

التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج  
في الفقه الإسلامي  
والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية

إعداد

محمود عباس صالح أبو عيسى

إشراف

الدكتور مروان القدومي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية  
الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين  
1426هـ / 2005م



التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج  
في الفقه الإسلامي  
والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية

إعداد

محمود عباس صالح أبو عيسى

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 21 / 9 / 2005م وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

1- الدكتور مروان القدومي/ رئيساً

2- الدكتور شفيق عياش/ ممتحناً خارجياً

3- الدكتور عبدالمنعم أبو قاهوق/ ممتحناً داخلياً

## الإهداء

كمهدي البحر قطرة من قطراته... وكمهدي الروض زهرة من زهراته... وكمهدي

المسك نفحة من نفحاته... أهديك يا حبيبي يا رسول الله بحفي هذا

كما وأهديه إلى من شاركني في حركاتي وسكناتي... في أحلامي وطموحاتي... إلى من رافقني خلال سنوات

تعليمي ثم تركني وارتحل... إلى بابي الأول إلى الجنة...

إلى روح والدي رحمه الله

إلى من مسحت بأناملها عبراتي... ودعت لي في جوف الليالي... إلى من طمأننت قلبي بنظراتها وعطفها... إلى بابي

الثاني إلى الجنة... والدي الحنون...

إلى من كان بمثابة الأب الحنون... من ساندني وساعدني حتى نهاية تعليمي... إلى من قلت له إن الضعيف على

الأجواد محمول... العم الفاضل أبي سامر..

إلى صاحب كل نقطة دم مباركة نذفت... إلى كل يد معطاءة وراء القضبان قبعت... إلى كل من افترش الأرض

وتلحف السماء...

إلى من أَلَّفَ اللهُ بين روحي وروحها.. من كانت سنداً لي على طاعة ربي.. زوجتي الغالية أم الفضل

إلى فلذة كبدي... ومهجة قلبي وروحي... ولدي الغالي فضل

إلى من شغلوا شغاف قلبي... الغوالي من أقاربي... إخوتي وأخواتي..

إلى كل من علمني حرفاً... إلى كل ذي فضل ومن له حق عليّ...

مشرفين وأساتذة ومعلمين ..

لكل هؤلاء أتقدم بإهداء هذه الرسالة

## شكر وتقدير

بعد أن مَنَّ اللهُ عليَّ بإِتِّمَامِ هذه الرسالة فإنني أشكر الله ذا المَنَّ والفضل والإحسان، الذي بنعمته تتم الصالحات، الذي مَنَّ عليَّ بنعمة العلم ويسر لي سبله، والذي أعانني على تقديم هذا العمل المتواضع، والذي سخر لي من أعانوني على إتمامه، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى مرشدي الفاضل... فضيلة الأستاذ المشارك مروان القدومي الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهد ووقت ونصح وإرشاد، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى فضيلة الدكتور شفيق موسى عياش وفضيلة الدكتور عبدالمنعم جابر أبوقاهوق اللذين تفضلا بقبول مناقشة هذه الرسالة.

كما أشكر شقيقي فضيلة القاضي الشرعي محمود صالح مصلح أبو حسن الذي ما فتئ بإرشاداته وتعليماته ونصائحه يشدُّ أزرِي.

إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة ولم يبخل عليَّ بإرشاد أو توجيه... إلى من شجعني باستمرار وشدَّ عليَّ أزرِي شقيقي الغالي فضل "أبي إسلام"

إلى الشبل الناشئ عبدالله جمال زيد أبو فرحة... الذي بذل الكثير من وقته في طباعة هذه الرسالة حتى خرجت على الوجه المطلوب.

والله أسأل أن يبارك فيهم جميعاً ويجزيهم خير الجزاء إنه السميع المجيب.

## مسرد الموضوعات

الصفحة	الموضوع
ب	الإهداء
ث	شكر وتقدير
ج	مسرد الموضوعات
س	الملخص
1	المقدمة
5	الفصل التمهيدي
6	المبحث الأول: حكمة الإسلام من تشريع الزواج
10	المبحث الثاني: حكمة الإسلام من إباحة الطلاق
13	المبحث الثالث: مجالات حق المرأة في طلب التفريق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية
13	المطلب الأول: التفريق لعدم الإنفاق
15	المطلب الثاني: التفريق للشقاق والنزاع
16	المطلب الثالث: التفريق للعيوب
18	المطلب الرابع: التفريق للفقد
20	المطلب الخامس: التفريق للغيبة
21	المطلب السادس: التفريق للحبس
22	الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الحبس في الفقه الإسلامي
23	المبحث الأول: في مفهوم الفرقة والحبس
23	المطلب الأول: مفهوم الفرقة في اللغة والاصطلاح
24	المطلب الثاني: مفهوم الحبس في اللغة والاصطلاح
25	المطلب الثالث: مكان ومدة الحبس في الشريعة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين
26	الفرع الأول: مكان الحبس

28	الفرع الثاني: مدة الحبس
28	القسم الأول: الحبس المحدد المدة
29	القسم الثاني: الحبس غير محدد المدة
31	المبحث الثاني: حق المرأة في طلب الفرقة بسبب حبس زوجها في الفقه الإسلامي
31	المطلب الأول: حق الزوجة في الوطاء وأثر الحبس على هذا الحق
34	المطلب الثاني: بيان الذي له الحق في إيقاع الطلاق
37	المبحث الثالث: مذاهب الفقهاء في التفريق للحبس في الفقه الإسلامي
37	المطلب الأول: آراء الفقهاء في التفريق للحبس
38	المطلب الثاني: أدلة الفريقين
44	المطلب الثالث: مدة الحبس المحيضة للتفريق عند الفقهاء
46	المطلب الرابع: شروط المالكية والحنابلة في التفريق للحبس
49	المبحث الخامس: هل الفرقة للحبس طلاق أم فسخ؟ والأثر المترتب على ذلك
49	المطلب الأول: مفهوم الطلاق
50	المطلب الثاني: أنواع الطلاق وآثار كل نوع
50	الفرع الأول: أنواع الطلاق
51	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي والبائن بنوعيه
51	أولاً: آثار الطلاق الرجعي
53	ثانياً: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى
54	ثالثاً: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى
55	المطلب الثالث: مفهوم الفسخ
55	المطلب الرابع: الفرق بين الطلاق والفسخ
58	المطلب الخامس: نوع الطلاق في التفريق للحبس
58	الفرع الأول: أقوال الفقهاء
58	القول الأول: إنه طلاق بائن بينونة صغرى
59	القول الثاني: إنه طلاق رجعي

60	القول الثالث: إنه فسخ
62	الفرع الثاني: المناقشة والترجيح
64	الفصل الثاني: التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية
65	المبحث الأول: في النص القانوني
65	المطلب الأول: النص القانوني والأسباب الموجبة له
65	أولاً: النص القانوني
65	ثانياً: الأسباب الموجبة له
66	ثالثاً: شرح النص
68	المطلب الثاني: التفريق للحبس في بعض قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية
68	الفرع الأول: النصوص القانونية
70	الفرع الثاني: المقارنة بين قانون الأحوال الشخصية المعمول به وقوانين الأحوال الشخصية المذكورة سابقاً
72	المطلب الثالث: شروط التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية
76	المطلب الرابع: تعقيبات على مادة التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية
81	المبحث الثاني: نظرية دعوى التفريق للحبس
81	المطلب الأول: تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً
83	المطلب الثاني: عناصر دعوى التفريق للحبس
84	المطلب الثالث: شروط دعوى التفريق للحبس
86	المطلب الرابع: صحة الخصومة والوظيفة والصلاحيات في دعوى التفريق للحبس
86	الفرع الأول: صحة الخصومة
87	أولاً: معنى الخصومة في اللغة
87	ثانياً: معنى الخصومة في الاصطلاح
87	ثالثاً: الخصم في الدعوى
88	الفرع الثاني: الاختصاص الوظيفي
90	الفرع الثالث: الاختصاص المكاني؛ ويسمى الاختصاص المحلي (الصلاحيات)

92	المبحث الثالث: إجراءات التقاضي في دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية
92	المطلب الأول: الشروع في الدعوى
92	الفرع الأول: رفع الدعوى وقيدها
93	الفرع الثاني: لائحة دعوى التفريق للحبس
95	الفرع الثالث: تبليغ لائحة الدعوى
95	أولاً: التبليغ
95	ثانياً: ورقة التبليغ
96	ثالثاً: إجراءات التبليغ
96	المسألة الأولى: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون السلطة الفلسطينية
97	المسألة الثانية: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون الاحتلال الإسرائيلي
98	المسألة الثالثة: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون إحدى الدول المجاورة
99	المطلب الثاني: كيفية رؤية دعوى التفريق للحبس
100	الفرع الأول: إجراءات الدعوى حال حضور الطرفين المتداعيين حتى نهاية الدعوى
103	الفرع الثاني: إجراءات الدعوى حال حضور الزوجة وغياب الزوج المدعى عليه
106	المطلب الثالث: الأحوال الطارئة على دعوى التفريق للحبس
106	الفرع الأول: وفاة أحد الفرقاء
106	الفرع الثاني: إسقاط الدعوى بسبب غياب الزوجة
106	الفرع الثالث: الإفراج أو العفو عن الزوج المسجين
107	الفرع الرابع: هروب الزوج من الحبس وفراره
108	<b>الفصل الثالث: إثبات دعوى التفريق للحبس</b>
111	المبحث الأول: الإثبات بالبينة الخطية
111	المطلب الأول: تعريف البينة الخطية لغة واصطلاحاً وفي القانون
112	المطلب الثاني: حجية البينة الخطية
112	المطلب الثالث: ماهية البينة الخطية الرسمية في دعوى التفريق للحبس، وشروطها
113	الفرع الأول: أنواع البينة الخطية في دعوى التفريق للحبس

114	الفرع الثاني: شروط البينة الخطية في دعوى التفريق للحبس
117	المبحث الثاني: البينة الشخصية (الشهادة)
117	المطلب الأول: تعريف الشهادة وحجيتها
118	المطلب الثاني: نصاب الشهادة في حقوق العباد وحصر الشهود
120	المطلب الثالث: صورة الشهادة في دعوى التفريق للحبس
122	المبحث الثالث: الإثبات باليمين
122	المطلب الأول: تعريف اليمين وحجيتها
122	الفرع الأول: تعريف اليمين في اللغة والاصطلاح
123	الفرع الثاني: مشروعية اليمين
124	المطلب الثاني: نوع اليمين في دعوى التفريق للحبس وصورتها وطريقة تبليغها
124	الفرع الأول: نوع اليمين
124	الفرع الثاني: صورة اليمين وطريقة تبليغها
126	المطلب الثالث: النكول
128	<b>الفصل الرابع: الحكم القضائي والآثار المترتبة عليه</b>
129	المبحث الأول: في الحكم القضائي
129	المطلب الأول: تعريف الحكم
129	المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها وموقع الحكم في دعوى التفريق للحبس من هذه الأقسام
130	القسم الأول: الأحكام الابتدائية
131	القسم الثاني: الأحكام النهائية
131	القسم الثالث: الحكم البات
132	المطلب الثالث: شروط الحكم في دعوى التفريق للحبس
133	المطلب الرابع: صيغة ومضمون الحكم
134	المبحث الثاني: تبعية الحكم للاستئناف
135	المطلب الأول: الأحكام القابلة للاستئناف

136	المطلب الثاني: مدة الاستئناف في دعوى التفريق للحبس
137	المطلب الثالث: مكان وشروط تقديم طلب الاستئناف
137	الفرع الأول: مكان تقديم طلب الاستئناف
138	الفرع الثاني: شروط طلب الاستئناف
139	المطلب الرابع: الإجراءات في محكمة الاستئناف الشرعية
141	المطلب الخامس: إجراءات المحكمة الابتدائية بعد قرار محكمة الاستئناف الشرعية
143	المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق للحبس
143	المطلب الأول: الآثار القانونية
144	المطلب الثاني: العدة الشرعية
146	المطلب الثالث: حق المطالبة بنفقة العدة
148	المطلب الرابع: حق المطالبة بالمهر
148	الفرع الأول: إذا كان التفريق بين الزوجين بعد دخول الزوج بزواجه
149	الفرع الثاني: إذا كان التفريق قبل الدخول أو الخلوة الشرعيين بينهما، وكان المهر مسمى في العقد تسميه صحيحة، وكان عقد الزواج صحيحاً
150	الفرع الثالث: إذا كان التفريق قبل الدخول وبعد الخلوة الشرعية، وكان عقد الزواج صحيحاً
152	المطلب الخامس: حق المتعة
154	الخاتمة
155	التوصيات
156	مسرد الآيات
159	مسرد الأحاديث
160	مسرد الأعلام
161	مسرد المصادر والمراجع
b	Abstract

التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج  
في الفقه الإسلامي  
والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية  
إعداد  
محمود عباس صالح أبو عيسى  
إشراف  
الدكتور مروان القدومي

### الملخص

يهدف الإسلام من تشريعه للزواج إلى بناء مجتمع متكامل وإيجاد أسرة متماسكة، وإلى تحصين الزوجين وقضاء غريزتهما الفطرية ضمن الحدود والضوابط الشرعية، وبالتالي تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، فأوجد الإسلام عقد الزواج ليضبط ذلك كله، لكن لاختلاف الطباع قد تحصل بين الزوجين مشاكل لا تتحقق معها المقاصد المرجوة من عقد الزواج، لذا وضعت الشريعة الإسلامية الحلول لكل المشاكل التي قد تحدث بين الزوجين بعد العقد.

ومن أبرز ما وضع الإسلام له حلاً ذلك الضرر الواقع على الزوجة من قبل الزوج لأي سبب من الأسباب، والأسباب متعددة منها بعد الزوج عن زوجته وغيبته عنها، وهذه الغيبة قد تكون متعمدة بإرادة الزوج، وقد تكون قهرياً رغماً عنه، وذلك كحبس الزوج ومكوثه في السجن مدة طويلة، أو الحكم عليه بعقوبة الحبس المقيدة للحرية مدة طويلة، وفي كل الحالات يقع الضرر على الزوجة نتيجة بعد زوجها عنها، والإسلام الحنيف جاء لرفع الحرج والمشقة والضرر عن الناس، وهدف هنا إلى دفع الضرر الواقع على الزوجة ورفع الضرر المتوقع عنها قدر الإمكان.

هدفت هذه الرسالة إلى بيان حق الزوجة في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب حبسه، وبينت القيود والضوابط التي تقيّد هذا الحق، وبيان نظرية دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية في الضفة الغربية والإجراءات التي يجب اتباعها عند رفع الدعوى لهذا التفريق وإجراءات التقاضي وكيفية إثبات الدعوى وإصدار الحكم فيها، ومن ثمّ بيان الآثار المترتبة على تفريق القاضي بين الزوجين فيها.

## المُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الله شرع أحكام دينه الحنيف لتستقيم أمور الناس، ولتستقر شؤون المجتمع، وتتحقق الخلافة المقصودة على هذه الأرض، فبعث الله الأنبياء والرسل عليهم السلام وأنزل عليهم الملائكة المكرمين بالبينات من ربهم، فجاءت شريعة الإسلام شاملة لجميع مناحي الحياة، فوضحت بها المحارم، وبانت بها الحدود، وتجلت بها الفرائض، وضبطت بها علاقات الناس، فما انتقل الرسول الكريم إلى الرفيق الأعلى إلا وقد أكمل الله الدين وأتم النعمة، واستقرت علاقات المجتمع، وما بقي أمر إلا وتناولته الشريعة الغراء مبينة أحكامه، ومن الأمور التي تناولتها الشريعة الإسلامية بنوع من التفصيل العلاقات ومن أهمها العلاقة الزوجية التي هي أساس بناء المجتمع.

والشريعة الإسلامية لم تغفل في وقت من الأوقات عن حفظ الحقوق، فراعتها أيما مراعاة، وضبطت أمورها أينما وجدت، بعلم القضاء، الذي هو من أجل العلوم وأهمها إذ به يتحقق العدل وينتصف المظلوم، ومن الأمور التي راعاها علم القضاء العلاقات الزوجية، ففصلت الشريعة الإسلامية أحكامها، وبيّنت حدودها وضوابطها، وعالجها الرسول الكريم ومن بعده الصحابة رضوان الله عليهم وسار على هذا النهج التابعون ومن بعدهم.

ولما تطور الزمن، وضعف الوازع الديني عند الناس، وأصبح من الصعب ضبط تعاملات الناس وحفظ أمورهم، وخيف من ضياع الحقوق كان لا بد من إيجاد الحلول المناسبة لمنع تفاقم تلك الفوضى، وإرساء القواعد وسن القوانين للسير عليها والعمل بمقتضاها، فأنشئت دور المحاكم الشرعية، وبحث العلماء المختصون -جزاهم الله كل خير- ونقبوا وصاغوا الأحكام الخاصة في قوانين ومواد، لتبدوا واضحة، ولتيسر ويسهل على القاضي الشرعي السير عليها والعمل بمقتضاها، ومما تناولته تلك القوانين النظر في عقد الزواج وكل ما يترتب عليه.

وإن للزواج أهدافاً، من أهمها تحصين الزوجين، وقضاء غريزتهما الفطرية ضمن الحدود والضوابط الشرعية، وراعى الإسلام وحفظاً لكليهما حقوقهما، فرفع الضرر الواقع، ودفع الضرر المتوقع قدر الإمكان، والأضرار التي قد تقع كثيرة، منها الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها، من هنا شرع الإسلام وأباح للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، طالبة منه أن يفرق بينها وبين زوجها المحبوس، ولما كان هدف القضاء في الإسلام رفع الضرر ودفعه كان على القاضي أن ينظر في دعواها إذا رفعتها بشكل قانوني واستوفت شروطها، رفعاً للضرر الواقع عليها ودفعاً للضرر المتوقع، من هنا كان لا بد من أن أسير في كتابة هذه الرسالة -سائلاً المولى عز وجل التوفيق والسداد- مبيناً الأمور الآتية:

### أهمية الموضوع وأسباب اختياري له:

إنَّ اختياري موضوع التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج لم يكن محض صدفة ودون سابق تفكير وإطلاع، إنما حملني على ذلك عدة أمور، منها:

1. أهمية هذا الموضوع في ظل ظروف يعيش فيها الكثير من أبنائنا داخل السجون، والحكم على الكثيرين منهم بأحكام عالية.
2. تعتبر دراسة أنواع التفريق بشكل عام والتفريق للحبس بشكل خاص من الدراسات الهامة التي تحتاج إلى المزيد من البحث الجاد والعميق لما في ذلك من حفظ لحقوق المرأة ورفع للضرر الواقع عليها ودفع الضرر المتوقع.
3. موضوع التفريق للحبس موضوع حديث وحساس لم يتطرق إليه العلماء والفقهاء السابقون بشكل تفصيلي.
4. دراسة هذا الموضوع تلقي الضوء على أحد أهم دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الشرعية.
5. لا أعلم أن أحداً كتب في هذا الموضوع كتابة متكاملة.

## أهداف البحث:

يهدف هذا البحث (التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية) إلى عدة أمور ومن أهمها:

1. توضيح مدى ومشروعية حق المرأة في طلب التفريق.
2. بيان مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الزواج ومن إباحة الطلاق.
3. توضيح معنى التفريق بسبب الحبس، وبيان أقوال الفقهاء وأدلتهم.
4. بيان نظرية دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية، وإجراءات السير في الدعوى.
5. بيان الآثار المترتبة على تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الحبس.
6. إثراء المكتبات.

## عرض موجز لما قام به الباحثون السابقون في مجال هذا البحث:

لم يصل إلى علمي قيام أحد من الباحثين بدراسةٍ وبحثٍ لهذا الموضوع (التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية).

## منهجية البحث:

سلكت في بحثي منهجاً سرت فيه على الأسس الآتية:

1. الرجوع إلى المصادر الرئيسية المعتمدة في هذا الموضوع للمذاهب الفقهية، واستشهدت بأقوالهم كلما لزم الأمر، لترسيخ الفكرة والتنثبت منها، مع عزو النقول إلى أصحابها، وتوثيق المعلومات حسب الأصول.
2. الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية المعمول به في الضفة الغربية ودعاوى التفريق للحبس المقامة أمام المحاكم الشرعية.

3. قمتُ بعزو الآيات وتخرّيج الأحاديث الواردة في البحث ومن ثم رتبتهـا في مسارد، الآيات بحسب ورودها في المصحف الشريف، والأحاديث بحسب ترتيب حروف اللغة العربية.
4. جمع المعلومات وفق خطة البحث.
5. دراسة المعلومات وموازنتها وتحليلها وإعطاء النتائج لها.
6. كتابة البحث وتوثيق ما نقلته توثيقاً تاماً بعزوه إلى مصادره الأصيلة.
7. عندما يردُّ ذكرُ المصدر أو المرجع في البحث لأول مرة، أضع في الهامش السفلي المعلومات الكاملة عنه، وأبين أنني سأشير إليه فيما بعد باختصار.
8. ترجمت للأعلام ما اقتضت الحاجة لذلك، في حال ذكره لأول مرة في الهامش السفلي، ورتبتهـم في المسرد بحسب الحروف الهجائية.
9. سجلت أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث في الخاتمة.
10. لي توصيات ذكّرتُ أهمها في نهاية البحث.
11. أتبعـت الرسالة بعدة مسارد تفصيلية تسهل عملية البحث.

## الفصل التمهيدي

المبحث الأول: حكمة الإسلام من تشريع الزواج.

المبحث الثاني: حكمة الإسلام من إباحة الطلاق.

المبحث الثالث: مجالات حق المرأة في طلب التفريق في الفقه الإسلامي  
وقانون الأحوال الشخصية.

## المبحث الأول

### حكمة الإسلام من تشريع الزواج

لقد عني الإسلام في مصادر تشريعه بالزواج عناية خاصة، وأسبغ عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود، فهو الأساس الذي تُبنى عليه الأسرة، وإن الناظر في تلك المصادر، ليجد الأهداف الأساسية للزواج واضحة جليّة، ويرى أن للإسلام مقاصد سامية من تشريع الزواج، فالشريعة الإسلامية أحكامٌ تنضوي على مقاصد، ومقاصدٌ تنضوي على أحكام، والأحكام مرتبطة بالغايات، والغايات إنما تجسد وتنزل إلى الميدان الواقعي عن طريق الأحكام الجزئية، والزواج باعتباره حكماً شرعياً لا بد أن تكون من ورائه غايات وأهداف تجلب المصالح وتدفع المضار عن الفرد والمجتمع، فما شرعَ اللهُ الزواجَ وما دعا إليه ورغّبَ فيه إلا لتحقيق مقاصده، ومن هذه المقاصد<sup>(1)</sup>:

أولاً: حفظ النوع الإنساني: فمن أغراض خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه، كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام: (إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً)<sup>(2)</sup> لتُعمّر الأرض، والعمارة لا تكون بفرد واحد مهما طال عمره وأوتي من قوة، فكان لا بد من وسيلة لهذا الأمر، فركّب الله الغريزة في الإنسان تدفعه وتسوقه إلى هذا الأمر، ويترتب على ذلك الإنجاب والتناسل، وفي هذا يقول تعالى: (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً)<sup>(3)</sup>،

(1) الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى محمد اللخمي: الموافقات، ط1، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، السعودية: دار ابن عفا للناشر والتوزيع، سنة 1997م، ج3، ص132 وما بعدها، وانظر: شلبي، محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط2، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة 1397هـ، 1977م، ص35-40، وانظر: عبد الحميد، د.محمد محي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابليها في الشرائع الأخرى، ط1، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1404هـ، 1984م، ص9-12، وانظر: السريتي، د.عبد الودود: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت: الدار الجامعية، سنة 1992م، ص8-9، وانظر: زيدان، د.عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 1417هـ، 1997م، ص13-14.

(2) سورة البقرة، آية 30.

(3) سورة النحل، آية 72.

فمن طريق البنين والحفدة يتناسل النوع البشري ويبقى معمرًا هذه الأرض وقائماً يحقق الخلافة فيها.

ثانياً: الاستجابة لنداء الفطرة: فالإسلام لا يُكره على الإنسان تَمَتُّعَهُ بالجنس، ولا يتجاهل شعوره باللذة، لذا كان لا بُدَّ من ضابط لذلك، فلو ترك الناس لطبائعهم لاجتمع كلُّ رجل بكل امرأة أراد أن يجتمع بها، ولتدافع الكثيرون إلى امرأة واحدة، وأدى ذلك إلى الفساد والإهمال، وعدم صلاح الأمة حينئذ لتقيم الخلافة عن الله تعالى في هذه الأرض، فشرع الزواج ليمنع ذلك الفساد ويحرم العلاقات غير الشرعية.

ثالثاً: حفظ الأنساب: فقد حرص الإسلام منذ بداية تشريعه للأحكام على حفظ الأنساب وعدم اختلاطها، فحرَّم الزنا ودواعيه، وحصر النشاط الجنسي في الزواج واعتبر كلَّ نشاط جنسي خارجه عدواناً محرماً، فقال تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ \* إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ \* فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)<sup>(1)</sup>.

رابعاً: الحفاظ على الأخلاق من الهبوط والتدهور: فالإسلام يهدف من تشريعه الزواج إلى حصانة الفرد من الفساد السلوكي والوقوع في الرذيلة والتردي الأخلاقي، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)<sup>(2)</sup>، وقال أيضاً: (من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان فليتق الله في النصف الباقي)<sup>(3)</sup>، ولتأكيد مقصد العفة الجنسية بين مقاصد الزواج يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن المرأة إذا أقبلت في صورة شيطان، فإذا رأى أحدكم امرأة فأعجبته

(1) سورة المؤمنون، آية 5-7.

(2) الحديث عن عبدالله بن مسعود، رواه البخاري، انظر: البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبة الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز، ط1، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1419هـ، 1998م، كتاب النكاح، باب من لم يستطع منكم الباءة فليصم، الحديث رقم (5066)، ج7، ص3.

(3) الحديث عن أنس بن مالك، رواه الهيثمي وحسنه الألباني: انظر: الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحرير الحافظين العراقي وابن حجر، بيروت: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، دون رقم طبعة وسنة طبع، كتاب النكاح، ج4، ص255، حسنه الألباني في صحيح الجامع وقال: حديث حسن، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير)، ط3، بيروت: المكتبة الإسلامية، سنة 1408هـ، 1988م، الحديث رقم (6184)، ج2، ص1059.

فليات أهله، فإن الذي معها مثل الذي معها<sup>(1)</sup>، وبذلك قصد الإسلام عفة المجتمع وحفظ أعراس الأفراد، وهذا أصل شرعي كليّ جاء ضيماً المقاصد الشرعية في حفظ ورعاية الضروريات الخمس المجمع على اعتبارها، والتي ترجع إليها جميع الأحكام الشرعية، وهي حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال، وأي انتقاص لمبدأ العفة هو عدوانٌ على الشريعة ومقاصدها، وانتهاكٌ لحقوق المرأة والرجل والأسرة والمجتمع، وإشاعة الفاحشة بين المؤمنين، قال تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)<sup>(2)</sup>، ولذا شرع الخبير أحكاماً لرعاية هذا المبدأ، فشرع الزواج وعظم شأنه، وسمى عقده ميثاقاً غليظاً، يقول تعالى: (وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)<sup>(3)</sup>.

خامساً: تحصيل الأجر والثواب: فبالزواج تتيسر للرجل والمرأة أنواع من العبادة والقرب لا تتيسر في غيره؛ من حسن العشرة والصحبة بالمعروف، وقضاء حق العيال والرحمة بهم، والانشغال بمصالحهم، كل ذلك قربة إلى الله عز وجل، بل إن اللقاء بين الزوجين وتحصيل الشهوة أمرٌ يثابان عليه، ففي حديث أبي ذر رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله، أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر؟ وكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر)<sup>(4)</sup>، وفي ذلك يقول صاحب المغني: "ولأن مصالح النكاح أكثر فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه"<sup>(5)</sup>، ويقول الزرقاني: "وفي مشروعية النكاح مصالح للعباد دينية ودنيوية"<sup>(6)</sup>.

(1) الحديث عن جابر بن عبد الله، انظر: الألباني: صحيح الجامع، الحديث رقم (1939)، ج1، ص392، قال الألباني:

حديث صحيح.

(2) سورة النور، آية 19.

(3) سورة النساء، آية 21.

(4) رواه مسلم عن أبي الأسود الدبلي، انظر: مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، طبعة متميزة ومرفقة بترقيم المعجم المفهرس لألفاظ الحديث من مجلد واحد، المنصورة: مكتبة الإيمان، كتاب الزكاة، باب: بيان أن الصدقة تقع على كل نوع من المعروف، الحديث في كتاب الزكاة رقم (53)، وفي الصحيح رقم (1006)، ص460، وسأشير إليه فيما بعد: مسلم: صحيح مسلم.

(5) ابن قدامة، أبو أحمد عبد الله بن أحمد المقدسي: المغني، ط1، بيروت: دار الفكر، سنة 1405هـ، ج7، ص5.

(6) الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية سنة 1411هـ، ج3، ص216.

سادساً: تطبيق التكامل الوظيفي: إذ إن العلاقة بين الرجل والمرأة في المجتمع الإسلامي ودخل الأسرة تقوم على أساس التكامل بين أدوارهما، وهذا التكامل يُسمى بالتكامل الوظيفي، ومن مقاصد هذا التكامل حصول السكن للرجل والمرأة، وحصول المودة والرحمة بينهما، قال تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)<sup>(1)</sup>، وهذه القضية نفسية واجتماعية، إذ يحتاج الإنسان إلى من يؤنسه، وإلى من يعايشه، وإلى رفيق يتراحمان ويتعاونان، فعالج الإسلام هذه القضية، وجعلها ركناً من أركان الحياة الزوجية الأساسية، ومقصداً من المقاصد العليا للزواج.

سابعاً: توسيع دائرة القرابة وبناء دعائم التعاون: فالإنسان حينما يُصهر إلى آخرين أسرة أو قبيلة، معناه أنه ضم نفسه إلى هذه الأسرة، وفي هذا يقول صاحب مغني المحتاج: "من مقاصد النكاح اتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة واجتماع الكلمة"<sup>(2)</sup>.

لتلك المعاني السامية ولغيرها مما لم نصل إليه، شرع الله لعباده الزواج، وبين حدود العلاقة بين الزوجين، ورسمها في أقرب نهج يوصل إلى سعادة البيت الأسري، وبالتالي سعادة المجتمع، وبذلك يكون الإسلام قد بنى صرح الزوجية على أمتن الدعائم وأقواها، لأن هذا النهج الذي رَضِيَتْهُ الشريعة الإسلامية هو النهج الذي يلائم طبيعة الوجود ويتفق كل الاتفاق مع حياة العالم الاجتماعية.

(1) سورة الروم، آية 21.

(2) الشريبي، محمد الخطيب، مغني المحتاج، بيروت: دار الفكر، دون رقم وسنة طبع، ج3، ص127.

## المبحث الثاني

### حكمة الإسلام من إباحة الطلاق

شُرِعَ عقد الزواج على سبيل البقاء والدوام، وقد حَرَصَ الإسلام أشد الحرص على أن تكون المودة بين الزوجين قائمة، لذلك أَمَرَ اللهُ الزوجين بالمعاشرة بالمعروف، حيث قال: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) <sup>(1)</sup>، وقال تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) <sup>(2)</sup> وجعل بينهم المودة والرحمة فقال تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) <sup>(3)</sup>، لتكون الزوجية صالحة للبقاء والدوام حتى تثمر ثمرتها من النسل وتربية الأطفال، ولكن القلوب قد تتنافر ويستحكم النفور بين الزوجين فتصبح الرابطة بينهما صورة من غير روح، وقيداً من غير رحمة فلا تثمر ثمرتها، ولا يتحقق المقصود منها، ولا يكون بها عفاف ولا شرف، ويتَّوَجَّهَ الزواج بذلك إلى عكس الوجهة المرادة منه وذلك لأسباب قد يخطئها العدّ ولا يأتي عليها الحصر.

ولا يسع الباحث في هذا المجال إلا أن يقفَ وَقْفَةً واحترام أمام الشريعة الإسلامية، وأن يعترف لها بفضل معالجتها للمشاكل الزوجية على خير الوجوه وأسلمها عاقبة، فبعد النظر في مقاصد الشريعة من تشريع الزواج، وبعد النظر في أقوال الفقهاء أجملُ كيف عالج الإسلام المشاكل الأسرية والزوجية، وما هي حكمته من تشريعه الطلاق، وذلك من خلال المسارات الآتية <sup>(4)</sup>:

(1) سورة البقرة، آية 228.

(2) سورة النساء، آية 19.

(3) سورة الروم، آية 21.

(4) حسب الله، علي: الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، ط1، بيروت: دار الفكر العربي، سنة 1387هـ، ص4-5، وانظر: الخفيف، علي: محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، بحث مقارن، ط1، دون مكان طبع، سنة 1958هـ، ص10-13، وانظر: محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص243-247، وانظر: الشافعي، أحمد محمود: الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت: الدار الجامعية، سنة 1986م، ص14-16.

أولاً: إن الإسلام لا يشرع أحكامه إلا بعد أن يبني لها أساساً متيناً تقوم عليه، فأى خلل أو خروج عن هذا الأساس بعد ذلك سيكون في الإنسان لا في أساس الحكم الشرعي.

ثانياً: حثت الشريعة كلاً من الزوجين على التحري والتروي في اختيار قرينه وتلمس الحقيقة وقت الخطبة.

ثالثاً: لم تجعل الشريعة الإسلامية الطلاق غايةً في ذاته ولا شيئاً محبباً إليها، وإنما هو أبغض الحلال إلى الله، وقد أُبيح للضرورة.

رابعاً: الإسلام يحض الرجال على أن يُيقوا على زوجاتهم وألا يفصموا ما بينهم وبينهن من روابط وأن يعاملوهن بالحسنى، وأن يعاشروهن بالمعروف، ولكن في الوقت نفسه لا يلزمهم أن يُيقوا على الزوجات وهم كارهون عاجزون عن العشرة الطيبة معهن.

خامساً: الإسلام يحض النساء على أن يسمعن لأزواجهن، ويحاولن مرضاتهن بما وسعه جهدهن، وهو في الوقت نفسه لم يُجبرهن على الخضوع البغيض.

سادساً: رحمة الإسلام بالزوجين في تشريع الطلاق، فالحكمُ باستمرار الحياة الزوجية مع استحكام الضغينة بين الزوجين يكون أقسى حكمٍ يُمكن أن يصدر على إنسان، إضافة إلى فقدان أهم مقاصد النكاح، يقول صاحب المغني مبيناً ذلك: "فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة مَحْضَةً، وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكن، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فافتضى ذلك شرعاً ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه"<sup>(1)</sup>.

سابعاً: قد يظهر من الزواج أن أهم مقاصده كالتوالد والاستمتاع والسكن والمودة والمصالح المرجوة منه لا تُوصِلُ إليها هذه الحياة الزوجية، فمن الحكمة أن شرعَ اللهُ سُبُلًا ليتخلص مثل هذين الزوجين من زوجية لا تُحقق أغراضها، وفي هذا يقول الزرقاني: "وفي مشروعيه النكاح مصالح للعباد دينية ودنيوية، وفي الطلاق إكمال لها إذ قد لا يوافق النكاح فيطلب الخلاص

(1) ابن قدامة: المغني، ج7، ص277.

منه، ثمَّ تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله، فشرعه الله رحمةً منه سبحانه<sup>(1)</sup>.

ثامناً: لم يجعل الإسلام أمرَ الطلاق مفتوحاً على مصراعيه، بل لا بد من قيودٍ وحدودٍ وضوابطٍ لأن الله تعالى ما أحلَّ شيئاً أبغض إليه من الطلاق ولم يشرعه إلا علاجاً.

تاسعاً: تشريعُ الطلاق ربما دَفَعَ الزوجين إلى معاودة الحياة الزوجية ولكن بروح جديدة ويتعامل أفضل، فمنَّ المعلوم أنَّ قيمة الشيء لا تظهر إلا بفقدانه والحرمان منه، وإنَّ حسنات المرء لا تظهر إلا بمقارنتها بمساوئ غيره، ومن ثمَّ فإنَّ نعمة الزواج تتجلى بالطلاق الذي يحرمُ الزوجين منها، وهذا مما يُشعرُ المرأةَ بأهميَّة الزواج ومنزلة الزوج<sup>(2)</sup>، يقول الدكتور إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم: "قد تتباين الطباع وتتفاخر الأخلاق وبالتالي لا يتبادلان المودة والرحمة المطلوبة في عقد الزواج، ولذلك وحتى يُرْفَع الحرجُ عنهما فتح الله بابَ الطلاق للتخلُّص من هذا الشقاء والتباغض، ليستبدل كلُّ منهما زوجاً آخر قد يأنف به ويتبادل معه المودة والرحمة"<sup>(3)</sup>، قال تعالى: (وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْتِهِ)<sup>(4)</sup>.

عاشراً: جعلَ الإسلامُ الطلاق بيد الزوج، وجعل للزوجة أن تطلب الطلاق لأسباب معدودة على اختلافٍ بين الفقهاء وهي: التظلم لعدم الإنفاق وللشقاق والنزاع والعيوب واللفقد والغيبية، والتفريق للحبس.

فإذا قام سببٌ من هذه الأسباب كان للزوجة أن ترفع أمرها ودعواها إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها، فإذا أثبتت دعواها حكمَ لها القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها، وسأتناول في المبحث الثالث بإيجاز أقوالَ الفقهاء في أنواع التفريق السابقة.

(1) الزرقاني: شرح الزرقاني، ج3، ص216.

(2) عقلة، د.محمد: نظام الأسرة في الإسلام، ط2، عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، سنة 1411هـ، 1990م، ص19.

(3) إبراهيم، د.إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999م، ص127.

(4) سورة النساء، آية21.

## المبحث الثالث

### مجالات حق المرأة في طلب التفريق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

الأصل في الطلاق أنه ملك للزوج دون الزوجة، يملك إيقاعه عليها، ولكن إذا تضررت الزوجة من زوجها في كثير من الحالات ولم تجد سعادتها و هناعتها في الحياة الزوجية، كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها جبراً عن الزوج، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالات، وسنتناول في هذا المبحث إن شاء الله تعالى تلك الحالات وأقوال الفقهاء فيها دون التطرق لأدلتهم ومناقشتها لعدم اتساع المجال، متطرقاً إلى بعض قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية، وقد اقتصرنا على المقارنة مع خمسة قوانين من قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في كل من مصر والسودان واليمن والعراق وسوريا إضافة إلى قانون حقوق العائلة اللبناني، وقد اقتصرنا على هذه القوانين نظراً لأن كل واحد منها يخالف قانون الأحوال الشخصية المعمول به في جزئية من جزئيات موضوع التفريق للحبس الذي هو موضوع البحث.

#### المطلب الأول: التفريق لعدم الإنفاق

نفقة الزوجة واجبة على زوجها، وإذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ولم يؤد ما عليه، ولم تحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبيل الزوج لعُسرِه أو امتناعه عن الإنفاق مع قدرته، فثمة أقوال للفقهاء في المسألة:

القول الأول: مذهب الحنفية<sup>(1)</sup>: حيث ذهبوا إلى أنه إن لم يكن للزوج مال ظاهر بأن كان مجهولاً أو أخفاه، فلا يثبت للزوجة حق طلب التفريق، بل لها أن تطلب إلى القاضي الإذن لها

(1) ابن عابدين، محمد أمين: حاشية ابن عابدين، ط3، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1386هـ، ج3، ص590، وانظر: ابن نجيم: زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار المعرفة، دون رقم سنة طبع، ج4، ص200، وانظر: السرخسي، أبو بكر محمد أبو سهل: المبسوط، ط1، بيروت: دار المعرفة، سنة 1406هـ، 1986م، ج5، ص187.

بالاستدانة عليه إن كان معسراً، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعاً، وتهديده بالحبس وبالتعزير إن لم يفعل.

القول الثاني: مذهب الجمهور: ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة وأكثر الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى القول بأنَّ للزوجة حقَّ طلب التفريق لعدم إنفاق الزوج عليها أو لعجزه عن ذلك، وعلى القاضي إجابة طلب الزوجة متى ثبتت صحة دعواها.

وقد أخذَ قانونُ الأحوال الشخصية المعمول به في المحاكم الشرعية الضفة الغربية بقول جمهور العلماء حيث أجاز لها طلب التفريق حيث جاء في المادة (127) منه ما نصُّه: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فإن كان له مال يمكنه تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال و لم يقل إنه معسر أو موسر أو قال إنه موسر ولكنه أصرَّ على عدم الإنفاق طَلَّقَ عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت طَلَّقَ عليه حالاً وإن أثبتته أمهله مدةً لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يُنْفَقَ طَلَّقَ عليه بعد ذلك"<sup>(4)</sup>.

(1) الدسوقي، محمد بن عرفة: حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، بيروت: دار الفكر، دون رقم وسنة طبع، ج2، ص519، وانظر: ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله القرطبي: الكافي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1407هـ، 1987م، ج3، ص357.

(2) الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، ط2، بيروت: دار المعرفة، سنة 1393هـ، ج5، ص91، وانظر: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم علي بن يوسف: المهذب، بيروت: دار الفكر، دون رقم وسنة طبع، ج2، ص163، وانظر: النووي، يحيى بن شرف أبو زكريا: روضة الطالبين، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة 1405هـ، ج9، ص72.

(3) ابن قدامة: المغني، ج8، ص175، وانظر: ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي: الفروع، ط1، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1418هـ، ج5، ص447.

(4) الظاهر: راتب عطا الله: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية حتى عام 1980م، ط2، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1983م، ص84.

وبمبدأ التفريق لعدم الإنفاق أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري<sup>(1)</sup> والسوري<sup>(2)</sup> والعراقي<sup>(3)</sup> واليمني<sup>(4)</sup> وقانون حقوق العائلة اللبناني<sup>(5)</sup>، أما قانون الأحوال الشخصية السوداني<sup>(6)</sup> فلا يوجد فيه نصٌ حول هذا الموضوع.

### المطلب الثاني: التفريق للشقاق والنزاع

من واجبات الزوجة على زوجها المعاشرة بالمعروف، وجعل الإسلام للزوج حقاً على زوجته إن هي خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعاً أن يصلحها، بدءاً بالموعظة الحسنة وتخويفها من سخط الله، ثم بتأديبها، والأصل في هذا قول الله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً)<sup>(7)</sup>، وإن كان له حق التأديب فلا يحق له أن يتجاوز هذا الحق بضربها ضرباً مبرحاً أو بإساءة معاملتها أو بإيذائها بالقول، لقوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>(8)</sup>، لكن إذا تمادى الزوج وتعدى حُسنَ المعاشرة، وأساء لزوجته، فهل يحق للزوجة شرعاً أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، ثمّة أقوالٌ للفقهاء في المسألة:

(1) البناء، كمال صالح: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، ط1، مصر: الشركة المصرية للطباعة والنشر، سنة 1976م، القسم الثاني، المادة الرابعة، ص157.

(2) الصابوني، د. عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني: الطلاق وآثاره، ط6، دمشق: منشورات جامعة دمشق، سنة 1412هـ، 1992م، المادتان (110 و 111)، ص81.

(3) العاني، أ. محمد شفيق: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، ط1، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1970م، ص106.

(4) عطروش، د. عبد الحكيم محسن: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، ط1، عدن: جامعة عدن للطباعة والنشر، سنة 2000م، المادتان (150 و 151)، ص149.

(5) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المادة (126)، ص291.

(6) د. إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص140.

(7) سورة النساء، آية 34.

(8) سورة النساء، آية 19.

القول الأول: مذهب الحنفية<sup>(1)</sup>: فقد ذهب الحنفية إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع ولو كان الضرر شديداً على الزوجة، وعلى الإمام أن يرفض دعواها طلب التفريق للشقاق والنزاع لأن رفع الضرر عنها ممكن بغير الطلاق، وذلك بأن يأمر القاضي الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، وإلا أدبه بما يراه كفيلاً بحمايتها منه.

القول الثاني: مذهب الجمهور: فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق من زوجها بسبب الشقاق والنزاع.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المعمول به بالقول الثاني قول جمهور العلماء بجواز طلب الزوجة التفريق إذا وقع عليها الضرر، حيث جاء في المادة (132) منه ما نصه: (إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً حيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية)<sup>(5)</sup>.

وبمبدأ التفريق للشقاق والنزاع أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري<sup>(6)</sup> والسوري<sup>(7)</sup> والعراقي<sup>(8)</sup> واليمني<sup>(9)</sup> والسوداني<sup>(10)</sup> وقانون حقوق العائلة اللبناني<sup>(11)</sup>.

(1) الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1389هـ، ج2، ص334، وانظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص97.

(2) الأصبحي، مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ط1، بيروت: دار صادر، سنة 1323هـ، ج5، ص372، وانظر: ابن عبد البر: الكافي، ج1، ص278.

(3) الشافعي: الأم، ج5، ص194، وانظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص70.

(4) ابن قدامة: المغني، ج7، ص243، وانظر: الجهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: كشف القناع، دون رقم طبعة، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، سنة 1403هـ، ج5، ص211.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (132)، ص85، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص465.

(6) البنا: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، المادة (6)، ص185.

(7) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المواد (112-115)، ص86-87.

(8) العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المادة (40)، ص98.

(9) عطروش: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، المادة (54)، ص153.

(10) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المواد (162-167)، ص226-227.

(11) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المادتان (131 و132)، ص304.

### المطلب الثالث: التفريق للعيوب

إن من المقاصد الأصلية للزواج العفة وتَوْلُدَ الذرية، وقد يكون أو يحدث بالزوج عيباً يكون مانعاً من تحقيق مقاصد النكاح كلها أو بعضها أو قد يؤدي إلى النفرة وصدود الزوجة عن زوجها بسبب هذا العيب، فهل يحق للزوجة من الناحية الشرعية رفع أمرها إلى القاضي ليُفَرَّقَ بينها وبين زوجها في مثل هذه الحالة، ثمة خلاف بين الفقهاء في المسألة:

القول الأول: قول ابن حزم الظاهري<sup>(1)</sup> والشوكاني<sup>(2)</sup>: فقد ذهبوا إلى عدم جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها بسبب العيوب أياً كانت، سواء كانت قبل الزواج أو كانت بعده.

القول الثاني: مذهب الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(3)</sup> والمالكية<sup>(4)</sup> والشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> إلى أن الزوجة إذا وَجَدَتْ بزوجها عيباً من العيوب التناسلية التي تمنع تحقيق مقاصد الزواج، فلها خيار طلب التفريق، وإن اختلف هؤلاء الفقهاء أنفسهم في أنواع العيوب المجيزة وفي تعدادها؛ وليس المجال مجال تفصيل.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المعمول به بقول جمهور الفقهاء القائلين بجواز طلب المرأة التفريق من زوجها بسبب العيوب، فقد جاء في المادة (113) منه ما نصه: (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين

(1) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري: **المحلى**، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة، دون رقم وسنة طبع، ج10، ص109-114.

(2) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **السييل الجرار**، ط1، تحقيق محمود إبراهيم زايد، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1405هـ، ج2، ص289.

(3) الكاساني: **بدائع الصنائع**، ج2، ص327، وانظر: السرخسي: **المبسوط**، ج5، ص97.

(4) الدسوقي: **حاشية الدسوقي**، ج2، ص277، وانظر: الدردير، أبو البركات بن محمد بن أحمد: **الشرح الكبير**، تحقيق محمد علي، بيروت: دار الفكر، دون رقم وسنة طبع، ج2، ص38.

(5) الشربيني: **معني المحتاج**، ج3، ص202، وانظر: الشيرازي: **المهذب**، ج2، ص48.

(6) ابن قدامة: **المغني**، ج7، ص141.

زوجها إذا علمت أن فيه علةً تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصاء، ولا يُسمع طلبُ المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن<sup>(1)</sup>(2).

وبرأي جمهور الفقهاء أخذ كلُّ من قانون الأحوال الشخصية المصري<sup>(3)</sup> والسوري<sup>(4)</sup> والعراقي<sup>(5)</sup> واليمني<sup>(6)</sup> والسوداني<sup>(7)</sup> وقانون حقوق العائلة واللبناني<sup>(8)</sup>.

### المطلب الرابع: التفريق للفقد

إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع خبره عنها، وتعذر الكشف عنه، ولم تقف على مكان وجوده، فهل يحق لها في مثل هذه الحالة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها المفقود، ثمة أقوال للفقهاء في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية<sup>(9)</sup> والشافعية<sup>(10)</sup> إلى اعتبار قاعدة عامة وهي أن المفقود عندهم يُعتبر حياً في حق نفسه وميتاً في حق غيره، وعليه فلا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليُفرَّقَ بينها وبين زوجها، وعلى القاضي أن لا يجيب طلبها، ويُعتبر المفقود عندهم ميتاً إذا مات أقرانه أو بلغ التسعين من العمر.

(1) الجب: قطع الذكر والأنثيين، والعنة: العجز عن الوطاء أو ارتداء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسي، والخصاء: رضُّ الأنثيين أو قطعهما، والرتق: انسداد يحصل للمرأة بحيث لا تصلح للزواج، والقرن: نمو مادة لحمية تشبه القرن في فرج المرأة فلا يمكنها أن تصلح للزواج بسببه، انظر: البري: الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، ص159، وانظر: سمارة: أحكام وآثار الزوجية: ص316.

(2) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المواد (113-121)، ص82-83، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص472.

(3) البنا: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، المواد (9-11)، ص178-179.

(4) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المواد (105-108)، ص68-70.

(5) العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المادة (44)، ص103.

(6) عطروش: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، المادة (47)، ص147.

(7) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المادتان (151-152)، ص218-219.

(8) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المواد (119-125)، ص295.

(9) المرغيناني، أبو حسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل: الهداية شرح البداية، بيروت: المكتبة الإسلامية، دون رقم وسنة طبع، ج2، ص181، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص196.

(10) الشيرازي: المهذب، ج2، ص146، وانظر: الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص26-27.

القول الثاني: ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> في مجموع أقوالهم إلى التفريق بين أحوال المفقود، ويتفقون في النص العريض إذ يذهبون إلى جواز طلب المرأة التفريق إذا كان فقده في حالة يغلب فيها الهلاك؛ أي ظاهرها الهلاك كفقده في إثر الزلازل أو الكوارث الطبيعية أو إثر معركة أو غارة جوية أو ما شابه ذلك، وإلى عدم جواز ذلك إذا كان فقده في حالة ظاهرها السلامة كفقده وانقطاع أخباره إثر خروجه للتجارة أو طلب العلم أو ما شابه ذلك.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المعمول به برأي المالكية والحنابلة حيث أجاز لزوجة المفقود أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها المفقود، فقد جاء في المادة (131) منه ما نصه: ( إذا راجعت زوجة المفقود القاضي، وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالا من جنس النفقة، وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها، فإذا ينس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يكن أخذ خبراً عن الزوج المفقود، وكانت مُصِرَّةً على طلبها يُفَرَّق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث، أما إذا فُقدَ في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي أن يجيب طلب الزوجة وأن يفرق بينها وبين زوجها بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عنه)<sup>(3)</sup>.

(1) النفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم المالكي: الفواكه الدواني، دون رقم طبعة، بيروت: دار الفكر، سنة 1415هـ، ج2، ص41-42، وانظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص483.

(2) ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحليم الحراني: مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق عبد الرحمن محمود قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكان النشر: مكتبة ابن تيمية، دون رقم وسنة طبعة، ج20، ص576، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج8، ص150.

(3) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (131)، ص85، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص74.

وبالتفريق بين الزوجين للفقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري<sup>(1)</sup> والسوري<sup>(2)</sup>  
والعراقي<sup>(3)</sup> واليمني<sup>(4)</sup> والسوداني<sup>(5)</sup> وقانون حقوق العائلة اللبناني<sup>(6)</sup>.

---

(1) البنا: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، المواد (5-8)، ص178.

(2) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة (109)، ص78.

(3) لم يصرح قانون الأحوال الشخصية العراقي بالتفريق للفقد، لكنه صرح بالتفريق للغيبة، واعتبر الفقد أياً كان غيبة، وذلك في المادة (43)، انظر: العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، ص100.

(4) عطروش: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، المادة (54)، ص151.

(5) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المادة (189)، ص243.

(6) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المواد (126-129)، ص306.

## المطلب الخامس: التفريق للغيبة

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة، فهل يجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها لهذا السب أم لا؟ ثمة خلاف بين الفقهاء في المسألة:

القول الأول: مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup>: حيث ذهبوا إلى أنه لا يحق للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته، فهم لم يجيزوه لفقده -كما ذكرنا في المطلب السابق- فالأولى عدم جوازه هنا، وذلك لعدم وجود ما يصح سبباً للتفريق في نظرهم.

القول الثاني: مذهب المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup>: حيث ذهبوا إلى أن الزوج إذا غاب عن زوجته الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر بها، ولو ترك لها ما لا تنفق منه مدة غيبته، فإن لها الحق في أن تراجع الحاكم وتطلب منه إقدام زوجها إن كان معلوم المكان، فإن لم يُقَدَّم الزوج أو ينقل زوجته إليه أو يُطَلَّقها، فللزوجة الحق في طلب التفريق، وعلى الحاكم إجابة طلبها، والتفريق بينها وبين زوجها.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المعمول به برأي أصحاب القول الثاني المالكية والحنابلة القائل بجواز رفع امرأة الغائب أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها الغائب، حيث جاء في المادة (123) منه ما نصه: (إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطبيقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)<sup>(5)</sup>،

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص197.

(2) المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص181، وانظر: الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص397، وانظر: النووي: روضة الطالبين، ج8، ص400.

(3) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431، وانظر: المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1398هـ، ج4، ص196.

(4) ابن قدامة: المغني، ج7، ص252.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (123)، ص83-84، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص469.

وبهذا الرأي -القائل بجواز التفريق بسبب الغيبة- أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري<sup>(1)</sup> والسوري<sup>(2)</sup> والعراقي<sup>(3)</sup> واليمني<sup>(4)</sup> والسوداني<sup>(5)</sup> وقانون حقوق العائلة اللبناني<sup>(6)</sup>.

### المطلب السادس: التفريق للحبس

لاحظنا اختلاف الفقهاء في حق المرأة في طلب التفريق في المجالات السابقة جميعها، وفي موضوع التفريق بين الزوجين بسبب الحبس -وهو موضوع البحث- أيضاً خلاف بين الفقهاء، سنرجئ البحث فيه إلى الفصول الآتية -إن شاء الله تعالى-.

---

(1) البنا: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، المادة (5)، ص175.

(2) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة (109)، ص78.

(3) العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المادة (43)، ص100.

(4) عطروش: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، المادة (54)، ص151.

(5) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المواد (186-189)، ص243.

(6) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المواد (126-129)، ص306.

## الفصل الأول

التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: في مفهوم الفرقة والحبس.

المبحث الثاني: حق المرأة في طلب الفرقة بسبب حبس زوجها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مذاهب الفقهاء في التفريق للحبس في الفقه الإسلامي.

المبحث الخامس: هل الفرقة للحبس طلاق أم فسخ؟ والأثر المترتب على ذلك.

## المبحث الأول

### في مفهوم الفرقة والحبس

المطلب الأول: مفهوم الفرقة في اللغة والاصطلاح:

الفرقة في اللغة: من فرّق، الفاء والراء والقاف أصلٌ صحيحٌ يدل على تمييز وتزيين بين شيئين<sup>(1)</sup>، والفرقة مصدر الافتراق، وفارق الشيء مفارقةً وفراقاً: باينته، والاسم الفرقة، وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضاً، وفارق فلان امرأته مفارقةً وفراقاً: باينها<sup>(2)</sup> وفرقت بين الشيئين أفرق فرقاً وفرقانا، وفرقت الشيء تفريقاً وتفرقةً، فانفرك وافترق وتفرق<sup>(3)</sup>.

الفرقة في الاصطلاح: عرّفها الكاساني بقوله: "التفريق إبطال ملك النكاح على الزوج"<sup>(4)</sup>.

وعرّفها من العلماء المعاصرين الدكتور رمضان الشرنباصي بقوله: "الفرقة بين الزوجين هي انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب"<sup>(5)</sup>.

وعرّفها الدكتور عبد الفتاح أبو العينين بقوله: "هي حل رابطة الزوجية في الحال أو المال بلفظ مخصوص من الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاض أو زوجة فوضها الزوج في تطبيق نفسها"<sup>(6)</sup>.

(1) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، باب الفاء والراء وما يتلثهما، ط2، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، سنة 1390 هـ، 1970م، ج4، ص494.

(2) ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم بن علي الإفريقي المصري الأنصاري: لسان العرب، ط1، القاهرة: دار الحديث، سنة 1423 هـ، 2003م، باب الفاء، فصل الراء، ج7، ص83.

(3) الجوهري، أبو نصر إسماعيل علي بن حماد: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق إميل يعقوب ومحمد طريفي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1420 هـ، 1999م، باب القاف فصل الفاء، ج4، ص302.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص330.

(5) الشرنباصي، د. رمضان علي السيد: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2002م، ص225.

(6) أبو العينين، د. عبد الفتاح محمد: الإسلام والأسرة، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية، فرق الزواج، ج2، ص6.

وبالنظر في التعريفات السابقة أرى أن تعريف الدكتور عبد الفتاح أبو العينين هو التعريف المختار، فقوله: "حل رابطة الزوجية": يشمل الطلاق والفسخ، لأن كل واحد منهما يرفع قيد الزواج، وقوله: "في الحال": إشارة إلى الطلاق البائن، وقوله: "في المآل": إشارة إلى الطلاق الرجعي، وقوله: "من الزوج أو من ينوب عنه": إشارة إلى أن الطلاق قد يكون حصوله من الزوج أو من ينيبه أو يوكله بناء على رغبة الزوج في قطع رباط الزوجية، وقوله: "أو قاض": إشارة إلى أن الزوجة لا تملك إيقاع الطلاق بنفسها وأنها إذا تضررت من زوجها لأي سبب من الأسباب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة تطليقها من زوجها، فإذا أثبتت بأي طريق من طرق الإثبات ما يُسوغ شرعاً تطليقها حكم لها القاضي بتطليقها من زوجها بناء على طلبها، وقوله: "أو زوجة فوضها الزوج في تطليق نفسها": معناه أن الطلاق لا يحصل من الزوجة نفسها إلا أن يفوض لها الزوج تطليق نفسها فتفعله بالوكالة عنه لا بالأصالة.

#### المطلب الثاني: مفهوم الحبس في اللغة والاصطلاح:

**الحبس في اللغة:** من حبَسَ: حَبَسَهُ يَحْبِسُهُ حَبْسًا، فهو محبوس وحبيس، والحَبْسُ ضد التخليئة، واسم الموضع: الحَبْسُ والمَحْبَسَةُ، والمَحْبِيسُ<sup>(1)</sup>.

**والسجن في اللغة:** السَّجَنُ بالفتح: المصدر، وقد سَجَنَهُ يَسْجُنُهُ، أي حَبَسَهُ<sup>(2)</sup>.

قال ابن منظور: "والسَّجِنُ: المَحْبِيسُ، وفي قراءة: (قَالَ رَبُّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ)<sup>(3)</sup> فَمَنْ كَسَرَ السين فهو المَحْبِيسُ وهو اسم، وَمَنْ فَتَحَ السين فهو مصدر سَجَنَهُ سَجْنًا، وفي قوله تعالى: (كَلا إِنَّ كِتَابَ الْفَجَارِ لَفِي سِجِّينٍ)<sup>(4)</sup>، قيل المعنى كتابهم في حَبْسٍ لخساستهم عند الله عز وجل<sup>(5)</sup>.

وبذلك يتبين من الناحية اللغوية أن السجن والحبس بمعنى واحد.

(1) ابن منظور: لسان العرب، باء الحاء، فصل الباء، ج2، ص294.

(2) الجوهرى: الصحاح، باب النون، فصل السين، ج5، ص564.

(3) سورة يوسف، آية 33.

(4) سورة المطففين، آية 7.

(5) ابن منظور: لسان العرب، باب السين، فصل الجيم، ج4، ص504.

## الحبس في الاصطلاح:

قليل من العلماء المسلمين من عرّف الحبس، فعرفّه ابن تيمية والماوردي بقولهما: "فإنّ الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه أو ملازمته له، ولهذا سمّاه النبي صلى الله عليه وسلم أسيراً<sup>(1)</sup>."

وعرفّه الكاساني بقوله: "الحبس هو منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهامته الدينية والاجتماعية"<sup>(2)</sup>.

## تعريف الحبس في القانون:

لقد عرّف القانون الأردني عقوبة الحبس بأنها: "عبارة عن وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه وهي تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثالث: مكان ومدة الحبس في الشريعة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين:

لمّا كان القانون -كما سنرى في الفصل الثاني إن شاء الله- قد نصّ على مدة الحبس التي تجيز للزوجة بعدّ الحكم بها على زوجها رفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق، ولمّا لمكان السجن من أهمية في موضوع البحث، كان لا بد لنا أن نتطرّق إليهما وذلك عبر الفرعين التاليين:

(1) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي: كتاب الأحكام السلطانية، ط1، بيروت: دار الفكر سنة1386هـ، 1966م، ج1، ص148، وانظر: ابن تيمية: مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج35، ص398.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص174.

(3) الحلبي، محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة1997م، ص476.

## الفرع الأول: مكان الحبس

من تعريفات الحبس السابقة يتبين أن الحبس ليس هو السجن في مكان ضيق، بل هو تقييد حرية المحبوس، وقد ذكر العلماء<sup>(1)</sup> أنه لم يكن في عصر النبي صلى الله عليه وسلم حبس بشكل رسمي، لا لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن يُجوز ذلك بل لعدم اتساع المجتمع حينذاك وخاصة في بداية الإسلام، حيث كان الناس يلتزمون بالقوانين الإلهية، وقلما كان يوجد شخص متخلف عن تلك القوانين، ولذلك لا نرى في القرآن الكريم عبارة أو جملة واحدة تدل على وجود السجن في ذلك العصر مطلقاً، ولكن في نفس الوقت كانوا يستعينون بطرق أخرى بالنسبة إلى المجرمين الذين لا بد من توقيفهم حتى يتعين الحكم فيهم، أو المدنيين الذين يتمتعون عن أداء ديونهم مع امتلاكهم المال اللازم لذلك، أو الأسرى الذين يؤسرون في حروب المسلمين، ومن جملة تلك الطرق يقول صاحب كتاب التراتيب الإدارية: "علي بن أبي طالب رضي الله عنه أول من بنى السجن في الإسلام وكان الخلفاء الراشدون قبله يحبسون في الآبار ولم يكن في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يسجن في المسجد أو الدهاليز حيث أمكن"<sup>(2)</sup>، ويقول صاحب البحر الرائق: "وكان -أي الحبس- في المسجد إلى زمن علي رضي الله عنه، فبنى سجناً وهو أول من بناه في الإسلام وسماه نافعاً، ولم يكن حصيناً لكونه من قصب، فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه مخيساً وكان من مدّر"<sup>(3)</sup>، ويقول السيواسي: "إن ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً، فبعث إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحبسهم، ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهاليز حتى اشتري عمر رضي الله عنه داراً بمكة

(1) ابن تيمية: مجموعة كتب وسائل وفتاوى ابن تيمية، ج35، ص398، وانظر: السيواسي، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ط2، بيروت: دار الفكر، دون سنة طبع، ج7، ص277-278، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص81، وانظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص219-220، وانظر: ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي دمشقي: الطرق الحكمية، ط1، تحقيق محمد غازي، القاهرة: مطبعة المدني، دون سنة طبع، ج1، ص149.

(2) الكتاني، عبد الحي: نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية، بيروت: دار الكتاب العربي، دون رقم وسنة طبع، ج1، ص297.

(3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص307.

بأربعة آلاف درهم واتخذها محبساً<sup>(1)</sup>، وفي سنن أبي داوود عن الهرماس بن حبيب قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي، فقال لي: "إلزمه"، ثم قال لي: يا أبا بني تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك<sup>(2)</sup>، يقول صاحب التراتيب الإدارية معقباً على هذا الحديث: "وكان هذا هو السجن في زمنه عليه الصلاة والسلام وزمن أبي بكر رضي الله عنه"<sup>(3)</sup>.

بعد ذكر الخلاف في هل يتخذ الإمام حبساً أم لا قال ابن القيم الجوزية "فمن قال لا يتخذ الإمام حبساً قال لم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لخليفته بعده حبس، ولكن يُعَوَّقُهُ بمكان من الأمكنة أو يقام عليه حافظ وهو الذي يسمى الترسيم، أو يأمر غريمه بملازمته كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم"<sup>(4)</sup>.

وإنني أرى أن المحصل من كلامهم أن السجن بمعنى الحبس في مكان ضيق لم يكن موجوداً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، و أن حبس الغريم كان موجوداً، أما اتخاذ محل معين فوجد في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث اشترى داراً بمكة، أما بناء مكان مخصص فلم يكن إلا في زمن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ومعنى ذلك أنه لا مانع من استخدام أي وسيلة أو مكان أو بناء كحبس، ولا مانع من تطويره، لذلك نرى أن السجن أخذ يتغير فيما بعد عهد علي بن أبي طالب رضي الله عنه وتنوعت صورته وأشكاله حتى صار كما نرى اليوم تُعدُّ له البنايات الحديثة المطورة المحصنة والمحافظة بكل أنواع الاحتياطات الأمنية.

(1) السيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص277.

(2) السجستاني، أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي: سنن أبي داوود، ضبط وتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، كتاب الأفضية، الحديث رقم (3629)، ج3، ص314.

(3) الكتاني: التراتيب الإدارية، ص297.

(4) ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية، ج1، ص149.

## الفرع الثاني: مدة الحبس

لم يتفق الفقهاء على تحديد مدة معينة للحبس، واختلفوا في مقدار ذلك، والناظر في أقوالهم يجد أن الحبس من حيث المدة يقسم إلى قسمين: محدد المدة وغير محدد المدة.

### القسم الأول: الحبس المحدد المدة:

يقول صاحب كتاب التشريع الجنائي الإسلامي: "تُعاقب الشريعةُ بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتُعاقب به المجرمين العاديين، وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه"<sup>(1)</sup>، واختلف العلماء في هذا الحد، يقول ابن تيمية ذاكراً ذلك الاختلاف: "فقال بعضهم تكون مدة الحبس شهراً وقيل اثنان وقيل ثلاثة وقيل أربعة وقيل ستة والصحيح أنه لا حد له، وأنه مَفُوضٌ إلى رأي الحاكم"<sup>(2)</sup>.

ونقل ابن القيم الخلاف الواقع بين أصحاب الإمام أحمد في ذلك فقال: "واختلفوا في مقدار الحبس في التهمة هل هو مُقدَّر أو مرجعه إلى اجتهاد الإمام على قولين، ذكرهما القاضي أبو يعلى<sup>(3)</sup> والقاضي الماوردي<sup>(4)</sup> وغيرهما، وقيل هو مقدر بشهر"<sup>(5)</sup>، قال الفراء: "واختلف في مدة

---

<sup>(1)</sup> عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، القاهرة: مكتبة دار التراث، دون رقم أو سنة طبع، ج1، ص294.

<sup>(2)</sup> ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية، ج1، ص93.

<sup>(3)</sup> القاضي أبو يعلى الفراء: الإمام العلامة شيخ الحنابلة القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد البغدادي الحنبلي ابن الفراء، صاحب التعليقة الكبرى والتصانيف المفيدة في المذهب، ولد في أول سنة ثمانين وثلاثمائة، أفتى ودرس وتخرج به الأصحاب وانتهت إليه الإمامة في الفقه، وكان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والنظر والأصول، ولي القضاء بدار الخلافة مع قضاء حران وحلوان، انظر: الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن قايماز: سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط9، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 1413هـ، ج18، ص89.

<sup>(4)</sup> الماوردي: الإمام العلامة أفضى القضاة أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الشافعي صاحب التصانيف، حجة ثقة، ولي القضاء ببلدان شتى ثم سكن بغداد، مات في ربيع الأول سنة خمسين وأربع مئة وقد بلغ ستاً وثمانين سنة، انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج18، ص65+66.

<sup>(5)</sup> ابن تيمية: مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج35، ص399.

حبسه -أي المتهم- فقبل حبسه للاستبراء والكشف عنه مقدر بشهر واحد لا يتجاوزها، وقيل مرجعه إلى الإمام وهو قول أبي عبدالله الزبيري<sup>(1)</sup><sup>(2)</sup>.

والناظر في أقوالهم يجد اتفاقهم على عدم تحديد أعلى مدة للحبس، وأرى أن ذلك أمر طبيعي لأن الغرض من الحبس في الشريعة هو الزجر والتأديب، ويختلف ذلك باختلاف أحوال الأشخاص فكان لا بد أن يرجع تحديد ذلك إلى اجتهاد القاضي.

### القسم الثاني: الحبس غير محدد المدة:

من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد يُعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادو الإجرام ومن اعتادوا ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لا تردعهم العقوبات العادية، ويظل المجرم محبوساً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه، وإلا بقي محبوساً مكفوفاً شَرُّه عن الجماعات حتى يموت<sup>(3)</sup>.

يقول الفراء والماوردي: "يجوز للأسير فيمن تكررت منه الجرائم ولم ينزجر عنها بالحدود أن يستديم حبسه إذا استنصر الناس بجرائمه حتى يموت"<sup>(4)</sup>، ويقول صاحب البحر الرائق: "من يُتَّهم بالقتل والسرقة وضرب الناس يُحبس ويبقى في السجن إلى أن يُظْهرَ التوبة"<sup>(5)</sup>، ونقل ابن

---

(1) أبو عبد الله أحمد بن سليمان البصري المعروف بالزبيري، من أولاد الزبير بن العوام، ويعرف أيضاً بصاحب الكافي، أحد أئمة الشافعية، كان عارفاً بالمذهب حافظاً للأدب خبيراً بالأنساب، صار أعمى في آخر عمره، مات سنة سبع عشرة وثلاثمائة، انظر: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: **طبقات الفقهاء**، تحقيق خليل الميس، بيروت: دار القلم، دون رقم وسنة طبع، ج1، ص199، وانظر: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة: **طبقات الشافعية**، ط1، تحقيق الدكتور عبد العليم خان، بيروت: عالم الكتب، سنة 1407هـ، ج2، ص93.

(2) الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي: **الأحكام السلطانية**، ط1، تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1403هـ، 1983م، ص258.

(3) عودة: **التشريع الجنائي الإسلامي**، ج1، ص697.

(4) الفراء: **الأحكام السلطانية**، ص259، وانظر: الماوردي: **الأحكام السلطانية**، ص220.

(5) ابن نجيم: **البحر الرائق**، ج5، ص46.

عابدين أن: "مدة التوبة مفوضة إلى رأي الإمام، وقيل ممتدة إلى أن تظهر سيما الصالحين في وجهه، وقيل يُحبس سنة، وقيل إلى أن يموت"<sup>(1)</sup>.

وذهب فريق من العلماء إلى عدم تحديد المدة مطلقاً وإرجاع ذلك إلى اجتهاد الإمام بحسب ما يرى من حال الشخص، ومن هؤلاء ابن عبد البر حيث يقول: "وليس للحبس حدٌ محدود، وينبغي للحاكم أن ينظر في أمر المحبوسين ولا يُهمل أمرهم"<sup>(2)</sup>، ويقول صاحب البحر الرائق: "وتقدير مدة الحبس راجعة إلى الحاكم"<sup>(3)</sup>، ويرى ذلك أيضاً ابن عابدين حيث قال إن: "مدة التوبة مفوضة إلى رأي الإمام"<sup>(4)</sup>، وذكر الفراء والماوردي أنه: "وقيل ليس بمقدر وهو موقوف على رأي الإمام واجتهاده"<sup>(5)</sup>.

أما موقف القوانين الوضعية من تحديد مدة الحبس فيقول عبدالقادر عودة: "وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة في عدم تعيين المدة فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقاً فيصدر القاضي الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هي التي تحدد مدة العقوبة طبقاً لما يتبين لها من حال المحكوم عليه، فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله وقد تبقى في سجنه حتى الموت إذا لم يكن يُرجى صلاحه، وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبياً فيصدر القاضي الحكمَ محددًا مدة العقوبة مبيناً حداً الأدنى الذي لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذي لا يصح أن تزيد عنه، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تخلي سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلح حاله بعد أن يستوفي الحد الأدنى من العقوبة، فإن لم ينصلح حاله بقي حتى يستوفي الحد الأعلى، وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد

(1) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج4، ص104.

(2) ابن عبد البر: الكافي، ج1، ص101.

(3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص46.

(4) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج4، ص104.

(5) الفراء: الأحكام السلطانية، ص258، وانظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص220.

الأعلى<sup>(1)</sup>، ثم قال: "ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في عقوبة الحبس غير معينة المدة"<sup>(2)</sup>.

وبعد النظر في أقوال فقهاء الشريعة في تقسيم الحبس، وبعد فهم روح الشريعة من تشريع الحبس أنه لم يُشرع لإهانة السجين أو الانتقام منه، وإنما شرع لرجاء صلاحه وتعديل سلوكه وتأهيله للخروج إلى المجتمع بنفسية جديدة، أذهب إلى ترجيح القول القائل بأن ليس للحبس مدة محددة وأن ذلك راجع إلى الإمام واجتهاده، فمتى وجد الإمام أن الشخص صلحت حاله واستقام أمره أطلقه وفكَّ أسرَه.

---

(1) بتصرف، انظر: عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص 697-698.

(2) المرجع السابق، ج1، ص698.

## المبحث الثاني

### حق المرأة في طلب الفرقة بسبب حبس زوجها في الفقه الإسلامي

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج يوقعه ويتحمل تبعه مسؤولياته، أما المرأة فليس من حقها أن تباشره بنفسها، وليس معنى هذا أن الإسلام أوصد الباب أمامها فقد تقع في الضرر لأسباب عديدة منها بعد زوجها عنها بسبب حبسه، لذلك جعل لها مجالاً في طلب التفريق، سأتناوله من خلال المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: حق الزوجة في الوطء وأثر الحبس على هذا الحق:

عندما ذكرنا في الفصل التمهيدي حكمة الإسلام في مشروعية الزواج قلنا إن من مقاصد الإسلام في الشريعة حلُّ استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر، لكن هل هذا الحق واجب على الرجل لزوجته كما هو واجب له عليها، أذكر ما قاله الفقهاء في المسألة، ثم أُبينُ حقها في ذلك: قال صاحب القوانين الفقهية في باب حق الزوجة في الاستمتاع: "الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر"<sup>(1)</sup>.

وقال ابن تيمية -رحمه الله- حينما سُئل عن الرجل إذا صبر على زوجته الشهر والشهرين لا يطؤها فهل عليه إثم أم لا؟ وهل يطالب الزوج بذلك فأجاب: "يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف وهو من أوكدها عليه وأعظم من إطعامها، والوطء الواجب قيل إنه واجب في كل أربعة أشهر مرة، وقيل بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته وهذا أصح القولين والله أعلم"<sup>(2)</sup>.

(1) ابن جزري، محمد بن أحمد الغرناطي: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، ط1، بيروت: عالم الفكر، دون سنة طبع، ج1، ص141.

(2) ابن تيمية: مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج32، ص271.

وَذَكَرَ البهوتي أن الوطء حق للمرأة وواجب على الزوج فقال: "ولأنه لو لم يجب لها عليه حق لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به"<sup>(1)</sup>، وقال: "ويجب عليه -أي الزوج- أن يطأها -أي الزوجة- في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن له عذر، ولأنَّ النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفضل إلى ضرر الشهوة من المرأة كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حقاً لهما جميعاً"<sup>(2)</sup>.

وقال صاحب البحر الرائق حينما تكلم عن حق الوطء: "أما الزوجة فليس له -أي الزوج- ذلك -أي الإنزال خارج الفرج- إلا بإذنها، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، ولأن الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء لشهوتها وتحصيلاً للولد"<sup>(3)</sup>.

ويرى صاحب الشرح الكبير أن على الحاكم أن يجتهد في تطليق زوجة من حلف العزل عن زوجته فقال: "وطُّقَ على الزوج في حلفه لأعزلن عنها بأن يمني خارج الفرج، أو حلفه لا أبيتن عندها لما فيه من الضرر والوحشة عليها بخلاف لا أبيت معها في فراش مع بيته معها في بيت، أو ترك الوطء ضرراً، فيطلق عليه بالاجتهاد إن كان حاضراً بل وإن كان غائباً، ولا مفهوم لقوله ضرراً بل إذا تضررت هي من ترك الوطء طلق عليه بالاجتهاد ولو لم يقصد الضرر"<sup>(4)</sup>.

ويقول العدوي: "وإذا جاز لها التطليق بعدم النفقة فإنه يجوز لها إذا خشيت على نفسها الزنا بالأولى لشدة ضرر ترك الوطء الناشئ عنه الزنا، ألا ترى أنها لو أسقطت النفقة عن زوجها يلزمها الإسقاط وإن أسقطت عنه حقها في الوطء لا يلزمه"<sup>(5)</sup>، ونصُّ هذا الكلام ذكره النفراوي

(1) البهوتي: كشف القناع، ج5، ص191.

(2) المرجع السابق، ج5، ص192.

(3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص222.

(4) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص431.

(5) العدوي، علي الصعيدي المالكي: حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط1، بيروت: دار الفكر، سنة

1412هـ، ج2، ص121.

في الفواكه الدواني<sup>(1)</sup>، ويقول صاحب الفروع: "وحيث أوجبنا الوطء فإنما هو لإيفاء حق الزوجة"<sup>(2)</sup>، وقال الجصاص في باب حق الزوج على المرأة وحق المرأة على الزوج: "إن عليه وطأها بقوله تعالى: (وَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ)<sup>(3)</sup>، يعني لا فارغة ولا ذات زوج إذ لم يوفها حقها من الوطء"<sup>(4)</sup>، وحين تكلم الكاساني في البدائع عن قوله تعالى: (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ)<sup>(5)</sup> قال: "وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعتها إياها لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما..."<sup>(6)</sup>.

وخلاصة أقوال الفقهاء أن الوطء حق للمرأة واجب على الزوج، وأن على الزوج أن يتصل بزوجته بمقدار ما يعفها ويبعدها عن الحرام، وأن للزوجة رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها عند فقدها هذا الحق، ومن هنا كان لا بد لي أن أصل إلى لبّ موضوعنا وهو الزوج المحبوس تارك وطء زوجته سواء كان بعذر أو بغير عذر، فإن الضرر عليها نتيجة بعده عنها وتركه وطأها حاصلٌ وواقعٌ، فكيف إذا كانت مدة الحبس ثلاث سنوات فأكثر، لا شك أن الضرر متحقق ومتأكد، فهل يحق للزوجة في هذه الحالة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها لرفع هذا الضرر؟ هذا ما سنبحثه في المطالب القادمة إن شاء الله.

(1) النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص42.

(2) ابن مفلح: الفروع، ج5، ص104.

(3) سورة النساء، آية 129.

(4) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دون سنة طبع، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1405هـ، ج2، ص68.

(5) سورة النساء، آية 34.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص334.

## المطلب الثاني: بيان الذي له الحق في إيقاع الطلاق:

أولاً: الزوج<sup>(1)</sup>: الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج يوقعه على زوجته، وذلك لأن نصوص القرآن الكريم أسندته إلى الرجل، يقول تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً)<sup>(2)</sup>، ويقول أيضاً: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ)<sup>(3)</sup>، ويقول أيضاً: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)<sup>(4)</sup>.

فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق بيد الزوج وحق له يستقل بإيقاعه دون الزوجة، من غير توقف على رضاها به ودون حاجة إلى قضاء القاضي، ولم يجعل الإسلام الطلاق بيد الزوجة لأن الشأن والأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتهن التي جُبلن عليها سرعة التأثر والانفعال، والانقياد للعاطفة والخضوع لها أكثر من الخضوع للعقل، بخلاف الرجال فإن الغالب فيهم الأناة وضبط النفس عند الغضب والتبصر بعواقب الأمور قبل الإقدام عليها.

ثانياً: الزوجة<sup>(5)</sup>: فقد جعل الإسلام أن تكون الفرقة من جهة الزوجة في حال اشتراطها على زوجها في عقد الزواج أن تكون عصمة الطلاق بيدها إن أرادت ذلك وفي حال تفويض الطلاق إلى الزوجة بأن يرُدَّ الزوجُ الطلاقَ لها أو غيرها بإذنه.

(1) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج3، ص252، وانظر السرخسي: المبسوط، ج6، ص2، وانظر: السيواسي: شرح فتح القدير، ج3، ص463، وانظر: الزرقاني: شرح الزرقاني، ج3، ص216، وانظر: ابن عبد البر: الكافي، ج1، ص262، وانظر: البجيرمي، سليمان عمر بن محمد: حاشية البجيرمي، تركيا: المكتبة الإسلامية: ديار بكر، دون رقم وسنة طبع، ج4، ص2، وانظر: الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص279، وانظر: ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي: المبدع، ط1، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة1400هـ، ج7، ص249، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص277.

(2) سورة البقرة، آية 236.

(3) سورة الأحزاب، آية 49.

(4) سورة الطلاق، آية 1.

(5) انظر: ابن مفلح: المبدع، ج7، ص258-288، وانظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله المقدسي: الكافي في فقه ابن حنبل، ط5، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة1408هـ، 1998م، ج3، ص176، وانظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص80، وانظر: النووي: روضة الطالبين، ج7، ص278، وانظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج3، ص357-359.

ثالثاً: التفريق باتفاق الزوجين<sup>(1)</sup>، وذلك من خلال ما يسمى بالخلع<sup>(2)</sup>.

رابعاً: التفريق بحكم الشرع<sup>(3)</sup>، دون التوقف على رضا أحد الزوجين أو على قضاء القاضي كما في التفريق للردة<sup>(4)</sup> أو اللعان<sup>(5)</sup> أو الإيلاء<sup>(6)</sup> أو الظهار<sup>(7)</sup> أو ظهور خلل من شأنه إفساد عقد الزواج<sup>(8)</sup>.

(1) انظر البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص216، وانظر: ابن مفلح: المبدع، ج1، ص140، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص246، وانظر الشيرازي: المهذب، ج2، ص70، وانظر: النووي: روضة الطالبين، ج7، ص374، وانظر: ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج3، ص439، وانظر: النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص34.

(2) تناول قانون الأحوال الشخصية المعمول به موضوع المخالعة في الفصل الحادي عشر في المواد (102-112)، ومعناه أن تقتدي المرأة نفسها من زوجها بأن تتنازل عن مهرها المعجل والمؤجل وعن نفقة العدة وعن سائر حقوقها الزوجية الأخرى إن كان مدخولاً بها، وإن لم يكن مدخولاً بها تتنازل عن نصف مهرها المعجل والمؤجل وعن سائر حقوقها الزوجية الأخرى أو عن بعض ما ذكر كل ذلك مقابل أن يطلقها زوجها طليقة بائنة تملك بها نفسها، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص81-82.

(3) انظر: الشافعي: الأم، ج5، ص124، وانظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص245، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص437، وانظر: ابن مفلح: المبدع، ج7، ص161، وانظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج3، ص304.

(4) إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق، ولا حاجة لتفريق القاضي وإنما يفسخ الزواج بينهما فسخاً، انظر: أحمد داوود: القرارات الاستثنائية، ج1، ص403.

(5) اللعان: قيام زوج مسلم بالحلف إذا اتهم زوجته بالزنا أو بالحلف على نفي حملها منه، وقيام زوجته بالحلف في تكذيبه بأربعة أيمان عند جمهور الفقهاء بحضور قاض يشهد التلاعن ويحكم بالتفريق، انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص167، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص490-504.

(6) الإيلاء: حلف الزوج على الامتناع عن وطء زوجته مطلقاً، أو فوق أربعة أشهر فإن برَّ بيمينه ولم يطأ زوجته وقعت طليقة بائنة دون حاجة لرفع الأمر إلى قاضي، وإن وطأها وحنت بيمينه كان عليه كفارة اليمين، انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص152، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب الإمام أبي حنيفة عملاً بالمادة (183) التي تنصُّ على: "مالا ذكر له في هذا القانون -قانون الأحوال الشخصية- يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص92.

(7) الظهار: هو أن يُشَبَّه الرجلُ زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر أو البطن أو الفخذ، كأن يقول لها أنت علي كظهر أمي أو أختي، انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص161، وانظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص510-513.

(8) كزواج الرجل بأم مطلقة، أو التزوج بامرأة الغير، أو تزوج المرأة في عدتها، أو التزوج بمطلقة بانناً قبل أن تنكح زوجاً غيره، وغيرها، انظر: أحمد داوود: القرارات الاستثنائية، ج1، ص419.

خامساً: التفريق بواسطة القضاء<sup>(1)</sup>، فلم تهدر الشريعة رأيَ المرأة وحقّها في موضوع الطلاق، فقد تتضرر المرأة من زوجها، لأن زوجها لا يوفيهما حقوقها الزوجية، لذا وتحقيقاً للعدالة بين الزوجين ونتاجهما البشري من بنين وبنات، وإتماماً لهذه العدالة فقد أمدت الشريعة الإسلامية في سلطان قضاتها فجعلت لهم إمكانية التفريق بين الرجل وزوجته إذا كان في هذا التفريق حق حرصت الشريعة نفسها على المحافظة عليه، لذا فقد أعطت الشريعة للزوجة الحق في رفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها إذا كان هناك سبب يفوت ثمرات الزواج، فإذا أثبتت الزوجة بأي طريق من طرق الإثبات ما يسوغ شرعاً تطليقها حكم لها القاضي بتطليقها من زوجها بناء على طلبها مخلصاً لها منه، لأن مهمة القضاء رفع الظلم وإحقاق الحق والنظر في مصالح الناس الدينية والدنيوية، ويكون القاضي نائباً عن الزوج، وقد ذكرت في الفصل التمهيدي الحالات التي تبيح للمرأة رفع أمرها إلى القاضي، وأرجأت البحث في مسألة حق المرأة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها وسأتناولها في المبحث القادم إن شاء الله.

---

(1) الشيرازي: المهذب، ج2، ص49-146، وانظر: ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج3، ص590، وانظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: الشرح الكبير، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة1407هـ، 1987م، ج3، ص357، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص141+ج7، ص243.

## المبحث الثالث

### مذاهب الفقهاء في التفريق للحبس في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: آراء الفقهاء في التفريق للحبس:

من أنواع التفريق للضرر التفريق لغيبه وبعد الزوج عن زوجته، نظراً لما يُصيب الزوجة جراء ذلك من ضرر لحاجتها إلى زوجها، فهل للزوجة إذا تضررت جراء سجن زوجها وخشيت على نفسها الفتنة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق لأجل ذلك، ثمّة خلاف بين الفقهاء في المسألة:

**القول الأول:** ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والظاهرية<sup>(3)</sup> إلى أنه لا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طال مدتة، ولو لحقها الضرر بسبب ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أو بغير عذر.

فيرى الحنفية<sup>(4)</sup> أن الغائب لا تبين امرأته منه أبداً إلا إذا ثبت موته حقيقة أو حكماً.

ويرى الشافعية<sup>(5)</sup> رأياً قريباً من رأي الأحناف، حيث يقولون: إنها لا تُنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته أو يقين طلاقه، أو أن يحكم لها بالتطليق لعدم وجود ما تنفق منه بسبب عسرتة.

ويرى الظاهرية<sup>(6)</sup> أن امرأة الغائب تظل امرأته أبداً حتى يصح موته حقيقة أو تموت هي، وإذا كانوا لا يُجوزون طلب التفريق من الغائب والمفقود ففي عدم جوازه من المحبوس أولى.

(1) المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص181، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص197.

(2) الشيرازي: المهذب، ج2، ص146، وانظر: النووي: روضة الطالبين، ج8، ص400.

(3) ابن حزم: المحلى، ج10، ص134-140.

(4) المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص181، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص197.

(5) الشيرازي: المهذب، ج2، ص146، وانظر: النووي: روضة الطالبين، ج8، ص400.

(6) ابن حزم: المحلى، ج10، ص139.

**القول الثاني:** ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> إلى أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها، ولم يصرح بذلك إلا بعض الحنابلة في بعض فتاويهم، ولكن المذهب المالكي صرّح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق، كما سنرى بعد قليل عند البحث في أدلة الفريقين.

### **المطلب الثاني: أدلة الفريقين:**

**دليل الحنفية والشافعية والظاهرية<sup>(3)</sup>:** استدلت الحنفية والشافعية على عدم جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها المحبوس بما يلي:

1. لم يرد نصٌّ من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، أو فعلٌ من الصحابة أو نقلٌ عنهم بجواز التفريق لأجل الحبس أو الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن يبنى عليه التفريق.

2. الأخذ بالأصل أن الطلاق لا يملك إيقاعه إلا الزوج فقط من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الطلاق لمن أخذ بالساق"<sup>(4)</sup>، فلا يملكه القاضي.

3. بما روي عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"<sup>(5)</sup>، وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالتى غاب عنها زوجها وحُبس أولى بالانتظار حتى يرجع<sup>(1)</sup>.

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431، وانظر: العدوي: حاشية العدوي ج2، ص121.

(2) النفرأوي: الفواكه الدواني، ج2، ص42، وانظر: ابن مفلح: المبدع ج7، ص198.

