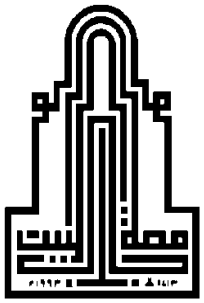
جامعة آل البيت

كلية الشريعة

قسم الفقه وأصوله



دعوى التفريق للفقد

دراسة فقهية قانونية مقارنة

Judicial dissolution suit for husband's loss

Comparative Juristic and Legal Study

إعداد الباحث

هاني محمد يوسف عبيدات

الرقم الجامعي: ١٦٢٠١٠٤٠١٤

إشراف

الأستاذ الدكتور أنس أبوعطا

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله من كلية الشريعة في جامعة آل البيت

العام الدراسي ٢٠١٩

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

(قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (١٦٢) لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ)

الأنعام الآيات (١٦٣-١٦٢)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التفويـض

أنا الطالب: هاني محمد يوسف عبيدات ؛ أعلن بأنني أمنح جامعة آل البيت حق تزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات، أو الهيئات ، أو المنظمات والمؤسسات البحثية عند الحاجة إليها.

التوقيـع.....:

التاريـخ: / / ٢٠١٩م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إقرار والتزام بأنظمة وتعليمات جامعة آل البيت

أنا الطالب: هاني محمد يوسف عبيدات الرقم الجامعي: ١٦٢٠١٠٤٠١٤)

)

التخصص: فقه وأصوله الكلية: الشريعة

أقر بإلتزامي بقوانين جامعة آل البيت الموقرة وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول المتعلقة بإعداد أطروحات الماجستير عندما قمت شخصيًا بإعداد أطروحتي :

دعوى التفريق للفقد

دراسة فقهية وقانونية مقارنة

مراعيا الأمانة العملية المتعارف عليها في البحث العلمي. كما أنني أعلن بأنَّ رسالتي هذه غير مستلة أو منقولة من رسائل أو أطاريح أو كتب أو أبحاث أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية، وبناء على ما ذكر فإنني أتحمل أشد المسؤولية إذ اتضح غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي درجة الماجستير التي حصلت عليها وإلغاء شهادة التخرج بعد صدورها، دون أن يكون لي أي محاولة للتظلم أو الطعن أو الاعتراض بأي شكل من الأشكال في القرار المتخذ عن مجلس العمداء.

توقيع الطالب: ..... التاريخ / /٢٠١٩م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قرار لجنة المناقشة

دعوى التفريق للفقد

دراسة فقهية وقانونية مقارنة

إعداد:

هاني محمد يوسف عبيدات

إشراف

الدكتور انس ابو عطا

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الاستاذ الدكتور انس ابو عطا . (مشرفاً ورئيساً)	
الاستاذ الدكتور جابر حجاحجة (عضواً)	
الدكتور محمد علي العمري (عضواً)	
الدكتور يوسف الشريفين (عضواً خارجياً)	

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ٢/٨/2019م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإهداء

إلى روح والديَّ (رحمهما الله رحمة واسعة):
والدي الذي فارق الدنيا و انا ابن تسع سنين
والدتي مصدر فخري و اعتزازي
الى رفيقة دربي زوجتي الغالية وأولادي أهدي ثمرة جهدي هذا .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى جامعة آل البيت متمثلةً برئيسها الجليل وأساتذتها الفضلاء وموظفيها المخلصين ، والى كلية الشريعة وعميدها ورؤساء اقسامها واساتذتها الفضلاء ، والشكر كذلك موصول للأستاذ الفاضل والناصح الأمين الاستاذ الدكتور انس ابوعطا المشرف على رسالتي فقد كان لي سراجا اهتدي به في مسيرة بحثي، كما أتقدم بجزيل الشكر ووافر الامتنان إلى الأساتذة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة وأثرائها بآرائهم السديدة ونصائحهم الرشيدة، وكل من أعانني لإتمام هذه الرسالة ، فجزى الله الجميع عني خير الجزاء انه سميعٌ مجيب الدعاء .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس المحتويات

التفويض ..... ج
الإهداء ..... و
شكر وتقدير ..... ز
فهرس المحتويات ..... ح
قائمة الملاحق ..... ي
ملخص ..... ك
Abstract ..... ل
المقدمة: ١
سبب اختيار الموضوع: ٢
مشكلة الدراسة : ٣
أهداف الدراسة : ٣
أهمية الدراسة : ٣
منهج الدراسة : ٣
الدراسات السابقة : ٤
الفصل الاول التفريق القضائي بطلب الزوجة ٦
المبحث الأول التفريق في المذاهب وحالاته ٦
المطلب الاول: مفهوم التفريق ٦
المطلب الثاني الحالات التي يجيزها الفقهاء للزوجة في طلب التفريق ٩
المطلب الثالث انواع فرق الزواج ١٤
المطلب الرابع آراء الفقهاء في نوع فرق الزواج ١٥
المطلب الخامس اختيارات القوانين لنوع الفرقة ١٨
المبحث الثاني حق الزوجة في طلب التفريق لفقدان الزوج ٢٠
المطلب الأول مفهوم المفقود لغة واصطلاحا وقانونا ٢١
المطلب الثاني متى يعتبر المفقود ميتا و ما هي شروط اعتباره ٢٣
المطلب الثالث أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد ٢٧
المطلب الرابع مدة التربص والأحكام المتعلقة بها ٣٣
الفصل الثاني: الدعوى القضائية في الفقه و القانون ٣٩
المبحث الاول: الدعوى القضائية ٣٩
المطلب الأول مفهوم الدعوى لغة واصطلاحا وقانونا ٤٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني اركان الدعوى و شروط صحتها ٤٢
المطلب الثالث الاجابة على الدعوى ٤٦
المطلب الرابع الإثبات في الدعوى و شروطه..... ٤٨
المطلب الخامس وسائل الاثبات..... ٤٩
المطلب السادس صدور الحكم القضائي..... ٥٢
المبحث الثاني اجراءات التقاضي في دعوى التفريق للفقد ٥٣
المطلب الاول الاسباب الموجبة لفرقة للفقد:..... ٥٣
المطلب الثاني الشروط الشكلية و القانونية لدعوى التفريق للفقد ٥٥
المطلب الثالث صدور الحكم بالتفريق للفقد و الاثار المترتبة عليه..... ٥٨
المطلب الرابع الطعن على الحكم و درجات التقاضي..... ٥٩
المطلب الخامس الاثار المترتبة على الحكم بالتفريق للفقد:..... ٦١
المطلب السادس أوجه الاتفاق و الاختلاف في دعاوى التفريق للغياب و للفقد و اثبات وفاة الزوج المفقود ٦٢
الخاتمة..... ٦٤
التوصيات:..... ٦٥
المصادر والمراجع..... ٦٦
الملاحق..... ٧٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة الملاحق

رقم الملحق	الملحق	رقم الصفحة
١	المفقود في القرارات الاستئنافية	١٠٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دعوى التفريق للفقد

دراسة فقهية وقانونية مقارنة

إعداد

هاني محمد يوسف عبيدات

إشراف

الاستاذ الدكتور انس أبو عطا

ملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع دعوى التفريق القضائي لفقدان الزوج، وقد هدفت إلى بيان مفهوم التفريق القضائي و الأسباب الموجبة لإقامة دعوى التفريق بسبب الفقد، و الآثار المترتبة على التفريق للفقد بالنسبة للزوجة و الزوج .

ومن الأسباب التي دعت الباحث لاختيار هذا الموضوع ، ان التفريق يحتاج إلى فهم التكييف الفقهي و القانوني وما يطبق من أمور عملية في المحاكم الشرعية.

وتكونت هذه الدراسة من مقدمه و اربعة فصول وخاتمه و ملاحق تم التعريف فيهم بدعوى التفريق لفقدان الزوج وتحديد المقصود به مع ذكر أقوال الفقهاء حول التفريق والمواد التي ذكرت في قوانين الأحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ و الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ و السوداني لسنة ١٩٩١ حول التفريق القضائي؛ بيان المواد القانونية ذات الصلة من خلال المقارنه بين الفقه والقانون.

وكان من نتائج هذه الدراسة ان مواد قانون الأحوال الشخصية الأردني يتطابق مع القواعد الفقهية الخاصة بالتفريق القضائي لفقدان الزوج.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

Judicial dissolution suit for husband's loss Comparative Juristic and Legal Study

Preparation

Hani Mohamed Youssef Obeidat

supervision

Dr. Anas Abu Ata

Abstract

This study deals with the issue of distinguishing between the legal differentiation of the husband and the husband. This study aimed at explaining the concept of judicial differentiation and the positive answer for establishing a case of differentiation due to loss.

One of the reasons why the researcher chose this subject for research is that the differentiation needs to combine the old and modern method to be used by his request for knowledge, and the attempt to harmonize between Islamic jurisprudence and the application of practical matters in the Islamic courts.

This study consists of the introduction, general framework, two chapters, and its conclusion. The definition of them was called upon to differentiate between the loss of the husband and the definition of what he meant by mentioning the statements of the jurists about differentiation and the articles mentioned in the personal status law on judicial differentiation.

One of the findings of this study was that the articles of the Jordanian Personal Status Law conform to the jurisprudential rules on the judicial differentiation of the husband's loss.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فيقول الله سبحانه وتعالى في منزل كتابه العظيم(و مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أزواجا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)(سورة الروم: الاية ٢١)

فقد احل الله تعالى لنا الزواج، ليحصل به مقصوده للناس ،لاستحلال الفروج، والمعاشرة والمساكنة بالمعروف، وإيجاد النسل لتكوين الأسر وعمارة الأرض، فالزواج هو أول لبنة في بناء المجتمعات وهو الذي وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ.

ويقول الإمام السرخسي (تعلق بهذا العقد-اي عقد الزواج- أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والإنفاق، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول (صلى الله عليه وسلم)، وتحقيق مباهاة الرسول عليه السلام بهم .[١]

وقد قال: الإمام الغزالي، في فوائد الزواج: وفيه فوائد خمسة : الولد، وكسر الشهوة، وتدبير المنزل، وكثرة العشيرة، ومجاهدة النفس بالقيام بهن.[٢]

لكن تحصل هناك ما بين الأزواج من المشاكل والمتغيرات تفضي بالنتيجة إلى الطلاق وإلى الفرقة لأسباب كثيرة ليس هنا المجال لذكرها، وهناك حالات كثيرة من الزواج وما أكثر أحوال الناس وأمورهم المستجدة فقد يغيب الزوج عن زوجته فيتركها بلا معيل وبلا شريك فتخشى على نفسها الفتنة في نفسها وفي دينها وفي عرضها، فجاءت الشريعة بأحكام تكفل لها صيانة نفسها ومن رحمة الله بنا ما جعل علينا في الدين من حرج فهذا الدين القيم العظيم جاء للتيسير على الناس في عباداتهم وفي معاملاتهم، ومنها الزواج والفرقة منه.

---

[١] () محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،(ت٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة ، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، بيروت ج٤، ص١٩٢.

[٢] () الغزالي، أبو حامد محمد الغزالي الطوسي (ت٥٠٥هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة ، بيروت، ب.ط، ج٢، ص٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و لما كان الطلاق حقا اختص به الزوج ، يوقعه بلفظه وارادته، و لم يتعلق بالزوجة، ولم يعطها لشرع الحق في ايقاع الطلاق ما لم يفوضها زوجها بذلك. فقد أجازت الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التفريق من زوجها متى وقع عليها ضرر منه ، ان كان بقصد او بغير قصد، و عليه كان لزوجة المفقود التي تضررت من فقده و غيابه عنها ان ترفع امرها الى القاضي و تطلب التفريق لتضررها من فقدان زوجها .

ذلك ان ادعت تضررها و خشيت على نفسها من الوقوع في المعاصي و الفتن ،حيث انه من المعلوم ان للزوجة حقوقا رتبها عقد الزواج ، و منها حل الاستمتاع و الاحصان و النفقة .

و من هذا المنطلق ، سيقوم الباحث بدراسة حق الزوجة في طلب التفريق للفقد ، من خلال تتبع التاصيل الفقهي لهذا النوع من الفرقة، و الاسباب الموجبة لها، و بيان آراء الفقهاء من المذاهب الاربعة بزوجة المفقود و حقها في طلب التفريق، بعد الوقوف على مفهوم الفقد و آراء الفقهاء فيه و حالاته.

ومن ثم سينتقل الباحث الى الدعوى القضائية و التكييف القانوني لهذه الدعوى،مع بيان المواد القانونية المجيزة للتفريق ، وصولا الى صدور الحكم القضائي و الاثار المترتبة عليه.

سبب اختيار الموضوع:

يمكن أن ألخص أهم الأسباب التي دعت الباحث لاختيار هذا الموضوع بما يلي:

١) الوقوف على نوع من أنواع التفريق لبعد الزوج وغيابه وهي دعوى التفريق للفقد لأتتبع تأصيلها الفقهي وتطبيقها العملي في المحاكم الشرعية .

٢) ان التفريق نتيجة فقدان الزوج وأن اهتم به الفقهاء إلا أنه في تقديري يحتاج إلى مزيد لينتفع به طلبة العلم.

٣) الملائمة العملية ما بين الفقه الإسلامي وما يطبق من أمور عملية في المحاكم الشرعية جمعا بين النظرية والتطبيق.

٤) بيان الجانب العملي للتفريق القضائي لفقدان الزوج وذلك من خلال عملي في المحاكم.

٥) صلة هذا الموضوع الأمر الذي يتطلب مزيدا من اهتمام الباحثين.

٦) ضرورة التأكيد على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الأساس في هذا الموضوع وبالتالي إخراج هذا الموضوع بصورة يكون له الأثر في حياة الناس، رعاية لمصالحهم و حفظا لحقوقهم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلة الدراسة :

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة على الأسئلة التالية :

١- ما هو الاصل الفقهي لدعوى التفريق للفقد ؟

٢- ما هي الاسباب الموجبة للتفريق لفقدان الزوج ؟

٣- ما هو الاثر المترتب على التفريق بالنسبة للزوجة ؟

أهداف الدراسة :

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :

١-بيان مفهوم المفقود والغائب، وأقوال الفقهاء من المذاهب في ذلك.

٢-بيان الأسباب الموجبة لإقامة دعوى لتفريق للفقد.

٣-بيان الفرق بين دعاوى التفريق للفقد والغياب وإثبات وفاة الزوج.

٤-بيان الآثار المترتبة على التفريق للفقد بحق الزوجة والزوج.

أهمية الدراسة :

تأتي أهمية هذه الدراسة لبيان الأهمية العلمية والعملية لهذا النوع من التفريق. ولإتاحة الفرصة أمام الباحثين والمختصين والمهتمين بهذا الموضوع للتعرف أكثر والاستفادة من الدراسة من خلال التعريف بهذه الدعوى وبالحقوق التي منحها الشرع للزوجة في طلب التفريق في حالة فقدها زوجها وفي كيفية رؤية الدعوى وبيان صحتها وفي طرق إثباتها، هذا بالإضافة لإظهار الحرص العميق من قبل السادة العلماء من مختلف المذاهب في التيسير على الأزواج وفي الموازنة بين حقوقهما، والمحافظة عليها ورفع الضرر عن المتضرر بما يحفظ مقاصد الشرعية الكلية والجزئية.

منهج الدراسة :

سوف يعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي و الوصفي التحليلي و المقارن ،إضافة إلى المنهج الاستنباطي، من خلال تتتبع أقوال الفقهاء في المذاهب المعتبرة وعرض أدلتهم ثم مناقشتها وبيان رأيي باختيار القول الراجح في هذه المسائل بشكل مجرد دون التعصب لأي مذهب من المذاهب .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات السابقة :

في حدود اطلاع الباحث فإنه لم يجد دراسة تعالج الموضوع بشكل مباشر، أو تقف على الموضوع بشكل مستقل، إلا انه وجد بعض الدراسات التي تشترك معه هذه الدراسة في بعض جزئياتها ومباحثها ومن هذه الدراسات ما يلي:

١) دراسة، العملة، توفيق محمد محمد عثمان، بعنوان احكام المفقود في الفقه الاسلامي و ما عليه العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين، رسالة ماجستير لسنة ٢٠٠٢،منشورة العام ٢٠٠٧،جامعة الخليل، فلسطين.

تناولت هذه الدراسة احكام المفقود، بالاضافة الى الفرق بين الغائب و المفقود

الا ان هذه الدراسة لم تتعرض لدعوى التفريق للفقد من حيث التاصيل الفقهي و القانوني لها ، و لم تعقد مقارنة بين قوانين الاحوال الشخصية بهذه الخصوص و هذا ما سيقوم الباحث بتسليط الضوء عليه من خلال دراسته لهذا الموضوع.

٢) دراسة الحول، يوسف عطا محمد، بعنوان أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، جامعة النجاح ،فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، العام ٢٠٠٣

تناولت هذا الدراسة الأحكام المتعلقة بأموال المفقود وميراثه، وكذلك بينت الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود، إلا أن هذه الرسالة لم تتناول موضوع التفريق للفقد كدعوى فسخ أو طلاق، وإنما كدعوى إثبات وفاة المفقود، وسيقوم الباحث بيان الفرق بين الدعويين او الموضوعين من خلال دراسته لدعوى التفريق للفقد.

٣- السقا، عبد المنعم فارس، بعنوان أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي ،رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة دمشق، سوريا، العام ٢٠٠٤م

جاءت هذه الرسالة في الأحكام العامة للغائب والمفقود، ولم يبين الباحث فيها بالتحديد نوع الفرقة في الفقد بشكل مستقل، حيث جاءت الدراسة لتعقد مقارنة بين الغائب والمفقود من حيث الأحكام والآثار و الحقوق ، كما انه ذكر موضوع التفريق بسبب غياب الزوج لا بسبب فقدانه وهذا ليس موضوعنا في هذه الدراسة .

٣) دراسة ظاهر، عمار مرزوق ملحم، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية – قانونية مقارنة) كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٣.

هدفت هذه الدراسة إلى تناول موضوع التفريق بين الزوجين بسبب عيبة الزوج والضرر الناتج عن ذلك، ولما فيه من حفاظ على الأعراض وحماية الزوجة من الانحراف في ظل غياب زوجها عنها، وكانت مشكلة هذه الدراسة تتمحور حول المعنى الشرعي والقانون للغيبة، ومدتها، وأقوال الفقهاء في ذلك والضرر الناتج عن الغيبة وحق الزوجة في التفريق بينها وبين زوجها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤) دراسة خضير، حامد سليمان جبر، التفريق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في المحاكم الشرعية، كلية الشريعة ، الجامعة الإسلامية، غزة.

تطرق الباحث في دراسة هذه إلى الغيبة والضرر، وكان قد تطرق كذلك إلى سدد أقوال الفقهاء حول أنواع التفريق بشكل عام، وما هو الرأي الفقهي المعتمد لدى المحاكم الشرعية ، وكيفية السير بمثل هذه الدعوى امام المحاكم الشرعية، وذكر الإحصائيات المتوفرة لدى المحاكم الشرعية حول تلك القضايا بما يخص دعاوى التفريق.

ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة ما يلي:

١) تقوم هذه الدراسة على تسليط الضوء على موضوع دعوى الفريق القضائي لفقدان الزوج، خاصة وان الأردن من اكثر البلدان التي تحوي لاجئين من مختلف الدول التي تعاني من الحروب و الاقتتال و الكثير منهم من فقد اهله و زوجه وولده .

٢) الربط ما بين أقوال الفقهاء والإجراءات المعمول بها في المحاكم الشرعية الأردنية.

٣) يتم عرض هذا الموضوع بأسلوب قانوني يؤصل مسألة التفريق للفقد و يبين اجراءات الدعوى القضائية في ذات الموضوع.

٤) سيبين الباحث التطبيق العملي لدعوى التفريق للفقد،بدأ من لائحة الدعوى و انتهاءا بصدور الحكم القضائي و الاثار المترتبة عليه

٥) عقد مقارنة ما بين قوانين الاحوال الشخصية في الاردن و الامارات و السودان، وبيان المذهب الفقهي الذي استمدت منه المواد المجيزة لهذا النوع من التفريق.

٦) بيان مناهج الفقهاء في نوع فرق الزواج، و حق زوجة المفقود في طلب التفريق.

٧) تكييف دعوى التفريق للفقد من الناحية الفقهية و القانونية و القانون واجب التطبيق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الاول
التفريق القضائي بطلب الزوجة

في هذا الفصل سأبين مناهج الفقهاء في المذاهب الاربعة في جواز التفريق بطلب من الزوجة و ما هي الحالات التي اجازوا لها في ذلك و من ثم سأبين اختيارات القوانين

المبحث الأول التفريق في المذاهب وحالاته

المطلب الاول: مفهوم التفريق

الفرع الاول: مفهوم التفريق لغة:

التفريق لغة: مصدر فرق وأصل الكلمة فرق بين الشيئين على وزن نصر والفرقة اسم من فارقة مفارقة وفراقا.[٣]

والفرق خلاف الجمع وهو الفصل بين الشيئين. [٤]

الفرع الثاني : مفهوم التفريق اصطلاحا :

١- عند الحنفية: الفرقة رفع قيد النكاح. [٥]

٢- عند المالكية:

صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته. [٦]

أو رفع القيد الثابت بالنكاح [٧]

٣- عند الشافعية: حل لعقد النكاح أو تصرف الزوج بقطع النكاح.[٨]

عند الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه.[٩]

---

[٣]() الرازي، مختار الصحاح ، ص٢٤٨.

[٤]() ابن منظور، لسان العرب: مادة الفرق

[٥]() ابن نجم، البحر الرائق ج٣، ص٢٥٢؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج٣، ص ٤٦٣.

[٦]() الخطاب، مواهب الجليل ج٤، ص١٨.

[٧]() الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج٣ ، ص٢١٦.

[٨]() الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ، ص٢٧٩.

[٩]() المرداوي، الإنصاف،ج٨، ص٤٢٩؛ البهوتي، كشاف القناع،ج٥، ص٢٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والفرقة بالمجمل كما عرفها الشيخ لي الخفيف : رفع قيد النكاح حالا أو مآلا أو ما تنحَل به عقدة النكاح فينقطع به ما بين الزوجين من علاقة زوجية.[١٠]

و من خلال استقراء هذه التعريفات، فانني ارجح تعريف الحنفية للفرقة ، ذلك ان هذا التعريف يتسع لكون التفريق من قبل الزوج او الزوجة او الحاكم ، او بسبب الشرع ، سواء كان في العقد الفاسد او الصحيح.

الفرع الثالث : مشروعية التفريق:

وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرقة بين الزوجين:

) -١فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ) (سورة البقرة الآية ١٠٢)

) -٢فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)(سورة الطلاق الآية٢)

) -٣وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ) (سورة النساء ١٣٠)

الفرع الرابع: مفهوم القضاء:

المسألة الاولى : مفهوم القضاء لغة :

القضائي نسبة إلى القضاء

والقضاء لغة: مصدر قضى، أو حكم.[١١]

ويعود أصله إلى قضائي لأنه من قضيت وجمعه قضية، ومنه القضيّة وجمعها قضايا على وزن فعالى. حيث قال أبو بكر: قال أهل الحجاز: القاضي يقصد به في اللغة القاطع للأمور المحكمة لها. واستقضي فلان أي أصبح قاضيا يحكم بين الناس والقضايا هي الأحكام يقال قضى يقضي قضاءً، نحو قاضٍ أي حكم وفصل.

المسألة الثانية: مفهوم القضاء اصطلاحا.

يعرف القضاء أنه: إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه.[١٢]

---

[١٠]() الخفيف علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي، بيروت،ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ص١.

[١١]() الرازي، مختار الصحاح، ص٨٠

[١٢]() الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٦؛ الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبد ه(ت١٢٤٣ه) مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى المكتب الإسلام، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج٦، ص٤٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و اما تعريف القضاء عند الفقهاء:

١- جمهور الحنفية:

عرفوه: بأنه فصل الخصومات وقطع النزاعات بشكل خاص ، وعرفه بعض الحنفية: بأنه قول ملزم يصدر عن ولآية عامة.[١٣]

٢- جمهور المالكية: القضاء :هو إخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.[١٤]

٣- جمهور الشافعية:[١٥]

بأنه فصل الخصومات بين خصمين أو أكثر بحكم الله تعالى.

٤- جمهور الحنابلة:[١٦]

فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه الخصوص ويصدر عن الولآية العامة.[١٧]

هو إظهار حكم الشرعي في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه.

ومن خلال استعراض التعريفات عند الفقهاء يتبين لنا ان التفريق: هو رفع العقد أو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي.

والتفريق القضائي: أن يكون بطلب من الزوج أو الزوجة أو الولي أو المدعي العام الشرعي. ويكون التفريق بطلب من الزوجة لأنها لا تملك حل عقدة النكاح لأن عقدة النكاح ينفرد بها الزوج.

---

[١٣]() ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص ٣٥٢.

[١٤]() عليش، منح الجليل، ج٨، ص٢٥٥؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص ٨٦-٨٧.

[١٥]() الرملي، نهاية المحتاج، ج٨، ص٢٣٥؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٣٧؛ الرحيباني، مطالب اولي النهى، ج٦، ص٤٣٧.

[١٦]() ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي، الحنبلي، المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، عالم الكتب، بيروت، ج٢، ص٥٧٠- ٥٧١.

[١٧]() مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٣٧٤ج٤ مطالب أولي النهى: ٦/٤٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني الحالات التي يجيزها الفقهاء للزوجة في طلب التفريق

الفرع الاول: المذهب الحنفي:

في المذهب الحنفي فان الحالات التي يجوز فيها للمرأة طلب التفريق القضائي:[١٨]

١) عدم فيئة الزوج من الإيلاء.

٢) جب الزوج وعنه وخصاه.

٣) التدليس.

٤) طلب اللعان من الزوج بعد عجزه عن إثبات القذف بالزنا أو نفي الولد .[١٩]

أما عن منهجه:

فهم لا يجيزون فسخ العقد بعد تمامه إن حصل الوطء لمرة واحدة، لذلك منعوا التفريق بالفسخ للغياب والهجر وعدم التكفير للظهار والفقد .[٢٠]

الفرع الثاني:المذهب المالكي:

الحالات التي يسمع فيها للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق: عدم الفيئة من الإيلاء[٢١]. فقد الزوج بحيث لا تعرف حياته من مماته.[٢٢]

١) للعيوب [٢٣]

٢) للتغرير والتدليس وذلك عند اشتراط صفة معينة في الزوج وثبوت تخلفها.[٢٤]

---

[١٨]() ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص ٣٥٢-٣٥٤.

[١٩]() الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: ٦٨٣هـ) الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ج٣، ص١٥٢، ١١٥، ١٠٠، ١٦٩.

[٢٠]() ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢، ص٢٣٥ ؛ ابن همام ، فتح القدير، ج٣ ، ص٤٣٥.

[٢١]() زكريا الانصاري، فتح الوهاب، ص١٥٩.

[٢٢]() القيروان، النوادر والزيادات، ج٥ ، ص٢٤٥، الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٤ ، ص٣٧٦، النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (المتوفى : ١١٢٦هـ) ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، مكتبة الثقافة الدينية ، ج٢، ص٤١، التاج والإكليل، ج٤ ، ص١٥٥.

[٢٣]() ابن رشد، البيان والتحصيل، ج ٥، ص٥٠ و٥٩، مالك المدونة، ج٢، ص٢١٣، القيروان، رسالة القيروان، ص٩٥

[٢٤]() الموصلي، الاختبار، ج٣، ص١١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣) لعدم كفارة الظهار بعد وجوبها على الزوج.[٢٥]

٤) هجر الزوج فراش زوجته وترك معاشرتها فترة زمنية مخصوصة.[٢٦]

٥) غيبة الزوج عن زوجته وترك معاشرتها فترة زمنية مخصوصة.[٢٧]

٦) إعسار الزوج وعدم قدرته على دفع المهر أو دفع النفقة الزوجية.[٢٨]

٧) خوف الزوج من استمرار حال الشقاق بينها وبين زوجها وهو ما يعرف بتفريق الحكمين[٢٩]

٨) بسبب اللعان.[٣٠]

وهنا يظهر ومن خلال تتبع أدلتهم أنهم يؤصلون مسألة التفريق للفقد ويجيزونها من خلال القياس على الإيلاء بجامع عدم الوطء، لأن الوطء حق للمرأة كما هو للزوج، وترك الوطء فيه ضرر على الزوجة كما استدلوا بجواز طلب الزوجة التفريق للفقد إلى قوله الصحابي وهو أصل عندهم يحتج به.

كما روي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربع أشهر وعشرا" [٣١]

الفرع الثالث: المذهب الشافعي:

الحالات التي يسمح الشافعية فيها للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق:

١) عدم الفيئة من الإيلاء.

٢) الإعسار عن دفع النفقة.

---

[٢٥]() الموصلي، الاختبار، ج٣، ص١٦٩.

[٢٦]() النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص٦٩.

[٢٧]() القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، ج٣، ص١٥٥.

[٢٨]() الموصلي، الاختبار، ج٣، ص١١٥ -١١٦.

[٢٩]() النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص٦٨-٦٩.

[٣٠]() الموصلي، الاختبار، ج٣، ص١١٦.

[٣١]() البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٧ ، ص٤٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣) للعيوب المنصوص عليها في باب الزواج [٣٢]

٤) بسبب اللعان

٥) الإعسار عن دفع المهر

٦) التفريق للشقاق وهو قول مرجوح.[٣٣]

وعليه فإنه لا يجيزون التفريق لزوجة المفقود، لأن قواعد الاستدلال وكما حددها الغزالي في فسخ النكاح تكون بأمرين: النص والقياس على النص وكذلك المصلحة المرسلة.

- ففي تعليله لعدم التفريق قوله (وإن فسخنا فالفسخ إنما يثبت بنص أو قياس على نصوص والنصوص أعذار وعيوب من جهة الزوج من إعسار وجب وعنه فإذا كانت النفقة دائمة فغايته الامتناع عن الوطء وذلكم في الحضرة لا يؤثر فكذلك في الغيبة فإن قيل سبب الفسخ دفع الضرر عنه واجب وفي تسليم زوجته إلى غيره في غيبته ولعله محبوس أو مريض معذور أضرار به فقد تقابل الضرورات وما من ساعة إلا وقدوم الزوج فيها ممكن فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض.[٣٤]

فالخلاف ليس في أصل المصلحة عنده بل مرجوحة تعارض مصلحتين ومقصودين فيجب ترجيح الأقوى.

وعلل تغيير قول الشافعي في هذه المسألة أنه استعظم تسليم حليلة الزوج إلى زوج آخر يتغشاها ويستولدها مع احتمال بقائه حيا.

ورأى أن الضرر المترتب على المرأة في التربص والصبر أهون من ذلك الضرر المترتب على الزوج الأول.[٣٥]

---

[٣٢]() ابن هبيرة، يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني أبو المظفر عون الدين(ت٥٦٠هـ)، الائمة العلماء، تحقيق سيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م، ج٢ ص١٥٠، الشيرازي، المهذب، ج٢ ، ص٤٨.

[٣٣]() الرافعي، الشرح الكبير، ج٨، ص٣٩٠؛ ابن هبيرة، اختلاف الائمة، ج٢، ص ١٥٢.

[٣٤]() الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥هـ)، المستصفى، تحقيق، محمدعبد السلام الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، ج١، ص٤٢٨.

[٣٥]()الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥هـ)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الارشاد، بغداد، ط١، ١٣٩٠هـ/١٩٧١م، ص ٢٦١-٢٦٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهم لا يجيزون الفسخ إلا بالنص والقياس عليه أما الإيلاء وهو ترك الوطء فقد اعتبروه حال أنه خارج القياس [٣٦]

لذلك لا يقيسون حالات الضرر بترك الوطء ومنها الغيبة والهجر والسجن والفقد على الإيلاء، و لا يمتاز أن الوطء حق للزوج لا للمرأة قال الغزالي "ليس للمنفردة في النكاح مطالبة الزوج بالمبيت عندها ولا بالوقاع اكتفاء بدواعي الطبع، والأولى للزوج أن لا يخليهن عن الايناس والوقاع تحصينا لهن عن الفجور." [٣٧]

الفرع الرابع :المذهب الحنبلي:

حالات التفريق بطلب الزوجة:

١) عدم الفيئة من الإيلاء
٢) الهجر
٣) الغيبة
٤) عدم كفارة الظهار
٥) الفقد [٣٨]
٦) العيوب
٧) الإعسار عن دفع النفقة
٨) الإعسار بالمهر
٩) طلب اللعان
١٠) الإتيان في الدبر مع الإكراه
١١) مخالفة الشرط
١٢) الغرر والتدليس

---

[٣٦]() الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ، ص٢٦١.

[٣٧]()الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥هـ)، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ج٥ ، ص٢٨٥، الماوردي، ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي(ت٤٥٠هـ)، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ب.ط، ص١٤٦، الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ،ص٥١.

[٣٨]() المرداوي، علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن(ت٨٨٥هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ج٩ ، ص٢٩٠؛ البهوتي، كشاف القناع، ج٥ ، ص٤٢١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما أدلتهم في حالات التفريق:

ما نص عليه ابن قدامة قال الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس.[٣٩]

كذلك الاستدلال بقول الصحابي في حالة التفريق للفقد، ودليله ما روي عن الزعري عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفإن (رضي الله عنه)ما قالا في امرأة المفقود تربص أربع سنين وتعتد أربعة أشهر[٤٠]

وكذلك استدلوا بالقياس بجواز التفريق للهجر على ترك كفارة الظهار وعدم الفيئة من الإيلاء بجامع ترك الوطء.

---

[٣٩]() ابن قدامة، المغني، ج٧ ، ص٥٨٢.

[٤٠]() ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة ، دار الفكر ، بيروت، ط١، ج٣ ، ص٥٢١، الزيلعي، جمال الدين ابن محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي(ت٧٦٢هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الالمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد بن يوسف البنوري، وآخرون، مؤسسة الريان، للطابعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧، ج٣، ص٤٧٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث انواع فرق الزواج

قبل بيان اراء الفقهاء في نوع التفريق هل هو فسخ ام طلاق، لا بد ان ابين مفهوم الفسخ و الفرق بينه و بين الطلاق

الفرع الأول : الفسخ

مفهوم الفسخ اصطلاحا :

عند الحنفية والمالكية : هو رفع العقد من الأصل [٤١]

وعند الشافعية : رفع العقد في حالة لا من أصله [٤٢]

فالفسخ إذا هو نقض للعقد من أصله لسبب داخل فيه أو لسبب طرأ عليه منع من استمراره فإذا كان من جهة الشارع، كان يكون العقد باطلا أو فاسدا لسبب من أسباب بطلانه أو فساده من الناحية الشرعية، وإما أن يكون بسبب أعطى فيه الشرع لصاحب الحق بطلب الفسخ.

الفرع الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق: [٤٣]

إن كلا الفسخ والطلاق يتفقان من حيث انهما يحلان رابطة الزواج، اما الفرق بينهما فهو كالآتي:

١- الفسخ قد يكون لأصل العقد أو لحالة طارئة عليه، او لأسباب شرعية

٢- الطلاق حق للزوج، يوقعه بإرادته ولا يحتاج لحكم القاضي، أما الفسخ فيحتاج لحكم القاضي

٣- الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر وأما بعد الدخول فيوجب كامل المهر.

اما الفسخ قبل الدخول فلا يرتب آثارا وحقوقا إلا إذا كان بسبب من الزوج.

٤- الفسخ يكون في العقد الصحيح والعقد الفاسد، أما الطلاق فلا يكون الا في العقد الصحيح.

٥- الطلاق يتقص عدد الطلقات اما الفسخ فلا ينقص من عددها .

---

[٤١]() الكاساني، البدائع ، ج٢، ص٤٩٧، القرافي، ابن العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي القرافي(ت٦٨٤هـ)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق،تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ج٢، ص٢٦.

[٤٢]() النووي، ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)،دار الفكر، بيروت، ب.ط، ج١٧، ص٣٨٣

[٤٣]() النووي، المجموع، ج١٧، ص٣٨٣-٣٨٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع آراء الفقهاء في نوع فرق الزواج

الفرع الاول: عند الحنفية: [٤٤]

إذا كانت الفرقة من جهة الزوج، فهي طلاق، وإذا كانت من جهة الزوجة فهي فسخ، لان الزوج هو الذي يملك عصمة الطلاق ،اما الزوجة فلا تملكه ما لم يفوضها زوجها بذلك، فإذا كان في استمرار نكاحها ظلم وضرر وأبى الزوج ان يطلقها، طلقها عليه القاضي جبرا عنه .

وعليه يتكون الفرقة طلاقا على نوعين :

أ- فرقة لا تحتاج الى حكم القاضي :

١- الايلاء.

٢- اباء الزوج عن الإسلام .

ب- فرق تحتاج الى حكم القاضي.

١- الفرقة بسبب الجب والعنة والخصي .

٢- اللعان .

واما الفرقة التي تكون فسخا فهي:

أ- الفسخ الذي لا يحتاج الى حكم القاضي

١- فساد العقد.

٢- الردة .

ب- الفسخ الذي يحتاج الى حكم القاضي

١- لعدم كفاءة الزوج.

٢- إذا نقص المهر عن المثل.

الفرع الثاني: عند المالكية: [٤٥]

---

[٤٤]() ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص ٣٥٤-٣٥٦؛ الموصلي، الاختبار، ج٣، ص١٦٩-١٧١.

[٤٥]() المالكي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (المتوفى: ١٠٧٢هـ، شرح ميارة الفاسي، دار الكتب العمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠من ج١، ص٢٤٨؛ الانصاري، محمد قاسم ابو عبد الله الرصاع التونسي(ت٨٩٤هـ)، الهداية الكافية لبيان حقائق الامام ، ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت، ط١، ١٣٥هـ، ص٧١٧-١٧٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هناك معياران للتفرقة بين فرقة الفسخ وفرقة الطلاق، اما الأول فهو إذا كانت الفرقة بسبب مختلف فيه وكان الخلاف مشهورا خارج المذي، يتكون الفرقة كلاقا، واما المعيار الثاني فيعود الى الشارع، فإذا لم يصح بقاء الزوجين معا فهو فسخ، كالنكاح في العدة والحرمة بسبب الرضاعة. وإذا كان مما للزوجين ان يقيما عليه، فهو طلاق وعليه فإن انوع الفرق عندهم على النحو الآتي :

أ- فرق الطلاق التي لا تحتاج الى حكم القاضي. (الردة).

ب- فرق الطلاق التي تحتاج الى حكم القاضي .

١- الايلاء عند عدم الفيئة .

٢- التفريق للغرر والغش.

٣- التفريق للعيوب وللجنون والجذام والبرص بالزوج [٤٦]

٤- التفريق للإضرار بالزوجة

٥- تفريق الحكمين

٦- التفريق لفقد الزوج او غيبته

٧- الإعسار عن النفقة والإعسار عن المهر قبل الدخول.

اما فرق الفسخ فهي:

١- التي لا تحتاج لحكم القاضي

١- التفريق لفساد النكاح

٢- اباء احد الزوجين الإسلام [٤٧]

٢- التي تحتاج لحكم القاضي

١-اللعان

الفرع الثالث: عند الشافعية والحنابلة :

فإن الفرقة لا تكون طلاقا إلا إذا أوقعه الزوج، وباقي الفرق تكون فسخا[٤٨] وعليه فإن فرقة الطلاق التي لا تحتاج الى حكم القاضي هي الخلع ، واما التي تحتاج الى حكم القاضي فهي تفريق الحكمين والايلاء،

---

[٤٦]() ابن رشد، ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد به أحمد بن رشد القرطبي(ت٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ب.ط، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤ ، ج٣، ص١٣٨.

[٤٧]() الشافعي : الام ، ج٥، ص١٢٦ و١٢٨؛ الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٤٩؛ ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص٦٢.

[٤٨]() ابن رشد، بداية المجتهد، ج٣، ص٢٢٩؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٥٥ و١٨٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما الفسخ ،فإن جميع فرق الفسخ تحتاج الى حكم القاضي وهي:

١) العيوب
٢) الرضاعة
٣) بسبب يوجب حرمة المصاهرة
٤) اللعان
٥) الإعسار عن دفع النفقة او المهر عند الحنابلة [٤٩]

[٤٩]() ابن قدامة ، المغني ، ج١٠، ص٦٢؛ الشربيني، مغني المحتاج ، ج٣، ص٢٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس اختيارات القوانين لنوع الفرقة

الفرع الاول: القانون الأردني:

جاء في المادة ٩١ منه: كل طلاق يقع رجعيا الا المكل للثلاث، و الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة، والطلاق على مال، والطلاق الذي نص على انه بائن في هذا القانون.

اما المادة ١٣٨: تكون الفرقة للعيوب فسخا.

اما المادتين و ٣٢٤ ٣٢٣ فقد نصتا على ان فهم نصوص مواد هذا القانون و تفسيرها و استكمال أحكامها يرجع بها إلى المذهب الذي استمدت منه.

وبناء على استقراء مواد القانون نجد ان المقنن الأردني لم يضع قاعدة ثابتة لنوع الفرقة وعليه فيمكن استخلاص نوع الفرقة ان كان فسخ ام طلاق على النحو الاتي:

الفرقة التي تكون فسخا:

الافتداء و الغياب و الهجر و الحبس و الفقد و الفرقة للعيوب و العجز عن دفع المهر قبل الدخول و إباء الإسلام و الردة .

اما الفرقة التي اعتبرها طلاق سواء اكان بائنا ام رجعيا:

التفريق للشقاق و النزاع و الامتناع عن الإنفاق والايلاء و الظهار و الخلع الرضائي.

الفرع الثاني : القانون الإماراتي:

جاء في المادة ٩٨ منه:

١) يفسخ عقد الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى و مقتضياته، او طرأ عليه ما يمنع استمراره شرعا.

٢) تقع الفرقة بين الزوجين بالطلاق او الفسخ او الوفاة.

و في الفصل الأول: التفريق للعلل المواد ١١٢-١١٥: التفريق للعلل يكون فسخا ومن خلال الاطلاع على نصوص مواد القانون نجد أيضا ان القانون الإماراتي لم يجعل قاعدة ثابتة لنوع الفرقة حاله حال القانون الأردني ، الا انه اعتبر نوع الفرقة للضرر و الشقاق ولغياب الزوج و فقدانه و للحبس و لعدم الإنفاق طلاق لا فسخا ، و كذلك بالنسبة للايلاء والظهار اعتبره طلاق بائنا في حين ان القانون الأردني اعتبرهما طلاقا رجعيا ما لم يكن مكملا للثلاث اما الخلع فقد نص على انه فسخ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: القانون السوداني:

نصت المادة ١٢٧: تقع الفرقة بين الزوجين بأي وجه من الوجوه الاتية:

١) إرادة الزوج تسمى طلاقا

٢) إرادة الزوجين و تسمى خلعا أو طلاقا على مال

٣) حكم الطلاق و تسمى تطليقا أو فسخا

٤) وفاة احد الزوجين.

وبتتبع نصوص المواد الخاصة بالفرقة ، نجد ان المشرع السوداني قد اعتمد المذهب الحنفي في التفريق،فقد اعتبر الفرق التالية طلاقا لا فسخا و هي :

١) ما يقع بها طلاقا بائنا :

٢) الخلع في المادة ١٤٣ و للضرر و الشقاق المادة ١٦٩ و العيوب للعنة المادة ١٦٠ و الغياب و الفقد و الحبس المادة ١٩١ و اللعان المادة ٢٠٢ ما يقع بها طلاقا رجعيا:

٣) التطليق للإعسار او لعدم الإنفاق المادة ١٨١ و الايلاء و الظهار المواد ١٩٥ و ١٩٨

اما الفسخ فلم يعتمده من حيث نوع الفرقة ، إلا إذا اختل احد أركان عقد الزواج ، او اشتمل على مانع يتنافى مع مقتضياته، او طرأ عليه ما يمنع استمراره شرعا كما جاء في المادتين ٢٠٤ و ٢٠٥ منه.

و بناء عليه يمكننا القول ان المقنن الأردني في غالب مواده المجيزة للتفريق اعتمد المذهبين الشافعي و الحنبلي بالنسبة للفسخ.

اما المقنن الإماراتي فقد اعتمد المذهب المالكي في فرقة الطلاق :

و المقنن السوداني اعتمد المذهب الحنفي. و من خلال استقراء مناهج الفقهاء في نوع الفرقة لفقدان الزوج ، نجد ان المقنن الأردني قد اعتمد اصل المادة ١٤٣ من المذهب المالكي من حيث الجواز التفريق و من المذهب الحنبلي من حيث نوع الفرقة و هي فرقة فسخ لا طلاق .

والذي اميل اليه و ارجحه هو نوع الفرقة التي اخذ بها القانون الاردني ،لان الاصل في الطلاق ما كان من الزوج و يصدر عنه ، و اما ما كان بسبب من الشرع او من الزوجة فالحق ان يكون فسخا لا طلاقا، لان الفسخ لا ينقص عدد الطلقات هذا من جهة و من جهة اخرى ارى ان الفرقة التي تحتسب طلاقا فيها تعدي و تعسف على حق الزوج بسلب ما اعطاه اياه الشرع و جعله حقا له الا و هو الطلاق.

وعليه يمكن الاستخلاص الا ان التفريق لفقدان الزوج الذي اعتمده المقنن الاردني قد اعطى الزوجة الحق في طلب التفريق من المذهب المالكي و اما بالنسبة لنوع الفرقة للفقد فقد اخذ بالمذهب الحنبلي بان جعلها فسخا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني حق الزوجة في طلب التفريق لفقدان الزوج

ان الشريعة الإسلامية تتسم بالمرونة واليسر ورفع الحرج عن الناس، فقد راعت ما قد يطرأ على الحياة الزوجية و ما يؤدي إلى قطعها بسبب الحوادث والظروف مراعية في ذلك حقوق الزوجين، ومن اسباب التفريق القضائي بين الزوجين هو فقدان الزوج و غيابه عن زوجته لفترة طويلة الامر الذي قد يلحق الضرر بها ،لذا اعطاها الشرع الحق في رفع الضرر عن نفسها من خلال هذا النوع من التفريق ، فلكل تفريق اسبابه، وظروفه، وصوره.

وسيتناول الباحث في هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول : مفهوم الفقد لغة واصطلاحا وقانونا

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد

المطلب الثالث: مدة التربص والأحكام المتعلقة بها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول مفهوم المفقود لغة واصطلاحا وقانونا

الفرع الأول: مفهوم المفقود لغة :

المفقود لغة: (فقد) غاب وضاع الشيء فقدا أو فقدانا: ضله وضاع عنه.[٥٠]

والفقدان: من فقد الشيء يفقده إذا غاب عنه وعدمه.[٥١]

التفقّد: طلب الشيء عند غيبته ومنه قوله تعالى على لسان سيدنا سليمان: (وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ) (سورة النمل الآية ٢٠)

وهذا يعني أن لفظه "فقد" من ألفاظ الأضداد فنقول: فقدت الشيء إذا ضللته أو غاب عنك وفقدته أي طلبته.

و فقد الشيء يفقده فقدا، ة فقدانا و فقودا، فهو مفقود و فقيد:عدمه، و افقده الله إياه، و الفاقد من النساء: التي يموت زوجها او ولدها[٥٢].

الفرع الثاني: مفهوم المفقود اصطلاحا:

اولا: عند الحنفية:

المفقود :اسم لموجود هو حي باعتباره أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدُّون وبخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبرة واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما تأخر اللقاء إلى يوم التناد.[٥٣]

وهناك تعريف آخر للزيلعي : بأنه شخص غاب عن بلده ولا يعرف أنه حي أم ميت.[٥٤]

ثانيا: عند المالكية عرفوا المفقود بأنه الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان قد ضل أهله لا يدري أين هو وقد تلوموا لطلبه والسائلة عنه فلم يوجد فذاك هو المفقود.[٥٥]

---

[٥٠]() الرازي ، مختار الصحاح، ص٢٥٢.

[٥١]() الرازي ، مختار الصحاح، ص٢٥٢.

[٥٢] لسان العرب ج٢ ، ص ٢٠٥

[٥٣]() السرخسي ، المبسوط، ج١١، ص٣٤.

[٥٤]() الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣١٠.

[٥٥]() مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢، ص٤٥١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتعريف آخر لهم بأنه من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يتطاع الكشف عنه.[٥٦]

ثالثا:عند الشافعية:

- المفقود الذي انقطع خبره ولم يوقف على حاله خبر يتوهم موته.[٥٧]

رابعا: عند الحنابلة:[٥٨]

المفقود من انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالجندي الذي يفقد في المعركة وراكب السفينة التي غرقت ونجا بعض ركابها والرجل الذي يفقد من بيت أهله كمن خرج من السوق أو إلى حاجة قريبة فلم يرجع ومن فقد في صحراء مهلكة أو نحو ذلك.[٥٩]

ومن خلال استعراض تعريفات الفقهاء للمفقود، فإنني ارجح تعريف الحنفية على باقي التعريفات ،لانه ذكر الاوصاف والشروط والحالة التي يكون عليها المفقود ، ومنها :

١) ان يكون مقطوع الاثر فلا يعرف له عنوان او مكان يقيم فيه

٢) ان المفقود لا يحكم عليه باعتباره حيا ام ميتا الا متى غلب الظن على اي حال منهما

٣) لا يعتبر الشخص مفقودا ما لم يتم البحث و التحري عن حاله.

الفرع الثالث: مفهوم المفقود في القانون:

اولا: القانون الاردني :

جاء في المادة ٢٤٦ منه: " المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته او مماته"

ثانيا: القانون الاماراتي :

جاء المادة ٢٣٣ منه المفقود هو: الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته.

ثالثا: القانون السوداني:

المادة (٢٥٩/أ) : :المفقود هو الغائب الذي لا يعرف ان كان حيا او ميتا"

---

[٥٦]() الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص٤٧٩ ؛ مختصر خليل، ج٣، ص١٤٩.

[٥٧]() الشافعي، الأم، ج٥، ص٣٤٦، النووي، روضة الطالبين، ج٨، ص٤٠٠.

[٥٨]() ابن قدامة المقدس، شمسي الدين الفرج عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت٦٨٢هـ)، الشرح الكبير، دار هجر، القاهرة، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، ج٢٤، ص٩٤.

[٥٩]()ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٦٥ ، ج٨، ص٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والذي اراه ان المقننين الاماراتي والسوداني قد اصابا الدقة في التعريف لاعتبارهما ان كل مفقود غائب في حين ان المقنن الاردني لم ينص على ذلك صراحة.ذلك ان كل مفقود غائب و ليس كل غائب مفقود ، و قد يكون المقنن الاردني قد تقصد ذلك من اجل التمييز ما بين المفقود و الغائب لان هناك اختلاف في احكامهما من حيث الزوجة و الميراث و باقي الاحكام ، فقد نصت المادة ٢٤٥ من القانون الاردني في تعريف الغائب: هو الشخص الذي لا يعرف موطنه او محل اقامته و حالت ظروف دون ادارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فاكثر. و هذا التعريف متحقق في المفقود ايضا،لان المفقود يعرف له موطن او محل اقامة و لا تعرف حياته من مماته.

المطلب الثاني متى يعتبر المفقود ميتا و ما هي شروط اعتباره

الفرع الاول: عند الحنفية:

ذهب الحنفية على اختلافهم في مدة التعمير إلى أن المفقود حي في الحكم ولا تنحل الزوجية حتى يثبت موته بالبينة الشرعية أو يموت أقرانه (٨٠-٩٠ سنة)، مستدلين بحديث انس بن مالك انه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:(اعمار امتي ما بين الستين و السبعين و اقلهم من يجوز ذلك)[٦٠]

و قال الامام الزيلعي: يفوض امر تقدير المدة الى الحاكم او القاضي، لان الاعمار تختلف باختلاف البلدان و الاشخاص،فاذا كان في مهلكة فالغالب موته .[٦١]

الفرع الثاني : عند المالكية:

أما المالكية فلهم تقسيم خاص في المفقود، وهو:

١) إما أن يكون فقد في حالة حرب.
٢) أن يفقد في حالة سلم.
٣) أن يفقد في دار الإسلام.
٤) أن يفقد في دار الشرك.
٥) أن يفقد في قتال بين طائفتين من المسلمين أو طائفة مسلمة وأخرى كافرة.

---

[٦٠] الترمذي/سنن الترمذي/باب الدعوات عن رسول الله حديث رقم ٣٤٧٣

[٦١] الزيلعي/تبيين الحقائق:٣١٢/٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- فإذا فقد في حالة السلم في دار الإسلام فإن زوجت تؤجل أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج.[٦٢]
- وإذا فقد في دار الشرك كالأسير لا يعلم خبره فإن زوجته تبقى مدة التعمير أي موت أقرانه حيث يغلب على الظن عمدها موته ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج، وقدروا ذلك ببلوغه السبعينات من العمر.[٦٣]
- فإن فقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين فإنها تعتد عقب انفصال الصفين وخفاء حاله وتحل بعدها للأزواج.[٦٤]

وإن كانت الحرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة فإنه يكشف عن أمره ويسأل عنه فإن خفي حاله أجلت زوجته سنة ثم اعتدت للوفاة ثم حلت للأزواج.[٦٥]

الفرع الثالث: عند الشافعية: [٦٦]

عند الشافعي في القديم ،فانه يحكم بموت المفقود بعد مضي اربع سنوات من تاريخ فقده.

و دليلهم ما روي عن عمر بن الخطاب انه قال: (ايما امراة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر و عشرا ثم تحل) [٦٧]

واما الشافعية في الجديد : فانه لا يحكم بموت المفقود الا بناء على بينة شرعية

وسبب العدول عن المذهب الاول انه بلغ الشافعي ان عمر بن الخطاب عدل عن قوله الى قول علي بن ابي طالب القائل: بان امراة المفقود امراة ابتليت فلتصبر حتى ياتيها البيان.[٦٨]

---

[٦٢]() شرح الزرقاني، على مختصر خليل،ج٤،ص٣٧٦، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت،لبنان، الطبعة الاولى،٢٠٠٢.

[٦٣]() حاشية الصاوي، على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف،بدون طبعة، بدون تاريخ،ج٢، ص٦٩٤

[٦٤]() الدسوقي، الشرح الكبير، ج٢،ص٤٨٣

[٦٥]() المرجع السابق،ج٢،ص٤٨٣

[٦٦]() الشافعي، الام، ج٥، ص٣١٧؛ النووي ، روضة الطالبين، ج٨، ص٤٠.

[٦٧]() مالك بن انس/الموطأ/باب الطلاق ٢/٧٥٧/حديث رقم ١٠٥٢/

[٦٨] الشافعي /الام/٥/٣٤٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الرابع: عند الحنابلة:

للحنابلة قولين في الفقد:

اولا: اذا فقد في حالة ظاهرها السلامة ،كالذي فقد في سفر او طلب علم او سياحة او تجارة، فانه يفوض امره الى القاضي فاذا غلب الظن موته حكم بموته و الا لا بد من البينة

ثانيا: اذا فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كالمقاتلين في ساحة القتال او اراكب في سفينة غرقت او في حالة زلزال او فيضانات،فانه لا بد من التحري عنه و بعدها يحكم بموته بعد مضي اربع سنوات على فقده.[٦٩]

و الذي اراه من خلال استعراض اراء الفقهاء في المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود و تعتد زوجته عدة الوفاة ،هو ان تكون المدة سنة واحدة بعد فقده في حالة الحرب او في حال يغلب فيها هلاكه ما لم يكن اسيرا و اما في حالة الامن السلم و عدم الحرب او عدم وجود كوارث طبيعية او انتشار الامراض و الاوبئة مدة اربع سنوات شريطة البحث و التحري عنه بالوسائل و الطرق الكافية من اجل الوقوف على حاله او خبره.

و ذلك للاسباب الاتية:

١) ان انتظار زوجة المفقود مدة التعمير سبعين او ثمانين او تسعين عاماحتى يحكم بوفاته ، لاشك ان فيه ضرر كبير على زوجته ،فكيف لها ان تبقى طوال هذه المدة في انتظار و تربص، يعود او لا يعود، و الاصل ان لا تبقى الزوجة معلقة لا هي مطلقة و لا هي ذات زوج.

٢) انه لا بد من رفع الامر للحاكم او القاضي ،ليحكم بوفاة المفقود و يأمر الزوجة بالعدة ،لا ان تعتد الزوجة من تلقاء نفسها،لانه المكلف بالتحري عن المفقود و الاقدر على ذلك من الزوجة نفسها لما يملكه من سلطة ووسائل تخوله ذلك.

فليس من السهل الحكم بموت انسان لمجرد الظن و دون الالتفات لظروف فقده

٣) ان اختلاف حالة الفقد لا بد ان تؤخذ بعين الاعتبار في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود ،فحالة السلم و الامن ليست كحالة الحرب و الهلاك، فالسنة كافية للحكم بموت المفقود في الحرب و اربع سنوات كافية للوقوف على حاله و من ثم الحكم بموته في حالة الامن.

---

[٦٩] ابن قدامة/ المغني/٤٨٩/٧، التغلبي/نيل المارب شرح دليل الطالب٨٩/٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الخامس: المدة التي اخذت بها القوانين للحكم بموت المفقود:

اولا: القانون الاردني :

هناك حالتان للحكم بموت المفقود:

الحالة الاولى: اذا فقد في جهة معلومة:

١) اذا غلب على الظن موته،يحكم بموته بعد اربع سنوات من تاريخ فقده

٢) اذا فقد إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الامن و حدوث الفوضى، يحكم بموته بعد سنة من فقده.[٧٠]

الحالة الثانية: اذا فقد في جهة غير معلومة:

اذا غلب على الظن هلاكه، فيفوض امر المدة التي يحكم بموته فيها الى القاضي،على ان تكون كافية في ان يغلب على الظن موته، و لا بد من التحري عنه. [٧١]

ثانيا: القانون الاماراتي:

١) يحكم بموت المفقود اذا قام دليل على وفاته

٢) في حالة يغلب فيها هلاكه،يحكم بموته اذا مضت سنة على اعلان فقده

٣) في الاحوال العادية ،يحكم بموت المفقود اذا مضت اربع سنوات

ثالثا: القانون السوداني:

١) في حالة يغلب فيها الهلاك، يحكم بموته بعد مضي اربع سنوات من تاريخ فقده

٢) في حالة يغلب فيها هلاكه،يحكم بموته بعد مضي سنتين.

ومن خلال استعراض اختيارات القوانين ،فإنني ارجح ما ذهب اليه المقنن الاردني، بسبب ما ذهب اليه من تفصيل في حالات الفقد، و هذا الامر يعد ايجابيا و مرن يصلح لان يكون شاملا لجميع حالات الفقد، حيث انه نص على حالات الفقد في المكان و الظروف و المدة، الا انه كان على المقنن ان يضيف قيدا الا و هو ان تحدد المدة و تعتبر منذ تاريخ رفع الامر من ذوي الشأن للقاضي،ضبطا للحالة و احترازا من اي تواطء من قبل من يطلب الحكم بموت المفقود .

---

[٧٠] المادة ٢٤٩ قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦

[٧١] المادة ٢٥٠ قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد

اختلفت اقوال الفقهاء في جواز التفريق من عدمه بسبب الفقد الى قولين و كل فريق ساق ادلة ،التي سوف استعرضها و من ثم ساقوم ببيان ما ترجح لي من قول مع الاستدلال.

الفرع الاول :القول الأول :

عدم التفريق بين المفقود وزوجته، وتبقى الزوجية قائمة بينهما غير منحلة، حتى يستبين طلاق او موت او يحكم القاضي بموته بعد مضي المدة المحددة وهذا القول هو للحنفية[٧٢] والشافعية في الجديد[٧٣] ، والحنابلة في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة. [٧٤]

- اما أدلتهم فهي :

١) من السنة : استدلوا بحديث المغيرة بن شعبة ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال : امرأة المفقود امرأته حتى ياتيها البيان[٧٥]. ما درجة هذا الحديث ووجه الدلالة فيه انها تبقى زوجة له حتى يتبين موته او طلاقه.

٢) من الآثار : ما روي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه)، انه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها البيان.[٧٦]

٣) القياس على الزوجة المفقودة : انه ليس للحاكم ان يحكم بموتها من اجل اباحة اختها لزوجها ونكاح أربع سواها، فكذلك غيبة الزوجة .[٧٧]

---

[٧٢]() ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤ ، ص٢٩٥، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣١١، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ ، ص١٧٨

[٧٣]() الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٩٧؛ الرملي، نهاية المحتاج ، ج٧، ص١٤٨.

[٧٤]() البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص٤٢٣، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ، ج٣، ص١٩٧.

[٧٥]()الدار قطني، ابن الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دنيار البغدادي الدار قطني،(ت٣٨٥هـ)، سنن الدار قطني، تحقيق شعيب الارؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، كتاب النكاح ، باب المهر ، ج٣، حديث رقم ٣٥٥، ص٣١٢.

[٧٦]() الشربيني، مغني المحتاج ، ج،٥، ص٩٨. الزيلعي، تبيين الحقائق ، ج٣،ص٣١١

[٧٧]() الماوردي، الحاوي الكبير ، ج١١، ص٣١٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤) من المعقول : ان النكاح بين المفقود وزوجته ثابت بيقين بدلالة استصحاب الحال والغيبة لا توجب الفرقة، انما يوجبها وفاته، وموت المفقود امر محتمل يعتريه الشك، والقاعدة الفقهية تقول (اليقين لا يزول بالشك) [٧٨]

الفرع الثاني: القول الثاني :

تتربص زوجة المفقود أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة وتتزوج. وهذا قول المالكية في المفقود في ارض الإسلام في حالة ظاهرها السلامة، ووجه الاختلاف بين هذين القولين هو بسبب تعارض استصحاب الحال الذي يوجب ان لا يرتفع عقد النكاح الا بموت او طلاق، وبين القياس على من تضررت بسبب فقدان زوجها على الايلاء او عنة الزوج .[٧٩]

أما ادلتهم فهي :

١- الآثار :

ما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) انه قال ((أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل)) [٨٠]

ما روي عن ابن عباس (ت٦٨ه) .

وابن عمر رضي الله عنهما، انهما تذاكرا امرأة المفقود، فقالا : تربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة . [٨١]:

---

[٧٨]() السيوطي، الأشباه والنظائر ، ص٥٠؛ الزركشي، ابو عبد الله بن بدرالدين محمد بن عبد الله الزركشي(ت٧٩٤هـ)، القواعد للزركشي، وزارة الاوقاف الكويتية، الكويت، ط١، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ج٢، ص٢٨٦؛ خيدر، علي حيدر خواجة امين افندي(ت١٣٥٣هـ)، درر الأحكام في شرح مجلة الاحكام، تحقيق الحسيني، دار الجيل ، بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩١، ج١ ، ص٢٢.

[٧٩]() ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣٩، الغزالي، الوسيط، ج٦، ص١٤٨.

[٨٠]() الإمام مالك بن انس، الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب عدة من تفقد زوجها حديث رقم :٥٢، ج٢، ص٤٥٠؛ عبد الرزاق بن همام الصنعاني ابو بكر، المصنف ، كتاب الطلاق ، باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، حديث رقم ١٢٣٢٣-١٢٣٢٤.

[٨١]() الخرساني، ابو عثمان سعيد بن منصور، شعبة الخرساني الجورجاني(ت٢٢٧هـ)، في كتاب السنن، باب الحكم في امرأة المفقود رقم ١٧٥٦؛ والبيهقي ، السنن، كتاب العدة ، باب ن قال تنظر اربع سنين حديث رقم ١٥٣٤٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- الإجماع : ان الصحابة رضوان الله عليهم ومنهم عمر وعثمان، حكموا بان امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد و لم ينكر عليهم احد.

٣- القياس :

١) القياس على العنه والايلاء والإعسار، فإذا جاز الفسخ من اجل العنة والايلاء، وهي لم تفقد الوطء، وجاز بسبب الإعسار وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع.

٢) القياس على المولي والعنين في تحديد المدة (قياس الشبه) [٨٢]

وبيان ذلك ان المدة أخذت الأربع من الايلاء والسنسن من العنة، فالعنين يفرق بينه وبين امرأته بعد انقضاء سنة رفعا للضر عنها ويفرق بين المولي وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها، غير ان عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين، فيتعين في حقه المدتان في التربص، فيصار الى جعل السنين مكان الشهور ، وتتربص الزوجة مدة أربع سنين عملا بالشبهين.

٤- المعقول :

---

[٨٢]() قياس الشبه : والشبه هو الوصف الذي لا تظهر المناسبة فيه بعد البحث التام ولكن الف من الشارع الالتفات اليه في بعض الأحكام ، وقيل هو الجمع بين الاصل والفرع بوصف يوهم اشتماله على الحكمة القتضية للحكم من غير تعيين ، أنظر: الاسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (ت٧٧٢هـ)، نهاية السول شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠/١٩٩٩م، ج٣، ص٨٥؛ الامدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي(ت٦٣١هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط١، ج٢، ص٢٥٧؛ الشوكاني، ارشاد الفحول ص٣٧٦؛ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي (ت٦٢٠هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة البيان للطباعة والنشر، ط٢، ١٤٢٣، ٢٠٠٢، ج١، ص٣١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ان المفقود لو كان حيا لظهر امره وعرف خبره، في هذه المدة بعد البحث والسؤال عنه والأحكام تبنى على الظاهر فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته [٨٣]

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١- اعترض أصحاب القول الثاني على الاستدلال بحديث المغيرة بانه ضعيف و قيل انه منكر ولم يثبت ولم يروه احد من أصحاب السنن.

ان الحنابلة حملوا رواية علي التي تنص على وجوب صبر الزوجة حتى يتبين موت المفقود على من فقد في غيبة ظاهرها السلامة ، واما الراوية الثانية التي تحدد مدة الانتظار بأربع سنين فحملها على المفقود في ظروف ظاهرها الهلاك جمعا بين الروايتين .[٨٤]

وان النكاح ثابت بيقين ولا يزول بالشك، وموت المفقود مشكوك فيه والشك هو ما تساوى فيه الأمران.[٨٥]

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

ان الاستدلال بقوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضرارا لتعدوا)، يجاب عليه بأنه لا دليل لصحة هذا الاستدلال بانه مخاطب به الزوج المفقود بل المخاطب به هو الزوج الحاضر الذي يمسك زوجته بغية الإضرار بها. [٨٦]

كما ان الاستدلال بيأس امرأة المفقود على امرأة العنين والمولي والمعسر غير صحيح لانه قياس مع الفارق .

---

[٨٣]() الباجي، الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت: ٤٧٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبة السعادة ، القاهرة، ط١، ١٣٣٢هـ، ج٤، ص٩١. ابن رشد"الجد"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) ، المقدمات الممهدات، تحقيق محمد صبحي، دار الغرب الإسلام، بيروت،ط١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ج١، ص٥٢٧.

[٨٤]() ابن قدامة، المغني، ج٨، ص١٠٧.

[٨٥]()الميداني، عبد الرحمن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، تحقيق، حسين مؤنس، دار القلم، دمشق، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ص١٢٥.

[٨٦]()القرطبي، الجامع لأحكام القران، ج٣، ص١٠٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتفريق في العنة والايلاء لرفع الظلم عن المرأة، وهذا المعنى غير متحقق في المفقود لعدم وقوع أو تعمد من جهته، وبالتالي يبطل القياس.

فالمفقود مرجو عودته، ولم يقع منه ظلم على زوجته ولم يتعدى على حقها بفقده ولم يظهر منه طلاق، فلا يقاس ما هو مظنون على ما هو يقيني.

ومعنى ذلك عدم صحة إنزال الفقدان منزلة الإعسار او العنة والايلاء.[٨٧]

وبالتالي يتضح ان الضرر اللاحق بالزوجة، يمكن ان يرفع بسبل أخرى سوى الحكم بموته، وهذا القول فيه احتياط لحق المفقود دون اضرار بحق الزوجة .

ومن هنا أرى ان التفريق لفقدان الزوج سواء اكان بطلاق ام فسخ فيه رفع للضرر عنها بسبب تضررها من بعد زوجها وفقدانه دون الحكم بموته الذي هو مظنون وبالتالي نحفظ له حقوقه الأخرى من مال وميراث.فالظاهر ان زوجة المفقود حين ترفع امرها للحاكم لا بهدف الحكم بوفاة زوجها المفقود و انما تريد بذلك انهاء العلاقة الزوجية ، و يظهر الفرق في ذلك عندما اقوم بتوضيح الفرق بين دعوى التفريق للفقد و دعوى اثبات وفاة المفقود ،لان لكل منهما اسباب و عناصر و يترتب على الحكم فيهما اثار مختلفة بالنسبة للزوجة و للمفقود وهذا ما اخذ به القانون عندما ميز بين الدعويين .

هذا وقد ذهب المالكية الى ان هذه الفرقة تحتسب طلقة كالطلاق الا ان المشهور عندهم انها فرقة وفاة .[٨٨]

و يشترطون تقدير الطلاق كي تفوت المرأة به على زوجها المفقود إذا ظهر حيا .[٨٩]

وثمرة ذلك تظهر في عودة المفقود او ظهوره حيا، فإذا كان قد طلقها قبل هذه الطلقة المقدرة طلقتين ثم دخل بها الثاني ومات عنها او طلقها، فإنها تحل للأول بعصمة جديدة، لان الطلق الثالثة التي بقيت من عصمة المفقود قدر وقوعها عند ابتداء العدة .

---

[٨٧]() الميرغناني، الهدية، ج٢، ص١٨١. ابن نجيم ، البحر الرائق، ج٥، ص١٧٥. السرخسي، المبسوط ج١١، ص٣٥. الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي(ت ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ج٣، ص٣٧؛ الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج١١، ص٣١٧.

[٨٨]() الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ص١٩١. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٤، ص١٥٠.

[٨٩]() الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٨٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا طلقها الثاني بعد دخوله بها حلت للأول بعصمة جديدة .[٩٠]

فإذا عاد الزوج قبل ان يدخل بها الثاني رجعت اليه، وكانت عنده على الطلاق كله، اي لم تحتسب بذلك شيئا، لان الفرقة لم تحصل .[٩١]

اما الحنابلة فقد ذهبوا الى انه إذا حكم القاضي بوفاة المفقود واعتدت زوجته فيجب على ولي زوجها ان يطلقها وتعتد للطلاق.[٩٢]

الفرع الثالث: اختيارات القوانين:

اخذت قوانين الاحوال الشخصية بالراي القائل بجواز التفريق بين المفقود و زوجة و فيه تفصيل:

فقد اعتبر القانون الاردني التفريق بين المفقود و زوجته فرقة فسخ لا فرقة طلاق او وفاة[٩٣] واعتبر السبب الموجب لهذا التفريق هو تضرر الزوجة لا بسبب الحكم بوفاة الزوج المفقود؛ بينما اعتبر المقنن الاماراتي التفريق بين المفقود و زوجته فرقة طلاق لا فرقة فسخ او وفاة.[٩٤]

وهو متفق مع ما ذهب اليه المقنن السوداني في نوع الفرقة [٩٥]

ومن خلال استعراض اختيارات القوانين، نجد ان القوانين ميزت بين دعوى التفريق بسبب الفقد

---

[٩٠]() الخرشي، شرح الخرشي على مختص خليل ، ج٤، ص١٥١. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٨١.

[٩١]() ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، ص٢٦٠. عبد المنعم السقا ، أحكام الغائب والمفقود، دار النوار للنشر والتوزيع، دمشق، ط٢، ٢٠١١، ص٣٨٠- ٣٨١.

[٩٢]() ابن قدامة ، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق محمد رشيد رضى ، دار الكتاب العربي، بيروت، ب.ط، ج٩، ص١٢٠- ١٢١.

[٩٣] المادة ١٤٣ من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠

[٩٤] المادة ١٣٠ قانون الاحوال الشخصية الاماراتي لسنة ٢٠٠٥

[٩٥] المادة ١٨٩ قانون الاحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبين دعوى اثبات وفاة الزوج المفقود ، فالاولى تكون تفريقا اما بالطلاق او الفسخ، و الثانية تكون فرقة وفاة،لان الحكم الصادر فيها هو حكم بموت المفقود و بالتالي تعتد زوجته عدة وفاة لا عدة طلاق.

الا انني ارجح ما ذهب اليه المقنن الاردني باعتبار هذا النوع من الفرقة فرقة فسخ لا طلاق اخذا بالمذهبين المالكي من حيث جواز التفريق و الحنبلي من حيث نوع الفرقة ، بعكس المقننين الاماراتي و السوداني الذين اخذا بجواز التفريق واعتبارها طلاقا اخذا بالمذهب المالكي فقط. و هذا يظهر مدى التنوع و الاتساع الذي عليه القانون الاردني حينما اخذ بعدة مذاهب في هذه المسالة ،تيسيرا على الناس و التحوط لمصالحهم ، و الحرص على تماسك الاسر و البعد ما امكن عن الطلاق .

المطلب الرابع مدة التربص والأحكام المتعلقة بها

الفرع الاول :مدة التربص عند الفقهاء:

عند المالكية : تتربص زوجة المفقود أربعة أعوام قبل ان يحكم بموته وتحصل الزوجة على الفرقة، إذا فقد في ارض الإسلام في ظروف السلامة.

واستدلوا لذلك بالآثار الواردة عن عمر وعثمان، بالإضافة لقياس الشبه . اما المفقود في زمن الفتن واقتتال المسلمين فيما بينهم فتتربص بعام واحد .[٩٦]

ودليلهم في ذلك ، الأثر الوارد عن سعيد بن المسيب انه قال : إذا فقد في الصف اي في المعركة ،تربصت امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين . [٩٧]

ان الحكمة من تحديد المدة بأربع سنوات، ان غالب الظن ان الصحابة والتابعين اعتمدوا في تحديدهم مدة التربص بأربع سنين على التوقيف.

وقد اختلف الفقهاء في بيان الحكمة من تحديد المدة التي ينبغي لزوجة المفقود انتظارها بأربع سنين على أقوال:

---

[٩٦]() ابن عرفة الدسوقي ، مختصر خليل، ص١٥٨. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٤م، ج٥، ص٥٠٦.

[٩٧]()العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩هـ، ج٩، ص٥٣٦-٥٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القول الأول : ان هذه المدة هي أقصى مدة الحمل، وهذا تعليل المالكية والحنابلة [٩٨]

وجاء الطب حديثا ليوافق الدليل الشرعي بقوله تعالى:)وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)(سورة الاحقاف الاية١٥)[٩٩] ، ليبين انه لا يمكن باي حال من الاحوال ان تتعدى فترة الحمل هذه المدة، فكيف تكون مدة الحمل ثمانية و اربعون شهرا ،هذه من جهة و من جهة اخرى اثبت العلم بان اقصى مدة للحمل لا تتجاوز السنة الواحدة ، و اما الفصال فهو مدة الرضاعة .

ومما يدلل على ضعف هذا التعليل أيضا، أن الإمام مالك ذهب إلى ان إمراة المفقود إذا انتظرت مدة طويلة كعشرين سنة مثلا، ثم رفعت أمرها إلى القضاء، كان على القاضي ان يضرب لها أجلا جديدا تنتظره من جديد .[١٠٠]

وان تحديد هذه المدة إنما هو من باب التعبد، تأسيا بالصحابة الكرام الذين اجمعوا عليها . [١٠١]

وهناك اختلاف بين الفقهاء في بدء مدة التربص.

القول الأول :

---

[٩٨]()ابن رشد، المقدمة الممهدات، ج١، ص٥٢٧. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ص٩١. ابن قدامة الكافي، ج٤، ص٩١.

[٩٩]()الشوكاني، فتح القدير، ص٢٥٤؛ المليجي، عاطف، البيان فى درء التعارض المتوهم بين آيات القرآن، مكتبة اقراء القاهرة، ط١، ٢٠٠٤، ص١٥ -٣٣.

[١٠٠]() الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، شرح الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ج٣، ص٢٥٧. مالك بن انس، المدونة الكبرى ج٢، ص٣٠.

[١٠١]() الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٧٩. الصاوي، حاشية الصاوي، ج٢، ص٦٩٤. الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج٣، ص٢٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبدأ مدة التربص من يوم الغيبة وانقطاع الخبر وهو قول الشافعية في الصحيح[١٠٢] والحنابلة في المذهب.[١٠٣]

-اما ادلتهم فهي:

أدلة القول الأول :

١- الأثر :

انه روي عن سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) انه اتته امرأة فقدت زوجها منذ ثلاثة اعوام وثمانية أشهر، فأمرها ان تتم أربع سنين، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تتزوج ان شاءت.[١٠٤]

٢- القياس والمعقول: قاسوا مبتدأ مدة التربص على مدة الايلاء، وهي من تاريخ حلف الزوج، ولا تحتاج الى حكم قضائي.[١٠٥]

القول الثاني:

---

[١٠٢]() الشربيني، مغني المحتاج ، ج٥، ص٩٨ . الرملي، نهاية المحتاج ، ج٧، ص١٤٨. الشيرازي، المهذب، ص٢، ص١٤٦. القيلوبي، حاشية قليوبي وعميرة، ج٤، ص ٥١ .

[١٠٣]() البهوتي، كشاف القناع ، ج٥، ص٤٢٢. الماروردي، الإنصاف ، ج٩، ص٢٨٩. ابن قدامة، المغني ، ج٨، ص١٠٨.

[١٠٤]() ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٣١٨.

[١٠٥]() الرحباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلام، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج٥، ٥٦٩؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٥٤٢؛ المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣٣٦، ابن قدامة المغني، ج٨، ص١٠٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبدأ مدة التربص من اليوم الذي يامر القاضي فيه زوجة المفقود بالتربص، وهو قول المالكية [١٠٦] والشافعية في الاصح[١٠٧] والحنابلة في رواية .[١٠٨]

-اما ادلتهم فهي :

١) الأثر :

ان امرأة فقدت زوجها فمكثت أربع سنين، ثم رفعت أمرها لسيدنا عمر بن الخطاب،فأمرها ان تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها اليه، فإذا ظهر زوجها ولا تتزوج قبل السنين الأربعة.[١٠٩]

٢) من المعقول:

ان مدة التربص مختلف فيها وهي مقدرة بالاجتهاد، لذا احتاجت لحكم القاضي، وهذا لا يتم ولا يعرف إلا بعد رفع أمرها له.[١١٠]

وعند المالكية : فالقول المعتمد عندهم[١١١] أن كان للمفقود أكثر من زوجة واختارت إحداهن أو جمعيهن البقاء في عصمته كان لهن ذلك وتبقى الزوجية قائمة، وأما إذا اختارت إحداهن أو جميعهن التفريق فلا يعتد بالأجل الذي ضرب للزوجة الأولى ولا يسري على جميع الزوجات .

---

[١٠٦]() الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٧٩. المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص٤٩٨. الخرشي، شرح الخرشي، ج٤، ص١٥٠.الصاوي، حاشية الصاوي، ج٢، ص٦٩٥. مالك بن انس، المدونة الكبرى،ج٢، ص٣١

[١٠٧]() الرملي، نهاية الحتاج ، ج٧، ص١٤٨. الشيرازي، المهذب ، ج٢، ص١٤٨. الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٣١٨ .

[١٠٨]() ابن مفلح ، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، الفروع، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٤٢٤/٢٠٠٣م، ج٥، ص٥٤٥. الماوردي، الإنصاف، دج٩، ص٢٨٩. ابن قدامة، المغني، ج٨، ص/١٠٨،

[١٠٩]() عبد الرازق، ابن بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق ، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، دار التأصيل،القاهرة، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، حديث رقم : ١٢٣٢١.

[١١٠]() الشيرازي، المهذب ، ج٢، ص١٤٦، الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٣١٨، المرداوي، الإنصاف، ج٩، ص٢٨٩، ابن قدامة، المغني ، ج٨، ص١٠٨.

[١١١]() الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٨١ ؛ الخرشي، شرح الخرشي، ج٤، ص١٥٢، الصاوي، حاشية الصاوي، ج٢، ص١٦٩؛ المواق، التاج والإكليل ، ج٥، ص٥٠٣، عليش، منح الجليل ، ج٤، ص٣٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهناك قول آخر عند المالكية :

انه إذا ضرب الأجل لإحدى زوجات المفقود لا يعد ضربا لسائر زوجاته، فإذا ضرب القاضي أجلا لواحدة منهن، ثم جاءت زوجة ثانية ورفعت أمرها للقضاء، كان على القاضي ان يضرب لها أجلا جديدا من الوقت الذي رفعت فيه أمرها إليه، غير انه لا يعيد البحث والتحري عن المفقود ثانية. [١١٢]

و قد قال الزيلعي في تبين الحقائق مبينا المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود:[١١٣]

"والمختار أنه يفوض إلى رأي الإمام (القاضي) لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص".[١١٤]

وقال الماوردي: في الحاوي: "وأما المفقود إذا طالت غيبته فلم يعلم له موت ولا حياة فمذهب الشافعي أنه على حكم الحياة حتى تمضي عليه مدة يعلم قطعا أنه لا يجوز أن يعيش بعدها فيحكم حينئذ بموته، من غير أن يتقدر ذلك بزمان محصور". هذا ظاهر مذهب أبي حنيفة ومالك، وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته ٢١ المعقودة بمكة المحرمة عام ١٤٣٤ه:

"ويترك تحديد المدة التي تنتظر للمفقود للقاضي بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد على اربع سنوات من تاريخ فقده ويستعين في ذلك بالوسائل العاصرة في البحث والاتصال ويراعى ظروف كل حالة وملابساتها ويحكم بما يغلب على ظنه فيها" ـ.[١١٥]

الفرع الثاني :مدة التربص في القانون:

اولا: في القانون الاردني:

ان مدة تربص زوجة المفقود في القانون الاردني على نحوين:

---

[١١٢]() الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص١٦٠.

[١١٣]() الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣١٤- ٣١٥.

[١١٤]()الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٩؛ المرغيناني، الهداية، ج٢، ص٤٧٦؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج١، ص٧٠؛ ابن مودود، الموصلي، الاختبار لتعليل المختار، درالكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٢٦/٢٠٠٥، ج٣، ص٤٦.

[١١٥]() الماوردي، ابو الحسن علي بن حبيب الماوردي، البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩/١٩٩٩م، ج٨، ص٨٨ -٨٩؛ المجمع الفقهي الاسلامي، قرار المجمع الفقهي الاسلامي، رابطة العالم الاسلامي الدورة رقم (٢١)، مكة المكرمة ، ١٤٣٤هـ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١) اذا فقد الزوج في حالة الامن و عند الكوارث تتربص الزوجة اربع سنوات من تاريخ فقده

٢) اذا فقد في حال يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة او اثر غارة جوية او زلزال تتربص مدة لا تقل سنة من تاريخ فقده. المادة ١٤٣

ثانيا: في القانون السوداني:

مدة التربص مضي السنة على الغياب كما جاء في المادة ١٨٩منه

ثالثا: في القانون الاماراتي المادة ١٣٠: مدة التربص سنة من تاريخ رفع الدعوى

ومن خلال استعراض اراء الفقهاء و ما ذهبت اليه القوانين ، ارى ان المقننين الاردني والسوداني اخذا براي الفريق الاول باعتبار مدة التربص من يوم الغيبة و انقطاع الخبر ،في حين ان المقنن الاماراتي اخذ براي الفريق الثاني باعتبار المدة من اليوم الذي يأمرا لقاضي فيه زوجة المفقود بالتربص .

وعليه فانني ارجح ما ذهب اليه المقنن الاماراتي، بان تكون مدة التربص متروك امر تقديرها للقاضي على ان لا تقل مدة الفقد عن سنة من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ الفقد الذي تدعيه الزوجة ، و ذلك رعاية حق المفقود و الاحتياط من وجود تهمة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني:
الدعوى القضائية في الفقه و القانون

المبحث الاول: الدعوى القضائية

يتناول هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني:أركان الدعوى القضائية.

المطلب الثالث: وسائل الإثبات الشرعية للتفريق القضائي.

المطلب الرابع: صدور الحكم القضائي.

المطلب الخامس: وسائل الاثبات

المطلب السادس:صدور الحكم القضائي

المبحث الثاني: اجراءات التقاضي في دعوى التفريق للفقد

المطلب الاول: الاسباب الموجبة لفرقة الفقد.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية و القانونية لدعوى التفريق للفقد.

المطلب الثالث:صدور الحكم بالتفريق

المطلب الرابع: الطعن على الحكم و درجات التقاضي

المطلب الخامس: الاثار المترتبة على الحكم بالتفريق

المطلب السادس: اوجه الاتفاق و الاختلاف في دعاوى التفريق للغياب و للفقد و اثبات وفاة الزوج المفقود

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الاول الدعوى القضائية

المطلب الأول مفهوم الدعوى لغة واصطلاحا وقانونا

الفرع الأول: الدعوى لغة:

اسم من الادعاء، وهو المصدر، أي أنها اسم لما يدعي[١١٦]، وتجمع على دعاوى والواو وفتحها. وتأتي بمعنى التمني والطلب. [١١٧]

الفرع الثاني: الدعوى اصطلاحا:

١- الحنفية : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص -اي القاضي- عند ثبوته [١١٨]

- مجلة الأحكام العدلية : طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم[١١٩]

٢- تعريف المالكية: طلب معين او ما في ذمة معين، او ما يترتب عليه الطلب، احدهما معتبرة شرع لا تكذبها العادة [١٢٠]

٣- تعريف الشافعية :

اخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند الحاكم. [١٢١]

٤- تعريف الحنابلة : إضافة الإنسان الى نفسه استحقاق شيء في يد غيره او في ذمته .[١٢٢]

---

[١١٦]() ابن منظور، لسان العرب، ج١٤، ص٢٧٥.

[١١٧]() الرافعي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المكتبة العلمية، بيروت، باب كتاب الدال:١/١٩٥-١٩٦؛

[١١٨]() علي حيدر خواجة امين افندي، (ت١٣٥٣هـ)،)درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تحقيق، المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٢، ص٣٢٩؛ البابرتي، العناية على الهدية، ج٦، ص١٣٧.

[١١٩]() علي حيدر، درر الحاكم شرح مجلة الاحكام، ج٢، ص٣٢٩، مادة ١٦١٣.

[١٢٠]() القرافي، الفروق ، ج٤، ص٧٢.

[١٢١] منهج الطلاب في فقه الامام الشافعي زكريا بن محمد الانصاري، زين الدين السبيكي، النشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى ،١٩٩٧، ص١٩٠

[١٢٢]() البهوتي، كشاف القناع ، ج٦، ص٣٨٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن تعريفات المتأخرين:

تعريف محمد نعيم ياسين: الدعوى : هي قول مقبول او ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له او لمن يمثله ،او حمايته .[١٢٣]

و الذي اراه ان هذا التعريف هو الاكثر شمولا و ملائمة لمفهوم الدعوى من حيث جواز قبولها بالقول او الكتابة او الاشارة و بين مكان انعقادها و هو في مجلس القضاء، و يدخل فيها جميع انواع الدعاوى الاعيان و الديون و منع التعرض اضاف الى التعريف كلمة حماية الحق.

الفرع الثالث: مفهوم الدعوى في القانون:

a. الدعوى : هي سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق او حمايته .[١٢٤]

٢) ٢-الدعوى : اجراء قانوني يلجأ بمقتضاه صاحب الحق الى المحكمة للحصول على حقه او حمايته .[١٢٥]

---

[١٢٣]() ياسين ، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣، ٢٠٠٣، ص٨٣.

[١٢٤]() أبو هيف، عبد الحميد، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، مصر مطبقة الاعتماد، القاهرة، ص١٦، ٢٣٣.

[١٢٥]() ابو هيف، المرافعات، ص١٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني اركان الدعوى و شروط صحتها

الفرع الاول : أركان الدعوى:

الركن لغة : جانب الشيء الأقوى، فبيكون عينه ويستعاره للقوة .[١٢٦]

وهو الجانب القوي لاذي يمسك الشيء .[١٢٧]

واصطلاحا: هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وهو ما كان داخلا في حقيقة الشيء وماهيته.

وركن الدعوى عند الحنفية : هو التعبير المقبول الذي يصدر عن إنسان في مجلس القضاء، يقصد به طلب حق له او لمن يمثله [١٢٨] و ذلك بناء على تعريفهم للدعوى ،فالركن عندهم هو المعنى اللغوي لا الشرعي.لان الدعوى هي إضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة فخرج الإضافة حالة المسالمة[١٢٩]. وقد اشترطوا لهذا الركن شرطين:

١- ان يكون احد التعبيرات الموضوعة في اللغة أو في عرف الناس من اجل طلب الأشياء، ولا يشترط لفظ مخصوص، وإنما يصح أي لفظ يدل على الطلب، أو أي تعبير اخر ان تعذر الطلب[١٣٠]

٢- ان يكون هذا القول في مجلس القضاء

وعند الجمهور فأركان الدعوى هي : المدعي والمدعى عليه والمدعى، والقول الذي يصدر عن المدعي يقصد به طلب حق لنفسه أو لمن يمثله [١٣١]

---

[١٢٦]() عبد المنعم، معجم المصطلحات الفقهية ج٢، ص١٧٨ .

[١٢٧]() الفيومي،، المصباح المنير ، ج١، ص٨١.

[١٢٨]() مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢١، ص٢٨٠

[١٢٩]() ابن نجيم، البحر الرائق ، ج٧، ص١٩١.

[١٣٠]() بن عبد المحسن، محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم بن محمد ن عبد المحسن،المجاني، الزهرية على الفواكه البدرية، دار النيل للطباعة، القاهرة، ب.ط، ب.ت، ص٨٥، ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية، ص١٧٠.

[١٣١]() مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية ج٢١، ص٢٨٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: شروط الدعوى :

أولا : ان تكون الدعوى صحيحة:بان تستوفي جميع أركانها وشروط قبولها لتكون مسموعة في مجلس القاضي :

١) القول أو الطلب وان تكون الصيغة تدل على الجزم واليقين وعدم التردد وعدم التناقض وجود مصلحة محققة للمدعي من إقامة الدعوى

٢) ان يكون المدعى به معلوما ،محقق الوجود الأهلية :يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه ان يكونا بالغين عاقلين.

وقد جاء في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني في المادة ٤٣ الفقرتين(ب) و(ج) :[١٣٢]

يشترط في أهلية الخصومة في الدعوى ان يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلا وأتم الثامنة عشرة سنة شمسية من عمره، اما إذا كان المدعي او المدعى عليه قاصرا فيمثله وليه او وصيه في الدعوى. وللمحكمة ان تأذن للعاقل الذي اتم الخامسة عشرة من عمره بالخصومة إذا وجد مسوغ لذلك هذا وقد اكسب المشرع الأردني من تتزوج دون سن الثامنة عشرة وأكملت الخامسة عشرة سنة شمسية من عمرها الأهلية الكاملة في كل ما له علاقة بالزواج والفرقة وأثارهما وفقا للمادة ١٠/ب من الأحوال الشخصية.

٣) ان تتوفر في المدعي صفة حق الادعاء الشرعية في الدعوى ،كأن يطالب بالحق المدعى به لنفسه أو لغيره بطريق الوكالة أو الولاية أو الوصاية .

٤) ان تكون الدعوى ملزمة للخصم بشيء حال ثبوتها [١٣٣]

٥) ان تكون الخصومة حقيقية بين المدعي والمدعى عليه .

٦) ان يكون المدعى عليه معلوما ولا تصح الدعوى على مجهول شخصه[١٣٤]

٧) ان يكون المدعى به معلوما، لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول.[١٣٥]

---

[١٣٢]() نجم ، محمد صبحي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١، المادة(٤٣).

[١٣٣]() علي حيدر خواجة، در الحكام شرح مجلة الأحكام، ص١٦٣٠

[١٣٤]()علي حيدر خواجة، در الحكام شرح مجلة الأحكام، ص ١٦١٩

[١٣٥]()علي حيدر خواجة، در الحكام شرح مجلة الأحكام، ص ١٦١٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٨) ان يكون المدعى به محتمل الثبوت، فلا يدعى بما هو مستحيل عقلا او غير متحقق الوجود[١٣٦]

٩) ان يكون المدعى به مشروعا، او مما يتعلق به حكم، او غرض صحيح او مصلحة مشروعة.[١٣٧]

١٠) عدم التناقض في الدعوى[١٣٨]

وسائل الإثبات في الدعوى:

الإثبات لغة : إقامة الثبت وهو الحجة [١٣٩]

وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي ان الإثبات : هو إقامة الحجة امام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق او واقعة تترتب عليها آثار شرعية لذلك فإن وسائل الإثبات والأدلة انما شرعت لإثبات الحقوق وصيانة الأنفس والأعراض والأموال ومنع الظلم والتعدي الحق المدعى به، والغالب انها لا تكون الا في حالتين وهما :حال انكار المدعى عليه للدعوى لقوله (صلى الله عليه وسلم) :البينة على من ادعى واليمين على من انكر . والحالة الثانية : حال غياب المدعى عليه لانه ينزل منزلة المنكر للدعوى ولا يقام القضاء على الغائب الا بعد تكليف المدعي بإثبات دعواه بحقه،لاحتمال الكذب من جانب المدعي من جهة ولدفع التهمة عن نفسه من جهة أخرى.

ولا بد من توافر شروط للإثبات وهي :

١) ان تسبقه دعوى في حقوق العباد، ولا يشترط ذلك عندما يتعلق بموضوع الدعوى حق لله تعالى.

٢) ان يوافق الإثبات الدعوى، ذلك انه فيه إظهار لصدق المدعي فيما يدعيه

٣) ان يكون الإثبات منتجا في الدعوى وموافقا لها وموجبا لترتب الحكم

---

[١٣٦]() علي حيدر خواجة، در الحكام شرح مجلة الأحكام، ص ١٦٢٩

[١٣٧]() براهان الدين ابو الوفاء، ابراهيم شمس الدين ابو عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣، ج١، ص١٤٨؛ القرافي، الفروق، ج٤، ص١٥٣؛ السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٤٩٩.

[١٣٨]() الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٢٣.

[١٣٩]() الفيروزي آبادي، القاموس المحيط، ج١، ص١٤٤-١٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤) ان يكون الإثبات في مجلس القضاء حتى يكون الحكم ملزما ومرعيا قاطعا للنزاع. وهذا جاء في المادة ١٦٨١ من مجلة الأحكام العدلية: لا تعتبر الشهادة التي تقع خارج مجلس المحاكمة.[١٤٠]

٥) ان يستند الإثبات الى العلم او غلبة الظن، لانه لا عبرة للتوهم، فالأصل ان لا يشهد الإنسان الا بالحق وبما علمه يقينا، وكذلك لا يحلف الشخص على فعل نفسه الا متيقنا من صدق ما يحلف عليه.

٦) ان يكون الإثبات موافقا للعقل أو للشرع او للحس او لظاهر الحال، والا فلا يتعبر .

٧) ان يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشارع وأهمها : الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة

٨) ان يكون محل الإثبات معلوما: فكل ما صحت إقامة البينة بع صحت الدعوى به[١٤١] ومعلومية محل الإثبات، اما ان تكون بالتعيين او الاشارة او الوصف او بيان الجنس والنوع والصفة والقدر.

٩) ان يكون محل الإثبات مشروعا[١٤٢] : اي تقره الشريعة وتعتبره صحيحا، فإن كان مالا، لا بد تن يكون متقوما مملوكا وان كان حقا لابد ان بكون حقا مشروعا لا يخالف أحكام الشرع.

١٠) ان يكون محل الإثبات متنازعا فيه: بان تكون هناك خصومة حقيقية بين طرفي الدعوى، وقد اكد على ذاك المقنن الأردني في المادة ٤٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي نصت على:أ- ترفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة حقيقية في الواقع بل قصدا بالتقاضي الاحتيال على حكم بما يدعيه احدهما:

١) ام يكون محل الإثبات ملزما للخصم

٢) ان يكون محل الإثبات محتمل الثبوت، بان لا يكون محالا عقلا أو عادة أو شرعا.

---

[١٤٠] () مجلة الاحكام العدلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩، المادة رقم(١٦٨١).

[١٤١] () السبكي ، الأشباه والنظائر، ص١٢٠.

[١٤٢] () قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة ٤٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث الاجابة على الدعوى

١) الإقرار: بعد سؤال المدعى عليه عن الدعوى فإن كان جوابه بالإقرار بما جاء على لسان المدعي فإن الدعوى تثبت فالمرء مؤاخذ بإقراره[١٤٣]، ويلزم بهذا الإقرار.

٢) الإنكار: فإن أجاب المدعى عليه بإنكار ما جاء على لسان المدعي فإن المحكمة تكلف المدعي إثبات الدعوى بالبينة فإن عجز يبقى له الحق بتحليف

٣) الشروع بالدفع:

أما الدفع لغة: دفعته دفعا أي نحيته. [١٤٤]

وفي الاصطلاح: هو دعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي لإبطالها ودفع الخصومة عنه.[١٤٥]

وتنقسم الدفوع الى ثلاثة اقسام :

١) دفع شكلي و يسمى دفع الخصومة:

ودفع الخصومة: هو الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه[١٤٦]، و لايقبل هذا الدفع بعد الاجابة على الدعوى و الدخول في موضوعها. فيكون عائقا مؤقتا لتلافي صدور الحكم.

ومن صوره : الدفع بالاحالة ، بان المحكمة التي تنظر الدعوى غير مختصة مكانيا برؤيتها و ان محكمة أخرى يسمها هي المختصة مكانيا في نظرها. و يعتبر من القرارات الفاصلة في الدعوى فيجوز استئنافه استقلالا قبل الفصل في الدعوى و صدور الحكم النهائي فيها .

و من الامثلة عليه في دعوى التفريق للفقد، ان يدفع القيم دعوى المدعيه بان المحكمة التي اقامت المدعيه دعواها لديها غير مختصة مكانيا للنظر في الدعوى و ان محكمة اخرى و يسمها هي المختصة مكانيا للنظر في الدعوى ، كون المدعيه تقيم ضمن منطقة الاختصاص الاداري الموجودة فيها المحكمة و ان عقد

---

[١٤٣] المادة ٧٩ من مجلة الأحكام العدلية

[١٤٤] المصباح المنير ٧٥

[١٤٥] الأصول القضائية ٥٤

[١٤٦] المرجع السابق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

زواج المدعيه من المفقود جرى فيها و من ان المفقود كان يقيم ضمن منطقة اختصاص المحكمة الاخرى و امواله المنقولة و غير المنقولة لا تقع ضمن اختصاص المحكمة التي اقامت فيها دعواها.

و بالنتيجة يطلب احالة الدعوى الى المحكمة المختصة مكانيا، و في حال اثبات دفعه تقرر المحكمة عدم سماع الدعوى لديها و تقرر احالتها الى المحكمة المختصة لتتولى نظرها و السير فيها وفقا للاصول القضائية .[١٤٧]

٢) الدفع الموضوعي : هو الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بدعواه.[١٤٨] ، و من الأمثلة عليه في دعوى التفريق للفقد ، ان يدفع القيم دعوى المدعيه بانها الزوجية غير قائمة بينها و بين المفقود كونه طلقها وارسل لها وثيقة طلاق .

٣) الدفع بعدم القبول: هو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى فهو يوجه إذا إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة..[١٤٩]

ومن الأمثلة عليه في دعوى التفريق للفقد، ان يدفع القيم على المدعى عليه دعوى المدعيه لرفعها قبل المدة التي حددها القانون و يدعي ان المفقود لم يمض على غيابه و فقده سوى عدة شهور و من ان زوجها المفقود حي يرزق و قام بالاتصال معه و انه معلومة محل الإقامة حاليا و بالتالي لا توجد صفة المفقود في الزوج ، ومن الجدير بالذكر ان هذا الدفع يمكن اثارة في اية حالة تكون عليها الدعوى .

ويجري السير بالدفوع بشكل عام كما هو الحال في إجراءات الدعوى و يفصل فيه كما الدعوى، اذ ان المراكز القانونية تتغير فيصبح الطرف الدافع مدعيا يكلف بتوضيح دفعه ثم اثبات في حال لم يصادق الطرف الاخر عليه.

و يشترط لقبول الدفوع:

١- ان يكون الدفع قانونيا ، بحيث يكون له سنده القانوني
٢- ان يكون الدفع منتجا و متعلقا بموضوع الدعوى او إجراءاتها او شروطها، و يترتب على قبوله اثر في الدعوى و في الحكم الذي سيصدر عنها.
٣- ان يقدم الدفع ممن له الحق في تقديمه و يشترط في ذلك ما يشترط للمدعي من أهلية و صفة و مصلحة.

---

[١٤٧] **انظر المادة (٩) من قانون اصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم(٣١) لعام ١٩٥٩ و تعديلاته حتى العام ٢٠١٦**

[١٤٨] المرجع السابق

[١٤٩] د. احمد ابو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات ص٧٥٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤- ان يقدم ضمن الاطار الزمني له، و ذلك بحسب نوعه، فعلى سبيل المثال الدفع الشكلي و هو الدفع المتعلق بصحة الإجراءات او ولاية المحكمة للنظر في النزاع المطروح امامها ، فلا يقبل من مدعيه بعد الإجابة على الدعوى و الدخول في موضوعها. اما الدفوع الموضوعية و الدفع بعد القبول للخصم اثارتها في اية حالة تكون عليها الدعوى.

المطلب الرابع الإثبات في الدعوى و شروطه

الفرع الاول : تمهيد:

الإثبات لغة : إقامة الثبت وهو الحجة [١٥٠]

جاء في موسوعة الفقه الإسلامي ان الإثبات : هو إقامة الحجة امام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق او واقعة تترتب عليها آثار شرعية لذلك فإن وسائل الإثبات والأدلة انما شرعت لإثبات الحقوق وصيانة الأنفس والأعراض والأموال ومنع الظلم والتعدي الحق المدعى به، والغالب انها لا تكون الا في حالتين وهما :حال انكار المدعى عليه للدعوى لقوله (صلى الله عليه وسلم) :البينة على من ادعى واليمين على من انكر .

والحالة الثانية : حال غياب المدعى عليه لانه ينزل منزلة المنكر للدعوى ولا يقام القضاء على الغائب الا بعد تكليف المدعي بإثبات دعواه بحقه،لاحتمال الكذب من جانب المدعي من جهة ولدفع التهمة عن نفسه من جهة أخرى.

