

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة

كلية أصول الدين

مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د
جميع التخصصات

مادة: فقه الأسرة

من إعداد: أ.د. سعاد سطحي

السنة الجامعية: 2013-2014

الزواج

تعريف الزواج:

أ . لغة: الزواج في اللغة هو الاقتران كما ورد في قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾¹ الدخان: 54 .

ب . اصطلاحاً : عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات⁽¹⁾.

ثالثاً : 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:

يُبين 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 الله عز وجل : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ وَلَيْسَتَغْفِرَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾³³³² . وقال أيضا : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ النساء: 3.

إن الأمر في قوله تعالى : "فانكحوا" للندب.

¹ - أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 44.

ب . من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : "من أحب سنتي فليستن بسنتي، ومن سنتي النكاح"⁽¹⁾.

II . الحكم حسب حالة الشخص⁽²⁾ : تعزيره الأحكام الشرعية الخمسة من وجوب وحرمة وكراهة وندب وإباحة .

الخطبة

أولا . تعريف الخطبة :

أ . لغة : قال ابن منظور : الخطب الشأن أو الأمر كما قال الله عز وجل : ﴿قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ﴾ الذاريات :31. وخطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر.⁽³⁾ 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".⁽⁴⁾ وقيل مأخوذة من الخطب أي الشأن أي أنها شأن من الشؤون. وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة.⁽⁵⁾

ب . اصطلاحا : استدعاء النكاح.⁽⁶⁾ . التماس التزويج والمحاولة عليه صريحا مثل أن يقول : فلان يخطب فلانة أو غير صريح كيريد الاتصال بكم والدخول في زمرتكم.⁽⁷⁾

. 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 صلى الله عليه وسلم على أن

¹ - السنن الكبرى للبيهقي 87/7.

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

³ - لسان العرب 1194/2.

⁴ - الجامع لأحكام القرآن 190/3.

⁵ - راجع في ذلك المعجم الوسيط 242/1 ، ومختار الصحاح 180 ، والقاموس المحيط . 63/1.

⁶ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل 407/3.

⁷ - الخرشني على مختصر سيدي خليل 167/3.

يتحرى الرجل النظر إلى المرأة التي يرغب في خطبتها ويفهم منه كذلك إباحة نظر المرأة للرجل الذي يأتيها خاطبا بل من العلماء من ذهب إلى استحباب النظر إلى المخطوبة استنادا إلى الأدلة الآتية

1. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "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".⁽¹⁾

2. عن المغيرة بن شعبه قال : خطبت امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم أنظرت إليها؟ قلت : لا. قال: فانظر إليها فإنه أجد أن يؤدم بينكما"⁽²⁾ 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⁽³⁾ إلى أنه يجوز النظر إلى الوجه والكفين فقط.

. قال تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ النور : 31، والمقصود بما ظهر منها الوجه والكفان.⁽⁴⁾

. إن النظر أبيض للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ومما لا شك فيه أن الضرورة تندفع برؤية هذين العضوين.⁽⁵⁾

. الوجه مجمع المحاسن وبرؤيته يعرف جمال المرأة من عدمه.⁽⁶⁾

¹ - 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).

² - سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب : ما جاء في النظر إلى المخطوبة 242/1 رقمه 934 وأخرجه أيضا الدارمي وابن حبان وصححه (انظر نيل الأوطار 239/6).

³ - بداية المجتهد 4/2، والقوانين الفقهية 190 والذخيرة 191/4.

⁴ - بداية المجتهد 4/2.

⁵ - المغني 454/7.

⁶ - المصدر السابق.

. ينظر إلى هذين العضوين قياسا على جواز كشفهما في الحج.⁽¹⁾
. إن من ينظر إلى وجه إنسان يسمى ناظرا إليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له⁽²⁾ كما قال ﷺ :
﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ المنافقون:4، ﴿وَإِذَا رَأَى الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ الأنبياء : 36.

القيود التي وضعها فقهاء المالكية لجواز النظر إلى المخطوبة :

1. أن يغلب على ظنه أنه يحظى بالموافقة من طرف المنظور إليها، أما إذا غلب على ظنه بأنها ترفضه، فلا يجوز له النظر إليها، كأن يكون غير كفء لها مثل كونها عاملة وهو جاهل، أو هي متدينة وهو فاسق، ولقد وافق المالكية في هذا القيد الكثير من الفقهاء.⁽³⁾
2. **أمن الشهوة :** ألا يقصد التلذذ بالنظر إليها⁽⁴⁾ لأنه لا يجوز للمسلم أن يتلذذ بالنظر إلى المرأة الأجنبية عنه باستثناء الزوجة. ولقد خالف الشافعية هذا القيد وذهبوا إلى أنه يندب لمن أراد الزواج بامرأة أن ينظر إلى وجهها وكفيها ظاهرا وباطنا ولو بشهوة أو افتتان، لأن ذلك من بواعث الرغبة في الزواج.⁽⁵⁾

فالمصلحة المترتبة على نظر الخاطب أعظم من المفسد التي تترتب على النظر، ويرد عليهم بأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح. ولقد قال الإمام ابن قدامي (رحمه الله) مؤيدا رأي المالكية "ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا ريبة، قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك".⁽⁶⁾

3. **أن يستأذنها ويستأذن وليها في النظر إليها :** فالنظر يجب أن يكون وقت الخطبة وأن تكون هي عاملة بذلك، إذ لا يجوز استغفائها والنظر إليها بغير علمها وعلم وليها بذلك ومستند المالكية في ذلك ما يأتي :

أ . سد الذرائع المفضية إلى الفساد، إذ قد ينظر الفساق لبنات الناس، فإذا ما نوقشوا ادعوا أنهم خطاب.

¹ - بداية المجتهد 4/2.

² - المغني 454/4.

³ - الشرح الصغير 340/2.

⁴ - جواهر الإكليل 275/1.

⁵ - مغني المحتاج 128/3.

⁶ - المغني 453/7.

ب . إذا استغفلها في النظر إليها ربما يرى منها ما لا يجوز له النظر إليه فرمى شيئاً من عورتها.⁽¹⁾
قال الإمام القرافي (رحمه الله) : "ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها ويحتاج إلى إذنها عند ابن القاسم،
لأن البغلة قد توقع في رؤية العورة".⁽²⁾

4 . أن لا ينظر إليها في خلوة، فلا يجوز لمن يقصد الخطبة أن ينظر إلى المرأة في خلوة، لأنها وإن تمت الخطبة فإن المخطوبة تبقى أجنبية عنه. ومعلوم أن الخلوة بالمخطوبة، محرمة شرعاً، وكذلك اصطحابها في المنتزهات والحفلات، والتجوال في الشوارع والطرق، ولو كان ذلك لغرض التعارف.⁽³⁾ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما".⁽⁴⁾
. النظر عن طريق الصورة : رأى الدكتور عمر سليمان الأشقر بأنه لا مانع من الخطبة عن طريق الصورة، وذلك لدخولها في قوله صلى الله عليه وسلم : "إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل". ولكن مع التنبيه إلى نقاط معينة.⁽⁵⁾

رابعاً . التعريض بالخطبة :

2 . حكم التعريض⁽⁶⁾ : 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 بها 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 صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها ثلاثاً : "إذا حللت فأذيني" فلما حلت خطبها لأسامة بن زيد.⁽⁷⁾

1 - الذخيرة 191/4.

2 - المصدر السابق.

3 - دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر 716/2.

4 - السنن الكبرى 91/7.

5 - ينظر تفصيلها في أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة 61.

6 - جواهر الإكليل 276/1، ومغني المحتاج 137/3، والمغني 525/7، وفتح الباري 179/9-180، والذخيرة 191/4-192.

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

جـ . المعتدة من وفاة :

يجوز التعريض بخطبتها للأدلة الآتية :

. قال ﷺ : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ 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 أَنْفُسِهِنَّ 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 صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي بن أبي طالب وموضعي في العرب، فقالت له : "غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي؟" فقال لها : "إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي".⁽¹⁾. وهذا الحديث منقطع.

. ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأُم سلمة : "لقد علمت أني رسول الله صلى الله عليه وسلم وخيرته وموضعي في قومي، كانت تلك خطبته"⁽²⁾ هذا الحديث ضعيف لانقطاعه.⁽³⁾ والهدية تعتبر تعريضا.⁽⁴⁾

خامسا . الخطبة على الخطبة :

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

¹ - سنن الدارقطني، كتاب النكاح 224/3.

² - المصدر السابق.

³ - التعليق المغني على الدارقطني 224/3.

⁴ - الذخيرة 192/4.

الحالة الأولى : عدم الركون :

أي أن المرأة لم تجب الخاطب الأول لا بالرفض ولا بالقبول، فجاء الثاني وخطب على خطبة أخيه، فهذا جائز.⁽¹⁾

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 صلى الله عليه وسلم "أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه"⁽²⁾ وأما معاوية فصعلوك⁽³⁾ لا مال له. أنكحي أسامة بن زيد، فكرهته، ثم قال : أنكحي أسامة، فنكحته، فجعل الله فيه خيرا، واغتبطت".⁽⁴⁾

الحالة الثانية : في حالة الركون :

إذا تقدم شخص لخطبة امرأة ووافقت على ذلك، فلا يجوز لغيره أن يتقدم لخطبتها⁽⁵⁾ وذلك لما يأتي :

1. عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".⁽⁶⁾

الصيغة في عقد الزواج

تعريف الصيغة

أ. لغة : يقال صيغة الأمر كذا وكذا أي هيئته التي بني عليها⁽⁷⁾.

ب. اصطلاحا : عَرَّفَهَا الإمام ابن عرفة (رحمه الله) بقوله : "ما دلّ عليه كلفظ التزويج والإنكاح"⁽⁸⁾.

شروط الصيغة

¹ - شرح الزرقاني للموطأ 3/3، والمعونة على مذهب عالم المدينة 759/2، والمغني 520/7، والذخيرة 198/4.

² - لا يضع عصاه عن عاتقه: أي أنه كان كثير الأسفار أو كثير الضرب للنساء، والمعنى الثاني أصح.

³ - فقير للغاية.

⁴ - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها 1114/2 حديث رقم 1480.

⁵ - المعونة 760/2، والمغني 520/7، والذخيرة 198/4.

⁶ - 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.

⁷ - لسان العرب 2537/4.

⁸ - شرح حدود ابن عرفة 241/1.

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 :

. فلا يجوز أن تكون مؤقتة لأنها تتحول إلى صيغة نكاح المتعة.

. ولا تكون معلقة على شرط محتمل الوقوع، مثل قول الولي إذا نجحت في المسابقة زوجتك

ابنتي.

أما إذا علقه على شرط موجود فهذا لا يضر مثل قوله : زوجتك ابنتي إذا كنت مهندسا، وكان فعلا مهندسا.

. وأن لا تكون مضافة إلى المستقبل، مثل قول الولي : زوجتك ابنتي بعد شهر أو شهرين، أو

يقول الرجل : قبلت زواج ابنتك بعد سنة.

3 . الفورية⁽¹⁾ :

أي أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل زمني كبير يفهم منه الإعراض، أما إذا كان الفاصل يسيرا للخطبة والحمد لله أو لإيضاء الزوج فلا بأس بذلك.

واستثنى المالكية⁽²⁾ من الفور ما إذا قال شخص مريض : إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان.

4 . موافقة القبول للإيجاب من كل وجه⁽³⁾ :

فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح، فإذا قال الولي لرجل زوجتك ابنتي "ملاك" على مهر قدره 70

ألف دينار جزائري، فيقول : قبلت زواج ابنتك "هبة الله" على مهر قدره 40 ألف دينار جزائري، لم

يصح العقد، وذلك لعدم موافقة القبول للإيجاب.

¹ - الحاوي 220/11.

² - مواهب الجليل 422/3.

³ - الحاوي 214/11.

5. عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول :

فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر، صح رجوعه، ولا يصح العقد ولو صدر قبول من الطرف الآخر وكذلك لو فقد الولي عقله أو جنّ قبل صدور القبول لم يصح العقد⁽¹⁾.

ألفاظ الصيغة

اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج⁽²⁾.

