

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد

جامعة الأمير عبد القادر

قسم الفقه وأصوله

للعلم الإسلامية. قسنطينة

فقه الأسرة

مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د

من إعداد الأستاذة الدكتورة: سعاد سطحي

أستاذة التعليم العالي بقسم الفقه وأصوله

السنة الجامعية : 2012 - 2013 م .

الزواج

تعريف الزواج :

أ . لغة : الزواج في اللغة هو الاقتران كما ورد في قوله تعالى : ﴿ كَذَلِكَ وَرَزَوْنَاَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾
الدخان:54 .

ب . اصطلاحا :

تنوّعت عبارات الفقهاء في تعريف الزواج مع الاتفاق في الغرض والمقصد ونظرا لكثرة فسوف
نقتصر منها على اختيار ما يأتي :

. عقد يخل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا⁽¹⁾ .

. عقد يتضمن وطءا بلفظ إنكاح أو تزويج⁽²⁾ .

. عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد
ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات⁽³⁾ .

ثالثا : تعريف الزواج في القانون : نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي :
الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي, من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة
والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

حكم الزواج:

بيّن فقهاء الشريعة الإسلامية بأن للنكاح حكمين؛ أحدهما عاما وهو الأصل في النكاح وثانيهما
خاصا يختلف باختلاف حالة الشخص رغبة فيه ونفورا منه وسنعرض لهذين الحكمين بما يناسب المقام على
النحو الآتي :

1 . الحكم العام : لقد رغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه بالنسبة للشخص الذي يملك
القدرة المادية والجسدية، مبرزة استحبابه والندب إليه في حقه، وهذا ما يتضح لنا من خلال الأدلة الآتية:
أ . من القرآن الكريم :

قال ﷻ : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ
فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ وَلَيْسَتْغَفِرُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾
النور:33.32. وقال أيضا : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾ النساء:3.

¹ - شرح فتح القدير 185/3 .

² - السراج الوهاج 359 .

³ - أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 44 .

إن الأمر في قوله تعالى : "فانكحوا" للندب.

ب . من السنة :

قوله ﷺ : " من أحب سنتي فليستن بسنتي، ومن سنتي النكاح" (4).

II . الحكم حسب حالة الشخص (5) : تعزيره الأحكام الشرعية الخمسة من وجوب وحرمة وكراهة وندب وإباحة .

الحكمة من الزواج:

إن المتأمل لهذا الزواج الذي حضي بالحث الكبير والاهتمام البالغ من قبل الشريعة الإسلامية يرجع في عمومها إلى اشتماله على حكمٍ عظيمٍ، ومقاصدٍ جليلةٍ، وفوائدٍ للزوجين والمجتمع .

قال الإمام السرخسي (رحمه الله) : " يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدينيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والإنفاق، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول ﷺ وتحقيق مباحاة الرسول" (6).

وقال الإمام الشاطبي (رحمه الله) : " النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدينيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء... والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك" (7).

الخطبة

أولا . تعريف الخطبة :

أ . لغة : قال ابن منظور : الخطب الشأن أو الأمر كما قال ﷺ : ﴿ قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ ﴾ الذاريات : 31 . وخطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر. (8) أي طلبها للزواج .

قال الإمام القرطبي (رحمه الله) : " الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول، والخطبة بضم الخاء هي الكلام الذي يقال في النكاح وغيره" (9) وقيل مأخوذة من الخطب

4 - السنن الكبرى للبيهقي 87/7 .

5 - فتح الباري 110/9 . 111 ، بدائع الصنائع 228/2 ، مواهب الجليل 403/3 ، الخرشبي على مختصر خليل . 165/2 ، شرح الزرقاني 162/3 ، الفواكه الدواني 2/2 .

6 - المسوط 192/4 .

7 - الموافقات 396/2 . 397 .

8 - لسان العرب 1194/2 .

9 - الجامع لأحكام القرآن 190/3 .

أي الشأن أي أنها شأن من الشؤون. وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة.⁽¹⁰⁾

ب. اصطلاحاً :. استدعاء النكاح.⁽¹¹⁾ . التماس التزويج والمحاولة عليه صريحاً مثل أن يقول : فلان يخطب فلانة أو غير صريح كيريد الاتصال بكم والدخول في زمرتكم.⁽¹²⁾

. النظر إلى المخطوبة :

. حكم النظر : لقد أباحت الشريعة الإسلامية أن ينظر الخاطب إلى المرأة التي يريد خطبتها؛ استثناء من الأصل العام الذي ينص على غض البصر. ولقد حث النبي ﷺ على أن يتحرى الرجل النظر إلى المرأة التي يرغب في خطبتها ويفهم منه كذلك إباحة نظر المرأة للرجل الذي يأتيها خاطباً بل من العلماء من ذهب إلى استحباب النظر إلى المخطوبة استناداً إلى الأدلة الآتية

1 . عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل". فقال : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها".⁽¹³⁾

2 . عن المغيرة بن شعبة قال : خطبت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ أنظرت إليها؟ قلت : لا. قال : فانظر إليها فإنه أجد أن يؤدم بينكما"⁽¹⁴⁾ وفي روايات أخرى : " فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".

. الجزء الذي ينظر إليه من المخطوبة :

اختلف الفقهاء في الجزء الذي يجوز للرجل رؤيته ممن يريد خطبتها إلى الآراء الآتية :

1 . ذهب المالكية⁽¹⁵⁾ والشافعية⁽¹⁶⁾ وفي رواية للحنابلة⁽¹⁷⁾ إلى أنه يجوز النظر إلى الوجه والكفين فقط.

قال ابن قدامي (رحمه الله) : "ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها وذلك لأنه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح النظر إلى ما لا يظهر عادة".⁽¹⁸⁾

¹⁰ - راجع في ذلك المعجم الوسيط 242/1، ومختار الصحاح 180، والقاموس المحيظ. 63/1.

¹¹ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل 407/3.

¹² - الخرشني على مختصر سيدي خليل 167/3.

¹³ - سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب : في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزوجها 1040/2 رقم الحديث 1424. رجاله ثقات (انظر نيل الأوطار 239/6).

¹⁴ - سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب : ماجاء في النظر إلى المخطوبة 242/1 رقمه 934 وأخرجه أيضاً الدارمي وابن حبان وصححه (انظر نيل الأوطار 239/6).

¹⁵ - بداية المجتهد 4/2، والقوانين الفقهية 190 والذخيرة 191/4.

¹⁶ - فتح الباري 172/9، ومغني المحتاج 128/3.

¹⁷ - المغني 454/7.

2. ذهب أبو حنيفة إلى جواز رؤية الوجه والكفين والقدمين.⁽¹⁹⁾
3. وفي رواية للإمام أحمد (رحمه الله) أنه لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم⁽²⁰⁾ وورد عنه ينظر إليها كما تبدو لمخارمها.
4. ذهب الإمام الأوزاعي والظاهرية وفي رواية للإمام أحمد أنه يجتهد أن ينظر إلى ما يريد منها إلا العورة.⁽²¹⁾

رابعاً. التعريض بالخطبة :

2. حكم التعريض⁽²²⁾ : لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة مطلقاً.

أما بالنسبة للتعريض فنفرق بين الحالات الآتية :

أ. المعتدة من طلاق رجعي : لا يجوز التعريض بخطبتها إلا من مطلقها، وذلك لتعلق حق هذا الأخير بما إذ يستطيع أن يعيدها إلى عصمته أثناء فترة العدة.

ب. المعتدة من طلاق بائن : أما رأي الجمهور فينص على جواز التعريض بخطبة المعتدة عدة طلاق بائن قياساً على المعتدة من الوفاة، ولقول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها ثلاثاً : "إذا حلت فأذني" فلما حلت خطبها لأسامة بن زيد.⁽²³⁾

ج. المعتدة من وفاة :

يجوز التعريض بخطبتها للأدلة الآتية :

. قال ﷺ : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا » البقرة : 235.

والدليل على أن هذا التعريض خاص بالمتوفى عنها زوجها، قوله ﷺ : « وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ » البقرة : 234 إذ وردت مع الآية السابقة في سياق واحد.

. ما روي أن أبا جعفر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب خطب سكيئة بنت حنظلة في عدتها من وفاة زوجها، فقال لها : "قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ وقرابتي من علي بن أبي طالب وموضعي في

18 - المصدر السابق.

19 - بدائع الصنائع 122/5.

20 - المغني 454/7.

21 - فتح الباري 182/9، ونيل الأوطار 240/6.

22 - جواهر الإكليل 276/1، ومغني المحتاج 137/3، والمغني 525/7، وفتح الباري 179/9-180، والذخيرة 191/4-

192.

23 - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب : المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها 1114/2.

العرب، فقالت له : "غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي؟" فقال لها : "إنما أخبرتك بقرايتي من رسول الله ﷺ ومن علي".⁽²⁴⁾ وهذا الحديث منقطع.

. ما روي أن النبي ﷺ قال لأم سلمة : "لقد علمت أني رسول الله ﷺ وخيرته وموضعي في قومي، كانت تلك خطبته"⁽²⁵⁾ هذا الحديث ضعيف لانقطاعه.⁽²⁶⁾ والهدية تعتبر تعريضا.⁽²⁷⁾

خامسا . الخطبة على الخطبة :

أي أن يخطب رجل امرأة، فيأتي شخص آخر ويخطب نفس تلك المرأة، فهل هذا جائز أم لا ؟
نفرق في ذلك بين حالتين :

. الحالة الأولى : عدم الركون :

أي أن المرأة لم تجب الخاطب الأول لا بالرفض ولا بالقبول، فجاء الثاني وخطب على خطبة أخيه، فهذا جائز.⁽²⁸⁾

ولقد وردت السنة النبوية الشريفة بجواز ذلك في حديث فاطمة بنت قيس وفي فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه قالت فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ "أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه"⁽²⁹⁾ وأما معاوية فصعلوك⁽³⁰⁾ لا مال له. أنكحي أسامة بن زيد، فكرهته، ثم قال : أنكحي أسامة، فنكحته، فجعل الله فيه خيرا، واغتبطت".⁽³¹⁾

الحالة الثانية : في حالة الركون :

إذا تقدم شخص لخطبة امرأة ووافقت على ذلك، فلا يجوز لغيره أن يتقدم لخطبتها⁽³²⁾ وذلك لما يأتي :

1 . عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : "نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".⁽³³⁾

الحكمة من الخطبة :

²⁴ - سنن الدارقطني، كتاب النكاح 224/3.

²⁵ - المصدر السابق.

²⁶ - التعليق المغني على الدارقطني 224/3.

²⁷ - الذخيرة 192/4.

²⁸ - شرح الزرقاني للموطأ 3/3، والمعونة على مذهب عالم المدينة 759/2، والمغني 520/7، والذخيرة 198/4.

²⁹ - لا يضع عصاه عن عاتقه: أي أنه كان كثير الأسفار أو كثير الضرب للنساء، والمعنى الثاني أصح.

³⁰ - فقير للغاية.

³¹ - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها 1114/2 حديث رقم 1480.

³² - المعونة 760/2، والمغني 520/7، والذخيرة 198/4.

³³ - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع 198/9 . بالفتح وصحيح مسلم،

كتاب النكاح، باب : تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك 1032/2.

قال فضيلة الدكتور فتحي الدريني : "الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة أنها وسيلة لتحقيق الغاية من عقد الزواج وذلك بتوفير أسباب الوفاق ودوام الألفة وبقاء المودة".⁽³⁴⁾

العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عليه

بالنسبة لكل من المهر والهدايا

إن عقد الزواج من العقود المهمة، وذلك لتعلقه بذات الإنسان، ولذا جعلت له مرحلة تمهيدية تتمثل في الخطبة، ولكن في بعض الأحيان يحدث عدول عنها وذلك لاكتشاف كون هذا الارتباط لا يحقق الغاية المتوخاة منه، والمتمثلة في المودة والرحمة بين الطرفين، وذلك لوجود النفور وعدم التفاهم من البداية. وبالتالي تترتب آثار معينة عن هذا العدول، إذ كثيرا ما يقع ذلك، خاصة في زمننا هذا، وسنحاول بإذنه تعالى إمطة اللثام عن هذا الموضوع من خلال النقاط الآتية :

بالنسبة للمهر : للخاطب الحق في استرداد المهر باتفاق الفقهاء، إذ المهر يوجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره.⁽³⁵⁾

بالنسبة للهدايا : اختلفت آراء المالكية في هذه المسألة، مفرقين في ذلك بين حالتين :

1. إذا كان هناك عرف أو شرط عمل به سواء بالرد أو بعدمه.
2. إذا لم يكن هناك عرف أو شرط : اختلفت نظرة فقهاء المالكية في هذه المسألة إلى القولين الآتين :

القول الأول :

الأصل في المذهب المالكي أن الخاطب لا يحق له أن يسترد ما أهداه لمخطوبته، سواء أكان العدول منها أو منه، وسواء أعطيت هذه المرأة الهدايا تعريضا بالخطبة بالنسبة للمعتدة أو للمخطوبة غير المعتدة.⁽³⁶⁾

القول الثاني :

الأوجه عند المالكية والذي عليه الفتوى هو التفريق بين أن يكون العدول من جهة الخاطب، أو من جهة المخطوبة.

فإذا كان العدول من جهة الخاطب، فلا يسترد شيئا مما أهداه حتى لا يجمع عليها بين المين، ألم رفضها وألم تغريمها ما أهداه لها.

³⁴ - دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر. 728/2.

³⁵ - حاشية ابن عابدين، 153/1، وفتح العلي المالک، 400/1، ومحاضرات في عقد الزواج وآثاره، 65 وأحكام الأسرة في الإسلام، 65.

³⁶ - الشرح الصغير، 348/2، وحاشية الدسوقي، 219/2-220.

وإن كان العدول من طرفها ردت إليه هداياه حتى لا تجمع عليه بين المين، ألم رفضه وألم أكل ماله. (37)

حكم التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة قد يسبب أضراراً مادية أو أدبية لأحد الطرفين، هل يجب التعويض عن هذه الأضرار المادية والمعنوية أم لا؟

أولاً : حكم التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي :

اختلفت نظرة الفقهاء في ذلك على النحو الآتي :

القول الأول :

ذهب أصحابه إلى التعويض عن الأضرار التي تصاحب الخطبة سواء أكانت مادية أو معنوية. (38)

القول الثاني :

عدم التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، فلكل من طرفي الخطبة فسحها في الوقت الذي يشاء ولا مسؤولية عليه إطلاقاً، ولا يطالب بالتعويض (39).

القول الثالث :

ذهب أصحابه إلى أن مجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض أما إذا صاحب العدول أضراراً وكان العادل هو المتسبب فيها وجب عليه التعويض، أما الأضرار التي لم يتسبب فيها مباشرة وكانت نتيجة العدول فلا تعويض عليها.

الخطبة في قانون الأسرة الجزائري :

المادة 5 : الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة .

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض .

لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، وعليه رد ما لم يستهلك أو قيمته

وإن كان العدول من المخطوبة فعليه رد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته .

³⁷ - المصادر السابقة، وفتح العلي المالك، 400/1، ومواهب الجليل، 405/3.

³⁸ - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 35، دار الفكر العربي، سوريا.

³⁹ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 78، دار النفائس الأردن.

الفحص الطبي قبل الزواج⁽⁴⁰⁾

استعرض المجلس (المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ، دبلن في الفترة من: 14 - 18 محرم 1426 الموافق 23 - 27 فبراير 2005 قرار 14/2)

موضوع "الفحص الطبي" الذي هو الكشف بالوسائل المتاحة (من أشعة وتحليل وكشف جيني ونحوه) لمعرفة ما بأحد الخاطبين من أمراض معدية أو مؤثرة في مقاصد الزواج، وبعد المداولة والمناقشة للبحث المقدم في ذلك قرر المجلس ما يلي:

أولاً: إن للفحص الطبي قبل الزواج فوائد من حيث التعرف على الأمراض المعدية أو المؤثرة وبالتالي الامتناع عن الزواج ولكن له - وبالأخص للفحص الجيني - سلبيات ومحاذير من حيث كشف المستور، وما يترتب على ذلك من أضرار بنفسية الآخر المصاب ومستقبله.

ثانياً: لا مانع شرعاً من الفحص الطبي بما فيه الفحص الجيني للاستفادة منه للعلاج مع مراعاة الستر.

ثالثاً: لا مانع من اشتراط أحد الخاطبين على الآخر إجراء الفحص الجيني قبل الزواج.

رابعاً: لا مانع من اتفاقهما على إجراء الفحص الطبي (غير الجيني) قبل الزواج على أن يلتزما بأداب الإسلام في الستر وعدم الإضرار بالآخر.

خامساً: لا يجوز لأحدهما أن يكتف عن الآخر عند الزواج ما به من أمراض معدية أو مؤثرة إن وجدت، وفي حالة كتمان ذلك وتحقق إصابة أحدهما أو موته بسبب ذلك فإن الطرف المتسبب يتحمل كل ما يترتب عليه من عقوبات وتعويضات حسب أحكام الشرع وضوابطه.

سادساً: يحق لكليهما المطالبة بالفسخ بعد عقد النكاح إذا ثبت أن الطرف الآخر مصاب بالأمراض المعدية أو المؤثرة في مقاصد الزواج .

وتطرق قانون الأسرة الجزائري في تعديله الجديد لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج في المادة 7

مكرر والتي نصها: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج .

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض .

40 - للتفصيل في مسألة الفحص الطبي قبل الزواج يرجع لرسالة الماجستير للطالبة سارة لشرط ، والموسومة ب : الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والتي نوقشت بإشراف أ د سعاد سطحي بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون تخصص أحوال شخصية، خلال السنة الجامعية 2008 . 2009 م ، وتعتبر هذه الدراسة أول رسالة علمية أكاديمية تناولت هذا الموضوع.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

الصيغة في عقد الزواج

تعريف الصيغة

أ. لغة : يقال صيغة الأمر كذا وكذا أي هيئته التي بني عليها⁽⁴¹⁾.

ب. اصطلاحاً : عرّفها الإمام ابن عرفة (رحمه الله) بقوله : " ما دلّ عليه كلفظ التزويج والإنكاح"⁽⁴²⁾.

شروط الصيغة

1. أن تكون بألفاظ مخصوصة : حيث اتفق جميع الفقهاء على انعقاد الزواج بلفظي الإنكاح والتزويج،

وذلك لورود هذين اللفظين في القرآن الكريم، واختلفوا في انعقاده بغير هذين اللفظين.

وهذا ما هو موضّح بالتفصيل في الكلام عن ألفاظ الصيغة.

2. أن تدل على الدوام والتنجيز :

3. الفورية⁽⁴³⁾ :

واستثنى المالكية⁽⁴⁴⁾ من الفور ما إذا قال شخص مريض : إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان.

4. موافقة القبول للإيجاب من كل وجه⁽⁴⁵⁾ :

5. عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول :⁽⁴⁶⁾

ألفاظ الصيغة

اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج⁽⁴⁷⁾.

ذهب المالكية⁽⁴⁸⁾ إلى أنه ينعقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج.

وفصل فقهاء المالكية في ذلك⁽⁴⁹⁾ :

41 - لسان العرب 4/2537.

42 - شرح حدود ابن عرفة 1/241.

43 - الحاوي 11/220.

44 - مواهب الجليل 3/422.

45 - الحاوي 11/214.

46 - مغني المحتاج 3/140 وكشاف القناع 5/28.

47 - المبسوط 5/59، بدائع الصنائع 2/229، حاشية الدسوقي 3/13، الذخيرة 4/396، الخرشي على مختصر سيدي خليل

مجلد 2 ج3/173، المغني 7/428، المجموع 16/210.

48 - الخرشي على مختصر سيدي خليل مجلد 2 ج3/173، الذخيرة 4/396، حاشية الدسوقي 3/13 الإشراف

2/699. وافق المالكية كل من الحنفية بدائع الصنائع 2/229. 230. المبسوط 5/59، وشيخ الإسلام ابن تيمية.

. لفظ النكاح والزواج ينعقد بهما النكاح مطلقا سواء أسمى الصداق أم لا .
. لفظ الهبة : اختلف فيه المالكية .

. الألفاظ التي تقتضي البقاء مدة الحياة كبعث لك ابنتي بصداق قدره كذا أو ملكتك إياها أو أحللت لك
أو أعطيت ومنحتك إياها بكذا، فمن المالكية من قال ينعقد النكاح بهذه الألفاظ إذا ذكر معها الصداق،
وقيل لا ينعقد ولو سمي صداقا.

كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة كالحبس والوقف والإجارة ، فإنه لا ينعقد به مطلقا.

الصيغة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة رقم 10 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي : " يكون الرضا بإيجاب من أحد
الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز
بكل ما يفيد معنى النكاح لعة أو عرفا كالكتابة والإشارة"⁽⁵⁰⁾.

يفهم من نص هذه المادة بأن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تؤدي المعنى
نفسه وتوصل إلى الهدف نفسه. أما إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن رغبته
بواسطة الكتابة وإذا تعدد ذلك يلجأ إلى الإشارة المعهودة الواضحة المتعارف عليها⁽⁵¹⁾.

المحرمات من النساء

إن الشريعة الإسلامية حرمت الزواج بنوعين من النساء :

النوع الأول : يسمى بالمحرمات على التأييد وهن اللواتي كان سبب تحريمهن وصفاً غير قابل للزوال
كالأمومة والبنوة والأخوة والعمومة.

النوع الثاني : يسمى بالمحرمات على التأكيد وهن اللواتي كان سبب تحريمهن وصفاً قابلاً للزوال، فالتحريم
يدور مع ذلك الوصف وجوداً وعدمياً، مثل : زوجة الغير ومعتدته، والجمع بين الأختين، أو المرأة وعمتها،
أو المرأة وخالتها.

هذا وسنتناول هذا الفصل خلال المباحث الآتية :

المحرمات حرمة مؤبدة

المحرمات بهذا الوصف ثلاثة أصناف :

1 . محرمات بسبب النسب أو القرابة.

⁴⁹ - تقارير الشيخ عليش على حاشية الدسوقي 13/3 . 14 والخرشي على مختصر خليل مجلد 2 ج 173/3 .

⁵⁰ . قانون الأسرة الجزائري 8 .

⁵¹ . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ل عبد العزيز سعد 117 . 119 .

2. محرمات بسبب المصاهرة.

3. محرمات بسبب الرضاع.

وسوف نتناول إن شاء الله تعالى بالتفصيل كل صنف على حدة.

المحرمات بسبب النسب أو القرابة⁽⁵²⁾ :

وهن اللواتي ورد النص على تحريمهن في قوله عز وجل : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ النساء : 23.
المحرمات بالمصاهرة⁽⁵³⁾ :

1 . زوجات أصوله، وإن علون فتحرم عليه زوجة أبيه وزوجة جده لأبيه أو لأمه وإن علوا، لقوله تعالى :
﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ النساء : 22 :

2 . زوجات فروعه وإن نزلوا، فتحرم عليه زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته لقوله تعالى : ﴿
وَخَالَاتُ الْأَخِ وَالْبَنَاتُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ النساء : 23.

3 . أصول زوجته : فتحرم عليه أمها وأم أبيها وإن علون، لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾
النساء : 23.

4 . فروع زوجته المدخول بها وإن نزلن وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ النساء : 23.
ملاحظة :

الأصناف الثلاثة الأولى التي ذكرت تثبت حرمتهم بمجرد العقد سواء حصل دخول أم لا. أما بالنسبة
للصنف الأخير فلا تثبت الحرمة إلا بالدخول فإذا لم يتم الدخول فلا حرمة. فمثلا لو أن شخصا عقد على
امرأة ثم توفيت أو طلقها قبل الدخول فلا تحرم عليه بنتها، أما مجرد العقد على البنت ولو بدون دخول
فيحرم الأم.

ولذا وضع العلماء قاعدة وهي :

العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات.

المحرمات بسبب الرضاع⁽⁵⁴⁾ :

⁵² - أحكام القرآن لابن العربي 1/371، كفاية الطالب الرباني 2/50، أنوار التنزيل للبيضاوي 2/76، القوانين الفقهية 201،

بداية المجتهد 2/37، التنبيه 160، المجموع 16/213، 214، بدائع الصنائع 2/256، 257.

⁵³ - بداية المجتهد 2/37، 38، التنبيه 160، المجموع 16/216، فتح الوهاب 2/42، بدائع الصنائع 2/258.

- 1 . فروع الرجل من الرضاعة وفروع فروعه وإن نزلن.
 - 2 . أصول الرجل من الرضاعة وأصول أصوله وإن علون.
 - 3 . فروع أبويه من الرضاعة وفروع فروعهما وإن نزلن.
 - 4 . فروع أجداده من الرضاعة إذا انفصلن بدرجة واحدة وإن علون.
 - 5 . فروع زوجته من الرضاعة إن دخل بها وإن نزلن.
 - 6 . أصول زوجته من الرضاعة وإن علون.
 - 7 . زوجات فروعه من الرضاعة وإن نزلوا.
 - 8 . زوجات أصوله من الرضاعة وإن علوا.
- أدلة التحريم بسبب الرضاع :

- 1 . قال ﷺ: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ النساء : 23
- 2 . وقال ﷺ: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"⁽⁵⁵⁾.

: مسائل مختلفة في الرضاع :

. ماذا يثبت بالرضاع؟⁽⁵⁶⁾ :

إن الرضاعة تبيح ما تبيحه الولادة وقد انعقد الإجماع عليه فيما يتعلق بتحريم النكاح وتوابعه، وانتشار الحرمة بين الرضيع وأولاد المرضعة و تنزيلهم منزلة الأقارب في جواز النظر والخلوة والمسافرة، ولكن لا يترتب عليه باقي أحكام الأمومة من التوارث ووجوب الإنفاق، والعتق بالملك والشهادة والعقل، وإسقاط القصاص.

. لبن الفحل⁽⁵⁷⁾ :

بمعنى هل زوج المرضعة يصبح أبا للرضيع وتثبت بذلك الحرمة كالتى تكون من النسب أم لا؟
ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لبن الفحل يحرم.

54 - أحكام القرآن لابن العربي 373/1، المقدمات بhamش المدونة 63/2 . 64، فتح الوهاب 42/2، بدائع الصنائع 261/2 . 262 .

55 - البخاري، كتاب النكاح، باب : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب 139/9 . بالفتح . ومسلم كتاب الرضاع 20/10 . بشرح النووي.

56 - فتح الباري 141/9، سبل السلام 1157/3، عون المعبود 55/6، شرح مسلم 19/10.

57 - فتح الباري 151/9، بداية المجتهد 44/2، المقدمات بhamش المدونة 64/2، الإشراف 803/2، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 31/34 . 32، زاد المعاد 171/4 . 172، المعونة 952/2، الاستدكار 242/18 . 254، فتح الوهاب ..42/2

مع التنبيه إلى وجود قول ينص على أنه لا يحرم لبن الفحل وبذلك قالت السيدة عائشة وابن الزبير وابن عمر ومكحول وإبراهيم والشعبي والحسن البصري والقاسم بن محمد على اختلاف عنهما.
عدد الرضعات المحرمة :

قليل الرضاع وكثيره يحرم، وهو مروى عن علي وابن عباس والثوري والأوزاعي والليث⁽⁵⁸⁾، وسعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة والحكم وحماد⁽⁵⁹⁾ وبذلك قال الحنفية والمالكية⁽⁶⁰⁾ والإمام أحمد في رواية عنه⁽⁶¹⁾.
واستدلوا على ذلك بما يأتي :

قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعُنَّكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ النساء: 23
فالآية أطلقت الحرمة ولم تخص قليل الرضاعة من كثيرها⁽⁶²⁾ ومعلوم بأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد دليل بتقييده.

حديث : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"⁽⁶³⁾.
إن الله عزّ وجلّ علق التحريم باسم الرضاع فأينما وجد اسمه وجد حكمه، وهذا الحديث ليس فيه ذكر لعدد الرضعات بل ورد مطلقاً⁽⁶⁴⁾.

رضاع الكبير :
لا يحرم رضاع الكبير وبذلك قال جمهور الفقهاء⁽⁶⁵⁾.
واستدلوا على ذلك بما يأتي :

قال تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ البقرة : 233

فهذه الآية تبين بأن الرضاع يكون في فترة الصغر، وتثبت الحرمة به في هذه الفترة، فلا رضاع في الكبر.

58 - فتح الباري 9/146.

59 - زاد المعاد 4/174.

60 - الإشراف 2/803، الاستذكار 18/259، المعونة 2/947.

61 - المحرر 2/112.

62 - الاستذكار 18/261..

63 - سبق تخريجه.

64 - سبل السلام 3/1151.

65 - أحكام القرآن للحصاص 1/410، الإشراف 2/804، الأم 5/28، المجموع 16/216، فتح الباري 9/149، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 34/39، المعونة 2/949.

. عن عائشة . رضي الله عنها . أن النبي ﷺ دخل عليها وعندها رجل، فكأنه تعيّر وجهه، فإنه كره ذلك، فقالت : إنه أحي، فقال : انظرن ما إخوانكن، فإنما الرضاعة من الجماعة" (66).

. عن أم سلمة . رضي الله عنها . أن النبي ﷺ قال : " لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام" (67).

. عن ابن مسعود . رضي الله عنه . أن النبي ﷺ قال : " لا رضاع إلا ما شد العظم، وأنبت اللحم" (68).

فهذه الأحاديث تبين بأن الرضاعة المحرمة هي التي تكون في الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى اللبن ولا يستغني عنه أما بالنسبة للكبير فإن جسمه تعود على المأكّل الأخرى غير اللبن وجسمه يتغذى منها فلا تثبت الحرمة بإرضاعه.

. أما بالنسبة لحديث سالم فإنه خاص بقصة سهلة فلا يتعدى حكمه إلى غيرها ويدل على هذا ما ورد في صحيح الإمام مسلم . رحمه الله . عن أم سلمة زوج النبي ﷺ كانت تقول : أبي سائر أزواج النبي ﷺ أن يدخلن عليهن أحدا بتلك الرضاعة وقلن لعائشة : والله ما نرى هذا إلا رخصة أرخصها رسول الله ﷺ لسالم خاصة فما هو بداخل علينا أحد بهذه الرضاعة ولا رائينا" (69).

وذهبت السيدة عائشة . رضي الله عنها . وعلي وعروة والليث بن سعد وابن حزم وداود الظاهري وابن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي ﷺ إلى أنه تثبت الحرمة برضاع الكبير (70).

وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم . رحمه الله . :

" والأحاديث النافية للرضاع في الكبير إما مطلقة فتقيد بحديث سهلة أو عامة في الأحوال فتخصص هذه الحال من عمومها، وهذا أولى من النسخ ودعوى التخصيص لشخص بعينه وأقرب إلى العمل بجميع الأحاديث من الجانبين وقواعد الشرع تشهد له" (71).

. الشهادة على الرضاع :

قبول شهادة امرأتين، وإليه ذهب المالكية (72)، مع ملاحظة أن المالكية اشترطوا لقبول شهادة المرأتين فشو قولهما، وهو قول مالك، وابن القاسم، ومنهم من لم يشترطه، وهو قول مطرف، وابن الماجشون (73)، واشترط اللخمي زيادة على الفشو عدالة المرأتين (74).

66 - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب : من قال : لا رضاع بعد الحولين 146/9 . بالفتح.

67 - الترمذي، السنن، كتاب الرضاع، باب : ما جاء أن الرضاع لا يحرم إلا في الصغر دون الحولين، قال أبو عيسى : هذا

حديث حسن صحيح، 311/2.

68 - أبو داود مرفوعا وموقوفا، السنن، كتاب النكاح، باب في رضاع الكبير، 222/2.

69 - مسلم بشرح النووي، كتاب الرضاع 33/10.

70 - بداية المجتهد 42/2، سبل السلام 1153/3.

71 - المصدر نفسه.

مع العلم بوجود قول ينص على قبول شهادة امرأة واحدة، إذا كانت عدلة، وبه قال الحنابلة⁽⁷⁵⁾ وفي رأي الشافعية⁽⁷⁶⁾، وقد قيد الشافعي في قول آخر له قبول شهادة المرأة المنفردة بحالة واحدة، وهي إذا كانت مرضعا، ولم تطلب أجره⁽⁷⁷⁾، وذهب أحمد في رواية عنه إلى قبول شهادة المرأة الواحدة مع يمينها إذا كانت مرضية⁽⁷⁸⁾.

وعليه نقول:

وجوب العمل بقول المرأة المرضعة حرة كانت أم أمة حصل الظن بقولها، أو لم يحصل، لما ثبت في بعض الروايات: "إنها كاذبة" فيكون هذا الحديث الصحيح هادما لقولهم: "لا تجوز شهادة فيها تقرير لفعل الشاهد"⁽⁷⁹⁾.

وفي الختام:

نرى أنه ينبغي إذا شهدت ولو امرأة واحدة على الرضاع فإنه يندب التفريق بينهما، ولو من باب التنزه والورع وذلك لقوة دليل هذا القول، والمتمثل في حديث عقبة بن الحارث الذي يعدّ نصا في المسألة، تتساقط معه كل القياسات.

. بنوك الحليب:

لقد ظهرت في زمننا هذا مؤسسات تطلق على نفسها بنوك الحليب، تحاول أن تحلّ محلّ الأم في الإرضاع، وهنا نتساءل عن الحكم الشرعي لهذه المسألة. وللإجابة عن ذلك ارتأينا إدراج قرار مجمع الفقه الإسلامي الحامل للرقم: 6، والذي ينص على ما يلي: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406 هـ/22-28 ديسمبر 1985 م.

بعد أن عرض على المجمع دراسة فقهية، ودراسة طبية حول بنوك الحليب، وبعد التأمل فيما جاء في الدراساتين، ومناقشة كل منهما مناقشة مستفيضة، شملت مختلف جوانب الموضوع تبين:

1. أن بنوك الحليب تجرّبة قامت بها الأمم الغربية، ثم ظهرت مع التجربة بعض السلبيات الفنية، والعلمية فيها، فانكشفت، وقل الاهتمام بها.

72 - المدونة 1/291-292، المنتقى 2/202، القوانين الفقهية 202، جواهر الإكليل 1/401، بداية المجتهد 2/45

73 - بداية المجتهد 2/45.

74 - جواهر الإكليل 1/401.

75 - شرح منتهى الإرادات 3/558، وكشاف القناع 6/436، المغني 12/17.16، الطرق الحكمية 92.

76 - المجموع 20/257.

77 - المنهاج بزد المحتاج 3/560.

78 - تحفة الأحوذى 4/312، المغني 9/222.

79 - نيل الأوطار 8/111.

2. أن الإسلام يعتبر الرضاع لحمة كلحممة النسب، يحرم به ما يحرم من النسب بإجماع المسلمين، ومن مقاصد الشريعة الكلية المحافظة على النسب، وبنوك الحليب مؤدية إلى الاختلاط، أو الريبة.

3. أن العلاقات الاجتماعية في العالم الإسلامي توفر للمولود الخداج، أو ناقص الوزن، أو المحتاج إلى اللبن البشري في الحالات الخاصة ما يحتاج إليه من الاسترضاع الطبيعي، الأمر الذي يغني عن بنوك الحليب.

وبناء على ذلك قرر:

أولاً : منع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي.

ثانياً : حرمة الرضاع منها (80).

المحرمات حرمة مؤقتة

1. مانع الزوجية :

يحرم الزواج بزوجة الغير وذلك لقوله ﷺ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ النساء : 23. 24. ولا تحل إلا إذا توفي زوجها أو طلقها وانتهت عدتها.

2. مانع العدة :

فلا يجوز الزواج بمعددة الغير أثناء فترة العدة حتى تنتهي سواء أكانت العدة من وفاة أو طلاق وسواء أكان الطلاق رجعياً أو بائناً، وسواء أكانت البيونة كبرى أو صغرى، وذلك لقوله ﷺ : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ البقرة : 234. 235. وقوله أيضاً : ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ البقرة : 228. ولقوله أيضاً: ﴿ وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق : 4.

3. مانع العدد :

لقد أباح الله عز وجلّ الزواج بأربعة نسوة.

قال الله ﷻ : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾ النساء : 3.

(80) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني، ج 424/1-425.

فلا يجوز للمسلم أن يجمع في عصمته أكثر من أربع نسوة⁽⁸¹⁾، لما رواه ابن عمر . رضي الله عنهما . أن غيلان بن سلمة الثقفي لما أسلم كانت عنده عشر نسوة وأسلمن معه، فقال له النبي ﷺ : "أمسك أربعاً وفارق سائرهن"⁽⁸²⁾.

وكذلك روي أن نوفل بن المغيرة أسلم وهو متزوج خمس نسوة فقال له النبي ﷺ "فارق واحدة وأمسك أربعاً"⁽⁸³⁾.

4. مانع الجمع :

لا يجوز للشخص أن يجمع في نكاحه بين أختين لقوله ﷺ : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ النساء : 23.

وعندما عرضت أم حبيبة على النبي ﷺ أن يتزوج بأختها، قال : "إنها لا تحل لي"⁽⁸⁴⁾.

5. مانع الإحرام :

ذهب جمهور الفقهاء⁽⁸⁵⁾ إلى أنه لا يجوز للمحرم أن يتزوج أو يزوج غيره، سواء أكان إحرامه بحج أو عمرة⁽⁸⁶⁾، استناداً إلى الحديث الذي رواه سيدنا عثمان بن عفان . رضي الله عنه . أن النبي ﷺ قال : "لا ينكح المحرم ولا ينكح"⁽⁸⁷⁾.

ولكن السيدة ميمونة . رضي الله عنها . ذكرت بأن النبي ﷺ "تزوجها وهو حلال"⁽⁸⁸⁾، إذن فهي أدرى بنفسها مما يرجح رأي الجمهور في هذه المسألة.

81 - كفاية الأختيار 69/2.

82 - الترمذي، السنن، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، قال أبو عيسى : هكذا رواه معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه قال : سمعت محمد بن إسماعيل يقول : هذا حديث غير محفوظ، والصحيح ما روى شعيب بن أبي حمزة وغيره عن الزهري... قال : حدثت عن محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وعنده عشر نسوة، قال محمد : وإنما حديث الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلاً من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : لتراجعن نساءك أو لأرجمن قبرك كما رُجم قبر أبي رغال. قال أبو عيسى : والعمل على حديث غيلان بن سلمة عند أصحابنا منهم الشافعي وأحمد وإسحاق، 435/3. وقد صححه الشيخ الألباني (رحمه الله) في الإرواء، 191/6.

83 - أخرجه البيهقي في النكاح، باب : من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة 184/7.

84 - سبق ذكر الحديث بأكمله عندكلامنا عن المحرمات بالرضاع.

85 - ولكن أبا حنيفة ذهب إلى جواز نكاح المحرم استناداً إلى حديث ابن عباس . رضي الله عنهما . أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم"البخاري، الجامع الصحيح، أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب تزويج المحرم، 40/3، وكتاب المغازي، باب عمرة القضاء، 293/5، ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، 209/5.

86 - التنبيه 160، فتح الباري 165/9.

87 - مسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، 209.208/5 والترمذي، كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، قال أبو عيسى : حديث حسن، 167/2.

وبالنسبة لحديث ابن عباس . رضي الله عنهما . فمردّه إلى احتمال أنه كان يرى أن من قلد الهدى يصير محرماً، والنبي ﷺ كان قد قلد الهدى في عمرته التي تزوج فيها ميمونة، فيكون إطلاقه أنه ﷺ تزوجها وهو محرم أي عقد عليها بعد أن قلد الهدى وإن لم يكن تلبس بالإحرام⁽⁸⁹⁾. ويحتمل كذلك بأن ذلك من خصائصه ﷺ جمعاً بين حديث ابن عباس وعثمان بن عفان . رضي الله عنهم .⁽⁹⁰⁾.

6 . مانع الزنا :

وذلك لقوله ﷺ : ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾ النور : 3 .

والزانية هي البغية التي تجاهر بالزنى وتتكسب به ولكنها إذا تابت إلى الله وعدلت عن هذا الفعل القبيح فيجوز الزواج بها .

وذكر القاضي عبد الوهاب المالكي كراهة الزواج بالزانية المشهورة بذلك، وأنه إذا زنت المرأة لم يفسخ النكاح⁽⁹¹⁾، وذلك لما ورد أن النبي ﷺ جاءه رجل وقال له بأن امرأته لا ترد يد لامس فقال له ﷺ : "طلقها" فقال الرجل : "إني أحبها" فقال له ﷺ : "أمسكها"⁽⁹²⁾.

7 . مانع المرض :

ذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم إلى أن نكاح المريض المخوف عليه والمحجور عليه في ماله غير جائز⁽⁹³⁾ لأن زواجه يؤدي إلى إخراج ماله بغير معاوضة لأنه يشتمل على المهر والنفقة مع عدم احتياجه للاستمتاع لأن حالته لا تسمح له بذلك، وكذلك هذا النكاح فيه تهمّة الإضرار بالورثة بإدخال وارث زائد⁽⁹⁴⁾.

8 . مانع الكفر :

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾ البقرة : 221 .

88 - مسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، 210/5، وأبو داود السنن، أول كتاب

المناسك، باب المحرم يتزوج، 169/2 .

89 - فتح الباري 165/9 . 166 .

90 - المصدر نفسه .

91 - الإشراف 701/2 .

92 - أخرجه أبو داود في النكاح، باب : النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، 220/2، النسائي في النكاح باب : ما جاء

في الخلع، 196/6 .

93 - التلقين 300/1، بداية المجتهد 54/2 .

94 - بداية المجتهد 54/2 .

. فبالنسبة للمسلمة لا يجوز لها أن تتزوج إلا بالمسلم استنادا للآية السابقة ولقوله عز وجل أيضا : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ المتحنة : 10 .
. أما بالنسبة للمسلم فلا يجوز له الزواج بالمشركة استنادا لقوله ﷺ : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ﴾ ولقوله أيضا : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ ﴾ المتحنة : 10 . أما الكتابية التي لها دين سماوي كاليهودية والنصرانية فيحوز الزواج منها لقوله ﷺ : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ المائدة : 5 .
وهذا الرأي قال به جمهور الفقهاء⁽⁹⁵⁾ . ولكن عبد الله بن عمر . رضي الله عنهما . قال بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بكتابية استنادا إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ﴾ البقرة : 221 ، وقال : " لا أعلم شركا أعظم من أن تقول إن ربها عيسى بن مريم " ⁽⁹⁶⁾ .
ورأي ابن عمر قال به كذلك الشيعة الإمامية⁽⁹⁷⁾ بينما ابن عباس . رضي الله عنهما . قال بأنه يجوز للمسلم الزواج بالكتابية الذمية فقط ولا تجوز الكتابية الحربية، لقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ التوبة : 29 .
9 . مانع طلاق الثلاث :

فمن طلق زوجته ثلاثا تصبح بائنة بينونة كبرى فلا تحل له حتى تتزوج بشخص آخر زواجا صحيحا مبني على التأييد، ويتم الدخول بها فإذا توفي هذا الزوج الثاني أو طلقها بدون نية تحليلها لزوجها الأول، فيحوز للزوج الأول أن يتزوجها وذلك لقوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ البقرة : 229 . 230 .

المحرمات في القانون⁽⁹⁸⁾

المادة 23 : يجب أن يكون كل من الزوجين خلوًا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

⁹⁵ - الدر المنثور في التفسير بالمأثور 26/3، المبسوط 210/9، المغني 217/7، فتاوى النكاح لابن تيمية فتوى رقم 14/93/91 .

⁹⁶ - تفسير ابن كثير 3/2، أحكام القرآن للحصص 324/2، فتاوى النكاح لابن تيمية فتوى رقم 14/93/91 فتح القدير 19 . 18/2 .

⁹⁷ - النهاية 1980 .

⁹⁸ - قانون الأسرة الجزائري، 14 - 16 .

المادة 24 : موانع النكاح المؤبدة هي :

- القرابة . المصاهرة . الرضاع .

المادة 25 : المحرمات بالقرابة هنّ : الأمهات والبنات والأخوات، والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

المادة 26 : المحرمات بالمصاهرة هي :

1 . أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2 . فروعها إن حصل الدخول بها.

3 . أرامل أو مطلقات أصول الزوجة وإن علوا.

4 . أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

المادة 27 : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

المادة 28 : يُعدّ الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدًا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه.

المادة 29 : لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين، سواء أكان اللبن قليلا أو 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 كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع .

- زواج المسلمة من غير المسلم .

المادة 31: يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية .

قرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث حول الكفاءة في الزواج :

استعرض المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث موضوع "الكفاءة في الزواج"، (دبلن في الفترة من: 14 - 18

محرم 1426 الموافق 23 - 27 فبراير 2005)

وبعد المداولة والمناقشة للبحث المقدم في ذلك قرر ما يلي :

أولاً: توافر الكفاءة بين الزوجين يحقّق الانسجام بينهما والتوافق واستمرار العشرة دون نفور أو مشكلات تنشأ بسبب الاختلافات البيئية والفروق الاجتماعية.

ثانياً: لقد جمعت الشريعة الإسلامية بين اعتبار ما عليه بعض المجتمعات من مراعاة الفروق والمستويات لتحقيق الاستقرار العائلي، وبين ما جاءت به من قيم ومثل تعتمد التفاضل بالتقوى وتحصيل الفضائل

والمزايا المكتسبة، مع تأكيد المقررات الشرعية على تذويب تلك الفروق وإبراز التفاضل القائم على العمل الصالح والتقوى، وذلك بأسلوب التقويم والإصلاح والحكمة.

ثالثاً: إن ما اشتملت عليه الاجتهادات الفقهية لعلماء المسلمين من التعداد لصفات الكفاءة كان مراعاة للواقع المعيش في كل عصر، باعتبار ما لذلك من أثر على متانة العلاقة الزوجية والأسرية، ولم تغفل تلك الاجتهادات التأكيد على أن الكفاءة السلوكية تحل محل الكفاءة الاجتماعية العرفية.

رابعاً: لا خلاف أن أعلى صفات الكفاءة هي التدين.

الولي في عقد الزواج

إن من شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذاً بأن تكون له قدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه إذ يعقد لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائباً في إنشائه وهو الولي أو يكون وكيلاً⁽⁹⁹⁾.

وهنا ونحن بصدد الحديث عن الولاية في الزواج بشكل محدد نحاول إبراز أهم مسائلها وذلك من خلال النقاط الآتية :

تعريف الولي:

أ. لغة : الولي في أسماء الله تعالى، الناصر، لقوله ﷺ: ﴿ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ آل عمران : 68، أي ناصرهم.

وكان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل.

والولاية بالكسر هي السلطان.

والولاية بالفتح هي النصر، يقال : هم عليّ ولاية أي مجتمعون على النصر ومنه قوله ﷺ: ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾ الأنفال: 72 أي من نصرتهم.

وسمي الولي بذلك لأنه ينصر المرأة إذا حلّ بها مكروهه، هذا إضافة إلى أنّ الولي هو الذي يلي عقد النكاح على المرأة ولا يتركها تستبدّ بعقد النكاح دونه⁽¹⁰⁰⁾.

ويطلق اسم الولي كذلك على السيد والمحّب والصديق والمطيع⁽¹⁰¹⁾.

ب. اصطلاحاً :

عرّفه الإمام ابن عرفة . رحمه الله . بقوله :

⁹⁹ - محاضرات في عقد الزواج وآثاره للشيخ أبي زهرة. 153.

¹⁰⁰ - لسان العرب مادة "ولي" 984/3 وما بعدها.

¹⁰¹ - مختار الصحاح 306.

"الوليّ من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيضاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام".⁽¹⁰²⁾
وعرّف الإمام أبو زهرة (رحمه الله) الولاية بقوله: "القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁽¹⁰³⁾.

أولاً : بالنسبة للبكر البالغ :

اختلفت أقوال الفقهاء في إجبار البكر البالغ من عدم إجبارها إلى الأقوال الآتية :

. القول الأول :

يجوز للأب أن يزوج البكر البالغ بدون استئذانها، وممن قال بذلك ابن أبي ليلى ومالك⁽¹⁰⁴⁾ والليث والشافعي⁽¹⁰⁵⁾ وفي رواية للإمام أحمد⁽¹⁰⁶⁾ وإسحاق⁽¹⁰⁷⁾.

القول الثاني : يشترط استئذان البكر البالغ، ولا يجوز إجبارها على الزواج، ولو كان الجبر أباً. فلو عقد عليها بغير استئذان لم يصح، وبذلك قال الحنفية⁽¹⁰⁸⁾ والأوزاعي والثوري وأبو ثور⁽¹⁰⁹⁾، وفي رواية للحنابلة، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (رحمهما الله تعالى)⁽¹¹⁰⁾.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية . رحمه الله . :

"فإن الأب ليس له أن يتصرّف في مالها إذا كانت رشيدة إلا بإذنها، وبضعها أعظم من مالها، فكيف يجوز أن يتصرّف في بضعها مع كراهتها ورشدها... وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوّغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره مباضعته ومعاشرته من تكره معاشرته؟! والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأى مودة ورحمة في ذلك؟"⁽¹¹¹⁾.

قال ابن القيم (رحمه الله) :

"فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرّف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها فكيف يجوز أن يرقّها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد هو،

102 - شرح حدود ابن عرفة للرضاع 241/1 . 242.

103 - محاضرات في عقد الزواج وآثاره 153.

104 - بداية المجتهد 6/2.

105 - شرح مسلم للنووي 204/9.

106 - المغني 383/7، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 24/32.

107 - فتح الباري 193/9.

108 - بدائع الصنائع 241/2.

109 - فتح الباري 193/9.

110 - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 24/32، وزاد المعاد 2/4.

111 - مجموع الفتاوى 25/32.

وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها، ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريدده ويجعلها أسيرة عنده... ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها"⁽¹¹²⁾.

حكم الولي في عقد النكاح

وهنا نتساءل : هل يصح النكاح بدون ولي أم لا؟ وهل يجوز للمرأة التي تتمتع بالأهلية (البالغة العاقلة) أن تزوج نفسها؟

اختلف العلماء . رحمهم الله . في حكم الولي في نكاح المرأة إلى الآراء الآتية:
- **الرأي الأول :** ذهب المالكية⁽¹¹³⁾ والشافعية⁽¹¹⁴⁾ والحنابلة⁽¹¹⁵⁾ إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا.

- **الرأي الثاني :** ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الولي ليس شرطًا في النكاح بل هو مندوب، وبالتالي يصح النكاح بدون ولي، وهذا الرأي قال به كذلك ابن أبي ليلى وزفر والشعبي والزهرري.

فيجوز للمرأة البالغة العاقلة عندهم أن تزوج نفسها بدون ولي و لا يحق له الاعتراض على ذلك إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوّجت نفسها من غير كفاء لها وبأقل من مهر المثل⁽¹¹⁶⁾.

ونسب إلى الإمام مالك . رحمه الله . بأنه يرى الولاية سنة لا فرض .

ويقول في ذلك الإمام ابن رشد : " ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية... أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة"⁽¹¹⁷⁾.

- الرأي الثالث :

ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب⁽¹¹⁸⁾.

112 - زاد المعاد 2/4.

113 - المعونة 727/2، الإشراف 686/2، التلقين 280/1، الفروق 102/3، الفواكه الدواني 3/2.

114 - المجموع 146/16.

115 - المغني 380/7.

116 - المبسوط 2/5، بدائع الصنائع 241/2 . 247، فتح القدير 255/3.

117 - بداية المجتهد 10/2.

118 - بداية المجتهد 10/2.

الحكمة من الولي

- 1 . المرأة من طبيعتها الحياء، وهذا يمنعها من مباشرة العقد بنفسها، فيباشره الولي.
 - 2 . الرجال أقدر من المرأة على البحث عن أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته، فإذا ترك الأمر للمرأة، فربما لا تحسن الاختيار.
 - 3 . المرأة عاطفية، وقد تحدد بالمظاهر الكاذبة.
 - 4 . زواج المرأة ليس شأنًا خاصًا بها، بل له انعكاسات على أهلها، فهو ارتباط بين أسرتين، وارتباط المرأة بزوج صالح يريح أسرتها. أما إذا كان غير صالح فمشاكلها معه تمس أسرتها وتقلقها. فكيف يكون عليهم الغرم ولا يشاركون في قرار له انعكاساته على حياتهم كلها.
- وفي ذلك يقول الإمام أبو زهرة . رحمه الله . :
- "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار"⁽¹¹⁹⁾.

شروط الولي⁽¹²⁰⁾

- أ . الشروط المتفق عليها : 1 . الإسلام : لا تثبت لكافر ولاية على مسلمة.
- قال الإمام ابن قدامة . رحمه الله . : "أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم".
- وقال الإمام ابن المنذر . رحمه الله . : "أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا".
- وقال الإمام أحمد : بلغنا أن عليا أجاز نكاح الأخ، ورد نكاح الأب، وكان نصرانياً.
- وسبب اشتراط ذلك أن الكثير من الآيات القرآنية أثبتت الولاية بين المؤمنين وفتتها مع الكافرين.
- قال المولى **عَلَيْكَ** : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ النساء : 141.
- أما إذا تزوج مسلم كتابية، فيجوز أن يكون وليها من أهل ملتها، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي، وفي قول للحنابلة، ومن الفقهاء من رأى بأن الحاكم المسلم هو الذي يزوجهما، وقد ورد ذلك في قول ثانٍ للحنابلة.
- 2 . 3 . البلوغ والعقل : لأن الصبي والمجنون لا ولاية لهما على أنفسهما فمن باب أولى أن لا تكون لهما ولاية على غيرهما.

ب . الشروط المختلف فيها :

1 . الرشد :

¹¹⁹ - الأحوال الشخصية 108 .

¹²⁰ - بدائع الصنائع 239/2 . 239 . القوانين الفقهية 196 ، المغني 355/7 . 357 ، بداية المجتهد 14/2 .

ذهب الإمام أبو حنيفة وأكثر أصحاب الإمام مالك والمشهور في مذهبه أنه لا يشترط الرشد وعليه تجوز ولاية السفية.

وذهب الإمام مالك والشافعي وأشهب إلى اشتراط الرشد،⁽¹²¹⁾.

2. العدالة⁽¹²²⁾ :

ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليهِ وفي رواية للحنابلة إلى أن الفاسق يلي عقد النكاح وذلك لما يلي :

أ. أنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل.

ب. إن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر والمصلحة وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل، إذ الفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر.

وذهب الإمام الشافعي⁽¹²³⁾ في قول ثان له ورواية عن الإمام أحمد إلى أنها شرط وبالتالي لا تجوز ولاية الفاسق وحجتهم قوله ﷺ : " لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل".

3. الذكورة :

اشترط الجمهور غير الحنفية ذلك، فالمرأة لا ولاية لها على نفسها، فمن باب أولى أن لا تكون لها ولاية على غيرها. بينما ذهب الحنفية إلى أن للمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عن الغير إما بالولاية أو الوكالة.

4. عدم اختلال السمع والبصر :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من اشترط سلامة الحواس من سمع وبصر، ومنهم من لم يشترط ذلك، مستندين إلى أن شعيباً عليه السلام - زوج ابنته وهو أعمى، وإن المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر للنظر⁽¹²⁴⁾.

5. الإحرام :

لا تصح ولاية المحرم سواء أكان إحرامه بحج أو بعمره، حتى ينتهي من أداء نسكه.

مسائل مختلفة في الولاية

المسألة الأولى : هل يقوم السكوت من البكر مقام الإذن في حق جميع الأولياء؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين هما :

. القول الأول :

¹²¹ - بداية المجتهد 14/2 .

¹²² - المصدر نفسه .

¹²³ - الأم 12/5 .

¹²⁴ - المغني 357/7 .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن السكوت من البكر كاف في جميع الأولياء⁽¹²⁵⁾.
 وذلك لقوله ﷺ: "البكر تستأذن وإذنها صماتها"، ولأن الإذن الذي هو بالقول لا يختلف باختلاف الأولياء، فكذلك الصّمات، ولأن السكوت إنما جعل إذنا في حقها، لأنها تستحيي أن تتكلّم ويغلب عليها الحياء⁽¹²⁶⁾، وفي رواية الإمام البخاري أن السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت: "يا رسول الله إن البكر تستحيي قال: رضاها صمتها".

. **القول الثاني**: ذهب الشافعية إلى أنه إذا كان الولي أبا أو جدًّا فاستئذانه مستحب ويكفي فيه سكوتها، وإن كان غيرها فلا بد من نطقها لأنها تستحيي من الأب والجد أكثر من غيرها⁽¹²⁷⁾.

المسألة الثانية: هل يكون ذووا الأرحام أولياء؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى القولين الآتيين:
القول الأول:

ذهب جمهور العلماء إلى أن أولياء النكاح هم العصبية⁽¹²⁸⁾.

وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب - رحمه الله -:

"أما الولاية بالنسب فهي للعصبية وللمولي، لأنه أيضا عصبية وللوصي إذا أوصى إليه الأب دون غيره من العصبات، وذووا الأرحام الذين لا تعصيب فيهم لا ولاية لهم"⁽¹²⁹⁾.

قال الإمام علي - رضي الله عنه -:

"النكاح إلى العصبات" لأنه إذا كان هناك مساس بشرف العائلة، فيلحق العصبية، لذا كان لهم حق النظر والتأمل في أمر النكاح⁽¹³⁰⁾.

القول الثاني:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه تثبت الولاية لذوي الأرحام كذلك في حالة عدم وجود العصبية. وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة أنه إذا كان هناك عصبية لا تثبت الولاية لغيرهم وإن لم يكن هناك عصبية فلغيرهم من القربات من الرجال والنساء، نحو الأم والأخت والحالة ولاية التزويج، الأقرب فالأقرب إذا كان المزوج ممن يرث المزوج.

¹²⁵ - المبسوط 197/4، البدائع 240/2، بداية المجتهد 5/2، تحفة الأحوذى 241/4.

¹²⁶ - الإشراف 695/2.

¹²⁷ - شرح مسلم للنووي 204/9.

¹²⁸ - فتح الباري 187/9، نيل الأوطار 212/7، التلقين 282/1، المجموع 17/16.

¹²⁹ - المعونة 730/2.

¹³⁰ - بدائع الصنائع 240/2 . 241.

ودليل ذلك عموم قوله ﷺ : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ... ﴾ النور : 32، فلم تفرق الآية بين العصابات وغيرهم فثبت ولاية النكاح على العموم إلا ما خص بدليل. ولأن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة الحاملة على الشفقة في حق القريب الداعية إليها، وقد وجدت في قرابة الرحم، وإنما العصبية تقدم على ذي الرحم والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، لأن ولاية النكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتها⁽¹³¹⁾.

المسألة الثالثة : لمن تنتقل الولاية في حالة غياب الولي الأقرب؟

للإجابة على هذا التساؤل يستوجب منا عرض القولين الآتين :
القول الأول : ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة⁽¹³²⁾ ومالك⁽¹³³⁾ وأحمد بن حنبل⁽¹³⁴⁾ إلى أن الأقرب إذا غاب غيبة متقطعة فلاأبعد من عصبته تزويجها دون الحاكم.

ومستندهم في ذلك ما يأتي :

- 1 . حديث : "السلطان ولي من لا ولي له".
وهذه لها ولي، فلا يكون السلطان وليها.
 - 2 . الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبت لمن يليه من العصابات كما لو جنّ أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان ذلك للأبعد كالأصل.
 - 3 . إن غيابه ينزل بمنزلة موته، وقد جرى الاتفاق على أنه لو مات انتقلت الولاية لمن يليه من **المقول الثاني⁽¹³⁵⁾** : ذهب الإمام الشافعي . رحمه الله . إلى القول بانتقال ولاية النكاح للسلطان في حالة غياب الولي الأقرب.
وقد جاء في الأم : "قال الشافعي . رحمه الله تعالى . : ولا ولاية لأحد بنسب، ولا ولاء، وأولى منه حي غائبا كان أو حاضرا بعيد الغيبة، منقطعها ميعوسا منه، مفقودا أو غير مفقود، وقريبها مرجو الإياب غائبا..."⁽¹³⁶⁾.
- ومستنده ما يأتي : 1 . إنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته، فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها.

131 - المصدر السابق.

132 - بدائع الصنائع 2/250.

133 - القوانين الفقهية 196.

134 - المغني 7/369. 370.

135 - بداية المجتهد 2/16، المغني 7/369. 370.

136 - الأم 5/14.

2. إنَّ الأبعد محبوب بولاية الأقرب، فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا ودليل بقاء ولايته أنه لو زوّج من المكان الذي فيه أو وُكِّل صحّ.

ملاحظة : المحبوس والمأسور اللذان لا يمكن مراجعتهم والاتصال بهما يأخذان حكم الغائب في الولاية⁽¹³⁷⁾.

المسألة الرابعة : ترتيب الأولياء :

الحنابلة ⁽¹⁴¹⁾	الشافعية ⁽¹⁴⁰⁾	المالكية ⁽¹³⁹⁾	الحنفية ⁽¹³⁸⁾
الأب ثم الجد	الأب	الابن ثم ابن الابن	الابن ثم ابن الابن
الابن ثم ابن الابن	الجد	الأب	الأب ثم الجد
الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبناءهم	الأخ ثم ابن الأخ	الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبناءهم	الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبناءهم
العمومة ثم أبناءهم	العم ثم ابن العم	الجد ثم الأعمام وأبناءهم	العم ثم ابن العم

إن الناظر في الجدول المبين أعلاه يتبين له أن ترتيب الأولياء في النكاح بالنسبة لتقدم الأصول على الفروع، أو العكس عند فقهاء أصحاب المذاهب الأربعة يعود إلى الاختلاف في مستند كل فريق، وسنحاول إبراز ما ذهبوا إليه من خلال القولين الآتيين :

. القول الأول : ذهب الحنفية والمالكية إلى تقدم الفروع على الأصول في ولاية النكاح، بمعنى أنهم قدموا الأبناء وأبناء الأبناء على الأب.

ودليلهم في ذلك ما يأتي :

1. إنَّ تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب بدليل أنه في حالة اجتماعهما صار الأب من ذوي الفروض، فيقدم الابن عليه، ومرّد ذلك لكون الولاية مبناهما على التعصيب⁽¹⁴²⁾.

137 - المغني 371/7.

138 - بدائع الصنائع 250/2.

139 - القوانين الفقهية 196، التلقين 282/1، الإشراف 694/2، المعونة 730/2.

140 - المجموع 147/16.

141 - المغني 346/7. 349.

2. إن رسول الله ﷺ أمر عمر ابن أم سلمة أن يزوجه من أم سلمة، إذ حينما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها، فقالت : يا رسول الله، ليس أحدمن أوليائي شاهدا، قال : "ليس من أوليائك شاهد، ولا غائب يكره ذلك"، فقال لابنها : "يا عمر، قم، فزوّج رسول الله، فزوّجه"⁽¹⁴³⁾.

. القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى تقدم الأصول على الفروع في ولاية النكاح بمعنى أنهم يقدمون الأب، والجدّ على الابن وابن الابن.

ودليلهم في ذلك ما يأتي⁽¹⁴⁴⁾ :

1. إن الولد موهوب لأبيه، قال الله ﷻ: ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ ﴾ الأنبياء : 90

وقال زكريا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾ آل عمران : 38،

وقال سيدنا إبراهيم (عليه السلام) : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴾ إبراهيم : 39.

وقال الرسول الكريم ﷺ : "أنت ومالك لأبيك".

ولا شك أنّ ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس.

2. إنّ الأب أكمل نظرا وأشدّ شفقة، وعليه وجب تقديمه في الولاية.

3. إنّ الأب يلي شؤون ولده في صغره، وسفهه، وجنونه، فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن، ولذلك اختصّ بولاية المال، وجاز له أن يشتري لها من ماله، ويشتري لنفسه من مالها، إذا كانت صغيرة، وهذا بخلاف غيره.

4. إنّ الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه، أولى من احتكام الفرع على الأصل.

المسألة الخامسة : من أولى بالولاية ولي النسب أم وصي الأب؟⁽¹⁴⁵⁾

¹⁴² - المعونة 731/2، بدائع الصنائع 250/2، هذا مع ملاحظة أن الحنفية ورغم قولهم بتقدم الفروع عن الأصول إلا أنّ بعضهم يرى أنه إذا اجتمع الأب مع الابن قدم الأب لا من جهة الأولوية، وإنما من جهة التأدب معه، والاحترام، والتوقير له، وكذا احترازا عن موضع الخلاف. هذا وقد وردت رواية غير مشهورة عن الإمام مالك ترى تقدم الأب على الابن.

¹⁴³ - النسائي، السنن، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه 82/6، وأحمد، المسند (مسانيد لبعض أزواج النبي ﷺ)، حديث أم سلمة زوج النبي ﷺ، 295/6، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الابن يزوجه إذا كان عسبة لها بغير البنوة،

131/7، وضعفه الشيخ الألباني. انظر إرواء الغليل 251/6.

¹⁴⁴ - المغني 346/7.

ملاحظة : إنّ الشافعية لم يقولوا بولاية الابن أساسا، وإنما جعلوا الولاية للأب والأجداد.

¹⁴⁵ - فتح الباري 187/9، القوانين الفقهية 195.

اختلف الفقهاء في ذلك فقال الأئمة أبو حنيفة، ومالك، وابن القاسم، وربيعة . رحمهم الله . بأن وصي الأب أولى من ولي النسب، لأن الأب لو جعل ذلك لرجل بعينه في حياته لم يكن لأحد من الأولياء أن يعترض عليه، فكذلك بعد موته، ورأوا جواز ذلك للأب قياساً على جواز الوصاية في المال. بينما ذهب ابن الماجشون وابن عبد الحكم من المالكية والإمام الشافعي إلى أن ولي النسب أولى. وقد ردّوا على دليل من خالفهم بأن الولاية انتقلت بالموت من الأب إلى الولي الأقرب الذي يليه في الترتيب.

وعليه يكون ولي النسب مقدّم على الوصي، ورأوا بأنه لا مجال لقياس الوصي على من عينه الأب في حياته، لأنه يجوز له أن يوكل غيره وهو حر في ذلك ولكن بمجرد موته تنتقل الولاية إلى ولي النسب.

المسألة السادسة : تزويج الولي الأبعد مع حضور الأقرب.

ذهب جمهور الفقهاء من حنيفة⁽¹⁴⁶⁾ ومالكية في رواية لهم⁽¹⁴⁷⁾ وشافعية⁽¹⁴⁸⁾ وحنابلة⁽¹⁴⁹⁾ إلى أنه لا يجوز أن يزوجه الولي الأبعد مع حضور الأقرب، لأن الولاية مستحقة بالتعصيب، فلم تثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث⁽¹⁵⁰⁾، إذ أنّ من أدلى إلى الميت بواسطة حجته تلك الوسطة إن وجدت، فكذلك هنا إذا وجد الولي الأقرب فلا تصح ولاية الأبعد.

وهناك رواية أخرى للإمام مالك مفادها صحة تزويج الولي الأبعد مع وجود الأقرب بالنسبة لغير الشريفة⁽¹⁵¹⁾.

كما أن هناك رواية ثالثة عنه أن للولي الأقرب إجازة النكاح أو فسخه.

المسألة السابعة : عضل الولي⁽¹⁵²⁾

146 - بدائع الصنائع 2/250.

147 - بداية المجتهد 2/16.

148 - المجموع 16/147.

149 - المغني 7/364.

150 - بداية المجتهد 2/16.

151 - حاشية الدسوقي 3/23، التلقين في الفقه المالكي 1/283.

152 - بدائع الصنائع 2/248، التلقين 287، القوانين الفقهية 196، المغني 7/350، بلغة السالك 37/2 الخرشبي 3/189،

المقتع 3/22، المهذب 2/376.

العضل : التضييق والمنع، وكل مشكل عند العرب مُعضل، ومنه قول الشافعي :

إذا المعضلات تصدّيني كشفت حقائقها بالنظر

يرى جماهير الفقهاء . رحمهم الله . بأنه ليس للولي أن يمنع وليته من الزواج إذا رغبت في الزواج بمن يتوفر فيه شرط الكفاءة وبصداق مثلها، فإذا منعها الولي فلها أن ترفع أمرها للقاضي، فيزوجها بدل الولي، لقوله ﷺ : **﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾** البقرة: 232.

كما يجوز للمرأة أن تمنع نفسها ممن لا ترغب في الزواج به، ولا يجوز للولي أن يكرهها على الزواج على الرأي الراجح كما بينا سابقا، وإذا حصل ذلك فيجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي، لقوله ﷺ : "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

الولي في قانون الأسرة الجزائري (153)

ورد الكلام عن الولي في النكاح في عدة مواد من قانون الأسرة الجزائري ويتضح لنا ذلك من خلال المواد الآتية :

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

. أهلية الزواج . . الصداق . . الولي . . شاهدان . . انعدام الموانع الشرعية للزواج .

المادة 11 : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له .

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 .

الإشهاد في عقد الزواج

تعريف الشهادة

أ. لغة⁽¹⁵⁴⁾ : إن مصطلح الشَّهادة يدور حول المعاني الآتية :

العلم ومنه قوله تعالى : **﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ﴾** آل عمران: 18.

¹⁵³ - قانون الأسرة ص 8 و 10 .

¹⁵⁴ - لسان العرب. مادة : شهد 374/2، معجم مقاييس اللغة. مادة : شهد 221/3، القاموس المحيط، مادة : شهد

والحضور ومنه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ البقرة: 185. والإعلام والخبر القاطع والمعينة والأداء والحلف. وورد المعنى الأخير في قوله تعالى : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ النور: 6.

ب . اصطلاحا :

. تعريف الإمام ابن عرفة . رحمه الله . : "قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه" (155).

. تعريف ابن عاشور : "تطلق الشهادة على الخبر الذي يخبر به صاحبه عن أمر حصل لقصد الاحتجاج به لمن يزعمه، والاحتجاج به على من ينكره" (156).

حكم الإِشهاد في النكاح

اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على أن الشهادة من شرط النكاح، ولكن اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟ (157).

. القول الأول : ذهب المالكية (158) إلى أن الشهادة ليست شرطا لصحة العقد، بل يكفي الإعلان، وإنما هي شرط لحل الدخول، فهي ليست شرطا لانعقاد، بل هي شرط لترتيب الآثار. وشرط إنشاء العقد هو الإعلان.

وقال الإمام ابن جزيء : في الشهادة على النكاح "ولا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول" (159).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

1 . قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ... ﴾ النور: 32.

فالمولى ﷺ في جميع الآيات التي تتحدث عن النكاح لم يشترط الشهادة لانعقاد عقد الزواج.

2 . عن أنس رضي الله عنه قال : "أقام النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثا يُبنى عليه بصفية بنت حُيَيِّ، فدعوتُ المسلمين إلى وليمته، فما كان فيها خبز ولا لحم أمر بالأنطاع فألقي فيها من التمر والأقط والسمن، فكانت وليمته. فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه؟ فقالوا : إن حجبها

155 - شرح منح الجليل 215/4.

156 - التحرير والتنوير 106/3.

157 - بداية المجتهد 20/2.

158 - المصدر السابق والذخيرة 398/4 والمعونة 745/2، والفواكه الدواني 3/2، والمعيار المعرب 29/3.

159 - القوانين الفقهية 191.

فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطى لها خلفه ومدّ الحجاب بينها وبين الناس" (160).

من خلال هذا الحديث يتبين لنا بأنّ النبي ﷺ تزوج صفية بدون شهود، لأنه لو كان هناك إشهد لما خفي ذلك على الصحابة، ولما ترددوا في معرفة هل تزوجها أو هي مما ملكت يمينه؟
الرّد : ردّ المخالفون للمالكية في هذه المسألة بما يلي :

1. احتمال أنّ الذين حضروا التزويج غير الذين تردّدوا.

2. وعلى تسليم أن يكون الجميع تردّدوا فذلك مذکور من خصائصه ﷺ أن يتزوج بدون ولي ولا شهود ولا صداق (161).

3. قال ﷺ : "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغريال" (162).

4. فالفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب، والإشهد يصلح بعد العقد للتداعي والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين (163).

5. الغرض من الإشهد التوثيق، فلم يكن شرطا في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة (164).

6. إن كل من لم يحتج إلى حضوره في إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطا في عقد النكاح أصله الزوجة (165).

7. إن عقد البيع يصح بدون إشهد، رغم أن المولى ﷺ ذكر معه الإشهد في قوله : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ البقرة: 282، فالنكاح الذي لم يذكر فيه الإشهد أولى بأن نحكم عليه بالصحة بدون إشهد. وفي ذلك يقول الإمام ابن عبد البر . رحمه الله . :

"إن البيوع التي ذكر الله فيها الإشهد عند العقد قد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، فالنكاح الذي لم يذكر فيه الإشهد أخرى بأن لا يكون الإشهد فيه من شروط فرائضه" (166).

القول الثاني : ذهب الحنفية (167) والشافعية (168) والحنبلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد (169) إلى أن الإشهد شرط صحة في العقد، ولا يعتبر النكاح صحيحا بغير إشهد.

160 - البخاري، كتاب النكاح، باب : اتخاذ السراري، ومن أعتق جارية ثم تزوجها 126/9 . بالفتح.

161 - فتح الباري 129/9 .

162 - ابن ماجه، السنن، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، 611/2، والحاكم، المستدرک، كتاب النكاح، باب الأمر بإعلان

النكاح، 183/2، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه وما لا يُستتكر من القول، 290/7، والحديث ضعّفه الشيخ الألباني في الإرواء، 50/7.

163 - الاستذکار 214/15 .

164 - المعونة 745/2 .

165 - المصدر السابق .

166 - الاستذکار 214/15 .

167 - بدائع الصنائع 252/2 .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

1. قول النبي ﷺ : "البغايا اللائي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة"⁽¹⁷⁰⁾.

2. قوله ﷺ : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽¹⁷¹⁾.

وردّ عليهم المالكية بما يأتي :

. البيّنة المقصود بها الإعلان أو الإشهاد عند الدخول.

. حديث : "لا نكاح إلا بولي... روي بأسانيد ضعيفة، فأحيانا يروي موقوفاً وأخرى مرسلًا.

ولكن ردّ على ردّ المالكية بأن هذا الحديث قوي بشواهد.

مع ملاحظة أن الشيخ ناصر الدين الألباني . رحمه الله . صحح هذا الحديث⁽¹⁷²⁾.

وردّ الإمام القرافي . رحمه الله . على أصحاب القول الثاني في استنادهم على حديث : "لا نكاح إلا بولي

وشاهدي عدل" بما يلي :

أ . أن النفي دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما فهو مطلق فيهما ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا ببيّنة، أما الحل فثابت بدون بيّنة.

ب . إنه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول.

ج . إن الصداق المذكور مع عدم شرطيته في العقد بدليل نكاح التفويض فكذلك الشهادة قياساً عليه بطريق الأولى.

د . يحمل النفي على الكمال، ويؤيده ذكر الصداق وهو معتبر في الكمال⁽¹⁷³⁾.

الإشهاد في القانون

ورد في المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري ما يلي : **المادة 9** : يتم عقد الزواج بتبادل رضی الزوجين

¹⁶⁸ - فتح الباري 129/9، فتح الوهاب 35/2.

¹⁶⁹ - المغني 339/7.

¹⁷⁰ - الترمذي ، السنن، كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا ببيّنة، 284/2 . 285، مرفوعاً وموقوفاً، ويبيّن الترمذي بأن المرفوع أصحّ، قال : هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما رُوِيَ عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، 125/7 . 126، والحديث بهذا اللفظ عن ابن عباس مرفوعاً ضعّفه الألباني في الإرواء، 261/6.

¹⁷¹ - الدارقطني، السنن، كتاب النكاح، 221/3 . 222، وعبد الرزاق، المصنّف، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي،

196/6، والحديث صححه الشيخ الألباني في الإرواء، 241/6.

¹⁷² - انظر إرواء الغليل 235/6 . 258.

¹⁷³ - الذخيرة 399/4.

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

. أهلية الزواج . . الصداق . . الولي . . شاهدان . . انعدام الموانع الشرعية للزواج .

ونصت المادة 33 منه على ما يلي : **المادة 33 :** يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا .

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويشتت بعد الدخول بصداق المثل.

ونصت المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي : "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"⁽¹⁷⁴⁾.

ونلاحظ بأن قانون الأحوال الشخصية السوري نص على شروط الشهود بما يتفق مع المذهب الحنفي. بينما قانون الأسرة الجزائري لم يبيّن شروط الشهود لكنه في المادة 222 من هذا القانون نص على أنه : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁷⁵⁾.

¹⁷⁴ - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. ص 105.

¹⁷⁵ - قانون الأسرة الجزائري ص 106.

الصَّدَاق

تعريف الصداق وأسمائه

أولاً : تعريف الصداق : أ. لغة : هو اسم مصدر (لأصدق)، وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج⁽¹⁷⁶⁾. وقيل بأنه مأخوذ من (الصدق) الذي هو ضد الكذب وهذا لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع⁽¹⁷⁷⁾.

ب. اصطلاحاً : (هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها)⁽¹⁷⁸⁾.

ثانياً : أسماء الصداق : للصداق مسميات عديدة بعضها ورد في القرآن الكريم، وبعضها الآخر ورد في السنة النبوية المطهرة منها⁽¹⁷⁹⁾

حكم الصداق

اعتبره بعض فقهاء المالكية ركناً من أركان النكاح⁽¹⁸⁰⁾. وذهب بعضهم الآخر إلى اعتباره شرطاً من شروط الصحة لأنه لا يجوز التواطؤ على تركه⁽¹⁸¹⁾. قال الآبي : "أما الصداق فشرط صحة في الدخول"⁽¹⁸²⁾.

ومنهم من لم يبيّن هل هو ركن أم شرط ولكن صرح بأنه واجب على الرجل ولا يجوز زواج بدون مهر، وإليه نحا الحنفية والشافعية⁽¹⁸³⁾، ولكن لا يشترط تسميته عند العقد ويصح عقد الزواج دون ذكره⁽¹⁸⁴⁾

بدليل قوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة : 236.

176 - مختار الصحاح، مادة : صدق. 151.

177 - حاشية الدسوقي، 294/2.

178 - فتح العلي المالك، 293/2.

179 - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. 132.

180 - الفواكه الدواني 5/2، القوانين الفقهية 192.

181 - بداية المجتهد 21/2.

182 - الثمر الداني 437.

183 - الهداية 221/1، الأم 58/5.

184 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 197/3.

ولكنه يستحب تسمية المهر في العقد وأن لا يعقد النكاح إلا به⁽¹⁸⁵⁾ لأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ولم يكن يخلي ذلك من صداق.

وقال للرجل الذي زوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: "هل من شيء تصدقها" فعندما لم يجد، قال له: "التمس ولو خاتما من حديد"⁽¹⁸⁶⁾.

فتسميته في العقد أقطع للنزاع والخلاف فيه⁽¹⁸⁷⁾.

وبالتالي فإن الصداق يعتبر أثرا من آثار عقد الزواج. فيجب على الرجل دفعه للمرأة ولو لم يسم في العقد لأنه لا يجوز الزواج بدونه إلا للنبي ﷺ⁽¹⁸⁸⁾ حيث ورد ذكر ذلك في قوله ﷺ: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ الأحزاب : 50، فهذه خصوصية له ﷺ⁽¹⁸⁹⁾.

مسائل مختلفة في الصداق

• هل يجوز أن يكون الصداق عبارة عن منافع يستأجر عليها؟

كبناء منزل أو العمل في مزرعة أو في دكان أو غير ذلك من الأعمال؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى الآتي :

القول الأول : ذهب الإمام مالك في رواية له وأصبغ وسحنون⁽¹⁹⁰⁾ والشافعية⁽¹⁹¹⁾ والحنابلة⁽¹⁹²⁾ إلى جواز ذلك .

. القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة⁽¹⁹³⁾ والإمام مالك في رواية عنه وابن القاسم⁽¹⁹⁴⁾ . رحمهم الله تعالى . إلى عدم جواز النكاح بالإجارة . مع ملاحظة بأن الرواية المشهورة عن الإمام مالك القول بالكرهية⁽¹⁹⁵⁾ .

185 - فتح الوهاب 55/2، التنبيه 165، المحرر 31/2.

186 - سبق تخريجه.

187 - المغني 3/8.

188 - الكافي 550/2، شرح منتهى الإرادات 63/3.

189 - الاستذكار 65/16.

190 - المصدر السابق 24/2.

191 - مغني المحتاج 238/3، التنبيه 166، الحاوي 16/12.

192 - المغني 6/8.

193 - شرح العناية على الهداية 340/3.

194 - بداية المجتهد 24/2.

. أكثر الصداق وأقله : وستناوله على النحو الآتي :

أ. أكثر الصداق : اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على أنه ليس لأكثره حد⁽¹⁹⁶⁾ .

ومنهم من نقل الإجماع على ذلك⁽¹⁹⁷⁾ . استنادا لقوله ﷺ : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ

وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ فِنِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴾ النساء : 20 .

ب . أقل الصداق :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى القولين الآتيين :

القول الأول : إن أقل الصداق محدد، وهو من الحقوق المشتركة بين الله عزّ وجلّ والعبد، فأقله هو حق الله

تعالى وما زاد فهو حق للمرأة⁽¹⁹⁸⁾ . وقال بذلك الحنفية والمالكية إلا أنهم اختلفوا في هذا التحديد . فقال

الحنفية أقله عشرة دراهم فضية⁽¹⁹⁹⁾ ولا يجوز أن يكون المهر أقل من ذلك . وقال المالكية ربع دينار ذهبي

أو ثلاثة دراهم فضية⁽²⁰⁰⁾ . وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم⁽²⁰¹⁾ قياسا على نصاب قطع يد السارق

عند كل واحد منهم، لأن البضع عضو مستباح يبدل من المال فلا بد أن يكون مقدرا قياسا على قطع

اليدي⁽²⁰²⁾ .

كما استدل الحنفية كذلك بقوله ﷺ : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ النساء :

24 .

فنجد بأن المولى عزّ وجلّ اشترط أن يكون المهر مالا وما كان أقل من نصاب السرقة يعتبر شيئا تافها، ولا

تتعلق به النفوس، وعليه فلا يصح أن يكون مهرا⁽²⁰³⁾ .

واستدلوا كذلك بما نسب للنبي ﷺ أنه قال : " لا مهر أقل من عشرة دراهم"⁽²⁰⁴⁾ .

195 - الإشراف 718/2 .

196 - بداية المجتهد 21/2، كفاية الطالب الرباني 37/2، المعونة 750/2 .

197 - الجامع لأحكام القرآن 101/5، الاستذكار 77/16 .

198 - بدائع الصنائع 276/2، حاشية العدوي 36/2 .

199 - بدائع الصنائع 275/2 .

200 - التلقين 288/1، الإشراف 714/2، المعونة 750/2، كفاية الطالب الرباني 37/2، الكافي 551/2 الاستذكار

71/16 .

201 - بداية المجتهد 23/2، الاستذكار 72/16 . 73 .

202 - المصدران السابقان .

203 - بدائع الصنائع 276/2 .

204 - أخرج البيهقي في السنن، كتاب النكاح، باب اعتبار الأكفاء 133/7 . وهذا الحديث ضعيف قال فيه الإمام ابن عبد

البر : " لا يثبت له أحد من أهل العلم بالحديث " 73/16 .

القول الثاني : لا حد في أقل مبلغ الصداق، فيجوز بكل ما تم عليه التوافق بين الطرفين، فالنكاح يجوز بقليل المال وكثيره. وممن قال بذلك سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وسائر فقهاء التابعين بالمدينة والليث بن سعد وإسحاق وأبو ثور وابن وهب⁽²⁰⁵⁾ والشافعية⁽²⁰⁶⁾ والحنابلة⁽²⁰⁷⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

. أن النبي ﷺ قال : "التمس ولو خاتما من حديد" وعندما لم يجد شيئاً قال له : زوجناكها بما معك من القرآن⁽²⁰⁸⁾.

الحالات التي تستحق فيها المرأة مهر المثل :

1. في نكاح التفويض :

وهو النكاح الذي يتم فيه العقد بدون ذكر صداق وهو جائز لقوله ﷺ : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ البقرة : 236.

فإذا دخل بها لها مهر المثل، وقال جمهور الفقهاء إذا توفى كذلك لها مهر المثل خلافاً للمالكية والإمام الشافعي في قول له⁽²⁰⁹⁾ وهذا مخصوص بحالة الوفاة فقط.

وقد استند من قال بأنه يفرض لها مهر المثل في حالة الوفاة بالأثر الذي ورد عن عبد الله بن مسعود . رضي الله عنه . أنه سئل عن هذه المسألة فقال : أقول فيها برأبي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني، أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واثق مثل ما قضيت⁽²¹⁰⁾.

2. إذا دخل رجل بامرأة بعد العقد عليها على أن لا مهر لها، فيفرض لها مهر المثل.

3. إذا كان المهر فاسداً مثل أن يكون المهر شيئاً محرماً وتم الدخول⁽²¹¹⁾.

4. في نكاح الشغار فمن بين صورته فرض مهر المثل.

5. في الاختلاف في الصداق فيبعد التحالف يرجع إلى مهر المثل عند الشافعية.

205 - الاستدكار 16 / 71 و 74 . 75 .

206 - فتح الوهاب 2 / 55 .

207 - المحرر 2 / 31، المغني 8 / 4 .

208 - سبق تخريجه .

209 - كفاية الطالب الرباني 2 / 63، بداية المجتهد 2 / 31، التنبيه 167 .

210 - سبق تخريجه .

211 - سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي، وتقنين الأسرة الجزائرية . رسالة ماجستير مخطوطة بقسم الدوريات بجامعة الأمير عبد القادر، نوقشت سنة 1999 تحت إشراف الدكتور نصر سلمان ص 110، 112 و 129 .

6. الدخول بشبهة كمن تزوج امرأة ودخل بها وهي أخته من الرضاع وعندما تم الدخول لم يكن عالماً بأنها محرمة عليه⁽²¹²⁾.

3. الصداق المعجل والمؤجل :

المتعارف عليه في الصداق أن يكون معجلاً ويجوز تأجيله أو تأجيل جزء منه حسب الاتفاق على أن لا يكون الأجل مجهولاً⁽²¹³⁾.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز التأجيل إذا كان المهر غير معين أو كان معيناً لكنه غير حاضر، أما إذا كان معيناً فلا يجوز التأجيل لأنه ربما تغير عن حاله وإذا كان المهر مؤجلاً فيشترط أن يعجل ربع دينار قبل الدخول⁽²¹⁴⁾ مع وجوب تحديد الأجل وكرهية إطالة مدته⁽²¹⁵⁾.

وقال الحنابلة بأنه إذا أطلق الأجل فيحل بالفرقة إما بالموت أو الطلاق،⁽²¹⁶⁾.

فالأفضل أن يرجع في هذه الأمور إلى أعراف الناس وعاداتهم في ذلك، وهذا ما قال به بعض الفقهاء⁽²¹⁷⁾.

مع الإشارة إلى أن ابن حزم الظاهري ذهب إلى أن اشتراط الأجل في الصداق مفسد للعقد ويفسخ النكاح قبل الدخول وبعده ولو تم إنجاب أبناء⁽²¹⁸⁾.

بينما نجد شيخ الإسلام ابن تيمية . رحمه الله . فضل التعجيل تأسيماً بالسلف الصالح مع القول بجواز التأجيل⁽²¹⁹⁾.

☆ ثبوت الصداق وتشطيره وإسقاطه

I. ثبوت كل الصداق : يثبت كل الصداق في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : الدخول الحقيقي : اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول⁽²²⁰⁾، ويقصد بذلك الوطء.

ومستندهم في ذلك ما يأتي :

212 - المرجع نفسه.

213 - بدائع الصنائع 2/288، بداية المجتهد 2/25، القوانين الفقهية 197، المجموع 16/328، الحاوي 12/165 المغني 21/8.

214 - القوانين الفقهية 197.

215 - مواهب الجليل 3/510 . 514.

216 - المغني 21/8.

217 - بدائع الصنائع 2/288، حاشية ابن عابدين 3/144.

218 - المحلى 9/491.

219 - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 32/195.

220 - بدائع الصنائع 2/291، الإشراف 2/717، بداية المجتهد 2/25، القوانين الفقهية 198، المجموع 16/345 المحرر 35/2.

قال **عَلِيٌّ** : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ النساء: 24.

أما الخلوة فمختلف فيها أي هل اجتماع الزوجين في مكان آمن لا يطلع عليهما أحد موجب للصداق وتستحق به المرأة المهر كاملاً أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى القولين الآتين :

القول الأول : ذهب الحنفية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم إلى أنه يجب المهر بأكمله بالخلوة⁽²²¹⁾. مع اختلاف بينهما في تحديد شروط هذه الخلوة، حيث اشترط الحنفية في هذه الخلوة أن تكون صحيحة. بل ذهب الإمام أحمد - رحمه الله - إلى أنه يثبت الصداق بأكمله إذا لمسها أو قبلها ولو من غير خلوة⁽²²²⁾.
القول الثاني : ذهب المالكية والشافعية في الجديد إلى أن الخلوة لا يثبت بها المهر بأكمله⁽²²³⁾ واستثنى المالكية من ذلك إذا أدت إلى الوطء.

الحالة الثانية : موت أحد الزوجين ⁽²²⁴⁾ :

فيجب الصداق بموت أحد الزوجين ويرث أحدهما الآخر ولو لم يتم الدخول. مع ملاحظة بأن المالكية والشافعية قالوا بسقوط المهر إذا قامت المرأة بقتل زوجها. وقال المالكية كذلك بأن المهر يسقط بالموت في حالة نكاح التفويض مع قولهم بالتوارث بين الزوجين في هذه الحالة الأخيرة⁽²²⁵⁾.
الحالة الثالثة : إذا مكثت عند زوجها سنة كاملة بدون مسيس⁽²²⁶⁾ وبهذا قال المالكية (رحمهم الله)

2. تشطير الصداق ⁽²²⁷⁾ :

تستحق المرأة نصف المهر في حالة واحدة فقط وهي إذا طلقت من نكاح صحيح قبل الدخول الحقيقي لقوله **عَلِيٌّ** :

﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة : 237.

3. إسقاط الصداق :

يسقط الصداق في الحالات الآتية⁽²²⁸⁾ :

221 - بدائع الصنائع 2/291، المحرر 2/35، المغني 8/61.

222 - المصدر السابق 8/66.

223 - الإشراف 2/720، بداية المجتهد 2/26، القوانين الفقهية 198، التنبيه 166.

224 - بدائع الصنائع 2/291، بداية المجتهد 2/26، المحرر 2/35.

225 - كفاية الطالب الرباني 2/63.

226 - القوانين الفقهية 198، جواهر الإكليل 1/308.

227 - المعونة 2/754، التنبيه 167، المحرر 2/35.

1. إذا فسخ عقد النكاح قبل الدخول.
 2. إذا وهبت المرأة الصداق لزوجها أو أبرأته منه لقوله ﷺ :
﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ النساء : 4.
- مع ملاحظة بأن من قال الصداق هو حق مشترك بين المولى عز وجل والمرأة فلا يجوز لها أن تتنازل عن حق الله، ولذا نجد المالكية يوجبون على الرجل دفع ربع دينار قبل الدخول والذي يمثل حق الله وهو مقدار أقل المهر عندهم.
3. إذا مات الزوج قبل الدخول في نكاح التفويض فيسقط الصداق وهذا عند المالكية فقط.
 4. إذا قتلت الزوجة زوجها فيسقط الصداق عند المالكية والشافعية.
- ☆ **الصداق في قانون الأسرة الجزائري** ⁽²²⁹⁾
- ورد الكلام عنه في المواد الآتية :
- . **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.
- . **المادة 15** : يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا .
- 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 بيّنة، وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة، أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء، فالقول للزوج، أو ورثته مع اليمين.
- . **المادة 33** : يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا .
- إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

الحقوق الزوجية

: حقوق الزوجة

228 - أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائرية، ص 180 . 184.

229 - قانون الأسرة الجزائري، ص 11 . 12 و 18.

وهي كثيرة نعملها في النقاط الآتية :

1. الصداق:

وذلك لقول الله ﷻ: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ النساء : 4

ولقوله ﷻ: ﴿ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ النساء : 24.

ولقوله ﷻ: "لا نكاح إلا بولي وصداق".

وقد فصلنا القول في الحديث عن الصداق، وذلك بإفرادنا له في فصل كامل في ثنايا هذا البحث.

2. النفقة :

تعريفها : أ/ لغة : مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، وذلك لأن المنفق يهلك ماله على المنفق عليه، وذلك ببذله من أجله، وفي مصالحه. (230)

ب/ اصطلاحاً : تطلق النفقة الزوجية وتشمل الطعام والكسوة والسكنى، والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم. (231)

أدلة مشروعيتها :

أ/ من القرآن الكريم : قوله ﷻ: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ البقرة : 233.

ب/ من السنة :

مرويات كثيرة منها : عن معاوية القشيري قال : قلت : يارسول الله، نساؤنا ما تأتي منها، أم ما نذر قال : أت حرتك أتى شئت غير أن لا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تحجر إلا في البيت، وأطعم إذا طعمت، واكس إذا اكتسيت كيف وقد أفضى بعضكم إلى بعض". (232)

وعن عائشة (رضي الله عنها) أنّ هندا قالت للنبي ﷺ إنّ أبا سفيان رجل شحيح فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله، قال : "خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف". (233)

شروط استحقاق النفقة :

تستحق الزوجة النفقة إذا توافرت شروط ثلاثة : (234)

1. أن يكون الزوج قد بنى بها بعقد صحيح.

2. أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الجنسية.

230 - لسان العرب مادة : "نفق".

231 - عبد الرحمن الصابوني : شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. 302/1 وهذا التعريف هو نص المادة : 71 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

232 - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقة، باب : "وجوب النفقة للزوجة" 467/7.

233 - المصدر نفسه. 466/7.

234 - الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. 303/1-305، وأستاذنا الدكتور محمود جبر الفضيلات : بناء الأسرة المسلمة. 195-196.

3. أن لا تكون في حالة نشوز.

3/ العدل بين الزوجات :

ويكون العدل بين الزوجات لمن كانت تحته أكثر من واحدة في الآتي :

أ/ العدل في المعاملة :

وهذا لقوله ﷺ : "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداها جاء يوم القيامة وشقه مائل". (235)

ب/ العدل في القسمة بين النساء :

ويكون هذا في القضايا المادية، أما القضايا التي لا يستطيع الزوج التصرف فيها كحب إحداهن أكثر من الأخرى، فإنه غير مؤاخذ بها ويحسن به ألا يصرح بذلك، حتى لا يذكي نار الغيرة، والفتنة بين نسائه. وقد روت أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) أنّ رسول الله ﷺ كان يقسم فيعدل ويقول : "اللهم هذا قسمني فيما أملك، فلا تلومني فيما تملك ولا أملك". (236)

ج/ العدل في المبيت :

وذلك بأن يبيت عند كلّ واحدة بمقدار ما أقام عند الأخرى، ويستثنى من ذلك الأيام التي يقيمها عند الزوجة الجديدة، التي بنى بها لأول مرة، إذ وقت رسول الله ﷺ للبكر سبعاً ولثيب ثلاثاً، وهذا لحديث أنس بن مالك قال، قال رسول الله ﷺ : "للبكر سبع ولثيب ثلاث". (237)

د/ العدل في السفر :

وذلك بضرب القرعة بين نسائه، فأيتهما خرج سهمها سافر بها معه. ولا تقتطع أيام السفر من أيامها في القسمة مع باقي ضرائرها فقد روى عروة عن عائشة قالت : "كان رسول الله ﷺ إذا سافر أقرع بين نسائه فأيتهنّ خرج سهمها خرج بها معه". (238)

4/ العشرة بالمعروف :

وتكون باحترامها، وتقدير آرائها، وعدم ضربها وذلك لما رواه عبد الله بن زمعة قال : خطب رسول ﷺ الناس يوماً، ووعظهم في النساء، فقال : "ما بال الرجل يجلد امرأته جلد العبد، ولعله يضاجعها في آخر يومه". (239)

235 - أبو داود، كتاب النكاح، باب : "القسمة بين النساء" 242/2، وابن ماجه كتاب النكاح، باب : "القسمة بين النساء"

633/1 والدارمي كتاب : النكاح، باب : "في العدل بين النساء" 193/2.

236 - النسائي، كتاب عشرة النساء، باب "ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض" 64/7، وابن ماجه كتاب النكاح، باب : "القسمة بين النساء" 634/1.

237 - البخاري، كتاب النكاح، باب : "إذا تزوج البكر على الثيب" 313/9، وباب : "إذا تزوج الثيب على البكر" 314/9، ومسلم، كتاب الرضاع، باب : "قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف" 1084/2.

238 - البخاري، كتاب : الهبة، باب : "هبة المرأة لغير زوجها". 218/5.

239 - الدارمي، كتاب النكاح، باب : "في النهي عن ضرب النساء" 198/2، والبخاري كتاب النكاح، باب : "ما يكره من ضرب النساء" 302/9.

ومن العشرة الحسنة مداراة الرجل أهله، كما هو الشأن في حديث أبي ذر أنّ رسول الله ﷺ قال : " إنّ المرأة خلقت من ضلع، فإنّ تقمها كسرتمها، فدارها، فإنّ فيها أوداً وبلغه". (240)

5. السماح لها بزيارة أهلها وأقاربها لأنّ في ذلك صلة للرحم، وتمتينا للعلاقات الأسرية.

حقوق الزوج

وهي كثيرة نجملها في الآتي :

1. تمكينه من نفسها :

وذلك لحديث أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال : " إذا باتت المرأة هاجرة لفراس زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع". (241)

2. طاعته بالمعروف :

وذلك بطاعته فيما لا معصية فيه لله تعالى، فلو أمرها بمعصية، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وذلك لما روته عائشة (رضي الله عنها) أنّ امرأة من الأنصار زوجت ابنة لها، فاشتكت، فسقط شعرها فجاءت به إلى النبي ﷺ فذكرت ذلك له، فقالت : إنّ زوجها أمرني أن أصل في شعرها فقال : لا إنه قد لعن الموصلات". (242)

3. ألا تصوم صيام التطوع وهو حاضر إلا بإذنه، وله أن يفسد لها صومها.

4. ألا تدخل أحداً لبيته إلا بإذنه.

5. المحافظة على ماله.

وهذه الحقوق الثلاثة وردت في حديث أبي هريرة حيث قال : قال رسول الله ﷺ : " لا تصوم المرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته وهو شاهد إلا بإذنه وما أنفقت من كسبه من غير أمره فإنّ نصف أجره له". (243)

6. السفر معه :

وذلك شريطة أن يكون الطريق والمكان آمنين وأن لا تنقطع عنها أخبار أهلها وأقاربها، وأن يكون هو مأموناً عليها.

7. حق التعدّد :

للزوج الحق في الزواج بأكثر من واحدة ، وذلك لقوله ﷺ : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ النساء : 3

240 - الدارمي، كتاب النكاح، باب : "مدارة الرجل أهله" 199/2.

241 - البخاري، كتاب النكاح، باب : "إذا باتت المرأة مهاجرة فراس زوجها" 293/9-294 ومسلم، كتاب النكاح باب :

"تحريم امتناعها من فراس زوجها" 1059/2، والدارمي، كتاب النكاح، باب : "في حق الزوج على المرأة" 201/2.

242 - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب : "لا تطيع المرأة زوجها في المعصية" 294/7.

243 - المصدر نفسه، كتاب : القسم والنشوز، باب : "ما جاء في بيان حقه عليها" 292/7.

ولكننا نقول هنا إنَّ هذا الحق ليس على إطلاقه، ولكنه مقيد بشروط نحملها في الآتي:
أ/ تقييد العدد بأربعة.

ب/ تحقق العدل بين الزوجات.

ج/ القدرة على الإنفاق.

10. التزيين والتبرج لزوجها :

إذ لا يجوز للمرأة إظهار زينتها إلا أمام زوجها أو أمام الذين نصت عليهم هذه الآية : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ﴾ النور : 31.

الحقوق المشتركة بين الزوجين

وسوف نحاول إيجازها في الآتي :

الأول : حق الاستمتاع :

وهو حق مشترك بين الزوجين، إذ لكل منهما أن يستمتع بصاحبه، إذ بوجود هذا الحق يتحصن كل منهما من الوقوع في فاحشة الزنا التي يعدّ الوقوع فيها فاحشة ومقتا وساء سييلا.

الثاني : حرمة المصاهرة :

إنَّ المصاهرة هي رابطة كرابطة النسب، إذ هذا الرباط يجعل الزوجة جزءا من عائلة الزوج، والزوج جزءا من عائلة الزوجة فأمها بمنزلة أمه، وأبوه بمنزلة أبيها، وغالبا ما تناديها كما تنادي أباهما، وبنات الزوجة هي الأخرى بمثابة البنات، وهذا ما تنزع إليه الفطرة، فجاءت حرمة المصاهرة متماشية مع دواعي الفطرة السليمة.

الثالث : التوارث بين الزوجين :

الحياة الزوجية شركة رأس مالها المودة والسكينة، والرحمة، والتعاون، هذا وقد وصف الله عزّ وجلّ رابطة الزواج بالميثاق الغليظ حين قال : ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ النساء : 21، ونظرا لقوّة هذه الرابطة الزوجية جعل الإسلام آثارها تتعدى لما بعد الموت، وذلك بالتوارث بين الزوجين، مصداقا لقوله ﷺ : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ النساء : 12.

بل شرع الإسلام التوارث بينهما إذا مات أحدهما وإن لم يتمّ الدخول الحقيقي وذلك لأنه لا يشترط في

التوارث البناء.

الحقوق الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

المادة 36 : يجب على الزوجين :

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .
2. المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم .
4. التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات .
5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم .
6. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
7. زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف .

المادة 37 : لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر .

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما .

الطلاق

تعريف الطلاق و حكمه و أركانه

. تعريف الطلاق :

أولاً : تعريف الطلاق لغة : تقول : طَلَّقْتُ البلاد إذا فارقتها، و القوم إذا تركتهم.⁽²⁴⁴⁾ " والتطليق : التخلية، والإرسال، وحلّ العقد، ويكون بمعنى الترك والإرسال".⁽²⁴⁵⁾

ثانياً : تعريف الطلاق شرعاً : . "حلّ العصمة المنعقدة بين الزوجين".⁽²⁴⁶⁾

. "صفة حكمية، ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته، موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم".⁽²⁴⁷⁾

ثالثاً. تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري :

ورد تعريف الطلاق في المادة 48⁽²⁴⁸⁾ : "يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".⁽²⁴⁹⁾

. حكم الطلاق : الطلاق مشروع بالقرآن , و السنة .⁽²⁵⁰⁾

إن الأصل في الطلاق الكراهة , لما فيه من كفران نعمة النكاح الذي هو سنة , و من نتائج سلبية تنعكس على الأبناء خاصة , و قد تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة , حسب كل حالة من الحرمة والكراهة و الإباحة والاستحباب والوجوب .

. الفرق بين الفسخ و الطلاق هناك عدة فروق بينهما⁽²⁵¹⁾

أركان الطلاق :الركن الأول : الصيغة و يقصد بذلك كل ما يعبر به عن إرادة الطلاق , سواء بالألفاظ أو الإشارة أو الكتابة .

244 - أي التي يترك حلالها. المصباح المنير، مادة : ((صرر)). 461.

245 - لسان العرب، مادة : (طلق)). 2 : 606 . 608.

246 - المقدمات. 2 : 72.

247 - مواهب الجليل. 4 : 18 وهو مقتبس من تعريف ابن عرفة.

248 - المعدلة بالأمر رقم 05 - 02 والمؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون

رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة

249 - ولقد شمل هذا التعديل الأخير المادتين 53 و 54 من هذا القانون، فلتراجعان في الفصل الثالث من هذا الكتاب، المتعلق بالتفريق القضائي .

250 - المهذب 78/2-79 ، المحرر 50/2 .

251 - التلقين 1 / 327 ، بداية المجتهد 83/2 ، مواهب الجليل 18/4 ، الفقه الإسلامي و أدلته 348/7-349 شرح

قانون الأحوال الشخصية السوري 14/2 .

الركن الثاني : القصد :ويدخل في ذلك طلاق الهازل و المخطيء و الناسي و الساهي و الأعجمي .
الركن الثالث . المطلقة : (252)

وهي المرأة التي تكون في حالة زواج صحيح , سواء قبل الدخول أو بعده, أو في فترة العدة من طلاق رجعي , لأن الزوجية لا تنقطع و تبقى قائمة و لا تنتهي إلا بعد انتهائها .
ولا يلحقها طلاق إذا كانت في عدة من طلاق بائن بينونة صغرى , و هذا على رأي الجمهور, بينما يرى فقهاء الحنفية بأنه يلحقها طلاق خلال هذه الفترة .

أما المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى , فلا يلحقها طلاق , ولا تكون محلاً له , لانقطاع الحياة الزوجية .
إضافة الطلاق إلى بعض أجزاء المرأة :يقع الطلاق إذا أضيف إلى عضو من أعضاء المرأة كقوله : يدك أو رجلك طالق , و اختلف في إضافته إلى كلامها وروحها وحياتها و شعرها . (253)
الركن الرابع . المطلق : (254)

يصح الطلاق من كل زوج عاقل بالغ فلا يقع طلاق الصبي و المجنون لأن العقل شرط أهلية التصرف , فبه يعرف كون التصرف مصلحة , و هذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد .
قال الإمام الشافعي (رحمه الله) : " يقع الطلاق ممن لزمه فرض الصلاة و الحدود وذلك كل بالغ من الرجال غير مغلوب على عقله . " (255) و أضاف المالكية شرط الإسلام في المطلق , و الجمهور شرط الاختيار و خالفهم في ذلك الحنفية الذين لم يشترطوا ذلك .

أقسام الطلاق

الطلاق السني و البدعي.

❖ . طلاق السنة لذات القرء الحائل المدخول بها :

اشترط الفقهاء عدّة شروط لتقييد طلاق السنّة، بالنسبة لذات القرء، المدخول بها، ولم تكن حاملاً، و هي :

-
- 252 - شرح فتح القدير 463/3 , القوانين الفقهية 222 , الحاوي 384/12 .
253 - المعونة 854/2 , التلقين 325 , الإشراف 748/2 , القوانين الفقهية 222 .
254 - الهداية 250/1 , شرح فتح القدير 463/3 , بدائع الصنائع 213/4 , القوانين الفقهية 221 , التلقين 318 /1 , مواهب الجليل 43/4 , شرح منح الجليل 207/2 , المهذب 77/2 , الأم 253/5 , التنبيه 173
روضة الطالبين 22/6 , الحاوي 384/12 , المحرر 50/2 .
255 - الأم 253/5 .

الشرط الأول : أن تكون الزوجة في حالة طهر من الحيض، أو النفاس، زمن إيقاع الطلاق، وهذا الشرط متفق عليه عند جميع الفقهاء⁽²⁵⁶⁾.

الشرط الثاني : أن لا يمستها زوجها في الطهر، الذي أحدث فيه الطلاق اتفاقاً⁽²⁵⁷⁾.

الشرط الثالث : أن يطلقها طلقة واحدة، خلافاً للإمام الشافعي، الذي يرى أنّ من طلق اثنتين، أو ثلاثاً بلفظ واحد كان مطلقاً للسنة⁽²⁵⁸⁾.

الشرط الرابع : أن لا يتبعها طلاقاً آخر إلى حين انقضاء عدتها⁽²⁵⁹⁾.

الشرط الخامس : أن لا يوقع الطلاق في الطهر الموالي للحيضة، التي طلقها فيها، وإليه ذهب مالك⁽²⁶⁰⁾، ورواية عن أحمد⁽²⁶¹⁾، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني⁽²⁶²⁾، وفي وجه للشافعية، وبه جزم المتولى، وابن تيمية⁽²⁶³⁾.

الطلاق البدعي : هو الذي لم تتوفر فيه الشروط السابقة .

❖ . طلاق السنة لغير ذات القرء

ونتصّر فيه الحاليتين الآتيتين :

الحالة الأولى : الأيسة : وهي التي انقطع عنها الدم لكبر سنّها.

الحالة الثانية : الصغيرة : وهي التي لم يأتها الدم بعد لصغر سنّها.

اختلف الفقهاء في طلاق السنة لغير ذات القرء إلى ثلاثة أقوال نوردّها على النحو الآتي :

. القول الأول : ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني⁽²⁶⁴⁾ ومالك⁽²⁶⁵⁾ إلى أنه له أن يطلقها واحدة رجعية متى شاء⁽²⁶⁶⁾، وإن كان ذلك في طهر جامعها فيه⁽²⁶⁷⁾.

²⁵ - المدونة 66/2، وبداية المجتهد 74/2، والقوانين الفقهية 219، والكتاب 38/3، ومجموع الفتاوى 72/33، والمغني 235/8، والبنية 369/4.

²⁵⁷ - المدونة 66/2، وبداية المجتهد 74/2، والقوانين الفقهية 219، والقُدوري : الكتاب 38/3، ومجموع الفتاوى 72/33، والبنية 369/4، والمغني 235/8.

²⁵⁸ - بداية المجتهد 75/2، والقوانين الفقهية 219، ومجموع الفتاوى 72/33.

²⁵⁹ - بداية المجتهد 74/2، والقوانين الفقهية 219، وبدائع الصنائع 89/3، والمغني 235/8.

²⁶⁰ - المنتقى 89/4.

²⁶¹ - ابن القيم : شرح سنن أبي داود 245/6.

²⁶² - بدائع الصنائع 91/3.

²⁶³ - فتح الباري 349/9.

²⁶⁴ - بدائع الصنائع 89/3.

²⁶⁵ - المدونة 68/2.

²⁶⁶ - بدائع الصنائع 89/3، وابن أبي زيد القيرواني : الرسالة 465.

²⁶⁷ - بدائع الصنائع 89/3.

. القول الثاني : ذهب زفر بن الهذيل إلى أنه لكي يكون الطلاق سنّياً، لا بدّ أن يفصل المطلق بين طلاق الآيسة والصغيرة، وبين جماعهما بشهر⁽²⁶⁸⁾.

. القول الثالث : ذهب الشافعي⁽²⁶⁹⁾، والباقي من المالكية⁽²⁷⁰⁾ إلى أنّ طلاق الآيسة والصغيرة لا يوصف بسنة، أو بدعة⁽²⁷¹⁾.

❖ . طلاق السنّة لغير المدخول بها

* ذهب الإمام الشافعي : إلى أنّ غير المدخول بها، لا يوصف طلاقها بسنة، أو بدعة، وتستوي في ذلك، من تحيض، ومن لا تحيض⁽²⁷²⁾.

* أمّا المالكية فلهم ثلاث روايات نوردها على النحو الآتي⁽²⁷³⁾ :

الأولى : ذهب ابن القاسم إلى إجازته في أيّ وقت شاء، ومستنده فيما ذهب إليه :

أنّه طلاق لا يلحق بإيقاعه تطويل للعدّة، إذ غير المدخول بها لا عدّة عليها، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ الأحزاب : 49.

الثانية : ونهى أشهب عن وقوعه أثناء حيضها، ومستنده في ذلك : أنّه طلاق واقع في زمن الحيض، فيتعلّق به المنع كطلاق المدخول بها.

الثالثة : وذهب أبو عمران إلى أنّ المنع الذي قال به أشهب، إنّما هو محمول على الكراهة، لا على التحريم.

طلاق السنّة للحامل : ذهب أكثر العلماء إلى أنّ طلاق الحامل سنّي، ومنهم : طاووس، والحسن البصري ومحمد بن سيرين، وربيعة الرأي، وحماد بن أبي سليمان، ومالك وأحمد، وإسحاق بن راهويه وأبو ثور، وأبو عبيد، وابن المنذر⁽²⁷⁴⁾.

الطلاق الرجعي والبائن: الطلاق الرجعي⁽²⁷⁵⁾ وهو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته بدون عقد جديد . ولا يثبت إلا على المدخول بها , و فيما دون الثلاث و أثناء فترة العدة لقوله ﷻ: ﴿و

268 - المصدر السابق.

269 - الأمّ 181/15، وزاد المحتاج 394/3.

270 - المنتقى 96/4.

271 - الأمّ 181/5، وزاد المحتاج 394/3، و المنتقى 96/4.

272 - الأمّ 181/5.

273 - المنتقى 96/4.

274 - شرح النووي لمسلم 65/10.

275 - بداية المجتهد 71/2 ، القوانين الفقهية 220 ، المعونة 725/2 و الأمّ 243/5 ، المهذب 102/2 .

بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴿ البقرة: 228 . و لقوله أيضا : ﴿ و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴿ البقرة: 231 , و لقوله أيضا : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴿ البقرة: 229 .

❖ الطلاق البائن : و ينقسم إلى بائن بينونة صغرى و أخرى كبرى .

الطلاق المنجز و المعلق

أولا : الطلاق المنجز : و يسمى كذلك الطلاق المعجل و هو الذي يقع في الحال بمجرد التلفظ به , و تترتب عليه آثاره مباشرة . و الأصل أن يكون الطلاق كذلك .
ثانيا : الطلاق المضاف و المعلق :

الطلاق المضاف : هو الذي يضاف إلى المستقبل مثل أنت طالق في بداية الأسبوع المقبل أو الشهر الموالي .

الطلاق المعلق : هو الذي عُلق وقوعه على حدوث شيء في المستقبل .
و هذا التعليق يكون إما بواسطة أداة من أدوات الشرط مثل : إذا ذهبت إلى المكان الفلاني فأنت طالق أو أن يكون التعليق معنويا مثل: علي الطلاق إن لم أفعل كذا .

التفريق القضائي

التفريق للإعسار بالنفقة

. حكم التفريق بسبب الإعسار بالنفقة : ذهب العلماء فيه إلى أقوال متعددة نوردتها على النحو الآتي :

. القول الأول : التفريق للإعسار , و به قال المالكية⁽²⁷⁶⁾ , و الشافعية⁽²⁷⁷⁾ و الحنابلة⁽²⁷⁸⁾ , و هو مذهب عمر, و علي , و أبي هريرة رضي الله عنه⁽²⁷⁹⁾ .

و دليلهم فيما ذهبوا إليه : أ - قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ البقرة : 231 . ب - قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ و لا تمسكوهن ضارا لتعتدوا ﴾ البقرة : 231

²⁷⁶ - جواهر الإكليل 405/1 , الخرشي على خليل 496/4 , المعونة 784/2 , المدونة 193/2-194 , الإشراف 807/2 .

²⁷⁷ - مغني المحتاج 445/3 , فتح الوهاب 119/2-120 , الرسائل الذهبية 119/2 , منهج الطلاب 119/2-120 .

²⁷⁸ - المقنع 115/3 , المغني 241/9 , المحرر 116/2 .

²⁷⁹ - سبل السلام 1170/3 .

. القول الثاني : عدم التفريق للإعسار، و به قال الحنفية إذ رأوا أن يأمرها القاضي بالاستدانة⁽²⁸⁰⁾،
و في قول للشافعي والهادوية⁽²⁸¹⁾، و الظاهرية⁽²⁸²⁾ .

. القول الثالث : إن الزوج يجبس إذا أعسر بالنفقة حتى يجد ما ينفق و به قال العنبري و قالت الهادوية
يجبس للتكسب .

و لكن الملاحظ أن القولين مشكلان ، لأن الواجب إنما هو الغذاء في وقته و العشاء في وقته ، فالجيبس إن
كان في خلال وجوب الواجب فهو مانع عنه فيعود على الغرض المراد بالنقص ، و إن كان قبله ، فلا
وجوب ، فكيف يجبس لغير واحد ، و إن كان بعده صار كالدين ، و لا يجبس له مع ظهور الإعسار
اتفاقا⁽²⁸³⁾ .

. القول الرابع : أنّ الزوج إذا أعسر ، و كانت زوجته غنية كلفت النفقة عليه و لا ترجع عليه إذا أيسر،
وبذلك قال ابن حزم الظاهري⁽²⁸⁴⁾ ، و هذا لقوله ﷺ : ﴿ وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن
بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل
ذلك ﴾ فالزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن⁽²⁸⁵⁾ .

. القول الخامس : ذهب ابن القيم إلى أن الذي تقتضيه أصول الشريعة و قواعدها في هذه المسألة أن
الرجل إذا غرّ المرأة بأنه ذو مال ، فتزوجته على ذلك ، فظهر معدما لا شيء له ، أو كان ذا مال و ترك
الإففاق على امرأته و لم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ، و لا بالحاكم أنّ لها الفسخ . و إن
تزوجته عاملة بعسره ، أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله ، فلا فسخ لها في ذلك و لم تنزل
الناس تصيبيهم الفاقة بعد اليسار ، و لم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم و بينهن⁽²⁸⁶⁾ .

. القول السادس : الوقف في هذه المسألة ، و إليه ذهب محمد بن داود حيث قال لامرأة سألته عن
إعسار زوجها : ذهب ناس إلى أنه يكلف السعي و الاكتساب ، و ذهب قوم إلى أنها تؤمر بالصبر و
الاحتساب ، فلم تفهم منه الجواب ، فأعادت السؤال و هو يجيبها ، ثم قال : يا هذه قد أجبتك و لست
قاضيا فأقضي ، و لا سلطانا فأمضي ، و لا زوجا فأرضي ، و ظاهر كلامه الوقف في المسألة⁽²⁸⁷⁾ .

. المطلب السادس . نوع الفرقة المترتبة عن التفريق بسبب الإعسار :

280 - حاشية ابن عابدين 591/3 ، مختصر القدوري 96/3 ، مختصر الطحاوي 223 ، المسوط 187/5 .

281 - سبل السلام 1170/3 .

282 - المحلى 254/9 .

283 - سبل السلام 1171/3-1172 .

284 - المحلى 254/9 .

285 - زاد المعاد 154/4 .

286 - زاد المعاد 156/4 .

287 - سبل السلام 1172/3 .

اختلف العلماء في ذلك إلى قولين هما : الأول : فرقة طلاق بطلقة واحدة رجعية , و به قال المالكية⁽²⁸⁸⁾ . و الثاني : فرقة فسخ و به قال الشافعية⁽²⁸⁹⁾ و الحنابلة⁽²⁹⁰⁾ .

. **المطلب السابع . التفريق للإعسار في قانون الأسرة الجزائري :**

ورد الكلام عن هذه المسألة في المادة 53 و التي نصها : " يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للأسباب التالية

: **1 -** عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج ... "

المتأمل لهذه المادة يلحظ أن الزوجة ليس لها الحق في المطالبة بالتطليق إلا بشرطين :

الأول : عدم إنفاق الزوج عليها بعد صدور الحكم القضائي بوجوبه عليه .

الثاني : عدم العلم بإعساره وقت الزواج , فإذا كانت تعلم ذلك و رضيت بالارتباط به سقط حقها في

المطالبة بالتطليق و هذا القول موافق لما ذهب إليه المالكية .

المادة 79 : "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين , وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي

سنة من الحكم " .

التفريق للعيوب⁽²⁹¹⁾

. **العيوب المجوزة للتفريق :** إن المتأمل لكتب الفقه الإسلامي يلحظ اتفاقهم على العيوب المجوزة للتفريق

من حيث الجملة إذ قالوا : بأنها تشمل : الجنون , و الجذام , و البرص و داء الفرج . و لكن وقع بينهم

الاختلاف في داء الفرج بين مضيق و موسّع :

فاقتصروا الحنفية⁽²⁹²⁾ على عيوب الفرج المتعلقة بالرجل , حيث قصروها على العنة⁽²⁹³⁾ والجب⁽²⁹⁴⁾ ,

و الخضاء⁽²⁹⁵⁾ .

و توسع المالكية في سرد عيوب الفرج , فقسموها إلى ثلاثة أقسام⁽²⁹⁶⁾ :

288 - المدونة 192/2-194 , المعونة 785/2 .

289 - الأم 91/5 , مغني المحتاج 442/3 , فتح الوهاب 120/2 , التنبيه 209 , الرسائل الذهبية 120/2 .

290 - المغني 376/7 , المحرر 116/2 .

291 . تراجع مسألة العيوب المجوزة للتفريق بين الزوجين في : الباب 24-26/3 , الهداية 307/2 , بداية المجتهد 60/2 ,

القوانين الفقهية 209 , المعونة 770/2 , الإشراف 711/2 , التلقين 296/1-298 , المدونة 67/2 , حاشية الدسوقي

278/2 , التنبيه 162 , زاد المحتاج 255/3 , فتح الوهاب 50/2 , الرسائل الذهبية 50/2 , منهج الطلاب 50/2 , المحرر

25-24/2 , العدة 330 , دليل الطالب 207 , النكت و الفوائد السنية 24-25/2 , المغني 585/7 , المحلى 287/9 .

292 - الباب 26-24/3 , الهداية 307/2 .

293 - و هو صغر الذكر فلا يتأتى الجماع معه لامتناع تأتي إيلاجه . التلقين 296/1 .

294 - و هو قطع الإحليل و الأنتيين . حاشية العدوي 85/2 , القوانين الفقهية 210 .

295 . و هو قطع الأنتيين , أو الإحليل , أي قطع أحدهما فقط . القوانين الفقهية 210 .

296 . حاشية الدسوقي 278/2 , القوانين الفقهية 209 .

أ - عيوب مشتركة : و تتمثل في العذيمة. (297)

ب - عيوب خاصة بالرجل : و تتمثل في الجبّ , و العتّة , و الخصاء و الحصر (298) , و الاعتراض (299).

ج - عيوب خاصة بالمرأة: و تتمثل في الرتق (300) , و القرن (301) , و العفل (302) والبخر (303) , و الإفضاء (304) .

بينما ذهب الشافعية فيما يتعلق بالعيوب الخاصة بداء الفرج إلى الاقتصار على العتّة والجبّ بالنسبة للرجل , و القرن , و الرتق بالنسبة للمرأة (305).

هذا و قد وافق الحنابلة مذهب الشافعية في العيوب الخاصة بالرجل أمّا العيوب الخاصة بالمرأة فقد حدّدها صاحب المحرّيقوله: "أو كانت المرأة فتقاء بالخرق السبيلين, أو مسدودة الفرج فلا يسلكه الذكر لرتق, أو قرن, أو عفل" (306) .

. الشروط الواجب توافرها لإمضاء التفريق بالعيوب :

اشترط الفقهاء لإحداث التفريق بالعيوب شرطين هما (307) :

1 - عدم العلم بالعيوب , يثبت له حق الخيار , لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره , فإذا تم الدخول دفع العوض عن الاستمتاع , و رجع بالمهر على من كان يعلم ذلك منها و دلس عليه , مثل الأب و نحوه .

2 - ألا يكون هناك رضا بالعيوب , فإذا رضي بالعيوب فقد أسقط حقه من الفسخ و رضي ببدل الصداق فكان له ذلك كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيبا .

297 . هو خروج الغائط عند الجماع . الشرح الكبير 2/278 .

298 - الحصور: المخلوق بغير ذكر , أو بذكر صغير لا يتأتى لإيلاجه . القوانين الفقهية 210 .

299 . المعترض هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض , و ربما كان بعد و طء قد تقدم منه , و ربما كان عن امرأة دون أخرى , فالمعترض هنا يؤجل سنة . التلقين 1/296 .

300 - و هو انسداد مسلك الفرج بحيث لا يمكن الجماع معه . الفواكه الدواني 2/40 .

301 - هو خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع . المصدر نفسه .

302 . هو عبارة عن رغبة تحدث في الفرج عند الجماع . حاشية الدسوقي 2/278 .

303 . و هو نتن يكون فيه عند الوطء . النكت و الفوائد السننية 2/24 .

304 . و هو اختلاط مسلك البول و الذكر , و قيل : اختلاط مسلك البول و الغائط , و قيل : سبيل الحيض

و الغائط . الفقه الإسلامي و أدلته 7/514 .

305 . التنبيه 162 , المنهاج 381-382 .

306 . المحرر 2/24 .

307 . التلقين 1/298 , المعونة 2/771 .

. حكم التفريق بالعيوب :

و سنتناوله من خلال القولين الآتيين :

. القول الأول : جواز التفريق بالعيوب , و به قال الحنفية⁽³⁰⁸⁾ , و المالكية⁽³⁰⁹⁾ و الشافعية⁽³¹⁰⁾ , و الحنابلة⁽³¹¹⁾ , و هو مروى عن عمر , و علي , و ابن عباس رضي الله عنهم .⁽³¹²⁾
القول الثاني : منع التفريق بالعيوب و به قال عمر بن عبد العزيز⁽³¹³⁾ والظاهرية⁽³¹⁴⁾.

. حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال هي :

. القول الأول :

التفريق بالعيوب الحادثة بعد الزواج حق للزوجة دون الزوج و به قال المالكية⁽³¹⁵⁾. قال القاضي عبد الوهاب في تفصيل هذه المسألة : " إذا تزوجا سليمين , ثم حدث لهما , أو بأحدهما بعض هذه العيوب , فإن كان قبل الدخول نظر , فإن حدث بالمرأة فلا ردّ للزوج , و هو بالخيار , إن شاء دخل وكمّل لها المهر , و إن شاء طلق و لزمه نصفه وإن كان بها ذلك بعد الدخول , فلها المهر كاملا , و حكمه معها كحكمه لو لم يحدث بها شيء , و إن كان حدث ذلك بالزوج , فإن كان قبل الدخول فلها الخيار ويبقى أن تقيم معه أو تفارقه و لا شيء لها لأنّ الفسخ من قبلها , و إن كان بعد الدخول فخيرها ثابت , و قد استحقت الصداق كله بالدخول"⁽³¹⁶⁾.

. القول الثاني :

ينظر للعيوب الحادثة بعد الزواج , فإن كان بالزوج كان لها الفسخ , وإن حدث بالزوجة ففيه قولان أصحهما أن له الفسخ , وبهذا قال الشافعية⁽³¹⁷⁾.

³⁰⁸ . اللباب 26/3 , بدائع الصنائع 727/2 .

³⁰⁹ . الإشراف 711/2 , التلقين 295/1 , المعونة 770/2 , القوانين الفقهية 209 , المدونة 167/2 , بداية المجتهد 59/2 .

³¹⁰ . التنبيه 162 , المجموع 265/16 .

³¹¹ . المحرر 24/2 .

³¹² . الإشراف 711/2-712 .

³¹³ - بداية المجتهد 59/2 .

³¹⁴ - المحلى 209/9 .

³¹⁵ - المعونة 773/2 , الإشراف 712/2 , التلقين 298/1 .

³¹⁶ - المعونة 773/2 .

³¹⁷ - التنبيه 162 .

. القول الثالث :

ثبوت الخيار و عدمه , و يستوي في ذلك الزوج و الزوجة و بذلك قال الحنابلة (318).

و دليلهم في ذلك :

أن تساويهما في العيوب السابقة , يقتضي تساويهما في اللاحقة , كما هو الشأن بالنسبة للمتبايعين (319).

. نوع الفرقة الواقعة بالتفريق بالعيوب :

وقع الاختلاف في ذلك إلى قولين هما :

. القول الأول :

التفريق بسبب العيوب طلاق بائن , و به قال الحنفية (320) و المالكية (321).

و حجتهم في ذلك :

أنّ الغرض من كونه طلاقا بائنا هو تخليص المرأة من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم و الضرر عنها , و هذا لا يحصل إلا إذا كان الطلاق بائنا , لأنه لو كان رجعيا , فإن للزوج مراجعتها بغير رضاها فيحتاج إلى التفريق ثانيا , و ثالثا , و هذا بلا شك يفوت المقصود من التفريق إذ لا يؤدي الغرض منه , و لا يفيد فائدته المتمثلة في دفع الظلم و الضرر عنها (322).

. القول الثاني :

التفريق بسبب العيوب فسخ , و به قال الشافعية (323) , و الحنابلة (324).

و حجتهم في ذلك :

أن الفرقة من إمضاء القاضي و لو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه لم يفعل ذلك إلا بأمر من القاضي , و هو مما يخضع للاجتهاد , فكان فسخا لا طلاقا , و لو لم يكن فسخا لما اشترط أن يكون عند القاضي (325).

318 - المغني 585/7 .

319 - المصدر نفسه .

320 - بدائع الصنائع 326/2 , المبسوط 99/5 .

321 - المدونة 168/2 , القوانين الفقهية 209 , شرح الزرقاني على خليل 240/2-241 .

322 - بدائع الصنائع 326/2 .

323 - الأم 43-42/5 , التنبيه 162 , فتح الوهاب 50/2 , زاد المحتاج 256/3 , الرسائل الذهبية في المسائل الدقيقة

المنهجية 50/2 .

324 - المغني 422/7 .

325 - التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي لأستاذنا : عبد المؤمن بلباقي 97 .

. التفريق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري :

ورد ذلك في السبب الثاني من المادة 53 إذ جاء فيها : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب

التالية : ...2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "

إن المتأمل لما ورد في القانون يلحظ الآتي :

أ - أن المادة وردت مطلقة بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج , دون تحديدها بعيوب معينة و يبدو أن القانون نحا في ذلك منحى الإمام ابن القيم (رحمه الله) الذي رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين , لأن القياس يقتضي أن كل عيب يُفَرِّقُ أحد الزوجين من الآخر , و لا يتحقق معه مقصود الزواج أوجب الخيار .

ب - موافقة القانون في جواز التفريق بالعيوب لما ذهب إليه جمهور الفقهاء مخالفاً بذلك ما ذهب إليه الظاهرية من منع التفريق بالعيوب .

التفريق للنشوز

نشوز الزوجة

قال الله ﷻ : ﴿ و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ﴾ النساء : 34 . حددت الآية الكريمة المراحل والخطوات التي ينبغي على الزوج اتباعها في حالة نشوز زوجته (326) .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه العقوبات واردة على الترتيب فالوعظ عند خوف النشوز و الهجر عند ظهوره , ثم الضرب (327) .

قال ابن العربي : " من أحسن ما سمعت في تفسير هذه الآية قول سعيد بن جبير قال : يعظها فإن هي قبلت و إلا هجرها , فإن هي قبلت و إلا ضربها , فإن هي قبلت و إلا بعث حكماً من أهله و حكماً من أهلها , فينظرن ممن الضرر و عند ذلك يكون الخلع " (328) . و خالف الشافعية فأروا بأنه له ضربها في ابتداء النشوز (329) .

326 - أحكام القرآن لابن العربي 417/1 - 420 , و راجع في هذه المراحل : المحرر 44/2 , و التنبيه 170

و منهج الطلاب 65/2 , و فتح الوهاب 65/2

327 - روائع البيان 470/1 .

328 - أحكام القرآن 420/1 .

329 - المجموع 445/16 .

. نشوز الزوج :

و يوضح ذلك قوله ﷺ : ﴿ و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا و الصلح خير... و إن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته و كان الله واسعاً حكيماً ﴾ النساء : 128 - 130 .

بيّنت الآيات ثلاث حالات لتعامل الزوج مع زوجته (330)

و عن عروة عن عائشة أنها قالت له: " يا ابن أخي كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في مكثه عندنا , و كان قلّ يوم إلا و هو يطوف علينا , فيدنو من كل امرأة من غير ميسس , حتى يبلغ إلى من هو يومها , فيبيت عندها , و لقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت , و فرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله يومي هذا لعائشة , فقبل ذلك رسول الله ﷺ قالت عائشة ففي ذلك أنزل الله ﴿ و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضاً ﴾" (331).

مهمة الحكمين :

لاشك أن المهمة الرئيسة و الأساسية للحكمين هي مدارسة أسباب الشقاق بين الزوجين قصد إصلاح ذات البين بينهما , و لكن ما العمل إذا وصل الحكمان إلى قناعة تتمثل في أن استمرار الحياة الزوجية لهذين الزوجين أصبحت مستحيلة , فهل لهذين الحكمين التفريق بينهما , أم لا بد من رفع ذلك للحاكم حتى يفصل في أمرهما ؟ .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى القولين الآتين :

القول الأول :

ليس للحكمين التفريق بينهما , و ذلك لأن مهمتهما لا تعدو الإصلاح بينهما إلى غيره , هذا من جهة , و أنهما مجرد وكيلين من جهة أخرى , و ممن قال بذلك الحنفية (332), والشافعية (333), ورواية عن أحمد (334).

و استدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالآتي :

القول الثاني :

330 - مختصر تفسير ابن كثير 444/1 - 446 .

331 - السنن الكبرى , كتاب القسم و النشوز , باب : الرجل يدخل على نسائه نهاراً للحاجة لا ليأوي 300/7 . و قال فيه الحاكم صحيح الإسناد و لم يخرجاه .

332 - أحكام القرآن للجصاص 191/2 , و مختصر الطحاوي 191 .

333 - الأم 94/5 , و الحاوي 247/12 , و التنبيه 170 , و منهج الطلاب 66/2 , و فتح الوهاب 66/2 .

334 - المغني 49/7 , و المحرر 44/2 .

للحكّمين الجمع و التفريق بينهما إن رأيا تعذر الإصلاح بينهما , و به قال المالكية⁽³³⁵⁾ و الشافعي في قسم مذهبه⁽³³⁶⁾ , و رواية ثانية عن أحمد⁽³³⁷⁾ , و هو المروي عن علي , و ابن عباس , و الشعبي⁽³³⁸⁾ .

. نوع الفرقة الواقعة بإمضاء الحكّمين :

ذهب الحنابلة إلى أنّها فسخ بناء على أصلهم في أن كل تفريق يحدثه القاضي يكون فسخا و هنا ينزل الحكّمان منزلة القاضي . بينما ذهب المالكية إلى كونها طلاقا بائنا , و ذلك لأن كل طلاق ينفذه القاضي فهو بائن عندهم , إضافة إلى أن الطلاق هنا شرع لرفع الشقاق و النزاع , و لو شرع رجعيا لعاد الشقاق و الخلاف , فلم يكن لإحداثه رجعيا معنى⁽³³⁹⁾ .

■ النشوز في قانون الأسرة الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة النشوز في المادة 55 إذ نص فيها على : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر " . كما تطرق للتحكيم في مادته 56 , إذ جاء فيها " إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر , و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكّما من أهل الزوج و حكّما من أهل الزوجة , وعلى هذين الحكّمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " .

التفريق للفقدان و الغياب و الحبس

. التفريق لفقدان الزوج :

. حكم التفريق الحاصل بسبب فقده :

وقع فيه الاختلاف بين الفقهاء إلى خمسة أقوال نجملها في الآتي :

. القول الأول :

335 - أحكام القرآن 424/1 , المعونة 876/2 .

336 - زاد المعاد 190/5 .

337 - المغني 168/8 .

338 - أحكام القرآن 425/1 .

339 - المغني 576/7 , و أحكام القرآن لابن العربي 426/1 .

لا يجوز التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره , أو مات أقرانه وبه قال الحنفية⁽³⁴⁰⁾.

. القول الثاني :

قسم المالكية (رحمهم الله) المفقود إلى أربع حالات هي :

1 - مفقود في أرض الإسلام :

فهذا يحكم بوفاته بعد مضي أربعة أعوام , و يفرق بينه و بين زوجته⁽³⁴¹⁾.

2 - مفقود بسبب الأسر :

فهذا لا يفرق بينه و بين زوجته , لأنّ حياته معلومة و عذره في نفي قصد المضارة ظاهر⁽³⁴²⁾ , فلا يفرق بينه و بين زوجته إلى أن ينكشف أمره , و ذلك بمرور و مضي سن التعمير , و قد اختلف قول مالك , و أصحابه في سن التعمير , فقول : سبعون وقيل ثمانون , و تسعون , و مائة⁽³⁴³⁾.

و اختار القاضي عبد الوهاب سبعين سنة حيث قال : " و الصحيح سبعون سنة لقوله ﷺ : " أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين , فأقلهم من يجوز ذلك "⁽³⁴⁴⁾ و هذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار , و ما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول , و إنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة و قصرها⁽³⁴⁵⁾ .

3 - مفقود في معترك القتال :

و هذا إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره , فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته , و تزوجت , و لا يحتاج إلى ضرب أجل , لأنّ الأغلب من شأنه الهلاك⁽³⁴⁶⁾.

. مفقود في قتال و فتن بين المسلمين :

340 - بدائع الصنائع 196/6 , المبسوط 35/11 .

341 - الخرشني على خليل 150/4 .

342 - المعونة 824/2 , الكافي 281/2 , التلقين 312/1 .

343 - التلقين 312/1 , المعونة 823/2 , حاشية الدسوقي 482/2 .

344 - البيهقي السنن الكبرى عن أبي هريرة كتاب : الجنائز باب : " من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر " 370/3 .

345 - المعونة 824/2 .

346 - المعونة 824/2 , التلقين 312/1 .

فهذا يفرق بين من حضر المعركة بين مجرّد من خرج مع الجيش , ففي الأولى يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال و يفرق بينه وبين زوجته . أمّا الثانية و هي حالة مجرّد الخروج مع الجيش , فإنه لا يفرق بينه و بين زوجته إلا بعد مرور أربعة أعوام⁽³⁴⁷⁾ .

. القول الثالث :

ذهب الشافعية إلى عدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه⁽³⁴⁸⁾ , أو تمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين و التسعين , و لم يكتفوا بذلك بل اشترطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهاد القاضي و الحكم بموته⁽³⁴⁹⁾ .

. القول الرابع : ذهب الحنابلة في هذه المسألة إلى التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى :

الغالب من حاله الهلاك , و هو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين و قد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مغارة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة , فلا يرجع و لا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله و اعتدت امرأته عدة الوفاة و حلت للأزواج نص عليه الإمام أحمد و هذا اختيار أبي بكر , و ذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين , لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه.

قال الامام ابن قدامة (رحمه الله) :

" و الأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة , فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ...".

الحالة الثانية :

من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة و نحو ذلك و لم يعلم خبره ففيه روايتان :

347 - الخرشبي على خليل 153/4 - 155 .

348 - منهج الطلاب 107/2 , و فتح الوهاب 107/2 .

349 - مغني المحتاج 26/3 - 27 .

إحدهما : لا يقسم ماله و لا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها و ذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم .

ثانيهما : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد (350).

. القول الخامس :

ذهب الحسن بن زياد إلى عدم التفريق بين الزوج و زوجته إذا فقد , و إنما تنتظر مائة و عشرين سنة تمر من يوم ولادته , فلو فقد و عمره ستون سنة , فإنها تنتظر ستين سنة أخرى (351).

. بعض الأحكام المهمة المتعلقة بالمفقود :

و سنورها على شكل نقاط مختصرة ترمي للفائدة : (352)

- 1 - لا يجوز للإمام ضرب الأجل لامرأة المفقود , حتى يسأل عن خبره و يبحث عنه و ذلك لجواز أن يكون حيا , فيعلم ذلك بالبحث عن خبره .
 - 2 - لا ينفق على امرأة المفقود أثناء فترة العدة من ماله , لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته و لا نفقة للمتوفى عنها , و ذلك يخالف مدة الأجل لأنها في العدة على الزوجية .
 - 3 - إذا عاد المفقود أثناء المدة المضروبة , أو العدة فهي امرأته .
 - 4 - إذا انقضت العدة جاز لامرأة المفقود التزوج فإذا عاد بعد دخول الثاني فلا مقال , لأنها قد بانت بالوطء , و حكم الحاكم , أما إذا جاء بعد العقد وقبل الدخول ففيها روايتان :
- إحدهما : أنها للمفقود , ووجه ذلك أنه عقد نكاح طراً على عقد صحيح تقدمه بضر سائغ من الاجتهاد , فوجب أن لا تمنع نفسها من الأول , إلا أن يضامها دخول , أصله نكاح الوليين و الأخرى : أنها للثاني ووجه ذلك أنها نكحت بعد الاعتداد , و ضرب الأجل , كما لو دخل بها .
- 5 - لا يرجع المفقود على زوجته بالصداق لأن أمره نزل على الوفاة .
 - 6 - لا يقسم مال المفقود بين الورثة إلا عند تيقن موته .

350 - المغني 205/7 - 207 .

351 - المصدر نفسه .

352 - المعونة 821/2 - 823 .

7 - لا تحتاج زوجة المفقود إذا انتهت المدة المضروبة , وكذا العدة إلى إذن الإمام في التزوج و ذلك لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل , لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه .

أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري :

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في عدة مواد نوردتها على النحو الآتي

المادة 109 :

" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه , و لا حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم " . نصت هذه المادة على مفهوم المفقود و صفته و هذا نفسه هو الذي ورد في الشريعة الإسلامية

المادة 111 :

" على القاضي عندما يحكم بالفقدان أن يحصر أموال المفقود و أن يعين مقدما من الأقارب , أو غيرهم لتسيير أموال المفقود , و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون " .

بينت هذه المادة وظيفة القاضي في تعامله مع أموال المفقود , و ذلك منحصر في ثلاثة أمور :

أ - الحكم بفقدانه .

ب - حصر أمواله و ممتلكاته .

ج - تعيين مقدم من الأقارب , أو غيرهم يتولى مهمة تسيير أمواله من جهة و تسلمه ما يستحقه المفقود من ميراث و تبرعات من جهة أخرى , و هذا في حالة عدم وجود ولي , أو وصي على من كان فاقد الأهلية , أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه , أو من له مصلحة أو من النيابة العامة كما هو مقرر في المادة 99 من هذا القانون , و في ختام حديثنا عن هذه المادة نقرر بأن ما ورد فيها هو نفسه الذي نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية , و اجتهادات الفقهاء .

المادة 112 : " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " .

أحالت هذه المادة في جواز طلب زوجة المفقود للطلاق على الفقرة الخامسة من المادة 53 و التي نصها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : 5.... - الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة " .

التفريق لغياب الزوج

و قد اختلف الفقهاء في التفريق لغياب الزوج إلى قولين هما :

القول الأول : عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج , و به قال الحنفية⁽³⁵³⁾ , و الشافعية⁽³⁵⁴⁾ .
القول الثاني : جواز التفريق بسبب غيبة الزوج , و به قال المالكية⁽³⁵⁵⁾ , و الحنابلة⁽³⁵⁶⁾ .

و للحنابلة بعض التفصيلات , إذ قالوا : " إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل غيابه من حالين : أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره , و يأتي كتابه , فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين , إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله , فلها أن تطلب الفسخ فيفسخ نكاحه . كما أجمعوا على أن من كانت غيبته بسبب الأسر أن زوجته لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته , و هذا قول النخعي , و الزهري , و يحيى الأنصاري , و مكحول , و أبي عبيد , و أبي ثور , و إسحاق .

و ثانيهما : أن يفقد و ينقطع خبره , و لا يعلم له موضع , فهذا ينقسم إلى قسمين قد بيناهما بجلاء و وضوح عند حديثنا عن التفريق بسبب فقدان الزوج⁽³⁵⁷⁾ .

هذا و قد اشترط المالكية للتفريق بسبب غيبة الزوج شروطا عديدة تتمثل في الآتي⁽³⁵⁸⁾ :

1. طول الغيبة كالسنة فأكثر .
 2. الكتابة إليه و ذلك بتخييره بين الحضور , أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد و طلق عليه .
 3. أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا , و يعلم ذلك يقينا , لا بمجرد شهوتها للجماع .
- بينما ذهب الحنابلة إلى تحديد مدة الغياب التي تخولها المطالبة بالتفريق بستة أشهر فأكثر هذا مع مكاتبته فإن رفض الرجوع فرق بينهما الحاكم⁽³⁵⁹⁾ .

353 - بدائع الصنائع 196/6 , حاشية ابن عابدين 903/2 .

354 - الأم 239/5 , مغني المحتاج 442/3 .

355 - التلقين 311/1 , القوانين الفقهية 211 .

356 - المغني 130/9 .

357 - المغني 130/9-131 .

358 - الشرح الكبير 431/2 .

التفريق بسبب الإيلاء

. التفريق الناجم عن الإيلاء :

ما الحكم إذا انقضت مدة الإيلاء المتمثلة في الأربعة أشهر ولم يفىء الزوج لزوجته ؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على ذلك إلى القولين الآتين :

القول الأول :

وقوع الطلاق بائنا بمجرد انقضاء مدة الإيلاء و به قال الحنفية⁽³⁶⁰⁾ والمنقول عن ابن مسعود و الثوري و فقهاء الكوفة⁽³⁶¹⁾ و ابن عباس و عثمان بن عفان رضي الله عنه⁽³⁶²⁾ .

القول الثاني :

عدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء و إنما يوقف المولى و يطالب بالفيئة (الرجوع إلى معاشرته زوجته) و هو قول المالكية⁽³⁶³⁾ و الشافعية⁽³⁶⁴⁾ و الحنابلة⁽³⁶⁵⁾ و به قال أبو الدرداء⁽³⁶⁶⁾ و علي و ابن عمر و أبو ثور و الليث و داود⁽³⁶⁷⁾ .

. نوع الطلاق الواقع بالإيلاء :

في حالة وقوع الطلاق الذي نجم عن الإيلاء , فإننا نتساءل هنا ما نوعه ؟ , أي هل هو رجعي يمكن للزوج فيه مراجعة مطلقة المولى منها أثناء فترة العدة , أم أنه بائن ؟ .

و للإجابة عن هذا التساؤل نقول :

1 - ذهب الحنفية⁽³⁶⁸⁾ , و أبو ثور⁽³⁶⁹⁾ , و في رواية عن أحمد⁽³⁷⁰⁾ إلى وقوعه بائنا و ذلك لأنه في نظرهم إذا كان رجعياً فلا معنى له , لأنه لا تملك به المرأة بضعها , و لا تصل به إلى حقها⁽³⁷¹⁾ .

359 - كشاف القناع 114/3-115 .

360 - بدائع الصنائع 175/3-176 , مختصر الطحاوي 210 , مختصر القدوري 60/3 .

361 - بداية المجتهد 100/2-101 .

362 - نيل الأوطار 43/8 .

363 - الإشراف 761/2 , المعونة 885/2 , القوانين الفقهية 246 , بداية المجتهد 99/2-101 .

364 - روضة الطالبين 229230/6 و فتح الوهاب 90/2-91 , التنبيه 185 .

365 - المغني 525/8 , المحرر 87/2 . .

366 - نيل الأوطار 43/8 .

367 - بداية المجتهد 100/2-101 .

368 - أحكام القرآن للجصاص 362/1 .

369 - المعونة 886/2 , الإشراف 762/2 , المغني 543/8 .

370 - المغني 542/8 .

2 - و ذهب المالكية (372) , و الشافعية (373) , و في رواية الأثرم عن أحمد (374) إلى وقوعه رجعيا , و قد يقول قائل : إن كان رجعيا لم يُزل الضرر اللاحق بالزوجة , لأن له جبرها على الرجعة , و لكن زُد على ذلك بأن من قال بأنه رجعي سلك فيه مسلك تغليب الأصل على المصلحة المقصودة بالإيلاء (375) .

. التفريق للإيلاء في قانون الأسرة الجزائري :

ورد ذلك في السبب الثالث من المادة 53 إذ جاء فيها : يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للأسباب التالية :
3... - المهر في المضجع فوق أربعة أشهر "

التطليق في قانون الأسرة الجزائري

المادة 53 :

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
3. المهر في المضجع فوق أربعة أشهر .
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه . (376)

371 - أحكام القرآن 362/1 , المغني 543/8 .

372 - بداية المجتهد 102/2 و المعونة 886/2 , الإشراف 763-762/2 .

373 - التنبيه 185 .

374 - المغني 542/8 .

375 - بداية المجتهد 102/2 .

376 - وتنص المادة 8 على ما يلي : يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل .

يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها , وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية .

7. ارتكاب فاحشة مبينة .
8. الشقاق المستمر بين الزوجين .
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج . (377)
10. كل ضرر معتبر شرعا .

المادة 53 مكرر :

يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

آثار الطلاق

وتتمثل في الرجعة ، والعدة ، نفقة وسكنى وميراث المطلقة ومتعة الطلاق ، والحضانة .

الرجعة

- تعريف الرجعة :

- عرفها الإمام ابن عرفة (رحمه الله) بقوله :

الرجعة رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها (378) .

. أدلة مشروعية مشروعية الرجعة :

أ - من القرآن الكريم : قوله ﷺ : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ البقرة : 228 , أي رجعتهن .

و قوله أيضا : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ البقرة : 229

و قوله أيضا : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾ الطلاق : 2 , و الإمساك بالمعروف هو الرجعة .

ب - من السنة النبوية الشريفة : قول النبي ﷺ : " مره فليراجعها " .

و كذا ما ورد أنه ﷺ طلق السيدة حفصة (رضي الله عنها) ثم راجعها .

والمادة 8 مكرر : في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق .

³⁷⁷ - وقد نصت المادة 19 على أنه : للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة , ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون .

³⁷⁸ - مواهب الجليل 99/4 , شرح منح الجليل 296/2 .

ج - من الإجماع : ذكر الإمام ابن المنذر (رحمه الله) بأنه انعقد إجماع المسلمين على أنه من طلق زوجته دون الثلاث له الحق في مراجعتها في العدة (379).

د - من المعقول : إن الرجل قد يطلق زوجته , ثم يندم على ذلك و هذا ما أشار إليه المولى عليه السلام في قوله ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ﴾ الطلاق : 1 , فيحتاج إلى التدارك , فلو لم تكن الرجعة لا يمكنه ذلك (380) .

ما تتحقق به الرجعة :

ذهب الحنفية إلى أن الرجعة تكون بالفعل ولو لم ينو , و دليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وبعلوثهن أحق بردهن ﴾ البقرة : 228 .

فهذه الآية تبين بأن الزوجية مازالت قائمة , حيث إن المولى عليه السلام سمى المطلِّق زوجا فلا تشترط النية , ويجوز للزوجة بل يستحب أن تتزين لزوجها لعله يراجعها (381) .

وذهب المالكية إلى أن الرجعة تكون بالقول كقوله راجعتك أو بالفعل كالاستمتاع بالوطء فما دونه مع قصد الرجعة , لأنه استباحة عضو كالنكاح فوطء الرجعية حرام حتى ينوي رجعتها (382) .

شروط الرجعة :

1. الرجعة تكون قبل نهاية العدة في الطلاق الرجعي , فلا رجعة في الطلاق البائن .

و لكن ينفرد الزوج بأنه يجوز له أن يعقد عليها في عدتها من الطلاق البائن بموافقتها .

2. شرط المرتجع أهلية النكاح لأنه يستوي مع الناكح في الشروط (383) .

3. لا تصح الرجعة إلا إذا كانت صيغتها منجزة , فلا يجوز إضافتها إلى المستقبل أو تعليقها (384) .

4. لا يشترط إعلام الزوجة بها و لا موافقتها , خلافا للظاهرية .

قال ابن حزم : " و من كتمها الرد أو رد بحيث لا يبلغها فلم يُرد إصلاحا بلا شك بل أراد الفساد , فليس ردا و لا رجعة أصلا " (385) .

حکم الإشهاد عليها :

379 - المغني 470/8 .

380 - بدائع الصنائع 390/4 .

381 - المصدر السابق 387/4 .

382 - مواهب الجليل 102/4 , شرح منح الجليل 297/2 , و الإشراف 758/2-759 , القوانين الفقهية 227-228 ,

التلقين 327 , بداية المجتهد 98/2 .

383 - مواهب الجليل 100/4 .

384 - المهذب 103/2 , التنبيه 82 .

385 - المحلى 251/10 .

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على الرجعة إلى القولين الآتين
. القول الأول : الإشهاد على الرجعة مستحب , وبذلك قال الحنفية (386) وفي القول المشهور
للمالكية (387) وفي أحد قولي الإمام الشافعي (388) وفي رواية للحنابلة (389) .
. القول الثاني :

الإشهاد واجب , وهو قول الإمام الشافعي في مذهبه القديم (390) والحنابلة في رواية عنهم (391) و
الظاهرية (392) .

نفقة و سكنى المطلقة

لا شك أننا نتصور في المطلقة , هل كان طلاقها رجعياً أم بائناً ؟ و إذا كان بائناً هل هي حامل
أم حائل ؟ و ذلك لأن الفقهاء بنوا حكمهم في هذه المسألة انطلاقاً من الإجابة على هذين السؤالين , و
ذلك على النحو الآتي :

. المطلقة الرجعية :

اتفق الفقهاء على أن المطلقة الرجعية تستحق النفقة و السكنى أثناء فترة العدة سواء أكانت حاملاً أو
حائلاً , و ذلك لعدم انقطاع عرى الزوجية , إذ يستطيع زوجها مراجعتها ويثبت حق التوارث بينهما , فلو
مات ترثه , و لو ماتت يرثها (393) .

. المطلقة المبتوتة :

و هنا نفرق بين المطلقة المبتوتة الحامل , فهذه تستحق النفقة والسكنى من أجل الحمل لقوله ﷺ ﴿ وَإِنْ
كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ الطلاق : 6 .
أما المطلقة المبتوتة الحائل , فهذه هي التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء .

386 - بدائع الصنائع 389/4 .

387 - التلقين 327/1 , الإشراف 758/2 , مواهب الجليل 105/4 , القوانين الفقهية 227-228 .

388 - المهذب 103/2 .

389 - المغني 482/8 .

390 - الأم 245/5 .

391 - المغني 482/8 .

392 - المحلى 251/10 .

393 - بدائع الصنائع 16/4 , القوانين الفقهية 192 , الكافي 297/2 , المدونة 106/2 , شرح الزرقاني للموطأ

271-269/3 , الذخيرة 465/4 , الأم 126/5 , مغني المحتاج 441/3 , العدة شرح العمدة 368 , زاد المحتاج 587/3

, زاد المعاد 158/4 .

العدة

. تعريف العدة :

أ - لغة : تقول : عدّ الشيء أحصاه , و سميت العدة بذلك لأن المرأة تعدّ و تحصي الأيام التي تنقطع فيها عن الأزواج⁽³⁹⁴⁾ .

ب - اصطلاحا :

هي تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد⁽³⁹⁵⁾ .

. حكم العدة :

الوجوب⁽³⁹⁶⁾ , و دليل ذلك من الكتاب والسنة والإجماع :

1 - من القرآن الكريم :

أ - قوله ﷻ : ﴿ و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء . ﴾ البقرة : 226 .

ب - قوله ﷻ : ﴿ و الذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا ﴾ البقرة : 234 .

ج - قوله ﷻ : ﴿ و اللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللاتي لم يحضن و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ الطلاق : 4.

2 - من السنة النبوية الشريفة :

أ - عن حفصة بنت سيرين عن أم عطية عن النبي ﷺ قال : " لا تحدد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها , فإنها تحدد عليه أربعة أشهر وعشرا , لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولا تكتحل و لا تمس طيبا , إلا في أدنى طهرها إذا اغتسلت من محيضها نبذة من كست وأظفار⁽³⁹⁷⁾ "

³⁹⁴ - لسان العرب 2834/4 , و المعجم الوسيط 587/2 , و المصباح المنير 396.

³⁹⁵ - الثمر الداني 483 .

³⁹⁶ - راجع في حكمها : بدائع الصنائع 3/190 و ما بعدها , تحفة الفقهاء 2/243 , و الثمر الداني 483 , القوانين الفقهية 228 , التلقين 1/341 , المعونة 2/911 , التنبيه 199 , فتح الوهاب 2/103 , منهج الطلاب 2/103 , المحرر 2/103 المغني 9/76 .

³⁹⁷ - البخاري كتاب الطلاق باب القسط للحادة عند الطهر 9/491 , و مسلم كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد 2/1127 , و أبو داود كتاب الطلاق باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها 2/291 - 292 , و النسائي كتاب الطلاق باب ما

. أنواع العدد :

. أولا . عدة المطلقة الحائل التي تحيض :

و هي ثلاثة قروء , و ذلك لقوله ﷻ : ﴿و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ البقرة : 228 . وقع الاتفاق على أن عدة المطلقة الحائل التي تحيض ثلاثة قروء , و لكن وقع الاختلاف في تحديد معنى القراء و ذلك لأن هذا الأخير في كلام العرب يقع على الحيض , و الطهر جميعا فهو من الأسماء المشتركة .

. ثانيا : عدة المتوفى عنها زوجها :

ونتصور فيها الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى . عدة الحائل المتوفى عنها زوجها : أربعة أشهر وعشرا, وذلك لقوله ﷻ :

﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾

البقرة : 234 .

الحالة الثانية : عدة الحامل المتوفى عنها زوجها :

وقد اختلف فيها الفقهاء إلى قولين .

. ثالثا . عدة الحامل :

عدتها وضع حملها و ذلك باتفاق جميع الفقهاء لقوله ﷻ : ﴿و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ الطلاق : 4 .

و لكن وقع الاختلاف في مدة الحمل .

. رابعا . عدة اليائسة و الصغيرة :

عدة كل منهما ثلاثة أشهر اتفقا , و ذلك لقوله ﷻ : ﴿و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن﴾ الطلاق : 4 .

. خامسا . عدة المرتابة :

و هي التي ارتفعت حيضتها لسبب غير ظاهر (398).

و قد وقع الاختلاف في مدة عدتها إلى أقوال ثلاثة هي :

القول الأول :

تجتنب الحادة من الثياب المصبغة , و باب الخضاب للحادة 203/6 , و الدارمي كتاب الطلاق باب النهي للمرأة عن الزينة في

العدة 221/2 و اللفظ له .

398 - القوانين الفقهية 229 .

تعدت بسنة و به قال المالكية⁽³⁹⁹⁾ , و الشافعي في قديم مذهبه⁽⁴⁰⁰⁾ , و الحنابلة و المروي عن الحسن⁽⁴⁰¹⁾ .

القول الثاني :

تكون في عدّة أبدا , حتى تحيض , أو تبلغ سنّ اليأس و به قال جابر بن زيد و عطاء , و طاووس , و الشعبي , و النخعي , و الزهري , و أبو الزناد , و الثوري , و أبو عبيد , و أهل العراق⁽⁴⁰²⁾ , و الشافعي في جديد مذهبه⁽⁴⁰³⁾ .

القول الثالث :

تعدت بأربع سنوات و ثلاثة أشهر , و به قال الشافعي في قول ثالث وذلك لأن الأربع سنوات تمثل أكثر مدّة الحمل , ثم تعدت بثلاثة أشهر لأن هذه المدّة هي التي يتيقن بها براءة رحمها , فوجب اعتبارها احتياطاً⁽⁴⁰⁴⁾ .

هذا كلّه فيما إذا كان ارتفاع حيضها لسبب غامض غير معروف , أما إذا كان لسبب معروف , كالرضاع , أو المرض , فإنها تعدت بالأقراء , فتمكث متوقعة له إلى أن تراه طال الوقت أم قصر⁽⁴⁰⁵⁾ .
هذا بالنسبة لمن ارتفع حيضها بسبب الرضاع , أما من ارتفع حيضها بسبب المرض ففيها روايتان :
إحدهما : كالرضاع و هي منسوبة لأشهب .

و ثانيهما : أنها ريبة , و وجه كونها ريبة أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض , و لا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض , فكان ريبة⁽⁴⁰⁶⁾ .

سادسا : عدّة المستحاضة :

و هي تلك المرأة التي لا ينقطع عنها الدم , فلا تعرف أيام عادتها الشهرية .
و قد اختلف الفقهاء في عدتها :

399 - المدونة 73/2 , المعونة 922/2 , الإشراف 792/2 , الكافي 293/2 .

400 - المهذب 142/2 .

401 - المغني 97/9 .

402 - المصدر نفسه 97/9 .

403 - الإقناع 154 , مختصر المزني 218 .

404 - المصدر نفسه .

405 - المعونة 920/2 .

406 - المعونة 921/2 .

إذ هناك من رأى أنها سبعة أشهر , و به قال **الحنفية** ⁽⁴⁰⁷⁾ , و منهم من ذهب إلى أنه ينظر في حالها , فإن كانت غير مميزة كانت عدتها سنة تسعة أشهر استبراء , و ثلاثة أشهر عدّة .
و أما إن كانت مميزة فتعتد بالأقراء و بهذا قال **المالكية** ⁽⁴⁰⁸⁾ .
بينما ذهب **الشافعية** إلى أن عدتها ثلاثة أشهر ⁽⁴⁰⁹⁾ .

أما **الحنابلة** فلهم أقوال :

إذ رأوا أن المستحاضة الناسية لوقتها ثلاثة أشهر , و قيل سنة , هذا كله إذا كانت غير مميزة , أما إذا علمت أن لها حيضة في كل شهر , أو شهرين , أو أربعين يوما , و نحوه ونسيت وقتها فعدتها ثلاثة أمثال ذلك ⁽⁴¹⁰⁾ .

هذا كله في عدتها من طلاق .

أما في عدتها من **الوفاة روايتان** :

إحدهما : أربعة أشهر و عشرا , و الأخرى : أنها تقيم تسعة أشهر , **فوجه الأولى** : عموم الظواهر , و لأنها متوفى عنها غير حامل كغير المستحاضة .
و وجه الثانية : أن الاستحاضة نفسها ربية , فوجب أن تجلس غالب مدّة الحمل ⁽⁴¹¹⁾ .

ميراث المطلقة

و هنا نفرق بين أنواع المطلقة :

النوع الأول : **مطلقة رجعية لم تنقض عدتها** : إذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة : سواء أكان في المرض , أو الصحة بغير خلاف , و هو المروي عن أبي بكر و عمر

و عثمان و علي و ابن مسعود رضي الله عنهم و ذلك لأن الرجعية يلحقها الطلاق و الظهار و الإيلاء و يملك الزوج إمساكها بالرجعة بغير رضاها و بدون ولي و لا شهود و لا صداق جديد ⁽⁴¹²⁾ .

النوع الثاني : **مطلقة انقضت عدتها** : إن طلق في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيًا , فبانت بانقضاء عدتها , لم يتوارثا إجماعا ⁽⁴¹³⁾ .

407 - حاشية ابن عابدين 509/3 .

408 - التلقين 345/1 , المعونة 923/2 , المدونة 68/2-69 , الكافي 293/2 , الإشراف 798/2 .

409 - المهذب 143/2 .

410 - المحرر 106/2 .

411 - المعونة 923/2 .

412 - المغني 217/8 .

. النوع الثالث : مطلقة طلاقا بائنا أثناء المرض المخوف , الذي مات فيه فإن كان برضاها لا ترثه

بالإجماع , و إن كان بغير رضاها فهنا محل الخلاف إذ اختلف الفقهاء في ذلك إلى الأقوال الآتية :

. القول الأول : ذهب الإمام الشافعي إلى أن من طلق امرأته طلاقا بائنا فإنها لا ترثه و لو كان ذلك في مرض الموت⁽⁴¹⁴⁾ , لأن أسباب الميراث محصورة في رحم و ولاء و نكاح , و ليس لها شيء من هذه الأسباب فلا ترث⁽⁴¹⁵⁾ .

. القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنها ترثه ما لم تنقض عدتها⁽⁴¹⁶⁾ , و القياس ألا ترث و إنما ترث استحسانا , و وجه القياس أن سبب الإرث هو انتهاء النكاح بالموت , و لو لم يوجد بالتطبيقات , و الحكم لا ترث بدون سبب و لأن الميراث يستحق بالنسب تارة , و بالزوجية تارة أخرى و لو انقطع السبب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء أكان في صحته أو في مرضه فكذلك إذا انقطعت الزوجية , هذا هو القياس , غير أنهم عدلوا عنه إلى الاستحسان لاتفاق الصحابة , و القياس يترك بإجماع الصحابة⁽⁴¹⁷⁾ . و من المعلوم كذلك بأن المرأة يحل لها الزواج بمجرد انتهاء عدتها و هذا دليل حكمي مناف للنكاح الأول , فلا يبقى معه النكاح حكما على ميراثها من العدة⁽⁴¹⁸⁾ .

. القول الثالث : ذهب المالكية إلى أن من طلق امرأته طلاقا بائنا في مرض الموت , ورثته سواء توفي في العدة أو بعد انقضائها و لو تزوجت⁽⁴¹⁹⁾ .

و استدلوا على ذلك بما يأتي :

1 - عن سفيان عن المغيرة عن إبراهيم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الذي طلق امرأته و هو مريض : " ترثه في العدة و لا يرثها "⁽⁴²⁰⁾ .

و لكن يرد عليهم بأن هذا الأثر منقطع , فلم يسمعه المغيرة من إبراهيم , و إنما قال : ذكر عبيدة عن إبراهيم عن عمر , و عبيدة الضبي ضعيف , و لم يرفعه إلى عمر في رواية يحيى القطان عنه , إنما ذكره عن إبراهيم و الشعبي عن شريح ليس فيه عمر رضي الله عنه⁽⁴²¹⁾ .

413 - المصدر نفسه .

414 - الأم 254/5 , و مختصر المزني 194 - 195 .

415 - المغني 217/7 .

416 - مختصر الطحاوي 303 .

417 - راجعة بنصه في العدة فقها و قانونا - مذكرة تخرج لطلابنا أحمد رباح ص 62 - 63 .

418 - الميسوط 156/6 .

419 - المعونة 788/2 , و المدونة 132/2 - 133 .

420 - السنن الكبرى كتاب الخلع و الطلاق باب : " ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت . " 363/7 .

421 - المصدر نفسه .

2 - عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال : " إن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة و هو مريض , فوَرثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها . " (422)

3 - من المعقول : ترثه سواء مات في العدة , أو بعد انقضائها لأن الميراث صادم سببه , و هو ثبوت الحجر عليه من أجلها , فلا فرق بين بقاء العدة , و زوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب الذي هو الحجر (423) .

القول الرابع: ذهب الحنابلة إلى أنها ترثه و لو انقضت عدتها شريطة أن لا تتزوج (424)
و استدلووا على ذلك بما يأتي :

1 - حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف قال : " إن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته البتة , و هو مريض , فوَرثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها " (425) .

2 - إن المطلق قصد حرمانها من الميراث , فعمل بنقيض قصده , كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه , و الميراث ثبت لها بهذا السبب فهو ثابت لها و لو انقضت عدتها (426)

متعة الطلاق

تعريفها : هي ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها (427) .

حكمها : اختلف الفقهاء في ذلك إلى القولين الآتيين :

القول الأول : تجب المتعة للمطلقة التي لم يسم لها صداق , و كان طلاقها قبل الدخول , و به قال الحنفية (428) , و الشافعية (429) , و الحنابلة (430) و هو قول علي و ابن عباس و ابن عمر رضي الله عنهم (431) .

و دليلهم في ذلك ما يأتي :

أولا : من القرآن الكريم :

422 - السنن الكبرى 362/7 .

423 - المعونة 788/2 - 789 .

424 - المغني 218/7 . .

425 - سبق تخريجه .

426 - المغني 218/7 .

427 . شرح الرصاع لحدود ابن عرفة 2 / 183 .

428 . مختصر الطحاوي 194 , و البحر الرائق 157/3 .

429 . التنبيه 168 و المهذب 164/2 , و المنهاج 290/3 .

430 . المقنع 93/3 , و المحرر 37/2 , و المغني 51 50/8 .

431 . الجامع لأحكام القرآن 200/3 .

1 - قوله ﷻ : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ البقرة : 236

وجه الاستدلال : قوله تعالى : ﴿ و متعوهن ﴾ , فعل أمر , و الأمر للوجوب⁽⁴³²⁾ .
كلمة "حقا" تدل على الوجوب , فالتقدير " واجبا على المحسنين " .

2 - قوله ﷻ : ﴿ و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ﴾ البقرة : 241 وجه الاستدلال : قوله : ﴿ حقا على المتقين ﴾ يدل على وجوب المتعة , و هي الإحسان إلى المطلقات , لأنّ التقوى واجبة , و لذلك قال بعضهم : نزلت مؤكدة للمتعة , لأنه نزل قبلها ﴿ حقا على المحسنين ﴾ , فقال الرجل فإن لم أرد أن أحسن لا أمتع , فنزلت ﴿ حقا على المتقين ﴾⁽⁴³³⁾ .

3 - قوله ﷻ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا ﴾ الأحزاب : 49 .
وجه الاستدلال : قوله : ﴿ فمتعوهن ﴾ يدل على أن المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول بها و لم يسم لها مهر دون غيرها⁽⁴³⁴⁾ .

ثانيا : من المعقول : لا شك أن المسمى لها إذا طلقت قبل البناء بها ووجب لها نصف المهر , و ذلك لقوله ﷻ : ﴿ و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ البقرة : 237 , هذا بالنسبة لمن فرض لها , أما التي لم يفرض لها فتجب لها المتعة بدلا عن نصف المهر , و لا شك أن المبدل منه واجب فيكون البدل واجبا⁽⁴³⁵⁾ .

القول الثاني : تندب المتعة لكل مطلقة قبل و بعد الدخول , باستثناء المطلقة قبل الدخول التي سمي لها المهر , و بهذا قال المالكية⁽⁴³⁶⁾ .

و استدلووا على ذلك بما يأتي :

أولا : من القرآن الكريم :

1 - قوله ﷻ : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ البقرة : 236

432 - المغني 48/8 .

433 - التسهيل 87/1 .

434 - مدارك التنزيل 72/3 .

435 - بدائع الصنائع 300/2 .

436 - المعونة 780/2 , الإشراف 715/2 , الجامع لأحكام القرآن 200/3 .

2 - وقوله ﷺ: ﴿و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾ البقرة: 241 وجه الاستدلال من الآيتين: قوله ﷺ ﴿و متعوهن﴾ و ﴿للمطلقات﴾ يعمان جميع المطلقات , و لا يستثنى من ذلك إلا المطلقة قبل الدخول التي فرض لها الصداق , فهذه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق , و هو أكد من المتعة , امتنع أن يجب لها شيء مستأنف⁽⁴³⁷⁾.
و إن الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿و متعوهن﴾ , صرف عن الوجوب إلى الندب , بقوله: ﴿على المحسنين﴾ و ﴿على المتقين﴾.

ثانيا : من المأثور : و مما يدل على أن المتعة مستحبة للمطلقة , و لو بعد الدخول أنه لما توفي علي بن أبي طالب ﷺ , جاءت عائشة الخثعمية إلى الحسن و قد بويع بالخلافة فقالت : لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين , فقال : " يقتل علي و تظهرين الشماتة , اذهبي فأنت طالق ثلاثا , فبعث إليها بعشرة آلاف متعة

و بقية مالها من الصداق , فقالت قوله مشهورة : " متاع قليل من حبيب مفارق " فلما بلغ الحسن قولها , بكى و قال : " لولا أني سمعت جدي رسول الله ﷺ أو حدثني أبي أنه سمع جدي ﷺ يقول : " أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمة , أو ثلاثا عند الأقرء , لم تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره " (438).
ثالثا : من المعقول : (439)

1- إن الطلاق يكون تأثيره في الإسقاط , لا الإيجاب , بدليل أنه إذا سمى مهرا ثم طلق سقط نصفه ولم يلزمه شيء آخر , فلم يجب به شيء و لأن ما كان واجبا قبله , قد سقط , فهو عن أن يجب به شيء آخر لم يكن واجبا أبعد .

2 - إنّ الطلاق نوع من البينونة , فلم تجب المتعة كالموت , و لأن كل امرأة لو ماتت لم يكن لها متعة , كذلك إذا طلقت قبل الدخول , و قد سمى لها .

3 - تكون مستحبة غير واجبة , لأنّ لم نر في النكاح شيئا وجب للمرأة بزوال العقد , اعتبارا بسائر الواجبات .

4 - إنها عطية غير معتبر بها على وجه , فلم تكن واجبة كالهبة و الصدقة .

5 - لو كانت واجبة لحدد الشرع مقدارها , و لم يتركها لاجتهادات الفقهاء⁽⁴⁴⁰⁾ .

مقدار المتعة :

⁴³⁷ - المعونة 780/2 .

⁴³⁸ - الجامع لأحكام القرآن 202/3 .

⁴³⁹ - الإشراف 715/2 .

⁴⁴⁰ - أحكام القرآن لابن العربي 217/1 .

وقع الاختلاف بين الفقهاء في الأساس الذي يعتمد عليه في تقدير المتعة إلى ثلاثة اتجاهات , نوجزها فيما يأتي (441):

- 1 - المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره و إعساره و ذلك لقوله ﷺ ﴿ على الموسع قدره و على المقتر قدره... ﴾ نص عليه الإمام أحمد و هو وجه لأصحاب الشافعي .
 - 2 - هي معتبرة بحال الزوجة لأنّ المهر معتبر بها , فالمتعة قائمة مقامه .
 - 3 - المتعة يجزىء فيها كل ما يقع عليه الاسم , كما يجزىء في الصداق ذلك .
- و اختلفوا في مقدارها على النحو الآتي :
- الحنفية : أدناها درع , و خمار , و ملحفة (442) .
- المالكية : لا حدّ لقليلها و كثيرها (443) .
- الشافعية : يرجع في تقديرها إلى رأي الحاكم (444) .
- الحنابلة : أعلاها خادم إذا كان الزوج موسرا , و إن كان فقيرا درعا و خمارا و ثوبا تصلي فيه, و نحو ذلك , و هذا ما قال به الزهري و الحسن , و قال ابن عباس ؓ : " أعلى المتعة الخادم , ثم دون ذلك النفقة , ثم دون ذلك الكسوة " (445)
- و الحقيقة أن هذه التقديرات هي اجتهادات , لم يرد فيها نص من كتاب و لا سنة , و لذلك نرى و الله أعلم أن يرجع في ذلك إلى أعراف الناس و عاداتهم فيختلف تقديرها باختلاف الزمان و المكان.

الحضانة

. تعريفها :

أ - لغة : بفتح الحاء , و كسرهما , و هي مأخوذة من الحضن , و هو الجنب و ذلك لأنّ الحاضنة تردّ إليه الصبي , و منه الاحتضان , و هو احتمال الشيء و جعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها , يقال حضن الصبي يحضنه حضنا و حضانة أي : ربّاه و حفظه , و سميت الحضانة بذلك لما فيها من معاني التربية , و الحفظ للصبي , و القيام على شؤونه (446).

441 - المغني 52/8 .

442 - الهداية 106/1 .

443 - الجامع لأحكام القرآن 201/3 .

444 - التنبيه 168 .

445 - المغني 52/8 .

446 - لسان العرب , مادة " حضن " 910/2 - 911 .

ب - اصطلاحا : عرفها ابن عرفة (رحمه الله) بقوله : " هي حفظ الولد في مبيته , و مؤنة طعامه , و ملبسه , و مضجعه , و تنظيف جسمه " (447).

. حكمها :

فرض كفاية إذا قام به قائم سقط عن الناس , و لا يتعين إلا على الأم في حولي رضاعه إن كان لا يقبل ثدي غيرها , و ليس له أب ولا مال , كما يتعين على الأب و الجد (448).

و استدلوا على ذلك :

أولا : من القرآن الكريم :

1 - قوله ﷺ : ﴿ و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ البقرة :233.

2 - قوله ﷺ : ﴿ ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك و ما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم و ما كنت لديهم إذ يختصمون ﴾ آل عمران :44 .

وجه الاستدلال : اقتنع زكريا- عليه السلام - مع قومه في كفالة مريم , فقال لهم زكريا : " ادفعوها لي فإن خالتي تحتي " , فقالوا : " لا تطيب أنفسنا " فاقترعوا معه , فقرعهم زكريا فكفلها (449) .

3 - قوله ﷺ : ﴿ و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾ الإسراء :24 .

4 - قوله ﷺ حكاية عن أخت موسى - عليه السلام - أنها قالت لآسية زوجة فرعون : ﴿ هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم و هم له ناصحون فرددناه إلى أمه كي تقرّ عينها و لا تحزن و لتعلم أنّ وعد الله حق و لكن أكثرهم لا يعلمون ﴾ القصص :12-13
ثانيا : من السنة النبوية الشريفة :

1 - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنّ امرأة قالت : يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء , وثديي له سقاء , و حجري له حواء , و إنّ أباه طلقني , و أراد أن ينزعه مني , فقال لها رسول الله ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحي " (450) .

447 - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام 268/1 , سراج السالك شرح أسهل المدارك 118/2 , و حدود ابن عرفة 230 .

448 - المقدمات 259/2 .

449 - مختصر تفسير ابن كثير 282/1 .

450 - أبو داود , كتاب الطلاق , باب : من أحق بالولد ؟ 70/2-72 , الحاكم , المستدرک 207/2 , و قال : صحيح

الإسناد , و البيهقي السنن الكبرى , كتاب النفقات باب : الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد , و ينتقل إلى جدته

. 5-4/8

2 - عن القاسم بن محمد قال : " كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار فولدت له عاصم , ثم فارقتها عمر رضي الله عنه , فركب يوما إلى قباء , فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده , فوضعه بين يديه على الدابة , فأدركت جدة الغلام , فنازعته إياه , فأقبلا , حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه , فقال عمر: " ابني "وقالت المرأة: "ابني" , فقال أبو بكر رضي الله عنه : " خلّ بينها و بينه " , فما راجعه عمر الكلام .

و في رواية زيد بن إسحاق بن جارية الأنصاري أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه , فقضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه , ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " لا توله والدة عن ولدها " (451)

ثالثا : من الإجماع : قال الإمام ابن رشد (رحمه الله) : " و أما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار , لأن الإنسان خلق ضعيفا , مفتقر إلى ما يكفله , و يريه حتى ينفع نفسه , و يستغني بذاته , فهو من فروض الكفاية , لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة , و لا توفية حق حتى يهلك و يضيع " (452) .

. الحكمة من الحضانة :

لا شك أنّ الولد الصغير محتاج لمن يعتني به , و يقوم على حفظه و تدبير شؤونه , و ذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضرّه , و ما ينفعه , و الشارع قد ناط هذا الأمر بأمر الصغير من حيث تربيته , و رعاية شؤونه , و بوالده من حيث التصرف في نفسه و ماله , و قد تنتقل هذه الحضانة لغيرهما في حالات كالوفاة , أو الطلاق (453)

. شروط استحقاق الحضانة :

1 - شروطها عند الحنفية : الحرية , العقل , الأمانة , الإسلام , خلو الحضنة من زوج أجنبي على المحضون , أن تكون الحضنة مرضعا للطفل , خلو الحاضن من الأمراض الخطيرة , ألا يكون الحاضن أبرصا , و لا أجمدا , و لا أعمى , و لا مغفلا , و لا سفيها , و لا صغيرا (454) .

2 - شروطها عند المالكية : الكفاءة , الأمانة , العقل , السلامة من الأمراض المنفّرة , الرشده ووجود الحرز المتمثل في البيت الذي يكفل فيه المحضون , خلو الأنثى من زوج أجنبي , عدم السفر ستة برد , أي اثنين و سبعين ميلا , و هنا ننبه إلى أنه إذا سافر ولي المحضون ستة برد سفر نقلة لا سفر تجارة سقط

451 - السنن الكبرى , كتاب النفقات , باب " الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد و ينتقل إلى جدته 5/8 .

452 - المقدمات - بهامش المدونة - 258/2-259 .

453 - الفقه المقارن للأحوال الشخصية لبدران 544 و ما بعدها .

454 - تحفة الفقهاء 230-229/2 , و مغني المحتاج 120/3 .

حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا رضيت بالسفر معه⁽⁴⁵⁵⁾. أن يكن ذوات رحم منه أن يكن محرمات عليه , فإن كن ذوات رحم منه , و لم يكن محرمات عليه كبنات الخالة , و بنت العممة , و ما أشبههما لم يكن لهن حق في الحضانة , و كذلك إن كن محرمات عليه , و لم يكن ذوات رحم منه كالمحرمات عليه بالمصاهرة , و الرضاع , و ما أشبههن لم يكن لهن في الحضانة حق⁽⁴⁵⁶⁾.

3 - شروطها عند الشافعية , و تنقسم إلى :

أ - شروط معتبرة في الأبوين و هي : العقل , الإسلام , الأمانة , اجتماع الوالدين في وطن واحد : و لهم في ذلك تفصيل , فقالوا : إذا كان السفر سفر حاجة للحضانة للمقيم منهما أما إذا كان سفر نقلة فإن كان دون مسافة القصر لا يسقط الحضانة , و إذا كان أكثر من مسافة القصر فالأب أولى بحضانة ابنه ب - شروط معتبرة في الأم : خلوها من زوج أجنبي على المحضون .
ج - شروط مختلف فيها: و تتمثل في شرط واحد و هو أن يوجد في كل من الأبوين شرط الكفالة, ويفضل أحدهما لزيادة في الدين , أو المال أو المحبة⁽⁴⁵⁷⁾.

. ترتيب الحواضن: (458)

الحنفية	المالكية	الشافعية	الحنابلة
الأم	الأم	الأم	الأم
الجدّة لأم	الجدّة لأم	الجدّة لأم	الجدّة لأم
الجدّة لأب	الخالة	الجدّة لأب	الجدّة لأب
الأخوات	الجدّة لأب و إن علت	الأخوات	الجدّة
الخالات	الأخت	الخالات	أمهات الجد
بنات الأخت	العمة	بنات الأخت	الأخت الشقيقة ثم

455 - سراج السالك 120/1-121 .

456 - المقدمات 259/2 .

457 - الحاوي الكبير 105/15-109 و راجع المجموع 321/18 .

458 . استفدنا هذا الترتيب من الفقه الإسلامي و أدلته 722/7 , راجع ذلك في المعونة 942/2 , التلقين 351/1 المقدمات

260-259/2 , القوانين الفقهية 229 , فتح الوهاب 123-122/2 , المحرر 119/2 , المدونة 259-258/2 , تحفة

الفقهاء 230-229/2 , المهذب 170-169/3 , التنبيه 211 .

لأم ثم لأب			
الخالة الشقيقة ثم لأب ثم لأب	بنت الأخ	بنت الأخ	بنت الأخ
العمات	العمات	الوصي	العمات
خاله الأب	العصبات بترتيب الإرث	الأفضل من العصبه	العصبات بترتيب الإرث
عمة الأب			ذوو الأرحام إذا عدم العصبه
بنت الأخ	ملاحظة : إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانه من درجة واحدة		
بنت عم الأب	كان ذلك لأصلحهم و أقدرهم على ذلك , فإن تساوا قدم		
باقي العصبه الأقرب فالأقرب	أكبرهم سنا .		

. مدة الحضانه :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن وقت الحضانه من قبل النساء بالنسبة للصبي حتى يستغني عنهن , فيأكل وحده , و يشرب وحده , و يلبس وحده , و ذكر عن محمد : و يتوضأ وحده يريد به الاستنجاء , و ذكر الخصاص سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك .

و أما البنت فهي أحق بها حتى تحيض في ظاهر الرواية عنهم , و حكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تُشتهي .

و القياس أن تتوقف الحضانه في كليهما , لأنها ضرب ولاية , و لأنها تثبت للأم , فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال , و لكن ترك القياس في الصبي بإجماع الصحابة إذ قضى أبو بكر الصديق رضي الله عنه بعاصم بن عمر لأمه بمحضر من الصحابة , و لم ينكر عليه أحد , فترك القياس في الصبي , و بقى الحكم في البنت على أصل القياس .

والحكمة في ذلك : أن الصبي إذا استغنى يحتاج إلى التأديب و التخلص بأخلاق الرجال , و تحصيل أنواع الفضائل , و اكتساب أسباب العلوم , والأب أقدر و أقوم , مع أنه لو ترك في يدها لتخلّق بأخلاق النساء , و تعود بشمائلهن , و لا شك أن فيه ضررا , و هذا المعنى لا يوجد في البنت , فترك في يد الأم وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء , و التخلص بأخلاقهن , و التدرب خدمة البيت , و لا يحدث ذلك

إلا أن تكون عند الأم , أمّا بعد ما حاضت , أو بلغت عند الأم حد الشهوة تصبح في حاجة إلى حمايتها و صيانتها , وحفظها عمن يطمع فيها, و لا شك أن الرجال على ذلك أقدر (459) .

القول الثاني : ذهب المالكية إلى أن الحضانة للصبي حتى البلوغ , و للبنات إلى أن تنكح و يدخل بها زوجها (460) .

و علل المالكية بقاء الحضانة للبنات حتى الدخول , وذلك لأنها محتاجة إلى الحفظ و الرعاية أكثر ممّا يحتاجه الابن , بل حاجة البنات إلى ذلك بعد البلوغ أكثر و أشد (461) , خاصة و أن بلوغها لا يزيل عنها ذلك لأنها معرضة للأزواج , و بنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها , و الأزواج يرغبون فيمن تكون محضونة أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها , فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها (462) .

القول الثالث : ذهب الشافعية إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنين , و هو يعقل خيّر بين الأبوين و إن اختار أحدهما سلّم إليه , فإن كان ابنا و اختار أمه كان عندها بالليل , و عند أبيه بالنهار , و إن اختار الأب كان عنده بالليل , و النهار , و لا يمنع من زيارة أمه , و لا تمنع الأم من تمريره إذا احتاج , و إن كانت بنتا فمن اختارته منهما كانت عنده بالليل و النهار و لا يمنع الآخر من زيارتها و عيادتها (463) .

و دليلهم في ذلك : عن هلال بن أسامة أن أبا ميمونة سليم مولى من أهل المدينة رجل صدق قال : بينما أنا جالس مع أبي هريرة رضي الله عنه جاءت امرأة فارسية مع ابن لها , فدّعيها , و قد طلقها زوجها , فقالت : يا أبا هريرة رطنت بالفارسية زوجي يريد أن يذهب بابني , فقال أبو هريرة : استهما عليه , و رطن لها بذلك , فجاء زوجها , فقال : من يحاقيني في ولدي , فقال أبو هريرة : اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم و أنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله , إن زوجي يريد أن يذهب بابني , و قد سقاني من بئر أبي عنبه , و قد نفعتني , فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "استهما عليه " فقال زوجها : من يحاقيني من ولدي , فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " هذا أبوك و هذه أمك , فخذ بيد أيهما شئت " , فأخذ بيد أمه , فانطلقت به (464) .

القول الرابع : ذهب الحنابلة (465) إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنين و ليس بمعتوه خيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه , فمن اختاره منهما , فهو أولى به قضى بذلك عمر , و علي , و شريح رضي الله عنه و دليلهم حديث

459 - بدائع الصنائع 43/4 .

460 - المدونة 246/2 , الكافي 297/2 , المعونة 941/2 , الإشراف 810/2 , التلقين 351/1 .

461 - الإشراف 810-811 , المعونة 941/2 , الشرح الصغير 63/3 .

462 - المعونة 941/2 .

463 - المهذب 18/2 , التنبيه 211 .

464 - السنن الكبرى , كتاب النفقات , باب " الأبوين إذا افترقا و هما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج 3/8 .

465 - المغني 304-300/9 .

تخيير الرسول ﷺ لـ غلام حيث قال له : " هذا أبوك و هذه أمك فاحتر أبيهما شئت " . أما البنت إذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها , و ذلك لأن الغرض بالحضانة الحظ و الحظ للبنت بعد السبع في كونها عند أبيها , لأنها تحتاج إلى حفظ , و الأب أولى بذلك , بل إنّ الأم تحتاج إلى من يحفظها , و يصونها , و لأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج و هي تحطب من أبيها و لأنه وليها , و المالك لتزويجها , و هو أعلم بالكفاءة , و أقدر على البحث , فينبغي أن يقدم على غيره , و لا يصر إلى تخييرها , لأن الشرع لم يرد به فيها . مع ملاحظة أن البنت تكون عند من اختارته ليلا و نهارا بخلاف الابن إذا اختار أمه يكون عندها ليلا و عند أبيه نهارا و لا يمنع من زيارة من لم يختاره الابن أو البنت .

. سقوط الحضانة :

و تسقط في الحالات الآتية :

- 1 - زواج الأم المدخول بها بأجنبي عن المحضون , و بهذا قال الحنفية (466)
- و المالكية (467) و الشافعية (468) و الحنابلة في القول المشهور عنهم (469) .
- و دليلهم في ذلك ما يأتي :

أ - قوله ﷺ للمرأة التي أراد زوجها أن ينزع منها ولدها : " أنت أحق به ما لم تنكحي " (470) ب - إن الصبي يلحقه ضرر بكره الزوج له , و تضجره منه , لا سيما و أن الأم قد تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلبا لمرضاة الزوج و لا شك أن هذا يضر بوالد الصبي أيضا , فوجب إزالة الضرر , بإسقاط حقها من الحضانة (471) .

2 - السفر : ذهب الحنفية إلى سقوط حق الأم المطلقة في الحضانة إذا سافرت سفرا بعيدا و قدره بالذي لا يقدر فيه الأب زيارة ابنه في نهار يرجع فيه لبيته لبييت فيه , أمّا غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال (472) .

و ذهب المالكية إلى أنّ الأب إذا أراد السفر من بلد إلى آخر فهو أحق بالولد

466 - تحفة الفقهاء 230 , بدائع الصنائع 44/4 .

467 - المقدمات 261/2 , التلقين 350/1 , المعونة 941/2 , الإشراف 810/2 .

468 - مغني المحتاج 456/3 .

469 - المغني 306/9 .

470 - سبق تخريجه .

471 - المعونة 941/2 .

472 - بدائع الصنائع 45/4 .

و إذا أرادت الأم السفر كان الأب أحق بالولد أيضا⁽⁴⁷³⁾ , و أما إذا أراد الخروج لحاجة , أو تجارة , فليس له أخذه لأن كونه مع أمه أصلح , و أحوط عليه⁽⁴⁷⁴⁾ هذا و قد قدر المالكية بعد المكان الذي تسافر له الحاضنة و تسقط حضانتها ببريد , و قيل ستة برد و قيل مسافة يوم⁽⁴⁷⁵⁾ .

بينما ذهب الشافعية إلى أن السفر المسقط للحضانة هو الذي يكون بقصد الإقامة أو لمكان مخوف , و لم يفرقوا بين السفر الطويل و القصير⁽⁴⁷⁶⁾ .

أما الحنابلة فأروا بأنه إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود , و الآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة و لأن السفر بالولد إضرار به و إن كان متنقلا إلى بلد ليقوم به و كان الطريق مخوفا أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة و لأن في السفر به خطرا عليه , و لو اختار الولد السفر في هذه الحالة لم يُجب إليه , لأنّ فيه تعريرا به , و إن كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا

و طريقه آمن فالأب أحق به , سواء كان المقيم أو المنتقل , إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم و يرونه , فتكون الأم على حضانتها

و قال القاضي : " إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الإقامة⁽⁴⁷⁷⁾ .

و دليلهم في سقوط الحضانة بالسفر , كون وجود الصبي مع أبيه مصلحة متأبدة و أمّا كونه مع أمّه مصلحة مؤقتة تزول عن قريب , و مراعاة المصلحة المؤبدة أولى⁽⁴⁷⁸⁾ .

3 - وجود ضرر في بدن الحاضن مثل الأمراض المنفرة كالجدام , و البرص و الجنون⁽⁴⁷⁹⁾ .

4 - قلة دين الحاضن فإن ذلك يضر بالمحضون بلا شك , هذا عند المالكية⁽⁴⁸⁰⁾ و أسقطها الشافعية و الحنابلة من باب أولى بالكفر⁽⁴⁸¹⁾ .

. الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

لقد تطرق قانون الأسرة الجزائري لمسألة الحضانة في 11 مادة و قد أولاهما عناية بالغة و هذا ما توضحه موادها التي سنتناولها على النحو الآتي :

473 - الإشراف 811/2 .

474 - المعونة 941/2 .

475 - القوانين الفقهية 218 , و البريد فيه أربعة فراسخ , و الفرسخ فيه ثلاثة أميال , و الميل مقدر ب: 1853م و عليه يكون

البريد مقدر ب : 22236 م , و الستة برد مقدر ب : 133416 م .

476 - مغني المحتاج 456/3 .

477 - المغني 304/9 .

478 - الإشراف 811/2 .

479 - القوانين الفقهية 218 .

480 - المصدر السابق .

481 - موسوعة الفقه المالكي 120/3 .

المادة 62 : " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا . و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك . "

نلاحظ بأن هذه المادة عرفت الحضانة بكونها تتمثل في رعاية المحضون و تعليمه و تربيته وفق تعاليم دين الأب , و صيانتها من كل ما يضر به و الحرص على حفظ صحته و أخلاقه , مشترطة أن يكون الحاضن أهلا لتحمل هذه المسؤولية .
المادة 63 : " في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني . "

أعطت هذه المادة للأم الحق في توقيع الوثائق ذات الطابع المدرسي أو الاجتماعي , و ذلك بناء على طلبها و قبل صدور الحكم , و هذا في حالة الإهمال العائلي للأب أو فقدانه , و ما ذهب إليه القانون هو عين الصواب , و ذلك بمراعاته لمصالح المحضون الدراسية و الاجتماعية من أن تكون عرضة للضياع , و قد ارتأى في الأم بديلا مناسباً للحفاظ على مصالح المحضون , فلا يوجد من هو أحرص من الأم على مصالح الأبناء .

المادة 64 : الأم أولى بحضانة ولدها , ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة, ثم العممة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك, وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

حددت هذه المادة التي شملها التعديل الجديد ترتيب من له الحق في الحضانة , فوافقت المذاهب الفقهية الأربعة في إسناد الحضانة للأم ثم خالفتها في المرتبة الثانية إذ جعلت الحضانة فيها من حق الأب, ثم أعطت بعد ذلك هذا الحق للأقرب درجة مع مراعاة مصلحة المحضون .

المادة 65 : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات , و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمًا , ما لم تتزوج ثانية . على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون . "

ما ورد في هذه المادة هو الأقرب للمذهب المالكي الذي حدد انتهاء سن الحضانة للذكر بالبلوغ , و لا شك أن في إعطاء سلطة التقدير للقاضي في تمديد سن الحضانة إلى 16 سنة يتماشى مع شرط البلوغ الذي قال به المالكية , إذ أن سن البلوغ يختلف من منطقة لأخرى بحسب الحرارة و البرودة , فتكون الفترة الممتدة بين 10 و 16 سنة فترة للبلوغ , و ذلك بحسب تغير المناطق و المناخ
أما بالنسبة للأنثى فقد حدد انتهاء سن الحضانة لها ببلوغها سن الزواج , بينما نجد المذهب المالكي لم يكتف بذلك بل اشترط أن يتم الدخول بها .

ثم تطرق القانون بعد ذلك لمسقطات الحضانة موافقا فيها ما ورد في الشريعة الإسلامية و ذلك في المواد الآتية :

المادة 66 : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم , و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " .

المادة 67 : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون .

المادة 68 : " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " .

المادة 69 : "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه , مع مراعاة مصلحة المحضون " .

المادة 70 : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .

ثم جاءت بعد ذلك المادة 71 لتبين عودة الحق في الحضانة إذا كان سبب سقوطها أمرا قهريا خارجا عن إرادة من له الحق في الحضانة فورد فيها : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " .

المادة 72 : " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ."

و ما نص عليه القانون هو العدل عينه لأن في ذلك حماية للمحضون من التشرذم الذي قد يلحقه بسبب إهمال والده له في حالة عدم توفير المسكن المناسب والنفقة بالمعروف .

قرارات معاصرة متعلقة بالأسرة

. قرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث حول النفقة على الزوجة:

استعرض المجلس موضوع "النفقة على الزوجة" والأبحاث التي تناولته، وبعد المداولة والنظر قرر ما يلي:
لم يحدد الشرع في النفقة مقدارا معيناً من المال، ولكنه أوجب على الرجل كفاية حاجات زوجته بالمعروف. والضابط في ذلك مراعاة نفقة مثيلاتها من النساء وما يقتضيه العصر والبيئة.
فيجب للزوجة كل ما اعتادت عليه في بيئتها دون إسراف ولا تقتير لقوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته، ومن قُدِرَ عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه، سيجعل الله بعد عسر يسراً) [الطلاق: 7].

ومما يجب للزوجة أيضاً كل ما يتعلق بمسكنها ومداواتها وملبسها ومأكلها وكذلك كل ما من شأنه تسهيل مهام البيت من أثاث وآلات وغيرها.

أما ما يترتب من النفقات بسبب خروج الزوجة للعمل مثلا فلا يجب على الزوج، وتحمل الزوجة العاملة وحدها تلك النفقات.

إما إذا كان الزوج بغيلاً وممسكاً فللزوجة حق الأخذ من مال زوجها بقدر كفايتها وحاجة أولادها لقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: "خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف" متفق عليه. وفي حال ما إذا كان الزوج فقيراً وكانت الزوجة موسرة وتعمل وأرادت أن تتكفل بنفقات البيت فذلك تكرم منها وتفضل، وهو أمر محمود تنال به الأجر والثواب وتستحق عليه الشكر والثناء.

اختلافات الزوج والزوجة الموظفة،

و انفصال الذمة المالية بين الزوجين

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) - من 9 إلى 14 أبريل 2005 - قراراً وفتوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، وعن انفصال الذمة المالية بين الزوجين ، جاء فيه :

أولاً : انفصال الذمة المالية بين الزوجين

للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع مما تكسبه من عملها، ولها ثروتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها.

ثانياً: النفقة الزوجية:

تستحق الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالمعروف، وبحسب سعة الزوج، وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعاً، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز.

ثالثاً: عمل الزوجة خارج البيت:

(1) من المسؤوليات الأساسية للزوجة رعاية الأسرة وتربية النشء والعناية بجيل المستقبل، ويحق لها عند الحاجة أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها واختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعاً، بشرط الالتزام بالأحكام الدينية والآداب الشرعية ومراعاة مسؤوليتها الأساسية.

(2) إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعاً، وفق الضوابط الشرعية، ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المسقط للنفقة.

رابعاً : مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة:

(1) لا يجب على الزوجة شرعاً المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً، ولا يجوز إلزامها بذلك.

(2) تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعا لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين.

(3) يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة.

(4) إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصصها فإنها تتحمل تلك النفقات.

خامسا: اشتراط العمل:

(1) يجوز للزوجة أن تشتري في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضى الزوج بذلك ألزم به، ويكون الإشتراط عند العقد صراحة.

(2) يجوز للزوج أن يطلب من الزوجة ترك العمل بعد إذنه به إذا كان الترك في مصلحة الأسرة والأولاد.

(3) لا يجوز شرعا ربط الإذن (أو الإشتراط) للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الإشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء أو إعطائه جزءا من راتبها وكسبها.

(4) ليس للزوج أن يجبر الزوجة على العمل خارج البيت.

سادسا: اشتراك الزوجة في التملك :

إذا أسهمت الزوجة فعليا من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الإشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به.

سابعا: إساءة استعمال الحق في مجال العمل:

(1) للزوج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وهي محددة شرعا وينبغي أن تقوم العلاقة بين الزوجين على العدل والتكافل والتناصر والتراحم، والخروج عليها يعد محرم شرعا.

(2) لا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق بمنع الزوجة من العمل أو مطالبته بتركه إذا كان يقصد الإضرار أو ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرجحة.

(3) ينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو الأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرجحة منه.

توصيات:

• يوصي المجمع بإجراء دراسات اجتماعية واقتصادية وطبية لآثار عمل الزوجة خارج البيت على الأسرة وعلى الزوجة نفسها لما لهذه الدراسات من أثر في تجلية حقائق الموضوع، وتكون عينات الدراسة من مجتمعات مختلفة.

• يؤكد المجمع على وجوب غرس مفهوم التكامل بين الزوجين وحرص الإسلام على أن تكون العلاقة بينهما قائمة على المودة والرحمة.

• يوصي المجمع بعقد ندوة متخصصة تناول شؤون المرأة المسلمة بعامه، ودورها في تنمية المجتمع الإسلامي بخاصة، بما يواكب مسيرة التطور الحضاري، وفق المعايير الشرعية، ليصار إلى اعتماد قرارات المجمع وتوصياته، لدى جميع الحكومات والهيئات الإسلامية أمام المؤتمرات الدولية بشأن المرأة والسكان

قرار رقم: 169 (18/7)

بشأن حقوق وواجبات المرأة المسلمة

إنّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) من 24 إلى 29 جمادى الآخرة 1428هـ - الموافق 9-13 تموز (يوليو) 2007 م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع حقوق وواجبات المرأة المسلمة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، واستحضاره أنّ الإسلام وضع المرأة موضعها الصحيح، وجعلها أساساً لتكوين الأسرة، وفَسَحَ لها المجال للعمل، وهيئاً لها المكان للعطاء، وأتاح لها الفرصة للمشاركة والإبداع، وعَنَى بها عناية خاصة، وشملها في توجيهاته برعاية حانية، ووفّأها حقوقها كاملة، وأوصى بها أمماً وأختاً وبناتاً وزوجة، وسوّى بين الرجل والمرأة في استحقاق التكريم الإلهي، وفي شؤون العقيدة وفرائض العبادات، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفي العمل الصالح، وفي المسؤولية والجزاء وحق التعليم، وفي التصرفات المالية، ووضع لذلك ضوابط شرعية معتبرة، وأنّ الأصل العام أنّ خطاب التكليف شاملٌ للرجال والنساء، إلا ما خُصَّ به أحدهما..

قرّر ما يلي:

أولاً: للمرأة أن تملك ما شاءت من العقارات والمنقولات على أساس ضوابط الملكية الشرعية.
ثانياً: عمل المرأة يخضع لضوابط شرعية، وتُشجّع على العمل في المجالات التي تتفوّق فيها نظراً لطبيعتها الخاصة؛ حيث تُقدّم إنتاجية عالية، مثل التربية والتعليم وطب النساء والأطفال والعمل الاجتماعي.
ثالثاً: للمرأة المسلمة الإسهام في الأنشطة الاجتماعية والثقافية والتربوية التي لا تتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة وفقاً لضوابطها المقرّرة.

رابعاً: يؤكّد المجمع على قراراته السابقة بشأن المرأة رقم 114 (12/8)، 159 (17/8).

ويوصي المجمع بما يأتي:

1- إنشاء هيئة إسلامية عالمية متخصصة لشؤون المرأة، ويكون من اختصاصها متابعة قضايا المرأة، ورصد المؤتمرات المتعلقة بشؤون المرأة والمشاركة فيها.

2- التعاون مع المؤسسات الدولية لحماية الأسرة والمرأة والطفل من الأخطاء والتيارات التي

تهدّدها.

3- دعوة جميع الدول الأعضاء للتحفظ على بنود الاتفاقيات الدولية التي تشتمل على مخالفات شرعية.

4- يوصي المجمع بإجراء المزيد من البحث والدراسة في شأن الحقوق السياسية والقضاء والولايات العامة للمرأة.

والله أعلم.

التساوي بين الزوجين في الحقوق والواجبات

المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث 1426/3/15 الموافق ل: 2005/04/24

قرار المجلس: تعد الزوجة مساوية للزوج في العلاقة الزوجية، حتى إن القرآن يسمي كلاهما (زوجًا) فالرجل زوج، والمرأة زوج، لأن كلاهما - وإن كان فردًا في ذاته - يحمل هموم الآخر وحاجاته، فهو (زوج) في الحقيقة.

ونرى قوله تعالى: { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً } [الروم: من الآية 21]، { وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ } [النحل: من الآية 72]، هذا الخطاب في الآيتين للرجال والنساء جميعًا، إذ لا دليل على اختصاص الخطاب بالرجال.

وفي الآية التي خاطب الله بها الرجال خاصة، ذكر بعدها ما يفيد تساوي الجنسين في العلاقة الزوجية، وذلك قوله تعالى: { أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِيَّاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَّاسٌ هُنَّ } [البقرة: من الآية 187]، فالمرأة بمنزلة اللباس للرجل والرجل بمنزلة اللباس للمرأة، بما توحى به كلمة (اللباس) من القرب واللمس والدفء والستر والزينة.

وهذا التساوي في الأصل لا ينفي أن يختص الرجل ببعض ما يتميز به عن المرأة، مثل (القوامة) على الأسرة، كما قال تعالى: { الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ } [النساء: من الآية 34].

ومن روائع البيان القرآني هنا: أنه لم يقل (بما فضلهم على النساء) بل قال: { بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ }، أي أن الرجل مفضل من بعض الأوجه، والمرأة مفضلة من أوجه أخرى، كالجانب العاطفي، والرجل هو الذي يدفع المهر ويؤسس البيت وينفق عليه، فإذا حاول أن يهدم الأسرة فإنما يهدمها على أم رأسه!!

وقد أُرشد القرآن إلى أن الحقوق بين الطرفين مساوية للواجبات إلا ما استثني، وذلك قوله تعالى: { وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ } [البقرة: من الآية 228]، وجاء عن ابن عباس: أتجمل لامرأتي كما تتجمل هي لي، واستدل بالآية الكريمة (1). وقد فسر الإمام الطبري (الدرجة) في الآية بمزيد

من الأعباء المطلوبة من الرجل، وفسرها غيره بدرجة (القوامة) على الأسرة وكلاهما تفسير صحيح. والنبي صلى الله عليه وسلم يَحْتَمِلُ كلا من الزوجين المسؤولية، كما في حديث ابن عمر المتفق عليه "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع في أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيته".

ومسؤولية المرأة في بيت زوجها توجب عليها أن يكون لها دور توجيهي أو إرشادي تجاه زوجها، يقوم على النصح له وحب الخير والسداد له، ودعوته إلى الخير وأمره بالمعروف إذا قصر فيه، ونهيه عن المنكر إذا وقع فيه، فهذا واجب على كل مسلم تجاه المسلم، حتى الابن مع أبيه، والتلميذ مع أستاذه، والمحكوم مع الحاكم، وكذلك الزوجة مع زوجها، ولكن في حدود وضوابط معينة ذكرها العلماء في مظانها، والله تعالى يقول: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ} [التوبة: من الآية 71]، والعلاقة الزوجية لا تسقط فرضية الأمر والنهي بل تؤكدتها.

وقد كانت المرأة من نساء السلف تقول لزوجها إذا خرج من البيت للتجارة والضرب في الأرض: يا أبا فلان، إياك وكسب الحرام فإننا نصبر على الجوع والطوى ولا نصبر على حر النار وغضب الجبار! ولو وجدت المرأة زوجها يقصر في أداء الصلاة المفروضة، فالواجب عليها أن تأمره بالرفق وبالموعظة الحسنة أن يحافظ على صلاته، ولو وجدته يشرب الخمر، فعليها أن تنهيه عن أم الخبائث وتنصحه أن يحافظ على دينه ونفسه وماله وولده باجتناب هذا الرجس من عمل الشيطان، ولو وجدته يهمل رعاية أولاده أو النفقة عليهم، فليزمنها أن تنصحه وتحضه أن يقوم بواجبه.

فإن قيل: هل للزوج سلطة على زوجته وإلى أي حد؟ فالجواب: أن للزوج سلطة (القوامة) ولكنها ليست سلطة مطلقة، بل هي سلطة مقيدة بأحكام الشرع ومقتضيات العرف. فأحكام الأسرة مقيدة -في القرآن الكريم- بقيدتين:

أحدهما: رباني، وهو ما سماه القرآن (حدود الله) وقد تكررت كثيراً في شأن الأسرة.

والثاني: إنساني، وهو ما سماه القرآن (المعروف) وهو ما تعرفه الفطر السليمة والعقول الرشيدة وأهل الفضل من الناس. نقرأ في القيد الأول قوله تعالى في شأن الطلاق: {تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} [البقرة: من الآية 229]، وفي مقام آخر بقوله: {وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ} [البقرة: من الآية 230]، وفي سورة الطلاق بقوله: {وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ} [الطلاق: من الآية 1].

وفي القيد الإنساني بقوله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: من الآية 19]، وقوله: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: من الآية 233]، وقوله: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [الطلاق: من الآية 2]، وقوله: {وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: من الآية 241].

والأصل: أن يتم أمر الأسرة بالتشاور فيما بين الزوجين، والتشاور لا يثمر إلا خيراً، وقد أشار إلى ذلك القرآن في قضية فطام الطفل الرضيع، كما قال تعالى: {فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا} [البقرة: من الآية 233]، فإن اختلفا فالزوج هو صاحب السلطة في إطار (المعروف)، ولا يجوز له أن يفرض على المرأة أهواءه باسم الطاعة الواجبة، فإنما يطاع في (المعروف) لا في غيره، بدليل قوله تعالى في بيعة النساء لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-: {وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ} [المتحنة: من الآية 12]،

وفي الحديث المتفق عليه: "إنما الطاعة في المعروف"

العنف الأسري وعلاجه

استعرض المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث موضوع "العنف الأسري وعلاجه" والأبحاث التي تناولته، وبعد المداولة والنظر خلص إلى ما يلي:

المقصود بالعنف الأسري:

أولاً: العنف هو: استخدام القوة المادية أو المعنوية لإلحاق الأذى بآخر استخداماً غير مشروع. ثانياً: أن العنف الأسري يشمل عنف الزوج تجاه زوجته، وعنّف الزوجة تجاه زوجها، وعنّف الوالدين تجاه الأولاد وبالعكس، كما أنه يشمل العنف الجسدي والجنسي واللفظي وبالتهديد، والعنف الاجتماعي والفكري، وأخطر أنواعه ما يسمى بـ(قتل الشرف).

ثالثاً: للعنف أسبابه التي يمكن تلخيصها في التالي:

أ - ضعف الوازع الديني وسوء الفهم.

ب - سوء التربية والنشأة في بيئة عنيفة.

ج - غياب ثقافة الحوار والتشاور داخل الأسرة.

د - سوء الاختيار وعدم التناسب بين الزوجين في مختلف الجوانب بما فيها الفكرية.

هـ - ظروف المعيشة الصعبة كالفقر والبطالة.

رابعاً: يترتب على العنف الأسري آثار خطيرة على الزوجين والأولاد والمجتمع.

ولخطورة ذلك فإن المجلس قرر أن العنف الأسري بجميع أنواعه وصنوفه نمت عنه الشريعة فلا يجوز الإقدام عليه للنصوص الكثيرة الدالة على تحريم الظلم والإيذاء بجميع أنواعه، فضلاً عن الإيذاء داخل الأسرة التي تقوم على الرحمة والمودة والسكن.

كذلك أكد المجلس على ما شرعه الإسلام من وسائل لدرء العنف الأسري والتي أهمها:

1 - تقوية الوازع الديني والتربية الصحيحة والتأكيد على ثقافة الحوار والتشاور داخل الأسرة.

2 - اختيار كل من الزوجين للآخر على أساس صحيح.

- 3 - اعتماد أساليب الوعظ والإرشاد في بيان خطورة الظلم والضرب والشتم والإهانة.
- 4 - اللجوء إلى الحكّمين لمنع العنف وعلاجه.
- 5 - اختيار الطلاق وسيلة أخيرة لإنهاء عقد الزواج سواء عن طريق القضاء أو حكم الحكّمين إذا تمادى أحد الزوجين ولم تنفع الوسائل السابقة.
- ويوصي المجلس الأقلية المسلمة بالابتعاد عن استعمال وسيلة الضرب في نطاق الأسرة اقتداء بالرسول صلى الله عليه وسلم الذي لم يضرب في حياته امرأة، وقال: "لن يضرب خياركم"، وتجنباً للأضرار الناتجة عن ذلك بما فيها مخالفة القانون. (482).

مشروعية قيام المراكز الإسلامية وما في حكمها بتطبيق زوجات المسلمين اللاتي ترافعن إليها أو النظر في ذلك ممن حصلن على الطلاق من محاكم غير إسلامية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده؛ نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برباطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 22-26/شوال/1428 هـ الذي يوافقها 3-7 نوفمبر/2007م قد نظر في موضوع: مدى مشروعية قيام المراكز الإسلامية، وما في حكمها بتطبيق زوجات المسلمين اللاتي ترافعن إليها أو النظر في ذلك ممن حصلن على الطلاق من محاكم غير إسلامية.

وقد ناقش المجلس ما يواجهه المسلمون خارج ديار الإسلام من تحديات ونوازل، وقدر حرصهم على معرفة الأحكام الشرعية، وتطبيقها في أمور حياتهم، وبعد استعراض البحوث التي قدمت والاستماع إلى المناقشات المستفيضة حول الموضوع قرر ما يأتي:

أولاً: حث المسلمين في البلاد غير الإسلامية على اللجوء إلى الهيئات والمؤسسات والمراكز الإسلامية المعتمدة للقيام بإجراءات الزواج أو الطلاق، وسائر أنواع التفريق، مع مراعاة القوانين المنظمة للعقود في تلك البلاد؛ لضمان استيفاء الحقوق.

ثانياً: التأكيد على أن المصلحة تستدعي تضمين عقود الزواج شرط التحكيم عند النزاع وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: عند حصول إنهاء الزوج لدى المحاكم المدنية في تلك البلاد، فعلى الزوجين مراجعة المراكز الإسلامية المعتمدة؛ لاتخاذ اللازم حسب الأصول الشرعية.

482 - المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث(دبلن في الفترة من: 14- 18 محرم 1426 الموافق 23- 27 فبراير 2005)

رابعاً: إذا كانت إجراءات التفريق بين الزوجين المدنية تسمح بتحويل القضية إلى المركز الإسلامي، أو محام مسلم، أو محكم يفصل في النزاع فإن الواجب قبول هذا التحويل، والحرص عليه. ويوصي المجلس لتلك الهيئات والمؤسسات الممثلة للمسلمين بما يلي:

أولاً: بأن تقيم هيئات للإصلاح والتحكيم في قضايا الأسرة من ذوي الكفاية الشرعية، والمعرفة القانونية، والخبرة العملية، وتأهيل أعضائها، بما يعينهم على أداء مهماتهم على وجه صحيح معتبر شرعاً وقانوناً.

ثانياً: السعي لتحصيل مكسباتهم الدينية، وفق ما تكفله لهم قوانين تلك البلاد من اعتماد لجان التحكيم وما يسمى بالوسيط الديني ونحوها لدى المحاكم والسعي للحصول على الخصوصية القضائية في أحوالهم الشخصية مما يعزز تحقيق المواءمة بين الالتزام بأحكام شريعتهم ومراعاة قوانين البلاد التي يعيشون فيها.

ثالثاً: على المراكز الإسلامية العمل على تنسيق جهودها ونشر الوعي لدى المسلمين بأمور الأسرة والأحوال الشخصية وأحكامها الشرعية والإجرائية.

والله ولي التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد آله وصحبه.

الأنكحة المستحدثة

المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، الدورة الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، قد اختتم أعماله بإصدار عدد من القرارات والتوصيات حيال ما ناقشته من موضوعات طرحت خلال الدورة.

الأنكحة المستحدثة

نظر المجمع في موضوع «عقود النكاح المستحدثة» وبعد الاستماع إلى البحوث المقدمة والمناقشات المستفيضة قرر ما يأتي:

يؤكد المجمع أن عقود الزواج المستحدثة وإن اختلفت أسماؤها وأوصافها وصورها لا بد أن تخضع لقواعد الشريعة المقررة وضوابطها من توافر الأركان والشروط وانتفاء الموانع..

وقد أحدث الناس في عصرنا الحاضر بعض تلك العقود المبينة أحكامها فيما يأتي:

1 / إبرام عقد زواج تتنازل فيه المرأة عن السكن والنفقة والقسم أو بعض منها وترضى بأن يأتي الرجل إلى دارها في أي وقت شاء من ليل أو نهار، ويتناول ذلك أيضاً.. إبرام عقد زواج على أن تظل الفتاة في بيت أهلها ثم يلتقيان متى رغبا في بيت أهلها أو في أي مكان آخر حيث لا يتوافر سكن لهما ولا نفقة. هذان العقدان وأمثالهما صحيحان إذا توافرت فيهما أركان الزواج وشروطه وخلوه من الموانع ولكن ذلك خلاف الأولى.

2 / الزواج المؤقت بالإنجاب وهو عقد مكتمل الأركان والشروط إلا أن أحد العاقدين يشترط في العقد أنه إذا أنجبت المرأة فلا نكاح بينهما أو أن يطلقها.

وهذا الزواج فاسد لوجود معنى المتعة فيه لان التوقيت بمدة معلومة كشهر أو مجهولة كالإنجاب يصيره متعة ونكاح المتعة مجمع على تحريمه. الزواج بنية الطلاق وهو زواج توافرت فيه أركان النكاح وشروطه وأضمر الزوج في نفسه طلاق المرأة بعد مدة معلومة كعشرة أيام أو مجهولة كتعليق الزواج على إتمام دراسته أو تحقيق الغرض الذي قدم من أجله.

وهذا النوع من النكاح على الرغم من أن جماعة من العلماء أجازوه إلا أن المجمع يرى منعه لاشتماله على الغش والتدليس. إذ لو علمت المرأة أو وليها بذلك لم يقبلا هذا العقد ولأنه يؤدي إلى مفساد عظيمة وأضرار جسيمة تسيء إلى سمعة المسلمين.

التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنايب

الحمد وحده ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وبعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ، في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405 هـ إلى يوم الاثنين جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 19-28 يناير 1985 م ، قد نظر في الملاحظات التي أبداها أعضائه ، حول ما أجازها المجمع في الفقرة الرابعة ، من البند الثاني من القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنايب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين 11-16 ربيع الآخر 1404 هـ ، ونصها :

((إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين ، وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه ، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررها المنزوعة الرحم))

يظهر مجلس المجمع أنه جاز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة ، وملخص الملاحظات عليها :

(إن الزوجة الأخرى التي زرع فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها ، على حمل اللقيحة من معاشرتها الزوج لها ، في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ، ثم تلد توأمين ، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرتها الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من ولد معاشرتها الزوج ، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر ، الذي لا يعلم أيضاً أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرتها ولد الزوج ، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام ، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة)

كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس ، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج ، لحاملة اللقيحة ، واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها .

بعد مناقشة الموضوع ، وتبادل الآراء فيه، قرر المجلس: سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع، المشار إليها من قرار الجمع، الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404هـ بحيث يصبح قرار المجلس المشار إليه في موضوع التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب على النحو التالي :

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد:
فإن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في الدراسة التي قدمها عضو المجلس مصطفى أحمد الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي، وأطفال الأنابيب، الأمر الذي شغل الناس، وكان من أبرز قضايا الساعة في العالم، واستعرض المجلس ما تحقق في هذا المجال من إنجازات طبية، توصل إليها العلم والتقنية في العصر الحاضر، لإنجاب الأطفال من بني الإنسان، والتغلب على أسباب العقم المختلفة المانعة من الاستيلاء.

وقد تبين للمجلس من تلك الدراسة الوافية المشار إليها أن التلقيح الاصطناعي بغية الاستيلاء (بغير الطريق الطبيعي وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقتين أساسيتين :

- طريق التلقيح الداخلي، وذلك بحقن نطفة الرجل، في الموضع المناسب من باطن المرأة.
- وطريق التلقيح الخارجي، بين نطفة الرجل وبويضة المرأة، في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية، ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة.

ولابد في الطريقتين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية.
وقد تبين لمجلس الجمع الفقهي، من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع، ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة، أن الأساليب، والوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي، بطريقه الداخلي والخارجي، لأجل الاستيلاء، هي سبعة أساليب، بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية، بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً، وهي الأساليب التالية:

في التلقيح الاصطناعي الداخلي:

الأسلوب الأول:

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل زوجته، أو رحمها، حتى تلتقي التقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما، ثم العلوق، في جدار الرحم - بإذن الله- كما في حالة الجماع، وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور، لسبب ما، عن إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني:

أن تؤخذ نطفة من رجل، وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخلها، ثم العلوق في الرحم، كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيماً لا بذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي :

الأسلوب الثالث:

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته، فتوضع في أنبوب اختبار طبي، بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته، في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر، تنقل في الوقت المناسب، من أنبوب الاختبار، إلى رحم الزوجة نفسها -صاحبة البويضة- لتعلق في جداره، وتتمو وتتخلق ككل جنين. ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية، تلده الزوجة طفلاً أو طفلة. وهذا هو طفل الأنبوب، الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد، ذكوراً وإناثاً وتوائم، تناقلت أخبارها الصحف العالمية، ووسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث، عندما تكون الزوجة عقيماً، بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار، بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة، ليست زوجته (يسمونها متبرعة)، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ويلجؤون إلى هذا الأسلوب، عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليم، قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار، بين نطفة رجل وبويضة من امرأة، ليست زوجة له (يسمونها متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

ويلجأون إلى ذلك، حينما تكون المرأة المتزوجة، التي زرعت اللقيحة فيها، عقيماً بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم، وزوجها عقيم ويريدان ولداً.

الأسلوب السادس:

أن يجري تلقيح خارجي، في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها.

ويلجؤون إلى ذلك، حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل. لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل؛ ترفها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

- هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل. وقد نظر مجلس المجمع الفقهي، فيما نشر وأذيع أنه يتم فعلاً تطبيقه في أوروبا وأمريكا من استخدام هذه الإنجازات، لأغراض مختلفة، منها تجاري ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشري)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة، لدى نساء غير متزوجات، أو نساء متزوجات، لا يحملن بسبب فيهن، أو في أزواجهن، وما أنشئ لتلك الأغراض المختلفة، من مصارف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجال، بصورة تقانية، تجعلها قابلة للتلقيح بها إلى مدة طويلة، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين، تبرعاً أو لقاء عوض، إلى آخر ما يقال إنه واقع اليوم في بعض بلاد العالم.

النظر الشرعي بمنظار الشريعة الإسلامية :

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها، لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة، وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

أولاً: أحكام عامة:

(أ) إن انكشاف المرأة المسلمة، على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي، لا يجوز بحال من الأحوال، إلا لغرض مشروع، يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف.

(ب) إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها، تسبب لها إزعاجاً - يعتبر ذلك غرضاً مشروعاً، يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

(ج) كلما كان انكشاف المرأة، على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج، امرأة مسلمة - إن أمكن ذلك- وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب. ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها، إلا بحضور زوجها، أو امرأة أخرى.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

1- إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضاً مشروعاً، يبيح معالجتها بالطريق المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

2- إن الأسلوب الأول (الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً - بالشروط العامة الآتية الذكر- وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية، لأجل الحمل.

3- إن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البدرتان الذكرية والأنثوية، من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما خارجياً، في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها، صاحبة

البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً، من موجبات الشك، فيما يستلزمه، ويحيط به من ملابسات، فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوافر الشرائط العامة الآتية الذكر.

4- وفي حالي جواز الاثنتين، يقرر المجمع : أن نسب المولود، يثبت من الزوجين مصدرى البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود، من الرجل والمرأة، يثبت الإرث وغيره من الأحكام، بين الولد ومن التحق نسبه به.

5- وأما الأساليب الأخرى، من أساليب التلقيح الاصطناعي، في الطريقتين الداخلي والخارجي، مما سبق بيانه، فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها، ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي - بوجه عام - من ملابسات، حتى في الصورتين الجائزتين شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف، أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع الفقهي: ينصح الحريصين على دينهم، أن لا يلجؤوا إلى ممارسته، إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف، أو اللقائح.

ولقد تطرق قانون الأسرة الجزائري في تعديله الجديد إلى التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر، والتي نصها: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية :

- أن يكون الزواج شرعياً .
- أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما .
- أن يتم بماء الزوج وبويضة زوجته دون غيرها .
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .

مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز)

والأحكام الفقهية الأسرية المتعلقة به

إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن بيندر سيري بيجوان، بروناي دار السلام من

1- 7 محرم 1414هـ الموافق 21- 27 حزيران (يونيو) 1993م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز)،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، وتبين منها أن ارتكاب فاحشتي الزنى واللواط أهم سبب

للأمراض الجنسية التي أخطرها الإيدز (متلازمة العوز المناعي المكتسب)، وأن محاربة الرذيلة وتوجيه الإعلام

والسياحة وجهة صالحة تعتبر عوامل هامة في الوقاية منها . ولا شك أنَّ الالتزام بتعاليم الإسلام الحنيف

ومحاربة الرذيلة وإصلاح أجهزة الإعلام ومنع الأفلام والمسلسلات الخليعة ومراقبة السياحة تعتبر من العوامل

الأساسية للوقاية من هذه الأمراض .

قرر ما يلي :

في حالة إصابة أحد الزوجين بهذا المرض، فإن عليه أن يخبر الآخر وأن يتعاون معه في إجراءات الوقاية كافة

.

ويوصي بما يلي :

أولاً : دعوة الجهات المختصة في الدول الإسلامية لاتخاذ كافة التدابير للوقاية من الإيدز ومعاينة من يقوم

بنقل الإيدز إلى غيره متعمداً . كما يوصي حكومة المملكة العربية السعودية بمواصلة تكثيف الجهود لحماية

ضيوف الرحمن واتخاذ ما تراه من إجراءات كفيلة بوقايتهم من احتمال الإصابة بمرض الإيدز .

ثانياً : توفير الرعاية للمصابين بهذا المرض . ويجب على المصاب أو حامل الفيروس أن يتجنب كل وسيلة

يؤدي بها غيره، كما ينبغي توفير التعليم للأطفال الذين يحملون فيروس الإيدز بالطرق المناسبة .

ثالثاً : أن تقوم الأمانة العامة باستكتاب الأطباء والفقهاء في الموضوعات التالية، لاستكمال البحث فيها

وعرضها في دورات قادمة :

أ - عزل حامل فيروس الإيدز ومريضه .

ب - موقف جهات العمل من المصابين بالإيدز .

ج - إجهاض المرأة الحامل المصابة بفيروس الإيدز .

د - إعطاء حق الفسخ لامرأة المصاب بفيروس الإيدز .

هـ - هل تعتبر الإصابة بمرض الإيدز من قبيل مرض الموت من حيث تصرفات المصاب؟

و - أثر إصابة الأم بالإيدز على حقها في الحضانة .

ز - ما الحكم الشرعي فيمن تعمد نقل مرض الإيدز إلى غيره .

ح - تعويض المصابين بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو محتوياته أو نقل الأعضاء .

ط - إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج لتجنب مخاطر الأمراض المعدية وأهمها الإيدز .

والله أعلم (483)

. إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من

1- 6 ذي القعدة 1415 هـ الموافق 1- 6 نيسان (أبريل) 1995م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز)

والأحكام المتعلقة به ، والقرار رقم 82 (8/13)،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي :

أولاً : عزل المريض :

حيث إن المعلومات الطبية المتوافرة حالياً تؤكد أن العدوى بفيروس العوز المناعي البشري مرض نقص المناعة

المكتسب (الإيدز) لا تحدث عن طريق المعيشة أو الملابس أو التنفس أو الحشرات أو الاشتراك في الأكل

أو الشرب أو حمامات السباحة أو المقاعد أو أدوات الطعام ونحو ذلك من أوجه المعيشة في الحياة اليومية

العادية، وإنما تكون العدوى بصورة رئيسية بإحدى الطرق التالية :

1- الاتصال الجنسي بأي شكل كان .

2- نقل الدم الملوث أو مشتقاته .

3- استعمال الإبر الملوثة ، ولا سيما بين متعاطي المخدرات، وكذلك أمواس الحلاقة .

4- الانتقال من الأم المصابة إلى طفلها في أثناء الحمل والولادة .

وبناء على ما تقدم فإن عزل الأم المصابة إلى طفلها إذا لم تُخَشَّ منه العدوى، عن زملائهم الأصحاء، غير واجب شرعاً، ويتم التصرف مع المرضى وفق الإجراءات الطبية المعتمدة .

ثانياً : تعمد نقل العدوى :

تعمد نقل العدوى بمرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) إلى السليم منه بأية صورة من صور التعمد عمل محرم، ويعد من كبائر الذنوب والآثام، كما أنه يستوجب العقوبة الدنيوية وتتفاوت هذه العقوبة بقدر جسامة الفعل وأثره على الأفراد وتأثيره على المجتمع .

فإن كان قصد المتعمد إشاعة هذا المرض الخبيث في الجشتمع، فعمله هذا يعد نوعاً من الحراية والإفساد في الأرض، ويستوجب إحدى العقوبات المنصوص عليها في آية الحراية. { إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ } [المائدة : 33] .

وإن كان قصده من تعمد نقل العدوى إعداء شخص بعينه، وتمت العدوى، ولم يمت المنقول إليه بعد، عوقب المتعمد بالعقوبة التعزيرية المناسبة وعند حدوث الوفاة ينظر في تطبيق عقوبة القتل عليه .

وأما إذا كان قصده من تعمد نقل العدوى إعداء شخص بعينه، ولكن لم تنتقل إليه العدوى فإنه يعاقب عقوبة تعزيرية .

ثالثاً : إجهاض الأم المصابة بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) :

نظراً لأن انتقال العدوى من الحامل المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) إلى جنينها لا تحدث

غالباً إلا بعد تقدم الحمل - نفخ الروح في الجنين - أو أثناء الولادة، فلا يجوز إجهاض الجنين شرعاً .

رابعاً : حضانة الأم المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) لوليدها السليم وإرضاعه :

لما كانت المعلومات الطبية الحاضرة تدل على أنه ليس هناك خطر مؤكد من حضانة الأم المصابة بعدوى

مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) لوليدها السليم، وإرضاعها له، شأنها في ذلك شأن المخالطة

والمعايشة العادية، فإنه لا مانع شرعاً من أن تقوم الأم بحضانته ورضاعته ما لم يمنع من ذلك تقرير طبي .

خامساً : حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب

(الإيدز) :

للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) مرض معد تنتقل

عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي .

سادساً : اعتبار مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) مرض موت :

يعدّ مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) مرض موت شرعاً، إذا اكتملت أعراضه، وأقعد المريض عن

ممارسة الحياة العادية، واتصل به الموت .

ويوصي بما يلي :

أولاً : تأجيل موضوع حق المعاشرة الزوجية مع الإصابة بالإيدز لاستكمال بحثه .

ثانياً : ضرورة الاستمرار على التأكد في موسم الحج من خلو الحجاج من الأمراض الوبائية، وبخاصة مرض

نقص المناعة المكتسب (الإيدز) . والله الموفق (484)

القرار المرقم بـ 6/8/59 والمتعلق بشأن زراعة الأعضاء التناسلية.

قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي :

- 1) زرع الغدد التناسلية : بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعاً.
- 2) زرع أعضاء الجهاز التناسلي : زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية في القرار رقم 01 للدورة الرابعة لهذا المجمع. (485)

اختيار جنس الجنين

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 22-26/شوال / 1428 هـ التي يوافقها 3-7/نوفمبر 2007م قد نظر في موضوع:

(اختيار جنس الجنين)، وبعد الاستماع للبحوث المقدمة، وعرض أهل الاختصاص، والمناقشات المستفيضة.

فإن المجمع يؤكد على أن الأصل في المسلم التسليم بقضاء الله وقدره، والرضا بما يرزقه الله من ولد، ذكراً كان أو أنثى، ويحمد الله تعالى على ذلك، فالخيرة فيما يختاره الباري جل وعلا، ولقد جاء في القرآن الكريم ذم فعل أهل الجاهلية من عدم التسليم والرضا بالمولود إذا كان أنثى قال تعالى: [وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ * يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ] [النحل: 58-59]، ولا بأس أن يرغب المرء في الولد ذكراً كان أو أنثى، بدليل أن القرآن الكريم أشار إلى دعاء بعض الأنبياء بأن يرزقهم الولد الذكر، وعلى ضوء ذلك قرر المجمع ما يلي:

أولاً: يجوز اختيار جنس الجنين بالطرق الطبيعية؛ كالنظام الغذائي، والغسول الكيميائي، وتوقيت الجماع بتحري وقت الإباضة؛ لكونها أسباباً مباحة لا محذور فيها.

484 - مجلة المجمع (ع 8، ج 3 ص 9) (ع 9، ج 1 ص 65)

(485) [مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 2155].

ثانياً: لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار جنس الجنين، إلا في حال الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية ، التي تصيب الذكور دون الإناث، أو بالعكس، فيجوز حينئذٍ التدخل، بالضوابط الشرعية المقررة، على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول، تقدم تقريراً طبيعياً بالإجماع يؤكد أن حالة المريضة تستدعي أن يكون هناك تدخل طبي حتى لا يصاب الجنين بالمرض الوراثي، ومن ثم يعرض هذا التقرير على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تراه في ذلك.

ثالثاً: ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة والدقيقة على المستشفيات والمراكز الطبية التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية، لتمنع أي مخالفة لمضمون هذا القرار، وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

- الولاية في النكاح⁴⁸⁶ :

استعرض المجلس موضوع "الولاية في النكاح" وما قدم فيها من البحث، وبعد المداولة والنظر قرر ما يلي:

موقف فقهاء المسلمين من الولاية في النكاح على مذهبين:

الأول: أن الولي شرط في عقد النكاح، عملاً بمحدث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((لا نكاح إلا بولي)).

وهذا مذهب جمهور العلماء من المحدثين والفقهاء، ومنهم من قال: هو ركن في العقد.

والثاني: ليس شرطاً يصح بدونه العقد إذا تزوجت من كفاء، وهو مذهب بعض الفقهاء كالحنفية، واستدلوا لمذهبهم بأدلة أخرى.

والخلاف في ذلك خلاف معتبر، وقد ذهب المجلس بعد مداولاته إلى أن الحرص على موافقة الولي عند إجراء عقد الزواج مطلوب دينياً واجتماعياً، لكن إن اقتضى الحال تزويج المرأة بدون ولي لظروف معينة كتعذر إذنه أو كعضله، فلا بأس من العمل بقول من لا يشترط الولي لابتداء العقد، وأما إذا تم العقد دون ولي فإنه عقد صحيح، مراعاة لقول المخالف.

ومما ينبه عليه المجلس أنه ليس كل قريب يصلح أن يكون ولياً للمرأة لعقد نكاحها، بل من توفرت فيه مجموعة الشروط المعتبرة، ومن أهمها أن يكون تصرفه نافعاً لها لا ضاراً بها.

13- عضل الولي⁴⁸⁷ :

⁴⁸⁶ قرار 14/3 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث (دبلن في الفترة من: 14- 18 محرم 1426 الموافق 23- 27 فبراير 2005).

استعرض المجلس موضوع "عضل الولي"، وهو (منع موليته من الزواج) والبحث الذي تناوله، وبعد المدولة والنظر قرر ما يلي:

أنه لا يحل للولي أن يعضل (أي يمنع) وليته إذا أرادت الزواج من كفءٍ بصداقٍ مثلها، فإذا منعها وليها القريب انتقلت الولاية إلى من يليه في الولاية، أو إلى القاضي، أو من ينوب عن جماعة المسلمين إن لم يكن قاضٍ كالقائمين على المراكز الإسلامية والمساجد في الغرب ممن يعود إليهم المسلمون في شؤونهم الدينية؛ لأن تأخير الزواج ووقوع العضل من بعض الأولياء سبب في مفسد خطيرة على الفرد والمجتمع، وحيث إن ظاهرة العضل متفشية فيجب العمل على علاجها في المجتمع المسلم بما يجد منها أو يمنعها، وأهم ما يلاحظ في ذلك الفصل بين الأحكام الشرعية وبين التقاليد والأعراف، ثم توعية المسلمين بفوائد الالتزام بأحكام الشرع الذي شرعه الله لهم في شكل نشرات ودورات متخصصة، والعمل على تكوين مجالس تحكيم يمكن الرجوع إليها في مثل هذا الأمر.

تولي المرأة عقد نكاح نفسها⁴⁸⁸:

قرار المجلس يعتبر عقد الزواج من أهم العقود؛ لما يترتب عليه من قيام أسرة جديدة في المجتمع، وإنجاب أولاد وحقوق وواجبات تتعلق بكل من الزوجين.

ولما كان كل واحد من الزوجين طرفاً في العقد؛ ناط الشارع إبرامه بهما، وجعله متوقفاً على إرادتهما ورضاهما، فلم يجعل للأب ولا لغيره على المرأة ولاية إجبار ولا إكراه في تزويجها ممن لا تريد، بل جعل لها الحق التام في قبول أو رفض من يتقدم لخطبتها، فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية (فتاة صغيرة السن) أتت ﷺ، فذكرت أن أباهاً زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ⁴⁸⁹.

وجاءت النصوص النبوية الأخرى تؤكد للمرأة ذلك الحق فقال ﷺ: ((لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الأيم حتى تستأمر))⁴⁹⁰، وقال: ((والبكر يستأذنها أبوها))⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ قرار 14/5 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث (دبلن في الفترة من 14-18 محرم 1426 الموافق 23-27 فبراير 2005).

⁴⁸⁸ القرار (4/3) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث.

⁴⁸⁹ حديث صحيح، أخرجه أحمد (رقم: 2469)، وأبو داود (رقم: 2096) (والنسائي في "السنن الكبرى" (رقم: 5387)، وابن ماجه (رقم: 1875) من حديث عبد الله بن عباس، وصححه ابن القطان وابن حزم، وقواه الخطيب البغدادي وابن القيم وابن حجر.

⁴⁹⁰ متفق عليه: أخرجه البخاري (رقم: 4843، 6567، 6569)، ومسلم (رقم: 1419) من حديث أبي هريرة. والأيم:

الثيب، وهي التي سبق لها الزواج.

⁴⁹¹ أخرجه مسلم في صحيحه (رقم: 68/1421)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (115/7) من حديث ابن عباس، وهذا في أحد ألفاظ حديثه.

وبهذا جعل الإسلام عقد الزواج قائمًا على المودة والرحمة، والألفة والمحبة، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: من الآية 21]، ومن المحال - عادة - تحقيق تلك المقاصد الكريمة بزواج قائم على الإكراه والإجبار .

لكن لما كانت المرأة -رغم إرادتها المستقلة التي جعلها الإسلام لها -عرضة لأطماع الطامعين، واستغلال المستغلين فقد شرع من الأحكام ما يحفظ حقوقها، ويدفع استغلال المستغلين عنها، فجعل لموافقة وليها على عقد زواجها اعتبارًا هامًا يتناسب مع أهمية هذا العقد، لما يعكسه من أثر طيب يخيم على الأسرة الجديدة، ويبقي على وشائج القرى بين الفتاة وأوليائها، بخلاف ما لو تم بدون رضاهم، فإنه يترتب عليه الشقاق والخلاف، فينجم ومع أنه لا خلاف بين أهل العلم في أن رضي ولي المرأة هو الأولى والأفضل، غير أنهم اختلفوا في جعله شرطًا من شروط صحة العقد:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن رضي ولي المرأة شرط من شروط صحة العقد لا يصح بدونه، لقول النبي ﷺ: "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل"⁴⁹²، وقوله أيضًا: "لا نكاح إلا بولي"⁴⁹³.

وذهب الحنفية إلى عدم اشتراط ذلك مستدلين بأدلة كثيرة، منها ما رواه مسلم والأربعة أن رسول الله ﷺ قال: "الأيم أحق بنفسها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"⁴⁹⁴، وحملوا أحاديث اشتراط الولي على من كانت دون البلوغ، وقالوا: لو زوجت البالغة العاقلة نفسها كان زواجها صحيحًا إن استوفى العقد شروطه الأخرى، ويجوز لوليها أن يتظلم إلى القاضي فيطلب فسخ العقد إذا كان هذا الزواج من غير كفاء، وعلى القاضي إجابة طلبه إن تحقق من ذلك.

وإن المجلس يوصي النساء بعدم تجاوز أولياء أمورهن، لحرصهم على مصلحتهن ورغبتهم في الأزواج الصالحين لهن وحمایتهم من تلاعب بعض الخطاب بهن.

⁴⁹² أخرجه أحمد (47/6، 66، 165)، وأبو داود (رقم: 2083)، والترمذي (رقم: 1102)، وابن ماجه (رقم: 1879) من حديث عائشة، وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان (رقم: 4074)، والحاكم (2/168).

⁴⁹³ أخرجه أحمد (19518، 19710، 19746)، وأبو داود (رقم: 2085)، والترمذي (رقم: 1101)، وابن ماجه (رقم: 1881) من حديث أبي موسى الأشعري، وصححه علي بن المديني شيخ البخاري، وقواه البخاري والترمذي والحاكم والبيهقي وغيره.

⁴⁹⁴ أخرجه مالك في "الموطأ" (رقم: 1493)، وأحمد (رقم: 1888: مواضع أخرى)، ومسلم (رقم: 1421)، وأبو داود (2098)، والترمذي (رقم: 1108)، والنسائي (84/6-85)، وابن ماجه (رقم: 1870) من حديث ابن عباس.

كما يوصي الآباء بتيسير زواج بناتهم، والتشاور معهن فيمن يرغب في الزواج منهن دون تعسف في استعمال الحق وليتذكروا قول النبي ﷺ: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"⁴⁹⁵، وليعلموا أن عضلهم من الظلم المنهي عنه، والظلم محرم في الإسلام .

كما يوصي المجلس المراكز الإسلامية مراعاة ما تقدم؛ لأنه أسلم وأحكم، إلا إذ لم يوجد للمرأة ولي فيكون المركز الإسلامي وليها في البلاد التي ليس فيها قضاء إسلامي، ومع هذا يرى المجلس أن البالغة العاقلة لو زوجت نفسها ممن يرضى دينه وخلقه فزواجها صحيح .

الوقاية من الطلاق⁴⁹⁶:

ناقش المجلس البحوث المقدمة حول "وسائل الوقاية من الطلاق"، وبعد المداولة والمناقشات المستفيضة انتهى إلى ما يلي:

أولاً: إن الإسلام قد حرص أشد الحرص من خلال تشريعاته الخاصة بالأسرة على الحفاظ عليها ومنعها من التفكك والانحيار؛ لذلك سمى الرابطة الزوجية ميثاقاً غليظاً، وحث على استمرار الحياة الزوجية حتى مع كراهة الزوج لزوجته، فقال تعالى: (وعاشروهن بالمعروف، فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً) [النساء: 19].

ثانياً: وبناء على ذلك يبين المجلس وسائل للوقاية من الطلاق، من أهمها:

- 1- تقوية الجانب الإيماني واستشعار الخوف من الله تعالى ومراقبته عند وقوع الظلم وإيذاء أحد الطرفين للآخر، ولذلك صاحب الأمر بالتقوى معظم الآيات الخاصة بالأسرة.
- 2- حسن الخلق في التعامل بين الزوجين وصبر كل منهما على الآخر في مقابل ما له من أخلاق وصفات طيبة أخرى.
- 3- رعاية الجوانب النفسية في كون كل واحد من الزوجين لباساً وسكناً ومودة ورحمة وأنهما من نفس واحدة، والنظر من كليهما للآخر نظرة تقدير واحترام ومساواة.
- 4- اختيار الشريك الصالح أو الزوجة الصالحة من حيث توافر الصفات المطلوبة شرعاً في الطرفين، والالتزام بالوسائل التي شرعها الإسلام لاستمرار الزوجية كرؤية الخاطبين أحدهما للآخر والمحادثة بينهما بضوابطها الشرعية.

⁴⁹⁵ أخرجه يحيى بن معين في "تاريخه" (40/3)، والبخاري في "الكنى" (ص:26)، والترمذي (رقم: 1085)، وآخرون من حديث أبي حاتم المزني، وحسنه الترمذي، وعامة الرواة يذكره بلفظ (وفساد عريض) بدل (كبير)، إلا ما ورد في بعض شواهد الحديث.

⁴⁹⁶ قرار 14/9 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث (دبلن في الفترة من: 14- 18 محرم 1426 الموافق 23- 27 فبراير 2005).

- 5- تنمية ثقافة الحوار والتشاور لحل جميع المشاكل فيما بين الزوجين، كما عبر عن ذلك قوله تعالى: (عن تراضٍ منهما وتشاور) [البقرة: 233].
- 6- الحرص على أن يؤدي كل من الزوجين حقوق الآخر المادية والمعنوية على أساس العدل والإحسان.
- 7- الحرص من كل من الزوجين على إرضاء الآخر، ولذلك لم يعتبر كاذباً من حدث زوجه بما يرضيه ويحقق التصالح معه حتى لو فهم منه أنه مخالف للواقع.
- 8- استعمال جميع الوسائل المؤثرة في النفوس من الوعظ ونحوه.
- 9 - تدخل مجلس الأسرة من خلال الحكمين لتحقيق الإصلاح فيما بين الزوجين، إذ قال تعالى: (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما) [النساء: 35].

والله ولي التوفيق .