

كلية أصول الدين والشريعة  
والحضارة الإسلامية  
قسم الفقه وأصوله

جامعة الأمير عبد القادر  
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

الرقم الترتيبي: ...../2006

رقم التسجيل: .....

# حقوق المطلقة المالية

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله

إشراف الدكتور:

- بلقاسم شتوان

إعداد الطالب:

- صلاح الدين زيدان

أمام اللجنة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية
الدكتور: فيصل تليلاني	أستاذ محاضر	رئيسا
الدكتور: بلقاسم شتوان	أستاذ محاضر	مقرراً مشرفاً
الدكتور: عبد القادر جدي	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا
الدكتور: بلقاسم حديد	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

المناقشة يوم: الأربعاء 07 مارس 2007م.

السنة الدراسية: (1427/1426)هـ - (2006/2005)م

(2006/2005)م

## اهداء

إذا كان هذا العمل المتواضع يستحق أن يُهدى فإني أهديه إلى:

والِدَيَّ الكَرِيمَيْنِ - حفظهما الله تعالى - وإلى زوجتي،

وجميع إخوتي وأخواتي، وسائر أقاربي، وإلى جميع

أساتذتي الكرام ، وإلى كل الأصدقاء والأحباب كما أهديه إلى

كل طالب علم.

## شكر وتقدير خاص:

بعد شكر الله تعالى أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي

الفاضل:

الأستاذ الدكتور: " بلقاسم شتوان "

على ما بذله من نصح وتوجيه، وقدمه من تحفيز وتشجيع

وقتح لأبواب بيته في كل وقت.

فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خيراً، كما أسأل الله تعالى أن يجعل

عمله خالصاً لوجهه الكريم.

## المقدمة:

الحمد لله الذي هدانا لهذا الدين، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على عبد الله ورسوله ومصطفاه محمد وآله وصحبه ومن اهتدى بهداه .  
أما بعد:

فمن فضل الله سبحانه وتعالى ورحمته بعباده أن خلقهم ولم يدعهم في هذه الدنيا هباً لأهوائهم ومرتعاً لشياطين الجن والإنس، بل أنزل إليهم المنهج القويم والشريعة المعصومة التي بها صلاح أمرهم في معاشهم وفلاحهم في معادهم، وكفى بذلك مئةً ونعمةً، قال عز وجل: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾<sup>1</sup>.

هذه الشريعة الخاتمة التي أرادها الله جل ثناؤه أن تكون النور المبين والحبل المستين الذي يعتصم به ملتسمو النجاة، وقد اتسمت هذه الشريعة بخصائص عديدة في طليعتها الشمول في أحكامها لجميع شؤون الناس وأمورهم في: العقائد والعبادات، والمعاملات المالية، والشؤون الأسرية، وفي نظام الحكم والاقتصاد، وفي التعليم والقضاء، وفي الشؤون الفكرية والأمنية والأخلاقية، بحيث لا يند عن القول الإلهي الفصل حالاً، ولا يستقل عنه موقف، أو تصرف دق أمره أو جل، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء﴾<sup>2</sup>، وذلك من خلال ما وضعه من القواعد العامة المحكمة، والمبادئ الكلية الوافية بحاجات العباد.

وفي ضوء ما جاء من هدى المصطفى صلوات الله تعالى عليه الذي قال جل ذكره في شأنه: ﴿وانزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾<sup>3</sup>، ومن أهم العلوم التي ينبغي للمسلمين أن يهتموا بها: الفقه الإسلامي الذي يشتمل على فروع مختلفة من الأحكام التي

<sup>1</sup> سورة المائدة، الآية 3.

<sup>2</sup> سورة النحل، الآية 89.

<sup>3</sup> سورة النحل، الآية 44.

يحتاج إليها المرء في علاقته بربه أو بنفسه أو بالأفراد و المجتمعات ومن هذه الفروع : فرعُ أحكام النكاح و الطلاق وما يتعلق بهما، وغير ذلك من الأحكام التي تتعلق بالفرد والأسرة و المسمّى في القوانين الحديثة "الأحوال الشخصية".

ومما عالجته الفقه الإسلامي وهذه القوانين في الدول الإسلامية التي استمدت أحكامها من الفقه الإسلامي موضوع: "الحقوق المالية للمطلقة"، وقد شاركتُ ببحثٍ هذا الموضوع تحت عنوان "الحقوق المالية للمطلقة : دراسة مقارنة الفقه وقانون الأسرة الجزائري"، وإنّ هذا الموضوع يجلي بصورة واضحة ما أعطاه الإسلام من حقوق للمرأة وهي مطلقّة، وهذا من أعظم ما يدلّ على محاسن الشريعة الإسلامية، وفيه ردٌّ على ما يزعمه أعداء الإسلام من هضمه لحقوقها.

وأما إشكالية البحث فإنّ الطلاق يُعتبر من أكبر المشكلات التي تهدد استقرار الأسرة و المجتمع ككلّ، والسؤال المطروح:

هل للمرأة المطلقة حقوق مالية، وهل تثبتُ لها كلُّ الحقوق التي كانت قبل الطلاق؟ وما هو سببُ ثبوت هذه الحقوق ؟

خاصّة في هذا الوقت الذي يُساء فيه للإسلام من أعدائه في الداخل والخارج بأنه غيرُ صالح في هذا العصر، وأنه قاصر على احتواء مشكلاته ويُتَّهمُ بأنه هَضَمَ حقوقَ المرأة.

لهذا كان البحث الذي خصصته للحديث عن "الحقوق المالية للمطلقة"، وعقدت مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ومن خلال هذا البحث تحدّثت عن نظرية الحق، وعن مفهوم المال وأنواعه في الفقه الإسلامي وقارنت بينه وبين القانون. كما تكلمت عن الحقوق التي ضمنها الإسلام للمرأة وهي مطلقّة من مهر و متعة و نفقة و أجرة رضاع و حضانة، وقارنتُ كلَّ ذلك بما وردَ في قانون الأسرة الجزائري ممّا سيأتي تفصيله في البحث - إن شاء الله -.

ويعتبر موضوع الحقوق المالية للمطلقة من أهمّ المواضيع التي يسأل عنها الناس، علماً أنّ كلا الطرفين (المطلق والمطلقة) يحاول أن يأخذ ما هو حقّ وما ليس بحقّ له، كما يحاول أن يسقط حقّ الطرف الآخر.

والشريعة الإسلامية قد تكلمت تفصيلاً عن هذه الحقوق غير أن بعض أصحاب الهوى والأنانية يرمون الشريعة الإسلامية بالقصور في هذا المجال، وأنها نجست حق المرأة فيعطونها حقوقاً أخرى ما أنزل الله بها من سلطان، هذه الحقوق التي تؤدي إلى الإجحاف بالأطراف الأخرى سواء كان المطلق أم غيره؟.

لذا نسمع نداءات تدعو إلى تغيير بعض الأحكام الموجودة في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية و الإسلامية، وهذه النداءات تصدر من بعض من يدعي الإسلام ولكنه في الحقيقة تابع للغرب مقتفٍ لآثاره متبهرّ به، وقد أضحي موضوع الأسرة وما جاء فيه من أحكام ومطالبه البعض بإلغائها أو تعديلها موضوع الساعة.

من أجل هذا وبيانا لحفظ الإسلام لحقوق المطلقة لاسيما الجانب المادي منها، وردّاً على من قصر فهمه وفقهه لأحكام الشريعة، قمتُ بهذه الدراسة العلمية الأكاديمية.

وبعد البحث والاطلاع على ما كتبه الباحثون في مجال هذه الدراسة، فإنني لم أجد في حدود اطلاعي كتاباً أو رسالة جامعة ومفصلة لحقوق المطلقة المالية، كما أنني لم أجد موضوعاً شاملاً يقارن بين هذه الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون خاصة قانون الأسرة الجزائري، وكان ما عثرت عليها أحكاماً إجمالية مفرقة في كتب التفسير والفقه والكتب المؤلفة في مسائل الأحوال الشخصية، كما استفدت من بعض الكتب التي أفردت بعض الحقوق بالبحث مثل:

- التعويض المالي عن الطلاق، للدكتور محمد الزحيلي، وقد استفدت منه كثيراً في مبحث: "حق التعويض المالي للمطلقة".

- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً للدكتور عبد العزيز عامر، واستفدت منه عند الكلام عن حق المطلقة في أجره الرضاع وأجرة الحضانة ومسكنها.

كما نهلّت من باقي المراجع والمصادر المختلفة في وضع خطة البحث وتنسيقها، وإثراء البحث بالمادّة العلمية.

ولقد واجهتني أثناء إعداد البحث صعوبات عدّة منها:

-المقارنة بين الفقه والقانون في كل جزئية بحثتها من بداية البحث إلى آخره، من تعريف الحق وتقسيماته إلى تعريف الطلاق والحقوق المالية للمطلقة، وهذا يجعلني أراجع إلى كتب القانون وكتب الشريعة من فقه وتفسير وحديث مع المقارنة.  
-قلّة الدراسات التي تتحدث عن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، مما جعلني أشير إلى هذه التعديلات الحديثة دون إفاضة في شرحها.

وأما المناهج المتبعة في الدراسة، فقد اتبعت المنهج التحليلي، وذلك بتحليل النصوص القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بموضوع الحقوق المالية للمطلقة، مستعيناً في ذلك بفهوم العلماء و الفقهاء وفي بعض الأحيان أعتمد على المنهج المقارن، وذلك عند الحديث عن المسائل الخلافية ومقارنة الأقوال بعضها ببعض ثم يكون الترجيح بينها حسبما تقتضيه القواعد والأصول العلمية.

أما المنهجية المتبعة فهي كالتالي :

أ- ذكرت لكل آية أو جزء منها عند ورودها رقمها، والسورة التي وردت فيها، وقد التزمت رواية حفص عند إيراد الآيات القرآنية الكريمة.

ب- خرجت الأحاديث الواردة في الرسالة بعزوها إلى مظانها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بتخرجه منهما أو من أحدهما ولم أشير إلى درجة الحديث باعتبار أن ما رواه البخاري ومسلم أو أحدهما فقد جاوز القنطرة وهو صحيح وإن كان في غيرهما، فخرّجته من مظانّه من كتب السنن و المسانيد والجوامع والمستدرک، وأتبعته ذلك ببيان درجته من الصحة والحسن والضعف من كتب التخرّيج المعتمدة كتخليص الخبر، ونصب الراية وغيرهما من الكتب التي تُعنى بهذا المجال.

<sup>1</sup> تم هذا التعديل بالأمر رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005 م.

- ج- عزوت آثار الصحابة إلى مظانها من كتب السنن والمصنفات.
- د- ما سبق تخريجه من أحاديث وآثار أحلته على التخريج الأول.
- هـ- شرحت الألفاظ الغريبة في الهامش.
- و- نسبت الأقوال إلى قائلها، فما كان من كلام الفقهاء فمن كتبهم، وما كان من كلام القانونيين فمن كتبهم، وما كان من كلام أهل التفسير فمن مصنفاتهم وهكذا...
- ز- التزمت التوثيق العلمي لما أورده بذكر اسم المصدر أو المرجع أولاً، ثم صاحبه ثم باقي المعلومات، ثم رقم الجزء والصفحة.
- ح- اكتفيت بترجمة بعض الأعلام المذكورين في الرسالة، وقد رجعت في ترجمتهم إلى مظانهم، فعلماء الحنفية رجعت إلى الكتب التي تعنى بتراجم الحنفية، وكذا الأمر بالنسبة لعلماء المالكية والشافعية والحنابلة.
- ط- ختمت البحث بذكر ملخص له، تسهيلاً للقارئ العادي فهم الأحكام الواردة فيه والاستفادة من مكنوناته، ودون الحاجة إلى الغوص في أعماقه، كما ذكرت أهم نتائج البحث، وأهميت ذلك بتوصيات يُرجى أخذها بعين الاعتبار.

### خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصلين، وخاتمة على النحو التالي:

- المقدمة: تحدثت فيها عما سعت إلى معالجته في هذا البحث، مع بيان أهميته ومسیررات الكتابة فيه، والدراسات السابقة في الموضوع ومنهجية البحث، إضافة إلى ذكر محتويات البحث بإيجاز.

- الفصل لأول: التعريف بمصطلحات البحث الأساسية ويشتمل على المباحث الآتية:

البحث الأول: تعريف الحق وتقسيماته:

البحث الثاني: تعريف المال وتقسيماته:

البحث الثالث: تعريف الطلاق وحكمه وتقسيماته:





- الفصل الثاني: الحقوق المالية للمطلقة:

المبحث الأول: حق المطلقة من المهر:

المبحث الثاني: حق المتعة للمطلقة:

المبحث الثالث: التعويض المالي للمطلقة:

المبحث الرابع: حق النفقة للمطلقة:

المبحث الخامس: حق أجره الرضاع للمطلقة:

المبحث السادس: حق أجره الحضانه وسكناها .

المبحث السابع: حق الميراث للمطلقة:

الخاتمة: وضممتها ملخصاً للمبحث، وعرضت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها خلال البحث، وختمت ذلك بتوصيات.

- الفهارس.

وبعدُ فإني وإن كنتُ بذلتُ وسعي في إعطاء هذا البحث حقه إلا أنني أعلمُ قصرَ باعِي وقلة زادي، وحسبي أنني بذلتُ جهدي مما أرجو أن يكون لي عذراً عن الخطأ والنسيان والتقصير.

-ومن نافلة القول أن أشير إلى أن البحث لا يخلو من الخطأ والزلل، فالخطأ والتقصير من سمات البشر الناتجة عن ضعفه، قال تعالى: ﴿وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾<sup>1</sup>.

وقال الشاعر:

ذَهَبَ اللَّهُ بِالْكَمَالِ وَأَبْقَى كُلَّ نَقْصٍ لِذَلِكَ الْإِنْسَانَ

فما كان من صواب فهو من الله، وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان.

والله ورسوله ودين الإسلام براءٌ منه، وأسأل الله أن يعفو عني .

<sup>1</sup> سورة النساء الآية 28.



وأخيراً، واستجابة لأمر الله عزّ وجلّ في قوله: ﴿أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلَوْلَا دَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾<sup>1</sup>. وعملاً بديننا الحنيف الذي يدعونا إلى أن نذكر لكلّ ذي فضل فضله، وندعو له بالخير إن لم نقدر على مكافأته. فإنني أشكر الله تعالى على ما أولاني من نعم لا تُعدُّ ولا تحصى، ومن هذه النعم ما وفقني إليه في إنجاز هذا البحث من غير حول مني ولا قوة بل بتوفيقه تعالى وفضله.

كما أتوجه بالشكر بعد ذلك للوالدين الكريمين على حسن التربية والتوجيه والتعليم منذ سن الطفولة إلى هذا اليوم، ولا أنسى دعاءهم لي مما كان له أكبر الأثر في التوفيق في الحياة العلمية والعملية والاجتماعية، وتيسير الأمور في كل ذلك، فجزاهما الله عن كل ذلك خيراً الجزاء، وأعاني الله على برهما، وردّ شيء من معروفهما، فاللهم ارحمهما كما ربياني صغيراً.

وأخصّ بالشكر الجزيل والخالص فضيلة الأستاذ الدكتور "بلقاسم شتوان" مرّة أخرى والذي لم يخل عليّ بنصائحه وتوجيهاته وتشجيعاته، التي كان لها الأثر الكبير في بحثي هذا، فجزاه الله عني وعن طلبة العلم كل الخير، وأسأله تعالى أن يجعل عمله خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به ويعلمه البلاد والعباد.

كما أتوجه بالشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة: السادة الدكاترة الأفاضل الذين بذلوا جهداً كبيراً في قراءة الرسالة وتقييمها من الناحية الشكلية والعلمية كما لا يفوتني أن أشكر كلّ من أعاني على إنجاز هذا البحث المتواضع من قريب أو من بعيد، من أساتذة وطلبة، وإدارة وعمال المكتبة وغيرهم، ممن لا يسعني ذكر أسمائهم فجزى الله الجميع خيراً. وأسأل الله لنا ولهم التوفيق والسداد والصلاح في جميع الأمور. والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

<sup>1</sup> سورة لقمان الآية 14.

## الفصل الأول:

### التعريف بمصطلحات البحث الأساسية:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحقّ وتقسيماته.

المبحث الثاني: تعريف المال وتقسيماته.

المبحث الثالث: تعريف الطلاق وتقسيماته.

## الفصل الأول:

### التعريف بمصطلحات البحث الأساسية:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحقّ وتقسيماته.

المبحث الثاني: تعريف المال وتقسيماته.

المبحث الثالث: تعريف الطلاق وتقسيماته.

## المبحث الأول : تعريف الحق وتقسيماته:

المطلب الأول : تعريف الحق لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : تقسيمات الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

## المطلب الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحاً:

### الفرع الأول: تعريف الحق لغة:

الحق لغة: نقيض الباطل، وجمعه: حقوق وحِقا،... وحقّ الأمرُ ويحقّ ويحقّ حقّاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت، قال الأزهري: معناه وجب يجب وجوباً، وحق عليه الحق، وأحققته أنا. وفي التتريل: ﴿قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ﴾<sup>1</sup>: أي ثبت<sup>2</sup>.

وللحق معان كثيرة، ذكرها صاحب (القاموس المحيط) منها:

"الحق من أسماء الله تعالى أو من صفاته، والقرآن وضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود، والثابت، والصدق، والموت، والحزم"<sup>3</sup>. وذكر التهانوي معاني أخرى للحق وهي: "اللائق، والصحيح، والمستقيم، والواجب، والعمل الذي يحدث حتما"<sup>4</sup>.

قال الدريني: "كل ما ورد من الاستعمالات لكلمة "حق" يدور حول معنى الثبوت والوجوب"<sup>5</sup>.

وقد اكتفى صاحباً "التوقيف"<sup>6</sup> و"أنيس الفقهاء"<sup>7</sup> في تعريف الحق لغة بقولهما: "الثابت الذي لا يسوغ إنكاره". وهذا المعنى هو الذي يهمني في بحثي هذا.

<sup>1</sup> سورة القصص من الآية 63

<sup>2</sup> لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت 711هـ، ط 1)، دار صادر، بيروت، دت، مادة (حقق) (940-939/2).

<sup>3</sup> القاموس المحيط، محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، دار الكتاب العربي: بيروت، دت، (3/221).

<sup>4</sup> كشاف اصطلاحات الفنون، محمد علي التهانوي، حققه الدكتور لطفي عبد البديع، والدكتور عبد المنعم حسين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1972م، (80/2).

<sup>5</sup> الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط 3، 1404هـ - 1984م ص 184.

<sup>6</sup> التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي (ت 1031هـ)، تحقيق محمد رضوان الدايدة، دار الفكر المعاصر: بيروت، ط 1، 1410هـ/1990م ص 287.

<sup>7</sup> أنيس الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القنوني (ت 978هـ)، دار الوفاء: جدة، ط 1، 1406هـ، ص 277. ويُنظر: الملكية العامة في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الأستاذ علي الخفيف، دار النهضة العربية: بيروت، 1990م، ص 9.

الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحاً:

لقد تعددت مفاهيم الحق، واختلف العلماء في تعريفه اختلافاً كبيراً، سواء عند علماء الشريعة أم فقهاء القانون. وقد ظهرت مدارسٌ قديمةٌ وحديثةٌ في بيان مفهوم الحق عند القانونيين، رغم ما يبدو من بساطة في مفهوم هذه الكلمة الشائعة الاستعمال. وسأبدأ ببيان تعريف الحق في الفقه الإسلامي، ثم أتبعه بتعريفه في القانون الوضعي.

البند الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي:

عرّف الأصوليون والفقهاء الحق بتعريفات لا تخرج عن معانيها اللغوية التي تنبئ عن كون الشيء موجوداً أو ثابتاً<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس استعمله الفقهاء فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً، أي بحكم الشرع وإقراره، فقالوا: من حق فلان أن يفعل كذا، وأن يمتلك، وهذه العين حقّ لفلان، ولفلان حقّ على فلان، وأطلقوه على ما له ضربٌ من الاختصاص، فأطلقوه على العين، فقالوا هذه الدار، وهذه الشاة حقّ لفلان، وعلى المنفعة فقالوا: ولاية هذا المال حقّ لفلان، وحضانة هذه الصغيرة حقّ لفلانة، وأطلق على المال عقاراً كان أو منقولاً، وعلى المصلحة ماليّة كانت أو أدبيّة<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق نجد تعريفات بعض الأصوليين والفقهاء للحق، فقد عرفه في "كشف الأسرار" بقوله:

<sup>1</sup> يُنظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، الدكتور محمد مصطفى الشنيطي، مكتبة العلوم والحكم: المدينة المنورة، ط2، 1422هـ-2001م (681/2).

<sup>2</sup> الملكية العامة، للأستاذ علي الخفيف، ص9.

وينظر: النظريات العامة في الفقه الإسلامي، الدكتور رمضان علي الشرنباصي، منشأة المعارف، علسي جري وشركاه: الإسكندرية، ط1، 2000م، ص198.

"موجود من كل وجه تتعلق به مصلحة خاصة عائدة لمن يُنسب إليه"<sup>1</sup>.  
 وعُرف بأنه: "الحكم الثابت شرعاً"<sup>2</sup>، لكنّه تعريف جامع لكل ما يطلق عليه لفظ "الحق"  
 عند الفقهاء، فقد يطلق على المال المملوك وهو ليس حكماً، ويطلق على الملك نفسه،  
 وعلى الوصف الشرعي كحقّ الولاية والحضانة والخيار<sup>3</sup>.  
 وانطلاقاً من معاني الحق عند علماء الشريعة قديماً، واسترشاداً بتعاريف علماء القانون  
 المحدثين حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريف الحق، فعرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: "ما  
 ثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه".  
 ويردُّ على هذا التعريف أنه غير جامع، لأنه لا يشمل الحقوق التي تثبت لغير الإنسان من  
 الأشخاص الاعتبارية، مع أن الفقهاء والأصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضاً<sup>4</sup>.  
 وعرفه الدكتور رمضان الشرنباصي بأنه: "مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع، أو لهما معاً،  
 يقرره المشرع الإسلامي، أو الحكم الذي قرّره الشارع"<sup>5</sup>.  
 ويؤخذ عليه أنه عرف الحقّ بغايته، فالحق بذاته ليس مصلحة بل هو وسيلة إلى  
 مصلحة<sup>6</sup>.

### البند الثاني: تعريف الحق في القانون الوضعي:

أثار تعريف الحق الكثير من الخلاف بين فقهاء القانون، وظهرت اتجاهات عديدة في  
 تعريفه، فالإتجاهات التقليدية لم تُعنّ بتحليل الحقّ وإبراز عناصره وخصائصه المميزة، وإنما  
 اكتفت فقط بالتركيز على جانب من جوانبه.

<sup>1</sup> كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت770هـ)، دار الكتاب  
 الإسلامي: القاهرة، دت، (134/4-135).

<sup>2</sup> الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ص185.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر: دمشق، ط1، 1409هـ-1989م، (8/4).

<sup>4</sup> ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص191.

<sup>5</sup> النظريات العامة في الفقه الإسلامي، للدكتور رمضان علي الشرنباصي، ص198.

<sup>6</sup> الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ص188.



وقد انتهج أصحاب الاتجاه التقليدي ثلاثة مذاهب هي: المذهب الشخصي، والمذهب الموضوعي، والمذهب المختلط.

وقد جعل أصحاب المذهب الشخصي أو مذهب الإرادة "إرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهرية الذي يميز الحق، وتبعاً لذلك نراهم يعرفون الحق بأنه "قدرة أو سلطة إرادية"<sup>1</sup> - "Pouvoir de volonté".

أمّا أصحاب المذهب الموضوعي أو مذهب المصلحة فقد ركّزوا في تعريفهم على عنصر آخر ذي أهمية كبيرة في تعريف الحق، وهو المنفعة أو المصلحة، فعرفوا الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون"<sup>2</sup> - "Un intérêt juridiquement protégé".

وأصحاب المذهب المختلط حاولوا الجمع بين الفريقين، فبعضهم غلب جانب الإرادة على المصلحة، فعرف الحقّ بأنه "قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون ويحميها"، بينما غلب آخرون جانب المصلحة فعرفوه بأنه "مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدفاع عنها"<sup>3</sup>.

ولم تسلم هذه التعاريف من الاعتراضات، فقد أخذ على أصحاب المذهب الشخصي أنه "من الخطأ ربط وجود الحق بالإرادة، فقد يوجد الحق دون أن توجد الإرادة، ومع ذلك يمكن أن يكون صاحب حق، بل إن الجنين قد يصبح صاحب حق هو الآخر، وذلك حيث يرث مالا، أو إذا أوصي له بمال"<sup>4</sup>.

واعترض على تعريف أصحاب المذهب الموضوعي بأن "المصلحة هي ثمرة الحق التي يحصل عليها صاحبها، والنتيجة التي يريد الوصول إليها، والغاية التي يهدف إلى تحقيقها، ولا يجوز أن يُعرّف الحق بثمرته أو نتيجته أو بغايتها"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، الدار الجامعية: بيروت، 1993م، ص 444.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 451.

<sup>3</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور نبيل إبراهيم سعد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع: بيروت، 1995م، ص 25.

<sup>4</sup> المدخل إلى علم القانون، الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط2، 1991م، ص 121.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 121-122.

أما تعريف أصحاب المذهب المختلط فإنه يتراوح بين الإرادة والمصلحة، لذا يمكن أن يعترض عليه. يمثل ما اعترض على الاتجاهين السابقين؛ حيث إنه لم يُعرّف جوهر الحق، فالحق ليس الإرادة ولا المصلحة، ولا هما مجتمعين.

وإلى جانب الاتجاهات التقليدية ظهرت اتجاهات حديثة في بيان مفهوم الحق، كاشفة عن جوهر الحق ومميزاته، محاولة اجتناب الاعتراضات التي عارض بها أصحاب الاتجاهات التقليدية، ومن فحج هذا النهج: الفقيه البلجيكي "دابان-Dubin" فقد عرف الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص بمقتضاها يكون له التسلّط على مال معترف له به، بصفته مالكا أو مستحقا له، ويكون له الحماية القانونية اللازمة"<sup>1</sup>.

وبقريب من هذا عرفه الدكتور حسن كيسره حيث قال: "تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يُحوّل شخص من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلّط على شيء، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"<sup>2</sup>.

ويتميّز تعريف أصحاب هذا الاتجاه بمميزات عدّة منها:

1- إن الاستئثار ينصبّ على شيء أو قيمة، والأشياء التي تكون موضوعا للاستئثار أو للحقّ قد تكون أشياء مادية كحقّ الملكية، كما قد تكون أشياء معنوية كحقّ المؤلف والمخترع<sup>3</sup>.

2- وهذا التعريف يفضل غيره، وذلك أنه يُلقى الضوء على جوهر الحق، وهو الاستئثار، كما أنّ هذا الحقّ يُقرّه القانون، وبالتالي تظهر العلاقة الوثيقة بين الحقّ والقانون، فلا يوجد حقّ إلا إذا كان القانون في سنده يعترف به ويقرّه، وهو ما يميّز الاستئثار المشروع لصاحب الحق من استئثار السارق أو المغتصب، وهو استئثار غير مشروع لا يُقرّه القانون.

<sup>1</sup> المدخل إلى القانون: نظرية الحق، الدكتور محمد حسين منصور، الدار الجامعية: الكويت، 2000م، ص 122.

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيره، منشأة المعارف، علي حزي وشركاه: الإسكندرية، ط 5، 1979م ص 441.

<sup>3</sup> المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، ص 470.

3- هذا الاستثناء قد يتجسد في الواقع في صورة تسلط على شيء، كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية، أو في صورة اقتضاء أداء معين، وذلك كما هو الحال بالنسبة لحق الدائنية.

4- وفكرة الاستثناء والتسلط توضح بذاتها علاقة صاحب الحق بالغير، وضرورة احترام الكافة لهذا الحق<sup>1</sup>.

وبالرغم مما سلف ذكره من مميزات وخصائص لم يسلم تعريف أصحاب هذا الاتجاه من النقد، ومن ذلك:

أ- إن كلمة "الاستثناء" غير صادقة التعبير عن الحق، وأفضل منها كلمة "اختصاص"؛ فالاستثناء من الأثرة، وينبئ عن نوع حركة إرادية للحصول على موضوع الحق، ويتفادى الفقه المعاصر إدخال عنصر الإرادة الفعّال في تعريف الحق<sup>2</sup>.

ب- إنه معقد وغير أصيل، شأنه في ذلك شأن التعاريف التي تجمع الأشتات لسد ما يعتقد أصحابها أنها ثغرات، وهذا بعكس التعاريف السابقة (تعاريف المذاهب: الشخصي والموضوعي والمختلط)، فإنها جميعها تتميز بالأصالة والبساطة، وهما ميزتان عظيمتا الشأن في أيّ تعريف<sup>3</sup>.

### البند الثالث: الموازنة بين التعاريف:

يظهر مما سبق أن تعاريف علماء الشريعة القدامى للحق كانت قريبة من معناه اللغوي، وهو "الشيء الثابت شرعا".

أما العلماء المعاصرون فقد تأثرت تعاريفهم بتعاريف علماء القانون؛ لذا عرفه بعضهم بأنه: "مصلحة مستحقة شرعا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور محمد حسين منصور، ص 122-123، وينظر: المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كبره ص 441-442.

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون، ص 122.

<sup>3</sup> الإسلام وحقوق الإنسان: دراسة مقارنة، الدكتور القطب محمد القطب طبلية، دار الفكر العربي: القاهرة، ط2،

1404هـ-1984م، ص 64.

<sup>4</sup> الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ص 191.

أما تعاريف القانونيين فقد ركزت بعضها على صاحب الحق، في حين ركزت أخرى على المصلحة، وجمعت أخرى بين الجانبين.

وظهرت اتجاهات حديثة لتعريف الحق أكثر دقة وشمولية، ولكن هذه التعاريف لم تسلم كلها من النقد والاعتراض. ومن أحسن تعاريف الحق عند الباحثين المعاصرين تعريف الدكتور فتحي الدريني، فقد بين ماهيته بقوله: "اختصاص يُقرّ به الشرع سلطةً على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"<sup>1</sup>.

فهذا التعريف مع سلامته من اعتراضات التعاريف السابقة شمل مميزات لم توجد في غيره، وهذا بسط ذلك:

1- كلمة "اختصاص" في التعريف يعنى بها الانفراد والاستثارة، وهو علاقة تقوم بين المختص والمختص به، وقد يكون المختص به موضوع الحق هو الله سبحانه، وهذه هي حقوق الله تعالى، وقد يكون شخصاً حقيقياً وهو الإنسان، أو معنوياً كالدولة، والوقف وبيت المال، وجماعة المسلمين، والشركات والمؤسسات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية.

2- وكلمة "اختصاص" تُخرج أيضاً الإباحات والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استثناء، أي أن الإباحة تورث الأفراد مُكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة.

3- أما ما جاء في التعريف من قوله: "يُقرّ به الشرع سلطة" فهو قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية، أي لا يُقرّ بها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب، بل يوجب عليه ردّ ما غصب، وكذلك السارق فلا بد من إقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكسب صفة المشروعية<sup>2</sup>.

4- قوله في التعريف "سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر، هذه السلطة التي هي قرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع قد تكون مُنصبة على شيء، وهذا ما

<sup>1</sup> المرجع السابق ص 193.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 193-194.

يسمى "الحق العيني" كحق الملكية، وحق الخبز في المرهون، وحق الارتفاق بالشراب. وحق وضع الجذوع على حائط الجدار، أو تكون سلطة لشخص مُصَّبة على اقتضاء أداء من آخر، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم، وموضوع العلاقة أداء التزام معين كالشئ المؤجل، أو منفعة الأجير، أو الامتناع من الانتفاع بالمرهون، وهذا هو "الحق الشخصي"، وقد يكون إيجابيا كالقيام بعمل أو سلبيا كالامتناع عن عمل<sup>1</sup>.

وهذا التعريف كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية يشمل الحق الديني لله تعالى، كفروضه على عباده في صلاة وصيام ونحوها، ويشتمل أيضا الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده، وللرجل على زوجته، وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في إقرار النظام وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد ونشر الدين والدعوة، لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعا<sup>2</sup>.

5- أما ما جاء في التعريف من قوله: "تحقيقا لمصلحة معينة" فمعناه أن "إقرار الشرع الاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعية إنما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل على توحيها وتحقيقها شرعا، لأن الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة إنما مُنح وأقر لذلك حتى إذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتناق مع غاية الحق التي مُنح من أجلها، بأن اتخذ ذريعة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة كتحويل الربا عن طريق بيع العينة مثلا، أو إسقاط الزكاة عن طريق الهبة الصورية، أو كل ما هو غش نحو الشريعة وخرم لقواعدها، بتحليل محرّم أو إسقاط واجب، أو أخذ الحق وسيلة للإضرار بالجماعة بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة، ولكنها تتناق مع المصلحة العامة كالاختكار، وانسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال غير مشروع، لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع من غرض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> المدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر: دمشق، ط2، دت، (12/3).

<sup>3</sup> الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدبريني ص 195.

## المطلب الثاني: تقسيمات الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتنوع الحق إلى أنواع عديدة، وذلك باختلاف النظر في كل تقسيم، فهو باعتبار محله: حق مالي، وحق غير مالي، وباعتبار صاحبه ثلاثة أنواع: حق الله وحق العبد وحق مشترك بينهما، وبالنظر إلى كيفية ثبوته: حق قضائي وحق ديباني.

والتقسيمان الأخيران خاصان بالفقه الإسلامي دون القانون الوضعي. والذي يهمني في هذا البحث هو تقسيم الحق إلى حق مالي وحق غير مالي، وسأكتفي بالحديث عن الحقوق المالية في الفقه الإسلامي، ثم في القانون الوضعي.

### الفرع الأول: الحقوق المالية في الفقه الإسلامي:

يقصد بالحقوق المالية الحقوق "التي تتعلق بالأموال ومانعها كحق الشفعة، وحق الارتفاق، وحق استحقاق العوض (التمن أو السكنى في الدار مثلا)"<sup>1</sup>.  
والحقوق المالية ثلاثة أنواع: حقوق شخصية، وحقوق عينية، وحقوق شبه عينية.

#### البند الأول: الحقوق الشخصية:

"هي تلك الحقوق التي يقرّها الشرع لشخص على آخر، وهذا يكون إما بإحداث فعل أو تركه، كحق المشتري في تسلّم المبيع، والبائع في تسلّم الثمن، وحق المودع ألا يستعمل الوديع الشيء المُسودَع .

#### البند الثاني: الحقوق العينية:

وهي ما يقرّها الشرع لشخص على شيء، فإذا اغتصب شخص شيئاً من آخر، فإن حق المغصوب المتعلق بهذا الشيء حق عيني، أما حق المغصوب منه قبل الغاصب في أن يردّ إليه الشيء المغصوب، فهو حق شخصي"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (699/2).

<sup>2</sup> الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقد، الدكتور بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة: الإسكندرية، دت، ص 301.

البند الثالث: الحقوق شبه العينية:

وهي مرتبة وسطى، ومترلة بين المترلتين: مترلة الحقوق العينية، ومترلة والحقوق الشخصية.

وقد مثل لها الأستاذ أحمد الزرقا بحق الشفعة، وحق المجاهدين في الغنمة بعد إفرازها، وحق المجني عليه في العبد الجاني، فلصاحب الحق في هذه الأحوال أن يطالب بالشيء عينيا رغم أنه لم يملكه بعد، كما أنه يتبعه في الأيدي التي تنتقل إليها<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: الحقوق المالية في القانون الوضعي:

يقصد بالحقوق المالية Droits patrimoniaux "الحقوق التي يكون محلها قابلا للتقويم بالنقود"<sup>2</sup>.

والسبب في الطابع المالي لهذه الحقوق عائد إلى أن موضوع الحق يقوم بالمال، والهدف الأساسي منها هو الحصول على فائدة مالية، وهي قسمان: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية.

البند الأول: الحقوق العينية/ Les droits réels:

الحق العيني "سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين"<sup>3</sup>.

والجدير بالملاحظة في هذا التعريف أن السلطة التي يتمتع بها صاحب الحق العيني هي سلطة مباشرة على الشيء الذي يتعلّق به هذا الحق، والحقوق العينية نوعان: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

<sup>1</sup> ينظر: المدخل الفقهي العام (48/3).

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور نبيل إبراهيم، ص 56.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 56.

الفقرة الأولى: الحقوق العينية الأصلية: "هي تلك الحقوق العينية المستقلة التي لا تتبع حقا آخر، أو تستند في وجودها إليه، وإنما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع للأشياء المادية".<sup>1</sup>

ويُعدّ حق الملكية Le droit de propriete أهمّ الحقوق العينية وأقواها وأوسعها مضمونا وسلطات، وقد بينته المادة 674 من القانون المدني الجزائري، ونصّها:

"الملكيّة هي حقّ التمتع والتصرّف في الأشياء بشرط أن لا يُستعمل استعمالاً تُحرّمه القوانين والأنظمة".<sup>2</sup>

وعرّفت المادة 125 من مجلة الأحكام العدلية الملك بأنه: "ما ملكه الإنسان سواء أكان أعيانا أم منافع".<sup>3</sup>

وتفرّع عن حقّ الملكيّة حقوق أخرى مثل: حق الانتفاع، وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الارتفاق.<sup>4</sup>

وهذه الحقوق أقلّ شأنًا من حق الملكية؛ لأنّ هذا الأخير تجتمع فيه السلطات الثلاث: سلطة استعمال الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه بشقّي أنواع التصرف. أما باقي الحقوق فإن السلطات تنوزع عليها.<sup>5</sup>

الفقرة الثانية: الحقوق العينية التبعية: هي "تلك الحقوق العينية التي توجد لتأمين، أو لضمان الوفاء بحق شخصي أو بحق دائنيه ضمانا خاصا".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيره ص460.

<sup>2</sup> القانون المدني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزائر، 1998م، ص153.

<sup>3</sup> درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل: بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، (115/1).

<sup>4</sup> ينظر تفصيل هذه الحقوق في: "نظريتنا القانون والحق"، الدكتور إسحق إبراهيم منصور، 1992، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، 1992م، ص292-293، والمدخل للعلوم القانونية، للدكتور توفيق حسن فرج، ص496 وما بعدها، والمدخل إلى القانون، للدكتور حسن كيره ص462 وما بعدها، والمدخل إلى القانون للدكتور نبيل إبراهيم ص66 وما بعدها، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي: القاهرة، 1977م، ص76 وما بعدها.

<sup>5</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيره، ص460 بتصرف.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص464.



وهي حقوق عينية لأنها تردُّ على عين أو أعيان معينة، وتعطي لصاحبها سلطة مباشرة عليها، حيث إنها تحول للدائن سلطة تتبَّع الشيء الضامن الذي تردُّ عليه ولو خرج من تحت يد المدين وسلطة التنفيذ عليه، واقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا الشيء، وذلك بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين التالين في المرتبة.<sup>1</sup>

### البند الثاني: الحق الشخصي أو حق الدائنية Le droit personnel ou de creance :

هذا النوع الثاني من الحقوق المالية فمحلها إذا قابل للتقويم بالنقود، والحق الشخصي هو: "استثثار يُقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين"، والاستثثار في هذه الحالة لا ينصبّ على شيء معين كما هو الشأن بالنسبة للحق العيني، ولكنه استثثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة، وإنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين.<sup>2</sup>

والحق الشخصي يُسمّى (حقّ الدائنية) على أساس النظر إلى مركز الدائن، كما يُسمّى أيضاً الالتزام Obligation أو الموجب بحسب تعبير القانون اللبناني على أساس النظر إلى مركز المدين؛ لأن المدين يلتزم بأداء معين قبّل الدائن، فالحق الشخصي أو حق الدائنية يقابله التزام المدين.<sup>3</sup>

وبذا ينتهي الحديث عن الحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

<sup>1</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور نبيل إبراهيم ، ص75، وينظر المدخل الفقهي العام، (81/3)

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور نبيل إبراهيم، ص85

<sup>3</sup> المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، ص517.

## المبحث الثاني: تعريف المال وتقسيماته:

بعد أن عرفنا ماهية الحق وتقسيماته ينبغي معرفة مفهوم المال وتقسيماته؛ لأن محل الحق قد يكون مالا كما هو الشأن في الحقوق العينية، وقد يكون عملا كما هو الحال في الحقوق الشخصية أو الالتزامات.

والذي يهمّني في بحثي هذا من محلّي الحق هو المال؛ لأن موضوع حديثنا هو الحقوق المالية للمطلقة، وسأتكلم عن المال مبينا مفهومه وتقسيماته في الفقه الإسلامي والقانون في هذين المطلبين:

المطلب الأول: تعريف المال لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تقسيمات المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

## المطلب الأول: تعريف المال لغة واصطلاحاً:

### الفرع الأول: تعريف المال لغة:

المال لغة "كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار، أو نقود أو حيوان، وجمعه أموال"<sup>1</sup>.

وقال في لسان العرب: "ما ملكته من جميع الأشياء"<sup>2</sup>.

ويظهر من خلال التعريف اللغوي أن المال يشمل كل ما يُقتنى ويُملك من كل شيء، سواء أكان عيناً كالحيوان والعقار والنبات والنقود، أم كان منفعة كركوب السيارة وسكنى الدار، وقراءة الكتب وزراعة الأرض وما شابه ذلك.

وقد ذُكر المال في القرآن الكريم في مواطن كثيرة، وكذا في السنة النبوية، وهو أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا كما أخبر الله سبحانه بذلك في قوله: ﴿المالُ والبنونَ زينةُ الحياةِ الدنيا﴾<sup>3</sup>، وفي الحديث: "نعم المالُ الصالحُ للمرءِ الصالح"<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف المال اصطلاحاً:

سأتحدث عن تعريف المال في الفقه الإسلامي ثم أتبعه بتعريفه في القانون الوضعي:

### البند الأول: تعريف المال في الفقه الإسلامي:

اختلفت تعاريف الفقهاء للمال تبعاً لاختلافهم في أحكامه على اصطلاحين رئيسيين هما: اصطلاح الحنفية واصطلاح الجمهور.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، الدكتور إبراهيم أنيس وآخرون، دار الفكر: بيروت، دت، (892/2).

<sup>2</sup> لسان العرب، (مادة (م و ل))، (6/4300).

<sup>3</sup> سورة الكهف، الآية 46.

<sup>4</sup> رواه الإمام أحمد في المسند، عن عمرو بن العاص رضي الله عنه، مؤسسة قرطبة: القاهرة، دت، (197/4).

### الفقرة الأولى: تعريف المال في اصطلاح الحنفية:

عرّف ابن عابدين<sup>1</sup> - رحمه الله - المال بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة"<sup>2</sup>.

وبقريب من هذا التعريف عرفته مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في المادة 126 منها: "المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول"<sup>3</sup>.

وعرّفه في (الدُّرّ) بقوله: "المال ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع"<sup>4</sup>. وجاء في (البحر) نقلا عن الحاوي المقدسي "المال اسم لغير الآدمي خُلِقَ لمصالح الآدمي، وأمکن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار"<sup>5</sup>.

وقد أخذ على تعريف ابن عابدين والمجّلّة بأنه "غير جامع لكل أفراد المال، فمن المال ما لا يمكن ادّخاره مع بقاء منفعته كما هي، فهذا النوع من المال لا يدخل في عموم التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة، ويجري فيه التعامل، ومن ذلك أصناف البقول أو الخضر ونحوها، وأيضا من الأموال ما لا يميل إليه الطبع، بل يعافه وينفيه

<sup>1</sup> هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد بدمشق عام 1198هـ - 1784م، وتوفي بها عام 1252هـ - 1836م.

من مؤلفاته: (رد المختار على الدر المختار) المعروف بـ (حاشية ابن عابدين) و(العقود الدرية في تنقيح الفناوى الحامدية)، و(نسمات الأسحار على شرح المنار)، و(الرحيق المختوم) في الفرائض، و(مجموعة من الرسائل). يُنظر: الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين: بيروت، ط2، مايو 1986م، (42/6) بتصرف.

<sup>2</sup> رد المختار على الدر المختار المشهور بـ (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين ابن عابدين، دار الفكر: بيروت، ط2، 1386هـ (501/4).

<sup>3</sup> درر الحكام شرح مجلة الأحكام (115/1).

<sup>4</sup> الدر المختار، محمد علاء الدين الحصكفي، ومهامشه كتاب (رد المختار) لابن عابدين، دار الفكر: بيروت، ط2، 1386هـ، (50/5).

<sup>5</sup> البحر الرائق، زين إبراهيم بن محمد الشهير بـ (ابن نجيم) ت 970 هـ، دار المعرفة: بيروت، دت، (256/5) - (257).

كبعض الأدوية والسموم، فإنها أموال والتعريف بظاهره لا يشملها ولا تدخل في عمومه إلا إذا تأولنا ميل الطبع إلى الشيء بأنه الميل لادّخاره وتموّله<sup>1</sup>.

أمّا تعريف صاحب (الدرّ) فقال عنه أبو زهرة: "وهذا التعريف مع إيجازه أعم من الأول، وأكثر شمولاً، ولكنه يشمل المنافع، وفي اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف"<sup>2</sup>.

واختار أبو زهرة تعريف الحايي السابق وقال عنه: "وهذا التعريف كامل وصحيح، وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الإنسان المُسترقّ، وهو نقص فيه كمال؛ لأن الإنسان لا يعتبر مالا في أصله، والمالية أمر عارض للعبيد، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلاً، وهذا أمر مقرّر في الإسلام"<sup>3</sup>.

والحنفية من خلال تعاريفهم السابقة قد اقتربوا من المعنى اللغوي للمال، وهم يشترطون شرطين لاعتبار الشيء مالا: الأول العينية، والثاني التمول.

#### الشرط الأول: العينية:

وذلك بأن يكون الشيء مادياً له وجود خارجي، ذلك أن العين يراد بها الشيء المادي الذي له جرم، ويمكن إحرازه.

"وعلى ذلك ليس مالا ما ليس له مادة في العالم الخارجي كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار، وركوب السيارة، ولا يدخل في التعريف كذلك الحقوق المحضة كحقّ التعلّي، وحقّ الأخذ بالشفعة، وحقّ المرور، والشرب والمَسِيل"<sup>4</sup>.

#### الشرط الثاني: التمول:

وذلك بأن تجري عادة الناس كلاً أو بعضاً على التنافس على هذه العين وحيازتها، وفي سبيل الحصول عليها يهون عليهم بذل أموالهم، فإذا كان الشيء لا يجري عليه التنافس بين الناس، ولا يبذلون فيه أموالهم لا يكون مالا، وذلك كقطرة الماء أو حبة القمح، وما شابه.

<sup>1</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي: القاهرة، 1977م، ص47.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص47.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص48.

<sup>4</sup> المدخل الفقهي العام (216/3).

قال الدكتور بدران: "ثم إنَّ المالية لا تثبت للأشياء إلا بتمول الناس كلهم، أو تمول بعضهم لها، فما لم تثبت ما ليته من الأشياء عند أمة من الأمم لا يكون مالا أصلا، وذلك كالميتة التي ماتت حتف أنفها، أمّا ما يجوزه بعض الناس ويتمولونه وينتفعون به كالخمر والخنزير في حق غير المسلمين يكون مالا.

وأیضا: إذا ثبتت المالية لشيء فلا تزول عنه إلا إذا ترك الناس كلهم تموله، وصارت منفعة منعدمة أصلا، فإذا ترك بعض الناس تموله وبقي متمولا في نظر البعض الآخر فلا تزول ماليته، ومثال ذلك الملابس العتيقة التي لا تصلح أن يلبسها بعض الناس، لكنها تصلح لللبس بعض آخر، فإنَّ حكمها أنه لا يزول عنها اسم المالية؛ لأنه لا زال الانتفاع بها بالنسبة لبعض الناس قائما"<sup>1</sup>.

#### الفقرة الثانية: تعريف المال في اصطلاح الجمهور: اختلفت تعاريف الجمهور من حيث

اللفظ، ولكنها تصبّ كلّها في معنى واحد.

فقد عرفه الشاطبي المالكي بأنه: "ما يقع عليه الملك، ويستبدُّ به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"<sup>2</sup>.

أمّا الشافعية فقد عرفه إمام المذهب الشافعي -رحمه الله- بقوله:

"لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلّت، ولا يطرحه الناس مثل الفلّس وما أشبه ذلك"<sup>3</sup>.

وعرّف الحنابلة المال بأنه "ما فيه منفعة مباحة لغیر حاجة أو ضرورة كعقار وجمّل ودود قز، وديدان لصيد، وطير لقصد صوته كبلبل وبيغاء، أمّا ما لا نفع فيه كالحشرات وما فيه

<sup>1</sup> الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقد، الدكتور بدران أبو العينين، ص 503.

<sup>2</sup> الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ت 790 هـ، تحقيق وشرح الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة: بيروت، دت، (17/2).

<sup>3</sup> الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي ت 911 هـ، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط 1، 1419 هـ-1998 م، (171/2).

نفع محرّم كخمر، وما لا يباح إلا لضرورة كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة فليس مالا<sup>1</sup>.

ومن هذه التعاريف يمكن تعريف المال بأنه: "ما له قيمة مائيّة بين الناس، وأجاز الشرع الانتفاع به حال السعة والاختيار".

ووفقاً لهذا، فإن جمهور الفقهاء يعتبرون الشيء مالاً إذا توفر فيه شرطان:

الشرط الأول: أن يكون الشيء له قيمة بين الناس سواء أكان عيناً أم منفعة، مادياً أم معنوياً، فلو كان الشيء تافهاً لا قيمة له بين الناس، لا يكون مالاً، عيناً كان أو منفعة، كحبة فول، أو منفعة شتم تفاحة مثلاً.

الشرط الثاني: أن يكون الشيء قد أباح الإسلام الانتفاع به، وهذا واضح من تعريف الشاطبي في قوله: "إذا أخذه من وجهه"، وأن يكون هذا الانتفاع في حالة السعة والاختيار، وهذا بيّن من تعريف صاحب (كشاف القناع) حيث قال: "ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"، وذلك كالحبوب والإبل والعقارات، وسكنى الدار، وركوب السيارة، أمّا إذا كان الإسلام حرّم الانتفاع به حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير فإنه لا يكون مالاً.

### البند الثاني: تعريف المال في القانون الوضعي:

يتكلم القانونيون عن المال وتقسيماته عند حديثهم عن محل الحق، والمقصود بمحل الحق (ما يراد أو يقع عليه الحق بمضمونه هذا من شيء أو عمل<sup>2</sup>).

وعلماء القانون يفرّقون بين الأشياء *les choses*، والأموال *les biens*؛ فالشيء عندهم: "كلّ ما لا يُعدّ شخصاً، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحوس، أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصور<sup>3</sup>".

<sup>1</sup> كشاف القناع عن من الإقناع للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ت1051هـ، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، (3/174).

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص704.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص704.

فالنبات والحيوان والجماد تُعتبرُ كلُّها أشياءً ماديةً، كما تعتبر الأفكار والمخترعات والابتكارات من قبيل الأشياء المعنوية<sup>1</sup>.

فالشيء إذاً هو محل الحق سواء كان محلاً مباشراً كما في حالة الحق العيني، أم غير مباشر كما في حالة الحق الشخصي.

أما المال فقد عرفوه بأنه: "الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق، سواء أكان عينياً أم شخصياً، أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية"<sup>2</sup>.

وقد مثل الدكتور عبد الرزاق السنهوري للحقوق المالية فقال:

"فمنها الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلُّم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه، وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة، وفي تمكينه من الانتفاع بها، وحق المؤجر في استردادها، وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي، كحقوق المؤلف فيها يسمى بالملكية الأدبية والفنية، والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية، والملكية التجارية"<sup>3</sup>.

ويمكن التفريق بين الشيء والمال بأن الأشياء التي لا مالك لها هي أشياء وليست أموالاً<sup>4</sup>.

ومن جهة أخرى فإن الحق المالي قد يكون محله عملاً فيعتبر العمل في هذه الحالة مالا، ولا يرد الحق هنا مباشرة على الشيء بل على العمل، وإن كان الشيء محلاً غير مباشر في هذه الحالة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، المطبعة الجديدة: دمشق، 1307هـ-1977م ص469.

<sup>2</sup> الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النهضة العربية: القاهرة 1967م، (9/8).

<sup>3</sup> المرجع نفسه (8/8).

<sup>4</sup> يُنظر: المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، ص804.

<sup>5</sup> يراجع، المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كير، ص705.



البند الثالث: الموازنة بين التعاريف:

من خلال تعريف المال فقها وقانونا تتضح مخالفة الحنفية لجمهور الفقهاء في اعتبار المنافع أموالاً، فأكثر علماء الشريعة وفي صفهم علماء القانون يعتبرون المنافع أموالاً، وخالف الحنفية في ذلك مما اقتضى الاختلاف في التعاريف. وهذه أدلة كل فريق في اعتبار المنفعة مالا أو سلب وصف المالية عنها:

الفقرة الأولى: استدلال الحنفية على عدم اعتبار المنفعة مالا بقولهم:

"إن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها وإنما تقومها بالعقد، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية لا تثبت إلا بالتمول، والتمول صيانة الشيء وإحرازه، ولذا لا يقال لمن ينتفع بشيء مستهلكاً له إنّه متمول له، فلا يقال لمن يأكل شيئاً: إنّه يتمول ذلك المأكول، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها، لأنه لا يمكن إحرازها؛ إذ أنها لا تبقى زمانين بل تُكسب آناً بعد آن، وبعد الاكتساب تتلاشى، وتفتى فلا يبقى لها وجود، وإذا فهي ليست بمال، لأن المال بالتمول"<sup>1</sup>.

ولهذا كانت المنافع في ذاتها وفي القياس والنظر لا تعتبر مالا متقوماً، ولكن ورد النص، وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التي ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحساناً، لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود، وليست مقومة بذاتها"<sup>2</sup>.

وخلص الحنفية إلى أن "المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أنه يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يُدخّر للانتفاع وقت الحاجة"<sup>3</sup>.

الفقرة الثانية: استدلال الجمهور على اعتبار المنافع أموالاً مقومة مضمونة بما يأتي:

أ- إن الطبع يميل إليها، ويسعى في ابتغائها وطلبها، وتنفق في سبيلها الأموال، وتقدم في سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها، وأن المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا

<sup>1</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية الشيخ محمد أبو زهرة، ص53، وينظر المدخل الفقهي العام (205/3).

<sup>2</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، ص54.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص54، وينظر: الشريعة الإسلامية تاريخها، ونظرية الملكية والعقد، الدكتور بدران أبو العينين، ص304.

بذواتها، فالذوات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها، فلا تُقوّم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، وما تُشبعه من حاجة نافعة؛ إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا، وإذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما، والعلة في وجودهما في الذوات والأشياء.

ب- إنَّ العُرف العامّ في الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضاً مالياً، ومَتَحراً يُتَحَرَّ فيه، فالحانات والأسواق والبيوت التي تعد للاستغلال بسكنائها إنما تُتخذ المنافع فيها متحراً ومستغلاً، وتُدزّر على أصحابها الدر الوفير، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالاً تُبتغى.

ج- والشارع الإسلامي اعتبر المنافع أموالاً لأنه أجاز أن تكون مهراً في الزواج، ولا يكون مهراً في الزواج إلا ما كان مالا، كما قال تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾<sup>1</sup>، فاتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً دليل على اعتبارها مالا، ومن لم يعتبرها كذلك فهو متناقض في آرائه.

د- ولقد ورد العقد عليها، وتصير مضمونة سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً، وضمائماً دليل على أنها تكون مالاً بالعقد عليها، ولو لم تكن مالاً بالعقد عليها، ولو لم تكن أموالاً في ذاتها ما قلبها العقد مالا؛ لأنّ العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرّر خواصّها<sup>2</sup>. ومما سبق تتضح قوّة أدلة الجمهور، وهو ما ينسجم مع عصرنا خاصة بعد التطور العلمي والحضاري المدهل، فيشمل بعض الأشياء المعنوية كالحقوق الذهنية أو حقوق الابتكار، وفي ذلك صيانة للحقوق.

يقول الدكتور مصطفى الزرقا مرجحاً مذهب الجمهور: "وما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين، بل لمنافعها، فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم، وقد

<sup>1</sup> سورة النساء: من الآية 24

<sup>2</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة، ص 53، وينظر: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط 16، 1420هـ - 1999م، ص 185-

تربو قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه، فكيف يصح إهدار قيمتها واعتبارها كالعدم؟<sup>1</sup>.

"على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج وإضاعة الحقوق التي تؤدي إليها نظرية عدم ضمان منافع المصوب، فقصروا أذيالها، وضيقوا من دائرة شمولها، فاستثنوا مال اليتيم، ومال الوقف، والأموال المعدّة للاستغلال، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل قيمة للمنافع، وعلّلوا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا (208/3).

<sup>2</sup> المرجع نفسه (209/3).

## المطلب الثاني: تقسيمات المال في الفقه الإسلامي والقانون:

قسّم الفقهاء المال تقسيمات عدّة<sup>1</sup>، في حين اعتبر علماء القانون هذه التقسيمات للأشياء دون الأموال، وذلك لتمييزهم بين الأشياء والأموال.

وسأكتفي بالكلام عن أربع تقسيمات لشهرتها وكلام أكثر العلماء والباحثين عنها دون سواها، وسأتحدّث في كل تقسيم عن أقوال فقهاء الشريعة، ثم أتبعه بكلام علماء القانون، دون تفصيل في ذكر آثار وأحكام كل تقسيم. وهذه التقسيمات هي:

- 1- تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم.
- 2- تقسيم المال إلى عقار ومنقول.
- 3- تقسيم المال إلى مثليّ وقيميّ.
- 4- تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي.

### الفرع الأول: تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم:

يقسم المال باعتبار إباحة الانتفاع به، وعدم إباحة الانتفاع به إلى مال متقوم وآخر غير متقوم.

### البند الأوّل: في الفقه الإسلامي:

يتحدّث الفقهاء عن هذا التقسيم قبل باقي التقسيمات لأنهم يهتمون كثيرا بأحكام الشرع، فما أحله وأباح إحرازه والانتفاع به فهو المتقوم، وما ليس كذلك فهو غير المتقوم، وهذا بياها:

الفقرة الأولى: المال المتقوم: عرّف الدكتور أبو العينين المال المتقوم بقوله: "الذي له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تُنظر هذه التقسيمات في: المدخل الفقهي العام (123/3-124)، والمدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، ص 473، والوسيط للدكتور السنهوري، (10/8).

<sup>2</sup> الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين، ص 287.

وعرّفته المادة 127 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "المال المتقوم يستعمل في معنيين: أحدهما ما يباح الانتفاع به، والثاني بمعنى المال المحرّز، فالسّمك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقومًا"<sup>1</sup>.

ومن هذين التعريفين يتّضح أنّ القيمة في الشريعة الإسلامية تتحقّق بأمرين:

1- ما أباح الشرع الإسلامي الانتفاع به من حال السّعة والاختيار كالعقارات والمنقولات والمطعمات إلا ما كان محرّمًا.

2- الحيازة الفعلية: وذلك بأن يكون المال الذي أباح الشارع الانتفاع به تحت يد حائز بالفعل، مثل النقود والدور والأراضي المملوكة لأصحابها، فالسّمك في الماء مثلاً يباح الانتفاع به شرعاً لكنه مادام في الماء لا يعتبر مالا متقومًا لعدم حيازته، فإذا اصطاده إنسان وحازه بالفعل اعتبر مالا متقومًا"<sup>2</sup>.

الفقرة الثانية: المال غير المتقوم: "هو ما لم يُحزّز بالفعل، أو حيز ولكن حرّم الشارع الانتفاع به في حال السّعة والاختيار، وعلى ذلك يشمل هذا النوع المال الذي يجوز شرعاً الانتفاع به قبل حيازته، مثل المعادن في باطن الأرض والسّمك في الماء، كما يشمل المال الذي حيز بالفعل، ولكن حرّم الشارع الانتفاع به في حال السّعة والاختيار، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، فإنّ كلّاً منهما لا يجوز للمسلم الانتفاع به إلا حال الضرورة كأن يُصيب الإنسان جوعٌ شديد، أو عطشٌ يُخشى منه الهلاك، ولا يجد إلا الخمر والخنزير، فيباح له في هذه الحالة أن يتناول منهما بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه.

أمّا بالنسبة لغير المسلم من أهل الذّمة فإنّ الخمرَ والخنزيرَ يعتبران مالاً متقومًا عند الحنفية، لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، وأهل الذّمة يدينون فيما بينهم بالانتفاع بهما، واعتبارهما مالاً متقومًا فنعاملهم بما يعتقدون.

ومذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية أنّهما لا يعتبران مالاً متقومًا في حق أهل الذّمة، لأنّهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم على وفق معاملات المسلمين، وأنّ لهم ما للمسلمين،

<sup>1</sup> درر الحكام، (1/116).

<sup>2</sup> الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الدكتور بدران أبو العينين، ص 287.

وعليهم ما عليهم، والخمر والخزير لا يجوز للمسلم الانتفاع بهما شرعاً، فلا يجوز الانتفاع بهما بالنسبة لغير المسلمين، فلا تكونان متقومتين في فقههم"<sup>1</sup>.

### البند الثاني: في القانون الوضعي:

لا يستعمل القانونيون مصطلح المال المتقوم، والمال غير المتقوم، بل يستعملون اصطلاحاً آخر، ولكن معناه متقارب وهو: الأشياء القابلة للتعامل (Alienable) والأشياء الخارجة عن التعامل (Inalienable).

الفقرة الأولى: الأشياء القابلة للتعامل: عرّفها المادة 682 من القانون المدني الجزائري بأنها: "كلّ شيء خارج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية"<sup>2</sup>

عرّفها الدكتور هشام القاسم بقوله: "هي التي يستطيع الشخص الاستئثار بميزاتها، ولم يمنع القانون التعامل بها"<sup>3</sup>.

الفقرة الثانية: الأشياء غير القابلة للتعامل: عرّفها المادة 81 من القانون المدني المصري بأنها:

"1- كلّ شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو حُكْم القانون، ولا يصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية.

2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بميزاتها، أمّا الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية"<sup>4</sup>.

ويتّضح من هذا النص أنّ هناك نوعين من الأشياء لا يصلح أن يكونا محلاً للحقوق المالية هما:

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 288، وينظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 49-50.

<sup>2</sup> القانون المدني الجزائري ص 156.

<sup>3</sup> المدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، 1397هـ-1977م، ص 492.

<sup>4</sup> الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، (6/8)، ووردت بلفظها في الفقرة الثانية

من المادة 682 من القانون المدني الجزائري ص 156.

النوع الأول: الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها وهي "الأشياء التي ينبغي أن يظل استعمالها مباحا للجميع، أو هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، وتبعاً لذلك لا يمكن أن تكون محلاً للحقوق المالية كأشعة الشمس والهواء وماء البحر، فهذه الأشياء لا يُتصور أن يستأثر أحد بجزائها بل إنها للجميع يفيدون منها. ولا يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض، ولكن إذا أمكن الاستئثار بجزء منها عن طريق إحرازه وفصله، صار هذا الجزء مملوكاً ملكية فردية، أي ينشأ عنه حق لمن أحرزه، ويمكن التعامل فيه، فالهواء مثلاً إذا عُبئ في أنابيب الهواء المضغوط صار مملوكاً للشخص، ويمكن التعامل فيه، وكذلك الشأن بالنسبة لماء البحر إذا ما أحرز في وعاء، وفي هذه الحالة تصير الأشياء مملوكة ويترتب عليها حق الملكية لمن يحوزها"<sup>1</sup>.

النوع الثاني: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون: وهي "التي ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام، كالحشيش والأفيون، والأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة، ولا يُغَيَّر من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية"<sup>2</sup>.

مما سبق يظهر أن التقوم في القانون يختلف عنه في الفقه الإسلامي، ذلك أن فكرة التقوم في الشريعة أساسها حل الانتفاع شرعاً، أما في القانون فأساسها هو جواز التعامل، وعدم جوازه لا بوصف كونه حلالاً أو حراماً، فالخمر والخنزير بمقتضى القانون يُعتبران مالاً متقوماً ترد عليهما العقود والتصرفات من غير فرق بين المسلمين وغير المسلمين لعدم تحريم التعامل بينهما قانوناً، أما في الفقه الإسلامي فهما مال متقوم بالنسبة لأهل الذمة، ومال غير متقوم بالنسبة للمسلمين على ما ذهب إليه الأحناف، في حين ذهب الجمهور إلى عدم تقويمهما من غير تمييز بين المسلمين وغيرهم.

<sup>1</sup> المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، ص 804.

<sup>2</sup> الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، (9/8)، وينظر كذلك: الوسيط في القانون المدني، المستشار أنور طلبة، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، دت، (203/1)، والمدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، ص 491-492.

الفرع الثاني: تقسيم المال إلى عقار ومنقول:

يُقسَمُ المال باعتبار استقراره في محله، وعدم استقراره إلى عقار ومنقول:

البند الأول: في الفقه الإسلامي:

الفقرة الأولى: العقار: العقار عند جمهور الفقهاء "لا يشمل إلا الأَرْضين سواء أكانت أراضي للزراعة أم كانت للبناء، أو لغير ذلك"<sup>1</sup>.

وجاء تعريف مجلة الأحكام العدلية مطابقاً للتعريف السابق؛ حيث نصت المادة

129 على أن غير المنقول مالا يمكن نقله من محل إلى آخر كاللدور والأراضي مما يُسمى بالعقار"<sup>2</sup>.

وخالف المالكية في ذلك لأن العقار عندهم هو "ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله، فيتناول الأرض والبناء والغراس وغير ذلك مما له أصل ثابت مستقر"<sup>3</sup>.

وعلى هذا فالعقار عند المالكية أعمّ مما عند غيرهم لتناوله الأرض والبناء والغراس، في حين أن العقار عند الجمهور لا يشمل سوى الأرض.

الفقرة الثانية: المال المنقول: المنقول عند جمهور الفقهاء "ما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر سواء ظل بعد نقله على شكله الأول كالحيوانات والسيارات والسفن والكتب وأثاث المنازل والمعادن في مناجمها، أو تغيرت صورته وهيئته كالبناء والغراس، إذ يصيران بالهدم والإزالة أنقاضاً وأخشاباً"<sup>4</sup>.

وعلى هذا جاء تعريف مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت المادة 128 منها على أن المال المنقول هو "الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، ص 59.

<sup>2</sup> درر الحكام، (1/117).

<sup>3</sup> المدخل للفقه الإسلامي: تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، الدكتور أحمد فراج حسين، الدار الجامعية

للطباعة والنشر والتوزيع: بيروت، 2001م، ص 18.

<sup>4</sup> المدخل للفقه الإسلامي، الدكتور أحمد فراج حسين، ص 18.

<sup>5</sup> درر الحكام (1/116).



وتَبَعًا لمخالفة الملكية للجمهور في تعريف العقار خالفوهم في تعريف المنقول، فهو عندهم "ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله كالسيارات والكتب ونحوهما من كل ما له استقلال ذاتي ولا يكون متصلا بالأرض اتصال قرار ودوام"<sup>1</sup>. وعلى هذا فالمنقول عند جمهور الفقهاء أعم مما عند الملكية فهو عند الجمهور يشمل البناء والغراس، فضلا عما يمكن نقله وتحويله دون تغيير صورته.

### البند الثاني: في القانون الوضعي:

تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات<sup>2</sup> هو أهم التقسيمات في القانون الوضعي؛ لذا يتدثون به في مصنفاتهم، وقد جرت القوانين المدنية على النص على أساس التفرقة بين العقار والمنقول؛ فقد نصت المادة 683 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها: "كل شيء مستقر بجزءه وثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار، أو استغلاله يُعتبر عقاراً بالتخصيص"<sup>3</sup>. من هذا التعريف يتضح أن معيار التفرقة بين العقار والمنقول هو "الثبات وعدم قابلية الشيء للنقل من مكان إلى آخر دون تلف، فإذا كان الشيء ثابتاً مستقراً فهو عقار (Immeuble) أما إذا كان من الممكن نقله فهو منقول (Meuble)"<sup>4</sup>، وهذا تفصيل الكلام عن النوعين:

الفقرة الأولى: العقار: بالرجوع إلى نص المادة السابقة يتضح أن العقار نوعان: عقار بالطبيعة، وعقار بالتخصيص:

أ- العقار بالطبيعة/Immeuble par nature: ونقصد به "الشيء الثابت المستقر

بجزءه، بحيث لا يمكن نقله دون تلف، والأرض هي خير مثال للعقار؛ لأنها ثابتة مستقرة

<sup>1</sup> المدخل للفقهاء الإسلاميين، الدكتور أحمد فراج حسين، ص18، ويُنظر كتاب الشريعة الإسلامية، الدكتور بدران أبو العينين، ص259.

<sup>2</sup> وهو كذلك تقسيم للأموال في القانون، يُنظر: المدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، ص484.

<sup>3</sup> القانون المدني الجزائري ص156.

<sup>4</sup> المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، ص812، ويُنظر: الوسيط للدكتور السنهوري، (14/8).

بجزيها، وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون ذلك بتفتيت سطحها، وانتزاع بعض الأتربة أو الصخور، وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بجيزه، ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو هدم أجزاء منه، والأشجار والغراس عقار، ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض التي هي مغروسة فيها<sup>1</sup>2.

ومثلوا للعقار بالطبيعة بسطح الأرض وما فوقها من بيوت وجسور، وما تحتها من مناجم وأنفاق وآبار، كما مثلوا بالأشجار التي تمتد جذورها في الأرض<sup>3</sup>.

**ب- العقار بالتخصيص/Immeuble par destination:** عرفته الفقرة الثانية من المادة

683 من القانون المدني الجزائري التي سبق ذكرها ونصها:

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار، أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص<sup>4</sup>.

ونلاحظ أن المادة اشترطت ثلاثة شروط في العقار بالتخصيص:

**الشرط الأول:** يلزم لتحقيق العقار بالتخصيص أن يكون هذا الشيء في الأصل

منقولاً بطبيعته<sup>5</sup>.

**الشرط الثاني:** اتحاد الملك: وذلك بأن يكون مالك العقار بالتخصيص هو مالك

العقار<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يقترَب تعريف العقار بالطبيعة من تعريف الملكية للعقار، ويزيد عليهم القانونيون نوعاً آخر، وهو العقار بالتخصيص، فيتسع عندهم مجال العقار مقارنة بما هو عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وإذا اتسع مجال العقارات عند القانونيين، فإن مجال المنقولات في المقابل سيضيق حتماً.

<sup>2</sup> الوسيط، الدكتور السنهوري، (14/8).

<sup>3</sup> يُنظر: المرجع نفسه (19/8-29)، والوسيط، المستشار أنور طلبه، (1/208-211)، والمدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص (709-710).

<sup>4</sup> القانون المدني الجزائري ص 156.

<sup>5</sup> يُنظر: نظريتنا القانون والحق ص 262، والوسيط للسنهوري (32/8)، والمدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم، ص 480.

<sup>6</sup> يُنظر هذا الشرط في: الوسيط، الدكتور السنهوري (32/8)، والمدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 712، والمدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم ص: (479-480).

الشرط الثالث: ينبغي أن تُرصد المنقولات على خدمة عقار أو استغلاله "ولا يشترط أن يكون المنقول لازماً أي ضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك. أما إذا وضع المنقول لخدمة شخصٍ مالِكه لا لخدمة العقار، فإن ذلك لا يجعله عقاراً بالتخصيص"<sup>1</sup>.

والعقارات بالتخصيص قد توجد في الاستغلال الزراعي كالمواشي المخصصة للزراعة، وآلات الحرث والحصاد والرّي، والبذور والسماد المخصص للبذر أو التسميد، وأرانسب الأوكار وخلايا النحل، ودود القز والمعاصر، والأنابيب والخوابي والدنان، وقد تكون في الاستغلال الصناعي كالآلات والأجهزة التي توضع في المصنع لتشغيله، وكذا العربات والمركبات المخصصة لأعمال المصنع، والآلات المولدة للكهرباء، وقد توجد في الاستغلال التجاري كالمركبات والعربات والخيل التي خصّصت لعمليات النقل المتعلقة بالتجارة، وكالأجهزة الكهربائية والأدوات والمعدات الأخرى التي وضعت في هذا المجال للاستغلال التجاري، وكذا ما رصد لخدمة العقار وتزيينه وللإستغلال المدني كمنبر المسجد، وكرسيّ القارئ، والسجاجيد والأبسطة<sup>2</sup>.

الفقرة الثانية: المنقول: اكتفت أكثر القوانين المدنية بتعريف العقار دون المنقول<sup>3</sup>، وذلك أن المنقولات متعددة ولا يمكن حصرها، فعرفت العقار، واكتفت ببيان المنقول بقولها: "وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"<sup>4</sup>. وقسّم علماء القانون المنقول إلى ثلاثة أقسام: المنقول بالطبيعة، والمنقول بالمآل، والمنقول المعنوي.

<sup>1</sup> الوسيط، الدكتور السنهوري (36/8).

<sup>2</sup> تنظر هذه الأمثلة وغيرها في: المرجع نفسه (50-42/8)، والمدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم ص 480.

<sup>3</sup> كما هو الحال في: القانون المدني الجزائري المادة 683 ص 156، والقانون المدني المصري المادة 82 والقانون المدني السوري المادة 84، والقانون الليبي المادة 82، والقانون المدني اللبناني المواد (1، 2، 3)، (الوسيط: الدكتور عبيد الرزاق السنهوري (11/8)).

<sup>4</sup> سبق نقل نص المادة في الصفحة 30.

**القسم الأول: المنقول بطبيعته Meuble par nature:** عرفت المادة 62 من القانون المدني العراقي المنقول بطبيعته ونصّها: "كلّ شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف، فيشمل النقودَ والعروض، والحيواناتِ والمكيلات، والموزونات، وغير ذلك من الأشياء المنقولة"<sup>1</sup>.

فالمنقولات بالطبيعة هي الأشياء المادّية غير الثابتة القابلة للنقل من مكان إلى آخر دون تلف، ومن أمثلتها: الحيوانات، السيارات، والسفن والطائرات، وأثاث المنزل والكتب، والبضائع والمأكولات والمشروبات، ومنها التيار الكهربائي والغاز، ومواد البناء المتجمعة المُعدّة لتشييد البناء<sup>2</sup>.

### **القسم الثاني: المنقول بحسب المآل/ meuble par anticipation: المنقولات**

بحسب المآل "هي أشياء بحسب طبيعتها من العقارات؛ لكنها تأخذ حكماً وافتراساً وصف المنقولات باعتبار أنّها ستصير كذلك في القريب. ومثل هذا الافتراض القانوني إنّما تبرره الغاية منه. وذلك أنّ بعض العقارات بطبيعتها تكون مُعدّة - إمّا بحسب طبيعتها، أو بحسب إرادة الأفراد- لكي تصير منقولات بالطبيعة في القريب، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حصوله، وإخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار، تيسيراً في الإجراءات وتخفيفاً من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حُجُوز"<sup>3</sup>.

ويُشترط لثبوت صفة المنقول بحسب المآل أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال، بل على أساس ما يصير إليه في المآل، ويجب أن يكون المصير المحقق في نظر المتعاقدين للعقارات المتعاقد عليها هو التحول في القريب إلى منقولات بالطبيعة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوي (14/9)

<sup>2</sup> ينظر: المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: (714-715)، ونظرتنا القانون والحق، ص: (264-265).

<sup>3</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 715.

<sup>4</sup> ينظر: المرجع نفسه ص (716-717) والوسيط للدكتور السنهوي (73/8-74).

ومثلوا للمنقول بالمآل بالأشجار المعدّة للقطع، والمباني المعدّة للهدم، والمحصولات الزراعية المعدّة للحني، والمعادن أو الأحجار المعدّة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم والمحاجر<sup>1</sup>.

القسم الثالث: المنقول بالمعنى: الأصل أن الأشياء المعنوية كالأفكار والمخترعات لا يمكن اعتبارها عقارات ولا منقولات؛ لأنّ أساس التقسيم إلى عقارات ومنقولات هو اعتبار الثبات أو القابلية للحركة، وهذا لا يتصوّر إلاّ في الأشياء المادية وحدها، ومع ذلك وخروجاً من هذا الأصل تُعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكماً؛ لأنها أقرب إليها من العقارات، كما أن القانون عدّ كلّ ما عدا العقار منقولاً، وهذه الأشياء ليست عقارات قطعاً، فتُلحق بالمنقولات وتأخذ حكمها<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تقسيم المال إلى مثليّ وقيميّ:

يُقَسَّمُ المال باعتبار تماثل آحاده وأجزائه وعدم تماثلها إلى: مال مثليّ، وآخر قيميّ.

### البند الأوّل: في الفقه الإسلامي:

الفقرة الأولى: المال المثليّ<sup>3</sup>: عرّفته المادة 145 من مجلة الأحكام العدليّة بقولها: "ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يُعتدّ به"<sup>4</sup>.

قال الدكتور بدران: "هو تماثلت آحاده وأجزاؤه ولم تتفاوتت تفاوتاً يُعتدّ به، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق كالمكيات والموزونات المتحددة النوع، والعدديّات التي تتقارب آحادهما كالبيض، والجوز والليمون، ومن المثليات: عروض التجارة المتحددة الجنس كأفراد النسخ الجديدة المطبوعة من كتاب واحد ومن صنف ورق متّحد، متى كانت الطبعة واحدة.

<sup>1</sup> يراجع: الوسيط للدكتور السنهوري (81-76/8)، والمدخل إلى القانون ص: 715.

<sup>2</sup> ينظر في هذا المعنى: المدخل إلى علم القانون، الدكتور هشام القاسم ص (483-484)، ونظرنا القانون والحق.

ص: 252 و 265.

<sup>3</sup> نسبة إلى المثل.

<sup>4</sup> درر الحكام (121/1).

وكذا الأقمشة والأنسجة القطنية والحريّة من المثليات؛ لأنّ كلّ ذراع أو متر منها يساوي الآخر وأيضاً ألواح البلّور من صنف واحد، والأخشاب الجديدة التي تكون بأوصاف وأنواع متحدة، فكل ذلك يكون مثلياً، أمّا إذا كانت أجزاء المذروعات متفاوتة كالنسيج غير المتماثل الأجزاء، وكالأراضي، فإنّ كلّ قطعة منها تكون قيمة غير مثلية<sup>1</sup>.

الفقرة الثانية: المال القيمي<sup>2</sup>: عرفته المادة 146 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد مع التفاوت المعتدّ به في القيمة"<sup>3</sup>.

قال الدكتور بدران: "هو ما تفاوتت أفراده وآحاده تفاوتاً يُعتدّ به، فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق، وذلك كالحيوانات، ولو كانت متّحدة الجنس، فإنّ الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة، لما بينها من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى".

ومن القيميّات: الدّور والحوانيت والطنافس<sup>4</sup>، والمصنوعات والحليّ والجواهر، والمفروشات الأثائية، فكلّ فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادّته أو صفته أو طبيعته، أو حجمه وسعته، أو بحسب ما فيه من مميّزات تختلف عمّا سواه.

ومن القيميّات أيضاً عروض التجارة المختلفة في الجنس، والعدديّات المتفاوتة تفاوتاً يُعتدّ به كالبطيخ والكتب المخطوطة، والمثليات التي صارت مفقودة أو نادرة، ولم تُصير متداولة بين الناس، كبعض المطبوعات القديمة، والنقود المسكوكة التي ألغيت التعامل بها، وتعدّ الحصول عليها<sup>5</sup>.

قال الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - مُفرّقاً بين المثليّ والقيميّ: "ويمتاز المثليّ بأنّ آحاده لا تفاوت بينها كما بيّنا، وصدقائها لا يضرّها التبعض، فمن أراد أن يشتري مائة

<sup>1</sup> الشريعة الإسلامية، الدكتور بدران أبو العينين ص: 292.

<sup>2</sup> نسبة إلى القيمة.

<sup>3</sup> درر الحكام (121/1)، وتراجع كذلك المادة 1119 من المحلّة وشرحها، درر الحكام (106/3-107).

<sup>4</sup> "الطنافس جمع طنفسة، وهي البساط أو الحصير" مختار الصحاح ص259، والمنجد في اللغة والآداب والعلوم،

الأستاذ كرم البستاني وآخرون، دارالمشرق: بيروت، ط22، 1973م، ص474.

<sup>5</sup> الشريعة الإسلامية، الدكتور بدران أبو العينين، ص: 293، وينظر المدخل للفقّه الإسلامي، الدكتور أحمد فراج

حسين، ص: 22.

إِرْدَبٌ<sup>1</sup> قمحا بعشرين جنيها ومائة لا يضره أن يشتريها على صفتين أو صفقة واحدة، لأن التحزئة لا تُضير أحاد المكيلات والموزونات ولا تختلف أسعارها في أجزائها عنها في مجموعها.

والقيمي: ما لا يُقدَّر بالكيل أو الوزن، وليس عدديا متقاربا، فالتفاوت بين أحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره<sup>2</sup>.

### البند الثاني: في القانون الوضعي:

الفقرة الأولى: الأشياء المثلية: Choses ou biens fungibles : عرّف القانون المدني

الجزائري الأشياء المثلية في المادة 686 بقوله: "هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تُقدَّر عادة في التعامل بين الناس بالعدّ أو المقاس، أو الكيل أو الوزن"<sup>3</sup>.

قال الدكتور السنهوري شارحا هذه المادة: "يقال عن الشيء: إنّه مثليّ إذا نُسب إلى شيء آخر فكان كل منهما صالحا لأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين، فالشيء لا يكون مثليّا في ذاته، كما يكون قابلا للاستهلاك في ذاته، ولكنه يكون مثليّا بالقياس إلى مثيله"<sup>4</sup>.

يقول الدكتور حسن كيرة: "فهذه الأشياء لها نظائرٌ متماثلة في الأسواق، فلا تتفاوت أحادها تفاوتاً يُعتدّ به، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، كالنقود والكتب من طبعة واحدة، والقماش من نوع ولون واحد، والحبوب من نفس الصنف والجودة، والقطن من نفس الصنف والرتبة"<sup>5</sup>.

"ومن هذا نستنتج أن الشيء المثليّ يتميّز بخاصيتين:

<sup>1</sup> الإردب جمعُ أَرادبُ: "مكيال ضخم في مصر، يساوي 24 صاعا" (المنجد في اللغة والأدب والعلوم)، ص 8.

<sup>2</sup> الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ أبو زهرة، ص: 55، وينظر الأشباه والنظائر للسيوطي (219/2) والمدخل للفقهاء الإسلاميين للدكتور أحمد فراج حسين، ص: 22.

<sup>3</sup> القانون المدني الجزائري ص 157، ويمثلها نص المادة 85 من القانون المدني المصري، الوسيط، الدكتور السنهوري، (86/8).

<sup>4</sup> المرجع نفسه، (87/8).

<sup>5</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 720.

- 1- إنه لا يكون مثلياً في ذاته، بل بالقياس إلى شيء آخر مثله.
- 2- إنه يُقدَّر عادة عن طريق العَدِّ أو الكيل، أو الوزن، أو المقاس؛ إذ لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يُعتدُّ به، حيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات<sup>1</sup>.
- "وإذا كان الأصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادهما إلا أن إرادة الأفراد قد تصبغ على شيء مثلي بطبيعته الصبغة القيمة، أو على شيء قيمي بطبيعته صفة المثلية، فيقال: إن الشيء يصبح قيمياً أو مثلياً بالتخصيص، ومثال الحالة الأولى: إعاره كتاب بقصد الاطلاع عليه وردّه بذاته، ومثال الحالة الثانية: ما تقوم به بعض الشركات التي تستهدف بيع أراضٍ زراعية تستصلحها، أو أراضٍ للبناء تُعدّها أو تمهدها لتقسيمها إلى قطع متساوية متماثلة"<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي:

يُقسّم المال باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائها إلى مال استعمالي وآخر استهلاكي.

#### البند الأوّل: في الفقه الإسلامي:

الفقرة الأولى: المال الاستهلاكي: "هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه، ومعنى ذلك أنه ما يستهلك باستعماله لأوّل مرة، كالأطعمة والأشربة، وكالخطب، وورق الكتابة"<sup>3</sup>.

الفقرة الثانية: المال الاستعمالي: "هو ما يتحقّق الانتفاع باستعماله مراراً مع بقاء عينه. كالعقارات والثياب"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 720، ويُنظر: المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق حسن فرج، ص: 810.

<sup>2</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 720، وينظر: الوسيط للمستشار أنور طلبه (1/228)، والمدخل إلى علم القانون للدكتور هشام القاسم، ص: (494-495).

<sup>3</sup> الشريعة الإسلامية، الدكتور بدران أبو العينين، ص: 295.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 296.



**البند الثاني: في القانون الوضعي:**

**الفقرة الأولى: الأشياء القابلة للاستهلاك / Choses ou biens consommables** : عرّفت المادة 685 من القانون المدني الجزائري الأشياء القابلة للاستهلاك بقولها: "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها وإنفاقها. ويعتبر قابلاً للاستهلاك كل شيء يكون جزءاً من المحل التجاري وهو مُعدّ للبيع"<sup>1</sup> قال الدكتور السنهوري شارحاً هذه المادة: "الشيء القابل للاستهلاك هو الشيء الذي أُعدّ بطبيعته لأن يكون أوّل استعمال له هو في استهلاكه، فهو غير قابل للاستعمال مرّة بعد مرّة مع بقاءه دون أن يُستهلك"<sup>2</sup>.

وهذا الاستهلاك إمّا أن يكون مادّياً Materielle بالقضاء على مادّتها كأكل الطعام، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات إلى ملابس<sup>3</sup>، وإمّا أن يكون قانونياً Juridique، وذلك كالنقود فاستعمالها الأوّل يكون بالإنفاق، والإنفاق لا يستهلك النقود استهلاكاً مادّياً، وإمّا يستهلكها استهلاكاً قانونياً فيضيع قيمتها على من أنفقها<sup>4</sup>. "ومن قبيل الأشياء التي تستهلك كذلك استهلاكاً قانونياً طوابع البريد وتذاكر السينما، وتذاكر الطائرات وغيرها من وسائل المواصلات"<sup>5</sup>.

**الفقرة الثانية: الأشياء غير القابلة للاستهلاك Choses ou biens non consommables**

لم يُعرّف قانون الأسرة الجزائري الأشياء غير القابلة للاستهلاك في حين عرّفها المادة 57 من القانون المدني السوري الأشياء غير القابلة للاستهلاك بقولها: "هي ما يتحقق الانتفاع بها باستعمالها مراراً مع بقاء عينها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري ص 156، ويمثل هذا جاءت المادة 84 من القانون المدني المصري، يُنظر: الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوري (83/8)، والوسيط، المستشار أنور طلبة (223/1).

<sup>2</sup> الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوري (84/8).

<sup>3</sup> المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة، ص 719.

<sup>4</sup> الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوري (84/8).

<sup>5</sup> المدخل إلى علم القانون، الدكتور عباس الصراف، والدكتور جورج حزبون، ص: 191.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص: 191.

فالأشياء غير القابلة للاستهلاك "هي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تُستهلك بمجرد استعمال واحد لها، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طول هلاكها أو ضياعها، أو بخس قيمتها أو نقص متانتها، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات"<sup>1</sup>.

قال الدكتور السنهوري: "والأصل في معرفة ما إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك أو غير قابل له أن يرجع إلى طبيعته؛ فالطعام والشراب والنقود طبيعتها تقتضي أن تُستهلك استهلاكاً مادياً أو قانونياً بمجرد استعمالها أوّل مرة، والملابس والآلات والسيارة والكتاب طبيعتها ألا تُستهلك بمجرد استعمالها أوّل مرة، بل هي تقبل الاستعمال مرّة بعد أخرى. ومع ذلك فالنية قد تتدخل وتتغلب على طبيعة الشيء فتجعل الشيء الذي هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له، وذلك كالنقود إذا أعيرت لصرّاف لعرضا وإعادتها بعينها بعد ذلك، فتتقلب من شيء قابل للاستهلاك بطبيعته إلى شيء غير قابل للاستهلاك بحسب نية المتعاقدين، وقد تتدخل النية فتجعل من الشيء غير القابل للاستهلاك بشيء قابلاً للاستهلاك، وذلك كالأشياء التي أُعدت للبيع فتعتبر بحسب ما أُعدت له قابلة للاستهلاك استهلاكاً قانونياً؛ إذ أن استعمالها أوّل مرّة يكون ببيعها أي باستهلاكها على هذا النحو"<sup>2</sup>.

وفي الأخير ينبغي الإشارة إلى أن التمييز بين المثليّ يرجع إلى طبيعة الأشياء، والمعياريّ نفسه ينطبق على الشيء القابل للاستهلاك، والشيء غير القابل له، لذا "فإنّ الغالب أن يكون الشيء شيئاً قابلاً للاستهلاك، كالطعام والشراب والنقود فهي أشياء مثليّة، وهي في الوقت ذاته أشياء قابلة للاستهلاك، والغالب كذلك أن يكون الشيء القيميّ غير قابل للاستهلاك كالمزّل والآلة المعينة بالذات فهذه أشياء قيمية، وهي في الوقت ذاته غير قابلة للاستهلاك"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المدخل إلى علم القانون، الدكتور حسن كيرة، ص: 719.

<sup>2</sup> الوسيط، الدكتور عبد الرزاق السنهوري (84/8-85).

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص: (88/8-89) وينظر: الشريعة الإسلامية، الدكتور بدران أبو العينين، ص 296.

ولكن ينبغي عدم خلط التقسيمين أحدهما بالآخر؛ لأنه "وإن كان كلٌّ من التمييزين يرجع إلى طبيعة الأشياء كما قدّمنا، إلا أن المثلّيّ يقوم على قياسه بشيء آخر نظيره، والقابل للاستهلاك يرجع في صفته هذه إلى ذاته دون أن يقاس بشيء آخر. يدلّ على ذلك أنه يمكن أن نتصوّر شيئاً مثلياً ويكون في الوقت ذاته غير قابل للاستهلاك، وذلك مثل السيّارة غير المعيّنة بالذات، ونسخة من كتاب غير معيّنة بالذات فهذه وتلك شيان مثليان، وهما في الوقت ذاته غير قابلين للاستهلاك، كذلك يمكن أن نتصور شيئاً قيمياً، ويكون في الوقت ذاته قابلاً للاستهلاك، فكمية من الغلال معيّنة بالذات وهي شيء قيميّ بعد أن تعيّنت بذاتها، وهي في الوقت ذاته شيء قابل للاستهلاك"<sup>1</sup> وبالحدّث عن المال الاستهلاكي والاستعمالي ينتهي الحدّث عن تقسيمات المال الأساسية.

<sup>1</sup> الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري، (89/8).

## المبحث الثالث: تعريف الطلاق وحكمه وتقسيماته:

المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه والأصل فيه.

المطلب الثالث: تقسيمات الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

جامعة أمير  
القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً:

### الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة:

كلمة الطلاق مشتقة من الإرسال والترك<sup>1</sup>، وهو رفع القيد مطلقاً.<sup>2</sup> قال في (المصباح المنير): "فالتركيب يدل على الحلّ والانحلال، يقال: أطلقت الأسير: إذا حلت إيساره وخليت عنه فانطلق: أي ذهب في سبيله. ومن هنا قيل: أطلقت القول: إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط، و(أطلقْتُ) البينة إذا شهدت من غير تقييد بتاريخ، و(أطلقْتُ) الناقة من عقالها، وناقة (طلق) بضمّتين بلا قيد، وناقة (طالق) أيضاً مرسله ترعى حيث شاءت، وقد (طلّقتُ) (طلّوقاً) من باب قعد إذا انحل وثاقها"<sup>3</sup>. ومنه قولهم: طلقت البلد أي تركتها<sup>4</sup>، والطلق: الشيء الحلال كأنه قد خلى عنه فلم يحظر، ورجلٌ طلقُ الوجه وطيّقه: فرح ظاهر البشر كأنه منطلق، و(طلق) اليدين بمعنى سخنيّ، ولبلة (طلّقة): إذا لم يكن فيها قرٌّ ولا حرٌّ، ورجل طلق اللسان وطيّقه أي فصيح عذب المنطق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تحرير ألفاظ التنبيه، أو لغة الفقه، يحيى بن شرف النووي، تحقيق عبد الغني القر، دار القلم: دمشق، ط 1، 1408هـ، ص 263.

<sup>2</sup> أنيس الفقهاء، ص 155.

<sup>3</sup> المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المكتبة العصرية للطباعة والنشر: بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، مادة (طلق)، ص 195، وينظر: التوقيف، ص 484.

<sup>4</sup> تحرير ألفاظ التنبيه، ص 263.

<sup>5</sup> يُنظر: معجم مقاييس اللغة، أبو الحسن أحمد بن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: بيروت، 1399هـ-1979م، (421/3)، والمصباح المنير، ص 195.

و(طُلِّقَت) المرأة بالبناء (طَلَّقًا) فهي (مَطْلُوقَةٌ) إذا أخذها المخاض، وهو وَجَعُ الولادة<sup>1</sup> وطلَّق الرجل امرأته تطليقًا فهو (مُطَلَّق) فإن كَثُر طلاقه للنساء قيل (مُطَلِّق) و(مُطَلِّقٌ)<sup>2</sup>.

و"طَلَّقَتْ" هي "تطلق من باب قتل وفي لغة من باب قَرُب<sup>3</sup>، فهي (طالِقٌ) من غير هاء. قال الأزهرى: وكلهم يقول: "طالق بغيرها" لاختصاصها بهذا الوصف كما يقال: حاملٌ وحائضٌ<sup>4</sup>.

قال في (البدائع): "إلا أن التطليق والطلاق في العُرف يستعملان في المرأة خاصة، والإطلاق يستعمل في غيرها، يقال في المرأة: طَلَّقَ يُطَلِّقُ تطليقًا وطلاقًا، وفي البعير والأسير ونحوهما، يقال: أَطَلَّقَ يُطَلِّقُ إطلاقًا"<sup>5</sup>؛ لذا إذا قال لامرأته: أنت مُطَلَّقة بتشديد اللام لا يحتاج إلى نية، وبتخفيفها يحتاج<sup>6</sup>.

ومما سبق يتضح أن الطلاق في اللغة هو: حلّ القيد مطلقا سواء كان حسياً أو معنوياً، أما في المعنى المتعارف عليه فإن الطلاق والتطليق مختصان برفع القيد المعنوي، وهو في المرأة خاصة، ويُستعمل الإطلاق في حلّ قيد غير المرأة.

<sup>1</sup> المصباح المنير، ص 195، و يُنظر: المعجم الوسيط، الدكتور إبراهيم أنيس وآخرون، دار الفكر : بيروت، دت. (563/2).

<sup>2</sup> المصباح المنير، ص 195.

<sup>3</sup> يُنظر: (تحرير ألفاظ التنبيه) ص 263.

<sup>4</sup> المصباح المنير، ص 195.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي: بيروت، ط 2، 1982م، (98/3).

<sup>6</sup> أنيس الفقهاء، ص 155.

الفرع الثاني: تعريف الطلاق اصطلاحاً:

سأعرّف الطلاق في اصطلاح الفقهاء ثم أتبعه بتعريف رجال القانون، ثم الموازنة بين هذه التعاريف.

البند الأول: تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي:

الطلاق لفظ جاهليٌّ ورَدَ الشرعُ بتقريره<sup>1</sup>، وقد اختلفت تعريفات الفقهاء له، وإن كان المعنى العامّ متفقاً عليه.

فعرّفه الحنفية بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال بالبائن، أو المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق"<sup>2</sup>.

وعرّفه ابنُ عابدين بعبارة أخرى فقال: "إزالة النكاح أو نقصان حلّه بلفظ مخصوص"<sup>3</sup>.  
وعرّفه المالكية بقولهم: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ مآ مع نية"<sup>4</sup>.

وقال الشافعية هو: "حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"<sup>5</sup>.

وعرّف أيضاً بأنه: "رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> إعانة الطالبين، عثمان بن محمد شطا الدماطي البكري، دار الفكر: بيروت، دت، (2/4).

<sup>2</sup> الدر المختار، (227/3).

<sup>3</sup> رد المختار، (227/3).

<sup>4</sup> الشرح الكبير على متن خليل، للشيخ أحمد الدردير، ومعه: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة، دار الفكر: بيروت، ط1، 1419هـ-1998م (547/2).

<sup>5</sup> مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، تعليقات الشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي، دار الفكر: بيروت، دت، (279/3).

<sup>6</sup> إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني، دار الكتاب العربي: بيروت، 1404هـ-1984م، (125/8)، وبقرّب من هذا التعريف عرّفه الصنعاني حيث قال: "هو حلّ عقد التزويج" (سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام)، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر: بيروت، 1411هـ-1991م، (323/3).

وعرفه الحنابلة بأنه: "حلّ قيد النكاح"<sup>1</sup>، وقيل: "حلّ قيد النكاح أو بعضه"<sup>2</sup>.  
 ويعني الفقهاء بقولهم: "بلفظ مخصوص" اللفظ الصريح كلفظ الطلاق، أو الكناية عن  
 الطلاق مما يحتاج إلى نية لإيقاع الطلاق كلفظ البائن والحرام وغيرها، ويقوم مقام اللفظ  
 الكتابة والإشارة المفهومة.

### البند الثاني: تعريف الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية:

عرّفت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق بقولها:  
 "الطلاق حلّ عقد الزواج: ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو يطلب من الزوجة  
 في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"<sup>3</sup>.  
 وبقریب من هذا التعريف عرّفته ملوّنة الأحوال الشخصية المغربية حيث نصت المادة 44  
 منها على أن "الطلاق هو حلّ عقد النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في  
 ذلك، أو الزوجة التي ملكت هذا الحق أو القاضي"<sup>4</sup>.  
 وبقریب من هذا التعريف عرّفت محكمة النقض المصرية الطلاق، فقالت: "الطلاق شرعا هو  
 حلّ رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه  
 وهو الزوج أو نائبه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، در الفکر: بيروت، ط1، 1405هـ، (277/7).

<sup>2</sup> المدع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، للكب الإسلامي: بيروت، 1400 هـ (249/7).

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزائر العاصمة، 1999م، ص: 13.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (208/1).

<sup>5</sup> موسوعة الفقه والقضاء، الأحوال الشخصية، المستشار محمدعزمي البكري، دار محمود للنشر والتوزيع: القاهرة،

2000م، (4/4).



البند الثالث: الموازنة بين التعاريف:

التعاريف السابقة كلها متقاربة، وهي متفقة على أن الطلاق هو: "حَلّ أو إزالة لقيّد النكاح".

وما يمكن ملاحظته أن الفقهاء اهتموا في تعريفاتهم بذكر أنواع الطلاق خاصة تقسيمه إلى صريح وكناية، وهذا ظاهر في قول بعضهم: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة"<sup>1</sup>، وهو ما يشير إليه قول بعضهم: "بلفظ مخصوص"<sup>2</sup>، وكذا تقسيمه إلى رجعي وبائن، وذلك ظاهر في قول بعضهم: "رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي"<sup>3</sup>، وقول آخرين: "حَلّ قيد النكاح أو بعضه"<sup>4</sup>.

ولم يهتموا ببيان من يملك حق إيقاعه، في حين ركّز علماء القانون في تعريفاتهم على من يوقع الطلاق سواء أكان الزوج أم من فوضه، أو بتراضي الطرفين، أم عن طريق القاضي، ولم يولوا اهتماما كبيرا لبيان تقسيمات الطلاق وأنواعه.

وتما سبق يمكن تعريف الطلاق بأنه: "رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص ممن يملك هذا الحق".

<sup>1</sup> الشرح الكبير، (547/2).

<sup>2</sup> رد المختار، (227/3).

<sup>3</sup> الدر المختار (227/3).

<sup>4</sup> المبدع (249/7).

## المطلب الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه:

سأتكلم في هذا المطلب عن ثلاث مسائل:  
الأولى: بيان مشروعية الطلاق، والثانية: بيان حكمه الشرعي، والثالثة: الأصل في الطلاق.

### الفرع الأول: مشروعية الطلاق:

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة، وبالأثر، والإجماع.

البند الأول: الدليل من القرآن الكريم: دلت على ذلك آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>1</sup>  
وقوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>2</sup>

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾<sup>3</sup>.

فهذه الآيات دالة على مشروعية الطلاق، وقد استدلت بها كثير من العلماء<sup>4</sup>.

### البند الثاني: الدليل من السنة:

دلت أحاديث كثيرة على مشروعية الطلاق، من ذلك:

- حديث عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>4</sup> ينظر على سبيل المثال: المعنى (277/7)، والمبدع (249/7)، ومغني المحتاج (279/3).

<sup>5</sup> أخرجه أبو داود في (السنن)، كتاب الطلاق، باب المراجعة (283/2)، والنسائي في (السنن)، باب

الرجعة (403/3)، كلاهما عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وقد صححه الشيخ الألباني -رحمه الله -

في (سلسلة الأحاديث الصحيحة) (15/5).

وقد استدل بهذا الحديث القرطبي<sup>1</sup> في (جامعه)<sup>2</sup>، وصاحب (مغني المحتاج)<sup>3</sup>.  
 - وطلق عبد الله بن عمر امرأته، وهي حائض فسأل عمرُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم،  
 فقال له رسول الله: مُرّه، فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا إِذَا طَهَّرَتْ أَوْ هِيَ حَامِلٌ"<sup>4</sup>.  
 واحتجّ بهذا الحديث: ابن قدامة في (المغني)<sup>5</sup>، وصاحب (المبدع)<sup>6</sup>.  
 - واحتجوا بحديث "أبغضُ الحلالِ إلى الله الطلاق"<sup>7</sup>، وقد احتجّ بهذا الحديث  
 صاحب (مغني المحتاج)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي لأندلسي، أبو عبد الله القرطبي المالكي، من عباد الله  
 الصالحين، والعلماء العارفين الزاهدين، من أهل قرطبة، رحل إلى الشرق واستقر بـ (منية ابن الخصب) شمالي  
 أسيوط بمصر، توفي فيها عام (671 هـ - 1273 م)، من أهم كتبه:  
 (الجامع لأحكام لقرآن)، و(شرح أسماء الله الحسنى)، و(التذكار في أفضل الأذكار) و(التذكرة بأحوال الموتى،  
 وأحوال الآخرة)،

تُنظر الترجمة في: الديباج المنهّب في معرفة أعيان علماء المنهّب، إبراهيم بن علي بن محمد فرحون اليعمري  
 المالكي، دار الكتب العلمية: بيروت، دت، ص (317-318)، والأعلام لخير الدين الزركلي (322/5).  
<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، راجعه صدقي جميل العطار، وخرّج حديثه الشيخ عرفان  
 العشاء، دار الفكر: بيروت، 1422 هـ - 2002 م (89/2).

<sup>3</sup> مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، (279/3).  
<sup>4</sup> أخرجه مسلم في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار حياء التراث الإسلامي: بيروت، دت، باب تحريره  
 طلاق الحائض بغير رضاها (1095/2).

<sup>5</sup> المغني (277/7).  
<sup>6</sup> المبدع (249/7).

<sup>7</sup> أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق (255/2)، وابن ماجه في (السنن)، تحقيق محمد  
 فؤاد عبد الباقي، دار الفكر: بيروت، دت، كتاب الطلاق (650/1)، والبيهقي في (السنن الكبرى)، تحقيق محمد  
 عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز: مكة المكرمة، 1414 هـ - 1994 م، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في  
 كراهية الطلاق (322/7)، كلهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وقد أعلّه بالإرسال أبو محمد عبد الرحمن الرازي (ت 327 هـ) في (علل الحديث)، دار المعرفة: بيروت.  
 1405 هـ - 1985 م (431/1).

وضَعفه ابن حجر في (تلخيص الحبير)، تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية:  
 القاهرة، 1399 هـ - 1979 م، (232/2).

<sup>8</sup> مغني المحتاج، (279/3).

البند الثالث: الدليل من الأثر:

أما من الأثر، فقد طَلَّقَ المَغِيرَةَ بِنُ شُعْبَةَ زَوْجَاتِهِ الأَرْبَع<sup>1</sup>، وَطَلَّقَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ زَوْجَتَهُ ثُمَامِزْرَ<sup>2</sup>، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ<sup>3</sup>.

البند الرابع: الدليل من الإجماع:

أَجْمَعَ العُلَمَاءُ عَلَى مَرِّ العَصُورِ عَلَى جَوَازِ الطَّلَاقِ وَمَشْرُوعِيَّتِهِ<sup>4</sup>.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للطلاق:

الطلاق تصرف مشروع يقوم به الزوج، ومن المعروف أن كل فعل أو ترك يصدر من المكلف له حكمه الشرعي من حيث طلب الشرع له أو نهي عنه، أو التخيير فيه بين الفعل والترك، فما هو الحكم الشرعي للطلاق؟

ذهب بعض العلماء إلى أن الطلاق تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة: الوجوب والندب والإباحة، والكراهة، والتحريم<sup>5</sup>، في حين ذهب آخرون إلى أن له أربعة أحكام ولم

<sup>1</sup> ذَكَرَ هَذَا الأَثْرَ: مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي سَهْلٍ السَّرْحَسِيُّ فِي (المبسوط)، دَارُ المَعْرِفَةِ: بَیروت، 1406هـ، (3/6)، وَالذَّهَبِيُّ فِي (سير أعلام النبلاء)، مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَثْمَانَ الذَّهَبِيُّ ت 748هـ، تَحْقِيقُ شُعَيْبِ الأَرْنَؤُوطِ، وَمُحَمَّدُ نَعِيمِ العَرَقَسُوسِيِّ، مُوسَسَةُ الرِّسَالَةِ: بَیروت، ط 9، 1413هـ، (31/3).

<sup>2</sup> أَخْرَجَهُ البِيهَقِيُّ فِي (السنن الكبرى)، كِتَابُ الخُلْعِ وَالتَّلَاقِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي تَوْرِيثِ المَسْتَوْتَةِ فِي مَرَضِ المَوْتِ، (3269/7)، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي (المصنّف)، تَحْقِيقُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الأَعْظَمِيِّ، المَكْتَبُ الإِسْلَامِيُّ: بَیروت، ط 2، 1403هـ-1983م، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ طَّلَاقِ المَرِيضِ (62/7)، كِلَاهِمَا عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزَّبِيرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَقَدْ صَحَّحَهُ الأَلْبَانِيُّ فِي (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل)، المَكْتَبُ الإِسْلَامِيُّ: بَیروت، ط 2، 1405هـ-1985م، (159/6).

<sup>3</sup> المَغْنِي (277/7).

<sup>4</sup> يُنْظَرُ: الجَامِعُ لِلقُرْطُبِيِّ (98/3)، وَالْمَغْنِي (277/7)، وَمَغْنِي المَحْتَاغِ (279/3).

<sup>5</sup> قَالَ ابْنُ حَجَرٍ: "ثُمَّ الطَّلَاقُ قَدْ يَكُونُ حَرَامًا أَوْ مَكْرُوهًا، أَوْ وَاجِبًا، أَوْ مَنْدُوبًا أَوْ جَائِزًا" فَتَحَ البَارِي، أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ حَجَرِ العَسْقَلَانِيِّ ت 852هـ، تَرْقِيمُ الأَحَادِيثِ مِنْ طَرَفِ مُحَمَّدِ فَوَادِ عَبْدِ البَاقِيِّ، دَارُ الحَدِيثِ: بَیروت. ط 1، 1419هـ-1998م، (419/9).

يذكروا الإباحة فيها<sup>1</sup>. وهذا تفصيل حالات كلِّ حكم :

البند الأول: الطلاق الواجب: يكون الطلاق واجبا فيما يأتي:

1- إذا كانت المرأة غيرَ عفيفة لا تمتنع من الوقوع في الزنى ولا تُرجى توبُّتها وصلاحتها لأنَّها غير مأمونة على الحياة الزوجية، وعلى طهارة الفراش، وبقاء النسب.

قال الإمام أحمد -رحمه الله-: "لا ينبغي له إمساكها وذلك لأنَّ فيه نقصا لدينه، ولا يأمن إفسادها فراشه، وإلحاقها به ولدا من غيره"<sup>2</sup>.

والأصل في ذلك أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "إنَّ امرأتِي لا تُردُّ يدَ لأمسٍ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: طَلَّقْهَا، قال: لا أصبرُ عنها، قال: أمسِكها"<sup>3</sup>.

2- طلاق المُولي<sup>4</sup> الذي لم يُردِ الفَيءَ في المدة أو بعدها<sup>5</sup>.

3- طلاق الحَكَمين عند الشقاق إذا رأيا ذلك<sup>6</sup>.

4- ويجب كذلك إذا علم أن بقاءه يوقعه في محرِّم من نفقة، أو غيرها "كما إذا

<sup>1</sup> قال الشوزي في (المهذب): "ويقع الطلاق على أربعة أوجه: واجب، ومستحب، ومحرِّم، ومكروه" (المهذب) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر: بيروت، دت، (78/2).

<sup>2</sup> كشف القناع (267/5).

<sup>3</sup> أخرجه محمد بن إدريس الشافعي في (مسنده)، دار الكتب العلمية: بيروت، 1400هـ-1980م، كتاب عشرة النساء، ص 289-290 عن عبد الله بن عبيد بن عمير مرسلًا، والنسائي في باب الكراهية في تزويج النساء، ووصله عن ابن عباس، (269/3)، وقد أعلَّه النسائي بالإرسال في (السنن)، (370/3)، وضعفه أيضا: عمر بن علي بن الملقن الأنصاري ت 723هـ، في (خلاصة البدر المنير)، تحقيق حمدي عبد الحميد 1400هـ-1980م، مكتبة الرشد: الرياض، (233/2).

<sup>4</sup> المُولي هو الرجل الذي يقوم بالإيلاء، والإيلاء: "اسمٌ ليمينٍ يمنع بها المرء نفسه عن وطء منكوخته"، (طَلَبَةُ الطَّلَبَةِ في الاصطلاحات الفقهيَّة)، الشيخ نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد النسفي الحنفي، اعتنى بتحقيقه: أبو عبد الله محمد

حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ص 110

<sup>5</sup> يُنظر: المغني، (277/7)، وروضة الطالبين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ت 676هـ، المكتب الإسلامي: بيروت، ط2، 1405هـ، (3/8).

<sup>6</sup> يُنظر: المهذب (78/2)، والمغني، (277/7).

كان يُنفق عليها من حرام، وغير النفقة كَالضرب المبرِّح<sup>1</sup> أو السَّبِّ المُحَقَّق وقوعه بالفعل<sup>2</sup>.

5- طلاق الرجل امرأته إذا أمره أبوه بطلاقها، وإن كان يُحبِّها، ويُلحَقُ بالأب الأم، والأصل في ذلك أن ابن عمر قال: كان تحتي امرأة أحبها، وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلقها فأبيتُ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك"<sup>3</sup>.

قال الشوكاني -رحمه الله-: "قوله "طلق امرأتك": هذا دليل صريح يقتضي أنه يجب على الرجل إذا أمره أبوه بطلاق زوجته أن يطلقها، وإن كان يحبها، فليس ذلك عذرا له في الإمساك، ويلحق بالأب الأم؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد بين أن لها من الحق على الولد ما يزيد على حق الأب، كما في الحديث: "من أبرُّ يا رسول الله؟ قال:

أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك"<sup>4</sup>.<sup>5</sup> ويظهر لي أن هذا إنما يكون إذا كان أمر الأبوين من غير تعنت بأن يكون ذلك لغرض صحيح، أما إن كان بتعنت فلا ينبغي الطلاق؛ لأن الضرر سيلحق الزوج وزوجته والأولاد إن وجدوا، وطاعة الوالدين مقيّدة بغير المعصية والإضرار بالآخرين.

<sup>1</sup> أي الضرب الشديد، قال الفيومي في المصباح المنير ص 27: "وبرح به الضربُ تريحاً اشتدَّ وعظُم".

<sup>2</sup> بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، الشيخ أحمد الصاوي، صحَّحه محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية: بيروت، دت، (347/2-348).

<sup>3</sup> أخرجه الإمام أحمد في (المستد)، (53/2)، وأبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ت 279 هـ في (السنن)، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي: بيروت، دت، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته، وقال عنه: "هذا حديث حسن صحيح"، (494/3).

<sup>4</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة؟، (2227/5)، ومسلم في (صحيحه)، كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأتاهما أحقُّ به، (1974/4)، كلاهما عن أبي هريرة -رضي الله عنه- بلفظ: (من أحق الناس بحسن صحابتي؟). وأخرجه الترمذي في (سننه)، كتاب البر والصلة عن رسول الله، باب ما جاء في بر الوالدين، عن هز بن حكيم عن أبيه عن جدّه بلفظ: (من أبرُّ يا رسول الله؟)، وقال عنه: (حديث حسن)، (309/4).

<sup>5</sup> نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار، علي بن محمد الشوكاني ت 1215 هـ، دار الفكر: بيروت، 1414 هـ-1994 م، (4/7).

قال في (كشاف القناع)<sup>1</sup>: "ولا يجب الطلاق إذا أمره أبوه فلا تلزمه طاعته في الطلاق، لأنه أمره بما لا يوافق الشرع، وإذا أمرته به -أي الطلاق- أمه، فقال الإمام أحمد: لا يعجبني طلاق لعموم حديث: "أبغضُ الحلال إلى الله الطلاق"<sup>2</sup>.

### البند الثاني: الطلاق المندوب:

يكون الطلاق مندوبا في الحالات الآتية:

1- إذا كانت بذينة اللسان سيئة الخلق<sup>3</sup>، يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده.

"وبذينة اللسان هي التي تؤذي زوجها بفاحش القول، أو تؤذي أهله وحيوانه"<sup>4</sup>.

2- إذا كان يعجز عن القيام بحقوقها؛ وذلك كأن يخاف التقصير في حقها بالنسبة للنفقة<sup>5</sup>، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>6</sup>، ولأنه إذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يُفْضِيَ إلى الشقاق أو إلى الفساد<sup>7</sup>.

3- إذا كانت المرأة غير عفيفة<sup>8</sup>، ما لم يخش فجور الغير بها<sup>9</sup>، وإلا كان واجبا.

<sup>1</sup> كشاف القناع (267/5).

<sup>2</sup> سبق تخريجه، ص 48.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، (307/3).

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، مع تقريرات المحقق محمد عليش، دار الفكر: بيروت، ط 1، 1419هـ-1998م، (569/2)، وينظر الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ومهامشه "بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير" للشيخ أحمد الصاوي، صححه محمد عبد السلام شاهين، د.ت، دار الكتاب العلمية، بيروت (347/2).

<sup>5</sup> يُنظر: إعانة الطالبين (4/3) وحاشية الدسوقي (569/2).

<sup>6</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>7</sup> المهذب، (78/2).

<sup>8</sup> يُنظر روضة الطالبين (3/8)، وكشاف القناع (266/5).

<sup>9</sup> إعانة الطالبين، (3/4).

قال في (كشف القناع): "إذا كانت تزني لم يكن له أن يُمسكها على تلك الحال، بل يفارقها وإلا كان ديوثاً"<sup>1</sup>2.

4- ويُسْتَحَبُّ كذلك "في الحال لتي تحوج المرأة إلى المخالفة من شقاق وغيره ليزيل الضرر"<sup>3</sup>.

5- "ويُسْتَحَبُّ لتفريطها في حقوق الله الواجبة مثل الصلاة ونحوها، ولا يمكن إجبارها"<sup>4</sup>.

وروي عن الإمام أحمد: "يجب الطلاق لتركها عفة، وتفريطها في حقوق الله تعالى"<sup>5</sup>.

#### البند الثالث: الطلاق المحرم:

يَحْرَمُ الطَّلَاقُ فِيمَا يَأْتِي مِنْ حَالَاتٍ:

1- إذا كان الطلاق بدعيًا<sup>6</sup>، قال في (المهذب): "وأما المحرم فهو طلاق البدعة"<sup>7</sup>.

قال بن قدامه ذاكرا بعض أنواع الطلاق البدعي ومبينا تحريمه: "وأما المحظور فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه"<sup>8</sup>.

وقال النووي: "وأجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض الحائض بغير رضاها، فلو طَلَّقَهَا أُمَّمٌ ووقَّعَ طَلَّاقَهُ، وَيَوْمَرُ بِرَجْعَتِهَا"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> "الديوث: الرجل الذي لا غيرة له على أهله"، المصباح المنير ص 108.

<sup>2</sup> كشف القناع (267/5).

<sup>3</sup> الإقناع (266/5-267).

<sup>4</sup> المصدر السابق (266/5).

<sup>5</sup> كشف القناع (267/5).

<sup>6</sup> سيأتي تفصيل الكلام عن الطلاق البدعي، ص 68 وما بعدها.

<sup>7</sup> المهذب (79/2).

<sup>8</sup> المغني (277/7).

<sup>9</sup> شرح النووي على مسلم، محي الدين أبو زكريا بن شرف النووي، اعتنى به الدكتور وهبة الزحيلي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر: بيروت، ط1، 1422هـ-2001م، (49/4).



وقال ابن عباس -رضي الله عنهما-: "الطلاق على أربعة أوجه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال، فإن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع أو يطلقها حاملاً مُسْتَبِيناً حملها، وأما اللذان هما حرام فإن يطلقها حائضاً، أو يطلقها عند الجماع لا يدري أشتَمَلَ الرَّحْمُ عل ولد أم لا؟"<sup>1</sup>.

2- إذا أوقع الطلاق على جزء المرأة كبعضها مثلاً، أو أردفه بآخر في العدة، وذلك كأن يكون طلق واحدة في طهر لم يمسه فيه ثم أردفه بآخر، فهذا طلاق بدعي عند المالكية<sup>2</sup>.

3- إذا كان عنده زوجات يقسم لهن، وطلق واحدة قبل أن يوفيهما قسمتها<sup>3</sup>.

4- يحرم طلاق المريض لزوجته إذا قصد حرمانها من الميراث<sup>4</sup>.

5- "ويحرم إذا علم أنه إن طلقها وقع في الحرام كالزنى، ولا قدرة له على زواج غيرها"<sup>5</sup>.

### البند الرابع: الطلاق المكروه:

يكون الطلاق مكروهاً في الحالات الآتية:

1- طلاق من "كان له رغبة في النكاح، ويرجو به نسلاً، ولم يقطعه بقاؤها عن عبادة واجبة، ولم يخش زنى إذا فارقتها"<sup>6</sup>.

2- الطلاق الذي خلا عن سبب يقتضي وجوبه أو تحريمه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه علي بن عمر الدار القرطبي ت385 هـ، عالم الكتب: بيروت، ط4، 1406 هـ/1986م، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (5/4) وأبو بكر عبد الرزاق الصنعاني في (مصنفة)، المكتب الإسلامي: بيروت، 1403 هـ، باب طلاق الحائض والنفساء (307/6).

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (570/3).

<sup>3</sup> شرح النووي على مسلم (51/4).

<sup>4</sup> إعانة الطالبين (4/4).

<sup>5</sup> الشرح الصغير (348-347/2).

<sup>6</sup> حاشية الدسوقي (569/2).

<sup>7</sup> يُنظر: فتح الباري (419/9)، والمغني (277/7).

واستدلوا للكرهة بالحديث السابق: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"<sup>1</sup>. قال الدسوقي في (حاشيته على الشرح الكبير)<sup>2</sup> عن هذا الحديث: "فيه إشكال فإن المباح ما استوى طرفاه، وليس منه مبغوض، ولا أشد مبغوضية، والحديث يقتضي ذلك لأنّ أفعل التفضيل بعض ما يضاف إليه، ويجاب بأن المعنى: أقرب الحلال للبغض الطلاق، فالمباح لا يبغض بالفعل، لكن قد يقرب له إذا خالف الأولى، والطلاق من أشد أفراد الأولى.

وأجاب بعضهم بأنّه ليس المراد بالحلال ما استوى طرفاه، بل المراد به ما ليس بحرام فيصدق بالمكروه، وخلاف الأولى، فخلاف الأولى مبغوض، والمكروه أشدّ مبغوضية، وليس المراد بالبغض ما يقتضي التحريم، بل المراد كونه ليس مرغوبا فيه لما فيه من اللوم".

#### البند الخامس: الطلاق الجائز:

أثبت أكثر العلماء الطلاق الجائز، وشكك بعضهم في وجوده كالإمام النووي<sup>3</sup> - رحمه الله -.

وسأنتكّم في المبحث الآتي عن الأصل في الطلاق: هل هو الجواز أو الإباحة؟ مع بيان مذاهب فقهاء الأمصار.

#### الفرع الثالث: الأصل في الطلاق:

اختلف العلماء في أصل للطلاق: هل هو الإباحة؛ فللزواج إيقاعه متى شئت، أم أنّ الأصل الحظر فلا يباح إلا عند الحاجة أو الضرورة، على قولين، هذا بياهما مع التّذليل لكلّ قول، والمناقشة والترجيح.

#### البند الأول: أقوال العلماء:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

<sup>1</sup> يُنظر: شرح النووي على صحيح مسلم، (50/4).

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي (569/2).

<sup>3</sup> شرح النووي على صحيح مسلم (50/4).

الفقرة الأولى: القول الأول:

قال أصحابه: الأصل في الطلاق الحظر، وهذا القول هو الأصح في مذهب الحنفية، وقد نصّ عليه السرخسي<sup>1</sup> في القرن الخامس الهجري، والكاساني<sup>2</sup> في القرن السادس الهجري، وابنُ الهمام<sup>3</sup> في القرن التاسع الهجري، وابن عابدين<sup>4</sup> في القرن الثالث عشر هجري، وإليه ذهب بعض المالكية<sup>5</sup>، ونصوص الحنابلة تشير إلى هذا القول<sup>6</sup>، وهو ما رجّحه شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>7</sup>. وذهب إلى هذا كثير من المعاصرين كالشيخ أبي زهرة<sup>8</sup>، والشيخ نورالدين عتر<sup>9</sup>، والدكاترة: بدران أبو العينين<sup>10</sup>،

<sup>1</sup> قال السرخسي عن الطلاق: "فلا يجل إلا عند الضرورة"، (المبسوط)، (2/6).

<sup>2</sup> قال في (البدائع)، (97/3): "الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رُخص للتأديب".

<sup>3</sup> قال: "والأصح حظره إلا لحاجة"، شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف ب(ابن الهمام)، دار الفكر: بيروت، دت، (465/3)، ويُنظر كذلك: (472/3) من الكتاب نفسه.

<sup>4</sup> قال في (رد المحتار)، (228/3): "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر. بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم: "الأصل فيه الحظر".

<sup>5</sup> قال ابن العربي عن الطلاق: "فينبغي للرجل أن يوقعه كما قلنا عند الحاجة إليه بشروطه التي بينها الله فيه مفيداً للمنفعة مُخلّصاً عن المضرة"، (القبس في شرح موطأ ابن أنس)، أبو بكر بن عبد الله ابن العربي ت 543هـ، تحقيق أيمن نصر الأزهرى، وعلاء إبراهيم الأزهرى، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1418هـ/1998م، (91/3)، ويُنظر كذلك: حاشية الدسوقي (569/2)، وبلغة السالك (347/2).

<sup>6</sup> قال في (المبدع)، (249/7): "ويباح عند الحاجة إليه لضرره بالمقام على النكاح، فيباح له رفع الضرر"، ويُنظر: الإقناع (266/5)، والمغني (277/7).

<sup>7</sup> قال ابن تيمية: "الأصل في الطلاق الحظر، وإنما أبيع قدر الحاجة"، مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحرّاني ت 728هـ، جمع وترتيب الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، مكتبة المعارف، دار الرباط: بيروت، (293/32). وقال في موضع آخر: "والطلاق مكروه في الأصل"، مجموع الفتاوى، (321/32).

<sup>8</sup> قال: "والحق أن الأصل هو الحظر، ولا يباح إلا لحاجة"، الأحوال الشخصية، الشيخ محمد أبو زهرة، د.ت، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 285.

<sup>9</sup> قال: "والحاصل أن المختار هو أن الأصل في الطلاق الكراهة" (أبغض الحلال)، الشيخ نور الدين عتر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1403هـ/1983م، ص 41.

<sup>10</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة: الإسكندرية، ط3، 1974م ص 255.

ومحمد مصطفى شلي<sup>1</sup>، وأحمد الغندور<sup>2</sup>، وعبد الرحمن الصابوني<sup>3</sup>، وعبد الكريم زيدان<sup>4</sup>، وإبراهيم عبد الهادي النجار<sup>5</sup>، ومحمد كمال الدين إمام<sup>6</sup>.

وهو ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية، ونصت عليه في حكمها في القضية رقم 1281 بتاريخ 20 يناير 1926<sup>7</sup>.

### الفقرة الثانية : القول الثاني:

ذهب أصحابه إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، وإليه ذهب بعض المالكية<sup>8</sup>، وهو مذهب الشافعية<sup>9</sup>.

قال القرطبي: "دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور"<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الأستاذ محمد مصطفى شلي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع: بيروت، ط2، 1379هـ-1977م، ص 475.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، الدكتور أحمد الغندور، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1402هـ-1992م، ص 318.

<sup>3</sup> مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر: دمشق، ط2، 1968م، (99/1).

<sup>4</sup> المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط2، 1415هـ-1994م (355/7).

<sup>5</sup> المرأة في الشريعة الإسلامية، الدكتور إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، 1415هـ-1995م، ص: 149.

<sup>6</sup> الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدكتور محمد كمال الدين إمام، الدار الجامعية: بيروت، دت، ص: 180.

<sup>7</sup> يُنظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الصفاة: الكويت، ط2، 1410هـ-1991م، ص: 142، والطلاق في الشريعة الإسلامية، والقانون، بحث مقارن، الدكتور أحمد الغندور، ط2، 1396هـ-1976م، دار المعارف بيروت، ص: 80.

<sup>8</sup> قال ابن عبد البر -رحمه الله-: "الطلاق للعدّة مباح، وإن كرهت المرأة مسيئة أو محسنة قبل الدخول وبعده إلا أن مُكثّر الطلاق مذموم وليس ذلك من محاسن الأخلاق" (الكافي في فقه أهل المدينة المالكي)، أبو عمرو يوسف بن

عبد الله بن عبد البر القرطبي ت 463هـ، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1407هـ، ص: 262.

<sup>9</sup> يُنظر: الأم (62/5)، ومغني المحتاج (307/3).

<sup>10</sup> الجامع لأحكام القرآن (98/3).

وقال في (كشاف القناع)<sup>1</sup>: "وأجمعوا على جوازه".

وإلى هذا ذهب محكمة استئناف مصر الأهلية، ونصت عليه في القضية رقم 408 بتاريخ 1931/1/22<sup>2</sup>.

### البند الثاني: الأدلة والمناقشة والترجيح:

#### الفقرة الأولى: أدلة الفريق الأول:

استدل القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر بالسنة والمعقول:

أ- الأدلة من السنة النبوية: استدلوا بأحاديث كثيرة تنهى عن الطلاق، وتبين أنه أبغض الحلال<sup>3</sup>، من ذلك:

- حديث: "لا تُطَلِّقوا النساء إلاّ من رية فإنّ الله لا يحبّ الذوّاقين والذوّاقات"<sup>4</sup>.

- وحديث: "تزوّجوا ولا تُطَلِّقوا، فإنّ الطلاق يهتزّ له عرشُ الرحمن"<sup>5</sup>.

- وحديث: "أبغضُ الحلالِ إلى الله الطلاق"<sup>6</sup>.

- ومثله: "ما أحلّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطلاق"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> كشاف القناع (266/5).

<sup>2</sup> موسوعة الفقه والقضاء (12/4).

<sup>3</sup> ينظر الاستدلال بهذه الأحاديث: المبسوط (2/6)، وشرح فتح القدير (465/3)، ورد المختار (228/3)، والقبس (91/3).

<sup>4</sup> أخرجه الطبراني في (المعجم الأوسط)، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن إبراهيم الحسيني، دار الحرميين: القاهرة، 1415هـ، (24/8)، وقد أعلاه ابن أبي حاتم في (علل الحديث) (427/1).

قال العجلوني "رواه الدهلمي عن علي رَفَعَه يسند ضعيف" (كشف الخفاء)، تحقيق أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط 1، 1409هـ، (29/1)، وقال الشوكاني عن هذا الحديث: "رواه الخطيب عن علي رضي الله عنه مرفوعاً، وفي إسناده عمرو بن جميع، يروي الموضوعات عن الأثبات". (الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعية)، تحقيق عبد الرحمن العلمي، المكتب الإسلامي: بيروت، ط 2، 1392هـ، ص: 139، ووسّمه بالوضع كذلك الألباني في (إرواء الغليل)، (106/7).

<sup>6</sup> سبق تخريجه، ص 48.

<sup>7</sup> أخرجه أبو داود في (السنن)، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق (254/2)، والحاكم في (المستدرک) (214/2)، والبيهقي في (السنن)، كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في كراهية الطلاق وضَعْفَهُ (322/7)، وأعدّه

ابن أبي حاتم بالإرسال (في علل الحديث) (431/1)، وكذا ابن حجر في "تلخيص الحبير"، (232/2).

- حديث: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأسٍ فحرامٌ عليها رائحةُ الجنة"<sup>1</sup>.

قال في (ردّ المحتار): "والمراد بالحلّال في الحديث<sup>2</sup> ما ليس تركه بلازم فيشمل المباح والواجب والمندوب، والمكروه، فالحلّال بهذا المعنى يشمل المباح الذي يستوي فعله وتركه كما يشمل المكروه"<sup>3</sup>.

وقال في (شرح فتح القدير): "ويحمل لفظ المباح على ما أبيع في بعض الأوقات وأعني أوقات تحقّق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لأبي داود: "ما أحلّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطلاق"<sup>4</sup>، وأنّ الفعل لا عموم له في الزمان"<sup>5</sup>.

ورُدّ على هذا بأنّ أغلب الأحاديث المحتجّ بها ضعيفة، بل فيها الموضوع كما سبق توضيحه.

ب- الدليل من المعقول: قالوا عن الطلاق: "فيه كفران النعمة، فإنّ النكاح نعمة من الله تعالى على عباده، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾"<sup>6</sup>، وقال الله تعالى: ﴿زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالنَّبِيِّينَ﴾"<sup>7</sup>، وكفران النعمة حرام وهو رفع النكاح للمسنون فلا يحلّ إلا عند الضرورة"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> رواه الإمام أحمد في (المسند) (277/5)، وأبو داود في (السنن)، كتاب الطلاق، باب في الخلع (268/2) والترمذي في (السنن)، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في المختلعات (493/3)، كلّهم عن ثوبان -رضي الله عنه-، وصحّحه الشيخ الألباني في (صحيح أبي داود)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع: الرياض، ط1، 1419هـ-1998م، (17/2).

<sup>2</sup> أيّ حديث (أبغضُ الحلّال إلى الله الطلاق) وقد سبق تخريجه، ص49.

<sup>3</sup> رد المحتار (228/3).

<sup>4</sup> سبق تخريجه قريباً.

<sup>5</sup> شرح فتح القدير (465/3).

<sup>6</sup> سورة الروم، الآية (21).

<sup>7</sup> سورة آل عمران، الآية 14.

<sup>8</sup> التبسيط (2/6).

الفقرة الثانية : أدلة الفريق الثاني:

استدلّ القائلون بأنّ الأصل في الطلاق الجواز بالقرآن والسنة والأثر، والإجماع.

أ- الدليل من القرآن الكريم: استدلوا بالآيات المبيحة للطلاق<sup>1</sup> كقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>2</sup>، وقوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>3</sup>.

وقد ردّ على هذا الاستدلال "بأنّ نفي الجناح في الآية إنّما هو مُنصَّب على الطلاق قبل التسمية والدخول، فالقيد هو الملاحظ؛ لأنّ نفي شيء مقيد بقيد يكون القيد ملاحظاً في النفي، فهو مُنصَّب عليه"<sup>4</sup>.

ب- الدليل من السنة النبوية: استدلوا بأحاديث عدّة منها:

- عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثمّ راجعها<sup>5</sup>. قال الشوكاني: "وفي حديث عمر هذا دليل على أنّ الطلاق يجوز للزوج من دون كراهة؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم إنّما يفعل ما كان جائزاً من غير كراهة، ولا يعارض هذا الحديث "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"<sup>6</sup>؛ لأنّ كونه أبغض الحلال لا يستلزم أن يكون مكروهاً كراهة أصولية"<sup>7</sup>.

وقال الشافعي -رحمه الله-: "كما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثمّ راجعها، وطلق سودة بنت زمعة ثمّ راجعها، وهو أكبر دليل على أنّ الطلاق في ذاته مباح"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> يُنظر الاستدلال في: حاشية الدسوقي (569/2)، وكشاف القناع (277/7)، ومغني المحتاج (279/3).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ص 284.

<sup>5</sup> سبق تخريجه ص 47.

<sup>6</sup> سبق تخريجه ص 48.

<sup>7</sup> نيل الأوطار (4/7).

<sup>8</sup> الأوطار (162/5).

- ما ورد في حديث ابن عمر من قول الرسول صلى الله عليه وسلم "ثم إن شاء أمسك بعدُ وإن شاء طلق قبل أن يمس"<sup>1</sup>.

قال الشافعي: "فقد خيّر ابن عمر بين الإمساك والطلاق وهو ما يفيد الإباحة"<sup>2</sup>، غير أن النووي قال عن هذا الحديث: "فيه دليل على أنه لا إثم في الطلاق بغير سبب، لكن يُكره للحديث المشهور في سنن أبي داود وغيره: "أبغضُ الحلال إلى الله الطلاق"<sup>3</sup>، فيكون حديث ابن عمر لبيان أنه ليس بحرام، وهذا الحديث لبيان كراهة التنزيه"<sup>4</sup>

ج- الدليل من الآثار: طلق كثير من الصحابة زوجاتهم، ولم يُنكر عليهم أحدٌ ذلك، كطلاق عمر لأمّ عاصم<sup>5</sup>، وعبد الرحمن بن عوف لزوجته ثماضر<sup>6</sup>، وطلق المغيرة بن شعبة أربع زوجات له<sup>7</sup>، واستكثر الحسن بن علي -رضي الله عنه- النكاح والطلاق في الكوفة، حتى قال عليّ -رضي الله عنه- على المنبر: "إنّ ابني هذا مطلقٌ فلا تُزوّجوه، فقالوا، إنّنا نُزوّجه، ثمّ نُزوّجه"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري، في (صحيحه) كتاب الطلاق باب قول الله تعالى: ﴿بِهَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (2011/5)، ومسلم في (صحيحه) كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (1093/2) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

<sup>2</sup> الأم، محمد بن إدريس الشافعي ت 204هـ، دار المعرفة: بيروت، ط2، 1393م، (162/5)

<sup>3</sup> سبق تخريجه ص 48.

<sup>4</sup> شرح مسلم، (50/4).

<sup>5</sup> أخرجه البيهقي في (السنن)، كتاب النفقات، باب الأم تزوج يسقط حقها من حضانة الولد وينقل إلى جدته، عن مسروق (5/8)، وعبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب أيّ الأبوين أحقّ بالولد، عن ابن عباس -رضي الله عنهما- (154/7).

<sup>6</sup> سبق تخريجه، ص 49.

<sup>7</sup> سبق تخريجه، ص 49.

<sup>8</sup> أخرجه ابن أبي شيبة في (المصنف)، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد: الرياض، ط1، 1409هـ، (187/4).

<sup>9</sup> نظر لاستدلال هذه الآثار في: المسبوط (3/6)، وشرح فتح القدير (465/3).



ورُدَّ في (شرح فتح القدير) بأنَّ هذا "محلّه وجود الحاجة، وأمّا إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة، وسوء أدب فيكره"<sup>1</sup>.

د-الإجماع: اتفق العلماء على مرّ العصور على إباحة الطلاق، وقد طلق الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الصحابة والتابعين<sup>2</sup>.

وتّما سبق يتّضح أنّ الزواج حقّ للزوج وهو مباح له، ولكن ينبغي عدم التساهل فيه، وإيقاعه لأتفه الأسباب؛ لأنّ ضرره يعود على الرجل والمطلّقة والأولاد، وآثاره السيئة تمتدّ لتشمل أفراد المجتمع الآخرين؛ لذا ينبغي ألاّ يُستعمل إلا عند الحاجة إليه، ويُرشد إلى هذا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأسٍ فحرامٌ عليها رائحةُ العجّة"<sup>3</sup>، فكذلك الرجل الذي يُطلق زوجته دون رويّة ولا سبب.

<sup>1</sup> شرح فتح القدير (3/465).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (3/98)، والمغني (7/277)، وكشاف القناع (5/266).

<sup>3</sup> سبق تخريجه، ص 59.

### المطلب الثالث: تقسيمات الطلاق:

قُسِّمَ الطَّلَاقُ إلى تقسيمات عدّة، وذلك باختلاف سبب كل تقسيم، فهو من حيث الحكم: واجب ومندوب، ومحرم ومكروه، ومباح، وقد سبق تفصيل الكلام في هذا. ويُقسّم بالنظر إلى الصيغة إلى طلاق صريح وآخر بالكناية<sup>1</sup>. ويُقسّم بالنظر إلى اشتمال الصيغة على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن في المستقبل، أو عدم اشتمالها على التعليق إلى ثلاثة أنواع: مُنَجَز، ومُعلَق، ومُضَاف. ويُقسّم بالنظر إلى موافقته الشرع أو عدم موافقته إلى سُنِّيّ وبدعيّ. كما يُقسّم من حيث الرّجعة وعدمها إلى رجعيّ وبائن. وسأقتصر على بيان التقسيمين الأخيرين:

<sup>1</sup>الكناية: "كلام استتر المراد منه بالاستعمال وإن كان معناه ظاهراً في اللغة سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز فيكون التردد فيما أريد فلا يُبدّ من النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال كحال مذاكرة الطلاق ليزول التردد، ويتعين ما أريد منه" التعريفات، علي بن محمد الجرجاني ت 816هـ، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي: بيروت، ص 1، 1405هـ. ص 240.

الفرع الأول: تقسيم الطلاق إلى سنّي وبدعيّ:

يُقَسِّم الطلاق من حيث موافقته للشرع أو مخالفته له إلى سنّي وبدعيّ، وأضاف بعض العلماء نوعاً آخر وهو ما لا يُوصف لا بالسنّي ولا بالبدعيّ.

البند الأول: الطلاق السنّي:

الطلاق السنّي هو: "الذي يوافق أمر الله تعالى وأمر رسوله محمد صلى الله عليه وسلم" <sup>1</sup>.

قال بن المنذر <sup>2</sup> -رحمه الله- مبيّناً ما أجمع عليه في الطلاق السنّي: "وأجمعوا أنّ مَنْ طَلَّق امرأته واحدةً وهي طاهر من حيضة لم يطلقها فيه، لم يكن جَامِعاً في ذلك الطهر أنه مصيبٌ للسنّة" <sup>3</sup>.

وقال في (بداية المجتهد): "أجمع العلماء على أنّ المطلق للسنّة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسّها فيه طلقةً واحدة" <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، الإمام مالك بن أنس، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق حميش عبد الخالق، مكتبة نزار مصطفى الباز: مكة المكرمة، ط3، 1420هـ-1999م، (833/2)، ويُنظر حاشية الدسوقي (569/2)، والمغني (278/7).

<sup>2</sup> الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام أبو بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري الفقيه، نزيل مكة، كان إماماً مجتهداً حافظاً ورعاً، وهو معدود من فقهاء الشافعية .

قال النووي: "له من التحقيق في كتبه ما لا يقاربه أحد".

توفي -رحمه الله- عام 309هـ وقيل 310هـ، قال الذهبي: "وهذا ليس بشيء، لأن محمد بن يحيى بن عمار لقبه سنة ست عشرة وثلاثمائة"، من مؤلفاته السائرة: (الإشراف على اختلاف العلماء) و(الإجماع) و(التفسير) و(الإقناع).

نُظِر الترجمة في: طبقات الشافعية الكبرى، أبو نصر عبد الوهاب السبكي، تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الخلسو، والدكتور محمود محمد الطناحي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ط2، 1993م، (102/3-108)، وطبقات الشافعية، عبد الرحيم الأسنوي، تحقيق كمال يوسف الحسوت، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1407هـ-1987م، (197/2)، وسير أعلام النبلاء (490/14-492).

<sup>3</sup> الإجماع، ابن المنذر، تحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة: الإسكندرية، ط3، 1403هـ، ص

<sup>4</sup> بداية المجتهد ومهابة المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر: بيروت، دت، (63/2).

وخالف الشعبي<sup>1</sup> فقال: "يجوز أن يطلقها في طهر جامعها فيه"<sup>2</sup>.  
 واشترط البخاري أن يكون بشهادة شاهدين فقال: "طلاق السنة أن يطلقها طاهرا من  
 غير جماع ويُشهد شاهدين"<sup>3</sup>.  
 والإجماع السابق مستند إلى القرآن الكريم والسنة النبوية.

أما القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ  
 لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>4</sup>.

فقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم في تفسير قوله  
 تعالى: ﴿فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أي: يُطَلِّقُهُنَّ طَاهِرَاتٍ مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ<sup>5</sup>.  
 والأصل من السنة حديث ابن عمر المشهور وفيه: "مُرَةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى  
 تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ  
 الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تَطْلُقَ لَهَا النِّسَاءُ"<sup>6</sup>.

أما مذاهب العلماء، فقد اختلفوا ما بين مُوسِعٍ ومُضَيِّقٍ في بيان شروط الطلاق السنّي، هذا  
 توضيحها:

الفقرة الأولى: المذهب الحنفي: قَسَمُوا الطَّلَاقَ السَّنِيَّ إِلَى سَنِيٍّ أَحْسَنَ، وَسَنِيٍّ حَسَنِ.

أ- طلاق السنة الأحسن: يتقيد بقيدتين:

<sup>1</sup> هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار علامة عصره، أبو عمرو الهمداني، ثم الشعبي، وُلِدَ لَسْتِ سَنِينَ خَلَّتْ  
 مِنْ خِلَافَةِ عَمْرِ، سَمِعَ مِنْ عِدَدٍ مِنْ كِبَارِ الصَّحَابَةِ، رَوَى عَنْهُ الْحَكَمُ وَحَمَادُ، وَأَبُو إِسْحَاقَ وَأَبُو حَنِيفَةَ، قَسَالَ ابْنُ  
 عِينَةَ: "عَلَمَاءُ النَّاسِ ثَلَاثَةٌ: ابْنُ عَبَّاسٍ فِي زَمَانِهِ، وَالشَّعْبِيُّ فِي زَمَانِهِ، وَالثَّوْرِيُّ فِي زَمَانِهِ"، قَالَ الْوَاقِدِيُّ: "مَاتَ سَنَةَ  
 خَمْسٍ وَمِئَةٍ عَنِ سَبْعِ وَسَبْعِينَ سَنَةً".

ينظر: تهذيب السير (148/1)، وشذرات الذهب (126/1-128).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (115/18).

<sup>3</sup> صحيح البخاري ومعه شرحه (فتح الباري)، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث: القاهرة، ط 1،  
 1419هـ/1998م، (419/9).

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>5</sup> يُنْظَرُ: الْمَبْسُوطُ (7/6)، وَالْمَبْدَعُ (259/7).

<sup>6</sup> سبق تخريجه ص 61.

الأول: يتعلّق بالزمن وهو أن يكون إيقاع الطلاق في طهر لم يدخل فيه الرجل بالمرأة، ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه.

والثاني: يتعلّق بالعدد والوصف وذلك بالأّ يطلق الرجل امرأته إلاّ طلقةً واحدةً رجعية في الطهر الواحد، ويتركها حتى تنتهي عدتها، فلا يتحقّق هذا القيد إذا طلقها أكثر من واحدة دفعةً واحدةً، أو مُفرّقةً على دفعات في الطهر الواحد، أو طلقها على دفعات<sup>1</sup>.

قال في (الكتاب) ملخصاً ما سبق ذكره: "أن يطلق الرجل امرأته تطلقاً واحدة، وهي في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها"<sup>2</sup>.

ب- وطلاق السنة الحسن: هو الذي يتقيد فيه الرجل بالقيد الأوّل في الطلاق الأحسن وهو القيد الزمني دون القيد الثاني فيطلق امرأته المدخول بها ثلاث طلاقات رجعية مفرّقة في ثلاث أطهار من غير أن يراجعها فيما بين ذلك<sup>3</sup>.

الفقرة الثانية: المذهب المالكي: عرّف ابن أبي زيد القيرواني الطلاق السني بقوله: "هو أن يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقة واحدة ثم لا يُتبعها طلاقاً حتى تنقضي العدة"<sup>4</sup>. وشروطه عند المالكية ثمانية:

"أحدها: أن تكون المطلقة ممن تحيض.

والثاني: أن لا تكون حائضاً ولا نفساء.

والثالث: أن تكون في طهر لم تُمسّ فيه.

والرابع: أن يكون الطهر تالياً لحيض لم تُطلق فيه.

والخامس: أن يُطلق واحدة.

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع (88/3)، وشرح فتح القدير (466/3)، ورد المختار (234/3).

<sup>2</sup> الكتاب، أبو الحسن أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي، ومعه (اللباب في شرح الكتاب) لعبد الغني الغنيمي الدمشقي، دار الحديث: بيروت، ط4، 1399-1979م، (37/3).

<sup>3</sup> ينظر: بدائع الصنائع (89/3)، والكتاب (37/3).

<sup>4</sup> الرسالة، عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المؤسسة الوطنية للفتوى المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر نعاصدة، 1987م، ص96.

والسادس: أن تُترك ولا يتبعها طلاقاً<sup>1</sup>.  
 والسابع: أن يُوقعه على جملة المرأة لا على بعضها<sup>2</sup>.  
 والثامن: أن يكون خالياً من العوض<sup>3</sup>.  
 الفقرة الثالثة: المذهب الشافعي: قال الشافعية الطلاق السني هو: "طلاق مدخول بها ليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة"<sup>4</sup>.  
 الفقرة الرابعة: المذهب الحنبلي: قالوا: "السنة أن يطلقها واحدة في طهر لم يُصِبها فيه، ثم يدعها فلا يتبعها طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها"<sup>5</sup>.  
 الفقرة الخامسة: المذهب الظاهري: قال ابن حزم: "فإن طلقها في طهر لم يطأها فيه فهو طلاق سنة لازم كيفما أوقعه"<sup>6</sup>.  
 ويتضح مما سبق أن السادة المالكية اشترطوا شروطاً أكثر من غيرهم في الطلاق السني، في حين أن الشافعية والظاهرية ضيقوا من شروط هذا الطلاق، إذ لا بدعة عندهم في عدد الطلاق كما سيأتي بحثه.  
 ويمكن تلخيص الشروط السابقة فيما يأتي:  
 1- أن تكون المطلقة ممن يحيض مثلها.  
 2- أن لا تكون حائضاً ولا نفساء.  
 3- أن تكون في طهر لم يجامعها فيه، ولا في حيض قبله.  
 4- أن يكون الطهر تالياً لحيض لم تطلق فيه.

<sup>1</sup> التلقين، أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر الثعلبي المالكي، المكتبة التجارية: مكة المكرمة، ط 1، 1415هـ— (316/1).

<sup>2</sup> الشرح الصغير (348/2).

<sup>3</sup> ينظر: القبس (392)، والشرح الكبير (572/2).

<sup>4</sup> روضة الطالبين (3/8)، وينظر مغني الحاج (309/3).

<sup>5</sup> الإقناع (267/5)، وينظر: المغني (278/7).

<sup>6</sup> المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، در الفكر للطباعة والنشر: بيروت، دت، (161/7).

- 5- أن يكون الدخول بالمرأة في نكاح صحيح، وهو شرط في الطلاق؛ لأنَّ الفرقة بعد الدخول في النكاح الفاسد تسمّى فسخا لا طلاقا.
- 6- أن يكون الطلاق خاليا من العوض، وهذا شرط عند المالكية.
- 7- أن يطلقها واحدة رجعية، وأن ينتظر حتى تنتهي عدتها بثلاثة قروء، ثم يطلقها أخرى، وهكذا، وهذا عند المالكية، وإن طلقها في كل طهر تطليقة ولم ينتظر حتى تنقضي عدتها كان سنيا حسنا عند الحنفية، وبدعيا عند المالكية والحنابلة، وأما عند الشافعية والظاهرية فطلاق الثلاث مجتمعة أو متفرقة جائز لا يسمى بدعيا<sup>1</sup>.
- 8- أن يُوقعه على جملة المرأة لا على بعضها.

### البند الثاني: الطلاق البدعي<sup>2</sup>:

الطلاق البدعيّ "ويُسمّى طلاق البدعة، لأنَّ المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله"<sup>3</sup>.

والعلماء متفقون على وجود الطلاق البدعيّ في الوقت، واختلفوا في وجوده في طلاق العدد أم لا وهذا تفصيل الكلام في النوعين:

### الفقرة الأولى: طلاق البدعة في الوقت:

طلاق البدعة في الوقت هو ما اختلّ فيه شرط من شروط الطلاق السني السابقة، ما عدا الزيادة على طلقة واحدة، فتدخل في طلاق البدعة في العدد.

دلّ على بدعية هذا الطلاق الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

- 1- فمن القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سيأتي تفصيل الحديث عن طلاق البدعة في العدد ص 71 وما بعدها .

<sup>2</sup> نسبة إلى البدعة، و البدعة: "الحَدَثُ في الدين بعد الإكمال"، مختار الصحاح ص 36.

<sup>3</sup> المغني (277/7)، وينظر: شرح العلامة أحمد بن محمد البرنسي المعروف بـ (زرّوق)، مع شرح العلامة قاسم بن

عيسى بن ناجي التنوخي العزوي على متن الرسالة، دار الفكر: بيروت، 1402هـ/1982م (54/2).

<sup>4</sup> في ذلك الصّلاق، الآية 1.

فَسَرَّ ابْنُ عَبَّاسٍ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا- هَذِهِ آيَةٌ بِقَوْلِهِ: "لَا يُطَلَّقُهَا وَهِيَ حَائِضٌ، وَلَا فِي طَهْرٍ قَدْ جَامَعَهَا فِيهِ، وَلَكِنْ يَتْرُكُهَا حَتَّى إِذَا حَاضَتْ وَطَهَرَتْ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً، فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضٌ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَ حِيضٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعُ حَمْلَهَا"<sup>1</sup>.

2- وَمِنَ السُّنَّةِ: حَدِيثُ ابْنِ عَمْرِو السَّابِقِ: "مُرُّهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضُ، ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ"<sup>2</sup>.

وَقَالَ لَهُ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: "أَخْطَأَتِ السُّنَّةُ"<sup>3</sup>.

3- وَالْعُلَمَاءُ مُجْمَعُونَ: عَلَى تَحْرِيمِ طَلَاقِ الْبَدْعَةِ<sup>4</sup>.

قَالَ فِي (الْمَعُونَةِ): "لَأَنَّ طَلَاقَ الْحَائِضِ مُحْرَمٌ بِإِجْمَاعٍ، وَمَا كَانَ مُحْرَمًا لَا يَكُونُ لِلْسُّنَّةِ"<sup>5</sup>.

قَالَ ابْنُ رِشْدٍ مَبِينًا لَطَلَّاقِ الْبَدْعَةِ "وَهُوَ أَنْ يُطَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ فِي الْحِيضِ، أَوْ الطَّهْرِ الَّذِي مَسَّهَا فِيهِ"<sup>6</sup>.

4- أَمَّا مِنَ الْمَعْقُولِ: فَقَالُوا: حُرِّمَ طَلَاقُ الْمَرْأَةِ فِي حِيضِهَا لِأَنَّ "الْحِيضَةَ الَّتِي صَادَفَهَا الطَّلَاقُ مُحْسَبَةٌ مِنَ الْعِدَّةِ، فَتَطُولُ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا، وَذَلِكَ إِضْرَارٌ بِهَا"<sup>7</sup>، وَحُرِّمَ طَلَّاقُهَا فِي طَهْرِ مَسَّهَا فِيهِ "لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا حَمَلَتْ بَعْدَ ذَلِكَ الْجَمَاعِ، وَعِنْدَ ظُهُورِ الْحَمْلِ يَنْدَمُ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ طَلَّقَهَا لَا

<sup>1</sup> تفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ت 310هـ، دار الفكر: بيروت، 1405هـ، (85/28).

<sup>2</sup> سبق تخريجه، ص 61.

<sup>3</sup> أخرجه البيهقي في (السنن الكبرى)، كتاب الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة (334/7).

<sup>4</sup> الفتاوى الكبرى، أبو العباس نفي الدين أحمد بن عبد الحلیم الشهير بس (ابن تيمية)، اعتنى به حسين محمد مخلوف، د.ت، دار المعرفة، لبنان (16/3).

<sup>5</sup> المعونة (834/2).

<sup>6</sup> بداية المجتهد (63/2).

<sup>7</sup> دائع نصاب (94'3) وينظر: المهذب (79/2).



لحاجة وفائدة فكان سَفْهًا فلا يكون سُنَّةً، ولأنه إذا جامعها فقد قَلَّتْ رغبته إليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر طلاقاً لحاجة على الإطلاق، فلم يكن سُنَّةً"<sup>1</sup>.

وهذا تفصيل أقوال المذاهب في بيان الطلاق البدعي في الوقت :

### 1- قال الحنفية: الطلاق الراجع إلى الوقت نوعان:

أحدهما: الطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض إذا دخل بها، سواء كانت حُرَّةً أو أمة.

والثاني: الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء في طهر مسَّها فيه<sup>2</sup>.

### 2- وقال المالكية: "ومتى انخرم من هذه الأوصاف شيء كان للبدعة دون السنة، فإن

طلَّقها حائضاً أو نفساء، أو في طهر مسَّ فيه ثلاثاً أو اثنتين في كلمة واحدة أو متفرِّقاً

قاصداً ذلك في ابتدائه أن يُفرِّقه عل عدد أقرائها فكل ذلك للبدعة"<sup>3</sup>.

والطلاق البدعي عندهم مُحَرَّمٌ في الحيض، والنفاس مكروه في غيرها، قال الشيخ الدردير

-رحمه الله-: "وكُره إن بغير حيض ونفاس وإلا مُنِعَ ووقع"<sup>4</sup>.

وقال في (الفواكه الدواني)<sup>5</sup>: "والبدعي مكروه في غير الحيض وحرام في زمنه".

### 3- وقال الشافعية: "والبدعي طلاقٌ مدخولٌ بها في حيض أو نفاس، أو طهر جَامَعَهَا فيه

ولم يَنْ حَمَلُهَا"<sup>6</sup>.

### 4- وقال الحنابلة: "وإن طَلَّقَ المدخولَ بها في حيض أو أصابها فيه ولو في آخره، ولم يَسْتَبِينَ

حَمَلُهَا فهو طلاقٌ بدعيٌّ محرَّم"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع (94/3)، وينظر: المعونة (834/2-835)، والمهذب (79/2) وشرح النووي على مسلم (50/4).

<sup>2</sup> ينظر: بدائع لصنائع (94/3).

<sup>3</sup> المعونة (833/2)، وينظر: الشرح الصغير (38/2).

<sup>4</sup> أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، أحمد بن محمد الدردير، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغبة: الجزائر، 1988م، ص 89.

<sup>5</sup> الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي ت 1126هـ، صححه الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط 1، 1418هـ-1997م، (50/2).

<sup>6</sup> روضة الطالبين (3/8).

<sup>7</sup> زاد - (276/5).

5- أما الظاهرية: فقال ابن حزم: "من أراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له أن يطلقها في حيضتها ولا في طهر وطئها فيه، فإن طلقها طليقة أو طلقته في طهر وطئها فيه أو في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهي امرأته كما كانت"<sup>1</sup>.

وأتفق العلماء على بدعية وحرمة الطلاق في الحيض وألحقوا حالة النفاس بالحيض، إذ لا فرق بينهما<sup>2</sup>.

قال ابن حزم: "ولا خلاف أن دم النفاس ليس طهرا ولا هو حمل فلم يبق إلا الحيض فهو حيض، ولم يصح قط نص بأن النفاس ليس حيضا بل لا خلاف في أن له حكم الحيض من ترك الصلاة والصوم والوطء"<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: طلاق البدعة في العدد:

اختلف العلماء في الطلاق الثلاث، هل هو بدعي أم هو سنّي على قولين، هذا بيانها مع تفصيل الأدلة والمناقشة والترجيح.

أولا: أقوال العلماء: اختلف العلماء في بدعية هذا النوع من الطلاق على قولين:

1- القول الأول: يرى أصحابه أن جمع الطلقات الثلاث طلاق سنّي مباح، وإليه ذهب الشافعي<sup>4</sup>.

وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>5</sup>، وهو قول أبي ثور<sup>6</sup> وابن حزم<sup>7</sup>، ورؤي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي<sup>8</sup>، وابن سيرين<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المحلى (161/7).

<sup>2</sup> يُنظر: الدر المختار (234/3)، والتلقين (317/1)، وإعانة الطالبين (4/3)، وكشاف القناع (275/5).

<sup>3</sup> المحلى (176/7).

<sup>4</sup> قال الشافعي: "وسواء قال طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا يَفْعَنُ مَعًا؛ لأنه ليس له عدد الطلاق سنة إلا أنه أحب أن يُطَلَّقَ واحدة" الأم (164/5).

<sup>5</sup> وهذا ما اختاره الخرقى، يُنظر: المغني (280/2).

<sup>6</sup> شرح النووي على مسلم (51/4).

<sup>7</sup> قال ابن حزم: "إنها سنة مباحة" المحلى (170/7).

<sup>8</sup> المغني (280/7).

<sup>9</sup> الأم (13/5).

2- القول الثاني: قال أصحابه: إنَّ الطلاق الثلاث بدعة، وإليه ذهب أبو حنيفة<sup>1</sup>، ومالك<sup>2</sup>، والأوزاعي والليث<sup>3</sup>.

وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>4</sup>، ورُوِيَ هذا القول عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وأبي هريرة وعمران بن حصين - رضي الله عنهم وأرضاهم<sup>5</sup> -.

ثانيا: الأدلة والمناقشة والترجيح:

1- أدلة القول الأول: استدلوا بالقرآن والسنة والأثر:

أ- من القرآن الكريم: استدلوا بعموم آيات الطلاق وهي لم تُفرّق في العدد بين الواحدة والاثنتين والثلاث، ولا بين المُفرّق والمجتمع، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>6</sup>، وقوله: ﴿فَإِنْ طَلَقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>7</sup>.

قال ابن حزم: "فهذا يقع على الثلاث مجموعة ومفرقة فلا يجوز أن يُخصَّ بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص"<sup>8</sup>.

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ

<sup>1</sup> قال في البدائع (94/3): "وأما البدعي الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الشتين في طهر واحد لاجتماع فيه، سواء كان الجمع بأن أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفريق واحدا بعد واحد".

<sup>2</sup> قال في بداية المجتهد (63/2): "أما الموضع الثاني فإنَّ مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير الستة"، واختلف المالكية في حكم إيقاع الطلقتين والثلاث، فقد جاء في حاشية الدسوقي (570/2): "ثم إنَّ ظاهره أن الزائد على الواحدة مكروه مطلقا، وقال اللخمي: إيقاع اثنتين مكروه، وثلاثة ممنوع، ونحوه في (المقدمات) و(اللباب)، وعبر في (المدونة) بالكراهة، لكن قال الرجرجاني: مراده التحريم".

<sup>3</sup> شرح النووي على مسلم (51/4).

<sup>4</sup> المغني (281/7)، والمبدع (261/7).

<sup>5</sup> يُنظر: المبسوط (6/6)، وشرح فتح القدير (470/3)، والمعونة (829/2)، والمغني (281/7).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 230.

<sup>8</sup> المحلى (170/7).

تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا<sup>1</sup>.

قال ابن حزم عن هذه الآية بأنها: "عموم لإباحة الثلاث والاثنتين والواحدة"<sup>2</sup>.

ب- من السنة النبوية: احتجوا بأحاديث عدة منها:

1- حديث رُكَّانَةَ<sup>3</sup> بن عبد يزيد أنه طلق امرأته سُهِيمَةَ أَلْبَتَّةَ، ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إنني طَلَّقتُ امرأتِي سُهِيمَةَ أَلْبَتَّةَ، وما أردتُ إلاَّ واحدةً، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "والله ما أردتُ إلاَّ واحدةً؟ فقال رُكَّانَةُ: والله ما أردتُ إلاَّ واحدةً، فرَدَّها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم"<sup>4</sup>.

قال الإمام الشافعي: "ولم يُنقل إنكارُ النبي صلى الله عليه وسلم، كما نُقل الإنكارُ على ابن عمر لما طَلَّقَ زوجته وهي حائضٌ"<sup>5</sup>.

ورُدَّ هذا بأنَّ الحديث ضعيف، قال ابن تيمية: "ما أردتُ إلاَّ واحدةً" ضعيف عند أئمة الحديث، ضعَّفه أحمد والبخاري وأبو عبيد وابن حزم"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>2</sup> المحلى (170/7).

<sup>3</sup> هو رُكَّانَةُ بن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي المطلبِي من مسلمة الفتح، وكان من أشدَّ الناس، وهو الذي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصارعه، وذلك قبل إسلامه، ففعل فصرعه رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثاً، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث، توفي - رضي الله عنه ورحمه - في خلافة عثمان، وقيل: أول خلافة معاوية سنة اثنتين وأربعين. يُنظر:

الاستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ت (436هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية: بيروت، ط2، 1422هـ - 2002م، (86/2-87).

وأسد الغابة في معرفة الصحابة، عز الدين بن الأثير ت (630هـ)، دار الفكر: بيروت، ط1، 1419هـ - 1998م، (90/2).

<sup>4</sup> أخرجه أبو داود في (سننه) في كتاب الطلاق، باب في أَلْبَتَّة (263/2) والدار قطني في (سننه)، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (33/4) كلاهما عن نافع بن عجير عن رُكَّانَةَ بن عبد يزيد.

<sup>5</sup> الأم (137/7-138).

<sup>6</sup> وضعَّفه الألباني كذلك في (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل)، المكتب الإسلامي: بيروت ط2: 1405هـ - 1985م، (139/7).

- 2- حديث عائشة رضي الله عنها أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلق، فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتَحِلُّ للأول؟ قال: حتى يذوق عُسَيْلتها كما ذاق الأول<sup>1</sup>.
- وقد احتج بهذا الحديث ابن حزم<sup>2</sup>، وردُّ بأن حديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخرَ ثلاث تطليقات<sup>3</sup>.
- 3- خبر فاطمة بنت قيس حيث "طلقها زوجها أبو حفص ابن المغيرة ثلاثاً"<sup>4</sup>. وقد استدلل بهذا الحديث ابن حزم -رحمه الله-<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب: من جوز الطلاق الثلاث (2014/5)، ومسلم في (صحيحه)، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره وبطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها (1057/2).

<sup>2</sup> هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد عام (384هـ-994م)، كان إليه المنتهى في الذكاء وحدة الذهن، وسعة العلم بالكتاب والسنة، والمذاهب والملل والنحل، والآداب والمنطق والشعر، مع الصدق والديانة والحشمة والسؤدد والرياسة وكثرة الكتب. كان سليط اللسان فتوقاه الفقهاء، وحذروا منه السلاطين والعامّة.

توفي رحمه الله مشرداً من بلده من قبل الدولة عام (456هـ-1064م)، ألف نحو 400 مجلد، تشتمل على قريب من 80 ألف ورقة، من أشهر مصنفاته:

(الفصل في الملل والأهواء والنحل)، و(المحلى)، و(جمع الأنساب)، و(طوق الحمامة)، و(الإحكام في أصول الأحكام). تُنظر ترجمته في:

وفيات الأعيان، وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان (ت 681هـ)، حققه الدكتور إحسان عباس، دار صادر: بيروت، دت، (325/3-330).

وشذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحلي بن أحمد العكري الدمشقي المعروف بـ(ابن العماد) الحنبلي ت 1089هـ، دار الكتب العلمية: بيروت، دت، (299/2-300)، والأعلام، للزركلي (254/4-255).

<sup>3</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الأدب، باب التيسم والضحك، وقالت فاطمة عليها السلام: "أسر إلي النبي صلى الله عليه وسلم - فضحكت" (2258/5) ومسلم في (صحيحه)، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره وبطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها (1057/2).

<sup>4</sup> رواه مسلم في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، (1115/2) وأبو داود في (سننه) كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة (286/2).

<sup>5</sup> اغلبي (171/7).

4- حديث اللعان، وفيه أنه طلقها ثلاثاً<sup>1</sup>.

وقد بوّب البخاريّ لهذا الحديث بقوله: "باب من جَوَزَ الطلاق الثلاث"<sup>2</sup>.

قال ابن حزم: "لو كانت طلاق الثلاث معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فصَحَّ يقينا أنها سنّة مباحة"<sup>3</sup>.  
ورُدَّ على هذا بما يأتي:

أ- "إنَّ طلاق الملاحين لزوجته ليس طلاقاً في محلّه، لأنّها بانت منه بمجرد اللعان"<sup>4</sup>.

ب- "إنَّ اللعان يوجب تحريماً مؤبداً، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره"<sup>5</sup>.

ج- الدليل من الأثر: ثبت عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنّهم طلقوا زوجاتهم ثلاثاً، ولو كان بدعيّاً حراماً ما فعلوه، من ذلك:

1- جاء رجل إلى عثمان رضي الله عنه، فقال: "إني طَلّقت امرأتي مائة، فقال: بانت منك بثلاث"<sup>6</sup>.

2- وطلّق عبد الرحمن بن عوف امرأته ألبتة وهو مريض فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدتها"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب من جَوَزَ طلاق الثلاث (2014/5).

<sup>2</sup> صحيح البخاري مع فتح الباري (437/9).

<sup>3</sup> المحلى (170/7)، وينظر: المبدع (262/7).

<sup>4</sup> سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، الشيخ محمد بن إسماعيل اليميني الصنعاني، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر: بيروت ط1، 1411هـ-1991م، (332/3) ويُنظر: مجموع الفتاوى (77/33-78).

<sup>5</sup> المغني (281/7).

<sup>6</sup> أخرجه الدار قطني في (السنن) (17/4)، وابن أبي شيبة في (المصنّف) (62/4)، واستدل بهذا الأثر ابن حزم في المحلى (172/7).

<sup>7</sup> أخرجه البيهقي في (السنن)، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت (362/7) وصحّحه الألباني في إرواء الغليل (160/6).

4- حديث اللعان، وفيه أنه طلقها ثلاثاً<sup>1</sup>.

وقد بوّب البخاريّ لهذا الحديث بقوله: "باب من جَوَزَ الطلاق الثلاث"<sup>2</sup>.

قال ابن حزم: "لو كانت طلاق الثلاث معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فصَحَّ يقينا أنها سنّة مباحة"<sup>3</sup>.

ورُدَّ على هذا بما يأتي:

أ- "إنَّ طلاق الملاعِن لزوجته ليس طلاقاً في محلّه، لأنّها بانّت منه بمجرّد اللعان"<sup>4</sup>.

ب- "إنَّ اللعان يوجب تحريماً موبداً، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره"<sup>5</sup>.

ج- الدليل من الأثر: ثبت عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنهم طلقوا زوجاتهم ثلاثاً، ولو كان بدعيّاً حراماً ما فعلوه، من ذلك:

1- جاء رجل إلى عثمان رضي الله عنه، فقال: "إنني طَلّقت امرأتِي مائةً، فقال: بانّت منك بثلاث"<sup>6</sup>.

2- وطلّق عبد الرحمن بن عوف امرأته ألبتّة وهو مريض فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدتها"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب من جَوَزَ طلاق الثلاث (2014/5).

<sup>2</sup> صحيح البخاري مع فتح الباري (437/9).

<sup>3</sup> المحلى (170/7)، وينظر: المبدع (262/7).

<sup>4</sup> سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلّة الأحكام، الشيخ محمد بن إسماعيل اليميني الصنعاني، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر: بيروت ط1، 1411هـ-1991م، (332/3) ويُنظر: مجموع الفتاوى (77/33-78).

<sup>5</sup> المغني (281/7).

<sup>6</sup> أخرجه الدار قطني في (السنن) (17/4)، وابن أبي شيبة في (المصنّف) (62/4)، واستدل بهذا الأثر ابن حزم في المحلى (172/7).

<sup>7</sup> أخرجه البيهقي في (السنن)، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض المسوت (362/7) وصحّحه الألباني في إرواء الغليل (160/6).

- وقد احتجّ بهذا الأثر الإمام الشافعي<sup>1</sup>.
- 3- وجاء رجل إلى ابن مسعود، فقال: إني طَلَّقت امرأتي تسعا وتسعين، فقال ابن مسعود: "ثلاث تُبينها، وسائرهنّ عدوان"<sup>2</sup>.
- 4- وقال رجل لابن عباس: "طلّقت امرأتي ألفا، فقال له ابن عباس: ثلاث منهنّ يحرم من عليه وما بقي فعليه وزره"<sup>3</sup>.
- قال ابن حزم: "لم يُنكر ابن مسعود وابن عباس الثلاث مجموعة أصلا، وإنما أنكروا الزيادة على الثلاث"<sup>4</sup>.
- 5- ونقل الشافعي بسنده عن ابن عباس وأبي هريرة وعبد الله بن عمر وعائشة وحفصة - رضي الله عنهم - وقائع لمن طَلَّق ثلاثا، ولم يُنكروا ذلك<sup>5</sup>.

## 2- أدلة القول الثاني:

احتجّوا بالقرآن والسنة، وبالأثر والإجماع، وبالمعقول.

أ- من القرآن الكريم: استدلووا بما يأتي:

- 1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>6</sup>.
- قالوا: "أيّ دفتان ألا ترى أنّ من أعطى آخر درهمين لم يَحْزُرْ أن يقال: أعطاه مرّتين حتّى يعطيه دفتين"<sup>7</sup> وقد ردّ ابن حزم على هذا بقوله: "وأما قولهم معنى قوله: ﴿الطَّلَاقُ

<sup>1</sup> الأم (138/5).

<sup>2</sup> أخرجه عبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب المطلّق ثلاثا (395/6)، وابن أبي شيبة في (المصنف)، (61/4)، واستدلّ بهذا الأثر ابن حزم في المحلى (172/7).

<sup>3</sup> أخرجه الدار قطني في (السنن)، كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره (14/4) وعبد الرزاق في (مصنّفه)، كتاب الطلاق، باب المطلّق ثلاثا (397/6)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (123/7)، واستدلّ بهذا الأثر ابن حزم في المحلى (172/7)، والشيرازي في المهذب (80/2).

<sup>4</sup> المحلى (172/7).

<sup>5</sup> الأم (138/5-139).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>7</sup> بدائع الصنائع (94/3) ويُنظر: المسوط (5/6).



مرتان<sup>1</sup> ﴿إِنَّ مَعْنَاهُ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ فَخَطَأً﴾، بل هذه الآية كقوله تعالى: ﴿لَوْ تَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾<sup>2</sup>، أي مضاعفاً معاً<sup>3</sup>.

قال في (بدائع الصنائع) مُبَيَّنًا وَجْهَ الاستدلال بالآية: "إِنَّ هَذَا وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهُ الْخَيْرَ فَمَعْنَاهُ الْأَمْرُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ عَلَى ظَاهِرِهِ يُوَدِّي إِلَى الْخُلْفِ فِي خَيْرٍ مِنْ لَا يَحْتَمِلُ خَيْرُهُ الْخُلْفَ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ عَلَى سَبِيلِ الْجَمْعِ قَدْ يُوْجَدُ، وَقَدْ يَخْرُجُ اللَّفْظُ مَخْرَجَ الْخَيْرِ عَلَى إِرَادَةِ الْأَمْرِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿هُوَ الْمَطْلُوقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾<sup>4</sup>، أي: "لِيَتَرَبَّصْنَ" وَقَالَ تَعَالَى: ﴿هُوَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْ لَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾<sup>5</sup>، أي: "لِيَرْضِعْنَ"، وَنَحْوَ ذَلِكَ، كَذَا هَذَا فَصَارَ كَأَنَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى قَالَ: "طَلَّقُوهُنَّ مَرَّتَيْنِ إِذَا أَرَدْتُمْ الطَّلَاقَ"، وَالْأَمْرُ بِالتَّفْرِيقِ هِيَ عَنِ الْجَمْعِ، لِأَنَّهُ ضِدُّهُ فَيَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الْجَمْعِ حَرَامًا أَوْ مَكْرُوهًا كَمَا بَيَّنَّا"<sup>6</sup>.

2- واحتجوا كذلك بقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>7</sup>، أي "يبدو له فيراجعها وذلك عند التفريق لا عند الجمع"<sup>8</sup>.

قال القاضي عبد الوهاب<sup>9</sup>: "فَنَدَبْنَا إِلَى الطَّلَاقِ الرَّجْمِيِّ لِيَكُونَ لِلْمَطْلُوقِ سَبِيلًا إِلَى

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 229..

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 31.

<sup>3</sup> المحلى (167/7-168).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 228..

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع (94/3).

<sup>7</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>8</sup> المبسوط (5/6).

<sup>9</sup> القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، أبو محمد، فقيه ذو معرفة بالأدب، ولد ببغداد عام (362هـ/973م)، رحل إلى الشام، ثم توجه إلى مصر فعلمت شهرته وتوفي فيها عام (422هـ-1031م) من آثاره: (النصرة لمذهب إمام دار الهجرة)، و(المعونة لمذهب عالم المدينة)، و(شرح المدونة)، و(التلقين)، و(الإشراف على مسائل الخلاف)، وغيرها من الكتب النافعة، تُنظَر ترجمته في "الديباح المذهب" ص(159-160)، و(الأعلام) (184/4).

تلافي ندم إن وقع منه، ثم وصفه بالإثم فقال: ﴿ومن يتعدّ حدودَ الله فقد ظلم نفسه﴾<sup>1</sup>2.

ثم قال تعالى بعد ذلك: ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾<sup>3</sup>، وقال: ﴿ومن يتق الله يجعل له من أمره يسراً﴾<sup>4</sup>، "ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر، ولم يجعل له مخرجاً، ولا من أمره يسراً"<sup>5</sup>.

## 2- من السنة النبوية: احتجوا بالأحاديث الآتية:

أ- ما ورد في بعض روايات حديث ابن عمر السابق قوله: "يا رسول الله، أرأيت لو طلّقتها ثلاثاً؟، قال: إذا عصيت ربك وبأنت منك امرأتك"<sup>6</sup>.  
"فبين أن جمع الطلقات الثلاث معصية فيكون بدعيًا وهو المطلوب"<sup>7</sup>، وقد ردّ ابن حزم بأن الحديث ضعيف فلا حجة فيه<sup>8</sup>.

ب- حديث محمود بن لبيد<sup>9</sup> -رضي الله عنه- قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضباناً، ثم قال: "أيلعب بكتاب

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>2</sup> المعونة (2/828)، وينظر: بدائع الصنائع (3/95).

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 40.

<sup>5</sup> كشف القناع (5/277).

<sup>6</sup> رواه مسلم في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (2/1094).

<sup>7</sup> المبسوط (6/5)، والمعونة (2/228)، والمغني (7/281).

<sup>8</sup> المحلى (7/170).

<sup>9</sup> هو محمود بن لبيد بن رافع بن امرئ القيس بن زيد الأنصاري الأشهلي من بني عبد الأشهل، وُلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد حدّث عن النبي صلى الله عليه وسلم بأحاديث. قال البخاري: "له صُحبة"، وذكر ابن حبان محمود بن لبيد في التابعين وقال: يروي المراسيل، ثم قال: وذكرته في الصحابة لأن له رؤية. وكان محمود بن لبيد أحد العلماء، روى عن ابن عباس، توفي -رضي الله عنه ورحمه- سنة ست وتسعين. ينظر:

الاستيعاب (3/435-436)، والإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق علي محمد السجاءي، دار الجيل: بيروت، ط 1، 1412هـ-1992م (6/42).

الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟<sup>1</sup>.  
"واللعب بكتاب الله ترك العمل به، فدلّ على أن موقع الثلاث مخالف للعمل، بما في كتاب  
الله"<sup>2</sup>.

وقد ضعّف ابن حزم هذا الحديث وقال عنه: "مرسل ولا حجة في مرسل"<sup>3</sup>.  
ج-وعن عبادة بن الصامت -رضي الله عنه- قال: طلق جدّي امرأة له ألف تطلقه،  
فانطلق أبي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له، فقال له النبي صلى الله  
عليه وسلم: "أما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله، وأما تسع مائة وسبع وتسعون فعُدوان  
وظلم، إن شاء الله عذبه، وإن شاء غفر له"<sup>4</sup>، وقدردّ ابن حزم على المحتجّين<sup>5</sup> بهذا  
الحديث بقوله عنه: "هو في غاية السقوط"<sup>6</sup>، وقال أيضا: "ثمّ ألفاظه متناقضة في بعضها،  
أما ثلاث فلك. وهذا إباحة للثلاث وبعضها بخلاف ذلك"<sup>7</sup>.

وقال الدار قطني: "رواه مجهولون وضعفاء إلا شيخنا وابن عبد الباقي"<sup>8</sup>.

**3- من الأثر: استدّلوا بما يأتي:**

أ- كان عمر إذا أتني برجل طلق امرأته ثلاثا أوجع ظهره<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه النسائي في (السنن)، كتاب الطلاق، باب (الثلاث المجموعة وما فيه من التغليب) عن محمود بن لبيد (349/3).

<sup>2</sup> المبسوط (5/6).

<sup>3</sup> المحلى (168/7).

<sup>4</sup> أخرجه الدار قطني في (السنن)، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (20/4).

<sup>5</sup> من المحتجّين بهذا الحديث صاحب المبسوط (5/6)، وصاحب شرح فتح القدير (470/3).

<sup>6</sup> المحلى (169/7).

<sup>7</sup> المرجع نفسه (170/7).

<sup>8</sup> سنن الدار قطني (20/4).

<sup>9</sup> أخرجه سعيد بن منصور في (السنن)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية: الهند، ط1، 1982م، كتاب الطلاق، باب التعدي في الطلاق (302/1)، والطحاوي في (شرح معاني الآثار)، تحقيق محمد زهري النجاشي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1399هـ، كتاب الطلاق، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا معا، (59/3) كلامها عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- وقال عنه ابن حجر: "وسنده صحيح"، فتح الباري (487/9)، وأخرجه عبد الرزاق في (المصنّف) عن أنس بن مالك في كتاب الطلاق، باب الطلاق ثلاثا بلفظ: "كان عمر بن الخطاب -

ب- وقال ابن عباس: "إن أحدكم يركب الأحموقة، فيطلق امرأته ألفاً، ثم يأتي فيقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله تعالى قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾<sup>1</sup>، وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً، بانت منك امرأتك وعصيت ربك"<sup>2</sup>.  
قال ابن حزم ردّاً على المحتجّين<sup>3</sup> بهذا الأثر: "وهو على ظاهره، نعم إن اتقى الله جعل له مخرجاً وليس فيه أن طلاقه الثلاث معصية"<sup>4</sup>.  
ج- والقول بتحريم الطلاق الثلاث جملة واحدة ثابت عن كثير من الصحابة، قال في (المبسوط):

"روي عن علي وعمر وابن مسعود وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة وعمران بن حصين رضي الله عنهم كراهة إيقاع الطلاق الثلاث بألفاظ مختلفة"<sup>5</sup>.  
وذكر ابن حزم أن إنكار أولئك الصحابة - عليهم الرضوان - كان منصباً على الزيادة على ثلاث طلاقات، أما الطلاقات الثلاث فلم يُنكروها فلا جناح على من أوقعها<sup>6</sup>.

4- الإجماع: قال في المعونة: "ولأنه إجماع الصحابة - رضي الله عنهم -، روي عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين ولا يخالف عليهم فيه"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - إذا ظفر برجل طلق امرأته ثلاثاً أوجع رأسه بالدرة" (395/6)، واحتج بهذا الأثر: الكاساني في "البدائع" (95/3)، وابن قدامة في "المغني" (281/7)، والصنعاني في سبل السلام (332/3).

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>3</sup> أخرجه أبو داود في (سننه)، كتاب الطلاق، باب المراجعة بعد التطليقات الثلاث (260/2) والبيهقي في (السنن الكبرى) كتاب الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج ألا يطلق إلا واحدة (334/7)، وصحّحه الشيخ الألباني في (صحيح سنن أبي داود) (11/2) وفي (الإرواء) (121/7).

<sup>4</sup> يُنظر الاحتجاج بهذا الأثر في: بدائع الصنائع (96/3) وكشاف القناع (277/5).

<sup>5</sup> المحلى (172/7).

<sup>6</sup> المبسوط (6/6).

<sup>7</sup> يُنظر: المحلى (172/7).

<sup>8</sup> المعونة (829/2).

وقال الكرخي: "لا أعرف بين أهل العلم خلافاً أن إيقاع الطلاق جملةً مكروه إلا قول ابن سيرين، وإن قوله ليس بحجة"<sup>1</sup>.

وقلب ابن حزم القول فقال: "ولا يُعلم عن أحد من التابعين أن الثلاث معصية صرح بذلك إلا الحسن"<sup>2</sup>.

**5- من المعقول:** قالوا: "إن الطلاق قد شرع في الأصل بطريقة الرخصة للحاجة، والحاجة تندفع بالرجعي، فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن سنة، ولأنه لا يمكنه المراجعة إذا ندم لو طلق ثلاثاً"<sup>3</sup>.

والصحيح أن إيقاع الطلاق الثلاث دفعةً واحدةً ينافي حكمة الشريعة الإسلامية في تحديد الطلاق وذلك ما كان يفعله العرب في الجاهلية من اللعب بعدد الطلقات، ويُرجعون زوجاتهم متى شاءوا، فحدّد الإسلام عدد الطلقات<sup>4</sup>، فلا تكون الزوجة ألعوبة بيد الزوج المتسرّع في طلاقه؛ لأنّ جمع الثلاث يقطع على الزوج احتمال العودة إلى زوجته، وقد ورد تحريم هذا الجمع نصّاً في حديث ابن عمر السابق الذي قال فيه الرسول عليه الصلاة والسلام لابن عمر لما سأله: أرأيت لو طلقها ثلاثاً؟ قال له: إذا عصيت ربك وبأنت منك امرأتك"<sup>5</sup>.

### البند الثالث: طلاق لا يُوصف بالسني ولا بالبدعي:

ألحق بعض العلماء هذا النوع من الطلاق بالطلاق السني، وجعله آخرون قسماً ثالثاً<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المبسوط (6/6).

<sup>2</sup> المحلى (173/7).

<sup>3</sup> بدائع الصنائع (93/3)، ويُنظر: المعونة (829/2)، والفتاوى الكبرى (19/3).

<sup>4</sup> يُنظر: تفسير ابن كثير، أبو الفداء، إسماعيل بن عمر بن كثير، ت 774هـ، دار الفكر: بيروت، 1401هـ، (272/1).

<sup>5</sup> سبق تخريجه ص 78، ويُنظر الترجيح في كتاب: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، الدكتور نصر سلمان، والدكتورة سعاد سطحي، دار الهدى، عين مليلة: الجزائر، 2003م، ص 41.

<sup>6</sup> من الذين جعلوه قسماً ثالثاً أصحاب الكتب الآتية: التلقين (316/1)، والكافي لابن عبد البر ص 262، ومغني المحتاج (807/3)، وروضة الطالبين (7/8)، وفتح الباري (419/9)، والمبدع (262/7)، والإفناع (278/5) - (279).

- وقال الحسن بن صالح<sup>1</sup> وزُفْرٌ<sup>2</sup>: "يفصل بين الجماع والطلاق بشهر"<sup>3</sup>.
- 4- طلاقٌ من بذلت عِوضاً في سبيله، أو سألته الطلاق طليقةً واحدةً، فطلاقها يجوز زمن الحيض لرضاها بتطويل العدة، ولأن إمساكها أشد من تطويل العدة<sup>4</sup>، وخالف المالكية فعَدُّوا هذا الطلاق بدعيًا محرماً<sup>5</sup>.
- 5- طلاق المُستَحَاضَةِ كطلاق الطاهر<sup>6</sup>.
- 6- "لو كانت حاملاً ورأت الدم، وقلنا: الحامل تحيض فلا يكون طلاقها بدعيًا، ولا سيما إن وقع قبل الولادة"<sup>7</sup>.
- 7- إذا طلق الحاكمُ على المولي<sup>8</sup>، وافق وقوع ذلك في الحيض.
- 8- في صورة الحكمين إذا تعيّن طريقاً لرفع الشقاق، وكانت المرأة حائضاً<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> الحسن بن صالح بن حي، واسم حي (حَيَّان) الإمام الكبير أحد الأعلام، أبو عبد الله الهمداني الثوري الكوفي الفقيه العابد أخو علي بن صالح، أصله من ثغور همدان، ولد عام (100هـ-718م)، كما ذُكر ذلك وكيع، قال الذهبي: "من أئمة الإسلام لولا تلبسه ببدعة"، كان من زعماء الفرقة (البترية) من الزيدية، قال أحمد لما سئل عن حديثه: ثقة، وقال أبو حاتم: ثقة حافظ متقن، وقال النسائي: ثقة. كان زاهداً عابداً، ورعاً، كان يرى الخروج على أمراء زمانه لظلمهم، توفي- رحمه الله -عام 169هـ، وذكر صاحب (الأعلام) أنه مات عام (168هـ-785م)، من آثاره: (التوحيد)، و(إمامة ولد علي من فاطمة)، تُنظر ترجمته في:

سير أعلام النبلاء (361/7-371)، والأعلام للزركلي (315/2).

<sup>2</sup> زُفْرٌ بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي الحنفي، يكتب بـ(أبي الهذيل)، ولد سنة 110هـ، قال وكيع: "ما نفعني مجالسة أحد مثل ما نفعني مجالسة زفر"، وعن أبي نعيم قال: "قال لي زفر: هات أحاديثك أغربها لك غريبة" توفي سنة 158هـ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ص (534-537).

<sup>3</sup> مختصر اختلاف العلماء، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ت 321هـ، تحقيق الدكتور عبد الله نذير أحمد، ط2، 1411هـ، دار البشائر الإسلامية، بيروت (377/2).

<sup>4</sup> يُنظر: مغني المحتاج (307/3).

<sup>5</sup> يُنظر القبس (92/3)، والشرح الكبير (572/2).

<sup>6</sup> يُنظر: المعونة (838/2-839)، ومواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر: بيروت، ط2، 1398هـ (83/4).

<sup>7</sup> فتح الباري (420/9) وينظر: شرح النووي على مسلم (50/4).

<sup>8</sup> سبق شرح معنى المولي ص 50.

<sup>9</sup> فتح الباري (420/9).

الفرع الثاني: تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن:

يُقسّم الطلاق من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن، وهذا باتّفاق العلماء، وسأتحدّث عن كلا النوعين، مُبيّنا مواضعها:

البند الأول: الطلاق الرجعي:

سأتحدّث عن هذا النوع معرّفاً له، وذاكراً دليّله:

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق الرجعي لغة واصطلاحاً:

**1- تعريف الطلاق الرجعي لغة:** الطلاق الرجعي مكوّن من كلمتين: الطلاق والرجعي، لذا ينبغي تعريف كلا الجزئين، أمّا الطلاق فسبق تعريفه، وأمّا الرجعي فنسبته إلى الرجعة، والرجعة لغة: المرّة من الرجوع<sup>1</sup>.

وارتجع المرأة وراجعها مُراجعة ورجاعاً: رجّعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة والرجعة، يقال: طلق فلان فلانة طلاقاً يملك فيه الرجعة والرجعة والفتح أفصح<sup>2</sup>. والرجعي مقصور أيضاً<sup>3</sup>.

والمُراجعة: المعاودة<sup>4</sup>. والمراجع من النساء: التي يموت زوجها أو يطلقها فترجع إلى أهلها، ويقال لها أيضاً: راجع<sup>5</sup>.

ورجع الكلب في قيئه: عاد. والرجع والترجيع والراجعة: الغدير يتردّد فيه الماء. والرجع: المطر؛ لأنه يرجع مرّة بعد مرّة، وفي التنزيل: ﴿هُوَ السَّمَاءُ ذَاتِ الرَّجْعِ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب (1592/3).

<sup>2</sup> المصدر نفسه (1594/3).

<sup>3</sup> جمهرة اللغة، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، تحقيق الدكتور رمزي منير البعلبكي، دار العلم للملايين: بيروت، ط1، نوفمبر 1987م، (461/1).

<sup>4</sup> لسان العرب (1594/3).

<sup>5</sup> المصدر نفسه (1594/3).

<sup>6</sup> سورة طه، الآية 11.

ويُقال: رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعًا وَرُجُوعًا. وَرَجَعْتُهُ إِلَى أَهْلِهِ: أَي رَدَدْتُهُ إِلَيْهِمْ، وَأَرْجَعُ يَدَهُ إِلَى سَيْفِهِ لِيَسْلُهُ، أَوْ إِلَى كِنَانَتِهِ لِيَأْخُذَ سَهْمًا<sup>1</sup>.

2- تعريف الطلاق الرجعي اصطلاحاً: سَأَعْرِفُ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، ثُمَّ فِي قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ.

أ- تعريف الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه، وإن كان المعنى واحداً متفقاً عليه.

1- عرّفه الحنفية بأنه: "تطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال، أو ما دون الثنتين إن كانت أمة بصريح الموصوف، والمُشَبَّه أو بعض الكنايات المخصوصة"<sup>2</sup>.

2- وقال المالكية هو: "إعادة الزوجة المطلقة من نكاح صحيح وُطِّتْ فِيهِ وَطْئًا صَحِيحًا لِعَصْمَةِ زَوْجِهَا"<sup>3</sup>.

3- أما الشافعية فوضّح إمام المذهب صورته بقوله: "فأَيُّمَا زَوْجٍ حُرٍّ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ بَعْدَمَا يُصَيِّبُهَا وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ فَهُوَ أَحَقُّ بِرَجْعَتِهَا مَا لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتَهَا"<sup>4</sup>.

4- وعرّفه الحنابلة بأنه الطلاق الذي يملك فيه الزوج "إعادة مطلقته إلى ما كانت عليه من غير عقد"<sup>5</sup>.

5- وعرّف ابن حزم الظاهري الطلاق الرجعي بقوله: "هو الذي يكون فيه الزوج مخيراً ما دامت في العدة بين تركها لا يراجعها حتى تنقضي عدتها فتملك أمرها فلا يراجعها إلا بوليٍّ ورضاها وصدّاق، وبين أن يُشْهِدَ عَلَى ارْتِجَاعِهَا فَقَطْ، فَتَكُونُ زَوْجَتَهُ أَحَبَّتْ أَمْ كَرِهَتْ بِلَا وَبَلِيٍّ وَلَا صَدَاقٍ وَلَكِنْ بِإِشْهَادِ فَقَطْ"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يُنظَرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ (3/1594-1595)، وَجُمْهُورَةُ الْعَرَبِ (1/460-461).

<sup>2</sup> شَرْحُ فَتْحِ الْقَدِيرِ (4/185)، وَيُنظَرُ: بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ (3/109).

<sup>3</sup> سِرَاجُ السَّالِكِ شَرْحُ أَسْهَلِ الْمَسَالِكِ، عَثْمَانُ بْنُ بَرِيٍّ الْجَعْلِيُّ الْمَالِكِيُّ، الْمَوْسُئَةُ الْوَطْنِيَّةُ لِلْفَنُونِ الْمَطْبُوعِيَّةِ، وَحَدَّةُ الرِّغَايَةِ: الْجَزَائِرُ، 1992م، (2/78).

<sup>4</sup> الْأُمُّ (5/243).

<sup>5</sup> الْإِقْنَاعُ (5/395)، وَالْمَبْدَعُ (7/390).

<sup>6</sup> الْمَخَلَّى (7/216).



يتضح من التعاريف السابقة أنه يشترط في الطلاق الرجعي الذي يملك فيه الزوج إرجاع زوجته أن يكون طلاقاً من نكاح صحيح بعد الدخول قبل انقضاء عدتها، فإن انتهت العدة بانت منه، سواء كان طلقها الطلقة الأولى، أو الطلقة الثانية، ويكون ارتجاعها من غير عقد فلا يلزم ولي ولا صداق، ولا رضى الزوجة واختلف العلماء في اشتراط الإشهاد.<sup>1</sup>

### ب-تعريف الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق الرجعي (Divorce revocable) بقولها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد صحيح، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"<sup>2</sup>. وما يلاحظ في القانون أنه لا يعترف بالطلاق البائن إلا بعد صدور الحكم القضائي بذلك، والمعروف في الفقه الإسلامي أن ذلك ليس بمشروط.

الفقرة الثانية: دليل الطلاق الرجعي: مشروع بالكتاب والسنة، وبالإجماع والمعقول.

#### 1- من الكتاب الكريم: دل على مشروعيته عدة آيات منها:

أ- قوله تعالى: ﴿هُوَ الْمَطْلُوقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> اشترط الإشهاد في الرجة الظاهرية، والمهلب، والإمامان الشافعي وأحمد في رواية عنهما واحتجوا بقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَرْحَامُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (سورة الطلاق، الآية 2) يُنظر: المحلى (216/7)، والجامع لأحكام القرآن (93/2-94) ومغني المحتاج (336/3)، والمغني (403/7).

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري ص: 13.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 228.

قال الشافعي - رحمه الله -: "في قوله عز وجل: ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾: "إصلاح الطلاق الرجعة - والله أعلم -، فمن أراد الرجعة فهي له؛ لأن الله تبارك وتعالى جعلها له"<sup>1</sup>.

وروى الإمام الطبري<sup>2</sup> - رحمه الله - عن ابن عباس في تفسير الآية قوله: "إذا طلق الرجل امرأته تطليقة أو اثنتين وهي حامل فهو أحقّ برجعته ما لم تضع"<sup>3</sup>.

ب- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>4</sup>، والإمساك بالمعروف هو الرجعة.<sup>5</sup>

ج- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّعْتُوا﴾<sup>6</sup>.

قال الشافعي: "إذا شارفن أجلهن فراجعوهن بمعروف أو دعوهن تنقضي عددهن بمعروف

<sup>1</sup> الأم (243/5).

<sup>2</sup> هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري أبو جعفر المؤرخ المفسر الفقيه الإمام، ولد في (أمل) طبرستان عام (224هـ/839م)، واستوطن بغداد وتوفي بها عشية يوم الأحد ليومين بقيا من شوال عام 310هـ-923م، كان زاهدا ورعا، حافظا لكتاب الله بصيرا بالمعاني، فقيها في أحكام القرآن عالما بالسنة وطرقها صحيحها وسقيمها، كان أولا شافعيًا، ثم انفرد بمذهب وأقوال وأخبار واختيارات، وله أتباع ومقلدون، قال ابن خزيمة: "ما أعلم على أديم الأرض أعلم من ابن جرير".

من آثاره: (جامع البيان في تفسير القرآن) يُعرف بتفسير الطبري، و(أخبار الرسل والملوك) يُعرف بتاريخ الطبري، و(تهذيب الآثار) قال عنه الخطيب: "لم أر مثله في معناه"، و(اختلاف العلماء)، و(القراءات). تُنظر الترجمة في:

(طبقات المفسرين)، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت 911هـ، تحقيق علي محمد عمر، مكتبة وهبة: القاهرة، ط 1، 1396هـ، ص (95-96) وشذرات الذهب (260/1)، والأعلام (69/6).

<sup>3</sup> تفسير الطبري (273/2).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع (181/3).

<sup>6</sup> سورة النقا، الآية 231.

ولهاهم أن يمسكوا ضرارا ليعتدوا، فلا يحل إمساكهن ضرارا"<sup>1</sup>.  
 د- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ  
 وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ إلى قوله: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾<sup>2</sup>.  
 قال القرطبي: "قال جميع المفسرين أراد بالأمر هنا الرغبة في الرجعة"<sup>3</sup>.

2- من السنة النبوية: استدلوا بعدة أحاديث منها:

أ- طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها<sup>4</sup>.  
 ب- حديث ابن عمر قال: "طلقت امرأتي وهي حائض، فسأل عمر النبي صلى الله  
 عليه وسلم، فقال: "مرّة فليراجعها"<sup>5</sup>.

ج- واستدل الشافعي<sup>6</sup> بحديث رُكَّانَةَ الذي طلق امرأته ألبتة، ولم يُرد إلا واحدة،  
 فردّها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>7</sup>.

3- الإجماع: قال ابن حزم: "اتفقوا أن من طلق امرأته التي نكحها نكاحا صحيحا  
 طلاق سنّة وهي ممن يلزمها عدّة من ذلك فطلقها مرّة، أو مرّة بعد مرّة فله مراجعتها  
 شاءت أم أبت بلا ولي ولا صداق ما دامت في العِدّة، وأنهما يتوارثان ما لم تنقض العِدّة،  
 واختلفوا أيلحقها إيلأوه وظهاره، ويلاعنها إن قذفها أم لا؟"<sup>8</sup>.

4- من المعقول: قال في (بدائع الصنائع)<sup>9</sup>: "لأن الحاجة تمسّ إلى الرجعة؛ لأنّ  
 الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرّبُّ جلّ جلاله: ﴿ لَا تَدْرِي

<sup>1</sup> أحكام القرآن، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية: بيروت، 1400هـ، (226/1).

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>3</sup> الجامع لأحكام القرآن (119/18).

<sup>4</sup> سبق خريجه، ص 47.

<sup>5</sup> سبق خريجه، ص 48.

<sup>6</sup> الأم (243/5).

<sup>7</sup> سبق تخريجه، ص 73.

<sup>8</sup> مراتب الإجماع، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الكتب العلمية: بيروت، دت، ص 75.

<sup>9</sup> بدائع الصنائع (181/3).

لعلَّ الله يُحَدِّثُ بعدَ ذلكَ أمراً<sup>1</sup> فيحتاج إلى التدارك فلو لم تثبت الرجعة لا يمكن التدارك".

### البند الثاني: الطلاق البائن:

سأتحدّث عن الطلاق البائن معرّفاً له، وذاكراً دليّله.

### الفقرة الأولى: تعريف الطلاق البائن لغة واصطلاحاً:

**1- تعريف الطلاق البائن لغة:** البَيْنُ في كلام العرب يأتي على وجهين: يكون البَيْنُ الفرقة، ويكون الوصل، بَانَ يَبِينُ بَيْنُونَةً وهو من الأضداد<sup>2</sup>. والمُبَايَنَةُ: المفارقة، وتباين القوم: تهاجروا<sup>3</sup>.

وبانتِ المرأة من الرجل وهي بائن: انفصلت عنه بطلاق، وتطليقة بائنة بالهاء لا غير، وهي فاعلة بمعنى مفعولة، أي تطليقة ذات بينونة، ومثله: عَيْشَةٌ راضية: أي ذات رضى<sup>4</sup>.

**2- تعريف الطلاق البائن اصطلاحاً:** سأعرّف هذا النوع من الطلاق في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

**أ- تعريف الطلاق البائن في الفقه الإسلامي:** ينقسم الطلاق البائن إلى طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى، وسأعرّف كلا النوعين:

**1- تعريف الطلاق البائن بينونة صغرى:** قال ابن حزم: "واتفقوا أنه إذا تمت العِدَّة قبل أن يرتجعا أنه ليس له ارتجاعها إلا برضاها إن كانت ممن لها رضى على حكم ابتداء النكاح"<sup>5</sup>.

وقال أيضاً: "والبائن هو الذي لا رجعة له عليها إلا أن تشاء في غير الثلاث بوليّ وصداق، ورضاها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>2</sup> لسان العرب (403/1).

<sup>3</sup> لسان العرب (404/1)، جمهرة العرب (1028/2)، والقاموس المحيط (204/1).

<sup>4</sup> لسان العرب (409/1)، ويُنظر: طُلبَةُ الطَّلَبَةِ، ص 104.

<sup>5</sup> مراتب الإجماع، ص 75.

<sup>6</sup> المحلى (217/7).

وقال الإمام الشافعي<sup>1</sup>: "فإذا انقضت العدة فلا سبيل لزواج على امرأته إلا بنكاح جديد؛ لأن الله عز وجل إذ جعل الرجعة له عليها في العدة فبين أن لا رجعة عليها بعدها في قول الله عز وجل: ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن﴾<sup>2</sup>.  
وتما سبق يتبين أن الطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إليه إلا بعقد ومهر جديدين. وسيأتي بيان مواضعه - إن شاء الله -.

**2- تعريف الطلاق البائن بينونة كبرى:** قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً أنها لا تحل إلا بعد زوج غيره، على ما جاء به حديث النبي صلى الله عليه وسلم<sup>3</sup>. وانفرد سعيد بن المسيّب<sup>4</sup> فقال: "إن تزوجها تزويجاً صحيحاً لا يريد به إحلالاً فلا بأس أن يتزوجها الأول"<sup>5</sup>.

قال ابن كثير<sup>6</sup>: "واشتهر بين الفقهاء أن سعيد بن المسيّب - رحمه الله - يقول: يحصل المقصود من تحليلها للأول بمجرد العقد، وفي صحته عنه نظر"<sup>7</sup>  
وقال الحسن البصري<sup>8</sup>:

<sup>1</sup> الأم (244/5).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>3</sup> حديث امرأة رفاعة، وسيأتي قريباً عند الحديث عن دليل هذا النوع من الطلاق ص 95.

<sup>4</sup> وهذا القول منقول كذلك عن سعيد بن جبیر، ينظر الجامع لحكام القرآن (115/3).

<sup>5</sup> الإجماع، ص: 81.

<sup>6</sup> هو إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضو بن درع القرشي البصري ثم الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين، وُلد في قرية من أعمال بصرى الشام، عام (701هـ/1302م)، حافظ مؤرخ فقيه محدث، انتقل مع أخ له إلى دمشق سنة 706هـ، ورحل في طلب العلم، أخذ الكثير عن شيخ الإسلام ابن تيمية، دافع عنه، وأتبعه في كثير من آرائه، توفي في شعبان سنة (774هـ/1373م). من كتبه: (البداية والنهاية) في التاريخ انتهى فيه إلى حوادث سنة 767هـ، و"شرح صحيح البخاري" لم يكمله، و(تفسير القرآن العظيم)، واختصر (مذهب الكمال)، و(طبقات الشافعية). تُنظر الترجمة في: (طبقات الشافعية)، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن قاضي شهبة ت 851هـ، تحقيق الدكتور عبدالعليم خان، عالم الكتب: بيروت، ط 4، 1407هـ (85/3-86)، و(البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع)، محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة: بيروت، دت، ص 153، والأعلام (320/1).

<sup>7</sup> تفسير ابن كثير (278/1).

<sup>8</sup> هو الحسن بن أبي الحسن يسار أبو سعيد مولى زيد بن ثابت الأنصاري، وُلد لستين بقيتا من خلافة عمر بالمدينة عام (21هـ-642م)، روى عن عمران بن حصين والمغيرة بن شعبة وسمرة بن جندب وخلق من الصحابة حدثه عنه حمند تطويل وثابت البناني ومالك بن دينار وأمم سواهم. سكن البصرة وصار أكبر علمائها، قال محمد بن-

"لا يكفي مجرد الوطء حتى يكون إنزال"<sup>1</sup>.

قال القرطبي: "وذهب الجمهور من العلماء والكافة من الفقهاء إلى أن الوطء كافٍ في ذلك، وهو التقاء الختانين، الذي يُوجب الحد والغسل، ويُفسد الحجّ ويحصن الزوجين، ويوجب كمال الصداق"<sup>2</sup>.

قال القاضي عبد الوهاب المالكي مبيناً أثر هذا العقد، وشروط رجوع المطلقة إلى زوجها الأول: "ويحرم العقد فلا تحلّ بنكاح ولا بملكٍ إلاّ بشروط ثلاثة: أحدها: أن تنكح زوجاً غيرها نكاحاً جائزاً.

والثاني: أن يطأها وطئاً صحيحاً.

والثالث: أن تبين منه بطلاق أو فسخ أو موت"<sup>3</sup>.

وقال الشافعي: "والثانية: المرأة يطلقها الحرّ ثلاثاً فلا تحلّ له حتى يجامعها زوجٌ غيره.. فإذا تزوّجت المطلقة ثلاثاً زوجاً صحيح النكاح ثم طلقها فانقضت عدتها حلّ لزوجها الأول ابتداءً نكاحها"<sup>4</sup>.

وقال ابن تيمية عن البيهقي الكبرى هي: "إيقاع البيهونة الحاصلة بإيقاع الطلاق الثالث الذي تحرم به المرأة حتى تنكح زوجاً غيره"<sup>5</sup>.

وقال ابن حزم: "من طلق امرأته ثلاثاً كما ذكرنا لم يحلّ له زواجها إلا بعد زوج يطأها في فرجها بنكاح صحيح في حال عقله وعقلها ولا بد"<sup>6</sup>.

= سعيد: "كان الحسن - رحمه الله - جامعاً، عالماً، ربيعاً، فقيهاً، ثقة، حجة مأموناً، عابداً ناسكاً، كثير العلم فصيحاً جميلاً وسيماً، وما أرسله فليس بحجة"، كما أنه كان يدلس. توفي - رحمه الله - بالبصرة عام (110هـ/728م)، له كلمات سائرة، وكتاب (فضائل مكة)، وللدكتور إحسان عباس كتاب (الحسن البصري)، تُنظر ترجمته في: (سمر أعلام النبلاء) (4/563-588) و(وفيات الأعيان)، (2/69-73)، والأعلام (2/226-227).

<sup>1</sup> الجامع لأحكام القرآن (3/114)، وبداية المجتهد (2/86).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (3/114).

<sup>3</sup> التلقين (1/316).

<sup>4</sup> الأم (5/248).

<sup>5</sup> مجموع الفتاوى (32/313).

<sup>6</sup> حصى (177).

وتما سبق يمكن القول بأن الطلاق البائن بينونة كبرى هو: "الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث".

**ب-تعريف الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري:** قسم قانون الأسرة الجزائري الطلاق البائن (Divorce irrevocable) كذلك إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى، وتعريفهم متطابق مع تعريف الفقهاء.

1- فقد عرفت المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق البائن بينونة صغرى بقولها: "ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"<sup>1</sup>.

2- وعرفت المادة 51 الطلاق البائن بينونة كبرى بقولها: "ولا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: دليل الطلاق البائن:

1- دليل الطلاق البائن بينونة صغرى: دلّ عليه الإجماع.

قال ابن المنذر "وأجمعوا على أن له الرجعة في المدخول بها ما لم تنقض العدة فإذا انقضت العدة فهو خاطب من الخطاب"<sup>3</sup>.

وقد استدلل الشافعي لهذا النوع بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾<sup>4</sup> وقال "لأن الله عز وجل إذ جعل الرجعة له عليها في العدة فبين أن لا رجعة عليها بعدها"<sup>5</sup>.

2- دليل الطلاق البائن بينونة كبرى: دلّ على هذا النوع من الطلاق الكتاب والسنة

والإجماع:

أ- من القرآن الكريم: دلّ عليه هذه الآيات:

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري ص: 13.

<sup>2</sup> المرجع نفسه: ص 13.

<sup>3</sup> الإجماع ص: 80.

<sup>4</sup> سورة البقرة الآية 234.

<sup>5</sup> الأمل (244/5).

1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>1</sup>. قال ابن كثير: "هذه الآية رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام من أن الرجل كان أحقّ برجعة امرأته، وإن طلقها مائة مرّة، ما دامت في العدة، فلمّا كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصّرهم الله إلى ثلاث طلاقات، وأباح الرجعة إلى المرّة والشتين، وأبأها بالكلية في الثلاث"<sup>2</sup>.

2- واحتجوا أيضا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>3</sup>. قال الإمام الطبري: "دلّ على أنّه إذا طلق الرجل امرأته التليقة الثالثة بعد التليقتين اللتين قال الله تعالى ذكره فيهما: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>4</sup> فإنّ امرأته لا تحلّ له بعد التليقة الثالثة حتّى تنكح زوجا غيره يعني: غير المطلق"<sup>5</sup>. ونقل الطبري<sup>6</sup> هذا التأويل عن ابن عباس وقتادة<sup>7</sup>، والضحاك<sup>8</sup>، والسدي<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>2</sup> تفسير ابن كثير، (1/272).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 230.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>5</sup> تفسير الطبري (2/290)، ويُنظر: الأم (5/248).

<sup>6</sup> تفسير الطبري (2/290).

<sup>7</sup> قتادة بن دعامة بن قنادة بن عزيز، أبو الخطاب السدوسي، البصري، مفسّر حافظ ضرير أكمه، وُلد عام (60هـ—680م). قال محمد بن سيرين: "قتادة أحفظ الناس"، وقال الإمام أحمد: "قتادة أحفظ أهل البصرة"، وإلى جانب علمه بالتفسير والحديث، كان رأسا في العربية ومفردات اللغة وآيام العرب والنسب، قال أبو عمر وابن العلاء: "كان قتادة من أنسب الناس"، وكان يرى القدر، ويُدلس في الحديث— عفا الله عنه ورحمه—، توفي بواسطة الطاعون عام (118هـ—736م)، تنظر الترجمة في: سير أعلام النبلاء، (5/269-283) وشذرات الذهب (1/153-154).

<sup>8</sup> هو الضحاك بن مزاحم الهلالي، أبو محمد، وقيل أبو القاسم صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، حدّث عن ابن عباس وابن عمر وأنس بن مالك وعطاء وطائفة وحدثه خلق كثير، وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما، له باع كبير في التفسير والقصص، توفي—رحمه الله— بخراسان عام 102هـ.

(سير أعلام النبلاء) (4/598-600) وشذرات الذهب (1/124-125).

<sup>9</sup> هو إسماعيل بن أحمد بن أبي كريمة الإمام المفسّر، أبو محمد تابعي حجازي الأصل، سكن الكوفة، الأعرور السديّ أحد موالى قريش، حدّث عن أنس بن مالك وابن عباس وأبي عبد الرحمن السلمي وخلق كثير، حدّث عنه شعبة، وسفيان الثوري وأبو بكر بن عياش وآخرون. قال عنه النسائي: صالح الحديث، وقال أحمد بن حنبل: ثقة، قال فيه ابن تفردي بردي: "صاحب التفسير والمغازي والسير، وكان إماما عارفا بالوقائع وآيام الناس"، تُوفّي رحمه الله — عام 128هـ—745م.

(سير أعلام النبلاء، (5/264-265)، وشذرات الذهب (1/174).



ب- من السنة النبوية: دلّ على ذلك حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: جاءت امرأة رفاعَةَ القُرظي<sup>1</sup> إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: "كنت عند رفاعَةَ القُرظي فطلقني فبتّ طلاقي، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هُدبَةِ الثوب، فقال: أتريدن أن ترجعي إلى رفاعَةَ؟ لا، حتّى تَذوقِي عُسَيْلَتَهُ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ"<sup>2</sup>.

قال الشافعي: "يعني: يُجامِعك"<sup>3</sup>.

ج- الإجماع: أجمع العلماء على: "أنّ مَنْ طَلَّق امرأته طَلْقَةً أَوْ طَلَّقَتِينِ فَلَهُ مُرَاجَعَتُهَا، فَإِنْ طَلَّقَهَا الثَّلَاثَةَ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"<sup>4</sup>.

البند الثالث: مواضع الطلاق الرجعيّ والبائن: سأتحدّثُ عن مواضع هذين النوعين من الطلاق في الفقه الإسلامي، ثمّ أتبع ذلك ببيان مواضعها في القانون الوضعي.  
الفقرة الأولى: مواضع الطلاق الرجعيّ والبائن في الفقه الإسلامي:

الأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا، وذلك لِيَتَدَارَكَ المُطَلَّق أمره لعلّه يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العِدَّة، قال الكاساني<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> هو رفاعَةُ بن سمّوّل، وضبطه في (أسد الغابة): سِمّوَال، ويُقال: رفاعَةُ بن رفاعَةَ القُرظي من بني قُرَيْظَةَ، وهو خال صفية بنت حسيّ ابن أخطب أمّ المؤمنين، واسم المرأة التي طَلَّقها: نَمِيمَةُ بنت وَهَب، سَمَّاهَا القَعْنِي، وقيل في اسمها غير ذلك. يُنظر:

الاستيعاب (78/2)، وأسد الغابة (81/2).

<sup>2</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الأدب، باب التيسّم والضحك وقالت فاطمة -عليها السلام-: "أسرّ إلى النبي صلى الله عليه وسلّم فضحكت" (2258/5) ومسلم في (صحيحه) كتاب النكاح، باب لا تحلّ المطلقة ثلاثا لمطلقها حتّى تنكح (1055/2).

<sup>3</sup> الأم (248/5)، وينظر الاستدلال بهذا الحديث في: المهذب (104/2)، وكشاف القناع (405/5).

<sup>4</sup> الجامع لأحكام القرآن (99/3)، ويُنظر: المغني (397/7).

<sup>5</sup> أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني "ملك العلماء" علاء الدين الحنفي، و"كاسان" بلدة وراء الشاش بما قلعة حصينة، تزوّج ابنة شيخه محمد بن أحمد السمرقندي بعد أن شرح (تحفة السمرقندي) في كتاب بديع سماه (البديع)، وتولى التدريس في (الخلاوية)، وإضافة إلى (البديع)، له مصنفات أخرى منها: (السلطان المبين في أصول الدين)، تُؤسّي -رحمه الله- يوم الأحد بعد الظهر في اليوم العاشر من رجب عام 587هـ.

نُظِّت رحمة في: (طقات الحنفية)، ص (244-246).

"والطلاق شرع في الأصل بطريق الرخصة للحاجة، ولا حاجة إلى البائن؛ لأن الحاجة تندفع بالرجعي، فكان البائن طلاقاً لغير حاجة"<sup>1</sup>.

وهذا النوع من الطلاق هو المذكور في أكثر آيات القرآن الكريم، كقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فطَلَقْتُهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>2</sup>، وقوله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>3</sup>؛ لذا قال الإمام أحمد: "تدبرت القرآن الكريم فإذا كل طلاق فيه فهو الطلاق الرجعي، يعني: طلاق المدخول بها، غير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾"<sup>4</sup>.

قال ابن رشد: "وأما الطلاق البائن فإنهم اتفقوا على أن بينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطليقات، ومن قبل العوض على اختلاف بينهم: هل الخلع طلاق أو فسوخ؟"<sup>6</sup>، وهذا بيان لهذه المواضع الثلاث للطلاق البائن:

### 1- الطلاق قبل الدخول:

قال ابن المنذر - رحمه الله -<sup>7</sup> "وأجمعوا على أن من طلق زوجته ولم يدخل بها طلقاً أنها قد بانت منه، ولا تحل له إلا بنكاح جديد، ولا عدة له عليها"<sup>8</sup>.

قال ابن قدامة - معللاً هذا الحكم ومدلاً له -: "وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ

<sup>1</sup> بدائع الصنائع (3/96).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 230.

<sup>5</sup> الفتاوى الكبرى لابن تيمية، (3/16).

<sup>6</sup> بداية المجتهد (2/60)، ويُنظر: القوانين الفقهية، ابن جزوي الكلبي، دار الفكر: بيروت، دت، ص 195.

<sup>7</sup> الإجماع، ص 80.

<sup>8</sup> تُنظر أقوال المذهب في: بدائع الصنائع (3/109)، وسراج (السالك (2/78)، والأم (5/244)، والمغني (397/7)، والمحلى (7/240).

ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا<sup>1</sup>، فَيَبِّنُ اللَّهُ سَبْحَانَهُ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا فَتَبَيَّنُ بِمَجْرَدِ طَلَاقِهَا وَتَصِيرُ كَالْمَدْخُولِ بِهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لَا رَجْعَةَ عَلَيْهَا وَلَا نَفَقَةَ لَهَا، وَإِنْ رَغِبَ مَطْلَقُهَا فِيهَا فَهُوَ خَاطِبٌ مِنَ الْخُطَّابِ يَتَزَوَّجُهَا بِرِضَاهَا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ<sup>2</sup>.

## 2- الخُلْعُ:

وهو "أن تبذل المرأة عوضاً لزوجها ليُفارقها"<sup>3</sup>. فالخلع إذاً هو الطلاق الذي يتم في نظير مالٍ تدفعه الزوجة إلى زوجها، وهو عوضٌ له عن الطلاق، وتفتدي نفسها منه، وقد اختلف العلماء فيه هل هو طلاق بائن أو رجعي أو فسوخ؟

1- ذهب أكثر الفقهاء إلى أنه طلاق بائن، وهو قول الحنفية<sup>4</sup> والمالكية<sup>5</sup>، والشافعية في الجديد<sup>6</sup>، ورواية عن أحمد<sup>7</sup>، والثوري والأوزاعي وعثمان البتي وسعيد بن المسيب، وعطاء<sup>8</sup> وشريح، والشعبي، وجابر بن زيد<sup>9</sup>،

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>2</sup> المغني (397/7).

<sup>3</sup> مجموع الفتاوى (10/33).

<sup>4</sup> بدائع الصنائع (3/109 و151)، والدر المختار (307/3).

<sup>5</sup> أقرب المسالك، ص 88، مواهب الجليل (307/3).

<sup>6</sup> مغني المحتاج (2/268).

<sup>7</sup> مجموع الفتاوى (32/289).

<sup>8</sup> عطاء بن أبي رباح شيخ الإسلام، مفتي الحرم أبو محمد القرشي مولاهم، كان من مولدي الجند ونشأ بمكة، وُلد في أثناء خلافة عثمان - رضي الله عنه -، كان عطاء أسود أعور أفتس أشل أعرج مُفلعل الشعر، ثم عمي بعد ذلك، كان ثقة عالماً كثير الحديث، قال أبو حازم الأعرج: "فاق عطاء أهل مكة في الفتوى". توفي - رحمه الله - عام 114هـ، وقيل عام 115هـ وقيل غير ذلك. تُنظر ترجمته في:

صفة الصفوة، جمال الدين أبو الفرج ابن الجوزي، ضبطه إبراهيم رمضان وسعيد اللحام، دار الكتب العلمية: بيروت، 1423هـ/2002م (2/142-144) سير أعلام النبلاء (5/78-88)، وشذرات الذهب (1/147-148).

<sup>9</sup> أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي اليحمدي مولاهم البصري، عالم أهل البصرة في زمانه، من كبار تلامذة ابن عباس قال عنه هذا الأخير: "لو أن أهل البصرة نزلوا عند قول جابر بن زيد لأوسعهم علماً عما في كتاب الله"، حدث عنه عمرو بن دينار وأيوب السختياني، وفتادة وآخرون، كان مجتهداً في العبادة، توفي - رحمه الله - عام 93هـ. ينظر:

سير أعلام النبلاء (4/481-483) باختصار.

وإبراهيم<sup>1</sup> " 2 ، وتُقل عن طائفة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وابن مسعود-رضي الله عنهم- .

لكن ضعف أحمد وغيره من أئمة العلم بالحديث كابن المنذر وابن خزيمة<sup>3</sup> ، والبيهقي<sup>4</sup> ، وغيرهم التقل عن هؤلاء<sup>5</sup> .

2- وذهب ابن حزم إلى أنه طلاق رجعي<sup>6</sup> وتُقل ذلك عن سعيد بن المسيب وقتادة والحسن والزهري<sup>7</sup> .

<sup>1</sup> هو الإمام الحافظ فقيه العراق أبو عمران إبراهيم بن يزيد قيس النعمي اليماني ثم الكوفي، روى عن خاله أسود بن يزيد، ومسروق وعلقمة بن قيس وخلق سواهم من كبار التابعين. روى عنه حماد بن أبي سليمان وسماك بن حرب، والحارث العكلي، وخلق سواهم.

قال سعيد بن جبير: "استفتوني وفيكم إبراهيم؟"، توفي -رحمه الله- عام 96هـ. تُنظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (520/4-529)، وشذرات الذهب (111/1).

<sup>2</sup> تفسير ابن كثير (276/1).

<sup>3</sup> هو محمد بن إسحاق بن خزيمة بن صالح الحافظ الفقيه، شيخ الإسلام، إمام الأئمة أبو بكر السلمى النيسابوري الشافعي، ولد سنة 223هـ، عُني في حديثه بالحديث والفقه حتى صار يُضرب به المثل في سعة العلم والإتقان، سمع من إسحاق بن راهوية وهارون بن إسحاق وغيرهما، قال عن نفسه: "ما قلدت أحدا منذ بلغت ستة عشر سنة". وقال الدار قطني: "كان ابن خزيمة إماما ثبنا منقطع النظر".

قال الحاكم: "ومصنفاته تزيد على مائة وأربعين كتابا سوى المسائل، والمسائل المصنفة أكثر من مائة جزء، وله (فقه حديث بريرة) في ثلاثة أجزاء"، توفي -رحمه الله- في ذي القعدة 311هـ، وقيل 312هـ. تُنظر ترجمته في:

(طبقات الشافعية 99/2)، وسير أعلام النبلاء (382-365/14)، وشذرات الذهب (262/1-263).

<sup>4</sup> هو أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى الحافظ أبو بكر البيهقي النيسابوري الخُسْرُو جِرْدِي، قرية من ناحية (بيهق)، وُلد في شعبان سنة 384هـ، تفقه على ناصر العمري، وأخذ الحديث عن أبي عبد الله الحاكم، كان ذكيا حاذقا مدققا، زاهدا ورعا، قال إمام الحرمين: "ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منة إلا البيهقي فإن له على الشافعي منة"؛ لتصانيفه في نصرته مذهبه، من مؤلفاته: (السنن الكبير)، و(السنن الصغير)، و(الأسماء والصفات)، و(دلائل النبوة)، و(شعب الإيمان)، و(كتاب الزهد)، و(الترغيب والترهيب)، و(مناقب الشافعي)، و(مناقب أحمد)، وغيرها من الكتب النافعة المفيدة، توفي -رحمه الله- بنيسابور في جمادى الأولى سنة 458هـ تُنظر الترجمة في:

طبقات الشافعية (220/2-221)، وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي، (8/4-11).

<sup>5</sup> مجموع الفتاوى (289/32)، والفتاوى الكبرى (38/3).

<sup>6</sup> المحلى (240/7).

<sup>7</sup> المصدر نفسه (239/7).

3- وقال أبو ثور: "إن لم يكن لفظ الطلاق لم يكن عليها رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق كان عليها الرجعة"<sup>1</sup>.

4- وذهب أحمد في الصحيح من مذهبه<sup>2</sup> إلى أنه فسخ وهذا هو مذهب جمهور فقهاء الحديث كإسحاق بن راهوية، وأبي ثور<sup>3</sup>، وابن المنذر وداود، وابن خزيمة<sup>4</sup>، وهو مذهب الشافعي القلم<sup>5</sup>، وهو رواية عن عثمان وابن عمر<sup>6</sup>، وهو ثابت عن ابن عباس وأصحابه كطاووس<sup>7</sup> وعكرمة<sup>8</sup>.

### 3- الطلاق المُكْمَل للثلاث:

إذا كان النوعان يقع الطلاق بهما باثنا بينونة صغرى، فإن هذا النوع يقع به الطلاق باثنا بينونة كبرى، وذلك إذا طلق الرجل امرأته المرة الأولى وراجعها، ثم طلقها مرة أخرى وراجعها، ثم طلقها الثالثة فإنها تبين منه بينونة كبرى ولا تحل له حتى تنكح رجلا آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها، ثم تنفصل عنه بطلاق أو فسخ أو موت، ويستوي

<sup>1</sup> بداية المجتهد (69/2).

<sup>2</sup> الفتاوى الكبرى (46/3).

<sup>3</sup> هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان أبو ثور الكلبي البغدادي، الفقيه صاحب الإمام الشافعي، روى عن سفيان بن عيينة ووكيع وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي وجماعة، وروى عنه مسلمٌ خارج الصحيح، وأبو داود وابن ماجه وجماعة، قال ابن حبان: "كان أحد أئمة الدنيا فقها وعلماء وورعا وفضلا وخيرا، ممن صنف الكتب وفرع على السنن وذبح عنها"، وقال النسائي: "هو أحد الفقهاء ثقة مأمون"، كان يتفقه بالرأي ثم رجع عنه إلى الحديث ويُعتبر أحد الأئمة المجتهدين، توفي - رحمه الله - في صفر سنة 240هـ/854م. تُنظر ترجمته في:

طبقات الشافعية الكبرى (74/2-77)، وفيات الأعيان (26/1)، وطبقات الشافعية للأسنوي (224/3).

<sup>4</sup> الفتاوى الكبرى (46/3).

<sup>5</sup> مغني المحتاج (268/2).

<sup>6</sup> تفسير ابن كثير (276/1).

<sup>7</sup> هو طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء، أبو عبد الرحمن من أكابر التابعين تَفَقَّه في الدين ورواية للحديث، وتَفَقَّه في العيش، وجرأة على وعظ الخلفاء والملوك، أصله من فارس، وُلِد في اليمن عام 33هـ-653م، ونشأ فيها سمع من زيد بن ثابت وعائشة وأبي هريرة، وغيرهم من الصحابة. وروى عنه عطاء ومجاهد وخلق آخرون، قال ابن عباس: "إني لأظن طاووسا من أهل الجنة"، وقال عمرو بن دينار: "ما رأيت أحدا قط مثل طاووس"، وتَفَقَّه ابن معين، توفي - رحمه الله - حاجًا بالمزدلفة عام 106هـ/724م. تُنظر ترجمته في:

سير أعلام النبلاء (49-38/5)، وشذرات الذهب (133/1-134)، والأعلام (224/3).

<sup>8</sup> الفتاوى الكبرى (289/32).

في الطلقتين السابقتين أن تكونا رجعتين أو بائنتين، أو إحداهما رجعية والأخرى بائنة.

هذه المواضع الثلاث هي المذكورة في قول ابن رشد السابق، غير أن الفقهاء مختلفون في مواضع الطلاق البائن الأخرى ما بين موسع فيه ومتوسط ومضيق، فالحنفية توسعوا فيه والظاهرية ضيقوا فيه، في حين توسط المالكية والشافعية والحنابلة، وهذا بيان مذاهبهم:

1- المذهب الحنفي: زاد الحنفية إلى مواضع الطلاق البائن السابقة<sup>1</sup> ما يأتي:

1- الطلاق الموصوف بالبينونة كقول الرجل لامرأته: أنت طالق طلاقاً بائناً.  
2- الطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة كقول الرجل: أنت طالق طلقاً شديدة.

3- الطلاق الموصوف بـ(أفعل) التفضيل، كقول الرجل: "أنت طالق أشد الطلاق، وأنت طالق أفحش الطلاق" أو "أنت طالق شر الطلاق".  
4- الطلاق المشبه بشيء يدل على العظم، كأن يقول الرجل: "أنت طالق طلقاً كالجبل".

5- الطلاق الذي يكون بلفظ من ألفاظ الكناية مثل أن يقول الرجل: "أنت بائن، أو أنت بئنة"؛ لأن ألفاظ الكناية تدل على الانفصال في الحال، ولا يتحقق هذا إلا بالبائن<sup>2</sup>.

ويستثنى من ألفاظ الكناية ثلاثة ألفاظ وهي: "اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة"؛ لأن هذه الألفاظ حذفت منها لفظ الطلاق مع نية ذكره، فمعنى: "اعتدي": أنت طالق فاعتدي، ومعنى "استبرئي رحمك": أنت طالق فاستبرئي رحمك، ومعنى "أنت واحدة": أنت طالق طلقاً واحدة، فكلمة الطلاق مطوية على نية الذكر، فكان الطلاق

<sup>1</sup> أي: الطلاق قبل الدخول وطلاق الخلع، والطلاق المكمل للثلاث.

<sup>2</sup> ينظر: مدائع الصنائع (3/110-111)، والدر المختار (3/276-277)، والكتاب (44/3).

بلفظ صريح فبقع رجعيًا، وفوق ذلك فإن هذه الألفاظ الثلاثة لا تدل على الانفصال في الحال<sup>1</sup>.

2- المذهب المالكي: يكون الطلاق بائنا عند المالكية في أربعة مواضع هي: طلاق غير المدخول بها، وطلاق الخلع، والطلاق بالثلاث، والمبارأة، وهي التي يُملَكُ الناس بها المرأة أمرَ نفسها، ويجعلونها واحدةً بائنةً من غير خُلْع وفاقا لابن القاسم وقيل: له المراجعة<sup>2</sup>.

ويرى المالكية أن طلاق العنّين<sup>3</sup> والخلع والفسوخ كلها بائنة كالفسخ بالردّة والملك والرضاع، وغير ذلك<sup>4</sup>.

3- مذهب الشافعية والحنابلة: يتفق الشافعية والحنابلة مع رأي المالكية فيما عدا المبارأة، فيقولون: "كل طلاق يقع رجعيًا إلا إذا كان قبل الدخول، أو كان على مال كما في الخلع، أو كان مكملًا للثلاث، أو مقترنا بعدد الثلاث"<sup>5</sup>.

4- المذهب الظاهري: لا يكون الطلاق بائنا عندهم إلا في المطلقة قبل الدخول أو الطلاق المكمل للثلاث، وهذا ما رجّحه ابن تيمية.

قال ابن حزم: "ما وجدنا قطّ في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث بمجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها ولا مزيسد. وأما ما عدا ذلك فأراء لا حجة فيها"<sup>6</sup>.

وقال ابن تيمية: "والمقصود هنا أن كتاب الله يبيّن أن طلاق بعد الدخول لا يكون إلا رجعيًا وليس في كتاب الله طلاق بائن إلا قبل الدخول"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع (3/111-112)، والدر المختار (3/302).

<sup>2</sup> ينظر: القوانين الفقهية، ص 195، وسراج السالك (2/78).

<sup>3</sup> العنّين هو المصاب بالعتة: وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص 88.

<sup>4</sup> التلقين (1/314).

<sup>5</sup> ينظر: الأم (5/120 و137)، ومعنى المحتاج (3/337)، والمعنى (7/302)، والمبدع (7/390).

<sup>6</sup> المحلى (7/240).

<sup>7</sup> الفتاوى الكبرى (3/40).

وقد بين أبو زهرة<sup>1</sup> - رحمه الله - سبب الخلاف بين الفقهاء فقال: "وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم هو وصف الطلاق بأنه رجعي أو بائن، أهو من عمل الشارع أم من عمل المطلق؟ فأبو حنيفة يرى أن الأصل أنه رجعي، ولكن للمطلق أن يعطيه وصف البيئونة، فيكون بائنا، فإن وصفه بالبيئونة أو الشدة أو الانفصال كان بائنا؛ لأن له أن يجعله كذلك. وقال غيره: إن وصف الطلاق إنما هو من عمل الشارع فما وصفه الشارع بأنه بائن فهو بائن، وما لم يصفه بذلك فهو رجعي، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبُعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾<sup>2</sup>، فهذه الآية الكريمة صريحة في أن الزوج في ذلك أحق بردها إن أراد المراجعة في كل طلاق إلا إذا لم تكن عدة أو كان افتداء، أو كان للطلاق الثالث كما نص على ذلك القرآن. ولأن الشارع أعطى المطلق حق المراجعة خشية أن يكون قد طلق تحت تأثير غضب ثم يعتريه الندم، فله أن يراجعها في العدة، فإذا مضت العدة من غير مراجعة كان ذلك دليلاً على كمال التفرقة.

وحجة الحنفية أن الشارع أعطى الزوج الطلاق مطلقاً، ولم يوجد ما يقيد، ولأنه في نظر الأئمة الأربعة يملك البيئونة الكبرى بالتطليق ثلاثاً دفعة واحدة، فأولى أن يملك الطلاق بالبيئونة الصغرى؛ لأن من ملك الأقوى ملك الأضعف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> هو محمد بن أحمد أبو زهرة، أكبر علماء الشريعة في عصره، ولد عام 1316هـ - 1898م بمدينة (السحلة الكبرى) بمصر، تعلم بمدرسة القضاء الشرعي، عين أستاذاً محاضراً في الجامعة عام 1935م، وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة الأزهر وعضواً في المجلس الأعلى للبحوث العلمية، توفي - رحمه الله - عام 1394هـ - 1974م بالقاهرة. أصدر من تأليفه أكثر من 40 كتاباً منها: (الخطابة)، و(تاريخ الجدل في الإسلام)، و(أصول الفقه)، و(الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية) و(الأحوال الشخصية) و(الوحدة الإسلامية) و(محاضرات في مقارنة الأديان)، وغيرها من الكتب النافعة. ينظر:

الأعلام (25/6-26) بتصرف.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية لأبي زهرة (310-311).



قال عبد الرحمن الصابوني: "ويلحق بالطلاق البائن كل طلاق لا فائدة من المراجعة فيه كالطلاق للعيوب، والأمراض مثلا، أو للشقاق والضرر، وهذا على رأي من يعتبر حكم القاضي بائنا وليس فسخا"<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: مواضع الطلاق الرجعي والبائن في قانون الأسرة الجزائري وقوانين الأحوال الشخصية:

الطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق في القانون، ويُستثنى من ذلك حالات معينة، وقد نصّت المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 على أن: "كل طلاق يقع رجعيًا إلاّ المكمل لثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نصّ على كونه بائنا في هذا القانون، والقانون رقم 25 لسنة 1920"<sup>2</sup>.

وقد سبق بيان الطلاق المكمل لثلاث وأنه يقع بائنا بينونة كبرى، أما الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال فيعتبرهما القانون طلاقا بائنا بينونة صغرى، وهذا ما أخذ به فقهاء الإسلام إلاّ أنهم اختلفوا في الطلاق على مال هل هو بائن أو رجعي أو فسخ؟<sup>3</sup>.

وإضافة إلى هذه المواضع فهناك مواضع أخرى يقع فيها الطلاق بائنا بينونة صغرى في القانون، و يتمّ التفريق فيها كلّها عن طريق القضاء<sup>4</sup>، وهذه مواضعها:

1- التطليق للشقاق والضرر المعتبر شرعا، وقد جاء في المادة 53 الفقرة 8 من قانون الأسرة الجزائري أنّ من الحالات التي يجوز فيها للمرأة طلب التطليق: "الشقاق

<sup>1</sup> مدى حرية الزوجين في الطلاق (150/1).

<sup>2</sup> موسوعة الفقه والقضاء (4/114) ويمثل هذا النصّ جاءت المادة (108) من مشروع القانون الكويتي (الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص 427)، وكذا المادة 93 من قانون الأحوال الشخصية السوري (الفقه الإسلامي وأدلته (4/437)).

<sup>3</sup> سبق تفصيل هذا في ص 96 وما بعدها.

<sup>4</sup> وضع المالكية قاعدة لذلك، فقالوا: "كل طلاق حكم به الإمام فهو بائن إلاّ السُّولي، والمطلق لعدم النفقة".  
ينظر: مواهب الجليل (4/41)، وتُبلغه السالك (2/488).

المستمر بين الزوجين"<sup>1</sup>، وكذا الفقرة 10 من المادة نفسها، ونصّها: "كلّ ضرر معتبر شرعاً"<sup>2</sup>.

وقد نصّت المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية المصريّ على الطلاق للضرر<sup>3</sup>. وقد مثل المالكية للإضرار بالزوجة بهجرها بلا موجب شرعيّ وضررها كذلك، وسبّها وسبّ أبيها"<sup>4</sup>.

2-التطليق بسبب وجود عيب مستحکم بالزوج، ولا يُمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يُمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص<sup>5</sup>. وقد جاء في المادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائريّ أنّه يجوز للمرأة طلب التطليق في حالة:

"العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"<sup>6</sup>. وقد اعتبر مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي هذا النوع من التفريق فسخاً<sup>7</sup>.

3-التطليق بسبب غيبة الزوج سنة فأكثر بلا عُذر مقبول، وقد نصت المادة 53 الفقرة 5 من قانون الأسرة الجزائريّ على أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة: "الغيبة بعد مُضيّ سنة بدون عُذر ولا نفقة"<sup>8</sup>.

4-التطليق بسبب حبس الزوج لمُدّة أكثر من سنة، وقد نصت المادة 53 الفقرة 4 من قانون الأسرة الجزائريّ على أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة:

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل ص 13.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص 14.

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 309.

<sup>4</sup> الشرح الكبير (2/543-544).

<sup>5</sup> أحكام الأسرة في الإسلام للدكتور محمد مصطفى شلبي ص 502.

<sup>6</sup> قانون الأسرة الجزائريّ ص 14، ويُنظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ (1/285).

<sup>7</sup> الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص 428.

<sup>8</sup> قانون الأسرة الجزائريّ ص 14، ويُنظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ (1/299).

"الحكم بعقوبة شائنة مُقيّدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"<sup>1</sup>.

في حين نصّ قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة (14)<sup>2</sup>، ومشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (136)<sup>3</sup> على أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيّدة للحرية مُدّة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد سنّة من حبسه التخليق عليه بائناً للضرر، وإلى هذا ذهب القانون السوري<sup>4</sup> إلاّ أنّه اعتبر هذا الطلاق رجعيّاً لا بائناً، فإذا أُطلق السجين فله مراجعة زوجته.

وبالكلام عن مواضع الطلاق الرجعيّ والبائن ينتهي الحديث عن الطلاق وتقسيماته، يلي هذا الفصل: فصل الحقوق الماليّة للمطلّقة، وهذا أو ان بيانه-وبالله التوفيق-.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري، ص14، ويُنظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (297/1)، وقد تمّ تعديل هذه الفقرة على النحو الآتي: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، قانون الأسرة المعدّل ص14. وكما هو واضح لم يُحدّد هذا التعديل مدّة العقوبة. وقد زاد التعديل الجديد سببين آخرين لطلب التخليق وهي:

1- مُخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

2- مُخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. يُنظر: قانون الأسرة الجزائري المعدّل، المادة 53، ص13-14.

<sup>2</sup> موسوعة الفقه والقضاء (501/4).

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي للدكتور الغندور ص: 677.

<sup>4</sup> الفقه الإسلامي وأدلته (534/7).

## الفصل الثاني: الحقوق المالية للمطلّقة:

المبحث الأول: حقّ المطلّقة من المهر.

المبحث الثاني: حقّ المتّعة للمطلّقة.

المبحث الثالث: التعويض المالي للمطلّقة.

المبحث الرابع: حقّ النفقة للمطلّقة.

المبحث الخامس: حقّ أجره الرضاع للمطلّقة.

المبحث السادس: حقّ أجره الحضانة ومسكنها.

المبحث السابع: حقّ الميراث للمطلّقة.

## المبحث الأول: حق المطلقة من المهر:

المطلب الأول: تعريف المهر لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: حكم المهر ودليله.

المطلب الثالث: حق المطلقة من المهر.

## المطلب الأول: تعريف المهر لغة واصطلاحاً

### الفرع الأول: تعريف المهر لغة:

المَهْرُ: صدق المرأة والجمع (مهور) مثل: بَعْلٌ وَبُعُولَةٌ، وَفَحْلٌ وَفُحُولَةٌ وفي الحديث " نهى الرسول -صلى الله عليه وسلم- عن مهر البغي<sup>1</sup>، أي عن أجرة الفاجرة، و(مهرت) المرأة (مَهْرًا) من باب (نفع) أعطيتها المهر، و(أَمَهَرْتُهَا) بالألف كذلك، والثلاثي لغة تميم<sup>2</sup>، وأبي الأصمعي (أَمَهَرْتُهَا) وليس هذا باللغة العالية<sup>3</sup>، وفي حديث أم حبيبة رضي الله عنها: "وَأَمَهَرَهَا النَّجَاشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ سَاقَ لَهَا مَهْرَهَا"<sup>4</sup>، وهو الصداق<sup>5</sup> وقال بعضهم: مَهْرُهَا إِذَا أُعْطِيَتْهَا الْمَهْرَ، أَوْ قَطَعْتَهُ لَهَا فَهِيَ (مَمْهُورَةٌ)، وَأَمَهَرْتُهَا بِالْأَلْفِ إِذَا زَوَّجْتَهَا مِنْ رَجُلٍ عَلَى مَهْرٍ فَهِيَ (مُمَهَّرَةٌ)، فعلى هذا يكون (مهرت)، و(أمهرت) لاختلاف المعنيين<sup>6</sup>.  
و المرأة المَهِيرَةُ: الغالية المهر<sup>7</sup>، وجمع مهيرة مهائر<sup>8</sup>.

وللمهر عشرة أسماء وهي: المهر والصداق، والنَّحْلَةُ، والفريضة والطُولُ والحِيبَاءُ والعُقْرُ، والأجر والعلائق، والنكاح، وقد جمع بعضهم الثماني الأول في قوله:  
مَهْرٌ صَدَاقٌ نَخْلَةٌ وَفَرِيضَةٌ حِيبَاءٌ وَأَجْرٌ ثُمَّ عُقْرٌ عَلَاقٌ<sup>9</sup>

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه) باب مهر البغي والنكاح الفاسد (2004/5) ومسلم في (صحيحه) كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي (1999/3) كلاهما عن أبي مسعود -رضي الله عنه-.

<sup>2</sup> المصباح المنير، مادة (مهر) ص300.

<sup>3</sup> جمهرة اللغة (804/2).

<sup>4</sup> روى عروة عن أم حبيبة رضي الله عنها: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بأرض الحبشة، زوجها النجاشي وأمهرها أربعة آلاف وجهازها من عنده"، أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب الصداق (235/2).

<sup>5</sup> لسان العرب (4286/6).

<sup>6</sup> المصباح المنير ص300، ويُنظر: لسان العرب (4286/6).

<sup>7</sup> لسان العرب (4286/6).

<sup>8</sup> جمهرة اللغة (805/2).

<sup>9</sup> معنى المحتاج (220/3)، ويُنظر كذلك: المدد (7م130).

و زاد بعضهم اسما آخر وهو الخرس<sup>1</sup>، وجمعت هذه الأسماء في بيتين هما:

صَدَاقٌ وَمَهْرٌ نِحْلَةٌ وَفَرِيضَةٌ      حَبَاءٌ وَأَجْرٌ ثُمَّ عَقْرٌ عَلَانِيٌ  
وَ طَوْلٌ نِكَاحٌ، ثُمَّ خُرْسٌ تَمَامُهَا      فَفَرْدٌ وَعَشْرٌ عُدُّ ذَاكَ مُوَافِقٌ<sup>2</sup>

أما الصِّدَاقُ بفتح الصاد وكسرها فسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو أصل إيجاب المهر<sup>3</sup>، وكذلك النِّحْلَةُ، ويشهد لها قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>4</sup> قال ابن قتيبة<sup>5</sup> رحمه الله -: والصدقات المهور وواحدتها صدقة<sup>6</sup> وهي لغة في (الصداق)<sup>7</sup>. أما النحلة<sup>8</sup> فقد روى الطبري بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما: يعني بالنحلة: المهر<sup>9</sup> أمّا الفريضة فيشهد لها قوله تعالى ذكره: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> الخرس لغة: طعام يصنع للولادة، المصباح المنير، ص 89.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، محمد محي الدين، ص 98.

<sup>3</sup> مغني المحتاج (3/220).

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 4.

<sup>5</sup> هو عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدِّيَنَوْرِي، وقيل المروزِي، من أئمة الأدب ومن المصنفين الكثيرين، ولد ببغداد عام (213هـ - 828م)، وسكن الكوفة، ثم ولي القضاء بالدِّيَنَوْر مدّة فُنُسب إليها، كان فاضلاً ثقة حدث عن إسحاق بن راهوية وطبقته وكان موته فجأة مات رحمه الله سنة 276هـ - 889م ببغداد وتصانيفه كلها مفيدة منها، (تأويل مختلف الحديث) و(غريب الحديث) و(غريب القرآن) و(عيون الأخبار) و(طبقات الشعراء)، و(أدب الكاتب). تنظر الترجمة في:

البلغة في ترجمة أئمة النحو واللغة، محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ت 817، تحقيق محمد المصري، ط 1، 1407هـ، (جمعية إحياء التراث الإسلامي الكويت) ص (127-128)،

وشذرات الذهب في أخبار من ذهب (3/169-170)، والأعلام (4/137).

<sup>6</sup> زاد المسير، عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ت 597هـ، المكتب الإسلامي: بيروت، ط 3، 1404هـ، (11/2).

<sup>7</sup> المبدع (7/130).

<sup>8</sup> النحلة لغة: العطاء، المصباح المنير ص 307

<sup>9</sup> تفسير للطبري (4/162)، ويُنظر: زاد المسير (11/2).

<sup>10</sup> سورة النقرة، الآية 236.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: الفريضة: الصداق<sup>1</sup>.  
 ويشهد للأجر<sup>2</sup> قوله تعالى: ﴿وَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>3</sup>، قال ابن زيد:  
 ﴿وَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾: الصِّدَاق<sup>4</sup>، وقال الإمام الشافعي -رحمه الله-: "والأجر هو  
 الصداق، والصداق هو الأجر والمهر"<sup>5</sup>.  
 ويشهد للعلائق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سئل: ما العلائق بينهم؟  
 قال: "ما تراضى عليه أهلوه"<sup>6</sup>.  
 ويشهد للطول<sup>7</sup> قول الله جل شأنه: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾<sup>8</sup>، وللنكاح  
 قوله: ﴿وَلَيْسَتَّعْقِفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾<sup>9</sup>.  
 و سُمِّيَ العُقْرُ<sup>10</sup> عُقْرًا، لأنه يجب على الواطئ يعقر بكاراة الجارية أي يجرحها<sup>11</sup>.  
 أما الحِجَاءُ<sup>12</sup> فيشهد له حديث: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِّحْتَ عَلَى صِدَاقٍ أَوْ حِجَاءٍ أَوْ عِدَّةٍ قَبْلَ  
 عَصْمَةِ النِّكَاحِ فَهِيَ لَهَا"<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> تفسير الطبري (13/5).

<sup>2</sup> الأجر لغة: المكافأة، المنجد في اللغة والآداب ص 4.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 25.

<sup>4</sup> المصدر السابق (19/5).

<sup>5</sup> أحكام القرآن، محمد بن إدريس الشافعي ت 204 هـ، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية: بيروت 1400 هـ (197/1).

<sup>6</sup> أخرجه البيهقي في (السنن)، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرًا، عن عبد الرحمن بن البيهقي (239/7) وقد ضعف ابن حجر هذا الحديث في (تلخيص الحبير) (215/3).

<sup>7</sup> الطول لغة: الغنى، المصباح المنير، ص 89.

<sup>8</sup> سورة النساء، الآية 25.

<sup>9</sup> سورة النور، الآية 33.

<sup>10</sup> العُقر لغة: صداق المرأة، المنجد في اللغة والآداب والعلوم 519.

<sup>11</sup> ينظر: أنيس الفقهاء ص 151.

<sup>12</sup> الحِجَاءُ لغة: إعطاء الشيء بغير عوض، المصباح المنير، ص 66.

<sup>13</sup> أخرجه الإمام أحمد في (المسند) (182/2)، وأبو داود في (السنن)، كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينفذها شيئًا (241/2)، كلاهما عن عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما-.



الفرع الثاني: تعريف المهر اصطلاحاً:

للمهر تعريفات عديدة نذكر منها:

أ- تعريف الحنفية: قالوا: "المهر: المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج لزوجته، إما بالتسمية، أو بالعقد"<sup>1</sup>.

ب- تعريف المالكية: عرفوه بقولهم: "ما يُعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها"<sup>2</sup>.

ج- تعريف الشافعية: عرفوه بقولهم: "ما وجب بنكاح أو وطء، أو تقويت بضع قهراً"<sup>3</sup>.

د- تعريف الحنابلة: عرفوه بأنه: "العوض في النكاح سواء سُمي في العقد، أو فُرِض بعده بتراضي الطرفين، أو الحاكم، أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة"<sup>4</sup>.

وبالنظر إلى هذه التعاريف يمكن القول: إن المهر إما أن يثبت بمجرد العقد، وذلك في العقد الصحيح باعتبار أن النكاح عقد معاوضة، وهو معاوضة البضع بالمهر، فيقتضي وجوب العوض بمجرد العقد، كما هو الحال في عقد البيع، أو يثبت بالدخول أو الوطء، وذلك في النكاح الفاسد.

و إلى جانب هذه التعاريف العلمية المشيرة إلى أن المهر عوضٌ عن الاستمتاع فقد أشار بعض العلماء-و ما أحسن ما أشاروا إليه- إلى أن المهر ليس بدلا عن ملك الزوج الاستمتاع بزوجته، ولكنه شرع إبانة لشرف العقد وإظهاراً لخطره، فالمهر هدية واجبة يقدمها الزوج لزوجته، كما قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>5</sup> "6".

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرف المهر في المادة 14، ونصها: "الصداق هو ما يُدفع نِحْلَةً للزوجة من نفود وغيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> العناية (204/2-205)،.

<sup>2</sup> الشرح الكبير، للشيخ الدردير (463/2).

<sup>3</sup> معني المحتاج (220/3).

<sup>4</sup> كشف القناع (142/5).

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية 4.

<sup>6</sup> ينظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص(169-170)، والفقہ المقارن للأحوال الشخصية للدكتور بدران ص182.

<sup>7</sup> قانون الأسرة الجزائري ص6.

## المطلب الثاني: حكم المهر ودليله:

### الفرع الأول: حكم المهر:

أجمع الفقهاء على مشروعية المهر في النكاح<sup>1</sup>، وقال في (بداية المجتهد)<sup>2</sup>: "و اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة؛ لأنه لا يجوز التواطؤ على تركه".  
و في المعنى نفسه، قال ابن جزى<sup>3</sup> -رحمه الله-: "هو شرط بإجماع ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا اشتراط سقوطه"<sup>4</sup>.

و بتحليل هذين النقلين وبالنظر إلى أقوال أهل العلم نجد أن شرطية المهر في النكاح تصدق إذا أريد بذلك أنه لا يصحّ النكاحُ إن اتفق الطرفان على إسقاط المهر أمّا إن أريد أنّه شرط في ماهية عقد الزواج فلا يثبت دون ذكره فهذا محل خلاف وهذا بيانه:

الفقرة الأولى: القول الأوّل: ذهب بعض المالكية إلى أن المهر ركن في عقد الزواج فلا يقوم دون ذكره، وإلى هذا يشير قول الشيخ خليل<sup>5</sup> -رحمه الله- في متنه الفقهي:

<sup>1</sup> المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت 620هـ، دار الفكر: بيروت ط 1، 1405هـ، (160/7).

<sup>2</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ت 595هـ، دار الفكر: بيروت، دت، (14/2).

<sup>3</sup> هو محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبي المالكي يُكنى (أبا القاسم) من أهل غرناطة، وذوي الأصالة والنباهة فيها، مشارك في علوم شتى من عربية وأصول وقراءات وحديث وأدب وتفسير، توفي -رحمه الله- شهيدا في عام 741هـ، من تأليفه: (وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم) و(الدعوات والأذكار المخرجة من صحيح الأخبار) و(القوانين الفقهية) و(تقريب الوصول إلى علم الأصول) و(المختصر البارع في قراءة نافع) وغيرها من الكتب النافعة. الديباج المذهب ص(295-296)، والأعلام (325/5) بتصرف.

<sup>4</sup> القوانين الفقهية، ابن جزى الكلبي، ص174.

<sup>5</sup> الشيخ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، فقيه مالكي من أهل مصر كان يلبس زي الجندي، تعلم في القاهرة وولي الإفتاء فيها على مذهب مالك، مُجمّع على فضله وديانته وذكائه، له مشاركات في فنون العربية والحديث والفرائض، توفي -رحمه الله- عام 776هـ-374م من مؤلفاته: (المختصر في الفقه) المعروف بمختصر خليل، وشرّحه كثيرون، وُترجم إلى الفرنسية، وله (التوضيح) شرح به مختصر ابن الحاجب وله (المناسك) وغيرها من الكتب. الدساح المذهب (117/116)، والأعلام (315/2).

"وركنه: وليّ وصدّاق ومحلّ وصيغة"<sup>1</sup>.

ولعلّ ابن حزم يشير إلى أصحاب هذا القول لما قال: "ولم يتفقوا على أن النكاح جائز بغير ذكر صدّاق، وذكر الطحاوي في شروطه أن كثيرا من أهل المدينة يُطلون هذا النكاح إذا خوصم فيه قبل الدخول"<sup>2</sup>.

الفقرة الثانية: القول الثاني: وذهب بعض المالكية إلى أنه شرط في صحة العقد لذا قال العلامة الدردير في (الشرح الكبير)<sup>3</sup> شارحا (لمتن الشيخ خليل): "ولم يُعَدَّ الشهود من الأركان؛ لأنّ ماهية العقد لا تتوقف عليه، ويَرِدُ عليه أن الصدّاق كذلك، فإنّ الأولى جعلهما شرطين"، وقال أيضا في متنه الفقهي: "فركنه وليّ ومحلّ وصيغة، وصحته بصدّاق وشهادة عدلين غير الولي"<sup>4</sup>.

الفقرة الثالثة: القول الثالث: وذهب أكثر العلماء إلى أنه واجب ولا يرتقي إلى كونه شرطا لصحة العقد أو ركنا فيه، فوجود المهر مُجمَعٌ عليه<sup>5</sup>، وإنما النزاع في شرطيته أو ركنيته فالجمهور على وجوبه لا غير، قال في لسان الحكام: "ثمّ المهر واجب شرعا"<sup>6</sup>، وقال في (الروضة): "وقال الأصحاب: ليس المهر ركنا في النكاح"<sup>7</sup>.  
و يدلّ على مذهب الجمهور ما يأتي:

أ- جواز نكاح التفويض: ومعنى نكاح التفويض: "أن يسكتا عن تعيين الصدّاق حين العقد، ويُفَوِّضُ ذلك إلى أحدهما، أو إلى غيرهما ثم لا يدخل بها حتى يتعيّن"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> مختصر سيدي خليل، خليل بن إسحاق المالكي، صحّحه وعلّق عليه أحمد نصر، 1998م، دار الشهاب للطباعة والنشر، باتنة، الجزائر ص112.

<sup>2</sup> مراتب الإجماع ص169.

<sup>3</sup> الشرح الكبير (2/349).

<sup>4</sup> أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ص73.

<sup>5</sup> الجامع الأحكام القرآن (5/15).

<sup>6</sup> لسان الحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، البابي الحلبي: القاهرة، ط2: 1393هـ-1973م، (3/9).

<sup>7</sup> روضة الطالبين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي 676هـ، المكتب الإسلامي: بيروت ط2: 1405هـ،

(249/7).

<sup>8</sup> القانين الفقهية، ص176.

قال ابن حزم - رحمه الله -: "و النكاح جائز بغير ذكر صداق، ولكن أن يسكت جُملة، فإن اشترط فيه أن لا صداق عليه فهو نكاح مفسوخ أبدا"<sup>1</sup>، وقال القرطبي - رحمه الله - في تعريفه: "هو كلُّ نكاح عُقِدَ من غير ذكر الصداق"<sup>2</sup>.

وقد دلَّ على صحَّة نكاح التفويض<sup>3</sup> الكتابُ والسنةُ والإجماعُ:

أ- فمن الكتاب: قول الله جل وعلا: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>4</sup>، فصَحَّ الله عزَّ وجلَّ النكاحَ الذي لم يُفرض فيه للمرأة شيء إذ صحَّح فيه الطلاق، والطلاق لا يصحَّ إلا بعد صحَّة نكاح<sup>5</sup>، و(أو) في الآية بمعنى (الواو) كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِغْ مِنْهُمْ أَيْمَانًا أَوْ كَفُورًا﴾<sup>6</sup>، والمس: النكاح، والفريضة: الصداق<sup>7</sup>.

ب- ومن السنة: ما ثبت عن علقمة قال: "أُتِيَ عبد الله - يعني ابن مسعود - في امرأة تزوجها رجلٌ ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقا، ولم يكن دخلٌ بها قال: فاختلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل مهر نساءها، ولها الميراث، وعليها العِدَّة، فشهد معقلُ بنُ سنانَ الأشجعيُّ أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنتِ واشق بمثل ما قضى، فسُرَّ ابنُ مسعودٍ سروراً لم يسرَّ قطُّ مثله بعد إسلامه لما وافق قضاؤه قضاءَ الرسول صلى الله عليه

<sup>1</sup> المحلى (466/6).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن القرطبي (150/3).

<sup>3</sup> ويقابل نكاح التفويض النكاح الذي سمي فيه المهر، والمهر المسمى هو (ما أتفق عليه في العقد الصحيح، أو فُرض بعده بالتراضي) الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (265/7-266).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>5</sup> المحلى (466/6)، ويُراجع: أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، حقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، 405هـ، (141/2).

<sup>6</sup> سورة الإنسان، الآية 24.

<sup>7</sup> زاد المسير (279/1).

وسلم<sup>1</sup>. ويدل هذا الحديث على أن نكاح التفويض يثبت به مهر المثل<sup>2</sup> إذا مات الرجل عن زوجته<sup>3</sup> ولم يكن قد دخل بها.

ج- واتفق العلماء على جواز نكاح التفويض، قال ابن رشد-رحمه الله-: "وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز"<sup>4</sup>، وقال القرطبي-رحمه الله-: "وهو مُجمَع عليه ولا خلاف فيه"<sup>5</sup>.

ويدلّ لمذهب الجمهور كذلك: "أن المهر في النكاح بخلاف المبيع والتمن في البيع، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه، وهو قائم بالزوجين، فهما الركن، فيحوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر"<sup>6</sup>.

و مما سبق ذكره يمكن القول: إن المهر في عقد الزواج ليس ركنا ولا شرطا خلافا لبعض المالكية، ولكنه واجب وأثر من آثار الالتزام بين الطرفين، ويستحب تسميته في العقد؛ لأنه

<sup>1</sup> رواه الإمام أحمد في (المسند)(280/4) وأبو داود في (السنن)، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يُسلم صداقا حتى مات (237/2)، وصححه الألباني في (صحيح سنن أبي داود)(590/1).

<sup>2</sup> ويعني الفقهاء -رحمهم الله- بمهر المثل: "ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وبلد وأخت شقيقة أو لأب لا لأم" مختصر الشيخ خليل ص 127، والحنفية والشافعية أيضا يشترطون كون المثيلة من جهة الأب دون الأم، يُنظر في ذلك: المبسوط، (64/5)، وروضة الطالبين(286/7).

و أما الخنابلة ففي قول للإمام أحمد -رحمه الله- أنه يعتبر أقاربها من جهة أمها، قال في كشف القناع (177/5): "و مهر المثل معتبر بمن يساويها من أقاربها من جهة أبيها وأمها، كأختها، وعمتها و بنت عمها، وأمتها وخالتها وغيرهن...، لأن مطلق القرابة له أثر في الجملة"، وتعتبر المساواة كما ذكر صاحب المبدع (170/7): "في المال والجمال والعقل، والأدب والسنن، والبركة والثبوة والبلد"، واعتبر بعضهم حالة الزوج أيضا، واكتفى بالمقاربة لتعسر المساواة في كل ما سبق ذكره، يراجع في هذا الصدد: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور بدران، ط3: 1974م، الإسكندرية ص178.

<sup>3</sup> وسيأتي الكلام تفصيلا- إن شاء الله- عما يثبت للمطلقة المنكوحه تفويضا في الصفحة 118.

<sup>4</sup> بداية المجتهد(25/2).

<sup>5</sup> الجامع الأحكام للقرآن (18/5).

<sup>6</sup> منة الطالبين(249/7).

صلى الله عليه وسلم لم يُخَلِّ نكاحاً عنه، ولأنه يدفع الخصومة<sup>1</sup>، ولثلاً يشبه نكاح الواهبة نفسها له صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup>.

ويُسَنُّ أن لا يدخلَ بها حتى يدفع إليها شيئاً من الصداق خروجاً من خلافٍ من أوجهه<sup>3</sup>. وقد منع الرسول صلى الله عليه وسلم عليّ بن أبي طالب من الدخول على زوجته فاطمة رضي الله عنها حتى يُعطيها شيئاً من المهر، فعن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: "لمّا تزوّج عليّ فاطمةً أراد أن يدخل فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يُعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله ليس لي شيء. فقال له: أعطها درعك الحُطميّة<sup>4</sup>، فأعطها درعه، ثم دخل بها"<sup>5</sup>.

قال ابن المنذر -رحمه الله-: "وقد أجمعوا أنّ للمرأة أن تمنع نفسها من دخول الزوج عليها حتى يُعطيها مهرها"<sup>6</sup>.

وقد عدّ قانون الأسرة الجزائري المعدّل المهرَ شرطاً في عقد النكاح بعدما كان ركناً قبل ذلك، فقد جاء في المادة 9 مكرّر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعيّة للزواج"<sup>7</sup>، وهو يجب على الرجل لامراته بالعقد عليها<sup>8</sup>، أو الدخول بها<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المصدر السابق (29/7)، ويُنظر: (الشرح الصغير على أقرب المسالك) للشيخ أحمد الدردير، 1413هـ-1992م، المطبوعات الحميلة، الجزائر (94/2).

<sup>2</sup> مغني المحتاج (220/3).

<sup>3</sup> المصدر نفسه (220/3).

<sup>4</sup> الحُطميّة: درع تُنسب إلى رجل يُقال له حُطمة، وقيل: هي التي تكسر السيوف، وقيل: هي الثقيلة والعريضة، المنجد في اللغة والآداب والعلوم ص 140.

<sup>5</sup> أخرجه أبو داود في (السنن) كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأة قبل أن ينفذها شيئاً (240/2)، والنسائي في (السنن)، كتاب النكاح، باب تحلة الخلوة (332/3) وصححه الألباني في (صحيح سنن النسائي)، ط 1: 1988/1408، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض (710/2).

<sup>6</sup> الإجماع، ابن المنذر ص 74.

<sup>7</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 6.

<sup>8</sup> تُنظر المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل ص 6.

<sup>9</sup> تُنظر المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري ص 7.

الفرع الثاني: دليل وجوب المهر:

دلّ على وجوب المهر القرآن الكريم والسنة والإجماع:

البند الأول: من القرآن الكريم:

أ- قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ أَنْتُمُ الْبَنَاتُ سِوَى الْمَرْءِ وَالصَّادِقَاتُ لَمْ يَرْجُوا مِنْكُمْ أَنْ يُضَاهِيَكُمْ وَالصَّادِقَاتُ لَمْ يُضَاهِيَكُمْ وَالصَّادِقَاتُ لَمْ يُضَاهِيَكُمْ﴾<sup>1</sup>.

قال الطبري - رحمه الله -: "يعني بذلك تعالى ذكره: وأعطوا النساء مهورهن عطية واجبة وفريضة لازمة قال قتادة: صدقاتهن نحلة: فريضة"<sup>2</sup>.

قال ابن كثير - رحمه الله -: "وقال مقاتل وقاتلة وابن جريح نحلة: فريضة. زاد ابن جريح: أي مُسَمَّاة، وقال ابن زيد: النحلة في كلام العرب: الواجب، يقول: لا تنكحها إلا بشيء واجب"<sup>3</sup>.

وقال القرطبي - رحمه الله - عن هذه الآية: "تدلّ على وجوب الصداق للمرأة"<sup>4</sup>.

ب- وقال جل ثناؤه: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>5</sup>.

قال الطبري - رحمه الله -: "قال بعضهم: معناه: فما نكحتم منهن فجامعتوهن فآتوهن أجورهن فريضة يعني: صدقاتهن فريضة معلومة"<sup>6</sup>.

البند الثاني: من السنة الشريفة:

قول الرسول صلى الله عليه وسلم لمن أراد الزواج: "الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 4.

<sup>2</sup> تفسير الطبري (231/4).

<sup>3</sup> تفسير ابن كثير (452/1).

<sup>4</sup> الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (18/5).

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية 24.

<sup>6</sup> تفسير الطبري (9/5).

<sup>7</sup> أخرجه الإمام مالك في (الموطأ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، د.ت، دار حياء التراث العربي، القاهرة، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحياء (526/2)، والبخاري في (صحيحه) كتاب النكاح باب السلطان ولي لقول النبي: زوّجناكها بما معك من القرآن (1973/5) عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

البند الثالث: إجماع الأمة على وجوب المهر:

قال القرطبي - رحمه الله -: "وهو مُجمع عليه ولا خلاف فيه إلا ما روي عن بعض أهل العلم من أهل العراق أنّ السيّد إذا زوّج عبده من أمته أنّه لا يجب فيه صداق، وليس بشيء لقوله تعالى: ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>1</sup> 2".

البند الرابع: من المعقول:

إنّه لو أبيض الزواج دون إيجاب المهر لأدى ذلك إلى ابتذال النساء والحطّ من قدرهنّ، والاستهانة بأمر الزواج، فتقطع العلاقة الزوجية لأتفه الأسباب؛ لأنّ تبعّة المهر لا تلحق الزوج، أمّا إذا وجب المهر فإنّه يتأتّى في الطلاق، ويُقدّر خطورة الموقف، فلا يُقدّم عليه إلا عند الحاجة، ولعلّ الإمام الكاساني - رحمه الله - يشير إلى هذا حين قال: "فلو لم يجب المهر بنفس العقد لايبالي الزوج إزالة الملك لأدنى خشونة تحدث بينهما، ولا يشقّ عليه إزالتها، ولأنّ مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرّمة عند الزوج، ولا عزّة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطرٌ عنده؛ لأنّ ما ضاق طريق إصابته يعزّ في الأعين، وما يسرّ طريق إصابته يهون في الأعين، ومتى هانت في عين الزوج تلحقها الوحشة، فلا تحصل مقاصد للنكاح"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 4

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (18/5).

<sup>3</sup> دائع الصنائع (275/2)



## المطلب الثالث: حق المطلقة في المهر:

إنَّ المهر وإن كان واجبا على الرجل يُقدِّمه لزوجته غير أنَّه بطلاقه لها قد يثبت لها المهرُ كُلُّه، أو نصفه، وقد يسقط فلا تأخذ شيئا وتثبت لها أحيانا المتعة<sup>1</sup>، وذلك بالنظر إلى كون المهر مسمّى أو غير مسمّى، وإلى كون الطلاق تمّ قبل الدخول أو بعده، وهل الطلاق كان من قبله أو من قبلها.

وباعتبار تسمية المهر وعدمه وكون الطلاق قبل الدخول أو بعده نجد أربعة أصناف من المطلقات:

أولا: مطلقة مدخول بها سُمّي لها المهر.

ثانيا: مطلقة غير مدخول بها، ولم يُسمَّ لها المهر.

ثالثا: مطلقة غير مدخول بها، وقد سُمّي لها المهر.

رابعا: مطلقة مدخول بها وغير مفروض لها المهر.

فالأولى: يثبت لها المهر كاملا لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾<sup>2</sup>.

والثانية: لا مهر لها، ولها المتعة بالمعروف لقوله جل ثناؤه: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>3</sup>.

والثالثة: لها نصف المهر لقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سيأتي تفصيل الكلام عن حق المتعة- إن شاء الله- ص 136 وما بعدها .

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 237.

يُثبت لها مهر المثل، وإليها يشير قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ قَرِيضَةً﴾<sup>1</sup>.

وسأفصل هذه الحالات بدءاً بالمطلقة بعد الدخول لقلّة الكلام فيها، ثم أتبعها بالمطلقة قبل الدخول، مبيناً أقوال العلماء وأدلتهم في المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة.

### الفرع الأول: حق المطلقة من المهر بعد الدخول:

اتفق العلماء على وجوب المهر كلّهُ مسمّى كان أو مثلياً بالدخول الحقيقي، وهذا الدخول يعتبر من مؤكّدات المهر<sup>2</sup>، قال ابن رشد<sup>3</sup> -رحمه الله-: "واتفق العلماء على أنّ الصداق يجب كلّهُ بالدخول أو الموت"، وقال الكاساني: "أما التأكّد بالدخول فمتفق عليه"<sup>4</sup>.

و قال القرطبي: "فإن جامعها مرّةً فقد وجب المهرُ كاملاً إن كان مسمّى، أو مهرٌ مثلها إن لم يُسمَّ"<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: حق المطلقة من المهر قبل الخلوة الصحيحة:

إذا فارق الرجل حليلته قبل الدخول، فذلك لا يخلو من أن يكون قبل أن يختلي بها خلوة صحيحة<sup>6</sup>، أو بعد ذلك، وهذا توضيح لما يثبت للمطلقة قبل الخلوة.

الفقرة الأولى: إذا طلق الرجل امرأته قبل الخلوة بها فإن لها المتعة إن كان المهر غير مسمّى، ولا مهر لها، قال القرطبي -رحمه الله-: "و إن لم يفرض لها، وكان الطلاق لم يجب صداق

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 24

<sup>2</sup> يُنظر: التلقين، (290/1)، والبدائع (292/2)، ومغني المحتاج (224/3)، وكشاف القناع (167/5).

<sup>3</sup> بداية المجتهد (22/2).

<sup>4</sup> البدائع (291/2)، ويُنظر الدر المختار (102/3).

<sup>5</sup> الجامع لأحكام القرآن (91/5)، وينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (474/2).

<sup>6</sup> سيأتى تفصيل الكلام عن الخلوة الصحيحة، وشروطها، وما يثبت بها تفصيلاً -إن شاء الله-، ص 125 وما بعدها.

إجماعاً، وحكى المهدي عن حماد بن أبي سليمان أنه إذا طلقها ولم يدخل بها ولم يكن فرض لها أُجبر على نصف صداق مثلها<sup>1</sup>.

الفقرة الثانية: وإن كان المهر مسمى، فالإتفاق حاصل على أن لها نصف المسمى إن تمت التسمية في العقد نفسه لا بعده<sup>2</sup>، وذلك إذ لم يحصل وطء<sup>3</sup>.

الفقرة الثالثة: تفصيل أقوال المذهب في هذه المسألة:

1- قال إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي -رحمه الله-: "وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى"<sup>4</sup>.

2- وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي -رحمه الله-: "يتشطرُّ الصداق في نكاح التسمية أو التفويض إذا فرض صداق المثل، أو ما رضيت به قبل الدخول"<sup>5</sup>.

3- وقال الإمام النووي<sup>6</sup> الشافعي -رحمه الله-: "وأما موضعه فيشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الجامع لأحكام القرآن (154/3).

<sup>2</sup> سيأتي قريباً -إن شاء الله- بيان خلاف العلماء فيما يثبت للمطلقة إذا سمي المهر بعد العقد ص 123.

<sup>3</sup> يُنظر: مراتب الإجماع ص 70، وبداية المجتهد (18/2)، وتفسير ابن كثير (289/1).

<sup>4</sup> لسان الحكام (3/9).

<sup>5</sup> الشرح الصغير على (أقرب المسالك)، الشيخ أحمد الدردير، المطبوعات الجميلة: الجزائر، 1413هـ/1992م (186/2).

<sup>6</sup> هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي (بحدف الألف ويجوز إثباتها) الشافعي، أبو زكريا محيي الدين، ولد في شهر المحرم عام 631هـ، كان زاهدا ورعا، ناطقا بالحكمة، محققا في علمه وفنونه، حافظا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عارفا بأنواعه، توفي -رحمه الله- في بلده (توا) بعدما زار القدس والخليل، وكانت وفاته في رجب عام 677هـ وقيل 676هـ، من مصنفاته: (تمهيد الأسماء واللغات) و(منهاج الطالبين)، و(روضة الطالبين) و(المجموع شرح المذهب)، و(المنهاج شرح صحيح مسلم) و(رياض الصالحين)، و(الأربعون حديثا النووية) و(مناقب الشافعي) و(البيان في آداب حملة القرآن)، تنظر ترجمة في:

طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (153/2-158)، وطبقات الشافعية الكبرى (395/8-400).

<sup>7</sup> روضة الطالبين (289/7).

- 4- وقال ابن مفلح<sup>1</sup> الحنبلي - رحمه الله -: " إذا طَلَّقَ قَبْلَ الدَّخُولِ فَلَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ "<sup>2</sup>.
- 5- وقال أبو جعفر الطوسي الشيعي - رحمه الله -: " و متى طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدَّخُولِ بِهَا، وَكَانَ سَمَّى لَهَا مَهْرًا، كَانَ عَلَيْهِ نِصْفَ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَ قَدَّمَ لَهَا مَهْرًا كَامِلًا رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا أَعْطَاهَا إِيَّاهُ "<sup>3</sup>.
- 6- وقال محمد أطفيش<sup>4</sup> الإباضي - رحمه الله -: " وَإِنْ فَرَضَ ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْمَسِّ فَنِصْفُهُ إِلَّا أَنْ تَعْفُوَ فَمَتْرَكُهُ، أَوْ يَعْفُوَ فَيُكْمَلُهُ "<sup>5</sup>.

وقد استدلل العلماء على تنصيف المهر للمطلقة قبل الدخول والخلوة، وقد سمي لها المهر بقوله جلّ وعلا<sup>6</sup>: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾<sup>7</sup>.

قال أبو زهرة - رحمه الله - مبيناً الحكمة من فرض نصف المهر للزوجة: "ثم إنّ وجوب النصف فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر به الله سبحانه فقد قال تعالى: ﴿وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>8</sup>؛ لأنّ الفُرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة،

<sup>1</sup> هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، الإمام البحر الحافظ المتهجد أفضى القضاة، باشر قضاء دمشق، كان ذا ورع وبقين، توفي - رحمه الله - بدمشق في اليوم الخامس من شعبان عام 884هـ، من مصنفاته: (المبدع)، و(المقصد الأرشدي في ترجمة أصحاب الإمام أحمد). تُنظر الترجمة في: شذرات الذهب (338/4-339) بتصرف.

<sup>2</sup> المبدع (147/7).

<sup>3</sup> النهاية في مُجرّد الفقه والفتاوى، شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ت460هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1400هـ-1980م، ص47.

<sup>4</sup> هو محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصي العدوي الجزائري، ولادته ووفاته ببلدة (بني بزرقي) من وادي ميزاب (غرداية) في الجزائر (1236-1332هـ) - (1820-1914م)، علامة بالتفسير والفقه والأدب، له أكثر من 300 مؤلف منها: (تيسير التفسير)، و(هميان الزاد إلى دار المعاد) في التفسير، و(شرح كتاب النيل وشفاء العليل)، و(إيضاح الدليل إلى علم خليل) في العروض، و(الرسم) في قواعد الخط العربي، وله ديوان شعر.

الأعلام للزركلي (156/7-157) باختصار.

<sup>5</sup> شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف أطفيش، والنيل لضياء الدين عبد العزيز الشميني، دار التورات العربي: ليبيا، ط2، 1392هـ-1972م، 152/6.

<sup>6</sup> ينظر الاستدلال بهذه الآية: لسان الحكام (3/9)، وبداية المتهجد (18/2).

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>8</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

فأوجب الله سبحانه نصف المهر، ثم حثَّ الرجل على إعطاء النصف الآخر استحباباً إذا لم يكن الطلاق بطلبها، ولذا قال تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾<sup>1,2</sup>.

وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري: فقد ورد فيه: "وتستحقُّ نصفه عند الطلاق قبل الدخول"<sup>3</sup>.

الفقرة الرابعة: هذا في حالة ما إذا كان عقد النكاح صحيحاً، أما إذا كان فاسداً فقد اختلف العلماء في ثبوت نصف المهر لها، فذهب الحنفية إلى ثبوت نصف المهر إذا كان العقد صحيحاً، ولا شيء للمرأة إن كان فاسداً<sup>4</sup>، وهو قول الحنابلة.

قال (صاحب المبدع): "وأما النكاح الفاسد فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه؛ لأن المهر يجب بالعقد، والعقد فاسد، فوجوده كعدمه كالبيع الفاسد"<sup>5</sup>.

أما قانون الأسرة الجزائري: فقد نص على أن الزواج الفاسد يسقط المهر إذا تم الفراق بين الزوجين قبل الدخول، وقد أشارت إلى ذلك المادة 33 ونصّها: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وليّ في حالة وجوبه يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"<sup>6</sup>.

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "وفي جميع الأحوال فإنّ علينا أن نشير إلى أنّ وجوب الصداق وثبوته للزوجة واستحقاقها له لا يتمّ إلا بعد الزواج الصحيح، وهذا

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية، الشيخ محمد أبو زهرة، ص 194.

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري المادة 16 ص 7، وهذا ما قضت به المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ

1996/9/24م، ملف رقم 143725، بنظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية قسم الوثائق للمحكمة

العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزائر، 2001م، ص 269.

<sup>4</sup> يُنظر: بدائع الصنائع (2/293)، ومحاضرات في عقد الزواج وآثاره لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي:

القاهرة 1971م، ص 255.

<sup>5</sup> المبدع (7/172).

<sup>6</sup> قانون الأسرة الجزائري المعدل ص 10.

خلافًا لما إذا كان الزواج فاسداً، وتمّ فسخه، فإنّ الزوجة لا تستحقّ الصداق المسمّى إذا كان الفسخ قد وقع قبل الدخول<sup>1</sup>.

الفقرة الخامسة: ومما اختلف فيه الفقهاء أيضاً: تسمية المهر بعد العقد، هل يُنصّف به المهر بعد الطلاق قبل الدخول، أو أنّ للمرأة المتعة فقط؟

فذهب مالك<sup>2</sup>، والشافعي<sup>3</sup>، وأبو يوسف<sup>4</sup> في قوله الأول إلى تنصيف المهر.

أمّا الحنفية فيرون أنّ التسمية بعد العقد لا تنصّف المهر إذا حدث طلاق قبل الدخول، وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وأبي يوسف في قوله الأخير، ولكن ثبت لها المتعة<sup>5</sup>.

واستدل أصحاب القول الأول<sup>6</sup> بقوله جلّ وعلا: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>7</sup>، وبقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاذَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾<sup>8</sup>، أي من فريضة بعد الفريضة<sup>9</sup>. واحتج أبو حنيفة وأصحابه بقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>10</sup>، أي سميتم في العقد، فأما الزيادة بعد العقد فتسقط كلها بالطلاق<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الأستاذ عبد العزيز سعد، ط2، 1989م، دار البعث: قسنطينة، ص135. ويُنظر: شرح قانون الأسرة الجزائري، الأستاذ فضيل سعد، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م، (94/1)، والوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الدكتور بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر 1990م (112/1).

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي (475/2).

<sup>3</sup> روضة الطالبين (290/7).

<sup>4</sup> المبسوط (64/5).

<sup>5</sup> المصدر نفسه (64/5) بتصرف.

<sup>6</sup> يُنظر هذا الاستدلال في: أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ت543هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجليل: بيروت، دت، 19).

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>8</sup> سورة النساء، الآية 24.

<sup>9</sup> المبسوط (65/5).

<sup>10</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>11</sup> أحكام القرآن، لابن العربي (219/1).

ورُدَّ بآته خلاف القياس، فإنَّ الفرض بعد العقد يُلحق بالعقد، فوجب أن ينتصف بالطلاق، وأصله الفرض المقترن بالعقد<sup>1</sup>.

الفقرة السادسة: ما سبق ذكره كله يصدق على الطلاق إذا لم يكن بطلب من المرأة، أو من قبلها أمّا إذا كان الحال كذلك، فقد اختلف أهل العلم فيه:

- فذهب المالكية والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة إلى عدم التنصيف، قال القاضي عبد الوهاب المالكي - رحمه الله - في سياق حديثه عن سقوط نصف المهر أو جميعه: "أو جميعه بما يكون من جهة المرأة مثل أن ترتد"<sup>3</sup>.

وقال ابن قدامة الحنبلي - رحمه الله -: "كلُّ فرقة جاءت من قبلها قبل الدخول كإسلامها أو ردّها، أو إرضاعها من ينسخ به نكاحها، وفسخها لعيبه أو إعساره، أو فسخه لعيبها يسقط به مهرها أو متعتها"<sup>4</sup>.

ولم ينصَّ قانون الأسرة الجزائري: على حكم هذه الحالة، وبالرجوع إلى نص المادة 222 والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد النصُّ عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>5</sup>، وقد سبق بيان حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، وبيانُ المذهب المالكي خاصّة، إذ أغلب أحكام القانون مأخوذة منه، وعلى هذا يمكن القول إنَّ القانون يُسقط المهر عن الزوجة إذا كانت الفرقة بسببها، يقول الدكتور بلحاج العربي عند حديثه عن أسباب سقوط المهر، فذكر الحالة الأولى وهي: "إذا حصلت الفرقة بين الزوجين حقيقة أو حكماً، بسبب من الزوجة، كما لو ارتدت عن الإسلام، أو اختارت نفسها عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون في الحالات التي يثبت لها شرعاً خيار فسخ الزواج"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بداية المجتهد (23/2-24).

<sup>2</sup> مغني المحتاج (234/3).

<sup>3</sup> التلقين (290/1).

<sup>4</sup> المغني (162/7)، ويُنظر: كشاف القناع (166/5-167).

<sup>5</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 52.

<sup>6</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (112/1)، ويُنظر: شرح قانون الأسرة الجزائري، لفضيل

سعد (94/1).

### الفرع الثالث: حق المطلقة من المهر بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول :

بيّنتُ في المبحث السابق ما تستحقّه المطلقة قبل الخلوة من مهر أو متعة، وسأوضح في هذا الفرع ما يثبت لها بعد الخلوة الصحيحة، وسأبدأ بتعريف الخلوة الصحيحة، وأتبع ذلك بالكلام عن أقوال العلماء فيما يثبت للمطلقة مع ذكر الأدلة.

#### البند الأول: معنى الخلوة الصحيحة:

عرفها الحنفية بقولهم: "أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفرد يأمنان فيه دخول الغير، ولا يوجد بالزوجة مانع حسّي<sup>1</sup> أو شرعي<sup>2</sup>، أو طبيعي<sup>3</sup> يمنع من مقاربة الزوج لها، وإلا كانت الخلوة فاسدة"<sup>4</sup>.

والذي يظهر لي أنّ كلام الحنفية -رحمهم الله- يصدق إذا وُجد شخصٌ شابٌ معها، أو كانا في مكان لا يصلح للخلوة، أمّا إذا كان أحدهما مريضاً أو صائماً صومَ فرض أو حاجاً أو معتمراً فالخلوة صحيحة، فالمُحرم أو الصائم قد يرتكبان المحرّم ويفسدان الصوم أو الحجّ، وهذا هو مذهب الحنابلة<sup>5</sup>.

#### البند الثاني: أقوال العلماء وأدلتهم فيما يثبت للمطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة:

لما كانت الخلوة الصحيحة منزلة بين المنزلتين: منزلة الدخول الحقيقي، ومنزلة عدم الدخول مع عدم الخلوة، اختلفت أقوال العلماء لذلك، فألحقها بعضهم بالدخول الحقيقي واعتبرها دخولاً حكماً، في حين أضافها آخرون إلى ما قبل الدخول، واستدلّ كل منهم دليلاً يقوي مذهبه ﴿وَلِكُلِّ وَجْهَةٌ هُوَ مُوَالِيهَا﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مثل "أن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول"، الأحوال الشخصية، أبو زهرة ص190. وأحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص83.

<sup>2</sup> كأن "يكون أحدهما صائماً، أو تكون المرأة حائضاً"، الأحوال الشخصية، أبو زهرة ص190.

<sup>3</sup> بأن "يكون معها ثالث، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده"، المرجع نفسه ص190، ويُنظر: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص181.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع (2/291).

<sup>5</sup> كشاف الفناع (5/169).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 148.



الفقرة الأولى : أقوال العلماء: يمكن إجمال أقوال العلماء في مذهبين:

المذهب الأول: ويلحق أصحابه المطلقة بعد الخلوة بالمطلقة قبل الدخول فيثبت لها نصف الصداق إن كان المهر مسمّى، ولها المتعة إن لم يُسمّ، وإليه ذهب ابن مسعود، وابن عباس في رواية عنه، وشريح والشعي وطاووس، وابن سيرين<sup>1</sup>، ومالك<sup>2</sup> والشافعي في قوله القدم<sup>3</sup>، وهو رواية عن أحمد<sup>4</sup> -رحمة الله على الجميع-.

المذهب الثاني: وألحق أصحابه المطلقة بعد الخلوة الصحيحة بالمطلقة بعد الدخول الحقيقي فيثبت لها الصداق كله إن كان المهر مسمّى، وتأخذ مهر المثل إن نكحت تفويضا، وهذا مذهب الخلفاء الراشدين.

وابن عباس في الرواية الثانية عنه، وزيد ومعاذ بن جبل وابن عمر رضي الله عن الجميع، وهو قول عليّ بن الحسين وإبراهيم، وعروة وعطاء والزهري والأوزاعي وإسحاق<sup>5</sup>، وابن أبي ليلى والثوري والليث بن سعد<sup>6</sup>، وهذا مذهب أصحاب الرأي أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر<sup>7</sup> ومن تبعهم<sup>7</sup>، وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>8</sup> وإليه ذهب الشافعي في الجديد<sup>9</sup>، وهو قول ابن حزم

<sup>1</sup> أحكام القرآن للحصاص (147/2)، والمغني (191/7)، وفتح الباري (494/9).

<sup>2</sup> القرائن الفقهية ص 175.

<sup>3</sup> أحكام القرآن للشافعي (203/7).

<sup>4</sup> المغني (191/7).

<sup>5</sup> هو إسحاق ابن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التيمي المروزي، أبو يعقوب ابن راهويه، عالم خراسان في عصره، ولد عام 161هـ-778م، قال النسائي عنه: "ابن راهويه أحد الأئمة ثقة مأمون"، وقال الخطيب: "اجتمع له الحديث والفقه والحفظ والصدق والورع"، توفي -عليه رحمة الله- عام 238هـ-238م بنيسابور من مؤلفاته: (المسند).

تنظر الترجمة في: تهذيب سمر أعلام النبلاء (427/1)، ووفيات الأعيان (199/1-201)، والأعلام (292/1).

<sup>6</sup> مختصر اختلاف العلماء (348/2-349)، وأحكام القرآن للحصاص (147/2)، والمغني (191/7-192)، والمحلى (483/6)، وبداية المجتهد (21/2)، وفتح الباري (495/9).

<sup>7</sup> أحكام القرآن للحصاص (147/2).

<sup>8</sup> المغني (192/7).

<sup>9</sup> مغني المحتاج (225/3).

الظاهري<sup>1</sup>، ورجحه القرطبي<sup>2</sup> المالكي، وبهذا يتضح أن هذا المذهب أخذ به جمهور العلماء.

### الفقرة الثانية : الأدلة والمناقشة:

**1- أدلة أصحاب المذهب الأول:** استدل من ذهب إلى إلحاق الخلوة الصحيحة بعدم الدخول بالقرآن، وآثار السلف وبالنظر.

أ- أما من القرآن الكريم: فكانت حجتهم ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾<sup>3</sup>، والمراد بالمسّ الجماع<sup>4</sup>.

وقال تعالى في آية أخرى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾<sup>5</sup>، فعلق استحقاق كمال المهر ووجوب المهر بوجود المسيس وهو الوطاء؛ إذا كان معلوما أنه لم يرد به وجود المسّ باليد<sup>6</sup>، وقالوا: هي مطلقة لم تُمسّ فأشبهت من لم يخلُ بها<sup>7</sup>.

واعترض على هذا بأن الصحابة تأولوا المسّ بالخلوة منهم علي وعمر وابن عباس وزيد وابن عمر رضي الله عنهم<sup>8</sup>، وهم لم يتأولوا ذلك بالخلوة إلا من جهة اللغة وهم حجة فيها، أو من كون الخلوة اسما شرعيا للمس، وأسماء الشرع لا توجد إلا توقيفا، وعلى هذا يكون تقدير الآية: " وإن طلقتموهن من قبل الخلوة فنصف ما فرضتم"<sup>9</sup>، واعتراض أيضا بأنه: "يُحتمل أنه كتى بالمُسَّبِّ عن السبب الذي هو الخلوة"<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> الخلى (482/6).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (156/3).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>4</sup> مغني المحتاج (225/3).

<sup>5</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصص (149/2).

<sup>7</sup> المغني (191/7).

<sup>8</sup> أحكام القرآن للحصص (147/2).

<sup>9</sup> المصدر نفسه (150/2) بتصرف.

<sup>10</sup> المغني (191/7)، وكشاف القناع (168/5).

واستدلوا أيضا بقوله تعالى ذكره: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَقْضَىٰ بِبَعْضِكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾<sup>1</sup>، والإفضاء: الجماع، قال الطبري<sup>2</sup>: "والذي عني به الإفضاء في هذا الوضع الجماع في الفرج، فتأويل الكلام إن كان ذلك معناه: "وكيف تأخذون ما آتيتموهن، وقد أفضى بعضكم إلى بعض في الجماع"، ونقل بسنده عن ابن عباس قال: "الإفضاء المباشرة، ولكن الله كريم يكتفي بما يشاء"، وهذا هو قول: مجاهد<sup>3</sup> والسدي ومقاتل<sup>4</sup> وابن قتيبة<sup>5</sup>. واعترض على هذا التأويل بأن المراد بالإفضاء: الخلوة، قال الفراء: "الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل بها، وهو حجة في اللغة"<sup>6</sup>.

ب- أما من آثار السلف: فقالوا: إن ابن مسعود وابن عباس -رضي الله عنهما-<sup>7</sup> قالوا بهذا القول وكفى بهما عالين عظيمين ومفسرين جليلين، واحتج ابن عباس وشريح<sup>8</sup>، أو أحدهما بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾<sup>9</sup> الآية<sup>10</sup>، وقال شريح:

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 21.

<sup>2</sup> تفسير الطبري (214/4).

<sup>3</sup> مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي مولى بني مخزوم، أخذ القرآن والتفسير عن ابن عباس، وأخذ الفقه عن أبي هريرة وعائشة وابن عمر وغيرهم من الصحابة -رضي الله عنهم-، عرّض القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة، قال قتادة: (أعلم من بقي بالتفسير بمجاهد)، يقال إنه مات -رحمه الله- وهو ساجد وذلك عام (104هـ/722م). سير أعلام النبلاء (449/4 - 457)، والأعلام (278/5).

<sup>4</sup> كبير المفسرين، أبو الحسن مقاتل بن سليمان البلخي يروي على ضعفه البيهقي عن مجاهد والضحاك، وابن بريسة وعدة، وعنه بقیة، وعبد الرزاق، وخلق آخرهم: علي بن الجعد، قال ابن المبارك: "ما أحسن تفسيره لو كان ثقة"، مات سنة نيف وخمسين ومائة. تهذيب سير أعلام النبلاء للذهبي (257/1).

<sup>5</sup> زاد المسير (43/2).

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصاص (148/2) و(49/3).

<sup>7</sup> المرجع نفسه (147/2)، والمعني (191/7).

<sup>8</sup> هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية من أشهر القضاة والفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه عام 77هـ، كان فقيها ناهيا شاعرا، ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء له دراية فيه، وعمر على قول ابن قتيبة مائة وعشرين سنة، توفي -رحمه الله- بالكوفة عام 77هـ، وقيل (78هـ-679م). تهذيب سير أعلام النبلاء (133/1)، وشذرات الذهب (85/1-86)، والأعلام (161/3).

<sup>9</sup> سورة البقرة الآية 237.

<sup>10</sup> أحكام القرآن للشافعي (233/7).

"لم أسمع الله سبحانه ذكر في كتابه بابا ولا سترًا، إذا زعمتم أنه لم يمسه فلها نصف الصداق"<sup>1</sup>.

و رُدُّ بأنَّ عددا كبيرا من الصحابة والتابعين على خلاف قول شريح، والنقل عن ابن عباس غير صحيح<sup>2</sup>، وكذا ما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه<sup>3</sup>.

(ج) أما من جهة النظر: فقالوا: إذا كانت الخلوة لا تُلحق بالوطء في سائر الأحكام من حدٍّ وغسل وإحلال للزوج الأول ونحوها، فلا تلتحق بالوطء هنا فلا يكمل المهر.

وقد ردَّ الجصاص<sup>4</sup> - رحمه الله - هذا الاستدلال فقال: "فإن قيل: لو كان التسليم قائما مقام الوطء لوجب أن يُحلَّها للزوج الأول كما يُحلَّها الوطء، قيل له: هذا غلط؛ لأن التسليم إنما هو علة لاستحقاق كمال المهر، وليس بعلة لإحلالها للزوج الأول، ألا ترى أن الزوج لو مات عنها قبل الدخول استحققت كمال المهر، وكان الموت بمنزلة الدخول، ولا يُحلَّها ذلك للزوج الأول"<sup>5</sup>.

(2) أدلة أصحاب المذهب الثاني: احتج مؤيدو هذا القول بالكتاب والسنة، والإجماع والنظر.

أ- أما من القرآن الكريم: فاستدلوا بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ﴾<sup>6</sup> وجه الاستدلال: أن الله أوجب إيفاء الجميع فلا يجوز إسقاط شيء منه إلا بدليل، وهذا الوجه استدل به كذلك في قوله جلَّ

<sup>1</sup> الخلى (484/6)، والجامع لأحكام القرآن (156/3).

<sup>2</sup> المغني (191/7).

<sup>3</sup> أحكام القرآن للحصاص (149/2)، والمغني (191/7).

<sup>4</sup> هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي الإمام الكبير المعروف ب(الجصاص) وهو لقب له، قال الخطيب عنه: "كان إمام أصحاب أبي حنيفة في وقته وكان مشهورا بالزهد"، تفقه على أبي الحسن الكرخي، وتنقل بين بغداد والأهواز ونيسابور، توفي - رحمه الله - يوم الأحد: السابع 7 من ذي الحجة 370 هـ عن 65 سنة، من مؤلفاته: (أحكام القرآن )، و(شرح الأسماء الحسنی)، وشرح مختصر شيخه الكرخي. تنظر ترجمته في: طبقات الحنفية ص 84-85، وشذرات الذهب (71/2) بتصرف.

<sup>5</sup> أحكام القرآن للحصاص (150/2).

<sup>6</sup> سورة النساء، الآية 4.

شأنه: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾<sup>1</sup> وقوله: ﴿فَاتَّخِذُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2,3</sup>.

2- وقوله جل من قائل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ إِسْتِزْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَقْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾<sup>4</sup>، وفي الاستدلال هنا وجهان: أحدهما: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ والثاني: ﴿وَكَيفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَقْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾.

قال الفراء<sup>5</sup> - رحمه الله -: "الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل بها وهو حجة في اللغة، وقد أخبر أن الإفضاء اسم للخلوة، فمنع الله أن يأخذ شيئاً منه بعد الخلوة، وقد دلّ على أنّ المراد هو الخلوة الصحيحة التي لا يكون ممنوعاً فيها الاستمتاع؛ لأنّ الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو الموضع الذي لا بناء فيه ولا حاجز يمنع من إدراك ما فيه، فأفاد بذلك استحقاق المهر بالخلوة على وصف وهي التي لا حائل بينها ولا مانع من التسليم والاستمتاع إذ كان لفظ الإفضاء يقتضيه"<sup>6</sup>.

وقد اعترض على الوجه الأول بأنّ ذلك إنّما هو في حق من وطئها وخلا بها، وقد بينت ذلك الآية التي بعدها: ﴿وَكَيفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَقْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾<sup>7,8</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 24.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 25.

<sup>3</sup> أحكام القرآن للحصاص (148/2).

<sup>4</sup> سورة النساء، الآيات (20-21).

<sup>5</sup> العلامة صاحب التصانيف أبو زكريا يحيى بن زياد الأسدي مولاهم الكوفي النحوي صاحب الكسائي، المعروف ب(الفراء)، لأنه كان يُفري الكلام، قال بعضهم: "الفراء أمير المؤمنين في النحو"، كان عالماً بالغة والنحو وأيام العرب والشعر، والفقه والطب، والنجوم، توفي - رحمه الله - بطريق الحج سنة سبع ومائتين، وعمره ثلاث وستون سنة مقدار تواليه ثلاثة آلاف ورقة منها: (معاني القرآن)، و(الحدود في النحو).

سير أعلام النبلاء (118/10-121)، والبلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ص 238.

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصاص (148/2) و(49/3).

<sup>7</sup> سورة النساء، الآية 21.

<sup>8</sup> زاد المسير (93/2).

و رُدَّ على الوجه الثاني بأنَّ الفراء خالف تأويل أساطين التفسير والتأويل كابن عباس ومجاهد والسُّدِّيِّ ومقاتل، كما خالف ابن قتيبة وهو من علماء اللغة، وقد سبق نقلُ الكلام عنهم<sup>1</sup>.

ب- أما من السنة: فاستدلوا بحديث: "من كشفَ حمارَ امرأةٍ ونظرَ إليها وجبَ الصِّدَاقُ دخلَ بها أو لم يدخل"<sup>2</sup>.

ج- أما الإجماع: فاحتجوا بما رواه زُرارةُ بنُ أوفى قال: "قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخصى ستراً وجب المهر، ووجبت العدة"<sup>3</sup>، ورواه أيضاً الإمام أحمد عن الأحنف عن عمرَ وعليٍّ وعن سعيدِ بنِ المسيَّبِ وزيدِ بنِ ثابتٍ: عليها العدة، ولها الصِّدَاقُ كاملاً، وهذه قضايا تشتهرُ ولم يخالفهم أحدٌ في عصرهم فكان إجماعاً<sup>4</sup>.  
و أُجيب بأنَّ الحديثَ منقطعٌ لأنَّ زُرارةَ لم يُدرك الخلفاء -رضي الله تعالى عنهم<sup>5</sup>.

د- أما من جهة النظر والمعقول: فاستدلوا بما يأتي:

1- إنَّ التسليم المستحقَّ وُجد من جهتها فيستقرُّ البدلُ، كما لو وطئها، وكما لو أجزت دارها أو باعها وسلَّمتها، قال الجصاص -رحمه الله- موضِّحاً هذا المعنى: "إنَّ المعقود عليه من جهتها لا يخلو إما أن يكون الوطاءً أو التسليم، فلمَّا اتفق الجميع على جواز نكاح المحبوب<sup>6</sup> مع عدم الوطاء دلَّ ذلك على أنَّ صحَّة العقد غير متعلقة بالوطء؛ إذ لو كان كذلك لوجب أن لا يصحَّ العقد عند عدم الوطاء، ألا ترى أنه لما تعلَّقت صحَّته بصحَّة

<sup>1</sup> يُنظر ص 128 .

<sup>2</sup> أخرجه البيهقي في السنن، كتاب الصِّدَاق، باب من قال: "من أغلق باباً أو أرخصى ستراً وجبَ الصِّدَاق"، عن عبد الرحمن بن ثوبان مرسل (256/7).

<sup>3</sup> أخرجه البيهقي في (السنن)، كتاب الصِّدَاق، باب من قال: "من أغلق باباً أو أرخصى ستراً وجبَ الصِّدَاق" (255/7)، وعبد الرزاق في (المصنّف)، كتاب النكاح، باب وجوب الصِّدَاق (288/6)، وصحَّحه الألباني في (إرواء الغليل) (356/6).

<sup>4</sup> المغني (191/7)، وكشاف القناع (168/5).

<sup>5</sup> مغني المحتاج (225/3).

<sup>6</sup> هو المقطوع الذكْر (طَلَبَةُ الطَّلَبَةِ) ص 88.

التسليم كان من لا يصحّ منها التسليم من ذوات المحارم لم يصحّ عليها العقد، وإذا كانت صحة العقد متعلّقة بصحة التسليم من جهتها فواجب أن تستحقّ كمال المهر متعلّقة بعدصحة التسليم بحصول ما تعلق به صحة العقد له.

و أيضاً: فإن المستحق من قبلها هو التسليم، ووقوع الوطاء إنما هو من قبل الزوج فعجزه وامتناعه لا يمنع من صحة استحقاق المهر، ولذلك قال عمر رضي الله عنه في المخلوّ بهما: لها المهر كاملاً، ما ذنبهنّ إذا جاء العجز من قبلكم.

و أيضاً: لو استأجر داراً، أو خلى بينها وبينه استحقّ الأجر لوجود التسليم كذلك الخلوة في النكاح<sup>1</sup>.

2- وقالوا أيضاً: "إنّ الغالب عند إغلاق الباب وإرخاء الستر على المرأة وقوع الجماع، فأقيمت المظنّة مقام المئنّة، كما جُبلت النفوس في تلك الحالة على عدم الصبر عن الوقاع غالباً لغلبة الشهوة."<sup>2</sup>

مما سبق بيانه يبدو لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور لصحة أدلتهم، وسلامة أكثرها من الاعتراض، كما أنّ هذا القول هو مذهب كثير من الصحابة ومنهم الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم -.

كما أنّ العمل بهذا القول وهو اعتبار الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي فيما يثبت من مهر فيه عمل بقاعدة سد الذرائع التي يعمل بها أكثر الفقهاء؛ لأنّ المعروف عادةً بين الزوجين عند اختلاهما الخلوة الصحيحة بشروطها أنّ هذه الخلوة لا تخلو من وقاع، خاصّةً في هذا العصر الذي فسدت فيه الذمم، وكثر الكذب والخيانة.

و إتماماً للفائدة فهذا بيان وافٍ لأقوال المذاهب المتبوعة في مسألة الخلوة:

### البند الثالث: تفصيل مذاهب العلماء في مسألة الخلوة:

الفقرة الأولى: مذهب الحنفية: قالوا: الخلوة الصحيحة تمنع سقوط شيء من المهر بعد الطلاق وطئ أو لم يطأ إلا أن يكون أحدهما محرماً أو مريضاً، أو كانت حائضاً أو صائمة في

<sup>1</sup> أحكام القرآن للحصاص (149/2).

<sup>2</sup> فتح الباري (494/9).

رمضان، فإنما يجب في ذلك نصف المهر إن طلقها بعد الخلوة قبل الدخول<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية : مذهب المالكية:

حكى القرطبي - رحمه الله - أربعة أقوال فقال<sup>2</sup>: "اختلف علماؤنا في ذلك على أربعة أقوال: يستقر بمجرّد الخلوة، ولا يستقر إلا بالوطء<sup>3</sup>، ويستقر بالخلوة في بيت الإهداء<sup>4</sup>، التفرقة بين بيته وبيتها<sup>5</sup>، وذكر عن الإمام مالك - رحمه الله - أن من أسباب تأكد المهر مكث المرأة سنة في بيت الزوج، قال الإمام القرطبي: "إذا طال مكثه معها مثل السنة ونحوها، واتفقا ألا ميسس وطلبت المهر كان لها"<sup>6</sup>.

قال الشيخ خليل: "وتقرّر بوطء وإن حرّم، وموت واحد وإقامة سنة"<sup>7</sup>، قال الشيخ الدردير شارحا هذا الكلام: "بعد الدخول بلا وطاء بشرط بلوغه وإطاقته مع اتفاقهما على عدم الوطاء؛ لأن الإقامة المذكورة تقوم مقام الوطاء"<sup>8</sup>، ومن تعليل الشيخ الدردير لهذا القول الذي يُعتبر رأيا خامسا في المذهب يظهر أن إقامة المرأة في منزل الزوج سنة وخلوته بها من وقت لآخر، وقد قامت بكلّ حقوق الزوجية من جانبها فحق لها المهر كاملا غير

<sup>1</sup> ينظر: بداية المبتدىء، علي بن أبي بكر المرغيناني ت593هـ، تحقيق حامد إبراهيم كرسون، ومحمد عبد الوهاب بحيري ط1، 1355هـ، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة ص62، ومختصر اختلاف العلماء (2/348).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (3/156).

<sup>3</sup> وهذا هو المشهور في المذهب، يُنظر: (القوانين الفقهية) ص175.

<sup>4</sup> جاء في بلغة السالك: "والحاصل أن الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة اهداء، ثم تنازعا في الميسس، فقال الزوج: ما أصبتها، وقالت هي: أصابني، فإنها تُصدّق في ذلك بيمين كانت بكرا أو ثيبا، كان الزوج صالحا أم لا، وهذا إذا اتفقا على الخلوة أو ثبتت ولو بامرأتين"، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للشيخ أحمد الصاوي، صحّحه محمد عبد السلام شاهين، دت دار الكتب العلمية، بيروت (2/284).

<sup>5</sup> وهذا قول ابن القاسم - رحمه الله - (القوانين الفقهية ص175).

<sup>6</sup> الجامع لأحكام القرآن (5/72)، والقوانين الفقهية ص175.

<sup>7</sup> مختصر الشيخ خليل ص124.

<sup>8</sup> الشرح الكبير (2/475).



منقوص، ورغم هذا التعليل لقي هذا القول الأخير ردًا عنيفًا من طرف المذاهب الأخرى كما فعل الإمامان الشافعي<sup>1</sup> وابن حزم<sup>2</sup> -رحمهما الله-.

#### الفقرة الثالثة : مذهب الشافعية:

للشافعي -رحمه الله- قولان: قدم وجديد، القديم يقول فيه بتأكد المهر واستقراره بالخلوة، والجديد على خلافه.

قال صاحب (مغني المحتاج) -رحمه الله- مبيّن القول القديم<sup>3</sup>: "يستقرّ بالخلوة في النكاح الصحيح حيث لم يكن مانع حسيّ كرتق<sup>4</sup>، ولا شرعيّ كحيض؛ لأنها حينئذ مظنة الوطء".

و قال موضّح القول الجديد: "لا يستقرّ بمباشرة فيما دون الفرج ولا باستدخال مني ولا بإزالة بكاراة بغير آلة الجماع ولا بخلوة"<sup>5</sup>.

#### الفقرة الرابعة : المذهب الحنبلي:

للإمام أحمد -رحمه الله- روايتان: رواية باعتبار الخلوة الصحيحة غير مكتملة للمهر<sup>6</sup>، ورواية باعتبارها مكتملة<sup>7</sup>، وهذه الرواية الثانية هي المعتمدة في المذهب. قال صاحب (كشاف القناع) مبيّن عدم اعتبار المانعين: الحسي والشرعي: "وثقّرهُ الخلوة المذكورة، ولو لم يظأ ولو كان بهما -أي الزوجين- مانع أو كان بأحدهما مانع حسيّ كحَبّ ورتق ونضاوة -أي هزال- أو مانع شرعيّ كإحرام وحيض ونفاس وصوم، ولو كانت في نهار رمضان فإنها تقرّر المهر كاملاً إذا كانت بشروطها؛ لأنّ الخلوة نفسها مقرّرة للمهر لعموم ما تقدّم"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> أحكام القرآن للشافعي (233/7-234).

<sup>2</sup> المحلى (484/6).

<sup>3</sup> مغني المحتاج (225/3).

<sup>4</sup> الرتق بفتح التاء: "انسداد الرحم بعظم ونحوه، والمرأة الرتقاء التي لا يصل إليها زوجها" أنيس الفقهاء ص 151.

<sup>5</sup> المصدر السابق (225/3).

<sup>6</sup> المغني (291/7).

<sup>7</sup> المرجع نفسه (292/7).

<sup>8</sup> كشاف القناع (169/5).

و الأكثر من ذلك أن الخنايلة ذهبوا إلى تقرّر المهر بمقدمات الدخول كالنظر واللمس والتقبيل بشهوة، ولو كان ذلك في غير خلوة بحضور الناس؛ لأن ذلك نوع استمتاع وفيه استيفاء لبعض أحكام الزواج فتأكد به المهر<sup>1</sup>.

قال الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - : "و هذا نظر سليم"<sup>2</sup>. وقال الخنايلة أيضا بتأكد المهر بطلاق الفرار قبل الدخول في مرض الموت<sup>3</sup>.

#### الفقرة الخامسة : المذهب الظاهري:

قال ابن حزم - رحمه الله - : "ومن طلق قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الذي سُمي لها، وكذلك لو دخل بها ولم يطأها طال مقامه معها أو لم يطل هذا المقام فلها كل المهر"<sup>4</sup>.

#### الفقرة السادسة: أمّا قانون الأسرة الجزائري:

فلم يتكلم عن مسألة الخلوة، ولكن ما نستنبطه من المادة 16 أن المهر لا يتأكد بالخلوة وفقا للمذهب المالكي في ذلك، حيث جاء في المادة السابقة: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج"<sup>5</sup>، فلو استقرّ الصداق بالخلوة لأشارت إليه المادة، ومادامت لم تشر إليه فلا يثبت، وكذلك القول بعدم الثبوت فيه أخذ بالمذهب المالكي الذي اعتمد عليه القانون في أكثر مسائله.

وبالكلام عن موضوع الخلوة ينتهي ما أردت بيانه في حق المهر للمطلقة، ويأتي بعد هذا الحديث عن حق المتعة للمطلقة.

<sup>1</sup> المصدر السابق (5/169-170).

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 193.

<sup>3</sup> يُنظر: كشاف القناع (5/160).

<sup>4</sup> المحلى (6/482).

<sup>5</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 7.

## البحث الثاني: حقّ المتعة للمطلّقة:

المطلب الأول: تعريف المتعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم المتعة ودليله.

المطلب الثالث: مقدار المتعة.

جامعة الأمير  
القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول: تعريف المتعة لغة واصطلاحاً:

### الفرع الأول : التعريف اللغوي:

المتعة أو المتاع لغةً: كلُّ ما يُنتفع به و يُرغَب في اقتنائه، كالطعام وأثاث البيت، والسلعة والمال، وقد ذكر الله تعالى المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع في مواضع من كتابه، ومعانيها وإن اختلفت راجعةً إلى أصل واحد، قال الأزهرى: "فأما المتاع في الأصل فكلُّ شيء ينتفع به ويُتبلَّغ به، ويُتزوَّد، والفناء يأتي عليه في الدنيا"، وهو اسم من (مَتَعْتُهُ) بالثقل: إذا أعطيته ذلك والجمع (أمتعة).

والمتعة: ما ينتفع به من الصيد والطعام، ومتعة الحج: أن تُضمَّ عمرة إلى حجِّك، وزواج المتعة: أن تزوج امرأة فتتمتعَ بها وقتاً، ولا تريد إدامتها لنفسك، ومتعة المرأة: ما وُصِلت به بعد الطلاق لتنتفعَ به وتتمتعَ به نحو مال أو خادم والجمع (مُتَع) <sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

عرَّفها بعضهم بقوله: "مالٌ يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه" <sup>2</sup>.

و عرّفه الأستاذ نور الدين عتر بقوله: "ما يبذله الزوج للمطلقة عطية منه، زيادةً على استحقاتها من المهر والنفقة، تطيباً لقلبها، وإيناساً لها، لما أوحشها به، من تطليقه إياها" <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، الدكتور إبراهيم أنيس، وآخرون (2/852-853)، والمصباح المنير ص290، ولسان العرب (6/4127)، والتوقيف ص633.

<sup>2</sup> معني المحتاج (3/241)، ويُنظر: الروضة (7/323).

<sup>3</sup> أبيض الحلال، الأستاذ نور الدين عتر، ص149.

## المطلب الثاني: حكم المتعة ودليلها:

اتَّفَق العلماء على مشروعية المتعة للمطلقة، واختلفوا هل هي مستحبة أم واجبة؟ فذهب بعض العلماء إلى أنها مستحبة، في حين قال أغلبهم هي واجبة، وهذا تفصيل أقوال العلماء -رحمهم الله- مع بيان الأدلة ومناقشتها.

### الفرع الأول: أقوال العلماء:

يُمكن إجمال أقوال العلماء في مذهبين: مذهب قائل بالاستحباب، وآخر قائل بالوجوب.

### البند الأول: المذهب الأول:

قال أصحابه: إن المتعة مندوبة ومستحبة، وبه قال أبو عبيد<sup>1</sup>، ومالك بن أنس<sup>2</sup>، وأصحابه والقاضي شريح في رواية، والليث وابن أبي ليلى<sup>3</sup>، وأبو الزناد<sup>4</sup>، وهو قول الشافعي القاسم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الإمام المجتهد ذو الفنون أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله، ولد سنة 157هـ، كان إماماً مجتهداً، قال ابن سعد: "كان أبو عبيد مودباً صاحب نحو وعربية وطلب للحديث والفقهاء"، قال البخاري وغيره: مات سنة أربع وعشرين ومائتين -رحمه الله رحمة واسعة-، من آثاره (الناسخ والمنسوخ) وغيرها من الكتب النافعة. سير أعلام النبلاء (10/490-509)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (2/66-69)، وشذرات الذهب (1/54-55).

<sup>2</sup> وخلاصة مذهب السادة المالكية أن المتعة مندوب إليها في كل مطلق وإن دخل بها إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها، فحسبها ما فرض لها، ينظر: الجامع لأحكام القرآن (3/152).

<sup>3</sup> هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى العلامة الفقيه مفتي الكوفة وقاضيها أبو عبيد الرحمن الأنصاري الكوفي، ولد عام (74هـ-693م)، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، قال أحمد بن يونس: "كان ابن أبي ليلى أفضه أهل الدنيا"، غير أنه كان سيء الحفظ للحديث كما حكم عليه بذلك الأئمة: أحمد ويحيى بن سعيد وشعبة والنسائي وغيرهم، توفي -رحمه الله- في شهر رمضان عام (148هـ-765م). يُنظر:

سير أعلام النبلاء (6/310-316)، وشذرات الذهب (1/224)، والأعلام (6/189).

<sup>4</sup> الخليلي (7/245)، الجامع لأحكام القرآن (3/152)، المعنى (7/183).

<sup>5</sup> معني المحتاج (3/241).

البند الثاني: المذهب الثاني:

ذهب الجمهور إلى وجوبها على خلاف بينهم في موضع الوجوب، وإليه ذهب: ابن عمر وعلي أبي طالب والحسن بن أبي الحسن البصري، وسعيد بن جببر، وأبو قلابة<sup>1</sup>، والزهرى والضحاك بن مزاحم وغيرهم<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: الأدلة والمناقشة والترحيحالبند الأول: أدلة المذهب الأول:

استدل القائلون بالاستحباب بما يأتي:

الفقرة الأولى: إن الله تعالى لم يقدرها، وإنما وكلها إلى اجتهاد المقدر<sup>3</sup>، ورد بأن الله تعالى وكل التقدير في النفقة إلى الاجتهاد وهي واجبة<sup>4</sup>.

الفقرة الثانية: لما قال تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾<sup>5</sup>، اقتضى ذلك أن لا تلزم المقتر الذي لا يملك شيئاً، وإذا لم تلزمه لم يلزم الموسر، ومن ألزمها المقتر فقد خرج من ظاهر الكتاب؛ لأن من لا مال له لم تقتض الآية إيجابها عليه، إذ لا مال له فيعتبر قدره، فغير جائز أن نجعلها ديناً عليه وأن لا يكون مخاطباً بها<sup>6</sup>.

واعترض بأن هذا القول إغفال لمعنى الآية؛ لأن الله تعالى لم يقل: "على الموسع قدر ماله، وعلى المقتر على قدر ماله"، وإنما قال تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾، وللمقتر قدر يُعتبر به وهو ثبوته في ذمته حتى يجد فيسلمه، كما قال الله

<sup>1</sup> هو عبد الله بن زيد بن عمرو، أبو قلابة الجرمي، عالم بالقضاء والأحكام، ناسك من أهل البصرة، وكان يدنس، وهو من رجال الحديث الثقات، أرادوه على القضاء فهرب إلى الشام ومات فيها عام 104هـ، وقيل 106هـ وقيل 107هـ - رحمه الله - تذييب سير أعلام النبلاء (1/158)، والأعلام (4/88).

<sup>2</sup> المحلى (7-245)، الجامع لأحكام القرآن (3/152)، المغني (7/183)، زاد المسير (1/280).

<sup>3</sup> أحكام القرآن لابن العربي (1/217).

<sup>4</sup> المغني (7/183).

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصص (2/140).

تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، فأوجبها عليه بالمعروف ولو كان معسرا لا يقدر على شيء لم يخرج عن حكم الآية؛ لأن له ذمة تثبت فيها النفقة بالمعروف حتى إذا وجدها أعطاها، كذلك المقر في حكم المتعة، وكسائر الحقوق التي تثبت في الذمة<sup>2</sup>.

الفقرة الثالثة: إن الله تعالى قال عن المتعة: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>3</sup> و﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>4</sup>، ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين، فتعليقها بالإحسان وليس بواجب، وبالتقوى، وهو معنى خفي دلّ أنها استحباب، يؤكد أنه قال تعالى في العفو عن الصداق: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾<sup>5</sup> فأضافه إلى التقوى وليس بواجب<sup>6</sup>، وردّ بأنه إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيدا لوجودها، وليس تخصيصهم بالذكر نفيا عن غيرهم كما قال تعالى: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾<sup>7</sup>، وهو هدى للناس كافة، كقوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ﴾<sup>8</sup> فلم يكن قوله تعالى: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ نافيا لأن يكون هدى لغيرهم.

كذلك قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ غير نافي أن يكون حقا على غيرهم<sup>9</sup>.

قال الحصص-رحمة الله عليه:- "و أيضا فإننا نوجبها على المتقين والمحسنين بالآية، ونوجبها على غيرهم بقوله تعالى: ﴿فَمَنْعَوْهُمْ وَسَرَّحَوْهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>10</sup>، وذلك عام في الجميع بالاتفاق؛ لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> المصدر السابق (2/104-141).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>6</sup> أحكام القرآن لابن العربي (1/217).

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 2.

<sup>8</sup> سورة البقرة، الآية 185.

<sup>9</sup> أحكام القرآن للحصص (2/138).

<sup>10</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

والمتقين أوجبها على غيرهم، ويلزم هذا السائل أن لا يجعلها ندباً أيضاً؛ لأن ما كان ندباً لا يختلف فيه المتقون وغيرهم، فإذا جاز تخصيص المحسنين والمتقين بالذكر في المندوب إليه من المتعة، وهم وغيرهم سواء فكذلك جاز تخصيص المحسنين والمتقين في الإيجاب، ويكونون هم وغيرهم سواء<sup>1</sup>.

البند الثاني: أدلة المذهب الثاني:

استدل الجمهور لمذهبهم بالقرآن والمعقول:

الفقرة الأولى: من القرآن الكريم:

استدلوا بالآيات التي فيها الأمر بتمتع المرأة كقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>2</sup>، وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>3</sup>، وقوله: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>4</sup>.

قالوا: ﴿مَتَّعُوهُنَّ﴾ أمرٌ والأمر للوجوب<sup>5</sup>.

وقالوا أيضاً: قوله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>6</sup>، جعل المتعة هن، وما كان للإنسان فهو ملكه له المطالبة به كقولك: هذه الدار لزيد، ثم قال تعالى: ﴿حَقًّا﴾، وذلك دليل وجوبه، وقال ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وكلمة (على) تفيد الوجوب، والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون، والمؤمن هو الذي ينقاد لحكم الشرع<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أحكام القرآن للحصاص (138/2).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>4</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>5</sup> المعنى (183/7).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>7</sup> نظ: المسبوط (61/6)؛ وأحكام القرآن للحصاص (138/2)، والجامع لأحكام القرآن (152/2).



الفقرة الثانية: الدليل العقلي:

-قالوا: "إن مهر المثل مستحقٌ بالعقد، والمتعة هي بعض مهر المثل، فتجب كما يجب نصف المسمى إذا طلق قبل الدخول"<sup>1</sup>.

-وقالوا أيضا: "لولا تكن المتعة واجبة لم تكن مقدرةً بحال الرجل، فلما قال تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾<sup>2</sup> دلّ على الوجوب؛ إذ ما ليس بواجب غير معتبر بحال الرجل، إذ له أن يفعل ما شاء منه في حال اليسار والإعسار، فلما قدرها بحال الرجل ولم يُطلقها فُيخَيَّرُ الرجلُ فيها دلّ على وجوبها"<sup>3</sup>.

و مما سبق بسطه تتضح قوّة أدلة الجمهور بخلاف أدلة المذهب الأول فلم تَسَلِّمْ من الاعتراض، أما القول بأن الله تعالى علّق المتعة بالإحسان والتقوى وهما غير واجبين فغير مسلم؛ لأنه سبحانه أمر جميع خلقه أن يكونوا من المحسنين ومن المتقين، وما وجب من حقّ على أهل الإحسان والتقوى فعلى غيرهم أوجبٌ وهو لهم ألزمٌ، وبذا فالذي أراه- والله أعلم- ترجيح قول الجمهور.

الفرع الثالث: تفصيل أقوال العلماء في المطلقة التي تجب لها المتعة:

اتفق العلماء على أن المطلقة غير المفروض لها قبل المسيس لا شيء لها على زوجها المطلّق غير المتعة<sup>4</sup>، واختلفوا في غيرها فالمالكية على ما سبق النقل عنهم يقولون باستحبابها إلا المدخول بها المفروض لها المهر فلها ما فرض ولا متعة<sup>5</sup>، أما باقي المذاهب القائلة بوجوب المتعة فاختلف أصحابها في المطلقة التي تجب لها المتعة على التفصيل الآتي:

البند الأول: مذهب الحنفية والحنابلة ومن نهج فحجهم:

قالوا: المتعة واجبة لمن طلقت قبل الدخول ولم يُسمَّ لها المهر، فإن دخل بها فإنه يمتّعها ولا يُحجر على ذلك أي أنها مندوبة في غيرها، ما لم تكن الفرقة من قبلها وإلا فلا متعة.

<sup>1</sup> أحكام القرآن للحصاص (139/2)، ويُنظر: كشاف القناع (176/5).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>3</sup> أحكام القرآن للحصاص (140/2).

<sup>4</sup> تفسير الطبري (332/2).

<sup>5</sup> راجع ص 138 من هذا البحث.

وذهب إلى هذا القول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم، وعطاء والتخعي<sup>1</sup> وجابر بن زيد والزهرري ورؤي هذا القول عن الأوزاعي والثوري وأحمد بن حنبل والحسن بن حي، وهذا هو مذهب أبي حنيفة<sup>2</sup> وصاحبه<sup>3</sup>. قال ابن قدامة: "و المتعة تجب على كل زوج لكل واحدة مَفْوِضَةٌ طَلقت قبل الدخول، وسواء في ذلك الحرّ والعبد والمسلم والذميّ والحرّة والأمة والمسلمة والذميّة"<sup>4</sup>. والحنفية والحنابلة متفقون على عدم ثبوت المتعة للمطلقة إذا كانت من قبيلها قياساً على نصف الصداق، لأنها بمنزلة<sup>5</sup>.

أدلة هذا المذهب: استدلوا لرأيهم بالقرآن والمعقول:

أ- أما من القرآن الكريم:

فقوله تعالى ذكره: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>6</sup> "تقديره: ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة، ألا ترى أنه عطف على قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>7</sup>.

فلو كان الأول بمعنى: (ما لم تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة أو لم تفرضوا) لما عطف عليها المفروض لها فدل ذلك على أن معناه: (ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة)، وقد تكون (أو) بمعنى (الواو)، فوجب على هذا أن يكون قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ

<sup>1</sup> مصنف عبد الرزاق (69/7).

<sup>2</sup> المبسوط (61/6).

<sup>3</sup> تُنظر نقل هذه الأقوال في: مختصر اختلاف العلماء (265/2)، والمبسوط (61/6)، والخصي (246/7)، وزاد

المسير (280/1)، وتفسير الطبري (532/2-533).

<sup>4</sup> المغني (185/7)، وينظر كشف القناع (176/5).

<sup>5</sup> ينظر المبسوط (62/6)، كشف القناع (176/5).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 237.

قَبْلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً<sup>1</sup> لما دخلت على النفي أن تكون بمعنى (الواو) فيكون شرط وجوب المتعة المعنيين من عدم المسيس والتسمية جميعا بعد و رُدَّ على هذا الاستدلال بأنه صحيح لو لم تَرِدْ غيرُ هذه الآية في إيجاب المتعة، ولكن ورد في القرآن ما يدل على شمول المتعة لكل مطلقة كقوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَنَاعٍ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2</sup>، والآية السابق ذكرها لما أثبتت المتعة للمطلقة قبل البناء والفرض لم تُنفِها عن غيرها<sup>3</sup>.

#### أما استدلالهم بالمعقول:

فقالوا: لا تجب المتعة للمطلقة المدخول بها؛ "لأنها إنما استحققت جميع المهر على زوجها فلا تستحق المتعة مع ذلك كالتوفى عنها زوجها، وهذا لأن النكاح حق معاوضة، وبعد تقرر الفرض لا حاجة إلى شيء آخر، وتوضيحه أن المتعة لا تجامع نصف المسمى، وهو إذا ما طلقها قبل المسيس بعد الفرض، فلأن لا تجامع جميع المسمى أولى"<sup>4</sup>.  
قال في (كشاف القناع)<sup>5</sup> في المعنى نفسه: "لأن كل من وجب لها المهر أو نصفه لم تجب لها المتعة سواء كانت ممن لها صداق أو لا، ولأنها وجب لها مهر المثل فلم تجب لها المتعة؛ لأنها كالبدل من مهر المثل"، وإنما وجبت المتعة عندهم للمطلقة قبل المسيس والفرض لأنها لا تستوجب شيئا في الأصل فوجبت لها المتعة، واستحبوا هذه المتعة لغيرها من المطلقات عملا بقوله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَنَاعٍ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>3</sup> ينظر في هذا المعنى: المحلى (247/7-247).

<sup>4</sup> المبسوط (62/6).

<sup>5</sup> كشاف القناع (176/5).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 241.

البند الثاني: مذهب الشافعية ومن ذهب مذهبهم:

قالوا: المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج إلا التي سُمِّي لها وطلّقت قبل الدخول، وإلى هذا ذهب ابن عمر<sup>1</sup> وعطاء في رواية عنهما، وهو مذهب مجاهد، ونافع وسعيد بن المسيّب، والقاسم بن محمد<sup>2</sup>، والحسن البصري وهو مذهب الشافعي<sup>3</sup> وعلى هذا جمهور العلماء<sup>4</sup>.

قال الشافعي - رحمه الله -: "قال عامة من لقيت من أصحابنا المتعة هي للتي لم يدخل بها قط ولم يُفرض لها مهرٌ وطلّقت، وللمطلّقة المدخول بها المفروض لها"<sup>5</sup>.

"وهذه المتعة تثبت ما لم تكن بسبب منها كردها، أو فسخ النكاح بإعساره أو تغريه"<sup>6</sup>.

أدلة هذا القول:

استدلّ هذا الفريق لقولهم بمحمل الأوامر في القرآن الكريم وعموم القرآن إلا ما خصّه الدليل، فاحتجوا بما يأتي:

1- قول الله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتِرِ قَدَرَهُ﴾<sup>7</sup> وهو على العموم في كلّ مطلقة إلا التي سُمِّي لها وطلّقت قبل الدخول، واستدلوا لهذا التخصيص

<sup>1</sup> مصنف عبد الرزاق (68/7).

<sup>2</sup> القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، القدوة الحافظ الحجة، عالم المدينة، ولد في خلافة عليّ عام 37هـ، قال ابن سعد: "كان ثقة عالماً رفيعاً، فقهياً إماماً ورعاً كثير الحديث"، قال الإمام مالك: "كان من فقهاء هذه الأمة"، اختلف في سنة وفاته فقيل سنة 106هـ، وقيل 107هـ، وقيل 108هـ، - رحمه الله رحمة واسعة - سير أعلام النبلاء (53/5-60)، وشذرات الذهب (135/1).

<sup>3</sup> يُنظر نقل هذه الأقوال في: أحكام القرآن الشافعي (202/1)، وتفسير الطبري (532/2-534)، وأحكام القرآن للحصاص (137-136/2) مختصر اختلاف العلماء (265/2)، زاد المسير (280/1)، مغني المحتاج (241/3).

<sup>4</sup> مختصر اختلاف العلماء (265/2)، وبداية المجتهد (97/2).

<sup>5</sup> أحكام القرآن الشافعي (202/1).

<sup>6</sup> روضة الطالبين (223/7)، ومغني المحتاج (241/3).

<sup>7</sup> سورة النقا. آية 236

بقوله جل ثناؤه: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>1</sup>.

قال ابن كثير - رحمه الله -: "و هذه الآية مما يدل على اختصاص المتعة بما دلت عليه الآية الأولى حيث أنه أوجب في هذه الآية نصف المهر المفروض إذا طلق الزوج قبل الدخول، فإنه لو كان ثمة واجب آخر من متعة لبيئها، لاسيما وقد قرنها بما قبلها من اختصاص المتعة بتلك الآية - والله أعلم -"<sup>2</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>3</sup>، والآية عامة في المطلقات<sup>4</sup> إلا ما خصه الدليل وقد سبق بيانه.

وقد رُدَّ على الاستدلال بهذه الآية أن المقصود بالمتاع كل ما ينتفع به سواء كانت المتعة المصطلح عليها فقهيًا، أو نصف المسمى لغير المدخول بها، أو المهر المسمى للمدخول بها، أو مهر المثل للمدخول بها غير المسمى مهرها<sup>5</sup>.

البند الثالث: مذهب الظاهرية ومن قال بقولهم:

المتعة واجبة لكل مطلقة كائنة من كانت من نسائه، روي هذا القول عن علي بن أبي طالب والحسن<sup>6</sup>، وأبي قلابة، والزهرري، وأبي العالية<sup>7</sup> وسعيد بن جبيرة<sup>8</sup>، وقتادة، والضحاك،

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>2</sup> تفسير ابن كثير (289/1).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>4</sup> أحكام القرآن الشافعي (202/1).

<sup>5</sup> ينظر أحكام القرآن للحصاص (142-141/2).

<sup>6</sup> مصنف عبد الرزاق (70/7).

<sup>7</sup> رفيع بن مهران الإمام المفسر المقرئ أبو العالية الرياحي البصري أحد الأعلام، أدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم، وأسلم في خلافة أبي بكر وثقة أبو زرعة وأبو حاتم قال البخاري: توفي سنة ثلاث وتسعين، وقيل: مات في شوال سنة تسعين - رحمه الله عليه - (سير الأعلام النبلاء، (207/4-214)، وشذرات الذهب (102/1)

<sup>8</sup> سعيد بن جبيرة بن هاشم الإمام المفسر الشهيد، أبو محمد، ويقال: أبو عبد الله الأسدي، أحد الأعلام، كان عابدا زاهدا، قال الخطيب: "كان أعلم التابعين بالطلاق سعيد بن المسيب وبالحنج عطاء، وبالخلال والحرام طاووس، وبال تفسير مجاهد، وأجمعهم لذلك سعيد جبيرة"، قتله - رحمه الله - الحجاج بن يوسف الثقفي في شعبان سنة خمس وتسعين م. سنة. وقد هناك سير أعلام النبلاء (4-324-343)، وشذرات الذهب (108/1-110).

وأبي ثور<sup>1</sup> ونَصْرَةُ الطبري<sup>2</sup>، وهو مذهب الظاهرية.  
قال ابن حزم - رحمه الله -: "المتعة فرضٌ على كل مطلق، واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً، أو آخر ثلاث، وطئها أو لم يطأها، دخل بها أو لم يدخل بها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئاً أن يُمتَّعها ويُجبره الحاكم على ذلك أحبُّ أم كره، ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق ولا يُسقطُ التمتع عن المطلقة مراجعتها إياها في العدة ولا موته ولا موتها والمتعة لها أو لورثتها من رأس ماله يضرب بها مع الغرماء"<sup>3</sup>.

أدلة هذا القول: استدلوا بما يأتي:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>4</sup> وقوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>5</sup> فعمَّ عزَّ وجلَّ كلَّ مطلقة ولم يخصه، وأوجه لها على كل مُتَّقٍ يخاف الله تعالى<sup>6</sup>.  
قال الطبري<sup>7</sup> - رحمه الله -: "فجعل الله تعالى ذلك<sup>8</sup> لكلِّ مطلقة، ولم يخص منهن بعضاً دون بعض، فليس لأحد إحالة ظاهر تزويل عام إلى باطن خاص إلا بحجة يجب التسليم لها، فإن قال قائل: فإن الله تعالى ذكره قد خصَّص المطلقة قبل المسيس إذا كان مفروضاً لها بقوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>9</sup> إذ لم يجعل لها غير نصف الفريضة، قيل: إن الله تعالى ذكره إذا دلَّ على وجوب شيء في بعض تزويله ففي دلالاته على وجوبه في الموضع الذي دلَّ عليه الكفاية عن

<sup>1</sup> يُنظر نقل هذه الأقوال في:

تفسير الطبري (329/2)، أحكام القرآن للحصاص (136/2)، المحلى (247/7)، زاد المسير (280/1).

<sup>2</sup> تفسير الطبري (331/2).

<sup>3</sup> المحلى (247/7).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>6</sup> المحلى (245/7).

<sup>7</sup> تفسير الطبري (331/2).

<sup>8</sup> يَقْصِدُ: المتاع.

<sup>9</sup> سورة البقرة، الآية 237.

تكريره حتى يدل على بطول فرضه. وقد دل بقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup> على وجوب المتعة لكل مطلقه فلا حاجة بالعباد إلى تكرير ذلك في كل آية وسورة.

بعد ما سبق بيانه من أقوال وأدلة ومناقشات تظهر صعوبة الترجيح ولا يتم ذلك إلا بجمع النصوص المتكلمة عن المتعة وهي ستة<sup>2</sup> مع بيان سياقها وسياقها وربطها مع بعضها، عند ذلك يتبين للباحث الراجح من المرجوح وأهم ما يعيننا في هذا الشأن أربع آيات:

الأولى: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>3</sup>  
والثانية: قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَالِكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>4</sup>

والثالثة: قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ قَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبَّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>5</sup>.

والأخيرة: قوله بعدها: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ قَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>6</sup>.

فالأية الأولى أثبتت المتعة لعموم المطلقات ولم تفصل؛ لأنها جاءت لبيان المتاع للمطلقة كما ثبت للمتوفى عنها زوجها في الآية التي قبلها<sup>7</sup>، أما الآيات الأخرى فمفصلة لعموم ما سبق، حيث ذكرت آية الأحزاب ثبوت المتعة للمطلقة قبل الدخول دون تفريق بين تسمية

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>2</sup> وهي الآيات: 236 و237 و240 من سورة البقرة: 241، والآيتان: 28 و49 من سورة الأحزاب.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>4</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>7</sup> وهي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ، فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ مِمَّا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، سورة البقرة، الآية 240.

المهر وعدمها، فجاءت الآية 236 من سورة البقرة لتخصص الوجوب بعدم المفروض لها فقط، أما حكم المطلقة قبل البناء وبعد الفرض فأشارت إليه الأخيرة فأثبتت نصف المهر فقط، ولو كانت المتعة واجبة لذكرت، وبقي السؤال المطروح: هل للمطلقة المدخول بها متعة أو لا؟ فالجواب أنه يجب لها المتعة استدلالاً بعموم الآية الأولى، سواء سُمي المهر أو لم يُسمَّ، وبهذا يتم الجمع بين النصوص، ولذا فالذي أراه راجحاً هو مذهب الشافعي ومن تبعه -والله أعلم-.

وأخيراً فإن قانون الأسرة الجزائري: لم يُشر إلى مسألة المتعة، ولعلّه اكتفى بمسألة التعويض المالي للمطلقة عند التعسف في طلاقها، وهذا ما سأتكلم عنه في موضعه، غير أنه ينبغي الإشارة إلى الفرق بين المتعة والتعويض المالي للمطلقة سواء من حيث المفهوم أم الغاية منها؛ وحتى من حيث الثبوت وذلك لوجود الاختلاف في ثبوت التعويض المالي من عدمه.



## المطلب الثالث: مقدار المتعة:

اختلف العلماء - رحمهم الله - في مقدار المتعة، وهذا بيان اختلافهم حسب المذاهب:

### الفرع الأول: مذهب الحنفية:

مقدار المتعة عندهم على حسب المتعارف عليه، ويُشترط أن لا تزيد على نصف مهر مثلها، ولا تنقص عن خمسة دراهم<sup>1</sup>.

قال الجصاص: "ولم يُقدّر أصحابنا لها مقداراً معلوماً لا يتجاوز به، ولا يقصر عنه، وقالوا: هي على قدر المعتاد المتعارف في كل وقت، وقد ذُكر عنهم ثلاثة أثواب: درع وخمار وإزار<sup>2</sup>. وورد عن حماد أبي حنيفة أن متعة التي تطلق قبل الدخول والفرض نصف مهر مثلها لا غير"<sup>3</sup>، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد<sup>4</sup>.

واختلفوا هل المعتبر في ذلك حاله، أو حالها، أو حالهما معاً؟

فذهب بعضهم إلى اعتبار حال الرجل من حيث اليسار والإعسار، وقال آخرون: يعتبر حالها، وذهب بعضهم إلى اعتبار حالهما جميعاً، في حين قال بعضهم: المتعة الواجبة تُعتبر بحالها، والمستحبة تُعتبر بحاله<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> يُنظر: البدائع (304/2)، وأحكام القرآن للحصاص (143/2)، وقد ردّ ابن حزم هذا القول فقال: "وهذا القول لا دليل عليه، وهَبَّكَ أنه قاس العشرة دراهم على ما تقطع فيه اليد، فعلى أي شيء قاس الخمسة دراهم"، المحلى (248/7).

<sup>2</sup> أحكام القرآن للحصاص (144/2).

<sup>3</sup> المرجع نفسه (144/2).

<sup>4</sup> المبدع (169/7).

<sup>5</sup> يُنظر: البدائع (143/2).

## أدلة الحنفية ومن ذهب مذهبهم:

استدل الحنفية لخضوع المتعة إلى المتعارف عليه بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، "فهي بمنزلة تقويم المتلفات، و أروش الجنایات التي ليس لها مقادير معلومة في النصوص"<sup>2</sup>، وقد اختلفت اجتهادات الصحابة ومن تبعهم في تقدير المتعة فقد طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه امرأته ومتعها بخادم<sup>3</sup>، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "أعلى المتعة خادمٌ، ودون ذلك النفقة والكسوة"<sup>4</sup>.

و قال الشعبي- رحمه الله-: "كسوتها في بيتها درع وخمار وملحفة"<sup>5</sup>.

و قال الحسن: "كان منهم من يُمتع بالخادم والنفقة، ومنهم من يمتع بالكسوة والنفقة ومن كان دون ذلك فثلاثة أثواب: درع وخمار وملحفة، ومن كان دون ذلك ممتع بثوب واحد"<sup>6</sup>.

و قال سعيد بن المسيب<sup>7</sup>: "أوضح المتعة الثوب وأرفعها الخادم"<sup>8</sup>.

و قد احتج من اعتبر حال الرجل دون المرأة بقوله تعالى: ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾<sup>9</sup> جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره وإعساره<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية 241.

<sup>2</sup> أحكام القرآن للحصاص (144/2).

<sup>3</sup> أخرجه عبد الرزاق في (المصنف) (72/7-73)، وابن أبي شيبة في (المصنف) (141/4).

<sup>4</sup> أخرجه ابن أبي شيبة في (المصنف) (141/4)، وصححه الألباني في (إرواء الغليل) (361/6).

<sup>5</sup> تفسير الطبري (328/2)، ومصنف ابن أبي شيبة (141/4).

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصاص (144/2)، مصنف ابن أبي شيبة (142/4).

<sup>7</sup> هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب أبو محمد القرشي عالم أهل المدينة، وسيّد التابعين في زمانه وُلد لستين مضتاً من خلافة عمر رضي الله عنه، وقيل لأربع مضين بالمدينة، وقال مكحول وقتادة والزهرى: "ما رأينا أعلم من ابن المسيب"، جمع بين الحديث والتفسير والفقه والورع والعبادة، توفي عليه رحمة الله- عام 94هـ..

<sup>8</sup> تهذيب سير أعلام النبلاء (143/1)، وشذرات الذهب (102/1-103).

<sup>9</sup> مصنف ابن أبي شيبة (141/4).

<sup>10</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>10</sup> شذرات (304/2).

و قد استدللَ مَنْ اعتبر حال المرأة دون حال الرجل "بأن المتعة بَدَلُ بُضْعِهَا فَيُعْتَبَرُ حَالُهَا"<sup>1</sup>.

أَمَّا مَنْ ذَهَبَ إِلَى اعتبار حالهما معا فقد قال: "لو اعتبرنا حال الرجل وحده عاريا من اعتبار حال المرأة لَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا شَرِيفَةٌ، وَالْأُخْرَى ذَنِيَّةٌ مَوْلَاةٌ، ثُمَّ طَلَّقَهُمَا قَبْلَ الدَّخُولِ وَلَمْ يُسَمَّ لِهَذَا أَنْ تَكُونَا مَتَسَاوِيَتَيْنِ فِي الْمَتْعَةِ فَتَجِبَ لَهُ هَذِهِ الدُّنْيَا، كَمَا تَجِبُ لَهُ هَذِهِ الشَّرِيفَةُ، وَهَذَا مُنْكَرٌ فِي عَادَاتِ النَّاسِ وَأَخْلَاقِهِمْ غَيْرٌ مَعْرُوفٌ"<sup>2</sup>.

قال الجصاص-رحمه الله-: "و يَفْسُدُ مِنْ وَجْهِ آخِرِ قَوْلٍ مِنْ أَعْتَبَرَ حَالَ الرَّجُلِ وَحْدَهُ دُونَهَا وَهُوَ أَنْ لَوْ كَانَ رَجُلًا مُوسِرًا عَظِيمَ الشَّأْنِ فَيَتَزَوَّجُ امْرَأَةً ذَنِيَّةً مَهْرٌ مِثْلُهَا دِينَارٌ وَاحِدٌ وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ لَزِمَتْهُ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ أَضْعَافَ مَهْرٍ مِثْلِهَا، فَتَسْتَحِقُّ قَبْلَ الدَّخُولِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ أَكْثَرَ مِمَّا تَسْتَحِقُّهُ بَعْدَ الدَّخُولِ، وَهَذَا خُلْفٌ مِنَ الْقَوْلِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَوْجَبَ لِلْمَطْلُوقَةِ قَبْلَ الدَّخُولِ نِصْفَ مَا أَوْجَبَ لَهَا بَعْدَ الدَّخُولِ، فَإِذَا كَانَ الْقَوْلُ بِأَعْتَابِ حَالِ الرَّجُلِ دُونَهَا يُوَدِّي إِلَى مَخَالَفَةِ مَعْنَى الْكِتَابِ وَدَلَالَتِهِ، وَإِلَى خِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي الْعَادَاتِ سَقَطَ وَوَجِبَ أَعْتَابُ حَالِهَا مَعَهُ"<sup>3</sup>.

وقال السرخسي<sup>4</sup>-رحمه الله- في (المبسوط)<sup>5</sup>: "المتعة لا تزيد على نصف مهر المثل؛ لأنها خَلْفُهُ، فَإِنْ كَانُوا سِوَاءً فَالْوَاجِبُ الْمَتْعَةُ؛ لِأَنَّهَا الْفَرِيضَةُ بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ، وَإِنْ كَانَ النِّصْفُ أَقْلَ مِنْهَا فَالْوَاجِبُ الْأَقْلُ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ خَمْسَةِ فَيَكْمَلُ لَهَا الْخَمْسَةُ".

<sup>1</sup> المصدر نفسه (304/2).

<sup>2</sup> أحكام القرآن (143/2).

<sup>3</sup> أحكام القرآن (143/2).

<sup>4</sup> هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الحنفي، الإمام الكبير شمس الأئمة، كان إماما علامة حجة متكلمنا أصوليا أكرم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج به، ألف (المبسوط) وهو مجوس، توفي-رحمه الله- عام 490هـ. ينظر:

طبقات الحنفية ص(28-29) باختصار.

<sup>5</sup> المبسوط (62/6).

قال الطبري<sup>1</sup> معترضاً على ما سبق: "و لو كان ذلك<sup>2</sup> واجبا على قدر صداق مثلها إلى قدر نصفه لم يكن لقوله تعالى ذكره: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾<sup>3</sup> معنى مفهوم ولكان الكلام: "و متعوهنّ على قدرهنّ وقدر نصف صداق أمثالهنّ"، وفي إعلام الله تعالى ذكره عباده أن ذلك على قدر الرجل في عسره ويسره لا على قدرها وقدر نصف صداق مثلها ما يبين عن صحّة ما قلنا وفساد ما خالفه، وذلك أن المرأة قد يكون صداق مثلها المال العظيم، والرجل في حال طلاقه إيها مقتر لا يملك شيئا، فإن قضى عليه بقدر نصف صداق مثلها ألزم ما يعجز عنه بعض من قد وسّع عليه، فكيف المقدور عليه؟، وإذا فعل ذلك به كان الحاكم بذلك عليه قد تعدّى حكم قول الله تعالى ذكره: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾<sup>4</sup>.

واحتج من قال أن المتعة الواجبة يعتبر فيها حالها بأن المتعة بدل عن بضعها فاعتبر حالها، أما قولهم بأن المتعة المستحبة تعتبر بحاله فلا معنى له؛ لأن التقدير في الواجب لا في المستحب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تفسير الطبري (331/2).

<sup>2</sup> يعني: مقدار المتعة.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>5</sup> الندائع (2/304).

الفرع الثاني: مذهب المالكية:

قال الإمام مالك - رحمه الله -: "ليس للمتعة حدٌ لا في قليل ولا في كثير، ولا أرى أن يقضى بها، وهي من الحق عليه، ولا يعدى فيها السلطان، وإنما هو شأنٌ إن أطاع به أذاه، وإن أبي لم يُحبر علي ذلك"<sup>1</sup>، وبهذا قال عطاء والزهري<sup>2</sup>.  
قال القرطبي<sup>3</sup>: "و هو مقتضى القرآن؛ فإن الله سبحانه لم يقدرها، ولا حدّها، وإنما قال: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾"<sup>4</sup>.

الفرع الثالث: مذهب الشافعية:

للشافعية في المقدار قولان:

الفقرة الأولى: المذهب القديم: يعطيها شيئاً نفيساً تذكرةً لها أو ثلاثين درهماً، أو خادماً<sup>5</sup>.  
واستدلوا لهذا بقول ابن عمر - رضي الله عنهما -: "أدنى ما يجزئ في المتعة ثلاثون درهماً، أو شبهها"<sup>6</sup>. وذكر في (المبسوط) أن التقدير بالدرهم ليس بصحيح؛ لأنّ "اسم المتاع لا يتناول الدرهم"<sup>7</sup>.

الفقرة الثانية: المذهب الجديد: يتقدّر المتعة الحاكم لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسِيعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾<sup>8</sup> وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة وجهان: أحدهما يعتبر حال الزوج للآية والثاني يعتبر بحالها؛ لأنه بدّل عن المهر فاعتبر حالها<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المدونة الكبرى (334/3-335).

<sup>2</sup> مصنف عبد الرزاق (72/7).

<sup>3</sup> الجامع لأحكام القرآن (153/3)، والذخيرة لشهاب الدين أحمد إدريس القرافي ت (684هـ - 1285م) تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي: بيروت ط1، 1994م، (450/4).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>5</sup> روضة الطالبين (322/7)، مغني المحتاج (242/3).

<sup>6</sup> أخرجه عبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب وقت المتعة (73/7).

<sup>7</sup> المسبوط (62/6).

<sup>8</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>9</sup> روضة الطالبين (323/7)، مغني المحتاج (242/3).

الفرع الرابع: مذهب الحنابلة:

ذكر الحنابلة أربع روايات عن الإمام أحمد - رحمه الله - وهي:

الفقرة الأولى: تُقدَّر المتعة بحال الزوج في يساره وإعساره، أعلاها خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاحها، إلا إن شاء أن يزيد لها، أو تشاء هي أن تُنقصه.

استدلوا بما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: "أعلى المتعة خادم، ودون ذلك النفقة والكسوة"<sup>1</sup>.

الفقرة الثانية: التقدير معتبر بحال الزوجة؛ لأن المهر معتبر بما كذلك المتعة القائمة مقامه<sup>2</sup>.

الفقرة الثالثة: يرجع في تقديرها إلى الحاكم؛ لأنه لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدين.

الفقرة الرابعة: وروي عنه أنه يجب لها نصف مهر المثل؛ لأنها بدل عنه فيجب أن تُقدَّر به<sup>3</sup>.

الفرع الخامس: مذهب الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى أن الموسر المتناهي يُمتَّع بخادم، والمتوسط بثلاثين درهماً، ومن كان مُقتراً لا يجد قوت يومه فلا يكلف بشيء، قال ابن حزم - رحمه الله -<sup>4</sup>: "و اتفق ابن عباس وعبد الرحمن بن فضال الصحابه على أن متعة الموسر المتناهي يمتع خادم سوداء، فإن زاد على ذلك فهو محسن، كما فعل الحسن بن علي وغيره، فإن كانت غير مطيقة للخدمة فليست خادماً وعلى هذا المقدار يُجبر الموسر إذا أبى أكثر من ذلك، وأما المتوسط فيجبر على ثلاثين درهماً أو قيمتها؛ إذ لم يأت عن أحد من الصحابة أقل من ذلك، وأما المقتِر فأقلها من لا يجد قوت يومه أو لا يجد زيادة على ذلك فهذا لا يكلف حينئذ شيئاً، ولكنها ديز

<sup>1</sup> كشف القناع (175/5).

<sup>2</sup> المعنى (186/5).

<sup>3</sup> بنظر: المصدر نفسه (186/5).

<sup>4</sup> المعنى (249 7).

عليه فإن وجد زيادة على قوته كلف أن يعطيها ما تنتفع به، ولو في أكلة يوم، كما أمر الله عز وجل إذ يقول: ﴿وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾<sup>1</sup>.

وقريبا من هذا قال الإمام الطبري<sup>2</sup> - رحمه الله -: "ولكن على قدر عسر الرجل ويسره لا يُجاوزُ بذلك خادم أو قيمته، إذا كان الزوج موسعا، وإن كان مقترًا فأطاق أدنى ما يكون كسوة لها، وذلك ثلاثة أثواب ونحو ذلك قضى عليه بذلك، وإن كان عاجزا عن ذلك فعلى قدر طاقته، وذلك على قدر اجتهاد الإمام العادل عند الخصومة إليه فيه".

واستدل أصحاب هذا القول: بأن الله تعالى ألزم المتعة على قدر يسار المطلق وإقتاره، وبذا كانت متعة الموسر غير متعة المقتر، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يقدر المتعة، فوجب حمل ذلك على المعروف عند المخاطبين وهم الصحابة رضي الله عنهم، وقد اختلفت متعتهم باختلاف إيسارهم وإعساره<sup>3</sup>.

وأما قانون الأسرة الجزائري فلم يتكلم عن مقدار المتعة تبعا لعدم كلامه عن المتعة، وبدلاً عن ذلك تحدث عن التعويض المالي للمطلقة تعسفاً، وهذا هو موضوع البحث الآتي - إن شاء الله -.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>2</sup> تفسير الطبري (332/2).

<sup>3</sup> بنظر في هذا المعنى: المحلى (248/7).

### المبحث الثالث : التعويض المالي للمطلقة:

المطلب الأول: تعريفُ التعويض المالي وحكمه.

المطلب الثاني: التعويض المالي للمطلقة.

جامعة الأمير بيلال  
العلوم الإسلامية



## المطلب الأول: تعريف التعويض المالي وحكمه وأركانه:

### الفرع الأول: تعريف التعويض المالي:

"هو المال الذي يُحكّم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف"<sup>1</sup> فالأصل في التعويض جبران النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق، أو إزالة الضرر الواقع عليه.

والضرر الواقع بالشخص نوعان:

ضرر ماديّ: وهو كل إيذاء يصيب الإنسان في ماله، أو في جسده.

وضرر أدبيّ أو معنويّ: وهو الألم والحزن والأسى الذي يصيب الإنسان في شعوره، أو عاطفته أو كرامته، أو شرفه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: حكم التعويض المالي:

التعويض عن الضرر أمر مقررّ شرعاً وعقلاً، وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر ورعاية للحقوق: وزجراً للمعتدين وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل<sup>3</sup>.

وفقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على مبدأ التعويض عن الضرر، ولكن اختلفت أنظارتهم في مدى التعويض، فتوسّع فريق بإقرار التعويض، وضيّق فريق آخر عملاً بأصل براءة الذمة حتى تتأكد الأسباب الموجبة للتعويض مع اتفاق الجميع على ماهية التعويض وأركانه ومعوقاته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الإسلام عقيدة وشريعة، الأستاذ الأكبر محمود شلتوت، دار الشروق، القاهرة، ط 8، (1395هـ-1975م)، ص 541.

<sup>2</sup> ينظر: المرجع نفسه، ص (392-393).

<sup>3</sup> التعويض المالي عن الطلاق، الدكتور محمد الزحيلي، دار المكّي للطباعة والنشر، سوريا، ط 1، 1418هـ-199م، ص 47.

<sup>4</sup> الإسلام عقيدة، شريعة، ص (396-397).

وقد اتفق الفقهاء على تعويض الضرر المادّي بينما اختلفوا في التعويض على الضرر المعنوي، فذهب الجمهور إلى عدم التعويض عنه، وقال بعضهم بوجوب التعويض على الضرر المعنوي أو الأدبي، وأيد معظم العلماء المعاصرين هذا الرأي، وأقرّوا التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: أركان التعويض المالي وشروطه:

للفعل الموجب للضمان ركنان أساسيان لا بد من وجودهما، وهما الاعتداء، والضرر، ويضيف علماء القانون ركنًا ثالثًا هو وجود الرابطة بين الاعتداء والضرر<sup>2</sup>.

أما شروط التعويض فهي:

- 1- أن يكون الشيء المتلف مالا.
- 2- أن يكون المال متقوّمًا مملوكًا.
- 3- أن يكون التلف أو الضرر متحقّقًا بشكل دائم.
- 4- أن يكون المتلف أهلاً لإيجاب التعويض عليه.
- 5- أن يكون في إيجاب الضمان أو التعويض فائدة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 50.

<sup>2</sup> نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر: دمشق، ط1، 1389هـ-1970م، ص 19، وينظر: الوسيط في القانون المدني، المستشار أنور طلبة، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، دت، ص 573.

<sup>3</sup> تعويض مالي عن الطلاق ص 50.

## المطلب الثاني: التعويض المالي للمطلقة:

اتفق العلماء على عدم التعويض إذا لم يتعسف الزوج، ولم يُسبب استعمال حقه في الطلاق، واختلفوا بعد ذلك إن ساء استعماله أو تعسف فيه بين قائل بالتعويض وقائل بنفيه، وقد جرى هذا الخلاف بين الفقهاء والقضاة والمحاكم، وهذا بيان أقوالهم وأدلتهم.

### الفرع الأول: أقوال العلماء:

البند الأول: القول الأول: قال أصحابه: تُعَوِّضُ المطلقة مالياً إذا أساء الزوج، أو تعسف في استعمال حق الطلاق، ومن قال بذلك: الشيخ محمود شلتوت<sup>1</sup> شيخ الأزهر سابقاً<sup>2</sup>، والشيخ عبد الوهاب خلاف<sup>3</sup>، والشيخ أبو الأعلى المودودي<sup>4</sup>، والدكتور بدران أبو العينين في قول له<sup>5</sup>، والدكتور مصطفى السباعي<sup>6</sup>، والدكتور أحمد الغندور<sup>7</sup>، وذكر الأستاذ البكري أن أغلب الفقهاء المعاصرين يتبعون هذا الرأي، وذكر منهم الأساتذة: حسين عامر، وعبد الرحيم عامر، وأنور العمروسي<sup>8</sup> وعلى هذا الاتجاه القضاء العربي فقد

<sup>1</sup> محمود شلتوت، ولد في منية بني منصور بالبحيرة سنة 1310هـ-1893م، وتخرج بالأزهر عام 1918م، صار من أعضاء كبار العلماء عام 1941م، ومن أعضاء مجمع اللغة العربية عام 1946م، ثم شيخاً للأزهر عام 1958م، إلى أن توفي عليه رحمة الله - عام 1383هـ-1963م، كان فقيهاً مفسراً، خطيباً موهوباً، داعية تيّر الفكر، له 26 مؤلفاً منها: (التفسير) - يكمله، و(القرآن والمرأة)، و(القرآن والقتال)، و(الإسلام عقيدة وشرعية) و(الفتاوى) وغيرها من المؤلفات الأعلام (173/7) بتصرف.

<sup>2</sup> أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الدكتور عمر سليمان الأشقر دار النفائس للنشر والتوزيع: الأردن، ط2، 1418هـ-1997م، ص86.

<sup>3</sup> أحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الوهاب خلاف 142.

<sup>4</sup> حقوق الزوجين، أبو الأعلى المودودي، تعريب أحمد إدريس، دار الوفاء للنشر والتوزيع، طبع بمطابع دار البعث، قسنطينة، 1989م ص47.

<sup>5</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ص256.

<sup>6</sup> المرأة بين الفقه والقانون، ص146.

<sup>7</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص79.

<sup>8</sup> موسوعة الفقه والقضاء (الأحوال الشخصية)، المستشار أحمد عزمي البكري، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة 2000.

حكمت بذلك محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 20 يناير 1926م<sup>1</sup>، ومحكمة النقض في 21 يونيو 1927م<sup>2</sup> ومحكمة استئناف القاهرة في 20 نوفمبر 1956<sup>3</sup>، وأيضاً بتاريخ 23 فيفري 1985م<sup>4</sup>، ومحكمة استئناف الجزائر في 10 فيفري 1924<sup>5</sup>، ومحكمة تلمسان في 18 جانفي 1967م، ومحكمة الجزائر في 12 أفريل 1967م<sup>6</sup>.

وعلى هذا أكثر قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية، كما في قانون الأحوال الشخصية لجمهورية مصر العربية<sup>7</sup>، وقانون الأحوال الشخصية السوري<sup>8</sup>، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>9</sup>، وقانون الأسرة الجزائري<sup>10</sup>.

- <sup>1</sup> وذلك في القضية رقم 1281 ينظر: أحكام الأحوال الشخصية ص 142، والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 80.
- <sup>2</sup> النظام القضائي، ص 366.
- <sup>3</sup> المرجع نفسه ص 367.
- <sup>4</sup> موسوعة الفقه والقضاء (10/4).
- <sup>5</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 75.
- <sup>6</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (236/1).
- <sup>7</sup> جاء في القانون رقم 100 لسنة 1985 م في المادة رقم 18 مكرراً: "والزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق نفقة عدتها متعة تُقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق بسراً أو عسراً، وظروف الطلاق ومدّة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق بسداد هذه المتعة على أقساط" الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985م، عبد الناصر توفيق العطار، 1985م، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة ص 127.
- <sup>8</sup> نصّت المادة 117 على أنه: "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة، فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال". قال السباعي رحمه الله -مُعقياً على هذه المادة، ورافضاً لتقييد النفقة بسنة: "فتحن نرى أن لا يقيد بنفقة سنة، فما دام الزوج ظالم متعسفاً، وما دامت الزوجة مظلومة فلم لا يلزم الزوج بالإتفاق عليها حتى تنزوح إن كانت في سنّ قابل للزواج؟ أو حتى تلقى وجه رها إن كانت عجوزاً شارفت على وداع الحياة" المرأة بين الفقه والقانون ص 146.
- وقد تمّ تعديل هذه المادة بالقانون رقم 34 بتاريخ 1975/12/31م. ونصّ على نفقة ثلاث سنوات بدلا عن نفقة سنة ينظر: التعويض المالي عن الطلاق ص 32، والفقه الإسلامي وأدلته 532/7.
- <sup>9</sup> نصت المادة 165 من القانون رقم 81 لسنة 1984م على ما يأتي: "أ- إذا انحلت الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة سوى نفقة عدتها متعة تُقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج تؤدي إليها على أقساط شهرية إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على ذلك في المقدار والأداء"، قانون الأحوال الشخصية، طه، طبع مطابع 25 فبراير.
- <sup>10</sup> سيأتي تفصيل الكلام عن التعويض المالي في قانون الأسرة الجزائري بالتفصيل ص 189 وما بعدها- إن شاء الله.

البند الثاني : القول الثاني:

لا تُعوّض المطلقة ولو أساء الزوج استعمال حقّه، وبذا قال العلماء القدامى ومس المعاصرين: الشيخ محمد بنحيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقاً<sup>1</sup>، والشيخ أبو زهرة<sup>2</sup>، والشيخ علي الطنطاوي<sup>3</sup>، والشيخ حسن خالد مفتي لبنان، وكل من الدكاترة: عدنان نجح<sup>4</sup>، وبدران أبو العينين في قول له<sup>5</sup>، وعمر سليمان الأشقر<sup>6</sup>، ومحمد الزحيلي<sup>7</sup>، وعبد الناصر توفيق العطار<sup>8</sup>. وبذلك جاء حكم محكمة استئناف مصر الأهلية<sup>9</sup>، قال الدكتور محمد الزحيلي: "و هذا ما ذهبت إليه غالبية المحاكم، وأيدها أكثر العلماء"<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ص 86.

<sup>2</sup> قال: "لو كان نمة شرط يوجب التعويض يكون الشرط فاسداً فيلغى"، الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ص 285.

<sup>3</sup> الأسرة بين الفقه والقانون، علي عبد الله الطنطاوي، المركز الإسلامي للدراسات والبحوث: القاهرة ص 107.

<sup>4</sup> أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الشيخ حسن خالد، والدكتور عدنان نجح، دار الفكر: بيروت. ط2، 1392هـ-1972م، ص 112 .

<sup>5</sup> الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص 311.

<sup>6</sup> أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ص 87.

<sup>7</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 60، غير أنه أجاز اشتراط التعويض في العقد.

<sup>8</sup> وقال: "إن المطلقة لا تستحق تعويضاً عن طلاقها حتى لو تعهد زوجها عند الزواج بها، أو بعد ذلك منها".

التعويض"، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص 135.

<sup>9</sup> موسوعة الفقه والقضاء 12/4، وكان ذلك في القضية رقم 408 بتاريخ 1931/01/22، وحكمت بعدم

التعويض أيضاً بتاريخ 1928/12/18 بنظر: التعويض المالي ص 19.

<sup>10</sup> التعويض المالي عن الطلاق، الدكتور محمد الزحيلي ص 61.

الفرع الثاني: الأدلة والمناقشة والترجيح:البند الأول: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة يمكن إجمالها في سبعة أمور وهي: القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، التعويض لكون الطلاق تصرفاً انفرادياً، والتعويض عملاً بالمسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، وبسبب التعسف بالطلاق، وعن طريق السياسة الشرعية، وكون المتعة أساساً للتعويض، وهذا تفصيلها:

الفقرة الأولى: الأصل في الطلاق الحظر:

ذهب أكثر العلماء إلى أن الطلاق تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة، فيكون واجبا ومندوباً، ومباحاً ومكروهاً، ومحرمًا، بحسب الحالات والظروف والأشخاص والأسباب الداعية له، ووقع الخلاف بينهم في الأصل فيه: هل هو الإباحة أو الحظر؟

فذهب بعضهم إلى أن الأصل فيه الإباحة، فإذا خلا من الأسباب وانتفت عنه الدواعي والظروف المحيطة بالطلاق، فإن الطلاق يكون مباحاً، وبناءً على ذلك، إذا طلق الرجل زوجته فلا شيء عليه سواء كان الطلاق لحاجة أو لغير حاجة، وذهب آخرون إلى أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا للحاجة، وعليه فإن طلق الرجل زوجته بغير حاجة فإنه يرتكب معصية، ويأثم ديانة<sup>1</sup>.

و يرى فريق آخر أنه إذا طلق بغير حاجة، فإنه يتجاوز حدوده، ويخرج عن أحكام الشرع مما يوجب الحكم بالتعويض على الضرر الذي لحق بالزوجة<sup>2</sup>.

و هذا هو الأساس الذي اعتمدت عليه محكمة مصر الأهلية<sup>3</sup>، حيث جاء في حيثيات الحكم: "لقد قضت محكمة الله مشروعية الطلاق فهو إذاً حق مشروع، ولكن للضرورة،

<sup>1</sup> سبق تفصيل هذه الأحكام في ص 55 وما بعدها.

<sup>2</sup> ينظر مدى حرية الزوجين في الطلاق، للدكتور الصابوني، (87/1).

<sup>3</sup> وذلك في حكمها بتاريخ 20 يناير 1926.

وليس من المروءة الإنسانية، ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة، ولغير سبب يطلقها فهو باستعماله ذلك الحق الذي أعطي له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه وإلى غيره... فالمحكمة ترى مع المدعية أحقيتها في طلب التعويض من المدعى عليه ضمانا لها من الضرر، بسبب استعماله هذا الحق<sup>1</sup>.

يقول الدكتور بدران: "و من القضاة من حكم بتعويض المطلقة التي يطلقها زوجها بدون سبب يدعو إلى الطلاق بناءً على أن إيقاع الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج بحسب حكم الشرع، لكنه مقيد عند الفقهاء بأن يكون لحاجة تدعو إليه<sup>2</sup>، فمن طلق زوجته بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق كان مسيئاً في استعمال الحق المخوّل له شرعاً، فيلزم بتعويض الضرر الناتج عنه مادياً كان أو معنوياً"<sup>3</sup>.

و ردّ هذا الاستدلال بما يأتي:

1- إن الفريقين القائلين بالإباحة والحظر يريان مشروعية الطلاق، وبأنه حلال سواء كان أصله محظوراً أو مباحاً، يقول البهوتي-رحمه الله- في أول كتاب الطلاق: "و أجمعوا على جوازه"<sup>4</sup> فالطلاق وإن كان مبغوضاً إلى الله تعالى فذلك لا ينافي كونه حلالاً، وفي الحديث: "أبغضُ الحلال إلى الله الطلاق"<sup>5</sup>، وجاء في حكم محكمة استئناف مصر<sup>6</sup>: "إن الطلاق مباح فلا يترتب عليه في الشريعة الإسلامية أية مسؤولية إلا الحقوق التي يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة، حتى لو كان الطلاق بلا سبب، فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون مبغوضاً من الله، كمن يرتكب معصية دينية، لأن الحقوق التي بينَ الإنسان وربّه لا يسأل عنها في الدنيا، ولكن يسأل عنها في الآخرة"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور أحمد الغندور ص(80-81).

<sup>2</sup> سبق بيان اختلاف الفقهاء في الأصل في الطلاق، فلا يصح التعميم هنا.

<sup>3</sup> الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص311، وينظر: أحكام الأحوال الشخصية للشيخ خلاف ص142.

<sup>4</sup> كشاف القناع (266/5).

<sup>5</sup> سبق تخريجه ص48.

<sup>6</sup> القضية رقم 408 بتاريخ 1/22/1931.

<sup>7</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص77 وموسوعة الفقه والقضاء (4/12).

2- على افتراض أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية، أو مما يجب ستره: وهي في كل أحوالها أو جلها لا يجوز أن تُعرض بين أنظار القضاء يتنازعها الخصوم شداً وجذباً<sup>1</sup>.

3- "قد أخطأ من وصف الطلاق بأنه حق مشروع للضرورة<sup>2</sup> فجعله حراماً كالخمر، ولحم الميتة ولحم الخنزير، وأكل مال الناس ظلماً وغير ذلك من المحرمات التي لا تحل إلا للضرورة، حسب القاعدة الفقهية (الضرورات تبيح المحظورات)<sup>3</sup> وهذا الاجتهاد خطأ ثم يُقَلُّ به أحدٌ من السابقين أو اللاحقين، وحتى القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر، قالوا: إنه يباح للحاجة... وفرقٌ كبير بين الحاجة والضرورة، وهو ما بينه العلماء في مقاصد الشريعة"<sup>4</sup>.

من أجل ذلك رفضت محكمة استئناف مصر هذا الاجتهاد ونقضت الحكم بالتعويض وقالت: "إن الطلاق حق مُطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء، ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذا فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز أن تتظلم منها، ولأن الشريعة- وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج - قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة<sup>5</sup> دون التعويض"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 285، والفقه المقارن للأحوال الشخصية ص 312.

<sup>2</sup> محكمة مصر الكلية في حكمها السابق بتاريخ 1926/01/20.

<sup>3</sup> تُنظر القاعدة في: (الأشباه والنظائر) لتاج الدين السبكي ت771هـ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، (1411هـ-1991م)، (45/1)، والأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي ت991هـ، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت ط1، (1419هـ-1998م) (168/1).

<sup>4</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص13.

<sup>5</sup> حقوق المطلقة ليست مقصورة على ما ذكر فقط فمن حقوقها أيضاً: المتعة، وأجرة الحاضنة وسكنها، وأجره الرضاع، والميراث مما سيأتي الكلام عنه تفصيلاً - إن شاء الله-.

<sup>6</sup> موسوعة الفقه والفضاء 12/4.



الفقرة الثانية: الطلاق تصرفاً فرادياً:

يرى البعض أن صدور الطلاق من الرجل بشكل فرادى أى بدون موافقة الزوجة على الطلاق، أو بدون أخذ إذن منها يوجب على الزوج التعويض<sup>1</sup>.

وردّ هذا الاستدلال "بأنه يتنافى مع المفهوم الشرعى، ويخالف النصوص الشرعية في ذلك: إذ أن طبيعة الطلاق أنه تصرف فرادى يتم بإرادة مفردة، وهو يقع باتفاق الفقهاء بمجرد صدوره من الزوج سواء علمت الزوجة بذلك أو لم تعلم، وسواء كانت حاضرة أم غائبة... واتفق الفقهاء أيضاً أن الطلاق حق للرجل وحده لمعانٍ كثيرة وحكم متعدّد<sup>2</sup>".

" وإذا تقرر أن الطلاق حق شرعى للزوج<sup>3</sup>، وأنه بطبيعته تصرف فرادى وأنه من الإسقاطات فلا يصح أن يكون ذلك أساساً للتعويض، لأنه ليس من المنطق ولا من المعقول أن يمنح الشارع أو القانون لشخص حقاً ثم يمنعه من التصرف فيه أو يُرتب عليه عقوبة وتعويض إذا مارس ما أباحه له، لأنّ من المبادئ الشرعية أنه لا يجتمع إباحة وضمآن، أيّ أن وجود الإذن والإباحة يمنع ترتيب الضمان على الفاعل، وقد نصّت القواعد الفقهيّة المقرّرة شرعاً: (أنّ الجواز الشرعى ينافى الضمان) أيّ إذا ملك الشخص الإجازة بعمل فلا يلتزم بالتعويض عما فعله، سواء أكان الجواز من الشارع بالسماح للمالك بالتصرف في ملكه، أم كان الجواز من صاحب الحق<sup>4</sup>".

كما أنه لا وجود للتعدي هنا فلا تعويض، لأنّ التعديّ أحد أركان التعويض.

<sup>1</sup> التعويض المالى عن الطلاق للدكتور محمد الزحيلي ص14.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص15 وينظر: الأحوال الشخصية ص (283-284).

<sup>3</sup> جاء في حكم محكمة استئناف مصر السابق: "إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء".

<sup>4</sup> التعويض المالى عن الطلاق ص17.

### الفقرة الثالثة: التعويض بناء على المسؤولية العقدية:

احتجّ القائلون بالتعويض أنّ الزواج كباقي العقود المالية يترتب عنها تعويض مالي بمقتضى طبيعة العقد، وقالوا: "إنّ من يطلق من غير سببٍ عليه تَبَعَةٌ مشتقة من عقد الزواج نفسه، فمسؤوليته المدنية مسؤولية تعاقدية أيّ أنها مشتقة من طبيعة العقد نفسه"<sup>1</sup>.

"و أكثر القوانين الوضعية وبعض الاجتهادات الفقهية قانونية أو كَنَسِيَّة أو إسلامية تقيس الزواج على بعض أحكام المعاملات المالية"<sup>2</sup>، ورُدّ هذا بما يأتي:

1- "المسؤولية العقدية على قدر ما تُفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج أيّ من مقتضاه في الشريعة، وطبيعة عقد الزواج على ما هو مقرّر وثابت لا توجب تعويض الزوجة إذا طُلِّقت، إلا أن يكون لها مؤخّر صداق، أو تجب المتعة ولا تعويض يجب للمطلقة، والأمر في الزواج على الأخلاق والدين، ولا يُغني عنهما شيء"<sup>3</sup>.

ولا يمكن الحكم بالتعويض في عقد النكاح بناءً على المسؤولية العقدية؛ لأنّ المسؤولية العقدية هي من إضافة الشيء إلى سببه، أيّ أن المسؤولية المترتبة على الزوج تكون بسبب عقد الزواج وتعتمد المسؤولية العقدية على الإخلال بما تقتضيه طبيعة العقد أو الإخلال بما يقتضيه الشرط الذي اشترطه أحد المتعاقدين صراحة أو دلالة، وتكون المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العَقْدِيّ الذي يترتب عليه ضرر مع توفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، سواء أكان الخطأ ناشئاً عن عمد أم إهمال أم عن القيام بفعل<sup>4</sup>.

وإذا كان هذا المعيار موضوعياً في عقود المعاوضة والعقود المالية، فإنّ المعيار في الزواج هو معيارٌ ذاتيٌّ ومعيارٌ موضوعيٌّ في آنٍ واحد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص285

<sup>2</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص136.

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية ص285.

<sup>4</sup> يُنظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي (6/138192)، ونظرية الضمان ص236.

<sup>5</sup> سيأتي بيان هذين المعيارين في الصفحة 190 ومابعدها -إن شاء الله-.

ثم "إن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذا هي تعله وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها"<sup>1</sup> فالطلاق في الشريعة الإسلامية لا يعتبر إخلالاً بطبيعة عقد الزواج، ولا يحق للمرأة أن تشترط في عقد النكاح عدم إيقاع الطلاق، ولأن هذا الشرط لا يلائم العقد، ويخالف النصوص الشرعية لحديث "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"<sup>2</sup> واشترط عدم الطلاق يحرم الحلال، ولذا فلا يمكن الحكم بالتعويض عن الطلاق بناءً على المسؤولية العقدية. ولكن هل تستحق المطلقة التعويض إذا اشترط التعويض عند الطلاق؟

ذهب بعض الباحثين إلى الحكم بالتعويض موافقةً للمذهب الحنبلي في إباحة الشروط في العقود غير المنافية لموضوع النكاح ونظامه الشرعي في الإسلام كما هو الحال هنا<sup>3</sup>.

وذهب آخرون إلى عدم الحكم بالتعويض ولو اشترط في العقد أو بعده<sup>4</sup>، معتبرين هذا الشرط فاسداً فيلغى، وهذا قول الشيخ أبي زهرة<sup>5</sup> ومن مؤيديه الأستاذ عبد الناصر العطار الذي قال: "القول بالتعويض مخالفٌ للشريعة الإسلامية حتى لو تعهد الزوج بدفعه، وهذا لا يمنع المطلق من دفع هذا التعويض باختياره دون إلزام له؛ لأنه من باب: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الْقَوْلَ الْفُضْلَ بَيْنَكُمْ﴾<sup>6</sup> ومن باب المتعة التي استحَبَّ الشرع دفعها للمطلقة جبراً لَوْحِشَةُ الفراق وتكرماً لها"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> محكمة استئناف مصر، حُكْم بتاريخ 1927/12/18م، يُنظر: موسوعة الفقه والقضاء (4/12).

<sup>2</sup> أخرجه أبو داود في (السنن)، كتاب الأفضية، باب في الصلح (304/3)، والترمذي في (السنن)، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، وقال عنه: "هذا حديث حسن صحيح" (634/3).

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص(25-26).

<sup>4</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص135.

<sup>5</sup> الأحوال الشخصية ص285.

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>7</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص137.

2- وقد أخطأ من قاس عقد الزواج على العقود المالية الأخرى، فإنه "وإن اعتبر كثير من الفقهاء عقد النكاح من عقود المعاوضة، فإن ذلك محصوراً في المتعة الزوجية والمهر، ولا تتعدى إلى جعله أساساً للتعويض عن الطلاق"<sup>1</sup>.

وقد أخرج الدكتور عبد الرزاق السنهوري الأحوال الشخصية من الحقوق المالية فقال: "والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، فلا يدخل في بحثنا إذاً الحقوق العامة، ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنها وإن كانت حقوقاً ليست بذات قيمة مالية"<sup>2</sup>.

"فالمهر الذي يدفعه الزوج لزوجته ليس شراءاً للمرأة أو عوضاً عن التلذذ بها؛ لأن الزوجة حرة كالزوج، ولأن اللذة متبادلة بين الزوجين، إنما المهر نخلة كما سماه الله عز وجل في القرآن الكريم، ونفقة الزوجة ليست أجراً للزوجة كأجر العامل، ولا تجزي عليها أحكام الأجر في عقد العمل. أو الأجرة في عقد إجارة الأشخاص والأشياء، لأن الزوجة شريك للزوج، والعامل أجير، ونفقة عدة الطلاق كذلك؛ لأنها امتداد لنفقة الزوجة لأن المطلقة رجعيًا في عدتها لا زالت زوجة من بعض الوجوه، والمتعة ليست أجراً ولا تأميناً ولا تعويضاً للمطلقة، ولا عقوبة للمطلق، وإنما صلة تجبر المطلقة عن وحشة فراقها وتكرّم لها، كذلك إنهاء الزواج بالطلاق لا يقاس عليه إنهاء أي عقد من العقود، فهل آن الأوان لكي لا نخلط بين الزواج وبين المعاملات المالية؟"<sup>3</sup>

يقول الشيخ الطنطاوي -رحمه الله- مؤكداً هذا المعنى: "ولما كانت علاقة الزوجة بزوجها في الإسلام هي علاقة مودة، ورحمة لقوله عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾<sup>4</sup>، وقوله عز وجل: ﴿هُنَّ لِيَنَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَنَاسٍ لَهُنَّ﴾<sup>5</sup>، وبالتالي فإن الإسلام يأبى أن تكون علاقتهما

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 26.

<sup>2</sup> مصادر الحق في الفقه الإسلامي (5/1).

<sup>3</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص (136-137).

<sup>4</sup> سورة الروم، الآية 21.

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 187.

كعلاقة الخادم بمخدومه، ومن ثم فإن مطلب التعويض، أو مكافأة نهاية الزوجية يكون مجافيا لما أمر به الإسلام من علاقة المودة والرحمة<sup>1</sup>.

و هذا يتضح أن عقد الزواج ليس عقداً مالياً، وهو ليس كسائر العقود، لأنه مجيء على المودة والرحمة والتعاون بين الطرفين، والزواج مجموعة من العواطف والمشاعر الطيبة بين الزوجين اللذين يربط بينهما ميثاق غليظ، ورياط متين، والحياة الزوجية ليست عقد عمل يُقدَّر فيها التعويض بسنة أو سنتين.

### الفقرة الرابعة: التعويض عن الطلاق بناء على المسؤولية التقصيرية:

تعتمد المسؤولية التقصيرية على ما إذا قصر الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع وترتب على تقصيره تلف في نفس أو مال، فيتحمل المقتصر ضماناً ما تلف<sup>2</sup>.

وبتطبيق هذا المبدأ على أحكام الزواج والطلاق نجده لا يصلح أساساً للتعويض "لأنه لا يمكن الحكم بأن كل فشل أو سوء تفاهم بين الزوجين يكون الرجل هو المسؤول الوحيد، وبالتالي يتحمل التعويض للزوجة على الأضرار، إن المقرر والمشاهد اجتماعياً أن ما من نجاح واستقرار في الحياة الزوجية، أو خلاف وشقاق بين الزوجين إلا ويكون للزوجين نصيب ولو نسبياً، ولا يوجد قطعاً ويقينا الرجل الكامل أو المرأة الكاملة -إلا الأنبياء-، فلكل إنسان عيوب ونقائص وأخطاء، فكيف نحمل الزوج وحده تبعاً الطلاق، ونحكم بأنه المقتصر وحده، والسؤال المطروح: هل يُحكم على الزوجة بالتعويض إذا أثبت أن التقصير كان من جانبها؟".

إن العلاقة الزوجية دقيقة وحساسة، وإن الحقوق الزوجية مرنة وكثيرة، وإنها تصل إلى مرتبة المثالية، كما أنها حقوق متبادلة تجب على كل من الزوجين، فإن تمسك بها أحدهما بشكل دقيق وكامل فإنه يوقع الآخر في الإعنت والمشقة قطعاً، ولذلك دعا الرسول الكريم إلى حسن العشرة بين الزوجين وأوصى بالنساء خيراً، وأكد على حسن المعاملة بين

<sup>1</sup> المرجع السابق ص (107 - 108).

<sup>2</sup> يُنظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي (52/1)، ونظرية الضمان ص 251.

الزوجين لتحقيق الصفاء والوثام في الأسرة، وأن ميزان الأفضلية والأحقية يقوم على ذلك في الأسرة<sup>1</sup>.

### الفقرة الخامسة: تعسف الرجل في استعمال حق الطلاق:

عرفنا مما سبق أن الطلاق جائز ومشروع، وأنه تصرف انفرادي، وهو حق للرجل، وإذا تصرف الإنسان في حقه فلا ضمان عليه ولا مسؤولية، ولكن إذا أساء استعمال حقه وتعسف فيه، وتجاوز حدوده، واستعمله في الإضرار بغيره فإنه لا يُقرُّ على ذلك شرعا وقانونا، عملا بنظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذها القانون المدني في البلاد العربية من الشريعة الإسلامية وتطبيقات فقهاء الإسلام لهذه النظرية<sup>2</sup>.

"والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته، كالطلاق في مرض الموت لإبطال حق الزوجة في الميراث ( وهو ما يسمى بطلاق الفار )، وكالطلاق من غير سبب معقول، رغم تنازل الزوجة وتشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب والمتناقض مع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلًا تَبَعُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾<sup>3</sup>4".

ونظرية التعسف في استعمال الحق، هي أقوى الأسس للحكم بالتعويض المالي للمطلقة تعسفاً، لذلك اعتمد عليها قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث جاء في المادة 117 منه: "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة.."<sup>5</sup>، وجاء في بيان أسباب حكم محكمة مصر الابتدائية بالتعويض قولها: "ليس من المروءة ولا من الإنسانية، ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة، ولغير سبب يطلقها فهو باستعماله هذا الحق الذي أعطي له قد أساء إلى

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق، ص(27-31) بتصرف.

<sup>2</sup> ينظر هذا المعنى: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص305، والوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (238/1).

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية34.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(238/1).

<sup>5</sup> ينظر تمام المادة ص 151 من هذا البحث.

الحق، وإلى نفسه وإلى غيره، وليس لصاحب الحق أن يسيء إلى الغير باستعماله ما حُوِّل له من الحقوق"<sup>1</sup>.

يقول الدكتور الغندور: "و ما دام هناك ضررٌ وخطأٌ كان التعويض واجباً، وإتته وإن كان الطلاق حقاً مشروعاً إلا أنه من المبادئ المقررة قانوناً أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقّه وإلا كان ملزماً بالتعويض"<sup>2</sup>.

وكما يتضح مما سبق فيشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً أن يقع بلا سبب، ويؤدى بالمطلقة إلى الفقر والاحتياج<sup>3</sup> وقيل: إن عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره طلاقاً تعسفياً<sup>4</sup> ومثلوا للطلاق التعسفي بطلاق الفارّ لإبطال حقّ زوجته من الميراث<sup>5</sup> وبطلاق المرأة مع كونها فقيرة، أو عجوزاً لا أمل لها في الزواج ثانية<sup>6</sup>، و كأن يكون طلاق الرجل سبباً في ضياع مستقبلها الذي كان ينتظرها، ويفوت عليها فرصاً كثيرة لو لم تتزوج<sup>7</sup>.

ومثل بعضهم للضرر المادي بما لو كانت المطلقة "تمارس عملاً كمدرّسة مثلاً تكتسب منه قبل زواجها وتتركته بسبب الزواج، ومثل للضرر الأدبي كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها"<sup>8</sup>.

ورّد هذا الاستدلال بما يأتي:

<sup>1</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 79، وقد صدر هذا الحكم بتاريخ 1926/01/20 في القضية رقم 1281، يُنظر: أحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الوهاب خلاف ص 142.

<sup>2</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 80.

<sup>3</sup> كما سبق بيانه في قانون الأحوال الشخصية السوري ص 165.

<sup>4</sup> كما جاء في حكم محكمة مصر الابتدائية السابق ص 165.

<sup>5</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (237/1).

<sup>6</sup> المرأة بين الفقه والقانون ص 146.

<sup>7</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص (255-256).

<sup>8</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 78، وموسوعة الفقه والقضاء (9/4-10).

1- "تعسّف الزوج في الطلاق لا يُعرفُ إلاّ في حالات قليلة لأن مسؤولية الطلاق مشتركة بينهما، والطلاق له معياران، معيار موضوعي وآخر شخصيّ وذاتيّ.

فالمعيار الموضوعي بأن يتمّ الطلاق لأحد الأسباب العامّة التي يشترك فيها معظم الناس كعدم الإنجاب، والمعيار الشخصي والذاتي ينبع من نظرة شخصية بينها الشخص للقاضي أو الناس، ويكون سببا في الطلاق من وجهة نظره فقط كالبعوض والكرهية، وأنّ الزواج لم يحقق الأهداف والغايات، وأنّ الزوجة ليست كفتا له.. وغير ذلك من الأسباب التي تكون موجبا للطلاق في نظر إنسان دون آخر، بل قد يراه أحد الأشخاص جوهريا وخطيرا، وأنه يستحيل في نظره بقاء الحياة الزوجية معها، بينما لا يعبأ به آخر، وقد يراه ثالث أمرا تافها يمكن التغاضي عنه، أو التساهل فيه، أو التجاوز عنه بأحد العلاجات"<sup>1</sup>.

ثمّ إنّ أكثر حالات الطلاق ترجع إلى الحالات النفسية والعاطفية والاجتماعية للزوجين مما يجعل تقدير القضاة للتعسّف في غاية الصعوبة، كما أنّ "شأن النفوس لا يعلمه على الحقيقة إلا خالقها، ودوافع البشر من الخفاء بحيث يصعب الوقوف عليها من أصحابها أنفسهم ويشهد لما سبق حديث ابن عباس رضي الله عنهما "أنّ جميلة بنت سلول أتت النبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت: "والله ما أعتبُ على ثابت في دين ولا خلق، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيعه بغيره"، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: "أتردّين عليه حديقته؟"، قالت: "نعم" فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ حديقته ولا يرداد"<sup>2</sup>.

"والحديث له روايات كثيرة مختلفة، ونلاحظ منها أنّ زوجة ثابت كرهت زوجها وأبغضته، وأنّ سبب الكره هو قبح الخلق- كما في رواية- فلم تستطع البقاء معه، وبيّنت لرسول الله أنّها تخشى- من وراء ذلك- كفران العشير والتقصير فيما يجب له، أو أنّ كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه، أو أنّ تضطرّ لأعمال وفواحش في مرتبة الكفر، مع اعترافها بحسن خلقه وتدينه، وكانت هذه الاعتبارات النفسيّة والنظرة

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق، ص(4-42).

<sup>2</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه (2022/5) وابن ماجه في (سننه)، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطها (663/1).



الشخصية من جهة المرأة، وأقرّها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وشُرِعَ الخُلْعُ في الإسلام لذلك<sup>1</sup>.

يقول الشيخ أبو زهرة في هذا المعنى: "و المسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم، وإنما هي صلاحيتها للبقاء، بإمكان استمرار المودة، أو عدم صلاحيتها، فمثلاً إذا تقدّم الزوج طالبا للطلاق، لأنه أصبح ييغض زوجته، وإنّ حب المودة قد تقطع بينهما، وأنه حاول إصلاح الأمر فلم يفلح، أفيطلق القاضي أم لا يطلق؟ لا شك أنّ الطلاق في هذه الحالة أمرٌ لأبَدٍ منه"<sup>2</sup>.

وقال بعضهم<sup>3</sup>: "لو كان بالإمكان دائما وأبدا التعرفُ على أسباب الطلاق من ناحية، ولو كان بالإمكان إخضاع الحياة الزوجية بما فيها من عواطف وأحاسيس ومشاعر وتقديرات وأهواء، وميول لاجتهادات القضاة من ناحية أخرى... فالحياة الزوجية ليست عبارة عن ظاهرة حقّ وباطل، أو عدلٌ وجور حتى يبادر القاضي إلى الفصل فيها بالبيّنات والأدبّة والقرائن... بل من التعقيد والتشابك بحيث يكون من العدالة وحسن الرأي أن يُترك أمرُ الفصل فيها للزوجين فحسب".

2- ومن ناحية أخرى "لا يوجد طلاق في الجملة بدون سبب، وأيُّ رجل يُقدم على الطلاق بغير سبب أو مسوّغٍ إلا وهو رجل أحمق، أو مجنون أو سفيه، أو معتوه على الأقلّ، وهو يعلم أنّ آثار الطلاق المادية ستلحق به قولا واحدا، وأنّه سيتحملها بالإضافة إلى ما سيلحقه من الأضرار المعنوية والسّمة السيئة والأقاويل المفتوحة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق، ص (37-38).

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية ص 282.

<sup>3</sup> الشيخ حسن خالّد، والدكتور عدنان نجّا في: (أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية)، ص (164)-

(165).

<sup>4</sup> التعويض المالي عن الطلاق، ص 43.

3- والمطلقة تستحق كل حقوقها حتى لو كانت مخطئة، أو كانت هي السبب في الطلاق، فكذلك لا يُسأل المطلق عن تعويضها حتى لو كان مخطئاً، أو كان هو السبب في الطلاق، وذلك كله تغليبا للرحمة بالمرأة والستر على العدل<sup>1</sup>.

4- أما القول بأنه ليس من الإيمان ولا المروءة ولا الإنسانية أن يُترك المتعسف في الطلاق دون تعويض المطلقة.

والقول بأن المروءة قد تراخت في هذا العصر فيلزم التعويض<sup>2</sup> فمردود بما يأتي:

أ- إن تراخي المروءة أمرٌ تقديريٌّ، وهو في المجتمع ككلٍّ، وليس في الرجال فقط، فلماذا خصوا بذلك<sup>3</sup> وقد تحتمل المرأة لدفع الرجل إلى الطلاق للحصول على التعويض في زمن قلت فيه المروءة<sup>4</sup>، ثم لماذا نُشرع ما يُجهز على العلاقة بين الرجل المسلم ومطلّقه ولا نسعى إلى إعادة لَمّ الشمل<sup>5</sup>.

ب- إن القول بالتعويض ليس فيه "إحقاق حقٍّ للمرأة بقدر ما أريد منه أن يكون مَعْرَماً وعقبةً ماديّةً في سبيل تقييد الطلاق، ووسيلةً انتقام وعقاب في آن واحد للرجل، خاصّةً وأنه قدّر المتعة بنفقة سنتين على الأقل<sup>6</sup> مع مراعاة حال المطلّقة ومُدّة الزوجية أي أنّه

<sup>1</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 136.

<sup>2</sup> جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية المصري رقم 44 لسنة 1979 م تحت عنوان "المتعة للمطلقة بعد الدخول" وفي توضيحها لنصّ المادة 18 مكرّراً: "إنه في هذا الزمان الذي تراخت فيه المروءة وانعدمت، ولاسيما بين الأزواج إذا ما انقطع جبل المودة بينهما ولم يعد يعبأ المطلق بمصير مطلقته بعد الطلاق... "موسوعة الفقه والقضاء (387/3).

<sup>3</sup> مقال تحت عنوان: "المتعة الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية"، الأستاذ الدكتور إبراهيم محمد عبد الله الخولي، مجلة الأحمديّة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، العدد الخامس، محرم 1421هـ/أبريل (نيسان) 2000م، ص(120-121) بتصرف.

<sup>4</sup> المقال السابق، ص 129 بتصرف.

<sup>5</sup> المقال نفسه ص 129.

<sup>6</sup> هذا بالنسبة للمادة 18 مكرّراً من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية مصر العربية، وباقي القوانين العربية قد حكمت بالتعويض غير محدّد مدته، أو محدّد له مقتربة من قانون مصر أو مبتعدة عنه.

بطريقة ضمنية أجاز للقاضي أن يرتفع بها إلى الحد الذي يراه حتى ولو بلغ خمسين سنة لعدم تحديد حد أقصى يلزمه<sup>1</sup>.

### الفقرة السادسة: اتخاذ السياسة الشرعية والمصلحة كأساس للتعويض:

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "و مستند هذا الحكم الجديد<sup>2</sup> هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج"<sup>3</sup>، واعتمدوا في الحكم بالتعويض على المبادئ الاجتماعية القاضية بالتكافل بين أفراد المجتمع خاصة بين الرجل وزوجه، جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية المصري رقم 44 لسنة 1979م: "...وقد تكون<sup>4</sup> منقطعة الأهل ناضبة الموارد غير عاملة وكبيرة في السن بعد عشرة طويلة قبل الطلاق، ولسبب ليس لها شأن به فإن الزوج يتعين عليه أن يتحمل بحكم مبادئ التضامن الاجتماعي الذي يقوم عليه المجتمع طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولصريح نص الدستور في حال الطلاق يجب تقديم معونة للمطلقة تساعد على عادات الحياة في ظروف صحية قاسية عليها ليست فقط تقتضي مواساة المطلقة بسبب الطلاق، ولكن حمايتها وحماية المجتمع من أثر الضغوط التي تواجهها بعد أن انفكت عن زواجها، وأصبح عليها أن تواجه مشكلة تدبير شؤون حياتها من جديد في الظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالية التي تستحكم فيها الأزمات، ويتعين أن يتضافر فيها أفراد المجتمع لمواجهتها، وأولى الناس بتحمل جانب من ذلك الزوج الذي طلق زوجته، وهو وإن باشر حقاً له لا يُشرع له أن يتخلى عن المروءة، ولا أن يُهدر واجب التضامن الاجتماعي الإسلامي، ولا أن يترك مطلقته عرضةً للدمار والتحطيم"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الأسرة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية ص 107.

<sup>2</sup> يقصد قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل بتاريخ 1975/12/31 والقاضي بإعطاء المطلقة نفقة ثلاث سنوات بدلاً نفقة سنة واحدة في السابق والذي نصت عليه المادة 117 منه.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته (532/7) وينظر: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 310.

<sup>4</sup> يعني: المطلقة.

<sup>5</sup> موسوعة الفقه والقضاء (387/3-388).

و زاد آخرون فقالوا: "إن الحكم بالتعويض يمنع الأزواج من التسرع في الطلاق"<sup>1</sup>.  
و ردّ هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: إن الضرر مادياً أو معنوياً في الطلاق يقع على كلا الطرفين، وهل من السياسة الشرعية العادلة أن يحكم بالتعويض على الرجل دون المرأة؟ ثم إن القول بوجوب تعويض الرجل المطلقة إضافة إلى مؤخر المهر، ونفقة العدة فيه عمل بمبادئ التضامن الاجتماعي قولٌ قاصر، فالقائل بتعويض المطلقة تأميناً لنفقتها ومعيشتها لما يصيبها من فقر وبؤس يغفل "عن الحكم الشرعي الآخر في باب النفقات، وأن نفقة المرأة وتأمين حاجاتها ومتطلباتها في الحياة كما تجب للزوجة على زوجها خلال الحياة الزوجية والعدة، فإنها تجب بذاتها للمرأة عامة كبيرة كانت أم صغيرة، عانسة أم مطلقة على أقاربها كالأب والأخ والابن، ووجوب النفقة على الأقارب مقرر وثابت شرعاً في القرآن الكريم والسنة الشريفة، ومتفق عليه بين جميع الفقهاء، وللنفقة باب مستقل في كل كتاب فقهي، كما نصت عليها قوانين الأحوال الشخصية فلا يصح إغفالها أو تجاهلها أو تناسيها"<sup>2</sup>.

وفرضُ النفقة على الأقارب أولى من فرضها على الزوج المطلق لانقطاع العلاقة بينهما، فتجدُ الزوجُ يفرُّ من هذه النفقة بخلاف الأقارب، ثم وإن حُكِمَ بالنفقة على الزوج لمدة معينة، فإن النفقة تعود على الأقارب طالَت المدة أو قصرت.

يقول الدكتور محمد الزحيلي: "...ولذلك فلا مجال للدعاء بأن الطلاق يوقع المرأة في بؤس وفاقه إلا في حالات نادرة، كما إذا كانت مقطوعة ولا أقارب لها، وفي هذه الحالة فقد قرّر الإسلام وجوبَ كفايتها وإعالتها وتأمينِ نفقتها من بيت مال المسلمين أو ما يُعرف اليوم بالتكافل الاجتماعي أو الضمان الاجتماعي"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م، المستشار أنور العمروسي، دار المطبوعات

الجامعية، الإسكندرية 1989م ص 33

<sup>2</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 58.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ص 60.

ثانياً: إن القول بأن التعويض المالي في الطلاق يمنع الزوج من التسرع في الطلاق فيخفف بذلك من مشكلة الطلاق في المجتمع فيه إغفال لمساوى التعويض الكثيرة كعزوف الشباب عن الزواج، والإضرار بالزوجة حتى تطلب الطلاق، وكشف أسرار الحياة الزوجية وغيرها<sup>1</sup>.

ثم إن الحدّ من الطلاق لا يكون بفرض التعويض وإنما يكون بتوعية المجتمع وتنويره، وبيان حقوق الزوجية، وآداب التعامل بين الزوجين، وأضرار الطلاق "إنّ العلاج يكون بتربية الناس تربية صحيحة، وتوجيههم توجيهاً صحيحاً، ثم تكون الزواجر التعزيرية هي السبيل لردع من يُسيء استخدام الحق"<sup>2</sup>.

### الفقرة السابعة: المتعة أساس القول بالتعويض:

و مما استدللّ به أصحاب هذا القول اعتبار المتعة أساساً للتعويض.

يقول الدكتور الغندور<sup>3</sup>: "و الرأي الوجيه أنّ المتعة أساس تشريعي للحكم بالتعويض عند الإساءة في استعمال حقّ إيقاع الطلاق".

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: "و ربّما يستند هذا الحكم<sup>4</sup> إلى المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبّها بعضهم، ورغب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف، فيتبرك تقديرها للقاضي بحسب العرف"<sup>5</sup>.

وقال الأستاذ عبد العزيز سعد: "و مع ذلك فإنّ كلمة (متعة) أو (المتعة) هي الأساس والمصدر الأساسي للتعويض"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سيأتي بيان أكثر لهذه الأضرار عند الحديث عن أدلة القائلين بعدم التعويض ص 184 وما بعدها.

<sup>2</sup> مقال تحت عنوان: "المتعة الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية"، العدد الخامس من مجلة الأحمدية ص 128.

<sup>3</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 79.

<sup>4</sup> يعني التعويض المالي للمطلقة في قانون الأسرة السوري.

<sup>5</sup> الفقه الإسلامي وأدلته (532/7).

<sup>6</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 310

وقد ذهبت المحكمة العليا في الجزائر بهذا الخصوص بأنه "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرّر للزوجة مُتعةً تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حدّ ذاتها تعتبر تعويضاً"<sup>1</sup>.

ورُدّ هذا الاستدلال بما يأتي:

1- إنّ هناك فروقا كثيرة بين المتعة والتعويض، في الاسم والمعنى، فالمتعة مُتعة كما سماها القرآن الكريم ولا ينبغي أن تبدل باسم آخر، ولا أن يسمى شيء آخر باسمها. "فاسم المتعة أشرف من اسم التعويض وأكرم، فهو يسمو بعقد الزواج عن أن يكون عقداً تشغيلياً تستحقّ الزوجة بمقتضاه تعويضاً بعد طردها طرداً تعسفياً من بيت الزوجية، أو من مقرّ عملها الأسري.

ثمّ إنّ المتعة تغطّي معنوياً ما لا يستطيع التعويض تغطيته، إذ أيّ تعويض يمكن أن يغطّي خسارة المرأة في زوجها وبيتها، ومستقبلها وعواطفها، ووضعها الاجتماعي؟ أيّ تعويض يغطّي انطفاء ذلك الحلم الذي ضاع، وخيبة الأمل والإحباط؟ وهل المال بإمكانه تعويض هذه الأمور المعنوية؟

وإذا قلّنا أنّ الحديث عن التعويض، ولتكنّف بعبارة المتعة المحمّلة بأنواع المواساة وأشكال من العزاء، وألوان من الآمال الواعدة في الرجوع بعد الطلاق إلى العيش مع هذا الزوج إذا راجع زوجته بعد أن كان متّعها وسرّحها سراحا جميلاً"<sup>2</sup>.

وكذلك فإنّ "المتعة تستحقها المطلقة في جميع الأحوال تقريبا، بينما التعويض لا تستحقه إلا عند حصول الضرر وتحققه"<sup>3</sup> وعند التعسف في الطلاق.

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (1/234)

<sup>2</sup> المرأة بين أحكام الفقه والقانون والدعوة إلى التغيير، الدكتور عبد الكبير العلوي المسدغري، مطبعة فضالة، المحمدية: المغرب، (1420هـ-1999م) ص190.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ص190.

2- مما سبق يظهر أنه لا مجال لقياس التعويض على المتعة لاختلافهما في سبب الحكم، وحالاته، وفي مقدار كل منهما، كما أنّهما يختلفان في الهدف والحكمة من تشريعهما "فالأصل في المتعة جبرٌ وحُشّة المطلقة، فهي ليست أجراً أو تعويضاً للمطلقة، ولا عقوبةً للمطلق وإنما هي تكريمٌ للمرأة"<sup>1</sup> بينما التعويض كما يظهر من اسمه تعويضٌ للمطلقة، وفيه عقوبةٌ للمطلق وقد يُظلم في أحيان كثيرة لصعوبة معرفة تعسّفه في الطلاق، كما أنّ المتعة من مقتضيات التسريح الحسن والمفارقة بالمعروف المأمور بها في قوله تعالى ذكره: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>2</sup>، وقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>3</sup> والمتعة فيها تكريمٌ للمرأة، ولا تُحدث آيةً ضغائنَ بين الرجل ومطلقة بخلاف التعويض المالي فإن مساوته كثيرة.

3- وأخيراً لماذا ترك القائلون بالتعويض العمل بالمتعة المذكورة في القرآن والمتفق على مشروعيتها بين الفقهاء، بين قائل بسنيتها وقائل بوجوبها، واستبدلوها بالتعويض الذي لا دليل عليه من منقول ولا معقول ولا قول فقيه، أمّا ما سبق من أدلة فقد ردّ عليها، إن الواجب على المسلم أن يحكم بما أنزل الله ونبيّه من أحكام المتعة التي أصبح الحكم بها اليوم أعزّ من الكبريت الأحمر.

يقول الدكتور محمد الزحيلي<sup>4</sup>: "إنّ الإعراض عن متعة الطلاق، وعدم معرفة النساء لها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء... كل ذلك وغيره سؤوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق مع أنّ القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشر قرناً".

و يقول الدكتور الغندور: "فهذه هي المتعة التي تعتبر بمثابة تعويض للمطلقة، وها هي أقوال الصحابة والتابعين والمجتهدين فيها، فمن الخير أن يحيا العمل بفرضها على كل مُطلق للحدّ

<sup>1</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص 314 وكذا ص 137.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>4</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 89.

من كثرة الطلاق، ولتطبيب نفس المرأة، وصيانة للأسرة من عبث المستهترين، وتحقيقاً للعمل بترائنا الإسلامي المتين"<sup>1</sup>.

وأخيراً قُننت المتعة في قانون الأحوال الشخصية لجمهورية مصر العربية حيث جاء في مشروع سنة 1956م أنه "إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتُقَطَّعُ إذا تزوجت"<sup>2</sup> ثم جاء التعديل في قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985م الذي أسال حبراً كثيراً، وواجه انتقادات كثيرة سواء من طرف رجال الفقه أو القانون<sup>3</sup> على أنه جاء متمشياً مع مفهوم التعويض وعقاب الرجل على الطلاق، مبتعداً عن المفهوم الشرعي للمتعة، واكتفى باستعارة الاسم منها فقط، فقد نصت المادة 18 مكرراً من هذا القانون على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً، وظروف الطلاق ومدّة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"<sup>4</sup>.

### البند الثاني: أدلة القول الثاني:

اعتمد القائلون بعدم التعويض على أدلة يمكن إجمالها في أمور خمسة: الطلاق حق للرجل، وعدم توفر أركان التعويض في الطلاق، والضرر في الطلاق لا يلحق المرأة وحدها، ولا دليل على التعويض، والحكم بالتعويض ينتج عنه أضرار كثيرة.

<sup>1</sup> الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص76.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص285.

<sup>3</sup> ممن انتقد هذا الحكم الشيخ علي الطنطاوي في كتابه (الأسرة بين الفقه والقانون) ص106 وما بعدها، والأستاذ عبد الناصر توفيق العطار في كتابه (الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985م) ص22 وص127 وما بعدها، والأستاذ إبراهيم محمد عبد الله الخولي في بحث له في مجلة الأحمدية العدد الخامس ص113 وما بعدها.

<sup>4</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص127، ويُشبه هذا النص ما ورد في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 165 من القانون رقم 81 لسنة 1984م.



### الفقرة الأولى: الطلاق حق للرجل:

قالوا: "الطلاق حقٌّ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعوا إليه، فمن طلق زوجته بدون سبب ظاهر فهو مستعملٌ حقّه الشرعيّ، ولم تكن منه إساءةٌ تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق"<sup>1</sup>.

ويمكن الردُّ على هذا: بأن الجواز ينافي التعويض ما لم يضرَّ بغيره، والرجل بتعسفه في استعمال حقّ الطلاق قد أساء إلى زوجته وأضرَّ بها فلزم التعويض.

### الفقرة الثانية: عدم توفر أركان التعويض المالي وشروطه في الطلاق:

بالنظر إلى أركان التعويض المالي وشروطه السابق ذكرها<sup>2</sup>، يظهر أنها غير متوفرة في التعويض عن الطلاق، أو يصعب على الأقل تطبيق كثير منها، إما لعدم اعتبار الطلاق اعتداءً، وإما لعدم تحقق الضرر في الطلاق، وإما لصعوبة إثباته أمام القضاء، وإما لعدم الفائدة من الحكم بالتعويض، أو لما يجلبه من مفساد وأضرار جديدة، وقد سبق الكلام عن أكثر هذه المسائل.

### الفقرة الثالثة: الضرر في الطلاق لا يلحق المرأة وحدها:

إن أسباب الطلاق كثيرة، وليس المطلق إلا طرفاً فيها، وغالباً ما تكون المطلقة مسؤولةً إلى جانب زوجها في إصداره الطلاق، فالضرر في الطلاق يصيب الطرفين معاً الرجل والمرأة، بل ويتعدّاهما إلى الأولاد والأقارب والمجتمع ككل، يقول الدكتور إبراهيم الخولي: "فإنّ الطلاق أيّاً كان سببه الظاهر من قبل الزوج أو من قبل الزوجة يورث وحشة وأسّى لا ينجو منه أحدهما، وليس أحدهما بأحقّ ولا أحوجّ للمساواة وجير الخاطر والإيناس من وحشة الفراق ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾"<sup>3,4</sup>.

<sup>1</sup> الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص 311.

<sup>2</sup> سبق بيانها تفصيلاً في هذا البحث ص 159.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 216 وسورة النور، الآية 19.

<sup>4</sup> البحث السابق للدكتور الخولي، مجلة الأحمديّة، العدد الخامس ص 113 بتصرف.

فالضرر سواء كان ماديا أو معنويا يصيب الطرفين، أما بالنسبة للضرر المادي "فالواقع أن الضرر المادي المترتب على الطلاق يلحق الرجل أكثر من المرأة بكثير، لأن الطلاق يلحق به الخسارة الكاملة لجميع الأموال التي أنفقها سابقا لإتمام الخطوبة والزواج وما يتبعها من هدايا علنية ومصاريف جانبية وإكراميات مستورة، كما يُكَلَّفُ الزوجُ المطلقُ بدفع المهر المؤجَّل، ونفقة العدة، ونفقة الأولاد، وأجرة الرضاع، والحضانة، ثم يُكَلَّفُ فيما بعد بدفع المهر للزوجة الجديدة مع نفقات الزواج"<sup>1</sup>.

و الضرر المعنوي كذلك "يشترك فيه كلٌّ من الرجل والمرأة، بل إن بعض الضرر يتعدى الزوجين، فيصيب الأولاد والأهل والأقارب، والمجتمع، وبالتالي لا تنفرد المرأة به حتى تستحقَّ تعويضا عنه دون بقية المتضررين، وإذا كان الطلاق خطيرا على الزوج وزوجته والأولاد، والأسرة والمجتمع فما معنى أن نفرض التعويض فيه للمرأة فقط دون بقية العناصر المتضررة، والمتأثرة بالطلاق، أليس ذلك -على الأقل- معالجة للقضية والمشكلة من جانب واحد، وفي إطار ضيق عند الطلاق التعسفي مع ترك الجوانب والقضايا التي يجب دراستها ومعالجتها؟"<sup>2</sup>.

ويمكن الاعتراض على هذا بأنه لا يمكن تعويض المطلق على آثار فعلٍ كان هو المتسبب فيه، فلا ينبغي أن يكون جناحها بناقما.

#### الفقرة الرابعة: لا دليل على التعويض المالي للمطلقة:

مما احتجَّ به أصحاب هذا القول أن لا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قولٍ فقيه أو فتوى مُفتٍ من العلماء القدامى على التعويض المالي، ولا حجة لمن قال بأنه ينبغي "أن يُراعى هذا التغييرُ الشاملُ في حياتنا الاجتماعية، وألا يُتَقَيَّدُ بما قَيَّدنا به الفقهاء من الأحكام التي كانت تلائم بيئتهم وظروفهم"<sup>3</sup>، لأن الطلاق دون سبب كان موجودا في

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 51.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص 51.

<sup>3</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 256.

زَمَنَهُمْ كما هو في زمننا، ولم يقولوا بالتعويض مع وجود المقتضى، كما أن أدلة القائلين بالتعويض سَبَقَ بيانُ ضعفها.

ويرى بعض الباحثين أن القول بالتعويض المالي في الطلاق ما هو إلا تبعيَّةٌ أجنبيَّةٌ، واستيرادٌ لأفكار الغرب كاستيراد الآلات والملابس والغذاء "و تأثُرُ بفكرة التعويض عند الغربيين، وهو نزول برابطة الزواج المقدَّسة إلى مستوى التبادل التجاري المادي"<sup>1</sup> ويرى آخرون أنه تحقيقٌ لمطامع الجمعيات النسائية<sup>2</sup> في ابتزاز الرجل<sup>3</sup> بدعوى تحرير المرأة والحضارة والعصر<sup>4</sup>.

### الفقرة الخامسة: أضرار التعويض المالي للمطلقة:

إنه يمكن التسليم بأدلة القائلين بالتعويض نزولا عند رغبتهم، غير أن ذلك يؤدي إلى مفسادٍ أكثر مما لو لم يحكم بالتعويض، والقاعدة الفقهية تقول: "الضررُ الأشدُّ يُزالُ بالضررِ الأخف"<sup>5</sup> كما أنه يُلحقُ أضرارا كبيرة على المجتمع، ويُقدِّمُ الإضرارُ بفرد واحد وهو الزوجة - إن كان هناك ضرر - على الإضرار بالمجتمع ككلِّ عملا بقاعدة: "يُتَحَمَّلُ الضررُ الخاصُّ لدفع الضرر العام"<sup>6</sup>.

و التعويض وإن كان يحقق منفعة للمرأة غير أنه يَنشُجُ عنه مفسادٌ جديدةٌ وعديدة، وقد قال العلماء: "درءُ المفسادِ أولى من جلبِ المنافع"<sup>7</sup>.

وأضرارُ ومفسادُ الحكم بالتعويض كثيرةٌ أذكرُ منها:

1- عزوف الشباب عن الزواج لما يرونه من تعويض بسبب الطلاق<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> البحث السابق للدكتور الخولي في مجلة الأحمديّة العدد الخامس ص130.

<sup>2</sup> المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير ص189 و191.

<sup>3</sup> الأسرة بين الفقه والقانون ص(107-108).

<sup>4</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص22.

<sup>5</sup> المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام (40/1).

<sup>6</sup> المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع نفسه (40/1).

<sup>7</sup> المادة 30 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع نفسه (41/1).

<sup>8</sup> البحث السابق للدكتور الخولي ص128، وينظر: الأسرة قانون الأحوال الشخصية ص22.

2- عزوف كلٍّ من الزوجين عن الآخر، ويبدأ كل منهما بالتطلع إلى خارج البيت لتحقيق سعادته وتأمين راحته، وقضاء تسليته وأوقاته، إما بالحلال وإما بالحرام<sup>1</sup>.

3- لجوء الزوج إلى الإضرار بالزوجة والاعتداء عليها وإيقاع الأذى عليها، ولو كان ذلك أدبياً ونفسياً لينفرها من الحياة الزوجية، ويدفعها إلى الطلاق منه، أو الموافقة على التفريق<sup>2</sup> وقد ينجح في أن يفرض عليها أن تفتدي نفسها فيلجأ إلى (خُلْع) يأخذ هو فيه مالا عوضَ طلاقٍ يُكَلِّفُهُ.

4- وفي المقابل قد تحتال المرأة لدفع الرجل إلى الطلاق، وتأخذُ تعويضا بذلك.

5- وقد يذهب بعض الأزواج هروبا من التعويض إلى التشهير بزواجهم المطلقات ورميهنّ بالباطل والبهتان، ولا مَرِيَّةَ "أنّ هذا التشهير سيؤدي إلى التنافر والتناكر بين أفراد المجتمع"<sup>3</sup>.

قال الدكتور محمد الرحيلي: "فلا يُستبعدُ أن يفترى على زوجته الأباطيل ليقنع القاضي بعذره في الطلاق المعقول، ويتفنى عن نفسه همة التعسف فيه، وهذا ما حدث فعلا في أوروبا عندما كانت تمنع الطلاق إلا لأسباب معينة كالزنى، فتدفع الزوجة أو الزوج لذلك، أو يفترى الرجل على زوجته ويتهمها بذلك حتى يتخلص منها، وهذا ما لا نريد الوصول إليه، بل إنّ الغرب المسيحيّ قد أدرك خطورة ذلك، وتخلّى عن هذه الأساليب، وخالف دياناته وعقيدته، وأباح الطلاق لاجتناب هذه المضار"<sup>4</sup>.

6- "وإذا كان الطلاق رجعيا، وحكمت المحكمة على الرجل بالتعسف في استعمال الطلاق، وفرضت عليه التعويض، فإن هذا الحكم سيمنع الزوج في الغالب من التفكير في

<sup>1</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص 52 بتصرف.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 52.

<sup>3</sup> الأسرة بين الفقه والقانون ص 110.

<sup>4</sup> التعويض المالي عن الطلاق ص (53-54).

مراجعة زوجته في العدة، أو العقد عليها بعد ذلك؛ لأن القضاء يورث الضغائن بين الخصمين، وهذا أمرٌ غيرٌ محمودٍ للطرفين<sup>1</sup>.

7- إنَّ المطلق قد ينفصل عن زوجته لبادرة في سلوكها لا يستيحي أن يفصح عنها سترها عليها، وحفاظا على كرامتها، وسمعة بيته وأولاده منه، يبدُ أن القول بالتعويض يؤدي غالبا إلى كشف الأسرار، ورفع الأستار، ونشر ما أمر الله تعالى بستره، وفتح الباب لِتَمَحُّلِ الأسباب، واختلاق الأعدار المتنوعة بقصد التخلص من التعويض، والفرار منه، وهذه المفاسد تُعتبر أضرارا جسيمة، وأخطارا عظيمة، تلحق بالمجتمع والأمة جميعا.

يقول الشيخ أبو زهرة متسائلا: "فهل من المصلحة الاجتماعية أن تُنشر دخائل الأسر في دُور القضاء، وتُسجَّل في سجلاته، ومنها ما لا يسوغُ إعلانه، وإن بين الزوجين أموراً يُظلمها الستر، ولا يصح أن يكشفها الإعلان"<sup>2</sup>.

و علَّت محكمة استئناف مصر حكمها بعدم التعويض بقولها: "و لأن المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك من فضح أسرار العائلات مالا يخفى"<sup>3</sup>.

8- إن الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة بين الزوجين، لا على النفور والمخالفة، وصدق من قال: "مِن نَكَدَ العيش أن تراققَ من لا توافق"، يقول العلامة الكاساني - رحمه الله -: "و لأنَّ شرعَ الطلاق في الأصل لمكان المصلحة، لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد، فتقلب المصلحة إلى الطلاق؛ لِصِلِ كُلُّ واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه"<sup>4</sup>، والحكم بالتعويض قد يؤدي ببعض الأزواج إلى عدم الطلاق مع وجود النفرة مع أزواجهم، وتفاقم المشاكل بينهما، وفي هذا ما لا يخفى من الأضرار على الزوجين والأولاد والمجتمع، وقد جاء في حكم محكمة استئناف القاهرة القائلة بعدم التعويض: "و أخيرا لأن

<sup>1</sup> المرجع السابق ص 54.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية ص 282.

<sup>3</sup> مرسوعة الفقه والقضاء (12/4).

<sup>4</sup> بدائع الصنائع (112/3).

المصلحة العامة تقضي بأن لا يُلزمَ زوج بمعاشرة زوجة قد لا يطبق معاشرتها لعبب نفسيّ أو خلقيّ فيها، وفي الحكم بالتعويض إكراه على قبول هذه الحالة<sup>1</sup>.

ويقول الدكتور بدران موضّحاً أكثر: "كما أنه يترتبُ على القول بالزام الزوج بالتعويض إلزام الزوج بالمعيشة مع زوجة لا تتحقق معها الأهداف العليا للزواج، وهذا يُعِدُّ الزواجَ عن مقاصده، ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الزوجين"<sup>2</sup>.

9- ثم إن القول بالتعويض يؤدي إلى التنافر والتناكر بين الرجل ومطلقاته، وقد يؤدي أولادها بسبب ذلك، كما ينشر البغضاء والشحناء بينه وبين الزوج الثاني، فيتزعزع بذلك المجتمع وينهار بنيانه، وفي ذلك يقول الدكتور الخولي - بعد الحكم بالتعويض للمطلقة وزواجها بآخر - متسائلاً: كيف سينظر المطلق إلى هذا الرجل الذي يتمتع بماله؟ وكيف سينظر إلى مطلقاته التي كانت سبباً في ذلك؟ وكيف ستكون علاقته مع أولاده؟<sup>3</sup>.

ويمكن الردُّ على هذا الاستدلال بأنَّ جُلَّ الأحكام والأفعال المشروعة ليست مصالِحَ خالصةً، بل إن فيها مفاصدَ تذوب بالنظر إلى منافعها الجليلة، فالجهاد في سبيل الله مثلاً فيه مفاصد كإتاعاب النفس وربما إزهاقها، والتضحية بالنفيس من الأموال والأوقات غير أن هذه المفاصد تتلاشى أمام هدف أعلى، وغاية مثلى، وهي التضحية في سبيل الله، والأمثلة على ذلك كثيرة، وكذا الحال هنا فأضرار الحكم بالتعويض لا تنتهز لنفيه، وقد عمل العلماء بنظرية "التعسف في استعمال الحق" وطَبَّقوها في فروع عديدة.

ثم إن الأضرار السابقة الذكر أكثرها نظرية، وهي مجرد احتمالات، قد توجد في قضايا فردية خاصة لا يمكن بحال من الأحوال تعميمها. أما ما يفعله الزوج من إضرار بالزوجة لتختلع منه وليفرَّ من التعويض، أو ما تختلقه هي الأخرى من مشاكل لتعوض عن طلاقها، فهذه احتمالات مفروضة شرعاً وقانوناً، وحلُّها لا يكون بفرض التعويض ولكن بتوعية وتربية وبيان خطورة ما يقومون به.

<sup>1</sup> موسوعة الفقه والقضاء (12/4).

<sup>2</sup> الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص 312.

<sup>3</sup> البحث السابق للدكتور إبراهيم الخولي مجلة الأحمدية العدد الخامس ص 130 بتصرف.

أما القول بأنّ في الحكم بالتعويض نشرًا للأسرار العائلية فغير صحيح، لأن الحكم بالتعويض تسبقه مراحلٌ عديدةٌ كوعظ الرجل امرأته، وهجرها، وضربها عند الضرورة والصلح عن طريق المجلس العائلي، فإذا لم تنجح هذه الوسائل جاز للمرأة رفع أمرها للقاضي ليعطيها حقها إذا رفض الزوج ذلك، وهذا ليس نشرًا للأسرار الزوجية ولا اغتياها للزوج بل هو طريقٌ للحصول على الحق، وذلك يشبه ما فعلته هند بنت عتبة لما شكّت زوجها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: "يا رسول الله، إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف"<sup>1</sup>، ولم يقل لها: إن هذا كشفٌ لأمرٍ سرّي لا ينبغي الإعلان عنها، ولم تغتابين زوجك؟ وكذا القاضي إذا طرحت عليه مثل هذه القضايا يحاول الإصلاح قدر طاقته بعقد مجلس صلح سرّي بين الطرفين، ثم يحكم بعد ذلك بالتعويض إذا ظهر تعسف الرجل في طلاقه، ودراسة كل ما يحيط بالقضية ويلابسها من قريب أو بعيد.

بعدما سبق بيانه من أدلة ومناقشات تتضح قوة أدلة الفريق الثاني القائلين بعدم التعويض، وسلامة أكثرها من الاعتراض، كما أن التعويض يترتب عليه أضرار على الرجل وامرأته المطلقة والمجتمع ككل، وإني أرى أن يعود المسلمون إلى الحكم بما أنزل الله، والعمل بنظام المتعة المتفق على مشروعيتها بين العلماء، وإعطاء المرأة ما منحها الشريعة من حقوق تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2</sup>.

فالإسلام لا يُفعلُ حقَّ المطلقة فقد أعطاها من هذه الحقوق: مؤخر الصداق، ونفقة العدة، وأجرة الرضاع، والحضانة وسكنائها، وميراث زوجها إن طلقها في فراش موته، وحق المتعة، وفي هذا غنية عن التعويض المالي للمطلقة، غير أنه يحكم به عند التأكد من تعسف الرجل في طلاقه، بعد دراسة القاضي لكل ملابسات القضية وتفصيلها - والله أعلم -.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه (2052/5)، ومسلم في (صحيحه)، كتاب الأفضية، باب قصة هند (1338/3) كلهم عن عائشة رضي الله عنها.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 228.

الفقرة السادسة: أما فيما يخص قانون الأسرة الجزائري فقد نصّ على التعويض تأسيساً بسائر القوانين العربية فقد ورد في المادة 52 منه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حُكِمَ للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"<sup>1</sup>. وهذا تفصيل الكلام عن التعويض المالي كما هو بيّن من المادة "فُيُشترط في الطلاق حتى يُعتبر تعسفياً شرطان:

الأول: تعسف الزوج في الطلاق بأن يطلق الزوجة دون سبب أو بسبب غير معقول ولا مصلحة، أو فائدة شرعية.

والثاني: ثبوت ضرر حقيقي مادياً كان أو معنوياً"<sup>2</sup>.

و مثل الأستاذ عبد العزيز سعد للضرر المادي بأن: "كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن تركه طلقها دون أن ترتكب أيّ خطأ من جانبها"<sup>3</sup>.

و القانون لم يحدّد مقدار التعويض، فنظر بعضهم كالكتور بلحاج العربي إلى: "أن ذلك عمل حسن، ذلك أن الواجب أن يُترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته، والحالة المالية للزوج"<sup>4</sup>. "غير أن المعيار في ذلك يقوم على أساسين:

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري ص13، كما أن للقاضي حقّ الحكم على الرجل بتعويض المطلقة إذا أساء استعمال حقه في الطلاق بأن كان تعسفياً، فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسّفه" الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص252، وقد نصّ التعويض الجديد على تعويض المطلقة لسبب من أسباب التطلق إن لحقها بسبب ذلك ضرر، وذلك في المادة 53 مكرّر ونصّها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" قانون الأسرة الجزائري المعدّل ص14 .

<sup>2</sup> يُنظر: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص306، والوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (235/1).

<sup>3</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص306.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (235/1).



أحدهما: شخصي أو ذاتي ويتمثل في النية أو الباعث.

وثانيهما: موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق، فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup> وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي<sup>2</sup>، ورأى بعضهم "أنّ الأفضل لو أوردَ القانون نصا صريحا يُجيز للقاضي أن يحكم للمطلقة بمبلغ من المال يدفع لها شهريا لمدة سنة أو أكثر<sup>4</sup> كلما طلبت ذلك، وكلما تبين له أن الطلاق غير مسبب تسببا عقلانيا أو شرعيا"<sup>5</sup>.

وسلّك بعضهم مسلكا آخر واعتبر هذا التعويض نافها، واعتراض على اعتبار حال الزوج عند الحكم بالتعويض، فقال: "من خلال قرارات القضاء المتوفرة يتضح أنّ القاضي يراعي أحوال الزوج، وهذا ليس صوابا، لأنه عند تقرير التعويض يجب أن تكون العبرة بجسامة الضرر وحده، والحال أن القضاء يعامل الزوج على أنه يمارس حقًا مشروعًا، ولو كان متعسفا، وهذا إجحاف وظلم في حقّ المطلقة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وردت بلفظ (الضرر يزال) في الأشباه والنظائر للسبكي (41/1)، والأشباه والنظائر للسيوطي (165/1)، وجاء في ديباجة قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21م ملف رقم 192665: "و كذا يحق للزوجة طلب الطلاق مع تعويضها عند إضرار الزوج بما كضرب الزوج زوجته، أو إهمالها وعدم الإنفاق عليها" الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 116.

<sup>2</sup> جاء في ديباجة قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/3/16 ملف رقم 216865: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع" الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 256.

<sup>3</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (235/1-236).

<sup>4</sup> إن القائلين بالتحديد يظهر تأثرهم بما ورد في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية، والمادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>5</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 310.

<sup>6</sup> بل العكس هو الصحيح فالنظر إلى جسامة الضرر دون حال الزوج فيه إجحاف بالمطلق، وقد سبق بيان هذا عند الحديث عن حكم التعويض.

<sup>7</sup> بحث تحت عنوان: "إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحق المرأة" للدكتور د نوني بن الشيخ هجيرة بحلة ( المجلس الإسلامي الأعلى)، العدد الثالث: 1420هـ-2001م، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية، الجزائر ص 487.

- وفي الأخير هذه نماذج لبعض أحكام التعويض المالي للإضرار بالزوجة في محاكم الجزائر:
- 1- قرّر مجلس قضاء "سطيف" بتاريخ 1992/01/22 تعويض المطلقة بـ 10 آلاف دينار جزائري، ونفقة العدة بـ 2000 دينار جزائري<sup>1</sup>.
- 2- حكم مجلس قضاء "مستغانم" بتاريخ 1993/02/03 على الزوج بمبلغ 10 آلاف دينار نفقة عدة، و 15 ألف دينار تعويضا عن الضرر، ومبلغ 500 دينار في الشهر نفقة إهمال، و 500 دينار شهريا لكل بنت من البنيتين المحضونتين<sup>2</sup>.
- 3- و حكمت محكمة "الشريعة" بتاريخ 1997/06/29 على المطلق بسدفع 30 ألف دج تعويضا عن المتعة، و 8000 دج نفقة عدة<sup>3</sup>.
- 4- حكمت محكمة "بئر مراد رابيس" بتاريخ 1997/10/19م بتعويض المطلقة بـ 10 آلاف دينار جزائري عن كافة الأضرار؛ لأن الزوج عقد على زوجته، وبقي مدة طويلة لم يدخل بها فأضر بها، وأقرت المحكمة العليا هذا القرار بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 21779<sup>4</sup>.
- 5- حكم مجلس قضاء "الجزائر" بتاريخ 1998/11/08 على المطلق بمبلغ 40 ألف دج تعويضا مقابل الطلاق و 15 ألف دج نفقة عدة ومسكن، و 2000 دج نفقة إهمال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/06/27 ملف رقم 121030 فهرس رقم 415 (قرارات مطبوعة على الآلة الراقنة).

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 /05/ 1995، ملف رقم 1192662 فهرس رقم: 329 (قرارات مطبوعة على الآلة الراقنة).

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 213571 (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص120).

<sup>4</sup> الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص(122-124).

<sup>5</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 22655 المرجع السابق ص(127-128).

### المبحث الثالث: حقّ النفقة للمطلقة:

المطلب الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم النفقة ودليلها وشروطها.

المطلب الثالث: المطلقاتُ وحقُّهنَّ في النفقة.

جامعة الزيتونة  
القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحاً:

### الفرع الأول: تعريف النفقة لغة:

تأتي النفقة وهي اسم مصدر بمعنى الهلاك والتفاد نقول: نفقَ الفرس والدابة وسائر البهائم ينفقُ نفوقاً: أي مات<sup>1</sup> ونفقت الدراهم نفقاً من باب (تعب): نفدت<sup>2</sup>.

و من معانيها: الإخراج والرواج، ونفقَ البيع نفقاً: راج، ونفقت السلعة تنفقُ نفقاً بالفتح: غلت<sup>3</sup>، ونفقت المرأة: كثر خطاها<sup>4</sup>.

و المقصود بالنفقة هنا الدراهم ونحوها من الأموال، وتجمع على (نفقات) و(نفاق) مثل رقة ورقاب، وسميت بذلك إما لذهابها بالموت، وإما لرواجها من نفقت السوق<sup>5</sup> وإما لإخراجها من يد صاحبها.

<sup>1</sup> لسان العرب (4507/6) وجمهرة اللغة (967/2)، ومختار الصحاح ص452. مادة (نفق).

<sup>2</sup> المصباح المنير ص318.

<sup>3</sup> التوقيف على مهمات التعاريف ص708، ولسان العرب (357/10).

<sup>4</sup> المعجم الوسيط (942/2).

<sup>5</sup> ينظر: المصباح المنير ص312، وحاشية ابن عابدين (571/3).

الفرع الثاني: تعريف النفقة اصطلاحاً:

- عرّفها صاحب (الدر المختار) بقوله: "الطعامُ والكسوةُ والسكنى"<sup>1</sup>، قال ابن عابدين: "و في العرف الطارئ في لسان أهل الشرع هي الطعام فقط، لذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى والعطف يقتضي المغايرة"<sup>2</sup>.

- وعرّفها ابنُ عرّفة<sup>3</sup> بقوله: "قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"<sup>4</sup>.

- وعرّفها في (متن الإقناع) بأنها: "كفاية من يَمونه خبزا وأدما وكسوة ومسكنا وتوابعها"<sup>5</sup>.

- وعرّف بعض المعاصرين نفقة الزوجة بقوله: "ما تحتاج إليه من الطعام والكسوة والسكن، والخدمة، وكلّ ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المعارف بين الناس"<sup>6</sup>.

و يتّضح مما سبق أن نفقة الزوجة هي كل ما تحتاجه في حياتها اليومية وهي ثلاثة أشياء: الطعام ويدخل فيه الشراب لإقامة بنية الجسم، والكسوة لوقايتها الخارجية، والمأوى للراحة والسكن، ويتبع هذه الثلاثة نفقات أخرى تبعية كالخادم والآلات الكهرومنزلية في عصرنا، والتطبيب، وغيرها.

<sup>1</sup> (572/3) ويمثل هذا التعريف حدّها صاحب أنيس الفقهاء ص168.

<sup>2</sup> حاشية ابن عابدين (572/3).

<sup>3</sup> محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي أبو عبد الله، ولد عام 716هـ، إمام علامة، مقرئ فروعسي أصولي بياني منطقي شيخ الشيوخ، وبقية أهل الرسوخ، حوّل الله من رياسة الدين والدنيا ما لم يجتمع لغيره في بلده، مناقبه عديدة، وفضائله كثيرة، وله تأليف منها: (المختصر الكبير) في فقه المالكية، و(مختصر الفرائض) و(الحدود) في التعاريف الفقهية. توفي -رحمه الله- عام 803هـ-1400م. يُنظر: الديباج المذهب ص(337-340)، والأعلام (43/7).

<sup>4</sup> سراج السالك شرح أسهل المسالك، عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، لرعاية، الجزائر، 1992م، (111/2).

<sup>5</sup> كشاف القناع (540/5).

<sup>6</sup> الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص43.

## المطلب الثاني: حكم النفقة ودليلها وشروطها

### الفرع الأول: حكم النفقة:

العلماء مجمعون على وجوب النفقة على الزوج لزوجته<sup>1</sup> واختلفوا في سبب وجوبها، فقيل: تجب بالتسليم التام ولا تجب بالعقد<sup>2</sup> وقيل: تجب بالعقد وتستقر<sup>3</sup> بالتمكين<sup>3</sup>.

وخالف ابن حزم فأوجبها كذلك على الزوجة الموسرة لزوجها المعسر، فقال: "فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامراته موسرة كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر"<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: دليل وجوب النفقة:

دلّ على وجوب النفقة على الزوج وكونها حقاً للزوجة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، هذا بيانها:

### البند الأول: من الكتاب العزيز:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>5</sup> قيل: هو المهر والنفقة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> البحر الرائق (188/4).

<sup>2</sup> مختصر خليل ص 165، والمغني (199/7).

<sup>3</sup> بدائع الصنائع (16/4)، روضة الطالبين (57/9)، المحلى (550/6) و(88/7).

<sup>4</sup> المحلى (92/7).

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع (15/4).

2- وقوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، قال الجصاص: "يدلّ على أن الواجب من النفقة والكسوة على قدر حال الرجل في إعساره ويساره"<sup>2</sup>.

3- وقال جل ثناؤه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾<sup>3</sup>.

قال الشافعي - رحمه الله -: "وقول الله عزّ وجلّ: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ يدلّ - والله أعلم - أن على الزوج نفقة امرأته"<sup>4</sup> وقال في موضع آخر عن هذه الآية أنها: "بيان أن على الزوج ما لا غنى لامرأته عنه من نفقة وكسوة وسكنى"<sup>5</sup>.

4- وقال تعالى ذكره: ﴿إِنَّ هَذَا عَدُوٌّ لَّكَ وَلِزَوْجِكَ فَلَا يُخْرِجَنَّكَ مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَى﴾<sup>6</sup>، ولم يقل فتشقيان، فدلّ على أن آدم - صلى الله عليه وسلم - يتعب لنفقتة ونفقتها، وبنوها على سنتهما"<sup>7</sup>.

5- قال جلّ وعلا: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾<sup>8</sup> قال في (البدائع)<sup>9</sup>: "و الأمر بالإسكان أمرٌ بالإنفاق، لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب، وفي حرف عبد الله بن مسعود: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وُجْدِكُمْ".

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> أحكام القرآن (106/2).

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 3

<sup>4</sup> أحكام القرآن (260/1).

<sup>5</sup> المرجع نفسه (87/5).

<sup>6</sup> سورة طه، الآية 117.

<sup>7</sup> معني المحتاج (426/3).

<sup>8</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>9</sup> (15/4) وينظر: المبسوط (181/5).

6- قال عزّ وجلّ: ﴿الْيُنْفِقُ ذُو سِعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾<sup>1</sup> فالفعل المضارع (يُنْفِقُ) هنا يدلّ على الأمر لدخول لام الأمر عليه، والأمر يدلّ على الوجوب ما لم يوجد صارف، ولا صارف هنا<sup>2</sup>.

### البند الثاني: من السنة النبوية:

1- روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: "فاتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهنّ أن لا يُوطئنَ فرشكم أحداً تكرهونه، ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"<sup>3</sup> يتضح من الحديث أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته دل على ذلك قوله "لهنّ عليكم" فـ"عليكم" هنا اسم فعل أمر بمعنى: (الزّموا) فوجب على الأزواج النفقة على الأزواج النفقة على زوجاتهم<sup>4</sup>.

2- جاء رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال: ما حقّ المرأة على زوجها؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "يُطْعِمُهَا إِذَا طَعِمَ، وَيَكْسُوهَا إِذَا كَسَا، وَلَا يَهْجُرُهَا إِلَّا فِي الْبَيْتِ، وَلَا يَضْرِبُهَا وَلَا يُقَبِّحُ"<sup>5</sup>.

نصّ الحديث على أن إطعام الزوجة وكسوتها وهما نوعان من أنواع النفقة حقّ المرأة، وهما في الوقت ذاته واجبان على الزوج<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 7.

<sup>2</sup> استدلت بهذه الآية صاحب المبدع (185/8)، وصاحب بدائع الصنائع (18/4).

<sup>3</sup> أخرجه مسلم في (صحيحه)، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم (886/2).

<sup>4</sup> استدلت بهذا الحديث ابن حزم في (المحلى) (510/6) و(88/7)، وابن قدامة في (المغني) (116/8).

<sup>5</sup> أخرجه أبو داود في (السنن)، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها (245/2) وابن ماجه في (السنن)،

كتاب النكاح، باب حقّ المرأة على الزوج (593/1) كلاهما عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده بألفاظ مختلفة،

وصحح الألباني هذا الحديث في صحيح سنن أبي داود (596/1).

<sup>6</sup> استدلت بهذا الحديث ابن حزم في المحلى (510/6).



3- وجاءت هند بنت عتبة<sup>1</sup> رضي الله عنها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: "خذي ما بكفيك وولدك بالمعروف"<sup>2</sup>.

قال الكاساني رحمه الله: "ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ منه"<sup>3</sup>.

### البند الثالث: الإجماع:

اتفق العلماء على وجوب النفقة على الأزواج لزوجاتهم، قال ابن المنذر- رحمه الله: "وأجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة ولم يدخل بها، فإن كان الحبس من قبلها فلا نفقة عليها، وإن كان من قبله فعليه النفقة، وانفرد الحسن فقال: لا نفقة عليه حتى يدخل بها"<sup>4</sup>.

### البند الرابع: المعقول:

قالوا: "إن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"<sup>5</sup>، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه، فلو لم يكن كفايتها عليه

<sup>1</sup> هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف الهاشمية القرشية، امرأة أبي سفيان بن حرب، وهي أم معاوية، أسلمت بعد الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان، وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحها، كان بينهما في الإسلام ليلة واحدة، وكانت امرأة لها نفس وأنفة، ورأي وعقل، شهدت اليرموك وحرّضت على قتال الروم مع زوجها أبي سفيان، وكانت قبل أبي سفيان تحت حفص بن المغيرة المخزومي، وقصّتها معه مشهورة، توفيت- رضي الله عنها ورحمها- في خلافة عمر بن الخطاب في اليوم الذي مات فيه أبو قحافة والد أبي بكر الصديق، وحزم ابن سعد في الطبقات أنها توفيت في خلافة عثمان- رضي الله عنه-.

الاستيعاب (474/4)، وأسند الغابة (296/6-298)، والإصابة (156/8).

<sup>2</sup> سبق تخريجه ص 188.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع (16/4)، وينظر: الأم (87/5)، والمغني (116/8).

<sup>4</sup> الإجماع ص 78، ونقل الإجماع أيضا صاحب البدائع (16/4)، وصاحب المبدع (185/5).

<sup>5</sup> أخرجه الإمام أحمد في المسند (49/6)، وأبو داود في السنن، كتاب الإجارة باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد فيه عيبا (284/3) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

هلكت، ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم، لأنه محبوس لحقهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا هاهنا<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: شروط وجوب النفقة:

يَشترط العلماء لوجوب النفقة ما يأتي:

الشرط الأول: أن تكون المرأة زوجةً بعقدٍ زواجٍ صحيحٍ شرعاً، فإذا كان العقد فاسداً أو باطلاً فلا نفقة لها؛ لأن الواجب حينئذ الافتراق لا المعاشرة والاحتباس<sup>2</sup>.

الشرط الثاني: أن تُسلمَ الزوجة لزوجها تسليماً حقيقياً أو حكماً، فإذا فات تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها بسبب هي مرجعته فلا نفقة لها<sup>3</sup> وقد سبق نقلُ الإجماع عن ابن المنذر<sup>4</sup>.

الشرط الثالث: أن تكون الزوجة صالحةً لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، فإذا كانت صغيرةً وعقد العقد عليها وهي غير صالحة للزواج فلا تستحق النفقة<sup>5</sup>.

وخالف في ذلك الظاهرية فأوجبوها للصغيرة وإن لم تكن صالحة للاستمتاع ولا الموانسة، قال ابن حزم: "وقال بوجوب النفقة على الصغيرة: سفيان الثوري، وأبو سليمان وأصحابنا"<sup>6</sup>.

الشرط الرابع: ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي، أو بسبب ليس من جهته<sup>7</sup> فإذا نشزت المرأة مثلاً فلا نفقة لها<sup>8</sup>. قال ابن المنذر في هذا الشأن:

<sup>1</sup> بدائع الصنائع (16/4)، وينظر: المبسوط (181/5)، وأحكام الأسرة في الإسلام ص 419.

<sup>2</sup> يُنظر في هذا المعنى: المغني (188/8) وبدائع الصنائع (16/4).

<sup>3</sup> موسوعة الأحوال الشخصية (295/1)، والزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 210.

<sup>4</sup> الإجماع ص 78.

<sup>5</sup> يُنظر: المبسوط (187/5)، و"نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون"، رسالة ماجستير، الدكتور بلقاسم شتوان، 1415هـ-1995م، ص 187.

<sup>6</sup> المغلي (511/6) و(89/7).

<sup>7</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص 210.

<sup>8</sup> معنى المحتاج (403/3)، كشف القناع (555/5)، المبسوط (186/5).

"وأجمعوا على إسقاط النفقة على زوج الناشز، وانفرد الحَكَمُ فقال: "لها النفقة"<sup>1</sup>، ونقل القرطبي الخلاف عن ابن القاسم<sup>2</sup> أيضاً، وإلى وجوب النفقة على الناشز ذهب الظاهرية قال ابن حزم: "لا يُحفظ منع الناشز من النفقة عن أحد من الصحابة، إنما هو شيء روي عن النخعي والشعبي وحماد ابن أبي سليمان والزهري، وما نعلم لهم حجة إلا أنهم قالوا: النفقة بإزاء الجماع فإذا منعت الجماع منعت النفقة"<sup>3</sup>.

وتبعاً لشروط النفقة السابقة الذكر تكلم العلماء عن مسقطات النفقة، فتحدثوا عن نفقة المرأة في الزواج الفاسد، ونفقة المريضة قبل زفافها، ونفقة الزوجة الصغيرة، والمحبوسة، والمغصوبة والمحترفة، والمسافرة مع غير زوجها، والناشز، والممتنعة عن الانتقال إلى بيت الزوجية، والزوجة المرتدة والملاعنة<sup>4</sup>.

وقد أثبت قانون الأسرة الجزائري النفقة للزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه

بيّنة<sup>5</sup>.

قال الدكتور بلعربي<sup>6</sup> شارحاً معنى الدخول بالزوجة: "أي بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء تمت المخالطة الجنسية فعلاً، أم لم تتم متى كان العجز عن المخالطة يعود لضعف في الزوج، وذلك لأنّ عدم حصول المخالطة يرفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزاً منها، وبالتالي

<sup>1</sup> الإجماع ص(78-79).

<sup>2</sup> الجماع لأحكام القرآن (122/5).

<sup>3</sup> المحلى (89/7).

<sup>4</sup> ينظر الكلام عن هذه المسائل في: بدائع الصنائع (16/4-20)، مواهب الجليل (189/4) وما بعدها، الوسيط (214/6) وما بعدها، المغني (199/7) و(189/8)، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص(234-240)، والزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص(213-217).

<sup>5</sup> جاء في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون" قانون الأسرة الجزائري ص18، وهذا الحكم منصوص عليه في المذهب المالكي، قال في (الرسالة) ص95: "و لا نفقة للزوجة حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول وهي ممن يوطأ مثلها"، وقال في مواهب الجليل (182/4): "و ظاهر المدونة أن النفقة إنما تجب على الزوج إذا دعا إلى الدخول، وهو المشهور في المذهب... وقال ابن الحاجب: "تجب بالدخول، أو أن يُتَغَي منه الدخول".

<sup>6</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة (171/1-172)، ويُنظر: شرح قانون الأسرة الجزائري (179/1).

يسقط حقّها في النفقة، كما لو امتنعت عن الانتقال إلى منزله بعد العقد الصحيح، فلا نفقة لها لأنها ناشزة، ولا يثبت النشوز إلا بوجود مسكن شرعي، ورفضت الزوجة الانتقال إليه".  
وتبعاً لما سبق تكلم شراح قانون الأسرة الجزائري عن مسقطات النفقة، وحديثهم عنها شبيه بما تكلم عنه علماء الشريعة<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: المطلقات وحقهنّ في النفقة:

يثبت حق النفقة للمطلقة بصفة عامّة، وقد اتفق العلماء على ثبوته للمطلقة رجعيًا، وللمطلقة الحامل ولو كان الطلاق بائنًا، ووقع الخلاف بينهم في المطلقة البائن غير الحامل، وهذا تفصيل ما أجمل:

#### الفرع الأول: حقّ المطلقة رجعيًا في النفقة:

اتفق العلماء على وجوب النفقة بجميع أنواعها للمطلقة رجعيًا، قال النووي-رحمه الله-عند كلامه عن ثبوت النفقة والسكنى: "و أمّا الرجعية فتجبان لها بالإجماع"<sup>2</sup>.

وقال الشافعي-رحمة الله عليه-: "فلمّا لم أعلم مخالفا في أنّ المطلقة التي يملك زوجها رجعتها في معاني الأزواج في أنّ عليه نفقتها وسكنها، وأنّ طلاقه وإيلاءه وظهاره ولعانه يقع عليها، وأنها ترثه ويرثها كانت الآية..."<sup>3</sup>.

وهذه نقول عن المذاهب في ثبوت النفقة للرجعية التي لم تنته عدتها:

#### البند الأوّل: المذهب الحنفي:

قال صاحب (البدائع)<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (177/1-178)، وشرح قانون الأسرة الجزائري (180/1-181).

<sup>2</sup> شرح النووي على صحيح مسلم (96/10)، وينظر: نيل الأوطار (108/7).

<sup>3</sup> الأم (237/5).

<sup>4</sup> (16/4).

"و تجب في العدة<sup>1</sup> من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب، واستحقاق الحبس للسزوج عليها بسبب النكاح، لأن النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة، بل أولى؛ لأن حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع، وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم.

#### البند الثاني: المذهب المالكي:

قال في (التلقين)<sup>2</sup>: "وللرجعية النفقة حاملا أو حائلا حتى تنقضي عدتها".

#### البند الثالث: المذهب الشافعي:

قال الشافعي - رحمه الله -: "و إن طلقها وكان يملك الرجعة فعليه نفقتها في العدة، لأنه لا يمنعه أن تصير حلالا له يستمتع بها إلا نفسه إذا أشهد شاهدين أنه راجعها فهي زوجته، وإذا لم يفعل فهو منَع نفسه من رجعتها"<sup>3</sup>.

#### البند الرابع: المذهب الحنبلي:

جاء في (المبدع)<sup>4</sup>: "و عليه نفقة المطلقة رجعيا وكسوتها، ومسكنها كالزوجة سواء، لقوله تعالى: ﴿وَيُغْوِلْنَهُنَّ أَهَقُ بِرَدَّهِنَّ﴾<sup>5</sup>، ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره".

#### البند الخامس: المذهب الظاهري:

قال ابن حزم - رحمه الله -: " ونفقتها عليه في الطلاق الرجعي ما دامت العدة، ويلحقها طلاقه"<sup>6</sup>

<sup>1</sup> يعني: النفقة.

<sup>2</sup> (348/1).

<sup>3</sup> الأم (88/5)، ويُنظر: المذهب (164/2).

<sup>4</sup> (191/8).

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>6</sup> المحلى (217/7).

الفرع الثاني: حق المطلقة الحامل في النفقة:

اتفق العلماء على أن المطلقة الحامل ينفق عليها زوجها سواء كان طلاقها رجعياً أو بائناً.

قال القرطبي<sup>1</sup> - رحمه الله -: "و أجمعوا على أن نفقة المطلقة ثلاثاً أو مطلقة للزوج عليها رجعة وهي حامل واجبة لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾"<sup>2</sup>.

قال ابن كثير - رحمه الله - عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ﴾ الآية: "قال كثير من العلماء منهم: ابن عباس وطائفة من السلف، وجماعات من الخلف: هذه في البائن إن كانت حاملاً وأنفق عليها حتى تضع حملها، قالوا: بدليل أن الرجعية تجب نفقتها سواء كانت حاملاً أو حائلاً"<sup>3</sup>.

و قال الطبري - رحمه الله - في تفسير هذه الآية: "يقول تعالى ذكره: وإن كان نساؤكم المطلقات أولات حمل، وكنّ بائنات منكم فأنفقوا عليهن في عدتمن منكم حتى يضعن حملهن"<sup>4</sup>.

و يدلّ على ذلك أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس<sup>5</sup> وكانت مطلقة طلاقاً بائناً:

<sup>1</sup> الجامع لأحكام القرآن (3/141).

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>3</sup> تفسير ابن كثير (4/384).

<sup>4</sup> تفسير الطبري (28/94).

<sup>5</sup> هي فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر القرشية الفهرية، كانت من المهاجرات الأول، وكانت ذات جمال وعقل وكمال، وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى عند قتل عمر بن الخطاب، وخطبوا خطبهم المأثورة. تزوجت أسامة بن زيد بعد أن طلقها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث، وروى عنها جماعة منهم الشعبي، والنخعي، وأبو سلمة. توفيت رضي الله عنها في خلافة معاوية. الاستيعاب في معرفة الأصحاب (4/454)، وأسد الغابة في معرفة الصحابة (6/232-233)، وسير أعلام النبلاء (2/319).

"لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً"<sup>1</sup>.

وهذا نقل أقوال مذاهب العلماء في المسألة:

الفقرة الأولى: قال في (البدائع)<sup>2</sup>: "فأما المبتوتة إذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة، وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى، إلا أنه تُرك القياس في السكنى بالنص".

الفقرة الثانية: أما في المذهب المالكي فقد قال صاحب (الرسالة): "والسكنى لكل مطلقاً مدخول بها، ولا نفقة إلا للتي طلقت دون الثلاث، وللحامل كانت مطلقاً واحدة أو ثلاثاً"<sup>3</sup>.

الفقرة الثالثة: أما الشافعية، فقد قال إمام المذهب: "وكل مطلقاً كان زوجها يملك رجعتها فلا نفقة لها في عدتها منه إلا أن تكون حاملاً فيكون عليه نفقتها ما كانت حاملاً"<sup>4</sup>.

وقال في معنى المحتاج<sup>5</sup>: "لأنها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطاء مقصود منه".

الفقرة الرابعة: وقال ابن مفلح الحنبلي - رحمه الله -: "و أما البائن بفسخ أو طلاق، فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه مسلم في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (117/2)، عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل (228/7)، وأغرب ابن حزم فأعلنه بالانقطاع، المحلى (292/7).

<sup>2</sup> (16/4).

<sup>3</sup> الرسالة ص 103، ويُنظر: الشرح الصغير (213/2)، ومواهب الجليل (189/4).

<sup>4</sup> الأم (238/5).

<sup>5</sup> (44/3).

<sup>6</sup> المبدع (192-191/8).

الفرع الثالث: حق المطلقة البائن غير الحامل في النفقة:

اتفق العلماء<sup>1</sup> على أن المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها، لأنه لا عدة لها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾<sup>2</sup>.

ثم اختلفوا بعد ذلك في المطلقة البائن بعد الدخول ولم تكن حاملاً لها النفقة والسكنى أم لا؟ وذلك على أربعة أقوال، هذا بياها، مع بيان أدلتهم وحججهم ومناقشتها:

البند الأول: أقوال العلماء:

اختلف العلماء في ثبوت النفقة والسكنى لهذه المطلقة على أربعة أقوال هي:

الفقرة الأولى: القول الأول:

يثبت للبائن النفقة والسكنى، وإليه ذهب عُمرُ و ابن مسعود وعلي بن الحسين وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، وشريح وحماد بن أبي سليمان، وإبراهيم النخعي والحسن بن حي وابن شيرمة والشعبي والثوري<sup>3</sup>، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه<sup>4</sup>، وهي رواية عن الإمام أحمد<sup>5</sup> -رحمهم الله جميعاً-.

الفقرة الثانية: القول الثاني: لا نفقة ولا سكنى للبائن، وإليه ذهب ابن عباس وجابر بن عبد الله وفاطمة بنت قيس رضي الله عنهم والحسن البصري وعطاء والشعبي والقاسم وابن أبي

<sup>1</sup> يُنظر النقل في: المغني (189/8).

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>3</sup> تُنظر هذه النقول في: تفسير الطبري (95/28)، وأحكام القرآن للجصاص (355/5)، ونيل الأوطار (105/7)، ونخبة الأحوذ (236/4).

<sup>4</sup> قال في الميسوط (201/5): "فأما المتبوتة فلها النفقة والسكنى عندنا".

<sup>5</sup> المبدع (192/8).



ليلي والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وداود<sup>1</sup>، وأصحاب الحديث<sup>2</sup> وهو المشهور عن الإمام أحمد<sup>3</sup> رحمهم الله جميعا.

الفقرة الثالثة: القول الثالث: للبائن النفقة دون السكنى، وإليه ذهب الهادي<sup>4</sup>، والمؤيد بالله<sup>5</sup>، وهي رواية عن الإمام أحمد، ذكرها عنه الخلال<sup>6</sup> - رحمهم الله جميعا -.

الفقرة الرابعة: القول الرابع: للمطلقة البائن السكنى دون النفقة، ورؤي عن عمر وابنه وابن مسعود وعائشة<sup>7</sup>، وإليه ذهب أبو عبيد وعبد الرحمن بن مهدي<sup>8</sup>، والليث<sup>9</sup>، والفقهاء

<sup>1</sup> داود بن علي بن خلف الأصبهاني، أبو سليمان الملقب ب(الظاهري)، ولد عام (201هـ-816م)، وتبعه جمع كثير يعرفون بـ (الظاهرة)، قال عنه ثعلب: "كان عقل داود أكبر من علمه"، ترك مصنفات كثيرة أوردها ابن النديم في زهاء صفحتين، توفي - رحمه الله - ببغداد في رمضان، وقيل ذي القعدة من عام (270هـ-884م).

وفيات الأعيان (255/2-257)، وشذرات الذهب (158/1-159) والأعلام (333/2).

<sup>2</sup> يُنظر هذه القول في: أحكام القرآن للحصاص (355/5)، وزاد المعاد (528/5)، ونيل الأوطار (105/7)، وتحفة الأحوذى (236/4).

<sup>3</sup> زاد المسير (296/8).

<sup>4</sup> هو يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الحسيني العلوي، إمام زيدي ولد بالمدينة عام (220هـ-835م)، ونشأ فقيها عالما ورعا، فيه شجاعة وبطولة، توفي - رحمه الله - عام (298هـ-911م) من كنيته: (الجامع) ويسمى (الأحكام في الحلال والحرام والسنن والأحكام)، ومن رسائله (الرد على أهل الزيغ) و(الكرسي والعرش).

الأعلام (141/8) باختصار.

<sup>5</sup> هو يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم الحسيني العلوي الطالبي من أكابر أئمة الزيدية وعلمائهم في اليمن، يروى أن كرايس تصانيفه زادت على أيام عمره، ولد في صنعاء عام (669هـ-1270م)، لُقّب بـ (المؤيد بالله) و(المؤيد برب العزة). توفي رحمه الله عام (745هـ-1344م)، من تصانيفه: (الشامل في أصول الدين) و(نهاية الوصول إلى علم الأصول) و(الخواص) في أصول الفقه، و(الانتصار) في الفقه. الأعلام (143/8-144) باختصار.

<sup>6</sup> ينظر: المبدع (192/8)، ونيل الأوطار (105/7).

<sup>7</sup> المبدع (192/8).

<sup>8</sup> هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري البصري، أبو سعيد، ولد بالبصرة، عام (135هـ-752م)، سمع مالك بن أنس وعبد العزيز بن الماجشون وخلقا غيرهم، وحدث عنه ابن المبارك وابن وهب، وأحمد وخلق كثير، من كبار حفاظ الحديث وله فيه تصانيف، قال عنه الشافعي: "لا أعرف له نظيرا في الدنيا"، توفي - رحمه الله - بالبصرة عام (198هـ-814م). تهذيب السير (318/1-319)، الأعلام (339/3).

<sup>9</sup> الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي بالولاء، أبو الحارث إمام أهل مصر في عصره حديثا وفقها، أصله من خراسان، ومولده في قرقشندة من بلاد مصر وضبطها صاحب الأعيان باللام (قلقشندة) عام (94هـ-713م)، -

السبعة وأهل المدينة، ورُوِيَ عن أبي ليلى<sup>1</sup> وهو مذهب مالك<sup>2</sup>، والشافعي<sup>3</sup>، وهي رواية عن الإمام أحمد<sup>4</sup>، ورححه الطحاوي<sup>5</sup> والطبري<sup>6</sup> -رحم الله الجميع-، قال في (المبدع)<sup>7</sup>: "وبه قال أكثر العلماء"، وبذا يكون رأي الجمهور.

### البند الثاني: الأدلة والمناقشة والترجيح:

الفقرة الأولى: أدلة القول الأول: احتجّ الذين قالوا بثبوت السكنى والنفقة للبائن بالكتاب والسنة والمعقول.

### أ- من القرآن الكريم:

1- قالوا: سياق الآيات في سورة الطلاق شامل للرجعيات والبائئات. قال الجصاص -رحمه الله-: "قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>8</sup> قد انتظم الرجعية والمبتوتة، والدليل على ذلك أن من بقي من طلاقها واحدة فعليه أن يطلقها للعدة إذا أراد طلاقها بالآية، فإذا كان قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>9</sup> قد تضمن البائن ثم قال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ

-قال الشافعي: "الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به"، أخباره كثيرة، وله تصانيف ولاه بن حجر العسقلاني كتاب (الرحمة الغيثية في الترجمة الليثية) في سيرته. توفي -رحمه الله- يوم الجمعة 14 شعبان 175هـ الموافق لـ 791م. وفيات الأعيان (127/4-128)، وشذرات الذهب (1/285/286)، والأعلام (5/248).  
<sup>1</sup> تُنظر هذه النقول في: مختصر اختلاف العلماء ص147، وأحكام القرآن للجصاص (5/566)، المحلى (7/285-286) وزاد المعاد (5/528).

<sup>2</sup> قال في التلقين (1/348): "و للمبتوتة السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً".

<sup>3</sup> قال الشافعي -رحمه الله-: "و لا يُنفقُ عليها إذا لم يكن يملك الرجعة لأنها أحقّ بنفسها منه، ولا تحل له إلا بنكاح جديد" الأم (5/88). وقال في المهذب (2/164): "فإن طلقها بائناً وجب لها السكنى في العدة حائلاً كانت أو حاملاً".

<sup>4</sup> زاد الميسر (8/192).

<sup>5</sup> مختصر اختلاف العلماء ص148.

<sup>6</sup> تفسير الطبري (28/95).

<sup>7</sup> (8/192).

<sup>8</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>9</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

مِنْ وَجِدْتُمْ<sup>1</sup> ووجب ذلك للجميع من البائن والرجعي<sup>2</sup>. و قال أيضا: "إن السكني لما كانت حقاً في مال، وقد أوجبها الله لها بنص الكتاب إذ كانت الآية قد تناولت المبتوتة والرجعية فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة إذ كانت السكني حقاً في مال وهي بعض النفقة"<sup>3</sup>.

و قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: "أسكوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم" قراءته لأبداً أن تكون مسموعة من الرسول صلى الله عليه وسلم وهذا يدل على أن سبب استحقاق النفقة العدة<sup>4</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾<sup>5</sup> قال الجصاص - رحمه الله -: "والمضارة تقع في النفقة كهي في السكني"<sup>6</sup>، وعلى هذا فترك النفقة من أكبر الأضرار بالمطلقة وهو محرم شرعاً فوجب النفقة زيادة على السكني.

#### ب- من السنة النبوية:

استدلوا بحديث فاطمة بنت قيس، فعن الشعبي أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها طلاقاً بائناً فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "لا نفقة لك ولا سكني"<sup>7</sup>، وقد قال عمر - رضي الله عنه - لما أخبر عن ذلك: "لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا أدري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكني والنفقة"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>2</sup> أحكام القرآن للخصاص (355/5).

<sup>3</sup> المصدر السابق (356/5).

<sup>4</sup> ينظر: المسوط (202/5).

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>6</sup> أحكام القرآن للخصاص (356/5).

<sup>7</sup> أخرجه مسلم في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (1117/2).

<sup>8</sup> أخرجه مسلم في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (1118/2).

وروى إبراهيم النخعي عن عمر -رضي الله عنه- قال: "سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال: "لها السكنى والنفقة"<sup>1</sup>.

وقد ردَّ هذا الاستدلال بأنَّ عمرَ -رضي الله عنه- لم يكن عنده سنة قطعاً<sup>2</sup>، وبأن هذا الحديث لم يروه عنه أئمة الحديث المصنّفون في السنن. قال ابن القيم -رحمه الله-: "وقد أعاذ الله أمير المؤمنين من هذا الكلام الباطل الذي لا يصح عنه أبداً، قال الإمام أحمد: ولا يصح ذلك عن عمر"، وقال أبو الحسن الدارقطني<sup>3</sup>: "بل السنة بيد فاطمة قطعاً، ومن له إمامٌ بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يشهد شهادةً لله أنه لم يكن عند عمر سنة عن رسول الله أن للمطلقة ثلاثاً السكنى والنفقة، وكان عمرٌ أتقى وأحرصَ على تبليغ سنة رسول الله بأن تكون هذه السنة عنده ثم لا يرويهما أصلاً ولا يبيئها ولا يبلّغها عن رسول الله"<sup>4</sup>.

قال ابن حزم: "و أما الوهم أو النسيان فإن جاز على فاطمة جاز على عمر رضي الله عنهما"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه الطحاوي في (شرح معاني الآثار)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً ومآلها على زوجها (68/3)، قال ابن حجر عن هذا الحديث: "و هذا منقطع لا تقوم به حجة" فتح الباري (579/9) وروى الدارقطني هذا الحديث عن جابر رضي الله عنه في (السنن)، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (21/4) وقد صحّح صاحب (التعليق المغني على الدارقطني) الوقفَ دون الرفع (21/4)، وضعفه جمال الدين أبو أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي في (نصب الراية لأحاديث الهداية)، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، دار الحديث: القاهرة دت (274/3).

<sup>2</sup> المحلى (294/7).

<sup>3</sup> الإمام الحافظ شيخ الإسلام أبو الحسن علي بن عمر البغدادي المقرئ المحدث، من أهل محلة (دار القطن) ببغداد ولد سنة ست وثلاثمائة، درس الفقه الشافعي، ذو معرفة بالقراءات، والأدب والشعر. قال الحاكم: "ما رأى الدارقطني مثلاً نفسه"، وقال أبو الطيب الطبري: "كان الدارقطني أمير المؤمنين في الحديث" توفي - رحمه الله - ببغداد يوم الخميس لثمان خلون من ذي القعدة من سنة خمس وثمانين وثلاثمائة. من مؤلفاته: (السنن)، و(المعرفة بمذاهب الفقهاء) و(العلل). طبقات الشافعية للأسنوي (246/1)، وسير أعلام النبلاء (449/16-461)، وشمذرات الذهب (116/2-117).

<sup>4</sup> زاد المعاد (539/5).

<sup>5</sup> المحلى (297/7).

ج- من المعقول: قالوا: "تجب النفقة للبائن، لأن سبب النفقة كون المرأة في العدة، أو محبوسة على الزوج"<sup>1</sup>.

الفقرة الثانية: أدلة القول الثاني: وهم القائلون بأن لا سكنى ولا نفقة للبائن، احتجوا بالقرآن والسنة والمعقول.

### أ- من القرآن الكريم:

قالوا: إن سياق آيات القرآن الكريم في سورة الطلاق يدلّ على أنّ المقصود بالمطلقات الرجعيات لقوله جلّ شأنه: ﴿لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾؛ فالأمر الذي يُرجى إحدائه هو الرجعة لا سواه، وكانت فاطمة بنت قيس -رضي الله عنها- تقول في هذه الآية: "هذا لمن كان له مراجعة، فأمر يحدث بعد الثلاث"<sup>2</sup>.

و هذا التأويل حكاه الطبري عن قتادة والحسن والسديّ وعكرمة والضحاك<sup>3</sup> وحكى غيره أن المراد بالأمر ما يأتي من قبل الله تعالى من نسخ أو تخصيص أو نحو ذلك فلم ينحصر<sup>4</sup>.

قال ابن القيم -رحمه الله- مؤيداً فهم فاطمة -رضي الله عنها-: "والأمر الذي يراد إحدائه هاهنا هو المراجعة هكذا قال السلف ومن بعدهم. ثم ذكر سبحانه الأمر بإسكان هؤلاء المطلقات<sup>5</sup> فقال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾<sup>6</sup>، فالضمائر كلها يتحدّ مفسرها، وأحكامها كلها متلازمة"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: المبسوط (202/5)، وأحكام القرآن للحصاص (357/5).

<sup>2</sup> أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (1118/2)، أخرجه البيهقي في (السنن الكبرى)، كتاب النفقات، باب المتونة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً (272/7).

<sup>3</sup> تفسير الطبري (88/28).

<sup>4</sup> نيل الأوطار (105/7).

<sup>5</sup> يعني: الرجعيات.

<sup>6</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>7</sup> زاد المعاد (527/5).

وقد ردّ الجصاص هذا الفهم فقال: "إن قيل: لما قال تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>1</sup>، وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ قَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>2</sup>، دلّ على أنه أراد الرجعي، قيل له: هذا أحد ما انتظمته الآية، ولا دلالة على أن أوّل الخطاب في الرجعيّ دون البائن"<sup>3</sup>.

### ب- من السنة النبوية:

احتجّوا بحديث فاطمة بنت قيس السابق حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم لها: "لا نفقة لك ولا سكنى"<sup>4</sup>، وكانت مطلقة طلاقاً بائناً.

وفي رواية أخرى قال لها: "إن النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة"<sup>5</sup>.

وفي لفظ: "إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإذا لم تكن عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى"<sup>6</sup>.

قال الشوكاني: "وقد استدللّ بأحاديث الباب من قال: إن المطلقة بائناً لا تستحقّ على زوجها شيئاً من النفقة والسكنى"<sup>7</sup>.

وقد ردّ على المحتجين بهذا الحديث بردود يمكن إجمالها فيما يأتي:

1- عدم صحّة الحديث.

2- مخالفة الحديث للقرآن.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>3</sup> أحكام القرآن للحصاص (355/5).

<sup>4</sup> سبق تخريجه ص 208.

<sup>5</sup> أخرجه النسائي في (السنن)، كتاب الطلاق، باب الرخصة في ذلك (3503) والبيهقي في (السنن). كتاب النفقات، باب المبتوتة لا نفقة لها إلا تكون حاملاً (272/7)، صحّحه الألباني - رحمه الله - في السلسلة الصحيحة (288/4).

<sup>6</sup> أخرجه الإمام أحمد في المسند (373/6) وعبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب عدة الحبل ونفقتها (23/7).

<sup>7</sup> نيل الأوطار (105/7)، ويُنظر: شرح النووي على مسلم (95/10).

## 3- كون الراوية امرأة.

4- إنكار السلف على فاطمة، والأمر بإخراجها لم يكن مجرداً ولكن لعلّة تقتضيه.

وهذا تفصيل الردود مع مناقشتها:

1- قيل: إن في صحة هذا الحديث كلاماً<sup>1</sup>، وهذا مردود بما سبق نقله عن أهل العلم في بيان صحته حتى قال في (تحفة الأحوذى)<sup>2</sup>: "وقصة فاطمة بنت قيس رُوِيَتْ من وجوه صحاح متواترة".

2- واعترض أيضاً بأنه مخالف للقرآن الكريم، فقد رُوِيَ عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قوله: "لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرَجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾"<sup>3 4</sup>.

قالوا: "فهذا عمر يخبر أن سنة رسول الله أن لها السكنى، والنفقة، ولا ريب أن هذا مرفوع؛ فإن الصحابي إذا قال: "من السنة كذا كان مرفوعاً" فكيف إذا كان القائل عمر بن الخطاب، وإذا تعارضت رواية عمر - رضي الله عنه - ورواية فاطمة، فرواية عمر - رضي الله عنه - أولى ولا سيما ومعه القرآن"<sup>5</sup>.

وقد ردّ ابن القيم دعوى مخالفة الحديث للقرآن الكريم بقوله: "لو كانت مخالفة كما ذكرتم لكانت مخالفة لعمومه، فتكون تخصيصاً للعام، حكم تخصيص قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾<sup>6</sup> بالكافر والريق، وتخصيص قوله: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>7</sup> بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها، وبينها وبين خالتها، ونظائرها، فإن الله

<sup>1</sup> المسوط (201/5).

<sup>2</sup> (263/4).

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 1

<sup>4</sup> سبق تخريجه ص 208.

<sup>5</sup> زاد المعاد (529/5).

<sup>6</sup> سورة النساء، الآية 11.

<sup>7</sup> سورة النساء، الآية 24.

لم يخص البائن بأها لا تخرج ولا بأها تسكن من حيث زوجها، بل إما أن يعمها ويعم الرجعية، وإما أن يخص الرجعية، وهو الصواب للسياق الذي من تأمله قطع بأنه في الرجعية... ومعاذ الله أن يحكم رسول الله بما يخالف كتاب الله أو يعارضه... وكان أحمد يقول: أين في كتاب الله إيجاب السكنى والنفقة للمطلقة البائن، وأنكرته الفقيهة الفاضلة فاطمة<sup>1</sup>.

أما ما نُقل عن عمر بأنه أثبت للبائن السكنى والنفقة بالسنة فمردود، وقد سبق بيان ذلك<sup>2</sup>، وفي ذلك يقول الدارقطني: "و أما حديث عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لها السكنى والنفقة"، فإنه من رواية إبراهيم النخعي عن عمر، وإبراهيم لم يسمعه عن عمر، فإنه لم يولد إلا بعد موت عمر بستين"<sup>3</sup>.

3- واعترض على الحديث بكون راوية الحديث امرأة، وقد ردّ ابن القيم<sup>4</sup> على ذلك بقوله: "أما ردّ الخبر لكون الراوية امرأة فهذا مطعن باطل بإجماع المسلمين للقطع بأنه لم ينقل عن أحد من العلماء أنه ردّ خبر المرأة لكونها امرأة، فكم من سنة قد تلقتها الأمة بالقبول عن امرأة واحدة من الصحابة، وهذا لا ينكره من له أدنى نصيب من علم السنة، ولم ينقل أيضا عن أحد من المسلمين أنه يردّ الخبر بمجرد تجويز نسيان ناقله، ولو كان ذلك مما يقبح به لم يبق حديث من الأحاديث النبوية إلا وكان مقدوحا فيه، لأن تجويز النسيان لا يسلم منه أحد، فيكون ذلك مفضيا إلى تعطيل السنن بأسرها".

4- واعترض على حديث فاطمة بأن السلف أنكروا عليها ذلك، قال الجصاص: "و هذا حديث قد ظهر من السلف النكير على راويه، ومن شرط قبول أخبار الآحاد تعريبها من نكير السلف... ومعلوم أنهم كانوا لا ينكرون روايات الأفراد بالنظر بالمقايسة، فلو أنهم قد

<sup>1</sup> زاد المعاد (536/5-537).

<sup>2</sup> ينظر، ص 209 من هذا البحث.

<sup>3</sup> سبل السلام (278/3)، ونيل الأوطار (107/7).

<sup>4</sup> زاد المعاد (535/5-536)، وينظر عون المعبود (278/6-282).



علموا خلافه من السنة ومن ظاهر الكتاب لما أنكروه عليها، وقد استفاض خير فاطمة في الصحابة، فلم يعمل به أحد إلا شيئا روي عن ابن عباس<sup>1</sup>.

ومن أولئك المنكرين عمر بن الخطاب وقد سبق النقل عنه، وعائشة وأسامة رضي الله عنهما، وابن المسيب، ومروان، والأسود بن يزيد<sup>2</sup>، وسليمان بن يسار<sup>3</sup>، وأبو سلمة<sup>4</sup>. ومُلخَّص هذه الإنكارات يرجع إلى أن إخراج فاطمة من مسكنها كان لسوء خُلُقها، أو بذاءة لسانها، أو لكونها في بيت وُخِش<sup>5</sup>.

وقد ردَّ ابن القيم على هذه الاعتراضات من السلف بقوله: "إن المنكرين لحديث فاطمة لم يكذبوها فيما نقلته، أما القول بأن نقل فاطمة -رضي الله عنها- كان لفحش في اللسان فإنها من خيرة نساء الصحابة خُلُقًا وعلما، وهي من المهاجرات، وقد ارتضاها الرسول صلى الله عليه وسلم لحبِّه ابن حَبَّة أسامة بن زيد -رضي الله عنهما-، ولو كان ذلك صحيحا لكان أولى الناس بالإنكار عليها لهذا الفحش رسول الله صلى الله عليه وسلم،

<sup>1</sup> أحكام القرآن (358/5).

<sup>2</sup> الأسود بن يزيد بن قيس الإمام القدوة، أبو عمرو النخعي الكوفي، حدث عن معاذ بن جبل وابن مسعود وعائشة وغيرهم من الصحابة، وحدث عنه إبراهيم النخعي والشعبي وآخرون، كان زاهدا عابدا، توفي -رحمه الله- على الأرجح عام 75هـ.

يُنظر: أسد الغابة (124/1)، وسير أعلام النبلاء (50/4-53) باختصار.

<sup>3</sup> سليمان بن يسار الفقيه الإمام عالم المدينة ومفتيها، أبو أيوب مولى أم المؤمنين ميمونة، ولد في خلافة عثمان عام (34/654م)، وكان سعيد بن المسيب إذا أتاه مستفتى يقول له: "أذهب إلى سليمان، فإنه أعلم من بقي اليوم". وقال مالك: "كان سليمان من أعلم الناس"، وقال ابن سعد: "كان ثقة عالما رفيعا فقيها كثير الحديث"، وكان -رحمه الله- زاهدا ورعا توفي عام (107/725م).

سير أعلام النبلاء (444/4)، والأعلام للزركلي (138/3).

<sup>4</sup> أبو سلمة عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الحافظ أحد الأعلام بالمدينة، حدث عن أسامة بن زيد وأبي هريرة وعائشة وغيرهم من الصحابة، وحدث عنه الشعبي، وعمرو بن دينار والزهري وخلق سواهم، قال: ابن سعد: "كان ثقة فقيها كثير الحديث"، توفي بالمدينة سنة 94هـ.

سير أعلام النبلاء (287/4-292)، وشذرات الذهب (104/1).

<sup>5</sup> بيت قفر لا ناس فيه. يُنظر مختار الصحاح ص449

وَلَسَمِعَتْ وَلَأَطَاعَتْ وَيَكْفِي ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ لَهَا: "كُفِّي لِسَانِكَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتْكَ" وَلَا دَاعِي لِنَقْلِهَا"<sup>1</sup>.

ج- من المعقول: قالوا: "إن النفقة إنما تجب مقابلة التمكن من الاستمتاع، وهذه لا يمكن استمتاعه بها بعد بينوتها"<sup>2</sup>. ويدل لذلك أن الناشز لا نفقة لها فكذا البائن.

وقالوا أيضا: "إن السكنى تابعة للنفقة وجارية مجراها، فلما لم تجب للمبتوتة نفقة لم يجب لها سكنى"<sup>3</sup>.

### الفقرة الثالثة: أدلة القول الثالث:

وهم القائلون بثبوت النفقة دون السكنى للبائن استدلوا لوجوب النفقة بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>4</sup>، وقوله: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾<sup>5</sup>، وبأن المطلقة بائنا محبوسة بسبب الزوج، واستدلوا لعدم وجوب السكنى بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾<sup>6</sup>، فإنه أوجب أن تكون حيث الزوج، وذلك لا يكون في البائنة<sup>7</sup>.

### الفقرة الرابعة: أدلة القول الرابع:

وذهب أصحابه إلى إثبات السكنى للمطلقة البائن دون النفقة، واحتجوا لمذهبهم بالقرآن والسنة والمعقول:

<sup>1</sup> زاد المعاد (538/5)، وينظر: نيل الأوطار (107/7).

<sup>2</sup> زاد المعاد (538/5).

<sup>3</sup> الجامع لأحكام القرآن (18/127).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>6</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>7</sup> نيل الأوطار (107/7).

## أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾<sup>1</sup>.

قال ابن العربي رحمه الله: "إن الله تعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل، فدلّ على أنّ المطلقة البائن لا نفقة لها. فإن قيل: لا حجة في هذه الآية، لأن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾<sup>2</sup> راجع إلى ما قبله وهي المطلقة الرجعية، قلنا: لو كان هذا صحيحاً لما قال: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>3</sup> فإن المطلقة الرجعية ينفق عليها حاملاً كانت أو غير حامل، فلما خصّها بذكر النفقة حاملاً دلّ على أنّها التي لا ينفق عليها"<sup>4</sup>.

و يتضح بهذا أن أصحاب هذا القول استدلوا بثبوت النفقة بمنطوق قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾، وإسقاط النفقة عن البائن غير الحامل بمفهوم قوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فإن مفهومه أنّ غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة.

ويؤيد هذا الفهم تأويلُ حبر هذه الأمة ابن عباس -رضي الله عنهما- حيث قال في تفسيرها: "وإن أبان طلاقها وليس بها حبل فلها السكنى حتى تنقضي عدتها ولا نفقة"<sup>5</sup>.

واعترض هذا الاستدلال بما يأتي:

1- إسقاط النفقة لا يكون بدلالة مفهوم المخالفة؛ لأنّ العلماء مختلفون في الاحتجاج به، فالحنفية مثلاً لا يأخذون بمفهوم المخالفة، ومنه مفهوم الشرط السوارد في الآية. قال السرخسي: "وعندنا تعليق الحكم بالشرط لا يدلّ على عدم الحكم عند عدم الشرط؛ لأنّ

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>4</sup> أحكام القرآن لابن العربي (4/1839-1840)، ويُنظر في هذا المعنى: أحكام القرآن للشافعي (1/262)،

وتفسير الطبري (28/95)، والجامع لأحكام القرآن (8/126)، والمهذب (2/164)

<sup>5</sup> تفسير الطبري (28/94).

مفهوم النص ليس بحجة، ولأنه يجوز أن يكون الحكم ثابتاً قبل وجود الشرط بعلة أخرى<sup>1</sup>.

2- إن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ يشمل الرجعيات والبائعات، وإنما خصت الحامل بالذكر لبيان أن النفقة واجبة عليها رغم طول عدتها مقارنة بعدة ذوات الحيض<sup>2</sup>.

3- تأويل ابن عباس -رضي الله عنهما- بقصر النفقة على الحامل البائن خالفه فيه عمر وابن مسعود وعلي بن الحسين -رضي الله عن الجميع- حيث قالوا: "للمطلقة ثلاثاً: السكنى والنفقة والمتعة"<sup>3</sup>.

#### ب- من السنة النبوية:

استدلوا بما ورد في بعض طرق حديث فاطمة بنفي النفقة دون السكنى، وذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "والله ما لها نفقة إلا أن تكون حاملاً"<sup>4</sup>.

قال في (مختصر اختلاف العلماء): "واحتجوا بحديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة. قالوا: فأما أمره إياها بالانتقال فذلك لعلها واختلفوا في علته"<sup>5</sup>.

واعترض هذا الاستدلال بأن حديث فاطمة في نفى النفقة والسكنى ألزم لمن نفى النفقة دون السكنى، "لأنهم قد تركوا حديثها في نفى السكنى لعلها أوجبت ذلك، فتلك العلة بعينها هي الموجبة لترك حديثها في نفى النفقة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المبسوط (202/5)

<sup>2</sup> يُنظر: أحكام القرآن للحصاص (356/5)، والمبسوط (202/5).

<sup>3</sup> تفسير الطبري (94/28).

<sup>4</sup> سبق تخريجه ص 204.

<sup>5</sup> مختصر اختلاف العلماء ص 147.

<sup>6</sup> أحكام القرآن للحصاص (358/5).

وَيُعَكِّرُ عَلَى هَذَا الاعتراض بأن "عمر بن الخطاب وغيره من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما أنكروا في روايتها أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرها بالانتقال، ولم ينكروا النفقة؛ لأن السكنى لها أصل في الكتاب وليس للنفقة أصل في الكتاب، وكذلك قول عمر: "لا نَدْعُ كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ لِقَوْلِ امْرَأَةٍ"<sup>1</sup>، إنما أراد السكنى لا النفقة"<sup>2</sup>.

ج- من المعقول: قالوا: "النفقة تجب في نظير بقاء حق الرجعة للزوجة، فتكون للمطلقة رجعياً، أو لإحياء الولد فتكون للحامل، والسكنى تجب لتمكين المطلقة من إتمام التربص المطلوب فتكون لكل مطلقة"<sup>3</sup>.

تأ سبب يبدو لي - والله أعلم - أن ما ذهب إليه الجمهور من وجوب السكنى للمطلقة البائن دون النفقة أرجح من باقي المذاهب لقوة الأدلة، وتوظيفهم لكل النصوص. أما النصوص القرآنية فقد أوجبوا السكنى بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾<sup>4</sup> والسياق يتكلم عن البائئات، أما النفقة فإنها تثبت للحامل البائن دون الحائل، لأن مخصوصة بالذكر وحدها في قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>5</sup>، وجاءت النصوص النبوية لتؤكد نفي النفقة عن البائن، فقد ورد في بعض الروايات نفي النفقة دون السكنى الثابتة في الكتاب، ويمكن توجيه رواية نفي السكنى بأن ذلك لعلة ويبدو لي أن أقواها ما ورد في الأثر الصحيح عن عائشة رضي الله عنها: "أما كانت في مكان وحش، فحيف عن ناحيتها فلذلك رخص لها النبي صلى الله عليه وسلم"<sup>6</sup>، فمن كانت حالتها كحالة فاطمة أو شبيهة بها لم تثبت لها السكنى، وقد قال ابن عباس - رضي الله عنهما - في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا

<sup>1</sup> سبق تخريجه ص 208 .

<sup>2</sup> مختصر اختلاف العلماء ص 148.

<sup>3</sup> موسوعة الفقه والقضاء (373/2).

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>6</sup> أخرجه البخاري في (صحيحه)، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس (2039/5)، ويؤيد هذا ما ورد في صحيح مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم "أمر فاطمة بالتحول لما أخرجه أنها تخاف أن يُقتحم عليها" صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة البائن لانفقة لها (1119/2).

يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ<sup>1</sup>: "أَنْ تَبْدُوَ عَلَى أَهْلِ زَوْجِهَا، فَإِنْ بَدَتْ فَقَدْ حَلَّ إِخْرَاجُهَا"<sup>2</sup>، وإلى هذا المذهب ذهب أكثر العلماء، ورجّحه شيخ المفسرين الإمام الطبري<sup>3</sup>.

الفقرة الخامسة: وينبغي التنبيه أن المعتدة لا تثبت لها النفقة في الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت معتدة من زواج فاسد، أو وطءٍ بشبهة، لأنّ حال العدة معتبرٌ بحال الزواج، والمرأة لا تجب لها النفقة في حال الزواج الفاسد، وكذلك لا تجب لها في حال العدة منه<sup>4</sup>.
- 2- معتدة الفرقة بسبب من جهة الزوجة بسبب محذور، كأن تتردّد الزوجة عن دين الإسلام، أو تمتنع عن الإسلام بعد أن يُسلم زوجها، ولم تكن كتابية، أو تفعل مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، لأنّ النفقة فيها معنى الصلة، فإذا وقعت الفرقة من جهة المرأة بفعلها الذي هو معصية لم تستحقّ الصلة، بل تستحقّ العقوبة والزجر، ولأنّ الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حقّ كانت مُبطلَةً لحقّها في النفقة قياساً على الوارث إذا قتل مورثه بغير حقّ<sup>5</sup>.

الفقرة السادسة: أما قانون الأسرة الجزائري فقد قال بثبوت النفقة للمعتدة من النكاح الصحيح دون الفاسد، قال الدكتور بلعربي معقّباً على المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري: "و عليه، فإنّ المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة، أما عدة دخول بعد زواج فاسد فلا تجب"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>2</sup> الأم (109/5)، ومختصر اختلاف العلماء ص 148.

<sup>3</sup> تفسير الطبري (95/28).

<sup>4</sup> يُنظر: في هذا المعنى: البدائع (16/4)، الدر المختار (576/3)، المدونة (471/5)، مغني المحتاج (402/3).

<sup>5</sup> نفقة انفار نلأحوال الشخصية للدكتور بدران ص 480، وينظر: البدائع (16/4)، الروضة (410/8)، مغني

المحتاج (402/3).

<sup>6</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (172/1).

- وقد جاء في المادة 61: "... و لها الحق في النفقة في عدّة الطلاق"<sup>1</sup> وقد جاءت لفظة الطلاق مُطلّقة ولم تقيد بالرجعي مما يدلُّ على أخذ القانون بالمذهب الحنفي، وبذلك تثبت النفقة للمطلّقة ولو كانت بائنا، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ فضيل سعد عند شرح هذه المادة<sup>2</sup>. وفي الأخير هذه نماذج لأحكام أصدرتها محاكم جزائرية، وأقرتها المحكمة العليا:
- 1- حَكَمَ مجلس قضاء "الجزائر" بتاريخ 1998/11/08م على المطلق بمبلغ 40 ألف دج تعويضا مقابل الطلاق و 15 ألف دج نفقة عدّة ومسكن، و 2000 دج نفقة إهمال<sup>3</sup>.
- 2- قضت محكمة "الحراش" بتاريخ 1998/07/29م بالزام الزوج بدفع 15 ألف دج نفقة عدّة ومسكن، ومبلغ 1500 دج نفقة إهمال شهريا<sup>4</sup>.
- 3- وكذا حكمت محكمة "الشريعة" بتاريخ 1997/06/29 على المطلق بدفع 30 ألف دج تعويضا عن المتعة، و 8000 دج نفقة عدّة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 16.

<sup>2</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري (365/1).

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا بـ: 1999/06/15، ملف: 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 130.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم: 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 127 و 128.

<sup>5</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم: 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 120.

## المبحث الخامس: حق أجره الرضاع للمطلقة:

المطلب الأول: تعريف الرضاع لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم إرضاع المطلقة لولدها.

المطلب الثالث: أجره رضاع المطلقة.

جامعة الأزهر  
العلوم الإسلامية



## المطلب الأول: تعريف الرضاع لغة واصطلاحاً

### الفرع الأول: تعريف الرضاع لغة:

الرَضَاع بكسر الراء وفتحها مثل الوكالة والوكالة: مصدر رَضِعَ يَرْضَعُ من باب سَمِعَ يَسْمَعُ لغة لأهل تهامة، ولأهل نجد: رَضِعَ يَرْضَعُ كضَرَبَ يَضْرِبُ، والرَضَاع: مصدر راضعته رضاعاً ومُراضعة<sup>1</sup>، وهو: " شرب اللبن من الضرع أو الثدي"<sup>2</sup>. و قال الفراء: "المرضعة: الأم، والمرضِع: التي معها صبيّ ترضعه، ولو قيل في الأم بغير هاء لاختصاصه بالإناث كحائض وطامث جاز، ولو قيل لغير الأم مرضعة جاز أيضاً قال الخليل: المرضعة الفاعلة للإرضاع والمرضِع ذات الرضيع"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الرضاع اصطلاحاً:

عُرِّفَ بعدة تعريفات من ذلك:

- "مصُّ الصبي الرضيع من ثدي آدمية في مدّة الرضاع"<sup>4</sup>.  
- وقيل: هو "شرب الطفل حقيقةً أو حكماً لِلْبَنِ خالص أو مختلط غالباً من آدمية في وقت مخصوص"<sup>5</sup>.

ويتضح من هذين التعريفين عدم تقييد الرضاع بعدد معين كالرضعتين أو الثلاث أو الخمس، كما يتّضح عدم دخول الرجل أو البهيمة في التعريف، كما أنّ الرضاع محدد بمدة معينة.

<sup>1</sup> جمهرة اللغة (746/2)، ولسان العرب (1660/3)، والقاموس المحيط (30-28/3)

<sup>2</sup> حاشية ابن عابدين (553/2)، وكشاف اصطلاحات الفنون (58/3).

<sup>3</sup> مختار الصحاح ص 164.

<sup>4</sup> التعريفات، الجرجاني، ص 148، وأنيس الفقهاء ص 152، وشرح فتح القدير (438/3).

<sup>5</sup> كشاف اصطلاحات الفنون (58/3).

- وعُرف كذلك بأنه: "حصول لبنِ ذاتِ تسعِ فأكثرِ حالِ حياتها في مَعِدَّةِ حَيٍّ قبل تمامِ حولينِ خمسِ رضعاتِ يقينا"<sup>1</sup>.

وقد قيّدَ هذا التعريفُ الرضاعَ الشرعيَ بشروطِ عدّةٍ من ذلك: ألا يكونَ عمرُ المرضعةِ أقلَّ من تسعِ سنواتٍ، ويُشترطُ الحياةَ فيها وفي الرضيعِ، مع وصولِ اللبنِ إلى معدتهِ، كل ذلك قبل أن يصلَ عمره سنتين، وبشرط أن يكونَ عددُ الرضعاتِ بشروطها السابقة خمسة فأكثر.

<sup>1</sup> التوقيف على مهمات التعاريف ص 366.

## المطلب الثاني: حكم إرضاع المطلقة لولدها

يُفرَّق في حكم إرضاع الأم لولدها بين حالين: حال كونها خارج حبال الزوجية، وحال كونها فيها.

الفرع الأول: الحالة الأولى: إذا لم تكن الأم في حبال الزوجية بأن كانت مطلقة طلاقاً بائناً، فيجب عليها الإرضاع ديانة<sup>1</sup>، ولا تُجبر على ذلك بالإجماع<sup>2</sup>، قال ابن رشد<sup>3</sup> في هذا المعنى: "و أما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ندي غيرهما فعليها الإرضاع، وعلى الزوج أجرة الرضاع هذا إجماع؛ لقوله سبحانه: **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ**"<sup>4</sup>. قال ابن كثير في تفسير الآية السابقة: "أي إذا وَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَهِنَّ طَوَالِقُ، وَقَدْ بَنَّ بَانْقِضَاءِ عَدَمِهِنَّ فَلَهَا حَيْثُذَ أَنْ تَرْضَعِ الْوَلَدَ، وَلَهَا أَنْ تَمْتَنِعَ مِنْهُ"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص 531.

<sup>2</sup> نقل الإجماع ابن حجر في (فتح الباري) (505/9)، وينظر: المغني (199/8)، والجامع لأحكام القرآن (124/3)، والمحلى (335/7).

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي المالكي، أبو الوليد الفيلسوف من أهل قرطبة يسميه الإفرنج (Averroes)، درس الفقه والأصول وعلم الكلام، ولم ينشأ في الأندلس مثله كمالاً وعلماً وفضلاً، كتب نحو عشرة آلاف ورقة، وعدد مؤلفاته ينيف عن الستين منها: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) و(الكليات في الطب) و(الحيوان) و(مختصر المستصفى) و(تلخيص أرسطو)، و(علم ما بعد الطبيعة)، وغيرها من الكتب، وقد كان دامت الأخلاق حسن الرأي، اهتمه خصومه بالإلحاد والزندقة، ويُلقَّب ب(ابن رشد الحفيد) تمييزاً له عن جده الذي مات بعد ميلاد حفيده بشهر عام 520هـ، انتقل الحفيد إلى رحمة الله عام 595هـ، تنظر الترجمة في: السدياج المذهب ص(284-285)، والأعلام (318/5).

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>5</sup> بداية المجتهد (2/ 43).

<sup>6</sup> تفسير ابن كثير (384/4).

الفرع الثاني: الحالة الثانية: إذا كانت الأم في حبال الزوجية بأن كانت زوجته أو معتدته من طلاق رجعي، اتفق العلماء على وجوب الإرضاع ديانة<sup>1</sup>، واختلفوا في إجبارها على ذلك ووجوبه قضاءً عليها على ثلاثة أقوال، هذا بيانها وبيان أدلتها:

البند الأول: أقوال العلماء: اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال هي:

الفقرة الأولى: القول الأول: تُجبر الأم على إرضاع ولدها مادامت متزوجة بوالده، وهذا رواية عن الإمام مالك، وهو مذهب ابن أبي ليلى، والحسن بن حي، وأبي ثور، وأبي سليمان<sup>2</sup>، والظاهرية<sup>3</sup>، وهذا هو اختيار الإمام محمد عبده<sup>4</sup>، والشيخ محمد رشيد رضا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حاشية ابن عابدين (561/3).

<sup>2</sup> تنظر هذه الأقوال في: أحكام القرآن لابن العربي (1840/4)، والمحلى (337/7)، والمغني (199/8)، وفتح الباري (505/9).

<sup>3</sup> قال ابن حزم: "والواجب على كل والدة حرّة كانت أو أمة في عصمة زوج أو ملك سيّد، أو كانت خلوا منهما بالذي تولّد من مائه، أو لم يلحق أن تُرضع ولدها أحبّت أم كرهت، ولو أتما بنت الخليفة، وتجبر على ذلك" المحلى (335/7).

<sup>4</sup> محمد عبده بن حسن خير الله من آل التركماني، ولد في "شيرا" من قرى الغربية. بمصر عام 1266هـ-1849م. مفتي الديار المصرية، ومن كبار رجال الإصلاح والتجديد في الإسلام، درس بالأزهر، وأصدر مع صديقه وأستاذه جمال الدين الأفغاني جريدة (العروى الوثقى)، اشتغل بالتدريس، والقضاء، وعيّن مفتياً للديار المصرية عام 1317هـ، واستمر على ذلك إلى أن توفي -رحمه الله- بالإسكندرية عام 1354هـ-1935م، ودفن في القاهرة، من كتبه: (تفسير القرآن الكريم) لم يتمّه، و(رسالة التوحيد)، و(شرح نهج البلاغة)، و(الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية) وغيرها من الكتب.

الأعلام للزركلي (252/2) بتصرف.

<sup>5</sup> محمد رشيد بن علي رضا بن محمد بن شمس الدين القلموني البغدادي الأصل الحسيني النسب، ولد في القلمون في الشام عام 1282هـ/1865م، وتعلم بها، ثم رحل إلى مصر عام 1315هـ، ولازم شيخه محمد عبده، وهو أحد رجال الإصلاح في العصر الحديث، رحل إلى الهند والحجاز وأوروبا، ثم عاد ليستقر بمصر، توفي -رحمه الله- عام 1354هـ-1935م، من أشهر آثاره: مجلة (المنار)، و(تفسير القرآن الكريم) لم يكمله، و(نداء للحنس اللطيف)، و(تاريخ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده).

الأعلام (126/7) بتصرف.

<sup>6</sup> تفسير المنار (410/2).

**الفقرة الثانية: القول الثاني:** إذا كانت المرأة ممن لم تُجَرِّ عادةً مثلها على إرضاع ولسدها، فإنها لا تُجَبَّر على إرضاعه، وإن كانت تجرّ عادةً مثلها على أن ترضعه، فإنها تُجَبَّر على إرضاعه، وهذا "هو مشهور قول مالك"<sup>1</sup>.

قال ابن العربي<sup>2</sup>: طقال علماؤنا: "رضاع الولد على الزوجة مادامت الزوجية إلا لِشَرَفِها أو مرضها، فعلى الأب حينئذ رضاعه في ماله"<sup>3</sup>.

وألحق المالكية بالشريفة أيضا من كانت قليلة اللبن فألحقوها بالبائن حيث أنه لا يجب عليها الإرضاع ولها الأجرة كالبائن<sup>4</sup>.

**الفقرة الثالثة: القول الثالث:** الإرضاع ليس واجبا عليها، فلا يكون للزوج أن يجبرها على القيام به قضاء، وهذا لا يمنع أنه واجب عليها ديانةً، وهذا مذهب الحنفية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، والحنابلة<sup>7</sup>، والثوري<sup>8</sup> والطبري<sup>9</sup>. قال الكاساني: "و هذا قول عامة العلماء"<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> بداية المجتهد (49/2).

<sup>2</sup> هو محمد بن عبد الله بن محمد المعروف ب(ابن العربي) الماعزري الإشبيلي المالكي، يكنى (أبا بكر)، ختّم علماء الأندلس، قاضي من حفاظ الحديث، ولد في إشبيلية في شهر شعبان عام 468هـ/1067م، وقد بلغ رتبة الاجتهاد في الدين، كان ثاقب الذهن، ذا خُلُقٍ حمّ، ولي القضاء بإشبيلية، وتوفي -رحمه الله- بقرب فاس في ربيع الأول عام 543هـ-1148م، ودُفِنَ بها، ترك مؤلفاتٍ جليّةً في مختلف العلوم منها: (العواصم من القواصم)، و(عارضضة الأحمودي في شرح الترمذي)، و(القَبَس في شرح موطأ ابن أنس)، و(الناسخ والمنسوخ)، و(أحكام القرآن)، و(المحصل في أصول الفقه)، و(أعيان الأعيان) و(أنوار الفجر في تفسير القرآن) أُلّفه في عشرين سنة في نحو 80 ألف ورقة في نحو 80 مجلدا، وغيرها من الكتب النافعة. تنظر الترجمة في:

الديباج المذهب (281-284)، والأعلام (230/6).

<sup>3</sup> أحكام القرآن (1840/4).

<sup>4</sup> يُنظر: بدائع الصنائع (40/4)، وحاشية ابن عابدين (618/3).

<sup>5</sup> يُنظر: مختصر خليل ص 167، والشرح الكبير (826/2)، والتلغين (348-349/1).

<sup>6</sup> يُنظر المهذب (168/2).

<sup>7</sup> كشاف القناع (573/5).

<sup>8</sup> المغني (199/8).

<sup>9</sup> تفسير الطبري (301/2).

<sup>10</sup> البدائع (40/4).

البند الثاني: الأدلة والمناقشة والترجيح:

قبل ذكر الأدلة ومناقشتها ينبغي بيان سبب الخلاف، قال ابن رشد الحفيد رحمه الله مبينا ذلك: "و سبب الخلاف: هل آية الرضاع<sup>1</sup> متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه، أو متضمنة أمره فقط، فمن قال: أمره، قال: لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب. ومن قال: تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه، وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر، قال: يجب عليها الإرضاع. وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة"<sup>2</sup>.

الفقرة الأولى: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب إرضاع الأم لولدها إن كانت في حبال الزوجية بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ﴾<sup>3</sup>.

لفظ الآية لفظ خير ومعناه الأمر كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>4</sup>.

قال ابن حزم: "و هذا عموم لا يحل لأحد أن يختص منه شيئا إلا ما خصه نص ثابت وإلا فهو كذب على الله تعالى، فإن قيل: هذا خير لا أمر، قلنا: هذا أشد عليكم إذ أخبر عز وجل بذلك فمخالف خير ساع في تكذيبه"<sup>6</sup>.

وقد ردّ هذا الاستدلال بأن "الأمر ليس على عمومه لذا لم يصرح بالإلزام كأن يقال: "و على الوالدات إرضاع أولادهن" كما جاء بعده: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ

<sup>1</sup> يعني قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> بداية المجتهد (42/2-43).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 233

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 228

<sup>5</sup> ينظر: زاد المسير (270/1) والجامع لأحكام القرآن (123/3).

<sup>6</sup> المغني (377/7).

﴿ذَلِكَ﴾<sup>1</sup>، كما أنّ المفسرين مختلفون في الآية هل هي خاصة بالمبتوتات أم تشمل المطلقات؟

قال ابن بطلال: "وأكثر أهل التفسير على أنّ المراد بالوالدات هنا المبتوتات المطلقات"<sup>3</sup>.

و هذا القول منقول عن السدّي والضحاك<sup>4</sup>، وسعيد بن جبّير ومقاتل<sup>5</sup>، وهذا ما رجّحه الشيخ ابن عاشور حين قال: "و الوالدات عام لأنه جمع معرف باللام، وهو هنا يراد به خصوص الوالدات من المطلقات بقريئة سياق الآية التي قبلها... لذلك وُصِلت هذه الجملة بالعطف للدلالة على اتّحاد السياق"<sup>6</sup>.

وذهب بعض العلماء إلى "أنه عامٌّ في الزوجات والمطلقات"<sup>7</sup>.

#### الفقرة الثانية: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأنّ الإرضاع واجب على الدنيئة دون الشريفة الحسينية بأن عدم الإرضاع من الشريفة كان عُرفاً في الجاهلية، وأقرّ الإسلام هذا، واستمرّ العمل على ذلك. قال ابن العربي -رحمه الله-: "لكن العُرف يقضي بأنه عليها إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام، والعادة إذا كانت شريفة ألّا ترضع فلا يلزمها ذلك"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> فتح الباري (505/9).

<sup>3</sup> المصدر نفسه (505/9).

<sup>4</sup> تفسير الطبري (303/2).

<sup>5</sup> زاد المسير (270/1).

<sup>6</sup> تفسير التحرير والتنوير (429/2).

<sup>7</sup> زاد المسير (270/1).

<sup>8</sup> أحكام القرآن لابن العربي (1481/4).

وقدرّد ابن حزم على هذا الاستدلال بأن: "الشرف في التقوى لا في الحسب وغيره من الأمور الزائلة"<sup>1</sup>.

الفقرة الثالثة: أدلة القول الثالث:

استدلّ القائلون بعدم الإجماع بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ﴾<sup>2</sup>.

تأول أصحاب هذا القول الآية على عدّة وجوه منها:

أ- "الأمر بالإرضاع في الآية ينصرف إلى الآباء؛ لأن عليهم الاسترضاع لا على الوالدات، بدليل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾"<sup>3</sup>.

ب- المراد بالآية: "إثبات حقّ الرضاع للأُم، وإن أبي الزوج، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسِئْرُكُمْ لَهُ أُخْرَى﴾"<sup>4</sup>،<sup>5</sup> كما أنّ "الامتناع والاختلاف نوعٌ من التعاسر"<sup>6</sup>.

ج- جاءت الآية للدلالة على مبلغ غاية الرضاع الذي متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعدها جعل حدًا يفصل بينهما لا دلالة على أنّ فرضاً على الوالدات إرضاع أولادهن<sup>7</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدَتِهَا﴾<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المحلى (337/7-338).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 233..

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 233. زاد المسير (270/1)

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>5</sup> يُنظر: تفسير الطبري (3011111/2)، وأحكام القرآن للحصاص (104/2).

<sup>6</sup> نعي (199/8)، وكشاف القناع (573/5).

<sup>7</sup> يُنظر: تفسير الطبري (303/2)، وأحكام القرآن للحصاص (104/2)، وفتح الباري (505/9).

<sup>8</sup> سورة البقرة، الآية 233



قال الكاساني: "قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضار بإلزام الإرضاع مع كراهتها"<sup>1</sup>.

3- قالوا: "إن كان الإجماع على الإرضاع لحرمه الولد فلا يتجه؛ لأنها لا تجبر عليه إذا كانت مطلقة ثلاثا بإجماع مع أن حرمة الوالدية موجودة، وإن كان لحرمه الزوج لم يتجه أيضا؛ لأنه لو أراد أن يستخدمها في حق نفسه لم يكن له ذلك ففسى حق غيره أولى"<sup>2</sup>.

قال ابن حجر: "ويمكن أن يُقال: إن ذلك لحرمتهما جميعا"<sup>3</sup>، وردّ بأنه: "لا يجوز أن يكون لهما؛ لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه لبعض، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة، والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر"<sup>4</sup>.

يظهر مما سبق بيانه أن أدلة الجمهور أقوى لسلامتها من الاعتراض، ولجمعها بين مختلف الآيات الواردة في الإرضاع، فالقرآن يفسر بعضه بعضا؛ لذا لا يجب الإرضاع على الأم قضاءً ولا تجبر عليه وإن كانت في حبال الزوجية، وإن وجب عليها ذلك ديانة.

و أشير هنا أن الإرضاع يصير واجبا على الأم في بعض الحالات سواء كانت في حبال الزوجية أو خارجها وذلك:

1- إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مالٌ يستأجر به مرضعةً، ولم تكن هناك متبرعةً لإرضاعه<sup>5</sup>.

2- إذا كان لا يقبل ثدي امرأة غيرها<sup>6</sup>.

3- إذا لم يوجد من ترضعه سواها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع (40/4).

<sup>2</sup> فتح الباري (505/9)، ويُنظر: المبدع (222/8).

<sup>3</sup> فتح الباري (505/9).

<sup>4</sup> المعنى (200/8)، والمبدع (222/8).

<sup>5</sup> يُنظر: تفسير الطبري (308/2)، والمحلى (335/7)، والجامع لأحكام القرآن (124/3)، والروضة (88/9).

<sup>6</sup> حاشية ابن عابدين (618/3)، وحاشية الدسوقي (826/2)، وفتح الباري (505/9)، وكشاف القناع

(573/5).

<sup>7</sup> تفسير الطبري (499/2)، والبدائع (40/4)، وكشاف القناع (573/5).

وسبب الإيجاب في هذه الحالات أنها "حال ضرورة وحفظ النفس"<sup>1</sup>، واستدل ابن حزم لذلك بقوله تعالى: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾<sup>2</sup>، وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالعُدْوَانِ﴾<sup>3</sup>، وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ يُولَدُ لَهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>4</sup>، وهذه هي المضارّة حقًا، وصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: "مَنْ لَمْ يَرْحَمْ النَّاسَ لَمْ يَرْحَمْهُ اللهُ"<sup>5</sup>.

و يبدو لي - والله أعلم - أن الحالتين الأخيرتين صارتا غير ذات معنى في عصرنا لوجود المراضع الاصطناعية التي تعوّض المرضعة، وجلّ الأولاد إن لم أقلّ كلّهم يتقبلون هذه المراضع، وإن كانت فوائدها الصحية أقلّ من فوائد حليب الأم، كما أن هذا الأخير ممزوج بعاطفة الأمومة وحنانها ومحبتها.

و إضافة إلى ما سبق أوجب الشافعية والحنابلة على الأم إرضاع ولدها اللبأ<sup>7</sup>؛ "لأنّ الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو لا يقوى وتشتدّ بنيته إلا به"<sup>8</sup>.

و في الأخير ينبغي التنبيه إلى أنّ الأمّ أولى بالإرضاع من غيرها لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾<sup>9</sup>، قال الطبري: "يعني أمنّ أحنّ برضاعهم من

<sup>1</sup> كشف القناع (573/5).

<sup>2</sup> سورة الأنعام، الآية 140.

<sup>3</sup> سورة المائدة، الآية 2.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>5</sup> أخرجه الإمام أحمد في (المسند) (269/2) ومسلم في كتاب الفضائل، باب رحمة الصبيان والعيال (1809/4)، كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

<sup>6</sup> المحلى (340-339/7).

<sup>7</sup> هو: "أول اللبن عند الولادة" المصباح المنير ص 283.

<sup>8</sup> إغاثة الطالبين (100/4)، ويُنظر الروضة (88/9)، وكشاف القناع (573/5).

<sup>9</sup> سورة البقرة، الآية 233.

غيرهن"<sup>1</sup>، وقال القرطبي: "أي هنّ أحقُّ برضاع أولادهن من الأجنبية؛ لأنهنّ أحقن وأرقن، وانتزاع الولد الصغير إضرار به وبها"<sup>2</sup>.

الفقرة السادسة: أمّا فيما يخص قانون الأسرة الجزائري، فقد أوجبت المادة 39 على الزوجة إرضاع أولادها، وجعلت ذلك حقاً للزوج على زوجته، وقرنت هذا الحق مع حقين آخرين وهما: طاعة الزوج، واحترام والديه وأقاربه، ونصّ المادة:

"يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج واحترامه باعتباره رئيس العائلة.

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3- احترام والدي الزوج وأقاربه"<sup>3</sup>.

قال الدكتور بلعربي: "فإن كانت<sup>4</sup> حال زوجية قائمة، فإن العرف والقانون يلزمها على إرضاع طفلها، ولا تأخذ أجراً، وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة، أو كانت في عدتها من طلاق رجعي"<sup>5</sup>.

وقال الأستاذ فضيل سعد: "ومتى ألزمتها القاضي ولم تمثل وهلك طفلها بسبب فعل الامتناع كانت جانية، وعوقبت طبقاً لقانون العقوبات، وسيعاقب الزوج كذلك متى تعاون في عدم إخبار المحكمة بالوضعية؛ لأنه امتنع عن السعي"<sup>6</sup>.

أما المطلقة البائن فلا يجب عليها الإرضاع؛ لأنّ المادة خاصة بالأم إن كانت في حبال الزوجية دون غيرها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> تفسير الطبري (303/2).

<sup>2</sup> الجامع لأحكام القرآن (123/3).

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 11. وقد تمّ تعديل هذه المادة، وجمعت حقوق وواجبات الزوجين في مادة واحدة، لتحقيق المساواة بينهما، وذلك في المادة 36، ولم تُوجب إرضاع الأمّ لوليدها، وأقصى ما ذكرته ماورد في الفقرة 3 من هذه المادة وهو: "التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم" قانون الأسرة الجزائري المعدّل ص 11.

<sup>4</sup> يعني: المرأة.

<sup>5</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (167/1).

<sup>6</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري (204/1-205).

<sup>7</sup> يُنظر: المرجع نفسه: (205/1).

## المطلب الثالث: أجره رضاع المطلقة:

اختلف الفقهاء في ثبوت أجر الرضاع للمطلقة باختلاف حالتها، بأن يكون طلاقها رجعيًا أو بائنًا، وسوّى بعضهم في ثبوت هذا الأجر أو نفيه للرجعية والبائن على حد سواء، وهذا بيان مذاهبهم مع أدلتها:

### الفرع الأول: المذهب الحنفي:

لا يُثبت الحنفية للأم أجره الرضاع إن كانت زوجة أو مطلقة رجعيًا، قال الكاساني رحمه الله مبينا علّة ذلك: "لأنها قد استحقت نفقة النكاح، وأجره الرضاع بمثله النفقة، فلا تستحق نفقتين، ولأن أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله، وهو من نظافة البيت، ومنفعة البيت تحصل للزوجين، فلا يجوز لها أن تأخذ عوضًا عن منفعة تحصل لها"<sup>1</sup>. أما إن كانت الأم بائنا فاختلفت الرواية عند الحنفية فذهب بعضهم إلى ثبوت الأجر لها، وخالف آخرون فقالوا بنفي الأجر.

قال الكاساني: "وأما المبتوتة ففيها روايتان: رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر؛ لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة، فلا يحل لها الأجر كما لا يحل للزوجة. وفي رواية: يجوز؛ لأن النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية"<sup>2</sup>.

وقال الحنفية: "إذا انقضت عدة المطلقة فالتمست أجره الرضاع فالأم أولى ما لم يجد الأب من ترضعه بغير أجر، أو بأقل من أجر الأم. فالأجنبية تفضل هنا على الأم لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِئَتَكُمْ فَسْتَزْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>3</sup>، ولأنّ في إزام الأب بما تلتسه الأم إضراراً بالأب، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودَ لَهُ يُولَدُ لَهُ﴾<sup>4</sup>: أي لا يضارّ

<sup>1</sup> البدائع (41/4)، ويُنظر: حاشية ابن عابدين (619/3).

<sup>2</sup> البدائع (41/4)، ويُنظر: أحكام القرآن للحصاص (105/2).

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 233.

## المطلب الثالث: أجره رضاع المطلقة:

اختلف الفقهاء في ثبوت أجر الرضاع للمطلقة باختلاف حالتها، بأن يكون طلاقها رجعياً أو بائناً، وسوّى بعضهم في ثبوت هذا الأجر أو نفيه للرجعية والبائن على حد سواء، وهذا بيان مذاهبهم مع أدلتها:

### الفرع الأول: المذهب الحنفي:

لا يُثبت الحنفية للأم أجره الرضاع إن كانت زوجة أو مطلقة رجعياً، قال الكاساني رحمه الله مبيناً علّة ذلك: "لأنها قد استحقت نفقة النكاح، وأجره الرضاع بمثله النفقة، فلا تستحق نفقتين، ولأن أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله، وهو من نظافة البيت، ومنفعة البيت تحصل للزوجين، فلا يجوز لها أن تأخذ عوضاً عن منفعة تحصل لها"<sup>1</sup>. أما إن كانت الأم بائناً فاختلفت الرواية عند الحنفية فذهب بفضهم إلى ثبوت الأجر لها، وخالف آخرون فقالوا بنفي الأجر.

قال الكاساني: "وأما المبتوتة ففيها روايتان: رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر؛ لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة، فلا يحل لها الأجر كما لا يحل للزوجة. وفي رواية: يجوز؛ لأن النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية"<sup>2</sup>.

وقال الحنفية: "إذا انقضت عدة المطلقة فالتمست أجره الرضاع فالأم أولى ما لم يجد الأب من ترضعه بغير أجر، أو بأقل من أجر الأم. فالأجنبية تفضل هنا على الأم لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَنْ تَرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>3</sup>، ولأنّ في إلزام الأب بما تلتزمه الأم إضراراً بالأب، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودَ لَهُ يُولَدُ لَهُ﴾<sup>4</sup>: أي لا يضار

<sup>1</sup> البدائع (41/4)، ويُنظر: حاشية ابن عابدين (619/3).

<sup>2</sup> البدائع (41/4)، ويُنظر: أحكام القرآن للحصاص (105/2).

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 233.

الأب بالتزام الزيادة على ما تلتسمه الأجنبية، ولكن ترضعه عند الأم، ولا يُفرَّق بينهما لما فيه من إلحاق الضرر بالأم"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المذهب المالكي:

يُفرَّق المالكية بين حالتين: حالة كون المرأة في حبال الزوجية بأن كانت متزوجة أو مطلقة رجعيًا، وحالة كونها خارج حبال الزوجية.

البند الأوّل: الحالة الأولى: وذلك إذا كانت في حبال الزوجية فيوجبون على الأم الإرضاع دون أجر، قال الشيخ خليل: "و على الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجر"<sup>2</sup>.

قال الشيخ الدردير شارحا هذه العبارة: "و على الأم المتزوجة بأبي الرضيع أو الرجعية إرضاع ولدها من ذي العصمة أو المطلق بلا أجر"<sup>3</sup>.

البند الثاني: أمّا إذا كانت الأم بائنا: فلا يجب عليها الإرضاع، ولو أَرْضَعَتْ ثَبِتَ لَهَا الْأَجْرُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَعَلَى الْأَبِ لِعَدَمِ وَجُوبِهِ عَلَيْهَا. وَأَلْحَقُوا بِالْبَائِنِ الشَّرِيفَةَ وَالسَّقِيمَةَ وَمَنْ قَلَّ لَبَنُهَا"<sup>4</sup>.

واستثنى المالكية من البائن والشريفة التي لا يقبل الولد غيرها، أو كان الأب معدما، أو مات ولا مال للصبي فألزموها بالإرضاع ولها الأجر<sup>5</sup>، وأجبرت على الاسترضاع إن لم يكن لها لبن<sup>6</sup>.

قال الشيخ خليل ملخصا ما سبق ذكره: "و على الأم المتزوجة أو الرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن إلا أن لا يقبل غيرها أو يعدم الأب، أو يموت ولا مال للصبي، واستأجرت إن لم يكن لها لبن"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> البدائع (41/4) بتصرف.

<sup>2</sup> مختصر خليل ص 167.

<sup>3</sup> الشرح الكبير (826/2).

<sup>4</sup> ينظر: المصدر السابق (826/2)، والتلقين (349/1).

<sup>5</sup> ينظر: الشرح الكبير (826/2).

<sup>6</sup> مواهب الخليل (214/4).

<sup>7</sup> مختصر خليل ص 167.

### الفرع الثالث: المذهب الشافعي:

يتكلم الشافعية عن الأم المرضعة في حالتين: حالة كونها في حبال الزوجية، وحالة خروجها عنها.

البند الأول: الحالة الأولى: إذا كانت الأم زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، قالوا: إن الزوج والزوجة إذا رضيا على أن ترضع هي ولدهما، فإن الأمر لا يعدو أن يكون: قد رضيت بالإرضاع دون أن تطلب على ذلك أجرا، أو أن تكون قد رضيت بذلك وطلبت عليه أجرا.

فإن كانت الأولى: فقد اختلف الرأي هل تلزمه الزيادة في نفقتها أم لا تلزمه؟ فذهب فريق إلى إلزامه، وذلك هو قول أبي سعيد وأبي إسحاق الإسفرائيني؛ لأنها تحتاج في الإرضاع إلى زيادة الغذاء، ويجتهد الحاكم في قدر الزيادة<sup>1</sup>.

و ذهب آخرون إلى عدم إلزامه بالزيادة؛ "لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها، كما لا تجب الزيادة في نفقة الأكلة لحاجتها"<sup>2</sup>.

و إن كانت الثانية: وذلك بأن طلبت أجرة فوجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يستأجرها على الإرضاع؛ لأن الوقت الذي يضيع في الإرضاع حق للزوج، فله أن يستمتع فيه بها، وقد استحق هذا الاستمتاع ببذل هو النفقة فلا يجوز لها مع هذا البذل أن تأخذ بدلا آخر، وهذا هو رأي الشيخ أبي إسحاق الإسفرائيني<sup>3</sup>.

ثانيهما: هذا الاستئجار جائز، ويجوز لها أخذ الأجرة على الإرضاع، وذلك لأن الإرضاع ما هو إلا عمل تقوم به الزوجة أو من هي في حبال الزوج، وهي تستحق عليه أجرا، وهذا يشبه قيامها بالنسيج مثلا فلها عليه الأجر، وكما أنها تستحق الأجر على الإرضاع بعد البيونة فهي تستحقه قبلها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يُنظر: المهذب (168/2)، والروضة (89/9).

<sup>2</sup> المهذب (168/2).

<sup>3</sup> تُراجع: الروضة (88/9)، والمهذب (168/2).

<sup>4</sup> يُنظر. المهذب (168/2).

البند الثاني: الحالة الثانية: وذلك إذا كانت الأم بائنا من مطلقها، قالوا: إن كانت الأم مطلقة طلاقاً بائناً، وتبرعت بالإرضاع لم يكن للأب المنع، كما أنه ليس للأب إجبارها على الإرضاع كما يملك ذلك قبل البينة<sup>1</sup>. أما إن طلبت الأجرة فيمكن ملاحظة حالتين:

الأولى: "فإن طلبت أجرة المثل، ولم يكن للأب من يرضع بدون الأجرة كانت الأم أحق، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهُنَّ﴾<sup>2</sup>، وإن طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها، وتسليمه إلى غيرها، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَسَنُرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>3</sup>، ولأن ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم، ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثم المثل جعل كالمعدوم في الانتقال إلى التيمم فكذلك هاهنا"<sup>4</sup>.

الثانية: "وإن طلبت أجرة المثل، وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ففيه قولان:

أحدهما: أن الأم أحق بأجرة المثل؛ لأن الرضاع لحق الولد، ولأن لبن الأم أصلح له، وأنفع، وقد رضيت بعوض المثل فكانت أحق.

والثاني: إن الأب أحق، وله انتزاعه منها؛ لأن في تكليفه الأجرة مع المتبرعة إضرار بهط<sup>5</sup>، ولأن الرضاع في حق الصغير كالنفقة في حق الكبير، ولو وجد الكبير من يتبرع بإرضاعه لم تستحق على الأب أجرة الرضاع"<sup>6</sup>، وهذا هو الأظهر<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الروضة (89/9)، والمهذب (168/2).

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>4</sup> المهذب (168/2).

<sup>5</sup> انصدر نفسه (168/2)، وإعانة الطالبين (101/4).

<sup>6</sup> المهذب (168/2).

<sup>7</sup> الروضة (89/9).



الفرع الرابع: المذهب الحنبلي:

قالوا: "إن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حبال الزوجية، أو بعدها، وسواء وجد الأب مرضعةً متبرعةً أو لم يجد"<sup>1</sup>، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾<sup>2</sup>، وهذا خيرٌ يراد به الأمر وهو عامٌ في كل والدته<sup>3</sup>.

وقالوا: إن الإرضاع بالأجر عقد إجارة يجوز للزوجة أن تباشره مع غير الزوج إذا رضي الزوج بذلك فجاز من الزوج، ومثل ذلك أن تؤجر نفسها لحياكة أو خدمة أو نحو ذلك. وقالوا أيضاً: "فإن طلبت أكثر من أجرة مثلها، ووجد من ترضعه متبرعة، أو بأجرة مثلها جاز انتزاعه منها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِصَالَكُمْ فَسُتْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى﴾"<sup>4</sup>، إلا أن لا يوجد من يرضعه إلا بمثل ذلك فتكون الأم أحق من الأجنبية لشفتها"<sup>5</sup>.

"ولو كانت أم الرضيع مع زوج آخر وطلبت رضاعه بأجرة مثلها، ووجدت من يتبرع برضاعه فأتمه أحق إذا رضي الزوج الثاني بذلك للآية<sup>6</sup>، وقد رضي الزوج بإسقاط حقه فأشبهت غير المتزوجة"<sup>7</sup>.

"وإذا أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾"<sup>8</sup>، ولأنها تستحق عليه كفايتها، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المغني (200/8).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>3</sup> المغني (198/8)، والمبدع (221/8).

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>5</sup> المبدع (22/8).

<sup>6</sup> يعني قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ سورة البقرة، الآية 233.

<sup>7</sup> كشف القناع (573/5).

<sup>8</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>9</sup> المغني (201/8).

الفرع الخامس: المذهب الظاهري:

يُفرّق الظاهرية بين المرأة إذا كانت في حبال الزوجية أو خارجه، فإن كانت في عصمة الزوج بنكاح صحيح، أو في طلاق رجعي فلها النفقة والكسوة فقط دون أجره الرضاع، وإن كانت مطلقة بائنا فلها أجره الرضاع فقط<sup>1</sup>.

قال ابن حزم: "فإذا رضيت هي بأجرة مثلها، فإن الأب يجبر على ذلك أحب أم كره، ولا يلتفت إلى قوله: أنا واحد من يرضعه بأقل أو بلا أجره، فإن لم ترض هي إلا بأكثر من أجره مثلها، وأبى الأب إلا أجره مثلها فهذا هو التعاسر، وللأب حينئذ أن يسترضع غيرها لولده إلا أن لا يقبل غير ثديها، أو لا يجد الأب إلا من لبنها مُضِرٌّ بالرضيع، أو كان الأب لا مال له فتحبر الأم حينئذ على إرضاعه، وتجبر هي والوالد على أجره مثلها إن كان له مال وإلا فلا شيء عليه"<sup>2</sup>.

وفي الأخير ينبغي الإشارة إلى أنه لا يجوز المضارة بين الوالدين في الرضاع، قال تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ﴾<sup>3</sup>، وقد ورد تفسير المضارة هنا بالمضارة في الرضاع عن الحسن ومجاهد وقتادة، والضحاك والثوري وغيرهم<sup>4</sup>.

قال ابن شهاب الزهري -رحمه الله-<sup>5</sup>: "و الوالدات أحق برضاع أولادهن ما قبل رضاعهن بما يُعطى غيرهن من الأجر، وليس للوالدة أن تضارّ بولدها فتأبى رضاعه مضارة، وهي تُعطى عليه ما يُعطى غيرها من الأجر وليس للمولود له أن يترع ولده من والدته مضارة لها وهي تقبل من الأجر ما يعطاه غيرها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يُنظر: المحلى (336/7).

<sup>2</sup> المصدر السابق (336/7).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>4</sup> تفسر الطبري (314/2)، وأحكام القرآن للحصاص (106/2).

<sup>5</sup> هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري من بني زهرة بن كلاب من قريش، أبو بكر، ولد عام 50 وقيل 51هـ، أوّل من دوّن الحديث وأحد كبار الحفاظ والفقهاء، تابعي من أهل المدينة. كتب عمر بن عبد العزيز إلى عمّاله: "عليكم بآبائنا شهاب فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة منه"، توفي -رحمه الله- عام 123هـ- 742م. يُنظر: تمذيب السير (188/1-190)، والأعلام (97/7).

<sup>6</sup> تفسر الطبري (498/2).

وأجرة الرضاع في كل ما سبق على الأب دون الأم بالإجماع<sup>1</sup>، لأنه هو الملتزم بالنفقة، وأجرة الرضاع تلزم من تحب عليه النفقة<sup>2</sup>، ودلّ على هذا الوجوب آيات عديدة منها: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾<sup>3</sup>، وقوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>4</sup>، وقوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>5</sup>، وقوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>6</sup> وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>7</sup>، وقوله: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>8</sup>.

ويُلزم الأب بالنفقة وأجرة الرضاع إذا لم يكن للصغير مالٌ فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً<sup>9</sup>، وخالف ابن حزم في ذلك فأوجهه على الوالد وحده دون اعتبار للرضيع هل له مال أم لا؟، واحتج لقوله بأن الله تعالى أوجب النفقة وأجرة الرضاع دون نظر إلى كون الرضيع صاحب مال أم لا<sup>10</sup>.

**أما فيما يخص قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يثبت الأجرة للأم إن كانت في حبال الزوجية بأن كانت زوجة أو مطلقة طلاقاً رجعيّاً؛ لأنهم يوجبون الرضاع عليها<sup>11</sup>.**

<sup>1</sup> نقل الإجماع ابن حزم في مراتب الإجماع ص 79، وابن حجر في الفتح (505/9).

<sup>2</sup> تنظر أقوال المذاهب في: البحر الرائق (222/4)، ومواهب الجليل (412/5)، ومغني المحتاج (450/3)، وكشاف القناع (570/5)، والمخلى (336/7).

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 233، يُنظر تفسيرها في أحكام القرآن للحصاص (104/2).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 233، يُنظر تفسيرها في الجامع لأحكام القرآن (125/3).

<sup>5</sup> سورة البقرة، الآية 233، يُنظر تفسيرها في تفسير ابن كثير (285/1).

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 233، يُنظر تأويلها في تفسير الطبري (314/2).

<sup>7</sup> سورة الطلاق، الآية 6، يُنظر تأويلها في تفسير الطبري (94/28)، وتفسير ابن كثير (384/4).

<sup>8</sup> سورة الطلاق، الآية 6، يُنظر تأويلها في تفسير ابن كثير (384/4).

<sup>9</sup> يُنظر حاشية ابن عابدين (562/3)، والشرح الكبير (826/2)، وكشاف القناع (570/5).

<sup>10</sup> المخلى (336/7 و 341).

<sup>11</sup> يُنظر شرح قانون الأسرة الجزائري (205/1)، والوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (167/1)، وقد سبق

بيان تعديل المادة الموجبة لإرضاع الأم وليدها في ص 198.

## المبحث السادس: حقّ أجره الحضانة ومسكنها :

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً وحكمها.

المطلب الثاني: حكم الحضانة وأحقّ الناس بها.

المطلب الثالث: حقّ أجره الحضانة وسكنها

جامعة الزيتونة  
القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً وحكمها

### الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً:

#### البند الأول: تعريف الحضانة لغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما: مصدر الفعل حَضَنَ يَحْضُنُ حَضْنًا وَحِضَانَةً وَحِضَانًا وَحُضُونًا<sup>1</sup>، وحضن الطائر بيضه: إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها<sup>2</sup>. والحِضُنُ: "ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته"<sup>3</sup>، والحاضن والحاضنة: "الموكلان بالصبي يحفظانه، ويربياناه، وسمي بذلك لأنّ المربيّ والكافل يضمّ الطفل إلى حضنه"<sup>4</sup>.

#### البند الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحاً:

الفقرة الأولى: عرفها الحنفية: "بأنها تربية الولد ممن له حق الحضانة"<sup>5</sup>.  
الفقرة الثانية: وعرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد في مبيته، وموونة طعامه ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه"<sup>6</sup>.  
الفقرة الثالثة: وعرفها الشافعية بقولهم: "حفظ من لا يستقلّ بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم

<sup>1</sup> لسان العرب (911/2).

<sup>2</sup> المصدر نفسه (911/2).

<sup>3</sup> القاموس المحيط (215/4).

<sup>4</sup> ينظر: لسان العرب (122/13)، والتوقيف ص 282.

<sup>5</sup> حاشية ابن عابدين (555/3).

<sup>6</sup> مواهب الجليل (214/4).

تمييزه كطفل، وكبير مجنون، وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك"<sup>1</sup>.

الفقرة الرابعة: وبقریب من هذا عرفها الحنابلة حيث قالوا: "حفظُ صغيرٍ ومجنونٍ ومعتوه وهو المختلُّ عقلياً مما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحتهم كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه، ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام ونحوه"<sup>2</sup>.

الفقرة الخامسة: وعرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة بقوله: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته صحّةً وخلقاً"<sup>3</sup>.

ومن التعريفات الآتية يُمكن تعريف الحضانة بأنها:

"تربية الولد خلقياً ونفسياً وعقلياً وجسمياً، والقيام بمصالحه من تنظيف وإطعام وتعليم وما يلزم لراحته".

الفرع الثاني: حكم الحضانة وأحق الناس بها:

البند الأول: حضانة الصغير وكفالته واجبة<sup>4</sup>؛ "لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك"<sup>5</sup>.

واختلف العلماء: هل الحضانة حقّ للحاضنة؟ أم حقّ للمحضون؟ أم حقّ لهما معاً؟ فقال بعض العلماء: هي حقّ للحاضنة، وحيث لا تجبر عليها إلا عند الضرورة، ولها الحقّ أن تنازل عنها متى تشاء. وقال آخرون: هي حقّ للمحضون<sup>6</sup>. وذهب بعض العلماء إلى أنّها حقّ لهما معاً<sup>7</sup>.

البند الثاني: والإناث أحقّ بالحضانة وهي أليق بهن، "لأنهن بالمحضون أشفق، وعلى

<sup>1</sup> معنى المحتاج (452/3).

<sup>2</sup> كشاف القناع (583/5).

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري المادة 62 ص 16.

<sup>4</sup> وقال المالكية: "هي فرض كفاية إن قام بما قائم سقط عن الباقي" يُنظر: كفاية الطالب الرباني (129/2)،

ومواهب الجليل (214/4).

<sup>5</sup> المعنى (190/8)، والمبدع (230/8).

<sup>6</sup> حاشية ابن عابدين (560-559/3)، والمبدع (236/8).

<sup>7</sup> مواهب الجليل (214/4).

القيام به أصبر، وبأمر التربية أبصر"<sup>1</sup> .  
وأحقُّ الإناث بالحضانة الأم، وهي مقدّمة على الأب في ذلك، وقد دلَّ على ذلك القرآنُ العظيمُ، والسنة الشريفة، والأثر، والإجماع والمعقول، وهذا بيّانها:  
الفقرة الأولى: القرآن الكريم: دلت آياتٌ عديدة على أحقية الأم في حضانة ولدها من ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ﴾<sup>2</sup> ، واستدلَّ ابن حزم -رحمه الله- بهذه الآية فقال: "فأما الأم فإنه في يدها؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ﴾، فلا يجوز نقله أو نقلها من موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص"<sup>3</sup>.

ب- قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَدُهُ﴾<sup>4</sup>.  
قال الجصاص -رحمه الله-: "في هذا دلالة على أن الأم أحقُّ بامسك الولد مادام صغيراً، وإن استغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة؛ لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كهي قبله"<sup>5</sup>.

ج- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَيْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>6</sup>.  
استدل به الجصاص على أن الأم أولى بحضانة الولد<sup>7</sup>.

الفقرة الثانية: السنة النبوية: من الأحاديث الدالة على أحقية الأم في الحضانة ما يأتي: عبد الله بن عمرو بن العاص قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إنَّ ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإنَّ أباه طلقني أراد أن ينتزعه مني، فقال:

<sup>1</sup> إغاثة الطالبين (101/4).

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>3</sup> المحلى (223/7).

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>5</sup> أحكام القرآن للجصاص (107/2).

<sup>6</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>7</sup> المصدر السابق (360/5).

"أنت أحقُّ به ما لم تُنكحي"<sup>1</sup>.

فقد دل هذا الحديث على أحقية الأم في الحضانة وهي مقدّمة على غيرها بمن فيهم الأب كما نصّ على ذلك الحديث<sup>2</sup>.

ب- واستدل ابن حزم -رحمه الله- بحديث أبي هريرة قال: "قال رجل: يا رسول الله مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحَسَنِ صِحابِي؟ قال: أُمَّك. قال: ثُمَّ مَنْ؟ قال: أُمَّك. قال: ثُمَّ مَنْ؟ قال: أُمَّك. قال: ثُمَّ مَنْ؟ قال: أُمَّك."<sup>3</sup>

وقال: "هذا نص في إيجاب الحضانة، لأنها صعبة"<sup>4</sup>.

### الفقرة الثالثة: الأثر:

احتجوا بما حدث لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما طلق زوجته أمّ عاصم. ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذها منها. فتجادباها بينهما حتى بكى الغلام فانطلق إلى أبي بكر -رضي الله عنه- فقال أبو بكر: "مَسْحُها وحِجرها وريحها خيرٌ له منك حتى يشبَّ الصبي فيختار لنفسه"<sup>5</sup>.

وقد دلّ هذا الأثر عن أبي بكر أنّ الأمّ أولى بحضانة الولد<sup>6</sup>.

### الفقرة الرابعة: الإجماع:

العلماء متفقون على أن الأمّ أحقّ من الجميع بحضانة ولدها، فهي أولى من أبيه، وإن اختلفوا في مدة الحضانة والسّنّ التي تنتهي إليها. قال ابن المنذر: "و أجمعوا على أن

<sup>1</sup> رواه الإمام أحمد في (المسند) (182/2)، وأبو داود في (السنن)، كتاب الطلاق، باب مَنْ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ (283/2)، وقد حسّنه الألباني في (إرواء الغليل) (244/7)، في حين ضعّفه ابن حزم في (المحلى) (325/7).

<sup>2</sup> ينظر الاستدلال بهذا الحديث في: المغني (191/8)، وإعانة الطالبين (101/4)، ونيل الأوطار (139/7).

<sup>3</sup> سبق تخريجه ص 51.

<sup>4</sup> المحلى (323/7).

<sup>5</sup> أخرجه عبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب: أيّ الأبوين أحق بالولد؟ عن ابن عباس (154/7)، وقد أعلّه ابن حزم في (المحلى) (327/7-328)، وفي رواية أخرى عن عكرمة قال: "خاصمت امرأة عمر إلى أبي بكر -رضي الله عنهما-، وكان طلقها، فقال: "هي أعطفت، وألطف، وأرحم، وأخنى، وأرافت، وهي أحقّ بولدها ما لم تزوج" أخرجه عبد الرزاق في (المصنف)، كتاب الطلاق، باب: أيّ الأبوين أحق بالولد؟ (154/7)، وقد أعلّه الألباني بالإرسال (إرواء الغليل) (244/7-245).

<sup>6</sup> المغني (191/8).



الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أن الأم أحق به ما لم تنكح<sup>1</sup> ، لكن ابن حزم نقل الخلاف عن شريح وعمر حيث روي عن الأول أن الأب أحق، وعن الثاني أن العم أحق<sup>2</sup>.

وذكر الشوكاني أن أحقية الأم في الحضانة تسقط بزواجها، ونقل الخلاف في ذلك عن بعض العلماء وردّه، فقال - رحمه الله - : "قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>3</sup> فيه دليل على أن الأم أولى من الأب ما لم يحصل مانع من ذلك كالنكاح لتقييده صلى الله عليه وسلم الأحقية بقوله: "ما لم تنكحي"، وهو مُجمَع عليه كما حكاها صاحب البحر، وروي عن عثمان أنها لا تبطل بالنكاح وإليه ذهب الحسن البصري وابن حزم<sup>4</sup>، واحتجوا بما روي أن أم سلمة تزوجت وبقي ولدها في كفالتها، وأجيب بأن مجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصح الاحتجاج به على محلّ النزاع، لاحتمال أنه لم يبق قريب غيرها<sup>5</sup>.

#### الفقرة الخامسة: المعقول:

قالوا: إن الصغار عاجزون عن مصالحهم، فكان لا بد من تعيين من يقوم بها عنهم حتى لا يكون الأمر فوضى لا ضابط له، ولتستقيم أمور الناس. وقد جعل الإسلام الولاية عليهم في النفس والمال على الآباء، لأنهم أقوى من غيرهم رأياً مع توفر الشفقة الكاملة على صغارهم<sup>6</sup> ، وجعل النفقة كذلك عليهم؛ لأنهم أقدر عليها. أما الحضانة فقد ناطها بالأمهات دون الآباء؛ لأن الأمهات أرفق وأشفق، وهن أفرغ للقيام على مصلحة الصغار من الآباء. يقول ابن قدامة - رحمه الله - معللاً أحقية الأم في الحضانة: "لأنها أقرب إليه،

<sup>1</sup> الإجماع ص 79، وتُنظر النقول عن المذاهب في: الدر المختار (555/3)، كفاية الطالب الرباني (131/2)، الأم (92/5)، المدع (230/8)، والمحلّى (323/7). قال في المغني (191/8): "و هو قول يحيى الأنصاري والزهرى والثوري، ومالك، والشافعي وأبي ثور وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا أعلم أحدا خالفهم".

<sup>2</sup> مراتب الإجماع ص 80.

<sup>3</sup> سبق تخريجه ص 245.

<sup>4</sup> قال في المحلّى (323/7): "و لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة، ولا بأن لأب إذا رحل من البلد سقط حق الأم في الحضانة".

<sup>5</sup> نيل الأوطار (139/7).

<sup>6</sup> ينظر في هذا المعنى: البحر الرائق (180/4).

وأشفقُ عليه، ولا يشاركها إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمُّه أولى من امرأة أبيه"<sup>1</sup>.

الفقرة السادسة: هذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة، وأحكام قانون الأسرة الجزائري مطابقة لما ذهبوا إليه، فقد نص القانون على أن الإناث مقدّماتُ على الذكور، وجعل الأم أولى من غيرها. وهي أحق من الوالد فقد جاء في المادة 64: "الأم أولى بحضانة ولدها<sup>2</sup>، ثم أمُّها ثم الخالة، ثم الأب، ثم أمُّ الأب، ثم الأقربُ درجةً مع مراعاة مصلحة المحضون في كلِّ ذلك"<sup>3</sup>.

وقد قيّد القانون هذه الأحقية ما لم تتزوج الحاضنة بغير قريبٍ محرّمٍ، فقد نصت المادة 66 على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريبٍ محرّمٍ، وبالتنازل ما لم يضرَّ بمصلحة المحضون"<sup>4</sup>.

كما يسقط حقها إن كانت فاقدة لأهلية الحضانة، فقد جاء في المادة 62: "و يُشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المغني (191/8).

<sup>2</sup> هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها من ذلك:

- إسناده حضانة ستة أبناء لأهمهم (قرار بتاريخ 1995/07/11، ملف رقم: 121366 فهرس رقم 462) (قرارات المحكمة العليا مطبوعة على الآلة الراقنة).

- إسناده حضانة بنتين للأم (قرار بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم: 189260) (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 213).

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 16، وقد تمّ تعديل هذه المادة حيث قدّم الأب، وجُعِلت منزلته في الحضانة بعد الأم مباشرة، وأُخترت مرتبة الخالة، ونصّ المادة 64:

"الأمُّ أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدّة لأم، ثم الجدّة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجةً، مع مراعاة مصلحة المحضون في كلِّ ذلك" قانون الأسرة المعدّل ص 15.

<sup>4</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 17.

<sup>5</sup> قانون الأسرة الجزائري ص 16.

## المطلب الثاني: حقُّ أجره الحضانة وسكنها

سأتكلم في هذا المطلب عن حق الأم المطلقة في أجره الحضانة، ثم أتبعه بالحديث عن حق السكنى، وفي خلال ذلك أشير إلى مسألة إعدام الحاضنة.

### الفرع الأول: حقُّ أجره الحضانة:

اختلف العلماء في ثبوت أجره الحضانة للأم وذلك بالنظر إلى حالة المرأة هل هي في حبال الزوجية أم خارجها؟ وهذه مذاهبهم مع الأدلة والمناقشة:

#### البند الأول: مذهب الحنفية:

يفرق الحنفية بين المرأة إذا كانت في حبال الزوجية بأن كانت زوجة لأبي المحضون أو معتدة من طلاق رجعي، أما الزوجة فلا يثبتون لها أجره الحضانة. أما من كانت معتدة من طلاق رجعي فاختلف علماء المذهب في ذلك، فبعضهم يلحقها بالزوجة غير المطلقة، وبعضهم يجعلها كالأجنبية وكم انقضت عدتها<sup>1</sup>.

وأساس قولهم أن المنكوحه ومعتدة أبي المحضون لا تستحق أجره على حضانتها هو: "أن الحضانة تجب عليها ديانة، وأن النفقة على والد المحضون تجب لها بدون الحضانة فلا يُستساغ أن يجمع في وقت واحد بين نفقتين: نفقتها على زوجها أو مطلقها، وأجره الحضانة التي هي من نفقة الصغير. وظاهر من ذلك أن عدم استحقاق الحاضنة هنا لأجره الحضانة مبني على أن أجره الحضانة ليست أجره خالصة، بل لها شبهة بالنفقة، ومن ثم لا يجمع بينها وبين نفقة الزوجة أو المطلقة في العدة"<sup>2</sup>.

واعتمد من ألحق المعتدة من طلاق رجعي بالمعتدة من طلاق بائن بأن علة عدم الجمع بين نفقة المعتدة وأجره الحضانة موجودة كذلك في المعتدة من طلاق رجعي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الدر المختار (562/3).

<sup>2</sup> حاشية ابن عابدين (561/3).

<sup>3</sup> المصدر نفسه (562/3) بتصرف.

لكن قال آخرون: إن معتدة البائن تستحقّ أجره الحضانة؛ لأن معتدة الرجعي تعتبر في حكم الزوجة، فالحلُّ باقٍ والمالك كذلك، فتأخذ حكمها، أما معتدة البائن فتحكمها مختلف، وتعتبر كالأجنبية، إذ لا يمكن أن تعود لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، ولذلك تأخذ حكمها من حيث أجره الحضانة<sup>1</sup>.

هذا كله ما لم تنقض عدة المطلقة، فإذا انقضت عدتها استحققت الأجره كالأجنبية؛ لأنها أجره على عمل، ولأنها حبست نفسها لمصلحة الصغير وحضانتها، ومن المعلوم أن مَنْ حبس نفسه للقيام بعمل استحق الأجر في مقابل ذلك العمل<sup>2</sup>.

وأجره الحضانة غير أجره الرضاع، وغير نفقة الولد، "فيجب على الأب ثلاث نفقات: أجره الرضاع، وأجره الحضانة، ونفقة الولد"<sup>3</sup>.

#### البند الثاني: مذهب المالكية:

أثبتت المالكية الأجره للأم الحاضنة إن كانت فقيرة، وكان أولادها مياسير، فتستحق النفقة في ما لهم ولو لم تحضنهم لفقرها لا للحضانة<sup>4</sup>.

أما إن كانت الأم الحاضنة غنية موسرة فاختلف قول الإمام مالك في ثبوت نفقة أجره الحضانة، فقال مرة: لا نفقة لها<sup>5</sup>، قال الدسوقي -رحمه الله-: وهذا قول مالك المرجوع إليه، وبه أخذ ابن القاسم<sup>6</sup>، وهذا ما رجّحه الشيخ خليل حيث قال: "و لا شيء لحاضن لأجلها"<sup>7</sup>، ومرة قال: لها النفقة إذا قامت عليهم بعد وفاة الأب، وقال أيضا: تنفق بقدر

<sup>1</sup> يُنظر: البدائع (41/4).

<sup>2</sup> حاشية ابن عابدين (561/3).

<sup>3</sup> البحر الرائق (222/4).

<sup>4</sup> مواهب الجليل (221/4)، وحاشية الدسوقي (839/2).

<sup>5</sup> مواهب الجليل (221/4).

<sup>6</sup> حاشية الدسوقي (839/2)، والشرح الصغير (222/2).

<sup>7</sup> مختصر خليل ص 168.

حضانتها إذا كانت لو تركتهم لم يكن لهم بد من حاضن، فجعل لها في هذا القول الأجر دون النفقة<sup>1</sup>.

هذا ما يخصُّ الأم الحاضنة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفرشُ وجميع ما يحتاجه، والحاضنة تقبضه منه وتنفقه عليه<sup>2</sup>.

وتقدر النفقة بالاجتهاد على الأب "بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر، ومن أعيان وأثمان، وبحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه"<sup>3</sup>.

#### البند الثالث: مذهب الشافعية:

قالوا: أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتىَّ الأم، وهي غير أجرة الرضاع، فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مالٌ كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته، ويقدر لها كفايتها بحسب حالها<sup>4</sup>.

#### البند الرابع: مذهب الحنابلة:

قالوا: للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحقُّ بحضانتها، ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمها الحضانة تبعاً، وإذا استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقُّها وانتقل إلى غيرها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مواهب الجليل (221/4).

<sup>2</sup> يُراجع: مواهب الجليل (219/4)، والشرح الكبير (838/2).

<sup>3</sup> الشرح الكبير (838/2).

<sup>4</sup> يُنظر: معني المحتاج (452/3)، والوسيط (238/6).

<sup>5</sup> المعني (199/8-200)، والمبدع (230/8).

البند الخامس: مذهب الظاهرية:

لم يذكر الظاهرية أجرة الحضانة، بل قالوا بأجرة الرضاع، وقد نظر ابن حزم في هذه المسألة فأوجب على الأم الرضاع إذا كانت في عصمة الأب ولا شيء لها على الرضاع وإنما لها النفقة والكسوة فقط، ويفهم منه أنه لا أجر لأجل الحضانة للأم وهي زوجة للأب، ونصُّ قوله: "فإن كانت في عصمة الأب بزواج صحيح أو ملك يمين صحيح، فعلى الوالد نفقتها وكسوتها كما كان قبل ذلك ولا مزيد لقول الله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup> 2".

وأثبت للمطلقة البائن أجرة الرضاع دون النفقة والكسوة، قال ابن حزم: "فإن كانت مطلقة ثلاثاً، أو أتمت عدة الطلاق الرجعي بوضعه فليس لها على أبيه إثر طلاقه لها ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو إثر تمام عدتها من الطلاق الرجعي إلا أجرة الرضاع فقط لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>3</sup> .

ويظهر لي مما سبق-والله اعلم- أن الأم الحاضنة تستحق أجرة الحضانة إذا كانت في غير حبال الزوجية أي ليست زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي؛ لأنها تقوم بعمل فاستحققت عليه أجراً ما لم تتبرع بالحضانة، أما إن كانت في حبال الزوجية فلا أجرة لها؛ لأن الأب ينفق عليها فلا وجه لأخذها هذه الأجرة.

وتجدر الإشارة في الأخير أن أجرة الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن له مال فعلى الأب أو من تلزمه نفقته.

البند السادس: أما فيما يخص قانون الأسرة الجزائري: فإنه لم يتكلم عن أجرة الحضانة، وقد ألحق الأستاذ فضيل سعد أحكام هذه الأجرة بأحكام أجرة الرضاع حيث قال: "وما

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> المحلى (340/7).

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 6.

قبل عن أجره الرضاع يمكن قوله في أجره الحضنة<sup>1</sup>، وقد بينت فيما سبق أن قانون الأسرة يثبت للمطلقة أجر الرضاع إذا كانت خارج حبال الزوجية<sup>2</sup>، فكذا الحكم هنا في أحر الحاضنة.

### الفرع الثاني: حق مسكن الحضنة وأجره الخادم:

العلماء متفقون على أن الأم إذا كانت حاضنة لولدها وهي في حبال الزوجية بأن كانت متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي<sup>3</sup>، بأن لها الحق في المسكن<sup>4</sup>، وليس لزوجها أن يخرجها منه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة، قال عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾<sup>5</sup>.

وقد تكلم الحنفية والمالكية بالتفصيل عن حق المطلقة الحاضن وولدها المحضون في مسكن الحضنة، كما تحدثوا عن أجره الخادم إذا احتاج الصغير إلى خادم، وهذا تفصيل الأقوال مع الأدلة والمناقشة:

### البند الأول: المذهب الحنفي:

اختلف الحنفية في ثبوت مسكن الحضنة للحاضن، فقيل: لا تجب على الأب أجره هذا المسكن، وقيل: تجب<sup>6</sup>.

استدل الأوائل بأن وجوب الأجر على الحضنة لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة، واستدل الآخرون بأن الصغير إذا احتاج إلى خادم يلزم به الأب، واحتياجه إلى المسكن مقرر، وردوا على أصحاب القول الأول بأن القول بوجوب أجره المسكن ليس مبنيًا على وجوب الأجره على الحضنة، بل على وجوب نفقة الولد، وقد تكون الحضنة لا مسكن لها أصلاً، بل تسكن عند غيرها، فكيف يلزمها أجره مسكن لتحضن فيه الولد.

<sup>1</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري (384/1).

<sup>2</sup> ينظر ص 243-244.

<sup>3</sup> أما المعتدة من طلاق بائن فقد سبق نقل الخلاف في ثبوت المسكن لها، ينظر ص 209.

<sup>4</sup> شرح النووي على مسلم (96/10).

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>6</sup> حاشية ابن عابدين (562/3) بتصرف.

قال ابن عابدين: "فالوجه لزومه على من نجب عليه نفقته"، وقال أيضا: "و لكن هذا يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكن أن تحضن فيه الولد، ويسكن تبعا لها فلا، لعدم احتياجه إليه، فينبغي أن يكون ذلك توفيقا بين القولين، ويشير إليه قول أبي حفص: "و ليس لها مسكن"، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانيين فليكن عليه العمل"<sup>1</sup>، وأجرة المسكن الذي تقوم فيه الحاضنة بالطفل يأخذ حكم الأجرة على الحضانة، فإن كان للطفل مالٌ كانت الأجرة من ماله، وإن لم يكن له مالٌ كانت على أبيه<sup>2</sup>.

أما فيما يخصّ أجرة الخادم: فقال الحنفية: إنها على الأب إذا احتاج إلى خادم<sup>3</sup>.

### البند الثاني: المذهب المالكي:

اختلف القول عند المالكية في ثبوت أجرة المسكن بين نافي لذلك ومثبت، واختلف القائلون بثبوتها على من يجب؟ وهذا تفصيل الأقوال في المذهب:

1- قال ابن وهب<sup>4</sup>: "إن أجرة المسكن على الحاضنة"<sup>5</sup>.

2- مذهب المدونة والذي به الفتوى وهو المشهور أن السكني على الأب، ولم يفرق هذا القول بين أن يكون للحاضنة مسكن أو لا، بل جعل عبء المسكن على كل حال على من عليه نفقة الولد وهو الأب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق (562/3).

<sup>2</sup> الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور بدران ص380.

<sup>3</sup> يُنظر: الدر المختار (562/3) بتصرف.

<sup>4</sup> هو عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري بالولاء المصري، أبو محمد فقيه من أصحاب مالك، ولد بمصر في ذي القعدة عام 124هـ، وقيل (125هـ)، جمع بين الفقه والحديث، صحب الإمام مالكاً عشرين سنة قال عنه هذا الأخير: "ابن وهب عالم"، وقال عنه الإمام أحمد: "ابن وهب عالم صالح فقيه كثير العلم صحيح الحديث، ثقة، صدوق"، عُرض عليه القضاء فخبأ نفسه ولزم بيته، توفي بمصر يوم الأحد لخمس بقين من شعبان سنة (197هـ)، من أهم مؤلفاته: (الجامع في الحديث، (الموطأ الكبير) و(الموطأ الصغير)، وكتاب (المناسك)، وكتاب (المغازي) وغيرها من الكتب. (الديباج المذهب ص(132-133)، والأعلام (144/4).

<sup>5</sup> حاشية الدسوقي (839/2).

<sup>6</sup> الشرح الكبير (838/2).



- 3- قيل: سكنى الطفل على أبيه، وعلى الحاضنة ما يخصُّ نفسها بالاجتهاد فيهما أي فيما يخصُّ الطفل ويخصُّ الحاضن<sup>1</sup>، وهذا ما ذهب إليه سحنون<sup>2</sup> "3" والشيخ خليل حيث قال في (مختصره)<sup>4</sup>: "و للحاضنة قبض نفقته والسكنى بالاجتهاد".
- 4- وقال يحيى بن عمر: "توزع على قدر الرؤوس، فقد يكون المحضون متعددا"<sup>5</sup>.
- قال الدردير عن هذين القولين الأخيرين: "و كلاهما ضعيف"<sup>6</sup>.
- 5- وقيل: إنه لا شيء على المرأة إذا كان الأب موسرا. وقيل: إنها على الموسر من الأب والحاضنة<sup>7</sup>
- 6- ورأي اللخمي<sup>8</sup> أن الأب إذا كان في مسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يزد عليه؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه أو عليها لأجل الولد فعليه الأقل مما يزداد عليه أو عليها لأجله، فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته؛ لأنه القدر الذي أضر بها، وإن كان ما يزداد عليه غرمه؛ لأنه مما لم يكن له بُدُّ لو كان عنده<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي (838/2).

<sup>2</sup> عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بـ (سُحْنُون) وسحنون طائر حديد، لُقِّب بذلك لحدته في المسائل، أصله شامي من حمص، ولد بالقبروان عام 160هـ-777م كان زاهدا لا يخاف سلطانا في حقِّ يقوله، كان رقيق القلب، كريم الأخلاق، ولي القضاء سنة 234هـ، ولم يزل قاضيا حتى توفي -رحمه الله- في رجب سنة 240هـ/854م، من مؤلفاته: (المدونة) في فروع المالكية عن ابن القاسم عن الإمام مالك، ولأبي العرب محمد بن أحمد بن غيم كتاب: "مناقب سحنون وسيرته وأدبه".

الديباج المذهب (160-166)، ووفيات الأعيان (180/3-182)، والأعلام (5/4).

<sup>3</sup> الشرح الكبير (838/2).

<sup>4</sup> مختصر خليل ص168.

<sup>5</sup> الشرح الكبير (838/2)، وحاشية الدسوقي (839/2).

<sup>6</sup> الشرح الكبير (838/2).

<sup>7</sup> حاشية الدسوقي (839/2)

<sup>8</sup> علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، فقيه مالكي له معرفة بالأدب والحديث، قبروان الأصل نزل صفاقس، وتوفي بها - رحمه الله - عام (478هـ/1085م) صنف كتبا مفيدة، ومن أحسنها: تعليق كبير على المدونة سماه (النبصرة) لكنه ربما اختار فيه وخرج، فخرجت اختياراته عن المذهب المالكي، وله "فضائل الشام". تُنظر الترجمة في: السديباج المذهب ص203، والأعلام (328/4).

<sup>9</sup> مواهب الجليل (220/4).

7- وقيل: لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع، فإذا خرج من الرضاع كان عليه أن يسكنه<sup>1</sup>، هذا كله فيما يخص مسكن الحضانة وكراهه.

أما أجره الخادم: إن احتاج إليه الولد، فعلماء المذهب على أنه على الأب إن كان مَلِيًّا، وخالف ابن وهب فقال: لا إخدام على الأب<sup>2</sup>.

البند الثالث: وأوجب الشافعية كذلك على الوالد أن يأتي بمن يخدم الولد أن احتاج إليه قال صاحب (مغني المحتاج)<sup>3</sup>: "وإن احتاج الولد المحضون ذكراً أو أنثى إلى الخدمة فعلى الوالد إخدامه بأن يقدم خادماً لحضانته ليقوم بإخدام المحضون أو أجرة تستأجر بها خادماً له؛ لأنه لا يلزم الأم خدمته وإن وجدت لها أجرة الحضانة لما تقرر أن الحضانة للحفظ والنظر في مصالح المحضون، وليس لمباشرة خدمته".

البند الرابع: والذي يظهر لي بعد ما سبق بيانه - والله أعلم - أن أجرة مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد تجب على من تلزمه نفقته وهو الولد نفسه إن كان له مال وإلا فعلى أبيه وهكذا؛ لأن هذه الأجرة متعلقة بنفقة الولد.

ومسكن الحضانة المستقل أو أجرته إنما يجبان على الأب إن كان له مسكن آخر، أو كان مَلِيًّا في حالة كراه البيت.

فالإسلام قائم على العدل فالأم الحاضنة يجب لها لقاء قيامها بهذا العمل الجليل وهو الحضانة التي تستغرق جُلَّ وقتها يجب لها مسكن تؤدي فيه هذه الوظيفة.

وهو واجب على الأب، فالأم تحضن الولد، والأب يوفر لها وسائل تسهيل مهمتها، ومنها المسكن عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمآن"<sup>4</sup>، وبالقاعدة الفقهية: "العنم بالغرْم" وينبغي أن يراعى في المسكن وأجرته حال المطلق المالية وكل الظروف المحيطة بالمسألة، وعلى القاضي أن يتوخى في كل ذلك العدالة قدر الطاقة.

<sup>1</sup> المرجع السابق (220/4).

<sup>2</sup> المرجع نفسه (220/4).

<sup>3</sup> مغني المحتاج (452/3).

<sup>4</sup> سبق نخرجه ص 198.