2021
- مروة بن شويخ أثر تغيّر الظروف على سقوط الحضانة مجلة البحوث والدراسات مجلد 10 عدد 1
- هشام ذبيح أحكام العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة مجلة الدراسات القانونية مج 4 ع 1 2021م
-ابراهيم خياري مقاصد أحكام العدة وأثرها في حكم الاستبراء بالكشف الطبي المعيار م 11 ع 2، 2020
- المختار شبرو وسعاد زغيشي العدة وأساس التعويض مج الباحث للدراسات ع 13 جويلية 2018م
- بوجمعة حمد إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة مجلة الأستاذ الباحث مج 2 ع 10 جوان 2018م
-فضل مراد استدامة نكاح من أسلمت ولم يسلم زوجها مج العلوم الإسلامية قطر مج 5 ع 1، 2020م
-الصويعي شليبك مدى مشروعية تولي المراكز فسخ عقود أنكحة المسلمين مج الصراط ع 35، 2017م
-عبد الباقي بدوي التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم مجلة الحضارة الإسلامية هدد 29 جوان 2016م
- طرطاق نورية المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية عدد 3 جوان 2017م
- امحمدي آمنة الاجتهاد القضائي في الحضانة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية مج 56 ع 2، 2019م
- فاطمة حداد التعسف في استعمال الحضانة مج الدراسات الفقهية جامعة الوادي مج 4 ع 1، 2018م
-المكي صلوح تنازع القوانين في الحضانة مجلة العلوم الإنسانية تندوف مجلد 5 عدد 1
-بوقرة أم الخير حق المحضون في السكن مجلة العلوم الإنسانية مجلد 19 عدد 1 سنة 2019م
-عثمان حويذق ومحمد مجرالي صندوق النفقة كآلية لحماية المحضون مج الشهاب ع 5، 2016م
- محمد لاتي أساس التعويض عن الطلاق التعسفي مجلة القانون والعلوم السياسية هدد 4 جوان 2016م
-رشيد العمري التعسف في استعمال حق الطلاق مجلة الحضارة الإسلامية مجلد 19 عدد 1 أبريل 2018م
-فاطمة الزهراء لقشيري العقد المالي بين الزوجين مجلة الباحث للدراسات عدد 11 جوان 2017م
-خنوش سعيد توزيع الأموال المكتبة خلال الحياة الزوجية مجلة الأستاذ مجلد 5 عدد 1 سنة 2020م
-رايس محمد دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي المجلة الجزائرية للقانون عدد 2
-عبد العزيز سمية متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي مج معارف ع 16، 2014م
-بن غريب رابح أحكام تصرفات في مرض الموت المجلة النقدية
-قتال جمال نفقة المطلقة مجلة الدراسات القانونية الأغواط مجلد 6 عدد 1 جانفي 2020م
- راضي عبد الإله وطاهري بلخير الردة أحكامها وآثارها مج الشهاب مجلد 5 ع 1 مارس 2019م
-راضي عبد الإله موافقة الزوج على الخلع دراسة مقارنة مجلة الشهاب مجلد 7 عدد 2 سنة 2021م

*** مداخلات في ملتقيات**

- آيت ممنصور كمال وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد ملتقى التنازع جامعة بجاية 2014م
- حسين نوارة مداخلة الإشكالات القانونية تواجه تطبيق الجنسية كضابط ملتقى التنازع بجاية 2014م
- قتال حمزة الازدواجية في معاملة القانون الأجنبي الملتقى الوطني للتنازع جامعة بجاية 2014م
- تريكي فريد منازعات الأحوال الشخصية للأجانب ملتقى تننازع القوانين الوطني بجاية 2014م
- نور الدين بوسهوة مسائل الأحوال الشخصية الملتقى الوطني لتنازع القوانين بجاية 2014م
- كيحل كمال النظام العام والنفاذ الدولي للحق المكتسب ملتقى التنازع بجاية 2014م
- نصيرة تواتي إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية ملتقى التنازع بجاية 2014م
- عثماني بلال دراسة المادة 13 الملتقى الوطني لتنازع القوانين جامعة بجاية 2014م
- موري سفيان إشكالية الاختلاف في ضابط الإسناد ملتقى التنازع بجاية 2014م
- عليوش قربوع القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال ملتقى التنازع بجاية 2014م
- عماد إشوي تنازع القوانين في الحضانة مداخلة في الملتقى الوطني لتنازع القوانين جامعة بجاية 2014م
- خوادجية سميحة تنازع القوانين في الولاية على النفس ملتقى التنازع جامعة بجاية 2014م
- رياض السلمي الحضانة تعريفها ومقاصدها ندوة أثر متغيرات العصر في الحضانة المجمع الفقهي 1436
- حمزة الفعر الشريف أحكام الحضانة في ضوء المقاصد ندوة متغيرات العصر المجمع الفقهي 2004م

