# تطور شرط العصمة في القانون والاجتهاد القضائي الأردني

*زياد صبحي علي نياب**

## ملخص

تهتم هذه الدراسة بالجانب القانوني لشرط العصمة وتطوره في التشريعات الأردنية الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية منذ نشوء المملكة الأردنية الهاشمية، وبالاجتهاد القضائي في تطبيقه للنصوص القانونية، وتطور هذا الاجتهاد، وبينت إفادة قانون الأحوال الشخصية الجديد من هذه الاجتهادات فتلافى بها عيوب القوانين السابقة.

**الكلمات الدالة:** المشارطات، شرط، العصمة، القانون، الاجتهاد، القضاء.

**المقدمة**

الحمد لله الحكم العدل، الذي أمرنا أن نحكم بالقسط، ونهانا عن الظلم، والصلاة والسلام على قاضي المسلمين الأول، الذي حكم فعدل، وقضى فأنصف، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على هديه إلى يوم الدين. وبعد

لقد وجد شرط العصمة في جميع التشريعات الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية في المملكة الأردنية الهاشمية منذ صدور أول قانون بذلك، وبقي موجودا في جميع القوانين الأحوال الشخصية اللاحقة، وقد اختلفت أحكامه من قانون لآخر، كما أن القضاء الشرعي في تطبيقه لشرط العصمة كانت له اجتهادات متميزة، وهذه الاجتهادات قد تطورت ولم تبق ثابتة، وكان لها أثر واضح في إفادة قانون الأحوال الشخصية الجديد منها.

**أهمية البحث**

تكمن أهمية البحث في شرط العصمة بالنقاط التالية: 1- الوقوف عل أهمية الاجتهاد القضائي في تلافي عيوب القوانين المعمول بها سابقا. 2- حاجة القضاة والمحامين لمعرفة الاجتهادات القضائية لشرط العصمة التي تفيدهم في عملهم.

**مشكلة الدراسة**

تتلخص مشكلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة التالية:

1- كيف تطور شرط العصمة في القوانين الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية المتعاقبة ؟

2- ما التكييف الفقهي لشرط العصمة الذي أخذ به القانون ؟

3- ما المذاهب الفقهية التي استمد قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 أحكام شرط العصمة منها ؟

4- ما الاجتهادات القضائية التي قررها القضاء الشرعي الأردني في أثناء تطبيقه شرط العصمة ؟

**أهداف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

1- ما التأصيل الفقهي لأحكام شرط العصمة ؟

2- كيف تم تطبيق أحكام شرط العصمة في القضاء الشرعي الأردني؟

**الدراسات السابقة:**

لا توجد دراسات علمية بحثت في تطور شرط العصمة في التشريعات الأردنية الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية، ولا توجد أبحاث علمية في موضوع الاجتهاد القضائي في شرط العصمة، وإن الذي يوجد هو تجميع لقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية تتضمن قراراتها واجتهاداتها في موضوع شرط العصمة، وتوجد كتب بحثت في الشروط المقترنة بعقد الزواج ومنها شرط

* رئيس وزارة العدل، الاردن. تاريخ استلام البحث 2017/8/22، وتاريخ قبوله 2019/5/22.

 © 2019 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

العصمة وأهم هذه الكتب ما يلي:

1- المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية ( من سنة 1951 -1973) إعداد محمد حمزة العربي، ذكر فيه المبادئ القضائية المستخلصة من القرارات الاستئنافية المتعلقة بالشروط في عقد النكاح ومنها شرط العصمة في الصفحات من 183 إلى 185

2- المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية ( من تاريخ 1/7/ 1973 - 30/6/ 1983) اعداد محمد حمزة العربي، ذكر فيه المبادئ القضائية المستخلصة من القرارات الاستئنافية المتعلقة بالشروط في عقد النكاح ومنها شرط العصمة في الصفحات من 206 إلى 207

3- القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام 1990 / جمع وترتيب الشيخ عبد الفتاح عمرو، اختصر فيه قرارات محكمة الاستئناف الشرعية حتى عام 1990 وذكر مختصرا للقرارات التي تتعلق بفسخ عقد الزواج ومنها قرارات فسخ عقد الزواج لشرط العصمة من صفحة 94 إلى 110

4- القرارات القضائية في الأحوال الشخصية / أحمد محمد علي داود، أورد فيه قرارات محكمة الاستئناف باختصار طفيف، وجمع القرارات الاستئنافية المتعلقة بفسخ عقد الزواج للشرط، ومنها فسخ عقد الزواج لشرط العصمة من صفحة 365 إلى 381

إن الدراسات السابقة لا تعدو أن تكون تجميع لقرارات محاكم الاستئناف، وجاءت هذه الدراسة لتبين التطور التشريعي لشرط العصمة، وتطور الاجتهاد القضائي تبعا لذلك، وأثر الاجتهاد القضائي في تطوير النص القانوني،

5- التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط،/ د. علي محمود علي قاسم، بحث فيه الشروط المقترنة بعقد الزواج والأثار التي تترتب على عدم الوفاء بها، وبحث في شرط العصمة من صفحة 82- 89

6- الشروط في النكاح / د. صالح بن قاسم السدلان بحث فيه أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثر كل نوع على عقد النكاح، وبحث حكم شرط العصمة من صفحة 166-169

وإن هاتين الدراستين لا علاقة لهما بتطور شرط العصمة في القانون والاجتهاد القضائي الأردني وقد بحثتا أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، و هذه الدراسة تبحث في التطور القانوني الذي جرى على شرط العصمة منذ نشوء الملكة الأردنية الهاشمية حتى تاريخ صدور آخر قانون في الأحوال الشخصية، كما تبحث في تطور الاجتهاد القضائي في تطبيقه لأحكام القانون المتعلقة بشرط العصمة

**منهج البحث**

اعتمد الباحث في دراسته على المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع أراء الفقهاء في مسائل الدراسة من مصادرها المعتمدة، وتتبع الاجتهادات القضائية من قرارات محكمة الاستئناف الشرعية، وعلى المنهج التحليلي النقدي وذلك ببيان الثغرات والعيوب التي شابت التشريعات والقوانين الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية والاجتهادات القضائية التي صدرت عن محكمة الاستئناف باعتبارها أعلى مرجع في القضاء الشرعي عند إصدار قراراتها

**خطة الدراسة:**

جاءت خطة الدراسة على النحو التالي:

الملخص

المقدمة

المبحث الأول: تطور شرط العصمة في القانون الأردني وتأصيله فقهيا

المطلب الأول: شرط العصمة: مفهومه وتطوره في القانون الأردني

الفرع الأول: مفهوم شرط العصمة

الفرع الثاني: لمحة تاريخية عن تطور القوانين الناظمة للأحوال الشخصية في المملكة الأردنية الهاشمية.

الفرع الثاث: شرط العصمة في قانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 لسنة 1947 وقانون حقوق العائلة الأردني رقم 92 لسنة 1951.

الفرع الرابع: شرط العصمة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010

**المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لأحكام شرط العصمة في قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010**

الفرع الأول: التأصيل الفقهي لتكييف شرط العصمة، وحكمه، وأثره على عقد الزواج، ونوع الفرقة التي تقع باستعماله.

الفرع الثاني : التأصيل الفقهي لوقت وقوع الطلاق باستعمال شرط العصمة ومكان وقوعه.

**المبحث الثاني: شرط العصمة في اجتهاد القضاء الشرعي الأردني**

**المطلب الأول: تطور الاجتهاد القضائي في التكييف الفقهي لشرط العصمة وأثر ذلك على نوع الفرقة**

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في التكييف الفقهي لشرط العصمة.

الفرع الثاني: تطور الاجتهاد القضائي في نوع الفرقة التي تملكها الزوجة.

**المطلب الثاني: تطور الاجتهاد القضائي في الوقت الذي تملك المرأة تطليق نفسها فيه**

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في شرط العصمة المطلق عن الوقت

الفرع الثاني : تطور الاجتهاد القضائي في شرط العصمة المقترن بوقت

**المطلب الثالث : تطور الاجتهاد القضائي في نوع الطلاق وعدد الطلقات التي تملك المرأة إيقاعها على نفسها**

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في نوع الطلاق الذي توقعه الزوجة على نفسها

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في عدد الطلقات التي تملك المرأة إيقاعها على نفسها

**المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي في شرط العصمة المعلق على شرط**

**المطلب الخامس، كيفية إيقاع المرأة الطلاق على نفسها، وشرط استعماله**

الفرع الأول: كيفية إيقاع المرأة الطلاق على نفسها

الفرع الثاني: شرط استعمل شرط العصمة

**المبحث الأول: تطور شرط العصمة في القانون الأردني وتأصيله فقهيا**

**المطلب الأول: شرط العصمة: مفهومه وتطوره في القانون الأردني**

إن البحث في موضوع تطور شرط العصمة في القانون الأردني يقتضي منا الوقوف على مفهوم مصطلح شرط العصمة أولا، ثم نبين القوانين الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية الصادرة في المملكة الأردنية الهاشمية التي أثبتت أحكام شرط العصمة.

**الفرع الأول: مفهوم شرط العصمة**

شرط العصمة مركب اضافي مكون من مضاف ومضاف إليه، حتى نقف على مفهوم هذا المصطلح، لابد من الوقوف على مفهوم أجزائه.

**أولا: مفهوم الشرط**

**1- مفهوم الشرط لغة**

الشرط بفتح الشين وسكون الراء مصدر شرط يشرط شرطا، ويجمع على شروط [1]،ويطلق على إلزام الشيء والتزامه [2] والشريطة بمعنى الشرط وتجمع على شرائط[3] )، والأصل في معناها العلامة، ومنه قوله تعالى: (فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً ۖ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ۚ فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ) (محمد:18)، يقول ابن فارس: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة[4]

**2- مفهوم الشرط اصطلاحا**

أ- عرف البيضاوي الشرط بقوله: ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده [5]

ب- وعرفه بعض الفقهاء [6] بأنه: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

**ثانيا: مفهوم العصمة**

**1- مفهوم العصمة لغة**

العصمة اسم من عصم يعصم عصما،[7] والأصل في معناها المنع،([8] )،ومنه قول الله تعالى (وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنْ النَّاسِ إِنَّ اللَّه لا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ) [المائدة:67] أي يمنعك من إيذاء الناس لك،وقال الزجاج: أصل العصمة الحبل، وكل ما أمسك شيئا فقد عصمه،[9] وعصمة النكاح يقصد بها عقد النكاح،ومنه قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۖ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۖ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ۖ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۖ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ۚ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ ۖ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ)، [الممتحنه:10] والعصم جمع عصمة قال ابن عرفة أي بعقد نكاحهن، يقال بيده عصمة النكاح، أي عقدته ([10] )

**2- مفهوم العصمة اصطلاحا**

عرف أكثر المفسرين العصمة بأنها: ما يعتصم به من عقد وسبب[11]

وعرف الفخر الرازي العصمة بأنها: ما يعتصم به من عهد وغيره [12]

أما ابن عطية فقد عرفها بقوله: العصمة في كل شيء السبب الذي يعتصم به ويعتمد عليه[13]

**ثالثا: مفهوم شرط العصمة**

لم أجد من خلال البحث – في حدود ما اطلعت عليه – من أتى بتعريف لشرط العصمة ولهذا أجد من المفروض علي أن أضع تعريفا له فأقول:

يقصد بشرط العصمة: تقييد المرأة ايجابها في عقد الزواج بأن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها أو ما في معناه وقبول الزوج بذلك

**شرح التعريف**

**تقييد:** شرط العصمة عبارة عن قيد لمطلق العقد،

**المرأة:** بيان للشخص الذي له حق وضع هذا القيد، وقلت المرأة ولم أقل الزوجة ؛ لأنها عند اشتراطها لشرط العصمة لا تكون زوجة ؛ لأن العقد لم يتم عند ايجابها.

**إيجابها:** بيان لموضع القيد وهو الايجاب، ونسب الايجاب للمرأة، حتى تكون هي البادئة بالعقد، إذ لا يكون للشرط قيمة لو بدأ الزوج بالإيجاب، واشترطت المرأة شرطها بالقبول.

**في عقد الزواج:** بيان للعقد الذي يشترط به شرط العصمة،

**بأن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها:** بيان لحقيقة هذا الشرط وموضوعة

**أو ما في معناه:** بيان أن صيغة الشرط غير مقيدة بصيغة عصمتها بيدها، فيصح مثلا أن يكون بصيغة أن يكون أمرها بيدها، **وقبول الزوج بذلك:** بيان أنه يشترط لصحة هذا الشرط أن يقبل به الزوج، وقلت الزوج ولم أقل الرجل أو الخاطب ؛ لأن شرط العصمة في حقيقته هو تفويض بالطلاق – كما سيتضح لاحقا – والتفويض بالطلاق لا يكون إلا ممن يملك الطلاق وهو الزوج، وعندما يكون القبول من الزوج يكون التفويض بالطلاق قد تم بعد تمام العقد، وأصبح العاقد زوجا.

**الفرع الثاني: لمحة تاريخية عن تطور القوانين الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية في المملكة الأردنية الهاشمية**

لقد صدر أول قانون أردني متخصص في مسائل الأحوال الشخصية سنة 1947وهو قانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 لسنة 1947ونشر في الجريدة الرسمية في عددها رقم 915 بتاريخ 8/2 / 1947، وكان القضاء الأردني قبل صدور هذا القانون يطبق قانون حقوق العائلة العثماني، وقد استمر العمل بقانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 حتى تم إلغاء العمل به عند صدور قانون حقوق العائلة رقم 92 لسنة 51 19، الذي نشر في الجريدة الرسمية في عددها رقم 1081الصادر بتاريخ 8/16/ 1951 وبقي العمل بهذا القانون حتى ألغي العمل به بتاريخ 1/ 12 / 1976 وهو تاريخ بدء العمل بقانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم 61 لسنة 1976، الذي صدر و تم نشره في الجريدة الرسمية في عددها رقم 2668 الصادر بتاريخ1976/12/1 بصفته قانونا مؤقتا، وبقي هذا القانون مؤقتا حتى أقره مجلس الأمة كما هو وأصبح قانونا دائما، وتم نشره في الجريدة الرسمية في عددها رقم 4149 الصادر بتاريخ 16 /9 / 1996، واستمر العمل بهذا القانون حتى تم إلغاء العمل به عام 2010، حيث صدر قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم 36 لسنة 2010،الذي نشر في الجريدة الرسمية في عددها رقم 5061الصادر بتاريخ 17/ 10/ 2010 وأصبح واجب العمل به بمرور ثلاثين يوما على تاريخ نشره بتاريخ 2010/11/16.

ومنذ أن تم تقنين الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية في الدولة الأردنية في قانون حقوق العائلة الأردني فقد تم تقنين شرط العصمة، وبقي شرط العصمة منصوصا عليه في قانون الأحوال الشخصية السابق والمعمول به حاليا، وهذا يقتضي منا دراسة شرط العصمة في هذه القوانين حتى نلاحظ التطور الذي جرى عليه.

**الفرع الثالث: شرط العصمة في قانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 لسنة 1947 وقانون حقوق العائلة الأردني رقم 92 لسنة 1951**

لقد نص قانون حقوق العائلة الأردني الأول رقم 26 لسنة 1947على حق المرأة في أن تشترط في عقد زواجها أن تكون عصمتها بيدها فنصت المادة 19منه على ما يلي:

(إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين وجبت مراعاته كأن يشترط **أن تكون عقدة النكاح بيدها** أو أن لا يخرجها من

البلد الذي جرى فيه العقد والدخول، أو أن لا يتزوج عليها، على أنه يشترط أن يكون ذلك مسجلا في وثيقة العقد، وإلا فسخ النكاح إذا طلبت هي ذلك). ونلاحظ على هذه المادة ما يلي:

1- عبر القانون عن شرط العصمة بعبارة **أن تكون عقدة النكاح بيدها**، واعتبره شرطا صحيحا.

2- أجاز القانون لكل واحد من الزوجين حق اشتراط الشروط التي يراها مناسبة في عقد الزواج

3- لا قيمة لشرط العصمة إذا لم يكن مسجلا في وثيقة عقد الزواج،

4- ذكر قانون حقوق العائلة أن الفرقة التي تقع عند مخالفة الزوج للشرط هي فسخ عقد النكاح وأُلغي هذا القانون بصدور قانون حقوق العائلة الأردني 92 لسنة 1951 الذي نص على حق المرأة في اشتراط أن تكون عصمتها بيدها، واعتبره المشرع من الشروط الصحيحة في عقد الزواج، فقد نصت المادة 21 منه على ما يلي:

( إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين وجبت مراعاته،كأن تشترط **أن عقدة النكاح بيدها**، أو أن لا يخرجها من البلد الذي اتفق على إقامتها فيه، أو أن لا يتزوج عليها، على انه يشترط أن يكون ذلك الشرط عند الإنكار مسجلا في وثيقة العقد، فإذا خالف الشرط يفسخ النكاح بطلب الزوجة ذلك )

ونلاحظ أن قانون حقوق العائلة الأردني رقم 92 لسنة 1951 أتفق مع قانون حقوق العائلة الأردني رقم 26 لسنة 1947 في معظم الأحكام الخاصة بالشروط المقترنة بعقد الزواج واختلف عنه في حكم واحد

**أوجه الاتفاق بين القانونين:**

1- عبر القانونان عن شرط العصمة بعبارة أن تشترط الزوجة أن تكون عقدة النكاح بيدها، 2- يعتبر شرط العصمة شرطا صحيحا في القانونين 3- اتفق القانونان على أن الفرقة التي تقع عند مخالفة الزوج للشرط هي فسخ عقد النكاح 4- لا يثبت شرط العصمة بالبينة مهما كان نوعها عند إنكار الزوج للشرط إذا لم يكن مسجلا في وثيقة عقد الزواج في كل واحد من القانونين

**وجه الاختلاف بين القانونين**

يثبت شرط العصمة بإقرار الزوج إذا لم يكن مسجلا بوثيقة عقد الزواج في قانون حقوق العائلة رقم 92 لسنة1951، ولا يثبت بالإقرار في قانون حقوق العائلة رقم26 لسنة1947 بل لا بد أن يكون مسجلا في وثيقة الزواج

**الفرع الرابع : شرط العصمة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010**

لم يغفل قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 عن النص على شرط العصمة، فقد نص في المادة 19منه و في البند الأول منها على ما يلي:

(إذا شرط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم به بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته وفقا لما يلي:

1- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو **أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت**، أو أن يسكنها في بلد معين، كان الشرط صحيحا وملزما فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها المالية،) ونلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 قد وضح أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج التي كانت مجملة في قانون حقوق العائلة، وقد نص على شرط العصمة بعبارة مختلفة عن العبارة الواردة في قانوني حقوق العائلة السبقين له، فقد عبر عنه بعبارة ( أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت )، ومن خلال النص السابق الذي خصصه القانون للشروط الصحيحة التي يحق للمرأة أن تشترطها يمكن أن نستخلص الأحكام التالية المتعلقة بشرط العصمة فيه :

1- إن قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 قد اعتبر اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت من الشروط الصحيحة في عقد الزواج.

2- اشترط القانون أن يكون شرط العصمة مسجلا في عقد الزواج، ومقتضى ذلك أن شرط العصمة إذا لم يكن مسجلا في وثيقة العقد فلا يعتبر، ولا يقبل إثباته بالبينة مهما كان نوعها، كما لا يثبت بإقرار الزوج.

3- أعطى القانون الحق للزوجة بأن تطلب فسخ عقد الزواج إذا لم يف الزوج بشروطها.

4- بين القانون حقوق المرأة التي يفسخ عقد زواجها بسبب عدم وفاء زوجها بشرطها بأن لها مطالبته بجميع حقوقها الزوجية.

وقد بينت الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية الدوافع التي جعلتها تنص على تقنين أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج

وبينت أن المذهب الحنبلي هو المذهب الفقهي الذي استندت إليه في أخذها لأحكام هذه الشروط، فقد نصت الأسباب الموجبة على ما يلي:

( وقد يرغب أحد الزوجين عند عقد الزواج أن يشترط على الآخر شرطا يرى فيه مصلحته وانتظام حياته الزوجية.....

ولا منافيا لمقاصد الزواج، وكان المذهب الحنفي لا يرى الالتزام بمثل هذا الشرط في العقد، ولكن وجد أن المذهب الحنبلي يوجب الالتزام بهذا الشرط، فرؤي من المصلحة الأخذ بالمذهب الحنبلي ووضعت المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية عل هذا الأساس)[14].

والحق أن ما جاء في الأسباب الموجبة ليس دقيقا كل الدقة، فليست المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية المذكور بجميع أمثلتها مأخوذة من المذهب الحنبلي، صحيح أن المذهب الحنبلي من أكثر المذاهب الفقهية تصحيحا للشروط، ولكنه رغم ذلك لم ينص صراحة في مصادره وكتبه على صحة شرط العصمة ( [15] )، ولهذا وجدنا الباحثين المعاصرين يختلفون في موقف المذهب الحنبلي من شرط العصمة، فيذهب الدكتور السدلان([16] ) إلى أن اشتراط المرأة على زوجها أن تطلق نفسها من الشروط الباطلة التي تخالف مقتضى العقد، والشروط التي تخالف مقتضى العقد تعدّ شروطا فاسدة في المذهب الحنبلي [17]، والشروط الفاسدة عندهم نوعان: شروط يبطل بها النكاح وهي محصورة في أربعة أشياء، نكاح الشغار، ونكاح المتعة، ونكاح التحليل و وشرط نفي الحل، أما غيرها من الشروط التي تنافي مقتضى العقد فهي شروط فاسدة يصح معها العقد ويبطل الشرط، وبناء على هذا الرأي يكون موقف المذهب الحنبلي من اشتراط المرأة أن تكون عصمتها بيدها أنه يعتبر من الشروط الفاسدة التي تبطل ويصح معها النكاح، بينما يرى الدكتور علي محمد قاسم[18] أن قواعد الفقه الحنبلي تقتضي صحة شرط العصمة، وأنه شرط لا يخالف مقتضى العقد، ولعدم وضوح موقف المذهب الحنبلي من هذا الشرط فقد لجأ الاجتهاد القضائي الشرعي في تطبيقه لشرط العصمة إلى المذهب الحنفي، وأخذ أحكام هذا الشرط منه، في توضيح مبهمة، وتفصيل مجمله ؛ لأنه هو المذهب الذي نص صراحة على ترتب أثار على اشتراط المرأة في عقد زواجها أن يكون أمرها بيدها، واعتبر شرط العصمة نوع تفويض بالطلاق [19]، ولهذا يمكن القول أن المصدر الفقهي لشرط العصمة هو المذهب الحنفي وليس المذهب الحنبلي، فكان حريا بالقانون أن يفرد شرط العصمة بمادة مستقلة ؛ لأن وجوده في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية جاء نشازا؛ لأن أحكامه تختلف عن أحكام باقي الشروط، ومصدره الفقهي غير مصدر باقي الشروط، وبناء على ذلك لم تكن المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية المكان المناسب لشرط العصمة لسببين:

1- إن المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية أعطت المرأة حق فسخ عقد الزواج إذا لم يف الزوج به، ولا يتصور عدم وفاء الزوج بشرط العصمة ؛ لأن المرأة تصبح مالكة لأمرها بمجرد موافقة الزوج على هذا الشرط، وتستطيع تطليق نفسها، ولكنها لا تستطيع فسخ العقد، لأن فسخ العقد يكون عند عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يتصور عدم وفاء الزوج بشرط العصمة، وبهذا يكون ذكر شرط العصمة في المادة نوعا من العبث ؛ لأن أحكام المادة لا يمكن تطبيقها عليه.

2- إن الشروط المذكورة كأمثلة على الشروط الصحيحة باستثناء شرط العصمة يصدق عليها أن مصدرها الفقهي هو المذهب الحنبلي، ولكن لا يمكن القول أن المصدر الفقهي لشرط العصمة هو المذهب الحنبلي

**مقارنة بين قانون حقوق العائلة الأردني رقم 92 لسنة1951 وقانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 بخصوص شرط العصمة**

1- اتفق القانونان على اعتبار شرط العصمة شرطا صحيحا من الشروط المقترنة بالعقد،

2- اتفق القانونان على أن الفرقة لعدم الوفاء بالشرط تعدّ فسخا للعقد.

3- عبر قانون حقوق العائلة الأردني عن شرط العصمة بعبارة أن تشترط المرأة أن تكون عقدة النكاح بيدها، بينما عبر قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 عن شرط العصمة بعبارة أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت.

4- يثبت شرط العصمة وفق أحكام قانون حقوق العائلة الأردني بإقرار الزوج به ولو لم يسجل في وثيقة عقد الزواج، ولا قيمة لشرط العصمة إذا لم يكن مسجلا في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976، ومقتضى ذلك أن شرط العصمة إذا لم يسجل في عقد الزواج فلا أثر لإقرار الزوج بالشرط.

5- بين قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976ما تستحقه الزوجة التي فسخ عقد زواجها لعدم وفاء الزوج بالشرط، ولم يبين ذلك قانون حقوق العائلة الأردني.

**ثم** صدر قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 الذي يعتبر بحق نقلة نوعية في الأحكام التي قررها، وكان

موفقا كل التوفيق فيما قرره من أحكام تتعلق بشرط العصمة، وأزال الاضطراب في تطبيقه، ووضح السبيل الذي على المرأة أن تسلكه في التفريق بينها وبين زوجها، وقد أورد القانون أحكام شرط العصمة في الفصل الرابع الذي أسماه الاشتراط في عقد الزواج، فقد نصت المادة 37 منه على ما يلي:

(إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقاً لما يلي:

1- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو أن لا يمنعها من العمل خارج البيت، **أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها**، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقه

2- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا يمس حق غيره، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعملهو فيه، كان الشرط صحيحاً وملزماً، فإذا لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وسقط مهرها المؤجل و نفقة عدتها

3- إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقاطع أحد والديه، كان الشرط باطلًا والعقد صحيحاً )

ونصت المادة38 منه على ما يلي:

أ- ينبغي أن تكون عبارة الشرط واضحة مشتملة على تصرف يلتزم به المشروط عليه ليترتب على عدم الوفاء به أحكامه وآثاره.

ب- يستثنى **شرط العصمة** من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج، ويكون بمثابة التفويض بالطلاق، وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد، وتوقعه الزوجة بعبارتها أمام القاضي ويكون الطلاق به بائنا ومن دراسة المادتين السابقتين نلاحظ ما يلي:

1- إن قانون الأحوال الشخصية قد نص على مصطلح شرط العصمة خلافا لقانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابق، وعبر عنه بعبارة أن تكون عصمة الطلاق بيدها. 2- لقد نص قانون الأحوال الشخصية الجديد على التكييف الفقهي لشرط العصمة بأنه بمثابة التفويض بالطلاق، ومؤدى ذلك أن تطبق عليه أحكام التفويض بالطلاق، وليس أحكام الشروط المقترة بالعقد، ولم ينص قانوننا حقوق العائلة السابقين وقانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 على التكييف الفقهي له، مما جعل محكمة الاستئناف الشرعية تطبق عليه أحكام الشروط المقترنة بالعقد تارة، وأحكام التفويض بالطلاق تارة أخرى.

3- إن القانون ذكر أحكام شرط العصمة ضمن أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، وهو بذلك قد سار على منهج قوانين حقوق العائلة والأحوال الشخصية السابقة رغم نصه صراحة على أنه بمثابة التفويض، وكان الأولى بالقانون أن ينص عليه في الباب الرابع الذي يبحث في انحلال الزواج، وفي الفصل الأول منه الذي يبحث في أحكام الطلاق، وأن تكون أحكام شرط العصمة في فقرة مستقلة في المادة 85 من القانون التي نصت على أحكام التفويض بالطلاق. 4- إن قانون الأحوال الشخصية رفع الاضطراب الواقع في تطبيق أحكام شرط العصمة في قانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابقين في نوع الفرقة التي يوقعها القاضي، فجاء القانون وحدد الطريق الذي تسلكه المرأة التي اشترطت هذا الشرط للتفريق بينها وبين زوجها بأن توقع الطلاق على نفسها، وبهذا انتهى اجتهاد محكمة الاستئناف وفق قوانين حقوق العائلة و الأحوال الشخصية السابقة بأن للمرأة التي تشترط أن تكون عصمتها بيدها سبيلان للتفريق، فإما أن تطلب فسخ عقد زواجها وفقا لأحكام الشروط المقترنة بالعقد، وإما أن تطلق نفسها.[20]

وقد أحسن قانون الأحوال الشخصية بالمنهج الذي سلكه باعتبار شرط العصمة نوعا من التفويض بالطلاق، ولا تملك المرأة إلا أن تطلق نفسها، وليس لها أن تطلب من القاضي فسخ عقد الزواج لوجود شرط العصمة فيه، وهذا هو المنطق الفقهي والقانوني ؛ لأن حق القاضي بفسخ عقد الزواج إنما يكون عند عدم وفاء المشترط عليه من الزوجين بالشرط، وفي شرط العصمة لا يتصور عدم الوفاء بالشرط.

5- جعل القانون الطلقة التي توقعها الزوجة على نفسها بموجب شرط العصمة طلقة بائنة، ولم يكن قانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابق قد نصا على نوع الطلقة التي توقعها الزوجة على نفسها، وقد أحسن قانون الأحوال الشخصية إذ جعل الطلقة التي توقعها المرأة على نفسها طلقة بائنة ؛ لأنه لا فائدة للمرأة من اشتراطها أن تكون العصمة بيدها إذا كان الطلاق الذي توقعه على نفسها رجعيا ؛ لأن الزوج في الطلاق الرجعي يملك إرجاع زوجته لعصمته دون موافقتها خلال العدة، ولا تملك بعد استعمالها للشرط أن تطلق نفسها مرة أخرى إذا لم يتضمن شرطها ما يفيد التكرار، وقد كان القانون منسجما في ذلك

مع أحكام المادة 85 منه التي جعلت تطليق الزوجة نفسها بموجب تفويض زوجها لها طلاقا بائنا.

**المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لأحكام شرط العصمة في قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010**

لقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 على بعض أحكام شرط العصمة، ونود في هذا المطلب أن نعرف المذهب الفقهي الذي استند إليه في كل حكم من هذه الأحكام،

**الفرع الأول: التأصيل الفقهي لتكييف شرط العصمة وحكمه ونوع الفرقة التي تقع باستعماله**

**أولا: التأصيل الفقهي لتكييف شرط العصمة** اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي لشرط العصمة على مذهبين:

الأول: ذهب الحنفية [21] إلى أن شرط العصمة وإن اتخذ شكل الشرط إلا أنه في حقيقته من قبيل تفويض الزوجة بالطلاق، وتسري عليه أحكام التفويض.

الثاني: ذهب المالكية [22] والشافعية [23] إلى أن شرط العصمه هو من قبيل الشروط المقترنه بالعقد، وتنطبق عليه أحكامها من حيث الصحة والفساد، ومن حيث تأثيره على عقد الزواج والمهر وسبب الخلاف بين الفقهاء في تكييف شرط العصمه يرجع إلى الزاوية التي نظر من خلالها لشرط العصمة، فمن نظر إلى حقيقة شرط العصمة وواقعه أعتبره تفويضا بالطلاق، والتفويض بالطلاق جائزعند هم [24]، ومن نظر إلى شكله اعتبره شرطا مقترنا بالعقد، وحين طبق ضوابطه في الشروط الصحيحة وغير الصحيحة وجد أنه يندرج ضمن الشروط غير الصحيحة الذي يبدو لي أن تكييف شرط العصمه بأنه تفويض بالطلاق يتخذ شكل الشرط هو التكييف الصحيح، ذلك أن حقيقته تفويض بالطلاق بعد تمام الزواج، وبناء على هذا التفويض تملك المرأة ايقاع الطلاق على نفسها.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية صراحة على أن شرط العصمة يعتبرتفويضا بالطلاق، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة 38 منه على ما يلي: ( يستثنى شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج ويكون بمثابة التفويض بالطلاق)، وبهذا يكون القانون قد أخذ بمذهب الحنفية، فينبغي أن تسري على شرط العصمة أحكام التفويض بالطلاق، ولا يجوز إجراء أحكام الشروط المقترنة بالعقد عليه.

**ثانيا: التأصيل الفقهي لحكم شرط العصمة وأثره على عقد الزواج**

لقد اختلف الفقهاء في حكم شرط العصمة وأثر وجوده على عقد الزواج على مذهبيين: الأول: ذهب الحنفية [25] إلى صحة شرط العصمة، وتملك به الزوجة حق تطليق نفسها، وذلك باعتبار شرط العصمة نوع تفويض بالطلاق يتخذ شكل الشرط، ولا تنطبق عليه أحكام الشروط المقترنة بالعقد. واستدلوا على صحة التفويض بقول الله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا، وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا)(الأحزاب: 28و29) وجه الاستدلال: إن سبب نزول هذه الآية أن نساء النبي طلبن منه النفقة ما لا يطيق، فنزلت الايات الكريمة تطلب من الرسول أن يخير نساءه بين ارادة الحياة الدنيا وزينتها وبين أرادة الله ورسوله، وإن اختيار الحياة الدنيا يوجب المتعة، والمتعة لا تجب إلا بعد الطلاق، فدل أن اختيارهن الحياة الدنيا معناه طلاق أنفسهن بهذا الاختيار، وإذا خير الرجل زوجته فمعناه أنه أعطاها حق تطليق نفسها[26]

الثاني : ذهب الملكية[27] والشافعية [28] إلى أن شرط العصمة يعتبر من الشروط المقترنة بالعقد، وهو شرط يناقض مقتضى العقد و مقصوده،والشروط التي تناقض مقتضى العقد ومقصوده تعدّ شروطا باطلة[29]، وتؤثر على عقد الزواج الذي تشترط به، فذهب بعض المالكية[30]، والشافعية [31]، إلى أن العقد يبطل ويفسخ قبل الدخول وبعده، وذهب بعض المالكية [32] إلى أن عقد الزواج يفسخ قبل الدخول ويبقى بعده، وتستحق الزوجة مهر المثل أما المذهب الحنبلي فلم ينص صراحة على حكم شرط العصمة مما جعل الباحثين المعاصرين يختلفون في موقعه من أنواع الشروط الجعلية عندهم، فذهب الدكتور صالح بن غانم السدلان [33] إلى أنه يعتبر من الشروط غير الصحيحة،وذهب الدكتور علي محمد علي قاسم [34] إلى أنه يعتبر شرطا صحيحا،غير أننا نجد أوصاف الشرط الجعلي الصحيح عندهم تنطبق على شرط العصمة، فهو شرط لا يتناقض مع مقتضى العقد ومقصوده، وللمشترط فيه مصلحة وغرض مشروع، وسبب الخلاف بين الفقهاء يرجع إلى اختلافهم في التكييف الفقهي لشرط العصمة، فمن اعتبره تفويضا بالطلاق قال بصحته، ومن اعتبره شرطا مقترنا بالعقد قال بعدم صحته.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 فقد اعتبر شرط العصمة من الشروط الصحيحة،لأنه يتخذ شكل الشرط، فقد نصت الفقرة أ من المادة 37 صراحة على صحته فقد جاء فيها (إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها

به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو أن لا يمنعها من العمل خارج البيت، **أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحاً**، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية)، وأشار إلى إن حقيقته وإن اتخذ شكل الشرط إلا أنه لا يعتبر من الشروط الجعلية، ولا تنطبق عليه أحكام الشروط المقترنة بالعقد كما بينا سابقا

**ثالثا: التأصيل الفقهي لنوع الفرقة التي تقع باستعمال شرط العصمة عند الحنفية**

لما كان قانون الأحوال الشخصية اعتبر شرط العصمة تفويضا بالطلاق، فمقتضى ذلك أن تكون الفرقة الناشئة عن استعماله طلاقا وليست فسخا [35]، ولكن ما هو نوع الطلاق الذي توقعه الزوجة على نفسها، فرق فقهاء الحنفية بين التفويض بصيغة الأمر باليد المطلق كأن تقول المرأة : تزوجتك على أن أمري بيدي ويقبل الزوج بذلك، وبين التفويض بصيغة الأمر باليد المقترن به ذكر الطلاق، كقول المرأة: زوجتك نفسي على أن أمري بيدي في تطليقه، فإذا أوقعت الزوجة الطلاق على نفسها فيقع في الصورة الأولى طلقة بائنة، ويقع في الصورة الثانية طلقة رجعية، يقول الإمام الكاساني: ( وأما الواقع بهذه الألفاظ التي تصلح جوابا فطلاق واحد بائن عندنا إن كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق، بأن قال لها أمرك بيدك ولم ينو الثلاث، أما وقوع الطلقة الواحدة فلأنه ليس في التفويض ما ينبئ عن العدد، وأما كونها بائنة فلأن هذه الألفاظ جواب الكناية والكنايات على أصلنا مبينات، ولأن قوله أمرك بيدك جعل أمرها بيدها فتصير عند اختيار نفسها مالكة نفسها، وإنما تصير مالكة نفسها بالبائن لا بالرجعي، وإن قرن به ذكر الطلاق بأن قال أمرك بيدك في تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة ؛ لأنه فوض إليها الصريح حيث نص عليه، وتبين أنه ما ملكها نفسها وإنما ملكها التطليقة، وخيرها بين الفعل والترك، وعرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما إذا أطلق ؛ لأنه لما أطلق فقد ملكها نفسها ولا تملك نفسها إلا بالبائن)[36]، وذكر الكاساني اختلاف فقهاء الصحابة في اختيار المرأة نفسها إذا خيرها زوجها وهذا التخيير نوع من أنواع التفويض فقال: ( ولو اختارت نفسها قال بعضهم هي واحدة بائنة، وهو إحدى الروايتين عن علي، وقال بعضهم هي واحدة رجعية، وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه إذا اختارت نفسها فهو ثلاث ) وقد رجح الإمام الكاساني القول الأول[37].

ولا شك أن اعتبار الطلقة التي توقعها المرأة على نفسها بموجب شرط العصمة طلقة بائنة، يحقق قصد المرأة من اشتراطها لهذا الشرط، لأن اعتبارها طلقة رجعية يجيز لزوجها ارجاعها خلال العدة، فلا تتحقق الغاية منه، وهذا المذهب هو الأقرب للمنطق الفقهي الذي يراعي مصلحة المكلفين في شروطهم وعقودهم، وقد نص قانون الأحوال الشخصية على أن الطلقة التي توقعها الزوجة باستعمالها لشرط العصمة على نفسها هي طلقة بائنة، وجاء النص مطلقا سواء كان قد اقترن به الطلاق أو لم يقترن، وبهذا يكون القانون قد أخذ بمذهب الإمام علي كرم الله وجهه بالنسبة لشرط العصمة الذي اقترن به ذكر الطلاق،وبالمذهب الحنفي إذا لم يقترن بشرط العصمة ذكر للطلاق، وكان القانون منسجما مع نفسه، حيث جعل الطلقة التي توقعها الزوجة المفوضة بالطلاق طلقة بائنة فقد نصت المادة 85 منه على ما يلي:

أ– للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وله أن يفوض زوجته بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند رسمي

ب–إذا طلقت الزوجة نفسها بتفويض من زوجها وفق أحكام هذه المادة وقع الطلاق بائنا

**الفرع الثاني: التأصيل الفقهي لوقت وقوع الطلاق باستعمال شرط العصمة ومكان وقوعه**

**أولا : التأصيل الفقهي لوقت إيقاع المرأة الطلاق على نفسها**

إن الحنفية الذين نصوا على صحة شرط العصمة باعتباره تفويضا بالطلاق قد فرقوا بين شرط العصمة المطلق عن التوقيت، وشرط العصمة المقترن بما يدل على شموله جميع الأوقات، فإذا كان شرط العصمة مطلقا عن التوقيت كأن تقول المرأة لخاطبها: تزوجتك على أن أمري بيدي، فيقول الخاطب: وأنا قبلت. فيذهب فقهاء الحنفية[38] إلى أن هذا الشرط صحيح و يصبح الأمر بيدها، وتستطيع أن تطلق نفسها، غير أن بقاء الأمر وقدرتها على تطليق نفسها مقيد ببقاء المجلس؛ أي مجلس التفويض، فإذا تغير المجلس انتهى التفويض،* وقد استدلوا على ذلك بما رواه محمد بن الحسن في بلاغاته قال: بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها، فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم [39]

ويؤيد محمد بن الحسن في بلاغاته ورود الآثار عن عمر[40] وعثمان[41] وابن مسعود وجابر[42] ) بهذا القول، وعلل الحنفية حق المرأة بتطليق نفسها بهذا التفويض بالمجلس بأن الزوج يملك التطليق، فيملك تمليكه لغيره، فصارت الزوجة مالكة للطلاق بتمليك الزوج، وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛لأن الزوج يملك الخطاب، وكل مخلوق خاطب غيره بطلب يطلب جوابه خطابه في المجلس، فيتقيد جواب التمليك في المجلس كما في القبول في البيع وغيره، فإن قامت من المجلس بطل التفويض؛ لأن الزوج

يطلب جواب التمليك في المجلس، والقيام من المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك، فكان ردا للتمليك دلالة،ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس ؛ لأنه ما ملكه في غيره، وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الأمر فائدة[43] وقد نقل ابن الهمام عن ابن المنذر هذا القول عن بعض الصحابة والتابعين [44]،وضعفوا الرواية المنقولة عن علي بأن لها الخيار في المجلس وخارج المجلس بأنه لم تستقر عن علي

ونقل ابن المنذر قولا آخر في هذه المسألة أن للمرأة الحق في أن تطلق نفسها في المجلس وغير المجلس ونسبه للزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وقد رجح ابن المنذر هذا القول وقال: وبه نقول.[45] واستدل لهذا القول بما جاء في السنة النبوية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها ( لا تعجلي حتى تستأمري أبويك)[46] وأجاب على استدلال الفقهاء الذين يقيدون حق المرأة بالتطليق في المجلس بما نقل عن عمر وعثمان وابن مسعود أن في أسانيدها مقال،[47] وبهذا يكون ادعاء الإجماع السكوتي في غير محله، بالاضافة أنه نقل عن الامام علي كرم الله وجهه القول بخلاف هذا الاجماع المزعوم، فقد نسب ابن قدامة في المغني هذا القول –أن أمر المفوضة بالطلاق بيدها في المجلس وغيره –إلى الامام علي رضي الله عنه ونقله عنه ابن الهمام [48]،وجاء في مصنف ابن أبي شيبة عن علي كرم الله وجهه أنه قال في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تتكلم [49] ونقل ابن أبي شيبة عن ابن زبير مثل قول علي[50]، وأجاب على استدلالهم بالمعقول، أنه لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا لحق الطلاق، ولكن الواقع أنه يبقى مالكا لحق طلاق زوجته لو طلقها رغم تمليكها فإن طلاقه يقع، وهذا يقتضي أن تكون المرأة نائبة عنه لا مالكة، ويصح توكيلها بتطليق نفسها كما يصح توكيل المدين بإبراء نفسه.

وإن ما ذهب إليه الفقهاء الذين قالوا: بأن المرأة – في هذه الصورة من صور التفويض – تملك تطليق نفسها في المجلس وخارج المجلس هو المذهب الراجح، وهو المتفق مع قصدها من اشتراط هذا الشرط، إذ أن من غير المتصوور أن تجري المرأة عقد زواجها لتطلق نفسها في ذات المجلس

أما إذا كان شرط العصمة مقترنا بما يدل على شموله جميع الأوقات، كما لو اشترطت المرأة على خاطبها بصيغة العقد ذلك، كأن تقول لخاطبها: زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي، أطلق نفسي إذا شئت،، أو متى شئت، أو إذا ما شئت، أو حيثما شئت، ويقبل الزوج بذلك، فإن فقهاء الحنفية [51] أجازوا هذا الشرط، وتملك المرأة التي تشترط ذلك تطليق نفسها في جميع الأوقات في المجلس وخارج المجلس.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يفرق بين صيغة شرط العصمة المطلق عن التوقيت، وبين صيغته مقترنا بما يدل على شموله جميع الأوقات، فأعطى المرأة في كلتي الحالتين حق تطليق نفسها في المجلس وخارج المجلس، فقد نصت الفقرة(ب) من المادة 38 على ما يلي: (يستثنى شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج ويكون بمثابة التفويض بالطلاق **وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد)**، وبهذا يكون القانون قد عدل عن أحكام المذهب الحنفي بالنسبة لشرط العصمة المطلق عن التوقيت، وأخذ بمذهب الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وهو المذهب الذي رجحه ابن المنذر [52]

**ثانيا: التأصيل الفقهي لمكان وقوع الطلاق**

إن الزوج يملك تطليق زوجته في المحكمة وخارج المحكمة، ومقتضى ذلك أن الزوجة التي فوضها زوجها بتطليق نفسها تملك تطليق نفسها أيضا في المحكمة وخارج المحكمة، ذلك أن التكييف الفقهي للتفويض هو توكيل بالطلاق عند الحنفية في قول ضعيف [53]، والشافعي في القديم [54]، والحنبلية [55]، وهو تمليك الزوجة الطلاق، عند الحنفية في رواية [56]، المالكية [57]، والشافعي في الجديد [58]، وتمليك فيه معنى التعليق عند الحنفية في الأصح[59]، وما يملكه الشخص يملك توكيل غيره به، ويملك تمليكه لغيره، ولما كان شرط العصمة نوع تفويض، فإن المرأة التي اشترطت في عقد زواجها أن تكون عصمتها بيدها تستطيع أن تطلق نفسها داخل المحكمة وخارجها، ولكن قانون الأحوال الشخصية قد نص على أن توقع المرأة – التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها – الطلاق بعبارتها أمام القاضي، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة 38 منه على ما يلي: (يستثنى شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج ويكون بمثابة التفويض بالطلاق وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد وتوقعه الزوجة بعبارتها أمام القاضي ويكون الطلاق بائنا ). وتطبيقا لنص المادة تستطيع المرأة من أجل استعمال شرطها أن تذهب إلى قاضي التوثيقات فتطلق نفسها بعبارتها أمامه بموجب شرط العصمة الذي اشترطته، ويسجل لها القاضي حجة بذلك بعد أن يتأكد من أن صيغة الشرط تعطيها هذا الحق، ويبين لها نوع الطلقة التي وقعت، ووجوب العدة عليها إذا كان بينها وبين زوجها دخول أو خلوة، وعدم وجوبها إذا لم يكن دخول أو خلوة، كما تستطيع المرأة أن ترفع دعوى أمام قاضي الحكم بطلب استعمال شرط العصمة، وبعد اتخاذ الاجراءات القضائية اللازمة فإذا ثبت للقاضي صحة شرط العصمة أمرها أن توقع الطلاق

على نفسها ويحكم القاضي بتثبيت هذا الطلاق وما يترتب عليه من آثار.

**ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل للمرأة التي اشترطت شرط العصمة في عقد زواجها حق تطليق نفسها خارج المحكمة ؟ وهل يعني هذا القيد أن القانون يتجه للأخذ بمذهب الفقهاء الذين يقيدون صحة ايقاع الطلاق بأن يكون أمام القاضي ؟ وإذا طلقت** نفسها خارج المحكمة بصيغة صحيحة هل يقع طلاقها في قانون الأحوال الشخصية ؟

من المسائل الخلافية بين الفقهاء اشتراط الإشهاد لصحة وقوع الطلاق، فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية [60] والمالكية [61] والشافعية [62] والحنبلية [63] إلى أن الإشهاد ليس شرطا لصحة وقوع الطلاق، وأن الطلاق يقع ولو لم يوجد شهود عند إيقاعه، وحمل الحنفية ([64] ) والشافعية([65] )الأمر الوارد في قول الله تعالى بعد ذكره لأحكام الطلاق (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا) (الطلاق: 2) على الندب وصرف عن الوجوب لأنه لم يؤثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه أن الاشهاد على الطلاق شرط لوقوعه، ولا أنهم يتوقفون عنه إلى أن يحضره شاهدان، ولا أنهم كانوا يطلبون الشهود ليطلقوا أمامهم، مع كثرة ما حدث من الطلاق منهم ولو كان ذلك شرطا لنقل إلينا فكان الأمر للندب [66] وذهب المالكية في الظاهر[67] والحنبلية [68]إلى أن الأمر بالإشهاد يرجع إلى الرجعة لا إلى الطلاق ؛ لأن الأمر في الآية يرجع لأقرب مذكور وهو الرجعة، ويحمل على الندب حتى لا يقع بينهما التجاحد، وذهب الظاهرية[69] والجعفرية [70] إلى أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق، فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل فلا يصح طلاقه حملا للأمر الوارد في الآية على الوجوب وأنه لا توجد قرينة تصرفه عن ذلك، وهو مروي عن ابن عباس والسدي [71]. وقد رأت اللجنة المكلفة بإعداد وصياغة مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، والمؤلفة من الشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ حسن مأمون،والدكتور عبد الحكيم عبد الحميد فراج،إلى أن اشتراط الإشهاد لإيقاع الطلاق وفقا لهذا الاجتهاد فيه مصلحة كبرى في هذا العصر، فهو يؤدي بصورة غير مباشرة إلى الحد من الطلاق المتسرع مما يستوجب الأخذ به،غير أن اللجنة وهي في هذا الاتجاه لاحظت أن اشتراط عدالة الشهود إنما المقصود منها الاستيثاق والإثبات كما هو ظاهر، والعدالة في هذا الزمن بحدها الشرعي نادرة جدا، ورأت اللجنة أن تحقيق العلة من الإشهاد يتوفر بصورة أشد في إيقاع الطلاق أمام الكاتب العدل أو من يقوم مقامه [72]، فهل القانون أخذ برأي الشيخ الزرقا ومن معه من أعضاء اللجنة بالنسبة لتطليق المرأة نفسها إذا كانت مفوضة بالطلاق ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول: إن ايقاع الطلاق أمام القاضي من قبل المرأة التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها قد جاء في المادة (38) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 ضمن قاعدة قانونية، والقواعد القانونية تنقسم إلى قسمين: قاعدة آمرة، وقاعدة مكملة، والقاعدة الآمرة لا يجوز مخالفتها، أما القاعدة المكملة فيجوز مخالفتها، والقاعدة الآمرة تتناول أمرا يتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، وتحافظ به على النظام العام والآداب العامة، أما القاعدة المكملة فلا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وكثيرا ما يرتب القانون جزاء على مخالفة القاعدة الآمرة كعقوبة أو بطلان التصرف أو عدم جوازه[73].

وتأسيسا على ما سبق فإن القاعدة القانونية التي طلبت من المرأة – التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها – أن توقع الطلاق على نفسها أمام القاضي هي قاعدة قانونية مكملة، لأنها لو كانت قاعدة آمرة لنص القانون على عدم وقوع الطلاق إذا لم توقعه المرأة أمام القاضي،وإن ما جاء في القانون من طلب ايقاع المرأة التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها للطلاق على نفسها أمام القاضي إنما هو من قبيل الندب والاستحباب، ومقتضى ذلك أن المرأة إذا طلقت نفسها خارج المحكمة بالصيغة الصحيحة فإن الطلاق يقع.

وإذا كان قانون الأحوال الشخصية قد أوجب في المادة 97 منه على الزوج الذي يطلق زوجته خارج المحكمة أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، فعلى المرأة التي تطلق نفسها بموجب شرط العصمة خارج المحكمة أن تراجع القاضي لتسجيل الطلاق، وإن كان الخطاب في المادة 97 موجه للأزواج فإن المشرع يهدف إلى تسجيل الطلقات حفظا للحقوق وما يترتب على الطلاق من آثار كحرمة الزواج وحله، والخطاب موجه للأزواج ؛ لأن الطلاق يقع في الغالب منهم، ويقع من الزوجات نادرا،(والعبرة للغالب الشائع ) [74]،وليس المقصود به حصر تسجيل الطلاق الذي يوقعه الأزواج، كما أن الطلاق الذي توقعه الزوجة على نفسها بموجب شرط العصمة إنما توقعه نيابة عن زوجها، ذلك أن الراجح في تكييف التفويض أنه توكيل بالطلاق، وتسجيل الطلاق لدى المحكمة واجب سواء أوقعه الأصيل أم الوكيل ؛ لأن الوكيل يعمل بمشيئة موكله،

**المبحث الثاني: شرط العصمة في اجتهاد القضاء الشرعي الأردني**

**المطلب الأول: تطور الاجتهاد القضائي في التكييف الفقهي لشرط العصمة وأثر ذلك على نوع الفرقة**

إن التكييف الفقهي لشرط العصمة من الأهمية بمكان ؛ لأن هذا التكييف له تأثير على حكم هذا الشرط نوع الفرقة، ذلك أن الأحكام التي تترتب على فرقة فسخ النكاح تختلف عن الأحكام التي تترتب على فرقة الطلاق،

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في التكييف الفقهي لشرط العصمة،

لا شك أن التكييف الفقهي لشرط العصمة ذو أثر كبير على الأحكام التي تنشأ عن اشتراطه، وقد ذكرنا آنفا اختلاف الفقهاء في التكييف الفقهي لشرط العصمة، وأن بعضهم اعتبره نوع تفويض بالطلاق، وتسري عليه أحكام التفويض، والبعض الآخر اعتبره شرطا مقترنا بالعقد وتسري عليه أحكام الشروط، فما هو موقف القضاء الشرعي من هذه المسألة ؟

إذا استقرأنا القرارات الاستنافية الصادرة في ظل قانون حقوق العائلة و قانون الأحوال الشخصية السابق نجد أن اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية قد استقر على الأخذ بالتكيفين السابقين في آن واحد، واعتبر اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها من قبيل الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد، ولها الحق باللجوء للقضاء وطلب فسخ العقد، واعتبرته في نفس الوقت من قبيل التفويض بالطلاق وبناء على ذلك لها الحق بتطليق نفسها، ويفهم ذلك من خلال قراراتها العديدة التي جاء فيها: ( للزوجة إذا اشترطت أن يكون أمرها بيدها سبيلان تختار منهما ما تريد سلوكه، فإذا أرادت استعمال الشرط وطلبت الفسخ فالمحكمة في مثل هذه الحالة تجيبها إلى طلبها وتطبق ما نصت عليه المادة المذكورة، وإذا رغبت في إيقاع الطلاق من قبلها بحق التمليك الذي فوضها به زوجها حين العقد فليس لها أن تستعمله بعد انقضاء المجلس )[75]

ومع احترامنا الشديد لهذا الاجتهاد القضائي فإن لي عليه المآخذ التالية:

1- إن المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية اشترطت لفسخ عقد الزواج للشرط الذي تشترطه المرأة أن لا يفي به الزوج، فقد نصت ( فإن لم يف به – أي بالشرط – الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة )، ولا يتصور عدم الوفاء بالشرط في اشتراط المرأة أن تكون عصمتها في يدها ؛ لأن المرأة بمجرد قبول الزوج بالشرط أصبحت مالكة لأمرها، وإذن فلم يتحقق شرط فسخ العقد وفقا لأحكام القانون، فلا يجوز للقاضي فسخ العقد لشرط العصمة

2- على فرض أن شرط العصمة من الشروط التي يتصور فيها عدم الوفاء بالشرط فينبغي أن يكون التفريق لهذا الشرط فسخا للعقد وفقا لنص المادة التي نصت (فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة )، ولا اجتهاد في مورد النص القطعي الواضح، والقول بإعطاء المرأة حق تطليق نفسها مخالف لنص المادة بل مناقض لها ؛ لأن أحكام الطلاق غير أحكام الفسخ، والقانون نص على أن الفرقة للشرط تعدّ فسخا

3- إن في إعطاء المرأة التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها حق طلب فسخ العقد وحق تطليق نفسها، ولها اختيار السبيل الذي تريده، يعتبر من قبيل إعطاء مسألة واحدة حكمين متباينين، ولكل حكم آثاره التي تختلف عن آثار الحكم الآخر، وهذا لا يمكن أن يقصده المشرع، وإذا كان وضع شرط العصمة في المادة 19 في قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 ضمن أحكام الشروط المقترنة بالعقد كان في غير محله، وأوقع الاجتهاد القضائي في الاضطراب فينبغي أن يفسر النص تفسيرا يزيل هذا الاضطراب، بما يجعل النص صحيحا حملا لكلام العقلاء على الصحة، لا سيما إذا كان الكلام كلام تشريعي أو قانوني.

وإذا كان اجتهاد محكمة الاستئناف على النحو السابق قد شابه الخلل، فكيف يمكن تفسير النص تفسيرا ينسجم مع المنطق الفقهي ؟ وما هو السبيل الذي يجب على المرأة اتخاذه في استعمالها لهذا الشرط؟

للإجابة على هذين السؤالين أقول: إن وجود شرط العصمة في المادة 19 إنما جاء كمثال على الشروط الصحيحة التي تستطيع المرأة اشتراطها في عقد الزواج، وقد نصت عليه المادة لأخذه صورة الشرط وشكله، وإن كان في حقيقته ليس كالشروط المذكورة فيها؛ لأنه شرط لا يتصور عدم الوفاء به، وبالتالي لا يمكن فسخ العقد لهذا الشرط، ذلك أن شرط الفسخ منعدم وهو عدم الوفاء بالشرط، وبهذا يبقى حكم شرط العصمة حكم التفويض بالطلاق ؛ لأن حقيقته هو تفويض بالطلاق، فيرجع إلى المذهب الحنفي في تفصيل مجمله وتوضيح مبهمة، ولما كان التفويض بالطلاق وفقا لأحكام المذهب الحنفي يقع به طلاق فتستطيع المرأة أن تطلق نفسها،ولا يحق لها أن تطلب من القاضي فسخ العقد، أي أن للمرأة سبيل واحد في طلب التفريق وهو أن توقع على نفسها الطلاق، وهذا التفسير هو الذي أخذت به محكمة الاستئناف لاحقا واستقر عليه اجتهادها، وأصدرت قرارات عديدة بهذا الفهم ([76] ) في ظل قانون الأحوال الشخصية السابق، جاء في قرارها رقم 55329 ما يلي (ولما كان الزوج قد وافق عليه فيكون قد وفى به، ولا محل للقول بعدم الوفاء به، وبناء على ذلك فإنها لا تملك فسخ عقد الزواج لهذا الشرط، وإن وجود اشتراط المرأة أن

يكون أمرها بيدها تطلق نفسها كمثال في المادة 19 المذكورة إنما هو مثال على الشروط الصحيحة، وما دام أن هذا الشرط صحيح فإن المرأة تستطيع استعمال هذا الشرط بأن توقع الطلاق على نفسها ؛ لأن الزوج قد ملكها هذا الحق بموافقته على الشرط، كما أن المدعية اشترطت في قسيمة العقد أن تطلق نفسها لا أن تفسخه فيجب التقيد بمنطوق الشرط)[77] وبهذا تكون محكمة الاستئناف قد عدلت عن الفهم السابق. وقد استفاد المشرع في تقنينه لقانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 36 لسنة 2010 من هذا الاجتهاد وأخذ به، وقننه في المادة 38

**الفرع الثاني: تطور الاجتهاد القضائي في نوع الفرقة التي تملكها الزوجة (هل هي طلاق أم فسخ )**

لقد بنت محكمة الاستئناف – خلال تطبيقها لقانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابقين – على اجتهادها في التكييف الفقهي لشرط العصمة، واعتبارها شرط العصمة من الشروط المقترنة بالعقد، وأنه في نفس الوقت يعتبر تفويضا بالطلاق، أن للمرأة أن تختار في دعواها التكييف الفقهي الذي تراه مناسبا، فإذا اعتبرت شرط العصمة من الشروط المقترنة بالعقد فتطلب فسخ عقد الزواج، وإذا اعتبرته تفويضا بالطلاق فعليها إيقاع الطلاق على نفسها وتطلب من المحكمة تثبيت هذا الطلاق،ولهذا جاء اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية بجواز أن يحكم القاضي بفسخ عقد الزواج لوجود شرط العصمة فيه بناء على طلب الزوجة، وبجواز أن توقع الزوجة الطلاق على نفسها، وسبب هذا الاجتهاد أن أحكام شرط العصمة جاءت في المادة 21 من قانون حقوق العائلة والمادة 19 من قانون الأحوال الشخصية السابق رقم 61 لسنة 1976 في فصل الشروط المقترنة بالعقد في عقد الزواج، وقد نصت المادتان السابقتان على أن الفرقة لعدم الوفاء بالشرط تعدّ فسخا للعقد، فعلى اعتبار تكييف شرط العصمة بأنه شرط مقترن بالعقد اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية الفرقة فسخا، وحين أرادت الرجوع إلى أحكام شرط العصمة فلم تجد من يصححه ويوضح أحكامه إلا المذهب الحنفي، فرجعت للمذهب الحنفي ووجدت أن شرط العصمة يعتبر تفويضا بالطلاق، ويقع به طلقة توقعها الزوجة على نفسها، فأخذت بما قرره المذهب الحنفي وأجازت للمرأة أن تطلق نفسها، ولهذا وقعت محكمة الاستئناف في الاضطراب في تطبيقها لشرط العصمة، فهي تأخذ بأحكام مذهبين مختلفين في أحكام مسألة واحدة في ذات الوقت، ونصت على ذلك في قرارات عديدة جاء فيها: (إن الشرط المدون في الوثيقة الذي تصادق عليه الطرفان ينص على أن الزوجة (اشترطت أن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها بيدها ) ولم تشمل على ما يفيد تمليك الطلاق في أي وقت تشاء، فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك مقيد بالمجلس كما أجمع الفقهاء. يترتب على ذلك بالنسبة لما جاء في المادة 21 من قانون حقوق العائلة وعلى ما ذكرته النصوص الفقهية أن سبيلان للزوجة أن تختار منهما ما تريد سلوكه فإذا أرادت استعمال الشرط وطلبت الفسخ فالمحكمة في مثل هذه الحالة تجيبها إلى طلبها وتطبق ما نصت عليه المادة المذكورة، وإذا رغبت في إيقاع الطلاق من قبلها بحق التمليك الذي فوضها به زوجها حين العقد فليس لها أن تستعمله بعد انقضاء مجلس العقد).[78]

وهذا القرار نص صراحة على أنه يحق للمدعية أن تطلب فسخ عقد زواجها من القاضي ويجيبها لطلبها، باعتبار أن شرط العصمة شرطا مقترنا بالعقد، ولكن ليس للمرأة أن تطلق نفسها باعتبار شرط العصمة تفويضا بالطلاق، لأن شرط العصمة الوارد في العقد لم يشمل ما يفيد أن التفويض يعم سائر الأوقات، فحقها في الطلاق مقيد بمجلس التفويض الذي هو مجلس عقد الزواج، وقد انفض المجلس فلا تملك الطلاق بعد انفضاضه سندا لأحكام التفويض في المذهب الحنفي.

وقد انتبهت محكمة الاستئناف إلى هذا الخلل والعيب في قرارتها، وأن اجتهادها بأن للمرأة التي تشترط أن يكون أمرها بيدها الحق بطلب فسخ العقد اجتهاد غير سليم، فعدلت عن هذا الاجتهاد وأصدرت عدة قرارات[79] تبين أن حق المرأة التي تشترط أن يكون أمرها بيدها منحصر في حق تطليق نفسها بموجب هذا الشرط، وليس لها حق طلب فسخ العقد لسببين: الأول: إن المرأة تشترط أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها، فحقها في تطليق نفسها وليس في فسخ عقد زواجها، لأن حكم الفسخ يختلف عن حكم الطلاق، وهي لم تشترط فسخ العقد، والثاني: إن فسخ العقد إنما يكون عند عدم الوفاء بالشرط، ولا يتصور عدم الوفاء بشرط العصمة، ولما كان هذا الاجتهاد يخالف اجتهاد محكمة الاستئناف السابق وأرادت محكمة الاستئناف رفع هذا التناقض، ببيان الاجتهاد الذي يجب العمل به، فاقتضى ذلك صدور قرار خماسي[80] ونص صراحة على أن التكييف الفقهي لشرط العصمة هو نوع تفويض بالطلاق، فقد جاء فيه (وعليه يكون اشتراط الزوجة في عقد زواجها على زوجها أن يكون أمرها بيدها أو أن تكون عصمتها بيدها الذي أوردته المادة 19 المشار إليها كمثال على الشرط الصحيح وهو من قبيل التفويض الأمر باليد وتمليكا لها عصمة الطلاق وإن اتخذ شكل الشرط لتضمنه إحدى أدوات الشرط وهذا ما قرره الفقه الحنفي، وإن الموافقة عليه من قبل الزوج لا تكون وفاء منه به وإنما تكون شرطا لوجوده وصحة تمليكه للزوجة، ولهذا لا يتصور الوفاء به من قبله أو عدم الوفاء به ) وقد جاء قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 وأخذ بهذا الاجتهاد[81]

**المطلب الثاني: تطور الاجتهاد القضائي في الوقت الذي تملك المرأة تطليق نفسها فيه**

إن قانون حقوق العائلة الأردني الأسبق وقانون الأحوال الشخصية السابق رقم 61 لسنة 1976 لم يبينا الوقت الذي تستطيع المرأة التي اشترطت على زوجها أن يكون أمرها بيدها تطليق نفسها فيه، وأوجب ذلك على القاضي الرجوع إلى المذهب الحنفي عملا بالإحالة التي نص عليها القانون [82] في حال عدم وجود نص على حكم المسألة، ولأن المذهب الحنفي [83]هو المذهب الذي نص صراحة على صحة اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها، وبالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد أن فقهاء الحنفية يفرقون في الوقت الذي تملك به الزوجة تطليق نفسها، وفقا لصيغة الشرط، وصيغة الشرط قد تكون مطلقة عن الوقت، وقد تكون مقترنة بوقت، وهذا يقتضي بيان موقف الفقه الحنفي في هذه المسألة

**الفرع الأول: شرط العصمة المطلق عن الوقت**

إذا تزوجت المرأة الرجل على أن يكون أمرها بيدها غير مقيد بوقت، بأن تقول المرأة : لخاطبها تزوجتك على أن أمري بيدي، فيقول الخاطب: وأنا قبلت، فإن هذا الشرط بهذه الصيغة يأخذ حكم ما لو قال الزوج لزوجته بعد العقد أمرك بيدك. يذهب فقهاء الحنفية إلى أن هذا الشرط صحيح، وهو من قبيل التفويض بالطلاق، ويصبح الأمر بيدها، وتستطيع أن تطلق نفسها، غير أن بقاء الأمر وقدرتها على تطليق نفسها مقيد ببقاء المجلس أي مجلس التفويض، فإذا تغير المجلس انتهى التفويض، وقد استدلوا على ذلك: بما رواه محمد بن الحسن في بلاغاته قال: بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها، فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم،[84] وعلل الحنفية حق المرأة بتطليق نفسها بهذا التفويض بالمجلس بأن الزوج يملك التطليق، فيملك تمليكه لغيره فصارت الزوجة مالكة للطلاق بتمليك الزوج، وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب، وكل مخلوق خاطب غيره بطلب يطلب جوابه خطابه في المجلس، فيتقيد جواب التمليك في المجلس، كما في القبول في البيع وغيره، فإن قامت من المجلس بطل التفويض؛ لأن الزوج يطلب جواب التمليك في المجلس،والقيام من المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك، فكان ردا للتمليك دلالة،ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس ؛لأنه ما ملكه في غيره،وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الأمر فائدة[85]، إن محكمة الاستئناف الشرعية لم تخرج في قضائها في هذه المسألة عن الأحكام التي قررها المذهب الحنفي، فكان اجتهادها أن صيغة شرط العصمة إذا كانت مطلقة عن الوقت فلا تملك الزوجة التي اشترطت أن يكون أمرها بيدها تطليق نفسها إلا في مجلس العقد، فإذا انفض مجلس العقد فلا تملك تطليق نفسها،[86] جاء في القرار الاستئنافي رقم 16701ما يلي: (إن الشرط المدون في الوثيقة الذي تصادق عليه الطرفان ينص على أن الزوجة {اشترطت أن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها بيدها }ولم تشتمل على ما يفيد تمليك الطلاق في أي وقت تشاء فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك مقيد بالمجلس كما أجمع عليه الفقهاء...وبما أن المستأنفة لم تطلب الفسخ وإنما اختارت أن توقع الطلاق هي بنفسها بحق التمليك وبما أن الصيغة التي ملكت بها الطلاق مقيدة في المجلس وبما أن المجلس انقضى دون أن تستعمل هذا الحق فيه لذلك كله كان الحكم برد دعواها صحيحا وموافقا للوجه الشرعي فتقرر تصديقه )

والحقيقة أن هذا الاجتهاد كان يحتاج إلى إعادة نظر، ولا مبرر للتمسك به ؛لأنه اجتهاد لا يستند إلى نص من الكتاب أو السنة، ذلك أنه لا يمكن أن يكون قصد المرأة حين تشترط هذا الشرط أن تطلق نفسها في المجلس، بل تشترطه لتملك ذلك الحق في المآل، ( والأمور بمقاصدها )[87] )، وما دامت قرائن الأحوال تدل على أن قصد المرأة أن تملك هذا الحق في المآل،، وينبغي حمل كلام العقلاء على ما فيه نفعهم ومصلحتهم، ولا نفع للمرأة التي تشترط هذا الشرط إذا قيدنا حقها في المجلس فقط، فيكون شرطها لا معنى له ولا ثمرة تجنيها منه، فينبغي أن تعطى المرأة التي تشترط أن يكون أمرها بيدها مطلقا أن تملك تطليق نفسها في أي وقت خارج المجلس، وإن دعوى إجماع الصحابة التي استندوا إليها غير مسلم بها، لأن في نسبة هذا القول لبعض الصحابة فيها مقال كما قال ابن المنذر [88]، كما أن هناك قول منقول عن الإمام علي بخلاف هذا الاجماع، وأرى أنه ينبغي التفريق بين طلب المرأة أن يكون أمرها بيدها مقترنا بعقد الزواج، وبين تفويض الرجل زوجته بالطلاق بعد عقد الزواج، فإذا جاء التفويض من الزوج دون شرط من المرأة فيقيد في المجلس وفقا لما علل الحنفية رأيهم به، أما إذا كان التفويض بناء على اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها مقترنا بالعقد فينبغي أن يكون حقها في تطليق نفسها في المجلس وخارج المجلس،إي أن يكون اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها استثناء من أحكام التفويض، ولهذا سمى الشيخ أبو زهرة هذا الاجتهاد استحسانا لأنه خروج بالمسألة عن حكم نظائرها، وهذا الرأي كان اجتهادا لبعض المحاكم في مصر، يقول الشيخ أبو زهرة:( ولكن استحسنت بعض المحاكم أن يعم التفويض كل الأوقات، ويكون الأمر كما لو قالت متى شئت ؛ لأن ذلك هو مرادها، وقرينة الحال تؤيده إذ المعقول أنها ما

تزوجت لتطلق نفسها في الحال بل لتملك ذلك الحق في المآل، والألفاظ تفسر بأغراضها ومراميها، وإني أميل إلى ذلك الاستحسان وإنه فقه مستقيم) [89] غير أن العلامة الشيخ أحمد إبراهيم بك قد انتقد الحكم المذكور لمخالفته للمذهب الحنفي فقال: إن المحاكم الشرعية مقيدة بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وليس ما حكمت به المحكمة أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ولا هو قول في المذهب[90]، وما ذهب إليه الشيخ أحمد إبراهيم هو أخذ بحرفية النص، إذ أن القانون قيد القاضي بالقضاء بالراجح من مذهب أبي حنيفة وما ذهبت إليه المحكمة ليس كذلك، ويجب على القاضي الالتزام بما ألزمه به القانون؛ لأن ذلك من قبيل اختصاص القاضي بالقضاء بمذهب معين، غير أن تلميذه الشيخ أبو زهرة رأى أن هذا الاجتهاد هو من قبيل العمل بالاستحسان الذي يعتبر من المصادر التبعية في الفقه عند الحنفية، وهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر يقتضي هذا العدول [91]،والمحكمة التي قررت أن حق الزوجة غير مقيد بالمجلس إذا اشترطت أن يكون أمرها بيدها مطلقا إنما هو اجتهاد رأت فيه العدول عن مقتضى حكم التفويض المطلق، الذي ينحصر به حق الزوجة بتطليق نفسها بمجلس التفويض إلى حكم آخر، وهو عدم انحصار حقها في مجلس عقد الزواج الذي تم فيه الشرط، وهو من قبيل استحسان الضرورة الذي يقول عنه الشيخ الزرقا: (وأما استحسان الضرورة فهو ما خولف فيه حكم القياس نظرا إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضيه سدا للحاجة، أو دفعا للحرج، فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤديا إلى حرج أو مشكلة في بعض المسائل فيعدل حينئذ عنه استحسانا إلى حكم آخر يزول به الحرج، وتندفع به المشكلة، وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض وإن كانت من جنس واحد، وقائمة على أسس مشتركة قد تختلف نتائجها عدلا وجورا، عسرا ويسرا، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض وملابسات) [92]، ولا شك أن في تقييد حق المرأة في تطليق نفسها بمجلس العقد فيه حرج، والمرأة لم تشترط هذا الشرط لتطلق نفسها في مجلس عقد زواجها، وهذا يختلف عن تفويض المرأة بالطلاق بعد مجلس عقد الزواج،ولأن هذا التفويض إنما حصل بناء على طلب المرأة قبل العقد، ولو أن الزوج لم يقبل بالشرط لما تم العقد، وهذا يختلف عن التفويض بعد العقد، ولو كان بناء على طلب الزوجة، فينبغي أن يعطى اشتراط المرأة أن تكون عصمتها بيدها أو أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها حكما آخر غير الحكم العام المقرر في التفويض، ولهذا أضيف إلى قول الشيخ أبي زهرة: (وإنه فقه مستقيم)، فأقول: وأنه اجتهاد جدير بالعمل به، وقد أحسنت محكمة الاستئناف في ظل قانون الأحوال الشخصية السابق إذ أعادت النظر في اجتهادها السابق، ورأت أن الأصوب هو العدول عم كان عملها جاريا عليه من اعتبار حق الزوجة التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها مطلقا دون ذكر ما يفيد تعميمه في جميع الأوقات منحصرا في مجلس العقد؛ أي مجلس التفويض، كما جاء في الفقه الحنفي، وأعطت لمن تشترط هذا الشرط حق تطليق نفسها في أي وقت شاءت، وقد استندت محكمة الاستئناف في اجتهادها الجديد إلى ما جاء في كتاب فتح القدير لابن الهمام: (أن المخيرة _ والتخيير من ألوان التفويض_ أمرها بيدها في مجلس تخييرها وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وابن نصير وبه نقول –أي الكمال بن الهمام– ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة: (لا تعجلي حتى تستأمري أبويك)[93]،وذهب إلى هذا القول أبو عبيد وابن المنذر[94] ومالك في رواية [95]، ومعلوم أن الكمال بن الهمام شيخ محققي المذهب الحنفي وأنه بلغ رتبة الاجتهاد كما قال عنه ابن عابدين) [96]

واعتبرت محكمة الاستئناف أن ابن الهمام قال: بأن حق المرأة التي يفوضها زوجها بالطلاق مطلقا غير مقيد بمجلس العقد، وأصدرت بهذا الاجتهاد قرارا خماسيا،[97] والحقيقة أن ابن الهمام لم يقل ذلك، وما جاء في كتابه فتح القدير في هذه المسألة وبه نقول إنما جاء على لسان ابن المنذر، وليس على لسان ابن الهمام، فقد نقل ابن الهمام قول ابن المنذر في هذه المسألة فقال: (قال ابن المنذر: واختلفوا في الرجل يخير زوجته، فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها وروينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وفي أسانيدها مقال،وبه قال جابر بن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وفيه قول ثان وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول، ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة ( لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ) [98]، فهذا الكلام هو كلام ابن المنذر وليس كلام ابن الهمام، ويدل على ذلك أن ابن الهمام رد على ابن المنذر في تضعيفه للروايات المنقولة عن الصحابة بأن حق الزوجة بالطلاق منحصر في المجلس بأن في أسانيدها مقال فقال: وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثاني. وقوله في أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الأمة بالقبول، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة، وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة: ( لا تعجلي.... الخ فضعيف )[99]

والحقيقة أن محكمة الاستئناف باستنادها لرأي الفقهاء الذين قالوا بأن حق المرأة المفوضة بالطلاق تفويضا مطلقا غير مقيد بمجلس العقد قد خالفت المذهب الحنفي الذي يرى أن حقها بالطلاق مقيد بمجلس التفويض وهو المذهب الذي يجب عليها

الرجوع إليه عند عدم وجود نص في المسألة في قانون الأحوال الشخصية الذي كان معمولا به عند صدور القانون سندا للمادة 183 منه التي نصت (ما لا ذكر له في القانون يرجع به إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ) ورغم ذلك فإن اجتهاد محكمة الاستئناف الجديد هو أقرب للعدالة، ويأخذ بقصد المكلف، ولا يمكن أن يكون قصد المرأة التي تشترط شرط العصمة مطلقا في عقد زواجها أن تطلق نفسها في مجلس العقد، و(الأمور بمقاصدها)[100]، (والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني )[101]، وهو اجتهاد مبني على الاستحسان كما سبق وبينا.

ولهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 ا بالاجتهاد الجديد، ونص على ذلك صراحة في الفقرة ب من المادة ( 38)التي جاء فيها: ( يستثنى شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج، ويكون بمثابة التفويض بالطلاق، **وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد** وتوقعه الزوجة بعبارتها أمام القاضي ويكون الطلاق به بائنا

**الفرع الثاني : شرط العصمة المقترن بوقت**

إن شرط العصمة قد يكون مقترنا بما يدل على منح المرأة حق تطليق نفسها في جميع الأوقات، وقد يكون مقترنا بما يدل على توقيته بوقت محدد، وبناء على ذلك فإن شرط العصمة المقترن بوقت ينقسم إلى قسمين:

**الأول: شرط العصمة المقترن بما يدل عل التعميم في كل الأوقات**

إن فقهاء الحنفية [102]أجازوا أن يكون التفويض مقترنا بما يدل على شموله جميع الأوقات كأن يقول الزوج لزوجته: أمرك بيدك إذا شئت، أو إذا ما شئت، أو متى شئت، أو حيثما شئتِ ، ويأخذ نفس الحكم ما لو اشترطت المرأة على خاطبها بصيغة العقد ذلك،كأن تقول لخاطبها: زوجتك نفسي على أن يكون أمريِ بيدي أطلق نفسي إذا شئت،أو إذا ما شئت، أو متى شئت، أو إذا ما شئت،أو حيثما شئت،ويقبل الزوج بذلك.

يذهب فقهاء الحنفية إلى أن هذا الشرط بهذه الصيغة يترتب عليه أن المرأة تملك تطليق نفسها، وأن ملكها لتطليق نفسها غير مقيد بمجلس العقد، بل لها الحق بتطليق نفسها بناء على هذا التفويض في جميع الأوقات في المجلس وفي غير المجلس، وعلل الحنفية ذلك بأن الزوج لم يملكها الطلاق تمليكا مطلقا ليكون طالبا جوابها في المجلس، بل ملكها الطلاق في أي وقت شاءت، فلها أن تطلق نفسها في أي وقت تشاء، إلا أنه إذا طلقت نفسها فلا تملك تطليق نفسها مرة أخرى، فالمرأة بهذا التفويض لا تملك أن تطلق نفسها إلا مرة واحدة.

وقد بقي اجتهاد محكمة الاستئناف[103] متفقا مع ما جاء في المذهب الحنفي من إعطاء المرأة أن تطلق نفسها في أي وقت تشاء إذا كانت صيغة الشرط تتضمن ما يفيد التعميم في كل الأوقات وإذا رغبت في ايقاع الطلاق بحق التمليك الذي فوضها الزوج به فلها أن تستعمله في أي وقت، ما دام هذا الشرط يفيد الدوام والاستمرار،وهذا ما سارت عليه وعملت به محكمة الاستئناف في العديد من قراراتها)

**الثاني: شرط العصمة المقيد بوقت محدد**

يستطيع الزوج أن يقيد تفويضه لزوجته بتطليق نفسها بوقت محدد، كأن يقول لها أمرك بيدك هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة،أو أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة أو أمرك بيدك ليوم أو لشهر أو لسنة، ويأخذ نفس الحكم ما إذا قالت المرأة لخاطبها تزوجتك على أن أمري بيدي أطلق نفسي هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة، فالمرأة تملك تطليق نفسها في الوقت المحدد في التفويض، ولا يتقيد حقها في المجلس يقول الكاساني:( وإن كان مؤقتا بأن قال فأمرك بيدك يوما أو قال اليوم الذي يقدم فيه فلان، فإذا قدم فلها الخيار في ذلك الوقت كله إذا علمت بالقدوم،غير أنه إذا ذكر اليوم منكرا يقع على يوم تام بأن قال إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما وإن عرفه – كأن يقول أمرك بيدك في اليوم الذي يقدم به فلان _ يقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس)[104]

يذهب فقهاء الحنفية [105] إلى أن من حق الزوج تقييد تفويضه زوجته بتطليق نفسها بزمن معين، ويبقى الأمر بيدها ما دام الوقت باقيا ؛ لأنه فوض لها حق تطليق نفسها في جميع الوقت الذي حدده، فيبقى التفويض ما بقي الوقت ؛ لأنه لو بطل لم يكن للتوقيت فائدة، وهذا الحكم يسري على اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها في الوقت الذي تحدده كأن تقول المرأة لخاطبها زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي لمدة عام من تاريخ اليوم فيقبل الزوج بذلك، فلها الحق أن تطلق نفسها في أي يوم من أيام هذا العام، فإذا انقضى العام ولم تطلق نفسها فليس لها حق التطليق بعد انقضاءه، غير أنها لا تملك تطليق نفسها خلال العام إلا طلقة واحدة، لأن اللفظ يقتضي الوقت، ولا يقتضي التكرار

**المطلب الثاني : تطور الاجتهاد القضائي في نوع الطلاق وعدد الطلقات التي تملك المرأة إيقاعها على نفسها**

**الفرع الأول:تطور الاجتهاد القضائي في نوع الطلاق الذي توقعه الزوجة على نفسها**

لقد استقر اجتهاد محكمة الاستئناف في ظل قانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابق أن المرأة التي اشترطت أن يكون أمرها بيدها إذا أوقعت على نفسها الطلاق بعد الدخول فإنه يقع به طلقة واحدة رجعية، وإن من حق الزوج إرجاع زوجته خلال العدة[106] جاء في القرار الاستئنافي رقم 40768 ما يلي ( إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن تطلق نفسها متى شاءت ووافق الزوج على ذلك فلها أن تطلق نفسها استعمالا لهذا الشرط وفي هذه الحالة تقع طلق رجعية)[107] أما إذا أوقعته قبل الدخول فيقع به طلقة بائنة[108] والمادتين اللتين نصتا على شرط العصمة في قانون حقوق العائلة وقانون الأحوال الشخصية السابق لم ينصا على نوع الطلاق الذي يحق للمرأة التي اشترطت أن تكون عصمتها بيدها أن توقعه على نفسها وقد استندت محكمة الاستئناف[109] في ذلك للمادة 94 من قانون الأحوال الشخصية السابق التي نصت على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون وبقي العمل بذلك حتى عدلت محكمة الاستئناف عن هذا الاجتهاد بقرارها الخماسي رقم 60880 وقررت أن الطلقة التي توقعها الزوجة على نفسها هي طلقة بائنة ولو كانت بعد الدخول، وأن الواجب في هذه المسألة تطبيق المادة 183من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 التي توجب الرجوع إلى المذهب الحنفي فيما لا نص فيه، لأن أحكام القانون لم تتضمن أحكام تفويض الطلاق بشرط العصمة أو الأمر باليد، ولا تطبق على شرط العصمة ما جاء في المادة 94 من ذات القانون التي تنص أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق على مال والطلاق الذي نص عليه أنه بائن في هذا القانون، وقد نص القرار الخماسي المذكور على ما يلي (ويكون الطلاق في جميع هذه الحالات بائنا إلا إذا كان التفويض مقيدا بطلقة رجعية،ولا يخالف هذا المبدأ ما ورد في المادة 94من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق على مال والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون ؛ لأن مواد القانون لم تتضمن أحكام تفويض الطلاق بمقتضى شرط العصمة فيرجع فيها إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة عملا بالمادة 183 من القانون المذكور )

وإن جعل الطلقة التي توقعها المرأة على نفسها إذا اشترطت أن يكون أمرها بيدها طلقة بائنة موافق لما قرره المذهب الحنفي من اعتبار الطلقة التي توقعها المرأة بقولها طلقت نفسي طلقة بائنة، بخلاف قولها اخترت نفسي فيقع به الطلاق الذي ينويه الزوج فإن نوى ثلاثا يقع ثلاثا،

**الفرع الثاني: عدد الطلقات التي تملك المرأة التي اشترطت شرط العصمة**

لقد فرق فقهاء الحنفية بين شرط العصمة الذي يتضمن على ما يدل على تكرار حق الزوجة بالطلاق، وبين شرط العصمة الذي لا يتضمن ذلك

**أولا: إذا لم يتضمن شرط العصمة ما يفيد تكرار حق المرأة بالطلاق**

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن شرط العصمة إذا لم يتضمن ما يفيد تكرار حقها بالطلاق كأن تشترط على خاطبها ذلك بقولها: تزوجتك على أن تكون عصمتي بيدي أطلق نفسي متى أشاء فإن حقها في الطلاق إنما هو في إيقاع طلقة واحدة،ولا تملك أن تطلق نفسها طلقة أخرى، يقول الكاساني: ( وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة لأن قوله أمرك بيدك لا يقتضي التكرار)[110]

وقد التزم القضاء الشرعي بما قرره المذهب الحنفي في هذه المسألة من أن المرأة لا تملك تطليق نفسها إلا طلقة واحدة، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية ما يلي (تضمن – عقد الزواج– ( أن تكون عصمتها بيدها ) وقد وافق الزوج على ذلك ولم يشتمل هذا الشرط ما يفيد تمليك العصمة في أي وقت تشاء أو متى تشاء، فلا تملك الزوجة والحالة هذه تطليق نفسها في غير المجلس استنادا إلى الشرط المذكور وقد أجمع الفقهاء على ذلك ولو أضيف إلى صيغة التفويض والتمليك عبارة تفيد الدوام والاستمرار بأن تشترط عليه أن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها متى شاءت فتملك في هذه الحالة تطليق نفسها في أي وقت تشاء مرة واحدة، إلا إذا كانت عبارة التفويض فيها ما يدل على التكرار مثل كلما شاءت...)[111]

**ثانيا: شرط العصمة المقترن بما يدل على تكرار حق الزوجة بالطلاق**

إذا أراد الزوج أن يعطي زوجته حق تطليق نفسها أكثر من مرة، أو إذا أرادت الزوجة أن تملك حق تطليق نفسها أكثر من مرة في اشترطها أن يكون أمرها بيدها فلا بد أن تقترن صيغة التفويض أو صيغة الشرط بما يدل عل تكرار استعمال هذا الحق، كأن يقول الزوج لزوجته أمرك بيدك كلما شئت، أو تقول المرأة لخاطبها زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي كلما شئت ويقبل الزوج بذلك إن المرأة إذا قرنت اشتراطها بأن يكون أمرها بيدها بما يفيد التكرار، فإن أمرها يصبح بيدها ولا تتقيد بالمجلس ؛ لأن كلمة كلما تقتضي تكرار الأفعال، يدل على ذلك قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِآيَاتِنَا سَوْفَ نُصْلِيهِمْ نَارًا كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا

لِيَذُوقُوا الْعَذَابَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَزِيزًا حَكِيمًا) [النساء :56 ] وقوله تعالى: (وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ ۚ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُوا بِمَا قَالُوا ۘ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنْفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ ۚ وَلَيَزِيدَنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ طُغْيَانًا وَكُفْرًا ۚ وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ۚ كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ ۚ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ۚ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ)[ المائدة: 64] فيقتضي تكرار التمليك عند تكرار المشيئة، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة [112] ؛ لأنه صار كأنه قال لها أمرك بيدك،فإذا اختارت فقد انتهى موجب التمليك، ثم يتجدد لها الملك بتمليك أخر في مجلس أخر عند مشيئة أخرى،إلى أن تستوفي ثلاث طلقات. فينتهي التمليك، فإذا بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت من زوج آخر وعادت إلى زوجها الأول بعد طلاقها من زوجها الثاني أو وفاته فلا خيار لها،ولا تملك تطليق نفسها إن لم تكن اشترطت ذلك مجددا، لأنها إنما تملك التطليق بتمليك الزوج، والزوج إنما ملكها ما كان يملكه بنفسه وهي طلقات ذلك الملك القائم، لا طلقات ملك لم يوجد،فما لا يملكه بنفسه فلا يملك تمليكه لغيره،أما إن بانت بواحدة أو اثنتين ثم تزوجت من زوج آخر ،ثم عادت لزوجها الأول فلها انشاء الطلاق وتطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تستوفي الثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فلا تملك عنده تطليق نفسها بناء على شرطها في الزواج السابق [113]

**المطلب الثالث: شرط العصمة المعلق على شرط**

إن المذهب الحنفي قد اعتبر اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها من قبيل التفويض بالطلاق إذا قبل به الزوج، والطلاق يقبل التعليق، وكذلك التفويض يقبل التعليق، ولهذا يصح تعليق شرط العصمة على شرط عند الحنفية، ولم تخالف محكمة الاستئناف الشرعية المذهب الحنفي في ذلك واعتبرت تعليق شرط العصمة على شرط صحيحا فإذا وقع الشرط المعلق عليه شرط العصمة ملكت الزوجة حق تطليق نفسها، ولهذا جاء قرار محكمة الاستئناف مؤيدا حكم المحكمة الابتدائية بصحة اشتراط المرأة وقت العقد أنه إذا غاب عنها زوجها مدة سنة ولم يرجع إليه ولم يوكل من ينفق عليها فيكون أمر طلاقها بيدها، وأنه ثبت لدى المحكمة الابتدائية تحقق الشرط المعلق عليه شرط العصمة وأنها أوقعت على نفسها طلقة بائنة، لأن زوجها لم يدخل ولم يختل بها، ولكن محكمة الاستئناف عدلت حكم المحكمة الابتدائية من جهة تاريخ وقوع الطلاق فقد حكم المحكمة الابتدائية بوقوع الطلاق بتاريخ حكمها وصوبت محكمة الاستئناف ذلك بأن الطلاق وقع منذ تاريخ طلاقها لنفسها لا من تاريخ الحكم [114].وهذا حكم صحيح لا غبار عليه، وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية: أذا شرطت الزوجة على زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي في وثيقة العقد أنه إذا شرب الخمر تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها منه متى شاءت، وطلقت نفسها بسبب شرب الخمر، وادعت أنه بعد ذلك رجعت إلى بيته وعاشرها معاشرة الأزواج وهي في العدة وأنها حامل منه من قبل إقامة الدعوى وصادقها المدعى عليه زوجها على جميع دعواها وأقر بالشرط المذكور وأنه أرجعها لعصمته بعد إقامة الدعوى وعاشرها معاشرة الأزواج، وأنها حامل منه حتى الآن فعلى المحكمة الحكم بوقوع طلقة رجعية وبصحة الرجعة بينهما)[115]

غير أن محكمة الاستئناف الشرعية اعتبرت اشتراط الزوجة على زوجها في وثيقة العقد أن زوجها (إذا لعب القمار فهي طالق منه طلقة واحدة تملك بها نفسها وقد قبل الزوج بذلك ) من الشروط الصحيحة التي تجيز للمحكمة فسخ العقد إذا لم يف الزوج بالشرط وفقا لأحكام المادة 21 قانون حقوق العائلة، وذلك استنادا لأحكام الفقه الحنبلي الذي أخذت منه أحكام المادة، وصدقت الحكم بفسخ عقد الزواج( [116] )

وإنني لا أتفق مع محكمة الاستئناف فيما اتجهت إليه من تصديق الحكم بفسخ عقد الزواج لهذا الشرط للأسباب التالية:

إن هناك فرقا بين اشتراط المرأة على زوجها في عقد الزواج أن لا يلعب القمار مثلا وقبوله بهذا الشرط، وتسجيله في صلب وثيقة العقد في خانة الشروط وبين اشتراط المرأة أن زوجها إذا لعب القمار فهي طالق منه طلقة واحدة تملك بها نفسها، ذلك أن اشتراط المرأة على زوجها أن لا يلعب القمار شرط تتوافر فيه شروط الشرط المعتبر الذي يفسخ به العقد وفق أحكام المادة 21 من قانون حقوق العائلة التي نصت على (إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين وجبت مراعاته كأن يشترط أن عقدة النكاح بيدها أو أن لا يخرجها من البلد الذي اتفق على إقامتها فيه، أو أن لا يتزوج عليها. على انه يشترط أن يكون ذلك الشرط عند الإنكار مسجلا في وثيقة العقد، فإذا خالف الشروط يفسخ النكاح بطلب الزوجة ذلك) لأنه شرط نافع لها، ومسجل في عقد الزواج، فإذا خالف الزوج هذا الشرط فتملك الزوجة طلب فسخ عقد الزواج، فتتطبق على هذا الشرط أحكام الشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة من قانون حقوق العائلة أما اشتراط الزوجة على زوجها إذا لعب القمار فهي طالق منه طلقة واحدة وقبل الزوج بذلك فالحكم في هذه المسألة يختلف بين أن يكون هذا الكلام تم مقترنا بالعقد وبدأت الزوجة بالإيجاب كأن تقول الزوجة تزوجتك على أنك إذا لعبت القمار فأنا طالق منك طلقة بائنة أملك بها نفسي وقبول الزوج بقوله وأنا قبلت زواجك على هذا الشرط) فإن مقتضى قبول الزوج أنه قبل الزواج وبهذا تم العقد، وبعد تمام العقد فإنه يملك تطليق زوجته، وقبول الزوج بالشرط يتضمن تعليق طلاق زوجته على قيامه بلعب القمار، وقوله قبلت زواجك على هذا الشرط يعني قبلت زواجك وقبلت أن تكوني

طالقة مني إذا لعبت القمار فإذا لعب القمار وقع الطلاق، دون حاجة لإيقاعه من قبل المحكمة، ولا حاجة لإيقاعه من قبل الزوجة، ووظيفة المحكمة عند رفع الدعوى هي الحكم بتثبيت وقوع هذا الطلاق بتاريخ لعبه القمار، وليس الحكم بفسخ العقد، لأن التكييف الفقهي لمثل هذه العبارة أن قبول الزوج يتضمن تعليق طلاقه لزوجته إذا لعب القمار.ويقع بهذه الصيغة طلقة رجعية إذا لعب القمار بعد الدخول، وطلقة بائنة إذا لعب القمار قبل الدخول أما إذا لم يقترن قول المرأة– إذا لعبت بالقمار فأنا طالق – بإيجابها في عقد الزواج فإن كان سابقا للعقد فلا يترتب عليه أثر، لأن الرجل قبل إجراء العقد وتمامه لا يملك الطلاق،لأن المرأة قبل العقد ليست محلا للطلاق وفقا لنص المادة 67 من قانون حقوق العائلة التي جاء فيها (محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح أو المعتدة والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلا للطلاق ولو في عدتها أما إذا كان الشرط لاحقا للعقد فقد كان اجتهاد محكمة الاستئناف بعدم اعتبار هذا الشرط ؛لأن المادة 19من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم61 لسنة 1976قد أجازت فسخ عقد الزواج للشرط إذا اشترطت الزوجة ذلك الشرط ورضي به الزوج وسجل في وثيقة العقد عند اجراء العقد، فإذا لم يسجل الشرط عند العقد، وكان الشرط بتاريخ لاحق للعقد، وإن سجل بموجب حجة إقرار لدى المحكمة الشرعية فلا ينطبق عليه أحكام المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية المذكور ولهذا حكمت محكمة الاستئناف برد دعوى المدعية.[117] إن محكمة الاستئناف قد أجازت للمرأة التي تشترط هذا الشرط أن تطلق نفسها بحق التمليك الذي فوضها به زوجها، وأجازت لها أن تطلب فسخ العقد، وإن إعطاء المرأة حق تطليق نفسها إنما هو مبني على تكييف شرط العصمة بأنه تفويض للمرأة بتطليق نفسها، وبناء على هذا التكييف فإن الزوج إنما يملك حق التفويض بالطلاق بعد إجراء عقد الزواج، ولهذا اشترط الحنفية لإعطاء المرأة حق تطليق نفسه إذا اشترطت أن يكون أمرها بيده أن تبدأ المرأة بالإيجاب ليكون قبول الزوج يتضمن قبوله بالزواج وقبوله بتفويضها بالطلاق، ويكون التفويض بعد تمام العقد، ولهذا فإن قبول الزوج بشرط العصمة بعد إجراء العقد يعتبر تفويضا للمرأة بالطلاق، وتملك به تطليق نفسها خلافا لما جرى عليه اجتهاد محكمة الاستئناف الموقرة

**المطلب الخامس: كيفية إيقاع المرأة الطلاق على نفسها وشرط ذلك**

**الفرع الأول: كيفية إيقاع المرأة الطلاق على نفسها**

إن فقهاء الحنفية وضعوا ضابطا للألفاظ التي إذا تلفظت بها المرأة يقع بها الطلاق، وإن تلفظت بغيرها لا يقع،وهذا الضابط هو (كل ما يصلح من الألفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المرأة وما لا فلا إلا لفظ الاختيار خاصة فإنه لا يصلح طلاقا من الزوج ولكنه يصلح جوابا من المرأة )[118] وعلل الإمام الكاساني هذا الضابط بأن التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها، فما يملكه بنفسه يملك تمليكه من غيره وما لا فلا [119] وقد فسر ابن عابدين هذا الضابط بقوله: ( الذي ظهر لي في بيانه أنه ليس المراد تشخيص اللفظ بمادته وهيئته ولا بتغيير الضمائر والهيئات كما قيل بل المراد أن تسند اللفظ إلى ما لو أسنده إليه الزوج يقع به الطلاق، فبهذا يكون ما يصلح للإيقاع منه يصلح للجواب منها،)[120]

وتطبيقا لهذا الضابط فإن المرأة إذا قالت: طلقت نفسي، أو أبنت نفسي، أو حرمت نفسي، يكون جوابا ؛ أي إذا تلفظت المرأة بها يقع الطلاق ؛ لأن الزوج لو أتى بهذه الألفاظ كان طلاقا، فلو قال الزوج لزوجته: طلقتك أو أبنتك،أو حرمتك، فإنه يقع بها طلاق،وكذلك إذا قالت المفوضة: أنا منك بائن، أو أنا عليك حرام يقع بها الطلاق لأن الزوج لو قال: أنت بائن أو أنت علي حرام كان طلاقا، وكذلك لو قالت أنا بائن ولم تقل منك، أو قالت أنا حرام ولم تقل عليك فهو جواب يقع به الطلاق ؛ لأن الزوج لو قال لها أنت بائن، أو أنت حرام ولم يقل مني أو علي كان طلاقا، ولو قالت أنا منك طالق فهو جواب لأنه لو قال لها أنت طالق مني كان طلاقا،وكذا لو قالت لزوجها أنا طالق ولم تقل منك فهو طلاق ؛ لأن الزوج لو قال لها أنت طالق ولم يقل مني فإنه يقع به الطلاق،أما لو قالت الزوجة المفوضة لزوجها أنت بائن ولم تقل مني، أو قالت أنت حرام، ولم تقل علي، فلا يقع بها طلاق،لأن الزوج لو قال لها أنا بائن، أو أنا حرام، لا يكون طلاقا،وكذلك لو قالت لزوجها أنت مني طالق، فلا يقع بها طلاق ؛لأن الزوج لو قال لها أنا منك طالق لم يكن طلاقا عند الحنفية) [121]

وقد جرى عمل المحاكم الشرعية بما قرره المذهب الحنفي في هذه المسألة، وقد أشارت محكمة الاستئناف أن الطلاق الذي تلفظت به زوجة بقولها ( زوجي ومدخولي بصحيح العقد الشرعي...طالق مني طلقة واحدة تنفيذا للشرط ) لا يقع بها طلاق، فقد جاء فيه: (على فرض صحة هذا الشرط فإن المحكمة الابتدائية قد حكمت بوقوع طلقة رجعية واحدة من المدعية...المذكورة على المدعى عليه... المذكور استنادا لما قررته المدعية في ضبط الدعوى بقولها: ( زوجي و مدخولي بصحيح العقد الشرعي...طالق مني طلقة واحدة تنفيذا للشرط)وهذه الصيغة من قبل المدعية على فرض صحة الشرط لا يقع بها طلاق ؛ لأن الطلاق يقع على الزوجة ولا يقع على الزوج وإنما يقع منه عليها، وعندما تملك المرأة حق الطلاق فإنما تملكه نيابة عن زوجها بتفويضه لها هذا الحق، وقد وضع فقهاء الحنفية قاعدة للألفاظ التي تصلح لإيقاع الطلاق من قبل الزوجة إذا كانت مفوضة بالطلاق، وقد أورد

الإمام الكاساني هذه القاعدة بقوله: كل ما يصلح من الألفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المرأة وما لا فلا...)[122]

**شرط صحة شرط العصمة**

هل يشترط لتنفيذ شرط العصمة أن يذكر في صيغة العقد أم يكفي أن يذكر في خانة الشروط جرى اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية على أن شرط العصمة إذا ذكر في خانة الشروط في عقد الزواج يعمل به ولو لم يذكر في صيغة العقد وعللت اجتهادها بأن عدم ذكر هذا الشرط في صيغة العقد لا ينتفي معه ما هو حاصل بالفعل من تسجيله في وثيقة الزواج ولهذا فسخت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعي لأن الشرط لم يذكر في صيغة العقد([123] )

وإنني أختلف مع هذا الاجتهاد ذلك أن شرط العصمة في هذه الحالة إنما اتفق عليه قبل العقد وسجل في وثيقة الزواج،ولم يذكر في صيغة الإيجاب من قبل المرأة أو وكيلها، وهو غير ملزم ؛لأن المرأة قبل العقد ليست محلا للطلاق، وفقا لأحكام المادة 84 من قانون الأحوال الشخصية السابق الذي كان معمولا به عند صدور القرار التي نصت (محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح)،ولا يملك الرجل التطليق قبل العقد

**النتائج والتوصيات**

- إن الاجتهاد القضائي له دوره الهام في تطور التشريعات، والتطبيق القضائي للنصوص القانونية هو الذي يكشف عيوبها
- إن مهمة القاضي هي الاجتهاد في تطبيق النص بما يحقق العدل بين الخصوم وبما يتفق مع قصد المشرع من النص،
- لقد كان قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة2010 موفقا كل التوفيق حين نص على التكييف الفقهي لشرط العصمة بأنه تفويض بالطلاق، وأن حق المرأة التي تشترط هذا الشرط لا يتقيد بمجلس العقد سواء اقترن به ما يدل على شمول جميع الأوقات أو كان مطلق،وعلى أن الطلقة التي توقعها المرأة على نفسها هي طلقة بائنة
- يوصي الباحث أن توضع أحكام شرط العصمة مع أحكام التفويض بالطلاق في القانون،لأن وضعها في باب الشروط المقترنة بالعقد يوهم أنه شرط تنطبق عليه أحكام الشروط، ولهذا كان الاضطراب في تطبيقه سابقا، ولهذا يرى الباحث نقل أحكام شرط العصمة من الفصل الرابع من الباب الأول المعنون بالاشتراط في عقد الزواج إلى الفصل الأول من الباب الرابع الذي يبحث في الطلاق بعد المادة 85 التي تحدثت عن أحكام التفويض بالطلاق.

**الهوامش**

1) ابن منظور، ج، (1997م) لسان العرب، ط3، بيروت دار صادر، ج 7 ص 329، الفيروزأبادي، م، القاموس المحيط، بيروت، دار الجيل،ج 2 ص 381
2) ابن منظور، لسان العرب ج7 ص 320، الفيروز أبادي، القاموس المحيط ج2ص381
3) ابن منظور: لسان العرب ج 7 ص 293، الفيروزأبادي: القاموس المحيط ج 2 ص 381،الرازي، م، (1996م) مختار الصحاح، ط1، عمان، دار عمار، ص 1169
4)ابن فارس، أ، (1979 م)،معجم مقاييس اللغة، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر،ج3 ص 260
5) انظر السبكي، ع،(2004م)، الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث، ج4 ص1426
6) القرافي، ش، الفروق، بيروت، عالم الكتب،ج2ص95، البهوتي، م، (1997)، كشاف القناع، ط1، بيروت، دار الفكر، ج3 ص 188، الأنصاري، ز، (1991 م) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ط1، بيروت، دار الفكر المعاصر، ص 71،
7) ابن منظور: لسان العرب ج 12 ص 403
8) الرازي، مختار الصحاح، ص 218، ابن منظور، لسان العرب، ج12ص 403،
9) ابن منظور، لسان العرب ج12 ص 405
10)الزبيدي، م، (2000)، تاج العروس، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ج33، ص 107
11) الزمخشري،م، الكشاف، بيروت، دار المعرفة ج4 ص93، النسفي، ع، تفسير النسفي، بيروت، دار الكتاب العربي ج4 ص 249، الألوسي،م، روح المعاني، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج28 ص78، الطبري: م، (2001)، جامع البيان عن تأويل القرآن، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي ج28 ص 82
12)الرازي، م، (1978)، التفسير الكبير، بيروت، دار الفكر ج8 ص 134

13)ابن عطية، ع، (1991) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط1، قطر، رئاسة المحاكم الشرعية، والشؤون الدينية ج14ص 410

14) داود، أ،(1999)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،ج2 ص1457

15)أنظر البهوتي، كشاف القناع، ج5ص92 – 98، المرداوي،ع، (1957 م)، الإنصاف،ط1، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج8 ص 154–168

16) السدلان،ص، (1421ه)، الشروط في النكاح، ط1، الرياض، دار بلنسية للنشر والتوزيع، ص167

17) البهوتي، كشاف القناع ج 8ص 92– 98

18)قاسم، ع، (2005)، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 82

19) قاضيخان، الفتاوى الخانية ج1 ص 329، ابن نجيم، ز، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج3 ص343، ابن عابدين، م، (1995)، رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر،ج3 ص 362

20)أنظر صفحة

21) قاضيخان، الفتاوى الخانية ج1 ص 329، ابن نجيم، ز، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج3 ص343، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج3 ص 362

22) الحطاب، مواهب الجليل ج3ص446، المواق، التاج والاكليل،ج3ص444، ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، ج1ص16،

23) الماوردي، الحاوي ج9ص506

24)أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3 ص113، ابن الهمام، شرح فتح القدير ج4ص 76،

25) قاضي خان، الفتاوى الخانية، ج1 ص 329

26)الصابوني، ع، (1983) مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط3، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج1 ص 354

27) الحطاب، م، (1978)، مواهب الجليل، ط2، بيروت، دار الفكر، ج3 ص 446، ابن سلمون، ع، (1301ه)، العقد المنظم للحكام، ط1، بيروت، دار الكتب العربية، مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، ج1 ص 16

28) الماوردي، ع، (1994)، الحاوي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،ج9ص 506

29) الحطاب، مواهب الجليل ج3 ص 446، ابن سلمون، العقد المنظم للحكام ج1 ص ‘16المواق، التاج والاكليل ج3 ص 444،الدردير،الشرح الكبير ج2 ص 23، الماوردي، الحاوي ج9ص 506

30) ابن سلمون، العقد المنضم للحكام ج 1ص 16، المواق، م، (1978)، التاج والإكليل، ط2، بيروت، دار الفكر، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، ج3ص 444، الحطاب، مواهب الجليل، ج3 ص446

31) الماوردي، الحاوي ج9ص 506

32) الدردير، أ، الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، ج 2 ص 238،الخرشي، م، حاشية الخرشي، بيروت، دار صادر ج 3 ص 196،المواق، التاج والإكليل،ج3 ص 444، الحطاب، مواهب الجليل، ج3ص446، الدردير،أ، (1995)، الشرح الصغير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، مطبوع مع بلغة السالك للصاوي، ج2 ص 246–247

33) السدلان، الشروط في النكاح،، ص166 – 169

34) قاسم،)،التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، ص82

35) ابن الهمام،ك، شرح فتح القدير، ط2، بيروت، دار الفكر، ج4ص 76

36)الكاساني، ع، (1986)، بدائع الصنائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، ج3 ص 118

37)الكاساني، بدائع الصنائع ج3 ص 120

38) الكاساني:بدائع الصنائع ج 3 ص 114، دامادا أفندي، ع، (1998)مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2ص50،

*)لقد قصرت البحث في هذه المسألة على المذهب الحنفي لأنه هو المذهب الذي نص صراحة على صحة شرط العصمة باعتباره نوع تفويض بالطلاق، وقد ذكرنا خلاف الفقهاء في التكييف الفقهي للتفويض، ونشأ عن هذا الخلاف خلاف في الوقت الذي تملك به المفوضة تفويضا مطلقا الطلاق به، على مذهبين:

الأول: إن حقها بتطليق نفسها مقيد بمجلس التفويض أو مجلس علمها به، وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية، وبه قال جابر بن عبد الله وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والأوزاعي وسفيان، واستندوا في ذلك على أن التفويض يعتبر توكيلا بالطلاق وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي من الصحابة وأن ذلك يعتبر اجماعا من الصحابة وضعفوا الرواية عن علي أنه قال بأن لها الخيار في المجلس وخارج المجلس

الثاني: إن حقها بتطليق نفسها غير مقيد في المجلس فلها أن تطلق نفسها في المجلس وخارج المجلس وإلى هذا ذهب مالك في رواية، والشافعي في القديم والحنبلية وبه قال الزهري وقتادة وأبو عبيد بن نصر ونقل ابن قدامة هذا القول عن علي كرم الله وجهه

والحكم وأبو ثور وابن المنذر، واستدل ابن قدامة لهذا المذهب بماروي عن علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تتكل ولا نعرف له مخالفا من الصحابة فيكون اجماعا، ولأنه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك) أنظر الهروي، فتح باب العناية، ج2ص 111، ابن عابدين، رد المحتار ج3 ص 346، ابن رشد، بداية المجتهد ج2ص 53،، الحطاب،، مواهب الجليل،، ج 4 ص96، النووي، روضة الطالبين، ج8ص 46، الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص285،ابن قدامة المغني، ج8ص 288،

39) ابن الهمام، فتح القدير ج4 ص 77

40) أنظر ابن أبي شيبة، ع، ( 1995)، الكتاب المصنف، ط1، بيروت ن دار الكتب العلمية، كتاب الطلاق باب ما قالوا في الرجل يخير أمرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها حديث رقم 18105، ج4 ص 92،

41 أنظر ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف، كتاب الطلاق باب ما قالوا في الرجل يخير أمرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها، حديث رقم 18105، ج4 ص 92،

42)أنظر ابن أبي شيبة،، الكتاب المصنف،كتاب الطلاق باب ما قالوا في الرجل يخير أمرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها، حديث رقم 18104، ورقم 18107ج4 ص 92،

43) الكاساني:بدائع الصنائع ج 3 ص 114

44)ابن الهمام:فتح القدير ج4 ص 76

45) ابن الهمام:فتح القدير ج4 ص 76

46)أخرجه مسلم، أنظر مسلم، م، صحيح مسلم بشرح النووي،بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخييره أمرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ج10 ص 87

47)ابن الهمام: فتح القدير ج4 ص76

48)، ابن قدامة، المغني ج 8 ص 289، ابن الهمام، شرح فتح القدير ج4ص 76

49) أنظر ابن أبي شيبة،، الكتاب المصنف،كتاب الطلاق باب من قال: أمرها بيدها حتى تتكلم، حديث رقم 18114، ج4ص93

50) أنظر ابن أبي شيبة،، الكتاب المصنف،كتاب الطلاق باب من قال: أمرها بيدها حتى تتكلم، حديث رقم 18115، ج4ص93

51)ابن عابدين، م، (1993)، منحة الخالق على البحر الرائق،ط3 بيروت، دار المعرفة، ج3 ص 347، الكاساني، بدائع الصنائع ج3 ص 117،دامادا أفندي، مجمع الأنهر ج2ص 50

52) ابن الهمام، شرح فتح القدير ج 4ص 76

53)ابن قاضي سماونه، م، (1300هـ) جامع الفصولين، ط1، مصر، المطبعة الأميرية ببولاق مصر، ج1ص212

54)الشربيني، م، مغني المحتاج، بيروت، دار الفكر، ح3ص286

55) ابن قدامة، /، المغني، بيروت، دار الفكر، ج8ص289، البهوتي، كشاف القناع ج5ص255

56) الحصكفي،م، (1998)، الدر المنتقى،بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، مطبوع بذيل مجمع الأنهر، ج2 ص 43، أبن عابدين، م، (1995)، رد المحتار،، بيروت، دار الفكر، ج3 ص 345،، المرغيناني، ب، الهداية، ط2 بيروت دار الفكر، ط2، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، ج4ص76

57) الخرشي، حاشية الخرشي، ج4ص 70

58) الشربيني: مغني المحتاج ح3ص285،الماوردي، الحاوي ج10ص 172، الهيتمي، ش، تحفة المحتاج، بيروت، دار صادر مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن القاسم، ج9 ص 23

59) الكاساني، بدائع الصنائع ج3 ص113،ابن مازة، ب، (2004)، المحيط البرهاني، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،ج3 ص 239،ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين ج1ص212، ابن عابدين، رد المحتار، ج3 ص 356

60) الجصاص، أ، أحكام القرآن، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج5 ص350-351، الكاساني، بدائع الصنائع، ج3ص181

61) القرطبي، م،( 1967)، الجامع لأحكام القرآن، ط3، القاهرة، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، ج18 ص 157

62) الرملي،، م، (2003)، نهاية المحتاج،ط3،بيروت، دار الكتب العلمية، ج7 ص59

63) ابن قدامة، ش، الشرح الكبير، مطبوع بذيل المغني لابن قدامة،، بيروت، دار الفكر، ج8 ص474

64) الألوسي،،م، (2000)، روح المعاني، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي ج28 ص456، ابن عادل، ع، (1998)،اللباب في علوم الكتب ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج19ص 154،ابن نجيم، البحر الرائق، ط3، ج4 ص55،

65) الرملي، نهاية المحتاج، ج7 ص59

66) الخفيف، ع، (1958)محاضرات عن فرق الزواج، القاهرة، معهد الدراسات العربية العالمية التبع لجامعة الدول العربية،ص129، حسب الله، ع، الفرقة بين الزوجين، دار الفكر العربي ص 106-107

67)القرطبي،، ج18 ص 157، الحطاب، م، (1978) مواهب الجليل، ط2، بيروت، دار الفكر، ج4ص105

68) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج8 ص474
69)ابن حزم، المحلى، 10بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر، ص 251
70) الطوسي، م،(1980)، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2،بيروت، دار الكتاب العربي، ص509
71) الطبري، م، (2001) جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي،ج28، ص153
72) الزرقا، م، (1996)،مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة، ط1،دمشق، دار القلم،بيروت، الدار الشامية، ص 158 –161
73)أنظر الصده، ع، (1994) أصول القانون، الاسكندرية، منشأة المعارف، ص 71 – 75
74) الزرقا، أ، (1998)، شرح القواعد الفقهية، ط5، دمشق، دار القلم، ص235، أنظر المادة 42 من مجلة الأحكام العدلية
75)ا القرار رقم 16701 تاريخ 7/17 /1971،و لقرار ألاستئنافي رقم 45891الصادر بتاريخ 1998/10/31أنظر داود:القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج 1ص369 و 381، عمرو،ع، (1990)،القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، عمان، دار يمان،،ص 107،
76)أنظر القرار ألاستئنافي رقم 54348 تاريخ 26 /3 /2002، والقرار الاستئنافي رقم 55329تاريخ 2002/7/21،والقرار الاستئنافي رقم 55567تاريخ2002/3/26
77) أنظر القرار الاستئنافي رقم 55329 الصادر بتاريخ 21/ 7 / 2002م
78)ا القرار رقم 16701 تاريخ 7/17 /1971و لقرار ألاستئنافي رقم 45891الصادر بتاريخ 1998/10/31أنظر داود:القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج 1ص369 و 381،والقرار الاستئنافي رقم 16490أنظر العربي، م ا، لمباديء القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية من سنة 1951–1973،عمان، مكتبة الأقصى، ص 183
79)أنظر القرار الاستئنافي رقم 1671/ 55329 الصادر بتاريخ7/21/ 2002م،والقرار رقم54348/790الصادر بتاريخ 26 /3/ 2002
80) أنظر القرار الخماسي رقم 1583/ 2004الصادر بتاريخ9/13 /2004م
81) أنظر صفحة
82)نصت المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية السابق رقم 61 لسنة 1976 على ما يلي ( ما لا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة)
83) قاضي خان، الفتاوى الخانية، ج1، ص329
84)ابن الهمام، فتح القدير ج4 ص 77، دامادا أفندي، مجمع الأنهر ج2ص 43،
85) الكاساني، بدائع الصنائع ج 3 ص 114
86)أنظر القرار الاستئنافي رقم 16490، العربي،المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية من سنة 1951–1973، ص 183، والقرار الاستئنافي رقم 16701 الصادر بتاريخ 19771/7/17،داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1ص 369، والقرار الاستئنافي رقم17484 الصادر بتاريخ1973/4/8، والقرار الاستئنافي رقم 19730الصادر بتاريخ 11/5/ 1977، أنظر داود: القرارات القضائية ج1 ص 370، والقرار الاستئنافي رقم 38384الصادر بتاريخ 1995/1/31 أنظر داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1 ص378
87) ابن نجيم، ز، (1985) الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية،، 27، السيوطي، ج، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الفكر، ص35، السبكي، ت، (1991)الأشباه والنظائر،ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1ص54، وانظر المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية
88) ابن الهمام:فتح القدير ج4 ص 76
89)أبو زهرة، م، (1970)، القاهرة، دار الفكر العربي، الأحوال الشخصية، ص 382–383
90) أنظر الصابوني، ع، (1968) مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط3، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتويع، ج 1ص 358نقلا عن الأحوال الشخصية لأحمد ابراهيم ص 273
91، الزرقا، م، (1998)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ط1، ج1 ص 87
92 الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1 ص 90–91
93)أخرجه البخاري. أنظر الخاري، م، (1997) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، بيروت، دار الفكر، ط1،كتاب المظالم، باب الغرفة والعلية المشرفة وغير المشرفة في السطوح وغيرها، حديث رقم 2468، ج5ص409،وأخرجه مسلم. أنظر مسلم، م،
صحيح مسلم بشرح النووي، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، كتاب الطلاق باب بيان أن تخييره امرأته لا يكون طلاقا غلا بالنية، حديث رقم 1475، ج10 ص 78، وحديث رقم 1468 ج10 ص81
94)ابن الهمام: فتح القدير ج 4 ص76
95) ابن رشد، م، بداية المجتهد، بيروت، دار الفكر، ج2ص53
96 ابن عابدين: رد المحتار ج3 ص 190

97) أنظر قرار محكمة الاستئناف الخماسي رقم 60880 تاريخ 13 / 9 / 2004
98) سبق تخريجه
99)ابن الهمام: فتح القدير ج 4 ص 77
100) ابن نجيم، ز، (1985) الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية،، 27، السيوطي، ج، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الفكر، ص35، السبكي، ت، (1991)الأشباه والنظائر،ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1ص54، المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية
101) الحموي، أ، (1985)، غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2ص268، الزرقا، أ، (1998)، شرح القواعد الفقهية، ط 5، دمشق، دار القلم، ص 55، المادة3 من مجلة الأحكام العدلية
102)ابن عابدين، منحة الخالق، ج3 ص 347، الكاساني، بدائع الصنائع ج3 ص 117،
103) أنظ القرار الاستئنافي رقم 45891 الصادر بتاريخ 31 /8/ 1998، انظر داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1 ص 381
104)الكاساني، بدائع الصنائع ج3 ص 116
105)البابرتي، م، شرح العناية على الهداية، ط2، بيروت دار الفكر، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام،ج4 ص94
106)أنظر القرار الاستئنافي رقم 19240 تاريخ 1977/1/31، أنظر العربي: المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ج2 ص 206، والقرار الاستئنافي رقم 16490، أنظر العربي:المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ج1ص183، والقرار 45404 تاريخ 18 / 8 / 1998 أنظر داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1 ص 381،
107)القرار الإستئنافي رقم 40768الصادر بتاريخ 24/ 1996أنظر ر داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج 1ص379
108 أنظر القرار الاستئنافي رقم 9583 الصادر بتاريخ9/11/ 1957،
109)القرار الاستئنافي رقم 45404 الصادر بتاريخ 8/18/ 1998، أنظر داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج 1ص 381
110) الكاساني، بدئع الصنائع ج 3 ص 117
111) أنظر القرار الاستئنافي رقم 35304الصادر بتاريخ 31/ 12 / 1993
112)ابن قاضي سماونه: جامع الفصولين ج1ص213
113) الكاساني: بدائع الصنائع ج3 ص117
114) أنظر القرار الاستئنافي رقم 9583 تاريخ 9/21 1957، أنظر العربي،، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية من سنة 1951-1973، ص 183
115) انظر القرار الاستئنافي رقم 19240الصادر بتاريخ 31/ 1 / 1977، العربي، م،(1984)، المبادئ القض اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية من 1/7/ 1973- 1983، ط1، عمان، دار الفرقان، ص 206
116) أنظر القرار الإستئنافي رقم 10328 تاريخ 5/26 9959، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1 ص 366- 368،
117) انظر القرار الإستئنافي رقم 28363 تاريخ 29 / 12 1978، أنظر داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج1 ص 375،
118) ابن نجيم، البحر الرائق ج3 ص 343، الكاساني: بدائع الصنائع ج3ص 117
119) الكاساني: بدائع الصنائع ج3ص117
120)ابن عابدين: رد المحتار ج 3 ص357
121) الكاساني: بدائع الصنائع ج3 ص117
122) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3ص117
123) القرار الاستئنافي رقم 28095

**المصادر والمراجع**

ابن أبي شيبة، ع، ( 1995)، الكتاب المصنف، ط1، بيروت ن دار الكتب العلمية
الألوسي، م، (2000) روح المعاني،ط1، بيروت، دار احياء التراث العربي
الأنصاري، ز،الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة،ط1،بيروت، دار الفكر المعاصر
البابرتي، م، شرح العناية على الهداية، ط2، بيروت دار الفكر، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام،ج4 ص94
باز، س، شرح المجلة، ط3، بيروت ن دار احياء التراث العربي
البخاري، م، (1997م)، صحبيح البخاري بشرح فتح الباري، ط1،بيروت، دارالفكر
البهوتي،م،(1982م)، كشاف القناع على متن الاقناع، بيروت، دار الفكر

الجصاص، أ، (1985)، أحكام القرآن، بيروت، دار احياء التراث العربي
ابن حزم، ع، المحلى، بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر
حسب الله، ع، الفرقة بين الزوجين، القاهرة، دار الفكر العربي،
الحصكفي،م، (1998)، الدر المنتقى،بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، مطبوع بذيل مجمع الأنهر،،
الحطاب، م، ( 1978)، مواهب الجليل،ط2، بيروت، دار الفكر،
الحموي، أ، (1985) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية
الخرشي، م، حاشية الخرشي، بيروت، دار صا در
الخفيف، ع، (1958)محاشرات عن فرق الزواج، القاهرة ن معهد الدراسات العربية
دامادا أفندي، ع، (1998)مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2ص50،
داود، أ،(1999)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع
الدردير، أ، الشرح الكبير، مطبوع مع حاشية الدسوقي، بيروت، دار الفكر،
الدردير، أ (1995)،الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1،
الرازي، م، (1996)، مختار الصحاح، ط1، عمان، دار الفجر الجديد ودار عمار،
الرازي، م، التفسير الكبير، بيروت، دار الفكر،
ابن رشد، م، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر
الرملي،، م، (2003)، نهاية المحتاج،ط3،بيروت، دار الكتب العلمية
الزبيدي، م، (2000)، تاج العروس، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب
الزرقا، أ، (1998)، شرح القواعد الفقهية، ط5، دمشق، دار القلم،
الزرقاء، م، ( 1998)،المدخل الفقهي العام، ط1، دمشق، دار القلم،
الزرقا، م، (1996)،مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة، ط1،دمشق، دار24القلم،بيروت، الدار الشامية
الزمخشري،م، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل،بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر
أبو زهره، م، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي
السبكي، ع (1424هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الاسلامية
السبكي، ت، (1991)الأشباه والنظائر،ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،
السيوطي، ج، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الفكر،، السبكي، ت، (1991)الأشباه والنظائر،ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،
السدلان، ص، (1421هـ) الشروط في النكاح، ط1، الرياض، دار بلنسية للنشر والتوزيع،
ابن سلمون،ع، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، مطبوع بهامش تبصرة الحكام، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1،
السيوطي، ج، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الفكر
الشربيني، م، مغني المحتاج، بيروت، دار الفكر
الصابوني، ع، (1983)مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط3، بيروت، دار الفكر 38- الصده، ع، (1994) أصول القانون، الاسكندرية، منشأة المعارف أصول القانون
الطبري، م، (2001) جامع البيان عن تأويل القرآن،ط1،بيروت، دار احياء التراث العربي
الطوسي، م،(1980)، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2،بيروت، دار الكتاب العربي 41- ابن عابدين، م، (1995 م)، رد المحتار، بيروت، دار الفكر،
ابن عابدين، م،(1993)، منحة الخالق على البحر الرائق،ط3، مطبوع بهامش البحر الرائق، بيروت، دار المعرفة
ابن عادل،ع، (1998)اللباب في علوم الكتاب، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية
العربي، م،(1973)، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية من سنة 1951-1973،عمان، مكتبة الأقصى،
ابن عطية،ع، (1991)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز،ط1، قطر، رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية
عمرو،ع، (1990)،القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، عمان، دار يمان،
الفيروزابادي، م،، القاموس المحيط، بيروت، دار الجيل،
ابن فارس، أ، (1979م)، معجم مقاييس اللغة، بيروت، دار الفكر،
قاسم، ع، (2005) التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط،الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،
القرافي، ش، الفروق، بيروت، عالم الكتب

قاضي خان، م، (1310هـ) الفتاوى الخانية، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، ط2،بيروت، دار الفكر،
ابن قاضي سماونه، م، جامع الفصولين
ابن قدامه، م، المغني، بيروت، دار الفكر،
ابن قدامة، ش، الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، مطبوع مع المغني لابن –
القرطبي، م،(1967)، الجامع لأحكام القرآن، ط3، مصر، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر
الكاساني، ع،( 1986)، بدائع الصنائع، ط2، بيروت: دار االكتب العلمية
ابن مازه، ب،( 2004 م)،المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ط1،بيروت، دار الكتب العلمية،
الماوردي، ع، ( 1994 م)، الحاوي الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية
المرداوي،ع، (1957 م)، الإنصاف،ط1، بيروت، دار احياء التراث العربي
المرغيناني، ب، الهداية، ط2،بيروت، دار الفكر، ط2، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام،
مسلم، م، صحيح مسلم بشرح النووي، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان
ابن منظور، ج، (1997 م)، لسان العرب،ط6 بيروت، دار صادر، 1997،
المواق، م، بالمواق ( 1978 م)، التاج والإكليل،ط2، مطبوع بهامش مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر،
ابن نجيم،ز، ( 1993 م)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ط3، بيروت، دار المعرفة
ابن نجيم، ز، (1985)، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية
النسفي، ع، تفسير النسفي، بيروت، دار الكتاب العربي،
النووي، م، (1985)، روضة الطالبين، ط2، بيروت، المكتب الاسلامي
ابن الهمام، ك، شرح فتح القدير، ط2، بيروت، دار الفكر.
الهيتمي، ش، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن القاسم، بيروت، دار صادر.

## The Legal Aspect of the Jordanian Legislation in the Condition and the Evolution of the (Bond of Marriage )

***Zeyad S. Theiab****

## Abstract

This study is concerned with the legal aspect of the condition and evolution of the "bond of marriage" in Jordanian legislation governing for personal status issues since the emergence of the Hashemite Kingdom, and jurisprudence in its application of the legal texts, the evolution of this jurisprudence , due to these interpretations ; defects of early laws got avoided.

**Keywords**: condition, the bond of marriage, law, jurisprudence, judicature.

* Chief of Justice Department, Amman, Jordan. Received on 22/8/2017 and Accepted for Publication on 22/5/2019.