المقدمة

الحمد لله الذي هيأ لهذا الدين من كل خلف عدوله، ووفق من شاء لتأصيل قواعده وتحرير أصوله، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة أرجو بها الخلاص من كرب يوم القيامة، وشدائده المهولة؛ وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله صلى الله وسلم عليه وعلى آله وأصحابه، الذين شمروا في نصرة دين ربهم وإتباع رسوله.

أما بعد :

فإن علماء المسلمين مكلفون بأن يصلوا بالناس فيما يغلب على الظن ما وسعهم الجهد إلى حكم الله تعالى في المسائل الحياتية التي يعيشونها ، ولاسيما المسائل التي تفرزها المدنية الحديثة ، والتي تستوجب بيان الأحكام الشرعية لهذه المستجدات ، ومن المسائل الحادثة ولاسيما بعد هجرة عدد كبير من العراقيين إلى خارج العراق ، وبعضهم إلى بلاد غير إسلامية ، ومنهم من جعل تلك البلاد مقاماً له تحت وطأة الظروف القاهرة التي دفعته لذلك ، فصار في تلك البلدان له ما لأهل هذه البلاد ، وعليه ما عليهم ، ومن جملة ذلك خضوعه للقضاء غير المسلم في الأحكام الشخصية الأسرية ، من نكاح وطلاق وغيرها .

ومن المسائل التي تعرض للمقيمين هناك دعاوى التفريق سواء أكانت الزوجة مسلمة أم كتابية ، لهذا رغبت في بحث هذا الموضوع ودراسته لأنتفع به ، وانفع به من خلفي ، وأسميته :(حكم الطلاق في غير بلاد المسلمين) .

ولا أدعي السبق في هذا البحث ، بل صدرت عدة دراسات وفتاوى متفرقة ومتعارضة في هذا الشأن ، وبعضها يفتقر إلى التأصيل الفقهي ، فأحببت أن أقدم بحثاً جامعاً لهذه الفتاوى ، يسهل الرجوع إليه من غير تعقيد ، وأن أبين الرأي الراجح .

واشتمل هذا البحث على مقدمة ، وهي التي بين يدي القارئ الكريم وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الطلاق وأنواعه والقاضي وشروط من يتولى القضاء وتحته مطالب .

المطلب الأول : الطلاق لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني :أنواع الطلاق .

المطلب الثالث: ماهية القاضي لغة وإصطلاحا .

المطلب الرابع :شروط من يتولى القضاء.

المبحث الثاني : مدى شرعية قضاء القاضي غير المسلم .

المبحث الثالث : حكم التفريق بين الزوجين في البلاد الأجنبية .

وختمت ذلك بخاتمة أوجزت فيها أهم ما جاء فيها .

وما تجد الإشارة إليه أني استخدمت مصطلح الأجنبي للتعبير عن غير المسلم ، والبلاد الأجنبية للتعبير عن البلاد غير الإسلامية ، والقضاء الأجنبي للتعبير عن القضاء غير الإسلامي ، ونحو ذلك للإيجاز .

ولعل أبرز صعوبة واجهتني فيه ، هي ندرة ما ورد في كتب الأقدمين حول هذا الموضوع ، وتناقض المعاصرين ، وتفرق الفتاوى .

ختاماً آمل أن أكون قد وفقت في عملي هذا ، والله ولي التوفيق .

وصلى الله على سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه وسلم .

المبحث الأول

في تعريف الطلاق وأنواعه والقاضي وشروط من يتولى القضاء وتحته مطالب .

المطلب الأول : الطلاق لغة وإصطلاحا :

الطلاق لغة : وَالطَّلَاق مَأْخُوذ من قَوْلك أطلقت النَّاقة فَطلقت إِذا أرسلتها من عقال أَو قيد فَكَأَن ذَات الزَّوْج موثقة عِنْد زَوجهَا فَإِذا فَارقهَا أطلقها من وثاق وَيدل على ذَلِك قَول النَّاس هِيَ فِي حبالك إِذا كَانَت تَحْتك يُرِيد أَنَّهَا مرتبطة عنْدك كارتباط النَّاقة فِي حبالها ثمَّ فرقوا بالحركات بَين فعل النَّاقة وَفعل الْمَرْأَة وَالْأَصْل وَاحِد فَقَالُوا طلقت النَّاقة بِفَتْح اللَّام وَقَالُوا طلقت الْمَرْأَة بضَمهَا وَقَالُوا أطلقت النَّاقة وَقَالُوا طلقت الْمَرْأَة.[١]

وإصطلاحا : الطَّلَاقُ هُوَ رَفْعُ قَيْدِ النِّكَاحِ فِي الْحَال أَوِ الْمَآل بِلَفْظٍ مَخْصُوصٍ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ [٢]

المطلب الثاني :أنواع الطلاق : للطلاق أنواع مختلفة تختلف بحسب النظر إليه. –

أولا : من حيث الصيغة المستعملة فيه على نوعين: صريح وكنائي

ثانيا : من حيث الأثر الناتج عنه على نوعين: رجعي وبائن، والبائن على نوعين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى

ثالثا : من حيث صفته على نوعين: سني وبدعي

---

[١]) غريب الحديث لأبي محمد عبد الله بنتنة ، مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ)المحقق: د. عبد الله الجبوري،الناشر: مطبعة العاني – بغداد ،الطبعة: الأولى، ١٣٩٧،عدد الأجزاء: ٣، مادة طلق ٢١٢/١

[٢]) الموسوعة الفقهية الكويتية ،صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت،عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا،الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ)،..الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل – الكويت،..الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر،..الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة، ٣٢٢/٤١

رابعا : من حيث وقت وقوع الأثر الناتج عنه على ثلاثة أنواع: منجز، ومعلق على شرط، ومضاف إلى المستقبل [١]

المطلب الثالث: ماهية القاضي لغة وإصطلاحا:

أولا :القاضي لغة : هو الحاكم ، وقال أهل الحجاز : القاضي في اللغة : القاطع للأمور المحكم لها ، وهذا راجع إلى أن أصل القضاء هو القطع والفصل الحكم ، يقال : قَضَى يَقْضِي قَضَاءً فَهُوَ قَاضٍ إِذَا حَكَمَ وَفَصَل[٢]

وللقضاء معانٍ أخرى خارجة عن نطاق هذا البحث .

ثانياً . تعريف القاضي في الاصطلاح :

إن تعريف القاضي يستلزم تعريف القضاء ؛ لأن القاضي هو الذي يتولى مهمة القضاء ، وعُرِّف بأنه : " الذَّاتُ الَّذِي نُصِّبَ وَعُيِّنَ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِأَجْلِ فَصْلِ وَحَسْمِ الدَّعْوَى وَالْمُخَاصَمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِأَحْكَامِهَا الْمَشْرُوعَةِ "[٣] .

فالقضاء هو : قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وهو موافق لمعنى القضاء اللغوي من كونه حتم وإلزام ، فكأنه ألزمه بالحكم وأخبره به ، وفرغ من الحكم

---

(١) ينظر ،الموسوعة الفقهية الكويتية ،صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ،عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا،الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ)،.الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت،.الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر،.الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة ،ج٢٦/٢٩

(٢) تَاج العَرُوْس من جَوَاهِر الْقَامُوس ، لمحيي الدِّين أَبِي الْفَضْل مُحَمَّد مرتضى الحسيني الواسطي الْحَنَفِيّ الزُّبَيْدِيّ ، (ت ١٢٠٥هـ) ، مكتبة الحياة ، بَيْرُوْت ، (د . ت) : مادة قضى ٢٩٧/١٠ .

(٣) مَجَلَّة الأَحْكَام الْعَدْلِيَّة ، إصدار جمعية المَجَلَّة ، تحقيق : نجيب هواويني ، كارخانه تجارت كتب ، كراتشي ، تركيا ، بلا تاريخ : ٣٦٤ .

بينهما ، أو فرغا من الخصومة ، وقدّر ما كان عليه وما له ، وأقام القضاء مقام صلحهما وتراضيهما ؛ لأن كل واحد منهما قاطع للخصومة[١] .

وفي القضاء يتحقق فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى[٢] .

المطلب الرابع : شروط من يتولى القضاء: وضع الفقهاء عدة شروط لتولي القضاء ، أو ما يعرف بأهلية القضاء ، اتفقوا في بعض واختلفوا في بعض آخر :

والشروط التي اتفقوا عليها هي كون القاضي مسلماً ، عاقلا ، بالغاً ، حراً[٣] ، وما يعنينا هنا هو شرط الإسلام ، أما الشروط المختلف فيها فليست بذات صلة بهذا البحث .

المبحث الثاني

---

(١) يُنْظَرْ : الاخْتِيَارِ شَرْح المُخْتَار ، المسمى (الاخْتِيَارِ لتعليل المُخْتَار) ، لعبدالله بن محمود بن مَوْدود المَوْصِلي الْحَنَفِيّ ، (ت ٦٨٣هـ) ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحَلَبي وأولاده ، مصر ، ١٣٧٠هـ : ٢٥٣/١ .

(٢) يُنْظَرْ : مُغْني الْمُحْتَاج إلى مَعْرِفَة مَعَانِي أَلْفَاظ الْمِنْهَاج ، لشمس الدِّين مُحَمَّد بن أَحْمَد الشِّرْبِينِيّ القاهري الشَّافِعِيّ الْخَطِيب ، (ت ٩٧٧هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ : ٣٧٢/٤ .

(٣) ينظر : رَدّ المحتار عَلَى الدُّرِّ الْمُخْتَار شَرْح تَنْوِير الأَبْصَار المعروفة بـ(حَاشِيَة ابن عَابِدِينَ) ، للسيد مُحَمَّد أمين عَابِدِينَ بن السيد عُمَر عَابِدِينَ بن عبد الْعَزِيز الدَّمَشْقي الْحَنَفِيّ ، (ت ١٢٥٢هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، ط٢ ، ١٣٨٦هـ: ٥/ ٣٥٤ ، و تَبْصرة الحُكَّام فِي أُصُول الأقضية ومناهج الأَحْكَام ، للقاضي برهان الدِّين إبْرَاهِيم بن علي بن أَبِي القاسم بن مُحَمَّد بن فَرْحُون المالكي المَدَني ، (ت ٧٩٩هـ) ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحَلَبي وأولاده ، مصر ، ط١ ، ١٩٥٨م : ٧/١ ، ومغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ ، و كَشَّاف القِنَاع عن مَتْن الإِقْنَاع ، لمنصور بن يونُس بن صلاح الدِّين بن حسن بن أَحْمَد بن علي بن إدريس البُهُوتي الحَنْبلي ، (ت ١٠٥١ هـ) ، تحقيق : الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٢هـ : ٦ / ٢٨٥ .

مدى شرعية قضاء القاضي الأجنبي :

إن صور التعامل بين الدول في العالم من حيث القانون تتلخص بمسألتين مهمتين :-

الأولى : إن كل دولة في العالم تطبق قوانينها على مواطنيها وعلى المقيمين على أرضها في جميع المسائل المدنية وفي العقوبات ،وهذا الأمر ظل ساريا في الدولة الإسلامية على إختلاف عهودها حتى الدولة العثمانية وهذا هو العرف العام في التعامل بين الدول

الثانية : إن قوانين الأحوال الشخصية تعتبر في أكثر دول العالم المعاصر كسائر القوانين من حيث إلزاميتها لجميع المواطنين ،وبالتالي فإن كل دولة تطبق قوانين أحوالها الشخصية على أرضها الوطنية بغض النظر عن ديانتهم ،أما المقيمون ففي مجال الأحوال الشخصية فقط فإنهم يخضعون أحيانا لقوانين الأحوال الشخصية في البلاد التي يقيمون فيها ،وأحيانا لقوانين الأحوال الشخصية العائدة لبلادهم ،فعلى هذا الأساس فإن دعاوى الطلاق جزء من الدعاوى القضائية التي يواجهها المسلم في البلاد الأجنبية ، وقبل مناقشة هذا الموضوع ، يبدو لازماً معرفة رأي الفقهاء في قضاء الأجنبي أو غير المسلم .

إن الإسلام هو أحد الشروط التي يشترطها الفقهاء فيمن يقلد القضاء ، كما تقدم ، فلا يجوز تولية الكافر لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾[١] ، سواء أكانت توليته للقضاء بين المسلمين أم بين أهل دينه ، لكن أبا حنيفة أجاز تقليده القضاء بين أهل دينه ، لجواز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ؛ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام[٢] .

---

(١) سورة النساء : من الآية ١٤١ .

(٢) ينظر : الْبَحْر الرَّائِق شَرْح كَنْز الدَّقَائِق ، لزَيْن الدين بن إبْرَاهِيم بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن بكر الشهير بابن نُجَيم . (ت ٩٧٠ هـ) ، دار المَعْرِفَة ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ : ٦ / ٢٦٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥ / ٣٥٥ ، و الشَرْح الكَبِيْر ، لأبي البركات أَحْمَد بن مُحَمَّد بن أَحْمَد الدَّرْدِيْر العَدَوي المالكي ، (ت ١٢٠١هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عليش ، دار

واعتباراً بالعرف الجاري في تقليدهم قال الماوردي : " إنما هي زعامة ورياسة ، لا تقليد حكم وقضاء ، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه بل بالتزامهم ولا يلزمون بالتحاكم عنده ،ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم ، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ "(١) .

وهذا الأمر الذي ذهب إليه الفقهاء مخصوص ببلاد المسلمين ، أي إن كانت الولاية العظمى للمسلمين ، ولكنهم لم يتعرضوا لتحاكم المسلمين إلى القضاء إذا كانوا يقيمون في بلاد أجنبية لأنها من الأمور المعاصرة المستحدثة.

والذي يفهم من النصوص المنقولة هو جواز سريان هذه الأحكام إذا جرت على المسلمين في غير الأحوال الشخصية ، فقد قال الشافعي . رحمه الله . : " وإذا ظهر أهل الغيِّ على بلد من بلدان المسلمين ، فأقام إمامهم على أحد حداً لله ، أو للناس ، فأصاب في إقامته ، أو أخذ صدقات المسلمين فاستوفى ما عليهم ، أو زاده مع أخذه ما عليهم ما ليس عليهم ، ثم ظهر أهل العدل عليهم لم يعودوا على من

الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ : ١٢٩/٤ ، والشَرْح الصغير عَلَى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، لأَحْمَد بن مُحَمَّد الصَّاوِي المالكي الخَلْوَتي ، (ت ١٢٤١هـ) ، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الْحَدِيث : الدكتور مصطفى كمال وصفي ، مطبعة دار المعارف ، ط١ ، مصر ، ١٩٧٢ ـ ١٩٧٤م : ١٨٧/٤ أَدَب القاضي (وهو قسم من كِتَاب الحاوي الكَبِيْر) ، لأبي الْحَسَن علي بن مُحَمَّد بن حبيب الماوَرْدي البَصْري الشَّافِعِيّ ، (ت ٤٥٠هـ) ، تحقيق : محيي هِلال السَّرْحان ، رئاسة دِيْوَان الأوقاف طبع الجزء الأول فِي مطبعة الإرشاد بَغْدَاد . ١٩٧١م : ١ / ٦٦١ ـ ٦٦٣ ، والحاوي الكَبِيْر ، للماوردي تحقيق : عادل أَحْمَد عبد الموجود ، وعلي مُحَمَّد معوض ، دار الكتب العلمية ، بَيْرُوْت ـ لَبْنَان ، ط١ ١٩٩٨م : ٢٠٦/١٦ ، ومغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ ، وكَشَّاف القِنَاع عن مَتْن الإِقْنَاع ، لمنصور بن يونُس بن صلاح الدِّين بن حسن بن أَحْمَد بن علي بن إدريس البُهُوتي الحَنْبلي ، (ت ١٠٥١ هـ) ، تحقيق : الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٢هـ : ٦ / ٢٩٥ و دقائق أولي النهى شَرْح منتهى الإرادات ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، (ت ١٠٥١هـ) ، دار الكتب الأزهرية ، مصر ، بلا تاريخ : ٣ / ٤٦٤ .

(١) أَدَب القاضي : ١ / ٦٦١ ـ ٦٦٣ ، والحاوي الكَبِيْر: ٢٠٦/١٦ ، وحكى الشربيني هذا عن الروياني أيضاً . ينظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ .

حده إمام أهل البغي بحد ، ولا على من أخذوا صدقته بصدقة عامة ذلك ، فإن كانت وجبت عليهم صدقة ، فأخذوا بعضها استوفى إمام أهل العدل ما بقى منها ، وحسب لهم ما أخذ أهل البغي منها "[١] .

وقال في موضع آخر : " ولو استقضى إمام أهل البغي رجلاً كان عليه أن يقوم بما يقوم به القاضي من أخذ الحق لبعض الناس من بعض في الحدود وغيرها إذا جعل ذلك إليه، ولو ظهر أهل العدل على أهل البغي لم يرد من قضاء قاضي أهل البغي ، إلا ما يرد من قضاء القضاة غيره ، وذلك خلاف الكتاب ، أو السنة ، أو إجماع الناس ، أو ما هو في معنى هذا ، أو عمد الحيف برد شهادة أهل العدل في الحين الذي يردها فيه ، أو إجازة شهادة غير العدل في الحين الذي يجيزها فيه "[٢] .

ويمكن أن يفهم من ذلك أن قياس ذلك انطلاقاً من مبدأ المعاملة بالمثل على واقع حال الأقليات غير المسلمة في البلاد الإسلامية ، فأنهم يخضعون للقانون في جميع القضايا ، إلا في الأحوال الشخصية ، فلهم تقاليدهم ومراسيمهم الخاصة ، وأعني بذلك أن هناك تفريقاً بين الأحوال الشخصية وبين الأحكام الأخرى ، وفي كل الأحوال يبقى وجود القضاء أمراً لازماً حفاظاً على الحقوق وصيانة لها عن التفريط .

وفي ترخيص الفقهاء بصحة قضاء من فقدت منه بعض شروط القضاء ، والذي عبروا عنه بقاضي الضرورة ، مندوحة يمكن الركون إليها في تجويز التحاكم إلى قاضٍ أجنبي[٣] .

---

(١) الأم ، لأبي عبدالله مُحَمَّد بن إدريس الشَّافِعِيّ ، (ت ٢٠٤هـ) ، دار المَعْرِفَة ، بَيْرُوْت ، ط٢ ، ١٣٩٣هـ : ٢٣٤/٤ .

(٢) المصدر نفسه : ٢٣٤/٤ .

(٣) قاضي الضرورة : هو القاضي الفاسق الذي يعينه سلطان ذو شوكة . ينظر : الْفِقْه الإِسْلامِيّ وأدلته ، للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط٤ ، ١٩٩٧م : ١١٣/٨ .

واستشهد الدكتور ناصر بن زيد على جواز الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي بما حصل من التتار في أوَّلِ أمرهم ، ومن الصليبيين في القديم والحديث ، وأنَّ العدل لا يتأتى من المسلم فقط، بل يأتي من غير المسلم ولا شك، فقد أثنى الرسولُ (صلى الله عليه وسلم) على النجاشي وهو لا يزال على دين النصرانية . « بأنه ملكٌ لا يُظلَمُ بأرضه أحدٌ »[١] ، وتوصل إلى " أنَّ شرطَ الإسلام في تنصيب القاضي وإن كان لازماً في مجتمعنا اليوم وما شابهه من مجتمعات المسلمين إلا أنه غير لازمٍ في سائر المجتمعات بحسب أحوالها، كما أنَّ تحقيق العدالة لا يتوقف على وجوده ، والله أعلم "[٢] .

والذي ذهب إليه الدكتور ناصر بن زيد هو ما أميل إليه ، فالضرورة لها أحكامها ، فالمسلم الذي يقيم في بلاد أجنبية ليس أمامه إلا الخضوع لقوانينهم وأحكامهم ، أو الرحيل .

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة في ١٩٩٥/٤/١م في قراره رقم ٩/٨/٩١ لجوء الدول الإسلامية إلى هيئات التحكيم الدولية غير الإسلامية لعدم وجود محاكم دولية إسلامية ؛معللاً القرار بأنه توصل إلى ما هو جائز شرعاً[٣].

ولعل ما يصيبنا نحن في بلادنا الإسلامية عامة وفي بلدنا العراق بشكل خاص بعد الإحتلال البغيض لبلدنا وفرضه لقوانينه الجائرة علينا ووقوعنا تحت طائلة جبرووته الظالم ما يعكس حقيقة ما ذهب إليه فقهاء الأمة من ترخيص قضاء من

---

(١) سُنَن البَيْهَقي الكُبرى ، لأبي بكْر أَحْمَد بن الحسين بن عَلِيّ بن موسى البَيْهَقي ، (ت ٤٥٨ هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عبد القادر عطا ، مَكْتَبَة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م : ٩/٩ ، رقم (١٧٥١٢) .

(٢) شروط القاضي بين الماضي والحاضر ، للدكتور ناصر بن زيد بن داود ، مقالات نشرت في جريدة العرب الاقتصادية الدولية ، العدد رقم ٥٠٠١ ، الموقع الاليكتروني الخاص بالجريدة www.aleqt.com .

(٣) قرارت مجمع الفقه الاسلامي نقلاً عن حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد عثمان شبير ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد ٦١ ، لسنة ٢٠٠٥ ، الكويت : ٣٠٦ .

فقدت منه بعض شروط القضاء وكذا ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي وسلامة رأي الدكتور ناصر بن علي ، ومع ذلك فإن القوانين في بلادنا الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية تبقى في عمومها مستوحاة من الأحكام الشرعية وإن وقعت في بعضها مخالفات لكنها تظل الأقرب إلى الشريعة ،بما لا يقاس من قوانين البلاد الأوربية .

المبحث الثالث :حكم تفريق القاضي الأجنبي بين زوجين مسلمين :

تقدم في المبحث السابق بيان جواز الاحتكام إلى قاضٍ غير مسلم في القضايا العامة ، إلا أن لمسائل الأحوال الشخصية خصوصية ما زال الخلاف قائماً بشأنها ، والأمر هنا يتمثل بحالتين :-

الأولى : في حالة كون الزوجين مسلمين .

الثانية : في حالة كون أحدهما غير مسلم ، وفي الحالة الأخيرة قد يكون الإشكال قائماً في البلاد الإسلامية نفسها .

من ذلك مثلاً ما عليه العمل في القانون المصري والقانون الأردني في حال كون أحد طرفي النزاع غير مسلم ، فالاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية لا يكون للمحكمة الشرعية إلا بموافقة الطرفين وفي هذه الحالة قد تتحول القضية إلى القضاء النظامي التي ربما ينظرها قاض غير مسلم يحكم على مسلم في مسألة من مسائل التفريق[١] .

وأن القانون المدني الأردني في قواعد الإسناد القانوني راعى مسألة القانون الواجب التطبيق ، فقد نصّ على أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج هو الذي

---

(١) ينظر : حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية ، للقاضي الدكتور أشرف يحيى العمري ، ١٤٢٨ - ٢٠٠٧م ، بحث منشور على النت www.csjd.gov.jo/download/ashraf-al٣omari.doc : ص١٠، نقلاً عن المادة ١٠٣ و ١٠٥ من الدستور الأردني ، والمادة ٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والمادة ٧ و٨ من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة ،

يجب مراعاته في مسائل الطلاق وقت وقوعه ، أو وقت رفع الدعوى به ما لم يكن أحدهما أردنياً ، فيسري القانون الأردني[١] .

إن الأحكام الصادرة في التفريق في البلاد الأجنبية تترتب عليها آثار تتوافق مع قوانين البلد الذي عقد فيه الزواج .

ونحن قبل أن نناقش شرعية قرار التفريق بين الزوجين بقرار قاضٍ أجنبي ، لا بدّ أن نأخذ واقع الحال بعين الاعتبار ، إذ نحن لا نستطيع أن نطالب الآخرين بفعل يخالفه بعضنا ، كما في المثال الوارد عن القانون الأردني ، الذي ذهب إلى أن موضوع الولاية يطبق على الدولة الإسلامية ، ولا ينظر إليه في الديار غير الإسلامية ؛ لأن المسلمين هناك يعدّون من تابعية تلك الدول ، ولا تنطبق عليهم أحكام الولاية في الدولة الإسلامية ، وقد اعتمدت محكمة الاستئناف الأردنية على أمر واقعي وهو أن الدول الإسلامية ومنها الأردن لا تشترط في القاضي أن يكون مسلماً في القضاء النظامي ، والذي يصدر أحكاماً على المسلمين في جميع القضايا ، ومنها الطلاق في بعض الأحيان[٢] .

وعلى العموم يمكن تلمس ثلاثة مواقف من شرعية تفريق القاضي الأجنبي بين الزوجين :

الموقف الأول :

وهو الموقف الذي يجوّز وقوع التفريق وغيره من الأحكام .

وإليه ذهبت بعض القوانين الوضعية ، ومنها القانون الأردني كما تقدم.

قالوا : إن الأصل في الطرفين إذا عقدا عقداً مستوفي الشرائط الشرعية على وفق قانون غير إسلامي ، وهما يعلمان أن التفريق له أحكام خاصة تترتب على هذا

---

(١) المادة ١٥ من القانون المدني نقلاً عن المصدر نفسه : ص ١٦ .
(٢) ينظر : حجية الأحكام : ص١١ .

العقد ، وكان الرجل عالماً بذلك قابلاً به،وكانت تلك الأحكام مما يجوز الاتفاق على مثلها أو المصالحة عليها وليس فيها مخالفة للنظام العام الشرعي، يكون الزوج بذلك وكأنه دخل في العقد قابلاً حكم القانون فيه مفوضاً إياه ، خاضعاً لأحكامه ، وهذا من حيث الأثر له حكم النص على الشرط في العقد[١] .

الموقف الثاني :

وهو الموقف الذي لا يجوّز وقوع مثل هذا الطلاق .

جاء في فتوى وزارة الأوقاف الكويتية ما يأتي :

" امرأة تقدمت للمحكمة بطلب لتفرقها عن زوجها بسبب النزاع الشديد الذي نشب بينهما وقضت المحكمة ، (وهى تحكم بالقوانين الوضعية وليست بالشرعية) بتفريقها عن زوجها ، أي : قضت بالطلاق ؛ ولكن لا يوافق زوجها على هذا الطلاق ويقول لامرأته : " أنا لا أطلقك مهما قضت المحكمة ، علماً بأن الرجل لم يذهب إلى المحكمة قط . ففي هذه الحالة هل تعتبر تلك المرأة مطلقة أم لا؟ وعند عدم اعتبارها مطلقة قد تكون المرأة عرضة لضياع حقوقها التي لا اعتبار لها لدى المحكمة إلا بعد كون المرأة زوجة رسمية بحسب القوانين الوضعية ، إذ هي تعيش في بلد لا تطبق فيه الأحكام الشرعية، وما الحل؟ أفيدونا أفادكم الله ، والسلام عليكم " .

وجاء في الجواب :" فإذا كان القاضي الذي حكم بالتفريق مسلماً صحَّ قضاؤه، ولزم الزوج الرضا به، ثم له العود إليها بعد ذلك بالمراجعة إذا كان الطلاق رجعياً، وإذا كان القاضي غير مسلم لم يقع الطلاق بحكمه، وعليها أن تعود إليه ، أو تطلب الطلاق منه شخصياً، أو ترفعه إلى قاض مسلم آخر ليطلقها منه "[٢] .

والذي استطيع استخلاصه في الاحتجاج لأصحاب هذا الموقف من مجمل أقوالهم : أن هذه العقود مخالفة للشرع ؛ لأنها مبنية على قانون لا يحتكم إلى الإسلام

---

(١) ينظر : المصدر نفسه : ص١٢ .

(٢) نشرت الفتوى في موقع وزارة الأوقاف الكويتية على النت http://www.islam.gov.kw/site/index.php .

، ولأن القاضي يفتقر إلى أحد شروط الأهلية ، وهي الإسلام ، فالقانون لن يكون الأقدر على تطبيقه وسبر مكنوناته والاجتهاد فيه إلا من يؤمن به ويعتقده ، والمسألة عند المسلمين مرتبطة بالديانة والتعبد لا بمجرد الفعل المادي الدنيوي .

والاعتراض الذي تجابه به هذه الفتوى هو التمييز في عقد النكاح بين أن يكون جرى في المحاكم الأجنبية أم لا ، فإن لم يكن قد وقع في القضاء الأجنبي ، فالفتوى صحيحة ، أما إن وقع عقد النكاح فيها ، فلا ، والذي تجدر الإشارة إليه هنا أن القانون الذي تأسس عليه الزواج ينبغي أن يكون هو القانون الذي ينظر في مفاعيل الزواج وإنحلاله ، ومن حيث العدالة التشريعية فإن كل قانون من قوانين الزواج يعتبر وحدة متكاملة ،فعندما يؤسس الزوجان حياتهما الزوجية وفق قانون معين فهم أعلم بما سينتج لهما عن هذا القانون فليس من العدالة أن يطبق عليهما قانون آخر لم يرتضياه عند إجراء العقد .

وأن التعاقد مع المرأة في تلك الدول مع العلم بالتقاضي إلى ذلك القانون ، بموجب العقد الناشئ عندهم أو الموثق بعد نشوئه لديهم ، هذه الصورة تتجه وتقترب من صيغة الاتفاق التحكيمي الذي يتم إنشاؤه عند التعاقدات المختلفة لتعيين المرجعية القانونية والإجرائية حال حصول أي نزاع بين المتعاقدين ، مع عدم سلب الطرفين حرية اللجوء إلى القضاء إذا رغبا بذلك اتفاقاً ، والأخذ بذلك قد يرفع الحرج خاصة إذا تم الأخذ بالرأي القائل بان الاتفاق التحكيمي [ينبغي يلاحظ ضرورة عدم مخالفة ذلك الاتفاق للنظام العام ، وكونه في الأمور التي يجوز الاتفاق أو المصالحة عليه] إذا تم إنشاؤه مع العقد كشرط من شروطه له صفة الإلزام بعد ذلك[١] .

الموقف الثالث :

---

(١) ينظر : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، للدكتور عبد الحميد الأحدب ، بحث منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون ، منشورات المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون ، معهد طرابلس الجامعي ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٠م : ١٦٢ .

وهذا الموقف يجيز وقوع التفريق الصادر من القضاء الأجنبي في حال عقد النكاح في محاكم هذه الدول .

وإليه ذهب المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ، قال :

" الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض مسلم ، أو من يقوم مقامه ، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية ، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد ، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق ؛ لأن هذا المسلم لمّا عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي ضمناً بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي، وهو ما يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك ؛ لأن القاعدة الفقهية تقول : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) [١] ، وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسماً للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حذاق العلماء ، كالعز بن عبد السلام ، وابن تيمية ، والشاطبي " [٢] .

" ففي كلّ محلّ يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف وذلك بأن لا يكون مصادماً للنصّ بخصوصه، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح "[٣] .

وقال الشيخ عبدالله جديع عضو المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث: " لا بد

---

(١) ينظر : مجلة الأحكام العدلية : ٢١ .
(٢) حكم تطليق القاضي غير المسلم ، للشيخ مصطفى مولوي ، بحث منشور في العدد الأول من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث عام ٢٠٠٢م ص ٧٥-٨٨ . ومنشور على الموقع الالكتروني للمجلس وهو : http://www.e-cfr.org/index.shtml/article.php?sid=١١٤ .
(٣) شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد الزرقاء ، دار الغرب الإسلامي ، بلا تاريخ : ٣٦.

أولاً أن يتم اللجوء إلى حكمين مسلمين أحدهما من طرف الزوج والآخر من طرف الزوجة، وإن كان ذلك بغير رضا الزوج، كما قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[١] ، وللحكمين أن يفرقا بينهما عندما يتعذر الإصلاح ، فإن تعذر، وكانت الزوجة يمكنها المطالبة بفسخ النكاح في بلاد فيها قضاء إسلامي فعليها أن لا تتجاوز ذلك، وهذا في علمنا ممكن في بعض الحالات خصوصاً إذا كان الزواج مسجلاً في بلاد إسلامية، والزوجة يمكنها القيام بذلك في تلك البلاد ولو بالوكالة ، فإن لم يمكن ولم يكن أمام الزوجة إلا اللجوء إلى القضاء المدني في بلد إقامتها فلا مانع أن تلجأ إليه وإن كان القاضي ليس مسلماً، لأن إرغام الزوج على فسخ عقد النكاح لا يكون إلا من الحكمين أو ذي سلطان، ولما تعذر تحكيم حكمين وتعذر السلطان المسلم فلا مانع من أن يكون سلطاناً غير مسلم. وسبق للمجلس الأوربي قرار في ذلك في شأن تطليق القاضي غير المسلم "[٢] .

ويمكن العودة إلى قول الحنفية بأن قضاء القاضي ملزم ، وإن كان مخالفاً للحقيقة قياساً ، قالوا : العدة واجبة بالخلوة الصحيحة ظاهراً ، أما على الحقيقة لو تزوجت متيقنة بعدم الدخول حلَّ لها ديانة لا قضاء[٣] ، أقصد لو تحاكما إلى قاضٍ غير مسلم لزمها القضاء قضاء ، وأنه لم يلزمها ديانة على سبيل القياس .

واستدلوا على قولهم هذا بعدد من الأدلة ، منها :

١ . قوله تعالى ﴿ فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾[٤]

وجه الدلالة :

---

(١) سورة النساء : الآية ٣٤ .
(٢) نشرت الفتوى في موقع الإسلام أون لاين www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-Arabic-Ask_
(٣) ينظر : البحر الرائق : ١٦٦/٣ .
(٤) سورة النساء : من الآية ٣٤ .

إن الآية يجيز أن يكون الحكم غير مسلم ؛ لأن المرأة قد تكون من أهل الكتاب ، فيكون الحكم المختار من أهلها من أهل الكتاب ، وحيث أعطت الآية الأولوية لهذا الاختيار ، وهو فوق الجواز ، ولا يوجد ما يشير أو ينص على عدم ذلك ، أو يستثني هذه الحالة من التحكيم ، وهذا الأمر قد يستفاد منه ، وفي حال الضرورة فهو أصل معتبر في القرآن في الإشهاد على الوصية من غير المسلمين[١] .

٢ . قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[٢] .

وجه الدلالة :

إنّ عقد الزواج الذي تمّ بين الطرفين، إذا كان مستكملاً شروطه الشرعية الأساسية ، فهو ملزم للزوجين ؛ لأنه عقد يجب الإيفاء به[٣] .

ويؤيد هذا قوله(صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم) : ((إنّ أحقّ الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج))[٤] .

وقوله (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم) : ((المسلمون على شروطهم، إلاّ شرطاً حرّم حلالاً ، أو أحلّ حراماً))[٥] .

فإذا كان الشرع يبيح اشتراط كلّ من الزوجين ما يراه لنفسه إلاّ ما نصّ على إبطاله الكتاب أو السنّة، ويكون الشرط ملزماً شرعاً، فإنّ رضاهما بإجراء العقد وفق

---

(١) ينظر : التحكيم بالصلح : ١٦٦ .
(٢) سورة المائدة : من الآية ١ .
(٣) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٧.
(٤) صَحِيْح الْبُخَارِيّ ، لأبي عبدالله مُحَمَّد بن إسماعيل الْبُخَارِيّ الجعفي ، (ت ٢٥٦هـ) ، تحقيق : د . مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، ودار اليمامة ، بَيْرُوْت ، ط٣ ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م : ٢/٩٧٠ رقم(٢٥٧٢) من حديث عقبة بن عامر ـ رضي الله عنه ـ .
(٥) سُنَن التُّرْمِذِيّ ، لأبي عيسى مُحَمَّد بن عيسى التُّرْمِذِيّ السُّلَمِيّ ، (ت ٢٧٩هـ) ، تحقيق : أَحْمَد مُحَمَّد شاكر وآخرين ، دار إِحْيَاء التُرَاث العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ : ٣/ ٦٣٥ ، رقم (١٣٥٢) من حديث عمرو بن عوف المزني ـ رضي الله عنه ـ . قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح .

القوانين الأوروبية يعدّ التزاماً بهذه القوانين، وتعدّ مواد هذه القوانين كأنّها شروط ملحقة بالزواج، وتخضع بالتالي لأحكام الشروط في العقود[١] .

٣ . قوله (صلى الله عليه وسلم) ((يرفع لكلّ غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته ، فيقال: هذه غدرة فلان بن فلان)) [٢] .

وجه الدلالة :

إن مقتضى العقد أن يخضع الطرفان لحكم القاضي في التطليق، فإذا رفض أحدهما فقد غدر بصاحبه[٣] .

٤. ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية تجعل الطلاق أساساً بيد الرجل؛ لكنّها تجيز له أن يتنازل عن هذا الحق، ويفوّض زوجته أو غيرها بالطلاق[٤] .

---

(١) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٨ .
وهذا الرأي يتوافق مع قول الحنابلة . ينظر : الْمُغْنِي ، لمُوفَّق الدِّين عبدالله بن أَحْمَد بن أَحْمَد بن مُحَمَّد بن قُدَامَةَ المَقْدِسي ، (ت ٦٢٠هـ) ، دار الكِتَاب العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، ١٩٧٢م : ٧١/٧ ، والمُبْدِع فِي شَرْح المقنع ، لأبي إِسْحَاق إبْرَاهِيم بن مُحَمَّد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي (ت ٨٨٤ هـ) المكتب الإسْلامِيّ ، بَيْرُوْت ، ط١ ، ١٤٠٠هـ : ٨١/٧.

(٢) متفق عليه من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ . صَحِيْح الْبُخَارِيّ : ٢٦٠٣/٦ ، رقم (٦٦٩٤) ، و صَحِيْح مُسْلِم . لأبي الحسين مسلم بن الحجَّاج القُشَيْري النَّيْسابوري ، (ت ٢٦١هـ) تحقيق : مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي ، دار إحْيَاء التُرَاث العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ : ١٣٦١/٣ ، رقم (١٧٣٨) .

(٣) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٧.

(٤) ينظر : حاشية ابن عابدين : ٢ / ٢٧٥ ، ٤٨١ ، ٤٨٦ ، و حَاشِيَة الدُّسُوقي عَلَى الشَرْح الكَبِيْر ، لمُحَمَّد بن أَحْمَد بن عَرَفة الدُّسُوقي المالكي ، (ت ١٢٣٠هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عليش ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيْرُوْت ، بلا تاريخ : ٢ / ٤٠٦ ، ومغني المحتاج : ٣ / ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، وكشاف القناع : ٥ / ٢٥٦ .
يقول ابن تيمية : " وأصل العقود أنّ العبد لا يلزمه شيء إلاّ بالتزامه، أو بإلزام الشارع له، فما التزمه فهو ما عاهد عليه، فلا ينقض العهد ولا يغدر. وما أمره الشارع به فهو ممّا أوجب الله عليه أن يلتزمه وإن لم يلتزمه. ولهذا يذكر الله تعالى في كتابه هذا وهذا كقوله: { الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ (٢٠) وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ } [سورة الرعد : الآيتان ٢٠ ـ ٢١] . فما أمر الله به أن يوصل فهو إلزام من الله، وما عاهد عليه الإنسان فقد التزمه، فعليه أن يوفي بعهد الله، ولا ينقض الميثاق إذا لم يكن مخالفاً لكتاب الله . مَجْمُوْع الْفَتَاوَى ، لأبي العباس أَحْمَد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ،

فالطلاق ممّا يقبل الإنابة، فكما جاز له أن يوقعه، جاز أن ينيب عنه غيره في إيقاعه، سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أو شخصاً آخر، والقوانين الأوروبية إجمالاً تجعل الطلاق بيد القاضي. وعندما يجري الرجل المسلم عقد زواجه وفق هذه القوانين، فهو يعلن صراحة التزامه بها، ومن ذلك جعل الطلاق بيد القاضي، وهذا يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج وهو أمر جائز له[١] .

وإن هذا الزواج يتماشى مع القاعدة الفقهية (إنّ من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردود عليه)[٢] ، وحكم هذا القانون بجعل أمر الطلاق بيد القاضي لا يصادم نصاً شرعياً طالما أنّه يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء أن يفوّض الرجل الطلاق إلى من يريد، فهو بالتالي جائز شرعاً، وحين يتمّ الزواج وفق القوانين الأوروبية يصبح الطلاق تلقائياً بيد القاضي، وهو جائز شرعاً بتفويض الزوج، وجائز من باب أولى إذا اتفق عليه الزوجان، أو فرضه القانون الذي تراضى عليه الزوجان، وحين يوافق الرجل على إعطاء حقّ الطلاق للقاضي بمقتضى عقد زواجه الأوروبي، فلا يجوز له بعد ذلك أن يرفض حكم القاضي[٣] .

٥ . إن الزواج الذي يتم في بلد غير إسلامي يحتمل ضمناً اتفاق الزوجين على إعطاء القاضي هناك الحق الذي يعطيه الشرع للزوج في إيقاع الطلاق، وذلك من قبيل تفويض الرجل حق الطلاق إلى القاضي ، وليس للرجل بعد ذلك رفض هذا الحكم بحجة أنه لم يطلق طلاقاً شرعياً[٤] .

٦ . إنّ عقد الزواج يوجب على طرفيه التزامات ذكرت فيه، أو في قانون

(ت ٧٢٨هـ) ، جمع وترتيب : عبدالرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم العاصمي النَّجْدِي الحَنْبلي وساعده ابنه مُحَمَّد ، طبع بأمر الملك سُعود بن عبد الْعَزِيز آل سُعود على نفقته الخاصة ، مطابع الرياض ١٣٨١ ـ ١٣٨٣هـ : ٢٩ /٣٤١ .

(١) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٧ ، وحجية الأحكام : ١٥ .

(٢) ينظر : الدُّرِّ الْمُخْتَار ، لمُحَمَّد بن علي الملقَّب علاء الدِّين الْحَصْكَفِيِّ الدمشقي ، (ت ١٠٨٨هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، ط٢ ، ١٣٨٦هـ : ٤٢٨/٤ ، ومجلّة الأحكام العدلية : ٢٨ .

(٣) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٧ ، وحجية الأحكام : ١٥ .

(٤) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٦.

الأحوال الشخصية، وأنّ الحكم القضائي لا يصدر عادة إلاّ بناءً لطلب أحد الزوجين، وهو يعطي هذا الطرف حقاً، ويوجب على الآخر التزاماً، فإذا رفض هذا الطرف القيام بالتزاماته المحدّدة بالعقد أو بالقانون اختلّ التوازن بين طرفي العقد، وأصبح التزام الطرف الآخر أمراً غير مقبول في كلّ القوانين والأعراف ؛ لأنّه يناقض العدالة، ولذلك أعطت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الطرف الثاني حقّ طلب إلغاء العقد إذا تخلّف الطرف الأول عن تنفيذ التزاماته ، بل وشرعت له المطالبة بالتعويض. فإمّا أن يلتزم الطرفان بموجبات العقد، وإمّا أن يلغى العقد، أمّا أن يفرض أحد الطرفين على الآخر ما يريد بإرادته المنفردة ودون أن يقبل الطرف الآخر بذلك، فهذا ينافي مقتضى العقد، ويؤدّي إلى إلغائه، والعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين، وهو توافق إرادتين. وقد تمّ هذا التوافق على عقد زواج خاضع لقانون معيّن، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يرفض الخضوع لهذا القانون ؛ لأنّه عند ذلك يفرض على الطرف الآخر إرادته المنفردة، وهذا يناقض العقد ، فإذا طلبت الزوجة الطلاق وحكم به القاضي، فلا يجوز للزوج أن يتحجّج بأنّ طلاق القاضي غير شرعي، لأنّه بذلك يناقض العقد الذي تمّ على أساسه الزواج[١] .

٧ . إنّ رفض هذا الحكم من جهة الزوج بحجّة الشرع يؤدّي إلى تناقض خطير لا يقرّه شرع ولا عقل، إذ يظلّ عقد الزواج قائماً بالنسبة للرجل ومنحلاً بالنسبة للمرأة، ويفسح المجال أمام الرجل للتعسّف في استعمال حقّه بالطلاق بحيث يؤدّي إلى مضارّة المرأة ، وهو الأمر الذي منعه النصّ القرآني بوضوح: ﴿ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾[٢] ، بل يؤدّي إلى مناقضة الشرع نفسه الذي يعدّ الزواج عقداً مؤبّداً في الأصل ولكنّه قابل للانحلال، بينما يريد الرجل المتعسّف أن يحتفظ بالمرأة رغماً عنها حتّى وفاتها، طالما أنّه ليس هناك جهة شرعية قادرة على الحكم بالطلاق في زواج معقود وفق قانون أوروبي وبين طرفين أو أحدهما من جنسية أوروبية، فإذا

---

(١) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٧ ، وحجية الأحكام : ١٥ .
(٢) سورة الطلاق : من الآية ٦.

كان الحكم القضائي الأوروبي غير مقبول عنده، وليس هناك أيّة إمكانية لصدور حكم شرعي، فقد أصبح هذا الزواج غير قابل للفسخ إلاّ بوفاة أحد الزوجين، وهذا مخالف للأحكام الشرعية المتعلّقة بالزواج وبالعقود، وهو مخالف لمقتضى العقل وبديهيّات الأمور، وهو يؤدّي إلى ضرر كبير يلحق بالمرأة[١] .

وما تجدر الإشارة إليه أن الرملي أجاز تزويج القاضي غير المسلم[٢] .

وهذا الموقف هو الذي يبدو رجحانه لقوة أدلته ولموافقته فتاوى لجنة الإفتاء الأوربي ، وهي أدرى بمجريات الأمور بحكم معايشتها لواقع الحال .

الخاتمة

مما تقدم يتبين ما يأتي :

١. اتفق الفقهاء على وجوب كون القاضي مسلماً .
٢. إن دعاوى الطلاق جزء من الدعاوى القضائية التي يواجهها المسلم في البلاد الأجنبية ، وقبل مناقشة الموضوع ، يبدو لازماً معرفة رأي الفقهاء في قضاء الأجنبي أو غير المسلم .
٣. هناك ثلاثة مواقف من شرعية تفريق القاضي الأجنبي بين الزوجين:

الموقف الأول : هو الذي يجوّز وقوع التفريق وغيره من الأحكام.

---

(١) ينظر : حكم تطليق القاضي : ص ٧٩ ، وحجية الأحكام : ١٧ .
(٢) فتاوى الرملي ، لشهاب الدِّين أَحْمَد بن حمزة الأنصاري الرملي الشَّافِعِيّ ، (ت ٩٥٧هـ) ، المكتبة الإِسْلامِيّة ، بلا تاريخ : ٥٩/٢.

الموقف الثاني : وهو الذي لا يجوّز وقوع مثل هذا الطلاق.

الموقف الثالث : وهو الذي يجيز وقوع التفريق الصادر من القضاء الأجنبي في حال عقد النكاح في محاكم هذه الدول ، وهو الموقف هو الذي يبدو رجحانه لقوة أدلته ولموافقته فتاوى لجنة الإفتاء الأوربي ، وهي أدرى بمجريات الأمور بحكم معايشتها لواقع الحال .

وتعرض للزوجين الحالات الآتية :

١ . إذا كان الزوجان مسلمين فلا يجوز تحاكمهما إلى غير شرع الله مطلقاً ، ولله الحمد في ديننا بدائل كثيرة إذا لم يتوافر القاضي المسلم ، فقد عدّ عثمان وعلي وابن عباس والشعبي والنخعي ومالك والأوزاعي وإسحاق وقول للشافعي أن الحكم من أهله ، والحكم من أهلها قاضيين ، ولهما حق التطليق ، فلا ضرورة لهما في مراجعة القاضي غير المسلم حتى لو كان العقد في بلد الكفار ،وإذا لم يتيسر الحكمان فيرسلان بقضيتهما إلى محكمة في بلد إسلامي من بلاد الدنيا ويتحاكمان إلى شرع الله تبارك وتعالى .

٢ . أما إن كانت الزوجة كتابية واشترط في عقد الزواج بينهما أن القوامة للرجل ، أو لم يذكرا شيئاً يخالف الفطرة في كون القوامة للرجل ، فالقيادة له ، والتحاكم الى محكمة مسلمة في بلد إسلامي هو الواجب.

٣ . لو ذكرت الزوجة شرطاً في عقد الزواج ينص على أن مرجعهما هو محاكم أهل دينها في حال الخلاف ، فلا باس بالوفاء بالشرط، ولا أعتقد أن كثيراً من حالات الطلاق تستوجب في الإسلام الرجوع إلى القاضي إلا إذا رفض الزوج الطلاق ، ولدينا الخلع بديل شرعي لا يحتاج إلى قاضٍ .

والله ولي التوفيق .

وصلى الله على سيدنا مُحَمَّد على آله وصحبه وسلم

المصادر والمراجع

١. الأم ، لأبي عبدالله مُحَمَّد بن إدريس الشَّافِعِيّ ، (ت ٢٠٤هـ) ، دار المَعْرِفَة ، بَيْرُوْت ، ط٢ ، ١٣٩٣هـ .
٢. أَدَب القاضي (وهو قسم من كِتَاب الحاوي الكَبِيْر) ، لأبي الْحَسَن علي بن مُحَمَّد بن حبيب الماوَرْدي البَصْري الشَّافِعِيّ ، (ت ٤٥٠هـ) ، تحقيق : محيي هِلال السَّرْحان ، رئاسة دِيْوَان الأوقاف طبع الجزء الأول فِي مطبعة الإرشاد بَغْدَاد . ١٩٧١م .
٣. الْبَحْر الرَّائِق شَرْح كَنْز الدَّقَائِق ، لزَيْن الدين بن إبْرَاهِيم بن مُحَمَّد

بن مُحَمَّد بن بكر الشهير بابن نُجَيم ،(ت ٩٧٠ هـ) ، دار المَعْرِفَة ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ .

٤. تَاج العَرُوْس من جَوَاهِر الْقَامُوس ، لمحيي الدِّين أَبِي الْفَضْل مُحَمَّد مرتضى الحسيني الواسطي الْحَنَفِيّ الزُّبَيْدِيّ ، (ت ١٢٠٥هـ) ، مكتبة الحياة ، بَيْرُوْت ، (د . ت) .

٥. تَبْصرة الحُكَّام فِي أُصُول الأقضية ومناهج الأَحْكَام ، للقاضي برهان الدِّين إبْرَاهِيم بن علي بن أَبِي القاسم بن مُحَمَّد بن فَرْحُون المالكي المَدَني ، (ت ٧٩٩هـ) ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحَلَبي وأولاده ، مصر ، ط١ ، ١٩٥٨م .

٦. التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، للدكتور عبد الحميد الأحدب بحث منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون منشورات المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون ، معهد طرابلس الجامعي ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٠م .

٧. حَاشِيَة الدُّسُوقي عَلَى الشَرْح الكَبِيْر ، لمُحَمَّد بن أَحْمَد بن عَرَفة الدُّسُوقي المالكي ، (ت ١٢٣٠هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عليش ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيْرُوْت ، بلا تاريخ .

٨. حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية ، للقاضي الدكتور أشرف يحيى العمري ، ١٤٢٨ . ٢٠٠٧م ، بحث منشور على النت www.csjd.gov.jo/download/ashraf-al٣omari.doc

٩. حكم تطليق القاضي غير المسلم ، للشيخ مصطفى مولوي ، بحث منشور في العدد الأول من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث عام ٢٠٠٢م .

١٠. الحاوي الكَبِيْر ، للماوردي تحقيق : عادل أَحْمَد عبد الموجود ، وعلي مُحَمَّد معوض ، دار الكتب العلمية ، بَيْرُوْت . لَبْنَان ، ط١ ١٩٩٨م .
١١. الاخْتِيَارِ شَرْح المُخْتَار ، المسمى (الاخْتِيَارِ لتعليل المُخْتَار) ، لعبدالله بن محمود بن مَوْدود المَوُصِلي الْحَنَفِيّ ، (ت ٦٨٣هـ) ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحَلَبي وأولاده ، مصر ، ١٣٧٠هـ
١٢. دقائق أولي النهى شَرْح منتهى الإرادات ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، (ت ١٠٥١هـ) ، دار الكتب الأزهرية ، مصر بلا تاريخ .
١٣. الدُّرِّ الْمُخْتَار ، لمُحَمَّد بن علي الملقَّب علاء الدِّين الْحَصْكَفِيِّ الدمشقي ، (ت ١٠٨٨هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ط٢ ، ١٣٨٦هـ.
١٤. رَدّ المحتار عَلَى الدُّرِّ الْمُخْتَار شَرْح تَنْوِير الأَبْصَار المعروفة بـ(حَاشِيَة ابن عَابِدِينَ) ، للسيد مُحَمَّد أمين عَابِدِينَ بن السيد عُمَر عَابِدِينَ بن عبد الْعَزِيز الدَّمَشْقي الْحَنَفِيّ ، (ت ١٢٥٢هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، ط٢ ، ١٣٨٦هـ .
١٥. سُنَن البَيْهَقي الكُبرى ، لأبي بكْر أَحْمَد بن الحسين بن عَلِيّ بن موسى البَيْهَقي ، (ت ٤٥٨ هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عبد القادر عطا مَكْتَبَة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ . ١٩٩٤م .
١٦. سُنَن التُّرْمِذيّ ، لأبي عيسى مُحَمَّد بن عيسى التُّرْمِذيّ السُّلَمِيّ ، (ت ٢٧٩هـ) ، تحقيق : أَحْمَد مُحَمَّد شاكر وآخرين ، دار إِحْيَاء التُرَاث العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ .
١٧. الشَرْح الكَبِيْر ، لأبي البركات أَحْمَد بن مُحَمَّد بن أَحْمَد الدَّرْدِيْر العَدَوي المالكي ، (ت ١٢٠١هـ) ، تحقيق : مُحَمَّد عليش ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ .
١٨. شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد الزرقاء ، دار الغرب الإسلامي بلا تاريخ.

١٩. شروط القاضي بين الماضي والحاضر ، للدكتور ناصر بن زيد بن داود ، مقالات نشرت في جريدة العرب الاقتصادية الدولية ، العدد رقم ٥٠٠١ ، الموقع الاليكتروني الخاص بالجريدة www.aleqt.com .

٢٠. الشَرْح الصغير عَلَى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، لأَحْمَد بن مُحَمَّد الصَّاوِي المالكي الخَلْوَتي ، (ت ١٢٤١هـ) ، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الْحَدِيث : الدكتور مصطفى كمال وصفي ، مطبعة دار المعارف ، ط١ ، مصر ، ١٩٧٢ . ١٩٧٤م .

٢١. صَحِيْح الْبُخَارِيّ ، لأبي عبدالله مُحَمَّد بن إسماعيل الْبُخَارِيّ الجعفي (ت ٢٥٦هـ) ، تحقيق : د . مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ودار اليمامة ، بَيْرُوْت ، ط٣ ، ١٤٠٧هـ . ١٩٨٧م .

٢٢. صَحِيْح مُسْلِم . لأبي الحسين مسلم بن الحجَّاج القُشَيْري النَّيْسابوري (ت ٢٦١هـ) تحقيق : مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي ، دار إِحْيَاء التُرَاث العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ .

٢٣. غريب الحديث لأبي محمد عبد الله بنتنة ، مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ)المحقق: د. عبد الله الجبوري،الناشر: مطبعة العاني – بغداد ،الطبعة: الأولى، ١٣٩٧،عدد الأجزاء: ٣

٢٤. فتاوى الرملي ، لشهاب الدِّين أَحْمَد بن حمزة الأنصاري الرملي الشَّافِعِيّ ، (ت ٩٥٧هـ) ، المكتبة الإِسْلامِيّة ، بلا تاريخ .

٢٥. الْفِقْه الإِسْلامِيّ وأدلته ، للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ط٤ ، ١٩٩٧م .

٢٦. قرارت مجمع الفقه الاسلامي نقلاً عن حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد عثمان شبير ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد ٦١ ، لسنة ٢٠٠٥ ، الكويت .

٢٧. كَشَّاف القِنَاع عن مَتْن الإِقْنَاع ، لمنصور بن يونُس بن صلاح الدِّين ابن حسن بن أَحْمَد بن علي بن إدريس البُهُوتي الحَنْبلي ،(ت ١٠٥١ هـ) ، تحقيق : الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٢هـ .

٢٨. الموسوعة الفقهية الكويتية ،صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ،عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا،الطبعة: (من ١٤٠٤ – ١٤٢٧ هـ)،..الأجزاء ١ – ٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل – الكويت،..الأجزاء ٢٤ – ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر،..الأجزاء ٣٩ – ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة

٢٩. مَجَلَة الأَحْكَام الْعَدْلِيَّة ، إصدار جمعية المَجَلَة ، تحقيق : نجيب هواويني ، كارخانه تجارت كتب ، كراتشي ، تركيا ، بلا تاريخ .

٣٠. مُغْني الْمُحْتَاج إلى مَعْرِفَة مَعَانِي أَلْفَاظ الْمِنْهَاج ، لشمس الدِّين مُحَمَّد ابن أَحْمَد الشِّرْبِينِيّ القاهري الشَّافِعِيّ الْخَطِيب ، (ت ٩٧٧هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بَيْرُوْت ، بلا تاريخ .

٣١. الْمُغْنِي ، لمُوفَّق الدِّين عبدالله بن أَحْمَد بن أَحْمَد بن مُحَمَّد بن قُدَامَةَ المَقْدِسي ، (ت ٦٢٠هـ) ، دار الكِتَاب العَرَبِيّ ، بَيْرُوْت ، ١٩٧٢م .

٣٢. المُبْدِع فِي شَرْح المقنع ، لأبي إِسْحَاق إبْرَاهِيم بن مُحَمَّد بن عبدالله ابن مفلح الحنبلي (ت ٨٨٤ هـ) المكتب الإِسْلامِيّ ، بَيْرُوْت ، ط١ ، ١٤٠٠هـ .

٣٣. مَجْمُوْع الْفَتَاوَى ، لأبي العباس أَحْمَد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، (ت ٧٢٨هـ) ، جمع وترتيب : عبدالرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم العاصمي النَّجْدِي الحَنْبلي وساعده ابنه مُحَمَّد ، طبع بأمر الملك سُعود بن عبد الْعَزِيز آل سُعود على نفقته الخاصة ، مطابع الرياض ١٣٨١ . ١٣٨٣هـ .