سلطة القاضي التقديرية في فسخ عقد النكاح بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة 1984م

((دراسة مقارنة))

رسالة ماجستير

مقدمة إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية لاستيفاء شرط من شروط

الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد

عبد السلام حسين السويح ميلاد

رقم التسجيل:14781044

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك ابراهيم الحكومية- مالانج

2017م

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

موافقة المشرفين

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي أعدها الطالب :-

الاسم :- عبد السلام حسين السويح ميلاد

رقم التسجيل:- 14781044

بعنوان:-سلطة القاضي التقديرية في فسخ عقد النكاح بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة1984م((دراسة مقارنة))

وافق المشرفان على تقديمها إلى مجلس المناقشة

مالانج ،_____

المشرف الأول ،

الدكتوره توتيك حميدة.....

رقم التوظيف : 19590431986032003

مالانج ،_____

المشرف الثاني ،

الدكتور منير العابدين.....

رقم التوظيف :19720106200501100 1

الاعتماد

رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتور أحمد جلال الدين .....

رقم التوظيف 19720420020121003

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الموافقة والاعتماد من لجنة المناقشة

إن رسالة الماجستير تحت :عنوان سلطة القاضي التقديرية في فسخ عقد النكاح بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة1984م(دراسة مقارنة)،التي أعدها الطالب: عبدالسلام حسين السويح ميلاد

رقم التسجيل : 14781044

قد دافع الطالب عن هذه الرسالة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها شرطا للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، وذلك يوم الثلاثاء ،بتاريخ 15/ 9 /2017 م .

وهذا وتكوَّن مجلس المناقشة من السادة أعضاء هيئة التدريس :

الدكتور:– اسوندي رئيساً ومناقشا

رقم التوظيف:19610415200003100 1 .....

الدكتور:–أحمد جلال الدين مناقشاً أساسياً

رقم التوظيف:19730719200501100 3 .....

الدكتوره:– توتيك حميدة مشرفاً ومناقشاً

رقم التوظيف:19590431986032003 .....

الدكتور:–منير العابدين مشرفاً ومناقشاً

رقم التوظيف:19720106200501100 1 .....

اعتماد مدير الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور:– بحر الدين

رقم التوظيف19561231198830310 32 .....

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه ، وبياناتي كالآتي :-

الاسم :- عبد السلام حسين السويح ميلاد

رقم التسجيل :17481044

الموضوع رسالة ماجستير :-

بعنوان سلطة القاضي التقديرية في فسخ عقد النكاح بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة1984م (دراسة مقارنة).

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير في قسم الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الحكومية مالانج ، قد حضرتها وكتبتها بنفسي إلا في مواضع عوزتها إلى مصادرها ،ولن تكون مسؤولية خلاف ذلك على المشرف أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الحكومية مالانج .

هذا ، وقد حُرِرَ هذا الإقرار بناءً على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك.

مدينة ملانج،2017

الطالب المقِر

عبد السلام حسين السويح ميلاد

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

"بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ"

(وَمِنْ ءَايَتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ ءَلاَيتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) الاية 20 سورة الروم

صدق الله العظيم

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإهداء

أهدي هذا البحث والعمل المتواضع، إلى من زينه الله بالهيبة والوقار... إلى من علمني العطاء بدون انتظار ... إلى من أحمل اسمه بكل افتخار... إلى من دفعني إلى العلم وطرق أبوابه في اليل والنهار إلى والدي أطال الله بقاءه ورزقه دوام الصحة والعافية ،وأعانني على بره ورد اليسير من جميله..... والدي العزيز

إلى من يسعدُ قلبي بلقياها...إلى منبع الحب والحنان ، إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله.. إلى روضة الصبر والتفاؤل... إلى بسمة الحياة وزهرة الأمل... إلى من كان دعائها سِرُّ نجاحي وحنانها بلسم جراحي...إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها وأمدها بالصحة والعافية ورزقني المولى برها ورد اليسير من جميلها .....أمي الغالية

إلى سندي وقوتي بعد الله... إلى من يفرحون لفرحي ويحزنون لحزني .... إلى إخوتي وأخواتي

إلى الأخوين والصديقين والمحبين للخير ونفع الناس، وكانوا معي في غربتي نعم المؤنسين لي فيها ونعم العون هم فيها .....الصديق هشام العروصي .....الصديق حاتم كافوا .

كما أتوجه لكل من مدى يد العون لي ولو بكلمة طيبة ، لجميع أصدقائي سواءً كانوا من ليبيا أومن إندونيسيا أقول لهم جميعاً جزاكم الله خيراً .

إهداء الباحث /عبدالسلام حسين السويح ميلاد

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مستخلص البحث

عبدالسلام حسين السويح ميلاد، رقم التسجيل 14781044، بحث بعنوان، سلطة القاضي التقديرية في فسخ عقد النكاح بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم10لسنة1984م (دراسة مقارنة)...رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمدينة مالانج، المشرف الأول :الدكتوره توتيك حميدة، المشرف الثاني الدكتور منير العابدين .

هدفت هذه الرسالة لبيان أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي وأيضاً لبيان ضوابط الفسخ بين الفقه المالكي و قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984م من أحكام الفسخ ،وكذلك لمعرفة أوجه التطبيقات القضائية في ليبيا في ظل القانون رقم 10لسنة 1984 في فسخ عقد النكاح بسلطة القاضي التقديرية..... ،واستخدم الباحث المنهج الوصفي المكتبي في كتابة هذا الموضوع ،وتوصل الباحث إلى النتائج التالية :-

أولاً : استنتج الباحث أن الفقه المالكي والقانون الليبي قد أساسا لهذه السلطة للقاضي في عمله، مع أن الأصل في العمل القضائي مقيد، بنصوصٍ يطبقها على النزاع المعروض من قبل الزوجين، ولكن في نفس الوقت يتمتع القاضي إزائه بسلطةٍ تقديرية تُتِيحُ له إمكانية فسخ عقد النكاح بهذه السلطة تبعا لما وجده من خلل فالعقد، رغم أن إنهاء هذا الزواج هو من حق الزوج ولكن أعطى القانون والفقه للقاضي هذا الحق للقاضي بالسلطة التقديرية.

ثانياً :استنتج الباحث من خلال ما استعرضه في ضوابط الفسخ بالسلطة التقديرية للقاضي في كلٍ من الفقه المالكي والقانون الليبي رقم1984/10، مدى اختلاف النص القانون، عن الرأي الفقه المالكي، من حيث توسع المشرع الليبي في مسائل الفسخ، وانضباطه عند الفقه المالكي، وكذلك عدم العدالة في الجزاءات، إذ أن المشرع الليبي ساوى بين تخلف الركن وتخلف الشرط، حيث أعطى الفسخ جزاء لفقد الأمرين، ولا أعتقد أن ذلك يعد عدلاً، يضاف إلى ذلك أنه أعطى نفس الأهمية والقوة لشروط العقد، وهي ليست بمنزلة واحدة في قوتها وجزاء تخلفها، على عكس الفقه المالكي الذي يضع جزاءً لكل حالةٍ على حدى، فحالة تخلف الركن لها جزاء وحالة تخلف الشرط لها جزاء .

ثالثاً : وعند استعراضنا لأوجه التطبيق القضائي الليبي استنتج الباحث، توسع بدل أن يضيق فالفسخ بيدي القاضي، إلى فسخ زواج صحيحٌ ومباحٌ بنص الشريعة الغراء ، في إباحة الزواج بزوجة ثانية، حيث يفسخ عقد زواج بالزوجة الثانية من قِبَلِ القاضي إذا طلبت الزوجة الأولى ذلك، وهذا ما يراه الباحث خطأٌ فادح من المشرع وجب العدول عنه .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شكر وتقدير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العلمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد ..

يسُرُّ الباحث وهو في خطواته الأخيرة من كتابة هذه الرسالة العلمية لدرجة الماجستير ،أن أسمى آيات الشكر والتقدير ،وأعلى درجات الاحترام والتوقير، إلى كل الأساتذة والمحاضرين في جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية في مدينة مالانج ،وهم :-

1- البروفيسور الدكتور الحاج محمد حارس ،رئيس جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج.

2-البروفيسور الدكتور الحاج بحر الدين، مدير مكتب الدراسات العليا بجامعة مولانا إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج.

3-الدكتور أحمد جلال الدين، رئيس قسم الشريعة والقانون في لية الدراسات العليا.

3-الدكتوره توتيك حميدة المشرف الأول على الرسالة ، وعضو هيئة التدريس بقسم الشريعة والقانون في كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية.

4-الدكتور منير العابدين المشر الثاني على رسالة الماجستير، ومدير مكتب التسجيل في كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم.

أخيراً وليس آخراً كل الشكر والتقدير وعظيم الامتنان، إلى جميع الأساتذة المحترمين ،والكادر الوظيفي للجامعة ، وكل من مدَّ لنا يد العون في سبيل الوصول إلى هذا الإنجاز ،أقول لهم جمعياً ،جزاكم اللهُ عني كل خير، ووفقكم الله ،وسدد خطاكم.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محتويات البحث

الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الاول: الإطار العام والدراسات السابقة	**2**
أ–خلفية البحث	2
ب–أسئلة البحث	5
ج–أهداف البحث	5
د–أهمية البحث	6
هـ–حدود البحث	7
و–الدراسات السابقة	7
ز–مصطلحات البحث	15
الفصل الثاني :الإطار النظري	**20**
المبحث الأول :ماهية السلطة التقديرية والقضاء	**20**
المطلب الأول :مفهوم السلطة التقديرية والقضاء لغة واصطلاحا وقانونا	**20**
المطلب الثاني :مفهوم القضاء لغة واصطلاحا	**22**
المبحث الثاني :ماهية الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق والانفساخ وكيفية انهاء عقد الزواج في التشريعات السابقة	**24**
المطلب الأول :معنى الفسخ لغة واصطلاحا وفي القانون الليبي	**24**

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: الفرقة بالفسخ وغيرها في التشريعات السابقة 28

المطلب الثالث: الفرقة بالفسخ وأوجه التفرقة بينها وبين الطلاق والانفساخ 31

المطلب الرابع :مفهوم الخُلع فقهاً وقانوناً وحكمهُ وحكمة مشروعية الخُلع..... 45

المبحث الثالث :مفهوم عقد الزواج في الفقه والقانون الليبي، وحكمه وحكمته والنكاح في الشرائع السابقة ما قبل الإسلام.....54

المطلب الأول :مفهوم عقد الزواج لغة واصطلاحا ،وفي القانون الليبي.....55

المطلب الثاني :حكم عقد الزواج وحكمته.....59

المطلب الثالث :الزواج في التشريعات السابقة 62

الفصل الثالث :منهجية البحث..... 65

نوع البحث..... 65

مصادر البيانات.....66

أدوات جمع البيانات.....68

طرق تحليل البيانات.....70

خطوات التحليل.....71

هيكل البحث.....73

الفصل الرابع :عرض البيانات وتحليلها.....76

المبحث الأول: أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي.....76

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الأول: أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي.....76

المطلب الثاني : مفهوم السلطة التقديرية في القانون وأساسها في القانون الليبي.....80

الفرع الأول.....82

الفرع الثاني.....84

الفرع الثالث.....85

المبحث الثاني: ضوابط فسخ عقد الزواج بين الفقه المالكي والقانون الليبي رقم 1984/10.....92

المطلب الأول: ضوابط فسخ عقد الزواج في الفقه المالكي.....93

المطلب الثاني: ضوابط الفسخ في القانون الليبي رقم1984/10.....97

المبحث الثالث: أوجه التطبيق القضائي الليبي في فسخ عقد الزواج بسلطة القاضي التقديرية.....103

الوجه الأول.....103

الوجه الثاني.....104

الوجه الثالث.....107

الفصل الخامس: الخاتمة و النتائج والتوصيات.....112

أ–النتائج 113

التوصيات 114

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قائمة المراجع 116

المجـــلات العلميـــة ومســـودة قـــانون الأحـــوال الشخصـــية الليـــبي والبحـــوث العلمية.....121

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الأول

الإطار العام

أ – خلفية البحث

ب- أسئلة البحث

ج- أهداف البحث

د – أهمية البحث

هـ- حدود البحث

و- الدراسات السابقة

ز- مصطلحات البحث

الفصل الأول

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإطار العام والدراسات السابقة

أ–خلفية البحث :–

امتن الله على عباده بنعمة عظيمة وآية جليلة ،من آياته الدالة على بديع حكمته وحسن تقديريه للعباد ألا وهي نعمة الزواج والارتباط بين الزوجين الرجل والمرأة، وفق نظام يحافظ على النسل البشري دون انتهاك ونقصان من حقوق الزوجين والزواج نظام وجد مع أول ارتباط عرف في الكون بين رجل وامرأة وهوبين أبو البشر وأمهم حواء، واستمر وجود هذا النظام وهذا العقد في الزواج جيلا بعد جيل ،وفق أنظمة متعددة باختلاف الزمان والشرائع المنزلة للناس ،وهكذا إلى أن جاءت الشريعة الخاتمة، على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ،في وقت تعددت وكثرت فيه الديانات من الوثنية ،واليهودية والمسيحية واختلفت فيما بينها وتفاوتت مكانة عقد الزواج فيها، ولما كان حال الديانات بين مهمل لهذا العقد العظيم وبين محتكرا له إلى حد التفريط في حقوقه، جاءت الشريعة الإسلامية الغراء لتهتم بعقد الزواج ووضعه في أعلى المراتب فنظمت أحكامه ونصوصه، فأقرت للبشرية نكاح الناس اليوم وهو النكاح الشرعي وهدمت ما كان قبل الإسلام من نظم فاسدة ومنكرة بالعقل والفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، وبالفعل لم يترك الإسلام عقد النكاح تبعا لأهواء الناس بل وضع النظام الملائم الذي من شأنه أن يجعل علاقة الرجل بالمرأة مصونة ومحفوظة في عقد مبني على الرضا والإيجاب والقبول، كمظهرين لذلك الرضا وأتبعه بإشهاد على أن كل من الزوجين رضي بقرينه في عقد أبدي لا يقبل التأقيت بل هو لعمر مديد مبني على الرحمة والالفة والمودة بينهما،[1] وهذه هي القاعدة العامة التي ارتضاها الشرع الحكيم للناس وأبقى عليها الإسلام وألغى ما سواه، ولكن هناك دائما لكل قاعدة استثناء وهو أن

[1]– عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ، ص25 ،الطبعة الثالثة ،منشورات الجامعة المفتوحة 1996–بتصرف

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

العقد قد لا يحقق النتائج المرجوة منه والتي من أجلها عقد النكاح ولا يحقق شيئا من مقاصده السامية، لسبب أو لآخر قد يكون من أحد الزوجين أومن كليهما معا ،مما يسبب تنافر في الأخلاق والطباع وعدم إمكان استمرار العشرة بالمعروف وصيرورة الخلاف كبيرا بينهما، والشريعة جاءت بالرحمة ودفع الضرر.

وحتى لا ينقلب عقد الزواج إلى ضرر وحتى لا نقوم بإكراه الناس على مالا يحبون أو إبقائهم مرتبطين تحت مالا يطيقون ،من هنا أجازت الشريعة الإسلامية دفعا لهذا الشقاق الواقع بين الزوج والزوجة أجازت إنهاء هذا العقد، ولإنهاء هذا العقد في الإسلام طرق نظمتها الشريعة، فمنه ما كان بالإرادة المنفردة من الزوج وإيقاع الطلاق منه، وآخر ما كان عن تراض من الزوجين بإنهاء هذا العقد ،والطريق الثالث وهو الالتجاء إلى ساحات القضاء لحسم النزاع الواقع بين طرفي العقد [2].

والمنطلق العملي للبحث والمعاصر لواقعنا، والإشكال الذي نحاول طرحه في هذا البحث يتمثل في أن هناك خللاً عملياً قضائيا، فمن خلال القضايا التي عرضت على القضاء الليبي تبين وجود اختلال في فهم وتطبيق، وربط النصوص بالواقع الفقه المعمول به مما أدى وجود أحكام قضائية مختلفة ،بل أحيانا متناقضة ،مع النص الفقهي من جهة، والمعمول به قضائيا من جهة أخرى ،وقد رأى البعض أن ذلك بسبب المشرع والتناقض الذي أوقع نفسه فيه، فعلى سبيل المثال بنص المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984 ، ومفادها (أن الفسخ ما اختل بعض شروطه وأركانه ولا يرتب أي أثر قبل الدخول ،ويرتبه بعده) فمن هذه النصوص وغيرها في مواد القانون الليبي تعارضت عند تطبيقها لعمل القضاء مع نصوص الفقه المالكي ،أيضا فيما يتعلق مثلا بفسخ زواج الزوجة الثانية دون إذن الزوجة الأولى، على الرغم من إن عقد صحيح وبه جميع الشروط والاركان التي يستوجب

[2]- سعيد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق الجزء الثاني، ص19،منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية ،1998م.بتصرف.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفقه وجودها ،إلا أنه في الواقع العملي القضائي تبين فسخ مثل هذه العقود بناء على السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي رغم أنها صحيحة شرعا ولا يوجد ما يستدعي فسخها.

أيضاًومن خلال ملاحظة الباحث وأثناء فترة الإطلاع علي ما يتعلق بالبحث وما يتصل به وجد الباحث ما يدفعه للبحث في هذا المجال من ناحيتين تطبيقية ومكتبية، حيث تعتبر منازعات عقد الزواج أمام القضاء من المسائل بالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بها ولقد كانت بعض مسائله لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الزمان والأشخاص وكذا الأعراف والعادات ويضاف إلى ذلك أنه من الطبيعي أن يكون عمل البشر يعتريه النقص عند تشريع المواد التي تحكم هذه المسائل وأيضا لاحظ الباحث أن الجانب التطبيقي للأحكام القضائية يستدعي من الباحثين القانونيين وغيرهم من المهتمين بهذا الجانب ضرورة وجود ما يسميه أهل القانون بالمذكرة المفسرة أو الشارحة لبعض الأحكام القضائية الصادرة فيه ، لذا كان من الضروري البحث والتدقيق في مثل هذه المسائل وإثرائها المكتبة القضائية و العلمية لإعطاء القاضي دور في حسم هذه النزاعات عن طريق الاجتهاد والتقدير الموضوعي لإسقاط الحكم القانوني الصحيح، ومن هنا تناول الباحث سلطة التقدير القضائي، لكي نستطيع مساعدة العمل القضائي في عمله الذي يتطلب من القاضي التحرك وإعمال القدرة الذهنية والقياس لكي يحقق العدل والإنصاف بين الطرفين.

ولابد من القول أن سلطة القاضي التقديرية ،هي ليست ميزة للقضاء فحسب بل أصبحت تعتبر من المسلمات المفروض وجودها في مجال القضاء مهما كان نوع النزاع مدني ،أو جنائي، أو أحوال شخصية ولكن الإشكال الذي يحصل هنا وهو ما يحاول الباحث دراسته هو مدى سلامة تطبيق هذه السلطة في مسائل الزواج والطلاق وبخاصة فيما يتعلق فسخ عقد الزواج قضائيا، وعدم تعارضها مع نصوص الفقه المالكي ودلالة نصوص قانون الزواج والطلاق رقم 10لسنة 1984م ، فلقد وجد الباحث مجال واسعا للبحث في هذا الموضوع

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

من خلال ما تبين له من طرح هذا الإشكال في تقيد القاضي بفسخ عقد الزواج في اطار الفقه المالكي السائد في ليبيا ، وموقف القضاء الليبي من أحكام الفسخ فالبحث يحاول معالجة أحكام الفسخ في عقود الزواج وفق منظور وآراء الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10-لسنة 1984م ،وبشكل نقدي بناء خاصة بعد مرور ما يزيد على عقد ونصف من الزمان على صدوره، والملاحظات التي يمكن أن ترد في هذا السياق.

ب-أسئلة البحث :-

1-ماهو أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي؟

2-كيف هي ضوابط الفسخ بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة1984م؟

3-ماهي أوجه التطبيقات القضائية في ليبيا في فسخ عقد النكاح بسلطة القاضي التقديرية ؟

ج-أهداف البحث:-

1-لبيان أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي.

2-لبيان ضوابط الفسخ بين الفقه المالكي و قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984م من أحكام الفسخ.

3-لمعرفة أوجه التطبيقات القضائية في ليبيا في ظل القانون رقم 10لسنة 1984 في فسخ عقد النكاح بسلطة القاضي التقديرية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هـ–أهمية البحث:–لهذا البحث أهمية من وجهة نظر الباحث وتتجلى هذه الأهمية في شقين ،أهمية نظرية وأهمية تطبيقية:–

أ–الأهمية النظرية :– إن مسائل الزواج والطلاق هي من المسائل اللصيقة بشخص الإنسان فهي دائمة الحضور في جوانب الحياة لذا فإن دراستها اكتسبت أهمية من هذا المنطلق لتبين للناس مالهم ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات فهي تساعد في نشر الثقافة العامة لهذ الموضوع الحساس عند الإنسان، وأيضا إن دراسة موضوع فسخ عقد الزواج هو من العناوين والمباحث التي تثير العديد من النقاط المهمة في التطبيق القضائي لسطلته عند حدوث خصومة الزوجين أمام القضاء ، وتتأتي أهمية البحث أيضا من أنها محاولة للربط بين الجوانب النظرية والتطبيقية لهذا الموضوع من خلال التحليل المعمق ما وراء مدلولات النص الفقهي والقانوني لإيجاد موائمة بين النص الفقهي والنص القانوني وما تبعه من التطبيق القضائي لحالات الفسخ القضائي.

ب–الأهمية التطبيقية :–جمع الأحكام الشرعية والنصوص القانونية المتعلقة بموضوع الفسخ القضائي والتطبيقات القانونية في هذا السياق ومحاولة تنسيق هذا الكم من المعلومات للمساعدة ولو بشكل جزئي إثراء مكتبة البحوث العلمية والمكتبة القانونية التي يستعين بها القضاة والمحامون ، في هذا المجال بحيث يكون عاملا مساعدا في هذا الجانب العملي والمهم من أعمال القضاة ،وبيان مدى تكامل الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع ،ويكون العمل عليه في المحاكم والترافع من المحامين والخصوم بحيث لا يتعداه ،وإنما الغاية هي محاولة إلحاق الجانب القانوني بها فهو وضعي المصدر وكل ما كان من البشر فهو دائما النقص.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

و– حدود البحث : وتنقسم حدود البحث إلى الآتي :–

1–الحدود الفقهية :–من المعلوم أن المذهب السائد في شمال أفريقيا عامة وليبيا خاصة هو المذهب المالكي وهو المذهب الذي أخذ به قانون الأحوال الشخصية في بعض نصوص المتعلقة بأحكام الزواج والطلاق مع الإشارة في بعض الأحيان الى مذاهب أخرى تبنى المشرع رأيها فيما ذهبت إليه بأن أخذ بها ولكن الغالبية العظمى من نصوص تبنت المذهب المالكي ونحن في دراستنا نسير على نفس المنهج مع الإشارة لبعض آراء الفقهاء للمذاهب الأخرى في موضوع فسخ عقد الزواج.

2–الحدود القانونية :–

الحد القانوني للبحث يتمثل في القانون الليبي للزواج والطلاق الليبي رقم (10لسنة 1984)م.

3–الحدود الزمنية:–

السنة الدراسية (2017/2016) جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية في مدينة مالانج جمهورية إندونيسيا.

ز–الدراسات السابقة:–بعد بذل الوسع والجهد في البحث والاطلاع ،وبالرجوع الى المكتبات والدوريات ،وقسم الرسائل العامة، وسؤال أهل الاختصاص، عليه لم يعثر الباحث حسب اطلاعه المتواضع على كتاب أو دراسة لموضوع الفسخ في عقود الزواج بسلطة القاضي التقديرية في القانون الليبي، وبالشكل الذي أراده الباحث ،خاصة من جانب بحثنا للموضوع من النص القانوني للمشرع الليبي، وهو العامل الأبرز المختلف عن الدراسات السابقة التي وإن وجدتُ البعض منها فلقد وجدتهُا تبحث نقطة من نقاط البحث ولكنها لم

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تتطرق إلى صلب الموضوع الذي يريد الباحث دراسته، ولعل الباحث هنا يذكر بعضاً من الدراسات السابقة التي لم تجمع شتات عناوين هذا الموضوع بذات المنهج والطريقة التي يريد الباحث بحثها.

الدراسة الأولى:-رسالة دكتوراه "للباحث- أشرف يحيى سعيد العمري" سنة الدراسة 2005م،بعنوان نظرية التفريق القضائي بين الزوجين / دراسة تأصيلية مقارنة- تحت إشراف الدكتور محمود علي السرطاوي- الجامعة الأردنية.

أولاً :**ملخص الرسالة:** تناولت هذه الدراسة نظرية التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، وقانوني الأحوال الشخصية الأردني والمغربي، دراسة تأصيلية ومقارنة.

ولقد اتجهت هذه الدراسة منحى التأليف الكلي، الذي يهدف إلى تفسير الجزئيات وربطها بأصولها، كما هدفت الدراسة إلى ربط الأحكام المتعددة ،وردها إلى مبادئ وقواعد محددة، ومما تطرقت له الدراسة أيضا تحديد مناهج الفقهاء ومذاهبهم التب تجيز طلاب الفرقة ، أي الطلاق ،وبيان اختيارات قوانين الأحوال الشخصية في هذا الجانب.

وتطرقت الدراسة أيضا إلى مسائل الادعاء العام، في مثل هذه النزاعات أمام القضاء ،والواقع المعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية وما تناوله المشرع المغربي أيضا من ناحية النصوص القانونية للمشرع المغربي.

ثانياً :**منهجية البحث** :-فهي تقوم على المنهج الاستقرائي كما أورده الباحث:-

أ-تتبع ما كتبه الفقهاء قديما وحديثا في الموضوع .

ب-تحقيق الأقوال الفقهية في المسألة الواحدة ونسبتها .

ت-تحليل تلك الأقوال واستخلاص المنهجيات وإعادة تقسيمها وتبويبها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً :أسئلة البحث: طرح الباحث الأسئلة التالية :-

1-من الجهات التي تملك حق التفريق وفي أي الحالات تستطيع ذلك ؟

2-ماهو المعيار في اختلاف الفقهاء في حالات التفريق ؟

3- ما هو الشرط المتبع لتحديد نوع الفرقة ؟

رابعاً :النتائج التي خلص إليها الباحث في دراسته:-

1-إن طريق اختيار الحالات والأسباب التي تجيز أو التي توجب التفريق بين الزوجين هي طريق اجتهادي خاضع لكل وسائل الاجتهاد الأصولي المعتمدة.

2- في ما يتعلق بالحق المالي في عقد الزواج فقد أسس الفقهاء لقاعدة ارتباط الغرم بالمتسبب بحيث ألزموا المتسبب بالفرقة بنتائج ذلك سواء في المهر أو المتعة.

3- مجمل حالات التفريق عند الفقهاء روعي فيها عند اعتبار الضرر، وأريد بالضرر هنا معناه العام المنظور له من الناحية الشرعية.

4- اختلاف كلي وجزئي بين نصوص القانون الأردني المطبق في المحاكم الشرعية الأردنية ، وبين مدونة قانون الأحوال الشخصية المغربي تبعاً لاختلاف المذهب المتبع له كل من المشرع الأردني والمشرع المغربي.

خامساً :أوجه التشابه والاختلاف بين الدراسة الحالية والدراسة السابقة :-

أولاً:-أوجه التشابه :-

1-تتشابه الدراستان في عقد المقارنة بين الجانب الفقهي والنص القانوني الوضعي تبعا لكل مشرع.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2-تتبع كل منها منهج التأصيل الفقهي للمسألة بربط الموضوع بالجانب الفقهي السائد.

3-عرض الجانب التطبيقي للمحاكم الشرعية المختصة ،بمعنى الأحكام الصادرة في المسائل المعروضة.

ثانياً :أوجه الاختلاف :-

1-من حيث منهج البحث: فقد اعتمدت الدراسة السابقة على المنهج الاستقرائي فقط حسب ما ذكره الباحث ، وأما الدراسة فقد اعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

2-من الشق القانوني: فقد اعتمدت الدراسة السابقة على القانونين الأردني والمغربي ،بينما تعتمد الدراسة الحالية في دراستها قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم(4لسنة 1984)م الذي يختلف في كثير من محاوره عن نظيره الأردني والمغربي.

3- من حيث التوسع والاختصاص بدراسة جزئية معينة، فلقد تعمقت الدراسة الحالية واختصت بدراسة الفسخ بسلطة القاضي في القانون الليبي بينما اختصت الدراسة السابقة بالفرقة القضائية بشكل عام ودونما تعمق لكي يخرج مكنونات كلا من الفقه والقانون الأردني والمغربي.

الدراسة الثانية :-رسالة ماجستير "للباحث-قويدري محمد" سنة الدراسة 2014م بعنوان سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية وفق القانون الجزائري -إشراف الاستاذ قرفي ادريس، جامعة محمد حيصر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية.

أولاً:-ملخص الرسالة:-كانت هذه الدراسة عن مدى حدود سلطة قاضي شؤون الأسرة الجزائري في فك الرابطة الزوجية ،وأوضح الباحث فيها مدى أهمية موضوع المحافظة على كيان الأسرة التي تعتبر الخلية الأولى في بناء المجتمع وهي الأساس فيه ،وأشار إلى وجوب المحافظة عليها على أساس المودة والألفة والعشرة الحسنة إلا أنه في بعض الحالات تواجه هذه الخلية

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

السليمة البناء، قد تواجه عقبات ومشاكل يدفع إلى الظلم والعشرة السوء، ويستحيل معه بقاء الطرفان تحت سقف واحد ما يدفع بهما أو بأحدهما لرفع أمره إلى القضاء لعله يريحه من عقد انقلب نفعه لضرر وسوء عشرة، لما لقاضي شؤون الأسرة في الجزائر، من سلطة وسلطان نافذين، وفقا لأحكام ومواد القانون الجزائري الدعمة باجتهادات المحكمة العليا الجزائرية.

ثانياً:-منهج البحث:- فلدراسة موضوع البحث ،وظف الباحث كل من المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن، وذلك عن طريق تحليل بعض النصوص القانونية واجتهادات المحكمة العليا الجزائرية.

ثالثاً :أسئلة البحث :طرح الباحث الأسئلة الآتية :-

1- كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته لحل النزاع المطروح أمامه في مسائل فك الرابطة الزوجية؟

2-هل لقاضي شؤون الأسرة الجزائري حدود في ما يتعلق باستخدام سلطته وإنهاء النزاع بين الزوجين؟

3- ماهي السبل التي يعتمد عليها القاضي في مثل هذا الوضع من القضايا؟

رابعاً :النتائج التي خلص إليها الباحث في دراسته:-

1-اتضح للباحث بأن استقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة في أعماله ،وأحكامه ،من طرف المحكمة العليا، على الرغم من أن المحكمة العليا لا تراقب النشاط الذهني للقاضي ألا أنه تراقب ما يصدر عنه من أحكام بين الخصوم .

2-واستنتج الباحث أنه للقاضي أن يختار من آراء الفقه المتعددة في وقت تقدير التعويض، في حالة الطلاق التعسفي أو التطليق ،ما يراه ملائما للمصلحة ،محققاً مقاصد الشارع

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الحكيم والمشرع، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم الزوج، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن.

3-منح المشرع للقاضي إمكانية القياس والتوسع في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق، وذلك لانعدام النص القانوني الذي يبين للقاضي المعايير الضوابط القانونية المتبعة، في تقدير التعويض المناسب.

خامساً :أوجه التشابه والاختلاف بين الدراسة الحالية والدراسة السابقة :-

أولاً :أوجه التشابه :-

1-تشابه في إجراء المقارنة بين الجانب الفقهي والقانوني في موضوع الدراستين.

2-تشابه في الأخذ بالمنهج التحليلي والمقارن مع اختلاف بسيط في المنهج الوصفي.

3- بُينت كل من الدراستين مفهوم السلطة من الناحية القانونية ولكن تبع لكل قانون اعتمدته كل دراسة على حدا ،فواحدة اعتمدت كما أسلفنا القول القانوني الليبي للأحوال الشخصية والأخرى على القانون الجزائري المختلف تماماً عن القانون الليبي مصدراً ونصوصاً.

ثانياً :أوجه الاختلاف:-

1-تختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة، في أهم نقطة جوهرية وهي أن موضوع الدراسة الحالية يتركز حول فسخ عقد الزواج ومجال سلطة القاضي في قضية الفسخ القضائي للعقد، بينما الدراسة السابقة تبحث في فك الرابطة الزوجية وليس من ضمكن ما تبحثه الفسخ القضائي.

2- من حيث الجانب القانوني ،فإن الدراسة السابقة كانت تتمحور نصوصها القانونية في القانون الجزائري، الاحق في صدوره للقانون الليبي الذي هو أسبق زمانا من حيث صدوره

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ودخوله حيث العمل به في الدولة الليبية، ما أدى إلى اختلاف في الموضوعات التي تطرق لها كل من القانونين.

3-الدراسة السابقة لم تتطرق لدراسة سلطة القاضي في فسخ عقد النكاح، وإنما طرقت لدراسة طرق أخرى مؤدية لإنهاء العقد فمن المعلوم أن الفسخ القضائي يختلف عن تمام عن التفريق القضائي من حيث الموضوع والنتائج المترتبة على كل منهما.

الدراسة الثالثة :-رسالة ماجستير تحمل عنوان (الطلاق بين الزوجين في ظل أحكام القانون الفلسطيني) للباحث عدنان علي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة في الجامعة الاسلامية، للعام الدراسي2004م.

خلاصة الدراسة: تناول الباحث في دراسته ،الأحكام العامة لموضوع الطلاق ،مقارنة بنصوص القانون الفلسطيني بهدف تأصيل النصوص الواردة في هذا المجال بالشريعة الإسلامية.

منهج الدراسة :- اتبع الباحث في بحثه هذا على المنهج الوصفي.

أسئلة البحث:-

1-ماهو المفهوم العام لأحكام الطلاق في القانون الفلسطيني؟

2-مامدى تقيد القاضي الشرعي الفلسطيني بما جاء من نصوص شرعية؟

3- ما الدوافع التي تساهم في انتشار ظاهرة الطلاق في المجتمع الفلسطيني بعيدا عن ساحات القضاء؟

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أهداف الدراسة:-

يهدف البحث بشكل عام إلى الوصول بالدراسة التحليلية والتقصي في منازعات الزوجين أمام القاضي الشرعي الفلسطيني، إلى الكشف عن مواضع الخلل والقصور من القاضي، فالإحاطة بالواقعة المنظورة أمامه، ومحاولة معالجة الوضع الراهن في مثل هذه الحالات للتنازع بين الزوجين.

أوجه الاتفاق والاختلاف بين الدراسة السابقة والدراسة الحالية:-

أولاً: تتفق الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في أن موضع البحث يتعلق بدراسة النزاع بين الزوجين أمام ساحات القضاء ، ودور القاضي في رفع الخلاف عملا بالقاعد المشهورة أن حكم القاضي ينهي الخلاف والشقاق.

ثانياً:-تختلف الدراسة الحالية عن السابقة من عدة وجوه منها:-

1-إن موضوع دراستها السلطة الممنوحة للقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي بموجبها ينهي عقد الزواج بالفسخ أو التطليق.

2-إنه من الحدود المتعلقة بالبحث الحدود القانونية للدراسة حيث أن هذه الدراسة تكون في ظل نصوص وأحكام قانون الاحوال الشخصية الليبي بخلاف الدراسة السابقة حيث كانت في قوانين أخرى وهذا اختلاف جوهري في رأي الباحث.

ح-مصطلحات البحث:-

1-**السلطة لغة** :-مفرد جمعه سلاط، من سلط يسلط، تسلطا من القهر والقوة ،والتسليط هو إطلاق السلطان على الغير،[3] وفرضه لأمره، يقال سلطه الله عليهم، أي تحكم وسيطر

[3]-محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان،ص16،الطبعة السادسة ،1998

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عليهم ،والاسم سُلطة، وسلطان كل شيء: شدته وحدته وسطوته،[4] إذا المعنى العام اللغوي للكلمة تدل على القوة والقهر والتمكن وتدل على إنفاد الأمر على الآخرين وضبط النظام ولو بالقوة.

2- **السلطة اصطلاحاً**:-هي القدرة والقوة والتمكن من تنفيذ الأحكام على وجه الإلزام[5]وجاء أيضا: أنها تعني حق اتخاذ القرارات التي تحكم تصرفات الآخرين .إذا هي لا تكاد تخرج عن المعنى اللغوي الذي اشرنا إليه، والله أعلم.

3-**القضاءُلغة**:-يمكن القول أن هناك عدة معاني للقضاء، ومنها الحكم والفصل :أي الفصل بين الحق والباطل وغيرها من المعاني، والقضاء لغة مشتق من قضى عليه يقضي قضاء وقضية ،والقاضي مفرد جمعه قضاة وهو من يقضي بي اثنين او فئتين في خلاف ومن هنا جاء معنى الحكم، أي القضاء ومنه قوله تعالى(فَاحْكُمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَآءِ الصِّرَاطِ[6]).

4-**القضاءُاصطلاحاً**:-هو منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع[7]..وقريب من هذا المعنى ورد في مجلة الأحكام العدلية :-هو من عينه السلطان لفصل وحسم الدعاوي والمخاصمات الواقعة بين الناس[8].

---

[4]- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير،ص8 ،مطبعة الشروق، القاهرة ،سنة الطباعة 1996م .

[5]- محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه ،ص210،دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الاردن ،الطبعة الأولى -2003،م.

[6] سورة ص ،الآية 22 .

[7] يراجع في ذلك ،محمود بركات-ص 77،مرجع سابق .

[8] شرح مجلة الاحكام العدلية- سامر مازن القبج ،مجلة الأحكام العدلية مصادرها وآثارها في قوانين الشرق الإسلامي، ص 56، دار الفتح للدراسات والنشر ،عمان الأردن ،ط1 ،2008م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

5- **التقديرلغة:–**من قدر يقدر، والقدر من باب نصر وضرب فاللغة، والقدر والقدرة والمقدار تعني:–القوة والقدر: تعني الغني واليسار من الأموال، وهو من ذلك لأنه كله قوة، وقدر الشيئي ومقداره،أي مقياسه وقدَّر الشيئي بالشيء قاسه به[9].

6-**التقدير اصطلاحاً** :–تبيين كمية الشيئي وهو مأخوذٌ من اللغوية، والتقدير هو تحديد كل أمر بحده الذي يوجد به من حسن أو قبح ونفع وضرر وغيرهما من الحدود[10].

وبعد إضافة مصطلح **السلطة للقاضي** ،يمكننا تعريف السلطة التقديرية للقاضي بأنها :– صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبل 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 .

7- **الفسخ لغةً**:– له عدة معان متقاربة ومنها :النقض ،والإزالة ،والإلقاء ،والرفع، والتقطيع، ولذا يقال فسخ البيع أي: نقضه وأزاله، وفسخت العود عن موضعه فسخا ازلته وأبعدته عن موضعه ،وفسخ فلان الثوب أي القاه من على عاتقه ،إذا المعنى الرئيس للفسخ لغة :–هو النقض والرفع والإزالة[11].

---

[9]– محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان، ص 32، الطبعة السادسة ،1998 م .

[10]– الكوني علي اعبودة ،نظام القضاء ،ص18،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م .

[11] الفيومي: ،مادة فسخ ص 244 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

8-**الفسخ اصطلاحاً**:-هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره.[12]

9- **العقد لغةً** :-مصدر عقده يعقده بكسر القاف ،ويستعمل اسما فيجمع على عقود ،وله أيضا معان كثيرة منها: الشدُّ والربط وهو نقيض الحل، فيقال عقد الحبل أي إذا شده، ومنها التأكيد والإحكام والتوثيق، فيقال عقد العهد واليمين أي أكدهما، ومنها العزم والجمع ومنه قوله تعالى (يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[13].

10-**العقد اصطلاحاً**:-هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثرا في المعقود عليه[14].

11-**الزواج لغة** :هو الاقتران والاختلاط، والزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا، ومنه قوله تعالى(وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ)[15].

12-**الزواج اصطلاحاً**:-تعريف الفقه المالكي لعقد الزواج :بأنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.[16]

---

[12]- سعيد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق الجزء الثاني، ص 33، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية ،1998م .

[13]-سورة المائدة: الآية 1.

[14]- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية في الإسلام ،ص42،دار الفكر العربي، القاهرة ،مصر ، الطبعة الثانية،1996م .

[15]-سورة التكوير، لآية رقم 7.

[16]- أحمد بن محمد الصاوي ،بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،على الشرح الصغير،ص210 ،مكتبة مصطفى الحلبي ،الطبعة الأخيرة ،1952م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

13-**التعريف القانوني لعقد الزواج** : عرفت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984م عقد الزواج بأنه :"ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرما على الآخر[17].

[17]- مسودة القانون الليبي بشأن الزواج والطلاق صدر في 19-4-1984م،ونشر في الجريدة الرسمية،العدد6،السنة22،الصادر في يوم 13 يونيو1984م

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني

الإطار النظري

المبحث الأول :ماهية السلطة التقديرية والقضاء لغة واصطلاحا

المطلب الأول :مفهوم السلطة التقديرية لغة واصطلاحا وقانونا

المطلب الثاني :ماهية القضاء لغة واصطلاحا

المبحث الثاني :ماهية الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق والانفساخ وكيفية إنهاء عقد الزواج في التشريعات السابقة.

المطلب الأول :معنى الفسخ لغة واصطلاحا وفي قانون الليبي

المطلب الثاني: الفرقة بالفسخ وغيرها في التشريعات السابقة

المطلب الثالث: الفرقة بالفسخ وأوجه التفرقة بينها وبين الطلاق والانفساخ

المطلب الرابع: مفهوم الخُلع فقهاً وقانوناً وحكمهُ ،وحكمة مشروعية الخُلع

المبحث الثالث :مفهوم عقد الزواج في الفقه وقانون الأحوال الشخصية الليبي، وحكمه ،وحكمته، والنكاح في الشرائع السابقة ما قبل الإسلام

المطلب الأول :مفهوم عقد الزواج لغة واصطلاحا ،وفي قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم10 لسنة 1984م

المطلب الثاني :حكم عقد الزواج وحكمته

المطلب الثالث :الزواج في التشريعات السابقة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني :الإطار النظري

المبحث الأول :ماهية السلطة التقديرية والقضاء

المطلب الأول :مفهوم السلطة التقديرية: لغة واصطلاحا وقانوناً

الفرع الأول: مفهوم السلطة لغة: السلطة من مادة :سَلِطَ يَسْلُطُ تَسَلُطاً، فهو مُتَسَلِّطْ وهي تعني القهر والقوة، والتسليط :السيطرة والتحكم ،ولذا يقال سلطه الله عليهم فتسلط ،والاسم منه سُلْطَةٌ، والسِّلطة بكسر السين تعني السهم الطويل ،الذي فاق غيره، والجمع منه سِلاط، وسُلطان كل شيءٍ :حدته، وشدته، [18]وسَطوته على الغير، وقد سمي السلطان ،سُلطاناً: إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه ،فالمادة إذًا تدل على القوة والقهر والغلبة والتمكن، وتدل على إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة ،وهي من المصطلحات التي تضاف لغيرها للدلالة على معنى تام كسلطة الأب على أبنائه في التأديب، وعلى زوجته، وسلطة الحاكم على رعيته ،وسلطة القاضي فإنزال العقوبة على الجاني، وتدل على مسميات كالسلطة التشريعية والسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية.

الفرع الثاني مفهوم السلطة اصطلاحاً:–فالواقع لا يخرج معنى السلطة الاصطلاحي عن المعنى اللغوي **والسلطة اصطلاحا** :–هي بمعنى هي القدرة والقوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجو الإلزام [19]،**ومن التعريفات الواردة** أيضا:–أنها الحق الشرعي الذي يمنح لشخص ما في إصدار الأوامر والقوة في إجبار الآخرين على تنفيذها، لأنها المرجع الأعلى المسلم له، بالنفوذ ،أو الهيئة العليا القادرة على فرض إرادتها على الآخرين دونما اعتراض.

---

[18]– محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ،ص413 ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان، الطبعة السادسة ،1998 م.

[19]– مصطفى الزرقا ،النظرية العامة للالتزام،ص88 ،دار القلم ،دمشق ،ط1 ،1999م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الثالث:–مفهوم السلطة قانوناً:–

هناك تعريفات القانون الليبي للسلطة بحسب الاختصاص النوعي القانوني:–

أولاً:–الجانب الجنائي:–السلطة هي تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريمية موضوع التنفيذ وتقدير لعناصر غير محددة في الواقعة المستوجبة للعقاب.[20]

ثانياً:–الجانب المدني:– هي النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح أمامه.[21]

الفرع الرابع:–تعريف التقدير لغة :– من قدر يقدر، والقدرة تعني القوة، والقدر بفتح القاف تعني الرجل الميسور الحال، وقدر كل شيء ومقداره :أي مقياسه وقدر الشيء بالشيء قاسه عليه، والتقدير قد يأتي: بمعنى التروي والتفكير.[22]

الفرع الخامس:–تعريف التقدير اصطلاحاً:–هو تبيين كمية الشيء ،ويعني أيضا تحديد كل أمر بحده من حسنٍ وقبحٍ، ونفعٍ وضررٍ وجزاءً وعقاباً.

المطلب الثاني:–مفهوم القضاء لغةً واصطلاحاً:–وعند الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي لابد من أن نقوم بتوضيح معنى القاضي لغةً واصطلاحاً:–

القضاء لغة:–يمكن القول أن هناك عدة معاني للقضاء، ومنها الحكم والفصل :أي الفصل بين الحق والباطل وغيرها من المعاني، والقضاء لغة مشتق من قضى عليه يقضي قضاء وقضية

---

[20]– الكوني علي اعبودة ،نظام القضاء ،ص98،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م

[21]– عبدالرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 317 ،الطبعة الثانية مكتبة حلب الحقوقية سوريا،1986م.

[22]– أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير، ص108 ،مطبعة الشروق، القاهرة ،سنة الطباعة 1996م

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

،والقاضي مفرد جمعه قضاة وهو من يقضي بي اثنين او فئتين في خلاف ومن هنا جاء معنى الحكم، أي القضاء ومنه قوله تعالى(فَاحْكُمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى[23] سَوَآءِ الصِّرَاطِ)، وبشكل عام فإن معان القاضي هي:-

فيأتي القضاء بمعنى:-الفصل والحكم، يقال قضى يقضي قضاءً ،فهو قاض إذا حكم.

ويأتي القضاء بمعنى :-الخلق كقوله تعالى(فَقَضَىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَاتٖ)[24].

ويأتي القضاء بمعنى:- العمل أو الصنع كقوله تعالى(فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ [25]):أي اعمل ما أنت عامل وصانع.

***ويأتي القضاء بمعنى**:-الأداء، والفراغ من الأمر، قال تعالى(فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ[26])أي إذا أديتموها وفرغتم منها.[27]

***القضاء اصطلاحاً** :- هو منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع...وقريب من هذا المعنى ورد في مجلة الأحكام العدلية :هو من عينه السلطان لفصل وحسم الدعاوي والمخاصمات الواقعة بين الناس.[28]

وقد وردت عدة تعريفات عن القضاء للأئمة الأربعة :جاءت في كتب الفقه على المذاهب الأربعة ،منها تعريف الأحناف بأن القضاء: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات.

ومنها :**تعريف المالكية** ،بأن القضاء ،هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.

---

[23]- سورة ،ص ،الآية ،22 .

[24]-سورة ،فصلت ،الآية 12 .

[25]-سورة ،طه، الآية 72 .

[26]-سورة البقرة ،الآية ،200.

[27]-أحمد شاكر ،نظام الطلاق والزواج في الإسلام ،ص73 وما بعدها ،مطبعة النهضة القاهرة ،1354م .

[28] - سامر مازن القبج ،مجلة الأحكام العدلية مصادرها وآثارها في قوانين الشرق الإسلامي، ص66، دار الفتح للدراسات والنشر ،عمان الأردن ،ط1 ،2008م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومنها: تعريف الشافعية ،بأن القضاء ،هو إلزام من له الإلزام بحكم شرعي وعرف بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات.[29]

وكما أسلفنا القول ،يمكننا تعريف السلطة التقديرية للقاضي بأنها : صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبل 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.

[29] – عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ،مكتبة دار الحديث القاهرة ،المجلد الرابع ،ص521، 1982،باب القضاء .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني :– ماهية الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق والانفساخ وكيفية إنهاء عقد الزواج في التشريعات السابقة

المطلب الأول :– معنى الفسخ لغة واصطلاحا وقانونا:–

أولاً :معنى الفسخ لغة :– الفسخ لغة هو النقض والرفع والإزالة ،و له عدة معان متقاربة ومنها :النقض ،والإزالة ،والإلقاء ،والرفع، والتقطيع، ولذا يقال فسخ البيع أي : نقضه وأزاله، وفسخت العود عن موضعه فسخا ازلته وأبعدته عن موضعه ،وفسخ فلان الثوب أي القاه من على عاتقه ،إذًا المعنى الرئيس للفسخ لغة :هو النقض والرفع والإزالة .[30]

ثانياً :معنى الفسخ اصطلاحا :لقد تعددت تعريفات الفقهاء قديما وحديثا للفسخ في الفقه الإسلامي، ونبدأ بالتعريفات الواردة عن المذاهب الفقهية الأربعة :–

عرف الأحناف والمالكية الفسخ :بأنه "رفع العقد من الأصل.

وقد اتفق الحنابلة مع الشافعية في تعريفهم للفسخ [31]،وللشافعية في تعريف الفسخ تعريفان:

الأول: "**حَلُّ ارتباط العقد**".

الثاني :"**رفع العقد في حالة لا من أصله** ".والذي يظهر أن التعريفات تشترك في أن الفسخ نقض للعقد، سواء كان من أصله ،أو لحادث طرأ عليه، وعلى ذلك فإن فرقة الفسخ نوعان:–

---

[30] –محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط،ص318 ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان، الطبعة السادسة ،1998 م .

[31] – سيد سابق ،فقه السنة ، ص 128،دار الفتح للإعلام العربي ،القاهرة ،ط11 ،1994م. مرجع سابق ،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الأول:-فسخ ينقض العقد من أصله، وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلاً بإنشاء الزواج ،فإنه يكون غير لازم للزوجين، أو لأحدهما، وذلك كالفسخ بخيار البلوغ والإقامة في غير الإسلام.

الثاني:-فسخ لا ينقض العقد من أصله، وهو مان بسبب خلل طرأ على العقد، فمنع من استمراره، بمعنى أن الخلل رفع الحِلَّ السابق بين الزوجين ،فتعين التفريق، كالفسخ لإباء الزوجة الدخول في الإسلام ،أوردتها أو طروء ما يوجب حرمة المصاهرة.

والفرق بين النوعين السابقين كالآتي:-

1-الفسخ الذي ينقض العقد من أصله، لا يوجب شيئاً من المهر إذا لم يتأكد بالدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت ،سواء أكان الفسخ بسبب من الزوج أم من الزوجة، لأن العقد نقض من أصله، فلا تترتب عليه أحكامه.

*أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله، فإذا كان من جهة المرأة قبل أن يؤكد المهر، فإنه يسقط بأكمله ،وإن كان بسبب من الزوج ففيه نصف المهر.

2-إن الزوجة التي فسخ نكاحها بما ينقض العقد من أصله، لا يلحقها طلاق أثناء عدتها ،فإن طلقها بعد هذا الفسخ ،ثم استأنف حياة زوجية جديدة ،فإن هذه الطلقة لا تحتسب لأن الطلاق أثر للعقد،فإن نُقض رُفعت أحكامه.

أما التي فسخ نكاحها بما لا ينقض العقد من أصله ،فإنه يلحقها الطلاق في العدة، فإذاكان سبب الفسخ مؤقتاً، واستأنف حياة جديد، احتسبت تلك الطلقة من الطلقات الثلاث.

3- الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله ينقسم إلى نوعين:-

أ-نوع يمنع الزواج بعده مؤبدا ،كالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أصول الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة.

ب-نوع يحرم الزواج مؤقتا ،كالتحريم الحاصل بالردة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

***تعريفات المعاصرين لفسخ عقد النكاح:-**

الفسخ هو:-إزالة ما يترتب على العقد من أحكام ،وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم ،وقد يكون الفسخ لخلل طرأ على العقد بعد نشوئه تاما صحيحا .[32]

الفسخ هو:- عبارة عن نقضه ورفعه وإزالة ما يترتب عليه من الأحكام في الحال، يكون فسخ إما بسبب خلل مقارن للعقد، كما لو تبين أن العقد كان فاسدا بسبب أن المرأة المعقود عليها ليست محلا للعقد بالنسبة لمن تزوجها بأن ظهرت أنها أخته من الرضاع ،أو كانت زوجة للغير أو معتدة وقت إنشاء العقد، كما يكون الفسخ بسبب خلل طارئ على العقد بعد تمامه، كارتداد أحد الزوجين عن الإسلام.[33]

ثالثاً تعريف الفسخ قانوناً:- اختلفت القوانين بشأن مصطلح فسخ الزواج، فهناك قوانين تسمى ذلك تطليقاً كالقانون المصري وتقصد بالتطليق به هنا هو الفسخ، في حين تستعمل بعض القوانين الاخرى، المصطلحات الثلاثة (الفسخ-التطليق-التفريق) عند تناولها لأسباب فسخ عقد الزواج ، ومن الملاحظ أن معظم قوانين الأحوال الشخصية أحجمت عن تعريف الفسخ لكثرة وتنوع أسباب فسخ عقد الزواج ولعل المحاولة الأكثر وضوحا قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد عرّف فسخ الزواج كالآتي:(فسخ الزواج هو نقض عقده عند عدم لزومه أو حيث يمتنع بقاؤه شرعاً وهو لا ينقص عدد الطلقات).

---

[32] - بدران أبو العينين بدارن ،الزواج والطلاق في الإسلام ،ص87 ،مؤسسة الشباب للطباعة والنشر ،الاسكندرية ،ط2 ،1967م .

[33] - أحمد شاكر ،نظام الطلاق والزواج في الإسلام ،ص153 ،مطبعة النهضة القاهرة ،1354م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

*تعريف القانون الليبي رقم 10 لسنة1984 **للفسخ بقوله** ":هو فسخ لعقد الزواج إذا اختل ركن من أركانه، أو شرط من شروطه، أو حيث يمنع المشرع استمرار العلاقة الزوجية ،وبأنه وجود سبب طارئ يوجب الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ ،وحتى صدور حكم نهائي بذلك .[34]

[34] – مسودة القانون الليبي بشأن الزواج والطلاق صدر في 19-4-1984م،ونشر في الجريدة الرسمية،العدد6،السنة22،الصادر في يوم 13 يونيو1984م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني :الفرقة بالفسخ وغيرها في التشريعات السابقة

لابد لكل باحث عند الحديث عن انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب كان ،وبأي طريقة كانت فسخا أو طلاقا أو تطليقاً ،أن يتحدث بشكل موجز للمقارنة بين الشرائع والنظم التي تجيز الفرقة بين الزوجين حال الحياة أو تنفيها ،أو اختصارها في أسباب محددة ،ولعل ما تكون فيه الموازنة والمقاربة هو موضوع انتهاء العلاقة الزوجية سواءً بالفسخ والبطلان لتخلف شرط من الشروط الموضوعية أو تخلف ركن من الأركان، أو لوجود مانع من الموانع المحرمة ،فهو أيضا من العناوين المشتركة بين الشرائع والقوانين السائدة آنذاك. وعند كلامنا عن الفسخ والطلاق والتطليق، وتعامل الشرائع معه نجد التباين الكبير بينها إلى حد التناقض من حيث المصطلح ومن له الحق في الاعتراف به من عدمه ،إلى وقوع الأثر المترتب بناء على هذه التفرقة.

ففي نطاق الشرائع اليهودية والمسيحية تعتبر التفرقة بين الطلاق والتطليق هامة ،ولها أثر مختلف في كل حالة عن الأخرى، فالطلاق الذي يملكه الزوج في الأصل أو يتم باتفاق الزوجين قد يكون غير جائز كما هو الحال عند بعض اليهود ،كما أن التطليق لا يحكم به القاضي نيابة عن الزوج وإنما يحكم به عند توافر سببه ،إما علاجا لحياة زوجية متداعية لا مصلحة في بقائها، أو عقابا لأحد الزوجين عن خطأ ارتكبه في حق الزوج الثاني، والفسخ للعقد هنا لا يوصف بأنه رجعي أوبائن كما هو معروف في الشريعة الإسلامية، والفرقة بالفسخ والطلاق والتطليق تعتبر مبدأ مسلما به في الشريعة اليهودية عند طائفة منهم ،وهناك طائفة عند اليهود تسمى بالربانيين ،يجيزون الفسخ والفرقة بين الزوجين ولو بدون سبب يدعوا إليه وأهم القواعد التي تحكم الفرقة والفسخ عندهم: أنه للرجل الطلاق بعبارته وبإرادته المنفردة .*[35]

---

[35] – الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي ،الجزء الثاني ،ص149 ،مؤسسة دار البدر للنشر والتوزيع ،ط2013م، بتصرف.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وأما طائفة القراؤون فلا يجيزون الفسخ أو الطلاق بعبارة الزوج وحدها، بل لابد من حكم المحكمة ولابد هنا من توفر مسوغ للطلاق للحكم به،وتقضي به بناء على طلب المرأة أو اتفاق الزوجين على الطلاق . أما في الديانة المسيحية :فإن في أصوله المطبقة عند أتباعها الآن من الطوائف المختلفة تنظر إلى الزواج والطلاق نظرة مختلفة ،فرغم أن الغالبية منهم ماعدا الإنجيليين يعتبرون الزواج سر مقدس وأحكامه عندهم تستمد من الرهبانية ، ومع ذلك فإنهم لا يقرون مبدأ الطلاق بإرادة أحد الزوجين، ولا باتفاقهما.

والمستقرعليه الآن عند المسيحيين هو:-

رفض فكرة تفرق الزوجين تحت أي مسمى سواء كان فسخا أو طلاقا أو تطليقا بتاتا، وهذا عند طائفة الكاثوليك ، وأما عند طائفة الأرثوذوكس فقد منعوا فسخ عقود الزواج عندهم وبين اتباعهم إلا لأسباب محددة وفي أضيق نطاق واختلفوا فيما بينهم بين موسع ومضيق في عددها بحسب كل طائفة.

ومناهضة الكنيسة لنظام الفسخ والطلاق جاءت نتاجا لدعوة المسيح إلى المحبة وروح التسامح ومحاولته تطهير العقيدة الدينية مما ألصقه بها بعض أحبار اليهود من دعاوي كاذبة، فهو أنكر فوضى الطلاق التي كانت سائدة عند اليهود ودعاهم إلى الحد منها.

وعندما اعتنق قسطنطين المسيحية مكن لاتجاه المسيحية في محاربة الطلاق وأصدر قانونا سنة 331م حدد فيه أسباب الطلاق والفسخ مثل زنى المرأة ،أو ارتكاب الرجل جريمة القتل، أو جريمة التسميم ،ووضع جزاء وعقوبة لمن فسخ أو طلق بإرادته المنفردة لغير سبب مشروع ، واستمرت الكنيسة تدعوا لإقرار مبدأ عدم انحلال عقد الزواج، ولم تستطع فرضه إلا عندما نجحت في الحصول على اختصاص تشريعي قضائي للكنيسة ومستقل عن الدولة، وعندها

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ظهر خلاف بين التشريعات التي وضعتها كل كنيسة لاتباعها، ولم يعتنق أو يتقيد بهذا المبدأ إلا الكنيسة الكاثوليكية.[36]

أما القوانين الوضعية في أكثر البلاد التي تدين بالمسيحية فقد منعت الطلاق والفسخ لعقد الزواج بالإرادة المنفردة، أوكان بالاتفاق بين الزوج والزوجة دون الرجوع إلى السلطة المختصة، وأجازته عن طريق السلطة، الدينية، وبأسباب محددة ،تختلف عدداً ومرونةً من قانونٍ لآخر.

[36]–زكي الدين شعبان ،الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ،ص301،منشورات جامعة قاريونس ،بنغازي ط 4،سنة الطبع 1978م،بتصرف .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثالث:–الفرقة بالفسخ وأوجه التفرقة بينها وبين الطلاق والانفساخ

عند الحديث عن معنى الفرقة بين الزوجين سواء كانت فسخا أو طلاقا أو تطليقا لابد للباحث من عرض مفهوم عام ومختصر للفرقة الزوجية.

الفرقة لغة :– اسم من الافتراق وهو ضد الاجتماع.

وفي اصطلاح الفقهاء :–ما ينتهي به عقد الزواج، أو يقطع العلاقة الزوجية بين الزوجين.

وقد يطلق على السبب الشرعي المؤدي لذلك.

***أسباب وقوع الفرقة: سببين:–**

أ–إما وفاة أحد الزوجين.

ب– وقوع الفرقة بينهما حال الحياة الزوجية.

وانتهاء العلاقة بالسبب الأول "الوفاة" ينهي العلاقة الزوجية وآثارها بالنسبة للزوج من حين وفاة الزوجة، وبالنسبة للزوجة فلا تنتهي جميع الآثار بمجرد الوفاة ،وإنما يبقى بعضها إلى حين انتهاء العدة قال الله تعالى (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) .[37]وأما انتهاؤهابالسبب الثاني:–وهو الفرقة في وقت الحياة الزوجية، فهو يتنوع بحسب نوع الفرقة ، فسخا أو طلاقاً،فالفسخ يشمل كل فرقة يراد بها نقض العقد في الحال بسبب خلل يمنع ابتداءه أو عارض يمنع بقاءه.

والطّلاق لغةً:–الحلّ ورفع القيد ، يقال : طلقت المرأة وأطلقت:–سُرِّحَتْ.[38]

وفي الاصطلاح:– هو رفع قيد النّكاح في الحال أو في المآل بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقامها ،والعلاقة بين الطّلاق والفرقة هي أنّ الطّلاق من أنواع الفرقة ، والفرقة أعمّ من

---

[37] –سورة البقرة ،الآية ،234 .

[38] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير ،ص293 ،مطبعة الشروق، القاهرة ،سنة الطباعة 1996م -

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الطّلاق لأنّها قد تكون فسخاً، والطلاق أو التطليق :يشمل كل فرقة يراد بها إنهاء العلاقة الزوجية سواء كانت هذه الفرقة باتفاق الزوجين ،أو بإرادة الزوج أو بحكم القاضي.

وأما الانفساخ :-فهو يعني أن العقد لا أثر له ، ولا يفيد حل المعاشرة الزوجية ،ووجوده كعدمه، وهو يحدث أثره من وقت حدوث سببه ،أو العلم به، دون الحاجة إلى حكم بالتفريق.

أما الفسخ القضائي بسلطة القاضي، فهو يختلف عن الانفساخ :لأن الفسخ يستدعي تدخلا لإنهاء وإبطال العقد لتبين فساده باختلال شرط من شروطه ، أو بناء من شرع له حق طلب الفسخ .وهنا نستعرض الفرق بين فسخ عقد الزواج وإبطاله وانفساخه والفروق بينها على فرعين:-

الفرع الأول:- نبين فيه الفرق بين فسخ عقد الزواج وإبطاله وانفساخه.

الفرع الثاني:-نذكر فيه الفرق بين الفسخ والطلاق.

الفرع الأول:-لفرق بين الفسخ والإبطال:-*البطلان في اللغة:-هو سقوط الشيء لفساده، فيقال:-بطل دم القتيل إذا ذهب هدراً بلا ثأر ولا دية، ومنه قيل للشجاع: بطل لأنه يعرض دمه أو دم غيره للبطلان، والباطل ما لا ثبات له عند التثبت منه، ومنه قيل لخلاف الحق (باطل).[39]

[39] - أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير ص612 ،مطبعة الشروق، القاهرة ،سنة الطباعة 1996م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والبطلان عند الفقهاء:-عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي في نظر الشارع، بحيث يعد وجوده كعدمه لمخالفته ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه، فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف[40].

ويجري ذلك في العبادات الدينية والأعمال والمعاملات المدنية على السواء فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبارهما شرعاً، فلا يبرئان ذمة المكلف بهما من الواجب، بل يبقى مكلفاً بإعادتهما، وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء وزواج وطلاق وإقرار وإبراء وأخذ وعطاء وسائر المعاملات هو عدم حصول الآثار المقررة لها شرعاً بين الناس، من امتلاك وانتفاع واستباحة واستمتاع وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلاً إليها وسبباً منشئاً لها.

وهذا هو البطلان المطلق ذاته عند القانونيين وعلى ذلك يمكن تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه تجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشارع.

***أما الإبطال** فهو عد الشيء باطلاً، وكما أن العقد ينقض بالفسخ فإنه ينقض بالإبطال، ولكن الإبطال غير الفسخ، فالإبطال معناه اعتبار العقد باطلاً من أساسه، والعقد الباطل هو العقد (الذي ليس مشروعاً بأصله) أي له وجود حسي فقط دون أن يكتسب وجوداً اعتبارياً ما في نظر الشارع فالعقد في حالة البطلان غير منعقد أصلاً كمولود يولد ميتاً.

وأما الفسخ فهو حل لعقد كان قد انعقد وأعتبر منتجاً لآثاره في نظر الشارع ولو بالجملة وعلى هذا الأساس فلا يكون فسخ العقد إلا بعد سبق الانعقاد، على خلاف الإبطال، فإنه لا يرد إلا تقريراً لانعدام عقد ظن الناس انه منتج لآثاره، فالفسخ هو الحالة التي نواجه فيها

---

[40] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص432 ،المكتبة العلمية ،بيروت،ط2 ،1983 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عقداً منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ولكن رافقه أو طرأ عليه طارئ ما سبب العمل على حله فهو كشخص حي تطرأ عليه الوفاة.

أما الإبطال:-فهو الحالة التي نواجه فيها عقد منعدماً في نظر الشارع فهو كشخص ميت منذ ولادته.

والفسخ إما أن يكون إرادياً كما في الفسخ بسبب العيب القديم في أحد الزوجين فإن للزوج السليم أن يفسخ وأن لا يفسخ كما سيأتي، وإما أن يكون غير إرادي كما في حالة ردة أحد الزوجين حيث أن الفسخ هنا يقع بحكم الشرع ولا خيار للزوجين أو أحدهما في المضي في هذا الزواج أو عدم المضي فيه، فإن كان الفسخ إرادياً سمي فسخاً، وأن كان غير إرادي سمي انفساخاً.

هذا وقد يعبر بعض الفقهاء عن الانفساخ بالبطلان نظراً لتشابههما من حيث الأثر، لكن الواقع الأمر يدل على أن بين البطلان والانفساخ فرقاً بيناً، وذلك من الوجوه الآتية:

"أ"- فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظامه التشريعي في أركان العقد، فالعقد يكون في أصله باطلاً أي معدوماً اعتباراً، أما الانفساخ فإنما يكون بعد تمام الانعقاد لسبب طارئ يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده، كردة أحد الزوجين.

"ب"- ويفترق أيضاً بطلان العقد عن انفساخه من ناحية أخرى، هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً، أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون رجعياً، كما لو كان بين الزوجين سبباً من أسباب التحريم عند عقد الزواج، وقد يكون أثره فورياً فيزول به العقد اعتباراً من وقت الانفساخ فقط، كالفسخ لغيبة الزوج....هذا هو الفرق بين الانفساخ والإبطال في نظر فقهاء المسلمين.[41]

[41] – التعارض بين النصوص دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م،للباحث سعد خليفة العبار، منشور في مجلة الجامعة الاسمرية ،السنة السابعة ،العدد الرابع،2010،منقوول بتصرف

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

* **أما عند علماء القانون** :هناك تفصيل آخر يخالف ما عليه فقهاء المسلمين، ذلك أنهم يميزون في تسمية زوال العقد بين حالتين:-

أ –حالة أحد عيوب الرضا عند تكوين العقد، وهنا يسمون إزالة العقد بإرادة من عيب رضاه (إبطالاً نسبياً) ويصفون العقد في هذه الحالة بأنه (قابل للإبطال).

ب–حالة وجود سبب طارئ يتعلق بتنفيذ العقد لا بتكوينه، وهنا يسمون الإزالة (فسخاً) أو (انفساخاً) بحسب الأحوال.

ويعرف أهل القانون الفسخ :-بأنه (انتهاء العقد بأثر رجعي نتيجة سبب غير البطلان المقارن لانعقاده)،[42] وبذلك يتضح أن فقهاء المسلمين يفرقون بين الإبطال والفسخ على أساس أن الإبطال تقرير لانعدام العقد مُنذ نشوئه انعداماً تاماً، وكأنه لم يكن في نظر الشارع، وأن الفسخ حل لعقد كان قد وجد ثم اقتضت نقضه وإزالته أمور كثيرة سواءً كانت مرافقة له أو طارئة عليه، فالفسخ عندهم إزالة والإبطال تقرير لزوال وكذلك فإن العقد الذي طرأ عليه القضاء بالإبطال لا يمكن أن يعتبر له أي أثر بخلاف الفسخ إذ قد تبقى له بعض الآثار.

أما علماء القانون:-فيفرقون بين الفسخ والإبطال على أساس أن الإبطال لا يرد إلا على عقد كان معتلاً في أساسه ومستوجباً للنقض أو قابلاً له منذ نشوئه، وان الفسخ نقض لعقد كان قد تم مستوفياً لجميع شرائطه وأركانه، ثم تعذر أو تعسر تنفيذه فاستحق الفسخ أو الحل فالفسخ عند فقهاء المسلمين يرد على العقد الصحيح وعلى العقد الفاسد،،، أما علماء القانون فالفسخ عندهم لا يرد إلا على العقد الصحيح فقط، أما العقد الفاسد فلا يرد عليه عندهم إلا الإبطال، لأن الفسخ قاصر عندهم على حالة التعذّر أو الامتناع عن تنفيذ

[42] – محمد مصطفى الهوني ،قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء ،ص43،مكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي ،ط2 ،سنة 2007 م ،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

العقد الصحيح ولا يخفي ما في نظرة فقهاء الإسلام من دقة متناهية، إذ أن العقد الفاسد هو عقد قائم من الناحية المادية وقائم من وجهة نظر الشارع بالجملة، وذلك لاستكماله جميع أركانه وشروط انعقاده، وأن كان وجوده غير تام لانعدام أحد شروط الصحة فيه، أو اقترانه بشرط غير صحيح أو ما شابه ذلك، وبذلك يصح إيراد الفسخ عليه دون الإبطال، فهو عقد قائم بالجملة رغم اعتلاله، والإبطال لا يرد إلا على عقد منعدم تماماً في نظر الشارع وهو الباطل، أما الفاسد فليس كذلك.

الفرع الثاني:-الفرق بين الفسخ والطلاق :-عند المقارنة بين الفسخ والطلاق في شتى النواحي تتجلى لنا أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، وبيان ذلك على النحو الآتي:-

أولاً:-الطلاق والفسخ في اللغة لفظان يدلان على معنيين متقاربين.

فالطلاق في اللغة :-هو الحل والانحلال، والفسخ هو نقض ورفع، ومعناهما هو حل الشيء، إلا أن الفسخ يفيد حل الشيء حلاً نهائياً بمعنى إعدامه تماماً، أما الطلاق فإنه يشعر بحل الشيء حلاً جزئياً بمعنى إيقاف مفعوله.

هذا الفرق في اللغة بين لفظي الطلاق والفسخ وإن كان ضعيفاً وبسيطاً إلا أن له أهمية كبرى لا ينبغي تجاهلها، ويظهر ذلك جلياً في الآثار الناتجة عن الفسخ والطلاق لدى الفقهاء رحم الله الجميع.

ثانياً:- الطلاق إنهاء للرابطة العقدية وإيقاف لامتداد آثار العقد، أما الفسخ فهو حل ونقض للرابطة العقدية وشتان بين الإنهاء والحل، فالإنهاء إيقاف لمفعول العقد مع الإقرار ضمناً بصحة نشوئه، أما الحل فهو إعدام للعقد من أصله، واعتباره كان لم يكن.

وقد ذكر ذلك الفقيه الحنفي أبن نجيم في تعريفه للفسخ قائلاً: أن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن، فالطلاق إيقاف لاستمرار العقد والفسخ إعدام للعقد من أساسه.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً:-الفسخ لا يكون إلا لسبب داع إليه سواءً كان هذا السبب مرافقاً للعقد كما في العقد الفاسد أو خيار البلوغ، أو طارئاً عليه كما في ردة أحد الزوجين وخلافه فعند تحقق السبب يفسخ النكاح تلقائياً أو يرفع أمره للقاضي فيحكم بفسخه كما سيأتي، أما الطلاق فهو إنهاء للعقد وإيقاف لاستمرار آثاره دون حاجة لأي سبب من تلك الأسباب المتقدمة، بل سببه الوحيد هو صدور اللفظ الموقع له.

رابعاً:- الفسخ قد يقع بمجرد قيام سببه كما في حالات الانفساخ بالرده أو بالإباء عن الإسلام، وقد يقع بحكم القاضي بأي لفظ كان، كما في حالات الفسخ القضائي بسبب العيب وغيره، أما الطلاق فلا يقع إلا بألفاظ مخصوصة صريحة كانت طالق، أو كناية كقول الزوج لزوجته: أذهبي، أو لا حاجة لي بك، وغير ذلك، مع نية الطلاق.[43]

خامساً:- الطلاق أثر من آثار العقد، بحيث إذا كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الأثر. أما الفسخ فليس كذلك، بل هو نقض للعقد وهدم لآثاره.

سادساً:- ليس للزوج على زوجته في الطلاق إلا ثلاث طلقات فقط تصبح بعدها أجنبية عنه من كل وجه، ولا تحل له ثانية حتى تنكح زوجاً غيره، عملاً بقوله تعالى:("الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ")،[44] ولذلك إذا طلق الرجل زوجته مرةً واحدة، نقص ذلك من حقه، وأصبح يملك على زوجته طلقتين فقط، فإذا كررها نزل حقه إلى واحدة، فإذا وقعت الثالثة حرمت عليه ولم تعد تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره.

أما الفسخ:-فليس إنهاءً للعقد بل هو هدم للعقد فإنه يعود عليه بالنقض، ولذلك لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته. فلو تزوج إنساناً امرأةً بعقد صحيح ثم

---

[43] - التعارض بين النصوص دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م،للباحث سعد خليفة العبار، منشور في مجلة الجامعة الاسمرية ،السنة السابعة ،العدد الرابع،2010،منقوول بتصرف ،سبق ذكره .

[44] -سورة البقرة ،الآية229 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فسخ هذا الزواج بسبب من أسباب الفسخ كما في خيار البلوغ، أو لعدم الإنفاق ثم عاد إلى زوجته ثانية بعقد صحيح، كان له عليها ثلاث طلقات لا ينقص الفسخ منها شيئاً وهذا باتفاق الفقهاء، إذ أن الفسخ غير الطلاق فلا يقاس عليه.

سابعاً:- الطلاق والفسخ متساويان في وجوب العدة بهما على الزوجة ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، إذ العدة عندهم لا تجب إلا بالموت والطلاق بائناً كان أو رجعياً فقط، أما الفسخ فلا تجب العدة به إلا في حالة الفسخ بسبب خيار العتق، ويعللون ذلك بأن الرسول صلى اله عليه وسلم، أمر بريره بالاعتداد ولم يأمر غيرها فلا تكون العدة واجبة إلا في هذه الحالة التي ورد بها نص، فقد روي عن أبن عباس: (أن النبي خير بريره بعدما عتقت، فاختارت نفسها، وأمرها أن تعتد عدة الحرة) كما روي عن الأسود رضي الله عنه ،عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: (أُمِرَتْ بريره أن تعتد بثلاث حيضات)[45].

لكن جمهور الفقهاء يردون ما استدل به غيرهم ،من اختصاص المخيرة للعتق دون غيرها بوجوب العدة عليها وعدم جواز قياس غيرها عليها، بأن القياس هنا صحيح، ذلك أن المخيرة للعتق والمطلقة تتساويان في الحاجة إلى وجوب العدة ، ذلك أن المعنى في وجوب العدة على المطلقة والمخيرة للعتق إنما هو استبراء الرحم، وذلك موجود في المفسوخ نكاحها بعد الدخول مطلقاً، فكان القياس صحيحاً لذلك ولا يضر اختلاف الطلاق عن الفسخ في بعض الوجوه ما دام الاتفاق بينهما قائماً في علة وجوب العدة وهي الدخول بالزوجة.

ثامناً:- العدة في الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى: يقع فيها الطلاق على الزوجة لأن أثار الزوجية لا زالت باقية بالجملة بين الزوجين، فالزوج هو الإنسان الوحيد الذي يستطيع أن يستعيد زوجته إلى عصمته في هذه العدة، سواء بعقد جديد كما في البينونة

[45]- صحيح مسلم بشرح النووي ،تحقيق عصام الصابطي وآخران ،ص344 ،دار الحديث بالقاهرة ،الطبعة الرابعة ،سنة 2001م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الصغرى أو بدون عقد كما في الرجعي، إذ أن الفرقة التامة من كل وجه لا تقع في الطلاق إلا بعد انتهاء العدة سواءً أكانت من بينونة صغرى أومن رجعي.

ويستثني الحنفية من ذلك حالة الطلاق البائن، فإن الطلاق يقع في عدة الرجعي دون البائن، هذا إذا كان البائن الأول منجزاً، فإن كان معلقاً على شرط لم يحصل بعد، وورد عليه البائن منجزاً أو معلقاً فإنه يلحقه، لأن البينونة لم تقع بالأول لتعلقه على شرط لم يتحصل بعد فيلحقه الطلاق الثاني بائناً كان أو رجعي.

أما عدة الطلاق البائن بينونة كبرى فتنفصم فيها عرى الزوجية من كل وجه، ويعتبر فيها الزوج أجنبياً كغيره من الأجانب الآخرين بالنسبة لزوجته، ولذلك لا يقع فيها طلاق على الزوجة مطلقا ،أما في عدة الفسخ، فلا يلحق فيها الطلاق المعتدة عند جمهور الفقهاء واستثنى الحنفية من ذلك صورتين فقط يلحق فيها الطلاق المعتدة من الفسخ وهما.

أ:–الردة عن الإسلام من قبل أحد الزوجين إذا لم يصاحبها لحاق بدار الحرب، فإذا صاحبها لحاق بدار الحرب لم يقع الطلاق فيها،فلو ارتدت الزوجة المسلمة، والعياذ بالله تعالى ،ثم لحقت بدار الحرب فطلقها زوجها قبل انقضاء عدتها، لم يقع عليها الطلاق، بحيث لو عادت إلى الإسلام ورجعت إلى زوجها، لم يحسب ذلك الطلاق عليه، ولم ينقص من حقه أما إذا ارتدت ولم تلحق بدار الحرب وطلقها الزوج في عدتها وقع ذلك الطلاق عليها.

ب:–إباء الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام، أو في أي دين سماوي أخر بعد إسلام زوجها، فلو أسلم الزوج غير المسلم وكانت زوجته مشركة غير كتابية، كأن تكون مجوسية مثلاً وعرض عليها الإسلام فرفضت ذلك ووقعت الفرقة لهذا السبب بين الزوجين، ثم طلقها قبل أن تنقضي عدتها، فإن الطلاق يقع عليها في هذه الحالة.[46]

[46] –الدكتور وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية،ص315 ،دار الفكر العربي سوريا ،دمشق ،ط4 ،1999م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وفي غير هاتين الصورتين من صور الفسخ لا يقع الطلاق على الزوجة في عدتها بأي حال من الأحوال لأن عرى الزوجية في الفسخ تنفصم تماماً ولا يبقى لها أي أثر حيث أن الفسخ نقض النكاح من أصله ، وبما أن وشائج الزوجية في العدة أثر من أثار النكاح فتعتبر منقوضه تماماً بفسخه، وتزول جميع آثار الزوجية، فإذا ورد الطلاق على المعتدة المفسوخ نكاحها لم يجد محله وهو الزوجية، فلا يقع وذلك على خلاف عدة الطلاق فإن وشائج الزوجية فيها تضل قائمة بالجملة.

وأما استثناء الحالتين السابقتين من عدة الفسخ والحكم بإيقاع الطلاق فيهما عند الحنفية فذلك لأنه بالنسبة للمرتدة والمرتد اللذين لم يلحقا بدار الحرب، فإن الطلاق يقع في العدة في ذلك على الزوجة، لأن وشائج الزوجية لم تنقطع تماماً بين الزوجين، وذلك لاحتمال رجوع المرتد منهما إلى الإسلام، بل أن هذا الاحتمال راجح، فإن معالم الإسلام في دار الإسلام واضحة، وبقليل من النظر ستتبين للمرتد ويرجع إلى رشده ودينه، وبذلك يزول السبب الذي من أجله فسخ النكاح فيعود النكاح إلى ما كان عليه من الصحة، هذا إذا لم يلحق المرتد بدار الحرب، فإذا لحق بدار الحرب تأكد فسخ نكاحه وانقطع احتمال عودته إلى الإسلام[47].

وأما امتناع الزوجة غير الكتابية عن اعتناق الإسلام أو أي دين سماوي أخر بعد إسلام زوجها، فإن الطلاق يقع عليها في عدتها، لأن احتمال إسلامها أو اعتناقها ديناً سماوياً لم يزل أمراً قريباً ومرتقباً منها لوضوح الدليل، كما أن وشائج الزوجية لازالت قائمة حكماً فيقع عليها الطلاق في هذه العدة.

تاسعاً:–يتفق الفسخ والطلاق في نوع العدة، فالعدة بالنسبة للحامل هي وضع الحمل، سواءً أكانت الفرقة طلاقاً أم فسخاً أو موت الزوج، وذلك لقوله تعالى (وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن

[47] – زين الدين ابن نجيم الحنفي ،البحر الرائق شرح كنز لدقائق ،ص519،ط2، مطبعة دار الكتاب الإسلامي ،سنة 1992م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[48]دون تفريق بين فرقة وفرقة، بإجماع الفقهاء، والعدة بالنسبة لذات الحيض الحائل تكون بانقضاء ثلاثة قروء إذا كانت الفرقة بغير الموت، سواءً كانت بطلاق أو بفسخ وذلك لقوله تعالى(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)[49] فهذه الآية نص في الطلاق ويلحق الفسخ به قياساً عليه بجامع أن المعنى في الطلاق هو استبراء الرحم وهو موجود في الفسخ ومحتاج إليه فيه.

وذلك عند جمهور الفقهاء، في حين ذهب المالكية إلى القول بأنه إذا كانت المرأة صغيرة لا تطيق الوطء فلا عدة عليها مطلقاً، لأن مباشرتها ليس دخولاً في الحقيقة فيتناولها قوله تعالى(يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)[50].

وفي هذا كله يتساوى فيه كون الفرقة تمت بطلاق أو بفسخ، هذا عند جمهور الفقهاء أما ابن عباس فقد ذهب في رواية عنه إلى أن عدة الملاعنة تسعة أشهر.

فإذا كانت الفرقة بالموت فإن المرأة تعتد بأربعة أشهر وعشرا إن كانت حائلاً وبوضع الحمل إن كانت حاملاً هذا إذا كان العقد صحيحاً فإن كان فاسداً اعتدت بالأشهر أو بالحيض حسب الحال، كما في الفرقة بطلاق أو بفسخ إذا كانت حائلاً، ولا تعتد بعدة الوفاة عند الجمهور لأن المعنى في عدة الوفاة هو الاحداد على الزوجية، ولا زوجية صحيحة هنا، فلا حداد عليها فلم يبق إلا الاستبراء للتعرف على فراغ الرحم، وهو المعنى الغالب في عدة الطلاق فتجب عدة الطلاق وهي على ما تقدم.

---

[48] –سورة الطلاق ،الآية 4 .

[49] –سورة البقرة الآية ،228 .

[50] –سورة الأحزاب ،الآية 49 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

*أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل يقولون: إن الحرة المطيقة للوطء إذا وطئت في نكاح فاسد فإن لم يترتب على الوطء فيه حد وجب على الزوجة بالمتاركة فيه استبراء مساوٍ لعدتها، فإن كانت من ذوات الإقراء استبرئت بثلاثة قروء، وأن كانت حاملاً استبرئت بوضع حملها، وإلا استبرئت بثلاثة أشهر أما أن ترتب على الوطء فيه حد، استبرأت بحيضه واحدة أن كانت حائلاً، وبوضع الحمل أن كانت حاملاً وبشهر إن كانت من غير ذوات الإقراء، والموت عندهم كالمتاركة في النكاح الفاسد. وهذا رواية عن الإمام أحمد والرواية الأخرى توافق ما عليه الجمهور.[51]

عاشراً:- الفرق بين الطلاق والفسخ من حيث ثبوت النفقة في العدة للزوجة على زوجها وعدمه من حيث العدة: إما أن تكون من طلاق أو من فسخ فإن كانت من طلاقٍ فهي على قسمين :-

فإن كانت من طلاق رجعي، وهذه تثبت للزوجة فيها النفقة على زوجها بجميع أنواعها بإجماع الفقهاء. وذلك لقيام الزوجية حكما المستوجبة للنفقة ولأن الزوجة فيها مشغولة بحق الزوج.

وإن كانت من طلاق بائن، فكذلك عند الحنفية تجب لها النفقة بجميع أنواعها سواءً أكانت البينونة كبرى أم صغرى لأن الزوجة مشغولة بحق الزوج.

وذهب الحنابلة إلى أنها لا نفقة لها مطلقاً ولا سكنى إذا لم تكن حاملاً، لأن السكنى والنفقة إنما تجب لامرأة لزوجها عليها الرجعة وهذه ليست كذلك، واستدلوا بحديث فاطمة بنت

[51] – محمد بن يوسف ،المشهور بالمواق ،التاج والإكليل لمختصر خليل ، ص622،مكتبة النجاح ،طرابلس ،1997م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قيس حينما قال لها رسول الله (إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة)، [52]فإن كانت حاملاً كان لها النفقة دون المسكن، وفي رواية لها المسكن أيضاً.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن لها السكنى فقط دون النفقة لعموم قوله تعالى (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِن وُجْدِكُمْ)، [53] وذلك إن كانت حائلاً، فإن كانت حاملاً كان لها النفقة بجميع أنواعها لعموم قوله تعالى(وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ). [54]

وإن كان الفسخ من الزوجة وهو بمعصية، كما إذا ارتدت، لم يكن لها في العدة نفقه الطعام والكسوة أما السكنى فهو لها، وعله ذلك: أن الطعام والكسوة خالص حقها، فيسقطان بمعصيتها أما السكنى ففيها مع حق الزوجة حق الله تعالى وما كان فيه حق الله تعالى لا يسقط بفعل العبد، ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى ، سقطت نفقتها ولا يسقط سكناها هذا عند مذهب الحنفية، أما الحنابلة فلا يوجبون النفقة في عدة المبتوتة غير الحامل، فأولى بهم أن لا يوجبوها في عدة الفسخ إذا كانت غير حامل فإن كانت حاملاً كان لها نفقة الطعام واللباس، و المسكن.

وذهب الشافعية إلى أن الفسخ إن كان لسبب مرافق للعقد كالعيب القديم، فلا نفقة لها ولا سكنى، لأن الفسخ به يرفع العقد من أساسه وإن كان لسبب طارئ على العقد كالردة وجبت لها النفقة كاملة لأن الفسخ هنا يقطع النكاح كالطلاق فيعطي حكمه هذا أن كانت حاملاً فإن كانت حائلاً لم يجب لها شيء كما في البينونة عندهم سوى السكنى.

---

[52] – البيهقي ،السنن الكبرى ،تحقيق محمد عبدالقادر عطا ،ص410 ،دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان ،ط3، هـ1424-2003م .

[53] ––سورة الطلاق ،الآية، رقم 6 .

[54] –سورة الطلاق ،الآية ، رقم 7.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وذهب المالكية إلى أن السكنى واجبة للمرأة بكل حال أثناء العدة سواءً أكانت من طلاق رجعي أم بائن أم فسخ، وحتى المستبرأة يجب لها السكنى أثناء مدة استبرائها كالمزني بها أما المتوفي عنها زوجها فإنها تجب لها السكنى عندهم بشرطين هما :-

*أن يكون زوجها قد دخل بها.

*أن يكون المسكن ملكاً للزوج أوقد دفع ايجاره.

أما نفقة الطعام والكساء، فإنها تجب للمطلقة رجعياً دون البائن والمفسوخ نكاحها والميت عنها زوجها، إذ لا تجب لها نفقة إذا كانت حائلاً، فإن كانت حاملاً وجب لها بسبب الحمل، هذا إذا كان الحمل ثابت النسب من الزوج، فإن كان غير ثابت كالمفسوخ نكاحها بلعانها، فلا نفقة لها إلا باعتراف الزوج.

وهذا التقسيم كله إذا كان الفسخ وارداً على عقد صحيح فإن كان العقد فاسداً، لم يكن لها نفقة بحال، لأن نفقة العدة إنما كانت بسبب قيام آثار الزوجية الآيلة للانحلال ولا زوجية معتبرة هنا فلا نفقة، سواءً أكانت الزوجة حاملاً أم حائلاً.

أحد عشر:- الفرق بين الفسخ والطلاق من حيث وجوب الإحداد على المطلقة أو المفسوخ نكاحها إذا ما توفي مطلقها أو من فسخت نكاحها منه، وفي هذا الشأن ينص الحنفية على أن الإحداد واجب على المبتوتة وهي المطلقة بائناً ببينونة صغرى أو كبرى أو المفسوخ نكاحها وكذا المتوفي عنها زوجها في نكاح صحيح. وبذلك لا يجب الإحداد على من كان نكاحها فاسداً، سواءً أكانت الفرقة بالموت أو بالمتاركة، لأن الإحداد معناه الحزن على نعمة الزوجية، والزوجية في النكاح الفاسد منعدمة.

وذهب الشافعية والمالكية إلى أن الإحداد واجب على المتوفي عنها زوجها فقط، أما المطلقة بائناً والمفسوخ نكاحها فلا حداد عليهما مطلقاً، لكن يسن الإحداد في حق المطلقة طلاقا بائناً.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وبذلك يظهر أن لا فرق في الإحداد بين عدة المطلقة وعدة المفسوخ نكاحها عند الفقهاء جميعاً، سواءً منهم القائلون بالإحداد لغير المتوفي عنها زوجها وغير القائلين به، إذا كان النكاح صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يكن عليها إحداد بالإجماع ،[55] هذا والله تعالى أعلم .

[55] – محمد بن يوسف ،المشهور بالمواق ،التاج والإكليل لمختصر خليل ،ص366 ،مكتبة النجاح ،طرابلس ،1997م.مرجع سابق .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الرابع مفهوم الخُلع فقهاً وقانوناً وحكمهُ

وحكمة مشروعية الخُلع

أعطَت الشريعة الإسلامية للرجل حقَّ الطلاق، وفي مُقابل ذلك فإنها جعَلت الخُلع حقًّا للمرأة، وهو الافتداء إذا ما كرهت المرأة زوجَها وخافت ألا تُوفّيه حقه، وفي هذا المقام قال الله سبحانه وتعالى﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ .[56]

والمراد هنا:-إن ظن واحد منهما بنفسه ألا يُقيم حق النكاح لصاحبه حسبما يجب عليه لكراهية يَعتقِدها، فلا حرج على المرأة أن تفتدي نفسها، ولا على الزوج أن يأخذ الفِداء.

وتُعتبر حبيبة بنت سَهل الأنصاري زوجة ثابت بن قيس بن شماس، أولَ حالة خُلْع في الإسلام، بل إن هذه الآية الكريمة السابقة نزلَت في هذا الشأن؛ ففي صحيح البخاري عن عِكرمة عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس قالت لرسول الله – صلى الله عليه وسلم:- "يا رسول الله، زوجي ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلُق ولا دِين، ولكن أكره الكفْر في الإسلام – أي: أكره عدم الوفاء بحقِّه لبغضي له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أتردِّين عليه حديقته))، وهو المهر الذي أَمْهَرَهُ لها، فقالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ،لثابت ((اقْبَلِ الحديقة، وطلِّقها تطليقة))[57].

---

[56] -سورة البقرة،الآية229 .

[57] - محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، طبعة سنة 1401هـ-1981م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والخُلع له، مدلول شرعي يعني إزالة ملك النِّكاح؛ أي: الطلاق، سواء كان من الزوجة أو مِن وليِّها أو ممَّن يَنوب عنها، ومعناه أن تُخالع المرأة زوجها وتُطلَّق منه في مقابل عِوَض تدفعه لتفتدي نفسها به، وقد يكون هذا العِوَض في شكل نقدي أو عيني.

وتعددت أقوال الفقهاء حول تعريف الخُلع :-

حيث عرفته الظاهرية بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجَها فخافت ألا تُوفِّيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفِّيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويُطلِّقها إن رضي هو.

وقد عرَّف الفقهاء الخُلع بأنه:- فراق الزوج لزوجته بعِوَض يأخذه منها أو ممَّن ينوب عنها.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: -فُرقة بين الزوجين بعِوَض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق.[58]

فلقد جعل الإسلام للمرأة مخرجًا إن أريد بها الضرر، وهي لا تقبل هذا الضرر، فيأتي الحق ويُشرِّع ويقول: "ما داما قد خافا ألا يُقيما حدود الله"، فللمرأة أن تفتدي نفسها بشيء من المال، شريطة ألا يزيد عن المهر.

الدليل على الخُلع من القرآن الكريم:-

الدليل على الخُلع من القرآن الكريم قول الله – سبحانه وتعالى -: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾.[59]

---

[58] – عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ،مكتبة دار الحديث القاهرة ،المجلد الرابع ،ص521، 1990.

[59] –سورة البقرة، الآية 229 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

***الخُلع في القانون الليبي بشان الزواج والطلاق رقم 1984/10 :-**

أما الخلع في القانون الليبي ، ففي جميع الأحوال طلاقٌ بائنٌ، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن.

وينظر إلى الخلع من الناحية الشرعية على أنه عقد ينعقد بإيجاب وقَبول، ولكن الاعتبار فيه يَختلف بالنسبة لكل من الرجل والمرأة، فهو من جانب الرجل يُعتبَر تعليقًا للطلاق على قبول المال، ومن جانب المرأة يعتبر فدية ومُفاوَضة.

ومن هنا فإن الخلعَ يعتبر طلاقًا، لكنه مُيّز عن غيره في أنه طلاق نظير مال تُقدِّمه الزوجة لزوجها، وقد أباحت الشريعة الإسلامية للمرأة أن تقدم مالاً تَفتدي به نفسها، وأباحت للرجل قبوله في نظير الطلاق، عندما يَخافان ألا يقوما بحق الزوجية، وألا تَكون بينهما عشرة زوجية يرتضيها الدين الإسلامي.

حكم الخُلع:-

هو نفس حكم الطلاق، فهو مُباح ولكنه مَبغوض، وقد نهى الشارع عنه إذا كان لغير سبب غير رغبة الزوجة في فراق هذا وتزوَّج ذاك، وهو ما يُعرف بالتذوق؛ ولذلك قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: ((أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز، فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، المختلعات هنَّ المنافقات))،[60] والدليل على جوازه من الكتاب قوله – تعالى –: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [61].

---

[60] - البيهقي ،السنن الكبرى ،تحقيق محمد عبدالقادر عطا ،ص687 ،دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان ،ط3، هـ1424-2003م .

[61] - سورة البقرة، الآية 229-

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فحظر على الزوج بهذه الآية أن يأخذ شيئًا مما أعطاها إلا على الشريطة المذكورة، وهذا الخوف من ترك إقامة حدود الله على وجهَين:-

1- إما أن يكون أحدهما سيئ الخُلق أو هما جميعًا، فيفضي بهما ذلك إلى عدم إقامة حدود الله فيما ألزم كل واحد منهما من حقوق النكاح في قوله تعالى﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[62].

2- وإما أن يكون أحدهما مُبغضًا للآخَر، فيَصعُب عليه حسن العشرة والمجامَلة، فيؤديه ذلك إلى مخالفة أمر الله فيما ألزم كل واحد منهما من حقوق النكاح التي تلزمه، فإذا وقع أحدُ هذَين وأشفقا من ترك إقامة حدود الله التي حدَّها لهما، حلَّ الخلع.

الحكمة من مشروعية الخُلع :-

لما جعَل الله سبحانه وتعالى الطلاق في يدِ الرجل، يستطيع أن يلجأ إليه كعلاج أخير يتخلَّص به من زواج رأى أنه لم يؤدِّ الغرضَ المقصود منه، فإنه في نفس الوقت أعطى المرأة هذا الحق في أن تتخلَّص من زواجها إذا رأت أنه لم يؤدِّ الغرض المقصود منه، وذلك بالخُلع؛ لتكون الحياة الزوجية فيه قائمة على الحرية في بدئها، وعلى الحرية في استمرارها كذلك؛ فإنه من غير المعقول، بل ولا من العدل أن تشعر امرأة بالنفور الحقيقي من زوجها لأي سبب من الأسباب الخلقية، ثم تُرغَم على المعيشة معه؛ لأن حياة زوجية بهذا الشكل لا خير فيها، سواء للزوجين أو للمُجتمع؛ لأن الزوجة أذا أحسَّت بأنَّ زوجها مفروض عليها إلى الأبد مع كراهيتها له ونُفورها منه، فإنها قد تَقتله أو تَقتُل نفسها، أو تخرج عن دينها، أو تزلُّ إلى طريق الغَواية والانحِراف والعياذ بالله.

[62] -سورة البقرة ،الآية 228 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

(وهذا جدول يوضح أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفسخ والطلاق والخلع)

الفسخ	الطلاق	الخلع
الفسخ :- هو نقض ورفع، ومعناهما هو حل الشيء، و الفسخ يفيد حل الشيء حلاً نهائياً بمعنى إعدامه تماماً. الفسخ:- فهو حل ونقض للرابطة العقدية وشتان بين الإنهاء والحل، فالإنهاء إيقاف لمفعول العقد مع الإقرار ضمناً بصحة نشوئه، أما الحل فهو إعدام للعقد من أصله، واعتباره كأن لم يكن. الفسخ :-لا يكون إلا لسبب داعٍ إليه سواءً كان هذا السبب مرافقاً للعقد كما في العقد الفاسد أو خيار البلوغ، أو طارئاً عليه كما في ردة أحد الزوجين وخلافه فعند تحقق السبب يفسخ النكاح تلقائياً أو يرفع أمره للقاضي فيحكم بفسخه. الفسخ:- قد يقع بمجرد قيام سببه كما في حالات الانفساخ بالرده أو بالإباء	الطلاق في اللغة :- هو الحل والانحلال، والطلاق يفيد أو يقصد به حل الشيء حلاً جزئياً بمعنى إيقافه مؤقتاً. الطلاق:- إنهاء للرابطة العقدية وإيقاف لامتداد آثار العقد . الطلاق:- هو إنهاءٌ للعقد وإيقافٌ لاستمرار آثاره دون حاجة لأي سبب من تلك الأسباب المتقدمة في الفسخ، بل سببه الوحيد هو صدور اللفظ الموقع له. الطلاق:- فلا يقع إلا بألفاظ مخصوصة صريحة كأنتي طالق، أو كنايةً أو كقول الزوج لزوجته: أذهبي، أو لا حاجة لي بك، وغير ذلك، مع نية الطلاق.	معنى الخلع :- له عدة تعريفات فقهية فقد عرفته الظاهرية بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجَها فخافت ألا تُوفِّيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفِّيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويُطلِّقها إن رضي هو. وقد عرَّف الفقهاء الخُلع بأنه:- فراق الزوج لزوجته بعِوَض يأخذه منها أو ممَّن ينوب عنها. وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه:- -فُرقة بين الزوجين بعِوَض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق وهنا يتفق مع الطلاق في إنهاء عقد الزواج باللفظ بخلاف الفسخ فهو يختلف مع الخلع في هذه النقطة. الخلع :-من حيث الحكم فله نفس حكم الطلاق، فهو

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عن الإسلام، وقد يقع بحكم القاضي بأي لفظ كان، كما في حالات الفسخ القضائي بالسلطة التقديرية بسبب الضرر والعيب وغيره. الفسخ :-كما علمنا مسح العقد شكلاً ومضموناً، فهو نقض للعقدِ وهدمٌ لآثاره. الفسخ:- ليس إنهاءً للعقد بل هو هدم للعقد فإنه يعود عليه بالنقض، ولذلك لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فلو تزوج إنساناً امرأةً بعقد صحيح ثم فسخ هذا الزواج بسبب من أسباب الفسخ كما في خيار البلوغ، أو لعدم الإنفاق ثم عاد إلى زوجته ثانية بعقد صحيح، كان له عليها ثلاث طلقات لا ينقص الفسخ منها شيئاً وهذا باتفاق الفقهاء لأن الفسخ ليس كالطلاق في هذه النقطة فلا يقاس عليه. الطلاق والفسخ :-متساويان	الطلاق:- أثر من آثار العقد، بحيث إذا كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الأثر. فالطلاق :- ليس للزوج على زوجته في الطلاق إلا ثلاث طلقات فقط تصبح بعدها أجنبية عنه من كل وجه، ولا تحل له ثانية حتى تنكح زوجاً غيره، عملاً بقول الله تعالى:-(الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، ولذلك إذا طلق الرجل زوجته مرةً واحدة، نقص ذلك من حقه، وأصبح يملك على زوجته طلقتين فقط، فإذا كررها نزل حقه إلى واحدة، فإذا وقعت الثالثة حرمت عليه ولم تعد تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره. إذ أن الفسخ غير الطلاق فلا يقاس عليه.	مُباح ولكنه مَبغوضٌ شرعا كالطلاق، وقد نهى الشارع عنه إذا كان لغير سبب غير رغبة الزوجة في فراق هذا وتزوَّج ذاك، وهو ما يُعرف بالتذوق؛ ولذلك قال النبي – صلى الله عليه وسلم((أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز، فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، المختلعات هنَّ المنافقات)) . في الخلع :- لما جعَل الله سبحانه وتعالى-الطلاق في يدِ الرجل، يستطيع أن يلجأ إليه كعلاج أخير يتخلَّص به من زواج رأى أنه لم يؤدِّ الغرضَ المقصود منه، فإنه في نفس الوقت أعطى المرأة هذا الحق في أن تتخلَّص من زواجها إذا رأت أنه لم يؤدِّ الغرض المقصود منه، وذلك بالخُلع؛ لتكون الحياة الزوجية فيه قائمة على الحرية في بدئها، وعلى الحرية في استمرارها كذلك؛ فإنه من

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في وجوب العدة بهما على الزوجة وهو من أوجه الاتفاق بينهما، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، إذ العدة عندهم لا تجب إلا بالموت والطلاق بائناً كان أو رجعياً فقط . وأما في النفقة الفرق بين الفسخ والطلاق والخلع من حيث ثبوت النفقة للمرأة من عدمه :- ففي الفسخ من الزوجة وهو بمعصية، كما إذا ارتدت عن الدين، لم يكن لها في العدة نفقة الطعام والكسوة أما السكنى فهو لها، وعله ذلك: أن الطعام والكسوة خالص حقها، فيسقطان بمعصيتها أما السكنى ففيها مع حق الزوجة حق الله تعالى وما كان فيه حق الله تعالى لا يسقط بفعل العبد، ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى ، سقطت نفقتها ولا يسقط سكناها	الطلاق والفسخ:- متساويان في وجوب العدة بهما على الزوجة وهو من أوجه الاتفاق، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، إذ العدة عندهم لا تجب إلا بالموت والطلاق بائناً كان أو رجعياً فقط . الفرق بين الطلاق والفسخ من حيث ثبوت النفقة في العدة للزوجة على زوجها وعدمه من حيث العدة:- إما أن تكون من طلاق أو من فسخ فإن كانت من طلاقٍ فهي على قسمين :- فإن كانت من طلاق رجعي، وهذه تثبت للزوجة فيها النفقة على زوجها بجميع أنواعها بإجماع الفقهاء. وذلك لقيام الزوجية حكما المستوجبة للنفقة ولأن الزوجة فيها مشغولة بحق الزوج . وإن كانت من طلاق بائن، فكذلك عند الحنفية تجب لها النفقة بجميع أنواعها سواءً	غير المعقول، بل ولا من العدل أن تشعر امرأة بالنفور الحقيقي من زوجها لأي سبب من الأسباب الخلقية، ثم تُرغَم على المعيشة معه؛ لأن حياة زوجية بهذا الشكل لا خير فيها، سواء للزوجين أو للمُجتمع؛ لأن الزوجة أذا أحسَّت بأنَّ زوجها مفروض عليها إلى الأبد مع كراهيتها له ونُفورها منه، فإنها قد تَقتله أو تَقتُل نفسها، أو تخرج عن دينها، أو تزلُّ إلى طريق الغَواية والانحِراف والعياذ بالله . الخُلع:- يعتبر في جميع الأحوال طلاقٌ بائنٌ، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن. وينظر إلى الخلع من الناحية الشرعية على أنه عقد ينعقد بإيجاب وقَبول، ولكن الاعتبار فيه يَختلف بالنسبة لكل من الرجل والمرأة، فهو

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هذا عند مذهب الحنفية، أما الحنابلة فلا يوجبون النفقة في عدة المبتوتة غير الحامل، فأولى بهم أن لا يوجبوها في عدة الفسخ إذا كانت غير حامل فإن كانت حاملاً كان لها نفقة الطعام واللباس، و المسكن. وذهب الشافعية إلى أنه في الفسخ إن كان لسبب مرافق للعقد كالعيب القديم، فلا نفقة لها ولا سكنى، لأن الفسخ به يرفع العقد من أساسه وإن كان لسبب طارئ على العقد كالردة وجبت لها النفقة كاملة لأن الفسخ هنا يقطع النكاح كالطلاق فيعطي حكمه هذا إن كانت حاملاً فإن كانت غير حامل لم يجب لها شيء كما في البينونة عندهم سوى السكنى. وذهب المالكية إلى أن السكنى واجبة للمرأة بكل حال أثناء العدة سواءًأكانت	أكانت البينونة كبرى أم صغرى لأن الزوجة مشغولة بحق الزوج . وذهب الحنابلة إلى أنها لا نفقة لها مطلقاً ولا سكنى إذا لم تكن حاملاً، لأن السكنى والنفقة إنما تجب لامرأة لزوجها عليها الرجعة وهذه ليست كذلك، واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس حينما قال لها رسول الله (إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة) فإن كانت حاملاً كان لها النفقة دون المسكن ، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن لها السكنى فقط دون النفقة لعموم قوله تعالى (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِن وُّجْدِكُمْ)،هذا إن كانت غير حامل ، فإن كانت حاملاً كان لها النفقة بجميع أنواعها لعموم قوله تعالى(وَإِن كُنَّ أُولَتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ	من جانب الرجل يُعتبَر تعليقًا للطلاق على قبول المال، ومن جانب المرأة يعتبر فدية ومُفاوَضة. ومن هنا فإن الخلعَ يعتبر متفق في وجه من أجه الاتفاق مع الطلاق، لكنه مُيّز عن غيره في أنه طلاق نظير مال تُقدِّمه الزوجة لزوجها، وقد أباحت الشريعة الإسلامية للمرأة أن تقدم مالاً تَفتدي به نفسها، وأباحت للرجل قبوله في نظير الطلاق، عندما يَخافان ألا يقوما بحق الزوجية، وألا تَكون بينهما عشرة زوجية يرتضيها الدين الإسلامي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

من طلاقٍ رجعي أو بائنٌ أو فسخٌ، وحتى المستبرأة يجب لها السكنى أثناء مدةاستبرائها كالمزني بها أما المتوفي عنها زوجها فإنها تجب لها السكنى عندهم بشرطين هما :-أن يكون زوجها قد دخل بها. أن يكون المسكن ملكاً للزوج أوقد دفع ايجاره. وهذا التقسيم كله إذا كان الفسخ وارداً على عقد صحيح فإن كان العقد فاسداً، لم يكن لها نفقة بحال، لأن نفقة العدة إنما كانت بسبب قيام آثار الزوجية الآيلة للانحلال ولا زوجية معتبرة هنا فلا نفقة، سواءً أكانت الزوجة حاملاً أو لا .	حَمْلَهُنَّ). ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى وسقطت نفقتها ولا يسقط سكناها هذا عند مذهب الحنفية . وذهب المالكية إلى أن السكنى واجبة للمرأة بكل حال أثناء العدة سواءأكانت من طلاق رجعي أم بائن أم فسخ، وحتى المستبرأة يجب لها السكنى أثناء مدةاستبرائها كالمزني بها أما المتوفي عنها زوجها فإنها تجب لها السكنى عندهم بشرطين هما :-أن يكون زوجها قد دخل بها. أن يكون المسكن ملكاً للزوج أوقد دفع ايجاره. أما نفقة الطعام والكساءفإنها تجب للمطلقة رجعياًدون البائن والمفسوخ نكاحها والميت عنها زوجها، إذ لا تجب لها نفقة ما لم تكن حاملا.	

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث : مفهوم عقد الزواج في الفقه والقانون الليبي ومشروعيته ،وحكمه، وحكمته ،و الزواج في التشريعات السابقة :-

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وانتشار الفضيلة في المجتمع ،فأضفى عليه قدسية ومكانة تجعله فريداً بين سائر العقود الأخرى ،لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه فقط ولا على الأسرة التي تُوجَدُ بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع فهو الأسلوب الذي اختاره الله تعالى للتكاثر والتناسل المرغوب فيه شرعا ،حيث رغب النبي صلى الله عليه وسلم في احاديث كثيرة في الزواج والتكاثر بالزواج الشرعي المحمود ،وكم ا أسلفنا القول الزواج هو الأسلوب الذي اختاره الإسلام لاستمرار الحياة الزوجية بعد أن أعدَّ كلا الزوجين وهيأهما بحيث يقوم كلا منهما بدوره الإيجابي في تحيق هذه الغاية ،فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنياً على رضاهما ورضا وليهما ،وعلى إيجابٍ وقبولٍ كمظهرين لهذ الرضا، وعلى إشهاد أن كلا منهما أصبح زوجاً للأخر ،فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق أو الفسخ لعقد الزواج ،ومن هنا لابد من للباحث أن يتطرق في هذ المبحث لمفهوم الزواج وحقيقة الزواج ،ومشروعيته، وحكمه، والحكمة من الزواج ، والزواج في التشريعات السابقة والحديث ، وقبل ذلك نعرج على تعريف العقد باعتباره لفظاً متصلاً بمصطلح الزواج.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الأول :تعريف عقد الزواج لغةً واصطلاحاً وقانوناً

الفرع الأول: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً وقانوناً

العقد لغةً:-مصدر عقده يعقده بكسر القاف ،ويستعمل اسما فيجمع على عقود ،وله أيضا معان كثيرة منها: الشدُّ والربط وهو نقيض الحل، فيقال عقد الحبل أي إذا شده، ومنها التأكيد والإحكام والتوثيق، فيقال عقد العهد واليمين أي أكدهما، ومنها العزم والجمع ومنه قوله تعالى (يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[63] ،وتأسيسا على ذلك فالعقد قد أطلق على كثيرا على العهد وهو حقيقة فيه ،ولذلك قال ابن منظور: العقد هو العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، فيقال عهدت إلى فلان كذا وكذا بمعنى ألزمته ،فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فمعناه أنك ألزمته ذلك بالتوثيق منه.

العقد في اصطلاح الفقهاء :يدور معنى العقد عند فقهاء الشريعة حول معنيين؛ عامُ وخاص

المعنى العام:-هو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء كان التزام في مقابل التزام آخر ،كالبيع ونحوه أم لا؛ كالطلاق واليمين، أو كان التزاما دينيا كأداء الواجبات والفرائض ،أم كان التزاما دنيوياً.[64]

المعنى الخاص:- وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، وهو المعنى المراد عند الفقهاء عند اطلاق لفظ العقد.

أما تعريف المتأخرين من الفقهاء للعقد :ومنهم الشيخ محمد أبو زهرة بقوله العقد :"هو ارتباط الإيجاب بالقبول الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثرا في المعقود عليه"[65].

---

[63] -سورة المائدة ،الآية 1 .

[64] - علي الخفيف ،محاضرات عن فرق الزواج ص77،معهد الدراسات العربية العالية ،القاهرة ،مصر،1996م،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد جاءت تعريفات أخرى :" العقد هو ما يعقده العاقد على أمر، لأن العقد إنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكر وإيجابه عليه ".[66]

تعريف القانون الليبي للعقد :- "هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".[67]

الفرع الثاني:-تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً وقانوناً:-

أولاً: الزواج لغة:-هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب زوج فلان إبله ؛أي قرن بعضها بعضا ببعض ، وتقول تزوجه النوم أي خالطه ،ومنه قوله تعالى "(احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وأَزْوَاجَهُمْ)"[68]والمعنى قرناءهم الذين كانوا يحضونهم ويغرونهم.

ولفظة الزواج لفظ عربي :موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر، ومنه قوله تعالى "(وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ) [69]"قيل أن المعنى قرنت النفوس بالأجساد ؛عند البعث أي ردت إليها، وقيل أن المعنى أن يقرن كلٌّ واحد بمن كانوا يعملون كعمله، الصالح مع الصالحين والأبرار والفاجر مع الفجار ،ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين وبناء الأسرة، ويرادفه لفظ النكاح.

---

[65] – محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية في الإسلام ، ص194 ،دار الفكر العربي، القاهرة ،مصر ، الطبعة الثانية،1996م.

[66] - محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه،ص388 ،دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الاردن ،الطبعة الأولى - 2003م .

[67] – محمد علي البدوي الأزهري ،النظرية العامة للالتزامات ،ص235 ، الجزء الأول ،مركز البحوث والنشر ،طرابلس ،ليبيا ،ط5 ،2001م .

[68] --سورة الصافات ،الآية 23 ،

[69] -سورة التكوير ،الآية 7 ،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وهو في اللغة :-الضم والتداخل، ومنه نكحت البُرَّ في الأرض إذا حرثتها فيها، ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها، ونكح المطر الأرض أي إذا خالط ثراها.[70]

ثانياً:-الزواج اصطلاحاً:-عرف الفقهاء القدماء عقد الزواج بتعريفات كثيرة متقاربة وفيما يلي بعض منها:-

1-**تعريف فقهاء الحنفية**:-عرفه ابن الهمام بأنه :"عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً.

2- **تعريف فقهاء المالكية** :-عرفه الدردير بأنه :"عقد تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

3-**تعريف فقهاء الشافعية** :عرفه الشربيني بأنه:-"عقد إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج ".

4- **تعريف فقهاء الحنابلة** :النكاح عندهم :"هو عقد التزويج ،فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل ".[71]

***تعريفات الفقهاء المعاصرين**:-

عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه :"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات."[72]

وعرفه الشيخ القرضاوي بأنه "العقد الذي يباح به للرجل التمتع بالمرأة ،والالتزام بالواجبات المقررة بينهما على أن يكون هذا العقد بلفظ زواج أو نكاح أو نحوهما"[73].

---

[70] - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ،503 ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان، الطبعة السادسة ،1998 م.

[71] - مالك بن أنس ،الموطأ،431 ،تصحيح وتخريج ،محمد فؤاد عبدالباقي ،دار إحياء التراث العربي ،طبعة 1370هـ-1951م .

[72] - محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية في الإسلام ص200 ،دار الفكر العربي، القاهرة ،مصر ، الطبعة الثانية،1996م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً :تعريف قانون الأحوال الشخصية الليبي لعقد الزواج :-

عرف القانون الليبي رقم 10لسنة 1984م الخاص بأحكام الزواج وآثارهما الزواج :-

بأنه ميثاق شرعي يقوم على أسس المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرما على الآخر ".[74]

---

[73] – يوسف القرضاوي ،مركز المرأة المسلمة في عصر العولمة ،ص158،دار الفرقان ،عمان الأردن،ط1 ،1417هـ .

[74] – مسودة القانون الليبي بشأن الزواج والطلاق صدر في 19-4-1984م،ونشر في الجريدة الرسمية،العدد6،السنة22،الصادر في يوم 13 يونيو1984م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني :حكم الزواج وحكمته

قبل ذكر الحكم الفقهي للزواج وآراء الفقهاء ،لابد أولاً من بيان مشروعيته من الكتاب ، والسنة ،والإجماع ،ثم نُعرّج للحكم الشرعي للزواج ،في فرعين، إن شاء الله تعالى.

مشروعية الزواج:–أ– من القرآن الكريم :قال تعالى:(فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ)[75]وجه الدلالة من الآية الكريمة ،أن الله أمر الأولياء أن يزوجوا بناتهم ولا يتركوهن متأيمات أو عوانس، وأمر السادة أن يزوجوا عبيدهم وإمائهم، لأن الأمر هنا يعتبر وسيلة لإبطال البغاء ودليل على مشروعية الزواج.

ب–من السنة النبوية الشريفة:–قول النبي صلى الله عليه وسلم:–(يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحفظ للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ،فإنه له وجاء)[76]،وجه الدلالة من الحديث الشريف ،هو ندب النبي صلى الله عليه وسلم لأمته للنكاح ليكونوا على كمال من أمر ديتهم ،وفيه صيانة لأنفسهم وغض لأبصارهم.

ج– من الإجماع:–فقد أجمعت الأمة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ،على مشروعية النكاح ،ولم يُعلم في ذلك مخالفا أو منكراً.

الفرع الأول:–حكم الزواج:–لقد اختلفت أقوال الفقهاء في حكم الزواج في حالة الأصل وهي حالة الاعتدال، ونعني بها القدرة على الوطء ،والمهر والنفقة ،مع عدم الخوف من الزنا والظلم وترك الفرائض والسنن على ثلاثة أقوال:–

القول الأول:–الاستحباب:–وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. **القول الثاني:–الوجوب:**–وقد قال به الظاهرية ،ورواية عن أحمد ،فقالوا

---

[75] –سورة النساء ، الآية 3 .

[76] – محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،كتاب النكاح باب من لم يستطع الباءة ،دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة سنة 1401هـ–1981م،رقم الحديث 5066 ،ص622 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إن النكاح فرض عين يأثم تاركه. **القول الثالث :فرض كفاية** : وهو قولٌ لبعض الحنفية، القائلين بأن النكاح فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة.[77]

الفرع الثاني:–حكمة عقد الزواج:–

للزواج حكم كثيرة ومتعددة ،تعود بالفائدة على الانسان والمجتمع وهي حكم وافقت الشرع والطبع والعقل،ومن هذه الفوائد والحكم الآتي:–

أولاً:–الزواج هو أفضل وضع طبيعي ،وأنسب مجال حيوي لإرواء الغريزة وإشباعها ،فيهدأ البدن، وتسكن النفس من الصراع ،ويكف البصر عن التطلع إلى الحرام ،وتطمئن العاطفة إلى ما أحل الله.

ثانياً:–بالزواج يتم المحافظة على نسل الإنسان ونسبه، فالزواج يمنع اختلاط الأنساب، ويخلد ذكر الإنسان ببقاء الذرية الصالحة من بعده قال تعالى (وَاللهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّن الطَّيِّبَاتِ)[78].

ثالثاً:–في الزواج يتعلم الإنسان الصبر على أخلاق غيره وحسن التعامل مع الآخرين فإن تحمل سوء الخلق من أخلاق الأبرار خاصة إذا كان الذي يتعامل معها هي الزوجة.

رابعاً:–في الزواج يجد العبد تعب الزواج، ويشعر به من سعيه وعمله من أجل أسرته وعائلته ، يدفعه إلى مزيد من النشاط والتحرك في سبيل هذه الغاية.

خامساً:–من حكم الزواج عامة أنه يحقق ترابط الأسر، وتقوية العلاقات والصلات الاجتماعية بين الأسر، وهذا مما يشجع عليه الإسلام ومن الغايات المهمة التي شرع لأجلها الزواج.

---

[77] – الأسرة أحكام وأدلة ،الصادق الغرياني ،ص97 ،منشورات جامعة طرابلس ،سنة 1996م .مرجع سابق .

[78] –سورة النحل ،الآية 72 ،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سادساً:–في الزواج تتحقق مصالح عامة ومنافع خاصة ،مما جعل الأمم تحرص أشد الحرص على تكثير عددها وتشجع على الزواج وقديما قيل إنما العزة للكاثر .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثالث :الزواج في التشريعات السابقة

بعدما أشرقت شمس الإسلام على البشرية سرعان ما شرعت لهم الشرائع وحدت لهم الحدود ،وسنت لهم النظام العام في مناحي الحياة والتي من بين بينها نظام الزواج ،وهدم كل نظام فاسد كان قبل الإسلام ،حماية للنسل من الضياع وصيانة للمرأة من العبث والفوضى ،فأبطل الإسلام ما كان من أنكحة فاسدة ومنها، نكاح الخدن: حيث كانوا ما استتر فلا بأس به وما ظهر فهو لؤم، وقد جاء ذكره فالقرآن الكريم قال تعالى (وَلاَ مُتَّخِذِاتِ أَخْدَانٍ) ،وذكرت أم المؤمنين رضي الله عنها كيف كان النكاح ما قبل الإسلام فما الذي ألغاه الإسلام، وما الذي أبقى عليه، فقالت :كان النكاح في الجاهلية على أربعة أنحاء أي أنواع :-

1-نكاح الناس اليوم :يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته ،فيصدقها ثم يتزوجها.

2-ونكاح آخر:-كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها، أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها حتى يتبين حملها ، فإذا تبين أصابها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، وهوكان يسمى عندهم نكاح الاستبضاع.

3-ونكاح آخر كان يسمى نكاح الرهط :فكان يجتمع الرهط (ما دون العشرة)، على المرأة فيدخلون ،كلهم يصيبها فإذا حملت ووضعت، ومر عليها ليال ،أرسلت إليهم ولا يمتنعوا ،فيجتمعون عندها فتقول لهم قد عرفتم ما كان من أمركم ،فهو ابنك يا فلان وتسميه بمن شاءت فيلحق به ولدها ،ولا يستطيع ذلك الرجل الإنكار.

4-ونكاح آخر :هو أن يجتمع رجال كثيرون ،فيدخلون على المرأة ولا تمتنع ممن جاءها-وهن البغايا-أي الزواني-فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت، جمعوا لها، ودعوا لها القافة ،ثم ألحقوا ولدها الذي يرون ،فالتاط به ودعي ابنه ولا يمتنع عن ذلك ،فلما

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بُعث سيد الخلق صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية ذلك كله إلا نكاح الناس اليوم "[79]،وهو النظام الذي أبقى عليه الإسلام والذي لا يتحقق إلا بإيجاب وقبول ومهر وإشهاد ،ليكون عقدا على ما شرعه الله وتثبت به الحقوق والواجبات.

[79] – محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،كتاب النكاح باب من قال لا نكاح إلا بولي ،ج 7،رقم الحديث5127 ،ص411،دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة سنة 1401هـ-1981م، .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث

منهجية البحث:

أ–نوع البحث

ب– مصادر البيانات

ج–أدوات البيانات

د–طرق تحليل البيانات

هـ–هيكل البحث

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث

منهجية البحث

مفهوم عام للبحث العلمي:-

البحث العلمي هو الوسيلة للاستعلام والاستقصاء الدقيق الذي يقوم به الباحث بغرض اكتشاف معلومة جديد، أو القيام بتصحيح معلومة أو فكرة عامة عن موضوع معين، ويمكن تعريفه :أيضا بأنه عرض مفصل أو دراسة معمقة تمثل كشفا جديدا في علم من العلوم ،أو التأكيد على حقيقة قديمة قد تكون اختفت ملامحها فالبحث الرصين يساعد في إعادتها إلى الواجهة العلمية ،أو هو بحث معمق من جهة مغايرة لموضوع قد سبق بحثه.

أ-نوع البحث:-

1-المنهج الوصفي المكتبي:-

اتبع الباحث المنهج الوصفي الذي هو طريقة من طرق التحليل والتفسير بشكل علمي دقيق لأجل الوصول لأغراض محددة لمشكلة اجتماعية كالتي هي محل بحثنا المتواضع الأن عن طريق الاستعانة واستخدام النوع الكيفي من خلال تحديد واختيار أدوات البيانات والوصول إلى النتائج وتحليلها.[80]

وفي هذا الشأن ستكون المنهجية معتمدة بشكل أساسي كما هو في سائر البحوث العلمية على الكتب في الفقه المالكي والقانونية للقانون الليبي في مسائل الزواج والطلاق المنظمة بالقانون رقم 10لسنة 1984 م فلا يمكن أن يستغني باحث عن المكتبة ومنهج الباحث

[80] -. سعيد صيني ،قواعد أساسية في البحث العلمي ، ص56،مكتبة الفجر الجديد ، بيروت لبنان ،2010 م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هنا هو جمع المادة العلمية من كتب الامهات والكتب المعاصرة وتحليلها والتعمق في معانيها وكذا الجمع من الوثائق والسجلات ذات العلاقة التطبيقية للبحث.

ب– مصادر البيانات:–

1–المصادر أولية:–هي التي تنقل المعلومات بشكل مباشر ، والسبب في جعلها مصادر أولية هو أن المعلومة التي توجد في هذه المصادر تتعلق بلب البحث وتتوقف عليه قيمة البحث ،وفقدانها يؤثر في جودة البحث وقيمته فهي أساسية وركيزة مهمة في البحث فعدم وجودها يعني اختلال البحث العلمي ، والمصادر الأولية لهذا البحث هي الكتب القانونية والفقهية المختصة بالفقه المالكي ، والاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الليبية ،ومسودة القانون الليبي رقم 10 لسنة 1984م ،وسبب كون هذه المصادر أولية في مراجع المعلومة لهذا البحث لأن هذه المصادر تناولت جميع الجوانب الفقهية في المذهب المعتمد في البلاد وهو المالكي، فيما يتعلق بنقاط البحث في مسائل الزواج والطلاق لاسيما مسألة فسخ عقد الزواج.

أولاً:–كتب الفقه المالكي:–

1–أحمد بن محمد الصاوي ،بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،على الشرح الصغير ،مكتبة مصطفى الحلبي ،الطبعة الأخيرة ،1952م.

2– محمد بن يوسف المشهور بالمواق ، التاج والإكليل لمختصر خليل ،مكتبة النجاح ،طرابلس ،1997م.

3– مالك بن أنس ،الموطأ، تصحيح وتخريج ،محمد فؤاد عبدالباقي ،دار إحياء التراث العربي ،طبعة 1370هـ–1951م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

4- الصادق بن عبدالرحمن الغرياني ،الأسرة أحكام وأدلة ، ،منشورات جامعة طرابلس ،سنة 1996م.

ثانياً:-الكتب القانونية والمقارنة بالفقه :-

1-وثائق أحكام المحاكم الليبية الصادرة في عدة قضايا فسخ عقد الزواج بمختلف مدن ليبيا.

2- الكوني علي اعبودة ،نظام القضاء ،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م.

3- الأزهري محمد علي البدوي ،النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ،مركز البحوث والنشر ،طرابلس ،ليبيا ،ط5 ،2001م.

4-كتاب أحكام الاسرة في الزواج والطلاق من جزئين-للدكتور سعيد محمد الجليدي – الطبعة الثانية-سنة 1998م-منشورات الجامعة المفتوحة- طرابلس.

5-كتاب الأحوال الشخصية- للدكتور محمد أبو زهرة-دار الفكر العربي-القاهرة-الطبعة الثالثة-1957م.

6-كتاب سلطة القاضي في الفقه الإسلامي-للدكتور محمود محمد ناصر-الطبعة الأولى-دار النفائس-عمان الأردن-سنة 2007.

7- الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي ،الجزء الثاني ،مؤسسة دار البدر للنشر والتوزيع ،ط1 1434هـ-2013م.

8-مسودة قانون الزواج والطلاق الليبي رقم 10 لسنة1984منشور في الجريدة الرسمية- وصدر بتاريخ 19- أبريل-1984م-ويعمل به من تاريخ نشره.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2-المصادر الثانوية:-

وهي تلك المصادر التي تحتل المرتبة الثانية في قائمة البحوث العلمية، وهي تستسقي معلوماتها من المصادر الثانوية ،إلا أنها تتميز عن من حيث وجود المعلومة العلمية مقننة وليست مجملة كما في المصادر الأولية ،ومنها بعض الكتب التي تحمل في طياتها بعض النقاط الثانوية المتعلقة بالموضوع فيرجع إليها الباحث بين الحين والآخر، وهناك أيضا الرسائل العلمية والمقالات ،والتقارير العلمية المنشورة في المنتديات العلمية، والأطروحات الجامعية العليا، والمكاتب العلمية الموجودة على شبكة الانترنت وكذا المكتبات الإلكترونية، والسبب في كونها ثانوية، أن المعلومات التي تحتويها هذه المصادر لا يتوقف البحث على وجودها من عدمه ، وليست ركن اساسيا في البحث ،فوجودها أو عدم وجودها لا يؤثر في البحث ولا يفقده قيمته العلمية المرجوة من البحث.

ومن المراجع الثانوية لهذا البحث:-

1-أحمد بن ادريس القرافي ،الفروق الفقهية ،"أنوار البروق في أنواع الفروق"، مكتبة عالم الكتب ،بيروت،1998م.

2-الزرقا مصطفى ،الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ،دار الفكر ،دمشق ،ط1 ،1999م.

3-العالم عبد السلام الشريف ، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ، الطبعة الثالثة ،منشورات الجامعة المفتوحة 1996م.

4-وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية ،دار الفكر العربي سوريا ،دمشق ،ط4 ،1999م.

5-إدريس الفاخوري ،انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة المغربية مع أحدث الاجتهادات القضائية ،الدار البيضاء ،دار آفاق المغربية ،ط1 ،2012م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ج–أدوات جمع البيانات:–ولجمع البيانات، وتحليلها يقوم الباحث، بوصف الخصائص المختلفة وجمع المعلومات حول موقف اجتماعي او مجتمع محلي معين ،مثلا فقد يهتم الباحث في دراسة هذا النوع بالتعرف على طبيعة الخدمات العامة التي يوفرها المجتمع للأفراد والجماعات، فيدرس أوضاع الإسكان والخدمات الصحية والثقافية...الخ، ويطلق على هذا

النوع من الدراسات مصطلح "البحوث الوصفية التشخيصية" وذلك أنها جميعا تشترك في عدم وجود فروض مبدئية او قضايا عامة توجه الباحث نحو فحص العلاقة الارتباطية بين متغيرين، فمثل هذه الفروض تتطلب شروطا خاصة في الدراسات التي تجرى لاختبارها ،تختلف اختلافا جوهريا عن الشروط التي يجب ان تؤخذ في الاعتبار عند تصميم الدراسات الوصفية.

ولا يغيب عن الذهن، ان هناك فروقا بين الدراسات الوصفية والاستطلاعية(الكشفية)حيث ان كلا منهما لا يبدأ من فروض ويستطيع الباحث تحديد الفروق بين هذين النوعين من الدراسات حيث ان الدراسات الوصفية تقتضي وجود قدرا كافيا من البيانات عن المشكلة موضوع البحث، وذلك بعكس الحال في الدراسات الاستطلاعية التي يدخل فيها الباحث الميدان ،وهو لا يعرف الأبعاد الحقيقية للظاهرة التي يدرسها، الأمر الذي يجعله يحصر اهتمامه في استكشاف كل جوانب هذه الظاهرة او المشكلة.

و تختلف خطوات سير البحوث العلمية ،من حيث وسائل جمع البيانات، ويمكن تلخيص خطوات البحث والتحليل في النقاط التالية:–

1–يبدأ الباحث بتحديد الغرض من البحث ويتضمن ذلك تحديد مشكلة الدراسة والاعتبارات العلمية والواقعية التي يبني عليها هدفه.

2– يضع الباحث خطة لسير البحث ،وتشمل تحديد مجال البحث من حيث العينة والمكان والزمان اللازم لتنفيذه.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- اختيار الباحث أدوات البحث التي سيستخدمها في الحصول على المعلومات كالاستفتاء او المقابلة الشخصية أو الاختيار أو الملاحظة وذلك وفقا لطبيعة مشكلة البحث وفروضه ثم يقوم(الباحث) بتقنين هذه الأدوات وتقدير مدى صدقها وتباينها.

4- يقوم الباحث بجمع المعلومات المطلوبة بطريقة دقيقة ومنظمة.

5- تحليل البيانات تحليلا معمقا وتفسيرها وبيان مدلولها.

6- استخلاص النتائج وتحليلها وتفسيرها ومحاولة ربط الجانب القانوني بها لإبراز أواجه التشابه والتنافر بين كلا منهما ولجمع البيانات أيضا سيتبع الباحث ما ذكرنا سابقا ، في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لدراسة النصوص القانونية والتحليلات الفقهية، وأيضا أراء الفقهاء، وعند الشروع في دراسة هذه النصوص والتحليلات سيتم تعيين البيانات ،عن طريق تحقيق موضوعات البحث وطريق الأدلة المستنبطة من مهات المصادر والكتب، وهذه المرحلة من البحث تعتبر ذو أهمية بالغة ،حيث يتم من خلالها التجميع الفعلي للبيانات والمعلومات المتعلقة بالبحث، بالطريقة التي اختارها الباحث لجمع البيانات، والمراجع الفقهية والقانونية ، وتطبيقات المحاكم بمختلف درجات التقاضي المختصة بالموضوع محل البحث ،حيث إن الوثائق تعتبر عاملا رئيسي للباحث أنها متعلقة بجوهر الموضوع فمن خلال دراسة موادها وتحليل كنها يستطيع الباحث أن يرتفع بها ويطور من قيمتها العلمية والعملية ،لتلائم متغيرات العصر وتجدد الحوادث والمسائل اليومية ما يستدعي من الباحث عند طرح إشكاليات النصوص مقارنتها بالنصوص الفقهية ذات الطابع العلوي والمعاني السامية لصل الى نتائج ذات جودة ومعنى.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

د–طرق تحليل البيانات:–

وسيعتمد الباحث لتحليل البيانات على المناهج الأتية:–

أولاً:–المنهج الاستنباطي:–

هذا المنهج يعرف عند اهل البحث العلمي والدراسات القانونية ،بالمكتشف للحقائق ، وهو عكس المنهج الاستقرائي فالاستنباط هو عملية استخلاص منطقي بمقتضاها ينتقل الباحث من العام إلى الخاص، بوضع مقدمات وتمهيد عام يتدرج منه إلى عناصر تندرج تحت هذه المقدمات، ولهذا فإن الباحث يلتزم في هذا المنهج باتباع دراسة تحليلية لكل جزئيات البحث ما يستدعي طرح لوجهة نظر الباحث الخاصة دون إجحاف للنصوص والتطبيقات أو تعدي على وجهات الغير بإلغائها.

ثانياً:–المنهج المقارن:–يمثل المنهج المقارن في الدراسات أهمية علمية قيمة ،فعن طريق هذا المنهج ،يقوم الباحث بإجراء المقارنة بين ما جاء في نصوص الفقه المالكي من جهة ، وما تضمنه نص القانون الوضعي المتعلقة بمواد القانون رقم 10 لسنة 1984م ،من جهة أخرى مع الإشارة إلى بعض التوضيحات من نصوص القوانين الوضعية فيما بينها من جهة أخرى. ومن هنا فقد اعتمد الباحث على هذا المنهج العلمي المقارن ليبين أوجه الاتفاق والاختلاف ليكي يتمكن بعد ذلك من إظهار النتائج المرجوة للبحث.

ثالثاً:–خطوات التحليل:–

يجب القيام بجمع المعلومات وفق الطرق المعروفة في البحوث العلمية فلا بد من تجهيز هذه البيانات والقيام بتحليلها على العلمية الصحيحة وذلك لكي يسهل علينا فهم البيانات المتحصل عليها من مصادرها وذلك من خلا ل الخطوات التالية:–

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

1-أخذ المعلومة المتعلقة بالبحث في حوادث معينة وذلك بأن يراعي الباحث عند أخذه لكم هائل من المعلومات أن يلاحظ مدى تعلقها بالموضوع واتصالها به.

2-التحرير :وتستخدم هذه المرحلة في دراسة البيانات التي تم تجميعها ومن ثم فحصها.

3-التحليل :-وهو تجزئة المعلومات لمعرفة محتواها العلمي الرصين وما مكوناتها العلمية الخاصة بالبحث.

4-التقسيم : وهو التفريق بين المعلومات المتحصل عليها لاختيار المتصل بالبحث أو ببعض الجزئيات المتطابقة مع الدراسة.

5-التحقيق :وهو تكرار فحص البيانات التي قام الباحث بجمعها الجمع الأولي للتأكد من صحتها ومن نسبتها لمظانها.

6-المقارنة :وفي هذه الخطوة يقوم الباحث بعقد مقارنة، علمية ودقيقة لمحتويات البحث بين طرفي المقارنة وأعني بها هنا الفقه المالكي وقانون الاحوال الشخصية الليبي.

7-الاستناج وهو أخذ الخلاصة من البيانات المجهزة تجهيزا نهائيا لتسهيل عرضها وتقديمها في شكل قالب وبحث علمي متكامل العناصر، الصحيح جمعا وصياغة وعرضا واستنتاجا.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هـ –هيكل البحث

الفصل الأول:–الإطار العام

أ–خلفية البحث

ب–أسئلة البحث

ج– أهداف البحث

د–أهمية البحث

هـ– حدود البحث

و–الدراسات السابقة

ز–مصطلحات البحث

الفصل الثاني: الإطار النظري :لقد تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث

المبحث الأول :مفهوم السلطة والقضاء لغة واصطلاحا وقانونا

المطلب الأول :مفهوم السلطة التقديرية لغة واصطلاحا وقانونا

المطلب الثاني :ماهية القضاء لغة واصطلاحا

المبحث الثاني :ماهية الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق والانفساخ وكيفية انهاء عقد الزواج في التشريعات السابقة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الأول:معنى الفسخ لغة واصطلاحا و في قانون الأحوال الشخصية الليبي

المطلب الثاني:الفرقة بالفسخ وغيرها في التشريعات السابقة

المطلب الثالث:الفرقة بالفسخ وأوجه التفرقة بينها وبين الطلاق والانفساخ

المطلب الرابع:مفهوم الخُلع فقهاً وقانوناً وحكمهُ وحكمة مشروعية الخُلع

المبحث الثالث:مفهوم عقد الزواج في الفقه والقانون الليبي، وحكمه ،وحكمته، والنكاح في الشرائع السابقة ما قبل الإسلام

المطلب الأول:مفهوم عقد الزواج لغة واصطلاحا وفي قانون الأحوال الشخصية الليبي

المطلب الثاني:حكم الزواج وحكمته

المطلب الثالث:الزواج في التشريعات السابقة

الفصل الثالث: منهجية البحث

أ–نوع البحث

ب–مصادر البيانات

ج– أدوات جمع البيانات

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

د- خطوات تحليل البيانات

هـ- هيكل البحث

الفصل الرابع : عرض البيانات والتحليل

الفصل الخامس: الخاتمة ،النتاج ،التوصيات

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع

عرض البيانات والتحليل

المبحث الأول:– أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي

المبحث الثاني:– ضوابط فسخ عقد الزواج بين الفقه المالكي والقانون الليبي رقم 10 لسنة 1984

المبحث الثالث:– أوجه التطبيق القضائي الليبي للفسخ بسلطة القاضي التقديرية

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع: عرض البيانات والتحليل

المبحث الأول:–أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي

المطلب الاول:– أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي

لا خلاف بأن لكل دعوى أساس وقاعدة رئيسية يقوم عليها ،توضح لنا مدى سلامة كيان هذه الدعوى ،وهنا نرى أن البحث عن أساس مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في الفقه من أهم عوامل إيصال المعلومة للقارئ:–

* **أساس السلطة التقديرية في الفقه المالكي:–** وهنا باختصار نذكر أقوال علماء المالكية الذين بأنه أساس السلطة التقديرية القرآن والسنة والأثر،(الفقيه المالكي المقّرِي في كتابه القواعد الفقهية ، وأيضًا الإمام المالكي أبوبكر الأبهري في منصفه في شرح مذهب الإمام مالك رحمه الله ، والإمام القرافي في كتابه الفروق الفقهية رحم الله الجميع، فهؤلاء من علماء المالكية من قال بأن الكتاب والسنة والأثر هم أساس السلطة التقديرية ، وقد زاد البعض من هؤلاء وغيرهم على تلك الأُسُسُ الإجماع ،والقياس ،كأساس للسلطة التقديرية وقالوا إن القاضي ملزم بالفصل بين الخصوم بما له من سلطانٍ ،معتمداً بإجماع الأمة والقياس الشرعي الصحيح الذي لا يتناقض مع النص القرآني والسنة النبوية الشريفة، والأثر ، ولهذا فإن علماء الملكية مجمعون على هذه الأُسُسُ للسلطة التقديرية للقاضي عند فصله في جميع قضايا النزاع وخاصة مسائل الزواج والطلاق في الإسلام.

أولاً من القرآن الكريم :نتعرض هنا لذكر بعض الآيات التي فيها دلالة على أساس السلطة في كتاب الله: ومنه قول الله تعالى(فَفَهَّمْنَا سُلَيْمَنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا)،[81] دلت الآية

[81] –سورة ،الأنبياء،الآية،79 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

على أنهما اجتهدا وكان كل واحدٍ منهما على حكم وعلم ،وثبت الحكمان بموجب اجتهادهما ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته ونزل النص بتقرير حكم سليمان عليه السلام.

ومنه قول الله تعالى(يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ)،[82] والمراد والله أعلم، بأولي الأمر هنا: هم الأمراء والعلماء (أهل الفتيا والاجتهاد)،ومعهم القضاة فهم من أهل الامر ومن أهل الحل والعقد والمسلم مأمور بإتباع القاضي لإمارته وعلمه فدل ذلك على مشروعية عمله الذي يقوم أساسا على السلطة التقديرية فلا يجوز لا شرعا ولا عقلا الأمر باتباع نتائج عمل غير مشروع، مع احتمالية وقوع الخطأ من القاضي غير المعصوم، فضلا عن أن قيام القاضي بإثبات حالة اليسر والعسر في نزاع الذمة المالية للزوج، وما هو المعيار المتبع لمعرفة ذلك، فالنشاط الذي يقوم به القاضي في مثل هذه الحالات هو جزء مما يعرف بالسلطة التقديرية للقاضي.[83]

ثانياً دلالة السنةالنبوية المطهرة:- على السلطة التقديرية :قول النبي صلى الله عليه وسلم(إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)[84] يستفاد والله أعلم من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء وذلك بوصفه قاضيا بينهم.

كذلك جاء أيضا من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه، عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن ،فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء

---

[82] -سورة النساء ،الآية،59.

[83] - أحمد بن ادريس المالكي المشهور بالقرافي ،أنوار البروق في أنواع البروق، مكتبة عالم الكتب بيروت ، ط4، 2002م.

[84] - محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة سنة 1401هـ-1981م.،باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 6748،ورواه مسلم أيضا في الأقضية .باب الحكم بالظاهر .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

؟؟قال أقضي بما في كتاب الله قال فإن لم يكن في كتاب الله ؟؟قال فبسنة رسول الله قال فإن لم يكن في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟؟قال اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال "الحمد الله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله صلى الله عليه وسلم)[85] وهنا نرى بأن الحديث صريح أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرَّ معاذاً أنه إذا لم يجد في كتاب ولاسنة رسول الله حكم لأمر عرض عليه الفصل فيه فإنه يجتهد رأيه فالمسألة عند عدم وجود النص ،واجتهادا لقاضي في مثل هذه الحالات وبحثه في النصوص ،هو من أهم أعمال السلطة التقديرية للقاضي، والحديث واضح الدلالة والله أعلم. وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم((إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر))[86] و هذا الحديث من أشهر ما يستدل به في هذ الجانب ،وليس معنى الخطأ هنا أنه أخطأ ما كلف ولكن أنه أخطأ النص فلم يصبه بعد بذل مجهود كبير، والاجتهاد لا يكون إلا من العالم أهل الاجتهاد ، وإلاَّ فالجاهل ليس له أن يجتهد لا ابتداءً ولا انتهاءً.

ج :**من الأثر** :لقد تواترت الاثار على أساس السلطة التقديرية واستدل بها علماء المالكية[87] وهنا نذكر بعضها :-ما روي عن شريح أن عمر الخطاب رضي الله عنه كتب إليه كتابا جاء فيه(إذا جاء شيء في كتاب الله فاقض به، ولا يلفتنك عنه الرجال ،فإن جاءك ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب وليس فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد

---

[85] -البيهقي ،السنن الكبرى ،تحقيق محمد عبدالقادر عطا ،دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان ،ط3، ه1424-2003م ،ورقم الحديث عنده 114/10،باب ما يقضي به القاضي.

[86] - محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة سنة 1401ه-1981م،باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم 6919،ص572 .

[87] - ابن عبد البر ،يوسف بن عبدالله بن محمد ، التمهيد لما ما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق أسامة بن إبراهيم وآخرون، القاهرة دار الفاروق ،ط2 ،سنة1 200 م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قبلك فاختر أي الأمرين شئت:-إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم ،وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك)،[88]وبهذا نقول على القاضي أن يستمع للخصمين وعند حكمه أن يبحث أولا في كتاب الله وما قضى به الله في كتابه ،ثم في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم يجد يبحث فيما قضى واجتمع أمر الناس عليه في القضاء، فقضية البحث وتقييم حجج المتخاصمين أمام القضاء هي من صميم أعمال السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي منذو ظهور الإسلام وإلى يوم الدين والله أعلم.

وبذلك يتضح لنا الأساس في الفقه المالكي لمنح السلطة التقديرية للقاضي وأن القاضي يجب عليه استعمالها عند لزومها والفقهاء قد استخدموا السلطة التقديرية قديما، والغاية منها هي الوصول لحكم عادل يرفع الخلاف كما تبين القاعدة المشهورة في هذا الباب ،وأنه باستعمال السلطة في قضاء الإسلام يدل دلالة واضحة على سبق الإسلام في مجال العلوم القضائية خلاف لما يثار عن الإسلام في ذلك.

[88] -رواه البيهقي بمعناه ،في السنن الكبرى 115/10،باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي ،ص321

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني:– مفهوم السلطة التقديرية وأساسها في القانون الليبي

عندما تُعرض قضيةٌ ما في ساحات القضاء بين عدد من المتخاصمين فهي تتنازع من أجل الوصول إلى "العدالة"، ولكل من أطراف النزاع منهجه ومنطقه لمفهوم الوصول للعدل المنشود

إن هذه العملية ليست باليسيرة في عمل القاضي، الذي يحكم النزاع خصاصة إذا واجه القاضي نصوصا قانونية مرنة وغير جامدة ،فهو كمعركة يتسع ميدانها ليشمل طلبات جديدة ووسائل دفاع وهجوم، واتساع مما يجعل القاضي عند تدقيقه في أوراق الدعوى والخصوم في وضعية حركية وذهنية نشطة تصاحب النص القانوني وتسمى "بالسلطة التقديرية"، لقد أصبحت السلطة التقديرية في عمل القضاء ضرورة حتمية وميزة جوهرية، يلجأ إليها لحسم النزاع المعروض عليه، وهي سلطة منحت للقاضي من قبل المشرع الليبي، وسنتعرض في المطلب إلى أساس السلطة التقديرية في القانون الليبي.

مفهوم السلطة التقديرية :– حيث ذهب جانب فقهاء القانون الخاص إلى تعريف السلطة التقديرية إلى أنها النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة معينة يقدر بأنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه،، أو هي مُكنة وحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون[89].

وفي الفقه الإداري مثلاً يُعرف البعض منهم السلطة التقديرية على أنها:–تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها[90].

ويلاحظ على ما سبق ذكره من تعريفات، أنها تضمنت عنصرين أولهما العنصر الشخصي، ألا وهو القاضي، أما العنصر الثاني فهو العنصر الموضوعي وهو القانون، وهذه بمجموعها

---

[89] -نبيل اسماعيل، سلطة القاضي التقديرية،ص16،منشأة المعارف ،الاسكندرية، ط1، 1984.

[90] –عصام عبد الوهاب البر زنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتورا، جامعة عين شمس،سنة1971، ص130 ،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تساعد القاضي في أن يستخدم هذه السلطة استخداما صحيحا تتفق مع الغرض الذي من أجله منح المشرع هذه السلطة للقاضي، وصولاً إلى العدالة المنشودة.

***وعليه يمكننا تعريف السلطة التقديرية:**-بأنها إمكانية ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني،، ومن هنا نستطيع أن نضع خصائص ومميزات لهذه السلطة تتمثل بما يأتي:-

أ- إنها سلطة قانونية ، أي تستمد أساسها من نص القانون، حيث إن السلطة التقديرية، ماهي إلا ميزة منحت للقضاء ودورٌ إيجابي من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية.

ب- تتميز هذه السلطة بأنها ذات مضمون واحد، سواءٌ وجدت في القانون العام أو الخاص، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف فيما بينهم.

ج-السلطة التقديرية عمل قانوني وقضائي، فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقيه على الواقع.

د-إن ممارسة هذه السلطة يتميز بالإلزام، فما دمنا أننا قد سلمنا أن المشرع ينص على هذه السلطة، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحلل أو تهرب القاضي في استخدام هذه السلطة بحجة مثلاً عدم وجود النص، أو غموضه.

هـ-أنها سلطة استثنائية، خلاقة للحلول القانونية، وفيها امتداد مساحة السلطة القضائية التقديرية، لتشمل القوانين الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الأول مفهوم للسلطة التقديرية

مفهوم السلطة التقديرية:-لكي يكتمل بحث هذا الموضوع فلابد من بيانه من خلال الفقه المالكي، والقانون الليبي ،والأنظمة الوضعية، كل منها في فرع، على النحو التالي:-

الفرع الأول:- مفهوم السلطة التقديرية في الفقه المالكي :-

يعتبر مصطلح السلطة التقديرية من المصطلحات الحديثة، فهو من ابتداع الأنظمة القانونية المعاصرة، فأصل فكرة السلطة التقديرية مأخوذ من فقه القانون الإداري [91]، لذلك لا نجد له ذكرٌ بهذا اللفظ في كتب الفقه الإسلامي بشكل عام والمالكي، مع أن معناه ومحتواه مُتحَقّقٌ في بعض العبارات الفقهية، مثل الاجتهاد، والمصالح المرسلة، وقاعدة تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والتعازير، كما أن التقدير سلطة مقررة للقاضي في الشريعة الإسلامية، فبدونها لا يتمكن القاضي من تحقيق غاية الشريعة الإسلامية في تقرير حق التقاضي الذي يؤدي إلي استقرار العدل بين الأفراد، إضافةً إلى أن بعض فقهاء المالكية المتأخرين تَطرقوا لهذا اللفظ ووضعوا له تعريفات منها:-

**أن السلطة التقديرية هي:- تلك السلطة التي لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية في نصوص الكتاب والسنة، فيما يتعلق بتنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام[92]، مما يقتضي درء المفاسد وجلب المصالح باعتبار روح الشريعة ومقاصدها العامة[93].

---

[91] - سمير الجنزوري ،السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بين القانون الايطالي والقانون المصري، مصر: المجلة الجنائية القومية، العدد1، مارس1968م، ، ص171.

[92]- ابن عبد البر ،يوسف بن عبدالله بن محمد ، التمهيد لما ما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق أسامة بن إبراهيم وآخرون، القاهرة دار الفاروق ،ط2 ،سنة1 200 م ، مرجع سابق .

[93] - فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، ص105، 1977م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كما عرفت أيضا بأنها "حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه، متروك لصاحب الشأن، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها [94] .

والسلطة اصطلاحا :-هي بمعنى هي القدرة والقوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام [95]،**ومن التعريفات الواردة** أيضا:-أنها الحق الشرعي الذي يمنح لشخص ما في إصدار الأوامر والقوة في إجبار الآخرين على تنفيذها، لأنها المرجع الأعلى المسلم له، بالنفوذ ،أو الهيئة العليا القادرة على فرض إرادتها على الآخرين دونما اعتراض.

[94] – نذير محمد اوهاب ، السلطة التقديرية، مفهومها وتأصيلها، المجلة العربية للدراسات الإسلامية، السنة13، ع25، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص9 ، 1419 هجري .

[95] – مصطفى الزرقا ،النظرية العامة للالتزام،ص88 ،دار القلم ،دمشق ،ط1 ،1999م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الثاني:–مفهوم السلطة التقديرية في نظام الإجراءات القضائية الليبي

إن المشرع الليبي عند إصداره نظام الإجراءات القضائية، لم يورد النص على مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، ولم يضع لها تعريفا محددا، بل ترك الأمر لأهل الاختصاص بالفقه والنظام لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته، التي ضمنتها كثيرا من نصوص مواد نظام الإجراءات الجزائية والأنظمة المكملة له، التي جاءت مؤكدة تمتع المحقق بسلطة تقديرية، بإعمال نشاطه الذهني الذي يرتكز على جانبين هامين، الأول منهما هو الواقع الذي يحاول المحقق من خلاله التأكد من مطابقته للمرتكز الثاني، وهو مجموع الوقائع النموذجية الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية[96].

هناك تعريفات القانون الليبي للسلطة بحسب الاختصاص النوعي القانوني:–

أولاً: الجانب الجنائي:–السلطة هي تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريمية موضوع التنفيذ وتقدير لعناصر غير محددة في الواقعة المستوجبة للعقاب.[97]

ثانياً: الجانب المدني:– هي النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح أمامه.[98]

ونظام الاجراءات القضائية الليبي محكوم بقواعد ومبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، ويدل على ذلك بعض النصوص والمبادئ الصادرة عن المحكمة الليبية العليا (تُطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما

---

[96] أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها، تطبيقاتها"، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، ص245، 1988 م .

[97]– الكوني علي اعبودة ،نظام القضاء ،ص98،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م

[98]– عبدالرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 317 ،الطبعة الثانية مكتبة حلب الحقوقية سوريا،1986م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يُصدره رئيس الدولة، من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)، ونص هذه المادة هو نفسه نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من نظامي الإجراءات الجنائية ونظام المرافعات الشرعية.

وهذه دلالة أكيدة على حرص الدولة في صبغ جميع أنظمتها وتلوينها بأحكام وتعاليم الشرع الإسلامي، من هذا المنطلق فإن مفهوم السلطة التقديرية التي عناها المشرع الليبي نابعة من الشريعة الإسلامية وأحكامها العامة وقواعدها ومبادئها وروحها التشريعية، لذا فإن تعريف السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي من خلال نصوص نظام الاجراءات الجنائية والأنظمة الأخرى المكملة له، هي ما وافقت مصطلحات الفقه المالكي بشكل خاص والفقه الإسلامي بشكل عام، وعناها الفقهاء المسلمين المتقدمين والمتأخرين في كتبهم، وما وافقت تعريفات فقهاء الأنظمة والقوانين المعاصرة التي لا تعارض أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث:– مفهوم السلطة التقديرية في الأنظمة القانونية الوضعية :–وهنا يذكر الباحث تعريفات للقانون الفرنسي الذي هو المصدر الاساسي للقانون المصري والذي بدوره أخذت منه الدولة الليبية نصوص قوانينها بعد إعلان استقلالها في سنة1951م.

فقد عرف القانون الفرنسي السلطة التقديرية:–بأنها وسيلة نظامية تستفيد منها جهة مخولة في اتخاذ قراراتها المعبرة عن سلطانها في تنفيذ أعمالها ،أي أن "الاختصاص التقديري ينحصر في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه.

وعرفت بتعريف آخر وهو أن السلطة التقديرية :–هي سلطة اتخاذ قرار دون أن يكون مقيدا من قبل القانون[99].

والتعريفان في الفقه الفرنسي متقاربان، إلا أن التعريف الأول استعمل مصطلح الاختصاص التقديري ، بينما الآخر استعمل لفظ السلطة التقديرية.

[99] – سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة في القانون الفرنسي ، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، ص43 ،1978 م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أما مجلس الدولة المصري فقد أقام تصوره عن السلطة التقديرية على مجموعة من الأسس أهمها فكرة ،المصلحة العامة وعناصرها الداخلية، وهي أهمية الوقائع، ووقت التدخل ووسيلة المواجهة، وربطها بعيب الانحراف والتعسف في استعمال السلطة، لذلك جاء مفهوم السلطة التقديرية شاملا لهذه الأسس، فالسلطة التقديرية [100]، في القانون المصري هي "نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، وتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة[101].

فيرتبط مفهوم السلطة التقديرية بمفهوم الحرية، وتحديدا تعني في مجال الإجراءات الجنائية، الحرية التي تتمتع بها الجهة المخولة بالتحقيق وهو (القاضي) برفع الدعوى ومباشرتها وممارسة الأعمال الإجرائية في كل مرحلة من مراحلها، أو الامتناع عن القيام بهذه الأعمال، وأن ما يدفعها هو تحقيق المصلحة العامة، دون أن تتقيد حريتها بالمحاكمات الإدارية والتأديبية، أو تنازل المجني عليه عن حقوقه وصفحه عن الجاني.

فلا يوجد خلاف في مفهوم السلطة التقديرية العام بين القوانين الوضعية، بل أن المفهوم الذي عنته هذه القوانين لا يختلف عن مفهوم السلطة التقديرية في الفقه المالكي، فالمعنى العام للسلطة التقديرية هي ما يتركه المنظم من حرية للجهة المسؤولة(القاضي) لتحقيق الملاءمة بين الوقائع والأحداث والنصوص الشرعية والنظامية في الأعمال المكلفة بممارستها.

---

[100] – رؤوف عبيد ،مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مصر ، دار الجيل، ط17، ص69، 1989 م.

[101] – محمد عبدالجواد حسين ، "سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد"، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الرابعة، يناير، ص214، 1953 م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الرابع :–أساس السلطة التقديرية في القانون الليبي

إننا عندما نتحدث عن الأساس، فإننا نعني بذلك القاعدة الفكرية أو الأيدولوجية التي يعتنقها المشرع أو يومن بها ،ويمنحها للقاعدة القانونية، وكما نعلم فإن القاعدة تتكون من فرض وحكم، فالقاعدة القانونية التي تقرر أن مسائل الطلاق والفسخ والتفريق يسري عليها قانون الزواج والطلاق، بمعنى سريان القانون وقت رفع الدعوى فتحديد المراكز القانونية يتم عن طريق إعمال القاضي للقانون على وقائع النزاع.

ونحن بهذا الاستعراض عن محتوى القاعدة القانونية، أردنا أن نبين الأسس التي تبنى عليها تلك القواعد، لننطلق بعد ذلك لمتابعة الأسس التي تبنى عليها السلطة التقديرية عند فقهاء القانون بشكل عام وفي القانون الليبي بشكل خاص.

*ولذلك هناك من يرى من أساتذة القانون الليبي في ليبيا من يرى أن أساس السلطة التقديرية يبقى كامناً في طبيعة وظيفة القاضي، أي أنه يدخل ضمن عناصر الوظيفة القضائية .[102]

*وهناك من يؤسس هذه السلطة على ما يسمى(بالأثر القانوني)للقاعدة القانونية الموضوعية، بمعنى إن الأثر القانوني للقاعدة الموضوعية قبل إعماله بواسطة القاضي يبقى عاجزا عن إعطاء الفاعلية لنفسه بنفسه ،ويبقى في حاجة ملحة إلى تدخل القاضي بماله من ولاية قضائية لمنح هذا الأثر القانوني فعاليته الكاملة[103].

ويرى الباحث أن هذه الحماية القضائية هي التي تعطي الأثر القانوني الموجود في القاعدة القانونية كامل فعاليته، ولابد لهذه الفاعلية من أن ينطق بها القاضي في حكمٍ أو عملٍ قضائي.

---

[102]– سمير السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون،ص245، مكتبة النهضة العربية، القاهرة ،الطبعة الأولى .

[103]–د/نبيل عمر اسماعيل ،مرجع سابق، ص93 وما بعدها .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

*وأيضا عندما نأتي إلى مشكلة نقص التشريع، نجد أنها من أُسُسُ السلطة التقديرية، ونحن لا نريد تتبع هذه المشكلة ولا تأصيلها، ولكن ما يمكن الإشارة إليه في هذا المقام، أنهُ لا يمكن لأي تشريع أن يكون كاملاً ،فهو فكرة من نتاج البشر وكل عملٍ بشري لابد أن يعتريه النقص فوظيفة القاضي هو سد هذا النقص بهذه السلطة التقديرية.

ولا يجوز للقاضي بأي حالٍ من الأحوال أن يتذرع عند عرض النزاع عليه ،بأن يرفض أو يسكت بحجة عدم وجود النص، وإلا عُد القاضي منكرا للعدالة[104].

وهذا ما صرحت به المادة(30) من القانون المدني الليبي رقم "1978/18" بأن النقص الحاصل فالتشريع لا ينبغي أن يقابله نقص في القانون بل يجب على القاضي بما له من سلطةٍ سدُ هذا النقص إذاً فالنقص فالتشريع هو من أُسُسُ السلطة التقديرية في القانون الليبي.

ومن هنا بدأت تلوح في الأفق فكرة (التقدير)،وهذه من ملامح السلطة التقديرية، فما يعتبر نقصاً فالتشريع هو فالحقيقة اعتراف من المشرع الليبي بوجود السلطة التقديرية للجهة التي تقوم بتنفيذ التشريع أو النص القانوني، ويلاحظ في هذا المجال ،أن المشرع الليبي تبنى هذا النهج في الصياغة، فعلى سبيل المثال إن معظم قواعد القانون الجنائي، هي قواعد مرنة، فيما يتعلق بالحكم الموجود في القاعدة القانونية، أي الجزاء الذي يوقعه القاضي عند ارتكاب الجريمة فالحل فالغالب هو عقوبة تتراوح بين حد أعلى وحد أدنى، من الحبس أو السجن أو الغرامة، والقاضي ليس عليه سوى توقيع العقاب الملائم للجريمة وظروف الدعوى.

أما في نطاق القانون المدني، فهناك الكثير من النصوص المرنة، ذات العبارات المطاطة ،يملك القاضي في سبيل الفصل فيها سلطة تقديرية تجبر ما نقص من نصوص تحكم هذه المسائل الاستثنائية، التي يكون في الفصل أحياناً في رد الالتزام إلى الحد المعقول ، وهنا يبرز دور السلطة التقديرية في تحديد المعقول وضبط مرونة النص القانوني وهذا الاختصاص يتجلى في

[104] – الكوني علي اعبودة ،نظام القضاء ،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سلطة القاضي التقديرية، **إذاً وجدنا أنهُ من أُسُسُ السلطة التقديرية في القانون الليبي هو عدم انضباط النص** القانوني وعدم وضوحه في المسائل الاستثنائية ، ورد الحالة إلى ما كانت عليه قبل النزاع أمام القضاء، إلى وضعٍ يقبله أطراف النزاع ويكون قريباً من المعقول، ومعرفة هذا لا يتأتى إلا بوجود السلطة التقديرية للقاضي في هذه الحالة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

جدول مقارنة يوضح معنى السلطة التقديرية في الفقه المالكي والقانون الليبي

السلطة التقديرية في الفقه المالكي	السلطة التقديرية في القانون الليبي
عندنا بحثنا وجدنا أن أصل فكرة السلطة التقديرية مأخوذ من فقه القانون الإداري ، لذلك لا نجد له ذكرٌ بهذا اللفظ في كتب الفقه الإسلامي بشكل عام والمالكي بشكل خاص ، مع أن معناه ومحتواه مُتحَقّقٌ في بعض العبارات الفقهية، مثل الاجتهاد، والمصالح المرسلة، وقاعدة تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والتعازير، كما أن التقدير سلطة مقررة للقاضي في الشريعة الإسلامية، فبدونها لا يتمكن القاضي من تحقيق غاية الشريعة الإسلامية في تقرير حق التقاضي الذي يؤدي إلي استقرار العدل بين الأفراد، إضافةً إلى أن بعض فقهاء المالكية المتأخرين تَطرقوا لهذا اللفظ ووضعوا له تعريفات منها:- **أن السلطة التقديرية هي:- تلك السلطة التي لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية في نصوص الكتاب والسنة، فيما يتعلق بتنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام، مما يقتضي درء المفاسد وجلب المصالح باعتبار روح الشريعة ومقاصدها العامة.	وقد عرف الفقهاء السلطة التقديرية:- بأنها إمكانية ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أما ثبات النص القانوني،،،،،،،،، . ومن هنا نستطيع أن نضع خصائص ومميزات لهذه السلطة تتمثل بما يأتي :- **أ-** أنها سلطة قانونية ، أي تستمد أساسها من نص القانون، حيث إن السلطة التقديرية، ماهي إلا ميزة منحت للقضاء ودورٌ إيجابي من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية. **ب-** تتميز هذه السلطة بأنها ذات مضمون واحد، سواءٌ وجدت في القانون العام أو الخاص، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف فيما بينهم. **ج-**السلطة التقديرية عمل قانوني وقضائي، فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقيه على الواقع. **د-**إن ممارسة هذه السلطة يتميز بالإلزام، فما دمنا أننا قد سلمنا أن المشرع ينص على هذه السلطة، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وجاء تعريف آخر لها :- بأنها "حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه، متروك لصاحب الشأن، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها فلا يوجد خلاف في مفهوم السلطة التقديرية العام بين القوانين الوضعية، بل أن المفهوم الذي عنته هذه القوانين لا يختلف عن مفهوم السلطة التقديرية في الفقه المالكي، فالمعنى العام للسلطة التقديرية هي ما يتركه المنظم من حرية للجهة المسؤولة(القاضي) لتحقيق الملاءمة بين الوقائع والأحداث والنصوص الشرعية والنظامية في الأعمال المكلفة بممارستها.	تحلل أو تهرب القاضي في استخدام هذه السلطة بحجة مثلاً عدم وجود النص، أو غموضه . هـ-أنها سلطة استثنائية، خلاقة للحلول القانونية، وفيها امتداد مساحة السلطة القضائية التقديرية، لتشمل القوانين الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني :ضوابط فسخ عقد الزواج بين الفقه المالكي والقانون الليبي رقم 10 لسنة 1984م

تمهيد:-

إن عقد الزواج، وإن كانت صيغته، وطبيعته تبنى على الدوام ،لأن المودة والرحمة والألفة بين الزوجين ،والسكينة والطمأنينة لا تتم في عقد مؤقت ،فهو عقد يعقد للعمر ومع ذلك، فلا يعني أن الحياة الزوجية لا تنتهي في هذه الحياة الدنيا ،لأن وجود الإنسان ذكرا كان أم أنثى، في هذه الحياة الدنيا هو وجود مؤقت، حتى وإن طال عمره، مصداقا لقوله تعالى(كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ الْمَوْتِ)[105]، من هنا نعلم أن حياة الزوجين لا تخرج عن هذا الحكم، وتشترك جميع الكائنات الحية في نهاية وجودها بالموت ولا يملك أحد دفعه عن نفسه ،ولكن ليس بالموت وحده تنتهي الحياة الزوجية، إذ قد تنتهي بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ،أو بإرادة الزوجين معا ،أو بفسخ عقد الزواج قضائيا ،وهو ما يوقعه القاضي بما له من سلطة تقديرية ممنوحة له في هذا المجال إذ وجدت الأسباب الداعية لذلك، ومن ثم فإننا هذا المبحث ندرس ضوابط الفسخ في عقود الزواج في الفقه المالكي لأنه المذهب السائد في ليبيا.

أولاً :الفسخ من منظور فقهي وقانوني :-

الفسخ يعني:- الرفع أي رفع الشي من أصله كأن لم يكن[106]، ويستوي في ذلك العقد كما لو نشأ عقد الزواج وخلا من الإلزام، أو كان مرده إلى خلل طارئي عليه بعدما نشأ صحيحا. وهو المعنى نفسه الذي عبر عنه الشرع الليبي في القانون رقم 1984/10في المادة 45:-

---

[105]-سورة آل عمران ،الآية رقم 185 .

[106] -محمد حسين الذهبي ،الشريعة الاسلامية ،دراسة مقارنة ،القاهرة ،دار الكتب الحديثة ، الطبعة الثانية 1968 ،ص263، 267 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ-يفسخ عقد الزواج إذا اختل ركن من أركانه ،أو شرط من شروطه، أو حيث يمنع المشرع استمرار العلاقة الزوجية.

ب-إذا كان فسخ من الأسباب الطارئة التي تجعل المرأة لاتحل للرجل شرعا، وجبت الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ، حتى صدور نهائي بذلك.

المطلب الأول :ضوابط فسخ عقد الزواج في المذهب المالكي :-

أولاً يقصد بالضابط:- فاللغة هو: لزوم الشيء وحبسه، وضبط الشيء :حفظه بالحزم ،والرجل ضابط، أي: حازم. والضبط إحكام الشيء وإتقانه[107].

أما في الاصطلاح :- فبعض العلماء لم يفرقوا بينه وبين القاعدة ، ومن هؤلاء : الكمال ابن الهمام في التحرير والفيومي في المصباح المنير. وأكثر العلماء على التفريق بين الضابط والقاعدة، فالقاعدة ما لا يخص بابا من أبواب الفقه، وأما القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعا من باب واحد[108].

قال ابن نجيم رحمه الله: "الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد. هذا هو الأصل[109].

ومن أمثلة الضوابط:-

1- لا تصح الوصية بكل المال إلا في صور.

2- لا يساوي الذكر الأنثى من الإخوة الأشقاء إلا المشتركة.

107- لسان العرب، ابن منظور، مادة (ضبط) 340/7 .

108- ينظر: القواعد الفقهية، علي الندوي، ص46، القواعد الفقهية، يعقوب أبا حسين، ص58، الوجيز ، البورنو، ص 28، وانظر: تاريخ التشريع الإسلامي ، البدري، ص 677.

109- ابن نجيم الحنفي الأشباه والنظائر ط2، مطبعة دار الكتاب الإسلامي ،عمان ،سنة 1992م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- الأصل أن الطلاق الصريح يتعلق الحكم بلفظه لا بمعناه.

ونعرض هنا الضوابط الفقهية للفسخ في المذهب المالكي مع سرد بسيط لآراء فقهية أخرى كان المشرع قد تبنى ما ذهبت إليه في نقاط أخرى من قانون الأحوال الشخصية رقم 10 لسنة 1984، وبشكل عام لم يتفق الفقهاء في تحديد الضابط الذي يحدد المواضع التي تعتبر فسخا والتي تعد طلاقا، **فالفقه المالكي له رأيان في ضابط الفسخ :-**

***الرأي الأول**:-يذهب إلى أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه، وكان الخلاف مشهورا، فالفرقة عنده فيه طلاق، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم، فهنا على هذه الرواية، هي طلاق لا فسخ[110].

***الرأي الثاني**:-فيري بأن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ،فإن كان غير راجع إلى الزوجين كما لو أرادت الإقامة معه لم يصح، كان فسخا، مثل نكاح المحرمة بالرضاع ،أو النكاح في العدة ،وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقاً[111]، وقد أورد ابن عاصم المالكي الغرناطي رحمه الله بيتا يجمع هذا المعنى فقال:-

وفسخ فاسد بلا وفاق ** بطلقة تعد في الطلاق

وفسخ ما الفساد فيه يجمع ** عليه من غير طلاق تقع

وأما الضابط في الآراء الفقهية الأخرى ومنها الفقه الحنفي، فهو يرى بأن ضابط الفرقة تكون فسخا إذا وقعت بسبب من الزوجة، لأن الزوجة لا تملك إيقاع الطلاق ،وقد نص على هذا

---

[110] – عبد الله بن أحمد المقدسي الملقب بابن قدامه ،المغني ،بيروت مكتبة عالم الكتب ، سنة 1990،ج7 ،ص382

[111] – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،بيروت ،دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى ،سنة 1989 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

صراحةً بالقول:-إن الفرقة وقعت بسبب وجد منها ، وهو اختيارها نفسها لا يجوز أن يكون طلاقا، لأنها لا تملك الطلاق إلا إذا ملكت كالمخيرة فكان فسخاً[112].

و من جملة القول وللفائدة العلمية "أن الضابط في الفقه الحنبلي في الفسخ أن الفرقة تكون طلاقاً إذا أوقعها الزوج أو نائبه، أما بخلاف ذلك فتكون فسخاً ، وهذا ما أشار إليه فقهائهم بقولهم: والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً[113].

وبناءً على هذا الرأي يعد فسخاً "كل فرقة جاءت من قبلها، كإسلامها وردتها وإرضاعها من يُفسخ من نكاحها ،وارتضاعها منه بنفسها ،وفسخها لعيبه، وإعساره، وفسخه لعيبه "[114].

ويفهم مما ذكره الشافعية في مذهبهم أنهم لا يختلفون عما ذهب إليه الحنابلة، حيث استعملوا الفسخ في كل فرقة لم تقع من الزوج ، سواء أكان متفقا بشأنها ،أم مختلفا حولها ، وقد ذكر الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الأم "أن كل فسخ كان بين الزوجين فلا يقع به طلاق، لا واحد ولا ما بعدها، وذلك أن يكون عنَّينا فتخير ،فتختار فراقه، أو ينكحها محرم فيسخ نكاحه، أو نكاح متعة، ولا يقع بهذا نفسه طلاق، ولا بعده ،لأن هذا فسخ بلا طلاق.

وأما الظاهرية فيحدد الفسخ في ثمانية مواضع بقولهم:-"ما يقع به فسخ النكاح بعد صحته هي ثمانية أوجه فقط ،أحدها أن تصير حريمته برضاع ، والثاني أن يطأها أبوه أوجده بجهالة ، أو إلى الزنا ،والثالث أن يتم التلاعن بينهما "الملاعنة"، والرابع أن تكون أمة فتعتق فلها الخيار

---

[112] – أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،القاهرة ،مكتبة الكليات الأزهرية ،1970،ج2 ،ص82 ،و 83 .

[113] – محمد بن ادريس الشافعي ، الأُم ،تحقيق الدكتور رفعت فوزي ،مطبعة دار الوفاء ، القاهرة ،ط1 ،سنة 1976

[114] – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المعروف بابن حزم الظاهري ، المحلى ، بيروت ، دار الآفاق الجديدة للنشر ،ج10 ،ص142 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في فسخ نكاحها من زوجها ،أو إبقائه ، والخامس اختلاف الدينين إلا من جهة واحد هي أن الزوج وهي كتابية، فإنهما يبقيان على نكاحهما، والسادس أن يملكها أو بعضها ،والسابع أن تملكه أو بعضه ، والثامن موته أو موتها "[115].

***رأي الباحث :-**

ضابط الفقهاء المالكية ، وهو الذي نميل إليه ونرجحه لأنه بنى رأيه على التفرقة بين المتفق على فساده فلا يحتاج إلى تقرير حكم يقضي بفسخه وبين المختلف على فساده ولو خارج المذهب حيث يبقى العقد وتبقى آثاره حتى يصدر حكم بذلك ،وهو من وجهة نظر الباحث أن هذا القول يتماشى والعدالة في الجزاءات، وهو مبني أيضا على معيار موضوعي يتمثل في قوة الدليل الداعي إلى الفسخ من عدمه ،وليس مرتبطا بمعيار شخصي يتعلق بالزوجين ،ولا فرق أن السبب الداعي إلى الفسخ سابقا للعقد أو مصاحبا له أو امر طارئً بعد ذلك.

[115] – المحكمة الليبية العليا ،طعن شرعي تاريخه في،27-3-1991 ،رقم الطعن 37/8 ق (غير منشور) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني :ضوابط الفسخ في القانون الليبي رقم 1984/10

لقد نص القانون الليبي صراحة على الفسخ القضائي بقوله في المادة 45:-

أ- يفسخ الزواج إدا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه ،إدا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه، أو حيث يمنع المشرع استمرار العلاقة الزوجية.

ب-إذا كان سبب الفسخ من الأسباب الطارئة التي تجعل المرأة لا تحل للرجل شرعا، وجبت الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ، حتى صدور حكم نهائي بذلك.

ج-الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل ، أما إذا وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق شيئاً.

*ونجد أن القانون من خلال نص المادة 46وضع **لنا ضابط للفسخ القضائي بسبب اختلاف الدين** بأنه:-

أ-إذا دخل الزوجان في الإسلام، أو دخل الزوج الإسلام وكانت الزوجة من أهل الكتاب بقي الزوجان على زواجهما، بمعنى لم يفسخ عقد الزواج، بشرط ألا يوجد مانع شرعي، أو سبب من أسباب التحريم المبينة في هدا القانون.

ب-إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام فسخ نكاحها، فإدا أسلم الزوج في أثناء العدة جاز له الترجيع.

ج-إذا كانت الزوجة غير كتابية عرض عليها الإسلام فإدا امتنعت فسخ نكاحها.

د-يتوقف الفسخ في جميع الأحوال على حكم المحكمة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

*وهنا يرى الباحث:–أن المشرع الليبي عند صياغته لنصوص قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة1984، وتبنيه لما ذهب إليه الفقه المالكي صراحة في النقاط، فمع ذلك فهذه الصياغة من المشرع الليبي للقانون في موضوع الفسخ **يلاحظ الباحث** عليها الآتي :-

أ–توسع في الفرقة فسخا خلافا لمنهجه في أحكام الطلاق، وكان الأولى به أن يوحد منهجه في ذلك ،ويقتصر على الفسخ في حالات محددة متفق على فسادها، أو مختلف حولها، ويضيق منها.

إذْ كيف يُسْتساغ القول أنه ضيق من حالات الطلاق، بدليل أنه جعل القاعدة العامة في الطلاق أمن يكون رجعيا إلا استثناءات محددة(م30)،وأن التعليق على فعل الشيء أو تركه لا يقع به الطلاق (م33)، كما أنه" لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق، أو الحرام "(م33/ج) وأيضا" لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة أو كتابة إلا طلقة واحدة رجعية، مالم تكن مكملةً للثلاث"(م33/د)كما أن الفسخ القضائي بدأً من المادة (م35/ح) وحتا نهاية المادة(39) المعدلة بموجب القانون رقم 22لسنة 90 إذ أوجب المشرع فيها اتباع إجراءات معينة تهدف في مجموعها على استمرار الحياة الزوجية، ورتب على مخالفة هذه الإجراءات جزاء هو البطلان.

*ومع ذلك فقد وجد الباحث أن المشرع الليبي يوسع للقاضي الليبي من دائرة الفسخ بقوله" يفسخ عقد الزواج إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه " ومع أننا لا نختلف معه في قضية الأركان أي أركان الزواج، ولكنهنا نتساءل أي الشروط التي يعنيها إذا اختلت تكون سببا للفسخ هل هي شروط الانعقاد ،أم الصحة ،أم النفاذ، أم اللزوم ؟أم هي الشروط المتفق بشأنها أم المختلف حولها ؟فمن خلال استعراضنا لصياغة النصوص في هذا القانون الإجابة كانت غامضة من الصياغة السابقة للتشريعات القانونية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب–لاحظ الباحث على موقف المشرع من ضوابط الفسخ بسلطة القاضي، لاحظ عدم العدالة في الجزاءات، إذ أن المشرع الليبي ساوى بين تخلف الركن وتخلف الشرط، حيث أعطى الفسخ جزاء لفقد الأمرين، ولا أعتقد أن ذلك يعد عدلاً، يضاف إلى ذلك أنه أعطى نفس الأهمية والقوة لشروط العقد، وهي ليست بمنزلة واحدة في قوتها وجزاء تخلفها.

ج–ايضا يرى الباحث التناقض الذي أوقع المشرع فيه نفسه، ففي صحيح المادة (16) نص على(أن الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ويترتب بعد الدخول ما يأتي:-

*(الأقل من المهر المسمى ومهر المثل)، علما أنه في المادة(45/ح)ذكر بأن" الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المهر المسمى أو مهر المثل، أما إن وقع الفسخ لعقد الزواج قبل الدخول فلا تستحق شيئاً.

د–لاحظ الباحث عدم الدقة في صياغة النصوص من المشرع الليبي حيث قال :-"إن الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المهر المسمى أو مهر المثل" فهل يستقيم أمره إذا كان الفسخ ناتجا عن خلل فالركن، مصاحبا لإنشائه، ويعلم العاقدان أو أحدهما دلك الخلل.

ثم إن الخلوة التي جاء بها النص هل يقصد بها الخلوة الصحيحة ،أو مطلق الخلوة، أو أنه كان يقصد الخلوة التي حدثت رغم وقوع خلل في شرط من شروط العقد، فعدم الدقة والتحديد للمراد من المصطلحات من المشرع في نصوصه القانونية أثر سلباً على قضايا فسخ الزواج أمام القضاء الليبي.

ر–يرى الباحث من خلال إطلاعه على النصوص القانونية المتعلقة بالفسخ بسلطة القاضي التقديرية عدم وجود المنطق الموضوعي والواقعي في صياغة بعض النصوص ، وتتضح صور

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذلك حسب وجهة نظر الباحث في المادة(45/ب)بقوله إذا سبب الفسخ من الأسباب الطارئة التي تجعل المرأة لاتحل للرجل شرعا، وجبت الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ حتى صدور حكم نهائي بدلك.

وهو أيضا في المادة (46/د)يقضي بأنه" يتوقف الفسخ في جميع الأحوال على حكم من "المحكمة ومن هنا نفهم أنه ما لم يصدر حكم من المحكمة، فإن العقد يبقى منتجا لآثاره ولا أعتقد أن ذلك مقبولا إلا في حالة ما إذا كان الفسخ في الأمور المختلف بشأنها، أما المتفق عليها فإن عدم صدور الحكم لا يعني بقاء العقد ،لأن الحكم لا يعدوا أن يكون كاشف له.

أما العقد المختلف على فسخه فإن الحكم بالفسخ يعد منشأً له، والفرق واضح بين الأمرين، وكان الأولى به أن يفرق بين المتفق على فساده فيستعمل في حقه مصطلح إثبات الفسخ القضائي، أما المختلف على فساده فيستعمل في مواجهته لفظ الوقوع وإدا لم يفعل دلك ،وتوقف الفسخ علو حكم المحكمة ،فمعنى هدا أن هناك آثارا تترتب وتتقرر حتى صدور الحكم كالميراث والنسب بحيث لو مات أحدهما ورثه الآخر ، ولو تمت معاشرة جنسية بين الطرفين قبل أن يحكم القاضي بالفسخ فإن النسب يثبت حتى ولو كانا يعلمان بأن السبب الداعي إلى الفسخ هو من الأمور المتفق على فسادها.

فهل من المنطق أن تكون دلالات الألفاظ وصياغتها على هذا الوجه...ثم إنه ما قيمة الحيلولة "إذا كان سبب الفسخ من الأسباب الطارئة التي تجعل المرأة لا تحل للرجل شرعا، وجبت الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ حتى صدور حكم نهائي بدلك"،،، فلو جارينا المشرع فيما ذهب إليه لأثبتنا النسب والإرث، وكل منهما من قواعد النظام العام خلافا للقواعد الشرعية المتبعة في هد الشأن.

س– ولاحظ الباحث أنه فيما يتعلق بالحقوق والآثار المترتبة على الفسخ أوجب للمرأة المهر المسمى أو مهر المثل، إذا وقع دخول أو خولة، أما إذا وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شيئا وذلك عملا بنص المادة (46/ج) .فهنا يرى الباحث أن هذه الصياغة لا يستقيم أمرها إذا كان سبب الفسخ راجعا إلى تصرف من الزوج ، كما لو أخفى حقيقته فيما يتعلق بالكفاءة فهل يسقط نصف المهر والتعويض بعد فسخ عقد الزواج إذًا هناك قصور في النص القانوني.

ك– استعمال المجاز في اللغة القانونية ،ومن وجهة نظر الباحث أن له مبررا ،ويتضح أمر ذلك في قول المشرع الليبي" يفسخ عقد الزواج إذا اختل ركن من أركانه".

فهل تسميته زواجا، أو عقد زواج تسمية صحيحة إذا كان الخلل أصاب الركن لحظة إنشائه، أو بمعنى آخر هل نتصور قيام عقد زواج اختل ركن من أركانه ،من وجهة نظر الباحث لا، إلا على سبيل المجاز فكيف يقع الفسخ حينئذ على عقد لم يقم بسبب خلل وقع في ركنه لحظة الإنشاء.

هـ– عدم الدقة في مراعاة النصوص ذات العلاقة ،وأعني بذلك ما ينص عليه المشرع في المادة(11/أ) من هذا القانون حيث اقتصر فالأركان على ركنين وهما الإيجاب والقبول عملا برأي فقهي أخر ليس سائدا في البلاد من الفقه الحنفي، وكان الأولى مراعاة المذهب السائد في البلاد.

و– من الملاحظات التي لاحظ الباحث وجودها وكان له راي فيها، من ناحية الصياغة، وهذا تكرر من المشرع في مواطن متعددة من هذا القانون، من ذلك قوله "أو حيث يمنع الشرع استمرار العلاقة الزوجية.

**وفي رأي المتواضع أن المنع يتحقق إذا اختل ركن من الأركان أو شرط من الشروط وفق المنظور الشرعي ،ومن ثم لا قيمة لهذا اللفظ، لأنه لم يضف حكما جديداً [116] .

[116] – يوجد راي مماثل لحكم محكمة المدينة الجزئية ،الدائرة الرابعة للأحوال الشخصية ذات الرقم 16 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويشير الباحث إلى أن الاختصاص بالفسخ في مسائل الأحوال موكلٌ إلى المحكمة الابتدائية ابتدائيا، وذلك لأن الحكم بالفسخ قد استثنى من اختصاص المحكمة الجزئية وهذا ما لمسناه صراحة في المادة(10/47) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون رقم(18) لسنة (1989) بقولها" تختص المحكمة الجزئية ابتداء بالحكم ابتدائيا في المنازعات المتعلقة بالمواد الآتية :-الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية، عدا الفسخ والتطليق والخلع بحكم المحكمة الابتدائية.

ونصت المادة(49) من القانون نفسه والمعدلة بذات القانون السابق قائلة:-تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا في جميع الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الأحوال الشخصية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية".

وهذا ما قضت به المحكمة الليبية العليا بقولها :-إن المستفاد من القانون رقم(18) لسنة (1989) بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات أنه عدل الاختصاص النوعي بين المحكمتين الجزئية والابتدائية في مادة الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية وجعل الاختصاص بنظرها ابتدائيا للمحكمة الابتدائية، متى كان سببها الفسخ، أو التطليق أو الخلع بحكم القضاء[117].....وبهذا ننتهي من ضوابط الفسخ في القانون الليبي رقم 1984/10.

[117] -الدعوى رقم2004/760 ، المحكمة العليا طرابلس ، ليبيا .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث:أوجه التطبيق القضائي الليبي في فسخ عقد الزواج بسلطة القاضي التقديرية

نتطرق في هذا المبحث لبيان أوجه التطبيق القضائي الليبي للفسخ بسلطة القاضي التقديرية والتي يمكن توضيحها على الوجه الآتي :-

الوجه الأول:- للتطبيق القضائي الليبي في الفسخ ، أنهُ حَكَمَ بالفسخ في الأمور المتفق على تحريمها:-

وهذا ما قضت به المحكمة صراحة بقولها "وحيث إن الثابت بالدعوى أن المدعي قد راجع زوجته في فترة العدة قولا وفعلا ،وذلك بأن عاشرها معاشرة الأزواج، ومن ثم فإن عقد الزواج الذي تم بين المدعي عليه الثاني المتدخلة بالدعوى عقد باطل من الواجب فسخه، لاختلال ركن من أركانه، وهو خلو الزوجة من الموانع الشرعية، ولأن الشرع يمنع استمرار مثل هذه العلاقة الزوجية لتعلق حق الغير بها مما يتعين على المحكمة الحكم بفسخ عقد زواج المدعي عليه الثاني بالمتدخلة في الدعوى".

ولذلك "حكمت المحكمة حضوريا للمدعي والمدعى عليهم والمتدخلة بالدعوى بفسخ عقد زواج المدعى عليه الثاني بالمتدخلة في الدعوى "،ونرى أن هذا الحكم مبني على أن المرأة التي عقد عليها لازالت في عصمة زوجها[118].

*وفي واقعة أخرى تثبت" أن عقد الزواج قد تم على امرأة حامل وليست حاملا فقط بل حمل من السفاح والعياذ بالله (أي زناً) وبالاطلاع على تقرير الطبيب الشرعي يؤكد بأن المولود

[118] – حكم محكمة الجميل الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية ، تاريخ الحكم 15-1-1999، الدعوى رقم 98/55 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كامل التكوين، وأن عمره أكبر من مولود الستة أشهر ،لذلك فإن المدعي يطلب بفسخ عقد النكاح على المدعي عليها "[119].

وقال شارحا دعواه للمحكمة "إن عقد الزواج على المدعي عليها بتاريخ 2-10-1994وبتاريخ27-4-1995أنجبت مولودا ذكرا وكان المولود ينبئ بذاته عن عمره الحقيقي من وجود العلامات الظاهرة التي لا يمكن أن تكون في ابن الستة أشهر، فقد اشتكى المدعي إلى الجهات المختصة وفعلا كان تقرير الطبيب الشرعي المبدئي يفيد بأن الطفل كامل النمو أي(42)أسبوعاً.

لأجل هذا السبب" حكمت المحكمة حضوريا بفسخ عقد الزواج رقم (1994/31) المؤرخ في2-10- 1994المبرم بين المدعي والمدعى عليها، وإلغاء كافة ما يترتب عليه، مع الحكم بالنفاذ المعجل"،، هذا وقد عللت المحكمة سبب ذلك في قضية مشابهة بقولها:" ولأن الزواج في العدة قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب، والشريعة تحرص على المحافظة على الأنساب وتحرم ضياعها، وقد ذهب إلى أنه لا يجوز العقد على الزانية قبل استبرائها من الزنا، وذلك بأن يأتيها الحيض ثلاث مرات بعد الزنا، أو تمضي ثلاثة أشهر، فإن عقد عليها قبل الاستبراء كان العقد فاسدا، ووجب فسخه[120] ".

***الوجه الثاني** :-للتطبيق القضائي الليبي في مسائل الفسخ، "الفسخ في المختلف فيه":- وهو كالذي قضت به محاكمنا الموقرة بالفسخ حتا فالأمور المختلف بشأنها فقهيا ،عملا بالتوجه التشريعي الذي تبناه المشرع الليبي في القانون رقم (1984/10).

*ومن صور ذلك ما تعلق بالكفاءة، رغم الاختلاف الفقهي حولها، حيث جاء في صحيفة الدعوى "أن المدعي عليها الأول وبموجب توكيل صدر منه لوالده ثم عقده على المدعي عليها

---

[119] حكم محكمة الخمس الجزئية ، دائرة الاحوال الشخصية ، تاريخ الحكم 12-8-1994 ،الدعوى رقم 94/42

[120] – محكمة باب بن غشير الجزئية ،دائرة الأحوال الشخصية ،2008/9/14، الدعوى رقم 2008/483 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الثانية بموجب وكالة صدرت لوكيلها.. وهو أجنبي عنها، وليس من محارمها، وتم إبرام عقد الزواج بتاريخ2008/7/8،دون رضا وموافقة ولي المعقود عليها، وهو والدها المدعي الذي عارض ذلك الزواج لأسباب وجيهة وهو كون المدعي عليه الأول غير كفء لها ،لأنه من ذوي السوابق الجنائية.

هذا وقد تقدمت المدعي عليها الثانية بطلب إلى محكمة طرابلس الجزئية بالإذن لها بالزواج مدعية بعضل والدها أي بمنعها من الزواج والمحكمة قضت برفض الطلب بعد أن تبين لها وجاهة الأسباب التي تقدم بها الأب (المدعي)...وخلص المدعي في صحيفة دعواه إلى طلب الآتي:-

أولاً :-الأمر بصفة مستعجلة وقبل الفصل في الموضوع بمنع المدعي عليه الأول ،من الدخول والالتقاء بالمدعي عليها الثانية.

ثانياً :-وفي الموضوع، الحكم بفسخ عقد زواج المدعي عليه الأول من المدعي عليها الثانية لبطلانه وفساده، وإنهاء كافة آثاره...وحيث إنه ولما كانت المادة التاسعة من القانون رقم1984/10بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها تنص على ما يلي :"يشترط لصحة عقد الزواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه، فإذا منع الولي صاحب الحق المولى عليه من الزواج لمن يرضاه لنفسه زوجا، كان للمولي عليه أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتأذن بالزواج، إذا تبين لها مناسبة ذلك "،وحيث إنه لا يوجد بالأوراق ما يفيد موافقة ولي المدعي عليها الثانية والإذن من المحكمة المختصة بشأن عقد الزواج المبرم مع المدعي عليه الأول، ومن ثم فإن عقد الزواج المبرم بين المدعي عليه الأول، والمدعي عليها الثانية قد تم دون موافقة ولي المدعي عليها الثانية، ودون إذن من المحكمة المختصة، ومن ثم فإن طلب المدعي في محله، ويعتبر زواج المدعي عليه الأول بالمدعي عليها الثانية غير صحيح ويتعين على المحكمة فسخه،" ولهذه الأسباب حكمت المحكمة حضوريا بفسخ عقد الزواج رقم(2008/925)المؤرخ في

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تاريخ13/7/ 2008المبرم بين المدعي عليه الأول ، والمدعي عليها الثانية وإنهاء كافة آثاره مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل"[121].

*وفي واقعة مشابهة في عدم الكفاءة" حدثت قضية تتلخص أحداثها في أن المدعي عليه الثاني تقدم لخطبة ابنتهم البكر....عن طريق والده المدعى عليه الأول، بعد أن عرف بنسبه وخلقه وحرفته، ووافقوا على خطبته بإبرام عقد الزواج على كتاب الله وسنة رسوله بتاريخ2008/7/8وبعد إبرام عقد الزواج لهم أن الزوج ليس كفأ لابنتهم، حيث تبين لهم أن النسب الذي ينتهي إليه الزوج غير معروف في مقر سكنه أو قريته، كما تبين لهم كذلك عقب إبرام عقد الزواج أن حالة الزوج وأسرته غير ميسورة الحال، وأن حالته المادية غير مكافئة وليست مساوية لحالة الزوجة، وهناك تفاوت كبير للحالة المادية للأسرتين، وأن الزوج أثناء إبرام عقد الزواج أفادهم بأنه يشتغل فالمؤسسة الوطنية للنفط، واتضح فيما بعد أنه يقيم مع والده وأن سلوكه غير حميد، وأنه لا يؤدي الصلوات المفروضة عليه شرعا، وهذه من شروط الكفاءة في الرجل وحيث إن شرط الكفاءة أخذ به القانون رقم 10لسنة1984وأن العرف الجاري بين الناس أن المرأة تعيَّر بدناءة زوجها ويتضرر أولياؤها به، وانتهوا في ختام طلباتهم من القاضي بالحكم لهم بالآتي :-

أولاً:-بفسخ عقد الزواج المبرم بين الزوج والزوجة...والمحكمة تستجيب لطلباتهم، وتحكم لهم على النحو الوارد بالمنطوق عملا بنص المادة الخامسة عشر من القانون رقم 10لسنة1984التي تقرر إذا ادعى الرجل الكفاءة، أو اشترطت عليه في العقد، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب فسخ عقد الزواج، ما لم تحمل الزوجة، أو تنقضي سنة بعد الزواج ،أو سبق الرضا صراحة أو ضمنا ممن يطلب الفسخ.

[121] -محكمة تاجوراء الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية ،2008/8/25 ،الدعوى رقم 2008/144 غير منشور .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعليه فإن القاضي وكما هو واضح أمامه وثابت بالأوراق أن الزوج لم يدخل بالزوجة ،وأن ما دفع به دفاع الزوج المدعى عليه ليس في محله، ولا يوجد في الأوراق ما يسانده لهذه الأسباب حكم القاضي وبسلطته التقديرية بفسخ عقد زواج المدعي عليه[122] .

*__الوجه الثالث__:- للتطبيق القضائي الليبي في مسائل الفسخ، وهو الفسخ في غير المواضع التي لها نص قانوني :-

وأولاً :- نود هنا الإشارة إلى أمْرٍ مُهمٍ يتعلق بالتطبيق القضائي للفسخ حيث إن القضاء حكم بالفسخ في غير المواضع التي نص عليها القانون، أو التي لها نصٌ شرعيٌ يبيحهُ، في الشريعة الإسلامية وهو الزواج بزوجة ثانية، دون مراعاة الشروط القانونية فقد جاء في واقعة أمام القضاء إن تقدمت زوجة بشكوى جاء فيها "حيث تزوج المدعي عليها الثانية بدون إذن منها (أي من الزوجة الأولى)، أو إذن من المحكمة المختصة.

وهذا ما يراه الباحث أنه يتعارض مع المادة(13)من القانون رقم(1984/10)وطلبت المدعية في ختام صحيفتها الحكم لها بفسخ عقد الزواج، المبرم بين الدعي عليهما، والمحكمة وهي بصدد تكوين عقيدتها في الدعوى اتضح لها بأن المدعية في محله، وحيث إنه لا يوجد بالأوراق ما يفيد موافقة المدعية ولا إذن من المحكمة المختصة بشأن عقد الزواج المبرم بين المدعي عليهما، ومن ثم فإن العقد المبرم بينهما والذي يحمل رقم2008/107المؤرخ في62-7-2008 تم خلافاً لنص المادة الأولى من القانون رقم9لسنة1423 هجرية والمعدل للمادة(13)من القانون رقم1984/10بشأن أحكام الزواج والطلاق ،ومن ثم فإن طلب المدعية في محله، ويعتبر هذا الزواج غير صحيح ،ويتعين فسخه وإنهاء كافة آثاره لهذه الأسباب حكمت المحكمة حضوريا بفسخ عقد الزواج رقم2008/107والمبرم بين المدعي

[122] -محكمة المدينة الجزئية، دائرة غوط الشعال للأحوال الشخصية ،الدائرة الشرعية الأولى 2009/1/25 .الدعوى رقم2009/494 ليس منشوراً .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عليه الزوج والزوجة الثانية، وإنهاء كافة آثاره مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل [123]، مما سبق يرى الباحث أن الحكم بالفسخ من القاضي في مثل هذه القضية ليس له ما يبرره من المنظور الشرعي .

*وفي الموضوع نفسه، في قضية مشابهة، مفادها" أنه بتاريخ2007/9/17عقد المدعي عليه زواجه على موكلة المدعي بعد أن أوهمه(أي خدعه)، بأنه ليس له زوجة ثانية، وهو مطلق، وبعدها تبين أنه متزوج بزوجة أخرى دون أن يكون حاصلا على إذن وموافقة الزوجة، وهذا يعتبر غشا وتدليسا للمدعي، الأمر الذي دفعه إلى القبول به كزوج لابنته، وأتم أو أبرم معه عقد الزواج.

وبعد ذلك تأكد للمدعي من خلال الاستفسار عن المدعي عليه من أهل منطقته من أن له زوجة أخرى وأنه وقت العقد لم يكن كفؤا للزوجة، لأن زواج المرأة من رجل متزوج وله أطفال يعتبر غير كفء لها، لأن الكفاءة هي أن يساوي الزوج زوجته أو يقاربها في أمور مخصوصة، بحيث لا تكون الزوجة عرضة للتشهير بهذه المصاهرة بحسب العرف، ومن المعروف عرفاً أن الرجل المتزوج بامرأة أخرى غير مساوٍ للمرأة وبخاصة للبكر، ولا يعتبر كفؤاً لها إذا دلس عليها وأوهمها أنه غير متزوج، ثم تبين بعد ذلك أنه متزوج، ومن ثم فإن من حقها طلب فسخ العقد بسبب التدليس، وعدم الكفاءة، وبذلك فإن المدعي عليه يكون قد مارس غشا وتدليساً على المدعي وعلى المأذون الشرعي، وحيث إن المدعي عليه بهذا الوضع يعتبر غير كفءٍ لموكلة المدعي، لاعتبارات عدةٍ منها أنه متزوج، وهي بكر لم يسبق لها الزواج، ولو كانت تعلم بهذه الحقيقة عند إبرام العقد لما رضيت به زوجا لها.

لذلك فإن فعل المدعي عليه غشٌ وتدليسٌ، يبين أنه أعطى سلوكا غير سوي وهو ما يؤكد عدم كفاءته لابنة المدعي، وبذلك فإن دعوى الفسخ قد توافرت شروطها المنصوص عليها

[123] –محكمة قصر خيار الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية ،2007/7/2 ،الدعوى رقم 2007/15 أحوال شخصية ، ليس منشوراً .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بنص المادة(15)من قانون الزواج والطلاق رقم(1984/10)، حيث إنه لم تمر سنة على إبرام العقد، ولم يتم الدخول بها مما يتعين معه الحمل، ولم يسبق الرضا بوضع الزوج، لأنه أظهر وضعا لها غير الحقيقة، الأمر الذي يرى معه المحكمة بأن هذه الدعوى في محلها،، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة حضوريا بفسخ عقد الزواج المبرم بين المدعي والمدعي عليه[124].

وفي موضع آخر في قضية عرضت أمام القضاء، في موضوع التعدد بالذات نجد أن المحكمة امتنعت عن الحكم بالفسخ وقضت بالبطلان، وتتلخص أحداث الدعوى في أن زوجا قام وبدون علم زوجته بالزواج من امرأة أخرى، وهي المدعي عليها الثانية بدون موافقة الزوجة الأولى أو إذن من المحكمة المختصة، ولم يسلك المنهج القانوني، مما يحق لها طلب فسخ عقد زواج المدعى عليه الأول بالمدعى عليها الثانية، وبطلان كافة الآثار المترتبة عليه، واستنادا لذلك فإن المحكمة ترى أن ما جاء في طلب المدعية (الزوجة الأولى) بفسخ عقد الزواج لا يتحقق فعلياً، استناداً إلى أن فسخ الزواج يترتب على أسباب أخرى نص عليها القانون رقم(1984/10) بشان الزواج والطلاق وهو فيما يتعلق بشروط صحة الزواج وأركانه، وهو أي طلب المدعية بفسخ زواج المدعى عليه الاول والمدعى عليه الثانية، هذا الطلب في غير محله وهو غير موضوع الدعوى،...لذلك حكمت المحكمة حضورياً ببطلان عقد زواج المدعى عليهما".

[124] –محكمة المدينة الجزئية ،الدائرة الثانية للأحوال الشخصية ، تاريخه 12/23/ 2003، الدعوى رقم 2007/15 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس

النتائج والتوصيات

أ :- الخاتمة والنتائج

ب :- التوصيات

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، أمابعد:-

اختم هذا البحث المتواضع الذي حاولت من خلاله دراسة عنوان سلطة القاضي التقديرية في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم(10لسنة1984)، وأسئل الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في دراسة جوانب الموضوع على الوجه المطلوب مني فإن وفقت فيه إلى الصواب فمن الله وإن كان غير ذلك فمن نفسي والشيطان واستغفر العظيم من كل ذنب عظيم.

ولعله من نافلة القول أن موضوع سلطة القاضي التقديرية في مسائل الزواج والطلاق، يبقى من المواضيع المهمة في ليبيا، التي لم تأخذ حسب وجهة نظر الباحث النصيب الأوفر من البحث والدراسة، بخلاف الدراسات الموجودة في أبواب القانون الأخرى كالقانون المدني ،والجنائي، والدولي الخاص، فلقد حظيت السلطة التقديرية في هذه الأصناف من القانون بالدراسة والبحث، في ليبيا خاصة، على عكس الدول المجاورة لليبيا، كمصر، وتونس، والجزائر، والمغرب، التي أسبهت في دراسة هذه النقطة في كافة مجالات القانون، والفقه سواءً الشافعي في مصر، أو المالكي في دول المغرب العربي ، فألفت فيها الكتب والرسائل، وكتبت العديد من المقالات العلمية الرصينة ، بخلاف الوضع في ليبيا الذي مازال يحتاج إلى العناية بمثل هذه المواضيع والعناوين المهمة ، من جهة نظر الباحث.

وفي هذه الدراسة حاولتُ أن أتناول جوانب الموضوع ، حتا أنني قمت بجمع كل ما يتعلق بمفردات العنوان، فتحدثت عن معنى السلطة في القانون والفقه، وعن معنى السلطة التقديرية

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومفهومه ، وعن المعنى العام للقاضي، حتا وصلت في فصل عرض البيانات وتحليلها، مع إبداء الباحث لرأيه المتواضع كلما أمكن ذلك، وأيضا إرفاقها بالتطبيقات القضائية في ليبيا، ثم خلصت لعدة نتائج وتوصيات كخلاصة لما تم عرضه ودراسته في هذا البحث والله الموفق لكل خير، والهادي إلى طريق الصواب.

أ – **النتائج**:–بعد الانتهاء من دراسة السطلة التقديرية التي يملكها القاضي، وهو يقوم بالنظر في قضايا الزواج والطلاق التي أمامهُ، توصل الباحث إلى النتائج الآتية:–

1– توصلنا إلى أن الفقه المالكي والقانون الليبي قد أساسا لهذه السلطة للقاضي في عمله، مع أن الأصل في العمل القضائي مقيداً، بنصوصٍ يطبقها على النزاع المعروض من قبل الزوجين، ولكن في نفس الوقت يتمتع القاضي إزائه بسلطةٍ تقديرية ،وبهذا يمكننا القول بأن المقصود بفكرة السلطة التقديرية للقاضي هو المبررات والأسس القانونية والفنية والعملية، التي تستوجب إعطاء السلطات المختصة قدراً من حرية التقدير والملائمة للقيام بوظائفها بانتظام.

2–من خلال ما استعرضناه في ضوابط الفسخ بالسلطة التقديرية للقاضي في كلاٍ من الفقه المالكي والقانون الليبي رقم1984/10، يظهر لنا مدى اختلاف النص القانون، عن الرأي الفقه المالكي، من حيث توسع المشرع الليبي في مسائل الفسخ، وانضباطه عند الفقه المالكي، وكذلك عدم العدالة في الجزاءات، إذ أن المشرع الليبي ساوى بين تخلف الركن وتخلف الشرط، حيث أعطى الفسخ جزاء لفقد الأمرين، ولا أعتقد أن ذلك يعد عدلاً، يضاف إلى ذلك أنه أعطى نفس الأهمية والقوة لشروط العقد، وهي ليست بمنزلة واحدة في قوتها وجزاء تخلفها، على عكس الفقه المالكي الذي يضع جزاءً لكل حالةٍ على حدى، فحالة تخلف الركن لها جزاء وحالة تخلف الشرط لها جزاء.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3-وعند استعراضنا لأوجه التطبيق القضائي الليبي استنتج الباحث، توسع الفسخ بيدي القاضي، فالقانون الليبي رقم 10_1984بشأن الزواج والطلاق، إلى فسخ زواج صحيحٌ ومباح بنص الشريعة الغراء، ومنه الفقه المالكي في إباحة الزواج بزوجة ثانية، حيث يفسخ عقد زواج بالزوجة الثانية من قِبَلِ القاضي إذا طلبت الزوجة الأولى ذلك، وهذا ما يراه الباحث خطأٌ فادح من المشرع وجب العدول عنه.

ب-التوصيات:-

1-اقتراح وتوصية من الباحث بأن يقوم المشرع في ليبيا، بإعادة النظر في أحكام الفسخ، بشكل عام من خلال إجراء مزيداً من البحوث والدراسات، وعقد الندوات، لأجل الخروج بصياغة منضبطة ومتوازنة لأحكام فسخ عقد الزواج بسلطة القاضي التقديرية ،مع التوسع في الدراسات والبحوث المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الليبي، وتعميقها لدورها الكبير في إظهار إيجابيات الفقه المالكي السائد في البلاد، والرد على المشككين بشكل عام في صلاحية شريعتنا الغراء لكل زمانٍ ومكانٍ .

2-يوصي الباحث المشرع الليبي بتدارك بعض الأخطاء السابقة من إصدار قوانين دون وجود مذكرة مفسرة، وموضحة للنص القانوني الواجب التطبيق، وخاصة للقانون رقم10-1984عند عرض قضايا الفسخ وغيره من قضايا الزواج والطلاق أمام القاضي الليبي.

3-يوصي الباحث المشرع بضرورة تعديل بعض نصوص القانون المتصلة بعرف الناس في ليبيا المعتمد في البلاد اتصالا غير قابل للتجزئة، مع مراعاة الفُتيا المعتمدة في البلاد حسب المشهور من مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، وخاصةً في مسائل الفسخ والطلاق ،لخطورة موضوعات الزواج والطلاق عند المسلمين، ومنعا للتضارب الحاصل بين الحكم الشرعي الفقهي، والحكم القضائي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

4-يوصي الباحث بإنشاء محاكم الأسرة في ليبيا، يكون لها نظامها وتشريعاتها الخاصة بها، ولها قضاتها المتخصصون في مسائل أحكام الأسرة، وأن يكونوا مؤهلين تأهيلاً شرعيا وعلميا عالياً، بحيث يقتصر عملهم على قضاء الأسرة فقط، دون سواه بمعنى آخر وجود قاضي متخصص لنوع محدد من القضايا.

5-يوصي الباحث أيضا بوجوب إنشاء مراكز دينية تثقيفية واجتماعية، لمسائل الزواج والطلاق ونشر أحكامهما للناس وبيان أهمية عقد الزواج والمحافظة عليه من عبث المفسدين، والوصول في حالة الخلاف إلى الحلول والتوفيق بين المتخاصمين، مع فرض عقوبات بعيدة عن لآثار الزواج والفسخ والطلاق، فمن الأفراد من له وازعٌ دينيٌ في هذا الجانب ،ومنهم من لا خلاق له في الدنيا ولا في الاخرة، في مسائل عقد الزواج والطلاق وآثارهما.

6-تضمين قانون الزواج والطلاق الليبي بالنصوص القاطعة معنىً، والواضحة الدلالة، في منع الظواهر الدخيلة على مجتمعاتنا الإسلامية، كزواج السر، أو الزواج المؤقت، أو الزواج العرفي وغيرهُ.

7-من المعلوم أن قانون الزواج والطلاق رقم 1984/10قد مر على صدوره ما يقارب العقدين ونصف، فمن الضروري أن تكون لجان متخصصة تعقد جلسات واجتماعات دورية، كأن تكون كل خمسُ سنوات مثلا تعيد النظر في نصوص القانون أو صياغته، وتلافي ما فيه من نقصٍ تشريعي، وإزالة الغموض عن المبهم من عباراته القانونية، وموائمته بالفتوى الشرعية وربطه بها في العمل القضائي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المراجع

القرآن الكريم.

البخاري ، محمد بن اسماعيل ،صحيح البخاري ،دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة سنة 1401هـ-1981م.

البيهقي ،السنن الكبرى ،تحقيق محمد عبدالقادر عطا ،دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان ، ط3، ه1424-2003م.

الحنفي ،زين الدين ابن نجيم ،البحر الرائق شرح كنز لدقائق ،ط2، مطبعة دار الكتاب الإسلامي ،سنة 1992م.

الشافعي ،محمد بن إدريس ،الأم ،تحقيق الدكتور رفعت فوزي ،مطبعة دار الوفاء ،القاهرة ، مصر ،ط1،سنة 1976م.

القرافي ، أحمد بن ادريس، أنوار البروق في أنواع البروق، مكتبة عالم الكتب بيروت ، ط4، 2002م.

الصاوي ،أحمد بن محمد ،بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،على الشرح الصغير ،مكتبة مصطفى الحلبي ،الطبعة الأخيرة ،1952م.

الجزيري ،عبد الرحمن بن محمد ،الفقه على المذاهب الأربعة ،مكتبة دار الحديث ،المجلد الرابع، باب القضاء ،ط3 ،1918 م.

ادريس، الفاخوري ،انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة المغربية مع أحدث الاجتهادات القضائية ،الدار البيضاء ،دار آفاق المغربية ،ط1 ،2012م.

ابن عبد البر ،يوسف بن عبدالله بن محمد ، التمهيد لما ما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق أسامة بن إبراهيم وآخرون، القاهرة دار الفاروق ،ط2 ،سنة1 200 م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ابن رشد ،أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ،1970،ج2،ص82،ومابعدها.

ابن قدامة ،عبد الله بن أحمد المقدسي ،المغني ، بيروت ، عالم الكتب ،ج7 ،ص570.

الزُحيلي، وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية ،دار الفكر العربي سوريا ،دمشق ،ط4 ،1999م.

المواق ،محمد بن يوسف ، التاج والإكليل لمختصر خليل ،مكتبة النجاح ،طرابلس،1997م.

الكاساني ،علاء الدين أبي بكر بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة العلمية ،بيروت،ط2 ،1983م.

الذهبي ، محمد حسين ،الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ،القاهرة دار الكتب الحديثه ،الطبعة الثانية،1968 ،ص236،237 .

شعبان ،زكي الدين ،الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ،منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ،ط4,1978م.

القبج ،سامر مازن ،مجلة الأحكام العدلية مصادرها وآثارها في قوانين الشرق الإسلامي، دار الفتح للدراسات والنشر ،عمان الأردن ،ط1 ،2008م.

بدران ،أبو العينين بدارن ،الزواج والطلاق في الإسلام ،مؤسسة الشباب للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،ط2 ،1967م.

الغرياني ، الصادق عبد الرحمن ،الأسرة أحكام وأدلة ، ،منشورات جامعة طرابلس ،سنة 1996م.

الزَّرقا ، مصطفى ،الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ،دار الفكر ،دمشق ،ط1 ،1999م.

القرضاوي ،يوسف ،مركز المرأة المسلمة في عصر العولمة ،دار الفرقان ،عمان الأردن،ط1 ، 1417هـ.

اعبودة ، علي الكوني ،نظام القضاء ،دار النشر والتوزيع ،طرابلس ،سنة 2008م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

زبيدة ، علي الهادي ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي ،الجزء الثاني ،مؤسسة دار البدر للنشر والتوزيع ،ط1 1434هـ-2013م.

الهوني ، محمد مصطفى ،قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء ، مكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي ،ط2 ،سنة 2007 م.

الجليدي ، سعيد ،أحكام الأسرة في الزواج والطلاق الجزء الثاني، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية ،1998م.

سابق ، سيد ،فقه السنة ،دار الفتح للإعلام العربي ،القاهرة ،ط11 ،1994م.

أبو زهرة ،محمد ،الأحوال الشخصية في الإسلام ،دار الفكر العربي، القاهرة ،مصر ، الطبعة الثانية،1996م.

بركات ،محمود محمد ناصر ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه ،دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الاردن ،الطبعة الأولى،2003م.

تناغوا، سمير السيد، النظرية العامة للقانون، مكتبة المعارف الاسكندرية، بدون سنة طبع.

العالم ،عبد السلام الشريف ، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ، الطبعة الثالثة ،منشورات الجامعة المفتوحة 1996م.

البر زنجي، عصام عبد الوهاب، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر،1987.

شاكر ،أحمد ،نظام الطلاق والزواج في الإسلام ،مطبعة النهضة القاهرة ،1354م.

السنهوري ،عبدالرزاق ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية مكتبة حلب الحقوقية سوريا،1986م.

الأزهري ،محمد علي البدوي ،النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ،مركز البحوث والنشر ،طرابلس ،ليبيا ،ط5 ،2001م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

صيني ،سعيد، قواعد أساسية في البحث العلمي ،مكتبة الفجر الجديد ، بيروت لبنان ، 2010م.

عمر ،نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية، مكتبة المعارف ،الاسكندرية، 1984.

القوسي ،محمد ، مناهج البح العلمي التربوي، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 2012م.

العساف ،صالح بن حمد ، المدخل للبحث العلمي، مكتبة العبيكان الرياض ،1431هـ.

آبادي ،محمد بن يعقوب الفيروز ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان، الطبعة السادسة ،1998 م.

الفيومي ،أحمد بن محمد بن علي ،المصباح المنير ،مطبعة الشروق، القاهرة ،سنة الطباعة 1996م.

أنس ،بن مالك ،الموطأ، تصحيح وتخريج ،محمد فؤاد عبدالباقي ،دار إحياء التراث العربي ، طبعة 1370هـ-1951م.

الخفيف، علي، محاضرات عن فرق الزواج ،معهد الدراسات العربية العالية ،القاهرة ، مصر،1996م.

الجنزوري، سمير ،السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بين القانون الايطالي والقانون المصري، مصر، المجلة الجنائية القومية، العدد1، مارس، م21، ص171 ، 1968م.

الدريني ، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، ص 105 ، 1977م.

أوهاب ،نذير محمد ،السلطة التقديرية، مفهومها وتأصيلها ،المجلة العربية للدراسات الإسلامية، السنة13، ع25، الرياض،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص9 ، 1419هـ.

سعد ، أحمد محمود ،مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها، تطبيقاتها"، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، ص245 ، 1988م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الطماوي ، سليمان محمد ، نظرية التعسف في استعمال السلطة، القاهرة: دار الفكر العربي، ط3، ص43، 1978م.

حسين ، محمد عبدالجواد، "سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد"، مجلة مجلس الدولة، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، السنة الرابعة، يناير، ص214، 1953م.

عبيد ، رؤوف،مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مصر ،دار الجيل، ط17، ص69، 1989م.

المجلات وأحكام المحاكم الليبية والبحوث العلمية:-

مسودة القانون الليبي بشأن الزواج والطلاق صدر في 19-4-1984م،ونشر في الجريدة الرسمية،العدد6،السنة22،الصادر في يوم 13 يونيو1984م.

أحكام قضائية من سجلات المحاكم من دوائر الأحوال الشخصية ، لكلٍ من محكمة ،المدينة الجزئية ، والخمس الجزئية ، وقصر خيار الجزئية، وباب بن غشير الجزئية ، والجميل الجزئية ، غير منشوره.

مجلة المحكمة العليا ،السنة 30 ،العدد2،و3،منشور لسنة 2005م.

مجلة الجامعة الأسمرية .السنة السابعة ،العدد 4،سنة 2010م ،زليتن ،ليبيا.

البحوث العلمية :-

بحث التعارض بين النصوص، دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م،للباحث سعد خليفة العبار، منشور في مجلة الجامعة الاسمرية ،السنة السابعة ،العدد الرابع،2010م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG