الطلاق الشفوي

دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي

Oral divorce

Jurisprudential study in relation to the Kuwaiti personal status law

أ.د. أحمد شليبك

Prof. Dr. Ahmed Schlesbeck

أ.د. صالح العلي

Prof. Dr. Saleh Ali

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية–جامعة الكويت

Faculty of Sharia and Islamic Studies-Kuwait University

الملخص

. الأستاذ الدكتور صالح العلي: جامعة الكويت .كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.

. الأستاذ الدكتور أحمد شليبك: جامعة الكويت .كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.

يهدف البحث إلى توضيح حقيقة الطلاق الشفوي ووقوعه بمجرد التلفظ به، وعلاقته ببعض الأمور الشكلية الخارجة عن ماهيته؛ كحضور الشهود، ومدى تأثيرها في إيقاع الطلاق من عدمه في الفقه الإسلامي والمقنن الكويتي في قانون الأحوال الشخصية. ولتحيق ذلك الهدف تعرض البحث في محتواه إلى الحديث المفصل عن حكم الطلاق الشفوي والإشهاد على الطلاق في المذاهب الفقهية الأربعة وبعض آراء المعاصرين وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، بالإضافة إلى السير على منهجية البحث العلمية التي أظهرت مشكلة البحث، ومنهجه الذي استُخدم فيه المنهج الوصفي التحليلي المقارن الذي توصل عبره البحث إلى نتائج عدة، حققت هدف البحث وعالجت مشكلته، وأُجملت هذه النتائج في وقوع الطلاق الشفوي مادام مستوفياً أركانه وشروطه، بمجرد التلفظ به، وأن الأمور الشكلية الخارجة عنه؛ كحضور الشهود لا تؤثر في عدم إيقاعه؛ فالطلاق صحيح وواقع ولو لم يحضره شهود، بالإضافة إلى موافقة المقنن الكويتي للمذاهب الفقهية الأربعة في إيقاع هذا الطلاق الشفوي.

الكلمات المفتاحية: الطلاق، الطلاق الشفوي، الإشهاد على الطلاق، الشكلية في الطلاق.

Abstract

The purpose of the research is to clarify the truth of oral divorce and its occurrence by simply pronouncing it, and its relation to some formality beyond its scope, such as the presence of witnesses, and its impact on the pace of divorce or not in Islamic jurisprudence and the Kuwaiti Code of Personal Status Law. In order to achieve that objective, the research presents in its content a detailed discussion on the ruling on oral divorce, the attestation of divorce in the four jurisprudential schools, some opinions of contemporary scholars and the Kuwaiti personal status law, as well as the methodology of scientific research, Which showed the search problem, And its method, which used the comparative descriptive analytical method through which the research reached several results, achieved the goal of the research and addressed the problem, and summarized these results in the occurrence of oral divorce as soon as uttered, and that the formalities beyond; as the presence of witnesses do not affect its occurrence; the real divorce is happening if there is no witnesses attend it, in addition to the approval of the Kuwaiti code to the jurist of the four jurisprudential doctrines in the occurrence of this oral divorce.

key words; Divorce, oral divorce, attestation of divorce, formalities in divorce.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

إن التشريع الإسلامي شرع جملة من التدابير الوقائية منها والعلاجية التي من شأنها أن تحقيق مقاصد المشرع التي تراعي حاجة الأفراد وواقع المجتمع، فشرع الطلاق بقوله تعالى:" لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ"[1]. الذي هو تدبير علاجي تدعو إليه بعض الأسباب والحالات التي لو لم ننظر إليها بواقعية وموضوعية لترتب على إغفالها مفاسد عظيمة أكبر من مصلحة استمرار الحياة الزوجية. ويمكن أن يكون عدم وقوع الطلاق في حالات معينة تدبيراً وقائياً للحد من إيقاع الطلاق. ولذلك جاءت وجهتا نظر الفقهاء والعلماء في وقوع الطلاق الشفوي، ومدى توقفه على وجود شاهدين يسمعان تلفظ الزوج بالطلاق. فرأي جمهور العلماء المتقدمين في المذاهب الفقهية الأربعة أن الطلاق الشفوي يقع من الزوج بمجرد التلفظ بألفاظ الطلاق، ولو لم يكن هناك شهود إعمالاً للنصوص الشرعية التي تقتضي إيقاع الطلاق فور التلفظ به دون توقفه على أمر شكلي يتمثل بحضور الشهود، بينما يرى بعض الفقهاء المعاصرين أنه ينبغي لإيقاع الطلاق الشفوي وجود الشهود، فلو تلفظ الزوج بالطلاق ولم يكن هناك شهود فإنه الطلاق لا يقع، إعمالاً لمقاصد الشريعة في تضييق دائرة الطلاق.

مشكلة البحث

تتحدد مشكلة البحث في بيان ماهية الطلاق الشفوي، و مدى وقوعه بمجرد التلفظ بصيغته أو توقف إيقاعه على أمور شكلية خارجة عن ماهيته؛ كحضور الشهود أو إيقاعه أمام من له الشأن في المحاكم القضائية المختصة، في المذاهب الفقهية وقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ويمكن صياغة مشكلة البحث عبر السؤال الآتي:

هل يقع الطلاق الشفوي بمجرد التلفظ به مادام مستوفياً أركانه وشروطه، أو يحتاج وقوعه إلى أمور شكلية في الفقه الإسلامي والقانون الأحوال الشخصية الكويتي؟

أهداف البحث

يسعى البحث لتحقيق أهداف عدة يمكن إجمالها في ما يأتي:

١-بيان ماهية الطلاق الشفوي وعلاقته بالأمور الشكلية الخارجة عنه.

٢-مدى توقف وقوع الطلاق الشفوي على حضور الشهود في الفقه الإسلامي.

٣- بيان رأي المقنن الكويتي بوقوع الطلاق الشفوي، أو توقف وقوعه على بعض الأمور عبر قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

منهج البحث

---

(١) سورة البقرة: آية (٢٣٦).

استُخدم في البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، عبر تصوير مسألة البحث، واستقراء أقوال الفقهاء القدامى والمعاصرين فيها، و مقارنتها برأي المقنن الكويتي، واستنباط الراجح منها، استناداً للمعايير العلمية في الترجيح.

خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: حكم الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الطلاق الشفوي في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

التمهيد

تعريف الطلاق ومشروعيته وحكمه

المطلب الأول: تعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف الطلاق في اللغة:

الطلاق في اللغة: بمعنى الترك والمفارقة والحل والسماحة، يقال: طلقت الأسير: إذا حللت إساره وخليت سبيله، وأطلقت القول: إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط، وأطلقت الناقة: تركتها وأرسلتها.

ومن معنى الحل والترك والمفارقة وعدم القيد ونحوها أخذت لفظة الطلاق، ليراد بها إنهاء الرابطة الزوجية، فيقال: طَلقَ امرأته تطليقاً، وطَلُقَت هي: تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق، ويقال: طلق الرجل زوجته، وأطلق زوجته، إذا رفع قيد الزواج[1].

تعريف الطلاق في الاصطلاح:

عرف الطلاق بأنه: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بألفاظ مخصوصة[2].

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق:

الطلاق مشروع بنص القرآن والسنة والإجماع:

١- قوله تعالى: "الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[3]، وقوله تعالى: "لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ"[4].

٢- عن عبد اللَّه بن عمر رضي الله عنهما، أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" مُرْهُ

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة٣/٤٢، الفيومي، المصباح المنير، ص٣٧٦، الرازي، مختار الصحاح ١/١٦٦.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير٣/٤٣٣، ابن نجيم، البحر الرائق٣/٢٥٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٣/٢٢٦.

(٣) سورة البقرة: آية (٢٢٩).

(٤) سورة البقرة: آية (٢٣٦).

فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ،فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاء"[1].وجه الدلالة: أن النبي صلّى الله عليه وسلم حكم بوقوع الطلاق في الحيض حين أمر بالرجعة منه، والمراجعة لا تكون إلا بعد لزوم الطلاق، ولم لم يكن الطلاق في الحيض واقعاً ولا لازماً ما قال له راجعها.

٣- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ"[2].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز تطليق الرجل لزوجته، وأن من الحلال ما هو مبغوض إلى الله عز وجل، وأن أبغضه الطلاق، وذلك لما فيه من منافاة الأمر بالنكاح؛ لأن الأمر بالنكاح بإيجاد الزوجات، والطلاق حل للزوجات وإبعاد عنهن، فهو منافٍ لمقصود الشرع من طلب النكاح[3].

٤- عن عمر رضى الله عنه:" أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا"[4].

٥- الإجماع: انعقد الإجماع منذ عصر الصحابة حتى وقتنا الحاضر على جواز الطلاق ومشروعيته[5].

المبحث الأول

حكم الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تعريف الإشهاد في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف الإشهاد في اللغة:

الإشهاد في اللغة: فعل متعدي بالهمزة، فيقال: أشهدته الشيء وشهدت على الرجل بكذا وشهدت له به، والشهادة من الفعل شهد لها عدة معانٍ، منها: الخبر القاطع[6].

ثانياً: تعريف الإشهاد في الاصطلاح:

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب يأيها النبي إذا طلقتم النساء، ح(٥٢٥١)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ح(١٤٧١).

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ح(٢٠١٨)، البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في كراهية الطلاق، ح(١٤٨٩٤).

(٣) القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح٥/٣١٢٧، ابن عثمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام ٥/٣.

(٤) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة،ح(٢٢٨٣)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، أبواب الطلاق، ح(٢٠١٦).

(٥) ابن حزم، مراتب الإجماع، ص٧١، ابن عبد البر، التمهيد ١٥/٥٧، الشربيني، مغني المحتاج٣/٢٧٨، ابن قدامة، المغني٧/٩٦، ابن هبيرة، الإفصاح٢/١٤٧.

(٦) ابن منظور، لسان العرب٣/٢٣٨، الزبيدي، تاج العروس١/٢٠٦٠، الفيروز آبادي، القاموس المحيط١/٢٨٨، الفيومي، المصباح المنير٥/٨٩.

عرف الإشهاد بأنه: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء[١]، أو: هو إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه[٢].

المطلب الثاني: حكم الطلاق الصريح:

الطلاق الصريح: هو ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية؛ كقول الزوج لزوجته: أنت طالق، وهذا الطلاق تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها. أي: يقع به الطلاق بمجرد لفظه نوى أو لم ينوِ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم:" ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ"[٣].

المطلب الثالث: حكم الإشهاد على الطلاق:

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة هو:

١- اختلافهم في دلالة الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى: "فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهادَةَ لِلَّهِ"[٤]. فمن رأى أن دلالة الأمر تقتضي الوجوب، وأنه لا توجد قرينة تصرف هذا الأمر عن ظاهره، قال بوجوب الإشهاد على الطلاق، ومن رأى أن دلالة الأمر وإن كانت تقتضي الوجوب إلا أنه وجدت قرينة تصرف هذا الأمر من الوجوب إلى الندب؛ قال إن الإشهاد على الطلاق مندوب إليه مستحب وليس بواجب.

٢- معارضة القياس للظاهر، وذلك أن الظاهر في قوله تعالى:" وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ" يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية حمل على الندب.

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد هل يقتضي الوجوب أو الندب على قولين هما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٥] إلى أن الطلاق يقع من غير إشهاد؛ لأنه حق الزوج، وله أن يتصرف في حقه كيفما يشاء، وأن الأمر في الآية للندب والاستحباب وليس للوجوب؛ لما فيه من حفظ الحقوق، ومنع التجاحد بين الزوجين، وألا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي بثبوت الزوجية فيرث. واستدل الجمهور لما قالوا بما يأتي:

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٧/٣٦٤.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/١٦٤.

(٣) الترمذي، سنن الترمذي، أبواب النكاح،باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ح(١١٨٤)، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق،باب في الطلاق على الهزل، ح(٢١٩٤). قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

(٤) سورة الطلاق: آية (٢).

(٥) السرخسي، المبسوط٦/١٩، الكاساني، بدائع الصنائع٣/١٨١، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/٣٨٤، قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة٣/٣٢٠، الشربيني، المغني المحتاج٣/٢٧٩، ابن قدامة، المغني ٧/٤٢٣.

١- قوله تعالى: "فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ".

وجه الدلالة: أن الأمر بالإشهاد في الآية للندب والاستحباب وليس للوجوب إجماعاً، كما فى قوله تعالى" وأشهدوا إذا تبايعتم"[١]، فالإشهاد في البيع مندوب وليس واجباً، فكذلك في الطلاق. ولا يمكن أن يكون الأمر للوجوب في حق الرجعة وللاستحباب في حق الفرقة، وإلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز[٢].

والذي يدل على الندب وجود قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب، وهذه القرينة هي طلاق رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لزوجته حفصة، وطلاق الصحابة؛ كابن عمر رضي الله عنهما لزوجته، ولم ينقل عنهم اشتراط الشهود لصحة وقوع الطلاق، خصوصاً وأن القرآن الكريم قد ذكر الإشهاد عقب الفرقة.

٢- قوله تعالى: "الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ"[٣]، وقوله تعالى:" فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ"[٤]، وقوله تعالى: "وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"[٥]، وقوله تعالى: "لا جُناحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"[٦].

وجه الدلالة: ورود لفظ الطلاق في الآيات مطلقاً بدون ذكر الإشهاد، فدل ذلك على أن الإشهاد مندوب وليس واجباً، ولو كان الإشهاد واجباً لذكر مقترناً بالطلاق، ولأمر الله عز وجل به في الآيات، ولما سكت عن قيد الإشهاد.

٣- عن عبد اللَّه بن عمر رضي الله عنهما، أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ"[٧].

وجه الدلالة: أنه ليس في الحديث الأمر بالإشهاد، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر طلاق ابن عمر رضي الله عنه، ولم يسأله هل أشهد على طلاقه أو لا، فدل ذلك على أن الإشهاد في الطلاق ليس بواجب بل هو مندوب.

---

(١) سورة البقرة: آية(٢٨٢)

(٢) وبيان ذلك: أن الله سبحانه وتعالى قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ" ثم أمر بالإشهاد على كل منهما، فقد أمر بشيئين في جملتين، ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ" واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي؛ كالوجوب فيما نحن فيه، ومعناه المجازي؛ كالندب، فإذا ثبتت إرادة أحد المعنيين بالنسبة لأحد الأمرين لزم أن يراد به نفس ذلك المعنى بالنسبة للأمر الآخر، وإلا لزم تعميم اللفظ في المعنى الحقيقي والمجازي معا وهو ممنوع.

(٣) سورة البقرة: آية (٢٢٩).

(٤) سورة البقرة: آية (٢٣٠).

(٥) سورة البقرة: آية (٢٣١).

(٦) سورة البقرة: آية (٢٣٦).

(٧) سبق تخريجه، ص(٧).

٤- عن نافع رحمه الله تعالى قال: (طَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ امْرَأَتَهُ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَكَانَ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلَّا بِإِذْنٍ، فَلَمَّا رَاجَعَهَا أَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا وَدَخَلَ عَلَيْهَا)[١]. فقد أشهد ابن عمر رضي الله عنهما على الرجعة، ولم يشهد على الطلاق، ولو كان واجباً لأشهد.

٥- أنه لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه رضي الله عنهم أنهم كانوا يشترطون الإشهاد لصحة الطلاق، ولا يوقعون الطلاق إلا بعد الإشهاد، مع كثرة حوادث الطلاق التي وقعت أمامهم. فقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة[٢] رضي الله عنها وابنة الجون[٣] ولم يشهد على طلاقهما ولو كان واجباً لفعل.

٦- أن الطلاق من حقوق الزوج يوقعه متى شاء، قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ"[٤]. وقال: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ.... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"[٥]، فلا يحتاج الطلاق إلى بيّنة لإثباته عندما يستعمل الزوج حقه.

٧- الإجماع: فقد نقل غير واحد الإجماع على أن الإشهاد على الطلاق مندوب.

قال ابن تيمية: (وقد ظن بعض الناس أن الإشهاد هو الطلاق وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع، وهذا خلاف الإجماع وخلاف الكتاب والسنة ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به، فان الطلاق أذن فيه أولاً ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال:" فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف" والمراد هنا بالمفارقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح، والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين فعلم أن الإشهاد إنما هو على الرجعة)[٦].

قال الشوكاني الإجماع فقال: (وقد ورد الإجماع على عدم وجوب الإشهاد في الطلاق، واتفقوا على الاستحباب)[٧]، أي في الطلاق.

القول الثاني: ذهب الشافعية في القديم والظاهرية[٨] إلى وجوب الإشهاد في الطلاق، وبه قال علي وابن عباس وعمران بن حصين رضي الله عنهم وعطاء وابن جريج وابن سرين. وقد مال إلى هذا الرأي بعض المعاصرين منهم الشيخ الطاهر

---

(١) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الرجعة، باب ما جاء في الإشهاد على الرجعة، ح(١٥١٨٨).

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في نفقة الْمَبْتوتة، ح(٢٢٨٣)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ح(٢٠١٦).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، ح(٥٢٥٤).

(٤) سورة الأحزاب: أية (٤٩).

(٥) سورة الطلاق: آية (١-٢).

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوي ٣٣/٣٣، الفتاوى الكبرى٢٩٦/٣.

(٧) الشوكاني، السيل الجرار٤٠٩/٢، نيل الأوطار ٣٠٠/٦.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج ٢٧٩/٣، ابن حزم، المحلى ٢٥١/١٠.

ابن عاشور والشيخ أحمد شاكر والشيخ علي الخفيف والشيخ مصطفى الزرقا والدكتور محمد يوسف موسى والشيخ محمد الغزالي[1] مراعاة للمصلحة في تضييق دائرة الطلاق.

واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: "فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ"[2]. فقد ورد النص بالأمر بالشهادة، والأمر يقتضي الوجوب؛ لأنه مدلوله الحقيقي، ولا يوجد ما يصرفه عن الوجوب إلى الندب، وهو ما فهمه عمران بن حصين رضي الله عنه، فقد سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى طَلَاقِهَا، وَلَا عَلَى رَجْعَتِهَا، فَقَالَ عِمْرَانُ:(طَلَّقْتَ بِغَيْرِ سُنَّةٍ، وَرَاجَعْتَ بِغَيْرِ سُنَّةٍ، أَشْهِدْ عَلَى طَلَاقِهَا، وَعَلَى رَجْعَتِهَا)[3]. فدلَّ على أن السنة الإشهاد.

وقد رد الصنعاني على هذا، فقال: (والحديث دل على ما دلت عليه آية سورة الطلاق وهي قوله:{وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ} [الطلاق: ٢] بعد ذكره الطلاق، وظاهر الأمر وجوب الإشهاد، وبه قال الشافعي في القديم وكأنه استقر مذهبه على عدم وجوبه، فإنه قال المرزعي في تيسير البيان، وقد اتفق الناس على أن الطلاق من غير إشهاد جائز... والحديث يحتمل أنه قاله عمران اجتهاداً، إذ للاجتهاد فيه مسرح)[4].

وقول عمران بن الحصين رضي الله عنه: (طلقت لغير سنة) قول مجمل، والمجمل: ما احتمل معاني لا مزية لأحدها على الآخر، فيحتمل: الشرط، ويحتمل: الواجب، ويحتمل: المسنون، فكل ذلك يسمى سنة؛ لأن السنة هي ما نقل عن رسول صلى الله عليه وسلم من شرط وواجب ومباح أباحه، فالسنة الطريقة وليست الشرط أو الواجب.

ولم يقل عمران للرجل الذي سأله: (طلاقك باطل) فلو كان ترك الإشهاد ينقض الطلاق لبين عمران للرجل ذلك، كما قال النبي صلى الله عليه واله وسلم للمسيء لصلاته:" ارْجِعْ فَصَلِّ، فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ"[5].

والمجمل في قوله: طلقت لغير سنة، مفسر بعمل السلف، فالثابت عن السلف أنهم لا يسألون السائل أشهدت على طلاقك أو لا؟ مما يدل على أنه شرط كمال عندهم؛ إما واجب أو مستحب لا شرط جزاء.

---

(١) ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير ٣٠٩/٢٨، أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ص ٨٠، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص٣٨٧، الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص١٤٢، الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، ص (١٨٤)، أبو زهرة، فقه الأحوال الشخصية، ص(٣٦٥).

(٢) سورة الطلاق: آية (٢).

(٣) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع، ولا يشهد، ح(٢١٨٦)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب الرجعة، ح(٢٠٢٥). صححه الألباني.

(٤) الصنعاني، سبل السلام ٢٦٧/٢.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب أمر النبي صلى الله عليه وسلم الذي لا يتم ركوعه بالإعادة، ح(٧٩٣)، مسلم، صحيح مسلم، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، ح(٣٩٧).

٢- أن الله عز وجل قد قرن في الآية السابقة بين المراجعة والطلاق والإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم:" مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ"[١]، فكل من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل متعد لحدود الله تعالى.

٣- روى عن عطاء رحمه الله تعالى أنه قال: (الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة)[٢].

يجاب عنه: أنه أمر بالإشهاد احتياطاً من التجاحد، لا على أن الطلاق والرجعة لا يقعان بغير شهود.

قال الإمام الشافعي: (من أني لم ألق مخالفا حفظت عنه من أهل العلم أن حراماً أن يطلق بغير بينة على أنه والله تعالى أعلم دلالة اختيار لا فرض يعصي به من تركه ويكون عليه أداؤه إن فات في موضعه واحتملت الشهادة على الرجعة من هذا ما احتمل الطلاق)[٣].

٤- قياس الطلاق على الزواج، فالزواج لا يصح إلا بالإشهاد فكذلك الطلاق لا يصح إلا بالإشهاد؛ لأن اشتراط الإشهاد على الطلاق يظهر التناسق بين انشاء الزواج وإنهائه، فلما كانت الشهادة شرطاً في إنشاء الزواج تكون شرطا في إنهائه.

ويجاب عنه: أن قياس الطلاق على الزواج قياس مع الفارق؛ لأن المقصود بالإشهاد على الزواج هو إخراجه من السرية إلى العلنية، وإثبات النسب، أما الطلاق فهو قطع الزوجية ولا يحتاج إلى شهادة، لأنه أمر ديني بين الإنسان وربه.

٥- إن في اشتراط الإشهاد على الطلاق تضييق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق علاجاً حيث لا علاج سواه، وليس في اشتراطه تضييق على إرادة الزوج؛ لأنه حر في التعبير عن إرادته ضمن حدود الشرع، إلا أن الإشهاد يؤخر الطلاق، ويكون عائقاً أمام المتسرع من الرجال، حتى يتبين له الرشد والصواب؛ لأن الشاهدَيْن لا بد أن ينصحاه لثنيه عن إيقاع الطلاق بإزالة الغضب الذي في نفسه.

يجاب عنه: أن العوارض النفسية؛ كالنسيان والخطأ والإكراه والغضب لها تأثير في الأقوال؛ إهداراً و إعمالاً و إلغاء، ولهذا يحتمل من الواحد من هؤلاء من القول ما لا يحتمل من غيره، ويعذر بما لا يعذر به غيره لعدم تجرد القصد والإرادة ووجود الحامل على القول.

٦- ولأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وهو أحد طرفي العقد وحده، وكذلك الرجعة، ويخشى فيهما الإنكار من أحدهما، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحود والإنكار، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر، فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به، ومن أشهد على الرجعة فكذلك، ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له، فوقع عمله باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من آثاره.

الترجيح:

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ح(٢٦٩٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، ح(١٧١٨).

(٢) الجصاص، أحكام القرآن ٣٥١/٥.

(٣) الشافعي، الأم ٨٩/٧.

الراجح والله أعلم بالصواب أن الإشهاد في الطلاق للندب وليس للوجوب، أي: أن هذا الإشهاد ليست شرطًا في صحة الطلاق، فيقع الطلاق بمجرد التلفظ به باللفظ الصريح؛ لعدم النقل عن رسول الله وأصحابه اشتراط ذلك مع كثرة وقائعه[1]، وكذلك يصعب الإشهاد عند وقوع الطلاق؛ لأن هذا الأمر لا يطلع عليه إلا الزوجان غالباً.

ثم إن هذا مما تعم به البلوى، بل هو من أعظم ما تعمّ به البلوى، أعظم من البلوى بكثير من الأحكام، فجميع الناس يحتاجون إلى معرفة الحكم فيه، وإذا كان الإشهاد شرطاً لصحة الطلاق كان ذِكره أولى من ذِكر المهر وغيره، مما لم يكن له ذِكر في كتاب الله ولا حديث ثابت عن رسول الله صلى اللَّه عليه وسلم، فيمتنع أن يكون كل نكاح للمسلمين لا يصح إلا بإشهاد، وقد عقد المسلمون من عقود الأنكحة ما لا يحصيه إلا الله عز وجل؛ فدل ذلك على أنه ليس مما أوجبه الله على المسلمين في مناكحهم.

قال الإمام أحمد بن حنبل وغيره من أئمَّة الحديث: (لم يثبت عن النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الإشهاد على النكاح شيء، ولو أوجبه لكان الإيجاب إنما يعرف من جهة النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان هذا من الأحكام التي يجب إظهارها وإعلانها، فاشتراط المهر أولى؛ فإن المهر لا يجب تقديره في العقد بالكتاب والسّنة والإجماع، ولو كان قد أظهر ذلك لنقل ذلك عن الصحابة: ولم يضيعوا حِفْظ ما لا بُدّ للمسلمين عامة من معرفته، فإنَّ الهمم والدواعي تتوافر على نقل ذلك، والذي يأمر بحفظ ذلك. وهم قد حفظوا نهيه عن نكاح الشغار، ونكاح المحرم، ونحو ذلك من الأمور التي تقع قليلاً؛ فكيف النكاح بلا إشهاد إذا كان الله ورسوله قد حرَّمه وأبطله؛ كيف لا يحفظ في ذلك نص عن رسول الله – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –؟!)[2].

ولكن يستحب بعد الطلاق أن يقوم الزوج أو الزوجة بالإشهاد على الطلاق؛ حفظاً لعدد الطلقات ونسب الأولد والحقوق الزوجية، وحفظ حق الزوجة، وتسهيل زواجها من آخر، وقطع النزاع إن حصل.

قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: (وَقَدْ ظَنَّ بَعْضُ النَّاسِ: أَنَّ الْإِشْهَادَ هُوَ الطَّلَاقُ، وَظَنَّ أَنَّ الطَّلَاقَ الَّذِي لَا يُشْهَدُ عَلَيْهِ لَا يَقَعُ. وَهَذَا خِلَافُ الْإِجْمَاعِ، وَخِلَافُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ الْمَشْهُورِينَ بِهِ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ أُذِنَ فِيهِ أَوَّلًا، وَلَمْ يَأْمُرْ فِيهِ بِالْإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا أَمَرَ بِالْإِشْهَادِ حِينَ قَالَ: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [الطلاق: ٢] . وَالْمُرَادُ هُنَا بِالْمُفَارَقَةِ: تَخْلِيَةُ سَبِيلِهَا إذَا قَضَتْ الْعِدَّةَ، وَهَذَا لَيْسَ بِطَلَاقٍ وَلَا بِرَجْعَةٍ وَلَا نِكَاحٍ. وَالْإِشْهَادُ فِي هَذَا بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ، فَعُلِمَ أَنَّ الْإِشْهَادَ إنَّمَا هُوَ عَلَى الرَّجْعَةِ.

وَمِنْ حِكْمَةِ ذَلِكَ: أَنَّهُ قَدْ يُطَلِّقُهَا وَيَرْتَجِعُهَا، فَيُزَيِّنُ لَهُ الشَّيْطَانُ كِتْمَانَ ذَلِكَ حَتَّى يُطَلِّقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ طَلَاقًا مُحَرَّمًا وَلَا يَدْرِي أَحَدٌ، فَتَكُونُ مَعَهُ حَرَامًا، فَأَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ لِيَظْهَرَ أَنَّهُ قَدْ وَقَعَتْ بِهِ طَلْقَةٌ، كَمَا أَمَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَنْ وَجَدَ اللُّقَطَةَ أَنْ يُشْهِدَعَلَيْهَا؛ لِئَلَّا يُزَيِّنَ الشَّيْطَانُ كِتْمَانَ اللُّقَطَةِ؛ وَهَذَا بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ إذَا

---

(١) ابن قدامة، المغني ١٤٢/١٠.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٢٨/٣٢، الفتاوى الكبرى ١٨٩/٣.

طَلَّقَهَا وَلَمْ يُرَاجِعْهَا بَلْ خَلَّى سَبِيلَهَا فَإِنَّهُ يَظْهَرُ لِلنَّاسِ أَنَّهَا لَيْسَتْ امْرَأَتَهُ؛ بَلْ هِيَ مُطَلَّقَةٌ؛ بِخِلَافِ مَا إذَا بَقِيَتْ زَوْجَةً عِنْدَهُ فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي النَّاسُ أَطَلَّقَهَا أَمْ لَمْ يُطَلِّقْهَا)[1].

وقال الجصاص رحمه الله تعالى: (وَأَنَّ الْفُرْقَةَ تَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يَقَعْ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا وَيُشْهِدُ بَعْدَ ذَلِكَ وَقَدْ ذَكَرَ الْإِشْهَادَ عَقِيبَ الْفُرْقَةِ ثُمَّ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِي صِحَّتِهَا كَذَلِكَ الرَّجْعَةُ وَأَيْضًا لَمَّا كَانَتْ الْفُرْقَةُ حقاً لَهُ وَجَازَتْ بِغَيْرِ إشْهَادٍ إذْ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إلَى رِضَا غَيْرِهِ وَكَانَتْ الرَّجْعَةُ أَيْضًا حَقًّا لَهُ وَجَبَ أَنْ تَجُوزَ بِغَيْرِ إشْهَادٍ)[2].

ويستحب توثيق الطلاق بعد الطلاق، فعلى الزوج أو الزوجة عند الطلاق أن يوثق الطلقة عند القاضي، وقد يجب التوثيق إذا أوجبه ولي الأمر، والغرض من توثيق الطلاق الحد منه، وتجنب المخاطرة والمنازعات التي تحدث بسببه، وليكون الزوج أكثر تروياً وتبصراً في أمره، وليكون إيقاعه للطلاق عن قصد تام في إيقاعه، وتوثيق الطلاق ليس إشهاداً عليه، إنما هو إجراء قانوني شكلي، ليس له تأثير في واقعة الطلاق.

المبحث الثاني

حكم الطلاق الشفوي في الفقه والقانون الكويتي

لقد مر معنا أن الأصل في الإشهاد على الطلاق هو الاستحباب، وأنه يستحب لمن أراد الطلاق أو طلق زوجته أن يشهد على طلاقه، ولكن هل يجب الإشهاد عند إرادة الطلاق، ومن ثَمَّ مَنْ لم يشهد على طلاقه فإنه لا يقع؟.

المطلب الأول: حكم وقوع الطلاق اللفظي من غير إشهاد:

ذهب بعض المعاصرين مثل الشيخ محمد عبده وأبو زهرة وعلي الخفيف وأحمد شاكر وأحمد السائح وسعد الهلالي[3] وغيرهم إلى أن الطلاق اللفظي لا يقع حتى لو طلق الزوج زوجته ألف مرة إذا لم يشهد على طلاقه، فلابد للزوج عند طلاقه من الذهاب مع زوجته ومعه اثنان من الشهود إلى المأذون ليتم طلاقه أمامهما ويوثق رسمياً، وبدون ذلك لا يقع الطلاق، وللزوجين أن يستمرا في حياتهما الزوجية وكأن شيئاً لم يكن. واستدلوا بما يلي:

١- أن الإسلام يعمل دوماً على حفظ تماسك الأسرة واستمرارها وتماسكها إلى أقصى درجة ممكنة حتى تتحقق الغاية من الزواج الذي جعله الله آية من آياته، حيث يقول الله تعالى: "وَمِنْ آياتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْواجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْها وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذلِكَ لَآياتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"[4].

يجاب عنه: أن هذا حق، ولكن لا يمنع من وقوع الطلاق الذي شرعه الإسلام وأجمع العلماء على وقوعه بلا توثيق وإشهاد. والآية تدل على أن الزوجين يتوادان ويتراحمان من غير رحم ولا قرابة بينهما، وقد يعرض من تنافر الأخلاق

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٣/٣٣، الفتاوى الكبرى ٢٩٦/٣.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن ٣٥٠/٥.

(٣) ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير ٣٠٩/٢٨، أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ص ٨٠، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص٣٨٧، الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص١٤٢، الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، ص (١٨٤)، أبو زهرة، فقه الأحوال الشخصية، ص(٣٦٥).

(٤) سورة الروم: آية (٢١).

وتجافيها ما لا يطمع معه في تكوين هذه العلاقة فاحتيج إلى الطلاق للتخلص من هذه الصحبة، لئلا تنقلب سبب شقاق وعداوة، فالتخلص قد يكون مرغوباً لكلا الزوجين[١].

٢- عمل الإسلام على إقامة الزواج على أساس متين من خلال الخطبة وعقد الزواج الذي وصفه الله بما فيه من إشهار وإشهاد وولي بقوله تعالى:" وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثاقاً غَلِيظاً"[٢]، فهل يعقل أن ينهدم هذا البنيان بكلمة في ساعة غضب أو حتى تهريج.

يجاب عنه: أن قياسه على إشهار النكاح والإشهاد عليه قياس مع الفارق، لا يصح، فالزواج عقد بين الزوجين لا يقع إلا بموافقة الزوجة ووجود الشهود كغيره من العقود، أما الطلاق فليس بعقد وإنما هو تصرف بإرادة منفردة من قبل الزوج، فلا يشترط لوقوعه موافقة الزوجة، والزوج يوقع الطلاق في حال الخصومة مع زوجته وفي حال الغضب، ولا يتصور وقوع الطلاق من الزوج في حال الرضا، علماً بأنه ليس كل غضب يقع فيه الطلاق، فالزوج عند الغضب إذا لم يتغير عقله ولا ذهنه، ويعلم ما يقول ويقصده، ففي هذه الحالة طلاقه يقع، وهذا هو الغالب في طلاق الرجال. أما إذا بلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة، فلا يعلم ما يقول، فهذا لا يقع طلاقه[٣] وعليه يحمل قوله صلى الله عليه وسلم:" لَا طَلَاقَ وَلَا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ"[٤]، وقد جعل الشرع الحنيف طرقاً عدة لمعالجة المشاكل التي يجلبها الغضب، ومن يعرف قيمة الزواج وما يؤديه مجرد التلفظ بالطلاق بوقوعه كفيل بالمحافظة عل كيان الزوجية.

٣- إن الأدلة الشرعية تشير إلى اشتراط الشهود وقت وقوعه، وأن يكون الطلاق موثقاً عند المأذون كما في الزواج لقوله تعالى:" يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"[٥].

يجاب عنه: أن قياسه على الإشهاد في النكاح قياس مع الفارق لا يصح، لوقوع الخلاف فيه، ومن شرط حكم الأصل كونه متفقاً عليه[٦]؛ ولأنه مخالف للإجماع في وقوع الطلاق بلا إشهاد. ثم يلزم من قوله وفتواه أن تكون العدة من تاريخ إثبات الطلاق والإشهاد عليه، وهذا لم يقل به أحد، بل فيه خطورة على صحة الأنساب.

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير٢/٣٧٩.

(٢) سورة النساء: آية (٢١).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣/٢٤٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/٣٦٦، الجمل، حاشية الجمل ٤/٣٢٤، البهوتي، كشاف القناع ٥/٢٣٥.

(٤) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ح(٢٠٤٦)، الحاكم، المستدرك، كتاب الطلاق بسم الله الرحمن الرحيم، ح(٢٨٠٢). قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.وحسنه الألباني في الإرواء٧/١١٣.

(٥) سورة الطلاق: آية (١).

(٦) ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٤/٢٧.

٤- إن الإشهاد على الطلاق ضروري ولا يتم الطلاق إلا به لحماية الأسرة من الأنهيار بفعل الأهواء والنزوات الشخصية التي لا تستند إلى العقل.

يجاب عليه: أن مراعاة مقاصد الشريعة مطلب رفيع ومهم للغاية ولكن بشروطه وضوابطه؛ ولأن كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع [١].

٥- إن الزواج عقد والطلاق عقد، وعقد الزواج لا ينتهي إلا بعقد الطلاق، فكل طلاق شفوي لا يقع إلا بعقد طلاق، فمن طلق ولم يوثق الطلاق فلا يقع.

٦- إن الإشهاد على الطلاق شرط في وقوعه، كما أن الشهادة في الزواج شرط لإنشائه، وإن هذا صريح القرآن، وإن ذلك هو الذي يتفق مع طبيعة ذلك العقد، فإن شرطه الشهر والإعلان، كما ورد في الأثر:" فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ، وَالصَّوْتُ فِي النِّكَاحِ"[٢] وإذا كان كذلك في إنشائه فلابد أن يكون كذلك في إنهائه.

يجاب عنه: أن هذا الكلام غير دقيق، فالزواج عقد كغيره من العقود ويشترط له شروط عدة؛ من بينها موافقة الزوجة والولي والشهود، بخلاف الطلاق فهو إرادة فردية من جهة الزوج، فلا يشترط فيه موافقة والزوجة حتى يقع، وكذا لا يشترط له الشهود أو التوثيق حتى يقع، وإنما يقع بمجرد التلفظ بكلمة الطلاق إذا توافرت فيها شروطها.

الترجيح

والراجح في هذه المسألة هو أن الطلاق مادام مستوفياً أركانه وشروطه يقع بمجرد التلفظ به، كما لو طلق الزوج زوجته بينه وبينها، لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ"، ولما طلق أبو عمرو بن حَفص زوجته فاطمة بنت قيس البتة وهو غائب، وأرسل إليها وكيله بشعير، فسَخِطته، فقال: واللَّه ما لكِ علينا من شيء، فجاءت رسولَ اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال لها:" ليس لك عليه نفقة"[٣]، فلم يسألها النبي صلى الله عليه وسلم إن أشهد على طلاقه أو لا، ولو كان ذلك مطلوباً حتى يقع الطلاق لبين صلى الله عليه وسلم ذلك.

ولكن ينبغي له أن يوثق هذا الطلاق سدا للذرائع وحفاظاً على الحقوق المترتبة على الطلاق.

وهذا ما رجحته هيئة كبار العلماء في الأزهر الشريف، حيث قالت: (إن مجلسها خلص بإجماع العلماء على اختلاف مذاهبهم وتخصصاتهم إلى وقوع الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه، والصادر من الزوج عن أهلية وإرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق، وهو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وحتى يوم الناس هذا، دون اشتراط إشهادٍ أو توثيقٍ).

---

(١) الغزالي، المستصفى ٣١٠/١.

(٢) النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، إعلان النكاح بالصوت، وضرب الدف، ح(٥٥٣٧)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، ح(١٠٨٨).

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ١١١٤/٢.

وقالت أيضاً: (يجب على المطلِّق أن يبادر في توثيق هذا الطلاق فوْر وقوعه؛حفاظاً على حقوق المطلقة وأبنائها، وأنه من حقِّ وليِّ الأمر شرعًا أن يَتَّخِذَ ما يلزمُ من إجراءاتٍ لسَنِّ تشريعٍ يَكفُل توقيع عقوبةً تعزيريَّةً رادعةً على مَن امتنع عن التوثيق أو ماطَل فيه؛ لأنَّ في ذلك إضرارًا بالمرأة وبحقوقها الشرعيَّة)[١].

و كذلك رجحته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء حيث نصت على أن: (التلفظُ بالطلاق تترتبُ عليه أحكامهُ الشرعيةُ وإن لم يُكتب أو يُسجل لدى جهة الاختصاص، فمتى نطق به وهو أهلٌ له وقع، وإن لم يُسجل)[٢].

المطلب الثاني: الإشهاد على الطلاق ومدى وقوعه في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

نظم المقنن الكويتي مسائل الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، لكنه لم يذكر صراحة مسألة الإشهاد على الطلاق في مواد القانون، و لم تتعرض لذلك أيضاً المذكرة الإيضاحية. ويبدو أن ما ذكره المقنن في المادة(١٠٢) التي تنص على أنه" يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار، واع لما يقول..." و المادة (١٠٤) التي تنص على أنه" أ-يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً، ولا يقع بلفظ الكتابة إلا بالنية. ب-ويقع بالكتابة عند العجز عن النطق به. ج-ويقع بالإشارة المفهمة عند العجز عن النطق والكتابة."[٣] فيه إشارة واضحة على أنه لا يشترط الإشهاد حين إرادة إيقاع الطلاق؛ لأنه حدد" طرق التعبير عن إرادة الطلاق، هادفة إلى جعل طريق التعبير واضحاً لا شك فيه...فقررت الفقرة(أ) أن الطريق الأصلي في اللفظ الصريح في الطلاق الذي تعارفه الناس..."[٤]، وأن الناس لم يتعارفوا الإشهاد على الطلاق من جهة، ثم إنه عند عدم النص على مسألة ما تتعلق بالأحوال الشخصية فإن المقنن الكويتي نص في المادة(٣٤٣)بأنه "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب"[٥]. والمذهب المالكي مع جمهور الفقهاء الذين يجيزون وقوع الطلاق من غير إشهاد كما بيّنا آنفاً. ولذلك فإن رأي المقنن الكويتي يتفق مع المذاهب الفقهية الأربعة في هذه المسألة، فلا يشترط الإشهاد حين إرادة إيقاع والطلاق، فيقع الطلاق من لحظة التلفظ به مادام مستوفياً أركانه وشروطه، ولو لم يكن هناك شهود أو قاضٍ يسمع تلفظ الزوج بالطلاق.

---

(١) www.alarabian.net، تاريخ الإفادة ٢٠١٨/١/٧.

(٢) www.youn7.com، تاريخ الإفادة ٢٠١٨/١/٧.

(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، قانون الأحوال الشخصية،.ط٢٠١٥/١٠م، ص٣٦.

(٤) المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً من ١٩٧٣/١٠/١ حتى٢٠١١/١٢/٣١م، المجلد الأول، الأحوال الشخصية، ط، وزارة العدل،٢٠١٥م،ص١٥١.

(٥) مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، قانون الأحوال الشخصية،.ط٢٠١٥/١٠م، ص٣٢٤.

الخاتمة

تمخض البحث عن جملة من النتائج يمكن إجمالها في ما يأتي:

١- وقوع الطلاق الشفوي بمجرد التلفظ به، مادام مستوفياً أركانه وشروطه ، وأن الأمور الشكلية الخارجة عنه؛ كحضور الشهود، أو التسجيل، أو التلفظ به أمام القاضي أو من ينيبه، لا تؤثر في عدم إيقاعه؛ فالطلاق صحيح وواقع ولو لم يحضره شهود أو يسمعه قاضٍ في مجلس القضاء؛ لأن الإشهاد من الأمور الخارجة عن ماهية الطلاق، والطلاق لا يحتاج إلى بيّنة لإثباته؛ لأن الإنسان يستعمل حقه في إنشائه. وهذا ما عليه جمهور أهل العلم من المذاهب الفقهية الأربعة وجمهور المعاصرين.

٢- إن ما ذهب إليه بعض المعاصرين من عدم إيقاع الطلاق الشفوي إلا بحضور الشهود مرجوح لأسباب عدة بُيّنت في موضوع البحث، ويمكن التأكيد هنا على سببين؛ أحدهما: أدلتهم التي استدلوا بها لا ترقى لمستوى الأدلة الصريحة التي توقع الطلاق الشفوي من جهة، ثم قياسهم هذه المسألة على مسألة الشكلية في الزواج هو قياس مع الفارق من جهة أخرى. وثانيهما: الاعتماد على المصلحة وكونها تقتضي ضرورة الإشهاد، من أجل تضييق دائرة الطلاق، فهذه مصلحة ملغاة؛ لأنها تصادم نصوصاً صريحة في اعتبار وقوع الطلاق بمجرد التلفظ به.

٣- اتجاه المقنن الكويتي في قانون الأحوال الشخصية يوافق المذاهب الفقهية الأربعة، في إيقاع الطلاق الشفوي مادام مستوفياً أركانه وشروطه، بمجرد التلفظ به ولو لم يحضره شهود.

المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم وعلومه:

١- أحكام القرآن، الجصاص، (بيروت: دار الفكر).

٢- تفسير التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد الطاهر بن عاشور،(تونس: الدار التونسية للنشر، د.ت)

ثانياً: الحديث الشريف وعلومه:

١- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين بن نوح الألباني، (دمشق: المكتب الإسلامي)، ط,١

٢- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ليوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، (المغرب: وازارة الشؤون الإسلامية).

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني الصنعاني، (الرياض: مطبوعات جامعة الإمام).

٤- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٨/١٩٦٨)، ط,٢

٥- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٤/٢٠٠٣)، ط,١

٦- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، (الهند: مطبعة دار المعارف، ١٣٥٣-١٩٣٣).

٧- سنن ابن ماجة، لمحمد بن ماجة القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (استانبول: المكتبة الإسلامية).

٨- سنن النسائي، لأبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، (الرياض: دار السلام،١٤٢٠/ ١٩٩٩)، ط,١

٩- صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري،(الرياض: مكتبة الرشد،١٤٢٧/٢٠٠٦)، ط,٢

١٠- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (الرياض: دار السلام، ١٤١٩/١٩٩٨)، ط,١

١١- المستدرك على الصحيحين في الحديث، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، (بيروت: دار الكتاب العربي).

١٢- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لعلي بن (سلطان) محمد الهروي القاري، (بيروت: دار الفكر).

١٣- فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، لمحمد بن صالح العثيمين، (دمشق: المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع).

١٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، (بيروت: دار القلم).

ثالثاً: أصول الفقه:

١- شرح الكوكب المنير، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، (الرياض: مكتبة العبيكان).

٢- المستصفى، لأبي حامد محمد الغزالي،(١٣٥٦-١٩٣٢)، ط١.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي:

المذهب الحنفي:

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، (بيروت: دار المعرفة)، ط,٢

٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، (مصر: مطبعة الإمام).

٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن السيد عمر عابدين،(بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦/١٩٦٦)، ط,٢

٤- شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، (بيروت: دار إحياء التراث).

٥- المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، (بيروت: دار المعرفة،١٤٠٦/١٩٨٦).

المذهب المالكي:

١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي، (مصر: دار الفكر).

المذهب الشافعي:

١- الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣/١٩٨٣)، ط٢.

٢- حاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، (بيروت: دار الفكر).

٣- حاشيتا االقليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلى لمنهاج الطالبين للنووي، الحاشية لشهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، (مصر: دار إحياء الكتب العربي).

٤- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب، (دمشق: المكتبة الإسلامية).

المذهب الحنبلي:

١- الفتاوى الكبرى، لأحمد بن عبد الحليم الحراني الدمشقي الحنبلي، (بيروت: دار الكتب العلمية).

٢- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (مكة: مطبعة الحكومة، ١٣٩٤/١٩٧٤).

٣- مجموع الفتاوى، لأحمد بن عبد الحليم الحراني الدمشقي الحنبلي، مجموع الفتاوى، (الرياض: مطابع الرياض)، ط١.

٤- المغني على مختصر الخرقي،لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ضبط عبد السلام محمد شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية،١٤١٤-١٩٩٤)، ط١.

المذهب الظاهري:

١- المحلي، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد محمد شاكر، (القاهرة: دار التراث).

خامساً: كتب اللغة:

١- تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، (بيروت: دار الهداية).

٢- القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٦- ١٩٨٦)، ط,١

٣- لسان العرب، لجمال الدين محمد بن مكر بن منظور الأفريقي المصري، (بيروت: دار صادر).

٤- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، (بيروت: دار القلم).

سادساً: كتب حديثة:

١- فقه الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة (بيروت: دار الفكر).

٢- الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بدران أبو العينين، (بيروت: دار النهضة العربية).

٣- قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة، محمد الغزلي، (القاهرة: دار التراث).

٤- نظام الأسرة وحل مشكلاتها، عبد الرحمن الصابوني، (بيروت: دار الفكر).

٤- نظام الطلاق في الإسلام، أحمد محمد شاكر، (مصر: دار التراث).

سابعاً: مواقع على الشابكة (الانترنت)

١- www.alarabian.net

٢- www.youn7.com