ذهب المالكية⁽³⁾ إلى أنه ينعقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج.

وفصل فقهاء المالكية في ذلك⁽⁴⁾ :

. لفظا النكاح والزواج ينعقد بهما النكاح مطلقا سواء أسمى الصداق أم لا.

. لفظ الهبة : اختلف فيه المالكية إلى الآتي :

أ . ينعقد به النكاح إذا قصد به ذلك شريطة اقترانه بذكر المهر.

ولقد وردت رواية عن الإمام مالك في ذلك، وممن قال بانعقاده بلفظ الهبة كذلك القاضي

عبد الوهاب المالكي⁽⁵⁾ والإمام الباجي وابن العربي.

ب . لا ينعقد بلفظ الهبة سواء ذكر معها الصداق أم لا، وبه قال الإمام مالك في رواية عنه،

والإمام ابن رشد (الجد) والإمام ابن عبد البر⁽⁶⁾.

. 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.

¹ - مغني المحتاج 140/3 وكشاف القناع 28/5.

² - المبسوط 59/5، بدائع الصنائع 229/2، حاشية الدسوقي 13/3، الذخيرة 396/4، الخرشي على مختصر سيدي خليل مجلد 2 ج 173/3، المغني 428/7، المجموع 210/16.

³ - الخرشي على مختصر سيدي خليل مجلد 2 ج 173/3، الذخيرة 396/4، حاشية الدسوقي 13/3، الإشراف 699/2. وافق المالكية كل من الحنفية بدائع الصنائع 229/2، 230، المبسوط 59/5، وشيخ الإسلام ابن تيمية.

⁴ - تقريرات الشيخ عlish على حاشية الدسوقي 13/3. 14 والخرشي على مختصر خليل مجلد 2 ج 173/3.

⁵ - الإشراف 699/2.

⁶ - الاستدكار 69/16.

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 شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"⁽¹⁾.
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 عاجزاً عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن رغبته بواسطة الكتابة وإذا تعذر ذلك يلجأ إلى الإشارة المعهودة الواضحة المتعارف عليها⁽²⁾.

المحرمات من النساء

إن الشريعة الإسلامية حرمت الزواج بنوعين من النساء :

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

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

هذا وسنتناول هذا الفصل خلال المباحث الآتية :

¹ . قانون الأسرة الجزائري 8.

² . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ل عبد العزيز سعد 117 . 119.

المحرمات حرمة مؤبدة

المحرمات بهذا الوصف ثلاثة أصناف :

1. محرمات بسبب النسب أو القرابة.
 2. محرمات بسبب المصاهرة.
 3. محرمات بسبب الرضاع.
- وسوف نتناول إن شاء الله تعالى بالتفصيل كل صنف على حدة.

المحرمات بسبب النسب أو القرابة⁽¹⁾ :

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⁽²⁾ :

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 فروعها وإن نزلوا، فتحرم عليه زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ 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 : ﴿ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ النساء : 23.
- ملاحظة :

¹ - أحكام القرآن لابن العربي 371/1، كفاية الطالب الرباني 50/2، أنوار التنزيل للبيضاوي 76/2، القوانين الفقهية 201، بداية المجتهد 37/2، التنبيه 160، المجموع 213/16، 214، بدائع الصنائع 256/2، 257.

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

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. فمثلاً لو أن شخصاً 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⁽¹⁾ :

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: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ النساء : 23
2. وقال صلى الله عليه وسلم : "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"⁽²⁾.

¹ - أحكام القرآن لابن العربي 373/1، المقدمات بامش المدونة 63/2 . 64، فتح الوهاب 42/2، بدائع الصنائع 261/2 . 262.
² - البخاري، كتاب النكاح، باب : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب 139/9 . بالفتح . ومسلم كتاب الرضاع 20/10 . بشرح النووي.

مسائل مختلفة في الرضاع :

المسألة الثانية : ماذا يثبت بالرضاع؟⁽¹⁾ :

إن الرضاعة تبیح ما تبیحه الولادة وقد انعقد الإجماع علیه فيما يتعلق بتحريم النكاح وتوابعه، وانتشار الحرمة بین الرضيع وأولاد المرضعة وتنزيلهم منزلة الأقارب فی جواز النظر والخلوة والمسافرة، ولكن لا یترتب علیه باقی أحكام الأمومة من التوارث ووجوب الإنفاق، والعق باملك والشهادة والعقل، وإسقاط القصاص.

فائدة : ما العلاقة بین قوله الله عز وجل : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ الأحقاف: 15 وبين قوله ﷺ : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴾⁽²⁾ ؟.

قال علي بن أبي طالب . رضي الله عنه . أقل الحمل ستة أشهر فإذا أسقطت حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستة أشهر وهي مدة الحمل وهذا من بدیع الاستنباط، وقد اختلف الناس في فائدة هذا التقرير على قولين : فهناك من قال : معناه إذا ولدت لستة أشهر أرضعت حولين وإن ولدت لتسعة أشهر أرضعت واحدا وعشرين شهرا، وهكذا تتداخل مدة الحمل ومدة الرضاع ويأخذ الواحد من الآخر.

وهناك من قال : إذا اختلف الأبوان في مدة الرضاع فالفصل في فصاله من الحاكم حولان والصحيح أنه لا حد لأقله، وأكثره محدود بحولين مع التراضي بنص القرآن.

المسألة الثالثة . لبن الفحل⁽³⁾ :

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

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 :

¹ - فتح الباري 141/9، سبل السلام 1157/3، عون المعبود 55/6، شرح مسلم 19/10.

² - أحكام القرآن لابن العربي 202/1، الجامع لأحكام القرآن 163/3.

³ - فتح الباري 151/9، بداية المجتهد 44/2، المقدمات بمأش المدونة 64/2، الإشراف 803/2، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 31/34.

32، زاد المعاد 171/4، 172، المعونة 952/2، الاستذكار 242/18، 254، فتح الوهاب 42/2..

قليل الرضاع وكثيره يحرم، وهو مروي عن علي وابن عباس والثوري والأوزاعي والليث⁽¹⁾، وسعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة والحكم وحما⁽²⁾ وبذلك قال الحنفية والمالكية⁽³⁾ والإمام أحمد في رواية عنه⁽⁴⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ النساء: 23

فالآية أطلقت الحرمة ولم تخص قليل الرضاعة من كثيرها⁽⁵⁾ ومعلوم بأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد دليل بتقييده.

حديث : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"⁽⁶⁾.

إن الله عز وجلّ علق التحريم باسم الرضاع فأينما وجد اسمه وجد حكمه، وهذا الحديث ليس فيه ذكر لعدد الرضعات بل ورد مطلقاً⁽⁷⁾.

المسألة السادسة . رضاع الكبير :

لا يحرم رضاع الكبير وبذلك قال جمهور الفقهاء⁽⁸⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

. قال تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ البقرة :

233.

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

¹ - فتح الباري 146/9.

² - زاد المعاد 174/4.

³ - الإشراف 803/2، الاستذكار 259/18، المعونة 947/2.

⁴ - المحرر 112/2.

⁵ - الاستذكار 261/18.

⁶ - سبق تخريجه.

⁷ - سبل السلام 1151/3.

⁸ - أحكام القرآن للحصاص 410/1، الإشراف 804/2، الأم 28/5، المجموع 216/16، فتح الباري 149/9، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 39/34، المعونة 949/2.

. عن عائشة . رضي الله عنها . أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل، فكأنه تغيّر وجهه، فإنه كره ذلك، فقالت : إنه أخي، فقال : انظرن ما إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة"⁽¹⁾.
. عن أم سلمة . رضي الله عنها . أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام"⁽²⁾.

. عن ابن مسعود . رضي الله عنه . أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا رضاع إلا ما شد العظم، وأنبت اللحم"⁽³⁾.

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 صلى الله عليه وسلم كانت تقول : أبي سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخلن عليهن أحدا بتلك الرضاعة وقلن لعائشة : والله ما نرى هذا إلا رخصة أرخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم لسالم خاصة فما هو بداخل علينا أحد بهذه الرضاعة ولا رأيينا"⁽⁴⁾.

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 صلى الله عليه وسلم إلى أنه تثبت الحرمة برضاع الكبير⁽⁵⁾.

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

¹ - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب : من قال : لا رضاع بعد الحولين 146/9 . بالفتح.

² - 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.

³ - أبو داود مرفوعاً وموقوفاً، السنن، كتاب النكاح، باب في رضاع الكبير، 222/2.

⁴ - مسلم بشرح النووي، كتاب الرضاع 33/10.

⁵ - بداية المجتهد 42/2، سبل السلام 1153/3.

ودعوى التخصيص لشخص بعينه وأقرب إلى العمل بجميع الأحاديث من الجانبين وقواعد الشرع تشهد له⁽¹⁾.

الشهادة على الرضاع :

قبول شهادة امرأتين، وإليه ذهب المالكية⁽²⁾، مع ملاحظة أن المالكية اشترطوا لقبول شهادة المرأتين فشو قولهما، وهو قول مالك، وابن القاسم، ومنهم من لم يشترطه، وهو قول مطرف، وابن الماجشون⁽³⁾، واشترط للحمي زيادة على الفشو عدالة المرأتين⁽⁴⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ. إن كل جنس يثبت به الحق يُكتفى فيه بشهادة اثنين كالرجال في الشهادات على جميع الحقوق، باستثناء الزنا الذي يشترط فيه أربعة⁽⁵⁾.

ب. إن الله تعالى لما قبل شهادة النساء مع الرجال في آية الدّين اشترط لذلك امرأتين، ولم يكتف بأقل من هذا العدد، وعليه : فمن باب أولى أن يشترط عدم نقصان العدد عن اثنين إذا كانتا منفردتين⁽⁶⁾.

مع العلم بوجود قول ينص على قبول شهادة امرأة واحدة، إذا كانت عدلة، وبه قال الحنابلة⁽⁷⁾ وفي رأي الشافعية⁽⁸⁾، وقد قيد الشافعي في قول آخر له قبول شهادة المرأة المنفردة بحالة واحدة، وهي إذا كانت مرضعاً، ولم تطلب أجرة⁽⁹⁾، وذهب أحمد في رواية عنه إلى قبول شهادة المرأة الواحدة مع يمينها إذا كانت مرضيّة⁽¹⁰⁾.

1 - المصدر نفسه.

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

3 - بداية المجتهد 45/2.

4 - جواهر الإكليل 401/1.

5 - المغني 17/12.

6 - التفسير الكبير 123/7، تفسير القرآن العظيم لابن كثير 596/1، أحكام القرآن للحصاص 501/1، الجامع لأحكام القرآن 391/3، التحرير والتنوير 109/3.

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

8 - المجموع 257/20.

9 - المنهاج بزياد المحتاج 560/3.

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

وعليه فيكون الحق : وجوب العمل بقول المرأة المرضعة حرّة 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"⁽¹⁾.

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 .

المحرمات حرمة مؤقتة

1. **مانع الزوجية :** يحرم الزواج بزوجة الغير وذلك لقوله الله عز وجل : ﴿ 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 بمعتدة الغير أثناء فترة العدة حتى تنتهي سواء أكانت العدة من وفاة أو طلاق وسواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا، وسواء أكانت البينونة كبرى أو صغرى، وذلك لقوله الله عز وجل : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ البقرة : 234. وقوله أيضا : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ البقرة : 228. ولقوله أيضا : ﴿ وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق : 4.

3. **مانع العدد :** لقد أباح الله عز وجل الزواج بأربعة نسوة.

قال الله عز وجل : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾ النساء : 3.

¹ - نيل الأوطار 111/8.

فلا يجوز للمسلم أن يجمع في عصمته أكثر من أربع نسوة⁽¹⁾، لما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - أن غيلان بن سلمة الثقفي لما أسلم كانت عنده عشر نسوة وأسلمن معه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : "أمسك أربعاً وفارق سائرهن"⁽²⁾.

وكذلك روي أن نوفل بن المغيرة أسلم وهو متزوج خمس نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم "فارق واحدة وأمسك أربعاً"⁽³⁾.

4. **مانع الجمع** : لا يجوز للشخص أن يجمع في نكاحه بين أختين لقوله الله عز وجل : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ النساء : 23.

وعندما عرضت أم حبيبة على النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بأختها، قال : "إنها لا تحل لي"⁽⁴⁾.

5. **مانع الإحرام** : ذهب جمهور الفقهاء⁽⁵⁾ إلى أنه لا يجوز للمحرم أن يتزوج أو يزوج غيره، سواء أكان إحرامه بحج أو عمرة⁽⁶⁾، استناداً إلى الحديث الذي رواه سيدنا عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

¹ - كفاية الأختيار 69/2.

² - 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 لأرجعن 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.

³ - أخرجه البيهقي في النكاح، باب : من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة 184/7.

⁴ - سبق ذكر الحديث بأكمله عند كلامنا عن المحرمات بالرضاع.

⁵ - 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.

⁶ - التنبيه 160، فتح الباري 165/9.

"لا ينكح المحرم ولا ينكح"⁽¹⁾.

ولكن السيدة ميمونة . رضي الله عنها . ذكرت بأن النبي صلى الله عليه وسلم "تزوجها وهو حلال"⁽²⁾، إذن فهي أدري بنفسها مما يرجح رأي الجمهور في هذه المسألة.

وبالنسبة لحديث ابن عباس . رضي الله عنهما . فمردّه إلى احتمال أنه كان يرى أن من قلد الهدي يصير محرماً، والنبي صلى الله عليه وسلم كان قد قلد الهدي في عمرته التي تزوج فيها ميمونة، فيكون إطلاقه أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو محرم أي عقد عليها بعد أن قلد الهدي وإن لم يكن تلبس بالإحرام⁽³⁾. ويحتمل كذلك بأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم جمعاً بين حديث ابن عباس وعثمان بن عفان . رضي الله عنهم⁽⁴⁾.

6 . مانع الزنا : وذلك لقوله ﷺ : ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ 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⁽⁵⁾، وذلك لما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءه رجل وقال له بأن امرأته لا ترد يد لامس فقال له صلى الله عليه وسلم : "طلقها" فقال الرجل : "إني أحبها" فقال له صلى الله عليه وسلم : "أمسكها"⁽⁶⁾.

7 . مانع المرض : ذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم إلى أن نكاح المريض المخوف عليه والمهجور عليه في ماله غير جائز⁽⁷⁾ لأن زواجه يؤدي إلى إخراج ماله بغير معاوضة لأنه يشتمل على المهر

¹ - 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.

² - مسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، 210/5، وأبو داود السنن، أول كتاب المناسك، باب المحرم يتزوج، 169/2.

³ - فتح الباري 165/9 . 166.

⁴ - المصدر نفسه.

⁵ - الإشراف 701/2.

⁶ - 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.

⁷ - التلقين 300/1، بداية المجتهد 54/2.

والنفقة مع عدم احتياجه للاستمتاع لأن حالته لا تسمح له بذلك، وكذلك هذا النكاح فيه تهمة الإضرار بالورثة بإدخال وارث زائد⁽¹⁾.

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.

. 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 لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ الممتحنة : 10.

. أما بالنسبة للمسلم فلا يجوز له الزواج بالمشركة استنادا لقوله ﷺ : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾ ولقوله أيضا : ﴿ وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ ﴾ الممتحنة : 10. أما الكتابية التي لها دين سماوي كاليهودية والنصرانية فيجوز الزواج منها لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ المائدة : 5.

وهذا الرأي قال به جمهور الفقهاء⁽²⁾. ولكن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بكتابية استنادا إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾ البقرة : 221، وقال : "لا أعلم شركا أعظم من أن تقول إن رها عيسى بن مريم"⁽³⁾.

ورأي ابن عمر قال به كذلك الشيعة الإمامية⁽⁴⁾ بينما ابن عباس - رضي الله عنهما - قال بأنه يجوز للمسلم الزواج بالكتابية الذمية فقط ولا تجوز الكتابية الحربية، لقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا

¹ - بداية المجتهد 54/2.

² - الدر المنثور في التفسير بالمأثور 26/3، المبسوط 210/9، المغني 217/7، فتاوى النكاح لابن تيمية فتوى رقم 14/93/91.

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

⁴ - النهاية 1980.

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 ﴿٢٩﴾ التوبة : 29.

9 . مانع طلاق الثالث : فمن طلق زوجته ثلاثا تصبح بائنة بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنزوج 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 فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ 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⁽¹⁾

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

المادة 24 : موانع النكاح المؤبدة هي :

– القرابة . المصاهرة . الرضاع .

المادة 25 : المحرمات بالقرابة هنّ : الأمّهات والبنات والأخوات، والعلمات 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 : يُعَدُّ الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولداً للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه.

¹ - قانون الأسرة الجزائري، 14 - 16.

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 .

الولي في عقد الزواج

إنّ من شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذا بأن تكون له قدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه إذ يعقد لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائبا في إنشائه وهو الولي أو يكون وكيلا⁽¹⁾.

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

تعريف الولي:

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

وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل.

والولاية بالكسر هي السلطان.

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

¹ - محاضرات في عقد الزواج وآثاره للشيخ أبي زهرة. 153.

وسمي الولي بذلك لأنه ينصر المرأة إذا حلّ بها مكروه، هذا إضافة إلى أنّ الولي هو الذي يلي عقد النكاح على المرأة ولا يتركها تستبدّ بعقد النكاح دونه⁽¹⁾.

ويُطلق اسم الولي كذلك على السيّد والمحَبّ والصديق والمطيع⁽²⁾.

ب . اصطلاحاً :

عرّفه الإمام ابن عرفة . رحمه الله . بقوله : "الوليّ من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام".⁽³⁾.

وعرّف الإمام أبو زهرة (رحمه الله) الولاية بقوله : "القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁽⁴⁾.

أولاً : بالنسبة للبكر البالغ :

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

. القول الأوّل : يجوز للأب أن يزوج البكر البالغ بدون استئذنها، وممن قال بذلك ابن أبي ليلى ومالك⁽⁵⁾ والليث والشافعي⁽⁶⁾ وفي رواية للإمام أحمد⁽⁷⁾ وإسحاق⁽⁸⁾.

القول الثاني : يشترط استئذان البكر البالغ، ولا يجوز إجبارها على الزواج، ولو كان المحرّ أباً. فلو عقد عليها بغير استئذان لم يصح، وبذلك قال الحنفية⁽⁹⁾ والأوزاعي والثوري وأبو ثور⁽¹⁰⁾،

وفي رواية للحنابلة، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (رحمهما الله تعالى)⁽¹¹⁾.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية . رحمه الله . :

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

2 - مختار الصحاح 306.

3 - شرح حدود ابن عرفة للرصاص 241/1 . 242.

4 - محاضرات في عقد الزواج وآثاره 153.

5 - بداية المجتهد 6/2.

6 - شرح مسلم للنووي 204/9.

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

8 - فتح الباري 193/9.

9 - بدائع الصنائع 241/2.

10 - فتح الباري 193/9.

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

"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 مباذنة ومعاشرة من تكره مباذنته ومعاشرته من تكره معاشرته؟ ! والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأبي مودة ورحمة في ذلك؟"⁽¹⁾.

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، وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها، ومع هذا فينكحها إياه قهراً بغير رضاها إلى من يريد ويجعلها أسيرة عنده... ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها"⁽²⁾.

حكم الولي في عقد النكاح

وهنا نتساءل : هل يصح النكاح بدون ولي أم لا؟ وهل يجوز للمرأة التي تتمتع بالأهلية (البالغة العاقلة) أن تزوّج نفسها؟
اختلف العلماء . رحمهم الله . في حكم الولي في نكاح المرأة إلى الآراء الآتية:

¹ - مجموع الفتاوى 25/32.

² - زاد المعاد 2/4.

. الرأي الأول : ذهب المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ 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 والزهري.

فيجوز للمرأة البالغة العاقلة عندهم أن تزوج نفسها بدون ولي ولا يحق له الاعتراض على ذلك إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوّجت نفسها من غير كفاء لها وبأقل من مهر المثل⁽⁴⁾.

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 رجلاً من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة"⁽⁵⁾.

. الرأي الثالث :

ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب⁽⁶⁾.

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 تخدع بالمظاهر الكاذبة.

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

² - المجموع 146/16.

³ - المغني 380/7.

⁴ - المبسوط 2/5، بدائع الصنائع 241/2 . 247، فتح القدير 255/3.

⁵ - بداية المجتهد 10/2.

⁶ - بداية المجتهد 10/2.

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 العاقلين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار"⁽¹⁾.

شروط الولي⁽²⁾

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 نصرانيا.
وسبب اشتراط ذلك أن الكثير من الآيات القرآنية أثبتت الولاية بين المؤمنين ونفتها مع الكافرين.
قال المولى الله عز وجل : ﴿ 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 يزوجه، 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 : ذهب الإمام أبو حنيفة وأكثر أصحاب الإمام مالك والمشهور في مذهبه أنه لا يشترط الرشد وعليه تجوز ولاية السفیه.

¹ - الأحوال الشخصية 108.

² - بدائع الصنائع 237/2 . 239 ، القوانين الفقهية 196 ، المغني 355/7 . 357 ، بداية المجتهد 14/2 .

وذهب الإمام مالك والشافعي وأشهب إلى اشتراط الرشد،⁽¹⁾.

2. **العدالة**⁽²⁾ : 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 يقدح في القدرة على تحصيل النظر.

وذهب الإمام الشافعي⁽³⁾ في قول ثان له ورواية عن الإمام أحمد إلى أنها شرط وبالتالي لا تجوز ولاية الفاسق وحجتهم قوله صلى الله عليه وسلم : "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 شعبياً . عليه السلام . زوج ابنته وهو أعمى، وإن المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر للنظر⁽⁴⁾.

5. **الإحرام** : لا تصح ولاية المحرم سواء أكان إحرامه بحج أو بعمرة، حتى ينتهي من أداء نسكه.

1 - بداية المجتهد 14/2.

2 - المصدر نفسه.

3 - الأم 12/5.

4 - المغني 357/7.

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 :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن السكوت من البكر كاف في جميع الأولياء⁽¹⁾.
وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "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⁽²⁾، 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⁽³⁾.

المسألة الثانية : هل يكون ذووا الأرحام أولياء؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى القولين الآتين :
. القول الأول : ذهب جمهور العلماء إلى أن أولياء النكاح هم العصبية⁽⁴⁾.
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"⁽⁵⁾.
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⁽⁶⁾.

¹ - المبسوط 4/197، البدائع 2/240، بداية المجتهد 5/2، تحفة الأحوذى 4/241.

² - الإشراف 2/695.

³ - شرح مسلم للنووي 9/204.

⁴ - فتح الباري 9/187، نيل الأوطار 7/212، التلقين 1/282، المجموع 16/17.

⁵ - المعونة 2/730.

⁶ - بدائع الصنائع 2/240 . 241.

. 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 الزوج ممن يرث الزوج.

ودليل ذلك عموم قوله الله عز وجل : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ... ﴾ النور : 32، فلم تفرق الآية بين العصبات وغيرهم فتثبت 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⁽¹⁾.

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⁽²⁾ ومالك⁽³⁾ وأحمد بن حنبل⁽⁴⁾ إلى أن الأقرب إذا غاب غيبة متقطعة فللأبعد 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 فتثبت لمن يليه من العصبات كما لو جنّ أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان ذلك للأبعد كالأصل.

¹ - المصدر السابق.

² - بدائع الصنائع 250/2.

³ - القوانين الفقهية 196.

⁴ - المغني 369/7. 370.

3 . إن غيابه ينزل بمنزلة موته، وقد جرى الاتفاق على أنه لو مات انتقلت الولاية لمن يليه من العصبية⁽¹⁾.

. **القول الثاني** : 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 ميئوسا منه، مفقودا أو غير مفقود، وقريبها مرجو الإياب غائبا..."⁽²⁾.

ومستنده ما يأتي : 1 . إنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته، فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها.

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

ملاحظة : المحبوس والمأسور اللذان لا يمكن مراجعتهم والاتصال بهما يأخذان حكم الغائب في الولاية⁽³⁾.

¹ - بداية المجتهد 16/2، المغني 7/369 . 370.

