طلاق الشفوي في المجتمع الإندونسي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي

البحث

إعداد الطالب: محمد نصر الله

رقم التسجيل: ١٥٢١٠٠٩٠

شعبة الأحوال الشخصية

كلية الشريعة

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالا غ

٢٠١٩

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه وبياناتي كالآتي:

الإسم الكامل : محمد نصر الله

رقم التسجيل : ١٥٢١٠٠٩٠

العنوان : مالانج

والله. أقرر بأن هذه البحث الذي قدمته لتوفير بعض الشروط لنيل درجة الجامعية الأولى في شعبة الأحوال الشخصية، كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج تحت الموضوع:

طلاق الشفوي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي في المجتمع الإندونسيا

قد أتمته وكتبته بنفسي وليس مأخوذا من البحث الآخر أو تأليف الآخر. وإذا ادعى أحد مستقبلا أنه من تأليفه وتبين أن ما ألفته ليس من بحثي تبينا حقيقيا، فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على مشرف البحث أو على كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

كتبت هذا وحررته بناء على رغبتي الخاصة ولا يجبرني أحد على ذلك.

مالانج ٢٥ فبروري ٢٠١٩ م

توقيع صاحب الإقرار

محمد نصر الله

رقم التسجيل: ١٥٢١٠٠٩٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

موافق مشرف البحث

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين

وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بعد الإطلاع على البحث التكميلي الذي أعده:

الإسم الكامل : محمد نصر الله

رقم التسجيل : ١٥٢١٠٠٩٠

الموضوع : طلاق الشفوي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي في المجتمع الإندونسيا

وافق المشرف علي تقديمه إلى المجلس مناقشة البحث العلمي.

مالانج ٢٥ فبروري ٢٠١٩ م

المشرف

الدكتور علي حمدا الماجستير

رقم التوظيف: ١٩٧٦٠١٠١٢٠١١٠١١٠

رئيس الشعبة الأحوال الشخصية

الدكتور سوديرمان الماجستير

رقم التوظيف: ١٩٩٧٠٥٠٦٢٠٠٣١٢٢٠٠١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وزارة الشؤون الدينية
جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج
كلية الشريعة شعبة الأحوال الشخصية
شارع كاجايانا نمرة ٥٠ التلفاز (٠٣٤١) ٥٥١٣٥٤

دليل الإستشارة

الإسم الكامل : محمد نصر إلله
رقم التسجيل : ١٥٢١٠٠٩٠
شعبة : الأحوال الشخصية
المشرف : الدكتور علي حمدا الماجيستر
الموضوع : طلاق الشفوي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي في المجتمع الإندونسيا

النمرة	الوقت	مادة الإستشارة	التوقيع
١	٥ نوفيمبر ٢٠١٨	إشراف الموضوع	
٢	١٢ نوفيمبر ٢٠١٨	إشراف خطة البحث	
٣	١٦ نوفيمبر ٢٠١٨	إصلاح باب الأول والثاني	
٤	١٩ نوفيمبر ٢٠١٨	موفق المشرف لمناقشة خطة البحث	
٥	٣ جانوري ٢٠١٩	إصلاح البحث بعد المناقشة	
٦	٢٤ جانوري ٢٠١٩	إشراف باب الثالث	
٧	٣١ جانوري ٢٠١٩	إشراف باب الرابع	
٨	١١ فيبروري ٢٠١٩	إصلاح باب الثالث والرابع	
٩	١٨ فيبروري ٢٠١٩	إصلاح البحث تاما	
١٠	٢٥ فيبروري ٢٠١٩	موفق المشرف لمناقشة البحث	

مالانج ٢٥ فبروري ٢٠١٩ م

الإعتماد

رئيس شعبة الأحوال الشخصية

الدكتور سوديرمان الماجستير

رقم التوظيف: ١٩٧٧٠٥٠٦٢٠٠٣١٢٢٠٠١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الاعتماد من طرف لجنة المناقشة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد المرسلين وآله وأصحابه أجمعين.

وبعد أجريت المناقشة على البحث الجامعي الذي قدمه:

الطالب : محمد نصر الله

رقم التسجيل : ١٥٢١٠٠٩٠

الموضوع : طلاق الشفوي في المجتمع الإندونسي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي

قد دافع الطالب عن هذا البحث أمام لجنة المناقشة وتقرر قبوله شرطا للحصول على درجة الجامعية الأولى في شعبة الأحوال الشخصية في كلية الشريعة بنتيجة A.

وتتكون المناقشة من السادات الأساتذة:

١. الدكتور زين المحمودي الماجستير: رئيسا

رقم التوظيف: ١٩٧٣٠٦٠٣١٩٩٩٠٣١٠٠١ التوقيع:.....

٢. الدكتور توتيك حميدة الحاجة الماجستير: مناقشة

رقم التوظيف: ١٩٥٩٠٤٢٣١٩٨٦٠٢٣٠٠٢ التوقيع:.....

٣. الدكتور علي حمدان الماجستير: مشرف

رقم التوظيف: ١٩٧٦٠١٠١٢٠١١٠١١٠٠٤ التوقيع:.....

مالانج ١٤ أفريل ٢٠١٩ م

عميدة كلية الشريعة

الدكتور سيف الله الماجستير

رقم التوظيف: ١٩٦٥١٢٠٥٢٠٠٠٠٣١٠١١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شعار

الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ ﴿سورة البقرة : آية ٢٢٩﴾

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شكر وتقدير

الحمد الله على كل الحال وأشكره على فضله الجود المتعال كثير النعم على عبده التشغل العلم الكمال وأسأله جزيل النوال والثبات في الحال والمعال وأصلي وأسلم على خير الصابرين الشاكرين المرجو من شفاعته يوم الدين وأسأل الله أن يجعلني ممن ينال شفاعته وعلى آله وأصحابه الغر الميامين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وقد من الله بالإنتهاء من تصنيف هذا البحث فلك الحمد والشكر عدد ما في السموات والأرض مع رجائي نيل رضا الله بوسيلة هذا البحث. وبعد. تقدمت الشكر والتقدير والعرفان إلى الذين يساعدني في تكميل هذا البحث وينصحني ويرشدني ولا يزالون يشجعني بإتمام هذا البحث. وهؤلاء الذين لا يعدون عملهم في نفع الغير إلا للمحبة على إعانة أخيه المسلم ولا يكون ذلك إلا أن يكونوا مخلصين وقولي لهم جزاك الله خير الجزاء. ومنهم:

سماحة الأستاذ الدكتور الحاج عبد الحارث، مدير الجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

سماحة الدكتور سيف الله الماجستير، عميد كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

سماحة الدكتور سوديرمان الماجستير، رئيس شعبة الأحوال الشخصية كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سماحة الدكتور علي حمدان الماجستير الذي أفاد الباحث علميا وعمليا ووجه خطواتها في كل مراحل إعداد هذا البحث منذ بداية فكرة البحث حتى منتهاه. ولتفضله مناقشة هذا البحث أكبر الأثر في نفس الباحث فله مني خالص الشكر والتقدير ومن الله العظيم الثواب والجزاء.

سماحة فريدة الشهداء الماجستير التي ما زالت تربني على إتمام هذا البحث ويشجعني على كل الحال لكونها المعلمة المرشدة. فلها الشكر الجزيل التقدير مني.

كما يتقدم الباحث بكل الشكر والتقدير إلى الأساتيذ المعلمين في كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. فلهم من الباحث كل الشكر والتقدير على ما قدموه من العلوم والمعرفة والتشجيع وجزاهم الله خيرا كثيرا.

كما يتقدم الباحث جزيل الشكر والتقدير إلى الأساتذ المعلمين في مدرسة هداية المبتدئين ليربايا كديري. فلهم من الباحث جزيل الشكر والتقدير على ما قدموه من العلوم والمعرفة والتشجيع وجزاهم الله خيرا كثيرا

خاصة فضيلة الوالدان. هما المعلمان في حياة الباحث منذ ولادته حتى يصل إلى عمره الآن. فيقدم لهما الباحث كل الشكر والعرفان على ما قدماه من المحبة والمودة وجزاه الله خير الجزاء

اهدنا الصراط المستقيم والله المستعان وهو ولي التوفيق

مالانج ٢٥ فبروري ٢٠١٩ م

الباحث

محمد نصر الله

رقم التسجيل: ١٥٢١٠٠٩٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Abstrak

Nasrulloh, Muhammad, 15210090, 2019. ***Talak Syafawi Berdasarkan Teori Maslahat Sa'id Ramadlan Al-Buthi Pada Masyarakat Indonesia***. Skripsi, Jurusan Al-Akhwal Al-Syakhsiyyah. Fakultas Syariah. Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Dosen Pembimbing: Dr. Ali Hamdan PH, D.

Kata Kunci: Talak *Syafawi*, Maslahat

Talak *syafawi* (talak di luar pengadilan) membawa polemik di tengah masyarakat. Pasalnya talak demikian telah menjadi pro kontra antara para ulama dengan para akedemisi hukum. Para ulama mengatakan sah, sementara para hakim tidak mengesahkan. Akibat dari tarik ulur masalah ini adalah kebingungan masyarakat terkait status hubungan perkawinan bagi suami yang mentalak istrinya di luar pengadilan. Apakah ia harus menjauhi istrinya karena telah dianggap bercerai sebagaimana pendapat ulama atau tetap harus memberikan nafkah sebagaimana biasanya karena talak tidak dianggap kecuali di pengadilan sebagaimana pendapat para hakim?. Penyebab perbedaan corak pandang ini adalah para ulama melihat bahwa talak adalah hak murni milik suami. Sementara hakim melihat dampak negatif yang akan mendera istri dan anak apabila talak tidak mendapat legalisasi dari pengadilan.

Peniliti berusaha menemukan jalan keluar dan memetakan perbedaan pendapat antara ulama dan hakim dengan menggunakan teori maslahat Sa'id Ramadlan Al-Buthi, sebab dasar syariah adalah guna mewujudkan kemasalahatan pada manusia dan teori maslahat Sa'id Ramadlan Al-Buthi memiliki pemerincian guna mengetahui hal tersebut. Oleh karena itu peneliti menggunakan kajian pustaka guna menganalisis hal demikian dengan pendekatan usul fikih pada umumnya. Hasil penelitian disarikan secara urut dan detail sebagaimana kajian yang telah ada dengan melalui proses editing, classifiying, verifying, analizing dan conluding.

Berdasarkan hasil penelitian ini diketahui bahwa urusan talak yang menjadi hak suami dengan keharusan mendapatkan legislasi adalah dua hal yang berbeda. Dari sudut menghasilkan manfaat talak demikian memang dianggap sah. Sementara dari sudut menolak mafsadah talak harus mendapat legislasi dari pengadilan serta didokumentasikan. Namun kedua hal tersebut tidak dapat saling mempengaruhi karena keduanya bukanlah satu kesatuan. Oleh karena itu wujud kemaslahatan dalam permasalahan ini adalah orang yang mentalak istrinya di luar pengadilan tetap sah dan ia dibebani kewajiban untuk mencatatkan perceraiannya ke pengadilan guna menghindari resiko munculnya dampak negatif. Kemaslahatan demikian sangat sesuai dengan maqasid syariah serta tidak bertentangan dengan kandungan al-quran hadis dan qiyas yang menjadi syarat diberlakukannya maslahat sebagaimana dipaparkan oleh Sa'id Ramadlan Al-Buthi.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Abstract

Nasrulloh, Muhammad, 15210090, 2019. ***Syafawi's Divorce Is Based On The Maslahat Theory Of Sa'id Ramadlan Al-Buthi In Indonesian Society***. Thesis, Al-Akhwal Al-Syakhsiyyah Department. Faculty of Sharia. Maulana Malik Ibrahim State Islamic University Malang. Supervisor, Dr. Ali Hamdan PH, D.

Key Word: *Syafawi's divorce, Maslahat*

Syafawi's divorce (divorce outside the court) brings polemic in the community. Because such divorce has become a pro-contra between ulama and legal academics. Ulama say it's legal. While the judges did not ratify. As a result of the tugging of this problem is the confusion of the community regarding the marital relationship status for a husband whose wife's mentality is out of the court. Does he have to stay away from his wife because he has been deemed divorced as the opinion of the ulama or still has to provide a living as usual because divorce is not considered except in court as the opinion of the judges?. The reason for this difference in viewpoint is that ulama saw that talak was the husband's pure right. While the judge sees a negative impact that will whack his wife and child if divorce is not legalized from the court.

The researcher try to find out and map the differences of opinion between ulama and judges with the maslahat theory of Sa'id Ramadlan Al-Buthi, Because the basis of shari'a is to realize the benefit in humans and Sa'id Ramadlan Al-Buthi's theory has details to find it. Therefore, the researcher uses a literature review to analyze such things with the approach of fiqh proposal in general. The results of the study are summarized in sequence and detail as the problems that exist by going through the process of editing, classification, verifying, analyzing and concluding.

Based on the results of this study, it is known that the affairs of divorce which are the husband's right with obligation to have legislation are two different things. From the point of producing such benefits of divorce is indeed considered legitimate. While from the point of rejecting mafsadah talak, it must get the legislation from the court and be documented. But these two things cannot influence each other because they are not a single entity. Therefore, a form of benefit in this matter is a person whose wife's mentality outside the court is still valid and he is burdened with the obligation to register his divorce to court to avoid the risk of negative impacts. The benefit is very significance in accordance with the maqasid of sharia and does not conflict with the content of the Qur'an and the hadith and qiyas which become the terms for the application of the maslahat as described by Sa'id Ramadlan Al-Buthi.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ملخص البحث

نصر الله محمد. ١٥٢١٠٠٩٠, ٢٠١٩. **طلاق الشفوي عند نظرية المصلحة لسعيذ رمضان البوطي في المجتمع الاندونيسي**. بحث جامعي. شعبة الأحوال الشخصية. كلية الشريعة. جامعة مولانا مالك ابراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. المشرف، الدكتور علي حمدا الماجستير.

الكلمة الرئيسية: طلاق الشفوي، المصلحة

حمل الطلاق الشفوي (طلاق خارج المحكمة) التنازع في المجتمع. لأن هذا الطلاق أصبح معترضا بين العلماء والأكاديميين القانونيين. وقال العلماء إنه معتد، بل القضاة لم يعتدوه. وترتب على هذه المشكلة تحير المجتمع بشأن وضع العلاقة الزوجية للزوج الذي يطلق زوجته خارج المحكمة. هل يجب عليه الابتعاد عن زوجته لأنه مفارف عنها كما ذهب إليه العلماء أو لا يزال عليه أن ينفقها كما كان في الحياة الزوجية لأن الطلاق لا يعتبر إلا في المحكمة كما قاله القضاة؟. وسبب هذا الاختلاف هو أن العلماء رأوا أن الطلاق هو حق محض للزوج. لكن القضاة نظروا أثر المفسدة على زوجته وطفله إذا لم ينال توثيق الطلاق من المحكمة

يحاول الباحث إيجاد مخرج وخريطة اختلافات الرأي بين العلماء والقضاة مع نظرية مصلحة عن سعيد رمضان البوطي، لأن أساس الشريعة هو إيجاد المصلحة في الإنسان. ونظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي يملك تفاصيل لمعرفة ذلك. لذلك يستخدم الباحث البحث المكتبي لتحليل مثل هذ الأمر مع مقاربة الفقه بشكل عام. وما حصل من البحث يقدم بالتسلسل والتفصيل كمثل نظرية الموجودة من خلال المرور بعملية التحرير والتقسيم والتحقيق والتحليل والإستخلاص.

بناء على نتيجة هذا البحث يعرف أن أمر الطلاق التي هي حق الزوج مع الحصول على التوثيق هما شيئان مختلفان. من حيث جلب النفع هذا الطلاق يعتبر صحة. لكن من حيث درء المفسدة يجب حصول التقرير من المحكمة وتوثيقها. لكن هذين الأمرين لا يمكن أن يؤثر كل منهما الآخر لأنهما ليسا أمرا لازما. ولذلك فإن وجود المصلحة في هذه المسألة هو الرجل الذي يطلق زوجته خارج المحكمة يصح، ويحمل عليه بوجوب تسجيل طلاقه إلى المحكمة لتجنب التأثيرات المفسدة. وتتفق هذه المصلحة بمقاصد الشريعة ولا يتعارض بمحتوى القرآن والأحاديث والقياسات التي هي شروط تطبيق المصلحة كما اعتبرها سعيد رمضان البوطي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محتويات البحث

إقرار الطالب ..... Error! Bookmark not defined.

موافقة مشرف البحث ..... Error! Bookmark not defined.

دليل الإستشارة ..... Error! Bookmark not defined.

شعار ..... **vi**

شكر وتقدير ..... **vii**

ملخص البحث ..... **xi**

محتويات البحث ..... **x**

الباب الأول **١**

الفصل الأول: خلفية البحث **١**

الفصل الثاني: مشكلة البحث **٥**

الفصل الثالث: أهداف البحث **٥**

الفصل الرابع: فوائد البحث **٥**

الفصل الخامس: التعريفات للموضوع **٦**

الفصل السادس: منهج البحث **٦**

الفصل السابع: البحوث السابقة **٨**

الفصل الثامن: طريقة عرض البحث **١٢**

الباب الثاني: الطلاق والمصلحة **١٣**

أ. الطلاق ومشروعيته **١٣**

ب. حكمة مشروعية الطلاق: **١٤**

ت. حكم الطلاق **١٦**

ث. حق الطلاق بيد الرجل **١٧**

ج. أركان الطلاق: **١٨**

١. مطلق: ١٩

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٢. الصيغة: ١٩
٣. محل الطلاق: ٢١
٤. ولاية ٢١
٥. القصد..... ٢٢
ح. أقسام الطلاق عند الفقهاء ٢٢
خ. الطلاق عند القانون الإندونسيا ٢٣
د. فهم المصلحة ٢٥
ذ. أقسام المصلحة..... ٢٥
ر. خصائص المصلحة في الشريعة الإسلامية ٢٦
ز. ضوابط المصلحة ٢٧
س. سيرة ذاتية رمضان البوطي ٣٢
الباب الثالث: توثيق الطلاق حسب المصلحة ٤٠
أ. الطلاق من ناحية جلب المنافع: ٤١
١. الطلاق من نظرية مصلحة الأخروية ٤٢
٢. الطلاق من نظرية مصلحة قلبي ٤٣
٣ الطلاق بيد الرجل ٤٤
٤. إعمال الكلام أولى من إهماله ٤٦
٥. الطلاق لا يحتاج الإشهاد في صحته..... ٤٧
٦. يصح النكاح ولو كان بدون توثيق..... ٤٨
٧. اعتبار المصلحة من الشارع..... ٥٠
٨. توثيق الطلاق ليس شرط صحة بل شرط قانوني ٥١
ب. الطلاق من ناحية درء المفاسد..... ٥٢
١. الطلاق نوع من المعاملات..... ٥٣
٢. سد الذريعة ٥٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٣. وجوب طاعة أولى الأمر..... ٥٥
٤. الاحتياط ٥٦
٥. مصلحة مرسلة ٥٧
٦. أهمية التوثيق..... ٥٨
٧. الضرر يزال..... ٦٠
٨. التوثيق من العرف..... ٦٠
٩. الاستصحاب ٦٢
ت. الجمع بين جهة جلب المصالح ودرء المفاسد ٦٢
ث. ضوابط المصلحة ٦٥
١. اندراجها في مقاصد الشريعة..... ٦٥
٢. عدم معارضتها للكتاب ٦٦
٣. عدم معارضتها للسنة ٦٨
٤. عدم معارضتها للقياس ٦٩
الباب الرابع..... ٧٢
المراجع: ٧٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الباب الأول

المقدمة

الفصل الأول: خلفية البحث

جرى الاختلاف بين الناس في نظر مسئلة الطلاق الشفوي يعني الطلاق بدون توثيق من المحكمة الدينية. فبعض الناس يقول بأنه لم يصح، وهم من جملة القانونيين مثل الحكماء. والآخر يقول بصحته وهم من يتعمق بالفقه مثل العلماء حتى يذهب مجلس العلماء الاندونسيا بعدم وقوع الطلاق الشفوي.

جاء في القانون نمرة الأولى سنة ١٩٧٤ آية ٣٨ و ٣٩ أن الطلاق يصح إذا قيل أمام المحكمة مع وجود سبب يقتضي ذلك الطلاق. وفي مجموعة الأحكام الإندونسي آية ١١٣ حتى ١١٦ ذكر إنما الطلاق معتبر بقرار الحاكم أمام المحكمة سواء أرضي الزوج بتلك القرار أم

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

لا. وبكلا النصين يفهم أن الطلاق لا يعتبر إلا بإذن الحاكم أو بقراره. والمعتبر أيضا أنه لا يكون الطلاق إلا بسبب يقتضي ذلك الطلاق مثل كون الزوج شارب الخمر أو دوام المنازعة والمخالفة بين الزوجين. فمتى توجد ذلك السبب حقا ثم قدم الطلاق إلى المحكمة ثم قبله الحاكم وقع الطلاق سواء قدمه الزوج أو الزوجة.

ذهب مجلس علماء الإندونسيا بأن الطلاق وقع بمجرد التلفظ من الزوج ولا يحتاج وقوعه إلى إذن الحاكم أو قراره[١]. وكذلك ما حصل عن بحث المسائل الفقهية الذي يذهب بأن الطلاق حق محض للزوج فلا يفتقر صحته بقول الزوج أمام المحكمة الدينية[٢]. ودليلهم مأخوذ من قول وهبة زحيلي الذي نصه: أن الذي يملك الطلاق إنما هو الزوج متى كان بالغاً عاقلاً، ولا تملكه الزوجة إلا بتوكيل من الزوج أو تفويض منه. ولا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة للضرورة[٣]. ولكن للمصلحة اقترح كل من المجلس العلماء الإندونسيا والبحث المسائل الفقهية على توثيق الطلاق قياسا على أمر الكتابة في الدين كما في آية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: ٢٨٢)

كان ثمرة هذا الخلاف واقعا في امرأة طلقت خارج المحكمة. لو قلنا بعدم صحته لأن الطلاق يستلزم بقرار الحاكم لصارت المرأة مطلقة عند العلماء. فحرم على الرجل أن يوطئ ويعاشر امرأته ويجب عليه أن يبعدها. فلو قلنا بصحته كما قال العلماء فلزم أمر النفقة من كفاية اليومية والمسكن والكسوة عليه عند القانونيين وكذلك يجب عليه نفقة أبنائه لو كان تحته ولد. فحاصله

---

[١] فتوى مجلس العلماء الإندونسيا الرابع عن مسائل الفقهية المعاصرة سنة ٢٠١٢

[2] Hasil bahtsul masail PWNU Jawa timur di PP. Sunan Bejagung Semanding Tuban 10-11/02/2018

[٣] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (ط. دار الفكر، دمشق، سنة ٢٠٠٢) ج ٩ ص ٦٨٨

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

لو طلق الرجل امرأته سريا فهو عاص عند القولين بعدم أداء حقوقها أو بمخالطتها. وهلم جر بالرجل المريد رجوع زوجته. هل تحسب وقت العدة عند تلفظ الطلاق أمام المحكمة أو بعد إذن الحاكم أو عقب نطق الطلاق مباشرة. وهذه المشكلة لم يتبين حتى يحتاج بأن تحكم بأرجح القولين.

إن هذه المسئلة كثيرة الوقوع في المجتمع، حتى اضطرب الناس في حكم تلك المسئلة، أوقع الطلاق بمجرد تلفظه أو يحتاج إلى قرار الحاكم؟. ومثل تلك المسئلة واقع على ديد سناندار الفنانية لما تلفظ الطلاق خارج المحكمة ثلاث مرات على زوجته. ثم دعا زوجته إلى لومبوك لعطلة معه لأن ديد سناندار تقين أن تلفظ الطلاق بدون قرار المحكمة لم يعتبر[٤]. وكذلك موجودة أيضا في قرية كاراغ سوكا الرجل تلفظ كلمة الفراق على زوجته فشك بعده هل هي زوجة مطلقة عندئذ أم لا؟ ثم لإزالة شكه تلفظ الزوج الرجوع لزوجته.

الطلاق هو من مسائل الفقه الذي أساسه من القرأن والحديث وسائر مصادر التشريع. والفقه ينبني على إجراء المصلحة وحظرا عن المفسدة حتى لو كان أحد مسائل الفقه لم يوافق بالمصلحة فالأحسن أن يتركها لأن الفقه ظني يفتح باب الخلاف. فلذلك لو وقع مسئلة الفقه حديثا الذي لم يقل القرآن الكريم والحديث قبل وكذلك لم يبحث العلماء من كتب التراث أيضا. فيرجع إلى قصد الشريعة من مراعة المصلحة ودفعا للمفسدة. إذا احتوت الحديثة المصلحة المتحققة فلا يشك بمراعتها وكذلك لو احتوت المفسدة البينة فلا يشك بحرمانها، لأن الشريعة

[٤] https://hot.detik.com/celeb/d-3367065/pernah-ucap-talak-3-dede-sunandar-ajak-istri-liburan-ke-lombok diakses pada tanggal 02/11/2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مدارها بالمصلحة فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله[٥]. يقول عز الدين بن عبد السلام: من مارس الشريعة وفهم مقاصد الكتاب والسنة علم أن جميع ما أمر به لجلب مصلحة أو مصالح، أو لدرء مفسدة أو مفاسد، أو للأمرين، وأن جميع ما نهي عنه إنما نهي عنه لدفع مفسدة أو مفاسد، أو جلب مصلحة أو مصالح، أو للأمرين، والشريعة طافحة بذلك[٦]. والقول المشهور من ابن القيم الجوزية الذي يقول: أن الشريعة مبناها وأساسها، على الحكم، ومصالح العباد، في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه فكل خير في الوجود، فإنما هو مستفاد منها، وحاصل بها، وكل نقص في الوجود فبسبب من إضاعتها، فالشريعة التي بعث الله بها رسوله، هي قطب الفلاح والسعادة، في الدنيا والآخرة[٧]

الطلاق الشفوي أو بدون توثيق المحكمة الدينية لم يبحث في كتب التراث. وهو من مسألة الحديثة التي كثرت وقوعها في المجتمع. قد تعدد العلماء من ناحية العالم يفتي وعبر رأيه عن ذلك، لكن معظمهم لم يتفق في نظر هذه المسئلة. منهم من يقول بصحته ومنهم من يقل بعدم صحته. فلذلك مهم جدا أن تحل هذه المسألة بطريق المصلحة التي هي أساس الفقه. لكي يتجلى قصد الشريعة عن ذلك المسألة.

---

[٥] أبي الطيب مولود السريري، تحديد علم أصول الفقه (ط. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧) ص ٩٧

[٦] عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد (ط. دار الفكر المعاصر، دمشق ١٤١٦) هـ ص ٥٣

[٧] ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين (ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩١) ج ٣ ص ١١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كان الكتاب الذي أوسع مباحثه عن المصلحة هو الكتاب الذي ألفه سعيد رمضان البوطي المسمى بضوابط المصلحة. ضوابط المصلحة للبوطي هو الكتاب الذي يشرح عن المصلحة تفصيلا. ولم يكن العلماء سواه ألف كتابا يساوي بكتاب ضوابط المصلحة للبوطي. مباحثه أعمق وأشمل من كل وجه من وجوه المصلحة. لذلك كان ضوابط المصلحة للبوطي أليق لتقييم المصلحة المعروضة على كل المسئلة.

الفصل الثاني: مشكلة البحث

١. كيف حكم الطلاق الشفوي عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي؟

٢. كيف تطابق المصلحة في الطلاق الشفوي نظرا لضوابط المصلحة لسعيد رمضان البوطي؟

الفصل الثالث: أهداف البحث

١. ليعلم حكم الطلاق السري المطردة في المجتمع عند نظرية المصلحة لسعيد رمضان البوطي

٢. ليعلم منهج المصلحة وضوابطها من جهة اعتبار صحة الطلاق وترتبه أو عدم اعتباره

الفصل الرابع: فوائد البحث

يتكون هذا البحث منفعتين نظري وعملي:

١. منفعة نظري

يمكن أن ينتفع هذا البحث عن كشف حكم الطلاق خارج المحكمة فيزيد المعلومات والعلوم المتعلقة بالطلاق والمصلحة. حتى يمكن أن يزال تحير الناس عن مسئلة تلفظ

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الطلاق خارج المحمكة بوسيلة هذا البحث ويمكن أن يعرف في أي مصلحة تقع. أفي إجراء الطلاق أو دونه؟ ومن هذا البحث أيضا يمكن أن يلحق بمسئلة أخرى التي تشبهها حتى يسهل في كشف حكمها.

٢. منفعة عملي

من طريق هذا البحث يمكن أن يستخدم لجواب مسئلة الطلاق المطردة في المجتمع عند تلفظه خارج المحكمة ويمكن أن يكون هذا البحث مرجعا ومصدرا عن هذه المسئلة. ومن جهة أخرى يكون هذا البحث معيارا على بحث أخرى المتلعق بهذه المسئلة.

الفصل الخامس: التعريفات للموضوع

والمقصود بالطلاق الشفوي هو التلفظ به عن طريق الشفتين أي الفم من الزوج، دون توثيق هذا الطلاق لدى الجهات المختصة من المحكمة الدينية. ويطلق أيضا بالشفهي واللفظي لكن الشفوي أفصح. والتوثيق هو إثبات العقود والتصرفات، وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات

الفصل السادس: منهج البحث

إن منهج البحث هو خطوة عامة الذي تساعد الباحث لإجراء الدراسة فيما يتعلق بالهدف وطريق جمع البيانات وتحليلها. وهناك منهج البحث الذي استخدمه الباحث في حل مسألة الطلاق الشفوي:

١. نوع البحث

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وأما النوع البحث الذي استخدمه الباحث هو البحث المعياري (Normatif) ويسمى بالبحث المكتبي. كان البحث المعياري هو مصادر البيانات الأساسية تحصل من الكتب ويسمى أيضا بالبحث المكتبي والمدخل الذي استخدمه الباحث في هذا البحث هو المدخل الأصول الفقه.

٢. مصدر البيانات

ومصدر البيانات تنقسم إلى قسمين: الأساسية والثناوية. فالأولى هو المصدر البيانات من كتاب ضوابط المصلحة لرمضان البوطي وأما مصدر البيانات الثناوية فهو من الكتب التي تتعلق بذلك المسئلة مثل كتب مقاصد الشريعة والأصول والفقه وقواعد الفقه والقنون الإندونسيا منها:

أ. مقاصد الشريعة لطاهر بن عاشور

ب. الموافقات للشاطبي

ت. فقه الاسلامي وأدلته لوهبة زحيلي

ث. فقه المنهجي لمصطفى ديب البغا

ج. الأشباه والنظائر للسيوطي

ح. القانون نمرة الأولى سنة ١٩٧٤

خ. مجموعة الأحكام الإندونسي سنة ١٩٩١

٣. طريقة جمع البيانات

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

طريقة جمع البيانات هذا البحث بطريقة استعمال الدراسة المكتبية. وذلك بتعيين البيانات المتعلقة بالبحث ثم تحقيق الموضوعات المتصلة بالبحث ثم جمع المعلومات المهمة من كتب ضوابط المصلحة وسائر كتب أخرى ثم المناقشة والإختلاص من البحث

٤. طريقة تجهيز البيانات وتحليلها

بعد ما اجتمعت البيانات فالطريقة التالية هي التجهيز وتحليل البيانات. وكيفيتهما كما يلي:

أ. التحرير (editing) وهو تكرار فحص البيانات المحصولة من تمامها وإيضاحها ومناسبتها بالبيانات

ب. التقسيم (classifying) هو تفريق البيانات المحصولة وتفصيلها تسهيلا في استعمال البيانات المحتاجة

ت. التحقيق (verifying) هو تكرار فحص البيانات والأخبار المحصولتين حفظا لصوابها

ث. التحليل (analizing) هو تحليل البيانات المحصولة تسهيلا في الفهم

ج. الإستخلاص هو الطلب وأخذ الخلاصة من البيانات المجهزة

الفصل السابع: البحوث السابقة

جرى بعض البحوث التي تتعلق بهذا البحث. لمعرفة الإختلاف والتوضيح بأن هذا البحث اختلف بالبحوث السابقة فحضرها الباحث قصدا للاطلاع والمقارنة وهي:

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أحمد صالح (Ahmad Soleh) طالب في قسم الأحوال الشخصية كلية الشريعة بجامعة الإسلامية الحكومية مولانا مالك إبراهيم مالا غ ٢٠١٢ تحت العنوان "إقرار الطلاق خارج المحكمة الدينية دراسة تحليلية عن فتوى مجلس العلماء الإندونسيا الرابع عن مسائل الفقهية المعاصرة". وهذا البحث يصرح عن تقرير مجلس العلماء الإندونسيا على حكم الطلاق خارج المحكمة الدينية بأنه صحيح ومعتبر شرعي إذا كان الطلاق على الأسباب الشرعي التي تدعوه ومع ذلك قد أوجب مجلس العلماء الإندونسيا على إخبار الطلاق إلى المحكمة الدينية حفظا لمصلحة الزوجين وتكفل حقوقهما عند الحاجة على كتابة رسمية. حاول الباحث عن كشف نظر مجلس العلماء الإندونسيا على تنفيذ الطلاق بدون قرار المحمكة وأدلة استعملها في تعيين حكم الطلاق خارج المحكمة الدينية مع علم منهج استنباط الحكم به.

إفادة العلمية (Ifadatul Ilmiah) طالب في قسم الأحوال الشخصية كلية الشريعة بجامعة الإسلامية الحكومية مولانا مالك إبراهيم مالا غ ٢٠١٤ تحت العنوان "فهم المجتمع عن إقرار الطلاق خارج المحكمة الدينية بحث طبيعي في قرية سدايولاوس بروندوغ لاموغان" وهذا البحث يصرح عن عدم توثيق المجتمع بقانون الجمهوري التي أوجب على كل من أراد الطلاق أن يكون بوسيلة المحكمة ولا يصح لو فعل منفردا. والباحث تركز لكشف نظر المجتمع عن هذه المسئلة واجتماع أقوالهم عنها ثم علم ما يحث المجتمع على فعل الطلاق خارج المحمكة. وبعد ذلك حاول الباحث لمناقشة الأدلة الموجودة في قانون الموجب على المجتمع أن يسجل أمر الطلاق سواء كان رجلا أو امرة إلى المحكمة الدينية ولا يقع الطلاق إلا بقرار المحكمة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ديفريانطو (Defrianto) طالب كلية الشريعة الإسلامية الحكومية سونان كالي جوكو جوكجاكارتا ٢٠٠٩ تحت العنون "رأي شخصية المجتمع عن الطلاق خارج المحكمة بحث في جوروغ سيتيوغ درماشريا" وهذا البحث هدفه لكشف السبب الذي يصح النكاح الطلاق خارج المحكمة عند شخصية المجتمع مع نظر حكم الشريعة. وحاصل البحث أن ما قاله شخصية المجتمع مخالف بحكم الإسلام لأن الإسلام تفضيل المصلحة من حيث الكلي لأنه لو نطق الرجل كلمة الطلاق خارج المحكمة ثم يعتبر في صحته ثم غاب الرجل عن امرأتها حتى لا تستطيع اتصال زوجه وهذا مضر بالمرأة لأنه لا يملك بينة على توضيح حالها.

والاختلاف الصريحة في هذا البحث مع بحوث السابقة هو مقارنة كشف حكم الطلاق خارج المحكمة الدينية بمبدأ المصلحة عند رمضان البوطي. فلذلك كان هذا البحث لم يبحث في أي البحوث الموجودة من قبل. ثم لاختصار النوع الشبه والإختلاف بين هذا البحث والبحوث الأخرى سيبين بجدول فيما يلي:

الرقم	اسم الباحث والموضوع وشكل البحث ومطبع السنة	التشابهات	الاختلافات
1	أحمد صالح قسم الأحوال الشخصية طالب كلية الشريعة بجامعة الإسلامية الحكومية مولانا مالك إبراهيم مالا غ ٢٠١٢ تحت العنوان "إقرار الطلاق خارج المحكمة الدينية دراسة تحليلية عن فتوى مجلس	استخدم البحث المعياري وكشف الحكم على طريقة الأصول والفقه	١. دارس تحليلة ٢. بحث تقرير مجلس العلماء الإندونسيا فحسب من دون مناقشة بمصادر التشريع الإسلامي ٣. مصدر البيانات الأساسية هو فتوى مجلس

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

	العلماء الإندونسيا الرابع عن مسائل الفقهية المعاصرة"		العلماء الإندونسيا الرابع عن مسائل الفقهية المعاصرة
2	إفادة العلمية طالب في قسم الأحوال الشخصية كلية الشريعة بجامعة الإسلامية الحكومية مولانا مالك إبراهيم مالاغ ٢٠١٤ تحت العنوان "فهم المجتمع عن إقرار الطلاق خارج المحكمة الدينية بحث طبيعي في قرية سدايولاوس بروندوغ لاموغان"	البحث عن الطلاق خارج المحكمة مع نظرها للقانون	١. المنهج الكيف بنوع البحث الميداني ٢. جمع المعلومات عن المجتمع بدون نظر أو مناقشة على مصادر التشريع ٣. لا يعتبر حكم الطلاق من حيث الشرية الإسلام بل من حيث القانون
3	ديفريانطو طالب كلية الشريعة الإسلامية الحكومية سونان كالي جوكو جوكجاكارتا ٢٠٠٩ تحت العنون "رأي شخصية المجتمع عن الطلاق خارج المحكمة بحث في جوروغ سيتيوغ درماشريا"	البحث عن الطلاق خارج المحكمة مع نظرها للقانون	١. المنهج الكيف بنوع البحث الميداني ٢. جمع المعلومات عن شخصية المجتمع بدون نظر أو مناقشة على مصادر التشريع ٣. نظر رأي شخصية المجتمع حسب القاون الجاري في المحكمة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثامن: طريقة عرض البحث

إن هذا البحث يحتوي على أربعة أبواب: وفي باب الأولى هو المقدمة. يتكون هذا الباب من خلفية البحث المبين عن نطق طلاق خارج المحكمة باعتبار المصلحة ومشكلة البحث وأهداف البحث وفوائد البحث ومنهج البحث والدراسات السابقة وطريقة عرض البحث.

وأما الباب الثاني هو الدراسات النظري. ويقدم في هذا الباب بعض النظريات والمفهومات المتعلقة بالطلاق من حيث حكم شرعه وقانونه والمصلحة من حيث فروعه وتنوعه وضوابطه مع سيرة ذاتية رمضان البوطي

وأما الباب الثالث هو تحليل البحث. يبحث فيه الباحث بتجهيز البيانات وتحليلها حتى يكون الباحث قادرا على الإجاحة على المشكلات الموجودة في هذا البحث. والأخير هو الرابع يحتوي على الإختتام وفيه نتائج البحث والإقتراح.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الباب الثاني

الطلاق والمصلحة

أ. الطلاق ومشروعيته

الطلاق في اللغة هو حل القيد والإطلاق والتخلية والإرسال ولهذا يقال ناقة طالق أي مرسلة ترعى حيث شاءت[٨] وهو في الشرع اسم لحل قيد النكاح وهو لفظ جاهلي ورد الشرع بتقريره[٩].

الأصل في مشروعية الطلاق: الكتاب، والسنة، والإجماع. أما الكتاب: فقول الله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ٢٢٩) وقوله سبحانه وتعالى:

---

[٨] محمد بن مكرم، لسان العرب (ط. دار صادر، بيروت ١٤٢٤ هـ) ج ١٠ ص ٢٦٦

[٩] تقي الدين السبكي،كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ط. دار الخير، دمشق، سنة ١٩٩٤) ص٣٦١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١). وأما السنّة: فقول النبي ﷺ: (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ)[١٠] .وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (كَانَتْ تَحْتِي امْرَأَةٌ أُحِبُّهَا، وَكَانَ أَبِي يَكْرَهُهَا، فَأَمَرَنِي أَنْ أُطَلِّقَهَا، فَأَبَيْتُ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ فَقَالَ: "يَا عَبْدَ اللهِ طَلِّقِ امْرَأَتَكَ" فَطَلَّقْتُهَ)[١١] عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا)[١٢]. أما الإجماع: فقد اتفقت كلمة العلماء على مشروعيته، ولم يخالف منهم أحد[١٣].

ب. حكمة مشروعية الطلاق:

الأصل في الزواج هو استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين. وقد شرع الله سبحانه وتعالى أحكاما كثيرة، وآدابا جمة للزواج لاستمرار وضمان بقائه ونمو العلاقة الزوجية بين الزوجين. غير أن هذه الآداب والأحكام قد لا تكون مرعيّة من قبل الزوجين أو أحدهما: كأن لا يهتم الزوج بحسن الاختيار، أو بأن لا يلتزم الزوجان أو أحدهما آداب العشْرة حتى لا يبقى مجال لإصلاح، ولا وسيلة لتفاهم وتعايش بين الزوجين. فكن لا بدّ والحالة هذه من تشريع قانون احتياطي، يهرع إليه في مثل هذه الحالة، لحلّ عقدة الزواج على نحو لا تُهدر فيه حقوق أحد الطرفين، ما دامت أسباب التعايش قد باتت معدومة فيما بينهما. وقد قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعاً حَكِيماً﴾ (النساء: ١٣٠). فإن استعلمه الزوج وسيلة أخيرة عند مثل

---

[١٠] أخرجه أبو داود في سننه باب في كراهية الطلاق. الحديث رقم ٢١٧٨

[١١] أخرجه أحمد بن حنبل في سننه في مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. الحديث رقم ٥٠١١

[١٢] أخرجه الدارمي في سننه باب في الرجعة. الحديث رقم ٢٣١١

[١٣] مصطفى ديب البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ط. دار المنهاج، بيروت، سنة ٢٠١٢) ج ٢ ص ٢٠١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هذه الضرورة فذلك علاج ضروري، لا غِنى عنه، وإن جاء مُرّاً في كثير من الأحيان. وأما إن استعمله لتحقيق رعوناته، وتنفيذ أهوائه، فهو بالنسبة له أبغض الحلال إلى الله عزّ وجلّ[١٤].

إنما شرع الطلاق لأن فيه حلاً للمشكلات الزوجية عند الحاجة إليه، وبخاصة عند عدم الوفاق، وحلول البغضاء التي لا يتمكن الزوجان معها من إقامة حدود الله، واستمرار الحياة الزوجية، وهو بذلك من محاسن الدين الإسلامي[١٥] .وهو الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق، وطروء البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فكانت شريعته رحمة منه سبحانه وتعالى[١٦]. أي أن الطلاق علاج حاسم، وحل نهائي أخيراً لما استعصى حله على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق، وتنافر الطباع. ولا يلجأ إلى الطلاق لأول وهلة ولأهون الأسباب، كما يفعل بعض الجهلة الذين يقدمون عليه لطيش بيّن، أو حماقة، أو غضب موقوت، أو شهوة جارفة أو هوى مستبد، فهو كله خروج عن تعاليم الإسلام وآدابه، وموجب للإثم والمعصية والتأديب والتعزير، وإنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل المترتبة وهي المعاشرة بالمعروف والصبر وتحمل الأذى، ثم الوعظ والهجر والضرب اليسير، ثم إرسال الحكمين[١٧].

---

[١٤] مصطفى ديب البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ط. دار المنهاج، بيروت، سنة ٢٠١٢) ج ٢ ص ١٤٨

[١٥] مجموعة من المؤلفين الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة (ط. مجمع الملك فهد ، رياض، سنة ١٤٢٤هـ) ص ٣١٣

[١٦] محمد بن عبد الله الشوكاني فتح القدير (ط. دار الكلم الطيب، دمشق، سنة ١٩٩٩) ص ٢١٦

[١٧] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (ط. دار الفكر، دمشق، سنة ٢٠٠٢) ج ٩ ص ٦٨٧

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ت. حكم الطلاق

اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق: فذهب منهم بأن الأصل فيه الإباحة. وذهب آخرون إلى أن الأصل فيه الحظر. وعلى كل فالفقهاء متفقون في النهاية على أنه تعتريه الأحكام الخمسة؛ فيكون مباحا أو مندوبا أو واجبا أو مكروها أو حراما:

١. واجبا: كطلاق المولي والحكمين في الشقاق إذا تعذر عليهما التوفيق بين الزوجين ورأيا الطلاق، عند من يقول بالتفريق لذلك

٢. حراما: كالبدعي وهو طلاق مدخول بها في حيض بلا عوض منها أو في طهر جامعها فيه وكطلاق من لم يستوف قسمها وكطلاق المريض بقصد حرمان الزوجة من الإرث

٣. مندوبا: كطلاق العاجز عن القيام بحقوق الزوجية أو من لا يميل إليها بالكلية ويأمره أحد الأبوين لغير تعنت أو تكون غير عفيفة ما لم يخش فجور غيره بها وإلا كان الطلاق مباحا لأن في إبقائها صونا لها وكطلاق سيئة الخلق بحيث لا يصبر على عشرتها بأن يحصل له منها مشقة لا تحتمل عادة لا مطلقا لأن سوء الخلق غالب في النساء كما أشار إليه قوله ﷺ المرأة الصالحة في النساء كالغراب الأعصم وهو كناية عن ندرة وجودها وكما إذا فرطت الزوجة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٤. مكروها: كطلاق مستقيمة الحال لقوله ﷺ (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ)[١٨] وذلك لما فيه من قاطع النسل الذي هو المقصود الأعظم من النكاح ولما فيه من إيذاء الزوجة وأهلها وأولادها

٥. مباحا: كطلاق من لا يشتهيها شهوة كاملة ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير تمتع بها[١٩]

ث. حق الطلاق بيد الرجل

الطلاق نوع من أنواع الفرق وهو ملك للزوج وحده، ذلك أن الرجل يملك مفارقة زوجته إذا وجد ما يدعوه إلى ذلك بعبارته وإرادته المنفردة، كما تملك الزوجة طلب إنهاء علاقتها الزوجية إذا وجد ما يبرر ذلك، كإعسار الزوج بالنفقة، وغيبة الزوج، وما إلى ذلك من أسباب اختلف الفقهاء فيها توسعة وتضييقا، ولكن ذلك لا يكون بعبارتها، وإنما بقضاء القاضي، إلا أن يفوضها الزوج بالطلاق، فإنها في هذه الحال تملكه بقولها أيضا[٢٠]. والدليل على أن الطلاق هذا حق الزوج خاصة قول ﷺ: (إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ).[٢١]

وإنما جعل الطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد حفاظاً على الزواج، وتقديراً لمخاطر إنهائه بنحو سريع غير متئد؛ لأن الرجل الذي دفع المهر وأنفق على الزوجة والبيت يكون عادة أكثر تقديراً لعواقب الأمور، وأبعد عن الطيش في تصرف يلحق به ضرراً كبيراً، فهو أولى من المرأة بإعطائه حق التطليق لأمرين:

---

[١٨] أخرجه أبو داود في سننه باب في كراهية الطلاق. الحديث رقم ٢١٧٨

[١٩] محمد بن عمر نووي الجاوي نهاية الزين (ط. دار الفكر. بيروت. سنة ٢٠٠٠) ص ٣٠١

[٢٠] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت, الموسوعة الفقهية الكويتية (ط. مطابع دار الصفوة, مصر. ١٤٢٧) ج ٢٩ ص ١٤

[٢١] أخرجه ابن ماجه في سننه باب طلاق العبد حديث رقم ٢٠٨١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الأول: إن المرأة غالباً أشد تأثراً بالعاطفة من الرجل، فإذا ملكت التطليق، فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة لا تستحق هدم الحياة الزوجية.

الثاني: يستتبع الطلاق أموراً مالية من دفع مؤجل المهر، ونفقة العدة، والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية. وأما المرأة فلا تتضرر مالياً بالطلاق، فلا تتروى في إيقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها.

ثم إن المرأة قبلت الزواج على أن الطلاق بيد الرجل، وتستطيع أن تشرطه لنفسها إن رضي الرجل منذ بداية العقد، ولها أيضاً إن تضررت بالزوج أن تنهي الزواج بواسطة بذل شيء من مالها عن طريق الخلع، أو عن طريق فسخ القاضي الزواج بسبب مرض منفر، أو لسوء العشرة والإضرار، أو لغيبة الزوج أو حبسه، أو لعدم الإنفاق. وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة؛ لمصادمة المقرر شرعاً، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له، فإذا أوقع الطلاق، حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها، فإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم، وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاق[٢٢].

ج. أركان الطلاق:

أركان الطلاق خمسة: مطلق، وصيغة، ومحل، وولاية، وقصد

[٢٢] المراجع السابقة وهبة زحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ج ٩ ص ٦٥٧

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

١. مطلق:

أي الرجل ويشترط فيه أن يكون زوجا على امرته. وأن يكون بالغا عاقلا فلا يصح طلاق صبي ومجنون ومغمى عليه لفساد عبارته، ولخبر (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)[٢٣]. خلافا للحنابلة في الصبي الذي يعقل الطلاق إن طلاقه واقع على أكثر الروايات عن أحمد. وروى عن أحمد أبو الحارث: إذا عقل الطلاق، جاز طلاقه، ما بين عشر إلى اثنتي عشرة. وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر. وهو اختيار أبي بكر؛ لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية، فكذلك هذا. وعن سعيد بن المسيب: إذا أحصى الصلاة، وصام رمضان، جاز طلاقه. وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء. وعن الحسن: إذا عقل، وحفظ الصلاة، وصام رمضان. وقال إسحاق: إذا جاوز اثنتي عشرة[٢٤].

٢. الصيغة:

فالطلاق ينقسم إلى القسمين التاليين: صريح وكناية.

أ. فالطلاق الصريح: هو ما لا يحتمل ظاهر اللفظ إلا الطلاق، وألفاظه ثلاثة: هي: الطلاق، والسراح، والفراق، وما اشتق من هذه الألفاظ. كقوله: أنتِ طالق، أو مسرّحة، أو طلّقتك، أو فارقتك، أو سرّحتك. وإنما كانت هذه الألفاظ صريحة في دلالتها على الطلاق لورودها في الشرع كثيراً، وتكرارها في القرآن الكريم بمعنى

[٢٣] شمس الدين الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ط. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٤) ج ٤ ص ٤٥٧

[٢٤] ابن قدامة المقدسي المغني (ط. مكتبة القاهرة. مصرى. سنة ١٩٩٦) ج ٧ ص ٤٨١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الطلاق. قال الله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١). وقال عز وجل: ﴿وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ (الأحزاب: ٢٨). وقال سبحانه وتعالى:﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (الطلاق: ٢). ومن الصريح: ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية . أي غير اللغة العربية . لشُهرة استعمال هذه اللغات عند أهلها، كشهوة استعمال العربية عند أهلها.

ب. والكناية: وهي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره. وألفاظها كثيرة: كقوله: أنت خلية: أي خالية مني أو أنت بريّة: أي منفصلة عني[٢٥].

وحكم كل منهما أن الطلاق بالألفاظ الصريحة يقع، سواء توفرت فيه نيّه الطلاق أم لا. لأن صراحة اللفظ وقطعية دلالته على المعنى يغنيان عن اشتراط النيّة عند التلفظ به. أما ألفاظ الكناية . ففيه تفاصيل بين المذاهب:

أ. قال الشافعية: فإن نوى بذلك الطلاق وقع عليها الطلاق وإن لم ينو به الطلاق لم يقع عليها الطلاق سواء قال ذلك في حالة الرضا أو في حالة الغضب، وسواء سألته الطلاق أو لم تسأله.

ب. وقال أبو حنيفة: إذا كان ذلك في حال مذاكرة الطلاق وقال لها: أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وخلية وبرية والحقى بأهلك واذهبي، فلا يحتاج إلى النية، وإن قال لها: حبلك على غاربك، واعتدى، واستبرئى رحمك، وتقنعى، فإنه يحتاج إلى النية.

[٢٥] مصطفى ديب البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ط. دار المنهاج، بيروت، سنة ٢٠١٢) ج ٢ ص ١٦٥

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ت. وقال مالك: الكنايات الظاهرة لا تحتاج إلى النية كقوله بائن وبنة وبتلة وحرام وخلية وبرية والفراغ والسراح في الكنايات الظاهرة، وأما الكنايات الباطنة، فتفتقر إلى النية، وهى مثل قوله: اعتدى واستبرئى رحمك وتقنعى واذهبي وحبلك على غاربك وما أشبه ذلك.

ث. وقال أحمد: دلالة الحال في جميع الكنايات تقوم مقام النية[٢٦].

٣. محل الطلاق:

المرأة هي التي يقع عليها الطلاق، إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلاً، ولو قبل الدخول، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي؛ لأن الطلاق الرجعي لا تزول به رابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة. فإن كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة، لاستنفاد حق الزوج في الطلاق. لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلقات، فلا تكون هناك فائدة من الطلاق. وإن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى. فلا يلحقها أيضاً طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن، فلا تكون محلاً للطلاق[٢٧]

٤. ولاية

والمقصود منه بيان حكم طلاق الأجنبية. فإذا قال لأجنبية أنت طالق لم ينقص عدد طلاقه لو نكحها بعد ذلك ولو قال ذلك للرجعية نقص العدد لأنها في حكم الزوجات لبقاء الولاية عليها بملك الرجعة وقال الشافعي: الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى[٢٨] ولو قال

---

[٢٦] النووي، المجموع شرح المهذب (دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٢) ج ١٦ ص ١٦٥

[٢٧] الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ج ٩ ص ٦٩٨

[٢٨] أبو بكر شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (ط. دار الفكر، بيروت سنة ١٩٩٧) ج ٤ ص ٧

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

للمختلعة لم يقع لانتفاء الولاية عليها وقال أبو حنيفة رحمه الله يقع وينتقص العدد ولو وقال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فنكحها فدخلت الدار لم يقع اتفاقا لعدم الولاية حالة التلفظ ولو قال إن نكحتك فأنت طالق فنكحها لم تطلق لعدم الولاية وقد قال ﷺ: «لَا طَلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ» رواه الترمذي وصححه[٢٩]

٥. القصد

وهو غير المحطئ والمكره. أما المخطئ فهو من لم يقصد التلفظ بالطلاق أصلا، وإنما قصد لفظا آخر، فسبق لسانه إلى الطلاق من غير قصد، كأن يريد أن يقول لزوجته: يا جميلة، فإذا به يقول لها خطأ: يا طالق فذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاقه لحديث النبي ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ)[٣٠]. أما المكره فلا يقع أيضا لحديث السابق ولخبر: (لَا طَلَاقَ، وَلَا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ)[٣١] أي إكراه، رواه ابن ماجه، ويحصل الإكراه بتخويف بضرب شديد أو بحبس طويل أو إتلاف مال ونحوها مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه ولو لفظ أعجمي أو غيره الطلاق بالعربية أو غيرها مما لا يعرفه ولم يعرف معناه سواء ألقنه أو لا لم يقع لانتفاء قصده.

ح. أقسام الطلاق عند الفقهاء

ينقسم الطلاث من حيث وقوعه بين الرجعي والبائن:

---

[٢٩] الغزالي، الوسيط في المذهب (ط. دار السلام، القاهرة، سنة ١٤١٧هـ) ص ٤١٧

[٣٠] أخرجه ابن ماجه في سننه باب طلاق المكره والناسي رقم ٢٠٤٥

[٣١] أخرجه ابن ماجه في سننه باب طلاق المكره والناسي رقم ٢٠٤٦

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ. الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعا مجردا عن أن يكون في مقابلة مال، ولم يكن مسبوقا بطلة أصلا، أو كان مسبوقا بطلقة واحدة ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطلاق صريحا أو كناية.

ب. والبائن هو: رفع قيد النكاح في الحال. والطلاق البائن على قسمين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى. فأما البائن بينونة صغرى فيكون بالطلقة البائنة الواحدة، وبالطلقتين البائنتين، فإذا كان الطلاق ثلاثا، كانت البينونة به كبرى مطلقا، سواء كان أصل كل من الثلاث بائنا أم رجعيا بالاتفاق[٣٢].

فإذا طلق الزوج زوجته رجعيا حل له العود إليها في العدة بالرجعة، دون عقد جديد، فإذا مضت العدة عاد إليها بعقد جديد فقط. فإذا طلق زوجته طلقة بائنة واحدة أو اثنتين جاز له العود إليها في العدة وبعدها، ولكن ليس بالرجعة، وإنما بعقد جديد. فإذا طلقها ثلاثا كانت البينونة كبرى، ولم يحل له العود إليها حتى تنقضي عدتها وتتزوج من غيره، ويدخل بها، ثم تبين منه بموت أو فرقة، وتنقضي عدتها، فإن حصل ذلك حل له العود إليها بعقد جديد[٣٣]

خ. الطلاق عند القانون الإندونسيا

وجب لمن يريد قطع نكاحه أن يسجل أمره إلى المحكمة الدينية كما يجب عليه تسجيل أمر نكاحه إلى إدارة الشؤون الدينية (KUA) لو يريد النكاح سواء كان رجلا أو امرأة. ثم بعد ذلك

---

[٣٢] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية (ط. مطابع دار الصفوة، مصر. ١٤٢٧هـ) ج ٢٩ ص ٢٤

[٣٣] سيد سابق، فقه السنة (ط. دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، سنة ١٩٩٧) ج ٢ ص ٢٧٢

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يبحث ويفتش الحاكم عن السبب والباعث عن تسجيل الفراق. لو كان السبب موافقا ومناسبا بما في القانون وتبين أنه قد وقع في الأسرة أثبت الحاكم أمر الطلاق فيأذن للرجل أن يقر كلمة الطلاق لو عرض الرجل الفراق إلى المحكمة الدينية أو يقضي بطلاق البائن الصغرى لو عرضت المرأة الفراق إلى المحكمة الدينية. ولو كان غير موافق ومناسب بما في القانون فيرفض الحاكم أمر فراقه.

وهذا الحكم مكتوب في قانون نمرة الأولى سنة ١٩٧٤ آية ٣٨ و ٣٩ أن الطلاق إنما يفعل أمام المحكمة مع وجود سبب يقتضي ذلك الطلاق وبعد عدم حصول الإصلاح المحكمة. وفي مجموعة الأحكام الإندونسي آية ١١٥ ذكر إنما الطلاق معتبر بقرار الحاكم أمام المحكمة سواء أرضي الزوج بتلك القرار أم لا. لذلك سمي الطلاق في آية ١١٧ بإقرار الرجل أمام المحكمة الدينية الذي هو أحد سبب الفراق.

والطلاق يقع لأسباب منها:

١. يفعل أحد الزوجين الزنا أو شارب الخمر أو لعب الميسر أو غيرها الذي يصعب برؤه
٢. غاب أحد الوجين سنتين متتابعبن بغير إذن الآخر وعدم علة اقتضته
٣. يفعل أحد الزوجين جريمة بينا يضر الآخر
٤. يصاب أحد الزوجين بعيب بدني أو مرض يسبب عدم أداء الواجبات الزوجية
٥. استمر المخالفات والمنازعات بين الزوجين مع عدم الإصلاح بينهما
٦. خالف الزوج تعليق الطلاق

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٧. ارتد أحد الزوجين المسبب عدم السكينة في الأسرة

د. فهم المصلحة

عرف رمضان البوطي المصلحة "بالمنفعة التي فصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها". والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه وبتعبير أخر هي اللذة تحصيلا أو إبقاء. فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضر وأسبابها[٣٤].

وعرف الغزالي ب"أن المصلحة هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة بالمحافظة على مقصود الشرع من الخلق من حفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يسمى بالمصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول يسمى بالمفسدة ودفعها مصلحة"[٣٥]. فالغزالي عرف المصلحة بأسبابها لكن عرف البوطي إلى حقيقة المصلحة وهي المنفعة لا إلى أسبابها.

ذ. أقسام المصلحة

تنقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها ثلاثة أقسام[٣٦]:

١. المصلحة المعتبرة: وهي المصلحة التي شهد الشارع باعتبارها؛ كمصلحة الجهاد، ومصلحة جلد شارب الخمر، ومصلحة النظر إلى المخطوبة، ومصلحة حرام الجاع عند الحيض وغيرها.

---

[٣٤] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية (ط. مؤسسة الرسالة) ص ٢٣

[٣٥] الغزالي، المستصفى (ط. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٣) ج ١ ص ١٧٤

[٣٦] الشاطبي، الموافقات (ط. دار ابن عفان. سنة ١٩٩٧) ج ٢ ص ٤٦

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٢. المصلحة الملغاة: وهي المصلحة التي شهد لها الشرع بالبطلان؛ مثل مصلحة المرابي في زيادة ماله، فقد ألغاه الشارع، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، والمصلحة الموجودة في الخمر والميسر، والتي ذكرها الله تعالى في قوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ ومع ذلك ألغى الشارع هذه المصلحة لوجود المفاسد الكبيرة في الخمر والميسر، قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾

٣. المصلحة المرسلة: وهي المصلحة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار، ولا بالإلغاء، ولكنها محققة لمقصود الشارع مثل جمع القرآن في زمن الصحابة، فهذه مصلحة لم يرد فيها نص على اعتبارها أو إلغائها، وهي محققة لمقصود الشارع، فجمع القرآن حفظ للشريعة، وهي مقصودة للشارع. ولابد أن تكون المصلحة المرسلة مستندة إلى دليل قد اعتبره الشارع، غير أنه لا دليل يتناولها بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها.

ر. **خصائص المصلحة في الشريعة الإسلامية**

١. الخاصة الأولى: أن الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة والمفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها بل مكون من الدنيا والآخرة معا. أي وبيان ذلك أن المصلحة هي المنفعة أو الوسيلة إليها فكل عمل أثمر لصاحبه منفعة مستقبلا يعتبر عملا صالحا. ومعنى المستقبل الوقت بالنسية إلى ما بعد الموت. فلذلك كان تعلق الدنيا بالأخرة هو

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تعلق السبب بالمسبب إذ أمر الله عباده باتخاذ حياتهم الدنيا وسيلة للسعادة في حياتهم الآخرة.

٢. الخاصة الثانية: إن قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية بل هي تابعة من حاجتي كل من الجسم والروح في الإنسان. أما حاجة الجسمية فنحو طعام وشراب ومعاملات. أما حاجة الروحية فيتعلق بالقلب من اخضاء الإنسان نفسه ومعالجته للأمراض القلبية من كبر وحقد وعجب وحسد ورياء. ويسهل للإنسان في تحصيل ذلك بإكثار العبادات والذكر والتسبيح والنوافل وقيام ساعته من الليل. فكل ذلك يساعد المؤمن في اخضاء نفسه ومعالجته للأمراض القلبية.

٣. الخاصة الثالثة: إن مصلحة الدين أساس للمصلحة الأخروي ومقدمة عليها فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخروي إبقاء لها وحفاظا عليها[٣٧]

ز. **ضوابط المصلحة**

إن المصلحة يحد ذاتها بمعنى كلي استخلص من مجموع جزئية الأحكام المأخوذة من أدلتها الشرعية. فتحقيق مصالح العباد معنى كلي والأحكام التفصيلية المناطة بأدلتها الشرعية جزئيات له. لذلك لا بد لاعتبار المصلحة في التشريع من تقييدها بضوابط تحدد معناها الكلي من ناحية وتربطها بالأدلة التفصيلية:

١. الضابط الأول: اندراجها في مقاصد الشارع

[٣٧] نفس المطبوع سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ٣١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومقاصد الشريعة تنحصر لحفظ خمسة أمور: الدين والنفس والعقل والنسل والمال فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة. ثم تنقسم مقاصد الشريعة من حيث أهميتها إلى ثلاث أقسام: الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

أ. الضرورية: ما لا بد من في حفظ هذه الخمسة من الدين والنفس والعقل والنسل والمال ويكون ذلك بإقامة أركانها وتثبيت قوائدها وبدر الفساد الواقع أو المتوقع عليها.

- حفظ الدين: فقد شرع الله لحفظ الدين من حيث تقويم أركانه الإيمان والنطق بالشهادتين وتوابعها من بقية أركان الإسلام وشرع لحفظه من حيث درء الفساد الواقع أو المتوقع الجهاد وعقوبة الداعي إلى البدع.
- حفظ النفس: شرع من حيث الوجود إباحة أصل الطعام والشراب والمسكن مما يتوقف عليه بقاء الحياة وشرع من حيث المنع عقوبة الدية والقصاص
- حفظ النسل: شرع من حيث الوجود النكاح وأحكام الحضانة والنفقات كما شرع من حيث المنع حرمة الزنا ووضع الحدود عليها
- حفظ العقل: شرع من حيث الوجود ما شرعه لحفظ النفس من تناول الغداء الذي يتوقف عليه بقاء الحياة عليه والعقل كما شرع من حيث المنع حرمة المسكرات والعقوبة عليها

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- حفظ المال: شرع من حيث الوجود أصل المعاملات بين الناس كما شرع من حيث المنع السرقة والعقوبة عليها[٣٨].

ب. الحاجيات: فهي التي قد تتحقق من دونها الأمور الخمسة ولكن مع الضيق فشرعت لحاجة الناس إلى رفع الضيق عن أنفسهم كي لا يقعوا في حرج قد يفوت عليهم المطلوب. مثالها فيما يتعلق بحفظ الدين شرع الرخص المخففة كالنطق بكلمة الكفر لتجنب القتل وكالفطر بالسفر ومثالها فيما يتعلق بحفظ النفس إباحة الصيد والتمتع بالطيبات وهو ما زاد على أصل الغداء ومثالها فيما يتعلق بحفظ المال التوسعة في سرعة المعاملات كالقراض والسلم والمساقة. ومثالها فيما يتعلق بحفظ النسب شرع المهر والطلاق.

ت. التحسيني: فإن تركها لا يؤدي إلى ضيق ولكن مراعتها متفقة مع مبدأ الأخذ بما يليق وتجنب ما لا يليق ومتمشية مع مكارم الأخلاق ومحاسن العادات. مثالها فيما يتعلق بالدين أحكام النجسات والطهارات وستر العورة وما شابه ذلك. وفيما يتعلق بحفظ النفس آداب الأكل والشراب ومجانبة ما استخبث من الطعام والإبتعاد عن الإفطار والتقتير وفيما يتعلق بحفظ المال المنع من بيع النجسات وفضل الماء والكلاء وفيما يتعلق بحفظ النسل أحكام الكفاءة في اختيار الزوجين وأداب المعاشرة بينهما.

أما ما يخالف المقاصد المذكورة كالتحلل من قيود العبادات والقصد إلى متعة الزنا وتعاطي المسكرات. فكل ذلك وإن شابه المصلحة من حيث كونه مشتملا على بعض

[٣٨] نفس المطبوع سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ١١٢

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

اللذائذ ولكن داخل في الحقيقة ضمن نطاق المفاسد إذ هو مناقض للمقاصد الخمسة التي بها انضبطت المصالح الشرعية فلا يعتبر كونه مصلحة في الشرع[٣٩].

٢. الضابط الثاني: عدم معارضتها للكتاب

والمقصود منه أن لا تعارض المصلحة نصا قاطعا أو ظاهرا جليا أو غير جلي من الكتاب. فإذا تناقضت مصلحة نصا قطعيا فإنها مصلحة وهمية فى النظر القاصر من الباحث أو المجتهد. مثال ذلك دلالة قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة:٢٧٤) على حرمة الربا مطلقا

فإذا ظهر للمجتهد مصلحة تخالف دلالة هذه النصوص فهي باطلة، لأن دليل المصلحة ظني مهما قوي، ودلالة النص قطعية فترجح القطعي على الظني وفي ذلك يقول الإمام الغزالي: "فإن قيل فهل يجوز أن يجتمع علم وظن، قلنا: لا، فإن الظن لو خالف العلم فهو محال، للأن ما علم كيف يظن خلافه وظن خلافه شك فكيف يشك فيما يعلم[٤٠]"

فالمصلحة التي يعول عليها المجتهد لا ينبغي أن تعارض نصا قطعيا، ذلك لأن هذا التعارض سيؤول حتما إلى تقرير التعارض بين القواطع الشرعية؛ أي بين النص القطعي ودليل المصلحة وشاهدها البعيد، وهذا محال ومردود لأنه موقع في اتهام الشارع بالتناقض والنقص والتقصير، ذلك لأن المصالح جارية على وفق نصوصها وأدلتها القطعية.

[٣٩] المرجع السابقة طاهر بن عاشور مقاصد الشريعة ص ٢٣١

[٤٠] الغزالي المستصفى (ط. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٣) ج ١ ص ١٧٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومثال المصلحة المتوهة المناقضة لنص الشرع ما ظهر حديثا ما يسمى بالتأمين التجاري، فرغم ما يظهر للناس أن فيه فائدة ومصلحة إلا أنه منهي عنه لما يتضمنه من ربا وغرر كبير. وذلك لأنه مشتمل على الغرر الفاحش ومشتمل على ربا الفضل والنسيئة، فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أكثر مما دفعه من نقود لها فهو ربا الفضل، والمؤمن يدفع للمستأمن بعد مدة فيكون ربا النسيئة، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفع لها يكون ربا النسيئة فقط، وكلاهما محرم بالنص والإجماع وسبيل لأخذ أموال الغير بلا وجه شرعي[٤١]

٣. الضابط الثالث: عدم معارضتها للسنة

أن ميزان صدق المصلحة هو أن لا تخالف الكتاب ولا السنة فإذا تبين أنها مخالفة للسنة تبين أنها ليست مصلحة حقيقية. وإنما شبهت بها فقط فلا يجوز العمل بها.

٤. الضابط الرابع: عدم معارضتها للقياس:

أن المصلحة لا عبرة بها إذا عارضها قياس صحيح سواء كانت المصلحة لا شاهد لها في الشرع كالمصالح المرسلة أو كانت مصلحة معتمدة على مناسب معتبر في الشرع كالقياس إذا عارضه قياس أقوى منه في الإعتبار

٥. الضابط الخامس: عدم تفويتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها

[٤١] الإجتهاد المقاصدي، حجيته ضوابطه مجالاته نورالدين الخادمي (ط. رئاسة المحكمة الشرعية، قطر، ١٩٩٨) ج ٢ ص ١٤٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذلك بالنظر لها من حيث قوتها، وبالنظر لها من حيث شمولها، فلا تقدم المصلحة الحاجية على المصلحة الضرورية، ولا تقدم المصلحة التحسينية على المصلحة الحاجية، ولا تقدم المصلحة الخاصة بأفراد على المصلحة المتعلقة بجماعات، ولا تقدم المصلحة المتعلقة بجماعات على المصلحة العامة لكل الأمة، قال ابن القيم:" وقاعدة الشرع والقدر تحصيل أعلى المصلحتين وإن فات أدناهما"[٤٢]

س. سيرة ذاتية رمضان البوطي

١. ولادته ونشأته

وُلد البوطي في عام ١٣٤٧ هـ/١٩٢٩م، في قرية "جليكا" التابعة لجزيرة ابن عمر المعروفة بجزيرة بوطان، والتي تقع على ضفاف نهر دجلة عند نقطة التلاقي بين حدود سوريا والعراق وتركيا. ولما بلغ من العمر أربعة سنوات هاجر مع والده ملا رمضان البوطي إلى دمشق في عام ١٩٣٣م بسبب "اضطهاد أتاتورك" وانتشار الفكر الكمالي. تُوفيت والدته وعمره ١٣ عامًا، فتزوج والده من زوجة أخرى، من أسرة تركية، فكانت سببًا في إلمامه باللغة التركية بالإضافة إلى اللغة الكردية والعربية، تزوج وهو في الثامنة عشر من عمره، وله من الأولاد ستة ذكور وبنت واحدة.

٢. حياته العلمية

تأثر البوطي منذ صغره بوالده الشيخ ملا رمضان الذي كان بدوره عالم دين وأحد شيوخ الصوفية، فقد كان والده معلّمه الأوحد، إذ علّمه أولًا مبادئ العقيدة، ثم موجزًا من سيرة النبي محمد، ثم أخذ يعلمه مبادئ علوم الآلة من نحو وصرف، وسلّكه في طريق حفظ ألفية ابن مالك

[٤٢] ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين (ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩١) ج ٣ ص ٢١٧

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في النحو، فحفظها في أقل من عام، ولم يكن قد ناهز البلوغ بعد. ولما بلغ السادسة من عمره عهد الشيخ ملا رمضان بولده إلى امرأة كانت تعلم الأطفال قراءة القرآن، فكانت تُعلِّمه القرآن وتلقنه إياه حتى ختم القرآن عندها خلال ستة أشهر. التحق بعدها بمدرسة ابتدائية في منطقة ساروجة، أحد أحياء دمشق القديمة، ولم تكن تلك المدرسة تعنى إلا بتعليم الدين ومبادئ اللغة العربية والرياضيات بعد انقضاء المرحلة الابتدائية التحق بجامع منجك عند الشيخ حسن حبنكة الميداني. وفي تلك الفترة ارتقى المنبر للخطابة ولم يكن قد تجاوز بعد ١٧ من عمره، وذلك في أحد مساجد الميدان القريبة من جامع منجك. وفي عام ١٩٥٣ أتمّ دراسته في معهد التوجيه الإسلامي عند الشيخ حسن حبنكة. وفي عام ١٩٥٣ ذهب إلى القاهرة لاستكمال دراسته الجامعية في جامع الأزهر، وعاد بعدها لدمشق بعد حصوله على الإجازة في الشريعة من كلية الشريعة في جامع الأزهر عام ١٩٥٥. ثم حصل على دبلوم التربية من كلية اللغة العربية في جامع الأزهر عام ١٩٥٦. وقد بقي محاضراً حتى آخر لحظة من حياته بوصفه متقاعداً ومتعاقداً مع الجامعة[٤٣].

٣. حياته الوظيفية

شغل البوطي عدّة مناصب أكاديمية في حياته، فبعد حصوله على الشهادة من جامعة الأزهر عُيّن مُعيدًا في كلية الشريعة بجامعة دمشق عام ١٩٦٠م، ثمّ أُوفد إلى كلية الشريعة من جامعة الأزهر للحصول على الدكتوراه في أصول الشريعة الإسلامية وحصل على هذه الشهادة عام ١٩٦٥م، وفي نفس العام عُين مدرسًا في كلية الشريعة في جامعة دمشق، ثم أصبح أستاذًا

[٤٣] سعيد رمضان البوطي, هذا والدي (ط. دار الفكر, دمشق, سنة ٢٠٠٣) ص ١٨

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مساعدًا، فأستاذًا، ثم في عام ١٩٧٥م عُيّن وكيلًا لكلية الشريعة فيها، ثم في عام ١٩٧٧م عُيّن عميدًا لها، ثم رئيسًا لقسم "العقائد والأديان". خلال هذه الفترة وحتى عام ١٩٨١ كان بعيدًا عن المحافل العامة، وكان مكتفيًا بالمجال الأكاديمي بالإضافة إلى درسين أسبوعيين في مسجد السنجقدار، لينتقل بعدها إلى مسجد تنكز ثم إلى مسجد الإيمان في دمشق. وكان له دروس أخرى في مسجد والده الشيخ ملا رمضان البوطي وفي المسجد الأموي.

اشترك في مؤتمرات وندوات عالمية كثيرة، وحاضر في معظم الدول العربية والغربية من أبرزها محاضرته في مجلس البرلمان الأوروبي في ستراسبورغ عن حقوق الأقليات في الإسلام سنة ١٩٩١، كما شارك كمستشار في بعض لقاءات المجمع الفقهي الإسلامي. كان عضوًا في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وعضوًا في جمعية نور الإسلام في فرنسا. وكان عضوًا في مؤسسة آل البيت للفكر الإسلامي في عمّان، وفي المجلس الأعلى لأكاديمية أكسفورد، وعضوًا في المجلس الاستشاري الأعلى لمؤسسة طابة بأبوظبي. تولى إمامة الجامع الأموي بدمشق والإشراف على النشاط العلمي فيه، كما كان رئيس اتحاد علماء بلاد الشام.

٤. حياته السياية

ومن الناحية السياسية، فقد ربط البوطي علاقة مع النظام السياسي الحاكم في سوريا منذ عهد الرئيس حافظ الأسد خاصة في بداية التسعينيات حيث ظهر حينها ضمن وسائل الإعلام السورية الرسمية، وكان على علاقة شخصية بحافظ الأسد عندما طلب الرئيس اللقاء بالبوطي إثر قراءته لبعض كتبه. وأصبح يستدعيه بين الحين والآخر في جلسات طويلة، وقد كان من أبرز نتائج تلك اللقاءات استجابة الرئيس لطلبه إذ أطلق سراح عدد كبير من المعتقلين، وفتح المجال لعودة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الذين خرجوا بسبب أحداث المواجهة مع جماعة الإخوان المسلمين، بالإضافة إلى معالجة كثير من القضايا الأخرى المتعلقة بالمعاهد الشرعية والإعلام والكتب الإسلامية. كما سبّب وقوفه مع النظام السوري في مواجهة جماعة الإخوان المسلمين كثير من الانتقاد آنذاك، إذ ظل منذ أحداث مدينة حماة في ١٩٨٢ ينافح عن شرعية حكم عائلة الأسد، وعدم جواز الخروج عليها لأن الحاكم فيها لم يصل إلى الكفر البواح (أن يعلن جهارًا الكفر، وخروجه عن الإسلام)، وقد سبّب ظهور كتابه «الجهاد في الإسلام» عام ١٩٩٣ في إعادة الجدل القائم بينه وبين بعض التيارات السياسية ذات التوجهات الإسلامية، بسبب نبذه للعنف في التغيير، وتحريمه للخروج على الحاكم إلا إن ثبت كفره.

وفي عهد الرئيس بشار الأسد، بقيت العلاقة قويّة بين البوطي والنظام، مما عكس تأثيرًا للبوطي في بعض النواحي الحياتية، مثل التراجع عن القرار بمنع توظيف المنقبات في سلك التربية والتعليم. وإلغاء الامتياز الوحيد لكازينو سوري افتُتح على طريق المطار. كما أقرّ تأسيس محطة فضائية لترويج الفكر الديني الوسطي، كان يشرف عليها البوطي، وسُمّيت بـ«نور الشام». ويرى مراقبون أن تقارب البوطي مع السلطة السياسية في سوريا كان له تأثير في المحافظة على سياسة سوريا المتعلقة بدعم حركات المقاومة في فلسطين. وكان البوطي يبتعد عن السياسية بشكل عام ويحث الدعاة على ترك الخوض فيها. وكان من موقعي بيان يؤيد قرار الأزهر تجميد الحوار مع الفاتيكان بعد تعليقات للبابا التي أساءت للمسلمين.

٥. مؤلفته

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومن أبرز مؤلفاته: وهي كثيرة جدا ناهزت الخمسين منها الإنسان مسير أم مخير، هذه مشكلاتنا، وهذه مشكلاتهم، هذا والدي، محاضرات في الفقه المقارن الإسلام ملاذ كلّ المجتمعات الإنسانيّة وغيرها الكثير لكن أبرز مؤلفات الشيخ على الإطلاق: كتاب (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية). والعديد من مؤلفاته ترجم إلى لغات عدة: كالإنكليزية والفرنسية والألمانية والتركية والروسية والملاوية. ومن الكتب الذي قد ألفها كما يلي

١. لبدايات باكورة أعمالي الفكرية.
٢. التعرف على الذات هو الطريق المعبد إلى الإسلام.
٣. المذاهب التوحيدية والفلسفات المعاصرة.
٤. لا يأتيه الباطل – كشف لأباطيل يختلقها ويلصقها بعضهم بكتاب الله عز وجل.
٥. برنامج دراسات قرآنية (٣ أجزاء).
٦. منهج الحضارة الإنسانية في القرآن.
٧. من روائع القرآن الكريم.
٨. كلمات في مناسبات.
٩. الحكم العطائية شرح وتحليل (٤ أجزاء).
١٠. هذا ما قلته أمام بعض الرؤساء والملوك.
١١. الإسلام والعصر تحديات وآفاق (حوارات لقرن جديد).
١٢. أوربة من التقنية إلى الروحانية – مشكلة الجسر المقطوع، بالعربية والإنكليزية.
١٣. كبرى اليقينيات الكونية (وجود الخالق وظيفة المخلوق).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

١٤. شخصيات استوقفتني.

١٥. حرية الإنسان في ظل عبوديته للّه (سلسلة هذا هو الإسلام).

١٦. الله أم الإنسان أيهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟.

١٧. اللامذهبية أخطر بدعة تهدد الشريعة الإسلامية.

١٨. تجربة التربية الإسلامية في ميزان البحث.

١٩. سلسلة أبحاث في القمة.

٢٠. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية.

٢١. قضايا فقهية معاصرة (جزآن).

٢٢. محاضرات في الفقه المقارن.

٢٣. مع الناس مشورات وفتاوى (جزآن).

٢٤. الجهاد في الإسلام: كيف نفهمه؟ وكيف نمارسه؟

٢٥. سيامند ابن الأدغال.

٢٦. هذه مشكلاتهم.

٢٧. هذه مشكلاتنا.

٢٨. من الفكر والقلب.

٢٩. حوار حول مشكلات حضارية.

٣٠. على طريق العودة إلى الإسلام، رسم لمنهاج، وحل لمشكلات.

٣١. نقض أوهام المادية الجدلية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٣٢. المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني.

٣٣. الإنسان مسير أم مخير؟

٣٤. الحوار سبيل التعايش (ندوات الفكر المعاصر).

٣٥. السلفية مرحلة زمنية مباركة لا مذهب إسلامي.

٣٦. التغيير مفهومه وطرائقه (ندوات الفكر المعاصر).

٣٧. رواية ممو زين.

٣٨. هذا والدي.

٣٩. الإسلام ملاذ كل المجتمعات الإنسانية.

٤٠. فقه السيرة النبوية مع موجز لتاريخ الخلافة الراشدة.

إنه عالم عصري مجدّد، ورع مخلص، سليم الطوية، حسن النية والمقصد، غيور على شرع الله والأخلاق الإسلامية، جريء في الحق، ملأ حياته وحياة الناس بالكلمة الطيبة والموعظة الحسنة، والحكمة النافعة بالكتاب والسنة النبوية، متبع للسلف الصالح، محذر من البدع، وداعية إسلامي متفوق في كل ميدان. قُتل الشيخ البوطي يوم الخميس 21 مارس من عام 2013 الموافق 9جمادى الأولى من عام 1434هـ، وذلك أثناء إعطائه درساً دينياً في مسجد الإيمان بحي المزرعة في دمشق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الباب الثالث

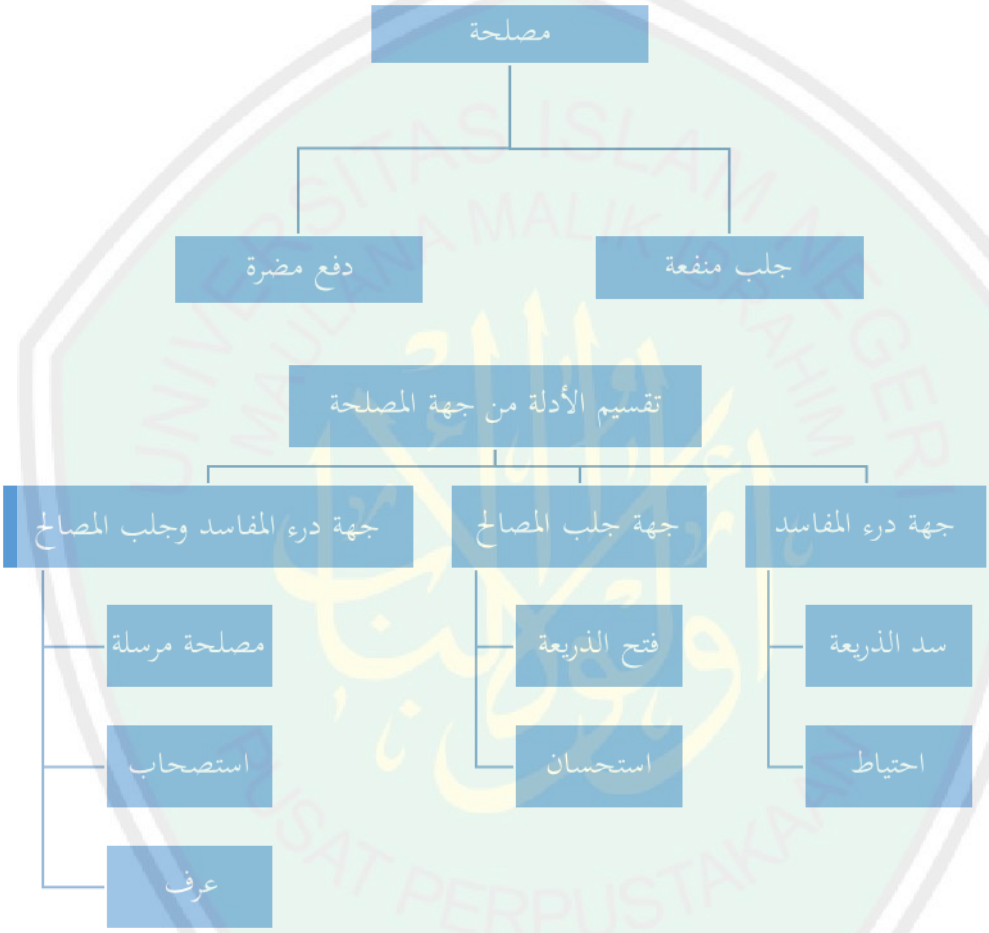
توثيق الطلاق حسب المصلحة

فهم من نظرية المصلحة أن مدارها جلب منفعة ودفع مضرة. فكل منفعة أو ما يتوسل إليه يسمى بالمصلحة وكل ما يدفع مضرة أو ما كان يتوسل إليه يسمى بالمصلحة. وهذا أصل من كل ما شرعه الله لعباده. ونظير ذلك ما قاله الغازلي "أن المصلحة هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة بالمحافظة على مقصود الشرع من الخلق من حفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يسمى بالمصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول يسمى بالمفسدة ودفعها مصلحة[٤٤]" وفهم أيضا أن المصلحة ينظر بنظرتين المنفعة والوسيلة أو السبب. فحاصله أن قصد الشريعة هو جلب منفعة مع أسبابها ودفع مضرة مع أسبابها

[٤٤] أبو حامد الغزالي المستصفى (ط. دار الكتب العلمية, بيروت سنة ١٩٩٣هـ). ج ١ ص ١٧٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

لعباده. وهذا مفهوم من قول رمضان البوطي "أن المصلحة هي المنفعة التي فصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها. والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه"[٤٥].



تحليل هذه المشكلة (الطلاق الشفوي) على الأحسن أن يوزع البحث بطريقتين: جلب منفعة ودفع مضرة ثم الجمع بينهما ونتيجته يحلل بضوابط المصلحة. وبيانه فيما يلي:

أ. الطلاق من ناحية جلب المنافع:

[٤٥] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية (ط. مؤسسة الرسالة) ص ٢٣

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

١. الطلاق من نظرية مصلحة الأخروية

اعتبار الشريعة لعباده ليس بما ينفعهم في دنياهم فقط بل إحاطتهم بما ينجيهم في الأخرة أيضا. وكل جميع ما في الشريعة الاسلامية من عقائد وعبادات ومعاملات متكلف بتحقيق كل مصالح العباد في دنياهم وأخراهم[٤٦]. والطلاق ليس تعلقه بالزوجين في الدنيا فقط بوجوب المفارقة عند تلفظ الطلاق وإعطاء نفقة العدة والمتعة بعده بل يتعلق بأمر بعد الموت من تحمل الذنوب والأجور ونيل رضا الله وسخطه ودخول الجنة أو النار. فمن تلفظ كلمة الطلاق فعليه أن يبعد فراشها ويعطي حقوقها الواجبة عليه من نفقة العدة والمتعة ونفقة الماضية لو أهمل الزوج واجباته وقت الزواج. ولا يجوز عليه أن يعاشرها أو مخالطتها لأنها ليست فراشها حينئذ إلا إذا أراد أن يراجعها ولا يجوز أن يهمل واجبته أيضا. فمن تجرأ بتجاوز حد من حدود الله فعليه الذنب. فينبغي للإنسان أن يحتاط بكلمة الطلاق طول حياته ولا ينبغي التسرع والمبالغة فيه ولا يستخف أمر الطلاق لأن من قاله هازلا وقع. ولذلك قال رسول الله ﷺ: (ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ)[٤٧]. وَأَخْرَجَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ عَمْرٍو وَعَلِيٍّ مَوْقُوفًا أَنَّهُمَا قَالَا: (ثَلَاثٌ لَا لَعِبَ فِيهِنَّ: النِّكَاحُ وَالْعَتَاقُ وَالطَّلَاقُ)[٤٨]

على هذا ذهب رمضان البوطي من أنه لا يجوز للباحث أن يحكم على فعل بأنه مصلحة بناء على ما له من الظواهر والآثار الدنيوية حتى يكون على بينة من آثاره الأخروية

---

[٤٦] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية (ط. مؤسسة الرسالة) ص ٢٣

[٤٧] أخرجه الترمذي في سننه باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق رقم ١١٨٤

[٤٨] علي بن سلطان محمد، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (ط. دار الفكر، بيروت سنة ١٤٢٢هـ) ج. ٦ ص ٢٢٤١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أيضا وذلك عن طريق النظر في نصوص الشريعة وحدودها[٤٩]. ومفهوم القول بهذه المشكلة أن الطلاق يتعلق بين الرجل مع امرأته وبينهما مع الله تعالى لأن كل حكم الذي تترتبه الشريعة وتتظمنه يحتوي على المصلحة لجميع الناس بحصول السعادة في دنياهم وآخرتهم حتى ولو كانت هذه المصلحة متعلقة بمعايشهم ومعاملاتهم الدنيوية. وهذا ما أراده الإملم القرافي بقوله "لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى"[٥٠] والظاهر أن من تلفظ الطلاق فهو مفارق لزوجته، والحاجة إلى قرار الحاكم في صحته أمر فيه نظر. والإحتياط بحكم الله بأن يوافق بما في النصوص وقول العلماء من كتبهم ولايجترئ بقول عدم صحة الطلاق الشفوي مع أن القائل ليس أهلا للإجتهاد. فاللائق بحكم الله أن يقلد بما في النصوص وبما قاله العلماء لأن الشريعة من الله لا من الناس. ووظيفة الإنسان أن يحاول ادراك ما أراده الله في شريعته.

٢. الطلاق من نظرية مصلحة قلبي

أن الغرض من تنفيذ الطلاق ليس إلا لترويح القلب واطمئنانه عما حدث من تجديف الأسرة وانحرافه. والطلاق علاج ضروري الذي يفعله الرجل عندما اشتدت المشكلة ولم يوجد مسلك آخر. والطلاق يكون لأسبب منها كأن لا يهتم الزوج بحسن الاختيار، أو بأن لا يلتزم الزوجان أو أحدهما آداب العشرة حتى لا يبقى مجال لإصلاح، أو يجد أحدهما العيوب الخلقية أو الخلقية ما لا يستطيع معه المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق

[٤٩] نفس المطبوع سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ٢٣

[٥٠] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق (ط. عالم الكتب) ص. ١٤١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الزوجية. ولا وسيلة لتفاهم وتعايش بين الزوجين. فلذلك قال عبد الوهاب خلاف "فالحقيقة أن الإسلام شرع الطلاق ليكون وسيلة إلى الخلاص من زوجية لا خير في بقائها ولا يمكن معها أداء حقوق ولا واجبات"[٥١]. واعلم أنه لا يقع الطلاق إلا لسبب النفرة والمخالفة لو ربما الطلاق يحتاج إلى قضاء الحاكم لطالت مدة الفراق بين الزوجين فاشتد غضب الزوجين وكرههما وعاشا في حياة متحيرة لأن المشكلة الزوجية داء يحتاج إلى علاجه مباشرة ولو لم يوجد العلاج إلا الطلاق فينبغي أن يفعله ولا يتأخره كيلا يشتد مرض القلب الذي صرفه وشوشه عن الأعمال اليومية والكسب والعبادة. فينبغي للانسان أن يزيل ذلك الداء لأنه يضره بتشويش حياته اليومية من أعمال وعبادة وكسب على أساس "الضرر يزال"[٥٢]

٣. الطلاق بيد الرجل

لم يجعل الإسلام الطلاق في يد القاضي إلا إذا كان بطلب المرأة بسبب عدم الإنفاق والتفريق للعيوب والضرر والغياب والسجن. بل في مذهب أبي حنيفة لم يملك القاضي الطلاق إلا الطلاق لعيب في الزوج. وحكمة ذلك أن أمر الأسرة لا ينبغي أن يعلنها إلى الغير فكل عيب أو أمر الأسرة التي تتعلق بالزوجين يجب أن يكتمها ويسرها. وذلك مثل قول وهبة زحيلي "وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة؛ لمصادمة المقرر شرعاً، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له، فإذا أوقع الطلاق،

[٥١] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (ط. مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة ١٣٥٧هـ). ص ١٧٢

[٥٢] عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي، الأشباه والنظائر (ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، سنة ١٤١١هـ) ص ٢٦٣

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها، فإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم، وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاق"[٥٣]. وقال أبو زهرة "وإذا كان سبب الطلاق أمرا غير الحب والبغض فهل من المصلحة الاجتماعية أن تُنشر دخائل الأسر فى دور القضاء وتسجل فى سجلاته؟ وإن ما بين الزوجين أمور يظلها الستر، ولا يصح أن يكشفها الإعلان"[٥٤].

يفهم من قول وهبة وأبي زهرة أن القضاء إنما ينظر فيما هو حق أو ظلم ليقر الحق ويمنع الظلم. والمسألة في حياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم بل من المسألة التي من شأنها أن يكتمها ولا يكشفها إلى الغير. وإنما يملك القاضي الطلاق في مسألة خاصة لأسباب خاصة. فإذا أوقع الرجل الطلاق إلى زوجته لم يحتج إلى قرار القاضي في صحته فوجب على الرجل إبعاد امرأته وحرم عليه أن يتمتعها إلا إذا راجعها. فكل قاض علم تلفظ طلاق الرجل على امرأته لا يستحق أن يمنعه ولا يستحق أن يجعل الزوجين كما كان في الأسرة. وذلك لأن حكم الحاكم لا يحيل الباطن ولا يحل حراما فإذا شهد شاهدا زور لإنسان بمال فحكم به الحاكم لم يحل للمحكوم له ذلك المال ولو شهدا عليه بقتل لم يحل للولي قتله مع علمه بكذبهما وإن شهدا بالزور أنه طلق امرأته لم يحل لمن علم

[٥٣] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ الفِقْهُ الإسلامي وأدلته ٩ ص ٦٨٧٨

[٥٤] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط. دار الفكر العربي بيروت) ص ٥٣٩

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بكذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق لقاعدة أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال[٥٥]

الحديث الذي دل على أن الطلاق حق محض للرجل هو قول النبي: (إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ)[٥٦]. أي الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى ولا السيد فإذا أذن السيد لعبده في النكاح كان الطلاق بيد العبد الآخذ بالساق لا بيد سيده فليس له إجباره على الطلاق لأن الإذن في النكاح إذن في جميع أحكامه وتعلقاته وبهذا أخذ الشافعي وأحمد بناء على أن السيد ليس له إجبار عبده على النكاح[٥٧]. من هذا العبارة ينتج أن من يتعلق بالزوجين من جهة الأهلية والسيدية لا يستحق أن يكره الرجل بفراق امرأته. والقاضي أولى بعدم استحقاق اكراه الطلاق لأن تعلقه بالرجل أدنى من تعلق المولي من جهة الأهلية أو النسب والسيد من جهة القنية. وإنما يعرف القاضي الرجل إذا قدمه إلى المحكة. وأما خارجه فلا يعرفه. وكيف تعطى حق الطلاق لمن لا يعرف بالأسرة إلا في المحكمة.

٤. إعمال الكلام أولى من إهماله

مقصود القاعدة هو إنّ المسلم العاقل يصان كلامه عن الإلغاء ما أمكن بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه فيحمل عليه بالألفاظ الصادرة من المكلف إذا كان حملها على أحد المعاني المحتملة يترتب عليه حكم وحملها على معنى آخر لا يترتب عليه

[٥٥] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم (ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٣٩٢) ج ٣ ص ٣٨٧

[٥٦] أخرجه ابن ماجه في سننه باب طلاق العبد رقم ٢٠٨١

[٥٧] زين الدين محمد فيض القدير، فيض القدير (ط. المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى) ج. ٤ ص. ٢٩٣

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

حكم. فالواجب حملها على المعنى المفيد لحكم لأن خلافه إلغاء وكلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن، فحمل كلام المسلم العاقل على الصحة وعدم العبث هو الأصل، فيحمل عليه كلام المكلف، ولا ينقل عنه إلا لمقتض؛ لأنّ اللغات أداة تعبير عند العقلاء. لكل معنى من المعاني لفظ يدل عليه، فلا يصح اعتبار الألفاظ لغواً مع إمكان الإعمال؛ ولأنّ كلام المسلم يكون بعيداً عن اللغو الذي لا فائدة فيه؛ لأنّه مؤاخذ بما يقول؛ فالمكلف لا يأتي بالكلام الذي لا فائدة فيه غالباً خوفاً من المؤاخذة فيحمل كلامه على قصدٍ مفيدٍ. فلا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي[٥٨]. وهذا هو الأصل من قول الله تعالى ﴿مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق: ١٨] وقال بدر الدين العيني في تفسير هذه الأية وأراد به الملكين اللذين يكتبان جميع الأشياء، كذا قاله الحسن وقتادة، وخصه عكرمة بالخير والشر. ويقوي الأول تفسير أبي صالح في قوله: ﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشاءُ وَيُثْبِتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتابِ﴾ (الرعد: ٩٣) إن الملائكة تكتب كل ما يتكلم به المرء فيمحوا لله تعالى منه ما ليس له ولا عليه، ويثبت ما له وما عليه[٥٩]. فنتيجة القول هو أن من تكلم الطلاق على زوجته فلا شك في وقوع الطلاق لأن كلام الإنسان مصون من الإلغاء.

٥. الطلاق لا يحتاج الإشهاد في صحته

[٥٨] عبد القادر داودي القوائد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي (ط. دار ابن حزم بيروت ٢٠٠٩) ص. ٢٠٢

[٥٩] بدر الدين العينى عمدة القاري شرح صحيح البخاري (ط. دار إحياء التراث العربي بيروت) ج ٢٣ ص. ٧٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد، لأن الطلاق من حقوق الرجل ولايحتاج إلى بينة كي يباشر حقه، ولم يرد عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد. قال الشوكاني وقد ورد الإجماع على عدم وجوب الإشهاد في الطلاق واتَّفقوا على الاستحباب أي في الطَّلاق[٦٠]. وخالف في ذلك فقهاء الشيعة الإمامية فقالوا: إن الاشهاد شرط في صحة الطلاق، واستدلوا بقول الله سبحانه في سورة الطلاق: ﴿وَأَشْهِدُوْا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيْمُوْا الشَّهَادَةَ لله﴾ .فذكر الطبرسي: أن الظاهر أنه أمر بالاشهاد على الطلاق، وأنه مروي عن أئمة أهل البيت رضوان الله عليهم أجمعين، وأنه للوجوب وشرط في صحة الطلاق[٦١]. والراجح أن الإشهاد في النكاح مستحب وليس من شروط صحة النكاح. لأن النبي ﷺ طلق ولم يشهد وكثير من أصحابه رضى الله عنهم طلقوا ولم يشهدوا ولو كان الإشهاد واجبا لكانوا أولى الناس به ولسبقونا إليه. ولم ينقل من العلماء السلف والخلف من المذاهب الأربعة الموجب لذلك. ويعرف من عدم وجوب الإشهاد أنه لا يليق أن يوجب فعل الطلاق أمام الحاكم في المحكمة الدينية ويعتبر بعدم صحته لو فعله خارج المحكمة لأن الإشهاد ليس شرطا في الطلاق وكيف يكون تلفظ الطلاق أمام الحاكم شرطا في الطلاق؟

٦. يصح النكاح ولو كان بدون توثيق

[٦٠] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار م. عصام الدين الصبابطي (ط. دار الحديث، مصر سنة ١٤١٣هـ) ص ٣٢٩

[٦١] سيد سابق، فقه السنة ط. (دار الكتاب العربي، بيروت سنة ١٩٧٧ م) ص.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مكتوب في القانون نمرة ١ سنة ١٩٧٤ أن كل زواج وجب على الإنسان أن يكتبه ويرفع أمره إلى إدارة الشؤون الدينية. ولو فعله لفظيا أي بدون توثيق الزواج صح. ووافق على هذه القضية علماء الإندونسين والقضاة. ودليله لو اعتبر النكاح لفظيا لم يصح ليعقد الرجل النكاح مرة ثانية أمام الحاكم لو قدم أمر إثبات النكاح إلى المحمكة. والواقع جرى بدون عقد جديد. وهذا إذا استوفى أركان الزواج وشروطه. فلذلك عقد الزواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعية، تحل به المعاشرة بين الزوجين، وليس من شرائطه الشرعية إثباته في وثيقة رسمية أو غير رسمية، إنما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية[٦٢].

كان مثله ما حدث في الطلاق الشفوي أي بدون توثيق الطلاق. لماذا لم يعتد الطلاق الشفوي صحة كما اعتد صحة النكاح لفظيا؟ مع أن المقصود من التوثيق في النكاح والطلاق سواء يعني إعطاء قوة الحكم لزوجين مع حمايتهما عن الضرر الممكن وقوعه. فاللائق في مسئلة الطلاق الشفوي أن تعطى حكم النكاح اللفظي أو يقاس به باعتبار صحته ولو كان بدون توثيق. فإذا صح النكاح اللفظي ولم يصح الطلاق الشفوي مع كونهما سواء في احتياج تحقق الحكم عند القانون لوجد التعارض وعدم المناسبة في القانون وهذا لا يوافق بأساس تأليف القانون المشروط فيه توافق مادة الحكم[٦٣]. وعلى هذا

[٦٢] علي عثمان جرادي، عقود الزواج المعاصرة بين الصحة والفساد (دار الكتب العلمية بيروت) ص ٢٦٣

[63] Dayanto, Pembuatan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Depublish, Yogyakarta, 2018) H. 68

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يكون شرط تلفظ الطلاق أمام الحاكم ليس شرط صحة الطلاق فلا يؤثر لو فعل شفويا خارج المحكمة.

٧. اعتبار المصلحة من الشارع

ويعتبر المصلحة من الشارع لا من الناس لأن أراء الناس مختفلة بسبب اختلاف عادتهم وأمكانهم وأثارهم وعلومهم. والمصلحة ليست في عقول الناس بل مخزون في القرأن والحديث، والعقل يحاول على كشفها وإيجادها لأن المصلحة إنما هي معنى كلي استخلص من مجموع جزئية الأحكام المأخوذة من أدلتها الشرعية أي أننا رأينا من تتبع الأحكام الجزئية المختلفة قدرا كليا مشتركا بينها هو القصد إلى مراعاة مصالح العباد في دنياهم وآخرتهم. فتحقيق مصالح العباد معنى كلي والأحكام التفصيلية المناطة بأدلتها الشرعية جزئيات له[٦٤]

لو جاز للعقل تخطي مأخذ النقل لجاز إبطال الشريعة بالعقل، وهذا محال باطل، وبيان ذلك أن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدودا في أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم وهو جملة ما تضمنته، فإن جاز للعقل تعدي حد واحد؛ جاز له تعدي جميع الحدود؛ لأن ما ثبت للشيء ثبت لمثله، وتعدي حد واحد هو معنى إبطاله؛ أي: ليس هذا الحد بصحيح، وإن جاز إبطال واحد؛ جاز إبطال السائر، وهذا لا يقول به أحد لظهور محاله[٦٥]. وكذلك في مسئلة الطلاق الشفوي لا يجوز للعقل أن يقول بعدم صحته لأنه

---

[٦٤] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ٢٣

[٦٥] إبراهيم بن موسى الشاطبي الموافقات م. أبو عبيدة (ط. دار ابن عفان سنة ١٩٩٧م) ج. ١ ص. ١٣١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تجاوز حد عما حده الله في شريعته. فإذا ظهر أن النبي لم يشرط الطلاق بالإشهاد في صحته فتبين أنه لم يحتاج الطلاق في صحته إلى قرار الحاكم لأن النكاح المشروط فيه الإشهاد يصح ولو بدون تسجيل بل الطلاق الشفوي أولى لأنه لم يشرط فيه الإشهاد. وقد قرر أن النبي ترك الإستفصال على من طلق زوجته ومن هذا حديث الصَّحيحين: (أن ابن عُمر طلَّقَ امرَأَتَهُ حائضًا)[٦٦]. والظاهر أنه لم يشهد، وقد اعتد بها، والقاعدة (أن ترك الاستفصال في حكاية الحال، مع قيام الاحتِمال ينزل منزلة العموم في المقال)[٦٧].

٨. توثيق الطلاق ليس شرط صحة بل شرط قانوني

لم يعرف في عهد النبي ﷺ وزمان الخلفاء والدوائل بعده كتابة الزواج والطلاق ثم جاء قانون في عصر الحديث الموجب لتوثيف الزواج والطلاق. ووجوبه يعتبر من وجوب القانوني الذي لا أثر في الشريعة. وهذا كما قال علي حسب الله "أما ما حدث في عصرنا من قوانين وضعية، وتنظيمات إدارية، فهي شروط قانونية والشرط القانوني ليس شرط صحة ولا نفاذ ولا لزوم، لأن المشرع الوضعي ليس له أن ينشئ حكما شرعيا دينيا يحل حراما أو يحرم حلالا، بل هو شرط يترتب عليه أثر قانوني لا دخل له في الحكم الشرعي الديني[٦٨]. والزواج عقد شأنه سائر العقود، يتم بمجرد الإيجاب والقبول ولا يتوقف على توثيق كتابي لإثباته، فإذا تم هذا العقد بشروطه الشرعية الإيجاب والقبول والولي وشاهدي عدل فهو عقد صحيح شرعا يلزم كل طرف من الطرفين بواجباته الشرعية تجاه الطرف

---

[٦٦] رواه مسلم في صحيحه باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها رقم ١٤٧١

[٦٧] أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي, البحر المحيط في أصول (ط. دار الكتبي سنة ١٩٩٤م) ص ٦٣٥

[٦٨] علي حسب الله الزواج في الشريعة الإسلامية (دار الفكر العربي بيروت) ص ٧٨

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الآخر، ويضمن حقوق كل طرف من طرفي العقد. ومن ثم تبين أن الإشهاد توثيق، والتوثيق الكتابي ليس شرطا لصحة العقد، كما أنه ليس شرطا لإنهائه أو فسخه. بل التوثيق الكتابي أمر تنظيمي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا.

نفهم من جهة جلب المصالح أن الطلاق شفوي يعتد ولا يحتاج إلى التوثيق الكتابي وقرار الحاكم في المحكمة الدينية لصحته. لأن أصل الطلاق يكفي بإتمام أركانه وشروطه كما كان في عصر النبي والصحابة ولا يحتاج إلى قرار الحاكم في صحته لعلة الذي نذكرها قبل. فينبغي للإنسان أن لا يجترء بإبطال حكم أو إعتداده من غير فهم الشريعة وآلته لأن من حرم حلالا وحلل حراما من غير عدم فهم النصوص والشريعة مع آلته تماما فهو من أكبر المحرمات وقوله صدر من هواه قال ابن القيم: لا يجوز العمل والإفتاء في دين الله بالتشهي والتخير وموافقة الغرض؛ فيطلب القول الذي يوافق غرضه وغرض من يحابيه فيعمل به ويفتي به ويحكم به ويحكم على عدوه، ويفتيه بضده، وهذا من أفسق الفسوق وأكبر الكبائر[٦٩].

ب. الطلاق من ناحية درء المفاسد

والمقصد الشرعي في الطلاق هو ارتكاب أخف الضررين عند تعسر استقامة المعاشرة. ففي الطلاق ضرر سواء كان بالرجل أو المرأة أو أبنائهما ولكن كيف يعاشر الزوجين ما لم يزل النفرة والخلاف بينهما قائمة ولم يمكن حلها إلا بافتراقهما. فالطلاق أمر ضروري عند عدم

[٦٩] ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر إعلام الموقعين عن رب العالمين م. محمد عبد السلام إبراهيم (ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩١م)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سبيل لحل المنازعات بين الزوجين. والضرورة تقدر بقدرها فإذا كان ضرورة الطلاق أشد لشدة المخالفة والمنازعة ففعله أولى. ولكن على من يطلق امرأته أن يحترز عن فعل مضر بالمرأة وأبنائهما كيلا يزيد ضررها مثل طلاق في وقت الحيض وكذلك الطلاق الشفوي أي الطلاق بدون توثيق. فتوثيق الطلاق أمر مهم لأن فيه نفع لحماية النساء والأولاد من الضياع والضرر مع إيجاد المصلحة من إثبات الحقوق وقطع النزاع وتمكن من الزواج. وهذه المصلحة يمكن أن نفهم من جهة درء المفاسد بما يلي:

١. الطلاق نوع من المعاملات

يتكون مجال الشريعة على ثلاثة أمور: العقيدة والعبادة والمعاملات. والعقيدة هي كل أمر يتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده في الله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر. والعبادات هي التي يقصد بها تنظيم علاقة الإنسان بربه من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر ويمين ونحوها. والمعاملات كل ما يقصد به تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض سواء أكانوا أفراداً أم أُمما أم جماعات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وغيرها مما عدا العبادات. فأحكام ما عدا العبادات تسمى في الاصطلاح الشرعي أحكام المعاملات[٧٠]. فمن هذا يعرف أن المعاملات تشمل كل ما قابل العبادات مما يقع بين الأزواج والأبناء وما يقع بين التجار وما يقع بين الأفراد وما يقع بين الجماعات والدول فكل ذلك داخل في معنى المعاملات. وقال ابن عبدين "والمعاملات خمسة: المعاوضات المالية، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات،

[٧٠] عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه (ط دار الفكر العربي بيروت) ص. ٣٢

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والتركات"[٧١]. ولا شك أن الطلاق من جملة المعاملات لأنه علاقة بين الزوج والزوجة وأنه من باب المناكحات. ومن شأن المعاملة تنبني على حكم تعقلي الذي يدرك معناه ليست كالعبادة التي معظمها تنبني على حكم تعبدي أي ليس معقول المعنى.

٢. سد الذريعة

هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل محظور. وهذا الاصطلاح يطلق في الواقع على ما اشتهر بين العلماء بسد الذريعة. والمراد به حسم داء الفساد، دفعا له إذا كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة[٧٢]. وأركان الذريعة ثلاثة: الوسيلة، والإفضاء، والقصد. ويفرق الشيخ محمد هشام البرهاني بين الأركان الثلاثة بقوله، منتزعا ذلك من تعريف الذريعة: "إنها عبارة عن أمر غير ممنوع في نفسه، قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع". فعبارة "أمر غير ممنوع لنفسه" إشارة إلى الوسيلة، وعبارة "قويت التهمة في التطرق به" إشارة إلى الركن الثاني وهو الإفضاء، وعبارة "إلى ممنوع" يحدد المتوسل إليه[٧٣].

والأصل أن الطلاق الشفوي غير ممنوع ولكن يسبب إلى ضرر على المرأة والأولاد من عدم اثبات الحقوق عليهما وعسر تمكن التزوج على المرأة. ثم إذا نظر على ما قاله الشيخ محمد هشام البرهاني من ركن سد الذريعة تجلى تجليا على أن الطلاق الشفوي يستوفي تلك الأركان. فالوسيلة التي هي الركن الأول هي عدم توثيق الطلاق وقويت التهمة على

---

[٧١] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (ط. دار الفكر، يروت سنة ١٤١٢هـ) ص ٧٩

[٧٢] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي أنوار البروق في أنواء الفروق (ط. عالم الكتب بيروت) ص ٦١٢

[٧٣] محمد هشام البرهاني سد الذرائع في الشريعة الإسلامية (ط. دار الفكر دمشق سنة ١٩٩٥) ص ١٢٥

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تسببه بالضرر لأن من شأن الشفوي يسبب إلى الضياع وتثقيل أمر المرأة وقوة التهمة في هذا المسئلة هو الإفضاء والضرر فيه هو المتوسل إليه. وقال طاهر بن عاشور على عدم اشتراط القصد في سد الذريعة[٧٤]. فكل ما يسبب إلى محرم فهو محرم سواء أراد المتذرع إلى ذلك المحرم أم لا. فيمنع الرجل على عدم توسيق الطلاق لضرر سواء أراده أم لا. فوجب على الرجل المريد طلاق زوجها أن يفعله بتقديم التوثيق إلى المحكمة الدينية لئلا يتطرق إلى الضرر.

٣. وجوب طاعة أولى الأمر

إن توثيق الطلاق مأمور بالقانون فحكم طاعته واجب على الرعية. وعلى هذا قال الشيخ يوسف القرضاوي "إذا صدر أمر أو قانون من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعاً، لأن الله تعالى قال: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) والنبي ﷺ قال: (السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى المَرْءِ المسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ سَمْعَ وَلاَ طَاعَةَ)[٧٥] وقال النبي ﷺ: (لَا طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ)[٧٦]. فما دام الإنسان يؤمر بمعروف فيجب أن يطيعه فالطاعة هنا لازمة وواجبة"[٧٧]

---

[٧٤] طاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية ج. ٢ ص. ٣٠٧

[٧٥] رواه البخاري في صحيحه باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية رقم ٧١٤٤

[٧٦] رواه النسائي في سننه باب الطاعة في المعروف رقم ٨٦٦٨

[٧٧] عادل أحمد عبد الموجود الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة ط. دار الكتب العلمية بيروت

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وفي تفسير طاعة أولى الأمر ذهب المراغي بأنهم الأمراء والحكام والعلماء ورؤساء الجند وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع إليهم الناس فى الحاجات والمصالح العامة، فهؤلاء إذا اتفقوا على أمر وحكم وجب أن يطاعوا فيه. فأهل الحل والعقد من المؤمنين إذا أجمعوا على أمر من مصالح الأمة ليس فيه نص عن الشارع وكانوا مختارين فى ذلك غير مكرهين بقوة أحد ولا نفوذه فطاعتهم واجبة، كما فعل عمر حين استشار أهل الرأى من الصحابة فى الديوان الذي أنشأه وفى غيره من لمصالح التي أحدثها برأى أولى الأمر من الصحابة ولم تكن في زمن النبي ﷺ ولم يعترض عليه أحد من علمائهم فى ذلك[٧٨]. فإذا رأى الإمام أو مجلس ممثلي الشعب (DPR) أن في توثيق الطلاق مصلحة ثم أقره بوضع القانون الموجب لذلك فإتباعه على هذا السبيل مأمور بالنص. ففي طاعته واجب على الرعية ولا يجوز عليه أن يعصيه لأن واجبة أولى الأمر أن ينظم أمر الرعية على المصلحة وهذا موافق بقاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة. وعلى هذا جاز للإمام أو نائبه أن يعاقب مخالف أمره على وجه التعزير.

٤. الاحتياط

من تلفظ كلمة الطلاق إلى امرأته لكنه بدون توثيقه إلى المحكمة الدينية يريب أنه واقع في الحرام لأنه ربما يؤثر على امرأته وأبنائه في ضرر. ومن الإحيتاط أن يبعد ذلك الطلاق الشفوي ويفعل الطلاق بتوثيقه على قرار القاضي في المحكمة. والإحتياط كما ذكر العز الدين بن عبد السلام "ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه" وقال الجرجاني

[٧٨] أحمد بن مصطفى المراغي تفسير المراغي (ط. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر) ج. ٥ ص. ٧٢

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإحتياط هو: "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"[٧٩]. وكلا التعرفين يبين أن الإحتياط هو التحرز عن المسائل التي يشك في حكمها لئلا يقع في المحرم كما قاله العز الدين بن عبد السلام والتحرز عن ما حرمه الله على عباده كما قاله الجرجاني. والطلاق الشفوي من مسائل الريبة لأن من طلق امرأته بدون توثيق يمكنه على إضرار المرأة وظاهرا أنه مخالف لما ثبت عن أولى الأمر. فالإحتياط هنا واجب للمصلحة. ولا شك أن الإحتياط هو مصدر الشريعة وأساسها كما قال الشاطبي: "والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها[٨٠]"

٥. مصلحة مرسلة

إن التوثيق لا يكون عادة ولا يطرد في عصر النبي والصحابة وكانوا يفعلون مناكحتهم بدون كتابة عقدهم بل هم يكتفي بالشاهدين لدلالة وثاقة عقدهم. وبعد مرور العصر جرت العادة بكتابة كل عقد المعاملة من البيوع والمناكحة والإصداق وغيره من سائر العقود. والكتابة هي البينة المهمة عند وجود التنازع والتعارض. والعادة جرى كذلك لأن الوثيقة الكتابية هي البينة رسمية حتى القاضي يجعلها بينة أساسية عند حل كل المعرضات والمنازعات. ومن لم يملك الكتابة أو الوثيقة فيعسر عليه تقديم أمره إلى المحكمة.

[٧٩] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني التعريفات، (ط. دار الكتب العلمية بيروت لبنان) ص. ٢٦.

[٨٠] الشاطبي الموافقة ج. ٣ ص. ٨٥

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومصلحة المرسلة هي المصلحة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولكنها محققة لمقصود الشارع ومقصود الشرع من الخلق من حفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم[٨١]. مدار المصلحة المرسلة هو عدم نص يدل على حكم وسيتنبط على مصلحة يطابق بالشرع مع وجود مناسبة. فوجوب الوثيقة الكتابية في الطلاق لم يذكر في النصوص وكذا لم يذكر العلماء من السلف والخلاف. والحاجة في هذا العصر ضروري لأن معظم العقد يعقد بكتابة ووثيقة والحاجة تنزل منزلة الضرورة[٨٢]. فمصلحة الوثيقة في الطلاق إثبات حق المرأة والأولاد مع تحرزهما من الضياع والضرر وهذا مناسب بمقصود الشرع من حفظ النفس والمال. ثم هذا المصلحة تناسب بما أمره الله من جعل الوثيقة في عقد الدين كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (سورة البقرة: ٢٨٢) فالشاهد والكتابة سواء في إفادة بينة. فإذا استحب الكتابة في مسئلة الدين لدفع الضرر عند وجود المنازعات فالوثيقة الكتابية يستحب أيضا في الطلاق لوجود الجامع بينهما وهو المعاملة ومقصوده لدفع المنازعات.

٦. أهمية التوثيق

إن الطلاق هو حل القيد عن الزوجين. وشرط في إيقاعه بالصيغة أو الإشارة الذي يكمن أن يعرف حقيقة إرادة الطلاق منه ولا يقع إذا قاله في الباطن. ومن المهم أن من شأن عادة المعالمة المتطردة بين الناس في عصر الحديث أن يكتبها وأن يوثقها لأن الوثيقة

---

[٨١] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ٢٣

[٨٢] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا شرح القواعد الفقهية (ط. دار القلم دمشق سنة ١٩٨٩م) ص ٢٠٩

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شيء مقدس تحترمه المحاكم والمؤسسات الحكمية والمجتمع مع أن العادة محكمة أي أنها تعتبر من الشريعة فلا يفعل بشيء مخالف للعادة لما يجره على المفسدة وقال الزرقى "أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه فلو لم يرد نص يخالفها أصلا أو ورد ولكن عاما فإن العادة تعتبر"[٨٣] . فاللازم في الطلاق الشفوي أن يوثق أيضا لأنه من جملة المعاملة التي عادتها أن يوثقها فوجب على الرجل أن يوقع الطلاق أمام المأذون لنيل الوثيقة.

وإعمال الوثيقة في الطلاق ينفع للمرأة والأبناء لأن بكتابة الطلاق وتوثيقه حماية الأسر من النزاع وحفظ عن أثار خطيرة تلحق بالأسرة والمرأة والأبناء من الضياع وتشرد الأولاد وتسلما عما لو كان المطلق رفض واقعة الطلاق. وينجي الزوجين من نزاع وشقاق وخلاف بسبب عدم توثيق الطلاق. فكم من خصومات ومنازعات حدثت بين الزوجين بسبب عدم توثيق الطلاق. أما لو فعل الرجل شفويا فيعسر على المرأة أن تتزوج بزوج أخر فتبقى معلقة لا تستطيع أن يزوج بأخر وكذلك يعسر على الرجل أن ينكح إمرأة جديدا نكاحا رسميا فلا بد من عمل إصلاحية يسلم ويحفظ كرامة المراة وحقوقها وأبنائها. فحتما على مريد الطلاق أن يسجل أمره إلى المحكمة الدينية لنيل التوثيق بعد قرار القاضي فى المحكمة. وهذا مناسب بما قاله رمضان البوطي بأن اعتبار المصلحة ليس في الواقع فقط ولكن في المتوقع أيضا حتى في الأخرة[٨٤].

---

[٨٣] أحمد بن شيخ محمد الزرقى شرح القوائد الفقهية ص ١٩

[٨٤] سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ص ٢٣

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

٧. الضرر يزال

إن عدم توثيق الطلاق ويفعله شفويا يفضي إلى ضرر بالمرأة والأبناء والضرر واجب أن يزال وهذه مناسب بقاعدة "الضرر يزال" وهذا موافق بما قاله الرسول ﷺ (لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ) رواه مالك[٨٥]. أي لا يجوز شرعا لأحد أن يلحث بأخر ضررا ولا ضرار وقال ابن نجيم لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء[٨٦] يعني لا تضر ابتداءً ولا معاقبة، فلا تضر غيرك ابتداءً بأن توصل إليه الضرر، ولا تزيد في الاقتصاص منه إذا ضرك، لا في البداية ولا في النهاية، الضرر ممنوع، فالضرر هو الابتداء بما يضر، والضرار هو معاقبة من أوصل إليك الضرر بأكثر من ضرره الذي وصلك. وإزالة ضرر الطلاق الشفوي هو بتوثيقه على المحكمة الدينية. فالرجل يدفع ضرر طلاق الشفوي على قدر إمكانه فإذا دفعه بالكلية فبه وإلا فبقدر ما يمكن. فمن طلق امرأته وجب عليه أن يدفع الضرر عن المرأة بالكلية من إعطاء حقها وتوثيق الطلاق أمام المأذون. والطلاق هو ضرر بالمرأة ويفعله شفويا زيادة الضرر عليها فلا يفعله شفويا لأن النبي ﷺ يقول (مَنْ ضَارَّ ضَارَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ) رواه الترمذي[٨٧]

٨. التوثيق من العرف

إن ما جرى في كل عقد من المعاملة والمناكحة أن يشارك بالتوثيق الكتابية مثل البيع والوقف والنكاح. لأن ما يتعلق بالحقوق والواجبات يحتاج إلى توثيقه في عصر الحديث

---

[٨٥] رواه مالك في الموطأ باب المرفق رقم ٢٧٥٨

[٨٦] زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ (ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان سنة ١٩٩٩ م) ص ٢٠٦

[٨٧] رواه الترمذي في سننه باب ما جاء في الخيانة والغش رقم ١٩٤٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

لئلا يظهر الخصومة والتعارض. وفائدة التوثيق هو لبيان وجود حق على مستحقه وبيان حدوث عملية الحكمية مع كونه بينة عند وجود التنازع والتخالف[٨٨] والتوثيق أقوى من الشهادة في اعطاء تيقن الحكم لأن الشاهد يمكن أن يسهو بما وقع ويكذب بما شهده ويموت بخلاف التوثيق لأنه أدوم وأحفظ عن الكذب.

وعرف الناس أن يعمل التوثيف في جانب حياته حتى في الطلاق. والعرف من مصادر التشريع الذي تعريفه ما استقر في النفوس واستحسنه العقول وتلقته الطباع السليم بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه[٨٩]. فمدار العرف هو تكرار الشيء وجعل في كل عمل مع الموافقة على الشريعة. وقال العلماء العادة شريعة محكمة، والعرف في الشرع له اعتبار، والإمام مالك بنى كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء على اختلاف أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد. وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف. ومن العبارات المشهورة:" المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والثابت بالعرف كالثابت بالنص"[٩٠]

فتوثيق الطلاق إلى المحكمة من أمر المتكرر لأن المجتمع ما زال يذهب إلى المحكمة لحل مشكلته. والتوثيف أمر يستحسن به لأن للتوثيق نفع على صاحبه وهو موافق بالشريعة في إفادة تيسير الناس. والعادة نفس المعنى بالعرف ولا يفارقه على هذا

---

[88] Alfitra, Hukum Pembuktian Dalam Beracara Pidana Atau Perdata (Raih asa sukses, Jakarta, 2011) h.134

[٨٩] سيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (ط. دار الكتاب الجامعي القاهرة) ص. ٥٦

[٩٠] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه (ط مكتبة الدعوة) ص. ٩٠

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المعنى إذ أن العادة يساوي بالعرف في تعريفه. قال الجرجاني "العادة ما استمر عليه الناس على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[٩١]. فحاصله أن التوثيق في الطلاق شيء لم يقل به النص ولكن معتبر من حيث العرف لأن ما أطلق ولم يحد رجع في ضبطه إلى العرف[٩٢].

٩. الاستصحاب

لقد جاءت قاعدة الأصل عند ما لم يظهر دليل خاص يتعلق بالواقعة. وتوثيق الطلاق لم يبحث في أدلة النص قط. فيجوز فيه أن يرجع إلى قاعدة الأصل وهو الإستصحاب. وتعريف الإستصحاب هو الرجوع إلى حكم أصل الشيء عند فقدانِ الدليلِ الخاص بتحقّق علته في الواقعة[٩٣]. وحكم الأصل في الأشياء الضارة الحرمة. أي كل واقعة لا يوجد دليل خاص في بيان حكمها، وثبت أن فيها ضررًا مطلقًا أو غالبًا، فهي محرَّمة باستصحاب الأصل الذي هو تحريم الضرر المطلق أو الغالب[٩٤]. والطلاق بدون توثيق لاشك يسبب إلى ضرر بالمرأة. والفعل المضرة حرام. فالطلاق الشفوي حرام لما فيه من الضرر. وأن الإستصحاب حجة وبه قالت الحنابلة، والمالكية، وأكثر الشافعية والظاهرية، سواء كان في النفي أو الإثبات

ت. الجمع بين جهة جلب المصالح ودرء المفاسد

[٩١] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، (ط. دار الكتب العلمية بيروت لبنان) ص. ٢٦

[٩٢] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (ط. دار الفكر، بيروت) ج. ١ ص. ٢٥٩

[٩٣] فضل الله كسكس الميسر في علم أصول الفقه (ط. دار الكتب العلمية بيروت) ص. ٢٧

[٩٤] وهبة زحيلي الوجيز في أصول الفقه ط. دار الفكر المعاصر دمشق سنة ١٩٩٩ م ص ١١٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ظهر أن الطلاق الشفوي يصح إذا استوفي أركانه وشروطه وهذا من جهة جلب المصالح ولكن ينبغي على الرجل أن يسجل أمر طلاقه إلى المحكمة لنيل التوثيق على قرار الطلاق من القاضي في المحكمة. فمنع على الرجل أن يطلق امرأته شفويا. وهل عند عدم توثيق الطلاق يؤثر في بطلانه أي لو فعله شفويا لم يعتد؟ فيه نظر لأن ممنوع الشفوي لضرر يلحق بالمرأة والأبناء. وهذا ليس أمرا لازما بل أمرا خارجا غير لازم الذي لا يؤثر في صحة الطلاق وعدمه

وهذا نظير ما قاله السيوطي أن النهي إن كان لأمر خارج غير لازم لم يقتض الفساد[٩٥]. أي أن النهي يدل على الفساد إذا رجع إلى أمر لازم بأن رجع إلى نفس العقد كبيع الحصاة أو إلى ركن فيه كبيع الملاقيح لأن المعقود عليه ركن في البيع وهو غير موجود أو رجع إلى أمر خارج لازم له كالنهي عن الربا فإن النهي راجع إلى الزيادة فإن رجع إلى أمر خارج غير لازم كان النهي لم يدل على الفساد كالنهي من البيع وقت نداء الجمعة بل البيع صحيح وتترتب عليه أثاره. وذلك الأمر هو تفويت السعي إلى الصلاة ولا يلزم من البيع وقت النداء عدم حصول السعي فقد يبيع ويسعى[٩٦].

فالشفوي الذي يسبب إلى الضياع والضرر بالمرأة ليس أمرا لازما لأنه ليس من أركان الطلاق وشروطه بل أمرا خارجا غير اللازم لأن الضرر والضياع أمر متهم ومشكوك لا يلزم وجوده بسبب عدم التوثيق. فقد استوفى الرجل حق المرأة وأبناءها ولو فعله شفويا كما كان

[٩٥] جلال الدين السيوطي كواكب الساطع (ط. مكتبة الأيمان القاهرة سنة ٢٠٠٠) ج. ١ ص. ٤٢٩

[٩٦] الحفظ العلائي تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد (دار الفكر بيروت ١٩٨٨) ص ٢٤١

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في عصر القديم. ونقل عن العز الدين بن عبد السلام: كل تصرف منهي عنه لأمر يجاوره أو يفارقه مع توفير شرائطه وأركانه فهو صحيح، وكل تصرف نهي عنه، ولم يعلم لماذا نهي عنه فهو باطل حملا للفظ النهي على الحقيقة[٩٧].

وليعلم أن منع الطلاق الشفوي من جهة أمر التهمة ومدخله من سد الذريعة ولا يمكن أن يقطع أنه بسبب عدم التوثيق يفضي إلى ضرر بالمرأة والأولاد لأن مقدار اتضاح الإفضاء إلى المفسدة وخفائه لم يقدر بل هو أمر ظني يفتح باب الخلاف بين العلماء. وقال عبد الوهب بن نصر أن سد الذريعة هو أمر الذي ظاهره الجواز إذا قويت التهمة في التطرق إلى المحظور. وأدخل هذا التعريف معنى التهمة في الذرائع وشرط اللإتهام فيها أن يكون قوية وذلك أن متعاطي ما أبيح ظاهرا إن قويت التهمة بأن الناس سيؤدي إلى الممنوع سد الباب رأسا وحسم التطرق إليه والتهمة تعطي أن الإفضاء إلى الممنوع ليس قاطعا وإنما هو أساس من الظن[٩٨]

فظاهرا أن صحة الطلاق ووجوب التوثيق أمران مختلفان ولا يؤثر كل منهما إلى الأخر. لأن الصحة والوجوب ليس حكما متحدا بل حكمان مختلفان ولهما أثار مختلفة. والحكم ليس ينبني على الوجوب والحرام والسنة والمكروه والمباح لكن ينبني أيضا على الصحة والبطلان[٩٩]. فصحة الطلاق وعدمه يعتبر باستيفاء أركانه وشروطه ووجوب التوثيق يعتبر بسبب وجود مضرة بالمرأة والأبناء. فمن طلق زوجته شفويا يعتد لكن يجوز للإمام

---

[٩٧] الزركسي تشنيف المجامع بجمع الجوامع (دار الكتب العلمية بيروت) ص ٣١٩

[٩٨] حاتم باي الأصول الإجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية) ٢٠١١ ص ٤٢٧

[٩٩] أحمد بن عبد اللطيف النفحات على شرح الورقات (ط. الحرامين سورابايا سنة ٢٠٠٦) م ص. ١٦

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تعزيره على مخالفة أمره. فلذلك ينبغي على من أراد فراق زوجته أن يفعله بالتوثيق على المحكمة الدينية.

ث. ضوابط المصلحة

إن التوثيق أمر لا يأثر في صحة الطلاق أو عدمه ولكنه أمر مهم حتى يعتبر أنه من الشريعة لأن فيه مصلحة تعود على الرجل والمرأة واللأبناء من قطع النزاع وحفظ حقهم وتمكن الزواج وغير ذلك. ثم لاعتبار هذا التوثيق حتى يعتد أنه مأمور من الشريعة لكونه مشتمل على المصلحة الذي أراده الشارع أن يشهد على ضوابط التي ترتبها سعيد رمضان البوطي. وهذه المسئلة يوافق بما ضابطه بما يلي:

١. اندراجها في مقاصد الشريعة

إن توثيق الطلاق مشتمل على مقاصد الشريعة الضرورية من حفظ النفس والنسل والمال. وقال طاهر بن عاشور: ومقصد الشريعة من الشهود الإخبار عما يبين الحقوق وتوثيقها. والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطها وأداؤها عند الاحتياج إليه. وذلك يقتضي كتابة ما يشهد به الشهود، إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداوله مدة يبيد في مثلها الشهود. فلذلك تعينت مشروعية كتابة التوثقات[١٠٠]. فظاهرا على أن التوثيق حماية المرأة والأولاد من الضياع والجوع بسبب عدم المنفق عليهما لأنه لما تلفظ الزوج الطلاق شفويا فيعسر على المرأة أن تنال حقها من نفقة العدة والمتعة والماضية بسبب عدم التوثيق. فترفع إلى المحكمة الدينية لا من حيث مطالبة حقها

[١٠٠] طاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية (٣/ ٥٤٨)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولكن من حيث مطالبة الفراق. وهذا مضر بالمرأة لأن عليها أعباء على دفع رسم الحكم في المحكمة. وكذلك نادرا جدا المرأة التي تطالب الفراق مع زيادة مطالبة نفقة العدة والمتعة لأن السؤال من المرأة. أما لو كان السؤال من الرجل فاستحقت نفقة العدة والمتعة.

وكذلك يعسر على الرجل والمرأة أن يزوج بزواج جديد رسميا لأنه ليس عليهما توثيق الطلاق. فمن تلفظ كلمة الطلاق شفويا فيعتبر الطلاق شرعيا ولا يعتبر قانونيا فتبقى حكم الزواج من حيث القانون عليهما حتى لا يجوز عليهما أن يزوج بزواج جديد رسميا إلا بإثبات الفراق عند القاضي في المحكمة الدينية. فيفهم من هذا أن الطلاق الشفوي يسبب الرجل على أن يفعل النكاح اللفظي أي غير رسمي لأنه لو فعل الطلاق شفويا لا يجوز عليه أن ينكح رسميا فتأخذ السبيل لسهلة أمره بالنكاح اللفظي.

٢. عدم معارضتها للكتاب

لا شك أن التوثيق ليس معارضة للنصوص بل موافقة لها لأن التوثيق يأتي بينة عند وجود المنازعات والمخالفات فحكمه كحكم الشاهد. وهو مستحب عند كل عقد بل ركن في عقد النكاح ومن القرأن الذي يذكر عن ذلك ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (الطَّلَاقِ: ٢) وقال الرازي في تفسيره :أي أمروا أن يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل، وهذا الإشهاد مندوب إليه عند أبي حنيفة كما في قوله: ﴿وَأَشْهِدُوْا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وعند الشافعي هو واجب في الرجعة مندوب إليه في الفرقة[١٠١]،

[١٠١] أبو عبد الله محمد بن عمر، فخر الدين الرازي مفاتيح الغيب (ط. دار إحياء التراث العربي – بيروت سنة: ١٤٢٠ هـ) ج ٣٠ ص ٥٦٢

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقيل: فائدة الإشهاد أن لا يقع بينهما التجاحد، وأن لا يتهم في إمساكها ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث، وقيل: الإشهاد إنما أمروا به للاحتياط مخافة أن تنكر المرأة المراجعة فتنقضي العدة فتنكح زوجا[١٠٢].

القرأن ليس آمرا بإتين الشاهد في كل عقد بل آمرا بالكتابة أيضا. ومما يدل ذلك: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (سورة البقرة : ٢٨٢) والأية جاءت لبيان الدين ويقاس به كل عقد المعاملة لأن ذلك أوثق وآمن من النسيان، وأبعد من الجحود[١٠٣] ولأن الدين هو محل الخلاف والنزاع فتسن فيه الكتابة والشاهد وكذلك كل عقد يخاف وجود المخالفات والمنازعات تسن فيه الكتابة والشاهد كيلا يقع الضرر المخوف. وهدف إتيان الشاهد هو جعل الوثيقة عند وجود تعارض. فمن تعاقد وليس له شاهد يمكن أن يقع فيه النزاع. والوثيقة كالشاهد في حل التعارض عند وجوده. لأن البرهن المعتبر عند المحكمة الآن ليس الشاهد فقط بل يتكون عن البراهن من المكتوبات والشاهد والظن والإقرار والقسم[١٠٤]. والمكتوبات هو البرهن الأولى من غيرها عند تفتيش أمر الحكم في المحكمة.

والقرأن يحث على من يطلق زوجته أن يفعله بمعروف كما في آية ﴿فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (سورة الطلاق: آية ٢) قال البيضاوي في تفسير ذلك الآية والفرقة بمعروف هو بإيفاء الحق واتقاء الضرار مثل أن

---

[١٠٢] علي بن محمد الخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل م. محمد علي شاهين (ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١٥ هـ) ص ٤١٣

[١٠٣] أبو حيان محمد بن يوسف، البحر المحيط في التفسير م. صدقي محمد جميل (ط. دار الفكر بيروت الطبعة: ١٤٢٠ هـ). ج. ٢ ص. ٧٢٣

[104] H. Sunarto, Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata (Kencana, Jakarta, 2015) h. 167

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يراجعها ثم يطلقها تطويلاً لعدتها[١٠٥]. وقال المراغي في تفسيره وإن صممتم على المفارقة فلتكن بالمعروف وعلى وجه لا عنف فيه ولا مشاكسة، مع إيفاء ما لهنّ من حقوق لديكم كمؤخر صداق، وإعطاء متعة حسنة تذكركن بفصلها، ويتحدث الناس بحسن أحدوثتها، ويكون فيها جبر لخاطرهن، لما لحقن من ضرر بالفرق، وليكون فيها بعض السلوة لهن عما فقدنه من العشير والأنيس[١٠٦]. وليس معروفا من طلق امرأته شفويا لأن به مضر بالمرأة ومزعج في حياتها وذلك لم يرد الله على عباده. والتوثيق يدفع التهمة ويدرأ الشبهة عن العلاقة ويمنع احتملات الإنكار والجحود في حالة النزاع.

٣.عدم معارضتها للسنة

انطلاقا من القرأن أن التوثيق ليس مخالفا له بل موافقا وكذا في السنة لأن السنة أمر بإتيان الشاهد عند الطلاق ولو كان أمره غير جازم. منه قول النبي ﷺ (طَلَّقْتَ بِغَيْرِ سُنَّةٍ، وَرَاجَعْتَ بِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهِدْ عَلَى طَلَاقِهَا، وَعَلَى رَجْعَتِهَا)[١٠٧] وقال السندي في تفسير هذا الحديث: يريد أن اللائق الإشهاد في الحالتين لئلا يقع النزاع والتهمة[١٠٨]. والوثيقة بالشهادة موجودة في السنة لئلا يوجد الضرر الممكن وقوعه عند عدم البينة. ولا شك أن أن الوثيقة الكتابية يساوي بالشهادة في إفادة إزالة النزاع والتهمة لأن الوثيقة بينة في عصر الحديث ويجعل بينة أساسية عند وجود المخالفة والمنازعة. ومن ثم كان

[١٠٥] ناصر الدين البيضاوي تفسير البيضاوي م: محمد عبد الرحمن المرعشلي (ط: دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٤١٨ هـ) ج. ٥ ص. ٢٢٠

[١٠٦] المراغي تفسير المراغي ج. ٥ ص. ١٢٨

[١٠٧] رواه ابن ماجه في سننه باب الرجعة نمرة ٢٠٢٥

[١٠٨] أبو الحسن محمد بن عبد الهادي التتوي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه (ط. دار الجيل، بيروت) ج. ١ ص. ٦٢٤

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

البينة مهم جدا سواء كان في النكاح أو الطلاق لتحقق معنى النكاح في دوامه وتحقق معنى الفراق في إنهائه ولمفارقة ما حرمه الله تعالى لأن النبي يقول: (البَغَايَا اللاَّتِي يُنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ)[١٠٩]

فالتوثيق أمر ضروري جدا حتى لو قيل بوجوب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه لم يكن هذا بعيدا بل ربما يتعين ذلك لا سيما في هذا الزمان الذي خربت فيه الذمم ورق منه الدين منعا للتجاحد وحسما لمادة الخلاف والنزاع وما نسمع به وتراه مما تعج به محاكم الأحوال الشخصية من القضايا والحوادث الناجمة عن عدم توثيق الطلاق والإشهاد عليه ليحملنا على القول بوجوبه وإثم تاركه على أنه ينبغي التنبيه على أن هذا الإشهاد ليست شرطا في صحة الطلاق وإنما قد يأثم تاركه[١١٠]

٤.عدم معارضتها للقياس

ومن وجه عام أن التوثيق بالكتابة مأمور به في مسألة الدين كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وكذلك التوثيق بالشهادة مأمور به ولكن اختلف العلماء هل الأمر يقتضي اقتضاء جازما أم لا. والمشهور أن الأمر فيهما يقتضي اقتضاء غير جازم فحكمه سنة. ولهذا قال الجصاص: فثبت بذلك أن الأمر بالكتابة والإشهاد ندب غير واجب. ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن المذكور جميعه في هذه الآية ندب وإرشاد

[١٠٩] رواه الترمذي في سننه باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة رقم ١١٠٣

[١١٠] أبو مالك كمال بن سيد سالم صحيح فقه السنة وأدلته (ط. المكتبة التوفيقية مصر) ص. ٧٦

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا[١١١]. وقال جمهور العلماء: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب، وإذا كان الغريم تقيا فما يضره الكتاب وإن كان غير ذلك فالكتب ثقاف في دينه وحاجة صاحب الحق. فندبه إنما هو على جهة الحيطة للناس[١١٢].

فحمل توثيق الطلاق على توثيق الدين في حكم مسنونه بجامع أن التوثيق يفيد البينة والبرهان فيما يخاف أن يتنازع فيه كالدين والطلاق أمر لا ريب فيه. فمن تكلم أن الطلاق لا يحتاج إلى التوثيق فهو لا يفهم ما أراده الشريعة من حفظ الناس على أن لا يقع في مشقة وشدة. فقياس توثيق الدين بالطلاق من جملة قياس المساوي لأن رتبة التوثيق في الطلاق والدين يساوي في شدته وضعفه. فممكن وجود التنازع بسبب عدم الوثاقة في الدين يساوي بوجود التنازع في الطلاق. وهما يسبب إلى ضرر إذا فعل بغير الوثاقة. فلذلك حث الإسلام على وجود التوثيق في كل عقد يخاف فيه وجود التنازع والتخالف. سواء كان التوثيق بالكتابة أم بالشهادة.

ونتيجة القول في اعتبار المصلحة بضوابطها على أنها متفق بها ولا يخرج عما حدها. فالشفوي يسبب إلى ضرر بالمرأة فينبغي أن يكون معه توثيق فيسهل على المرأة أن تنال حقها ويسهل عليها أن يزوج بزواج جديد. فالمصلحة الموجودة في توثيق الطلاق هي المصلحة المعتبرة ويدعى من الشريعة لحفظ مقاصد الشرع وموافق بالقرأن

---

[١١١] أحمد بن علي الجصاص أحكام القرآن م. قمحاوي (ط. دار إحياء التراث العربي بيروت) ج ٢ ص ٢٠٦

[١١٢] أبو زيد الثعالبي لجواهر الحسان في تفسير القرآن (ط. دار إحياء التراث العربي بيروت) ج ١ ص ٥٤٦

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والحديث والقياس. ومن ثم قال الغزالي: ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع. فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلة، وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة[١١٣].

[١١٣] الغزالي، المستصفى (ص: ١٧٩)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الباب الرابع

النتائج

بعد تحليل البيانات السابقة يخلص الباحث مما يتضمن في هذا البحث من نتائج البحث كما يلي:

١. إن طلاق الشفوي تحليله من جهتين: جهة جلب المصالح وجهة درء المفاسد. فمن جلب المصالح يفهم أن فعله يعتد فلزم به نفقة العدة والمتعة ووجب عليه أن يفارقها لأنها حينئذ ليست زوجتها. واعتبار الصحة من مدخل المصلحة الأخروية ومصلحة القلبية والطلاق بيد الرجل وقياس على الطلاق الذي لا يحتاج الإشهاد في صحته وقياس على صحة النكاح ولو بدون توثيق واعتبار المصلحة من الشارع وتوثيق الطلاق ليس

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شرط صحة بل شرط قانوني. انطلاقا من مجموع أدلة التي بنى على طريق جلب المصلحة ظهر أن الطلاق بدون توثيق يعتبر صحة. ومن جهة درء المفاسد يتكون أدلته على عدة مدخل منها: سد الذريعة ووجوب طاعة أولى الأمر والإحتياط والمصلحة المرسلة وأهمية التوثيق والضرر يزال والتوثيق من العرف والإستصحاب. فمن مجموع أدلة التي بنى عليها جهة درء المفاسد بان على أن التوثيق أمر ضروري لا محالة. فوجب على من يريد تطليق زوجته أن يرفع أمره إلى المحكمة الدينية لنيل الوثيقة عنها.

٢. إن صحة الطلاق الشفوي وأمر التوثيق ليسا أمرا لازما بل أمر خارج غير لازم ولا يؤثر كل منهما إلى الأخر. ففعل الطلاق شفويا يعتبر صحة لكن على مريد الطلاق أن يوثق أمره إلى المحكمة. ومصلحة في توثيق الطلاق موافق بما ضابطه رمضان البوطي حتى يصح أن يكون التوثيق فيه من جملة ما أراده الله أن يطبق في عباده. لأن بالتوثيق حفظ للمرأة والأبناء من الضياع وإثبات على حقوقهما وتيسير على الرجل والمرأة للنكاح الجديد. فجملة الضابط المتكون على شرط غير مخالف لمقاصد الشرع والقرأن والحديث والقياس مناسب بمصلحة التوثيق. فلا شك في تطبيقه في الزمان الحاضر.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المراجع:

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، الدر المختار وحاشية ابن عابدين. دار الفكر، يروت سنة ١٤١٢هـ

ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر إعلام الموقعين عن رب العالمين م. محمد عبد السلام إبراهيم ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩١م

ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه م. محمد فؤاد عبد الباقي ط. دار إحياء الكتب

إبراهيم بن موسى الشاطبي الموافقات م. أبو عبيدة ط. دار ابن عفان سنة ١٩٩٧م

أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. دار الفكر العربي

أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق ط. عالم الكتب

أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٣٩٢

أبو الحسن مسلم بن الحجاج صحيح مسلم م. محمد فؤاد عبد الباقي ط.: دار إحياء التراث العربي بيروت ص

أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي, البحر المحيط في أصول ط. دار الكتبي سنة ١٩٩٤م أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المجموع شرح المهذب ط. دار الفكر

أبو حيان محمد بن يوسف البحر المحيط في التفسير م. صدقي محمد جميل ط. دار الفكر بيروت الطبعة: ١٤٢٠ هـ

أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي أنوار البروق في أنواء الفروق ط. عالم الكتب

أبو عبد الله محمد بن عمر فخر الدين الرازي مفاتيح الغيب ط. دار إحياء التراث العربي – بيروت سنة: ١٤٢٠ هـ

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أبو داود سليمان بن الأشعث سنن أبي داود م. محمد محيي الدين عبد الحميد ط.: المكتبة العصرية، بيروت

أبو الحسن محمد بن عبد الهادي التتوي،حاشية السندي على سنن ابن ماجه ط. دار الجيل – بيروت

أبو مالك كمال بن سيد سالم صحيح فقه السنة وأدلته ط. المكتبة التوفيقية مصر

أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي السنن الصغرى للنسائي م: عبد الفتاح أبو غدة ط: مكتب المطبوعات الإسلامية سنة ١٩٨٦

أحمد بن مصطفى المراغي تفسير المراغي ط. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر

أحمد بن عبد اللطيف النفحات على شرح الورقات ط. الحرامين سوربايا سنة ٢٠٠٦ م

أحمد بن شيخ محمد الزرقى شرح القوائد الفقهية ط. دار القلم دمشق سنة ١٩٨٩ م

الحفظ العلائي تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد دار الفكر سنة ١٩٨٨

جلال الدين السيوطي كواكب الساطع ط. مكتبة الأيمان القاهرة سنة ٢٠٠٠

سعيد رمضان البوطي ضوابط المصلحة في شريعة الإسلامية ط. مؤسسة الرسالة

الزركسي تشنيف المجامع بجمع الجوامع دار الكتب العلمية

زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ ط. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان سنة ١٤١٩هـ - ١٩٩٩ م

زين الدين محمد فيض القدير، فيض القدير ط. المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى

عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط. مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة ١٣٥٧هـ

علي بن سلطان محمد، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ط. دار الفكر، بيروت سنة ١٤٢٢هـ

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عادل أحمد عبد الموجود الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة ط. دار الكتب العلمية بيروت

علي حسب الله الزواج في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي ص

علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني التعريفات ط. دار الكتب العلمية بيروت لبنان

علي بن محمد الخازن لباب التأويل في معاني التنزيل م. تصحيح محمد علي شاهين ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١٥ هـ

علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني التعريفات ط. دار الكتب العلمية بيروت –لبنان

عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي، الأشباه والنظائر ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، سنة ١٤١١هـ

محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار م. عصام الدين الصبابطي ط. دار الحديث، مصر سنة ١٤١٣هـ

محمد بن عيسى الجامع الكبير، الترمذي، سنن الترمذي م: بشار عواد معروف ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة ١٩٩٨ م

محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي صحيح البخاري م: محمد زهير بن ناصر ط. دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، سنة ١٤٢٢هـ

محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير م. بشار عواد معروف ط. دار الغرب الإسلامي بيروت سنة: ١٩٩٨ م

محمد هشام البرهاني سد الذرائع في الشريعة الإسلامية ط. دار الفكر دمشق سنة ١٩٩٥

مالك بن أنس موطأ مالك م. محمد مصطفى الأعظمي ط. مؤسسة زايد بن سلطان ١٤٢٥ هـ ٢٠٠٤ م

سيد سابق، فقه السنة ط. دار الكتاب العربي، بيروت سنة ١٩٧٧ م ص.

سيد صالح عوض أثر العرف في التشريع الإسلامي ط. دار الكتاب الجامعي القاهرة

فضل الله كسكس الميسر في علم أصول الفقه ط. دار الكتب العلمية بيروت ص. ٢٧

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ناصر الدين البيضاوي تفسير البيضاوي م: محمد عبد الرحمن المرعشلي ط: دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٤١٨ هـ

وهبة زحيلي الوجيز في أصول الفقه ط. دار الفكر المعاصر دمشق سنة ١٩٩٩ م

Dayanto, Pembuatan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Depublish, Yogyakarta, 2018)

Sunarto, Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata (Kencana, Jakarta, 2015)

Alfitra, Hukum Pembuktian Dalam Beracara Pidana Atau Perdata (Raih asa sukses, Jakarta, 2011)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG