

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية
قسم الشريعة والقانون

مقياس فقه الأسرة

الخطبة والزواج والطلاق في الفقه الملكي وقانون الأسرة

الجزائري

L.M.D : لطلبة

أ،د / بلقاسم شنوان

السنة الجامعية 2013-2014م

بسم الله الرؤحمن الرحيم

الحمد لله الذي فضلنا بالعقل ، وكملنا بالعلم ، وجمالنا بالفضيلة ، وأسعدنا بالهداية والتوفيق والصلاة والسلام على سيدنا محمد الكامل بالفطرة ، المكمل بالعصمة ، المبعوث إلى الخلق رحمة، الداعي بالحكمة والموعظة الحسنة إلى أقوم طريق . وعلى آله المنبثقين من أكرم نبعه ، والمتحدرين من أطهر مزنه ، والنابتين من أطيب تربه ، فنعم الفريق ذلك الفريق . وعلى أصحابه الذين نشروا الملة فبينوها بأسلات¹ ، الألسنة وحموها بأسل الأسنه² ، حتى تبجح الناس من الإسلام والسلام في روض أنيق . وعلى التابعين لهم من جميع الأمة . المقتفينا آثارهم بحق وقوة ، المجددين عهدهم بعلم وحكمة ، المصطحبين في طريق سعادتهم - الكتاب والسنة ، وهدى السلف الصالح - خير رفيق . أما بعد فحياكم الله طلاب العلم وأنصار

الحق والفضيلة فأني أقدم لكم هذه المطبوعة المتواضعة التي تحتوي على مقياس الخطبة والزواج والطلاق في المذهب المالكي وقانون الأسرة الجزائري ، وإن أرتم المزيد فعليكم بكتاب **الخطبة والزواج في الفقه المالكي** ، وكتاب **الطلاق في الفقه المالكي** بمكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية العامة . وسأتناول هذا الموضوع في أربعة فصول تندرج تحتها مباحث كالاتي

¹ - الأسله : من الأسل وهو الشوك الطويل من شوك الشجر ، وتسمى الرماح أسلا . والأسيل: كل مسترسل . والأسله : رأس

اللسان . الرازي ، مختار الصحاح طبعة دار الحديث القاهرة ص 19

² - الأسل: الرماح ، مختار الصحاح ص 19

الفصل الأول الخطبة في

الإسلام

وفيه مباحث :

المبحث الأول التعريف بالخطبة

المبحث الثاني مشروعية الخطبة وحكمها

المبحث الثالث أقسام الخطبة

المبحث الرابع شروط الخطبة

المبحث الخامس أحكام الخطبة

المبحث الأول التعريف بالخطبة

الخطبة بكسر الخاء التماس التزوّج ، أو التماس نكاح المرأة⁽⁴⁾ .
قال الكاندهلوي : "الخطبة بكسر الخاء : التماس النكاح ، وهي ما يفعله الخاطب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل ، مأخوذ من الخطب أي الشأن لما أنه شأن من الشؤون. قال : وقيل هي: من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري بين جانب الرجل وجانب المرأة .

الخطبة مصدر بمعنى الخطب ، والخطب الحاجة ، ثم اختصت بالتماس النكاح لأنه بعض من الحاجات.
قال الكاندهلوي قال الباجي : " هي ما يجري من المراجعة والمحاولة للنكاح لأنه غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر لأن هذا اللفظ قد يستعمل في كل ما يستدعي به النكاح من القول ، وإن لم يكن مؤلفاً على نظام الخطب"⁽⁵⁾.
يلاحظ أن التعريف اللغوي و الاصطلاحي يلتقيان ويختلفان حسب حركة الضمة والكسرة الواقعتين على الحرف.
والخلاصة إن الخطبة في الاصطلاح هي التماس التزويج و المحاولة عليه ، أو هي طلب الرجل التزويج بالمرأة أو هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة . سواء أكان له إلتماس التزوج بها نفسه أم بمن ينوب عنه أم من وليها ، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئى على الزواج و هذا الاتفاق لا يرقى إلى مرتبة الالتزام .

(4) - الشيخ أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ط دار الكتب العلمية لبنان ج 2 ص 218

(5) - الكاندهلوي ، أوجز المسالك إلى موطأ مالك ط دار الكتب العلمية لبنان المجلد التاسع ص336

المبحث الثاني مشروعية الخطبة وحكمها

الخطبة مشروعية بالكتاب و السنة الشريفة .

أ- الكتاب : قوله تعالى: ((و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراّ إلا أن تقولوا قولا معروفا و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم)) . البقرة أية 235 .

ب- السنة الشريفة : الخطبة مشروعة بالسنة القولية والفعلية والتقريبية

1 - ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم خطب حفصة من أبيها عمر رضي الله عنهما ثم تزوجها صلى الله عليه و سلم. (1) .

2 - روى البخاري عن عروة : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر : إنما أنا أخوك ، فقال : (أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال) (2)

3 - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض

وفساد عريض) (3)

ج- حكمها:

(1) - صحيح البخاري كتاب النكاح باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير ط دار الكتاب العربي ص 1077 رقم الحديث 5122

(2) - صحيح البخاري كتاب النكاح باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير ط دار الكتاب العربي ص 1069 رقم الحديث 5082

(3) - الترمذي سنن الترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ط مكتبة المعارف، الرياض ص 256 رقم الحديث 1084

قال الترمذي: حسن صحيح

يرى أكثر العلماء أن الخطبة ليست فرضاً ولا واجباً بل هي مستحبة قبل انعقاد العقد، كما أن وجودها أحرى لدوام العشرة بين الزوجين لتمكنهما من معرفة بعضهما، ولأن الأمزجة و الطباع مختلفة بين الناس و لأن عقد الزواج ميثاق غليظ و عهد قوي و مؤبد، قال مالك : " هي مستحبة وهي من الأمر القديم ، وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء "(1) وقال ابن رشد رحمه الله تعالى : " و أما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة "(2) فعن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أنظرت إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) قال الترمذي : "وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث ، وقالوا : لا بأس أن ينظر إليها ما لم ير منها محرماً . وهو قول أحمد وإسحاق . وقال : ومعنى قوله (أحرى أن يؤدم بينكما : أن تدوم المودة بينكما "(3) وروى ابن ماجه عن المغيرة بن شعبة قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له امرأة أخطبها ، فقال : (اذهب فانظر إليها ؟ فإنه أجد أن يؤدم بينكما) فأتيت امرأة من الأنصار ، فخطبتها إلى أبيها ، وأخبرتهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم ، فكأنهما كرها ذلك ! قال : فسمعت تلك المرأة ، وهي في خدرها ، فقالت : إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرك أن تنظر ! فانظر ، وإلا فأنشدك - كأنها استعظمت ذلك - قال فنظرت إليها فتزوجتها ، فذكر من مواقفها (1) وعن محمد بن مسلمة قال : خطبت امرأة فجعلت أتخبأ لها حتى نظرت إليها في نخل لها ، فقيل له : أتفعل هذا وأنت صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

يقول : (إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها) (2)

(1) - الكاندلوي ، أوجز المسالك إلى موطأمالك ، ماجاء في الخطبة ط دار الكتب العلمية لبنان ص 324 . ابن جزى ، القوانين الفقهية ط دار القلم ص

(2) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص 3

(3) - الترمذي سنن الترمذي ، كتاب النكاح باب ماجاء في النظر إلى المخطوبة ط دار مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ص 257 رقم الحديث

1087 . قال الترمذي حديث حسن . وأخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة إن أراد أن يتزوجها ، ط مكتبة المعارف للنشر

والتوزيع ، الرياض ص 324 رقم الحديث 1865

(1) - أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة إن أراد أن يتزوجها ، ط مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض

ص 325 رقم الحديث 1866

(2) - أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة إن أراد أن يتزوجها ، ط مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ص 324 رقم

الحديث 1864.

المبحث الثالث

أقسام الخطبة

تنقسم الخطبة إلى :

1 - **خطبة صريحة** : وهي طلب الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية مع إظهار الرغبة فيها كأن يقول الخاطب أو من ينوب عنه أريد الزواج منك، أو يقول ولي المتزوج أووكيله : أريدك زوجة لابني فلان ، أولموكلي فلان ، أو لصديقي فلان . أويقول المتزوج : أرغب في الزواج بك .وجاء في مختار الصحاح : التعريض ضد التصريح. يقال عرّض لفلان وبنفلان إذا قال قولاً وهو يعنيه .ومنه المعارض في الكلام وهي التورية بالشيء عن الشيء⁽⁵⁾

2- **خطبة تعريضية** : التعريض هو الكلام الذي يحتمل معنيين ، معنى خفي هو المقصود ، ومعنى ظاهر غير مقصود ، وهو يلتقي مع المفهوم اللغوي تماما .

والتعريض بالخطبة : هو أن يقول الخاطب كلاماً يحمل معنيين أو أكثرلم توضع له حقيقة ولا مجازاً ، وهذه الألفاظ تحتمل الخطبة وغيرها ، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة . كأن يقول خاطب لمن يريد خطبتها : إنك امرأة مؤدبة ، أو إني عزمت على الزواج. قال الشيخ الطاهر بن عاشور عند تفسيره لقول الله تعالى : " (فيما عرضتم) التعريض ضرب من ضروب المعاني المستفادة من الكلام، وقد بينه بقوله (من خطبة النساء) فدل على أن المراد كلام، ومادة فعّل فيه دالة على الجعل مثل صوّر ، مشتقة من العرض بضم العين وهو الجانب أي جعل كلامه بجانب والجانب هو الطرف فكأن المتكلم يجيد بكلامه من جادة المعنى إلى جانب"⁽²⁾ واما التعريض عند أهل البلاغة هو : " أن يطلق الكلام ، ويشار به إلى معنى آخر يفهم من السياق كقول النبي صلى الله عليه وسلم للمؤذي (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده)⁽³⁾ فهو تعريض ينفي صفة الإسلام عن المؤذي

(5) - أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ص236

(2) - الشيخ الطاهر بن عاشور التحرير والتنوير ط مؤسسة التاريخ العربي لبنان ج 2 ص429

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الإيمان، باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ط، دار الكتاب العربي ص 16. وأخرجه مسلم في

صحيحه كتاب الإيمان، باب بيان تفاضل الإسلام وأي أمره أفضل ط، دار الكتاب العربي ص 46

3- من ألفاظ التعريض بالخطبة : قال القراني : قال القاضي أبو بكر : " والذي مال إليه مالك في التعريض : أن يقول : إني لمعجب ، ولك محب ، وفيك راغب . قال : وهذا - عندي - أقوى التعريض وأقرب إلى التصريح . قال : والذي أرى أن يقول : إن الله تعالى سائق إليك خيرا ، أنت نافعة ، فإن زاد فهو تصريح " .

4- تحريم التصريح بالخطبة للمرأة المعتدة:

يحرم التصريح بالخطبة للمرأة المعتدة مطلقا أو وليها قبل انقضاء العدة لقوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ البقرة 235⁽²⁾ والأصل الشرعي في هذه المسألة حديث النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : (كوني عند أم شريك ولا تسبقيني بنفسك)⁽³⁾

قال القرطبي : " أجمعت الأمة على أن الكلام مع المعتدة بما هو نص على تزوجها والتنبه عليه لا يجوز وقال : وكذلك أجمعت الأمة على أن الكلام معها بما هو رفث وذكر جماع أو تحريض عليه لا يجوز وكذلك ما أشبهه "⁽⁴⁾.

5 - خطبة النساء أنواع وهي :

1- المرأة الخالية من زوج ومن الموانع الشرعية: تجوز خطبتها شرعا تصريحاً وتعريضا

2 - المرأة المعتدة وهي أنواع ثلاثة :

أ- معتدة رجعية أي من طلاق رجعي: تحرم خطبتها تصريحاً وتعريضا لأنها في حكم الزوجة قال القرطبي : " ولا يجوز التعريض لخطبة الرجعية إجماعاً لأنها كالزوجة "⁽⁵⁾ ولمطلقها الحق في إرجاعها لعصمته متى شاء قبل انقضاء عدتها .

ب- المعتدة في عدة البينونة : كالمرأة التي طلقت بحكم قضائي أو المبتوتة فإنه يجوز التعريض لها بالخطبة . قال القرطبي : " أما من كانت في عدة البينونة فالصحيح التعريض لخطبتها "⁽¹⁾

ج - المعتدة من وفاة أو من طلاق بات : يحرم التصريح بالخطبة لها أولوليتها قبل إنقضاء العدة ، سواء أكان الزوجان بالغين أم صبيين ، وكما يحرم التصريح بالخطبة في العدة ، تحرم أيضا المواعدة بالنكاح قبل انقضاء العدة ، سواء أكانت المواعدة مع المرأة، أم مع وليها ، وذلك بأن تكون المواعدة بالعقد عليها بعد خروجها من العدة لقوله تعالى : ﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾ البقرة 235 . ويجوز التعريض بالخطبة في زمن العدة لقوله تعالى ﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفا﴾ البقرة 235 . وقوله تعالى : ﴿ حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ البقرة 235 . و سواء أكانت العدة من طلاق أم وفاة أم استبراء . وسواء أكان الزوجان بالغين أم صبيين لأنه تعبدى غير معقول العلة . و كما يحرم التصريح بالخطبة في العدة تحرم أيضا المواعدة - لقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن سرا ﴾ البقرة 235.

(2) - القراني الذخيرة ج4 ص192

(3) - أخرجه أبوداود ، صحيح سنن المصطفى ط، دار الكتاب العربي ج1 ص 359

(4) - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج2 ط دار الحديث ، القاهرة ص 160

(5) - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج2 ص160-161

(1) - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج2 ص160-161

و جَوّز العلماء التعريض لا القول الصريح بالخطبة في زمن العدة لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ البقرة 235 . و هو كلام يدل على المقصود بطرف خفي كأن يقول من وجد مثلك لا يبتغي غيرك ، و أجاز بعض العلماء التلميح للمطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى قياساً على المتوفى عنها زوجها لأن التلميح لا تترك فيه المرأة كما في التصريح و لما روي عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً . فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم (إذا حللت فأذيني) .

المبحث الرابع

شروط الخطبة

للخطبة شروط لازمة يجب تحقيقها كي تكون الخطبة صحيحة ، و إذا لم يلتزم الخاطب والمخطوبة أو وليها بمراعاتها فسدت الخطبة . وشروط مستحسنة وهي كالآتي :

1- الشروط اللازمة :

الشرط الأول : تحريم الخطبة على الخطبة روى البخاري أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول : (نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بعض ، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب)⁽²⁾ فالحديث يدل على أنه يجرم شرعا أن يخطب أحد على خطبة أحد آخر ، فإذا خطب مؤمن امرأة : أي التمس نكاحها منها أو من أوليائها ومالت المخطوبة أو أولياؤها للخاطب ومال هو لها ، بأن ركن كل من الجانبين للآخر وحصل الإهداء بينهما وشاع ذلك عند الناس لا يجوز لأحد أن يخطب على خطبته بعد ذلك للنهي عنه شرعا .وكما تحرم الخطبة على الخطبة ، حرم النبي صلى الله عليه وسلم أيضا السوم على السوم في البيع إذا ركن البائع للمشتري ولم يبق بينهما إلا التوفية بالكيل أو الوزن أو تسليم الحيوان أو السلعة للمشتري ، وأما في أول التخاطب أو التساوم قبل الركون فلا يجرم واحد منهما لثلا تبور النساء وتكسد السلع .ويستثنى من هذا النهي الفاسق بمعنى إذا كان الخاطب فاسقا بجارحة من الجوارح ، كالزاني، وشارب الخمر ، والسارق ، وأكل الربا وما أشبه ذلك .و لبيان ذلك كأن يكون الخاطب الأول صالحا أو فاسقا والخاطب الثاني كذلك:

الصورة الأولى : تجوز خطبة الصالح على الفاسق

الصورة الثانية : لا تجوز خطبة الفاسق على الصالح

الصورة الثالثة : لا تجوز خطبة الصالح على الصالح

الصورة الرابعة : لا تجوز خطبة الفاسق على الفاسق

فالصور أربع ثلاثة ممنوعة والرابعة جائزة وهي خطبة الصالح على الفاسق فقط ، ومحل جواز خطبة الصالح على الفاسق حيث كان الفاسق مؤمنا ، أما إن كان الخاطب الأول ذميا فلا يجوز للصالح أن يخطب على خطبته إذ الشرع أقر الذمي

(2) - البخاري صحيح البخاري كتاب النكاح باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع ط ، دار الكتاب العربي ص 1081. وأخرجه مسلم من حديث عقبه بلفظ _ (حتى يذر) صحيح مسلم كتاب النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك ط، دار الكتاب العربي ص 564-

على كفره ولم يقر الفاسق على فسقه وهذا إن كانت المخطوبة ذمية⁽¹⁾ واشترط الركون في تحريم الخطبة على الخطبة من فعله صلى الله عليه وسلم أنه أباح خطبة فاطمة بنت قيس لأسامة، وقد كانت خطبها معاوية وأبوجهم ، ولما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن معاوية وأبا جهم خطباها فلم ينكر ذلك ، ومن العادة أنهما لا يخطبان دفعة واحدة فدل ذلك على جواز الخطبة على الخطبة إذا لم يحصل ركون⁽²⁾ قال الزرقاني : "إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تركز إليه ، لا يخطبها أحد ، فهذا باب فساد يدخل على الناس ، لو أريد ذلك لما فيه من الضيق المرفوع من الدين"⁽¹⁾ قال الناظم :

ولم يجز لخاطب أن يخطبا ❁ مخطوبة إلا لفسق حجبا

وهي على خطبة زوج أول ❁ فيفسخ الثاني إذا لم يدخلها⁽²⁾

مسألة : إذا خطب ثان على خطبة أول وكان قد وقع الركون بين المخطوبة وخاطبها الأول ولم يدخل بها الثاني يفسخ عقد الثاني مثل أن يخطب الخاطب الثاني إذا كان صالحا وخطب مخطوبة صالح بعد الركون ، أو فاسقا خطب مخطوبة صالح ، أو فاسق مثله بعد الركون . وعقد بالفعل، فسخ نكاحه بطلقة بائة أي يحكم القاضي بذلك ولو لم يقم الخاطب الأول برفع دعوى ضد الخاطب الثاني لأنه حق لله تعالى . أما إذا دخل بها كانت للثاني ولا يفسخ نكاحه لثبوتها بالدخول وللآثار المترتبة بالدخول من حمل وغيره . وقد وردت أحاديث كثيرة في هذه المسألة منها الحديث الذي أخرجه الشيخان البخاري ومسلم ، ولما جاء في كتب السنن الأخرى روى الترمذي قال : قال أحمد : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه)⁽³⁾ وقال الترمذي قال مالك بن أنس : إنما معنى كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، إذا طلب الرجل المرأة فرضيت به ، فليس لأحد أن يخطب على خطبته . قال ، وقال الشافعي : معنى الحديث لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، هذا عندنا إذا خطب الرجل المرأة فرضيت به وركنت إليه فليس لأحد أن يخطب على خطبته ، فأما قبل أن يعلم رضاها أو ركونها إليه ، فلا بأس أن يخطبها ، والحجة في ذلك حديث فاطمة بنت قيس حيث ذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها _____ فقه _____ قال :

(1) - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ط وزارة الشؤون الدينية ، ج 2 ص 34 . ينظر بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير ط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ص 218 . أبو زيد القيرواني الفواكه الدواني شرح الشيخ النفراوي ط ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ج 2 ص 961 . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ، ط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ج 5 ص 30

(2) - الخطاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ، ط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ج 5 ص 30

(1) - الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك بن أنس ط ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ج 3 ص 189

(2) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ط وزارة الشؤون الدينية ، ج 2 ص 34

(3) - الترمذي سنن الترمذي مصدر سابق ص 269 رقم الحديث 1134 .

(أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، ولكن أنكحي أسامة) فمعنى الحديث عندنا والله أعلم أن فاطمة لم تخبره برضاها بواحد منهما . ولو أخبرته لم يشر عليها بغير الذي ذكرت⁽¹⁾ .
 روى النسائي في النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه فعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يخطب أحدكم على خطبة بعض)⁽²⁾ وروى أيضا عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (لا تاجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفىء ما في إنائها)⁽³⁾ وروى أيضا عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك)⁽⁴⁾

وروى النبي صلى الله عليه وسلم (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه)⁽⁵⁾ وفي رواية لأبي داود عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه إلا بإذنه)⁽⁶⁾ .
 والنهي عن الخطبة على الخطبة يكون بعد الركون ، وللخاطب والمخطوبة قبل الركون أن يستخير كل منهما ويوكلا أمر الخيار لله وحده سبحانه وتعالى لأنه من السنة ، لما رواه النسائي في سننه عن أنس قال : لما انقضت عدة زينب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لزيد (أذكرها علي) قال زيد : فانطلقت فقلت : يا زينب ! أبشري ! أرسلني إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم يذكرك ، فقالت : ما أنا بصانعة شيئا حتى أستأمر ربي ! فقامت إلى مسجدها ، ونزل القرآن ، وجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل بغير إذن..... وكانت رضي الله عنها تفخر على نساء النبي صلى الله عليه وسلم تقول : إن الله عز وجل أنكحني من السماء ، وفيها نزلت آية الحجاب .⁽¹⁾

أما كيفية الاستخارة فعن جابر ابن عبد الله رضي الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاستخارة في الأمور كلها ، كما يعلمنا السورة من القرآن ، يقول : (إذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ، ثم يقول : اللهم إني أستخيرك بعلمك ، وأستعينك بقدرتك ، وأسألك من فضلك العظيم ، فإنك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم وأنت علام الغيوب ، اللهم إن كنت تعلم أن هذا الأمر خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري ،

(1) - الترمذي سنن الترمذي مصدر سابق ص 269

(2) - النسائي ، سنن النسائي كتاب النكاح ، ط مكتبة دار المعارف ، الرياض النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ص 501

(3) - النسائي ، سنن النسائي كتاب النكاح ، ط مكتبة دار المعارف ، الرياض النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ص 501

(4) - النسائي ، سنن النسائي كتاب النكاح ، ط مكتبة دار المعارف ، الرياض النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ص 502

(5) - ينظر أبو دود كتاب النكاح ، باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه صحيح سنن المصطفى ، ط ، دار الكتاب

العربي ، بيروت ج 1 ص 325 . ينظر سنن ابن ماجه كتاب النكاح باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ط ، مكتبة المعارف

للنشر والتوزيع ، الرياض ص 325

(6) - ينظر أبو دود كتاب النكاح ، باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه صحيح سنن المصطفى ، ط ، دار الكتاب

العربي ، بيروت ج 1 ص 325-

(1) - النسائي سنن النسائي ، كتاب النكاح ، صلاة المرأة إذا خطبت ، واستخارتها ربحا ، ص 503

-أو قال في عاجل أمري وآجله - فا قدره لي ، ويسره لي ، ثم بارك لي فيه ، وإن كنت تعلم أن هذا الأمر شر لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري - أو قال : في عاجل أمري وآجله - فاصرفه عني ، واصرفني عنه ، واقدر لي من الخير حيث كان ، ثم أرضني به ، قال:- ويسمى حاجته (2)

ب- الشرط الثاني حرمة التصريح بالخطبة :

يحرم التصريح بالخطبة للمرأة المعتدة مطلقا سواء هي أو وليها قبل انقضاء العدة . وعليه يحرم التصريح بالخطبة في العدة كما تحرم أيضا المواعدة - لقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن سرا ﴾ البقرة 235

الشرط الثالث :

أن تكون المرأة سالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة و يحل له شرعا أن يتزوج بها في الحال و على هذا فلا يجوز للخطاب أن يخطب المرأة المحرمة عليه شرعا سواء كان التحريم مؤبدا أم مؤقتا كأخته من الرضاعة أو المحرمة بالحج أو العمرة . لقوله صلى الله عليه وسلم (المحرم لا ينكح ولا يخطب)⁽¹⁾ أو المخطوبة وقت النداء للجمعة، أو أخت زوجته حتى يطلق زوجته أو تموت ، أو المشتركة حتى تسلم أو تدخل في دين سماوي آخر .

2- الشروط المستحسنة:

أ- أن تكون المرأة المخطوبة من النساء المتخلفات والمتمسكات بدينها لما روى الترمذي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك)⁽²⁾ ولما روى ابن ماجه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها، فاظفر بذات الدين ، تربت يداك)⁽³⁾.

ب- أن تكون المرأة المخطوبة بكرًا ، لأن البكر تتوثق بها الصلة و تدوم معها العشرة لقوله

(2) - النسائي سنن النسائي، كتاب النكاح ، صلاة المرأة إذا خطبت ، واستخارتها ربحا ، ص 503

(1) - مسلم صحيح مسلم كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم وكراهية خطبته ص564

(2) - سنن الترمذي كتاب النكاح ، باب ماجاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ص256. قال الترمذي حديث حسن صحيح . تربت يداك : ترب كفرح كثر ترابه وصار في يده التراب ، ولزق بالتراب وخسر وافتقر . ويداه : لا أصاب خيرا . القاموس المحيط ط ، مؤسسة الرسالة ص 61 . وتربت يداك هذه من الكلمات التي جاءت عن العرب صورتها دعاء، ولا يراد بها الدعاء بل المراد الحث والتحريض . المصباح المنير للفيومي ط ، دار الحديث ، القاهرة

(3) - ابن ماجه سنن ابن ماجه كتاب النكاح ، باب تزويج ذات الدين ص323. أبوداود صحيح سنن المصطفى كتاب النكاح ،

عليه السلام: (عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها و أنتق أرحاما⁽¹⁾. و أرضى باليسير⁽²⁾) وفي رواية (وأسخن أقبالا وأرضى باليسير من العمل) و في رواية أخرى

(عليكم بالأبكار فإنهن أنتق أرحاما وأعذب أفواها وأقل خبا⁽³⁾ وأرضى باليسير)

روى الترمذي عن جابر قال تزوجت امرأة ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (أتزوجت يا جابر ؟) فقلت نعم . فقال : (بكرا أم ثيبا) فقلت : لا بل ثيبا . فقال : (هلاجارية تلاعبها وتلاعبك ؟) فقلت يارسول الله إن عبد الله مات وترك سبع بنات أو تسعا ، فجئت بمن يقوم عليهن . قال : فدعا لي⁽⁵⁾ .:

ج- أن تكون المخطوبة ولودا ليتحقق المقصود من الزواج وهو التناسل ، عن معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب و جمال و أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فقال عليه السلام (لا). ثم أتاه الثانية فنهاه . ثم أتاه الثالثة . فقال عليه السلام : (تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم)⁽¹⁾ وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (انكحوا ، فإني مكاثر بكم)⁽²⁾

د- أن يتعرف الخاطبان على بعضهما خلقاً و خُلُقاً فيسأل عن عاداتها و سلوكها و أخلاقها و تسأل هي كذلك عن عاداته و سلوكه و أخلاقه من يعرفونه من جيرانه أو المخالطين له في العمل، وقد أجاز الفقهاء الاخبار بعيب المعيب عند المشاورة كمن يكون فاسقا بجارحة كالزاني، وشارب الخمر والمتعامل بالربا ، وسيء الخلق كالمتهور، و المتعطرس، والمتكبر ، والنذل ، والشحيح ،والعاطل عن العمل بسبب الكسل، و السارق، والغاصب لأموال الناس، وكذلك من كان به عيبا من عيوب النكاح، إذا استنصحه الخاطب أو وكيله ، أو ولي المخطوبة وذلك من باب النصيحة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (الدين النصيحة قلنا لمن قال لله ولرسوله ولأئمة المسلمين)⁽³⁾

(1) - أنتق أرحاما: أي أكثر أولادا، يقال للمرأة الكثيرة الولد: ناتق لأنها ترمى بالأولاد نتقا. والنتق الرمي القاموس المحيط مصدر سابق

(2) - ابن ماجه سنن ابن ماجه كتاب النكاح ، باب تزويج الأبكار ص324

(3) - خبا : بخاء معجمة مكسورة باء مشددة من غير همز أي خداعا ينظر مختار الصحاح ط دار الحديث ص 102

(5) - الترمذي سنن الترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء في تزويج الأبكار ص259. أخرجه النسائي في سننه كتاب النكاح ،

(1) - أبوداود صحيح سنن المصطفى ، كتاب النكاح ، باب في تزويج الأبكار ص320

(2) - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه كتاب النكاح ، باب تزويج الحرائر والولود ص324

(3) - نووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي كتاب الايمان ، باب بيان الدين النصيحة، ط ، دار

هـ - أن يتجنب الخاطب المرأة فاسدة الأخلاق لأن أولادها ينزعون لما فيها من عرق السوء لما روي عن أبي سعيد مرفوعاً : (إياكم وخضراء الدمن) ، قيل ، وماذا يارسول الله : قال : (المرأة الحسناء في منبت السوء)⁽³⁾ ومعنى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كره نكاح فاسدة الخلق لأن أولادها ينزعون لما فيها وهذا على المجاز . وأما تفسيره على الحقيقة أن النبات ينبت على البعر في الموضع الخبيث فيكون ظاهره حسناً وباطنه قبيحاً ، فالدمن جمع دمنة وهي البعر، وشبهت فاسدة الخلق به نسبا⁽¹⁾

ز - أن لا تكون المخطوبة من الغريبات عن الخاطب ، لأن الزواج بالقريبة غالباً ما يكون النسل فيه ضعيفاً و قيل الزواج من البعيدة فيه نجابة للطفل و قوة لبدنه . وكما قيل : "نكاح الغرائب أنجب، و بنت العم أصبر"⁽²⁾ وقيل : "اختيار الجميلة وذات العقل لأنها أسكن للنفس، وعليه تجنب الحمقاء"⁽³⁾ وروي أن عمر رضي الله عنه قال: لآل السائب : (قد ضويتم أنكحوا الغرائب) و قوله صلى الله عليه و سلم : (اغتربوا لا تضووا)⁽⁴⁾ أي أنكحوا الغرائب ، حتى لا يأتي أولادكم في غاية من رقة البشرة وضعف الحلقة لشدة الحياء من القرابة القريبة .

ح- النظر للمخطوبة. النظر مباح شرعاً في الأصل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم للذي أراد الزواج بامرأة من الأنصار (أنظرت إليها؟) قال: لا ، قال : (فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً)⁽¹⁾

(3) - ابن حجر الميمني ، الإفصاح بتحقيق محمد شكور ط ، دار عمار ، الأردن ج 1 ص 73-74 . قال ابن عدي تفرد به الواقدي ،

وقال الدارقطني تفرد به الواحدي وهو ضعيف

(1) - المصدر نفسه ج 1 ص 73-74

(2) - المبدع لابن مفلح ط، دار المكتب الإسلامي لبنان ج 7 ص 6

(3) - المصدر نفسه ج 7 ص 6

(4) - الحديث رواه إبراهيم الحري في غريب الحديث . المصدر نفسه ج 7 ص 6

(1) - صحيح مسلم ط، دار الكتاب العربي ، كتاب النكاح باب ، ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها 179 . وقوله

صلى الله عليه وسلم (فإن في أعين الأنصار شيئاً) قال النووي : قيل المراد صغر ، وقيل زرقة ينظر المصدر نفسه ص 179 .

المبحث الخامس

أحكام الخطبة

1- حكم نظر الخاطب إلى المخطوبة:

النظر إلى المرأة عند الخطبة أجاز مالك رضي الله عنه النظر إلى الوجه والكفين فقط، وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأيتين. ومنع ذلك قوم على الاطلاق. وأجاز بالنظر إليها مطلقا، وورد بالمنع مطلقا، وورد مقيدا أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ سورة النور آية 31. أنه الوجه والكفان وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء⁽¹⁾ وقال القراني: " قال القاضي ابو بكر: ينظر إلى المخطوبة قبل. وقال الأئمة لما في أبي داود قال عليه السلام: (إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل)⁽²⁾ قال ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها، ويحتاج إلى إذنها عند ابن القاسم لأن البغته قد توقع في رؤية العورة. وقال القراني: " أبيض هذا النظر المحرم لضرورة دوام الصحبة إذا دخل على معلوم، كما أبيض لتحمل الشهادة في الوجه والفرج"⁽³⁾

الثاني الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا:

إذ تمت الخطبة و استوفت شرائطها اللازمة، ووافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة، وركن الخاطبان إلى بعضهما، فلا تعتبر هذه الخطبة زواجا ولا يترتب عليها أحكام الزواج لأنها مجرد وعد بالزواج و مقدمة من مقدماته فلا يكون الاتفاق على المهر و قيام الزوج بدفعه أو إعطاء المخطوبة ما يسمى بالشبكة (الخاتم) له أثر في لزوم حكم من أحكام الزواج و لا يكون نقض الخطبة نقض لعقد الزواج إنما مجرد خلف للوعد يترتب عليه معصية نقض الوعد - لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ سورة الصف 32- قال القرطبي: "إن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر. وقال قال مالك: فأما الوعد مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة فيقول له: نعم، ثم يبدو له ألا يفعل فما أرى ذلك يلزمه"⁽²⁾ ونرى نحن وجوب الوفاء بالوعد بين الخاطب والمخطوبة إذا تواعدا وركنا وتبادلا الهدايا ولا يخلف أحدهما وعده بالخطبة إلا لعذر قاهر، لأن الغاية أسمى في مثل هذه الوعود وهو بعد الوفاء بالوعد يتم عقد الزواج الذي يحسن الزوجان ويكون أسرة

(1) - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 3

(2) - أبو داود صحيح سنن المصطفى كتاب النكاح باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ج 1 ص 325

(3) - الإمام القراني، الذخيرة ط، دار الغرب الإسلامي تحقيق محمد بو خبزة ج 4 ص 191

(2) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج 9 ص 328

ويسلم المجتمع من الآفات الأخلاقية والاجتماعية . و قوله عليه السلام : (آية المنافق ثلاث إذا حدّث كذب ، و إذا وعد أخلف ، و إذا أوّتمن خان)⁽¹⁾ . وفي رواية عن عمرو: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا أوّتمن خان ، وإذا حدّث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر)⁽²⁾

فإن الحديث ذكر في سياق الذم وهو دليل على التحريم . وجاء في الموطأ⁽³⁾ قال رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أكذب لامرأتي فقال : (لاخير في الكذب) . فقال : يارسول الله ، فأعدها وأقول لها . فقال عليه السلام : (لا جناح عليك) فمنعه من الكذب المتعلق بالمستقبل ، فإن رضا النساء إنما يحصل به ، ونفى الجناح عن الوعد وهو يدل على أمرين :

الأول : إن إخلاف الوعد لا يسمى كذبا لجعله قسيم الكذب . وعلق عليه ابن الشاط بقوله : لم يجعله قسيم الكذب من حيث هو كذب . وإنما جعله قسيم الخبر عن غير المستقبل الذي هو الكذب⁽⁴⁾ .

الثاني : إن إخلاف الوعد لا حرج فيه ، ولو كان المقصد الوعد الذي يفني به . وعلق ابن الشاط قائلا : لم يقصد الوعد على التعيين ومن أين له العلم بذلك ، وإنما قصد الوعد على الإطلاق وسأل عنه لأن الاحتمال في عدم الوفاء اضطرارا أو اختيارا قائم و رفع النبي عليه السلام الجناح عنه لاحتمال الوفاء⁽⁵⁾

3- حكم الهدايا :

اختلفت كلمة فقهاء المالكية في الهدايا التي يقدمها الخاطب إلى المخطوبة أو العكس إلى أقوال :
أ : المتقدمون منهم يقولون بعدم رجوع الخاطب على مخطوبته في الهدايا و إن كان العدول منها .

جاء في حاشية الدسوقي : " فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء "⁽¹⁾ وفي الشرح المذكور " لا يرجع عليها بشيء ، سواء أكان الرجوع عن زواجها من جهته أم من جهتها . وقال : هذا هو أصل المذهب⁽²⁾ .

4 - أما الفقهاء المتأخرون منهم فقد أعطوا للخاطب حق الرجوع على المخطوبة بما أهداه إليها إن كان العدول من جهتها ، وفي الشرح الصغير " إذا أهدى خضرا وفواكه وغيرها ، وتزوجت بغيره فلا رجوع له عليها بشيء إلا لعرف

(1) - البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق ص20

(2) - البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق ص20-21-

(3) - الموطأ ج2 ص755

(4) - القرافي الفروق وبهامشه إدرار الشروق على أنواع الفروق ط مؤسسة الرسالة ج 4 ص43

(5) - القرافي الفروق وبهامشه إدرار الشروق على أنواع الفروق ط مؤسسة الرسالة ج 4 ص33

(1) - الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط ، دار الفكر ج2 ص348

(2) - الشرح المذكور بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص348

أو شرط . وقيل إذا كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها ، لأنه في نظير شيء لم يتم⁽³⁾. وفي الشرح المذكور " أما الشمس اللقاني فأجاب صاحب المعيار لما سئل عن المسألة، وصححه ابن غازي في تكميل التقييد أنه فرق بين أمرين : الأول: إذا كان الامتناع من جهتها يسترد ما أهدها ، لأن الذي أعطى من أجله لم يتم. الثاني : أما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع له عليها قولاً واحداً⁽¹⁾.

5- المفتى به على المذهب :

يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة و هدايا الآخر، فإن كان الخاطب هو الذي أهدي و عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئاً مما أهدي و لو كانت قائمة حتى لا يجتمع على الطرف المتضرر ألمان، ألم العدول و ألم الاسترداد، لأن القاعدة تقول : "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه "

أما إذا كان العدول من المخطوبة فله أن يسترد كل ما أهدي إن كان قائماً أو هالكا فالقائم بعينه و الهالك بمثله .

6 - الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

تكلم قانون الأسرة الجزائري عن الخطبة و اعتبرها وعداً بالزواج و لم يجعل من هذا الوعد عقد زواج، ورد في المادة 05 " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"⁽²⁾ أما المادة 5 من قانون رقم 05-09 المؤرخ في مايو سنة 2005م

الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "⁽³⁾.

فالقانون:

1- وصف الخطبة أنها وعد بالزواج لا غير.

2- يفهم من خلال نص المادة أن الخاطب والمخطوبة أجنبيان عن بعضهما .

3- أعطى القانون الحق لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة ، وجعله حقاً مؤسساً قانوناً

4- بيّن القانون في حالة ما إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 5

5- بيّن القانون أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة لا يسترد شيئاً من المخطوبة مما أهدها ولم يبين السبب إذا كان وجيهاً أو لا! ويلاحظ أن الدكتور محمده محمد المحامي قد لاحظ هذه المسألة بقوله : "إننا نرى أن ما قرره المادة 5 في أمس

(3) - الشرح الصغير ط ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر ، ج2 ص95-96

(1) - الشرح المذكور بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص348

(2) - قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 ط3، الديوان الوطني للأشغال

التربوية 1999م

(3) - قانون الأسرة حسب آخر تعديل ط ، دار النجاح للكتاب ، الجزائر يلاحظ أن المادة لم يتغير مضمونها غير أن الصياغة ركيكة

كان بالإمكان أن تصاغ كالآتي : " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها "

الحاجة إلى تعديل وذلك بربط الحق في استرجاع الهدايا بسبب العدول ذاته، مع منح القضاء حق تحديد السبب⁽¹⁾ كما أن القانون المعدل بين إذا أهدت هي له فعليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته .و أن المخطوبة ترد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته إذ عدلت هي وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 5.

6 - القانون ذكر في مادته السادسة غير المعدلة - اقتران قراءة الفاتحة بالخطبة أو تسبقها .و المقصود بالفاتحة هي تلك الصيغة التي يتم بها الاتفاق (وهي زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا، و زوجتك ،وقبلت بك زوجا) فهذا من باب تسمية الجزء بالكل - فصار يطلق على العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة .وهو المقصود بالفاتحة عندما يقال فلانة قرئت عليها الفاتحة و ليس المقصود من الفاتحة هو ما يقرأ للتبرك. فإن ذلك مندوب إليه فقط .ولقد عدلت الفقرة الأولى من المادة 6 في القانون رقم 84-11 بالقانون المعدل رقم 05-09 حيث جاء في المادة 6 " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا .غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون "وهي: أهلية الزواج ، والصداق ، والولي ، والشاهدان ، وانعدام الموانع الشرعية للزواج⁽²⁾ وبهذا التعديل أزال المشرع الجزائري اللبس الذي كان في المادة 6 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م الوارد في المادة 6 " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة " وهذه الفقرة صحيحة ثم يأتي في الماد نفسها قوله : " تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه ". التي تكلمت عن الخطبة أنها وعد، وعن العدول إذا ترتب عنه ضرر مادي ومعنوي، وعن عدم إسترداد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وعن رد ما لم يستهلك إذا كان العدول من المخطوبة . ولكن عند اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع وقوع الإيجاب والقبول كما هو سائد في العرف، فإن المرأة زوجة وليست مخطوبة أجنبية وبذلك يضيع حقها أو حق زوجها في الميراث إن هي توفيت بعد قراءة الفاتحة عليها كما هو جار في العرف الجزائر الذي يجب على القاضي والمشرع معرفته وخاصة إذا لم يخالف النص الشرعي. فالمشرع الجزائري حسنا فعل عند تعديله لهذه المادة من القانون رقم 84-11، وذلك بضبطها عند تعديل القانون 05-09 مؤرخ في 4 مايو 2005م⁽¹⁾

وخلاصة القول: فإن المشرع الجزائري عرّف الخطبة بأنها وعد بالزواج وحق الطرفين في العدول عنها - وبين حكم الهدايا و كيفية استردادها و أعطائها عناية في قانونه لأن النفقات التي تنفق أثناء الخطبة و بعدها و قبل العقد تكون مهمة و قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الأشخاص لإحساسهم بما دفعوه ولاجل هذا رأى المشرع من الضرورة بمكان النص عليها حسما للنزاع حيث جاء النص حاسما لكل خلاف قد ينشأ بين الخاطبين وأسرتهما الذي قد يتطور إلى شجار وعنف بين الأسر وصدق الله العظيم إذيقول: ﴿ وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً ﴾ النساء آية 128 . قال الطاهر بن عاشور رحمه الله تعالى : "ملازمة الشح للنفوس البشرية

(1) - الأستاذ محمد محده المحامي رحمه الله تعالى ، الخطبة والزواج ص64-65

(2) - قانون الأسرة المعدل رقم 05-09 المؤرخ في 4مايو سنة 2005ص6

(1) - قانون الأسرة المعدل رقم 05-09 المؤرخ في 4مايو سنة 2005ص6

حتى كأنه حاضر لديها .ولكونه من أفعال الجبلة بني فعله للمجهول على طريقة العرب ...وأصل الشح في كلام العرب البخل بالمال⁽¹⁾ فالمرأة لاتسمح بحقها فيما أهدته من أجل مصلحتها حين كانت تبسط يدها ، والرجل كذلك و لكن بعد انتهاء المصلحة صارت يدكلّ منهما مغلولة إلى صدره ، وذلك لما جبلا عليه من البخل ، فوجه الله كلاً منهما إلى الإحسان والتقوى في المعاملة وعدم الجور في أكل مال بعضهما بغير حق.

(1) - الطاهر بن عاشر ، التحريم والتنوير ج4 ، ص 268

الفصل الثاني

الزواج وأركانه

المبحث الأول التعريف بالزواج ومشروعيته وحكمه والحكمة منه

المبحث الثاني أركان الزواج

المبحث الثالث النكاح الصحيح والفساد وعيوب النكاح

المبحث الأول التعريف بالزواج وحكمه والحكمة منه

1- تعريف النكاح والزواج

أ- النكاح لغة معناه الوطء مجازاً لأن النكاح في الأصل اللغوي دخول الشيء في الشيء إما حسناً كالوطء ، و إما معنى كدخول النجوم في العيون . جاء في القاموس المحيط : " النكاح : الوطء ، والعقد⁽¹⁾ وفي لسان العرب : " نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً إذا تزوجها .⁽¹⁾ قال الزرقاني : إذا قالوا : نكح فلان فلانة أو بنت فلان أو أخته أرادوا تزوجها والعقد عليها . وإذا قالوا : نكح زوجته لم يريدوا إلا الجامعة لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد .⁽²⁾ وجاء في مواهب الجليل " النكاح حقيقة التداخل ويطلق في الشرع على العقد والوطء ، وأكثر استعماله في العقد . وفي اصطلاح قال الخطاب : " النكاح حقيقة التداخل ، ويطلق في الشرع على العقد والوطء ، وأكثر استعماله في العقد . وذهب الجمهور من مالكية ، وشافعية ، ورواية للحنابلة، أن النكاح في الاصطلاح الشرعي حقيقة في العقد مجاز في الوطء⁽³⁾ .

2- الأثر المترتب على اختلاف الفقهاء في تعريفهم للنكاح

ترتب على اختلاف الفقهاء في لفظ النكاح الوارد في النصوص الشرعية من قرآن و سنة من كون هل النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء أو عكس ذلك ، أي بمعنى إذا أطلق في نص من النصوص بدون قرينة تبين المراد منه أنه يراد العقد عند الشافعية و الوطء عند الحنيفة .

وقد ظهرت ثمرة هذا الخلاف في تفسير بعض النصوص كقوله تعالى : ﴿ و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف ﴾ النساء آية 22 . فسر الحنيفة (ما نكح آباؤكم) بقولهم : والنكاح يستعمل في العقد والوطء فلا يخلو إما أن يكون حقيقة لهما على الاشتراك ، وإما أن يكون لأحدهما مجازاً للآخر ، وكيف ما كان يجب القول

(1) - الفيروز آبادي، القاموس المحيط ص 246

(1) - ابن منظور ، لسان العرب ، ط ، دار صادر بيروت ج 2 ص 625- 626

(2) - الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، وهو الكتاب المسمى أنوار أنهج المسالك بشرح موطأ مالك، حققه الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ، ط، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ج 3 ص 187

(3) - الثمر الداني ص 436 الفواكه الدواني ج 2 ص 2 . حاشية الشرواني ج 7 ص 183 . شرح مسلم للنووي ج 9 ص 171 ،

بتحريمهما جميعا إذ لا تنافي بينهما كأنه قال عز وجل: ﴿و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف﴾ عقدا ووطأ⁽¹⁾

والجمهور فسروه بالعقد و قرروا أن الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة . وقالوا من زنا بامرأة لا تحرم عليه بنتها ولا أمها⁽²⁾ ، ومن أمثلة الفقهاء في هذه المسألة قولهم: " من حلف أن لا ينكح ، فإنه يحنث بمجرد العقد بالنسبة لمن قال : ، النكاح مجاز في الوطاء، حقيقة في العقد ، أما بالنسبة للقول الثاني فلا يحنث . ومن علق طلاق زوجته على نكاح أخرى فتطلق عليه بمجرد العقد على الثانية ، ولا تطلق في القول الثاني إلا بالدخول بالأخرى .

3- تعريف الزواج: الزواج في اللغة الشكل يكون له نظير كالأصناف والألوان ، أو يكون له نقيض كالرطب واليابس ، والذكر والأنثى والليل والنهار والحلو والمر . والرجل زوج المرأة وهي زوجه وقد جاء القرآن بهذه اللغة ، قال تعالى : ﴿قلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا﴾ البقرة 35 . والزوج : البعل ، والزوج أيضا المرأة لقوله تعالى : ﴿وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا﴾ البقرة 35 وقوله تعالى : ﴿وزوجناهم

بحر

عين﴾ الدخان 54 أي قرناهم بهن⁽²⁾ . والقران من قرن الشي بالشيء أي جمع بينهما . وقرينة الرجل امرأته . والقرين صاحب⁽³⁾ فالقران هو اقتران أحد الشيعين بالآخر و ازدواجهما بعد أن كانا منفردين عن بعضهما .

قال تعالى ((وإذا النفوس زوجت)) التكوير 7 - أي قرنت بأبدانها أو بأعمالها . وقوله : ﴿و زوجناهم بحور عين﴾ الدخان 54 . أي قرناهم بهن - وقوله : ﴿أحشروا الذين ظلموا و أزواجهم﴾ الصافات 22- و قرناءهم الذين كانوا يجلسون معهم و يشاهدون ظلمهم و لا ينكرونه قال تعالى : ﴿ومن يعيش عن ذكر الرحمن نقبض له شيطانا فهو له قرين﴾ الزخرف آية 36 . ثم شاع استعمال الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الاستمرار و الدوام على وجه مخصوص لتكوين أسرة .

و الزواج في عرف الشرع : " عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم و مجوسية ، وأمة كتابية ، بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا"⁽¹⁾

(1) - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط ، مؤسسة التاريخ العربي ج2ص536

(2) - الثمر الداني ص436 - حاشية الشرواني ج7ص183 . ينظر الأم للشافعي رحمه الله تعالى ، كتاب النكاح ، الخلاف فيما يؤتى بالزنا ط ، دار المعرفة

، المجلد 3 . ج 5 ص 153 - 154 - 155 . ينظر المعني لابن قدامة ، ط دار الحديث ، ج9ص289 - 290 - 291

(2) - الرازي ، مختار الصحاح ، (زوج) ص 160 . القاموس المحيط ص192

(3) - الرازي مختار الصحاح (قرن) ص 290

(1) - أحمد الدردير ، الشرح الصغير ط ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر ، ج2 ص92 . ينظر سراج السالك شرح أسهل المسالك لعثمان بن حسين بري ط

وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر ج 2 ص32

شرح التعريف :

عقد لحل تمتع: أي هو عقد بين رجل و امرأة يبيح لكل منهما الاستمتاع، والانتفاع، والتلذذ بالأحر. بأثني: وطأ ومباشرة وتقبيلا وضما وغير ذلك .

الحل: هو علة باعثة على العقد، وخرج به سائر العقود ماعدا المحدود والشرء للأمة وإن لمستولدها إذ الأصل فيه حل التمتع . بل الانتفاع العام وملك الذات فلا يدخل في الحد.

أنثى: هو وصف الأنثى بأن لا تكون محرمة بنسب أو رضاع أو صهر فلا يصح على محرم .
مجوسية: لا يصح عقد على المجوسية ولو حرة .

أمة كتابية: مملوكة أو لا، إذ لا يصح عقد على الأمة المذكورة بخلاف الحرة الكتابية، وتخرج الملائنة، والمبتوتة، والمعتمدة من غيره، والمحرمة بحج أو عمرة، والحاصل إخراج كل من قام بها مانع أصلي، وأما الملائنة وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل .

القادر: أي القدرة على ما يتحصل به النكاح من صداق ونفقة .

محتاج له، أوراج نسلا: أي محتاج للزواج لكسر شهوته أو لإصلاح منزله وإن لم يرح نسلا . أو راج نسلا . وإن لم يكن محتاجا له ندب الزواج في حقه.

4- التعريف بالزواج في قانون الأسرة الجزائري

عرف قانون الأسرة الجزائري رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 م المتضمن قانون الأسرة في الباب الأول الزواج . الفصل الأول - الخطبة والزواج في المادة 4 (الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب . ويلاحظ أن المشرع الجزائري جمع بين تعريف الزواج وأهدافه فسار بذلك على عادة رجال القانون وليس بما هو معروف عند الفقهاء . و في المادة السادسة جمع بين الخطبة والفاحة في الحكم وقد أخطأ في ذلك لأن الفاتحة في العرف الجزائري هي عقد زواج إذا تم فيها الإيجاب والقبول وهو التعبير بالجزء على الكل .⁽¹⁾
أما قانون 05- 09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005 م المعدل فإنه عرف الزواج في مادته الرابعة بقوله : الزواج هو عقد رضائي يتم بتن رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

وفي مادته السادسة : إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليهما في المادة التاسعة . و هي ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين .

(1) - قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 ص 5 و القانون المعدل 05-09 ص 4.

وفي المادة التاسعة مكرر : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج - الصداق - الولي - شاهدان - انعدام المانع الشرعي .

والذي يلاحظه على التعريف الذي جاء في القانون المعدل غير شامل وذلك لوصفه بالرضائية ، وهذا قد يكون بين البالغين الراشدين من الذكور والإناث وأما في زواج الإيجاب فإن الولي المحبر يزوج وليته بغير رضاها فكيف نشترط فيه الرضائية ، فأقترح حذف كلمة رضائي ونبقي على التعريف⁽¹⁾

5- مشروعيته : قال ابن رشد: " النكاح الذي هو الغشيان جبل الله الخلق عليه بما ركب فيهم من الشهوات

ليكون به النسل حتى يكمل ما قدره الله من الخلق وأباحه في الشرع على وجهين :

الأول : عقد النكاح

الثاني : ملك اليمين

وقال: فلا يحل استباحة الفرج بما عدا هذين الوجهين ."⁽¹⁾

فالنكاح أو الزواج مشروع بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم

1- الكتاب الكريم :

قال تعالى : ﴿و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ الروم 21 . وقوله : ﴿وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا﴾ الفرقان آية 54 . وقوله تعالى : ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عن الله أتقاكم﴾ الحجرات آية 13 . وقوله تعالى : ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء﴾ النساء آية 1 . وقوله تعالى : ﴿هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها⁽³⁾ حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين﴾ الأعراف 189 . وقوله تعالى : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء 3 . ﴿وقوله تعالى : ﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم﴾ النور آية 33 . وقوله تعالى : ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ - النور آية 32

2- السنة الشريفة

(1) - قانون الأسرة الجزائري المعدل ط دار النجاح ص 4

(1) - ابن رشد الجد ، المقدمات الممهדות مطبوع مع المدونة الكبرى للإمام مالك ، ضبط نصها وأخرج أحاديثها محمد تامر ، ط ، مكتبة الثقافة الإسلامية ، القاهرة ، ج 5 ص 281 .

(3) - تغشاها : كناية عن الجماع . قاله القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج 4 ص 290

قال عليه الصلاة والسلام : (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)⁽¹⁾

وفي رواية : (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر و أحسن للفرج و من لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)⁽²⁾

وفي رواية لأبي دود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحسن للفرج ، ومن لم يستطع منكم فعليه بالصوم فإنه له وجاء)⁽³⁾ و لما رواه الترمذي عن أبي أيوب قال : قال رسول الله صل الله عليه وسلم (أربع من سنن المرسلين : (الحناء ، والتعطر ، والسواك ، والنكاح)⁽⁴⁾ . وعن علقمة بن قيس قال : كنت مع عبد الله بن مسعود بمى فخلا به عثمان ، فجلست قريبا منه ، فقال له عثمان : هل لك أن أزوجك جارية بكرا تذكرك من نفسك بعض مامضى؟ فلما رأى عبد الله أنه ليس له حاجة سوى هذا ، أشار إلي بيده ، فحئت وهو يقول : لئن قلت ذاك ، لقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحسن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)⁽¹⁾ وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (النكاح سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ، ومن كان ذا طول فليتكح ، ومن لم يجد فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء)⁽²⁾ وخرج النبي صلى الله عليه وسلم على فتية فقال صلى الله عليه وسلم : (من كان منكم ذا طول فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحسن للفرج، ومن لا فالصوم له وجاء)⁽³⁾

وقال عليه الصلاة والسلام (من أحب فطرتي فليستن بسنتي)⁽⁴⁾ وقال صلى الله عليه وسلم : (من تزوج فقد استكمل نصف الدين فليتنق الله في النصف الثاني)⁽⁵⁾ ومعنى الحديث أن المرء يعف نفسه بالنكاح من الزنا ، وأن العفاف إحدى الخصلتين اللتين ضمن بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الجنة حين قال صلى الله عليه وسلم : (من وقاه الله شر اثنتين ولج الجنة ما بين لحييه وما بين رجليه)⁽⁶⁾ ولقوله صلى الله عليه وسلم (مسكين مسكين رجل لا زوجة له ، مسكينة مسكينة امرأة لا زوج لها)⁽⁷⁾

(1) - البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ص1066

(2) - المصدر نفسه باب من لم يستطع الباءة فليصم ص1066

(3) - أبو داود صحيح سنن المصطفى ، كتاب النكاح ، باب التحريض على النكاح ج1 ص319-320

(4) - الترمذي سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في فضل التزويج والحث عنه ، ص255

(1) - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب فضل ماجاه في فضل النكاح ص321

(2) - المصدر نفسه ص321

(3) - النسائي ، سنن النسائي ، كتاب النكاح ، الحث على النكاح ص496

(4) - رواه البيهقي في سننه ج7ص77. وعبد الرزاق في مصنفه ج6ص169 رقم الحديث 10378

(5) - العجلوني ، كشف الخفاء ج1 ص88 رقم الحديث 214

(6) - مالك بن أنس ، الموطأ ج2 ص987 رقم الحديث 1787

(7) - البيهقي ، شعب الإيمان ج4 ص382 رقم الحديث 5483 . رواه الطبراني في الأوسط ج6 ص348 رقم الحديث 6589

فالنكاح مشروع بكتاب الله وسنة رسوله وهو مستحب للقادر عليه إذا لم يكن له حاجة إليه عند أهل العلم ، لما ورد في الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : إني لأتزوج المرأة وما لي فيها حاجة ، وأطؤها وما أشتهيها ! قيل وما يحملك على ذلك قال : حيي في أن يخرج الله مني من يكثر به النبي صلى الله عليه وسلم النبيين يوم القيامة ، فإني سمعته يقول : (عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها وأحسن أخلاقا وأنتق أرحاما ، وإني مكاثركم الأمم يوم القيامة) ⁽¹⁾ وأنتق أي أكثرهن أولادا لأنه يقال للمرأة الكثيرة الولد ناتق لأنها ترمي بأولادها نتقا .

6 - حكم الزواج الشرعي والحكمة منه

أ- حكم الزواج الشرعي

فحكم الزواج الشرعي معناه أنه لا يأخذ حكما واحدا في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس وطباعهم ، لأن منهم القادر على تكاليفه و العاجز عنها و فيهم من يحسن العشرة الزوجية و منهم من لا يحسنها ، و منهم المعتدل المزاج الذي لا يخشى على نفسه الوقوع في فاحشة الزنا و منهم من لا يستطيع ضبط نفسه عن فاحشة الزنا إذا لم يتزوج ، و تبعا لاختلاف طبائع الناس يختلف حكمه :

1 - يكون واجبا في حق المسلم الذي يخاف على نفسه الوقوع في الزنا (العنت) لغلبة شهوته و يكون قادرا على دفع المهر و النفقة من الحلال، بل حتى و لو لم يقدر عليها من الحلال إذا استحكمت عليه شهوته فيرتكب أخف الضررين . قال الصاوي: "فالراغب إن خشي العنت وحب عليه ولو مع إنفاق عليها من حرام أو مع وجود مقتضى التحريم"⁽²⁾ وقال حسنين بري: "وقد يعرض عليه الوجوب كما إذا خاف الوقوع في الزنا لغلبة شهوته ، وكان قادرا على دفع المهر والنفقة من الحلال ، بل و لو لم يقدر عليها إلا من الحرام إذا استحكمت عليه الشهوة ارتكبا لأخف الضررين"⁽¹⁾ وقال الصاري : " أي وإن أدى الإنفاق عليها من حرام أو أدى إلى عدم الإنفاق عليها . قال : والظاهر كما قال الخرشي : وجوب إعلامها بذلك . وقد اعترض على قولهم : " وإن أدى الإنفاق عليها من حرام أو أدى إلى عدم الإنفاق عليها " بقولهم : إن الخائف من الزنا مكلف بترك الزنا لأنه في طوقه ، كما أنه مكلف بترك الزواج الحرام فلا يفعل محرما لدفع محرم"⁽²⁾

2- يكون الزواج حراما في حق المسلم إذا أدى الإنفاق على زوجته من الحرام كالسرقة أو غضب و لم تكن شهوته غالبية يخشى منها الوقوع في الزنا . أو يؤدي بالاضرار بالزوجة كونه عينا⁽³⁾ أو معترضا⁽⁴⁾ . قال ابن رحال : "

(1) - رواه البيهقي في سننه ج7ص81. ورواه ابن ماجه سنن ابن ماجه كتاب النكاح ، باب تزويج الأبكار ص324. و في رواية ابن ماجه (عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها ، وأنتق أرحاما وأرضى باليسير)

(2) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص212. ينظر مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5 ص19. ينظر التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق بمهش مواهب الجليل ج5 ص18. ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام مطبوع مع المدونة الكبرى ج5 ص283.

(1) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص32

(2) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص211

(3) - العنين: من العنة بضم العين وفتحها : هي الاعتراض. المصباح المنير للفيومي ص257. والعنين : من لا يأتي النساء عجزا ، أو لا يريدهن وعتن

بكسر النون الأولى عن امرأته وعن ، وعن من عن زوجته بالسحر ، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص1216

الخائف من العنت مكلف بترك الزنا لأنه في طوقه كما هو مكلف بترك التزوج الحرام فلا يحل له فعل محرم لدفع محرم .
أو لمن لم يقدر ولم يخف⁽⁵⁾ . والحاصل أنه لا يحل محرم لدفع محرم لأنه مكلف بترك كل منهما .

3- يكون الزواج مكروها في حق المسلم لعدم حاجته إليه لوجود زوجة ، ويؤدي التزوج إلى الإنفاق من المكروه شرعا. أو لمن لم يخف الزنا ، وخاف أن لا يقوم بحقوقه⁽⁶⁾ . قال الصاوي: " يكون الزواج مكروها في حق غير الراغب فيه إن

خاف به قطعه عن عبادة غير واجبة سواء رجا نسلا أم لا " (1)

4 - يكون الزواج مباحا في حق المسلم الذي تكون له زوجة أو أكثر ، وله قدرة على الإنفاق من الحلال ، ولكنه لم يرج نسلا أو لم يقصده أي النسل ، بل مجرد التلذذ بالحلال " (2) وقال اللحمي : إذا كان لا إرب له في النساء ولا يرجو نسلا لأنه حضور⁽³⁾ أو خصي أو محبوب أو شيخ فان أو عقيم قد علم ذلك من نفسه كان مباحا " . أو ما عدا ذلك .

5- يكون الزواج مستحبا في حق المسلم الذي قدر عليه ولم يخف على نفسه الزنا. (4) لأن الأصل فيه الإباحة مع الندب إليه و باقي الحالات المذكورة استثناء فيندب للمسلم الزواج إذا احتاج إليه مع أمن الفتنة أي الأمن من الوقوع في الزنا و مع القدرة على دفع المهر و القيام بالنفقة من الحلال و حسن المعاشرة سواء رجا نسلا أم لا . قال الصاوي : " فإن لم يخش العنت ندب له رجا نسلا أولا ، وفرق بين الندب والمباح بقوله : " فإن لم يخش العنت ورجا نسلا ندب له . وإن لم يرج نسلا أبيض له " (5) التزويج شرعا ، لأن الأصل فيه الإباحة مع الندب إليه والدليل على الندب إليه قوله صلى الله عليه وسلم : تناكحو تناسلوا فإنني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة (6) وقوله صلى الله عليه وسلم (من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه

أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) (1) وقد

(4) - الاعتراض : المنع . القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 646

(5) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 32 . ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، وبهامشه الشرح المذكور ، ط دار الفكر ، ج 2 ص 340 . ينظر القوانين الفقهية لابن جزي ص 130

(6) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 32 . ينظر القوانين الفقهية لابن جزي ص 130

(1) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج 2 ص 212

(2) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 32 . ينظر القوانين الفقهية لابن جزي ص 130

(3) - الحضور : الذي لا يأتي النساء . وهو من حصر ، المترفع عن الشهوات والدنيا . معجم لغة الفقهاء عربي - إنجليزي محمد رواس قله جي وآخرون ، ط ،

دار النفائس ص 181 .

(4) - ابن جزي ، القوانين الفقهية ط دار القلم ، لبنان ، ص 130

(5) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج 2 ص 212

(6) - سبق تخريجه

(1) - سبق تخريجه

حمل العلماء الأمر في هذه النصوص من القرآن و السنة كما في قوله تعالى: ﴿ فَأَنْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ النساء آية 3 . على النذب تحريضا على تزوج الأبيكار لقوله صلى الله عليه وسلم : لجابر: (أ تزوجت يا جابر) قال: فقلت نعم . فقال: (بكرا أم ثيبا؟) فقلت لا بل ثيبا. فقال : (هلا جارية تلاعبها وتلاعبك) (2) وقوله صلى الله عليه وسلم (تلاعبها وتلاعبك) فيه دليل على إباحة ملاعبة الزوج زوجته ، وملاعبتها له ، كما يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (كل لهو لها به المؤمن باطل إلا رميه عن قوسه ، وأدبه فرسه ، وملاعبته أهله) (3) فالنكاح مندوب له والزواج بيكر مندوب له ثان . لقوله صلى الله عليه وسلم: (عليكم بالأبيكار فإنهن أعذب أفواها وأنتق أرحاما وأسخن أقبالا وأرضى باليسير من العمل) (1) لأن البكر ترضى باليسير من النفقة ومن الوطاء لعدم اطلاعها على أحوال غير زوجها وأحسن عشرة من الثيبات لأنهن دخلن عالم الرجال وتكشف لهن أمره .

وخلاصة القول إن المتزوج إما راغب في الزواج أولا ، والراغب إما أن يخشى العنت أولا، فالراغب إن خشي العنت وجب عليه ولو مع إنفاق عليها من حرام أو مع وجود مقتضى التحريم . فإن لم يخش ندب له رجا نسلا أم لا، ولو قطع عن عبادة غير واجبة ، وغير الراغب إن خاف بالزواج قطعه عن عبادة غير واجبة كره له سواء رجا نسلا أم لا، وإن لم يخش ورجا النسل ندب له ، فإن لم يرج نسلا أبيض له، مع العلم أن كلا من قسم المندوب والجائز والمكروه مقيد بما إذا لم يكن موجب التحريم . و المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام إلا في التسري (1) وقال أبو يزيد القيرواني : " يباح في حق من لا يرجو النسل ولا تميل نفسه إليه ولا يقطعه عن فعل خير، ويكره في حق من يقطعه عن فعل العبادة غير الواجبة ، ويحرم في حق من لا يخشى بتركه زنا ولا قدرة على نفقة الزوجة أو على الوطاء ، أو ينفق عليها من الحرام، والمرأة كالرجل" (2) لان النبي صلى الله عليه و سلم أخبر أن سنته في الحديث المتفق عليه المروي عن أنس بن مالك قال : إن نفرا من أصحاب رسول الله قال بعضهم لا أتزوج و قال بعضهم أصلى و لا أنام ، و قال بعضهم أصوم و لا أفطر. فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و سلم فقال : (ما بال أقوام قالوا كذا و كذا ، لكني

أصوم و أفطر و أصلي و أنام و أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني) (3) وقد أجمل الكاندهلوي هذه المسألة في الأقوال الآتية :

(2) - الترمذي ، سنن الترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء في تزويج الأبيكار ص259

(3) - سعيد بن منصور كتاب ما جاء في الرمي وفضله ، باب ما جاء في الرمي وفضله ج2 ص172 برقم 2454

(5) - سق تحريجه

(1) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص212

(2) - الفواكه الدواني ، لأبي زيد القيرواني شرح النفراوي ط ، دار مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، ج3 ص946

(3) - سبق تحريجه

الأول : من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور إن ترك النكاح ، فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء ، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح .

الثاني : من يستحب له النكاح وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور ، فهذا الاشتغال به أولى من التحلي لنوافل العبادة وهو قول الصحابة ، لقول ابن مسعود : لولم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوماً ولي طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة .

الثالث : من لا شهوة له إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعينين ، أو كانت له شهوة فذهبت بكم سن أو مرض أو نحوه ففيه وجهان:

أحدهما يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

الثاني : التحلي له أفضل لأنه لا يحصل مصالح النكاح ، ويمنع زوجته من التحصين بغيره ، ويضر بها بحبسها على نفسه⁽¹⁾

ب- الحكمة منه

إن الحكمة من الزواج نبيه إليها فقهاء المالكية في كتبهم حيث يقول : أبوزيد القيرواني : " دفع غوائل الشهوة ، ويليها أنه سبب لحياتين فانية وهي تكثير النسل ، وباقية هي الحرص على الدار الآخرة لأنه ينبه على لذة الآخرة ، لأن المرء إذا ذاق لذة يسرع إلى فعل الخير الموصل إلى اللذة الأخروية التي هي أعظم ، ولاسيما النظر إلى وجهه الكريم ، ويليها تنفيذ ما أراه الله تعالى وأحبه من بقاء النوع الإنساني إلى يوم القيامة ، وامتنال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : (تناكحوا تناسلوا)⁽²⁾ . وبقاء الذكر ورفع الدرجات بدعاء الولد الصالح بعد انقطاع عمل أبيه بموته⁽¹⁾

يقول أبو إسحاق الشاطبي : " النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول ، و يليه طلب السكن و الازدواج و التعاون على المصالح الدنيوية و الاخروية ، من الاستمتاع بالحلال ، و النظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء ، والتجمل بمال المرأة أو قيامها عليه ، وعلى أولاده منها أو من غيرها ، أو إخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج و نظرة العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد " ⁽²⁾

ويقول أبو حامد الغزالي : " الزواج و فيه فوائد خمسة : الولد ، و كسر الشهوة ، و تدبير المنزل ، و كثرة العشرة ، و مجاهدة النفس الامارة بالسوء بالقيام بهن "⁽³⁾ .

(1) - الكاندهلوي ، أوجز المسالك إلى موطأ مالك ط دار الكتب العلمية -لبنان - ج9 ص323-324

(2) - سبق تخريجه

(1) - الفواكه الدواني ، لأبي زيد القيرواني شرح النفراوي ط ، دار مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، ج3ص946. ينظر الشرح الصغير ط، وزارة الشؤون

الدينية -الجزائر -ج2ص92

(2) - أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، المسألة الثانية عشرة ، فصل كيف تعرف مقاصد الشريعة، ط ، مؤسسة الرسالة ، ج 2 ص

و معنى كلامه:

الولد: وهو الأصل وله وضع النكاح .والمقصود إبقاء النسل ، وأن لا يخلوا العالم عن جنس الإنس . وإنما الشهوة خلقت باعثة مستحثة كالموكل بالفحل في إخراج البذر ، وبالأثنى في التمكين من الحرث تطفيا بهما في السياقة إلى اقتناص الولد بسبب الوقاع كالتلطف بالطير في بث الحب الذي يشتهي ليساق إلى الشبكة .

كسر الشهوة: لأجل التحصن من الشيطان وكسر التوقان ، ودفع غوائل الشهوة وغض البصر وحفظه وهذا فيه إشارة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (من نكح فقد حصن نصف دينه ، فليثق الله في الشطر الآخر)⁽⁴⁾ وقوله عليه السلام : (عليكم بالباة فمن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء)⁽¹⁾ وكسر الشهوة يتمثل في تزويج النفس وإناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة لأن فيها إراحة للقلب وتقوية له على العبادة ، فإن النفس ملول وهي عن الحق نفور لأنه على خلاف طبعها فلو كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت وثابت ، وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفي الاستئناس بالنساء من الاستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب ، فينبغي أن يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات لقوله تعالى : ﴿وجعل منها زوجها ليسكن إليها﴾ الأعراف 189

تدبير منزل : تفرغ القلب عن تدبير المنزل والتكفل بشغل الطبخ والفرش وتنظيف الأواني وتهيئة أسباب المعيشة فالإنسان لو لم يكن له شهوة الوقاع لتعذر عليه العيش في منزل وحده ، ولو تكفل بجميع أشغال المنزل لضيق أكثر أوقاته ولم يتفرغ للعلم والعمل فالمرأة الصالحة المصلحة للمنزل عون على الدين بهذا الطريق فالأجل هذا قيل الزوجة الصالحة ليست من الدنيا فإنها تفرغ زوجها للآخرة ، وذلك بتدبير المنزل وبقضاء الشهوة جميعا.

مجاهدة النفس: مجاهدة النفس بالقيام بحقوق الأهل ، والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن والسعي في إصلاحهن وإرشادهن إلى طريق الدين والاجتهاد في كسب الحلال لأجلهن ، والقيام بتربيته لأولاده ، فكل هذه أعمال عظيمة الفضل لأنها رعاية وولاية ، والأهل والولد رعية ، وفضل الرعية عظيم .⁽²⁾ و نظيف إلى هذه الحكم التي نقلناها عن الاستاذين رحمهما الله حكما أخرى و هي :

1 - الزواج أحسن وسيلة لاشباع الغريزة الحيوانية في إطارها المشروع حتى تسكن النفس من الصراع ، و تكف عن التطلع إلى الحرام ، و تطمئن إلى ما أحل الله .

2- الزواج ضرورة شرعية و عقلية ، حتى يسلم المجتمع الإسلامي من الفساد و الامراض الخطيرة ، و المجتمعات البشرية الأخرى .

3 - كثرة النساء والأولاد من المصالح الخاصة و العامة.

4- الحكمة من الزواج في قانون الأسرة الجزائري

(4) - سبق تخريجه

(1) - سبق تخريجه

(2) - أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين مصدر سابق ج1 ص 441-448

- 1- عرفه قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م : "الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي"⁽¹⁾.
- و عرفه قانون الأسرة رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005 حسب آخر تعديل : "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي"⁽²⁾
- 2- : من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب⁽³⁾

المبحث الثاني أركان الزواج

- 1 - الركن لغة : ركن الشيء أجزاء ماهيته⁽¹⁾ ، و ركن الشيء جانبه الأقوى . يقال : هو يأوي إلى ركن شديد أي إلى عز و منعة .⁽²⁾ فالركن يعني في اللغة العزة و المنعة لقوله تعالى : ﴿ أو آوى إلى ركن شديد ﴾ هود 80 . أو الجانب القوي.

(1) - قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م ص 05.

(2) - قانون الأسرة الجزائري رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005م ص 04.

(3) - المرجعان السابقان ص 05 - 04.

وفي الاصطلاح : هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وهو جزء من حقيقة الشيء وماهيته .⁽³⁾

فما جعله الشارع ركنا لشيء ، يكون جزء من ذلك الشيء ، وينعدم وجوده شرعا إذا انعدم الركن ، فلا يتحقق بدونه . ومثاله : كقراءة الفاتحة في الصلاة فهي ركن ، والركوع فيها كذلك ركن . والقبول والإيجاب ركن في عقد الزواج وجزء من حقيقته شرعا ، لذا يتوقف وجوده عليه.⁽⁴⁾

2- الشرط لغة: هو العلامة اللازمة ، وجمعه شروط ، والشرط بفتح الشين و الراء العلامة ، وأشراط الساعة علاماتها ، والشرط : رجال الشرطة لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطة ، وشرطي⁽¹⁾ ويقال شرطي عليه شرطا ، واشترطت عليه ، وجمع الشرط شروط⁽²⁾ و الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و غيره و جمعه شروط . و أما الشرط معناه العلامة و جمعهه أشراط و منه أشراط الساعة. قال تعالى : ﴿ **فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها** ﴾ محمد 18. و في الاصطلاح : ما يتوقف وجود الشيء على وجوده و كان خارجا عن حقيقته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء⁽³⁾ و مثاله : كالوضوء للصلاة التي يترتب عليها آثارها من كونها صحيحة مجزئة مبرئة للذمة ، وليس الوضوء جزء من حقيقة الصلاة ، وقد يوجد الوضوء ولا توجد الصلاة . والمثال الثاني : حضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لوجوده الشرعي ، بحيث يستتبع أحكامه وتترتب عليه آثاره ، ولكن ليس حضور الشاهدين جزء من حقيقة عقد النكاح وماهيته ، وقد يحضر الشاهدان ، ولا ينعقد النكاح⁽⁴⁾ وينقسم الشرط إلى أقسام تراجع في كتب أصول الفقه⁽⁵⁾ والركن والشرط يتفقان من جهة أن كلا منهما يتوقف عليه وجود الشيء وجودا شرعيا . ويختلفان في أن الشرط أمر خارج عن حقيقته وماهيته ، أما الركن فهو جزء من حقيقة الشيء وماهيته . كالركوع في الصلاة فهو ركن فيها إذ هو جزء من حقيقتها ، ولا يتحقق وجودها الشرعي بدونه ، والوضوء شرط لصحة الصلاة إذ لا وجود لها بدونه ولكنه أمر خارج عن حقيقتها . ومثل الإيجاب والقبول في عقد الزواج فكل منهما ركن فيه إذ هو جزء من حقيقته . وحضور الشاهدين شرطه لصحته ، ولكنه خارج عن حقيقته .⁽¹⁾

(1) - الفيومي ، المصباح المنير ص 144

(2) - الرازي ، مختار الصحاح ص149

(3) - عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه " مؤسسة الرسالة ص59

(4) - بدران أبو العينين بدران ، أصول الفقه الإسلامي ط مؤسسة شباب الجامعة 1984م ص290 .

(1) - مختار الصحاح ص190

(2) - المصباح المنير ص186

(3) - عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه ط مؤسسة الرسالة ص59

(4) - المرجع نفسه ص59

(5) - المرجع نفسه ص59

(1) - عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه ط مؤسسة الرسالة ص60

و أما الركن و الشرط مثلا في الزواج ؟ مثل القبول و الايجاب فهو ركن و الشرط كحضور الشاهدين و بهذا المثال نستنتج أن الخلل في الركن يترتب عليه خلل في العقد لأنه أمر داخل فيه و أن الخلل في الشرط يترتب عليه خلل في وصف العقد لأنه خارج عنه.(2)

3- اختلاف فقهاء المالكية في أركان الزواج

أركان الزواج في المذهب المالكي ، أربعة وهي: الولي والمهر ، والمحل ، والصيغة، ولكن بعد التحقيق في كلام أغلب فقهاء المذهب فإنهم يعدون الأركان ثلاثة فقط وهي: ولي ، محل ، وصيغة ، وأما الصداق فعدوه شرطا كالشهادة في صحة العقد.

4- اركان الطلاق في قانون الأسرة

أما أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري 05- 09 المؤرخ في 4 مايو 2005 م الواردة في المادة 09 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين .

وفي المادة 9 مكرر يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

أهلية الزواج

الصداق

الولي

شاهدان

انعدام الموانع الشرعية

والملاحظ أن هذا القانون الجديد والمعدل جعل الزواج ينعقد بركن واحد وهو رضا الزوجين ، مع توافر الشروط التي جاءت

بما المادة 09 مكرر . وهذا القانون ليس أفضل في مادتيه المعدلتين بما ورد في القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984 م حيث ورد في المادة 09 يتم عقد الزواج: برضا الزوجين ، وبولي الزوجة ، وشاهدين ، وصداق.(1)

المادة 10 : يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا . ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة .

المادة 11 : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره (1) ويلاحظ على المادتين الآتي :

(2) - عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه ط مؤسسة الرسالة ص 59 - 60

(1) - بنظر قانون الأسرة الجديد والمعدل ط دار النجاح للكتاب الجزائر ص 6

(1) - بنظر قانون الأسرة الجديد والمعدل ط دار النجاح للكتاب الجزائر ص 6

* الرضا يكون من الطرفين لا من طرف واحد ، وكذلك القبول كقول الطرف الأول زوجتك ابنتي ، فيقول الطرف الثاني قبلت ، وهكذا ينطبق الإيجاب والقبول وهو ما يسمى بالصيغة . مع العلم أن الرضا هو شرط من الشروط التي تتضمنها الصيغة .

الركن الأول : المحل في عقد الزواج وشروطه :

1- المحل من أركان النكاح التي تتقوّم بها حقيقته الشرعية عند المالكية ويكاد يتفق عليه جميعهم . ومعناه لغة المكان الذي يحل به ⁽¹⁾ يقال حل بالمكان وبه يحل بضم الحاء ، ويحل بكسر الحاء حلا وحلولاً : نزل به . فهو حال به ⁽²⁾ .

ويقصد به الفقهاء: (الزوج والزوجة) معا قال الدردير : "المحل هو الزوج والزوجة" ⁽¹⁾ .

2- شروط المحل: للمحل شروط يختص بها الزوج ، وشروط تختص بها الزوجة ، وشروط يختص بها الزوج والزوجة معا وهي :

أ- شروط يختص بها الزوج وهي :

1 - الإسلام فلا يصح من كافر كتابي أو غيره .

2 - عدم الإضافة إلى عصمته زوجة خامسة إذا كان في عصمته أربع زوجات . ⁽²⁾

ب- شروط تختص بها الزوجة وهي :

1 - الخلو من زوج فلا يصح عقد على متزوجة .

2 - أن تكون خالية من عدة غيره ، فلا يصح عقد على معتدة من غير الزوج ، و أما معتدته منه فيصح إذا لم تكن مبتوتة .

3- أن تكون غير (مجوسية) فلا يصح عقد على مجوسية ، والمراد بها غير الكتابية . ⁽³⁾

ج- شروط في الزوج والزوجة :

1 - عدم الإكراه فلا يصح نكاح مكره أو مكرهة و يفسخ أبدا .

2 - عدم المرض : فلا يصح نكاح مريض أو مريضة .

3 - عدم الإشكال أي فلا يصح نكاح الخنثى ⁽⁴⁾ المشكل على أنه زوج أو زوجة .

(1) - مختار الصحاح للرازي ص92

(2) - القاموس المحيط للفيروز آبادي ص986

(1) - الدردير الشرح الصغير ج2 ص103

(2) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص238 . الدردير الشرح الصغير ج2 ص103-104

(3) - الدردير الشرح الصغير ج2 ص103-104

(4) - الخنثى من له عضو تناسل ما للرجال والنساء جميعا . القاموس المحيط للفيروز آبادي ص168 . والخنثى في اصطلاح الفقهاء :

شخص في تكوينه شذوذ لا يعرف أنه ذكر أو أنثى ، وبهذا يكون أمره مترددا بين الذكورة =

- 4 - عدم الإحرام بحج أو عمرة ، من زوج محرم ، أو زوجة ، أو ولي وقد تقدم في شروط الولي
5 - المحرمية : من نسب أو رضاع. أو مصاهرة
فهذه عشرة شروط خمسة عامة ، ويختص الزوج بشرطين ، والزوجة بثلاثة . وبقي ثلاثة شروط وهي

1 - عدم الاتفاق على كتمان النكاح

2 - و أن لا تكون مبنوتة للزوج

3 - و أن لا يكون تحته ما يحرم جمعها معهن⁽¹⁾

د- المحل في قانون الأسرة

تكلم قانون الأسرة في الفصل الثاني عن موانع الزواج

المادة 23 : يجب أن يكون كلا من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة

المادة 24: موانع النكاح المؤبدة هي :

-القرابة

-المصاهرة

-الرضاع

المادة 25: المحرمات بالقرابة هي :

الأمهات ، البنات ، الأخوات ، العمات ، الخالات ، بنات الأخ ، وبنات الأخت

المادة 26 : المحرمات بالمصاهرة هي :

- أصول الزوجة بمجرد العقد

- فروعها إن حصل الدخول بها

- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علون

- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا

المادة 27 : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

المادة 28 : يعد الطفل الرضيع وحده دون اخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها ، وأخا لجميع أولادهما ، ويسري

التحريم عليه وعلى فروعه.

= والأنوثة ، لأن الإنسان لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى ، وقد يتكشف أمره ويتبين حاله بمضي الزمن ، فإن لم يتبين أمره ، وعجز الطب عن معرفة أنه ذكر أو أنثى كان أمره مشكلا ، فلأجل ذلك أطلق عليه الفقهاء مصطلح (خنثى مشكل) وقالو : إن الخنثى مشكل لا يكون زوجا ، ولا زوجة ، ولا أبا ، ولا أما ، ولا جدا ، ولا جدة . وورثه فقهاء المالكية : نصف مجموع نصيبه حال فرضه ذكرا وحال فرضه أنثى . ينظر الصاوي بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص238. الدكتور محمد يوسف موسى ، التراكات والموارث

في الإسلام ، بحث مقارن ط دار المعرفة ، القاهرة 351-352

(1) - الدردير الشرح الصغير ج2 ص103-104. الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص238 - 239 - 240

المادة 29 : لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء أكان اللبن قليلا أم كثيرا

المادة 30 : يحرم من النساء مؤقتا :

- المحصنة

- المعتدة من طلاق أو وفاة

- المطلقة ثلاثا

كما يحرم مؤقتا :

الجمع بين الأختين ، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع ويلاحظ على أن القانون لم يحل على البواقي من المحرمات على التأقيت⁽¹⁾

هـ . المحرمات من النساء في الفقه المالكي.

النساء المحرمات : ثمان وأربعون امرأة ، خمس وعشرون مؤبدات والبواقي مؤقتات

1- المحرمات على التأبيد بسبب: النسب، والرضاع، والمصاهرة، واللعان، والوطء في العدة، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهن:

1 - أمه : و هي كل امرأة لها عليه ولادة فيدخل في ذلك أمه التي ولدته و أمهاتها و أم أبيه و جداته و إن علون.

2 - بنته : و هي كل امرأة له عليها ولادة فيدخل في ذلك بنته من صلبه و بناتها و بنات ابنه و إن سفلن.

3 - أخته : و هي كل امرأة لأبويه أو أحدهما له عليها ولادة سواء كانت شقيقة أم لأب أم لأم .

4 - عمته : هي كل امرأة شاركت أباه في الولادة سواء أكانت أخت أبيه أو جده، والأصل وإن علا. وسواء أكانت شقيقة أم لأب أم لأم .

5 - خالته : هي كل امرأة شاركت أمه في الولادة سواء أكانت أخت أمه أم جدته والأصل وإن علا. و سواء أكانت شقيقة أم لأب أم لأم

6 - بنت الأخ : و هي كل امرأة لأخيك لها عليها ولادة سواء أكانت بالباشرة أم بالوساطة والفرع وإن نزل .

7 - بنت الأخت : و هي كل امرأة لأختك لها عليها ولادة بالباشرة أو بالوساطة والفرع وإن نزل.⁽¹⁾

والأصل في تحريم هذا الصنف على التأبيد من النساء بسبب النسب ، قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم

وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ﴾ النساء 23. قال ابن رشد : قال تعالى : ﴿

فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ النساء 3. ليس على عمومه ، وكذلك قوله تعالى :

﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ النور 32 . اللواتي لا أزواج لهن أبكارا كن أو ثيبات ليس على عمومه أيضا لأن الله

⁽¹⁾ - قانون الأسرة الجزائري 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005 م ص 8-9

(1) - ابن جزري القوانين الفقهية ص 137

تعالى خص من ذلك من حرمه من النساء وذلك سبع عشرة امرأة وهي الأم ، والابنة ، والأخت ، والعممة ، والخالة ، وبنت الأخ ، وبنت الأخت، والأخت من الرضاعة ، وأم الزوجة ، وبنت الزوجة وهي الربيبة ، وزوجة الابن ، وزوجة الأب (1)

2- المحرمات بالرضاع

يحرم بالرضاع سبعة أصناف من النساء كذلك كما يحرم بالنسب ، و الأصل في التحريم القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة . فمن القرآن قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ﴾ النساء 22 . ومن السنة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة : (لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاعة) (2)

3- المحرمات على التأييد بسبب اللعان ، والعدة ، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم

فأزواج النبي صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى : ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم و أزواجه أمهاتهم ﴾ الأحزاب 6 و الملاعنة ، المنكوحه في العدة (3) مع اختلاف بين الفقهاء فيهما و على هذا يكون عدد أصناف النساء المحرمات مؤبدا 25 صنفا.

4- الرضاع وحكمه

أ- الرضاع لغة : من رضع الصبي أمه بالكسر رضاعا بالفتح، وأرضعته أمه ، وامرأة مرضع : أي لها ولد ترضعه . (1) . ورضع الصبي بفتح الضاد يرضع بكسر الضاد لغة نجد . ورضع بكسر الضاد يرضع بفتحها رضعا ورضاعا ورضاعة فهو راضع ، والجمع رضع (2)

وفي الاصطلاح هو مص الصبي ثدي الآدمية في سن الرضاع وابتلاع لبنه (3)

ب- مقداره : قال القرطبي رحمه الله تعالى : " لا فرق بين قليل الرضاع وكثيره عندنا إذا وصل إلى الأمعاء ولو مصة واحدة لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ النساء 23 . ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (لا تحل

(1) - ابن رشد الجدل المقدمات الممهدة مطبوع مع المدونة الكبرى ج 5 ص 283

(2) - البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادات على الأنساب والرضاع المستفيض ص 530 . وأخرجه مسلم بلفظ (إنها لا تحل لي ، إنها ابنة أخي من الرضاعة ، يحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم) وفي رواية (وإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من

النسب) كتاب الرضاع ، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ص 585

(3) - ابن جزى ، القوانين الفقهية ص 137

(1) - الرازي ، مختار الصحاح ، رضع ، ص 143

(2) - ابن منظور ، لسان العرب ج 8 ص 125

(3) - معجم لغة الفقهاء ص 223

لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاعة⁽⁴⁾. و يكون بمص الثدي أي بالمباشرة أو بواسطة كوصول اللبن إلى جوف الطفل من منفذ عال متسع كأنف وفم بواسطة سعوط في أنفه ، أو وجور وهو فتح فم الصبي ويحلب لبن المرأة في وسطه، أو يحلب في إناء ويصب في فم الرضيع من غير مص ، أو وصل لجوف الطفل الرضيع من منفذ أسفل كحقنة من دبر، لكن بشرط التغذية ، أما إن لم يغذ كاحتحال عين الطفل باللبن أو صبه في أذنه أو وصل من مسام الرأس فإنه لا يضر ولا ينشر الحرمة⁽¹⁾

ج- مدة الرضاع : إذا وصل لجوف الطفل لبن أنثى لا ذكر من بني آدم ، لا من الحيوانات البهيمية في مدة عامين من ولادة الطفل ، أو يزيد شهرين ، أي مدة عامين مع زيادة شهرين عليهما ، لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه هذا مذهب مالك رضي الله عنه⁽²⁾.

د- حكمه نشر الحرمة: قال القرطبي : " إذا أرضعت المرأة طفلاً حرمت عليه لأنها أمه ، وبنتها لأنها أختها ، وأختها لأنها خالته ، وأمها لأنها جدته ، وبنت زوجها صاحب اللبن (لبن الفحل) لأنها أختها ، وأختها لأنها عمته ، وأمها لأنها جدته ، وبنت بنيتها وبناتها لأنهن بنات اخوته وأخواته " . وقال سئل مالك عن المرأة أيجع معها أخوها من الرضاعة ؟ قال : نعم . وقال سئل مالك عن امرأة تزوجت فدخل بها زوجها ، ثم جاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتها ، قال يفرق بينهما ، وما أخذت من شيء له فهو لها وما بقي عليه فلا شيء عليه ، ثم قال مالك : إن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مثل هذا فأمر بذلك . فقالوا : يا رسول الله ، إنها امرأة ضعيفة فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أليس يقال : إن فلانا تزوج أخته)⁽³⁾

هـ - رضاع الكبير: وهو استثناء من القاعدة في رضاع الصغير والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها أن أفلح أخوا القعيس جاء يستأذن عليها ، وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن آذن له ، فلما جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (ليلج عليك فإنه عمك تربت يمينك) وفي رواية : (فليلج عليك عمك)⁽¹⁾. وعن عائشة رضي الله عنها أن سالما مولى أبي حذيفة وأهله في بيتهم فأنت - تعني - ابنة سهل النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن سالما قد بلغ ما يبلغ الرجال وعقل ما عقلوا ، وإنه يدخل علينا ، وإني أظن أن في نفس حذيفة من ذلك شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أرضعته تحرمي عليه ، ويذهب الذي في نفس أبي حذيفة) فرجعت فقالت إني أرضعته ، فذهب الذي في نفس أبي حذيفة . وفي رواية قالت يا رسول الله صلى

(4) - البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادات على الأنساب والرضاع المستفيض ص 530. وأخرجه مسلم بلفظ (إنها لا تحل لي ، إنها ابنة أخي من الرضاعة ، يحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم) وفي رواية (وإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من

النسب) كتاب الرضاع ، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ص 585. القرطبي الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 101

(1) - عثمان حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 107

(2) - عثمان حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 107

(3) - القرطبي الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 101

(1) - مسلم صحيح مسلم كتاب الرضاع ، باب رضاع الكبير ص 584 برقم 3574 - 3575

الله عليه وسلم إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم - وهو حليفه - فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (أرضعيه) قالت : وكيف أرضعه وهو رجل كبير ؟ فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : (قد علمت أنه رجل كبير) . وعن ابن شهاب أنه قال : أخبرني أبو عبيدة بن عبد الله بن زمعة أن أمه زينب بنت أبي سلمة أخبرته أن أمها أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول : أبي سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخلن عليهن أحدا بتلك الرضاعة ، وقلن لعائشة : والله ! ما نرى هذا إلا رخصة أرخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم لسالم خاصة فما هو بداخل علينا أحد بهذه الرضاعة ولا رائينا⁽²⁾ وهذه الرخصة تنفع في حل مشكلة من كفل طفلا ثم كبر هذا الطفل مع أسرة ذلك الشخص وبلغ مبلغ الرجال فإن المرأة التي كفلته قد تتحرج منه ولا تستطيع أن تجرح شعوره لأنه كبير مع أبنائها فيكون حل هذه المشكلة بهذه الفتوى . والعكس صحيح إذا كفل رجل طفلة وكبرت مع بناته وبلغت مبلغ النساء فإنه يقع في الحرج .

5- المحرمات بسبب المصاهرة: وهن أربع: أم الزوجة ، بنتها ، زوجة الأب ، و زوجة الابن ، و مثلهن من الرضاع أيضا . و الأصل في التحريم القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة . فمن القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ النساء 22 . ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ النساء 23 . ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلا يل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ النساء 23 .

ومثلهن من الرضاع أيضا لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ النساء 22 . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (لا تحل لي ، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاعة⁽¹⁾) وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم و سلم لقوله تعالى : ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم و أزواجه أمهاتهم ﴾ الأحزاب 6 و الملاعنة و المنكوحة في العدة⁽²⁾ مع اختلاف بين الفقهاء فيهن و على هذا يكون عدد أصناف النساء المحرمات مؤبدا 25 صنفا .

6- المحرمات من النساء على التأقيت: ثلاثة وعشرون امرأة ويختلف سبب التحريم حسب كل صنف وهن:

- 1 - المرتدة ، 2 غير الكتابية ، 3 الزوجة الخامسة ، 4 المتزوجة ، 5 المعتدة ، 6 المحرمة بحج أم عمره ، 7 أخت زوجته فلا يجوز الجمع بينهما ، 8 خالتها فلا يجوز الجمع بينهما ، 9 عمتها فلا يجوز الجمع بينهما - 10 المنكوحة يوم الجمعة عند الزوال ، 11 المخطوبة للغير بعد الركون ، 12 اليتيمة غير البالغة ، 13 الملاعنة حتى يكذب نفسه ، 14 المستبرئة ، 15 الحامل ، 16 الكافرة ، 17 المبتوتة ، 18 الأمة المشتركة ، 19 الأمة الكافرة ، 20 الأمة المسلمة

(2) - مسلم صحيح مسلم كتاب الرضاع ، باب رضاع الكبير ص 588 برقم 1453-3601-3602-3603-3604 . هي سهلة بنت عمرو القرشية أسلمت قديما وهاجرت مع زوجها إلى الحبشة فولدت محمد بن أبي حذيفة وقد بنى زوجها سلما . ينظر الإصابة لابن حجر ج 4 ص 336 . ينظر كذلك كتاب الرضاع وبنوك اللبن للدكتور محمد الحفناوي

(1) - البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادات على الأنساب والرضاع المستفيض ص 530

(2) - ابن جزري ، القوانين الفقهية ص 137

لواجد الطول، 21 أمة الابن، 22 وأمه، 23 وسيدته، وأم سيدته⁽¹⁾، وأصل التحريم نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فمن القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعوا إلى الجنة والمغفرة بإذنه ويبين آياته للناس لعلهم يتذكرون ﴾ البقرة 221. وقوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيفا ﴾ النساء 23. وقوله تعالى : ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ النساء 3. قال البخاري : قال علي بن الحسين عليهما السلام : يعني مثنى أو ثلاث أو رباع . قوله تعالى : ﴿ أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع ﴾ فاطر 1 .⁽²⁾

وأما دلالة التحريم من السنة النبوية الشريفة ما رواه البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها⁽³⁾) وروى مسلم عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم : (نهى عن أربعة نسوة أن يجمع بينهن : المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها)⁽⁴⁾. وعن أبي هريرة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (لا تنكح العمة على بنت الأخ ، ولا بنت الأخت على الخالة)⁽⁵⁾ وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا ينكح المحرم ولا ينكح ، ولا ينكح)⁽¹⁾. وروى الترمذي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اليتيمة تستأمر ، فإن صممت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها)⁽²⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم : (الأيم أحق بنفسها من وليها)⁽³⁾ قال الترمذي : " معنى الحديث عند أكثر أهل العلم أن الولي لا يزوجه إلا برضاها وأمرها ، فإن زوجها ، فالنكاح مفسوخ على حديث خنساء بنت خدام بضم وكسر الخاء ، حيث زوجها أبوها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فرد النبي نكاحها)⁽⁴⁾.

الركن الثاني الصيغة في عقد الزواج وشروطها وفيه :

-
- (1) ابن جزري ، القوانين الفقهية ص 137
- (2) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب لا تزويج أكثر من أربع ص 1072
- (3) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب ، لا تنكح المرأة على عمتها ص 1075
- (4) مسلم صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ص 562
- (5) مسلم صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ص 562
- (1) - مسلم صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحري نكاح المحرم وكراهية خطبته ص 563
- (2) - الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ص 262
- (3) - الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب ص 262
- (4) - الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب ص 262 . وخنساء بنت خدام بن وديعة الأنصارية من الأوس أنكحها أبوها وهي كارهة فرد رسول الله نكاحها . واختلفت الأحاديث في حالها : فنقل مالك إنها كانت ثيبا ، وذكر ابن المبارك عن خنساء أنها كانت يومئذ بكرا . قال ابن عبد البر : والصحيح ما نقل مالك . ينظر الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر ، ط دار الكتب العلمية ، ج 4 ص 386

1- الصيغة لغة بكسر الصاد ، من صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغا جعله حليا ، فهو صائغ وصواغ ، وهي الصياغة والصيغة⁽¹⁾ وفي الاصطلاح : ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتيب الآثار المقصودة منه ، ومنه قولهم ، صيغة البيع ، وصيغة الأمان ، وصيغة عقد النكاح⁽²⁾ ، وهي من أركان الزواج التي يتم بها العقد لاشتمالها على الإيجاب و القبول و تكون باللفظ الصريح فلا تكفي الإشارة و لا الكتابة مع القدرة على النطق ، كأن يقول الولي أنكحتك ابنتي فلانة إن كان مجبرا، أو موكلتي، إن كان غير مجبر ، و يقول الزوج أو وكيله قبلت أو رضيت و لو قامت قرينة على الهزل و المزح إذا كانا رشيدين . إذ النكاح ينعقد بالهزل كالطلاق و العتق لقوله صلى الله عليه وسلم (ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق)⁽³⁾ و لو لم يسم الزوج صداقا لأن تسمية الصداق شرط في صحة الزواج . و يندب البدء في إنشاء العقد بالثناء على الله و الصلاة و السلام على رسوله لحصول البركة ، و الشهادتين و قراءة آية من القرآن فإن بدأ الزوج أو وكيله أجزأ . و الإيجاب كقول الولي أنكحتك بنتي أو موكلتي أو زوجتك بنتي أو موكلتي فلانة بلفظ يدل على الدوام احترازا من نكاح المتعة ، أما إذا قال وهبتك فلا بد من تسمية الصداق

و إلا لم ينعقد العقد، والمضارع مثل أزوجك إن قامت القرينة على الإنشاء لا الوعد ، كالماضي⁽¹⁾ وقد عرفها النفراوي في شرحه بقوله : " الصيغة : وهي كل ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلهما، كأنكحت ، وزوجت ، أو وهبت ، أو تصدقت ، أو منحت ، أو أعطيت ، مع ذكر الصداق"⁽²⁾ وعرفها الخطاب بقوله : " الصيغة لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كأنكحت وزوجت ، وملكت وبعث وكذلك وهبت بتسمية صداق"⁽³⁾ . والذي نخلص إليه أن الإيجاب الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد ، و القبول ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على رضاه بالموافقة والقبول فيما رغب فيه الأول و بهذه الموافقة و ذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب و القبول و من ثم ينعقد العقد على الدوام .

2- شروط الصيغة :

- 1 - يشترط في صيغة العقد الفورية أي فورية اللفظ الدال عليه بأن يكون الإيجاب و القبول في آن واحد و يجوز الفصل اليسير كافتراق الجانبين لمشورة قريبة فهذا مغتفر شرعا .
- 2 - أن يكون الإيجاب و القبول في آن واحد في مجلس العقد .
- 3 - أن يتضمن الإيجاب و القبول الرضا من الطرفين .
- 4 - أن يكون العقد على الدوام لفساد نكاح المتعة .

(1) - المصباح المنير للفيومي ص 211

(2) - معجم لغة الفقهاء لقلعه جي ص 279

(3) - أبو داود ، صحيح سنن المصطفى كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ج 1 ص 342

(1) - عثمان بن حسن بن بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 42. وينظر الشرح الصغير ج 2 ص 96.

(2) - النفراوي ، الفواكه الدواني ج 3 ص 948

(3) - الخطاب ، مواهب الجليل ، لشرح مختصر خليل ج 5 ص 43

5 - إذن البكر (أي البكر التي لا جبرر عليها) لا تزوج إلا بعد بلوغها وإذنها، صماتها، فإن سكنت، أو ضحكت أو بكت عد ذلك رضا منها . و أما الثيب فلا بد أن تفصح أي تعرب عن رضاها .

6 - أن يكون الإيجاب و القبول مستحبا، وقيل يجب بحضرة شاهدين ، بحيث تكون إجراءات العقد أمام موثق أو موظف مؤهل لذلك .

7 - أن لا يكون الإيجاب و القبول مشتملين على شرط ينافي مقصود العقد كعدم الإيجاب أو عدم المباشرة أو عدم التوارث

3- الألفاظ التي ينعقد بها الزواج والشهادة عليه

ينعقد الزواج بلفظي أنكحت وزوجت ولو لم يسم صداقا ، وأما لو قال وهبت فلا بد من تسمية صداق، وإلا لم ينعقد العقد .

يقول النفراوي في شرحه: " أنكحت، وزوجت، أو وهبت، أو تصدقت، أو منحت، أو أعطيت مع ذكر الصداق" ⁽¹⁾ وقال الدسوقي : " ينعقد النكاح بلفظ : أنكحت، وزوجت ولو لم يسم صداقا . وقال يصح بتسمية صداق، ولفظ وهبت، لك ابنتي أو تصدقت عليك بها بكذا، فإن لم يسم صداقا لم ينعقد" ⁽²⁾ وقال القاضي عبد الوهاب: " ينعقد النكاح بلفظ الهبة والبيع وكل لفظ تمليك يقتضي التأيد دون التوقيت . قال : ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي ﴾ الأحزاب 50 فخطبها رجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن) وفي رواية (انطلق فقد زوجتكما بما معك من القرآن) ⁽³⁾ لأنه لفظ تمليك لا يقتضي توقيتا فاشبه لفظ النكاح والتزويج ، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يعقد بأكثر من لفظين كالبيع " ⁽⁴⁾

وقال عليش: " ينعقد الزواج بلفظي : أنكحت ، وزوجت ، ومضارعهما كماضيهما . وقال : واعترضه الناصر اللقاني قائلا فيه نظر إذ العقود إنما تحصل بالماضي دون المضارع لأن الأصل فيه الوعد وفي الماضي اللزوم" ⁽¹⁾

وقال : وصح بتسمية صداق كقوله الولي للزوج وهبتها لك بصداق قدره كذا ! أو وهبتها لك تفويضا . وأما لفظ تصدقت فيه نظر . وقالوا تحصل من كلامه أن الأقوال أربعة :

الأول : ينعقد النكاح مطلقا بلفظ أنكحت ، وزوجت ، سواء سمى صداقا أم لا؟.

الثاني ينعقد النكاح بلفظ وهبت مطلقا حقيقة أو حكما ، إن سمى صداقا .

(1) - النفراوي ، الفواكه الدواني ج3 ص948

(2) - الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص349-350

(3) - مسلم صحيح مسلم باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ص569

(4) - القاضي عبد الوهاب ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ط دار ابن حزم ج2 ص699

(1) - محمد عليش ، الشرح المذكور مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص349

الثالث : لا ينعقد النكاح باللفظ الذي فيه تردد ، كاللفظ الذي يقتضي البقاء مدة الحياة . قيل ينعقد به الزواج إن سمى صداقا. وقيل لا ينعقد به مطلقا ؟ .

الرابع : لا ينعقد النكاح مطلقا بكل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة . (2) .

ويدخل في الدال الكتابة والإشارة ولو من الجانبين في حق الأخرس إن كان يتولى الطرفين ، وأما الناطق فيكفي من أحدهما إن وقع في المبتدئ لفظ الإنكاح أو التزوج ، سواء أكانت الإشارة من الزوج أم الولي ، وأما لو كان المبتدئ إنما ابتداء بلفظ نحو الهبة والصدقة مع ذكر الصداق وإنما تكفي الإشارة من الزوج ، بخلاف عكسه ، وهو أن يكون المبتدئ بلفظ نحو الهبة للزوج فلا تكفي الإشارة من الولي ، والضابط أن المبتدئ إن نطق بالإنكاح أو الزواج صحت الإشارة من غيره زوجا أو وليا. وإن نطق المبتدئ بنحو الهبة أو الصدقة ففيه تفصيل بني على كون المبتدئ الولي فلا تكفي الإشارة من الزوج على ما يفهم من كلام الخطاب ، والمفهوم من كلام ابن عبد السلام على ابن الحاجب أن تكفي الإشارة من الزوج أيضا. (3)

4- الشهادة على الزواج

أ - الشهادة لغة : الخبر القاطع ، والمعينة ، والحلف ، تقول أشهد بكذا أي أحلف ، وشاهدت : عاينت والجمع شهود ، والواحد شاهد . والشهود الحضور (1) والشاهد الذي يرى ما لا يرى الغائب ، أي الحاضر يعلم ما لا يعلمه الغائب . قال ابن فارس : الشهادة الإخبار بما قد شوهد . (2)

وفي الاصطلاح هي :

1 - هي الإخبار بحق شخص على غيره عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان .

2 - الشهادة بالسمع : هي الشهادة بحق من غير معينة ، ولكن بناء على سماعه عن ثقة .

3 - شهادة الزور : هي تعمد الكذب في الشهادة

4 - الشهادتان : هي قول لا إله إلا الله ، وأن محمد رسول الله (3)

5 - أقوال فقها المالكية في الشهادة

قال ابن رشد : " قال مالك إن الشهادة هي شرط من شروط النكاح " .

وقال ابن رشد : اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد. وقال سبب الخلاف هل الشهادة حكم شرعي أو سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار . فمن قال حكم شرعي قال الشهادة حكم

(2) - محمد عليش ، الشرح المذكور مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص350. الصاوي ، بلغة السالك

لأقرب المسالك ج 2 ص224

(3) - النفراوي الفواكه الدواني ج3 ص948 - 949

(1) - الرازي ، مختار الصحاح ص 197

(2) - الفيومي ، المصباح المنير ص 195

(3) - محمد رواس قلعه جي ، حامد صادق قنبي ، معجم لغة الفقهاء ص 266

شرعي قال هي من شروط الصحة ، ومن قال هي توثق ، قال هي شرط تمام. والأصل في هذا ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد)⁽⁴⁾ لا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى أن هذا داخلا في باب الإجماع، وهو ضعيف، و هذا الحديث قد روي مرفوعا ذكره الدار قطني، و ذكر أن

في سنده
بجاهيل⁽¹⁾ ولكن رغم تضعيف ابن رشد هذا الحديث فإن أحاديث كثير وردت في موضوع الشهادة على الزواج وتنتهي على نكاح السر الذي أجمع عليه الفقهاء كما قال ابن رشد رحمه الله تعالى حيث قال : " واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر " ⁽²⁾ وقد وردت روايات كثيرة في هذا الموضوع منها رواية عمرو بن يحيى المازني عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم : (كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ، ويقال أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم)⁽³⁾ .
وعن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا فقال ما هذا ؟ فقالوا نكاح فلان يا رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : (كمل دينه ، هذا النكاح ، ولا سفاح ، ولا نكاح سر ، حتى يسمع دف أو يرى دخان)⁽⁴⁾

وفقهاء المالكية يرون أن الشهادة عند العقد مستحبة ، وأما عند الدخول فواجبة . وقالوا يحصل الفشو بالوليمة وهي طعام العرس ، وقد جرى عرف الناس بجعل الوليمة قبل الدخول بزمن يسير وهذا للعرف السائد في مجتمعنا نحن المغاربة ، فلأجل ذلك قال الفقهاء باستحباب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه⁽⁵⁾ ، وذلك لما رواه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أعلنوا هذا النكاح وأجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف)⁽¹⁾ وقال صلى الله عليه وسلم : (فصل ما بين الحرام والحلال الدف والصوت)⁽²⁾ وقال النفراوي في شرح الرسالة : " يحرم عليه أن يختلي بها الزوج حتى يشهد . وأما عدد الشهود فإنهم فرقوا بين الشهادة في مجلس العقد الذي يكتفي فيها بشاهدين عدلين، وشهادة الأبداد أي المتفرقين فقالوا بأربعة شهود في البكر، وستة شهود في الثيب شاهدين على الزوج ، وشاهدين على الولي ، وشاهدين على الزوجة⁽³⁾ .

(4) - البيهقي سنن اللبيهقي الكبرى كتاب النكاح ، باب النكاح ج 10 ص 306 برقم 13947

(1) - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 17

(2) - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 17

(3) - أحمد مسند أحمد كتاب حديث أبي حسن ، باب حديث أبي حسن ج 5 ص 31 برقم 16271

(4) - البيهقي سنن اللبيهقي الكبرى كتاب التصديق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح ، وإباحة الضرب بالدف عليه ج 11 ص 125 برقم

15066

(5) - ينظر مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج 5 ص 26 . شرح الزرقاني على مختصر خليل ج 3 ص 290

(1) - الترمذي سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح ص 257 برقم 1088

(2) - الترمذي سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح ص 257 برقم 1088

(3) - النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ج 3 ص 948 . الزرقاني على مختصر خليل ج 3 ص 290

3- الصيغة في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة جعل من رضا الزوجين ركنا من أركان الزواج و جعله أول أركانه جاء في المادة 09 منه يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق و من ثم كان على المشرع أن يتكلم عن صيغة الزواج ضمن العقد لا عن الرضا لان الرضا هو شرط من شروط الصحة حيث لا يتصور و جود صيغة صحيحة مكونة لماهية العقد الشرعية و منتجة لأثارها إلا إذا كانت صادرة عن رضا وطيب خاطر صاحبها-انظر قانون الأسرة القديم المواد: 09 إلى 22 أما قانون الأسرة المعدل فإنه ركز على الرضا كركن من أركان الزواج، وجعل من أهلية الزواج ، والصداق ، والولي ، والشاهدان ، وانعدام الموانع الشرعية للزواج ، كلها شروطا .وبذلك خالف رأيه رأي الفقهاء وما جاء في القانون القديم⁽¹⁾ وحسنا فعل المشرع الجزائري لما جعل الشاهدين من الشروط التي يجب توفرها في عقد الزواج وبتخلفها يختل العقد⁽²⁾

الركن الثالث الولي في عقد الزواج وشروطه

1- الولي لغة من ولي ولاية، ووليت على الصبي والمرأة فالفاعل وال والجمع ولاية ، والصبي والمرأة مولى عليه .والولاية ، بالفتح والكسر النصر ، والمولى الناصر والحليف .⁽¹⁾ والولي : ضد العدو وكل من تولى أمر واحد فهو وليه⁽²⁾ .الولي بسكون اللام : القرب والدنو . والولي الاسم منه : المحب والصديق ، والنصير ، والمنعم ، والتابع ، والصهر⁽³⁾ .فالولي لغة يدور حول هذه المعاني النصر والمحبة و الصديق و السيد، لقوله الله تعالى: ﴿ و الله ولي المؤمنين ﴾ آل عمران 68- وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود و النصارى أولياء بعضهم أولياء بعض و من يتولهم منكم فإنه منهم إن الله لا يهدي القوم الظالمين ﴾ المائدة 51.

وفي الاصطلاح عرّفه ابن عرفة : "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"⁽⁴⁾

شرح التعريف :

على المرأة : يشمل الحرة و الأمة .

تعصيب : كالأبن و الأخ شقيقا كان أو لأب و كذلك العم و غيره مستبعدا ذوى الإحام ، كالأخ.

إيصاء : أي من أسند إليه الإيصاء على المرأة كوصي كالأب .

سلطنة : يعني القاضي.

(1) - قانون الأسرة الجزائري 05- 09 المؤرخ في 4 مايو 2005 م ص 6

(2) - قانون الأسرة الجزائري 05- 09 المؤرخ في 4 مايو 2005 م ص 6

(1) - المصباح المتبر للفيومي ص 400

(2) - المختار الصحاح للرازي ص 392- 393

(3) - القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 1344

(4) - النفراوي ، الفواكه الدواني ج 3 ص 946

ذو إسلام : بمعنى عامة المسلمين

وبهذا أشار إلى جهات الأولياء وأنواعها .

الفرع الثاني: شروط الولي وترتيب الأولياء

شروط الولي : أي ولي الزوجة فيه شروط مجمعة فلا تصح ولايته على المعقود عليها إلا بوجودها ، فإن اختل منها شرط لا تصح ولايته وهي ستة:

1 - **الإسلام:** يشترط في الولي أن يكون مسلماً إذا كانت التي يتولى عقد نكاحها مسلمة ، فإن كانت كافرة فلا ولاية له عليها بنتا كانت أو غيرها ، كما لا ولاية للكافر على المسلمة لاختلاف الدين .

2 - **الحرية :** يشترط في الولي أن يكون حراً ، فلا تصح ولاية العبد القن ، ولا من فيه شائبة حرية كالمكاتب ، والمدبر ، والمبعض⁽¹⁾ ولو على ابنته ، فلو عقد عليها أو على غيرها حرة أو أمة فسخ النكاح ولو بعد الدخول ، بل ولو ولدت المرأة الأولاد ولها المهر كاملاً بالمسيس . والملاحظ في فقهننا الواقعي أن شرط الحرية في زماننا غير موجود لأن الناس كلهم أحرار فأجل هذا يسقط هذا الشرط من شروط الولي .

3 - **رشيد :** يشترط في الولي أن يكون رشيداً ، فالسفيه الذي لا يحسن التصرف إذا كان له ولي لا تصح ولايته للعقد إلا بإذن وليه ، اللهم إلا إذا كان ذا رأي ووقع صواباً فيمضي عقده ، ولا كلام للولي حينئذ .

4 - **مكلف :** يشترط في الولي أن يكون مكلفاً أي عاقلاً بالغاً ، فالجنون لا تصح ولايته للعقد ، ومثله الصبي .

5 - **غير محرم :** يشترط في الولي أن يكون غير محرم بحج أو عمرة ، وإن كان كذلك فلا تصح ولايته للعقد .

6 - **محرمه :** يشترط ألا تكون المعقود عليها محرمة كذلك ، فإن كانت محرمة فلا يصح العقد عليها حتى تتحلل من إحرامها ، ولو كان وليها غير محرم.⁽¹⁾ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (**المحرم لا ينكح ولا ينكح**)⁽²⁾

ويقول ابن رشد الجدي : " للولاية ثمانية شروط ستة منها متفق عليها في صحة الولاية وهي :

البلوغ، العقل، الحرية، الإسلام، الذكورية، كونه مالكا لنفسه.

وأما الاثنان المختلف فيهما هما: العدالة ، الرشد⁽⁴⁾

2- ترتيب الأولياء :

فالولاية في النكاح تنقسم إلى قسمين خاصة وعامة :

1 - **الولاية العامة :** هي ولاية الإسلام لقوله تعالى : ﴿ **والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض** ﴾ التوبة . 71

(1) - المدبر : الرقيق الذي علق عتقه على موت سيده . ومثاله قول السيد لعبيده : إن مت فأنت حر . والمكاتب يضم الميم وفتح التاء اسم مفعول من كاتب

الرقيق الذي تم عقد بينه وبين سيده على أن يدفع له مبلغاً من المال نجوماً أي مفرقاً ليصير حراً . ينظر معجم لغة الفقهاء قلعه جي ص 418 - 455

(2) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 36 - 37 . وينظر النفراوي ، الفواكه الدواني ج3 ص 946 - 947

السدوقي ، حاشية الدسوق على الشرح الكبير ، وبهامشه الشرح المذكور ج2 ص 364

(2) - مسلم صحيح مسلم ، كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم ، وكرامية خطبته ص 563 . أخرجه مسلم بلفظ (**لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا**

يخطب)

(4) - ابن رشد الجدي المقدمات الممهديات مصدر سابق ج5 ص 297

2 - الولاية الخاصة فإنها تنقسم إلى خمسة أقسام وهي :

الأول : ولاية نسب وهي على مراتب أعلاها الأب وأدناها الرجل من العشيرة على مذهب ابن القاسم ، فيدخل فيه المولى الأسفل ، وفيه الرجل من التالين ، وقيل الرجل من العصبية فلا يدخل فيه على هذين القولين المولى الأسفل والتالي من الولاية .

الثاني : ولاية تقديم وهي على وجهين تقديم من قبل أب وتقديم من قبل السلطان .

الثالث : ولاية عامة وهي على وجهين مولى أعلى ومولى أسفل .

الرابع : ولاية سلطان .

الخامس : ولاية حضانة .

وعليه فإذا زوج على مذهب ابن القاسم الولي من الولاية الخاصة فيما عدا الأب في ابنته البكر ، والوصي في يتيمة البكر ، ثم ولي أولى منه حاضر وقت النكاح لم يجز⁽¹⁾

ويرى مالك رضي الله عنه أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن فمن كان أقرب عصبية كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ، ثم الآباء ، ثم الإخوة للأب والأم ، ثم للأب ، ثم بنو الإخوة للأب والأمثل للأب فقط . ثم الأجداد للأب وإن علوا ، ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان ، والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب " أعني وصي الأب " ⁽²⁾ قال ابن رشد واختلف أصحابه فيمن أولى وصي الأب أو ولي النسب ؟ فقال ابن القاسم : " الوصي أولى مثل قول مالك " . وقال ابن الماجشون ، وابن عبد الحكم

" الولي أولى " ⁽³⁾ .

وقال ابن رشد : اختلفوا في ولاية الجد ، وسبب الاختلاف بسبب من هو أقرب ؟ هل الجد أولى من الأخ . وقال : ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة :

الأولى : إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب؟ والجواب اختلف فيها قول مالك قال : مرة إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ . ومرة قال : النكاح جائز . ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ . وهذا الخلاف فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته فإنه لا يختلف . والسبب الرئيس في اختلافهم في هذه المسألة قولهم هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابت بالشرع في الولاية أو ليس بحكم شرعي؟ ، فإن كان حكما . فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب أو حق من حقوق الله .؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال بجواز الأبعد مع حضور الأقرب . ومن لم ير أنه حكم شرعي ، ورأى أنه حق للولي قال بالنكاح منعقد ، فإن أجازة الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ . ومن رأى أنه حق لله قال غير منعقد . وقد أنكر قوم على هذا المعنى في المذهب .

(1) - ابن رشد الجد المقدمات الممهديات مصدر سابق ج5 ص 297

(2) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص 13

(3) - المصدر نفسه ج2 ص 13

الثانية : إذا غاب الأقرب ، هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟. وجواب المسألة الثانية فإن مالكا يقول إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد. لأن سبب اختلافهم في هذه المسألة ، هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أولا . وذلك لاختلاف عندهم في انتقالها في الموت .⁽¹⁾

والثالثة : إذا غاب الأب عن ابنته البكر ، هل تنتقل الولاية ، أو لا تنتقل والجواب على هذه المسألة فيه تفصيل وختلاف يرجع كله إلى الآتي : (بعد المكان ، طول الغيبة أو قربه ، الجهل بالمكان أو العلم به ، وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما للخوف عليها من الصون . والمسألة فيها خلاف (تزوج في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه ، وإذا كانت غير صون)⁽¹⁾ .

و خلاصة القول في ترتيب الأولياء وتقديمهم يكون كالآتي :

ابن المرأة مقدم على غيره من الأولياء في العقد عليها لمن أراد تزويجها لقرابته منها . فإن لم يكن لها ابن فالأحق بالولاية عليها **ابن ابنها** . ثم الأب بعد ابنها وابن ابنها أحق بالولاية عليها فهو مقدم على غيره ، فإن فقد الأب والذين قبله فالولاية **للأخ شقيقا** كان أولأب . فإن لم يكن لها أخ فالأحق بالولاية **الجد** لأبيها . وهكذا فيصير على قاعدة (**فابن كل رتبوا**) أي فابن الأخ يقدم على الجد والجد يقدم على العم والعم يقدم على ابن العم . والأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق يقدم على ابن الأخ للأب ، العم الشقيق يقدم على العم للأب . وابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب ، فإن لم يكن للمرأة أحد من العصابة فالأحق بالولاية عليها من كفلها من الرجال ولوتبرعا حتى بلغت عنده ، أو مكثت بمنزله عشر سنين فأكثر ، والكافل هو الذي يقوم بنفقتها وحفظها لأن إقامتها عنده عشر سنين فأكثر موجبة للشفقة والعطف عليها . فإن لم يكن للمرأة كافل يتولى نكاحها إن طلبن العقد عليها من الرجال الحاكم من قاض أو نائبه ، فإن لم يوجد حاكم فوليها أحد المسلمين إذا اجتمعت فيه شروط الولي المذكورة سابقا⁽²⁾ وهكذا تحل مشكله الولي بالنسبة للنساء اللاتي ليس لهن عصابة كعديمات النسب ، وكذلك من فقدن عصبتهن في الكوارث الطبيعية كالزلازل وغيرها والمتشردات وما أكثر هن في زماننا هذا !

قال الناظم :

وقدم ابن فابنه ثم لأب ❖ أخ فجد فابن كل رتبوا
شقيقهم عنم لأب قدموا ❖ مولى كفيل حاكم فالمسلم⁽¹⁾

:

3- ولاية إجبار : الإجبار لغة من أجبره على الأمر أي أكرهه عليه⁽²⁾ . وأجبرته على كذا بالألف حملته عليه قهرا وغلبة فهو مجبر⁽³⁾ وجبره على الأمر أكرهه عليه . والإجبار الإكراه وهو سلب الاختيار من الانسان في أفعاله⁽⁴⁾

(1) - ينظر هذه المسألة في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج2 ص 14 - 15

(1) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص 14

(2) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 37 - 38 . ينظر الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5 ص 57 -

وفي الاصطلاح هو إنكاح الأب ابنته البكر التي لم تذهب عذرتها أي بكارتها إن لم تبلغ قهرا عليها⁽⁴⁾ أو هوسلب - الأب المحبر ابته البكر التي لم تذهب عذرتها - الاختيار في الزواج بمن ترغب فيه قهرا. والذي له الحق في الإيجار الأب ، والوصي والسيد وما دام أن عهد الرق قد تولى فلا حاجة لذكره .

4 - إيجار الأب بنته

1- له الجبر على ابنته البكر في نكاحها ولو بغير رضاها ، أو كان الزوج غير كفء لها في الحسب والنسب ، حيث كان حرا مسلما وليس ثم مانع شرعي ولو عنست أي ولو كانت بنته البكر عانسا كبنت خمسين أو ستين سنة ما لم يرشدها فإن رشدها بأن فك عنها الحجر وقامت بأمرها فلا جبر له عليها .

2- له جبر بنته إن صغرت و التي صارت ثيبا بزوال بكارتها بسبب وطء من نكاح صحيح ، أو زالت بكارتها بأمر عارض لها من وثبة أو ضربة يعود وقعت عليه ، بل ولو زالت بكارتها بزنا ، ولو تكرر منها حيث لم تكن بالغة ، أو طلقها زوجها بعد أن أزال بكارتها ، أو توفى عنها قبل بلوغها . وأما إن طلقها الزوج بعد بلوغها وقد زالت بكارتها أو توفى عنها فلا جبر للأب عليها ، وليس له تزويجها حتى ترضى وتأذن بالقول. والبكر التي زوجت ثم طلقت ولم تنزل بكارتها لا يخلوا إما أن تقيم مع زوجها سنة أولا ، فإن قامت سنة ثم طلقها الزوج بعد ذلك خرجت من الإيجار لأن إقامة سنة تقوم مقام الثيوبه وإن طلقها قبل السنة والحالة هذه رجعت مجبرة لأبيها .

3- وصي الأب الذي ثبت له الإيجار : فإذا عين له الزوج وقال له : اجبر بناقي على التزويج قبل البلوغ وبعده . أو قال للوصي : أنت بمنزلي في تزويج بناقي، فإن لم يكن الوصي وصيا من جهة الأب بل أقامه القاضي وصيا على من مات أبوها وهي صغيرة أو أقامته وصيا أمها فليس له الإيجار عليها بذلك . ولا جبر لأحد بعد الأب والوصي إلا السيد فإننا لم نتكلم عنه لما قلناه سابقا .

4- رد إيجار الأب والوصي : سبق وأن قلنا للأب والوصي الحق في الإيجار بشرط عدم الضرر بمن يجبرها على الزواج ، فإن زوجها من ذي عاهة كمجنون أو معتوه ، أو مجذوم ، أو من به برص ، أو خصي ، أو عنين ، أو أعمى ، أو قبيح المنظر ، أو نحو ذلك ممن يتصفون بهذه العيوب التي توجب الرد فلا جبر لهما عليها بل ولا ولاية لهم عليها أصلا إذا كان الوصي من أولياء العصبه .⁽¹⁾

(2) - مختار الصحاح للزاري ص62

(3) - المصباح المنير للفيومي ص 58

(4) - معجم لغة الفقهاء مرجع سابق ص159

(5) - النفراوي ، الفواكه الدواني ج3 ص951

(1) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص38 - 39 . الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير وبهامشه الشرح

المذكور ج2 ص352 - 353 - 354 . النفراوي الفواكه الدواني ج3 ص951

5- ولاية الاختيار :ومعناه لغة الاصطفاء⁽¹⁾ مصدر اختار ،وهو الانتقاء : وتفضيل الشيء على غيره. وفي الاصطلاح : الاتيان بالتصرف على الوجه الذي يريده الشرع ، وهو ضد الإكراه⁽²⁾ وتكون ولاية الاختيار للمرأة البالغ الرشيد والثيب الحق في اختيار الزوج والرضا به إما بالإذن أو بالإفصاح وعلى هذا فلا تزوج إلا بإذنها ، وفي إبرام العقد بنفسها ، أو بإذن وليها وهذا فيه خلاف بين الجمهور والحنفية ، و بين فقهاء المذهب المالكي أنفسهم وهذه آراؤهم :

أولا : قال مالك لا يكون نكاح إلا بولي وأنه شرط في صحة العقد.⁽³⁾ ولعدم صحة كون المرأة وليا في عقد النكاح لا على نفسها ولا على غيرها خلافا لأبي حنيفة رضي الله عنه . ولقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ النور آية 32. فخص الرجل بالولاية . ولقوله : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكهن أزواجهن ﴾ البقرة 232. فيه دليلان :

أ : إن العضل هو المنع الذي لا خلاص منه ،ولو كان لمن أن يعقدن ، لم يكن امتناع الأولياء عضلا لمن .

ب : إن سبب ذلك امتناع معقل بن يسار من إنكاح أخته التي طلقها . فنزلت هذه

الآية . وقوله : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - قالها ثلاثا - فإن

دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)⁽⁴⁾.

فأثبت للولي حقا في العقد وغيرهم لاحق له⁽¹⁾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح نفسها الزانية تنكح نفسها بغير إذن وليها)⁽²⁾.

وجاء في هذا المعنى قول الناظم

وتقبل المرأة عقد الذكر ❀ في حجرها لا عقد أنثى تحجر

ووكلت ذكورا المحققه ❀ وصية مالكة ومعتقه

بمعنى أن المرأة يجوز لها أن تتولى عقد الذكر الذي في حجرها إذا كان صبيا وغير رشيد بأن كانت وصية عليه أو كافلة له ، ولا يجوز لها أن تتولى نكاح من هي في كفالتها من الإناث ، لاشتراط الذكورية في ولي الأنثى .⁽³⁾

ج : الولاية سنة لا فرض عند ابن القاسم لأنه يرى الميراث بين الزوجين إذا تم الزواج بغير ولي . ويرى أنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها . ولكنه كان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها

(1) - مختار الصحاح للرازي ص115

(2) - معجم لغة الفقهاء مرجع سابق ص 50

(3) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص8

(4) - ابو داود سنن صحيح المصطفى، كتاب النكاح، باب في الولي ج2 ص325. أخرجه الترمذي ، في سننه ، =

= كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ص259 - 260 . ينظر الانتحاف للقاضي عبد الوهاب ج3 ص 1305 - 1306

(1) - القاضي عبد الوهاب ، الإنحاف بتخريج أحاديث الإشراف ج3 ص1305 - 1306

(2) - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ص327 . أخرجه بلفظ (لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ،

فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)

(3) - عثمان بن حسن بن بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص37

فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة⁽⁴⁾ فهذه ثلاثة آراء تقابل الرأي القائل بأن للإب حق جبر البالغ الرشيد والثيب البالغ وأنه لا يزوجه إلا بإذنها بالنسبة للبكر الرشيد، والثيب البالغ بإفصاحها . كما جاء في عبارة البغداديين وغيرهم . ويرجع ابن رشد رحمه الله تعالى هذه المسألة إلى اختلاف العلماء في نصوص الأدلة التي استدلوها في هذه المسألة حيث قال : " وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عندي من يشترطها هي كلها محتمة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضا محتمة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتمة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)⁽¹⁾ وبهذا الحديث احتج داود في الفرق بين الثيب والبكر وهو مشهور ما احتج به الفريقان من السماع .

وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة وقد أورد مشهور ما احتج به الفرقان الجمهور وغيرهم . فمن الكتاب قوله : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ . البقرة 230 . وقوله : ﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾ البقرة 220 وقوله : ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ وقوله : ﴿ فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف ﴾ وقوله : ﴿ أن ينكحن أزواجهن ﴾ .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - ثلاث مرات - وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) وقوله (لا نكاح إلا بولي) . وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) . قال ابن رشد : ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها.⁽²⁾

6- الولاية في قانون الأسرة

المادة 7 : يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له .
المادة 11 : تعقد المرأة الراشد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ؟
المادة 13 : لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها .

في رأينا أن المواد الواردة في القانون غير واضحة وذلك ما جاء في المادة السابعة التي أشارت إلى أن القصر يزوجه أولياؤهم والقاضي ولي من لا ولي له والمادة الثالثة عشرة تناقض ما جاءت به المادة السابعة وهو أن الولي لا يجوز له

(4) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص9

(1) - مسلم صحيح مسلم ، كتاب الكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ص566-567 . ولمسلم أيضا بلفظه (أن تسكت الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن) . (الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها) . (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها) صحيح مسلم ص567

(2) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص9 - 10 - 11

أن يجبر القاصرة التي في ولايته ، وبهذا التناقض لم يقل المشرع بولاية الإيجاب التي تكون على القصر . أما ولاية الاختيار فقد أشار إليها في المادة 11 بقوله : إن المرأة الرشيد تعقد زواجها بشرط حضور وليها وهو الأب أو أحد أقرابها فإن عدم الأولياء تختار أي شخص يحضر عقد زواجها .⁽¹⁾

الركن الرابع الصداق في عقد الزواج وشروطه.

1- الصداق لغة من الصدق ضد الكذب ، والصدقة ما تصدقت به على الفقراء ، والصداق بفتح الصاد وكسرهما مهر المرأة ومثله الصدقة بضم الدال لقوله تعالى : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ النساء 4 . والصدقة بضم الصاد وتسكين الدال من أصدق المرأة أي سمى لها صداقا⁽¹⁾ والصدقة بفتح الصاد والصدقة بضم الصاد والدال معا والصدقة بضم الصاد وتسكين الدال ، والصدقة بفتح الصاد وتسكين الدال والصداق بفتح الصاد وكسرهما : مهر المرأة وجمعها في أدنى العدد أصدقة ، والكثير صدق . ويقال أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صداقا . وقيل أصدقها سمى لها صداقا⁽²⁾ .

وللصداق عشرة أسماء وردت في كتاب الله وسنة رسوله : صداق ، مهر ، نحلة ، فريضة ، طول ، حباء ، عقر ، أجر ، علائق ، النكاح . وقد جمعها الناظم بقوله :

مهر صداق نحلة وفريضة ❁ حباء وأجر ثم عقر علائق

- 1 - الصداق في قوله تعالى : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ النساء 4
- 2 - الأجر : قواه تعالى : ﴿ فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة ﴾ النساء 24.
- 3 - العلائق : قوله صلى الله عليه وسلم (أدوا العلائق) قيل يارسول الله صلى الله عليه وسلم : وما العلائق ؟ قال (ما يتراضى عليه الأهلون ولو قضيا من أراك)⁽³⁾
- 4 - الطول : لقوله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا ﴾ النور 33
- 5 - النكاح : لقوله تعالى : ﴿ وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا ﴾ النور 33
- 6 - النحلة : من نحل المرأة أي أمهرها - ينحلها (نحلة) بالكسر أي أعطها من طيب نفس من غير مطالبة ، و قيل من غير أن يأخذ عوضا قال تعالى ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ النساء 4
- 7 - الفريضة : قال تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾

البقرة 236

- 8 - العقر : بالضم يطلق لغة على دية الفرج المغصوب . وعلى صداق المرأة⁽¹⁾

(1) - قانون الأسر الجزائري المعدل ص 6-7

(1) - مختار الصحاح للرازي ص 202 - 203

(2) - ابن منظور ، لسان العرب مصدر سابق ج 10 ص 197

(3) - أخرجه الدارقطني ج 3 ص 244 . ينظر أحكام الخطبة و الزواج للدكتور سلمان نصر و الدكتورة سعاد سطحي .

9 - المهر : صداق المرأة (2)

10 - حباء : بالمد والكسر أعطية الشيء بغير عوض (3)

11 - وزاد بعضهم الخرص : بضم وكسر وهو حلقة الذهب والفضة ، أو حلقة القرط ، أو الحلقة من الحلبي وجمعها خرصان (4) ربما يقدم إحداها مهرا .

و في الاصطلاح الصداق هو ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها ويسمى مهرا . (5) قال ابن رشد الحد : " الزوج لا يستبيح الفرج إلا بصداق لأن الله قال فيه إنه نحلة ، والنحلة ما لم يعتض عليه فهي نحلة من الله فرضها للزوجات على أزواجهن لا عن عوض الاستمتاع بها لأنها تتمتع به كما يتمتع بها ويلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه ، لأن المباعضة فيما بينها وبين زوجها واحدة ، ولهذا المعنى لم يفتقر عقد النكاح إلى تسمية صداق ولو كان الصداق ثمنا للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسميته كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثمن " (1) فإن ابن رشد يخالف رأي الدردير القائل بأن الصداق مقابل البضع . " أو هو ما يبذل من المال للمرأة في نظير العقد عليها " (2) فالصداق هو ما يبذل للمرأة عن طيب نفس من غير مطالبة . وهو مشروع بالكتاب والسنة الشريفة .

2- الصداق مشروع بالكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة

1- الكتاب: قال تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ النساء 4. وقوله تعالى : ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المومنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المومنات﴾ النساء 25. وقوله تعالى : ﴿و أحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما﴾ النساء 24. وقوله تعالى : ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان﴾ النساء 25 . قيد المولى الاحلال بدفع المهر

و قال تعالى : ﴿يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن﴾ الأحزاب 50 . في هذه الآية دليل على أن المهر واجب على الزوج يدفعه للمرأة ليحل له الاستمتاع بها شرعا. وقوله تعالى : ﴿وآتيتن إحداهن قنطارا﴾ النساء 20 وقوله تعالى : ﴿الرجال قوامن على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ النساء 34

(1) - القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 443

(2) - مختار الصحاح للرازي ص 202 - 203

(3) - المصباح المنير للفيومي ، ص 75

(4) - القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 617

(5) الخطاب ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج 2 ص 463

(1) - ابن رشد الحد ، المقدمات الممهديات ، مصدر سابق ج 5 ص 293 - 294

(2) - عثمان بن حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 40

2- السنة النبوية الشريفة: فعن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر الصفرة ، فسأله الرسول صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج من الأنصار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كم سقت إليها) قال : زنة نواة من ذهب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أولم و لوبشاة)⁽¹⁾ وعن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو - عدة قبل عصمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطاه ، وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته)⁽²⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)⁽³⁾ وجوازه صلى الله عليه وسلم التنزيج على سورة من القرآن ، والتنزيج على الإسلام والتنزيج على خاتم من حديد ، والتنزيج على العتق⁽⁴⁾ . فعن أبي سلمة قال سألت عائشة رضي الله عنها عن صداق النبي صلى الله عليه وسلم قالت ثنتا عشرة أوقية ونش ، فقلت وما نش قالت نصف أوقية⁽⁵⁾ وعن أبي العجفاء السلمي قال خطبنا عمر رحمه الله تعالى فقال : ألا لا تغالوا بصداق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها النبي صلى الله عليه وسلم ، ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه ، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية⁽⁶⁾ .

كما أنه حذر من قصد التهرب من دفع الصداق .بقوله عليه السلام : (من نكح امرأة و هو يريد خيانتها يموت يوم يموت و هو عند الله خائن أو كما قال) . وقال (ما من رجل ينكح امرأة بصداق و ليس في نفسه أن يؤده لها إلا كان عند الله زانيا وما من رجل يشتري من رجل بيعا ، و ليس في نفسه أن يؤده إليه إلا كان عند الله خائنا)⁽¹⁾ . و عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (إن أعظم الذنوب عند الله رجل تزوج امرأة فلما قضى حاجته طلقها و ذهب بمهرها و رجل استعمل رجلا فذهب بأجرته و آخر يقتل دابته عبثا⁽²⁾ .

3- حكم الصداق وشروطه :

قال ابن رشد رحمه الله تعالى : " أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ النساء 4 وقوله تعالى : ﴿ فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن

(1) - النسائي ، سنن النسائي كتاب النكاح ، التنزيج على نواة من ذهب ص518 . وأخرج هذا الحديث بلفظ (كم أصدقتها)

ص518

(2) - المصدر نفسه ص518 - 519

(3) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ج7 ص125 رقم الحديث 13498

(4) - المصدر نفسه ص 516 - 517-

(5) - أبو داود صحيح سنن المصطفى ، كتاب النكاح ، باب الصداق ج 1 ص328

(6) - المصدر نفسه ج1 ص328

(1) - عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب الرجل يتزوج المرأة لا ينوي أداء صداقها ج6 ص 185 برقم 10443

(2) - البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، كتاب الصداق ، باب ما جاء في حبس الصداق على المرأة ج11 ص 22 برقم 14746 .الحاكم ، مستدرک

الحاكم ، كتاب النكاح ج2 ص 198 برقم 2743

أجورهن ﴿ النساء 25 ﴾⁽³⁾ . وجاء في سراج السالك شرح أسهل المسالك قوله : " والراجح أنه شرط في صحة الدخول فقط لا في صحة العقد"⁽⁴⁾ . قال النفراوي : " ويحرم النكاح بغير صداق بأن دخلا على إسقاطه "⁽⁵⁾ أي اتفقا على إسقاطه . وقال الخطاب : " أما الولي والزوج والزوجة والصيغة فلا بد منهما ، ولا يكون نكاح شرعي إلا بهما . لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان ، والولي والصيغة شرطان . أما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا من الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط في سقوط الصداق ، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمله ! " ⁽¹⁾ فقوله : " غاية الأمر أنه شرط " ولكن لسؤال لماذا نجد في كتب المذهب أنه ركن " والجواب قول عثمان بن حسنين بري : " وعند الناظم المهر ركننا تبعاً لقول صاحب الرسالة : ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل . والراجح أنه شرط في صحة الدخول " والخطاب لا يراه حتى شرطاً في صحة الدخول⁽²⁾ ؟ بقوله : " غايته أنه شرط " . والذي أراه أن رأي الخطاب هو الصواب لأنه إذا دخل الزوج بزوجه ولم يسلم لها مهراً ، فإنه يشترط لها مهر المثل ولا تأثير في العقد ولا في الدخول بحيث كل منهما يقع صحيحاً والله أعلم .

4- شروط الصداق

يشترط فيه ما يشترط في ثمن السلعة من كونه طاهراً منتفعاً به شرعاً . مقدوراً على تسليمه . معلوم القدر و الصفة للمتعاقدين . ولا بد من علم الأجل فيهما ، كأن يكون مؤجلاً كله أو بعضه . و ألا يكون مجهولاً قدراً و صفة و لا مغضوباً . فإن وقع العقد على أن يصدقها نجساً كخمر ، وخنزير ، أو طاهر لا يجوز الانتفاع به كآلة اللهو ، أو يصدقها حيواناً من بقر أو غنم أو معز أو إبل شاردا ، أو سمكا في ماء مجهولاً قدراً أو صفة أو أجلاً فسخ النكاح قبل البناء لفساده ولا شيء لها . وإن بنى بها ثبت النكاح بصداق المثل . ⁽³⁾ . وقال الخطاب : " يشترط أن يكون طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه معلوماً لا خمرًا و لا خنزيراً ولا ثمرة لم يبد صلاحها على التبقية ، ويغتفر فيه يسير الجهل "... " و جاز بشورة "⁽⁴⁾ . وقال بن جزري رحمه الله تعالى :

شروطه ثلاثة :

(3) - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص18

(4) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 41

(5) - النفراوي الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ج 3 ص 964

(1) - الخطاب مواهب الجليل ، لشرح مختصر خليل ، ج5 ص 42 - 43

(2) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 41

(3) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 41 . الصاوي بلغة السالك لأقرب المسالك ج2 ص 277

(4) - الشورة : بفتح الشين : متاع البيت . و بضمها : الجمال . ينظر الخطاب ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص463-464 . أي بمعنى إذا قدم الزوج شورة بالفتح : كالفراش والغطاء والخزانة والسرير وغيره من متاع البيت ، فهذا يعتبر صداقاً ويجوز النكاح به . أما إذا قد الزوج لزوجته الصداق في شكل حلي ولباس =

= وأدوات زينة لتتحمل بها الزوجة ، فهذه هي الشورة بالضم . والعادة عندنا في الزواج يقدم الزوج الصداق للمرأة مجتمعاً ، والشورة ، والشورة .

الأول : أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين والعروض والأصول وغير ذلك ، ولا يجوز بخمر وخنزير وغيرهما مما لا يملك .

الثاني : أن يكون معلوما فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض، ولا يجب وصف العروض وإن وقع على غير وصف فلها الوسط .

الثالث : أن يسلم من الغرر فلا يجوز فيه بعيرا شاردا وشبيهه⁽¹⁾ .

5- أقل الصداق وأكثره : يرى فهاء المالكية أن حد أقل الصداق ثلاثة دراهم اعتبارا بأقل ما تقطع به يد السارق. قال ابن رشد " وهذا الاعتبار صحيح لأن الله تعالى أوجب قطع يد السارق إذا سرق مطلقا دون تقييد بمقدار ، كما أوجب الصداق في النكاح مطلقا دون تقييد بمقدار وقام الدليل على أنه لا يجوز أن يستباح الفرج بمثل ذلك من الشيء الحقيقير . فلما وجد ما يقطع فيه يد السارق مقيدا وجب أن يحمل النكاح على المطلق عليه في السنة بمقدار... ثم قال : إن الله تعالى لما عدم الطول في نكاح الإماء وأباحه لمن لم يجد طولاً علم أن الطول لا يجده كل الناس ، ولو كان الفلاس والدانق⁽²⁾ - أي السنتيم في عملتنا- والقبضة من الشعير لما عدمه أحد. ومعلوم أن الطول هو المال في هذه الآية ولا يقع اسم المال على أقل ثلاثة دراهم فوجب أن يمنع من استباحة الفرج بما لا يكون طولاً (1).

قال ابن رشد : " وقد ذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه يجوز بالدرهم والدرهمين وبالشيء اليسير ، منهم ابن وهب من أصحابنا ، والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى وجمهور أصحابه ومن قال بقوله وقولهم⁽²⁾ " وقال ابن رشد الابن : " أما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم من فضة أو مايساوى الدراهم الثلاثة ، أعني دراهم الكيل فقط في المشهور⁽³⁾ " .

وأما أكثره فلا حد فيه لقوله تعالى : ﴿ وإن آتيتهم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإنما مبينا النساء 20. قال ابن رشد : " القنطار ألف دينار ومائتا دينار ، إلا أن المياسرة في الصداق عند أهل العلم أحب إليهم من المغالاة فيه لقوله صلى الله عليه وسلم : (تياسروا في الصداق)⁽⁴⁾ . وكان صدقات أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم على عظمتهم مرتبة على قدره واقدارهن اثنتي عشرة أوقية وثمنا ، والأوقية أربعون درهما وثمنا

(1) - ابن جزى ، القوانين الفقهية ط دار القلم ، لبنان ، ص135

(2) - الفلاس : بسكون اللام جمع فلوس ، وأفلس قطعة من النحاس يتعامل بها الناس قيمتها سدس درهم . ينظر معجم لغة الفقهاء

ص350 . والدانق يساوي سدس الدرهم أيضا فارسي المنجد في اللغة والأعلام ط دار المشرق 226

(1) - ابن رشد ، المقدمات الممهدة ج5 ص294 - 295

(2) - ابن رشد ، المقدمات الممهدة ج5 ص294

(3) - ابن رشد الابن بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص18. الدينار الذهبي زنته 4,25 غ . والدرهم الذي توزن به الأشياء

يساوي 3,171 . والدرهم النقدي من الفضة يساوي 2,979 ينظر معجم لغة الفقهاء ص 208 - 212 . و الدرهم البغلي يساوي

3,776

(4) - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج6 ص 174 رقم الحديث 10398

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يزوج بناته على مثل ذلك مع عظم مراتبهن وعلو أقدارهن .لمياسرته في صداقهن .⁽⁵⁾

قال القرطبي : " في الآية دليل على جواز المغالاة في المهور ، لأن الله لا يمثل إلا بمباح وخطب عمر رضي الله عنه فقال : لاتغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مكرومة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما أصدق قط امرأة من نساءه ولا بناته فوق اثني عشرة أوقية ، فقامت له امرأة فقالت : يا عمر ، يعطينا الله وتحرمنا أنت ! أليس الله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ﴾ ، فقال عمر : " أصابت امرأة وأخطأ عمر ، وفي رواية فأطرق عمر ثم قال : كل الناس أفتقه منك يا عمر . وفي أخرى امرأة أصابت ورجل أخطأ "⁽¹⁾.

6- وجوب الصداق : يجب نصفه بالعقد الصحيح لان المولى نص على ذلك بقوله : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ البقرة 237 و الطلاق لا يكون إلا بعد زواج صحيح ، أي فإذا عقد عليها عقدا صحيحا وسمى لها صداقا في مجلس العقد ، فإنها تستحق نصفه بمجرد العقد عليها كبيرة كانت أو صغيرة.

و أما النصف الثاني من الصداق فلا بد له من وجود مؤكد يؤكد لإكماله لها، و مؤكدااته الآتي :

أ - الدخول الحقيقي أو ما يقوم مقامه من خلوة: و المقصود بالدخول هو الوطاء بعد العقد عليها ولو حائضا أو معتكفة إذا كان بالغا وهي مطيقة ، وهو مغيب الحشفة في القبل ولولم ينزل .

أما إذا حصل نزاع بين الزوجين فادعت الزوجة الوطاء و أنكر ذلك الزوج، فلا بد من النظر في نوع تلك الخلوة فإذا كانت خلوة اهتداء⁽²⁾ ، أي إذا اختلى الزوج بزوجه خلوة اهتداء ثم طلقها وتنازعا في المسيس فقال الزوج ما أصبتها، وقالت هي بل أصابني فإنها تصدق بيمين ، كانت بكرا أو ثيبا سواء أكان الزوج صالحا أم لا ! وهذا إذا اتفقا على الخلوة أو ثبتت ولو بامراتين .وفي زماننا بالكشف من قبل الطبيب، والاستعانة بالتحاليل الطبية أفضل.

وأما إن اختلفا فيها ، قال ابن عرفة: " إن أنكرها صدق بيمين ، فإن نكل غرم جميع الصداق ⁽¹⁾ . وقال الدردير : "لأنه قل أن يخلو فيها أحد من الوطاء، وإن كانت متلبسة بمانع شرعي كحيض وإحرام أو كانت صغيرة فأولى الكبيرة

(5) - ابن رشد ، المقدمات الممهديات ج5 ص295

(1) - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 92

(2) - خلوة الاهتداء : من الهدوء و السكون لأن كل واحد من الزوجين يسكن للآخر و يطمئن إليه . وخلوة الاهتداء هي المعروفة عند الفقهاء بإرخاء الستور . وسواء أكان هناك إرخاء الستور أم غلق باب أو غيره . ينظر بلغة السالك لأقرب السالك ج2 ص284. قال صاحب التاج والإكليل : " خلوة الاهتداء : من هديت المرأة إلى زوجها هداء وهي مهدية . وقال : من المدونة : تصدق بالخلوة ولو كانت محرمة أو حائضا أو في نهار رمضان إذا كانت خلوة بناء . ص. 184 .

(1) - بلغة السالك لأقرب السالك ج2 ص 284. ينظر مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج2 ص184. ينظر التاج الإكليل لمختصر خليل مطبوع

بأسفل مواهب الجليل ج5 ص184

" (2). أما إذا كانت خلوة زيارة . يقول الدردير : " وإن زار أحدهما الآخر وتنازعا في الوطء صدق الزائر منهما يمين ، فإن زارته صدقت أنه وطئها ولا عبرة بإنكاره . وإن زارها صدق في نفيه ولا عبرة بدعواها الوطء ، وإن كانا معا زائرين صدق في نفيه " (3) وقال عليش : " وحاصل ما ذكره الشارح أنه إن كان هو الزائر فإنه يصدق هو في دعواه عدم الوطء ، وإن كانت هي الزائرة صدقت في دعواها الوطء . وإن كانا زائرين إي لغيرهما واجتمعا في بيت ذلك الغير ، فالقول قوله . ولو احتليا في بيت أوفلاة من الأرض ليس به أحد ، وليس أحدهما زائرا فتصدق المرأة في دعواها الوطء لأن الرجل ينشط فيه (4) . وهذا الأمر يجب التنبيه عليه في زماننا لاختلاط الأزواج ببعضهما وخاصة قبل الوليمة والإعلان !!

ب - الوفاة فإن مات الزوج قبل البناء استحققت الزوجة جميع الصداق ، ولو كان الزوج غير بالغ وهي مطيقة ، ولها الميراث ثابتا ، وعليها العدة ، والاحداد كالمذخول بها . وهذه من المسائل المهمة يجب التنبيه لها لحصول الخطأ فيها كثيرا . ومثل موت الزوج في تكميل الصداق موت الزوجة ، وهذا في نكاح التسمية . أما في نكاح التفويض فلا شيء لها إلا الميراث فقط . (1)

ج - إقامة الزوجة سنة في بيت الزوجية: فمكث الزوجة مع زوجها في بيته المعد له ولو بجوار أهلها وهي مطيقة للوطء سنة كاملة ولم يحصل منه وطء (أي مغيب حشفة) لعارض من قرن ، أو رتق ، ولو مفتعلا ، إذا لم يطلب العلاج للرتق المفتعل قبل كمال السنة ، لتنزيل المدة المذكورة منزلة الوطء . (2)

و يجوز لمن يحفظ من الرجال القرآن أو بعضا منه و تزوج امرأة على أن يعلمها شيئا معلوما من القرآن كجزء من أجزاءه الثلاثين أو أكثر أو أقل و رضيت المرأة صح العقد و كذلك أن يقوم بنفقتها في حجة الفرض . (3)

7- أقسام الصداق

1- من حيث التسمية و عدمها :

أ : الصداق المسمى : "هو المسمى لها صداقا في مجلس العقد ، بما لا يقل عن الحد الأدنى شرعا . فإنها تستحق نصفه بمجرد العقد عليها ويكمل لها بالقضاء ، على الزوج بأحد ثلاثة أمور المذكورة " (4) لقول الناظم :

وتملك الزوجة نصف المهر ❁ بالعقد وأكمله لها بالقهر
بالوطء او بالموت أو إن مكث ❁ عاما ببيت زوجها ماوطئت (5)

(2) - الدردير ، الشرح الصغير ط ، وزارة الشؤون الدينية الجزائر ، ج 2 ص 121

(3) - الدردير ، الشرح الصغير ط ، وزارة الشؤون الدينية الجزائر ، ج 2 ص 121

(4) - الشيخ عليش الشرح المذكور ، مطبوع بمامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 476

(1) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 41

(2) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 41

(3) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 41

(4) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 41

(5) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج 2 ص 41

ب : **مهر المثل** : و هو القدر من المال الذي يرغب الزوج دفعه ممن يساويه في الغنى و الفقر و التوسط، و الدين كمسلمة و يهودية و نصرانية و الحسب لان العرب كانوا يتفاخرون و يؤخذ للزوجة بهذه الصفات و الأصل فيه أنه لا يكون إلا للتي لم يعين مهرها أو عين لها و لكن كان فاسدا أو لم تنكح نكاحا صحيحا أو تم وطؤها دون العقد عليها كما في الوطاء بشبهه. قال الدردير : " هو ما يرغب الزوج به مثله فيها أي في الزوجة، باعتبار التدين والمحافظة على أركانه ، والعفة ، والصيانة من حفظ نفسها ومالها، وماله، ومن مال وجمال وحسب ، ومما يعد من مفاخر الآباء من كرم وحلم ونجدة وصلاح ، وإمارة ، ومن اعتبار نسب .وهو يختلف باختلاف البلاد ، فمتى وجدت هذه الأشياء عظم مهرها ، ومتى فقدتها أو بعضها قل مهر مثلها كالتى لا يعرف لها أب ولا هي ذات مال ولا جمال ولا ديانة ولا صيانة فمهر مثلها ربع دينار، وأما المتصفة بجميع صفات الكمال فمهر مثلها الألوفا!!" (1)

ويتقرر :

1 - بالعقد عليها مع عدم تسمية الصداق بأن فوض الولي للزوج في أمر الصداق، ودخل بها الزوج ووطئها بالفعل لزم الزوج صداق مثلها. ولها منع نفسها منه قبل القبض لأنها بائعة ، والبائع له أن يمنع سلعته حتى يقبض الثمن " (2)

2 - **النكاح الفاسد** ، (كنكاح الشبهة) فإنه يعتبر صداق المثل فيه باعتبار الأوصاف يوم الوطاء :

الوصف الأول : فالذي ينكح غلطا امرأة أجنبية مرارا وهي غير عاملة بسبب نوم أو إغماء أو جنون ظنا منه أنها زوجته ليلي ، وفي الثانية أنها امرأته سلمى فلها مهر واحد.

الوصف الثاني : الذي ينكح امرأة أجنبية غلطا وهي تعلم بأنه أجنبي عنها فهي زانية لا مهر لها وتحد.

الوصف الثالث : يتعدد الصداق بتعدد الوطاء المظنون كالزنا بامرأة غير عاملة لعذرهما بعدم العلم ، ويسمى زنا بالنسبة له لا لها.

الوصف الرابع : يتعدد الصداق بتعدد الوطاء على الواطئ بالمكرهة ، ولو كان المكره لها غيره (1).

وخلاصة القول في هذه المسألة : إن العاملة المختارة لا مهر لها وعليها الحد لأنها زانية، بخلاف المكرهة وغير العاملة فلها الصداق .

وأما إن كان العلم منه فيتصور أربع حالات وهي :

1 - علمهما معا وهو زنا من الطرفين .

2 - علمها دونه ، هو زنا منها ولا شيء لها وتحد.

3 - جهلها معا وفيه المهر، ويتعدد إن تعددت الشبهة لا إن اتحدت .

4 - علمه دونها فهو زان وعليه المهر ويتعدد بتعدد الوطاء . والمراد بالوطاء إيلاج الحشفة وإن لم ينزل . (2)

(1) - الدردير ، الشرح الصغير ج2ص125

(2) - عثمان بن حسنين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 41

(1) - الدردير ، الشرح الصغير ج2ص126

2- : الصداق المعجل والمؤجل: أوجب المالكية التعجيل وأجازوا التأجيل بشرط وحاصل ما جاء في فقه هذه المسألة "قالو بوجوب تعجيله إذا كان الصداق حاضرا في مجلس العقد أو ما في حكمه . وقالوا أيضا بفساد النكاح إذا دخلا عليه على التأجيل، وهذا الكلام يقتضي أن التعجيل حق لله وأنه يفسد العقد بالتأخير ولو رضيت به، وهذا إنما يأتي إذا وقع العقد بشرط التأخير، وأما إن لم يشترط فالحق لها في تعجيل المعين، ولها التأخير إذ لا محذور فيه لدخوله ضمائها بالعقد .

والخلاصة إن الصداق إذا كان من العروض أو الحيوان أو الأصول فإن كان غائبا عن بلد العقد صح النكاح إن أجل قبضه بأجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالبا وإلا فسد النكاح . وإن كان حاضرا في البلد وجب تسليمه لها أو لوليها يوم العقد ولا يجوز تأخيره ولو رضيت بذلك حيث اشترط التأخير في صلب العقد ، وإن لم يشترط كان تعجيله من حقها فإن رضيت بالتأخير جاز "(1) وأما لو قال متى شئت أو إلى أن تطالبه فالمنقول عن ابن القاسم أنه إن كان مليئا جاز كالميسرة . وأما لو ذكر الصداق ولم يذكر حلولا ولا أجلا فيحمل على الحلول والنكاح صحيح . أو قيده بأجل بعيد جدا كما لو قيده بخمسين سنة فيفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل لأنه مظنة للدخول على إسقاط الطلاق . وقال بعضهم: هذه العلة تفيد أن محل الفساد إذا أجل كله أو عجل منه أقل من ربع دينار، وأما إن عجل منه ربع دينار أو أكثر فصحيح"(2) و لقد ذهب المشرع الجزائري إلى جواز التعجيل و لكن دائما مع التسمية للصداق و التعيين حيث نصت المادة 15 بقولها " يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أم مؤجلا " .

3 - التنازع في الصداق : قد يتنازع الزوج و الزوجة أو وليها أو الورثة في الصداق من حيث القدر أو الجنس أو القبض:

أ- القدر: إذا حصل الخلاف على القدر كأن يقول تزوجتها على مليونين و تقول هي تزوجني على ثلاثة ملايين قال مالك إن كان الخلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه، يتحالفان و يتفاسخان ، و إن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف . وإن نكلا جميعها كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعا ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله، و إن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج(1).

ب- الجنس : و أما إذا اختلفا في الجنس كأن يقول تزوجتها على عشرين من الغنم و تقول هي تزوجني على بقرة حلوب أو على ناقة و استمر الخلاف يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء . وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترفت به . وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول .

(2) - الدردير ، الشرح الصغير ج2 ص126

(1) - الشرح المذكور محمد عليش ، مطبوع بمامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص469

(2) - الشرح الصغير ج2 ص122

(1) - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص29

وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبهه . سواء أشبهه قولهما أو لم يشبهه فإن لم يشبهه قول الزوج ، فإن كان قولها مشبها كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل .⁽²⁾

ج- القبض: و في حالة الاختلاف في القبض إذا قالت الزوجة لم أقبض صداقي و قال الزوج قبضته كله ففي هذه الحالة القول قولها قبل الدخول أما بعده فالقول قول الزوج ، و هناك من يرى من فقهاء المالكية مراعاة حال عرف البلد. قال ابن جزري : " للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها ، وليس لها ذلك بعد طوعها بالتسليم " ⁽³⁾

(2) - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص30- 31

(3) - ابن جزري القوانين الفقهية ص 136

7- المهر في قانون الأسرة

عرفت المادة 14 : الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا ، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء .

و جاء في المادة 15: يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا و في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل .

المادة 16: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول .

المادة 17 : في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة ، وكان قبل الدخول ، فالقول للزوجة مع اليمين ، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين .

ولم يشر القانون إلى خلوة الزيارة قبل البناء وهذا في رأينا مهم لأن الأزواج اليوم يختلطون ببعضهم بعضا قبل الزفاف بالزيارة والسفر وغيرها .⁽¹⁾

الفصل الثالث

التعريف بالطلاق

وفيه مباحث :

المبحث الأول: التعريف بالطلاق لغة واصطلاحا

المبحث الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه والحكمة منه

(1) - قانون الأسرة الجزائري 05- 09 المؤرخ في 4 مايو 2005 م ص 7

المبحث الأول

التعريف بالطلاق لغة واصطلاحاً.

1- تعريف الطلاق لغة و اصطلاحاً

أ- تعريف الطلاق لغة : وردت كلمة الطلاق في لغة العرب بعدة معان منها:

- 1 - الوجه الضاحك غير العيوس فيقال رجل طلق الوجه، وطلق الوجه
 - 2 - السماحة، فيقال رجل طلق اليدين، وامرأة طلق اليدين، أو طلقه اليدين
 - 3 - إطلاق القول إذا أرسلته: وهي تعبر عن فصاحة اللسان فيقال: رجل طلق اللسان، أو لسان طلق. أي فصيح عذب
 - 4 - الطلق وجع الولادة عند المرأة، إذا أخذها المخاض.
 - 5 - جري الفرس فيقال: عدا الفرس طلقاً أو طلقتين، أي شوطاً أو شوطين
 - 6 - يطلق على بسط الخير باليد، فيقال أطلق الرجل يده بالخير
 - 7 - فك الأسير: يقال أطلق الأسير إذا حلّ سبيله. وأطلق الناقة من عقابها.
 - 8 - فك الرابطة الزوجية: كقولنا طلق الرجل امرأته فهي طالق أي سرحها، وقد ورد هذا المعنى الغوي في القرآن الكريم. قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾³،⁴
- والطلاق معناه تسريح الزوج زوجته، وفك العصمة، ويقال لغة رجل مطلق فإن كثر طلاقه للنساء يقال له مطلق ومطلاق قال الشاعر العربي:

أياجتارتا بيتي فإنك طالقة * كذلك أمور الناس غاد وطارقه⁵

وطلق زوجته طلاقاً: بانت منه. فهي طالق⁶. فمادة: "طلق" و الطلاق، و الإطلاق في لغة العرب تدل على الإرسال و رفع القيد و المفارقة. فيقال لغة أطلق السجان الأسير و طلقه إذا رفع القيد عنه و أرسله، و رفع القيد سواء كان حسياً كرفع القيد عن المحبوس، أو معنوياً كقولنا طلق الرجل زوجته. أي فارقتها وذلك بفك رباط الزوجية.

ب- تعريف الطلاق اصطلاحاً: عرف المالكية الطلاق اصطلاحاً بعدة تعريفات منها:

³ - البقرة آية 229

⁴ - أبو بكر الرازي، مختار الصحاح طبعة جديدة ومنقحة ط دار الحديث القاهرة ص221. ينظر الفيومي المصباح المنير ط دار الحديث القاهرة ص 224 - 225

⁵ - البيت للأعشى ينظر ديوانه

⁶ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط ط مؤسسة الرسالة ص904

1 - الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين⁷

2 - إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة، أو بلفظ "ما" مع نية⁸

3- قال الخطاب في مواهب الجليل: وأما حقيقته في الشرع، فقال ابن عرفة: الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر، ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج⁹.

شرح التعريف:

الصفة الحكمية: الحكمي، ما أعطي حكم غيره لأمر غير معقول المعنى، فالنجاسة على قسمين نجاسة حقيقية: كالبول والغائط ونحوهما. ونجاسة

حكمية وهي ما يوجب الوضوء والغسل كالجنب¹⁰.

فالصفة الحكمية في الطلاق تقع على المعنى ولا تقع على المحسوس فعندما نقول طلق الرجل زوجته بالمعنى المحسوس فإنه يفك وثاقها الذي كبلت به وهذا غير وارد لغة، وإنما الوارد لغة هو المعنى، أي أنه حل العصمة معنى وليس حسا. أي رفع قيد الزواج الصحيح من جانب الزوج في الحال أو المآل بلفظ مخصوص يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكتابة أو الإشارة.

ترفع حلية متعة الزوج بزوجته: بهذه الصفة الحكمية أي بالطلاق يصبح الزوجان أجنبيين يحرم كل منهما على الآخر.

موجبا تكررها: أي بيان لعدد الطلاق الذي يملكه الزوج على زوجته، الذي له الحق فيه لارتجاع زوجته دون تجديد عقد ومهر وولي بشرط أن لا تخرج الزوجة من عدتها. وذلك لقول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾¹¹، وأما العبد فلا حق له في تكرارها، فبواحدة تكون رجعية، وبالثانية تحرم عليه. وهذا معنى (موجب تكرارها مرتين للحر، ومرة لذي رق) ونحن إذ أوردنا حكم الرقيق هنا لانقصد به التشريع للرق ولكن الرق ما يزال له بقايا في أطراف المعمورة ومثالثنا قد يقع صحيحا في الواقع المعيش، لأن نظام الرق ما يزال معمولا به في موريطانيا إلى اليوم.

يقول القرطبي رحمه الله تعالى عند تفسير قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾¹²، ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة، وكان الرجل منهم يطلق امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقها راجعها. فأنزل الله تعالى هذه الآية بيانا لعدد الطلاق للزوج فيه أن يرتجع دون تجديد مهر وولي، ونسخ ما كان عليه أهل الجاهلية¹³.

⁷ - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية الجزائر ج2 ص 69

⁸ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، و بمامشه الشرح المذكور، ج3 ص 547

⁹ - ينظر الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الكتب العلمية باب في الطلاق، كتاب الطلاق ج5 ص 268 .

¹⁰ - محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، عربي إنجليزي ط دار النفائس ص 184

¹¹ - البقرة آية 229.

¹² - البقرة آية 229.

وعرفه القرطبي رحمه الله تعالى اصطلاحاً في تفسيره بقوله: الطلاق هو: "حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة"¹⁴

شرح التعريف:

حل: يقال حلّ العقد فتحها، فأنحلت¹⁵

العصمة: المنع، والحفظ. والمعنى: أن عصمة الزواج التي كانت ممنوعة من الحل والفكك ومحفوظة بين الزوجين فقد طرأ عليها الحل بالطلاق أو الموت أي موت أحد الزوجين، لأن عقدة الزواج كما تنحل بالطلاق تنحل كذلك بموت أحد الزوجين.

المنعقدة: يقال عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد. والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه كعقد البيع والزواج وغيره، وحل العصمة المنعقدة بين الأزواج فكأنها بعد انعقادها¹⁶.

بألفاظ مخصوصة: ضد الألفاظ العامة¹⁷ كقولنا باللفظ الصريح: أنت طالق، وباللفظ الكنائي حبلك على غاربك فهذه ألفاظ خاصة تحل بها العصمة الزوجية. ونحن نختار تعريف القرطبي رحمه الله تعالى ونأخذ به لأنه يمتاز بالوضوح والاختصار ولأنه جامع منافع.

¹³ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن راجعه محمد إبراهيم الحفناوي، وخرّج أحاديثه محمود حامد عثمان، ط دار الحديث القاهرة مجلد

2 ص 111

¹⁴ - المصدر نفسه ص 111

¹⁵ - الرازي مختار الصحاح ص 92

¹⁶ - الرازي مختار الصحاح (عصم) ص 241، (عقد) ص 245

¹⁷ - الرازي مختار الصحاح ص 106

2 - تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

عرف قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005 م في الباب الثاني الطلاق تحت عنوان إنحلال الزواج، في مواد الآتية 47-48-49-50-51-52-53-53 مكرر - 54-55-56-57-57 مكرر.

المادة 47: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

الفصل الأول الطلاق

المادة 48: (أمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005م) مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53- 54 من هذا القانون¹⁸.

المادة 49: (أمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005م) لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبيّن مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة

¹⁸ - قانون الأسرة الجزائري ، 2007 . 2008 م منشورات بيرتي ص 22

تعليق : المشرع الجزائري أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذه المادة.

المبحث الثاني

مشروعية الطلاق في الإسلام وحكمه والحكمة منه

الطلاق مشروع بكتاب الله و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم

1 - من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾¹⁹ وجه الاستدلال من الآية قال القرطبي رحمه الله تعالى: "هو اخبار من الله برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع، سواء فرض مهرا أم لم يفرض"²⁰، فلو كان الطلاق حراما لما رفع الشارع عن فاعليه الجناح أي الإثم .

و قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾²¹، قال الواحدي إن سبب نزول الآية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "طلق حفصة فأنزل الله تعالى هذه الآية، وقيل له راجعها فإنها صوامه قوامه وهي من إحدى أزواجك ونسائك في الجنة. قال: وقال السدي: نزلت في عبد الله بن عمر وذلك أنه طلق امرأته حائضا فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ويمسكها حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى فإذا طهرت طلقها إن شاء قبل أن يجامعها فإنها العدة التي أمر الله بها"²². ولما رواه الإمام البخاري في هذا المعنى أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (ليراجعها) ثم يطلق من قبل عدتها قلت: فتعبد بتلك التولية قال: أرايت إن عجز واستحقم²³. ونستنتج من الحديث أن الطلاق مشروع ولكنه يقع حراما في الطهر الذي يمس فيه الزوج زوجته عند الجمهور، غير أن للمالكية رأيان في المسألة: الأول: يرون ما يراه الجمهور.

الثاني: لا يرون فيه حرمة بل هو مباح. وإنما نهي النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر لعله ظلم الزوجة بتطويل عدتها²⁴.

¹⁹ - سورة البقرة 236

²⁰ - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج3 ص 168

²¹ - سورة الطلاق 1

²² - الواحدي أسباب النزول ط دار الضياء قسنطينة الجزائر ص 244. القرطبي، الجامع=

=لأحكام القرآن ، ج9 ص383

²³ - العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ط مكتبة الصفا ج9 ص 301-455-456

²⁴ - تنظر هذه المسألة في فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج 9 ص 306

قال الشيخ الطاهر بن عاشور رحمه الله: "الرسول صلى الله عليه وسلم هو الذي يتولى تنفيذ الشريعة في أمته ويبين أحوالها، وعليه إن كان التشريع الوارد يشمله ويشمل الأمة جاء الخطاب يشتمل على ما يفيد ذلك مثل صيغة الجمع في قوله تعالى هنا: ﴿إِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ﴾ وإن كان التشريع خاصا بالرسول صلى الله عليه وسلم جاء بما يقضي ذلك نحو: ﴿يَأْيَأُهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾²⁵. ثم قال: فالأحكام المذكورة في هذه السورة عامة للمسلمين، فضمير الجمع في قوله: ﴿إِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ﴾ وما بعده من الضمائر مثله مراد بها هو وأمته. وتوجيه الخطاب إليه لأنه المبلغ للناس وإمام أمته وقُدوتهم والمنفذ لأحكام الله تعالى فيهم فيما بينهم من المعاملات فالتقدير إذا طلقتم أيها المسلمون"²⁶، يتقرر مما سبق ذكره أن الله رفع الإثم عن المطلق فيه دليل على مشروعية الطلاق في الإسلام، وكذلك خطاب الله لرسوله صلى الله عليه وسلم بجواز الطلاق فيه كذلك دليل على المشروعية، وكذلك قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾²⁷. في الآية دليل على جواز طلاق الثلاث وقد عقد الإمام البخاري له بابا سماه: باب من أجاز طلاق الثلاث، لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. وقال العسقلاني رحمه الله تعالى: "فإن معنى قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ فيما ذكر أهل العلم بالتفسير أي أكثر الطلاق الذي يكون بعد الإمساك أو التسريح مرتان، ثم حينئذ إما أن يختار استمرار العصمة فيمسك الزوجة أو المفارقة فيسرحها بالطلقة الثالثة"²⁸

2- السنة الشريفة :

أما مشروعية الطلاق بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد وردت أحاديث كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الآتي:

- 1 - ورد في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم أمره الله تعالى أن يراجعها، وذلك لما روى ابن ماجه عن عمر بن الخطاب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (طلق حفصة ثم راجعها)²⁹
- 2 - يروى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: (مره فليراجعها حتى تحيض حيضة أخرى مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها، فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها طاهرا من حيضتها، قبل أن يمسه، فذلك الطلاق للعدة كما أمر الله)³⁰.

²⁵ - سورة المائدة 67

²⁶ - الشيخ الطاهر بن عاشور التحرير والتنوير ، مؤسسة التاريخ العربي لبنان ج 28 ص 264

²⁷ - البقرة آية 229

²⁸ - العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط مكتبة الصفا ج9 ص 318 ص 312

²⁹ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد ط مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض ص 348 رقم

الحديث 2016

³⁰ - مسلم، صحيح مسلم، تحقيق أحمد زهوية، وأحمد عناية، ط دار الكتاب العربي ص 598

3 - ثبت أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، و المغيرة بن شعبه طلق زوجاته الأربع، وعبد الرحمن بن عوف طلق تماضر زوجته ولم ينكر عليهم أحد من الصحابة.

4 - أما واقع المسلمين فيشهد على أن المسلمين لم يقل أحد من علمائهم بعدم جوازالطلاق من عهده صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا .

ثانيا حكم الطلاق الشرعي:

يرى فقهاء المالكية أن الطلاق وإن كان مباحا أي مشروعاً ومأذوناً فيه ولا يأنم فاعله، إلا أن الأولى عدم ارتكابه واللجوء إليه، لما فيه من قطع الألفة بين الزوجين، وتخريب بيت الزوجية، وضياع الأولاد، وتدمير أواصر الرحم بين الأسر، وزرع الشقاق والبغضاء بين أفراد المجتمع. وقالوا إن الكراهة في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال عندالله) القصد الشرعي منها لعله سوء العشرة، لا للطلاق لأن الله أباحه ورفع الحناح عن فاعله أي (الإثم) فهذا يقتضي الإباحة، وقد فعله الرسول صلى الله عليه وسلم.

قال الخطابي³¹ قلت: "الأقرب منه كونه منه صلى الله عليه وسلم كان لسبب رجّحه، ومحمل كونه أبغض أنه أقرب الحلال إلى البغض، فنقيضه أبعد من البغض فيكون أحل من الطلاق" أي بمعنى إذا كان الشقاق الدائم والمستمر بين الزوجين يوجب حلية الفراق باستعمال الطلاق، لاحلية الطلاق لأن الطلاق حلال في نفسه مبعوض إذا لم يكن على الوجه الشرعي. فلأجل ذلك قال العلماء إن حكم الطلاق بمعنى صفته الشرعية يكون حلالاً إلا أن الأولى لا يجوز فعله لأن الأصل فيه الحظر لما فيه من قطع الألفة وضياع الأولاد و... الخ، فلأجل ذلك لا يجوز الإقدام عليه إلا لسبب و الأسباب تختلف من حيث قوتها و ضعفها ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية فيأخذ أقسام الحكم التكليفي الشرعي من ندب وواجب وحرام ومكروه ومباح ويكون كالآتي:

1- يكون مندوبا إليه: إذا كانت الزوجة بذينة اللسان أو تتبرج إلى الرجال الأجانب وذلك خوف الوقوع في إتهامها بالفاحشة³². أو إيقاعها الأذى بأقارب الزوج بالقول أو الفعل، أو تاركة لحقوق الله كالصلاة و الصيام فتكون بذلك قدوة سيئة لأولادها

2 - يكون واجبا: كما لو كانت تفعل ما يحمل الزوج على ضربها ضربا مبرّحا أو يسبها أو يسب والديها بلعن، أو ما إلى ذلك من أنواع الشتم. وكذلك إذا فسد ما بينهما من مودة وحب، وحل محل الحب والمودة الشقاق الدائم ولا يكاد يسلم دينه معها أو يسلم دينها معه وجب الفراق³³.

31 - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الكتب العلمية لبنان ج5 ص 268

32 - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية الجزائر ج 2 ص 70

33 - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الكتب العلمية لبنان ج5 ص268. عثمان بن حسنين بري، سراج السالك

شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية الجزائر ج 2 ص 70

3 - **يكون حراما:** كما لو كان الزوج قادرا على الإنفاق عليها من الحلال و يخاف إن طلقها من الوقوع في الزنا، أي الوقوع في ارتكاب كبيرة. أو طلق الزوج زوجته على الوجه غير المشروع كأن يطلق زوجته و هي حائض قصد الإضرار بها، لأن هذا الفعل نهي عنه الشارع الحكيم³⁴.

4 - **يكون مكروها:** إذا كان الزوج والزوجة كل منهما يؤدي حق صاحبه ويحسن العشرة مع صاحبه فستحب بقاء العصمة بينهما ويكره الطلاق³⁵

5 - **يكون مباحا:** يستوي فيه جانب الفعل و الترك إذا كان الباعث عليه ضعيفا كالنفور الطبيعي بين الزوجين، أو كانت الزوجة غير مؤدية حق زوجها، أو كان الزوج كذلك. ويستحب إذا كانت الزوجة مسنة ولم يرغب فيها، أو كان الزوج مسنا وهي شابة غير راغبة فيه فلها طلب التطلق.

و الطلاق و إن كان مباحا في نفسه فهو قريب من أن يكون مكروها فعلة لما فيه من قطع الألفة بين الزوجين، و لأن الزواج نعمة، و الطلاق قطع لها، و النعمة لا يجوز قطعها إلا إذا زالت صفتها و لهذا المعنى يقول عليه السلام: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"³⁶.

ثالثا الحكمة منه:

إن الحكمة من تشريع الطلاق متنوعة و عديدة نذكر منها ما قل لتجنب الطول في هذه المسألة:

1- إن الله شرع الزواج ليحقق مقاصده السامية، ولا تتحقق هذه المقاصد و لا تؤتي ثمارها الطيبة إلا إذا كانت العشرة حسنة بين الزوجين ورفرت عليهما أجنحة المحبة و المودة .

2- إذا ساءت العلاقة بين الزوجين و تنافرت طباعهما و اخلاقهما و صار أمرهما على شقاق دائم يكون من الخير لهما أن يفتقا ولا يبقى الزوجان يتخبطان في مشكلة تهدد حياتهما و حياة صغارهما، بحيث يصبح كل منهما يدبر للآخر المكائد و يجلب له المصائب، بل من الخير لهما أن تحل رابطة الزوجية بينهما و ذلك بالطلاق حسما للشقاق. كما أن الطلاق يحسم الداء و يطفى نار العداوة بين الزوجين و يقلل من دائرة النزاع الذي لا يلبث أن تمتد جوانبه إلى أقارب الزوجين و تكتوي بناره الأسر و ينتج عنه من الكوارث و الآلام و الجرائم ما لا يعلم مداه إلا الله سبحانه و تعالى.

3- قد يطلع أحد الزوجين من صاحبه على ما لا يجب سواء كان سلوكا خلقيا أم عيبا خلقيا بعد التلاقي، و قد يصاب أحدهما بمرض لا يستطيع الآخر معه العشرة و لا الصبر عليه، فكان و لا بد من إيجاد باب للخلاص من هذه العلاقة، والملخص هو الطلاق.

4 - شرع الطلاق كحل وسط لتحقيق الرغبات فقد يكره الزوج زوجته أو تكره الزوجة زوجها، فأثر الإسلام بتشريع الطلاق لأخف الضررين، فبالطلاق يصبح الأولاد موزعين بين الأب و الأم تتقاسمهما أنانية الأب و الأم و

34 - المرجع نفسه مواهب الجليل ج5 ص268. سراج السالك ج2 ص70

35 - المرجع نفسه مواهب الجليل ج5 ص268

36 - الحديث سبق تخريجه

هذا ولا شك ضرر و لكن إذا بقيت العلاقة بين الأب والأم المتباغضان اللذان يسيران في نفق مظلم مسدود قد يؤدي في النهاية إلى ارتكاب جريمة قتل بموت أحدهما و يساق الثاني إلى السجن ليملك فيه سنين طويلة أوبقية حياته، فمن الخير أن تحل الرابطة الزوجية ويعيش أولادهم بينهما ولو مفترقين بينهم خيرا من أن يعيشوا أيتاما. و مع هذا كله فإن الإسلام رغب الأزواج في الصبر و التحمل والإبقاء على الحياة الزوجية بحلها ومرها لقوله تعالى: ﴿فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾³⁷، وطلب من المرأة الزوجه الآ تطلب الطلاق من زوجها إلا لضرر يلحق بها، لقوله صلى الله عليه وسلم: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)³⁸ وكذلك لا تطلب من زوجها طلاق ضررها لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفى ما في إنائها)³⁹، وشرع الإسلام الطلاق لمن أسلم وتحتة أكثر من أربعة نسوة أن يطلق ما زاد عن العدد المسموح به شرعا، أو أسلم وتحتة أختان أن يطلق واحدة منهن وذلك لحكمة مضارة النساء وقطع الرحم. روى أبو داود في صحيحه أن وهب السدي قال أسلمت وعندني ثمانية نسوة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (اختر منهن أربعاً)⁴⁰، وعن الضحاك بن فيروز عن أبيه قال قلت يارسول الله صلى الله عليه وسلم إني أسلمت وتحتي أختان قال: (طلق أيتهما شئت)⁴¹.

الفصل الرابع

37 - سورة النساء آية 19

38 - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، ط مكتبة المعارف =

= للنشر والتوزيع الرياض ص 354 رقم الحديث 2054

39 - الترمذي سنن الترمذي، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ماجاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ط مكتبة المعارف ص 283 رقم الحديث 1190. أبو داود، صحيح سنن المصطفى ط دار الكتاب العربي بيروت، تفریع أبواب الطلاق، باب في المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له ج1 ص 340. بلفظ (لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح فإنما لها ما قدر لها)

40 - أبو داود، صحيح سنن المصطفى، ط، دار الكتاب العربي، كتاب النكاح باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع ص 350

41 - المصدر نفسه كتاب الطلاق، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع ص 350

أركان الطلاق في الفقه المالكي و شروطه

وفيه مباحث :

المبحث الأول: الركن الأول موقع الطلاق أو الأهل أو نائبه

المبحث الثاني الركن الثاني القصد من موقعه

المبحث الثالث : الركن الثالث المحل أو ملك العصمة

المبحث الرابع: الركن الرابع: اللفظ: صريح وكناية ظاهرة وكناية خفية.

المبحث الخامس: أنواع الطلاق في الفقه المالكي وأقسامه

المبحث الأول : الركن الأول " الأهل " وهو موقع الطلاق أو نائبه

1- فالمراد "الأهل" موقعه من زوج أو نائبه كوكيل أو حاكم ومثلهما الزوجة المملكة أو المخيرة في عصمتها. أو وليه إن كان صغيرا كوكيل أو حاكم.

فالركن الأول في الطلاق ينصب على موقع الطلاق وهو الزوج إذا توفرت فيه شروط الركن، فإنه يقع منه صحيحا، ومثله إذا أناب غيره وهو الذي يسمى نائب الزوج أووكيله، وكذلك زوجته المملكة أو المخيرة في عصمتها. وإذا تخلف شرط من شروط الركن كالصغر مثلا فإنه ينوب عنه وليه. وأما في حالات ظلم الزوجة بعدم الانفاق عليها مثلا، و استحكام الخلاف بين الزوجين وغيره فإن أمر الطلاق يوكل للقاضي أي الحاكم وهذا معنى أو "حاكم" فهذا معنى الركن "موقعه" أو "الأهل" حسب اصطلاح فقهاء المالكية وهو من كانت فيه أهلية لإيقاع الطلاق على الزوجة، كالزوج أو نائبه كوكيل أو حاكم، ومثلهما الزوجة المملكة أو المخيرة في عصمتها. فالزوج المالك للعصمة قبل إيقاع الطلاق أو بعده بالتعليق له الحق في إيقاع الطلاق على زوجته، كمن يقول: إن تزوجت فلانة فهي طالق فإن تزوجها بالفعل فإنها تطلق عليه بمجرد العقد عليها، أو نائبه، أو وليه إن كان صغيرا، ولا يرد طلاق الفضولي، لأن موقعه في الحقيقة هو الزوج بدليل أن العدة تبدأ من يوم إجازة الزوج لا من يوم إيقاع الطلاق من الفضولي⁴²

2 - شروط الركن وهي:

1- العقل

تعريف العقل لغة واصطلاحا

أ - تعريف العقل لغة: هو العلم بصفات الأشياء من حسننها وقبحها، وكما لها ونقصانها. أو هو العلم بخير الخيرين، وشر الشرين. أو هو العلم بمطلق الأمور. أو هو قوّة يكون بها التمييز بين القبح والحسن، ولمعان مجتمعة في الذهن. أو هو إدراك الأشياء على حقيقتها بالجملة، ومظهره التمييز بين الخير والشر، والحق والباطل، والحسن والقبح⁴³، ويكون بمقدمات تستتب بها الأغراض والمصالح، وهيئة محمودة للإنسان في حركاته وكلامه.

العقل: نور روحاني تدرك النفس به العلوم الضرورية والنظرية. ويبدأ وجوده عند اجتنان الولد في بطن أمه، ثم لا يزال ينمو إلى أن يكمل عند البلوغ. وجمعه عقول⁴⁴

والعقل: أيضا نور في بدن الآدمي يضيئ به طريقا يبتدئه من حيث ينتهي إليه درك الحواس، فيبدو به المطلوب للقلب، في درك القلب بتوفيق الله.

والعقل: كالشمس في الملكوت الظاهرة.

42 - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 71

43 - محمد رواس قلعه جي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، عربي - انجليزي، ط، دار النفائس ص 318.

44 - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط، مؤسسة الرسالة ص 1033.

وقيل **العقل**: هو قوة للنفس بما تستعد للعلوم والادراكات. وهو المعنى بقولهم: **العقل** صفة غريزية يلزمها العلم بالضروريات عند سلامة الآلات.

وقيل **العقل**: نور معنوي في باطن الإنسان يبصر به القلب—أي النفس الإنسانية⁴⁵ ومن أسماء **العقل**: "**الحجر**" لأنه يحجر عن ركوب المناهي، و"**النهى**": لانتهاء الذكاء والمعرفة والنظر إليه، وهو نهاية ما يمنح العبد من الخير المؤدي إلى صلاح الدنيا والآخرة. و"**اللب**": لأنه صفة الرب⁴⁶ وخلاصته. و"**الحجى**": لإصابة الحجة به والاستظهار على جميع المعاني⁴⁷

ب - تعريف العقل في الاصطلاح

هو إدراك الأشياء على حقيقتها بالجملة، ومظهره التمييز بين الخير والشر، والحق والباطل، والحسن والقبح⁴⁸.
والعقل أقسام منها:

- 1 - العقل الهيولاني: هو الاستعداد المحض لإدراك المعقولات كما للأطفال.
 - 2 - العقل بالملكة: هو العلم بالضروريات. واستعداد النفس بذلك لاكتساب النظريات منها. وهو مناط التكليف.
 - 3 - العقل بالفعل: هو ملكة استنباط النظريات من الضروريات.
 - 4 - العقل المستفاد: هو أن يحضر عنده النظريات التي أدركها بحيث لا تغيب عنه.
- يقال إن أغفى الإنسان في أول أمره استعدادا لأن يوجد فيه العقل والتوجه نحو المدركات، فهذا الاستعداد يسمى عقلا بالقوة وعقلا غريزيا، ثم يحدث العقل شيئا فشيئا إلى أن يبلغ الكمال، فيسمى عقلا مستفادا⁴⁹.
- وفي الشرع العقل هو مناط التكليف وهو شرط في المكلف حتى تكون له القدرة على فهم التكليف، بمعنى يكون في استطاعته فهم الأحكام التي يكلف بها من الشارع، بنفسه أو بواسطة غيره حتى يتمكن من امتثال ما أمر به. ولكي تتحقق القدرة على فهم التكليف بالعقل، لأنه أداة التفكير والادراك والفهم، وبه تتجه الإرادة إلى الامتثال. وتكليف ما لا عقل له محال لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم عبث لافائدة فيه.
- ولما كان العقل أمرا خفيا لا يدرك بالحس الظاهر، ووصفا باطنيا يحصل للإنسان بالتدريج كان لا بد من وضع حد منضبط يكون مناطا لاستكمالها، ولذا نجد الشارع ربط التكليف بامر ظاهر يدرك بالحس، ويعتبر مظنة وجود العقل واستكمالها مرحلة النضج، وهو البلوغ، فمن بلغ الحلم راشدا ولم تظهر عليه أعراض تدل على خلل في قواه العقلية،

⁴⁵ - أبو البقاء، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة =

ص 617- 618

⁴⁶ - الربّ: الطلاء الخاثر. وتمر مرتب: معمول بالرب كالمعسل ينظر الرازي، مختار الصحاح ط، دار الحديث القاهرة ص 134

⁴⁷ - أبو البقاء الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص 619- 620. الرازي، مختار الصحاح ط،

دار الحديث القاهرة ص 246

⁴⁸ - محمد رواس قلعه جي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، عربي - انجليزي، ط، دار النفائس ص 318.

⁴⁹ - أبوالبقاء، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص 619

فقد توافرت فيه القدرة على فهم الخطاب الذي هو التكليف، ويصبح المكلف صالحا لأن يكلف، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل)⁵⁰، ورفع القلم معناه رفع المؤاخذة عن تصرفات هؤلاء، ورفع المؤاخذة عن التصرف معناه عدم التكليف⁵¹، والنوم والصغر والجنون من عوارض الأهلية وهي نوعان سماوية ومكتسبة⁵².

والخلاصة إن شرط العقل في المطلق واجب لكي يصح منه فعل الطلاق، فإذا كان صبيا، أو بالغا عاقلا ولكنه كان نائما أو مغمى عنه، أو مجنونا، أو مكرها فلا يصح منه طلاق زوجته، كما لا يصح منه إبرام عقود الأخرى من بيع وشراء وإجارة وغيرها.

2- البلوغ:

تعريف البلوغ لغة واصطلاحا

أ - تعريف البلوغ لغة: بلغ الغلام أدرك، وجارية بالغ وبالغة مدركة. وبلغ المكان بلوغا: وصل إليه ، أو شارف عليه⁵³. فالبلوغ الإدراك ، أو الوصول إليه أو الاشراف عليه. ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾⁵⁴، وبلغ الغلام أدرك⁵⁵. والبلوغ بالحلم: قدر الشارع الاطلاع به، إذ عنده يتم التجاوب بتكامل القوى الجسمانية التي هي مراكب القوى العقلية. والأحكام علقت بالبلوغ عام الخندق ، وأما قبل ذلك فكانت منوطة

بالتمييز بدليل إسلام علي رضي الله عنه⁵⁶

ب - تعريف الحلم لغة:

الحلم بضم اللام الاحتلام ومعناه: الرؤيا في النوم.

والحلم بكسر الحاء معناه: الأناة والعقل. يقال حلم الرجل إذا صار حليما.

50 - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ط، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض - ص 352 رقم الحديث 2041. ورواه أبو داود في صحيحه برقم 4403 و برقم 4398. النسائي، سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب ما لا يقع طلاقه من الأزواج ص 531.

51 - مصطفى سعيد الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه، ط، مؤسسة الرسالة ص 65 - 66. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط، مؤسسة الرسالة ص 87 - 88 .

52 - محمد الخضري بك، أصول الفقه، ط، دار الحديث القاهرة ص 93 وما بعدها - ص 97 وما بعدها. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه ص 100 وما بعدها. مصطفى سعيد الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه، ص 75 وما بعدها

53 - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط، مؤسسة الرسالة ص 780

54 - سورة الطلاق آية 2

55 - الرازي مختار الصحاح ص 46

56 - أبو البقاء، الكليات، معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص 247

وفي القاموس الحلم بالضم وبضممتين الرؤيا وجمعه أحلام. وحلم به رأى له رؤيا أو رآه في النوم. والحلم بالضم والاحتلام الجماع في النوم والاسم منه الحلم⁵⁷

فالحلم بالضم والاحتلام في لغة العرب هو الجماع في النوم، والاسم منه الحلم .

قال الراغب: الحلم زمان البلوغ سمي بذلك لكون صاحبه جديرا بالحلم وضبط النفس عن هيجان الغضب⁵⁸. ولكن الصحيح أن الحلم هنا بمعنى الجماع في النوم وهو حد الاحتلام المعروف، وأن الكلام كناية عن البلوغ والادراك، كما في الآية الكريمة التي جعلت حد التكليف منوطا ببلوغ الصبي الحلم قال تعالى: ﴿وإذ ابغ الأبطال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم﴾⁵⁹

ج - تعريف البلوغ في الاصطلاح

1 - هو انتهاء مرحلة الصغر، أي عدم التكليف، والدخول في مرحلة التكليف⁶⁰

2 - تقدير الشارع الاطلاع به، إذ عنده يتم التجاوب بتكامل القوى الجسمانية التي هي مراكب القوى العقلية⁶¹

3 - اختلاف الفقهاء في سن البلوغ: الذي يلزم به التكليف لتصبح تصرفاته الشرعية مقبولة شرعا كأن يقوم بطلاق زوجته مثلا وبإجراء العقود الأخرى من بيع وشراء وغيره.

فالآية الكريمة أشارت في قوله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم﴾⁶²، إلى أن الطفل يصبح مكلفا بمجرد الاحتلام، وقد اتفق الفقهاء على أن الصبي إذا احتلم فقد بلغ، وكذلك الجارية "الفتاة" إذا احتلمت أو حاضت أو حملت فقد بلغت فالاحتلام علامة واضحة على بلوغ الصبي أو الجارية وهو سن التكليف وهذا بإجماع الفقهاء لم يختلف فيه أحد.

يقول ابن عاشر:

وكل تكليف بشرط العقل* مع البلوغ بدم أو حمل

أو يمني أو يانبات الشعر* أو بثمان عشرة حولا ظهر

فالبلوغ عند المالكية: هو قوة تحدث في الصبي يخرج بها من حالة الطفولة إلى حالة الرجولة، وقد جعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها وهذه العلامات خمس: ثلاث يشترك فيها الذكر والأنثى وهي:

1 - الاحتلام: وهو خروج المنى

2 - إنبات شعر العانة وهي "سواة الإنسان"

57 - الفيروز آبادي القاموس الميط ، ص 1096

58 - الألوسي، تفسير الألوسي ج18 ص 212

59 - سورة النور آية 59

60 - محمد رواس قلعه جي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، عربي - انجليزي، ط، دار النفائس ص 110

61 - أبو البقاء، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص47.

62 - سورة النور آية 59

3 - السن وقد اختلف فيه، والمشهور عندهم، وعليه اقتصر الناظم هو ثمان عشرة سنة.

وأما الثنتان الباقيتان فتختص بهما الأنثى وهما:

1 - الحيض

2 - الحمل

ومن شروط التكليف أيضا بلوغ دعوة النبي صلى الله عليه وسلم⁶³.

وقد جاء في استدلال الفقهاء على البلوغ بالآتي:

1- استدلوا بما روى ابن عمر رضي الله عنهما: (أنه عرض على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وله أربع

عشرة سنة فلم يجزه، وعرض عليه يوم الخندق وله خمس عشرة سنة فأجازه)⁶⁴

2- استدلوا بما روى عطية القرظي (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل من أنبت من قريظة، واستحياء من لم

ينبت، قال فنظروا إلي فلم أكن أنبت فاستبقاني صلى الله عليه وسلم).

وفي كتاب السيرة النبوية لابن هشام أن سعد بن معاذ رضي الله عنه حكم في بني قريظة أن تقتل الرجال

وتسبي الذرية، وتقسم الأموال. فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل من جرت عليه الموسى منهم ومن

لم ينبت ألحق بالذرية⁶⁵ فالبلوغ هو شرط في المطلق ولكن لا يكفي وحده لأن المطلق قد يبلغ غير عاقل كأن يكون

مجنونا، أو يغمى عليه، أو كان شيخا كبيرا طاعنا في السن قد اختلط، فإذا طلق واحدا من هؤلاء فإن طلاقه لا يقع

صحيحا لعدم شرط العقل، فالبلوغ والعقل يتكاملان في الشخص حتى يصح تصرفه، كما ورد في التعريف

الاصطلاحي للعقل والبلوغ.

3- الإسلام

تعريف الإسلام لغة واصطلاحا

أ- تعريف الإسلام لغة: الخضوع والاستسلام. أو الانقياد المتعلق بالجوارح كما جاء في قوله تعالى: ﴿ولكن قولوا

أسلمنا﴾⁶⁶.

كما جاء الإسلام بمعنى الدين لقوله تعالى: ﴿إن الدين عند الله الإسلام﴾⁶⁷، وجاء أيضا بمعنى الإيمان، كما ورد

في قوله تعالى: ﴿فأخرجنا من كان فيها من المؤمنين﴾⁶⁸. ثم ذكر فاء التعليل فقال عز وجل ﴿فما وجدنا فيها غير

بيت من المسلمين﴾⁶⁹.

63 - أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، شرح منظومة ابن عاشر في الفقه المالكي، ط، دار الفضيلة ص 11

64 - رواه الجماعة إلا أحمد في مسنده

65 - ابن هشام، السيرة النبوية ط، دار الفجر للتراث ص 149

66 - سورة الحجرات آية 14

67 - سورة آل عمران آية 19.

68 - سورة الذاريات آية 35

ب . تعريف الإسلام اصطلاحاً: الخضوع وقبول قول الرسول، فإن وجد معه اعتقاد وتصديق بالقلب فهو إيمان. أو هو الاعتراف باللسان وإن لم يكن له اعتقاد، وبه يحقن الدم. وفوق الإيمان وهو الاعتراف مع الاعتقاد بالقلب والوفاء بالفعل.

ويقول أبو منصور الماتريدي: "إن الإسلام معرفة الله بلا كيف ولا شبهة ومحله الصدر. والإيمان معرفته بالإلهية ومحله داخل الصدور وهو القلب، وأما المعرفة: معرفة الله بصفاته ومحلها داخل القلب، وهو الفؤاد"⁷⁰ ويقول ابن عاشر:

وطاعة الجوارح الجميع* قولاً وفعلاً هو الإسلام الرفيع

فالإسلام في اللغة : مطلق الانقياد والطاعة وفي الشرع: هو انقياد الجوارح السبعة وهي السمع والبصر، واللسان، واليدين، والرجلان، والفرج، والبطن، بفعل المأمور وترك المنهي عنه، وأن الانقياد ببعض الجوارح دون بعض هو إسلام ناقص، ويثبت حكم الإسلام في الظاهر بالنطق بالشهادتين وحدهما⁷¹. وقد نعترض على قول الشارح بتعريفه الإيمان بانقياد الجوارح السبعة التي قيده بها. فهذا غير صحيح في رأينا لأن الجوارح غير مكلفة من الشارع وإنما المكلف هو العقل الذي يعقلها عن فعل المحرم. أما الجارحة فإنها لا تعرف حلالاً ولا حراماً، كما يقال: "المعدة كافرة" فأیما وضعت فيها من الطعام ازدردته سواء أكان حلالاً أم حراماً.

وإنما صاحب العقل هو الذي يطعمها الحلال إذا كان مسلماً مؤمناً، وإذا كان من أهل الفسوق والمعاصي الذين تغلبت عليهم شهواتهم، فإنه يضع فيها الحلال والحرام ولا يبالي كما نراه اليوم في واقعنا المعيش أن الكثير من المسلمين المؤمنين، يأكلون الحرام كالربا المنهي عنه والرشوة، وشرب الخمر، ويفعلون الموبقات ولا يباليون إلا من رحم ربي. والخلاصة: فمن كان عاقلاً بالغاً غير مسلم لا يصح منه طلاق زوجته، لأن الطلاق يصح من الشخص البالغ العاقل المسلم، ولا يصح من كافر⁷². فهذه شروط صحة الطلاق من موقعه و على هذا فإن أوقعه مجنون أو صبي أو مغمى عليه، أو كافر، وكان كل مما ذكر زوجاً فلا يقع الطلاق لازماً، ولا يؤثر خللاً في العصمة لعدم صحة وقوعه منه.

المبحث الثاني : الركن الثاني القصد من موقعه

تعريف القصد في اللغة والاصطلاح

⁶⁹ - سورة الذاريات آية 36
⁷⁰ - أبو البقاء، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص 112- 217.
⁷¹ - أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، شرح منظومة ابن عاشر في الفقه المالكي، ط، دار الفضيلة ص19.
⁷² - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج2 ص 351 (عند كلامه عن شروط صحة الطلاق).

1 - تعريف القصد لغة: مصدر قصد وهو استقامة الطريق، والقصد أيضا الاعتدال. ومنه قوله تعالى: ﴿واقصد في مشيك واغضض من صوتك﴾⁷³،⁷⁴

2 - تعريف القصد في الاصطلاح: الإرادة والاختيار⁷⁵، والتعمد. ومنه قصد الطلاق بمعنى اختياره وتعمده. فالقصد في لغة الفقهاء معناه قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولولم يقصد حل العصمة⁷⁶. مع الاحتراز عن سبق اللسان في اللفظ الصريح والكناية الظاهرة، وغيره حفظا للفروج. أما الكناية الخفية فيشترط فيها قصد الزوج المطلق لحل العصمة، كقوله: اذهبي، انصربي، فمتى قصد طلاقها بأحد هذه الألفاظ لزمه الطلاق، وإن لم يقصد لاشيء عليه، أو ما يقوم مقام الكناية الخفية كالإشارة، والكلام النفسي، أو مجرد النية لأنه عزم ليس معه لفظ، أو فعل كتنقل متاعها⁷⁷. أما الكناية الظاهرة فإنه يقع بها الطلاق كاللفظ الصريح، ولو قصد النطق به، أولم يقصد به حل العصمة بل ولو كان هازلا أو مازحا، لأن طلاق الهازل والمازح يقع لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: الزواج، والطلاق، والرجعة)⁷⁸

ب - وشرط الركن لزوم الطلاق بقصد حل العصمة ويتمثل في الآتي:

1 - إذا كان لزوم الطلاق مشروطا بقصد النطق في اللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولولم يقصد حل العصمة، والقصد هو "الاختيار والعمد من الزوج المطلق" فمن سبقه لسانه للفظ الطلاق من غير قصد كمن يقول لزوجته التي اسمها طارق ولكن لسانه سبقه فقال لها: "يا طارق" أو "مطلة" فلا شيء عليه ولا يلزم بذلك طلاق لعدم قصده. وهذا احتراز أول لأجل الاحتياط في حفظ الفروج كما قال الزرقاني⁷⁹ ونبه إليه الدسوقي بقوله: "واحترز به عن سبق اللسان في الأولين⁸⁰ - أي في اللفظ الصريح، والكناية الظاهرة.

2 - فمن لقّن لفظ الطلاق لمن لا يعلم معناه من عربي إلى أعجمي مثلا فأوقعه أي بلا فهم لمعناه فلا يلزمه طلاق لا في الفتيا ولا في القضاء⁸¹. وهذا احتراز ثان أو كان عربي الأصل أو اللسان ولكنه أبله⁸² لا يعرف معنى لفظ الطلاق وقال له

⁷³ - سورة لقمان آية 19

⁷⁴ - أبو البقاء، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة

ص 158-160 - محمد رواس قلعه جي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، عربي - انجليزي، ط، دار النفائس ص 364

⁷⁵ - معجم لغة الفقهاء المرجع نفسه ص 364

⁷⁶ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور، ط، دار الفكر، ج 2 ص 575

⁷⁷ - محمد عليش، الشرح المذكور، بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 575

⁷⁸ - الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في الجدل والهزل في الطلاق، ص 282 رقم الحديث 1184. قال الترمذي هذا حديث حسن غريب.

⁷⁹ - الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، وبهامشه، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط، دار الكتب العلمية، ج 4 ص 150

⁸⁰ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور، ط، دار الفكر، ج 2 ص 575

⁸¹ - الزرقاني شرح الزرقان، على مختصر خليل، وبهامشه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط، دار الكتب العلمية ج 4 ص 150

شخص آخر: قل لزوجتك أنت طالق أو مطلقة ثلاثا. ونطق الأبله بلفظ الطلاق⁸³ بما لقنه ذلك الشخص من غير فهم ولا دراية أصلا، فلا شيء عليه ولا على زوجته لعدم قصده. وهذا احتراز ثالث.

3 - فمن هذى⁸⁴، لشدة مرض فقال و هو في تلك الحالة طلقت زوجتي أو زوجتي طالق و هو لا يدري ما قال و يشهد العرف بذلك فلا شيء عليه. وهذا احتراز رابع

4 - فمن شرب مسكرا حلالا كاللبن أو العسل أو دواء و صار لا يعقل شيئا و طلق زوجته في تلك الحالة فلا شيء عليه لعذره، ولا يتعد طلاقه فهو كالمجنون لعدم العمد وهذا احتراز خامس أما من استعمل المخدرات⁸⁵ أو المرفقات - كالعفيون- والبنج⁸⁶ و فقد شعوره و طلق زوجته. فيه تفصيل في المذهب حاصله:

أ - إنه إذا استعمل من ذلك قدرا لا يؤثر في العقل عادة و غاب عقله حتى صار لا يعقل ما يصدر منه فلا يلزمه طلاق لطهارته و عدم لزوم الحد على مستعمله . وهذا احتراز سادس.

ب - إذا استعمل القدر الذي يؤثر في العقل ففقد شعوره و طلق زوجته يلزمه الطلاق كشارب الخمر لعمده و إدخاله على نفسه قدر ما يغيب عقله. و هذا هو المعروف في المذهب. و في المذهب أيضا رأي آخر يقول: لا يلزمه الطلاق و هو اختيار ضعيف. أو رأي ضعيف.

5 - فمن أكره على طلاق زوجته فلا تطلق منه لقوله صلى الله عليه و سلم (لا طلاق في إغلاق)⁸⁷، أي إكراه، وبه أخذ مالك رضي الله عنه. وهذا احتراز سابع سواء أكان أكره على طلاقها بصريح اللفظ أم بغيره. وكذلك من أكره على طلاق زوجته وإن لم يفعل بقتل أو يضرب ضربا مؤلما أو يجبس. ومدار الإكراه كله على "خوف الضرر و شدة الألم".

82 - عثمان بن حنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون =

= الدينية ج2 ص 73 - 74

83 - رجل أبله هو الذي غلبت عليه سلامة الصدر، والمرأة بلهاء. وفي الحديث: (أكثر أهل الجنة البله)، يعني البله في أمر الدنيا لقله اهتمامهم بها وهم أكياس في أمر الآخرة، الرازي مختار الصحاح ص 47

84 - الهذيان لغة: هو ترك الصواب وعند الفقهاء هو الكلام الذي لامعنى له. أبو البقاء المصدر نفسه ص 961. الرازي مختار الصحاح ص 371

85 - "المخدور": مادة يؤدي تعاطيها إلى حالة تخدير كلي أو جزئي مع فقدان الوعي بصورة تختلف من شخص إلى آخر - محمد السيد أرناؤوط المخدرات والمسكرات بين القرآن والسنة والطب ص 120

86 - البنج: نبات سام من فصيلة الباذنجانيات، أوراقه كبيرة لزجة أزهاره بيضاء أو صفراء أو منمقة بالبنفسجي منبته بين الزرع أو الخرائب يستعمل في الطب للتخدير - المنجد في اللغة والأعلام ص 49

87 - سبق تخرجه

6- فمن كان من أهل المروءات و أمر بطلاق زوجته و إلا سيشتتم أو يضرب أمام الناس و تيقن ذلك و طلقها خوفا من وقوع ذلك عليه فلا يلزمه طلاق⁸⁸ . وهذا احتراز ثامن.

7 - من قال لزوجته بلفظ الكناية الخفية " انطلقني . اذهبي لأهلك . أو ناولين خبزا أو ماء " فلا تطلق منه زوجته إلا إذا قال نويت بها الطلاق أو قصدت بها الطلاق . وهذا احتراز تاسع .

8 - فمن قال لإحدى زوجتيه : يا حفصة يريد طلاقها فأجابته عائشة تظن أنه طلب منها شيئا . فقال لها : " أنت طالق " يظنها حفصة ، فالمدعوة وهي حفصة تطلق في الفتيا والقضاء . وأما المجيبة وهي عائشة فتطلق قضاء فقط وهذا احتراز عاشر .

المبحث الثالث : الركن الثالث المحل أو ملك العصمة

1 - تعريف المحل لغة واصطلاحا

أ - تعريف المحل لغة

المحل: المكان الذي يحل به⁸⁹ ، يقال حل بالمكان وبه يحل بضم الحاء، ويحل بكسر الحاء حلا وحلولا: نزل به. فهو حال به⁹⁰ .

⁸⁸ - عثمان بن حسين بري ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 73 - 74 .

وحل الشيء يحل بالكسر حلا بخلاف حرم فهو حلال ومنه قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾⁹¹، أي أباحه. وقوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾⁹². أي يحرم عليهن كتمان الحيض، وقيل الحمل، وقيل الحيض والحمل معا.

قال القرطبي: "والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار، ولا اطلاع عليها إلا من جهة النساء جعل القول لها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلهن مؤتمنات على ذلك"⁹³، وحللت بالمكان حلولا، والمحل بفتح الحاء والكسر لغة، والمحلة المكان ينزله القوم⁹⁴.

فالتعبير بالمحل في الزواج لغة كأن الرجل يحل بالمرأة، أو بمكان الزوجية وهي كذلك من باب المجاز اللغوي، أو تحل له ويحل لها بعد أكانت العلاقة بينهما محرمة شرعا،

ولذلك قيل لها حليلة وهو حليل كأنهما يحلان لعضهما بعد أن كانا محرمين شرعا.

ب- تعريف المحل في الاصطلاح:

المحل: من الحليلة، جمع حلائل: الزوجة حليلة الزوج، والزوج حليلة، لأنها تحل معه ويحل معها في مسكن واحد. أو لأن كل واحد منهما يحل للآخر شرعا⁹⁵، ومعنى يحل كل منهما للآخر من الحلال ضد الحرمة. أو يحل بضم الحاء من الحلول أي كل منهما يحل في الآخر. وقد تضمن المعنى الاصطلاحي المعنيين، اللغوي والاصطلاحي. فلأجل ذلك أطلق لفظ المحل عند الفقهاء ويقصد به "الزوجة و الزوج" معا لكونهما حلالا على بعضهما، أو أن أحدهما يحل بالآخر على الوجه الشرعي. قال الدردير: "المحل هو الزوج والزوجة"⁹⁶.

وأما المحل في الطلاق هو ملك العصمة قبل إيقاع الطلاق حقيقة "بمعنى حاصلة بالفعل" أو تعليقا "أي مقدرا حصوله بالتعليق". فالمقصود بالمحل إذا هو ملك العصمة حال وقوع الطلاق سواء أكانت الزوجة مسلمة أو كتابية⁹⁷.

2 - شروط الركن:

أ - يشترط الإسلام لصحة وقوع الطلاق و لزومه بالنسبة إلى الزوج دون الزوجة لأنه يصح من مسلم مكلف، و لا يصح من كافر و لا من صبي أو مجنون أو مغمى عليه⁹⁸.

89 - مختار الصحاح للرازي ص 92

90 - القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 986

91 - البقرة 275

92 - البقرة 228.

93 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط، دار الحديث القاهرة، ج 2 ص 105

94 - الفيومي، المصباح المنير، حلل، ص 91

95 - معجم لغة الفقهاء، قلعه جي ص 185.

96 - الدردير، الشرح الصغير ج 2 ص 103. ينظر كتابنا الخطبة والزواج في الفقه المالكي ط، دار الفجر قسنطينة - الجزائر - ص

ب- يشترط ملك العصمة حقيقة أو تعليقا: لقول ابن الحاجب: "من أركان الطلاق المحل وشرطه ملكية الزوج للعصمة قبله تحقيقا" ⁹⁹، كمن يطلق زوجته التي ملك عصمتها بعقد زواج صحيح، فهذا معنى ملك العصمة حقيقة. أو كمن يقول لزوجته أنت طالق نفذ الطلاق لتحقق الولاية عليها وتخرج بهذا المثال المرأة الأجنبية التي ليس للرجل الولاية عليها حقيقة، كمن يقول لامرأة أجنبية عليه "أنت طالق" فلا ينفذ طلاقه لعدم ملك العصمة حقيقة. أو كمن يقول لامرأة أجنبية عليه اسمعي يا امرأة إن دخلت داري "فأنت طالق". ثم شاء القدر فتزوجها، ثم دخلت داره لم يقع عليه طلاق في هذه الحالة لأنه لا ولاية له على المحل تحقيقا ولا تعليقا. ولأن طلاقه لم يصادف محلا. وكذلك من قال: "عليه الطلاق" لا يكلم عليا أو لا يأكل طعامه وهو خلي من زوجته ثم كلمه أو أكل طعامه فلا يلزمه طلاق لأن طلاقه لم يصادف محلا.

ج - أما لو ملك العصمة تعليقا أو تقديرا: كمن يعلق الطلاق على وجود تحقيق الولاية على امرأة ما، فهذا الذي يسميه الفقهاء بتعليق المحل أو الولاية. ومن الأمثلة عليه كالاتي:

1 - من قال لامرأة ما تحل له شرعا: إن نكحتك أو تزوجتك فأنت طالق. فإذا نكحها أو تزوجها وقع الطلاق عليها بمجرد العقد عليها ¹⁰⁰. على الرواية المشهورة في المذهب، لأن المشهور من المذهب التسوية بين ترتبه عليها تحقيقا وتعليقا. ولأن تحقيق الولاية إنما يقف على نفوذ الطلاق ووقوعه ¹⁰¹. ولأن طلاقه لم يصادف محلا. وكذلك من قال: "عليه الطلاق" لا يكلم عليا، أو لا يأكل طعامه وهو خلي من زوجته، ثم كلمه أو أكل طعامه، فلا يلزمه طلاق لأن طلاقه لم يصادف محلا.

أما من علق الطلاق على ملك العصمة كان يقول إن تزوجت قسنطينية، أو سطايفية، أو وهرانية أو بليدية، أو بلعباسية، فهي طالق و تزوج قسنطينية أو سطايفية، أو وهرانية مثلا، يقع عليه الطلاق إن عقد عليها و عليه نصف الصداق إذا كان مسمى أو مذكورا في مجلس العقد. و لا شيء عليه في نكاح التفويض. أما إذا قال: "كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا شيء عليه لأنه ضيق على نفسه". والقاعدة الفقهية تقول: "الأمر إذا ضاق اتسع" ¹⁰².

ومن قال: كل امرأة ثيب أتزوجها فهي طالق. ثم قال: كل امرأة بكر أتزوجها فهي طالق. فيلزمه الطلاق في زواجه الثيبات فقط. ولا طلاق عليه في زواج الأبقار لحصول الحرج والضيق بذكرهن والعكس صحيح، فمن قال: كل امرأة

⁹⁸ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج2 ص 351.

⁹⁹ - الخطاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5 ص 316

¹⁰⁰ - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 74-75

¹⁰¹ - الخطاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5 ص 316

¹⁰² - عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، طبعة، دار الحديث، ص 121

بكر أتزوجها فهي طالق. ثم قال: كل امرأة ثيب أتزوجها فهي طالق فيلزمه الطلاق في زواجه الأبكار فقط ولا طلاق عليه في الثيبات لحصول الحرج والضيق¹⁰³.

وإذا قال رجل: كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان مضى من عمره أربعين أو خمسين سنة، إذ الغالب أنه لا يعيش الثمانين بناء على التعمير بخمس وسبعين، فهو كمن عم النساء، ومفهوم كلامه أنه أبقى كثيرا من النساء، ولو كان بالنسبة لغيره قليلا لزمه الطلاق.

وكذلك من قال: كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان الماضي من عمره عشرين أو أربعين سنة فإنه يلزمه الطلاق في كل من تزوجها مدة الأربعين لأن السبعين يبلغها الشخص في الغالب. وكذلك من قال: كل امرأة أتزوجها تفويضا فهي طالق¹⁰⁴.

ولو قال رجل: كل امرأة أتزوجها قبل أن أراها بعيني فهي طالق ولا نية له في تقييد ما أطلقه، ثم عمى، فله أن يتزوج من شاء من النساء. لأن بسط أو بساط يمينه كان يتضمن ما دمت بصيرا. ويعتبر لزوم الطلاق حال نفوذه ومعناه حلول وقت وقوع المعلق عليه كدخول الدار وكلام صاحبها، لأن المعتبر شرعا في ملك العصمة هو وقت الفعل الذي علق عليه، لا حال التعليق. والمثال يكون كالآتي:

1- إذا قال رجل لزوجته: إن دخلت دار أخيك فأنت طالق، ثم طلبت منه خلع نفسها فطلقها بالخلع، ثم دخلت المرأة دار أخيها وكلمته، فلا يلزمه طلق ثان إن تزجها مرة أخرى وذلك لعدم ملك العصمة وقت فعل المحلوف عليه.

2- إذا طلق زوج زوجته ثم قال لها وهي في عدتها: إن دخلت دار عمك فأنت طالق، ثم فعلت المحلوف عليه بعد إنقضاء عدتها من طلاق رجعي. فدخلت دار عمها فلا يلزمه طلاق أيضا.

3 - إذا تزوجت غيره ثم طلقها ذلك الغير، ثم تزوجها هو بعده وكان طلاقه لها قبل زواج الغير لها وكان مرة أو مرتين، ثم دخلت دار عمها بعد أن تزوجها ثانيا لزمه الطلاق لبقاء العصمة الأولى، ولأن زواج الغير قبل ثلاث تطليقات لم يهدم العصمة الأولى.

4 - إذا طلقها ثلاثا وتزوجها غيره، ثم طلقها أومات عنها، فتزوجها هو، ثم فعلت المحلوف عليه المذكور سابقا لم يلزمه طلاق لانقضاء العصمة السابقة وهذه عصمة جديدة.

5 - من الحيل الفقهية: قال ابن القاسم: "من حلف لغريمه بالطلاق الثلاث ليقضيه

حقه وقت كذا فقبل مجيء الوقت طلق زوجته طلاق الخلع لخوفه من مجيء الوقت، و هو معدم أو قصد عدم القضاء في الوقت لا يلزمه الثلاث، ثم بعد ذلك يعقد عليها برضاها بربع دينار"¹⁰⁵.

¹⁰³ - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 74 - 75. الدردير، الشرح

الصغير، ط، وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 159

¹⁰⁴ - الدردير، الشرح الصغير، ط، وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 159.

¹⁰⁵ - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 74 - 75.

المبحث الرابع : الركن الرابع : اللفظ

وينقسم إلى: صريح، وكناية ظاهرة، وكناية خفية

1 - تعريف اللفظ لغة واصطلاحاً

أ - تعريف اللفظ لغة: لفظ الشيء من فمه رماه، والشيء المرمي "لفاظة"، ولفظ، وتلفظ بالكلام، تكلم به، واللفظ واحد الألفاظ وهو في الأصل مصدر¹⁰⁶.

واللفظ: هو في أصل اللغة مصدر بمعنى الرمي، وهو بمعنى المفعول، فيتناول ما لم يكن صوتا وحرفا، وما هو حرف واحد وأكثر، مهملا أو مستعملا صادرا من الفم أو لا، لكن خص في عرف اللغة بما صدر من الفم من الصوت المعتمد على المخرج حرفا واحدا أو أكثر، مهملا أو مستعملا. فلا يقال لفظ الله بل يقال كلمة الله تأدبا معه سبحانه وتعالى¹⁰⁷.

واللفظ بفتح فسكون جمعه ألفاظ، ومنه لفظ الشيء ومعناه القذف به، ومنه قولهم: ما لفظه البحر. أي ما قذفه على الشاطئ من الأسماك وغيرها، والعلاقة بين لفظ الشيء من الفم ولفظه من البحر هو قذفه أي رميه¹⁰⁸، فلأجل ذلك سمي من يرمي البريء بكلام يسيء إليه قاذف، ورد ذلك في قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾¹⁰⁹.

قال القرطبي هذه الآية نزلت في القاذفين. وقال: قوله تعالى: ﴿والذين يرمون﴾ يريد يسبون، واستعير له اسم الرمي لأنه أذية بالقول¹¹⁰. ثم قال: كما قال النابغة:

وجرح اللسان كجرح اليد¹¹¹

ب - تعريف اللفظ في الاصطلاح

1 - عند النحاة: هو ما من شأنه أن يصدر من الفم من الحرف واحدا أو أكثر أو يجري عليه أحكامه كالعطف والإبدال، فيندرج فيه حينئذ كلمات الله، وكذا الظمائر التي يجب استئثارها. وأحسن تعاريفه على ما قيل: هو صوت معتمد على مقطع، حقيقة أو حكما. فمثال الأول: كزيد وعمر، وعلي. ومثال الثاني كالضمير المستتر¹¹²، في الأفعال مثل قم إلى العمل، استراح من عناء السفر. فالتقديريتها: قم أنت، واستراح هو.

واللفظ أيضا: هو ما نطق به اللسان من الكلام¹¹³، فالمعنى اللغوي يشمل المعنى الاصطلاحي.

¹⁰⁶ - الرازي، مختار الصحاح، ط، دار الحديث القاهرة، ص 324

¹⁰⁷ - أبو البقاء، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ط، مؤسسة الرسالة ص 795

¹⁰⁸ - معجم لغة الفقهاء، قلعه جي ص 185

¹⁰⁹ - سورة النور آية 4

¹¹⁰ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط، دار الحديث القاهرة، ج 6 ص 472

¹¹¹ - الشاهد نسبه ابن العربي في الأحكام لأبي كبشة ج 3 ص 1332. وهو في البحر المحيط ج 6 ص 431 غير منسوب

¹¹² - المصدر نفسه 795

¹¹³ - معجم لغة الفقهاء، قلعه جي ص 185

وعند الفقهاء: أن الألفاظ جمع لفظ وهو الصوت الذي يشتمل على بعض الحروف الهجائية. أو هو العبارة لأنها عين اللفظ.

واللفظ الذي يتعقد به الطلاق أو الدال على فك العصمة سواء أكانت الدلالة في وضعه كلفظ في كلمة "الطاء، واللام، والقاف" أم عرفية كالكناية. فالمراد باللفظ في حل العصمة صريح أو كناية¹¹⁴، وهو قسمان:

1 - اللفظ الصريح :

و هو ما اشتمل على الطاء و اللام و القاف [ط،ل،ق] على أي وجه فمن قال لزوجته أنت طالق أو مطلقة. و سواء أكان بضمير المخاطب أم بضمير الغيبة. أم قال لها طلقتك أو تطلقت. لزمه الطلاق في جميع ماتقدم، لأنه قصد لفظه ولو كان مازحا أو هازلا، و تكون واحدة ما لم ينو أكثر. فإن نوى اثنتين أو ثلاثا لزمه ما نواه، و لو انفرد اللفظ. كقوله أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق.

أما لو قال لها: أنت مطلوقة أو منطلقة أو انطلقى فلا يقع الطلاق لعدم استعمال هذه الألفاظ في حل العصمة عرفا. إلا إذا نواه حال التلفظ بها لأنها من الكنايات الخفية¹¹⁵

قال الصاوي: "والركن الرابع وهو لفظه الصريح وهو الذي تنحل به العصمة الزوجية، ولو لم ينو حلها متى قصد لفظ الطلاق، كما لو قال: "يلزمني الطلاق" أو قال: "علي الطلاق" أو أنت "طالق" ونحو ذلك." ولفظ طلاق بالتنكير معناه يلزمني أو علي الطلاق، وسواء نطق بالمبتدأ أو بالخبر كعلي أم لا لأنه مقدور والمقدر كالثابت .

وقال: "وتطلقت بالفعل الماضي المضموم التاء، أو تطلقت بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء بمعنى مني. أو أنت تطلقت. وطالق أسم فاعل. ومطلقة بفتح الطاء واللام مشددة اسم مفعول نحو أنت مطلقة (لامطلوقة ومنطلقة وانطلقى) فإنها ليست من صريح لفظ الطلاق ولا من كناياته الظاهرة لاستعمالها في العرف في غير الطلاق، بل هي من الكنايات الخفية إن قصد بها الطلاق لزمه وإلا فلا. ويلزم الزوج في صريح الطلاق طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر فيلزمه ما نواه"¹¹⁶.

وقال الدسوقي: "ولفظه الصريح الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ كطلقت، وأنا طالق منك، أو أنت طالق، أو مطلقة بتشديد اللام المفتوحة، أو الطلاق لي، أو علي أو مني، أو لك، أو عليك، أو منك ونحو ذلك لازم في هذه الألفاظ الأربعة المذكورة طلقة واحدة إلا لنية أكثر"¹¹⁷. ويستثنى من الألفاظ السابقة كما قال الدسوقي: "لامنطلقة، ومطلوقة، ومطلقة" بسكون الطاء وفتح اللام مخففة حيث لم ينو به الطلاق لأن العرف لم يستعمل ذلك لحل العصمة فهو من الكناية الخفية"¹¹⁸

¹¹⁴ - الزرقاني شرح الزرقاني على مختصر خليل، وبهامشه الفتح الرباني فيما ذهل عن الزرقاني، ط، دار الكتب العلمية ص ج ص 184

¹¹⁵ - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص 76 - 77

¹¹⁶ - ينظر الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير ط، دار الكتب العلمية، ج2 ص 362 - 363

¹¹⁷ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور، ط، دار الفكر، ج2 ص 595 - 596

¹¹⁸ - المصدر نفسه، حاشية الدسوقي، ص 596

2- كناية ظاهرة:

أ - تعريف الكناية لغة:

فالكناية هي أن يريد المتكلم اثبات معنى من المعاني، فلا يذكره باللفظ الموضوع له ولكن يجيء إلى معنى هو مرادفه فيومئى به إلى المعنى الأول، ويجعله دليلا عليه. أو هي: اللفظ الدال على ما له صلة بمعناه الوضعي، لقريئة لاتمنع من إرادة الحقيقة. مثل: "سعيد نقي الثوب". أي مبرأ من العيب. وكما جاء في قول الشاعرة الخنساء: "طويل النجاد" أي بمعنى طول القامة. وقولها: "كثير الرماد" أي كثير الكرم. ومن الأمثلة على ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿أَيُّحِبُّ أَحَدَكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا﴾¹¹⁹. كناية عن الغيبة بأكل الإنسان.

2 - إذا كان الرجل سيئ الأدب في المؤاكلة على الخوان. يقال عنه: تسافر يده على الخوان. ويرعى أرض الجيران.

ب - تعريف الكناية اصطلاحا:

هي لفظ أريد به غير معناه الذي وضع له مع جواز ارادة المعنى الأصلي لعدم وجود قريئة مانعة. وتنقسم إلى أقسام أنظرها في مصادرها¹²⁰، وأما أقسامها عن الفقهاء فهي كالآتي:

1 - الكناية الظاهرة

وتنحل بها العصمة الزوجية إذا قصد بها الزوج حلها، يلزمه بها الطلاق كالصريح فمن تلفظ بها وكان ذا زوجة بالغا عاقلا مسلما طلقت منه زوجته. وتنقسم الكناية الظاهرة عند الفقهاء إلى أقسام:

الأول: ما يلزم فيه الزوج طلقة واحدة إلا لنية أكثر في المدخول بها، كقوله لزوجته: "اعتدي" وأما غير المدخول بها فلا عدة عليها، فإن قال لها "اعتدي" فهو من الكناية الخفية في حقها.

الثاني: ما يلزم فيه الزوج ثلاثا مطلقا وهي: قول الزوج لزوجته: "أنت بتة" لأن معنى البت لغة القطع، والزوج لما صدر منه هذا اللفظ فكأنه قطع العصمة التي بينه وبين زوجته. و"حبلك على غاربك" فمعنى لفظ "حبلك على غاربك" أي عصمتك على كتفك أي لك، كناية عن كونه لم يكن له عليها عصمة كالممسك بزمام شيء كالحبل وغيره ثم يلقيه على كتف صاحبه .

الثالث: ما يلزم الزوج فيه الثلاث في المدخول بها، وواحدة في غيرها بها ما لم ينو أكثر.

وتكون بأحد ثلاثة ألفاظ يلزمه في اثنتين منها فيها الثلاث في المدخول بها، وواحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر:

الأولى: من قال لزوجته بلفظ واحد: "انت بائة" لأن البينة بغير عوض بعد الدخول، إنما هي بالثلاث.

¹¹⁹ - سورة الحجرات آية 12

¹²⁰ - السيد أحمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، طبعة مجددة دار الفكر للطباعة والنشر ص 295-296-297

الثانية: من قال لزوجته: "خليت سبيلك": ونحوه من كل كناية ظاهرة "كخليفة، بريّة"، فمعناها خليفة من زوج، بريّة من زوج .

الثالثة: من قال لزوجته: "ادخلي الدار" ونحوه من كل كناية خفية، ولكن الأولى إذا نواها بقوله أنت طالق، لأنه إذا لزمه الثلاث مع الكناية ولو الخفية فأولى مع الصريح. وقال لزوجته أنت "بتة" أو "مبتوتة" أو "حبلك على غاربك" أو "أنت خليفة" فيلزم بذلك الطلاق ثلاثاً في المدخول بها و غيرها سواء بسواء لأن البت هو القطع. و المراد بالحبل جملة العصمة فلما جعلها على كتفها لم يبق منها شيء. وأنت خليفة، يعني من زوج. ثم ادعى أنه لم يريد بها طلاقاً، لاتنفعه دعواه في عدم إرادة الطلاق، فهي لاتنصرف لغيره.

الرابع: مايلزم فيه الزوج الثلاث في المدخول بها كغيرها وإن لم ينو كقوله لزوجته "أنت مبتة" وما عطف عليها .

الخامس: مايلزم فيه الزوج الثلاث مطلقاً ما لم ينو أقل كقول الزوج لزوجته¹²¹:

"خليت سبيلك" يلزمه الثلاث، إلا أن ينوي أقل مطلقاً دخل أو لا. ويلزم الزوج طلقة واحدة في قوله لزوجته "فارقتك" دخل بها أولاً وهي رجعية في المدخول بها

السادس: مايلزم الزوج فيه الثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها كقول الزوج لزوجته: "وجهي من وجهك حرام".

السابع: مايلزم فيه الزوج واحدة إلا أن ينوي أكثر كقول الزوج لزوجته: "فارقتك"¹²²

2- الكناية الخفية:

وهي أن يقصد الزوج الطلاق بأي لفظ تلفظ به المطلق، و لو لم يدل معناه على إرادة الطلاق فلو قال مثلاً أسقني ماءً أو ناوليني خبزاً و قصد بذلك طلاق زوجته فإنها تطلق منه بمجرد التلفظ بذلك، فإن قال: لم أقصد بذلك طلاقها صدق بلا يمين لأن هذه الألفاظ من الكناية الخفية¹²³.

وقال الدسوقي: "الكناية الخفية (ونوى فيه) أي في إرادة الطلاق، فإن نوى عدمه لم يلزمه وكذلك إذا نوى في عدده يلزم مانواه من واحدة أو أكثر كقول الزوج لزوجته: "اذهي، انصربي، لم أتزوجك، أو سأله رجل ألك امرأة؟ فقال: لا. أو أنت حرة أو الحقي بأهلك، أو لست لي بامرأة" إلا أن يعلق مثل: إن دخلت الدار فلست لي بامرأة. أو قال لها ما أنت لي بامرأة ففعلت لزمه الثلاث إن نوى به مطلق الطلاق أو لانية له.

والحاصل إن نوى شيئاً لزمه، وإن نوى غير الطلاق صدق بيمين في القضاء وبغيرها

في الفتوى وهذا هو الراجح في المذهب"¹²⁴

121 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور، ط، دار الفكر، ج2 ص 597.....600

122 - الدردير، الشرح الصغير على مختصره المسمى "أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك" ط، وزارة الشؤون الدينية الجزائر ج2 ص 164

123 - عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط وزارة الشؤون الدينية ج2 ص77

124 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور، ط، دار الفكر، ج2 ص600

- لم يتكلم القانون عن أركان الطلاق ولا على الشروط التي تتوفر في المطلق، ولا عن الفاظ الطلاق¹²⁵.
- قانون الأسرة الجزائري
- لم يتكلم القانون عن أركان الطلاق ولا على الشروط التي تتوفر في المطلق، ولا عن الفاظ الطلاق¹²⁶.

وبالله التوفيق

ملاحظة : من أراد التوسع في موضوع الخطبة والزواج والطلاق فعليه العودة إلى كتابي :

1 الخطبة والزواج في الفقه المالكي

2- الطلاق في الفقه المالكي من تأليفنا

¹²⁵ - ينظر قانون الأسرة الجزائري، 2007 2008 م طبعة، منشورات بيرتي

¹²⁶ - ينظر قانون الأسرة الجزائري، 2007 2008 م طبعة، منشورات بيرتي