² - الأم 14/5.

³ - المغني 7/371.

المسألة الرابعة : ترتيب الأولياء :

الحنفية ⁽¹⁾	المالكية ⁽²⁾	الشافعية ⁽³⁾	الحنابلة ⁽⁴⁾
الابن ثم ابن الابن	الابن ثم ابن الابن	الأب	الأب ثم الجد
الأب ثم الجد	الأب	الجد	الابن ثم ابن الابن
الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم	الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم	الأخ ثم ابن الأخ	الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم
العم ثم ابن العم	الجد ثم الأعمام وأبنائهم	العم ثم ابن العم	العمومة ثم أبنائهم

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 الآتين :

. 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 . إنّ تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب بدليل أنه في حالة اجتماعهما صار الأب من ذوي الفروض، فيقدم الابن عليه، ومرد ذلك لكون الولاية مبناها على التعصيب⁽⁵⁾.

¹ - بدائع الصنائع 250/2.

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

³ - المجموع 147/16.

⁴ - المغني 346/7 . 349.

⁵ - 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 احترازاً عن موضع الخلاف. هذا وقد وردت رواية غير مشهورة عن الإمام مالك ترى تقدم الأب على الابن.

2. إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عمر ابن أم سلمة أن يزوجه من أم سلمة، إذ حينما انقضت عدّتها أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها، فقالت : يا رسول الله، ليس أخدمن أوليائي شاهدا، قال : "ليس من أوليائك شاهد، ولا غائب يكره ذلك"، فقال لابنها : "يا عمر، قم، فزوج رسول الله، فزوجه"⁽¹⁾.

. القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى تقديم الأصول على الفروع في ولاية النكاح بمعنى أنهم يقدمون الأب، والجدّ على الابن وابن الابن.
ودليلهم في ذلك ما يأتي⁽²⁾ :

1. إنّ الولد موهوب لأبيه، قال الله تعالى : ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيِي﴾ 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 صلى الله عليه وسلم : "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.

¹ - 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 عصبه لها بغير البنوة، 131/7، وضعفه الشيخ الألباني. انظر إرواء الغليل 251/6.

² - المغني 346/7.

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

المسألة الخامسة : من أولى بالولاية ولي النسب أم وصي الأب؟⁽¹⁾

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 وليّ 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 حنفية⁽²⁾ ومالكية في رواية لهم⁽³⁾ وشافعية⁽⁴⁾ وحنابلة⁽⁵⁾ إلى أنه لا يجوز أن يزوجه الولي الأبعد مع حضور الأقرب، لأن الولاية مستحقّة بالتعصيب، فلم تثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث⁽⁶⁾، 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⁽⁷⁾.

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

¹ - فتح الباري 187/9، القوانين الفقهية 195.

² - بدائع الصنائع 250/2.

³ - بداية المجتهد 16/2.

⁴ - المجموع 147/16.

⁵ - المغني 364/7.

⁶ - بداية المجتهد 16/2.

⁷ - حاشية الدسوقي 23/3، التلحين في الفقه المالكي 283/1.

المسألة السابعة : عضل الولي⁽¹⁾

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 الله عز وجل : ﴿ 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 صلى الله عليه وسلم : "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

الولي في قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾

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 .

¹ - بدائع الصنائع 2/248، التلقيب 287، القوانين الفقهية 196، المغني 7/350، بلغة السالك 2/37 الخرشى 3/189، المقنع 3/22، المهذب 2/376.

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

إذا المعضلات تصدّيني كشفت حقائقها بالنظر

² - قانون الأسرة ص 8 و 10.

الإشهاد في عقد الزواج

تعريف الشهادة

أ. لغة⁽¹⁾ : إن مصطلح الشَّهادة يدور حول المعاني الآتية :

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

والحضور ومنه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ البقرة:185. والإعلام والخبر

القاطع والمعاينة والأداء والحلف. وورد المعنى الأخير في قوله تعالى : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ

شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ النور:6.

ب. اصطلاحاً :

. تعريف الإمام ابن عرفة . رحمه الله . : "قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه"⁽²⁾.

. تعريف ابن عاشور : "تطلق الشهادة على الخبر الذي يخبر به صاحبه عن أمر حصل لقصد الاحتجاج به لمن يزعمه، والاحتجاج به على من ينكره"⁽³⁾.

حكم الإشهاد 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؟⁽⁴⁾.

. القول الأول : ذهب المالكية⁽⁵⁾ إلى أن الشهادة ليست شرطاً لصحة العقد، بل يكفي الإعلان، وإنما هي شرط لحل الدخول، فهي ليست شرطاً للانعقاد، بل هي شرط لترتيب الآثار. وشرط إنشاء العقد هو الإعلان.

¹ - لسان العرب. مادة : شهد 374/2، معجم مقاييس اللغة. مادة : شهد 221/3، القاموس المحيط، مادة : شهد 303/1.

² - شرح منح الجليل 215/4.

³ - التحرير والتنوير 106/3.

⁴ - بداية المجتهد 20/2.

⁵ - المصدر السابق والذخيرة 398/4 والمعونة 745/2، والفواكه الدواني 3/2، والمعيان المغرب 29/3.

وقال الإمام ابن جزيء : في الشهادة على النكاح "ولا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول"⁽¹⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

1. قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾...⁽²⁾ النور:32.

فالمولى الله عز وجل في جميع الآيات التي تتحدث عن النكاح لم يشترط الشهادة لانعقاد عقد الزواج.

2. عن أنس رضي الله عنه قال : "أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خيبر والمدينة ثلاثاً يُبْنَى عليه بصفية بنت حُيَيٍّ، 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 حجبتها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطئ لها خلفه ومدّ الحجاب بينها وبين الناس"⁽²⁾.

من خلال هذا الحديث يتبين لنا بأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج صفية بدون شهود، لأنه لو كان هناك إشهاد لما خفي ذلك على الصحابة، ولما ترددوا في معرفة هل تزوجها أو هي مما ملكت يمينه؟

الرّدّ : ردّ المخالفون للمالكية في هذه المسألة بما يلي :

احتمال أنّ الذين حضروا التزويج غير الذين تردّدوا.

وعلى تسليم أن يكون الجميع تردّدوا فذلك مذكور من خصائصه صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بدون ولي ولا شهود ولا صداق⁽³⁾.

3. قال صلى الله عليه وسلم : "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغريرال"⁽⁴⁾.

¹ - القوانين الفقهية 191.

² - البخاري، كتاب النكاح، باب : اتخاذ السراري، ومن أعتق جارية ثم تزوجها 126/9 . بالفتح.

³ - فتح الباري 129/9.

⁴ - 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 يُستنكر من القول، 290/7، والحديث ضعّفه الشيخ الألباني في الإرواء، 50/7.

فالفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب، والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين⁽¹⁾.

4. الغرض من الإشهاد التوثيق، فلم يكن شرطا في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة⁽²⁾.

5. إن كل من لم يحتج إلى حضوره في إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطا في عقد النكاح أصله الزوجة⁽³⁾.

6. إن عقد البيع يصح بدون إشهاد، رغم أن المولى الله عز وجل ذكر معه الإشهاد في قوله : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ البقرة: 282، فالنكاح الذي لم يذكر فيه الإشهاد أولى بأن نحكم عليه بالصحة بدون إشهاد.

وفي ذلك يقول الإمام ابن عبد البر . رحمه الله . :

"إن البيوع التي ذكر الله فيها الإشهاد عند العقد قد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، فالنكاح الذي لم يذكر فيه الإشهاد أخرى بأن لا يكون الإشهاد فيه من شروط فرائضه"⁽⁴⁾.

القول الثاني : ذهب الحنفية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد⁽⁷⁾ إلى أن الإشهاد شرط صحة في العقد، ولا يعتبر النكاح صحيحا بغير إشهاد.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

1. قول النبي صلى الله عليه وسلم : "البغايا اللائي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة"⁽⁸⁾.

2. قوله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽⁹⁾.

1 - الاستذكار 214/15.

2 - المعونة 745/2.

3 - المصدر السابق.

4 - الاستذكار 214/15.

5 - بدائع الصنائع 252/2.

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

7 - المغني 339/7.

8 - الترمذي ، السنن، كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا ببيّنة، 284/2 . 285، مرفوعا وموقوفا، وبَيَّن الترمذي بأن المرفوع أصحّ، قال : هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحدا رفعه إلا ما رُوي عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعا، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، 125/7 . 126، والحديث بهذا اللفظ عن ابن عباس مرفوعا ضعفه الألباني في الإرواء، 261/6.

9 - 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.

وردّ عليهم المالكية بما يأتي :

. البيّنة المقصود بها الإعلان أو الإشهاد عند الدخول.

. حديث : "لا نكاح إلا بولي..." روي بأسانيد ضعيفة، فأحيانا يروى موقوفاً وأخرى مرسلاً.

ولكن ردّ على ردّ المالكية بأن هذا الحديث قوي بشواهد.

مع ملاحظة أن الشيخ ناصر الدين الألباني . رحمه الله . صحح هذا الحديث⁽¹⁾.

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 فتأبى 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⁽²⁾.

الإشهاد في القانون

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

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 ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

¹ - انظر إرواء الغليل 235/6 . 258 .

² - الذخيرة 399/4 .

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"⁽¹⁾.

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"⁽²⁾.

الصدّاق

تعريف الصداق وأسماءه

أولا : تعريف الصداق : أ. لغة : هو اسم مصدر (لأصدق)، وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج⁽³⁾. وقيل بأنه مأخوذ من (الصدق) الذي هو ضد الكذب وهذا لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع⁽⁴⁾.

ب. اصطلاحا : (هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها)⁽⁵⁾.

ثانيا : أسماء الصداق : للصدّاق مسميات عديدة بعضها ورد في القرآن الكريم، وبعضها الآخر ورد في السنة النبوية المطهرة منها⁽⁶⁾

¹ - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. ص 105.

² - قانون الأسرة الجزائري ص 106.

³ - مختار الصحاح، مادة : صدق. 151.

⁴ - حاشية الدسوقي، 294/2.

⁵ - فتح العلي المالك، 293/2.

⁶ - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. 132.

حكم الصداق

اعتبره بعض فقهاء المالكية ركنا من أركان النكاح⁽¹⁾. وذهب بعضهم الآخر إلى اعتباره شرطا من شروط الصحة لأنه لا يجوز التواطؤ على تركه⁽²⁾. قال الآبي : "أما الصداق فشرط صحة في الدخول"⁽³⁾.

ومنهم من لم يبين هل هو ركن أم شرط ولكن صرح بأنه واجب على الرجل ولا يجوز زواج بدون مهر، وإليه نحا الحنفية والشافعية⁽⁴⁾، ولكن لا يشترط تسميته عند العقد ويصح عقد الزواج دون ذكره⁽⁵⁾ بدليل قوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ البقرة : 236.

ولكنه يستحب تسمية المهر في العقد وأن لا يعقد النكاح إلا به⁽⁶⁾ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ولم يكن يخلي ذلك من صداق. وقال للرجل الذي زوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم : "هل من شيء تصدقها" فعندما لم يجد، قال له : "التمس ولو خاتما من حديد"⁽⁷⁾. فتسميته في العقد أقطع للنزاع والخلاف فيه⁽⁸⁾.

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 صلى الله عليه وسلم⁽⁹⁾ حيث ورد ذكر ذلك في قوله الله

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

2 - بداية المجتهد 21/2.

3 - الثمر الداني 437.

4 - الهداية 221/1، الأم 58/5.

5 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 197/3.

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

7 - سبق تخريجه.

8 - المغني 3/8.

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

عز وجل : ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ الأحزاب : 50، فهذه خصوصية له صلى الله عليه وسلم ⁽¹⁾.

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 ⁽²⁾ والشافعية ⁽³⁾ والحنابلة ⁽⁴⁾ إلى جواز ذلك .

. القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة ⁽⁵⁾ والإمام مالك في رواية عنه وابن القاسم ⁽⁶⁾ . رحمهم الله تعالى . إلى عدم جواز النكاح بالإجارة . مع ملاحظة بأن الرواية المشهورة عن الإمام مالك القول بالكراهة ⁽⁷⁾.

. أكثر الصداق وأقله : وستناوله على النحو الآتي :

- أ. أكثر الصداق : اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على أنه ليس لأكثره حد ⁽⁸⁾ .
ومنهم من نقل الإجماع على ذلك ⁽⁹⁾ . استنادا لقوله الله عز وجل : ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ النساء : 20.

¹ - الاستذكار 65/16.

² - المصدر السابق 24/2.

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

⁴ - المغني 6/8.

⁵ - شرح العناية على الهداية 340/3.

⁶ - بداية المجتهد 24/2.

⁷ - الإشراف 718/2.

⁸ - بداية المجتهد 21/2، كفاية الطالب الرباني 37/2، المعونة 750/2.

⁹ - الجامع لأحكام القرآن 101/5، الاستذكار 77/16.

ب . أقل الصداق :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى القولين الآتيين :

القول الأول : إن أقل الصداق محدد، وهو من الحقوق المشتركة بين الله عز وجل والعبد، فأقله هو حق لله تعالى وما زاد فهو حق للمرأة⁽¹⁾. وقال بذلك الحنفية والمالكية إلا أنهم اختلفوا في هذا التحديد. فقال الحنفية أقله عشرة دراهم فضية⁽²⁾ ولا يجوز أن يكون المهر أقل من ذلك. وقال المالكية ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية⁽³⁾. وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم⁽⁴⁾ 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 اليد⁽⁵⁾.

كما استدل الحنفية كذلك بقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ النساء : 24.

ف نجد بأن المولى عز وجل اشترط أن يكون المهر مالا وما كان أقل من نصاب السرقة يعتبر شيئا تافها، ولا تتعلق به النفوس، وعليه فلا يصح أن يكون مهرا⁽⁶⁾. واستدلوا كذلك بما نسب للنبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا مهر أقل من عشرة دراهم"⁽⁷⁾.

¹ - بدائع الصنائع 276/2، حاشية العدوي 36/2.

² - بدائع الصنائع 275/2.

³ - التلغين 288/1، الإشراف 714/2، المعونة 750/2، كفاية الطالب الرياني 37/2، الكافي 551/2 الاستذكار 71/16.

⁴ - بداية المجتهد 23/2، الاستذكار 72/16..73.

⁵ - المصدران السابقان.

⁶ - بدائع الصنائع 276/2.

⁷ - أخرجه البيهقي في السنن، كتاب النكاح، باب اعتبار الأكفاء 133/7. وهذا الحديث ضعيف قال فيه الإمام ابن عبد البر : " لا يثبت 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⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

. أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "التمس ولو خاتما من حديد" وعندما لم يجد شيئا قال له : زوجناكها بما معك من القرآن"⁽⁴⁾.

الحالات التي تستحق فيها المرأة مهر المثل :

1. في نكاح التفويض :

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

فإذا دخل بها لها مهر المثل، وقال جمهور الفقهاء إذا توفي كذلك لها مهر المثل خلافا للمالكية والإمام الشافعي في قول له⁽⁵⁾ 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 صوابا 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 صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واثق مثل ما قضيت"⁽⁶⁾.

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

¹ - الاستذكار 16/ 71 و 74 . 75.

² - فتح الوهاب 55/2.

³ - المحرر 31/2، المغني 4/8.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - كفاية الطالب الرباني 63/2، بداية المجتهد 31/2، التنبيه 167.

⁶ - سبق تخريجه.

3. إذا كان المهر فاسدا مثل أن يكون المهر شيئا محرما وتم الدخول⁽¹⁾.
4. في نكاح الشغار فمن بين صوره فرض مهر المثل.
5. في الاختلاف في الصداق فبعد التحالف يرجع إلى مهر المثل عند الشافعية.
6. الدخول بشبهة كمن تزوج امرأة ودخل بها وهي أخته من الرضاع وعندما تم الدخول لم يكن عالما بأنها محرمة عليه⁽²⁾.

3. الصداق المعجل والمؤجل :

- المتعارف عليه في الصداق أن يكون معجلا ويجوز تأجيله أو تأجيل جزء منه حسب الاتفاق على أن لا يكون الأجل مجهولا⁽³⁾.
- 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⁽⁴⁾ مع وجوب تحديد الأجل وكراهية إطالة مدته⁽⁵⁾.
- وقال الحنابلة بأنه إذا أطلق الأجل فيحل بالفرقة إما بالموت أو الطلاق،⁽⁶⁾
- فالأفضل أن يرجع في هذه الأمور إلى أعراف الناس وعاداتهم في ذلك، وهذا ما قال به بعض الفقهاء⁽⁷⁾.
- 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⁽⁸⁾.
- بينما نجد شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - فضل التعجيل تأسيساً بالسلف الصالح مع القول بجواز التأجيل⁽⁹⁾.

¹ - 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 و129.

² - المرجع نفسه.

³ - بدائع الصنائع 288/2، بداية المجتهد 25/2، القوانين الفقهية 197، المجموع 328/16، الحاوي 165/12 المغني 21/8.

⁴ - القوانين الفقهية 197.

⁵ - مواهب الجليل 510/3. 514.

⁶ - المغني 21/8.

⁷ - بدائع الصنائع 288/2، حاشية ابن عابدين 144/3.

⁸ - المحلى 491/9.

⁹ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 195/32.

☆ 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⁽¹⁾، ويقصد بذلك الوطاء.

ومستندهم في ذلك ما يأتي :

. قال الله عز وجل : ﴿ 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⁽²⁾.

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⁽³⁾.

. القول الثاني : ذهب المالكية والشافعي في الجديد إلى أن الخلوة لا يثبت بها المهر بأكمله⁽⁴⁾ واستثنى المالكية من ذلك إذا أدّت إلى الوطاء.

الحالة الثانية : موت أحد الزوجين⁽⁵⁾ :

فيجب الصداق بموت أحد الزوجين ويرث أحدهما الآخر ولو لم يتم الدخول.

¹ - بدائع الصنائع 291/2، الإشراف 717/2، بداية المجتهد 25/2، القوانين الفقهية 198، المجموع 345/16 المحرر 35/2.

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

³ - المصدر السابق 66/8.

⁴ - الإشراف 720/2، بداية المجتهد 26/2، القوانين الفقهية 198، التنبيه 166.

⁵ - بدائع الصنائع 291/2، بداية المجتهد 26/2، المحرر 35/2.

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⁽¹⁾.

الحالة الثالثة : إذا مكثت عند زوجها سنة كاملة بدون مسيس⁽²⁾ وبهذا قال المالكية (رحمهم الله)
2. تشطير الصداق⁽³⁾ :

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

﴿ 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⁽⁴⁾ :

1. إذا فسخ عقد النكاح قبل الدخول.

2. إذا وهبت المرأة الصداق لزوجها أو أبرأته منه لقوله ﷺ :

﴿ فَإِنْ طِبْنَ 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.

¹ - كفاية الطالب الرباني 63/2.

² - القوانين الفقهية 198، جواهر الإكليل 308/1.

³ - المعونة 754/2، التنبيه 167، المحرر 35/2.

⁴ - أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائرية، ص 180 . 184.

☆ الصداق في قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾

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 بينة، 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

وهي كثيرة نجملها في النقاط الآتية :

1 . الصداق:

وذلك لقول الله عز وجل : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ النساء : 4

ولقوله الله عز وجل : ﴿ فَاتَّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ النساء : 24.

ولقوله صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولي وصداق".

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

¹ - قانون الأسرة الجزائري، ص 11 . 12 و 18.

2. النفقة :

تعريفها : أ/ لغة : مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، وذلك لأنّ المنفق يهلك ماله على المنفق عليه، وذلك ببذله من أجله، وفي مصالحه.⁽¹⁾

ب/ اصطلاحاً : تطلق النفقة الزوجية وتشمل الطعام والكسوة والسكنى، والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادماً.⁽²⁾

أدلة مشروعيتها :

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

ب/ من السنة :

مرويات كثيرة منها : عن معاوية القشيري قال : قلت : يا رسول الله، نساؤنا ما نأتي منها، أم ما نذر قال : ائت حرثك أئتي شئت غير أن لا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت، وأطعم إذا طعمت، واكس إذا اكتسيت كيف وقد أفضى بعضكم إلى بعض".⁽³⁾

وعن عائشة (رضي الله عنها) أنّ هندا قالت للنبي صلى الله عليه وسلم إنّ أبا سفيان رجل شحيح فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله، قال : "خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف".⁽⁴⁾

شروط استحقاق النفقة :

تستحق الزوجة النفقة إذا توافرت شروط ثلاثة :⁽⁵⁾

1. أن يكون الزوج قد بنى بها بعقد صحيح.

2. أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الجنسية.

3. أن لا تكون في حالة نشوز.

3/ العدل بين الزوجات :

1 - لسان العرب مادة : "نفق".

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

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

4 - المصدر نفسه. 466/7.

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

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

أ/ العدل في المعاملة :

وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم : "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل".⁽¹⁾

ب/ العدل في القسمة بين النساء :

ويكون هذا في القضايا المادية، أمّا القضايا التي لا يستطيع الزوج التصرف فيها كحب إحداهن أكثر من الأخرى، فإنه غير مؤاخذ بها ويحسن به ألا يصرّح بذلك، حتى لا يذكي نار الغيرة، والفتنة بين نسائه. وقد روت أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم فيعدل ويقول : "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلومني فيما تملك ولا أملك".⁽²⁾

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 صلى الله عليه وسلم للبكر سبعا وللثيب ثلاثا، وهذا لحديث أنس بن مالك قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "للبركة سبع وللثيب ثلاث".⁽³⁾

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 صلى الله عليه وسلم إذا سافر أقرع بين نسائه فأيتهنّ خرج سهمها خرج بها معه".⁽⁴⁾

4/ العشرة بالمعروف :

¹ - 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.

² - النسائي، كتاب عشرة النساء، باب "ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض" 64/7، وابن ماجه كتاب النكاح، باب : "القسمة بين النساء" 634/1.

³ - 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.

⁴ - البخاري، كتاب : الهبة، باب : "هبة المرأة لغير زوجها". 218/5.

وتكون باحترامها، وتقدير آرائها، وعدم ضربها وذلك لما رواه عبد الله بن زمعة قال : خطب رسول صلى الله عليه وسلم الناس يوماً، ووعظهم في النساء، فقال : " ما بال الرجل يجلد امرأته جلد العبد، ولعلّه يضاجعها في آخر يومه".⁽¹⁾

ومن العشرة الحسنة مداراة الرجل أهله، كما هو الشأن في حديث أبي ذر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "إنّ المرأة خلقت من ضلع، فإنّ تقمها كسرتمها، فدارها، فإنّ فيها أوداً وبلغة".⁽²⁾

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 صلى الله عليه وسلم قال : "إذا باتت المرأة هاجرة لفراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع".⁽³⁾

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 صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقالت : إنّ زوجها أمرني أن أصل في شعرها فقال : لا إنه قد لعن الموصلات".⁽⁴⁾

3. ألا تصوم صيام التطوّع وهو حاضر إلاّ بإذنه، وله أن يفسد لها صومها.

4. ألاّ تدخل أحدًا لبيته إلاّ بإذنه.

5. المحافظة على ماله.

¹ - الدارمي، كتاب النكاح، باب : "في النهي عن ضرب النساء" 198/2، والبخاري كتاب النكاح، باب : "ما يكره من ضرب النساء" 302/9.

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

³ - البخاري، كتاب النكاح، باب : "إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها" 293/9-294 ومسلم، كتاب النكاح باب : "تحريم امتناعها من فراش زوجها" 1059/2، والدارمي، كتاب النكاح، باب : "في حق الزوج على المرأة" 201/2.

⁴ - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب : "لا تطيع المرأة زوجها في المعصية" 294/7.

وهذه الحقوق الثلاثة وردت في حديث أبي هريرة حيث قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
"لا تصوم المرأة وبعملها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته وهو شاهد إلا بإذنه وما أنفقت من كسبه
من غير أمره فإن نصف أجره له".⁽¹⁾

6. السفر معه :

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

7. حق التعدد :

للزواج الحق في الزواج بأكثر من واحدة ، وذلك لقوله الله عز وجل : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ النساء : 3
ولكننا نقول هنا إن 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. التزني 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 أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ
الرِّجَالِ أَوْ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ﴾ النور : 31.

¹ - المصدر نفسه، كتاب : القسم والنشوز، باب : "ما جاء في بيان حقه عليها" 292/7.

الحقوق المشتركة بين الزوجين

وسوف نحاول إيجازها في الآتي :

الأول : حق الاستمتاع :

وهو حق مشترك بين الزوجين، إذ لكلّ منهما أن يستمتع بصاحبه، إذ بوجود هذا الحق يتحصّن كلّ منهما من الوقوع في فاحشة الزنا التي يعدّ الوقوع فيها فاحشة ومقتا وساء سبيلا.

الثاني : حرمة المصاهرة :

إنّ المصاهرة هي رابطة كرابطة النسب، إذ هذا الرباط يجعل الزوجة جزءا من عائلة الزوج، والزوج جزءا من عائلة الزوجة فأُمّها بمنزلة أمّه، وأبوه بمنزلة أبيها، وغالبا ما تناديه كما تنادي أباه، وبنت الزوجة هي الأخرى بمثابة البنت، 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 تتعدّى لما بعد الموت، وذلك بالتوارث بين الزوجين، مصداقا لقوله الله عز وجل : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ 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 وحكمه وأركانه

. تعريف الطلاق :

أولاً : تعريف الطلاق لغة : تقول : طَلَّقْتُ البلاد إذا فارقتها، والقوم إذا تركتهم.⁽¹⁾ "والتطليق :

التخلية، والإرسال، وحلّ العقد، ويكون بمعنى الترك والإرسال".⁽²⁾

ثانياً : تعريف الطلاق شرعاً : . "حلّ العصمة المنعقدة بين الزوجين".⁽³⁾

. "صفة حكمية، ترفع حليّة تمّتع الزوج بزوجته، موجبا تكرّرها مرّتين زيادة على الأولى للتحريم".⁽⁴⁾

ثالثاً. تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري :

ورد تعريف الطلاق في المادة 48⁽⁵⁾ : "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".⁽⁶⁾

. حكم الطلاق : الطلاق مشروع بالقرآن ، والسنة .⁽⁷⁾

إن الأصل في الطلاق الكراهة ، لما فيه من كفران نعمة النكاح الذي هو سنة ، ومن نتائج سلبية

تنعكس على الأبناء خاصة ، وقد تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة ، حسب كل حالة من الحرمة

والكراهة والإباحة والاستحباب والوجوب .

. الفرق بين الفسخ والطلاق هناك عدة فروق بينهما⁽⁸⁾

¹ - أي التي يترك حلالها. المصباح المنير، مادة : ((صرر)). 461.

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

³ - المقدمات. 2 : 72.

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

⁵ - 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

⁶ - ولقد شمل هذا التعديل الأخير المادتين 53 و 54 من هذا القانون، فلتراجعان في الفصل الثالث من هذا الكتاب، المتعلق بالتفريق القضائي .

⁷ - المهذب 78/2 - 79 ، المحرر 50/2 .

⁸ - التلقين 1 / 327 ، بداية المجتهد 83/2 ، مواهب الجليل 18/4 ، الفقه الإسلامي وأدلته 348/7 - 349 شرح قانون الأحوال الشخصية

السوري 14/2 .

أركان الطلاق :الركن الأول : الصيغة ويقصد بذلك كل ما يعبر به عن إرادة الطلاق ، سواء بالألفاظ أو الإشارة أو الكتابة .

الركن الثاني : القصد :ويدخل في ذلك طلاق الهازل والمخطيء والناسي والساهي والأعجمي .
الركن الثالث . المطلقة : (1)

وهي المرأة التي تكون في حالة زواج صحيح ، سواء قبل الدخول أو بعده، أو في فترة العدة من طلاق رجعي ، لأن الزوجية لا تنقطع وتبقى قائمة ولا تنتهي إلا بعد انتهائها .

ولا يلحقها طلاق إذا كانت في عدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، وهذا 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 ، واختلف في إضافته إلى كلامها وروحها وحياتها وشعرها . (2)

الركن الرابع . المطلق : (3)

يصح الطلاق من كل زوج عاقل بالغ فلا يقع طلاق الصبي والمجنون لأن العقل شرط أهلية التصرف ، فبه يعرف كون التصرف مصلحة ، وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد .

قال الإمام الشافعي (رحمه الله) : " يقع الطلاق ممن لزمه فرض الصلاة والحدود وذلك كل بالغ من الرجال غير مغلوب على عقله . " (4) و أضاف المالكية شرط الإسلام في المطلق ، والجمهور شرط الاختيار وخالفهم في ذلك الحنفية الذين لم يشترطوا ذلك .

1 - شرح فتح القدير 463/3 ، القوانين الفقهية 222 ، الحاوي 384/12 .

2 - المعونة 854/2 ، التلقين 325 ، الإشراف 748/2 ، القوانين الفقهية 222 .

3 - 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 .

4 - الأم 253/5 .

أقسام الطلاق

الطلاق السني والبدعي.

❖ . طلاق السنة لذات القرء الحائل المدخول بها :

اشترط الفقهاء عدّة شروط لتقييد طلاق السنة، بالنسبة لذات القرء، المدخول بها، ولم تكن حاملا، وهي :

الشرط الأوّل : أن تكون الزوجة في حالة طهر من الحيض، أو النفاس، زمن إيقاع الطلاق، وهذا الشرط متّفق عليه عند جميع الفقهاء⁽¹⁾.

الشرط الثاني : أن لا يمسّها زوجها في الطهر، الذي أحدث فيه الطلاق اتّفاقا⁽²⁾.

الشرط الثالث : أن يطلقها طلقة واحدة، خلافا للإمام الشافعي، الذي يرى أنّ من طلق اثنتين، أو ثلاثا بلفظ واحد كان مطلقا للسنة⁽³⁾.

الشرط الرابع : أن لا يتبعها طلاقا آخر إلى حين انقضاء عدّها⁽⁴⁾.

الشرط الخامس : أن لا يقع الطلاق في الطهر الموالي للحيضة، التي طلقها فيها، وإليه ذهب مالك⁽⁵⁾، ورواية عن أحمد⁽⁶⁾، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني⁽⁷⁾، وفي وجه للشافعية، وبه جزم المتولي، وابن تيمية⁽⁸⁾.

الطلاق البدعي : هو الذي لم تتوفر فيه الشروط السابقة .

❖ . طلاق السنة لغير ذات القرء

ونتصوّر فيه الحالتين الآتيتين :

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

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

³ - بداية المجتهد 75/2، والقوانين الفقهية 219، ومجموع الفتاوى 72/33.

⁴ - بداية المجتهد 74/2، والقوانين الفقهية 219، وبدائع الصنائع 89/3، والمغني 235/8.

⁵ - المنتقى 89/4.

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

⁷ - بدائع الصنائع 91/3.

⁸ - فتح الباري 349/9.

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

اختلف الفقهاء في طلاق السنّة لغير ذات القرء إلى ثلاثة أقوال نورها على النحو الآتي :

. القول الأول : ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني⁽¹⁾ ومالك⁽²⁾ إلى أنه له أن يطلقها واحدة رجعية متى شاء⁽³⁾، وإن كان ذلك في طهر جامعها فيه⁽⁴⁾.

. القول الثاني : ذهب زفر بن الهذيل إلى أنه لكي يكون الطلاق سنيًا، لابدّ أن يفصل المطلق بين طلاق الآيسة والصغيرة، وبين جماعهما بشهر⁽⁵⁾.

. القول الثالث : ذهب الشافعي⁽⁶⁾، والباقي من المالكية⁽⁷⁾ إلى أنّ طلاق الآيسة والصغيرة لا يوصف بسنة، أو بدعة⁽⁸⁾.

❖ . 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⁽⁹⁾.

* أمّا المالكية فلهم ثلاث روايات نورها على النحو الآتي⁽¹⁰⁾ :

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.

1 - بدائع الصنائع 89/3.

2 - المدونة 68/2.

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

4 - بدائع الصنائع 89/3.

5 - المصدر السابق.

6 - الأمّ 181/15، وزاد المحتاج 394/3.

7 - المنتقى 96/4.

8 - الأمّ 181/5، وزاد المحتاج 394/3، والمنتقى 96/4.

9 - الأمّ 181/5.

10 - المنتقى 96/4.

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

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

طلاق السنة للحامل : ذهب أكثر العلماء إلى أنّ طلاق الحامل سني، ومنهم : طاووس، والحسن البصري ومحمد بن سيرين، وربيعه الرأي، وحماّد بن أبي سليمان، ومالك وأحمد، وإسحاق بن راهويه وأبو ثور، وأبو عبيد، وابن المنذر⁽¹⁾.

الطلاق الرجعي والبائن: الطلاق الرجعي⁽²⁾ هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته بدون عقد جديد . ولا يثبت إلا على المدخول بها ، وفيما دون الثلاث وأثناء فترة العدة لقوله ﷺ: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ البقرة: 228. و لقوله أيضا : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ البقرة: 231 ، ولقوله أيضا : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ البقرة: 229 .

❖ الطلاق البائن : وينقسم إلى بائن بينونة صغرى وأخرى كبرى .

الطلاق المنجز والمعلق

أولا : الطلاق المنجز : ويسمى كذلك الطلاق المعجل وهو الذي يقع في الحال بمجرد التلفظ به ، وتترتب عليه آثاره مباشرة . والأصل أن يكون الطلاق كذلك .

¹ - شرح النووي لمسلم 65/10.

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

ثانيا : الطلاق المضاف والمعلّق :

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 ، وبه قال المالكية ⁽¹⁾ ، والشافعية ⁽²⁾ ، والحنابلة ⁽³⁾ ، وهو مذهب عمر ، وعلي ، وأبي هريرة رضي الله عنه ⁽⁴⁾ .

و دليلهم فيما ذهبوا إليه : أ - قوله ﷺ : ﴿ فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ البقرة : 231 . ب - قوله ﷺ : ﴿ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ﴾ البقرة : 231

. القول الثاني : عدم التفريق للإعسار ، وبه قال الحنفية إذ رأوا أن يأمرها القاضي بالاستدانة ⁽⁵⁾ ، وفي قول للشافعي والهادوية ⁽⁶⁾ ، والظاهرية ⁽⁷⁾ .

. القول الثالث : إن الزوج يحبس إذا أعسر بالنفقة حتى يجد ما ينفق وبه قال العنبري وقالت الهادوية يحبس للتكسب .

و لكن الملاحظ أن القولين مشكلان ، لأن الواجب إنما هو الغذاء في وقته والعشاء في وقته ، فالحبس إن كان في خلال وجوب الواجب فهو مانع عنه فيعود على الغرض المراد بالنقص ، وإن كان قبله ، فلا وجوب ، فكيف يحبس لغير واحد ، وإن كان بعده صار كالدين ، ولا يحبس له مع ظهور الإعسار اتفاقا ⁽⁸⁾ .

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

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

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

⁴ - سبل السلام 3/1170 .

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

⁶ - سبل السلام 3/1170 .

⁷ - المحلى 9/254 .

⁸ - سبل السلام 3/1171-1172 .

. القول الرابع : أنّ الزوج إذا أعسر ، وكانت زوجته غنية كلّفت النفقة عليه ولا ترجع عليه إذا أيسر، وبذلك قال ابن حزم الظاهري ⁽¹⁾، وهذا لقوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ فالزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن ⁽²⁾.

. القول الخامس : ذهب ابن القيم إلى أن الذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غرّ المرأة بأنه ذو مال ، فتزوجته على ذلك ، فظهر معدا لا شيء له ، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ، ولا بالحاكم أنّ لها الفسخ . وإن تزوجته عاملة بعسره ، أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله ، فلا فسخ لها في ذلك ولم تنزل الناس تصيبيهم الفاقة بعد اليسار ، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن ⁽³⁾.

. القول السادس : الوقف في هذه المسألة ، وإليه ذهب محمد بن داود حيث قال لامرأة سألته عن إعسار زوجها : ذهب ناس إلى أنه يكلف السعي والاكتساب ، وذهب قوم إلى أنها تؤمر بالصبر والاحتساب ، فلم تفهم منه الجواب ، فأعادت السؤال وهو يجيبها ، ثم قال : يا هذه قد أجبتك ولست قاضيا فأقضي ، ولا سلطانا فأمضي ، ولا زوجا فأرضي ، وظاهر كلامه الوقف في المسألة ⁽⁴⁾.

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

اختلف العلماء في ذلك إلى قولين هما : الأول : فرقة طلاق بطلقة واحدة رجعية ، وبه قال المالكية ⁽⁵⁾. والثاني : فرقة فسخ وبه قال الشافعية ⁽⁶⁾ و الحنابلة ⁽⁷⁾.

. المطلب السابع . التفريق للإعسار في قانون الأسرة الجزائري :

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

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

1 - المحلى 254/9 .

2 - زاد المعاد 154/4 .

3 - زاد المعاد 156/4 .

4 - سبل السلام 1172/3 .

5 - المدونة 192/2-194 ، المعونة 785/2 .

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

7 - المغني 376/7 ، المحرر 116/2 .

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 ورضيت بالارتباط به سقط حقها في المطالبة بالتطليق وهذا 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⁽¹⁾

. العيوب المجوزة للتفريق : إن المتأمل لكتب الفقه الإسلامي يلحظ اتفاقهم على العيوب المجوزة للتفريق من حيث الجملة إذ قالوا : بأنها تشمل : الجنون ، والجذام ، والبرص وداء الفرج . و لكن وقع بينهم الاختلاف في داء الفرج بين مضيق وموسّع :

فاقتصر الحنفية⁽²⁾ على عيوب الفرج المتعلقة بالرجل ، حيث قصروها على العنة⁽³⁾ والجب⁽⁴⁾ ، والخصاء⁽⁵⁾ .

وتوسع المالكية في سرد عيوب الفرج ، فقسموها إلى ثلاثة أقسام⁽⁶⁾ :

أ - عيوب مشتركة : وتتمثل في العذيمة⁽⁷⁾ .

ب - عيوب خاصة بالرجل : وتتمثل في الجبّ ، والعنة ، والخصاء والحصر⁽⁸⁾ ، والاعتراض⁽⁹⁾ .

¹ . تراجع مسألة العيوب المجوزة للتفريق بين الزوجين في : الباب 24/3-26 ، الهداية 307/2 ، بداية المجتهد 60/2 ، القوانين الفقهية 209 ، المعونة 770/2 ، الإشراف 711/2 ، التلقين 298-296/1 ، 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 ، المخرر 25-24/2 ، العدة 330 ، دليل الطالب 207 ، النكت والفوائد السنية 25-24/2 ، المغني 585/7 ، المحلى 287/9 .

² - الباب 24/3-26 ، الهداية 307/2 .

³ - وهو صغر الذكر فلا يتأتى الجماع معه لامتناع تأتي إيلاجه . التلقين 296/1 .

⁴ - وهو قطع الإحليل والأنثيين . حاشية العدوي 85/2 ، القوانين الفقهية 210 .

⁵ . وهو قطع الأنثيين ، أو الإحليل ، أي قطع أحدهما فقط . القوانين الفقهية 210 .

⁶ . حاشية الدسوقي 278/2 ، القوانين الفقهية 209 .

⁷ . هو خروج الغائط عند الجماع . الشرح الكبير 278/2 .

⁸ - الحصور: المخلوق بغير ذكر ، أو بذكر صغير لا يتأتى إيلاجه . القوانين الفقهية 210 .

⁹ . **المعترض** هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض ، وربما كان بعد وطء قد تقدم منه ، وربما كان عن امرأة دون أخرى ، فالمعترض هنا يؤجل سنة . التلقين 296/1 .

ج - عيوب خاصة بالمرأة: وتتمثل في الرق (1)، والقرن (2)، والعفل (3) والبخر (4)، والإفضاء (5).

بينما ذهب الشافعية فيما يتعلق بالعيوب الخاصة بداء الفرج إلى الاختصار على العنة والجبّ بالنسبة للرجل، والقرن، والرق بالنسبة للمرأة (6).

هذا وقد وافق الحنابلة مذهب الشافعية في العيوب الخاصة بالرجل أمّا العيوب الخاصة بالمرأة فقد حدّدها صاحب المحرّر بقوله: "أو كانت المرأة فتقاء بانخراق السبيلين، أو مسدودة الفرج فلا يسلكه الذكر لرق، أو قرن، أو عفل" (7).

. الشروط الواجب توافرها لإمضاء التفريق بالعيوب :

اشتراط الفقهاء لإحداث التفريق بالعيوب شرطين هما (8) :

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

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

. حكم التفريق بالعيوب :

و سنتناوله من خلال القولين الآتيين :

1 - وهو انسداد مسلك الفرج بحيث لا يمكن الجماع معه . الفواكه الدواني 40/2 .

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

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

4 . وهو نتن يكون فيه عند الوطء . النكت والفوائد السنية 24/2 .

5 . وهو اختلاط مسلك البول والذكر ، وقيل : اختلاط مسلك البول والغائط ، وقيل : سبيل الحيض

و الغائط . الفقه الإسلامي وأدلته 514/7 .

6 . التنبيه 162 ، المنهاج 381-382 .

7 . المحرر 24/2 .

8 . التلقين 298/1 ، المعونة 771/2 .

. القول الأول : جواز التفريق بالعيوب ، وبه قال الحنفية ⁽¹⁾ ، والمالكية ⁽²⁾ والشافعية ⁽³⁾ ،

والحنابلة ⁽⁴⁾ ، وهو مروى عن عمر ، وعلي ، وابن عباس رضي الله عنه ⁽⁵⁾ .

القول الثاني : منع التفريق بالعيوب وبه قال عمر بن عبد العزيز ⁽⁶⁾ والظاهرية ⁽⁷⁾ .

. حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال هي :

. القول الأول : التفريق بالعيوب الحادث بعد الزواج حق للزوجة دون الزوج وبه قال المالكية

⁽⁸⁾ . 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 ، وهو

بالخيار ، إن شاء دخل وكمل لها المهر ، وإن شاء طلق ولزمه نصفه وإن كان بها ذلك بعد

الدخول ، فلها المهر كاملا ، وحكمه معها كحكمه لو لم يحدث بها شيء ، وإن كان حدث ذلك

بالزوج ، فإن كان قبل الدخول فلها الخيار ويبقى أن تقيم معه أو تفارقه ولا شيء لها لأنّ الفسخ

من قبلها ، وإن كان بعد الدخول فخيرها ثابت ، وقد استحققت الصداق كله بالدخول " ⁽⁹⁾ .

. القول الثاني : ينظر للعيوب الحادث بعد الزواج ، فإن كان بالزوج كان لها الفسخ ، وإن حدث

بالزوجة ففيه قولان أصحهما أن له الفسخ ، وبهذا قال الشافعية ⁽¹⁰⁾ .

. القول الثالث : ثبوت الخيار وعدمه ، ويستوي في ذلك الزوج والزوجة وبذلك قال الحنابلة ⁽¹¹⁾ .

1 . الباب 26/3 ، بدائع الصنائع 727/2 .

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

3 . التنبيه 162 ، المجموع 265/16 .

4 . المحرر 24/2 .

5 . الإشراف 712-711/2 .

6 . - بداية المجتهد 59/2 .

7 . - المحلى 209/9 .

8 . - المعونة 773/2 ، الإشراف 712/2 ، التلقين 298/1 .

9 . - المعونة 773/2 .

10 . - التنبيه 162 .

11 . - المغني 585/7 .

و دليلهم في ذلك : أن تساويهما في العيوب السابقة ، يقتضي تساويهما في اللاحقة ، كما هو الشأن بالنسبة للمتبايعين⁽¹⁾ .

. نوع الفرقة الواقعة بالتفريق بالعيوب :

وقع الاختلاف في ذلك إلى قولين هما :

. القول الأول : التفريق بسبب العيوب طلاق بائن ، وبه قال الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ .

و حجتهم في ذلك : أنّ الغرض من كونه طلاقا بائنا هو تخليص المرأة من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها ، وهذا لا يحصل إلا إذا كان الطلاق بائنا ، لأنه لو كان رجعيا ، فإن للزوج مراجعتها بغير رضاها فيحتاج إلى التفريق ثانيا ، وثالثا ، وهذا بلا شك يفوت المقصود من التفريق إذ لا يؤدي الغرض منه ، ولا يفيد فائدته المتمثلة في دفع الظلم والضرر عنها⁽⁴⁾ .

. القول الثاني : التفريق بسبب العيوب فسخ ، وبه قال الشافعية⁽⁵⁾ ، والحنابلة⁽⁶⁾ .

و حجتهم في ذلك : أن الفرقة من إمضاء القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه لم يفعل ذلك إلا بأمر من القاضي ، وهو مما يخضع للاجتهاد ، فكان فسخا لا طلاقا ، ولو لم يكن فسخا لما اشترط أن يكون عند القاضي⁽⁷⁾ .

. 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 ويبدو أن القانون نحا في ذلك منحى الإمام ابن القيم (رحمه الله) الذي

1 - المصدر نفسه .

2 - بدائع الصنائع 326/2 ، المبسوط 99/5 .

3 - المدونة 168/2 ، القوانين الفقهية 209 ، شرح الزرقاني على خليل 240/2-241 .

4 - بدائع الصنائع 326/2 .

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

6 - المغني 422/7 .

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

رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين ، لأن القياس يقتضي أن كل عيب يُنفَرِّد أحد الزوجين من الآخر ، ولا 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 : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نَشُوزَهُنَّ فَعْضُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ النساء : 34 . حددت الآية الكريمة المراحل والخطوات التي ينبغي على الزوج اتباعها في حالة نشوز زوجته (1) .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه العقوبات واردة على الترتيب فالوعظ عند خوف النشوز والهجر عند ظهوره ، ثم الضرب (2) .

قال ابن العربي : " من أحسن ما سمعت في تفسير هذه الآية قول سعيد بن جبير قال : يعظها فإن هي قبلت وإلا هجرها ، فإن هي قبلت وإلا ضربها ، فإن هي قبلت وإلا بعث حكماً من أهلها وحكماً من أهلها ، فينظرن ممن الضرر وعند ذلك يكون الخلع " (3) . و خالف الشافعية فرأوا بأنه له ضربها في ابتداء النشوز (4) .

. نشوز الزوج : ويوضح ذلك قوله الله عز وجل : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ... وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾ النساء : 128 - 130 .

¹ - أحكام القرآن لابن العربي 417/1 - 420 ، وراجع في هذه المراحل : المحرر 44/2 ، والتنبيه 170

ومنهج الطلاب 65/2 ، وفتح الوهاب 65/2

² - روائع البيان 470/1 .

³ - أحكام القرآن 420/1 .

⁴ - المجموع 445/16 .

بيّنت الآيات ثلاث حالات لتعامل الزوج مع زوجته⁽¹⁾

و عن عروة عن عائشة أنها قالت له: " يا ابن أخي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في مكثه عندنا ، وكان قلّ يوم إلا وهو يطوف علينا ، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس ، حتى يبلغ إلى من هو يومها ، فيبيت عندها ، ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت ، وفرت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله يومي هذا لعائشة ، فقبل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة ففي ذلك أنزل الله ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ " (2).

مهمة الحكمين : لاشك أن المهمة الرئيسة والأساسية للحكمين هي مداورة أسباب الشقاق بين الزوجين قصد إصلاح ذات البين بينهما ، ولكن 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 الآتيين :

القول الأول : ليس للحكمين التفريق بينهما ، وذلك لأن مهمتهما لا تعدو الإصلاح بينهما إلى غيره ، هذا من جهة ، وأتّهما مجرد وكيلين من جهة أخرى ، ومن قال بذلك الحنفية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، ورواية عن أحمد⁽⁵⁾.

واستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالآتي :

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

² - السنن الكبرى ، كتاب القسم والنشوز ، باب : الرجل يدخل على نسائه نهارا للحاجة لا ليأوي 300/7 . وقال فيه الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

³ - أحكام القرآن للحصاص 191/2 ، ومختصر الطحاوي 191 .

⁴ - الأم 94/5 ، والحاوي 247/12 ، والتنبيه 170 ، ومنهج الطلاب 66/2 ، وفتح الوهاب 66/2 .

⁵ - المغني 49/7 ، والمحرر 44/2 .

القول الثاني : للحكمين الجمع والتفريق بينهما إن رأيا تعذر الإصلاح بينهما ، وبه قال المالكية ⁽¹⁾ و الشافعي في قديم مذهبه ⁽²⁾ ، ورواية ثانية عن أحمد ⁽³⁾ ، وهو المروي عن علي ، وابن عباس ، والشعبي ⁽⁴⁾ .

. نوع الفرقة الواقعة بإمضاء الحكمين :

ذهب الحنابلة إلى أنها فسخ بناء على أصلهم في أن كل تفريق يحدثه القاضي يكون فسخا وهنا ينزل الحكمان منزلة القاضي . بينما ذهب المالكية إلى كونها طلاقا بائنا ، وذلك لأن كل طلاق ينفذه القاضي فهو بائن عندهم ، إضافة إلى أن الطلاق هنا شرع لرفع الشقاق والنزاع ، ولو شرع رجعيا لعاد الشقاق والخلاف ، فلم يكن لإحداثه رجعيا معنى ⁽⁵⁾ .

■ 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 الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر ، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " .

التفريق للفقدان والغياب والحبس

. التفريق لفقدان الزوج :

. حكم التفريق الحاصل بسبب فقدانه : وقع فيه الاختلاف بين الفقهاء إلى خمسة أقوال نجملها في الآتي :

. القول الأول : لا يجوز التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره ، أو مات أقرانه وبه قال الحنفية ⁽⁶⁾ .

¹ - أحكام القرآن 424/1 ، المعونة 876/2 .

² - زاد المعاد 190/5 .

³ - المغني 168/8 .

⁴ - أحكام القرآن 425/1 .

⁵ - المغني 576/7 ، وأحكام القرآن لابن العربي 426/1 .

⁶ - بدائع الصنائع 196/6 ، المبسوط 35/11 .

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

1 - **مفقود في أرض الإسلام** : فهذا يحكم بوفاته بعد مضي أربعة أعوام ، ويفرق بينه وبين زوجته (1).

2 - **مفقود بسبب الأسر** : فهذا لا يفرق بينه وبين زوجته ، لأنّ حياته معلومة وعذره في نفي قصد المضارة ظاهر⁽²⁾ ، فلا يفرق بينه وبين زوجته إلى أن ينكشف أمره ، وذلك بمرور ومضي سن التعمير ، وقد اختلف قول مالك ، وأصحابه في سن التعمير ، فقليل : سبعون وقيل ثمانون ، وتسعون ، ومائة⁽³⁾. و اختار القاضي عبد الوهاب سبعين سنة حيث قال : " والصحيح سبعون سنة لقوله صلى الله عليه وسلم : " أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين ، فأقلهم من يجوز ذلك " (4) وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار ، وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرّر لكل قول ، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة وقصرها⁽⁵⁾ .

3 - **مفقود في معترك القتال** : وهذا إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره ، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته ، وتزوجت ، ولا يحتاج إلى ضرب أجل ، لأنّ الأغلب من شأنه الهلاك⁽⁶⁾.

. **مفقود في قتال وفتن بين المسلمين** : فهذا يفرق بين من حضر المعركة بين مجرّد من خرج مع الجيش ، ففي الأولى يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال ويفرق بينه وبين زوجته . أمّا الثانية وهي حالة مجرّد الخروج مع الجيش ، فإنه لا يفرق بينه وبين زوجته إلا بعد مرور أربعة أعوام⁽⁷⁾ .

¹ - الحرشي على خليل 150/4 .

² - المعونة 824/2 ، الكافي 281/2 ، التلقين 312/1 .

³ - التلقين 312/1 ، المعونة 823/2 ، حاشية الدسوقي 482/2 .

⁴ - البيهقي السنن الكبرى عن أبي هريرة كتاب : الجنائز باب : " من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر " 370/3 .

⁵ - المعونة 824/2 .

⁶ - المعونة 824/2 ، التلقين 312/1 .

⁷ - الحرشي على خليل 153/4 - 155 .

. القول الثالث : ذهب الشافعية إلى عدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه⁽¹⁾ ، أو تمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين والتسعين ، ولم يكتفوا بذلك بل اشترطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهد القاضي والحكم بموته⁽²⁾ .

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

الحالة الأولى : الغالب من حاله الهلاك ، وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة ، فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الإمام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر 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) : " والأول 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 ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان :

إحدهما : لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتهد الحاكم .

ثانيهما : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد⁽³⁾ .

. القول الخامس : ذهب الحسن بن زياد إلى عدم التفريق بين الزوج وزوجته إذا فقد ، وإنما تنتظر مائة وعشرين سنة تمر من يوم ولادته ، فلو فقد وعمره ستون سنة ، فإنها تنتظر ستين سنة أخرى⁽⁴⁾ .

¹ - منهج الطلاب 107/2 ، وفتح الوهاب 107/2 .

² - مغني المحتاج 26/3 - 27 .

³ - المغني 205/7 - 207 .

⁴ - المصدر نفسه .

. بعض الأحكام المهمة المتعلقة بالمفقود :

وسنوردها على شكل نقاط مختصرة تتيما للفائدة : ⁽¹⁾

- 1 - لا يجوز للإمام ضرب الأجل لامرأة المفقود ، حتى يسأل عن خبره ويبحث عنه وذلك 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 ولا نفقة للمتوفى عنها ، وذلك 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 ، وحكم الحاكم ، أما إذا جاء بعد العقد وقبل الدخول ففيها روايتان :
إحدهما : أنها للمفقود ، ووجه ذلك أنه عقد نكاح طراً على عقد صحيح تقدمه بضرب 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 ، وضرب الأجل ، كما لو دخل بها .
- 5 - لا يرجع المفقود على زوجته بالصدّاق لأن أمره نزل على الوفاة .
- 6 - لا يقسم مال المفقود بين الورثة إلا عند تيقن موته .
- 7 - لا تحتاج زوجة المفقود إذا انتهت المدة المضروبة ، وكذا العدة إلى إذن الإمام في التزوج وذلك لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل ، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه.

¹ - المعونة 821/2 - 823 .

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 ، ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ". نصت هذه المادة على مفهوم المفقود وصفته وهذا نفسه هو الذي ورد في الشريعة الإسلامية

المادة 111 : " على القاضي عندما يحكم بالفقدان أن يحصر أموال المفقود وأن يعين مقدما من الأقارب ، أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ، ويتسلم ما استحققه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام **المادة 99** من هذا القانون " .

بينت هذه المادة وظيفة القاضي في تعامله مع أموال المفقود ، وذلك منحصر في ثلاثة أمور :

أ - الحكم بفقدانه . ب - حصر أمواله وممتلكاته . ج - تعيين مقدم من الأقارب ، أو غيرهم يتولى مهمة تسيير أمواله من جهة وتسلمه ما يستحقه المفقود من ميراث وتبرعات من جهة أخرى ، وهذا 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 ، وفي ختام حديثنا عن هذه المادة نقرر بأن ما ورد فيها هو نفسه الذي نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية ، واجتهادات 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** والتي نصها : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : 5.... - الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة " .

التفريق لغياب الزوج

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

القول الأول : عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج ، وبه قال الحنفية ⁽¹⁾ ، والشافعية ⁽²⁾ .

القول الثاني : جواز التفريق بسبب غيبة الزوج ، وبه قال المالكية ⁽³⁾ ، والحنابلة ⁽⁴⁾ .

و للحنابلة بعض التفصيلات ، إذ قالوا : " إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل غيابه من حالين : أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ، ويأتي 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 ، وهذا قول النخعي ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومكحول ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحاق .
و ثانيهما : أن يفقد وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم إلى قسمين قد بيناهما بجلاء ووضوح عند حديثنا عن التفريق بسبب فقدان الزوج ⁽⁵⁾ .

هذا وقد اشترط المالكية للتفريق بسبب غيبة الزوج شروطا عديدة تتمثل في الآتي ⁽⁶⁾ :

1. طول الغيبة كالسنة فأكثر .
 2. الكتابة إليه وذلك بتخييره بين الحضور ، أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه .
 3. أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا ، ويعلم ذلك يقينا ، لا بمجرد شهوتها للجماع .
- بينما ذهب الحنابلة إلى تحديد مدة الغياب التي تخولها المطالبة بالتفريق بستة أشهر فأكثر هذا مع

¹ - بدائع الصنائع 196/6 ، حاشية ابن عابدين 903/2 .

² - الأم 239/5 ، مغني المحتاج 442/3 .

³ - التلقين 311/1 ، القوانين الفقهية 211 .

⁴ - المغني 130/9 .

⁵ - المغني 130/9-131 .

⁶ - الشرح الكبير 431/2 .

مكاتبته فإن رفض الرجوع فرق بينهما الحاكم⁽¹⁾ .

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 بئنا بمجرد انقضاء مدة الإيلاء وبه قال الحنفية⁽²⁾ والمنقول عن ابن مسعود والثوري وفقهاء الكوفة⁽³⁾ وابن عباس وعثمان بن عفان رضي الله عنه⁽⁴⁾.

القول الثاني :

عدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء وإنما يوقف المولى ويطالب بالفيئة (الرجوع إلى معاشره زوجته) وهو قول المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ وبه قال أبو الدرداء⁽⁸⁾ وعلي وابن عمر وأبو ثور والليث وداود⁽⁹⁾.

. 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 ؟ .

¹ - كشف القناع 114/3-115 .

² - بدائع الصنائع 175/3-176 ، مختصر الطحاوي 210 ، مختصر القدوري 60/3 .

³ - بداية المجتهد 100/2-101 .

⁴ - نيل الأوطار 43/8 .

⁵ - الإشراف 761/2 ، المعونة 885/2 ، القوانين الفقهية 246 ، بداية المجتهد 99/2-101 .

⁶ - روضة الطالبين 229230/6 وفتح الوهاب 90/2-91 ، التنبيه 185 .

⁷ - المغني 525/8 ، المحرر 87/2 . .

⁸ - نيل الأوطار 43/8 .

⁹ - بداية المجتهد 100/2-101 .

و للإجابة عن هذا التساؤل نقول :

- 1 - ذهب الحنفية ⁽¹⁾، وأبو ثور ⁽²⁾، وفي رواية عن أحمد ⁽³⁾ إلى وقوعه بائنا وذلك لأنه في نظرهم إذا كان رجعيا فلا معنى له ، لأنه لا تملك به المرأة بضعها ، ولا تصل به إلى حقها ⁽⁴⁾.
- 2 - وذهب المالكية ⁽⁵⁾، والشافعية ⁽⁶⁾، وفي رواية الأثرم عن أحمد ⁽⁷⁾ إلى وقوعه رجعيا ، وقد يقول قائل : إن كان رجعيا لم يُزل الضرر اللاحق بالزوجة ، لأن له جبرها على الرجعة ، ولكن رُدَّ على ذلك بأن من قال بأنه رجعي سلك فيه مسلك تغليب الأصل على المصلحة المقصودة بالإيلاء ⁽⁸⁾.

. التفريق للإيلاء في قانون الأسرة الجزائري :

ورد ذلك في السبب الثالث من المادة 53 إذ جاء فيها : يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للأسباب التالية : 3... - المجر 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 عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
3. المجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

¹ - أحكام القرآن للجصاص 362/1 .

² - المعونة 886/2 ، الإشراف 762/2 ، المغني 543/8 .

³ - المغني 542/8 .

⁴ - أحكام القرآن 362/1 ، المغني 543/8 .

⁵ - بداية المجتهد 102/2 والمعونة 886/2 ، الإشراف 762/2-763 .

⁶ - التنبيه 185 .

⁷ - المغني 542/8 .

⁸ - بداية المجتهد 102/2 .

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 .⁽¹⁾

7. ارتكاب فاحشة مبينة .

8. الشقاق المستمر بين الزوجين .

9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .⁽²⁾

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 .

والله ولي التوفيق .

¹ - 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 موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية .

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

² - 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 .