الفرع الثاني: شروط للإثبات :

١) ان تسبقه دعوى في حقوق العباد، ولا يشترط ذلك عندما يتعلق بموضوع الدعوى حق لله تعالى.
٢) ان يوافق الإثبات الدعوى، ذلك انه فيه إظهار لصدق المدعي فيما يدعيه
٣) ان يكون الإثبات منتجا في الدعوى وموافقا لها وموجبا لترتب الحكم.
٤) ان يكون الإثبات في مجلس القضاء حتى يكون الحكم ملزما ومرعيا قاطعا للنزاع. وهذا جاء في المادة ١٦٨١ من مجلة الأحكام العدلية: لا تعتبر الشهادة التي تقع خارج مجلس المحاكمة).[١٥١]
٥) ان يستند الإثبات الى العلم او غلبة الظن، لانه لا عبرة للتوهم، فالأصل ان لا يشهد الإنسان الا بالحق وبما علمه يقينا، وكذلك لا يحلف الشخص على فعل نفسه الا متيقنا من صدق ما يحلف عليه.

---

[١٥٠] () الفيروزي آبادي، القاموس المحيط، ج١، ص١٤٤-١٤٥.

[١٥١] () مجلة الاحكام العدلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩، المادة رقم(١٦٨١).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦) ان يكون الإثبات موافقا للعقل أو للشرع او للحس او لظاهر الحال، والا فلا يتعبر .

٧) ان يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشارع وأهمها : الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة.

٨) ان يكون محل الإثبات معلوما: فكل ما صحت إقامة البينة بع صحت الدعوى به[١٥٢] ومعلومية محل الإثبات، اما ان تكون بالتعيين او الاشارة او الوصف او بيان الجنس والنوع والصفة والقدر.

٩) ان يكون محل الإثبات مشروعا[١٥٣] : اي تقره الشريعة وتعتبره صحيحا، فإن كان مالا، لا بد تن يكون متقوما مملوكا وان كان حقا لابد ان بكون حقا مشروعا لا يخالف أحكام الشرع.

١٠) ان يكون محل الإثبات متنازعا فيه:

بان تكون هناك خصومة حقيقية بين طرفي الدعوى، وقد اكد على ذلك المقنن الأردني في المادة ٤٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي نصت على:أ- ترفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة حقيقية في الواقع بل قصدا بالتقاضي الاحتيال على حكم بما يدعيه احدهما:

١) ان يكون محل الإثبات ملزما للخصم

٢) ان يكون محل الإثبات محتمل الثبوت، بان لا يكون محالا عقلا أو عادة أو شرعا.

المطلب الخامس وسائل الاثبات

الفرع الأول: البينة :

اما البينة اصطلاحا:

عرفها الحنفية : أخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي

وعرفها المالكية: قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه ان عدل قائله مع تعدده او حلف طالبه.[١٥٤]

---

[١٥٢] () السبكي ، الأشباه والنظائر، ص١٢٠.

[١٥٣] () قانون أصول المحاكمات الشرعية الاردني الأردني، المادة ٤٤.

[١٥٤] () الحطاب، مواهب الجليل ، ج٦، ص١٥١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والشافعية عرفوها: اخبار بحق للغير على الغير بلفظ اشهد .[١٥٥]

واما الحنابلة : الاخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص.[١٥٦]

و ارجح هنا تعريف الشافعية: لانه اخرج الإقرار من الشهادة . ولكن بإضافة في مجلس القاضي له .

واما في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني فقد عبر عن الشهادة بالبينة الشخصية.

اما دليل اعتبارها ففي قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) (سورة الطلاق الاية٢).

وقوله (صلى الله عليه وسلم) (شاهداك أو يمينه).[١٥٧]

ونصاب الشهادة : رجلان او رجل وامرأتين لقوله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) (سورة البقرة، الآية ٢٨٢).

اما البينات الكتابية (الخطية) فقد عرفها المقنن الأردني في المادة ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية : المستندات الرسمية هي التي ينظمها موظفون رسميون يكون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد وسندات التسجيل والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل او من في حكمه وتعتبر هذه المستندات بينة قاطعة لما نظمت من اجله ولا تقبل الطعن فيها الا بالتزوير.

الفرع الثاني : الإقرار :

أولا: الإقرار لغة : الاعتراف

ثانيا: اصطلاحا : فله عدة تعريفات للفقهاء وذلك على النحو الاتي:

فعند الحنفية : اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه [١٥٨]

أما المالكية : الإقرار هو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه او بلفظ نائبه[١٥٩]

وعرفه الشافعية : بأنه أخبار عن حق ثابت على المخبر[١٦٠]

وعرفه الحنابلة : بانه الاعتراف، وهو اظهار الحق لفظا او كتاب ة او اشارة [١٦١]

---

[١٥٥]() القيلوبي، حاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلي، ج٤، ص٣١٩.

[١٥٦]() البهوتي، منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٧٥.

[١٥٧]() تم تخريجه.

[١٥٨]() الزيلعي، تبيين الحقائق ، ج٥، ص٢، ابن همام، تكملة فتح القدير، ج٦، ص٢٧٩.

[١٥٩]() الخرشي، شرح الخرشي، ج٦، ص٨٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٧، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٢، ص١٧٦.

[١٦٠]() الشربني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٨.

[١٦١]() البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٩٠، البهوتي، منتهى الإرادات، ج٤، ص٣٣٥، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٣٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: اليمين:

اولا: اليمين لغة : هي الحلف القسم

و اليمين اصطلاحا : ان يشهد الشخص الله تعالى حالفا به على ان يقول الحق في مجلس القضاء.

الفرع الرابع: القرائن:

١- جمع قرينة : وهي الدال على الشيء، من غير الاستعمال فيه بل بمجرد المقارنة والمصاحبة، او هي تشير الى المقصود .[١٦٢]

وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٤١: القرينة القاطعة هي الامارة البالغة حد اليقين.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا : القرينة : كل امارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه، وهي مأخوذه من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة [١٦٣]

وقد اتفق الفقهاء على الحكم بموت المفقود او الغائب الذي غاب غيبة منقطعة بقرينة موت اقرانه ويجعلها القاضي قاطعة على وفاته فتعتد زوجته وتوزع تركته.[١٦٤]

اما المعاينة والخبرة : المعاينة : هي ان يشاهد القاضي بنفسه او بواسطة من ينيبه محل النزاع بين المتخاصمين، لمعرفة حقيقة الأمر فيه.

و الخبرة : فهي الأخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي .[١٦٥]

---

[١٦٢]() ابن منظور، لسان العرب ، ج٣، ص٣٣٦، الفيروز اباد، القاموس المحيط، ج٤، ص٢٥٩، الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٨٦.

[١٦٣]() الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج٢، ص٩١٤.

[١٦٤]() الشافعي ، الام ، ج٧، ص٢١٩، ابو زهرة ، محمد بن أحمد، الأحوال الشخصية، ص٤٩٩.

[١٦٥]()الزحيلي ، وسائل الإثبات ج٢، ص٥٩٠ و٥٩٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس صدور الحكم القضائي

الفرع الأول : تعريف الحكم القضائي:

أولا –عند الحنفية : عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٨٦: الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه اياها.

ثانيا: عند المالكية : الحكم : هو الإعلام على وجه الالزام [١٦٦]

ثالثا: عند الشافعية: الحكم هو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع[١٦٧]

رابعا : عند الحنابلة : الحكم: هو الإلزام بحكم شرعي [١٦٨]

ومن الفقهاء المعاصرين :

عرفه الشيخ وهبة الزحيلي: هو فصل الخصومة وحسم النزاع بقول او فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام [١٦٩]

و من ألفاظ الحكم : قضيت، وحكمت، وألزمت، وأمرت

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للحكم في القانون:

نصت المادة ١٠٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الاردني على ان يكون الحكم.

١) مكتوبا: اي متاحا على نسخة ورقية، يحفظ نسخة منها في سجلات المحكمة خاصة بالاحكام، و يتم تسليم اطراف الدعوى نسخ عن الحكم.

٢) مؤرخا: حيث ان الاثار المترتبة على نتيجة الحكم تبدا من تاريخ صدوره، مع وقف سريانه ان كان من الاحكام الخاضعة لتدقيق محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف).

٣) ان يدرج في متن القرار علل الحكم وأسبابه والنصوص التي استند اليها: و ذلك لتفسير النتيجة التي توصلت اليها المحكمة بعد انتهاء المرافعات، اذ لا بد ان يكون مستندا على الحقائق و لادلة الثابتة التي توصل اليها القاضي في اصدار حكمه، مع ذكر النصوص القانونية التي تؤيد ذلك.

---

[١٦٦]() الدردير، السالك بلغة المسالك، ج٤، ص١٨٧.

[١٦٧]() الأنصاري ، القاضي زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري الشافعي عماد الرضا ببيان أدب القضاء (مخطوط، ورقة ١٤أ)، إدارة المخطوطات، والمكتبات الإسلامية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ١٣٣٧هـ؛ ياسين ، نظرية الحكم القضائي، ص٤٥

[١٦٨]() البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٤٨١.

[١٦٩]() الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلام وأدلته دار الفكر ، دمشق، ط١٢، ج٦، ص٧٨٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني اجراءات التقاضي في دعوى التفريق للفقد

عند اللجوء لطلب الحق او حمايته في مجلس القضاء، لابد ان تمر الدعوى بعدة مراحل يتخللها ضوابط عدة منها الشكلي ومنها الموضوعي، وسيقتصر الباحث في هذا المبحث على الإجراءات المتبعة وفقا لقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني لكونه القانون واجب التطبيق هنا، لذا سأحاول ان أبين كيفية السير بالدعوى ومراحلها حتى إصدار الحكم بنتيجة الدعوى وكذلك درجات التقاضي وفقا لقانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني رقم(٣١) لعام ١٩٥٩ و تعديلاته حتى العام ٢٠١٦. و يتضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الاول الاسباب الموجبة لفرقة للفقد:

اذ انه و قبل الدخول في التطبيق العملي لدعوى التفريق للفقد، لا بد لنا ان نبين و نؤصل الاسباب الموجبة لهذا النوع من طلب التفريق ، و ذلك من خلال استعراض آراء بعض الفقهاء لهذه المسألة.

حيث قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى....، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تقدر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود".[١٧٠]

وورد عن ابن قدامة في المغني: "أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر، لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط ويجب المهر المسمى".[١٧١]

اما المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته ٢١ المعقودة بمكة المكرمة عام ١٤٣٤هـ فقد جاء في قراره بهذا الخصوص :

"للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود أو قبل الدخول فعلى المرأة أن ترد المهر لذويه كاملا، بخلاف ما لو كان الفسخ بعد الدخول فهو من حق المرأة".[١٧٢]

---

[١٧٠]() ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ص٢٧، ٢٨؛ الدمشقي علاء الدين ابوالحسن علي بن محمد الدمشقي، الاخبار العلمية من الاختبارات الفقهية من فتاوى الشيخ الإسلام ابن تيمية، دار العاصمة ، الرياضة ط١، ١٤١٨هـ، ص٢٤٧.

[١٧١]() ابن قدامة ، المغني ، ج٧، ص١٤٤.

[١٧٢]() مجمع الفقه الاسلامي، الدورة ، ٢١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إن ظهر المفقود حيا بعد حكم القاضي بوفاته، وقد تزوجت امرأته دون فسخ النكاح الأول، فإنه يكون أحق بها من زوجها الثاني، وفي هذه الحالة يفسخ النكاح الثاني وتعتد المرأة منه (بحيضة واحدة) ثم ترجع لزوجها الأول وإن رغب عنها وأقر هذا الزواج الثاني فله ذلك ومن حقه استرداد المهر الذي دفعه لها من زوجها الثاني.[١٧٣]

وقد روى ابن أبي شيبة في المصنف عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان بن عفإن رضي الله عنهما قالا: إن جاء زوجها خُيّر بين امرأته وبين الصِداق الأول.[١٧٤]

وقال ابن قدامة ايضا في المغني: "وإن قدم بعد دخوله الثاني بها خُيّر الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول وبين أخذ صِدَاقِها وتكون زوجة الثاني لإجماع الصحابة عليه".[١٧٥]

اما الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: "لكن لا يطؤها حتى تعتد من الثاني".[١٧٦]

ومنعا لظهور الفتن والمشاكل فالأولى للمرأة التي طال غياب زوجها وانقطعت أخباره وتضررت من ذلك أن ترفع أمرها للقاضي ليحكم بفسخ النكاح ثم تعتد وتتزوج. فسخ لا أثر له حال عودة الزوج الأول وظهوره حيا.

المفقود يعتبر ميتا بالنسبة لزوجته بعد مضي أربع سنوات ولا يعد ميتا بالنسبة لأمواله إلا بعد انقضاء مدة التعمير [١٧٧]

الشافعية والمالكية أعطوا الزوجة الحق في طلب الطلاق لعدم الإنفاق [١٧٨]

وإذا جاز لها التطليق لعدم النفقة فإنه يجوز لها طلب الطلاق من باب اولى إذا خشيت على نفسها الزنا لشدة ترك الوطء.[١٧٩]

---

[١٧٣]() ابن قدامة ، المغني ، ج٧، ص١٤٤

[١٧٤]() ابن ابي شيبة الكوفي ، المصنف ، ج٢، ص٢٥٤.

[١٧٥]()ابن قدامة ، المغني ، ج٧، ص١٤٤-١٤٥.

[١٧٦]() الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٣٩٨-٣٩٩.

[١٧٧]() الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الدردير، ص ١٠٠ وما بعدها.

[١٧٨]() الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ص٥٦١؛ الكشناوي، ابو بكر بن عبد الله ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في ذهب امام الأئمة مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص١٣٣.

[١٧٩]() الكشناوي، اسهل المدارك ص١٣٥؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ص٥٦٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني الشروط الشكلية و القانونية لدعوى التفريق للفقد

حتى تكون دعوى المدعيه صحيحة و مقبولة ، لابد ان تتوفر في دعوى التالية:

١) ان تتوفر في المدعية اهلية الخصومة، بأن تكون بالغة عاقلة اتمت الثامنة عشرة شمسية من عمرها ، و قد اعطى قانون الاحوال الشخصية استثناء بالنسبة لمن هي دون الثامنة عشر من عمرها ، اذا اذن لها القاضي بالزواج وفقا للمادة ١٠/أ منه و اعتبرها القانون مكتسبة للاهلية الكاملة في كل ما له علاقة بالزواج و الفرقة و آثارهما.[١٨٠]

٢) ان يكون لها صفة في الادعاء ، و هذا متوفر في دعواها بصفتها زوجة بعقد زواج صحيح.

٣) ان تبين في صحيفة دعواها الاسباب التي تستند اليها في طلب التفريق ، و في هذه الدعوى يجب عليها ان تدعي الضرر الذي لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية من فقدان زوجها، ولا يشترط لها ان تصرح بماهية الضرر بل يكفي ادعاؤه.

٤) ان تدعي ان زوجها مفقودا لا غائبا ، لا تعرف حياته من مماته.

٥) ان تبين زمان و مكان الفقد، فيشترط ان يكون مفقودا منذ اكثر من سنة ، اما ذكر المكان، فذلك ان المكان الآمن يختلف عن المكان الذي في حرب او وقع في كارثة من حيث مدة التأجيل(التربص).

٦) ان تبين في دعواها ان كان يوجد قيم على اموال المفقود، و القيم هو بمثابة الوصي او من يتولى ادارة و حفظ اموال الزوج المفقود و المعين من قبل القاضي، او ان كان له وكيلا عنه.

هذه هي الشروط التي على اساسها تقبل الدعوى و تكون صحيحة و مسموعة، و بعد ذلك يقبلها القاضي ويتم تسجيلها في قلم المحكمة و تدفع الرسوم القانونية المقررة لان مبدأ الدعوى يعتبر من تاريخ استيفاء الرسم.[١٨١]

و أرفق هنا نموذج دعوى طلب التفريق لفقدان الزوج

---

[١٨٠]()(١٠/أ) قانون الاحوال الشخصية، ٤٣ أصول المحاكمات الشرعية

[١٨١]()المادة ١٢ من قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني (١+٢+٣) المادة ٤٣ من قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نموذج رقم (١)

فضيلة قاضي محكمة( ) الشرعية المحترم

لائحة الدعوى

المدعيه: الاسم/ العنوان

المدعى عليه:الاسم/ العنوان/ القيم عليه ان كان يوجد قيم معين من قبل المحكمة قبل اقامة الدعوى

الموضوع: طلب التفريق لفقدان الزوج

الوقائع:

ان المدعى عليه هو زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي ومضى على زواجنا أكثر من عشر سنوات، وهو مفقود في سوريا منذ حوالي خمس سنوات ولا يعرف ان كان حيا او ميتا فقد اختفى بعد خروجه من بيت الزوجية الكائن في حمص منطقة الخالدية بتاريخ ٢٠١٢/١/١ ولم يعد ابدا ولم نعرف عنه اي خبر، وقد بحثنا عنه لدى الجهات الامنية وكذلك في المستشفيات والمعتقلات لكن دون نتيجة ، حيث ان المنطقة التي فقد فيها هي منطقة حرب و معارك ،وانني قد تضررت من فقدانه ضررا ماديا ومعنويا حيث انني بقيت معلقة لا انا ذات زوج ولا انا مطلقة

الطلب: الحكم بالتفريق بيني وبين زوجي المفقود بفسخ عقد زواجنا لتضرري من فقدانه

واقبلوا الاحترام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إجراءات المحاكمة والسير بالدعوى(التطبيق):

الاجراءات :

١-قبول الدعوى وتسجيلها واستيفاء رسمها المقرر

٢- تعيين موعد جلسة للنظر في الدعوى

السير في الدعوى:

١- الجلسة الأولى :

في اليوم المعين حضرت المرأة المكلفة شرعا المدعيه وتعرفت عليها حسب الأصول ولم يحضر المدعى عليه ولا من يمثله و قد وردت اوراق تبليغه تفيد بانه كان يقيم في العنوان المذكور في لائحة الدعوى ، الا انه غادره منذ سنوات الى جهة مجهولة و لا يعرف له محل اقامة او عنوان حاليا والمحكمة و حيث ان موضوع هذه الدعوى هو التفريق للفقد و حتى تكون الدعوى مسموعة لا بد من توفر الخصومة فيها ، و عليه فانها تقرر تعيين قيم على المدعى عليه لتسمع الدعوى بمواجهته ، اذ لا بد من توفر معذرة للمدعى عليه و لا يقضى على الغائب او المفقود دون معذرة .

فتقرر المحكمة في حال عدم وجود قيما معينا و منصبا على اموال المدعى عليه تعين قيما من قبلها .

تعين المحكمة قيما على المدعى عليه و تباشر المحاكمة الوجاهية علنا ،تتلى لائحة الدعوى و تقررها المدعيه و تطلب الحكم بفسخ عقد زواجها من زوجها المفقود ، و هنا تسأل المحكمة القيم عن دعوى المدعيه ، فيجيب بانه القيم على اموال المدعى عليه و ان المدعى عليه مفقود و يذكر الجهة التي فقد فيها ان كان يعلمها.

تقرر المحكمة اجراء البحث والتحري عن الزوج المفقود من خلال مخاطبة الجهات المختصة والكتابة اليها ومنها : الهلال الاحمر والصليب الاحمر وادارة شؤون اللاجئين والمفوضية العليا للامم المتحدة والأجهزة الامنية المختصة و المحاكم و وزارة الصحة وكذلك من خلال الاعلان في الصحف المحلية اليومية .

في الجلسة التالية: في اليوم المعين حضرت المدعية و القيم المذكوران كالسابق وبالرجوع لملف الدعوى وجود كتب المخاطبات السابقة للجهات المذكورة قد ورد وبالاطلاع عليها تبين انه لم يعثر على المدعى عليه المفقود ولم يعرف عنه اي خبر وكذلك وجد اعلان التحري عن المفقود في الصحف قد ورد أيضا .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحكمة تكلف المدعيه إثبات دعواها فقالت ان بينتي على الدعوى هي بينة خطية وأخرى شخصية اما الخطية فهي عقد زواجي من المدعى عليه وكذلك الكتب الرسمية المتضمنه البحث والتحري عن المفقود والبينة الشخصية هي شهادة كل من :

المحكمة بالاطلاع على البينات الخطية الرسمية وجدت مطابقة لما نظمت من اجله حفظت في ملف الدعوى وبالاستماع للبينة الشخصية تبين انها متفقة مع بعضها البعض ومطابقة لدعوى المدعيه حيث شهد الشهود بان المدعيه هي زوجة المدعى عليه المفقود وداخل بها بصحيح العقد الشرعي وشهدوا بان المدعى عليه مفقود منذ خمس سنوات ولا يعرف ان كان حيا او ميتا. ومن ان المدعيه متضرره من فقدان زوجها

المحكمة تسال القيم المؤقت ان لديه طعن في البينة فقال لا طعن لي والمحكمة بناء عليه تعلن قناعتها بالبينة وبذلك تكون المدعيه قد اثبتت دعواها وتسالها المحكمة عن اقوالها الاخيرة فكررت ما سبق وختمت اقوالها ولتوافر أسباب الحكم فقد اعلنت ختام المحاكمة واصدرت القرار التالي باسم حضرة صاحب الجلالة الملك عبدالله الثاني ابن الحسين المعظم

المطلب الثالث صدور الحكم بالتفريق للفقد و الاثار المترتبة عليه

ان الحكم الصادر في هذه الدعوى من قبل المحكمة الابتدائية لا يحوز الحجية الكاملة و لا يكون نافذا ما لم يكتسب الدرجة القطعية من خلال تصديقه من محكمة الاستئناف[١٨٢]. اذ على المحكمة الابتدائية ارسال اوراق الدعوى و محتوياتها الى محكمة الاستئناف، بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم.

وفي حال قامت محكمة الاستئناف الشرعية بفسخ الحكم لسبب من اسباب الفسخ اما ان يكون اجرائيا او جوهريا ، فتعيد المحكمة الابتدائية النظر في الدعوى وفقا للقرار الاستئنافي و تعالج نقطة الفسخ و تستدرك اسبابه، ثم ترفعها مجددا الى محكمة الاستئناف ليصار الى تصديق الحكم. الا اذا رأت ان تنظرها مرافعة لديها.

و ارفق هنا نموذج لقرار حكم صادر في دعوى التفريق للفقد.

()[١٨٢] ** ١٣٨ قانون اصول المحاكمات الشرعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نموذج رقم (٢)

قرار الحكم

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والبحث والتحري والبينتين الخطية الرسمية المبرزة والشخصية المستمعة المقنعة وعملا بأحكام المواد٧٩ من المجلة و ٦٧ و ٧٥ من قانون اصول المحاكمات الشرعية و ١٤٣ من قانون الاحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعيه المذكورة والمدعى عليه المذكور بفسخ عقد زواجهما الجاري بينهما بموجب وثيقة العقد الصادرة عن محكمة برقم تاريخ لتضررها من فقدانه، وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم ادناه، حكما وجاهيا قابلا للاستئناف وموقوف النفاذ على تصديقه استئنافا افهم ذلك لمن حضر علنا ،تحريرا في :

المطلب الرابع الطعن على الحكم و درجات التقاضي

لقد بين قانون أصول المحاكمات الشرعية طرقاً للطعن بها على الحكم الصادر عن المحكمة وهي الاعتراض والاستئناف وإعادة المحاكمة والطعن لدى المحكمة العليا الشرعية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولا: الاعتراض:

ويقسم الاعتراض إلى الاعتراض العادي واعتراض الغير:

ولا يتصور في هذه الدعوى ان يتم الاعتراض العادي عليها، ذلك ان الاعتراض العادي لا يكون الا على الاحكام الغيابية او الاحكام التي تصدر بمثابة الوجاهي.

الا ان ذلك لا يمنع الاعتراض عليها من قبل الغير (اعتراض الغير)

فإن قدم الاعتراض وفق المدة القانونية يتم قبوله شكلا والفصل به وفق الأصول القانونية إما بفسخه أو تعديله أو رده.[١٨٣]

و يكون هذا الاعتراض إذا صدر الحكم في الدعوى وكان الحكم يمس بحقوق شخص لم يكن منضما في القضية أو كان له الأحقية بالمحكوم به من المحكوم له فإنه يجوز له ان يقدم اعتراضا على الحكم الصادر في تلك الدعوى.[١٨٤]

- ويقسم اعتراض الغير إلى قسمين وهما:[١٨٥]

---

[١٨٣] المادتين ١١٢ و١١٣ من المرجع السابق

[١٨٤] المادة ١١٥ من المرجع السابق

[١٨٥] المادة ١٦ من الرجع السابق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١) الاعتراض الأصلي: يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بلائحة تتضمن الأسباب التي يستند إليها في الاعتراض، ويتم إجراءات التبليغ القانونية والفصل به بالوجه الشرعي والقانوني.

٢) الاعتراض الطارئ: وهو ما يكون على حكم أبرزه أحد الأطراف أثناء النظر في الدعوى ولا يحتاج إلى إقامة دعوى مستقلة بهذا الأمر، بل يكتفي أن يقدم طلب الاعتراض بلائحة خطية تتضمن الأسباب التي يستند إليها في الاعتراض حين إبراز الوثيقة المعترض عليها.

ومن الامثلة عليه في دعوى التفريق للفقد ، ان يتقدم القيم المعين على المفقود بلائحة اعتراضية ، يطلب فيها ادخاله في المحاكمة لكونه الممثل القانوني للمفقود لا القيم المؤقت المعين من قبل المحكمة .

كذلك يمكن لاحد اقارب المفقود او من ذويه الاعتراض لابراز حكم سابق يقضي بوفاة المفقود ، الامر الذي يترتب عليه هدم الدعوى من اساسها لانها مقامة على ميت .

والاعتراض لا يكون الا في محكمة الدرجة الاولى.

ثانياً: الاستئناف :

و هي الدرجة الثانية من درجات التقاضي. و مرحلة من مراحل الطعن على الحكم الصادر عن المحكمة الشرعية الابتدائية ، اذ أن لمحكمة الاستئناف الشرعية صلاحية الفصل في الأحكام المستأنفة من المحاكم الشرعية وتكون مدة الاستئناف خلال ثلاثون يوما من تاريخ صدور الحكم وجاهياً .

فيجوز لأحد أطراف القضية أن يطلب استئناف القضية عند صدور الحكم بها وجاهيا

وتفصل محكمة الاستئناف بالحكم المستأنف إما تدقيقا أو مرافعة حسب مقتضى الحال.[١٨٦]

و يتم وقف سريان الأحكام الخاضعة لتدقيق محكمة الاستئناف وجوبا حتى تبت محكمة الاستئناف فيها.[١٨٧]

و في دعوى التفريق للفقد تكون خاضعة للتدقيق استئنافا، و يصدر الحكم فيها اما بتأييد حكم محكمة الدرجة الاولى او تعديله او نقضه، و لها ايضا ان تنظر الدعوى مرافعة ان رأت ضرورة لذلك.

ثالثا: المحكمة العليا الشرعية :

وهي الدرجة الثالثة من درجات التقاضي، و يكون الطعن لدى المحكمة العليا الشرعية على الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية و ذلك وفقا لشروط معينة و في بعض الدعاوى والاحكام .

---

[١٨٦] () المادة ١٣٧ من المرجع السابق

[١٨٧])) المادة ١٣٧ من المرجع السابق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتقبل المحكمة العليا الشرعية النظر في الأحكام الاستئنافية التالية وإن لم يتم إعطاء الإذن من رئيس المحكمة لعليا الشرعية أو من يفوضه و من ضمنها دعوى التفريق للفقد :[١٨٨]

فلها ان تنظر الدعوى تدقيقا او مرافعة، و لا يجوز الطعن في احكامها بأي طريق من طرق الطعن.

رابعا: النيابة العامة الشرعية:

يكون تدخل النيابة العامة الشرعية وجوبيا في الدعاوى المرفوعة على المفقودين، و بالتالي فان دعوى التفريق للفقد تتدخل فيها النيابة العامة الشرعية ، و تكون طرفا فيها و لا يجوز طلب ردها لاي سبب من اسباب الرد، و لها الطعن بالحكم اذا خالف قاعدة من قواعد النظام العام او القانون و يكون الحكم باطلا اذا لم تتدخل في الدعوى.

المطلب الخامس الاثار المترتبة على الحكم بالتفريق للفقد:

الفرع الاول: العدة :

والعدة هي مدة تربص تلزم المرأة إثر الفرقة من فسخ او طلاق او وفاة او وطء بشبهة ، وتبتدىء منذ وقوع الفرقة ، وهي لا تلزم الا بالدخول او الخلوة الصحيحة [١٨٩]

الفرع الثاني المهر:

لزوجة المفقود الحق في المطالبة بمهرها المؤجل وغير المقبوض من مهرها المعجل، ولها ان تستوفيه من مال المفقود.بالطرق التي رسمها قانون التنفيذ الشرعي لسنة ٢٠١٣ .[١٩٠]

الفرع الثالث:نفقة العدة :

لزوجة المفقود ان تطالب بنفقة عدتها و تخاصم في طلبها القيم على اموال المفقود، او من تحت يده اموال المفقود.[١٩١]

---

[١٨٨]) المادة ١٤٣ من المرجع السابق

[١٨٩]() ١٤٥* قانون الاحوال الشخصية الاردني

[١٩٠] انظر المواد ٤٠ و ٤٣ من من قانون الاحوال الشخصية الاردني

[١٩١] انظر المواد ١٥١ و ١٥٢ من قانون الاحوال الشخصية الاردني / توثيق هامش

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس أوجه الاتفاق و الاختلاف في دعاوى التفريق للغياب و للفقد و اثبات وفاة الزوج المفقود

والحقيقة انني رايت ان هذا المطلب ضروري ، من اجل التمييز و عدم الخلط بين هذه الدعاوى، لان البعض قد يظن و يتوهم ان هذه الدعاوى واحدة ،تقوم على ذات الاسباب ويصدر عنها ذات الاحكام و يترتب عليها الاثار ذاتها .

الفرع الاول: من حيث الاسباب الموجبة:

٣) تتفق دعوى الغياب و الفقد في السبب الموجب لاقامتهما، و هو الضرر الذي يلحق بزوجة كل منهما. و ان كان له مال يمكنها الانفاق منه.

٤) لابد من مرور سنة على الاقل لطلب التفريق للغياب او الفقد.

٥) اما دعوى اثبات وفاة الزوج ،فيون السبب الموجب لاقامتها هو طلب الحكم بموته.

الفرع الثاني : من حيث الخصومة:

الخصم في دعوى التفريق للغياب هو الزوج الغائب نفسه،لان حياته من مماته معلومة، الا انه مجهول محل الاقامة و لا يعرف له عنوان.

بينما يكون الخصم في دعوى التفريق لفقدان الزوج هو القيم على اموال المفقود او من تعينه المحكمة ، من اجل صحة الخصومة الشكلية ،اذ لا حكم على مجهول، فينبغي للمحكمة ان تخاصم القيم من السير في الدعوى وصدور الحكم بحق المفقود .

اما الخصم في دعوى اثبات وفاة الزوج فيكون

الفرع الثالث: البحث و التحري:

١- في دعوى التفريق للغياب لا يتم اجراء البحث و التحري عن الغائب، بل تكتفي المحكمة بالتثبت من مجهولية محل اقامته بالوسائل التي تراها مناسبة.

٢- اما في دعويي التفريق للفقد و اثبات وفاة المفقود، فلا بد من التحري و البحث عن المفقود ما امكن قبل تكليف المدعيه اثبات دعواها.

الفرع الرابع : من حيث صدور الحكم و الاثار المترتبة عليه:

١- الحكم الصادر في دعويي التفريق للغياب و الفقد يكون بفسخ عقد الزواج للتضرر الزوجة من بعد زوجها عنها سواء اكان غائبا ام مفقودا.

بينما الحكم الصادر في دعوى اثبات وفاة المفقود يكون بالحكم بموته و حصر ارثه الشرعي بورثته.

٢- تعتد المدعيه(الزوجة) حين الحكم في دعوتي التفريق للغياب و الفقد عدة الطلاق بحسب حالها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما المدعيه في دعوى اثبات وفاة المفقود فتعتد من حين صدور الحكم عدة الوفاة.

الفرع الخامس :حال ظهور الزوج قبل صدور الحكم و بعده :

١- في جميع دعاوى التفريق للغياب و الفقد و اثبات وفاة الزوج ترد الدعوى و كأنها لم تكن،لفقدان الدعوى موجبها و الاساس الذي قامت عليه و هو البعد و الغياب.

٢- اما بعد صدور الحكم في دعويي التفريق للغياب و الفقد، فليس للزوج الحق بارجاع زوجته الا بمهر و عقد جديدين و ان كانت في العدة

بينما في دعوى اثبات وفاة المفقود تعود الزوجة لزوجها دون الحاجة لاجراء عقد زواج جديد، ما لم تكن قد تزوجت من غيره.

الفرع السادس:

جميع الاحكام الصادرة في هذه الدعوى خاضعة للتدقيق من قبل محكمة الاستئناف، و لا يكون الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية قطعيا الا بعد تصديقه استئنافا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

إن للزواج أهداف ومقاصد جليه نبيلة منها السكينة والمودة والرحمة وإكثار النسل، إلا أن الزواج قد يمر بظروف حياتي صعبه قد تؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، ومن ضمن أسباب الفرقة ، فقد الزوج، الأمر الذي يؤدي إلى التفريق بين الزوجين عن طريق دعوه قضائية رسميه.

توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

النتائج:

من خلال هذه الدراسة فقد توصلت الى النتائج التالية :

١. ان التفريق القضائي هو احد الوسائل التي تؤدي إلى رفع الضرر عن احد الزوجين و وقاية من الوقوع في الانحراف والحرام والرذيلة. و قد أجاز الشرع والقانون التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج، اذا تفاوت الإمساك بالمعروف، و تحقق الضرر على الزوجة .
٢. ان دعوى التفريق القضائي لفقد الزوج، قال بها الفقهاء واعتبروها من أنواع الفرقة التي تملك الزوجة الحق في طلب فسخ عقد زواجها إذا تضررت من فقدان زوجها .
٣. ان المذهب المجيز لهذا النوع من الفرقة هو المذهب المالكي والحنبلي و يكون فسخا لا طلاقا اخذا بمذهبي المالكية من حيث الجواز ومن المذهب الحنبلي من حيث نوع الفرقة
٤. المقنن الإماراتي احتاط أكثر للمفقود بان جعل التفريق بعد مضي سنة على إقامة الدعوى وليس من تاريخ الفقدان كما في القانون الأردني
٥. تعتد الزوجة من هذه الفرقة عدة طلاق لا عدة وفاة، لان حقيقة هذه الدعوى قائما على التفريق للضرر، لا الحكم بوفاة المفقود اذ في هذه الحالة تعتد الزوجة عدة وفاة .
٦. ان اعتبار هذا النوع من الفرقة فيه تيسير على الزوجات ممن فقدن أزواجهن اما في ظروف الحرب او في ظروف عادية .
٧. ان حكم التفريق للفقد يكون ظاهرا وباطنا، ففي حال ظهر المفقود حيا فليس له الحق بإعادة زوجته لعصمته وعقد نكاحه الا بمهر وعقد جديدين وبرضاها، بخلاف الحكم بوفاته فإنها تعود اليه زوجة من غير عقد جديد ودون ان يكون لها الخيار في ذلك .
٨. ان زوجة المفقود في دعوى التفريق للفقد لا ترث زوجها وانما لها الحق بالمطالبة بمهرها و بنفقة العدة ، وهو حق من حقوقها المالية ويكون الخصم في ذلك القيم على امواله ويمكنها استيفاء مهرها من اموال المفقود ان وجدت . ويبقى دين لها في ماله ان تعذر ذلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٩. ان حكم التفريق للفقد الصادر عن المحكمة الشرعية الابتدائية خاضع لتدقيق المحكمة الاعلى منها درجة وهي محكمة الاستئناف، ولا يكتسب الدرجة القطعية الا إذا صدق استئنافا .

التوصيات:

اولا: ان تصدر دائرة قاضي القضاة في الاردن مذكرة ايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاردني لسنة ٢٠١٠، تبين فيه المذهب التي استمدت نصوص مواده منه، ليسهل على الباحث تتبع الاصل الفقهي لها.

ثانيا:ان اغلب دعاوى التفريق بسبب الضرر استدمت من المذهب المالكي ، و هو المذهب الاكثر توسعا بها، لذا لابد من احالة القواعد الاجرائية لهذه الدعاوى للمذهب المالكي

ثالثا: ارى ان تعدل المادة(١٤٣) من قانون الاحوال الشخصية الاردني بإضافة عبارة (و تحلف المدعية اليمين الشرعية وفق دعواها ان اثبتتها) احتياطا لحق المفقود قياسا على حلف اليمين حال غياب الزوج الذي لا يعرف له محل اقامة او عنوان.

رابعا: لابد من اشعار المحكمة الشرعية عند حدوث حالة فقد معينة، و ذلك لغايات تعيين قيما ليتولى ادارة شؤون المفقود المالية و الادارية و القضائية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصادر والمراجع

١. شحادة، محمد مصطفى ، الأحوال الشخصية ، مطبعة دار التأليف القاهرة، ط٦، ١٩٧٤م.

٢. شلتوت، محمود الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشرق ، بيروت، ١٩٩٨م.

٣. الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب الماوردي، البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩ه/١٩٩٩م، ج٨.

٤. المجمع الفقهي الإسلامي، قرار المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي الدورة رقم (٢١)، مكة المكرمة ، ١٤٣٤ه.

٥. ابن النجار، تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي، الحنبلي، المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، عالم الكتب، بيروت، ج٢.

٦. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ص٢٧، ٢٨؛ الدمشقي علاء الدين أبوالحسن علي بن محمد الدمشقي، الاخبار العلمية من الاختبارات الفقهية من فتاوى الشيخ الإسلام ابن تيمية، دار العاصمة ، الرياض، ط١، ١٤١٨ه.

٧. الفيروزي، آبادي ، مجد الدين بن يعقوب (ت٨١٧ه)، القاموس المحيط ، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٦، ١٤١٩ه/١٩٩٨م.

٨. أبو داود الطيالسي ، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصرى، (ت٢٠٤ه)، مسند أبو داود الطيالسي، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، مصر، ط١، ١٤١٩ه/١٩٩٩م..

٩. الجار الله، عبد الله بن جار الله، الزواج وفوائده وأثاره النافعة، دار الوطن، الكويت، ١٤٠٨ه، ١٩٨٨م.

١٠. الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين(ت٧٩٥ه)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديث، من جوامع الكلم، دار ابن كثير، دمشق، ١٤٢٩ه/٢٠٠٨م.

١١. الدريني، فتحي، دراسات وبحوث في الفكر الإسلام المعاصر، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨.

١٢. الرافعي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت:٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المكتبة العلمية، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٣. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب واخرون، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦ه/١٩٩٦م.
١٤. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيري السيوطي، جلال الدين(ت:٩١١ه)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١ه/ ١٩٩٠م.
١٥. المليجي، عاطف، البيان فى درء التعارض المتوهم بين آيات القرآن، مكتبة اقراء القاهرة، ط١، ٢٠٠٤م.
١٦. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥ه)، المستصفى، تحقيق، محمد عبد السلام الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٣ه/ ١٩٩٣م.
١٧. ابو هيف، عبد الحميد، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، مصر مطبقة الاعتماد، القاهرة.
١٨. صادق، فريدة، المقاصد الأصلية والتبعية للزواج في الاستلام، دراسة بحثيه، كليه الشريعة، جامعه القاهرة، القاهرة ، مصر، ٢/ رجب/ ١٤٢٨ه/ ١٧ تموز/ يوليو ٢٠٠٧م.
١٩. مجلة الأحكام العدلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٠. مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية .
٢١. مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث قدسي.
٢٢. ابن هبيرة، يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني أبو المظفر عون الدين(ت٥٦٠ه)، الائمة العلماء، تحقيق سيد يوسف احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٣ه/ ٢٠٠٢م.
٢٣. ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة ، دار الفكر ، بيروت، ط١ .
٢٤. الزيلعي، جمال الدين ابن محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي(ت٧٦٢ه)، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الالمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد بن يوسف البنوري، وآخرون، مؤسسة الريان، للطابعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤١٨ه، ١٩٩٧.
٢٥. ابن المرتضى، محمد بن يحيى بهران ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار وبهامش كتاب جواهر الأخبار والآثار، تحقيق: محمد ثامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .
٢٦. الجيرمي، سليمان بن محمد الجيرمي، محمد بن احمد الانصاري، حاشية الجيرمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢٧. ابن حجر العسقلاني، ابن الفضل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني، (ت٨٥٢ه)، الاصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥ه.

٢٨. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد به احمد بن رشد القرطبي(ت٥٩٥ه)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ب.ط، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م.

٢٩. العمراني، يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني أبو حسين الشافعي اليمني، البيان في مذهب الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢١ه/ ٢٠٠٠.

٣٠. ابن رجب الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤١٩ه.

٣١. المنبجي، علي بن زكريا المنبجي أبو محمد، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق: محمد فضل عبد العزيز المراد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨م.

٣٢. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: ١٣٩٣هـ(مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق : محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، ١٤٥٥ه/٢٠٠٤.

٣٣. ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣ه)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط٢، ١٤٠٠ه/ ١٩٨٠م.

٣٤. عبد المنعم السقا ، أحكام الغائب والمفقود، دار النوار للنشر والتوزيع، دمشق، ط٢، ٢٠١١.

٣٥. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦ه، ١٩٩٤م.

٣٦. ابن فرج القرطبي، محمد فرج القرطبي، أبو عبدالله (ت٤٩٧ه)، اقضية رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٦ه.

٣٧. ابن قدامة ، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ(، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق محمد رشيد رضى ، دار الكتاب العربي، بيروت، ب.ط.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣٨. ابن قدامة المقدسي، شمسي الدين الفرج عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي(ت٦٨٢ه)، الشرح الكبير، دار هجر، القاهرة، ١٤١٦ه/١٩٩٦م.
٣٩. عليش، محمد بن احمد بن محمد عليش، أبو عبدالله المالكي(ت١٢٩٩ه)، منح الجليل شرح مختص خليل، دار الفكر ، بيروت، ب.ط، ١٤٠٩ه/ ١٩٨٩م.
٤٠. ابن مفلح ، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣ه)، الفروع، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٤٢٤/٢٠٠٣م.
٤١. الحصكفي، العلاء شيخي زاده داماد، مجمع الانهر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩ه، ١٩٩٨م.
٤٢. ابن نجيم، زين الدين ابراهيم بن محمد المصري(ت٩٧٠ه)، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، بيروت، ط٢، ب.ت.
٤٣. ابن عابدين ، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز، عابدين الدمشقي الحنفي(ت١٢٥٢ه)، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت، ط٢، ١٤١٢ه/١٩٩٢م.
٤٤. أبو حامد محمد الغزّالي الطوسي (ت٥٠٥ه)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة ، بيروت، ب.ط.
٤٥. الأزهري، صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق : محمد عبدالعزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
٤٦. الإمام مالك بن انس ، الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب عدة من تفقد زوجها.
٤٧. عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف ، كتاب الطلاق ، باب التي لا تعلم مهلك زوجها.
٤٨. الانصاري ، القاضي زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري الشافعي عماد الرضا ببيان أدب القضا (مخطوط، ورقة ١٤أ)، إدارة المخطوطات، والمكتبات الإسلامية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ١٣٣٧ه.
٤٩. البابرتي، اكمل الدين محمد بن محمود (ت٧٨٦ه)، شرح العناية على الهداية، دار الفكر، بيروت، (ب.ت).
٥٠. الباجي، الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت: ٤٧٤ه)، المنتقى شرح الموطأ، مطبة السعادة ، القاهرة، ط١، ١٣٣٢ه.
٥١. ابن رشد"الجد"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ) ، المقدمات الممهدات، تحقيق محمد صبحي، دار الغرب الإسلام، بيروت،ط١، ١٤٠٨ه/١٩٨٨م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥٢. البخاري ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، (١٩٤ -٢٥٦ه)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وسننه وأيامه(صحيح البخاري)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ، ط١، دار الأفكار الدولية، ١٤١٩-١٩٨٨م.
٥٣. البيهقي، ابن بكر، محمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني(ت٤٥٨ه)، السنن الكبرى،تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٥٤ه/٢٠٠٣م.
٥٤. البيهقي، احمد بن الحسن بن علي بن موسى الخسرو جردي أبو بكر البيهقي(ت٤٥٨ه)، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٢٤ه/٢٠٠٣م.
٥٥. ابي داود، سليمان بن الاشعث السجستاني(ت٢٥٧ه)، سن ابي داود، دار المعارف، الريياض، ط١، ب.ت.
٥٦. الحطاب ، شمس الدين ابن عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي(ت٩٥٤ه)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢ه/١٩٩٩م.
٥٧. الخرساني، أبو عثمان سعيد بن منصور، شعبة الخرساني الجورجاني(ت٢٢٧ه)، في كتاب السنن.
٥٨. الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، (ت١١٠١ه)، حاشية الخرشي على مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، درا الكتب العلمية ، بيروت، ط، ١٤١٧ه/١٩٩٧..
٥٩. الخفيف علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي، بيروت،ط١، ١٤٢٩ه/٢٠٠٨م.
٦٠. الدردير، ابي البركات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦م،
٦١. القرافي ، أبو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي(ت٦٨٤ه)، الذخيرة، تحقيق محمد صبحي واخرون، دار الغرب الإسلام، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
٦٢. ابن جزي، الكلبي، أبو القاسم محمد، بن احمد بن محمد، بن عبد الله الغرناطي(ت٧٤١ه)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق ماجد الحمودي، دار الفكر، دمشق،١٤٣٤ه، ٢٠١٣م.
٦٣. الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ(، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ب.ط)، ج٢، .
٦٤. البلخي، نظام الدين وآخرون، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت،١٣١٠ه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦٥. الكشناوي، أبو بكر بن عبد الله ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في ذهب امام الأئمة مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.

٦٦. الرحباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلام، بيروت، ط٢، ١٤١٥ه/١٩٩٤م.

٦٧. الريسوني ، احمد، نظرية المقاصد عند الشاطبي، دار الكلمة للنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٣٦ه/ ٢٠١٥م.

٦٨. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، شرح الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٤ه/٢٠٠٣م.

٦٩. السمرقندي، محمد بن أحمد السمرقندي علاء الدين شمس النظر أبو بكر بن احمد،(ت٥٣٩ه)، ميزان الأصول في نهج العقول، تحقيق، زكي عبد البر، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط١، ١٤٠٤ه/١٩٨٤م.

٧٠. الاصم، عبد الكريم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية،ط١، ١٤٣١ه/٢٠١٠م.

٧١. الأنصاري ، زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، والحدود الأنيقة والتعرفات الدقيقة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ١٤١١ه .

٧٢. عبد المنعم، معجم المصطلحات الفقهية.

٧٣. الزركشي، أبو عبد الله بن بدرالدين محمد بن عبد الله الزركشي(ت٧٩٤ه)، القواعد للزركشي، وزارة الاوقاف الكويتية، الكويت، ط١، ١٤٠٥ه/١٩٨٥م.

٧٤. حيدر، علي حيدر خواجة امين افندي(ت١٣٥٣ه)، درر الأحكام في شرح مجلة الاحكام، تحقيق الحسيني، دار الجيل ، بيروت، ط١، ١٤١١ه، ١٩٩١.

٧٥. السيوطي، جلال الدين، وجلال الدين المحلي، تفسير القرآن الكريم(تفسير الجلالين)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢.

٧٦. الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط١، ٢٠٠١م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧٧. الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن جرير، بن معلى الحسيني(ت٨٢٩ه)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق، عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير ، دمشق، ط١، ١٩٩٤م.
٧٨. ابن الهيتمي، احمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ب.ط، ١٣٥٧ه/١٩٨٣م.
٧٩. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبد ه(ت١٢٤٣ه) مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى المكتب الإسلام، بيروت، ط٢، ١٤١٥ه/١٩٩٤م.
٨٠. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي ، دار الحديث، مصر، ط١، ١٤١٣ه/١٩٩٣م.
٨١. الصنعاني ، محمد بن اسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني، أبو ابراهيم عز الدين (ت١١٨٢ه)، سبل السلام ، دار الحديث، بيروت، ب.ط، ب.ت، ج٣، ص١٨١، الدردير، الشرح الكبير.
٨٢. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، (ت ٨٥٢ه)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق عبدالعزيز بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، دار مصر للطباعة ، القاهرة، ٢٠٠١.
٨٣. الغنيمي، عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب على مختصر الكتاب للإمام القودري، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد مطبعة محمد علي وأولاد ، الأزهر ، مصر، ط٢، ١٣٨١ه.
٨٤. الفارسي، علال الفارسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الدار البيضاء للطباعة والصحافة والنشر، ١٩٦٣م.
٨٥. القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي(ت٤٢٢ه)، تلقين في الفقه المالكي، تحقيق ابي اويس محمد بوخبزة الحنسني التطواني، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م.
٨٦. النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (ت: ١١٢٦هـ) ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، مكتبة الثقافة الدينية .
٨٧. القرافي، ابن العباس احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي(ت٦٨٤ه)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق،تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ه/١٩٩٨م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٨٨. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود(ت٥٨٧ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٤٠٦ه/ ١٩٨٦م.
٨٩. كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري(ت٦٨١ه)، شرح فتح القدير، دار الكتب، بيروت ، ب.ت.
٩٠. المالكي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (المتوفى: ١٠٧٢هـ)، شرح ميارة الفاسي، دار الكتب العمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠ه/ ٢٠٠١م.
٩١. الانصاري، محمد قاسم أبو عبد الله الرصاع التونسي(ت٨٩٤ه)، الهداية الكافية لبيان حقائق الامام ، ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت، ط١، ١٣٥ه.
٩٢. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،١٤١٩ه/١٩٩٩م.
٩٣. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان(ت ٨٨٥ه)، الإنصاف في معرفه الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٣٧٧ه/ ١٩٥٧م.
٩٤. المزي، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي (المتوفى: ٧٤٢ه) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة بيروت، ط١، ص١٤٠٠ه/١٩٨٠م.
٩٥. الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: ٦٨٣هـ) الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣.
٩٦. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦ه)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)،دار الفكر، بيروت، ب.ط .
٩٧. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي(ت٦٧٦ه)، روضة الطالبين، تحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروتن ط١، ١٤١٢ه.
٩٨. المرغياني، برهان الديين علي بن ابي بكر(ت٥٩٣ه)، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، بيروت،(ب.ط)،ج١، ص١٩٦؛ أبو يحيى زكريا الانصاري، فتح الوهاب.
٩٩. براهان الدين أبو الوفاء، ابراهيم شمس الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣ه/٢٠٠٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٠٠. ابن عبد المحسن، محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم بن محمد ن عبد المحسن،المجاني، الزهرية على الفواكه البدرية، دار النيل للطباعة، القاهرة، ب.ط، ب.ت.
١٠١. عبد الرازق، ابن بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق ، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، دار التأصيل،القاهرة، ١٤٣٦ه/٢٠١٥م.
١٠٢. عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، ١٩٩٩.
١٠٣. علي حيدر خواجة امين افندي، (ت١٣٥٣ه)، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تحقيق، المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٠٤. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم(١١) لسنة ٢٠١٦.
١٠٥. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠.
١٠٦. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥.
١٠٧. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة ١٩٩١.
١٠٨. الاسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (ت٧٧٢ه)، نهاية السول شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠/١٩٩٩م.
١٠٩. الامدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي(ت٦٣١ه)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط١.
١١٠. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي (ت٦٢٠ه)، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة البيان للطباعة والنشر، ط٢، ١٤٢٣ه، ٢٠٠٢م.
١١١. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير للطبع والنشر، القاهرة، ط١، ١٩٨٠م.
١١٢. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢١.
١١٣. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،(ت٤٨٣ه)، المبسوط، دار المعرفة ، ١٤١٤ه-١٩٩٣م، بيروت .
١١٤. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري(ت٧١١ه)، لسان العرب، ط٣، دار صادر ، ١٤١٤ه، بيروت ، ص٩٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١١٥. الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي. (ت٦٦٦هـ-١٢٦١م)، مختار الصحاح، تحقيق : يوسف الشيخ ، ط٥، المكتبة العصرية ، ١٩٩٩م.

١١٦. نجم ، محمد صبحي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.

١١٧. ياسين ، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

١١٨. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ(، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية ، بيروت.

١١٩. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري(ت٧٧٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهري، القاهرة، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٢٠. أبو يحيى زكريا الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب وبهامش متن المنهج المذكور بشيخ الإسلام أبو زكريا يحيى الأنصاري، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

١٢١. البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس(ت١٠٥١هـ)، كشاف القناع على منتن الإقناع، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ب.ت.

١٢٢. الخطيب ، احمد علي، السامرائي ،محمد عباس ، الكبيسي ، حمد عبيد ، شرح الأحوال الشخصية ، بغداد، ١٩٨٠.

١٢٣. الدار قطني، ابن الحسن علي بن عمر بن احمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دنيار البغدادي الدار قطني،(ت٣٨٥هـ)، سنن الدار قطني، تحقيق شعيب الارؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

١٢٤. الشلبي، شهاب الدين احمد بن محمد بن احمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس(ت١٠٢١هـ)، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.

١٢٥. الصاوي، احمد، بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

١٢٦. الطبراني ، سليمان بن احمد بن ايوب بن مطير اللخمي الشامي أبو القاسم الطبراني(ت٣٦٠هـ)، المعجم الاوسط ، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد ، وعبد المحسن بن ابراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٢٧. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥ه)، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤١٧ه/١٩٩٧م.
١٢٨. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي(ت٤٥٠ه)، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ب.ط، ص١٤٦، الشربيني، مغني المحتاج.
١٢٩. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي(ت٥٠٥ه)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الارشاد، بغداد، ط١، ١٣٩٠ه/١٩٧١م.
١٣٠. الفيومي، احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبه لبنان، بيروت.
١٣١. ابن مودود، الموصلي، الاختبار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٢٦/٢٠٠٥.
١٣٢. الميداني، عبد الرحمن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، تحقيق، حسين مؤنس، دار القلم، دمشق، ١٤١٤ه/١٩٩٣م.
١٣٣. الزركلي، خير الدين بن محمود بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي(ت١٣٦٥ه)، الإعلام، دار العلم للملايين، ٢٠٠٢.
١٣٤. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، ط١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملاحق

الملحق الاول

المفقود في القرارات الاستئنافية

لإثبات وفاة الزوج تنصب المحكمة قيما عليه ،تسمع الدعوى والبينة بمواجهته، وفقا لما صرح به الدر المختار ورد المحتار عن النهر نقلا عن التتارخانيه (٧٤٩٠ تاريخ ٥٢/٤/٥).

مفقود: حتى تتوفر الخصومة في دعوى إثبات وفاة المفقود، تقيم المحكمة قيماعلى المفقود، لسماع الدعوى بمواجهته، ان لم يكن له وكيل على ماله، كما نص على ذلك في باب المفقود في الدر المحتار ورد المحتار (٨٠٠١ تاريخ ٥٣/٤/١٣)

مفقود:

للغائب مطلقا حكم، وللمفقود حكم اخر، والفقهاء في هذه الحالة اقاموا غلبة الظن مقام اليقين ،فإذا غلب على الظن موت الغائب، جاز لزوجته، او احد ورثته ان يطلب الحكم بموته، وإذا ثبت ذلك لدى القاضي في وجه الخصم، ساغ له ان يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة، الدالة على موته، ويحكم بالموت، كما هو واضح من رد المحتار في باب المفقود، واما إذا كان الموت متيقنا فلا يكون الموضوع من باب المفقود كما هو ظاهر (٨١٤٥ تاريخ ٥٣/٩/١٢)

مفقود:(القيم خصم بثبات وفاة المفقود)

إذا اعترف الابن انه قيم على اموال ابيه، تعمتده المحكمة خصما، إذا تحقق لها ذلك بوجه شرعي، او تنصبه قيما لرؤية الدعوى في مواجته خضما، وذلك لان طريق إثبات وفاة المفقود ان يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه، او ينصب عليه قيما، كما صلاح في ذلك الدر المختار ورد المحتار.

٢- لا وجه بان عدم الجزم بالوفاة في مثل هذه الدعوى مانع من صحتها، وذلك لأنهم اقاموا غلبة الظن في دعوى وفاة المفقود مقام التعيين،، كما صرح في رد المحتار : ان للقاضي ان يحكم بموت المفقود بناء على غلبة الظن بموته، بعد النظر الى القرائن والظروف ،

مفقود:

١- الخصومة من شروط صحة الدعوى حسب المادة (١٦١٨) من المجلة، ويجب على المحكمة ان تراعي توفر شروط الدعوى قبل السير فيها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- صرح في الدر المختار ورد المحتار من كتاب المفقود ان طريق قبول البينة ان يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصما عنه، او ينصب قيما تقبل عليه البينة ان لم يكن له وكيل يحفظ ماله.

٣- حتى تصح دعوى إثبات وفاة المفقود، لابد ان يطلب المدعي من المحكمة تعيين قيم ليخاصمه فيما يدعيه، وهو ما يتفق مع ما تضمنته المادة (٥٨١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ومع ما جا ء في كتاب عمدة الحاكم (ص١٢).

ولا بد لصحة تعيين القيم وامكان إقامة الدعوى عليه ان يقبل في ان يكون قيما للخصومة ولا يتوفر ذلك بغيابه، وفي الدعوى لا بد من ان يبين المدعي من هم الورثة الذين يرثون المفقود إذا حكم بوفاته وسهامهم الارثية (١٧٨٩١ تاريخ ٧٤/١/٢)

٤- شهادة الشهود يجب ان تتضمن ان المفقود غلب الظن على موته، حيث فقد في جهة معلومة .

٥- لا بد ان تقام البين بانحاصر ارث المفقود على فرض وفاته في الورثة المذكورين في الادعاء، كما انه لا بد من ان تتم الاجابة على التحري عن المفقود من جميع المحاكم الشر عية في حال ارسال المحكمة لتلك المحاكم (٣٧٧٤٨ تاريخ ٩٤/٦/٦)

٦- الحكم بموت المفقود الذي يغلب الظن على وفاته بعد فقده في جهة معلومة منذ أكثر من أربع سنوات، واقتحصار ارثه في ورثته الموجودين حال الحكم، مع بيان اسهمهم الارثية، وان على زوجته العدة الشرعية من تاريخ الحكم، بناء على الدعوى والطلب والتحري والبينة الشخصية المقنعة صحيح وموافق للأصول .(٢٢٣٤٠ تاريخ ٨١/٨/٢٠)

٧- إقامة المدعيه دعوى طلب وفاة زوجها المفقود على ابنها من المفقود لا يشكل نزاعا حقيقيا بين المتداعيين، لان كل واحد منهما يستفيد من الحكم بوفاة المفقود بارثه منه، وفي هذه الحالة على المحكمة تعيين قيم على اموال المفقود عند نظرها الدعوى في اول جلسة، ويقبل القيم بالتعيين ثم تسير المحكمة في الدعوى وتفصلها بوجه شرعي (٢٧٤١١ تاريخ ٨٢/٢/٢٦)

٨- الخصم في دعوى طلب الحكم بوفاة الزوج الذي تدعي امرأته موته هو احد الورثة، لان مثل هذه الدعوى انما تقام بمواجهة خصم ينازع في الموضوع، وتتأثر حقوقه وهو الوارث، واعتبار المحكمة المتوفى مدعى عليه في مثل هذه القضية واقامتها عليه للمخاصمة عنه في هذه القضية يتعارض مع ما تدعيه من وفاته، لان هذه القضية هي دعوى وفاة مجزوم بها، ومشهود عليها، وهي تختلف عن دعوى المفقود، لذلك كان على المحكمة ان تكلف المدعيه بيان ورثة المتوفى، وان تستعمل صلاحيتها لتخل احدهم خصما، لصيح السير في الدعوى على وجه سليم ١١٥٣٠ تاريخ ٦١/٦/١٦).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٩- يجوز اعتراض الغير على حكم بوفاة مفقود، فإذا ادعى شخص لم يكن طرفا في الدعوى ان الحكم قد اضاع حقوقه الارثية واضر به، فله والحالة هذه الحق في اعتراض الغير على الحكم، وتسمع دعواه به ما لم تم ض مدتا الاعتراض والاستئناف على الحكم المعترض عليه بعد تبليغه، او علمه به (٢٢٣٧٩ تاريخ ٨١/٩/٨).

١٠- الحكم بوفاة المفقود لا بد ان يبلغ الى زوجته، التي لم تمثل في الدعوى، حتى يتحقق موجب الرفع لمحكمة الاستئناف الشرعية للتدقيق، رعآية لحق الله تعالى بالنسبة الى عدة زوجته، ويصرح في الحكم بإلزام زوجته بعدة الوفاة من تاريخ الحكم (١٩٢٩٥ تاريخ ٧٧/١٢/٦).

١١- إذا تضمن الحكم بوفاة المفقود الزام زوجته بالعدة يكون تابعا لتدقيق محكمة الاستئناف الشرعية ١٦٨٢٢ تاريخ ٧١/١٢/٦)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com