



سلطنة عمان

كلية العلوم الشرعية

(السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر فقه الأسرة أنموذجاً)

بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس

في الشريعة/ تخصص الفقه وأصوله

إعداد:

أحمد بن خليفة بن حمد الراشدي

إشراف:

د. صلاح الدين فرج

العام الجامعي

١٤٤٣هـ / ٢٠٢٢م

إهداء

إلى من سعى وجاهد وثابر في سبيل سعادتي...

إلى من كد الأيام الطوال في تربيتي...

إلى من كان لي المثل الأعلى في الصبر والمكافحة...

إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله...

إلى القلب الناصع بالبياض...

إلى من تكبد المشقة والعناء من أجل تعليمي...

إلى من تدعو لي صباح نهار لكي أبلغ المعالي في العلم...

إلى أعز ما أملك في الوجود إلى أُمي العزيزة...

إلى أصحاب القلوب الطاهرة، سندي، ومدخري، للحياة رفاق...

إلى أخوتي وأخواتي...

أهدي هذا البحث المتواضع الذي أسأل الله تعالى به الإخلاص والقبول وسعادة الدارين.

شكر وتقدير

الحمد لله حمداً كثيراً، أولاً وأخيراً، فهو الكريم الذي أكرمني بجود عطائه ومن علي من واسع فضله بأن ألهمني لإتمام هذا البحث على خير حال.

أما بعد:

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل ، وأخص بالذكر:

- الدكتور صلاح الدين فرج، لما تفضل به من إشراف على بحثي، وما بذله من جهد مبارك، وما أفادني به من توجيهات، ونصائح كان لها الأثر في إنجاز هذا العمل.
- كل الأساتذة الكرام والمشايخ الأعزاء على مستوى كلية العلوم الشرعية بمسقط الذين لم ييخلوا علينا بمعارفهم ونصائحهم وتوجيهاتهم.
- كل الأخوة والأصدقاء الذين شجعوني، ووقفوا بجاني في إتمام هذا البحث.

شكراً لكم...

تعهد

أتعهد أنا الطالب : أحمد بن خليفه بن حمد الراشدي.

الرقم الجامعي : ٢٠١٨١٠١٣

بأن بحثي المقدم إلى المناقشة، جهد فردي، ولم أنتحل فيه شيئاً من بحوث الآخرين.

وكل ما استفدته، ودونته، كان وفق آداب البحث وقوانينه، من الاجتهاد، والنزاهة، والأمانة

العلمية، وسائر الضوابط المنصوص عليها.

وأتحمل المسؤولية التامة في حالة ثبوت خلاف ذلك .

والله على ما أقول شهيد .

التوقيع :

التاريخ :

ملخص البحث

عنوان البحث: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر فقه الأسرة أنموذجاً.

اسم الباحث: أحمد بن خليفة بن حمد الراشدي.

تتمثل أهمية البحث هذه الدراسة في توضيح كيفية إعمال قاضي الأحوال الشخصية لسلطته

التقديرية في التعويض عن الضرر، وهي محاولة لإبراز دور القاضي الشرعي في استخدام سلطته التقديرية

من خلال شروط وضوابط نص عليها الفقهاء، وذلك من أجل ترسيخ العدالة التي جاءت بها الشريعة

الإسلامية السمحة.

ومن أهم المسائل التي تم بحثها: حكم التعويض عن الضرر عن العدول عن الخطبة، ومقدار التعويض

فيه، وكيفية استخدام القاضي لسلطته في ذلك.

وكما تم البحث عن حالات انفصال الزوجين، وموقف الفقهاء من تلك الحالات التي تسبب

أضراراً تتطلب من القاضي الحكم بتعويض المتضرر، وجبر خاطره.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها الباحث:

١- للقاضي سلطة تقديرية ثابتة لها مصادر وشروط وضوابط لا تتعدها.

٢- جواز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة، ويعود تحديد مقداره سلطة القاضي

التقديرية.

٣- للقاضي سلطة تقديرية في التعويض عن الضرر الناتج عن انفصال الزوجين.

فهرس المحتويات

المحتويات

إهداء.....	أ
شكر وتقدير.....	ب
ملخص البحث.....	د
مقدمة.....	١
الفصل الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية.....	٧
المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومصادرها وشروطها.....	٨
المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.....	٨
الفرع الأول: التعريف الوصفي.....	٨
الفرع الثاني: التعريف اللقي.....	١٣
المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي.....	١٤
الفرع الأول: القرآن الكريم.....	١٨
الفرع الثاني: السنة النبوية.....	١٨
الفرع الثالث: الإجماع.....	١٩
الفرع الرابع: الاجتهاد.....	٢٠
المطلب الثالث: شروط السلطة التقديرية للقاضي.....	٢٢
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها.....	٢٢
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها.....	٢٩

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في الأحوال الشخصية	٤٥
المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي	٤٥
الفرع الأول: تحقيق مصلحة القضاء	٤٥
الفرع الثاني: عدم مخالفة النص الشرعي	٤٦
الفرع الثالث: اتباع الظاهر في الحكم	٤٨
الفرع الرابع: بناء الحكم على الحجج واليقين	٤٩
الفرع الخامس: عدم اتباع الهوى والشهوة في الحكم	٤٩
الفرع السادس: اتباع العرف والعادة	٥٠
المطلب الثاني: حالات استخدام قاضي الأحوال الشخصية سلطته التقديرية في التعويض عن الضرر ٥١	٥١
الفرع الأول: حالة العدول عن الخطبة	٥١
الفرع الثاني: حالة الطلاق التعسفي	٥٤
الفرع الثالث: حالة خلع الزوجة	٥٧
الفرع الرابع: حالة التفريق القضائي	٥٩
الفصل الثاني: تطبيقات استعمال القاضي السلطة التقديرية في فقه الأسرة في التعويض عن الضرر ..	٦٢
المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة	٦٣
المطلب الأول: تحديد أنواع الضرر القابل للتعويض	٦٣
الفرع الأول: الضرر المادي	٦٣
الفرع الثاني: الضرر المعنوي	٦٤
المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة على المهر والهدايا	٦٥
الفرع الأول: أثر العدول عن الخطبة على المهر	٦٥
الفرع الثاني: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا	٦٧
المطلب الثالث: حكم التعويض عن الضرر عند العدول ومقداره وطريقته	٧٠

٧٠	الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة
٧٦	الفرع الثاني: طريقة ومقدار التعويض
٧٨	المبحث الثاني: السلطة التقديرية في التعويض عن الضرر عند انفصال الزوجين
٧٨	المطلب الأول: عند الطلاق التعسفي
٨٠	الفرع الأول: العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الضرر
٨٢	الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي
٨٥	الفرع الثالث: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي
٨٦	المطلب الثاني: عند خلع الزوجة
٨٧	الفرع الأول: صور استعمال الزوجة الخلع بقصد إضرار الزوج
٩٠	الفرع الثاني: مقدار بدل الخلع
٩٣	الفرع الثالث: حكم التعويض وعلاقته بالبدل
٩٥	المطلب الثالث: عند التفريق القضائي
٩٦	الفرع الأول: التفريق لعدم الإنفاق
٩٩	الفرع الثاني: التفريق للشقاق
١٠٥	الفرع الثالث: موضع التعويض عن الضرر في التفريق القضائي
١٠٦	الخاتمة
١٠٨	فهرس الآيات
١٠٩	فهرس الأحاديث
١١٠	فهرس الأعلام
١١٢	فهرس المصادر والمراجع

مقدمة

الحمد لله الذي نشر العدل بين عباده، وحفظ الحقوق بعدل أحكامه، ونهى عن الضرر بكل أنواعه، والصلاة والسلام على من بعثه الله ليكون قدوة للناس في الحقوق والواجبات وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فيعد القضاء وظيفة الأنبياء والرسل، فهو عبادة وقربة لله تعالى؛ لما فيه من إصلاح بين الناس، وإنصاف للمظلوم، وأداء للحقوق، وإقامة للحدود، ونشر للعدل بين الأفراد والمجتمعات.

ولم تتجاهل الشريعة الإسلامية الضوابط والأصول التي يستند إليها القاضي في تحقيق ذلك، فلا يصلح الإنسان أن يكون قاضياً إلا بتوفر شروط معينة فيه، ولا يقضي القاضي في حادثة إلا بمصادر وضوابط تقوي نطق حكمه، ونشاط ذهني يقدر فيه الضرر الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها، ولا يتحمل التفريط فيها.

ومن زاوية أخرى، فإن الضرر الناجم عن الزواج والطلاق يعتبر واحداً من تلك الأضرار التي تؤثر على حياة الفرد وكيان المجتمع المتماسك، فالمحاكم تعج بالقضايا المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناتجة من مسائل متعلقة بالأسرة، لهذا فقد أعطت الشريعة الإسلامية للقاضي سلطة تقديرية في شأن ذلك،

وما عليه إلا أن يحكم بالعدل عند تقدير التعويض الذي يستحقه المتضرر، سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً.

ومن هذا المنطلق جاء موضوع البحث ليسلط الضوء على كيفية ممارسة القاضي للسلطة التقديرية في المسائل المتعلقة بفقهاء الأسرة، وقد تم حصر مجالها في التعويض عن الضرر.

وتأسيساً على ما سبق ذكره كان عنوان هذا البحث: "السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر فقه الأسرة أمودجاً".

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية وتطبيقها في باب فقه الأسرة في التعويض عن الضرر، ويمكن طرح إشكالية البحث على النحو التالي:

ما مدى استعمال القاضي لسلطته التقديرية في التعويض عن الضرر في قضايا فقه الأسرة؟
وتقتضي الإجابة على هذه الإشكالية بما رسمناه في خطة البحث.

الدراسات السابقة:

١ - "السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر"، من إعداد اسمهان عفيف، وهذا الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير نوقشت في جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي بالجمهورية الجزائرية، واحتوت هذه الدراسات على التأصيل التاريخي لسلطة قاضي شؤون الأسرة، وموقف المشرع

الجزائري من فكرة السلطة التقديرية للقاضي، ومصادرها وضوابطها، وممارسة قاضي شؤون الأسرة لها في مجال التعويض عن الضرر.

٢- "السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي" للدكتور محمود محمد ناصر بركات، وأصل هذه الدراسة رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة بجامعة دمشق، وقد ركز فيها الباحث على الجانب الفقهي، وتحدث عن السلطة التقديرية في الأمور المدنية والجنائية والأحوال الشخصية من يوم رفع الدعوى إلى غاية الفصل فيها.

٣- "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة -"، للدكتورة مسعودة نعيمة إلياس، وأصل هذه الدراسة رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة أبي بكر بلقايد بالجمهورية الجزائرية، وقد ركزت الدراسة على الجانب القانوني والفقهي، وتحدثت عن التعويض المادي والمعنوي في مسائل الزواج والطلاق.

أهداف البحث:

- ١- توضيح ماهية السلطة التقديرية للقاضي.
- ٢- معرفة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في الأحوال الشخصية.
- ٣- بيان تطبيقات القاضي في استعماله لسلطته التقديرية في فقه الأسرة في التعويض عن الضرر.
- ٤- إثراء المكتبة من البحوث العلمية في جانب القضاء الشرعي في الأحوال الشخصية.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية الدراسة للبحث عن موضوع السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في فقه

الأسرة على النحو التالي:

- ١ - معرفة عدالة القضاء في الشريعة الإسلامية في تقدير تعويض الضرر الخاص بأحكام الأسرة.
- ٢ - الحفاظ على حقوق الزوجين عند تعرضهم للضرر الناجم من العدول عن الخطبة، أو من الفرقة بأي شكل من أشكالها.
- ٣ - كشف الستار عن بعض الأفعال التي لا يبالي بعض الأزواج بالقيام بها، والتي تلحق ضرراً بالطرف الآخر؛ لأنها تصدر من حق مشروع.
- ٤ - إيجاد حل عادل للكم الهائل في الاعتراض أمام المحاكم للتعويض عن الضرر الخاص بالقضايا الأسرية.

منهجية الباحث:

اتبعت وسلكت في هذا البحث:

- ١ - المنهج الإستقرائي، وذلك من خلال قراءة الكتب، والرسائل العلمية، وغيرها من المصادر المتعلقة بهذا الموضوع، واستيعابها، ثم صياغتها باختصار، وتدوين المعلومات.
- ٢ - المنهج المقارن، وذلك من خلال ذكر أقوال المذاهب الفقهية في المسائل المختلف فيها، والمقارنة بينها.

خطة البحث:

بما أن الحديث في هذا البحث متشعب المسالك، فقد جاء البحث في مقدمة وفصلين وخاتمة، أما المقدمة فذكرت فيها أهمية البحث، وإشكاليته، وأهدافه، والدراسات السابقة، والمنهجية التي سرت عليها، وخطة البحث.

أما الفصلان فهما كالآتي:

الفصل الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية.

وقد قسمته الى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومصادرها وشروطها.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثالث: شروط السلطة التقديرية للقاضي.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في الأحوال

الشخصية.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: حالات استخدام قاضي الأحوال الشخصية سلطته التقديرية في التعويض عن الضرر.

الفصل الثاني: تطبيقات استعمال القاضي السلطة التقديرية في فقه الأسرة في التعويض عن الضرر.

وقد قسمته الى مبحثين:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة. ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحديد أنواع الضرر القابل للتعويض.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة على المهر والهدايا.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الضرر عند العدول ومقداره وطريقته.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر عند انفصال الزوجين. ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: عند الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: عند خلع الزوجة.

المطلب الثالث: عند التفريق القضائي.

وأما الخاتمة: فإنها تحتوي على مجموعة من النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال هذا البحث.

الفصل الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومصادرها وشروطها.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثالث: شروط السلطة التقديرية للقاضي.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في

الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: حالات استخدام قاضي الأحوال الشخصية سلطته التقديرية في

التعويض عن الضرر.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومصادرها وشروطها

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

يعنى هذا المبحث ببيان مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، ولتحديد معناه لا بد من تعريفه باعتبار التلازم الوصفي بين السلطة والتقدير والقاضي، فلكل منهما تعريف خاص يحيط بمعناه الحقيقي، وصولاً إلى تعريفه باعتباره لقباً مركباً.

الفرع الأول: التعريف الوصفي

١- السلطة لغة: من سَلَطَ يَسْلُطُ سلاطة، والسلاطة بمعنى القهر، وقد سلطه الله فتسلط عليهم، والسليط طويل اللسان، والاسم سُطْطَة، بالضم. والسلطان قدرة الملك وقدرة من جعل ذلك له، وإن لم يكن ملكاً، وسلطان كل شيء: شدته وحدته وسطوته، ويأتي السلطان بمعنى: الحجة والبرهان^(١)، وفي قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَىٰ بِآيَاتِنَا وَسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾ [سورة غافر: ٢٣]. أي: وحجة بينة ظاهرة^(٢).

(١) (انظر) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط ٣، (بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ)، ج ٧، ص ٣٢٠ - ٣٢١: مادة "سلط".

(٢) (انظر) النسفي، عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق: يوسف علي بدوي، ط ١، (بيروت: دار الكلم الطيب، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م)، ج ٣، ص ٢٠٦.

وقوله تعالى: ﴿فَأَنفُذُوا لَا تَنفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾ [سورة الرحمن: ٣٣]. أي: حيث ما

كنتم شاهدتم حجة الله، وسلطانا يدل على أنه واحد^(١).

٢- السلطة اصطلاحاً: لم يضع الفقهاء من خلال بحثنا لمصطلح السلطة تعريفاً خاصاً، وسبب

ذلك أن المصطلح كان معروفاً عندهم بالبديهة، ومن خلال بحثنا لتعريف السلطة في

الاصطلاح، فإنه يصعب تعريفه؛ بسبب تعدد صفاتها، وقد كانت ظاهرة السلطة منذ

القدم موضوع عناية، ومع ذلك فلا يوجد تعريف متفق عليه من قبل الجميع، وتعريف

السلطة بأنها: "لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله على وجه الإلزام"^(٢). هو

التعريف المناسب لموضوع البحث في رأي الباحث، ودل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا

وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي

أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء: ٦٥]. ومعنى

هذه الآية: لا صحة لإيمان أحد حتى يُحَكِّمَ الرسول صلى الله عليه وسلم، وينقاد ظاهراً

وباطناً لأمره بلا معارضة، فما حكم به فهو الحق^(٣).

(١) (انظر) النيسابوري، محمود بن أبي الحسن، إيجاز البيان عن معاني القرآن، تحقيق: حنيف بن حسن القاسمي، ط ١، (بيروت:

دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ)، ج ٢، ص ٧٨٨.

(٢) (بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط ١، (الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م)، ص ٧٧.

(٣) (انظر) أطفيش، محمد بن يوسف، تيسير التفسير، تحقيق: إبراهيم بن محمد طلاي، ط ٢، (سلطنة عمان: وزارة التراث

والثقافة، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م)، ج ٣، ص ٢٢٨.

وبناء على ما سبق: فإن منح القاضي السلطة تجعل أحكامه نافذة، ولها قوة في الحجة والإلزام، وبهذا يكون القضاء مستقلاً ومهاباً.

٣- **التقدير لغة:** من قَدَرَ، قُدِرَ، قَدَرًا، وَقَدَّرْتُ الشيءَ تَقْدِيرًا وَقَدَّرْتُ الشيءَ أَقْدُرُهُ، وَأَقْدِرُهُ قَدَرًا مِنَ التَّقْدِيرِ، ويقال: قَدَّرْتُ لأمر كذا أَقْدِرُ له وَأَقْدُرُ قَدَرًا إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته^(١)؛ ومنه قول عائشة، رضوان الله عليها: "فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن، حريصة على اللهو"^(٢)، أي قدروا وقايسوا فيه قياس الجارية قريبة السن^(٣).

ويأتي التقدير على وجوه من المعاني^(٤):

أحدها التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته.

والثاني تقديره بعلامات يقطعه عليها.

والثالث أن تنوي أمرا بعقدك تقول: قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه.

والمعنى المناسب للتقدير في موضوع البحث هو الوجه الأول، والذي يدل على إمكانية التفكير، وإعمال العقل لتسوية أمر معين، وتهيئته.

(١) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٦ - ٧٨: مادة "قدر".

(٢) (القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، رقم الحديث: ٨٩٢، د. ط، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م)، ج ٢، ص ٦٠٩.

(٣) (انظر) الأزمي، محمد الأمين بن عبد الله، الكوكب الوهاج والروض البهّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط ١، (بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ج ١٠، ص ٤١٧.

(٤) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٦ - ٧٨: مادة "قدر".

٤ - التقدير اصطلاحاً: لا يخرج مصطلح التقدير في تعريفه الاصطلاحي عن تعريفه اللغوي،

إذ يأتي التقدير في عدة معاني في الشرع منها: "التساوي في المعيار الشرعي الموجب للمماثلة

صورة، وهو الكيل والوزن" (١).

ويأتي بمعنى: "تبيين كمية الشيء" (٢).

وذكر ابن أمير الحاج (٣) بأن التقدير هو: "التسوية بين أمر وآخر" (٤).

وذكر العز بن عبد السلام (٥) ضرباناً للتقدير: أحدهما: إعطاء الموجود حكم المعدوم،

والثاني: إعطاء المعدوم حكم الموجود (٦).

(١) البركتي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، ط ١، (كراتشي - باكستان -): الصدف بيلشرز، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م)، ص ٤٢٤.

(٢) (المرجع نفسه)، ص ٤٢٤.

(٣) موسى بن محمد بن محمد التبريزي، أبو الفتح، المعروف بابن أمير الحاج، فقيه حنفي، ولد سنة: (٦٦٩ هـ - ١٢٧٠ م)، وتوفي سنة: (٧٣٣ هـ - ١٣٣٣ م)، له كتاب: (الرفع في شرح البديع لابن الساعاتي). انظر: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي، الأعلام، ط ١٥، (بيروت: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢ م)، ج ٧، ص ٣٢٨.

(٤) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحجير، ط ٢، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م)، ج ٣، ص ١١٧.

(٥) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي المصري، فقيه شافعي، الملقب بسلطان العلماء، توفي سنة: (٦٦٠ هـ)، من مؤلفاته: (قواعد الأحكام، ومجاز القرآن، والفتاوى المصرية والموصلية). انظر: محمد بن عبد الرحمن بن الغزي، ديوان الإسلام، تحقيق: سيد كسروي حسن، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م)، ج ٣، ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٦) (انظر) السلمي، العز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى، تحقيق: إياد خالد الطباع، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م)، ص ١٣٤.

وبناء على ما سبق: فإن المعنى المناسب لموضوع البحث هو معنى التسوية بين أمر وآخر

وتحديده؛ إذ أن التقدير في القضاء هو تحديد، وتقييم الحكم للواقعة.

٥- القاضي لغة: من قَضَى يَقْضِي قَضِيًّا، والجمع قضاة، والقاضي معناه عند أهل الحجاز في

اللغة القاطع للأمور المحكم لها. واستقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس. والقاضي

فاعل من القضاء الذي أصله القطع والفصل، ويقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا

حكم وفصل^(١).

٦- القاضي اصطلاحاً: قيل: هو الحاكم بالأمور الشرعية^(٢).