(3) لا يوجد في نصوصهم ما يذكر أدلتهم صراحة، وإنما يفهم ذلك من خلال تناولهم البحث في المواضيع المتعلقة به.

(4) الحديث عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه، رواه ابن ماجه، وذكره الألباني في صحيح ابن ماجه وقال: حديث حسن، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن ابن ماجه باختصار السند، ط3، الرياض: مكتب التربية العربي لدول الخليج، سنة 1408هـ، 1988م، باب طلاق العبد، الحديث رقم (1692)، ج1، ص355.

(5) ذكره الصنعاني في سبل السلام وقال: الحديث ضعيف، انظر: الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط4، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1379هـ، ج3، ص209.

## دليل المالكية والحنابلة:

لا يوجد في مذهب الإمام مالك ومذهب الإمام أحمد بن حنبل وهما مأخذ أحكام التطليق للضرر والغيبية التطليق لحبس الزوج، إلا أنه لما كان المنطق في تطليق القاضي الزوجة لغيبية زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية<sup>(2)</sup> ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة<sup>(3)</sup> هو تضرر الزوجة من بُعد زوجها عنها فإنَّ هذا المعنى موجود ومتحقق في زوجة المحبوس، فلا يختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنةً فأكثر، في أن مقامها وزوجها بعيداً عنها زمناً طويلاً أمرٌ فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب<sup>(4)</sup>، ولذلك يكون مبنى التفريق عندهم بسبب الحبس هو الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها، ولعل النصوص الآتية من أقوال فقهاء المالكية والحنابلة تشير إلى علة الضرر وكيف تتحقق في زوجة المحبوس، وكيف تكون سبباً للتفريق، ومن أقوالهم ما يلي:

يقول الدسوقي من المالكية: "الحاصل أنه إذا حلف ليعزلن عن زوجته زمناً يحصل به ضررها، أو حلف لا يبيت عندها، أو ترك وطأها ضرراً، أو أدام العبادة وتضررت الزوجة من ترك الوطء وأرادت الطلاق، فإنَّ الحاكم يجتهد في طلاقها عليه، ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه أن يجتهد في أن يطلق عليه فوراً بدون أجل"<sup>(5)</sup>، ويقول أيضاً: "لا يُطَلَّق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالَّت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر، وهو المعتمد، وقال ابن عرفة<sup>(6)</sup>

---

<sup>(1)</sup> السرطاوي، د. محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1417هـ، 1997م، ص468، وانظر: إبراهيم عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص241.

<sup>(2)</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص431، وانظر: المغربي: مواهب الجليل، ج4، ص196.

<sup>(3)</sup> البهوتي: كشف القناع، ج5، ص192، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

<sup>(4)</sup> مصطفى، فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، سنة 1991م، ص85.

<sup>(5)</sup> الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431.

<sup>(6)</sup> ابن عرفة: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، هو الإمام العلامة المقرئ الفروع الأصيل البياني المنطقي، شيخ الشيوخ، وتفرد بشيخوخة العلم والفتوى في المذهب له تصانيف عديدة، انتشر علمه شرقاً وغرباً، حافظاً للمذهب ضابطاً لقواعده إماماً في علوم القرآن مجيداً في العربية، له تأليف منها تقييده الكبير في المذهب واختصر كتاب الحوفي اختصاراً وجيزاً وله تأليف في المنطق وغير ذلك، توفي سنة ثمان وأربعين

السنن والثلاث ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها ويُعلم ذلك منها وتُصدّق في دعواها حيث طالّت مدة الغيبة<sup>(1)</sup>، والشاهد في كلام الدسوقي الأول أنّ تضرر الزوجة من ترك زوجها الوطء لأي سبب من الأسباب علّة تجيز طلب التفريق، وفي كلامه الثاني أن الغيبة إذا طالّت سنة فأكثر وتضررت الزوجة وخشيت على نفسها الزنا علّة تجيز التفريق وكلاهما ينطبق على الزوج المحبوس.

ويقول الدردير من المالكية عن الزوج: "أو ترك الوطء ضرراً فيُطّلق -أي القاضي- عليه في الاجتهاد إن كان حاضراً بل وإن كان غائباً ولا مفهوم لقوله ضرراً بل إذا تضررت هي من ترك الوطء طُلقَ عليه بالاجتهاد ولو لم يقصد الضرر"<sup>(2)</sup>.

ويقول أيضاً: "لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر ولا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه، أو يُطّلق، فإن امتنع تلوّم له بالاجتهاد وطلقَ عليه، ولا يجوز التطليق بغير كتابة إليه إن عُلم محله وأمكن -أي وصول الرسائل إليه-، ولا بد من خوفها -أي الزوجة- على نفسها الزنا ويُعلم ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع"<sup>(3)</sup>.

الشاهد من القولين السابقين للدردير أن ترك الوطء سببٌ للتطليق إن كان حاضراً أو غائباً بغض النظر عن سبب الغيبة أو مكانها، بشرط أن تتضرر هي، أمّا شرطُ الكتابة إليه فمَنوط ومقيد بما إذا عُلم مكانه وأمكن الكتابة ووصول الرسائل إليه، وإذا لم يُعلم مكانه أو عُلم مكانه ولم يُمكن الكتابة إليه فالمفهوم من النص أن الشرط باطل، وهذا منطبق على المحبوس.

---

وسبعمائة ودفن بالبقيع، انظر: ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، بيروت: دار الكتب العلمية، ج1، ص337-340.

<sup>(1)</sup> ابن فرحون: الديباج المذهب، ج2، ص431.

<sup>(2)</sup> الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص431.

<sup>(3)</sup> المرجع السابق، ج2، ص431.

ويقول العدوي من المالكية: "وإذا جاز لها -للزوجة- التطليق بعدم النفقة فإنه يجوز لها إذا خشيت على نفسها الزنا بالأولى لشدة ضرر ترك الوطء الناشئ عنه الزنا"<sup>(1)</sup>، ونص هذا الكلام ذكراً النفراوي في الفواكه الدواني<sup>(2)</sup>.

والدليل في هذا الكلام كون المحبوس تاركاً للوطء الذي قد ينتج عنه الضرر المنشئ للزنا.

وفي نصوص أقوال فقهاء الحنابلة أيضاً ما يفيد ذلك، ومن أقوالهم:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة، وأولى الفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فراقه كالقول في امرأة المفقود بالإجماع كما قاله أبو محمد المقدسي<sup>(3)</sup>«(4)، والصواب في امرأة المفقود عند ابن تيمية هو ما ذكره في قوله: "والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أنها تتربص أربع سنوات، ثم تعتد للوفاء، ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك"<sup>(5)</sup>، وعلى هذا فإن زوجة المحبوس بناء على قول ابن تيمية تتربص أربع سنين، فإن لم يخرج المحبوس فرّق القاضي بينها وبين زوجها.

ويقول ابن قدامة: "وإن لم يكن له -أي للزوج المسافر- عذرٌ مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته قال ستة أشهر يكتب إليه

(1) العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص121.

(2) النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص42.

(3) أبو محمد المقدسي: الإمام المحدث العابد الثقة أبو محمد عبدالله بن محمد بن سلم بن حبيب الفريابي الأصل المقدسي، سمع محمد بن رمح وحرمله بن يحيى وجماعة، حدث عنه أبو حاتم بن حبان ووثقه، مات سنة نيف عشرة وثلاث مئة، انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج14، ص306.

(4) نقله: البعلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الدمشقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام

ابن تيمية، اختارها الشيخ البعلي، بيروت: دار المعرفة، دون رقم وسنة طبع، ص247.

(5) المرجع السابق، ص281.

فإن أبا أن يرجع فرّق الحاكم بينهما<sup>(1)</sup>، ونصّ هذا الكلام ذكره ابن مفلح<sup>(2)</sup> في نصوص كتبه، وهذا واضح ومنطبق على السجين على رأي من قال أن السجن هو غيبة بغير عذر.

ويقول صاحب الروض المربع: "وإن سافر -أي الزوج- فوق نصفها أي نصف سنة في حج أو غزو واجبين أو طلب رزق يحتاجه وطلبت -أي الزوجة- قدومه وقدر لزمه القدوم فإن أبا أحدهما أي الوطاء في كل ثلث سنة مرة أو القدوم إذا سافر فوق نصف سنة وطلبت فرّق بينهما الحاكم بطلبها"<sup>(3)</sup>، والقيد المذكور في كلام البهوتي "وقدر" يفيد بمفهوم المخالفة أن عدم قدرته أو عدم قدومه لعدم قدرته يكون إباءً فيكون لها الحق في طلب التفريق، وعلى الحاكم أن يفرق بينهما بطلبها.

وإنني أرى بعد النظر في أدلة الفريقين الحنفية والشافعية والفريق الآخر المالكية والحنابلة أنه لا حجة للحنفية والشافعية في منعهم، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: إن الدليل الأول الذي استدلوا به لا ينتهز حجة لقولهم، وذلك لأنّ الأمور المستجدة تكون دوماً بحاجة إلى حكم شرعي، وليس معنى أنه إن لم يرد نص من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم أو فعل من الصحابة أنه ليس هناك حكم، فبذلك تتعطل الكثير من الأحكام في الأمور المستجدة، لاسيما إذا علمنا أن السجن لمدة طويلة لم يكن موجوداً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو خلفائه من بعده، فإن قيل هذا في حق المسجون فما بال الغائب؟ قلت: إنه لم يرد في حادثة أو واقعة أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو إلى من ولي القضاء من بعده في عهد الخلفاء الراشدين تطلب التفريق بينها وبين زوجها الغائب فرّق الحاكم إجابة طلبها حتى نحكم بعدم الجواز.

ثانياً: أما الدليل الثاني الذي استدلوا به فهو في حق الموالى وأسيادهم، ويدل على ذلك مناسبة الحديث أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته

(1) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

(2) ابن مفلح: المبدع، ج7، ص198.

(3) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1412هـ، ج3، ص130.

وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال -راوي الحديث عبد الله بن عباس- فصعد رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم المنبر فقال: (يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوّج عبده أمته ثمَّ يُريد أن يفرّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)<sup>(1)</sup>، ولمّا كان الحديث في حق الموالي وأسيادهم فلا ينتهز حجةً لقولهم.

ثالثاً: إن الدليل الثالث الذي استدلووا به ساقط، وذلك لأن الحديث؛ كما ذكر الصنعاني، ضعيف، وبذلك لا ينتهز حجة لقولهم.

وأرى أن الراجح والأولى بالأخذ والله أعلم هو قول المالكية والحنابلة القائلين بجواز التفريق للحبس لما في قولهم من تحقيق للمصلحة ورفع للضرر الواقع على الزوجة نتيجة بعد زوجها عنها.

وذهب إلى ترجيح هذا القول من المعاصرين الدكتور محمد عقلة حيث يقول: "وأرى أن ما ذهب إليه القائلون بالتفريق بين الزوجين للغيبة والحبس إذا طلبته الزوجة هو الأولى بالمصير إليه، وذلك رفعا للضرر الذي يلحق الزوجة جرّاء ذلك عملاً بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، ولأنه إذا جاز التفريق لتعذر الوطء بالعنة وبالعجز عن النفقة، فلئن يجوز الفسخ بالغيبة التي تتضمن كل ذلك أولى -والله أعلم-"<sup>(2)</sup>.

ويضيف الدكتور محمد عقلة قائلاً: "وأرى أن السجن مما يسوغ للزوجة طلب التفريق من زوجها بسببه، لا سيما إن كان لتهمة تخل بالشرف والأخلاق أو غير ذلك كأن يُسجن لعجزه عن قضاء دين، لأنه وإن كان مقتضى العلاقة الزوجية أن تقف الزوجة إلى جانب زوجها في محنته، فلا يجوز أن يكون ذلك على حساب تضررها وتعريضها للفتنة"<sup>(3)</sup>.

وذهب الدكتور عبد الكريم زيدان إلى ترجيح هذا الرأي أيضاً حيث قال: "والراجح ما قرره وذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية، لأن مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته هو تضرر

(1) سبق تخريجه، انظر ص38.

(2) عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ص224.

(3) المرجع السابق، ج3، ص227.

الزوجة بفقد زوجها أو غيبته عنها، وأنَّ دفع هذا الضرر عنها يكون بتمكينها من طلب التفريق، وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير والمحبوس، كما هو متحقق في زوجة المفقود أو الغائب<sup>(1)</sup>.

---

(1) زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص467.

### المطلب الثالث: مدة الحبس المجيزة للتفريق عند الفقهاء

اختلف العلماء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس في المدة التي تجيز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها إذا تضررت من ذلك البعد، على ثلاثة أقوال:

**القول الأول: قول المالكية:** حيث ذهبوا إلى أن المدة سنة فأكثر، يقول الدسوقي: "لا يُطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طال مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر، وهو المعتمد"<sup>(1)</sup>.

ويقول الدردير: "لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر"<sup>(2)</sup>.

ثم نقل الدسوقي قول ابن عرفة فقال: "وقال ابن عرفة: السنّان والثلاث ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها، إلا أن الراجح والمعتمد في المذهب هو السنّة"<sup>(3)</sup>.

**القول الثاني: قول الحنابلة:** حيث ذهبوا إلى أن المدة ستة أشهر فأكثر، يقول صاحب المغني في الغائب: "وإن لم يكن -غائباً- لعذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر"<sup>(4)</sup>.

ونص هذا الكلام ذكره ابن مفلح<sup>(5)</sup> والبهوتي<sup>(6)</sup>، وزادوا عليه: "ونبّه -أي الإمام أحمد- عليه بقوله أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك"، ويقول البهوتي في الروض المربع أثناء بحثه التفريق لتضرر الزوجة بترك الوطء: "وإن سافر فوق نصف سنة وطلبته -ولم يقدم- فرق بينهما الحاكم بطلبها"<sup>(7)</sup>.

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431.

(2) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص431.

(3) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431.

(4) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

(5) ابن مفلح: المبدع، ج7، ص198.

(6) البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص192.

(7) المرجع السابق، ج3، ص130.

ودليل الحنابلة التوقيت بستة أشهر الحديث الذي رواه عبد الرزاق عن ابن جريج قال أخبرني من أصدق أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو يطوف سمع امرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل واخضل جانبه وأرقني إذ لا خليل لأعبه  
فلولا حذار الله لا شيء مثله لززع من هذا السرير جوانبه  
فقال عمر فما لك، قالت: أغربت زوجي منذ أربعة أشهر وقد اشتقت إليه، فقال أردت سوءاً  
قالت معاذ الله، قال فاملكي على نفسك فإنما هو البريد إليه فبعث إليه، ثم دخل على حفصة  
فقال: إني سائلك عن أمر قد أهمني فافرجيه عني كم تشتاق المرأة إلى زوجها؟ فخفضت رأسها  
فاستحييت، فقال فإن الله لا يستحيي من الحق، فأشارت خمسة أشهر وإلا فستة فكتب عمر ألا  
تحبس الجيوش فوق ستة أشهر<sup>(1)</sup>.

**القول الثالث: قول الإمام ابن تيمية:** إنه أربع سنوات، يقول: "فالقول في امرأة الأسير  
والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود"<sup>(2)</sup>،  
ولما ذَكَرَ تَرَبُّصَ امرأة المفقود قال: "والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر ابن الخطاب  
وغيره من الصحابة وهو أنها تتربص أربع سنوات"<sup>(3)</sup>.

ورجح هذا القول الدكتور عبد الكريم زيدان حيث قال: "أما المدة التي يُمهَل فيها الأسير  
والمحبوس وتؤمر الزوجة بانتظار عودتهما خلالها، هذه المدة أَرَجَّحُ أن تكون أربع سنوات في  
الأسير، وهي مدة إمهال المفقود وتربص زوجته، أما بالنسبة للمحبوس فأَرَجَّحُ أن تكون المدة،  
مدة تربص زوجته وانتظار خروجه من الحبس أربع سنوات أيضاً، ولا يجوز طلب التفريق  
قبل مضيتها"<sup>(4)</sup>.

وإن كان ثمة قول لي في المسألة فإني أرى أن هناك بوناً بين جعل ابن تيمية المدة أربع  
سنوات فهي مدة طويلة، وبين قول الإمام أحمد إنها ستة أشهر وقول الإمام مالك إنها سنة فهي

(1) الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام: مصنف عبد الرزاق، ط2، تحقيق حبيب الرحمن الأعظم، بيروت: المكتب  
الإسلامي، سنة1403هـ، الحديث رقم 12593، ج7، ص151، ونقل الرواية: ابن مفلح: المبدع، ج7، ص199،  
ونقلها البهوتي: كشاف القناع: ج5، ص193، ونقلها ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

(2) البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص247.

(3) المرجع السابق، ص281.

(4) زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص467.

مدة قصيرة، وأرى أن مسألة تحديد المدة قضية اجتهادية تعتمد على ضوء العصر للأئمة وطبيعة المجتمع الذي تعيشه المرأة ولا بد أن تضبطها ضوابط، فطبيعة المرأة المخدرة وحاجتها للرجال تختلف وبلا شك عن المرأة التي تخرج إلى المجتمع وتكون أكثر اختلاطاً واحتكاكاً بهم، وكذلك البيئة المكانية من حر وبرد واعتدال لما في ذلك من أثر على تحريك غريزة المرأة وسرعة إثارة شهوتها، وكذلك سن المرأة وصحتها وطبيعتها البيولوجية وكونها بكرًا أو ثيبًا، فلا بد أن تتوافر مثل هذه الضوابط لتحديد المدة المجيزة للحبس التي يضمن أن تكون كافية لأن تستوحش الزوجة، ويثبت الضرر الواقع عليها.

### المطلب الرابع: شروط المالكية والحنابلة في التفريق للحبس

اشترط المالكية والحنابلة شروطاً للتفريق بسبب الحبس استقيتها من مجموع كلامهم، ولم ينصوا عليها صراحة، ومن هذه الشروط:

أولاً: أن تكون مدة الحبس طويلة، وقد اختلف في مدته على الخلاف الذي ذكرناه في المطالب السابقة<sup>(1)</sup>، ومجمله أن المالكية في المعتمد عندهم قدرها بسنة فأكثر، أما الحنابلة فذهبوا إلى أنها ستة أشهر فأكثر، وحددتها ابن تيمية بأربع سنوات، أما ابن عرفة فقال السنان والثلاث ليست بطول ولا بد من الزيادة عليها.

ثانياً: أن تخشى الزوجة على نفسها الزنا بسبب هذا الحبس، والضرر هنا هو خشية الوقوع في الزنا إلا أن هذا الضرر يثبت بقول الزوجة وحدها لأنه لا يُعرف إلا منها إلا أن يكذبها ظاهر الحال، جاء في حاشية الدسوقي: "ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها ويُعلم ذلك منها وتصدق في دعوها حيث طال مدة الغيبة وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها"<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: اشترط الحنابلة أن تكون غيبة الزوج بغير عذر، يقول ابن قدامة: "فإن غاب أكثر من ذلك من ستة أشهر - بغير عذر فقال بعض أصحابنا يرأسه الحاكم، فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه"<sup>(3)</sup>، ويقول البهوتي: "وإن لم يكن عذر مانع من الرجوع فإن أحمد وقته بستة أشهر.."<sup>(1)</sup>،

(1) ذكرنا الخلاف في السابق، انظر ص44 وما بعدها.

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص431.

(3) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

وبناءً على شرط الحنابلة هذا فليس كل سجن يبيح التفريق، فالسجن السياسي أو الاعتقادي لا يبيح لأنه يعتبر بعذر، أما السجن الأخلاقي أو نتيجة ارتكاب جريمة فهذا تعتبر غيبته بغير عذر فيجوز عندهم للزوجة أن تطلب التفريق، ويرى ذلك من المعاصرين الدكتور عبد الرحمن الصابوني حيث يقول: "وَحَبْدًا لَوْ فَرَّقَ الْمُشْرَعُ بَيْنَ السَّجْنِ لِسَبَبٍ سِيَاسِيٍّ أَوْ عَقَائِدِيٍّ أَوْ وَطَنِيٍّ، وَبَيْنَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَسْبَابِ كَالْجَرَائِمِ الْعَادِيَةِ كَمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْغِيَابِ لِعَذْرِ وَالْغِيَابِ بَدُونَ عَذْرِ ذَلِكَ لِأَمْرَيْنِ، الْأَوَّلُ: الْغَرَضُ النَّبِيلُ الَّذِي لِأَجْلِهِ سُجِنَ الزَّوْجُ فَيَجِبُ أَنْ يُعَامَلَ الْمَعَامَلَةَ الَّتِي تَلِيْقُ بِهِ، وَالثَّانِيَّةُ: اِحْتِمَالُ الْإِفْرَاجِ عَنْهُ غَيْرَ بَعِيدٍ"<sup>(2)</sup>، وتعقيباً على هذا الشرط يقول فضيلة الشيخ محمود صالح مصلح<sup>(3)</sup>: "الواجب أن لا يُفَرَّقَ بَيْنَ صَاحِبِ الْعُذْرِ الْمَشْرُوعِ فِي الْغِيَابِ أَوْ الْحَبْسِ، وَأَهْمُ الْمَعَاذِيرِ الْمَشْرُوعَةِ مَنْزِلَةٌ وَأَعْلَاهَا الْمَحْبُوسُ لَدَى سُلْطَاتِ الْاِحْتِلَالِ بَعْدَ أَنْ الْقِيَ الْقَبْضُ عَلَيْهِ يَقَاوِمُ"<sup>(4)</sup>.

رابعاً: أن يكون التفريق بحكم الحاكم، يقول صاحب الروض المربع بعد أن ذكر إجابة الحاكم طلب الزوجة التفريق للغيبة: "ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه"<sup>(5)</sup>، ونلاحظ ذلك من ثنايا أقوالهم فإنهم لما أجازوا طلب التفريق قال الدردير عن الزوجة إذا غاب زوجها وطلبتة فلم يقدم: "فرق بينهما الحاكم بطلبها"<sup>(6)</sup>، ويقول ابن قدامة عن الزوج إن أبي أن يرجع: "فرق الحاكم بينهما"<sup>(7)</sup>، ويقول النفراوي في موضع عدم استجابة الغائب: "وإلا طلقها الحاكم"<sup>(8)</sup>، وبناءً على ذلك فلا يكون التفريق إلا بحكم الحاكم.

(1) البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص192.

(2) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص79.

(3) فضيلة القاضي محمود صالح مصلح أبو حسن، من مواليد سنة 1945 في قرية نورس المحتلة سنة 1948م، عمل في القضاء الشرعي الأردني منذ عام 1976م وحتى عام 1989م حتى تقاعد، وعمل بعدها محامياً شرعياً حتى عام 1995م، ومن ثم عاد إلى أرض الوطن قاضياً لعدة محاكم ولا زال على رأس عمله.

(4) مقابلة شخصية: القاضي الشرعي محمود صالح مصلح 2005/4/14م.

(5) البهوتي: الروض المربع، ج3، ص130.

(6) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص431.

(7) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

(8) النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص42.

## المبحث الخامس

### هل الفرقة للحبس طلاق أم فسخ؟ والأثر المترتب على ذلك

تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الفسخ، والطلاق يكون بالإرادة المنفردة من الزوج، ويكون بإرادة الزوجين معاً، ويكون بحكم القاضي إذا رفعت إليه الزوجة أمرها طالبة التفريق كالتفريق للحبس وغيره، ويكون بحكم الشرع كالتفريق للإيلاء واللعان والظهار، وتتحل الرابطة الزوجية أيضاً لطوء عارض يمنع بقاء النكاح، أو تداركاً لأمر اقترن بالعقد حين إنشائه فجعل العقد غير لازم، ويُسمى انحلال العقد لهذين السببين فسخاً، ولمّا كان التفريق للحبس هو انحلال لرابطة الزواج كان لا بد من بيان هل هذا التفريق فسخ أو طلاق، وحتى يتسنى ذلك لا بد من بيان مفهوم كل من الطلاق والفسخ، وبيان أنواع الطلاق والآثار المترتبة على ذلك، ومن ثمّ بيان نوع الطلاق في الفرقة للحبس، وسأتناول ذلك من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الأول: مفهوم الطلاق:** عرّف الفقهاء الطلاق بتعريفات مختلفة، تختلف صيغتها ويتفق مضمونها.

فعرّفه الحنفية بأنّه: "رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص، وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحاً كأنّ طالق، أو كناية كمطلقة بالتخفيف، وهجاء طالق بلا تركيب كأنّ ط ل ق وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما"<sup>(1)</sup>.

وعرّفه المالكية بأنّه: "رفع القيد الثابت بالنكاح"<sup>(2)</sup>، أو: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كتابة ظاهرة أو بلفظ مع نية"<sup>(3)</sup>.

(1) السيواسي: شرح فتح القدير، ج3، ص364.

(2) الزرقاني: شرح الزرقاني، ج3، ص364.

(3) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص347.

وعرّفه الشافعية بأنّه: "حلُّ عِصْمَةِ النكاح"<sup>(1)</sup>.

وعرّفه الحنابلة بأنّه: "حل قيد النكاح أو بعضه"<sup>(2)</sup>.

وعرّفه من العلماء المعاصرين الدكتور محمد محيي الدين عبد الحميد بتعريف شامل جامع لمعاني تعريفات الفقهاء السابقة بقوله: "فالطلاق هو حلّ رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، أو ما يقوم مقام العبارة كالكتابة، ولا تكون هذه العبارة أو ما يقوم مقامها إلا صادرة عن الزوج أو وكيله، أو عن القاضي بناء على طلب الزوجة"<sup>(3)</sup>.

وأرى أن الدكتور محمد محيي الدين قطع المجال أمام محاولة صياغة تعريف جديد، إذ أن تعريفه أشمل التعريفات لذلك فإني أرى اختياره.

**المطلب الثاني: أنواع الطلاق وآثار كل نوع:**

**الفرع الأول: أنواع الطلاق:**

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها إلى رجعي وبائن<sup>(4)</sup>.

فالطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يملك الزوج بعد إيقاعه أن يعيد مطلقته إلى الزوجية أثناء العدة، دونما حاجة إلى عقد جديد، رضيت الزوجة بذلك أم لم ترض<sup>(5)</sup>.

والطلاق البائن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة زوجته المطلقة بالرجعة، وهو نوعان:

---

(1) الشريبي: مغني المحتاج، ج4، ص455.

(2) ابن مفلح: المبدع، ج7، ص249، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج3، ص143.

(3) محمد محي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص229.

(4) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج3، ص400 وما بعدها، وانظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص150، وانظر: ابن تيمية: مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج33، ص9.

(5) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص238، وانظر: عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص125، وانظر: شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص498.

الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي ينهي الزوجية بحيث لا يتمكن الزوج من إعادة الزوجة المطلقة بعده إلى عصمته وعقد نكاحه إلا بعقد ومهر جديدين وبشرط إنزها ورضاها<sup>(1)</sup>.

الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الذي ينهي الزوجية، ولا يستطيع الزوج بعده إعادة الزوجة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تنقضي عدتها منه، وتتزوج برجل آخر زواجاً صحيحاً، ويدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً، ثم يفارقها بالموت أو الطلاق، وتنقضي عدتها منه، ثم بعد ذلك يحق لزوجها الأول أن يعقد عليها برضاها وبعقد ومهر جديدين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي والباطن بنوعيه:

#### أولاً: آثار الطلاق الرجعي:

1- الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، ولا يرفع الحلَّ ما دامت العدة قائمة، أما عدم إزالة الملك فيعني أن المطلقة رجعيّاً تبقى زوجة كاملة من حيث المعاشرة، وأما معنى أن الطلاق الرجعي لا يرفع الحل فيعني أن المطلقة رجعيّاً لا تحرم في العدة بصورة مؤبدة أو مؤقتة<sup>(3)</sup>.

2. يحق لمن طلق زوجته رجعيّاً أن يعيدها إلى عصمته أثناء العدة، ومن غير حاجة إلى عقد أو مهر جديدين شريطة أن لا يكون الغرض من الإرجاع مضارة الزوجة وإيذاءها<sup>(4)</sup>.

3. إن حق مراجعة الزوج لزوجته لا يسقط بالإسقاط لأنه حُكْمٌ أثبتته الشرع، وهو لا يتوقف على إذن الزوجة أو رضاها<sup>(1)</sup>.

(1) الحصري، د.أحمد: الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط2، بيروت: دار الجليل، سنة1412هـ، 1992م، ص409، وانظر: السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص238، وانظر: زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص50.

(2) زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص62، وانظر: سمارة: أحكام وآثار الزوجية، ص282.

(3) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج3، ص400، وانظر: المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص1006، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج3، ص168.

(4) العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص68، وانظر: الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص392.

4. الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً فإن كان هذا الطلاق مسبقاً بطلقة لم يبق له إلا طلقة واحدة تحرم المطلقة بعدها على مطلقها تحريماً مؤقتاً حتى تتزوج برجل آخر (2).

5. أنه يحدد انتهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بانتهاء العدة، بمعنى أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فإن هذا الطلاق حدد انتهاء الزوجية بينهما بانقضاء العدة، فإذا لم يرجعها حتى انقضت العدة انقطعت العلاقة الزوجية بينهما (3).

6. المرأة الرجعية زوجةٌ يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء واللعان، حيث يمكن إيقاع طلاق آخر على المطلقة وهي في العدة (4).

7. تقيم المعتدة رجعياً في بيت الزوجية إلا إذا أتت بفاحشة مبينة (5).

8. أنه لا يحين موعد المهر المؤجل لأقرب الأجلين بمجرد الطلاق الرجعي، وإنما بانتهاء العدة (6).

9. لا يحل للمطلق رجعياً أن يتزوج أخت المطلقة أو عمته... أثناء العدة لأنها زوجته، والجمع بينها وبين هؤلاء محرم (7).

---

(1) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص407، وانظر: التكروري، د.عثمان: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1997م، ص171.

(2) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص242، وانظر: عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص125.

(3) الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص225، وانظر: السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص242.

(4) ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص161، وانظر: البهوتي: كشف القناع، ج5، ص218، وانظر: عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص136، وانظر: الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص225.

(5) العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم: التاج والإكليل، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1398هـ، ج4، ص164، وانظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص158، وانظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص146.

(6) ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص54، وانظر: العبدري: التاج والإكليل، ج4، ص105، وانظر: التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص195.

(7) عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص125.

10. تستحق المطلقة رجعيًا النفقة الزوجية كاملة ما دامت الزوجة في العدة، لوجود سبب وجوب النفقة وهو استحقاق الحبس عليها بسبب النكاح من عقد صحيح<sup>(1)</sup>.

11. ثبوت التوارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما أثناء العدة سواء كان الطلاق في حال الصحة أو في حال مرض الموت، ما لم يوجد مانع من موانع الإرث<sup>(2)</sup>.

12. ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيًا من مطلقها<sup>(3)</sup>.

13. لا يحل التصريح أو التعريض بخطبة الرجعية لأنها زوجه فأشبهت ما قبل الطلاق<sup>(4)</sup>.

### ثانيًا: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

1. الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك ولا يزيل الحلَّ، بمعنى أن المطلقة بائناً تحرم معاشرتها ولا يحل للزوج أن يستمتع أو أن يختلي بها بمجرد صدور الطلاق، وله الحق في مراجعتها بعقد ومهر جديدين، بمعنى أن الزوجة لا تحرم على الزوج بصورة مؤبدة أو مؤقتة ويحل له العقد عليها أثناء العدة وبعدها، وهذا معنى قول الفقهاء: "إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك لا الحل"<sup>(5)</sup>.

---

(1) العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص163، وانظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص156، وانظر: ابن مفلح: المبدع، ج8، ص191، وانظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص464.

(2) ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص156، وانظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص416.

(3) العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص168، وانظر: المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص10، وانظر: الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص321.

(4) النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص12، وانظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص18، وانظر: ابن قدامة: الكافي في فقه ابن حنبل، ج3، ص51.

(5) ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص150، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج3، ص168، وانظر: المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص10، وانظر: عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص136.

2. أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإن كان قد سبق لزوج أن طلق زوجته طلاقاً بائناً، وكان ذلك أول طلاق وقع منه عليها، فإنه يصبح مالكاً لطلقتين، ولو كانت الثانية لم يبق له إلا طلاقة واحدة تحرم بعدها عليه تحريماً مؤقتاً<sup>(1)</sup>.

3. أنه يمنع التوارث بين الزوجين، فإذا مات أحد الزوجين في فترة العدة فلا يرثه الآخر، لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية بمجرد صدوره، فينقطع به السبب الذي كان سبباً للتوارث بين الزوجين، إلا إذا كان الطلاق في حال مرض الموت، ودلت القرائن على أن الزوج يقصد حرمان زوجته من الميراث، فإنها ترثه إن مات وهي في العدة، معاملة له بنقيض قصده<sup>(2)</sup>.

4. يحل بمجرد البينونة الصغرى مؤخر الصدق المؤجل إذا كان مؤخرراً لأقرب الأجلين من الطلاق أو الوفاة، لأن الزوجية انتهت بالبائن<sup>(3)</sup>.

5. لا يلحق الزوجة المطلقة بائناً الظهار أو اللعان أو الإيلاء أو الخلع<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى<sup>(5)</sup>:

1. يلتقي الطلاق البائن بينونة كبرى مع البائن بينونة صغرى فيما ذكرنا من آثاره.

2. المطلقة بائناً بينونة كبرى لا تحل لمطلقها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يفارقها بموت أو طلاق وتنقضي عدتها، ثم يعقد عليها مطلقها الأول عقد نكاح جديد برضاها، والدليل على هذا قوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكَحَ

(1) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص238، وانظر: الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص258، وانظر: زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص60.

(2) ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص156.

(3) سمارة: أحكام وآثار الزوجية، ص283، وانظر: التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص197.

(4) البهوتي: كشاف القناع، ج3، ص195 + ج5، ص226، وانظر: زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص60.

(5) انظر: عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص37، وانظر: زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص88، وانظر: سمارة: أحكام وآثار الزوجية، ص284.

زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْمَلُونَ<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: مفهوم الفسخ:

فسخ عقد الزواج: عبارة عن نقضه، ورفع، وإزالة ما يترتب عليه من الأحكام في الحال<sup>(2)</sup>.

وعرّفه الدكتور محمد محيي الدين عبد الحميد بقوله: "والفسخ هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره"<sup>(3)</sup>.

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: "وحقيقة الفسخ أنه عارض يمنع بقاء النكاح، أو تدارك الأمر اقتران بالإثشاء، جعل العقد غير لازم"<sup>(4)</sup>.

ويُفهم من أقوالهم السابقة أن المقصود بالفسخ أنه نقض للعقد السابق، وأن الخلل الذي يقتضي نقض عقد الزواج إما أن يكون مقارناً للعقد، وإما أن يكون طارئاً بعد انعقاده، وهذا الخلل يجعل العقد معدوماً مجازاً، لا يترتب على العقد أي أثر من الآثار بعد الفسخ، وللعلماء كلامٌ في أنواع الفسخ يطول لو تناولته هنا، لذا سأتناول ما يخص موضوع الرسالة في المطلب الرابع إن شاء الله.

### المطلب الرابع: الفرق بين الطلاق والفسخ:

من تعريف الطلاق وبيان الآثار المترتبة عليه، ومن بيان مفهوم الفسخ يتبين لي أن هناك فروقاً بين الطلاق والفسخ أبينها لنرى أثر هذه الفروق على الفرقة للحبس، ويمكن بيان تلك الفروق من النواحي الآتية:

(1) سورة البقرة آية 230.

(2) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص309.

(3) محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص230.

(4) أبو زهرة، محمد: الأحوال الشخصية، ط3، مصر: دار الفكر العربي، سنة 1377هـ، 1957م، ص324.

## أولاً: من حيث الماهية<sup>(1)</sup>:

الفسخ نقض للعقد من أساسه، وفرقة الفسخ يترتب عليها انتهاء الحلّ بين الزوجين بمجرد حدوثها، دون توقف على انتهاء العدة.

أما فرقة الطلاق فلا يترتب عليها انتهاء الحلّ بين الزوجين إلا بعد انتهاء العدة إن كان الطلاق رجعياً، فإن كان بائناً بينونة صغرى أو كبرى انتهى الحلّ بينهما من حين وقوعه.

## ثانياً: من حيث الأسباب<sup>(2)</sup>:

فالفسخ إما أن يكون فسخاً ناقضاً أصل العقد وهو ما إذا كان سببه أمراً يتصل بإنشائه كالفسخ بخيار البلوغ لأحد الزوجين، أو الإفاقة، أو الفسخ لعدم الكفاءة، وإما أن يكون غير ناقض للعقد من أصله وهو ما إذا كان سببه أمراً عارضاً أو طارئاً على العقد يمنع بقاء النكاح وينافي الزواج كَرَدِّة الزوج أو كالفسخ لوجود حُرْمَةِ مصاهرة لم تكن وقت العقد، والفسخ للعان، أما الطلاق فلا يكون إلا بناءً على عقد صحيح لازم وهو من حقوق الزوج يوقعه على زوجته بإرادته المنفردة.

## ثالثاً: من حيث الأثر المترتب على كل منهما<sup>(3)</sup>:

1. الطلاق يتنوع إلى نوعين؛ الأول: طلاق يَحُلُّ عَقْدَ الزواج في الحال وهو البائن، والثاني: طلاق لا يحل عقد الزواج في الحال، إنما يحلها بعد انقضاء العدة وهو الرجعي، بدليل أن

(1) حسن خالد، وعدنان نجا: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1391هـ، 1972م، ص159، وانظر: السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص309، وانظر: الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص226.

(2) فراج، د.أحمد: أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب، ط1، بيروت: الدار الجامعية سنة 1991م، ص14، وانظر: الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص226، وانظر: الشيخ حسن خالد وعدنان نجا: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص159.

(3) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط10، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1408هـ، 1988م، ج2، ص70 وما بعدها، وانظر: الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص226، وانظر: السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص309-311.

للزوج فيه أن يعيد زوجته إلى عصمته بدون عقد ولا مهر جديدين وبدون توقف على رضاها، أما الفرقة التي هي فسخ فإنها تحلُّ عقد الزواج في الحال دائماً، على معنى أنه لا يستطيع الزوج أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا بعقد جديد<sup>(1)</sup>.

2. إن الفرقة التي هي طلاق تحتسب على الرجل من عدد الطلقات التي يملكها على زوجته المطلقة، فالزوج يملك على زوجته ثلاث تطليقات، فلو طلقها مرة ثم راجعها، سواء أكانت مراجعتها إياها في أثناء العدة أم بعد انقضائها، فإنه لا يملك بعد مراجعتها إلا تطليقتين، وهكذا. أما الفرقة التي هي فسخ فإنها لا تُنقِصُ عدد ما يملكه من التطليقات، فلو أن رجلاً تزوج بامرأة كبيرة بولاية نفسها، ثم طلب وليُّ هذه المرأة فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج، أو بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها، وقضى القاضي بفسخ الزواج بينهما، ثم تزوجها ثانية، فإنه يملك عليها بعد الزواج الثاني جميع ما كان يملكه قبل فسخ القاضي الزواج<sup>(2)</sup>.

3. إن فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق آخر، أما عدة الطلاق الرجعي فيقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج كما بيَّناه في المطالب السابقة<sup>(3)</sup>.

4. إن الفسخ الذي يُعتبر نقضاً للعقد من أصله لا يوجب شيئاً من المهر، لأن المهر حُكْمٌ من أحكام العقد، وهذا الفسخ كأنه نقضٌ للعقد من أصله وبذلك تنتقض أحكام العقد فيسقط المهر، أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله ويكون بسبب أمر طارئ على العقد، فإن كان بسبب من قبل الزوج فإنه يوجب نصف المهر إن كان للزوجة مهر مسمى، وإن لم يكن لها وجبت لها المتعة، أما الفرقة التي هي طلاق فإذا وقعت من قبل الزوج قبل الدخول بزوجه

(1) محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص231، وانظر: فراج: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 15-16.

(2) الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص226، وانظر: محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص231.

(3) حسب الله: الفرقة بين الزوجين، ص183، وانظر: محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص1.

حقيقة أو حكماً فيوجب للزوجة نصف المهر المسمى، أو وجوب المتعة لها إذا لم يكن المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة<sup>(1)</sup> - على ما سنبينه في الفصل الرابع إن شاء الله-

5. إن فرقة الفسخ إذا كانت بمقارن للعقد فلا نفقة لها وإن كانت حاملاً، أما النفقة فتجب في الطلاق<sup>(2)</sup>.

**المطلب الخامس: نوع الفرقة بين الزوجين للحبس:**

**الفرع الأول: أقوال الفقهاء:**

اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق للخبيثة ومنها الحبس، على أنه لا بد فيه من قضاء القاضي لأنه أمر مُجْتَهَد فيه، فلا ينفذ بغير قضاء<sup>(3)</sup>.

واختلفوا في تفريق القاضي بين الزوجين للحبس هل هو فسخ أو طلاق على ثلاثة أقوال:

**القول الأول: إنه طلاق بائن بينونة صغرى:**

ذهب المالكية<sup>(4)</sup> إلى أن الفرقة تُعد طلاقاً إذا كانت فرقة من نكاح صحيح شرعاً بناء على سبب لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء أكانت من قبيل الزوج أم نائبه أم من قبيل الزوجة، أم كانت من قبيل القاضي، وعلى ذلك فإن التفريق بسبب حبس الزوج وغيبته عن زوجته غيبية تتضرر بها الزوجة تُعدُّ طلاقاً، يقول صاحب مواهب الجليل: "كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المولي والمعسر بالنفقة"<sup>(5)</sup>.

(1) فراج: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 15.

(2) الدمياطي، أبو بكر السيد بكري بن محمد شطا: إعانة الطالبين، بيروت: دار الفكر دون رقم وسنة طبع، ج 3، ص 363، وانظر: حسب الله: الفرقة بين الزوجين، ص 184.

(3) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 232، وانظر: المغربي: مواهب الجليل، ج 3، ص 489، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج 3، ص 130.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 70 وما بعدها.

(5) المغربي: مواهب الجليل، ج 4، ص 101.

وجاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد قول ابن رشد: "إن ضابط التفرقة بين ما يُعدُّ طلاقاً وما يُعدُّ فسحاً من الفرق هو أن السبب الموجب للتفرقة إذا كان غير راجع إلى الزوجين بل يرجع إلى أن الشارع قد حرّم عليهما بقاء المعاشرة فإن التفرقة المترتبة عليه تعتبر فسحاً"<sup>(1)</sup>، يقول الدكتور علي الخفيف معقّباً على هذا القول: "وعلى ذلك كانت ردة أحد الزوجين، أو إباء احدهما الإسلام، والتفرقة بعد الملاعة، والتفرقة بسبب طارئ فسد به النكاح فسحاً، وما عدا ذلك يعد طلاقاً"<sup>(2)</sup>، ومن الأمور التي عدا ذلك، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج.

ويقول صاحب الشرح الكبير: "وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك للتعيمير إذا دامت نفقتهما وإلا فلهما التطليق كما لو خشيتا الزنا"<sup>(3)</sup>، والشاهد هنا قوله: "فلهما التطليق"، يقول الشيخ حسن خالد معقّباً على هذا القول: "ويكون حكم القاضي بالتفريق طلاقاً بئناً قياساً منه لحال السجين على حال الأسير"<sup>(4)</sup>.

ولما ذكرَ الدكتور عبد الودود السريتي متى يكون الطلاق بئناً قال: "ويكون الطلاق بئناً بينونة صغرى في الحالات التالية: (..الحالة الثالثة: طلاق القاضي: وهو الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة إذا كان بسبب عيب في الزوج أو للشقاق والنزاع بين الزوجين أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه، لأن التجاء الزوجة إلى القضاء لا يكون إلا لرفع الضرر عنها، وحسم النزاع بينها وبين زوجها ولا يتحقق هذا إلا بالطلاق البائن الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد زوجته إلى الزوجية إلا برضاها"<sup>(5)</sup>.

### القول الثاني: إنه طلاق رجعي:

نقل هذا القولَ الدكتور علي الخفيف في كتابه محاضرات عن فرق الزواج فقال: "وظاهر ما في شرح الدردير والخرشي أنها-التفرقة للغيبة- طلاق رجعي، إذ ذهب بعض المالكية كما في

(1) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص71.

(2) الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ص8.

(3) الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص484.

(4) الشيخ حسن خالد وعدنان نجا: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص204.

(5) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص240.

الدسوقي على الدردير: على أن الزوج بغيبته تلك المدة يُعدُّ مولياً فتطبق عليه أحكام الإيلاء<sup>(1)</sup>، ثم علل الدكتور علي الخفيف ذلك بقوله: "لأن الفرقة في الأصل والفرع فرقة لسبب يجوز أن يزول ويرتفع عقب التفريق، فوجب أن يجعل للزوج فرصة يُرجع زوجته إليه فيها إذا زال السبب فعاد من غيبته في أثناء العدة وأقام مع زوجته، أو خرج من السجن لانقضاء مدة الحبس أو للعفو عنه وهذا ما يجب أن يكون"<sup>(2)</sup>.

وفي محاولة مني للبحث في المصدر الذي أخذ منه الدكتور علي الخفيف في قوله أن يكون نوع الطلاق في الفرقة للحبس طلاقاً رجعيّاً مستخلصاً من نقله إلحاق ذلك بالإيلاء، وجدت قولاً لابن عبد البر القرطبي بعد حديثه عن الزوج الغائب: "أمر-أي الزوج- بالقدوم على امرأته فان أبي فرّقَ الحاكم بينهما، لأن العلة عدم الوطاء، فسواء وجد ذلك بيمين أو بغير يمين كما يطلق على المولي.."<sup>(3)</sup>، والطلاق الواقع بسبب الإيلاء رجعي عند المالكية<sup>(4)</sup>، أما نقل الدكتور علي الخفيف السابق عن الدردير والخرشي والدسوقي فلم أقف عليه بعد البحث عنه، ويُسعفني في ذلك قول الدكتور نفسه: "ولم أر فيما وقع تحت يدي من كتب المالكية مَنْ صرّح بأنه طلاق رجعي، ولعله مستمد من قول ذهب إليه بعض المالكية ولم أره"<sup>(5)</sup>.

### القول الثالث: إنه فسخ وهو مذهب الحنابلة<sup>(6)</sup>:

يقرر الحنابلة قاعدة أن كل طلاق لا يوقعه الزوج فهو فسخ<sup>(7)</sup>، يقول ابن عبد البر: "وكل فرقة عريت عن الطلاق فهي فسخ"<sup>(8)</sup>، ويعلل الدكتور محمد البرديسي كون الفرقة بسبب

(1) الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ص304.

(2) المرجع السابق، ص304.

(3) ابن عبد البر: الكافي، ج1، ص282.

(4) الزرقاني: شرح الزرقاني، ج3، ص226، وانظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص364، وانظر: ابن عبد البر:

الكافي، ج1، ص280.

(5) الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ص305.

(6) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج3، ص130.

(7) البهوتي: كشاف القناع، ج32، ص333.

(8) ابن عبد البر: الكافي في فقه ابن حنبل، ج3، ص75.

الحبس فسحاً بقوله: "واعتبار التفريق فسحاً وليس بطلاق بناء على أنه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يجعلها الزوج لأحد وإنما هي فرقة بحكم القاضي فتكون فسحاً"<sup>(1)</sup>.

ويقول ابن تيمية في زوجة الأسير والمحبوس: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد.."<sup>(2)</sup>، وعَقَّبَ الدكتور عبْدُ الكريم زيدان على قول ابن تيمية بقوله: "وعلى هذا فإنَّ زوجةَ الأسير أو المحبوس تتربص أربعة سنين، فإذا مضت ولم يحضر الأسير ولم يخرج المحبوس، فرق القاضي بينها وبين زوجها وهي فرقة فسح"<sup>(3)</sup>.

ولتأكيد كون الفرقة بسبب الحبس فسحاً عند الحنابلة نجد ذلك في نصوصهم، ومن ذلك يقول ابن قدامة: "فإن غاب -أي الزوج- أكثر من ذلك -أي من ستة أشهر- لغير عذر فقال بعض أصحابنا يرأسه الحاكم فإن أبي أن يقدم فسح نكاحه"<sup>(4)</sup>.

ويقول صاحب المبدع بعد ذكره التفريق للخبيثة: "ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه"<sup>(5)</sup>.

ويقول البهوتي في الغائب: "يكتب إليه الحاكم ليقدم، فإن أبي أن يقدم عُذْرَ بعد مراسلة الحاكم إليه، فسح الحاكم نكاحه نصاً"<sup>(6)</sup>، ولعل في هذه الأقوال من الوضوح ما يغني عن التفسير.

---

(1) البرديسي، محمد زكريا: الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ط1، بيروت: دار النهضة العربية، سنة 1385هـ، 1965م، ص514.

(2) البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص247.

(3) زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص467.

(4) ابن قدامة: المغني، ج7، ص232.

(5) ابن مفلح: المبدع، ج7، ص200.

(6) البهوتي: كشف القناع، ج5، ص193، وانظر: البهوتي: الروض المربع، ج3، ص130.

## الفرع الثاني: المناقشة والترجيح:

انحصرت أقوالُ الفقهاء في نوع الفرقة بسبب الحبس في ثلاثة أقوال، الأول لجمهور المالكية أنها طلاق بائن، والثاني لبعض المالكية أنها طلاق رجعي، والثالث للحنابلة أنها فسخ، وبعد النظر في أقوال الفقهاء أرى أن الراجح - والله أعلم - قولُ الحنابلة القائل بأن الفرقة للحبس فسخ، وذلك للأمر الآتية:

الأول: إن القاضي هو الموكول له رفع الظلم عن الناس، بناءً على ذلك يثبت له حق التفريق بين الزوجين بناء على ولايته العامة في رفع الضرر عن الناس، لا باعتباره نائباً عن الزوج، وهذا لا يبيح له أن يعتدي على حق الزوج في الطلاق، فهو حق شخصي له ما دام هناك طريق آخر لرفع الضرر وهو الفسخ.

الثاني: إن تفريق القاضي إذا اعتبر طلاقاً يُحسب على الزوج طلقة من غير إرادته، وقد يكون مسبقاً بطلقتين، فتحرم المرأة عليه حتى تتزوج زوجاً غيره، وتتعرض الزوجة لعدم العودة فيتضرر الزوجان وما قد يكون بينهما من أولاد، أما إذا اعتبرناه فسخاً فإن باب إعادة الزوجية يبقى مفتوحاً إذا خرج الزوج من الحبس بعفو أو بانتهاء مدته، وبهذا تضيق دائرة الطلاق من جهة، ويرتفع الظلم عن المرأة من غير إضرار بغيرها من جهة أخرى.

الثالث: إن الزوج يملك ثلاث طلاقات على زوجته، فإذا قلنا إن تفريق القاضي طلاق، نقص من الحق الذي أعطاه الشارع للزوج لطلقة من غير أن يوقعها الزوج وفي هذا عدوان على حق الزوج من غير دليل.

الرابع: إن ما ذهب إليه بعض المالكية من جعل الفرقة طلاقاً رجعياً، وذلك قياساً على الإيلاء، فلا يصلح هذا القياس إذ لم يشترط في التطليق حال الغيبة أو الحبس أجل الإيلاء.

وقد رجح قولُ الحنابلة من المعاصرين الدكتور إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم حيث قال بعد ذكره أقوال الفقهاء: "لذلك يكون الراجح هو ما ذهب إليه الإمام أحمد وهو أن كل فرقة يوقعها

القاضي تعد فسخاً<sup>(1)</sup>، ورجحه أيضاً الدكتور عمر الأشقر حيث قال: "القول الراجح هو ما ذهب إليه الإمام أحمد وهو أن كل فرقة يوقعها القاضي تعد فسخاً ولا يعد التفريق طلاقاً إلا إذا كان بقول الزوج"<sup>(2)</sup>، ومال إلى ترجيحه أيضاً الدكتور عبد الكريم زيدان حيث قال: "فإذا مضت -مدة التربص- ولم يحضر الأسير ولم يخرج المحبوس، فرق القاضي بينها وبين زوجها وهي فرقة فسخ"<sup>(3)</sup>، ووافقهم في الترجيح كذلك الدكتور علي حسب الله إذ يقول: "أما عند الحنابلة فهي -أي الفرقة بسبب الحبس- فسخ لأنها لم تصدر من الزوج، ولا بتفويض منه، وهذا ما نقول به"<sup>(4)</sup>.

---

(1) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص208.

(2) الأشقر، د. عمر سليمان عبدالله، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، العبدلي: دار النفائس للنشر والتوزيع، سنة1417هـ، 1997م، ص234.

(3) زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8، ص467.

(4) حسب الله: الفرقة بين الزوجين، ص145.

## الفصل الثاني

### التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية

المبحث الأول: في النص القانوني.

المبحث الثاني: نظرية دعوى التفريق للحبس.

المبحث الثالث: إجراءات التقاضي في دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية.

## المبحث الأول

### في النص القانوني

المطلب الأول : النص القانوني والأسباب الموجبة له:

أولاً: النص القانوني:

أفردَ قانونُ الأحوال الشخصية الأردني والمعمول به في الضفة الغربية مادةً خاصةً للتفريق بين الزوجين للحبس، وهو القانون المؤقت رقم 61 لسنة 1976م<sup>(1)</sup>، فقد جاء في المادة (130) منه تحت عنوان: "التطليق للسجن ثلاث سنين يقع بائناً" ما نصّه: "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"<sup>(2)</sup>.

ثانياً: الأسباب الموجبة له:

إن اللجنة المشكلة من كبار العلماء، والتي أُسند إليها وضع مشروع قانون الأحوال الشخصية الأردني؛ وهو المعمول به في الضفة الغربية، قدّمت الأسباب الموجبة لوضع هذا القانون، حيث عالجت اللجنة في هذا المشروع أموراً كانت تكثر فيها الشكوى، فأزالت الإشكال والالتباس، وجاءت بما يتفق وحاجة العصر ويتلاءم مع تطوره، من كل ما هو متفق مع التشريع الإسلامي، وذكرت اللجنة المذكورة الأسباب الموجبة لوضع المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية والمتعلقة بالتفريق للحبس كما يلي:

"وبما أن الزوج الذي حُكمَ عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنوات فأكثر يشبه الغائب الذي طال غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها، فيجوز لها بعد سنة من سجنه طلب التطليق عليه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تتفق منه، رفعا للضرر عن

<sup>(1)</sup> هو القانون المؤقت لقانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976م، وقد نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد رقم 2668 بتاريخ 1976/12/1، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 69.

<sup>(2)</sup> الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 84.

زوجة السجين المشابهة لزوجة الأسير التي نص الفقهاء على أن لها حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها، ولمّا كان العمل بهذا فيه تحقيق لمصلحة الزوجة فقد وُضِعَت المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية أخذاً بمذهب الأمام أحمد<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: شرح النص:

لزوجة المحبوس: وهي كل زوجة بعقد زواج شرعي صحيح، سواء أكان مدخولاً أم مختلى بها الدخول أو الخلوة الشرعيين أم لا.

المحبوس: وهو الزوج الذي حُكِمَ عليه بالسجن، وقد رأت المادة المائة والثلاثون قياس حالته على حالة الزوج الغائب الذي طال غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوي الأسير في ذلك، فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير، لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها، ولا دخل لكون البعد باختياره أو جبراً عنه لما في هذا العمل من تحقيق لمصلحة الزوجة<sup>(2)</sup>.

المحكوم عليه: إشارة إلى أنه لا بد أن يصدر الحُكْمُ على المسجون، ولا بد في دعوى التفريق للحبس من إبراز الحكم بالسجن الصادر وباشتماله على حبس المدعى عليه مدة ثلاث سنوات فأكثر، وذلك لأنه مستند حكم التفريق من جهة، ومن جهة أخرى ليُعلم منه الجهة التي أصدرته وظروفه وهل هو نهائي، وأيضاً هل يمكن اعتماده أم لا وكل ذلك له أثر في وجهة السير في دعوى التفريق للحبس<sup>(3)</sup>.

وقد جاء في القرارات القضائية: "ولا يكفي أن تدعي أنه -أي الزوج- حُكِمَ بالسجن المؤبد لأن ذلك لا يقتضي دخوله السجن فعلاً لأنه قد يكون غائباً في بلد آخر، وقيام البينة بعد ذلك

(1) الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني مذكرة من ثماني صفحات، محفوظة في مكتبة دائرة قاضي القضاة بعمان، انظر: داوود: القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، ج2، ص325.

(2) المرجع السابق، ج2، ص325.

(3) عمرو، عبد الفتاح عايش، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام 1990م، ط1، عمان: دار يمان للنشر والتوزيع، سنة 1411هـ، 1990م، القرار رقم (27875)، ص151.

على وجوده في السجن لا يجعل الدعوى صحيحة، كما أن الشهادة وحدها لا تكفي في مثل هذه الحالة بل لا بد من إبراز ما يؤيد الحكم على زوجها بالسجن لأن ذلك مما لا يحيط به علم الشاهد<sup>(1)</sup>.

نهائياً: أي أن يكون الحكم باتاً أي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية: المعارضة والاستئناف والنقض، وذلك إما بفوات مواعيده أو باستنفاذه<sup>(2)</sup>.

بعقوبة مقيدة للحرية: أي بالحبس أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة<sup>(3)</sup>، أو الاعتقال<sup>(4)</sup>.

مدة ثلاث سنين فأكثر: يُقصد بالسنة عند إطلاقها في التقديرات الشرعية السنة القمرية<sup>(5)</sup>، ويجب لرفع دعوى التفريق للحبس ألا تقل عقوبة الحبس عن ثلاث سنوات.

أن تطلب إلى القاضي: وذلك لأن المرأة لا يمكنها إيقاع الطلاق بنفسها إلا بتفويض الزوج ذلك لها، وقد جعل لها الشارع أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق في حالات بيّناها في الفصل التمهيدي.

بعد مضي سنة من حبسه: ومعنى ذلك أن تمضي مدة سنة من تاريخ القبض على الزوج المدعى عليه وحبسه إلى حين إقامة الدعوى وإلا كانت الدعوى مستوجبة الرد<sup>(6)</sup>، ومدة السنة مدة كافية لتتضرر فيها الزوجة حقيقة إذ أن التفريق للحبس إنما هو لرفع الضرر الواقع على الزوجة ودفع الضرر المتوقع عنها.

---

(1) عمرو: القرارات القضائية في قانون الأحوال الشخصية، القرار رقم (11331)، ص66.

(2) الفقي، عمرو عيسى: التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دون سنة طبع، مطابع المجموعة المتحدة، سنة 1998م، ص61.

(3) فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة، ص85.

(4) الفقي: التطلاق في الأحوال الشخصية، ص63.

(5) حسب الله: الفرقة بين الزوجين، ص147، وانظر: إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص242-243.

(6) عمرو: المبادئ القضائية في قانون الأحوال الشخصية، القرار رقم (9121)، ص66، والقرار رقم (17755)،

ص67.

التطليق عليه بائناً: يعني أن نوع الفرقة في التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية هو طلاق بائن بينونة صغرى.

ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه: ومعنى ذلك أن القانون لا يُفَرِّقُ بين كون الزوج قد ترك مالا لزوجته تنفق منه أم لم يترك.

### المطلب الثاني: التفريق للحبس في بعض قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية:

تناولت قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية موضوع التفريق للحبس، وقد اقتصرَتْ على بعض هذه القوانين وهي قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في مصر والسودان وسوريا والعراق واليمن، وقانون حقوق العائلة اللبناني، وسبب اقتصاري على هذه القوانين أن كل واحد منها يفترق أثناء تناوله موضوع التفريق للحبس في بعض جزئياته عن قانون الأحوال الشخصية المعمول به في الضفة الغربية، وسأتناول النصوص ثم أقوم ببيان المقارنة.

### الفرع الأول: النصوص القانونية:

أولاً: قانون الأحوال الشخصية المصري: نصَّ قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، حيث جاء في المادة رقم (14) منه ما يلي: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه<sup>(1)</sup>."

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية السوداني: نصَّ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، حيث جاء في المادة (190) منه ما يلي: "يجوز لزوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة سنتين فأكثر طلب التطليق من زوجها، ولا

(1) الفقي: التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ص61، وانظر: فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ص85.

يُحكَم لها بذلك إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحبس"، ونصت المادة (191) منه على أنَّ الطلاق يقع بائناً حيث نصت على ما يلي: "يقع الطلاق بسبب الغياب والفقْد والحبس بائناً"<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية السوري:** نصَّ قانونُ الأحوال الشخصية السوري رقم 34 لسنة 1953م على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (109) منه ما يلي: "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حُكِمَ بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"<sup>(2)</sup>، وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: "هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أُطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها"<sup>(3)</sup>.

**رابعاً: قانون الأحوال الشخصية العراقي:** نصَّ قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم 188 لسنة 1959م على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، حيث جاء في المادة (41) منه ما يلي: "لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، ونصت المادة (42) من نفس القانون على أن: "التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى"<sup>(4)</sup>.

**خامساً: قانون الأحوال الشخصية اليمني:** نصَّ قانونُ الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992م على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (52) منه ما يلي: "لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب فسخ عقد نكاحها، ولا يُحكَم لها بذلك إلا إذا مضى على حبس الزوج مدة لا تقل عن سنة"<sup>(5)</sup>.

(1) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص244.

(2) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص78.

(3) المرجع السابق، ص78.

(4) العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، ص100.

(5) عطروش: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، ص152.

سادساً: قانون حقوق العائلة اللبناني: لم يعرض قانون حقوق العائلة اللبناني لمسألة حبس الزوج<sup>(1)</sup>، فهل يرجع إلى المذهب الحنفي لأنه المرجع في كل ما سكت عنه القانون، أو يرجع إلى المذهب الحنبلي الذي أخذَ منه القانونُ حُكْمَ التفريق للغيبية، يقول الأستاذ محمد مصطفى شلبي مجيباً على هذا التساؤل: "الظاهر أنه يرجع للمذهب الحنفي"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: المقارنة بين قانون الأحوال الشخصية المعمول به وقوانين الأحوال الشخصية المذكورة سابقاً:

بعد النظر في نصوص تلك القوانين نجد أنها لا تتفق جميعها في نقطة واحدة فقد يتفق بعضها ويختلف في بعض الأحيان البعض الآخر وسأتناول المقارنة من ثمان نواح:

**الناحية الأولى:** أن يكون الحكم بالسجن نهائياً: فقد اتفقت قوانين الأحوال الشخصية المصري والسوداني والعراقي واليميني مع قانون الأحوال الشخصية المعمول به في الضفة الغربية على أن يكون الحكم بالسجن على الزوج المحبوس نهائياً غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية، وقد افترق قانون الأحوال الشخصية السوري فلم يشترط مثل هذا الشرط في نصّه، ومعنى هذا أنه بعد صدور الحكم بالحبس وقبل رفعه لتصديقه من محكمة التمييز، يحق للمرأة في القانون السوري أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق، وليس ذلك في القوانين الأخرى إذ لو رفعت الزوجة أمرها قبل تصديق الحكم فإن ذلك يستوجب الفسخ.

**الناحية الثانية:** أن تكون عقوبة السجن مقيدة للحرية: فقد وافق قانوني الأحوال الشخصية المصري والعراقي قانون الأحوال الشخصية المعمول به في اشتراط أن تكون عقوبة الحبس المحكوم بها على الزوج المحبوس مقيدة للحرية، بينما نجد أن قوانين الأحوال الشخصية السوداني والسوري واليميني لم تتطرق لمثل هذا الشرط.

(1) شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص594.

(2) شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص594.

**الناحية الثالثة:** أن تكون مدة الحكم على الزوج المحبوس ثلاث سنوات فأكثر: وقد وافقت قوانين الأحوال الشخصية المصري والسوري واليمني في ذلك قانون الأحوال الشخصية المعمول به، وخالف في ذلك كل من قانوني الأحوال الشخصية السوداني والعراقي، فقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوداني إلى أن المدة سنتان، فيحق للزوجة المحكوم على زوجها بستين فأكثر أن تطلب التفريق إذا وجدت بقية الشروط، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد زاد في المدة إذ جعلها خمس سنوات، ولعل القانون السوداني رأى أن مدة السنتين مدة طويلة لا تطبق الزوجة مع محافظتها على العفة والشرف انتظار زوجها كل هذه المدة، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فلا أرى وجهاً لتحديده مثل هذه المدة الطويلة.

**الناحية الرابعة:** أن يكون رفع الدعوى بعد مرور سنة من تاريخ الحبس: فقد اتفقت قوانين الأحوال الشخصية في ذلك ولم يخالف إلا قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ لم يتطرق لذكر المدة بل جعل الأمر مفتوحاً، ومعنى هذا أنه يحق للزوجة في القانون العراقي بمجرد الحكم على زوجها مدة خمس سنوات فأكثر بحكم نهائي أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق من زوجها حتى ولو لم تمض مدة سنة على تاريخ الحبس.

**الناحية الخامسة:** في نوع الفرقة بسبب الحبس: فقد ذهبت قوانين الأحوال الشخصية المصري والسوداني والعراقي إلى ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية المعمول به إلى أن الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الحبس هي طلاق بائن بينونة صغرى، وقد خالف في ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري فقد ذهب إلى أن الفرقة هي طلاق رجعي، أما قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد ذهب إلى أن الفرقة هي فسخ وليست بطلاق.

وينبغي على هذا الاختلاف أنه إذا أُفرج عن الزوج المحبوس أو صدر عفو عام عنه بعد الحكم عليه بتفريق زوجته منه وزوجته لا زالت في العدة، فلا رجعة لأن الطلاق الواقع عليه بائن، أما قانون الأحوال الشخصية السوري الذي ذهب إلى أنه طلاق رجعي فيحق فيه للزوج مراجعة زوجته في هذه الحالة دون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين، وتحتسب عليه طلاقاً وتتقص بذلك عدد الطلاقات، وكذلك إذا توفي أحد الزوجين والزوجة لا زالت في عدتها فإنها

تترتب كافة الحقوق المتعلقة بعقد الزوج باعتبارهما لا زالا زوجين ولا زالت على ذمته، فيثبت التوارثُ بينهما وكافةُ الحقوق الأخرى.

وأما قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد ذهب إلى أن الفرقة هي فسخ وليست بطلاق، وبذلك يكون قد أخذ بمذهب الإمام أحمد في ذلك، ويترتب على ذلك أن ليس للزوج إرجاع زوجته إذا أُفْرِج عنه وهي في العدة وإذا أراد إرجاعها فإن ذلك يكون بعقد ومهر جديدين، وهذا الفسخ لا يُنقص من عدد الطلقات.

**الناحية السادسة:** من حيث كون الزوج ترك لزوجته مالا تنفق منه أم لا: لم يُفَرِّق قانون الأحوال الشخصية المعمول به بين كون الزوج ترك لزوجته مالا تنفق منه أو لم يترك على جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها بسبب الحبس، ووافق هذا القول قانون الأحوال الشخصية المصري والسوري والعراقي، أما قانوني الأحوال الشخصية السوداني واليمني فلم يذكر مثل هذا القول، وليس معنى ذلك أنهما يخالفان فليس في ذلك ما يدل على ذلك، بل هو مجرد احتمال والدليل الذي يرد إليه الاحتمال يسقط به الاستدلال.

**الناحية السابعة:** التفريق بسبب الحبس نفسه: ذهب قانون الأحوال الشخصية المعمول به إلى اعتبار علة التفريق بين الزوجين بسبب الحبس هي الحبس نفسه، وليس في النص ما يشير إلى غير ذلك، ووافقت في ذلك قوانين الأحوال الشخصية السوداني والسوري واليمني فلم تَدَّكُر في نصوص موادها أيضاً ما يشير إلى غير ذلك، أما قانوني الأحوال الشخصية المصري والعراقي فقد زادا في النص كلمة واحدة وهي كلمة "الضرر"، حينئذ يكون الحكم بالتفريق في هذين القانونين مبنياً على الضرر الواقع على الزوجة بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس.

**الناحية الثامنة:** مفارقة قانون حقوق العائلة اللبناني لجميع قوانين الأحوال الشخصية المذكورة في أخذه بمسألة التفريق للحبس، حيث لم يتطرق لها أبداً، وبذلك يكون قد أخذ بمذهب الحنفية والشافعية.

### المطلب الثالث: شروط التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية:

اشترط قانون الأحوال الشخصية المعمول به شروطاً لرفع دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية، حتى إذا تخلف شرط استوجبت الدعوى الفسخ، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون قد صدر حكم بسجن الزوج<sup>(1)</sup>، وليس مجرد حبسه: ومعنى ذلك أن يكون الزوج قد أُدخل السجن فعلاً، وصدر بحقه حكم بالحبس، فقد جاء في القرارات القضائية أنه: "لا بد لصحة الدعوى من ذكر دخول المدعى عليه السجن فعلاً"<sup>(2)</sup>، ثم وضع الشيخ عبد الفتاح عايش عمرو ذلك قائلاً: "في دعوى التفريق للسجن لا بد لصحة الدعوى من ذكر أن المدعى عليه دخل السجن فعلاً ومضى على حبسه سنة، ولا يكفي أن تدعي أنه حُكِمَ بالسجن، لأن ذلك لا يقتضي دخوله السجن فعلاً لأنه قد يكون غائباً في بلد آخر، كما أن الشهادة وحدها لا تكفي في مثل هذه الحالة بل لا بد من إبراز ما يؤيد الحكم على زوجها بالسجن لأن ذلك مما لا يحيط به علم الشاهد"<sup>(3)</sup>.

بل وقد يكون في السجن مَنْ ليس محكوماً بعد، فقد جاء في قانون السجون الأردني<sup>(4)</sup> أن لفظة السجين تشمل كل شخص يكون محبوساً تنفيذاً لحكم صادر من محكمة جزائية أو خاصة، أو يكون موقوفاً تحت الحفظ المشروع، أو ريثما يتم إبعاده أو لتتم محاكمته ويُحكم عليه أو ينفذ الحكم فيه أو غير ذلك، وكل شخص يُحال إلى السجن تنفيذاً لإجراء حقوقي<sup>(5)</sup>، لذلك كان لا بد من وضع الشروط لئتم تمييز المقصود بالسجين.

الشرط الثاني: أن يكون الحكم الصادر ضد المحبوس حكماً نهائياً: بمعنى أنه استنفذ كل طرق الطعن المتاحة، وهي الطعن أمام محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا، وفصلت هذه المحاكم في

(1) التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص227، وانظر: ابراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص244.

(2) عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (11331)، ص66.

(3) المرجع السابق، ص66.

(4) قانون السجون رقم (23) لسنة 1953، والمنشورة في الجريدة الرسمية بتاريخ 17/1/1953م، العدد رقم 1131، انظر: المناجرة، محمد محمود شحادة وجمال عبد الغني مدغمش: موسوعة التشريع الأردني، ط1، عمان: دار البشير للنشر والتوزيع، سنة 1418هـ، 1998م، المادة (2)، ج14، ص470.

(5) المناجرة ومدغمش: موسوعة التشريع الأردني، ج14، ص471.

الطعن بالقبول أو الرفض، أو إذا انقضت مدة الطعن دون أن يُطعن في الحكم<sup>(1)</sup>، يقول الدكتور عثمان التكروري: "والأحكام النهائية هي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، سواء لأن المُشرِّع قرر عدم جواز استئنافها، أو لفوات ميعاد الاستئناف وصيرورتها نهائية"<sup>(2)</sup>.

يقول عيَّاد الحلبي: "والسبب في اشتراط نهائية الحكم السابق واكتسابه الدرجة القطعية أن إدانة المتهم غير ثابتة فعلاً إلا بصدور الحكم المبرم، أما قبل ذلك فإن الأحكام غير النهائية تكون قابلة للإلغاء"<sup>(3)</sup>، ولا مجال لبناء أي أمر على أسس غير ثابتة.

جاء في القرارات القضائية في الأحوال الشخصية في هذا الشرط: "شرطه - أي شرط التفريق - مضي سنة على السجن وصيرورة الحكم نهائياً، فإذا أقامت المدعية دعوها طلب التفريق للسجن قبل مضي سنة على سجن الزوج وصيرورة الحكم نهائياً بحقه يفسخ"<sup>(4)</sup>، وجاء أيضاً: "وإذا لم يثبت للمحكمة أن حكمَ السجن نهائي واكتسب الدرجة القطعية فلا يسوغ للمحكمة الابتدائية الاعتماد عليه في التفريق للسجن"<sup>(5)</sup>.

الشرط الثالث: أن يكون الحبس مقيداً للحرية<sup>(6)</sup>، وقد حدد المشرع الأردني العقوبات الجنائية السالبة للحرية بثلاث عقوبات، الأولى: الأشغال الشاقة المؤبدة؛ وهذه تقتضي بتشغيل المحكوم عليه في الأشغال الشاقة المجهددة التي تتناسب مع صحته وسنّه، وأنها تظل تنفذ على المحكوم عليه مدى حياته ولا سبيل للإفلات منها إلا بالعفو أو بعد أن يمضي المحكوم عليه مدة عشرين سنة من العقوبة وكان سلوكه حسناً.

---

(1) إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 244.

(2) التكروري، د.عثمان: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم 3، لسنة 2000، ط 1، دون مكان طبع، سنة 1422هـ، سنة 2002م، ص 10.

(3) الحلبي، محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1997م، ص 569.

(4) عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (17755)، ص 67.

(5) المرجع السابق، القرار رقم (30125)، ص 68.

(6) التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 227.

الثانية: الاعتقال المؤبد أو المؤقت: وهو عبارة عن وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه مع منحه معاملة خاصة.

والثالثة: عقوبة الحبس وهي عبارة عن وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه، وهي تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك<sup>(1)</sup>.

وشرط تقييد الحرية معناه أن لا يستطيع الزوج الاتصال بزوجه وقضاء شهورته منها، وهذا الشرط ومجال تطبيقه في دعوى التفريق للحبس ينحصر في العقوبات الثلاث المذكورة آنفاً: الحبس والاعتقال والأشغال الشاقة، أما حيث يكون الحكم بالغرامة، أي بعقوبة مالية فلا مجال لتطبيقه، ولا مجال لتطبيقه أيضاً إذا كانت العقوبة هي الإعدام.

الشرط الرابع: أن تكون مدة الحبس المحكوم بها على المدعى عليه ثلاث سنوات فأكثر<sup>(2)</sup>، وذلك لكي يكون ميؤوساً من عودة الزوج عودة قريبة، فيستحکم الضرر إن مضت إلى نهاية المدة، جاء في القرارات الاستئنافية أنه: "إذا لم يتم في دعوى طلب التفريق للسجن إبراز الحكم المدعى صدوره، وباشتماله على حبس المدعى عليه مدة ثلاث سنوات ومضي سنة على حبسه، يفسخ حكم التطلاق"<sup>(3)</sup>.

الشرط الخامس: أن يكون رفع الدعوى بعد مرور سنة على حبس الزوج، أي بعد مرور سنة من تاريخ القبض على الزوج وإدخاله السجن<sup>(4)</sup>، وليس من تاريخ النطق بالحكم، والقول بغير ذلك يطيل على المرأة المدة التي تستطيع خلالها رفع دعوى التطلاق، وهي إطالة تضرُّ بالمرأة تفتقر إلى السند القانوني، جاء في القرارات القضائية في الأحوال الشخصية: "العبارة بتاريخ إقامة الدعوى لحساب مدة السنة على السجن الفعلي، فإذا أقامت المدعية دعوى التفريق للسجن

(1) الحلبي: قانون العقوبات الأردني، ص 473-474.

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 227، وانظر: عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (12439)، ص 67.

(3) داوود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، القرار الاستئنافية رقم (27875)، ص 327.

(4) التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 227.

أكثر من ثلاث سنوات قبل أن تمضي مدة سنة على حبس الزوج الفعلي تُعتبر الدعوى غير صحيحة وتُرد<sup>(1)</sup>، وجاء في القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ما نصه: "يجوز لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي أن يطلق عليه بعد مضي سنة من حبسه، وإذا لم تكن السنة ماضية حين الادعاء تكون الدعوى غير صحيحة، والإجراءات المترتبة عليها لا تعتبر"<sup>(2)</sup>.

ومعنى ذلك أنه يجب أن يمضي على تاريخ القبض على الزوج مدة سنة، وإذا رفعت الزوجة الدعوى قبل مرور السنة تكون الدعوى غير مقبولة، لأن شرط السنة هو شرط من شروط قبول الدعوى.

#### المطلب الرابع: تعقيبات على مادة التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية:

بعد الاطلاع على بعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الشأن، وبعد النظر في نص مادة التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية، وفي الأسباب الموجبة له، فإن لي بعض التعقيبات أجمالها فيما يلي:

ذكر الشيخ أحمد داوود في كتابه القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية الأسباب الموجبة لوضع المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية المتضمن التطلاق للحبس ثم ذكر قائلاً: "فقد وُضِعَت المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية أخذاً بمذهب الإمام أحمد"<sup>(3)</sup>.

**التعقيب الأول:** إن مذهب الإمام أحمد كما رأينا في الفصل الأول<sup>(4)</sup> لا يجيز التفريق إذا كانت الغيبة بعذر، ويجيزها إن لم تكن بعذر، ومن هنا أرى أن القانون في أمر المحبوس لم يأخذ بمذهب الإمام أحمد، لأن القانون لا يرى الحبس عذراً مقبولاً، لأن سبب الغياب فيه جريمة لا

(1) عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص66.

(2) داوود: القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (9121)، ج2، ص325.

(3) المرجع السابق، ج2، ص325.

(4) انظر ص47.

تُكَافَأُ بِالرَّفَقِ، بَلْ بِالشَّدَةِ وَالْقَسْوَةِ وَالْحَرَمَانِ مِنَ الْعَطْفِ لِيَنْجِزَ أَمثَالَهُ، بَيْنَمَا رَأَيْنَا أَنَّ الْإِمَامَ مَالِكَ لَا يَفْرُقُ بَيْنَ كَوْنِ الْغَيْبَةِ بِعَذْرِ أَوْ بِغَيْرِ عَذْرِ.

**التعقيب الثاني:** إن المنصوص عليه في المادة (130) أن الطلاق يقع بائناً، وإذا كان التفريق للحبس مأخوذ من مذهب الإمام أحمد فإن التفريق عنده للحبس فسخ وليس طلاقاً<sup>(1)</sup>، والذي قال بأن التفريق للغيبة ومنها الحبس يقع طلاقاً بائناً هو مذهب الإمام مالك.

**التعقيب الثالث:** إن اشتراط القانون أن يكون الزوج محكوماً عليه مدة ثلاث سنوات فأكثر، لم تؤخذ من مذهب الإمام أحمد، فقد عدَّ الإمام أحمد الغيبة المجيزة لطلب التفريق هي ستة أشهر فأكثر كما مرَّ معنا في الفصل الأول<sup>(2)</sup>، وإن القانون -كما أرى- قد أخذ المدة من المذهب المالكي، حيث أرى أنه يتم التوفيق بين قول الإمام مالك أن حدَّ الغيبة المجيزة للتفريق سنة فأكثر، وبين قول ابن عرفة<sup>(3)</sup> أن السنتين والثلاث ليست بطول بل لا بد أن تزيد على ذلك، ويكون التوفيق في ذلك بأن يكون الزوج محكوماً عليه بالسجن مدة ثلاث سنوات فأكثر -من قول ابن عرفة- على أن يكون رفع الدعوى بعد سنة من تاريخ الحبس -من قول الإمام مالك- توفيقاً بين القولين، وإلى ذلك ذهب قانون الأحوال الشخصية المعمول به.

**نتيجة:** في التعقيبات الثلاثة نرى أن المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية، لم تؤخذ من مذهب الإمام أحمد، والأولى أن يقال أنها أُخذت من مذهب الإمام مالك.

**التعقيب الرابع:** إن مجال تطبيق النص ينحصر في المحبوس المحكوم عليه بعقوبة مقيّدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ويدخل في هذا: الحبس، والاعتقال، والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة، وتبقى الإشكالية فيما إذا كانت العقوبة هي الإعدام، وهذه ثغرة في النص لأن الحُكْمَ بالإعدام عقوبة سالبة للحياة، ولكن إجراءات تنفيذها قد تستغرق أعواماً فما هو السبيل لفصم

(1) انظر ص 60.

(2) انظر ص 44.

(3) انظر ص 44.

عرى الزوجية ورفَع الضرر الواقع على الزوجة إذا طالت المدة؟ لا يوجد حلٌّ في نص المادة (130) من القانون والأجدر أن يتدخل المشرع لحسم المشكلة بنص تشريعي.

وأرى أن هدف القضاء من التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج هو رفع الضرر الواقع على الزوجة ودفع الضرر المتوقع عنها، ويرى القانون أن الضرر يتحقق إذا حُكِمَ على الزوج بعقوبة مدتها ثلاث سنوات فأكثر، وأجاز للزوجة أن ترفع دعواها بعد مرور سنة من تاريخ حبسه، وأرى أن ذلك الضرر محقق بشكل مؤكد فيمن حُكِمَ عليه بالإعدام ومرّت عليه ثلاث سنوات فأكثر دون أن يُطبَّق حُكْمُ الإعدام فيه، بل هو أكد لكون الزوج ميؤوساً من خروجه، وذلك بخلاف المحكوم عليه،

يقول فضيلة الشيخ محمود صالح مصلح في هذا المجال: "لا مانع من أن تطلب زوجة المحكوم عليه بالإعدام التفريق للحبس وقد مرت عليه ثلاث سنوات فأكثر قبل تطبيق حكم الإعدام فيه، وهذا يختلف عَمَّن حُكِمَ عليه بالإعدام ولم تمر عليه فترة ثلاث سنوات في حبسه ونُفِّذَ فيه حُكْمُ الإعدام، لأن الزوجة تتحلل منه حالاً"<sup>(1)</sup>.

**التعقيب الخامس:** إن مجال تطبيق النص ينحصر فيمن حُكِمَ بعقوبة الحبس حكماً نهائياً مقيّداً للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ويشترط لرفع الدعوى أن تمر سنة على تاريخ الحبس، وتكمن الإشكالية فيمن حُبسَ ومرَّ على حبسه مدة ثلاث سنوات ولم يُحكَم، فمتى في مثل هذه الحالة يحق للزوجة رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها بسبب الحبس، هل بعد مرور ثلاث سنوات مباشرة سواء أحمك الزوج أم لم يُحكَم؟ أم لا يحق لها ذلك ما لم يُحكَم زوجها تطبيقاً حرفية النص؟ لم يعالج القانون مثل هذه الحالة، وهذه أيضاً ثغرة في النص، فمدة الثلاث سنوات مدة طويلة، وهذا الطول قد يضر بالزوجة، لذا فمن الأجدر أيضاً أن يتدخل المشرع لحسم المشكلة بنص تشريعي.

(1) مقابلة شخصية: القاضي الشرعي محمود صالح مصلح 2005/4/14م.

وأرى أن القانون حين حدد مدة الثلاث سنوات تَحَقَّقَ أنها مدة يتأكد فيها الضرر الواقع على الزوجة نتيجة بُعْد زوجها عنها، وبما أن الزوجة يُباح لها رفع دعوى التفريق للحبس بعد مرور سنة من تاريخ حبس زوجها فهذا يقتضي أن تكون الدعوى في كثير من الأحيان مفصولة ومحكوم بالتفريق بين الزوجين قبل مضي ثلاث سنوات فعليَّةً على حبس الزوج، وهذا يدخل ضمنياً فيمن حُبِسَ ومَرَّ على حبسه مدة ثلاث سنوات دون أن يُحكَمَ.

يقول فضيلة الشيخ محمد جمال استيتي<sup>(1)</sup> في هذا المجال: "الزوجة المعتقل الذي مضى على اعتقاله مدة ثلاث سنوات على الأقل رفع دعوى تطليق بعد انقضاء هذه المدة لأن العلة التي دعت الشارع إلى تطليق زوجة المحبوس؛ وهي حماية الزوجة من الضرر، متوافرة في حالة الاعتقال، لأن مناط الضرر في مادة التفريق للسجن هو قضاء الزوج ثلاث سنوات محبوساً، فالمادة اشترطت الحكم على الزوج نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر فهي تستهدف من ذلك أن يظل الزوج محبوساً لمدة ثلاث سنوات على الأقل، إذ بحبس الزوج هذه المدة يكون الضرر قد وقع على الزوجة وذلك لأن انتظار الزوجة طول هذه الفترة وهي تتربص عودة زوجها مع محافظتها على العفة والشرف يفوق طاقتها البشرية في الأعم الأغلب، وقد تحقق هذا الهدف بقضاء الزوج المعتقل هذه المدة في معتقله، فلا يُعَيَّرُ من الأمر شيئاً أن يكون سلبُ حرية الزوج بموجب حُكْمٍ نهائي أو أمر اعتقال صادر عن سلطة طوارئ أو احتلال، طالما قضى الزوج هذه المدة مسلوب الحرية بالفعل وهو مناط وقوع الضرر بالزوجة، ولكون أمر الاعتقال لا تُحدد فيه مدة الاعتقال أرى أن ترفع دعوى التطليق بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ اعتقاله"<sup>(2)</sup>.

**التعقيب السادس:** يتعلق بالسجين الهارب، إذ تشترط المادة (130) من القانون أن يكون السجن مقيداً للحرية، ولم تعالج المادةُ مشكلةَ المحكوم عليه الهارب، خاصة إذا كان هروبه بعد مرور

(1) فضيلة القاضي الشرعي محمد جمال استيتي، من مواليد جنين سنة 1953م، عمل في القضاء الشرعي الأردني والفلسطيني أكثر من عشرين عاماً حتى تقاعد، كان عضو محكمة الاستئناف الشرعية سابقاً، وعضو لجنة التقشير

القضائي، وتقاعد وهو يشغل منصب نائب رئيس المحكمة الشرعية العليا في الضفة الغربية.

(2) مقابلة شخصية: القاضي الشرعي الشيخ محمد جمال استيتي: 2005/7/20م.

سنة من تاريخ الحبس وبعد الحكم عليه بالعقوبة المقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر وقبل رفع القضية، وأيضاً إذا كان هروبه بعد الحكم عليه وبعد مرور سنة من حبسه وأثناء السير في القضية، لم تعالج المادة (130) هذه المسألة، فلا بد من تدخل المشرع لحسم مثل هذه المسائل.

وأرى أنّ الزوج الهارب من السجن إذا ثبت أنه لم يلتق بزوجه يُعامل معاملة المحبوس، وهروبه لا ينافي شرط تقييد الحرية إذ أنه في أي وقت يُضبط فيه يتم إدخاله السجن، ويكون تاريخ دخوله السجن المرة الأولى هو التاريخ الفعلي لحبسه لا المرة الثانية.

يقول فضيلة القاضي الشرعي محمود صالح مصلح: "إذا هرب الزوج السجين وثبت أنه التقى بزوجه أو ادعى أنه خرج لرفع الضرر عنها فإن هذا موجب لرد القضية إن كانت منظورة، وإن دَفَعَ الزوجُ الدعوى بذلك فإنَّ الدَّفْعَ في مَحَلِّه، وإذا كان قد هرب واختفى وتحقق أنه لم يلتق بزوجه فإن كانت القضية لا زالت منظورة فأرى أن يُسْتَمَرَّ في نظرها، لأن الهارب إلى جهة مجهولة يقاس على الغائب غيبة المجهول ولأن الحبس في الأصل مقاس على الغيبة، والضرر في كلتا الصورتين واقع على الزوجة"<sup>(1)</sup>.

---

(1) مقابلة شخصية: القاضي الشرعي الشيخ محمود صالح مصلح: 2005/4/14م.

## المبحث الثاني

### نظرية دعوى التفريق للحبس

المطلب الأول: تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الدعوى لغة:

الدعوى اسم لما يدّعيه المرء، والدعوى تصلح أن تكون في معنى الدعاء، وادّعتُ الشيءَ زَعَمْتُهُ لي حقاً كان أو باطلاً، ومنه قول الله عز وجل: "(وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ)"<sup>(1)</sup>، وهي مشتقة من الدعاء وهو الطلب، والاسم الدعوة و الدعوى، يقال: دعا يدعوه دعاء ودعوة، وادّعى يدّعي ادّعاءً ودعوى<sup>(2)</sup>.

وقال صاحب المغني: "الدعوى في اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً أو ملكاً أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك"<sup>(3)</sup>.

ثانياً: تعريف الدعوى في الاصطلاح:

اتفق الفقهاء المسلمون على تحديد طبيعة الدعوى، واعتبروها من التصرفات القولية، وقد اختلفت كلماتهم في تعريف الدعوى لكنها تؤدي إلى معنى واحد، وفيما يلي التعريف الشرعي للدعوى في المذاهب الأربعة باختصار، وتعريفها عند بعض رجال القانون، وذلك للوصول إلى التعريف المختار.

عرفها الحنفية بقولهم: "الدعوى قول مقبول ثمّ القاضي يقصد به طلب حق من قبل غيره"<sup>(4)</sup>.

(1) سورة الملك، آية 27.

(2) ابن منظور: لسان العرب، باب الدال فصل العين، ج3، ص366-369.

(3) ابن قدامة: المغني، ج10، ص241.

(4) الحصكفي: الدر المختار، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1386هـ، ج5، ص541.

وعرفها المالكية بأنها طلبٌ مُعَيَّنٌ أو ما في ذمّة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرة  
شرعاً، لا تكذبها العادة<sup>(1)</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: "إخبار عن وجوب حق على غيره ثمّ الحاكم"<sup>(2)</sup>.

وعرفها الحنابلة بقولهم: "والدعوى في الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد  
غيره أو في ذمته"<sup>(3)</sup>.

هذه تعريفات الفقهاء، أما تعريفها في قانون أصول المحاكمات الشرعية، فيقول الدكتور  
عثمان التكروري: "ولا يتضمّن قانون أصول المحاكمات سواء الحقوقية أو الشرعية تعريفاً  
للدعوى، لأنّ التعريفات بصفة عامة أدخل في عمل الفقيه منها في عمل المشرع"<sup>(4)</sup>.

بينما نجد أن مجلة الأحكام قد عرّفت الدعوى بأنها: "هي طلب أحد حقه من آخر في  
حضور القاضي يقال له المدعي وللآخر المدعى عليه"<sup>(5)</sup>.

وعرفها الشيخ علي حيدر شارح مجلة الأحكام بقوله: "والدعوى شرعاً هي طلب أحد حقه  
من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق  
إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه"<sup>(6)</sup>.

مما سبق يتبين أن المعنى الاصطلاحي لم يخرج في مجمله عن نطاق المعنى اللغوي،  
وبالنتيجة السابقة، خلص الدكتور محمد نعيم ياسين إلى تعريف الدعوى تعريفاً شاملاً للمعاني

---

(1) القرافي، أحمد بن إدريس: الفروق، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1998م، ج4، ص153.

(2) الشريبي: مغني المحتاج، ج4، ص461.

(3) ابن مفلح: المبدع، ج10، ص145، وانظر: البهوتي: كشاف القناع، ج6، ص384، وانظر: ابن قدامة: المغني،  
ج10، ص241.

(4) التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص49.

(5) باز، سليم رستم: شرح المجلة، ط3، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1406هـ، سنة 1986م، المادة  
(1613)، ص907.

(6) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط1، بيروت: دار الجليل، سنة  
1411هـ، 1991م، ج4، ص173.

السابقة ومتلافياً لكثير من المآخذ التي أخذت على التعريفات السابقة، فعرف الدعوى بقوله: "قول مقبول، أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته"<sup>(1)</sup>، وبناء على ذلك تكون الدعوى إجراءً قانونياً يلجأ بمقتضاه صاحب الحق إلى المحكمة للحصول على حقه أو حق من يمثله أو حمايته، وهي الوسيلة التي استعاض بها عن عدم لجوء الشخص لاقتضاء حقه لنفسه بيده.

واستعمال الدعوى أمرٌ اختياري فهي رخصة لصاحب الحق الذي له مطلق الحرية في الالتجاء أو عدم الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه، وعليه فإن دعوى التفريق للحبس إجراءً قانوني تلجأ بمقتضاه الزوجة المدعية باختيارها، أو وكيلها، إلى القاضي في المحكمة الشرعية قائلة أو كاتبة طلبها التفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه المحبوس، وذلك بسبب الضرر الواقع عليها بسبب بُعد زوجها عنها.

#### المطلب الثاني: عناصر دعوى التفريق للحبس:

تتكون الدعوى من عناصر مُعيَّنة، مثلها في ذلك مثل سائر الحقوق، ولَمَّا كان حق إقامة الدعوى مفتوحاً أمام كل صاحب حق، كان لزوجة المحبوس أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه، ومن هنا ومن تعريفات الدعوى السابقة في الاصطلاح الشرعي تتبين لنا عناصر دعوى التفريق للحبس:

أولاً: المدعي: وهو طالب الحق ومن لا يُجبر على الخصومة إذا تركها<sup>(2)</sup>، وهو هنا الزوجة تطلب حقه في التفريق بينها وبين زوجها بسبب حبسه.

ثانياً: المدعى عليه: وهو المطلوب منه الحق ومن لا يُجبر على الخصومة<sup>(3)</sup>، وهو هنا الزوج الذي حُكم عليه بالحبس.

<sup>(1)</sup> ياسين، د. محمد نعيم: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، الأردن: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، دون سنة طبع، ص275.

<sup>(2)</sup> المرجع السابق، ص275، وانظر: حيدر: درر الحكم، ج4، ص151.

<sup>(3)</sup> ياسين: نظرية الدعوى، ص275، وانظر: حيدر: درر الحكم، ج4، ص151.

وفي تعريف المدعي والمدعى عليه أقوال أقتصر على بعض أقوال المالكية والحنابلة لأنهم فقط القائلون بالتفريق بين الزوجين بسبب الحبس: يقول صاحب القوانين الفقهية من المالكية: "قال سعيد بن المسيب: من عَرَفَ المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما، وقال والمدعي هو من يقول قد كان كذا والمدعى عليه هو من يقول لم يكن، وقيل المدعي هو الذي دعا صاحبه إلى الحكم والمدعى عليه هو المدعو، وقال المحققون: المدعي هو من كان قوله أضعف لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل، والمدعى عليه هو من ترجَّح قوله بعادة أو موافقة أصل أو قرينة"<sup>(1)</sup>، ويقول البهوتي من الحنابلة: "والمدعي مَنْ يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب تُرك، والمدعى عليه المطالب، أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الجواب لم يُترك بل يقال إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك"<sup>(2)</sup>، بناء على هذا تكون الزوجة هي المدعية طالبة حق التفريق، وإذا سكتت وتركت القضية تُركت، والزوج هو المدعى عليه المطلوب تفريق زوجته منه، وإذا سكت عن الجواب لم يُترك ويُعتبر ناكلاً.

ثالثاً: المدعى به، وهو الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه، وهو هنا حق التفريق تطلبه الزوجة من القاضي بصفته نائباً مناب الزوج.

رابعاً: الدعوى: وهي قول المدعي يطلب حقاً من المدعى عليه<sup>(3)</sup>، وهو هنا قول الزوجة المدعية أو كتابتها طلب التفريق من زوجها بسبب حبسه.

### المطلب الثالث: شروط دعوى التفريق للحبس:

لَمَّا جاز للزوجة التي حُكِمَ على زوجها بحكم نهائي مدة ثلاث سنوات فأكثر وكانت العقوبة مقيدة للحرية أن ترفع دعواها إلى القضاء طالبة التفريق وذلك بعد مرور سنة من تاريخ

(1) ابن جزى: القوانين الفقهية، ج1، ص197.

(2) البهوتي: كشف القناع، ج6، ص384.

(3) ياسين: نظرية الدعوى، ج1، ص275.

الحبس، كان لا بد لتلك الدعوى أن تكون سالمة من الشوائب، ولذلك ينبغي أن تتوفر فيها الشروط الآتية:

### أولاً: الشروط العامة:

1- أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين<sup>(1)</sup>، فلا تصح دعوى الزوجة إذا كانت مجنونة، وكذا لا تصح الدعوى على الزوج المحبوس إذا جنّ في سجنه، فهو عندئذٍ لا يُطالب بالجواب ولا تتوجه إليه اليمين، فإذا أفاقت الزوجة المجنونة أو أفاق الزوج المحبوس المجنون كان كلٌّ منهما أهلاً لأن تكون الزوجة مدعيةً أو الزوج مدعىً عليه<sup>(2)</sup>، وفي حال كون الزوجة مجنونة فوليها أو الوصي عليها هو من يتقدم بالدعوى بعد الإذن لهما بالخصومة، حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية: "ولكن يصح أن يكون أولياؤهما وأوصياؤهما مدعين عنهما أو مدعى عليهم بالولاية أو الوصاية"<sup>(3)</sup>، يقول فضيلة القاضي الشيخ محمود صالح مصلح معقّباً على تفريق المجنونة زوجة المحبوس: "ومن العبث أن يرفع وليُّ المجنونة أو الوصي عليها دعوى التفريق بينها وبين زوجها المحبوس، لأنه لا فائدة لها في مثل هذه القضية"<sup>(4)</sup>، أما إذا كان المدعى عليه قد طرأ عليه الجنون فإنه يحجر عليه وتثبت ولاية الولي عليه أو ينصب الوصي عليه، وتقام الدعوى بعد ذلك للتفريق للحبس على المدعى عليه المحبوس المجنون بمواجهة وليه أو وصيه.

2- أن يكون المدعى عليه معلوماً، فلا تصح الدعوى على المجهول ولا بد من معرفة شخصيته وما يميزه عن غيره<sup>(5)</sup>، وعليه فلا بد أن تُبيّن الزوجة اسم زوجها المدعى عليه وصفته ومكان سجنه إن كان معلوماً، وأن تُبيّن الوثائق الرسمية التي تثبت الزوجية بينهما.

(1) باز: شرح المجلة، المادة (1616)، ص908.

(2) نداء، أشرف: الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دون رقم طبعة، مصر: مطابع المجموعة المتحدة للطباعة، سنة 1997م، ص19.

(3) باز: شرح المجلة، الفقرة الثانية من المادة (1616)، ص909.

(4) مقابلة شخصية: القاضي محمود صالح مصلح 2005/4/14م.

(5) باز: شرح المجلة، المادة (1618)، ص910.

3- حضور الخصم الدعوى: أي حضور الزوج السجين حين نظر الدعوى، وسنبين في المطلب الرابع إن شاء الله حالات غياب الزوج المدعى عليه أو امتناعه عن المجيء إلى المحكمة أو إرسال وكيل عنه<sup>(1)</sup>.

4. أن يكون نظر الدعوى التفريق للحبس في مجلس القضاء، ومجلس القضاء هو المكان الذي يجلس فيه القاضي الشرعي للنظر في قضايا الناس، وهو اليوم دار المحكمة الشرعية ولا تُقبل الدعوى خارج دار المحكمة ولا تترتب عليها أحكامها<sup>(2)</sup>، وعلى هذا فلو رفعت الزوجة أمرها إلى أي هيئة خارج المحكمة، أو إلى القاضي نفسه خارج المحكمة الشرعية، طالبة التفريق من زوجها المحبوس فلا تقبل ولا تترتب عليها آثارها.

5. أن تكون الدعوى على تقدير ثبوتها مُلزِمةً للمدعى عليه بشيء ومستوجبة الحكم عليه به<sup>(3)</sup>، أي مُلزِمة التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، وملزمة الزوج بالآثار المترتبة على التفريق، فلو ثبتت الدعوى ولم يترتب عليها التفريق لكان سماعها حينئذ والاشتغال بإثباتها ضرباً من العبث الذي يجب أن يُنزَه وقت المحكمة عنه.

6. أن تكون هناك خصومة حقيقية بين المدعي والمدعى عليه<sup>(4)</sup>، فالدعوى التي لا تتوافر فيها صفة الخصومة تُردّ، ويُشترط في هذه الخصومة أن تكون حقيقية، فالخصومة الظاهرية لا تُقبل<sup>(5)</sup>، فلو رُفعت دعوى التفريق للحبس من قبل غير الزوجة، أو رُفعت من المطلقة بئناً فالدعوى هنا لا تتوافر فيها صفة الخصومة فتُرد ولا تُقبل.

7. أن لا يكون في الدعوى تناقض، فوجود التناقض مانع من سماع الدعوى<sup>(6)</sup>، والتناقض فيها كأن يسبق من المدعي كلام مناف للكلام الذي يقوله في دعواه، كأن ترفع المرأة دعوى

(1) باز: شرح المجلة، المادة (1618)، ص910.

(2) ياسين: المبادئ القضائية، ج1، ص420.

(3) باز: شرح المجلة، المادة (1630)، ص926.

(4) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (44) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص42.

(5) أبو البصل، د. عبد الناصر موسى: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط1، عمان مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999م، ص136.

(6) ياسين: نظرية الدعوى، ج1، ص309.

تفريق للحبس، ثم تدعي أن زوجها كان قد طلقها بائناً، أو كأن تطلب التفريق من زوجها المحبوس ثم تدعي أن زوجها قد أفرج عنه، أو انتهت فترة محكوميته.

ثانياً: الشروط الخاصة في التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية المعمول به في الضفة الغربية: وقد تم بيانها سابقاً<sup>(1)</sup>.

**المطلب الرابع: صحة الخصومة والوظيفة والصلاحيات في دعوى التفريق للحبس:**

**الفرع الأول: صحة الخصومة**

أولاً: معنى الخصومة في اللغة: الجدل، وخاصمة مَخَصَمَةٌ فَخَصَمَهُ: غَلَبَهُ بِالْحُجَّةِ، وَالْخُصُومَةُ الاسم من التَّخَصُّمِ والاختِصَامِ<sup>(2)</sup>، ومنها قوله تعالى: (وَهَلْ أَتَاكَ نَبْوُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ)<sup>(3)</sup>، وقوله تعالى: (هَذَا خِصْمَانِ اخْتَصَمُوا فِي رَبِّهِمْ)<sup>(4)</sup>.

ثانياً: معنى الخصومة في الاصطلاح: هي اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة<sup>(5)</sup>، فإذا ادَّعى واحدٌ شيئاً، وكان يترتب على إقرار المدعى عليه حُكْمٌ على تقدير إقراره، يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، وإن كان لا يترتب على إقرار المدعى عليه حُكْمٌ إذا أقرَّ لم يكن خصماً بإنكاره<sup>(6)</sup>.

ثالثاً: الخصم في الدعوى: يجب أن تتوافر في الدعوى صفة الخصومة الحقيقية، فالدعوى التي لا تتوافر فيها صفة الخصومة تُردَّ<sup>(7)</sup>، وقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على رفض

(1) انظر ص 73 وما بعدها.

(2) ابن منظور: لسان العرب، باب الفاء فصل الصاد، ج 3، ص 115.

(3) سورة ص، آية 21.

(4) سورة الحج، آية 19.

(5) حيدر: درر الحكام، ج 4، ص 199.

(6) باز: شرح المجلة، المادة (1634)، ص 933، وانظر: حيدر: درر الحكام، ج 4، ص 199.

(7) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 136.

الدعوى: "إذا لم تكن بين الطرفين خصومة في الواقع، بل قصدا بالتقاضي الاحتياي على حكم بما يدّعيه أحدهما"<sup>(1)</sup>.

ومن صور عدم توافر الخصومة: عدم ذكر اسم الوكيل ومستند الوكالة، فإذا حضر محام، وذكرت المحكمة أنه وكيل عن المدعية دون أن تذكر اسمه أو تذكر مستند وكالته، تكون قد سارت في الدعوى دون خصومة<sup>(2)</sup>.

والخصم الحقيقي في دعوى التفريق للحبس: هو الزوج أو وكيله بالخصومة.

### الفرع الثاني: الاختصاص الوظيفي:

الاختصاص<sup>(3)</sup>: هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة معناه: نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها.

والاختصاص الوظيفي كما يقول الدكتور عثمان التكروري: "هو توزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة في الدولة الواحدة، فيبين نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء، ويحدد قواعد جهة القضاء الواجب رفع النزاع أمامها"<sup>(4)</sup>.

وقد أطلق قانون أصول المحاكمات الشرعية على هذا الاختصاص اسم "الوظيفة"، والاختصاص الوظيفي يتعلق بوظيفة المحاكم وسلطتها في نظر منازعات معينة وينص على أن تلك المحاكم تنظر في هذه القضايا<sup>(5)</sup>.

---

(1) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (44) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص42.

(2) عمرو: القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية، القرار الاستئنافي رقم (24419)، ص186.

(3) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص88، وانظر: التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص31.

(4) التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص31.

(5) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص89.

وقد نصَّ الدستورُ الأردني -وهو المعمول به حالياً في مناطق السلطة الفلسطينية- على تقسيم المحاكم إلى ثلاثة أنواع، فقد جاء فيه ما يلي: "المحاكم ثلاثة أنواع: المحاكم النظامية، والمحاكم الدينية، والمحاكم الخاصة"<sup>(1)</sup>.

وقد نصَّ قانون أصول المحاكمات الشرعية على الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية، وبما يتعلق بموضوع الاختصاص الوظيفي بالنسبة لدعوى التفريق بين الزوجين بسبب الحبس جاء في الفقرة الثامنة من المادة الثانية منه: "المناكحات والمفارقات والمهر والجهاز وما يدفع على حساب المهر والنفقة والنسب والحضانة"، وجاء في الفقرة التاسعة من نفس المادة: "كل ما يحدث بين الزوجين ويكون مصدره عقد الزواج"<sup>(2)</sup>، وقد اعتبر قانون أصول المحاكمات الشرعية الاختصاص الوظيفي من النظام العام، فإذا لم يعترض أحدُ الخصوم على أنَّ المحكمة غير مختصة وظيفياً، فإنَّ على المحكمة أن تتعرض من تلقاء نفسها لهذه المسألة وتفصل فيها، وقد نصَّت المادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات الشرعية على ذلك فقد جاء فيها: "أما الوظيفة فالمحكمة تتعرض لها ولو لم يثرها الخصوم"<sup>(3)</sup>، فإذا كانت غير مختصة يجب عليها الامتناع عن نظر الدعوى<sup>(4)</sup>، فلو رُفعت دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم النظامية فيما لا اختصاص لها فيه، فإن على المحكمة أن تمتنع عن النظر في الدعوى لعدم الاختصاص.

كما يحق لأي من الطرفين أن يعترض على اختصاص المحكمة الوظيفي، وعلى المحكمة البت في هذا الاعتراض قبل أن تبدأ النظر في أساس الدعوى، ولو أصدرت المحكمة غير المختصة حكماً فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً.

---

(1) المادة (99) من الدستور الأردني المنشور في العدد (1093) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1952/1/8م، وهو المعمول به حالياً، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص5، وانظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص16.

(2) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (2)، ص36، وانظر: التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص33-34.

(3) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص37.

(4) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص90.

وبقي أن نشير إلى أن الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي كما يقول الدكتور عبد الناصر أبو البصل: "يُقبل في أي دور من أدوار المحكمة سواء في البداية أو الاستئناف، وتستطيع محكمة الاستئناف نفسها أن تتظر فيه ولو لم يُطلب منها ذلك"<sup>(1)</sup>، فلو سارت المحكمة النظامية في التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، وحُكِمَ بالتفريق ورفع الحكم للاستئناف لتصديقه أو فسخه كان على محكمة الاستئناف فسخه لعدم الاختصاص الوظيفي.

### الفرع الثالث: الاختصاص المكاني؛ ويسمى الاختصاص المحلي (الصلاحية):

الاختصاص المكاني أو الصلاحية كما عبّر عنه قانون أصول المحاكمات الشرعية يقوم على أساس توزيع الاختصاص بين المحاكم المنتشرة في الدولة على أساس جغرافي، فكل محكمة نطاق معين يحدده القانون، فتتظر تلك المحكمة قضايا معينة وفق ذلك النطاق<sup>(2)</sup>.

يقول الدكتور عثمان التكروري: "يتعلق الاختصاص المحلي بتوزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي أو مكاني، بمعنى أن تختص كل محكمة بقضايا منطقة معينة تسمى دائرة المحكمة، وهَدَفُ ذلك هو تيسير التقاضي بين الخصوم، بحيث تكون المحاكم بقدر الإمكان قريبة من مواطنهم أو من محل النزاع بينهم"<sup>(3)</sup>.

وقد نظم القانون المذكور موضوع الاختصاص المكاني بإيجاد عدة محاكم وزّعت على مناطق جغرافية معينة محددة، تيسيراً على الناس ولرفع المشقة عنهم، وللوصول إلى الحق بأيسر الطرق، تحقيقاً للعدالة التي هي الهدف الأسمى للمشرّع؛ لذلك فقد كان لزاماً على المشرّع أن يحدد الصلاحية المكانية لكل محكمة من المحاكم الشرعية، وتُعرَف مناطق الصلاحية لكل محكمة بموجب قانون تشكيل المحكمة الذي يصدر مصاحباً لقانون تشكيل المحكمة المذكورة.

(1) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 90.

(2) المرجع السابق، ص 100.

(3) التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 37.

وقد راعى المُشرِّعُ أن يكون المدعي هو من يختار الوقت الذي يرفع فيه الدعوى بعد أن يُعدَّ مستنداته، وأنَّ الأصل براءة ذمَّة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك، لذلك تجب له الرعاية، ففَرَّرَ أن المدعي هو من يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه، أي في أقرب محكمة إليه<sup>(1)</sup>، فنصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على هذه القاعدة إذ جاء فيه: "كل دعوى تُرى في محكمة المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه ضمن حدود المملكة، فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة فالدعوى تُرفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة"<sup>(2)</sup>، ولمَّا كان هذا القانون مطبقاً في الضفة الغربية فينطبق ذلك على المناطق الواقعة ضمن حدود مناطق السلطة الفلسطينية في الضفة الغربية.

وقد استتنت المادةُ المذكورةُ بعضَ الدعاوى، حيث ورد في الفقرة الرابعة منها ما يلي: "يجوز رؤية دعوى النكاح في محكمة المدعى عليه أو المحكمة التي جرى في منطقتها العقد، وتجاوز رؤية دعوى الافتراق في المحكمتين المذكورتين، وفي محكمة المحل الذي وقع فيه الحادث"<sup>(3)</sup>.

وبذلك يتبين لنا من النصوص السابقة أنَّ للمدعية حق رفع دعوى التفريق للحبس في محكمة مكان إقامة زوجها المدعى عليه، وفي محكمة مكان إجراء عقد الزواج، وفي محكمة المحل الذي وقع فيه حادث اعتقال الزوج.

---

(1) التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص37.

(2) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (3)، ص37.

(3) المرجع السابق، ص37.

## المبحث الثالث

### إجراءات التقاضي في دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية

يقصد بإجراءات التقاضي القواعد والخطوات التي تُبَيَّنُ كَيْفِيَّةُ رَفْعِ الزَوْجَةِ دَعْوَاهَا التَّفْرِيقَ للحبس إلى المحكمة لتفصل فيها، وتصدر حكمها بالتفريق، والهدف من إجراءات التقاضي إضفاء مزيد من الطمأنينة على سير العمل القضائي.

وإجراءات التقاضي في دعوى التفريق للحبس أمام المحاكم الشرعية تتلخص في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: الشروع في الدعوى:

دعوى التفريق للحبس هي الطلب الذي تحرره الزوجة وتقدمه إلى المحكمة المختصة تطلب فيه الحكم لها بالتفريق من زوجها، والشروع في هذه الدعوى يتطلب المرور بمراحل أجمالها في الفروع الثلاثة الآتية:

#### الفرع الأول: رفع الدعوى وقيدها:

أول عمل تقوم به الزوجة لتقديم لائحة الدعوى للمحكمة، وقد اشترط قانون أصول المحاكمات الشرعية أن تكون مكتوبة، فقد نصَّ على أن: "جميع اللوائح التي تُقدَّم للمحكمة ينبغي أن تكون مكتوبة..."<sup>(1)</sup>، ومن ثمَّ تقوم المحكمة بدورها حيث تقوم أولاً وقبل تقييد الدعوى واستيفاء رسومها بتحويل الزوجة إلى دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري<sup>(2)</sup>، فإذا لم يتم الصلح أو الاتفاق، تُحوَّل القضية من دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري إلى القاضي الشرعي، وبعدها

(1) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (38)، ص38.

(2) هي دائرة أنشئت في ديوان قاضي القضاة في الضفة الغربية، ولها فروع في جميع المحاكم الشرعية التابعة لها، وباشرت عملها بتاريخ 2004/1/3م، وتختص بكافة المشاكل الأسرية الخاضعة في ولايتها للقضاء الشرعي وسنناً للقوانين والأنظمة المعمول بها في المحاكم الشرعية؛ انظر: كتيب بعنوان الإرشاد والإصلاح الأسري في المحاكم الشرعية، من إصدار الدائرة في ديوان قاضي القضاة، حفظت منه نسخة في كل واحدة من المحاكم الشرعية.

يقوم رئيس كُتَّاب<sup>(1)</sup> المحكمة بتقدير الرسوم المستحقة واستيفائها، وبعدها يقوم كاتبُ المحكمة بتقييد الدعوى في سجل الأساس، وتُعطى الدعوى رقماً متسلسلاً وفق أسبقية تقديمها، وتوضع في ملف خاص يحمل اسم المحكمة بالإضافة إلى اسم المدعية الزوجة والمدعى عليه زوجها، وموضوع الدعوى التفريق للحبس، إلى غير ذلك من المعلومات الضرورية، بالإضافة إلى رقم الأساس الذي سُجِلت به الدعوى والذي يُعدُّ رقماً للدعوى، ومن ثمَّ يقوم كاتب المحكمة بتثبيت موعد الجلسة المحددة للنظر في الدعوى وتفهم ذلك للزوجة المدعية، وبعدها تُنظم المحكمةُ تبليغَ الحضور وتُعدُّ منه نسخة تُختمُ بختم المحكمة وتُوقَّع من القاضي بالإضافة إلى نسخة من لائحة الدعوى، وتُسَلَّم لمحضر المحكمة<sup>(2)</sup> لتبليغها للمدعى عليه<sup>(3)</sup> وفق الأصول التي سأليناها في الفرع الثالث من هذا المطلب إن شاء الله<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: لائحة دعوى التفريق للحبس:

بيِّنَّا أنَّ الشروع في الدعوى يبدأ بتقديم الزوجة لائحة الدعوى إلى المحكمة المختصة تشرح فيها دعوها وتطلب الحكم بالتفريق بينها وبين زوجها، ويبيِّنُ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية الشروط الشكلية للائحة الدعوى حيث جاء فيه: "جميعُ اللوائح التي تُقدَّم للمحكمة ينبغي أن تكون مكتوبة بالحبر وبخط واضح أو بالآلة الكاتبة وعلى ورق أبيض من القِطع الكامل، وأن لا يُستعمل من الورقة إلا صفحة واحدة مع ترك هامش فيها"<sup>(5)</sup>، كما يبيِّنُ القانونُ المذكور ما يجب أن تتضمنه لائحة الدعوى حيث جاء فيه: "يجب أن تُقدَّم لائحة الدعوى مشتملة على اسم

(1) كُتَّاب جمع كاتب، والكاتب: موظف في المحكمة، من أعوان القاضي يقوم بكتابة محضر الدعوى وجلساتها وأقوال الشهود ويكتب التوثيقات وغير ذلك من الأمور التي تطلب منه؛ انظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 69.

(2) المحضر موظف في المحكمة، من أعوان القاضي، يقوم بتبليغ وإعلان الأوراق القضائية إلى الخصوم، وخدمة المحكمة كالمناداة، ونقل الأوراق وغير ذلك، انظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 72.

(3) الخمرة، أنس حسن الصغير: الدعوى من البداية إلى النهاية، ط3، عمان: مطبعة جمعة عمال المطابع التعاونية، سنة 1990م، ص 351، وانظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 148-155، وانظر: هاشم، د. محمود محمد: إجراءات التقاضي والتنفيذ، ط1، مطابع جامعة الملك سعود، سنة 1409هـ، 1994م، ص 142.

(4) انظر ص 95.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (38)، ص 38.

كل من الرفقاء وشهرته ومحل إقامته وعلى الادعاء والبيانات التي يستند إليها وتبليغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم<sup>(1)</sup>.

**ونتيجة لما سبق فإن لائحة دعوى التفريق للحبس يجب أن تتضمن الأمور الآتية:**

1. اسم المحكمة التي رُفعت أمامها الدعوى، وذلك لمعرفة مسألة الاختصاص، فيقال: محكمة نابلس الشرعية الشرقية، أو محكمة جنين الشرعية.

2. اسم الزوجة وشهرتها ومحل إقامتها واسم من يمثلها، وذلك ليتبين للزوج من الذي يخاصمه، وكذلك ليسهل على محضر المحكمة تبليغ المدعية إجراءات الدعوى.

3. اسم الزوج المدعى عليه وشهرته ومحل إقامته قبل حبسه، ومكان حبسه، وذلك حتى يسهل تبليغه لائحة الدعوى وإجراءات ومواعيد جلسات المحاكمة.

4. الادعاء أو موضوع الدعوى وهو التفريق للحبس، وتترتب على ذكر موضوع الدعوى أهمية بالغة إذ تتحدد وفقاً له المحكمة المختصة وظيفياً ومحلياً.

5. وقائع الدعوى والبيانات التي تستند إليها الزوجة في دعواها، بأن تذكر أنها زوجة للمدعى عليه المحبوس بصحيح العقد الشرعي وتذكر إن كان داخلاً بها أو لا، وتذكر رقم العقد وتاريخه ومكان صدوره، وأن المدعى عليه حُبس وحُكم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية وتذكر مدته وتاريخ حبسه، وتذكر أن زوجها ما يزال سجيناً منذ ذلك التاريخ وحتى اليوم، وأنها قد أقامت عليه الدعوى بعد مرور أكثر من سنة على حبسه الفعلي، وتذكر أنها تتضرر من حالتها هذه ومن انتظارها له.

6. الطلب: فتطلب الزوجة الحكم بالتفريق بينها وبين زوجها بطلقة واحدة بئنة تملك بها نفسها، ذكرة أنها ما زالت على ذمته وأنه لم يطلقها بأي نوع من أنواع الطلاق.

(1) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (11)، ص38.

7. تاريخ تقديم الدعوى باليوم والشهر والسنة: وهذا البيان ضروري، إذ يجب أن يكون تاريخ تقديم الدعوى بعد مرور سنة من تاريخ حبس المدعى عليه.

8. توقيع الزوجة أو وكيلها، ولهذا البيان أهميته لأنه لا يُتصور أن تُقدم الدعوى بدون إمضاء، لأن التوقيع على اللائحة هو الشكل اللازم لوجودها، وهو إجراءٌ جوهري يترتب على تخلفه بطلانها.

### الفرع الثالث: تبليغ لائحة الدعوى:

أولاً: التبليغ: هو وسيلة لإعلام الشخص بما يُتخذ ضده من إجراءات<sup>(1)</sup>، ولما كانت الخصومة تقوم على مبدأ المواجهة بين الخصوم ولا يجوز اتخاذ أي عمل فيها في غيبة من يُتخذ ضده هذا العمل، فقد استوجب قانونُ أصول المحاكمات الشرعية بعد قيد الدعوى تبليغ المدعى عليه وتكليفه بالحضور للجلسة المحددة لها.

والجهة المختصة بالتبليغ هي محضر المحكمة إذ نصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "إذا أصدرت المحكمة ورقة قضائية للتبليغ تُسلم إلى المحضر لأجل تبليغها"<sup>(2)</sup>، فإذا قام بالتبليغ شخص آخر غير محضر المحكمة كان هذا التبليغ باطلاً، وذلك لأن المشرع أناط مهمة تبليغ الأوراق القضائية حصراً بالمحضرين.

ثانياً: ورقة التبليغ: وهي الورقة التي تتضمن جميع البيانات اللازمة لإجراء التبليغ بشكل صحيح، ويجب أن تتوافر فيها الأمور الآتية<sup>(3)</sup>:

1- اسم المحكمة الشرعية المقامة لديها الدعوى.

2- رقم أساس الدعوى.

(1) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص156.

(2) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، الفقرة الأولى من المادة (18)، ص39.

(3) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص157، وانظر: الخمرة: الدعوى من البداية إلى النهاية،

ص355.

3- اسم الزوجة المدعية بشكل واضح لتمييز عن غيرها.

4- اسم المدعى عليه الزوج المحبوس ومكان حبسه ومكان آخر محل إقامة له.

5- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي يتوجب على المدعى عليه الحضور فيها لسماع أقواله وردّه على الدعوى.

6- الطلب من المبلّغ -المدعى عليه- الحضور أو إرسال وكيل عنه، فإن لم يفعل يُنظر في الدعوى بحقه غيابياً.

7- خاتم المحكمة المختصة وتوقيع القاضي المختص.

**ثالثاً: إجراءات التبليغ:** تختلف إجراءات التبليغ باختلاف أحوال المدعى عليه، وباختلاف مكان وجوده، والأصل في التبليغ أن يكون بالذات<sup>(1)</sup>، فإن تعذر تبليغه بالذات جاز إجراء التبليغ في محل إقامته لأي فرد من أفراد عائلته قد بلغ الثامنة عشرة من عمره<sup>(2)</sup>، وإذا لم يمكن ذلك فإن على المحضر أن يُعلّق نسخة من لائحة الدعوى على البيت الذي يسكنه في مكان بارز ظاهر للعيان<sup>(3)</sup>، وفي المسألة التي بين أيدينا فإنّ المبلّغ إليه مسجونٌ، وذلك لا يخلو من ثلاث مسائل:

**المسألة الأولى: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون السلطة الفلسطينية:**

فقد نصّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على كيفية تبليغ مَنْ كان مسجوناً داخل سجون الدولة نفسها، فجاء فيه: "إذا كان المدعى عليه معتقلاً تُرسل الأوراق القضائية إلى الموظف المسؤول عن المحل المعتقل فيه ليتولى تبليغه إياها، ويجب على السلطة المختصة أن تُحضر

---

(1) انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (19) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص39.

(2) المرجع السابق، المادة (20) من القانون المذكور، ص39.

(3) المرجع السابق، المادة (22) من القانون المذكور، ص39.

السَّجِينِ أَوْ المَعْتَقَلِ إِلَى المَحْكَمَةِ فِي المَوْعَدِ المَقْرَرِ إِذَا رَغِبَ فِي الدِّفَاعِ عَنِ نَفْسِهِ، وَإِذَا لَمْ يَرِغِبْ فِي الحُضُورِ فَعَلَى السُّلْطَةِ المَخْتَصَّةِ أَنْ تُشْعِرَ المَحْكَمَةَ بِذَلِكَ»<sup>(1)</sup>.

فَإِذَا قَامَ المَوْظِفُ المَخْتَصُّ فِي السِّجْنِ بِالشَّرْحِ أَنَّهُ قَدْ أُجْرِيَ التَّبْلِيغُ لِذَلِكَ السِّجِينِ، فَإِنَّ التَّبْلِيغَ يَكُونُ قَدْ جَرَى وَفَقًا لِلقَانُونِ، وَيُنْبَغِي عَلَى المَوْظِفِ المَخْتَصِّ أَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ ذَلِكَ السِّجِينِ يَرِغِبُ فِي الحُضُورِ إِلَى المَحْكَمَةِ للدِّفَاعِ عَنِ نَفْسِهِ أَمْ لَا، فَإِنَّ شَرْحَ ذَلِكَ المَوْظِفِ بِأَنَّ السِّجِينِ لَا يَرِغِبُ فِي الدِّفَاعِ عَنِ نَفْسِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَعْتَبَرُ تَبْلِيغًا كَافِيًا لِلْمَرَادِ تَبْلِيغِهِ، وَيَجِيزُ لِلْمَحْكَمَةِ أَنْ تَسِيرَ فِي الدَّعْوَى غِيَابِيًّا بِحَقِّ المَدْعَى عَلَيْهِ<sup>(2)</sup>.

### المسألة الثانية: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون الاحتلال الإسرائيلي:

إنَّ المَقِيمِ فِي المَنَاطِقِ المَحْتَلَّةِ لِعَامِ 1948م يَعْامَلُ مَعَامَلَةً مَجْهُولِ مَحَلِّ الإِقَامَةِ وَذَلِكَ بِقَرَارِ مَحْكَمَةِ الاسْتِنْتِافِ الشَّرْعِيَّةِ<sup>(3)</sup>، وَلَا تُشَكُّ أَنَّ السِّجِينِ أَوْلَى وَأَحْرَى أَنْ يَعْامَلُ مَعَامَلَةً مَجْهُولِ مَحَلِّ الإِقَامَةِ.

وَطَرِيقَةُ تَبْلِيغِ مَجْهُولِ مَحَلِّ الإِقَامَةِ تَتِمُّ بِانْتِقَالِ مَحْضَرِ المَحْكَمَةِ إِلَى آخَرِ مَكَانِ إِقَامَةِ المَدْعَى عَلَيْهِ، حَيْثُ يَقُومُ المَحْضَرُ بِالتَّحْرِيِ الشَّدِيدِ عَنهُ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّ المَدْعَى عَلَيْهِ مَسْجُونٌ بِحَيْثُ يَتَعَذَّرُ تَبْلِيغَهُ بِالذَّاتِ أَعَادَ المَحْضَرُ الأُورَاقَ إِلَى المَحْكَمَةِ شَارِحًا عَلَيْهَا أَنَّهُ بَعْدَ البَحْثِ وَالتَّحْرِيِ الشَّدِيدِ عَنهُ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّ المَدْعَى عَلَيْهِ مَسْجُونٌ لَدَى السِّجُونِ الإِسْرَائِيلِيَّةِ بِإِفَادَةِ أَهْلِ القَرْيَةِ، وَإِذَا تَحَقَّقَتْ لَدَى المَحْكَمَةِ القَنَاعَةُ -وَهِيَ مُتَحَقِّقَةٌ هُنَا- أَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِتَبْلِيغِ المَدْعَى عَلَيْهِ بِالذَّاتِ فَلَهَا أَنْ تَأْمُرَ بِإِجْرَاءِ التَّبْلِيغِ وَفَقِ الفِئْرَةَ الأُولَى مِنَ المَادَّةِ (23) مِنَ القَانُونِ أَصُولِ المَحَاكِمَاتِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي تَنْصُ عَلَى أَنَّهُ "إِذَا اقْتَضَعَتِ المَحْكَمَةُ بِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِإِجْرَاءِ التَّبْلِيغِ وَفَقِ الأَصُولِ المَتَقَدِّمَةِ - وَهِيَ التَّبْلِيغُ بِالذَّاتِ أَوْ تَبْلِيغٌ مِنْ يَنْوُبُ عَنهُ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مَوْجُودًا دَاخِلَ البَلَدِ - لِأَيِّ سَبَبٍ مِنْ الأَسْبَابِ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَأْمُرَ بِإِجْرَاءِ التَّبْلِيغِ:

(1) انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (27) من القانون المذكور، ص40.

(2) الخمرة: الدعوى من البداية إلى النهاية، ص351.

(3) نقله الدكتور عبد الناصر أبو البصل، القرار رقم (17578)، ورقم (21760)، انظر: أبو البصل: شرح قانون

أصول المحاكمات الشرعية، ص161.

أ- بتعليق نسخة من الورقة القضائية على موضع بارز من دار المحكمة، ونسخة أخرى على جانب ظاهر للعيان من البيت المعروف أنه آخر بيت كان يقيم فيه المدعى عليه، أو المحل الذي كان يتعاطى فيه عمله إن كان بيتاً أو محلاً وهكذا.

ب- بنشر إعلان في الجريدة الرسمية أو إحدى صحف الأخبار<sup>(1)</sup>.

وأرى أن التبليغ بهذه الطريقة هدفه الإعدار واستكمال الإجراءات القانونية فقط، فإنه على افتراض أنه قد أُجري تبليغ الزوج داخل السجن تبليغاً صحيحاً، فإنه يستحيل على السجين داخل السجن الإسرائيلية أن يتمكن من الخروج ولو بَدَلَ كلَّ الطرق لحضور جلسة في المحكمة الشرعية.

#### المسألة الثالثة: إذا كان الزوج مسجوناً داخل سجون إحدى الدول المجاورة:

بدلاً من الخوض في البحث عن التبليغ بالطرق الدبلوماسية، لنبحث في الفائدة المرجوة من تبليغ السجين في مثل هذه الحالة وفي إمكانية حضوره المحكمة للدفاع عن نفسه، وإنَّ الناظر يجد أن التبليغ هنا هو فقط إجراء قانوني لاستكمال الإجراءات القانونية وإعداد المدعى عليه، إذ لا يُتصور أن توافق أي دولة مجاورة على إخراج السجين من سجنها ونقله إلى بلد آخر لحضور جلسة محاكمة، بل هو أشدُّ استحالة الآن إذا كان نقله إلى مناطق السلطة الفلسطينية، إذ كيف سيتم نقله؟ ومن سيرافقه؟ ، وكيف سيتم عبور الحدود؟ وكيف سيتم توفير الحماية اللازمة له والمحافظة عليه من أي محاولة فرار أو اغتيال؟ إلى غير ذلك من التساؤلات التي تستدعيها لأن نتيقن أن الهدف من التبليغ ليس حضور المدعى عليه لجلسات المحاكمة، بل هو لاستكمال الإجراءات القانونية، ولَمَّا لم يُنص قانوناً أصول المحاكمات الشرعية، أو القرارات الاستثنائية على كيفية التبليغ في مثل هذه الحالة أرى صيانة للوقت وتوفيراً للجهد وتحقيقاً للغاية المقصودة من التبليغ اعتبار إجراء تبليغ السجين داخل إحدى سجون الدول المجاورة كإجراء تبليغ مجهول محل الإقامة المبين في المسألة السابقة.

(1) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 40.

وفي جميع حالات التبليغ يترتب على المحضر أن يشرح فور وقوع التبليغ على الورقة القضائية الأصلية أو نسختها أو في تذييل يلحق بها بياناً بتاريخ التبليغ وكيفية إجراءاته، وأن يُشهد شاهداً على الأصل<sup>(1)</sup>.

كما يترتب على كل شخص تسلّم أوراقاً قضائية أو أرسلت إليه ليتولى تبليغها وفقاً لهذا القانون أن يقوم بتبليغها وإعادتها موقّعةً بإمضائه مع شرح يُشعر بوقوع التبليغ، وتُعتبر الأوراق القضائية المبلّغة على هذا الوجه أنها بلّغت وفق الأصول<sup>(2)</sup>.

وبعد أن تُعاد الأوراق القضائية إلى المحكمة مبلّغة وفق أحد الوجوه المبينة سابقاً، تسير المحكمة في الدعوى إذا رأت أن التبليغ موافق للأصول وإلا تُقرر إعادة التبليغ<sup>(3)</sup>.

#### المطلب الثاني: كيفية رؤية دعوى التفريق للحبس والسير في المحاكمة:

إنّ هدف القضاء الأساسي هو الوصول إلى تحقيق العدالة، ومن أجل ضمان ذلك كان لا بد من السير في الدعوى، واتباع الإجراءات القانونية التي اعتمدها المشرّع، لإعطاء كل ذي حق حقه، وإن المشرّع في دعوى التفريق للحبس قد جعل للزوج حقاً في حضور جلسات الدعوى، ومن ثمّ أوجب على مدير السجن أو السلطة المختصة أن تحضر السجين إلى المحكمة في الموعد المقرر إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وإذا لم يرغب فعلى السلطة المختصة أن تُشعر المحكمة بذلك<sup>(4)</sup>. ومن هنا احتُمل أثناء السير في هذه الدعوى أن يحضر السجين المدعى عليه واحتمل أيضاً أن لا يحضر، لذلك سنتحدث عن إجراءات الدعوى في حالتين: الأولى حال حضور الزوجة والزوج، والثانية حال حضور الزوجة وغياب الزوج، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

(1) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (24) من القانون المذكور، ص40.

(2) المرجع السابق، الفقرة الأولى من المادة (29) من القانون المذكور، ص41.

(3) المرجع السابق، المادة (25) من القانون المذكور، ص40.

(4) المرجع السابق، المادة (27) من القانون المذكور، ص43.

الفرع الأول: إجراءات الدعوى حال حضور الطرفين المتداعيين حتى نهاية الدعوى<sup>(1)</sup>:

تتكون جلسة المحاكمة من القاضي والكاتب، ولا يجوز للقاضي أن ينظر الدعوى منفرداً دون وجود كاتب معه، ولو فعل ذلك اعتبر قراره باطلاً<sup>(2)</sup>.

وفي اليوم والوقت المعينين للنظر في الدعوى يجلس القاضي المختص في دار المحكمة الشرعية، وينادي المحضر على المتداعيين في الدعوى ذات الرقم المعين، فإذا حضر الطرفان يجلسهما القاضي قبالته في موضع يستطيع رؤيتهما وسماعهما من غير مشقة.

وفي هذه المرحلة يجب على السلطة المختصة أن تُمكن السجين من حضور جلسة المحاكمة إذا رغب في ذلك، فقد نصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "يجب على السلطة المختصة أن تُحضر السجين أو المعتقل إلى المحكمة في الموعد المقرر إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وإذا لم يرغب في الحضور فعلى السلطة المختصة أن تُشعر المحكمة بذلك"<sup>(3)</sup>، ويحق للجهة المختصة أو لمدير السجن أن لا يمكن السجين من ذلك للضرورة الأمنية، فقد جاء في القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ما نصَّه: "إذا رغب المدعى عليه الحضور وعارض مدير السجن في ذلك لأسباب خاصة متعلقة بالأمن العام وخوفه على السجين المحكوم بمدة طويلة لظروف قضيته فإنه لا يجوز حرمان المدعى عليه الراغب في الحضور من مثوله أمام المحكمة للدفاع عن نفسه، وعلى المحكمة أن تُوجّل الدعوى وتكتب إلى النائب العام مستطلعة رأيه في هذا الخصوص، وفي حالة طلبه نقل الدعوى تُرفع الأوراق ومحضر الدعوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية لتتظر في موضوع النقل وتقرير ما توجبه

(1) العاني: أصول المرافعات، ص 66 وما بعدها، وانظر: التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 71 وما بعدها، وانظر: الخمرة: الدعوى من البداية إلى النهاية، ص 395.

(2) العربي، محمد حمزة: المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية، المجموعة الثانية، 1973م - 1983م، ط 1، عمان: دار الفرقان للنشر، سنة 1984م، القرار رقم (14227)، ج 1، ص 150 - 151.

(3) المادة (27) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 40.

مصلحة الأمن، وسنداً للمادة (130)<sup>(1)</sup> التي أجازت لمحكمة الاستئناف بعد التباحث مع قاضي القضاة أن تقرر نقل الدعوى من محكمة إلى أخرى لأسباب متعلقة بالأمن العام<sup>(2)</sup>.

وبذلك تتعقد المحاكمة في المحكمة المختصة، أو تُنقل إلى محكمة قريبة من مكان السجن.

وتجري المحاكمة بصورة علنية<sup>(3)</sup> إلا في الأحوال التي تُقرر المحكمة إجراءها سراً، سواءً أكان ذلك من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الخصوم، محافظة على النظام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة<sup>(4)</sup>.

---

(1) تنص المادة (130) على أنه: "يجوز لمحكمة الاستئناف الشرعية أن تقرر نقل الدعوى من محكمة إلى أخرى لأسباب تتعلق بالأمن العام بناء على طلب النائب العام بعد التباحث مع قاضي القضاة على أن يحق للمحكمة استدعاء طالب النقل للتحقق من موجباته بحضور الطرفين"، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص55.

(2) عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية: القرار رقم (16600)، ص122.

(3) تعني علنية المحاكمة أن لا يكون حضور المحاكمة مقتصرًا على الفرقاء ووكلائهم، بل يستطيع كل شخص مهما كان حضور هذه المحاكمات التي تكون أمام الجمهور، وتكون أبواب قاعة المحكمة مفتوحة للجميع؛ انظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، الهامش، ص167.

(4) المادة(46) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص41.

وإذا جلس القاضي للنظر في الدعوى، وأمامه الزوجة المدعية، والزوج المدعى عليه، وعلى جانبه كاتب المحكمة في موضع يستطيع القاضي النظر إلى ما يكتبه الكاتب، ومتابعة كتابته لضبط محضر الدعوى، يبدأ جلسة الدعوى بالتأكد من لائحة الدعوى ومشمولاتها ومن دفع الرسوم وحصول التبليغات القضائية حسب الأصول، ثم يقوم بذكر اليوم والوقت المعين للنظر في الدعوى، ويذكر اسم القاضي واسم المحكمة<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك: (في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا... قاضي....  
الشرعي..)

بعد ذلك يقوم القاضي بالتعريف بالطرفين المتداعيين فيثبت اسم الزوجة المدعية واسم أبيها وجدها وشهرتها ومهنتها ومكان إقامتها، وكذلك الزوج المدعى عليه يثبت اسمه واسم أبيه وجده وشهرته ومهنته ومكان إقامته، ومكان سجنه، وأن المتداعيين مكلفان شرعاً، ومعروفان من بطاقتيهما الشخصية، ومثال ذلك: (حضر لدي كل واحد من المكلفين شرعاً المدعية..... والمدعى عليه..... وعرفا بوثائقيهما الشخصية)، ويجوز أن يحضر الجلسة أمام القاضي وكيل عن المدعية أو عن المدعى عليه أو وكيلان عنهما، ولا بد من ذكر ذلك في المحضر<sup>(2)</sup>، ثم ينتقل القاضي إلى تلاوة لائحة الدعوى فيتلوها علناً في المجلس أمام الطرفين المتداعيين، ويُدقق القاضي في الدعوى من حيث الشكل والمضمون، فإذا كانت الدعوى مستكملة لسائر شروطها وعناصرها الأساسية تكرر الزوجة علناً في المجلس وذلك لإظهار عزمها على متابعة الدعوى، وإذا وجد القاضي أن الدعوى غير صحيحة، أو غير مستكملة لشروطها فإنها حينئذ لا تترتب عليها آثارها، ولا يُطلب جواب الزوج بل تُكَلَّفُ الزوجة بتصحيح دعواها إذا كان الأمر قابلاً للتصحيح، وإلا يردُّ القاضي الدعوى.

(1) العاني: أصول المرافعات، ص374، وانظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص168 وما بعدها.

(2) المواد (2-4) من قانون المحامين الشرعيين - وهو القانون رقم (12) لسنة 1952 وقد نُشر بتاريخ 1952/3/1م بالعدد رقم (1101) من الجريدة الرسمية؛ انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص99.

أما إذا كانت مطالبُ الزوجة غيرَ واضحةٍ فالمحكمة أن تطلب من الزوجة توضيح دعواها، وإذا أغفلت الزوجة شيئاً يجب ذكره لصحة الدعوى سألتها القاضي عنه، ولا يُعدُّ ذلك تلقيناً إلا إذا زادها علماً<sup>(1)</sup>.

فإذا امتنعت الزوجة عن التصحيح أو التوضيح، أو عن إكمال النقص الحاصل في الدعوى رغم تكليفها بذلك من قِبَل القاضي يبادر القاضي إلى رد الدعوى، أما إذا صحَّحت دعواها وقامت بتوضيحها فيتابع القاضي السير في الدعوى حسب الأصول<sup>(2)</sup>.

وبعدها يتوجه القاضي إلى المدعى عليه أو وكيله ويكلفه الإجابة على الدعوى<sup>(3)</sup>، فإذا اختار تقديم لائحة جوابية على لائحة الدعوى، فيجب تلاوة اللائحة الجوابية بعد تلاوة لائحة الدعوى وتصديقها، لأنها تُعتبر جزءاً من إجابته على الدعوى، وعلى المحكمة حينئذ أن تسأل المدعية -الزوجة- عما جاء فيها إذا كان في مضمونها ما يتطلب الإجابة عليه<sup>(4)</sup>، وإذا لم يُقدِّم الزوج لائحةً جوابيةً يُطلب منه الإجابة على الدعوى وجوباً ويكون بين احتمالات ثلاثة<sup>(5)</sup>:

الأول: أن يُقرَّ الزوج المدعى عليه بما جاء في لائحة الدعوى، وهنا يُلزمه القاضي بإقراره لأن الإقرار حُجَّةٌ مُلزِمة<sup>(6)</sup>.

الثاني: أن يُنكر الزوج ما جاء في دعوى الزوجة<sup>(7)</sup> أو أن يسكت فإنَّ السكوت يعتبر إنكاراً، فيطلب القاضي من الزوجة البيِّنة، وتمهل لإحضارها.

---

(1) المادة (42) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص42، وانظر: حيدر: درر الحكام، المادة (1816) من المجلة، ج4، ص58.

(2) العاني: أصول المرافعات، ص373.

(3) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص172، وانظر: العاني: أصول المرافعات، ص374.

(4) القرار الاستئنافي رقم(17245)، انظر: العربي: المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف، المجموعة الثانية ص162.

(5) ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص143، وانظر: العاني: أصول المرافعات، ص374، وما بعدها.

(6) المادة (79) من المجلة: انظر: باز: مجلة الأحكام، ص53.

(7) لِسُرَّاح القانون تفصيل كبير في حالة الإنكار، انظر: ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص148، وما بعدها، وانظر: أبو

البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص172.

الثالث: أن يأتي الزوجُ بدفعِ الدعوى<sup>(1)</sup> مع عدم إنكاره لها، وهنا ينتقل عبءُ الإثبات عليه لإثبات دفعه.

ومن ثمَّ تنتقل المحكمةُ إلى المرحلة التالية وهي إثبات الدعوى، وهذا ما سنبينه في الفصل الثالث إن شاء الله.

### الفرع الثاني: إجراءات الدعوى حال حضور الزوجة وغياب الزوج المدعى عليه:

أولاً: قبل الخوض في إجراءات المحاكمة نبيّن أقوال المالكية والحنابلة<sup>(2)</sup> في القضاء على الغائب: ذهب المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أنه يُقضى على الغائب، وفي هذا يقول ابن رشد من المالكية: "فأما القضاء على الغائب فإن مالكاً والشافعي قالوا: "يُقضى على الغائب البعيد الغيبة"<sup>(5)</sup>، ويقول ابن عبد البر القرطبي في باب جامع القضاء في الدعوى: "يُقضى على الغائب في الحقوق كلّها والمعاملات والمداينات والوكالات وسائر الحقوق إلا في العقار...، ثم قال: هذا تحصيل مذهب مالك"<sup>(6)</sup>.

ويقول صاحب المغني من الحنابلة: "فأما الحاضرُ في البلد أو قريب منه إذا لم يُمنع من الحضور فلا يُقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم، ويفارق الغائبَ البعيدَ فإنه لا يمكن سؤاله، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد جواز القضاء عليه"<sup>(7)</sup>.

ودليلهم في جواز القضاء على الغائب حديث عائشة رضي الله عنها في قصة هند بنت عتبة ابن ربيعه مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا

(1) انظر تفصيل ذلك: د. عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 85، وانظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 173.

(2) اقتصرنا على قول المالكية والحنابلة لأنهم فقط القائلون بالترقيق للحبس.

(3) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص 484، وانظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 472.

(4) ابن قدامة: المغني، ج 11، ص 486-489.

(5) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 472.

(6) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص 484.

(7) ابن قدامة: المغني، ج 11، ص 488.

سفيان (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك)<sup>(1)</sup>، فقد قضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم دون أن يسمع قول خصمها.

ونَخلَصُ من الأقوال السابقة إلى أن الغائب لا يجوز القضاء عليه إلا بعد الإعذار إليه، فإن لم يحضر أو امتنع جاز القضاء عليه، ولا شك أن في هذا حفظاً للحقوق، وتمكيناً لصاحب الحق من تحصيل حقه.

ثانياً: إجراءات الدعوى حال غياب الزوج المدعى عليه:

يُقصد بالغياب تخلفُ الخصم أو وكيله أو مَنْ يمثله عن حضور مجلس القضاء رغم التبليغ الصحيح لتاريخ وموعد المحاكمة<sup>(2)</sup>، وفي هذه الحالة نصَّ قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول، تُقرَّرُ المحكمةُ سماعَ الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناءً على طلب المدعية"<sup>(3)</sup>.

فعند النظر في الدعوى في اليوم والوقت المعينين، وبعد حضور الزوجة المدعية مجلس القضاء، يَطْلُبُ القاضي من مُحضِر المحكمة النداء على المدعى عليه، فإذا لم يحضر ينتقل القاضي إلى أوراق التبليغ ليتحقق من صحة إجراء التبليغ، فإذا تبين أن التبليغ غير صحيح تُقرَّرُ المحكمةُ إعادة التبليغ وفق الأصول المعتمدة، لئتم السير في الدعوى حسب الأصول، وإذا كان التبليغ صحيحاً مبلّغاً حسب الأصول ولم يحضر المدعى عليه ولم يرسل وكيلاً عنه ولم يُبَدِّ للمحكمة معذرة مشروعة لتخلفه عن الجلسة، تجري محاكمته غيابياً بناءً على طلب المدعي<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> رواه مسلم، مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب قصة هند، الحديث رقم (18) في الباب، ورقم (1714) في الصحيح، ص 864.

<sup>(2)</sup> أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 178.

<sup>(3)</sup> المادة (50) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 43.

<sup>(4)</sup> المادة (50) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: المرجع السابق، ص 43.

وبناء على ذلك لا يجوز للمحكمة أن تسير بحق المدعى عليه في الدعوى غيابياً إلا بعد توافر ثلاثة شروط:

1- أن يكون الزوج المدعى عليه المحبوسُ قد تَبَلَّغَ موعدَ الجِلسةِ وتاريخها وساعتها تبليغاً صحيحاً وفق الأصول.

2- أن لا يحضر جلسة المحاكمة وكيلٌ أو مُمْتَلٌّ عن الزوج المدعى عليه، أو أن لا يكون الزوج قد اعتذر بمعذرة مشروعة.

3- أن تحضر الزوجةُ أو وكيلها إلى جلسة المحاكمة؛ ويطلب محاكمة الزوج المدعى عليه غيابياً، وإذا لم تطلب الزوجةُ ذلك فلا يجوز للمحكمة أن تقرر رؤية الدعوى غيابياً.

### المطلب الثالث: الأحوال الطارئة على دعوى التفريق للحبس:

قد يعترض الدعوى من الحوادث ما يؤدي إلى عدم السير فيها، أو انقضائها دون الحكم في موضوعها، وهذا ما يُسمى بعوارض أو طوارئ الخصومة، وهذه الحالات هي ما سآبينها في الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: وفاة أحد الفرقاء:

نصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على أن الدعوى بوفاة المدعي أو المدعى عليه لا تسقط إذا ظل سبب الدعوى قائماً أو مستمراً<sup>(1)</sup>، وبمفهوم المخالفة تسقط إذا زال سببها، فإذا رفعت الزوجة دعوى تفريق للحبس وقبل البت في الدعوى توفيت هي أو زوجها ففي مثل هذه الحالة يُنظر إلى الهدف من إقامة الدعوى، وهو بُعد الزوج عن زوجته وتضررها من هذا البعد، فإذا توفي الزوج زال الضرر فزال سبب الدعوى وإذا توفيت الزوجة فالدعوى رُفعت لأجلها ولأجل إزالة ورفع الضرر عنها، وفي حالة وفاتها لم تعد بحاجة إلى مثل هذا، لذا فإني أرى أن وفاة المدعي أو المدعى عليه في دعوى التفريق للحبس سببٌ لإسقاط الدعوى.

#### الفرع الثاني: إسقاط الدعوى بسبب غياب الزوجة:

نصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على أنه: تُسقط المحكمةُ الدعوى إذا لم يحضر أحد من الفرقاء، وإذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثالث: الإفراج أو العفو عن الزوج السجين:

لم يذكر قانونُ الأحوال الشخصية المعمول به في مواد هذه المسألة، ولم تتطرق إليها القرارات الاستئنافية، ولكني أرى أنه إذا تم الإفراج عن الزوج قبل مضي السنة، فإن الزوجة لا تملك رفع دعوى التفريق بسبب حبس الزوج لتخلف أحد شروطها، وإذا تم الإفراج بعد

(1) المادة (99) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص50.

(2) المادة (50) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، المرجع السابق، ص43.

مضي السنة وبعد رفع الدعوى فأرى أنّ الهدف من إقامة الدعوى رفع الضرر الواقع على الزوجة جرّاء بعد زوجها عنها، ولما أُفرج عنه زال السبب، وأصبحت العقوبة غير مقيّدة للحرية فأرى أنّ القضية تسقط في مثل هذه الحالة.

#### الفرع الرابع: هروب الزوج من الحبس وفراره:

لم يعالج قانون الأحوال الشخصية المعمول به مثل هذه الحالة، وأرى أنّ هذه ثغره في النص، فإذا هرب الزوج بعد مرور سنة من حبسه وبعد الحكم عليه بعقوبة نهائية مقيّدة للحرية مدتها ثلاث سنوات فأكثر، فهل يُعتبر الزوج الهارب في حكم السجين لاسيما أنّ السلطات المختصة تكون دائبة في البحث عنه، وفي أي وقت يتم القبض عليه يعاد إلى السجن؟ أم تُعتبر عقوبته غير سالبة للحرية، وبذلك لا يجوز للزوجة أن ترفع دعوى التفريق للحبس حتى يتم القبض عليه.

لا شك أنّ الحالتين يدخل في كل منهما القصور، ففي الحالة الأولى قد يعود الزوج ويلتقي بزوجته، وفي الحالة الثانية قد يطول وقت فراره طالما أنّ الواقع يشهد حالات يفر السجين سنين قبل القبض عليه، وفي ذلك إيقاع للضرر بالزوجة لإطالة المدة عليها إطالةً تتضرر منها. وإنّي أرى أنّ مسألة الزوج الهارب ثغرة في النصّ القانوني لا بد أن يتدخل المشرع لحلها.

## الفصل الثالث

### إثبات دعوى التفريق للحبس

المبحث الأول: الإثبات بالبينة الخطية.

المبحث الثاني: الإثبات بالبينة الشخصية (الشهادة).

المبحث الثالث: الإثبات باليمين.

## الفصل الثالث

### إثبات دعوى التفريق للحبس

عرفنا في الفصل الثاني قواعد حضور وغياب الفرقاء، وبيننا أنه عند حضور الزوجة المدعية وتغيب زوجها المدعى عليه بعد تبليغه موعد وتاريخ الدعوى حسب الأصول تقرر المحكمة السير بحقه في الدعوى غيابياً بناء على طلب المدعية، وحيث إن الغائب ينزل منزلة المنكر، وعليه فلا بد من تكليف الزوجة المدعية إثبات دعواها.

والإثبات لغة: إقامة التَّبْت وهو الحجة<sup>(1)</sup>، وهو اصطلاحاً: الحكم بثبوت شيء لآخر<sup>(2)</sup>.

وقبل الحديث في إثبات دعوى التفريق للحبس نبيِّنُ شروط الإثبات بشكل عام، وهي كما جمعها وفصلها الدكتور محمد الزحيلي ستة: "الأول أن تسبقه دعوى، والثاني أن يوافق الإثبات الدعوى، والثالث أن يكون الإثبات مُنتجاً في الدعوى، والرابع أن يكون الإثبات موافقاً للعقل والحس وظاهر الحال، والخامس أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن، والسادس أن يكون الإثبات بالطرق التي أقرها الشارع"<sup>(3)</sup>.

والقضاء كما يقول ابن رشد المالكي: "يكون بأربع: بالشهادة وباليمين وبالنكول وبالإقرار، أو بما تَرَكَبَ من هذه"<sup>(4)</sup>، ويدخل فيه البيينة الخطية، ويقول الدكتور محمد الزحيلي: "يتم إثبات الحق أو الواقعة أمام القاضي بوسائل كثيرة، أهمها الإثبات بالشهادة والإثبات بالإقرار والإثبات باليمين، والإثبات بالكتابة، والإثبات بالقرائن، والإثبات بعلم القاضي والإثبات بالمعاينة والخبرة"<sup>(5)</sup>.

(1) الجوهري: الصحاح، باب التاء فصل التاء، ج1، ص245.

(2) الجرجاني، علي بن محمد: كتاب التعريفات، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1413هـ، 1992م، ص4.

(3) الزحيلي: د.محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط2، دمشق:

بيروت، سنة 1414هـ، 1994م، ج1، ص47.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص462.

(5) الزحيلي: وسائل الإثبات، ص99.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد تطرقت إلى خمسة طرق من طرق الإثبات؛ الإقرار<sup>(1)</sup> والبينة الشخصية<sup>(2)</sup> والبنية الكتابية<sup>(3)</sup> واليمين الشرعية<sup>(4)</sup> والقرائن، أما قانون أصول المحاكمات الشرعية فلم يتطرق إلا إلى طريقين: البينة الشخصية<sup>(5)</sup> والبينة الخطية<sup>(6)</sup>.

وبذلك نرى تعدد وسائل وطرق الإثبات وذلك لتعدد الحالات المراد إثباتها واختلافها.

وإن إثبات دعوى التفريق للحبس يكون بثلاث طرق: البينة الخطية والشهادة واليمين الشرعية، وسنتناول كل وسيلة من هذه الوسائل الثلاث في المباحث الآتية إن شاء الله.

---

(1) باز: شرح المجلة، المواد (1592 - 1612)، ص 885-906.

(2) المرجع السابق، المواد (1684-1735)، ص 1002-1090.

(3) المرجع السابق، المواد (1736-1739)، ص 1090-1093.

(4) المرجع السابق، المواد (1742-1783)، ص 1093-1160.

(5) المرجع السابق، المادتان (1740-1741)، ص 1092-1093.

(6) المواد (56-74)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 44-47.

## المبحث الأول

### الإثبات بالبينة الخطية

#### المطلب الأول: تعريف البينة الخطية

البينة لغة: من بان الشيء بياناً إذا اتضح فهو بَيِّنٌ، واستبان الشيء وتبيَّن: ظهر، والبينة: الحجة الظاهرة<sup>(1)</sup>،

وهي اصطلاحاً: اسم لما يُبَيِّنُ الحقَّ ويُظهِرُه<sup>(2)</sup>.

الخط لغة: الكتابة ونحوها مما يخط، وخطَّ القلمُ أي كَتَبَ، وخطَّ الشيءَ يخطه خطاً: كتبه بقلم أو غيره<sup>(3)</sup>.

#### البينة الخطية اصطلاحاً:

يقول الدكتور محمد الزحيلي: "لم يذكر الفقهاء الخط أو الكتابة باعتبارهما دليلاً في إثبات الحقوق، ثم أطلقوا ألفاظاً مختلفة على الوثيقة التي تتضمن الكتابة باعتبارها دليلاً في الإثبات وهي: الصك<sup>(4)</sup>، أو الحجة، أو المحضر<sup>(5)</sup>، أو السجل، أو الوثيقة<sup>(6)</sup>"<sup>(7)</sup>، ثم عرف الدكتور الزحيلي البينة الخطية بأنها: "الخط الذي يُعتمد عليه في توثيق الحقوق، وما يتعلق بها"<sup>(8)</sup>.

(1) ابن منظور: لسان العرب، باب الباء فصل الألف، ج1، ص575.

(2) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، ص19.

(3) ابن منظور: لسان العرب، باب الخاء فصل الطاء، ج3، ص141.

(4) الصك: الكتاب الذي تكتب فيه المعاملات والأقارير، انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج2، ص473.

(5) الحجة: الكتابة التي تبين الواقعة وتتضمن علامة القاضي في أعلاها وخط الشاهدين أسفلها وتُعطى للخصم، والمحضر: ما كُتِبَ فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الإقرار والإنكار والحكم بالبينة أو النكول، انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص299.

(6) السَّجَل: كتاب القاضي المتضمن حكمه، والوثيقة: تشمل الحجة والمحضر والسجل، وربما كانت خاصة بما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليها خطُّه، انظر: الحصكفي: الدر المختار، ج4، ص308.

(7) الزحيلي: وسائل الإثبات، ج1، ص416.

(8) المرجع السابق، ص417.

## البينة الخطية في القانون:

قسم قانون أصول المحاكمات الشرعية البيئات الخطية إلى نوعين: مستندات رسمية ومستندات عرفية؛ فالمستندات الرسمية كما نصَّ على ذلك قانون أصول المحاكمات الشرعية: "هي التي يُنظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد الصادرة إثر الولادة، والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل وسندات التسجيل"<sup>(1)</sup>، وعرّفها العمروسي بقوله: "والبينة الخطية الرسمية (المستندات الرسمية) عبارة عن الأدلة الكتابية التي ينظمها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة يُبَيَّنُّ فيها ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن"<sup>(2)</sup>.

وبناء على ذلك تكون الأوراق والمستندات التي ينظمها مدير أو مسؤول السجن، والتي تبين أحوال السجن، وأنه محكوم أم لا؟، ومدة محكوميته، ونوع الحبس، وتاريخه وتاريخ الحكم، إلى غير ذلك تكون من المستندات الرسمية.

والمستندات العرفية: هي التي تنظم خارج الدوائر الرسمية، وتشتمل على توقيع مَنْ صَدَرَ منه، أو خاتمه، أو بصمته<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني: حجية البينة الخطية:

ذهب المالكية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> - هما فقط من قالوا بالتفريق للحبس - إلى أن الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات حجة، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ، وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ بِالْعَدْلِ، وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ، فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا)<sup>(6)</sup>، ووجه الدلالة في

(1) المادة (75)، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 47.

(2) العمروسي، أنور: أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، سنة 1983م، ص 735.

(3) المرجع السابق، ص 375.

(4) الباجي، سليمان بن خلف الأندلسي: فصول الأحكام وبيان ما عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق د. محمد أبو الأجنان، ط1، بيروت: دار ابن حزم، سنة 2002م، ص 134 وما بعدها.

(5) ابن قدامة: المغني، ج4، ص 185.

(6) سورة البقرة، آية 282.

الآية أن الله تعالى أمر بالكتابة توثيقاً للحقوق وصوناً لها كي لا تضيع، وبذلك تكون الكتابة والخط حجة ودليلاً عند النكران والجدود.

وقد اعتبر قانون أصول المحاكمات الشرعية المستندات الرسمية حجة حيث جاء فيه: "المستندات الرسمية تعتبر بينة قاطعة على ما نُظِّمَتْ لأجله ولا يُقبل الطعن فيها إلا بالتزوير"<sup>(1)</sup>، أما المستندات العرفية فيجوز الطعن فيها بالإنكار أو التزوير<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: ماهية البينة الخطية الرسمية في دعوى التفريق للحبس وشروطها:

إذا رفعت المدعية دعوها التفريق للحبس، فإما أن يحضر المدعى عليه أو يتغيب عن جلسة المحاكمة، فإن حضر يُسأل عن دعوى المدعية، فإن أقر بها أخذ بإقراره، وأما إن أنكر الدعوى، أو كان غائباً عن مجلس الحكم والغائب ينزل منزلة المنكر - فلا بد من تكليف المدعية إثبات دعوها عملاً بالقاعدة العامة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر<sup>(4)</sup>.

### الفرع الأول: أنواع البينة الخطية في دعوى التفريق للحبس

هي المستندات الكتابية الرسمية والعادية التي يمكن أن تكون حجة مقبولة لإثبات دعوى التفريق للحبس، وإذا حُصرت البينة في وثيقة خطية لم تستكمل أسباب الاعتماد فلا تُقبل بينة أخرى<sup>(5)</sup>، والبيئات هي:

1- وثيقة عقد الزواج لإثبات قيام الزوجية بين الطرفين المتداعيين؛ المدعية والمدعى عليه، جاء في المبادئ القضائية أن: "وثيقة عقد الزواج تعتبر بينة قاطعة فيما نُظِّمَتْ من أجله وهو الزواج"<sup>(1)</sup>.

(1) التزوير هو "تحريف مفتعل للحقيقة في الواقع والبيئات التي يراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتج بهما، نجم أو ممكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي"، انظر القرار الاستئنافي رقم (17243)، عمرو: القرارات القضائية، ص112.

(2) المادة (75)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص47.

(3) المادة (76)، المرجع السابق، ص47.

(4) المادة (76) من المجلة، باز: شرح المجلة، ص51.

(5) انظر القرار الاستئنافي رقم (11991)، العربي: المبادئ القضائية، ص52.

2- إبراز إعلام الحكم المدعى صدوره على الزوج المدعى عليه، فقد نصت القرارات الاستثنائية على أنه: "إذا لم يتم في دعوى طلب التفريق للسجن إبراز الحكم المدعى صدوره، وباشتماله على حبس المدعى عليه مدة ثلاث سنوات ومضي سنة على حبسه، يُفسخ حكم التطلاق للسجن، لأنه لا بد من إبراز إعلام الحكم المذكور في مثل هذه الدعوى لأنه مستند حكم التفريق من جهة، ومن جهة أخرى ليُعلم منه الجهة التي أصدرته وظروفه، وهل هو نهائي، وأيضاً هل يمكن اعتماده أم لا"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: شروط البينة الخطية في دعوى التفريق للحبس:

قلنا إن البينة في دعوى التفريق للحبس هي وثيقة الزواج وإعلام الحكم بالحبس الصادر بحق الزوج المدعى عليه، وهاتان البيئتان لا بد أن تتوافر فيهما الشروط الآتية:

1- أن يُكتب هذا المستند سواء كان وثيقة الزواج أو إعلام الحكم بالحبس، بمعرفة موظف عمومي، وأن يكون هذا الموظف مختصاً بكتابة السند من حيث مكان الاختصاص، وأن تتم كتابة السند وفق القواعد الأصولية والموضوعية لذلك السند<sup>(3)</sup>.

2- يجب أن تشمل البينة على ما هو مطلوب إثباته، ولا يسوغ إصدار الحكم بجهة لم تشمل عليها البينة<sup>(4)</sup>، ويُشترط في إعلام الحكم بالسجن أن يتضمن وصف الحكم على الزوج بالسجن بأنه نهائي<sup>(5)</sup>، وجاء في القرارات الاستثنائية أنه "إذا لم يتم في دعوى التفريق للسجن إبراز الحكم المدعى صدوره، وباشتماله على حبس المدعى عليه مدة ثلاث سنوات،

(1) انظر القرار الاستثنائي رقم (12107)، المرجع السابق، ص52.

(2) داوود: القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (27875)، ج2، ص327.

(3) العمروسي: أصول المرافعات، ص735.

(4) العربي: المبادئ القضائية، القرار رقم (13049)، ص52.

(5) المرجع السابق، القرار رقم (1547)، ص68.

ومضي سنة على حبسه، وأن الحكم نهائي واكتسب الدرجة القطعية، يُفسخ حكم التطبيق للسجن<sup>(1)</sup>.

3- أن تكون البينة على الدعوى الصحيحة: إذ لا يصح تكليف المدعية إثبات دواها قبل تصحيحها، لأن البينة إنما تقوم لإثبات الدعوى الصحيحة<sup>(2)</sup>.

4- يُشترط في وثيقة الزواج أن تكون مصدقة من الجهة التي أصدرتها داخل الدولة: فلا يسوغ للمحكمة الحكم بموجب وثيقة عقد الزواج قبل تصديقها، فمثل هذه الوثيقة لا تصلح مستنداً للحكم قبل تصديقها من الجهة التي أصدرتها<sup>(3)</sup>، وقد جاء في القرارات القضائية أيضاً: "إذا لم يُصدّق القاضي على توقيع المأذون في وثيقة عقد الزواج لا تُعتبر بينة رسمية، وإنما تكون في حكم المستند العادي إذا وقّع عليها الزوجان، وفي هذه الحالة لا بد من إثبات أن التوقيع للزوج حتى يسوغ الاعتماد عليها<sup>(4)</sup>.

5- يُشترط في وثيقة الزواج أو إعلام الحكم الذي نُظّم خارج حدود السلطة الفلسطينية حتى يكون معتبراً وفقاً للمادة (75) من قانون أصول المحاكمات الشرعية أن تكون مصدقة من قبل السلطات المختصة في البلد الذي نُظّم أو وقّعت فيه تلك المستندات<sup>(5)</sup>.

6- يجب أن تثبت المحكمة من أن وثيقة العقد أو وثيقة إعلام الحكم بالسجن خالية من شائبي التصنيع والتزوير حتى يمكن الاعتماد عليها<sup>(6)</sup>.

وتطبيق ذلك: رفعت المدعية دعوى تفريق للحبس، وبحضور الطرفين، وبعد تلاوة لائحة الدعوى وتكريرها، يُسأل المدعى عليه -في حال حضوره- عن دعوى المدعية، فإن أقرّ بها

(1) داوود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، انظر القرارين رقم (9121 و 11547)، ج2، ص325، والقرارات رقم (27875 و 28194 و 30125)، ج2، ص327.

(2) داوود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، القرارات رقم (9271، 12046، 11848)، ص50.

(3) عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (23038)، ص105.

(4) المرجع السابق، القرار رقم (5791)، ص90.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص47، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (12177)، ص95، والقرار رقم (14101)، ص98.

(6) العربي: المبادئ القضائية، انظر القرار رقم (9597)، ص333.

أُخِذَ بإقراره، وإن أنكرها أو كان غير حاضر لجلسة المحاكمة يُكَلَّفُ القاضي المدعية إثبات دعواها بالبينة الخطية، فتبرز المدعية وثيقة عقد زواج، وبعد تلاوتها وما تتضمنه والتأكد أنها مصدقة وخالية من شائبي التزوير والتصنيع، يقرر القاضي حفظها في ملف الدعوى على أنها جزء منها، ثم تبرز المدعية إعلام حكم بالسجن على زوجها، وبعد تلاوته وإثبات أنه يتضمن الحكم بالسجن على المدعى عليه، وأن مدة السجن ثلاث سنوات فأكثر، وأن الحكم نهائي، وأن العقوبة مقيدة للحرية، وأنه مؤرخ، وأن يكون تاريخ رفع الدعوى بعد تاريخ السجن بسنة، وأن الحكم مُصَدَّقٌ وموقع من الجهة التي أصدرته، وأنه -إن كان من خارج حدود السلطة الفلسطينية- مصدق من السفارة الفلسطينية في الخارج ومن ديوان قاضي القضاة، وأنه خال من شائبي التصنيع والتزوير، يُحفظ في ملف الدعوى على أنه جزء منها.

## المبحث الثاني

### البيئة الشخصية (الشهادة)

تُعَدُّ الشهادة من أهم وسائل الإثبات الثلاث وأقدمها استعمالاً، وتأتي بعد البيئة الخطية في إثبات دعوى التفريق للحبس، فلو أثبتت المدعية دعواها بالبيئة الخطية حكم لها القاضي بها، أما إذا لم تكن هناك بيئة خطية للزوجة، أو وجدت بيئة خطية لكنها غير معترف بها كما لو أبرزت إعلام الحكم بالحبس على زوجها، وكان صادراً من جهة غير معترف بها، كما لو صدر من محكمة تابعة لسلطات الاحتلال الإسرائيلي، نلجأ حينئذٍ إلى الإثبات بالبيئة الشخصية، وسنبيِّن ذلك من خلال المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: تعريف الشهادة وحجبتها

**الشهادة لغة:** الحضور والإخبار، والشاهد: الحاضر، أو العالم الذي يبيِّن ما علّمه<sup>(1)</sup>

**وفي الاصطلاح:** إخبار بما حصل فيه الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم<sup>(2)</sup>، وعرفها الجرجاني بأنها: إخبار عَيَانٍ بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر<sup>(3)</sup>، وعرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها: "هي الإخبار بلفظ الشهادة في مجلس الحكم لإثبات حق على الغير"<sup>(4)</sup>.

واختار الدكتور محمد الزحيلي من المعاصرين تعريفها بأنها: "إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد"<sup>(5)</sup>.

وأرى اختيار التعريف الذي اختاره الدكتور الزحيلي مع إضافة "في مجلس القضاء" فتكون الشهادة: "إخبار الشخص في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد."

(1) ابن منظور: لسان العرب، باب الشين فصل الهاء، ج4، ص216.

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص165.

(3) الجرجاني: التعريفات، ص170.

(4) باز: شرح المجلة، المادة (1684)، ص1002.

(5) الزحيلي: وسائل الإثبات، ص106.

وأركان الشهادة خمسة: شاهد ومشهود له ومشهود عليه ومشهود به وصيغة<sup>(1)</sup>، وقد وردت أدلةً مشروعية الشهادة في أكثر من موضع في كتاب الله، أذكر فقط منها قول الله تعالى: (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)<sup>(2)</sup>، ووجه الدلالة في هذه الآية واضح أن الآية تفيد النهي، والنهي عن كتمان الشهادة أمرٌ بأدائها وإقامتها، لأن النهي عن الشيء أمرٌ بضده إذا كان له ضد واحد.

### المطلب الثاني: نصاب الشهادة في حقوق العباد وحصر الشهود:

نصاب الشهادة: في حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان<sup>(3)</sup>، والمراد بحقوق العباد ما كان له تعلق بالمعاملات بين الناس كالنكاح والطلاق والبيع وغير ذلك في قضايا المال.

أما الاستماع إلى شهادة النساء وحدهن فنقبل في الأحوال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها كالبكارة والولادة<sup>(4)</sup>.

**حصر الشهود:** نصَّ قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه إذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية يجب عليه أن يحصر شهوده عندما يُطلب منه ذلك<sup>(5)</sup>، ومعنى حصر البينة أن يذكر الطرف الذي يستند في دعواه على الشهادة -وهي هنا الزوجة- عدد شهوده وأسماءهم ويحصرهم فلا يُقبلُ منه بعدها أن يأتي بغيرهم، فقد جاء في المجلة: "إذا قال المدعي ليس لي شاهد ثم أراد أن يأتي بشهود، أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان، ثم قال لي شاهد آخر لا يقبل قوله"<sup>(6)</sup>.

(1) الزحيلي: وسائل الإثبات، ص106.

(2) سورة البقرة، آية 283.

(3) باز، شرح المجلة، المادة (1685)، ص1003.

(4) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرارات رقم (8736 و11977 و12105 و13861) ص190، وانظر: باز: شرح المجلة، الفقرة الثانية من المادة (1685)، ص1004.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (56) ص44.

(6) باز: شرح المجلة، المادة (1735)، ص1107.

وجاء في القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية أنه: "لا تقبل شهادة غير المحصورين"<sup>(1)</sup>، ومثل ذلك نصت عليه القرارات الاستئنافية حيث جاء فيها أنه "لا يجوز تسمية شهود غير المسميين والمحصورين عملاً بالمادة (1753)<sup>(2)</sup> من المجلة"<sup>(3)</sup>.

والأصل أن المدعي هو المكلف بإحضار بينته لإثبات دعواه، عملاً بالقاعدة القضائية الشرعية البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ولكن قانون أصول المحاكمات الشرعية جَوَزَ جوازاً للفرقاء في أي وقت بعد إقامة الدعوى أن يطلبوا إلى المحكمة إصدار مذكرات حضور إلى الأشخاص الذين يطلبون حضورهم إما لأداء الشهادة أو لإبراز مستندات إذا رأت المحكمة لزوماً لذلك<sup>(4)</sup>.

وإذا طلب الخصم إحضار شهوده بواسطة المحكمة واستعد لدفع الرسم<sup>(5)</sup> فليس للمحكمة أن تعتبره عاجزاً قبل استماع شهادتهم<sup>(6)</sup>.

فإذا طلبت المحكمة من المدعية إثبات دعواها بإحضار الشهود -من الشهود المسميين- تَوَجَّبَ عليها ذلك، فإذا عجزت أمهلها القاضي وحدد لها موعداً آخر، فإذا عجزت عن إحضار شهودها في اليوم الذي تعينه المحكمة للمرة الثانية دون عذر مقبول، ولم تطلب إحضارهم عن طريق المحكمة فللقاضي أن يعتبرها عاجزة<sup>(7)</sup>.

---

(1) عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، القرار رقم (9953)، ص 239.

(2) تنص المادة (1753) من المجلة على أنه: "إذا قال المدعي ليس لي شاهد مطلقاً ثم أراد أن يأتي بشهود أو قال ليس

لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر فلا يقبل"، انظر: حيدر: درر الحكام، ج4، ص 508.

(3) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار رقم (11771)، ص 185.

(4) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة (58)، ص 44.

(5) المرجع السابق، المادة (59)، ص 44.

(6) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الأولى، القرار رقم (8912 و 10585)، ص 193.

(7) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المواد (56-57)، ص 44، وانظر: العربي: المبادئ

القضائية، المجموعة الأولى، القرار رقم (9052)، ص 193.

### المطلب الثالث : صورة الشهادة في دعوى التفريق للحبس:

إذا استتدت الزوجة في دعواها إلى البينة الشخصية فيجب عليها أن تحصر الشهود<sup>(1)</sup> وتعدد أسماءهم فنقول: إن بينتي على الدعوى هي شهادة كل واحد من....و....، ولها أن تذكر العدد الذي تريده من الشهود، وعليها أن تحصر بينتها فيهم فنقول: فقط ولا شاهد لي سوى من ذكرت وأحصر بينتي الشخصية بهم، وقد أحضرت بعضهم ألتمس الاستماع لشهادة من حضر من الشهود، فتقرر المحكمة إجابة طلبها والاستماع لمن حضر منهم، وبالنداء على الشاهد الأول لأداء الشهادة، حضر الرجل المكلف شرعاً....، وهو من الشهود المذكورين وعُرفَ ببطاقته الشخصية، وبعد القسم والاستشهاد منه<sup>(2)</sup> شهد في مجلس القضاء<sup>(3)</sup> قائلاً<sup>(4)</sup>: (إنني أعرف المدعية.... ويشير إليها، وأعرف زوجها المدعى عليه.... ويشير إليه إن كان حاضراً<sup>(5)</sup>)، وأعرف أن المدعية زوجة المدعى عليه بصحيح العقد الشرعي، وأنه داخل بها؛ إن كان داخلياً، وأعرف أن زواجهما كان منذ تاريخ.... وأعرف أن الزوج حُبس.... بتاريخ وأنه حُكِمَ عليه بحكم نهائي مدته ثلاث سنوات فأكثر، وأن حبسه مقيدٌ للحرية، وأنه مضى على حبسه أكثر من سنة، وأعرف أن الزوجة متضررة من بعد زوجها عنها، وهذه شهادتي وبها أشهد).

<sup>(1)</sup> انظر المادة (56) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص44.

<sup>(2)</sup> تنص المادة (65) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "على المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل البدء في الشهادة ولا حاجة إلى لفظ أشهد"، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص65، وانظر: القرارين الاستئنافيين رقم (11977 و13928)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الأولى، ص192، أما لفظ اليمين فقد نصت المادة (1743) من المجلة على أنها تكون باسمه تعالى بقوله: "والله، أو بالله مرة واحدة دون تكرار"، انظر: باز: شرح المجلة، ص1096، والذي عليه أغلب القضاة أن يقول: والله العظيم لا أقول إلا الحق.

<sup>(3)</sup> لا تعتبر الشهادة التي تقع خارج مجلس المحكمة، انظر المادة (1687) من المجلة، باز: شرح المجلة، ص1005.

<sup>(4)</sup> نص قانون أصول المحاكمات الشرعية في الفقرة الأولى من المادة (66) على أن: "للمحكمة في أي دور من أدوار الدعوى أن تلقي على الشاهد ما تراه ملائماً من الأسئلة"، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص45.

<sup>(5)</sup> إذا مكنته السلطات المختصة من الحضور، انظر المادة (27) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص40.

وعند ختمه الشهادة يُوقَّع الشاهد على أقواله، ويحق للمدعية أو المدعى عليه إن كان حاضراً مناقشة الشهود مباشرة بشرط أن لا تخرج المناقشة عن موضوع الدعوى<sup>(1)</sup>.

وقد اشترط للشهادة حتى يُحكم بها أن تكون موافقة للدعوى، فقد جاء في المجلة أنه: "تقبل الشهادة إن وافقت الدعوى وإلا فلا"<sup>(2)</sup>، وقد جاء في شرحها لعلي حيدر: إن الموافقة عبارة عن اتحاد الدعوى والشهادة في عشرة أشياء أي نوعاً، وكمّاً، وكيفاً، ومكاناً، وزماناً، وقِعلاً، وأنفعالاً، ووصفاً، وملكاً، ونسبةً<sup>(3)</sup>.

وإذا وافقت الشهادة الدعوى واقتنعت المحكمة بشهادة الشهود، حكّم القاضي بموجبها، وإلا ردّها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناء على تحقيقات المحكمة<sup>(4)</sup>، جاء في المبادئ القضائية: "على المحكمة حينما تقرر رد شهادات استمعتها أن تبين أسباب الرد وإلا كان ردها في غير محله"<sup>(5)</sup>، كما أن التناقض فيها يستوجب ردها لعدم المطابقة وليس لعدم القناعة، لأن بحث القناعة بالشهادات لا يكون إلا بعد أن تكون موافقة للدعوى<sup>(6)</sup>، وبناء على ذلك لا يحكم القاضي بموجب الشهادة إلا إذا كانت موافقة للدعوى، واقتنعت المحكمة بها، ولم يكن بين الشهادات تناقض.

---

(1) انظر: الفقرة الثانية من المادة (66) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص45.

(2) حيدر: درر الحكام، المادة (1706) وما بعدها، ج4، ص408.

(3) المرجع السابق، ج4، ص408.

(4) المادة (67) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص45.

(5) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الأولى، القرارات رقم (11216 و 8795 و 11965 و 12980 و 13738 و 141918 و 16154)، ص196.

(6) المرجع السابق، القرار رقم (15672)، ص200.

## المبحث الثالث

### الإثبات باليمين

إذا أثبتت الزوجة دعواها طلب التفريق للحبس بالبينة الخطية أو الشخصية حكّم لها القاضي بها، وإن لم تثبت بها بأن لم تكن لها بينة أصلاً، أو كانت لها بينة ولكنها غير حاضرة لا بمجلس القضاء ولا بالبلد كان لها الحق في تحليف زوجها المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي دعواها توصلاً لنكوله عنها، فإن حلف الزوج اليمين الشرعية تردّ الدعوى، وإن لم يحلف يُعتبر ناكلاً وتردّ اليمين على الزوجة، فإن حلفت حكّم القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها، وإن لم تحلف تردّ الدعوى، وسنبين ذلك من خلال المطالبة الآتية:

#### المطلب الأول: تعريف اليمين وحجيتها

##### الفرع الأول: تعريف اليمين:

اليمين في اللغة: القوة والقدرة، وهي أيضاً: الحلف والقسم<sup>(1)</sup>.

وفي الاصطلاح: عرفها كثير من الفقهاء بتعريفات كثيرة، أختار منها تعريف صاحب مغني المحتاج حيث قال: "تحقيق أمر غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً، نفيّاً أو إثباتاً، ممكناً أو ممتنعاً، صادقة كانت أو كاذبة، مع العلم بالحال أو الجهل"<sup>(2)</sup>.

ويقول الدكتور محمد الزحيلي من العلماء المعاصرين: "ويمكن تعريف اليمين باعتبارها

وسيلة من وسائل الإثبات بأنها تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"<sup>(3)</sup>.

(1) ابن منظور: لسان العرب، باب الياء فصل الميم، ج9، ص466+ ص467.

(2) الشريبي: معنى المحتاج، ج4، ص320.

(3) الزحيلي: وسائل الإثبات، ج1، ص323.

## الفرع الثاني: مشروعية اليمين:

اتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء<sup>(1)</sup>، واستدلوا لذلك بآيات كثيرة من كتاب الله ورد فيها القسم، منها قوله تعالى: (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ)<sup>(2)</sup>، ووجه الدلالة في الآية أن الله تعالى بيّن المؤاخظة بالأيمان، وبين ترتيب الآثار عليها.

واستدلوا كذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ)<sup>(3)</sup>، ووجه الدلالة في الحديث أنه صريح في مشروعية اليمين على المدعى عليه لدفع الادعاء، ونفي الاستحقاق، ومنع القضاء بمجرد الدعوى.

واستدلوا كذلك بما أخرجه مسلم عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه<sup>(4)</sup>، والحديث صريح في مشروعية اليمين على المدعى عليه في القضاء.

وقد اعتبرت مجلة الأحكام العدلية اليمين وسيلة من وسائل الإثبات<sup>(5)</sup> حيث جاء فيها: "أحد أسباب الحكم باليمين أو النكول عن اليمين، وهو أنه إذا أظهر المدعي عجزه عن إثبات دعواه يحلّف المدعى عليه بطلبه"<sup>(6)</sup>.

(1) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج3، ص702، وانظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقصد، ج، ص466، وانظر: الشريبي: مغني المحتاج، ج4، ص320، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج10، ص216.

(2) سورة المائدة، آية89.

(3) الحديث رواه مسلم، انظر: مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، الحديث رقم (1) في الكتاب، ورقم (1711) في الصحيح، ص863.

(4) المرجع السابق، الحديث رقم (2) في الكتاب، وتابع الحديث رقم (1711) في الصحيح، ص863.

(5) المواد (1742-1753)، حيدر: درر الحكام، ج4، ص489-498.

(6) المادة (1742)، المرجع السابق، ج4، ص489.

## المطلب الثاني: نوع اليمين في دعوى التفريق للحبس وصورتها وطريقة تبليغها:

### الفرع الأول: نوع اليمين

اليمين نوعان: اليمين الحاسمة واليمين المتممة<sup>(1)</sup>، واليمين في دعوى التفريق للحبس هي اليمين الحاسمة وتسمى اليمين الدافعة، أو اليمين الأصلية، وتسمى اليمين الواجبة، وهذه اليمين ملك للزوجة لا للقاضي، وعلى القاضي أن يجيب طلبها بتوجيه اليمين للمدعى عليه متى توافرت شروطها، وبعد عجز المدعية عن إثبات دعواها<sup>(2)</sup>، فهي لا تتوجه إلا من المدعية الزوجة<sup>(3)</sup>، فإذا حلف الزوج المدعى عليه يحكم القاضي برد الدعوى<sup>(4)</sup>، وقد نصَّ قانونُ أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "إذا كان الشخص الذي وُجِّهت إليه اليمين بطلب من الخصم أو من قبل المحكمة يقيم ضمن دائرة قضاء القاضي ولكنه تخلف عن حضور المحاكمة يكتب إليه القاضي أن اليمين قد توجهت إليه ويذكر له صورتها، وأنه إذا لم يُجب الدعوة لحلفها يُعتبر ناكلاً"<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(1)</sup>اليمين المتممة: هي اليمين التي يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين، من تلقاء نفسه يبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى، من أجل تحري الحقيقة وبدون طلب الخصم، انظر: ندا: الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص268 وما بعدها، وانظر: العمروسي: أصول المحاكمات، ص848.

<sup>(2)</sup> ينص القرار الاستئنافي رقم (11239) على أنه: "لا تتوجه اليمين على الخصم إلا بعد عجز المدعي عن البينة"، انظر: العربي: المبادئ القضائية، ص360، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، ص327.

<sup>(3)</sup> المادة (1746) من المجلة، انظر: حيدر: درر الحكام، ج4، ص499، وانظر: القرارين الاستئنافيين رقم (10243) ورقم (12933) اللذين ينصان على أن: "تحليف اليمين الشرعية بدون طلب مخالف للمادة (1746) من المجلة، لأن اليمين الشرعية من حقوق العباد إنما تلزم بالطلب إلا ما خصص من ذلك"، انظر: العربي: المبادئ القضائية، ص362.

<sup>(4)</sup> العمروسي: أصول المرافعات، ص843.

<sup>(5)</sup> الفقرة الأولى من المادة (72)، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص46.

## الفرع الثاني: صورة اليمين وطريقة تبليغها:

إذا عجزت المدعية عن إثبات دعواها وطلبت تحليف زوجها المدعى عليه اليمين الشرعية، تُوجه اليمين بعد تصويرها بالصيغة الصحيحة<sup>(1)</sup> للمدعى عليه بالذات<sup>(2)</sup> وصورة هذه اليمين<sup>(3)</sup>: (والله العظيم<sup>(4)</sup>) إنه لا صحة لما ادعته زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي المدعية.... من أنه قد حُكِمَ عليّ بحبس مقيدٍ للحرية مدة..... -أكثر من ثلاث سنوات- وأن الحكم أصبح نهائياً وقطعياً وأنه مضى مدة أكثر من سنة على تقييد حريتي وحبسي، والله على ما أقول وكيل).

فالقاضي<sup>(5)</sup> يوجه اليمين المصورة هذه إلى المدعى عليه، ويقول له: إنني أعرض عليك اليمين الشرعية هذه، فإن حَلَفَ رُدَّتْ الدعوى، وإلا يقضى عليه بما أدعت المدعية، وإن كان غائباً يبلغه اليمين المصورة قائلاً له: يقتضي حضورك إلى محكمة.... الشرعية في يوم....، تاريخ....، الساعة....، وذلك لحلف اليمين الشرعية المصورة في الدعوى رقم....، وموضوعها التفريق للحبس، والمقامة عليك من قبل زوجتك المدعية....، وصورة اليمين الشرعية: (والله العظيم...) فإن لم تحضر في الوقت المعين، أو تعتذر بمعذرة مشروعة، تُعتبر ناكلاً ويجر بحقك الإيجاب الشرعي، وعليه جرى تبليغك ذلك حسب الأصول.

ثم يُكَلَّفُ محضر المحكمة بالقيام بإجراء التبليغ حسب الأصول.

(1) ينص القرار الاستئنافي رقم (17363) على أنه: "حينما يطلب أحد الخصمين اليمين تصور المحكمة صيغته ويكون شاملاً للموضوع المتنازع عليه في الدعوى"، انظر: عمرو: القرارات القضائية، ص329.

(2) ينص القرار الاستئنافي رقم (16044) على أنه: "ينبغي أن توجه اليمين إلى الخصم بالذات إذا لم يكن وكيله موكلاً بذلك إذا رغب"، انظر: العربي: المبادئ القضائية، ص366.

(3) يجب أن تكون اليمين التي تصورها المحكمة مفصلة وليست مجملة، انظر القرار الاستئنافي رقم (25234)، عمرو: القرارات القضائية، ص334.

(4) تنص المادة (1743) من المجلة على: "إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله: والله أو بالله"، انظر: حيدر: درر الحكام، ج4، ص494، وإذا لم تصدر الدعوى بلفظ الجلالة لا يجوز الاعتماد عليها، وينسخ الحكم، انظر: عمرو: القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية، القرار رقم (21529)، ص331، ورقم (30638)، ص335.

(5) انظر: المرجع السابق، القرار رقم (18906)، ص330 الذي ينص على: "تصوير اليمين من وظيفة المحكمة وحدها، وليس للمحكمة أن تكلف المدعية بتصوير اليمين على الوجه الذي ترغبه، لأن ذلك من وظيفة المحكمة".

وطريقة تبليغ الزوج المدعى عليه اليمين المصورة، تجري كما جرى تبليغه حضور جلسة المحاكمة الأولى، وقد بينا ذلك في الفصل الثاني<sup>(1)</sup>، فإذا حلف الزوج المدعى عليه انقطعت الخصومة بينه وبين زوجته إلى أن تثبت دعواها بالبينة<sup>(2)</sup>، وإن نكل ففي النكول تفصيل سنبيته في المطلب الآتي إن شاء الله.

### المطلب الثالث: النكول:

النكول في اللغة: نَكَلَ يَنْكُلُ نَكُولًا: أَي نَكَصَ وَجَبَنَ، والنُّكُولُ في اليمين هو الامتناع منها وترك الإقدام عليها<sup>(3)</sup>.

النكول في الاصطلاح: هو الامتناع عن أداء اليمين في مجلس القضاء<sup>(4)</sup> فتكون بأن يقول المدعى عليه بعد عرض القاضي اليمين عليه أنا ناكل عنها، أو يقول له القاضي إحلف فيقول لا أحلف.

وقد اختلف الفقهاء في النكول، هل يقضي القاضي للمدعي بمجرد نكول المدعى عليه، أم تتوجه اليمين بعد النكول للمدعي، ويحكم له بيمينه؟ ثمة خلاف في المسألة:

فقد ذهب الحنفية<sup>(5)</sup> إلى أن اليمين لا تُردُّ إلى المدعي ويُقضى على المدعى عليه بالنكول.

وذهب المالكية<sup>(6)</sup> والشافعية<sup>(7)</sup> والحنابلة<sup>(8)</sup> إلى أن اليمين تُردُّ إلى المدعي، ويوجه القاضي إليه اليمين، فإن حلف استحق وحكم له القاضي بها، وإن امتنع سقطت الدعوى، وفي هذا يقول

(1) انظر ص 95 وما بعدها.

(2) انظر: العربي: المبادئ القضائية، القرار رقم (11239)، ص 360.

(3) ابن منظور: لسان العرب، باب النون فصل الكاف، ج 8، ص 700.

(4) لم أفق على تعريف له عند الفقهاء، وهذا التعريف اختاره الدكتور محمد الزحيلي، انظر: الزحيلي: وسائل الإثبات، ج 1، ص 389.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 226 + ص 240.

(6) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: ج 1، ص 480، وانظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 266.

(7) الشريبي: معني المحتاج، ج 4، ص 479.

(8) ابن قدامة: المغني، ج 10، ص 241.

ابن عبد البر القرطبي من المالكية: "ومن وجبت عليه يمين وأبى عنها لم يُقضى عليه بنكوله عنها، وقيل للمدعي: إحلف مع نكوله واستحق حَقُّك، فإن أبى عن اليمين بطل حقه ولم يحكم بنكول خصمه"<sup>(1)</sup>، ويقول ابن رشد: "إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول، إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد"<sup>(2)</sup>، ويعلل ذلك صاحب المغني من الحنابلة بقوله: بقوله: "إن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد، يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين، أو للجهل بحقيقة الحال، أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحكم"<sup>(3)</sup>.

ويقول المالكية والحنابلة هذا أخذ قانون أصول المحاكمات الشرعية في المادة (72) منه حيث جاء فيها: "إذا لم يحضر الشخص الذي وجهت إليه اليمين في اليوم المعين بعد تبليغه حسب الأصول، ولم تر المحكمة أن تخلفه ناشئ عن عذر مشروع، أو لم يخبر المحكمة بمعذرتة يُعد ناكلاً، وتعطي المحكمة الحكم الملائم بعد تحليف المدعي"<sup>(4)</sup>، وذلك لا يكون إلا في المحاكمة الغيابية حيث نصت القرارات الاستئنافية على أن: "تحليف المدعي اليمين بعد نكول المدعى عليه عملاً بالمادة (72) لا يكون إلا في الدعوى التي يُحاكم بها المدعى عليه غيابياً"<sup>(5)</sup>.

وبناء على ذلك فإن اليمين المصورة في دعوى التفريق للحبس يوجهها القاضي بناء على طلب الزوجة إلى الزوج بالذات، يطلب منه الحضور لحلفها، فإن حضر وحلفها تنقطع الخصومة ويرد القاضي الدعوى، وإن نكل ولم يحضر لحلفها ولم يبد للمحكمة معذرة مشروعة لتخلفه لم يحكم القاضي بالنكول وإنما يرد اليمين إلى الزوجة لحلفها، فإن حلفتها حكم القاضي بالتفريق وإن لم تحلفها رد القاضي دعواها.

(1) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج1، ص480.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص466.

(3) ابن قدامة: المغني، ج10، ص241.

(4) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص46.

(5) عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (18906)، ص330.

## الفصل الرابع

### الحكم القضائي والآثار المترتبة عليه

المبحث الأول: في الحكم القضائي.

المبحث الثاني: تبعية الحكم للاستئناف.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق للحبس.

## الفصل الرابع

### الحكم القضائي والآثار المترتبة عليه

الحكم هو ثمرة التقاضي، وهو الخاتمة الطبيعية لكل خصومة، فهدف الزوجة حين رفعت دعواها التفريق للحبس هو صدور حكم من القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها، وما المحاكم وإجراءات المحاكمة والسير في القضية سوى أدوات ووسائل للوصول إلى هذا الهدف، وسأبين في هذا الفصل- إن شاء الله- معنى الحكم، وصيغته في دعوى التفريق للحبس، وتبعيته للاستئناف، ومن ثمّ أبين الآثار المترتبة عليه، وكل ذلك من خلال المباحث الثلاثة الآتية:

### المبحث الأول

#### في تعريف الحكم القضائي

##### المطلب الأول: تعريف الحكم

الحُكْمُ لُغَةً: القضاء، وحكّم له بالأمر أي قضى، والحُكْمُ: العِلْمُ والفِقْهُ والقضاء بالعدل<sup>(1)</sup>.

الحُكْمُ اصطلاحاً: هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حُكْمِهِ بطريقة الإلزام<sup>(2)</sup>، وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها<sup>(3)</sup>، والحُكْمُ بمعناه الخاص كما عرفه علماء القانون: "هو القرار الصادر من محكمة مُشكَّلة تشكيلةً صحيحاً في خصومة رُفِعَتْ إليها، وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في شقٍّ منه، أم في مسألة منفرعة عنه"<sup>(4)</sup>، ولا ريب أن هذا التعريف الأخير هو الذي نريده، لا سيّما أننا نبحت في خصومة رُفِعَتْ بناءً عليها دعوى التفريق للحبس أمام المحكمة الشرعية.

(1) ابن منظور: لسان العرب، باب الحاء فصل الكاف، ج2، ص540.

(2) ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص203.

(3) حيدر: درر الحكام، المادة (1786)، ج4، ص573.

(4) أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، ط8، الإسكندرية: دار المعارف، سنة1965م، ص761.

والمحكمة أثناء سيرها في الدعوى وقبل إصدار الحكم النهائي تُصدر قرارات متنوعة تتعلق بشكل الخصومة أو تنظيم سيرها أو للفصل في مسائل فرعية فيها، وتدخل هذه القرارات تحت مسمى الحكم، لكن القواعد العامة للأحكام لا تسري ولا يُقصد بها إلا الحكم الأخير الفاصل في الدعوى، وهو الذي قرّرتَه مجلة الأحكام العدلية في تعريفها السابق.

**المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها<sup>(1)</sup> وموقع الحكم في دعوى التفريق للحبس من هذا التقسيم:**

تتقسم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها إلى ابتدائية ونهائية وقطعية، وسأبين موقع الحكم في دعوى التفريق للحبس في كل من الأقسام الثلاثة، وذلك على النحو الآتي:

**القسم الأول: الأحكام الابتدائية:** وهي الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية، ويُقبل الطعن فيها بالاستئناف خلال المدة القانونية للاستئناف<sup>(2)</sup> وذلك إذا كان الحكم وجاهياً<sup>(3)</sup> وأما إذا كان الحكم غيابياً فيكون قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له<sup>(4)</sup>، ويدخل الحكم في دعوى التفريق بين الزوجين للحبس في هذا القسم بتبعيته للاستئناف، بنصّ المادة (138)<sup>(5)</sup> من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(1) انظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص198.

(2) انظر القرار الاستئنافي رقم (22137)، عمرو: القرارات القضائية، ص140، وانظر المادة (136) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: القرار الاستئنافي (12340 و13108)، العربي: المبادئ القضائية، ص14.

(3) المادة (136) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

(4) المادة (106) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، المرجع السابق، ص51، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنافي رقم (11458)، ص12، والقرارات الاستئنافية رقم (13953 و14067 و12856)، ص123.

(5) تنص المادة (138) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين وفاقدى الأهلية وعلى الوقف وبيت المال وأحكام فسخ النكاح والتفريق..."، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

**القسم الثاني: الأحكام النهائية<sup>(1)</sup>:** وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف وذلك لانقضاء مدة استئناف الحكم دون أن يستأنفه الخصوم<sup>(2)</sup>، أو استؤنف الحكم وصُدِّق من قِبَل محكمة الاستئناف<sup>(3)</sup>.

والحكم في دعوى التفريق للحبس يدخل في هذا القسم إذا انقضت مدة الاستئناف ولم يستأنف الزوج الحكم، أو رفع إلى محكمة الاستئناف سواء أكان الزوج هو المستأنف أم رفعته المحكمة البدائية للاستئناف وصدقته محكمة الاستئناف الشرعية فإن الحكم بالتفريق للحبس يصبح نهائياً غير قابل للطعن.

**القسم الثالث: الحكم البات:** وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية<sup>(4)</sup>، أي بالاستئناف أو الاعتراض، وإن كان الحكم فيها قابلاً للطعن بطريق إعادة المحاكمة، وقد نصت القرارات الاستئنافية على أنه: "إذا أصبح الحكم قطعياً فلا سبيل لإلغائه إلا بطريق إعادة المحاكمة بشروطها"<sup>(5)</sup>، "وإن الأحكام الصادرة التي اكتسبت الدرجة القطعية مرعية الإجراء استناداً للمواد (1631) و(1840) من المجلة<sup>(6)</sup>، ولا تجوز إعادة المحاكمة إذا لم تتبع الطرق التي رسمها قانون أصول المحاكمات الشرعية في الاعتراض والاستئناف"<sup>(7)</sup>.

(1) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص198.

(2) انظر: القرارات الاستئنافية رقم (13076 و13159 و14339)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص19.

(3) ينص القرار الاستئنافي رقم (11239) على أن: "القانون لا يسمح بالطعن في قرارات المحكمة الاستئنافية وإجراءاتها والاعتراض عليها لأن قراراتها قطعية"، انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص32.

(4) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص199.

(5) القرار الاستئنافي رقم (9227)، انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص124.

(6) تنص المادة (1631) على أن: "الدفع هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي.."، وتنص المادة (1840) على أنه: "كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح أيضاً بعده..."، انظر: باز: شرح المجلة، ص927 + 1192.

(7) انظر: القرارات رقم(12621و12778و13563)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص124.

## المطلب الثالث: شروط الحكم في دعوى التفريق للحبس:

يشترط في الحكم ليكون نافذاً ومعتبراً عدة شروط:

1- أن تتقدمه دعوى صحيحة<sup>(1)</sup>.

2- أن يكون الحكم بصيغة جازمة بالتفريق بين الزوجين<sup>(2)</sup>.

3- أن يكون الحكم واضحاً جلياً، فلا بد من بيان التفريق ونوع الطلاق فيه، هل هو فسخ أو طلاق، وإذا كان طلاقاً فهل هو رجعي أو بائن، وهل تترتب العدة على الزوجة أم لا، إلى غير ذلك من الأمور التي تجعل الحكم واضحاً حتى يمكن تنفيذه بوضوح وجلاء<sup>(3)</sup>.

4- موافقة الحكم لكتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم<sup>(4)</sup>.

5- أن يكون الحكم مسبباً<sup>(5)</sup>، أي أن يذكر في الحكم سببه وهو الحبس، وإيراد الحجج الواقعية والقانونية ضماناً لصحته، وعدم تحيز الحاكم، وذلك حتى يكون واضحاً بالنسبة للزوج لتمكينه من معرفة النقاط الرئيسية التي يمكن استئنافها، وكذلك لتمكين محكمة الاستئناف الشرعية من ممارسة صلاحياتها وفرض رقابتها على الحكم<sup>(6)</sup>.

---

(1) انظر المادة (1829) من المجلة، باز: شرح المجلة، ص1182، وانظر: القرار رقم (12025)، عمرو: القرارات القضائية، ص139، وانظر: ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص206.

(2) انظر: ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص206.

(3) انظر: العربي: المبادئ القضائية، القرار رقم (12156)، ص125، وانظر: ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص206.

(4) ياسين: نظرية الدعوى، ج2، ص206.

(5) تنص المادة (103) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "يكون الحكم مكتوباً ومؤرخاً وموقعاً من القاضي وعلى القاضي أن يُدرج في متن القرار علل الحكم وأسبابه والنصوص التي استند إليها"، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص51، وينص القرار الاستئنافي رقم (29397) على أنه: "إذا لم تدرج المحكمة الابتدائية في متن القرار علل الحكم وأسبابه كما تقتضي ذلك المادة (103) من قانون أصول المحاكمات الشرعية يفسخ حكمها"، انظر: عمرو: القرارات القضائية، ص150، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار رقم (12783 و15663)، ص126.

(6) انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار رقم (10595)، ص12.

6- أن يستوفي الحكم جميع الشرائط الشكلية المعتمدة في الحكم الصحيح، ومنها ذكر اسم المحكمة واسم القاضي، واسم الطرفين المتداعيين، الزوجة المدعية وزوجها المدعى عليه، وشهرتهما، ومكان إقامتهما، وبيان موضوع الدعوى وهي التفريق للحبس، والأسباب الثبوتية، والقرار، وبيان الحجج القانونية للحكم، مع ذكر تاريخ صدور الحكم، وأن يكون موقعاً من القاضي المختص ومختوماً بختم المحكمة المختصة<sup>(1)</sup>.

7- أن يُدَوَّنَ في محضر الضبط<sup>(2)</sup>.

8- أن لا يكون قد صدر حكم سابق في نفس الدعوى<sup>(3)</sup>.

#### المطلب الرابع: صيغة ومضمون الحكم:

بعد انتهاء المرافعات في الدعوى، وتقديم البيانات و الدفع، وبعد أن لا يتبقى ما يقال في الدعوى<sup>(4)</sup>، يقرر القاضي سؤال الطرفين، أو المدعية في حال غياب المدعى عليه، عن كلامهما الأخير في الدعوى<sup>(5)</sup> فإذا لم يبق أي شيء يقال أو يضاف من قبلهما، وطلب الطرفان، أو الزوجة في حال غياب المدعى عليه إجراء الإيجاب الشرعي، يعلن القاضي ختام المحاكمة، ويُصدر الحكمَ الفاصل في الدعوى بالتفريق بين الزوجين على النحو الآتي:

---

<sup>(1)</sup> انظر: المادة (104) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص51، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (12997)، ورقم (21619)، ص140.

<sup>(2)</sup> انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار رقم (127887)، ص126.

<sup>(3)</sup> انظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (9824)، ص148.

<sup>(4)</sup> إعلان ختم المحاكمة قبل سؤال الطرفين عن كلامهما الأخير في الدعوى موجب لنقض الحكم، انظر: القرار الاستئنافي رقم (19484)، عمرو: القرارات القضائية، ص21، وانظر القرار الاستئنافي رقم (11781)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص125.

<sup>(5)</sup> تنص المادة (67) على أنه: "إذا اقتنعت المحكمة بشهادة الشهود حكم بموجبها، وإلا ردتها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناء على تحقیقات المحكمة"، وتنص المادة (75) على أن: "المستندات الرسمية هي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد الصادرة إثر الولادة، والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل وسندات التسجيل، تعتبر بينه قاطعة على ما نظمت لأجله..."، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص45+47.

بناء على الدعوى والطلب والبيّنات الخطية الرسمية المبرزة، والشخصية المستمعة المقنعتين، وعليه وعملاً بالمواد (67) و(75) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، و(130) من قانون الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>، فقد حكمت بتطبيق المدعية... المذكورة من زوجها الداخل بها (أو غير الداخل) بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه.... المذكور بطلقة واحدة بآنسة لعقوبة الحبس المقيدة للحرية لأكثر من ثلاث سنوات وسجنه وأسرته منذ عام...، لدى سجن...، ولمضيه أكثر من سنة في السجن، وأن على المدعية العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه -إن كان داخلاً فإن لم يكن داخلاً فلا عدة عليها- حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً له، موقوف النفاذ على تصديقه استئنافاً، (وإن كان الزوج غائباً يقال: حكماً غيبياً قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له، موقوف النفاذ على تصديقه استئنافاً)، أفهم للطرفين (أو للمدعية الحاضرة) علناً حسب الأصول، تحريراً في...، ثم يوقع الخصوم وكاتب المحكمة والقاضي المختص.

---

(1) تنص المادة (130) على أنه: "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطلق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 84.

## المبحث الثاني

### تبعية الحكم للاستئناف

تقسم المحاكم الشرعية في الضفة الغربية بحسب درجة التقاضي إلى قسمين المحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف، ومحكمة الاستئناف الشرعية هي محكمة عليا تنظر في القضايا التي ترفع إليها من المحاكم الابتدائية الشرعية، وتتألف من رئيس وعدد من الأعضاء، وتتعد برئيس وعضوين وتُصدر قراراتها بالأكثرية، وفي حالة عدم اشتراك الرئيس، فتتعد الجلسة برئاسة القاضي الذي يليه في الدرجة من هيئة المحكمة<sup>(1)</sup>.

ومبدأ الاستئناف هو إعطاء المجال للمحكوم عليه غير المقتنع بالحكم الابتدائي أن يراجع هيئة قضائية أخرى أعلى من الهيئة التي صدر عنها الحكم عليه، وتكون هيئة الاستئناف متمتعة بتفوق قضاتها بالعلم، وبالخبرة الأوسع، والفهم الأدق، والعدد الأكثر، لأن رأي الجماعة في الغالب أقوى من رأي الفرد<sup>(2)</sup>، وتقوم هذه الهيئة بدور الرقابة على المحاكم الابتدائية<sup>(3)</sup>، فتنظر في الأحكام الصادرة عنها فيما أن تفسخ الحكم وتعيده إلى المحكمة الابتدائية مبينه طريق السير في القضية أو أن تُعدّل حكمها إذا أمكن ذلك أو أن تصدق الحكم، وسيتم الحديث عن تبعية الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الحبس للاستئناف من خلال المطالب الآتية:

---

(1) انظر: الفقرة الثانية من المادة (21) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص15.

(2) بتصرف، انظر: أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص215.

(3) تنص المادة (135) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "لمحكمة الاستئناف الشرعية صلاحية الفصل في الأحكام المستأنفة الصادرة من المحاكم الشرعية"، انظر الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

## المطلب الأول: الأحكام القابلة للاستئناف:

كقاعدة عامة كل الأحكام التي تصدرها المحاكم الابتدائية الشرعية تخضع للاستئناف، أما القرارات التي تكون أثناء السير في الدعوى<sup>(1)</sup>، فتستأنف مع الحكم الصادر في الدعوى، وقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على جواز استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى وقرارات الوظيفة والصلاحيية ومرور الزمن<sup>(2)</sup>.

وينقسم الاستئناف بحسب نوع الحكم إلى قسمين: استئناف جوازي، واستئناف جبري، فالاستئناف الجوازي يشمل جميع الأحكام ومن ضمنها التفريق للحبس، وعلى ذلك نصت المادة (138) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام أو القرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف الشرعية، ذلك لأن لهم مصلحة في الطعن من حيث تأثر حقوقهم وعدم تأثرها<sup>(3)</sup>، أما الاستئناف الجبري فهو الاستئناف بقوة القانون وترفع المحكمة الابتدائية وفقاً لهذا القسم إلى محكمة الاستئناف جميع الأحكام التي لها تعلق بحق الله وجوباً لتدقيقها، وحتى لو لم يرفعها الخصوم<sup>(4)</sup>، ومن ضمن تلك الأحكام أحكام التفريق ويدخل فيها التفريق للحبس، ونصها: "ترفع المحاكم الابتدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على الفاصرين وفاقدي الأهلية، وعلى الوقف وبيت المال، وأحكام فسخ النكاح، والتفريق والطلاق والرضاع المانع للزوجية والإمهال للعنة والجنون، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى لتدقيقها، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها"<sup>(5)</sup>.

(1) وتسمى القرارات غير الفاصلة، كقرار القاضي تكليف المدعي إثبات دعواه، أو قرار المحكمة بعدم صحة تبليغ المدعي عليه داخل السجن، انظر: عمرو: القرارات القضائية، القرارات: رقم (16600)، ص122، ورقم (24917)، ص129، ورقم (28470)، ص151.

(2) المادة (137)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

(3) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص218.

(4) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص218.

(5) الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

## المطلب الثاني: مدة الاستئناف في دعوى التفريق للحبس:

مدة الاستئناف في دعوى التفريق للحبس ثلاثون يوماً كما نص على ذلك قانون أصول المحاكمات الشرعية<sup>(1)</sup>، ويختلف احتساب بدء المدة بحسب طبيعة الحكم على النحو التالي<sup>(2)</sup>:

1- تبتدئ مدة الاستئناف منذ صدور الحكم بالتفريق إذا كان الحكم وجاهياً، وإذا كان الحكم بالتفريق غيابياً فتبدأ مدة الاستئناف من تاريخ تبليغ الحكم المستأنف<sup>(3)</sup>، بشرط أن يكون التبليغ صحيحاً، فإذا لم يكن التبليغ صحيحاً فلا تبدأ مدة الاستئناف<sup>(4)</sup>.

2- إذا لم يُبلَّغ الحكم بالتفريق للزوج المحبوس المحكوم عليه غيابياً، وعلمَ بطريقة ما بصدور الحكم واستطاع أن يستأنفه واستأنفه، فقد أجاز له قانون أصول المحاكمات الشرعية ذلك، واعتبر تقديم طلب الاستئناف قائماً مقام التبليغ شريطة إرفاق نسخه من إعلام الحكم المستأنف<sup>(5)</sup>.

3- إذا قَدَّمَ طالبُ الاستئناف استدعاءً يطلب فيه تأجيل دفع الرسوم، فإن المدة ما بين يوم تقديم الطلب إلى إبلاغه القرار بشأن هذا الاستدعاء لا تحتسب من مدة الاستئناف<sup>(6)</sup>.

---

(1) الفقرة الأولى من المادة (136)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (13598)، ص25.

(2) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص218.

(3) الفقرة الأولى من المادة (136)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

(4) انظر: القرار الاستئنافي رقم (8647)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الأولى، ص10.

(5) الفقرة الثالثة من المادة (136)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: القرارات الاستئنافية (12806 و13648 و13676)، العربي: المبادئ القضائية، ص15.

(6) المادة (142) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (82)، ص34.

4- في جميع الحالات السابقة يسقط من حساب مدة الاستئناف اليوم الذي صدر فيه الحكم<sup>(1)</sup>، واليوم الذي جرى فيه تبليغ الحكم للزوج غائباً<sup>(2)</sup>، وتسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف<sup>(3)</sup>، ويكون آخر يوم للاستئناف حينها أول يوم دوام رسمي<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثالث: مكان وشروط تقديم طلب الاستئناف:

#### الفرع الأول: مكان تقديم طلب الاستئناف:

يجوز تقديم طلب الاستئناف إلى محكمة الاستئناف الشرعية مباشرة أو إلى أي محكمة شرعية أخرى<sup>(5)</sup> في البلاد، سواء التي أصدرت الحكم بالتفريق أو غيرها، ويجب على المحكمة التي قُدم إليها الاستئناف أن تستوفي رسمه المقرر، فإذا كانت المحكمة التي قُدم إليها الاستئناف هي المحكمة التي أصدرت الحكم تقوم برفع الطلب والدعوى التي صدر فيها الحكم لمحكمة الاستئناف الشرعية، وإذا كان الطلب مقدماً إلى محكمة غير التي أصدرت الحكم فإنها تقوم بإرسال طلب الاستئناف إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، التي تقوم بدورها برفع الطلب والدعوى لمحكمة الاستئناف الشرعية المختصة بنظر الاستئناف والفصل بما جاء بمضمونه<sup>(6)</sup>.

(1) انظر القرارات الاستئنافية رقم (8524 و 2553 و 12817 و 12942 و 13011 و 13150)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص10.

(2) انظر القرار الاستئنافي رقم (14296)، المرجع السابق، ص22.

(3) انظر القرارين الاستئنافيين رقم (13598 و 13779)، المرجع السابق، ص20.

(4) الفقرة الأولى من المادة (136) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

(5) إذا كانت لائحة الاستئناف المقدمة إلى المحكمة الابتدائية لا تشمل على ما يدل على أن مقدمها يطلب من المحكمة الاستئنافية إعادة النظر في الدعوى التي صدر الحكم غائباً بها، فإن ذلك يجعل هذا الطلب من قبيل الاعتراض على الحكم الغيابي وليس استئنافاً، انظر القرار الاستئنافي رقم (13777)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص21.

(6) انظر المادة (140) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56.

## الفرع الثاني: شروط طلب الاستئناف: يشترط في طلب الاستئناف عدة أمور نجلها بما يلي:

1. أن يُقَدَّم طلب الاستئناف إلى محكمة الاستئناف مباشرة أو بواسطة القاضي الشرعي<sup>(1)</sup>.
2. أن يُقَدَّم بلائحة مكتوبة شأنه في ذلك شأن كافة اللوائح المقدمة إلى المحكمة<sup>(2)</sup>، ويجب أن يشتمل على البيانات الضرورية كاسم المستأنف وتوقيعه، واسم المستأنف عليه، وأسباب الاستئناف<sup>(3)</sup>.
3. أن يُقَدَّم طلب الاستئناف ضمن المدة القانونية التي نصَّ عليها قانون أصول المحاكمات الشرعية، فإذا قُدِّم بعدها يرد ولا يقبل<sup>(4)</sup>.
4. أن يتم دفع الرسم المقرر، ويعتبر تاريخ تقديم الاستئناف من يوم دفع الرسوم المقرر<sup>(5)</sup>.
- 5- لا يجوز للمستأنف أن يُضَمَّنَ لائحته أموراً واقعية لم تكن مدار بحث في القضية المستأنفة<sup>(6)</sup>.

---

(1) المادة (140) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار رقم (13777)، ص21، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار الاستئنافي رقم (12192)، ص31، والقرار رقم (24339)، ص35.

(2) المادة(138)من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص42.

(3) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرارات الاستئنافية رقم (8673 و 13300 و 14381)، ص11، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار الاستئنافي رقم (14264)، ص35.

(4) المادة (136)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: المادة (147) من نفس القانون، ص57، انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرارات الاستئنافية رقم (12340 و 13108)، ص14، والقرار رقم (12666)، ص15، والقرارات رقم (13076 و 13159 و 14339)، ص19، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار الاستئنافي رقم (13598)، ص25، والقرار رقم (5724)، ص33.

(5) الفقرة الثالثة من المادة (136) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص56، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرارين رقم (9174 و 13300) ص11، والقرار رقم (14621) ص23، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار رقم (9108)، ص29، والقرارين (23482 و 23491)، ص40.

(6) المادة (145) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرارات رقم (11560 و 12192 و 12408 و 13021 و 15920 و 15943)، ص13.

6- أن يُقدّم طلبُ الاستئناف على نسختين، واحدة ترفق بالدعوى المستأنفة والأخرى لتبليغ المستأنف عليها -الزوجة- استئناف زوجها<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الرابع: الإجراءات في محكمة الاستئناف الشرعية:

بعد رفع طلب الاستئناف ووصوله إلى محكمة الاستئناف الشرعية تقوم المحكمة بتعيين موعد للنظر في الطلب، ومن ثم تقوم بأول عمل وهو التدقيق في لائحة الاستئناف<sup>(2)</sup> من حيث استيفائها للشروط المطلوبة، وتقديمها ضمن المدة القانونية، فإذا تبين أن هذه الأمور كانت على وفق القانون، تنتظر في ذات القضية المستأنفة كما يلي:

1- إذا كان الحكم المستأنف موافقاً للوجه الشرعي والأصول، تُقرر محكمة الاستئناف تأييد قرار المحكمة الابتدائية وتردُّ الأسباب التي أوردتها المستأنف<sup>(3)</sup>.

2- إذا كانت هناك بعض النواقص الشكلية في الإجراءات والمعاملات التي قامت بها المحكمة الابتدائية، أو ظهر لها أن في القرارات التي أصدرتها المحكمة الابتدائية مخالفة للأصول، وكانت هذه المخالفات مما يمكن تداركه بالإصلاح من قبل المحكمة الاستئنافية، لعدم مخالفته للشرع أو القانون، وأنه لا تأثير لتلك الإجراءات والأخطاء على الحكم المستأنف من حيث النتيجة، أصدرت محكمة الاستئناف حينئذ قرارها بتأييد الحكم وتصديقه، وتنبيه المحكمة الابتدائية على ما وقع من أخطاء ونقص لتلافيها مستقبلاً<sup>(4)</sup>.

3- إذا كانت الأخطاء والنواقص الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح، أو كان الحكم في حد ذاته مخالفاً للوجه الشرعي والقانوني، فسخت الحكم المستأنف أو عدلته<sup>(5)</sup>.

---

(1) الفقرة الأولى من المادة (141) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57.

(2) انظر المادتين (146) و(147) من المرجع السابق، ص57.

(3) الفقرة الأولى من المادة (146) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر المرجع السابق ص57.

(4) انظر: الفقرة الثانية من المادة (146) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57.

(5) الفقرة الثالثة من المادة (146)، انظر: المرجع السابق، ص57.

4- في حال فسخ حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق، في الحالات المتقدمة، أو كانت القضية صالحة للفصل، تُكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها، وتتم الإجراءات ومن ثم تحكم في أساس الدعوى، أو تُعدل حكم المحكمة الابتدائية، دون أن تعيد الدعوى للمحكمة الابتدائية إلا في حالتين<sup>(1)</sup>: الأولى: "إذا كانت هناك أسباب ضرورية تستدعي أن تنظرها المحكمة الابتدائية، والثانية: إذا كان القرار المستأنف مما ورد في المادة (137) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، وهي قرارات الوظيفة والصلاحيات ومرور الزمن.

5- إذا صدقت محكمة الاستئناف الشرعية حكم المحكمة الابتدائية، يصبح الحكم قطعياً ولا مجال للطعن فيه<sup>(2)</sup>.

6- سواء أيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية أو فسخته، تعيد الدعوى إلى المحكمة الابتدائية التي رفعت أمامها الدعوى.

#### المطلب الخامس: إجراءات المحكمة الابتدائية بعد قرار محكمة الاستئناف الشرعية:

سواء صدقت محكمة الاستئناف الشرعية حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق أو فسخته فلا بد أن تعاد الدعوى إلى المحكمة الابتدائية، وبعد عودتها تتبع المحكمة الابتدائية الخطوات التالية:

1- تبليغ القرار الاستئنافي للخصوم، سواء أكان الحكم مصدقاً أم مفسوخاً<sup>(3)</sup>.

2- إذا فُسخ الحكم بالتفريق من قبل محكمة الاستئناف لسبب من الأسباب، تُقرر المحكمة الابتدائية تعيين موعد لنظر الدعوى، وتبليغ ذلك للطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة الدعوى من الاستئناف<sup>(4)</sup>.

3- يتبع القاضي عند سيره في القضية ما جاء بقرار الفسخ ويتم إجراءات القضية<sup>(1)</sup>.

(1) المرجع السابق، المادة (148) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 57.

(2) انظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنافي رقم (11506)، ص 125، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار الاستئنافي رقم (11239)، ص 32، والقرار رقم (8460)، ص 144.

(3) المادة (149) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 58.

(4) الفقرة الأولى من المادة (149) والمادة (151) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، انظر: المرجع السابق، ص 58.

4- تكمل المحكمة الابتدائية الإجراءات من حيث فسخت محكمة الاستئناف الحكم، أما ما قبلها فيبقى صحيحاً ولا تُعيده المحكمة<sup>(2)</sup>.

5- إذا رأت المحكمة الابتدائية أن قرارها الأول صائب، وأن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف ليس صحيحاً، فللقاضي الابتدائي الإصرار على رأيه، ولا يُجبر على أن يتبع اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، وقد أجاز له القانون ذلك ولكن ليس له الإصرار على قراره الأول وإيداء هذا الإصرار قبل تتبع ما جاء بقرار الفسخ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تسير بإتمام إجراءات القضية من النقطة التي فُسخ الحكم عندها، وتُكمل المحاكمة، فإذا ظهر لها أن تُصير على قرارها وفق هذه الإجراءات فلها ذلك<sup>(3)</sup>.

6- إذا أصرَّ القاضي على قراره واستؤنف الحكم ثانية، تُقرر محكمة الاستئناف رؤية الدعوى إما بحضور الخصوم أو بغيابهم، وتُصدر قرارها إما بتأييد حكم المحكمة الابتدائية أو فسخه، وفي حال الفسخ تُقرر المحكمة الاستئنافية إعادة الدعوى للمحكمة الابتدائية وتُخاطب قاضي القضاة لانتداب قاضٍ آخر لرؤية الدعوى<sup>(4)</sup>.

---

(1) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القراران الاستئنافية رقم (9019 و13019)، ص11، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرار الاستئنافية رقم (8109)، ص33.

(2) المادة (148) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57، وانظر: العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنافية رقم (13830)، ص276، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرارين رقم (28369 و27920)، ص19.

(3) الفقرة الثانية من المادة (146) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص57، وانظر: عمرو: القرارات القضائية، القرارات الاستئنافية رقم (13505 و22949 و27551)، ص21.

(4) الفقرة الثانية من المادة (149) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص58.

## المبحث الثالث

### الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق للحبس

إنَّ الهدف من إصدار الأحكام ترتيب الآثار عليها، ولكل حُكْمٍ من الأحكام آثار خاصة به، وإنَّ حُكْمَ القاضي التفريق بين الزوجين بسبب الحبس له في قانون الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup> آثار تترتب عليه، سنتناولها بإيجاز خلال المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: الآثار القانونية:

أولاً: خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم بالتفريق، فلا يجوز لها بعد إصدار الحكم النهائي في الدعوى أن تعود للنظر فيه ثانية إلا بطريق الاعتراض أو إعادة المحاكمة<sup>(2)</sup>.  
ثانياً: قوة القضية المقضية: فإذا انقضت مدة الاستئناف ولم يستأنف الزوج الدعوى، أو استؤنفت وصدقت من محكمة الاستئناف فقد أصبحت الدعوى قضية مقضية، فلا يجوز إثارة موضوع الحكم مرة ثانية أمام القضاء<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: مصاريف الدعوى: يُحكم بالرسوم على المُبطل في دعواه<sup>(4)</sup>، وهو الفريق الخاسر، إلا أن تقدير الرسوم يعود في النهاية إلى رأي المحكمة مع مراعاة أحكام القانون<sup>(5)</sup>، ولا تحكُم المحكمة بالمصاريف إلا بطلب من المحكوم له في الدعوى؛ وعادة ما يطلب المدعي -وهي

---

(1) أخذَ قانون الأحوال الشخصية المعمول به بقول المالكية بجعل نوع التفريق بين الزوجين طلاقاً بائناً ببنونة صغرى، ومع أننا رجحنا أن يكون نوع التفريق فسحاً أخذاً بمذهب الإمام أحمد، إلا أن الآثار التي سنذكرها المترتبة على التفريق هي المعمول بها في قانون الأحوال الشخصية المعمول به.

(2) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص200، وانظر المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص58، وانظر: القرارات الاستئنافية رقم (12621 و 11778 و 13563)، العربي، المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص269.

(3) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنافي رقم (9227)، ص124.

(4) المرجع السابق، القرار الاستئنافي رقم ص171.

(5) انظر المواد (93-96) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص49-50.

الزوجة في دعوى التفريق للحبس - في دعواه الحكم له بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، وليس للمحكمة أن تصرف النظر عن الحكم بالرسوم والنفقات بدون طلب المدعي<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: العدة الشرعية:

العدة في اللغة: الإحصاء، وعدة المرأة: أيام قروئها<sup>(2)</sup>.

العدة في الاصطلاح: هي مدة حددها الشارع لتربص الزوجة عند الفرقة بينها وبين زوجها من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، بدون زواج حتى ينقضي ما بقي من آثار الزواج<sup>(3)</sup>.

وسبب وجوب العدة على الزوجة التي فرّق القاضي بينها وبين زوجها بسبب حبسه هو التفريق الذي أوقعه القاضي<sup>(4)</sup>، وقد تناول قانون الأحوال الشخصية موضوع العدة<sup>(5)</sup> ثم جاء فيه أن مبدأ العدة وقوع الطلاق أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج<sup>(6)</sup>، وكلُّ زوجة لا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع الفقهاء<sup>(7)</sup>، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا)<sup>(8)</sup>، وأما إذا كانت الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح لغير

(1) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنائي رقم (9016)، ص170.

(2) ابن منظور: لسان العرب، باب العين فصل الدال، ج6، ص118.

(3) للفقهاء تعريفات مختلفة في اللفظ لكنها تؤدي المعنى المقصود من العدة، ولا تخرج عن المعنى الذي اخترناه، انظر:

ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص88.

(4) المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج2، ص30، وانظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص425.

(5) انظر المواد (135-146)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص86-87.

(6) المرجع السابق، المادة (141)، ص87.

(7) نقل الإجماع ابن رشد، انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص89.

(8) سورة الأحزاب، آية 49.

الوفاة<sup>(1)</sup>، وكانت الزوجة مدخولاً بها حقيقة أو حُكماً وجبت عليها العدة لقوله تعالى:  
(وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)<sup>(2)</sup>.

**مدة العدة:** نصَّ قانونُ الأحوال الشخصية على أنَّ مُدَّةَ عِدَّةِ الزَّوْجَةِ بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل، وغير بالغة سن الإياس<sup>(3)</sup>، وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يُقبل منها ذلك<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت المرأة من غير ذوات الحيض بأنَّ بلغت سن الإياس، أو لصغر سنها حيث لم تصل إلى سن البلوغ، ثم وقع التفريق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة ولم تكن حاملاً، فإنَّ عدتها تكون ثلاثة أشهر، وذلك لقوله تعالى: (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ)<sup>(5)</sup>.

وقد نصَّ قانونُ الأحوال الشخصية على أنَّ: "النساء المتزوجات بعقد صحيح والمتفرقات عن أزواجهن بعد الخلوة بالطلاق أو الفسخ عدتهن ثلاثة أشهر إذا كنَّ بلغن سن الإياس"<sup>(6)</sup>، وأما إذا كانت المرأة حاملاً عند تفريق القاضي بينها وبين زوجها فإنَّ عدتها تكون بوضع الحمل، وذلك لقوله تعالى: (وَأَلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)<sup>(7)</sup>.

وقد نصَّ قانونُ الأحوال الشخصية أيضاً على أنَّ: "المرأة المتزوجة بعقد صحيح إذا فارقها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن تتربص إلى أن تضع حملها"<sup>(8)</sup>.

(1) العدة في الفرقة للوفاة تجب على الزوجة ولو لم يكن مدخولاً بها، وذلك لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)، سورة البقرة، آية 234.

(2) سورة البقرة، آية 228.

(3) وذلك لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)، سورة البقرة، آية 228.

(4) المادة (135)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 86.

(5) سورة الطلاق، آية 4.

(6) المادة (137)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 86.

(7) سورة الطلاق، آية 4.

(8) المادة (140)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 87.

وَنَخْلُصُ مِنْ ذَلِكَ إِلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ الْمَفْتَرِقَةَ عَنْ زَوْجِهَا بِسَبَبِ حَبْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَدْخُولًا بِهَا فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَدْخُولًا بِهَا فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ الشَّرْعِيَّةُ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ، وَثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسًا، أَمَّا الْحَامِلُ فَأَجَلُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا.

### المطلب الثالث: حق المطالبة بنفقة العدة:

قلنا إنَّ تفريق القاضي بين الزوجين بسبب حبس الزوج في قانون الأحوال الشخصية المعمول به يقع طلاقاً بائناً<sup>(1)</sup>، ويترتب على تفريق القاضي بينهما أن تطلب المطلقة النفقة عند تفريق القاضي بينهما، إذ تستحق الزوجة النفقة قبل الطلاق وبعده<sup>(2)</sup>، ولكن ثمة تفصيل في ذلك، نوجزه فيما يلي:

أولاً: اتفق الفقهاء<sup>(3)</sup> على أنه لا نفقة للزوجة إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها قبل الدخول أو الخلوة الشرعيين بينهما، لأنه لا عدة عليها، وذلك لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا)<sup>(4)</sup>.

ثانياً: اتفق الفقهاء<sup>(5)</sup> على أن المفترقة عن زوجها بطلاق أو فسخ إن كانت حاملاً فتجب لها النفقة، وذلك لقوله تعالى: (وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٌ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)<sup>(6)</sup>، ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها<sup>(7)</sup>.

ثالثاً: اختلف أهل العلم في الزوجة المطلقة بائناً وفي الزوجة التي فرَّق القاضي بينها وبين زوجها إذا كانت مدخولاً بها أو مختلى بها الدخول أو الخلوة الشرعيين ولم تكن حاملاً:

(1) على خلاف ما رجَّحنا من أن يكون نوع التفريق فسحاً أخذاً بمذهب الإمام أحمد، انظر ص 62.

(2) العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، القرار الاستئنافي رقم (12846) ص 312.

(3) انظر: ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 1، ص 297، وانظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 4، ص 3، وانظر: الشافعي: الأم، ج 5، ص 89، وانظر: البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 464.

(4) سورة الأحزاب، آية 49.

(5) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 1، ص 297، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج 3، ص 209، وانظر: ابن قدامة: المعني، ج 8، ص 187.

(6) سورة الطلاق، آية 6.

(7) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 241.

فذهب الحنفية<sup>(1)</sup> إلى أن كل امرأة وجبت عليها العدة كان لها النفقة بسبب احتباسها في العدة لحق الزوج، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ)<sup>(2)</sup>، وقالوا: إن عموم الآية يشمل المطلقات سواء أكنَّ أولات حمل أم لا، ولا يُخصَّصُ عامُّ القرآن إلا بدليل قطعي ولم يوجد ذلك الدليل<sup>(3)</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup> إلى أن الزوجة المفترقة عن زوجها بطلاق بائن أو فسخ لا نفقة لها وذلك لانتهاء سلطة الزوج عليها، واستدلوا لذلك بحديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المطلقة ثلاثاً لا سكنى لها ولا نفقة، إنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة"<sup>(5)</sup>.

والناظر في أدلة الفريقين ليجد أن استدلال الحنفية بالآية استدلال صحيح، وأن الحديث الذي استند إليه جمهور الفقهاء ضعيف<sup>(6)</sup>، كما أنه يدخل إليه احتمال أن يكون طلاقها قبل الدخول أو الخلوة الشرعيين، وإذا دخل الاحتمال على الدليل سقط به الاستدلال، وبناء على ذلك أرى أن قول الحنفية هو الراجح والأولى بالاعتبار والله أعلم.

وقد رجح هذا القول من المعاصرين الدكتور رمضان الشرنباصي حيث قال: "وما قاله الحنفية دقيق لأنها- أي الزوجة المطلقة- مكلفة من الشارع بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية فهي محتبسه لحقه عليها"<sup>(7)</sup>، كما ذهب إلى اختياره الدكتور محمد عقله حيث يقول: "وأرى أن

(1) الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، بيروت: دار الكتب العلمية، دون مكان وسنة طبع، ج4، ص8.

(2) سورة الطلاق، آية 7.

(3) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص8-9، وانظر: الشافعي: الأم، ج5، ص89-90.

(4) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج1، ص298، وانظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص201، وانظر: الشافعي: الأم، ج5، ص109، وانظر: ابن مفلح: المبدع، ج8، ص192.

(5) الحديث رواه الدارقطني، قال: حدثنا الحسين بن إسماعيل حدثنا علي بن أحمد الجواربي نا يزيد نا شريك عن جابر عن عامر عن فاطمة بنت قيس، انظر: الدارقطني، شيخ الإسلام الحافظ الإمام علي بن عمر: سنن الدارقطني، ط4، بيروت: عالم الكتب، سنة 1406هـ، 1986م، كتاب الطلاق، الحديث رقم (62)، ج4، ص22.

(6) قال أبو الطيب محمد أبادي عن الحديث: "الحديث في إسناده جابر الجعفي وهو ضعيف جداً"، انظر: محمد أبادي: التعليق المغني على الدارقطني، بذيل كتاب سنن الدارقطني، ص23.

(7) الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص305.

مذهب الحنفية هو أولاها بالعمل به لأن الزوجة محتسبة لحق الزوج، وملزمة بالمقام في بيت الزوجية وفاء لحقه، فالأولى أن نصونها عن التكسب مدة العدة<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بهذا القول، فأوجب النفقة لكل مُتَدَّةٍ من طلاق أو تفريق أو فسخ، ومعنى ذلك أنه لا يُفَرَّقُ بين المعتدة الرجعية والمعتدة البائن، كما لا يفرق بين الحامل وغير الحامل، فنصَّ على أنه: "تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ"<sup>(2)</sup>، على أن يكون ذلك بعد الدخول أو الخلوة الشرعيين، وقد جاء في القرارات الاستئنافية أنه: "يستحق للزوجة المطلقة بالخلوة ما يستحق بالدخول من النفقة والسكنى"<sup>(3)</sup>.

#### المطلب الرابع: حق المطالبة بالمهر:

المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها أو بسبب وطئه لها<sup>(4)</sup>، وهو أثرٌ من آثار العقد، فإذا فرَّق القاضي بين الزوجين بسبب حبس الزوج، وجب للزوجة المهر، ولكن ثمة تفصيلٌ في ذلك، تبعاً للحالات التي يقع فيها التفريق، سأتناول ذلك من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: إذا كان التفريق بين الزوجين بعد دخول الزوج بزوجته:

في هذه الحالة لا خلاف بين أهل العلم في استحقاقها جميع المهر، وذلك لقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا، أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِيمًا مَبِينًا\*وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)<sup>(5)</sup>، يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر عند الاستدلال بهذه الآية: "فقد نهت الآية الزوج عن أخذ شيءٍ ممَّا أعطاهُ لزوجته إذا طلقها، مهما كان الذي أعطاها إياه عظيمًا، وَعَدَّتْ أَخْذَ شَيْءٍ مِنْهُ مِنْ

(1) عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ص315.

(2) المادة (79)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص79.

(3) القرارات رقم (11730 و12048 و3287 و13636)، العربي، المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص315.

(4) عرَّفَ الفقهاء المهر بتعريفات كثيرة تختلف في المبنى وتتحد في المعنى، وقد اخترت هذا التعريف لبساطته ووضوحه،

انظر: السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص163.

(5) سورة النساء، آية 20-21.

البهتان، والبهتان أعظم الكذب<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك نصَّ قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيه: "إذا سُمِّيَ مهرٌ في العقد الصحيح لزم أدائه كاملاً بوفاء أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة<sup>(2)</sup>."

وبناءً على هذا فإنَّ الزوجة في دعوى التفريق للحبس إذا كان مدخولاً أو مختلئاً بها الدخول أو الخلوة الشرعيين، وكان المهر قد سُمِّيَ في العقد تسمية صحيحة، ولم تكن الزوجة قد قبضت مهرها فلها حق مطالبة الزوج بعد تفريق القاضي بينهما بكامل مهرها.

**الفرع الثاني: إذا كان التفريق قبل الدخول أو الخلوة الشرعيين بينهما، وكان المهر مسمىً في العقد تسميه صحيحة<sup>(3)</sup>، وكان عقد الزواج صحيحاً:**

فإنه يجب للزوجة في هذه الحالة نصف المهر المسمى<sup>(4)</sup> وذلك لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)<sup>(5)</sup>، فقد دلت الآية الكريمة على أن الزوجة التي طلقها زوجها قبل أن يمساها -أي قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكماً- وكان قد فرض لها مهراً وقت العقد فرضاً صحيحاً أنه يجب لها نصف ما فرض لها<sup>(6)</sup>، وعلى هذا نصَّ قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيه: "أمَّا إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى"<sup>(7)</sup>.

وعلى هذا فإنَّ الزوجة في دعوى التفريق للحبس إذا لم يكن مدخولاً أو مختلئاً بها الدخول أو الخلوة الشرعيين، وكان المهر قد سُمِّيَ في العقد تسمية صحيحة، ولم تكن الزوجة قد قبضت مهرها فلها حق مطالبة الزوج بعد تفريق القاضي بينهما بنصف مهرها.

(1) الأشرق: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 162.

(2) المادة (48)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 76.

(3) المادة (44)، المرجع السابق، ص 75.

(4) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج 2، ص 241، وانظر: السرخسي: المبسوط، ج 5، ص 14، وانظر: الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 58، وانظر: ابن مفلح: المبدع، ج 7، ص 99.

(5) سورة البقرة، آية 237.

(6) السريتي: أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 128.

(7) المادة (48)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 76.

الفرع الثالث: إذا كان التفريق قبل الدخول وبعد الخلوة الشرعية، وكان عقد الزواج صحيحاً:

فقد اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> إلى أن الخلوة الشرعية لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر، فإذا كان التفريق بعد الخلوة وكان قد سُمِّيَ للزوجة مهرًا، وجب لها نصف المهر المسمى، وإن لم يكن قد سُمِّيَ لها مهرًا وجبت لها المتعة<sup>(3)</sup>.

القول الثاني: للحنفية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> حيث ذهبوا إلى أن الخلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله.

وقد استدل أصحاب القول الأول المالكية والشافعية بثلاثة أدلة، استدلوا بقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)<sup>(6)</sup>، ووجه استدلالهم أن الآية قد أوجبت نصف المهر للمطلقة قبل المسيس في زواج فيه تسمية، ولم يفرق بين حال وجود الخلوة وعدمها، وهنا التفريق قبل المسيس فلا تستحق المهر كاملاً، واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ)<sup>(7)</sup>، ووجه استدلالهم بالآية أنها أوجبت المتعة في الطلاق بعد زواج لا تسمية للمهر فيه، من غير فصل بين حال الخلوة وعدمها، ثم أيدوا استدلالهم بقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا، أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا \* وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ)<sup>(8)</sup>، وقالوا إن هذه الآية نهت الأزواج عن أن يأخذوا من المهر شيئاً عند الطلاق بعد الدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً، لأنه عبر عنه بالإفضاء وهو الجماع، وهذا يفيد أن المرأة لا تستحق

(1) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص22.

(2) الشافعي: الأم، ج5، ص58.

(3) سألين معناها ومتى تجب في المطلب القادم إن شاء الله، انظر ص152.

(4) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص103.

(5) ابن مفلح: المبدع، ج7، ص93، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص191.

(6) سورة البقرة، آية 237.

(7) سورة البقرة، آية 236.

(8) سورة النساء، آية 20-21.

المهر كله عند المفارقة إلا بعد الدخول، فيبقى ما وراء ذلك داخلاً تحت الآية الأولى، والمطلقة بعد الخلوة فقط مطلقة قبل أن تُمسَّ فأشبهت من لم يُخْتَلَ بها<sup>(1)</sup>.

وقال الحنفية والحنابلة الموجبون لتمام المهر بالخلوة الشرعية إن الزوجة يجب لها المهرُ كُلُّهُ بالدخول الحقيقي وفي الخلوة، فهي قد مكنت زوجها من نفسها ليستوفي حقه، ولم يمنعه مانع من ذلك، فإن قَصَرَ الزوج في استيفاء حقه لا يتعدى تقصيره إلى حَقِّهَا لأنها لا تؤاخذ بتقصيره<sup>(2)</sup>، وقال صاحب المغني: "ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم"<sup>(3)</sup>.

ثم أجاب الحنفية والحنابلة على استدلال الفريق الأول بقولهم: "وأما ما استدل به المخالفون من قوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ)، وقوله: (مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ) في الآية الثانية فيحتمل أنه كُنِيَ بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل فعل الصحابة<sup>(4)</sup>، وأما قوله تعالى: "وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ فليس الإفضاء نصاً في الدخول الحقيقي، لأنه حُكِيَ عن الفراء<sup>(5)</sup> أنه قال: "الإفضاء الخلوة دخل بها أم لم يدخل"، وهذا صحيح كما يقول الكاساني<sup>(6)</sup> وابن قدامة<sup>(7)</sup>، وقد اشترط الحنفية في الخلوة التي تستحق بها الزوجة كامل المهر أن تكون خلوة حقيقية أو صحيحة، والخلوة الصحيحة -عندهم- هي التي لا يَمْنَعُ فيها مانع من الوطء طبعاً أو شرعاً<sup>(8)</sup>.

(1) الشيرازي: المهذب، ج2، ص57.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص292، وانظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص191.

(3) ابن قدامة: المغني، ج7، ص191.

(4) المرجع السابق، ج7، ص191.

(5) نقله الكاساني، الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص292، ونقله ابن قدامة، ابن قدامة: المغني، ج7، ص191.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص292.

(7) ابن قدامة: المغني، ج7، ص191.

(8) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص103.

وبقول الحنفية والحنابلة أَخَذَ قَانُونُ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ الْمَعْمُولِ بِهِ حَيْثُ أَوْجِبَ لِلْمَرْأَةِ كَامِلَ الْمَهْرِ بِالْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ، فَقَدْ جَاءَ فِيهِ: "إِذَا سُمِّيَ مَهْرٌ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ لَزِمَ أَدَاؤُهُ كَامِلًا بِوَفَاةِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ بِالطَّلَاقِ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ"<sup>(1)</sup>.

وجاء في القرارات الاستثنائية أنه: "يحق للزوجة المختلى بها المطالبة بمهرها المؤجل خلال عدة الطلاق لأن طلاقها يعتبر بائناً ولا يحق للزوج مراجعتها"<sup>(2)</sup>، وبناءً على هذا فلو أوقع القاضي التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، ولم يكن الزوج داخلياً بزوجته، وإنما كان مختلياً بها الخلوة الشرعية فإن لها كامل المهر.

### المطلب الخامس: حق المتعة:

عرّف الفقهاء المتعة بتعريفات كثيرة، تختلف في الصياغة ولا تتعد عن بعضها في المقصود، وأرى اختيار أن المتعة هي التعويض المالي للمرأة عما لحقها من ضرر بسبب الفرقة من زواج لم تكن هي المتسببة فيه<sup>(3)</sup>، ويترتب على تفريق القاضي بين الزوجين بسبب حبس الزوج حق المتعة للزوجة، وذلك إذا كان التفريق بينهما قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ولم يكن قد سُمِّيَ للزوجة مهرٌ، أو سُمِّيَ مهرٌ وكانت التسمية فاسدة.

وقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup> إلى أن المتعة واجبة، وذلك لقوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ)<sup>(5)</sup>، فقوله تعالى: "وَمَتَّعُوهُنَّ" أمرٌ، والأمر يقتضي الوجوب، ولأن المتعة بدلٌ عن نصف المهر، ونصف المهر واجب الأداء في هذه

(1) المادة (48)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص76.

(2) القرار رقم (11081)، العربي: المبادئ القضائية، المجموعة الثانية، ص295.

(3) نياح، القاضي زياد صبحي علي: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التصفي، ط1، دار الينابيع للنشر والتوزيع، سنة1992م، ص15.

(4) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص425، وانظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج3، ص157، وانظر: الشافعي: الأم،

ج5، ص59، وانظر: البهوتي: كشف القناع، ج5، ص158.

(5) سورة البقرة، آية 236.

الحالة<sup>(1)</sup>، فما كان بدلاً عنه يكون واجباً، وذهب المالكية<sup>(2)</sup> إلى أن المتعة للزوجة مستحبة غير واجبة لقوله تعالى في الآية السابقة: (حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ)، فخصَّ اللهُ سبحانه وتعالى المحسنين بها على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم.

وبالنظر في آراء الفقهاء وأدلتهم في المتعة أرى أن قول المالكية بأنها مستحبة ضعيف الحجة وذلك لأنَّ دليلهم في مقابل النص، ويترجح قولُ جمهور الفقهاء بأنها واجبة للمُطلَّقة قبل الدخول والتي لم يُسمَّ لها مهر، وقد رجَّح هذا القولَ الدكتور محمد سمارة حيث يقولُ تعقيباً على القول بوجوبها: "وإياه نرجح"<sup>(3)</sup>.

وبهذا القول أخذَ قانونُ الأحوال الشخصية حيث نصَّ على أنه: "إذا وقع الطلاقُ قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة"<sup>(4)</sup>.

وبناء على ذلك لو فرَّق القاضي بين الزوجين بسبب حبس الزوج وكان ذلك التفريق قبل الدخول ودون أن يُسمَّى للزوجة في العقد مهر تسمية صحيحة فإن الزوجة في هذه الحالة تجب لها المتعة.

---

(1) في حال الطلاق أو التفريق قبل الدخول وبعد تسمية المهر تسمية صحيحة في العقد الصحيح.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص97.

(3) سمارة: أحكام وآثار الزوجية، ص189.

(4) المادة(55)، الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص76.

## الخاتمة

في نهاية هذه الرسالة أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها:

- 1- لم يرد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه فرق بين زوجين بسبب حبس الزوج إذ لم يكن في عهده سجن لمدة طويلة.
- 2- إن للمرأة حقاً في الوطاء، وفي حبس الزوج فقدان لهذا الحق و إيقاع للضرر بالزوجة.
- 3- للعلماء آراء في التفريق للحبس أرجحها رأي المالكية و الحنابلة القائلين بجواز التفريق للحبس، وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية المعمول به.
- 4- وبين العلماء خلاف في نوع الفرقة بسبب الحبس، أرجحها رأي الحنابلة بأن الفرقة للحبس فسخ وليس بطلاق.
- 5- يحق للزوجة رفع دعواها التفريق للحبس أمام المحكمة الشرعية المختصة وذلك بعد مرور سنة من تاريخ حبس زوجها، وبعد الحكم عليه بعقوبة نهائية مقيدة للحرية مدتها ثلاث سنوات فأكثر.
- 6- تثبت الزوجة دعواها بالبينة الخطية، فإن لم تكن فبالبينة الشخصية فإن لم تكن هناك بينة خطية أو شخصية يُوجّه القاضي اليمين الشرعية المصورة إلى المدعى عليه، فإن حلفها ردّ القاضي الدعوى، وإن لم يحلفها لا يُحكم بمجرد النكول بل تحلّف الزوجة اليمين المصورة فإن حلفت حكم القاضي بالتفريق.
- 7- إذا كان الحكم بالتفريق وجاهياً فيعتبر الحكم قابلاً للاستئناف وتابعاً له، وأما إذا كان الحكم غيابياً فيكون الحكم قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له.
- 8- على الحكم بالتفريق تترتب على الزوجة آثار منها العدة الشرعية، وحق المطالبة بنفقة العدة والمهر، ولها حق المتعة.

## التوصيات

بما أن هدف القضاء الأسمى يتجلى في دعوى التفريق بسبب الحبس رفع الضرر الواقع على الزوجة نتيجة بعد زوجها عنها فإنني أوصي بأن يتدخل المشرع لحسم المسائل الآتية:

أولاً: مسألة السجين الذي مضى على اعتقاله مدة ثلاث سنوات فأكثر ولم يُحَكَمَ بعد، وأرى تحقيقاً للعدالة أن يجيز القانون للزوجة أن ترفع دعاها التفريق بسبب حبس زوجها فور مضي الثلاث سنوات حتى لو لم يُحَكَمَ بعد.

ثانياً: في مسألة المحكوم عليه بالإعدام والذي مضى على اعتقاله المقيّد للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر وقبل أن يُطَبَّقَ حُكْمُ الإعدام فيه، ويرى الباحث كما رأى في المسألة السابقة أن يجيز القانون للزوجة أن ترفع دعاها فور مضي الثلاث سنوات دون الانتظار حتى يُنْفَذَ حُكْمُ الإعدام فيه، إذ قد تمرُّ سنواتٌ عدّة دون أن يُنْفَذَ.

ثالثاً: مسألة السجين الهارب الذي حُكِمَ عليه بعقوبة نهائية مقيّدة للحرية مدتها ثلاث سنوات فأكثر، سواءً أكان هروبه قبل رفع الزوجة دعاها التفريق للحبس أم كانت الدعوى منظورة، وأرى أن الزوج السجين الهارب إذا تحقق أنه لم يلتق بزوجته، فإنه يُعَدُّ في عداد المحبوسين، لأنه غائب والسجين مفاًس على الغائب سواءً أكان ذلك قبل رفع الدعوى أم خلال النظر فيها.

رابعاً: إعادة النظر في نوع التفريق بسبب الحبس الذي جعله القانون طلاقاً بائناً أخذاً بمذهب الإمام مالك، وأن يأخذ بمذهب الإمام أحمد بجعله فسخاً، لكونه صدر من القاضي ولم يصدر من الزوج ولعدم زيادة الإضرار بالزوج.

خامساً: أرى وحبذا لو فرّق القانون بين السجين لسبب سياسي أو عقائدي أو وطني، وبين غير ذلك من الأسباب كجرائم الأخلاق والجرائم العادية وغيرها، وذلك لأن الغرض النبيل الذي لأجله سُجِنَ الزوج يجب أن يُعامَلَ المعاملة التي تليق به.

## مسرد الآيات

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	صفحة
1.	(إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً)	البقرة	30	2
2.	(وَالْمُطَلَّقاتِ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ).	البقرة	228	142
3.	(وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَىٰهِنَّ دَرَجَةٌ)	البقرة	228	6
4.	(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَتَّخِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْمَلُونَ)	البقرة	230	52
5.	(وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)	البقرة	234	156
6.	(لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَتَعَوَّضُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ)	البقرة	236	32 147+ 149+
7.	(وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)	البقرة	237	147
8.	(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ، وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ، وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ، فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيخْسٍ مِنْهُ شَيْئًا)	البقرة	282	109
9.	(وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)	البقرة	283	115
10.	(وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)	النساء	19	11+6

148+147	21-20	النساء	11. (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا، أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِيمَانًا مُبِينًا* وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)
4	21	النساء	12. (وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)
31	34	النساء	13. (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ)
11	34	النساء	14. (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا)
31	129	النساء	15. ( فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ )
22	130	النساء	16. (وَإِنْ يَبْتَغُوا غَيْرَ اللَّهِ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ)
121	89	المائدة	17. لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ)
19	33	يوسف	18. ( قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ )
3	72	النحل	19. (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَفْذَةً)
84	19	الحج	20. ( هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا فِي رَبِّهِمْ )
3	7-5	المؤمنون	21. (وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)
4	19	النور	22. (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)

8+ 5	21	الروم	23. (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)
32	49	الأحزاب	24. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ)
141 143+	49	الأحزاب	25. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا)
84	21	ص	26. (وَهَلْ أَتَاكَ نَبِيُّ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ)
32	1	الطلاق	27. (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)
142	4	الطلاق	28. (وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ)
142	4	الطلاق	29. (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)
143	6	الطلاق	30. (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)
144	7	الطلاق	31. (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ)
78	27	الملك	32. (وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدَّعُونَ)
19	7	المطففين	33. (كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفُجَارِ لَفِي سِجِّينَ)

## مسرد الأحاديث

الرقم	الحديث	صفحة
1.	عن الهرماس بن حبيب قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي، فقال لي: "إِزْمُهُ، ثم قال لي: يا أبا بني تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك"	38
2.	قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان	50
3.	إن المرأة إذا أقبلت أقبلت في صورة شيطان، فإذا رأى أحدكم امرأة فأعجبته فليأت أهله، فإن الذي معها مثل الذي معها.	4
4.	قال عليه الصلاة والسلام -لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان- وقد شكت أبا سفيان: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك.	101
5.	الطلاق لمن أخذ بالساق.	36
6.	عمر وهو يطوف سمع امرأة وهي تقول: تطاول هذا الليل واخضل جانبه وأرقني إذ لا خليل ألاعبه فلولاً حذار الله لا شيء مثله لزعرع من هذا السرير جوانبه، فقال عمر فما لك، قالت: أغربت زوجي منذ أربعة أشهر وقد اشتقت إليه، فقال أردت سوءاً قالت معاذ الله، قال فاملكي على نفسك فإنما هو البريد إليه فبعث إليه، ثم دخل على حفصة فقال: إنني سائلك عن أمر قد أهمني فافرجيه عني كم تشتاق المرأة إلى زوجها؟ فخفضت رأسها فاستحييت، فقال فإن الله لا يستحيي من الحق، فأشارت خمسة أشهر وإلا فستة فكتب عمر ألا تحبس الجيوش فوق ستة أشهر.	57
7.	أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه.	134
8.	حديث فاطمة بنت قيس بأن زوجها طلقها ثلاثاً، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً.	158
9.	لو يُعْطَى الناس بدعواهم لادّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه.	121

3	من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان فليتق الله في النصف الباقي.	.10
4	وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله، أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر؟ وكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر.	.11
54	أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجلٌ فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال -راوي الحديث عبد الله بن عباس- فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوّج عبده أمته ثم يُريد أن يفرّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق.	.12
3	يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.	.13

## مسرد الأعلام

**الفراء:** القاضي أبو يعلى، الإمام العلامة شيخ الحنابلة القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي الحنبلي ابن الفراء، صاحب التعليقة الكبرى والتصانيف المفيدة في المذهب، ولد في أول سنة ثمانين وثلاثمائة، أفتى ودرس وتخرج به الأصحاب وانتهت إليه الإمامة في الفقه، وكان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والنظر والأصول، ولي القضاء بدار الخلافة مع قضاء حران وطلوان.

**الزبيري:** أبو عبد الله أحمد بن سليمان البصري المعروف بالزبيري، من أولاد الزبير بن العوام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويعرف أيضاً بصاحب الكافي، أحد أئمة الشافعية، كان عارفاً بالمذهب حافظاً للأدب خبيراً بالأنساب، صار أعمى في آخر عمره، مات سنة سبع عشرة وثلاثمائة.

**ابن عرفة:** أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، هو الإمام العلامة المقرئ الفروع الأصولي البياني المنطقي، شيخ الشيوخ، وتفرد بشيخوخة العلم والفتوى في المذهب له تصانيف عديدة، انتشر علمه شرقاً وغرباً، حافظاً للمذهب ضابطاً لقواعده إماماً في علوم القرآن مجيداً في العربية، له تأليف منها تقييده الكبير في المذهب واختصر كتاب الحوفي اختصاراً وجيزاً وله تأليف في المنطق وغير ذلك، توفي سنة ثمان وأربعين وسبعمائة ودفن بالبقيع.

**الماوردي:** الإمام العلامة أفضى القضاة أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الشافعي صاحب التصانيف، حجة ثقة، ولي القضاء ببلدان شتى ثم سكن بغداد، مات في ربيع الأول سنة خمسين وأربع مئة وقد بلغ ستاً وثمانين سنة.

**المقدسي:** الإمام المحدث العابد الثقة أبو محمد عبدالله بن محمد بن سلم بن حبيب الفريابي الأصل المقدسي، سمع محمد بن رمح وحرملة بن يحيى وجماعة، حدث عنه أبو حاتم بن حبان ووثقه، مات سنة نيف عشرة وثلاث مئة.

## المصادر والمراجع

القرآن الكريم

كتب الحديث الشريف

الألباني، محمد ناصر الدين: **صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير)**، ط3، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة 1408هـ، 1988م.

الألباني، محمد ناصر الدين: **صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند**، ط3، الرياض: مكتبة التربية العربي لدول الخليج، سنة 1408هـ، 1988م.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة الجعفي، **صحيح البخاري**، تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز، ط1، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1419هـ، 1998م.

السجستاني، أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي: **سنن أبي داوود**، ضبط وتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، دون طبعة وسنة طبع.

الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام: **مصنف عبد الرزاق**، ط2، تحقيق حبيب الرحمن الأعظم، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة 1403هـ.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير: **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، ط4، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1379هـ.

مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري: **صحيح مسلم**، طبعة متميزة ومرقمة بترقيم المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، المنصورة: مكتبة الإيمان، دون رقم وسنة طبعة.

الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر: **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تحرير الحافظين العراقي وابن حجر، بيروت: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، دون طبعة وسنة طبع.

كتب الفقه:

كتب الحنفية:

ابن نجيم، زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار المعرفة، دون رقم وسنة طبع.

الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دون سنة طبع، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1405هـ.

الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1386هـ.

السرخسي، محمد أبو سهل أبو بكر: المبسوط، ط1، بيروت: دار المعرفة، سنة 1406هـ، 1986م.

السيواسي، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ط2، بيروت: دار الفكر، دون سنة طبع.  
ابن عابدين، محمد أمين: حاشية ابن عابدين، ط3، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1386هـ.

الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1406هـ.  
المرغيناني، أبو حسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل: الهداية شرح البداية، بيروت: المكتبة الإسلامية، دون رقم وسنة طبع.  
الموصللي، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، بيروت: دار الكتب العلمية، دون مكان وسنة طبع.

كتب المالكية:

الأصبحي، مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ط1، بيروت: دار صادر، سنة 1323هـ.  
ابن جزري، محمد بن أحمد الغرناطي: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، ط1، بيروت: عالم الفكر، دون سنة طبع.  
الدردير، أبو البركات بن محمد بن أحمد: الشرح الكبير، دون رقم طبعة، تحقيق محمد علي، بيروت: دار الفكر، دون سنة طبع.

الدسوقي، محمد بن عرفة: **حاشية الدسوقي**، تحقيق محمد عليش، دون رقم طبعة، بيروت: دار الفكر، دون سنة طبع.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط10، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1408هـ، 1988م.

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف: **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1411هـ.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى محمد اللخمي: **الموافقات**، ط1، تحقيق مشهور ابن حسن سلمان، السعودية: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، سنة 1997م.

ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: **الشرح الكبير**، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1407هـ، 1987م.

ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: **الكافي**، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1407هـ، 1987م.

العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم: **التاج والإكليل**، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1398هـ.

العدوي، علي الصعيدي المالكي: **حاشية العدوي**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط1، بيروت: دار الفكر، 1412هـ.

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، بيروت: دار الكتب العلمية، ج1، ص337-340.

القرافي، أحمد بن إدريس: **الفروق**، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1998م.

المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن: **مواهب الجليل**، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1398هـ.

النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي: **الفواكه الدواني**، دون رقم طبعة، بيروت: دار الفكر، سنة 1415هـ.

#### **كتب الشافعية:**

البجيرمي، سليمان عمر بن محمد: **حاشية البجيرمي**، تركيا: المكتبة الإسلامية: ديار بكر، دون رقم وسنة طبع.

الدمياطي، أبو بكر السيد بكري بن محمد شطا: **إعانة الطالبين**، بيروت: دار الفكر دون رقم  
وسنة طبع.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس: **الأم**، ط2، بيروت: دار المعرفة سنة 1393هـ.

الشافعي، أحمد محمود: **الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب**، دراسة مقارنة بين المذاهب في  
**الفقه الإسلامي**، ط1، بيروت: الدار الجامعية، سنة 1986م.

الشربيني، محمد الخطيب: **معني المحتاج**، بيروت، دار الفكر، دون طبعة وسنة طبع.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم علي بن يوسف: **المهذب**، بيروت: دار الفكر، دون رقم وسنة  
طبع.

النووي، يحيى بن شرف أبو زكريا: **روضة الطالبين**، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي،  
سنة 1405هـ.

#### **كتب الحنابلة:**

البعلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الدمشقي: **الاختيارات الفقهية من  
فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، اختارها الشيخ البعلي، بيروت: دار المعرفة، دون  
رقم وسنة طبع.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: **الروض المربع**، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابي، ط1،  
بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1412هـ.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: **كشاف القناع**، دون رقم طبعة، تحقيق هلال مصيلحي  
مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، سنة 1403 هـ.

ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحلیم الحراني: **كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه**،  
دون رقم طبعة، تحقيق عبد الرحمن محمود قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكان  
النشر: مكتبة ابن تيمية، دون سنة طبع.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: **طبقات الفقهاء**، تحقيق خليل الميس،  
بيروت: دار القلم، دون رقم وسنة طبع.

الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي: **الأحكام السلطانية**، ط1، تحقيق محمد حامد الفقي،  
بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1403هـ، 1983م.

ابن قدامة، أبو محمد عبدالله المقدسي: **الكافي في فقه ابن حنبل**، ط5، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة 1408هـ، 1998م.

ابن قدامة، أبو أحمد عبد الله بن أحمد المقدسي: **المغني**، ط1، بيروت: دار الفكر سنة 1405هـ.

ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي: **الطرق الحكمية**، ط1، تحقيق محمد جميل غازي القاهرة، مطبعة المدني، دون سنة طبع.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي: **كتاب الأحكام السلطانية**، ط1، بيروت: دار الفكر، سنة 1386هـ، 1966م.

مرعي، ابن يوسف الحنبلي، **دليل الطالب**، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي سنة 1389هـ.

ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي: **الفروع**، ط1، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1418هـ.

ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبدالله الحنبلي: **المبدع**، ط1، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة 1400هـ.

#### **كتب السيرة والتراجم:**

الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز: **سير أعلام النبلاء**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، ط9، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 1413هـ.

ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر: **طبقات الشافعية**، ط1، تحقيق الدكتور الحافظ عبد العليم خان، بيروت: عالم الكتب، سنة 1407هـ.

#### **الكتب القضائية:**

الباجي، سليمان بن خلف الأندلسي: **فصول الأحكام وبيان ما عليه العمل عند الفقهاء والحكام**، تحقيق د.محمد أبو الأجدان، ط1، بيروت: دار ابن حزم، سنة 2002م.

باز، سليم رستم: **شرح المجلة**، ط3، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1406هـ، 1986م.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط1، بيروت: دار الجليل، سنة 1411هـ، 1991م.

الخمرة، أنس حسن الصغير: الدعوى من البداية إلى النهاية، ط3، عمان: مطبعة جمعة عمال المطابع التعاونية، سنة1990م.

ذياب، القاضي زياد صبحي علي: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ط1، دار الينابيع للنشر والتوزيع، سنة 1992م.

الظاهر، راتب عطا الله: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية حتى 1980م، ط2، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1983م.

العربي، محمد حمزة: المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية، المجموعة الثانية 1973-1983م، ط1، عمان: دار الفرقان للنشر، سنة1984م.

عمرو، عمر عبد الفتاح عايش: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام 1990م، ط1، عمان: دار يمان للنشر والتوزيع، سنة1411هـ، 1990م.

مصطفى، فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، سنة 1991م.

هاشم، د.محمود محمد: إجراءات التقاضي والتنفيذ، ط1، مطابع جامعة الملك سعود، سنة 1409هـ، 1994م.

#### كتب الأحوال الشخصية:

إبراهيم، د.إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999م.

الأشقر، د.عمر سليمان عبدالله: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، العبدلي: دار النفائس للنشر والتوزيع، سنة 1417هـ، 1997م.

البرديسي، محمد زكريا: الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ط1، بيروت: دار النهضة العربية، سنة1385هـ، 1965م.

البناء، كمال صالح: تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، ط1، مصر: الشركة المصرية للطباعة والنشر سنة 1976م.

حسن خالد، وعدنان نجا: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت: دار الفكر، سنة 1391هـ، 1972م.

- الحصري، د.أحمد: الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط2، بيروت: دار الجليل، سنة1412هـ، 1992م.
- داوود، أحمد محمد: القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة1420هـ، 1999م.
- الزحيلي، د.محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط2، دمشق: بيروت، سنة 1414هـ، 1994م.
- أبو زهرة، محمد: الأحوال الشخصية، ط3، مصر: دار الفكر العربي، سنة 1377هـ، 1957م.
- السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1417هـ، 1997م.
- سمارة، د.محمد: أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، القدس: مطبعة عمال المطابع التعاونية، سنة 1407هـ، 1987م.
- الصابوني، د.عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني: الطلاق وآثاره، ط6، دمشق: منشورات جامعة دمشق سنة 1412هـ، 1992م.
- العاني، أم محمد شفيق: أحكام الأحوال الشخصية في العراق، ط1، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1970م.
- عبد الحميد، محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، ط1، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1404هـ، 1984م.
- عطروش، د.عبد الحكيم محسن: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، ط1، عدن: جامعة عدن للطباعة والنشر، سنة 2000م.
- العمروسي، أنور: أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، سنة1983م.
- أبو العينين، عبد الفتاح محمد: الإسلام و الأسرة، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية و قوانين الأحوال الشخصية، فرق الزواج، دون طبعة أو سنة طبع.

الفتي، عمرو عيسى: التتطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دون سنة  
طبع، مطابع المجموعة المتحدة، سنة 1998م.

ندا، أشرف: الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دون رقم طبعة، مصر:  
مطابع المجموعة المتحدة للطباعة، سنة 1997م.

#### كتب أصول المحاكمات الشرعية:

أبو البصل، د. عبد الناصر موسى: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء  
الشرعي، ط1، عمان مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999م.

التكروري، د. عثمان: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، عمان: مكتبة  
دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1997م.

التكروري، د. عثمان: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3)  
لسنة 2000م، ط1، دون مكان طبعة، سنة 1422هـ، 2002م.

#### كتب الأسرة:

الشرنباصي، د. رمضان علي السيد: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط1، منشورات  
الحلبي الحقوقية، سنة 2002م.

شليبي، محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية  
والمذهب الجعفري والقانون، ط2: بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة  
1397هـ، 1977م.

الصابوني، د. عبد الرحمن: نظام الأسرة وحل مشاكلها في ضوء الإسلام، ط4، بيروت: دار  
الفكر، دون سنة طبعة.

عقلة، د. محمد: نظام الأسرة في الإسلام، ط2، عمان: مكتبة الرسالة الحديثة سنة 1411هـ،  
1990م.

فراج، د. أحمد: أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب، ط1،  
بيروت: الدار الجامعية سنة 1991م.

#### كتب اللغة:

الجوهري، أبو نصر إسماعيل علي بن حماد: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق إميل  
يعقوب ومحمد طريفي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1420هـ، 1999م.

ابن فارس، أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا: **معجم مقاييس اللغة**، ط2، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، سنة 1390هـ، 1970م.

ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم بن علي الإفريقي المصري الأنصاري: **لسان العرب**، ط1، القاهرة: دار الحديث، سنة 1423هـ، 2003م.

### كتب قانونية:

عودة، عبد القادر: **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، القاهرة: مكتبة دار التراث، دون رقم أو سنة طبع.

عيّاد الحلبي، محمد علي السالم: **شرح قانون العقوبات**، القسم العام، ط1، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1997م.

المناجرة، محمد محمود شحادة وجمال عبد الغني مدغمش: **موسوعة التشريع الأردني**، ط1، عمان: دار البشير للنشر والتوزيع، سنة 1418هـ، 1998م.

أبو الوفاء، أحمد: **المرافعات المدنية والتجارية**، ط8، الإسكندرية: دار المعارف، سنة 1965م.  
ياسين، د.محمد نعيم: **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط1، الأردن: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، دون سنة طبع.

### كتب متنوعة:

الجرجاني، علي بن محمد: **كتاب التعريفات**، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1413هـ، 1992م.

ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن احمد بن سعيد: **المحلى**، دون رقم طبعة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة، دون سنة طبع.

حسب الله، علي: **الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب**، ط1، بيروت: دار الفكر العربي، سنة 1387هـ.

الخفيف، أ.علي: **محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية**، بحث مقارن، ط1، دون مكان طبع، سنة 1958م.

- زيدان, د. عبد الكريم: **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**, ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 1417هـ، 1997م.
- السريتي, د. عبد الودود: **أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية**, ط1, بيروت: الدار الجامعية، سنة 1992م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **السييل الجرار**، ط1، تحقيق محمود إبراهيم زايد، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1405هـ.
- الكتاني، عبد الحي: **نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية**، بيروت: دار الكتاب العربي، دون رقم وسنة طبع.



**An-Najah National University**  
**Faculty of Graduate Studies**

Separation Due to Husband's Imprisonment  
in the Islamic Jurisprudence  
Executed in the Religious Courts  
in the West Bank

**Submitted by**  
Mahmoud Abbas Saleh Abu Issa

**Supervisor**  
**Dr. Marwan Al-kaddomy**

**Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of  
Master of Islamic Law (Shari'a) in Fiqh wa Tashree', Faculty of Graduate  
Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.**

**2005**

Separation Due to Husband's Imprisonment  
in the Islamic Jurisprudence  
Executed in the Religious Courts  
in the West Bank  
Submitted by

Mahmoud Abbas Saleh Abu Issa  
**Supervisor**  
**Dr. Marwan Al-kaddomy**

### ***Abstract***

Islam, by marriage legislation, aims at building a complementary society, finding a cohesive family, entrenching husband and wife, and meeting their instinct within legitimate limits and controls... and consequently achieving mercy, cordiality, and quietness. So Islam found marriage contract to control all that, but because there are differences between people's natures and characters, there problems might occur between the husband and his wife, so the intended aims of marriage contract will not be achieved, for this reason Islamic legislation put solutions for all these problems which might occur after marriage contract.

One of the most important problems that Islam put a solution to is that defect which the wife might confront from her husband for any reason. And there are several reasons such as the absence of the husband and being far away from his wife, this absence might be deliberately, in the husband's will, and it might be obligatory, against his will such as being in prison for a long time, or being ruled by imprison punishment that is restrictive for a long time. In all these cases the wife will confront defect as a result of the absence of her husband.

The true Islam came to remove tightness, offence, and fatigue from people's life, Islam here aimed at removing the defect of the wife and the expected defect as much as possible.

This thesis aimed at showing the wife's right to ask for separation between her and her husband because of his imprisonment. It illustrates the restrictions and the controls that restrict this right, and it also aimed at showing the theory of the lawsuit of separation for imprisonment in front of the legitimate courts in the West Bank, and the procedures that should be taken when this lawsuit is submitted, and the litigation procedures and the manner of proving the lawsuit, and pronouncement. Then showing the effects of the judge's separation between the wife and the husband.