- بشارة موسى مباحث في حقوق المرأة ملتقى التطور التشريعي للأسرة الشلف يومي 2015م
- حيدرة محمد المساواة مداخلة ملتقى دولي التطور التشريعي للأسرة 2015 جامعة الشلف
- عايلي رضوان مكانة الأسرة في الاتفاقيات الدولية ملتقى التطور التشريعي الشلف 2015م
- فاطمة سماعين الحماية القانونية للمحضون ملتقى التطور التشريعي للأسرة الشلف 2015م
- صلاح الدين سلطان الحياة الزوجية في الغرب الدورة 14 المجلس الأوربي للإفتاء اسطمبول 2005م
- صالح الدرويش أثر الضرورة والحاجة على الأقليات المسلمة مؤ 5 مجمع شريعة أمريكا بحرين 2007م
- أمال حبار محاضرات مقياس الاجتهاد القضائي كلية العلوم الاسلامية وهران ماستر 2015-2016
- محاضرات في قانون الأسرة للأستاذ تشوار الجيلالي جامعة تلمسان المحاضرة الأولى
- مرمول موسى دروس قي قانون االأسرة محاضرات جامعة منتوري قسنطينة
- سنان الجلال التعويض المادي عن الضرر الأدبي بحث الدورة 22 للمجمع الفقهي الاسلامي

*** كتب أجنبية أو مترجمة**

- دينيس لويد فكرة القانون ترجمة سليم الصويص مراجعة وليد سليم بسيسو طبعة عالم المعرفة 1981م
- ميشيل تروبير فلسفة القانون ترجمة جورج سعد دار الأنوار
- مراد هوفمان سفير ألمانيا بالرباط الإسلام كبديل ترجمة غريب محمد مكتبة العبيكان ط 2، 1997م
- ول ديورانت ووليام جيمس قصة الحضارة ترجمة زكي نجيب محمود طبعة دار الجيل بيروت 1988م
- توني أونوريه آراء في القانون ترجمة مصطفى رياض الجمعية المصرية لنشر المعرفة

فهرس الموضوعات

المقدمة..... أ -
الباب التمهيدي .....ص. 1
الفصل الأول: تحديد المفاهيم وضبط التصورات .....ص. 1
المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي .....ص. 2
المطلب الأول: تعريف الاجتهاد في اللغة والاصطلاح .....ص. 2
المطلب الثاني: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح .....ص. 4
المطلب الثالث: التعريف اللقبي الجامع للاجتهاد القضائي .....ص. 6
المبحث الثاني: ألفاظ الطلاق ومصطلحاته .....ص. 7
المبحث الثالث: الأحوال الشخصية .....ص. 11
المبحث الرابع: الزواج المختلط والطلاق المختلط .....ص. 14
المبحث الخامس: حرية الاعتقاد والمساواة .....ص. 18
المطلب الأول: حرية الدين في الشرع والقانون .....ص. 18
الفرع الأول: حرية الديانة في الشريعة الإسلامية .....ص. 18
الفرع الثاني: حرية الديانة في الدساتير والقوانين الوضعية .....ص. 21
المطلب الثاني: مبدأ المساواة بين البشر والجنسيين .....ص. 22
الفرع الأول: مبدأ المساواة مطلقا.....ص. 22
الفرع الثاني: المساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية .....ص. 24
الفرع الثالث: المساواة بين الجنسين في النظام القانوني الغربي .....ص. 27
الفرع الرابع: التمييز الإيجابي تجاه المرأة .....ص. 30
المبحث السادس: دار الإسلام والحرب والعهد والذمة والأمان والأقليات .ص. 32
المطلب الأول: دار الإسلام والحرب والعهد .....ص. 32
الفرع الأول: دار الإسلام والحرب .....ص. 32
الفرع الثاني: دار العهد والحياد .....ص. 34
الفرع الثالث: ثمرة تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار كفر .....ص. 36
المطلب الثاني: أهل الذمة والأمان .....ص. 40
المطلب الثالث: فقه الأقليات.....ص. 47
المبحث السابع: القانون الدولي الخاص .....ص. 50
المطلب الأول: تاريخ القانون الدولي الخاص وتعريفه وخصائصه .....ص. 50

المطلب الثاني: طبيعته وموضوعه ومصادره .....ص. 52
المبحث الثامن: مشروعية اقتباس المصطلحات .....ص. 55
الفصل الثاني: التطور التاريخي للقضاء والتشريع والطلاق .....ص. 62
المبحث الأول: تطور القضاء والطلاق في العصور الغابرة .....ص. 62
المطلب الأول: التشريع والقضاء في العصور الغابرة وتدوين القانون .....ص. 63
المطلب الثاني: القانون والقضاء عند اليونان وقبل الإسلام .....ص. 67
المطلب الثالث: أحكام الطلاق في العصور الغابرة وقبل الإسلام .....ص. 72
المبحث الثاني: القضاء والتشريع في عصر ازدهار الإسلام .....ص. 74
المطلب الأول: التشريع والقضاء في العصر النبوي والخلفاء .....ص. 74
الفرع الأول: التشريع والقضاء في العهد النبوي المبارك .....ص. 74
الفرع الثاني: القضاء والتشريع في عهد الخلفاء الراشدين.....ص. 76
المطلب الثاني: التشريع والقضاء في العصر الأموي والعباسي .....ص. 78
الفرع الأول: القضاء في عهد الأمويين .....ص. 78
الفرع الثاني: القضاء في عهد العباسيين .....ص. 79
المبحث الثالث: التشريع والقضاء في عصر الانحطاط .....ص. 80
المطلب الأول: عهد ما بين العباسيين وقيام العثمانيين .....ص. 80
المطلب الثاني: القضاء في الخلافة العثمانية .....ص. 81
المبحث الرابع: القضاء والطلاق في العصر الحديث.....ص. 83
المطلب الأول: تطور القضاء والتشريع عند الأوروبيين .....ص. 84
المطلب الثاني: تطور القضاء والتشريع عند العرب والمسلمين .....ص. 85
المطلب الثالث: تطور القضاء والطلاق في التشريع الجزائري .....ص. 89
الفرع الأول: تطور النظام القضائي في الجزائر .....ص. 89
الفرع الثاني: تاريخ قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر .....ص. 92
المبحث الخامس: تقنين الفقه الإسلامي ومشروعيته .....ص. 94
المطلب الأول: تعريف التقنين وتطوره التاريخي .....ص. 94
المطلب الثاني: إلزام القاضي بمذهب معين.....ص. 98
المطلب الثالث: مشروعية تقنين الفقه الإسلامي .....ص. 101
الفصل الثالث: مبادئ وأحكام ومناهج الاجتهاد القضائي .....ص. 106
المبحث الأول: مبادئ الاجتهاد القضائي .....ص. 106
المطلب الأول: مشروعية الاجتهاد القضائي وأهميته وفضله.....ص. 106
المطلب الثاني: أركان الاجتهاد القضائي ومجاله وآدابه .....ص. 111
المبحث الثاني: الأحكام الشرعية والقانونية للاجتهاد القضائي .....ص. 114
المطلب الأول: اجتهاد القاضي وسلطته التقديرية .....ص. 114
المطلب الثاني: أنواع اجتهاد القاضي وحجية اجتهاده .....ص. 120
المطلب الثالث: درجات اجتهاد القاضي .....ص. 123
الفرع الأول: درجات اجتهاد القاضي لدى الفقهاء الشرعيين .....ص. 123
الفرع الثاني: درجات اجتهاد القاضي المعاصر .....ص. 125
المطلب الرابع: استقلالية القضاء والرقابة عليه .....ص. 129
الفرع الأول: استقلالية القضاء في الإسلام .....ص. 129
الفرع الثاني: استقلالية القضاء في النظام القضائي المعاصر .....ص. 131
المطلب الخامس: القضاء بالشرع والوضع والتقاضي عند غير المسلم .....ص. 134
الفرع الأول: القضاء بالشرع والوضع .....ص. 134
الفرع الثاني: تنصيب قاض غير المسلم يحكم على أهل الذمة .....ص. 137
الفرع الثالث: تحاكم المسلم إلى قضاء غير إسلامي .....ص. 138
المطلب السادس: اشتراط الذكورة في القضاء .....ص. 141
المبحث الثالث: مناهج الاجتهاد القضائي .....ص. 147

المطلب الأول: مناهج الاجتهاد في الفقه الاسلامي .....ص. 147
المطلب الثاني: مناهج الاجتهاد في القضاء المعاصر .....ص. 156
الفرع الأول: منهاج الاجتهاد القضائي باعتبار تفسير النص القانوني .....ص. 156
الفرع الثاني: مناهج التشريع والقضاء باعتبار إقليمية القانون والتنازع.....ص. 158
المطلب الثالث: موازنة بين المناهج الاسلامية والمعاصرة والسوابق .....ص. 160
الفرع الأول: الفروق بين الاجتهاد الفقهي والقانوني .....ص. 160
الفرع الثاني: التعامل مع السوابق القضائية في الشرع والقانون .....ص. 162
البند الأول: أحكام السوابق في الشريعة والقانون .....ص. 162
البند الثاني: مناهج السوابق القضائية ومدارسها .....ص. 165
الباب الأول: انحلال الزواج المختلط .....ص. 168
الفصل الأول: أسس انحلال الزواج المختلط .....ص. 168
المبحث الأول: نظرية تنازع القوانين أو الاختصاص التشريعي .....ص. 168
المطلب الأول: التطور التاريخي لنظرية تنازع القوانين .....ص. 169
الفرع الأول: تطور نظرية تنازع القوانين تاريخيا .....ص. 169
الفرع الثاني: النظريات القانونية الحديثة لنظرية التنازع .....ص. 173
المطلب الثاني: التأصيل القانوني لنظرية تنازع القوانين .....ص. 175
الفرع الأول: مفهوم تنازع القوانين وقواعد الإسناد .....ص. 175
الفرع الثاني: قاعدة الإسناد وعناصرها .....ص. 177
المطلب الثالث: التأصيل الشرعي لنظرية تنازع القوانين .....ص. 180
الفرع الأول: تطبيق القانون الإسلامي على الذمي والمستأمن .....ص. 181
الفرع الثاني: اختلاف المعاصرين حول نظرية تنازع القوانين .....ص. 186
المطلب الرابع: الآليات الفنية لحل التنازع بين القوانين .....ص. 189
الفرع الأول: آلية التكييف.....ص. 189
الفرع الثاني: آلية الإحالة .....ص. 194
الفرع الثالث: حجية القانون الأجنبي .....ص. 197
الفرع الرابع: تعدد التشريعات في القانون الأجنبي .....ص. 201
الفرع الخامس: قانون الجنسية المشتركة .....ص. 203
الفرع السادس: الاختصاص القضائي الدولي.....ص. 204
المبحث الثاني: نظرية الجنسية..... .....ص. 207
المطلب الأول: التطور التاريخي للجنسية.....ص. 207
المطلب الثاني: الجنسية في القانون المعاصر .....ص. 210
المطلب الثالث: نظرية الجنسية في الفقه الإسلامي .....ص. 214
المطلب الرابع: كسب الجنسية بالزواج المختلط وفقدها بانحلاله .....ص. 225
المطلب الخامس: صعوبات يثيرها ضابط الجنسية في تنازع القوانين .....ص. 230
المبحث الثالث: الدفع بالنظام والعام والغش نحو القانون .....ص. 233
المطلب الأول: دفع القانون الأجنبي الواجب التطبيق بالنظام العام .....ص. 233
الفرع الأول : التعريف بالنظام العام وتطوره وأحكامه .....ص. 233
البند الأول: تعريف نظرية النظام العام في القانون وتطورها.....ص. 234
البند الثاني: تعريف النظام العام من خلال نظرية تنازع القوانين.....ص. 235
الفرع الثاني: خصائص النظام العام وشروطه والأثر المكتسب.....ص. 237
الفرع الثالث: تطبيقات نظرية النظام العام.....ص. 241
المطلب الثاني: دفع القانون الأجنبي بالغش نحو القانون .....ص. 243
الفرع الأول: نشأة نظرية الغش وتعريفها .....ص. 243
الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون .....ص. 244
الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على انحلال الزواج.....ص. 246
المبحث الأول: أحكام الزواج المختلط دينيا .....ص. 246

المطلب الأول: التعريف بالمشرك والكافر والكتابي.....ص. 246
المطلب الثاني: زواج المسلم بالكتابية .....ص. 248
الفرع الأول: زواج المسلم بالكتابية الحرة في دار الإسلام .....ص. 248
الفرع الثاني: زواج المسلم من الكتابية الحربية .....ص. 250
الفرع الثالث: زواج المسلم من الكتابية المملوكة والمسبية .....ص. 251
الفرع الرابع: زواج المسلم من الكتابية في عصرنا وضوابطه .....ص. 252
المطلب الثالث: زواج المسلم بالكافرة والمشركة والمسلمة بغير المسلم .....ص. 253
المطلب الرابع: الزواج مع اختلاف الدين في القانون والقضاء .....ص. 257
المبحث الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة مع اختلاف الدين .....ص. 260
المطلب الأول: الطلاق مع اختلاف الدين في الإسلام وغيره .....ص. 260
الفرع الأول: طلاق المسلم لزوجته الغير مسلمة وخلعها منه .....ص. 261
الفرع الثاني: طلاق أهل الملل فيما بينهم .....ص. 262
الفرع الثالث: طلاق أهل الذمة في كنف دولة الإسلام .....ص. 264
المطلب الثاني: الطلاق مع اختلاف الدين في التشريع والقضاء .....ص. 265
المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين على التطليق.....ص. 267
المطلب الأول: مشروعية التطليق شرعا وقضاء .....ص. 267
المطلب الثاني: الأسباب المشروعة للتطليق القضائي .....ص. 269
الفرع الأول: التطليق للإعسار وعدم الإنفاق.....ص. 270
الفرع الثاني: التفريق للعيب .....ص. 272
الفرع الثالث: التطليق للهجر في الفراش .....ص. 274
الفرع الرابع: التطليق للغياب والفقدان والحبس.....ص. 274
الفرع الخامس: التطليق للشقاق المستمر والنشوز .....ص. 278
الفرع السادس: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة .....ص. 280
الفرع السابع: التطليق لمخالفة الشروط الجعلية .....ص. 281
الفرع الثامن: التطليق للضرر المعتبر شرعا .....ص. 284
المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على أحكام التطليق .....ص. 285
الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على التطليق القضائي .....ص. 286
الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على التفريق الشرعي .....ص. 287
البند الأول: أثر اختلاف الدين على اللّـعان .....ص. 287
البند الثاني: أثر اختلاف الدين على الإيلاء .....ص. 289
البند الثالث: الظـهـار مع اختلاف الدين .....ص. 290
المبحث الرابع: إسلام أحد الزوجين الكافرين وأثره على الفرقة .....ص. 291
المطلب الأول: إسلام أحد الزوجين في دار الإسلام .....ص. 292
المطلب الثاني: أثر اختلاف الدار على انحلال الزواج .....ص. 298
المطلب الثالث: إسلام أحد الزوجين في القانون وتكييف فرقته.. .....ص. 300
المبحث الخامس: ردة أحد الزوجين المسلمين وأثره على الفرقة .....ص. 302
الفصل الثالث: أثر اختلاف الجنسية على انحلال الزواج .....ص. 306
المبحث الأول: أثر اختلاف الجنسية على الطلاق المختلط بالإرادة المنفردة.....ص. 306
المطلب الأول: أنواع الانحلال في الزواج المختلط ونظريات تحديد القانون.....ص. 306
الفرع الأول: أنواع الانحلال في الطلاق المختلط .....ص. 307
الفرع الثاني: نظريات تحديد القانون الواجب التطبيق .....ص. 311
المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على الطلاق بالإرادة المنفردة.....ص. 313
المطلب الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الخلع .....ص. 318
المبحث الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق القضائي والشرعي والانفصال..ص. 326
المطلب الأول: أثر اختلاف الجنسية على التطليق القضائي والانفصال.....ص. 326
المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على التطليق الشرعي.....ص. 332

الفرع الأول: أثر اختلاف الجنسية على اللعان .....ص. 332
الفرع الثاني: الإيلاء في الزواج المختلط بسبب الجنسية .....ص. 334
الفرع الثالث: الظهار في الزواج المختلط بسبب الجنسية .....ص. 336
المبحث الثالث: الاستثناءات الواردة على قواعد انحلال المختلط .....ص. 337
المطلب الأول: استثناء حمل أحد الزوجين لجنسية القاضي .....ص. 337
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الطلاق .....ص. 341
الفرع الأول: الفروق بين شكل ومضمون في التصرف القانوني .....ص. 341
الفرع الثاني: قاعدة لوكوس .....ص. 343
الفرع الثالث: نظرة شرعية لشكل انحلال المختلط .....ص. 346
المطلب الثالث: دفع قانون انحلال المختلط بالنظام العام.....ص. 348
المطلب الرابع: دفع قانون انحلال المختلط بالغش .....ص. 351
المطلب الخامس: الأحكام الوقتية الاستعجالية والإجراءات .....ص. 354
المبحث الرابع: الانتقادات الموجهة للتشريع العربي الإسلامي .....ص. 355
المطلب الأول: المساس بمصلحة الزوجين بسبب الجنسية .....ص. 356
المطلب الثاني: الخلط بين الجنسية والهوية الدينية .....ص. 359
المطلب الثالث: المساس بالمساواة بين الرجل والمرأة .....ص. 360
المطلب الرابع: المساس بمصلحة الزوجة بتقييد وقت الطلاق .....ص. 364
الباب الثاني: آثار انحلال الزواج المختلط .....ص. 366
الفصل الأول: الحضانة في الطلاق المختلط .....ص. 366
المبحث الأول: أحكام الحضانة في الشرع والقانون .....ص. 367
المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها .....ص. 367
المطلب الثاني: مصلحة المحضون .....ص. 370
المطلب الثالث: التكييف الشرعي والقانوني للحضانة .....ص. 372
الفرع الأول: التكييف الشرعي للحضانة .....ص. 373
الفرع الثاني: التكييف القانوني للحضانة .....ص. 373
الفرع الثالث: تكييف الحضانة بين أهل الشرع وأهل القانون .....ص. 375
المطلب الرابع: الأم أحق بحضانة ولدها بعد طلاقها ومرتبة الأب .....ص. 377
الفرع الأول: إسناد الحضانة للأم في الشرع والقانون .....ص. 377
البند الأول: إسناد الحضانة للأم في الشرع .....ص. 377
البند الثاني: إسناد الحضانة للأم في القانون والقضاء .....ص. 378
الفرع الثاني: مرتبة الأب بعد الأم في إسناد الحضانة .....ص. 380
المطلب الخامس: شروط الحضانة ..**البلوغ..الحرية..التفرغ..الزواج**..التنازل.....ص. 382
المطلب السادس: مدة الحضانة وأجرتها .....ص. 387
الفرع الأول: مدة البقاء عند الحاضنة شرعا.....ص. 388
الفرع الثاني: مدة الحضانة في التشريع والاجتهاد .....ص. 390
الفرع الثالث: أجرة الحضانة .....ص. 392
المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الحضانة .....ص. 393
المطلب الأول: دين أولاد غير المسلمين .....ص. 394
المطلب الثاني: إسلام الحاضنة وعدالتها .....ص. 396
الفرع الأول: اشتراط العدالة في الحاضنة المسلمة .....ص. 396
الفرع الثاني: اشتراط الإسلام في الحاضنة .....ص. 397
المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على الحضانة في التشريع .....ص. 400
المبحث الثالث: أثر اختلاف الجنسية على الحضانة .....ص. 406
المطلب الأول: الانتقال بالمحضون .....ص. 406
الفرع الأول: انتقال الحاضن بمحضونه في الفقه الإسلامي.....ص. 406
الفرع الثاني: انتقال الحاضن بالمحضون في التشريع والقضاء .....ص. 407

المطلب الثاني: ضابط الإسناد المعتمد في قضايا الحضانة .....ص. 411
المطلب الثالث: المعاهدات الدولية الخاصة بضبط قضايا الحضانة .....ص. 415
المبحث الرابع: توفير السكن للمحضون وحاضنته .....ص. 418
المطلب الأول: توفير السكن في الفقه الإسلامي .....ص. 419
المطلب الثاني: توفير السكن في القانون والقضاء .....ص. 420
الفصل الثاني: التعويض في انحلال الزواج المختلط.....ص. 423
المبحث الأول: أحكام النفقة والمتعة في الشرع والقانون .....ص. 423
المطلب الأول: تعريف نفقة الطلاق وأنواعها .....ص. 424
الفرع الأول: تعريف نفقة الزواج والطلاق .....ص. 424
الفرع الثاني: أنواع نفقة الطلاق .....ص. 426
الفرع الثالث: استقلالية الذمة المالية للزوجة .....ص. 427
المطلب الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للطلاق.....ص. 431
الفرع الأول: الحكم الشرعي لأصل الطلاق .....ص. 431
الفرع الثاني: التكييف القانوني لأصل الطلاق .....ص. 434
المطلب الثالث: متعة الطلاق.....ص. 435
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي .....ص. 441
المطلب الأول: التعويض وتطوره في المجال المعنوي .....ص. 441
الفرع الأول: مفهوم التعويض والضرر والتعسف .....ص. 441
الفرع الثاني: تطور نظرية التعويض عن الضرر المعنوي .....ص. 447
البند الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.....ص. 447
البند الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في القانون .....ص. 450
المطلب الثاني: نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي.....ص. 451
الفرع الأول: تطور نظرية التعويض عن الطلاق التعسفي .....ص. 451
الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي .....ص. 453
الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون .....ص. 455
المطلب الثالث: الموازنة بين التعويض عن التعسف والمتعة .....ص. 463
المطلب الرابع: التعسف في طلاق الفار والخلع .....ص. 465
الفرع الأول: طلاق الفار في الفقه الإسلامي .....ص. 465
الفرع الثاني: طلاق الفار في القانون .....ص. 466
الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق الخلع .....ص. 467
المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين والجنسية على تعويض الطلاق .....ص. 469
المطلب الأول: تعويض الزوجة المطلقة الكتابية .....ص. 469
المطلب الثاني: تعويض الزوجة في حال أسلم أو ارتد أحد الزوجين .....ص. 470
الفرع الأول: التعويض في حالة إسلام أحد الزوجين .....ص. 471
البند الأول: التعويض في حالة إسلام الزوج .....ص. 471
البند الثاني: التعويض في حالة إسلام الزوجة .....ص. 472
الفرع الثاني: تعويض الزوجة عند ردة أحد الزوجين .....ص. 473
المطلب الثالث: تعويض الزوجة إذا اختلفت جنسية الزوجين.....ص. 475
الفصل الثالث: العدة في انحلال الزواج المختلط .....ص. 478
المبحث الأول: أحكام العدة في انحلال الزواج .....ص. 478
المطلب الأول: تعريف العدة ومشروعيتها وحِكَمُها .....ص. 478
المطلب الثاني: أنواع العُدد .....ص. 482
الفرع الأول: عدة المطلقة قبل الدخول.....ص. 482
الفرع الثاني: أثرة الخلوة بالزوجة على العدة .....ص. 482
الفرع الثالث: عدة المطلقة ذات الأقراء الحائل بعد الدخول .....ص. 483
الفرع الرابع: عدة المطلقة الحامل .....ص. 484

الفرع الخامس: عدة من لم يسبق لها حيض والآيسة .....ص. 485
الفرع السادس: عدة من بلغت سنا تحيض فيه عادة لكنها لم تحض .....ص. 485
الفرع السابع: عدة المرتابة .....ص. 486
الفرع الثامن: عدة المرأة من زنى .....ص. 487
المطلب الثالث: بعض أحكام العِدّة .....ص. 488
الفرع الأول: حكم الزواج بامرأة في عدتها .....ص. 488
الفرع الثاني: التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن .....ص. 489
الفرع الثالث: خروج المعتدة من طلاق بائن من بيتها .....ص. 489
الفرع الرابع: طلاق المرأة أثناء عدتها .....ص. 480
المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين والجنسية على عدة الطلاق .....ص. 491
المطلب الأول: أثر اختلاف الدين الأصلي والطارئ على العدة .....ص. 491
الفرع الأول: عدة مطلقة المسلم .....ص. 491
الفرع الثاني: عدة الذمية المطلقة من زوجها الذمي .....ص. 493
الفرع الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على العدة .....ص. 496
المطلب الثاني: أثر اختلاف الجنسية على العدة .....ص. 497
الخاتمة .....ص. 499
الفهارس..... .....ص. 506
فهرس المراجع .....ص. 506
فهرس الموضوعات .....ص. 524
الملخص باللغة العربية والانجليزية .....ص. 531

ملخص

أكرم الله تعالى البشرية ببعثة سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ليخرجهم من الظلمات إلى النور، فأتاهم بقواعد وأحكام نورانية شرّعها ربّ البرية منارة للناس؛ ليعيش المجتمع المسلم على هُدى من ربّه، وحين أقام الرسول الأكرم والخلفاء من بعده تلك القواعد صارت أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس، تعلمهم الخير وتحكمهم بالعدل والصلاح، ثمّ ترك المسلمون العمل بها، وراحوا يُحكمون آراء الرجال تاركين الاجتهاد ومذعنين للتقليد بزعم انقراض أهله؛ فسقطوا في غياهب التخلف حتى ركبتهم الأمم وطغت عليهم، ومؤخرا استبدلوا مرجعيتهم المقدسة بقوانين محدثة لا علاقة لها بالهوية، لم يسلم من ذلك سوى مجال الأحوال الشخصية، الذّي تُرك لحكم الإسلام لا حبا فيه إنما لصعوبة فصله، وبعد استقلال دولنا حاول أذناب المستعمِر الإجهاد على ما بقي من ارتباط التقنين بالدين، لكن دون جدوى بسبب تمسّك الأمة بهويتها.

وتُعتبر مسألة انحلال الزواج المختلط الأرض الخصبة لإبراز أهمية ربط قوانيننا -بكلّ فروعها- بمرجعية الإسلام الرائدة؛ حتى تعود أمتنا لسابق عهدها من الرقيّ والصدارة في جميع الميادين، حيث بحثنا فيها أحكام الطلاق المختلط، الذّي يختلف فيه دين الزوجين أو جنسيتهما، مع المقارنة بمواضع فرع القانون الدولي الخاص الذي صار آلية حضارية لفك النزاعات الدولية، والذّي لم تتمّ دراسته وفق هويتنا الدينية إلا في إطار ضيّق وبطريقة محتشمة، كما نظرنا في موافقة مختلف أبواب هذا الفرع المهم لأحكام الشرع، بحكم أنّ فقهاء الإسلام سبق لهم التعرّض لبعض أبوابه من خلال التطرق لنظرية عقد الذمة والأمان، وعند الحديث عن أحكام دار الإسلام والحرب والعهد، ومختلف مسائل العلاقات الدولية، كما تمّ النظر في مرجعية قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومقارنتها بما يقابلها من قواعد القانون المدني لدول أوروبا، اعتمادا على آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في بلدان ضفتي المتوسط، عن طريق المقارنة بينها وبين الاجتهاد القضائي والفقهي الإسلامي.

Summary

Allah Almighty honored mankind when He sent his messenger Muhammad PBUH, to bring them out of the darkness into the light, and it was among the best thing he come with was the principles of light and rules enacted by the Lord to illuminate them; then the Muslim community became a pioneer of good, a teacher of the people calling them to goodness, but after years, the Muslims replaced those lofty rules with the opinions of men and imams; So, they left Diligence in understanding the holly text and submitted to the defamed tradition, claiming that the people of search extinct, or that its eligibility had been irrevocably gone, Since nearly a century due to a factors Maha, the military colonization of all the Islamic countries from the Crusader camp, the Islamic reference was replaced by modern laws that have nothing to do with our identity and religion. Only the sphere of personal status was spared from change because of its connection to belief, where this field was left to the rule of Islam not by love, but rather because of necessity and reality, After

independence, the colonial tails attempted to stress the remaining connection to legalization of religion, but to no avail due to the nation's adherence to its identity.

And the issue of dissolution of mixed marriage is considered like a platform to highlight what we mentioned; by entering into the provisions of divorce if the religion of the spouses differs or their nationality is different, and the branch of Private international law, which is considered a civilized mechanism for the resolution of international personal and private disputes, was not studied according to the Islamic reference except in a narrow framework and in a modest way, therefore this thesis was through discussion of the mixed divorce part; a way to consider the various sections of this important legal branch; in terms of its approval The peremptory and presumptive provisions of Sharia, because the jurists of Islam have been exposed to each other through the theory of the contract of release and safety and when talking about international relations when they mentioned: the house of Islam and war and the covenant, and accordingly, the answers to the problems presented in it were a reference study of three Algerian legal branches Arab and European are: the Personal Status Branch, the civil branch, and private international law; by comparing the various legislations and judicial jurisprudence and from where they derive from the rules of Sharia, an increase in the memorandum came as an introductory chapter to set perceptions and terms and mentioned the historical development of legislation and the jurisprudence in its application, and the comparison between the jurisprudence The well-known Sharia in the history of Islam, and the legal jurisprudence upon which the contemporary judiciary has settled.

ملخص:

أكرم الله تعالى البشرية ببعثة سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ليخرجهم من الظلمات إلى النور، فأتاهم بقواعد وأحكام نورانية شرّعها ربّ البرية منارة للناس؛ ليعيش ا تمع المسلم على هُدى من ربّه، وحين أقام الرسول الأكرم والخلفاء من بعده تلك القواعد صارت أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس، تعلمهم الخير وتحكمهم بالعدل والصلاح، ثمّ ترك المسلمون العمل ا، وراحوا يُحكمون آراء الرجال تاركين الاجتهاد ومذعنين للتقليد بزعم انقراض أهله؛ فسقطوا في غياهب التخلف حتى ركبتهم الأمم وطغت عليهم، ومؤخرا استبدلوا مرجعيتهم المقدسة بقوانين محدثة لا علاقة لها بالهوية، لم يسلم من ذلك سوى مجال الأحوال الشخصية، الذّي تُرك لحكم الإسلام لا حبا فيه إنما لصعوبة فصله، وبعد استقلال دولنا حاول أذناب المستعمِر الإجهاد على ما بقي من ارتباط التقنين بالدين، لكن دون جدوى بسبب تمسّك الأمة ويتها. وتُعتبر مسألة انحلال الزواج المختلط الأرض الخصبة لإبراز أهمية ربط قوانيننا –بكلّ فروعها– بمرجعية الإسلام الرائدة؛ حتى تعود أمتنا لسابق عهدها من الرقيّ والصدارة في جميع الميادين، حيث بحثنا فيها أحكام الطلاق المختلط، الذّي يختلف فيه دين الزوجين أو جنسيتهما، مع المقارنة بمواضع فرع القانون الدولي الخاص الذي صار آلية حضارية لفك النزاعات الدولية، والذّي لم تتمّ دراسته وفق هويتنا الدينية إلا في إطار ضيّق وبطريقة محتشمة، كما نظرنا في موافقة مختلف أبواب هذا الفرع المهم لأحكام الشرع، بحكم أنّ فقهاء الإسلام سبق لهم التعرّض لبعض أبوابه من خلال التطرق لنظرية عقد الذمة والأمان، وعند الحديث عن أحكام دار الإسلام والحرب والعهد، ومختلف مسائل العلاقات الدولية، كما تمّ النظر في مرجعية قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومقارنتها بما يقابلها من قواعد القانون المدني لدول أوروبا، اعتمادا على آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في بلدان ضفتي المتوسط، عن طريق المقارنة بينها وبين الاجتهاد القضائي والفقهي الإسلامي.

كلمات مفتاحية:

انحلال الزواج المختلط؛ الطلاق المختلط؛ الطلاق؛ الاجتهاد؛ الاجتهاد القضائي ؛ التعويض عن الطلاق؛ الحضانة؛ العدة؛ القانون الدولي الخاص؛ الزواج المختلط

تاريخ المناقشة: 2022/03/30

بتقدير:مشرف جدا

ملخص:

أكرم الله تعالى البشرية ببعثة سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ليخرجهم من الظلمات إلى النور، فأتاهم بقواعد وأحكام نورانية شرّعها ربّ البرية منارة للناس؛ ليعيش ا تمع المسلم على هُدى من ربّه، وحين أقام الرسول الأكرم والخلفاء من بعده تلك القواعد صارت أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس، تعلمهم الخير وتحكمهم بالعدل والصلاح، ثمّ ترك المسلمون العمل ا، وراحوا يُحكمون آراء الرجال تاركين الاجتهاد ومذعنين للتقليد بزعم انقراض أهله؛ فسقطوا في غياهب التخلف حتى ركبتهم الأمم وطغت عليهم، ومؤخرا استبدلوا مرجعيتهم المقدسة بقوانين محدثة لا علاقة لها بالهوية، لم يسلم من ذلك سوى مجال الأحوال الشخصية، الذّي تُرك لحكم الإسلام لا حبا فيه إنما لصعوبة فصله، وبعد استقلال دولنا حاول أذناب المستعمِر الإجهاد على ما بقي من ارتباط التقنين بالدين، لكن دون جدوى بسبب تمسّك الأمة ويتها. وتُعتبر مسألة انحلال الزواج المختلط الأرض الخصبة لإبراز أهمية ربط قوانيننا –بكلّ فروعها– بمرجعية الإسلام الرائدة؛ حتى تعود أمتنا لسابق عهدها من الرقيّ والصدارة في جميع الميادين، حيث بحثنا فيها أحكام الطلاق المختلط، الذّي يختلف فيه دين الزوجين أو جنسيتهما، مع المقارنة بمواضع فرع القانون الدولي الخاص الذي صار آلية حضارية لفك النزاعات الدولية، والذّي لم تتمّ دراسته وفق هويتنا الدينية إلا في إطار ضيّق وبطريقة محتشمة، كما نظرنا في موافقة مختلف أبواب هذا الفرع المهم لأحكام الشرع، بحكم أنّ فقهاء الإسلام سبق لهم التعرّض لبعض أبوابه من خلال التطرق لنظرية عقد الذمة والأمان، وعند الحديث عن أحكام دار الإسلام والحرب والعهد، ومختلف مسائل العلاقات الدولية، كما تمّ النظر في مرجعية قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومقارنتها بما يقابلها من قواعد القانون المدني لدول أوروبا، اعتمادا على آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في بلدان ضفتي المتوسط، عن طريق المقارنة بينها وبين الاجتهاد القضائي والفقهي الإسلامي.

كلمات مفتاحية:

انحلال الزواج المختلط؛ الطلاق المختلط؛ الطلاق؛ الاجتهاد؛ الاجتهاد القضائي ؛ التعويض عن الطلاق؛ الحضانة؛ العدة؛ القانون الدولي الخاص؛ الزواج المختلط

تاريخ المناقشة: 2022/03/30

بتقدير:مشرف جدا