وقيل: "هو الذات المنصوب من قبل السلطان ليفصل ويحسم الدعاوى الحادثة بين الناس

توفيقاً لقواعدها المشروعة"^(٣).

وقيل: "القاضي اسم لكل من حكم بين اثنين، سواء سمي خليفة، أو سلطاناً، أو نائباً، أو

والياً، أو كان منصوباً ليقضي بالشرع، أو نائباً له"^(٤).

(١) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٥، ص ١٨٦-١٨٧: مادة "قضى".

(٢) الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، د.ط، (القاهرة: دار المعارف، د.ت) ج ٤، ص ١٨٧.

(٣) خواجه، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي حسيني، ط ١، (بيروت: دار الجيل، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م)، ج ٤، ص ٦٨٣.

(٤) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق: علي بن محمد العمران، ط ٤، (الرياض: دار عطاءات العلم، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م)، ص ١٨.

وكل هذه التعريفات تصب في معنى واحد، وبعضها مكمل لبعض، ويستفاد منها أنها تربط بين مفهوم القاضي، وممارسة العمل القضائي ذاته، ويمكن جمع هذه التعريفات بتعريف جامع مانع في رأي الباحث، وعلى ذلك، فإن القاضي هو: من تستند إليه ولاية القضاء بتوفر أهلية القضاء فيه شرعاً، وبأمر من الإمام ليحكم بين الناس توفيقاً وحلاً للنزاع.

الفرع الثاني: التعريف اللقي

إن مصطلح السلطة التقديرية للقاضي مصطلح قانوني مستحدث لم تتناوله كتب الفقه بهذا المسمى بل بمسميات أخرى، إلا أن ذلك لم يمنع الباحثين من تعريفها، فقد عرفها أحد الباحثين بأنها: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها، أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته، وأثره في الحكم القضائي" (١).

ونلاحظ في التعريف:

- ١ - أن السلطة التقديرية صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب الشريعة الإسلامية.
- ٢ - أن السلطة التقديرية للقاضي قوامها النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم على التفكير والتدبر والنظر في الوقائع في جميع مراحلها.

(١) بركات، السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص ٨١.

المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي

إن مصادر السلطة التقديرية التي يستخدمها القاضي في الفصل بين الدعاوي والنزاعات وتقديرها هي الوسيلة التي تساعد في النظر والبحث والتقصي؛ للحصول على المعلومات سواء كانت نظرية، أو عملية بواسطة الأعمال الميدانية التي يقوم بها القاضي بنفسه، أو مباشرة، أو غير مباشرة، من ابتداء رفع الدعوى أمام القاضي إلى الحكم عليها.

وعلى ذلك عرّف محمود بركات مصدر السلطة التقديرية للقاضي: "ما يعين القاضي بصفة نظرية أو عملية رئيسة، أو تابعة، في أي مرحلة من مراحل الدعوى للوصول إلى الغاية من منصب القضاء"^(١). وتفرعاً على ما سبق: فإن مصادر السلطة التقديرية تنطلق أساساً من المصادر التي يستمد منها القاضي ولايته، فولاية القضاء تلزم القاضي بالاستناد بالأحكام الشرعية، وألا يحكم إلا بها^(٢)، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة: ٤٤]. ووجه الدلالة في هذه الآية: وجوب الحكم بالأحكام الشرعية التي أنزلها الله تعالى، وفي الآية تكفير من خالف فيما جاء فيه حكم الله مع إيمان به تكفيراً غير شرك^(٣).

(١) بركات، السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) (انظر) الصمعاني، وليد بن محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري دراسة تأصيلية تطبيقية، ط ١، (الرياض: دار الميمان

للنشر والتوزيع، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م)، ج ١، ص ١٣٣.

(٣) (انظر) أطفيش، تيسير التفسير، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٣ - ٤٤.

وبناء على ما سبق: فإن مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي هي نفسها مصادر التشريع

الإسلامي في الجملة.

ومصادر التشريع الإسلامي نوعان: مصادر متفق عليها، ومصادر مختلف فيها، ومصادر الشريعة

المتفق عليها وما في حكمها هي: الكتاب والسنة، ثم الإجماع والقياس.

والمصادر التي اختلفوا في الاعتداد بها والاعتماد عليها هي: المصلحة المرسلة، والاستحسان، وسدّ

الذرائع، وإبطال الحيل، وقول الصحابي، والعرف، وشرع من قبلنا، والاستصحاب^(١).

وتسمى المصادر الأولى: أصلية، والثانية: مصادر تبعية؛ لأنها ترجع إلى الأولى.

والملاحظ على ما سبق: أن الفقهاء عندما يتحدثون عن مصادر التشريع القضائي، أو بما يقضي

به القاضي، فأغلبهم يوردون أربعة مصادر هي: الكتاب والسنة والإجماع، والاجتهاد.

والحديث المروي عن معاذ بن جبل يبين هذا المنهج، فروى أصحاب السنة أن رسول الله -صلى

الله عليه وسلم- عندما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضيا قال له: "كيف تقضي إذا عرض لك

قضاء؟" قال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟" قال: فبسنة رسول الله، قال: "فإن

(١) (انظر) ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق. محمد الحبيب ابن الخوجة، د. ط، (قطر:

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م)، ج ٢، ص ٢٨٤.

لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد ولا آلو "أي: لا أقصر في الاجتهاد والبحث"،
فضرب رسول الله صدره بيده وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله"^(١).
ولم يذكر معاذ الإجماع؛ لأنه لا يكون الإجماع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما يكون
في الأعصار بعده.

وذكر محمد أطفيش^(٢) أن ما يقضي به القاضي هو: "كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه
وسلم، والإجماع، وآثار الصحابة ومن دونهم، والاجتهاد مع الخلاف فيه"^(٣).
وآثار الصحابة ومن دونهم يندرج في مصدر الإجماع إذ أجمعوا على مسألة من المسائل، وإن اختلفوا
في أحد المسائل، فهذا يعتبر من الاجتهاد.

(١) السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، رقم الحديث: ٣٥٩٢، ط١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد
كامل قره بللي، (بيروت: دار الرسالة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ج٥، ص٤٤٣.

(٢) محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصي العدوي الجزائري، المعروف بقطب الأئمة، ولد سنة: (١٢٣٦هـ - ١٨٢٠م)،
توفي سنة: (١٣٣٢هـ - ١٩١٤م)، له كتاب: تيسير التفسير، وكتاب شرح النيل وشفاء العليل. انظر: الزركلي، الأعلام، ج٧،
ص١٥٦-١٥٧.

(٣) (انظر) أطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط٣، (جدة: مكتبة الإرشاد، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)،
ج١٣، ص١٧.

وذكر العوتي^(١): "والقاضي إذا لم يجد الحكم للحادثة في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في الإجماع إن وجد السبيل إليه جاز أن يجتهد رأيه"^(٢).

وذكر ابن مودود الموصلي^(٣): أن الحادثة إذا وقعت يجب للقاضي طلبها من الكتاب، ثم من السنة، ثم من الإجماع، فإن لم يوجد في شيء من ذلك استعمل الرأي والاجتهاد^(٤).

ونستنتج مما سبق: أن القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع هي من المصادر النقلية الأصلية المتفق عليها، والتي ذكرها الفقهاء، وهي من مصادر السلطة التقديرية للقاضي، وأما مصادر التشريع الإسلامي الأخرى تندرج ضمن مصطلح اجتهاد القاضي الذي يعتبر مصدراً رابعاً لسلطة القاضي التقديرية، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب.

(١) سلمة بن مسلم بن إبراهيم العوتي الصحاري، أبو المنذر، عاش في القرن الخامس، وأول القرن السادس الهجري، له كتاب: الضياع، والإبانة، والأنساب. انظر: فهد بن علي السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ط ١، (مسقط: مكتبة الجيل الواعد، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ١٢٠ - ١٢٧.

(٢) العوتي، سلمة بن مسلم، الضياع، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الوارجلاني، وداود بن عمر الوارجلاني، ط ١، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ١٤٣٦ - ٢٠١٥م)، ج ١٣، ص ٢٧١.

(٣) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، أبو الفضل، فقيه حنفي، ولد سنة: (٥٩٩هـ - ١٢٠٣م)، وتوفي سنة: (٦٨٣هـ - ١٢٨٤م)، له كتاب: الاختيار لتعليل المختار. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٤، ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٤) (انظر) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: محمود أبو دقيقة، د. ط، (القاهرة: مكتبة الحلبي، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م)، ج ٢، ص ٨٣.

الفرع الأول: القرآن الكريم

القرآن الكريم هو: "النظم المنزل على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم المنقول عنه تواتراً"^(١).

فيجب على القاضي أن يقضي بكتاب الله تعالى إما بدليل قطعي، وهو النص المفسر الذي لا شبهة فيه من كتاب الله عز وجل، وإما بدليل ظاهر موجب للعمل، كظواهر النصوص المذكورة في القرآن الكريم^(٢).

وبناء على ما سبق: فإن القرآن الكريم هو مصدر أساسي مقدم على كل المصادر في الشريعة الإسلامية، وعلى القاضي أن يوظفه في حكمه، ولا يلتفت لغيره من المصادر عند تقديره للحوادث، والأضرار التي تلحق الأفراد والمجتمعات.

الفرع الثاني: السنة النبوية

السنة هي: "ما صدر عن النبي عليه الصلاة والسلام غير القرآن من قول، أو فعل، أو تقرير"^(٣).
فيجب على القاضي أن يقضي بما يثبت عنده أنه حكم الله تعالى من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، إما بدليل قطعي، وهو النص المفسر الذي لا شبهة فيه من السنة المتواترة، أو المشهورة،

(١) السالمي، عبدالله بن حميد، **طلعة الشمس**، تحقيق: عمر حسن القيام، د.ط، (ولاية بديّة- سلطنة عمان: مكتبة الإمام

السالمي، ٢٠١٠م)، ج ١، ص ٩٧.

(٢) (انظر) الزحيلي، وهبة بن مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط ١٢، (دمشق: دار الفكر، د.ت)، ج ٨، ص ٥٩٤٤.

(٣) السالمي، **طلعة الشمس**، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥.

وإما بدليل ظاهر موجب للعمل، كظواهر النصوص في السنة المشرفة، وذلك إن لم يجد الحكم في القرآن الكريم^(١).

وبناء على ذلك: فإن السنة النبوية هي المصدر الثاني للتشريع، وتلي القرآن في المرتبة، فما ثبت في السنة النبوية من حكم قضائي، فعلى القاضي أن يمثل لذلك الحكم، وتكون سلطته التقديرية محصورة في ذلك.

الفرع الثالث: الإجماع

الإجماع هو: "عبارة عن اتفاق الأمة على حكم في عصر، وقيل: اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر على أمر، وزاد بعضهم: ولم يسبقه خلاف مستمر"^(٢).

ونستنتج من هذا التعريف: أن ما أجمع عليه الصحابة، أو من دونهم من التابعين، أو أتباع التابعين، أو العلماء على حكم قضائي في مسألة من المسائل لم ينص عليها القرآن الكريم، ولا السنة النبوية، فيجب على القاضي أن يتقيد بذلك، وتكون سلطته التقديرية مقيدة بذلك الحكم.

(١) (انظر) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٨، ص ٥٩٤٤.

(٢) السالمي، طلعة الشمس، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٠ - ١٠١.

الفرع الرابع: الاجتهاد

والاجتهاد هو: "أن يطلب الفقيه حصول حكم حادثة بشرع، ويبدل في ذلك مجهوده، بحيث لا يمكنه المزيد عليه في الطلب" (١).

وللاجتهاد مصادر منها مصادر أصلية نقلية سبق ذكرها في الأفرع السابقة، ومصادر عقلية، ومصادر أخرى تبعية مختلف في الاعتداد بها.

فأما مصادر الأحكام الاجتهادية العقلية فهي على النحو التالي:

- ١ - القياس وهو: "طلب أحكام الفروع المسكوت عنها من الأصول المنصوص عليها بالعلل المستنبطة من معانيها؛ ليلحق كل فرع بأصله؛ حتى يشركه في حكمه، لاشتراكهما في المعنى والجمع بينهما بالعلة فصار القياس إلحاق الفرع بالأصل بالعلة الجامعة بينهما في الحكم" (٢).
- ٢ - الاستحسان وهو: "عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي، لدليل انقذح في عقله رجح هذا العدول" (٣).

(١) السالمي، طلعة الشمس، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٠٠.

(٢) (انظر) الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، ج ١٦، ص ١٣٦.

(٣) الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط ٢، (دمشق: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م)، ج ١، ص ٢٤٧.

٣- سد الذرائع وهو: "منع الوسائل المفضية إلى المفاسد" (١).

٤- المصلحة المرسله هي: "الوصف المناسب لتشريع الحكم الذي لم يشهد له الشارع بالاعتبار، أو الإلغاء" (٢).

وأما المصادر الأخرى التبعية المختلف فيها، فهي على النحو التالي:

١- العرف وهو: "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول" (٣).

٢- الاستصحاب وهو: "إبقاء ما كان على أصوله التي كان عليها من وجود، أو عدم، أو نحو

ذلك، ما لم يرد دليل ينقله عن حكم أصله إلى حكم آخر" (٤).

٣- شرع من قبلنا وهو: ما نقل إلينا بطريق صحيح من الشرائع السماوية السابقة (٥).

٤- مذهب الصحابي وهو: "والمراد بقول الصحابي: مذهبه الذي قاله أو فعله ولم يروه عن النبي

صلى الله عليه وسلم" (٦).

(١) السلمي، عياض بن نامي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط ١، (الرياض: دار التدمرية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)، ص ٢١١.

(٢) الزركشي، محمد بن عبد الله، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، تحقيق: سيد عبد العزيز، وعبد الله ربيع، ط ١، (القاهرة: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)، ج ٣، ص ٢١.

(٣) الزحيلي، الوجيز، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٦٥.

(٤) السلمي، طلعة الشمس، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٩.

(٥) السلمي، أصول الفقه، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٦) (المرجع نفسه)، ص ١٨٤.

وخلاصة هذا الأمر: إن اجتهاد القاضي في الوقائع عند استخدام سلطته التقديرية يكون فيما لم يرد به نص من كتاب الله، أو السنة النبوية، أو إجماع، باستنباط الأحكام وباستخدام الوسائل والأدوات التي ذكرناها فيما سبق.

المطلب الثالث: شروط السلطة التقديرية للقاضي

ذكر علماء المسلمين أنه لا بد من توفر شروط في الشخص حتى ينصب في منصب القضاء، وهذه الشروط هي التي تجعل للقاضي صلاحية في استخدام سلطته التقديرية في تعويض الأضرار وغيرها، وتكون الأحكام الصادرة في القضايا أحكاماً شرعية صادرة عن ذي أهلية صالحة لإصدار هذه الأحكام. حيث اتفق أئمة المذاهب على أن القاضي يشترط فيه أن يكون عاقلاً بالغاً حراً مسلماً سمياً بصيراً ناطقاً، واختلفوا في اشتراط العدالة، والذكورة، والاجتهاد^(١).

وسيتم دراسة هذه الشروط بمشيئة الله تعالى في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

١ - الإسلام: اشترط فقهاء المسلمون الإسلام فيمن يتولى القضاء، وذلك من باب قوله تعالى:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [سورة النساء: ١٤١].

(١) (انظر) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٨، ص ٥٩٣٦.

ووجه الدلالة في هذه الآية: أن القضاء ولاية، والله سبحانه لم يجعل للكافرين ولاية على المؤمنين مطلقاً^(١).

والإسلام شرط أجمع عليه الفقهاء فيمن يتصدى للقضاء بين المسلمين، وأما القضاء بين غير المسلمين، فقد اختلف العلماء فيه إلى قولين:

القول الأول: أنه يشترط فيه الإسلام كما هو الشرط في القاضي بين المسلمين، وعلى هذا لا يصح تولية القضاء غير المسلم، ولو كان سيقضي بين غير المسلمين، وهذا ما يراه جمهور العلماء^(٢). واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [سورة التوبة: ٢٩].
ووجه الاستدلال: أنه لو قلد الكفار القضاء لجاز تنفيذ أحكامهم التي قضوا بها، وهذا يتنافى مع الصغار المراد به خضد شوكتهم، والخضوع لسيادتهم وحكمكم أي سيادة المسلمين وحكمهم^(٣).
ثانياً: ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "الإسلام يعلو ولا يعلى"^(٤). فمنع هذا الخبر من أن يكون في الإسلام ولاية لغير المسلم.

(١) (انظر) رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، د.ط، (مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م)، ج ٥، ص ٣٧٩.
(٢) (انظر)، عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ط ٢، (بغداد: دار البيان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م)، ص ٧٧.

(٣) (انظر) رضا، تفسير المنار، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٥٥.
(٤) البخاري، محمد بن إسماعيل، (صحيح البخاري) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، رقم الحديث: ١٩٠٦، ط ١، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، (بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٢٢ هـ)، ج ٢، ص ٩٣.

ثالثاً: أن الفاسق المسلم أحسن حالا من الكافر لجريان أحكام الإسلام عليه، وبما أن الفاسق قد منع من ولاية القضاء، فإن من الأولى أن يمنع منها الكافر^(١).

رابعاً: أن القضاء في الدولة الإسلامية يعتبر جزءاً من الولاية العامة التي يقوم بها رئيس الدولة، أو ينيب عنه غيره للقيام بها، فالقاضي يتولى حل النزاعات القائمة بين غير المسلمين؛ لأنه يمثل الولاية العامة التابعة لرئيس الدولة الإسلامية، وبناء على ذلك فلا يجوز أن يتولى منصب القضاء إلا مسلم^(٢).

القول الثاني: جواز تقليد الكافر منصب القضاء بين أهل دينه، وهذا ما يراه الحنفية، فذكر عنهم أنهم يقولون: "يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه، وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورئاسة، وليس بتقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا لزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم. وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ"^(٣).

واستدل الحنفية بما يلي:

أولاً: قوله تعالى تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ

أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنَّهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾﴾ [سورة المائدة: ٥١].

(١) الطيار، عبد الله بن محمد، وعبد الله بن محمد المطلق، ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ط ٢، (الرياض: مدار الوطن

للنشر، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م)، ج ٨، ص ٤٨.

(٢) (المرجع نفسه)، ج ٨، ص ٤٨.

(٣) (الماوردي، علي بن محمد بن محمد، الأحكام السلطانية، د. ط، (القاهرة: دار الحديث، د. ت)، ص ١١١.

وجه الاستدلال في هذه الآية: بعضهم أولياء بعض أي أنهم أجدر بولاية بعضهم بعضاً، أي بولاية كل فريق منهم بعض أهل فريقه؛ لأن كل فريق منهم تتقارب أفراده في الأخلاق والأعمال، فيسهل الوفاق بينهم^(١). فيتناول هذا أن لهم ولاية القضاء بعضهم على بعض.

ثانياً: قياس القضاء على الشهادة، فلما كان يصح للذمي أن يشهد على ذمي مثله، فإنه يصح للذمي أن يقضي على ذمي كذلك^(٢).

ثالثاً: أن العمل في البلاد الإسلامية من فجر التاريخ الإسلامي قد جرى على تعيين قضاة من أهل الذمة ليحكموا بينهم^(٣).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: عند النظر في الواقع، فإن هذه المسألة تقع في حالتين: الحالة الأولى: الدولة التي يمثل فيها المسلمون الأغلبية، فالمسلمون هم الأحق في تولي القضاء والحكم بين الكافرين، وبذلك فقول الجمهور هو الراجح في هذه الحالة، وما استدلووا به يوافق هذه الحالة. الحالة الثانية: الدولة التي يمثل فيها المسلمون الأقلية؛ فالمسلمون هم الأحق في الحكم بين الكافرين، ولا يمنع ذلك من أن يحكم الكافرون فيما بينهم؛ لصعوبة تطبيق قول الجمهور في هذه المسألة، ويكون حكم الكافرين فيما بينهم بضوابط ينص عليها المسلمون، ولا يجوز لهم الخروج عن هذه الضوابط.

(١) ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، د.ط، (تونس: الدار التونسية للنشر، ١٩٨٤هـ)، ج٦، ص٢٢٩.

(٢) محمد عثمان، النظام القضائي، مرجع سابق، ص٧٩.

(٣) مجموعة مؤلفين، الفقه الميسر، مرجع سابق، ج٨، ص٤٨.

٢- **البلوغ والعقل:** والعقل والبلوغ من شروط الصحة؛ لأن غير العاقل وغير البالغ لا يجري عليهما قلم، ولا يتوجه إليهما خطاب، لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر". حديث صحيح^(١). فلا يتعلق بقول واحد منهما حكم على نفسه، فأولى غيره، ويكفي من العقل صحة التمييز وجودة الفطنة والبعد من السهو والغفلة، حتى يتوصل بذلك إلى وضوح ما أشكل، وفصل ما أعضل^(٢).

وبناء على ما سبق: فإن السلطة التقديرية للقاضي تحتاج إلى ذهن عاقل لتقدير الضرر، وإعطاء العوض من يستحقه، فكيف بلا عقل يتولى ذلك، وكيف لطفل لم يشب عوده إلى الأرض يعدل في ذلك.

٣- **الحرية:** أي لا يكون مملوكاً، وهذا الشرط اشترطه جمهور العلماء عندما كان الرق موجوداً في عصرهم، فلا يصح تقليد غير الحر منصب القضاء لأسباب عدة منها:

١- نقص العبد عن ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره^(٣).

٢- منع الرق من قبول الشهادة كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية^(٤).

(١) السجستاني، سنن أبي داود، رقم الحديث: ٤٣٩٨، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٥١.

(٢) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٢.

(٣) (انظر) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ١١١.

(٤) (المرجع نفسه)، ص ١١١.

وقيل في العبد: أنه لا يجوز أن يحكم بين الناس، ولا أن يكون حاكماً، ولا تؤخذ عنه عدالة الشاهد، فإن لم يعرف حتى حكم، فقد صح حكمه إلا أن يكون خطأ^(١).

وقيل: إن العبد لو حكم بحكم غير مخالف لأحكام المسلمين ثبت ذلك، ولم ينقض، وكذلك إن جعله الخصمان ورضيا به^(٢).

وبناء على ما سبق: فإن الرق يؤثر على نفسية القاضي وحركته، وغالباً ما يفتقد العبد على العلم الكافي؛ إذ أن جل وقته في خدمة سيده، فمن أين له أن يكتسب العلم، وكذلك تتطلب السلطة التقديرية قاضياً مستقلاً الحركة حر التفكير له من العلم والخبرة ما يأهله لذلك.

٤ - سلامة الحواس: أي أن يكون القاضي سمياً بصيراً ناطقاً، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿لَيْسَ

عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَنْ يَتَوَلَّ يُعَذِّبْهُ عَذَابًا أَلِيمًا ﴿١٧﴾﴾ [سورة الفتح: ١٧].

ففاقد السمع والبصر والعاجز عن المشي والمريض تسقط عنه تكاليف عدة في الشريعة الإسلامية، كسقوط الصيام عن المريض، وسقوط أداء الجمعة والصلاة في الجماعة عن العاجز عن المشي والأعمى الذي لا يجد من يده له على الجماعة، فكيف لهؤلاء الذين خفف الله عنهم الحمل الثقيل، أو أعفاهم

(١) (انظر) العوتي، الضياء، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٤٨.

(٢) (انظر) السعدي، جميل بن خميس، قاموس الشريعة الحاوي طرقها الوسيعة، ط ١، (مسقط: مكتبة الجيل الواعد، ١٤٣٦ هـ

— ٢٠١٥ م)، ج ٣٦، ص ٤٥ - ٤٦.

عن أداء بعض الشعائر لعجزهم يتم تكليفهم في النظر بين دعاوى الناس، والاستماع للمتخاصمين من أجل الحكم بينهم، وكما أن السلطة التقديرية تتطلب هذه الحواس التي لها البصمة في إدراك القضية والحكم بالعدل.

وفقهاء المسلمون اتفقوا على أنه لا يجوز أن يولى الأصم والأخرس منصب القضاء، واختلفوا في الأعمى، وذهب جمهور العلماء على أنه لا يصح تولية أعمى^(١).

ورأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو قول الجمهور؛ لأن البصر له أثر كبير في السلطة التقديرية خصوصاً، فكيف للأعمى أن يبصر الضرر ويقدره، وكيف له أن يتفرس النظر في وجوه الخصوم، وكيف له معرفة المدعي من المدعى عليه؛ إذ لا يتأتى ذلك إلا لذوي البصر السديد.

(١) (انظر) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط٣، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م)، ج ١١، ص ٩٦.

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

١ - الذكورة: أي يشترط في القاضي أن يكون ذكراً، وهذا الشرط مما اختلف فيه الفقهاء إلى

قولين:

القول الأول: يشترط أن يكون القاضي ذكراً، فلا يجوز أن تتولى المرأة منصب القضاء، وهذا ما

يراه جمهور العلماء من الإباضية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ذكر محمد يوسف أطفيش من الإباضية: "منصب الولاية عظيم لا تليه امرأة ولا تطبيقه؛ لوجوب

ستر نفسها، وزينتها، فلا تليق بذلك"^(٥).

وذكر القرافي^(٦) من المالكية: أنه يشترط في صحة التولية أن يكون القاضي ذكراً، ويقتضي عدمه

الانفساخ^(٧).

(١) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٢-٢٣.

(٢) (انظر) القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤)، ج ١٠، ص ١٦.

(٣) (انظر) الرملي، محمد بن أبي عباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، د. ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م)، ج ٨، ص ١١٠.

(٤) (انظر) ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط ٣، (الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م)، ج ١٤، ص ١٣.

(٥) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٢-٢٣.

(٦) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، فقيه مالكي، توفي سنة: (٦٨٤ هـ - ١٢٨٥ م)، له كتاب: أنوار البروق في أنواء الفروق، والذخيرة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ١، ص ٩٤ - ٩٥.

(٧) (انظر) القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج ١٠، ص ١٦.

وذكر الرملي من الشافعية^(١): أنه من تصح توليته للقضاء الذكر، فلا تولى امرأة لنقصها، ولا احتياج

القاضي لمخالطة الرجال وهي مأمورة بالتخدر، والخنثى في ذلك كالمرأة^(٢).

وذكر ابن قدامة من الحنابلة^(٣): أنه يشترط في القاضي أن يكون ذكراً؛ لأن القاضي يحضره محافل

الخصوم والرجال، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي،

ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال، ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلهما، ما لم يكن

معهن رجل^(٤).

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أمور منها:

١ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((لن يفلح قوم، ولو أمرهم امرأة))^(٥).

(١) محمد بن أحمد بن حمزة، الرملي، الملقب بشمس الدين، ويقال له: الشافعي الصغير، فقيه شافعي، ولد سنة: (٩١٩ هـ - ١٥١٣ م)، توفي سنة: (١٠٠٤ هـ - ١٥٩٦ م)، له كتاب: غاية البيان في شرح زيد ابن رسلان، و نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. انظر: محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، د. ط، (بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ج ٢، ص ١٠٢؛ والزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٧.

(٢) (انظر) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ١١٠.

(٣) أحمد بن عيسى بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقدسي الصالح، أبو العباس، المعروف بابن قدامة، الملقب بسيف الدين، ويقال له: ابن عبد الهادي نسبة إلى جده الأعلى، ولد سنة: (٧٠٥ هـ - ١٣٠٥ م)، وتوفي سنة: (٧٤٤ هـ - ١٣٤٣ م)، له كتاب: المغني، وقواعد أصول الفقه، انظر: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط ٣، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥ م)، ج ٢٢، ص ١٦٦ - ١٧٢؛ والزركلي، الأعلام، ج ٥، ص ٣٢٦.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٣.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث: ٤٤٢٥، مرجع سابق، ج ٦، ص ٨.

ووجه الدلالة في هذا الحديث: لا تكون المرأة إماماً ولا قاضياً لنقصها، وإن كان قد يتأتى منها التنفيذ^(١).

٢ - القضاء يحتاج إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة والخبرة بشؤون الحياة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، بسبب ضعف خبرتها واطلاعها على واقع الحياة^(٢).

٣ - لا بد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم، والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال بعداً عن الفتنة^(٣).

٤ - المرأة لا تقبل شهادتها، ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل^(٤).

٥ - لا تصلح المرأة للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان؛ ولهذا لم يول النبي صلى الله عليه وسلم، ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قضاء، ولا ولاية بلد^(٥).

(١) (انظر) ابن الملقن، عمر بن علي، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: خالد الرباط، وجمعة فتحي، ط ١، (دمشق:

دار النوادر، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م)، ج ٢١، ص ٦١١.

(٢) (انظر) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٨، ص ٥٩٣٧.

(٣) (المرجع نفسه)، ج ٨، ص ٥٩٣٧.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ١٣.

(٥) (المرجع السابق)، ج ١٤، ص ١٣.

القول الثاني: جواز تولي المرأة القضاء، فذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون المرأة قاضياً في

الأموال، وذهب ابن جرير الطبري^(١) إلى جواز أن تكون المرأة قاضياً على الإطلاق في كل شيء^(٢).

واحتج الكاساني^(٣) على قول أبي حنيفة بأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، إلا أنها لا تقضي

بالحدود والقصاص؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة^(٤).

وبناء على ما سبق: فإن رأي أبو حنيفة موافق لرأي الجمهور بأن قضاء المرأة في الحدود والقصاص

لا ينفذ، ولو كان ما قضت به موافقاً للحق، أما إذا حكمت في غير الحدود والقصاص فينفذ حكمها،

فالذكرة عند أبو حنيفة شرط جواز لا شرط صحة.

وأما قول ابن جرير الطبري، فلم نجد لقوله حجة صريحة تؤيد رأيه، ومن خلال بحثنا في كتبه لم

يصرح هو بهذا القول، والظاهر بأن هذا القول منسوب إليه، وقد ذكر رأفت عثمان صاحب كتاب

النظام القضائي في الفقه الإسلامي عن أحد الباحثين أنه يرى الرأي المنسوب لابن جرير الطبري خطأ

(١) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري، أبو جعفر، المعروف بابن جرير الطبري، ولد سنة: (٢٢٤هـ - ٨٣٩م)، وتوفي

سنة: (٣١٠هـ - ٩٢٣م)، له كتاب: أخبار الرسل والملوك، وجامع البيان في تفسير القرآن. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء،

ج ١٤، ص ٢٦٧ - ٢٨١؛ والزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٦٨ - ٦٩.

(٢) (انظر) ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د. ط، (القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٥هـ -

٢٠٠٤م)، ج ٤، ص ٢٤٣.

(٣) أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الكاساني، الملقب بعلاء الدين، وملك العلماء، فقيه حنفي، توفي سنة: (٥٨٧هـ)، له كتاب:

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. انظر: قاسم بن قُطْلُوبغا السوداني، تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط ١،

(دمشق: دار القلم، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م)، ص ٣٢٧ - ٣٢٩.

(٤) (انظر) الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، ج ٧، ص ٣.

من الناحية التاريخية؛ لكون هذا النقل لم يصح عنه كما صرح بذلك ابن العربي المفسر المعروف، ولم ينسب إلى كتاب من كتبه، ولم يرو عنه بسند من الأسانيد، وهذا ما يؤدي إلى عدم الاطمئنان إلى صحة نسبة هذا القول إلى ابن جرير من الناحية التاريخية، ومن الناحية الموضوعية، فإن هذا القول مخالف للحديث عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"، ومخالف لإجماع علماء الأمة الإسلامية^(١). وهذا ما يؤيده الباحث.

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو قول الجمهور لما استدلوا به من أدلة، فالذكرة لها أثر كبير للقاضي عند استخدام سلطته التقديرية؛ إذ أن عاطفة المرأة أغلب من عاطفة الرجل، فيؤثر ذلك على عدالة الحكم والتقدير، وفي الجرائم الحدية لا تقبل شهادة المرأة، فمن الأولى أن لا يقبل قضائها.

٢- الاجتهاد: أن يكون القاضي عالماً بالأحكام الشرعية، وعرف الإمام السالمي^(٢) الاجتهاد هو: "أن يطلب الفقيه حصول حكم حادثة بشرع، ويبدل في ذلك مجهوده، بحيث لا يمكنه المزيد عليه في الطالب"^(٣).

(١) (انظر) محمد عثمان، النظام القضائي، مرجع سابق، ص ١١٩ - ١٢٠.

(٢) عبد الله بن حميد بن سلوم السالمي، أبو محمد، الملقب بنور الدين، فقيه إباضي، ولد سنة: (ما بين ١٢٨٣هـ و ١٢٨٤هـ - ١٨٦٦م و ١٨٦٧م)، له كتاب: تحفة الأعيان بسيرة أهل عمان، وطلعة الشمس. انظر: السعدي، معجم الفقهاء، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٤٦ - ٢٦٩.

(٣) السالمي، طلعة الشمس، ج ٢، ص ٤٠٠.

ومما ذكره الشقصي^(١) في القاضي المجتهد: "أن يكون حافظاً لكتاب الله عز وجل، عالماً بناسخه ومنسوخه، وحظره وإباحته، ومحكمه ومتشابهه، وخاصه وعامه، وفرضه وندبه، وعالماً مع هذا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وناسخها ومنسوخها، وعالماً باختلاف أهل دهره، وعالماً بلغة العرب، وبتأويل القياس، ومصادره وموارده ومحتمله وغير محتمله"^(٢).

وهذه الشروط التي ذكرها الشقصي هي شروط الاجتهاد التي اتفق الأصوليون عليها في الجملة. واختلف الفقهاء في شأن شرط الاجتهاد إلى قولين: هل هو شرط جواز وصحة؟ أو أنه شرط أولوية واستحباب.

القول الأول: يجب أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد، فهو عندهم شرط جواز وصحة، وهذا ما يراه بعض الإباضية^(٣)، وبعض الحنفية^(٤)، وجمهور المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

(١) خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي، فقيه إباضي، عاش في أواخر القرن العاشر، والقرن الحادي عشر الهجري، له كتاب: منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ومنهج المريدين. انظر: السعدي، معجم الفقهاء، ج ١، ص ٢٠٢ - ٢٠٩.

(٢) الشقصي، خميس بن سعيد، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ط ١، (مسقط: مكتبة مسقط، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م)، ج ٥، ص ٣٢٧.

(٣) (انظر) النزوي، أبو زكريا يحيى بن سعيد، الإيضاح في الأحكام، د. ط، (سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م)، ج ٢، ص ٢٣٧.

(٤) القدوري، أحمد بن محمد، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق: كامل محمد عويضة، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ص ٢٢٥.

(٥) (انظر) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٤٣.

(٦) (انظر) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٣٨.

(٧) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٥ - ١٦.

فمما ذكر عن محمد بن محبوب^(١) من الإباضية أنه يرى: أن القاضي لا يكون إلا ممن يجوز له القول بالرأي، ولا يكون ذلك إلا لأهل الرأي^(٢).

وقال القدوري^(٣) من الحنفية: "لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة، ويكون من أهل الاجتهاد"^(٤).

وقال القاضي عبد الوهاب من المالكية^(٥): "ويجب أن يكون في القاضي خصال منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من آداب القضاء وسنة الحكم في الشرع، فأول ما يجب فيه أن يكون فقيها غير عامي ومن أهل الاجتهاد عارفا بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخرج الفروع على الأصول"^(٦).

(١) محمد بن محبوب بن الرحيل، أبو عبد الله القرشي المخزومي، فقيه إباضي، عاش في آخر القرن الثاني، وأكثر القرن الثالث الهجري، له كتاب: كتاب محمد بن محبوب. انظر: السعدي، **معجم الفقهاء**، ج ٣، ص ١٥٣ - ١٦٠.

(٢) (انظر)، النزوي، **الإيضاح في الأحكام**، ج ٢، ص ٢٣٧.

(٣) أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان القدوري، أبو الحسين، فقيه حنفي، ولد سنة: (٣٦٢ هـ - ٩٧٣ م)، وتوفي سنة: (٤٢٨ هـ - ١٠٣٧ م)، له كتاب: التجريد، ومختصر القدوري. انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ١، ص ٢١٢.

(٤) القدوري، **مختصر القدوري**، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٥) عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، أبو محمد، فقيه مالكي، ولد سنة: (٣٦٢ هـ - ٩٧٣ م)، وتوفي سنة: (٤٢٢ هـ - ١٠٣١ م)، له كتاب: المعونة على مذهب عالم المدينة، وشرح فصول الأحكام. انظر: الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، مرجع سابق، ج ١٧، ج ٤٢٩ - ٤٣١؛ والزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٨٣ - ١٨٤.

(٦) الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق: حميش عبد الحق، د. ط، (مكة: المكتبة التجارية، د. ت)، ص ٥٠٠.

وقال النووي من الشافعية^(١) : يشترط في القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد، فلا يجوز تولية جاهل بالأحكام الشرعية، وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها^(٢).

وقال ابن قدامة من الحنابلة: ويشترط في القاضي أن يكون مجتهداً^(٣).
واستدل أصحاب هذا القول بعدة أمور منها:

١ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [سورة النساء: ٥٩]. ووجه الاستدلال في هذا الآية: إن رد الشيء الذي اختلف فيه يكون إلى كتاب الله أو إلى رسوله بالسؤال في حياته، أو بالنظر في سنته بعد وفاته صلى الله عليه وسلم، ولا يتأتى الرد إلى الكتاب والسنة إلا من المجتهد^(٤). فلا بد أن يكون من يفصل في النزاع مجتهداً.

٢ - ومن السنة حديث معاذ بن جبل، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟". قال: أقضي بكتاب الله. قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله

(١) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، أبو زكريا، الملقب بمحيي الدين، فقيه شافعي، ولد سنة: (٦٣١هـ - ١٢٣٣م)، وتوفي سنة: (٦٧٦هـ - ١٢٧٧م)، له كتاب: منهاج الطالبين، والمنهاج في شرح صحيح مسلم. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٢) (انظر) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ١١، ص ٩٥.

(٣) (انظر) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المقتنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، ط ١، (جدة: مكتبة السوادى للتوزيع، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، ص ٤٧٧.

(٤) (انظر) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، ط ٢، (القاهرة: دار الكتب المصرية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، ج ٥، ص ٢٦١ - ٢٦٢.

عليه وسلم ولا في كتاب الله؟". قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله". حديث ضعيف^(١).

فهذا واضح في أن القاضي لا بد أن يكون مجتهداً، إذ أن إقرار الرسول لمعاذ على الاجتهاد بيان للصفة المعتمدة في القاضي دون غيرها، فلو كان التقليد والحكم بقول الغير جائزاً؛ لبينه الرسول - صلى الله عليه وسلم -، أو قال له: "إن لم يمكنك ذلك"؛ لأن الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر، وتأخير عن وقت الحاجة لا يجوز^(٢).

٣- القضاء أكد وأقوى من الفتيا، فالحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتي لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتي، فإن لم يجز للمفتي أن يكن مقلداً فالقاضي أولى^(٣).

القول الثاني: لا يشترط كون القاضي مجتهداً، والاجتهاد شرط أولوية واستحباب، وهذا ما يراه جمهور الإباضية^(٤)، وجمهور الحنفية^(٥)، وبعض المالكية^(٦).

(١) السجستاني، سنن أبي داود، رقم الحديث: ٣٥٩٢، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٤٣.

(٢) (انظر) مجموعة مؤلفين، الفقه الميسر، مرجع سابق، ج ٨، ص ٦٢-٦٣.

(٣) (انظر) الثعلبي، المعونة، مرجع سابق، ص ١٥٠١.

(٤) (انظر) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٠.

(٥) (انظر) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣.

(٦) (انظر) القرطبي، أحمد بن محمد بن رشد، المقدمات الممهدة، تحقيق: محمد حجي، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي،

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م)، ج ٢، ص ٢٥٩.

وقال محمد أطفيش من الإباضية: أن القضاء ينعقد لمن لم يبلغ الاجتهاد مع وجود بالغه إن كان ذا علم ونباهة^(١).

وقال ابن الهمام^(٢) من الحنفية: الصحيح أن أهلية الاجتهاد للقاضي ليست شرطا للولاية، بل للأولية^(٣).

وقال ابن رشد الجد^(٤) من المالكية: وللقضاء خصال ليست مشترطة في صحة الولاية، ولا يوجب عدمها عزل القاضي عن الولاية إلا أنها مستحبة فيها، ويستحب بعدمها عزله عنها، ومن هذه الخصال المستحبة كثيرة أن يكون القاضي عالما، ويسوغ له الاجتهاد^(٥).

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أمور منها:

١ - ما رواه أبو داود بسنده عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا، فقلت: يا رسول الله، ترسلني، وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: "إن

(١) (انظر) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٠.

(٢) محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، المعروف بابن الهمام، الملقب بكمال الدين، فقيه حنفي، ولد سنة: (٧٩٠هـ - ١٣٨٨م)، وتوفي سنة: (٨٦١هـ - ١٤٥٧م)، له كتاب: فتح القدير على الهداية، والمسيرة في العقائد المنجية في الآخرة. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٥٤ - ٢٥٥.

(٣) (انظر) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير على الهداية، ط ١، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م)، ج ٧، ص ٢٥٦.

(٤) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد، المعروف بابن رشد الجد، فقيه مالكي، ولد سنة: (٤٥٠هـ - ١٠٥٨م)، وتوفي سنة: (٥٢٠هـ - ١١٢٦م)، له كتاب: المقدمات الممهدات، ومختصر شرح معاني الآثار للطحاوي. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج ١٩، ص ٥٠١ - ٥٠٢؛ والزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣١٦ - ٣١٧.

(٥) (انظر) القرطبي، المقدمات الممهدات، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٩.

الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر
كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" قال: فما زلت قاضيا، أو ما شككت في
قضاء بعد^(١). حديث حسن.

ووجه الاستدلال في هذا الحديث: أن الإمام عليا - رضي الله عنه - كان غير متأهل من الناحية
العلمية، وكان ينقصه الاجتهاد وقد ولاه النبي - صلى الله عليه وسلم - القضاء، وذلك يدل على عدم
وجوب توفر شرط الاجتهاد^(٢).

٢- القاضي غير المجتهد يمكنه القضاء بفتوى غيره، ومقصود القضاء هو إيصال الحق إلى
مستحقه، ورفع الظلم، فيحصل هذا بلا اجتهاد، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه، بل ما يظنه
المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه، فقد قضى بذلك العلم، وهو
المطلوب^(٣).

