تعديلات اقليم كردستان على قانون الاحوال الشخصية العراقي دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي (المادة ٣٤ انموذجا)

Doi: 10.23918/ilic2021.22

البروفسور
د. مصطفى محمد امين

المدرس المساعد
نجاح نايف لطيف

جامعة دهوك

المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله واله وصحبه ومن والاه

وبعد : ان الطلاق من اخطر الامور التي تضر بالمجتمع لانه الخطوة الاولى في هدم الاسرة ثم بعد ذلك هدم المجتمع و فصل قانون الاحوال الشخصية في كثير من مواده احكام الطلاق وفي بحثنا سنناقش فقط المادة ٣٤ ونصها هو : (اولا : الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعًا.

ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق)

وقد قامت حكومة الاقليم بتعديل المادة فاضافت بعض الكلمات على الفقرة (٢_٣) واضافت فقرة ثالثة وهي: ثالثا: لا يعقد بالطلاق الا بحضور شاهدين عدلين حين الايقاع او الاقرار به امامهما او امام القاضي

وفي بحثنا سنناقش هذا التعديل .

أهداف البحث:

هدفنا هو تسليط الضوء على التعديل الذي قامت حكومة الاقليم في تشريع القانون رقم (١٥) سنة (٢٠٠٨) المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي المعمول به في إقليم كوردستان – العراق حيث تم تعديل المادة وتم تعريف الطلاق في الفقرة الأولى من المادة (١٣) بما يلي : (الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت أو فوضت به أو من القاضي) فتم اضافة (دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة) وفي الفقرة ثانيا ونصها (لا يعقد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق ما لم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين) فتم اضافة (ما لم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين) وتم اضافة فقرة ذلك تتعلق بوجوب الاشهاد على الطلاق .

أهمية الموضوع : تكمن اهمية البحث بكونه يناقش اخطر شيء على بيت الزوجية وهو الطلاق .

خطة البحث: قسمنا بحثنا الى ثلاث مباحث وكل مبحث الى مطلبين ، تطرقنا في المبحث الاول الى مفهوم الطلاق شرعا وقانونا وناقشنا تعديل الفقرة الاولى للمادة (٣٤)

والمبحث الثاني تطرقنا الى وكالة غير الزوجة بالطلاق وناقشنا تعديل الفقرة الثانية من نفس المادة ،وفي المبحث الثالث تطرقنا الى الشهود في الطلاق ثم ختمنا بحثنا باهم النتائج التي توصلنا اليها .

المبحث الأول : مفهوم الطلاق شرعا وقانونا وتعديل الفقرة الاولى للمادة (٣٤)

المطلب الاول : تعريف الطلاق

تعريف الطلاق لغة : فالطلاق لغة حل القيد والترك، وهو مشتق من الإطلاق، وهو الإرسال والتخلية، يقال طلقت القوم أي تركتهم، ويقال: فلان طليق اليد بالخير – أي كثير العطاء والبذل، وأطلق الأسير، أي خلي سبيله [١]، إذن، هو رفع القيد مطلقاً، سواء أكان حسيا أم معنويا.

اما تعريف الطلاق اصطلاحا :

عرف الفقهاء الطلاق بتعريفات عدة كلها تدور حول معنى واحد للتعريف وهو : حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المال ، ويكون هذا الحل بإيقاع الزوج الطلاق على زوجته سواء استكمل الطلقات الثلاث أو أوقع بعضها بالطلاق الرجعي، فهو تحريم بعد تحليل كما أن النكاح تحليل بعد تحريم.

اما تعريف الطلاق قانونا :

عرف المشرع العراقي الطلاق في المادة (٣٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) بأنه: (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً)

ونستنتج من هذا التعريف ان المشرع العراقي اراد بهذا التعريف ما يلي :

١- لا يقع الطلاق إلا بصيغة صريحة تدل على الطلاق شرعاً وقانوناً والصيغة الصريحة هي الطلاق باي لغة كانت .

٢- ان الفقهاء ذكروا نوعا من الطلاق وهو الطلاق الكنائي ، أي ان يستعمل الزوج او من يقوم مقامه صيغة تدول على وجود مشكلة بين الزوجين ويقول اني قصدت بذلك الطلاق مثل (اذهبي الى بيت اهلك ولا ترجعي او لا اريدك زوجة لي بعد اليوم) فالقانون لم يعترف القانون بالطلاق الكنائي وهو ماذهب اليه الظاهرية.

٣- صاحب الحق بالطلاق هم ثلاثة : الزوج او الزوجة ان وكلت او فوضت او القاضي.

---

[١] أحمد بن فارس بن زكريا (أبو الحسين)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، ، دار الفكر، دون مكان النشر، ١٩٧٩، ٢٠٤/٢؛ محمد عبدالرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط١، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٤١٠ هـ ، ٤٨٤/١.

أما بالرجوع الى قانون رقم (١٥) سنة (٢٠٠٨) قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل في إقليم كوردستان – العراق، فقد تم تعديل المادة وتم تعريف الطلاق في الفقرة الأولى من المادة (١٣) بما يلي : (الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت أو فوضت به أو من القاضي).

المطلب الثاني: تعديل الفقرة الاولى للمادة (٣٤)

ان التعديل الذي جرى على المادة هو اضافة (دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة)

فالسؤال هل هذه ال (٧) كلمات كانت ضرورية لتعديل القانون وماهي الفائدة منها ؟

نرى بأنه المشرع لم يكن موفقا في اضافة (دون التقيد بصيغة معينة) لان المشرع نفسه لا يجيز النكاح الا بصيغة الانكاح او التزويج فقد نصت المادة الرابعة على (ينعقد الزواج بإيجاب -يفيده لغة أو عرفاً- من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه) بل ان المادة السادسة اكدت عل الصيغة فذكرت ان :

المادة السادسة: ١. لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي :

أ- إتحاد مجلس الإيجاب والقبول

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج .

ج- موافقة القبول للإيجاب.

والمعمول به في محاكم العراق بجميع محافظاته هو استخدام لفظة الزواج او الانكاح من قبل العاقدين ويجوز في بعض الاحيان استخدام اللغة الكردية او التركمانية لمن لا يفهم العربية لكن بالصيغة الصريحة بتلك اللغة التي لا يفهم منها الا النكاح حصرا .

و غالبية التعاريف التي ذكرها جمهور الفقهاء تشير الى أن الطلاق ينبغي أن يكون بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه ولذلك ينبغي على المشرع ان يترك التعريف السابق كما هو ونصه (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرع)

اما الاضافة الاخرى التي اضافها المشرع الكردستاني في نفس المادة وهي (دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة) فإضافة (او لغة معينة) فبراينا ان هذه الاضافة صحيحة وموفقة ، بل نقترح ان تضاف في المادة السادسة التي كانت مخصصة لعقد الزواج وصيغته فبدلا من عبارة (سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج) المذكورة في الفقرة (ب) فنرى ان تكون الصيغة كالاتي (سماع كل من العاقدين كلام الآخر وباي لغة كانت يفهم منها عقد الزواج)

اما تعريف الطلاق في بعض قوانين الدول الاسلامية فكما يلي :

القانون الجزائري : نصت المادة (٤٨) من قانون الأسرة حيث نصت : (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين ٥٣- ٥٤ من هذا القانون)

اما المغربي: في المادة (٧٨) حيث نصت: (الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء)[١].

اما اللبناني : الطلاق بمفهوم قوانين الأحوال الشخصية السنية والشيعية فقد مصت المادة (٤٥) (هو حق الزوج الدائم والمطلق بإنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة ودون سبب وخارج المحكمة).

اما القانون المصري : تعرفه المحكمة الدستورية العليا في الحكم في الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية"، جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٦. بأنه هو من فرق النكاح التي ينحلّ الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص صريحاً كان أم كناية.[٢].

فائدة : ورد في تعريف الطلاق كلمتان وهما تفويض او توكيل الزوجة بالطلاق فقد نصت المادة على (بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت أو فوضت به)

وللفقهاء في تعريف تفويض الزوجة بالطلاق عدة تعريفات ونلخصها بما يلي :

عرف الأحناف التفويض : بانه (للمرأة ان تملك الطلاق من زوجها بأمر زوجها) [٣].

اما المالكية فقد عرفوه ب (إن فوض الزوج الطلاق أي فوض إيقاع الطلاق الذي هو حقه الى الزوجة) [٤].

اما الشافعية: فقد ذكروا بان للرجل أن يفوض زوجته: ومعناه تملكها الطلاق، أي للزوج تفويض الطلاق لزوجته منجزا صريحا كان أو كناية وهو تمليك [٥].

اما الحنابلة فقد عرفوا التفويض بأنه توكيل الزوجة في إيقاع طلاق نفسها بنفسها [٦].

اذن كل تعريف الفقهاء الاربعة تدل على جعل الزوج طلاق زوجته بيدها .

اما لفظه (ان وكلت)

---

[١] ينظر في المادة(٧٨) من مدونة الأسرة المغربية رقم (٦٣ – ٧٠) سنة ٢٠٠٤ المعدل. وينظر قرارات المحكمة الدستورية المصرية

[٢] الأمر رقم (٠٥-٠٢) المؤرخ في (٢٧) فبراير (٢٠٠٥) يعدل ويتتم القانون رقم (٨٤-١١) المؤرخ في (٩)يونيو(١٩٨٤) المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد(١٥) بتاريخ (٢٧) فبراير (٢٠٠٥).

[٣] زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بـ (إبن نجم المصري الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتب الإسلامي، دون تاريخ النشر، ٣٣٥/٣.

[٤] شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون تاريخ النشر ٤٠٥/٢.

[٥] بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، ج٣، دار المنهاج للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠١١، ص٢٢٥.

[٦] منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢، ٢٥٤/٥.

فالوكالة لها عدة تعريفات للفقهاء لكنها كلها تعطى معنى واحد وهي : (استنابة جائز التصرف مثله في تصرف معلوم ليفعله شخص آخر في حياته)، [1].

ومقصد المشرع العراقي في ذكر الوكالة هنا هو : إنابة الزوج زوجته أو غيرها في إيقاع الطلاق ، لكن ينبغي ان نعرف أن كلاً منهما لا يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق، بل يظل على الأصل مالكا له، ومن ثم فله أن يوقعه بعد التفويض والتوكيل كما كان له الحق فيه قبله، ذلك أن ملكية الطلاق أثر من آثار الزواج فما دام أن الزواج قائم فإن حقه في الطلاق يستمر موجودا ولو كان فوض به أو وكله إليه الغير لأن الغرض من التفويض والتوكيل الى الغير وبالذات الزوجة هو إعطاؤها الحرية في الرابطة الزوجية وبث الاطمئنان في نفسها بأن يكون في وسعها الخلاص من زوجها وليس الغرض منه سلب حق الزوج في الطلاق.

لكن السؤال هو هل يجوز توكيل غير الزوجة في الطلاق ؟ هذا ما سنجيب عنه في المبحث الثاني .

المبحث الثاني : وكالة غير الزوجة بالطلاق

المطلب الاول : الوكالة في الطلاق شرعا

ان قانون الاحوال الشخصية في مادته ٣٤ عرّف الطلاق ونص على (اولا : الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي ، ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعًا).

ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق) وعندما جاءت حكومة الاقليم وقامت بتعديل بعض الكلمات في المادتين ، وقد ذكرنا في المبحث الاول الفقرة (اولا) وفي هذا المبحث سنتطرق الى الفقرة (ثانيا) وللتفصيل في الكلام في الفقرة فنقول :

١. نصت الفقرة الاولى على جواز توكيل الزوجة بطلاق نفسها من زوجها .
٢. نصت الفقرة الثانية الى عدم جواز ان يوكل الزوج احد بطلاق زوجته .
٣. قامت حكومة الاقليم بتعديل الفقرة الثانية بإضافة بعض الكلمات وكالاتي :

النص قبل تعديل حكومة الاقليم (ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق).

اما النص بعد التعديل فاصبح كالاتي (ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق ما لم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين) .

وللتفصيل في الكلام عن هذه الفقرة وتعديلها فنقول :

من الناحية الشرعية هل يجوز توكيل غير الزوجة بالطلاق ؟

نقول : من المعروف أن الطّلاق هو انهاء العلاقة الزّوجية، ومن المعروف أن الإسلام اقر مبدأ الوكالة، ويحق لأي انسان ان يوكل غيره بالقيام بعمل ما بدلاً عنه، لكن هل هذا مشروع في الطّلاق ام لا. هنا اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : ذهب ابن حزم الى عدم صحة الوكالة في الطّلاق فهو يقول "ولا يجوز الوكالة في الطّلاق [2].

واستدل ابن حزم بعدة أدلة وهي :

١- قوله تعالى (وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا) سورة الانعام الآية ١٦٣.

قال إبن حزم : فلا يجوز عمل احدٍ عن احد إلا حيث اجازه القرآن او السنة الثّابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز كلام احد عن كلام غيره – من حيث اجازه القرآن وسنة عن رسول الله ولم يأت في طلاق احد عن احد بتوكيله اياه قرآن ولا سنة، فهو باطل.

٢- قوله تعالى (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ) سورة الاحزاب الآية ٣٦ .

قال إبن حزم : الكل متفقون على انه لا يجوز ان يظاهر احد عن احد ولا ان يلاعن احد عن احد، ولا ان يوالي احد بدلاً عن احد، فلماذا المخالفون لنا لا يقيسون الطّلاق على الايلاء والظهار واللعان، فلا خيار لأحد في خلاف ما جاء به النّص، وما نعلم اجاز التوكيل في الطّلاق احد من المتقدمين إلا ابراهيم النّخعي ، والحسن البصري .

الرأي الثّاني :

ذهب جمهور الفقهاء واهل المذاهب الاربعة الى جواز التوكيل في الطّلاق [3].

وأما دليل الجمهور فهو أن الوكالة جائزة شرعاً، والأصل أن ما يجوز ان يتصرفه المكلف يجوز ان يوكل غيره إلا ما اخرجه الدليل عن هذا الأصل استثناءاً، ولا يوجد دليل يمنع ان يوكل الرجل غيره بطلاق زوجته فالوكالة جائزة اذن.

التّرجيح :

---

[1] محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي(المتوفى: ١٢٥٢هـ) ، رد المحتار على الدر المختار الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، ط٢، ٥١٠/٥. شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق: زكريات عميرات،ج٧، دار العالم للكتب، دون مكان النشر، ٢٠٠٣، ص١٦٠ ، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ص٢٣١ مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، غاية المنتهي في جمع الإقناع و المنتهى، تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعي ورائد يوسف الرومي، ط١، مؤسسة غراس للنشر، كويت، ٢٠٠٧، ٦٦٥/١.

[2] ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) الظاهري ، المحلى بالآثار الناشر: دار الفكر - بيروت ٩ / ٤٥٣.

[3] رد المحتار على الدر المختار ٤ / ٤٨١، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٠٦، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) المغني لإبن قدامة الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ٥ / ٧٥، أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ) ، اعانة الطالبين :إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين) الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ٤ / ٢٠.

راجعت كتب المذاهب الاربعة، فلم اجد احداً استدل للجواز بنص من قرآن اوسنة او حتّى اثر عن صحابي، واقتصر دليلهم فقط على القواعد الاصولية والفقهية التي تجيز الوكالة في كل شيء ما لم يرد دليل يمنع ذلك، ولكن مع هذا رجح الدكتور الزلمي، والدكتور عبد الكريم زيدان، وكذلك الاستاذ نظام الدين عبد الحميد، رأي الجمهور فأجازوا الوكالة في الطّلاق ونقل الدكتور عبد الكريم زيدان عن الاستاذ علي الخفيف قوله : - رداً على إبن حزم – ولست ارى ان الطّلاق كالظهار او كاللعان والايلاء، فالإيلاء واللعان أيمان ولا تجوز النّيابة في الايمان اتفاقاً، اذ لا يصح ان يقسم شخص بالنّيابة عن اخر، أما الظهار فالأقدام عليه جريمة، لأنه باطل من القول وزوراً فلا تجوز الوكالة فيه.

ثم رد ايضاً د. عبد الكريم زيدان على إبن حزم فقال "وأما قول إبن حزم – وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطّلاق، فانه خاطب به الازواج لا غيرهم، فلا يجوز ان ينوب غيرهم عنهم، لا بالوكالة ولا بغيرها – فقال الدكتور عبد الكريم : الجواب عن كلام إبن حزم ان يقال: انهم خوطبوا به، لانهم يملكون حق الطّلاق عن طريق التوكيل فيه، والوكيل مستمد ولايته في ايقاع الطّلاق عن طريق التوكيل من الزّوج، ثم إن المصلحة قد تقضي بإيقاع الطّلاق عن طريق الوكالة، كما لو كان الزّوج غائباً ووجود مبرر شرعي لتطليقها وهو غائب، فلا سبيل الى تطليقها في هذه الحالة إلا عن طريق الوكالة، بان يوكل احداً فيه"[١].

اذن لا يوجد نص صريح من الكتاب والسنة ينص او يشير الى جواز الوكالة في الطّلاق كما قال إبن حزم ،لكن القواعد العامة تجيز ذلك وفي راينا ان الراجح الاخذ براي ان حزم وخصوصا ان القضاء العراقي اخذ برايه ورجحه .

المطلب الثاني: الوكالة في الطلاق قانونا

ان المشرع العراقي فقد منع توكيل غير الزوجة في الطلاق فقد نصت المادة ٣٤ على : (لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق)[٢] ، بحيث منع المشرع بموجب هذه الفقرة الوكالة في إيقاع الطلاق لغير الزوجة، كما منع الوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم أخذاً بمذهب الظاهرية، وذلك لسببين: أولهما: أن الزوجين هما أدرى بخلافأتهما من غيرهما، أما ثانيهما: أن لقائهما في تلك الإجراءات وجها لوجه دون الوكلاء أكثر من مرة قد يؤدي الى تصالحهما.

وأما موقف المشرع الكردستاني في تعديلاته لسنة (٢٠٠٨) على المادة السابقة الذكر فنجد أنه قيد هذا المنع بإمكانية الزوجين من الحضور، أما إذا كان هناك مانع من حضور أحدهما ككونه في بلد آخر، أو مصابا بمرض يمنعه من الحضور جاز التوكيل، حيث نصت على: (لا يعقد الوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق ما لم يكن هناك مانع من حضور أحد الزوجين) ((٣))، ويؤخذ من عبارة (من حضور أحد الزوجين) أنه لا يجوز أن يتولى أمر الطرفين وكيلان في آن واحد ولابد أن يكون أحدهما أصيلا.

ولدى مقارنة قانون الاحوال الشخصية مع بعض القوانين الاخرى وحتى بعد تعديل اقليم كردستان نجد ان بعض القوانين سمحت بالتوكيل في الطلاق حتى لغير الزوجة فمثلا المشرع السوري[٤]، البحريني[٥]، السوداني[٦]، العماني[٧]، الكويتي[٨]، والإماراتي[٩]، لم يمنعوا طلاق الوكيل تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية ورأي غالبية الفقهاء المسلمين. بينما نرى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على الرغم من سكوته في مسألة طلاق الوكيل، فقد بين أن للزوج والزوجة فقط حق الطلاق وفق المادة (٤٨) من القانون المذكور، مما يعني عدم قبول طلاق الوكيل وفق المشرع الجزائري أو قد يستدعي ذلك الرجوع الى المذهب المالكي.[١٠]

كما أن المشرع المغربي يتفق مع المشرع الجزائري في عدم الإشارة الى مسألة طلاق الوكيل ولم ينص على حكمه، بحيث يستوجب هذا الرجوع الى المذهب المالك[١١]، ووفق هذا المذهب يمكن للزوج أن يوكل غيره ليقوم مقامه في إيقاع الطلاق[١٢]، أما فيما يخص تفويض الطلاق ففي هذا القانون أشار المشرع الى أن الطلاق حق يمارسه الزوج والزوجة متى ما ملكها زوجها

---

[١] انظر – د مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون: الطبعة الاولى، ٢٠١١م، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢ / ٩٢ – ٩٣، د عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤١٣-١٩٩٣، مؤسسة الرسالة بيروت، ٨ / ٣٩٣.

[٢] نصت المادة الملغاة: ((المادة(٣٤) – الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو وكيله، أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي...)). الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد (٢٧٩٥) السنة (٢٢/ أيلول ١٩٨٠).

[٣] المادة (١٣) الفقرة (٢) من قانون رقم(١٥) لسنة (٢٠٠٨) في أقليم كوردستان – العراق المعدل لقانون الأحوال الشخصية العراقي.

[٤] ينظر المادة (٨٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

[٥] ينظر المادة (٨٣) من قانون الأسرة في مملكة البحرين.

[٦] ينظر المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني.

[٧] ينظر المادة (٨٢) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين العماني.

[٨] ينظر المادة (١٠٦) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

[٩] ينظر المادة (١٠٠) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[١٠] من المعلوم أن المشرع الجزائري في قانون الاسرة الجزائري قد صرح في المادة (٢٢٢) من قانون المذكور استناد الى مصادر الشريعة الاسلامي، بما فيه الاجتهاد المذاهب الفقهية المتعددة والتي تنص : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية)، ولكن مع هذا لا يمكن إنكار تأثير المذهب المالكي من خلال تتبع وتأصيل وتحليل التي أدرجها المشرع ضمن قانون الأسرة ، والتي من خلالها تتبين بصمة الفقه المالكي عليها. للمزيد من تفصيل راجع: مسعودان حكيمة وحمادي خديجة، أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الاسرة الجزائري، رسالة الماجستير في حقوق مقدمة الى جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية ، جزائر، ٢٠١٩، ص١ وما بعدها.

[١١] ينظر المادة (٤٠٠) من مدونة الاسرة المغربي حيث تنص على : (كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه الى مذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق الاسلام في العدل و المساواة والمعاشرو بالمعروف).

[١٢] ينظر: عرفة محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: ٨٠٣ هـ) المختصر الفقهي لابن المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م عدد الأجزاء: ١٠ ط١ ٤/ ٢٥٠.

هذا الحق [1] ، ويفهم من هذا أن المشرع حصر حق ممارسة الطلاق في الزوج والزوجة فقط إذا تم تفويضها ولم يشر الى تفويض الأجنبي.

ونرى بان المشرع الكردستاني كان موفقا في اضافة هذه الفقرة وحسنا فعل.

المبحث الثالث : الاشهاد على الطلاق

المطلب الاول : الاشهاد على الطلاق شرعا

الإشهاد في اللغة: فعل متعد بالهمزة، فيقال: أشهدته الشيء وشهدت على الرجل بكذا وشهدت له به، والشهادة من الفعل شهد لها عدة معانٍ، منها: الخبر اما الإشهاد في الاصطلاح : عرف الإشهاد بأنه: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس[2].

اختلف العلماء في حكم الطلاق اذا وقع فهل يشترط له شهود ام لا ؟ اي بمعنى انه يقع ام لا ؟ الى قولين :

الراي الاول : وجوب الاشهاد على الطلاق ، فاذا طلق رجل زوجته ولم يكن هناك شهود حين الايقاع فان طلاقه لا يقع ، وممن قال بذلك الشافعي في القول القديم والظاهرية وبه قال علي وابن عباس وعمران بن حصين رضي الله عنهم وعطاء وابن جريج وابن سرين. وقد مال إلى هذا الرأي بعض المعاصرين منهم الشيخ الطاهر بن عاشور والشيخ أحمد شاكر والشيخ علي الخفيف والشيخ مصطفى الزرقا والدكتور محمد يوسف موسى والشيخ محمد الغزالي مراعاة للمصلحة في تضييق دائرة الطلاق[3] .

واستدلوا بما يلي :

_ قوله سبحانه في سورة الطلاق (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا ،وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا) سورة الطلاق اية ٢_٣

وصح عن عمران بن حصين رضي الله عنه، فقد سئِلَ عن رجلٍ يطلِّقُ امرأتَه ،ثُم يقَع بِها ولَم يشْهِد علَى طَلَاقِها، ولَا علَى رجعتِها، فَقَالَ عِمران: طَلَّقْتَ بِغَيرِ سنَّةٍ، وراجعتَ بِغَيرِ سنَّةٍ، أشهد على طَلَاقِها، وعلَى رجعتِها [4].

الراي الثاني :

ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأن الطلاق من حقوق الرجل ولا يحتاج إلى بينة كي يباشر حقه ولم يرد عن النبي ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية وجوب الإشهاد.

المناقشة والترجيح

ان راي الجمهور مستند على دليل واحد وهو انه لم يرد نص صريح على وجوب الاشهاد ، فالطلاق يقع بمجرد ان يقول الرجل لزوجته سواء اكانت موجودة ام لا ، وعلمت بكلام زوجها ام لا ، (زوجتي طالق) ،

اقول :

اولا: الآيات التي تذكر الطلاق والشهود هي في سور الطلاق الآية الاولى والثانية ونص الآيتان هو :(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا(١) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا) اذن هناك نص على الاشهاد لكن هل هو على الرجعة فقط او على الطلاق والرجعة ؟ .

ثانيا : الناظر في كتب المفسرين من اهل السنة والجماعة يجد ما يلي :

_ ابن كثير: كان عطاء يقول: {وَأَشْهِدُوا..} لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا رجاع إلا شاهدا عدل، كما قال الله، عز وجل ، وقوله: {ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ } أي : هذا الذي أمرناكم به من الإشهاد وإقامة الشهادة ، إنما يأتمر به من يؤمن بالله وأنه شرع هذا ومن يخاف عقابه في الدار الآخرة.

_ تفسير البغوي: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} على الرجعة والفراق. أمر بالإشهاد على الرجعة وعلى الطلاق. {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ}

_ الطبري: عن ابن عباس، قال: إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها ، أشهد رجلين كما قال الله(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) عند الطلاق وعند المراجعة.

---

[1] ينظر المادة (٧٨) من مدونة الأسرة المغربي. وينظرالمزيد من التفصيل في رسالة ماجستير المعنونة أحكام إيقاع الطلاق من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون وهي رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة دهوك من قبل أواز جعفر شعبان موسى .

[2] محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر، لسان العرب: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ ، ٣/ ٢٣٨ و محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) ، تاج العروس من جواهر القاموس المحقق: مجموعة من المحققين الناشر: دار الهداية ١/ ٢٠٦ ، ومجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (المتوفى: ٨١٧هـ) ، القاموس المحيط تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ١ / ٢٨٨ واحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)المصباح المنير في غريب الشرح الكبير الناشر: المكتبة العلمية - بيروت ٥/. ٨٩وابن الهمام، _ و كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) ، فتح القدير الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ٧/ ٣٦٤ والدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤

[3] الشربيني، مغني المحتاج /٣ ٢٧٩ ،ابن حزم، المحلى ١٠ /٢٥١: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى : ١٣٩٣هـ) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد الناشر : الدار التونسية للنشر - تونس سنة النشر: ١٩٨٤ هـ ٢٨ /٣٠٩

[4] أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع، ولا يشهد، الحديث برقم ٢١٨٦ ، وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب الرجعة، الحديث برقم ٢٠٢٥ .

قال السمعاني في تفسيره : " قوله: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} فيه ثلاثة أقوال :
أحدها: أن الإشهاد واجب في الطلاق والرجعة بظاهر الآية.
والقول الثاني: أن الإشهاد يجب في الرجعة ولا يجب في المفارقة وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه وهو قول طاووس من التابعين.
والقول (الثالث) : أنه يندب إلى الإشهاد في الرجعة، ولا يجب، وعليه أكثر أهل العلم، وهو قول آخر الشافعي رحمه الله عليه "
اذن الظاهر من سياق الآيات أن الأمر عائد على الطلاق و الرجعة معاً ، بل إن السورة بأكملها باسم الطلاق ، فهي بيان لأحكامه و مسائله . ولا يضر أن يكون الأمر بالإشهاد عائد على الأمرين معاً.
قال الثعلبي في تفسيره :" وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ على الرجعة والفراق
قال الواحدي في تفسيره :" على الرَّجعة أو الفراق"
قال البغوي في تفسيره : " على الرجعة والفراق. أمر بالإشهاد على الرجعة وعلى الطلاق"
قال الزمخشري (وَأَشْهِدُوا) : يعنى عند الرجعة والفرقة جميعا"
قال ابن الجوزي :" قال المفسرون: أشهدوا على الطلاق، أو المراجعة"
قال البقاعي في نظم الدرر: {وأشهدوا} أي على المراجعة أو المفارقة {ذوي عدل} أي مكلفين حرين ثقتين يقظين {منكم} أي مسلمين وهو أمر إرشاد مندوب إليه"
قال السيوطي : عند الطلاق وعند المراجعة"
قال أبو السعود في تفسيره :" عند الرجعةِ والفرقة قطعا للتنازع وهذ أمرُ ندبٍ"
قال الألوسي في روح المعاني : " وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ عند الرجعة إن اخترتموها أو الفرقة إن اخترتموها تبريا عن الريبة وقطعا للنزاع، وهذا أمر ندب"
قال السعدي : { وَأَشْهِدُوا} على طلاقها ورجعتها {ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} أي: رجلين مسلمين عدلين، لأن في الإشهاد المذكور، سدًا لباب المخاصمة، وكتمان كل منهما ما يلزمه بيانه وأشهدوا ذوي عدل منكم ظاهر وقوع هذا الأمر بعد ذكر الإمساك أو الفراق، أنه راجع إلى كليهما لأن الإشهاد جعل تتمة للمأمور به في معنى الشرط للإمساك أو الفراق لأن هذا العطف يشبه القيد وإن لم يكن قيدا وشأن الشروط الواردة بعد جمل أن تعود إلى جميعها. [1]
نقول : ظاهر صيغة الأمر الدلالة على الوجوب فيتركب من هذين أن يكون الإشهاد على المراجعة وعلى الطلاق واجبا على الأزواج وهو ما نرجحه .
وقد قال العلامة الشيخ أحمد شاكر:
الظاهر من سياق الآيتين أن قوله تعالى { وَأَشْهِدُوا } راجع إلى الطلاق و إلى الرجعة معا و الأمر للوجوب ، لأنه مدلوله الحقيقي ، و لا ينصرف إلى غير الوجوب - كالندب- إلا بقرينة ، و القرينة هنا تصرفه عن الوجوب . بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب : لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل - وهو أحد طرفي العقد – وحده . سواء أوافقته المرأة أم لا ، كما أوضحنا ذلك مراراً ، وتترتب عليه حقوق للرجل قبل المرأة ، وحقوق للمرأة قبل الرجل ، وكذلك الرجعة ، ويخشى فيهما الإنكار من أحدهما ، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد ، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر . فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به ، ومن أشهد على الرجعة فكذلك ، ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له فوقع عمله باطلا لا يترتب عليه أي أثر من آثاره.
وهذا الذي اخترناه هو قول ابن عباس . فقد روى عنه الطبري في التفسير[2]

---

[1] ينظر ، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ) تفسير القرآن المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم الناشر: دار الوطن، الرياض - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م ٥ / ٤٦١ ، و أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (المتوفى: ٤٢٧هـ) الكشف والبيان عن تفسير القرآن تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٢٢، هـ - ٢٠٠٢ م ٩ / ٣٣٥ و أبي الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: ٤٦٨هـ) الوسيط في تفسير القرآن المجيد تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس قدمه الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ١/ ١٠٧ وأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ :٤/٥٥٥، و جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ) زاد المسير في علم التفسير المحقق: عبد الرزاق المهدي الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ ٤/ ٢٩٧ ، إبراهيم بن عمر بن حسن الرباط بن علي بن أبي بكر البقاعي (المتوفى: ٨٨٥هـ) نظم الدرر في تناسب الآيات والسور الناشر: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة , ٢٠ / ١٤٨ وعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) الدر المنثور الناشر: دار الفكر – بيروت ٨/١٩٣ و أبي السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى (المتوفى: ٩٨٢هـ) تفسير أبي السعود = إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ٨/ ٢٦١ ، و شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني المحقق: علي عبد الباري عطية الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ ١٤/ ٣٣٠ ، وعبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ -٢٠٠٠ م ص ٨٦٩ والتحرير و التنوير ٢٨/٣٠٩

[2] محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ) جامع البيان في تأويل القرآن المحقق: أحمد محمد شاكر الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ٨/ ٢٨

قال : " إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين ، كما قال تعالى(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) عند الطلاق وعند الرجعة[1] "

وقال ابن حزم في المحلى : " فإن راجع و لم يشهد فليس مراجعا لقول الله تعالى { فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ } ولم يُفرق عز وجل بين المراجعة و الطلاق والإشهاد ، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض ، وكل من طلق ولم يشهد ذوى عدل ، أو رجع ولم يشهد ذوى عدل : - متعديا لحدود الله تعالى ، وقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد[2] "فإن قال قائل أن الإجماع قد نقل على خلاف هذا ؟

يقال : هذا إجماع مدعى ! وكم من إجماع سيق بدون بينة ولا برهان ، وبرهان ذلك : عن جعفر بن سليمان الضبعى عن يزيد الرشك عن مطرف بن عبد الله بن الشخير: " أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها فقال " :طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة , أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد[3]

فدعوى الاجماع غير صحيحة لمخالفتها لنص الحديث ولأقوال بعض الصحابة والتابعين ولكثير من المفسرين كما ذكرت بعضهم.

فإن قيل لِمَ لم يقس هذا على الإشهاد في البيوع و حكمه ؟

يقال : " قياس الطلاق والرجعة على البيع يقدح فيه بوجود فارق معتبر وهو خطر الطلاق والمراجعة وأهمية ما يترتب عليهما من الخصومات بين الأنساب. وما في البيوعات مما يغني عن الإشهاد وهو التقايض في الأعواض فأين الطلاق من البيع ؟ بل بالعكس هناك امر صريح وهو (واشهدوا اذا تبايعتم) سواء الامر للندب كما هو راي الجمهور لكن نفهم منه اذا امرنا بالإشهاد على البيع خوفا ودرءً للخصومة فكيف بالطلاق . فخطورة الطلاق و المترتب عليه كبير جدا فلإنّ كان بناء هذه الأسرة بعقد زواج مفتقر إلى الإشهاد فإن افتقار هدمها إلى هذا أولى و أجدر:

المطلب الثاني : الاشهاد على الطلاق قانونا

لم ينص المشرع العراقي على وجوب الاشهاد على الطلاق فان قانون الاحوال الشخصية في مادته ٣٤ عرّف الطلاق ونص على (اولا : الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعًا.

أما بالرجوع الى قانون رقم (١٥) سنة (٢٠٠٨) قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل في إقليم كوردستان – العراق، فقد تم تعديل المادة وتم تعريف الطلاق في الفقرة الأولى من المادة (١٣) بما يلي : ((الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت أو فوضت به أو من القاضي)).

ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق)

ثالثا: لا يعقد بالطلاق الا بحضور شاهدين عدلين حين الايقاع او الاقرار به امامهما او امام القاضي.

ثالثاً: لا يعقد بالطلاق الا بحضور شاهدين عدلين حين الايقاع او الاقرار به امامهما او امام القاضي.

فالزمت حكومة الاقليم الزوج عند ارادة الطلاق ان لا يتلفظ بالطلاق الا بحضور شاهدين ، والا فلا يعتبر مطلق ، وهذا هو الراي الصحيح في نظرنا ولو اخذ علماء اهل السنة بهذا الراي ونشروا هذا الامر بين الناس بان كل من تلفظ بالطلاق ولم يكن هناك شاهين عدلين حاضرين فكلامه ملغي وكانه لم يقل شيء لقلت نسبة الطلاق بين الناس الى ٩٠% تقريبا ، فعادة يطلق الانسان زوجته في البيت ولوحدهم او مع وجود الاولاد فقط ، وشرط وقوع الطلاق حضور شاهدين لديهم كامل الاهلية وهي البلوغ والعقل ، وشرط اخر العدالة ، فمن لا يصلي ليس بعدل ، بل كثير من المعاصي تقدح بعدالة الانسان .

الخاتمة (الاستنتاجات والتوصيات)

الاستنتاجات :

في ختام بحثنا توصلنا الى ما يلي :

_ ان الطلاق من اخطر الامور التي تهدم المجتمع لأنه يهدم الاسرة وهي النواة الصغيرة للمجتمع.

_ لم يحظى القانون بمواد تفصل في ايقاع الطلاق والفاظه .

_انّ تعديل المشرع الكردستاني صحيح وينبغي مراجعة مواد اخرى للقانون .

_ ينبغي على علماء الدين ان يدعموا القانون وخصوصا تعديل المشرع الكردستاني في اشتراط الشهود للطلاق .

التوصيات :

_ نوصي ان يأخذ المشرع العراقي بتعديل اقليم كردستان في اشتراط الشهود للطلاق .

_ نوصي ان تكون هناك مراجعة كل عشر سنوات للقانون وتشريع مواد او تعديل مواد بما يتلاءم مع تطور المجتمع وحاجاته .

المصادر بعد القران وكتب السنة

١. أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الاسرة الجزائري، رسالة الماجستير في حقوق مقدمة الى جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية ، جزائر، ٢٠١٩

٢. احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون لمصطفى ابراهيم الزلمي: الطبعة الاولى، ٢٠١١م، الناشر المؤسسة الحديثة للكتاب

٣. أحكام إيقاع الطلاق من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون وهي رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة دهوك من قبل أواز جعفر شعبان موسى . وهي غير مطبوعة.

[1] أحمد محمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، الناشر: مكتبة السنة سنة النشر: ١٩٩٨ عدد المجلدات: ١ رقم الطبعة: ٢ " صفحة ٨٠

[2] رواه البخاري في صحيحه برقم ٢٦٩٧ ، ومسلم في صحيحه برقم ١٧١٨.

[3] رواه أبو داود الحديث برقم ٢١٨٦ وكذا ابن ماجه الحديث برقم ٢٠٢٥

٤. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين) لأبي بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ) الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوريع الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧.
- ٥. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ط٢، دار الكتب الإسلامي
٦. التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى : ١٣٩٣هـ) الناشر : الدار التونسية للنشر - تونس سنة النشر: ١٩٨٤ هـ عدد الأجزاء : ٣٠
٧. التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد عبدالرؤوف المناوي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٤١٠ هـ .
٨. الدر المنثور لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) الناشر: دار الفكر – بيروت.
٩. القاموس المحيط لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز أبادى (المتوفى: ٨١٧هـ) تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م عدد الأجزاء: ١.
١٠. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ
١١.الكشف والبيان عن تفسير القرآن لأحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (المتوفى: ٤٢٧هـ) تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٢٢، هـ - ٢٠٠٢ م .
١٢. المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٣. المغني لابن قدامة لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
١٤. المختصر الفقهي لابن عرف، لمحمد بن محمد ابن عرفة التونسي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: ٨٠٣ هـ) المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م عدد الأجزاء: ١٥.
١٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) الناشر: المكتبة العلمية – بيروت.
١٦. المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، الطبعة الأولى، ١٤١٣-١٩٩٣، مؤسسة الرسالة بيروت.
١٧. الوسيط في تفسير القرآن المجيد لأبي الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: ٤٦٨هـ) تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس قدمه الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .
١٨. بداية المحتاج في شرح المنهاج لبدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، دار المنهاج للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠١١ .
١٩. تاج العروس من جواهر القاموس لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) المحقق: مجموعة من المحققين الناشر: دار الهداية .
٢٠. تفسير القرآن لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ) المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم الناشر: دار الوطن، الرياض - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
٢١. تفسير أبي السعود = إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم أبي السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى (المتوفى: ٩٨٢هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.
٢٢. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لعبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ) المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
٢٣.جامع البيان في تأويل القرآن لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ) المحقق: أحمد محمد شاكر الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠.
٢٤.حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، دار الفكر، دون تاريخ النشر .
٢٥. رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
٢٦. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ) المحقق: علي عبد الباري عطية الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.
٢٧. زاد المسير في علم التفسير لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ) المحقق: عبد الرزاق المهدي الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ.

٢٨. غاية المنتهي في جمع الإقناع و المنتهى لمرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، ، تحقيق : ياسر إبراهيم المزروعي ورائد يوسف الرومي ، ط١، مؤسسة غراس للنشر، كويت، ٢٠٠٧.
٢٩. فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ عدد الأجزاء: ١٠ .
٣٠. قانون الأحوال الشخصية العراقي مع تعديلات اقليم كردستان.
٣١. قانون الأحوال الشخصية السوري.
٣٢. قانون الأسرة في مملكة البحرين.
٣٣. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني.
٣٤. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين العماني.
٣٥. قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
٣٦. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
٣٧. قانون الاسرة الجزائري.
٣٨. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢.
٣٩. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ عدد الأجزاء: ١٥ .
٤٠. مدونة الاسرة المغربي.
٤١. معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس بن زكريا (أبو الحسين)، ، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، دون مكان النشر، ١٩٧٩ .
٤٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة : الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٣. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل لشمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي، تحقيق: زكريات عميرات، دار العالم للكتب، دون مكان النشر، ٢٠٠٣ .
٤٤_نظم الدرر في تناسب الآيات والسور لإبراهيم بن عمر بن حسن الرباط بن علي بن أبي بكر البقاعي (المتوفى: ٨٨٥هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة .
٤٥_نظام الطلاق في الإسلام لأحمد محمد شاكر ، الناشر: مكتبة السنة سنة النشر: ١٩٩٨ رقم الطبعة: ٢.

رسائل الماجستير

٤٦_ أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الاسرة الجزائري، لمسعودان حكيمة وحمادي خديجة، رسالة الماجستير في حقوق مقدمة الى جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية ، جزائر، ٢٠١٩، .
٤٧_ أحكام إيقاع الطلاق من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون وهي رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة دهوك من قبل أواز جعفر شعبان موسى سنة ٢٠٢٠ ، وهي غير مطبوعة .

ملخص البحث

ان الطلاق من الامور التي تضر بالمجتمع ونستطيع ان نعتبر انه اخطرها لانه الخطوة الاولى في هدم الاسرة وهي نواة المجتمع و فصل قانون الاحوال الشخصية في كثير من مواده احكام الطلاق لاهميته وفي بحثنا سنناقش فقط المادة ٣٤ ونصها هو : (اولا : الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعًا).
ثانيًا – لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق)
وقد قامت حكومة الاقليم بتعديل المادة فاضافت بعض الكلمات على الفقرة (٢_٣) واضافت فقرة ثالثة وهي : ثالثا: لا يعقد بالطلاق الا بحضور شاهدين عدلين حين الايقاع او الاقرار به امامهما او امام القاضي
وقد قمنا تسليط الضوء على التعديل الذي قامت حكومة الاقليم في تشريع القانون رقم (١٥) سنة (٢٠٠٨) المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي المعمول به في إقليم كوردستان وقارنا هذا التعديل بالفقه الاسلامي وناقشنا اراء الفقهاء ورجحنا الاقوى دليلا والاصلح للمجتمع في زماننا .

Abstract

Divorce is one of the things that harm society, and we can consider that it is the most dangerous of it, because it is the first step in destroying the family, which is the nucleus of society. From the husband or the wife, if she is entrusted with him or delegated to him or from the judge and divorce does not take place except in the form specified for it by Sharia.

Secondly - proxy is not considered in the social research and arbitration procedures, and in the divorce proceedings.

The regional government has amended the article and added some words to paragraph (2_3) and added a third paragraph, which is: Third: Divorce shall not be concluded except in the presence of two just witnesses when the marriage is done or acknowledged in front of them or before the judge.

We have highlighted the amendment made by the provincial government in the legislation of the law number (15) in (2008) containing the amendment of the Iraqi Personal Status Law applicable in the Kurdistan Region. We compared this amendment with Islamic jurisprudence and discussed the opinions of the jurists and preferred the strongest evidence and the fittest for society in our time.

Keywords: Divorce, Iraqi Personal Status Law, Islamic jurisprudence, Kurdistan region.