٣- أن المقلد بالتزامه الحكم بمذهب معين ينفي عن نفسه تهمة الحكم بالهوى فضلا عما فيه من
سرعة وصول القاضي إلى الحكم ومعرفة المتقاضيين بما يقضي به القاضي فيكون تقليده جائزا لما فيه من
هذه المصالح^(٤).

(١) السجستاني، سنن أبي داود، رقم الحديث: ٣٥٨٢، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٣٤.

(٢) (انظر) مجموعة مؤلفين، الفقه الميسر، مرجع سابق، ج ٨، ص ٦٤.

(٣) (انظر) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٥٦.

(٤) (انظر) مجموعة مؤلفين، الفقه الميسر، مرجع سابق، ج ٨، ص ٦٤.

ورأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو القول الثاني؛ لما استدلوا به من أدلة؛ ولأن في هذا الزمن يصعب أن تجد قاضياً مجتهداً، والمجتهدون قلة، فأكثرهم ناقلون للفتوى، ولو وجد مجتهداً كان هو الأولى في تولي القضاء، ويكفي أن يكون القاضي عالماً بالأحكام الشرعية، وبذلك فإن عدم الاجتهاد لا يؤثر في سلطته التقديرية.

٣- العدالة: والعدالة هي: "ملكة، أي هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمرءة"^(١). ويعتبر للعدالة شيئان: الصلاح في الدين، واجتناب المحارم، بأن لا يأتي كبيرة ولا يدمن على صغيرة، ولا كبيرة^(٢).

وصفة العدل الذي يجوز أن يتولى القضاء: أن يكون موافقاً في القول والعمل، والمذهب والاعتقاد، ويكون مجتنباً للكبائر والصغائر، ولا يقع منه فعل شيء من هذه الوجوه، إلا أن يهفو بصغيرة على غير عمد^(٣).

وقال الماوردي: "والعدالة أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمرءة مثله في دينه ودنياه"^(٤).

(١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م)، ص ٣٨٤.

(٢) (انظر) ابن قدامة، المقنع، مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٣) (انظر) الكندي، أحمد بن عبد الله، المصنف، تحقيق: مصطفى بن صالح باجو، ط ١، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م)، ج ١٣، ص ٨٩.

(٤) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ١١٢.

واختلف الفقهاء في اشتراط العدالة إلى قولين:

القول الأول: ذهب الإباضية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى اشتراط العدالة في

القاضي، فلا يجوز أن يولى القضاء غير العدل.

فذكر صاحب المصنف^(٥) من الإباضية أنه: "لا يجوز لأحد من أئمة العدل أن يستعمل على رعيته

في أمورهم، والقضاء بينهم غير أهل العدل"^(٦).

وذكر القرافي من المالكية: أنه يشترط في صحة التولية أن يكون القاضي عدلاً؛ لأنه هو الوازع على

ذلك، ويقتضي عدمه الانفساخ^(٧).

وذكر الرملي من الشافعية: من تصح توليته للقضاء العدل، فلا يولى الفاسق؛ لعدم الوثوق بقوله^(٨).

(١) (انظر) العوتي، الضياء، مرجع سابق، ج ١٧، ص ٢٤٨.

(٢) (انظر) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٤٣.

(٣) (انظر) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٣٨.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٣.

(٥) أحمد بن عبد الله بن موسى بن سليمان الكندي النزوي الفلوجي، أبو بكر، فقيه إباضي، عاش في القرن السادس الهجري،

وتوفي سنة: (٥٥٧هـ - ١١٦٢م)، له كتاب: المصنف، والتخصيص، والتسهيل في الفرائض. انظر: السعدي، معجم الفقهاء،

مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧ - ٤٣.

(٦) الكندي، المصنف، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٨٨.

(٧) (انظر) القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج ١٠، ص ١٦.

(٨) (انظر) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٣٨.

وذكر ابن قدامة من الحنابلة: أنه يشترط في القاضي العدالة، فلا يجوز تولية فاسق، ولا من فيه نقص يمنع الشهادة^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أمور منها:

١ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [سورة الحجرات: ٦].

ووجه الاستدلال في هذه الآية: إن الله تعالى يأمر بالتثبت في خبر الفاسق ليحتاط له؛ لئلا يحكم بقوله، فيكون في نفس الأمر كاذباً، أو مخطئاً، فيكون الحاكم بقوله قد اقتفى وراءه، وقد نهى الله عز وجل عن اتباع سبيل المفسدين^(٢). ومن هذا المنطلق، فإنه لو صح تقليد القاضي الفاسق لأدى إلى تأخير قبول حكمه إلى حين التبين، وهذا لا يجوز لما فيه من تأخير للقضاء الذي يجب أن ينفذ على الفور.

٢ - قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي

الظَّالِمِينَ﴾ [سورة البقرة: ١٢٤]. قوله: لا ينال عهدي الظالمين أي لا ينال الإمامة والقضاء الظالمين، وكل عاص فإنه ظالم لنفسه، ودل أيضاً على أن الفاسق لا يكون حاكماً، وأن أحكامه لا تنفذ إذا ولي

(١) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٣.

(٢) (انظر) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ)، ج ٧، ص ٣٤٥.

الحكم، وكذلك لا تقبل شهادته ولا خبره عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا فتياه إذا أفتى، ولا يقدم للصلاة وإن كان هو بحيث لو اقتدي به فإنه لا تفسد صلاته^(١).

٣- الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ

الْفَاسِقُونَ﴾ [سورة النور: ٤]. فمن باب أولى ألا يكون قاضياً^(٢).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن العدالة ليست شرطاً في تولي القاضي منصب القضاء.

وقال الكاساني من الحنفية في ذلك: "والعدالة عندنا، ليست بشرط لجواز التقليد، لكنها شرط

الكمال، فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه؛ إذا لم يجاوز فيها حد الشرع"^(٣).

واستدل الحنفية على عدم اشتراط العدالة بعدة أمور منها:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [سورة الحجرات: ٦].

ووجه الاستدلال: إن الأمر بإيجاب التثبت في خبر الفاسق، والنهي عن الإقدام على قبوله، دليل

على العمل به بعد التبين والعلم بصحة مخبره^(٤).

(١) (انظر) الرازي، محمد بن عمر، مفاتيح الغيب، ط ٣، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٠هـ)، ج ٤، ص ٣٨ - ٣٩.

(٢) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٤

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣.

(٤) (انظر) الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد شاهين، ط ١، (بيروت: درا الكتب العلمية،

١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ج ٣، ص ٥٣٠

٢- ما رواه مسلم بسنده عن أبي ذر، قال: قال لي رسول الله: "كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها، أو يمتتون الصلاة عن وقتها"، قال: قلت: فما تأمرني؟ قال: "صل الصلاة لوقتها، فإن أدركتها معهم فصل، فإنها لك نافلة"(١).

ووجه الاستدلال: إن تأخير الصلاة عن وقتها من غير عذر فسق ومع ذلك صحح النبي - صلى الله عليه وسلم - توليتهم على الإمارة والقضاء(٢).

٣- الفاسق من أهل الشهادة، فيصح قضاؤه؛ لأنه من كان من أهل الشهادة، فيكون من أهل القضاء(٣).

ورأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو القول الأول؛ لما استدلووا به من أدلة؛ ولأن العدالة تظهر في صفة وسلوك الإنسان، وغير العدل ليس موثقاً بدينه، ولا يؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم، وكل ذلك يؤثر على سلطة القاضي التقديرية، كما أنه يتوقع من غير العدل التقصير في بذل الجهد العلمي والعملية لأداء سلطته التقديرية.

(١) القشيري، صحيح مسلم، رقم الحديث: ٦٤٨، ج ١، ص ٤٤٨.

(٢) (انظر) مجموعة مؤلفين، الفقه الميسر، ج ٨، ص ٥٦.

(٣) (انظر) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر في الأحوال الشخصية

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية عظيمة واسعة اعتنت الشريعة الإسلامية بها اعتناءً كبيراً، وذلك من منطلق أن القاضي هو رمز العدالة والإنصاف، فلا يمكن إطلاق هذه السلطة بلا ضوابط ولا قيود؛ لخطورة عمل القاضي، وخوفاً من استغلال سلطته التقديرية في غير مكانها الصحيح.

ومن خلال تتبع المراجع والمصادر التي تحدثت عن هذا الموضوع نجد أنه لا يوجد تقسيم محدد لهذه الضوابط، وقد اجتهدنا في استنتاج بعض منها، وبعضها ذكرناه في المبحث السابق عندما تناولنا الحديث عن شروط القاضي، كما سنبينها في الأفرع التالية:

الفرع الأول: تحقيق مصلحة القضاء

عندما شرع الإسلام القضاء جعله قضاءً راسخاً، حامٍ للعدالة، وراعٍ للمصلحة التي يجب على القاضي تحقيقها، إذ أن تحقيق هذه المصلحة من الضوابط الأساسية التي ينبغي للقاضي الالتزام بها عند استخدام سلطته التقديرية.

وكما نصت القاعد الفقهيّة أن: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"^(١)، ومعنى ذلك: أن القاضي يجب أن يكون تصرفه مبنياً ومعلقاً ومقصوداً به المصلحة العامة، أي بما فيه نفع لعموم من تحت يده، وما لم يكن كذلك لم يكن صحيحاً ولا نافذاً شرعاً^(٢).

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت، وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة"^(٣).

وبناء على ما سبق: فإنه يجب على القاضي عند استخدام سلطته التقديرية أن يمتثل في حكمه بتحقيق مصلحة القضاء التي تدعو إلى العدالة بين الأطراف، والنزاهة التي توافق الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: عدم مخالفة النص الشرعي

سبق وتحدثنا عن مصادر السلطة التقديرية، وبيننا أن الحوادث والوقائع إذا وافقت القرآن، أو السنة، أو الإجماع لا يمكن للقاضي أن يجتهد، أو يخالف الحكم الوارد فيها.

وكما نصت القاعدة الفقهيّة: "لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص"^(٤)، ومعنى ذلك: أن كل قضية، أو مسألة ورد فيها نص من الشارع لا يجوز للقاضي أن يجتهد فيها؛ لأن جواز الاجتهاد، أو القياس في

(١) الزركشي، محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهيّة، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ط ٢، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م)، ج ١، ص ٣٠٩.

(٢) (انظر) آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط ٤، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م)، ص ٣٤٨.

(٣) القشيري، صحيح مسلم، رقم الحديث: ١٤٢، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٤٦٠.

(٤) آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص ٣٨١.

الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع، ولذلك قيل إذا صح حديث وكان حكم ذلك الحديث مخالفا لمذهب المجتهد يجب العمل بذلك الحديث، وإن المقلد لأحد المذاهب إذا اتبع حكم الحديث، فلا يكون خالف، وخرج عن المذهب الذي يقلده^(١).

وقد قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ

مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴿٣٦﴾ [سورة الأحزاب: ٣٦].

وحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه يدل على عدم جواز مخالفة النص الشرعي عند وجوده، أو الاجتهاد فيه، فحينما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم إرساله إلى اليمن قاضيا ومعلما قال له: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟". قال: أقضي بكتاب الله. قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟". قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله". حديث ضعيف^(٢).

ونستنتج مما سبق: أن الوقائع والأحداث التي يرد فيها نص شرعي من القرآن الكريم، أو السنة المطهرة، أو ما أجمع عليه العلماء لا يجوز للقاضي أن يستخدم سلطته التقديرية في خلاف ما قرره الشرع، وفي ذلك حكمة بالغة من الحكيم الخبير.

(١) (انظر) خواجه، درر الحكام، ج ١، ص ٣٢.

(٢) السجستاني، سنن أبي داود، رقم الحديث: ٣٥٩٢، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٤٣.

الفرع الثالث: اتباع الظاهر في الحكم

لا علم لأحد غير الله بما يخطر في القلوب، فهو يعلم السر، وما أخفى، ويعلم خائنة الأعين، وما تخفي الصدور كما في قوله تعالى: ﴿عَلِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة الأنعام: ٧٣]. وقد كان للقاضي في حكمه أن يحكم بما يظهر له، وغير مطالب بأن ينقب في سرائر الناس، وقد نصت القاعدة الفقهية: "القاضي مأمور باتباع الظاهر"^(١).

ويتبين مما سبق: أن القاضي عند استخدام سلطته التقديرية مأمور شرعاً باتباع الظاهر في أحكامه، وليس له أن يحكم على البواطن بدون دليل ظاهر، فالتقضاء إنما يتعلق بالأمر الظاهر لا الباطنة، والأحكام الشرعية إنما تجري على ما يظهر من أفعال العباد، ولا تحكم على بواطنهم إذا لم يظهر ما يدل عليها.

(١) آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، ط ١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م)، ج ٨، ص ١٢٢.

الفرع الرابع: بناء الحكم على الحجج واليقين

تتطلب العدالة في القضاء أن يكون حكم القاضي مبنياً على الحجة الواضحة المتيقن منها، فالكثير من القواعد الفقهية نصت على ذلك منها: "أن الحكم يدار على الدليل" (١)، و"البناء على اليقين" (٢). ويتبين مما سبق: أنه يجب على القاضي أن يراعي الحجج المطروحة من الطرفين، وألا يغض بصره عنها، كما أنه عليه قبولها ما أمكن ذلك، إذا كانت مستوفية الشروط، ولا يصح له أن يستخدم سلطته التقديرية، فيما كان مبنياً على الشك.

الفرع الخامس: عدم اتباع الهوى والشهوة في الحكم

سبق وذكرنا أنه لا يجوز أن يتولى القضاء من لا عدالة له، واتباع الهوى والشهوة من الأمور التي توقع الظلم في الأمة، وتنفي العدالة، وقد أمر الله سبحانه وتعالى نبيه داود عليه السلام ألا يتبع الهوى، وأن يحكم بين الناس بالحق، وبذلك قال في محكم كتابه: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [سورة ص: ٢٦].

(١) الباري، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ط ١، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٩ هـ -

١٩٧٠ م)، ج ٦، ص ١٠٢.

(٢) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م)، ص ٥٣.

وقد نص ابن تيمية^(١) أنه: "يحرم الحكم والفتيا بالهوى إجماعاً"^(٢).

ونستنتج مما سبق: أن اتباع القاضي لهوى النفس، والشهوة يؤثر ذلك على عدالة نشاطه الذهني والتقديري؛ مما يؤدي إلى نشر الظلم والفساد في المجتمع، ولذلك على القاضي أن يكون حريصاً كل الحرص على أن تكون سلطته التقديرية صافية من الأهواء والشهوات، وألا يجعل للشيطان مدخلاً في حكمه.

الفرع السادس: اتباع العرف والعادة

سبق وذكرنا أن من مصادر السلطة التقديرية للقاضي العرف، فلا بد أن يلتزم القاضي في نشاطه التقديري بالعرف والعادة، وعلى ذلك ذكرت الكثير من القواعد التي تعتبر العرف ضابطاً لسلطة القاضي التقديرية منها: "العادة محكمة"^(٣)، "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"^(٤)، "العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه"^(٥).

(١) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحاراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، المعروف بابن تيمية، والملقب بشيخ الإسلام، ولد سنة: (٦٦١هـ - ١٢٦٣م)، وتوفي سنة: (٧٢٨هـ - ١٣٢٨م)، له كتاب: منهاج السنة، والقواعد النورانية الفقهية. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٢) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، المستدرك على مجموع الفتاوى، ط ١، (د.م. د.ن، ١٤١٨هـ)، ج ٥، ص ١٥٤.

(٣) السالمي، طلعة الشمس، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٠.

(٤) الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤٢٧ هـ -

٢٠٠٦م)، ج ١، ص ٣٢١.

(٥) آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٩٧.

ولذلك فإن هذه القواعد تصب في معنى واحد يدل على أن العرف، أو العادة تجعل حكماً بين

الناس لا سيما فيما ليس له ضابط في الشرع، أو في اللغة^(١).

ويتبين مما سبق: أن العرف والعادة يؤثران على سلطة القاضي التقديرية؛ حيث تكون سلطته مبنية

عليهما، مع عدم تجاهله للضوابط السابقة عند أخذه بالعرف والعادة.

المطلب الثاني: حالات استخدام قاضي الأحوال الشخصية سلطته التقديرية في التعويض عن الضرر

للقاضي حالات محدودة يستخدم فيها سلطته التقديرية عند التعويض عن الضرر في قضايا فقه

الأسرة، وسنتحدث في هذا المطلب عن أربع حالات نوضح مفهومها ومشروعيتها مقسمة على أربعة

أفرع، ونؤجل الحديث عن كيفية تطبيقها في الفصل الثاني.

الفرع الأول: حالة العدول عن الخطبة

أولاً: مفهوم العدول عن الخطبة لغة واصطلاحاً:

والخطبة مصدر بمنزلة الخطب، وهو بمنزلة قولك: إنه لحسن القعدة والجلسة، والعرب تقول: فلان

خطب فلانة إذا كان يخطبها، وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها^(٢).

(١) (انظر) آل هرموش، محمود مصطفى، معجم القواعد الفقهية الإباضية، د.ط، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون

الدينية، د.ت)، ج ١، ص ٧٠٦.

(٢) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٦٠: مادة "خطب".

وفي اصطلاح الفقهاء هي: "إظهار الرغبة في النكاح وإعلام المرأة وولي أمرها بذلك" (١).

وأما العدول ففي اللغة بمعنى: حاد عن الطريق، وعدل إليه عدولا: رجع (٢).

والمقصود بالعدول عن الخطبة هو: "إعلان الخاطب، أو المخطوبة عن تراجعها على استمرار

الخطبة" (٣).

ثانياً: مشروعية العدول عن الخطبة:

اختلف الفقهاء في حكم العدول عن الخطبة إلى قولين:

القول الأول: جواز العدول عن الخطبة لسبب مشروع، وذهب إلى هذا القول الإباضية (٤)،

والحنفية (٥)، والشافعية (٦)، والحنابلة (٧).

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦٤٩٢.

(٢) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٣٤: مادة "عدل".

(٣) الجوابي، محمد طاهر، المجتمع والأسرة في الإسلام، ط ٣، (الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م)، ص ١٠٣.

(٤) (انظر) العوتبي، الضياء، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٣٠٨.

(٥) (انظر) الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم،

ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م)، ص ١٩٤.

(٦) (انظر) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣١.

(٧) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٩، ص ٥٧١.

١ - أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب" (١).
نص الشاهد: "حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب"، فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم العدول.

٢ - لأن الزواج عقد يستمر طوال العمر، ويدوم الضرر فيه، فكان لهما الاحتياط، والنظر في حفظهما (٢).

القول الثاني: يكره العدول عن الخطبة، وهو مذهب المالكية (٣).

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء: ٣٤].

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعهود، وأن الله سائل ناقض العهد عن نقضه

إياه (٤)، ومن هذا المنطلق، فإن الخطبة عهد بالزواج، فيطلب الوفاء بهذا العهد وعدم الرجوع عنه.

(١) البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث: ٥١٤٢، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩.

(٢) (انظر) البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، د.ط، (الرياض: مكتبة النصر الحديثة، د.ت)، ج ٥، ص ١٩.

(٣) (انظر) العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د.ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج ٢، ص ٥١.

(٤) (انظر) القيسي، مكي بن أبي طالب، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، ط ١، (الإمارات: جامعة الشارقة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م)، ج ٦، ص ٤١٩٨.

٢- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان" (١).

وجه الدلالة في نظر الباحث: أن من صفات المنافق أن يخالف وعده، وعلى ذلك فمن عدل عن الخطبة، فقد اتصف بصفة من صفات المنافق.

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: تتفق مع القول الأول، لما استدلوا به من أدلة؛ ولأن الخطبة هي بيان الرغبة في عقد النكاح، وتراجع الخاطب عن رغبته هذه ليس فيه شيء، وكما أن الزواج هو عقد مؤبد طوال العمر، فإذا قدم أحد الخاطبين على الزواج، وهو كاره له، فكيف له أن يقوم بالحقوق الواجبة عليه اتجاه الآخر، ويتعيش طوال عمره مع من لا يحب، فعدم العدول عن الخطبة من بادئ الأمر سيسبب أضراراً وتبعات سلبية.

الفرع الثاني: حالة الطلاق التعسفي

أولاً: مفهوم الطلاق التعسفي لغة واصطلاحاً:

والطلاق في اللغة بمعنى التخلية، وطلق الرجل امرأته وطلقت هي، بالفتح، تطلق طلاقاً وطلقت بالضم طلاقاً وأطلقها بعلها وطلقها (٢).

(١) البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث: ٣٣، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦.

(٢) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٢٥: مادة "طلق".

والطلاق في اصطلاح الفقهاء، فقد عرفه سماحة الشيخ أحمد الخليلي بقوله: "الطلاق هو حل للعقدة التي تحل للرجل أن يستمتع بالمرأة" (١).

والتعسف في اللغة فهو: مأخوذ من عسف يعسف عسفاً، والعسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق (٢).

وأما التعسف اصطلاحاً فهو: "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير" (٣). والمراد بالطلاق التعسفي بأنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص" (٤).

ويتضح من مفهوم الطلاق التعسفي: أن الشريعة الإسلامية عندما جعلت الطلاق بيد الزوج، جعلته لحكم وأسباب تصب في مصلحة الزوجين، وأرشدت الزوج في استعماله الاستعمال الصحيح، ولم تتجاهل الطلاق الذي يساء استعماله استعمالاً مناقضاً لقصد الشارع، والذي يسبب ضرراً كبيراً للزوجة، فقد حافظ الإسلام على حقوق الزوجة، وجعل للقاضي سلطة تقديرية في تعويض الضرر الناتج عن إساءة استعمال الحق.

(١) المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق، ط ١، (بيروت: د.ن، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م)، ص ٤٠.

(٢) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٤٥: مادة "عسف".

(٣) السباعي، مصطفى بن حسني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ٩، (دمشق: دار النيرين للنشر والتوزيع، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، ج ١، ص ٢٤٢.

(٤) جاتم، جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط ١، (عمان: دار الحامد، ٢٠٠٨م)، ص ١٢٣.

ثانياً: مشروعية الطلاق:

الطلاق مشروع في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ

مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

ومن السنة النبوية ما رواه الربيع بن حبيب في مسنده عن أبو عُبَيْدَةَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، فَجَاءَ عُمَرُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَهُ عَمَّا فَعَلَ، فَقَالَ: "مُرُهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا وَيُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضُ، ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ، فِتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ" (١).

ومن الإجماع، فقد أجمع الناس على جواز الطلاق (٢).

وأما حكم الطلاق التعسفي، فبلا شك أن الشريعة الإسلامية تحرم كل تعسف سواء كان هذا التعسف مقترن بالطلاق أو غيره، وقد نهي الله سبحانه وتعالى ذلك في محكم كتابه: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [سورة البقرة: ٢٣١].

(١) الفراهيدي، الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي، رقم الحديث: ٥٢٩، ط ١،

مسقط: مكتبة مسقط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ص ١٣٨.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦٨٧٤.

ووجه الدلالة في هذه الآية: ما ذكره ابن عباس رضي الله عنهما: أن الرجل كان يطلق امرأته، ثم يراجعها قيل انقضاء عدتها، ثم يطلقها، ويفعل ذلك بقصد أن يضارها ويعضلها، فأنزل الله هذه الآية (١).

وهذا يدل على استعمال الطلاق والرجعة بقصد الإضرار والتعسف، فهذا أمر حرمه الشرع، ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر، وقد قال في ذلك: "لا ضرر ولا ضرار" (٢).

الفرع الثالث: حالة خلع الزوجة

أولاً: مفهوم الخلع لغة واصطلاحاً:

والخلع في اللغة: خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه: كنزعه إلا أن في الخلع مهلة، وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بما لها فطلقها وأبأنها من نفسه، وسمي ذلك الفراق (٣).
وأما الخلع في اصطلاح الفقهاء فهو: "الفرقة التي تقع بقبول الرجل الفدية من المرأة بناء على طلبها بلفظ الخلع، أو ما في معناه" (٤).

(١) الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر، د.ط، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت)، ج ٥، ص ٩.

(٢) القزويني، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: ٢٣٤١، د.ط، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج ٢، ص ٧٨٤.

(٣) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ٨، ص ٧٦: مادة "خلع".

(٤) المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص ٤٠.

ثانياً: مشروعية الخلع:

الخلع مشروع في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَخَرَا﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: نفى الله سبحانه وتعالى الحرج عن الزوج في أخذ الصداق، وعن المرأة في إعطاء الزوج

الصداق؛ لحصول الفرقة بينهما^(١)، فدل ذلك على جواز الخلع.

ومن السنة النبوية: أن أم جميلة بنت عبدالله بن أبي أتب تشكو إليه زوجها ثابت بن قيس بن

الشماس، وذكرت أنها كارهة له، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى زوجها فقال: "يا ثابت مالك

ولأهلك"، فقال: والذي بعثك بالحق ما على وجه الأرض أحب إلي منها غيرك، وإني إليها لمحسن

جهدي، فقال: ما تقولين فيما يقول ثابت، فكرهت أن تكذب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين

سألها، وقالت: صدق يا رسول الله ولكن تخوفت أن يدخلني النار تعني أنها مبغضة له، فقال لها رسول

الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه ما أخذت منه، ويخلي سبيلك" قالت: نعم، فقال: "يا ثابت

أترض أن ترد عليك ما أخذت، وتخلي سبيلها" قال: يا رسول الله قد أخذت مني حائطا ترده علي،

وأخلي سبيلها فردته عليه، فخلي سبيلها^(٢).

(١) (انظر) أطفيش، تيسير التفسير، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٠.

(٢) (الفراهيدي، الجامع الصحيح، رقم الحديث: ٥٣٤، مرجع سابق، ص ١٣٩ - ١٤٠).

وجه الدلالة: أن الحديث يدل على مشروعية الخلع^(١).

ومن الإجماع، فقد أجمع العلماء على مشروعية الخلع، ونقل الإجماع على ذلك: ابن قدامة^(٢)،

وابن تيمية^(٣)، والنووي^(٤).

بيد أن الإمام السالمي ذكر: أن العلماء قد أجمعوا على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني

التابعي، فإنه قال: لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً، وادعى نسخ الآية التي تدل

على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [سورة النساء: ٤].

وقد انعقد الإجماع بعده على اعتبار الخلع^(٥).

الفرع الرابع: حالة التفريق القضائي

مفهوم التفريق القضائي لغة واصطلاحاً:

والتفريق في اللغة مصدر فرق ويأتي بمعنى الفصل^(٦). وهو المعنى المقصود في موضوعنا.

(١) (انظر) السالمي، عبد الله بن حميد، شرح الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب بن عمرو الفراهيدي الأزدي، ط ١، (مسقط: مكتبة مسقط، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م)، ج ٣، ص ٨٢.

(٢) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٢٤.

(٣) (انظر) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، د. ط، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ج ٣٢، ص ٢٨٢.

(٤) (انظر) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٧٤.

(٥) (انظر) السالمي، شرح الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج ٣، ص ٨٢.

(٦) (انظر) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٠١: مادة "فرق".

والمراد بالتفريق القضائي هو: "إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق.. أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين" (١).

مشروعية التفريق القضائي:

بعد الاطلاع على بعض كتب الفقه، فأغلب الفقهاء قد نصوا على جواز التفريق بأمر القاضي. وممن نص على ذلك الكندي في المصنف أنه: إذا حكم الإمام، أو القاضي بالطلاق، فإن الطلاق يقع (٢).

وذكر السرخسي (٣) من الحنفية: "فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقاً" (٤).

(١) مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط ١، (مصر: مطابع دار الصفوة، د.ت)، ج ٢٩، ص ٦-٧.

(٢) (انظر) الكندي، المصنف، مرجع سابق، ج ٣٧، ص ١١٩.

(٣) محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، أبو بكر، والملقب بشمس الأئمة، توفي سنة: (٤٨٣ هـ - ١٠٩٠ م)، له كتاب: المبسوط، والأصول. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣١٥.

(٤) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، د.ط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م)، ج ٥، ص ٢٦.

وذكر الخرشي^(١) من المالكية: "أن كل طلاق حكم الحاكم أو نائبه بإنشائه فإنه يكون بائناً إلا الطلاق على المولي والمعسر بالنفقة فإن الطلاق عليهما رجعي"^(٢).

وذكر ابن قدامة من الحنابلة: وإن امتنع من الطلاق طلق القاضي، ويقع طلاق القاضي^(٣).

وتوضيحاً على ما سبق: فإن التفريق القضائي بين الزوجين يوقعه القاضي استناداً إلى حالات، ووقائع قد تسببت بضرر لأحد الزوجين، كالتفريق لعدم إنفاق الزوج على الزوجة، أو للعيب والعلل الجنسية، أو للضرر وسوء العشرة، أو لغيرها من الأسباب التي يقدرها القاضي دفعاً للضرر، ورفعاً للظلم، وكما أن القاضي في هذه الأحوال له سلطة تقديرية يقيم فيها الأضرار من أجل تعويض المتضرر، وإزالة ضرره.

(١) محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، أبو عبد الله، ولد سنة: (١٠١٠ هـ - ١٦٠١ م)، وتوفي سنة: (١١٠١ هـ - ١٦٩٠ م)، له كتاب: الشرح الكبير على متن خليل، والفرائد السنية شرح المقدمة السنوسية. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٠ - ٢٤١.

(٢) الخرشي، محمد بن جمال الدين، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط ٢، (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٧ هـ)، ج ٤، ص ١٦.

(٣) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٦.

الفصل الثاني: تطبيقات استعمال القاضي السلطة التقديرية في فقه الأسرة في التعويض عن الضرر.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: تحديد أنواع الضرر القابل للتعويض.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة على المهر والهدايا.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الضرر عند العدول ومقداره وطريقته.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية في التعويض عن الضرر عند انفصال الزوجين.

المطلب الأول: عند الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: عند خلع الزوجة.

المطلب الثالث: عند التفريق القضائي.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة

المطلب الأول: تحديد أنواع الضرر القابل للتعويض

يحتاج قاضي الأحوال الشخصية عند وقوع العدول عن الخطبة إلى تحديد الضرر الناتج عنه؛ لكي يوظف نشاطه الذهني في تقدير الضرر الحاصل، سواء كان ذلك الضرر مادياً، أو معنوياً، وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين أحدهما يتحدث عن الضرر المادي، والآخر عن الضرر المعنوي.

الفرع الأول: الضرر المادي

والضرر المادي هو: "كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك مما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر"^(١).

ومعنى ذلك: أن كل أذى يصيب أحد الزوجين بسبب الفرقة أو العدول، وينتج عن ذلك ضرر لأحد الطرفين في ماله، أو خسارة، كأن تترك المخطوبة العمل بناءً على طلب من الخاطب، فيعدل بعد ذلك الخاطب عن الخطبة، وذلك مما يسبب ضرراً مادياً للمخطوبة.

(١) الخفيف، علي بن محمد، الضمان في الفقه الإسلامي، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م)، ص ٣٨.

وللقاضي في هذه الحالة استخدام نشاطه الذهني في التعويض عن الضرر المادي الناتج عن ذلك التصرف، وستحدث بالتفصيل عن حكم ذلك في المطلب الثالث من هذا الفصل.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

والضرر المعنوي هو: إلحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم وإنما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يחדش شرفهم، أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء إلى سمعتهم، أو نحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الضرر الأدبي^(١).

ومعنى ذلك: أن كل مفسدة لا علاقة لها بالمال تصيب أحد الزوجين، فتشمر تلك الإصابة أذى نفسياً يؤثر على شعورهم، مثل أن تعدل المخطوبة عن الخطبة بعد أن أشهر الخاطب موافقتها أمام الناس، فيلحق عدولها عن الخطبة ضرراً معنوياً بسمعة الخاطب من كلام وافتراءات، وتساؤل عن سبب تراجع الفتاة عن خطبته.

ولذلك فإن القاضي في هذه الحالة معول عليه استخدام سلطته التقديرية في تعويض الضرر الناتج عن تلك الأضرار المعنوية أو الأدبية، وستحدث عن خلاف الفقهاء في التعويض عن هذا الضرر في المطلب الثالث من هذا الفصل.

(١) (انظر) زوليخة، روائية، حق المجنى عليه في التعويض عن الضرر المعنوي (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٨م)، ص ٢٤.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة على المهر والهدايا

إن مرحلة الخطبة باعتبارها مرحلة تعارف، وتودد بين الخاطب والمخطوبة غالباً ما تتخللها بعض الهدايا بين الطرفين، وقد يكون المهر قد تم تسليمه للمخطوبة، فإذا وقع العدول من أحدهما عن الخطبة، أو تم العدول من قبلهما جميعاً تسائل الكثير عن حكم المهر والهدايا التي تبادلت خلال تلك الفترة، مما يسبب ذلك نشوء أضرار سواء كانت مادية، أو أدبية، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب، وذلك من نواحي محددة على النحو التالي:

الفرع الأول: أثر العدول عن الخطبة على المهر

إن العدول عن الخطبة يسقط حق المرأة في المهر ما دام لا يربط بينهما عقد، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء. ويفهم من اتفاق الفقهاء على سقوط حق المرأة في المهر عند العدول عن الخطبة من خلال تعريفهم للمهر:

فعرّفه الجناوني^(١) من الإباضية بأنه هو: "الوسيلة التي استحلت بها الرجل فرج المرأة بنص الكتاب، والسنة، فهو حقها الثابت شرعاً"^(٢).

(١) يحيى بن الخير بن أبي الخير الجناوني، أبو زكرياء، عاش في القرن الخامس الهجري، والقرن الحادي عشر الميلادي، له كتاب: كتاب الصوم، كتاب الأحكام، كتاب الوضع. انظر: باباعمي، محمد، وإبراهيم بن بكير مجار، ومصطفى باجو، ومصطفى شريقي، معجم أعلام الإباضية من القرن الأول الهجري إلى العصر الحاضر (قسم المغرب الإسلامي)، ط ٢، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ٩٩٣.

(٢) الجناوني، يحيى بن الخير، كتاب النكاح، د.ط، (د.ن: د.م، د.ت)، ص ٨٦.

وذكر ابن نجيم^(١) الحنفي بأن المهر هو: "اسم تستحقه المرأة بعقد النكاح، أو الوطاء"^(٢).

وعرفه الصاوي^(٣) من المالكية بأنه هو: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"^(٤).

ونص الشربيني^(٥) من الشافعية بأن المهر هو: "ما وجب بنكاح أو وطاء أو تفويت بضع قهرا

كرضاع ورجوع شهود"^(٦).

وعرفه البهوتي^(٧) من الحنابلة بأنه هو: العوض في النكاح سواء سمي في العقد، أو فرض بعده،

بتراضيهما، أو بحكم الحاكم، أو العوض في نحو النكاح، كوطء الشبهة، والزنى بأمة، أو مكرهة^(٨).

(١) عمر بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي، والملقب بسراج الدين، توفي: (١٠٠٥ هـ - ١٥٩٦م)، له كتاب:

النهر الفائق شرح كنز الدقائق، وإجابة السائل باختصار أنفع الوسائل. انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٩.

(٢) ابن نجيم، عمر بن إبراهيم، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، ج ٢، ص ٢٢٩.

(٣) أحمد بن محمد الخلوئي، المعروف بالصاوي، فقيه مالكي، ولد سنة: (١١٧٥ هـ - ١٧٦١م)، وتوفي سنة: (١٢٤١هـ -

١٨٢٥م)، له كتاب: حاشية على تفسير الجلالين، وشرح همزية البوصيري. انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤٦.

(٤) الصاوي، **بلغة السالك**، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٨.

(٥) محمد بن أحمد الشربيني، المعروف بالخطيب الشربيني، والملقب بشمس الدين، فقيه شافعي، توفي سنة: (٩٧٧هـ - ١٥٧٠م)،

له كتاب: السراج المنير، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥ - ٦.

(٦) (انظر) الشربيني، محمد بن أحمد، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ج ٤، ص ٣٦٦.

(٧) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، فقيه حنبلي، ولد سنة: (١٠٠٠هـ - ١٥٩١م)، وتوفي

سنة: (١٠٥١هـ - ١٦٤١م)، له كتاب: الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى.

انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٠٧.

(٨) (انظر)، البهوتي، **كشف القناع**، مرجع سابق ج ٥، ص ١٢٨.

ونستنتج مما سبق: يتفق الفقهاء أن المهر لا يجب إلا بالعقد، وفي حال العدول عن الخطبة لا يوجد عقد نكاح، فإن ما يقدم على أنه مهر، يكون للخاطب استرداده؛ لأن المهر حكم من أحكام الزواج، فإذا لم يتم الزواج فلا يستحق، ويرد بذاته إن كان قائما ومثله، أو قيمته إن أهلك، أو استهلك؛ لأن المرأة لا حق لها في المهر إلا بعقد الزواج وهو لم يوجد، وعلى هذا اتفق الفقهاء.

الفرع الثاني: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا

اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، ولم نجد من خلال بحثنا مذهب يثبت على قول واحد في هذه المسألة، وحاولنا في ذلك أن نذكر لكل مذهب من المذاهب الخمسة قولاً منتشرأ عندهم:

ففي المذهب الإباضي: فصل الإباضية في ذلك بين أن يكون العدول من جهة الخاطب، أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا، وإذا عدلت المخطوبة، فالخاطب له أن يسترد الهدايا، سواء أكانت قائمة أم هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها^(١).

(١) (انظر) أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج٦، ص ٨٠.

وفي المذهب الحنفي: تأخذ الهدايا حكم الهبة^(١)، والهبة عند الحنفية يجوز الرجوع عنها إلا في سبع

حالات^(٢):

- ١ - زيادة الموهوب.
 - ٢ - موت الواهب، أو الموهوب له.
 - ٣ - العوض عن الهبة.
 - ٤ - خروج الهبة عن ملك الموهوب له.
 - ٥ - الزوجية القائمة بين الواهب، والموهوب له وقت الهبة.
 - ٦ - القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له.
 - ٧ - هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.
- وفي المذهب المالكي: الخاطب ليس له الرجوع عن الهدايا التي أهداها المخطوبة إن كان العدول من المخطوبة، وله الرجوع إن كان العدول منه^(٣).

(١) (انظر) المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، د.ط، (بيروت: دار احياء التراث العربي، د.ت)، ج ٣، ص ٢٢٦.

(٢) (انظر) الحدادي، علي بن محمد، الجوهرة النيرة، ط ١، (مصر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ)، ج ١، ص ٣٣٠.

(٣) (انظر) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١٩.

وفي المذهب الشافعي: للخاطب الحق في استرجاع كل ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة

استردها، واسترد قيمتها إن كانت هالكة، سواء كان العدول من الخاطب، أو من المخطوبة^(١).

وهناك قول آخر في المذهب الشافعي: إن كان الرد من المخطوبة، فالخاطب له الحق في استرداد

الهدايا، وإن كان الرد منه، فليس له الحق في ذلك^(٢).

وفي المذهب الحنبلي: للخاطب والمخطوبة الحق في الرجوع عن الهدايا في حال العدول عن الخطبة

دون اعتبار لجهة العادل^(٣).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: بعدما نظرنا لأقوال بعض الفقهاء، فإن القول بالتفصيل

بين أن يكون العدول من جهة الخاطب، أو من جهة المخطوبة أعدل في ذلك، فليس من العدل في

شيء أن يجمع على الخاطب ضياع ما أنفقه عليها من الهدايا، والحرمان ممن كان يريد الارتباط بها ما لم

يكن الخاطب هو المتسبب في العدول، فإن كان هو المتسبب، فليس له أن يسترد الهدايا، وكذلك

بالنسبة للمخطوبة.

(١) (انظر) القليوبي، أحمد سلامة، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، د.ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م)، ج ٣، ص ٢١٦.

(٢) (انظر) الهيثمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الفقهية الكبرى، د.ط، (القاهرة: المكتبة الإسلامية، د.ت)، ج ٤، ص ٩٤.

(٣) (انظر) المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط ١، (القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م)، ج ٢١، ص ٢٤٩.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الضرر عند العدول ومقداره وطريقته

سبق وتحدثنا عن أنواع الأضرار التي تصيب الزوجين، فما حكم هذه الأضرار في حالة العدول عن الخطبة؟ وهل للمتضرر من هذا العدول أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض؟ وما هي طريقة التعويض عند من يقول بالتعويض؟ وما هو مقدار التعويض الذي يقرره القاضي؟

مما يلاحظ في كتب الفقهاء القدامى عدم بحثهم في هذه المسألة، حيث إنهم لم ينصوا عليها، وعلل الدكتور جميل فخري سبب ذلك: أن الخطبة ليست عقداً، بل هي وعد بإجراء العقد، كما أن الشائع قديماً إجراء عقد الزواج مباشرة، وقلة وقوع الخطبة^(١).

وستحدث في هذا المطلب عن هذه المسألة بشيء من التفصيل على النحو التالي:

الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

الفقهاء المعاصرون لم يتجاهلوا مسألة الأضرار التي تنتج عن العدول عن الخطبة، والتي شاعت في بلدان المسلمين، ولذلك اختلفوا إلى ثلاثة أقوال، وهي على النحو التالي:

(١) (انظر) جاتم، جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط ١، (الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م)، ص ١٢٣.

القول الأول: ذهب عدد من الفقهاء إلى عدم تعويض المتضرر من العدول عن الخطبة، ومن هؤلاء الفقهاء القائلين بهذا القول: الدكتور كهلان الخروصي، ويرى بعدم التعويض عن الضرر ما دام العدول عن الخطبة من جهة الخاطب^(١)، والدكتور عمر بن سليمان الأشقر، ويرى بعدم التعويض مطلقاً^(٢). واستدل على ذلك بعدة أمور منها:

١ - إن الخطبة وعد بالزواج، وليست عقداً، ولكل من الخاطبين له الحق أن يعدل عن الخطبة، فإذا ترتب عن ذلك العدول ضرر لأحد الأطراف، فإن الآخر غير مسؤول بالتعويض، إذ أنه استعمل حقه الشرعي في العدول عن الخطبة^(٣).

٢ - إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب، والدوافع التي دفعت إلى العدول، مما ينتج عن ذلك كشف لعيوب الخاطب والمخطوبة، وهتك لأسرار العائلات، والإسلام قد نهانا عن كشف الأسرار، وحثنا على سترها؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة"^(٤).

(١) الخروصي، كهلان بن نبهان، (مساعد المفتي العام لسلطنة عمان)، برنامج سؤال أهل الذكر، تلفزيون سلطنة عمان، الأربعاء، ١٨ رمضان ١٤٤٣هـ.

(٢) (انظر) الأشقر، عمر بن سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط ١، (بيروت: دار النفائس، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ص ٧٧.

(٣) (انظر)، أبو زهرة، محمد بن أحمد، الأحوال الشخصية، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص ٣٧.

(٤) القزويني، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: ٢٥٤٤، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٥٠.

فكان منع التعويض دفعاً لضرر أعظم، وهو كشف الأسرار، وإظهار العيوب الخاطب، أو المخطوبة أمام المحاكم^(١).

٣- القول بالتعويض ليس عدلاً، ومن له اطلاع بالقضايا التي ترفع في المحاكم، والتي يحكم فيها بالتعويض، يعلم كثرة النزاع والخصام الذي يسببه القول بالتعويض^(٢).

القول الثاني: ذهب عدد من الفقهاء إلى تعويض المتضرر من العدول عن الخطبة تعويضاً مطلقاً سواء كان الضرر الناتج مادياً أو معنوياً، ومن هؤلاء الفقهاء القائلين بهذا القول: الدكتور مصطفى السباعي^(٣)، والدكتور عبد الرحمن الصابوني^(٤)، وغيرهم من الفقهاء.

واستدلوا على هذا الرأي بعدة أمور منها:

- ١- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^(٥).
- وجه الدلالة في نظر الباحث: نهي الرسول صلى الله عليه عن إيقاع الضرر، ولا بد من معاقبة من لا يلتزم بالنهي، وبذلك فإن التعويض عن الضرر المترتب من العدول عن الخطبة صورة من صور تطبيق هذا الحديث الشريف.

(١) (انظر) جاتم، التدابير الشرعية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) (انظر) الأشقر، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) (انظر) السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج ١، ص ٦٢.

(٤) (انظر) الصابوني، عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د.ط، (د.م: د.ن، د.ت)، ج ١، ص ٥١.

(٥) (القزويني، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: ٢٣٤١، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٨٤).

- ٢- نصت القاعدة الفقهية على أن: "الضرر يزال"^(١). وطريق إزالته كما ذكر محمد أبو زهرة عن بعض القائلين بهذا القول هو التعويض، فالخطبة -وإن لم تكن عقداً- هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية^(٢).
- ٣- الضرر المترتب من العدول عن الخطبة هو من مبدأ التعسف في استعمال الحق، فالعدول عن الخطبة حق لكل من الخاطبين، وهذا الحق يساء استعماله إذا تم العدول بغير مبرر، وإساءة استعمال الحق، أو التعسف في استعماله خطأ يستوجب التعويض^(٣).

(١) السبكي، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م)، ج ١، ص ٤١.

(٢) (انظر)، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) (انظر)، العطار، عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية "للمسلمين وغير المسلمين"، د.ط، (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ت)، ص ١٦٧ - ١٦٨.

القول الثالث: ذهب عدد من الفقهاء إلى تعويض المتضرر من العدول عن الخطبة ضرراً مادياً

فقط، ومن هؤلاء الفقهاء القائلين بهذا القول: محمد أبو زهرة، وغيرهم من الفقهاء^(١).

والشيخ محمد أبو زهرة في قوله هذا، فإنه يوجب التعويض عن الضرر المادي الناتج عن التغير لا الاغترار، والتغير هو أن يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، وذلك كأن يطلب نوعاً من الجهاز، أو تطلب هي إعداد المسكن الذي يكلف الزوج، ثم يكون العدول والضرر.

وأما الاغترار هو أن ينشأ الضرر عن مجرد الخطبة، والعدول من غير عمل من جانب العادل، وهذا الاغترار الذي لا تعويض عليه^(٢).

واستدل على هذا الرأي بعدة أمور منها:

١ - أن العدول عن الخطبة هو حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، ويخرج من عدم التعويض الضرر الذي نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض، وهو الذي يطلق عليه الضرر المادي، وإن لم يكن كذلك أي إذا كان ضرر معنوي، فإنه لا يترتب عليه تعويض^(٣).

(١) (انظر)، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) (انظر) أبو زهرة، محمد بن أحمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص ٧٤.

(٣) (انظر) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٨.

٢- الضرر المادي هو تغير، والتغيرير يوجب الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه، وفي قضايا

العقل والمنطق، وأما الضرر المعنوي، فهو عكس ذلك^(١).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو القول الثاني الذي نص على التعويض المطلق،

وذلك لما استدلووا به من أدلة؛ ولأن أساس الحكم بالتعويض ليس مجرد العدول الذي هو حق للخاطب،

وإنما التعسف في استعمال ذلك الحق، ويمكننا أن نجعل هذا التعويض عادلاً على النحو التالي:

١- لا يحكم بالتعويض بمجرد العدول، وإنما بالأفعال الأخرى التي ألحقت ضرراً للطرف الآخر.

٢- أن يكون الضرر المادي، أو المعنوي ضرر معقول يستوجب التعويض لجبر ضرر المتضرر.

٣- أن يكون مقدار التعويض، معقولاً يدفع الفاقة والبؤس عن الطرف المعدول عنه.

٤- أن يراعي القاضي خصوصية الطرفين عندما يستمع إليهم، بحيث تكون المحاكمة في مكان

يحافظ على كرامة الزوجين من التشهير، أو من أي ضرر آخر.

(١) (انظر) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٨.

الفرع الثاني: طريقة ومقدار التعويض

الذين اتجهوا اتجاه القول بالتعويض، لا بد أن تكون لهم طريقة للتعويض، ومنهج يستند عليه القاضي عند تقديره لمقدار التعويض.

ومما ذكر في ذلك بأنه يجب على القاضي أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء أن المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المألوف للشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف، وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض الشخص المضروب، والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي^(١).

ومما نلاحظه من خلال بحثنا أن أغلب الفقهاء الذي نصوا على الحكم بالتعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، لم يتحدثوا في تفصيل المقدار الذي يتم به تعويض الطرف المتضرر، سوى أن الدكتور عبد الرحمن الصابوني بحث في هذه المسألة، ويرى في ذلك أن يحدد مقدار التعويض، وألا يترك

(١) (انظر) محمد، شموك، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج والخلال، (رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١٨م)، ص ١٣.

لتقدير القاضي، وإلا كان فيه إكراه للخاطب على عدم العدول، وإتمام الخطبة بالزواج مع الإكراه مما يتنافى مع رضائية هذا العقد المقدس^(١).

كما أنه أضاف على ضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نص المهر خشية التعسف في تقدير هذا التعويض^(٢).

وهذا مردود عليه في نظر الباحث، إذ قد يكون المهر مبالغاً فيه، أو أنه أقل من الضرر الناتج عن العدول، وتحديد نصف المهر هو للزوجة المطلقة التي لم يدخل عليها زوجها، وليس تعويضاً عن العدول، وعلى ذلك، فإنه يستحسن أن يترك تحديد التعويض لسلطة القاضي التقديرية.

وأما بالنسبة لتقدير سبب الضرر، والذي على أساسه يحكم القاضي بالتعويض يجب أن يقدره القاضي على ضوء الشريعة الإسلامية التي تقدرها، وتنظر إليها بعين الاعتبار الذي يجعل الخاطب يعدل عن خطوبته^(٣).

(١) (انظر) الصابوني، عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م)، ص ٦١.

(٢) (انظر) الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٣.

(٣) (انظر) الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ط ٢، (الإمارات: دار القلم للنشر والتوزيع، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م)، ص ٨٨.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية في التعويض عن الضرر عند انفصال الزوجين

المطلب الأول: عند الطلاق التعسفي

لم يتحدث الفقهاء المتقدمون عن التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، بمثل ما تحدث عنه المتأخرون والمعاصرون من الفقهاء، حيث إن الفقهاء المتقدمين لم يذكروا مصطلح التعويض، وهم يبحثون في أحكام الطلاق، وما يترتب عليه من آثار.

بيد أنهم عرفوا مصطلحاً آخر سموه المتعة، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ ط

حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ [سورة البقرة: ٢٤١]. فالمتعة مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به ويستمتع به

به، والمراد بها هنا: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة له بطلاق، أو فراق" (١).

(١) الخن، مصطفى، مصطفى البُغا، علي الشَّربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط٤، (دمشق: دار القلم،

١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م)، ج٤، ص٨٥.

وعلى ذلك، فإن الفقهاء اتفقوا على مشروعية المتعة واختلفوا في حكمها التكلفي بين الوجوب والاستحباب.

فمن ذهب إلى أن المتعة واجبة للمطلقة: بعض الإباضية^(١)، وبعض المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وبعض الحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

ومن ذهب إلى أن المتعة مستحبة للمطلقة: بعض الإباضية^(٦)، والحنفية^(٧)، وبعض المالكية^(٨)، وبعض الحنابلة^(٩).

أما بالنسبة للفقهاء المتأخرين، فقد اختلفوا في مشروعية التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، وهذا هو موضوع بحثنا، وما سيتم دراسته على النحو التالي:

(١) (انظر) الثميني، عبد العزيز بن إبراهيم، النيل وشفاء العليل، تحقيق: بكلي عبد الرحمن بن عمر، ط ١، (د.م: د.ن، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، ج ٢، ص ٤٣٤.

(٢) (انظر) الصاوي، بلغة السالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦١٦.

(٣) (انظر) الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٨.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ١٤٢.

(٥) (انظر) ابن حزم، علي بن محمد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، د.ط، (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ج ١٠، ص ٣.

(٦) (انظر) أطفيش، شرح النيل، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٨٥.

(٧) (انظر) الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد، الجوهرة النيرة، ط ١، (مصر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ)، ج ٢، ص ١٦.

(٨) (انظر) القرطبي، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٦.

(٩) (انظر) المقدسي، عبد الله بن أحمد، شرح دليل الطالب، تحقيق: أحمد بن عبد العزيز الجماز، ط ١، (الرياض: دار أطلس الخضراء، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥م)، ج ٣، ص ٣٠٣.

الفرع الأول: العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الضرر

اختلف الفقهاء هل متعة الطلاق هي التعويض عن الضرر بالمصطلح الحديث، أو أن بينهما خلاف، فقد ذكر الدكتور جميل فخري بأن المتعة تعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحقها، وأشار في ذلك بقول الدكتور محمد الزحيلي الذي نص على أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وهو قول الإمام أحمد، ورأي الظاهرية، وابن جرير الطبري، وعدد من الصحابة والتابعين، وإنها واجبة قضاء على كل مطلق، ويلزمه القاضي بها^(١).

وأما الدكتور محمد أبو زهرة، فقد ذكر بأن المتعة تختلف عن التعويض، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغي، وأضاف بأن المحاكم التي سلكت هذا المسلك كانت هي الأقل عدداً^(٢).

والظاهر في رأي الدكتور كهلان الخروصي بأن المتعة تختلف عن التعويض، وأن المرأة الأصل لها المتعة فقط، والله تعالى يقول: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا

(١) (انظر) جاتم، التدابير الشرعية، مرجع سابق، ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

(٢) (انظر) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

لَهُنَّ فَرِيضَةٌ وَمِمَّا عَوَّهْنَ عَلَى الْمُسِيحِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْمُحْسِنِينَ ﴿٣٦﴾ [سورة البقرة: ٢٣٦]. ولا تعويض لها من الطلاق (١).

ورأي الباحث في هذه المسألة: لا يمكن ربط التعويض عن الضرر الناتج بالمتعة التي أقرها الشرع، إذ إن المتعة قد ثبتت بنصوص صريحة من القرآن الكريم والسنة النبوية، بخلاف التعويض عن الضرر الذي ظهر في العصر الحديث، وناقشته القوانين، ونص عليه الفقهاء المعاصرون، كما أن المتعة تقع بمجرد الطلاق، ولا ينظر أكان هذا الطلاق تعسفياً، أو غير ذلك، وقد تكون المتعة بلا حكم من القاضي إذا اتفق الزوجان على قيمة محددة، وأما التعويض عن الضرر فلا بد أن يكون بحكم من القاضي، ولا بد أن يثبت من الطلاق التعسفي الذي يكون في مضمونه إضراراً بالزوجة.

(١) الخروصي، كهلان بن نبهان، (مساعد المفتي العام لسلطنة عمان)، برنامج سؤال أهل الذكر، تلفزيون سلطنة عمان،

الخميس، ١٩ رمضان ١٤٤٣هـ.

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

ومما يهمننا في هذا الموضوع هو المبدأ الذي أقره الفقهاء المعاصرون، حيث اختلفوا في حكم التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي إلى قولين:

القول الأول: ذهب عدد من الفقهاء إلى جواز التعويض عن الطلاق التعسفي، ومن هؤلاء الفقهاء القائلين بهذا القول: مصطفى السباعي^(١)، ووهبة الزحيلي^(٢)، والدكتور ماجد الكندي، وقيد ذلك بأن يكون الزوج سبب ضرراً للمرأة ضرراً مادياً فقط لا معنوياً^(٣)، وغيرهم من الفقهاء. واستدلوا على ذلك بما يلي:

- ١ - أن الحكم بالتعويض حكم عادل سنده من السياسة الشرعية؛ لأن الشريعة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج، وظلمه في ذلك الطلاق^(٤).
- ٢ - قياس الحكم بالتعويض إلى المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها بعضهم، ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف، فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف^(٥).

(١) (انظر) السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤٣.

(٢) (انظر) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٩، ص ٧٠٦٦.

(٣) (الكندي، ماجد بن محمد، (أمين فتوى بمكتب الإفتاء لسلطنة عمان)، في جلسة إفتاء. جامع الأنوار، سلطنة عمان، ٢٤ من رمضان ١٤٤٣هـ، الموافق ٢٦ / ٤ / ٢٠٢٢م.

(٤) (انظر) السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤٣.

(٥) (انظر) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٩، ص ٧٠٦٦.

٣- إن الطلاق التعسفي يسبب ضرراً لمستقبل الزوجة، ويفوت عليها الفرص التي قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء كان ذلك في ماله، أم في طلاقه، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك أي سبب لطلاق، فإن طلاقه يعتبر تعسفي يوجب التعويض^(١).

القول الثاني: ذهب عدد من الفقهاء إلى عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي، ومن هؤلاء الفقهاء القائلين بهذا القول: محمد أبو زهرة^(٢)، والدكتور كهلان الخروصي^(٣)، وغيرهم. واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- القول بالتعويض هو زيادة على النفقات التي أوجبها الشارع، وظلم للزوج واعتداء على ماله، وأكل للمال بالباطل، فالزوج أدرى بحقيقة الحال، وبمقتضيات الفراق، فهو الذي يتحمل بإيقاع الطلاق مسؤوليات ونفقات مالية، وتبعات ثقيلة، تحقق المقصود بالتعويض عن الضرر الذي يقترحه من يريدون تبديل الحكم الشرعي^(٤).

٢- إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، فقد يكون في بعض الأحيان الدافع إلى الطلاق رغبة وقعت في الزوج، فطلق زوجته خشية العار، وسترأ عليها، فليس من العدل في

(١) (انظر) جاتم، التدابير الشرعية، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) (انظر) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٣) الخروصي، كهلان بن نبهان، (مساعد المفتي العام لسلطنة عمان)، برنامج سؤال أهل الذكر، تلفزيون سلطنة عمان، الأربعاء، ١٩ رمضان ١٤٤٣هـ.

(٤) (انظر) عتر، محمد بن حسن، أبغض الحلال، ط ٣، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م)، ص ١٥٨ - ١٥٩.

مثل هذه الحالات أن يطالب الزوج بالتعويض، وكذلك لو عرض هذا الطلاق على القضاء، لكان في ذلك تشهيراً بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي^(١).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو القول الأول؛ لما استدلوا به من أدلة؛ ولأن الحياة الاجتماعية قد تغيرت عن ذي قبل، فأصبحت ظروفها وأحوالها مختلفة، وتحتاج إلى توضيح، وقيود أخرى تزيل الضرر وتجبر الألم، فالطلاق التعسفي اليوم يسبب آثاراً خطيرة، وتدميراً لحياة الزوجة، والشريعة الإسلامية قد جاءت لإنصاف المظلومين، ومعاقبة الظالمين الذين لا يحسنون استعمال حقهم المشروع، والطلاق لم يشرع لظلم أحق الناس بحسن الرعاية والعناية، كما أن تعويض الضرر في رأي الباحث لا بد أن تتوفر فيه بعض الضوابط:

- ١- أن يكون الطلاق تعسفي دون أي سبب معقول، وغير مشروع.
- ٢- أن يراعي القاضي خصوصية الطرفين عندما يستمع إليهم، بحيث تكون المحاكمة في مكان يحافظ على كرامة الزوجين من التشهير، أو من أي ضرر آخر.
- ٣- أن يصيب الزوجة ضرر من الطلاق، واضح، وغير مبالغ فيه.
- ٤- أن يكون مقدار التعويض، معقولاً يدفع الفاقة والبؤس من الزوجة المطلقة.

(١) (انظر) جانم، التدابير الشرعية، مرجع سابق، ص ٢١٥.

الفرع الثالث: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

لم ينص الشرع على مقدار معين من التعويض عن الطلاق التعسفي، وعلى ذلك يرى الدكتور عبد الرحمن الصابون أن يترك تحديد مقدار التعويض للعرف، ولا يستحسن ترك تقديرها للقضاء خشية أن تبلغ مقداراً جسيماً ينوء به الزوج، مما يترتب على ذلك أعطى الزوج حقاً، وسلبه منه بيد أخرى، فالتعويض يجب ألا يكون مرهق يحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج^(١).

ويرى الباحث في ذلك أن يترك مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي لسلطة القاضي التقديرية، فالقاضي له مصادر يستعين بها، وحدود وضوابط لا يتعدها عند تقديره مقدار التعويض عن الضرر الناتج عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، وما ذكره الدكتور عبد الرحمن الصابوني من ترك مقدار التعويض للعرف فقط، فهذا قد يسبب ضرراً للزوج، إذا كان العرف في التعويض مكلف ومرهق، وقد يختلف العرف في البلد الواحد في التعويض، فبأي عرف يتبع في تحديد المقدار المستحق للتعويض، فمما يستحسن في ذلك ترك التقدير للقاضي يقدر بسلطته العادلة، سواء كان تقديره مستنداً من العرف إذا كان للبلد عرف لا ينتج عنه أي ضرر للطرفين، أو كان من غيره، بحيث لا يكون التعويض به ظلم، أو سلب للحقوق، وكما أنه يمكن للحاكم، أو الإمام أن يضع حدوداً وضوابطاً لا تخالف الشرع الحنيف، وتعين القاضي على ذلك.

(١) (انظر) الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط ٢، (دمشق: دار الفكر، ١٩٦٨م)، ج ١، ص ١٢٤.

المطلب الثاني: عند خلع الزوجة

إن الشريعة الإسلامية قد أعطت الزوجة حق مفارقة زوجها بواسطة الخلع، وذلك لأن الشريعة أرادت إيجاد نوع من التوازن بين حقوق الزوجين عند الفرقة بينهما، فإذا كانت العصمة الزوجية بيد الزوج، فإنه لا تمنح له الحرية المطلقة حتى يتعسف في استعمال حقه في الطلاق، كما أنه لا يمكن أن تلزم الزوجة على الاستمرار في العيش مع زوج لا تطيق العيش معه وترغب في الخلاص منه.

وعليه نقول إن حق الخلع شرع كوسيلة للزوجة للتخلص من حياة زوجية غير منسجمة لدرجة الخوف من عدم إقامة حدود الله، ومن عدم تحقيق المودة والرحمة بينهما لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩]. فهذه هي الحالة التي يجوز فيها للمرأة أن تنخلع من زوجها، وأما أن تلجأ الزوجة إلى الخلع بقصد الإضرار بزوجها، فهذا يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب من نواحي محددة على النحو التالي:

الفرع الأول: صور استعمال الزوجة الخلع بقصد إضرار الزوج

هناك صور عديدة في استعمال الزوجة لحق الخلع بقصد إلحاق الضرر بالزوج، ولعل أشهر الصور التي تحدث عنها الفقهاء في هذا الشأن: وقوع الخلع في مرض الموت: وذلك إذا خالعت الزوجة زوجها في مرض موتها، مما يؤدي ذلك إلى حرمان الزوج من ميراثها، فقد اشتهر عند الفقهاء من الإباضية^(١)، والحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، على جواز الخلع من الزوجة إذا كانت في مرض الموت.

وحكى أبو الحسن البسيوي^(٦) خلاف الفقهاء في وقوع الخلع عند مرض موت أحدهما، فقال قوم: هو خلع ولا يتوارثان، وقال قوم: لا يقع خلع وهما يتوارثان^(٧).

-
- (١) (انظر) العوتي، الضياء، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٣٠.
- (٢) (انظر) ابن نجيم، إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ج ٤، ص ٨١.
- (٣) (انظر) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر الخليل وحاشية البناني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م)، ج ٤، ص ١٢٤.
- (٤) (انظر) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٨٧.
- (٥) (انظر) ابن النجار، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط ١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، ج ٤، ص ٢١٧.
- (٦) علي بن محمد بن علي بن محمد بن الحسن البسيوي اليحمدي، أبو الحسن، فقيه إباضي، عاش في القرن الرابع الهجري، له كتاب: المختصر المشهور بمختصر البسيوي، كتاب المناسك. انظر: السعدي، معجم الفقهاء، ج ٢، ص ٣٦٣ - ٣٦٥.
- (٧) (انظر) البسيوي، علي بن محمد، جامع أبي الحسن البسيوي، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الوارجلاني، وداد بن عمر الوارجلاني، د.ط، (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، د.ت)، ج ٣، ص ١٦٧٢.

وهذا الخلاف الذي ذكره البسيوي، وإن كان غير مشتهراً، ولكن يتبين بأن القول بعدم وقوع الخلع، ربما هو سد لذريعة قصد إضرار الزوج.

كما أنه وقع الخلاف بين القائلين بجواز الخلع في القدر الذي تجوز المخالعة به، ففي المذهب الإباضي ذكر الإمام السالمي: بأن على الزوج الصداق، وله الميراث؛ لأن المريض لا يجوز شراؤه ولا عطيته، وهو قول الإمام محمد بن محبوب من المذهب^(١).

وفي المذهب الحنفي ذكر ابن نجيم المصري^(٢): "مريضة اختلعت من زوجها بمهرها ثم ماتت ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى ميراثه منها، وإلى بدل الخلع، وإلى ثلث مالها فيجب أقلها لا الزيادة"^(٣).

وفي المذهب المالكي ذكر الدسوقي: "لا توارث بينهما، ولو ماتت في عدتها"^(٤). وفي المذهب الشافعي ذكر الخطيب الشربيني: "ولا يحسب من الثلث إلا الزائد من مهر المثل؛ لأن الزائد عليه هو التبرع"^(٥)، ومعنى ذلك: يكون الخلع في حدود مهر المثل، أو ثلث التركة، أيها أقل.

(١) (انظر) السالمي، عبد الله بن حميد، **جوابات الإمام السالمي**، د.ط، (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي، ٢٠١٠م)، ج ٤، ص ٣١٠.

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي، توفي: (٩٧٠هـ - ١٠٦٣م)، له كتاب: **الأشباه والنظائر**، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق. انظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٤.

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق**، مرجع سابق، ج ٤، ص ٨١.

(٤) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٤.

(٥) الشربيني، **مغني المحتاج**، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٣٤.

وفي المذهب الحنبلي ذكر ابن قدامة: " وإذا خالعت في مرض موتها فله الأقل من المسمى، أو من

ميراثه فيها" (١). ومعنى ذلك: إن الزوج يأخذ الأقل من بدل الخلع، أو من ميراثه منها.

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: إذا ثبت من الزوجة أنها استعملت الخلع في مرض

موتها بصورة تعسفية تقصد الإضرار بزوجها، كأن تطلب الخلع من زوجها، فتد له المهر في مقابل

حرمانه من الميراث، فعلى الزوج في هذه الحالة أن يرد العوض من الخلع، وله الميراث منها، فلا يجتمع

لجبر الضرر من الزوج العوض والميراث؛ لأن ذلك سيسبب ضرراً آخرًا للورثة، وللحكم بهذا يجب أن

يتبع القاضي حدوداً وضوابطاً لتوظيف سلطته، وهي في رأي الباحث على النحو التالي:

١ - أن يثبت قصد الضرر في استعمال الزوجة للخلع.

٢ - أن يقع الضرر حقيقية للزوج، وقد طالب بالتعويض عنه أمام القاضي.

٣ - أن يقع الخلع من الزوجة في مرض الموت.

٤ - ألا يسبب حكم القاضي أي تبعات تلحق الضرر بالورثة.

(١) ابن قدامة، المقنع، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

الفرع الثاني: مقدار بدل الخلع

من شروط الخلع وجود العوض مقابله، وقد اختلف الفقهاء في مقدار العوض، أو البديل إلى قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى

جواز البديل في الخلع بأكثر من المهر، أو بأقل، أو مساوي المهر.

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة على النحو التالي:

١ - قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: أن هذه الآية عامة، فتشمل القليل والكثير^(٥).

٢ - (حديث موقوف) عن معمر، عن عبد الله بن محمد بن عقيل بن علي بن أبي طالب عليه

السلام، أن الربيع ابنة معوذ بن عفراء أخبرته، قالت: "كان لي زوج يقل الخير علي إذا حضر، ويحرمني

إذا غاب"، قالت: فكانت مني زلة يوماً، فقلت له: أختلع منك بكل شيء أملكه، فقال: نعم، قلت:

(١) (انظر) القدوري، مختصر القدوري، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) (انظر) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد، ط ٢، (الرياض: مكتبة

الرياض الحديثة، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م)، ج ٢، ص ٥٩٣.

(٣) (انظر) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٩٨.

(٤) (انظر) ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٠٥.

(٥) (انظر) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، ط ١، (مصر: دار الحديث، ١٤١٣ هـ -

١٩٩٣ م)، ج ٦، ص ٢٩٧.

ففعلت، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان فأجاز الخلع، قالت: وأمره أن يأخذ عقاص رأسي فما دونه، أو قالت: دون عقاص الرأس^(١).

وجه الدلالة: هذ قضية حكم بها إمامين بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الخلع لم يخالفها فيه من الصحابة أحد، فدل على إجماعهم على ثبوت حكمه، ولأنه لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض، جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع، فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع^(٢).

القول الثاني: ذهب عدد من الفقهاء من الإباضية^(٣)، وبعض الحنابلة^(٤)، إلى أنه يجوز أخذ البدل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به، ولا يجوز أكثر من ذلك.

واستدلوا على ذلك بعدة أمور على النحو التالي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا

حُدُودَ اللَّهِ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

(١) الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، رقم الحديث: ١٢٧١٢، ط٢، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، (مصر:

دار التأصيل، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٣م)، ج٦، ص٥٠٠.

(٢) (انظر) الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج١٠، ص٥.

(٣) (انظر) الكندي، المصنف، مرجع سابق، ج٣٧، ص٣١٠.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج١٠، ص٢٦٩.

وجه الدلالة: الآية الكريمة تدل على جواز أخذ الزوج البذل في الخلع بالمقدار الذي أعطاه مهراً لها، فإن الزيادة على ما آتاها مخالف لما جاء في كتاب الله (١).

٢- ما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن جميلة بنت أبي ابن سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق؛ ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم. فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن يأخذ منها حديقته، ولا يزداد (٢).

وجه الدلالة في هذا الحديث من نظر الباحث: نهى الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس أن يأخذ من زوجته التي تريد خلعه أن يزيد عن حديقته التي تزوجها به، فدل ذلك أنه يجوز أخذ البذل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به، ولا يجوز أكثر من ذلك.

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: هو القول الأول، لما استدلوا به من أدلة، ولأن المهر في الواقع يتغير بتغير الزمان، فمثلاً كان المهر قبل عشرين سنة مالاً قليلاً لا يضاهي قيمة مهر المثل في هذا الزمان، فعندما تخلع المرأة زوجها بالبذل الذي أعطاها إياه قبل زمن، والذي لا تعتبر قيمته في هذا الزمن، وقد يؤدي ذلك إلى ضرر يصاب به الزوج، وديننا الحنيف ينهى عن إلحاق الضرر بالآخر، فلا ضرر ولا ضرار.

(١) (انظر) المشني، منال محمود، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، ط١، (عمان: دار الثقافة، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، ص٧٤.

(٢) (القزويني، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: ٢٠٥٦، مرجع سابق، ج١، ص٦٦٣.

الفرع الثالث: حكم التعويض وعلاقته بالبدل

لم يتحدث الفقهاء المتأخرين عن مصطلح التعويض في الخلع، ولعل السبب في ذلك يعود إلى اعتبارهم أن بدل الخلع هو تعويضاً وجبراً لخاطر الزوج، فبدل الخلع والتعويض عندهم شيء واحد، ولو كان حق الخلع يستعمل استعمالاً تعسفياً.

بيد أن طائفة كثيرة من الفقهاء المعاصرين قد أقروا هذا المبدأ، ولا يجوز عندهم التعويض عن الضرر الناتج عن الخلع، واعتبار بدل الخلع هو التعويض، ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور ماجد الكندي، فقد ذكر بأن المرأة قد أعطت الزوج الخلع والخلع هو المهر، والذي يعتبر تعويضاً عن الزوج عن عقد الزواج الذي فسخ برضاه هو، وطلب من المرأة، فهذا التعويض ذاته لا يعوض الزوج سواه، والمرأة هي من طلب الخلع فلا تعويض أبداً^(١).

ولم نجد من بحثنا لأقوال الفقهاء المعاصرين من فرق بين بدل الخلع والتعويض عن الضرر، فإن الزوج ليس له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر من مبدأ إساءة استعمال الحق، إلا أن بعض القوانين الوضعية أقرت هذا المبدأ.

وقد اعترض على عدم تعويض الزوج من الضرر اللاحق له من الخلع بعض الباحثين، فقد ذكرت الدكتورة راضية بشير بأن انحراف الخلع عن مساره السليم الذي شرع لأجله، وأخذه لمنحى آخر، وارتفاع

(١) الكندي، ماجد بن محمد، (أمين فتوى بمكتب الإفتاء لسلطنة عمان)، في جلسة إفتاء. جامع الأنوار، سلطنة عمان، ٢٤ من رمضان ١٤٤٣هـ، الموافق ٢٦ / ٤ / ٢٠٢٢م.

نسب استعماله، وما من شأنه أن يولده من حالات تعسف في استعماله، وبالتالي تضرر الأزواج، وإلزام الزوجة هو مجرد تقديمها لبدل الخلع، وقد حرم الزوج المخالعة من التعويض الحقيقي عن الضرر، الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في طلب خلعها، لكون بدل الخلع وفقاً لما سبق لا يعتبر تعويضاً فعلياً للضرر^(١).

وأضافت إلى أنه ينبغي أن ينظر القاضي إلى الأزواج بعين حق، وأن ينصفهم خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداد المثل -عند الاختلاف- بل يعود إلى تقديره استناداً إلى حجم الضرر الذي لحق بالزوج، إضافة إلى عدة قرائن محددة قانوناً، من باب السياسة الشرعية^(٢). رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: لعل ترجيح قول على آخر يعود إلى حالة الزوجين وطبيعة الحياة بينهما، وسبب الترافع وطلب الخلع ودوافعه، والآثار المترتبة على إيقاع الخلع من عدمه، ونحو ذلك من أمور ينبغي ألا يغفل عنها القاضي؛ لأن النظر في الحال والمآل معتبر، ومؤثر في تنزيل الأحكام، ولذلك فإن الباحث يرى أن هذه المسألة ينبغي إعادة النظر فيها، وتمحصيها على معطيات الواقع.

(١) (انظر) بشير، راضية، "حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية ١٠.

(ديسمبر ٢٠١٩م): ص ٣٤٦.

(٢) (المرجع نفسه)، ص ٣٤٦.

المطلب الثالث: عند التفريق القضائي

إن من الصلاحيات التي أعطتها الشريعة الإسلامية للقضاة أن جعلت لهم حق التفريق بين الزوج وزوجته، وإنما يثبت لهم ذلك الحق في التفريق إذا كان فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة بالمحافظة عليه، سواء ما تعلق منها بحقوق الشريعة نفسها، أم ما تعلق بحقوق أحد الزوجين، أم ما تعلق بحقوق غيرهما.

ويلاحظ أن معظم حالات طلب التفريق تكون من قبل الزوجة، وهذا دليل رعاية الشريعة الإسلامية لحقوق الزوجة؛ فالطلاق هو ملك للزوج دون الزوجة، ولكن يمكن للزوجة إذا تضررت من استمرار الحياة الزوجية أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها؛ فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ لمن يلحقه الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق هو خير من الإمساك مع الضرر؛ فإذا أثبتت الزوجة هذا الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق بينهما. وهناك الكثير من الأسباب التي تدعو القاضي إلى الحكم بالتفريق، وسنذكر في هذا المطلب أهم هذه الحالات، وسنعرض موضع التعويض عن الضرر في التفريق القضائي.

الفرع الأول: التفريق لعدم الإنفاق

إذا أعسر الزوج بالنفقة، ولم ترض المرأة بالمقام معه من أجل ذلك، فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين.

القول الأول: إذا أعسر الزوج ولم تصبر المرأة، فلها الحق في طلب التفريق، وأن القاضي يفرق بينهما، وذهب إلى هذا القول: الإباضية^(١)، والمالكية^(٢)، وبعض الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).
واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

١ - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: أن للزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها؛ فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، فإذا لم يطق الإنفاق بالمعروف أطاق الإحسان بالطلاق، وإلا فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار^(٥).

(١) (انظر) أطفيش، شرح النيل، مرجع سابق، ج ٧، ص ٤٤٣ - ٤٤٤.

(٢) (انظر) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٠.

(٣) (انظر) النووي، منهاج الطالبين، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

(٤) (انظر) ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٥٤.

(٥) (انظر) ابن عربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط ٣، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، ج ١، ص ٢٧٠.

٢- قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: "يفرق بينهما"(١).

في هذا الحديث دلالة واضحة على التفريق لمجرد الإعسار وعدم النفقة.

٣- القياس على الحب والعنة قالوا إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء، فإن ضرره أقل؛ لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها، فأولى أن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها(٢).

القول الثاني: إذا أعسر الزوج، فتلزم المرأة بالصبر، وليس لها الحق في طلب التفريق، وذهب إلى هذا القول: الحنفية(٣).

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فْلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [سورة الطلاق: ٧].

(١) الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، رقم الحديث: ٣٧٨٣، ط١، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م)، ج ٤، ص ٤٥٥.

(٢) (انظر) بدران، بدران أبو العنين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، (مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٦١ م)، ص ٢٩١.

(٣) (انظر) ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٩٠.

وجه الدلالة: أن الله لا يكلف أحدا ما لا يطيق، والزوج إذا لم يقدر على النفقة لم يكلفه الله الإنفاق في هذه الحالة، وإذا لم يكلف الإنفاق في هذه الحالة لم يجز التفريق بينه، وبين امرأته لعجزه عن نفقتها^(١).

٢- غضب النبي صلى الله عليه وسلم على نساءه، واعتزلهن شهراً حين طالبته بما ليس عنده من نفقة، حتى قلن له: "والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ليس عنده"^(٢).

في هذا الحديث دلالة واضحة على عدم التفريق لمجرد الإعسار وعدم النفقة.

٣- كان في الصحابة المعسر بلا ريب ولم يخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أحدا منهم بأن للزوجة الفسخ، ولا فسخ أحد^(٣).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: القول الأول، لما استدلوا به من أدلة قوية في مقابل ضعف الأدلة التي استدل بها المانعين من التفريق؛ ولأن القول بحق المرأة في طلب التطليق إذا عجز زوجها عن الإنفاق، ولم تستطيع الصبر عليه يتفق مع المبادئ التي أرستها الشريعة الإسلامية في رفع الضرر، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وكما أنه قد خير أزواجه بين المكث

(١) (انظر) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦١٩.

(٢) (القشيري، صحيح مسلم، رقم الحديث: ١٤٧٨، مرجع سابق، ج ٢، ص ١١٠٤.

(٣) (انظر) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، د. ط، (القاهرة: دار الحديث، د. ت)، ج ٢، ص ٣٢٧.

معه مع قلة النفقة، أو الطلاق، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ
الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب: ٢٨].

الفرع الثاني: التفريق للشقاق

قال الطبري في التفريق للشقاق: "وإن علمتم أيها الناس شقاق بينهما، وذلك مشاققة كل واحد
منهما صاحبه، وهو إتيانه ما يشق عليه من الأمور، فأما من المرأة فالنشوز، وتركها أداء حق الله عليها
الذي ألزمها الله لزوجها؛ وأما من الزوج فتركه إمساكها بالمعروف، أو تسريحها بإحسان" (١).

وقبل أن نذكر تفصيل الفقهاء في هذه المسألة، لابد من استعراض بعض صور الشقاق التي تحدث
بين الزوجين (٢):

- ١ - سب الزوجة وسب أبيها.
- ٢ - ضربها غير ضرب التأديب؛ كأن يضربها لغير سبب، أو يضربها بقصد التأديب ضرباً مبرحاً.
- ٣ - هجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام.
- ٤ - وطؤها في غير محل الحرث.
- ٥ - إكراهها على ارتكاب المحرمات، كشرب الخمر، أو إفطار رمضان، أو رؤية الأفلام الجنسية.

(١) الطبري، جامع البيان، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧١٥.
(٢) (انظر) النجار، عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني،
(رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م)، ص ١٥٩ - ١٦٠.

٦ - ارتكاب الزوج الفاحشة؛ الأمر الذي يسئ إلى سمعتها وذويها.

والفقهاء قد اختلفوا في التفريق للشقاق إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والظاهرية^(٣)، وبعض الحنابلة^(٤)، إلى أنه ليس من حق المرأة طلب التفريق، وعلى القاضي زجر الزوج ومنعه من الشقاق، ولا يجيب طلب المرأة، ويرسل القاضي حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة؛ للإصلاح بين الزوجين عند استحكام النزاع والشقاق.

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

- ١ - ظهور الظلم لا ينافي النكاح، بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد، ولا يتطلب ذلك التفريق؛ لأن القاضي يستطيع رفع الظلم بغير طلاق^(٥).
- ٢ - الفراق يحصل بالطلاق، أو المخالعة، والطلاق حق الرجل، وبذل المال في المخالعة حق للزوجة، ولا ولاية لأحد إذا كان الزوج والزوجة راشدان وعاقلان، ولا حق للقاضي في التفريق بينهما^(٦).

(١) (انظر) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٣٤.

(٢) (انظر) الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٣) (انظر) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٤٦ - ٢٤٨.

(٤) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

(٥) (انظر) ابن عربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٤١.

(٦) (انظر) السرطاوي، محمود بن علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ٣، (دمشق: دار الفكر، ٢٠١٠ - ١٤٣١ هـ)،

ص ٣٠٠.

القول الثاني: ذهب المالكية^(١)، وبعض الحنابلة^(٢)، إلى أن للمرأة الخيار بين أن تقيم مع زوجها، ويأمره القاضي بحسن معاشرتها بالمعروف، أو أن تطلب التفريق، وللقاضي الحق في التفريق بينهما إن رفض الزوج ذلك.

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

١ - قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى أمر بإمساك الزوجة بالمعروف، والشقاق يفسد الحياة الزوجية، ومخالف لأمره عز وجل، فيتعين في هذه الحالة التسريح بإحسان^(٣).

٢ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ [سورة البقرة: ٢٣١].

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى حرم إمساك الزوجة على وجه الإضرار، ولا شك في أن الشقاق بين الزوجين سببه اعتداء أحدهما على الآخر، ورفع الظلم والعدوان عن الشقاق واجب^(٤).

٣ - إن الحياة الزوجية لا تستقيم مع الشقاق والنزاع، عدا ما في ذلك من ضرر بالغ بتربية الأولاد وسلوكهم، ولا خير في اجتماع بين متباغضين^(٥).

(١) (انظر) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٧.

(٢) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

(٣) (انظر) السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

(٤) (المرجع نفسه)، ص ٣٠٠.

(٥) (انظر) السباعي، مصطفى بن حسني، المرأة بين الفقه والقانون، ط ٧، (بيروت: دار الوراق، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، ص ١١٥.

وقبل أن نذكر رأي الباحث في هذه المسألة علينا أن نعلم أن الفقهاء قد اتفقوا على مشروعية بعث

الحكمين بين الزوجين عند وجود النزاع والشقاق بينهما^(١)، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا

فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا

إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ [سورة النساء: ٣٥].

كما أنهم أجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين: أحدهما من قبل الزوج، والآخر

من قبل المرأة، إلا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما، وأجمعوا على أن الحكمين

إذا اختلفا لم ينفذ قولهما. وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين^(٢).

ولكنهم اختلفوا في جواز تفريق الحكمين بين الزوجين للضرر والشقاق إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٣) والشافعي في قول^(٤) إلى أنه لا يجوز للحكمين التفريق بين الزوجين

للضرر والشقاق.

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

(١) (انظر) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٧.

(٢) (المرجع نفسه)، ج ٣، ص ١١٧.

(٣) (انظر) الجصاص، أحمد بن علي، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله محمد وآخرون، ط ١، (بيروت: دار البشائر

الإسلامية، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م)، ج ٤، ص ٤٥٦ - ٤٥٧.

(٤) (انظر) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، د. ط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م)، ج ٥، ص ٢٠٨.

١ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ

أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ [سورة

النساء: ٣٥].

وجه الدلالة: اقتضت الآية الكريمة في مهمة بعث الحكمين على ذكر الإصلاح بين الزوجين، دون

التفريق، وذلك يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح غير مفوض إليهما^(١).

٢ - الحكمين هما وكيلان، ولا يجوز تصرف الوكيل إلا فيما جعل إليه، ووكل به، فإذا لم يوكل

بالفرقة لم يجز لهما فعل ذلك^(٢).

القول الثاني: ذهب الإباضية^(٣)، والمالكية^(٤)، والمعتمد عند الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى أنه يجوز

للحكمين التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق.

واستدلوا على ذلك بعدة أمور منها:

(١) (انظر) الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٢) (انظر) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٥٧.

(٣) (انظر) العوتي، الضياء، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٨٥.

(٤) (انظر) الصاوي، بلغة السالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٤.

(٥) (انظر) الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦٠٢.

(٦) (انظر) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٦٤.

١ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ

أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ [سورة

النساء: ٣٥].

وجه الدلالة: أن هذه الآية خطاب توجه إلى الحاكم، فافتضى أن يكون ما يضمنه من إنفاذ

الحكمين من جهة الحاكم دون الزوجين، وقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا﴾ راجع إلى الحكمين، فدل

على أن الإرادة لهما دون الزوجين، وإطلاق اسم الحكمين عليهما لتنفيذ الحكم جبراً منهما كالحاكم فلم

يفتقر ذلك إلى توكيل الزوجين^(١).

رأي الباحث في هذه المسألة -والله أعلم-: مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، سواء كان

هذا الإصلاح توفيقاً، أو مصالحةً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فلا يمكن حصر التوفيق الوارد

في الآية "يوفق الله بينهما" بالجمع بين الزوجين فقط، بل أن التوفيق يكون فيما يراه الحكمان مناسباً،

وهناك توفيق إذا رأى الحكمان أن الجمع بين الزوجين مستحيل، ويسبب أضراراً وخيمة للأبناء، وأما

بالنسبة للقاضي في إيقاع التفريق للشقاق، فأن أعدل الأقوال ما ذهب إليه المالكية، وبعض الحنابلة إلى

أن للمرأة الخيار بين أن تقيم مع زوجها، ويأمره القاضي بحسن معاشرتها بالمعروف، أو أن تطلب التفريق،

وللقاضي الحق في التفريق بينهما إن رفض الزوج ذلك.

(١) (انظر) الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦٠٢.

الفرع الثالث: موضع التعويض عن الضرر في التفريق القضائي

بعدما تحدثنا عن أهم صوري من صور التفريق القضائي، وفصلنا القول فيهما، فإن صورة عدم الإنفاق لا يمكن أن يكون التفريق فيها موجباً للتعويض؛ لأن وقوع التفريق ينطلق من عسر الزوج الذي لا يستطيع النفقة على من يعولهم، فلا يتصور أن يطالب فوق ذلك بتعويض، وقد بحثنا في هذه المسألة فلم نجد من خلال بحثنا من أقوال الفقهاء من نص على تعويض المرأة التي تطالب بالتطليق لعدم الصبر مع عسر زوجها.

وأما بالنسبة للتفريق القضائي لأجل الشقاق الذي تستحيل فيه الحياة بين الزوجين، وكلا الزوجين متعد على الآخر، فمهما أصلحت بين هذين الزوجين لا يصطالح حالهما، ويبقيان في المشكلات، فالزوج لا يقبل بأن يطلق المرأة، والمرأة لا تقبل بأن تحتل من الزوج.

ففي هذه الحالة يتدخل القضاء للتفريق بينهما، وذكر الدكتور ماجد الكندي أن الذي عليه العمل عند كثير من القضاة وهو سائع شرعاً، ونص عليه بعض الفقهاء أنه إذا تبين للقاضي أن السبب في الشقاق أحد الزوجين، فيمكنه أن يطلب من هذا أن يدفع للزوج الآخر جزءاً من المال، وهذا يقدره القضاء، وراجع إلى نظر القضاء^(١).

(١) الكندي، ماجد بن محمد، (أمين فتوى بمكتب الإفتاء لسلطنة عمان)، في جلسة إفتاء. جامع الأنوار، سلطنة عمان، ٢٤ من رمضان ١٤٤٣ هـ، الموافق ٢٦ / ٤ / ٢٠٢٢ م.

الخاتمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من سار على هداه إلى يوم الدين.

أما بعد:

في ختام هذا البحث، وبعد التجوال في بعض المسائل المتعلقة بسلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر الناتج عن المسائل المتعلقة بفقهاء الأسرة، قد خرج الباحث بجملة من النتائج وهي على النحو التالي:

- ١ - للقاضي سلطة تقديرية ثابتة لها مصادر وشروط وضوابط لا تتعدها.
- ٢ - جواز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة، ويعود تحديد مقداره سلطة القاضي التقديرية.
- ٣ - المتعة تختلف عن التعويض الذي يحكم به القاضي للمرأة المتضررة من الطلاق التعسفي، ومقدار التعويض في ذلك يحدده القاضي حسب سلطته التقديرية مستنداً بالحدود والضوابط التي نص عليها الفقهاء عند التعويض.

٤ - مسألة اعتبار بدل الخلع تعويضاً عن الضرر الذي يصيب الزوج عند خلع المرأة تحتاج إلى إعادة النظر فيها على معطيات الواقع، ومتطلبات العصر.

٥ - من الصور المهمة في التفريق القضائي التي توجب التعويض عن الضرر التفريق من أجل الشقاق.

وأما التوصيات فهي:

- ١ - يوصي الباحث القضاة في الحرص الشديد عند استخدامهم السلطة التقديرية الممنوحة لهم، والتي تهدف إلى إرساء العدل.
- ٢ - يوصي الباحث الباحثين، والمهتمين في موضوع السلطة التقديرية للقاضي الأحوال الشخصية في إعادة النظر في علاقة بدل الخلع بالتعويض عن الضرر.
- ٣ - يوصي الباحث المسؤولين بضرورة إعداد محامين مختصين في علوم الشريعة والقانون، بما يضمن لهم القدرة على النهوض بمسؤولية الدفاع عن القضايا التي تصيب الأسر، ومن أجل إرشاد المتضرر في كيفية إثبات ضرره أمام القضاء.

فهرس الآيات

الرقم	الآية	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
١	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضَارًّا لِّتَعْتَدُوا﴾	البقرة	٢٣١	١٠١
٢	﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ...﴾	النساء	٣٥	١٠٤
٣	﴿يَتَّيِّبُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ...﴾	المائدة	٥١	٢٤
٤	﴿عَلِيمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ﴾	الأنعام	٧٣	٤٨
٥	﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾	التوبة	٢٩	٢٣
٦	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	الإسراء	٣٤	٥٣
٧	﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾	النور	٤	٤٣
٨	﴿يَتَّيِّبُهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا...﴾	الأحزاب	٢٨	٩٩
٩	﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ...﴾	ص	٢٦	٤٩
١٠	﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَىٰ بِآيَاتِنَا وَسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾	غافر	٢٣	٨
١١	﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ...﴾	الفتح	١٧	٢٧
١٢	﴿يَتَّيِّبُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾	الحجرات	٦	٤٣
١٣	﴿فَأَنفِذُوا لَا تَفْذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾	الرحمن	٣٣	٩
١٤	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ...﴾	الطلاق	٧	٩٧

فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
١	"مُرُهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا وَيُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضُ، ثُمَّ تَطْهُرُ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ..."	الربيع بن حبيب	٥٦
٢	"يا ثابت مالك ولأهلك"	الربيع بن حبيب	٥٨
٣	"الإسلام يعلو ولا يعلى"	البخاري	٢٣
٤	"آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"	البخاري	٥٤
٥	"نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضهم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه..."	البخاري	٥٣
٦	"لن يفلح قوم، ولوا أمرهم امرأة"	البخاري	٣٠
٧	"فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن، حريصة على اللهو"	مسلم	١٠
٨	"كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة..."	مسلم	٤٤
٩	"ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت، وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة"	مسلم	٤٦
١٠	"غضب النبي صلى الله عليه وسلم على نسائه، واعتزلهن شهراً حين طالبنه بما ليس عنده من نفقة..."	مسلم	٩٨
١١	"رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ..."	أبو داود	٢٦
١٢	"إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر..."	أبو داود	٣٨
١٣	"كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟"	أبو داود	٤٧، ٣٦، ١٥
١٤	"أتردين عليه حديثه؟"	ابن ماجه	٩٢
١٥	"لا ضرر ولا ضرار"	ابن ماجه	٧٢، ٥٧
١٦	"من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة"	ابن ماجه	٧١
١٧	"في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: 'يفرق بينهما'"	الدارقطني	٩٧

فهرس الأعلام

الرقم	العلم	رقم الصفحة
١	ابن تيمية	٥٩ ، ٥٠
٢	ابن قدامة المقدسي	٤٢ ، ٣٦ ، ٣٠ ٨٩ ، ٦١ ، ٥٩
٣	ابن مودود الموصللي	١٧
٤	أبو الحسن البسيوي	٨٧
٥	أبو بكر بن مسعود الكاساني	٣٢
٦	أحمد بن أبي العلاء القراني	٤١ ، ٢٩
٧	أحمد بن حمزة الرملي	٤١ ، ٣٠
٨	أحمد بن عبد الله الكندي	٦٠ ، ٤١
٩	أحمد بن محمد الصاوي الخلوقي	٦٦
١٠	أحمد بن محمد القدوري	٣٥
١١	العز بن عبد السلام	١١
١٢	خميس بن سعيد الشقصي	٣٤
١٣	زين الدين بن إبراهيم بن محمد	٨٨
١٤	سلمة بن مسلم العوتي	١٧
١٥	عبد الله بن حميد السالمي	٨٨ ، ٥٩ ، ٣٣
١٦	عبد الوهاب بن نصر التغلي البغدادي	٣٥
١٧	عمر بن إبراهيم ابن نجيم	٦٦
١٨	محمد بن أحمد الخطيب الشربيني	٨٨ ، ٦٦
١٩	محمد بن أحمد السرخسي	٦٠
٢٠	محمد بن أحمد بن رشد القرطبي	٣٨
٢١	محمد بن جرير الطبري	٩٩ ، ٨٠ ، ٣٢
٢٢	محمد بن عبد الله الخرشي	٦١

الرقم	العلم	رقم الصفحة
٢٣	محمد بن عبد الواحد السيواسي	٣٨
٢٤	محمد بن محبوب الرحيلي	٨٨ ، ٣٥
٢٥	محمد بن محمد الحلبي	١١
٢٦	محمد بن يوسف أطفيش	٣٨ ، ٢٩ ، ١٦
٢٧	منصور بن يونس البهوتي	٦٦
٢٨	يحيى بن الخير الجناوني	٦٥
٢٩	يحيى بن شرف النووي	٥٩ ، ٣٦

فهرس المصادر والمراجع

- ابن الملقن، عمر بن علي، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: خالد الرباط، وجمعة فتحي، ط ١، (دمشق: دار النوادر، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م).
- ابن النجار، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط ١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م).
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير على الهداية، ط ١، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م).
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحجير، ط ٢، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق: علي بن محمد العمران، ط ٤، (الرياض: دار عطاءات العلم، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، المستدرك على مجموع الفتاوى، ط ١، (د.م: د.ن، ١٤١٨ هـ).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، د.ط، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).

- ابن حزم، علي بن محمد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، د.ط، (بيروت: دار الفكر، د.ت).
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، (القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، ط٢، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، د.ط، (تونس: الدار التونسية للنشر، ١٩٨٤هـ).
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، د.ط، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ابن عربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط٣، (الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، ط١، (جدة: مكتبة السوادى للتوزيع، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).

• ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ).

• ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط ٣، (بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ).

• ابن نجيم، إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت).

• ابن نجيم، عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م).

• أبو زهرة، محمد بن أحمد، الأحوال الشخصية، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت).

• الأزمي، محمد الأمين بن عبد الله، الكوكب الوهاج والروض البهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط ١، (بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م).

• الأشقر، عمر بن سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط ١، (بيروت: دار النفائس، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).

• أطفيش، محمد بن يوسف، تيسير التفسير، تحقيق: إبراهيم بن محمد طلاي، ط ٢، (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م).

• أطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط ٣، (جدة: مكتبة الإرشاد، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

- آل بونو، محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط ٤، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- آل بونو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، ط ١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).
- آل هرموش، محمود مصطفى، معجم القواعد الفقهية الإباضية، د. ط، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، د. ت).
- باباعمي، محمد، وإبراهيم بن بكير مجار، ومصطفى باجو، ومصطفى شريف، معجم أعلام الإباضية من القرن الأول الهجري إلى العصر الحاضر (قسم المغرب الإسلامي)، ط ٢، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ط ١، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (صحيح البخاري) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، ط ١، (بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٢٢ هـ).
- بدران، بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط ٢، (مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٦١ م).

- بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط ١، (الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م).
- البركتي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، ط ١، (كراتشي - باكستان: الصدف ببلشرز، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م).
- البسيوي، علي بن محمد، جامع أبي الحسن البسيوي، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الواراجلاني، وداد بن عمر الواراجلاني، د.ط، (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، د.ت).
- بشير، راضية، "حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية ١٠. (ديسمبر ٢٠١٩ م).
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، د.ط، (الرياض: مكتبة النصر الحديثة، د.ت).
- الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، د.ط، (مكة: المكتبة التجارية، د.ت).
- الثميني، عبد العزيز بن إبراهيم، النيل وشفاء العليل، تحقيق: بكلي عبد الرحمن بن عمر، ط ١، (د.م: د.ن، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م).
- جانم، جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط ١، (عمان: دار الحامد، ٢٠٠٨ م).

- جاتم، جميل فخري، التداير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط ١، (الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م).
- الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد شاهين، ط ١، (بيروت: درا الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
- الجصاص، أحمد بن علي، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله محمد وآخرون، ط ١، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م).
- الجنائني، يحيى بن الخير، كتاب النكاح، د.ط، (د.ن: د.م، د.ت).
- الجوابي، محمد طاهر، المجتمع والأسرة في الإسلام، ط ٣، (الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد، الجوهرة النيرة، ط ١، (مصر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ).
- الحدادي، علي بن محمد، الجوهرة النيرة، ط ١، (مصر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ).
- الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م).
- الخرشني، محمد بن جمال الدين، شرح الخرشني على مختصر خليل، ط ٢، (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٧هـ).

- الخروصي، كهلان بن نبهان، (مساعد المفتي العام لسلطنة عمان)، برنامج سؤال أهل الذكر، تلفزيون سلطنة عمان، الأربعاء، ١٨ رمضان ١٤٤٣هـ.
- الخروصي، كهلان بن نبهان، (مساعد المفتي العام لسلطنة عمان)، برنامج سؤال أهل الذكر، تلفزيون سلطنة عمان، الخميس، ١٩ رمضان ١٤٤٣هـ.
- الخفيف، علي بن محمد، الضمان في الفقه الإسلامي، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م).
- الخن، مصطفى، مصطفى البُغا، علي الشَّربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط٤، (دمشق: دار القلم، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢م).
- خواجه، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي حسيني، ط١، (بيروت: دار الجيل، ١٤١١ هـ - ١٩٩١م).
- الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، ط١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م).
- الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، ط٣، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥م).
- الرازي، محمد بن عمر، مفاتيح الغيب، ط٣، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٠ هـ).
- رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، د.ط، (مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م).

- الرملي، محمد بن أبي عباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، د.ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).
- الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م).
- الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط ٢، (دمشق: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م).
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ١٢، (دمشق: دار الفكر، د.ت).
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر الخليل وحاشية البناني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م).
- الزركشي، محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ط ٢، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).
- الزركشي، محمد بن عبد الله، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، تحقيق: سيد عبد العزيز، وعبد الله ربيع، ط ١، (القاهرة: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م).
- الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد، الأعلام، ط ١٥، (بيروت: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢ م).

- زوليخة، رواحنة، حق المجنى عليه في التعويض عن الضرر المعنوي (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٨م).
- السالمي، عبد الله بن حميد، **جوابات الإمام السالمي**، د.ط، (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي، ٢٠١٠م).
- السالمي، عبد الله بن حميد، **شرح الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب بن عمرو الفراهيدي الأزدي**، ط ١، (مسقط: مكتبة مسقط، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م).
- السالمي، عبدالله بن حميد، **طلعة الشمس**، تحقيق: عمر حسن القيام، د.ط، (ولاية بديّة- سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي، ٢٠١٠م).
- السباعي، مصطفى بن حسني، **المرأة بين الفقه والقانون**، ط ٧، (بيروت: دار الوراق، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م).
- السباعي، مصطفى بن حسني، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط ٩، (دمشق: دار النيرين للنشر والتوزيع، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- السبكي، عبد الوهاب بن علي، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، ط ١، (بيروت: دار الرسالة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م).

- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، د.ط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).
- السرطاوي، محمود بن علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ٣، (دمشق: دار الفكر، ٢٠١٠ - ١٤٣١ هـ).
- السعدي، جميل بن خميس، قاموس الشريعة الحاوي طرقها الوسيعة، ط ١، (مسقط: مكتبة الجيل الواعد، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م).
- السعدي، فهد بن علي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ط ١، (مسقط: مكتبة الجيل الواعد، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م).
- السلمي، العز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى، تحقيق: إياد خالد الطباع، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- السلمي، عياض بن نامي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط ١، (الرياض: دار التدمرية، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).
- السودوني، قاسم بن قُطْلُوبغا، تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط ١، (دمشق: دار القلم، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م).
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
- الشافعي، الأم، محمد بن إدريس، د.ط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م).

- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
- الشقصي، خميس بن سعيد، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ط ١، (مسقط: مكتبة مسقط، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، د.ط، (بيروت: دار المعرفة، د.ت).
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط ١، (مصر: دار الحديث، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).
- الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ط ٢، (الإمارات: دار القلم للنشر والتوزيع، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- الصابوني، عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د.ط، (دم: د.ن، د.ت).
- الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط ٢، (دمشق: دار الفكر، ١٩٦٨م).

- الصابوني، عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط ١، (دمشق: دار الفكر، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- الصاوي المالكي، الخلوتي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، د.ط، (القاهرة: دار المعارف، د.ت).
- الصمعاني، وليد بن محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري دراسة تأصيلية تطبيقية، ط ١، (الرياض: دار الميمان للنشر والتوزيع، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م).
- الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط ٢، (مصر: دار التأصيل، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٣م).
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، د.ط، (القاهرة: دار الحديث، د.ت).
- الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر، د.ط، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت).
- الطيار، عبد الله بن محمد، وعبد الله بن محمد المطلق، ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ط ٢، (الرياض: مدار الوطن للنشر، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م).
- عتر، محمد بن حسن، أبغض الحلال، ط ٣، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

● عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ط ٢، (بغداد: دار البيان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).

● العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د. ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).

● العطار، عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية "للمسلمين وغير المسلمين"، د. ط، (القاهرة: مطبعة السعادة، د. ت).

● العوتي، سلمة بن مسلم، الضياء، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الوارجلاني، وداود بن عمر الوارجلاني، ط ١، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ١٤٣٦ - ٢٠١٥ م).

● الغزي، محمد بن عبد الرحمن، ديوان الإسلام، تحقيق: سيد كسروي حسن، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م).

● الفراهيدي، الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي، ط ١، (مسقط: مكتبة مسقط، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).

● القدوري، أحمد بن محمد، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق: كامل محمد عويضة، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).

● القراني، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤).

- القرطبي، أحمد بن محمد بن رشد، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: محمد حجي، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م).
- القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، ط ٢، (القاهرة: دار الكتب المصرية ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م).
- القزويني، محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، رقم الحديث: ٢٣٤١، د.ط، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- القشيري، مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م).
- القليوبي، أحمد سلامة، وأحمد البرلسي عميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة**، د.ط، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط ٢، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
- الكندي، أحمد بن عبد الله، **المصنف**، تحقيق: مصطفى بن صالح باجو، ط ١، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م).
- الكندي، ماجد بن محمد، (أمين فتوى بمكتب الإفتاء لسلطنة عمان)، في جلسة إفتاء. جامع الأنوار، سلطنة عمان، ٢٤ من رمضان ١٤٤٣ هـ، الموافق ٢٦ / ٤ / ٢٠٢٢ م.

• الماوردي، علي بن محمد بن محمد، الأحكام السلطانية، د.ط، (القاهرة: دار الحديث، د.ت).

• الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م).

• مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط ١، (مصر: مطابع دار الصفوة، د.ت).

• محمد، شموك، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، (رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١٨ م).

• المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط ١، (القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).

• المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، د.ط، (بيروت: دار احياء التراث العربي، د.ت).

• المشني، منال محمود، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، ط ١، (عمان: دار الثقافة، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م).

• المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق، ط ١، (بيروت: د.ن، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م).

- المقدسي، عبد الله بن أحمد، شرح دليل الطالب، تحقيق: أحمد بن عبد العزيز الجماز، ط ١، (الرياض: دار أطلس الخضراء، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م).
- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: محمود أبو دققة، د.ط، (القاهرة: مكتبة الحلبي، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م).
- النجار، عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، (رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).
- النزوي، أبو زكريا يحيى بن سعيد، الإيضاح في الأحكام، د.ط، (سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).
- النسفي، عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق: يوسف علي بديوي، ط ١، (بيروت: دار الكلم الطيب، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م).
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد أحمد، ط ٢، (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م).
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط ٣، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م).
- النيسابوري، محمود بن أبي الحسن، إيجاز البيان عن معاني القرآن، تحقيق: حنيف بن حسن القاسمي، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥ هـ).

• الهيتمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الفقهية الكبرى، د.ط، (القاهرة: المكتبة الإسلامية، د.ت).

• القيسي، مكي بن أبي طالب، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، ط ١، (الإمارات: جامعة الشارقة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).

• أبو زهرة، محمد بن أحمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت).