

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الأمير عبد القادر  
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

قسم الشريعة والقانون  
تخصص : أحوال شخصية

كلية أصول الدين والشريعة  
والحضارة الإسلامية  
الرقم التسلسلي:

# أحكام التنازع بين الزوجين

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية المغربية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذة الدكتورة :

\* سعاد سطحي

إعداد الطالب :

- محمد بجاق

## لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الصفة	الرتبة	الجامعة الأصلية
د/ مصطفى باجو	رئيسا	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
أ. د / سعاد سطحي	مشرفا	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
د / سمير جاب الله	عضوا	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
أ / الحاج طاس	عضوا	أستاذ مساعد مكلف بالدروس	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة

السنة الجامعية : 2008 / 2009

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [ النساء 59 ]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إلى من سهر على تربيتي وتنشئتي إلى أعلى من في الدنيا

والذي الكرمين

إلى من وقفت إلى جانبي ودعمتني شريكتي في الحياة

نزوجتي الغالية

إلى فلذة الأكباد بشري ونريد

إلى سندي في الحياة

إخوتي وأخواتي كل باسمه

إلى كل الأصدقاء والأحبة

أهدي هذا البحث

محمد بجاق

# شكر وتقدير

ليس أكرم ولا أفضل من هذه اللحظة أجدها لأقدم شكري وتقديري إلى كل من له

الفضل في إنجاز هذا العمل

أشكر أولاً المولى - عز وجل - على توفيقه لي

ثم أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ، وأخص بالذكر

المشرف على هذا الاستاذة الدكتورة سعاد سطحي وإلى جانبها الأستاذ الدكتور نصر سلمان

الذان لم يبخل علياً بنصائحهما وتوجيهاتهما طيلة إنجاز هذا العمل .

ثم أتقدم بالشكر إلى اللجنة المناقشة لهذا البحث والتي أعتبر توجيهاتها وانتقاداتها تكميلاً

وإتماماً للبناءات هذا العمل .

كما أتقدم بالشكر إلى كل القائمين على جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بقسنطينة من هيئة تدريس وإدارة على كل ما يقدمونه لخدمة الطلبة

سائلاً الله تعالى أن يجعلهم دائماً في خدمة العلم والعلماء .

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين هو الأول والآخر ، الظاهر والباطن ، الفتح العليم ، ثم الصلاة والسلام على من بعث رحمة للعالمين هاديا بفضل من الله إلى الصراط المستقيم ، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

أما بعد :

فالزواج سنة من سنن الله في خلقه قال تعالى : ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾ [النجم 45] ، كما أنه سنة شرعية ، عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبروا كأنهم تقالوها ، فقالوا : وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر . قال : أحدهم أما أنا فإني أصلي الليل أبدا ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم ، فقال : (( أنتم الذين قلمت كذا وكذا أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني )) . رواه البخاري ومسلم .

وقد جعل الله هذه العلاقة بين الرجال والنساء لتحقيق غايات و أهداف في غاية الأهمية منها الإحصان وذلك للميول الفطري في كل طرف منهما للآخر ، وكذا للمحافظة على الوجود الإنساني ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ [النساء 1] .

و الزواج كأى علاقة بشرية إذا أريد لها أن تكون مستقرة فلا بد لها أن تقوم على أساس من التوافق والتراضي بين طرفيها ، إلا أن هذا الأخير لا يدوم في كل الأحوال فقد يأتي على هذه العلاقة شيء من التنازع والتخاصم في بعض جوانبها أو كلها ، ومن هنا جاء هذا الموضوع .

### 1 - التعريف بالموضوع :

إن العلاقة بين الزوجين شأن عظيم ، ولذلك وصفت بالميثاق الغليظ في قوله تعالى : ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ [النساء 21] . وهذا العقد أو الميثاق إنما جعل لتحقيق أهداف من بينها سكن كل طرف للآخر لذلك قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَن يَخْلُقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ [الروم 21] ، وعلاقة الزواج من العلاقات المكتسبة لصفة القدسية نظرا لخطورتها ، ولذلك فقد أحاطها الشارع الحكيم بجملة من الأحكام ابتداء من إنشائها إلى غاية انتهائها ، وكذا الآثار المترتبة عليها ، وهي علاقة كما قدمنا تقوم على إرادة طرفين وهما الزوج والزوجة ، وبالتالي فهي تقوم على التراضي في كثير من جوانبها ، ولكنها ككل علاقة لا تخلو من التنازع في بعض جوانبها أيضا ، وهذا الأخير ، أي : التنازع له أحكام سواء كانت بنص الشارع أو من خلال اجتهادات الفقهاء ، أو حتى النصوص الوضعية لقوانين الأحوال الشخصية ، ومن هنا جاء عنوان الدراسة :

( أحكام التنازع بين الزوجين ) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية المغاربية .

وقد اقتصرنا عند تناول الناحية الفقهية في دراستي هذه على آراء مذاهب الفقهاء الأربعة دون الخوض في آراء المذاهب الأخرى .

## 2 - إشكالية البحث :

يدور بحثي حول عدة إشكاليات ألا وهي ما هي أهم الجوانب التي يتنازع فيها الزوجان ، وما هي الأحكام المتعلقة بهذا الجانب المهم في حياة الأسرة عند فقهاء الشريعة ، وما مدى مواكبة الجانب القانوني في معالجة هذا التنازع للجانب الفقهي الذي يكون تابعا له في كثير من الأحيان ؟ وهل تختلف هذه الأحكام من مجتمع لآخر وفقا لأعرافه وقوانينه ؟ وأعني بذلك المجتمعات المغاربية التي هي محور دراستي .

## 3 - أهمية الموضوع :

إن حاجة المسلم إلى الفقه في حياته اليومية ، وخصوصا ما يتعلق بأحكام الأسرة التي تعتبر أهم الأحكام اللصيقة بشخصه ، ليتبين له حرص الإسلام على أن تكون المجتمعات المسلمة متماسكة متألّفة وبعيدة عن الفرقة والتخاصم والتنازع ، والتي تؤدي في كثير من الأحيان إلى تدمير الأسر ، فقد حضت الشريعة على التآلف والتماسك ، وبما أن المجتمعات أساسها الأسر ، وهذه الأخيرة بدورها تتكون أساسا من الرجل والمرأة ، فإن الإسلام يأمر أن تكون هذه العلاقة مبنية على التراحم والمحبة والسكن إذ قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم 21] .

وقد أحاط الشارع الحكيم هذه العلاقة بجملة من الأحكام ، ولو أن الناس أخذوا بهذه الأحكام والتوجهات ، وضبقوها على أنفسهم بأنفسهم ، لانتضعت بينهم النزاعات والخسومات ، ولكن الناس

يسوا كذلك فيه محتتمون طبعهم . تما فيهم من الغرائز الشامية واصباغ المختلفة ، و أيضا اختلاف درجات الفهم والفقه بينهم ، فكان لايد من التنازع والتخاصم ، وذلك من لوازم طبع البشر .

والله أرسل نبيه بالحق ليعين للناس طريق الهدى والحق ، ليربي تلك الغرائز ويهدها ، لكنه سبحانه يعلم أن الكثير من الناس لا يطبقون أوامره ونواهيهم ، وآخرون يجهلون تلك الأحكام ، وآخرون يشبه عليهم الحق ، فأمر سبحانه بأن يحتكم كل هؤلاء إلى شرعه عند التنازع ، فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [ النساء 59 ] . فكل من اعتقد أنه قد هضم حقه أو أنه ظلم ، فعليه أن يلجأ إلى القضاء .

والتنازع بين الزوجين من أهم هذه النزاعات وساحات القضاء شاهدة على ذلك ، وقد جاء الإسلام سواء كان بنصوص قرآنية أو آثار نبوية ، أو اجتهادات فقهية لحل هذا التنازع وضبطه بجملة من الأحكام ، فكان على القاضي الذي يحكم في مثل هذه النزاعات معرفتها ، ليصدر حكمه على أساس من العدل والصواب ، ويعرف الثابت منها والمتغير وهنا تكمن أهمية الموضوع .

#### 4 - سبب اختيار الموضوع :

يرجع اختياري لهذا الموضوع للأسباب التالية :

- 1 - كونه موضوعا في حاجة إلى دراسة أكاديمية جامعة لكل أطرافه .
- 2 - التعديلات التي حصلت على جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية ، والتي من المؤكد أنها مست جانباً من هذا الموضوع ، وهذه الدراسة فيها محاولة لرصد بعض تلك التعديلات في هذا الجانب إن وجدت .
- 3 - الأهمية التي يتميز بها هذا الجانب من حياة الأسرة .
- 4 - حاجة المجتمع إلى التفقه في مسائل الأسرة وقضاياها ، وخاصة ما تعلق منها بحياة ركني الأسرة ، ألا وهما الزوجان .
- 5 - أهداف الدراسة :

- 1 - معرفة مختلف حالات التنازع بين الزوجين .
- 2 - إبراز مدى تأثير التغير في الأحوال والأعراف على اجتهادات الفقهاء ، وبالتالي تغير الأحكام في مسألة التنازع بين الزوجين .

3 - تبين مدى موافقة قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لشرعية الإسلامة ومخالفتها لها في موضوع أحكام التنازع بين الزوجين .

#### 6 - دراسات سابقة للموضوع :

حسب اطلاعي بحثا عن إيجاد دراسة سابقة لهذا الموضوع لم أجد دراسة جامعة لكل أطرافه وحيثياته ، وإنما وجدت عناصر متناثرة بين مختلف المؤلفات في مجال الأحوال الشخصية ، والكتب الفقهية العامة ، ومن بين المؤلفين الذين درسوا جوانب من هذا الموضوع الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه محاضرات في الأحوال الشخصية ، والشيخ وهبة الزحيلي في موسوعته الفقه الإسلامي وأدلته ، والدكتور عبد الكريم زيدان في الفصل ، والدكتور عبد العزيز سعد في كتابه الزواج والطلاق إلى غير ذلك من المؤلفات والكتب الفقهية العامة ، إلا أنه إذا نظرنا فيها - كما قلت - نجد بعضها قد درس جوانب وأغفل جوانب أخرى إلى جانب عدم مواكبتها لما حصل من تعديلات في قوانين الأحوال الشخصية ، وكذا التغييرات الاجتماعية الهامة التي أدت إلى التأثير على أحكام التنازع بين الزوجين ، فكانت مني هذه الدراسة محاولة لجمع شتات الموضوع في بحث أكاديمي جامعي .

#### 7 - منهج الدراسة :

للوصول إلى نتائج مقبولة في أي بحث ، لا بد من اتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض ، وعلى هذا فقد اخترت في دراستي هذه المنهج الاستقرائي الذي يقوم على تتبع الجزئيات ، والعناصر الهامة المتعلقة بالموضوع سواء كان ذلك في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، أو من خلال أقوال الفقهاء واجتهاداتهم في مؤلفاتهم ، أو في القانون ، وذلك من خلال دراسة قوانين الأحوال الشخصية المغاربية ، بالإضافة إلى اجتهادات بعض المحاكم في تلك البلدان من خلال قراراتها .

بالإضافة إلى اعتماد المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل ما يتعلق بالموضوع . كل هذا مع اعتماد المنهج المقارن بين المذاهب الفقهية فيما بينها ، وبينها وبين قوانين الأحوال الشخصية المغاربية ، وبهذا يكون المنهج المعتمد في الدراسة استقرائيا تحليليا مقارنا .

#### 8 - المنهجية المتبعة في الدراسة :

لقد التزمت في دراستي هذه منهجية وضوابط معينة وهي :

1- وثقت جميع النقول ، بالرجوع إلى المصادر والمراجع المعتمدة ، حيث ذكرت اسم المؤلف وعنوان كتابه ، وتحقيقه إن وجد ، وكذا أشرت إلى دار النشر التي طبعته وعنوانها مع الإشارة إلى عدد الطبعة وتاريخها إن وجد .

2- استشهدت بأقوال العلماء في بعض جوانب الدراسة ووضعت كلامهم الحرفي بين قوسين « » .



3- ترجمت نكح الأعلام المذخورين في مادة . ونحيت ترجمة كل من الخفاء الراشدين وعائشة - رضي الله عنها - زوج النبي ﷺ ، وكذا أئمة المذاهب الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ، وكذلك المحدثين من الفقهاء والكتاب .

4- قمت بعزو الآيات القرآنية الواردة في المذكرة في صلب الموضوع ، ووضعت اسم السورة ورقم الآية بين معكوفتين [ ] .

5- قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة المذكورة في المذكرة ، والحكم عليها بقدر المستطاع بالاعتماد على كتب أهل الحديث المختصين فيه في كتب الحديث التي اعتمدها . وأشرت للحديث الذي استدل به الفقهاء ولم أعثر عليه .

6- قمت بفهرسة الآيات والأحاديث ، والأعلام المترجم لهم بحسب الترتيب الأبجدي ، معتمدا في ترتيب الأعلام على ما اشتهر به هذا العلم .

7- قمت بفهرسة المصادر والمراجع المعتمدة في المذكرة ، وذلك بذكر لقب الكاتب أولا ، ثم ذكر اسمه بالكامل إن وجد ، ومؤلفه ، ومحققه إن وجد ، واسم دار النشر وعنوانها ، وعدد الطبعة وتاريخها إن وجدا ، مرتبة ترتيبا أبجديا .

وبعد فهذه خطتي في البحث ، فإن جاءت موفقة فذاك من الله ، وإن وجد فيها خطأ فذاك من نفسي والشيطان . واسأل المولى جل ذكره أن أكون موفقا في عملي هذا .

## 9 - خطة الدراسة :

### مقدمة

مبحث تمهيدي : تعريف التنازع وبيان شروطه والتمييز بين المدعي والمدعى عليه

المطلب الأول : تعريف التنازع وشروطه .

المطلب الثاني : التمييز بين المدعي والمدعى عليه

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

المبحث الأول : التنازع في الزواج وما يتعلق به

المطلب الأول : التنازع في الزوجية

المطلب الثاني : التنازع في عيوب الزواج

المطلب الثالث : التنازع في النسب

المبحث الثاني : التنازع في بعض فرق الزواج وما يتعلق بها

المطلب الأول : التنازع في الطلاق

المطلب الثاني : التنازع في الخلع

المطلب الثالث : التنازع في الرجعة

المبحث الثالث : التنازع في الضرر

المطلب الأول : مفهوم الضرر وأنواعه

المطلب الثاني : الأحكام المترتبة عن إثبات الضرر وعدم إثباته

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

المبحث الأول : التنازع في المهر وما يتعلق به

المطلب الأول : ماهية المهر وأهم الأحكام المتعلقة به

المطلب الثاني : ولاية قبض المهر وضمائه

المطلب الثالث : حالات التنازع في المهر

المبحث الثاني : التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة

المطلب الأول : ماهية متاع البيت والجهاز

المطلب الثاني : أحكام التنازع في الجهاز ومتاع البيت

المبحث الثالث : التنازع في النفقة الزوجية وما يتعلق بها

المطلب الأول : ماهية النفقة وأحكامها

المطلب الثاني : أحكام التنازع في النفقة وما يتعلق بها

المبحث الرابع : التنازع في بدل الخلع

المطلب الأول : ماهية بدل الخلع والأحكام المتعلقة به

المطلب الثاني : أحكام التنازع في بدل الخلع وما يتعلق به

الخاتمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
مَنْ يَسْرِقْ يَمْشِ إِلَى اللَّهِ  
مَنْ يَسْرِقْ يَمْشِ إِلَى اللَّهِ

### تعريف التنازع و بيان شروطه و التمييز بين المدعي و المدعى عليه

المطلب الأول: تعريف التنازع و بيان شروطه.  
المطلب الثاني: التمييز بين المدعي و المدعى عليه.

## مبحث تمهيدي

### تعريف التنازع وبيان شروطه

### والتمييز بين المدعي والمدعى عليه

إنه عند تناول أي موضوع لابد من التطرق إلى المفاهيم الأساسية فيه ، وذلك من خلال تعريفه وأهم المسائل المتعلقة به ، ولذلك جاء هذا المبحث والذي سأتناول فيه المطلبين الآتين :

**المطلب الأول:** تعريف التنازع وبيان شروطه .

**المطلب الثاني :** التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

## المطلب الأول

### تعريف النزاع وبيان شروطه

درجت الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون عند التطرق لأي موضوع على القيام بتعريفه في اللغة والاصطلاح ، ثم القانون .

### الفرع الأول

#### تعريف النزاع

**البند الأول - تعريف النزاع لغة :** قبل تعريف النزاع في الاصطلاح والقانون لابد من بيان المعاني اللغوية التي يستعمل فيها هذا اللفظ وذلك من أجل توضيح العلاقة بين المعنى اللغوي ، وما اختاره الفقهاء وأهل القانون من معنى اصطلاحى وقانوني له ، إذ إنه لابد من وجود ارتباط بين المعنى الاصطلاحى والقانوني لأي لفظ من الألفاظ بأصل المعنى اللغوي برباط ما .

والنزاع لغة : هو التخاصم ، وتنازع القوم اختصموا ، وبينهم نزاعة ، أي : خصومة في حق<sup>(1)</sup> ، نازعته منازعة ونزاعا ، إذا جاذبته في الخصومة<sup>(2)</sup> .

والنزاع : الاختلاف كما في قوله تعالى : ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَأَصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾ [ الأنفال 46 ] أي : لا تختلفوا فتفرقوا وتختلف قلوبكم فتضعفوا وتجنّبوا<sup>(3)</sup> ، وفي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [ النساء 59 ] ، أي : فإن اختلفتم أنتم وأولوا الأمر منكم في شيء من أمور الدين ، فردّوه إلى الله ورسوله ، أي : ارجعوا فيه إلى الكتاب والسنة<sup>(4)</sup> .

(1) ابن منظور . لسان العرب . مادة نزاع . تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه ، دار المعارف . القاهرة . مصر ، دت . 4396 6 .

(2) الخوهري ، الصحاح في اللغة . مادة نزاع ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة ، 1990 . 112 2 .

(3) الصديقي ، جامع البيان في تأويل القرآن . تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مؤسسة الرسالة . الطبعة الأولى ، 2000 13 575 .

(4) الريحشيري . تفسير الكشاف . تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ومن معه ، مكتبة العبيكان . الرياض . المسكوة العريية السعودية . الطبعة الأولى

1998 . 95 2 . ما بعدها .

وتنازع في الأصل : التجاذب كالمنازعة ، ويعبر بهما عن التخاصم والمجادلة<sup>(1)</sup> .

ومن المجاز التنازع هو : التناول والتعاطي ، والأصل فيه التجاذب ، قال الله تعالى : ﴿ يَتَنَازَعُونَ فِيهَا

كَأَسَا لَالْفَوْفِ بِهَا وَكَأَثِيمٍ ﴾ [ الطور 23 ] أي : يتناولون<sup>(2)</sup> .

والتنازع : الاتصال ، يقال هذه الأرض تنازع أرض كذا ، أي : اتصل بها<sup>(3)</sup> .

فالتنازع في اللغة : التخاصم والاختلاف والتجاذب ، التعاطي والتناول ، والاتصال .

**البند الثاني - تعريف التنازع اصطلاحاً :** بحث في كثير من كتب الفقهاء علي حصل على

تعريف مفصل وواضح للتنازع ، لكنني لم أجد ضالتي ، فبحثت في كتب التفسير فوجدت :

أن الرازي<sup>(4)</sup> قد عرفه بقوله : « التنازع في الأمر هو : الاختلاف الذي يحاول به كل واحد نزع

صاحبه عما هو عليه »<sup>(5)</sup> ، أي : بمعنى أن كلا من طرفي النزاع يحاول دحض حجة الآخر ودليله ، لسيطر

عند ما يدعيه خصمه .

وهو ما ذهب إليه الثعالبي<sup>(6)</sup> في تفسيره بقوله : « معنى التنازع أن كل واحد ينتزع حجة الآخر

ويذهبها »<sup>(7)</sup> .

ولكن بالرجوع إلى كتب الفقهاء ، وعند قراءة الأبواب التي عالجوا فيها موضوع التنازع ، وخاصة

التي تناولت موضوع التنازع بين الزوجين ، سواء منها ما جاء في أبواب مستقلة ، أو ما جاء في أبواب

(1) الزبيدي ، تاج العروس ، تحقيق مصطفى حجازي ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت الطبعة الأولى ، 2001 ، مادة نزاع 247/20 .

(2) الزبيدي ، تاج العروس ، مادة نزاع 247/20 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة نزاع 4396/49 .

(3) ابن منظور ، لسان العرب مادة نزاع 4396/6 - الزبيدي ، تاج العروس ، مادة نزاع 247/20 .

(4) الرازي : أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري الرازي الملقب بفخر الدين . ولد في الري بطبرستان سنة 544 هـ ، أخذ

العلم عن كبار علماء عصره ، ومنهم والده ، حتى برع في علوم شتى واشتهر ، كان عالماً في التفسير وعلم الكلام والفلك والفلسفة وعلم الأصول وفي

غيرها . ترك مؤلفات كثيرة تدل على غزارة علمه وسعة اطلاعه أبرزها تفسيره الكبير المعروف بمفاتيح الغيب توفي سنة 606 هـ . ( الأدنوري ، طبقات

المفسرين ، تحقيق صالح بن سيمان الخزي ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1997 ، 213 - ابن

خلكان ، وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 ، 248/4 وما بعدها = الذهبي ، سير أعلام النبلاء .

تحقيق شعيب الأرنؤوط و مجموعة من الباحثين ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة التاسعة 1993 ، 500 21 ) .

(5) الرازي ، تفسير الرازي مفاتيح الغيب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1981 ، 175/15 .

(6) الثعالبي : هو أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي الجزائري ، فقيه ومفسر ومحدث . ولد في الجزائر سنة 786 هـ . أخذ العمم عن كثير

من أئمة الشرق والمغرب منهم الآبي . والولي العراقي ، والغري ، والبرزلي وغيرهم . اتفق الناس في عهده على صلاحه وإمامته : فقد كان عالماً زاهداً .

ترك كتباً كثيرة نافعة . أبرزها الخواهر الحسان في تفسير القرآن ، وروضة الأجر في الفقه . و كتاب الذهب الإبريز في غرائب بحران العزيز وغيرها . توفي

الثعالبي في الجزائر ودفن فيها سنة 875 هـ وقيل 876 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة نوره الركب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى

2002 ، 1 382 ) .

(7) الثعالبي ، الخواهر الحسان في تفسير القرآن . تحقيق علي محمد معوض ومن معه . دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان . الطبعة الأولى 1997 .

لأفضية والدعاوى يمكن أن أستخلص تعريفا للتنازع .

التنازع هو : الاختلاف بين طرفين يدعي كل منهما أنه صاحب حق ، أو يدعي ثبوت واقعة ما ، و الآخر ينكر ، أو يدعي خلاف ذلك ، هذا بالمفهوم العام .

أما التنازع بين الزوجين فهو : ذلك الاختلاف ، أو الخصام القائم بين الزوجين ، فيما يتعلق بالزواج وفرقه وآثارهما ، حيث يدعي فيه كل واحد منهما أنه صاحب حق فيما يتعلق بمسألة من المسائل المالية كالنفقة أو المهر أو متاع البيت أو بدل الخلع ، أو غير المالية كالنسب، أو يدعي ثبوت واقعة ما تتعلق بما كزوجين ، كواقعة الزواج وما يتعلق به من العيوب ، أو الطلاق ، أو الخلع ، وينكر الطرف الآخر ما يدعيه ، أو يدعي خلافه ، ويتم إنهاؤه إما عن طريق القضاء ، أو التحكيم ، أو الصلح .

**البند الثالث - تعريف التنازع قانونا :** لم تتطرق القوانين لتعريف التنازع ؛ لأن مسألة التعاريف ترجع إلى اختصاص الفقهاء ، وليست من عمل التشريع .

وعند اطلاعي على بعض الكتب القانونية التي تهتم بمواضيع التنازع ، وجدتها تستعمل ثلاث مفردات وهي :

- 1 - المنازعات : والتي يقصد بها مجموعة النزاعات القائمة بين طرفين أو أكثر ، يعود الفصل فيها لقاضي ما حسب قانون ما<sup>(1)</sup> ، مثل منازعات العمل الفردية والجماعية .
- 2 - النزاع : تعبر على خلاف بين شخصين<sup>(2)</sup> .

3 - التنازع : ويعبر بها عن الخلافات القائمة بين الدول ، أو الهيئات ، مثل تنازع الاختصاص بين المحاكم ، تنازع القوانين ، ونجد في ذلك نوعين من التنازع لا نجده إذا ما تحدثنا عن النزاع القائم بين الأشخاص ، وهما التنازع الإيجابي ، والذي يقصد به بأن كل جهة تدعي أنها صاحبة الاختصاص ، والتنازع السلبي ، والذي يقصد به بأن كل جهة تدفع بعدم الاختصاص .

وإذا ما رجعنا إلى قوانين الأسرة المغربية نجدتها تستعمل ألفاظ النزاع ، والاختلاف ، والتنازع ، إذا ما تحدثت عن التنازع بين الزوجين من ذلك ما جاء في :

**— قانون الأسرة الجزائري :** في المادة 17 والتي تحدثت عن التنازع في الصداق ، والمادة 73 التي تحدثت عن التنازع في متاع البيت ، حيث استعمل لفظ نزاع في كلا المادتين .

— مدونة الأسرة المغربية : في المادة 33 عند حديثها عن النزاع في الصداق استعمل لفظ اختلاف ، وفي المادة 34 التي تحدثت عن النزاع في المتاع استعمل لفظ نزاع .

— مجلة الأحوال الشخصية التونسية : جاء الباب الثامن من الكتاب الأول معنونا بـ : في النزاع بين الزوجين ، لكن الفصول التي اندرجت تحت هذا الباب اختلفت فيها الألفاظ ، حيث استعمل لفظ اختلاف في الفصل 26 عند الحديث عن النزاع في متاع البيت بين الزوجين ، واستعمل لفظ النزاع في الفصل 27 عند الحديث عن النزاع في متاع البيت بين أحد الزوجين وورثة الآخر .

— القانون رقم 84/10 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما المعدل والمتمم بالقانونين 1423/06 م ، 91/22 ف ، للجماهيرية العربية الليبية : استعمل لفظ الاختلاف في المادة 20 عند الحديث عن النزاع في المهر ، والمادة 21 عند الحديث عن النزاع في المتاع ، واستعمل لفظ النزاع عند الحديث عن النزاع في النفقة .

— مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : استعمل لفظ الاختلاف في المواد 23، 24 ، 25 عند الحديث عن النزاع في الصداق ، ولفظ النزاع في المادة 73 عند الحديث عن النزاع في المتاع .

وخلاصة القول أنه مهما تعددت العبارات والألفاظ إلا أنها تصب في مفهوم واحد وهو أن النزاع يقصد به النزاع والاختلاف القائم بين الشخصين الذي يدعي فيه كل طرف أنه صاحب الحق ، أو يدعي ثبوت واقعة ما ، وينكر الطرف الآخر ذلك ، أو يدعي خلافه ، ويتم الفصل فيه عن طريق القضاء ، أو التحكيم ، أو الصلح .

## الفرع الثاني

### شروط النزاع

إذا ما رجعنا إلى مفهوم النزاع نجد أنه لا يكون إلا بين طرفين أحدهما مدعي ، والآخر مدعى عليه ، ومنه يوجد مدعى به : وهو المتنازع فيه ، وسأتناول في هذا المطلب الشروط المتعلقة بكل منها في الفقه والقانون .

**البند الأول - الشروط المتعلقة بطرفي النزاع ( المدعي والمدعى عليه ) :** اشترط الفقهاء في كل من المدعي والمدعى عليه شرطين وهما : الأهلية ، والصفة ، واختص الحنفية و أحمد ابن حنبل المدعى عليه بشرط آخر ، وهو وجوب حضوره مجلس القضاء عند الدعوى والحكم ، وسأتناول باختصار كل شرط من هذه الشروط في الفقه والقانون .



أولاً - الأهلية : جميع الأفعال والتصرفات التي يجري فيها صحة وبطلان كالادعاء بالحق أمام القضاء ، والإقرار بحق ... كل ذلك لا بد فيه من أن يكون الشخص أهلاً لممارسة هذه الأفعال والتصرفات ، وإلا كانت باطلة وغير معتبرة ؛ لأن من شرائط صحتها الأهلية<sup>(1)</sup> .

وليس المقصود هنا أهلية الوجوب التي يكتسبها الشخص بمجرد ميلاد ، إنما المقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء والتي يقصد بها :

شرعاً : هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل<sup>(2)</sup> .

قانوناً : هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية<sup>(3)</sup> ، و مناطها التمييز<sup>(4)</sup> ، أو هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>(5)</sup> .

اشترط الفقهاء<sup>(6)</sup> في المدعي ، والمدعى عليه ، البلوغ والعقل ، فلا تصح الدعوى من الصغير والمجنون ولا تصح الدعوى عليهما ؛ لأن الدعوى تصرف شرعي يترتب عليه آثار ونتائج شرعية ، فيشترط فيها ما يشترط في التصرفات الشرعية<sup>(7)</sup> . أما ناقص الأهلية أو عديمها فإن ممثله الشرعي هو من يقوم مقامه .

لكنهم أوردوا على ذلك استثناءات :

— الخفية<sup>(8)</sup> أجازوا للصبي المميز أن يكون مدعياً ومدعى عليه ، بشرط أن يكون ذلك بإذن وليه ؛ لأن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

— المالكية<sup>(9)</sup> ، أجازوا للصبي المميز والسفيه أن يكون مدعياً ، ومن دون إذن من وليه .

— الشافعية<sup>(10)</sup> ، أجازوا للمحجور عليه أن يكون مدعى عليه فيما يصح به إقراره .

(1) مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 1998 ، 2 / 781 .

(2) المرجع نفسه ، ص 786 .

(3) العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2004 ، 1 / 97 .

(4) علي عني سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، دت ، ص 48 .

(5) عبد الوهاب بوضرة ، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2005 ، ص 238 .

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000 ، 332/5 -

المادة 1616 من مجلة الأحكام العدلية ، دار محمد نور . كراتشي ، بنغلاديش ، دت ص 321 - الفاسي ، شرح ميارة ، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد

الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000 ، 27 / 1 - زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة

الأولى ، 1998 ، 259/2 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى 2000 ، 6 / 600

وما بعدها .

(7) محمد ترحيني ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية 2002 ، ص 301 .

(8) محمد عداء ندين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة سنة 1995 ، 9.2 .

(9) الخطيب ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1398 هـ - 6 / 127 .

(10) الخصيب لشرسي ، معنى المحتاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى دت 453 5 - الشرواني ، حواشي الشارح ، دار -

— اخنابلة<sup>(1)</sup> والمانكية<sup>(2)</sup>، أجازوا للسفيه البالغ أن يكون مدعى عليه ، فيما يقبل منه حال سفهه، كالطلاق والقذف .

أما في القانون فقد انقسم الفقهاء إلى فريقين :

**الفريق الأول :** وهم أصحاب الفقه التقليدي ، حيث ذهبوا إلى اشتراط الأهلية لقبول الدعوى ، أي : أن يكون رافعها أهلاً لمباشرتها طبقاً للقانون الذي يحدد كمال الأهلية أو نقصها أو انعدامها<sup>(3)</sup> .

**الفريق الثاني :** وهم أصحاب الفقه الحديث يذهبون إلى أن الأهلية شرط لصحة مباشرة الإجراءات أمام القضاء ولا شأن لها بقبول الدعوى ، أي : إنها شرط لصحة انعقاد الخصومة<sup>(4)</sup> .

واستدلوا على ذلك بأنه إذا فقد أحد الخصوم أهليته فإن هذا لا يؤثر في الدعوى ، وإنما في الإجراءات فقط ، حيث تنقطع الخصومة أي تتوقف الإجراءات ، ويظل أي إجراء يتخذ في الخصومة قبل تحريكها في مواجهة الممثل القانوني للخصم<sup>(5)</sup> .

وهو الصواب ، إذ إنه يجب أن تتوفر الأهلية في كل من المدعي والمدعى عليه ، أو أي طرف آخر أثناء مباشرة الدعوى ، ولا يشترط ذلك لقبولها .

والأهلية في مسألة التنازع بين الزوجين حددتها قوانين الأحوال الشخصية ، وقد جاءت في القوانين المغاربية حسب التفصيل التالي :

**قانون الأسرة الجزائري :** جاء في نص المادة 07 منه أن الأهلية تكتمل عند كل من الرجل والمرأة بتمام 19 سنة ، وهذا مطابق لما جاء في المادة 40 من القانون المدني ، لكنه أورد استثناء على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 07 المذكورة أعلاه حيث جاء فيها بأن الزوج القاصر المأذون له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات .

مع ملاحظة أن المشرع لم يذكر شرط العقل لاكتمال الأهلية في المادة 07 المذكورة أعلاه ، إذ كان يجدر به ذكر هذا الشرط .

**مدونة الأسرة المغربية :** حددت سن الأهلية في المادة 19 منها باكتمال 18 سنة شمسية لكل من

= إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت 499 .

(1) المرادوي ، الإنصاف ، تحقيق مكتب دار إحياء التراث العربي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 ، 277:11 - الهوي ، كشف القناع ، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1999 . 410 6 .

(2) الخفقات ، مواهب الجليل 127:6 .

(3) عبد الوهاب نوضرسة ، مرجع سابق ، ص 252 .

(4) المرجع نفسه ، ص 253 .

(5) وحدي راعت هبسي ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، 2001 ، ص 110 .

الفتى والفتاة مع شرط العقل لكل منها ، لكن المشرع أورد استثناء على ذلك في نص المادة 22 من المدونة والتي جاء فيها بأن القاصر المأذون له بالزواج حسب نص المادة 20 يكتسب الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات .

مجلة الأحوال الشخصية التونسية : جاء في نص الفصل 05 منها بأن الأهلية بالنسبة للرجل تكون باكتمال 20 سنة أما بالنسبة للمرأة فباكتمال 17 سنة ، دون ذكر شرط العقل الذي كان لابد من ذكره ، مع ملاحظة أن المشرع التونسي لم يورد أي استثناء على نص الفصل 05 مما يتبين أن أهلية التقاضي لا تكون إلا باكتمال السن المذكورة أعلاه ، و ينوب على القاصر في ذلك ممثله القانوني .

القانون رقم 84/10 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما : المعدل والمتمم بالقانونين 1423/06م ، 91/22 ف ، للجماهيرية العربية الليبية : حدد سن الأهلية بنص المادة 06 في الفقرة ب باكتمال سن 20 لكل من الرجل والمرأة مع شرطي العقل والبلوغ المذكورين في الفقرة أ ، وأورد المشرع الليبي استثناء على ذلك جاء في نص الفقرة د من نفس المادة وهو بأن القاصر المأذون له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره .

مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : حددت سن الأهلية في نص المادة 06 منها باكتمال 18 سنة لكل من الرجل والمرأة مع شرط العقل ، ولم يرد عليها أي استثناء مما يتبين بأن أهلية التقاضي لا تكون إلا باكتمال 18 سنة ، أما القاصر حتى ولو كان مأذوناً له بالزواج فإن ممثله القانوني هو من ينوب عنه في التقاضي .

مما يلاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية المغاربية متباينة ، في مسألة ضبط سن أهلية الزواج وتحمل التزاماته لكل من الفتى والفتاة وإن كانت متقاربة في ذلك ، ويرجع هذا التباين لاعتبارات كل مشروع سواء منها ما تعلق باعتبارات قانونية أو اجتماعية أو عرفية .

ولعل ما ذهب إليه كل من المشرعين الجزائري والموريتاني هو الأحسن والأصوب ، وإن اختلفا في تحديد السن القانوني لأهلية الزواج وتحمل أعبائه والتزاماته ، وذلك لكونهما وحدا تلك السن بين الفتى والفتاة ، وكذلك ربطاها بسن الرشد القانوني والذي بموجبه يكون الشخص أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات .

ثانياً - الصفة : حتى يتم الفصل في التراع ، ويؤخذ الحق لصاحبه ، لابد من تحديد من يحق له المطالبة ، ومن يصح أن توجه إليه هذه المطالبة <sup>(1)</sup> .

(1) محمد نجيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الفانيس ، عمان الأردن . الطبعة الثالثة . 2005

من أجل ذلك كان الاتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، وتبعهم في ذلك علماء القانون ، على اشتراط الصفة المخولة للدعاء والمخولة لتلقيه (1).

والمقصود بالصفة ، أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن وعلاقة ، وارتباط في القضية التي أثيرت حولها الدعوى ، وأن يعترف الشرع لكل منهما بهذه الصفة (2) ، وليس المقصود أي شأن ، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها ، وخصوصا في مثل مجتمع الدولة الإسلامية ... وإنما المقصود شأن يعترف به المشرع ، ويراها كافيا لتحويل المدعى حق الادعاء ، وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة (3).

وعلماء القانون اتفقوا على اشتراط الصفة ، واختلفوا في مفهومها ، فبعضهم يرى أنها تبرير مصلحة شخصية ومباشرة ، وبهذا تكون عبارة عن مظهر خاص للمصلحة .

ويرى البعض أن هناك فرقا بين الصفة والمصلحة الشخصية والمباشرة ، ومناصرو هذه النظرية يؤسسون حججهم على وجود حالات ترفع فيها الدعوى لا من صاحب الحق ، بل ممن يقوم مقامه قانونا أو قضاء أو بموجب اتفاق كالولي والوصي والوكيل ، ففي هذه الحالات تكون الصفة في شخص الممثل ، و أما المصلحة الشخصية فتتوفر في صاحب الحق (4) ، والرأي الثاني هو الأصوب حسب رأبي .

**ثالثا - حضور المدعى عليه :** اشترط الحنفية (5) ، وأحمد (6) في الدعوى أن تكون على خصم حاضر ، فلا تسمع الدعوى على غائب ، ولا تقبل البيينة والأدلة أثناء غياب المدعى عليه ، ولا يصدر الحكم إلا بحضوره ، واستدلوا على ذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لسيدنا علي رضي الله عنه : ((إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر)) (7) ، حيث نهي النبي ﷺ عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر ، والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منها عنه ، ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ، قال تبارك وتعالى :

(1) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ص 278 .

(2) محمد الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، ص 301 .

(3) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 278 .

(4) محمد إبراهيم ، الوجيز في الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعه 2002 ، 1/ 26 وما بعدها .

(5) الكاساني ، بدائع الصنائع 333/5 - السرخسي ، المبسوط ، تحقيق سمير مصطفى رباب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان الطبعه الأولى 2002 ، 41/17 - ابن نجيم ، البحر الرائق ، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعه الأولى 2002 ، 257 .

(6) موفق الدين بن قدامة ، الكافي ، تحقيق عبد الله بن محسن التركي ، دار هجر للنشر والطباعة والتوزيع ، الخيزرة ، مصر ، الطبعه الأولى 1997 ، 1276 .

(7) أخرجه الترمذي في باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما برقم 1331 ( الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة مصطفى السباعي الحلبي وأولاده ، مصر ، الطبعه الثالثة ، 1968 ، 6093 ) - وأخرجه البيهقي في سننه ( البيهقي ، السنن الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت 13710 ) - وابن حبان في صحيحه في باب القضاء برقم 5065 ( ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، تحقيق شعيب الأرنؤائي ، مطبعة دار الحديث ، بيروت ، لبنان ، الطبعه الثالثة ، 1993 ، 45011 ) . قال الترمذي حديث حسن .

﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ [ ص 26 ] .

وقد استثنوا حالات يجوز فيها القضاء على الغائب كالممتنع والمتمرد والهارب من مجلس القضاء ، أو يكون ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر<sup>(1)</sup>، وحتى في هذه الحالات قال بعض الحنفية بضرورة تنصيب خصم مسخر عن الغائب ترفع في مواجهته الدعوى<sup>(2)</sup>، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف<sup>(3)</sup>، وهذا خلاف لما ذهب إليه أبو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن الشيباني<sup>(4)</sup> حيث يقولان بعدم جواز القضاء على الغائب مهما كان سبب غيابه ، وظهر من الحنفية من يجيز القضاء على الغائب حتى ولو لم يكن ممتعا إذا كان بعيدا بتنصيب وكيل مسخر عنه ، فيجيب عن دعوى المدعي ، فينكر أو يدفع الدعوى<sup>(5)</sup> . وهو ما ذهب إليه خواهر زادة<sup>(6)</sup> .

والمنطق يقتضي أنه مادامت الدعوى من التصرفات المرتبطة بإرادة المدعي ، فليس من المعقول أن يشترط لصحة تصرفه أمر يتعلق بإرادة خصمه ، بل المنطق الفقهي يقضي بأن يكون حضور الخصم أثرا من آثار الدعوى لا شرطا فيها<sup>(7)</sup> .

وذهب جمهور الفقهاء<sup>(8)</sup> إلى جواز الدعوى على الغائب ، والقضاء عليه بشروط وأوصاف خاصة ، وإجراءات محددة ، وتعرف في الفقه بالقضاء على الغائب<sup>(9)</sup> .

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق 370/6 .

(2) انظر الكاساني ، بدائع الصنائع 448/5 .

(3) أبو يوسف : هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حنيفة بنت مالك من بني عمرو بن عوف ، ولد سنة 113هـ ، كان يحفظ التفسير والحديث وأيام العرب ، أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة وهو المقدم من أصحابه ، ولي القضاء لثلاثة خلفاء المهدي واهادي الرشيد ، مات ببغداد وقت الظهر 05 ربيع الأول سنة 182 هـ ، وقيل 06 ربيع الثاني سنة 181 أو 182 هـ . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 271 - 273 - 431 )

(4) محمد بن الحسن الشيباني : هو أبو عبد الله الشيباني من قرية تسمى حرسى من أعمال دمشق ، ولد بواسط سنة 132 هـ ، نشأ بالكوفة وسمع العلم عن الإمام الأعظم أبي حنيفة ، والأوزاعي ، والإمام مالك ، والثوري ومسر بن كدام ، ولاء الرشيد القضاء حين خرج معه إلى خراسان ، توفي بالري سنة 189 هـ وهو ابن 58 سنة . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر المضية ص 275 ) .

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق 26/7 .

(6) خواهر زادة : هو محمد بن الحسين بن محمد بن الحسن البخاري المعروف بأبي بكر خواهر زاده ، قال السمعاني : كان إماما فاضلا نحويا وله طريقة حسنة مبنية جمع فيها من كل فن وله كتاب المنسوط . توفي بخارى ليلة الجمعة في 25 جمادى الأولى سنة 483 هـ ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ص 327 ) .

(7) محمد نجيم ياسين . مرجع سابق ص 300 .

(8) الخفاف ، مواهب الخليل 396 - النووي ، المجموع شرح الهدى ، دارالمصنوع ، بيروت ، لبنان ، دت 20 163 - زكريا الأصبهاني ، فتح الوهاب 2 373 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 6 127 وما بعدها - البيهقي . اكتشاف الفتاوى 6 378 وما بعدها .

(9) محمد الخليل . السلسلة القضائية في الفقه الاسلامي ، ص 302 .

وأما عند أهل القانون ، فإنه لا يشترط حضور المدعى عليه لأجل أن تعتبر الدعوى صحيحة ؛ لأنها حق موجود قبل حصول المطالبة القضائية ، وهذا استعمال لها فقط ، ولكنهم اشترطوا ذلك في نظر الدعوى ، وتمشيا مع المبدأ العام في ضرورة مواجهة الخصوم بعضهم بعضا<sup>(1)</sup> .

غير أن القانون اشترط لصحة المطالبة المتمثلة في رفع الدعوى أن تستتب بإعلان المدعى عليه بالطريقة التي عينها القانون لذلك ، وفي خلال آجال معينة بعد قيدها لدى كتابة الضبط ، وإن لم يفعل ذلك اعتبرت دعواه كأن لم تكن ، وإن قيدت لدى كتابة الضبط<sup>(2)</sup> .

**البند الثاني - الشروط المتعلقة بالمدعى به ( المتنازع فيه ) : اشترط الفقهاء في المدعى**

**به ( المتنازع فيه ) ثلاثة شروط وهي :**

— أن يكون مصلحة<sup>(3)</sup> مشروعة .

— أن يكون معلوما .

— أن يكون محتمل الثبوت عقلا وعادة .

وسأحاول شرح كل شرط بإيجاز مبينا في كل مرة رأي أهل الفقه و رأي أهل القانون في ذلك .

**أولا - أن يكون المدعى به ( المتنازع فيه ) مصلحة مشروعة :** يشترط في المدعى به أن يكون مصلحة مشروعة ، أي : مصلحة يقرها الشرع ويحميها أيأ كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية .

أما إذا كان المدعى به لا يقره الشرع كالخمر ، ومال الربا ، والقمار ، والآثار المترتبة على الفاسد والباطل فلا يحميه الشرع ، ولا تقبل الدعوى به<sup>(4)</sup> .

وهذا الشرط وإن لم يذكر بهذه الصيغة في كتب الفقهاء إلا أنه متفق على مضمونه فالحنفية<sup>(5)</sup>

اشترطوا أن لا تكون الدعوى عبثا ، والمالكية<sup>(6)</sup> اشترطوا أن تكون الدعوى لغرض صحيح معتبر شرعا .

(1) محمد الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، ص 302 .

(2) انظر : قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، المواد 13 إلى 26 - مجلة المرافعات التونسية ، الفصول من 4 إلى 11 .

(3) والمصالح هي كل ما يفيد في حفظ الأركان الخمسة : الدين والعقل والنفس والسنل والمال ، فكل ما ينفع في حفظ هذه الأركان اعترف به الشارع الحكيم و حماد تمكن صاحبه من الدعوى إلى القضاء لاسترداده أو دفع العدوان عنه . ( انظر : الشاطبي ، المرافعات ، دار الفكر - بيروت - لبنان ، ص 72 وما بعدها ) .

(4) محمد الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ص 302 .

(5) محمد نعم ياسين ، مرجع سابق ص 303 ( هامش )

(6) الفرافي - الدحيرة ، تحقيق سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي . بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 ، 5/11 وما بعدها - محمد عيش ، مرجع الخار - مرجع سابق ص 303 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1989 ، 312 8 .

أما الشافعية<sup>(1)</sup> فيشترطون في المدعى به أن يكون حقا أو ما ينفع في الحق .

أما في القانون فإنه تزيها لساحات القضاء عن العبث ، وتوفيرا لوقت وجهد القضاء ، وسدا لباب الدعاوى الكيدية<sup>(2)</sup> فقد نصت تشريعات المرافعات<sup>(3)</sup> على اشتراط المصلحة<sup>(4)</sup> لقبول الدعوى ، والقاعدة أن المصلحة مناط الدعوى ولا دعوى بغير مصلحة ، بمعنى أنه يجب على المتقاضي أن يبرر مصلحته في رفع الدعوى<sup>(5)</sup> ، وقد وضع شراح القانون أوصافا للمصلحة بدونها لا تكون هذه الأخيرة متوفرة وهي :

— أن تكون المصلحة قانونية وشرعية بمعنى أنه يجب على المدعي أن يدعي بحق يعترف به القانون ويحميه<sup>(6)</sup> ، فالدعوى الرامية إلى إلزام المدعى عليه بدفع دين ناتج عن قمار أو رهان تكون غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة<sup>(7)</sup> .

— أن تكون المصلحة قائمة حالة بمعنى أن تكون ثابتة وموجودة فعلا ومحققة وقت رفع الدعوى<sup>(8)</sup> .

— أن تكون المصلحة إيجابية وملموسة بمعنى أنه حتى تكون الدعوى مقبولة يجب أن تكون المصلحة المحتج بها ذات أهمية<sup>(9)</sup> .

ثانيا - أن يكون المدعى به ( المتنازع فيه ) معلوما: يشترط في المدعى به أن يكون معلوما<sup>(10)</sup> والمقصود بكونه معلوما ما ذكره الدسوقي<sup>(11)</sup> في حاشيته بقوله : « المراد بعلم المدعى به تصويره أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي » ، وتمييزه عن غيره إما بالإشارة إليه كهذه السيارة ، أو ببيان

(1) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983 ، ص 508 .

(2) أحمد هندي ، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة 2002 ، ص 291 .

(3) انظر : قانون الإجراءات المدنية الجزائري المادة 459 - مجلة المرافعات التونسية الفصل 19 .

(4) اختلفت تعريفات القانونيين للمصلحة فمنهم من قال : أمّا الهدف المتوخى من رفع الدعوى ، ومنهم من قال : أمّا الفائدة العملية المرجوة من رفع الدعوى . ( عبد الوهاب بوضرة ، مرجع سابق ص 65 - سائح سنقوقة ، سائح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 351 ) .

(5) محمد إبراهيمي ، مرجع سابق ص 23 .

(6) المرجع نفسه ، ص 24 .

(7) المادة 612 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى تنص على : ( يحظر القمار والرهان ) .

(8) عبد الوهاب بوضرة ، مرجع سابق ص 100 .

(9) محمد إبراهيمي ، مرجع سابق ص 26 .

(10) انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع 332/5 - ابن نجيم ، البحر الرائق 273/7 - القراني ، الذخيرة 5/11 وما بعدها - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة سنة 2003 ، 222/4 وما بعدها - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، 447/6 - الماوردي ، الحاوي الكبير ، تحقيق عبي محمد معوض ومن معه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1994 ، 292/17 وما بعدها .

(11) الدسوقي : هو خمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزدي . ولد بقية دسوق بمصر ، لازم حضور دروس المشايخ كالمصعبدي والبردي . والجاحي ، وغيرهم . تصدر للتدريس فكان درسه جمع أدكياء الطلاب منهم أحمد الصاوي ، وعبد الله الصعدي ، وحسن العطار . له تأليف كثيرة رزق فيها القول منها حاشية على مختصر السعد ، وحاشية على الدردير على المختصر وغيرها . توفي بمصر ودفن في تربة الخاورين في ربيع الثاني سنة 1230 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 2 520 - عمر كحالة ، معجم المؤلفين - دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 292/8 - الأعلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة عند 2002 ، 176 ) .

حدوده للأرض والعقارات ، أو تعيين أوصافه بالجنس والنوع والصفة والمقدار ، أو بذكر اسمه ، وتختلف المعلوماتية بحسب المدعى به من عقار إلى منقول ، إلى نقود ، إلى أعيان<sup>(1)</sup> .

وجاء في تكملة حاشية رد المختار عن معنى معلومية المدعى به ، وهو : « بيان جنسه وقدره بالاجماع ؛ لأن الغرض إلزام المدعى عليه عند إقامة البينة، ولا إلزام فيما لا يعلم جنسه وقدره »<sup>(2)</sup> .

ويستثنى من هذا المشرط عدة حالات تقبل فيها الدعوى مع جهالة المدعى به ، أو عدم تقديره ، كالدعوى بالإقرار ، والوصية ، والرهن ، والإبراء ، والكفالة ، مع الاختلاف في بعضها وفي عددها ، وكذلك تجوز الدعوى مع جهالة المدعى به إذا كان يتوقف على تقدير القاضي كدعوى الإلتلاف ، والضمان والنفقة وفرض المفوضة والمتعة وغيرها<sup>(3)</sup> .

غير أن تخلف هذا الشرط أي: شرط المعلوماتية لا يؤدي إلى رد المدعي فوراً وإخراجه من مجلس القضاء ، وإنما يطالب بتصحيح دعواه وإكمالها ، وذلك بذكر المدعى به مفصلاً ، فإن امتنع عن ذلك أو عرفه تعريفاً ناقصاً أدى ذلك إلى رد دعواه ، وإن فعل ذلك أي : صحح دعواه بذكر المدعى به مفصلاً صحت دعواه وطلب من المدعى عليه الجواب إما بالإقرار أو بالإنكار<sup>(4)</sup> .

أما في القانون فيشترط شراح قانون المرافعات أن يكون في عريضة الدعوى عرض موجز عن النزاع ، لتنتهي إلى الطلبات<sup>(5)</sup> التي يرغب المدعي في تقديمها والحصول عليها ، ويتعين أن تكون العريضة واضحة تمام الوضوح سواء بشأن الوقائع أو الطلبات ؛ لأن عدم وضوح الوقائع والطلبات قد يتسبب في رفضها ، وقد قضت المحاكم برفض الدعوى لعدم وضوح الطلبات وتحديدها<sup>(6)</sup> .

ثالثاً - أن يكون المدعى به ( المتنازع فيه ) مما يحتمل الثبوت عقلاً وعادة : اشترط الفقهاء في المدعى به أن يكون مما يحتمل الثبوت عقلاً وعادة .

فالحنفية<sup>(7)</sup> قالوا : ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت ، بأن لا يكون مستحيلًا عقلاً ، أو عادة ، فإن الدعوى ، والحال ما ذكر ظاهرة الكذب ، لأن المستحيل العادي كالمستحيل العقلي ، مثال المستحيل عادة دعوى من معروف بالفقر والحاجة ، وهو يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهباً نقداً دفعة واحدة ، وأنه تصرف فيها لنفسه ، وأنه

(1) محمد الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ص 303 .

(2) محمد علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار 142 .

(3) انظر : الفرائي ، الدخيرة 6 11 - الماوردي ، الحاوي الكبير 298 17 الخطيب الشربيني . معنى الختاج 447 6 .

(4) محمد عبد ياسين . مرجع سابق ص 373 .

(5) المقصود بها المدعى به .

(6) سانج سفيوفة . مرجع سابق ص 25 .

(7) ابن عابدين ، الحاوي الكبير 324 7 - محمد علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار 162 .



يطالبه برد بدلها ، فمثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضي لخروجها مخرج الزور ، و الفجور ، ولا يسأل المدعى عليه عن جواها .

المالكية<sup>(1)</sup> ، والحنابلة<sup>(2)</sup> يشترطون في المدعى به أن لا يتعارض مع العرف والعادة ودليلهم في ذلك قول الله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [ الأعراف 199 ] ، وما استدل به ابن قيم الجوزية<sup>(3)</sup> من قوله ﷺ : (( ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح ))<sup>(4)</sup> ففي الحديث دعوة إلى وجوب اعتبار العرف السائد بين المسلمين ، لأنهم لا يتفقون إلا على ما يرضاه الله تعالى ، فوجب رد ما أحاله العرف ، وقبول ما قبله<sup>(5)</sup> . إذ لا يمكن عندهم مثلا أن تأتي المرأة بعد سنين متطاولة<sup>(6)</sup> تدعي على الزوج أنه لم يكسها في شتاء ولا صيف ، ولا أنفق عليها شيئا ، فهذه الدعوى لا تسمع لتكذيب العرف والعادة لها ، ولا سيما إذا كانت فقيرة والزوج موسرا .<sup>(7)</sup>

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المالكية ويوافقهم في ذلك ابن قيم الجوزية من الحنابلة ، وهو مروى أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وعن فقهاء المدينة السبعة<sup>(8)</sup> أنهم يشترطون أن تكون هناك مخالطة ومعاملة<sup>(9)</sup> بين المدعي والمدعى عليه لسماع دعوى المدعي وتحليف المدعى عليه ، وإذا لم تكن بينهما خلطة ومعاملة وكانت الدعوى فيما لا يخالف العرف ، فعلى المدعي أن يأتي ببينة حتى تسمع دعواه وإلا فليس له تحليف

(1) القرافي ، الذخيرة 12/11 .

(2) ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1995 ، ص 66 وما بعدها .

(3) ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ، كان أبوه قيمياً على المدرسة الجوزية بدمشق التي بناها ولد الشيخ ابن الجوزي ، فعرف بذلك . علم أعلام الإصلاح الديني في القرن الثامن الهجري . ولد في دمشق . تتلمذ على يد ابن تيمية حيث تأثر به تأثراً كبيراً وهو الذي هذب كنهه ، ونشر علمه ، سحن ابن قيم الجوزية وعذب عدة مرات . ومن أبرز كتبه كتابه الشهير الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، كما أن له العديد من المؤلفات الأخرى في الشريعة والتفسير والفقهاء نذكر منها : أعلام الموقعين ، زاد المعاد ، مدارج السالكين ، تلبس إبليس ، وغيرها . ( عمر كحالة ، معجم المؤلفين 106/9 وما بعدها ) .

(4) أخرجه الحاكم في مستدركه . وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا . ( الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دت ، 78/3 وما بعدها ) .

(5) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 381 .

(6) أي : عديدة أو طويلة .

(7) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية ، ص 68 .

(8) عبارة بصفتها العنفاء على سعة من التابعين كانوا متعاضرين بالمدينة المنورة ، وهم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود . وخارجة بن زيد بن ثابت وسيمان بن يسار . واختلف في السابع فقبل هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وهو قول الأكثر . وقبل هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب . وقبل هو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي . ( محمد محسوف ، وشجرة نوري الركبة ص 1 29 وما بعدها - التركي ، الأعلام ، 2 ، 65 . ) .

(9) . ههنا شرط آخر عند شرط أن يكون المدعى به لا يتعارض مع العرف والعادة .

خصمه<sup>(1)</sup> ، وهو المشهور في مذهب المالكية ، و به قال مالك وعمامة أصحابه ، لكن المعتمد قول ابن نافع<sup>(2)</sup> لجريان العمل به ومعلوم أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه<sup>(3)</sup> ، وقول ابن نافع هو أن تتوجه اليمين للمدعى عليه ولو لم تثبت الخلطة .

أما الشافعية<sup>(4)</sup> فإنهم اشترطوا أن يكون المدعى به محتتمل الثبوت في العقل وقالوا تسمع الدعوى من المدعي على خصمه وإن لم يعلم بينهما مخالطة ولا معاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس فتصح دعوى دنيء على شريف وإن شهدت قرائن الحال بكذبه كأن ادعى فقير استئجار أمير أو فقيه لعلف دوابه أو كنس بيته.

عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) انظر : الدسوقي ، حاشية الدسوقي 4/225 - ابن القيم الحوزية . الطرق الحكمية ، ص 68 .  
(2) ابن نافع : هو أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني شذوذ المعروف بالصانع ، روى عن مالك وتفقه به ونظراته ، وصححه أربعين سنة ، كان أمياً لا يكتب وكان حافظاً سمع منه سحنون وكبار أتباع مالك ، له تفسير في الموطأ رواه عنه يحيى بن يحيى . توفي بالمدينة سنة 186 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة البور الركية 1/84 ) .  
(3) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 4/225 .  
(4) الشافعية ، حاشية الشافعية 10/298 .

## المطلب الثاني

### التمييز بين المدعي والمدعى عليه

إن تمييز المدعي عن المدعى عليه من أهم الأمور التي تعين القاضي على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها ، وكان الاعتماد على هذا الظاهر في كل قضية من دواعي التنكب<sup>(1)</sup> عن مواطن الدقة في الأحكام ، بالتالي الظلم الذي أبطله الشارع ، وهدد أهله بشر العقاب ، وذلك أن الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبينه على المدعي ، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يثبتها المدعي بالبينه ، والعبء الأول أثقل من العبء الثاني فلو أخطأ القاضي في التمييز بينهما لحل المطلوب بالعبء الأخف : وهو المدعى عليه بعبء أثقل مما جعله عليه الشارع ، فيكون ظلما كبيرا<sup>(2)</sup>.

جاء في شرح الميارة : « والمدعي والمدعى عليه ركنان ، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفته بالدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب ومن يطالب بالبينه أو باليمين والدعوى التي يطالب المدعى عليه بجوابها وغيرها إلى غير ذلك... وذلك كالطبيب والمريض فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء ، ولذلك قال سعيد بن المسيب<sup>(3)</sup> : من عرف المدعي من المدعى عليه فقد عرف وجه القضاء »<sup>(4)</sup>.

## الفرع الأول

### التمييز بين المدعي والمدعى عليه في الفقه

قد بذل الفقهاء جهدا عظيما من أجل وضع الضوابط التي يستعين بها الحكام على التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، فهناك آراء ، واجتهادات كثيرة جدا ، ذكرت في كتب الفقهاء وجدت بينها كثيرا من التشابه ، وسأحاول عرضها بإيجاز :

(1) نكب عن الشيء وعن الطريق ينكب نكبا ونكوبا ونكب ونكبا ونكب وتنكب عدل ، تقول نكب فلان عن الصواب ينكب نكوبا إذا عدل عنه ونكب عن الصواب تنكيبا . ( ابن منظور ، لسان العرب باب نكب 4535/6 )

(2) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 176 .

(3) سعيد بن المسيب : هو سعيد بن المسيب ابن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم بن يقظة ، أبو محمد القرشي المخزومي ، عالم أهل المدينة ، أحد الفقهاء السبعة فيها وسيد التابعين في زمانه . ولد لستين مضنا من خلافة عمر رضي الله عنه ، وقيل : لأربع مضين منها بالمدينة . رأى عمر . وسمع عثمان ، وعلياً ، وزيد بن ثابت ، وأبا موسى . وسعداً ، وعائشة وأبا هريرة ، وابن عباس ، ومحمد بن مسلمة ، وأم سلمة ، وحلقا سواهم . وقيل : إنه سمع من عمر . وروى عن أبي بن كعب وبلال وسعد بن عباد ومرسلا . وأبي در وأبي الدرداء كذلك . روى عنه خلق كثير : منهم زيد بن أسلم ، وأسماء بن زيد النبي ، وإسماعيل بن أمية ، وحشر وعدهم . توفي بالمدينة سنة إحدى - وقيل اثنتين ، وقيل ثلاث . وقيل أربع ، وقيل خمس - وتسعين للهجرة . وقيل إنه توفي سنة خمس ومائة . ( الذهبي . سير أعلام النبلاء ، 2174 وما بعدها - ابن خلكان ، وميات الاعيان . تحقيق : حسنا عباس ، دار صادر . بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى . 1994 ، 375 2 ) .

(4) العاصم ، شد - ميارة 26 . 1

**البند الأول - الأخذ بمعيار ترك الخصومة :** وهو مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> ، والحنابلة<sup>(2)</sup> ، وبعض من فقهاء الشافعية<sup>(3)</sup> ، وهو : أن المدعي من يستدعي على الغير بقوله ، و إذا ترك الخصومة يترك ، والمدعى عليه من يستدعي عليه الغير ، و إذا ترك الخصومة لم يترك ، وقد قال جمهور الحنفية أنه التعريف الأرجح والجامع ، ولا يخرج عليه شيء من الفرعيات ، حيث قالوا : « وهو حد عام وصحيح »<sup>(4)</sup> .

وهو تفسير يختلف عن التفسير العرفي للمدعي ، كما ذهب إلى ذلك بعض العلماء<sup>(5)</sup> ، حيث إن المدعي في العرف هو أول ذاهب للقضاء من المتنازعين، لكن العرف في كثير من الأحيان يخطئ في معرفة المدعي بمعناه المقصود شرعا ، إذ ربما كان هذا الذاهب إلى القضاء أولا هو المدعى عليه في حقيقته الشرعية<sup>(6)</sup> .

وهذا الذي أوردوه ، يمكن أن يقاس عليه أي دفع من الدفوع ، فإن مدعيه هو في الأصل مدعي عليه في الدعوى الأصلية ، ولكن لا يقال بأنه ليس مدعيًا بالنسبة للدفع الذي أبداه ، بل هو كذلك ؛ لأنه لو ترك الخصومة في موضوع الدفع الذي وجهه للدعوى الأصلية ، لما أجبر على الدخول فيه ، بغض النظر عن الخصومة الأصلية ، فإنه يظل مجبرا عليها<sup>(7)</sup> .

**البند الثاني - الأخذ بمعيار من يخالف قوله الظاهر :** وهو مذهب المالكية<sup>(8)</sup> ، والشافعية<sup>(9)</sup> ، وبعض الحنابلة<sup>(10)</sup> وبعض الحنفية<sup>(11)</sup> ، وهو: أن المدعي من يخالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه هو من يوافق قوله الظاهر ، أو بمعنى آخر : أن المدعي من تجرد قوله حال الدعوى من مصدق من أصل أو معهود

(1) السرخسي ، المسوط 34/17 - الكاساني ، بدائع الصنائع 336/5 - ابن نجيم ، البحر الرائق 275/7 - السمرقندي ، تحفة الفقهاء دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1994 ، 182/3 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2002 ، 6/4 .

(2) المرادوي ، الإحصاف 276/11 - البهوتي ، كشاف القناع 409/6 - ابن مفلح ، المدع شرح المنقح ، دار عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، طبعة سنة 2003 ، 112/10 .

(3) الشرواني ، حواشي الشرواني 357/10 - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 446/6 - الماوردي ، الحاوي الكبير 292/17 - الرملي ، نهاية المحتاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2005 ، 302/8 .

(4) السرخسي ، المسوط 34/17 - الكاساني ، بدائع الصنائع 336/5 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية 6/4 - ابن نجيم ، البحر الرائق 275.7 - السمرقندي ، تحفة الفقهاء 182/3 .

(5) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 178 .

(6) المرجع نفسه ، ص 178 (بتصرف) .

(7) المرجع نفسه ، ص 179 .

(8) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 222/4 - الدردير ، الشرح الكبير ، دار إحياء الكتب العربية . بيروت ، لبنان ، دت 143/4 - الفرافي ، الذخيرة 7 11 وما بعدها .

(9) الشدادي وابن القاسم . حواشي الشرواني . وابن القاسم 357 10 - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 446 6 - الرملي ، نهاية المحتاج 302 8 - الحنبلي ، كفاية الأحبار . تحقيق كامل محمد عويضة . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ضعة سنة 2001 ص 743 .

(10) ابن مفلح ، المدع شرح المنقح 10- 112 - المرادوي . الإحصاف 276 11 .

(11) السرخسي ، المسوط 34/17 - الكاساني ، بدائع الصنائع 336/5 - ابن نجيم ، البحر الرائق 275.7 - السمرقندي ، تحفة الفقهاء 182/3 .

عرفا ، أي : ما لم يكن له ما يصدق من هذين ، ولذا طلب منه البينة ليصدق ، أما المدعى عليه فهو من تمسك بأصل أو عرف ، والأصل في الأشياء العدم .

وقد اعترض على ذلك بأن الوديع<sup>(1)</sup> إذا ادعى الرد أو التلف يخالف قوله الظاهر مع أن القول قوله .

والرد على ذلك أنه يدعي أمرا ظاهرا ، وهو بقاءه على الأمانة ؛ لأن الأمانة يصدقون في الرد يمينهم فهم مدعون ؛ لأنهم يدعون الرد وهو خلاف الظاهر ، واكتفي منهم باليمين ؛ لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك<sup>(2)</sup> ، وذلك مراعاة للمصلحة العامة حتى لا يتهرب الناس من الأمانة .

والمقصود بالأصل هو : القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة ، أو الدلالة المستمرة ، أو استصحاب الحال الأول<sup>(3)</sup> .

ويعرفه البعض بأنه : الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص عليه ، بل يعتبر مسلما بنفسه<sup>(4)</sup> ، وهو ما يسمى عند الشافعية بالظاهر بنفسه<sup>(5)</sup> .

ومن الأصول<sup>(6)</sup> ، والتي أورد ذكرها على سبيل المثال لا الحصر :

— الأصل براءة الذمة من الحقوق — الأصل افتراض صحة الإنسان حتى يثبت مرضه — الأصل عدم المضارة والتعدي — الأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يثبت علمه — الأصل في الإنسان الفقر — الأصل السلامة من العيوب — الأصل بقاء ما كان على ما كان<sup>(7)</sup> .... إلخ .

أما الظاهر وهو ما سماه الشافعية بالظاهر بغيره فالمقصود به أمران :

— العرف ، ويسميه البعض المعهود والغالب والعادة<sup>(8)</sup> .

— القرائن ، وظواهر الحال ، وغلبة الظن<sup>(9)</sup> .

هذه الأمور المرجحة لجانب أحد المتداعيين، فيجعل مدعيا ، والآخر مدعى عليه حسب هذا

(1) الوديع : من ودع الشيء يدعه ودعا إذا تركه ، ومنها ودائع ووضائع المال ، واستودعه مالا وأودعه إياه دفعه إليه ليكون عنده ودية وأودعه قبل منه الودية ، ومنها الوديع وهو الأمين على المال المودع عنده . ( ابن منظور ، لسان العرب مادة ودع 4796/6 وما بعدها - الزبيدي ، تاج العروس مادة ودع 294/22 وما بعدها )

(2) البحريني ، حاشية البحريني على الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1996 ، 356:5 .

(3) الخطاط ، مواهب الجليل 126/6 .

(4) مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص 1064 .

(5) السبوطي ، الانتباه والفتاوى ص 64 وما بعدها .

(6) محمد عيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 182 .

(7) مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص 1065 .

(8) محمد عيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 183 .

(9) نازح نفسه والصفحة نفسها .

الضابط ، تجعل الأمر يبدو سهلا ، لكن هذا في بعض الأحوال لا جميعها ، ومن ذلك عند عدم وجود أحد هذه المرجحات ، أو عند تعارض تلك المرجحات بأن توجد عند المتداعيين سواء (1) .

وقد أوجب على هذا الاعتراض :

عند المالكية إذا تعارض الأصل مع الظاهر المكتسب من العرف والقرائن ، فإنه يقدم الظاهر المكتسب من العرف والقرائن (2) ، والدليل قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾

[ الأعراف 199 ] ، إلا إذا عارضه أصل براءة الذمة (3) ، لأن هذا الأصل من أقوى الأصول الشرعية وأعمها وأرسخها بالتطبيقات الفرعية الكثيرة التي لا حصر لها (4) .

ومن الأمثلة على تعارض الظاهر المكتسب من العرف والأصل : أن تدعي المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها ، فالأصل عدم النفقة ، والغالب النفقة ، فيقدم الغالب ، ويكون القول قول الزوج . أما في حالة عدم وجود المرجحات عند كل من المتداعيين ويتكافآن ، فإنهما يحلفان جميعا ، ويقتسمان المتنازع عليه .

عند الشافعية إذا تعارض الأصل وهو الظاهر بنفسه عندهم ، مع العرف وقرائن الأحوال ، وهو الظاهر بغيره عندهم ، فإنه يقدم الظاهر بنفسه على الظاهر بغيره ، ففي المثال السابق الذي ذكرته من دعوى المرأة على زوجها الحاضر عدم النفقة ، فإنه عند الشافعية القول قول المرأة ، والبينة على الزوج (5) .

أما إذا تعارض ظاهران من قوة واحدة ، كأن يكونا مستفادين من أصل واحد ، أو من أصليين في قوة واحدة ، كان كل واحد منهما مدعيا مكلفا بالبينة (6) .

**البند الثالث - المنكر هو المدعى عليه :** وقد ذهب إليه محمد من الحنفية وهو أن أصل معرفة المدعى من المدعى عليه أن ينظر إلى المنكر منهما ، فهو المدعى عليه ، والآخِر المدعى (7) ، والدليل على ذلك قوله ﷺ : (( اليمين على من أنكر )) (8) .

(1) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 183 .

(2) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 224/4 .

(3) القرافي ، الذخيرة ، 8/11 .

(4) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 184 .

(5) مرجع نفسه ص 187 (تصرف) .

(6) مرجع نفسه ، ص 188 .

(7) نسرجسي ، المسبوط 34 17 - الكاساني ، دائع الصنائع 336 5 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية 6/4 - ابن نجيم ، البحر الرائق 275 7 - السمرقندي ، نعمة الفقهاء 182/3 .

(8) علقم بن الوليد ، الكافي 252 10 - ابن أبي عمير ، دلائل الفقيه 1 - ابن أبي عمير ، دلائل الفقيه 188 ، 96/5 .

قال السرخسي<sup>(1)</sup> : « وهذا أهم ما يحتاج إلى معرفته ... وما ذكره ... كلام صحيح ، فإن النبي ﷺ جعل المدعى عليه المنكر بقوله ﷺ : (( واليمين على من أنكر )) ، ولكن تمام بيان الحد لا يحصل بها فقد يكون مدعيا صورة واليمين في جانبه كالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها ، وذو اليد إذا قال : العين لي فهو مدع صورة ولا يخرج من أن يكون مدعيا عليه ، ولكن الفرق بينهما على ما قاله بعض أصحابنا رحمهم الله : أن المدعى من يستدعي على غيره بقول ، وإذا ترك الخصومة يترك ، والمدعى عليه من يستدعي عليه بقول الغير ، وإذا ترك الخصومة لم يترك »<sup>(2)</sup>.

وجاء في الفتاوى الهندية : « وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله تعالى ؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور والمباني ، فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول له مع اليمين ، وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان »<sup>(3)</sup> ، والمعنى : أن المدعى يدعي فراغ ذمته من الضمان ، ولهذا تقبل بينته اعتبارا للصورة ، ويجوز على الخصومة ، ويحلف اعتبارا للمعنى<sup>(4)</sup>.

**البند الرابع - المطالب بالحق هو المدعي والمدعى عليه المطالب :** وقد ذهب إليه كثير من فقهاء الحنابلة<sup>(5)</sup> ، وبعض فقهاء الحنفية<sup>(6)</sup> ، وقد ورد عبارات عدة ولكنها تصب في المفهوم نفسه حيث قالوا :

— المدعى : من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، والمدعى عليه : من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه .

— المدعى : من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا ، أو حقا ، والمدعى عليه : من يدفع ذلك عن نفسه .

— المدعى : من يخبر عما في يد غيره لنفسه ، والمدعى عليه : من يخبر عما في يد نفسه لنفسه .

وهذه المعايير كثيرا ما تقصر في وضع الحد الفاصل بين المدعي والمدعى عليه ، ومنها ما يختص ببعض

(1) السرخسي : هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي ، علم من أعلام الحنفية ، كان إماما علامة حجة متكلم فقيها أصوليا مناظرا ، لزم الشيخ أباه محمد عبد العزيز الحلواني حتى تفرج ، وصار أنظر أهل زمانه ، له تأليف كثيرة منها المبسوط الذي أملاه وهو في سجن باوزجند ، تفقه على يديه أبو بكر محمد ابن إبراهيم الحصري ، وأبو عمر ، وعثمان بن علي بن محمد البكنيدي وغيرهم توفي في 490 هـ . ( ابن أبي الرقاء ، الخواهر المصيبة ص 314 وما بعدها ) .

(2) السرخسي ، السبوط 34/17 .

(3) خطاه الدين ، الفتاوى الهندية 6:4 .

(4) بن أبي ، البحر الرائق 275:7 .

(5) نرداوي ، الإصناف 276:11 - البهوتي . كشاف القناع 6 409 .

(6) ابن أبي ، بيان الصانع 336 5 .

الدعاوى دون غيرها ، مثل التعريف الأخير فإنه يتناول إلا ما يتعلق بدعاوى العين فقط<sup>(1)</sup> .

**البند الخامس - المدعى من يشتمل كلامه على إثبات ، والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي :** وقد ذهب إليه بعض الحنفية<sup>(2)</sup> ، حيث قالوا : المدعى من يشتمل كلامه على إثبات ، ولا يصير خصما بالتكلم بالنفي ، فإن الخارج لو قال لذي اليد : هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما مدعيا ما لم يقل : هو لي ، والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي ، فيكفى به منه ، فإن ذا اليد إذا قال : ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر ، وقوله : هو لي ، فصل من الكلام غير محتاج إليه .

وقالوا : المدعى من يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة ، كذي اليد فإنه إذا قال : هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه .

وهذا المعيار لا يعطي الحد الصحيح دائما ، فالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها فهو مقبول القول في ذلك ؛ لأن الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه ، أو لأنه منكر الضمان في ذمته فكان مدعى عليه ، فعلى الوجه الأول يحلف لنفي التهمة ، وعلى الوجه الآخر يحلف لإنكاره الضمان .

**البند السادس - المدعى هو الطالب ، والمدعى عليه هو المطلوب :** وقد ذهب إليه بعض المالكية<sup>(3)</sup> وبعض الشافعية<sup>(4)</sup> ، وبعض الحنابلة<sup>(5)</sup> ، وهو أن المدعى : هو الطالب ، والمدعى عليه : هو المطلوب . أو بعبارة أخرى المدعى : هو الجالب للقضاء ، والمدعى عليه : هو المجلوب للقضاء . وهذا الرأي ينطبق مع الرأي السائد عرفا الذي يذهب إلى أن المدعى : هو الشاكي أو الذاهب أولا إلى القضاء ، والمدعى عليه : هو المشكو منه .

لكن هذا ليس صحيحا في كثير من الأحيان ، إذ ربما كان هذا الذاهب إلى القضاء أولا هو المدعى عليه في حقيقته الشرعية<sup>(6)</sup> .

يقول الإمام القرافي<sup>(7)</sup> : « ليس كل طالب مدعيا ، بل قد يكون مدعى عليه ، كالتيمم إذا بلغ ،

(1) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 193 .

(2) السرخسي ، المبسوط 34/17 - الكاساني ، بدائع الصنائع 336/5 - ابن نجيم ، البحر الرائق 275/7 .

(3) الدردير ، الشرح الكبير 143/4 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 4 222 .

(4) الماوردي ، الحاوي الكبير 292/17 .

(5) المرادوي ، الإنصاف 276/11 .

(6) محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص 178 .

(7) القرافي : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي . فقيه مالكي وعلم من أعلام الأصول . ولد بالهسنة بصرى وأصله من مساهجة بالمغرب . تلقى علومه عن كبار علماء عصره ومنه العز بن عبد السلام ، وحمال الدين بن الحاجب ، وقاضي القضاة شمس الدين الإدريسي . وشرف الدين المكياني وغيرهم . كان إماما عالمنا الفقه ، أصوله والتفسير والحديث والعلوم العقلية وعمم الكلام والنحو . غلبت عليه رئاسة المالكية في عصره . وسبب تسميته القرافي أنه سكن وهو تلميذ القرافي (تتقرب) مدة يسيرة ، وكان يأتي إلى الدرس من تلك الجهة ، فأرد كاتب الدرس . ومما يروى أن القرافي كان يقرأ في كتابه في الفقه المالكي . وكان يقرأ في المؤلفات كتبه في الفقه المالكي . ومنها : تنقيح الفوائد .



وادعى عدم قبض ماله تحت يد الوصي ، فإنه مدعي عليه البينة ، وطالب الوديعة التي سلمها ببينة مدعي عليه ، ولا يقبل قول المطلوب المدوع إلا ببينة . أن الوصي ما يؤمنه الله في الدفع لأمره إياه فيه بالإشهاد ، والمدوع لم يؤمن المدوع عنده ، لأنه أشهد عليه عند الدفع ، فقد أمنه على الحفظ دون الرد ونظائره كثيرة»<sup>(1)</sup>.

**الخلاصة :** والواقع العملي يكشف أن الرأي الأول والثاني يؤيدان في كثير من الفروع إلى نتائج واحدة ، اللهم إلا في بعض الفروع المعدودة التي ذكروا منها : قضية الزوجين الكافرين اللذين أسلما قبل الوطاء ، فقال الزوج : أسلما معا ، فالنكاح باق بيننا ، وقالت المرأة : بل أسلما بالترتيب ، فلا نكاح بيننا ، فقد قالوا : إن ما قاله الزوج خلاف للظاهر المستفاد من الغالب ، لأن الغالب وقوع إسلامهما مرتبا ، لا معا ، فهو المدعي بناء على الرأي الثاني ، ولكنه لو سكت عن ذلك لأجبر على الخصومة ، فهو المدعي عليه بناء على الرأي الأول ، فعلى الرأي الأول يحلف الزوج ويبقى النكاح ، وعلى الرأي الثاني تحلف الزوجة ويرتفع النكاح<sup>(2)</sup>.

وعلى أية حال ، فإن الفرعيات نادرة ، فالمساران متقاربان من حيث النتائج ولكن الرأي الأول أسهل تطبيقا ، والرأي الثاني أعسر تطبيقا لما فيه من مشقة على القاضي ، إذ عليه أن يكون واسع الاطلاع على الأعراف ، ودلائل الحال ، وهذا عسير لكون الأعراف تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة .

أما بالنسبة للآراء الأخرى ، وإن كان فيها بعض القصور عن التحديد الدقيق للحد الفاصل بين المدعي والمدعي عليه ، إلا أنه على القاضي أن لا يهملها ، بل عليه أن يستعين بها .

## الفرع الثاني

### التمييز بين المدعي والمدعى عليه في القانون

من المقرر عند علماء القانون — كما هو الحال في الفقه الإسلامي — أنه يفترض في كل دعوى مرفوعة أمام القضاء وجود طرفين فيها ، وهما : المدعي والمدعى عليه<sup>(3)</sup> ، والقوانين لم تتعرض لتعريفهما ؛ لأن هذا من شأن الفقه ، فكان تعريف كل منهما عند أهل القانون هو كالاتي :

المدعي هو : ذلك الشخص ... المتقدم إلى القضاء مطالبا بالحكم له بما يدعيه في مواجهة شخص

<sup>(1)</sup> اختصار الأصول في أصول الفقه ، الدخيرة في الفقه ، شرح تهذيب والفروق ، وشرح الخلاب وغيرها ، ( محمد مخلوف . شجرة النور الزكية ، دار الكنت - العنسة ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2003 . 270 ) .

(1) نقراي . الدخيرة 7 11 وما بعدها .

(2) محمد عجم ياسين ، مرجع سابق ، ص 191 ( تصريف ) .

3 . : : : : : 197 .

آخر يدعى المدعى عليه ، ... وتحقق صفة المدعي بمجرد تقييد الدعوى بسجل كتابة ضبط المحكمة ، أي : بالمطالبة القضائية ، وتستمر هذه الصفة في الخصومة إلى حين صدور الحكم فيها<sup>(1)</sup> .

والمدعى عليه هو : ذلك الشخص ... المقصود بالدعوى المرفوعة من المدعي ، وتحقق هذه الصفة لدى المدعي بمجرد المطالبة القضائية . وتحقق هذه الصفة لدى المدعى عليه ليس بالمطالبة القضائية ... ، وإنما من إبلاغه بالعريضة الافتتاحية طبقاً للقانون ، إذ لا يمكن أن يتصور نفسه مدعى عليه دون علمه بأنه مطلوب ... ، وتستمر هذه الصفة أثناء الخصومة إلى حين صدور الحكم فيها<sup>(2)</sup> .

يتبين مما سبق أن علماء القانون يعتمدون في التمييز بين المدعي والمدعى عليه على ما هو متعارف عليه ، وهو أن المدعي هو الشاكي ، والمدعى عليه هو المشكو منه .

والحق أن هذا الذي ذهبوا إليه لا يصلح للكثير من الأحكام القانونية المترتبة على أساس التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، فمن المقرر مثلاً أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي ، وهذا تكليف ثقيل ينبغي أن يوضع في محله ... ؛ لأن المنطق القانوني والذي صرح به علماء المرافعات يقضي بأن يكون عبء الإثبات على عاتق من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو الثابت ، وهذا الذي يدعي خلاف الأصل أو الظاهر قد لا يكون هو البادئ بالخصومة ، كما هو الحال في جميع الدفوع ، والمشكو منه قد يكون هو الذي خالف قوله الظاهر والأصل ، فوجب عدم الركون إلى المتبادر من لفظي المدعي والمدعى عليه<sup>(3)</sup> .

وفي الأخير أقول أن على قضاتنا أن يستنبطوا بما ذهب إليه الفقه الشرعي في التمييز بين المدعى عليه ، وذلك لكونه الأقرب لتحقيق العدل بين المتنازعين ، لما لهذا التحديد من أهمية تظهر فيما يلي من الأحكام<sup>(4)</sup> :

- أن المشرع قد ألقى عبء الإثبات على المدعي دون المدعى عليه .
- المدعي هو الذي يتحمل مصاريف الدعوى ، إذا قضي فيها بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفتها ، أو بعدم قبولها ، أو برفضها .
- كما يفيد التمييز بينهما في تحديد المحكمة المختصة ، والتي يكون في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه .
- وكذلك غياب المدعي يخضع لقواعد تختلف عن قواعد غياب المدعى عليه .

(1) عبد الوهاب بوحرمة ، مرجع سابق ، ص 14 .

(2) المدعي عليه ص 15 .

(3) محمد عبد ياسين ، مرجع سابق ، ص 198 .

(4) المدعي عليه ، ص 198 وما تلاها .

الفصل الأول  
في النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

### التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

- المبحث الأول: التنازع في الزواج وما يتعلق به.  
المبحث الثاني: التنازع في بعض فرق الزواج وما يتعلق بها.  
المبحث الثالث: التنازع في الضرر.

# الفصل الأول

## التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

للحياة الزوجية جانب شخصي يرتبط ارتباطا وثيقا بشخص الزوجين سواء تعلق الأمر بالجانب المادي ؛ أي : الجسماني أو الحسي ، أو ما تعلق بالجانب المعنوي الذي يمس الأحاسيس والمشاعر . ولعل أهم هذه الأمور :

- الزواج وما يتعلق به من أمور يمس شخص الزوجين ، كالعيوب التي قد تكون مانعا من استدامة العشرة بينهما ، و النسب الذي يعتبر من أهم أثار الزواج ، والحقوق التي تتعلق بشخص الزوجين .
- بعض فرق الزواج كالطلاق و الخلع ، وما يتعلق بهما من أثار كالعدة والرجعة.
- الضرر الذي يمس الزوجين وما ينتج عنه من أثار ، إذ قد يكون سببا من أسباب الفرقة .

كل هذه المسائل أحاطها الشارع الحكيم ثم المشرعون القانونيون بجملة من الشروط والأحكام بحيث تجعلها في منأى عن التنازع والتخاصم والاختلاف ، لكن الإخلال بتلك الشروط والأحكام إن عن جهل أو عن عمد سيؤدي حتما إلى التنازع بشأها .

ومن خلال هذا الفصل سأحاول إلقاء الضوء على أحكام التنازع الذي قد ينشأ بين الزوجين حول هذه المسائل التي ذكرتها متبعا في ذلك التقسيم الآتي :

المبحث الأول : التنازع في الزواج وما يتعلق به .

المبحث الثاني : التنازع في بعض فرق الزواج وما يتعلق بها .

المبحث الثالث : التنازع في الضرر .

## المبحث الأول

### التنازع في الزواج وما يتعلق به

يعتبر الزواج من أهم العقود التي يرمها الإنسان في حياته وأخطرها ، وذلك لما يترتب عليه من آثار ، كحل الاستمتاع بين الزوجين إذ كان هذا محرما بينهما وأصبح مباحا بموجب هذا العقد ، مما يوجب قيامه على أسس صحيحة ومشروعة .

ومما يترتب عنه أيضا نسب الأولاد الذين ينتجون عن هذه العلاقة ، وكذلك الحرمة الأبدية أو المؤقتة لأصول أو حواشي أو فروع أحد الزوجين على الآخر، والتوارث ، وغير ذلك .

ونظرا للخطورة التي تتميز بها هاته الآثار ، والتي ستصبح لصيقة بشخص الإنسان مدى حياته وضع الشارع الحكيم ، ثم المشرعون القانونيون أحكاما وقواعد ، وشروط ، لقيام هذا العقد على أسس سليمة وصحيحة ، و على أساس من التفاهم والقبول المتبادل ، وأن لا يكون فيه نفرة لأحد الزوجين من الآخر ، لكن الإخلال بهذه الشروط والأحكام ، وإهمالها أو التجرؤ عليها ، سيؤدي إلى التنازع بشأنها .

وهو ما سوف أحاول دراسته في هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : التنازع في الزوجية .

المطلب الثاني : التنازع في عيوب الزواج .

المطلب الثالث : التنازع في النسب .

## المطلب الأول

### التنازع في الزوجية

الزواج كما عرفه الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - : « عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ، ويحدد ما لكليهما من حقوق ، وما عليه من واجبات »<sup>(1)</sup> . وهو عقد يقوم على أركان وشروط محددة شرعا وهي : الإيجاب والقبول ، والولاية ، والصداق ، والإشهاد ، وانتفاء الموانع الشرعية ، وإن اختلف الفقهاء في تكييف بعضها ، وليس هنا محل دراستها .

واحترام هذه الشروط والأركان يجعل منه عقدا صحيحا منتجا لجميع آثاره ، والإخلال بها أو التغافل عنها ، أو الجهل بها ، يجعل منه عقدا غير صحيح ، وبالتالي يتعين فسخه إذا خالف بعض الشروط ، أو تصحيحه إذا خالف بعضها الآخر ، أو إبطاله في حال مخالفته للأركان .

وهو عقد يقوم على أساس من التراضي والقبول والتفاهم ، لكن ضعف الإيمان والوازع الديني عند بعض الناس ، قد جعل بعضهم ينكرون قيام هذا الزواج لغياب الحجة وخاصة فيما يسمى بالزواج العرفي ، مما قد يسيء إلى سمعة الطرف الآخر ، وقد يكون ذلك إما تقربا من المسؤولية أو كيدا ونكاية ، وقد يطول هذا الإنكار إلى ما بعد إنجاب الأولاد ، وقد يكون العكس بأن يدعي أحدهما على الآخر بأنه زوجه إما لحب الاستحواذ عليه ، أو للنكاية فيه وإساءة لسمعته ، وعلى هذا يلجأ الطرف المتضرر من ذلك إلى القضاء لإثبات هذا الزواج أو نفيه .

## الفرع الأول

### شرط سماع دعوى الزوجية

دعوى الزوجية هي أن يدعي الرجل على المرأة أنها زوجته وهي تنكر ، أو العكس ؛ أي : أن تدعي المرأة على الرجل أنه زوجها وهو ينكر .

وقد اختلف الفقهاء في سماع هذه الدعوى أمام القضاء ، فمنهم من قال بوجود ذكر شروط العقد عند الإدعاء بذلك أمام القضاء ، ومنهم من ذهب إلى عدم اشتراط ذلك ، فانقسموا إلى رأيين :

(1) حسبا ، أ. زهرة ، محاضرات في الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مفسر ، د ت ، ص 40 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

البند الأول - وجوب ذكر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية : لسماع هذه الدعوى وضع الإمام الشافعي ، والأمام أحمد - رحمهما الله - <sup>(1)</sup> شرطاً ، وهو ذكر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية .

قال العلامة الماوردي <sup>(2)</sup> مفسراً : « وأصل هذا أن الدعوى المجهولة لا يجوز للحاكم أن يسمعها ، ويسأل الخصم عنها إلا في الوصايا لجواز الوصية بالمجهول ، فأما غير الوصايا التي تمنع الجهالة منها ، فلا يصح ادعاؤه مجهولاً حتى يستوفي المدعي ما يمنع من جهالة الدعوى ، لأن سماع الدعوى يكون للسؤال عنها ، والحكم بها ، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بمجهول ، فلم يجوز أن يسمع الدعوى بمجهول » <sup>(3)</sup> .

وقد اختلف أصحاب الإمام الشافعي - رحمه الله - حول هذا الشرط الذي خص به النكاح من صفة العقد أهو محمول على الوجوب أو الاستحباب إلى ثلاثة آراء :

فمنهم من قال لا يشترط هذا الشرط أصلاً ، لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال ، وما قاله الشافعي - رحمه الله - ذكره على سبيل الاستحباب ، كما قال في امتحان الشهود إذا ارتاب بهم <sup>(4)</sup> .

ومنهم من قال وهو ظاهر المذهب ، وعليه قول الأكثرين من أصحابه أنه محمول على الوجوب ، وأن الشروط المعترية وجودها في صحة النكاح ، شرط في صحة دعواه ، سواء توجهت الدعوى إلى العقد أو إلى الزوجية <sup>(5)</sup> .

ومنهم من قال : إن كانت الدعوى ، في عقد النكاح ، فقال : تزوجت هذه المرأة ، كانت شروط العقد معتبرة في صحة الدعوى ، وإن اقتصرت الدعوى على النكاح الأول دون العقد ، فقال : هذه زوجتي ، لم يعتبر شروطاً للعقد في صحة الدعوى ؛ لأن الاستدانة أخف حكماً من الابتداء ، لأن الشهادة

(1) الشافعي ، الأم ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1980 ، 246/6 - الماوردي ، الحاوي الكبير 309/17 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، دت 437/11 - نرداوي ، الإنصاف 207/11 .

(2) الماوردي : هو علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي البصري أحد الأئمة أصحاب الوجوه من وجوه الفقهاء الشافعيين ، كان حافظاً للمذهب تفقه على أبي القاسم الصيمري بالبصرة وارتحل إلى الشيخ أبي حامد الإسفراييني ودرس بالبصرة وبغداد سنين كثيرة ، وله تصانيف كثيرة منها الحاوي . كُتبت الأحكام السلطانية ، الإقناع ، وأدت الدين والدنيا وغيرها ، توفي في ربيع الأول سنة 450 هـ . ( الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، تحقيق إحسان عباس ، دار التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1970 ، 131 1 - تاج الدين السبكي ، طبقات الشافعية ، تحقيق محمود محمد الطنطاوي ، دار هجر ، المنسكة العربية السعودية ، الطبعة الثانية ، 1413 هـ ، 267 5 )

(3) الماوردي ، الحاوي الكبير 309 17 .

(4) مصدره 310/17 .

(5) مصدره 311 17 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

على عقد النكاح ، والنكاح بالخبر الشائع لا تصح ، حتى يشاهد المتعاقدين ، ويسمع لفظهما ، والشهادة على الأملاك ، والزوجية بالخبر الشائع تصح ، فلذلك تغلظت دعوى العقد وتخفت دعوى الزوجية<sup>(1)</sup> .

أما عند الختابة<sup>(2)</sup> إن ادعى استدامة الزوجية ، ولم يدع العقد ، لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين عندهم ؛ لأنه يثبت بالاستفاضة ؛ ولأنه لو اشترط ذكر الشروط ، لاشرطت الشهادة به ، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة .

وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط ؛ لأنه دعوى نكاح ، فأشبه دعوى العقد .

**البند الثاني - عدم وجوب ذكر الشروط عند الإدعاء بالزوجية :** ذهب المالكية<sup>(3)</sup> إلى القول بأنه : إن الرجل ادعى نكاح امرأة ، وأنه تزوجها تزويجا صحيحا سمعت دعواه ، ولا يشترط أن يقول بولي ورضاها ، بل لو أطلق فقال : هي زوجتي كفاه ، والحجة في ذلك القياس على البيع والردة والعدة ، ولأن ظاهر عقود المسلمين الصحة .

واعترض على ذلك بأن الفروج موضوعة على الخطر والتغليظ ، فلم يجوز استباحتها بدعوى محتملة ، حتى ينفي عنها الاحتمال به لصفة ، وأن في استباحة الزوج إتلافا لا يستدرك ومأما لا يرتفع بالإباحة ، فأشبه بالقتل . وأنه لولا التخصيص له بهذه الشروط ؛ أي الولي والشاهدين لكان كسائر العقود يدخله البذل والإباحة<sup>(4)</sup> .

وأجيب عن هذا الاعتراض<sup>(5)</sup> بأن الغالب في دعوى المسلم مع بيته الصحة ، فالاستدراك نادر لا عبرة به ، والقتل خطر أعظم من حرمة الفرج ، وهو الفرق فلا يلحق به .

والجواب عن الثاني : أن دعوى الشيء يتناوله بشروطه ، بدليل البيع ، فلا يحتاج إلى الشروط في الدعوى ، كالبيع له شروط ولا يشترط في دعواه .

والجواب عن الثالث : أن الردة والعدة لا يدخلهما البذل والإباحة ، ويكفي الإطلاق فيهما .

**الرأي المختار :** والرأي الصواب في اعتقادي هو ما ذهب إليه المالكية ، كون شروط الشيء ليست جزء من ماهيته حتى تدخل في وصفه ، وإنما يكفي ذكرها ؛ لأن الشروط لا يوجد إلا بها ؛ ولأن الأصل في عقود المسلم الصحة وبخاصة عقد الزواج لخطورته وأهميته ، وبالتالي يكفي فيه الإطلاق عند الإدعاء به .

(1) الزوردي ، الخاوي الكفا . 312 17 .

(2) شمس الدين بن قدامة ، شرح الكبير 437 11 .

(3) القرافي ، الذخيرة 6 11 ، ما عداها .

(4) الزوردي ، الخاوي الكفا 311 17 .

(5) الفرائ ، الذخيرة 7 11 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

لكن لا بد من ذكر الشروط أثناء الإثبات ؛ لأنه إذا ثبت عدم وجودها أثناء قيامه استلزم عدم وجوده أصلا ، سواء كانت الدعوى دعوى نكاح أو عقد .

البند الثالث - مذهب أهل القانون في وجوب ذكر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية : أما ما ذهب إليه أهل القانون في هذه المسألة ، فإني لم أجد تخصيصا فيه لنوع معين من الدعاوى ، وما ذهبوا إليه هو أنه عند الإدعاء أمام القضاء بأي دعوى لا بد من ذكر ملخص عن وقائعها ، ولم يشترطوا ذكر الشروط أو غيرها .

لكن في التطبيق العملي للقضاء عند إثبات العقد لا بد من ذكر الشروط ؛ لأن عدم وجودها يستلزم عدم وجود العقد ، وهو عين ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه : « عن الوجه الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يقدم تحليلا للوقائع ، ولم يذكر الوسائل المقدمة ولم يذكر الإجراءات المقدمة وجاء مخالفا لنص المادة 22<sup>(1)</sup> من قانون الأسرة ؛ لأن أركان الزواج غير متوفرة .

لكن وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين وأن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصدقات ، ومن ثم فقضاة الموضوع لما قضوا بإثبات الزواج العرفي بين ب ق و ب ب بتاريخ 1993/04/04 طبقوا القانون تطبيقا سليما وخاصة المادة 22 من قانون الأسرة ومعطين لقرارهم السند القانوني والشرعي ، والنهي عليهم بخلاف ذلك بالوجه المثار من الطاعة غير مؤسس ويرفض»<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### إثبات الزوجية عند التنازع فيها في الفقه

إذا حصل نزاع في أصل قيام الزوجية بين رجل وامرأة ، فإنه يثبت عند الفقهاء بأحد الوسائل التالية : الإقرار أو شهادة الشهود ، أو بشهادة السماع ، أو باليمين والنكول عنها ، وقد اختلف الفقهاء في إعمال بعض هذه الوسائل في إثبات الزوجية عند التنازع فيها .

وهو ما سوف أقوم بدراسته في هذا الفرع .

(1) كان هذا قبل تعديلها بموجب القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 05 2004 ، لأنه بعد التعديل حذفت عبارة : وإذا توافرت أركانه .

(2) لجنة الفقهية ، الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، الديوان الوصي للأشغال الشريفة ، الجزائر ، 2001 ، ص 51 رقم

189707 . 17 03 1998 . ص 51 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

**البند الأول – إثبات الزوجية بالإقرار :** الأصل أن الإقرار طريقة من طرق الإثبات على سبيل المجاز عند الفقهاء وليس حقيقة ؛ لأن البيّنات والحجج لإثبات الحق المتنازع فيه ، وفي حالة الإقرار أصبح الحق ثابتاً بالإقرار نفسه ، فارتفع مناط النزاع والخلاف .

وقد اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على أن الزوجية تثبت بالإقرار ، فإذا وجهت الدعوى من الزوج أو الزوجة على الآخر بالزوجية فأقر ثبتت الزوجية بذلك عند الجمهور<sup>(2)</sup> دون تفصيل ؛ أي : سواء كانا في حضر أو سفر ، وسواء كانا من أهل البلد أم طارئين .

لكن المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> في قول جعلوا إقرار البلديين بالزوجية لا يصح ولا تثبت به الزوجية بخلاف الطارئين ؛ أي : المسافرين أو الغريبين ، فإن أقرت المرأة بزواج وأقر الرجل بزوجة وصدق الآخر صاحبه وكانا غريبين طارئين قبل قولهما . ولا ينكر عليهما ببلد غربة للضرورة .

إلا أن المالكية يقيّدون ذلك بعدم حصول التنازع في أصل النكاح ، جاء في حاشية الدسوقي : « واعلم أن ما قاله سحنون<sup>(5)</sup> مبني على أن الطارئ يثبت نكاحهما بإقرارهما بالزوجية مطلقاً ، والمشهور تقييد ذلك بما إذا لم يتقدم نزاع »<sup>(6)</sup> ، وقالوا : إذا أقر الرجل بزوجة امرأة فأنكرت زوجته ، ثم عادت وأقرت بذلك ، وقالت : نعم أنا زوجتك ، فأنكر الرجل ذلك ، لا تثبت زوجيتهما بذلك ولو طارئين لعدم اتحاد زمن إقرارهما<sup>(7)</sup> .

وقد نسب للشافعي في القدم أنه يقول بقول المالكية في الإقرار بالزوجية ، ونسب إليه أن هذا من حكايته عن مالك ، وأن مذهبه في القدم والجديد هو مذهب الجمهور ؛ لأنه من لوازم العقود لهما ،

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 6 / 264 - محمد عليش ، منح الجليل 3 / 516 وما بعدها - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 519 - النووي ، المجموع 20 / 341 - موفق الدين بن قدامة ، المغني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1405 هـ ، 12 . 192 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 6 / 264 - النووي ، المجموع 20 / 341 .

(3) محمد عليش ، منح الجليل 3 / 516 وما بعدها - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 519 - المواقيت ، التاج والإكليل ، دار الفكر - بيروت ، لبنان ، دت 244.5 .

(4) المرداوي ، الإنصاف 12 / 112 .

(5) سحنون : هو الفقيه المالكي أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة التنوخي الملقب سحنون ، أصله من نساء من مدينة حمص قدم به أبوه مع جند أهل حمص ، ولد سنة 160 هـ ، عاش بالقيروان وولي القضاء فيها . انتهت الرئاسة في العلم بأشرف إليه . على فونه كان المعول بتلك الناحية ، درس على ابن القاسم ، وابن وهب ، وأشهب . وغيرهم . أخذ عنه أئمة منهم ابن محمد . ومحمد بن عبدوس . وابن غالب . وغيرهم . صنف كتاب " المدونة " في مذهب الإمام مالك رحمه الله وكانت تسمى " الأسنين " . توفي سنة 240 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 1 / 103 وما بعدها - ابن حنكآن ، وفيات الأعيان 3 / 180 وما بعدها - الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، 12 / 63 وما بعده ) .

(6) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 519 .

7 / 517 3

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فحكم فيه بالصحة لتصادقهما فيه بالصحة كسائر العقود ؛ ولأن التصديق على العقد أثبت من البينة<sup>(1)</sup>.

والإقرار بالزوجية كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ، وذلك مثلا في حال الزوجة تطلب الطلاق أو الخلع ، فذلك إقرار منها بقيام الزوجية ، أو صرحت بظهاره منها أو إبلاؤه ؛ لأن أي شيء مما أخبرت به لا يصح إلا بعد صحة النكاح ، فإقرارها به تضمن الإقرار بالنكاح<sup>(2)</sup>.

ولصحة الإقرار بالزوجية يشترط :

- 1 - الشروط العامة وهي : العقل والاختيار ، فلا يصح من المجنون أو الصبي غير العاقل ، أو المكره .
- 2 - أن لا يوجد مانع شرعي من تصديق الإقرار ، فلا يصلح الإقرار وسيلة لإثبات الزوجية إذا ادعت امرأة أن فلانا - أخوها من الرضاعة - هو زوجها<sup>(3)</sup>.
- 3 - أن يصدق الطرف الآخر المقر في إقراره بالزوجية .

وقد فصل الفقهاء في مسألة التصديق إن كان من المرأة أو الرجل في حال الحياة ، أو في حال وفاة أحدهما .

1 - إذا وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف ، سواء كان المقر هو الرجل أو المرأة ، وسواء كان المصدق الرجل أو المرأة<sup>(4)</sup>.

2 - إذا كان الإقرار من الزوج بأن أقر بالزوجية فمات ، ثم صدقته ، صح تصديقها ، وثبتت الزوجية<sup>(5)</sup>.

3 - إذا كان الإقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج بعد موتها ذهب الحنفية<sup>(6)</sup> فيه إلى قولين ، فعند أبي حنيفة لا يصح وعند الصحابين يصح و يثبت النكاح اعتبارا لجانبها بجانبه ، بعله أن النكاح ينتهي بالموت فإنه يعقد للعمر ، فمضي المدة ينهيه .

(1) الماوردي ، الحاوي الكمر 312/17 .

(2) سرحسي ، المسوط 18/ 163 - محمد عيش ، منح الخليل 3/ 517 .

(3) عند الكرم ريدان ، المفصل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 2000 ، 334/7 .

(4) تراجع عنه 7/ 335 .

(5) سرحسي ، المسوط 18/ 145 - النووي ، المجموع 20/ 338 .

(6) سرحسي ، المسوط 18/ 145 - تكملة حاشية رد المختار 2/ 309 - الكاسبي . بدائع الصنائع 6/ 264 وما بعدها - محمد علاء الدين بن غاندي .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد قرر الفقهاء أنه إذا ثبت وأن أقر أحد الزوجين للآخر بالزوجية ، فإنه لا يحق له الرجوع في إقراره لتعلق حق الآخر به<sup>(1)</sup>.

**البند الثاني - إثبات الزوجية بالبينة:** اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> على ثبوت الزوجية بالبينة عند التنازع فيها ، ولم يروى خلاف بينهم في ذلك ؛ لأن الشهادة أصل في إثباته ابتداء ، فمن البديهي أن تكون وسيلة لإثباته في الانتهاء عند التنازع فيه.

لكن الخلاف بينهم في مسألة نصاب الشهادة على النكاح ، فالحنفية والحنابلة<sup>(3)</sup> في رواية يذهبون إلى أن الشهادة تكون برجلين أو رجل وامرأتين .

أما الجمهور<sup>(4)</sup> فيذهبون على أن الشهادة في ذلك لا تكون إلا برجلين عدلين.

**البند الثالث - إثبات الزوجية بالتسامع :** اتفق الفقهاء<sup>(5)</sup> على أن النكاح من الأمور التي يجوز إثباتها بالتسامع ، وأطلق عليه البعض السماع والاستفاضة ، وذهب أبو عمران<sup>(6)</sup> من المالكية إلى عدم جواز إثباته بالتسامع عند التنازع إلا عندما يتفق الزوجان على ذلك<sup>(7)</sup>.

وذهب بعض الشافعية إلى عدم جواز إثبات الزواج بالاستفاضة<sup>(8)</sup> ؛ لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولأنها شهادة بعقد فأشبهه سائر العقود .

والاستفاضة أو التسامع : هي أن يشتهر المشهود به بين الناس فيتسامعون به بأخبار بعضهم لبعض ، وشرطها عند أبي حنيفة أن يشتهر الخبر ويستفيض بين الناس وتتواتر به الأخبار ليحصل له نوع

(1) السرخسي ، المسوط 18/ 145 - البهوتي ، كشاف الغناء 5/ 370.

(2) السرخسي ، المسوط 37/ 5 - الدردير ، الشرح الكبير 2/ 329 - المواق ، التاج والإكليل 3/ 533 - محمد عيش ، منح الجليل 3/ 505 - الحارثي ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت 294/ 3 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2/ 518 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 6/ 412 - الشيرازي ، المهذب ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1995 ، 3/ 452 - المرادوي ، الإنصاف 12/ 60 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 5/ 421 - ابن نجيم ، البحر الرائق 7/ 91 - المرادوي ، الإنصاف 12/ 60 .

(4) الدردير ، الشرح الكبير 4/ 187 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 4/ 288 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 6/ 412 - الشيرازي ، المهذب 3/ 452 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 12/ 7 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 6/ 684 .

(5) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 5/ 399 - محمد علاء الدين بن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار 1/ 511 - الدردير ، الشرح الكبير 2/ 329 - الحارثي ، شرح مختصر خليل 3/ 294 - البكري ، إعانة الطالبين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى . 1997 4/ 343 - المرادوي ، الإنصاف 12/ 11.

(6) أبو عمران : هو موسى بن عيسى بن أبي حجاج نبح البربري الغنجمي الرباتي ، القاضي المالكي شهيرته أبو عمران ، تفقه عن يد أبي حسان قناسي . ودخل إلى الأندلس ، ففقه على يد أبي محمد الأصيلي . وسمع من عبد الوارث بن سفيان ، وسعيد بن نصر ، وأحمد بن قناسة شهري . وأحد إقراءت بغداد عن أبي الحسن الخسافي ، ورد . وسمع من أبي الفتح بن أبي القوارس ، والموجودين ، وأحمد بن علي العفليات عن القاضي أبي حنبلين الحارثي . توفي بالقبرون سنة 430 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 1/ 441 - الدهبي ، سير أعلام النبلاء 17/ 545 وما بعده ) .

(7) الصاوي . نبعة نسائك لأقرب نسائك . تحقيق محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، طعة 1995 . 2/ 316 .

8 . . . . . 20/ 263 . . . . . 6/ 422 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يقين ، أما الصحابان فعندهما أن يخبر الشاهد رجلا عدلان أو رجل وامرأتان ، أما المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية في قول لا بد من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب<sup>(1)</sup> .

**البند الرابع – إثبات الزوجية باليمين والنكول عنها :** ذهب الفقهاء في مسألة إثبات الزوجية باليمين والنكول عنها إلى قولين :

**القول الأول :** ذهب أبو حنيفة وبعض أصحابه<sup>(2)</sup> و جمهور المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أنه لا يجوز التحليف في النكاح إذا ادعاه شخص وأنكره الآخر .

واستدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة :

1- أن القصد من توجيه اليمين هو النكول عن حلفها ، والقضاء بناء على النكول ، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة وإعراض عن الطلب ، صيانة عن الكذب الحرام ، وفي النكاح لا يجوز البذل والإباحة ، فإن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت ، أو العكس ، فلا يمين ، لأنه لا يصح للمرأة أن تبذل نفسها للرجل وتقول له مثلا أبحث لك التمتع .

واعترض على هذا الاستدلال : بأن اليمين هي الوسيلة الشرعية للإثبات وليس النكول ، وأن القضاء بالنكول مختلف فيه ، والجمهور لا يأخذون به ، ثم إن اعتبار النكول بذلا فيه خلاف بين القائلين به ، ولذلك فلا حجة في القول إن البذل لا يجري في النكاح والنكول بذل<sup>(5)</sup> .

2 - قالوا : إن الأبضاع يحتاط فيها ، فلا تباح بالنكول ، ولا بالنكول ويمين المدعي كالحودود ، وذلك ؛ لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين ، أو للجهل بحقيقة الحال ، أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ، ومع هذه الاحتمالات ، لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ، ويمين المدعي إنما هي قول نفسه ، لا ينبغي أن يعطى بها أمرا فيه خطر عظيم ، وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه<sup>(6)</sup> .

(1) انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع 5/ 399 وما بعدها - البابري ، العناية شرح الهداية مباحث شرح فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت 6 467 - الخطاب ، مواهب الجليل 2- 384 - الرملي ، نهاية المحتاج 8/ 283 وما بعدها - شمس الدين ابن قدامة ، الشرح الكبير 12:12 - البهوي ، حشاف القضاء 6 436 وما بعدها .

(2) ابن الخليل ، شرح فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت 7 169 .

(3) الخرشي ، شرح مختصر حنبل 3 294 .

(4) موقع الدين بن قدامة ، المعني 12 128 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 12/137 .

(5) محمد الرجبيني ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، سوريا ، طبعة 1982 ، ص 384 .

(6) . . . . . 12 163 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

واعترض عليه بأن هذا تعليل مخالف للحديث المشهور : (( البينة على المدعي واليمين على من أنكر ))<sup>(1)</sup>.

وأجيب عن هذا الاعتراض ، أن الحديث إنما تناول الأموال والدماء ، فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصا بالحدود ، والنكاح في معناه ، بل النكاح أولى ، لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطا في انعقاده ، أو من اشتهاؤه ، فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك<sup>(2)</sup>.

ويدفع الجواب بأن التخصيص لا بد أن يكون بمخصص ، ولا مخصص هنا ، أما اعتبار النكاح في معنى الحدود فهو قياس مع الفارق ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهة بخلاف النكاح<sup>(3)</sup>.

3 - وذهب إليه المالكية<sup>(4)</sup> ، حيث قالوا : إن النكاح لا يصح إلا بالشهادة والإعلان ، ومن ادعاه فقد ادعى خلاف الأصل ؛ لأن الأصل عدمه ، فيجب تقديم الشهود لإثباته أمام القضاء ، ولا يقبل اليمين لتحقق التهمة والكذب ، فإن النكاح لا يخفى عن الناس والجيران ، بالإضافة إلى شهوده ، قال خليل<sup>(5)</sup> : « وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردا ».

واعترض عليه بأن النصوص عامة ولم يرد ما يخصها فتبقى على عمومها ، وأن الشهادة على النكاح لا يعني عدم قبول غيرها لإثباته ، لاحتمال موت الشهود أو فقدان أهلية الشهادة عندهم<sup>(6)</sup>.

القول الثاني : ذهب أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - إلى أنه يحلف في دعوى النكاح ، فإن نكل عن حلف اليمين حكم القاضي على المدعي عليه بثبوت الزوجية استنادا إلى النكول ، ورأي الصحابين هو المعمول به في المذهب الحنفي ، قال ابن نجيم<sup>(7)</sup> : « واختار المتأخرون من مشايخنا على أن القاضي ينظر في

(1) الدراقطني ، سنن الدراقطني ، كتاب الحدود والديات وغيره برقم 3191 - 3192 . ( الدراقطني ، سنن الدراقطني ، تحقيق شعيل الأرنؤوط ومن معه ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2004 ، 114/4 ) .

(2) موفق الدين بن قدامة ، المعني 12 / 163 .

(3) محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ص 384 .

(4) المواق ، الناج والإكليل 133/6 - محمد عيش ، منح الجليل 507/3 - النفراوي ، الفواكه الدواني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة سنة 1415 هـ ، 220 2 - العدوي ، حاشية العدوي ، دار المعرفة ، الدار البيضاء ، المغرب ، الطبعة الأولى ، 1998 ، 339/2 .

(5) خليل : هو ضياء الدين أبو المودة خليل ابن إسحاق بن موسى الحندي ، أحد شيوخ الإسلام ، الفقيه الحافظ المجمع على جلالته وفضله ، أخذ عن أئمة منهم أبو عبد الله ابن الحاج ، وأبو عبد الله المنوفي . وأخذ عنه أئمة منهم هرام وحسن البصري ويوسف البساطي وغيرهم . له تأليف مفيدة منها مختصره مشهور . حنف في تاريخ وفاته فقبل توفي سنة 767 هـ وقبل سنة 769 هـ وقبل 776 هـ . ( محمد محمود ، شجرة البور الزكية 1 321 ) .

(6) محمد ، حنبلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ص 387 .

(7) ابن حنبل : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد المشهور بابن حنبل ، وهو اسم لبعض أجداده . كان إماما ، عالما ، عاملا ، مؤثرا ، مستقنا ، ماله في ربه نظير . كانت ولادته في 926 هـ . أخذ عن جماعة من علماء أديار المصرية . منهم : الشيخ العلامة أمين الدين بن عبد العال الحنفي ، والشيخ أبو الفيض ، والشيخ إسلام ابن الحنبل ، وغيرهم . وأخذ عنهم العربية وعقلية عن جماعة كثيرة ؛ منهم : الشيخ العلامة بور

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

حال المدعى عليه فإن راه متعتنا يحلفه أخذا بقولهما ، وإن راه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة ، و ... الفتوى على قولهما «<sup>(1)</sup>» .

وذهب سحنون وهو من المالكية إلى أن الحلف واجب في حق الطارئين ، حيث قال : « ولو لم تكن المرأة تحت زوج وادعى رجل نكاحها وهما طارئان وعجز عن إثبات ذلك لزمته اليمين ؛ لأنها لو أقرت له بما ادعاه من النكاح كانا زوجين ، فإن لم يحلف المنكر سجن له فإن طال دين »<sup>(2)</sup> .

وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني<sup>(3)</sup> عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر ؟ . قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته ، فتنخلص منه وتحل للأزواج<sup>(4)</sup> .

أما الشافعية<sup>(5)</sup> فقد ذهبوا إلى القول بالحلف والحكم باليمين المردودة ، وليس بالنكول فإن ادعى الزوج زوجية امرأة ولا بينة له ، وجهت إليها اليمين ، فإن حلفت فلا نكاح بينهما ، وإن نكلت ردت عليه اليمين ، وحكم له بنكاحها إذا حلف ، وإن نكل عن يمين الرد انقطعت الدعوى ، وزال حكمها ، وإن ادعت المرأة الزوجية وعدمت البينة ، أحلف لها على إنكاره ، فإن حلفت فلا نكاح بينهما ، وجاز لها أن تنكح غيره ، وإن أقرت بنكاحه ؛ لأن نكاحها قد زال بيمينه ، ولا يجوز أن تكون زوجة له ، وتحرم على غيره ، وإن نكل عن اليمين ردت عليها ، فإذا حلفت بعد نكوله حكم لها عليه بالزوجية ، وحل له إصابتها ، والاستمتاع بها ، وإن أنكر العقد ؛ لأنه قد حكم بينهما بالزوجية فكان الحكم لكل واحد منهما قطعه .

واستدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة :

1 - بعموم قوله ﷺ : (( البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ))<sup>(6)</sup> ، وغيره من الأحاديث الواردة بنفس المعنى ، فكل هذه الأحاديث وردت عامة وتشمل جميع المدعى عليهم ، ولا يوجد دليل على تخصيصها ، ومن ادعى ذلك فعليه إقامة الدليل .

- وقد وصل فيه إلى أثناء الدعوى والبيات ، وله أيضا شرح المنار ، في أصول الفقه وغيرها . توفي سنة 970 هـ . ( الغزي ، الطبقات السنية في تراجم الحنفية - تحقيق عبد الفتاح محمد حلو ، مطابع الأهرام التجارية ، القاهرة ، مصر ، طبعة 1970 ، ) .

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق 7 295 .

(2) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 519 .

(3) ما أعثر على ترجمته .

(4) ابن الصمام ، شرح فتح القدير 7 170 .

(5) الشافعي ، الأم 6 246 - الماوردي ، الحاوي الكبير 17 312 وما بعدها .

(6) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه 36 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

2 - من القياس : إن كل دعوى صحيحة وجبت الإجابة عنها اليمين كالأموال والقصاص بجامع أيهما تتضمن حقا يطالب به صاحبه ، فكما تجوز اليمين في ذلك تجوز في النكاح .

3 - من المعقول : أن النكول إقرار ؛ لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب ، فكان إقرارا أو بدلا عنه ، والإقرار يجري في النكاح<sup>(1)</sup> .

القول المختار : يظهر لي مما ورد في أدلة الفريقين أن رأي أصحاب القول الثاني هو الأصوب ؛ لأن الخلاف في جواز توجيه اليمين وليس في النكول ؛ ولأن اليمين تأكيد لخبر محتمل نفيًا وإثباتًا ، أما النكول فإنه سكوت وإعراض ، واليمين حجة بخلاف النكول<sup>(2)</sup> ، وفي هذا حماية لحق المدعي في حال فقدانه البينة على دعواه ، وخاصة بالنسبة للغربيين على البلد .

ومما تجدر الإشارة إليه بأنه يحلف في النكاح إجماعا<sup>(3)</sup> إن ادعت هي المال : أي إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزمه المال ، ولا يثبت الحل عنده ؛ لأن المال يثبت بالبدل لا الحل ؛ ولأن دعواها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين .

### الفرع الثالث

#### إثبات الزوجية عند التنازع فيها في القانون

البند الأول - في قانون الأسرة الجزائري : ورد في نص المادة 22 الفقرة 01 : « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي » .

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري اقتصر على وسيلة واحدة لإثبات قيام العلاقة الزوجية وهي إبراز نسخة أو مستخرج من سجلات الحالة المدنية ، وأن أي شخص يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج لا يقبل منه هذا الإدعاء إلا إذا كان بيده نسخة من عقد الزواج<sup>(4)</sup> .

غير أنه إذا لم يسبق لهذا الشخص وأن سجل عقد زواجه عند المصالح المختصة ؛ أي : أمام ضابط الحالة المدنية أو في المحكمة أو أمام موثق ، ولكن أبرمه على يدي إمام بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لتقواعد الشريعة الإسلامية ، ووفقا لما نص عليه قانون الأسرة في مادته التاسعة ، ولكنه نسيه أو تعاون في تسجيله ، وهو ما يسمى بالزواج العرفي ، فليس له من سبيل إلا اللجوء إلى المحكمة لإثبات هذا العقد ،

(1) ابن حبه ، البحر الرائق 7 291 .

(2) محمد الزحلي ، وسائل إثبات في الشريعة الإسلامية ، ص 387 .

(3) ابن قدامة ، حاشية رد المحتار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعه 1995 ، 103 6 - موقع الدين بن قدامة ، نعي 12 ، 163 .

(4) ابن قدامة ، حاشية رد المحتار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعه 1996 ، ص 163 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وهو ما ورد في نص المادة المذكورة أعلاه ، فإذا حصل وأن اتفق الطرفان وأقرا بالزواج مع إحضار شهود على ذلك فلا مثار للتنازع في هذه الحالة ، ولكن يثور النزاع في حالة إنكار أحدهما لقيام هذه العلاقة فما السبيل لإثبات ذلك وفقا للقانون ؟

لم ينص القانون على ذلك صراحة ولكنه وبالإحالة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على : « كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية » .

وبالرجوع إلى بعض قرارات ومبادئ المحكمة العليا وخاصة القرار 43889 المؤرخ في 1986/12/15 الذي نصه : « من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر ، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي ، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية » .

ومنه نستخلص أنه عند التنازع في الزوجية بين الرجل والمرأة ، فإن وسائل الإثبات في ذلك محددة وهي :

— إقرار الزوجين مع توافر الأركان والشروط .

— مستخرج من سجلات الحالة المدنية .

— البينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد، وهي شهادة رجلين عدلين ولا تقبل في ذلك شهادة النساء ولو كانتا اثنتين مع رجل .

— السماع الفاشي ، وتكون الشهادة به من رجلين عدلين .

وقد جاء في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية النص على جواز شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصدقائه على عمود النسب أو إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم ، في القضايا المتعلقة بمسائل الحالة والطلاق ، وهي التي تشمل الحالة الشخصية للإنسان أي كل ما يمس بشخصه كالزواج وغيره ، غير أن شهادتهم تخضع للسلطة التقديرية للقاضي فله الأخذ به أو ردها إن رأى ذلك .

**البند الثاني - في مدونة الأحوال الشخصية المغربية :** ورد في نص المادة 16 : « تعتبر وثيقة عقد

الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية ، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات ، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ .

ومن خلال نص المادة أرى أن المشرع المغربي اعتبر أن وثيقة عقد الزواج هي الوسيلة المقبولة في إثبات الزوجية .

إلا أنه وكحالة استثنائية مؤقتة قبل بإعمال كافة وسائل الإثبات في إثبات الزوجية عند التنازع فيها ، ويتبين ذلك من خلال قوله : « إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة » .

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يقيد وسائل إثبات الزوجية ، وإنما اعتمد فيها كافة الوسائل بما فيها إضافة إلى شهادة الشهود أو السماع اللتان تعتبران من الوسائل العادية في إثباتها اعتماد أيضا القرائن واليمين والخبرة منها فحص إثبات نسب الأولاد .

ولابد من الإشارة إلى أن المشرع أطلق إثبات الزوجية بكافة الوسائل حرصا على مصلحة الأطفال والأسس الاجتماعية للأسرة ، وخصوصا الأطفال الذين يولدون في ظل زواج غير موثق حيث نص : « تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية ، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين »<sup>(1)</sup> .

إلا أنه وبعد خمس سنوات من تاريخ إصدار هذه المدونة سوف تصبح وثيقة عقد الزواج هي الوسيلة الوحيدة لإثبات العلاقة الزوجية عند التنازع فيها أو ما يتعلق بها .

**البند الثالث – مجلة الأحوال الشخصية التونسية :** ورد في نص الفصل 04 : « لا يثبت الزواج إلا بمحجة رسمية يضبطها قانون خاص .

أما بالنسبة للزواج المنعقد خارج المملكة فإنه يثبت بما تعتمده قوانين البلاد التي تم فيه العقد » . وجاء في الفصل 31 من مجلة الحالة المدنية المؤرخة في 1957/08/01 : « يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين موثقين ، أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة . ويرم عقد زواج التونسيين بالخارج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصلين التونسيين ، أو يبرم العقد طبقا لقوانين البلاد التي يتم فيها » .

وجاء في الفصل 36 من المحنة المدنية : « ويعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ، والبطلان هنا مطلق وهو من النظام العام ، كما يعاقب زيادة على ذلك بالسجن لمدة ثلاثة أشهر .

(1) محمد الأهر ، شرح مدونة الأسرة ، مطبعة دار النشر المغربية ، الدار البيضاء ، المغرب ، طبعة 2006 ، ص 97 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وإذا وقعت متابعة جزائية بمقتضى ذلك ، يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج » .

وما يلاحظ عن ما سبق من النصوص أن المشرع التونسي لا يعتد سوى بوسيلة وحيدة في إثبات الزوجية وهي الحجة أو العقد الرسمي ، وأي زواج تم خارج هذا الإطار يعتبر باطلا ويطله القاضي من تلقاء نفسه ؛ لأنه من النظام العام ، فالمشرع التونسي لا يعترف بما يسمى الزواج العرفي وهو في نظره باطل مطلقاً<sup>(1)</sup>.

لكن المشرع التونسي رتب على هذا الزواج آثاره رغم بطلانه إذا وقع الدخول ، حيث جاء في الفصل 22 : « يبطل الزواج الفاسد وجوباً بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ، ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط : أ- استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم . ب- ثبوت النسب . ت- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق . ث- حرمة المصاهرة ».

**البند الرابع - قانون الزواج والطلاق وأثارهما الليبي** : ورد في نص المادة 05 : « يثبت الزواج بحجة رسمية أو بحكم المحكمة الأهلية » .

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع الليبي سار على ما سار عليه المشرع الجزائري حيث اعتبر الحجة الرسمية هي وسيلة إثبات الزوجية ، ولكن حين انعدامها لأي سبب من الأسباب وخصوصاً أن الشعوب المغاربية ، وخاصة المجتمع الليبي مازال يعيش بالطابع القبلي وخصوصاً في البوادي البعيدة عن المراكز الحضرية ، ترك الباب مفتوحاً لإثبات عقد الزواج بحكم .

وبالرجوع إلى نصوص القانون لم نجد نصاً يتحدث عن التنازع في الزوجية ، لكنه أحال في نص المادة 72 الفقرة ب على نصوص الشريعة بقوله : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » .

ومن خلال ذلك وعند الرجوع إلى نصوص القانون لم نجد مذهباً يعينه يتبعه القانون الليبي وبالتالي لإثبات الزوجية عند التنازع فيها يرجع إلى الوسائل التي اعتمدت في كافة المذاهب على اعتبارها ملائمة لنصوص هذا القانون .

**البند الخامس - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية** : ورد في نص المادة 75 : « يرم الزواج

أمام ضابط الحالة المدنية أو وكيل الحالة المدنية الذي يجرر عقداً به .

يسجل العقد بعناية ضابط الحالة المدنية خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ انعقاده .

(1) مجلس من الشيوخ ملوفا ، المنقر في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، بورريعة ، الجزائر ، د ت ، الجزء الأول ، ص 79 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

الزواج الذي لم يتم عقده طبقا لمقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة لا يمكن إثباته إلا بواسطة حكم قضائي» .

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع الموريتاني ذهب مذهب المشرع الجزائري حيث اعتبر الحجة الرسمية هي وسيلة إثبات الزوجية ، ولكن حين انعدامها لأي سبب من الأسباب فإنه يلجأ للمحكمة لإثبات الزوجية ، والمشرع الموريتاني أيضا لم يتحدث عن التنازع في الزوجية مثله مثل باقي المشرعين ، لكنه أحال بموجب المادة 311 إلى المشهور من مذهب مالك : « يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك .

كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك » .

وبالتالي فإنه عند التنازع في الزوجية تثبت :

— بالحجة الرسمية الصادرة عن السلطات المختصة .

— بإقرار الزوجين الطارئ فقط .

— شهادة رجلين عدلين .

— بالتسامع من رجلين عدلين .

### الفرع الرابع

#### حكم إنكار الزوج أو الزوجة الزوجية بعد ثبوتها

إذا ادعت المرأة الزوجية ، أو ادعاها الزوج ، وأثبتت بينة ، وحكم القاضي بثبوتها ، فما حكم إنكار الزوج أو الزوجة عند الفقهاء ؟

**البند الأول - حكم إنكار الزوج :** اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على أن إنكار الزوج لا يعتبر طلاقا .

فإذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ، ولم يكن جحوده طلاقا ، ولا فرقة ؛ لأن الطلاق تصرف في النكاح ، وهو منكر لأصله فلا يكون إنكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع ؛ لأنه وعلى اعتقاده أنها ليست زوجته له الاستمتاع بها . وعليه نفقتها بلا تجديد عقد .

إلا أن المالكية<sup>(2)</sup> يستثنون من ذلك حالة ما إذا كان قد نوى بإنكاره طلاقها ، فيلزمه لذلك عصمتها ، ولزومه بكل كلام نواه به .

(1) الشرحي ، السور 37/5 - محمد عيسى ، منح الخليل 5123 - انه يدي ، الخالي الكبير 313/17 - موقف الدين بن قدامة ، المغني 12 163 .

(2) محمد عيسى ، منح الخليل 5123 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد فصل بعض الفقهاء في مسألة حل الاستمتاع بالزوجة مع إنكاره زوجيتها وثبوت ذلك بالبينة بين حكم الظاهر والباطن إذ قال الماوردي : « وحل إصابتها يكون ظاهرا لا باطنا إن صدق في الإنكار »<sup>(1)</sup>.

أما بن قدامة<sup>(2)</sup> فقد قال مفضلا بين حكم الظاهر والباطن : « وإن قامت البينة بالنكاح ، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . وأما بإباحتها له ، فتبني على باطن الأمر ، فإن علم أنها زوجته حلت له ؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته ؛ إما لعدم العقد ، أو لبينوتها منه ، لم تحل له . وهل يمكن منها في الظاهر ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : يمكن منها ؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية .

والثاني : لا يمكن منها ، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه ، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ، ثم قال : هي أختي من الرضاة »<sup>(3)</sup>.

وما يترتب على ذلك أن المرأة لا يحل لها التزوج بغيره ؛ لأن إنكاره لا يكون فسحا ولا طلاقا ، فيحتاج القاضي بعده أن يقول فرقت بينكما ، أو يقول الخصم إن كانت زوجتي فهي طالق بائن<sup>(4)</sup>.

**البند الثاني - حكم إنكار الزوجة :** أما إذا ثبتت الزوجية إذا ادعاها الزوج وهي منكرة ، فرق الفقهاء بين أمرين :

- إن كانت بينة الزوج صحيحة فإن الحكم ينفذ ظاهرا وباطنا .

- أما إن كانت البينة بشهادة زور ؛ أي : شهد شهود زور على النكاح فحكم به القاضي ، فعند أبي حنيفة وفي قول لأبي يوسف<sup>(5)</sup>، وفي قول لأحمد<sup>(6)</sup> ينفذ ظاهرا وباطنا ، أما جمهور الفقهاء<sup>(7)</sup> فيقولون

(1) البكري ، إغاثة الطالبين 4 / 290 .

(2) ابن قدامة : هو عبد الله بن أحمد بن محمد موفق الدين بن قدامة . من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين ولد سنة 541 هـ . خرج من بلده صبغيا مع عمه عندما ابتليت بالصبيان واستقر بدمشق واشترك مع صلاح الدين في معارضة الصليبيين . رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين حيث تفقه على مذهب الإمام أحمد ، وبرع وأفق وناظر وتبحر في فنون كثيرة ، مع زهد وعبادة وورع وتواضع ثم عاد إلى دمشق . من تصانيفه : المغني في الفقه شرح مختصر الخرمي والكافي ، و المقنع و العمدة ، وله في الأصول روضة الناظر . توفي بدمشق سنة 620 هـ . ( ابن كثير ، البداية والنهاية ، تحقيق عمي شكري دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى 1988 ، 117 13 وما بعدها - الزركلي ، الأعلام 4 / 67 ) .

(3) موفق الدين بن قدامة . المغني 12 / 163 .

(4) محمد بن عبد الله بن عابدين . نكحته حاسبه رد مختار 1 / 431 .

(5) ابن الصمام . شرح فتح القدير . العناية شرح الهداية هامش فتح القدير 3 / 154 وما بعدها .

(6) مختصر موفق الدين بن قدامة . شرح الأكرام 11 / 466 .

(7) الشافعي ، العناية شرح الهداية هامش شرح فتح القدير 3 / 154 - الدردير ، شرح الأكرام 4 / 156 - البكري ، إغاثة الطالبين ، 4 / 271 وما بعدها -

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بنفاذه ظاهرا لا باطنا ، وهو نفس الحكم إذا ما أقامت المرأة شاهدي زور على دعواها.

فعلى الرأي الأول يحل له وطؤها بما حكم به القاضي .

أما على الرأي الثاني فإن الحكم يلزم الزوج بما يترتب على الزوجية من نفقة وقسامة إلى غير ذلك ، ولكنه لا يحل له وطؤها ، فحكم القاضي لا يحل حراما ، ولا يحل لها تزوج غيره ؛ لأنها أصبحت في حكم المتزوجة بغير ولي<sup>(1)</sup> ، وعليها أن تمتنع منه ما أمكنها ، فإن أكرهها فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل فقد قال الحنابلة وبعض الشافعية<sup>(2)</sup> عليه الحد ؛ لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية ، وقيل لاحد عليه ؛ لأنه وطئ مختلف في حكمه فيكون شبهة .

عبد القادر للعلوم الإسلامية

شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 465/11 .

(1) سارني ، العناء شرح الخاوية هامش شرح فتح القدر 3 -154 -الدردير، الشرح الكبير 4 156 - البكري ، إغاثة الطالبين ، 4 271 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 465:11 .

(2) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 466:11 .

### المطلب الثاني

#### التنازع في عيوب الزواج

تقوم الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة على أساس من القبول والتوافق وعدم النفرة ، لكن قد يحدث وأن يكون في أحدهما عيب يمنع من مواصلة الحياة الزوجية على أساس مستقر وسليم ، فيلجأ المتضرر من ذلك إلى طلب الفرقة أو التعويض ، وقد يكون ادعاؤه صادقا ، وقد يكون كاذبا ، بقصد التخلص من الطرف الآخر وبعض الالتزامات الملقاة عليه تجاهه ، فيلجأ إلى الادعاء بوجود عيب فيه ، فينكر الطرف الآخر ذلك .

وعندها يثور موضوع التنازع في وجود العيب ، فما السبيل لإثباته ، وما هي الأحكام المترتبة على ذلك ، وهو ما سوف أقوم بدراسته في هذا المطلب .

لكن قبل الدخول في الموضوع أبين مفهوم العيب في اللغة والاصطلاح :

فالعيب في اللغة<sup>(1)</sup> : العيب والعيبة والعباب : الوصمة والنقص .

وفي الاصطلاح : عرفه الأستاذ معوض عبد التواب بقوله : «هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين ، يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية»<sup>(2)</sup>.

وعرفه الأستاذ محمد مصطفى شلي بقوله : « هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها »<sup>(3)</sup> .

#### الفرع الأول

##### أقسام العيوب

تنقسم العيوب المجيزة للخيار بدون شرط عند الفقهاء إلى ثلاثة أقسام منها ما هو خاص بالرجال ، ومنها ما هو خاص بالنساء ، ومنها ما هو مشترك بينهما ، وقد اختلف الفقهاء بين مضيق وموسع لئاته العيوب فالحنفية<sup>(4)</sup> العيوب عندهم تتمثل في ثلاثة عيوب خاصة بالرجل وهي العنة والحجب والخصاء

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة عيب ، 3183/4 ، الزبيدي ، تاج العروس مادة عيب ، 448/3 - سعدي أبو حبيب ، القاموس الفقهية ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص 268 1 - محمد قلعي ، معجم لغة الفقهاء ، دار الفانيس ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص 325 .

(2) محمد الأهر ، مرجع سابق ، ص 296 .

(3) محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1977 ، ص 567 .

(4) الشمرقاني ، حفة الفقهاء ، 225 2 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

واختلفوا في البرص والجذام والجنون .

أما المالكية<sup>(1)</sup> فقد توسعوا في ذلك وجعلوا العيوب ثلاثة عشر عيباً أربعة خاصة بالرجال ، وهي : العنة والجلب والخصاء والاعتراض ، وخمسة خاصة بالنساء ، وهي : الرتق والقرن والعفل والبخر والإفضاء ، وأربعة مشتركة بين الرجال والنساء ، وهي : البرص والجذام والجنون والعُدِيطة .

والشافعية<sup>(2)</sup> ذهبوا إلى أنها سبعة عيوب اثنان للرجال وهما الجلب والعنة ، واثنان للنساء وهما الرتق والقرن ، وثلاثة مشتركة وهي البرص والجذام والجنون .

أما الحنابلة<sup>(3)</sup> فالعيوب عندهم عشرة ثلاثة خاصة بالرجال وهي العنة والجلب والخصاء ، وأربعة خاصة بالنساء وهي الرتق والقرن والبخر والإفضاء ، فالقرن والعفل واحد عندهم على ظاهر كلام الخرفي<sup>(4)</sup> ، وثلاثة مشتركة بين الرجال والنساء وهي البرص والجذام والجنون .

**البند الأول – العيوب الخاصة بالرجال :** عدد الفقهاء ثلاثة عيوب خاصة بالرجال ، وعند المالكية<sup>(5)</sup> أربعة على اعتبار الاعتراض عيباً خاصاً لوحده ، وهي :

**أولاً – العنة :** والعنة في اللغة<sup>(6)</sup> هي : من العنان ، المعانة ، والمعانة المعارضة ، وعنانك أن تفعل ذاك على وزن قصارك ، أي : جهدك وغايتك كأنه من المعانة ، وذلك أن تريد أمراً فيعرض دونه عارض يمنعك منه ويحبسك عنه ، و التعنين الحبس ، الاسم منه العنة وهو مما تقدم كأنه اعترضه ما يجبسه عن النساء ، وسمي عنيماً ؛ لأنه يعن ذكره لقبل المرأة من عن يمينه وشماله ، و العنين : العاجز عن الجماع لمرض .

وفي الاصطلاح : عرف الفقهاء العنة والعنين بعدة تعاريف أذكر منها :

جاء في الفتاوى الهندية : « العنين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، فإن كان يصل إلى

(1) النبروي ، الفواكه الدواني 37/2 - المواق ، الناج والإكليل 484/3 وما بعدها .

(2) البوي ، روضة الطالبين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1995 ، 167/6 وما بعدها - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 4 / 433 .

(3) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 201 وما بعدها .

(4) الخرفي : هو عمر بن الحسين بن عبد الله ، أبو القاسم ، الخرفي . بغدادي . نسبته إلى بيع الخرق . من كبار فقهاء الحنابلة . رحل عن بغداد لما ظهر لها سب الصحابة زمن بني بويه ، أخذ العلم عن علي أبي بكر المروزي وحرب الكرماني ، وغيرهما . وأخذ عنه أبو عبد الله بن بطة وأبو الحسين التميمي وأبو الحسين بن شعون وغيرهم . وترك كتبه في بيت ببغداد فاحترقت ولم تكن انتشرت . وبقي منها مختصره المشهور بـ : مختصر الخرفي الذي شرحه ابن قدامة في المنعي وغيره . توفي بدمشق سنة 334 هـ . ( ابن أبي بعلی . طلاقات الحنابلة : تحقق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة . بيروت ، لبنان ، دت 75 2 . الترشيح . الإعلام 44 5 . )

(5) المواق ، الناج والإكليل 485/3 .

(6) ابن مقفّر ، نساء العرب مادة عن 3139 4 وما بعدها - الزبيدي ، ناج العروس مادة عن 412 35 وما بعدها - سعدی نو حبيب ، القاموس تحفني ص 263 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

الثيب دون الأبكار ، أو إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به أو لضعف في خلقه أو لكبر سنه أو سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها»<sup>(1)</sup>.

وفي العناية شرح الهداية : « والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء ، من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ، أو من عن إذا عرض لأنه يعن يمينا وشمالا ، ولا فرق بين أن تقوم آتته أو لم تقم ، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض ، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك ، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها»<sup>(2)</sup>.

و في مختصر الخرشي : « العنين وهو من لا يتأتى منه الجماع إما لصغر آتته ، وإما لكونه لا ينعظ<sup>(3)</sup> لكبر أو علة»<sup>(4)</sup>.

وجاء في منح الجليل : « العنين...صغير الذكر جدا»<sup>(5)</sup>. وفيه أيضا : « العنين هو : الذي له ذكر لا يتأتى به جماع لصغره أو غلظه أو لعله ، وهو المعترض والحصور»<sup>(6)</sup>.

و في حواشي الشرواني : « العنين مأخوذ من عن ، وسمى بذلك للين ذكره وانعطافه مأخوذ من عنان الدابة ، وقيل هو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة»<sup>(7)</sup>.

وجاء في المجموع : « العنين هو الرجل العاجز عن الجماع ، وربما يشتهي الجماع ولا يناله»<sup>(8)</sup>.

وجاء في الشرح الكبير : « العنين : هو العاجز عن إيلاج ذكره ، وهو مأخوذ من عن أي اعترض ؛ لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه ، أي : يعترض قيل : لأنه يعن لقبيل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده»<sup>(9)</sup>.

وتطلق العنة على دوام استرخاء الذكر وعدم قدرته على الانتشار ، وصاحبه يسمى المعترض<sup>(10)</sup> ،

(1) نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 628 .

(2) الباربي ، العناية شرح الهداية مامش شرح فتح القدير 4 / 127 .

(3) نعظ الذكر ينعظ نعظا و نعظا و نعوظا و أنعظ : قام وانتشر و إنعاظ الرجل : انتشار ذكره . و أنعظ الرجل : اشتهى الجماع . (ابن منظور ، لسان العرب 6 / 4475 )

(4) الخرشي ، شرح مختصر خليل 8 / 37 .

(5) محمد عليش ، منح الجليل 3 / 392 .

(6) مصنف نسخة 9 / 114 .

(7) الشرواني . حواشي الشرواني 7 / 346 .

(8) النووي ، مجموع 16 / 278 وما بعدها .

(9) شمس الدين بن قدامة . شرح الكبير 7 / 567 .

(10) الصادق عبد الرحمن نغريان . الأسرة أحكام وأدلة . منشورات جامعة المانح ، ليبيا ، الطبعة الثانية 1999 ، ص 249 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وهو المسمى عند العامة مربوطا أي له آلة لكن لا تنتشر عند الوطاء إما بسحر أو مرض<sup>(1)</sup>.

قال ابن عرفة<sup>(2)</sup> : « وقد سمي المعترض في المدونة وفي الجلاب عنيانا »<sup>(3)</sup>.

وما يستخلص من التعاريف السابقة أن ما تحقق به العنة ويصبح الرجل عنيانا في حق زوجته هو عجزه عن وطئها في قبلها ، ويترتب ذلك ما يأتي<sup>(4)</sup> :

— لا يشترط لثبوت العجز عن الوطاء سبب معين ، فقد يكون السبب خلقة ، وقد يكون لمرض ، أو لكبر سن أو غير ذلك . فالمنظور لاعتباره عنيانا عجزه عن الوطاء بغض النظر عن السبب .

— يشترط عجزه عن وطئه المرأة في قبلها لا في دبرها .

— يعتبر العنين عنيانا في حق من لا يصل إليها ، وإن استطاع الوصول إلى غيرها .

— الوطاء الذي تنتفي معه العنة هو ما كان بإيلاج الزوج حشفة ذكره في فرج امرأته ، فلا يشترط إيلاج جميع ذكره .

ثانيا - الجَب : الجب في اللغة<sup>(5)</sup> : الجب : الاستئصال في القطع . والرجل محبوب ؛ أي : مقطوع الذكر . ويعبر أحب بين الجيب ، أي مقطوع السنام .

وفي الاصطلاح : لم يوجد خلاف بين الفقهاء في تعريف المحبوب ، وقد عرفوه مثل ما عرفه أهل اللغة ، فقد جاء في البحر الرائق : « المحبوب الذي لم يبق له شيء يولج في محل الختان »<sup>(6)</sup> .

وفي منح الجليل وغيره من كتب المالكية : « المحبوب المقطوع الذكر »<sup>(7)</sup> .

وعرفه الشافعية<sup>(8)</sup> بأنه : « مقطوع الذكر مع بقاء الأنثيين » .

وكذلك الحنابلة حيث جاء في الشرح الكبير : « أما الجب ، فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا ، أو

(1) النفراوي ، الفرائد الدواني 39/2 .

(2) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة الوردعي التونسي يكنى أبا عبد الله ولد سنة 716 هـ . أخذ العلم عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون ، ومحمد بن الحباب وغيرهم وأخذ عنه كثير منهم البرزلي ، والآبي ، وابن ناجي وغيرهم . له تأليف عجيبة في فنون من العلم منها مختصره في الفقه ، والخدود الفقهية ، ومختصره في المنطق ، وغيرها . تولى إمامة جامع الزيتونة سنة 756 هـ ، والخطابة به سنة 772 هـ ، والفتيا سنة 773 هـ . توفي سنة 803 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 326/1 وما بعدها ) .

(3) المواق ، التاج والإكليل 485/3 .

(4) عبد الحليم زيدان ، المفصل 23/9 وما بعدها .

(5) ابن مقبل ، سنن العرب مادة حب ، 531:1 - الربيعي ، ناح نعروس مدة حب 117/2 وما بعدها - الخوهري ، الصحاح في اللغة 2/110 .

(6) ابن نجيم ، النجاشي 4/87 .

(7) محمد عيسى ، منح الخليل ، 392/3 - الخرنسي ، شرح مختصر حسن 4/136 - الخطاب ، مواهب الجليل 4/184 .

(8) النفراوي ، حرمي الشيرازي 281/8 - الخطيب الشيرازي ، معني محتاج 4/433 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به»<sup>(1)</sup>.

ثالثا - الخصاء : الخصي في اللغة<sup>(2)</sup> : خصى . وخصاه خصاء : سل خصيه، فهو خصي ومخصي .

وفي الاصطلاح : لم يختلف الفقهاء عن أهل اللغة في تعريفه<sup>(3)</sup>، فالخصي هو الذي نزعست خصيتاه وسلتا وقيل من قطعت أثنياه مع جلدتهما أو رضت بيضتاه .

البند الثاني - العيوب الخاصة بالنساء : عدد الفقهاء خمسة عيوب خاصة بالمرأة :

أولا - الرتق : الرتق في اللغة<sup>(4)</sup> : الرتق ضد الفتق ، ومنها قوله تعالى : ﴿ أُولَئِكَ يَرِثُ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ

السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ كَاتِرًا رَتِقًا فَفَقَعْنَاهُمَا ﴾ [ الأنبياء 30 ] ، قال بعض المفسرين كانت السموات رتقا لا يتزل منها رجوع ، وكانت الأرض رتقا ليس فيها صدع ، ففتقهما الله تعالى بالماء والنبات رزقا للعباد . و الرتق : إلحام الفتق ، يقول : رتقنا فتقهم حتى ارتتق ، و ارتتق التأم . و الرتق أيضا : مصدر قولك : رتقت المرأة رتقا فهي امرأة رتقاء بينة الرتق التصق ختاها ، فلم تنل لارتقاق ذلك الموضع منها ، فهي لا يستطيع جماعها ، أو هي التي لا تحرق لها إلا المبال خاصة ، وقيل الرتقاء : المرأة المنضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه . و الرتق : جمع الرتقة وهي الرتبة . و مجاز مرتتق . و الرتوق : المنعة والعز والشرف .

وفي الاصطلاح : لم يختلف الفقهاء في تعريفه عن ما جاء في اللغة وإن اختلفت عباراتهم .

جاء في البحر الرائق : «الرتقاء هي التي لا تحرق لها إلا المبال خاصة»<sup>(5)</sup>.

وفي التاج والإكليل: «الرتق التصاق محل الوطء والتحامه»<sup>(6)</sup>.

وفي الروضة: «الرتق انسداد محل الجماع باللحم»<sup>(7)</sup>.

(1) موفق الدين بن قدامة ، المغني 7 / 579 .

(2) ابن منظور لسان العرب مادة خصا 2 / 1178 .

(3) محمد علاء الدين بن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار 1 / 531 - ابن الممام ، شرح فتح القدير 4 / 131 - الخرشى ، شرح مختصر خليل 4 / 136 - سوي ، المجموع 12 / 321 - محسن الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 8 / 531 .

(4) ابن منظور - لسان العرب مادة رتق ، 3 / 1577 - الزبيدي ، تاج العروس مادة رتق 25 / 231 وما بعدها .

(5) ابن عجم ، البحر الرائق 4 / 196 .

(6) سوي ، التاج ، الإكليل 3 / 485 .

(7) تدمري ، روضة الطالبين 6 / 168 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وفي الإنصاف : « الرتق وهو كون الفرج مسدودا ملتصقا ، لا مسلك للذكر فيه »<sup>(1)</sup>.

ثانيا - القرن : القرن في اللغة<sup>(2)</sup> : القرن للثور وغيره . والقرن : الخصلة من الشعر . والقرن : جانب الرأس ، والقرنان : منارتان تبيان على رأس البئر ويوضع فوقهما خشبة فتعلق البكرة فيها . وقرن الشمس : أعلاها . وأول ما يبدو منها في الطلوع . والقرن بالتحريك : الجعبة . والقرن أيضا : السيف والنبيل . والقرن من القوم سيدهم ، ومن الكلاً خيره ، أو آخره ، أو أنفه الذي لم يوطأ ، والطلق من الجري ، والدفعة من المطر ، ولدة الرجل .

وفي الاصطلاح<sup>(3)</sup> : هو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر . وهو تنوء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة ، يتعذر معه الجماع<sup>(4)</sup> .

ثالثا - العفل : العفل في اللغة<sup>(5)</sup> : العفل نبات لحم ينبت في قبل المرأة شبه الأذرة<sup>(6)</sup> التي للرجال في الخصية ، والعفل في الرجال : غلظ يحدث في الدبر ، والعفل : كثرة شحم ما بين رجلي التيس والثور .

وفي الاصطلاح<sup>(7)</sup> : هو لحم يبرز في فرج المرأة يشبه أذرة الرجل ، وقيل رغبة تحدث عند الجماع .

رابعا - البخر : البخر في اللغة<sup>(8)</sup> : البخر الرائحة المتغيرة من الفم ، والبخر التتن يكون في الفم وغيره بخر بخرا وهو أبخر وهي بخرء وأبخره الشيء صيره أبخر وبخر أي تنن من بخر الفم الخبيث.

وفي الاصطلاح<sup>(9)</sup> : تنن الفرج أو الفم ، لكن بخر الفم ليس من عيوب النكاح .

خامسا - الإفضاء : الإفضاء في اللغة<sup>(10)</sup> : من فضا ، الفضاء المكان الواسع من الأرض والفعل

فضا يفضو فضوا ، والفضا - مقصور - : الشيء المختلط مثل التمر والزبيب في جراب واحد ، يقال : تمر فضا وتمران فضيان وتمور أفضاء . أفضى المرأة فهي مفضاة إذا جامعها فجعل مسلكيها مسلكا واحدا

(1) المرادوي ، الإنصاف 8 / 142 .

(2) ابن منظور - لسان العرب مادة قرن ، 3607/5 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 2181/6 .

(3) ابن عاتق ، حاشية رد المحتار 125/3 - المواق ، التاج والإكليل 485/3 - المرادوي ، الإنصاف 8 / 143 .

(4) النفراني ، الفواكه البدوي 38/2 .

(5) لسان العرب ، ناه العروس مادة عفلق 3017/4 - الجوهري ، الصحاح في اللغة 1170.5 .

(6) الأذرة بالضم فمحة في الخصية ، يقال : رجل أدر بين الأدر غير الأدر والمسأور الذي يفتق صفاه فيقع قصبه ، ولا يفتق إلا من جانب الأيسر ، وقيل : هو الذي يعيبه فتق في إحدى الخصيتين ، وقد أدر يأدر أذرا فهو أدر والأسم الأذرة ، وقيل : الأذرة الخصية والخصية الأذراء العظيمة من غير فتق ( ابن منظور ، لسان العرب 1 / 44 )

(7) النفراني ، الفواكه البدوي 38 / 2 - الدردير ، السراج الحبيب 2 / 278 - شمس الدين بن قدامة ، السراج الكبير 567/7 .

(8) ابن منظور ، لسان العرب مادة بخر 220 / 1 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 2 / 587 .

(9) الدردير ، السراج الكبير 2 / 278 - المرادوي ، الإنصاف 8 / 145 وما بعدها .

(10) ابن منظور ، لسان العرب مادة فضا 3430.5 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 6 / 2456 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

كأفاضها وهي المفضاة من النساء ، أفضى الرجل إلى امرأته باشرها وجامعها .

وفي الاصطلاح<sup>(1)</sup> : الإفضاء اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول ، وأخرى اختلاط مسلك البول والغائط ، وهو محل اختلاف بين العلماء في اعتباره عيبا موجبا للخيار كما بينت سابقا .

**البند الثالث – العيوب المشتركة بين الرجال والنساء :** وهي التي يمكن أن يصاب بها كل من الرجل والمرأة ، وهذه العيوب المشتركة ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء ، ففي بعضها خلاف .

فالحنفية في قول والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> يقولون بأن العيوب المشتركة ثلاثة وهي الجنون والجذام والبرص .

والمالكية<sup>(3)</sup> يقولون بأن العيوب أربعة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيفة .

**أولا – الجنون :** الجنون زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء<sup>(4)</sup> .

**ثانيا – الجذام :** علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر ، ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب<sup>(5)</sup> .

**ثالثا – البرص :** وهو بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته<sup>(6)</sup> .

**رابعا – العذيفة :** وهي التغوط عند الجماع ، ومثله البول<sup>(7)</sup> .

**البند الرابع – هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء ؟ :**

تحدثت فيما سبق عن العيوب المحيزة للخيار بين الزوجين في فسخ النكاح ، فهل العيوب التي ذكرها الفقهاء المذكورة على سبيل الحصر ولا يمكن القياس عليها ، أم أنها وردت على سبيل التمثيل ويجوز القياس عليها ؟ .

انقسم الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال إلى فريقين .

**الفريق الأول :** قالوا بأنها وردت على سبيل الحصر ، وهو قول الجمهور ، ومن أقوالهم :

- (1) النفراوي ، الفواكه الدواني 38/2 - المواق ، التاج والإكليل 236/6 - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 401 / 5 .
- (2) السرخسي ، المسوط 93 / 6 - ابن الهمام ، شرح فتح القدير 133 / 4 - النووي ، روضة الطالبين 167 / 6 وما بعدها - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 4 433 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 567/7 .
- (3) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 437 وما بعدها .
- (4) الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 4 432 .
- (5) المصدر نفسه ، وانصفحه نفسها .
- (6) الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 4 432 - ابن منظور ، لسان العرب مادة برص 258 1 - الخوهري ، الصحاح في اللغة 3 1030 .
- (7) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 438 - الخوهري ، الصحاح في اللغة 3 1143 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

جاء في مدونة الإمام مالك : « قلت : رأيت إن تزوج رجل امرأة فأصاها معيبة من أي العيوب يردها في قول مالك ؟ قال : قال مالك : يردها من الجنون ، والجذام والبرص والعيب الذي في الفرج . »  
« قلت : رأيت إن تزوجها وهو لا يعرفها ، فإذا هي عمياء أو عوراء أو قطعاء أو شلاء أو مقعدة أو ولدت من الزنا ؟ قال : قال مالك : لا ترد ، ولا ترد من عيوب النساء في النكاح إلا من الذي أخبرتك به »<sup>(1)</sup>.

جاء في الشرح الكبير : « و الخيار ثابت بغيرها أي بغير العيوب المتقدمة من سواد وقرع وعمى وعور وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل من كل ما يعد عيبا عرفا إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه أو قال : من كل عيب أو من العيوب ، فإن لم يشترط السلامة فلا خيار »<sup>(2)</sup>.

جاء في مغني المحتاج : « قد علم مما تقرر أن جملة العيوب سبعة ، وأنه يمكن في حق كل من الزوجين خمسة ، واقتصار المصنف على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها »<sup>(3)</sup>.

وفي شرح منتهى الإرادات : « ولا يثبت خيار لأحد الزوجين بغير ما ذكر من العيوب كعور وعرج وقطع يد وقطع رجل وعمى وخرس وطرش وقرع لا ريب له وكون أحدهما عقيما أو نضوا ، أي : نحيفا جدا ، ونحوه كسمن جدا وكسيح »<sup>(4)</sup>.

وحجتهم في ذلك : أن غير هذه العيوب التي ذكرت على سبيل الحصر ، لا تفوت مقصود النكاح ؛ أي : إن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ، بخلاف نظيره في البيع لفوات المالية .

الفريق الثاني : قالوا بأنها وردت على سبيل التمثيل ويجوز القياس عليها ، وقد ذهب إلى هذا القول ابن تيمية<sup>(5)</sup> وابن القيم . ومن أقوالهم :

جاء في زاد المعاد : « والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة بوجوب الخيار »<sup>(6)</sup>.

(1) مالك ، مدونة الإمام مالك ، رواية سحنون عن ابن القاسم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 ، 142/2 .

(2) الدردير ، الشرح الكبير 280/2 .

(3) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 4/434 .

(4) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 208/5 .

(5) ابن تيمية : هو تقي الدين أبو العباس أحمد ابن شهاب الدين عبد الخليم ابن الإمام المحدث شيخ الاسلام محمد الدين عبد السلام ابن عبد الله بن ابن القاسم خراي أحد الاعلام، الملقب بشيخ الإسلام بن تيمية ولد في ربيع الأول 661 هـ . سمع من ابن عبد الدائم وابن أبي اليسر وأكمل بن عبد وابن أنصاري وابن أبي الخير وغيرهم . كان من خور العمه والأدكباء المعدودين والزهاد الأفراد . سارت بتصانيفه الركبان بعضها ثلاث مائة مئله . توفي في فده دمشق في 20 ذي القعدة سنة 728 هـ . في قاعة معتقلا . (الدهلي ، تذكرة الحفاظ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت 1496 و1497 وما بعدها . ابن كندر ، البداية والنهاية . 280 13 وما بعدها .)

(6) ابن تيمية ، زاد المعاد ، تحقيق أسامة بن محمد الجمال ، دار أبو بكر الصديق ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2005 ، 4/58 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وحجتهم في ذلك : أن النكاح أولى من البيع ، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، وما ألزم الله ورسوله مفرورا قط ، ولا مغبونا بما غر به وغبن به ، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة<sup>(1)</sup> .

**القول المختار :** حسب رأبي قول الفريق الثاني هو المختار ، فالعيوب التي تميز فسخ النكاح غير محصورة بعدد ، أو بنوع معين أو بأنواع معينة من العيوب ، وما ذكره الفقهاء من عيوب تميز الفسخ دون غيرها يرد عليه ، أنه قد توجد عيوب لم ينصوا عليها ، ولا يحصل بها مقصود النكاح من الرحمة والمودة ، وإنما ينجر عنها النفرة وعدم الرغبة في الآخر ، و بالتالي فهي تساوي العيوب المنصوص عليها في علة الحكم بجواز الفسخ بها ، فينبغي أن تساويها في الحكم أيضا .

### الفرع الثاني

#### إثبات العيوب عند التنازع فيها

إذا وقع نزاع بين الزوجين بأن يدعي أحدهما على الآخر ، عيبا من العيوب التي يرد بها النكاح ، وينكر الآخر ، فإثبات هذه العيوب يختلف بحسب أنواعها :

**البند الأول - بالنسبة للعيوب الخاصة بالرجال :** تثبت العيوب الخاصة بالرجال بإحدى الوسائل الآتية :

**أولا - الإقرار :** تثبت العيوب الخاصة بالرجال بالإقرار كأصل عام ، فإنه إذا أقر الرجل بعيبه ثبت<sup>(2)</sup> .

**ثانيا - المعاينة :** تثبت العيوب الخاصة بالرجال بالمعاينة<sup>(3)</sup> إذا كان العيب المراد إثباته هو الجسب أو الخشاء أو العنة إن لم يكن المقصد منها دوام الاسترخاء أو الاعتراض ، وذلك بالمس من غير نظر ، بمس من وراء الثياب ولا تكشف عورته ، وإن كان لا يعرف إلا بالنظر أمر القاضي أمينا لينظر إلى عورته فيخبر بحاله ؛ لأن النظر إلى العورة يباح عند الضرورة .

**ثالثا - باليمين والنكول عنها :** إذا وقع نزاع بين الزوجين في أي عيب من العيوب ، فالقاعدة أن

(1) ابن القيم . زاد المعاد 4 58 .

(2) السمرقندي . تحفة الفقهاء 2 225 - النووي . روضة الطالبين 6 186 - الخطيب الشيرازي . معني الخناج 4 437 - شمس الدين بن قدامة . شرح الكبير 7 570 .

(3) السمرقندي . تحفة الفقهاء 2 225 - التوفيق . لتاج والإكليل 3 489 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

منكر العيب مصدق بيمينه<sup>(1)</sup> ؛ لأن الأصل عدم العيب ، وهذا يصدق في كل العيوب ، لكن المرأة إن كانت تستطيع أن تقيم البينة على ما ظهر من عيب بمعانته ، فإنها تعجز عن إقامة بينة على اعتراضه أي: الاسترخاء الدائم ، فالزوج مصدق بيمينه في نفيه هذا العيب ، فإن نكل عن اليمين حكم عليه بشبوتة<sup>(2)</sup> . قال الشافعية<sup>(3)</sup> وله أن يرد اليمين على المرأة ، فإن حلفت ثبت العيب ، وإن نكلت لم يثبت ، وهو المذهب ، وقال آخرون منهم يقضى عليه بنكوله<sup>(4)</sup> ؛ لأن هذا الأمر لا تعلمه المرأة .

رابعا - القرائن : يُثْبِتُ بقريئة بقاء المرأة على بكارها الاعتراض أو ما يسميه البعض العنة ، فإنه إذا ادعت المرأة على زوجها بأنه لم يصل إليها لعجزه ، وادعت البكارة أريت النساء الثقات ، فإن ثبت أنها بكر ثبت عجزه<sup>(5)</sup> .

و هذا الدليل الأخير و بعد تطور الطب في العصر الحديث ، حيث يمكن أن يجرى للمرأة عملية لإعادة بكارها ، لا يمكن اعتباره إلا إذا عرضت على أهل الخيرة من الأطباء ؛ لأنه قد يتعذر على النساء العاديات التوصل إلى كون البكارة طبيعية أم أنها عادت بسبب ما .

البند الثاني - بالنسبة للعيوب الخاصة بالنساء : تثبت العيوب الخاصة بالنساء بإحدى الوسائل

الآتية :

أولا - الإقرار : تثبت العيوب الخاصة بالنساء بالإقرار وهو أصل عام ، وإن لم أجد فيه كلاما للفقهاء ، باعتبار أنه يصدق في حق الزوج والزوجة على حد سواء ، لكن حياء المرأة قد لا يدفعها إلى الاعتراف بذلك ، فرما كان هذا سببا لعدم كلام الفقهاء فيه .

ثانيا - بشهادة النساء : إذا ادعى الزوج بأن بزوجه عيبا في فرجها ، أو فيما كان تحت الثياب ، فإنها تعرض على النساء الثقات برضاها لإثبات ذلك أو نفيه ، وقد اختلف الفقهاء في الشهادة على عيوب الفرج بين مجوز ومانع ، واتفقوا على غيرها .

جاء في الفواكه الدواني : « وأما لو كان المشهود عليه من أنواع عيوب الزوجة التي يدعيها الزوج ، ... إن كان في نحو ظهرها أو بطنها أو غير ذلك مما هو خارج عن فرجها ، فلا يشهد عليه إلا النساء ولا

(1) الصادق عند الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ، ص 256 .

(2) الدبري ، نهاية شرح الهداية لهامش شرح فتح القدير 4 / 131 - النفاوي ، الفواكه الدواني 2 / 40 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 5687 .

(3) السيرري ، المهذب 2 / 451 - الخطيب الشيرازي ، معني المحتاج 4 / 437 .

(4) الخطيب الشيرازي ، معني المحتاج 4 / 437 .

(5) الدررورس ، نعمة الفقهاء 2 / 225 - الكاسان بدائع الصنائع 2 / 633 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 5707 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

تخل رؤية الرجال له ولو رضيت المرأة ، وأما لو كان بفرجها فتصدق المرأة في نفيه إلا أن تمكن النساء من رؤية فرجها فتقبل شهادتهن ، وعليه يحمل قول خليل : وإن أتى بامرأتين تشهدان له قبلتا<sup>(1)</sup> .

قال التتائي<sup>(2)</sup> : « ولي فيه وقفة إذ القابلة أنثى وهي يجوز لها نظر فرج الأنثى إذا رضيت لأنها لا تجبر على رؤية فرجها ، ولو زوجة ادعى زوجها عيبا بفرجها وادعت عدمه فيقبل قولها في نفيه<sup>(3)</sup> .

وجاء في المغني : « وإن اختلفا في عيوب النساء ، أريت النساء الثقات ، ويقبل فيه قول امرأة واحدة<sup>(4)</sup> . وفي هذا إطلاق إذ لم يفرق بين عيوب الفرج وغيرها .

قال الشيخ الدردير<sup>(5)</sup> : « ومنعوا النساء عند اختلاف الزوجين في عيوب الفرج وجعلوا المرأة مصدقة ولا ينظرها النساء ؛ لأنهم لما شددوا على شهود الزنا ما لم يشددوا على غيرهم<sup>(6)</sup> وهذا إن رضيت المرأة أم لم ترضى وهو قول ابن القاسم<sup>(7)</sup> من المالكية خلافاً لمالك ، جاء في المدونة : « قال مالك : وأنا أرى أن داء الفرج بمنزلة ذلك فما كان مما هو عند أهل المعرفة من داء الفرج ردت به في رأيي ، وقد يكون من داء الفرج ما يجامع معه الرجل ، ولكنها ترد منه ، وكذلك عيوب الفرج<sup>(8)</sup> .

فالتأمل لقوله : أهل المعرفة ، يعني أنه يجوز عرضها على أهل المعرفة من النساء ، وهو المذهب .

(1) الفراوي ، الفواكه الدواني 277/2 .

(2) التتائي : هو محمد بن إبراهيم بن خليل ، أبو عبد الله ، التتائي المصري المالكي . نسبه إلى ( تتا ) من قرى المنوفية بمصر . فقيه ، أصولي ، فرضي ، ولي القضاء بالديار المصرية . أخذ عن النور السنهوري والرهان اللقاني وسبط بن المراديني وأحمد بن يونس القسنطيني وغيرهم . وأخذ عنه الشيخ العيشي وغيره . من تصانيفه : فتح الجليل في شرح مختصر خليل ، و البهجة السننية في حل الإشارات السننية ، وحاشية على شرح المحلى على جمع الجوامع ، و تنوير المغالة في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني وغيرها . توفي سنة 942 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 393/1 - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 194/8 - الزركلي ، الأعلام 302/5 ) .

(3) الفراوي ، الفواكه الدواني 313/2 .

(4) موفق الدين بن قدامة ، المغني 579 / 7 .

(5) الدردير : هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العلوي المالكي الأزهرى الخلوقي ، الشهير بالدردير (أبو البركات) فقيه ، صوفي ، مشارك في بعض العلوم . ولد ببني عدي ، من صعيد مصر ، وتولى مشيخة الطريقة الخلوئية ، والإفتاء بمصر . من تصانيفه : أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، فتح القدير في أحاديث الشيم النذير ، تحفة الإخوان في آداب أهل العرفان في التصوف ، الشرح الكبير على مختصر خليل ، ورسالة في متشابهات القرآن وغيرها . توفي بالقاهرة في 6 ربيع الأول سنة 1201 هـ . ( عمر كحالة ، معجم المؤلفين ، 67/2 ) .

(6) الدردير ، الشرح الكبير ، 186/4 .

(7) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي الإسماعيلي المشهور بكنى أبا عبد الله وهو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن حنادة ولد سنة 132 هـ . قبل 128 هـ . أصله النخاس في مالط وأعتبهم بأقواله صححه 20 سنة وتفق عنه . وأخذ عن النبي وعبد العزيز بن الماجشون ومسلم بن خالد . أتى غيره . وأحد عنه أصعب وسحنون وعيسى بن دينار ، وأخبار من مسكن بجي بن يحيى الأندلسي وغيرهم ، وخرج عنه البخاري في صحيحه . وهو صاحب التذوية " في مذهبه ، وهي من أجل كتبهم . وغيره أحدها سحنون . توفي بن القاسم بمصر في صفر سنة 191 هـ . ( محمد مخلوف ، سجد نور الرتبة 88 1 - من حكايا . وفيات الأعيان 129 3 - الذهبي ، تذكرة أعلام ، 356 1 ) .

(8) مالك ، المدونة . رواه سحنون عن ابن القاسم . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة الأولى 1994 ، 142 2 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ثالثا - باليمين والنكول عنها : وهذا راجع إلى أن المرأة مصدقة في نفي عيها يمينها مثل الرجل إذا تعلق الأمر بعيب في فرجها<sup>(1)</sup>.

البند الثالث - بالنسبة للعيوب المشتركة بين الرجال والنساء : اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> على أنه إذا اختلف الزوجان في العيوب المشتركة بينهما ، فإنه يرجع فيها لأهل الخبرة من أهل الطب ، وتقبل فيها شهادة اثنين ، أي : رجلين منهما ، هذا في العيوب الظاهرة فوق الثياب مثل الكفين والوجه ، وقد اشترط المالكية والشافعية بأنه لا بد من شهادة رجلين في ذلك سواء بالنسبة لعيوب الرجال أو النساء<sup>(3)</sup>. أما بالنسبة لعيوب النساء تحت الثياب فإنه تقبل فيها شهادة النساء ، فعند المالكية<sup>(4)</sup> تقبل شهادة اثنتين منهما ، أما الشافعية<sup>(5)</sup> فيشترطون أن يكن أربعة ، أما الخنابلة<sup>(6)</sup> فقالوا : تكفي الواحدة والأحوط اثنتين .

قال الدكتور عبد الكريم زيدان : « والراجح في اختلاف الزوجين في وجود العيب الذي يدعيه المدعي الاستعانة بأهل الخبرة كالأطباء والنساء الثقات كالطبيبات فيما يخص العيوب الخاصة بالنساء أو المشتركة بينهما وبين الرجال ، وأن لا يكتفى بشهود المدعي الذي يدعي بخبرهم ؛ لأن هذه العلة التي يراد فسخ النكاح بسببها يمكن معرفتها والتأكد من وجودها عن طريق أهل الخبرة من الأطباء فيجب الاستعانة بهم ، وأرى أن يكون ذلك بقرار من القاضي بعرض صاحب العيب على طبيبين أو أكثر في عيوب الرجال ، وطبيبتين أو أكثر على عيوب النساء . مع الأخذ بشهادتهم حول العيب من جهة رجاء زواله أو عدم هذا الرجاء ، فإن رجي زواله بمدة قصيرة لا تتجاوز السنة أجله القاضي قياسا على تأجيل العينين<sup>(7)</sup> .

وهو الصواب في رأبي خصوصا بعد تطور الطب في العصر الحديث .

أما في القانون : فلم يتطرق كل من قانون الأسرة الجزائري ، وقانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي ، ومجلة الأحوال الشخصية الموريتانية لمسألة إثبات العيوب عند التنازع فيها مما يقتضي الأخذ بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية في ذلك حسب ما ورد في مادة الإحالة الخاصة بكل قانون<sup>(8)</sup>.

(1) النفراوي ، الفواكه الدواني 40/2 .

(2) النفراوي ، الفواكه الدواني 40/2 - الخطيب الشربيني ، معني احتاج 6 / 413 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 568/7 - ابنهوي ، كشف القناع 6 / 466 .

(3) النفراوي ، الفواكه الدواني 40/2 - الخطيب الشربيني ، معني احتاج 6 / 413 وما بعدها .

(4) النفراوي ، الفواكه الدواني 40 2 - العدوي . حاشية العدوي . دار المعرفة ، المدار البيضاء ، المغرب ، الضعة الأولى ، 1998 ، 2 ، 344 .

(5) الخطيب الشرجي . معني احتاج 6 / 413 .

(6) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 568 7 - ابنهوي ، كشف القناع 6 / 466 .

(7) عبد الكريم زيدان ، المفصل 71 9 .

(8) نظري : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 . قام - الزواج والطلاق وأن هما السبي المادة : 72 ، مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما مدونة الأسرة المغربية فقد جاء في نص المادة 111 : « يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض » ، وهو الرأي الذي أشار إليه الأستاذ عبد الكرم زيدان ، وحسنا فعل المشرع المغربي ؛ لأنه لا بد من استشارة ذوي الخبرة في هذا المجال ؛ لأن الزوجة قد تتحایل من أجل الافتراق عن طريق طلب التطلق للعيب ، والشيء نفسه بالنسبة للزوج ، وتأسيسا على ذلك فإن الاستعانة بالخبراء في الأمراض أو العيوب التي يشكو منها أحد الأزواج ، كالمختصين في الأمراض الجنسية إذا تعلق الأمر بعيوب جنسية أو جلدية ، إذا كان هناك مرض جلدي يحول دون العشرة الزوجية الهادئة ، وقس على ذلك من العيوب والأمراض التي أصبح لها مختصون وعارفون بها<sup>(1)</sup> .

أما المشرع التونسي فقد سكت على هذا الأمر مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة ، وهو الإثبات بكافة طرق الإثبات المقررة عند الفقهاء .

أما في التطبيق العملي بالنسبة للقضاء الجزائري ، فقد أخذ بالخبرة لإثبات العيوب ، حيث جاء في حكم لمجلس قضاء تلمسان في 1967/12/28 في إحدى القضايا بالاستعانة بالخبرة في إثبات العيب<sup>(2)</sup> .

### الفرع الثالث

#### الأحكام المترتبة بعد ثبوت العيب

إذا ثبت العيب بأي طريق قرره الفقهاء أو أهل القانون لإثباته ، فإنه تترتب على ذلك عدة أحكام أوجزها فيما يلي :

**البند الأول - الحكم بالتأجيل للعلاج :** وهذا في العيوب والأمراض التي يرجى برؤها ، مثل العنة بالنسبة للرجال ، أو العيوب الخاصة بالنساء ، أو العيوب المشترك كالبرص والجذام والجنون .

**أولا - التأجيل للعنين :** ذهب الجمهور<sup>(3)</sup> إلى أنه إذا ثبتت عنة الرجل ، فإنه يؤجل سنة للعلاج ؛ لإجماع الصحابة على ذلك ؛ ولأن عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل أن يكون للعجز عن الوصول ، ويحتمل أن يكون لبغضه إياها مع القدرة على الوصول ، فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطؤها في المدة ظاهرا ، وغالبا دفعا للعار ، والشين عن نفسه ، وإن لم يطأها حتى مضت المدة يعلم أن عدم الوصول كان للعجز .

(1) محمد الأزهري . مرجع سابق ، ص 304 .

(2) العربي بلحاج ، الوحي في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2004 ، ص 284 هامش .

(3) الكاساني ، مائت الفتنان 2 633 وما بعدها - النووي ، المجموع 16:277 - المرادوي ، الإنصاف 8 138 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وأما التأجيل سنة ؛ فلأن العجز عن الوصول يحتمل أن يكون خلقة ويحتمل أن يكون من داء أو طبيعة غالبية من الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة ، والسنة مشتملة على الفصول الأربعة ، والفصول الأربعة مشتملة على الطبائع الأربع ، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة ، فيزول المانع ، ويقدر على الوصول .

لكن الشافعية يشترطون في تأجيل العين سنة أن يكون بطلب من الزوجة ، وإلا فإن القاضي لا يضرب له المدة ، وإن كان عن غفلة منها نبهها القاضي إلى ذلك<sup>(1)</sup> .

ولأن المالكية يفرقون بين العين والمعتض ، فهم يقررون التأجيل للمعتض وليس للعين ، قال سحنون : « إنما يؤجل المعتض وأما العين فلا يؤجل بل يفرق بينه وبينها في الحال »<sup>(2)</sup> .

وبداية حساب السنة مختلف فيها بين الفقهاء :

فالحنفية تبدأ عندهم من يوم ثبوت العيب في قول<sup>(3)</sup> ، وقيل من يوم الترافع للقاضي<sup>(4)</sup> ، ولا يحسب على الزوج ما قبل ذلك لما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح<sup>(5)</sup> أن يؤجل العين سنة من يوم يرتفع إليه لما ذكر أن عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل أن يكون للعجز ، ويحتمل أن يكون لكرهته إياها مع القدرة على الوصول . وقد اختلفوا في اعتبار السنة قمرية أم شمسية . جاء في البدائع : « يؤجل سنة شمسية بالأيام أو قمرية بالأهلة ، ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي<sup>(6)</sup> أن في ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية بالأهلة »<sup>(7)</sup> . وروي عن أبي حنيفة أنه يؤجل سنة شمسية . وحكى الكرخي<sup>(8)</sup> أنهم قالوا يؤجل سنة شمسية ،

(1) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 4 / 438 - البحرمي ، حاشية البحرمي 4 / 189 وما بعدها .

(2) المواق ، التاج والإكليل 3 / 489 .

(3) السمرقندي . نغمة الفقهاء 2 / 226 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 634 .

(5) شريح : هو شريح بن الحارث ابن قيس القاضي أبو أمية الكندي الكوفي الفقيه ويقال شريح بن شرحبيل بن المخضرمين أدرك الجاهلية ويعد في كبار التابعين أصله من اليمن . يقال : له صحبة ، ولم يصح ، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق . كان قاضيا لعمر بن الخطاب على الكوفة ثم لعنمان ثم لعلي رضي الله عنه ، فلم يزل قاضيا لها إلى زمن الحجاج ، وكان أعلم الناس بالقضاء وكان ذا فطنة وذكاء ومعرفة وعقل ورياسة وكان شاعرا محسنا وله أشعار محفوظة . ولي القضاء ستين سنة من زمن عمر إلى زمن عبد الملك بن مروان . توفي سنة 78 هـ وقيل في سنة 80 هـ . ( الذهبي ، سير أعلام النبلاء 4 / 100 وما بعدها - الذهبي ، تذكرة الحفاظ 1 / 59 - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 2 / 460 وما بعدها - العجلي ، معرفة النقات ، تحقيق عبد العلي عبد العظيم السنوسي ، مكتبة الدار - المدينة المنورة ، الطبعة الأولى 1985 ، 1 / 451 ) .

(6) الضحاوي : هو أحمد بن محمد بن سلامة الإمام ، الفقيه ، الحافظ ، المحدث أبو جعفر ، الضحاوي أصله من طحا وهي قرية بصعيد مصر ، ولد سنة 238 هـ . كان ثقة ، نبأ ، نبيلاً ، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة في زمنه ، ولم يخلف بعده مثله كان كوفي المذهب ، وكان عالماً بجميع مذاهب الفقهاء سمع هارون بن سعيد الأربلي ، وأبا حازم القاضي ، وغيرهما ، وروى عنه خلق كثير منهم : أبو محمد عبد العزيز بن محمد التميمي الجوهري ، وأحمد بن القاسم بن عبد الله الغدادي المعروف بابن الحشاش وغيرهم . صنف كتاباً منبذاً . مبيا أحكام القرآن و معاني الآثار ، وهو أول تصانيفه . و كان مشكلاً الآثار . وهو آخر تصانيفه . و المختصر في الفقه ، وغيرها كثير . توفي سنة 321 هـ . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر المتصيبة 71 وما بعدها - ابن حبان ، وفيات الأعيان 1 / 71 وما بعدها - الذهبي ، تذكرة الحفاظ 3 / 808 وما بعدها ) .

(7) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 634 .

(8) الدحوي : هو نساء الله بن الحسين بن دلال أبو الحسن ، الغدادي الكرخي سنة إلى الكرخ بالعراق . كان فيها زاهداً انتهت إليه رئاسة الحنفية بعد -

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ولم يذكر الخلاف<sup>(1)</sup>.

ووجه قول أبي حنيفة أن الفصول الأربعة لا تكمل إلا بالسنة الشمسية ؛ لأنها تزيد على القمرية بأيام ، فيحتمل زوال العارض في المدة التي بين الشمسية والقمرية ، فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى . ووجه القول الآخر ظاهر الرواية الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ سَأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ [البقرة 189] جعل الله عز وجل بفضله ، ورحمته الهلال معرفاً للخلق الأجل والأوقات والمدد ومعرفاً وقت الحج ؛ لأنه لو جعل معرفة ذلك بالأيام لاشتد حساب ذلك عليهم ، ولتعدر عليهم معرفة السنين والشهور والأيام ...

وأما السنة ، فما روي أن النبي ﷺ خطب في الموسم . وقال في خطبته : (( إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والأرض السنة اثنا عشر شهراً أربعة حرم ثلاث متواليات ذو القعدة وذو الحجة والحرم ورجب مضر الذي بين جمادى ، وشعبان ثلاثة سرد ، وواحد فرد ))<sup>(2)</sup> ، والشهر في اللغة اسم للهلال يقال رأيت الشهر أي : رأيت الهلال ، وقيل : سمي الشهر شهراً لشهرته ، والشهرة للهلال فكان تأجيل الصحابة رضي الله عنهم العين سنة ، والسنة اثنا عشر شهراً ، والشهر اسم للهلال تأجيلاً للهلالية ، وهي السنة القمرية ضرورة<sup>(3)</sup> .

أما عن حساب السنة فشهر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ، ولا يجعل له مكانها ؛ لأن الصحابة ﷺ أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بأن السنة لا تخلو عن شهر رمضان ، ومن زمان الحيض ، فلو لم يكن ذلك محسوباً من المدة ؛ لأجلوا زيادة على السنة .

ولو مرض الزوج في المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هي ، فإن استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى ، وإن لم يستوعب ، فقد روى ابن سماعه<sup>(4)</sup> عن أبي يوسف أن المرض إن كان

- أي حازه وأبي سعيد البردعي . ولد سنة 260 هـ . سمع إسماعيل بن إسحاق القاضي ، ومحمد بن عبدالله الحضرمي ، وطائفة حدث عنه : أبو عمر بن حيويه ، وأبو حفص بن شاهين ، والقاضي عبدالله بن الأكفاني ، والعلامة أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي ، وأبو القاسم علي بن محمد التنوحي ، وغيرهم . توفي سنة 340 هـ . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر المضيئة ص 219 وما بعدها - الذهبي ، سير أعلام النبلاء 226/15 وما بعدها ) .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 : 634 .

(2) البخاري ، الجامع الصحيح ، باب حجة الوداع ، برقم 4406 . 3 / 174 ( البخاري ، الجامع الصحيح ، تحقيق محب الدين الخطيب . الطبعة السننية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى 1403 هـ ) - مسلم ، صحيح مسلم ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض ، برقم 1679 ، 3 / 1305 ( مسند ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت ) - أحمد ، المسند ، حديث أبي بكر بن عمار بن - جازر برقم 20265 . 15 / 200 ( مسند أحمد ، دار الحديث . القاهرة . مصر ، الطبعة الأولى . 1995 ) .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 : 634 .

(4) ابن سماعه : هو قاضي بغداد العلامة أبو عبدالله محمد بن سماعه بن عبدالله بن هلال التميمي الكوفي . صاحب أبي يوسف ومحمد . ولد سنة 130 هـ . حدث عن الثوري ، وأبي بصير بن سيرين . وروى عنه : محمد بن عثمان الصفي ، والحسن بن محمد بن عبد الوشاء . وفي القضاء ليرشد . عاد ، سجد - في أبي سماعه . ورواه ابن أبي شيبة . فعنه يعقوب بن يزيد . وقيل للمأمون . عند منة سنة وثلاث سنين . وتوفي سنة 233 هـ . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر -

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

نصف شهر أو أقل احتسب عليه ، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الأيام ، وجعل له مكائها ، وكذلك الغيبة ، وروى عنه رواية أخرى أنه إذا صح في السنة يوما أو يومين أو صحت هي احتسب عليه بالسنة . وروى عن محمد أن المرض إذا كان أقل من شهر يحتسب عليه ، وإن كان شهرا فصاعدا لا يحتسب عليه بأيام المرض ، ويجعل له مكائها .

والأصل في هذا أن قليل المرض مما لا يمكن اعتباره ؛ لأن الإنسان لا يخلو عن ذلك عادة ، ويمكن اعتبار الكثير ، فجعل أبو يوسف على إحدى الروايتين ، وهي الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر ، وما دونه قليلا ، والأكثر من النصف كثيرا استدلالا بشهر رمضان ، فإنه محسوب عليه ، ومعلوم أنه إنما يقدر على الوطء في الليالي دون النهار ، والليالي دون النهار تكون نصف شهر ، وكان ذلك دليلا على أن المانع إذا كان نصف شهر ، فما دونه يعتد به ، وهذا الاستدلال يوجب الاعتداد بالنصف فما دونه ، إما لا ينفي الاعتداد بما فوقه ، وإما على الرواية الأخرى ، أنه لما صح زمانا يمكن الوطء فيه ، فإذا لم يطأها ، فالتقصير جاء من قبله ، فيجعل كأنه صح جميع السنة بخلاف ما إذا مرض جميع السنة ؛ لأنه لم يجد زمانا يتمكن من الوطء فيه ، فتعذر الاعتداد بالسنة في حقه ، ومحمد جعل ما دون الشهر قليلا ، والشهر فصاعدا كثيرا ؛ لأن الشهر أدنى الآجل ، وأقصى العاجل ، فكان في حكم الكثير ، وما دونه في حكم القليل .

وقال أبو يوسف : إن حجت المرأة حجة الإسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحج ؛ لأنه لا يقدر على منعها من حجة الإسلام شرعا ، فلم يتمكن من الوطء فيها شرعا ، وإن حج الزوج احتسبت المدة عليه ؛ لأنه يقدر على أن يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحج ؛ لأن جميع العمر وقته .

وقال محمد : إن خاصمته ، وهو محرم يؤجل سنة بعد الإحلال ؛ لأنه لا يتمكن من الوطء شرعا مع الإحرام ، فتبتدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعا ، وهو ما بعد الإحلال ، وإن خاصمته ، وهو مظاهر ، فإن كان يقدر على الإعتاق<sup>(1)</sup> أجل سنة من حين الخصومة إلا أنه إذا كان قادرا على الإعتاق كان قادرا على الوطء بتقديم الإعتاق كالمحدث قادر على الصلاة بتقديم الطهارة ، وإن كان لا يقدر على ذلك أجل أربعة عشر شهرا ؛ لأنه يحتاج إلى تقديم صوم شهرين ، ولا يمكنه الوطء فيهما ، فلا يعتد بهما من الأجل ، ثم يمكنه الوطء بعدهما ، فإن أجل سنة ، وليس بمظاهر ، ثم ظاهر في السنة لم يزد على المدة بشيء ؛ لأنه كان يقدر على ترك الظهار ، فلما ظاهر ، فقد منع نفسه من الوطء باختياره ، فلا يجوز إسقاط حق المرأة<sup>(2)</sup> .

- المضنية ص 332 وما بعدها - الذهبي ، سير أعلام النبلاء 646/10 وما بعدها .

(1) أعتق بيمينه أي : نسى لها كفارة ( الربيدي ، تاج العروس 26 / 125 ) .

(2) الكاساني . مدائع الصنائع 2 / 635 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما الخابلة<sup>(1)</sup> فتحسب عندهم من يوم الرفع للقاضي ، ولا يحسب عليه منها ما اعتزلته ؛ أي : مدة اعتزال الزوجة له فقط ؛ لأن المنع من قبلها ولو عزل نفسه أو سافر احتسب عليه من ذلك ، فإن مضت السنة ولم يطأ فلها الفسخ .

ثانيا - التأجيل للمرأة لعلاج عيوب فرجها : وإذا ادعى الزوج بعيب في زوجته وأراد التفريق للعيب ، فإن القاضي يمهّلها في أي عيب من العيوب المختصة بالنساء كالرتق ، حيث رجح زوال عيبها بالعلاج ، ويقدر القاضي الأجل ؛ أي : مدة الإمهال باجتهاده في ضوء ما يشير به أهل الخبرة وأهل المعرفة بالطب .

ولكن في الرتق لا تجبر الزوجة على التداوي والعلاج إذا أراد الزوج ورفضته الزوجة<sup>(2)</sup> إن كان الرتق الذي فيها خلقة ، وأما إذا طلبت الزوجة التأجيل للتداوي والعلاج وكان الرتق فيها خلقة وأبى الزوج ذلك ، فإن القاضي يجيب طلبها ويؤجلها ما دام لا يحصل بهذا التداوي والعلاج عيب فيها ، وإن كان فلا بد من رضا الزوج<sup>(3)</sup> .

وقال ابن يونس<sup>(4)</sup> وهو من المالكية : « إن كان الرتق من قبل الحتان فتجبر ، وإن كان خلقة فإن رضيت بالبط فلا خيار له وإن أبت فالخيار له »<sup>(5)</sup> . وهذا اجتهاد صائب من علمائنا ، فالطب في الوقت الحاضر قد تطور ووصل إلى علاج كثير من عيوب النساء .

ثالثا - التأجيل للعلاج من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء : عند المالكية<sup>(6)</sup> كل من يمكن زوال عيبه كالأجذم والأبرص والمجنون يؤجل سنة عند رجاء برئه ، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة ، ولا بين العيب السابق على العقد والحادث بعده .

(1) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 203/5 .

(2) المواق ، الناج والإكليل 489/3 - النووي ، روضة الطالبين 168/6 .

(3) عند الكرمي ريدان ، المفصل 74/9 .

(4) ابن يونس : هو محمد أبو بكر بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي . كان فقيها إماما فرضيا أحد عن أبي الحسن الخصائري القاضي وعين بن خريص بن أبي العباس ، وغيرهم ، كان ملازما للجهاد موصوفا بالشجاعة . ألف كتابا في الفرائض وكتابا جامعاً للمداوية أضاف إليها غيرها من الأمهات . عنه محمد بن عبد الله . توفي في ربيع الأول سنة 451 هـ . ( محمد بنوف ، شجرة النور الزكية 164/1 وما بعدها ) .

(5) المواق ، الناج والإكليل 489/3 .

(6) حسن ، مختصر حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1995 ، ص 106 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد جاء في إعانة الطالبين في فقه الشافعية : « وما جرب للجذام أن يؤخذ من دهن حب العنب ومرارة النسر أجزاء متساوية ويخلطان معا ويدلك بهما ثلاثة أيام ، وما جرب للبرص أن يؤخذ ماء السورد ويطللى به ثلاثة أيام فإنه يبرأ بإذن الله تعالى »<sup>(1)</sup>.

وهو اجتهاد صائب من علمائنا ، وخاصة في زماننا هذا مع تطور الطب ، واكتشاف علاجات لمثل هذه الأدوية خاصة إذا لم تستحكم .

البند الثاني - الرد والتفريق : اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال أوجزها فيما يلي :

أولاً - مذهب الحنفية<sup>(2)</sup> : ذهب الحنفية إلى أنه لا يرد الرجل المرأة بأي عيب وإن فحش ، ولكن الرجل بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها . ورحمتهم في ذلك : قول ابن مسعود<sup>(3)</sup> ﷺ لا ترد الحرة عن عيب ، وعن علي<sup>(4)</sup> ﷺ قال : إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالتكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، وما روي عن عمر<sup>(5)</sup> ﷺ أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق ، وكذلك ما روي عنه ﷺ أنه ردها أي ردها بالطلاق ؛ لأنه قال : الحقني بأهلك ، وهذا من كنايات الطلاق ، وقال : (( فر من الجذوم فرارك من الأسد ))<sup>(4)</sup> ، قالوا : نحن نمكنه من الفرار ، ولكن بالطلاق .

والمرأة إذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص ، فليس لها أن ترد به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - ، وعلى قول محمد بن الخياط إذا كان على حال لا تطبق المقام معه ؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها ؛ لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبواً أو عنيماً ، قال السرخسي : « ولكننا نقول : بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود إنما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحة والعشرة معه ، وذلك غير مثبت لها الخيار ، كما لو وجدته سبي الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الحب والعنة ».

ولو وجدته مجبواً خيراً القاضي في الحال ؛ لأن التأجيل في العنين لرجاء الوصول ، وذلك في المحبوس لا يوجد ، فالمقطوع من الآلة لا ينبت ، فلهذا فرق بينهما في الحال ، والنصي بمنزلة العنين ؛ لأن

(1) الكري ، إعانة الطالبين 82 / 3 .

(2) السرخسي ، المبسوط 93 / 6 - الباقري ، العناية شرح الهداية هامش شرح فتح القدير 4 / 133 وما بعدها .

(3) ابن مسعود : هو عبد الله بن مسعود بن عافل بن حبيب بن شيخ بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل بن مدركة بن إلياس بن مضر أبو عبد الرحمن الفذلي ، كان إسلامه قديماً أول الإسلام . حين أسلمه بن زيد وزوجته فاطمة بنت الخطاب ، وذلك قبل إسلام عمر بن الخطاب بزمان . وهو أول من جهر بالقرآن مكة . هاجر المهاجرين جميعاً إلى الحبشة وإلى المدينة ، وصلى القلتين ، وشهد بدرًا ، وأحدًا ، والخندق ، . سنة الرسوخان ، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ ، وشهد بيومك بعبده . هو ندي أحمر عسي أي جهل ، وشهد له رسول الله ﷺ بالجنة . كان أدب سبي هدياً ودلاً وحنناً رسول الله ﷺ . توفي بالمدينة سنة 32 هـ . ( ابن عبد البر ، الإستهجاب في أسماء الأصحاب ، مكتبة مصر ، القاهرة ، مصر . دت 153 2 وما بعدها . ابن الأثير ، أسد الغابة ، تحقيق عيسى بن عبد معوض ومعه . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دت ، 381 3 وما بعدها ) .

(4) البحري ، جامع الصحيح ، باب الجذام رقم 5707 . 374 . أحمد . مسند أبي هريرة رقم 9683 - ابن أبي شيبة ، مسند .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد جاء في إعانة الطالبين في فقه الشافعية : « وما جرب للحذام أن يؤخذ من دهن حب العنكب ومرارة النسرة أجزاء متساوية ويخلطان معا ويدلك بهما ثلاثة أيام ، وما جرب للبرص أن يؤخذ ماء السورد ويطلّى به ثلاثة أيام فإنه يبرأ بإذن الله تعالى »<sup>(1)</sup>.

وهو اجتهاد صائب من علمائنا ، وخاصة في زماننا هذا مع تطور الطب ، واكتشاف علاجات لمثل هذه الأدوية خاصة إذا لم تستحکم .

البند الثاني - الرد والتفريق : اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال أوجزها فيما يلي :

أولاً - مذهب الحنفية<sup>(2)</sup> : ذهب الحنفية إلى أنه لا يرد الرجل المرأة بأي عيب وإن فحش ، ولكن الرجل بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها . رحجتهم في ذلك : قول ابن مسعود<sup>(3)</sup> ﷺ لا ترد الحرة عن عيب ، وعن علي ﷺ قال : إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، وما روي عن عمر ﷺ أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق ، وكذلك ما روي عنه ﷺ أنه ردها أي ردها بالطلاق ؛ لأنه قال : الحقني بأهلك ، وهذا من كنايات الطلاق ، وقال : (( فر من المجذوم فرارك من الأسد ))<sup>(4)</sup> ، قالوا : نحن نمكته من الفرار ، ولكن بالطلاق .

والمرأة إذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الحذام أو البرص ، فليس لها أن ترد به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - ، وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطبق المقام معه ؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها ؛ لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبواً أو عنيماً ، قال السرخسي : « ولكننا نقول : بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود إنما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحة والعشرة معه ، وذلك غير مثبت لها الخيار ، كما لو وجدته سبي الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الحب والعنة ».

ولو وجدته مجبواً خيرها القاضي في الحال ؛ لأن التأجيل في العين لرجاء الوصول ، وذلك في المحبوب لا يوجد ، فالمقطوع من الآلة لا ينبت ، فلهذا فرق بينهما في الحال ، والخصي بمنزلة العين ؛ لأن

(1) الكوي ، إعانة الطالبين 82 / 3 .

(2) السرخسي ، المسبوط 93 / 6 - الباري ، العناية شرح الفداية فمأش شرح فتح القدير 133 4 وما بعدها .

(3) ابن مسعود : هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمع بن فار بن مخروم بن صاهلة بن كامل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هبيل بن منقر بن إلياس بن مضر أبو عبد الرحمن الهذلي ، كان إسلامه قديماً أول الإسلام . حين أسلمه بن زيد وزوجته فاطمة بنت الخطاب ، وذلك قبل إسلام عمر بن الخطاب برمان . وهو أول من جهر بالقرآن مكة . هاجر المحدثين جميعاً إلى الحبشة وإلى المدينة ، وصلى القلتين ، وشهد بدرًا ، وأحدًا ، وحنينًا . سعة الرجولان ، وسائر شهادته مع رسول الله ﷺ . منها : يرموك بعدد . وهو الذي أحجز عنى أبي جهل ، وشهد له رسول الله ﷺ بالحنك كما كان . أسس هنداً ودلاً وصحباً رسول الله ﷺ . توفي بالمدينة سنة 32 هـ . ( ابن عبد البر . الإستيعاب في أسماء الأصحاب ، مكتبة مصر ، الفحالة ، مصر ، 153 2 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة ، تحقيق عمي محمد معوض ومعه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دت ، 381 3 وما بعدها ) .

(4) السرخسي ، جامع الصحيح ، باب الحذام رقمه 5707 . 374 . أحمد . مسند أبي هريرة رقمه 9683 - ابن أبي شعبة ، 226 6 568 5 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ، ولو تزوجت واحدا من هؤلاء وهي تعلم بحاله ، فلا خيار لها فيه ؛ لأنها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ، ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت : رضيت سقط خيارها ، فكذلك إذا كانت عالمة به ، ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره ؛ لأنه إسقاط لحقها .

وأما حكم الخيار ، فهو تخير المرأة بين الفرقة ، وبين النكاح ، فإن شاءت اختارت الفرقة ، وإن شاءت اختارت الزوج ، فإن اختارت المقام مع الزوج ؛ بطل حقها ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح أبدا ؛ لأنها رضيت بالعيب ، فسقط خيارها ، وإن اختارت الفرقة ، فرق القاضي بينهما ، وتقع الفرقة بنفس الاختيار في قول أبي يوسف ومحمد ، ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المعتقة ، وخيار المخيرة ، وقال أبو حنيفة أنه لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضي : فرقت بينكما ، وجعله بمنزلة خيار البلوغ ، وهذه الفرقة فرقة بطلان بلا خلاف بينهم .

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(1)</sup> : ميز المالكية في هذه المسألة بين حالين حدوث العيب قبل العقد وحدثه وبعده :

1- إذا كانت العيوب حادثة قبل العقد ترد المرأة من الجذام والبرص ، ويرد الزوج بها أيضا بشرط كونها محققين ولو قلا ، ولا فرق في البرص بين أسوده وأبيضه ، وعلامته التفليس بأن يكون عليه قشر يشبه الفلوس ، وكما يرد كل من الزوجين بالجنون أو الجذام أو البرص ، يرد أحدهما بالعذبة .

ودليلهم على الرد بما ذكر من تلك العيوب ما ورد : من أنه ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحا<sup>(2)</sup> بياضا فردها وقال لأهلها : (( دلستم علي ))<sup>(3)</sup> ، وبما وروي عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم رد النساء من هذه العيوب الأربع أعني : الجنون والجذام والبرص والعذبة ، ولم يعرف لهم مخالف فكان إجماعا .

والخيار ثابت لأحد الزوجين في صاحبه بوجود أحد هذه العيوب ، ولو وجد بمجرد الرد منهما مثله ؛ لأنه يتزايد بواسطة الاجتماع عادة لا لتأثيرها ، فالأجذم له رد الجذمي مثلا لما أجرى الله من العادة في خلقه من كراهة المعيب ، وإن كان نظير ذلك العيب قائما به ، والمقتضي للخيار كراهة النفس لذئ العيب ، فالأبرص لا يجب الأبرص وهكذا .

(1) امرف ، الحاج وإبن خليل 484 3 - البراوي ، العواذ الدواي 372 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 437 وما بعدها .

(2) الكشح هو : ما يور الحامد إلى الضلع الخلف (من مصور . لسان العرب مادة كشح 3880 5 - خوهرى ، الصحاح في اللغة مادة كشح 400 1 )

(3) السيفي ، السس كبرى 214 7 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وترد المرأة أيضا من داء الفرج الذي لا يتأتى معه الجماع عرفا إما لتعذره أو لعدم طيب النفس معه ، ويرد الرجل بخصائه وجبه وعنته واعتراضه ، بشرط أن لا يحصل ممن يريد الرد علم به قبل العقد ، ولا فعل بعد العلم ما يدل على الرضا به ، كتلذذ أو طول إقامة هي مظنة للعلم به وإلا سقط الخيار ، إلا المرأة التي يكون زوجها معترضا وتمكنه من نفسها راجية زوال عذره فلم يزل عذره فهي على خيارها ، وتصديق دعواها إنما مكنته راجية زوال عذره ، بخلاف زوجة الخصي والمجبوب تمكنته من نفسها بعد علمها بعيبه فلا يقبل لها كلام بعد ذلك ، ووجه الفرق إمكان زوال الاعتراض مع وجود آلة الوطء ، بخلاف زوجة الخصي أو المجبوب تمكنته من نفسها بعد علمها بعيبه فلا يقبل اعتذارها لاستحالة زوال نحو الخصاء .

وإذا تنازعا في العلم بالعيوب قبل العقد ، فإن المدعى عليه العلم يخلف على نفسي علمه ، قال خليل : « وحلف على نفسه فإن حلف ثبت له الخيار ، وإن نكل حلف الآخر وسقط الخيار لصاحبه » .

أما إن كانت العيوب الحادثة بعد العقد والتي يثبت بها الخيار للزوجة دون الزوج ، فهي : الجذام ولو كان يسيرا ، أو البرص إن كان مستحكما أما إن كان يسيرا فلا يثبت لها الخيار ، أو الجنون ولو بعد الدخول بعد تأجيله سنة إذا رجي برؤه ، فيجب للمرأة الخيار في الزوج ، و مرد ذلك قدرة الرجل على التخلص من المرأة بالطلاق .

حاصله أن العيوب المشتركة إن كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين رد صاحبه به ، وإن وجدت بعد العقد كان للزوجة أن ترد به الزوج دون الزوج ، فليس له أن يرد الزوجة ؛ لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر ؛ لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا ثبت لها الخيار .

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> : ذهب الشافعية إلى أن العيوب المثبتة للخيار هي ما اختص به الرجال كالجلب والتعنين ، وما اختصت به النساء وهي الرق والقرن ، والمشاركة بينهم وهي البرص والجذام قلا أم كثيرا ، والجنون منقطعاً كان أو مطبقاً .

فإذا ظهر بكل واحد منهما عيب مثبت للخيار ، فإن كانا من جنسين مختلفين ، فلكل واحد منهما الخيار ، إلا إذا كان محبوبا وهي رتقاء ، فهو كالجنس الواحد ، وحكى البغوي<sup>(2)</sup> أنه لا فسخ به

(1) النووي ، روضة الطالبين 170.6 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 4 / 432 وما بعدها - النووي ، منهاج الطالبين ، تحقيق محمد محمد طاهر شعبان دار المنهاج ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2005 ، ص 390 .

(2) البغوي : هو الحسن بن مسعود بن محمد ، العلامة محيي السنة أو محمد البغوي نسبة إلى بعا . قرية بين هراة وود . ويعرف بان الفراء تارة وسفراء أخرى . فقه عن أبي الحسن بن محمد البرورودي . كان دينا عالما . عاملاً . كان يماما في الفقه والحديث والفقه وجمع منه . أبو عمر عبد الرحمن أحمد المنجلي ، أو الحسن بن محمد الشيرازي . ويعرف بن أحمد الصيرفي . وغيرهم . من تصانيفه التهذيب ، شرح المختصر ، والفتاوى . وكتاب شرح السنة ، معالم التنزيل في تفسير ، والمصابيح ، والجمع بين الصحيحين وغير ذلك . توفي في ماو الرود في شوال سنة 516 هـ . (تاج الدين السبكي .)

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

قطعا ؛ لأنه لا طريق له إلى تحصيل الوطاء ، وإن كانا من جنس واحد كالبرص والجذام ، ثبت لكل واحد منهما الخيار على الأصح من المذهب ، أما إن كانا مجنونين فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما في الحال ، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيان في القدر والفحش ، فإن كان بأحدهما أكثر وأفحش ، فلآخر الخيار قطعا .

ويشترطون أنه إذا كان أحدهما عالما بعيب الآخر فلا خيار ، فلو ادعى المعيب علم الآخر ، صدق المنكر بيمينه ، وقيل إن كان هذا الاختلاف بعد الدخول ، صدق مدعى العلم .

أما مسألة الرد أو الفسخ عندهم بالعيب فهم يفرقون بين حالين :

إن كان العيب مقارنا للعقد فلكل واحد من الزوجين الفسخ بعيب صاحبه .

أما إن كان بعد العقد ، فإن كان العيب بالزوجة فللزوجة الفسخ على الجديده الأظهر .

أما إن كان العيب بالزوج ، فيفرق بين حالين :

إن كان قبل الدخول فلها الفسخ .

أما إن كان بعد الدخول وكان جذاما أو برصا أو جنونا فلها الخيار .

أما التعين فلا خيار فيه ويضرب للتعين سنة رجاء زواله ، أما الجب إن حدث فلها الفسخ على الأصح ولو كانت هي من تسببت فيه .

والرد على الفور والفسخ قبل الدخول أو بعده .

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> : ذهب الحنابلة إلى أن العيوب المثبتة للخيار عندهم عشرة ، ثلاثة خاصة بالرجال وهي العنة والجب والخصاء ، وأربعة خاصة بالنساء وهي الرتق والقرن والبخر والإفضاء ، فالقرن والعفل واحد عندهم على ظاهر كلام الحزقي ، وثلاثة مشتركة بين الرجال والنساء وهي البرص والجذام والجنون مطبقا كان أو منقطعا .

وعندهم إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا ، و به عيب من غير جنسه ، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجنومة ، فلكل واحد منهما الخيار ؛ لوجود سببه ، إلا أن يجد المحبوب المرأة رتقاء ، فلا ينبغي أن يثبت نما خيار ؛ لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه .

وإن وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله ، ففيه وجهان :

- طبقات السابعة 757 - الدهلي ، سير أعلام النبلاء ، 439 19 وما بعدها - ابن حلكان ، وفات الأعيان 2 136 وما بعدها .

(1) مدعي الدين ابن قدامة ، المعنى 7 579 - الكافي 4 297 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أحدهما ، لا خيار لهما ؛ لأنهما متساويان ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ، فأشبهها الصحيحين .

والثاني ، له الخيار ؛ لوجود سببه ، فأشبهه ما لو غر عبد بأمة .

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : أن لا يكون عالما بها وقت العقد ، ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها في العقد ، أو بعده فرضي ، فلا خيار له .

وإن ظن أحدهما أن العيب يسيرا فبان كثيرا ، كمن ظن أن البرص في قليل من جسده ، فبان في كثير منه ، فلا خيار له أيضا ؛ لأنه من جنس ما رضي به ، وإن رضي بعيب ، فبان به غيره ، فله الخيار ؛ لأنه وجد به عيبا لم يرض به ، ولا بجنسه ، فثبت له الخيار ، كالمبيع إذا رضي بعيب فيه ، فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب ، فزاد بعد العقد ، كأن به قليل من البرص ، فانبسط في جلده ، فلا خيار له ؛ لأن رضاه به رضي بما يحدث منه .

وخيار العيب ثابت على التراخي ، لا يسقط ، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به ، من القول ، أو الاستمتاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة .

هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله : فإن علمت أنه عتبن ، فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد ، فلها ذلك ، وذكر القاضي أنه على الفور .

هذا بالنسبة للعيوب الحادثة قبل العقد ، أما العيوب الحادثة بعد العقد ، ففيه رأيان عند الحنابلة .

الأول : يثبت الخيار ، فإن جب الرجل قبل الدخول مثلا فلها الخيار على الفور ؛ لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا ، فأثبتته طارئا .

والثاني : لا يثبت الخيار ؛ لأنه حدث بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع .

### البند الثالث - حكم المهر :

أولا - مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> : في فرقة العين لما المهر كاملا ، إن كان الزوج قد دخلا بها ، وإن كان لم يدخل بها فلها نصف المهر إن كان مسمى ، والمتعة إن لم يكن مسمى .

و في فرقة المجبوب إن اختارت الفرقة ، وفرق القاضي بينهما أو لم يفرق على الاختلاف الذي بينهم ، فلها كمال المهر ، إن كان قد دخلا بها في قول أبي حنيفة ، وعند الصحابين لها نصف المهر . وإن كان لم يدخل بها ، فلها نصف المهر إجماعا .

(1) الشرح المحقق . المجلد 5 / 99 وما بعدها . الكفاية . طبع في بيروت 2 / 639 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(1)</sup> : إن دخل الزوج البالغ بزوجه المطيقة ذات العيب الذي ترد به بغير شرط ولم يعلم بعيبتها إلا بعد دخوله بها ، ولم يحصل منه بعد علمه بعيبتها ما يدل على رضاه بل كف عنها وطلقها أدى صداقها ؛ أي : وجب عليه أن يدفع لها جميع ما سماه لها ؛ لأنها استحقته بالوطء ، ويصدق الزوج في عدم العلم بالعيب قبل الدخول بها ، و أن لها الصداق بالدخول ، ولو كان الزوج عنيئا أو مجنوناً ؛ لأن الذي عقد لأجله قد حصل وهو طريقة ابن الحاجب<sup>(2)</sup> ، خلافا لابن عرفة ، حيث قصر الكلام على من يتصور منه الوطء الكامل كالأجذم لا من ذكره صغير جدا أو لا ذكر له كالمجبوب .

وقالوا : إذا أدى الزوج الصداق لها رجع به كله على أبيها ، أو أخوها ، إذا كان هو الذي زوجها ، وكل من غرم من الأب أو الأخ الصداق لا يرجع على الزوجة بشيء منه ، وتفوز بما قبضته ؛ لأنها لم تحضر العقد ، والغارم هو الولي الذي لم يخف عليه أمرها . أما إن حضرت مجلس العقد فيرجع على وليها القريب ، وعليها إن زوجها بحضورها كاتمين .

و لو علم السالم منهما بعيب الآخر قبل الدخول وفارق ، فإنه لا شيء للزوجة من الصداق ؛ لأن العيب إن كان بالزوجة فهي غارة ، وإن كان بالزوج فالفراق جاء من قبلها ، وسواء كان العيب يوجب الرد مطلقا أو بمقتضى الشرط .

هذا إن كان العيب بالزوج ؛ لأنها التي اختارت مفارقتها ، وكذا إن كان بالزوجة وردها بغير لفظ الطلاق ، وأما لو ردها بلفظ الطلاق للزوجة النصف لها ، ولعل وجه الفرق أن الرد بلفظ الطلاق يقتضي الرضا بها ثم فارقها بعد ذلك .

واعترض عليه تقدم أن الرد هنا إنما يكون بلفظ الطلاق ؛ لأنه نكاح صحيح ، فلم يحصل فيه الرد إلا بالطلاق .

وما مر حكم ما إذا زوجها قريبها الذي لا يخفى عليه أمرها ، أما إذا زوجها وليها البعيد كابن العم ونحوه ممن يخفى عليه أمرها ، ودخل بها الزوج غير عالم بعيبتها ثم فارقها ، فلا شيء على الولي مما أخذته الزوجة من الصداق ، و يرجع الزوج على الزوجة بجميع الصداق ، و لا يكون لها منه إلا ربع دينار لحق الله لثلا يعرى البضع عن صداق . أما إن كان الولي البعيد عالما بعيبتها يكون كالقريب جدا .

(1) الشافعي . الفواكه الدواني 382 - المواق ، التاج والإكليل 492/3 وما بعدها .

(2) ابن الحاجب : هو أبو عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الرويني ثم المصري ثم الدمشقي ثم الإسكندري المعروف بابن الحاجب المنقب حسان بن الإمام العلامة الفقيه الحنكلي . كان مولده بإسنا بالضعيف الأعلى سنة 590 هـ . أدب - نقه حجة متواضعا عفيفا مصفا عبيا للعلم وأهله . أخذ عنه من سناطية ، والذنبات العربي . وأبي القاسم البوصيري ، وابن عسباد ، وفاضله سب سعد الخيزر ، وغيرهم . حدث عنه الشافعي ، والديمياطي . وأبو الحسن الخزازي ، وأبو إسحاق الندائسي وغيرهم . صنف التصانيف المتباينة منها : كتاب الجامع ، الأمهات في الفقه والكافية في النحو والشافية في الصرف . علم كفاية سناد : الرواية في علم الكفاية . توفي صبحى يوم الخميس 26 شهر شوال سنة 646 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية 1 240 )

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فإن تنازع الزوج مع الولي البعيد في العلم وعدمه فالقول قول الولي البعيد يمينه ؛ لأنه لا يعلم عيها ، فإن حلف برئ ، وإن نكل غرم للزوج جميع الصداق بمجرد نكوله في دعوى الاتهام وبعد حلفه في دعوى التحقيق ، وإذا برئ الولي من الصداق إما بحلفه أو بنكول الزوج في دعوى التحقيق ، فإنه يضيع الصداق على الزوج إذ لا رجوع له به على المرأة على المعتمد من المذهب . كما أنه لا يرجع عليها إذا لم يبرأ الولي ولكن أعسر .

هذا في العيوب الموجبة للخيار عندهم من غير شرط أما ما لا يوجبها إلا بشرط كعدم البياض ونحوه مما لا خيار فيه إلا بالشرط ، فإنه إذا دخل بها الزوج ، ولم يجد ما شرطه ، فإنها تترد إلى صداق مثلها ويسقط عنه ما زاده لأجل ما اشترطه ، أي : ما لم يكن صداق مثلها أكثر من المسمى ، فيدفع لها المسمى ولا يرجع بجميع الصداق ، فهو ليس كالعييب الذي يثبت به الخيار من غير شرط .

أما مهر زوجة المعترض بعد انقضاء سنة التأجيل ، فإنها تستحقه كله على المذهب بالوطء أو بانقضاء السنة ؛ لأن إقامة السنة في المذهب كالوطء .

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> : أما قول الشافعية في هذه المسألة فهي على التفصيل الآتي :

إذا كان الفسخ منه أو منها بعيب فيها أو فيه ، وكان مقارنا للعقد أو حادثا بعده فإنه :

- إن كان قبل الدخول يسقط المهر ؛ لأنه إن كان العيب بالزوج فهي الفاسخة ، فلا شيء لها ، وإن كان بها فسبب الفسخ معنى وجد فيها فكأنها هي الفاسخة ؛ لأن شأن الفسخ تراد العوضين .

- أما إن كان بعد الدخول فهو على ثلاثة أوجه :

- الأول : وهو الأصح في المذهب أنه يجب مهر المثل إن كان الفسخ بعيب مقارن للعقد أو بحادث بين العقد والوطء ، وكان الواطئ يجهله ، سواء كان بالمطوءة وجهته أو كان بالواطئ ؛ لأنه قد استمتع بعيبة .

والحجة في ذلك ، فهو عندما بذل المسمى على ظن السلامة ولم تحصل ، فكأن العقد جرى في الأول بلا تسمية ، ويجعل اقترانه بالوطء المقارن للمهر ، وفي الثاني كالاقتران بالعقد ، فكأنه أيضا جرى بلا تسمية ؛ ولأن قضية الفسخ رجوع كل منهما إلى عين حقه أو إلى بدله إن تلف ، فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المسمى والزوجة إلى بدل حقتها وهو مهر المثل لفوات حقتها بالدخول .

أما إن حدث العيب بعد الوطء فإنه يجب المسمى ؛ لأنه استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار .

الثاني : يجب المسمى مطلقا لتقرر بالدخول .

1- القول بانقضاء السنة بانقضاء سنة التأجيل . يعني خيار 436 4 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

- الثالث : يجب مهر المثل مطلقا .

وقيل : إن فسخ بعبيها المقارن للعقد فلها مهر المثل ، وإن كان بعبيه فلها المسمى ، وهو اختيار النووي<sup>(1)</sup> في الروضة .

وقد أورد الشافعية مسألة : إذا فسخ العقد بعبيها المقارن للعقد بعد الدخول وغرم المهر ، فهل يرجع به على من غره ؟

ففي المسألة قولان :

الأول : في الجديد الأظهر لا .

الثاني : إن كان التفرير والتدليس منها دون الولي فالرجوع عليها دون وليها ، لكنه لا معنى أن يغرم لها ثم يسترد ما غرمه ، فالمعنى في الرجوع هنا إذن أنه لا يغرم لها .

قال النووي : « لكن هل يجب لها أقل ما يجوز صداقا لتلا يخلو النكاح عن المهر ؟ »

والأصح في المذهب أنه لا يبقى لها شيئا ، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتفرير .

أما إن كان التفرير من الولي ، فإن كان عالما بالعيب رجوع عليه بجميع ما غرم ، وإن كان جاهلا

للعيب ففيه وجهان :

— إن كان الولي بعيدا كابن العم أو غيره ، إذا جهل يكون الرجوع على الزوجة دونه .

— أما إن كان الولي محرما ، والمحرم لا يخفى عليه الحال غالبا ، فإن خفي فلتقصيره ، فيرجع عليه مع

جهله على الصحيح .

وفي حواشي الروضة : « والمشهور الرجوع بالجميع على الولي قولاً واحداً »<sup>(2)</sup> .

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup> : ذهب الحنابلة إلى أنه إن كان فسخ النكاح قبل الدخول فلا مهر ،

سواء كان الفسخ من الرجل أو المرأة ؛ لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها ، وإن كان منه فإنما

فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها .

(1) النووي : هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الخراساني الحوراني ، النووي ، الشافعي ، أبو زكريا ، عبي الدين : علامة بالفقه والحديث . مبلد نوا من قرى حوران ، سورية سنة 631 هـ . وإليها نسبته . أخذ العلم من الرضى ابن البرهان و عبد العزيز بن محمد الانصاري و زين الدين بن عبد الدائم و الكمال السجق المعري وشمس الدين عبد الرحمن بن بوح وغيرهم . وحدث عنه ابن أبي الفتح والمزى وابن العطار . من تصانيفه " شرح صحيح مسلم " و " رياض الصالحين " و " الأذكار " و " الأربعين " و " الإرشاد " و " شيبان " في آداب حملة القرآن ، و " الروضة " أربعة أسفار و " شرح أمية " وغيرها . توفي 24 رجب سنة 676 هـ . ( الذهبي ، تذكرة الحفاظ 4 1470 وما بعدها - اليراقلي ، الأعلام 8 1498 ) .

(2) صاخر بن محمد بن رسلان اللقيبي ، حواشي الروضة على روضة الطالبيين للنووي ، 6 172 .

(3) مؤيد الدين ابن قدامة - المعنى 7 585 - التبيين في اكتشاف نفاق 5 128 وما بعدها .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وإن فسخ بعد الدخول ، أو بعد خلوة ، فلها المسمى ؛ لأنه نكاح صحيح وجد بأركانه وشروطه ، فترتب عليه أحكام الصحة ؛ ولأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالخلوة فلا يسقط بمحادث بعده ، ويرجع الزوج بالمهر على من غره سواء الزوجة إن كانت عاقلة أو وليها أو وكيلها إن كانت غير عاقلة ، قال أحمد : « أيهم انفرد بالغرر ضمن وحده لانفراده بالسبب الموجب للرجوع » .

وإن اختلفوا في علم الولي ، فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه .

فإن كان الولي لم يعلم لا يغرر ؛ لأن التغيرير من غيره ، كما لو كان ابن عم .

و يرجع بكل الصداق عليها إن كانت عاقلة ؛ لأنه مغرور منها ، وإن كانت غير عاقلة رجع بكل الصداق على الولي ، كما لو كان الولي هو من غره .

### البند الرابع - حكم إنكار العين بقاء العجز بعد مدة التأجيل :

أولاً - عند الحنفية<sup>(1)</sup> : إذا أجل العين سنة ، وتمت المدة ، فإن اتفقا على أنه قد وصل إليها ، فهي زوجته ، ولا خيار لها ، وإن اختلفا وادعت المرأة أنه لم يصل إليها ، وادعى الزوج الوصول ، فإن كانت المرأة ثيباً ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر ، فالقول قولها ، وإن قلن هي ثيب ؛ فالقول قوله ، وإن وقع للنساء شك في أمرها ، فإنها تمتحن ، واختلف المشايخ في طريق الامتحان قال بعضهم : تؤمر بأن تبول على الجدار ، فإن أمكنها بأن ترمي ببولها على الجدار ، فهي بكر ، وإلا فهي ثيب .

وقال بعضهم : تمتحن ببيضة الديك ، فإن وسعت فيها ، فهي ثيب ، وإن لم تسع فيها ، فهي بكر .

وإذا ثبت أنه لم يطأها إما باعترافه ، أو بظهور البكارة ، فإن القاضي يخيرها ، فإن الصحابة رضي الله عنهم خيروا امرأة العين ، فإن شاءت اختارت الفرقة ، وإن شاءت اختارت الزوج إذا استجمعت شرائط ثبوت الخيار .

ثانياً - عند المالكية<sup>(2)</sup> : إذا تنازع المعارض مع الزوجة في الوطاء وعدمه بعد انقضاء السنة فإنه يصدق . قال خليل : « وصدق إن ادعى فيها الوطاء بيمينه ، فإن نكل حلفت ولها التطلق ، وإن نكلت لزمها البقاء ، بخلاف لو ادعى بعد انقضاء الأجل الوطاء بعده فلا يصدق ، وأما لو وقع التنازع قبل انقضاء الأجل فإنه يخلف ويبطل اختيارها ، فإن نكل بقيت زوجة إلى الأجل ، وليس لها أن تحلف لأن بقية الأجل من حقه ، فإن حلف أو وطئ عنده بطل خيارها ، وإن تمادى على إنكاره حلفت وإلا بقيت زوجة » .

(1) الكاساني ، مدافع الصانع 2 : 636 .

(2) القفري ، الفواكه الدواني 2 : 40 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ثالثا - عند الشافعية<sup>(1)</sup> : إن قال وطئت ، حلف بعد طلبها أنه وطئ وصدق يمينه مع أن الأصل عدم الوطء لعسر إقامة بينة الجماع ، والأصل السلامة ودوام النكاح ، فإن نكل عن اليمين حلفت أنه لم يطأها ، فإن حلفت على ذلك أو أقر هو بذلك ثبت عجزه وثبت لها حق الفسخ ، هذا في الشيب .

أما البكر إذا شهد أربع نسوة بكارتها فالقول قولها للظاهر ، والراجع أنها لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها ، فإن ادعى الزوج عود البكارة بأن قال بعد شهادتهن : أصبتها ولم أبلغ فعادت بكارتها ، وطلب يمينها حلفت أنه لم يصبها .

رابعا - عند الحنابلة<sup>(2)</sup> : إن ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهد بذلك امرأة ثقة واثنان أو ثلث ، فالقول قولها ، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء قبل قولها ؛ لأن هذا بعيد جدا وإن كان متصورا ، والأصح أنها تستحلف ، وإلا فالقول قوله ؛ أي : إذا لم يشهد لها أحد ؛ لأن الأصل السلامة وعدم العيب ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر حلفت لأن الأصل عدمه .

وإن كانت ثيبا فالقول قولها ؛ لأن هذا يتعذر إقامة البينة عليه ؛ لأنه يدعي سلامة نفسه من العيوب ، والأصل السلامة ، يحلف فإن نكل قضى عليه بالنكول . وقيل لا يستحلف .

أما في القانون : فقوانين الأحوال الشخصية الجزائري والتونسي والليبي والموريتاني لم تشر إلى هذه الأحكام وإنما تركت الأمر للفقهاء ، مما يحتم الرجوع إلى مواد الإحالة في القوانين ، والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وكان من الأجدر النص عليها في مواد ضمن القوانين حتى لا يترك القاضي في حيرة من أمره وخاصة مع اختلافات الفقهاء فيها حتى في المذهب الواحد .

وحسنا فعل المشرع المغربي فقد حدد وأشار إلى بعضها إذ جاء في مدونة الأسرة في المواد :

المادة 107 : تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إتهامها :

- 1 - العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية .
- 2 - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته ، التي لا يرجى الشفاء منها داخل

سنة .

المادة 108 : يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب :

- 1 - ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد .
- 2 - ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء .

(1) الخليل بن أحمد ، معني الخناج 438.4 وما بعدها .

(2) بن منيع ، شرح المقنع 957 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد ورد في نص المادة 42 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللببي نفس هذين الشرطين دون الحديث عن بقية الأحكام .

المادة 109 : لا صداق في حالة التطليق للعب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به ، أو كتم عنه العيب قصدا.

المادة 110 : إذا علم الزوج بالعب قبل العقد ، وطلق قبل البناء ، لزمه نصف الصداق.

عبد القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الثالث

### التنازع في النسب

النسب رابطة سامية وصلته عظيمة وعلى جانب كبير من الخطورة ، لما يترتب عليها من آثار وحقوق ، كالحرمة في النكاح والتوارث ، فلهذا لم يدعها الله عرضة للأهواء ونهباً للعواطف فهبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء .

ومن سنن الله تعالى في خلقه أن يوجد الطفل الصغير من أبويه لا حول له ولا قوة ، ولا إرادة له في التأني من هذه العلاقة ، فلهذا نهى الله تعالى الآباء عن إنكار نسب أولادهم منهم ، وتوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب ، ودل على ذلك قوله ﷺ : (( أيما رجل جحد ولدا وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق ))<sup>(1)</sup>، ولعل هذا الوعيد لما يترتب على إنكار الأب لولده من تعريضه للذل والعار الذي لا يحتمل ، وفي هذا ضرر بالغ وأي ضرر ، كما حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه ، فقال ﷺ : (( أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة ))<sup>(2)</sup> .<sup>(3)</sup>

رغم هذا الوعيد الذي جاء في نصوص الشريعة إلا أنه لم يمنع وجود حالات للتنازع في النسب بين الزوجين في الواقع المعيش ، ويكون ذلك إما تابعا لإنكار علاقة الزوجية من أحد الزوجين ، أو لشك الزوج في زوجته ، أو للتبرؤ من جنس المولود وتلك من عادات الجاهلية ، أو حتى حبا في الانتقام من الطرف الآخر إما لتشويه سمعته أو حرمانه من أهم حق من حقوقه المشروعة ، والتي من أجلها أبرم علاقته الزوجية .

وحرصا على عدم ضياع الأولاد عني فقهاء المسلمين بهذا الحق عناية كبيرة وتناولوا أمره من كل جوانبه ، وقد تبعهم في ذلك أهل القانون من المشرعين والفقهاء ، وكل ذلك بهدف الحفاظ على الأولاد ، وعدم ضياع أنسابهم التي تفضي إلى التشرذم الاجتماعي والفساد<sup>(4)</sup> .

(1) أبو داوود ، سنن أبي داوود باب التغليب في الانتفاء برقم 3263 ، 482/2 (أبو داوود . سنن أبي داوود ، دار بن حزم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1997) - البيهقي ، السنن الكبرى ، 403/7 - النسائي ، السنن الكبرى باب التغليب في الانتفاء من الولد برقم 5675 (النسائي ، السنن الكبرى ، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1991 ، 378/3) - الحاكم ، المستدرک 2032 - سنن الدارمي باب من جحد ولده وهو يعرفه برقم 2284 (الدارمي ، سنن الدارمي تحقيق حسين سيم أسد الدارمي ، دار المعنى ، الرياض ، مسكنة بحرين ، الطبعة الأولى ، 2000 ، 1437/3) - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب ثبوت النسب وما جاء في مناقب برقم 4108 . 4189 . قال حاتم هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(2) الحديث نفسه .

(3) عبد الجبار عبد ، مساحب في قانون الأسرة الجزائري ، ناله للنشر ، دات ص 279 وما بعدها .

(4) المرجع نفسه ص 280 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وسأحاول في هذا المطلب إلقاء الضوء على هذا الجانب المهم ، وهو كيفية الوصول إلى فض النزاع وبالتالي المحافظة على مصلحة الطفل ، وحماية الطرف المتضرر من هذا النزاع .

### الفرع الأول

#### ماهية النسب

##### البند الأول - التعريف بالنسب :

أولاً - النسب لغة<sup>(1)</sup> : واحد الأنساب وهو نسب القرابات ، وقيل هو القرابة في الآباء خاصة . ويقال : بينهما نسب : أي قرابة ، سواء جار بينهما التناكح ، أم لا . قال تعالى : ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [ الفرقان 54 ] ، وقيل : ويكون من قبل الأم والأب ، وقيل : النسب معروف وهو أن تذكر الرجل ، فتقول : هو فلان بن فلان أو تنسبه إلى قبيلة أو بلد أو صناعة . ومن المحاز : بينهما نسبة قريبة . واستنسب الرجل كاتنسب : ذكر نسبه ، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه : استنسب لنا أي : أنتسب لنا حتى نعرفك . والنسب : المناسب ، والجمع نساء ، وأنساء . رجل نسبي : أي ذو الحسب والنسب كالمنسوب فيه ، ويقال : فلان نسيبي وهم أنسيائي .

ثانياً - النسب اصطلاحاً<sup>(2)</sup> : وهو يقوم على أساس معناه اللغوي ، وهو صلة الشخص بغيره ، على أساس القرابة القائمة على صلة الدم .

ثالثاً - النسب قانوناً : لم تتعرض القوانين لتعريف النسب ؛ لأن التعريف كما سبق وأن أشرت من اختصاص الفقه وليس من اختصاص المشرعين ، إلا أن المشرع المغربي خالف هذه القاعدة وعرف النسب في المادة 150 بقوله : النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف .

اعتبر المشرع المغربي النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ، أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد ، وهكذا من السلف إلى الخلف ، فهو تعريف يقترب نوعاً ما من تعريف الوراثة ، وقد اعتبر تلك الصلة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النسب<sup>(3)</sup> .

والغالب في استعمال النسب أن ينسب الإنسان إلى أبيه ، وقد صرح بعض الفقهاء بذلك ، قال ابن

(1) ابن منظور ، لسان العرب مادة نسب 4405 6 - الريادي . ناه لغوس مادة نسب 260 4 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 1 225

سعدى أبو حبيب . قاموس الفقهي ص 351 وما بعدها .

(2) عبد الكريم زيدان ، المفصل 315-9 .

(3) محمد الأزهر ، مرجع سابق ، ص 363 ، وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

القيم : « النسب في الأصل للأب »<sup>(1)</sup>، ولكن هذا لا يعني أن لا ينسب الولد إلى أمه ؛ لأن نسبه ثابت إليها قطعاً لانفصاله عنها ، وإنما المقصود أن ينسب الولد إلى أبيه عادة<sup>(2)</sup>.

وإذا انقطع نسب الولد عن أبيه بأي طريق كان ، فإنه ينسب لأمه فقط . قال بن القيم : « إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه »<sup>(3)</sup>.

**البند الثاني - أطراف النسب وصاحب الحق فيه :** للنسب أطراف ثلاثة وهم : الأب والأم والولد ، وذلك أن النسب رابطة لا تتحقق في أصل نشأتها إلا بوجود هذه الأطراف الثلاثة.

وثبت نسب الولد من أبيه وإن كان أثراً من الآثار التي تترتب على عقد الزواج بحكم الشرع حتى لو اتفق الزوجان عند العقد على نفيه ، إلا أنه ليس حكماً مجرداً بل هو حق لأطراف النسب ، فهو حق لله تعالى ، وحق للأب وحق للأم وحق للولد نفسه<sup>(4)</sup>.

**أولاً - النسب حق لله تعالى :** أما وجه كونه حقاً لله ، فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ، إذ إنه يتضمن حرمة كلها لله تعالى : حرمة المرأة ومعنى ذلك أنه لا يحل مخالطتها إلا بطريق الزوجية ، وحرمة الأمومة والأبوة ؛ لأن الله تعالى أوجب حقوقاً يجب مراعاتها ، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على الأنساب ، ومما يثبت أن النسب حق من حقوق الله تعالى أنه تقبل فيه الشهادة حسبة ؛ أي : حتى ولو لم تكن هناك دعوى من المدعي<sup>(5)</sup>.

**ثانياً - النسب حق للأب :** من حق الأب أن ينسب إليه الولد الذي خلقه الله من مائه بنكاح شرعي صحيح ، كونه يعتبر امتداداً له ، وهو من أهم الأسباب التي أدت به إلى إبرام هذه العلاقة بينه وبين المرأة ، ومن حقه أن يرعاه ويتعهد للمحافظة عليه من الضياع خاصة إذا كان لا يقدر على التكفل بنفسه ونظراً لما يترتب على ذلك من حق في التوارث بينهما .

**ثالثاً - النسب حق للأم :** من حق الأم أن تنفي عن نفسها التهمة ، وأن تحافظ على ابنها وتصونه من الضياع ، ولذلك فهي تصلح لأن تكون خصماً في دعوى نسب ابنها من أبيه، سواء تعلق الأمر بالدعوى مجردة ، أم كانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة أو الحضانة<sup>(6)</sup> أو الزوجية .

(1) ابن القيم ، زاد المعاد 4 ، 199 .

(2) عند كريمة زيدان ، لفصل 316/9 .

(3) ابن القيم ، زاد المعاد 4 ، 199 .

(4) محمد علي محجوب ، النظام القانوني للأسرة في التشريع الإسلامي ، المعهد العالي للدراسات الإسلامية ، مصر ، 2005 ، ص 243 .

(5) عند ألساح نغية ، مرجع سابق ، ص 80 (تصرف) .

(6) محمد علي محجوب ، مرجع سابق ، 244 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

رابعا - النسب حق للولد : إن من أهم حقوق الأولاد على أبيهم هو ثبوت نسبهم منه ؛ لأهم ثمرة الزواج المقدس بين أبويهم<sup>(1)</sup> ، وهو أيضا في حاجة إلى دفع التعبير عن نفسه بكونه ولد زنا ؛ ولأنه تترتب له حقوق أخرى إذا ثبت نسبه من الأب كحقه في النفقة والحضانة وانضمامه إلى أبيه في السكنى بعد انتهاء حضنته ، وحقه في الإرث من أبيه بعد الوفاة ، إلى غير ذلك من الحقوق التي يثبتها له الشرع أو تثبتها الأنظمة والقوانين<sup>(2)</sup> .

### الفرع الثاني

#### مسائل مهمة في قضايا إثبات النسب

قبل الخوض في مسألة إثبات النسب عند التنازع فيه ، لابد من تحديد أمر مهم وهو بيان أدنى وأقصى مدة الحمل في الفقه والقانون ؛ وكذلك إثبات حالة الولادة وتعيين المولود ؛ لأن لهما الأثر البالغ في دعوى النسب التي سأحدث عنها لاحقا .

**البند الأول - أدنى مدة الحمل :** اتفق فقهاء المذاهب<sup>(3)</sup> والمشرعون القانونيون<sup>(4)</sup> على أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر ، وهذا استنادا لقول علي بن أبي طالب ، وما روي عن ابن عباس<sup>(5)</sup> ، ووجه الاستنباط هو قوله تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [ الأحقاف 15 ] .

وقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَ الرِّضَاعَةَ ﴾ [ البقرة 233 ] . فمدة الحمل والإرضاع وهي التي أشارت إليها الآية الأولى ثلاثون شهرا ، ومدة الإرضاع حولين كاملين أي أربعة وعشرون شهرا كما أشارت إلى ذلك الآية الثانية ، فعملية طرح مدة الإرضاع من مدة الحمل والإرضاع يبقى ستة أشهر وهي أدنى مدة الحمل .

(1) عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 176 .

(2) محمد عني محجوب ، مرجع سابق ، ص 244 .

(3) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 147/3 - محمد علاء الدين بن عابدين تكملة رد المحتار 255/2 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3/335 - ابن نجيب ، شرح الرائق 4/242 - العدوي ، حاشية العدوي 2/109 - الشرواني ، حواشي الشرواني 6/423 - النووي ، المجموع 17/399 - 18/125 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 9/86 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 12/489 .

(4) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة : 42 - مدونة الأسرة المغربية المادة : 154 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل : 71 - قانون الزواج والتفريق بينهما بيني المادة : 53 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 60 .

(5) ابن عباس : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف . ابن عم رسول الله ﷺ . حكي ناسه العباس ، كان يسمى البحر ، لسعة عينه ، وسكن في الأمامة . ولد له النبي ﷺ وأهل بيته بالنسب من مكة وذلك قبل الهجرة ثلاث سنين وقبل غير ذلك . استعمله علي بن أبي طالب على البصرة ، فقتل عديبا أميرا . ثم فارقه قبل أن يقتل علي بن أبي طالب ، وعاد إلى الحجاز . وشهد مع علي بن عباس . وكان أحد الأمراء فيها . توفي سنة 68 هـ .

تفانين . ووجه 70 سنة . وفيه : 71 . وفيه : مات سنة 70 هـ . ( ابن الأثير . أسد الغابة 3/291 . ما بعدها )

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يقول الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد : « إن العلم الحديث يتفق في كون أقصر مدة للحمل والتي يعيش بها الطفل بعد الولادة هي ستة شهور ، وفعلا بتوفر الأجهزة الحديثة وهي حضانات الأطفال الخدج<sup>(1)</sup> عاش هؤلاء الأطفال حياة سوية بعد ستة شهور من الحمل<sup>(2)</sup> .

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ، فقد اختلفوا في وقت ابتداء هذه المدة ، ومعرفة وقت الابتداء ضروري ليعرف مضي أقل مدة الحمل .

وقد ذهب الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال :

**القول الأول :** تبدأ مدة أقل الحمل من يوم العقد وهو قول الحنفية<sup>(3)</sup> وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

ومما رتبته الحنفية على هذا القول أن الرجل لو تزوج امرأة ثم طلقها وهما في مجلس العقد ، فجاءت بولد لسته أشهر ثبت نسبه منه ، وأيضا لو أن رجلا من مكان تزوج بامرأة من مكان آخر وثبت عدم تلاقيهما ، وجاءت المرأة بولد لسته أشهر ثبت نسبه من الزوج .

قال ابن رشد : « وشذ أبو حنيفة فقال : من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى إنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى ، فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو في هذه المسألة ظاهري محض ؛ لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام : (( الولد للفراش ))<sup>(4)</sup> ، وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شيء ضعيف<sup>(5)</sup> .

(1) يقال خدجت الناقة خدج خداجا ، فهي خداج والولد خديج ، إذا ألفت ولدها قبل تمام الأيام ، وإن كان تام الخلق . وفي الحديث : (( كل صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج )) ، أي نقصان . ( ابن منظور ، لسان العرب مادة خدج 1108/2 - الزبيدي ، تاج العروس مادة خدج 505/5 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 309/1 وما بعدها )

(2) نجم عبد الله عبد الواحد ، مدة الحمل ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثانية العدد الرابع ، ص 255 .

(3) السرحسي ، المسووط 47 / 6 - الفتاوى الهندية 1 / 642 وما بعدها .

(4) مالك ، ثبوتاً باب الدعوى والشهادات وادعاء النسب برقم 845 ( مالك ، الموطأ ، رواية محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق عبد الوهاب عبد المنيف ، طبعة وزارة الأوقاف ، مصر ، الطبعة الرابعة 1994 ، ص 273 ) - البخاري ، الجامع الصحيح ، باب الولد للفراش برقم 6749 ، 241/4 ، باب نكاح الخمر برقم 6818 ، 254 4 - مسلم ، صحيح مسلم . باب الولد للفراش وتوفي السننات برقم 1457 . 1458 ، 2 1080 وما بعدها - أبو داود ، سنن أبي داود باب الولد للفراش برقم 2273 . 2274 . 487 4 وما بعدها - الترمذي ، سنن الترمذي باب ما جاء أن الولد للفراش . ص 1157 ، 454 3 - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب الولد للفراش والعدد الخمر برقم 2006 ، 2007 ، 647 1 ( ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فواد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ، د ت ) .

(5) ابن رشد عدالة الخبيث ، دار الفكر ، بيروت ، لسان . صفة 1995 . 95 2 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وهو الصواب إذ كيف يجعل وقت ابتداء المدة هو يوم العقد وإن لم يحصل الوطاء حقيقة ، أو حتى إمكان الوطاء ، كما أن الأحناف أنفسهم اعتبروا تصور إمكان الوطاء لثبوت النسب ، ولم يكتفوا بوجود العقد ، ولذلك قالوا بنفي نسب الولد عن الزوج الصغير<sup>(1)</sup>.

وقد قيل في تبرير مذهب الحنفية أنهم لم يخالفوا اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين ، ولكنهم اكتفوا بالإمكان العقلي كما يقول ابن الهمام<sup>(2)</sup> : « ولاستبعاد هذا الفرض - وهو تزوج المشرقي بالمغربية - قال بعض المشايخ : لا يحتاج إلى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية ، والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء ، والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنيا<sup>(3)</sup> ».

قال الأستاذ مصطفى شلبي ردا على هذا القول : « مهما قيل من ذلك ، فإنه لا يسوغ العمل بهذا المذهب ؛ لأن الإمكان العقلي شيء و الواقع شيء آخر ، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها ، والكرامة للأولياء - مع ثبوتهما - ليست ثابتة لكل زوج مغترب بعيد عن زوجته ، والاحتياط يعمل به في الموضع الذي يحتمله .

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ، ولم ير زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ، ثم وجدها تحمل بين ذراعيها طفلا وتقول هذا ولدك ، أنقول له إنه ولدك ؛ لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع يقتضيان عليك بذلك؟<sup>(4)</sup> .

القول الثاني : تبدأ المدة من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة<sup>(5)</sup> . وهو قول محمد من الحنفية وعليه الفتوى في مذهبهم ، وأحمد في رواية ، وهو قول ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة .

وهذا القول وإن كان يظهر صوابه ، إلا أن اعتبار ابتداء مدة الدخول هو الدخول المحقق ؛ أي : الوطاء حقيقة أمر متعذر معرفته ؛ لأنه لا يمكن الاطلاع عليه.

(1) عبد الكريم ريدان ، الفصل 329/9 .

(2) ابن الهمام : هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود كمال الدين ، المعروف بابن الهمام : إمام ، من علماء الحنفية . عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق . أصله من سيواس . ولد بالاسكندرية سنة 790 هـ وقيل 789 أو 788 ، ونبع في المعاهد . درس مع سيوح بالحانقاه النيسبورية بمصر ، وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة . من كتبه فتح القدير في شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه . توفي بالدهرة سنة 861 هـ . ( البرزكسي ، الأعلام 6 255 - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 10 264 ) .

(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير 4 171 .

(4) مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 685 .

(5) ابن حبه ، شرح فتح القدير 3 247 - ابن القيم ، زاد المعاد 4 208 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

القول الثالث : تبدأ المدة من يوم إمكان الدخول وهو مذهب الجمهور<sup>(1)</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة.

فمن ولدت امرأته ولدا لا يمكن كونه منه في النكاح ، لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ؛ لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به ؛ لأنها علقت به قبل أن يتزوجها . وإن كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين ، فأنت امرأته بولد ، لم يلحقه ؛ لأنه لم يوجد ولد مثله ، ولا يمكنه الوطء .

وإن كان له عشر ، فحملت امرأته ، لحقه ولدها ؛ لقول النبي ﷺ : (( واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع ))<sup>(2)</sup> ، وقال القاضي من الحنابلة : يلحق به ، إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ؛ لأن الجارية يولد لها لتسع ، فكذلك الغلام . وقال أبو بكر<sup>(3)</sup> : لا يلحقه حتى يبلغ ؛ لأن الولد إنما يكون من الماء ، ولا يتزل حتى يبلغ . وهو زمن يمكن البلوغ فيه ، فيلحقه الولد ، كالبالغ ، وقد روي أن عمرو بن العاص<sup>(4)</sup> ، وابنه عبد الله<sup>(5)</sup> ، لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاما ، وأمر النبي ﷺ بالتفريق بين الصغار ، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة .

وما يلاحظ أن هذا القول قد تفادى عيب القول الأول والثاني ، وهو القول المختار ؛ لأن القاعدة في الشرع أن الأحكام تناط بمظنة العلة لا بحقيقة العلة ، إذا كانت خفية لا سبيل إلى الاطلاع عليها ، ولهذا

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد 291/2 - البكري ، إعيانة الطالبين 58/4 - ابن القيم ، زاد المعاد 4/208 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 9/52 .  
(2) أبو داود ، سنن أبي داود باب متى يؤمر الغلام بالصلاة برقم 495 ، 239/1 - أحمد ، المسند برقم 6689 ، 242/6 وما بعدها - البيهقي ، السنن الكبرى 229/2 ، 84/3 - الحاكم ، المستدرک 197/1 - الدراطيني ، سنن الدراطيني باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها برقم 887 ، 430/1 .

(3) أبو بكر : هو أحمد بن محمد بن هاني الطائي ، أو الكلبي الإسكافي ، أبو بكر . صاحب الإمام أحمد . كان إماما من أهل الحفظ والإتقان ، وكان فيه تيقظ عجيب ، سمع حرمي بن حفص وعفان بن مسلم وأبا بكر بن أبي شيبة وعبد الله بن مسلم القعني . نقل عن أحمد مسائل كثيرة وصنفها ورتبها أبوابا . وكان أيضا من أهل العناية بالحديث ، له كتاب نفيس في السنن يدل على امامته وسعة حفظه . توفي سنة 260 هـ . (ابن أبي يعلى ، طبقات الحنابلة 1/66 وما بعدها ؛ الذهبي ، تذكرة الحفاظ 2/570 وما بعدها) .

(4) عمر بن العاص : هو عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سهم بن عمرو بن هيصم بن كعب بن لؤي القرشي السهمي ، يكنى أبا عبد الله ، ويقال أبو محمد . أسلم سنة 8 قبل الفتح . ولاء رسول الله ﷺ على عمان ، فلم يزل عليها حتى قبض رسول الله ﷺ ، وعمل لعمر وعثمان ومعوية . كان واليا على مصر فتم يزل عليها إلى أن مات لها أميرا عليها ، وذلك في يوم الفطر سنة 43 هـ . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 254/2 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 4/232 ) .

(5) عبد الله بن عمرو بن العاص : هو عبد الله بن عمرو بن العاص يكنى أبا محمد . وقيل : يكنى أبا عبد الرحمن . أسلمه قبل أبيه وكان فاضلا حائضا عانا في الكتاب وأساسا للنبي ﷺ في أن يكتب حديثه . فادن له . اختلف في وقت وفاته فقال أحمد بن حنبل : مات ليالي الحرة في ولاية يزيد بن معاوية . ماتت الحرة يوم الأربعاء لليبيين نفسها من ذي الحجة سنة 63 هـ . وقال غيره : ماتت سنة 73 هـ . وقال غيره : ماتت سنة 65 هـ . وقال غيره : ماتت سنة 65 هـ . وقال غيره : ماتت سنة 65 هـ . وقال غيره : ماتت سنة 65 هـ . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 2/169 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 3/345 ) .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ربط انعقاد العقد بالإيجاب والقبول لا بتوافق الإرادتين لخفائهما ، وبالتالي ينبغي ربط ثبوت النسب بإمكان الدخول ؛ لأنه مظنة وليس بحقيقة الدخول ، ويتحقق هذا بتحقق الخلوة الصحيحة المعتمدة شرعا .

أما في القانون : فقد أخذت التشريعات المغاربية برأي الجمهور في هذه المسألة وهو اعتبار الزوجة فراشا عند إمكان الدخول بها<sup>(1)</sup> .

**البند الثاني - أقصى مدة الحمل :** اختلف الفقهاء ، وحتى المشرعون القانونيون في مسألة تحديد أقصى مدة الحمل .

فالحنفية<sup>(2)</sup> قالوا : إن أقصى مدة الحمل سنتين . واحتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » ، قالوا : والظاهر أنها قالت ذلك سماعا من رسول الله ﷺ ؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافا وتخميناً فتعين السماع .

أما المالكية<sup>(3)</sup> فقد قالوا : بأن أقصى مدة الحمل أربع سنين أو خمس سنوات .

أما الشافعية<sup>(4)</sup> فأكثر مدة الحمل أربع سنين عندهم ، ودليل ذلك عندهم هو الاستقراء ، فقد حكى عن مالك أنه قال : جارتنا امرأة محمد بن عجلان<sup>(5)</sup> امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين ، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة .

أما الحنابلة<sup>(6)</sup> فقد ذهبوا في ذلك إلى قولين : سنتين في رواية وأربع سنين في رواية أخرى والمذهب أربع سنين ؛ لأن ما لا تقدير فيه شرعا يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحمل أربع سنين قال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة محمد بن عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين .

(1) انظر : قانون الأسرة الجزائري ، المادة : 41 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 154 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، الفصل : 69 - قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني ، المادة : 53 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ، المادة : 59 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 335 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد 2 / 75 .

(4) الخطيب الشربيني ، معنى المحتاج 5 / 177 .

(5) محمد بن عجلان : هو محمد بن عجلان أبو عبد الله القرشي . القادي . حدث عن أبيه . وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج ، وعسرو بن شعيب . وأبي حنيفة . وسلمان الأشعري . وبنافع . ومحمد وغيرهم كثير . حدث عنه : إبراهيم بن أبي عبدة . ومقصود بن المغيرة . وشعبة . وسفيان . ومالك بن أنس . وابن مبارك . وحلق كثير . كان قتيبا مفتيا . غابدا صدوقا ، كبير الشأن . توفي سنة 148 هـ . (الدهلي ، سير أعلام النبلاء 3176 وما بعدها - الدهلي ، زاد المعاد 1651 وما بعدها) .

(6) غمس الدين بن قدامة ، التبرج الكبير 7 / 134 - السهوي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 590 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

قال الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد : « ولا شك أن مدة الحمل في الحالة الطبيعية تصل إلى تسعة شهور ( 40 أسبوع ) والإحصائيات الطبية تشير إلى أن 60 % من النساء يلدن في هذه المدة ، بينما 25% من النساء يلدن في الأسبوع 42 وأن حوالي 12% يلدن في الأسبوع 43 وهناك نسبة قليلة من النساء 3% يلدن في الأسبوع 44 ؛ أي : في مدة أقصاها 10 شهور فقط .

ومن ناحية أخرى فإن هناك تغييرات عضوية تحدث للجنين عند تأخر الولادة بعد الأسبوع 42 وهذه التغييرات العضوية تؤدي إلى تلف المخ وبعض الأنسجة الأخرى ، مما يجعل استحالة الحياة السوية بعد الولادة ، إذا تأخر أكثر من 42 أسبوع ، لذلك يحرص أطباء النساء والولادة على استعمال الطلق الاصطناعي لهؤلاء النساء اللواتي تأخرن عن الولادة أسبوعين عن موعدها المحدد خوفا من حدوث مضاعفات للجنين» .

وبعد سرده لأراء الفقهاء التي بيّنتها سابقا في المسألة قال : « ومن المعلومات الدقيقة نجد أنه ليس بالضروري كون انقطاع العادة الشهرية يعني الحمل ، فهناك أسباب وظيفية تمنع حدوث العادة الشهرية مثل الرضاعة وأسباب مرضية تمنع حدوث العادة الشهرية مثل عدم حدوث التبويض واختلال هرمونات المبايض أو فقدانه لأسباب مرضية عديدة ، وكذلك كون حدوث التبويض قبل حدوث العادة الشهرية مما يجعل فرصة الحمل قائمة بدون وجود أي علامة مسبقة وبدون وجود العادة الشهرية تسبقها لمدة طويلة من الزمن ويحدث الحمل ، فهذا مما يجعل الحمل أربع سنين أو أكثر أو أقل ، ولا يعني بأي حال من الأحوال أن مدة الحمل هي هذه المدة الطويلة ، فمدة الحمل هي من لحظة إخصاب البويضة ولمدة تسعة شهور قد تزيد في أقصاها لتكون 10 شهور» .

ثم قال : « قرر الأطباء أنه يستمر نماء الحمل منذ التلقيح حتى الميلاد معتمدا في غذائه على المشيمة والأصل أن مدة الحمل بوجه التقريب مائتان وثمانون يوما ، تبدأ من أول يوم الحيضة السوية السابقة للحمل ، فإن تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين ، ثم يعاني الجنين المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع 43 و44 ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم 45 أسبوعا ، ولاستيعاب النادر والشاذ تمد هذه المدة اعتبارا من أسبوعين آخرين لتصبح ثلاثمائة وثلاثين يوما ، ولم تعرف أن مشيمة قدرت أن تمد الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة ، وقد توسع القانون في الاحتياط مستندا إلى بعض الآراء الفقهية بجانب الرأي العلمي فجعل أقصى مدة الحمل سنة»<sup>(1)</sup> .

(1) نجم عبد الله عبد الواحد ، مقال سابق ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثالثة ، العدد الرابع ، ص 255 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما في القانون : ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة : إلى الأخذ بالرأي الطبي العلمي وجعل أقصى مدة الحمل 10 أشهر . بينما ذهب بقية المشرعين ، المغربي في مدونة الأسرة في المادة : 154 ، والتونسي في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل : 35 ، والليبي في قانون الزواج والطلاق وآثارها في المادة : 53 والمشرع الموريتاني في مدونة الأحوال الشخصية في المادة : 61 إلى المزج بين رأي الفقهاء والرأي العلمي آخذين بالاحتياط وجعلوا أقصى مدة الحمل سنة .

إلا أن المشرع الموريتاني استثنى حالة الرية ، حيث إنه إذا كانت هناك رية في هذا الأمر فإنه يستعان بالخبرة الطبية ، وكان أولى بالمشرع الجزائري الأخذ بمدة السنة كأقصى مدة للحمل للاحتياط وحرصا على مصلحة الطفل .

**البند الثالث - إثبات الولادة وتعيين المولود :** قد تلد الزوجة ولدا حال قيام النكاح أو حال عدتها ، وقد ينفي الزوج نسب الولد ، فيلاعن فينتفي نسب الولد منه ، وقد ينكر الزوج الولادة أصلا ، أو يعترف بها ، ولكن ينكر أن هذا المولود هو الذي ولدته زوجته ، فما حكم هذه الحالات من جهة ثبوت نسب الولد ، وهل يمكن إثبات ما ينكره الزوج من ولادة المرأة وشخصية المولود بشهادة الشهود ؟ وما نصاب هذه الشهادة ؟ وما صفات الشهود ؟ .

إذا ادعت المرأة الولادة بأن قالت إنها ولدت وهذا هو المولود ، وصدقها الزوج فيما تدعيه ثبتت الولادة ، وبالتالي يثبت نسب الولد للزوج .

أما إذا ادعت الزوجة الولادة وكذبتها الزوج بأن قال إنها لم تلد ، أو أن هذا الولد لقيط ، أو اعترف بالولادة ولكنه أنكر جنس المولود بأن قال إنها ولدت ولدا ، وقالت هي إني ولدت بنتا ، أو العكس ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث أقوال :

ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> إلى أنه إذا تنازعا في نفس الولادة فإن الأمر لا يخلو من صورتين :

أولهما : أن تكون زوجة .

والثاني : أن تكون معتدة إما من طلاق رجعي أو بائن ، والبائن قد تكون بينوتها صغرى أو كبرى .

فإن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي فلها صورتان :

الأولى : أن يصدقها الزوج في الحمل وكان حملها ظاهرا في هذه الصورة تثبت الولادة بقول المرأة

(1) محمد عبد الله بن عابد بن عابد ، نكحلة رد اختار 203 2 السرحسي . سقوط 6 49 وما بعدها - ابن عيم ، البحر الرائق ، 4 / 248 وما بعدها - النكاسي ، مدافع الصانع 3 431 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

من غير حاجة إلى الشهادة ، وهو رأي الإمام أبي حنيفة ، بينما ذهب الصحابان إلى القول بأنه لا تثبت الولادة في هذه الحالة إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة وذلك كالقابلة التي أشرفت على الولادة أو الطبيب الذي باشر هذه الولادة .

الثانية : ألا يعترف الزوج بالحمل ، ولم يكن حملها ظاهرا قبل وقت الولادة ، فإثبات الولادة في هذه الصورة يكون بشهادة من قام بالولادة كالقابلة أو الطبيب المباشر للحمل أو رجل آخر شهد الولادة .

أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن وجاءت بولد لستين فلها صورتان :

الأولى : أن يصدقها الزوج في الحمل ، وكان حملها ظاهرا ، في هذه الصورة تثبت الولادة بقول المرأة من غير حاجة إلى الشهادة ، وهو رأي الإمام أبو حنيفة ، بينما ذهب الصحابان إلى القول بأنه لا تثبت الولادة في هذه الحالة إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة وذلك كالقابلة التي أشرفت على الولادة .

الثانية : ألا يعترف الزوج بالحمل ، ولم يكن حملها ظاهرا قبل وقت الولادة ، فإثبات الولادة في هذه الصورة يكون بشهادة كاملة وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة ، وهو قول الإمام أبي حنيفة وحجته في ذلك أن فراش الزوجية لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علاقته بانقضاء العدة بولادتها التي تدعيها وتقر بها فتصير أجنبية ، لزوال الفراش بالكلية ، والفراش المنقضي لا يصلح حجة مؤيدة للحجة الضعيفة ، وهي شهادة المرأة الواحدة ، فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء لصيرورة المرأة أجنبية بعد الولادة ، وإثبات نسب ولد الأجنبية لا يكون بشهادة المرأة الواحدة ، وإنما يكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

بينما ذهب الصحابان إلى أنه يكفي بشهادة امرأة واحدة كالقابلة ، وحجتهما في ذلك أن النكاح يعتبر قائما بقيام العدة ، فيعتبر الفراش قائما في حق نسب الولد ، فلا حاجة إلى ما يثبت به نسبه كما هو الحكم حال قيام النكاح قبل الطلاق ، وإنما الحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين المولود عند إنكار الزوج ، وهذا يثبت بشهادة المرأة الواحدة كالقابلة كما في حال قيام النكاح .

أما في مسألة تعيين جنس المولود في كل الأحوال فإنه يكفي في تعيينه بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب الذي باشر الولادة .

في حين ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> في رواية إلى أن الولادة وتعيين جنس المولود ، تثبت بشهادة امرأتين ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفي فيه اثنان ، ولأن الرجال أكمل منهن عقلا ، ولا يقبل منهم إلا اثنان .

(1) مالك ، المدة 224 - ابن رشد ، بداية النسخة 381 2 - المواقف . الناج والإكفيل 182 6 - الحارثي ، شرح مختصر حمل 202/7 وما بعدها .

(2) موقف الدين بن قدامة ، المعين 12 17 - موقف الدين ابن قدامة ، الكافي 6 222 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بينما ذهب الشافعية<sup>(1)</sup> إلى أن إثبات الولادة وتعيين جنس المولود ، تكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة ؛ لأنها شهادة فاعتر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة ؛ لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل ، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [ البقرة 282 ] فأقام المرأتين مقام الرجل .

### الفرع الثالث

#### طرق إثبات النسب

من صور التنازع في النسب أن تأتي امرأة بولد ، وتدعي على رجل ما بأن هذا الولد ولده من علاقة زوجية بينهما ، وينكر الزوج قيام هذه العلاقة من الأصل وبالتالي نسب هذا الولد إليه ، أو تكون العلاقة قائمة بينها لكنه يتهمها بأن هذا الولد ليس ولده ، وإنما قد تأتي من غيره بعلاقة غير مشروعة ، وهنا نكون أمام حالة نفي للنسب ، ولا يكون هذا إلا بالطريق المشروع الذي أقرته الشريعة وهو اللعان وفقا لشروط معينة ، أو أن يعترف بالولادة ولكن ينكر جنس المولود فيضيع نسبه.

ومن صورته أيضا أن يدعي الرجل على امرأة أن الولد الذي عندها هو ابنه من زواج كان بينهما وهي تنكر ذلك ، أي : كون الولد ولده ، وإنما هو من غيره ، أو أن يأتي بولد في يدية ويدعي أنه ولده من امرأة معينة بعلاقة زوجية بينهما وهي تنكر ذلك ، ونكون هنا أمام حالة إنكار للأومومة .

ولفض التنازع القائم حول نسب المولود وجدت عدة وسائل وطرق لإثباته ، وسأحاول هنا التكلم عنها بإيجاز .

**البند الأول – قرينة الفراش :** اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> ، والمشرعون القانونيون<sup>(3)</sup> على اعتماد قرينة الفراش كطريق لإثبات نسب المولود عند التنازع فيه ، وذلك استنادا لقوله ﷺ : (( الولد للفراش وللعاهر الحجر ))<sup>(4)</sup> .

(1) الشافعي ، الأم - 268.6 - النووي ، المجموع 20 260 - المزي . مختصر المزي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1998 . ص 399 .

(2) محمد علاء الدين بن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار 309/2 - السرخسي ، المبسوط 17 / 73 - الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 646 - ابن رشد . بداية المختار 290.2 وما بعدها - النفراوي . الفواكه الدواني 51/2 وما بعدها - النووي ، المجموع 17/399 - شمس الدين بن فدامة ، الشرح الكبير 619 - السبكي ، أهداف القضاة 5 420 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري ، المواد : 40 . 41 . 42 - مدونة الأسرة المغربية . المواد : 152 . 153 . 154 . 155 . 156 . 158 - مدونة الأحوال الشخصية التونسية . الفصول : 68 . 69 . 71 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما اللبني ، المواد : 53 . 54 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية . المواد : 59 . 60 . 61 . 62 . 63 .

(4) سيrotekane الخط الصفحة 78 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

قال ابن القيم : « فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة »<sup>(1)</sup> ، ويقصد بالفراش :

أولاً - الفراش لغة<sup>(2)</sup> : واحد الفرش ، وقد يكنى به عن المرأة ، منها قوله تعالى : ﴿ وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴾ [ الواقعة 34 ] ، قالوا : أراد بالفراش نساء أهل الجنة ذوات الفرش يقال لامرأة الرجل هي فراشه وإزاره وحفاه ، وقوله : ﴿ مَرْفُوعَةٍ ﴾ رفعت بالجمال عن نساء أهل الدنيا وكل فاضل رفيع ، وقوله ﷺ : ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))<sup>(3)</sup> ، معناه أنه لمالك الفراش وهو الزوج ؛ لأنه يفترشها ، والمرأة تسمى فراشا لأن الرجل يفترشها . وقيل الفراش الزوج والفراش ما ينامان عليه والفراش البيت ومتاعه . وفترشت الشيء أفرشته فراشا : بسطته . ويقال فرشه أمره ، إذا أوسعته إياه . وفلان كريم المفراش ، إذا تزوج كرائم النساء . والفراش : الزرع إذا فرش . والفراش : الفضاة الواسع . والفراش : صغار الإبل . وافترش الشيء ، أي : انبسط . وافترشه ، أي : وطئه . وافترش ذراعيه : بسطهما على الأرض . وافترش لسانه ، إذا تكلم كيف شاء ، أي : بسطه .

ثانياً - الفراش اصطلاحاً : أما في الاصطلاح<sup>(4)</sup> : هو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد .

والمراد بالفراش : فراش الزوجة الصحيح ، أو ما يشبه الصحيح ، فالصحيح هو عقد النكاح المعتبر شرعاً ، حيث توفرت أركانه وشروطه ، وانتفت موانعه ، وأما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح الفاسد ، وهو المختلف في صحته ، وكذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعها ، فإن حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء<sup>(5)</sup> .

وتصير المرأة فراشا بمجرد العقد عليها ، ولا يشترط إمكان الدخول ما دام ذلك متصوراً عقلاً عند الحنفية ، وبإمكان الدخول عند الجمهور ، وبالمدخول الحقيقي عند محمد من الحنفية ابن تيمية وابن القيم ، كما سبق وأن بينت<sup>(6)</sup> .

وللإثبات بقرينة الفراش لابد من توفر عدة شروط وهي :

- (1) ابن القيم ، زاد المعاد 4 205 .
- (2) ابن منظور . لسان العرب مادة فرش 3382/5 وما بعدها - الزبيدي ، تاج العروس مادة فرش 17 299 وما بعدها - الجوهري ، الصحاح في اللغة 1015 3 .
- (3) سبق ترجمته عند الصفحة 78 .
- (4) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الموسوعة الفقهية . مطبعة الوزارة ، الطبعة الثانية . 2006 . 23 : 81 .
- (5) عمر بن محمد ، حليل ، النعمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والحجاية ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي . العدد 15 ، 2002 ، ص 42 .
- (6) انظر الصفحة 78 100 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

1- إمكان حمل الزوجة من زوجها ، بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل ، فلو كان صغيراً لا تعتبر الزوجة فراشاً ؛ لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته ، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع وهذا متفق عليه بين الفقهاء<sup>(1)</sup>.

2- إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد ، وهو شرط الجمهور ، والعقد عند الحنفية ؛ لأنه مظنة الاتصال عندهم ، والدخول الحقيقي عند محمد من الحنفية وابن تيمية وابن القيم . وقد سبق الحديث عنه .

3- أن يولد الطفل لأقل مدة الحمل وأقصاها .

فإذا توفرت هذه الشروط فإن نسب الولد يثبت ، ولا يمكن نفيه في الزواج الصحيح إلا باللعان ويتوفر شروطه .

ومما يجدر الإشارة إليه هنا هو ما ذهب إليه المشرع المغربي من إثبات النسب بالشبهة في المخطوبة ، فقد جاء في المادة 156 من المدونة : « إذا تمت الخطوبة ، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية :

أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء .

ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة .

ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما .

تم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن .

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه ، أمكن اللجوء إلى الجميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب ».

تنص هذه المادة على الشبهة التي تقع خلال الخطبة ، وينتج عنها اتصال جنسي يخلف حملاً ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ، والمشرع هنا اشترط ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول ، وما دام كذلك ، فإن الزواج يكون صحيحاً إذا توفرت شروط صحته ، وتبقى مسألة التوثيق وهي من الشروط الشكلية للعقد ، ويعتبر حجة إثباتية قوية ، فإذا كانت هناك ظروف القاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل

(1) ابن المصنف ، شرح فتح القدير 4 - 171 - مالك ، المدونة 25/2 - السرواني ، حرسى السندواي 162 5 - موقف الدين بن قدامة ، المعنى 117/9

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بالمخطوبة ينسب الحمل إلى الخاطب<sup>(1)</sup>، بتوفر الشروط المذكورة في المادة .

وقد ذهب المشرع المغربي إلى ذلك تكريسا لما جاء في المادة 16 من المدونة والمتعلقة بإثبات الزوجية في حالة الزواج العرفي وهو عقد قائم بذاته تتوفر فيه جميع أركان وشروط العقد الصحيح ، إلا أنه غير موثق ، غير أن المشرع المغربي تناقض حينما ذكر الخطبة في المادة 156 ؛ لأن الخطبة وإن كان فيها إيجاب وقبول فهي لا ترقى إلى مستوى العقد بل هي مجرد وعد به ، وعليه إن كان المشرع يقصد الزواج العرفي فهذا جائز ، أما إن كان يقصد الخطبة كمقدمة للزواج فإن الولد الناتج عنها غير شرعي وهذا توسع من المشرع المغربي غير معقول .

**البند الثاني - الإقرار :** كما يثبت النسب بالفراش اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> والمشرعون القانونيون<sup>(3)</sup> على

أنه يثبت بالإقرار وهو على نوعين :

الأول : إقرار يحمله المقر على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة ، أو الأمومة .

الثاني : إقرار يحمله المقر على غيره وهو ما عدا الإقرار بالبنوة والأبوة كالإقرار بالأخوة ، والعمومة

وهو ليس محالا لبحتي .

وقد أشرت الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب شروطاً لا بد من تحققها لصحة الإقرار وثبوت

النسب بمقتضاه ، فاشتروا لصحة الإقرار بالنسب على النفس الشروط التالية :

1- أن يكون المقر بالنسب بالغاً ، عاقلاً ، فلا يصح إقرار الصغير ، ولا المجنون ، لعدم الاعتداد

بقولهم لقصورهم عن حد التكليف .

2- أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر ، وذلك بأن يولد مثله لمثله ، فلو أقر

من عمره عشرون بينوة من عمره سبعة عشر لم يقبل إقراره ، لاستحالة ذلك عادة .

3- أن يكون المقر له مجهول النسب ، لأن معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه السابق بحال من

الأحوال .

4- ألا يكذب المقر له المقر ، إن كان أهلاً لقبول قوله ، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ . ولا

(1) محمد الأزهر ، مرجع سابق ، ص 372 .

(2) محمد علاء الدين بن عاندين ، تكملة حاشية رد المختار 1 357 - الكاساني ، بدائع الصنائع 6 / 264 وما بعدها - الباري ، العناية ، شرح الهداية فامتن شرح فتح القدير 4 170 وما بعدها - المواق ، التاج والإكليل 5 238 وما بعدها - الخريزي ، شرح مختصر خليل 6 101 - محمد عنيش ، منح الخليل ، 6 472 - البووي ، روضة الطالبين 4 149 - البووي ، المحجوج 15 303 . 20 334 - الخطيب الشربيني ، معني المختار 3 / 301 - شمس الدين بن قدامة ، السراج الكبير 6 400 وما بعدها ، 7 201 - موفق الدين بن قدامة ، الحاشي 6 293 .

(3) الخطر : قانون الأسرة الجزائري ، المادتين : 40 ، 44 - مدونة الأسرة المغربية ، الماد : 152 ، 158 ، 160 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية ،

التعصين : 68 ، 70 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما الملبني ، المواد : 57 ، 58 ، 59 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ، المادة : 64 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يثبت به النسب . وعند المالكية يلحق وإن كذب المقر له المقر<sup>(1)</sup> .

5- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا ، فإن صرح بذلك فإنه لا يقبل إقراره ، لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب .

6- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد ، لأنه إذا نازعه غيره فليس أحدهما أولى من الآخر بمحرد الدعوى ، فلا بد من مرجح لأحدهما ، فإن لم يكن فإنه يعرض على القافة ، فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار .

فإذا توفرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر ، وثبت بمقتضى ذلك جميع الأحكام المتعلقة بالنسب .

وإذا كانت المقررة زوجة أو معتدة ، وصدقها الزوج على إقرارها كان هذا إقراراً منه بثبوت النسب ، وأما إذا لم يصدقها فهذا إنكار نسب ولد ثابت بالفراش ، وسيله اللعان .

**البند الثالث - البينة :** والمقصود بما شهادة الشهود ، فإن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه وقد أجمع الفقهاء<sup>(2)</sup> على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين ، واختلفوا في إثباته بغير ذلك : حيث ذهب الحنفية<sup>(3)</sup> إلى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، أما مذهب جمهور الفقهاء ، وهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، أنه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عدلين ، فإذا ثبت نسب المدعي بالبينة لحق نسبه بالمدعي ، وترتب عليه ثبوت جميع الأحكام المتعلقة بالنسب .

كما يثبت النسب تبعاً لإثبات الولادة بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة عند الحنفية<sup>(4)</sup> وفي قول للحنابلة<sup>(5)</sup> ، وشهادة امرأتين من أهل العدالة عند المالكية<sup>(6)</sup> وفي رواية عن الحنابلة<sup>(7)</sup> ، وأربع نسوة عدول عند الشافعية<sup>(8)</sup> .

(1) المواق ، التاج والإكليل 238/5 - محمد عيش ، منح الجليل ، 472/6 .

(2) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 460/4 - السرخسي ، المبسوط 159 / 16 - الجابري العناية شرح الهداية بامش شرح فتح القدير 450/6 - المواق ، التاج والإكليل 180:6 - الماوردي ، الحاوي الكبير 8 17 - الحصني ، كفاية الأخيار ، ص 751 - المرادوي ، الإنصاف 59/12 - البهوتي ، شرح منتهى الإيرادات 684:6 .

(3) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 460 4 - السرخسي ، المبسوط 151 / 16 - ابن الممام ، شرح فتح القدير 6 450 .

(4) السرخسي ، المبسوط 158 / 16 - ابن الممام ، شرح فتح القدير والعناية شرح الهداية 176 / 4 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 249 .

(5) موقف الدين من قدامه ، المعنى 12 437 .

(6) المواق ، التاج والإكليل 182:6 - محمد عيش ، منح الجليل 455 8 - الخراسي ، شرح مختصر حليل 201 7 وما بعدها - الدسمي ، حاشية نسوفي 4 290 .

(7) شمس الدين من قدامه ، التفرغ الحزم 3 10 .

(8) تاجري ، إنباط الفتاوى 318 4 - البهوتي ، المحماد ، 276 6 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما في القانون : فقد اتفقت التشريعات المغاربية<sup>(1)</sup> على إثبات النسب بالبينة ، لكنها تركت أمر تنظيمها للفقهاء مما يحتم على القاضي الرجوع إلى مواد الإحالة التي تحيله على أحكام الشريعة في كل قانون<sup>(2)</sup>.

**البند الرابع - السماع ( الاستفاضة ) :** اتفق فقهاء المذاهب على جواز إثبات النسب بشهادة السماع ، حيث ذهب الحنفية<sup>(3)</sup> إلى جواز الأخذ بشهادة السماع في النسب استحسانا ؛ لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم ، وإنما يستفيد العلم بمعاينة السبب ، أو بالخبر المتواتر ، فأما بالتسامع لا يستفيد العلم ، إلا أنهم استحسنا جواز الشهادة على ذلك ، لتعامل الناس في ذلك واستحسانهم .

وقد اشترطوا أن تكون الشهرة في ذلك إما حقيقية أو حكمية ، فالحقيقية أن يشتهر ويسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر .

والحكمية أن يشهد عنده عدلان من الرجال ، أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة ، لكن الشهرة في النسب لا تثبت إلا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، أو خير عدلين بلفظ الشهادة .

وذهب المالكية<sup>(4)</sup> إلى جواز الأخذ بشهادة السماع في إثبات النسب ، بشرط أن يكون مشهورا إلى درجة الاستفاضة.

وذهب الشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> إلى جواز إثبات النسب بشهادة السماع بشرط أن يكون من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب . وصورة الاستفاضة والشهادة بها في إثبات النسب عند الشافعية<sup>(7)</sup> في التحمل أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه ينتسب إلى الشخص أو القبيلة ، والناس ينسبونه إلى ذلك ، وامتد ذلك مدة ، ولا يقدر بسنة ، بل العبرة بمدّة يغلب على الظن صحة ذلك ، وإنما يكفي بالانتساب ونسبة الناس بشرط أن لا يعارضهما ما يورث تهمة ، فإن أنكر النسب المنسوب إليه لم تجز الشهادة به ، وكذا لو طعن بعض الناس في نسبه.

(1) انظر : قانون الأسرة الجزائري ، المادة : 40 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 158 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، الفصل : 68 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ، المادة : 67 .

(2) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما اللهي المادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

(3) السماع حسي . المسبوط 16 - 158 - محمد علاء الدين بن عابدين . تكملة حاشية رد المحتار 1 514 .

(4) اتفاق ، التاج والإكليل 5 244 .

(5) انجزي ، إعانة الطالبين 4 341 - الخطيب البغدادي ، مغني المحتاج 6 422 .

(6) موقع الدين بن فدامة ، المعنى 12 24 .

(7) محقق الدين بن مغني المحتاج 6 422 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ولا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ، ويسمع من عدد كثير يحصل به العلم عند الخنابلة<sup>(1)</sup>.

أما في القانون : فلم تنص أغلب القوانين على الأخذ بشهادة السماع في إثبات النسب ، إلا القانونين المغربي والموريتاني فقد نصا على ذلك ، حيث جاء في نص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية : « يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب ، أو بشهادة عدلين ، أو بينة السماع ، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية» . وفي نص المادة 67 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « يثبت النسب بشهادة ذوي عدل بالقطع أو بالسماع الفاشي مع طول الزمن » .

وهو رأي صائب كان على القوانين الأخرى الأخذ به والنص عليه ، لما فيه من رعاية لمصلحة المولود وحفظا لنسبه من الضياع .

**البند الخامس - الخبرة :** تعد الخبرة من أهم وسائل إثبات النسب عند انعدام كافة الوسائل الأخرى ، فلا يلجأ إليها إلا كآخر حل ، لهذا نجد الفقهاء والمشرعين القانونيين يجعلونها في آخر ترتيب وسائل الإثبات ، وقد تكلم الفقهاء قديما على إثبات النسب بالخبرة وذلك باستخدام القیافة ، وحديثا باستخدام البصمة الوراثية ، وسأحاول الحديث عن هاتين المسألتين بإيجاز :

**أولا- إثبات النسب بالقیافة :** والقیافة لغة<sup>(2)</sup> : قاف الأثر قیافة واقتافه اقتیافا وقافه يقوفه قوفا وتقوفه تتبعه ، والقائف الذي يعرف الآثار والجمع القافة ، ومنه قيل للذي ينظر إلى شبه الولد بأبيه قائف والقیافة المصدر .

أما اصطلاحا : جاء في العناية شرح الهداية تعريف القائف : « هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء»<sup>(3)</sup>. وفي الشرح الكبير للدردير : « وهو الذي يعرف الأنساب بالشبه والشكل»<sup>(4)</sup> ، وفي منح الجليل : « القیافة اعتبار الشبه في إلحاق النسب»<sup>(5)</sup>. وفي معنى المحتاج عرف القائف بـ: « من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك»<sup>(6)</sup>. وجاء في المعنى : « القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه»<sup>(7)</sup>.

فالقیافة هي : التعرف على نسب المولود بالنظر إلى أعضائه وأعضاء والده .

(1) مرفق الدين بن قدامة . المعنى 12 / 24 .

(2) ابن منظور ، لسان العرب مادة قفا 3708/5 - الجوهري ، الصحاح في اللغة 2467/6 .

(3) الشارح ، العناية شرح الهداية هامش شرح فتح القدير 4 / 341 .

(4) الدردير ، الشرح الكبير 3/ 416 .

(5) محمد عيسى ، منح الجليل 6/ 493 .

(6) الخطيب الشيرازي ، معجم المحتاج 6 / 481 .

(7) معجم الدين بن قدامة . المعنى 6 / 428 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بما على قولين مشهورين :

القول الأول : أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب ، وإليه ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> .

وحجتهم في إبطال المصير إلى قول القائف أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف ، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه ؛ ولأن قول القائف رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه ، وهو ما في الأرحام كما قال الله تعالى : ﴿ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ ﴾ [ لقمان 34 ] ، ولا برهان له على هذه الدعوى ، وعند انعدام البرهان كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الأولاد إلى غير الآباء ، ومجرد الشبه غير معتبر ، فقد يشبه الولد أباه الأدنى ، وقد يشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوبا إلى الأجنبي في الحال ، وإليه أشار رسول الله ﷺ حين أتاه رجل فقال : أنا أسود شديد السواد ، وقد ولدت امرأتي ، ولدا أبيض فليس مني . فقال ﷺ : (( هل لك من إبل ؟ )) . فقال : نعم . فقال ﷺ : (( ما لوفا ؟ )) . قال : حمر . فقال ﷺ : (( هل فيها من أورك ؟ )) . فقال : نعم . فقال ﷺ : (( مم ذاك ؟ )) . فقال : لعل عرقا نزع . فقال ﷺ : (( ولعل هذا عرقا نزع ))<sup>(2)</sup> ، فبين النبي ﷺ أنه لا عبرة للشبه .

القول الثاني : جواز الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع . وإليه ذهب جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> ، من المالكية و الشافعية والحنابلة .

واستدل أصحاب هذا القول بحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : دخل رسول الله ﷺ مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : (( ألم تسمعي ما قال مجزز المدلجي<sup>(4)</sup> لزريد<sup>(5)</sup> وأسامة<sup>(6)</sup> ورأى أقدامهما فقال

(1) السرخسي ، المبسوط 17 / 73 .

(2) البخاري ، الجامع الصحيح ، باب إذا عرض بنفي الولد برقم 5305 ، 413/3 ، باب ما جاء في التعريض برقم 6847 ، 262/4 ، باب من شبه أصلا معلوما بأصل بين برقم 7314 ، 367/4 - مسلم ، صحيح مسلم باب بدون عنوان برقم 1500 ، 1137/2 ، - أبو داود ، سنن أبي داود باب إذا شك في الولد برقم 2260 ، 481/2 - الترمذي ، سنن الرمذي باب ما جاء في الرجل يتنفي من ولده برقم 2128 ، 439/4 وما بعدها .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد 292/2 - محمد عيش ، منح الجليل 492/6 وما بعدها ، 490.9 - الماوردي ، الحاوي الكبير 380/17 وما بعدها . خطيب الشيبيني ، مغني المحتاج 6 / 481 - الرملي ، غاية المحتاج 8 / 336 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 6 / 404 - المرادوي ، إحصاف 6 / 329 وما بعدها - البيهقي ، كشف القناع 4 / 232 .

(4) مجزز المدلجي : هو القائف مجزز المدلجي وهو بن الأعور بن جعدة بن معاذ بن عتوارة بن عمرو بن مدلج الكناي ، وهو أصل عند فقهاء الحجاز في ثافة . عن مصعب الزبيري أنه لم يكن اسمه مجززا وإنما قيل له ذلك لأنه كان إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 3 / 229 - ابن الأثير أسد الغابة 5 / 61 ) .

(5) زيد بن حارثة : هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكندي أبو أسامة مولى رسول الله ﷺ . كان يدعى زيد بن محمد ، حتى جاء الإسلام فتركت : ( ادعوه باسمه ) . يدعى يومئذ زيد بن حارثة . شهد بدر ، وروحه رسول ﷺ مولاه أم أيمن . فولدت له أسامة بن زيد وهو كان يكنى به . قتل مؤتة من أرض حنيفة سنة 8 هـ - ( ابن عبد البر ، 1 / 254 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 2 / 350 وما بعدها ) .

(6) أسامة بن زيد : هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل بن أخت بن عبد العزى الكندي . سمي له النبي ﷺ وهو ابن 18 سنة ، روى عنه أبو عثمان -

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

: إن هذه الأقدام بعضها من بعض))<sup>(1)</sup> . قالوا : وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك<sup>(2)</sup> ، ولا يخالف لهم من الصحابة .

واعترض عليه أن ثبوت نسب أسامة رضي الله عنه كان بالفراش لا بقول القائف إلا أن المشركين كانوا يطعنون في ذلك لاختلاف لونهما ، وكانوا يعتقدون أن عند القافة علم بذلك ، وأن بني المدلج هم المختصون بعمل القيافة ، وجز ريشهم ، فلما قال ما قال كان قوله ردا لظعن المشركين ، فإنما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا ، لا لأن قول القائف حجة في النسب شرعا<sup>(3)</sup> .

ورد على الاعتراض ، نعم ، النسب كان ثابتا بالفراش ، وكان الناس يقدهون في نسبه ، لكونه أسود وأبوه أبيض ، فلما شهد القائف بأن تلك الأقدام بعضها من بعض سر النبي صلى الله عليه وسلم بتلك الشهادة التي أزلت التهمة ، حتى برقت أسارير وجهه من السرور . لكن لو كانت القيافة باطلة لم يقل لعائشة : (( ألم تري أن مجززا المدلجي قال كذا وكذا )) ، فإن هذا إقرار منه ، ورضا بقوله ، ولو كانت باطلة : لم يقر عليها ، ولم يرض بما<sup>(4)</sup> ، فأقراره صلى الله عليه وسلم على ذلك يدل على أن القافة حق . قال الشافعي - رحمه الله - : « فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة ، وهو صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق »<sup>(5)</sup> .

واستدلوا أيضا بحديث الملاعة قال صلى الله عليه وسلم : ((إن جاءت به أصيهب أريصح أثيب حمش الساقين فهو هلال<sup>(6)</sup> وإن جاءت به أورك جعدا جماليا خدلج الساقين سايب الألبتين<sup>(7)</sup> فهو للذي رميت به ))

- الهدي وعروة بن الزبير وعبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وجماعة . سكن بعد النبي صلى الله عليه وسلم وادي القرى ثم عاد إلى المدينة فتوفي بالجرف في آخر خلافة معاوية سنة 58 هـ أو 59 وقيل بن توفي سنة 54 هـ قال ابن عبد البر : وهو عندي أصح إن شاء الله تعالى . ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 40/1 - ابن الأثير ، أسد الغابة 194/1 وما بعدها ) .

(1) البحاري ، الجامع الصحيح ، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 3555 ، 5172 ، باب القائف برقم 6771 ، 4 / 244 - مسلم ، صحيح مسلم ، باب العمل بالحق القائف الولد برقم 1459 ، 2 / 1081 .

(2) أنس بن مالك : هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار . خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان يتسمى به ويفتخر بذلك خدم النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين ، وقيل : خدمه ثمانيا . وقيل سبعا . وهو من المكثرين في الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، روى عنه ابن سيرين ، وقتادة ، والحسن البصري ، والزهري ، وخلق كثير . اختلف في وقت وفاته ، فقيل : توفي سنة 71 هـ ، وقيل : سنة 72 هـ ، وقيل : سنة 93 هـ ، وقيل : 90 هـ . ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 47/1 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 294:1 وما بعدها ) .

(3) السرخسي ، المبسوط 73 / 17 .

(4) ابن القيم ، الطرق الحكمية ص 168 .

(5) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 6 / 481 .

(6) هلال : هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف - واسمه مالك - بن امرئ القيس بن مالك بن الأوس الأضاري الواقفي . شهد سرا وأحدا . وكان قدم الإسلام ، كان يكسر أصنام بني واقف ، وكانت معه رابته يوم الفتح . وهو أحد الثلاثة الذي خلفوا عن غزوة تبوك فدل فيه نقرآن قوله عز وجل : « وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلْفُوا ... » [ التوبة 118 ] ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 262/3 - ابن الأثير ، أسد الغابة 380:5 وما بعدها ) .

(7) قال صلى الله عليه وسلم : (( إن جاءت به أصيهب )) . وهو تصغير أصهب وهو عدي تبعوه صهبة وهو كالثقرة . وقال ابن الأثير : أن الصهبة مختصة بالشعر وهي حمرة يعدها سود . (( أريصح )) تصغير أريصح ، وهو حنيف الإلثيين . ويقال أريصح وأريصح . (( أثيب )) تصغير أثيب وهو سائب الشح وهو بين الحدين ووسط الصغير . (( حمش الساقين )) أي دهيقهما . (( أورك )) أي أسد . (( جعدا )) جعد . (( حميا )) الصحمة الأعضاء تمام الأوصال كأنه حمس

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فجاءت به أورك جمعدا جماليا خدج الساقين ساينغ الأليتين فقال رسول الله ﷺ : (( لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ))<sup>(1)</sup> . وقالوا : وهل هذا إلا اعتبار للشبه وهو عين القافة ، فإن القائف يتبع أثر الشبه وينظر إلى من يتصل فيحكم به لصاحب الشبه وقد اعتبر النبي ﷺ الشبه وبين سببه .

واعترض عليه بأنه لو كان للشبه أثر لاكتفى به ، ولم يحتج إلى اللعان ، ولكان ينتظر ولادته ثم يلحق بصاحب الشبه ، ويستغني بذلك عن اللعان ، بل كان لا يصح نفيه مع وجود الشبه بالزوج وقد دلت السنة الصحيحة الصريحة على نفيه عن الملائع ولو كان الشبه له ، فإن النبي ﷺ قال : أبصروها فإن جاءت به كذا وكذا فهو هلال بن أمية ، وهذا قاله بعد اللعان ونفي النسب عنه ، فعلم أنه لو جاء على الشبه المذكور لم يثبت نسبه منه ، وإنما كان مجيء على شبهه دليلا على كذبه لا على لحوق الولد به<sup>(2)</sup> .

ورد على الاعتراض ، بأن تقدم اللعان على الشبه وإلغاء الشبه مع وجوده ، فهو من تقدم أقوى الدليلين على أضعفهما ، وذلك لا يمنع العمل بالشبه مع عدم ما يعارضه ، كالبينة تقدم على اليد والبراءة الأصلية ويعمل بهما عند عدمهما<sup>(3)</sup> .

واستدلوا بإجماع الصحابة على القيافة ، فقد عمل بها عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب ، وأبو موسى الأشعري<sup>(4)</sup> ، وابن عباس ، وأنس بن مالك رضي الله عنه ولم يوجد مخالف لهم ، قال حنبل<sup>(5)</sup> : سمعت أبا عبد الله قيل له : تحكم بالقافة ؟ قال : نعم ، لم يزل الناس على ذلك<sup>(6)</sup> .

واعترض عليه بأن حكم عمر قد اختلف فروي عنه ما ذكرتم ، وروي عنه أنه لما قال له القائف قد اشتركا فيه . قال : وال أيهما شئت<sup>(7)</sup> .

- (( خدج الساقين )) أي عظيمهما . (( ساينغ الإليتين )) أي تامهما . ( انظر : الساهر نفوري ، بذل المجهود ، مع تعليق الكاندهلوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دت ، 413/10 وما بعدها ) .

(1) أبو داود ، سنن أبي داود باب اللعان برقم 2248 ، 473/2 وما بعدها - أحمد ، المسند برقم 2131 ، 532/2 وما بعدها ، قال أحمد محمد شاكر في هامشه إسناد صحیح .

(2) ابن القيم ، زاد المعاد 4 / 211 .

(3) المصدر نفسه ، والصفحة نفسها .

(4) أبو موسى الأشعري : هو أبو موسى الأشعري ، عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب ابن عامر بن بكر بن عامر بن عفر بن وائل بن ناجية بن الحماهر بن الأشعر وفي نسبه هذا بعض الاختلاف أسلم بمكة . كان علامة نسيابة . استعمله عمر بن الخطاب و عثمان و علي على البصرة . توفي بمكة ، وقيل بالكوفة سنة 42 هـ . وقيل : سنة 44 هـ . وقيل : سنة 50 هـ . وقيل : سنة 52 هـ . ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 182/2 وما بعدها ، 96/4 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 3 / 364 وما بعدها ، 299/6 وما بعدها ) .

(5) حنبل : هو حنبل بن إسحاق بن حنبل بن هلال ، أبو علي ، الشيباني ولد سنة 193 هـ ، محدث ، مؤرخ . من حفاظ الحديث ، كان ثقة . أخذ عن ابن عمه الإمام أحمد بن حنبل . أخذ عن أبي نعيم وعفان ومحمد بن عبد الله الأنصاري وغيرهم . وأخذ عنه ابن صاعد وأبو بكر الخلال ومحمد بن مخلد وغيرهم . من مصنفه : التاريخ ، و الفتن ، و الخصة . توفي بواسط سنة 273 هـ ( الذهبي . تذكرة الحفاظ 600/2 وما بعدها - عمر كجا . معجم المؤلفين 4 - 86 - الرزكي ، الأعلام 2 / 286 ) .

(6) ابن القيم . الخلق الحكيمية ص 169 .

(7) ابن القيم . زاد المعاد 4 / 212 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ورد على الاعتراض أن ما روي عن عمر أنه قال : وال أيهما شئت ، فلا تعرف صحته عنه فإن ما ذكر عنه في غاية الصحة مع أن قوله : وال أيهما شئت ليس بصريح في إبطال قول القائف ، ولو كان صريحا في إبطال قوله لكان في مثل هذا الموضوع إذا ألحقه باثنين<sup>(1)</sup>.

وأن عمر بن الخطاب كان يليط<sup>(2)</sup> أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أي بمن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلا ن كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ، فقالت : كان هذا - لأحد الرجلين - يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دما ، ثم خلف هذا عليها ، تعني الآخر . فلا أدري أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع<sup>(3)</sup>.

ومن القياس أصول الشريعة تشهد للقافة ؛ لأن القول بما حكم يستند إلى درك أمور خفية وظاهرة ، توجب للنفس سكونا ، فوجب اعتباره كتنقد الناقد ، وتقويم المقوم<sup>(4)</sup>.

الرأي المختار : من خلال ما سبق يتبين أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيافة واعتبارها طريقا شرعيا في إثبات النسب هو المختار والأقرب للصواب ، لدلالة السنة المطهرة على ذلك ، وثبوت العمل بما عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يعرف لهم مخالف ، فكان كالإجماع منهم على الحكم بها . هذا وقد أشرط الفقهاء لاعتبار قول القائف ، والحكم به في إثبات النسب عدة شروط من أهمها : أن يكون القائف مسلما مكلفا ، عدلا ، ذكرا ، سميعا ، بصيرا ، عارفا بالقيافة ، مجربا في الإصابة<sup>(5)</sup>.

وقد ذهب أكثر القائلين بالحكم بالقيافة إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد<sup>(6)</sup> والحكم بإثبات النسب بناء على قوله ، وهو المشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة ، بينما ذهب آخرون إلى أنه لا يقبل في ذلك أقل من اثنين<sup>(7)</sup> في قول بعض المالكية وبعض الشافعية و أحمد .

(1) ابن القيم ، زاد المعاد 4 / 212 .

(2) بليط ليطا و ليطا لرق ، وإني لأحد له في قلبي لوطا و ليطا يعني الحب اللارق بالقلب ، وقد لاط حبه بقلبي بلوط و بليط أي لصق ، والتايط ولدا واستلاطه استلطقه ، ولط القاضي فلانا فلان ألحقه به . ( ابن منظور ، لسان العرب 5 / 4114 ) .

(3) ابن رشد بداية المجتهد 2 / 292 .

(4) ابن القيم ، الطرق الحكمية ص 169 .

(5) الخطيب الشيرازي . معني الخناج 6 / 481 وما عدها - الرملي ، نهاية المحتاج 8 / 335 وما عدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 6 / 412 - مرداوي . الإنصاف 6 / 332 وما عدها - البهوتي . كشف القناع 4 / 235 .

(6) محمد عيسى . مع الخليل 6 / 496 - الشافعي . الأم 6 / 265 - الخطيب الشيرازي : معني المحتاج 6 / 482 - مرداوي . الإنصاف 6 / 333 . مؤلف الدين بن قدامة . المعين 6 / 428 .

(7) محمد عيسى ، مع الخليل 6 / 496 - الرملي . نهاية المحتاج 8 / 336 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 6 / 413 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ومبنى الخلاف في ذلك على اعتبار القائف شاهد ، أو مخبر ، فمن قال بالأول اشترط اثنين ، ومن قال بالثاني اكتفى بواحد ، وقيل مبنى الخلاف على أنه شاهد أو حاكم ، فمن قال بالأول اشترط اثنين ومن قال بالثاني اكتفى بواحد .

هذا وإن لم تتفق القافة على إلحاق المجهول نسبه ، بل تباينت أقوالها وتعارضت ، فإن قولها يسقط لتعارضها ، كالبيتين إذا تعارضتا تساقطتا ، إلا في حالة واحدة وهي أن يتفق اثنين من القافة على إلحاقه بشخص ، ويخالفهما قائف واحد ، فإنه لا يلتفت إلى قوله ، ويؤخذ بقول الاثنين ؛ لأنهما كالشاهدين ، فقولهما أقوى من قول الواحد . أما ما عدا ذلك من حالات الاختلاف كأن يعارض قول اثنين قول اثنين آخرين ، أو قول ثلاثة فإن قول القافة يسقط في هذه الحالات كلها . بهذا قال الحنابلة<sup>(1)</sup> .

أما لو أخذ بقول القافة ، وحكم به حاكم ، ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بشخص آخر ، فإنه لا يلتفت إلى قول المتأخرة منهما ؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ، ومثل هذا أيضا لو رجعت القافة عن قولها بعد الحكم به وألحقته بشخص آخر فإنه لا يلتفت إلى رجوعها عن قولها الأول لثبوت نسب المجهول بمن ألحق به أولا وبهذا قال الشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> .

وإذا لم يؤخذ بقول القافة لاختلاف أقوالها ، أو أشكل الأمر عليها فلم تلحقه ، أو لم توجد قافة ، فإن نسب المجهول يضيع على الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup> .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول<sup>(4)</sup> أن الأمر يترك حتى يبلغ المجهول ، ثم يؤمر بالانتساب إلى أحد المدعين ، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بالمدعين : وال أيهما شئت ؛ ولأنه إذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد الجلي ؛ لأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره ؛ ولأنه إذا بلغ صار أهلا للإقرار ، فإذا صدقه المقر له فيثبت نسبه حينئذ بالإقرار . وقيل يخير المميز في قول للشافعية وفي قول للحنابلة<sup>(5)</sup> .

أما في القانون : فلم يأتي ذكر القياة ، وذلك يرجع للتطور الذي بلغه العلم إذ يوجد وسائل أخرى أكثر دقة من القياة تبنتها القوانين ، وذلك باللجوء إلى الخبرة الطبية والأبحاث التي توصلت إليها في هذا المجال ، وهو ما أسفر عن ما يسمى بالبصمة الوراثية التي اعتبرها البعض امتدادا للقياة .

ثانيا - إثبات النسب بالبصمة الوراثية : لقد تقدم الطب في هذا العصر تقدما عظيما واستطاع

(1) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 412 6 .

(2) المدعي ، مجموع 312 15 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 412 6 - البهوتي ، كشاف النجاشي 4 234 .

(3) المرادوي ، الإصناف 6 330 - البهوتي ، كشاف النجاشي 4 234 .

(4) ابن رشد ، بداية المجتهد 2 292 - محمد ، عليلش ، مع الخليل 9 490 - النووي ، روضة الصالحين 5 74 - المرادوي ، الإصناف 6 331 .

(5) البهوتي ، مجموع 15 305 - المرادوي ، الإصناف 6 331 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

العلماء أن يقفوا على البنية الأساسية لجسم الإنسان فيما يطلق عليه اصطلاح (( الجين )) ، ومعرفة الكثير من أسرار الخلية ومكوناتها ، ولقد نجح العلماء مؤخرا في- منتصف الثمانينات - في تحليل الحمض النووي الذي يسكن الخلية حيث اتضح أن الحمض النووي متطابق تماما في كل خلايا الجسم ، كما اتضح أن هذا الحمض يضم ستة وأربعين كروموزوما نصفها من الأب ونصفها الآخر من الأم ، يطلق عليها الصبغيات ؛ لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ ، كما يطلق عليها الحمض النووي ؛ لأنها تسكن نواة الخلية ، ويطلق عليها DNA ، أي : الحامض النووي الديوكس الريبوزي ، وسمي بذلك ؛ لأنه متروك الأوكسجين<sup>(1)</sup>.

كما لاحظ العلماء أن ترتيب القواعد على الجينات وترتيب الجينات على الكروموزوم تتفق في أكثرها بين جميع البشر فيما يخص الصفات المشتركة بينهم كلون العين أو طول القامة ونحوهما ، ومع هذا التطابق الهائل بين جميع البشر ، فإن كل فرد يتميز بذاته عن سائر الخلق في حوالي اثنين إلى عشرة ملايين من بين الثلاثة بلايين من الوحدات القاعدية التي تكون الجينوم نصفها يتطابق مع الأب والنصف الآخر يتطابق مع الأم . هذا الكشف الخطير دفع بعض العلماء إلى الأخذ في تحديد هوية الإنسان ، وأطلق البروفيسور " إليك جفري " عليه اصطلاح البصمة الوراثية<sup>(2)</sup>.

البصمة الوراثية لغة : البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين البصمة و الوراثية .

والبصمة في اللغة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر<sup>(3)</sup>. وهي أثر الختم بالأصبع<sup>(4)</sup>، فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي : الانطباعات التي تركها الأصابع عند ملامستها إحدى السطوح المصقولة ، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع ، وهي لا تشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد<sup>(5)</sup>.

الوراثية من وراث وراثاً ووراثاً وإراثاً وراثاً ، وأورثه أبوه ، وورثه جعله من ورثه. ويقال : وراثت فلانا مالا أرثه ورثا وورثنا إذا مات مورثك فصار ميراثه لك . وورثه ماله ومجده<sup>(6)</sup> . والوراثية نسبة إلى علم الوراثة الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك<sup>(7)</sup>.

(1) نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 17 ، السنة الخامسة عشر ، 2004 ، ص 56 وما بعدها .

(2) المرجع نفسه ، ص 57 .

(3) ابن منظور . لسان العرب مادة بصم 295/1 - الزبيدي ، تاج العروس مادة بصم 290/31 - الجوهري ، الصحاح في اللغة 1874/5 .

(4) مجمع اللغة العربية . المعجم الوسيط . مادة بصم ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، الطبعة الرابعة ، 2004 ، ص 60 - مجمع اللغة العربية . المعجم الوحيز . مادة بصم . وزارة التربية والتعليم ، مصر ، طبعة 1994 ، ص 53 .

(5) عمر بن محمد . معجم لسان العرب ، ص 33 .

(6) ابن منظور . لسان العرب مادة وراث . ص 4808 وما بعدها - الزبيدي ، تاج العروس مادة وراث 380 5 وما بعدها .

(7) المعجم الوسيط . مادة وراث . ص 1024 - المعجم الوحيز . مادة وراث ، ص 664 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وعلى ذلك فالمراد بالبصمة الوراثية : العلاقة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع<sup>(1)</sup>.

أما في الاصطلاح فقد عرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية - التي عقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة 23 - 25 جمادى الثاني 1419 هـ الموافق 1998/10/15م ، وأخذت به اللجنة العلمية المشكلة من المجمع الفقهي الإسلامي بناء على قرار في دورته الخامسة عشرة لدراسة البصمة الوراثية على أنها : البنية الجينية - نسبة إلى الجينات أي المورثات - التي تدل على هوية كل فرد بعينه . وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي هذا التعريف في دورته الخامسة عشرة<sup>(2)</sup>، وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العملية وسيلة تمتاز بالدقة ، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب ، أو المني ، أو البول ، أو غيره<sup>(3)</sup>.

وبالنظر لأدلة إثبات النسب السابقة وهي الفرائش والإقرار والبينة ، وشهادة التسامع والقيافة يتبين أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب ، فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة ، وكذلك البصمة الوراثية فإنها تقوم بمعرفة الشبه بين الولد ووالديه ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي DNA ، حيث ثبت علمياً أن الحامض النووي متطابق تماماً في كل خلايا الجسم ، كما ثبت أن هذا الحمض يضم 46 كروموزوما نصفها من الأب ونصفها من الأم ، وعلى ذلك فيمكن القول بأن البصمة الوراثية نوع من القيافة ، وإن تميزت عليها بدقة نتائجها لدرجة اليقينية<sup>(4)</sup>.

وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطوراً عاصرياً عظيماً في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه ، ولذلك يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن أدلة إثبات النسب من الفرائش والإقرار والبينة إن وجدت فإنها تقدم على القيافة والبصمة الوراثية ، أما إذا حدث تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية ، أو غيابها فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب المتنازع فيه .

(1) نصر فريد واصل ، بحث سابق ، ص 59 .

(2) عيسى محي الدين الفرة داعي ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، مجلة اجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 16 ، السنة الرابعة عشرة 2003 ص

38 - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد عسره ، ص 291 .

(3) عيسى محي الدين الفرة داعي ، بحث سابق ، ص 38 .

(4) نصر فريد واصل ، بحث سابق ، ص 78 .

(5) عمر بن محمد السبيل ، بحث سابق ، ص 61 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وكما اشترط في القائف شروط سبق ذكرها عند الحديث عن القيافة فإن خبير البصمة الوراثية لابد أن تتوفر فيه عدة شروط وهي : الإسلام إذا كان في حالة إثبات نسب مسلم ، والعدالة ، والتكليف ، والسمع ، والبصر ، والنطق ، والتجربة والإصابة ، وانتفاء التهمة عنه<sup>(1)</sup>.

وقياساً على القيافة<sup>(2)</sup> فإنه لو أخذ بقول خبير البصمة الوراثية ، وحكم به حاكم ، ثم جاء خبير آخرون فألحقوه بشخص آخر ، فإنه لا يلتفت إلى قول المتأخره منهم ؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ، ومثل هذا أيضاً لو رجع الخبراء عن قولهم بعد الحكم به وألحقوه بشخص آخر فإنه لا يلتفت إلى رجوعهم عن قولهم الأول لثبوت نسب المجهول بمن ألحق به أولاً ، وبهذا قال الشافعية والحنابلة<sup>(3)</sup> وهو على سبيل القياس .

وإذا لم يؤخذ بقول الخبراء في البصمة الوراثية لاختلاف أقوالهم ، أو أشكل الأمر عليهم فلم يلحقوه ، أو لم يوجد خبراء ، فإن نسب المجهول يضيع على الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(4)</sup>.

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول<sup>(5)</sup> أن الأمر يترك حتى يبلغ الصبي ، ثم يؤمر بالانتساب إلى أحد المدعين ، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بالمدعين : وال أيهما شئت ؛ ولأنه إذا تعذر العمل بقول الخبراء في البصمة الوراثية رجع إلى اختيار الولد الجبلي ؛ لأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره ؛ ولأنه إذا بلغ صار أهلاً للإقرار ، فإذا صدقه المقر له فيثبت نسبه حينئذ بالإقرار . وقيل بخير المميز في قول للشافعية وفي قول للحنابلة<sup>(6)</sup>.

هذا وقد أوصى المجمع الفقهي الإسلامي في قراره السابع المتعلق بالبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 21 - 26 / 10 / 1422 هـ الذي يوافق من 5 - 10 / 01 / 2002 م بـ<sup>(7)</sup> :

أ - أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الخاص للمهادف للربح من مزاوله هذا الفحص ، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى .

(1) عمر بن محمد السبيل ، بحث سابق ، ص 62 .

(2) المرجع نفسه ، ص 67 وما بعدها .

(3) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 412/6 - البهوتي ، كشاف القناع 4/ 234 - النووي ، المجموع 15 : 312 وما بعدها .

(4) الرداوي ، الإحصاف 6 : 330 - البهوتي ، كشاف القناع 4 : 234 .

(5) ابن رشد ، بابيه المجهود 292 - محمد عليش ، منح الخليل 9 : 490 - النووي روضة الطالبين 5 : 74 - الرداوي ، الإحصاف 6 : 331 .

(6) النووي ، المجموع 15 : 305 الرداوي ، الإحصاف 6 : 331 .

(7) راجعه العلماء الإسلامي . مجمع الفقهي الإسلامي ، قرارات المجلات من الأولى إلى السابعة عشرة ، القرار السابع من الدورة السادسة عشرة ، ص

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ب - تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون ، والأطباء ، والإداريون ، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية ، واعتماد نتائجها .

ج - أن توضع آلية دقيقة لمنع احتمال الغش ، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات ، وأن يكون عدد المورثات المستعملة للفحص بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك .

وقد أقر التشريعين الجزائري والمغربي اللجوء إلى الخبرة والوسائل العلمية لإثبات النسب<sup>(1)</sup> دون تحديد تسمية لهذه الوسائل ، مما يستتج منه أنهما يقران اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب عند التنازع فيه ، ولم يرد نص على ذلك في التشريعات المغربية الأخرى ، ولا أعلم إن كان هذا راجعا لعدم اعتراف هذه التشريعات بالخبرة في إثبات النسب أم لتأخر تشريعها فقط .

### الفرع الرابع

#### نفي النسب

من أجل محاسن شريعة الإسلام المباركة ، رعايتها للأنسب وعنايتها بالحفاظ عليها ، ومن مظاهر ذلك تشرفها إلى ثبوت النسب ودوامه ، وتسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب وأيسرها ، وتشديدها في نفيه وإبطاله متى ما ثبت بإحدى الطرق المشروعة ؛ حيث لا تقبل الشريعة الإسلامية نفي النسب بعد ثبوته مهما كان الحامل عليه أو الداعي إليه<sup>(2)</sup> ، إلا أن الزوج إذا شك في زوجته وأراد إنكار نسب الولد الذي تدعي زوجته أنه منه ، أن يلجأ إلى الطريق المشروع ألا وهو اللعان ، وهو ما سوف أتناوله بإيجاز مبينا معناه وصفته والآثار المترتبة عليه ، وكذا الحالات التي ينتفي فيها النسب من غير اللجوء إليه .

#### البند الأول - تعريف اللعان :

أولا - تعريف اللعان لغة : اللعان في اللغة<sup>(3)</sup> ، من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير . وقيل الطرد والإبعاد من الله فكل من لعنه الله فقد أبعدته عن رحمته واستحق العذاب ، فصار هالكا ، واللعن التعذيب ومن أبعدته الله لم تلحقه رحمته وخلد في العذاب . ومن الخلق السب والدعاء ، واللعنة الاسم ، والجمع لعان ولعانات ، ولعنه يلعنه لعنا طرده وأبعده . وسمي ما يكون بين الزوجين لعانا لقول الزوج عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وقول المرأة عليها غضب الله إن كان من الصادقين ، وجائز أن يقال للزوجين إذا فعلا ذلك قد تلعنا ولاعنا والتعنا ، وجائز أن يقال للزوج قد تعن ، ولم تلعن المرأة وقد تعنت هي

(1) انظر : قانون الأسرة الجزائري ، المادة : 40 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 158 .

(2) عمدة ابن محمد السبيل ، تحت سابق ، ص 51 .

(3) ابن منظور ، لسان العرب مادة لعن 4044.5 - البيهقي ، تاج العروس 118 36 . ما بعدها - الخوهري ، الفصحاح في اللغة 2197 6 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ولم يلتعن الزوج .

**ثانيا - تعريف اللعان اصطلاحا :** أما في الاصطلاح ، فقد عرفه الحنفية<sup>(1)</sup> بأنه : « شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب ، وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف ، وفي جانبها قائم مقام حد الزنا » .

وعرفه ابن عرفة من المالكية بقوله : « حلف زوج على زنا زوجته ، أو نفى حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها ، بحكم قاض »<sup>(2)</sup>.

فخرج بقوله اللازم الحمل غير اللازم له ، فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد ، وكذا إذا كان الزوج خصيا ، وخرج بقوله وحلفها إلخ ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها كما إذا غضبت فأنكر ولدها وثبت الغضب فلا لعان عليها واللعان عليه وحده ، وخرج بقوله بحكم قاض لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي<sup>(3)</sup>.

وعرفه الشافعية<sup>(4)</sup> بأنه : « كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به ، أو إلى نفى ولد » . قولهم : جعلت حجة ، أي : بمعنى سببا دافعا للحد عن المضطر ، وقد سميت بذلك ، أي : تلك الكلمات ؛ لاشتمالها على إبعاد الكاذب منهما عن الرحمة وإبعاد كل عن الآخر ، وجعلت في جانب المدعي مع أنها أيمان على الأصح رخصة لعسر البينة بزناها وصيانة للأنساب عن الاختلاط ، ولم يختار لفظ الغضب المذكور معه في الآية ؛ لأنه المقدم فيها ؛ ولأنه قد ينفرد لعانه عن لعانها ولا عكس .

وعرفه الحنابلة<sup>(5)</sup> بأنه : « شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج ، وغضب من زوجة ، قائمة مقام حد قذف إن كانت محصنة ، أو تعزير ، إن لم تكن كذلك في جانبه ، وقائمة مقام حد زنا في جانبها إذا أقرت بالزنا أو حبس إلى أن تقر أو تلاعن » .

ومن خلال ما سبق من التعريفات يتبين أن اللعان هو : اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج قائمة مقام حد قذف في جانبه ، وبالغضب من الزوجة قائمة مقام حد الزنا في جانبها .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 4 / 384 - ابن الممام ، شرح فتح القدير 4 / 112 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 172 .

(2) الرضا ، شرح حدود من عرفة ، تحقيق محمد أبو الأحناف و الطاهر المعصومي ، دار العرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1993 ص

301 - المواقف ، الناح والإكتساف 132،4 - الحرشي ، شرح مختصر حبل 123 4 وما بعدها - الفراوي ، الفواكه الدواني . 50 2 .

(3) الرضا ، شرح حدود من عرفة ، ص 303 - الحرشي ، شرح مختصر حبل 124 4 - الفراوي ، الفواكه الدواني . 50 2 .

(4) الشفيعي الشافعي مغني نصاب 5 / 140 - الرملي ، هاية الناح 7 / 91 - الجبرمي ، حاشية المحرمي 365/4 وما بعدها .

(5) البيهقي ، شرح منتهى رادات 563،5 - البيهقي ، كشاف الناح 5 / 406 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

البند الثاني - شروط اللعان : ولا يصح اللعان إلا بعد توفر عدة شروط وهي نوعان :

أولاً- شروط متفق عليها<sup>(1)</sup>:

- ثبوت الزوجية بين الرجل والمرأة ، إلا أن يكونا طارئين عند المالكية .
- عدم وجود البينة من الزوج على زنا زوجته .
- أن يقذف الزوج زوجته بالزنا ، فتكذبه .
- أن يكون اللعان يأمر من الحاكم أو نائبه .
- أن يكون الزوج مختاراً للعان غير مكره عليه .
- التعجيل في اللعان لنفي الولد ، فلا يتأخر فيه مدة أو يقوم بفعل يفهم منه رضاه به ، كقبوله التهينة ، أو شرائه لوازم النفاس والتهنئة إلى غير ذلك ، أما الغائب فإنه يلزمه التعجيل من يوم حضوره واعتبار الأسباب السابقة في حقه من يوم حضوره .

ثانياً - شروط مختلف فيها :

- أن يكون الزوجان من أهل الشهادة ، أي من أهل أدائها ، فلا يكون اللعان إلا بين زوجين مسلمين عدلين حرين عاقلين بالغين ، ناطقين غير محدودين في قذف وهو قول الحنفية<sup>(2)</sup> وفي رواية عن أحمد<sup>(3)</sup> ، واستثنى الحنفية كون اللعان يجري بين الأعميين والفاستقين مع أنه لا أداء لهما ، ودُفع بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه .
- رُود عليه هنا هو أنه يقدر على أن يفصل بين نفسه وامرأته ، فيكون أهلاً لهذه الشهادة دون غيرها ، وروى ابن المبارك<sup>(4)</sup> عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الأعمى لا يلاعن .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 381 وما بعدها - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 173 وما بعدها - المراقي ، التاج والإكليل 132/4 وما بعدها - الخطاب ، مواهب الجليل 4 / 132 وما بعدها ، 136/4 - الخرشبي ، شرح مختصر خليل 4 / 124 وما بعدها - الشيرازي ، المهذب 3 / 86 وما بعدها - النووي ، روضة الطالبين 7 / 329 وما بعدها - الخطيب الشيريني ، مغني المحتاج 5 / 153 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 101 وما بعدها - البيهقي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 568 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 9 / 6 وما بعدها .

(2) السرخسي ، المبسوط 7 / 43 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 382 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 174 - ابن الممام ، شرح فتح القدير 4 / 111 .  
(3) ابن القيم ، زاد المعاد 4 / 172 .

(4) ابن المبارك : هو عبد الله بن المبارك ، أبو عبد الرحمن ، اختطلي بالولاء ، المروزي . ولد سنة 118 هـ . كان إماماً فقيهاً ثقة مأموناً حجة كثير الخصال . صاحب أنا حنيفة وجمع السفياني وسلمان السبي وجميلاً الصويل ، حدث عنه كثير منهم عبد الرحمن بن مهدي وبنو يعقوب بن معمر وأحمد بن حسن وعمر بن . جمع علمه وافتقار الأدب والبحر والنعمة والسفر والرهدة والفضاحة والورع وقيام الليل والعبادة والسناد في الرواية وقلة الكلام فيما لا يندفع عنه الخلق . على أمثاله . يوفى هيب ( على الفرائض ) مصنفاً من عروة آدم سنة 181 هـ . من تصانيفه : تفسير القرآن ، و الدقائق في الرقائق . . . . .  
الفقه . . . ( بن أبي الوفا ، جواهر الفقيه دار الحديث - عيسى - بيروت - لبنان ، طبعه لأول مرة 2005 . 1 / 184 وما بعدها - الذهبي ، تذكرة جندب 1 / 275 . ما بعدها - البرزكلي ، الأعلام 4 / 115 - حنابلة - معجم مؤلفين 6 / 106 ) .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

- أن يكون الزوجان من أهل اليمين عند الجمهور<sup>(1)</sup> ، أي : يصح اللعان من كل زوجين وإن كانا فاسقين محدودين في قذف أو كافرين ، إلا أن المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> يذهبون إلى عدم اللعان بين الكافرين ، إلا إذا رضيا بحكم المسلمين ، ويكون ذلك لنفي الولد لا للرمي بالزنا ، روى ابن القاسم عن مالك : ليس بين المسلم والكافرة أو الأمة لعان إذا قذفها إلا أن يدعي رؤية فيلاعن ، ظهر حمل أو لم يظهر ؛ لأنه يقول أخاف أن أموت فيلحق بي نسب ولدها<sup>(4)</sup>.

ومأخذ القولين أن اللعان يجمع وصفين : اليمين والشهادة .

- قيام الزوجية بين المتلاعنين عند الحنفية<sup>(5)</sup> أو كونها مطلقة طلاقاً رجعيًا ، وعدم شرط ذلك عند المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(6)</sup> ومحمد من الحنفية<sup>(7)</sup> إذا كانت لنفي الولد ؛ ولو كانت مطلقة طلاقاً بائناً ؛ أو منكوحة بشبهة ؛ لأن النكاح الفاسد يساوي الصحيح في اللعان ، إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه ، لكون النسب لاحقاً به ، فإن لم يكن ولد ، فلا لعان بينهما ؛ لعدم الحاجة إليه .

هذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة اللعان ، ولهم في ذلك تفاصيل واسعة ليس هنا محل بيائها يرجع إليها في مظانها .

**البند الثالث - صفة اللعان :** أما صفته فهو أن يأمر الإمام أو نائبه الزوج أن يلاعن زوجته ، فيقول إذا كان اللعان لرؤية الزنا : أشهد بالله أن زوجتي هذه قد زنت ، فيسميها باسمها أو يشير إليها ، ويكرر ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وإذا كان لنفي الولد يقول : وأن هذا الولد من زني ، وليس مني ، فإذا فرغ لاعنت الزوجة قائلة إذا كان لرؤية الزنا : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، تكرر ذلك أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : و أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، و إن كان لنفي الولد تقول : و إن هذا الولد منه ، وليس من زني<sup>(8)</sup>.

(1) المواق ، التاج والإكليل 132/4- النووي ، روضة الطالبين 7 / 329 - الشيرازي ، المهذب 86/3 - الخطيب الشيريني ، مغني المحتاج 5 / 154 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 102 - الماوردي ، الحاوي الكبير 14/13 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 568/5 وما بعدها - البهوتي ، كشف القناع 5 410 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، المغني باب اللعان 5 / 9 .

(2) الخرخشي ، شرح مختصر خليل 124/4 .

(3) النووي . روضة الطالبين 7 / 329 - الشيرازي ، المهذب 86/3 - الخطيب الشيريني ، مغني المحتاج 5 / 154 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 102 - الماوردي ، الحاوي الكبير 14 13 .

(4) الموق . التاج والإكليل 4 132 .

(5) الكاساني ، مدائع الصنائع 3 : 383 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 173 .

(6) حبش ، مختصر خليل ص 133 - المغراوي ، التواكك البدواي 502 - الخطيب الشيريني . مغني المحتاج 5 / 158 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 104 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 569/5 - البهوتي ، كشف القناع 5 411 .

(7) الكاساني ، مدائع الصنائع 3 : 383 .

(8) مختصر خليل ، التاج 7 61 - الكاساني ، مدائع الصنائع 3 377 . ما بعدها - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 179 . ما بعدها - المواق ، التاج -

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ويجب على المتلاعنين التقيد بهذه الصفة والألفاظ في اللعان ، اتباعاً للكتاب والسنة . فإن حصل شيء من الإخلال بذلك لم يصح اللعان ، كما يجب أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة عند الجمهور<sup>(1)</sup> ، فإن بدأت قبله لم يصح ؛ لأن الله تعالى بدأ بالزوج ، وأمر به رسول الله ﷺ ؛ لأن لعاناً مبني على لعانه لا العكس ؛ ولأن لعان الزوج لإثبات الحق ولعان المرأة بينة الإنكار ، فقدمت بينة الإثبات ، وعند أبي حنيفة يجوز أن تبدأ المرأة<sup>(2)</sup> .

**البند الرابع – الأمور التي يمكن الاعتماد عليها في نفي النسب : اللعان لنفي النسب أمر له خطورته ؛ لأن ثبوت النسب أو نفيه تترتب عليه حقوق و أحكام كثيرة للآخرين ، كحقوق الأبوة والبنوة والحجاب والميراث والمحرمية إلخ ، ولذلك لا بد أن يستند الزوج في نفيه إلى أمر قوي ، وليس مجرد شك الزوج في أن الولد ليس منه<sup>(3)</sup> .**

فأما الأمور التي يمكن الاستناد إليها والاعتماد عليها في نفي النسب هي :

**أولاً – عدم الوطء بعد الاستبراء بالحيض<sup>(4)</sup> :** وذلك بأن تلد المرأة بعد ستة أشهر فأكثر - وهي أقل مدة الحمل - من حيضتها دون أن يطأها الزوج مطلقاً بعد الحيضة ، ففي الحديث لأعن الرسول ﷺ بين العجلاني<sup>(5)</sup> وامرأته ، وكانت حبلى ، وقال زوجها : والله ما قربتها منذ عرفنا النخل<sup>(6)</sup> .

**ثانياً – عدم الوطء بعد الاستبراء بالولادة<sup>(7)</sup> :** وذلك بأن تأتي الزوجة بولد بعد ميلادها بستة أشهر فأكثر ، والزوج لم يطأها مطلقاً بعد ميلادها الأول ، فإن كان بين الولادتين أقل من ستة أشهر ، فلا

- والإكليل 136/4 - الخطاب ، مواهب الجليل 136/4 وما بعدها - الحرشي ، شرح مختصر خليل 129/4 وما بعدها - الشيرازي ، المهذب 87/3 -

الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 5 / 149 وما بعدها - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 564/5 وما بعدها - البهوتي ، كشف القناع 407/5 .

(1) محمد عlish ، منح الجليل 4 / 284 وما بعدها - الشيرازي ، المهذب 3 / 89 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 585 4 .

(2) ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 176 وما بعدها - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 102 - ابن القيم ، زاد المعاد 183/4 .

(3) المصادق عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ص 285 .

(4) المراق ، التاج والإكليل 133/4 - الخطاب ، مواهب الجليل 133/4 - النفاوي ، الفواكه الدواني 51/2 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 722 -

النوي ، روضة الطالبين 7 / 323 - الشيرازي ، المهذب 3 / 82 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 99 - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 5 / 150 -

البحرومي ، حاشية البحرومي 4 / 371 وما بعدها - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 581/5 وما بعدها .

(5) العجلاني : هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري ، صاحب اللعان ، وقال الطبري : هو عويمر بن الحارث بن زيد بن حازنة بن الحاد العجلاني . وهو

الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء ، فلا عن رسول الله ﷺ بينهما ، وذلك في شعبان سنة 9 هـ لما قدم من تبوك فوجدتها حسي . عاش ذلك المولود

ستين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيراً . ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 123 - ابن الأثير ، أسد الغابة 4 / 304 وما بعدها )

(6) ( البيهقي ، السنن الكبرى 7 / 407 ) ، و العفار بالفتح تليق النحل وإصلاحه وعفر النحل فرغ من تلقيحه ، والعفر أول سقية سقيها الزرع وعفر

الزرع أن يسقى فيها حتى يعطش ثم يسقى فيصلح على ذلك ، وعفر النحل والزرع سقاها أول سقية ثمانية ، عفار النحل تنقيح وإصلاحها يقال عفروا

نخلهم يعفرون وقد روي بالقاف قال ابن الأثير : وهو خطأ ابن الأثير : وهو خطأ ابن الأعرابي ، العفار أن يترك النحل بعد السقي أربعين يوماً لا يسقى لئلا يتنقص حماتها ثم

يسقى ثم يترك إلى أن يعطش ثم يسقى . ( ابن مطوق ، لسان العرب مادة عفر - 3011/4 وما بعدها . تاج العروس : مادة عفر 13 / 91 )

(7) الدردير ، الشرح الكبير 2 / 460 - المراق ، التاج والإكليل 133/4 - النفاوي ، الفواكه الدواني 51/2 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 721 -

الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 99 - الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 5 / 149 - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 605/4 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يحق للزوج اللعان ؛ لأن الولد الثاني حينئذ يكون تابعا للحمل الأول ، وكذلك لا يحق للزوج اللعان إذا وطئها بعد الولادة ولو مرة واحدة ، لاحتمال حصول الحمل من ذلك الوطء .

**ثالثا - الولادة بعد الوطء بمدة لا يلحق فيها الولد بالزوج<sup>(1)</sup> :** وذلك بأن تأتي بولد بعد الوطء بمدة ، لا يمكن أن يكون فيها الولد ناشئا عن ذلك الوطء ، إما لقلتها كخمسة أشهر ، أو لكثرتها ، أي : تتجاوز أقصى مدة الحمل .

**رابعا - اتفاق الزوجين على نفي الولد<sup>(2)</sup> :** وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح ، فينفيه الزوج عنه وتصدقه المرأة في ذلك ، فإن الولد لا ينتفي إلا بلعان الزوج ، فإن لم يلاعن لحق الولد به ؛ لأن النسب حق للولد أيضا ، فلا يسقط بمجرد الاتفاق على إسقاطه من الزوجين<sup>(3)</sup> وفي رواية عن مالك أنه ينفي بغير لعان .

**البند الخامس - الأمور التي لا يمكن الاستناد إليها ولا الاعتماد عليها في نفي النسب :**

ومي .

**أولا - استعمال حبوب منع الحمل أو العزل :** فلا يحق للزوج إذا ظهر حمل أن ينفيه اعتمادا على أن المرأة كانت تستعمل موانع الحمل كلما جامعها ، أو أنه كان يعزل عنها ؛ لأن هذه الأمور قد يحصل الحمل مع استعمالها<sup>(4)</sup> .

**ثانيا - عدم مشاهة الولد لأبيه أو أمه :** كأن يكون الولد أبيض والأب أسود أو غير ذلك من عدم المشاهة<sup>(5)</sup> ، للحديث الصحيح عن أبي هريرة أن رجلا قال للنبي ﷺ : إن امرأتي ولدت غلاما أسود كأنه يعرض بنفيه ، فقال النبي ﷺ : (( هل لك من إبل ؟ )) قال نعم . قال : (( ما لوئها ؟ )) قال : حمر . قال : (( فهل فيها من أورك ؟ )) ، قال : نعم . قال رسول الله ﷺ : (( فأتى أتاها ذلك ؟ )) ، قال : لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق . فقال النبي ﷺ : (( وهذا لعله يكون نزعه عرق ))<sup>(6)</sup> ،

(1) الدردير ، الشرح الكبير 460/2 - المواق ، التاج والإكليل 133/4 - محمد عنيش ، منح الجليل 274/4 وما بعدها - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 722/2 - الشيرازي ، المهذب 79/3 وما بعدها - النووي ، المجموع 17/404 وما بعدها - الرملي ، نهاية المحتاج 99/7 - الخطيب الشيريني ، معني المحتاج 5/149 - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4/603 وما بعدها - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5/578 .

(2) المواق ، التاج والإكليل 4/133 - محمد عنيش ، منح الجليل 4/275 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 3/391 - الدردير ، الشرح الكبير 2/460 .

(4) محمد عنيش ، منح الجليل 4/279 - الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ، ص 287 .

(5) الدردير ، الشرح الكبير 2/460 - المواق ، التاج والإكليل 4/134 - النفراوي . الفواكه الدواني 2/51 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2/724 - الشيرازي ، المهذب 3/82 - النابودي ، الخاء الكمي 13/18 - الرملي ، نهاية محتاج 7/100 - الخطيب الشيريني ، معني المحتاج 5/151 - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4/609 وما بعدها .

(6) سبق تفريجه انظر الصفحة 92 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وفي رواية عن الشافعية<sup>(1)</sup> أنه يمكن الاعتماد على ذلك في اللعان.

ثالثا - الوطاء فيما دون الفرج : لأنه لا يؤمن وصول الماء إلى الفرج ، وقد يؤدي إلى الحمل<sup>(2)</sup> ،  
وفي رواية عن الشافعية<sup>(3)</sup> ، وفي رواية عن الحنابلة<sup>(4)</sup> أنه يمكن الاعتماد على ذلك في اللعان .

البند السادس - الأحكام المترتبة على اللعان : وما يترتب على اللعان من أحكام إذا تم على الصفة المشروعة :

أولا : انتفاء الولد : وذلك من الزوج إذا صرح بنفيه ، و لحوق نسب الولد بأمه ، لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا يدعى ولد المرأة التي لاعنها زوجها لأب<sup>(5)</sup> .

لكن السؤال المطروح هنا حول هذا الحكم ، إذا ثبت بعد اللعان أن الولد من أبيه بخكم القافسة أو بإجراء فحص البصمة الوراثية ، هل يلحق الولد بأبيه وينسب إليه ؟ وذلك كون النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم بعد اللعان ونفي الولد بأنه إن جاء يشبه الزوج صاحب الفراش فهو له وإن جاء يشبه الذي رميت به فهو له .

قال بن القيم مجيبا على ذلك : « هذا مجال ضئيق تُجَادِبُ أَعْتَسَهُ اللَعَانُ الْمُقْتَضِي لانقطاع النسب وانتفاء الولد وأنه يدعى لأمه ولا يدعى لأب ، والشبه الدال على ثبوت نسبه من الزوج وأنه ابنه مع شهادة النبي صلى الله عليه وسلم بأنها إن جاءت به على شبهه ، فالولد له وأنه كذب عليها ، فهذا مضيق لا يتخلص منه إلا المستبصر البصير بأدلة الشرع وأسارده والخير بجمعه وفرقه الذي سافرت به همته إلى مطلع الأحكام والمشكاة التي منها ظهر الحلال والحرام .

والذي يظهر في هذا والله المستعان وعليه التكلان ، أن حكم اللعان قطع حكم الشبه ، وصار معه بمنزلة أقوى الدليلين مع أضعفهما فلا عبرة للشبه بعد مضي حكم اللعان في تغيير أحكامه . والنبي صلى الله عليه وسلم لم يخبر عن شأن الولد وشبهه ليغير بذلك حكم اللعان ، وإنما أخبر عنه ليتبين الصادق منهما من الكاذب الذي قد استوجب اللعنة والغضب ، فهو إخبار عن أمر قدرى كون يتبين به الصادق من الكاذب بعد تقرر الحكم الديني ، وأن الله سبحانه سيجعل في الولد دليلا على ذلك ، ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك بعد انتفائه من الولد ، وقال إن جاءت به كذا وكذا فلا أراه إلا صدق عليها وإن جاءت به كذا وكذا فلا أراه

(1) الشيرازي ، المهذب 82 / 3 - الماوردي ، الحاوي الكبير 18/13 .

(2) الدردير ، الشرح الكبير 460/2 - النراق ، التاج والإكليل 134 / 4 وما بعدها - النفراوي ، الفرائد الدواني 51 / 2 - الدررقي . حاشية الدررقي

2 / 724 - الشيرازي ، المهذب 83 / 3 - الرملي ، نهاية المحتاج 99 / 7 - خطيب الشيريني ، معني المحتاج 150 / 5 - موفق الدين بن قدامة ، الكافي

4 / 612 وما بعدها - البيهقي كشف القناع 5 : 423 وما بعدها - البيهقي . شرح منتهى الإرادات 5 : 581 .

(3) الشيرازي ، المهذب 83 / 3 - الرمي ، نهاية المحتاج 100 / 7 - الخطيب الشيريني ، معني المحتاج 150 / 5 .

(4) البيهقي . كشف القناع 5 / 425 .

(5) سنن أبي داود باب في اللعان رقمه 2256 . 477:2 وما بعدها - مسند أحمد رقمه 2131 . 532:2 وما بعدها - مسند أبي نعيم 77 -

السنن الكبرى للبيهقي 410 7 . قال أحمد بن محمد شاكر في تعليقه على المسند حديث إساده صحيح .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

إلا كذب عليها ، فجاءت به على النعت المكروه ، فعلم أنه صدق عليها ، ولم يعرض لها ، ولم يفسخ حكم اللعان ، فيحكم عليها بحكم الزانية مع العلم بأنه صدق عليها ، فكذلك لو جاءت به على شبه الزوج يعلم أنه كذب عليها ، ولا يغير ذلك حكم اللعان ، فيحد الزوج ويلحق به الولد ، فليس قوله : إن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية إلحاقا له به في الحكم ، كيف وقد نفاه باللعان وانقطع نسبه به كما أن قوله : وإن جاءت به كذا وكذا فهو للذي رميت به . ليس إلحاقا به وجعله ابنه وإنما هو إخبار عن الواقع ، وهذا كما لو حكم بأيمان القسامة ثم أظهر الله سبحانه آية تدل على كذب الحالفين لم ينتقض حكمها بذلك ، وكذا لو حكم بالبراءة من الدعوى يمين ، ثم أظهر الله سبحانه آية تدل على أنها يمين فاجرة لم يبطل الحكم بذلك»<sup>(1)</sup>.

هذا بالنسبة لحكم القيافة والتي قد يتطرق إليها الاحتمال ، لكن ما الحكم في حال ثبت من خلال تحليل البصمة الوراثية كون الولد من الزوج الملاعن ؟

قال الأستاذ نصر فريد واصل : « أما إذا جاءت البصمة الوراثية بثبوت نسب الطفل إلى الزوج - بأن يتطابق الحامض النووي للطفل مع الحامض النووي للزوج - فإنه لا ينفي نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج ؛ لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية قطعية ، ولخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر ، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته ، وفي ذلك إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع »<sup>(2)</sup>.

وهو نفس ما ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية إذ جاء في فتوى لها بمناسبة قضية نسب الطفلة (بنت) من المدعو عبد الشافي الذي نفاه بموجب اللعان ، بينما أصرت الأم على إجراء فحص البصمة الوراثية لتبرئة نفسها مما رماها به زوجها وإثبات نسب الطفلة منه ، وبعد إجراء الفحوصات والتحليل تبين أن الحامض النووي للطفلة مطابق للحامض النووي للمدعو عبد الشافي ، فقالت دار الإفتاء بعد استعراضها للقضية وطرق إثبات النسب الشرعية وطرق نفيه : « أنه لا ينبغي إسقاط النسب عن الطفل حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين إلا بيقين ؛ لأن الأصل أن كل من ولد له ولد على فراش الزوجية فهو له ؛ ولأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية وحفاظا على حق الطفل المولود ، وأنه إذا جاءت المرأة بالطفل شبيها بوالده صاحب الفراش في الشكل ، أو أثبت العلم عن طريق الفحوصات والتحليل الطبية أنه ليس هناك ما يمنع من نسب الطفل إلى زوجها صاحب الفراش ، فإنه يؤخذ بالرأي العلمي في ذلك ولا ينفي نسب الطفل في هذه الحالة ... فقد أفاد الحديث<sup>(3)</sup> أنه حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل

(1) ابن القيم ، زاد المعاد 4 186 وما بعدها .

(2) نصر فريد واصل . تحت سابق ، ص 82 .

(3) حديث لهلال بن أمية و ما جرى له مع زوجته .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

شبيها بالزوج صاحب الفراش فإنه ينسب إليه ولا ينفي عنه ، ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المثبتة للنسب ؛ لأنه أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله ﷺ في إثبات النسب .

إن دار الإفتاء المصرية بعد أن استعرضت وقائع الدعوى وقامت بتمحيصها وفحص المستندات المرفقة ... ترى أنه :

أولا : يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان أبدا .

ثانيا : أنه يثبت نسب الطفلة (بسنت) المولودة بتاريخ 1995/03/19 إلى والدها عبد الشافي ولا ينتفي عنه تأسيسا على الآتي :

أولا : أن الزوجة المدعى عليها قد وضعتها بعد أكثر من ستة أشهر - أقل مدة الحمل - من تاريخ العقد الصحيح ، وقبل مرور سنة شمسية من تاريخ الوطاء والغيبة عنها ، وأن إمكانية حدوث الحمل من تاريخ التلاقي بينهما قائمة من وقت عقد القران ولا يقدح في ثبوت النسب ادعاء الزوج المدعي وشهادة شاهديه بأنه أجرى حفل الزفاف بتاريخ 1994/10/17 ، لاحتمال أن يكون المدعي قد دخل عليها وعاشرها بعد عقد القران ، فإن شاهديه لم يقررا على وجه القطع واليقين بأنه لم يدخل بها من تاريخ العقد وإنما قررا فقط حضرا حفل الزفاف في 1994/10/17 ، ولم يعرفا ما إذا كان قد دخل عليها أم لا وبذلك تطرق الاحتمال إلى دليله. والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال ، وبالإضافة لذلك فإن شاهدي المدعي عليها قد قررا أن المدعي دخل بالمدعى عليها في نفس يوم عقد القران 1994/02/07؛ ولأن الثابت شرعا أن كل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا ونسبا طالما أمكن أن يكون له لقوله ﷺ : (( الولد للفراش وللعاهر الحجر ))<sup>(1)</sup> .

وعلى ذلك فيقتصر أثر اللعان درء الحد عن الزوج والتفريق بين الزوجين دون أن يؤثر في نسب الطفلة إلى والدها حتى ولو نفاه الأب ؛ لأن ذلك حق الشرع ، والشارع يتشوف إلى إثبات النسب حرصا على مصلحة الطفل ولا يوجد في واقعة الدعوى ما يدل على نفي النسب ، خاصة وأنه قد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج في ظل عقد زواج صحيح شرعا.

ثانيا : أن التحاليل الطبية التي أجريت جميعها بالإدارة المركزية للمعامل الطبية الشرعية والخاصة بمجموعات فصائل الدم الرئيسية والفرعية وكذلك التحاليل الخاصة بالحامض النووي أثبتت أن الطفلة (بسنت) تحمل العوامل الوراثية إلى كل منهما ؛ لأنه يعمل بالدليل العملي قياسا على إثبات رسول الله ﷺ

(1) سير تخرجه انظر الصفحة 78 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

في شأن هلال السابق»<sup>(1)</sup>.

الرأي المختار : ومن خلال استعراض الرأيين السابقين رأي ابن القيم ، ورأي دار الإفتاء المصرية ، يتبين والله أعلم أن ما ذهبت إليه دار الإفتاء هو الأصوب للأسباب الآتية :

- كون الشارع يشوف إلى إثبات النسب بأقل الأسباب رعاية وحفاظا على حق الطفل المولود.
- كون فحوصات وتحليل البصمة الوراثية ونتائجها دقيقة و يقينية قطعية .
- خراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر ، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته .
- في إثبات النسب للمنفي باللعان بعد التحقق من نسبه إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع .
- أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد إجراء اللعان ، لا يحل محل اللعان ويلغيه وإنما تثبت أحكامه الأخرى ما عدا مسألة النسب ، وذلك رعاية لحق الطفل المولود .
- اتفاق الفقهاء<sup>(2)</sup> على أن الولد يلحق بأبيه ، إذا أكذب نفسه بعد اللعان ، وأقر بالولد .

**ثانيا : وقوع الفرقة بين الزوجين :** وهذه الفرقة تكون مؤبدة ، ويحرم على الزوج نكاح من لاعنها على التأييد سواء أكذب الزوج نفسه بعد اللعان أم لم يكذبها ، وهو قول الجمهور<sup>(3)</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة ، وزفر<sup>(4)</sup> وأبو يوسف من الحنفية<sup>(5)</sup> ؛ لقوله ﷺ : (( لا سبيل لك عليها ))<sup>(6)</sup>.

(1) نصر فريد واصل ، بحث سابق ، ص 89 وما بعدها .

(2) السرخسي الميسوط 7 / 54 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 390 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 184 - المواق ، التاج والإكليل 4 : 135 - النفراوي ، الفواكه الدواني 2 / 51 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 5 / 160 - الرملي ، هامة المحتاج 7 / 106 - الماوردي ، الخاوي الكبير 11 / 74 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 9 / 59 - المرداوي ، الإنصاف 9 / 188 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 576 .

(3) المواق ، التاج والإكليل 4 : 138 - النفراوي ، الفواكه الدواني 2 / 51 - العسوي ، حاشية العسوي 2 / 110 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 5 / 160 - الرملي ، هامة المحتاج 7 / 106 - الماوردي ، الخاوي الكبير 11 / 74 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4 : 596 وما بعدها - المرداوي ، الإنصاف 9 / 184 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 572 .

(4) زفر : هو زفر بن الهذيل بن قيس العبدي . أصله من أصبهان ولد سنة 110 هـ . فقيه إمام من المتقدمين من تلاميذ أبي حنيفة . وهو أقيسهم . وكان يأخذ بالأثر إن وجدده .. تولى قضاء البصرة ، ومما توفي سنة 158 هـ . وهو أحد الذين دونوا الكتب . (ابن أبي الوفا ، الجواهر المسببة ص 159 - الزركلي ، الأعلام 3 / 45 - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 2 / 317 وما بعدها ) .

(5) السرخسي ، الميسوط 7 / 46 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 390 - ابن الهمام ، شرح فتح القدير 4 / 118 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 : 185 .

(6) البخاري ، الجامع الصحيح ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب برقم 5312 ، 416/3 ، باب المتعة التي لا يفرض لها ... برقم 5350 ، 423/3 - مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب اللعان ، باب بدون عنوان برقم 1493 ، 1130/2 - أبو داود ، سنن أبي داود باب في

اللعان برقم 2257 ، 479/2 وما بعدها - أحمد ، مسند برقم 4587 ، 318/4 - بن أبي شيبه ، المصنف 3 : 426 - عبد البراق ، المصنف . باب

التفريق بين المتلاعنين ولمن الصادق ، برقم 12455 ، 119/7 . ( عبد البراق ، المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1972 ) - السنن الكبرى ، باب استنابة المتلاعنين بعد اللعان برقم 5670 ، 376/3 - ابن حبان ، صحيح ابن حبان

باب اللعان ، برقم 4287 . 10 : 121 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وتكون الفرقة مؤقتة ، أي : بإمكان الزوج أن ينكح من لاعنها إذا أكذب نفسه بعد اللعان ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد (1).

وقالوا (2) : بأن زفر - رحمه الله - استدل بقوله : ﷺ : (( المتلاعنان لا يجتمعان أبدا )) (3) ، فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما ، ولكننا نستدل بالحديث الذي روينا (4) ، فإن العجلاني رحمه الله أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه ، فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله : (( اذهب فلا سبيل لك عليها )) . قلنا : ذاك منصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روي أنه قال : (( إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت من فرجها وإن كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها )) (5) ؛ ولأن الراوي قال : فذلك السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ، فدل أنه لا تقع الفرقة إلا بالتفريق ، وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ، ثم هناك لا يفسخ البيع ما لم يفسخ القاضي ، فكذلك هنا ، وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة ، ولا هو مناف للنكاح إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة ، والخصومة ، وفوات المقصود بالنكاح مع إصرارهما على كلامهما ، فلا يتم إلا بقضاء القاضي .

فأما قوله : ﷺ : (( المتلاعنان لا يجتمعان أبدا )) (6) ، حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلها باللعان كالمقاتلين والمتضارين فزفر - رحمه الله - يوافقنا ، أن في حال تشاغلها باللعان لا تقع الفرقة بينهما ... واللعان تطليقة بائنة وإذا أكذب الملاعن عن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - فقالا : الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : تكون فرقة بغير طلاق بناء على أنه يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما ، وهو قول الشافعي رحمه الله .

(1) السرخسي ، المبسوط 46 / 7 وما بعدها - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 390 - ابن الممام ، شرح فتح القدير 4 / 120 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 185 وما بعدها .

(2) السرخسي ، المبسوط 46 / 7 وما بعدها .

(3) أبو داوود ، سنن أبي داوود باب في اللعان برقم 2250 ، 474/2 - ابن أبي شيبة ، المصنف 3/425 - الدراقطني ، سنن الدراقطني باب المهر برقم 3704 - 3705 - 3706 - 3707 - 3708 ، 413/4 وما بعدها - الطبراني ، المعجم الكبير برقم 5684 ( الطبراني ، المعجم الكبير ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد ، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ، العراق ، الطبعة الثانية 1983 ، 117/6 ) .

(4) حديث سهل بن سعد رضي الله عنه أن النبي ﷺ ما لاعن بين العجلاني وامرأته فقال العجلاني : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فهي طالق ثلاثا ففارقها قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بأن يفارقها ، فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما .

(5) البخاري ، الجامع الصحيح ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحكما كاذب فهل منكما تائب برقم 5312 ، 416/3 ، باب الشعة التي لم يفرض لها

... برقم 5350 ، 423/3 - مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب اللعان ، باب بدون عنوان برقم 1493 ، 1130/2 - أبو داوود ، سنن أبي داوود باب

في اللعان برقم 2257 ، 479 2 وما بعدها - أحمد ، المسند برقم 4587 ، 318.4 - ابن أبي شيبة ، المصنف 3/426 - عبد يزيق ، المصنف باب

التفريق بين المتلاعنين ولم يصدق ، برقم 12455 ، 119 7 - السنن الكبرى باب استنابة المتلاعنين بعد اللعان برقم 5670 ، 376 3 -

ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب اللعان ، برقم 4287 ، 121 10 .

(6) سبق تخريجه انظر الصفحة 110 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وعند أبي حنيفة ومحمد لا تتأبد الحرمة بسبب اللعان : حجتهم في ذلك قوله ﷺ : (( المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ))<sup>(1)</sup> ، وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود<sup>(2)</sup> والمعنى فيه أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان ، والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقا .

ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع : توضيحه أن ثبتت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الأجنبي ، وذلك يتأبد ، فكذلك هنا ، وحجة أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين ، فلو أثبت به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص ، وذلك لا يجوز خصوصا فيما كان طريقه العقوبات ، ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح ، فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة ، وهذا ؛ لأن باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه ، فيكون فعل القاضي كفعل الزوج وإذا ثبت أنه طلاق ، وحرمة بسبب نضاق لا تتأبد .

أما الحديث فإن حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهم باللعان ومن حيث المجاز إنما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما ، وهما لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكما ، وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكما ؛ لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحد ، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان ، ولا يبقى أهلا للعان بعد إقامة الحد ، وكذلك إن أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلا للعان ، وكذلك إن قذفت رجلا فأقيم عليها الحد ، فعرف أن حل المناكحة بينهما بعد ما بطل حكم اللعان ، فلا يكون في هذا إثبات الاجتماع بين المتلاعنين .

ثالثا سقوط الحد : يسقط حد القذف عن الزوج إن كانت محصنة و التعزير إن كانت غير ذلك ، وسقوط حد الزنا عن الزوجة<sup>(2)</sup> .

**البند السابع - الحالات التي ينتفي فيها الولد من غير لعان :** إذا ولدت المرأة ولدا تحيل العادة أن يكون ولدا شرعيا لزوجها ينتفي عنه بغير لعان<sup>(3)</sup> ، وذلك في الحالات الآتية :

- 1 - إذا ولدت المرأة قبل أقل مدة الحمل .
- 2 - المطلقة إذا ولدت ولدا بعد أقصى مدة الحمل .
- 3 - أن يكون الزوج لا يتأتى منه الحمل ، لكونه صبيا أو خصيا ، أو مقطوع الأنثيين ، أما المحبوب

(1) سبق تخريجه انظر الصفحة 110 .

(2) الكاساني ، بذائع الصنائع 3 387 وما بعدها - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 178 وما بعدها - المواق ، التاج والإكليل 4 138 - العدوي . حاشية العدوي 2 110 - الخطيب الشربيني . معني الخناج 5 160 - الرمسي ، نهاية الخناج 7 106 - الماوردي ، الحاوي الكبير 11 74 وما بعدها -

شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 9 41 - المرادوي ، الإصناف 9 183 وما بعدها - الهروي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 572 .

(3) محمد عليش ، منح الخليل 4 276 وما بعدها - الشيرازي ، المهذب 3 78 وما بعدها - الصادق عند الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ، ص 288 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ففيه خلاف بين الفقهاء إذ بإمكانه الإنزال مع السحق .

4 - أن يثبت عدم اللقاء بين الزوجين من حين العقد .

5 - إذا ألحقت القافة بغيره في حال نكحها هذا الغير نكاح شبيهة .

**نفي النسب في القانون :** لم تفصل تشريعات الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة نفي النسب ، وإنما اكتفت بذكر الطريقة المشروعة لنفيه<sup>(1)</sup> ألا وهي اللعان ، وتركت أمر أحكامها للفقهاء ، وعلى ذلك يرجع إلى مواد الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في كل قانون<sup>(2)</sup> .

بينما نلاحظ أن القانون التونسي ، أجاز في الفصل 75 نفي النسب ، وأخضع إثبات هذا النفي إلى إصدار حكم به من المحكمة بالاستناد إلى كافة طرق الإثبات القانونية ، وأضاف إلى ذلك طريقة اللعان كإجراء متمم ومتكامل حيث قال : «إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له ، فلا ينتفى عنه إلا بحكم الحاكم ، وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية » ، ولقد أحسن المشرع التونسي صنعا عندما نص على ذلك ، بحيث يكون تطبيق الإجراءات معا ( إجراء إثبات زنا الزوجة ، ونفي نسب الولد المولود بين أقل وأكثر مدة الحمل ، وإجراءات اللعان ) كإجراءين متكاملين لا بد منهما معا لنفي النسب ، وهذه سياسة تشريعية لا تعطل قاعدة شرعية ، وتضمن استقرار الأسرة ، وحفظ سمعتها وسمعة ومستقبل الطفل<sup>(3)</sup> .

(1) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة : 41 ، مع العند أن المشرع الجزائري لم يذكر هذه الوسيلة وإنما اكتفى بالقول : «مالم ينفع بالطرق المشروعة» -

مدونة الأسرة المغربية المادة : 153 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما اللبني المادة : 53 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 68 .

(2) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما سني مادة : 72 - مجلة

الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

(3) العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، 348 وما بعدها .

## المبحث الثاني

### التنازع في بعض فُرُق الزواج وما يتعلق بها

كما شرع الله عقد الزواج بين الرجل والمرأة ، وجعله ميثاقا غليظا بينهما يقوم على أساس من المودة والرحمة ، بحيث لا يمكن أن تنفصم عراه لأبسط الأسباب وأتفهها ، شرع الله سبلا لفض هذا العقد وفرقه ، إذا استحالت العشرة بينهما ، وأصبح عيشهما مع بعضهما لا يمكن أن يستمر ، وقد أحاط ذلك بجملة من الأحكام والقواعد تجعلها في منأى عن التلاعب بها أو الاستهانة والتساهل في استعمالها ، وإذا وقع ذلك فإنه سيقع التنازع بشأنها ، خصوصا إذا ضعفت النفوس وقل الوازع الديني ، أو قل الفقه في الدين ، أو لخطأ قد يقع فيه أحد طرفي النزاع .

والفُرُق جمع فُرقة ، والفرقة في اللغة<sup>(1)</sup> : مصدر الافتراق ، فَرَقَ بينهما فرقا وفرقانا فصل ، والفَرُقُ خلاف الجمع . فرقت بين الشيئين أفرق فرقا وفرقانا . وفرقت الشيء تفريقا وتفرقة ، فانفرك وافترق وتفرق .

وفُرُق الزواج في اصطلاح الفقهاء هو : ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية<sup>(2)</sup> .

إذا تمت الفرقة بين الزوجين حسب القواعد والأحكام الشرعية المقررة لها ، فإنها تكون في منأى عن التنازع والاختلاف ، لكن جهل بعض الأحكام وقلة الفقه أو الخطأ فيها ، أو ضعف الوازع الديني عند البعض يؤدي به إلى إدعاء أو إنكار وقوعها ، كوقوع الطلاق أو الخلع ، أو قد يقع التنازع بشأن بعض الأحكام المتعلقة بها كالرجعة .

وهو ما سوف أتناوله بالدراسة في هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : التنازع في الطلاق .

المطلب الثاني : التنازع في الخلع .

المطلب الثالث : التنازع في الرجعة .

(1) من معجم اللغة العربية ، ج 6 ، ص 3397 ، ج 7 ، ص 3397 ، الفصحاح في اللغة ، ص 1541 ، 4 .

(2) من معجم اللغة العربية ، ج 7 ، ص 3397 .

## المطلب الأول

### التنازع في الطلاق

الطلاق من أنواع فرق الزواج ، وطلاق المرأة في اللغة<sup>(1)</sup> : تخلية سبيلها ، طلقت تطلق ، وهي طالق ، أي : تحررت من قيد الزواج وخرجت من عصمة الزوج . ورجل مطليق ومطلاق : كثير الطلاق للنساء . وأطلقت الناقة ، فطلقت : أي حللت عقالها . وطلقت البلاد فارقتها ، وطلقت القوم تركتهم . والطلاق : الأسير الذي أطلق عنه إيساره وخلي سبيله .

أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه الحنفية<sup>(2)</sup> بقولهم : الطلاق عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة . وهو ما اشتمل على مادة طلاق صريحا كأنت طالق ، أو كناية كمطلقة بالتخفيف ، وهجاء طالق بلا تركيب كأنت طالق . وعرفوه أيضا بقولهم : رفع قيد النكاح حالا أو مالا بلفظ مخصوص . وعرفوه أيضا بأنه : إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص .

قال ابن نجيم في البحر الرائق : « فخرج بقيد النكاح الحسي ، والعق وبالفظة المخصوص الفسخ : لأن المراد به ما اشتمل على مادة الطلاق صريحا وكناية وسائر الكنايات الرجعية ، والبائنة ولفظ الخلع وقول القاضي فرقت بينكما عند إباء الزوج عن الإسلام ، وفي العنة ، واللعان ، ودخل الرجعي بقولنا أو مالا » .

وعرفه المالكية<sup>(3)</sup> بقولهم : الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه ، موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج . وعرفوه أيضا بقولهم : إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية .

وعرفه الشافعية<sup>(4)</sup> بقولهم : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه .

وعرفه الحنابلة<sup>(5)</sup> بقولهم : حل قيد النكاح ، وقيل أيضا : حل قيد النكاح ، أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات ، أو بعضها ، وقيل : هو تحريم بعد تحليل .

(1) ابن منظور . لسان العرب مادة طلق 2693/4 - الريدي ، تاج العروس مادة طلق 26 93 - الجوهرى ، الصحاح في اللغة مادة طلق 4 1518 .  
عدها - سعدى أبو حبيب ، القاموس الفقهي ص 231 .

(2) ابن نجيم ، البحر الرائق 3 342 ابن الهمام ، شرح فتح القدير 3 325 - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 2 250 .

(3) الخطاب ، مذهب الحنبل 4 184 - الفراءى ، الفواكه الدواني 2/30 - الرضاغ ، شرح حدود ابن عرفة ص 271 - الدردير ، الشرح الم 347 2 .

(4) ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 5 5 - ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 6 396 - ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 5 517 .

(5) ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 8 233 - ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 8 317 - ابن عرفة ، شرح مناهج البراهين 5 363 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما في القانون : فقد تعرضت معظم قوانين الأحوال الشخصية المغاربية إلى تعريف الطلاق .  
وخالفها في ذلك المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة ، وحسنا فعل ؛ لأن التعريفات ليست  
من شأن التشريع وإنما من شأن الفقه ، وقد جاءت تعاريف القوانين للطلاق متطابقة في معناها تماما ، وإن  
اختلفت في الألفاظ .

فقد عرفه المشرع المغربي في المادة 78 من مدونة الأسرة بقوله : « الطلاق حل ميثاق الزوجية » .  
وعرفه المشرع التونسي في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية ، و المشرع الليبي في المادة 28 من قانون  
الزواج والطلاق وآثارهما بقولهما : « الطلاق هو حل عقدة الزواج » ، وعرفه المشرع الموريتاني في المادة  
83 من مدونة الأحوال الشخصية بقوله : « الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج » .

ومن التأمّل في هذه التعريفات سواء في الفقه أو القانون يمكن أن أستنبط مفهوما أو تعريفا مختصرا  
للطلاق وهو : الطلاق حل عقدة النكاح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه ، ترفع به حلية متعة  
الزوج بزوجه .

والقول : حل عقدة النكاح بحيث يخرج بهذا القيد العتق ، والقول : في الحال يقصد به الطلاق  
البائن ، والقول في المآل يقصد به الطلاق الرجعي ، والقول بالصيغة الدالة عليه : يخرج بهذا القيد الفسخ  
والتطليق من قبل القاضي ، والقول : ترفع به حلية متعة الزوج بزوجه يخرج بهذا القيد سواها من النساء .  
ومن خلال ذلك فأركان الطلاق ثلاثة وهي الزوج وهو من يملكه ، والمطلقة وهي المحل الذي يقع  
عليه ، والصيغة وهي الألفاظ الدالة عليه .

وهو من حيث أثره في قطع الرابطة الزوجية نوعان : طلاق يقطعها في الحال وهو البائن ، وآخر في  
المآل وهو الرجعي ، ومن حيث إيقاعه فهو نوعان : فقد يكون بكيفية مشروعة وهو الطلاق السني ، وقد  
يكون بكيفية غير مشروعة وهو الطلاق البدعي .

### الفرع الأول

#### الإشهاد على الطلاق

يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا  
تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ  
تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿٢٠﴾ فَإِذَا بَلَغَ أَحْلَاهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَيْنَ  
عَدْلٍ مِنْكُمْ وَقِيمُوا لَهُنَّ ذَلِكَ لِيُؤْعَظَ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [ الطلاق 1 - 2 ] .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

جاء في تفسير الرازي : « وقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [ الطلاق 2 ] ، أي : أمرهم أن يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل »<sup>(1)</sup> .

ووصف القرآن الكريم إقامة الشهادة بأنه عمل يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر إذ حضور الشهود العدول عند الطلاق لا يخلو من موعظة حسنة ، يسدونها إلى الزوجين قد تهيئ لهما مخرجا من الطلاق ، فضلا عن أنه يضيق دائرة الطلاق التي اتسعت كثيرا ، ويسهل مهمة إثباته فيما لو وقع بين الزوجين خلاف فيه<sup>(2)</sup> .

لكن جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> يرون أن الطلاق يقع دونما حاجة إلى إظهار ؛ لأنه لم يؤثر عن النبي ﷺ ، ولا عن الصحابة رضِيَ اللهُ عنهم اشتراط الشهود في وقوع الطلاق ، وأن الأمر الوارد في الآية إنما هو على الندب لا الوجوب .

ومعلوم أن القرآن الكريم قد ذكر الإظهار عقب الفرقة ، وأن بقية النصوص التي وردت بإباحة الطلاق وردت مطلقة غير مقيدة بالإظهار مثل قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْتُمْ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّلْعَدْوِ أَوْ مَن يَفْعَلُ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ [ البقرة 231 ] . وقوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اقْتَدَتْ بِهِ ﴾ [ البقرة 229 ] . فيكون الأمر في قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ محمولا على الندب كما في قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [ البقرة 282 ]<sup>(4)</sup> .

ومن العلماء من قال بوجوب الإظهار على الطلاق ، لكن ليس على معنى أن الطلاق لا يقع عند عدم الإظهار عليه ، وإنما وجب الإظهار خوفاً من جحود الطلاق<sup>(5)</sup> .

وقد اختار الشيخ أبو زهرة القول باشتراط الشهود عند الطلاق ، حيث قال : « وإنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به في مصر لا اخترنا ذلك الرأي ، فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين .

(1) الرازي ، تفسير الرازي مفاتيح الغيب 30 34 .

(2) حسن حاله ، عدنان نخاع ، أحكام الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1972 ، ص 205 .

(3) الكاساني ، مدافع المضاعف 3 286 ، المصنف ، هيئة المصنف ، 49 7 .

4 ، ص 205 .

5 ، ص 211 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقة الدائرة ، ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه ، ولكي يمكن إثباته في المستقبل فلا تجري فيه المشاحة<sup>(1)</sup> ، وينكره المطلق إن لم يكن له دين ، والمرأة على علم به ، ولا تستطيع إثباته فتكون في حرج ديني شديد<sup>(2)</sup> .

أما في القانون : لم تتناول معظم قوانين الأحوال الشخصية المغربية مسألة الإشهاد على الطلاق . وهذا تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء على أن الإشهاد على الطلاق مندوب إليه وليس بواجب . وعلى هذا لم تأتي نصوص قانونية تتناول هذه المسألة .

بخلاف المشرع المغربي الذي اشترط الإشهاد على الطلاق في مدونة الأسرة ، حيث جاء في نص المادة 79 منها : « يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك ، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية ، أو موطن الزوجة ، أو محل إقامتها ، التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب » .

يقول الأستاذ محمد الأزهر : « يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [ الطلاق 1- 2 ] .

من خلال هاتين الآيتين يتبين أن الإشهاد على الطلاق شرط صحة ، وهو ما أخذ به المشرع المغربي ، حيث يلزم من يريد الطلاق أن يطلب الإذن بذلك من المحكمة التي تأذن إلا بعد استيفاء شروط وإجراءات ... فإذا أذنت أشهد العدلان عن الطلاق<sup>(3)</sup> .

وجاء في نص المادة 80 : « يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق ، هوية الزوجين ومهنتهم وعنوانهما ، وعدد الأطفال إن وجدوا ، وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي .

يرفق الطلب بمستند الزوجية والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية » .

وهذا حتى يمكن للقاضي تحديد النفقة والمتعة ومبلغ الحضانة والرضاعة إذا كانت الزوجة مرضعة .

(1) المساحة تشديد الخاء : عسه . وقوفه : تشاحا على الأمر . أي تنازعا - أي كل واحد منهما - أن يفوقها ذلك الأمر . سح القوم في الأ- عليه : سح به يعقبه عن عس وبادروا إليه حذر فربه . وسح الخصال في الخذل كذلك وهو منه . وفلان يتساح عن فلان أي سح به ( الزيادة تاج العروس مادة سحج 6 501 ) .

(2) سح : سح به يعقبه عن عس وبادروا إليه حذر فربه . وسح الخصال في الخذل كذلك وهو منه . وفلان يتساح عن فلان أي سح به ( الزيادة تاج العروس مادة سحج 6 501 ) .

(3) سح : سح به يعقبه عن عس وبادروا إليه حذر فربه . وسح الخصال في الخذل كذلك وهو منه . وفلان يتساح عن فلان أي سح به ( الزيادة تاج العروس مادة سحج 6 501 ) .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في جانب الشخصي

لكن ما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع المغربي ، أنه قد جعل الإشهاد بعد إذن المحكمة بالطلاق وفقا لشروط وإجراءات معينة محددة في القانون ، مما يجعل الإشهاد مجرد تحصيل حاصل ، وليس له أية أهمية في مسألة النزاع عليه ؛ لأنه قد ثبت لدى المحكمة وقوعه ، وما يستفاد من الإشهاد هو ما ورد في نص المادة 80 التي تحدثت عن مضمون الإشهاد .

وما أخلص إليه من خلال هذا العرض حول مسألة الإشهاد على الطلاق ، أن هذا الأمر مندوب إليه عند إيقاع الطلاق من قبل الزوج ، وهذا حتى تتمكن الزوجة من إثباته مستقبلا في حالة النزاع عليه وإنكار المطلق وقوعه ، لضعف دينه أو قلة فقهه أو جهله بأحكامه ، وذلك أن أغلب الطلاقات تقع خارج إطار المحكمة المختصة بذلك ، وما حكمها بعد ذلك إلا إثبات لوقوعه لا إنشاؤه ، فالزوج يرمي على زوجته بيمين الطلاق ، ثم يلجأ هو أو هي إلى المحكمة من أجل تنيته ، والحكم بما يتعلق به من آثار .

### الفرع الثاني

#### إثبات الطلاق عند النزاع فيه

إذا وقع النزاع في الطلاق بين الزوجين فإنه يثبت بكل وسائل الإثبات الشرعية ، فيثبت بالإقرار ، ويثبت بالبينة ، ويثبت باليمين والنكول ، ويثبت بالسماع ، وقد تناول الفقهاء ذلك على خلاف بينهم في بعض الوسائل ، وهو ما سوف أبينه من خلال هذا الفرع من البحث .

**البند الأول – إثبات الطلاق بالإقرار :** الأصل أن الإقرار كما سبق وأن ذكرت في الحديث عنه كطريقة من طرق الإثبات على سبيل المجاز عند الفقهاء وليس حقيقة ؛ لأن البيئات والحجج لإثبات الحق المتنازع فيه ، وفي حالة الإقرار أصبح الحق ثابتا بالإقرار نفسه ، فارتفع مناط النزاع والخلاف .

وقد اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على ثبوت الطلاق بالإقرار كغيره من الحقوق التي تثبت بالإقرار ؛ لأنه أقرب . أي : لحال المسلم ... لغلبة الصدق ، أي : من المدعي في دعواه ومن المقر فيما أقر له ؛ لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله ، فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية ، بخلاف إقراره في حق غيره . فإذا كان حسيا يقال أقره ، وإذا كان قوليا يقال أقر به . فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الجحود والثبوت.

والإقرار بالطلاق المقصود هنا هو : ذلك الذي يكون لاحقا بعد إيقاعه من قبل الزوج ، وإدعاء من قبل الزوجة ، وبالتالي فإنه إذا أقر الزوج بالطلاق إذا ادعت الزوجة فإنه يثبت من يوم إيقاعه لا من يوم



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

الإقرار به ، وترتب عليه حقوق المرأة التي لم تكن لها من قبل<sup>(1)</sup>.

لكن الزوج لا يصدق في تاريخ إسناده الطلاق ما لم تصدقه الزوجة في ذلك عند الحنفية<sup>(2)</sup> ، فإذا أقر أنه طلقها منذ ثلاثة أشهر ، فإن كان تزوجها منذ شهر لم يقع عليها شيء ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقت قبل النكاح ولا طلاق قبل النكاح ، وإن كان تزوجها منذ أربعة أشهر وقع الطلاق عليها لكونه مالكا للارتفاع في الوقت الذي أسند الطلاق إليه ، إلا أنها إن صدقته في الإسناد فعدتها من حين وقع الطلاق . وإن كذبت في الإسناد فعدتها من وقت إقرار الزوج به ؛ لأن في العدة حقها من حيث إنها تستوجب النفقة والسكنى ، فلا يقبل قوله في الإسناد إذا لم تصدقه في ذلك لما فيه من إبطال حقها.

وعند المالكية<sup>(3)</sup> لا بد له من بينة أي شهادة عدلين على ذلك ، فإذا أقر صحيح بطلاق بائن أو رجعي متقدم على وقت إقراره ولا بينة له استأنفت امرأته العدة من وقت إقراره ، فيصدق في الطلاق لا في إسناده للوقت السابق ولو صدقته ؛ لأنه يتهم على إسقاط العدة وهي حق لله ، فإن كانت له بينة فالعدة من الوقت الذي أسندت البينة الطلاق .

**البند الثاني - إثبات الطلاق بالبينة :** اتفق الفقهاء على إثبات الطلاق بالبينة أي بشهادة الشهود ، لكنهم اختلفوا في نصاب الشهادة .

حيث ذهب الحنفية<sup>(4)</sup> ، إلى جواز شهادة رجلين أو رجلين وامرأتين في الطلاق .

ودليلهم ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح ، والطلاق عندهم بمزلة ، ولا يجوز أقل من ذلك حتى إذا شهد بالطلاق رجل وامرأة ، أو شهد به أربع نسوة ليس معهن رجل لا تقبل ؛ لأن الطلاق مما يطلع عليه الرجال .

بينما ذهب جمهور الفقهاء<sup>(5)</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن لا يجوز إلا شهادة رجلين عدلين في الطلاق ؛ لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فلم يقبس فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص .

**البند الثالث - إثبات الطلاق باليمين والنكول عنها :** اختلف الفقهاء في مسألة إثبات الطلاق باليمين والنكول عنها إلى عدة أقوال أوجزها فيما يلي :

(1) محمد علاء الدين بن غادير ، تكمة حاشية رد المختار 2182 .

(2) المرحومي ، المسعود 18 147 .

(3) المرحومي ، المبرج المختار 2 477 .

(4) المرحومي ، المسعود 6 147 .

5. المرحومي ، المسعود 223 2 - المرحومي ، المسعود 120 4 - المرحومي ، الأزهر 88 7 - المرحومي ، المسعود 88 7 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

**القول الأول :** أنه لا يستحلف في الطلاق ، وإليه ذهب أبو حنيفة<sup>(1)</sup> ، وأحمد في قول وهو مذهب الحنابلة<sup>(2)</sup> ، وحتتهم في ذلك أن المقصود بالاستحلاف هو النكول ، و الطلاق مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كحقوق الله سبحانه ؛ لأن الأيضاع مما يختاط لها فلا تستباح بالنكول ؛ لأن النكول ليس بحجة قوية ؛ لأنه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال . ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يختاط له .

**القول الثاني :** أنه يستحلف في الطلاق ويقضى بالنكول ، أي : إذا نكل المدعي عليه عن اليمين فإنه يحكم عليه ، وإليه ذهب محمد وأبو يوسف من الحنفية<sup>(3)</sup> وهو المعمول به في المذهب ، وأحمد في رواية<sup>(4)</sup> وهي أصح الروايتين عنه ، وحتتهم في ذلك أن النكول إقرار ، فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق ، أيضا لقوله ﷺ : (( ولكن اليمين على المدعي عليه ))<sup>(5)</sup> .

وقوله : ((اليمين على من أنكر))<sup>(6)</sup> ، ولأن الطلاق يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه .

**القول الثالث :** أنه لا يستحلف في الطلاق إلا إذا أقامت المرأة شاهدا ، وإليه ذهب المالكية<sup>(7)</sup> ، فإن أقامت المرأة شاهدا أن زوجها طلقها وأنكر ذلك فيلزمه أن يحلف على نفي الطلاق لرد شهادة الشاهد . فإن نكل حبس ، وإن طال دين ، وليس للزوج أن يرد اليمين على المرأة .

ودليلهم في ذلك قوله ﷺ : (( إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد واحد عدل استحلف زوجها فإن حلف بطلت عنه شهادة الشاهد وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه ))<sup>(8)</sup> .

**القول الرابع :** أنه يستحلف في الطلاق ، لكن لا يحكم فيه بالنكول عن اليمين ، وإنما يقضى فيه بعد رد اليمين على المدعي ، ولا يقضى بنكوله أيضا إلا بعد سؤاله عن سبب ذلك واستنظاره إلى أن يسر

- (1) الكاساني ، بدائع الصنائع 5 / 343 وما بعدها .
- (2) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 137/12 - المرادوي ، الإنصاف 82/12 .
- (3) الكاساني ، بدائع الصنائع 5 / 343 .
- (4) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 137/12 - المرادوي ، الإنصاف 82/12 .
- (5) البحاري ، الجامع الصحيح ، باب إذا اختلف الراهن والمرهن برقم 2514 - باب اليمين على المدعي عليه في الاموال والحدود 2668 ، 2669 ، 2670 ، 2671 ، 2672 ، 2673 ، 2674 ، 2675 ، 2676 ، 2677 ، 2678 ، 2679 ، 2680 ، 2681 ، 2682 ، 2683 ، 2684 ، 2685 ، 2686 ، 2687 ، 2688 ، 2689 ، 2690 ، 2691 ، 2692 ، 2693 ، 2694 ، 2695 ، 2696 ، 2697 ، 2698 ، 2699 ، 2700 ، 2701 ، 2702 ، 2703 ، 2704 ، 2705 ، 2706 ، 2707 ، 2708 ، 2709 ، 2710 ، 2711 ، 2712 ، 2713 ، 2714 ، 2715 ، 2716 ، 2717 ، 2718 ، 2719 ، 2720 ، 2721 ، 2722 ، 2723 ، 2724 ، 2725 ، 2726 ، 2727 ، 2728 ، 2729 ، 2730 ، 2731 ، 2732 ، 2733 ، 2734 ، 2735 ، 2736 ، 2737 ، 2738 ، 2739 ، 2740 ، 2741 ، 2742 ، 2743 ، 2744 ، 2745 ، 2746 ، 2747 ، 2748 ، 2749 ، 2750 ، 2751 ، 2752 ، 2753 ، 2754 ، 2755 ، 2756 ، 2757 ، 2758 ، 2759 ، 2760 ، 2761 ، 2762 ، 2763 ، 2764 ، 2765 ، 2766 ، 2767 ، 2768 ، 2769 ، 2770 ، 2771 ، 2772 ، 2773 ، 2774 ، 2775 ، 2776 ، 2777 ، 2778 ، 2779 ، 2780 ، 2781 ، 2782 ، 2783 ، 2784 ، 2785 ، 2786 ، 2787 ، 2788 ، 2789 ، 2790 ، 2791 ، 2792 ، 2793 ، 2794 ، 2795 ، 2796 ، 2797 ، 2798 ، 2799 ، 2800 ، 2801 ، 2802 ، 2803 ، 2804 ، 2805 ، 2806 ، 2807 ، 2808 ، 2809 ، 2810 ، 2811 ، 2812 ، 2813 ، 2814 ، 2815 ، 2816 ، 2817 ، 2818 ، 2819 ، 2820 ، 2821 ، 2822 ، 2823 ، 2824 ، 2825 ، 2826 ، 2827 ، 2828 ، 2829 ، 2830 ، 2831 ، 2832 ، 2833 ، 2834 ، 2835 ، 2836 ، 2837 ، 2838 ، 2839 ، 2840 ، 2841 ، 2842 ، 2843 ، 2844 ، 2845 ، 2846 ، 2847 ، 2848 ، 2849 ، 2850 ، 2851 ، 2852 ، 2853 ، 2854 ، 2855 ، 2856 ، 2857 ، 2858 ، 2859 ، 2860 ، 2861 ، 2862 ، 2863 ، 2864 ، 2865 ، 2866 ، 2867 ، 2868 ، 2869 ، 2870 ، 2871 ، 2872 ، 2873 ، 2874 ، 2875 ، 2876 ، 2877 ، 2878 ، 2879 ، 2880 ، 2881 ، 2882 ، 2883 ، 2884 ، 2885 ، 2886 ، 2887 ، 2888 ، 2889 ، 2890 ، 2891 ، 2892 ، 2893 ، 2894 ، 2895 ، 2896 ، 2897 ، 2898 ، 2899 ، 2900 ، 2901 ، 2902 ، 2903 ، 2904 ، 2905 ، 2906 ، 2907 ، 2908 ، 2909 ، 2910 ، 2911 ، 2912 ، 2913 ، 2914 ، 2915 ، 2916 ، 2917 ، 2918 ، 2919 ، 2920 ، 2921 ، 2922 ، 2923 ، 2924 ، 2925 ، 2926 ، 2927 ، 2928 ، 2929 ، 2930 ، 2931 ، 2932 ، 2933 ، 2934 ، 2935 ، 2936 ، 2937 ، 2938 ، 2939 ، 2940 ، 2941 ، 2942 ، 2943 ، 2944 ، 2945 ، 2946 ، 2947 ، 2948 ، 2949 ، 2950 ، 2951 ، 2952 ، 2953 ، 2954 ، 2955 ، 2956 ، 2957 ، 2958 ، 2959 ، 2960 ، 2961 ، 2962 ، 2963 ، 2964 ، 2965 ، 2966 ، 2967 ، 2968 ، 2969 ، 2970 ، 2971 ، 2972 ، 2973 ، 2974 ، 2975 ، 2976 ، 2977 ، 2978 ، 2979 ، 2980 ، 2981 ، 2982 ، 2983 ، 2984 ، 2985 ، 2986 ، 2987 ، 2988 ، 2989 ، 2990 ، 2991 ، 2992 ، 2993 ، 2994 ، 2995 ، 2996 ، 2997 ، 2998 ، 2999 ، 3000 .
- (6) في حركته بفتح القلمحة 20 .
- (7) مالك ، المدة 96 2 ، حارثي ، شرح مختصر حمل 162 7 ، محمد عسقل ، مع الخصال 33 4 .
- (8) ابن قدامة ، الشرح الكبير 137/12 - المرادوي ، الإنصاف 82/12 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 137/12 - المرادوي ، الإنصاف 82/12 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

السبب ، فإن حلف بعد نكول المدعى عليه حكم له بما يدعي ، وإن نكل بعد استنظاره وعدم تبين سبب عدم حلفه حكم عليه بخلاف ما ادعى ، وهو مذهب الشافعي<sup>(1)</sup> .

وقد استدلل بحديث ركانة أنه قال للنبي ﷺ : إني طلفت امرأتى البتة ، والله ما أردت إلا واحدة . قال له النبي ﷺ : (( والله ما أردت إلا واحدة ))<sup>(2)</sup> .

قال الشافعي في عدم القضاء بنكول المدعى عليه : « لأن نكول المدعى عليه عن اليمين ليس بإقرار منه بالحق ، ولا بحجة للمدعي ، فلا أقضي عليه ، فإن بذل اليمين بعد نكوله لم تقبل منه ، لسقوط حقه منها بالنكول . وسواء كان بعد رد اليمين على المدعي أو قبله ، فإذا حلف صار يمينه مع نكول المدعى عليه أقوى منه فقضى بحقه عليه ... وإن توقف المدعي عن اليمين لم يحكم بنكوله حتى يسأل عن سبب توقفه ، فإن ذكر أنه متوقف عن اليمين ، ليرجع إلى حسابه ، ويستظهر لنفسه أنظر بها ، وكان على حقه من اليمين ، ولم تضيق عليه المدة ، ولو تركها تارك بخلاف المدعى عليه إذا استنظر ؛ لأن يمين المدعى حق له ، ويمين المدعى عليه حق عليه ، فإن لم يذكر المدعي في توقفه عن اليمين عذرا ، إلا أنه لا يختص أن يحلف ، حكم بنكوله وسقوط دعواه »<sup>(3)</sup> .

**القول المختار :** والذي أراه بعد بيان آراء الفقهاء في مسألة إثبات الطلاق باليمين والنكول ، أنه يترجح عندي - والله أعلم - القول بجواز إثبات الطلاق باليمين ؛ لأن اليمين قسيم للبينة بكل أنواعها . فكل حق يجوز إثباته بالبينة تتوجه فيه اليمين في النفي والإثبات ، ومحل الخلاف ليس في النكول وإنما في جواز توجيه اليمين وإمكانيته ؛ لأنه تأكيد لخبر محتمل نفيًا وإثباتًا ، أما النكول فإنه سكوت وإعراض . واليمين حجة باتفاق بخلاف النكول .

ويؤيد هذا ما ورد عن ابن عمر<sup>(4)</sup> - رضي الله عنهما - قال : « إذا ملك الرجل امرأته أمرها .

(1) للماوردي ، الحاوي الكبير 129/17 وما بعدها .

(2) أبو داود ، سنن أبي داود باب في البتة برقم 2206 ، 455/2 - الترمذي ، سنن الترمذي باب الرجل يطلق امرأته البتة برقم 1177 ، 471/3 - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب طلاق البتة برقم 2051 ، 661/1 - الحاكم ، المستدرک ، 199/2 وما بعدها - الدراقطني ، سنن الدراقطني كتاب الطلاق والخلع والإبلاء برقم 3978 ، 59/5 وما بعدها . قال الترمذي هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسألت حمدا عن هذا الحديث فقال : اضطراب ويروى عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا ، وقال الحاكم قد صح الحديث بهذه الرواية [أي : الرواية التي رواها في مسند - عن الشافعي] ، قال : فإن الإمام الشافعي قد أتقنه ، وحفظه عن أهل بيته ، والسائب بن عبد يزيد أبو الشافعي بن السائب وهو أحد ركانة بن عبد الله ومحمد بن عيسى بن شافع عم الشافعي شيخ قريش في عصره . وقال أبو داود هذا حديث صحيح .

(3) الماوردي ، الحاوي الكبير 133/17 .

(4) عند شمس بن عمر : هو عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي . أنشأ مع أبيه وهو صغير لم يبيع الحنفية . لم يشهد بحدوثه ؛ لأن النبي ﷺ استأذنه . وحلف في سيوفه أحدًا ، فقبلت شهيدها . وبين رده رسول الله ﷺ مع غيره من ما يبيع الحنفية . والتصحيح - وإن مشاهدته الخدي . ورواه غيره . ومنها الرواية : وصح مصدق ، وإرفقه أحد كتبه الإسراع لا . قال الله ﷻ : أفوم بعد النبي ﷺ 60 سنة بغير أسير في حياض بؤس ذلك .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فالقضاء ما قضت به إلا أن يناكرها ، يقول لم أرد إلا تطليقة واحدة ، فيحلف على ذلك فترد عليه .»

وقال أيضا : « إذا ادعت المرأة على زوجها الطلاق فتناكرا فيمينه بالله ما فعل »<sup>(1)</sup>.

**البند الرابع - إثبات الطلاق بالسماع :** ذهب المالكية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى أن الطلاق يثبت بشهادة السماع عند الاختلاف والنزاع فيه .

أما في القانون : فلم تفرد قوانين الأحوال الشخصية المغاربية بابا لمسألة النزاع في الطلاق عند إنكاره ، ومن ثم لم تتطرق لمسألة إثباته ، مما يستشف منه أن هذه القوانين تجيز اللجوء إلى كافة طرق الإثبات التي تحدث عنها الفقهاء بحسب مادة الإحالة في كل قانون .

لكن ما يجدر الإشارة إليه هنا أن جميع القوانين ألزمت الزوج والزوجة أن يكون طلاقهما أمام المحكمة<sup>(4)</sup> ، وهذا ليتسنى توثيقه ، وبالتالي الاعتماد على تلك الوثيقة مستقبلا في إثبات الطلاق إذا ما حدث تنازع بشأنه .

وبالتالي فإن أي طلاق يقع خارج المحكمة ولم يتم إثباته بحكم ، فإنه يعتبر كأن لم يكن مما يجعل العلاقة الزوجية قائمة في نظر القانون وبالتالي يترتب عليها جميع آثارها القانونية ، لكن من الناحية الشرعية تعتبر العلاقة الزوجية منتهية ولا يترتب عليها أي أثر من آثارها ، وهو ما يوقع الزوجة في حرج شرعي شديد خاصة إذا ما أصر الزوج على إنكاره مع وقوع الطلاق شرعا ، وعليه فإن من حق الزوجة أن تلجأ إلى المحكمة وتحاول إثبات واقعة الطلاق بكافة الوسائل والطرق الشرعية ، وذلك لرفع الحرج والضرر عنها .

### الفرع الثالث

#### حالات النزاع في الطلاق و أحكامها

للنزاع في الطلاق صور وحالات مختلفة سأحاول في هذا الفرع من البحث أن أبين هذه الصور والأحكام المتعلقة بها عند الفقهاء .

#### البند الأول - النزاع في وقوع الطلاق : الطلاق قد يكون صراحة أو كناية .

= بعد فعل ابن الزبير ثلاثة أشهر. وفي: توفي سنة 74 هـ. (ابن عبد البر ، الإستيعاب 2 . 166 وما بعدها ابن الأثير ، أسد الغابة 3 336 وما بعدها)

(1) الشافعي ، المسند الحارثي 10 182 .

(2) الخليلي ، شرح مختصر خليل 7 212 .

(3) الشافعي ، شرح منتهى الإرادات 6 346 - مرداوي ، الإصناف 12 11 .

(4) المادة 49 من قانون الأحوال الشخصية المغربية ، المادة 79 من قانون الأحوال الشخصية التونسية ، المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية الجزائرية ، المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية الليبية ، المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية السودانية .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

**أولا - الصريح في الطلاق :** والطلاق الصريح هو الذي يكون بألفاظ دالة دلالة واضحة على الطلاق ولا تقبل الاحتمال ، وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق بلا نية لإيقاعه ، ولو قال : لم أنو به الطلاق لم يقبل<sup>(1)</sup> قوله ، والصريح اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه .

وصريح الطلاق عند الحنفية والمالكية والحنابلة في قول<sup>(2)</sup> ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كطلقتك ، أو أنا طالق منك ، أو أنت طالق أو مطلقة ، أو الطلاق له لازم ، وما أشبه ذلك مما ينطق به بالطلاق ، فيلزم بهذه الألفاظ الطلاق ولا يفترق إلى نية ، واستثنت المالكية<sup>(3)</sup> بأن قالت : إلا أن تقترن بالحالة أو المرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه ، فيقول لها أنت طالق . وقالوا : وأما أنت منطلقة أو مطلوقة فلا يلزم به الطلاق إلا بالنية ؛ لأنه صار من الكناية الحنفية . فإن قيل : صريح الطلاق ما فيه الطاء واللام والقاف ، ومنطلقة ومطلوقة فيه الطاء واللام والقاف فما وجد خروجه من الصريح ؟

فالجواب : أن الأصل في جميع تلك الألفاظ الخبر ، إلا أن العرف نقل أنت طالق ونحوه للإنشاء . واستمر غيره على الخبر فافترقا ، وقال الحنابلة<sup>(4)</sup> : لفظ الإطلاق وما تصرف منه نحو أطلقتك ليس بصريح . وعند الشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> في قول صريح الطلاق ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهي المذكورة في القرآن . وقال الشافعية أيضا : ولو اشتهر لفظ للطلاق ، كالحلال أو حلال الله علي حرام . فصريح في الأصح<sup>(7)</sup> . وقالوا : أنت طلاق ، و أنت الطلاق ليسا بصريحين بل كنايةتان ؛ لأن المصادر إنما تستعمل في الأعيان توسعا .

و هناك مسألة مهمة تجدر الإشارة إليها وهي : إن أراد التلفظ بغير الطلاق وسبق لسانه إليه ، كأراد أنت طاهر ، فسبق لسانه إلى أنت طالق ، أو زل لسانه في غير هذا اللفظ كالقراق والسراح كونها من صريح الطلاق عند الشافعية والحنابلة .

(1) الخطيب الشريبي ، معني محتاج 6/5 .

(2) السمرقندي ، نعمة الفقهاء ، 175/2 - الكاساني ، بدائع الصنائع 169/3 - الدردير ، الشرح الكبير 378/2 - المواق ، الناح والإكليل 53/4 - ارشد ، بداية الختهد 59 2 - أجهوي ، شرح منتهى الإرادات 382/5 وما بعدها .

(3) اس ارشد ، بداية الختهد 56 2 - القراوي ، الفواكه الدواني 34 2 .

(4) أجهوي ، شرح منتهى إرادات 382 5 - المرداوي ، الإحصاف 8 341 وما بعدها .

(5) الخطيب الشريبي ، معني محتاج 5 7 - الرملي ، هداية المحتاج 6 398 - الماوردي ، الحاوي الكبير 10 150 وما بعدها - السوي روضة الطالب 21 7 .

(6) السوي ، شرح منتهى إرادات 5 390 - المرداوي ، الإحصاف 8 340 .

(7) الخطيب الشريبي ، معني محتاج 5 8 - الماوردي ، الحاوي الكبير 10 150 وما بعدها - السوي ، روضة الطالب 23 7 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

عند الحنفية<sup>(1)</sup> تطلق قضاء ، ولا تطلق شرعا أي : فيما بينه وبين الله تعالى فإنها لا تطلق .

وعند الشافعية<sup>(2)</sup> لا يصدق ظاهرا في دعواه سبق لسانه بالطلاق لتعلق حق الغير به ؛ لأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده إلا بقريته ، كأن دعاها بعد طهرها من الحيض إلى فراشه ، وأراد أن يقول : أنت الآن طاهرة فسبق لسانه ، فقال أنت اليوم طالقة .

وعند الحنابلة<sup>(3)</sup> لا يقع ظاهرا ؛ لأنه عني بلفظه ما يحتمله ، فوجب صرفه إليه ، فإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما في القضاء ، فيرجع في حكمه إلى أحكام ألفاظ الكناية في المذهب .

**ثانيا - الكناية في الطلاق :** أما الكناية فهو الطلاق الذي يقع بألفاظ محتملة ويتوقف مدلولها عن النية أو القرائن ودلائل الأحوال ، والمراد بالنية في الكناية أن يقصد الإيقاع<sup>(4)</sup> .

والكناية في اللغة<sup>(5)</sup> إرادة المتكلم من كلامه معنى يفهمه السامع من غير تصريح به ، وكنايات الطلاق هي الألفاظ المستترة المراد عند السامع ، إذ قد تحمل هذه الألفاظ الطلاق وغير الطلاق بحسب نية القائل<sup>(6)</sup> .

وهي عند أهل الشرع لفظ يحتمل المراد وغيره ، فيحتاج في الاعتداد به لنية المراد لحنائه ، فهي نية أحد محتملات اللفظ لا نية معنى مغاير لمدلوله<sup>(7)</sup> .

وقد ذهب الفقهاء في مسألة إيقاع الطلاق بالكناية ، وبيان أحكامها في حال المناكرة والاختلاف بشأنها إلى مذاهب سأحاول التطرق إليها بإيجاز :

**مذهب الحنفية<sup>(8)</sup> :** الكناية عندهم نوعان : نوع هو كناية بنفسه وضعا ، ونوع هو ملحق بما شرع في حق النية .

**النوع الأول :** هو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله : أنت بائن ، أنت علي حرام ، خلية ، برئية ، بته ، أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي ، استبرئي رحمك ، أنت واحدة ، خلعت سبيلك ، سرحتك ، حبلك على غاربك ، فارقتك ، خالعتك - ولم يذكر العوض- ، لا سبيل لي عليك .

(1) ابن الهمام . شرح فتح القدير 3 / 352 .

(2) النووي . روضة الطالبين 7 / 49 وما بعدها .

(3) مرقاة المفاتيح - قدامة . الكافي 4 / 441 .

(4) احفظت الساجي . معني المحتاج 5 / 6 .

(5) ومعني . معجم لغة الفقهاء 1 / 135 .

(6) حاشائي . جامع القضاة 3 / 167 .

(7) حاشائي . جامع القضاة 3 / 273 .

(8) حاشائي . جامع القضاة 3 / 167 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

لا ملك لي عليك ، لا نكاح لي عليك ، أنت حرة ، قومي ، اخرجي ، اغربي ، انطلقني ، انتقلي ، تقنعي .  
استتري ، تزوجي ، ابتغي الأزواج ، الحقي بأهلك ، ونحو ذلك .

ولا خلاف عندهم أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكناية إلا بالنية ، فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ذكر شيئاً من ذلك قال : ما أردت به الطلاق يدّين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه .

أما قضاء ، فالحال لا يخلو إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما أن كانت حالة الغضب والخصومة .

فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدّين في القضاء في جميع الألفاظ لما ذكر أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء .

وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا : إن الكنايات أقسام ثلاثة : في قسم منها لا يُدّينُ في الحالين جميعاً ؛ لأنه ما أراد به الطلاق لا في حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا في حالة الغضب والخصومة ، وفي قسم منها يُدّينُ في حال الخصومة والغضب ولا يُدّينُ في حال ذلك الطلاق وسؤاله ، وفي قسم منها يُدّينُ في الحالين جميعاً .

**القسم الأول :** خمسة ألفاظ : أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي ، استتري رحمك ، أنت واحدة ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشتم والتباعد كما تصلح للطلاق ، فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتباعد والطلاق ، لكن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتباعد ، فزال احتمال إرادة الشتم والتباعد فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق ، فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال ، فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهراً ، فلا يصدق في الصرف عن الظاهر .

**القسم الثاني :** خمسة ألفاظ أيضاً خلية ، بريئة ، بته ، بائن ، حرام ؛ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم ، فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشتم : أنت خلية من الخير ، بريئة من الإسلام ، بائن من الدين ، بته من المروءة ، حرام أي مستخبث ، أو حرام الاجتماع والعشرة معك ، وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فيبقى اللفظ في نفسه محتملاً للطلاق وغيره ، فإذا عني بغيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذب فيصدق في القضاء ، ولا يصدق في حال ذلك الطلاق ؛ لأن الحال لا يصلح إلا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتباعد ، والحال لا يصلح للشتم فيدل على إرادة الطلاق لا التباعد ولا الشتم فترجحت جنبه الطلاق بدلالة الحال .

وروي عن أن يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ خمسة خمسة أخرى : لا سبيل لي عنك فارققت

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الخائب الشخصي

خليت سبيلك لا ملك لي عليك بنت مني ؛ لأن هذه الألفاظ تختمل الشتم كما تختمل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لي عليك لشرك ، وفارقتك في المكان لكرهه اجتماعي معك ، وخليت سبيلك وما أنس عليه ، ولا ملك لي عليك ؛ لأنك أقل من أن أملكك ، وبنت مني ؛ لأنك بائن من الدين أو الخير ، وحال الغضب يصلح لهما ، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق لما ذكر فالتحقت بالخمس المتقدمة .

القسم الثالث : بقية الألفاظ التي ذكرت ؛ لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتباعد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق ، وكذا حال سؤال الطلاق للحال لا يدل على إرادة أحدهما ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق ، فقد نوى ما يحتمله لفظه ، والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء .

ويلحق بالقسم الثالث قوله : وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها ؛ لأنها هنا تختمل الطلاق ؛ لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها ، وتختمل التباعد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح ، والحال لا يدل على إرادة أحدهما فبقي محتملا ، وسواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم ، فكان القبول شرط الحكم ، وهو الملك ، وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة إلى القبول ، وكذلك قوله : وهبتك لأبيك أو لأمك أو للأزواج تأخذ نفس الحكم .

أما قوله : وهبتك لأخيك أو لأختك أو لخالتك أو لعمتك أو لفلان الأجنبي ، لم يكن طلاقا ؛ لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة .

أما قوله : لست - لي بامرأة ، أو ما أنا بزوجك ، أو سئل ، فقيل له هل لك امرأة ؟ فقال : لا . فإن قال أردت الكذب يصدق في الرضا والغضب جميعا ولا يقع الطلاق ، وإن قال : نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبي حنيفة ، وعند أبو يوسف ومحمد لا يقع وإن نوى ، ولو قال : لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالإجماع .

وأما إذا قال : والله ما أنت لي بامرأة ، أو قال : علي حجة ما أنت لي بامرأة ، أنه لا يقع الطلاق وإن نوى بالاتفاق .

وقال محمد فيمن قال : لامرأته أفلحي يريد به الطلاق إنه يقع به الطلاق ؛ لأن قوله : أفلحي بمعنى اذهبي ، فإن العرب تقول للرجل : أفلح بخير أي : اذهب بخير ، ولو قال لها : اذهبي يريد به الطلاق كما ضلقت ، كذا هذا ، ويختمل قوله : أفلحي أي : اضفري بمرادك . يقال : أفلح الرجل إذا ظفر بمراده . وقد يكون مرادها الطلاق ، فكان هذا القول محتملا لطلاق ، فإذا نوى به الطلاق صححت نيته . ولو قال : فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق ؛ لأن فسح النكاح نقضه فكان في معنى الإبانة .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

والمذهب أن كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، مثل قوله : بارك الله عليك أو قال لها : أطعميني أو اسقيني ونحو ذلك .

أما لو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له ، بأن قال لها : اذهبي وكلي ، أو قال : اذهبي وبيعي الثوب ، ونوى الطلاق بقوله اذهبي ، ذكر فيه اختلاف زفر و أبي يوسف ، فعند هذا الأخير لا يكون طلاقا ، أما في قول زفر يكون طلاقا .

**النوع الثاني :** هو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستتينة ، لكن لا على وجه المخاطبة امرأته طالق فيسأل عن نيته ؛ فإن قال : نويت به الطلاق وقع ، وإن قال : لم أنو به الطلاق صدق في القضاء ؛ لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية ؛ لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق ، وقد يكتب لتجويد الخط ، فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية ، وإن كتب كتابة غير مستتينة بأن كتب على الماء أو على الهواء ، فذلك ليس بشيء ولا يقع به الطلاق وإن نسوى ؛ لأن ما لا تستين به الحروف لا يسمى كتابة ، فكان ملحقا بالعدم ، وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة ، مثل : أن يكتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق ، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق ، ولو قال : ما أردت به الطلاق أصلا لا يصدق ، إلا أن يقول : نويت طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله عز وجل ؛ لأن الكتابة المرسومة جارية بحرى الخطاب ، فرسول الله ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة ، وبالكتاب أخرى ، وبالرسول ثالثا ؟ ، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب ، فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب ، فصار كأنه خاطبها بما بالطلاق عند الحاضرة ، فقال لها : أنت طالق أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق .

**مذهب المالكية<sup>(1)</sup> :** الكناية عندهم نوعان منها ما هي كناية ظاهرة ، ومنها ما هي كناية محتملة أو خفية .

والكناية الظاهرة هي ما جرى العرف بأن يطلق بها في اللغة والشرع فيه ، نحو حبلك على غاربك ، وبائن ، وبرية ، أو حرام ، أو اعتدي ، أو أنت خلية ، أو أنت علي كالميتة ، أو الدم ، أو لحم الخنزير ، أو قد فارقتك ، أو سرحتك ، أو خلعت سبيلك .

ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك ، كرأيه في الصريح .

1 - الموسوعة الفقهية ، ج 17 ، ص 177 ، 178 ، 179 ، 180 ، 181 ، 182 ، 183 ، 184 ، 185 ، 186 ، 187 ، 188 ، 189 ، 190 ، 191 ، 192 ، 193 ، 194 ، 195 ، 196 ، 197 ، 198 ، 199 ، 200 ، 201 ، 202 ، 203 ، 204 ، 205 ، 206 ، 207 ، 208 ، 209 ، 210 ، 211 ، 212 ، 213 ، 214 ، 215 ، 216 ، 217 ، 218 ، 219 ، 220 ، 221 ، 222 ، 223 ، 224 ، 225 ، 226 ، 227 ، 228 ، 229 ، 230 ، 231 ، 232 ، 233 ، 234 ، 235 ، 236 ، 237 ، 238 ، 239 ، 240 ، 241 ، 242 ، 243 ، 244 ، 245 ، 246 ، 247 ، 248 ، 249 ، 250 ، 251 ، 252 ، 253 ، 254 ، 255 ، 256 ، 257 ، 258 ، 259 ، 260 ، 261 ، 262 ، 263 ، 264 ، 265 ، 266 ، 267 ، 268 ، 269 ، 270 ، 271 ، 272 ، 273 ، 274 ، 275 ، 276 ، 277 ، 278 ، 279 ، 280 ، 281 ، 282 ، 283 ، 284 ، 285 ، 286 ، 287 ، 288 ، 289 ، 290 ، 291 ، 292 ، 293 ، 294 ، 295 ، 296 ، 297 ، 298 ، 299 ، 300 ، 301 ، 302 ، 303 ، 304 ، 305 ، 306 ، 307 ، 308 ، 309 ، 310 ، 311 ، 312 ، 313 ، 314 ، 315 ، 316 ، 317 ، 318 ، 319 ، 320 ، 321 ، 322 ، 323 ، 324 ، 325 ، 326 ، 327 ، 328 ، 329 ، 330 ، 331 ، 332 ، 333 ، 334 ، 335 ، 336 ، 337 ، 338 ، 339 ، 340 ، 341 ، 342 ، 343 ، 344 ، 345 ، 346 ، 347 ، 348 ، 349 ، 350 ، 351 ، 352 ، 353 ، 354 ، 355 ، 356 ، 357 ، 358 ، 359 ، 360 ، 361 ، 362 ، 363 ، 364 ، 365 ، 366 ، 367 ، 368 ، 369 ، 370 ، 371 ، 372 ، 373 ، 374 ، 375 ، 376 ، 377 ، 378 ، 379 ، 380 ، 381 ، 382 ، 383 ، 384 ، 385 ، 386 ، 387 ، 388 ، 389 ، 390 ، 391 ، 392 ، 393 ، 394 ، 395 ، 396 ، 397 ، 398 ، 399 ، 400 ، 401 ، 402 ، 403 ، 404 ، 405 ، 406 ، 407 ، 408 ، 409 ، 410 ، 411 ، 412 ، 413 ، 414 ، 415 ، 416 ، 417 ، 418 ، 419 ، 420 ، 421 ، 422 ، 423 ، 424 ، 425 ، 426 ، 427 ، 428 ، 429 ، 430 ، 431 ، 432 ، 433 ، 434 ، 435 ، 436 ، 437 ، 438 ، 439 ، 440 ، 441 ، 442 ، 443 ، 444 ، 445 ، 446 ، 447 ، 448 ، 449 ، 450 ، 451 ، 452 ، 453 ، 454 ، 455 ، 456 ، 457 ، 458 ، 459 ، 460 ، 461 ، 462 ، 463 ، 464 ، 465 ، 466 ، 467 ، 468 ، 469 ، 470 ، 471 ، 472 ، 473 ، 474 ، 475 ، 476 ، 477 ، 478 ، 479 ، 480 ، 481 ، 482 ، 483 ، 484 ، 485 ، 486 ، 487 ، 488 ، 489 ، 490 ، 491 ، 492 ، 493 ، 494 ، 495 ، 496 ، 497 ، 498 ، 499 ، 500 ، 501 ، 502 ، 503 ، 504 ، 505 ، 506 ، 507 ، 508 ، 509 ، 510 ، 511 ، 512 ، 513 ، 514 ، 515 ، 516 ، 517 ، 518 ، 519 ، 520 ، 521 ، 522 ، 523 ، 524 ، 525 ، 526 ، 527 ، 528 ، 529 ، 530 ، 531 ، 532 ، 533 ، 534 ، 535 ، 536 ، 537 ، 538 ، 539 ، 540 ، 541 ، 542 ، 543 ، 544 ، 545 ، 546 ، 547 ، 548 ، 549 ، 550 ، 551 ، 552 ، 553 ، 554 ، 555 ، 556 ، 557 ، 558 ، 559 ، 560 ، 561 ، 562 ، 563 ، 564 ، 565 ، 566 ، 567 ، 568 ، 569 ، 570 ، 571 ، 572 ، 573 ، 574 ، 575 ، 576 ، 577 ، 578 ، 579 ، 580 ، 581 ، 582 ، 583 ، 584 ، 585 ، 586 ، 587 ، 588 ، 589 ، 590 ، 591 ، 592 ، 593 ، 594 ، 595 ، 596 ، 597 ، 598 ، 599 ، 600 ، 601 ، 602 ، 603 ، 604 ، 605 ، 606 ، 607 ، 608 ، 609 ، 610 ، 611 ، 612 ، 613 ، 614 ، 615 ، 616 ، 617 ، 618 ، 619 ، 620 ، 621 ، 622 ، 623 ، 624 ، 625 ، 626 ، 627 ، 628 ، 629 ، 630 ، 631 ، 632 ، 633 ، 634 ، 635 ، 636 ، 637 ، 638 ، 639 ، 640 ، 641 ، 642 ، 643 ، 644 ، 645 ، 646 ، 647 ، 648 ، 649 ، 650 ، 651 ، 652 ، 653 ، 654 ، 655 ، 656 ، 657 ، 658 ، 659 ، 660 ، 661 ، 662 ، 663 ، 664 ، 665 ، 666 ، 667 ، 668 ، 669 ، 670 ، 671 ، 672 ، 673 ، 674 ، 675 ، 676 ، 677 ، 678 ، 679 ، 680 ، 681 ، 682 ، 683 ، 684 ، 685 ، 686 ، 687 ، 688 ، 689 ، 690 ، 691 ، 692 ، 693 ، 694 ، 695 ، 696 ، 697 ، 698 ، 699 ، 700 ، 701 ، 702 ، 703 ، 704 ، 705 ، 706 ، 707 ، 708 ، 709 ، 710 ، 711 ، 712 ، 713 ، 714 ، 715 ، 716 ، 717 ، 718 ، 719 ، 720 ، 721 ، 722 ، 723 ، 724 ، 725 ، 726 ، 727 ، 728 ، 729 ، 730 ، 731 ، 732 ، 733 ، 734 ، 735 ، 736 ، 737 ، 738 ، 739 ، 740 ، 741 ، 742 ، 743 ، 744 ، 745 ، 746 ، 747 ، 748 ، 749 ، 750 ، 751 ، 752 ، 753 ، 754 ، 755 ، 756 ، 757 ، 758 ، 759 ، 760 ، 761 ، 762 ، 763 ، 764 ، 765 ، 766 ، 767 ، 768 ، 769 ، 770 ، 771 ، 772 ، 773 ، 774 ، 775 ، 776 ، 777 ، 778 ، 779 ، 780 ، 781 ، 782 ، 783 ، 784 ، 785 ، 786 ، 787 ، 788 ، 789 ، 790 ، 791 ، 792 ، 793 ، 794 ، 795 ، 796 ، 797 ، 798 ، 799 ، 800 ، 801 ، 802 ، 803 ، 804 ، 805 ، 806 ، 807 ، 808 ، 809 ، 810 ، 811 ، 812 ، 813 ، 814 ، 815 ، 816 ، 817 ، 818 ، 819 ، 820 ، 821 ، 822 ، 823 ، 824 ، 825 ، 826 ، 827 ، 828 ، 829 ، 830 ، 831 ، 832 ، 833 ، 834 ، 835 ، 836 ، 837 ، 838 ، 839 ، 840 ، 841 ، 842 ، 843 ، 844 ، 845 ، 846 ، 847 ، 848 ، 849 ، 850 ، 851 ، 852 ، 853 ، 854 ، 855 ، 856 ، 857 ، 858 ، 859 ، 860 ، 861 ، 862 ، 863 ، 864 ، 865 ، 866 ، 867 ، 868 ، 869 ، 870 ، 871 ، 872 ، 873 ، 874 ، 875 ، 876 ، 877 ، 878 ، 879 ، 880 ، 881 ، 882 ، 883 ، 884 ، 885 ، 886 ، 887 ، 888 ، 889 ، 890 ، 891 ، 892 ، 893 ، 894 ، 895 ، 896 ، 897 ، 898 ، 899 ، 900 ، 901 ، 902 ، 903 ، 904 ، 905 ، 906 ، 907 ، 908 ، 909 ، 910 ، 911 ، 912 ، 913 ، 914 ، 915 ، 916 ، 917 ، 918 ، 919 ، 920 ، 921 ، 922 ، 923 ، 924 ، 925 ، 926 ، 927 ، 928 ، 929 ، 930 ، 931 ، 932 ، 933 ، 934 ، 935 ، 936 ، 937 ، 938 ، 939 ، 940 ، 941 ، 942 ، 943 ، 944 ، 945 ، 946 ، 947 ، 948 ، 949 ، 950 ، 951 ، 952 ، 953 ، 954 ، 955 ، 956 ، 957 ، 958 ، 959 ، 960 ، 961 ، 962 ، 963 ، 964 ، 965 ، 966 ، 967 ، 968 ، 969 ، 970 ، 971 ، 972 ، 973 ، 974 ، 975 ، 976 ، 977 ، 978 ، 979 ، 980 ، 981 ، 982 ، 983 ، 984 ، 985 ، 986 ، 987 ، 988 ، 989 ، 990 ، 991 ، 992 ، 993 ، 994 ، 995 ، 996 ، 997 ، 998 ، 999 ، 1000 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما المحتملة غير الظاهرة فهي الألفاظ التي قد تطلق في الطلاق وغيره ، منها : اذهبي حيث شئت ، أو انظري لنفسك ، أو اعتزلي ، أو اخرجي ، أو ما أنت لي بامرأة ، أو لا سبيل لي عليك ، أو لا عصمة لي عليك ، أو لا حاجة لي بك ، أو قد وهبتك لنفسك ، أو لأهلك ، أو قال لهم شأنكم بما ، وانصربي ، وانطلقني ، أو أنا لم أتزوج ، أو قيل له : ألك امرأة ؟ ، فقال لا ، أو قال لها : أنت حرة ، أو : معتقة ، أو : الحقني بأهلك ، فإن ادعى عدم الطلاق صدق ، فظاهر كلامه يدل أنه لو لم تكن له نية ولم يكن الكلام عتابا أنه يلزمه الطلاق ، وإن كان عتابا ونوى بهذه الألفاظ الطلاق فإنه يلزمه .

أما غير هذه الألفاظ التي ليست من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته مثل قوله : اسقني ماء وما أشبه ذلك ، فإذا ادعى أنه أراد الطلاق ، فالمشهور : يكون طلاقا ، وقيل : لا يكون طلاقا . والمشهور أن الطلاق يقع بمجرد النية .

أما الإشارة بالطلاق إذا أشار إشارة يفهم منها إصابته الطلاق ، إذا قال : أردت الطلاق قبل منه . أما الكتابة إذا كتب الطلاق بيده وأراد به الطلاق كان طلاقا ، وإن لم يرد به الطلاق ، وإن قال : أردت أن أنظر وأفكر ، فذلك له ما لم يخرج الكتاب من يده .

**مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> :** كناية الطلاق عندهم نوعان ظاهرة وباطنة . أما الظاهرة فهي ستة ألفاظ بته ، وخلية ، وبرية ، وبائن ، وبتلة ، وحرام .

أما الباطنة فهي اعتدي ، اذهبي ، الحقني بأهلك ، حبلك على غاربك ، لا حاجة لي فيك ، انكحي من شئت ، استبرئي ، تقنعي ، قومي ، أخرجني ، تجرعني ، ذوقي ، كلي ، اشربي ، اختاري ، وما أشبه ذلك .

وكلا الأمرين سواء عندهم إن اقترن بالنية وقع الطلاق ، وإن لم يقترن لم يقع ، وليس للقرائن أو دلائل الحال أي اعتبار .

وأما مالا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الألفاظ كقوله : اقعدي ، اقربي ، أطعميني ، اسقيني ، ما أحسنك ، بارك الله فيك ، وما أشبه ذلك ، فإنه لا يقع الطلاق بها وإن نوى ؛ لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فالمذهب أن الطلاق لا يقع بالنية المجردة .

واختلفوا فيمن قال لامرأته كلي ، واشربي ونوى الطلاق ، فمنهم من قال لا يقع ؛ لأنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به كمن قال : أطعميني . واسقيني . ومنهم من قال يقع ، وهو الصحيح في المذهب ؛ لأنه أراد بقوله كلي ألم الفراق . واشربي كأس الفراق ، فوقع به الطلاق مع النية .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما إذا كتب الرجل لامرأته الطلاق بلفظ صريح ولم ينو ، فلا يقع الطلاق على المذهب ؛ لأن الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل اختبار جودة الخط فلا يقع الطلاق بمجرد كتابتها .

أما إذا كتب الطلاق ونواه ، ففي المذهب قولان : الأول لا يقع ؛ لأنه فعل من يقدر على الكلام فلا يقع به كالإشارة . والثاني يقع وهو الصحيح ؛ لأنه حروف يفهم منها الطلاق ، فجاز أن يقع بها كالنطق ، لكن أصحاب هذا القول اختلفوا فيمن يقع طلاقه بالكتابة ، هل يقع من الغائب والحاضر ؟ .

وقد ذهبوا في ذلك إلى قولين : الأول أنه لا يقع إلا في حق الغائب ؛ لأنه جعل في العرف لإفهام الغائب كالإشارة بالنسبة للأخرس . والثاني يقع بها ؛ لأنها كناية فيستوي فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات .

أما الإشارة إن كانت من الأخرس صح طلاقه ، وتكون إشارته صريحا ؛ لأنه لا طريق له إلى ذلك إلا الإشارة . أما إن كان قادرا على الكلام فلا يصح طلاقه بالإشارة على المذهب ؛ لأن الإشارة بالطلاق ليست بطلاق إنما قامت مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة ، ولا ضرورة في هذه الحالة .

مذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> : كناية الطلاق عندهم نوعان ظاهرة وهي الألفاظ الموضوععة للبينونة ؛ لأن معنى الطلاق فيها أظهر ، وخفية وهي الألفاظ الموضوععة لطلقة واحدة ما لم ينو أكثر .

والكناية الظاهرة خمسة عشر ، وفي رواية ست عشرة وهي : أنت خلية ، وأنت برية ، وأنت بائن ، وأنت بنة ، وأنت بتلة ، وأنت حرة ، وأنت الحرج ، وحيلك على غاربك ، وتزوجي من شئت ، وحللت للأزواج ، ولا سبيل لي عليك ، أو لا سلطان لي عليك ، وأعتقتك ، وغظي شعرك ، وتقنعي ، وأمرك بيدك .

أما الكناية الخفية عشرون : اخرجني ، واذهي ، وذوقي ، وتجرعني ، وخليتك ، وأنت مخلاة واحدة ، ولست لي بامرأة ، واعتدي - وإن لم تكن مدخولا بها ؛ لأنها محل للعدة في الجملة - واستبرئي ، واعتزلي ، وشبهه ، والحقي بأهلك ، ولا حاجة لي فيك ، وما بقي شيء ، وأغناك الله ، وإن الله قد طلقك ، والله قد أراحك مني ، وجرى القلم ، وفرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة ، أبرأك الله ، ونظيره أيضا : إن الله قد باعك أو أقالك ونحوه . ولفظ فراق ، ولفظ سراح وما تصرف منهما غير ما استثنى من لفظ الصريح وهو الأمر والمضارع ، ومفرقة ، ومسرحة .

ولا يقع طلاق بكناية على المذهب ولو ظاهرة إلا بنية ؛ لقصور رتبها عن الصريح . فوقف عملها على النية تنوية لما لتلحقه في العمل ، ولا احتمالها غير معنى الطلاق فلا تتعين له بدون نية .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وإذا أتى مع الكناية بما يقوم مقام نية الطلاق ، كحال خصومة وغضب وجواب سؤالها الطلاق . فيقع الطلاق من أتى بكناية ولو بلا نية على المذهب ؛ لأن دلالة الحال كالتنية ، بدليل أنها تغير حكم الأقوال والأفعال ، فإن من قال : يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا ، ولو قال حال الشتم كان ذما وقذفا ، فلو ادعى في هذه الأحوال ، أي: حال الخصومة والغضب وسؤالها الطلاق أنه ما أراد الطلاق . أو ادعى أنه أراد غيره ، أي : غير الطلاق دين لاحتمال صدقه ، ولم يقبل في القضاء ؛ لأنه خلاف ما دلت عليه الحال .

وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي ، واشربي ، واقعدي ، واقربي ، وبارك الله عليك ، وأنت مليحة ، أو قبيحة ، وقومي ، وأطعميني ، واسقيني ، وغفر الله لك ، ما أحسنك ، وأشباه ذلك ، فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى ؛ لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية . والمذهب أنه لا يقع بها .

ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق صريحا أو كناية على المذهب ، إلا ممن لا يقدر على الكلام . كالأحرس إذا طلق بالإشارة ، طلقت زوجته . أما القادر ، فلا يصح طلاقه بالإشارة ، كما لا يصح نكاحه بها .

وإذا كتب الطلاق ، فإن نواه طلقت زوجته ؛ لأن الكتابة حروف ، يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق ، وفهم منها ، ونواه ، وقع كاللفظ ؛ ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان مأمورا بتبليغ رسالته ، فحصل ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ؛ ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق .

أما إن كان كتب ذلك من غير نية لم يقع ؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع ، لم يقع ، فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقبل أيضا في القضاء في الأصح من المذهب .

**الرأي المختار :** أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها إلا بنية ، وأن ألفاظ الكنايات في الطلاق المعتر منها ما يشهد له العرف ، واستعمال الناس بأنه كناية ، ولا يكفي أنه مذكور في كتب الفقه ؛ لأن العرف أو استعمال الناس قد يتغير ، وقد نبه إلى ذلك الفقيه القرافي بقوله : « إن مالكا أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام ؛ لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها ، فإذا وجدنا زماننا عربيا عن ذلك ، وجب علينا أن لانفتي بتلك الأحكام - من وقون الطلاق أو عدم وقوعه - في هذه الألفاظ ؛ لأن انتقال العوائد ، أي : تغير العادات يوجب تغير الأحكام »<sup>(1)</sup> . وجاء في الفواكه الدواني : « يجب على المفتي أن يسأل عن عادة الخائف . فإن اعتاد ذلك

(1) عند كثره زمان . المذهب 7 460 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أو اعتاده أهل بلده ، وأولى لو كان عادة الجميع لزم الطلاق به ، وإلا فلا حتى يدعي أنه نوى به الطلاق . ولا يجوز للمفتي أن يفتي بمجرد المسطر في الكتب بل يجب عليه السؤال ؛ لأن الأحكام المبنية على الألفاظ العرفية يتغير فيها الحكم بتغير العرف»<sup>(1)</sup> .

وعليه إذا تنازع الزوجان في وقوع الطلاق ، فإن القول قول الزوج ؛ لأن الأصل هو عدم وقوعه على قول جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup> .

وأن القول قول الزوج مع يمينه عند الشافعية<sup>(3)</sup> ومحمد وأبي يوسف من الحنفية<sup>(4)</sup> وهو المعمول به في المذهب .

**أما في القانون :** فإن جل القوانين المغاربية سكتت عن هذه المسألة وتركت التفصيل فيها للفقهاء . وعليه فإنه يرجع للفقهاء إذا حدث تنازع في وقوع الطلاق ، وذلك تطبيقاً لمواد الإحالة في كل قانون<sup>(5)</sup> .

إلا أن المشرع الليبي قد أشار إلى هذه المسألة ، وذلك من خلال نص المادة 31 منه حيث جاء فيها : « أ ) يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة عرفاً ، ولا يقع بألفاظ الكناية إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ولا تثبت النية إلا باعترافه .

ب ) ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة التي يقصد بها إيقاعه .

ج ) ومن العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهومة . »

ومن خلال نص المادة نستخلص أنه إذا وقع تنازع حول وقوع الطلاق ، فإن القول فيه قول المتكلم به وهو الزوج ؛ لأنه جاء في الفقرة أ « ولا تثبت النية إلا باعترافه » ، أي : يرجع في معرفة القصد إلى الزوج ، وعلى الزوجة أن تثبت عكس ذلك .

**البند الثاني - التنازع في تعليق الطلاق على شرط ( في وجود الشرط أو تحققه ) :**

الطلاق المعلق على شرط هو : أن المطلق يربط حصول الطلاق بحصول ما اشترطه من شرط محتمل الوجود، كأن يقول لزوجته : إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق . فهو قد ربط حصول الطلاق بحصول ما اشترطه وهو خروجها من الدار بغير إذنه ، وهو أمر محتمل الوجود<sup>(6)</sup> .

(1) الشعراوي ، الفواكه الدواني 35/2 .

(2) ابن المقام . شرح فتح القدير 3 413 - الشعراوي ، الفواكه الدواني 35/2 - البهوي ، شرح منتهى الإرادات 398 5 .

(3) السبراري ، المنهاج 3 45 .

(4) الكاساني ، مدائع الصنائع 3 180 .

(5) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية المادة : 400 - مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

(6) عند الكثر من بلدان . المنص 471 7 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وأدوات الشرط المستعملة غالبا في الطلاق ست وهي : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأي .  
وكلما<sup>(1)</sup> .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق المعلق بشرط عند وقوع هذا الشرط ، لكن بتحقيق جملة  
من الشروط وهي<sup>(2)</sup> :

- أن يكون الشرط معدوما على خطر الوجود ، أي مترددا بين أن يوجد وأن لا يوجد ، فلا يصح  
التعليق على شرط محقق الوجود ، كقوله : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، فهذا شرط محقق ، فيلغى  
الشرط وتكون الصيغة منجزة ، وإن جاءت بصيغة التعليق . وكذلك إذا قال : أنت طالق إن دخل الجسم  
في سم الخياط ، فالشرط هنا مستحيل ، فيلغى ولا يقع الطلاق بهذه الصيغة .

- أن يكون الشرط متصلا غير متفصل عن الصيغة ، بمعنى أن لا يكون هناك انفصال بين جملة فعلى  
الشرط وجملة جواب الشرط ، كأن يقول : إن دخلت الدار فأنت طالق . أما إن قال : أنت طالق  
وسكت ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فهنا حصل انفصال بين الجملتين ، فإن كان لعذر كما لو أخذه  
السعال أو العطاس أو أمسك أحد فمه ، وبعد زوال المانع أكمل الجملة فورا ، صح التعليق ويقع الطلاق  
عند تحقق الشرط . أما إن كان لغير عذر ، فلا يصح التعليق ، ولا يقع الطلاق إذا حصل الشرط .

- أن يكون حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، بأن كانت في عدة طلاق رجعي أو بائن بينونـ  
صغرى .

هذا وقد اختلف الفقهاء في صحة بعض صيغ التعليق ليس هنا مجال الخوض فيها ؛ لأنها ليست من  
صميم دراسي .

وإذا اختلف الزوجان في تعليق الطلاق بأن تدعي الزوجة تعليق الطلاق على شرط ، والزوج ينكـ  
ذلك ، فما حكم ذلك عند الفقهاء ؟

إن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة ؛ لأنه متمسك بالأصل وهـ  
عدم الشرط ؛ ولأنه ينكر وقوع الطلاق ، وهي تدعيه ، وهذا أولى من التعليق بأنه متمسك بالأصل ؛ لأن  
الأصل عدم الشرط ، والقول لمن يتمسك بالأصل ؛ لأن الظاهر شاهد له ، وعلى هذا لو قال : إن  
تدخلني اليوم فأنت طالق ، فقالت : لم أدخل ، وقال : دخلت فالقول له ، وإن كانت متمسكة بالأصل  
وهو عدم الدخول<sup>(3)</sup> .

(1) الشيباني . شرح منتهى الإرادات 5 440 .

(2) عند نكره زيدان . المفصل 7 473 وما بعدها .

(3) ابن قدامة . شرح فتح القابض 3 451 - ابن حزم . المحلى 4 36 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ولا يقبل قولها في دخول الدار ونحوه كقدوم زيد وغيره ؛ لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فلا يقبل قولها فيه إلا ببينة ، ولو حلفت ، لعموم حديث : (( البينة على المدعي واليمين على من أنكر ))<sup>(1)</sup> . ولا يقبل قولها في ولادة إن لم يقر بالحمل ، وإن قال الزوج بعد أن علق طلاقها على الحيض : قد حضت فأنكرته طلقت مؤاخذه له بإقراره ؛ لأنه قد أقر على نفسه بما يوجب بطلان النكاح فلزمه مقتضى إقراره<sup>(2)</sup> .

أما إن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله إن أضمرت بغضي فأنت طالق فادعته ، أي إضرار بغضه فيقبل قولها فيه ؛ لأنه لا يعلم إلا من جهتها ويقع الطلاق<sup>(3)</sup> ، أو قال : إن رأيت محمداً ﷺ فأنت طالق ، فرأته في المنام وأراد ذلك طلقت ، فإن نازعها فيها صدقت بيمينها إذ لا يطلع عليه إلا منها<sup>(4)</sup> .

أما إذا ادعت من علق طلاقها بحيضها حيضاً ، فأنكر زوجها ذلك فالقول قولها بلا يمين ؛ لأنها أمينة على نفسها لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مِمَّا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [ البقرة 228 ] ، قيس : هو الحيض والحمل ، ولولا قبول قولها فيه لما حرم عليها كتبه إذ لا فائدة فيه مع عدم القبول<sup>(5)</sup> ، وهو قول الجمهور<sup>(6)</sup> . وعن أحمد لا يقبل قولها<sup>(7)</sup> ، فتعتبر البينة بشهادة النساء ، فيختبرها بإدخال قطنة في الفرج زمن دعواها الحيض ، فإن ظهر دم : فهي حائض ، قال المرداوي<sup>(8)</sup> : « وهو الصواب إن أمكن ؛ لأنه يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها ، فلم يقبل فيه مجرد قولها »<sup>(9)</sup> .

أما الشافعية<sup>(10)</sup> فقد ذهبوا إلى أنه يقبل قولها في ذلك بيمينها .

هذا ما لم تكن آيسة ، فإن كانت كذلك لم تصدق ؛ لأن ما كان من خوارق العادات لا يعول عليه

(1) سبق تخريجه انظر الصفحة 20 .

(2) البهوتي ، كشاف القناع 311 / 5 .

(3) ابن الممام ، شرح فتح القدير 451 / 3 - البهوتي ، كشاف القناع 311 / 5 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 451/5 .

(4) الرملي ، نهاية المحتاج 43 / 7 .

(5) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 451/5 .

(6) ابن الممام ، شرح فتح القدير 451 / 3 - البهوتي ، كشاف القناع 311 / 5 .

(7) المرداوي ، الإنصاف 9 - 55 وما بعدها .

(8) المرداوي : هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد ، علاء الدين المرداوي نسبة إلى مردا إحدى قرى نابلس بفلسطين . شيخ المذهب الحنبلي وقد حاز رئاسته . ولد بمردا سنة 817 هـ ، ونشأ بها ثم انتقل إلى دمشق وتعلمها . أخذ العلم عن جمع كبير من الفقهاء منهم الشهاب أحمد بن يوسف ، وعبد الرحمن بن إبراهيم الظالمسي ، والنقي بن قندس وغيرهم ، ومن أخذ عنه قاضي الحرمين المحبوي الحسني الفاسي . من مصنفاته : الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف ؛ والشفايح المنتعق في تحرير أحكام المقنع ؛ و تحرير المنقول في تحذيب علم الأصول . توفي سنة 885 هـ . ( ابن حميد ، السحب الواسعة غير صرائح الختالة . مكتبة الإمام أحمد ، مكة ، المملكة العربية السعودية ، دت ، ص 296 وما بعدها - الزركلي ، الأعلام 4 292 ) .

(9) المرداوي ، الإنصاف 9 - 55 وما بعدها .

(10) الرملي ، هاية المحتاج - 7 26 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

إلا إذا تحقق وجوده ، وهي هنا ادعت ما هو مستحيل عادة فلا يقبل قولها<sup>(1)</sup>.

أما في القانون : فقد سكت كل من القانون الجزائري والتونسي والموريتاني عن هذه المسألة وترك فيها الحديث للفقهاء ، أما القانونين المغربي والليبي ، فإنهما نصا صراحة على عدم اعتبار الطلاق المعلق على شرط فعل شيء أو تركه خلافا لما ذهب إليه الفقهاء ، وبالتالي فإنه لا مثار للتنازع حول هذه المسألة تطبيقا لهذين القانونين .

حيث جاء في نص المادة 93 من مدونة الأسرة المغربية : « الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع » .

وجاء في نص المادة 33 فقرة ب من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي : « لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه » .

البند الثالث - التنازع في عدد الطلقات : يقول الله تعالى : «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» [البقرة 229] . هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام ، من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته ، وإن طلقها مائة مرة ما دامت في العدة ، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله عز وجل إلى ثلاث طلقات ، وأباح الرجعة في المرة والثنتين ، وأبناها بالكلية في الثالثة<sup>(2)</sup> . قال تعالى : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ » [البقرة 230] . فعدد الطلقات المشروعة للزوج على زوجته محددة العدد وهي ثلاث طلقات ، فلا تحل الزوجة بعدها إلا إذا تزوجت غيره .

و لذا فقد يحدث التنازع بين الزوجين في عدد الطلقات فتدعي الزوجة عددا من الطلقات والزوج ينكر ذلك فما هو الحكم عند الفقهاء ؟

اتفق الفقهاء<sup>(3)</sup> على أنه في حال التنازع في عدد الطلاق أن القول قول الزوج بيمينه ، وقيل عند المالكية في قول بلا يمين ؛ لأن الأصل عدم وقوع الطلاق ، وعلى الزوجة أن تثبت ذلك بالبينة ؛ لأن هذا ما تقتضيه القواعد من العمل بالأصل ؛ إذ الأصل عدم الطلاق ، وقد ادعت عليه خلاف الأصل فعليها البيان .

(1) الرملي ، نهاية المحتاج 7 27 .

(2) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق سامي بن محمد سلامة ، دار ضية ، الطبعة الثانية 1999 ، 610 1 .

(3) الحارثي ، شرح مختصر حماد 4 27 - البووي ، المجموع 17 260 - البهوتي ، كشف القناع 5 356 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه المسألة ، هو ما الحكم إذا ثبت للزوجة أن زوجها قد طلقها ثلاثاً لكنها لم تتمكن من إثبات ذلك بالبيينة أمام القضاء ؟

ذهب أكثر أهل العلم<sup>(1)</sup> إلى أنه لا يحل لها تمكينه من نفسها ، وعليها أن تفر منه ما استطاعت ، وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت ، ولا تترين له ، ولا تقربه وتهرب إن قدرت ولا تقيم معه .

و عن أحمد في رواية<sup>(2)</sup> تهرب منه ، ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها ويعلم ذلك ، وإذا لم يثبت ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب ، ولا تخرج من البلد ، ولكن تختفي في بلدها .

ومنعها من التزوج قبل ثبوت طلاقها ؛ لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الحكم العقوبة والرد إلى الأول ، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر ، وذلك بباطنه ، ولا يأذن لها في الخروج من البلد ؛ لأن ذلك يقوي التهمة في نشوزها .

وقال بعض أهل العلم يستحلف ويكون الإثم عليه روي ذلك عن النخعي<sup>(3)</sup> والزهري<sup>(4)</sup> وغيرهما<sup>(5)</sup> .

وقال آخرون تقتله من باب تغيير المنكر إذا لم تستطع دفعه إلا بذلك<sup>(6)</sup> ، ولا تقتله قصدا بل تدفعه بالأسهل فالأسهل كالصائل ، فإن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه ، فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن عليها ؛ لأنها فعلت ما هي مأمورة به . فأما في الظاهر فإنما تؤاخذ بحكم القتل ؛ لأن قولها غير مقبول في وقوع الثلاث عليه لتدفعه عن نفسها ما لم يثبت صدقها بشهادة عدلين ، فينتفي وجوب القتل في الظاهر أيضا . وقال سحنون : « لا يحل لها قتله ولا قتل نفسها أكثر ما عليها الامتناع ، وألا يأتيها إلا

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق 7 / 23 - مالك ، المدونة 95/2 - النووي ، المجموع 17/261 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 8/465 .

(2) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 8/465 .

(3) النخعي : هو إبراهيم بن زيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران . من مذبح اليمن من أهل الكوفة ، ومن كبار التابعين . ولد سنة 46 هـ ، أدرک بعض متأخري الصحابة ، ومن كبار الفقهاء . كان رجلا صالحا ، فقيها ، متوقيا ، قليل التكلف ، كان فقيه العراق في زمانه . أخذ عنه حماد بن أبي سليمان وسماك بن حرب وغيرهما . توفي سنة 96 هـ . (الذهبي ، سير أعلام النبلاء 4/520 وما بعدها - الذهبي ، تذكرة الحفاظ 1/73 وما بعدها - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 1/25 - طبقات ابن سعد ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1968 ، 6/270 وما بعدها )

(4) الزهري : هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب . من بني زهرة ، من قريش . تابعي من كبار الحفاظ والفقهاء من مدني سكن الشام . ولد سنة 58 هـ وقبل 50 هـ هو أول من دون الأحاديث النبوية . ودون معها فقه الصحابة . جميع حديثه ( 2200 ) حديث . أخذ عن بعض الصحابة منهم ابن عمر وسهل بن سعد وأبى بن مالك . وأخذ عنه عقيل ويونس والزبيدي وصالح بن كيسان ومعمّر وشعيب ابن أبي حمزة والأوراعي ونسب ومالك وغيرهم . توفي سنة 124 هـ . وقبل 123 هـ . وقبل 125 هـ . (الذهبي ، تذكرة الحفاظ 1/108 وما بعدها - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 4/177 وما بعدها - البرزكبي ، الأعلام 7/97 )

(5) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 8/465 .

(6) ابن نجيم ، البحر الرائق 7 / 23 - الخرشي ، شرح مختصر خليل 4/64 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 8/465 - البهوتي ، كشف القناع

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

مكرهة ، قال ابن محرز<sup>(1)</sup> : هذا الصواب<sup>(2)</sup> .

أما في القانون : فقد سكت كل من القانون الجزائري والتونسي عن هذه المسألة ، وتركها فيها الحديث للفقهاء ، أما القانونين المغربي والليبي فإنهما تحدثا حول حالة من الحالات التي قد يحدث فيها تنازع حول عدد الطلقات ، ألا وهي الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، فقد ذهب كل من القانونين إلى النص صراحة على عدم وقوع الثلاث بلفظ واحد ، وبالتالي فإنه لا مثار للتنازع حول هذه المسألة حسب نص القانونين .

حيث جاء في نص المادة 92 من مدونة الأسرة المغربية : « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا » .

وجاء في نص المادة 33 فقرة د من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي : « لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة أو كتابة إلا طلقة واحدة رجعية ما لم تكن مكتملة للثلاث » .

أما القانون الموريتاني ، فإنه نص على الرجوع إلى نية القائل وقصده ، حيث جاء في المادة 87 من مجلة الأحوال الشخصية : « يراعى في عدد الطلقات لفظ المطلق وقصده » . أي : أن القول فيها قول الزوج .

أما بقية الأحكام حول التنازع في عدد الطلقات فقد سكتت عنها كل القوانين وتركت التفصيل فيها للفقهاء ، وعليه فيجب الرجوع إلى مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup> .

**البند الرابع - التنازع في تمليك واختيار الطلاق :** الأصل أن الطلاق بيد الرجل يباشره بنفسه بطريق الأصالة ، إلا أنه من الممكن أن يوقعه عن طريق الرسالة أو التوكيل ، بأن ينوبه أو يتوكل عنه غيره في ذلك و يكون الطلاق كأنما أوقعه الزوج بنفسه ؛ لأن الرسول والوكيل ينصرف تصرفه إلى الأصل ، و التوكيل والرسالة ليس فيهما مثار للتنازع بين الزوجين ، ومنه فهما يخرجان عن مجال دراسية هذه فلا داعي للإطالة فيهما .

وقد يقع الطلاق عن طريق الزوجة ، ويكون بأن يفوض الزوج لها ذلك ، والتفويض إليها يكون

(1) ابن محرز : هو محمد بن أحمد بن عبد الرحمن ، أبو بكر ، البلسي ، عرف بابن محرز . فقيه ، محدث ، حافظ ، مورخ ، لعوي . أخذ عن والده وخاله أبي بكر وأبي عامر ولدي أبي الحسن بن هذيل وأبي الخطاب بن واجب وأبي الحسن المقدسي وغيرهم . وأخذ عنه ابن الأبار وابن عميرة وابن الخيان وغيرهم . من تصانيفه : تعبير على التقنين ، وتقارير كثيرة في الفنون . كان مولده سنة 561 هـ ، ووفاته سنة 655 هـ (محمد محوف . شجرة النور الزكية 1 - 278 - عبد كحاله . معجم مؤلفين 11 183 ) .

(2) محمد عليش . معجم جليل 4 139 .

(3) اطير : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي المادة : 72 - مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بتمليكها إياه ، أو تخييرها فيه .

والمرأة المملوكة هي : التي ملكها زوجها عصمتها تمليكا مطلقا ، أي : عاريا عن التقييد بالزمان والمكان ، بأن قال لها زوجها المسلم المكلف : ملكتك أمرك ، أو طلاقك أو أمرك بيديك ، أو طلقني نفسك ، أو أنت طالق إن شئت . أما الزوجة المخيرة ، فهي : التي خيرها زوجها في اختيار نفسها أو البقاء في عصمتها تخيرا مطلقا عاريا عن التقييد بالزمان والمكان ، بأن قال لها : اختاريني أو اختاري نفسك<sup>(1)</sup> ، وللزوج أن يقيد ذلك بزمان أو مكان معينين باتفاق الفقهاء<sup>(2)</sup>.

ويشترط لوقوعه إن لم يكن مقيدا أي : الطلاق بالتفويض تكليفه وتكليفها ، و تطليقها على الفور ؛ لأن التطليق هنا جواب للتمليك فكان كقبوله ، وقبوله فور ، فإن أخرت بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ، أو تخلل كلام أجنبي كثير بين تفويضه وتطليقها ثم طلقت نفسها لم تطلق<sup>(3)</sup>.

وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك ، فهي ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة أو كناية أو محتملة<sup>(4)</sup>.

والتنازع بين الزوجين في التمليك والاختيار يكون في عدة مسائل وهي : التنازع في أصل التمليك والاختيار والمقصود منهما ، والتنازع في عدد الطلاق الذي يقع به ، والتنازع في اختيار الزوجة ونيتها . وسأحاول أن أبين رأي الفقه في هذه المسائل بإيجاز :

أولا - التنازع في أصل التمليك والاختيار والمقصود منهما : فإذا تنازع الزوجان في أصل التمليك والاختيار ، أي إذا ادعت الزوجة أنه فوض إليها طلاقها والزوج ينكر ذلك ، فالقول قول الزوج لأصل ؛ لأن الأصل عدمه .

أما عن المقصود من التمليك والاختيار ، فالتمليك والاختيار من كنايات الطلاق عند الفقهاء ، إلا أن مالكا جعل الاختيار من الصريح في الطلاق ، وهذا راجع للعرف السائد في زمانه ، لكن هذا الرأي رده القرافي وقال بالرجوع إلى اللغة في ذلك بدل العرف كون العرف يتغير ، وعليه فإن الاختيار من الكنايات في الطلاق<sup>(5)</sup>.

وعليه فإنه يرجع في التنازع على المقصود من التمليك والاختيار إلى أحكام الكناية في الطلاق عند فقهاء المذاهب.

(1) البهوتي . الفواكه الدواني 44/2 .

(2) الكاساني . منابع الفتاوى 3 - 184 - البهوتي . الفواكه الدواني 45/2 - موفق الدين بن قدامة . المعنى 8 - 295 .

(3) الخطيب الشيرازي . معني المحتاج 5 / 16 .

(4) ابن رشد . بداية المجتهد 2 - 59 - الخطيب الشيرازي ، معني المحتاج 5 / 16 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات . 3975 وما بعدها .

(5) الصاوي . معجم الصحاح 2 - 286 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فعند الحنفية<sup>(1)</sup> إذا ادعت الزوجة أن الزوج قد جعل أمرها بيدها أو خيرها والزوج ينكر ذلك ، فلا خلاف عندهم أنه لا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ذكر شيئا من ذلك ثم قال : ما أردت به الطلاق يدّين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه .

أما قضاء ، فالحال لا يخلو إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما أن كانت حالة الغضب والخصومة ، فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدّين في القضاء فيها ؛ لأن كل واحد من هذين اللفظين يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء ، ولا يخلف على الحاصل بلا خلاف ، و يخلف على السبب ، ولكنه يحتاط فيه للزوج بالله ما قلت لها منذ آخر تزوج تزوجتها أمرك بيدك ، وما تعلم أنك اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر .

وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا : أمرك بيدك ؛ اختاري ، لفظان يحتملان الطلاق وغيره والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانا تصلحان للثتم والتبعيد كما يصلحان للطلاق ، فحال مذاكرة الطلاق يصلحان للتبعيد والطلاق ؛ لكنهما لا يصلحان لا للثتم ولا للتبعيد ، فزال احتمال إرادة الثتم والتبعيد فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق ، فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهرا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر .

فإن أقامت الزوجة البينة أن ذلك كان في حال الغضب أو ذكر الطلاق قبلت بينتها ؛ لأن حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ويتعلق علمهم بها ، فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل ، ولو أقامت البينة على أنه نوى الطلاق لا تقبل بينتها ؛ لأنه لا وقوف للشهود على النية ؛ لأنه أمر في القلب ، فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل .

أما عند المالكية<sup>(2)</sup> فالتمليك والاختيار من الكنايات الظاهرة ، ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك .

أما عند الشافعية<sup>(3)</sup> فالتمليك والاختيار من الكناية ، والكناية في الطلاق عندهم يرجع فيها إلى النية مطلقا دون تفصيل . فإن نوى الطلاق وقع الطلاق ، وإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع الطلاق ؛ لأن الزوج إذا لم ينو لم يقع الطلاق ؛ لأنه لم يجعل إليها الطلاق .

(1) الأكاسبي ، منافع الصانع 3 180 وما بعدها - محمد علاء الدين بن عاتلين ، تكمة حاشية رد المحتار 2 72 .

(2) ابن رشد ، بداية اجتهاد 2 60 وما بعدها - الفراوي ، الفواكه الدواني 45/2 .

(3) النووي ، روضة القائلين 7 47 - البوي ، المجموع 17 110 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أما عند المناظرة<sup>(1)</sup> فقوله : أمرك بيدك ، وقوله : اختاري نفسك كناية في حق الزوج ، يفتقر إلى نية أو دلالة حال ، كما في سائر الكنايات ، فإن عدم لم يقع به طلاق ؛ لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية ، فيفتقر إلى ما يفتقر إليه سائر الكنايات . فإن قال الزوج : لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار ، وأمرك بيدك ، وقالت : بل نويت ، كان القول قوله ؛ لأنه أعلم بنيته ، ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ، ما لم يكن جواب سؤال ، أو معها دلالة حال .

**ثانيا - التنازع في عدد الطلاق الذي يقع بالتملك والاختيار :** في هذه الحالة قد يتفق الزوجان على أصل التملك والاختيار لكنهما يختلفان في عدد الطلاق الذي وقع بالتملك أو الاختيار ، وذلك بأن تدعي الزوجة عددا معينا من الطلقات أوقعتها بموجب التملك والاختيار ، والزوج ينكر ذلك العدد .

وسأحاول استعراض آراء الفقهاء في هذه المسألة بإيجاز :

عند الحنفية<sup>(2)</sup> لا يقع الثلاث في قوله : اختاري ، وإن نواها ؛ لأن التخيير عندهم لا تكون به إلا طلبة واحدة ، بخلاف التفويض بقوله : أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه ؛ لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراد لفظا ، والمصدر يحتمل نية العموم .

فإذا قال الزوج : نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب ، يحلف أنه ما أراد به الثلاث ؛ لأن هذا تفويض للأمر إليها ، وهو يحتمل العموم والخصوص بخلاف قوله : اختاري ، فإنه أمر بالفعل ، فلا يحتمل معنى العموم ، وإن لم ينو الثلاث فهي واحدة بائنة ، وعن ابن أبي ليلى<sup>(3)</sup> - رحمه الله - هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة ؛ لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث .

ولكنهم يقولون التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، وكذلك إن نوى الطلاق فقط ؛ لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال وكذلك إن نوى اثنتين ؛ لأن هذا نية العدد ، وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة .

أما المالكية<sup>(4)</sup> فعندهم لو أوقعت المفوض لها طلاقها أكثر من طلبة ونازعها الزوج مدعيا إرادة أقل ، فقد ميزوا بين المدخول بها وغير المدخول بها ، فقالوا أن للزوج أن يناكر المملكة خاصة إن أوقعت طلقتين أو ثلاثا سواء كانت مدخولا بها أو لا ، ومثل المملكة المخيرة غير المدخول بها .

(1) موقع الدين من فدامة ، المغني 8 : 298 .

(2) ابن نفعان ، شرح فتح القدير 3 : 413 ، 419 - الشرحي ، المنسوخ 6 : 216 .

(3) ابن أبي ليلى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى بنسار (وقيل : داود) بن دلال . أنصاري كوفي . فقه من أصحاب الرأي . وبني انقضاء 33 سنة لبي أمية . ثم لبي العباس . له أخبار مع أبي حنيفة وغيره . ( التركلي ، الأعلام 6 : 189 ) .

(4) العروبي . لغوازه البدوي 452 - الخفاف . مواهب الخليل 4 : 93 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقد اشترطوا عدة شروط لذلك :

- له أن يناكرها إن زاد على طلقة ، وأن يكون نوى الواحدة عند التخيير أو التملك ، لا إن نوى أكثر أو أطلق .

- أن يبادر بالمناكرة عند سماع الزائدة ، لا أن يتأخر بعد السماع ، وإلا فلا مناكرة له وإن كان جاهلا .

- أن يحلف أنه لم يرد الزائد ، وتكون يمينه عند المناكرة في المدخول بها ليرتجعها .

- أن لا يكون كرر قوله : أمرك بيدك مثلا مع عدم قصد التأكيد .

- أن لا يكون التخيير أو التملك مشترطا للزوجة في صلب العقد .

أما المخيرة المدخول بها فليس له أن يناكرها بعد الدخول بها إن كان تخييره لها مطلقا عاريا عن التقييد بالزمان والمكان ؛ لأن دلالة اختاري نفسك على قطع العصمة ، ولا تنقطع بعد الدخول إلا بالثلاث .

أما إن قال اختاري في واحدة ، فلا خلاف في وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة لا أنك تختاري في مرة واحدة ، وإن قال اختاري من الطلاق واحدة أو من الطلاق طلقة أو اختاري طلقة فلا يمين عليه بلا خلاف ، واختلف في وجوب اليمين إذا قال في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة ، على قولين ، وجوب اليمين وهو قول ابن القاسم ، وعدم اليمين ، قال الخطاب<sup>(1)</sup> : وعدم اليمين أحسن .

أما الشافعية<sup>(2)</sup> ، فتفويض الطلاق عندهم يفتقر إلى تفويض الزوج ، وإيقاعه من قبل الزوجة ، وعليه فإنه لا يقع إلا ما اتفقا عليه ، فإن اختلفا في عدد الطلاق ، فإنه لا يقع إلا الأقل منهما ، فإن نوى أحدهما طلقة والآخر نوى أكثر لم يقع ما زاد عن الطلقة .

أما الحنابلة<sup>(3)</sup> ، فعندهم إن قال لها اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق نفسها أكثر من واحدة وتقع رجعية ؛ لأن اختاري تفويض معين فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وهو طلقة رجعية ؛ لأنهما بغير عوض ، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ، أي : من واحدة سواء جعله بلفظه بأن يقول اختاري ما شئت أو اختاري الطنقات إن شئت ، أو جعله بنيته بأن ينوي بقوله : اختاري عددا اثنين أو ثلاثا ؛ لأنه كناية

(1) الحنابلة : هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيبي المعروف بالخطاب . فقيه مالكي من علماء المتصوفين . أصله من المغرب . ولد واشتهر بمكة . مات في طرابلس الغرب . من مصنفاته : مواهب الجنيل في شرح مختصر خليل ؛ و شرح نظم نظائر رسالة القبرياني لابن غاري ؛ ورسالة في استخراج أوقات الصلاة بأعمال العدكية بلا الهة ؛ وجرمان في اللغة . (الرواكي ، الأعلام 7 : 58) .

(2) الشيرازي . نهذب 143 - الماوردي ، الحاوي الكبير 10 : 173 .

(3) شمس الدين بن قدامة ، المبرج الكبير 8 : 306 - مؤلف الدين بن قدامة الكافي 4 : 448 - البهوتي ، كشاف الضعاع 5 : 272 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

خفية ، فيرجع في قول ما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية ، فإن نوى ثلاثا أو اثنتين أو واحدة ، فهو على ما نوى ، وإن نوى الزوج ثلاثا فطلقت أقل منها ، أو من ثلاث كاثنتين أو واحدة وقع ما طلقته دون ما نواه ؛ لأن النية لا يقع بها الطلاق ، وإنما يقع بتطبيقها ، ولذا لو لم تطلق لم يقع شيء .

أما أمرك بيدك عندهم ، فإنه أمر مضاف فيتناول جميع أمرها ، فيكون لها أن تطلق نفسها ما شاءت ومتى شاءت ، ولا يقبل قوله أردت واحدة ؛ لأنه بخلاف مقتضى اللفظ ؛ ولأنه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثا .

ثالثا - التنازع في اختيار الزوجة ونيتها : قد يتفق الزوجان على أصل التفويض ، لكنهما يختلفان في اختيار الزوجة ونيتها ، فيدعي الزوج أنها قد علمت بالتفويض ولم تقم بالاختيار ، والزوجة تنكر عليه ذلك وتدعي أنها اختارت ، وقد يتفقان على الاختيار لكنهما يختلفان في نية الزوجة فتدعي الزوجة أنها اختارت الطلاق والزوج ينكر عليها ذلك .

ذهب الفقهاء<sup>(1)</sup> في هذه المسألة إلى أن القول قول الزوج مع يمينه في اختيار الزوجة ؛ لأن الأصل عدمه ؛ ولأنها تخبر بما لا تملك إنشاءه ، والقول قول الزوجة في نيتها اختيار الطلاق إذا اتفقا على أصله ؛ لأن نيتها لاتعلم إلا من جهتها .

أما في القانون : فلم تنطرق قوانين الأحوال الشخصية المغاربية إلى مسألة تنازع الزوجين في التملك والاختيار ، وتركت ذلك لأحكام الفقه ، مما يتعين علينا الرجوع إلى مواد الإحالة في كل قانون ، والتي نحيلنا إلى أحكام الفقه<sup>(2)</sup> .

ماعداد مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية فإنها أشارت إلى هذه المسألة آخذة بما ذهب إليه الفقهاء المالكي ، ذلك من خلال نص المواد 96 - 97 - 98 .

حيث جاء في نص المادة 96 فقرة 2 : « إذا نفذت التملك بأكثر من طليقة واحدة حاز له أول بناكرها فيما زاد على الطليقة الواحدة ما عدا إذا وقع التملك بعبارة صريحة لا تدع مجالاً للشك » . بمعنى أن الأصل في التملك هو طليقة واحدة ، وإذا أوقعت الزوجة أكثر من ذلك ، فإن للزوج الحق في منكرتها فيها ويرجع إلى قوله أنه مانوى إلا واحدة ، إلا إذا كان التملك صريحا بأكثر من الواحدة بحيث لا يدع مجالاً للشك فإنه ليس من حق الزوج منكرتها في ذلك .

وجاء في نص المادة 97 : « لمعرفة عدد الطلقات في التوكيل والتملك يعمل بالمعنى الصريح والضمي لعبارة المرأة » . بمعنى أنه يرجع في عدد الطلقات بمعنى عبارة المرأة صراحة أو ضمنا إذا كان

(1) - سرحسي ، السوسوط 6 213 وما عدها - النووي ، روضة الطالبين 7 47 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 : 298 .

(2) - جفر : قانون الأسرة الجزائري مادة 222 - مدونة الأسرة المغربية المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما اللبني المادة : 72 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

التمليك محددًا بعدد معين .

وجاء في نص المادة 98 : « إذا خير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق ، فإن لها أن تختار البقاء أو الفراق بثلاث طلقات » . بمعنى أن الأصل في الاختيار ثلاث طلقات ، فإذا خير الزوج زوجته في البقاء أو الفراق فإنها إذا اختارت وقع الثلاث ، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 311 والتي تحلينا على المشهور من الفقه المالكي ، فإنه وبالرجوع إلى ذلك أنه إذا قال اختاري في واحدة ، فلا خلاف في وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة لا أنك تختاري في مرة واحدة ، وإن قال اختاري من الطلاق واحدة أو من الطلاق طلقة أو اختاري طلقة ، فلا يمين عليه بلا خلاف ، واختلف في وجوب اليمين إذا قال في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة ، على قولين ، وجوب اليمين وهو قول ابن القاسم ، وعدم اليمين ، قال الخطاب : وعدم اليمين أحسن .



## المطلب الثاني

### التنازع في الخلع

إذا استحالت العشرة بين الزوجين ، أو أصبح أحدهما مبغضاً للآخر ، فيسعى هذا الأخير إلى التخلص ممن يبغضه ، وقد منحت الشريعة السمحة لكل من الزوجين حلاً لهذا الإشكال ، فأعطت الزوج حق الطلاق .

والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل ، وتكره أن تمنعه فتكون عاصية بمنعه ، أو كرهته ، لخلقه ، أو خلقه ، أو دينه ، أو كبره ، أو ضعفه ، أو نحو ذلك ، وخشيت أن لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته ، جاز لها أن تخلعه بعوض تفتدي به نفسها منه .

وقد تكلمت في المطلب السابق عن أحكام التنازع في الطلاق ، وسأحاول من خلال هذا المطلب إلقاء الضوء على بعض أحكام الخلع ، ومنه إلقاء الضوء على أحكام التنازع فيه .

### الفرع الأول

#### ماهية الخلع

#### البند الأول - تعريف الخلع :

أولاً - الخلع لغة<sup>(1)</sup> : خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كترعه إلا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والترع ، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده ، والخلعة من الثياب ما خلعته فطرحت على آخر أو لم تطرحه ، وكل ثوب تخلعه عنك خلعة ، وخلع عليه خلعة .

وفي حديث كعب<sup>(2)</sup> : إن من توبني أن أخلع من مالي صدقة ، أي : أخرج منه جميعه وأتصدق به ، وأعري منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه .

وخلع دابته يخلعها خلعا ، وخلعها أطلقها من قيدها ، ونحن خلعنا قيده فهو سائب ، وخلع عذاره

(1) ابن منظور ، لسان العرب مادة خلع 1232 2- الزبيدي ، تاج العروس ، مادة خلع 518/20 وما بعدها - الجوهري الصحاح في اللغة مادة خلع 1206 3 .

(2) كعب : هو كعب بن مالك بن أبي كعب ، واسم أبي كعب عمرو بن القين بن كعب بن سواد بن غنم بن كعب بن سلمة بن سعيد بن علي بن أسد بن ساردة بن يزيد بن حشم بن الخزرج الأنصاري السلمي . يكنى أبا عبد الله . وقيل : أبا عبد الرحمن . شهد العقبة الثانية ، واختلف في شهوده بدر . كان أحد شعراء رسول الله ﷺ ، وكان عموداً مقصوداً فدعت عليه في الشاهدية أمر الشعر ، وعرف به ثم أسلم وشهد . العقبه ، له بيتان ، أحدهما : المشاهد كلها إلا توك . فانه تحف عنها . وهو أحد الثلاثة الأنصار الذين تغفروا عن عزوة توك ، قتال الله عليهم ، وعذرهم ، وعفرتهم . وابن جرير المتلو في شأنهم . وتوفي كعب بن مالك في زمن معاوية سنة 50 هـ . وقيل سنة 53 هـ ، وكان قد عمي وذهب بصره في آخر عمره . بعد في مدني . ( ابن عبد البر ، الإشتياع 3 125 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 4 461 وما بعدها ) .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ألقاه عن نفسه ، أي : رفع الحشمة . وخلع امرأته خلعا بالضم ، وخلعا ، فاختلعت وخلعته أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له ، فهي خالغ ، والاسم الخلعة ، وقد تخلعا ، واختلعت منه اختلاعا .

ثانيا - الخلع اصطلاحا : جاء في البحر الرائق في فقه الحنفية ، أن الخلع هو : « إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه »<sup>(1)</sup> .

وجاء في فتح القدير ، أنه : « إزالة ملك النكاح يبدل بلفظ الخلع »<sup>(2)</sup> .

وجاء في التاج والإكليل في فقه المالكية : « الخلع هو الطلاق بعوض »<sup>(3)</sup> . وجساء في الفواكه الدواني ، أنه : « إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها »<sup>(4)</sup> .

وجاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية ، أنه : « فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع »<sup>(5)</sup> .

وجاء في شرح منتهى الإرادات في فقه الحنابلة : « هو فراق زوج زوجته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة »<sup>(6)</sup> .

ومن خلال ماسبق من التعاريف ، لاحظت أنها تنصب على معنى واحد ، وهو وقوع الفرقة بين الزوجين بعوض تدفعه الزوجة أو غيرها للزوج .

البند الثاني - شروط الخلع : يشترط في الخلع عدة شروط هي<sup>(7)</sup> :

أولاً- العقل والبلوغ : أن يكون الزوج عاقلا ، بالغا ، فلو كان مختل العقل من مرض أو كبير ، أو مصيبة فاجأته ، أو كان غير بالغ ، بأن كان صغيرا غير مميز ، وخلع ، لم يصح خلعه لتخلف العقل والبلوغ .

ثانيا - قيام الزوجية : أن تكون الزوجة محلا لإيقاع الطلاق عليها ، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، فلو انقضت العدة لم تكن محلا للخلع .

ثالثا - الصيغة : أن تكون الصيغة بلفظ الخلع ، أو اشتق منه ، كالاختلاع ، والمخالعة ، أو بأي

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق ، 108 4 .

(2) ابن اتمام ، شرح فتح القدير 58 / 4 .

(3) المواقف ، التاج والإكليل ، 18 4 .

(4) الفقراء في الفوائد ، 34 2 .

(5) المحطيت التنبيه ، معنى احتاج 526 4 .

(6) البهوتي ، شرح مسهب إرادات 335 5 .

(7) أحمد عدوي . لاجون استحصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1982 ، ص 455 وما بعدها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

لفظ يؤدي معنى الخلع ، كالمفاداة ، والمباراة ، كأن يقول الزوج لزوجته : بارأتك على مبلغ مائة دينار ، وذلك في مقابل عوض .

رابعا - قبول الزوجة دفع العوض : أن تقبل الزوجة دفع العوض إلى زوجها نظير خلعها ، فإن لم يوجد لفظ الخلع ، ولا في معناه ، كما لو قال لها : أنت طالق نظير ألف دينار ، كان طلاقا على مال ، ولم يكن خلعاً .

وإذا لم يوجد العوض ، كما إذا قال لها : خلعتك ، بدون ذكر للعوض ، كان ذلك كناية على الطلاق .

خامسا - أهلية قابل الخلع أو ملتتمسه : ويشترط في قابله ، أي الخلع أو ملتتمسه ليصح خلعه من زوجة أو أجنبي ، إطلاق تصرفه في المال ، أي : بأن يكون أهلا للتبرع ، بكونه مكلفا غير محجور عليه<sup>(1)</sup> .

ولم يشترط الفقهاء<sup>(2)</sup> أن يكون الخلع أمام سلطان ، وإنما قالوا بصحته حتى لو تم من غير علم السلطان به ، وعن الحسن البصري<sup>(3)</sup> ، وابن سيرين<sup>(4)</sup> لا يجوز إلا عند السلطان<sup>(5)</sup> ، وغياب هذا الشرط قد يؤدي إلى الاختلاف والتنازع بشأنه بين الزوجين ، وسأحاول فيما يأتي إلقاء الضوء على مسألة التنازع بين الزوجين في الخلع .

### الفرع الثاني

#### إثبات الخلع عند التنازع فيه

إذا وقع التنازع في الخلع بين الزوجين ، فإنه يثبت بوسائل الإثبات الشرعية ، فيثبت بالإقرار ، ويثبت بالبينة ، واليمين ، ويثبت بالسمع ، وقد تناول الفقهاء ذلك على خلاف بينهم في بعض الوسائل

(1) الخطيب الشيبيني ، معني المحتاج 4 / 528 - المرداوي ، الإنصاف 8 / 289 .

(2) السرخسي ، المسبوط 6 / 169 - النفراوي ، الفواكه الدواني 2 / 34 - موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 175 - الماوردي ، الحاوي الكبير 10 10 .

(3) الحسن البصري : هو الحسن بن يسار البصري ، تابعي ، كان أبوه يسار من سبي ميسان . مولد لبعض الأنصار . ولد بمدينة سنة 21 هـ ، وكانت أمه ترضع أم سلمة . رأى بعض الصحابة ، وسمع من قليل منهم . كان شجاعا ، جميلا . ناسكا ، فصيحا ، علما ، شهد نه أنس بن مالك وغيره . وكان إمام أهل البصرة . كان أولا كاتباً للربيع بن سليمان والي خراسان ، ولي القضاء بالبصرة أيام عمر بن عبد العزيز . ثم استعفى . توفي سنة 110 هـ ( ابن حجر ، تهذيب التهذيب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1984 ، 2/232 وما بعدها - البركلي ، الأعلام 2 / 226 ) .

(4) ابن سيرين : هو محمد بن سيرين البصري ، الأنصاري بالولاء ، أبو بكر . تابعي ، مولده ووفاته بالبصرة . ولد سنة 33 هـ . سناً براراً ونفقه . كان له مولد لأنس بن مالك . ثم كان هو كاتب لأنس بن فارس . كان إماماً وفقهه في علومه الدين بالبصرة . روى الحديث عن أنس بن مالك . وروى عنه ثلاث . كان ، حسن بن علي وغيرهم من الصحابة . واشتهر بالورع وتأويل الرؤيا . وقال ابن سعد : لم يكن بالبصرة أحسن منه بالقضاء . بسبب أنه كتب تعبيره . في سنة 110 هـ ( البركلي ، الأعلام 6 / 154 - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 4 / 181 وما بعدها - الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، 4 / 606 وما بعدها - عمر كحلان ، معجم النبوعين 10 / 59 ) .

(5) موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 175 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وهو ما سوف أبينه من خلال ما سيأتي .

**البند الأول - إثبات الخلع بالإقرار :** الأصل أن الإقرار كما سبق وأن ذكرت في الحديث عنه كطريقة من طرق الإثبات على سبيل المحاز عند الفقهاء وليس حقيقة ؛ لأن البيئات والحجج لإثبات الحق المتنازع فيه ، وفي حالة الإقرار أصبح الحق ثابتا بالإقرار نفسه ، فارتفع مناط النزاع والخلاف .  
والفقهاء متفقون<sup>(1)</sup> على أن الحقوق تثبت بالإقرار كونه أقرب للصدق ، فالمسلم لا يمكن أن يقر بما فيه ضرر لنفسه.

وقد سئل مالك عن رجل أقر عند قوم أنه بارأ امرأته ، ثم زعم بعد ذلك أنه كان مازحا ، ولم يبارئ وأنكرت هي أن تكون بارأته ، قال : إذا شهد عليه بإقراره بانت منه بواحدة ولا رجعة له عليها إلا بتكاح جديد<sup>(2)</sup> .

وجاء في مغني المحتاج : « إذا ادعت ، أي : الزوجة خلعا فأنكره الزوج ولا بينة صدق يمينه ، إذ الأصل بقاء التكاح وعدم الخلع ، فإن أقامت بذلك بينة فلا بد من رجلين ، وإذا ثبت فلا مطالبة له بالمال ؛ لأنه ينكره إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحقه »<sup>(3)</sup> .

و جاء في شرح منتهى الإرادات : « إذا قال لزوجته خالعتك بألف مثلا فأنكرته أي : الخلع بألف بانت بإقراره ، وتحلف لنفي العوض ، أو لم تنكر الخلع لكن قالت : إنما خالعت غيري بانت منه لإقراره بما يوجب ذلك ، وتحلف الزوجة لنفي العوض ؛ لأنها منكرة ، والأصل براءتها ، وإن أقرت بأنها خالعته ، وقالت ضمنه ، أي : عوض الخلع غيري لزمها أو قالت : عوض الخلع في ذمته ، أي : الغير ، قال الزوج : بل في ذمتك لزمها العوض ، لإقرارها بالخلع ، ودعواها أنه في ذمة غيرها أو أنه ضمنه دعوى غير مسموعة »<sup>(4)</sup> .

**البند الثاني - إثبات الخلع بالبينة :** اتفق الفقهاء على إثبات الخلع بالبينة ، أي : بشهادة الشهود ، لكنهم اختلفوا في نصابها .

حيث ذهب الحنفية<sup>(5)</sup> إلى جواز شهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين عدول .  
بينما ذهب الجمهور<sup>(6)</sup> إلى القول بأنه يشترط في الشهادة على أصل الخلع أن يكون من رجلين

(1) محمد عدلاء الدين بن عابد ، تكملة حاشية رد المحتار 217 2 - الشافعي ، الأم 50/7 .

(2) الخلفاء ، مواهب الحسب ، 29/4 .

(3) الخلفاء الشرعي ، معنى الصحاح 4 548 .

(4) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، 360 5 .

(5) السمرقندي ، جمع الفقهاء ، 362.3 .

(6) الدسوقي ، حاشية السمرقندي 287 / 4 - الخلفاء الشرعي ، معنى الصحاح 4 548 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، 684 6 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

عدلين فقط ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال غالبا .

ويختلف اشتراط النصاب في الشهادة في حال دعوى الخلع من قبل الزوج عن حال دعوى المرأة ذلك ؛ لأن دعوى الزوج دعوى مال ، فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين<sup>(1)</sup> ، بينما دعوى الزوجة دعوى طلاق ولا تثبت عند الجمهور<sup>(2)</sup> إلا برجلين عدلين .

ويختلف الحكم حين اختلاف الشاهدين في حال ادعاء الخلع من قبل الزوجة والزوج ينكره ، عن حال ادعائه من قبل الزوج والزوجة تنكره . جاء في المبسوط : « إذا ادعت المرأة الخلع ، وأنكره الزوج ، فأقامت شاهدين : شهد أحدهما بالخلع بألف ، والآخر بألف وخمسمائة ، فالشهادة باطلة ؛ لأنها تدعي أحد الأمرين لا محالة ، فتكون مكذبة للشاهد الآخر ؛ ولأن الخلع في جانبها قياس البيع ، وشهود البيع إذا اختلفوا في جنس الثمن ، أو في مقداره بطلت الشهادة ، فكذلك هنا إذا اختلفا في جنس الجعل كالعرض ، والعبد ، أو كالعرض والdraهم ، فالشهادة باطلة ؛ لأن كل واحد منهما شهد بالطلاق لعوض آخر ، ولا يمكن إيجاب واحد من العوضين عليها ، فلو حكم بالطلاق لحكم بالطلاق بغير عوض ، وقد اتفقا أن الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض .

لو كان الزوج هو المدعي للخلع ، والمرأة منكرة فشهد أحد الشاهدين بألف ، والآخر بألف وخمسمائة ، فإن كان الزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الألف ؛ لأن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج بقي منه دعوى المال ، ومن ادعى على غيره ألفا وخمسمائة ، فشهد له شاهدان : شهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الألف ؛ لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، فإن ادعى الزوج الألف لم تجز شهادتهما ؛ لأن الزوج قد كذب أحد شاهديه ، وهو الذي شهد بألف وخمسمائة ، والمدعي إذا أكذب شاهده بطلت شهادته له ، والطلاق واقع بإقراره<sup>(3)</sup> .

وجاء في الأم للشافعي : « ولو ادعت أنه خالعهما ووجدت شاهدا بأنه خالعهما على مائة وشاهدا أنه خالعهما على ألف أو عرض ، فالشهادة لا تختلفهما باطلة كلها ويحلف ... وهكذا لو كان هو المدعي أنه خالعهما على ألف وأقام بها شاهد وشاهدا آخر بألفين أو بعض ، فالشهادة باطلة ، وهي تجحد لزوما الطلاق بإقراره ، ولم يلزمها المال وحلفت عليه ، ولا يملك الرجعة ؛ لأنه يقر أن طلاقه خلع لا يملك فيه الرجعة<sup>(4)</sup> » .

البنسب الثالث - إثبات الخلع بالتسامع : اخلع من المسائل التي لا يستفيض خبرها عادة عند

(1) النووي ، المجموع 255 20 - شرح الدين بن قدامة ، الشرح كبير 99/12 .

(2) النووي ، المجموع 255 20 - شرح الدين بن قدامة ، الشرح كبير 99 12 .

(3) السرخسي ، المبسوط 6 181 وما بعدها .

(4) الشافعي ، الأم 222 5 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

الناس ، ولهذا لم يذكرها فقهاء الحنفية والشافعية في المسائل التي يجوز اثباتها بالتسامع أو السماع ، إلا أن المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> ذهبوا إلى القول بذلك .

**البند الرابع - إثبات الخلع باليمين والنكول عنها :** فرق الفقهاء بين حالتين في إثبات الخلع باليمين والنكول عنها عند التنازع فيه .

الحالة الأولى : إذا كانت الزوجة هي التي تدعي الخلع والزوج ينكره ، ففي هذه الحالة الدعوى دعوى فرقة زوجية بالخلع ، أي تنازع في أصل الخلع .

ذهب المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أنه لا يثبت الخلع باليمين والنكول عنها ؛ لأن مقصود الزوجة هو إنهاء الرابطة الزوجية ، وهذا لا يثبت إلا بعدلين ، ولا يمين في ذلك .

أما الشافعية<sup>(5)</sup> فيرون أن الخلع يثبت باليمين والنكول عنها ؛ لأنه من الحقوق التي تثبت بذلك .

الحالة الثانية : إذا كان الزوج هو الذي يدعي الخلع ، والزوجة تنكر ذلك ، مدعية براءتها من بدل الخلع ، ففي هذه الحالة الدعوى دعوى مال ، ودعوى المال تثبت باليمين باتفاق الفقهاء<sup>(6)</sup> .

### الفرع الثالث

#### حالات التنازع في الخلع وأحكامها

تكلم الفقهاء عن ثلاث حالات للتنازع في الخلع بين الزوجين ، وسأحاول من خلال ما يأتي تناولها بإيجاز .

**البند الأول - التنازع في أصل وقوع الخلع :** قد يختلف الزوجان في وقوع الخلع ، فيدعيه أحدهما وينكره الآخر ، والحكم المترتب عن ذلك يختلف في حال ادعاء الزوج له والزوجة تنكسه عن الحكم في حال ادعاء الزوجة وقوعه بينهما والزوج ينكره .

فإذا ادعى الزوج الخلع وأنكرته الزوجة ، فقالت لم تخالعي ، بل طلقيني بلا عوض ، أو قالت : لم تطلقيني ، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن لم يكن ثم بينة ، فالقول قول المرأة بيمينها في عدم ثبوت الخلع ، ولا يلزمها العوض ؛ لأنها منكورة والأصل براءة ذمتها ، وتبين منه ، أي : تقع البيونة

(1) الحارثي ، شرح مختصر حليل 212/7 .

(2) المرادوي ، الإحصاف 12 : 11 .

(3) ندسوقي . حاشية ندسوقي 4 - 287 - النعراوي . الفواكه الدواني 220/2 .

(4) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 690/6 .

(5) الخطيب الشربيني . معي الخناج 458/6 .

(6) ندسوقي . حاشية ندسوقي 4 - 287 - المرزي ، مختصر المرزي ص 405 - البهوتي . شرح منتهى الإرادات 360/5 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بينهما ، بإقرار الزوج ولا يستحق عليها عوضاً<sup>(1)</sup>. واستثنى المالكية<sup>(2)</sup> إلا أن يذكر أنه اشترط عليها أنها إن دفعت المال إليه فهي طالق وأنكرت ذلك ، فلا يلزمه طلاق ولا يكون له مال.

واعترض على هذا بأن الخلع عقد معاوضة كالبيع ، فهلا كان إنكار الزوجة للخلع مانعاً من وقوع الطلاق عليها ، كما كان إنكار المشتري ما نعا من ثبوت الملك له ، والبايع مقر له بالملك ، كما أن الزوج مقر بالطلاق ؟

وأجيب عن هذا الاعتراض أن للزوج أن يتفرد بوقوع الطلاق فليزمه الطلاق بإقراره ، وليس للبايع أن يتفرد بتمليك المشتري ، فلم يلزمه التملك بإقراره<sup>(3)</sup>.

لكن ما الحكم إذا رجعت الزوجة عن إنكارها وأقرت بالخلع ؟

إذا عادت الزوجة وأقرت بالخلع بعد إنكاره فإنه يلزمها دفع العوض إليه<sup>(4)</sup>.

أما إذا رجع الزوج عن دعواه وصدق الزوجة في إنكارها لم يقبل قوله في رفع الطلاق ، ولا في سقوط الرجعة ؛ لأن من أقر بالتحريم قبل منه ، ومن رجع عنه لم يقبل منه<sup>(5)</sup>.

أما إذا ادعت الزوجة الخلع وأنكره الزوج ، ولا بينة لأحدهما صدق الزوج بيمينه ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع ، فإذا حلف فلا طلاق عليه ولا عوض له ، وإن اعترفت الزوجة له به ؛ لأنه لا يدعيه<sup>(6)</sup>.

فإن أقامت الزوجة البينة على صدق دعواها قبل حلف الزوج أو بعده قبلت ، وبانت منه ، وثبت الخلع ، ولا يحق له مطالبتها بالعوض ؛ لأنه ينكره<sup>(7)</sup>.

وإن عاد الزوج واعترف بالخلع قبل أن تقيم الزوجة البينة أو بعدها ، قبل منه وقضي له به ؛ لأن الطلاق قد لزمه ، والزوجة معترفة له به<sup>(8)</sup>.

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق 4 ، 131 - الخطاب ، مواهب الجليل 38/4 - البحرى ، حاشية البحرى على الخطيب 4 268 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 230 .

(2) الخطاب ، مواهب الجليل 38/4 .

(3) الماوردي ، الحاوي الكبير 89/10 .

(4) المصدر نفسه 89/10 .

(5) المصدر نفسه 89 10 .

(6) ابن عابدين ، حاشية رد مختار 3 494 - زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، حصة الأول 1998 . 23 2 .

- الماوردي ، الحاوي الكبير 89 10 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 - 230 .

(7) الخطيب الشيرازي ، معني مختار 4 458 .

(8) الماوردي ، الحاوي الكبير 89 10 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

البند الثاني - التنازع في عدد الطلاق الواقع بالخلع : إذا اتفق الزوجان على وقوع الخلع بينهما ، فإنهما قد يختلفان في عدد الطلاق الذي وقع به ، فتدعي الزوجة عددا والزوج ينكره أو العكس ، ولا بينة لأحدهما .

ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> في هذه المسألة إلى التفصيل بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا تنازعا في عدد الخلع قبل أن يتزوجها مرة أخرى ، قيل القول قول الزوج .

الحالة الثانية : إذا تنازعا في عدد الخلع بعد التزوج بها ، فقالت لم يجر التزوج ؛ لأنه وقع بعد الخلع الثالث وأنكره ، فالقول له .

لأنه في هاتين الحالتين الأصل عدم وقوع الخلع ، والزوج يدعي الأصل فكان القول قوله ، وعلى الزوجة أن تقدم البينة على ما تدعيه .

الحالة الثالثة : إذا تنازعا في عدد الخلع في العدة أو بعد مضيها ، فقال : هي عدة الخلع الثاني ، وقالت : عدة الخلع الثالث فالقول قولها ، ولا يجمل النكاح .

وذهب المالكية<sup>(2)</sup> في هذه المسألة إلى قولين :

القول الأول : أنه إذا تنازعا الزوجان في عدد الخلع ، فالقول قول الزوج بيمينه ، فإن نكل حسب حتى يحلف ، فإن طال دين ، ولا يقال هي تحلف وتثبت ما تدعيه ؛ لأن الطلاق لا يثبت بالنكول مع الحلف ، وتبين منه إذا اتفقا على الخلع ، وتكون رجعية في غيره .

القول الثاني : أنه إذا تنازعا في عدد الخلع ، فالقول قول الزوج بغير يمين ، ووجهه أن ما زاد عنى ما قاله الزوج هي مدعية له ، وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجرد ما .

وفائدة كون القول قوله أنه إذا تزوجها بعد زوج تكون معه على تطليقتين اعتبارا بقوله طلقت واحدة ، لا أن له أن يتزوجها قبل زوج .

وذهب الشافعية<sup>(3)</sup> إلى أنه إذا تنازع الزوجان في عدد الخلع ، فإنهما يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، وشبهوا اختلافهما باختلاف المتبايعين .

بينما ذهب الحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أنه إذا تنازعا في عدد الخلع ، فإن البينة تقع بينهما لإقرار الزوج به ،

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 3 494 .

(2) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 568 .

(3) الحطيب التبرسي ، معني الخناج 4 549 .

(4) النهوي ، شرح مسهب الإيرادات 5 361 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

والقول قول الزوجة في سقوط العوض .

**البند الثالث - التنازع في الإكراه على الخلع :** إذا تنازع الزوجان على وقوع الخلع ، بأن ادعاه الزوج وأنكرته المرأة ، ثم أقرت بوقوعه ، لكنها بعد إقرارها ادعت إكراهها عليه ، فأنكر الزوج ذلك ، فالزوجة في هذه الحالة تدعي براءتها من عوض الخلع فلا لاتصدق في دعواها ؛ لأن الأصل عدم الإكراه<sup>(1)</sup>.

أما إذا ادعاه الزوج فقال : كنت مكرها فلي الرجعة ، فأنكرت الزوجة ذلك ، كان القول قولها ، ولم يقبل قول الزوج في الظاهر وعليه رد المال إن كان قبضه ؛ لاعترافه بعدم استحقاقه له<sup>(2)</sup>.

**أما في القانون :** فلم تتعرض قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لحالات التنازع في الخلع بين الزوجين، وتركت ذلك لأحكام الفقه ، التي يرجع إليها بموجب مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup>.

(1) ابن نجيم ، نجر الزائور 4 - 115 - النووي ، روضة الصائين 6 - 417 .

(2) النووي ، روضة الصائين 6 - 417 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وآثارها المدني المادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

### المطلب الثالث

#### التنازع في الرجعة

الطلاق من حيث أثره في قطع الرابطة الزوجية نوعان : طلاق يقطعها في الحال وهو البائن ، وآخر في المآل وهو الرجعي ، إذ يجوز في هذا الأخير للزوج أن يراجع زوجته ويعيدها إلى عصمته دون عقد جديد ، لكن يجب أن يكون ذلك قبل انقضاء عدتها ، فإذا انقضت العدة فلا رجعة له ، وإنما له الحق في إرجاعها إلى عصمته بعقد جديد ، والذي يجب أن تتوفر فيه جميع أركانه وشروطه .

لكن قد يختلف الزوجان في انقضاء العدة ، وبالتالي ينجر عنه الاختلاف في صحة الرجعة ، وذلك بأن تدعي الزوجة انقضاء عدتها ، ومنه فلا رجعة للزوج عليها ، بينما يدعي الزوج خلاف ذلك ، وبالتالي صحة الرجعة .

ورجعة الزوج لزوجته تكون حتى من دون رضاها أو إعلامها بذلك ، وفي هذه الحالة قد يرجع الزوج زوجته وهي لا تعلم بذلك ، وتمر مدة عدتها فتعتقد أنها قد بانت من زوجها ، فتتزوج غيره ، أو حتى تبقى من دون زواج ، فيأتي الزوج مدعياً رجعتها فتنكر هي ذلك ، فيقع التنازع بينهما في أصل الرجعة .

هذه المسائل هي ما سأحاول دراستها من خلال هذا المطلب .

#### الفرع الأول

##### ماهية الرجعة وأحكامها

##### البند الأول - تعريف الرجعة :

أولاً - الرجعة لغة<sup>(1)</sup> : رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعًا وَرُجُوعًا وَرُجُوعًا وَرُجُوعًا وَمَرْجِعًا وَمَرْجِعَةً انصرف ، وفي الكتاب : «إِنَّ إِلَى رَبِّكَ الرَّجْعَى» [ العلق 8 ] أي : الرجوع ، والمرجع مصدر على فُعْلَى ، وفيه : «إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ» [ المائدة 105 ] ، أي : رُجُوعَكُمْ .

وتراجع القوم رجعوا إلى محلهم ، ورجع الرجل وترجع ردد صوته في قراءة أو أذان أو غناء أو زمير أو غير ذلك مما يتكرر به ، والترجيع في الأذان أن يكرر قوله : أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمدا رسول

(1) ابن منظور ، لسان العرب مادة رجع 3: 1591 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

اللَّهُ ، وترجع الصوت ترديده في الحلق كقراءة أصحاب الأئمان ، وفي صفة قراءته ﷺ يوم الفتح أنه كان يرجع .

ورجع إليه كر ورجع عليه ، وارتجع كرجع ، وارتجع على الغرم والمتهم طالبه ، وارتجع إلى الأمر رده ، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجعا رجعا إلى نفسه بعد الطلاق ، والاسم الرجعة ، والرجعة يقال طلق فلان فلانة طلاقا يملك فيه الرجعة .

ثانيا - الرجعة اصطلاحاً : تعددت تعريفات الفقهاء لها .

حيث عرفها الحنفية<sup>(1)</sup> بأنها : استدامة الملك القائم في العدة ، ومنعه من الزوال ، وفسخ السبب المتعقد لزوال الملك ، أي أن : الرجعة هي إبقاء النكاح على ما كان مادامت في العدة ، لقوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [ البقرة 231 ] ؛ لأن الإمساك استدامة الملك القائم لا إعادة الزائل .

وعرفها المالكية<sup>(2)</sup> بأنها : رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها فتخرج المراجعة .

يراد بالمراجعة ما إذا تزوج من طلقها طلاقاً بائناً ؛ لأنه وإن صح أن يقال ارتجع زوجته ، وراجعها في المطلقة طلاقاً رجعياً إلا أن كثيراً من الفقهاء ، والمؤثمين يستعملون في رجعة المطلقة غير البائن لفظ ارتجع دون راجع ؛ لأن الرجعة بيد الزوج ، وحده ، وإن كانت بائناً استعملوا راجع لكون الحال متوقفاً على رضا الزوجين ، فهي مفاعلة .

وقالوا : الرجعة هو عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد .

وعرفها الشافعية<sup>(3)</sup> بأنها : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص .

وقولهم على وجه مخصوص إشارة إلى شروط الرجعة ، أي : من كونها قابلة للحل معينة لم يستوف عدد طلاقها<sup>(4)</sup> .

وعرفها الحنابلة<sup>(5)</sup> بأنها : إعادة مطلقة طلاقاً غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد .

البند الثاني - شروط الرجعة : تنقسم شروط الرجعة إلى قسمين .

أولاً - شروط تتعلق بالمرتجع : وهي :

(1) الكاسبي ، مدافع الصانع 3 - 285 - ابن نجيم ، البحر الرائق 4 - 76 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 575 .

(2) الخفص ، مواهب الخليل 4 - 99 - الفراء ، الفواجر الندوي 2 - 31 .

(3) الخفص الشريبي ، معني اصباح 5 - 90 - الرملي ، نهاية الغتاج 7 - 48 .

(4) المحرمي ، حاشية المحرمي 312 4 وما بعدها .

(5) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 - 505 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

1- يشترط في الزوج المرتجع أهلية النكاح بنفسه . لكن الفقهاء اختلفوا في بعض المسائل المتعلقة بأهلية المرتجع في الرجعة .

حيث ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> إلى أن رجعة المجنون لا تصح بالقول ، لكنها تصح بالفعل على خلاف بينهم .

وقالوا لا يشترط كون المرتجع طائعا مختارا جادا وعمادا ، فتصح عندهم مع الإكراه والمزول واللعب والخطأ ؛ لأن الرجعة استبقاء للنكاح لا إنشاؤه ، وهذه الأمور لا تشترط في الإنشاء ، فلا تشترط في الإبقاء أولى<sup>(2)</sup> ، ودليلهم قوله ﷺ : (( ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد النكاح ، والرجعة . والطلاق ))<sup>(3)</sup> .

وذهب المالكية<sup>(4)</sup> إلى عدم صحة رجعة المجنون والسكران مطلقا سواء بالقول أو بالفعل .

وتصح عندهم رجعة المحرم ، وتصح أيضا رجعة العبد والمريض ، ولو كان مريضا مرضا مخوفا . وأيضا تصح رجعة السفية والمفلس ، فهؤلاء الخمسة تصح رجعتهم ؛ لأن فيهم أهلية النكاح بقطع النظر عن العارض<sup>(5)</sup> .

وذهب الشافعية<sup>(6)</sup> إلى أنه يشترط في المرتجع أن يكون بالغا ، عاقلا ، مختارا ، غير مرتد ، ولا سكران بسبب غير محظور - كأن يشرب دواء فيسكره - فإن كان سكره بسبب محظور ، وهو متعمد شربه صحت رجعته .

أما الزوج الذي طلق ثم جن ، فلوليه أن يباشر الرجعة عنه على الصحيح من المذهب<sup>(7)</sup> .

وتصح عندهم رجعة المحرم ، والعبد ، والسفيه ، والمفلس ؛ لأنه يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء ؛ ولأن كلا من هؤلاء أهل للنكاح بنفسه في الجملة وإنما منع مانع عرض له<sup>(8)</sup> .

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير 4 / 17 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 294 .

(3) أبو داود ، سنن أبي داود باب في الطلاق على المزول برقم 2194 ، 447/2 - الترمذي ، سنن الترمذي باب ما جاء في الجذ والمزول في الطلاق برقم 1184 ، 481:3 - ابن ماجه . سنن ابن ماجه باب من طلق أو نكح أو راجع لأعيا برقم 2039 ، 658/1 - الحاكم ، المستدرک 2 / 198 . قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ، وقال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد ، ... ولم يخرجاه .

(4) الدردير . الشرح الكبير 2 / 415 .

(5) الخطيب ، مواهب الجليل 100.4 .

(6) الحفص السريبي . معني يحتاج 5 / 90 وما بعدها .

(7) المنذرى عنه 5 / 91 .

(8) الرمي ، بحنة الخناج 7 / 48 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

واختابته<sup>(1)</sup> تصح عندهم رجعة اخرم وامريض وامسافر ؛ لأنها استدامة للنكاح لا إنشأؤه ، ولا تصح عندهم رجعة المخنون ، ويقوم الولي مقامه فيها ؛ لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة فملك استيفاءه له كبقية حقوقه.

ولم يذكر الخنابة ولا المالكية شرط البلوغ في المرتجع ، كما ذهب إلى ذلك الشافعية ، والواقع أنه لا حاجة لذكر هذا الشرط ؛ لأن ذكره يراد به الاحتراز عن الصبي ، والصبي كما هو معلوم لا يصح طلاقه فلا تثبت له الرجعة ؛ لأن الرجعة تكون في الطلاق الرجعي ، وحيث لا طلاق فلا رجعة<sup>(2)</sup>.

وقد نبه الخطيب الشربيني<sup>(3)</sup> وهو من الشافعية لهذا في كتابه مغني المحتاج بقوله : « الاحتراز عن الصبي فيه تجوز ، فإنه لا يتصور وقوع طلاقه حتى يقال : لا تصح رجعته »<sup>(4)</sup>.

2 - أن يقصد الزوج بالرجعة الإصلاح ، إذ يشترط في المرتجع لتكون رجعته على الوجه المشروع أن يقصد بها الصلاح والإصلاح وعدم الإضرار بالزوجة المرتجعة<sup>(5)</sup>.

والأدلة على هذا الشرط :

- قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَهُوَ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ [ البقرة 228 ] .

جاء في تفسير هذه الآية عند القرطبي<sup>(6)</sup> : « الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها ، وإزالة الوحشة بينهما ، فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من ربة النكاح فمحرم ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْدُوا ﴾ [البقرة 231] ، ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة ، وإن ارتكب النهي وظلم نفسه ، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه »<sup>(7)</sup>.

(1) البيهقي ، كشاف القناع 5 / 361 .

(2) عبد الكريم زيدان ، المفصل 8 / 21 .

(3) الخطيب الشربيني : هو محمد بن أحمد الشربيني ، شمس الدين ، فقيه شافعي مفسر لغوي من أهل القاهرة . من تصانيفه : الإقناع في حل الألفاظ أبي شجاع ؛ و معنى المحتاج في شرح المنهاج ؛ كلاهما في الفقه . وله تقريرات على المطول في البلاغة ؛ و شرح شواهد القطر . توفي سنة 977 هـ . ( الزركلي ، الأعلام للزركلي 6 / 6 - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 8 / 269 ) .

(4) الخطيب الشربيني . معنى المحتاج 5 / 91 .

(5) عبد الكريم زيدان ، المفصل 8 / 22 .

(6) القرطبي : هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن قزح . أندلسي من أهل قرطبة أندلسي . من كبار المفسرين . اشتهر بصلاحه والبعد ، فمع آخر آثاره ، والشافعية وردت في السؤال بالكف والشفاقة ، والتدكرة بأحوال الموتى والأخوة . رحل إلى المشرق واستقر بمخيم ابن الخصيب شمالي أسبوط بمصر . توفي سنة 671 هـ . من تصانيفه : الجامع لأحكام القرآن ؛ و التدكرة بأمور الآخرة ؛ و الأسنى في شرح الأسماء الحسنى . ( الزركلي ، الأعلام 25 / 2 ) .

(7) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، طعة 1985 . 3 / 123 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وعند ابن كثير<sup>(1)</sup> : « أي : وزوجها الذي طلقها أحق بردها ما دامت في عدتها ، إذا كان مراده بردها الإصلاح والخير<sup>(2)</sup> . »

وجاء في تفسير الرازي : « أما قوله تعالى : ﴿ إِنِ ارَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ فالمعنى أن الزوج أحق بهذه المراجعة إن أرادوا الإصلاح وما أرادوا المضارة ، ونظيره قوله : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ [ البقرة 231 ] ، والسبب في هذه الآية أن في الجاهلية كانوا يرجعون المطلقات ، ويريدون بذلك الإضرار بمن يطلقوهن بعد الرجعة ، حتى تحتاج المرأة إلى أن تعتد عدة حادثة ، فهوا عن ذلك ، وجعل الشرط في حل المراجعة إرادة الإصلاح ، ... فإن قيل : إن كلمة ( إن ) للشرط ، والشرط يقتضي انتفاء الحكم عند انتفائه ، فيلزم إذا لم توجد إرادة الإصلاح أن لا يثبت حق الرجعة .

والجواب : أن الإرادة صفة باطنة لا اطلاع لنا عليها ، فالشرع لم يوقف صحة المراجعة عليها ، بل جوازها فيما بينه وبين الله موقوف على هذه الإرادة ، حتى إنه لو راجعها لقصد المضارة استحق الإثم<sup>(3)</sup> .

- وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ لِيُعْظِمَكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أُنَّ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [ البقرة 231 ] .

جاء في تفسير هذه الآية عند القرطبي : « أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بم ولا يريد إمساكها ، كيما يطول بذلك العدة عليها وليضارها ، فأنزل الله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا

(1) ابن كثير : هو عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمرو البصري ثم البدمشي صاحب التفسير المشهور والمعروف بتفسير ابن كثير. ولد بالحصرة سنة 701 هـ، ثم رحل إلى دمشق مع أخيه بعد وفاة أبيه. سمع من علماء دمشق وأخذ عنهم مثل الأمدى وابن تيمية الذي كانت تربطه به علاقة خاصة تعرض للأذى بسببها. كان من بيت علم وأدب ، وتلمذ على كبار علماء عصره، فنشأ عالماً محققاً ثقة متقناً، وكان غريب العلم واسع الإطلاع إماماً في التفسير والحديث والتاريخ. ترك مؤلفات كثيرة قيمة أهمها البداية والنهاية في التاريخ وكتاب تفسير القرآن العظيم، وهو من أفضل كتب التفسير ما أنتجته من عبادة بالأنوار ونخب لأقوال السلف والروايات الشريفة. توفي سنة 774 بعد أن كُفَّ بصره، ودفن في دمشق. (عمر كحلانة، معجم المؤرخين 832 وما بعدها - تفسير ابن كثير، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثانية 1999، 1/12 وما بعدها ترجمة صاحب الكتاب ) .

(2) ابن كثير ، تفسير ابن كثير 1 / 609 .

(3) الرازي ، تفسير الرازي 6 / 101 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

تَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ» يعظهم الله به، وقال الزجاج<sup>(1)</sup> : «فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ» يعني : عرض نفسه للعذاب ؛ لأن إتيان ما نهى الله عنه تعرض لعذاب الله ، وهذا الخير موافق للخير الذي نزل بترك ما كان عليه أهل الجاهلية من الطلاق والارتجاع حسب ما تقدم بيانه عند قوله تعالى : «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ» [ البقرة 229 ] . فإفادنا هذان الخبران أن نزول الآيتين المذكورتين كان في معنى واحد متقارب ، وذلك حبس الرجل المرأة ومراجعتها لها قاصدا إلى الإضرار بها ، وهذا ظاهر<sup>(2)</sup> .

وقال ابن العربي<sup>(3)</sup> : « هذا يدل على أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرغبة ، فإن قصد أن يمنعها النكاح ويقطع بها في أملاها من غير رغبة اعتداء عليها فهو ظالم لنفسه ، فلو عرفنا ذلك نقضنا رجعته ، وإد لم نعرف نفذت ، والله حسيبه»<sup>(4)</sup> .

وعامة الفقهاء لم يذكروا شرط إرادة الإصلاح وعدم قصد الإضرار من جملة شروط صحة الرجعة ؛ لأن أحكام الدنيا تبنى على الظاهر ، وقصد الإضرار من الأمور الخفية ، وهي لا تصح بها صحة أو فساد التصرفات ، وإنما يتعلق بها أحكام الآخرة من الثواب والعقاب<sup>(5)</sup> .

والخلاصة في شرط إرادة الإصلاح وعدم الإضرار لصحة الرجعة ، أنه لا خلاف بين أهل العلم أن الرجعة التي شرعها الإسلام هي التي تكون بقصد الإصلاح وعدم قصد الإضرار بالزوجة المرتجعة ، وهذا هو الشرط لصحتها فيما بين المرتجع وربه تعالى ، فإن عريت الرجعة عن هذا الشرط أتم صاحب الرجعة وإن صححت في أحكام الدنيا ؛ لأنه ليس كل ما يقضي القاضي بصحته وجوازه يكون صحيحا ، وجاء عند الله تعالى ... ، وإذا كان الأمر كما سبق بيانه ، فإن الشأن بالمسلم أن يراعي هذا الشرط إذا قدر له في يوم من الأيام أن يكون زوجا مرتجعا حتى تكون تصرفاته سليمة ومقبولة عند الله تعالى ، وليست سليمة ومقبولة فقط أمام القاضي وفي أحكام الدنيا<sup>(6)</sup> .

(1) الزجاج : هو إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل . النحوي ، اللغوي ، المفسر . أقدم أصحاب المرد قراءة عليه ، ولد سنة 241 هـ . كان من أهل العلم والأدب والدين المتين أخذ الأدب عن المرد ونعلب ، وكان يخرط الزجاج ثم تركه واشتغل بالأدب ، فنسب إليه ، واختص صحة الوزير عبيد الله سليمان وعمه ولده القاسم الأدب ولما استوزر القاسم أفاد بطريقه مالا جزيلا . من تصانيفه : معاني القرآن ، و الاشتقاق ، و خلق الإنسان ، و الأمالي توفي سنة 311 هـ . ( ابن خلكان ، وفيات الأعيان 1: 49 وما بعدها - الزركلي ، الأعلام 40/1 - عمر كحالة معجم المؤلفين 33/1 ) .

(2) القرظي ، الجامع لأحكام القرآن 155/3 .

(3) ابن العربي : هو محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو بكر ، المعروف بابن العربي . حافظ متبحر ، وفقه ، من أئمة المالكية ، بلغ رتبة الاجتهاد . و سنة 468 هـ . أخذ عن والده وحاله أنا القاسم الحسن افوري ، ورحل إلى الشرق ، وأخذ عن الطرطوشي والإمام أبي حامد الغداني ، ثم عاهد مراكنش . وأحد عنه غناضي عياض وغيره . أكثر من التأليف . وكتبه تدل على عمارة عظم وبصر بالنسبة . من تصانيفه : عارضة الأحودي شرح الترمذي وأحكام القدر . و حصول في عمه الأصول؛ و متشكل الكتاب ونسبة . توفي سنة 543 هـ ( محمد مخلوف ، شجرة النور - كحة 199 وما بعدها ) .

(4) ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان . دت 1 270 .

(5) عبد الله بن ريدان ، الفصل 258 .

(6) المرجع نفسه 258 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ثانيا : شروط تتعلق بالمرتجعة : وهي :

1 - يشترط في المرتجعة أن تكون مطلقة طلاقا رجعيا<sup>(1)</sup> ؛ لأن الرجعة لا تثبت إلا في هذا النوع من الطلاق ، فلا تثبت في الطلاق البائن أيا كان نوعه .

2 - أن تكون المرتجعة في عدتها<sup>(2)</sup> ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ [ البقرة 231 ] .

جاء في تفسير هذه الآية : « يعني تعالى ذكره بذلك : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ﴾ أيها الرجال نساءكم ﴿ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ ﴾ ، يعني : ميقاتهن الذي وقته لهن ، من انقضاء الأقرء الثلاثة ، إن كانت من أهل القرء ، وانقضاء الأشهر ، إن كانت من أهل الشهور ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ ، يقول : فراجعوهن إن أردتم رجعتهن في الطلقة التي فيها رجعة : وذلك إما في التطليقة الواحدة أو التطليقتين ، كما قال تعالى ذكره : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [ البقرة 229 ] »<sup>(3)</sup> .

ولقوله تعالى : ﴿ وَيُعَلِّمُنَّ أَحْقَابَهُنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ [ البقرة 228 ] ، أي : في وقت عدتهن ، وهذا ليس بوقت عدتهن .

3- أن تكون المرتجعة مدخولا بها<sup>(4)</sup> ، من شرط الرجعة أن تكون في العدة كما سبق ذكره ، وغير المدخول بها لا عدة عليها ، وبالتالي لا يثبت عليها حق الرجعة ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَّوَهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [ الأحزاب 49 ] . ومعنى هذا أن الزوج لا يملك حق الرجعة على مطلقة قبل الدخول ؛ وذلك لأن الطلاق قبل الدخول بائن ، وإذا بانء بانقضاء العدة لا رجعة له عليها كما سبق ذكره ، وعلى هذا إجماع أهل العلم .

(1) ابن نجيم ، سحر الرائق 77 / 4 - القراوي ، الفواكه الدواني 322 .

(2) الكاساني ، مدائع الصنائع 3 289 - النووي ، المجموع 264 17 - موقوف الدين بن قدامة ، المعنى 8 471 .

(3) الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن 7/5 .

(4) الساري ، معانيه شرح الهداية هامش شرح فتح القدير 4 14 - الحطاب ، موهب الخليل 102 4 - الإقاع في حل العقد أي شجاع خاد

سحريمي ، 314 4 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 492 8 وما بعدها .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

4 - أن تكون المرتجعة منكوحة نكاحا صحيحا<sup>(1)</sup> ، فإذا كان فاسدا لم تثبت فيه الرجعة ؛ لأن الرجعة يراد بها إدامة النكاح القائم ومنع زواله ، والنكاح الفاسد واجب الإزالة بحكم الشرع ، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه دخول ووجبت على المرأة العدة .

البند الثالث - صيغة الرجعة : وهو ما تقع وتحصل به الرجعة ، وهو ما يصدر عن الزوج المطلق من قول أو فعل يدل على إرادته إرجاع زوجته التي طلقها طلاقا رجعيا ، والأصل أن تكون الرجعة بالقول ، وقد تكون بالفعل<sup>(2)</sup> وهو ما سأحاول التطرق إليه فيما يلي :

أولا - الرجعة بالقول : تصح الرجعة بالقول بلا خلاف بين أهل العلم<sup>(3)</sup> . ويستحب عند الشافعية<sup>(4)</sup> أن يضيف ذلك إلى النكاح أو الزوجية أو نفسه ، فيقول رجعتك إلى نكاحي ، أو زوجيتي . أو إلي ، ولا يشترط ذلك ، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو مضمرة كقوله راجعت فلانة أو راجعتك ، فأما مجرد راجعت وارتجعت فلا ينفع ، ولو قال راجعتك للمحبة أو للإهانة أو للأذى ، وقال أردت لمحبي إياك أو لأهينك أو أؤذيك قبل وحصلت الرجعة ، وإن قال أردت أني كنت أحبها أو أهينها قبل النكاح فرددتها إلى ذلك قبل ، ولم تحصل الرجعة .

والرجعة تقع بالصريح من القول بلا نية ؛ لأن الإتيان به دليل على إرادة الرجعة<sup>(5)</sup> ، والصريح راجعتك في حال خطابها ، وراجعت امرأتي في حال غيبتها وحضورها أيضا ، ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك .

أما عند المالكية<sup>(6)</sup> فالرجعة تحصل بالقول الصريح باطنا لا ظاهرا إلا إذا اقترن القول بالنية ، فهو يشترطون النية حتى في القول الصريح ؛ لأن الرجعة لا تحصل عندهم إلا بالنية ، فإذا راجع الزوج زوجته بقوله راجعتك وارتجعتك ورددتك ، وغيرها من الصريح دون أن ينوي الرجعة ، فقد حصلت ظاهرا لا باطنا .

أما الرجعة بلفظ الكناية ، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(7)</sup> والمالكية<sup>(8)</sup> إلى أنها تحصل بالكناية

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير 4 / 14 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 654 - الخطاب ، مواهب الجليل 4 / 101 - البهوتي ، كشف القناع 5 / 360 .

(2) عبد الكريم زيدان ، المفصل 8 / 36 .

(3) ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 78 - المواق ، التاج والإكليل 4 / 101 - النووي ، روضة الطالبين 7 / 204 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 485 .

(4) النووي ، روضة الطالبين 7 / 204 وما بعدها .

(5) ابن القمام ، شرح فتح القدير 4 / 15 - الماوردي ، الخاوي الكبير 10 / 313 - البهوتي ، كشف القناع 5 / 361 .

(6) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 656 .

(7) نظام الدين ، الفسوى الهدية 1 / 575 .

(8) الدرر ، الشرح الكبير 2 / 417 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بشرط النية . والكناية : أنت عندي كما كنت ، وأنت امرأتي ، أو كأعدت الحل ورفعت التحريم .  
فالأول يحتمل لي ولغيري ، والثاني يحتمل عني وعن غيري.

وذهب الشافعية<sup>(1)</sup> إلى قولين ، الأول أن الرجعة تصح بالكناية مع النية ، والثاني أنها لا تصح بها مطلقا وقيل هو المذهب .

وعند الحنابلة<sup>(2)</sup> في صحة الرجعة بالكناية قولان ، الأول لا تصح الرجعة بالكناية ؛ لأنها استباحة بضع مقصود ، فلا تحصل بكناية كالنكاح ؛ لأن هذا كناية ، والرجعة استباحة بضع مقصود ، ولا تحصل بالكناية .

والثاني تصح الرجعة بالكناية مع النية ، وأوماً إليه أحمد واختاره ابن حامد<sup>(3)</sup> ؛ لأنه تباح به الأجنبية ، فالرجعية أولى ، وعلى هذا ، يحتاج أن ينوي به الرجعة ؛ لأن ما كان كناية تعتبر له النية . ككنايات الطلاق .

أما الرجعة بلفظي النكاح والتزويج ، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارهما من ألفاظ الكناية أو التصريح في الرجعة ، ووقوع الرجعة بهما من عدمه .

فالحنفية<sup>(4)</sup> ذهبوا إلى قولين في المسألة ، الأول أنهما من القول الصريح ، وتصح الرجعة بهما بلائحة وعليه الفتوى في ظاهر الرواية .

والثاني قول أبي حنيفة أنه لا يكون رجعة بلفظي النكاح والتزويج ، وجه هذه الرواية أن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه فكان قوله : نكحتك إثبات الثابت ، وأنه محال ، فلم يكن مشروعاً فكان ملحقاً بالعدم شرعاً فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك ؛ لأن ذلك ليس بإثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت ، وأنه محل للاستيفاء ؛ لأنه انعقد سبب زواله ، والرجعة فسخ السبب ، ومنع له عن العمل فيصح .

وقد قال الكاساني<sup>(5)</sup> معللاً ترجيح القول الأول : « وجه ظاهر الرواية أن النكاح ، وإن كان ثابتاً

(1) الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 49 - الماوردي ، الحاوي الكبير 10 / 312 .

(2) موفق الدين بن قدامة ، المعنى 8 / 485 .

(3) ابن حامد : هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان أبو عبد الله البغدادي . إمام الحنبلية في زمانه ومدرسه ومفتيهم . أخذ عن أبي بكر بن مالك وركب من الشافعي وأن نكح الشجاع وأبي علي بن الصواف وأحمد بن سالم الحنفي وغيرهم . كان من أصحابه أبو إسحاق وأبو العباس الترمكيان وأبو صاهر العطار وغيرهم . له من تصنيفات الجامع في المذهب ، وشرح الحرفي وشرح أصول الدين وأصول الفقه ، وغيرها . توفي راجعاً من مكة فربما قصة . 403 هـ . ( ابن أبي عمير . طبقات الحنابلة 2 / 169 وما بعدها - برزكني ، الأعلام 2 / 187 ) .

(4) ابن نجيم ، البحر الرائق 4 / 78 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 289 .

(5) الكاساني : هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، علاء الدين . مسوب إلى كاسان أو قاشان ، أو كاشان بلدة بالتركستان ، حنف من سنجين . أهل حلب . من أئمة الحنفية . كان يسمى منك العشاء أحد عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور ثقة الفقهاء ، نزل بعض الأعمال نور الدين

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

حقيقة لكن المحل لا يحتمل الإتيان ، فيجعل مجازا عن استيفاء الثابت لما بينهما من المشاهدة تصحيحا لتصرفه بقدر الإمكان ، وقد قيل في أحد تأويلي قوله تعالى ﴿ وَتُؤْتَيْنَ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ [ البقرة 228 ] ، أي : أزواجهن أحق بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال ، والنكاح المضاف إلى المطلقة طلاقا رجعيا فدل على ثبوت الرجعية بالنكاح <sup>(1)</sup> .

وعند الشافعية <sup>(2)</sup> هما من ألفاظ الكناية على الأصح من المذهب ، وهما من الصريح على قول آخر . وقد ذهبوا إلى صحة وقوع الرجعة بالكناية إلى قولين ، الأول أن الرجعة تصح بالكناية مع النية ، والثاني أنها لا تصح بها مطلقا وقيل هو المذهب .

أما الحنابلة <sup>(3)</sup> فعندهم لفظ الزواج ولفظ النكاح في الرجعة من الكنايات ، مبررين ذلك بأن الرجعة ليست بنكاح ، وفي المذهب لا تحصل الرجعة بالكناية .

ويشترط في صيغة الرجعة بالقول أن لا تكون معلقة عند جمهور الفقهاء <sup>(4)</sup> ؛ لأن الرجعة عند الحنفية استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يخلف به ولا يخلف بالرجعة بخلاف الطلاق ؛ ولأنه عند الحنابلة استباحة فرج مقصود ، فأشبهه النكاح بينما ذهب المالكية <sup>(5)</sup> في تأويل قول مالك في إبطال الرجعة إن لم تنجز إلى فريقين .

الفريق الأول : أخذ بظاهر كلامه أن هذه الرجعة باطلة مطلقا ، والفريق الثاني قال : مراده لا تكون رجعة الآن ، وتصح إذا جاء غد فإبطالها إنما هو الآن فقط ؛ لأنه وإن كان الارتجاع الأول فاسدا ، فإن حقه في الرجعة قائم ، وهو يرى أنه مرتجع رجعة محدثة .

ثانيا - الرجعة بالأفعال : الرجعة كما تكون بالقول الصريح أو الكناية على النحو الذي سبق بيانه ، فهي تكون بالأفعال ، أي بفعل مادي يقوم به الزوج المرتجع ، للدلالة هذا الفعل على إرادة الرجعة . لكن السؤال الذي يطرح نفسه ، ما هي الأفعال التي تكون دالة على الرجعة ، وتقع بها هذه الأخيرة صحيحة ؟ هذا ما سأحاول أن أبينه من خلال التطرق إلى أقوال فقهاء المذاهب في هذه المسألة .

- الشهيد . وتوفي بطلب من تصانيفه : البدائع وهو شرح تحفة الفقهاء ، والسلطان المبين في أصول الدين . ( ابن أبي الوفاء ، الجواهر النضية ، ص 12 - الدرر الكلي ، الأعلام 2 / 70 ) .

(1) الكاساني . بدائع الصنائع 3 / 289 .

(2) الخطيب شربسي . معني المحتاج 5 / 91 وما بعدها .

(3) البيهقي . شرح منتهى إدرات 507/5 .

(4) السرخسي ، المسوط 6 / 25 - النووي ، روضة الضالين 7 : 206 - مرقع الدين بن قدامة ، المعني 8 / 485 .

(5) الخطيب . مواهب الحسب 4 / 103 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فاختفية<sup>(1)</sup> تصح عندهم الرجعة بالفعل ، والفعل ائدال على الرجعة عندهم هو أن يجامعها أو يمس شيئاً من أعضائها لشهوة ، أو ينظر إلى فرجها عن شهوة ، وإن لمس أو نظر لغير شهوة لم يك رجعة ؛ لأن ذلك حلال في الجملة .

وهذا لأن الرجعة عندهم استدامة النكاح من كل وجه ، فلا تختص بالقول ، ويبنى أيضاً على حل الوطء ، وحرمة<sup>(2)</sup> .

وقالوا : بأن الرجعة كما تحصل بفعل الزوج تحصل بفعل الزوجة أيضاً إن كان صدر منها فعل يعلمه ولم يمنعها اتفاقاً<sup>(3)</sup> .

أما إن كان اختلاسا منها أو إكراها ، أو كان معتوها ، فقد اختلفوا في ذلك إلى قولين . على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافاً لأبي يوسف<sup>(4)</sup> .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد القياس على ثبوت حرمة المصاهرة بهذه الأفعال سواء كانت منه أو منها .

أما وجه قول أبي يوسف عدم اعتبار هذه الأفعال رجعة لأن الرجعة من حق الزوج وليست من حق الزوجة ، فهو الذي يراجع وليست هي<sup>(5)</sup> .

والمذهب قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن ذلك حلال لها ، فلو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج ، فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التفرز عن الحرام ؛ ولأن جماعها كجماعه لها في باب التحريم ، فكذا في باب الرجعة<sup>(6)</sup> . ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية<sup>(7)</sup> .

أما المالكية<sup>(8)</sup> فعندهم تقع الرجعة بفعل يدل عليها بشرط توفر نية المراجعة به ، ولا تصح الرجعة بفعل دونها ، كوطء بلا نية ، وأولى مقدماته ، وهو حرام ، ويجب عليها الاستبراء منه ، وليس له رجعتها

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 286 .

(2) المصدر نفسه 3 / 286 .

(3) ابن القمام . شرح فتح القدير 4 / 16 .

(4) المصدر نفسه 4 / 16 .

(5) البحر : السراجي ، مسبوط 6 / 24 .

(6) الكاساني . بدائع الصنائع 3 / 287 وما بعدها .

(7) ابن القمام . شرح فتح القدير 4 / 16 .

(8) محمد عيسى . منح الخليل 4 / 181 - المواقف ، التاج والإكليل 4 / 102 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

إلا في بقية عدة الطلاق لا فيما زاد عليها من الاستبراء ، ولكن ذهب ابن وهب<sup>(1)</sup> وهو من المالكية إلى القول بصحة الرجعة بمجرد الوطاء بلانية<sup>(2)</sup> .

أما الشافعية<sup>(3)</sup> فقد ذهبوا إلى عدم حصول الرجعة بالأفعال مطلقا ولو بنية ، فهي لاتصح عندهم إلا بالقول فقط .

أما الحنابلة<sup>(4)</sup> فعندهم لا تحصل الرجعة بالفعل إلا بالوطء فقط دون غيره من الأفعال ولو بشهوة في رواية ؛ لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة ، كالنظر . فأما الخلوة بها ، فليس برجعة ؛ لأنه ليس باستمتاع ، وحكي أن الرجعة تحصل به ؛ لأنه معنى يحرم من الأجنبية ، ويحل من الزوجة ، فحصلت به الرجعة كالأستمتاع ، والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها .

**القول المختار :** يترجح عندي أن الوطاء بنية المراجعة يعتبر رجعة لدلالة هذا الفعل على إرادة المراجعة ، كما أن مقدمات الجماع ودواعيه كالقبلة واللمس بشهوة تعتبر رجعة إذا كانت هذه الأفعال صادرة من الزوج بنية المراجعة ، أو كانت صادرة من الزوجة ولكن يعلم الزوج ورضاه وعدم منعها من ذلك ، أما إذا باشرته دون علمه أو دون تمكنه لها فلا تعتبر رجعة ؛ لأن الرجعة حق للزوج على الخلوص . كما يترجح لي قول الإمام زفر أن الخلوة الصحيحة بالزوجة المطلقة أو السفر بها يعتبران رجعة ، ولكن بشرط نية المراجعة عند الزوج .

### الفرع الثاني

#### إعلام الزوجة بالرجعة والإشهاد عليها

تعتبر مسألة إعلام الزوجة بالرجعة ، وكذا الإشهاد عليها - أي الرجعة - من أهم المسائل التي ناقشها الفقهاء ، وذلك لما لها من أهمية في مسألة التنازع بين الزوجين في الرجعة عن التناكر فيها .

والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل إذا راجع الزوج زوجته يجب عليه إعلامها بذلك ؟ وهل إذا راجعها عليه أن يشهد على ذلك ؟ وهو ما سأحاول الإجابة عنه فيما يلي مستعرضا أقوال الفقهاء في ذلك ورأي القانون إن وجد .

(1) ابن وهب : هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي ؛ أبو محمد الفهري بالولاء ، المصري . ولد بمصر سنة 125 هـ . من تلاميذ الإمام مالك .  
وأنشأ من سعد ، وابن جراح ، وابن دينار ، وغيرهم . أخذ عنه سجون ، وابن عبد الحكم ، وأبو مصعب الزهري ، وغيرهم . جمع بين الفقه والحديث .  
عبادة كان حافظا صحيحا ، ابن أحمد عن مسطه ، وعرض عليه القضاء فامتنع ولم يقبله . حسب الموطأ الكبير و الموطأ الصغير . توفي بمصر سنة 197 هـ . ( محمد محبوب ، شجرة نور الزكية 89 1 - الزركلي ، الأعلام 4 144 - ابن حنكأ . وفیات الأعيان 36/3 ) .

(2) الدردير . الشرح الكبير 418 2 .

(3) النووي . مجموع 267 17 .

(4) موفق الدين بن قدامة . المعني 8 482 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

**البند الأول - إعلام الزوجة بالرجعة :** ذهب جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أنه يستحب ، ولا يجب إعلام الزوج المرتجعة بالرجعة ؛ لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفا في ملكه بالاستيفاء والاستدامة ، فلا يشترط فيه إعلام الغير كالإجازة في الخيار لكنه مندوب إليه ، ومستحب ؛ لأنه إذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز أنها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ظنا منها أن عدتها قد انقضت ، فكان ترك الإعلام فيه تسببا إلى عقد حرام عسى فاستحب له أن يعلمها .

لكن الأولى والأرجح القول بوجوب إعلام الزوجة بالرجعة وذلك للأدلة الآتية :

1- مارواه ابن حزم<sup>(2)</sup> عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في امرأة طلقها زوجها فأعلمها زوجها ثم راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها : « قد بانث منه »<sup>(3)</sup> .

2- روي عن مالك قال : بلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الذي طلق امرأته وهو غائب ثم يراجعها ولا يبلغها مراجعته ، وقد بلغها طلاقه أنها إن تزوجت ولم يدخل بها زوجها الآخر أو دخل ، فلا سبيل إلى زوجها الأول إليها . وهذا الخبر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صريح في دلالة على وجوب إعلام المرتجعة بالرجعة<sup>(4)</sup> .

3- تصرف الزوج بالرجعة أو بتركها يتعلق به حل وحرمة ، فقد تنقضي عدتها ولا يعلمها مطلقا بارتجاعه ، فتتزوج زوجا آخر ؛ لأنها تجهل ارتجاعه لها ، والمجهول كالمعدوم في حق الجاهل ، فتقع المرأة في الحرام ، يكون زوجها المطلق هو المتسبب في ذلك ، فمن الواجب عليه إعلامها بالرجعة منعاً لها من الوقوع في الحرام<sup>(5)</sup> .

**أما في القانون :** فإن جل قوانين الأسرة المغاربية سكنت عن هذه المسألة وتركت أمرها للفقهاء ، مما يستدعي الرجوع إلى مواد الإحالة في كل قانون<sup>(6)</sup> .

إلا أن المشرع المغربي تناول هذه المسألة وجعل إعلام الزوجة أمراً وجوبياً حيث نص على ذلك في

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 286 - ابن رشد ، بداية المجتهد 2 / 69 - النووي ، روضة الطالبين 7 / 207 .

(2) ابن حزم : هو علي بن أحمد بن سعيد بن غالب بن صالح بن معدان بن سفيان بن يزيد بن حزم الظاهري . أبو محمد . عالم الأندلس في عصره . أصله من الفرس . ولد بقرطبة سنة 384 هـ . كانت له الوزارة وتدبير المملكة ، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم . كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر ، بعيداً عن المنفعة حتى شبه لسانه بسيف الحجاج . طارده الملوك حتى توفي مبعداً عن بده . كثير التأليف مرقب بعض كتبه نسبت معاداة كثير من الفقهاء له . من تصنيفه : المجلس ؛ والإحكام في أصول الأحكام ؛ وطسوق الحماة وغيرها . نسوق 456 هـ ( البريكسي . الأعلام 4 / 254 - ابن حنكنا ، وفيات الأعيان 3 / 325 وما بعدها ) .

(3) ابن حزم ، غنى ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت . 10 / 253 وما بعدها .

(4) عدد نكته ريدان . انقضى 27/8 .

(5) المرجع نفسه 28 8 .

(6) اعترافاً ، قانون الأسرة في المغرب 222 - قانون الزواج والطلاق والارهاق النبي المادة : 72 - مجلة الأحوال الشخصية نورثانية المادة : 311 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

مدونة الأسرة المادة : 124 فقرة 03 : « يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة ، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك ، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع ، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه . » .

مما يستخلص من نص هذه المادة أن الزوج إذا أراد إرجاع زوجته إلى عصمته ، فإن ذلك لا يتم إلا أمام القاضي المختص الذي يقوم بدوره بالخطاب على وثيقة الرجعة ، لكن قبل ذلك يجب عليه إعلام الزوجة بذلك باستدعائها وإخبارها برجعة زوجها لها ، وتعود إلى زوجها ، وتستمر الحياة ، حيث تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل الطلاق ، هذا إذا وافقت الزوجة ؛ لأن الحكمة من الرجعة هي التأمل وربما الندم . مما يجعل الزوجان يتدلمان على الافتراق ، لكن وقد يقع العكس حيث ترفض الزوجة الرجوع لزوجها كونه يسيء لها أو فضلت الابتعاد عنه درءاً للمتاعب والأضرار أو أصبحت لا تطيقه إلى غير ذلك من الأسباب التي تجعلها لا ترى ضرورة العودة ، في هذه الحالة حول لها المشرع الالتجاء لمسطرة الشقاق التي نصت عليها المادة 94 من نفس المدونة<sup>(1)</sup> .

**البند الثاني - الإشهاد على الرجعة :** قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [ الطلاق 2 ] .

جاء في تفسير هذه الآية عند الطبري<sup>(2)</sup> : « وأشهدوا على الإمساك إن أمسكنموهن ، وذلك هو الرجعة ذوي عدل منكم ، وهما اللذان يرضى دينهما وأمانتهما »<sup>(3)</sup> .

وعند ابن كثير : « وقوله : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ أي : على الرجعة إذا عَزَمْتَ عليها »<sup>(4)</sup> .

وعند القرطبي : « وكل من راجع في العدة فإنه لا يلزمه شيء من أحكام النكاح غير الإشهاد على المراجعة فقط ، وهذا إجماع من العلماء ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ

(1) محمد الأزهر ، مرجع سابق ص 329 بتصرف .

(2) نظري : هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير ، أبو جعفر . من أهل طبرستان . ولد فيها سنة 224 هـ . من أكابر العلماء . كان حافظاً لكتاب الله . ففهم في الأحكام ، عالماً بالسُّنن وطرقها ، عارفاً بأيام الناس وأخبارهم . رحل من بلده في طلب العلم وهو ابن 12 سنة ، كان من أئمة المتهديين . عرض عليه القضاء فامتنع والمطامع فأبى . له أخبار من أقوال الفقهاء ، وقد تفرّد بمسائل حفظت عنه . سمع من محمد بن عبد الله بن إسحاق بن أبي إسرائيل وإسماعيل بن موسى السدي وأخرين . روى عنه أبو نعيم الحارثي والضرياني وضائفة . من تصانيفه : اختلاف الفقهاء - وكتاب السسط في الفقه - وجامع السنن في تفسير القرآن ؛ و التصير في الأصول . استوطن بغداد وأقام بها إلى حين وفاته سنة 310 هـ . (الدهلي . تذكرة الحفاظ 2 710 وما بعدها - ابن كثير ، البداية والنهاية 165/11 وما بعدها- ابن خلكان ، وفیات الاعيان 191.4 وما بعدها - الزركشي . الأعلام 6 69 ) .

(3) نظري ، جامع البيان في تأويل القرآن 23 444 .

(4) ابن كثير ، تفسير القرآن 145-8 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ» [الطلاق 2] . فذكر الإِشْهَاد في الرجعة ولم يذكره في النكاح ولا في الطلاق<sup>(1)</sup>.

وجاء في أضواء البيان عند تعداده للمسائل التي يجب فيها الإِشْهَاد : « المسألة الثالثة : مواطن الشهادة الواردة في القرآن ، والتي يجب القيام فيها ، نسوقها على سبيل الإجمال ... الثاني : الطلاق ، والرجعة<sup>(2)</sup> .

وفي أحكام القرآن للجصاص : « فأمر بالإِشْهَاد على الرجعة والفرقة أَيْتَمَّا اختار الزوج ؛ ... لأنه لما جعل له الإمساك أو الفراق ثم عقبه بذكر الإِشْهَاد كان معلوما وقوع الرجعة إذا رجع وجواز الإِشْهَاد بعدها إذ لم يجعل الإِشْهَاد شرطا في الرجعة ... وقد دحر الإِشْهَاد عقيب الفرقة ثم لم يكن شرطا في صحتها كذلك الرجعة ، وأيضا لما كانت الفرقة حقا له وجازت بغير إِشْهَاد إذ لا يحتاج فيها إلى رضا غيره ، وكانت الرجعة أيضا حقا له ، وجب أن تجوز بغير إِشْهَاد ، وأيضا لما أمر الله بالإِشْهَاد على الإمساك أو الفرقة احتياطا لهما ونفيا للتهمة عنهما إذا علم الطلاق ولم يعلم الرجعة أو لم يعلم الطلاق والفراق ، فلا يؤمن التباحث بينهما ، ولم يكن معنى الاحتياط فيهما مقصورا على الإِشْهَاد في حال الرجعة أو الفرقة بل يكون الاحتياط باقيا ، وإن أشهد بعدهما وجب أن لا يختلف حكمهما إذا أشهد بعد الرجعة بساعة أو ساعتين ؛ ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في صحة وقوع الرجعة بغير شهود إلا شيئا يروى عن عطاء<sup>(3)</sup> ... قال : "الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة" ، وهذا محمول على أنه مأمور بالإِشْهَاد على ذلك احتياطا من التباحث لا على أن الرجعة لا تصح بغير شهود ، ألا ترى أنه ذكر الطلاق معها ولا يشك أحد في وقوع الطلاق بغير بيينة؟<sup>(4)</sup> .

وفي أحكام القرآن لابن العربي : « وهذا ظاهر في الوجوب بمطلق الأمر عند الفقهاء ، وبه قال أحمد بن حنبل في أحد قوليه ، والشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، والشافعي في القول الآخر : إن الرجعة لا تفتقر إلى القبول ، فلم تفتقر إلى الإِشْهَاد ، كسائر الحقوق ، وخصوصا حل الظهار بالكفارة . وركب أصحاب الشافعي على وجوب الإِشْهَاد في الرجعة أنه لا يصح أن يقول : كنت راجعت

(1) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 1203 .

(2) محمد الأمين الشنقيطي ، أضواء البيان ، دار عالم الفوائد ، المملكة العربية السعودية دت ، 422/8 .

(3) عطاء : هو عطاء بن أَسْمِ بْنِ رَاحٍ . يكنى أبا محمد . من حيار التابعين . من مؤيدي الخديج ( باليمن ) كان أسود فمسن التمتع . معناه في الكبير كان من أحلاء الفقهاء وتابعي مكة وردها . سمع عاتقته ، وأبا هريرة ، وابن عباس ، وأه سلمة ، وأبا سعيد وغيرهم . ممن أخذ عنه . له من وأب حنبل . وكان معني مكة . شهد له بن عباس وابن عبد وغيرهما بالفتيا ، وحنوا أهل مكة على الأخذ عنه . من آثاره تفسير . مات مكة سنة 14 هـ . ( الذهبي ، تذكرة الحفاظ 981 - ابن كثير ، البداية والنهاية 335/9 - ابن عسكسان ، وفيات الأعيان 2613 وما بعدها - غير ذلك . معناه المؤلفين 283/6 ) .

(4) الجصاص ، أحكام القرآن ، تفسير عبد السلام محمد علي شاهين ، دار الكتب ، العنقة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 . 609/3 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في اجانب الشخصي

أمس ، وأنا أشهد اليوم ؛ لأنه إشهد على الإقرار بالرجعة ؛ ومن شرط الرجعة الإشهاد عليها ، فلا تصح دونه ؛ وهذا فاسد مبني على أن الإشهاد في الرجعة تعبد ، ونحن لا نسلم فيها ولا في النكاح . بل نقول : إنه موضوع للتوثق<sup>(1)</sup> .

وما يستخلص من كلام ابن العربي أن الرجعة تكون صحيحة ولو من غير إشهد ، وأن الأمر المنصوص عليه في الآية إنما هو للتوثق لا غير .

وخلاصة ما ذهب إليه المفسرون في هذه الآية ، أن منهم من ذهب إلى القول بوجوب الإشهد على الرجعة ، ومنهم من ذهب إلى استحباب ذلك .

أما الفقهاء فقد اختلفوا في مسألة الإشهد على الرجعة بين القول بوجوبها ، والقول باستحبابها ، وسأحاول استعراض أقوالهم حسب كل مذهب .

فالحنفية<sup>(2)</sup> قالوا بأن الإشهد على الرجعة ليس بشرط لجوازها ، وبالتالي عدم القول بوجوبه ، وإنما ذهبوا إلى القول باستحبابه ؛ لأن الإشهد شرط في ابتداء النكاح وليس في بقائه ، والرجعة إبقاء لعقد النكاح ، وعللة الاستحباب عندهم أن المرجع إذا لم يشهد على الرجعة ، فإنه لا يأمن أن تنقضي العدة فلا تصدق المرأة في الرجعة ، ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فنذب الإشهد لهذا السبب .

أما المالكية<sup>(3)</sup> فقد ذهبوا مذهب الحنفية في القول باستحباب الإشهد على الرجعة ، وذلك بسبب معارضة القياس للظاهر، وذلك أن ظاهر قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [ الطلاق 2 ] يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهد ، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على النذب.

أما الشافعية<sup>(4)</sup> فقد ذهبوا في مسألة الإشهد على الرجعة إلى قولين ، ففي القدم يشترط الإشهد على الرجعة لكونها بمنزلة ابتداء النكاح ، لظاهر قوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [ الطلاق 2 ] أي : على الإمساك الذي هو بمعنى الرجعة .

أما في الجديد فالإشهد مستحب ؛ لأن هذا الأخير وجب على النكاح لإثبات الفراش ، أي : الزوجية ، وهي ثابتة هنا ، فإن لم يشهد استحباب الإشهد عند إقرارها بالرجعة خوف حوِّدها فإن إقراره

(1) ابن العربي . أحكام القرآن 4 / 282 وما بعدها .

(2) البرجسي . المبسوط 6 / 22 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 286 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد 2 / 67 .

(4) مختصر الشافعي ، معنى النكاح 5 / 92 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بها في العدة مقبول لقدرته على الإنشاء .

أما عند الحنابلة<sup>(1)</sup> ففي الإشهاد على الرجعة روايتان ، الأولى : الإشهاد على الرجعة واجب لظاهر الآية ؛ ولأنها اسباحة بضع فوجبت فيها الشهادة .

والثانية : لا يجب الإشهاد ؛ لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر الحقوق ، وعند ذلك يحمل الأمر بالإشهاد على الاستحباب ، وهو المذهب .

الرأي المختار : وهو ما أميل إليه القول بوجوب الإشهاد على الرجعة ، وهو شرط لصحتها واعتبارها ، وذلك للأسباب التالية :

1- صيغة الأمر الواردة في قوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ

عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [ الطلاق 2 ] ، وصيغة الأمر كما هو معلوم تقتضي الوجوب ولا يصرف إلا بقرينة ، ولا قرينة صارفة هنا .

2- أن الإشهاد على الرجعة فيه صيانة للمرأة من الوقوع في الحرام ، وذلك أنه بإمكانها التزوج بغير مطلقها عند انقضاء عدتها ، ويمكنها الاحتجاج بعدم رجعتها لها وذلك لغياب الشهادة عليها .

3- واشتراط الإشهاد على الرجعة ، إنما هو سدا للذريعة ، وتلافيا لما يمكن أن يقع من نزاع بين الزوجين .

أما في القانون : فقد سكتت جل القوانين عن هذه المسألة وتركت أمرها للفقهاء ، مما يستدعي الرجوع إلى مواد الإحالة في كل قانون والتي تحيلنا إلى أحكام الفقه<sup>(2)</sup> .

إلا أن المشرع المغربي تناول هذه المسألة وذلك في نص المادة 124 فقرة 02 : « إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين ، ويقومان بإخبار القاضي فوراً » .

وما يتبين من نص المادة أن مدونة الأسرة اشترطت الإشهاد على الرجعة من طرف عدلين ، وقد أحسن المشرع المغربي صنعا ، وذلك لتوثيق الرجعة وإثباتها ووضع حد للتراعات الناشئة حولها ، ويقوم العدلان بإخبار القاضي فوراً وذلك لتوثيق الرجعة .

(1) الشنقيطي ، شرح منتهى الإرادات 5/507 وما بعدها - المردواوي ، الإيضاح 9/111 .

(2) بوط : قال في الأمانة الجزائية المادة 222 ، قانون الزواج والطلاق ، المادتين اللتين المادة : 72 ، عن الأحوال الشخصية المورسنة المادة : 311 .

### الفرع الثالث

#### إثبات الرجعة عند النزاع فيها

إذا حدث نزاع بين الزوج والزوجة حول الرجعة ، فإنه يجب أن يشتها من يدعيها ، وعليه سوف أتناول من خلال هذا الفرع وسائل إثبات الرجعة عند الفقهاء وأهل القانون .

**البند الأول – إثبات الرجعة بالإقرار :** الرجعة كغيرها من الحقوق تثبت بالإقرار ، وهذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> .

أما المالكية<sup>(4)</sup> فإن الرجعة لا تثبت عندهم بالإقرار إذا ادعاها الزوج بعد انقضاء العدة ؛ لأن المطلقة قد بانث منه في الظاهر ، وادعى عليها ما لا يثبت له إلا بيينة ، وتتهم في إقرارها له بالمراجعة على تزويجه بلا صداق ولا ولي ، إلا أنه إذا كان يبيت عندها ويدخل عليها في العدة فيصدق على قوله أنه راجعها . وإن كان ذلك بعد انقضاء العدة .

وللزوج جبرها أي المصدقة ووليها على تجديد عقد للنكاح على المصدقة بربع دينار شرعي ؛ لأنها في عصمتها و يلزمه نفقتها ، ويلزمها عدم الزواج بغيره .

**البند الثاني – إثبات الرجعة بالبيينة :** تثبت الرجعة بالبيينة ، أي : بالشهادة عند النزاع فيها بين الزوجين عند جميع الفقهاء ؛ لأنه إذا أقام الزوج بيينة قبلت بيئته ، وتثبت الرجعة ؛ لأن الشهادة قامت على الرجعة في العدة فتسمع ، لكنهم اختلفوا في نصابها .

حيث ذهب الحنفية<sup>(5)</sup> إلى قبول شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في إثبات الرجعة .

بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(6)</sup> والشافعية<sup>(7)</sup> والحنابلة<sup>(8)</sup> إلى أنه لا تقبل في إثبات الرجعة إلا شهادة رجلين عدلين ولا مدخل للنساء في ذلك ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال غالباً ، ولا يقصد به المأز فلا مدخل للنساء فيه .

**البند الثالث – إثبات الرجعة باليمين والنكول عنها :** اختلف الفقهاء في إثبات الرجعة باليمين

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 293 .

(2) الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 5 / 100 .

(3) مرقئ الدين بن قدامة ، المعني 8 / 494 .

(4) مالك ، المأزونه 232 وما بعدها . حسن ، مختصر حسن من 127 - محمد عثمن . مع الجليل 4 / 185

(5) نظام الدين ، الفتاوى صديقه 3 / 486 .

(6) المدسوقي ، حاشية المدسوقي 4 / 287 .

(7) الماوردي ، الخابري الحبر 8 / 423 .

(8) النووي ، مسر - مسهر لإرادات 6 / 684 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

والنكول عنها .

حيث ذهب أبو حنيفة<sup>(1)</sup> والمالكية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> في قول إلى أنه لا يستحلف في الرجعة ؛ لأنه لا يصح بذلها ، وعلى مدعيها أن يقيم البينة ، فإن أقام بينة قبلت بينته ، وثبتت الرجعة .  
و ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> في قول إلى أنه يقضى باليمين والنكول عنها في الرجعة .

وجه أبو يوسف ومحمد أن نكول المدعى عليه دليل كونه كاذبا في إنكاره ؛ لأنه لو كان صادقا لما امتنع من اليمين الصادقة ، فكان النكول إقرارا دلالة إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الأشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ، ألا ترى أنها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين .  
وذهب الشافعية<sup>(6)</sup> إلى أنه يقضى باليمين في الرجعة ، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المدعى ، فإن حلف استحق ما يدعيه ، وإن نكل خسر دعواه ، ولا يقوم النكول مقام الإقرار في شئ حتى يكون مع النكول يمين المدعى .

**القول المختار :** والذي أراه بعد بيان آراء الفقهاء في مسألة إثبات الرجعة باليمين والنكول ، أنه يترجح عندي - والله أعلم - القول بجواز إثباتها باليمين ؛ لأن اليمين قسيم للبينة بكل أنواعها ، فكل حق يجوز إثباته بالبينة تتوجه فيه اليمين في النفي والإثبات ، ومحل الخلاف ليس في النكول وإنما في جواز توجيه اليمين وإمكانيته ؛ لأنه تأكيد لخبر محتمل نفيًا وإثباتًا ، أما النكول فإنه سكوت وإعراض ، واليمين حجة باتفاق بخلاف النكول .

**البند الرابع - إثبات الرجعة بالقرائن :** قد تثبت الرجعة بقرائن معينة يستخلصها القاضي من خلال دلالات الحال ووقائع الدعوى ، وإن لم يفرد الفقهاء بابا للقول بإثبات الرجعة بالقرائن إلا أنه يستشف من خلال حديثهم عن بعض حالات التنازع في الرجعة القول بذلك ، خاصة عند الحديث عن التنازع في وقوع الرجعة والتنازع في صحتها ، وهو ما سيتضح عند الحديث عن هذين الحالتين .

**أما في القانون :** فقد سكتت جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية عن وسائل إثبات الرجعة عند التنازع فيها ، مما يدعو إلى الرجوع للقواعد العامة في الإثبات والتي تنص عنها القوانين المدنية في كل

(1) كاساني ، مدافع القضاة 5 / 340 .

(2) مبان ، ص 232 .

(3) مدون الدين بن قدامة ، معني 8 / 487 .

(4) كاساني ، مدافع القضاة 5 / 340 .

(5) مدون الدين بن قدامة ، معني 12 / 128 .

(6) شافعي ، الام 7 / 101 ، 5 / 262 وما بعده .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

دولة ، إلا أن المشرع الليبي نص على إثبات الرجعة وذلك من خلا نص المادة 50 فقرة ج من قانون الزواج والطلاق وآثارهما بقوله : « تثبت الرجعة بكافة طرق الإثبات ولا تسقط بالتنازل عنها » .

### الفرع الرابع

#### حالات التنازع في الرجعة

قد يحصل تنازع بين الزوجين المطلقين بشأن الرجعة ، ويكون ذلك إما في أصل ثبوتها ، أو في وقوعها ، أو في صحتها ، وهناك نزاع آخر وهو ما يكون بين الزوج ومطلقة إذا تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها وعدم علمها برجعت لها ، هو ما سأحاول أن أبينه من خلال دراستي لهذه الحالات وكيفية الفصل فيها عند الفقهاء وعند أهل القانون .

**البند الأول - التنازع في أصل ثبوت الرجعة :** وهذا التنازع ينسحب بطبيعة الحال على نوع الطلاق الذي وقع بين الزوجين ، وعن حصول الخلوة أو الإصابة بينهما .

فمن ناحية وقوع التنازع بينهما على نوع الطلاق ، حيث أنه إذا راجع الزوج مطلقة فادعت أنه لا يملك عليها الرجعة ؛ لأنه طلقها طلاقاً بائناً فمراجعتها لها لا فائدة منها ، فهذا النزاع كما قلت ينسحب إلى النزاع في نوع الطلاق الذي أوقعه الزوج عليها ، فإذا أثبت ما ادعاه بالبينة وأنه أوقع الرجعة في أثناء العدة صحت دعواه وحكم على الزوجة بالرجعة .

فإن عجز عن تقديم البينة على دعواه وأثبتت الزوجة أن طلاقها كان بائناً ، ردت دعوى الزوج ولا اعتبار لادعائه أنه راجعها ؛ لأن مراجعته كانت في عدة طلاقها البائن وهو لا يملك مراجعتها في عدة هذا الطلاق<sup>(1)</sup> .

فإن أقام كل من الزوج ومطلقة البينة على دعواه ، كان المعول على بينتها ، فتكون هي الراجحة لأنها جاءت بخلاف الظاهر ، وأثبتت شيئاً جديداً ؛ لأن الأصل في الطلاق أنه رجعي ، والأصل بقاء الرابطة الزوجية حتى يوجد ما ينفي ذلك ، وهذا متحقق في بينة الزوجة ، فتقدم على بينة الزوج ويحكم بحكم انقاضي<sup>(2)</sup> .

فإن عجز كل من الزوج ومطلقة عن إقامة البينة على دعواه كان للزوج حق تحليفها ، وهذا على قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية ، والشافعية والحنابلة في قول ، وليس له تحليفها على قول أبي حنيفة والمالكية والحنابلة في قول . وهو ما سبق بيانه عند الحديث عن إثبات الطلاق باليمين ونكول عند

(1) عند الكتبه زيدان ، مفصل 468 .

(2) مرجع سابق 468 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فراجعته<sup>(1)</sup>.

أما من الناحية الثانية وهو التنازع بين الزوجين حول حصول الخلوة بينهما أو الإصابة لإثبات حق الرجعة للزوج إذا ادعاها والزوجة تنكر ذلك .

ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> إلى أنه إذا ادعى الزوج الدخول بها ، وقد خلاها وأنكرته المرأة فله الرجعة ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ لأن الظاهر من حال الفحل أنه متى خلى بالأنثى التي تحل له نزا عليها ؛ لأن الزوج إنما يستبقى ملكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفي لذلك .

وإن لم يخل بها حتى طلقها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها ؛ لأنه يدعي عارضا لا يعرف سببه ؛ ولأنه لا عدة له عليها في هذه الحالة ، فإن إنكارها سبب العدة كإنكارها أصل العدة والرجعة لا تكون إلا في العدة .

أما المالكية<sup>(3)</sup> فعندهم الرجعة لا تصح إلا إذا توفرت ثلاثة شروط وهي : أن يثبت النكاح بشاهدين ، وتثبت الخلوة ، ولو بامرأتين ، وتقرار الزوجان بالإصابة ، فإذا طلق الزوج زوجته ولم تعلم الخلوة بينهما ، وأراد رجعتها فلا يمكن منها لعدم صحة الرجعة ؛ لأن من شرط صحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد الوطء للزوجة ، وإذا لم تعلم الخلوة فلا وطء فلا رجعة ، ولو تصادق كل من الزوجين على الوطء قبل الطلاق أو بعده . ويؤاخذ أي : الزوجان بإقرارهما بالوطء ، أي : يؤاخذ كل منهما بمقتضى إقراره بالنسبة لغير الارتجاع ، فيلزمه النفقة والكسوة والسكنى ما دامت العدة ، وتكميل الصداق . ويلزمها العدة وعدم حلها لغيره مدتها ، وشبه في الحكمين وهما عدم صحة الرجعة . وإن رجعا أو رجعا أحدهما فلا يؤاخذ الراجع ويؤاخذ غيره ، فإن لم تصدقه فلا يجب لها عليه شيء ؛ لأن لزوم ما يجب لها عليه بإقراره مشروط بتصديقها ، فإن كذبت لم تؤاخذ بذلك لإقرارها بسقوط ذلك عنه . هذا في خلوة البناء وخلوة الزيارة في أحد الأقوال .

أما القول الثاني أن ذلك في خلوة الزيارة ، أما خلوة الاهتداء فلا عبرة بإنكارها وتصح الرجعة .  
و في القول الثالث فرق المالكية في خلوة الزيارة بين حالتين ، الأولى : أنه إذا ثبتت الزوجية بشاهدين واحتل بها في حال زيارته لها ، وثبتت الخلوة بامرأتين مثلا ، وادعى أنه وطئها وكذبت وطلقها . وأراد رجعتها فلا تنسم له تلك الرجعة ولا يمكن منها ، ويحكم بكون الطلاق بائنا ، وعليها العدة للخلوة ، أي : إذا كانت الزيارة منه لها ، و تلك الزيارة بعد العقد وقبل البناء .

(1) ، ط 119 وما بعدها .

(2) ، نسرجسي ، السقوط 6 28 .

(3) ، نسرجسي ، الكسوة 418 2 . عدها - الدفء في . حاسة الدفء في 2 657 - مع الخس 4 182 وما بعدها .

والثانية : أنه إذا ثبتت الزوجية بشاهدين ، واحتلى بها في حال زيارتها له ، وثبتت الخلوة بامرأتين مثلا ، وادعى أنه وطئها وكذبتة وطلقها ، وأراد رجعتها ، فيصدق إذا أقر به فقط كخلوة البناء ؛ لأن الرجل ينشط في بيته دون بيت غيره ، وتكون له الرجعة .

والمذهب أنه لا فرق بين خلوة الزيارة وخلوة البناء ، وأنه لا بد من إقرارهما معا بالوطء .

أما عند الشافعية<sup>(1)</sup> إذا طلقها طليقة أو طلقتين ، وقال : طلقته بعد الدخول فلي الرجعة فأنكرت الدخول فالقول قولها بيمينها ، فإذا حلفت فلا رجعة ولا سكنى ولا نفقة ولا عدة ، ولها أن تتزوج في الحال وليس له أن ينكح أختها ولا أربعا سواها حتى يمضي زمن عدتها ، ثم هو مقر لها بكمال المهر وهي لا تدعي إلا نصفه ، فإن كانت قبضت الجميع فليس له مطالبتها بشيء ، وإن لم تقبضه فليس لها إلا أخذ النصف .

و إذا ادعت الدخول فأنكر فالقول قوله ، فإذا حلف فلا رجعة ولا نفقة ولا سكنى وعليها العدة فإن كذبت نفسها لم تسقط العدة ، وسواء اختلفا في الدخول قبل الخلوة أم بعدها على المشهور .

أما الحنابلة<sup>(2)</sup> فقالوا : إن اختلفا في الإصابة قبل الطلاق ، فقال : قد كنت أصبتك فلي رجعتك فأنكرته فقولها لأن الأصل عدمها ، وليس له رجعتها ؛ لعدم قبول قول المدعي الإصابة . والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلاها في ظاهر كلام الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع أمورها ، وقال أبو بكر : لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها .

**البند الثاني - النزاع في وقوع الرجعة : اتفق الفقهاء<sup>(3)</sup> أنه إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته .**

في الزمن الماضي وأنكرت الزوجة ذلك ، فإنه ينظر في وقت النزاع ، فإن وقع قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج ، ولا يلتفت إلى إنكار الزوجة ؛ لأنه أخير بشيء يمكن إنشاؤه في الحال فيصدق في دعواه ؛ لأنه لا فائدة في تكذيبه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها ما دامت العدة قائمة . بل إن ادعاء الرجعة يعتبر في الواقع رجعة ؛ لأنه يتضمن تمسكه بالزوجية<sup>(4)</sup> .

أما إذا كان النزاع بعد انقضاء العدة ، قال الحنفية<sup>(5)</sup> إن صدقته الزوجة ثبتت الرجعة ، أي في الوقت الذي ادعى فيه وقوع مراجعته .

(1) النووي . روضة الطالبين 218 / 7 .

(2) البهوتي ، كشف القناع 366 / 5 - خمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 490/8 .

(3) السرخسي ، المسبوط 6 25 - المواق ، الناح والإكليل 102/4 - الشيرازي ، المهذب 48/3 - البهوتي ، كشف القناع 5 366 .

(4) محمد مصطفي تسي ، مرجع سابق ص 509 .

(5) السرخسي ، المسبوط 6 25 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وقال المالكية<sup>(1)</sup> بخلاف الحنفية في تصديق المرتجعة له بعد انقضاء العدة ، وقالوا أن على الزوج تقديم البينة على رجعتها ، وسواء صدقته الزوجة أو كذبتة إلا أن يكون له دليل على قوله مثل أن تشهد بينة أنه كان يقول في العدة أصبتها أو قبلتها ، وكذلك إذا شهدت البينة أنه كان يبيت معها في بيته .

أما إن كذبتة في ادعائه فالقول قولها باتفاق الفقهاء<sup>(2)</sup>؛ لأنه أخير عما لا يملك إنشاءه في الحال ؛ لأنه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة . وطولب بإقامة البينة ، فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى ولو كانت تزوجت غيره بعد انتهاء العدة اعتقاداً منها أنه لم يراجعها ، فإنه يفسخ ذلك العقد ولو بعد الدخول ؛ لأنه ثبت أنه عقد فاسد<sup>(3)</sup> .

### البند الثالث - التنازع في صحة الرجعة : وذلك يكون إذا راجع الزوج مطلقة ، فادعت أن

رجعته غير صحيحة ؛ لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، وادعى هو صحتها ؛ لأن العدة لا تزال قائمة ، هذا في حال انقضاء العدة بالحيض أو بوضع الحمل .

في هذه الحالة يميز بين حالتين :

أولاً : إذا ادعت المطلقة انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاءها فيها ، فالقول قولها ، لقوله تعالى :

﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [البقرة 228] .

جاء في تفسير هذه الآية : أي: من حبّل أو حيض<sup>(4)</sup> . فلولا أن قولهن مقبول لما نهاهن الله تعالى عن الكتمان ؛ لأن النهي عن الكتمان أمر بالإظهار ، إذ النهي عن شيء أمر بضده ، والأمر بالإظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الإظهار فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء عدتها ، وأيضاً فإن انقضاء العدة أمر تختص المرأة بمعرفته ، فكان القول قولها فيه كالتنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية ، أو يكون انقضاء العدة أمراً لا يعرف إلا من جهتها فيقبل قولها فيه<sup>(5)</sup> .

مذهب الحنفية<sup>(6)</sup> : عند محمد وأبي يوسف من الحنفية القول قول الزوج والرجعة صحيحة ؛ لأنه

صادفت العدة ، فعدتها باقية ما لم تخبر بالانقضاء وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء ، فصحت الرجعة وسقطت العدة ؛ لأنها أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الإخبار بعد سقوط العدة ؛ ولأنها صارت متهمة في الإخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها .

(1) المواق ، الناح والإكليل 102/4 .

(2) السرحسي ، المسبوط 6 25 - المواق ، الناح والإكليل 102 4 - الشاذلي ، المنهاج 48 3 - البهوتي ، كشف العجاج 5 366 .

(3) محمد مصطفى شني ، مرجع سابق ص 509 .

(4) ابن كثير ، تفسير ابن كثير 1 609 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 3 90 .

(5) عبد الكريم زيدان ، المفصل 47 8 .

(6) الكاساني ، نداء الصانعة 3 293 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

والقول قولها عند أبي حنيفة ، وأجمعوا على أنها لو سكنت ساعة ثم قالت : انقضت عدتي - يكون القول قول الزوج ، ولا خلاف أيضا في أنها إذا بدأت فقالت : انقضت عدتي فقال الزوج - بحياها موصولا بكلامها : راجعتك يكون القول قولها .

وجه قولهما أن قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر ، فكان القول قول المرأة انقضت عدتي إخبارا عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلانها بالرجعة ، فلا يسمع ، كما لو سكنت ساعة ثم قالت : انقضت عدتي ؛ ولأن قولها : انقضت عدتي ، إن كان إخبارا عن انقضاء العدة في زمان متقدم على قول الزوج - لا يقبل منها بالإجماع ، كما لو أسندت الخبر عن الانقضاء إليه نصا ، بأن قالت : كانت عدتي قد انقضت قبل رجعتك ؛ لأنها متهمة في التأخير في الإخبار ، وإن كان ذلك إخبارا عن انقضاء العدة في زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر ، فلا يقبل قولها .

والأبي حنيفة أن المرأة أمينة في إخبارها عن انقضاء العدة فإن شترح اسمها في هذا الباب : قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [البقرة 228] ، فنهاهن - سبحانه وتعالى - عن الكتمان ، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار ، إذ النهي عن الشيء أمر بضده ، والأمر بالإظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الإظهار فلزم قبول قولها .

مذهب المالكية<sup>(1)</sup> : هي مصدقة فيما قالت قد انقضت إذا كان ذلك من كلامها نسقا لكلامه ، وكان قد مضى من عدة الأيام من يوم طلقها إلى اليوم الذي قالت فيه قد انقضت عدتي ما تنقضي في مثل عدة بعض النساء إذا كان ادعاؤها ذلك من حيض ، وأما إن كان من سقط فقولها جائز ، وإن كان من بعد طلاقه بيوم أو أقل أو أكثر قال أشهب<sup>(2)</sup> : « وذلك على ذلك أن ذلك إليهن لقول الله : ﴿ وَالْمُطَلَّاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [البقرة 228] ، ففسر أهل العلم أن الذي خلق الله في أرحامهن لا يحل لهن أن يكتمنه الحيضة والحبل ، فيجعل العدة إليهن بما حرم الله عليهن من كتمانها .»

مذهب الشافعية<sup>(3)</sup> : القول فيما يمكن فيه انقضاء العدة قولها . قال الماوردي : وإنما كان

(1) مالك . سنة 2352 . ما بعدها .

(2) أشهب . أنه أنشبه من عند العزيز بن داود ، نفسي العامري المعدي . الشيخ العقبه الثبت لعالم الجامع بين الورع والعباد . فقه الصغرى في تهذيبه . ولما عده 140 هـ . قبل 150 هـ . كان صاحب الإمام مالك . روى عن النبي ، وفضل بن عباس ومالك ومه نفعه . وعده سجون ، والخارج بن مسكين ، وغيرهما قيل : اسمه مسكين ، وأنشبه لقب له . مات بمصر سنة 204 هـ . (محمد مخلوف . شجرة النور الزكية 591 - التركلي ، لأعلام 3331 . هديت السديد 3141 - ابن حلكان . وفيات الأعيان 2381 وما بعدها ) .

(3) الله تعالى . 305/10 - الخطيب الشيرازي . معني المحتاج 5 97 .

كذلك ؛ لأن الله تعالى جعلهن في ذلك أمناء وحظر عليهن كتمه ، وقرنه بوعيده قال تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [البقرة 228] . قيل : من الحيض والحمل ، فدل على قبول قولهن فيه كما قال في الشهادة : ﴿ وَمَنْ يَكْتُمها فَإِنَّهُ أَمَّ قَلْبُهُ ﴾ [البقرة 283] ، فدل على أن قول الشهود مقبول<sup>(1)</sup> . فإن كذبا الزوج حلفت ، فإن نكلت حلف وثبت له الرجعة .

مذهب الحنابلة<sup>(2)</sup> : إذا قال : قد ارتجعتك . فقالت : قد انقضت عدتي قبل رجعتك ، فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا ، وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها ، في مدة يمكن انقضاؤها فيها ، قبل قولها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [البقرة 228] ، فلولا أن قولهن مقبول ، لم يخرجن بكتمانه ؛ ولأنه أمر تختص بمعرفته ، فكان القول قولها فيه ، كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية ، أو أمر لا يعرف إلا من جهتها ، فقبل قولها فيه .

أما في حال انقضاء العدة بالشهور ، وذلك في حالة الآيسة التي لا تحيض ، فإنه إذا ادعى الزوج رجعتها وادعت المطلقة انقضاء عدتها ، فإن القول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه اختلاف في وقت الطلاق وهذا الأخير بيده وهو المتيقن من وقوعه<sup>(3)</sup> ؛ لأن القاعدة أن من قبل قوله في شيء قبل قوله في صفته .

إلا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها ؛ ليسقط عن نفسه نفقتها ، مثل أن يقول : طلقتك في شوال . فتقول هي : بل في ذي الحجة . فالقول قولها ؛ لأنه يدعي ما يسقط النفقة ، والأصل وجوبها . فلا يقبل إلا بيينة . ولو ادعت ذلك ، ولم يكن لها نفقة ، قبل قولها ؛ لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ<sup>(4)</sup> .

ثانيا : اتفق الفقهاء<sup>(5)</sup> على أنه إذا ادعت المطلقة انقضاء عدتها في مدة لا تنقضي فيها عادة حتى على أقل مدة قيلت فيها ، فإنها لا تصدق في ادعائها انقضاء عدتها ، ويكون القول قول الزوج لظهور كذب الزوجة المطلقة .

وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر ، لم يقبل قولها إلا بيينة ؛ لأن شريحا قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر ، وجاءت بيينة من النساء العدول من بطانة أهلها ، ممن يرضى صدقه وعدله ، أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث ، وتغتسل عند كل قرء وتصلي ، فقد انقضت عدتها ، وإلا

(1) الماوردي ، الحاشي الكلب 305 10 .

(2) موقف الدين بن قدامة ، معني 8 487 .

(3) الخطيب البغدادي . معني ختاج 5 / 94 - موقف الدين بن قدامة . معني 8 487 .

(4) موقف الدين بن قدامة . معني 8 487 .

(5) الكاساني ، مباح الصالح 3 314 - مالك ، المداوية 2 236 - شافعي . الأم 5 262 - موقف الدين بن قدامة ، المعني 8 487

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فهي كاذبة<sup>(1)</sup>.

وأقل مدة العدة :

1- إن كانت من ذوات الأشهر ، فإنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر .

عند الحنفية<sup>(2)</sup> إذا اتفق وأن طلقها في غرة الشهر اعتبرت الأشهر بالأهلة ، وإن نقصت عن العدد بالإجماع . أما إن كانت الفرقة في بعض الشهر اختلفوا فيه ، قال أبو حنيفة يعتبر بالأيام فتعدت تسعين يوما ، وقال محمد : تعدت بقية الشهر بالأيام ، وباقي الشهور بالأهلة ، وتكمل الشهر الأول من الشهر الأخير بالأيام ، وعن أبي يوسف روايتان : في رواية مثل قول أبي حنيفة ، وفي رواية مثل قول محمد ، وهو قوله الأخير .

وتعتبر الشهور عند المالكية<sup>(3)</sup> بالأهلة ، وإذا طلقت في أثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهلة وكملت المنكسر ثلاثين يوما من الرابع ، ولو كان المنكسر ناقصا ، ولا تحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره .

أما عند الشافعية<sup>(4)</sup> فالأشهر معتبرة بالهلال ، فإن انطبق الطلاق على أول الهلال فذاك وإن انكسر اعتبر شهران بالهلال ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الرابع . قال ابن بنت الشافعي<sup>(5)</sup> : « إذا انكسر شهر انكسر الجميع ويحسب الشهر ثلاثين يوما ، والصحيح الأول ، وإذا وقع الطلاق في أثناء الليل أو النهار ابتدئ حساب الشهر من حينئذ » .

أما الحنابلة<sup>(6)</sup> فقالوا : الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ، ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين ، والأصل الهلال ، فإذا أمكن اعتبار الهلال ، اعتبر ، وإذا تعذر ، رجع إلى العدد . وتحسب العدة من الساعة التي فارقتها زوجها فيها ، فلو فارقتها نصف الليل ، أو نصف النهار ، اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله .

2- إن كانت من ذوات الأقراء فقد اختلف الفقهاء في أقل مدة العدة التي يمكن أن تصدق فيها

المعتدة إذا ادعت انقضاء عدتها .

(1) موفق الدين بن قدامة ، المعنى 487 / 8 .

(2) الكاسبي ، ندائع الصنائع 309 / 3 وما بعدها .

(3) البدوي ، الفواكه الدهاوي 582 .

(4) البدوي ، روضة القائلين 366 / 7 .

(5) ابن بنت الشافعي : هو أحمد بن محمد بن عبد الله بن محمد بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب الإمام أبو محمد ويقال أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعي رضي الله عنهما . روى عن أبيه عن الشافعي ، وكان إماما مبرزا لم يكن في آل شافع بعد الشافعي مثله سرت إليه بره جده . ( راجع الدين السبكي ، طبقات الشافعية الكبرى 1862 ) .

(6) موفق الدين بن قدامة ، معني 87 / 9 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

عد الحنفية<sup>(1)</sup> ذهب أبو حنيفة إلى أن أقل ما تصدق فيه المعتدة سنون يوماً ، بينما قال أبو يوسف ،  
ومحمد : تسعة ، وثلاثون يوماً .

أما المالكية<sup>(2)</sup> فقد قالوا : أن أقل ما يقبل قولها فيه ما يمكن مثله في العادة ، فقيل : خمسة وأربعون ،  
وقيل : أربعون ، وقيل في شهران إن أمكن أن يكون مثله ، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب معلقاً  
بالإمكان في العادة .

أما الشافعية<sup>(3)</sup> فقد ذهبوا إلى أنها إذا طلقت المرأة في الطهر فأقل مدة تمكن انقضاء العدة فيها اثنان  
وثلاثون يوماً ولحظتان . أما إذا طلقت قبل أن تحيض ثم حاضت فيبني أمرها على أن القرء طهر محتوش<sup>(4)</sup>  
بدمين أم لا يشترط فيه الاحتواش ، فإن لم يشترط فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها ، وإن شرط فأقل  
مدة إمكانها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة ، هذا كله إذا طلقت في طهر . أما المطلقة في حيض فأقل مدة  
إمكانها سبعة وأربعون يوماً ولحظة .

أما الحنابلة<sup>(5)</sup> فهم على الخلاف في القروء ، هل هي الحيض أو الأطهار ؟ فمن قال : هي  
الحيض ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظة ، وإن  
قالوا : أقل الطهر خمسة عشر ، فثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة . أما من قال : هي الأطهار وأقل الطهر ثلاثة  
عشر يوماً ، فإن عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين ، وإن قالوا : أقل الطهر خمسة عشر يوماً ،  
فأثنان وثلاثون يوماً ولحظتان .

3- إن كانت من ذوات الحمل وادعت ولادة ولد تام فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من  
حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح لحظة لإمكان الوطاء ولحظة للولادة ، فإن ادعت لأقل من ذلك  
لم تصدق وكان للزوج رجعتها . وإن ادعت إسقاط سقطت ظهرت فيه الصورة ، فأقل مدة إمكانه أربعة  
أشهر ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع ، وإن ادعت إلقاء مضغة لا صورة فيها ، فأقل مدة إمكانها ثمانون  
يوماً ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع<sup>(6)</sup> ، أي : احتمالها بالفعل عادة خلافاً للحنفية<sup>(7)</sup> الذين يقولون  
باحتماله حكماً .

(1) السرخسي ، المبسوط 6 / 29 .

(2) القاضي عبد الوهاب ، المعونة 914/2 .

(3) النووي ، روضة الطالبين 7 / 209 وما بعدها .

(4) يقال محتوش : تقدم على فلان إذا جعله وسطه ، ويقال حشيت عليه الصيد وأحشته إذا نقرته نقره وسقته إليه وجمعه عليه (اس منصور ، لساد  
العرفات باب حشيت 10492) .

(5) موقن حشيت من فدامة ، المعني 8 / 487 .

(6) موقن حشيت من فدامة ، المعني 8 / 487 - النووي ، روضة الطالبين 7 / 216 .

(7) السرخسي ، المبسوط 6 / 47 - الفتاوى الهندية 1 / 642 وما بعدها .

وإن قال : قد انقضت عدتها ، وقالت : هي قد انقضت عدتي ، ثم قال : كذبت لم يكن له عليها رجعة ؛ لأنه أقر بانقضاء عدتها ، وكذلك لو صدقها بانقضاء العدة ثم كذبا لم يكن له عليها رجعة<sup>(1)</sup>.

**البند الرابع - التنازع مع المطلقة إذا تزوجت :** سبق وأن بينت أن الجمهور لا يشترطون علم الزوجة المطلقة بالرجعة للحكم بصحتها ، فإذا تزوجت بعد انقضاء عدتها بحجة عدم علمها بالرجعة ، وادعى زوجها بطلان نكاحها لسبق مراجعته لها ، فما الحكم في هذه الحالة عند الفقهاء ؟

ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> في قول وهو المذهب عندهم إلى أنه لو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها ، وتزوجت بآخر ، ثم جاء الأول وادعى رجعتها وأقام على بينة على ذلك ، فهي زوجته سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، ويفرق بينها وبين الثاني ، وترد إلى الأول .

وقال الشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> أن لها على الثاني مهر المثل إن كان دخل بها ؛ لأن وطأها كان بشبهة ، وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها من الثاني ، ولا شيء عليه أو عليها إن ثبت ذلك قبل دخول الثاني .

وعن مالك روايتان<sup>(7)</sup> : الأولى : أنه ليس لزوجها الأول الحق في رجعتها سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل هذا قوله في الموطأ . وبه قال الأوزاعي<sup>(8)</sup> والليث<sup>(9)</sup> .

(1) الشافعي ، الأم 263/5 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 286 .

(3) النووي ، روضة الطالبين 7 / 216 - النووي ، المجموع 17 / 276 .

(4) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 499 .

(5) النووي ، روضة الطالبين 7 / 216 - النووي ، المجموع 17 / 276 .

(6) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 499 .

(7) ابن رشد بداية المجتهد 2 / 69 .

(8) الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي . إمام فقيه محدث مفسر . نُسبته إلى الأوزاع من قرى دمشق ، ولد في بعلبك سنة 88 هـ ونشأ في البقاع . وأصله من سبي السند . نشأ يتيمًا وتآدب بنفسه ، فرح إلى البصرة والبصرة ، وبرع . أخذ عنه العلم أبو إسحاق الفزاري وعبد الله بن المبارك وهقل بن زياد وغيرهم . وأراد المنصور على القضاء فأبى . له تصانيف منها السنن . المسائل وغيرها . نزل بيروت مرابطاً وتوفي بها سنة 157 هـ (اس كثير ، البداية والنهاية 10 / 123 وما بعدها - الزركلي ، الأعلام 3 / 320 - الشيرازي ، طبقات الفقهاء 1 / 76 - ابن خلكان ، وفیات الأعيان 3 / 127 وما بعدها ) .

(9) الليث : هو ليث بن سعد بن عبد الرحمن الميموني ، البلاء . أبو الخارث . إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً . كان كبير الديار المصري . وأمير من أهل مصر . ثبت أن القاضي والثابت من تحت أمره ومتبوعه . أسسه من حراسان . ومولده في قنفسدة سنة 94 هـ . كان من الأكرام الأحرار وقال الشافعي : ثبت أقره من مالك ، إلا أن أصحابه لم يقوموا به . حدث عن عطاء بن أبي رباح ونافع لعمرى وابن أبي مسكعة وسعيد المقبري وأهري وغيرهم . حدث عنه محمد بن عجلان وهو شيخه واس وهب وسعيد بن ي مرث وغيرهم . توفي بالقنسط بمصر سنة 175 هـ . ( الزركلي ، الأعلام 5 / 248 - القسيري ، طبقات الفقهاء 1 / 78 وما بعدها - ابن حنكاه . وفیات الأعيان 4 / 127 وما بعدها - الذهبي ، تدرية الحفاظ 1 / 224 وما

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

والثانية : أنه فرق بين كون الثاني دخل بها أو لم يدخل ، وهو قول أحمد<sup>(1)</sup> في إحدى الروايتين عنه ، فإن كان الثاني لم يدخل بها فالأول أولى إذا أثبت أنه راجعها . أما إن كان الثاني قد دخل بها فليس للأول الحق في رجعتها .

وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة ، أو علم أحدهما ، فالنكاح باطل بغير خلاف ، والوطء محرم على من علم منهما ، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره ؛ لأنه وطئ امرأة غيره مع علمه .

فأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة ، فأنكره أحدهما ، لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكره جميعا ، فالنكاح صحيح في حقهما ، وإن اعترفاه بالرجعة ، ثبتت ، والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء<sup>(2)</sup> .

أما في القانون : فلم تتعرض قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لحالات التنازع في الرجعة بين الزوجين ، وأحكامها ، وتركت ذلك لأحكام الفقه ، التي يرجع إليها بموجب مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup> .

(1) موقف الدين بن قدامة ، المعنى 8 499 .

(2) المصدر نفسه 8 499 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية : المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما اللبني المادة : 72 - مدونة

الأسرة المغربية المادة : 311 .

### المبحث الثالث

#### التنازع في الضرر

من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معايشة الآخر ، ويحاول جهد طاقته أن يدفع الضرر عنه ، لتهنأ الحياة الزوجية بينهما ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة 228] ؛ لأن قيام كل واحد منهما بحقوق الآخر قياما صحيحا يؤدي إلى الدوام والبقاء<sup>(1)</sup> ، إلا أنه قد يختل التوازن وتسوء العشرة و يتسبب أحد الزوجين في إحداث ضرر للآخر، ويتنوع هذا الضرر بحسب الجانب الذي يمسه ، فقد يكون ضررا معنويا ، وقد يكون ضررا ماديا ، فيلجأ الطرف المتضرر إلى القضاء من أجل الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقه ، والحكم له بما يتناسب والضرر الذي وقع عليه . وعند اللجوء إلى القضاء فبطبيعة الحال سيدعي الطرف المتضرر على الطرف الآخر بأنه أوقع عليه ضررا سواء كان معنويا أو ماديا ، والطرف الثاني سينكر ما ادعاه خصمه فنكون أمام تنازع في إثبات الضرر وما يترتب عنه من أحكام .

وهو ما سوف أتناوله في هذا المبحث من خلال المطالبين الآتين :

المطلب الأول : مفهوم الضرر وأنواعه .

المطلب الثاني : الأحكام المترتبة عن إثبات الضرر وعدم إثباته .

(1) أحمد العدوي ، مراجع سابق ص 505 .

وانظر : المادة 36 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري - المادة 51 فقرة 2 من مدونة الأسرة المغربية - الفصل 23 فقرة 01 من نعمة الأحوال الشخصية  
المادة 17 فقرة 1 من المادة 18 فقرة 1 من قانون الزواج والطلاق ، انظرهما للمزيد .

## المطلب الأول

### مفهوم الضرر وأنواعه

قبل الخوض في موضوع التنازع في الضرر لابد من تحديد مفهوم الضرر ، وذلك من خلال التطرق لتعريفه لغة واصطلاحاً وقانوناً ، ثم بيان أقسامه ، وذكر أهم الأضرار التي يمكن أن يوقعها أحد الزوجين بالآخر على سبيل المثال لا الحصر .

## الفرع الأول

### تعريف الضرر وشروطه

#### البند الأول - تعريف الضرر :

أولاً - الضرر لغة<sup>(1)</sup> : في أسماء الله تعالى النافع الضار وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضره حيث هو خالق الأشياء كلها خيراً وشرها ونفعها وضرها ، الضرُّ والضرُّ لغتان ضد النفع ، والضرُّ المصدر ، والضرُّ الاسم ، وقيل هما لغتان كالشَّهْد والشَّهْد ، فإذا جمعت بين الضرِّ والنفع فتحت الضاد ، وإذا أفردت الضرُّ ضمنت الضاد إذا لم يجعله مصدراً كقولك ضررت ضراً هكذا تستعمله العرب ، والجمع أضرار ، وهو الأذى في النفس أو في المال ، لقوله عز وجل : ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَا لِحِيبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ كَذَلِكَ زِينٌ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ [يونس 12] ، فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن ، فهو ضرٌّ ، وما كان ضداً للنفع فهو ضرٌّ ، والمضرة خلاف المنفعة وضرته يضره ضرراً وضرر به وأضر به وضارته مضارته وضراراً وضراره بمعنى ضرته ، والاسم الضرر .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : (( لا ضرر ولا ضرار ))<sup>(2)</sup> ، قيل لكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر فمعنى قوله : (( لا ضرر )) ، أي : لا يضر الرجل أخاه ، وهو ضد النفع ، وقوله : (( ولا ضرار )) ، أي : لا يضر كل واحد منهما صاحبه ، فالضرارُ منهما معاً ، والضررُ فعل واحد ، ومعنى قوله : (( ولا ضرار )) ، أي : لا يُدخِلُ الضرر على الذي ضرته ولكن يعفو عنه ، كقوله عز وجل : ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾ [فصلت 34] .

(1) ابن منظور ، اللسان العرب مادة ضرر 2572 4 وما بعدها - الخوهري ، الصحاح في اللغة مادة ضرر 720 2 وما بعدها - محمد قعقي ، معجم لغة الفقهاء ص 283 .

(2) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب من يبى في حقه ما يضر اخاه برفه 2340 ، 784 2 - البيهقي ، سنن الكبرى 157 6 الخاتمة ، المستدرک 58 2 - الولد ، سنن أبي داود ، باب ما يضر اخاه برفه 1387 ، 86 2 ، رقم 11576 ، 228 11 . قال الخاتمة هذا حديث صحيح (إسناد أبي هريرة مسلم) ولم يخرجاه .



## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وضرة المرأة امرأة زوجها . والبأساء والضراء الشدة وهما اسمان مؤنثان من غير تذكير ، والضراء نقض السراء ، وقوله تعالى : ﴿ فَأَخَذْنَا مِنْهُمُ الْبِئْسَاءَ وَالضَّرَّاءَ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ ﴾ [الأنعام 42] ، قيل الضراء النقص في الأموال والأنفس ، وكذلك الضرة والضراة والضرة النقصان يدخل في الشيء يقال دخل عليه ضرر في ماله . والضر الهزال وسوء الحل . والضرار المضارة ورجل ذو ضارورة وضرورة أي ذو حاجة . وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه . ورجل ضرير بين الضراة أي ذاهب البصر .

**ثانيا - الضرر اصطلاحا :** بحث في كتب فقهاء المذاهب علي أجد تعريفا للضرر لكني لم أجد إلا بعض الإشارات ، وذلك من خلال تناولهم لموضوع الضرر في شتى المجالات ، ولم تخرج تلك الإشارات في معظمها عن المعنى اللغوي له .

ومن تلك الإشارات ما جاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير : « ولها، أي : للزوجة التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أيها نحو: يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون كما يقع كثيرا من رعا ع الناس ، ويؤدب على ذلك زيادة على التطلق كما هو ظاهر ، وكوطئها في دبرها ، لا يمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها »<sup>(1)</sup>.

وعند اطلاعي على كتب بعض الفقهاء المحدثين ومنهم الشيخ وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته ، وجدته قد عرف الضرر الذي بموجبه يمكن للزوجة أن تطلب التفريق من القاضي ، حيث قال : « الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ، كالشتم المقذع والتقيح المخل بالكرامة ، والضرب المرح والحمل على فعل ما حرم الله ، والإعراض والهجر من غير سب يبيحه ، ونحوه »<sup>(2)</sup>.

وأیضا جاء في كتاب المفصل للدكتور عبد الكريم زيدان : « ويمكن أن نعرف الضرر الذي يلحق الزوجة من زوجها ويبيح لها طلب التفريق بسببه بأنه : كل ما يلحق الأذى والألم بيدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك »<sup>(3)</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن أن أعرف الضرر بأنه : الأذى والألم الذي يلحق الشخص بالقول أو الفعل في ماله أو بدنه أو نفسه .

**ثالثا - الضرر قانونا :** لم تنطرق القوانين لتعريف الضرر وحسنا فعل المشرعون ؛ لأنه كما سبق وأن بينت أن التعريفات ليست من شأن التشريع ، وإنما هي من شأن الفقه .

(1) الدردير ، الشرح الكبير 2 345 .

(2) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر . دمشق سوريا ، الطبعة الثانية ، 1985 ، 527.7 .

(3) ، الشرح الكبير ، 2 437 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ومن خلال بحثي عن تعريف الضرر عند بعض القانونيين وجدتهم لم يخرجوا هم أيضا عن ماجاء في التعريفين اللغوي والاصطلاحي ، حيث أورد الدكتور العربي بلحاج في كتابه أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي في الجزء الأول<sup>(1)</sup> تعريفي محكمتي النقض المصرية والفرنسية للضرر .

حيث عرفته محكمة النقض المصرية بقولها : « الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة» .

وعرفته محكمة النقض الفرنسية بقولها : « الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة ، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية» .

ثم خلاص لتعريف الضرر بقوله : « الضرر هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه ، أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقا بسلامة جسمه ، أو ماله ، أو عاطفته أو حريته ، أو شرفه أو غير ذلك » .

### البند الثاني - شروط الضرر : يشترط في الضرر الموجب للحكم المدعيه بما يطلبه .

أولا - أن يمس هذا الضرر بحق أو بمصلحة معتبرة شرعا للمضرور : وقد ذكرت سابقا عند تناولي لتعريف الضرر ، بأنه يجب لوقوع الضرر أن يكون إخلالا أو أذى يقع على حق أو مصلحة مشروعة للمضرور ، إذ يجب لمساءلة المعتدي والحكم عليه أن يمس اعتدائه حقا ثابتا أو مصلحة يحميها الشرع والقانون ، فإذا كان هذا الحق أو المصلحة غير مشروعة ، أو يبيح الشرع أو القانون الاعتداء عليها في الإطار المعقول ، فلا محل للحكم على المدعي عليه بما ادعاه المدعي من وقوع الضرر عليه .

فللزوجة مثلا ولاية تأديب على زوجته بالمعروف شرعا إذا نشزت لقوله تعالى : ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [ النساء 34 ] . فلا يمكن أن تدعي الزوجة على الزوج أنه أضر بها إذا كان ذلك في الحدود الشرعية والقانونية للتأديب ، فإذا تعدى هذه الحدود ، فإن من حق الزوجة أن تدعي الضرر للحكم لها بما يتلاءم ودعواها .

وولاية التأديب للزوج على زوجته كما سبق وأن بينت أصلها من الكتاب ، وقد اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> على أنها تزوج على زوجته إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن كانت ناشرة ، لكن على الترتيب . فيعظنها

(1) العربي بلحاج ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ، ديوان المنوعات الجامعية - الجزائر ، د 1 ، الجزء الأول ، ص 68 .

(2) ابن علقمة ، 650 - 700 هـ - 1250 - 1260 م ، 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24 - 25 - 26 - 27 - 28 - 29 - 30 - 31 - 32 - 33 - 34 - 35 - 36 - 37 - 38 - 39 - 40 - 41 - 42 - 43 - 44 - 45 - 46 - 47 - 48 - 49 - 50 - 51 - 52 - 53 - 54 - 55 - 56 - 57 - 58 - 59 - 60 - 61 - 62 - 63 - 64 - 65 - 66 - 67 - 68 - 69 - 70 - 71 - 72 - 73 - 74 - 75 - 76 - 77 - 78 - 79 - 80 - 81 - 82 - 83 - 84 - 85 - 86 - 87 - 88 - 89 - 90 - 91 - 92 - 93 - 94 - 95 - 96 - 97 - 98 - 99 - 100 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

أولا على الرفق واللين ، فلعلمها تقبل الموعظة ، فترك النشوز ، فإن نجعت فيها الموعظة ، ورجعت إلى الفراش وإلا هجرها ، وقيل يخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها ، وترك الجماع والمضاجعة ، فإن تركت وإلا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر ، ثم اختلف في كيفية الهجر ، قيل يهجرها بأن لا يجامعها ، ولا يضاجعها على فراشه ، وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها لا أن يترك جماعها ومضاجعتها ؛ لأن ذلك حق مشترك بينهما ، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها ، فلا يؤديها بما يضر بنفسه ، ويطل حقه ، وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ، ويضاجع أخرى في حقها وقسمها ؛ لأن حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع ، وقيل يهجرها بترك مضاجعتها ، وجماعها لوقت غلبة شهوتها ، وحاجتها لا في وقت حاجته إليها ؛ لأن هذا للتأديب والزجر ، فينبغي أن يؤديها لا أن يؤديه بنفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته إليها ، فإن تركت النشوز ، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ، ولا سائن.

وقد أشارت بعض القوانين المغاربية لهذه الولاية بمقتضى ولاية الزوج وراثته في الأسرة منها قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني في المادة 18 فقرة ج بقوله : « يحق للزوج على زوجته : ... ج ) الإشراف على بيت الزوجية وتنظيم شؤونه والمحافظة عليه » ، ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة 56 فقرة 01 بقولها : « الزوج هو قيم العائلة ، ويقوم بذلك الدور لصالح الأسرة » وسكنت بقية القوانين عن هذه الولاية ، وربما يكون هذا بدعوى الحرية وكرامة المرأة ، وقد يظهر هذا من خلال إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري ، والتي كانت تشير إلى هذه الولاية في فقرتها الأولى بقولها : « طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة » ، وإلغاء الفصل 36 من مدونة الأسرة المغربية والتي كانت تنص على هذه الولاية في فقرتها الرابعة : « حقوق الرجل على المرأة : ... 4 - الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه » .

وأرى أن ما ذهب إليه كل من المشرعين اللبني والموريتاني هو الصواب على اعتبار أن الأسرة مجتمع مصغر ولا بد أن يكون فيه من يشرف عليه ويتولى تنظيم شؤونه من أجل المحافظة عليه ، ولا يتأتى ذلك إلا للزوج ؛ لأنه القيم على الأسرة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء 34] .

وخلاصة القول أن حق الرجل في تأديب زوجته بالمعروف لا يعتبر من قبيل الإضرار بها ، ولا يمكنها أن تدعي ذلك أمام القضاء<sup>(1)</sup>.

ثانيا - أن يكون الضرر محققا : إذ يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع حتى يمكن الإدعاء به أمام

(1) وقد قررت المحكمة العليا : بأن الضرر الخفيف لا يجوز للزوجة طلب التطبيق ، باعتباره وسيلة من وسائل الإصلاح والتأديب التي أحدها الشريعة الإسلامية . ... المادة 304 . ... وان في حدود ولاية التأديب . ففلا عن ( العدي سجاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ص 304 ) .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

القضاء ، أي : أن يكون حالا قد وقع فعلا ، والمقصود بهذا أن لا يكون افتراضيا ، وأن لا يكون احتماليا<sup>(1)</sup> وهو الضرر الذي لم يقع بعد ، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع في المستقبل ، بل هو قد يقع وقد لا يقع<sup>(2)</sup> ، أما إذا كان الضرر مستقبلا ، أي : الضرر الذي تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل ، فإنه ضرر يمكن الإدعاء به أمام القضاء .

**ثالثا - أن يكون الضرر شخصا :** وهذا الشرط القصد منه أن على المضرور الذي يدعيه أن يثبت أنه أصابه شخصا ، ويعتبر الضرر شخصا الضرر المعنوي الذي قد يصيب شخصا غير مدع الضرر ، لكنه يصيبه في أحاسيسه ومشاعره كاعتداء أحد الزوجين على أبوي الآخر بالقول أو الفعل .

### الفرع الثاني

#### أنواع الضرر

قسم فقهاء الشريعة وأهل القانون الضرر إلى نوعين :

**البند الأول - الضرر المادي :** وهو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي<sup>(3)</sup> .

فكل ما يلحق الأذى ببدن الشخص ، كضربه باليد أو بألة حادة ، ويتسبب بإحداث جرح أو كدمة أو كسر في جسمه يعد ضررا ماديا ، ويعد ضررا ماديا يلحق الأذى ببدن الشخص أيضا ولو بغير ضرب وجرح إلقاء الماء الحار على جسمه ونحوه ، مما لا يجوز فعله شرعا ويلحق الأذى ببدنه .

والاعتداء على مال الشخص بالإتلاف أو النهب أو السلب يعد ضررا ماديا أيضا .

ويعد ضررا ماديا المساس بالحق المالي للشخص كالحقوق العينية أو الشخصية ، أو الملكية الفكرية أو الصناعية ، إذا نجم على هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يحولها واحد من هذه الحقوق ، أما إذا لم يترتب مثل هذا الانتقاص فإن المساس يترتب ضررا أدبيا فقط<sup>(4)</sup> .

كما أن كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان ، كالحرية الشخصية ، وحق العمل خاصة عمل المرأة إذا كان من ضمن شروط عقد الزواج ، إذا كان يترتب عليه خسارة مالية يعد ضررا ماديا .

(1) العربي بلحاج ، أبحاث ومدكرات في القانون والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ص 80 .

(2) المرجع نفسه ص 83 .

(3) المرجع نفسه ص 70 .

(4) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

**البند الثاني - الضرر المعنوي :** وهو الضرر الذي يلحق الشخص في حقوقه غير المالية ، أو في مصلحة غير مالية ، فهو ما يصيب الشخص في كرامته ، أو شعوره ، أو في شرفه ، أو في معتقداته الدينية ، أو عاطفته<sup>(1)</sup>.

فمثلا كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة ، ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها ولوالديها ، أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك يعد ضررا معنويا ، ومن الضرر المعنوي أيضا ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حق وهو ما يسمى بالهجر ، ومنه أيضا ترك وطفها دون مبرر شرعي مثل مرضه ، ومن الضرر المعنوي ما يكون بمظهر الزوج مثل إظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها ، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمضي<sup>(2)</sup>.

ويعتبر ضررا معنويا إكراه الزوجة على ترك معتقداتها الدينية واتباع معتقد الزوج ، كأن تكون الزوجة على الديانة المسيحية والزوج مسلم فيجرها هذا الأخير ويكرهها على ترك دينها واتباع دينه ، فهذا الفعل يعد ضررا يعطي الحق للمرأة في اللجوء إلى القضاء لدفعه عنها .

ويعتبر ضررا معنويا منع الزوجة من القيام بشعائرها الدينية التي تفرضها عليها ديانتها، ويعد ضررا معنويا أيضا مصادرة الزوج لحقوقها الاجتماعية والسياسية ، وخيانتها مع غيرها من النساء في الإطار غير المشروع ، وقد عدت القوانين الزواج بغيرها دون علمها وموافقتها أيضا من الأضرار المعنوية .

كل ما سبق من الأضرار يمس الزوجة ، لكن هناك من الأضرار أيضا ما يمس الزوج من جراء بعض أقوال أو أفعال زوجته ، منها المساس بشرفه جراء خيانتها له ، أو المساس بحقه في الولد بامتناعها عن الإنجاب بتناول حبوب منع الحمل ، أو قيامها بأي إجراء آخر دون علمه ، أو المساس بعاطفته ومشاعره بالاعتداء عليه أو على والديه بالقول أو الفعل أو نقل بعض أو كل أسرار الشخصية إلى أشخاص آخرين ، ونشوزها والخروج عن طاعته إلى غير ذلك من الأضرار التي لا يمكن حصرها ، وما ذكرته كان على سبيل المثال لا الحصر .

وقد عرف الفقهاء القدامى الضرر بنوعيه المادي والمعنوي ، ويتبين ذلك من خلال كتبهم عند تعدادهم لجملة الأضرار التي تتعرض لها الزوجة من زوجها .

جاء في مواهب الجليل : « من الإضرار أن يمنعها من زيارة والديها ... الأذى بضرب أو اتصال

(1) العربي بلحاج ، أنعام ومذكرات في القانون والفقعة الإسلامي ، الجزء الأول ص 72

(2) عند الكتم ، بدران ، الفصل 8 : 438 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

شتم في غير حق أو أخذ مال»<sup>(1)</sup>.

ذلك أن الضرر في الفقه الإسلامي كما يقول الشيخ وهبة الزحيلي : « هو ما يلحق الشخص في ماله أو في عرضه أو جسمه أو في شرفه كما في السب أو القذف أو الإهانة أو الآلام التي تصيب عاطفته»<sup>(2)</sup>.  
كما أن القوانين عرفت هذا التقسيم ويتبين ذلك من خلال نص المادة 53 الفقرة 10 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : « يجوز للزوجة أن تطلب التظليل للأسباب الآتية : ... 10 - كل ضرر معتبر شرعا » .

ويكون الضرر معتبرا شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي أو أهمل النفقة الشرعية ، أو أساء معاشرته الزوجة عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة ، أو قساوة المعاملة ، أو أنه ترك البيت الزوجي ، أو قهر من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي وغيرها ... ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر ، ولا أسبابا للشقاق بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما<sup>(3)</sup> ، وهو ما يعني الضرر بنوعيه المادي والمعنوي .

أما المشرع المغربي فقد نص على هذا التقسيم في نص المادة 99 من مدونة الأسرة صراحة على ذلك بقوله : « يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التظليل .

يعتبر ضررا مبررا لطلب التظليل ، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية» .

وصور التظليل للضرر كثيرة ، وذلك بأن يضر الزوج بزوجه بأي نوع من أنواع الضرر الذي تصعب معه العشرة ، كأن يضرها ضربا مبرحا أو يسبها أو يكرهها على إتيان فعل محرم ، أو كل سلوك مشين أو مخل بالأخلاق من سب وقذف وشتم وتشهير ، أو أن يأتي الزوج أفعالا مخلة بالآداب العامة ، أو القيم الأخلاقية تسبب لها أضرارا مادية أو معنوية ، حيث تصبح حياتها معه مكثرة واستمرار العلاقة الزوجية مستحيلة<sup>(4)</sup> .

وقد أورد المشرع التونسي ذكر نوعي الضرر عند حديثه عن التعويض الناجم عن الطلاق لكل من الزوجين ، وذلك من خلال نص الفقرة الرابعة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله :

(1) الخطاب . مواهب الجليل 344 .

(2) العربي سحاح ، أمثال و مدكرت في تقابول والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ص 77 .

(3) العربي سحاح ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ص 301 وما بعدها .

(4) محمد الأزهري . مرجع سابق ص 272 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

« ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادى والمعنوى الناجم عن الطلاق » .

أما المشرع الليبي فقد نص على ذلك عند حديثه عن واجبات وحقوق كل من الزوجين تجاه الآخر ، حيث جاء في المادة 17 والتي تناول فيها حقوق الزوجة على زوجها في الفقرة ج : « حقوق الزوجة على زوجها : ... ج ) عدم إلحاق ضرر بها ، ماديا كان أو معنويا » . وفي نص المادة 18 والتي تناول فيها حقوق الزوج على زوجته في الفقرة هـ : « يحق للزوج على زوجته : ... هـ ) عدم إلحاق ضرر به ماديا كان أو معنويا » .

أما المشرع الموريتاني فقد أشار إلى ذلك ضمنا من خلال نص المادة 102 فقرة 01 من مدونة الأحوال الشخصية عند حديثه عن الضرر كسبب من أسباب التطلق بقوله : « إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بما بأي نوع من الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة ، وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، طلقها عليه » .

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الموريتاني أراد بقوله : « إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بما بأي نوع من الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة » ، كل ضرر سواء كان ماديا أو معنويا يجعل من دوام العشرة بين الزوجين عسيرا يعد من بين الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي أن يطلقها بها .

## المطلب الثاني

### الأحكام المترتبة عن إثبات الضرر وعدم إثباته

يعتبر إثبات الضرر من أهم المسائل التي يجب أن تثار عند التنازع بشأنه بين الزوجين ، حتى تتبين الأحكام التي تترتب عن إثباته ، والأحكام التي تترتب عن عدم إثباته .

### الفرع الأول

#### إثبات الضرر

الضرر أمر مادي ، ومن ثم فيجوز إثبات وقوعه بكافة الطرق ، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه ، وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه .

**البند الأول - إثبات الضرر بالإقرار :** يمكن أن يثبت الضرر بإقرار الطرف المتسبب فيه أمام القضاء ؛ لأن الإقرار حجة على صاحبه وهو الأقرب لحال المسلم لغلبة الصدق فيه ؛ لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله<sup>(1)</sup> .

**البند الثاني - إثبات الضرر بالبينة وبشهادة السماع الفاشي :** يثبت الضرر بالبينة أي بشهادة الشهود ، فيمكن إثباته بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو بشهادة رجل مع يمين المدعي ، أو شهادة امرأتين مع يمين ، المدعي أو بالشهادة بالتسماع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين ، وتقبل في ذلك شهادة القريب ، ومن له صلة بالمشهود له كالخدم والجيران متى كانوا أهلا للشهادة<sup>(2)</sup> .

قال ابن رشد في التي يرد لها ما دفعته بدلا للخلع إذا أثبتت الضرر : « فإن شهد لها بالضرر شاهدان أو شاهد وامرأتان رد عليها مالها بغير يمين وإن شهد لها به رجل واحد وامرأتان حلفت مع شهادة الرجل أو مع شهادة المرأتين واستوجبت أن يرد إليها ما أخذ منها ويجوز ذلك أيضا بشهادة شاهدين على السماع فتأخذ ما أخذ منها بشهادتهما دون يمين »<sup>(3)</sup> .

وقول ابن رشد أنه إذا قام لها شاهدان بالضرر أو شاهد وامرأتان أو شاهدان بالسماع على الضرر أنها لا تحلف معها مخالف لما قاله المتيطي<sup>(4)</sup> ولعل هذه اليمين التي نفاها ابن رشد غير اليمين التي أثبتتها

(1) محمد علاء الدين بن عبد السلام ، نكحة حائنة رد اعتبار 2172 - الشافعي ، الأم 50/7 .

(2) الدردير ، الشرح الكلي 3562 - المواقف - النواحي - الإكس 1946 .

(3) الخطاط ، مواهب الحبيب 344 .

(4) المتيطي : هو علي بن عبد الله بن إبراهيم بن محمد ، أبو الحسن ، الأصبهاني المالكي المتيطي - نسبة إلى مينة قرية بأحواز من جزيرة الخضراء - ، فقيه قاضي ، وأقضاء شريفة ، من خصائصه الشهادة والسماع ، وهو مؤلف كتابي بالأحكام ، توفي سنة 570 هـ . (عبد كماله - معجم - يونيو 1297) .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

المتيطي .

وعن مالك تجوز شهادة السماع في ضرر الرجل بامرأته إذا سمع بذلك الرجال والنساء سماعا فاشيا وإن لم يسمع بذلك الرجال والنساء فليس بفاش ، ويجزي عند ابن القاسم عدلان على السماع الفاشي من لقيف الناس والجيران بذلك وتكثير الشهود أحب إليه ، هذا المشهور من المذهب وعليه العمل<sup>(1)</sup> .

وقد ذهب الشافعية<sup>(2)</sup> إلى القول بجواز إثبات الضرر ولو بشهادة الواحد الثقة عند تكليفه من القاضي بذلك ، وهذا لعسر إقامة البينة على الضرر ، وقد اشترطوا كونه جارا لهما ، فإن لم يتيسر أسكنهما القاضي جنب ثقة يتعرف حالهما ، ويجزى القاضي بما شهدته منهما ، ويتزل هذا الشاهد منزلة الرواية ، إذ لا يشترط في الثقة أن يكون عدل شهادة بل يكفي عدل الرواية .

**البند الثالث - إثبات الضرر بقرائن الأحوال :** ثبت الضرر أيضا بقرائن الأحوال المستخلصة

من وقائع القضية ، جاء في الفواكه الدواني : « للمرأة التطبيق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال »<sup>(3)</sup> .

ومن الأمثلة على القرائن التي يمكن للقاضي أن يستدل بها بوقوع الضرر وجود شهادة طبية تثبت وقائع الاعتداء مع صدور حكم جنائي على المعتدي والمتسبب في الضرر ، فالشهادة الطبية وحدها غير كافية حتى تعتبر قرينة قوية تثبت وقوع الاعتداء .

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية القرار رقم : 52278 بتاريخ : 1989/01/02 : « من المقرر شرعا وقانونا أن تقدم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطبيق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية»<sup>(4)</sup> .

**أما في القانون :** فإن جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لم تنطوق لمسألة إثبات الضرر عند التنازع فيه بين الزوجين وإنما تركت ذلك لما هو مقرر في القواعد العامة للإثبات في الشريعة والقانون .

إلا أن المشرع المغربي قد أشار إلى ذلك في المادة 100 فقرة 01 من مدونة الأسرة بقوله : « تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة » .

(1) الخطاب ، مواهب الحليل 4 - 34 وما بعدها .

(2) الخطيب الشربيني ، معني المحتاج 4 - 523 .

(3) الفراوي ، الفواكه الدواني 2 - 40 .

(4) المحلة القضائية ، السنة 1991 ، العدد 4 ص 95 . وانظر القرار رقم : 34267 المؤرخ في 1984:12:03 ، المحلة القضائية ، السنة 1990 العدد 1

## الفرع الثاني

### الأحكام المترتبة في حالة إثبات الضرر

من الأحكام المترتبة عن ثبوت الضرر عند التنازع فيه بين الزوجين بالقواعد المقررة شرعا التفريق بين الزوجين والحكم بالتعويض للطرف المتضرر .

**البند الأول - التفريق بين الزوجين للضرر :** اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين بناء على اختلافهم في المراد بآية بعث الحكيم وصحة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة .

**القول الأول :** ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> ، والشافعي<sup>(2)</sup> في أحد قوليهِ ، وأحمد<sup>(3)</sup> في إحدى الروايتين عنه ، وهو مذهب عطاء وحكي ذلك عن الحسن . إلى أنه ليس للزوجة طلب التفريق ؛ لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة ، فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعا له إن لم يمتنع ، فإن اشتد النزاع وخيف الشقاق بينهما بعث القاضي حكيم ليقوما بالإصلاح بينهما عملا بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء 35] .

والحكمان إنما بعثا للصلح ، وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه ، فإذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه ، فالحكمان شاهدان في حال ، ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما . وقول من قال إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول ، وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك ، وليس للحاكم أن يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه<sup>(4)</sup> .

**القول الثاني :** ذهب المالكية<sup>(5)</sup> ، والشافعي<sup>(6)</sup> في قوله الآخر ، وأحمد<sup>(7)</sup> في الرواية الثانية عنه إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق للضرر .

(1) ابن الممام ، شرح فتح القدير 4 / 207 .

(2) شيرازي ، المهذب 2 / 488 .

(3) موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 167 .

(4) المصدر نفسه 4 / 84 وما بعدها .

(5) الدردير ، الشرح الكبير 2 / 345 .

(6) شيرازي ، المهذب 2 / 488 .

(7) موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 167 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

إلا أن المالكية<sup>(1)</sup> قالوا إذا تعدى الزوج على زوجته بالضرب ونحوه ، كالإكراه على فعل حرام أو كان يضارها بالهجر ، أو الشتم ، رفعت أمرها إلى القاضي ، وأثبتت تعديه كان لها أن تطلب من القاضي تأديبه ، وزجره ، ليكف أذاه عنها ، وذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تنشز عن طاعته ، بأن يعظه إذا رأى القاضي ذلك مجديا ، فإن لم يجد العظة أمرها بهجره ، فإن لم تفد ضربه ، هذا إذا اختارت البقاء معه<sup>(2)</sup> .

ويرون أيضا<sup>(3)</sup> أن الزوجة إذا ادعت أن زوجها يضرها ، أو يشتمها ، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ، ولا يستطيع معها دوام العشرة ، أو يقطع كلامه ، أو يحول وجهه عنها ، أو يؤثر امرأة عليها في الكلام ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر ، فإن أثبت الضرر ، ولو لمرة واحدة ، طلقها القاضي من زوجها طليقة بائنة ، وهذا هو الرأي المشهور في المذهب .

وقيل : ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد بتكرار الضرر . وقيل : إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته أو حول وجهه عنها في فراشها فذلك من الضرر بها ولها الأخذ بشرطها ، أي أن ليس لها أن تطلب التطلاق لذلك إلا إذا اشترطه<sup>(4)</sup> .

**ثالثا - المعمول به من القولين في القانون :** أخذت كل تشريعات الأحوال الشخصية المغربية بالقول الثاني ، وهو حق الزوجة في طلب التفريق للضرر .

فقد جاء في المادة 53 الفقرة 10 من قانون الاسرة الجزائري : « يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية : ... 10 - كل ضرر معتبر شرعا » .

وتبعا لذلك فإن المشرع الجزائري لم يحدد نوعية الضرر الشرعي ، تاركا للقاضي سلطة تقديرية في ذلك ، ولا يخضع هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا . ويكون الضرر معتبرا شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي ، أو أهمل النفقة الشرعية ، أو أساء معايشة الزوجة عن طريق الإهانة أو الضرب أو السب ، وكذا في حالة قساوة المعاملة أو التعذيب الجسدي ، أو ترك بيت الزوجية . كأن يدخل إلى البيت كل ليلة وهو في حالة سكر ، أو يتهرب من الواجبات الزوجية دون سبب شرعي ، ... وتبعا لذلك في حالة وجود ضرر ، فإنه إما أن تستطيع الزوجة تقديم الإثبات على وجوده أو لا تستطيع ، فإذا أثبتت ذلك فإن القاضي يقضي بعد إجراء محاولة الصلح وفشلها بتطليقها من زوجها للضرر<sup>(5)</sup> .

(1) الدردير ، النراج الكبير 343 2 - المدسوقي ، حاشية المدسوقي 2 / 541 .

(2) أحمد العدور . مرجع سابق 507 .

(3) الدردير ، النراج الكبير 345 2 - المدسوقي ، حاشية المدسوقي 2 / 544 .

(4) المواق ، النراج والإكليل 17:4 .

(5) خنسان بن تلميح ، النراج الكبير 352 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وجاء في في المادة 99 من مدونة الأسرة المغربية : « يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلق .

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلق ، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية».

وجاء في المادة 39 فقرة أ من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني : « إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، فإذا تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت بالتطلق ... » .

أما مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية فقد جاء في المادة 102 فقرة 01 : « إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بما بأي نوع من الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة ، وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، طلقها عليه » .

وما يلاحظ عن ما ورد في القوانين السالفة الذكر أنها أخذت بمذهب المالكية الذي يجعل من حق الزوجة طلب التطلق ، إلا أن تطبيقه يظهر فيه شيء من القصور ، وهو كون الحق في طلب التطلق للزوجة فقط .

صحيح أن الزوج يمكن له أن يودب زوجته أو يمكنه أن يطلقها إذا أصابه ضرر منها إلا أن هذا يجعل الزوجة الكثيرة المشاكل تتخذ من إساءتها وسيلة إلى تطليقها من زوجها دون مقابل ، فتحمله خسارا كبيرا من نفقة العدة ، وباقي المهر ، والمتعة ، فضلا عن متجمد نفقة الزوجية ، وبالتالي فإعطاء الحق للزوج في طلب التفريق للضرر سيحول بين الزوجة وتعمدها الإساءة لتتوصل بها إلى الطلاق ، وقد أحسن المشرع التونسي صنعا عندما أعطى هذا الحق للزوج أيضا ، فقد جاء في الفصل 31 فقرة 02 : « يحكم بالطلاق : ... 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر» .

و من المفروض على باقي التشريعات أن تحذو حذوه ، حتى تتمكن من حماية الزوج من ما تسببه الزوجة له من ضرر ، وتتخذ ذلك سبيلا إلى طلاقها بحمله الكثير من الخسار .

**البند الثاني - الحكم بالتعويض للطرف المتضرر :** إذا اقتنع القاضي بأدلة الإثبات للضرر ، وحكم بالتطلق ، فإنه من العدل أن يحكم إلى جانب ذلك بالتعويض للطرف المتضرر سواء كان الضرر الذي لحقه ماديا أو معنويا .

وقد جاء في كتب الفقهاء كثير من الكلاء عن الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يحق الشخص من غيره ، وقد نصوا على قاعدة من القواعد الكبرى في الشريعة ، وهي أن : الضرر يزال ، وقد يكون زوال هذا الضرر بالتعويض المالي . إلا أن التعويض أخص من الضرر . فليس كل ضرر يعوض بالمال كي يزول .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فالضرر المعنوي عند الفقهاء القدامى غير قابل للتعويض المادي ، و ذلك لافتقاده التماثل مع قيمة التعويض .

وقد جاء في المبسوط إشارة لذلك : « فأما وجوب الضمان للحيران ، فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه ، والظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ، ولو أوجبنا عليه زيادة على ما أتلّف كان ذلك ظلما مضافا إلى الشرع ؛ لأن الموجب هو الشرع ، وذلك لا يجوز ، وإذا لم يوجب الضمان لتعذر إيجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا ، وهو أنا لا نقدر على القضاء بالمثل ، وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لا يهدر بل يتأخر إلى الآخرة .

ولو أوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا في حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلا ، فكان ما قلناه من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة عدل من هذا الوجه »<sup>(1)</sup>.

والتعويض عن الضرر المعنوي حكم مستحدث ليس له نظائر في الفقه الإسلامي . جاء في الموسوعة الفقهية: « لم نجد أحدا من الفقهاء عبر بهذا ، وإنما هو تعبير حادث . ولم نجد في الكتب الفقهية أن أحدا من الفقهاء تكلم عن التعويض المالي في شيء من الأضرار المعنوية »<sup>(2)</sup>.

أما الفقهاء المعاصرون فقد انقسموا حول التعويض عن الضرر المعنوي إلى قولين :

**القول الأول<sup>(3)</sup> :** ذهب أصحابه إلى القول بعدم ثبوت التعويض المالي عن الضرر المعنوي .

وقد استدلو بما يلي :

1 - أن التعويض عن الضرر المعنوي أخذ للمال بالباطل ؛ لأنه ليس أخذ مال مقابل مال ، وهو محظور بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [النساء 29] .

2 - أن التعويض عن الضرر المعنوي ليس كافيا ، ولا يؤدي إلى إزالة الضرر ، وهو يخالف المقصود منه وهو جبر الضرر ، ولهذا وضعت له الشريعة ما يناسبه من الحد أو التأديب ، وهو تعويض كاف لإزالة الضرر وآثاره عن المضرور .

3 - إن تقويم الضرر المعنوي بمال ليس له أساس سليم ، ولا ينظبط ، فتقديره يختلف باختلاف الأشخاص ، وبالتالي فتقديره لا يكون إلا تحكما .

(1) السرحسي ، المبسوط 11 / 78 .

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية 13 / 40 .

(3) مصطفى الزرقا ، الفعل الضار والضرر فيه ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 1988 ، ص 121 وما بعدها - عبيد الخفيف ، الضمان في

الفقه الإسلامي ، معجم الحديث ، دار الفقه العربية ، القاهرة ، مصر ، 1971 ، ص 45 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

4 - أن التعويض عن الضرر المعنوي من باب أخذ المقابل على العرض ، وهذا لا يصح ، فالمثل العليا تأتي أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه ، كما يساوم على الأموال ، كما أن الشريعة شددت على الضرر المعنوي ، وقررت التعزير في معالجته وليس المال .

القول الثاني<sup>(1)</sup> : وهو الذي ذهب أصحابه إلى القول بثبوت التعويض عن الضرر المعنوي .

وقد استدلووا بما يلي :

1 - قوله ﷺ : (( لا ضرر ولا ضرار ))<sup>(2)</sup> . فالنص عام وتخصيصه بالضرر المادي تخصيص بغير محصص .

2 - أن الشريعة شرعت الحد لجريمة القذف وهو معنوي فلامانع أن تعوض الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك إزالة للضرر بقدر الإمكان .

ولكن رد على هذا الدليل : بأن الشريعة إنما عاجلت الضرر المعنوي في جريمة القذف بالحد والتأديب الزاجر وليس بالتعويض المالي ، فلا يصح أن يكون أصلا للتعويض المالي عن الأضرار المعنوية ، بل يصح أن يكون دليلا على عدم الجواز .

3 - أن الواجب في الضرر المعنوي هو التعزير ، ومنه التعزير بالمال الثابت بالسنة ، وللحاكم أن يلجأ في أساليب التعزير إلى ما يراه أقمع للفساد ، وفي وقتنا الحاضر التعزير بأخذ المال أمضى في العقاب .

ورد على هذا الدليل أيضا بأن التعزير من باب العقاب وليس من باب التعويض عن الضرر .

ومن خلال ماسبق يتبين رجاحة قول المانعين للتعويض عن الضرر المعنوي لقوة أدلتهم ، وضعف أدلة المخالفين .

ومع ذلك فقد انتصر الرأي القائل بإمكانية التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار أنه تعذر حساب الضرر المعنوي ، فلا أقل من أن يمنح للمضرور بعض المال ، ليكون جبرا للنفس وفيه بعض العزاء للمضرور فما لا يدرك كله لا يترك كله .

وهذا ما أخذت به جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية حيث نصت على التعويض عن الضرر بنوعيه المادي والمعنوي ما عدا مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية التي لم تنص على مسأنة التعويض عن

(1) مصطفى البرقا ، الفعل العنبر والضمآن فيه ص 121 - وهمة الرحيمي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي . دار الفكر ، دمشق ، سوريا 1982 . ص 54 .

(2) - قوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ص 182

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

الضرر إطلاقاً سواء كان مادياً أو معنوياً ، وهو ما يتبين من خلال نصوص المواد الآتية من كل قانون :

فقد جاء في قانون الأسرة الجزائري :

نص المادة 52 والتي نصت على التعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق بالزوجة في حالة الطلاق التعسفي ، حيث جاء فيها : « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها »<sup>(1)</sup>.

ونص المادة 53 مكرر التي أجازت للقاضي إلى جانب الحكم بالتطليق للمرأة أن يحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، حيث جاء فيها : « يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها » .

ونص المادة 55 والتي نصت على التعويض إذا لحق أحد الزوجين ضرراً من جراء نشوز أحدهما ، حيث جاء فيها : « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر » .

وجاء في مدونة الأسرة المغربية :

نص المادة 101 والتي جاء فيها « في حالة الحكم بالتطليق للضرر ، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر » .

قال الأستاذ محمد الأزهر شارحاً لنص هذه المادة : « إذا اقتنع القاضي بالوسائل الإثباتية التي أدلت بها الزوجة ، وحكم بالتطليق للضرر ، فإنه يحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق للمرأة ، سواء كان هذا التعويض مادياً أم معنوياً »<sup>(2)</sup>.

وجاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية :

نص الفصل 31 الفقرة 04 والذي جاء فيه : « ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المينيتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه . وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وباللحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بخصوصها على ما تكون معه في غنى عن الجراية وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة انفارق

(1) وهو ما حدثت به المحكمة العليا في قرارها 41560 المؤرخ في 07 04 1986 حيث جاء فيه : « من الأحكام الشرعية أن لزوجة المطلقة صلاحاً تعسفاً بغير عذر ، نفقة إهمال ، نفقة متعة ، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي . وينبغي عن الحكم تحديدها بصفة المبالغ المحكومة لها بانصاح بصفة . وفي أي إطار مدخل » . ( المجلة القضائية ، العدد 02 سنة 1989 ص 86 ) .

(2) محمد الأزهري ، مرجع سابق ص 283 .

## الفصل الأول : النزاع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ونصفى عندئذ بالتراضى مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سننها في ذلك التاريخ كل ذلك ما لم تختار التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة» .

وجاء في قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني :

نص المادة 39 الفقرة أ والذي جاء فيه : « إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، فإذا تعذر عليها ذلك ، وثبت الضرر ، حكمت بالتطليق .

فإذا كان المتسبب في الضرر ، ماديا أو معنويا ، هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة ، والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر .

أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق ، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق » .

### الفرع الثالث

#### الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر

**البند الأول - الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر في الفقه : اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على أنه**

في حالة إذا ما ادعت الزوجة الضرر ، وتكررت شكواها ، وعجزت عن إثبات دعواها ، وادعى كل منهما الضرر ، وتكررت منهما الشكوى ، وعجزا عن إثباته ، فإن القاضي في هذه الحالة يقوم بتعيين حكيم تكون مهمتهما الإصلاح بين الطرفين .

ويقوم الحكمان بمحاولة التوفيق بين الزوجين وفض الخلافات حفاظا على ترابط الأسرة وتماسكها والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء 35] .

واتفق جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup> على أنه يستحب أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى ، وإنما كان أولى ؛ لأنهما أخصر بباطن أمرهما وأشفق عليهما . وإذا لم يوجد من أهل الزوجين من يصلح للحكم

(1) ابن احنام ، شرح فتح القدير 4 58 وما بعدها - ابن رشد ، ندابة مذهب 79 2 - الشيرازي ، المهذب 487/2 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 167 .

(2) ابن احنام ، شرح فتح القدير 6 406 - الشيرازي ، المهذب 488 2 - النووي ، المجموع 453.16 - موفق الدين بن قدامة ، معني 8 167 -

ابن رشد ، المذهب 79 2 .



## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

بينهما كان الحكمان من غيرهم ؛ لأن الحاكم والوكيل يصح أن يكون أجنبيا ، وعند المالكية<sup>(1)</sup> يندب كونهما جارين ، فإن لم يكن فمن غيرهما .

ويشترط في الحكمين عند الحنفية<sup>(2)</sup> أن يكونا مسلمين حرين بالغين .

أما المالكية<sup>(3)</sup> فيشترطون أن يكونا ذكراين مسلمين عدلين حرين بالغين عالمين بأحكام الشرع في المهمة التي أختيرا من أجلها .

بينما يشترط الشافعية<sup>(4)</sup> أن يكونا ذكراين مسلمين حرين عدلين ، فاهمين ظروف الزوجين ، فإن كان حاكمان لم يجز أن يكونا إلا فقيهين على المذهب ، وإن كان وكيلان جاز أن يكونا من العامة .

أما الحنابلة<sup>(5)</sup> فيشترطون أن يكونا مسلمين عاقلين بالغين عدلين ، وأن يكونا عالمين بالجمع والتفريق ؛ لأهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به ، أما الحرية فيختلف ما إذا كان الحكمان وكيلان فيجوز أن يكونا عبدين ؛ لأن العبد يجوز أن يكون وكيلًا . أما إن كان الحكمان حاكمين فيشترط فيهما الحرية ؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً .

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين :

حيث ذهب الحنفية<sup>(6)</sup> والشافعية<sup>(7)</sup> في قول وأحمد<sup>(8)</sup> في رواية عنه ، أنه ليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إلا برضاها ؛ لأهما مجرد وكيلين عن الزوجين . وحثهم أن الأصل في الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج .

أما المالكية<sup>(9)</sup> والشافعية<sup>(10)</sup> في قوله الآخر وأحمد<sup>(11)</sup> في الرواية الثانية عنه فذهبوا إلى أنه للحكمين أن يفرقا بين الزوجين بغير توكيل منهما ولا رضاها ؛ لأن الحكمان عندهم حاكمين . وحثهم في ذلك :

قوله عزوجل : ﴿ فَاَبْتُوا حُكْمًا مِّنْ اٰهْلِهِ وَحُكْمًا مِّنْ اٰهْلِهَا ﴾ [النساء 35] . سماها حكامين ، وليس

(1) خليل ، مختصر خليل ص 116 - ابن رشد ، بداية المجتهد 79/2 - المواق ، التاج والإكليل 16/4 .

(2) ابن الممام ، شرح فتح القدير 407 / 6 .

(3) الدردير ، الشرح الكبير 344/2 .

(4) النووي ، المجموع 454 16 .

(5) موفق الدين بن قدامة ، المعني 167 / 8 .

(6) ابن الممام . شرح فتح القدير 84 / 4 وما بعدها .

(7) الشيرازي ، نهج 488 2 .

(8) موفق الدين بن قدامة ، المعني 167 / 8 .

(9) ابن رشد ، بداية المجتهد 79 2 .

(10) الشيرازي ، نهج 488 2 .

(11) موفق الدين بن قدامة ، المعني 167 / 8 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وكيلين ولم يعتبر رضا الزوجين .

وما روى عن علي عليه السلام أنه بعث رجلين فقال : لهما أتریان ما عليكما . عليكما ، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما .

قال المالكية<sup>(1)</sup> إذا عين القاضي الحكيم وأوكلت لهما المهمة التي اختيرا من أجلها ، وهي الإصلاح والتوفيق بين الزوجين ، فإن تعذر عليهما ذلك ، وثبت لهما أن الإساءة آتية من الزوج ، طلقا عليه بلاعوض يأخذانه منها لظلمه .

وإن كانت الإساءة من الزوجة ، فالحكمان مخيران بين أحد أمرين :

الأول : أن يتأمتا الزوج عليها ، ويأمرانه بالصر ، وحسن العشرة ، إن رأيا في ذلك صلاحا<sup>(2)</sup> .

الثاني : أن يخلعاها منه نظير عوض يأخذانه من الزوجة ، ويجوز أن يكون هذا العوض أقل من المهر الذي أخذته ، كما يجوز أن يكون مساويا له أو أكثر منه .

وإن وجدا أن الإساءة مشتركة بينهما ، وعجزا عن التوفيق بينهما فللمالكية<sup>(3)</sup> في ذلك قولان :

الأول : أن يطلقا الزوجة من زوجها بغير عوض .

الثاني : أن يطلقا الزوجة من زوجها نظير مال تدفعه له ، وعلى هذا القول أكثر فقهاء المذهب .

وبعد انتهاء الحكيم من مهمتهما يرفعان تقريرا للقاضي يبينان فيه ما اتفقا عليه وقرراه ، وعلى القاضي أن ينفذ ما توصلا إليه ، ولا يجوز له معارضته أو نقضه ، وإن خالف مذهبه .

### البند الثاني - الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر في القانون :

قانون الأسرة الجزائري : فقد جاء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري : « إذا اشتد الخصام

بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما .

يعين القاضي الحكيم ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكيم أن

يقدمتا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين » .

من خلال نص المادة يتبين أنه إذا عجز الطرف المتضرر عن إثبات الضرر ، ورأى القاضي أن الخصام

اشتد بين الزوجين وجب عليه تعيين حكيم أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة ولم ينص على

غيرهما في حالة تعذر ذلك ، وهذا نقص وقصور في النص .

(1) التوفيق ، الساج والإكس 174 .

(2) أحمد العبدور مرجع سابق ص 508 .

(3) التوفيق ، الساج والإكس 174 .

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

وتقتصر مهمة الحكمين حسب نص المادة على مهمة التوفيق والإصلاح بين الزوجين ، وعليهما أن يقدمتا تقريرهما للقاضي في خلال شهرين يبينان فيه ما توصلتا إليه ، وتكون هنا أمام حالتين :

الأولى : وهي توصل الحكمين إلى التوفيق بين الزوجين ، فيقضي القاضي بالمصادقة على التقرير مع الإشهاد لنزوحين بالمصالحة<sup>(1)</sup>.

الثانية : تنقضي مدة الشهرين ويفشل الحكمين في مسألة التوفيق بين الزوجين ، ويثبت تنافرهما ، فآنذاك يقدمان تقريرهما إلى القاضي ويذكران فيه عدم التوافق بين الزوجين وسبب ذلك ، ويقضي القاضي بالطلاق بين الزوجين على ضوء ما ذكر في التقرير ، وليس للحكمين أن يقوموا بالتفريق بين الزوجين خلافا لما جاء في مذهب مالك .

مدونة الأسرة المغربية : أما في مدونة الأسرة المغربية فقد جاء في نص المادة 100 فقرة 02 : « إذا لم تثبت الزوجة الضرر ، وأصررت على طلب التطلاق ، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق ».

والمقصود بذلك أنه في حالة عدم ثبوت الضرر وإصرار الزوجة على التطلاق ، فإنه يلجأ إلى مسطرة الشقاق . والتي نصت عليها المواد 94 ، 95 ، 96 ، 97 من المدونة .

حيث جاء في المادة 94 : « إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق ، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه ».

وقد جاء نص المادة 82 مبينا الإجراءات التي تتم عند ذلك بقولها : « عند حضور الطرفين ، تجري المناقشات بغرفة المشورة ، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه .

للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات ، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة ، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين . وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما .

إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة ».

فمن خلال نص المادة أنه قبل أن تأذن المحكمة بالطلاق فإن عليها أن تقوم بإجراءات للصلح والتوفيق بين الزوجين وذلك حماية للأطفال في حالة وجودهم ، وحماية الأسرة من التشتت في حالة عدم وجودهم . ويكون ذلك بحضور الزوجين في غرفة المشورة وتجري المناقشات بما في ذلك سماع الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه ، وللمحكمة أن تندب حكمين أو مجلس العائلة ، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين ، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

ثلاثين يوما. فإذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة .

وقد بينت المواد 95 و96 و97 دور الحكّمين وحالة اختلافهما في التقرير أو تأخرهما عن تقديمه في الآجال المحددة وما تقوم به المحكمة عند ذلك من إجراء بحث إضافي أو تعيين غيرهما ، ثم انتقلت لتعيين في الأخير ما تقوم به المحكمة في حال فشل الحكّمين في مهمتهما .

حيث جاء في هذه المواد مايلي :

المادة 95 : « يقوم الحكّمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبيّن ذلك جهدهما لإنهاء النزاع .

إذا توصل الحكّمان إلى الإصلاح بين الزوجين ، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكّمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه ، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة » .

المادة 96 : « إذا اختلف الحكّمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية ، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما ، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة» .

المادة 97 : « في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ، تثبت المحكمة ذلك في محضر ، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه ، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر .

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب » .

مجلة الأحوال الشخصية التونسية : أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد جاء في نص الفصل 25 منها : « إذا شك أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينه وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكّمين وعلى الحكّمين أن ينظروا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال » .

فيتبين من خلال نص هذا الفصل من المحلة أن القاضي عند رفع النزاع إليه من الزوجين يشككي كل منهما الضرر من الآخر ، ولا دليل لأحدهما على ذلك ، فيتعين عند ذلك على القاضي أن يعين حكّمين ، ولم يبين المشرع صفة الحكّمين إن كان من أهل الزوجين أو غيرهما ، ولعله أطبق ذلك فيحوز أن يكونا حتى من غير أهل الزوجين .

وتتمثل مهمة هذين الحكّمين في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين فقط ، ويقومان برفع تقريرهما إلى القاضي في كل الأحوال أي في حالة الوصول إلى التوفيق بين الزوجين أو فشلتهما في ذلك ، ويرجع القرار

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

في الأخير إلى القاضي .

**قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني** : حذى المشرع اللبني حذو باقي المشرعين ، حيث نص على تعيين الحكّمين من قبل القاضي في حال عدم ثبوت الضرر بين الزوجين واشتداد الخصام بينهما ، وتكون مهمتهما الإصلاح بينهما ، ورفع التقرير إلى القاضي في مهلة معينة حول ما توصل إليه من التوفيق بين الزوجين أو الفشل في المهمة التي أوكلت لهما ، وترك الحكم في الأخير للقاضي .

وقد نص على الحكّمين والشروط التي يجب أن تشترط فيهما وصفتهما ومهمتهما في الفصل الرابع من خلال المواد 36 و37 و38 .

حيث نص في المادة 36 : « إذا لم يتفق الزوجان على الطلاق طبقا للمادة السابقة ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة تولت تعيين حكّمين للإصلاح بين الزوجين » .

وفي المادة 37 : « أ ) يشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين - إن أمكن - وإلا فمن غيرهم وأن يكونا ممن لهم خيرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

ب ) يحلف الحكّمان يمينا أمام المحكمة على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة .

ج ) تحدد المحكمة للحكّمين تاريخ بدء وانتهاء مهمتهما بما لا يجاوز شهرا وتخطر المحكمة الحكّمين والخصوم بذلك .

د ) للمحكمة أن تعطي للحكّمين مهلة أخرى مرة واحدة لإنهاء مهمتهما فإن لم يقدموا تقريرهما خلالها عينت غيرهما » .

وفي المادة 38 : « أ ) على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما بأية طريقة ممكنة ، وعليهما السير في مهمتهما ولو امتنع أحد الزوجين عن حضور مجلسهما متى تم إخطاره بذلك .

ب ) على الحكّمين في حالة عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين أن يرفعا إلى المحكمة ما يقرانه مع الأسباب المؤدية لذلك وعلى المحكمة أن تفصل في النزاع القائم بينهما » .

**مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية** : ذهب المشرع الموريتاني إلى ما ذهب إليه سابقوه ، حيث نص على تعيين حكّمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة إن أمكن عند عدم إثبات الضرر واشتداد الخصام بين الزوجين ، وتمثل مهمتهما في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين .

لكنه خالف باقي المشرعين حيث منح الحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين في حال عدم التوفيق بين الزوجين وبقاء النفرة بينهما وفق ما جاء في المذهب المالكي ، ويقومان برفع تقريرهما إلى القاضي وينفذ ما

## الفصل الأول : التنازع بين الزوجين في الجانب الشخصي

فيه .

حيث جاء في المادة 102 في الفقرتين 02 و 03 : « إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة إن أمكن للتوفيق بينهما .

على الحكّمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن قراره . وإذا عجزا عن الإصلاح طلقا بعوض منها إن تمحض ظلم المرأة ، وبغيره إن كان الزوج ظلما ورفع الأمر إلى القاضي لينفذ قرارهما » .

# الفصل الثاني التميز بين الزوجين في الجانب المالي

## التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

- المبحث الأول: التنازع في المهر وما يتعلق به.
- المبحث الثاني: التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة .
- المبحث الثالث : التنازع في النفقة الزوجية وما يتعلق بها.
- المبحث الرابع: التنازع في بدل الخلع.

## الفصل الثاني

### النزاع بين الزوجين في الجانب المالي

بالموازاة مع الجانب الشخصي في حياة الزوجين هناك جانب آخر مالي ، وكما يحدث النزاع بين الزوجين في الجانب الأول - كما سبق وأن بينت في الفصل السابق - يحدث تنازع في الجانب المالي ، ولعله أكثر مجالات النزاع بينهما .

وأهم مجالات النزاع بينهما في هذا الجانب يكون في المهر ، ومتاع البيت ، وجهاز المرأة ، والنفقة ، وبدل الخلع .

وسأحاول تناول موضوع النزاع في هذه الأمور حسب التقسيم الآتي :

المبحث الأول : النزاع في المهر وما يتعلق به .

المبحث الثاني : النزاع في متاع البيت وجهاز المرأة .

المبحث الثالث : النزاع في النفقة وما يتعلق بها .

المبحث الرابع : النزاع في بدل الخلع وما يتعلق به .



## المبحث الأول

### التنازع في المهر وما يتعلق به

يعد المهر من أهم عناصر عقد الزواج ، ويعتبر الحق المالي الذي يجب على الزوج لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها<sup>(1)</sup>.

إلا أن عقد الزواج لا يتوقف وجوده ولا صحته شرعا على ذكر المهر فيه بالاتفاق ؛ لأنه ليس ركنا من أركانه ، ولا ذكره شرطا لصحته بل يثبت المهر دينا في ذمة الزوج بمجرد العقد الصحيح النافذ ، فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، والدليل على صحته مع عدم تسمية المهر قوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِدِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [ البقرة 236 ] . فهذه الآية تنفي الجناح عن المطلقين قبل الدخول وقبل فرض المهر ، والطلاق لا يكون إلا بعد قيام الزوجية الصحيحة ، ولو كانت تسمية المهر شرطا لصحة الزواج لما صح العقد وبالتالي لم يكن الطلاق مباحا<sup>(2)</sup>.

والمهر نوعان :

- مهر مسمى : وهو ما اتفق عليه في العقد ، أو فرض بعده بالتراضي .

- مهر المثل : وهو مهر امرأة من قوم أبيها ، كأختها ، وعمتها ، تماثلها في ما يعتد به من صفات النساء من السن ، والجمال ، والمال ، والدين ، والأدب ، والعقل ، والعلم ، والبكارة أو الثبوبة ، والولادة أو العقم ، وما إلى ذلك ، فإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكر من الأوصاف ، اعتبر مهر المثل بمهر من تماثلها من أسرة كأسرة أبيها<sup>(3)</sup>.

ومع وضوح حق المرأة في المهر ، وما يجب لها من تمام المهر المسمى أو نصفه ، أو مهر المثل ، أو المتعة ، لكن ذلك عند اتفاق الزوجين على ما وقع بينهما ، إلا أنهما قد يختلفان فيه ، والاختلاف بينهما قد يكون في أصل تسمية المهر ، وقد يكون في مقداره ، وقد يكون في قبضه بعد اتفاقهما على التسمية والمقدار ، وهو ما سوف أحاول دراسته في هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : ماهية المهر وأهم الأحكام المتعلقة به .

(1) أحمد العمور . مرجع سابق ص 195 .

(2) محمد مصطفى شبي . مرجع سابق ص 341 .

(3) أحمد العمور . مرجع سابق ص 198 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

---

المطلب الثاني : ولاية قبض المهر وضمائه .

المطلب الثالث : حالات التنازع في المهر .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول

### ماهية المهر وأهم الأحكام المتعلقة به

قبل الدخول في موضوع التنازع في المهر بين الزوجين ، لابد أن أبين بعض الأحكام الأساسية المتعلقة بالمهر والتي لها علاقة بموضوع التنازع ، وذلك من خلال الفروع التالية :

## الفرع الأول

### ماهية المهر

#### البند الأول - تعريف المهر :

أولاً - المهر لغة<sup>(1)</sup> : المهر الصداق والجمع مهور ، وقد مهر المرأة بمهرها وبمهرها مهرا وأمهرها . وقال بعضهم مهرتها فهي مهورة أعطيتها مهرا ، وأمهرتها زوجها غيري على مهر ، والمهيرة الغالية المهر ، والمهارة الخدق في الشيء ، والماهر الخاذق بكل عمل ، وأكثر ما يوصف به السابح المجيد والجمع مهرة . المهيرة الحرة ، والمهائر الحرائر وهي ضد السرائر ، والمهر ولد الفرس .

ثانياً - المهر اصطلاحاً : ورد في كتب الفقهاء عدة تعريفات للمهر ، وإن اختلفت عباراتهم فالمعنى المقصود واحد :

حيث جاء في العناية بأنه : « المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد »<sup>(2)</sup> .

وفي منح الجليل بأنه : « المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها »<sup>(3)</sup> .

وفي الشرح الكبير للدردير بأنه : « ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها »<sup>(4)</sup> .

وفي روضة الطالبين بأنه : « المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء »<sup>(5)</sup> .

وفي الحاوي الكبير بأنه : « العوض المستحق في عقد النكاح »<sup>(6)</sup> .

(1) ابن منظور ، لسان العرب باب مهر 4286/6 .

(2) السارقي . العناية شرح الهداية بحاشي فتح القدير 3 204 .

(3) محمد عنيش ، منح الجليل 3 415 .

(4) الدردير . الشرح الكبير 2 293 .

(5) النووي . روضة الطالبين 6 234 .

(6) النوردي . الحاوي الكبير 9 393 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

وفي شرح منتهى الإرادات : « انعوض المسمى في عقد نكاح و المسمى بعده »<sup>(1)</sup>.

وقد عرف الأستاذ محمد محدة الصداق و إني اعتبر ما ذهب إليه خلاصة للتعريفات السابق ذكرها ، قال بأنه : « المال الذي أوجبه الشارع على الزوج وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح والوطء بشبهة والوطء في النكاح الفاسد »<sup>(2)</sup>.

وللمهر ثمانية أسماء بمجموعة في قول الشاعر : صداق ومهر نحلة وفريضة حياء وأجر ثم عقر علائق ... وزاد بعضهم الطول في بيت فقال : مهر صداق نحلة فريضة طول حياء عقر أجر علائق ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً ﴾ [ النساء 25 ] ، وزاد بعضهم عاشرا وهو النكاح ، لقوله تعالى : ﴿ وَكَيْسُفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً ﴾ [ النور 33 ]<sup>(3)</sup>.

ثالثا- المهر قانونا : الأصل أن التعريفات من اختصاص الفقه كما سبق وأن بينت وليس من اختصاص المشرعين ، وحسنا فعل كل من المشرعين التونسي والموريتاني حيث تركا ذلك لأهل الفقه . إلا المشرعين الجزائري والمغربي والليبي تطرقوا لتعريف المهر ، ولم يخرجوا في تعريفاتهم عن ما ذهب إليه الفقهاء .

حيث عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قان الأسرة بقوله : « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك له تتصرف فيه كما تشاء » .

وعرفه المشرع المغربي في المادة 26 من مدونة الأسرة بقوله : « الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة ، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين ، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية ، وليس قيمته المادية ».

وعرفه المشرع الليبي في المادة 19 فقرة أ من قانون الزواج والطلاق وآثارها بقوله : « المهر كل ما يبذله الزوج لزوجته من مال أو منفعة مشعر بالرغبة في الزواج » .

### البند الثاني : شروط المهر

أولا - شروط المهر في الفقه : اشترط الفقهاء في المهر عدة شروط أوجزها فيما يلي :

(1) النهوي ، شرح منتهى الإرادات 233/5 .

(2) عمدة عمدة ، الاحكام الاساسية في الاحوال الشخصية ، دار الشهاب ، باتنة ، الجزائر ، دت . الجزء الأول ص 83 .

(3) الخطيب التبريني ، معني المختار 4 / 459 .

1- أن يكون متقوما : أي له قيمة مالية ، لقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ ﴾ [ النساء 24 ] ، وقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [ النساء 25 ] [ الطول : هو المال .

فلا يجوز أن يكون المهر غير متمول مثل التنازل عن حق ، كأن يجب لرجل على امرأة قصاص ، فيتزوجها ، ويجعل تنازله عن القصاص منها صداقها<sup>(1)</sup> . ولا يجوز أن يكون المهر شيئا تافها لا قيمة له كحبة القمح أو قطرة الماء ، ذلك لأن الصداق منه ما هو حق لله تعالى ، ومنه ما هو حق للمرأة ، وحق الله سبحانه وتعالى هو أقله حيث لا يقل عنه ، أما حق المرأة فهو ما زاد عن حده الأدنى<sup>(2)</sup> .

وحده الأدنى الذي يصلح مهرا عند الحنفية<sup>(3)</sup> عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، وأدلتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ [ النساء 24 ] ، شرط سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالا . والحبة والدانق ونحوهما لا يعدان مالا ، فلا يصلح مهرا ، لقوله ﷺ : (( لا مهر دون عشرة دراهم ))<sup>(4)</sup> ، وعن عمر وعلي وعبد الله بن عمر ؓ أنهم قالوا : لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم .

وعند المالكية<sup>(5)</sup> أقله ربع دينار ذهب ، أو ثلاثة دراهم فضية خالصة ، أو ما يساويهما في القيمة ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ [ النساء 24 ] ، وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً ﴾ [ النساء 25 ] ، فدل على أن المراد مال له بال ، وأقله ما استباح به العضو في السرقة ، وهو ربع دينار ذهب أو ثلاثة دراهم فضية خالصة ، أو ما يساويهما .

(1) الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ص 104 .

(2) محمد محمدا ، مرجع سابق ص 86 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 651/2 وما بعدها .

(4) البيهقي ، السنن الكبرى 240/7 - الطبراني ، المعجم الأوسط برقم 3 ، 6/1 ( الطبراني ، المعجم الأوسط ، تحقيق طارق بن عوض الله وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، دار الحرمين ، القاهرة ، مصر ، طعة سنة 1415 هـ ) - الدراقطني ، سنن الدراقطني باب المهر برقم 3601 ، 3584 . قال الطبراني في معجمه : لم يرو هذا الحديث عن عمرو إلا احتجاجاً ، فردد به : مسنن بن عبيد ، وقال الدراقطني مسنن بن عبيد مشروك الحديث أحاديث لا يضاع عليها .

(5) المواق ، الناح والإكليل 508:3 - الرزقاني ، شرح الرزقاني على الموطأ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طعة 2004 ، 159 3 .

## الفصل الثاني : التنازع بين التزوجين في الجانب المائي

وعند الشافعية<sup>(1)</sup> والحنبلة<sup>(2)</sup> المهر غير مفسد يسوي فيه تملين والكثير . ولا تقدر صحة العقد بشيء ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْعُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ [ النساء 24 ] ، فلم يقدره ، وقوله ﷺ : (( التمس ولو خاتما من حديد ))<sup>(3)</sup> ، بل ضابطه كل ما صح كونه مبيعا عوضا أو معوضا عينا أو دينا أو منفعة كثيرا أو قليلا ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول ، فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بتمول فسدت التسمية ورجع مهر المثل . ومثل له الصيمري<sup>(4)</sup> بالنواة والحصاة وقشرة البصلة وقمع الباذنجانة . واشترط الحنابلة<sup>(5)</sup> أن يكون له نصف يتمول عادة ، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال تنتفع به .

وذهب بعض الحنابلة إلى أنه يستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم<sup>(6)</sup> .

أما النكاح على تعليم القرآن فلقد انقسم حوله العلماء بين مجيز ومنكر .

حيث ذهب بعض المالكية<sup>(7)</sup> ، والشافعية<sup>(8)</sup> ، والحنابلة<sup>(9)</sup> في رواية لهم إلى أنه يجوز أن يكون تعليم القرآن مهرا بدليل قوله ﷺ : (( أنكحتها بما معك من القرآن ))<sup>(10)</sup> ؛ ولأن تعليم القرآن منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا .

(1) الخطيب الشربيني ، معني المتاج 4 / 460 .

(2) موفق الدين بن قدامة ، المعني 5 / 8 .

(3) البحاري ، الجامع الصحيح ، باب القراءة عن ظهر قلب برقم 5030 ، 347/3 ، باب تزويج المسنن برقم 5087 ، 359/3 ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج برقم 5126 ، 369/3 ، باب إذا قال الحاضر للولي زوجي فلانة فقال .. برقم 5141 ، 373/3 ، باب عاتم الحديد برقم 5871 ، 69.4 - السنائي ، السنن الكبرى ، باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق والكلام الذي يتعقد به النكاح ... برقم 5526 ، 320/3 - الطبراني ، المعجم الكبير للطبراني برقم 5907 ، 173/6 وبرقم 5961 ، 190/6 وبرقم 5980 . 195/6 .

(4) الصيمري : هو عبد الواحد بن الحسين بن محمد . أبو القاسم الصيمري الشافعي ، فقيه ، أصولي ، قاض . سكن البصرة ، وحضر مجلس القاضي أبي حامد المرورودي ، وتفقده بصاحبه أبي الفياض البصري . وانتقل إليه الناس من البلاد ، وكان حافظاً للمذهب حسن التصانيف ، وهو من تفقه عليه القاضي الماوردي . من تصانيفه : الإيضاح في فروع الفقه الشافعي ، وأدب المفتي والمستفتي ، والإرشاد في شرح الهداية والقياس والمثل . توفي سنة 386 هـ . ( ناه الدين السكي طبعات الشافعية الكبرى 3 339 - اشيرازي ، طبقات الفقهاء 1/125 - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 207/6 وما بعدها ) .

(5) موفق الدين بن قدامة ، المعني 14 / 8 .

(6) موفق الدين بن قدامة ، المعني 5 / 8 . - المذنبون ، لإصناف 8 170 - البيهقي ، شرح منتهى الإرادات 5/234 .

(7) من عبد البر . الاستدثار ، حقيق عبد المعطي أمين معني ، دار فقه . دمشق سوريا . الطبعة الأولى 1993 ، 81/16 وما بعد .

(8) الماوردي ، الحاشي الكبير 9 403 .

(9) موفق الدين بن قدامة ، المعني 7 - 8 .

(10) سبق تحريجه في الصفحة نفسها برقم 3 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وذهب المالكية<sup>(1)</sup>، والحنفية<sup>(2)</sup>، والمزني<sup>(3)</sup> من الشافعية<sup>(4)</sup>، والحنابلة<sup>(5)</sup> في الرواية الثانية لهم إلى أنه لا يجوز أن يكون تعليم القرآن مهرا ؛ لأن الفروج لا تستباح إلا بالمال لقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ [ النساء 24 ] . ولقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً ﴾ [ النساء 25 ] ، والطول هو المال ، وتعليم القرآن ليس بمال ؛ ولأنه قرينة كالصيام والصلاة ؛ ولأن تعليمه لا ينظبط فالمدة غير معلومة فأشبهه الشيء المجهول .

وأن الحديث الذي قال فيه ﷺ : (( أنكحتها بما معك من القرآن ))<sup>(6)</sup> كان خصوصية لذلك الصحابي ، وأنه زوجه بذلك تعظيماً للقرآن وأهله لا لأن يكون القرآن مهرا .  
ويأخذ حكم القرآن السعي مع الزوجة إلى الحج وجعل ذلك مهرا لها .

هذا هو رأي المتقدمين من الفقهاء . أما المتأخرين فلقد ذهبوا إلى جواز أخذ الأجر عليه مستندين في ذلك على الواقع ، حيث صار من يعلم القرآن يلزم عليه التفرغ له ، الشيء الذي تطلب إيجاد مقابل لما يقدمونه من منافع وهي مبالغ مالية يقتاتون بها ويسدوا متطلباتهم ، وعليه أمكن القول بجواز أن يكون مهرا<sup>(7)</sup> .

ويصح أن يكون الصداق منافع عقار أو سيارة ، أو خدمة مدة معلومة ، كأن يقول الرجل للمرأة : صداقك ، أن تستغلي سيارتي أو عقاري الفلاني ، أو أن أقوم بأداء بعض الأعمال نيابة عنك<sup>(8)</sup> . ولو تزوج رجل امرأة على أن يخدمها مدة معلومة ، فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد التسمية صحيحة ولها قيمة الخدمة<sup>(9)</sup> .

(1) ابن عبد البر ، الاستذكار 81/16 وما بعدها .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 564 .

(3) المزني : هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني ؛ أبو إبراهيم من أهل مصر وأصله من مزينة ولد سن 175 هـ . صاحب الإمام الشافعي . كان زهدا عالما مجتهدا قوي الحجة غواصا على المعاني الدقيقة وكان زاهدا وزعا متفلا من الدنيا بحباب الدعوة . وهو إمام الشافعية . حدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما . أخذ عنه كثير من علماء خراسان والعراق والشام منهم ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن جوصا وابن أبي حاتم وغيرهم . من كتبه : الجامع الكبير ؛ و الجامع الصغير ؛ و المختصر ؛ و الترغيب في العلم . توفي سنة 264 هـ . ( تاج الدين السبكي ، طبقات الشافعية الكبرى 2 / 93 وما بعدها - الشيرازي ، طبقات الفقهاء 97/1 - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 217 1 وما بعدها - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 300/2 ) .

(4) المزني ، مختصر المزني ص 240 .

(5) موفق الدين بن قدامة ، المعني 78 .

(6) سبق تخريجه انظر الصفحة 219 .

(7) محمد بن محمد ، مرجع سابق ص 90 .

(8) الصادق عبد الرحمن العريبي ، ص 104 .

(9) نظر : الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 566 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

2- أن يكون مباحاً<sup>(1)</sup> : فالأشياء المحرمة التي لا يبيح التسرع التعامل بها بالبيع أو الشراء ، كالخمر والخنزير والدم لا يجوز أن تكون مهراً . وقد ذهب الجمهور<sup>(2)</sup> إلى أنه إذا سمي المهر بشيء محرم فإن العقد يصح وتأخذ الزوجة مهر المثل ، وعند المالكية<sup>(3)</sup> إذا كان قبل الدخول فسخ العقد وإذا كان بعده يثبت العقد وتأخذ الزوجة مهر المثل ، وفي رواية أنه يفسخ قبل الدخول وبعده .

3 - أن يكون مقدوراً على تسليمه<sup>(4)</sup> : فلا يجوز أن يكون مالا أو عقارا في حوزة شخص آخر مستولى عليه من صاحبه .

4 - أن يكون معلوم المقدار<sup>(5)</sup> : فلا يجوز أن يكون المهر مجهول المقدار ، مثل نفقة الزوج على ابن الزوجة من غيره تجعل صداقا للمرأة ، فلا يجوز لجهل مقدار النفقة ، ولا يجوز كذلك الصداق المجهول الصفة ، كعقار لم تبين صفته<sup>(6)</sup> .

ويجوز أن يحمل المهر الجهالة اليسيرة مثل جهالة مهر المثل<sup>(7)</sup> ، وإنما كان كذلك ؛ لأن مبنى البيع على المضايقة والماكسة ، فالجهالة فيه وإن قلت تفضي إلى المنازعة ومبني النكاح على المسامحة والمروءة ، فجهالة مهر المثل فيه لا تفضي إلى المنازعة .

5 - أن لا يكون مغبوباً : فإنه إذا كانت الشريعة ألزمت الزوج بدفع مبلغ مالي للزوجة كعلامة صدق في استمرار ما توعد به وهو الخطبة ، فمن غير المعقول أن يكون ما يدلل الشخص به على صدقه ومقدمة الود مالا مغبوباً<sup>(8)</sup> .

وإن تزوجها على مال مغبوب صح النكاح نصاً وهو قول عامة الفقهاء ؛ لأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ؛ ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ، ولو عدم فالنكاح صحيح فكذا إذا فسد ، ووجب للزوجة على زوجها مهر المثل ؛ لاقتضاء فساد العوض رد عوضه ، وقد تعذر لصحة النكاح فوجب رد قيمته ، وهي مهر المثل ، وكما لو تلف المبيع بيعاً فاسداً بيد مشتريه<sup>(9)</sup> .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 565 - الدردير ، الشرح الكبير 2 / 294 - القاضي عبد الوهاب ، المعونة 2 / 751 - الشيرازي ، المهذب 2 / 463 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 14 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 563 - الماوردي ، الخاوي الكبير 9 / 394 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 14 .

(3) القاضي عبد الوهاب ، المعونة 2 / 751 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 566 وما بعدها - الدردير ، الشرح الكبير 2 / 294 - الشيرازي ، المهذب 2 / 463 .

(5) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 571 وما بعدها - الدردير ، الشرح الكبير 2 / 294 الشيرازي ، المهذب 2 / 463 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 19 .

(6) الصادق عبد الرحمن العربي ، مرجع سابق ص 105 .

(7) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 573 - محمد عبد الله ، مرجع سابق ص 330 .

(8) محمد بن محمد ، مرجع سابق ص 90 .

(9) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 245 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

بينما ذهب المالكية<sup>(1)</sup> إلى التفريق بين حالتين :

- الأولى إذا كان الزوجان يعلمان بأن المهر كان مغبوبا ، وكانا راشدين ، فسح انعقد قبل الدخول ، واستمر بعد ، ووجب فيه مهر المثل .

- الثانية إن كان أحدهما غير راشد لكونه صغيرا أو محجورا عليه ، فالعلم المعتبر هو علم الولي ، فإن كانت الزوجة لا تعلم بالغصب صح العقد ، وإن رجع المغبوب منه عليها بأخذ الشيء ، وترجع على الزوج بقيمته .

**ثانيا - شروط المهر في القانون :** لم تتطرق القوانين لكل شروط المهر التي قال بها الفقهاء ، وإنما اكتفت بذكر شرطين كونه متقوما أي له قيمة مالية ، وكونه مباحا شرعا .

وقد جاء ذكر الشرط الأول وهو كونه متقوما ، وذلك من خلال نص المادة 14 من قانون الاسرة الجزائري بقولها : « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها » .

وفي الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها : « كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً » .

وفي المادة 19 فقرة أ من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبي بقولها : « المهر كل ما يبذله الزوج لزوجته من مال أو منفعة » .

أما الشرط الثاني وهو كونه مباحا شرعا فقد نصت القوانين عليه من خلال نص المادة 14 من قانون الاسرة الجزائري حيث جاء فيها : « الصداق هو كل ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا » .

وجاء في المادة 28 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية : « كل ما صح التزامه شرعا ، صلح أن يكون صداقا » .

و جاء في الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : « كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً » .

و جاء في المادة 19 فقرة ب من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبي : « كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا » .

و جاء في المادة 14 فقرة 02 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « يشترط في الصداق أن

(1) دسوقي . حاشية الدسوقي 2 480 وما بعدها .

يكون مباحا تملكه .

## الفرع الثاني

### مؤكدات المهر

إن عقد الزواج إذا كان صحيحا يوجب المهر سواء كان مسمى أو مهر المثل ، والعقد الفاسد لا يوجبه إلا إذا لحقه دخول حقيقي بالمرأة ، فإذا دخل بها وجب المهر كاملا ، سواء كان مسمى تسمية صحيحة عند العقد ، أو مهر المثل عند عدم وجودها .

وكذلك الدخول بشبهة ، كأن يتزوج رجل بامرأة ولا ينظر إليها قبل الزفاف ، ثم زفت إليه امرأة أخرى ، وقيل له بأنها زوجته فدخل بها بناء على هذا القول ثم تبين له أنها غيرها ، فإنه يجب عليه مهر مثلها ؛ لأنه استوفى المتعة من المرأة بالدخول بها ، فينقرر عليه مهرها ولا تبرا ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء<sup>(1)</sup>.

أما المهر الذي وجب بالعقد الصحيح ، فإن وجوبه غير مستقر ؛ لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه حتى يوجد ما يؤكد ، فإذا وجد ذلك المؤكد استقر وجوبه ، ولا تبرا ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء<sup>(2)</sup>.

البند الأول - مؤكداات المهر المتفق عليها : اتفق الفقهاء على أن المهر يتأكد بأمرين :

أولاً- الدخول الحقيقي بالزوجة : إذا دخل الرجل على امرأته دخولا حقيقيا تأكد ثبوت المهر لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [ النساء 24 ] . أي : كما تستمتعون بهن فآتوهن مهورهن في مقابلة ذلك<sup>(3)</sup>.

وقوله : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ [ النساء : 21 ] . يعني حل ثناؤه بقوله : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ ﴾ ، وعلى أي وجه تأخذون من نساءكم ما آتيتوهن من صدقاتهن ، إذا أردتم طلاقهن واستبدال غيرهن بهن أزواجهن ﴿ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ ، فتباشرتم وتلامستم<sup>(4)</sup>.

ولأن الأدلة التي أفادت سقوط المهر قد قيدت الأسباب المسقطه بكونها قبل المس ، وهو الجماع ، فإذا

(1) محمد مصطفى شلي ، مرجع سابق ص 371 .

(2) مرجع شبهه ص 371 ..

(3) ص كثير . محسن ابن كثير 2 258 .

(4) نظري . جامع البيان في تأويل القرآن 8 125 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

حدث سبب منها بعد المس لم يكن مسقطا ؛ ولأن الزوج قد استوفى المعقود عليه ، وهو الانتفاع بالبضع ، فيتقرر المهر قياسا على البيع ، فإنه إذا تم قبض المبيع تقرر ثبوت الثمن<sup>(1)</sup>، واعتبار الدخول الحقيقي سببا من أسباب تأكد المهر متفق عليه بين الفقهاء<sup>(2)</sup>.

وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بيكر فدفعتها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها ، فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup>.

وقال المالكية<sup>(5)</sup> لو أزال البكارة بأصبعه ، إن طلقها قبل البناء فلها نصف الصداق مع عوض البكارة ، وبعده لها الصداق فقط ويندرج عوض البكارة في الصداق وهو المعتمد . وعند محمد<sup>(6)</sup> وبعض المالكية<sup>(7)</sup> يجب كماله ، وعن أحمد في رواية ثانية<sup>(8)</sup> أنه يجب لها الصداق كاملا ؛ لأن أحمد قال : إن فعل ذلك أجنبي ، عليه الصداق . ففيما إذا فعله الزوج أولى ، فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر . ونص أحمد في من أخذ امرأته ، وقبض عليها ، وفي من نظر إليها وهي عريانة : عليه الصداق كاملا . فهذا أولى .

واختلفت الرواية عن أبي يوسف ، فقيل هو مع محمد ، وقيل مع أبي حنيفة<sup>(9)</sup>.

أما إذا حصل نزاع بينهما فادعت هي الوطاء وأنكر هو ذلك ، عند من يشترطون الوطاء مع الخلوة ، وهم المالكية والشافعية ، فهنا لا بد من النظر في نوع تلك الخلوة التي ادعت فيها الوطاء ، أهى خلوة اهتداء أم خلوة زيارة ؟.

فإن كانت الخلوة خلوة اهتداء ، وسميت بذلك للهدوء أي السكون ؛ لأن كل واحد منهما اهتدى للآخر وسكن إليه واطمأن كما تسمى هذه الخلوة بإرخاء الستور ، فإذا ما ادعت الوطاء في هذه الحالة فالقول قولها بلا يمين عند المالكية<sup>(10)</sup>، واليمين على الزوج ، ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على

(1) عبد العظيم شرف الدين ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الدار الدولية للإستثمارات الثقافية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، دت ص 404 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 584 - الدردير ، الشرح الكبير 2 / 300 - الخطيب الشربيني معني المحتاج 4 / 466 - البهوتي ، كشاف القناع 5 / 165 .

(3) ابن الممام ، شرح فتح القدير 3 / 209 .

(4) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 68 .

(5) الصاوي ، لغة السالك 2 / 283 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 474

(6) ابن الممام ، شرح فتح القدير 3 / 209 .

(7) محمد عبيش ، منح الخليل 3 / 432 .

(8) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 68 .

(9) ابن الممام ، شرح فتح القدير 3 / 209 .

(10) مالك ، المدونة 2 / 229 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذ كان أقوى شبهة<sup>(1)</sup>.

هذا إن لم تكن متلبسة بمانع شرعي كالحيض أو الإحرام ، وقيل : وإن كانت متلبسة بمانع شرعي من الوطء كحيض وصوم وإحرام ؛ لأن العادة أن الرجل إذا خلا بزوجه أول خلوة لا يفارقها قبل وصوله إليها ، وظاهره ولو كان الزوج لا يليق به ذلك لصلاحه . وقيل لا تصدق إلا على من يليق به ذلك<sup>(2)</sup>. لذا كان التصديق إلى جانبها مادامت بالغة رشيدة . أما إذا كانت صغيرة ، وادعت ذلك استحققت نصف المهر مقدما بعد حلف الزوج على عدم ذلك ، واستبقي النصف الآخر حتى تبلغ ، فإن حلفت على الوطء أثناء الخلوة استحققت النصف الثاني ، وإن نكلت فلا حق لها فيه ، ولا يحلف الزوج ثانية<sup>(3)</sup>.

أما عند الشافعية<sup>(4)</sup> فالقول قوله بيمينه ، وذلك لأنه مدعى عليه .

إلا أنهم قالوا : إن القول قول الزوجة بيمينها إذا طلقت ، وادعت الوطء قبل الطلاق لتستوفي المهر وأنكره فأتت بولد لزمان يلحقه ظاهرا إن لم ينه لترجيح جانبها بالولد<sup>(5)</sup>.

أما إذا حدث اتفاق بينهما على عدم الوطء بعد الخلوة صدقت الزوجة بلا يمين سواء كانت بالغة رشيدة أم سفيهة ، فإن خالفها بأن أقر بالوطء ، وأنكرت هي ذلك وبقي مصرا على إقراره ، يؤخذ بقوله في هذه الحالة عسى أن يكون قد وطئها وهي نائمة أو فاقدة الوعي والعقل ، فإن رجعت في قولها بنكران الوطء فلها المهر كله شريطة أن لا يرجع في رأيه قبل إقرارها هي بذلك ، فإن رجع قبلها ، فليس لها إلا نصف المهر<sup>(6)</sup>.

هذا إذا كانت الخلوة خلوة اهتداء . أما إذا كانت خلوة زيارة صدق الشخص الزائر منهما : في شأن الوطء في الخلوة ثيبا كانت أو بكرا ، إثباتا أو نفيًا ، على البدلية ، فإن زارته صدقت في دعوى وطئه ، ولا يعتبر نفيه ؛ لأن الشأن نشاطه له في بيته ، وإن زارها صدق في نفيه ، ولا تعتبر دعواها ثبوته ؛ لأن الشأن عدم نشاطه له في بيته ، بيمين فيهما ... وإن اختليا في بيت ليس به أحد وليس بيت أحدهما فتصدق الزوجة ؛ لأن الشأن نشاطه له فيه<sup>(7)</sup>.

(1) ابن رشد ، بداية المهتد 2 15 .

(2) محمد عيش . مع الخليل 3 433 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 475 وما بعدها .

(3) محمد عيش . مع الخليل 3 433 - الدسوقي . حاشية الدسوقي 2 475 .

(4) النووي ، روضة الطالبين 6 249 .

(5) الخطيب الشربيني ، معني العناج 4 439 .

(6) انظر : محمد عيش . مع حسن 3 433 وما بعدها - الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 476 وما بعدها .

(7) محمد عيش . مع الخليل 3 433 وما بعدها - الدسوقي . حاشية الدسوقي 2 476 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

ثانياً- وفاة أحد الزوجين : ينتهي عقد الزواج بموت أحد الزوجين ؛ لأنه قد بلغ نهايته فهو عقد محدود بالعمر ، وإذا بلغ نهايته تقرر أحكامه ، ومنها المهر ، فالمهر وجب بالعقد وصار ديناً في ذمة الزوج ، والموت لم يعرف مسقطاً للديون<sup>(1)</sup>.

فإذا مات الزوج تأخذ الزوجة المهر كاملاً ، أو ما تبقى منه من تركة الزوج قبل أن توزع على الورثة ؛ لأنه دين في ذمته ، وإذا ماتت الزوجة كان المهر لورثتها ومن ضمنهم زوجها ، سواء سمي المهر أو فرض بعد ذلك ، فإن لم يسمى ولم يفرض فللزوجة مهر مثلها عند الجمهور<sup>(2)</sup> . ودليلهم ما روى معقل بن سنان<sup>(3)</sup> أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق<sup>(4)</sup> وكان زوجها مات ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، فجعل لها مهر نساؤها لا وكس ولا شطط<sup>(5)</sup>.

إلا أن المالكية<sup>(6)</sup> يرون أن الموت يؤكد المهر المسمى فقط . أما في حالة التفويض وقبل الفرض فإن المهر يسقط بالوفاة ، أما إذا مات واحد بعد الفرض فهو ككناح التسمية.

وهذا لما رواه مالك عن نافع<sup>(7)</sup> أن ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد بن الخطاب كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر ، فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقاً ، فابتغت أمها صداقها ، فقال عبد الله بن عمر :

(1) عبد العظيم شرف الدين ، مرجع سابق ص 414 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 588 وما بعدها - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 4 / 481 - البهوتي ، كشاف القناع 5 / 165 .

(3) معقل بن سنان : هو معقل بن سنان بن مظهر بن عركم بن فتيان بن سبيع بن بكر بن أشجع بن ريث بن غطفان الأشجعي ، يكنى أبا عبد الرحمن . وقيل : أبو محمد ، وأبو زيد ، وأبو سنان . شهد فتح مكة ، ثم أتى المدينة فأقام بها . وكان فاضلاً تقياً . كان ممن خلع يزيد بن معاوية مع أهل المدينة ، فقتله مسلم بن عقبة المري لما ظفر بأهل المدينة يوم الحرة صبراً ، روى عنه من أهل الكوفة : علقمة ، ومسروق ، والشعبي . وروى عنه من غيرهم : الحسن البصري ، وصانعة من المدنيين . ( ابن عبد البر ، الإستهيعاب 3 / 182 - ابن الأثير ، أسد الغابة 5 : 224 )

(4) بروع بنت واشق : هي بروع بنت واشق الرواسية الكلاية . وقيل : الأشجعية . زوج هلال بن مرة . مات عنها زوجها ولم يفرض لها صداقاً . فقضى لها رسول الله ﷺ بمثل صداق نساؤها . روى حديثها أبو سنان معقل بن سنان وجراح الأشجعيان وناس من أشجع وشهدوا بدلت عند ابن مسعود رواه عنهم ابن عقبة بن مسعود . ( ابن عبد البر ، الإستهيعاب 4 / 126 - ابن الأثير ، أسد الغابة 7 / 35 وما بعدها ) .

(5) أبو داود ، سنن أبي داود باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات برقم 2114 ، 2116 ، 406/2 وما بعدها - الترمذي ، سنن الترمذي باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها برقم 1145 ، 442/3 وما بعدها - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت عنها ذلك برقم 1891 ، 1 - 609 - ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة 3 / 395 ، 3 - 7 - البيهقي ، السنن الكبرى للبيهقي 7 / 224 - عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق باب الرجل يتزوج فلا يفرض صداقاً حتى يموت برقم 11745 ، 6 / 480 - النسائي ، السنن الكبرى للنسائي باب الصداق برقم 5516 و 5517 ، 3 / 317 - الحاكم ، مستدرک الحاكم 2 / 180 وما بعدها - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب الصداق برقم 4098 ، 9 / 407 و برقم 4100 ، 9 / 409 ، و برقم 4101 ، 9 / 410 . قال الترمذي حديث حسن صحيح . وقال الحاكم : صار الحديث صحيحاً على شرط الشيخين . وقال شعيب الأرنؤوط في تعليقه على صحيح ابن حبان إسناده صحيح على شرط الشيخين .

(6) ترمذي ، الشرح الكبير 2 / 301 - نسوي ، حاشية النسوي 2 / 475 .

(7) نافع : هو نافع المدني أبو عبد الله من عند الله من عمر بن الخطاب . من أئمة التابعين بالمدية . ديني الأصل . مجهول النسب . أمهات ابن عبد مسعود في بعض معاربه . كان علامة في فقه الناس ، متفقا على رياسته . أرمسه عمر بن عبد العزيز بن معتز ليعلم أهمها السنن . كان كثير الرواية للحديث . لا يعرف له خطأ في جمع ما رواه . كان من موالده وأبي هريرة وأبي سلمة ابن عبد الله . وأبي سعد الخدري وزراف بن حديج وعائشة وأم مسعدة وغيرهم . وعنه أولاده أبو عمر وعمر وعبد الله بن دينار وصالح بن كيسان وعبد ربه ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم . توفي سنة 117 هـ . وقيل 120 هـ . ( ابن الأثير ، الإستهيعاب 8 / 5 - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب الصداق برقم 368 ، 10 / 368 وما بعدها - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب الصداق برقم 367 ، 5 / 367 وما بعدها )

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم تمسكه ولم نطلبها فأبت أمها أن تقبل ذلك ، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت<sup>(1)</sup> ففضي أن لا صداق لها ولها الميراث<sup>(2)</sup> .

هذا إذا كان موت كل من الزوجين طبعياً ، أو قتل المتوفى بيد أجنبي ، أو قتل الزوج نفسه أو قتل زوجته . أما إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها فما الحكم ؟

وقع خلاف بين الحنفية<sup>(3)</sup> في قتل المرأة نفسها أو زوجها ، فذهب جمهورهم إلى أن قتل المرأة نفسها لا يسقط مهرها ؛ لأنه عند زهوق روحها يصبح من حق الورثة ، فلا تستطيع أن تسقطه بفعلها . أما قتلها لزوجها فيعتبر جناية تسوجب العقوبة ، ولا يسقط مهرها .

وذهب زفر إلى أن المهر يسقط في الحالتين ؛ لأنه بقتلها نفسها فوتت على الزوج الانتفاع بها فيسقط حقها في المهر ، كما لو ارتدت أو فعلت بأحد أصوله أو محارمه ما يوجب حرمة المصاهرة .

أما قتلها لزوجها فهو جناية ، والجنايات لا تؤكد الحقوق شرعاً ، وأما بمعصيتها هذه أنهت العقد ، وإنهاءها له بمعصية يسقط المهر كله متى تم قبل الدخول كالردة .

وذهب المالكية<sup>(4)</sup> إلى أن قتل الزوجة نفسها لا يسقط المهر ، أما قتلها لزوجها فالظاهر في المذهب أنه تعامل بتقيض مقصودها ، ويسقط مهرها ؛ لأنها ولثلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن .

واختلف الشافعية<sup>(5)</sup> فيمن قتلت نفسها إلى قولين :

الأول : أنه يسقط المهر لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول ، فسقط بها المهر ما لو ارتدت .

والثاني : لا يسقط وهو الصحيح ؛ لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح ، فلا يسقط بها

المهر كما لو ماتت .

(1) زيد بن ثابت : هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لؤذان بن عمرو بن عبد عوف بن غنم بن مالك بن النجار الأنصاري النخاري . يكنى أبا سعيد وقيل يكنى أبا عبد الرحمن ، وقيل : يكنى أبا خارصة بانه خارصة . استصغره رسول الله ﷺ يوم بدر فرده . شهد أحداً وما بعدها من المشاهد . وقيل : إن أول مشاهدته الخندق . كان يكتب لرسول الله ﷺ الوحي وغيره . كان عمر يستخلفه إذا حج وكان عثمان يستخلفه أيضاً على المدينة إذا حج . وكان أحد فقهاء الصحابة في الفرائض قال رسول الله ﷺ : (( أفرض أمي زيد بن ثابت )) . اختلف في وقت وفاة زيد بن ثابت . فقيل : مات سنة 45 هـ وقيل سنة 42 هـ وقيل سنة 43 هـ . وقيل بل توفي سنة 51 هـ أو 52 هـ . وقيل : سنة 50 هـ . وقيل : سنة 55 هـ ، وقال المدائني : توفي زيد بن ثابت سنة 56 هـ . ( ابن عبد البر ، الإيعاب 1 258 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 2 346 وما بعدها ) .

(2) مالك ، الموطأ باب الميراث بزواج المرأة ولا يفرض لها صداق فأنه 543 ، ص 169 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 588 وما بعدها .

(4) الدرهمي ، حاشية الدرهمي 2 475 .

(5) السيرافي ، نهج 2 467 .

## الفصل الثاني : التذرع بين الزوجين في الجانب المائي

أما إذا قتلت الزوجة زوجها ، فإنه يسقط ؛ لأن الفرقة حدثت من جهتها ، وكل فرقة من جهة الزوجة قبل الدخول تسقط المهر<sup>(1)</sup> .

وذهب الحنابلة<sup>(2)</sup> إلى أنه لو قتلت نفسها لاستقر مهرها كاملا . هذا هو المذهب .

**البند الثاني - مؤكدات المهر المختلف فيها :** اختلف الفقهاء في مؤكدات المهر الأخرى وهي .

**أولا- الخلوة الصحيحة :** وهي اجتماع رجل بامرأة بعد الزواج الصحيح بحيث يأمنان من دخول ثالث عليهما ، وإطلاعهما على أسرارهما ، ولا يكون هناك مانع يحول دون تمتع الرجل بالمرأة تمتعا حقيقيا ، فإن كان الزواج فاسدا كانت الخلوة فاسدة ، وإن كانا في مكان يسمح بدخول ثالث عليهما كالمسجد والطريق كانت الخلوة فاسدة أيضا .

وإذا وجد مانع حقيقي من مرض لا يتأتى معه الجماع ، أو صغر يحول دون الجماع ، أو عيب جنسي من رتق وقرن كانت الخلوة فاسدة أيضا<sup>(3)</sup> .

وتصح خلوة الزوج ، إن كان الزوج عنيئا أو خصيا ؛ لأن العنة والخصاء لا يمنعان من الوطء ، فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما ، وتصح خلوة المحبوب في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تصح .

وجه قولهما أن الحب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق ، ولأبي حنيفة أنه يتصور منه السحق والإيلاد بهذا الطريق ، فلو جاءت امرأته بولد يثبت النسب منه بالإجماع ، واستحقت كمال المهر إن طلقها ، وإن لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور في حقه ارتفاع المانع من وطء مثله فتصح خلوته وعليها العدة أما عنده فلا يشكل ؛ لأن الخلوة إذا صحت أقيمت مقام الوطء في حق تأكيد المهر فني حق العدة أولى ؛ لأنه يحتاط في إيجابها . وأما عندهما فقد ذكر الكرخي : أن عليها العدة عندهما أيضا ، وقال أبو يوسف : إن كان المحبوب يتزل فعليها العدة ؛ لأن المحبوب قد يقذف بالماء ، فيصل إلى الرحم ويثبت نسب ولده فتجب العدة احتياطا ، فإن جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ، ووجب لها جميع الصداق ؛ لأن الحكم بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتأكد المهر على قولهما أيضا<sup>(4)</sup> .

وأما المانع الشرعي فهو أن يكون أحدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحجة فريضة ، أو نفل ، أو عمرة ، أو تكون المرأة حائضا أو نفساء ؛ لأن كل ذلك محرم للوطء ، فكان مانعا من الوطء شرعا ،

(1) الخلف الشريفي ، معي الخراج 4 457 . 480 .

(2) المرذوي . لإضاف 8 209 .

(3) عبد الغني شرف ناس ، مرجع سابق ص 404 وما بعدها .

(4) الكاسبي . مائة مسألة 2 586 . ما بعدها .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

والحيض والنفاس يمتنع منه طبعاً أيضاً ؛ لأئهما أذى ، والطبع السليم ينفر عن استعمال الأذى . وأما في غير صوم رمضان فعن أبي يوسف أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا يمنع صحة الخلوة <sup>(1)</sup> .

وأما المانع الطبيعي فهو أن يكون معهما ثالث ؛ لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحي ، فينقبض عن الوطء بمشهد منه ، وسواء كان الثالث بصيراً أو أعمى يقظاناً أو نائماً بالغاً أو صبياً بعد أن كان عاقلاً ، رجلاً أو امرأة أجنبية أو منكوحته ؛ لأن الأعمى إن كان لا يبصر فيحس ، والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة ، فينقبض الإنسان عن الوطء مع حضوره ، والصبي العاقل بمتزلة الرجل يحتشم الإنسان منه كما يحتشم من الرجل ، وإذا لم يكن عاقلاً فهو ملحق بالبهايم لا يمتنع الإنسان عن الوطء لمكانه ولا يلتفت إليه ، والإنسان يحتشم من المرأة الأجنبية ويستحي <sup>(2)</sup> .

وقد ذهب الحنفية <sup>(3)</sup> والحنابلة <sup>(4)</sup> إلى أن الخلوة الصحيحة من مؤكدات المهر ، ودليلهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنْ تَأْخُذُوا مِنْهُ وَإِنَّمَا أَنْتُمْ مُبْتَلَيْنَ مِنْهُ وَإِنَّمَا تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُمْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ [النساء 20 - 21]

أي: وكيف تأخذون الصداق من المرأة وقد أفضيت إليها وأفضت إليك <sup>(5)</sup> . وقال ابن قدامة : « وهذا صحيح ؛ فإن الإفشاء مأخوذ من الفشاء ، وهو الخالي ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض » <sup>(6)</sup> .

ودليلهم من السنة قوله ﷺ : (( من كشف حمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل )) <sup>(7)</sup> .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 587 .

(2) المصدر نفسه 2 / 587 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 584 وما بعدها - ابن قدام ، شرح فتح القدير 3 / 217 .

(4) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 62 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 265 .

(5) ابن كثير ، تفسير ابن كثير 2 / 244 .

(6) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8 / 62 .

(7) نظر في النظر 4 / 473 ، النظر في النظر 4 / 3824 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

وروي عن زرارة بن أوفى<sup>(1)</sup> أنه قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور وأغلق الباب ، فلها الصداق كاملا ، وعليها العدة دخل بها أو لم يدخل بها ، وحكى الطحاوي في هذه المسألة إجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم<sup>(2)</sup> .

ومن المعقول فالمرأة فعلت ما في وسعها بتسليمها نفسها ، والزواج قد قصر حيث لم ينتفع بها ، فلا تؤخذ هي بتقصير غيرها ، كما في البيع والإجارة ، فإذا تم التسليم فيهما تقرر العوض ، سواء استفاد المشتري والمستاجر أم لا<sup>(3)</sup> .

أما المالكية<sup>(4)</sup> فقد انفردوا بما لم يقل به غيرهم ، حيث قالوا : إن المرأة إذا زفت إلى زوجها ، وأقامت عنده عاما كاملا تأكد المهر ؛ لأن إقامة الزوجة مع زوجها سنة عندهم تقوم مقام الوطاء إذا كان الزوج بالغا وكانت الزوجة مطيقة للوطء .

فالمالكية لا يعولون على الخلوة القصيرة ، وإنما يعولون على ما يصاحبها من الوطاء ، ويعتمدون على القرائن التي تؤيد الدعوى ، ويحكمون بتأكيد المهر متى شهدت القرائن بالوطء<sup>(5)</sup> .

أما الشافعية<sup>(6)</sup> فالخلوة لا تقرر المهر ولا تؤثر فيه على الجديد ، وهو الأظهر ، وعلى هذا لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة لم يترجح جانبها بل القول قوله بيمينه . وفي القلم الخلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان أحدهما أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الإصابة ولا يتقرر المهر بمجردا سواء طال زمنها أم قصر ، وأظهرها أنها كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة .

وقد استدلت الشافعية بقوله تعالى : ﴿وَأَنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَنْصِفْ مَا

فَرَضْتُمْ﴾ [ البقرة 237 ] . فالآية أوجبت نصف المهر المفروض في النكاح الصحيح ، متى تمت الفرقة قبل

الجماع ، ولم تفرق بين وجود الخلوة وعدمها ، فإيجاب كامل المهر عند الخلوة مخالف للنص .

(1) زرارة بن أوفى: هو زرارة بن أوفى من بني الحريش بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة ، ويكنى أبا حاجب . كان قاضيا على الصرة . وكان ثقة له - أحاديث . روى له الجماعة . توفي فحشاء سنة 73 هـ في خلافة الوليد بن عبد الملك . ( ابن سعد ، الطبقات الكبرى 150 / 7 - المزني ، تهذيب الكمال . مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان . الطبعة الرابعة . 1985 . 9 - 341 ) .

(2) النكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 585 وما بعدها .

(3) النكاساني ، بدائع الصنائع 2 / 586 - ابن المصنف ، شرح فتح القدير 3 : 216 وما بعدها - السهوي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 266 .

(4) الدردير ، الشرح الكبير 2 / 301 - الدسوقي حاشية الدسوقي 2 / 475 - محمد عبيش . منح الخليل 3 / 432 .

(5) عبد العظيم شرف الدين . مرجع سابق ص 407 .

(6) الدردير ، الشرح الكبير 2 / 249 .

وقوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لِهِنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَدِرِ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة 236] . وهذه الآية أوجبت المتعة قبل الجماع ، إذا لم يسمى المهر عند العقد دون تفرقة بين وجود الخلوة وعدمها . فغياب مهر المثل عند وجود الخلوة مخالف للنص .

وقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب 49] . فهذه الآية نفت العدة دون التفرقة بين وجود الخلوة وعدمها ، كما أوجبت المتعة دون التفرقة بين الحالتين ، والقول بوجودها عند الخلوة مخالف للنص .

وتأكد المهر عند الشافعية متوقف على استيفاء المنفعة ، لا على مجرد التسليم .

**القول المختار :** وهو ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها ، والأدلة التي استدلت بها الشافعية محمولة على حالة عدم الخلوة والدخول جمعا بين الأدلة ، وقول الشافعي : إن تأكد المهر موقوف على استيفاء البضع مردود بأن قياس النكاح على البيع ، والإجارة يقتضي أن تأكد المهر يتأتى بمجرد التسليم دون توقف على استيفاء المنفعة<sup>(1)</sup> .

وعند القائلين بأن الخلوة من مؤكدات المهر إذا اختلف الزوجان في الخلوة ، فادعتها المرأة وأنكرها الزوج فالقول قوله بيمينه ؛ لأنه منكر ، فإذا حلف كان لها نصف المسمى ، وإن لم يكن هناك مسمى فلها المتعة<sup>(2)</sup> .

**ثانياً- النظر واللمس والتقبيل بشهوة :** وقد انفرد بهذا الحنابلة<sup>(3)</sup> ، وقالوا بأنه لو حصل هذا بحضرة الناس وبغير خلوة ، فإنه يعد من مؤكدات المهر ؛ لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج .

وهذه نظرة سليمة لو أخذت بها القوانين ، وخاصة في هذا الزمان الذي كثرت فيه الفتن ، وكثر فيه خروج الفتاة مع زوجها بمجرد العقد عليها ، ويصاحبها في الملاهي وغيرها قبل أن تزف إليه ، وربما يعدل عن إتمام الزواج بعد الاضطحاب الطويل ، ويسقط عنها نصف المهر ويكثر القيل والقال .

(1) عبد العظيم شرف الدين ، مرجع سابق ص 408 وما بعدها .

(2) انظر : ابن عابدين ، حاشية رد المختار 3 163 .

(3) "الفتاوى الكبرى" ج 5 ص 266 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

**البند الثالث - مؤكدات المهر في القانون :** اتفقت كل من القوانين الجزائري والمغربي والليبي للأسرة على القول بمؤكدات المهر المتفق عليها بين الفقهاء ، وهي : الدخول والموت ، بينما أخذ المشرع الموريتاني بما قال به المالكية .

المادة 16 من قانون الاسرة الجزائري : « تستحق الزوجة المهر كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج».

المادة 32 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية : « تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله ».

المادة 19 فقرة هـ من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي : « يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة » .

المادة 18 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « تستحق الزوجة جميع الصداق المسمى في الحالات التالية : 1- الدخول ، 2- إقامة سنة بعد البناء ، 3- موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول » .

وقد تناول المشرع الموريتاني مسألة اختلاف الزوجين في الوطاء وذلك من خلال نص المادة 19 بقولها : « إذا ادعت الزوجة الوطاء في خلوة البناء فهي مصدقة .

فإن ادعته من غير أن تعلم بينهما خلوة لزم الزوج اليمين .

إذا نكل الزوج حلفت الزوجة واستحقت الصداق كاملا » .

## المطلب الثاني

### ولاية قبض المهر وضمانه

سبق وأن بينت أن المهر أثر من آثار عقد الزواج وحكم من أحكامه ، وهو من حق الزوجة يثبت لها بمجرد العقد عليها عقدا صحيحا ، سواء سمي في العقد أم لم يسمى ، ولا تتوقف ملكيتها له على القبض حتى يجوز لها التصرف فيه .

فإذا تم العقد فلن الولاية في قبض الصداق ، أثبت لمن باشر العقد وليا كان أم وكيلًا أم تثبت للزوجة ؟

فإذا قبضت الزوجة المهر انتهت المسألة ، لكن إذا لم تقبضه صار دينا في ذمة الزوج إن كان نقودا ، وفي ضمانه إن كان معينا . فإذا هلك المهر فعلى من ضمانه ؟

وسأحاول الإجابة على هذين السؤالين من خلال الفرعين التاليين :

### الفرع الأول

#### ولاية قبض المهر

الأمر هنا لا يخلو من حالتين :

**البند الأول - كون المرأة كاملة الأهلية :** والمرأة الكاملة الأهلية هي من بلغت سن الرشد عند الفقهاء ، وأهل القانون ، ولم يكن محجورا عليها بأي سبب من أسباب الحجر .

عند الحنفية<sup>(1)</sup> والمالكية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> إذا كانت الزوجة رشيدة كاملة الأهلية ، فإن ولاية قبض الصداق حق لها سواء تولت العقد بنفسها عند الحنفية ، أو تولاه غيرها عند الحنفية والمالكية والحنابلة ، وليس هذا الأخير ولاية في قبض الصداق إلا بإذن منها ضمنا كان أم صريحا .

فإذا قبضه غيرها دون إذن منها ، فإنه لا تبرأ ذمة الزوج منه ، وكان لها الحق في مطالته به ، وهو يرجع على من أقبضه ، ولا يعتبر سكوتها عند القبض رضا منها إلا فيما إذا كانت بكرا وكان القابض أباهما أو جداهما لأبيها لجرى العادة بقبض الآباء والأجداد مهور الأبقار من بناقم لاستحيائهن من المطالبة بالمهر،

(1) ابن عساق . شرح مع القدير 3 163 - ابن عساق ، البحر الرائق 3 159 .

(2) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 517 .

(3) عساق ، شرح مع القدير 3 251 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

فاعتبر السكوت إذنا بالقبض دلالة بشرط ألا يوجد منها ما يدل على عدم رغبتها في قبض الولي له ، فإن وجد لا يعتبر قبضه صحيحا فلا تبرا ذمة الزوج منه <sup>(1)</sup> ولها الحق أن تطالبه به.

و ذهب الشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> في قول إلى أن ولاية قبض الصداق تكون للزوجة إذا كانت بالغة رشيدة ، إلا أنهم قالوا بأن المرأة إذا كانت بكرا بالغة ، فإن لوليها ولاية قبض الصداق ولو بغير إذن منها ؛ لأنه يملك إجبارها على النكاح فأشبهت الصغيرة ، فإذا قبضه هذا الأخير لا يمكن للزوجة أن تطالب الزوج به .

وما يلاحظ في هذه الحالة أن المأذون له بقبض المهر المسمى ، وإن كان أبا أو جادا لا يملك إلا قبضه وليس له قبض غيره وإن كان مساويا له في القيمة ؛ لأنه يكون استبدالا ، وهو لا يملك ذلك بالنسبة لكاملة الأهلية . قال الحلواني<sup>(4)</sup> : « هذا مذهب علمائنا ، وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس »<sup>(5)</sup>.

**البند الثاني - كون المرأة فاقدة الأهلية :** فإن كانت المرأة فاقدة الأهلية لصغر ، أو جنون أو محجورا عليها لسفه أو غفلة ، فصاحب الولاية في قبض مهرها هو من له ولاية على مالها .

وهم عند الحنفية<sup>(6)</sup> ستة : الأب ثم وصيه ، فالجد ثم وصيه ، فالقاضي ثم وصيه على الترتيب .

وعند المالكية<sup>(7)</sup> خمسة الأب ثم وصيه ، فأحد الأولياء ، فالقاضي ثم مقدمه من أحد العصابات أو غيرهم .

وهم عند الشافعية<sup>(8)</sup> أربعة الأب فالجد ، فالوصي ، فالحاكم .

وهم عند الحنابلة<sup>(9)</sup> ثلاثة الأب ثم وصيه ، فالحاكم .

(1) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ص 393 .

(2) الشيرازي ، المهذب 2 / 465 .

(3) موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4 / 339 .

(4) الحلواني : هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر ، شمس الأئمة الحلواني . نسبته إلى بيع الحلواء . وربما قيل له الحلواني . فقيه حنفي ، كان إمام الحنفية ببحارى من أصحاب الإمام أبي حنيفة . تفقه على القاضي أبي علي الحسين بن الحضر النسفي ، وأخذ عنه أبو بكر محمد بن الحسن بن منصور النسفي . وعبد الكريم بن أبي حنيفة الأندقي ، وبكر بن محمد بن علي الزريرجي وغيرهم . من تصانيفه : المبسوط ، و شرح أدب القاضي لأبي يوسف . توفي في كثر سنة 448 هـ . ودفن ببحارى . ( ابن أبي الوفاء ، الخواهر المضية ص 207 - الزركلي ، الأعلام 4 / 13 ) .

(5) ابن اقصاء ، شرح فتح القدير 3 / 163 .

(6) ابن نجيم ، البحر الرائق 3 / 160 .

(7) النسوفي ، حاشية النسوفي 2 / 516 .

(8) الشيرازي ، المهذب 2 / 465 ، 2 / 126 .

(9) ابن حجر ، المحرر 3 / 251 ، 3 / 480 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

فإذا قبض أحد أولياء المال المهر برئت ذمة الزوج منه ، وليس للزوجة أن تطالبه به بعد زوال المانع عنها ، بعد البلوغ أو رفع الحجر ، وإنما تطالب به وليها الذي قبضه .

أما إذا قبضه غير هؤلاء لا يعتبر قبضه قد تم ، ولها الحق في مطالبة الزوج به بعد بلوغها أو رفع الحجر عنها ؛ لأن ذمته لم تبرأ منه ، ويرجع هو على من أقبضه إياه من غير أولياء المال على الزوجة .

**البند الثالث - الحكم المترتب عن قبض المهر وعدمه :** بعد معرفة من له ولاية قبض المهر

فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الحكم المترتب عن تمام قبض الصداق وعدمه ؟

وسأحاول الإجابة عن هذا السؤال من خلال استعراض آراء الفقهاء في ذلك :

الحنفية<sup>(1)</sup> يميزون بين حالين بين كون المهر معجلاً أو مؤجلاً .

فإن كان المهر معجلاً وطالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولاً ؛ لأن حق الزوج في المرأة متعين ، وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد ، وإنما يتعين بالقبض ، فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين كما في البيع أن المشتري يسلم الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المبيع إلا أن الثمن في باب البيع إذا كان ديناً يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين ، وإن كان عينا يسلمان معا ، وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال ، سواء كان ديناً أو عينا ؛ لأن القبض والتسليم ههنا معا متعذر ، ولا تعذر في البيع ، وإذا ثبت هذا فللمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها إلى زوجها ، وإن كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها فيتعين حقها فيكون تسليمها بتسليم ، ولأن المهر عوض عن بضعها ، كالثمن عوض عن المبيع ، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكان للمرأة حق حبس نفسها ؛ لاستيفاء المهر ، وليس للزوج منعها عن السفر والخروج من منزلها وزيارة أهلها قبل إيفاء المهر ؛ لأن حق الحبس إنما يثبت لاستيفاء المستحق ، فإذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل إيفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء ، فلا يثبت له حق الحبس ، وإذا أوفأها المهر ، فله أن يمنعها من ذلك كله إلا من سفر الحج إذا كان عليها حجة الإسلام ووجدت محرماً ، وله أن يدخل بها ؛ لأنه إذا أوفأها حقها ويثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فإن أعطأها المهر إلا درهما واحداً ، فلها أن تمنع نفسها وأن تخرج من مصرها حتى تقبضه ؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ فلا يبطل إلا بتسليم كل البذل كما في البيع .

ولو خرجت لم يكن للزوج أن يسترد منها ما قبضت ؛ لأنها قبضته بحق لكون المقبوض حقاً لها ، والمقبوض بحق لا يحتسب النقض .

أما إذا كان المهر مؤجلا بشرط أو عرف ، ففي هذه الحال لا يلزم الزوج إلا تسليم ما اشترط تعجيله بالشرط أو بالعرف ، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها ، فإن لم يقدم ما وجب تعجيله ليس له عليها حق الطاعة ، وامتناعها عن الانتقال إلى بيته امتناع شرعي .

لكن إن لم يقدم لها معجل الصداق ، ودخل عليها برضاها . قال الصحابيان ليس لها أن تمنع نفسها منه ؛ لأن رضاها الدخول عليها والاختلاء بها دون تقديم المعجل أمانة على إسقاط حقها في المعجل والساقط لا يعود .

بينما قال أبو حنيفة لها أن تمنع نفسها ؛ لأن أحكام الزواج لا تستوفى منها دفعة واحدة ، بل هي مستمرة الاستيفاء ، ما دام العقد قائما ثابت الأحكام ، فرضاها بالعشرة معه دون استيفائها للمعجل إسقاط لحقها في الماضي ، وليس إسقاطا له في المستقبل .

أما إذا اشترط في العقد تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم ، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه تجب عليها الطاعة ؛ لأنها بقبولها شرط التأجيل قد رضيت بإسقاط حقها في تعجيل المهر ، أو تعجيل بعضه المعروف تعجيله عرفا .

وذهب أبو يوسف إلى أنه لها أن تمنع نفسها حتى يحين وقت التسليم طال الوقت أم قصر ؛ لأن حق الزوجة في المهر يتقدم على ما للزوج من حقوق قبلها ، واشتراطه تأجيل المهر إلى وقت معلوم يعد رضا ضمنيا منه بتأجيل حقه إلى ذلك الوقت ، وهي ما قبلت ذلك إلا على هذا الأساس ، والحقوق في الزواج متقابلة .

وإذا حل الأجل ، ولم يسلمها المعجل من المهر المعروف بالعرف ، فالخلاف بين أئمة المذهب قائم ، وظاهر أن ذلك الخلاف إذا أجل المهر إلى أجل معلوم ، ولم يؤجل إلى أبعد الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، فإنه في هذه الحال لا حق لها في الامتناع ؛ لأن التأجيل في هذه الحال لا يتضمن تأجيل الطاعة اتفاقا ، وإلا كان مناقضا لمقتضى العقد ، فلا يصح ، ولا سبيل لجعله متلائما مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة وتأجيل المهر<sup>(1)</sup> .

أما المالكية<sup>(2)</sup> فقد قالوا : إن دفع الزوج ما حل من الصداق وطلب الدخول فامتنعت الزوجة وكانت مطيقة للوطء والزوج بالغ ، فإنها تحبر على أن تمكنه من نفسها .

وكذلك لو بادرت بالتمسك من زوجها وهي مطيقة للوطء وأي الزوج أن يدخل عليها وهو بالغ ومنتع من دفع الصداق حتى يدخل بها . ويحبر على أن يدفع لها ما حل من صداقها ، وهذا كله إذا كان

1. عند أبو هريرة ، مرجع سابق ، 209

2. عند أبو حنيفة ، مرجع سابق ، 477

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الصداق غير معين بل كان موصوفا في الذمة . أما لو كان معينا فلا يشترط بلوغ ولا إطاقه بل يجب تعجيله كما مر ولا يجوز اشتراط تأخيره كان الزوج بالغاً أم لا ، أمكن وطؤها أم لا .

أما إذا كانت غير مطيقة فلا تجبر له إن كانت مطلوبة ولا يجبر لها الزوج إن كان مطلوباً من وليها . وهذا كله إذا كان الصداق غير معين ، أما لو كان معينا فلا يشترط بلوغ ولا إطاقه ، بل يجب تعجيله .

وتجانب الزوجة للإمهال ولدفع الزوج ما عليه سنة إن اشترطت عند العقد على الزوج لتغربة<sup>(1)</sup> أو صغر يمكن معه الوطاء ، وأما إن اشترطت بعد العقد أو كان لا لتغربة أو صغر يمكن معه الوطاء ، بطل الشرط كما إذا اشترط أكثر من سنة .

أما الشافعية<sup>(2)</sup> فقالوا : ولو تنازع الزوجان في البداية بالتسليم كأن قال كل منهما للآخر لا أسلم حتى تسلم ، أي : قال : الزوج لا أسلم المهر حتى تسلمي نفسك ، وقالت هي : لا أسلمها حتى تسلم إلي المهر ففي قول يجبر هو على تسليم الصداق أولاً ؛ لأن استرداده ممكن بخلاف البضع .

وفي قول لا إجبار على كل منهما لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر ، وحينئذ فمن بادر و سلم منهما أجبر صاحبه على التسليم ، والأظهر يجبران فيؤمر الزوج المهر عند عدل وتؤمر الزوجة بالتمكين ، فإذا سلمت نفسها أعطها العدل المهر لما فيه من فصل الخصومة .

ولو بادرت الزوجة فمكنت الزوج من نفسها طالبت به بالمهر على كل قول ؛ لأنها بذلت ما في وسعها ، ولها حينئذ أن تستقل بقبض الصداق بغير إذن الزوج كظيره في البيع ، فإن لم يطأ يجوز أن تمنع نفسها حتى يسلم لها المهر ؛ لأن القبض في النكاح بالوطء دون التسليم ، وإن وطئها بتمكينها منه مختارة مكلفة ولو في الدبر ، فلا يمكنها أن تمنع نفسها بعد ذلك ، كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع ليس له استرداده ليحبسه . أما إذا وطئت مكرهة أو غير مكلفة لصغر أو جنون ، فلها الامتناع لعدم الاعتداد بتسليمها .

أما إذا بادر الزوج فسلم المهر فلتمكن زوجها وجوبا إذا طلبه ؛ لأنه فعل ما عليه ، فإن امتنعت من تمكين زوجها بلا عذر استرد المهر منيا .

ولو طلبت الإمهال هي أو وليها لتنظف ونحوه ، أمهلت وجوبا على الأظهر ولو قبضت المهر ، يوما أو يومين سواء أكانت طاهرا أم حائضا أم نفساء ، ولا يجاوز ثلاثة أيام بلياليها ؛ لأن الغرض من ذلك

(1) التعريب : من عرب ، الإبعاد ، والعربة : البعاد عن الوصل . ( محمد فنعجي ، معجم لغة الفقهاء ، 1 : 137 )

(2) الخلف شريبي ، معنى المختار ، 4 : 464 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

يُحصل فيها ، ولأها أقل الكثير وأكثر القليل ، لا لينقطع حيض أو نفاس فلا تمهل لذلك ، بل تسلم للزوج حائضا ونفساء ؛ لأنها محل للاستمتاع في الجملة ، وإنما تعذر نوع منه كالقرناء والرتقاء .

ولا تسلم صغيرة لا تحتمل الوطء ، ولا مريضة ، ولا من بها هزال تتضرر بالوطء معه حتى يزول مانع الوطء ؛ لأنه يحمله فرط الشهوة على الجماع فتضرر به .

فإن ادعى الزوج البرء وأنكرت أو قال ولي الصغيرة لا تحتمل الوطء وأنكر الزوج عرضت على أربع نسوة ثقات فيهما ، أو رجلين محرمين للصغيرة ، أو ممسوحين ، ولو ادعت النحيقة بقاء ألم بعد الاندمال وأنكر الزوج صدقت يمينها ؛ لأنه لا يعرف إلا منها .

أما الحنابله<sup>(1)</sup> فقد قالوا : إن للزوجة قبل الدخول أن تمنع نفسها من زوجها حتى تقبض المهر إن كان معجلا مسمى كان أو مهر مثل ؛ لأن المنفعة المعقود عليها تلتف بالاستيفاء ، فإذا تعذر عليها استيفاء المهر لم يمكنها استرجاع بدله بخلاف المبيع .

ولكن لا يمكنها أن تمنع نفسها حتى تقبض المهر إن كان موجلا ولو حل أجله ؛ لأنها رضيت بتأخيرها ولها النفقة ؛ لأن الحبس من قبله . ولها أن تسافر بلا إذن زوجها ؛ لأنه لم يثبت له عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها .

وبقاء القليل من المهر في ذمة الزوج كبقاء جميعه كسائر الديون ، ومتى سافرت بلا إذنه فلا نفقة لها كما بعد الدخول .

أما إذا قبضت الزوجة المهر المعجل وسلمت نفسها ، ثم بان أن المقبوض معيب ، فلها منع نفسها حتى تقبض بدله ؛ لأنها إنما سلمت نفسها ظنا منها أنها قبضته فتيين عدمه .

ولو تنازع الزوجان في التسليم ، فقال الزوج : لا أسلم المهر حتى أتسلمها ، وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض حال مهري ، أجزر الزوج أولا على تسليم الصداق ، ثم تجبر الزوجة على تسليم نفسها ؛ لأن في إجبارها على تسليم نفسها أولا حضر إتلاف البضع .

وإن بادر أحد الزوجين ببذل ما وجب عليه للآخر أجزر الآخر لانتفاء عذره في التأخير ، ولو أبوت الزوجة تسليم نفسها بلا عذر ، فللزوج استرجاع المهر المقبوض منها .

أما إذا دخل الزوج بها مطاوعة أو خلا بها مطاوعة لم تملك منع نفسها منه بعد ذلك لاستقرار العوض بالتسليم برضاها ، فإن وظنها مكرهة لم يسقط حقها من الامتناع بعد لحصوله بغير رضاها كالمبيع إذ أخذته المشتري من البائع كرها .

(1) الزدناوي ، الإصناف 8 / 229 - الشهور . شرح مسهب لإرادات 5 / 281 وما بعدها .

## الفرع الثاني

### ضمان المهر

الضمان يعني الكفالة ، فمتى وجب المهر المثلي المعروف بالوصف كان دينا في ذمة الزوج<sup>(1)</sup> ، كان للزوجة أن تستوثق من استيفائه بأخذ رهن أو أخذ كفيل به يضمنه لها ، فإن أخذت به رهن جرت عليه أحكام الرهن ، لكن العادة جرت بأن الناس يطلبون كفيلا به<sup>(2)</sup> .

ومن المقرر أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل ؛ لأنها التزام بما ليس بلازم ، ولما قابل له ابتداء ، وإن كان الكفيل قد يرجع على المكفول عنه ، وهو الزوج في هذه الحالة إذا كانت بأمره عند الحنفية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> في رواية ، وله الرجوع مطلقا عند المالكية<sup>(6)</sup> والحنابلة<sup>(7)</sup> في رواية ثانية ، فإن ثبوت حق الرجوع لا يمنع أن الكفالة تبرع من وجهين<sup>(8)</sup> :

- أن الكفالة تقتضي أن يطالب الكفيل بما لم يكن مطالباً به من قبل ، وإلزام النفس بما ليس بلازم تبرع .

- أنه إذا أدى الدين المكفول عن المكفول عنه ، وثبت له حق الرجوع ، فقد يذهب دينه بالتقوى ، إن أفلس الأصل ولم يمكنه الأداء .

فالكفالة بالمهر إذن عقد تبرع ، وعلى ذلك إذا كان الكفيل ، أهلا للتبرع<sup>(9)</sup> و صحيحا غير مريض مرض المسوت وقت الكفالة فهي صحيحة لازمة أيا كان مقدارها ، وأيا كان المكفول له أو المكفول عنه . أما إن كان مريضا مرض الموت فتبرعه يعتبر وصية على ما هو مقرر عند الفقهاء<sup>(10)</sup> تطبق عليه أحكامها .

وعلى ذلك يكون المهر المكفول به مقيدا بالثلث في تركته ، فإن كان أقل من الثلث فالضمان سائر على مقتضى ما اتفق عليه ، وإن كان أكثر من الثلث ، فإنه لا ينفذ إلا فيما يساوي الثلث ؛ لأن الوصية لا

(1) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ص 214 .

(2) محمد مصطفى شلي ، مرجع سابق ص 397 .

(3) السرخسي ، المبوط 20 / 88 - الكاساني ، بدائع الصنائع 4 / 616 وما بعدها - ابن القيم ، شرح فتح القدير 6 / 291 .

(4) الماوردي ، الحاوي الكبير 6 / 337 .

(5) موفق الدين بن قدامة ، الكافي 3 / 302 .

(6) الخرافي ، التحفة 9 / 202 .

(7) موفق الدين بن قدامة ، الخافي 3 / 302 - البهوتي ، كشف القناع 3 / 410 .

(8) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ص 214 .

(9) الكاساني ، بدائع الصنائع 4 / 605 - الخراسي ، شرح مختصر خليل 6 / 22 - الماوردي ، الحاوي الكبير 6 / 461 - البهوتي ، 3 / 401 وما بعدها .

(10) ابن حبان ، البحر الرائق 6 / 300 - ماث - سنن أبي داود 4 / 116 - الروابي ، بحر المذهب ، تحقيق أحمد عز وعناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي .

.. و... .. الضعة الأولى . 2002 . 8 / 103 . وما بعدها - ابن القيم ، كشف القناع 3 / 401 . وما بعدها .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

تنفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

و يجب التمييز بين حالين<sup>(1)</sup> :

الأولى - إذا كان الكفيل ليس مورثا للزوج أو الزوجة ، فإن كان المهر المكفول به أقل من ثلث التركة ، فإنه ينفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، أما إذا زاد على الثلث ، فإن الكفالة في الزائد لا تنفذ إلا بإجازة الورثة .

الثانية - إذا كان الكفيل مورثا للزوج أو الزوجة ، فالكفالة لا تنفذ أيا كان مقدارها إلا بإجازة الورثة ؛ لأن التبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، ولا وصية لو ارث .

فإذا ثبتت الكفالة ، وكانت نافذة معتبرة ، وكان كل من الكفيل والمكفول عنه موسرا ؛ والمكفول عنه بالغا ، فإنه يحق للزوجة أن تطالب الأصيل أو تطالب الكفيل عند الحنفية<sup>(2)</sup> ، ومالك<sup>(3)</sup> في قوله الذي رجع عنه ، والشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> ؛ لأن الكفالة لا تسقط حق الزوجة في مطالبة الزوج بالمهر ، فلها أن تطالبه هو أو كفيله .

والدليل عليه ما روى جابر<sup>(6)</sup> رضي الله عنه قال : توفي رجل منا ، فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال : (( أعليه دين )) . قلنا : ديناران فتحملهما أبو قتادة<sup>(7)</sup> ، ثم قال بعد ذلك بيوم : (( ما فعل الديناران )) . قال : إنما مات أمس ، ثم أعاد عليه بالغد قال : قد قضيتهما . قال : (( الآن بردت عليه جلده ))<sup>(8)</sup> .

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق 3 / 251 - مالك ، المدونة 2 / 151 - القرافي ، الذخيرة 9 / 192 - المواق ، التاج والإكليل 3 / 460 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 4 / 612 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 414 .

(3) مالك ، المدونة 4 / 100 .

(4) الشيرازي ، المنهاج 2 / 150 .

(5) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 3 / 374 .

(6) جابر : هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن كعب بن غنم بن كعب بن سمة ، وقيل في نسبه غير هذا ، وهذا أشهرها يكي أبا عبد الله ، وقيل : أبو عبد الرحمن ، والأول أصح ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي ، وقال بعضهم : شهد بداراً ، وقيل : لم يشهدها ، وكذلك غزوة أحد . شهد مع النبي ثمان عشرة غزوة ، وشهد صفين مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وعمي في آخر عمره كان من المكثرين في الحديث ، المحافظين للسنن . روى عنه محمد بن عيسى بن الحسين ، وعمرو بن دينار ، وأبو الزبير المكي ، وعطاء ، وبجاهد . وغيرهم . توفي سنة 74 هـ . وقيل : سنة 77 هـ . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 114 1 - ابن الأثير . أسد الغابة 1 / 492 وما بعدها ) .

(7) أبو قتادة : هو حذرت بن رعي بن سادة بن حنيس بن عبيد بن غنم بن كعب بن سمة بن سعد الأنصاري الحررجي السلمي . فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم . من جملة النعمان ، والخيار أكثر . اختلف في شهوده بداراً ، فقال بعضهم : كان بدارياً . وشهد أحداً وما بعده من المشاهد كلها . توفي سنة 54 هـ . بسدة . في قول : توفي بالكوفة في خلافة علي ، وصلى عليه عيسى مكر سعة . وقيل : سنة 40 هـ ، وشهد مع علي مساهداً كلها . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 4 / 89 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 6 / 244 وما بعدها ) .

(8) أبو داوود ، سنن أبي داوود باب التشديد في الدين برفه 3343 ، 3 / 414 - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب المريض وما يتعلق به برفه 3058 ، 7 / 329 ، 3064 ، 7 / 334 . قال : في الأثر ، في تشديد الدين برفه . صحيح ابن حبان بإسناد صحيح على شرط الشيخين .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وقال مالك في أحد قوليهِ : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه<sup>(1)</sup>. وهو المشهور في المذهب .

أما إذا كان الإبن قاصراً أو فقيراً ، وقد زوجه أبوه بماله من ولاية عليه ، فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ، ويعد إقدامه على الزواج ضماناً للمهر إذ الإبن فقير لا مال له ، وعهد العقد المالية تكون على من تولاه؟<sup>(2)</sup>.

وهنا يجب التمييز بين حالتين :

**الحالة الأولى :** إذا كان الابن صغيراً وله مال ، ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء<sup>(3)</sup> على أن الصداق على الابن ما لم يضمنه الأب صراحة ، فإن ضمنه صراحة كان الصداق على الأب .

**الحالة الثانية :** إذا كان الابن معسراً لا مال له ، في هذه الحالة انقسم الفقهاء في ذلك إلى فريقين :

**الفريق الأول :** وهم الحنفية<sup>(4)</sup> وأصغ من المالكية<sup>(5)</sup> والشافعية<sup>(6)</sup> في الجديد والحنابلة<sup>(7)</sup> في رواية عنهم ، حيث ذهبوا إلى أن المهر ليس بواجب على الأب لا بالأصالة ، ولا بالكفالة ، أما عدم وجوبه بالأصالة ، فلأن المهر حكم من أحكام الزواج يثبت على الزوج لزوجته ، وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه ، وأما عدم وجوبه بالكفالة ، فلعدم وجود ما يدل على أنه كفل المهر أو ضمن أدائه<sup>(8)</sup>.

**الفريق الثاني :** ذهب المالكية<sup>(9)</sup>، والشافعية<sup>(10)</sup> في القديم ، والحنابلة<sup>(11)</sup> في رواية أخرى عنهم إلى أن الأب إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر .

(1) مالك ، المدونة 4 / 100 - ابن رشد ، بداية المتهتد 2/240 - الدردير ، الشرح الكبير 3/340 .

(2) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ص 216 .

(3) السرخسي ، المبسوط 5 / 90 - ابن عبد البر ، الاستذكار 16/114 - الماوردي ، الحاوي الكبير 9/468 - الشيرازي ، المهذب 2/472 - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4 / 360 .

(4) الحنفكي ، الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1995 ، 3/154 وما بعدها .

(5) ابن عبد البر ، الاستذكار 16/114 .

(6) الشيرازي ، المهذب 2 / 472 .

(7) موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4/360 .

(8) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ص 216 .

(9) ابن عبد البر ، الاستذكار 16 / 113 وما بعدها .

(10) الشيرازي ، المهذب 2: 472 .

(11) موفق الدين بن قدامة ، الكافي 4 / 360 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

وقال ابن المواز<sup>(1)</sup> وهو من المالكية : «هو على الأب ، إلا أن يوضح ذلك ويبينه أنه على الابن ، فلا يلزم الأب»<sup>(2)</sup>.

ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الذي عليه وجب عليه بمقتضى توليه العقد ، فإنه يؤخذ من تركته ولا يؤخذ من نصيب الولد<sup>(3)</sup>.

والرأي الأصوب : والأعدل في قول الفريقين كما قال الشيخ محمد أبو زهرة ، هو رأي الفريق الثاني ؛ لأن عرف الناس جرى على أن الأب إذا تولى عقد ابنة الفقير وهو غني يكون مسؤولاً عن المهر ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>(4)</sup>.

وبعد هذا الاستعراض حول مسألة ضمان المهر ، إذا تعذر على الزوجة استيفاؤها معجل الصداق لعسر الزوج ، فهل لها أن تفسخ الزواج لذلك ؟

ذهب الحنفية<sup>(5)</sup> إلى أنه ليس لها الفسخ لذلك السبب ، ما دام العقد قد تم مع الكفاءة ، ولم تنقص التسمية على مهر المثل فيعترض الولي .

وذهب المالكية<sup>(6)</sup> إلى أنها إذا طالبت بالمضمون من الصداق قبل الدخول ، وادعى العدم فإن الحاكم يوجه لإثبات عسرته ، ثم يتلوم<sup>(7)</sup> له لعله يحصل له يسار ، ثم يطلق عليه بشروط خمسة : أن لا تصدقه في دعواه العدم ، وأن لا يقيم بينة على صدقه ، وأن لا يكون له مال ظاهر ، وأن لا يغلب على الظن عسره ، وأن يجري النفقة عليها من يوم دعائه للدخول .

فإن صدقته في دعواه العدم أو أقام بينة به ، فإنه يتلوم له من أول الأمر بالنظر ، ولا يؤجل لإثبات عسره ، وكذا إن كان مما يغلب على الظن عسره ، وأما إن كان له مال ظاهر أخذ منه حالا ، وإن لم يجر النفقة عليها من يوم دعائه للدخول ، فلها الفسخ لعدم النفقة مع عدم الصداق على الراجح .

(1) ابن المواز : هو محمد بن إبراهيم بن زياد المعروف بابن المواز . من كبار فقهاء المالكية . من أهل الإسكندرية ، ولد سنة 180 هـ . تفقه بآب الماحشون وابن عبد الحكم . كان راسخاً في الفقه والفتيا . له كتابه المشهور بالموازية . توفي بدمشق سنة 269 هـ وقيل 281 هـ . (البركلي ، الأعلام 2945) .

(2) ابن عبد البر ، الاستذكار 113/16 وما بعدها .

(3) محمد أبو زهرة . مرجع سابق ص 217 .

(4) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق 3 192 .

(6) الصودي ، نفاة السنك 2 282 .

(7) التلوم : مصدر تلم . الانتصار لآخر الوقت ، ومع إن لم يجد ساء لا يتمم في أول الوقت ولكن يتلوم . (محمد قلعجي . معجم لغة الفقهاء

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وذهب الشافعية<sup>(1)</sup> إلى أنه إذا أعسر الرجل بالمهر ففيه قولان :

الأول : إن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ ؛ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء ، فلم يفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السلعة .

الثاني : إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ ، وإن كان بعد الدخول يثبت لها الفسخ أيضا وهو الصحيح عندهم ؛ لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه ، ولا يجوز الفسخ إلا بالقاضي ؛ لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالغيب .

وذهب الحنابلة<sup>(2)</sup> إلى أنه إذا أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول ، فلها الفسخ ؛ لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض ، فكان لها الفسخ ، كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع . وإن أعسر بعد الدخول ، فعلى وجهين ، مبنين على منع نفسها ، فإن قالوا : لها منع نفسها بعد الدخول ؛ فلها الفسخ كما قبل الدخول ، وإن قالوا : ليس لها منع نفسها ، فليس لها الفسخ ، كما لو أفلس بدين لها آخر . هذا ما لم تكن الزوجة تزوجته عالة بعسرته حين العقد لرضاها بذلك أما إن كانت عالة بذلك حين العقد فليس الفسخ . ولا يجوز الفسخ إلا بحكم القاضي ؛ لأنه مجتهد فيه .

**والرأي المختار :** هو عدم القول بالفسخ لإعسار الزوج بالمهر ؛ لأن المهر ليس هو المقصود من النكاح ، وإنما هو أثر من آثاره ، ويمكن تحصيله في المستقبل .

فالمقصود من النكاح هو تكوين الأسرة ، وإعفاف الزوجين ، وبالتالي لا يمكن تفويت المقصود الأصلي من النكاح ، بإيقاع الفرقة بين الزوجين بسبب مقصد تبعي يمكن تحصيله .

**أما في القانون :** فإن جل القوانين المغاربية سكتت عن هذه المسألة ، أي ضمان المهر ، وتركت التفصيل فيها للفقهاء ، وعليه فإنه يرجع للفقهاء في أحكام ذلك ، وذلك تطبيقا لمواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup> .

(1) الشيرازي ، المهذب 2/471 .

(2) موفق الدين بن قدامة ، المغني 8/81 - الهجري ، شرح منتهى الإرادات 5/283 .

3. صدر قانون الأسرة الجزائري ، عدد 222 ، مرسوم رقم 167 لسنة 1990 ، مرسوم رقم 400 لسنة 1990 ، مرسوم رقم 311 لسنة 1990 .

### المطلب الثالث

#### حالات التنازع في المهر

قد ينشأ تنازع بين الزوجين حول المهر ، وهذا التنازع إما أن يكون على أصل التسمية ، وقد يكون في مقدار المهر أو جنسه أو صفته بعد الاتفاق على تسميته ، وقد يكون التنازع حول قبض المعجل من الصداق كله أو بعضه ، وقد يكون التنازع حول صفة المقدم للزوجة إن كان مهرا أو هدية أو غيرها .  
وسأحاول من خلال هذا المطلب دراسة هذه الحالات مبينا أحكام الفقه والقانون في ذلك حسب الفروع التالية :

#### الفرع الأول

##### التنازع في تسمية المهر

وهذه الحالة هي أن يدعي أحدهما أن عقد الزواج قد تم بتسمية المهر تسمية صحيحة ، وينكر الآخر ذلك ويدعي أنه قد تم من دون تسمية .

##### البند الأول - التنازع في تسمية المهر في الفقه :

**أولا - مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> :** ذهب الحنفية إلى أنه إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية قبل الطلاق ، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، أو اختلفا بعد الطلاق ، بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة ، فإن أثبت المدعي ما ادعاه بالبينة المعتبرة شرعا حكم له القاضي بما ادعاه ، وكان المسمى هو المهر الواجب ، فإن عجز عن الإتيان ببينة ، فإنه يحلف المنكر عند الصاحبين فإن نكل ثبت المسمى ، وإن حلف المنكر وجب مهر المثل ؛ لأن الطلاق بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل ، قال الكاساني معللا ذلك : « لأن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل ؛ لأنه قيمة البضع ، وقيمة الشيء مثله من كل وجه ، فكان هو العدى ، وإنما التسمية تقدير لمهر المثل ، فإذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها ، وجب المصير إلى الموجب الأصلي » .

وأما عند أبي حنيفة ينبغي أن لا يحلف المنكر ؛ لأنه لا تحليف عنده في النكاح فيجب مهر المثل . قال بن نجيم : « وفيه نظر ؛ لأن التحليف هنا على المال لا على أصل النكاح ، فيتعين أن يحلف منكر التسمية إجماعا » .

ولا يزداد على ما ادعت المرأة لو كانت هي المدعية للتسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو كان

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

هو المدعي لها .

أما إذا اختلفا في أصل التسمية بعد الطلاق وقبل الدخول ، وعجز المدعي عن إثبات دعواه وحلف الطرف الآخر ، ردت الدعوى وقضى القاضي بالمتعة ؛ لأنها تثبت في الطلاق قبل الدخول في النكاح الذي لم يسم فيه مهر المرأة عند العقد عليها .

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(1)</sup> : قالوا : إن أقام المدعي البينة الشرعية على دعواه قضى له بما ادعاه ، فإن لم يكن له بينة على ما ادعاه ، كان القول قول من يشهد له العرف في تسمية المهر وعدمها مع يمينه .

فإن ادعى الزوج أنه تزوج المرأة تفويضا ، أي دون تسمية للمهر ، وادعت هي التسمية وكان ذلك عند قوم اعتادوا التفويض ، أي : أن العرف عندهم التفويض ، فالقول في هذه الحالة قول الزوج بيمينه ، ويلزمه أن يفرض لها صداق المثل بعد الدخول ، ولا شيء عليه في الطلاق أو الموت قبل الدخول .

وإن كان العرف هو التسمية ، فالقول قول الزوجة بيمينها .

وإن كان من قوم اعتادوا التفويض ، وهي من قوم اعتادوا التسمية ، فإن عقد في موضع قوم أحدهما اعتبر ، وإلا يغلب عرف قوم الزوج .

والظاهر في المذهب أن حصول التنازع في تسمية المهر بعد البناء أولى أن يكون القول قول الزوج فيه ، وأما قبله ، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان .

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(2)</sup> : قالوا : لو ادعت تسمية لقدر فأنكرها من أصلها ولم يدع تفويضا تحالفا في الأصح ؛ لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر ؛ لأنه يقول الواجب مهر المثل ، وهي تدعي زيادة عليه .

ولو ادعى تسمية قدر دون مهر المثل فأنكرت ذكرها ، تحالفا أيضا ، فإن كان مهر المثل أو أكثر منه من غير نقد البلد تحالفا أيضا .

وإن ادعى تفويضا ، فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب ؛ فيحلف كل منهما على نفي مدعى الآخر تمسكا بالأصل ، وكما لو اختلفا في عقدين .

فإذا حلفت وجب لها مهر المثل ، فلو كانت هي المدعية للتفويض وكانت دعواها قبل الدخول ، فكذلك يحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر ، فإذا حلفت استحقت مهر المثل ؛ لأنه بالتحالف ينتفي بيمين كل واحد منهما دعوى صاحبه ، فيبقى العقد بلا تسمية ، فيجب عند ذلك مهر المثل .

(1) الدردير ، التبرج الكبير 334 2 - محمد عبيد ، مع الخليل 3 519 وما بعدها - الخرنجي ، مع محضر خليل 3 299 .

(2) الدردير ، التبرج الكبير 344 2 - محمد عبيد ، مع الخليل 3 519 وما بعدها - الخرنجي ، مع محضر خليل 3 299 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> : قالوا : إذا ادعت الزوجة تسمية المهر وأنكر الزوج ذلك ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق ، فإن كان بعد الدخول ، وادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين ؛ لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة في الاختلاف ، وإن ادعت أقل من مهر المثل ، فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وإن ادعت أكثر من مهر المثل ، لزمته اليمين على نفي ، ذلك ويجب لها مهر المثل .

وإن كان اختلافهما قبل الدخول فيه روايتان في المذهب .

الأولى : القول قول الزوج ، ولها المتعة .

والثانية : القول قول من يدعي مهر المثل . فيقبل قولها ما ادعت مهر مثلها .

هذا إذا طلقها ، وإن لم يطلقها ، فرض لها مهر المثل على الروايتين ، وكل من كان القول قوله ، فعليه اليمين على المذهب .

**البند الثاني- التنازع في تسمية المهر في القانون :** لم تتطرق جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لمسألة تنازع الزوجين في تسمية الصداق ، وهذا راجع لكون العادة جرت في مختلف البلدان المغاربية على تسمية المهر في العقد معجلا كان أو مؤجلا<sup>(2)</sup> ، مما جعل مثل هذه القضايا لا تثار من الناحية العملية .

لكن إذا حدث تنازع في التسمية فإنه يرجع إلى قواعد الشريعة الإسلامية ، حسب ما قرره مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني

#### التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته

قد يحدث اختلاف بين الزوجين في مقدار المهر ، أو في جنسه أو في نوعه أو في صفته .

#### البند الأول - التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته عند الفقهاء :

أولا - مذهب الحنفية<sup>(4)</sup> : قالوا : إذا اختلف الزوجان في قدر المسمى أو جنسه أو نوعه

(1) مرقب الدين بن قدامة ، المعني 8 : 46 .

(2) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة : 15 - مدونة الأسرة المغربية المواد : 27 و 30 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 14 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة : 222 - مدونة الأسرة المغربية المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني المادة : 70 - مجلة

الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

(4) انظر : مباح الصداق 2 : 605 ، طه ، 1 : 406 ، ما بعدها ، ابن نجيم ، البحر الرائق 3 : 262 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

أو صفته ، فالمهر لا يخلو إما أن يكون ديناً ، وإما أن يكون عيناً ، فإن كان ديناً ، فإما أن يكون من الأثمان المطلقة وهي الدراهم ، والدنانير . وإما أن يكون من المكيلات ، والموزونات ، والمذروعات الموصوفة في الذمة .

فإن كان من الأثمان المطلقة ففي حال قيام النكاح عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - يحكم مهر المثل ، فإن شهد لأحدهما كان القول قوله مع اليمين على دعوى الآخر ، كأن قال الزوج : تزوجتك على ألف درهم . وقالت المرأة : تزوجتني على ألفين ، أو قال الزوج : تزوجتك على مائة دينار . وقالت المرأة : على مائتي دينار تحالفاً ، ويبدأ بيمين الزوج ، فإن نكل أعطاها ألفين ، وإن حلف تحلف المرأة ، فإن نكلت أخذت ألفاً ، وإن حلفت يحكم لها بمهر المثل ، فإن كان مهر مثلها مثل ما قالت أو أكثر ، فلها ما قالت ، وإن كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج أو أقل ، فلها ما قال ، وإن كان مهر مثلها أقل مما قالت أو أكثر مما قال ، فلها مهر مثلها .

ذكر أبو بكر الرازي - رحمه الله تعالى - أن التحالف في فصل واحد ، وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما . أما إذا كان مهر المثل شاهداً لأحدهما كان القول قول من شهد له مهر المثل مع يمينه ولا يتحالفان . وذكر الكرخي ، أنه إذا لم تكن لهما بينة فإنهما يتحالفان أولاً ، فإذا حلفا يحكم مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - . قال شمس الأئمة السرخسي : وهو الأصح .

وقد اختلف حول من يبدأ باليمين ، فقيل : يقرع بينهما يعني استحباباً ؛ لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر ، وقيل : أنه يبدأ بيمين الزوج ؛ لأن أول التسليمين عليه ، فيكون أول اليمينين عليه كتقدم المشتري على البائع في التحالف . وقيل : القاضي بالخيار بأيهما بدأ جاز .

ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أن القول في الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل ؛ لأن الناس في العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل ، وبينونه عليه لا يرضوا بالزيادة عليه ، والمرأة وأولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه ، فكانت التسمية تقديراً لمهر المثل ، وبناء عليه ، فكان الظاهر شاهداً لمن يشهد له مهر المثل ، فيحكم مهر المثل .

وقال أبو يوسف : لا يتحالفان ، والقول قول الزوج في هذا كله إلا أن يأتي بمستنكر جدا . وقد اختلف في تفسير المستنكر قيل : هو أن يدعي أنه تزوجها على أقل من عشرة دراهم ، وهذا التفسير يروى عن أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأن هذا القدر مستنكر شرعاً إذ لا مهر في الشرع أقل من عشرة ، وقيل هو أن يدعي أنه تزوجها عنى م لا يزوج مثنها به عادة . وهذا يخكى عن غيره ؛ لأن ذلك مستنكر عرفاً . وهو الصحيح من التفسير : لأكد احتنا في مقدار المهر نسعى ، وذلك اتفاق منهما على أصل المهر المسمى ، وما دون العشرة لم يعرف ميراث في الشرع بلا خلاف .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

ووجه قول أبي يوسف أن القول قول المنكر في الشرع ، والمنكر هو الزوج ؛ لأن المرأة تدعي عليه زيادة مهر ، وهو ينكر ذلك ، فكان القول قوله مع يمينه .

وإن كان دينا موصوفا في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف ، أو موزون موصوف ، أو مذروع موصوف ، فاختلغا في قدر الكيل أو الوزن أو الذرع ، فالاختلاف فيه كالاختلاف في قدر الدراهم ، والدنانير ، ولهذا يتحالفان ، ويحكم مهر المثل في قول أبي حنيفة ، ومحمد ؛ لأن القدر في المكيل والموزون معقود عليه .

وكذا في المذروع إذا كان في الذمة ، وإن لم يكن معقودا عليه بل كان جاريا بجرى الصفة إذا كان عينا ؛ لأن ما في الذمة غائب مذكور يختلف أصله باختلاف وصفه ، فجرى الوصف فيما في الذمة بجرى الأصل ، ولهذا كان الاختلاف في صفة المسلم فيه موجبا للتحالف ، فكان اختلافهما في الوصف بمنزلة اختلافهما في الأصل ، وذلك يوجب التحالف .

وعند أبي يوسف لا يتحالفان ، والقول قول الزوج مع يمينه .

وإن كان الاختلاف في جنس المسمى أو في نوعه أو في صفته من الجودة ، والرداءة ، فالاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم ، والدنانير ، فإن الاختلاف فيهما كالاختلاف في الألف ، والألفين ، وإنما كان كذلك ؛ لأن كل واحد من الجنسين ، والنوعين ، والموصوفين لا يملك إلا بالتراضي بخلاف الدراهم ، والدنانير ، فإنهما ، وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل يقضى من جنس الدراهم ، والدنانير .

أما إن كان مما يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على طعام بعينه ، فاختلغا في قدره ، فقال الزوج : تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر ، وقالت المرأة : تزوجتني عليه بشرط أنه كران ، فهي مثل الاختلاف في الألف ، والألفين ، وإن كان مما لا يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلغا ، فقال الزوج : تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع ، فقالت : بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان ، ولا يحكم مهر المثل ، والقول قول الزوج بالإجماع ، ووجه الفرق بين الطعام والثوب أن القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا .

أما الحقيقة فلأن المعقود عليه عين ، وذات حقيقة .

وأما شرعا ، فإنه إذا اشترى طعاما على أنه عشرة أقفزة<sup>(1)</sup> . فوجد أحد عشر لا يطيب له

(1) القفزة : بفتح كسـة ح أقفرة وفيران . مكيل قدم بختلغ . اختلاف البلاد . و القفزة الشرعي - 12 صاعا - 8 مكوكا ، وهو يساوي عند الحنفية 40.344 ليرا ، 39138 غراما من القمح ، وعند غيره 32.976 ليرا = 26064 غراما . قفيز ضحان : مسألة مشهورة في فقه الحنفية . وهي أن يعطي رجل فداحة بطنه بـ 365 ليرة ، فوجد من ثوبه ثوبا بـ 365 ليرة . معجم مع النيباء 1 365 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

الفضل ، والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف .

ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا فالقول للزوج في الوصف والقول للمرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها .

ولو اختلفا بعد الطلاق فإن كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلو فالجواب فيه كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح .

وإن كان قبل الدخول بما وقبل الخلو ، فإن كان المهر دينا فاختلفا في الألف والألفين فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج .

وقال محمد : ينبغي أن يكون القول قول المرأة إلى متعة مثلها ، والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول أبي حنيفة ، ووجهه أن المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه ، والطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة ، ويحكم متعة مثلها ؛ لأن المرأة ترضى بذلك ، والزوج لا يرضى بالزيادة ، فكان القول قوله في الزيادة .

هذا كله إذا لم تسلم المرأة نفسها فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد المات فإنه لا يحكم مهر المثل ؛ لأن المرأة لا تسلم نفسها من غير أن تستعجل شيئا من مهرها عادة ، فيقال : لا بد أن تقري بما استعجلت وإلا قضينا عليك بالمعارف .

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(1)</sup> : قالوا : إذا تنازع الزوجان قبل البناء والموت والطلاق في قدر المهر ، بأن قالت 30000 دج وقال 20000 دج ، أو تنازعا في صفته ، بأن قال بـ 12 قنطارا من القمح الجزائري ، وقالت بل من القمح الأمريكي مثلا ، أو تنازعا في جنسه ، بأن قالت بـ 500 غ ذهب ، وقال بشمار وصفه كذا وكذا ، والمراد به ما يشمل النوع كقمح وشعير والوصف كسمرء ومحمولة ، ولا بينة لأحدهما أو لهما بينتان متكافئتان حلفا ، أي الزوجان الرشيدان وتبدأ الزوجة ؛ لأنها كبائع ويقوم ولي غير الرشيد مقامه .

ويفسخ النكاح بطلاق بحكم ظاهرا وباضنا إن حلفا أو نكلا ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بقول الحالف .

ولا يفسخ إن كان اختلافهما في القدر أو الصفة ، فإن كان في الجنس فيفسخ حلفا أو نكلا ، أو حلف أحدهما ونكل الآخر ، وسواء أشبهها أو لم يشبهها أو أشبه أحدهما فقط ، أي : موافق المعتاد بين أهل بئدهما إن كان تنازعهما في القدر أو الصفة لا في الجنس .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وإن تنازعا بعد البناء فالقول قول الزوج بيمين ، فإن نكل حلفت وكان القول لها في القدر أو الصفة ، وإن لم يشبهه .

وأما في الجنس فإنه يرد لصدّاق المثل بعد حلفهما أو نكولهما معا ما لم يزد على ما ادعته المرأة ، فإن زاد فليس لها إلا ما ادعته إذ لا يعطى مدع أكثر مما ادعى أو ينقص عن دعواه ، فإن نقص صدّاق المثل عن دعواه ؛ كما لو قال : أصدقتها بقرة ، وكان صدّاق مثلها شاة فإنها تعطى البقرة ، إذ من أقر بشاة لا يقضى عليه بأقل مما أقر به . ولا سبيل للفسخ ولا يراعى شبه لهما ولا لأحدهما ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى له بما ادعى ، ولا فسخ أيضا .

حاصل فقه المسألة أنهما إذا تنازعا في جنس الصدّاق قبل البناء فسخ مطلقا حلفا أو أحدهما أو نكلا أشبهها أو لم يشبهها ، أو أشبه أحدهما ، فإن تنازعا فيه بعد البناء رد الزوج لصدّاق المثل ما لم يزد على دعواها أو ينقص عن دعواه ، وإن تنازعا في قدره أو في صفته ، فإن كان قبل البناء صدق بيمين من انفرد بالشبه وإن أشبهها أو لم يشبهها ، فإن حلفا أو نكلا فسخ النكاح ما لم يرض أحدهما بقول الآخر ، وإن كان التنازع فيهما بعد البناء صدق الزوج بيمين .

**ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> :** قالوا : إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ، أو جنسه ، أو صفته ، ولا بينة لأحدهما أو تعارضت بيناهما تحالفا ؛ لأن كل واحد من الزوجين مدعي ومدعى عليه ، فالزوج مثلا يقول : تزوجتك بألف وما تزوجتك بألفين . والزوجة تقول : تزوجتني بألفين وماتزوجتني بألف .

فلم يترجح قول أحدهما على صاحبه ، وتساويا في الدعوى والإنكار ، فإذا ثبت تحالف الزوجين فإنهما يتحالفتان عند الحاكم ؛ لأن الأيمان في الحقوق لا يستوفيهما إلا الحاكم ، فإذا حضراه قال الشافعي : « بدأ بإحلاف الزوج » . وقال في اختلاف المتبايعين : إنه يبدأ بإحلاف البائع ، وهو يتزل متزلة الزوجة في النكاح ، والزوج يتزل متزلة المشتري في البيع . وقال في قول آخر ما يدل على أن الحاكم بالخيار في البداية بإحلاف أيهما شاء .

فنشأ عن ذلك اختلاف في المذهب حول من يبدأ بإحلافه الحاكم إلى ثلاث طرق :

**الطريقة الأولى :** أن المسألتين في اختلاف الزوجين والمتبايعين على ثلاثة أقاويل :

أحدها : أنه يبدأ بإحلاف الزوج والبائع على ما يقتضيه نصه في البيوع .

ثانيها : أنه يبدأ بإحلاف الزوج والمشتري على ما يقتضيه نصه في الصدّاق .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

ثالثها : أن الحاكم بالخيار في البداية بإحلاف أي الزوجين شاء على ما يقتضيه قوله في الدعاوى والبيانات .

الطريقة الثانية : أن المسألتين على قول واحد ، وأن الحاكم فيهما بالخيار في البداية بإحلاف أي الزوجين شاء وأي المتابعين شاء .

الطريقة الثالثة : أن حكم المسألتين مختلف ، وأنه يبدأ في اختلاف الزوجين بإحلاف الزوج ، وفي البيع بإحلاف البائع . والفرق بينهما : أن جنبة البائع أقوى ، لعود السلعة إليه بعد التحالف ، فبدأ بإحلافه ، وجنبة الزوج أقوى ؛ لأنه قد ملك البضع ، ولا يزول ملكه عنه بعد التحالف فبدأ بإحلافه . وهو الراجح في المذهب .

فإذا ثبت تحالفهما يحلف الزوجان على البت في النفي على الصحيح ، وقيل : يحلف فيه على البت ؛ لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسائة فهو قاطع بأنه ما جرى بألف ، فإذا ثبت جريانه بخمسائة فلا معنى لقوله لا أعلمه نكح بألف .

وإذا تحالفا لم يفسخ النكاح ويفسخ المهر المسمى لمصيره بالتحالف مجهولا ، ويجب مهر المثل ، وإن زاد على ما ادعته الزوجة ؛ لأنهما لما تحالفا وجب رد البضع ، وهو لا يمكن ، فيجب بدله كالمبيع التالف . أما إذا كان مدعى الزوج الأكثر فلا تحالف ؛ لأنه معترف لها بما تدعيه وزيادة ويبقى الزائد في يده .

ولو وجب مهر المثل لفساد التسمية ونحوه فاختلفا في مقداره فلا تحالف ، ويصدق الزوج بيمينه لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته عما زاد .

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> : قالوا : إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق ، أو في عينه ، أو في صفته ، أو في جنسه بعد العقد ولا بينة لأحدهما . فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما ؛ فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل ، فالقول قوفا ، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر ، فالقول قوله ، وهو المذهب . وعن أحمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بيمينه ولو لم يكن ما ادعاه الزوج مهر مثل ؛ لأنه منكر لما يدعي عليه فدخل في عموم قوله بيمينه : (( ولكن اليمين على المدعى عليه ))<sup>(2)</sup> .

البند الثاني - التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته في القانون : لم يتطرق كل من القانون الجزائري والمغربي والتونسي لأحكام هذه المسألة ، وهذا راجع لكون العادة جرت في مختلف

(1) موقع الدين بن فادمة ، المعني 8 40 - الشيوبي ، كشاف نفاخ 5 168 .

2 ... 120

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

البلدان المغاربية على تسمية المهر وتعيين قدره في العقد معجلا كان أو مؤجلا<sup>(1)</sup> ، مما جعل مثل هذه القضايا لا تثار من الناحية العملية .

إلا أنه إذا حدث تنازع من هذا النوع ، فقد ترك كل من المشرعين الجزائري والمغربي ذلك لأحكام الشريعة من خلال الرجوع لمواد الإحالة في كل قانون<sup>(2)</sup> . أما القانون التونسي فلا يوجد فيه مثل هذه المادة التي تحيل إلى مواد الشريعة مما يؤدي إلى التساؤل : إلى ماذا يلجأ إذا حدث تنازع في ذلك ؟

وإن أرى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المطبقة في القانون المدني والمتعلقة بمسائل الإثبات عند التنازع في المسائل المالية .

أما المشرعين الليبي والموريتاني فقد تناولوا هذه المسألة ، وإن لم يكن بالتفصيل الذي أخذ به الفقهاء .

فقد جاء في نص المادة 20 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي : « إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر أصلا أو قيمة ، كان المعول عليه ما دون وثيقة الزواج ، فإن لم يدون بها شيء تحاكم إلى عرف البلاد » .

ذهب المشرع الليبي من خلال نص هذه المادة إلى أنه إذا حدث تنازع في مقدار الصداق أصلا ، أي : في جنسه أو صفته ، أو في قيمته ، أي : قدره ، فإنه يجب الرجوع إلى ما دون في وثيقة الزواج ولعل هذه الإشارة منه زائدة حيث أنه إذا عين وحدد في وثيقة الزواج فما الداعي إلى التنازع فيه ؟ .

وإذا لم يدون في وثيقة الزواج فقد نص المشرع على الرجوع إلى عرف البلاد ، ولعل هذا يرجع إلى التركيبة القبلية للمجتمع الليبي ، فترك المشرع الحكم في ذلك إلى العرف ، ولو أنه نص على الأخذ بفقهاء معين لكان أفضل لكون الأعراف كثيرة ومتغيرة بطول الزمن ، وقد يختلف عرف أهل الزوج عن عرف أهل الزوجة فيقع تنازع من نوع آخر .

وجاء في نص المادة 23 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « إذا اختلف الزوجان قبل الدخول في قدر الصداق المسمى حلفا وفسخ النكاح وإن نکلا فكذلك » .

وجاء في نص المادة 24 : « إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق بعد الدخول يصدق الزوج مع اليمين » .

مما يظهر أن المشرع الموريتاني قد أخذ بالمذهب المالكي ، وهو ما يطبق على حالة التنازع في صفة الصداق ، إلا أنه لم يتطرق إلى حالة التنازع في جنس الصداق والحكم المترتب عنه .

(1) اظر : قانون الأسرة الجزائري مادة : 15 - مدونة الأسرة المغربية مواد : 27 و 30 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 14 .

(2) اظر : قانون الأسرة الجزائري مادة : 222 - مدونة الأسرة المغربية المادة : 400 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

إلا أنه وبالرجوع إلى نصوص المواد في المدونة ، فإن المادة 311 منها تحيل على المشهور في مذهب مالك عند الإشكال أو عدم النص عن مسألة معينة في هذه المدونة .

### الفرع الثالث

#### التنازع في قبض المهر ووصف المقبوض

قد يتفق الزوجان على تسمية المهر ، وقدره وصفته وجنسه ، إلا أنهما قد يختلفان في قبضه سواء كان كله ، أو معجلاً إن اتفقا على تأخير جزء منه ، وقد يختلفان حول قبض مؤخره . وقد يتفقان حول القبض إلا أنهما قد يختلفان في وصف المقبوض ، أهو من المهر أم أنه شيء آخر ؟

#### البند الأول - التنازع في قبض المهر عند الفقهاء :

أولاً - مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> : قالوا : إذا اختلف الزوجان في قبض المعجل من المهر كله أو بعضه قبل الدخول ، فإن أثبت الزوج دعواه بالبينة الشرعية حكم له بما ادعى ، وإلا حلفت الزوجة ، فإن نكلت ثبت ما ادعاه الزوج ، وإن حلفت ثبتت دعواها وكان على الزوج أداء المعجل كله ، أو ما زاد عما اعترفت بقبضه ، وذلك لأن المهر وجب بالعقد وثبت في ذمة الزوج ، فادعى فراغ ذمته منه كان عليه إثبات دعواه بالبينة ، أو نكول المدعى عليها ، وإلا صدقت الزوجة بيمينها .

وإذا اختلفا بعد الدخول ، ولم يكن هناك عرف يقضي بقبض جزء من المهر قبل الدخول كان على الزوج إثبات دعواه بالبينة الشرعية ، وإلا فالقول قول الزوجة بيمينها ؛ لأن الزوج يتمسك بغير الظاهر فالمهر ثابت في ذمته وهو يدعي خلاف ذلك ، فكان عليه إثبات دعواه بالبينة أو نكول الزوجة ، وهذه الأخيرة تتمسك بالظاهر فكان القول قولها بيمينها .

وإن كان هناك عرف يقضي بدفع بعض المهر أو كله قام هذا العرف مقام البينة على صدق الزوج وعليه إثبات ما زاد عليه بالبينة . قال الفقيه أبو الليث<sup>(2)</sup> : « إن كان الزوج بنى بما فإنه يمنع منها مقدار ما جرت العادة بتعجيله ، ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها » .

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 165.3 - رسائل ابن عابدين 126.2 .

(2) أبو الليث : كنية ثلاثة من علماء الحنفية أشهرهم نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي ، أبو الليث الفقيه المنقب بإمام الهدى . هو إمام صاحب الأعراف المعقدة والتصانيف المشهورة . تفقه على أبي جعفر الخليلي وغيره . من كتبه : حواشي الفقه والنوازل ، وعبود المسائل والفسر . ج 1 ص 376 . ( الجواهر المصيبة ص 415 وما بعدها ) .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

قال بن عابدين<sup>(1)</sup> : « لكن ما قاله الفقيه مبني على أن العرف الشائع مكذب لها في دعواها عدم قبض شيء » .

ويفهم من هذا أنه في حال تنازعهما حول المؤخر من الصداق فالقول قول الزوجة بيمينها ، وعلى الزوج إثبات دفعه لها بالبينة ، سواء كان التنازع قبل الدخول أو بعده .

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(2)</sup> : قالوا : إذا تنازع الزوجان في قبض ما حلل من الصداق بأن ادعى الزوج أنها قبضته وأنكرته .

إذا كان قبل البناء يقبل قول الزوجة بيمينها ، وإذا كان بعد البناء يقبل قوله أي الزوج بيمين ، لكن بأربعة شروط في قبول قوله بعد البناء على المذهب :

أحدها : يقبل قول الزوج أنها قبضت ما حلل إذا تنازعا فيه بعد البناء في كل حال إلا أن يكون الصداق مكتوبا بكتاب وهو بيدها غير مخصوم عليه ، فيقبل قولها بلا يمين .

وثانيها : قبول قول الزوج بعد البناء مقيّد بأن لا يتأخر دفع حال الصداق للزوجة عن البناء عرفا ، أي : بأن جرى عرفهم بتقديمه عليه ، أو لم يجر بشيء منهما ، فإن جرى عرفهم بتأخيره عنه فقولها بيمين ؛ لأن العرف كشاهد .

قال بعض أصحاب مالك : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا ، والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج .

ثالثها : أن لا يكون بيدها رهن عليه ، فإن كان بيدها رهن عليه فالقول قولها بيمين .

رابعها : أن تكون دعواها بعد البناء أنه دفعه لها قبله . أما إذا ادعى دفعه لها بعد البناء فلا يصدق كسائر الديون ؛ لأنه أقر بدين في ذمته فلا يبرأ منه إلا بينة على دفعه .

وأنهما إن تنازعا في قبض المؤجل فالقول قولها سواء تنازعا فيه قبل البناء أو بعده ، وعلى الزوج إثبات عكس ذلك بالبينة ؛ لأنه كسائر الديون ؛ لأن من ادعى الدفع فلا يبرئه إلا البينة أو اعتراف من رب الدين .

(1) ابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين . دمشقي . كان فقيه الديار الشامية . وإمام الحنفية في عصره . وتوفيت سنة 1198 هـ . صاحب رد مختار عمى الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين . وأبوه محمد علاء الدين ( 1244 هـ - 1306 هـ ) مشهور أيضا بابن محمد صاحب نزهة عيون الأحبار الذي هو تكملة لحاشية والده السابقة الذكر . من تصانيفه أي الأب : العقود تدرية في تفحيح الفتاوى الحامدية ؛ و نسمات الأسحار عمى شرح المسار ؛ و حواش عمى تفسير البيضاوي ؛ و مجموعة رسائل . ( الزركشي ، الأعلام 6 / 42 ) .

(2) محمد بن عبد ، من الخليل 522/3 ، ما بعدها - ابن ، نداهة المصنف 25 2 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> : قالوا : إذا اختلف الزوجان في قبض المهر مع اتفاقهما على قدره ، بأن قال الزوج أقبضتك مهرك ، فأنكرت الزوجة ذلك ، وقالت : لم أقبضه ، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تقبضه سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، أو قبل الزفاف أو بعده ؛ لأن الأصل عدم قبضه ، فعلى ذلك تكون البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والزواج مدع فكللف بالبينة ، والزوجة منكرة فكلفت باليمين ؛ ولأن من ثبت في ذمته حق لغيره لم يقبل قوله في دفعه كالديون .

وقال الماوردي ردا على الحنفية والمالكية : أما الاعتبار بالعادة والعرف فغير صحيح ؛ لأن عادات الناس فيه مختلفة ، ثم لو اتفقت لما تعلق بها حكم ، فمشتري السلعة إذا ادعى دفع ثمنها بعد قبضها لم يقبل قوله ، وإن جرت العادة بأن السلعة لا تسلم إليه إلا بعد قبض الثمن منه .

**البند الثاني - التنازع بين قبض المهر في القانون :** لكون التنازع في قبض المهر من أهم القضايا التي تثار من الناحية العملية في المحاكم ، فقد نص جل المشرعين المغاربة على هذه الحالة في قوانين الأحوال الشخصية .

فقد نصت المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري : « في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما ، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين » .

ومن تحليل نص هذه المادة المتفقة مع أحكام الشريعة يمكننا أن نتبين أن المشرع الجزائري حينما تحدث عن نزاع الزوجين حول الصداق قد فرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان النزاع قبل الدخول ، بأن ادعى الزوج قبض الزوجة لمهرها كله أو بعضه مباشرة أو عن طريق ممثله ، وأنكرت الزوجة ذلك وادعت عدم تسلمها كله أو بعضه سواء مباشرة أو عن طريق ممثله ، ولم يكن للزوج بينة على ما ادعاه ، فإن القول قول الزوجة مع يمينها .

الثانية : إذا كان النزاع بعد الدخول فإن القول قول الزوج مع يمينه ؛ لأن العرف يقضي بأن الزوجة لا تسلم نفسها إلا بعد أن تقبض صداقها كاملا أو بعضه .

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي ، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 33 من مدونة الأسرة : « إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء ، فالقول قول الزوجة ، أما بعده فالقول قول الزوج .

(1) ماوردي ، الحاوي الكبير 9 500 وما بعدها - السيزاوي . المهدد 2 473 .

(2) ابن قدامة ، المغني 4 365 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل ، فعلى الزوج إثبات أدائه.

لا يخضع الصداق لأي تقادم .

إلا أنه أشار في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر حول مؤخر الصداق ، وهو دين على الزوج ، فإن ادعى بأنه أداه للزوجة ، فعليه أن يثبت ذلك بجميع الوسائل الإثباتية ، والصداق كدين لا يخضع لأي تقادم ، حتى ولو طال مدة الزواج لعقود من الزمن ، فالزوج ملزم بأدائه وفي حالة الطلاق يضمن كدين ضمن مستحقات الزوجة ، أما في حالة الوفاة يعتبر كدين على تركة الزوج<sup>(1)</sup>.

وقد وافق المشرع الموريتاني ما ذهب إليه كل من المشرعين الجزائري والمغربي ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 25 من نص مدونة الأحوال الشخصية : « إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق قبل الدخول تصدق الزوجة ، فإذا اختلفا بعد الدخول يصدق الزوج .

يشترط في تصديق كل منهما أن لا تخالف دعواه العرف .

إلا أن المشرع الموريتاني لم يشر إلى مسألة اليمين ؛ ووضع شرطاً لتصديق كل من الزوجين في دعواه أن لا تخالف دعواه العرف ، فإن كان العرف يقضي بدفع كل الصداق أثناء العقد ، فالزوج هو المصدق في هذه الحال سواء وقع النزاع قبل الدخول أو بعده ، أما إن كان العرف يقضي بتسليم بعض الصداق عند العقد وبعضه عند الدخول ، فالزوج مصدق في معجله قبل الدخول أو بعده ، والزوجة مصدقة في موجله قبل الدخول ، والزوج مصدق فيه بعد الدخول وهكذا .

أما المشرعين التونسي و الليبي لم يتناولوا هذه المسألة وتركا ذلك للقواعد العامة ، وبالرجوع إلى المادة 72 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي ، فإنها تحيل على نصوص الشريعة الإسلامية ، وعليه يجب الرجوع لذلك في هذه المسألة عند التنازع حولها .

**البند الثالث - التنازع في وصف المقبوض عند الفقهاء :** قد يتفق الزوجان على قبض شيء معين إلا أنهما يختلفان في وصفه إن كان مهراً أو هدية أو غير ذلك .

**أولاً - مذهب الحنفية<sup>(2)</sup> :** قالوا : من بعث إلى امرأته شيئاً فقالت : هو هدية ، وقال هو من المهر ، فالقول قوله في غير المهيأ للأكل ، أما المهيأ للأكل كالشواء واللحم المطبوخ والفواكه التي لا تبقى ، فإن القول قولها فيه استحساناً ، بخلاف ما إذا لم يكن مهيأ للأكل كالعسل والسمن والجوز والسوز فإن القول فيه قول الزوج .

(1) محمد الأزهر ، مرجع سابق ص 146 .

(2) نظام الدين ، العناوي الهدية 1 409 . ابن نجيم . نجر الزاوي 3 266 وما بعدها - ابن عابدين ، حاشية رد المختار 3 166 وما بعدها .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وذكر الفقيه أبو الليث المختار أن القول قوله في متاع لم يكن واجبا على الزوج كالحنف والملاءة ونحوه ، وفي متاع كان واجبا عليه كالخمر والدرع ومتاع الليل ؛ فليس له أن يحتسب من المهر ، أي : لو ادعاه أنه من المهر لا يصدق أما لو ادعاه من الكسوة الواجبة ، وادعت أنه هدية فإنه يصدق ؛ لأن الظاهر لا يكذبه في ذلك بل الظاهر يصدقه فيه .

إلا أنه إذا اتخذ لها ثيابا ولبستها حتى تحرقت ثم قال هو من المهر ، وقالت هو من النفقة: يعني الكسوة الواجبة عليه ، فالقول لها ، ولو كان الثوب قائما فالقول له ؛ لأنه أعرف بجهة التملك ، بخلاف الهالك ؛ لأنه يدعي سقوط بعض المهر والمرأة تنكر ، وبالهلاك خرج عن المملوكية ، وحيث لا ملك بحال فالاختلاف في جهة التملك باطل ، فيكون اختلافا في ضمان الهالك وبدله ، فالقول لمن يملك البديل والضمان .

واعترض على ذلك فقيل : هذا يقتضي أن القول لها في الهالك ، فهو مخالف لما قدم حول اختلافهما حول كون المقبوض مهرا أم هدية .

قال ابن عابدين ردا على ذلك : « بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى ، وذلك أن مسألة المتن في دعواها أنه هدية فلا تصدق ، ويكون القول له في حالتي الهلاك وعدمه ؛ لأنه المملك ولا شئ يخالف دعواه ، أما هنا فقد ادعت الكسوة الواجبة عليه ، فيكون القول له في القائم لما ذكرنا وتطلب منه مهرها وكسوتها . أما الهالك فالقول لها فيه لأمرين :

أحدهما أن الظاهر يصدقها فيه كما ... في المهيا للأكل .

ثانيهما: أنه لو كان القول له فيه لزم ضياع حقها في الكسوة الواجبة عليه ؛ لأنها من النفقة والنفقة تسقط بمضي المدة فلا يمكنها المطالبة عما مضى ، ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة ، بأن يدعي كل زوج بعد عشرين سنة أن جميع ما دفع لها من كسوة ونفقة من المهر فيرجع عليها بقيمتها ، وفي ذلك ما لا يرضاه الشرع من الاضرار بالنساء مع أن الظاهر والعادة تكذبه .

أما في القائم فلا ضرر ؛ لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة ، ولا تقتضي العادة أن يكون المدفوع كسوتها ؛ لأن له أن يقول : أعطيتها كسوة غيرها ، هذا ما ظهر لي ، والله الميسر لكل عسير»<sup>(1)</sup> .

ثانيا - مذهب المالكية<sup>(2)</sup> : قالوا : إن كان مما جرت العادة أن يهديه الزوج للزوجة ، كالثوب والمنفعة والطيب والخلعي ، فالقول قولا مع يمينها اعتبارا بالعرف . ولها المطالبة بمهرها .

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار 3 166 .

(2) الواسع ، المغيار ، شرح إرادة الأمام ، المسألة العرة ، صفة سنة 1981 . 245 3 . ما بعدها .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup>: إذا دفع الزوج إلى زوجته مالا ، ثم اختلفا فيه فقالت الزوجة : أخذته هبة وصدقاقي باق ، وقال الزوج : بل دفعته صدقا .

فالقول قول الزوج ، سواء كان من جنس الصداق أو من غيره ، وسواء كان مما جرت العادة بمهاداة الزوج بمثله أم لا .

لكنها إن ادعت أنه صرح لها بالهبة كان لها إحلافه ، فيكون القول قوله مع يمينه ، فإن نكل عنها ردت على الزوجة ، وحكم لها إن حلفت . وإن لم تدع أنه صرح لها بالهبة ، بل نواها ولم يتلفظ بها ، فلا يمين عليه ؛ لأن الهبة لا تصح بالنية ، فلم يلزمه يمين في دعوى هبة فاسدة .

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(2)</sup>: إذا دفع الزوج إليها مالا نقدا أو دفع إليها عرضا ، فقال دفعته صدقا ، وقالت : هبة ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنه أعلم بنيته ، ومثله النفقة والكسوة لكن إذا كان ما دفعه من غير جنس الواجب عليه ، فلها رده ومطالبته بصداقها الواجب ؛ لأنه لا يقبل قوله في المعارضة بلا بينة .

البند الرابع - التنازع في وصف المقبوض في القانون : لم يتناول أي قانون من قوانين الأحوال الشخصية المغاربية هذه المسألة ، مما يدعو للأخذ بمواد الإحالة التي تحيل على نصوص الشريعة في كل قانون<sup>(3)</sup>.

(1) الماوردي . الخوازي الحنبر 5019 وما بعدها .

(2) البهوتي . كشف القناع 5 169 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية المادة 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما السيي المادة : 72 . مجلة لأخبار

الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

## المبحث الثاني

### التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة

إن أهم النزاعات بين الزوجين ، بل وتعد أكثرها غموضاً وتعقيداً ، خاصة بين المتطالقين هو النزاع أو الخصام حول محتويات البيت ، وما يشتمل عليه من مفروشات وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها ، أو تكون قد اشترتها فيما بعد من مالها الخاص أثناء الحياة الزوجية ، أو يكون الزوج قد اشترها تجهيزاً لبيته سواء قبل الزفاف أو أثناء الحياة الزوجية .

والتنازع في ذلك يكون بأن يزعم كل من الزوجين أن أثاث بيت الزوجية ملكه وحق له كله أو بعضه ، وفي الغالب لا يكون بيد أحدهما دليل أو بينة قاطعة تقنع القاضي بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خالص له .

وسأحاول من خلال هذا المبحث إلقاء الضوء على هذه المسألة مبيناً آراء الفقهاء وأحكامهم وأهل القانون وأحكامهم فيها ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

**المطلب الأول : ماهية متاع البيت والجهاز .**

**المطلب الثاني : أحكام التنازع في الجهاز ومتاع البيت .**

## المطلب الأول

### ماهية متاع البيت والجهاز

قبل التطرق لمسألة تنازع الزوجين حول متاع البيت لابد من معرفة مفهوم المتاع ، ومفهوم الجهاز عند أهل اللغة والفقه والقانون ، ولابد أيضا من معرفة ما يعتبر من متاع البيت ، ومالا يعتبر كذلك ، ومعرفة المسؤول عن شراء الجهاز .

وسأحاول بيان ذلك من خلال الفروع الآتية :

### الفرع الأول

#### مفهوم متاع البيت والجهاز

البند الأول - تعريف متاع البيت :

أولا - المتاع لغة<sup>(1)</sup> : ذكر الله تعالى المتاع والتمتع ، والاستمتاع ، والتمتع في مواضع من كتابه ومعانيها وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد ، قال الأزهرى<sup>(2)</sup> : فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود ، والفناء يأتي عليه في الدنيا . وقال أيضا : المتاع في اللغة كل ما انتفع به .

والمتاع : السلعة ، والمتاع أيضا : المنفعة ، والمتاع : كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها . والمتاع : المال والأثاث والجمع أمتعة ، وأمتاع جمع الجمع ، وأمتاع فهو من باب أقاطيع ، والمتاع : ما يستمتع به الإنسان في حوائجه . ومتاع البيت هو : الأثاث من فراش ، ونحوه .

ثانيا - المتاع اصطلاحا : بحثت في بعض كتب الفقهاء القدامى عن مفهوم متاع البيت ، وجدت أكثرهم قد عبر عما يجب على الزوج توفيره لزوجته بمتاع البيت ، وذكر آخرون ما يجب على الزوج لزوجته في البيت ، وقالوا : إنه يجب عليه آلات أكل وشرب وطبخ ، وسموه متاعا للبيت .

(1) ابن منظور ، لسان العرب باب متع 4127/6 وما بعدها - الزبيدي . تاج العروس باب متع 182/22 .

(2) الأزهرى : هو محمد بن الأهرهري أو منصور أحد الأئمة في اللغة والأدب . مولده ههراة سنة 282 هـ . نسبته إلى حده الأهرهري . عنى بالمتاع ما يسهل . أولا ، ثم عقب عليه السجزي في العربية . فرحل في سبب . وفقد غشاغ . وتوسع في أخباره . سمع ههراة من الحسين بن إبراهيم ومحمد بن عبد الرحمن السامى وغيرهم . ثم رحل إلى بغداد فسمع أبا القاسم السجزي وأنا بكر بن داود وإبراهيم بن عرفة نقضوه ، وغيرهم . روى عنه أبو يعقوب القزويني وأبو زرعة بن أحمد وأبو عثمان سعيد القرشي ، وغيرهم . وقع في إسار قرامطة . من مصنعاته : تهذيب اللغة ، والرهري في عرب ألفاظ شذوي نبي أودعها نري في مختصره ، وتفسير القرآن . توفي ههراة سنة 370 هـ . ( تاج الدين السكيتي ، صفات الشافعية الكبرى 3 63 وما بعدها - غير كحانة ،

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

جاء في حاشية البحريني على الخطيب : « متاع البيت يعني فرش البيت الذي تجلس عليه أو تسام عليه و تغطى به ، وشامل أيضا لآلة الطبخ وآلة الأكل والشرب »<sup>(1)</sup>.

إلا أنه جاء في تكملة حاشية رد المحتار تعريف للمتعاقب بقوله : « المراد بالمتاع هو : ما كان في البيت : أي ما ثبت وضع أيديهما عليه أو تصرفهما فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه وتختلف بالتصرف »<sup>(2)</sup>.

والملاحظ أن هذا التعريف قد جاء جامعا لمفهوم متاع البيت ، حيث جعل كل ما في البيت يعتبر متاعا للزوجين بشروط وهي :

- ثبوت وضع كل من الزوجين يده عليه .

- التصرف فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه .

فيدخل في ذلك الأثاث من فرش وأواني وأدوات وآلات مخصصة للخدمة والانتفاع بها في البيت ، واللباس ، والحلي ، وكذلك السيارة المخصصة لخدمة البيت ، والحيوان إن وجد خاصة في المناطق الريفية ، ويخرج من ذلك ما كان خاصا بحرفة كل واحد منهما أو عمله ، ويخرج كذلك المسكن .

وقد عرفه من المحدثين الدكتور محمد مصطفى شلبي بقوله : « يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو أدوات منزلية جدت بعد الزفاف »<sup>(3)</sup>.

**ثالثا - المتاع قانونا :** لم يتطرق المشرعون لتعريف المتاع ، وإنما اكتفوا بذكر أحكام التنازع فيه وسأتناول هذا عند تناول هذه الأحكام في فرع آخر ، وحسنا فعل المشرعون ؛ لأن التعريف ليس من اختصاص التشريع وإنما من اختصاص الفقه .

وقد عرفه الأستاذ محمد الأزهر في كتابه شرح مدونة الأسرة بقوله : « المراد به ما ينتفع به في بيت الزوجية ، ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها »<sup>(4)</sup>.

من خلال ما سبق من التعريفات يلاحظ أن جميعها اتفق على أن المتاع هو كل ما يوجد في بيت الزوجية ، تحت يد الزوجين و ينتفعان به ، ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها .

(1) البحريني . حاشية البحريني على الخطيب 4/449 .

(2) محمد علاء الدين من عائد ، تكملة حاشية رد المحتار 2/90 .

(3) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ص 414 .

(4) محمد الأزهر ، مرجع سابق ص 147 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

### البند الثاني - تعريف الجهاز :

أولاً - الجهاز لغة<sup>(1)</sup> : جهز جهاز العروس والميت وجهازها ما يحتاجان إليه ، وكذلك جهاز المسافر ، وقد جهزه فتجهز وجهازت العروس تجهيزاً ، وكذلك جهزت الجيش ، تجهيز الغازي : تحميله وإعداد ما يحتاج إليه في غزوة . وتجهزت لأمر ، أي قيات له . وجهاز الراحلة ما عليها ، وجهاز المرأة حياؤها وهو فرجها .

ثانياً - الجهاز اصطلاحاً : لم يتطرق الفقهاء القدامى لتعريف الجهاز ، واكتفوا بالإشارة إليه في كتبهم عند حصول التنازع فيه ، أو عند الحديث عن المسؤول عن شرائه ، لكن يفهم من خلال كلامهم أنهم لم يخرجوا عن المفهوم الذي جاء به أهل اللغة . وهو ما تأتي به المرأة في ليلة زفافها .

وقد عرفه من المحدثين الدكتور وهبة الزحيلي بقوله : « هو أثاث المنزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية»<sup>(2)</sup> .

إلا أن هذا التعريف جاء عاماً فاختلط مع مفهوم متاع بيت الزوجية ، الذي يشتمل على أثاث المنزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية ، التي يمكن أن يأتي بها الزوجان قبل أو بعد الزفاف .

لكن تعريف الدكتور محمد مصطفى شلي كان أكثر دقة حيث قال : « الجهاز : هو ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة لزوجها»<sup>(3)</sup> .

وقد عرفه السيد سابق في كتابه فقه السنة بقوله : « الجهاز هو الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت ، إذا دخل بها الزوج»<sup>(4)</sup> .

فهذان التعريفان قد حصرا مفهوم الجهاز فيما يجهز به بيت الزوجية عند الزفاف ، وهو عادة وعرفاً ما تنهياً به الزوجة وتعدده هي وأهلها لليلة زفافها ، وأعراف البلاد المغاربية خاصة وبعض السبلاد العربية الأخرى جرت على أنه لا ترف المرأة إلى زوجها إلا بعد أن تتجهز ، بل وقد أصبح في الوقت الحاضر ينفق على الجهاز أكثر مما يقدم للمرأة من مهر .

ثالثاً - الجهاز قانوناً : لم يتطرق المشرعون إلى تعريف الجهاز أيضاً كما فعلوا مع متاع البيت ، وتركوا ذلك لأهل الفقه وشرح القانون وحسنا فعلوا ؛ لأن التعريفات كما سبق وأن ذكرت ليست من اختصاص التشريع ، وإنما هي من اختصاص الفقه .

(1) ابن منظور ، لسان العرب باب جهز 1 / 712 .

(2) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته 7 / 311 .

(3) محمد مصطفى شلي ، مرجع سابق ص 410 .

(4) سابق ، مرجع سابق ص 334 2 . 2000 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

ولم يخالف شراح القانون ما ذهب إليه أهل الفقه واللغة في تعريف الجهاز ، حيث عرف الدكتور محمد علي محجوب الجهاز بقوله : « الجهاز : هو ما يحتاج إليه عند زفاف الزوجة لزوجها ، من الأثاث والأدوات اللازمة لإعداد بيت الزوجية»<sup>(1)</sup>.

وعرفه المستشار محمد عزمي البكري بقوله : « يقصد بجهاز مسكن الزوجية ، ما يعد به مسكن الزوجية من أثاث وفراش وأدوات عند زفاف الزوجة إلى زوجها »<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مسؤولية تجهيز بيت الزوجية

اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من يطبق قانون الحقوق الزوجية من أن المهر الذي تأخذه الزوجة ملك خالص لها ، وأن على الزوج أن يهيئ للزوجة المسكن الملائم لها قبل أن يطلبها للدخول في طاعته ، فلم يوجبوا على الزوجة جهازا ولا غيره<sup>(3)</sup>.

ومنهم من لاحظ العرف الطارئ على هذه القواعد ، فيوجب على الزوجة تجهيز البيت حسبما تجري به العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها ، فإن لم تقبضه قبل زفافها لا تطالب بالجهاز إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك وقبلته ، أو جرى عرف الناس في بلدها بأن الزوجة تجهز البيت ، وإن لم تقبض صداقها<sup>(4)</sup>.

وعلى ذلك فقد انقسم الفقهاء حول قضية المسؤول عن تجهيز البيت إلى رأيين :

**البند الأول - الزوج هو المسؤول عن تجهيز البيت :** وهو مذهب الحنفية<sup>(5)</sup> إذ يرون أن إعداد البيت على الزوج ؛ لأن النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه ، وإعداد البيت من المسكن ، فكان بمقتضى هذا على الزوج ؛ ولأن المهر ليس عوض الجهاز ؛ لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن في قوله تعالى : « **وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** » [ النساء 4 ] . فهو حق خالص لها من غير أي مقابل ، وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج ،

(1) محمد علي محجوب ، مرجع سابق ص 132 .

(2) محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، دت 441/1 .

(3) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ص 410 .

(4) المرجع نفسه ص 411 .

5. المرجع نفسه ص 411 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقا على المرأة ، ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل<sup>(1)</sup>.

إلا أنهم قرروا إذا قدم الزوج لها مالا منفصلا عن المهر نظير إعداد جهاز ، واشترط ذلك أو جرى العرف على ذلك ، فإنها في هذه الحال تكون ملزمة به ، أو رد المال ، إلا إذا سكت عن المطالبة به ، وذلك لأنه إن كان المال مقابلا بالجهاز بالشرط أو العرف ، فهو هبة بعوض مشروط بالشرط أو بالعرف ، والهبة بعوض مشروط إن لم يتحقق فله الرجوع فيها ، وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط ، فإن لم تنفذ استرد ما أعطى<sup>(2)</sup>.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بذلك بتاريخ 1972/04/03 في الطلب رقم 535 لسنة 1971 وقد جاء بفتواها : « الأصل في المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيما ، فليس لأحد حق في شيء منه ، سواء في ذلك الزوج أو الأب أو غيرها . ولها ولاية التصرف بما تريد من أنواع التصرف ، وأن المعجل منه مقابل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه ، ومن ثم لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها ، ولا يجر أبوها على تجهيزها من مالها ، ولا من مال نفسه ؛ لأن الشيء لا يقابله عوضان ، وليس على الزوجة إلا تسليم نفسها في بيت الزوج ، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالهما من غذاء وشرب وليس وفرش ، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها .

غاية الأمر أن الزوج لو كان قد دفع لأبيها مبلغا زائدا عن المهر بقصد الجهاز ولم يدرج على أنه من المهر ، ثم زفها إليه بلا جهاز ، فللزوج أن يطالبه بجهاز ، ويخاصم فيه على قدر العرف والعادة أو يطالبه برد ما دفعه زيادة على المهر ؛ لأنه هبة بشرط العوض فله الرجوع فيها عند عدم العوض ، إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تكفي للدلالة على الرضا وعدم الاعتراض ، فإن ذلك المال يعتبر هبة غير مشروطة بشرط ، ولا يكون له بعد ذلك حق الاعتراض<sup>(3)</sup>.

أما إن كانت الزيادة في المال غير منفصلة عن المهر ، بل زيد في المهر بقصد الزيادة في الجهاز أو في نظير الجهاز فقد جرى الخلاف في هذه الحال وانقسم فيه فقهاء المذهب إلى فريقين<sup>(4)</sup>:

الفريق الأول : يرى أصحابه بأنه لا يجوز للزوج أن يلزمها بجهاز معين ؛ لأن المهر قل أو أكثر ليس في نظير الجهاز بل خالص حقا إن سمي .

(1) محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، ص 252 ( بتصرف ) .

(2) ابن عابدين ، حاشية رد اختار 1733 .

(3) محمد عزمي الكري ، مدجع سابق 1 443 .

(4) ابن عابدين ، حاشية رد اختار 1733 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الفريق الثاني : يرى أصحابه أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز ، فيجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين ، أو لم يكن جهازاً؛ لأن كل أحد يعلم أن الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يورث عنها ، وإنما يزيد المهر طبعاً في تزيين بيته ، وبه وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت ، وهذه المسألة نظير ما لو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هي ثيب .

**البند الثاني - الزوجة هي المسؤولة عن تجهيز البيت :** وهو مذهب المالكية<sup>(1)</sup> إذ يرون أن المهر ليس حقاً خالصاً للزوجة ، ولذلك لا يجوز لها أن تنفق منه شيئاً على نفسها ، أو تقضي به ديناً ، وإن كان للمحتاجة أن تنفق منه ، أو تكسب بالشيء القليل المعروف ، أو تقضي منه الدين القليل كالدينار إن كان المهر كثيراً ، وإن كان قليلاً فتقضي منه الدين بحسبه ؛ لأنها تعلم أن ما قبضته من مهر يلزمها أن تتجهز به على ما جرت العادة به .

وأن عليها أن تتجهز بما قبضته من مهر قبل الدخول إن كان معجلاً أو مؤجلاً وحل أجله ، ولا يلزمها أن تتجهز بأكثر منه ، وإن حدث وأن وقع الدخول بها قبل أن تقبض شيئاً منه فلا يلزمها التجهيز ؛ لأن الحقوق متقابلة ، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقضي بأن تتجهز المرأة لزوجها وإن لم تقبض مهرها فيجب أن يتبع .

**الترجيح بين الرأيين :** وقد اختلف في ترجيح أي من الرأيين بين المحدثين ، فالدكتور أحمد الغندور يرى أن المذهب المالكي في هذه المسألة يساير العرف ، ويدعو إلى التضامن والتعاون بين الزوجين ، ويوثق أواصر المحبة بينهما<sup>(2)</sup>.

إلا أن الشيخ سيد سابق يرى أن المذهب الحنفي هو الأول بل حتى الاستثناء الذي أورده بعض فقهاء الحنفية حول المال الزائد عن المهر بقصد التجهيز يرى بأنه من المهر وليس للزوج أن يجبرها أن تتجهز به أو يطالب به بعد ذلك ، يقول : « بأن المسؤول عن إعداد البيت إعداداً شرعياً ، وتجهيز كل ما يحتاج له من الأثاث ، والفرش ، والأدوات ، فهو الزوج ، والزوجة لا تسأل عن شيء من ذلك . مهما كان مهرها ، حتى ولو كانت زيادة المهر من أجل الأثاث ؛ لأن المهر إنما تستحقه الزوجة في مقابل الاستمتاع بها ، لا من أجل إعداد الجهاز لبيت الزوجية ، فالمهر حق خالص لها ، ليس لأبيها ، ولا لزوجها ، ولا لأحد حق فيه »<sup>(3)</sup>.

والذي أراه وأميل إليه هو ما رجحه الشيخ سيد سابق ؛ لأن المهر الذي تقبضه الزوجة حق خالص لها ، إنما سُم لها في مقابل الاستمتاع بها ، لا من أجل إعداد بيت الزوجية .

(1) التدوير ، استخراج الكبير 3212 وما عاها .

(2) أحمد الغندور ، مرجع سابق ص 234 .

(3) التدوير ، مرجع سابق ص 321 .

البند الثالث - رأي القانون في المسألة : وقد ذهبت جل قوانين الأحوال الشخصية المغاربية إلى الرأي الأول واعتبرت المهر حق خالص للمرأة تتصرف فيه كيف تشاء ، وليس لأحد أن يطالبها بشيء منه .

حيث نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على أن : « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا ، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء » .

وجاء في نص المادة 29 من مدونة الأسرة الغربية : « الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره ، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه » .

وجاء في نص الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : « كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً ، وهو ملك للمرأة » .

وجاء في نص المادة 19 الفقرة ج من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني : « المهر حق خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء » .

إلا مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ، لم تنص على ذلك ، وبالعودة إلى نص المادة 311 والتي تحيل على المشهور من مذهب مالك في حالة عدم النص عن حكم من الأحكام ، ومنه فإن المشرع الموريتاني أخذ بما ذهب إليه المالكية ، وهو إلزام الزوجة بالجهاز بما قبضته من مهر وفق ما يقتضيه العرف .

والسائد في البلاد المغاربية أن الزوجة تزف إلى زوجها بعد تجهيز نفسها من المال الذي يدفعه إليها الزوج وما تدفعه هي من مالها الخاص ، أو ما يدفعه لها أهلها ، ورغم أن هذا هو المعتاد ، ومهما يكن من اختلاف بين الأئمة ، فالجهاز ملك للزوجة باتفاق الفقهاء أجمعين سواء اشترته بنفسها أم اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها ، أو ولاية عليها<sup>(1)</sup> .

ومع أن الراجح كما هو ملاحظ أن الزوج هو الملزم بتجهيز البيت ، وما على الزوجة إلا تسليم نفسها للزوج في بيت الزوجية مقابل ما قبضته من المهر ، إلا أن الأعراف في البلاد المغاربية لا زالت تلزم الزوجة على التجهيز من المهر الذي يعطيها إياه الزوج ، وهو ما أدى إلى التغالي في المهور في كثير من المناطق على أساس غلاء الجناز الذي ستعده الزوجة لزوجها ، بل وأكثر من هذا فقد أدى التغالي في المهور إما إلى فسخ الخطوبة ، أو انقلاق قبل الدخول في كثير من الأحيان ، خاصة إذا كان الزوج والزوجة من

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

منطقتين مختلفتين لكل منهما أعرافه وتقاليده الخاصة بالمهر والجهاز ، وتصميم كل منهما على الأخذ بالعرف السائد في منطقته .

لذا فمن الأفضل الاستغناء عن هذا العرف والاكتفاء بإعطاء المهر للزوجة على أن لا يقل على مهر المثل ، وترك أمر التجهيز على الزوج كل حسب أعرافه وإمكانياته .

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الثاني

### أحكام التنازع في الجهاز ومتاع البيت

قضايا التنازع في الجهاز ومتاع البيت بين الزوجين كثيرة ، ولعلها أهم القضايا التي تثار بين الزوجين في المحاكم وخاصة عند الطلاق ، وسأحاول من خلال هذا المطلب دراسة بعض جوانب هذا التنازع من خلال الفروع التالية :

### الفرع الأول

#### أحكام التنازع في الجهاز

قد يختلف الزوجان حول قيمة الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره يوم أخذ الزوج له من عند زوجته وامتناعه عن رده فيصبح بذلك في حكم الغاصب ، وقد يختلفان حول تسليم الزوج للجهاز ورده إلى زوجته ، وقد يختلفان حول ملكية بعضه أو كله .

#### البند الأول - التنازع في قيمة الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره عند غضب الزوج له :

من المعلوم أن الجهاز الذي ترف به المرأة إلى زوجها ملك لها وحدها ، وليس للزوج ولا لغيره حق استعماله والانتفاع به إلا بإذنها ورضاها<sup>(1)</sup> ، ولها أن تمكن زوجها وضيوفه من الانتفاع به ، كما لها أن تمتنع عن التمكين من الانتفاع ، وإذا امتنعت لا تجبر عليه<sup>(2)</sup> ، وهو ماعورف عليه ، ويكون ملزما برد منقولاتها إليها عند طلبها ولو حال قيام الزوجية<sup>(3)</sup> .

وإذا كان الجهاز في حوزة الزوج ، ويلزم بالمحافظة عليه ، كما أن له الحق في استعماله بإذن الزوجة ، فإن تسليم الجهاز إلى الزوج يكون على سبيل عارية الاستعمال ، ولا يتعارض هذا التكليف مع حق الزوجة في استرداد جهازها في أي وقت تشاء ؛ لأن المقرر شرعا أن للمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقول النبي ﷺ : (( ألا إن العارية مؤداة ، والمنيحة مردودة ))<sup>(4)</sup> ، وقوله ﷺ : (( على اليد ما أخذت حتى تؤدي ))<sup>(5)</sup> .

1- محمد علي محجوب ، مرجع سابق ، ص 124 .

2 - محمد علي محجوب ، فقه السنة 2 ، ص 306 .

3- محمد عزمي السكري ، مرجع سابق ، ص 124 .

4- ضرابي ، المعجم الكبير برفقه 7615 ، ص 135 ، و برفقه 7621 ، ص 137 ، و برفقه 7637 ، ص 143 ، و برفقه 7647 ، ص 147 .

5- أبو داود ، سنن أبي داود باب في العارية برفقه 3561 - بزماني ، سنن بزماني باب أن عارية مؤداة برفقه 1266 - أحمد ،

مسند برفقه 19969 ، ص 121 ، و برفقه 2000 ، ص 3 ، و برفقه 20032 ، ص 15 ، و برفقه 138 ، ص 15 - ابن أبي شيبة ، المصنف ، ص 665 - البيهقي ،

المصنف ، ص 906 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

ولأن المنافع لا تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتملك فيما لم يوجد به القبض فيصح الرجوع عنه<sup>(1)</sup> .

وإذا طالبت الزوجة زوجها في أي وقت - ولو حال قيام الزوجية - برد أعيان جهازها فامتنع ، انقلبت يده من يد أمانة إلى يد ضمان ، وصار في حكم الغاصب شرعاً وقانوناً<sup>(2)</sup> .

و الغصب استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة<sup>(3)</sup> .

والغاصب ضامن للمغصوب يوم الغصب عند الحنفية<sup>(4)</sup> ، والمالكية<sup>(5)</sup> ، وأحمد<sup>(6)</sup> في رواية عنه ، فرد المغصوب إن وجد ، أو قيمته يوم الغصب إن فقد وهو غير مثلي<sup>(7)</sup> ، أو مثله إن كان مثلياً ، فالعبرة بقيمة المغصوب في تاريخ الغصب ، أي : في تاريخ المطالبة به والامتناع عن رده<sup>(8)</sup> .

وقال الشافعية<sup>(9)</sup> : إن كان المغصوب مثلياً الأصح أن المعتبر أقصى قيمة من وقت الغصب إلى تعذر المثل ، ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر ، فللمالك أن يكلفه رده ، وأن يطالبه بالقيمة في الحال ، فإذا رده ردها .

فإن تلف في البلد المنقول إليه طالبه بالمثل في أي البلدين شاء ، فإن فقد المثل ، غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة .

وأما المتقوم فيضمن باقصى قيمة من الغصب إلى التلف .

وقال الحنابلة<sup>(10)</sup> : المغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته ، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله ، فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك .

= البخاري لم يفرجه .

(1) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق 1/456 (بتصرف) .

(2) المرجع نفسه 1/456 .

(3) الخطاب ، مواهب الجليل 5/274 .

(4) الخصمكي ، الدر المختار 5/481 .

(5) الشافعي ، التاج والإكمل 5/276 .

(6) محمد بن قدامة ، المنهاج الكبير 5/431 .

(7) القرافي ، الفقيه 8/271 .

(8) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق 1/456 .

(9) النووي ، منهاج الطالبين ص 292 .

(10) 5/431 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

فأما إن كان المصوب باقيا وتعذر رده ، ووجب رد قيمته ، فإنه يطالبه بما يوم قبضها ؛ لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها ، وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده ، وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه ، فيعتبر ما يقوم مقامه .

وإذا اختلف الغاصب والمصوب منه في أصل الغصب ، أو في جنس المصوب ونوعه ، أو قدره ، أو صفته ، أو قيمته وقت الغصب .

فقد اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أن القول في ذلك كله قول الغاصب بيمينه ؛ لأن المصوب منه يدعي عليه الضمان وهو ينكر ، فكان القول قوله إذ القول في الشرع قول المنكر.

وعليه إذا اختلف الزوجان في أصل غصب الجهاز أو شيء منه أو في جنس المصوب ونوعه ، أو قدره ، أو صفته ، أو قيمته وقت الغصب ، فالقول في ذلك كله قول الزوج ، وعلى الزوجة أن تقيم البينة ، فإن اقامت البينة حكم لها بما ادعت وإذا لم تقدم بينة جاز لها توجيه اليمين إلى الزوج .

### البند الثاني - التنازع في رد الزوج للجهاز للزوجة : وفي هذه المسألة يجب أن يفرق بين

حالتين :

أولا : إذا كان الزوج قد أخذ الجهاز بإذن الزوجة ورضاها ، ولم ينكر حقها فيه ، ورده لها عند طلبها إياه ، إلا أنها أنكرت الرد وتسليمه لها ، فالزوج في هذه الحالة في حكم المستعير .

وعليه إذا ادعى الزوج رد أعيان الجهاز لزوجته ، وأنكرت هي الرد فإنه يطبق عليه حكم رد العارية، وقد اختلف الفقهاء في ذلك :

مذهب الحنفية<sup>(2)</sup> : قالوا : إذا ادعى المستعير رد العارية ، وهو الزوج في هذه الحالة ، فهو مصدق والقول قوله مع يمينه في كل ما يصدق فيه المودع ؛ لأنه أمين ينكر وجوب الضمان عليه ؛ لأن كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله بيمينه .

مذهب المالكية<sup>(3)</sup> : قالوا : إذا ادعى المستعير وهو الزوج أنه رد العارية التي لا يغاب عليها إلى صاحبها ، أي : ما لم يمكن أن يضمن في عرف الناس ، فإنه يصدق بيمينه ؛ لأن القاعدة أن من قبل قوله في الضياع والتلف قبل قوله في الرد إلى من دفعه إليه ، إلا أن يكون أخذه بينة مقصودة للتوثق ، فإنه لا

(1) الأحكامي ، مدافع صناع 6 164 من حري ، الفقه العصري . بيروت ، لبنان ، طعة 2000 ، ص 350 وما بعدها - الخليل السريبي ، معني احتاج 3 341 عراق ، الوالد في المذهب . تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام ، الغورية ، مصر ، الطبعة الأولى 1997 . 399 3 وما بعدها - سمر - طبع 211 2 - من مدعيه ، المعني 5 438 .

(2) الخليل السريبي ، الدر المختار 5 252

3 - من مدعيه ، المعني 5 211 - من مدعيه ، المعني 5 438 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

يقبل قوله في رده إلا بيينة .

وأما إذا ادعى رد العارية التي يغاب عليها ، أي مالا يمكن أن يصدق في ضياعه ، فالقول قول المعسر بيمينه وهو الزوجة ، ولا يصدق المستعير ، أي : الزوج إلا بيينة .

**مذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> :** قالوا : إن اختلف المعير والمستعير في رد العارية بأن قال مستعير : رددتها وأنكره المالك فقول المالك بيمينه لأن الأصل عدم الرد ، وكالمدين إذا ادعى أداء الدين .  
وعليه إذا ادعى الزوج رد الجهاز وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها على المذهب .

**ثانيا :** إذا طالبت الزوجة برد أعيان جهازها التي كانت قد سلمتها لزوجها للانتفاع بها ، فامتنع هذا الأخير عن الرد ، فإنه يأخذ حكم الغاصب في هذه الحالة ، فينشأ بينهما خلاف حول قيمة هذا الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره على ماتقدم ، إلا أنه إذا عاد وأقر الزوج بما ادعته الزوجة وادعى رد الجهاز الذي كان بحوزته أو قيمته ، فقد اتفق الفقهاء<sup>(2)</sup> على أن القول في هذه الحالة قول المالك ، أي : الزوجة ولا يصدق الغاصب وهو الزوج إلا بيينة .

**البند الثالث - التنازع في ملكية الجهاز كله أو بعضه :** سبق وأن بينت أن الجهاز ملك للمرأة باتفاق الفقهاء ، فإذا حصل نزاع بينها وبين الزوج حول ملكية الجهاز خاصة بعد حالة الطلاق ، وقد خرجت من بيت الزوجية وخلفت وراءها جهازها كله أو بعضه ، فإنها تلجأ إلى القاضي وتطلب الحكم لها بكل جهازها أو بعضه ، وهو الذي كانت قد حملته معها وجاءت به إلى بيت الزوجية ليلة الزفاف ، فإذا أنكر الزوج ملكيتها لما تدعيه ، في هذه الحالة تطبق القواعد العامة في النزاع ، وعليها أن تثبت بكل الوسائل الإثباتية بما فيها اليمين ملكيتها لما تدعيه . إلا أن يوجد عرف يقضي بأن تأتي الزوجة بأثبات معين أو أدوات معينة ، فإنه يحكم العرف في مثل هذه الحالة .

فإذا عجزت عن إثبات ذلك بأدلة الإثبات المختلفة ، ولم يكن هناك عرف ، فإنها تلجأ إلى التنازع بينها وبين الزوج حول متاع البيت ، وهو ماسوف أتناوله في الفرع الموالي .

**أما في القانون :** فكل القوانين المغاربية سكتت عن النص عن تنازع الزوجين في الجهاز ، وتركت ذلك لقواعد الشريعة الإسلامية التي أقرها الفقهاء ، والتي يرجع إليها بنص مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup> .

(1) ليهوي ، أكتشاف نضاج 4 4

(2) الكاساني ، متاع عساق 6 4

(3) نظر : قانون الأسرة الجزائري ، المادة 107 ، المادة 108 ، المادة 109 ، المادة 110 ، المادة 111 ، المادة 112 ، المادة 113 ، المادة 114 ، المادة 115 ، المادة 116 ، المادة 117 ، المادة 118 ، المادة 119 ، المادة 120 ، المادة 121 ، المادة 122 ، المادة 123 ، المادة 124 ، المادة 125 ، المادة 126 ، المادة 127 ، المادة 128 ، المادة 129 ، المادة 130 ، المادة 131 ، المادة 132 ، المادة 133 ، المادة 134 ، المادة 135 ، المادة 136 ، المادة 137 ، المادة 138 ، المادة 139 ، المادة 140 ، المادة 141 ، المادة 142 ، المادة 143 ، المادة 144 ، المادة 145 ، المادة 146 ، المادة 147 ، المادة 148 ، المادة 149 ، المادة 150 ، المادة 151 ، المادة 152 ، المادة 153 ، المادة 154 ، المادة 155 ، المادة 156 ، المادة 157 ، المادة 158 ، المادة 159 ، المادة 160 ، المادة 161 ، المادة 162 ، المادة 163 ، المادة 164 ، المادة 165 ، المادة 166 ، المادة 167 ، المادة 168 ، المادة 169 ، المادة 170 ، المادة 171 ، المادة 172 ، المادة 173 ، المادة 174 ، المادة 175 ، المادة 176 ، المادة 177 ، المادة 178 ، المادة 179 ، المادة 180 ، المادة 181 ، المادة 182 ، المادة 183 ، المادة 184 ، المادة 185 ، المادة 186 ، المادة 187 ، المادة 188 ، المادة 189 ، المادة 190 ، المادة 191 ، المادة 192 ، المادة 193 ، المادة 194 ، المادة 195 ، المادة 196 ، المادة 197 ، المادة 198 ، المادة 199 ، المادة 200 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما النسيبي مادة : 72 - مجلة

## الفرع الثاني

### أحكام التنازع في متاع البيت

متاع البيت أعم من الجهاز ؛ لأنه يشمل ما يصلح لكل من الزوج والزوجة فقط ، وما يصلح لهما معا<sup>(1)</sup>، ويعد التنازع بشأنه من أهم النزاعات التي تثار بين الزوجين أمام المحاكم ، وتكون دائما حول أحقية كل من الزوجين بمتاع البيت كله أو بعضه ، فيدعي كل منهما ملكية المتاع أو بعضه ، ويدعي الآخر خلاف ذلك ، وهو ما سوف أتطرق إليه من خلال هذا الفرع :

**البند الأول - أحكام التنازع في متاع البيت بين الزوجين في الفقه :** اختلف الفقهاء حول مسألة تنازع الزوجين في متاع البيت ، واتفقوا في بعض أحكامه ، وزيادة في التوضيح سوف أتناول كل مذهب على حدى :

**أولا - مذهب الحنفية<sup>(2)</sup> :** ذهب الحنفية إلى أنه إذا وقع التنازع بين الزوجين حول متاع البيت ، فمن أقام البينة منهما حكم له ، إلا أنهما لو اختلفا في متاع من متاع النساء وأقاما البينة يقضى به للزوج ؛ لأن بينته خلاف الظاهر ، فكذلك لو اختلفا في متاع من أمتعة الرجال وأقاما البينة يقضى به للزوجة ؛ لأن بينتها خلاف الظاهر .

وتسقط البيئتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم وجود المرجح لإحدهما على الأخرى ، ويكون القول قول الزوج ؛ لأنه هو من يشهد له الظاهر فهو صاحب البيت فيكون كل ما في البيت ملك له .

أما إذا لم تكن لأحدهما بينة فإنه يجب التفريق بين حالتين :

**الأولى :** إذا وقع التنازع بين الزوجين في حال قيام النكاح ، فما كان يصلح للرجال كالعمامة ، والقلنسوة ، والسلاح وغيرها ، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه ؛ لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمغزل ونحوها ، فالقول فيه قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الظاهر شاهد لها وما يصلح لهما جميعا كالدرهم ، والدنانير ، والعروض والبسط والحبوب ونحوها فالقول فيه قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة على ذلك . وهذا قول أبي حنيفة ، ومحمد .

(1) محمد عني محبوب . مرجع سابق ص 138 .

(2) السرخسي . المسوط 5 / 207 وما بعدها - الكاساني . بدائع الصنائع 2 / 610 وما بعدها - نظام الدين . اغتايى ائدية 1 / 417 وما بعدها .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وجه قولهما أن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة ؛ لأن يده يد متصرفة ، ويدها يد حافظة ، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ كاثنين يتنازعان في دابة ، أحدهما راكبها ، والآخر متعلق بلحامها أن الراكب أولى ، إلا أن فيما يصلح لها عارض هذا الظاهر ما هو أظهر منه ، فسقط اعتباره .  
وقال أبو يوسف : القبول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكمل ، والقول قول الزوج في الباقي مع يمينه .

وجه قوله أن الظاهر يشهد للمرأة إلى قدر جهاز مثلها ؛ لأن المرأة لا تخلو عن الجهاز عادة ، فكان الظاهر شاهدا لها في ذلك القدر ، فكان القول في هذا القدر قولها ، والظاهر يشهد للرجل في الباقي ، فكان القول قوله في الباقي .

إلا إذا كان الزوج يبيع ما يصلح لها فالقول له لتعارض الظاهرين ، وكذا إذا كانت تبيع ما يصلح له لا يقبل قوله .

**الثانية :** إن اختلفا بعد ما طلقها ثلاثا أو بائنا ، فالقول قول الزوج ؛ لأنها صارت أجنبية بالطلاق .

وإذا أقرت المرأة سواء حال قيام النكاح أو بعد الطلاق بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل ؛ لأن الشراء سبب موجب للملك ، وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ؛ ولأن ما أقرت به كالمعين ، ولو عايناه اشترى شيئا كان ذلك مملوكا له ، فكذلك إذا أقرت هي بشرائه ، وعليها البيعة ؛ لأنها أقرت بذلك لزوجها ، ثم ادعت الانتقال ، فلا يثبت الانتقال إلا بدليل .

**ثانيا - مذهب المالكية<sup>(1)</sup> :** إذا تنازع الزوجان في متاع البيت وسواء كان تنازعهما حال كونها في عصمته قبل الطلاق أو بعده ، فادعى الرجل شيئا يشبه أن يكون للنساء كالحلي أنه له ، وأقام على ذلك بيعة ، فإنه يحلف أنه اشتراه له لا لها ، وأنها لم تدفع إليه ثمنه ولا شيئا منه إن ادعت ذلك ، ثم يقضى له به ، وكذلك المرأة إذا ادعت شيئا من متاع البيت يشبه أن يكون للرجال كالسيف ، فقالت هو لي وأقامت على شراء ذلك بيعة ، فإنه يقضى لها به ، وسكت عن يمينها إلا أن في يمينها تأويلين ، فقيل : ليس عليها بخلاف الرجل ؛ لأن الرجال قوامون على النساء ، وقيل : بل عليها وسكت عنها اجتزاء بذكر يمين الرجل .

وأما لو شهدت له أو لها بيعة على أن هذا الشيء المتنازع فيه ورثه أو وهب له ، لكان لمن شهدت له به بلا يمين كما هو ظاهر .

(1) مالك . المدونة 2 / 187 وما بعدها - الدردي . الشير - ج 2 - 336 - الخطبات ، موعظ خليل 3 / 539 - الخرنجي . شرح مختصر حسن

322 2 / 2

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الحاصل أنه لو أقام كل واحد من الزوجين بيته في شيء أنه له ، فالظاهر أنه يقضى بأعدل البينتين فإن تساويا رجح بسبب من أسباب الترجيح ، فإن تكافأتا سقطتا ، ورجع في ذلك إلى أنه هل يعرف للرجال أو النساء أو لهما .

فجميع ما يعرف أنه للرجال يقضى به للرجل مع يمينه ، وكذا ما يعرف للرجال والنساء يقضى به للرجل مع يمينه ؛ لأن البيت بيت الرجل ، إلا أن يكون في حوزها الأخص ، وما يعرف للنساء يقضى به للمرأة مع يمينها إن لم يكن في حوز الرجل الخاص به ، ولم تكن فقيرة معروفة به ، وإلا فلا يقبل قولها فيما زاد على صداقها .

ثالثا - مذهب الشافعية<sup>(1)</sup> : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت قبل أن يتفرقا أو بعد ما تفرقا ، فمن أقام منهما البيته على شيء من ذلك فهو له ، وإن لم يكن بيته فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حكماً بأن كان في ملكه فالقول قوله فيه يمينه ، وما كان في يدهما حساً أو في البيت الذي يسكنانه فلكل واحد تحليف الآخر ، فإن حلفا جعل بينهما ، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف .

إذ تستوي يد المشاهدة ويد الحكم ؛ لأن النبي ﷺ قال : (( البيته على المدعي واليمين على من أنكر ))<sup>(2)</sup> . وكل واحد منهما مع اشتراكهما في اليد مدع ، ومدعى عليه ؛ ولأن الاشتراك في اليد يمنع من الترجيح بالعرف قياساً على يد المشاهدة ؛ ولأن ما لم يترجح به يد المشاهدة لم يترجح به يد الحكم ، كتنازع الدباغ والعطار في عطره ودباغته .

ولأن ما يسقط فيه اعتبارا العرف في اليد المفردة ، سقط فيه اعتباره في اليد المشتركة ، كالغني والفقير في اللؤلؤ والجوهر . ولو كان العرف مع اشتراك اليد معتبرا ، لأوجب تنازع العطار والدباغ في العطر والدباغة أن يجعل العطر للعطار ، والدباغة للدباغ ، وفي تنازع الفقير والغني في اللؤلؤ والجوهر أن تجعل للغني دون الفقير .

رابعا - مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup> : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البيوتة . وكانت لأحدهما بيته ، ثبت له ، بلا خلاف ، وإن لم يكن لواحد منهما بيته فأنصوص عن أحمد وهو المذهب ، أن ما يصلح للرجال ؛ من العمائم ، وقمصانهم ، وجباهم ، والأقبية ، والطبالسة ، والسلاح ، وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء ؛ كحليهن ، وقمصهن ، ومقانعهن ، ومغازهن فالقول قول المرأة مع يمينها .

(1) مختصر ابن قدامة 416 - شيرازي ، المهذب 3 424 - المؤرد ، الخاوي الكبير 17 408 وما بعدها - حاشية الحرمي 5 366 . . . . .

(2) سنن أبي داود الطبري الصفحة 36 .

(3) مختصر ابن قدامة 177 12 . . . . .

## الفصل الثاني : النزاع بين الزوجين في الجانب المائي

وما يصلح لهما ؛ كالفارش ، والأواني ، فهو بينهما ، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة ، أو من طريق الحكم ؛ لأن أيديهما جميعا على متاع البيت ، بدليل ما لو نازعهما فيه أحسني ، كان القول قولهما .

وفي رواية عن أحمد في الرجل يطلق زوجته فتدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء ، وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما ، فإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه ، وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع .

**البند الثاني - أحكام النزاع في المتاع بين الزوجين في القانون :** لم يختلف أهل القانون عن أهل الفقه في مسألة تنازع الزوجين حول متاع البيت ، إلا أنهم لم يأخذوا بمذهب معين ما عدا المشرع الموريتاني الذي أخذ بالمذهب المالكي كما جاء ، ويتبين ذلك من خلال نصوص المواد المتعلقة بتنازع الزوجين في متاع البيت حيث :

جاء في المادة 73 من قانون الاسرة الجزائري : « إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء ، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين » .

من خلال نص المادة يتبين أنه في حالة حدوث نزاع بين الزوجين حول متاع البيت ويستوي ذلك حال قيام النكاح أو حال الطلاق ، فإنه إذا كان لأحدهما بينة حول ملكية المتاع أو بعضه ، فإنه يقضى له ببيئته ، وإذا كان لكل منهما بينة رجحت إحدهما بأحد أسباب الترجيح ، فإن تساوتا سقطتا<sup>(1)</sup> .

فإذا سقطت البيئتان أو عدمت البينة ، فإنه يعمل بالقرائن فما كان من المعتاد للنساء فالقول فيه للزوجة مع يمينها ، وما كان معتادا للرجال فالقول فيه للزوج مع يمينه .

وأما إذا وقع النزاع حول بعض المتاع ولم يكن لأحد الخصمين بينة ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء وما يصلح لاستعمال الرجال ، ولم يستطع أن يتوصل إلى معرفة حكم العرف في الشيء المتنازع عليه ، فإنه يحكم بتقسيمه بينهما مناصفة مع اليمين ، فإن حلف أحدهما وامتنع الآخر حكم به للحالف ، وإن حنفا معا يقتسمانه .

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي والليبي ويتبين ذلك من خلال نص المادة 34 من مدونة

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الأسرة المغربية : « كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها .

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة ، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.

غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بيعة ، فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال ، وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء . أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له».

ونص المادة 21 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني : «إذا اختلف الزوجان على أثاث البيت وأدواته ولا بيعة لكل واحد منهما ، فما كان صالحا للرجال أخذه الزوج بعد حلفه وما كان صالحا للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها .

وما كان صالحا لكل من الزوجين اقتسماه عينا ، أو قيمة بعد حلفهما ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك».

أما المشرع التونسي فقد ذهب إلى ما ذهب إليه سابقه إلا أنه وضع مسألة مهمة كان على باقي المشرعين أن ينصوا عليها ، وهي إن كان المتاع من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما يمينه .

فقد جاء في نص الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيعة لهما فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء ، وإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما يمينه . أما في المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه».

أما المشرع الموريتاني فقد نص على مسألة إن كان المتاع من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى منهما التجارة يمينه ، وقد أخذ بمذهب المالكية كما سبق وأن بينت في تنازع الزوجين حول متاع البيت . فقد نص المادتين 73 و74 من مدونة الأحوال الشخصية على ذلك .

فقد جاء في نص المادة 73 : «إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت ولم توجد بيعة فالقول للزوجة أو ورثتها يمين في ما هو معتاد للنساء ، وفي غيره فالقول للزوج أو ورثته يمين . إلا أنه إذا كان المتنازع فيه من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة وحده منهما يمينه».

وجاء في نص المادة 74 : «إذا أقام الرجل بيعة على شراء ما يعتاد للنساء حلف أنه لم يشترده للمرأة بما لها وحكم له به .

إذا أقامت المرأة بيعة على شراء ما يعتاد للرجال حكم لها به يمينها» .

### المبحث الثالث

#### التنازع في النفقة الزوجية وما يتعلق بها

من حقوق المرأة على زوجها وجوب نفقتها ، وعلى هذا دللت نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وأجمع عليه العلماء ، ولوجوب النفقة على زوجها شروط معينة ، وهي مقدره شرعا بكفائتها من الطعام ، واللباس ، والسكن ، والعلاج على اختلاف بين العلماء في ذلك ، وقد اختلف الفقهاء أيضا في تقديرها على قدر حال الزوج أو الزوجة أو حالهما معا .

والزوجة قد تصل إلى نفقتها عادة بما يحضره الزوج لها فعلا ... وهذا هو الأصل في قيام الزوج بواجب النفقة التي عليه لزوجته ، ولكن قد يماطل الزوج في إحضار متطلبات المنفعة للزوجة ، أو يقدم أقل من واجب النفقة التي عليه لزوجته<sup>(1)</sup> ، أو قد يغيب عنها ويهمل نفقتها ، فتلجأ الزوجة إلى القاضي ليفرض لها النفقة الواجبة لتتولى الإنفاق على نفسها بنفسها ، مما يؤدي إلى التنازع بين الزوجين في النفقة سواء على قدرها ، أو تسليمها من طرف الزوج للزوجة ، أو حول يسار الزوج وإعساره .

كل هذه المسائل سوف أحاول دراستها وبيان أحكامها عند الفقهاء وأهل القانون من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : ماهية النفقة وأحكامها .

المطلب الثاني : مشتملات النفقة وكيفية تقديرها .

المطلب الثالث : أحكام التنازع في النفقة وما يتعلق بها .



## المطلب الأول

### ماهية النفقة وأحكامها

قبل التطرق لأحكام التنازع الخاصة بالنفقة وما يتعلق بها ، لابد من التطرق لتعريفها ، وشروط وجوبها ، وأنواعها وكيفية تقديرها ، وسأتناول ذلك من خلال الفروع الآتية :

## الفرع الأول

### تعريف النفقة وشروط وجوبها

#### البند الأول - تعريف النفقة :

**أولاً - النفقة لغة<sup>(1)</sup> :** من نفق ، يقال : نفقت الدابة تنفق نفوقاً ، أي ماتت . ونفق البيع نفاقاً ، أي : راج . والنفاق : فعل المنافق . والنفاق أيضاً : جمع النفقة من الدراهم . ونفق الزاد ينفق نفقا أي : نفذ ، وقد أنفقت الدراهم من النفقة ، ورجل منفاق أي كثير النفقة . والنفقة ما أنفقت واستنفقت على العيال وعلى نفسك . وأنفق المال صرفه قال تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ ﴾ [ يس 47 ] ، أي : أنفقوا في سبيل الله وأطعموا وتصدقوا .

واستنفقه أذبه ، ويقال : نفقت نفاقُ القوم ، أي فنيتم . وفسر نفقُ الجري ، إذا كان سريع انقطاع الجري . وأنفق القوم ، أي نفقت سوقهم . وأنفق الرجل ، أي : افتقر وذهب ماله ، ومنه قوله تعالى : ﴿ إِذَا لِلأُمْسِكُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ ﴾ [ الإسراء 100 ] ، أي : ليخلفتم خوف نفاذها بالإنفاق . والنفق : سرب في الأرض له مخلص إلى مكان .

والمقصود بالنفقة هنا ليست مشتقة من النفق بمعنى الهلاك ، ولا من النفق ، ولا من النفاق ، بل هي اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على أهله .

**ثانياً - النفقة اصطلاحاً :** عرفها محمد من الحنفية بقوله : « النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى »<sup>(2)</sup> .

وعرفها ابن الهمام بقوله : « الإدرار على الشيء بما به بقاءه »<sup>(3)</sup> . أي بذل المال على الشيء بما

(1) ابن مطور ، لسان العرب مادة نفق 6 / 4507 وما بعدها - الزبيدي ، تاج العروس مادة نفق 26 / 430 وما بعدها - الجوهري ، شرح في معناه 1561 4 .

(2) ابن عجم ، البحر الرائق 4 / 266 .

(3) ابن عجم ، البحر الرائق 4 / 193 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المادي

يبقيه قائما ، إلا أن هذا التعريف شامل لكل من الآدمي والحيوان والأشياء ، وهو يخرج عن مقصود الدراسة .

وعرفها من المالكية ابن عرفة بقوله : « ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف » ، قوله : ما به قوام معتاد حال الآدمي أخرج به قوام معتاد غير الآدمي ، وأخرج بقوله : معتاد حال الآدمي ، ما ليس بمعتاد في حاله ؛ لأنه ليس بنفقة شرعية . وقوله : دون سرف ، أخرج به السرف ؛ لأنه ليس بنفقة شرعا ، لا يحكم الحاكم به ، والمراد هنا بالنفقة التي يحكم بها<sup>(1)</sup> .

وعرفها البهوتي<sup>(2)</sup> من الخنابلة : « كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة وسكنا وتوابعها »<sup>(3)</sup> .

ثالثا - النفقة قانونا : أصاب المشرعون حينما تركوا تعريف النفقة لأهل الفقه وشرح القانون .

وقد عرفها الدكتور إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم في كتابه الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : « المراد بالنفقة ... ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والتطبيب والحضانة وغيرها »<sup>(4)</sup> .

وأورد الدكتور محمد الأزهر تعريفا لها قال هي : « إخراج الشخص مالا ينفق به على من تجب عليه نفقته وتشمل المأكل والملبس والمسكن »<sup>(5)</sup> .

البند الثاني - شروط وجوب النفقة : سوف أحاول بيان الشروط التي قال بها الجمهور

لوجوب النفقة ، ثم الشروط التي قال بها المالكية ، مبينا خلال ذلك بعض أحكام التنازع بشأن بعض هذه الشروط :

أولا - شروط وجوب النفقة عند الجمهور : شروط وجوب النفقة عند الجمهور أربعة وهي :

1- صحة النكاح : يشترط الجمهور<sup>(6)</sup> لوجوب نفقة الزوجة أن يكون عقد النكاح صحيحا ؛ لأن

سبب وجوب النفقة هو حق الحيس الثابت للزوج على زوجته بسبب عقد النكاح الصحيح ، فإذا كان

(1) الرضاع ، شرح حدود ابن عرفة 321 .

(2) البهوتي : هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي . فقيه حنبلي ، وشيخ الخنابلة بمصر في عهده . نسبته إلى هرات في الغربية بمصر . ولد سنة 1000 هـ . له جملة من التصانيف منها : الروض المربع بشرح زاد مستنقع المختصر من المقنع ؛ و كشف القناع عن متن الإفتاء لنححاوي ؛ و دقائق أولى النهي لشرح المنتهى ، شرح منتهى الإيرادات ، وكلها في الفقه . توفي سنة 1051 هـ ( الأعلام للزركلي 7 / 307 - عمر كحلانة ، معجم المتأخرين 13 / 22 ) .

(3) البهوتي ، شرح منتهى إيرادات 5 / 649 .

(4) إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة سنتر وتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 1999 ، ص 109 .

(5) محمد الأزهر . مرجع سابق ص 422 .

6 - حاشية على كتاب النفقة ، ص 3 / 418 ، ما بعده - مؤلف : ابن عرفة ، حاشية على كتاب النفقة ، ص 5 / 80

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

النكاح فاسدا لم يثبت به حق الحبس للزوج عليها ، فلا تجب لها النفقة . وأيضا فإن التفريق واجب بين الطرفين في النكاح الفاسد ؛ لأنه ليس بنكاح حقيقة ، ومع وجوب التفريق شرعا لا يثبت حق الحبس للزوج على زوجته ، فلا تجب لها نفقة عليه<sup>(1)</sup> .

ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض القاضي لها النفقة وأخذت ذلك ثم ظهر فساد النكاح بأن شهد الشهود أنها أخته من الرضاعة ، وفرق القاضي بينهما رجوع الزوج على المرأة بما أخذت ، وأما إذا أنفق عليها الزوج مسامحة من غير فرض القاضي لها النفقة لم يرجع عليها بشيء<sup>(2)</sup> .

إلا أنه إذا اقترن به دخول ، فلا تخلو الموطوءة فيها أن تكون حائلا أو حاملا :

فإذا كانت حائلا فلا سكنى ولا نفقة ؛ لأنها لم تستحقها في حال الاجتماع فأولى أن لا تستحقها بعد الافتراق .

وإن كانت حاملا فهي واجبة للحمل ، فكان لها النفقة ؛ لأن حملها في اللحوق ، كحمل ذات النكاح الصحيح ، فكانت له النفقة في الحالين<sup>(3)</sup> .

2 - التسليم : والشرط الثاني عند الجمهور<sup>(4)</sup> تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها وقت وجوب التسليم عليها ، وهو أن تخلي الزوجة بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج<sup>(5)</sup> ، فإن لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم ، فلا نفقة لها .

وإن امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو في منزل دون منزل أو في بلد آخر لم تجب النفقة ؛ لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع إذا امتنع البائع من تسليم المبيع ، أو سلم في موضع دون موضع .

والتسليم يعتبر حاصلًا عند الجمهور<sup>(6)</sup> بأن يكون حقيقيا وهو إذا سلمت الزوجة البالغة الحرة الصحيحة السليمة نفسها حقيقة إلى زوجها بأن زفت إلى بيته ، كما يعتبر التسليم حاصلًا حكما إذا كانت

(1) عبد الكريم زيدان ، الفصل 156/7 وما بعدها .

(2) نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 653 .

(3) الماوردي ، كتاب النفقات ، تحقيق عامر سعيد الزبياري ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 172 - بيروت . كشاف  
خارج 5 480 وما بعدها .

(4) الكاسبي ، مدائع الصنائع 3 : 422 - الشيرازي ، المهذب 3 / 148 - البهوتي ، كشاف القناع 5 : 486 .

(5) عبد حريم زيدان ، الفصل 157/7 .

(6) الكاسبي ، مدائع الصنائع 3 : 422 - الخطيب شيرازي ، معني المختار 5 / 247 - موقد الدين بن قدامة ، الكافي 5 / 775 - البيهقي ، شرح منبه

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

مستعدة للانتقال إلى بيت زوجها بأن لا تمنع من الانتقال إذا طلب الزوج ، أو إذا طلبه الزوج فعلا ولم تمنع منه<sup>(1)</sup> . فالزوج يترك النقلة ترك حق نفسه مع إمكان الاستيفاء فلا يبطل حقها في النفقة .

ومن بذلته ، أي : التسليم وزوجها غائب لم يفرض لها حاكم شيئا ؛ لأنه لا يمكن زوجها تسليمها حتى يرأسه حاكم بأن يكتب إلى حاكم البلد الذي هو به فيعلمه ويستدعيه ويمضي زمن يمكن قدومه ، أي : زوجها الغائب في مثله ، فإن سار إليها ، أو وكل من له حملها إليه وجبت النفقة إذن بالوصول ، أي : من وقت التسليم ، وإلا فرض عليه الحاكم نفقتها من الوقت الذي يمكن وصوله إليها فيه ، وإن غاب زوجها بعد تمكينها إياه ، ووجوب النفقة عليه ، لم تسقط بغيبته .

وإن ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره وجبت نفقتها عليه . وإن منعت المرأة نفسها أو منعها وليها ، أو تساكنا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمنا ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله<sup>(2)</sup> .

وإن كان الامتناع من تسليم نفسها بحق فلها النفقة ، كالاتناع لتسليم المهر المعجل أو الحال ، أو لتهيئة مسكن لائق شرعا<sup>(3)</sup> ، وأضاف الشافعية<sup>(4)</sup> أن يريد الزوج سفرا طويلا .

فإن اختلفا في التمكين ، فقالت : مكنت في وقت كذا ، وأنكر ولا بينة ، صدق بيمينه على الجديد عند الشافعية<sup>(5)</sup> ؛ لأن الأصل عدمه ، وعلى القلم هي المصدقة ؛ لأن الأصل بقاء ما وجب بالعقد وهو يدعي سقوطه .

وقال الحنابلة<sup>(6)</sup> : القول قوله مع يمينه ؛ لأنه منكر ، والأصل معه ، وكذا لو اختلفا في وقت تسليم بأن قال سلمت نفسها منذ شهر وقالت : بل منذ ستة فقول بيمينه ؛ لأن الأصل براءته مما تدعيه زائدا عن ما يقر به .

3 - أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية : ذهب الحنفية<sup>(7)</sup> ، والشافعية<sup>(8)</sup> في قول وهو الصحيح في المذهب ، والحنابلة<sup>(9)</sup> إلى أنه إن كانت الزوجة صغيرة لا تحمل الوطاء فلا نفقة لها ؛ لأن النفقة

(1) عبد الكريم زيدان ، المفصل 157/7 .

(2) الشيرازي ، المهذب 148/3 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 282/9 وما بعدها .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 3/422 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 5/246 - البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5/668 .

(4) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج 5/246 .

(5) المصدر نفسه 5/246 .

(6) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5/666 وما بعدها .

(7) الكاساني ، بدائع الصنائع 3/423 .

(8) الشيرازي ، المهذب 3/148 .

(9) موفق الدين بن قدامة ، المغني 5/78 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور الوجوب مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها ؛ لأن شرط الوجوب تسليم النفس ، ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ، ولا من غيرها ، لقيام المانع في نفسها من الوطء والاستمتاع ، لعدم قبول المحل لذلك فانعده شرط الوجوب ؛ فلا يجب .

وقال أبو يوسف : « إذا كانت الصغيرة تحدم الزوج ويتنفع الزوج بها بالخدمة ، فسلمت نفسها إليه ، فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها . فإن أمسكها فلها النفقة ، وإن ردها فلا نفقة لها ؛ لأنها لم تحتمل الوطء ولم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول ، فإن أمسكها فلها النفقة ؛ لأنه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع ، وقد رضي بالتسليم القاصر ، وإن ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر فيها على جماعها ، لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد ، وعدم رضاه بالتسليم القاصر »<sup>(1)</sup>.

وإن كانت الزوجة كبيرة والزوج صغير وجبت النفقة ؛ لأن التمكين وجد من جهتها ، وإنما تعذر من جهته ، فوجبت النفقة ، ولا يسقط النفقة عذر يمنع الجماع عادة كمرض ورتق وقرن ، وحيض ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوجة ؛ لأنها أعتاد بعضها يطرأ ويزول ، وبعضها دائم وهي معذورة فيها وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه .

والقول قولها في عدم المنع ، فإذا ادعى الزوج أنها تمنعه من الاستمتاع ، وقالت لم أمنعه كان القول قولها ، ولا يقبل قوله ؛ لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة ، فيلزمه أن يثبت عليها بأن تقر بذلك بحضرة عدلين أو عدل وامرأتين ، أو أحدهما ويمين<sup>(2)</sup>.

4 - ألا يمنع الزوج من استيفاء حقه مانع غير مشروع ، وبسبب ليس من جهته : فإن منع الزوج من استيفاء حقه من الزوجة بسبب غير مشروع كالنشوز ، أو بسبب ليس من جهته كما إذا غصبها غاصب ، فإن النفقة لا تجب عليه ، ولا تستحقها الزوجة .

إلا أنها لو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها ، فلها النفقة عند أبي حنيفة ؛ لأنه منع بحق عنده وعند الصاحبين لا نفقة لها ، لكونه منعا بغير حق عندهما ، ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة ؛ لأنها محقة في المنع<sup>(3)</sup>.

والنشوز من المرأة عن زوجها عند الحنفية<sup>(4)</sup> هو إذا استعصت عليه أو أبغضته . وعند الشافعية<sup>(5)</sup>

(1) الكاساني ، مدائع الصانع 3 423 .

(2) العسوي ، بلغة السائت 2 483 .

(3) الكاساني ، مدائع الصانع 3 423 .

(4) البارقي ، العاية شرح الهداية هامش شرح فتح القدير 4 61 .

(5) الشافعية ، حاشية شرح من عني لخصيب 4 230 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الخروج عن طاعة الزوج ، وعند الحنابلة<sup>(1)</sup> معصيتها لزوجها فيما له عليها ، مما أوجب له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النشز ، وهو المكان المرتفع ، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها ، فسميت ناشزا فمضى امتنع من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه فهي امرأة ناشز .

وإن اختلفا في نشوزها ، فادعى أنها نشزت ، وأنكرت الزوجة ، فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل عدم النشوز ؛ ولأن الأصل بقاء ما وجب وهو يدعي سقوطه<sup>(2)</sup> .

ثانيا - شروط وجوب النفقة عند المالكية : يشترط المالكية لوجوب النفقة شروطا قبل الدخول وأخرى بعد الدخول .

1 - شروط وجوب النفقة قبل الدخول : الزوجة قبل الدخول لا يتنفع الزوج منها بشيء ، ولذلك لا تستحق منه النفقة إلا بثلاثة شروط وهي :

أ- تجب النفقة لغير المدخول بما بعد دعائها أو دعاء مجبرها للدخول ، ولو لم يكن عند حاكم ومضى زمن يتجهز فيه كل منهما عادة ، هذا إن كان الزوج حاضرا<sup>(3)</sup> .

وأما لو كان غائبا وجبت لها ، وإن لم تدعه قبل غيبته قريت أو بعدت على الراجع بشرط إطاقتها وبلوغه وطلبها الآن للإتفاق عند حاكم ، ويسألها هل تمكنه منها لو كان حاضرا ، فإن قالت نعم فرض لها ... وإذا اختلفا في الدعوة ، بأن قالت دعوتك للدخول في نحو شهر مثلا ، وهو ينكر ذلك فالقول قوله<sup>(4)</sup> .

ب- إطاقة الزوجة للوطء وعدم وجود مانع من الاستمتاع بها ، فإن كانت غير مطيقة لصغرها أو بما مانع من رتق ونحوه ، أو اشتد مرضها بحيث أخذت في السياق ، وهو الأخذ في الترع<sup>(5)</sup> ، فلا نفقة لها قبل الدخول ؛ لأنها غير صالحة للاستمتاع بها<sup>(6)</sup> .

وكذلك لو كانت مريضة مرضا شديدا دون إشرافها على الموت ، ودعته إلى البناء بها وطلبت النفقة ، إلا أنه لا يقدر على الاستمتاع بها ، فلا نفقة لها قبل الدخول ، وفي المدونة يجب لها النفقة على

(1) مرقئ الدين بن قدامة ، المعني 9 / 296 .

(2) الخطيب البغدادي . معني الخنازح 5 / 246 - شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير 9 / 262 .

(3) محمد عيش ، منح الخليل 4 / 385 .

(4) العادوي ، حاشية العادوي 2 / 68 وما بعدها .

(5) فلان في الدخ ، أي في قلع الحياة ، يقال : فلان يترع ترعا إذا كان في السياق عند الموت ( ابن منظور ، لسان العرب 6 / 4395 ) .

(6) العادوي ، حاشية العادوي 2 / 799 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

هذه الحالة (1).

ج- بلوغ الزوج وقدرته على الوطاء ، وأما لو كان غير بالغ فلا تجب مطلقا ؛ لأنها إن كانت بالغة رشيدة فقد مكنت من نفسها ، وإن كانت غير بالغة فقد سلطه وليها عليها ، كذلك إن كان مريضا مرضا مشرفا فيه على الموت ، فلا نفقة عليه قبل الدخول (2) لعدم قدرته على الوطاء .

2 - شروط وجوب النفقة بعد الدخول : تجب النفقة للزوجة المدخول بها بشرطين .

أ- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الإنفاق ؛ لأن المعسر لا تلزمه النفقة (3) لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا ﴾ [ الطلاق 7 ] .

ب- أن تكون الزوجة مستعدة للقيام بحقوق زوجها ، وتسقط إذا منعت الوطاء أو غيره من الاستمتاع لغير عذر ، أو خرجت من محله بغير إذنه ، ولم يقدر على ردها بوجه ، وإلا وجب لها النفقة ، كما يجب لها النفقة إذا خرجت لضرر بها منه وعجز عن ردها ، وهذا كله بالنسبة للمرأة الحاضرة زوجها وهي في عصمته .

أما إن كان غائبا وخرجت من منزل مدة سفره ، أو كانت حاملا ، فلها النفقة ، وإن خرجت من محل طاعته ، وإذا وجد شرط الإنفاق وجبت النفقة (4) .

ثالثا - شروط وجوب النفقة في القانون : تطرقت أكثر قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لذلك ، إلا أن المشرعين الجزائري والمغربي لم يتناولوها بالتفصيل الذي قال به الفقهاء ، فكان بعض القصور في ذكرهما لشروط وجوب النفقة .

جاء في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري : « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بالينة » .

وجاء في نص المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية « تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء ، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها » .

أما المشرع الموريتاني فقد أخذ بالتفصيل الذي جاء به الفقه المالكي حيث جاء في نص المادة 147 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « تجب على الزوج نفقة زوجته إذا دخل بها أو دعت للدخول

(1) مالك ، المدونة 2 177 .

(2) العدوي ، حاشية العدوي 2 133 .

(3) المصدر نفسه 2 133 .

(4) العدوي ، حاشية العدوي 2 68 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

بعد عقد صحيح بشرط كونه بالغا، وهي مطيقة، وليس أحدهما مشرفا على الموت .

### الفرع الثاني

#### مشمات النفقة وكيفية تقديرها

الأصل أن الزوج ينفق على زوجته بأن يأتي لها بما تحتاجه حسب ما يقتضيه عرف وعادة الناس ، إلا أنه قد يماطل أو يمتنع عن ذلك ، فتلجأ الزوجة إلى القاضي ليفرض لها نفقة معقولة ، وعلى القاضي أن يعرف ما تشتمل عليه نفقتها ، فيقوم بفرض قدر معين لها ، غير أنه يقدر هذه النفقة حسب قاعدة معينة . وفي هذا المطلب سأحاول أن أبين ما تشتمل عليه نفقة الزوجة وكيفية تقديرها في الفقه والقانون من خلال مايلي :

#### البند الأول : مشمات النفقة

تنقسم مشمات النفقة إلى قسمين قسم أساسي اتفق عليه الفقهاء ، وقسم فرعي هو توابع النفقة ، وهي ليست محل اتفاق بين الفقهاء فيه :

أولاً- مشمات النفقة الأساسية : يقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ وِإِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [ البقرة 233 ] ، أي : وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف ، أي : بما حرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار ، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره<sup>(1)</sup>.

قال الجصاص : « يقتضي وجوب النفقة والكسوة لها في حال الزوجية لشمول الآية لسائر الوالدات من الزوجات والمطلقات . وقوله تعالى : ﴿ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة<sup>(2)</sup> .

وقال تعالى : ﴿ أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ [ الطلاق 6 ] ، تعين عود الضمير إلى النساء المطلقات كلهن ... وجمهور أهل العلم قائلون بوجوب السكنى لهن جميعا<sup>(3)</sup> .

قال ابن قدامة : « فإذا وجبت السكنى للمطلقة ، فللتي في صلب النكاح أولى ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [ النساء 19 ] . ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغني عن

(1) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم 1/634 .

(2) الجصاص ، أحكام القرآن 1/489 .

(3) الفقه على مذهب الإمام مالك ، ج 1 ، ص 325 ، 28 . 1984 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

المسكن للاستار عن العيون ، وفي التصرف ، والاستمتاع ، وحفظ المتاع»<sup>(1)</sup>.

وعن حكيم بن معاوية القشيري<sup>(2)</sup> عن أبيه قال قلت : يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال : (( أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت أو اكتسبت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تمجر إلا في البيت ))<sup>(3)</sup>.

من خلال ماسبق من الآيات والحديث النبوي الشريف ، يتبين أن نفقة الزوجة تشمل على الطعام والملبس والسكن ، وهو ما اتفق عليه جميع الفقهاء<sup>(4)</sup>.

1 - الطعام : والطعام الواجب في النفقة ، هو القوت والإدام الذي يسوغه ويصلحه ، وما يتبع ذلك من اللوازم الضرورية ، كالماء والملح والبصل والوقود ... إلخ<sup>(5)</sup>، كما يلزم اللحم مرة بعد مرة بحسب وسع الزوج وقدرته ، جاء في شرح الخرشي : « ويلزمه اللحم لمن اعتاده المرة بعد المرة وبعبارة في حق القادر ثلاث مرات يوماً بعد يوم والمتوسط مرتين والمنحط الحال مرة »<sup>(6)</sup>. وفي شرح منتهى الإرادات : « وذكر جماعة لا يقطعها اللحم فوق أربعين ، وقدم في الرعاية كل شهر مرة »<sup>(7)</sup>.

ولا يدخل ضمن الطعام والغذاء الفاخرة ولا الجبن أو الزيتون ولا العسل ، ولا الحلوى ، أو غيرها من ما هو غير ضروري ، فكل هذه الأشياء ليست من النفقة الشرعية الواجبة على الزوج .

وقد اتفق جمهور الفقهاء<sup>(8)</sup> على أنه لا يوجد حد معين للقدر ، أو النوع ، للطعام الذي يعطيه الزوج لزوجته ، بل جعلوا ذلك متروكا للعرف والكفاية ، لقول ﷺ لهند بنت عتبة<sup>(9)</sup> : (( خذي من ماله

(1) موفق الدين بن قدامة ، المغني 9 / 233 .

(2) حكيم بن معاوية القشيري : هو حكيم بن معاوية بن حيدة القشيري بعصرى يروي عن أبيه . روى عنه ابنه هز والجريري وقناة . وهو والد هز صلوق من الثالثة . (ابن حجر ، تقريب التهذيب ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1995 ، 1 / 235 - ابن حبان ، ثقات ابن حبان ، دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد الدكن ، الهند ، الطبعة الأولى 1973 ، 4 / 161 ) .

(3) أبو داود ، سنن أبي داود باب في حق المرأة على زوجها برقم 2142 ، 2143 ، 2 / 418 وما بعدها - الحاكم ، مستدرک 2 / 188 ، قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(4) ابن نجيم . البحر الرائق 266/4 وما بعدها - الفواكه الدراري 23 / 2 - الخطيب الشيريني ، مغني المحتاج 5 / 232 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 9 / 233 .

(5) الصادق عبد الرحمن الفرياني ، مرجع سابق 154 .

(6) الخرشي ، شرح مختصر خليل 185/4 .

(7) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 651 .

(8) الكاساني ، دائع القضاة 3 / 429 - حياوي ، نعمة السالك 2 / 477 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، المغني 9 / 231 -

بن تيمية ، مديح السنن ، تحقيق أنور البدر وعامر الخراج ، دار الوفاء ، الطبعة الثالثة 2005 ، 34 / 83 .

(9) هـ : هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرظية الهاشمية ، أم معاوية أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب فأقرهما رسول الله ﷺ بكاحتهما ، وكانت امرأة فيما دده لها عس وأنفة ورأي وعقل ، شهدت أحداً كثيرة مع زوجها . شهدت بمكة وحجرت عني قال أبوهم . توفيت في خلافة عمر بن الخطاب ، في اليوم الذي مات فيه أبو قحافة والذي بكر الصديق رضي الله عنهما . ( ابن عبد البر ، الاستيعاب 4 / 198 ) .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

ما يكفيك وولدك بالمعروف»<sup>(1)</sup>.

وعند الشافعية<sup>(2)</sup> مقدرة بنفسها ، على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد من غالب قوتها ، أي غالب قوت بلدها من حنطة أو شعير أو تمر أو غيرها ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾ [ الطلاق 7 ] ، أي : قدر سعته فدل أنها مقدرة ؛ ولأنه إطعام واجب ، فيجب أن يكون مقدرا كالإطعام في الكفارات ؛ ولأنها وجبت بدلا ؛ لأنها تجب بمقابلة الملك ، فكانت مقدرة كالثمن في المبيع والمهر في النكاح .

وقيل ، ونسب للقدم : أنها منوطة بالكفاية كنفقة القريب لظاهر قوله ﷺ لهند : (( خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف )) ، قال النووي في شرح مسلم : « في هذا الحديث فوائد :

منها : وجوب نفقة الزوجة ، ومنها : وجوب نفقة الأولاد الفقراء الصغار .

ومنها : أن النفقة مقدرة بالكفاية لا بالأمداد ، ومذهب أصحابنا أن نفقة القريب مقدرة بالكفاية كما هو ظاهر هذا الحديث ، ونفقة الزوجة مقدرة بالأمداد على الموسر كل يوم مدان ، وعلى المعسر مد ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وهذا الحديث يرد على أصحابنا<sup>(3)</sup> .

قال الأذري<sup>(4)</sup> : « لا أعرف لإمامنا ﷺ تعالى عنه سلفا في التقدير بالأمداد ، ولولا الأدب لقلت : الصواب أنها بالمعروف تأسيا واتباعا »<sup>(5)</sup> .

وأجيب عن ذلك بأنه لم يقدرها فيه بالكفاية فقط بل بها وبحسب المعروف ، وحينئذ فما ذكره هو المعروف المستقر في العقول كما هو واضح ، ولو فتح للنساء باب الكفاية من غير تقدير لوقع التنازع لا إلى غاية ، فتعين ذلك التقدير اللائق بالمعرف فاتضح كلامهم<sup>(6)</sup> .

(1) البحاري ، الجامع الصحيح ، باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم 5364 ، 427/3 ، و باب القضاء على الغائب برقم 7180 ، 4/338 - أبو داود ، سنن أبي داود باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده برقم 3532 ، 3/515 وما بعدها - النسائي ، السنن الكبرى باب أخذ المرأة نفقتها من مال زوجها بغير إذنه برقم 9191 ، 5/378 - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب ما للمرأة من مال زوجها برقم 2293 ، 2/769 - الدارمي ، سنن الدارمي باب وجوب نفقة الرجل على أهله برقم 2305 ، 3/1450 - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب النفقة برقم 4255 ، 10/68 . .

(2) الماوردي ، كتاب النفقات ص 58 وما بعدها - الخطيب الشيريني ، معني المحتاج 5/232 .

(3) النووي ، شرح مسلم ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000 ، 7/12 .

(4) الأذري : هو أحمد بن حمدان بن عبد الواحد بن عبد النبي الأذري . فيه شافعي من تلاميذ الدهلي . ولد بأذربعات بأشام سنة 308 هـ . . . . . نقضاء خلب كان لمضيف العشرة ، كثير الإلابة . وله نظم فسد له عدة قصائد منها : التوسط والفتح بين الروضة والشارح . . . . . شرح المنهاج : وقوت المحتاج . توفي سنة 783 هـ . ( عمير كحلانة ، معجم المؤرخين 210/4 وما بعدها - الزركلي ، الأعلام 119/1 ، 119/1 . . . . . )

(5) الخطيب الشيريني ، معني المحتاج 5/232 .

(6) معني المحتاج 7/165 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

2 - اللباس : أما اللباس فقد اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على أن للمرأة الكسوة الكافية لها في البرد والحر ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [ البقرة 233 ] .  
عند الحنفية<sup>(2)</sup> يكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار وملحفة وسراويل بحسب العرف على قدر حاله من الخشن واللين والوسط ، والخشن إذا كان من الفقراء واللين إذا كان من الأغنياء ، والوسط إذا كان من الأوساط ، وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان ، إلا الخمار فإنه يفرض على الغني خمار حرير في الشتاء يزداد على ذلك حشويا وفروة بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد .  
تفرض في السنة مرتين في كل ستة أشهر مرة ، فإن فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتى يبلغ ذلك الوقت ، إلا أن تكون لبست لبسا معتادا فتحرق قبل مجيء ذلك الوقت ، فحينئذ تبين أن ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة .

قال ابن حبيب<sup>(3)</sup> من المالكية : « ولباسها قميص وفرو لشتائها ... ، ولفافة سابغة لرأسها ومقنعة فوقها تجمع بها رأسها وصدرها ، فإن لم تكن مقنعة فخمار ، فإن لم يكن فيأزار تقذفه على رأسها ، وتجمع به ثيابها وخفان وجوربان ، الخفان والفرو لستين ثم تجدد وما وصفناه لسنة ثم تجدد » ، وقال ابن القاسم : « يفرض لها لباس الشتاء والصيف من الجبة القرقل<sup>(4)</sup> والمقنع والإزار والخمار وشبه ذلك مما لا غنى لها عنه وما يسترها ويداريها »<sup>(5)</sup> .

وأقلها عند الشافعية<sup>(6)</sup> ثلاثة أثواب في الصيف وأربعة في الشتاء : قميص لجسدها ، وقناع لرأسها ، وسراويل أو المتزر لوسطها والرابع جبة تختص بالشتاء .

وأقل ما يجب من ذلك عند الحنابلة<sup>(7)</sup> قميص ، وسراويل ، ومقنعة ، ومداس ، وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لا غنى عنه ، دون ما للتجمل والزينة ، وعليه دفعها إليها في كل عام مرة ؛ لأنها العادة ، ويكون الدفع إليها في أوله ؛ لأنه أول وقت الوجوب .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع 3/ 431 - محمد عليش . منح الجليل 387/4 - الماوردي ، كتاب النفقات 74 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 9/ 233 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع 3/ 431 - السرخسي . النيسوط 5/ 177 .

(3) ابن حبيب : هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان . السلمي . من ولد العباس بن مرداس . كان عالم الأندلس ، رأسا في فقه المالكية ، أدبيا مؤرخا . ولد بالبصرة سنة 184 هـ . وسكن قرطبة . كان حافضا للغة على مذهب مالك ، نبلا فيه غير أنه لم يكن له علم بالحديث ولا معرفة بصحيحه من سقيمه . وكان ابن عبد البر يكذبه ، وابن وضاح لا يرضى عنه وقال سحنون : كان عالم الدنيا من مصنفاته : حروب الإسلام ؛ و طبقات الفقهاء ؛ و تاريخين ؛ و الواصفة في السس والفقه ؛ و غيرها . توفي غرطبة سنة 238 هـ . ( ابن فرحون ، الديباج المذهب ، دار الكتب العلمية . بيروت ، لبنان . دت ، 154 ، الزركلي ، الأعلام 4/ 157 - عمر حجة . معجم المؤلفين 6/ 181 ) .

(4) الفرق : قمص النساء ( الخوهري ، الصحاح في لغة 5/ 1801 ) .

(5) محمد عليش ، منح الجليل 4/ 389 .

(6) الماوردي ، كتاب النفقات ص 75 .

(7) موفق الدين بن قدامة . معجم 9/ 233 . 242 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها ، لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى ؛ لأن ذلك وقت الحاجة إليها ، وإن بليت قبل ذلك ، لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها ، لم يلزمه إبدالها ؛ لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف . وإن مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبلى ، فيه وجهان : أحدهما : لا يلزمه بدلها ؛ لأنها غير محتاجة إلى الكسوة .

والثاني ، يلزمه ؛ لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة ، بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها . ولو أهدي إليها كسوة ، لم تسقط كسوتها .

3 - المسكن : أما المسكن فعلى الزوج أن يوفر لزوجته مسكنا ملائما ، وأقله حجرة مشتمله على مرافقها مطبخ ومرحاض<sup>(1)</sup> .

ويشترط فيه عند الفقهاء<sup>(2)</sup> أن يكون في مكان تأسن فيه الزوجة على نفسها ، وله باب يغلق عليها ، وأن يكون مستقلا ليس فيها أحد من أهله ، إلا أن الزوجة الوضيعة عند المالكية<sup>(3)</sup> ، أي : الدنية القدر فليس لها الامتناع من سكناها مع أقاربه إلا أن يتحقق الضرر فيعزلها عنهم . ولا يشترط في المسكن أن يكون ملكه ، بل يجوز إسكانها في موقوف ومستأجر ومستعار .

ثانيا - **توابع النفقة** : نفقة الزوجة ليست مقصورة على الطعام والملبس والمسكن ، بل لها نفقات أخرى كالعلاج والخادم ، وأدوات التنظيف والزينة والطيب ، وهي ليست محل اتفاق بين الفقهاء من جهة وجوبها للزوجة على زوجها . وسأتكلم عنها فيما يأتي مع بيان مافيهما من خلاف .

1 - **نفقة العلاج** : ذهب فقهاء<sup>(4)</sup> المذاهب الأربعة إلى أن نفقة علاج الزوجة وأجرة الطبيب ليست بواجبة على الزوج ؛ وإنما تكون من مالها إن كان لها مال ، وإن لم يكن لها مال ، فهي على من تجب عليه نفقتها ؛ لأن العلاج لحفظ أصل الجسم ، فلا يجب على مستحق المنفعة ، كعمارة الدار المستأجرة فهي تجب على المالك وليس على المستأجر .

إلا أن الأصوب هو اعتبار الأدوية وأجرة الطبيب من توابع النفقة للزوجة على زوجها ، فكما أن نفقة الطعام تعتبر سببا لحفظ المرأة من الهلاك جوعا ، فكذلك الأدوية وأجرة الطبيب تعتبر سببا لإدامة الحياة فأشبهت نفقة الطعام .

(1) الصادق عند أرجمن الغرياني . مرجع سابق ص 156 .

(2) ابن اهدام . شرح فتح القدير 4 207 - محمد عيسى ، منح الخليل 4 395 - الرمي ، نهاية المحتاج 7 174 - الشيرازي . ص 152 3 - .

معنى الدين من فدية ، المعنى 9 233 - المرادوي ، الإيضاف 9 268 .

(3) محمد عيسى . منح الخليل 4 395 .

(4) نظام الدين ، فتاوى الهدية 1 655 - الدردير ، الشرح الكبير 2 511 - الماوردي ، كتاب النفقات ص 92 - الخطيب الشيرازي . معني علاج

5 240 - معني الدين من فدية ، المعنى 9 233 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

والقول بعدم وجوب ذلك على الزوج بالقياس على مستأجر الدار لا تلزمه نفقات عمارته وحفظ أصوله ، هذا القياس قياس مع الفارق العظيم ، فعلاقة الزوج بزوجه ليست علاقة إجارة وإنما علاقة عقد نكاح ، وهي ليست مستأجرة له ، وإنما هي شريكة العمر بعقد العمر ، وهي لا تشبه بالدار المستأجرة ، وإنما هي كما قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم 21] . ومن مظاهر المودة والرحمة أن يسارع الزوج إلى معالجة زوجته ... كلما كان ذلك ضروريا لها وشراء الأدوية لها (1) .

2 - الخادم : ذهب الحنفية (2) إلى أنه إذا كانت الزوجة بها علة لا تقدر على الطبخ واخبز أو كانت من بنات الأشراف ، فإنه يجب لها خادم ، فأما إذا كانت تقدر على ذلك ، وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك ، وإن كان لها خادم يجب لخادمها أيضا النفقة والكسوة إذا كانت متفرغة لشغلها وخدمتها لا شغل لها غيرها ؛ لأن أمور البيت لا تقوم بها وحدها ، فتحتاج إلى خادم ، ولا يجب عليه لأكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد .

وعند أبي يوسف يجب خادمين ولا يجب لأكثر من ذلك ، وروي عنه رواية أخرى أن المرأة إذا كانت يجلب مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج إلى أكثر من ذلك يجب لأكثر من ذلك بالمعروف . هذا إذا كان الزوج موسرا ، فأما إذا كان معسرا ، فقد روي عن أبي حنيفة أنه ليس عليه نفقة خادم وإن كان لها خادم ، وقال محمد : إن كان لها خادم فعليه نفقته وإلا فلا .

وجه قول محمد أنه لما كان لها خادم علم أنها لا ترضى بالخدمة بنفسها ، فكان على الزوج نفقة خادمها ، وإن لم يكن لها خادم ؛ دل أنها راضية بالخدمة بنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن .

أما المالكية (3) فقد قالوا : يلزمها له الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرش واستقاء ماء إن كانت من نساء البوادي اللاتي اعتدن ذلك ، أما إن كان زوجها عادة زوجته خلاف ذلك ، كبعض الأكابر الذين لا يمتنعون نساءهم فعليه ذلك ، وإن لم تكن هي من ذوات الأقدار . فإن كانت من ذوات القدر اللاتي خدمتهن في البيت بمجرد الأمر والنهي ، فيلزمها خادم ، ويلزمها ثانية إن كانا ممن لا تصلحهما واحدة ، وإن ارتفع قدرها جدا كابنة السلطان والهاشمية في عدد خادمها الأربع والخمس .

وذهب الشافعية (4) إلى أنه يجب عليه الخادم لمن لا يليق بها خدمة نفسها ، بأن كانت ممن تُخدم

(1) عبد الكريم ريدان المغصل 185/7 .

(2) الكاسبي . دائع الصنائع 3 / 430 .

(3) محمد عليش . منح الخليل 4 / 391 وما بعدها - الفقاوي . خواكبه أندواي 2 / 23 وما بعدها .

(4) المطيب الشاذلي . مغرب الخفاف 5 / 241 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

في بيت أبيها مثلا ، لكونها لا يليق بها خدمة نفسها في عادة البلد كمن يخدمها أهلها ، أو تخدم بأمة ، أو بحرة ، أو مستأجرة أو نحو ذلك ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف ، وذلك إما بحرة أو أمة له أو لها أو مستأجرة ، أو بالإفناق على من صحبتها من حرة أو أمة لخدمة ، لحصول المقصود بجميع ذلك .

وذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> إلى أنه إن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوي الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، والزيادة تراد لحفظ ملكها ، أو للتحمل ، وليس عليه ذلك .

3 - مواد وأدوات الزينة والتنظيف والطيب : من توابع النفقة وملحقاتها لوازم التنظيف والزينة والطيب ، وقد أجمع الفقهاء<sup>(2)</sup> على وجوب أدوات التنظيف ولوازمه ، فهي من التوابع الضرورية للنفقة ، واختلفوا في مواد الزينة والطيب .

حيث ذهب جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى عدم وجوبها على الزوج ، وذهب المالكية<sup>(4)</sup> إلى وجوبها عليه بشروط . فقالوا : وعليه حناء رأسها ، وزينة تستضر بتركها ، فيفرض لها منها ما يزيل الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح ودهنها وحناء رأسها وليس عليه صبغ . قال ابن وهب : « ولا طيب ولا زعفران ولا خضاب يديها ورجليها » .

**القول المختار :** قال جميع الفقهاء ما تحتاجه المرأة لتنظيف بدنها وشعرها وثيابها ، هو مما يلحق بنفقة الزوجة ، على أن يكون ذلك حسب العرف وعادة نساء بلد الزوجة ، وبالنسبة لمواد الزينة فقد بان أن جمهور الفقهاء لا يرونها من حق الزوجة على زوجها ، والمالكية يقولون بوجوبها على الزوج إذا تضررت الزوجة بتركها وهو المختار ، فللزوجة على زوجها ما تزين به ، ولكن حسب المعروف والمعتاد عند نساء بلدها ، وبشرط أن يكون هذا الاعتياد في حدود الشرع ، أما بالنسبة للطيب فمنه ما يلحق بمواد التنظيف إذا أريد به إزالة الرائحة الكريهة من بدن المرأة ، وبالتالي يعتبر من توابع النفقة الواجبة للزوجة على زوجها ، ومن الطيب ما لا يراد لهذا الغرض وإنما يراد للتزين ، فيلحق بالزينة ويسري عليه حكم أدوات الزينة .

**ثالثا - مشتملات النفقة في القانون :** لم يخالف المشرعون ما ذهب إليه الفقهاء في وجوب نفقة الطعام ، والملبس ، والمسكن ، على الزوج لزوجته ، وأضاف المشرعون الجزائري والمغربي والليبي وجوب

(1) موقف الدين بن قدامة ، المعني 9 / 233 .

(2) عاصم الدين ، الفتاوى الهدية 1 / 655 - المواق . الناح والإكليل 4 / 184 - الخطيب الشربيني . معني المحتاج 5 / 239 - موقف الدين بن قدامة ، المعني 9 / 233 .

(3) نظم الدين ، الفتاوى الهدية 1 / 655 - الخطيب الشربيني . معني المحتاج 5 / 239 - موقف الدين بن قدامة ، المعني 9 / 233 .

(4) الناح والإكليل 4 / 184 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

نفقة العلاج وهو الصواب ، فنفقة العلاج مثلها مثل نفقة الطعام والملبس فالقصد منها حفظ حياة الزوجة ، ولا يمكن أن يتصور أن يترك الرجل زوجته تأن من المرض ولا يقوم بعلاجها بحجة عدم وجوب ذلك عليه .

وقد أحسن المشرعون صنعا عندما تركوا ما بقي من توابع النفقة للعرف والعادة ، والأعراف والعادات في وقتنا الحاضر توجب على الزوج نفقة علاج زوجته ، وأدوات نظافتها وزيتها بحسب المعتاد ، أما نفقة الخدمة فهي متروكة لقدرة الزوج وأحواله المادية .

وقد جاءت نصوص المواد التي تنص على مشتملات النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية شبه متطابقة .

حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري : « تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة » .

ونصت المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية : « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج ، وما يعتبر من الضروريات » .

ونص الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : « تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن ... وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة » .

وجاء في نص المادة 22 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي : « تشمل النفقة المسكن والطعام والعلاج وكل ما به مقومات الحياة » .

وجاء في نص المادة 142 من مدونة الاحوال الشخصية الموريتانية : « تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف » .

### البند الثاني : تقدير النفقة

تقدير القاضي للنفقة يكون عند التنازع فيها ، كما يقدر مهر المثل إذا تنازعا فيه ؛ فإن الحقوق التي لا يعلم مقدارها إلا بالمعروف متى تنازع فيها الخصمان قدرها ولي الأمر . وأما الرجل إذا كان ينفق على امرأته بالمعروف كما جرت عادة مثله لمثلها : فهذا يكفي ولا يحتاج إلى تقدير الحاكم<sup>(1)</sup> .

ومعرفة قدر النفقة أمر ضروري حتى تتمكن الزوجة من مطالبة الزوج بما إذا امتنع عن إيصالها إليها ، ومعرفة ذلك يتوقف على معرفة شئيين : معرفة ما تقدر به النفقة ، ومن تقدر به النفقة<sup>(2)</sup> .

(1) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى 34: 83 .

(2) ابن الكثير ، زاد المعاد 7: 188 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

أولاً - ماتقدر به النفقة : اختلف الفقهاء في تقدير نفقة الطعام على قولين .

1- النفقة غير مقدرة بنفسها : وهو مذهب الجمهور<sup>(1)</sup> ، فقد ذهبوا إلى أن نفقة الطعام غير مقدرة بنفسها في الشرع ، بل بكفايتها للزوجة ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ؛ ولأن السعر قد يعلو وقد يرخص .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع :

من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [ البقرة 233 ] ، فإِنَّهُ سبحانه وتعالى أو جِبِ النفقة مطلقة من غير تقدير ؛ ولأنه أوجبها باسم الرزق ، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي<sup>(2)</sup> .

وأنه ﷺ لم يقدرها ولا ورد عنه ما يدل على تقديرها وإنما رد الأزواج فيها إلى العرف<sup>(3)</sup> .

من السنة : ثبت عنه أنه قال في خطبة حجة الوداع : (( واتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ))<sup>(4)</sup> .

وثبت عنه ﷺ أيضاً أن هندا امرأة أبي سفيان<sup>(5)</sup> قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح ليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : (( خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ))<sup>(6)</sup> .

فلو كانت مقدرة لأمر النبي ﷺ هندا أن تأخذ المقدر لها شرعاً ولما أمرها أن تأخذ ما يكفيها من

(1) السمرقندي ، تحفة الفقهاء 160/2 - ابن رشد ، بداية المجتهد 44/2 - موفق الدين بن قدامة ، المغني 9 / 231 .

(2) عبد الكريم زيدان ، الفصل 193/7 .

(3) ابن القيم ، زاد المعاد 4 / 258 وما بعدها .

(4) مسلم ، صحيح مسلم باب حجة النبي ﷺ برقم 1218 ، 886/2 - أبو داود ، سنن أبي داود باب صفة حجة النبي ﷺ برقم 1905 ، 312 / 2 وما بعدها - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه باب حجة رسول الله ﷺ برقم 3074 ، 1022 / 2 - ابن أبي شيبة ، المصنف 4 / 425 - البيهقي ، السنن الكبرى 7 / 295 و 304 - النسائي ، السنن الكبرى باب الزواج يوم عرفة برقم 4001 ، 421 / 2 وما بعدها - الدارمي ، سنن الدارمي باب في سنة الحجاج برقم ، 1892 ، 1167 / 2 - ابن حبان ، صحيح ابن حبان باب الوعيد على ترك الصلاة برقم 1457 ، 310/4 ، باب ما جاء في حج النبي ﷺ واعتماره برقم 3944 ، 253 / 9 - ابن خزيمة ، صحيح ابن خزيمة باب صفة الخطبة يوم عرفة ، برقم 2809 . ( ابن خزيمة ، صحيح ابن خزيمة ، تحقيق محمد مصطفى الاعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1970 ، 4 / 251 ) .

(5) أبو سفيان : هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي الأموي القرشي ولد معدية وبريد وعنة وإحورهم ولد قبل انجيل بعشر سنين . له كنية أخرى : أبو حنظلة . اسمه حنظلة . كان من أشرف قريش في الهاشمية ، كان تاجراً ، كان من أفضل قريش في الهاشمية رأياً ثلاثة عنه وأبو حنبل وأبو سفيان . أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله ﷺ حياً وانصافاً . واحتمل في حنين إلى مكة . معانقة ترى أنه لما أسلم حسن إسلامه وهو الراجح . وضاعفة ترى أنه كان كهنماً لمسدقين مند أسلم وكان في الهاشمية بسبب إلى الزيادة . توفي سنة 33 هـ في خلافة عثمان وقبل سنة 32 هـ ، وقبل سنة 31 هـ ، وقبل سنة 34 هـ . ودفن بالقيع . ( ابن عسك البدر ، الإستيعاب 2 / 88 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 3 / 9 ) .

(6) سنن نخاعة انظر الصفحة 287 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك إليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في مدين ولا في رطلين بحيث لا يزيد عليهما ولا ينقص ، ولفظه لم يدل على ذلك بوجه ولا إيماء ولا إشارة ، وإيجاب مدين أو رطلين خبزا قد يكون أقل من الكفاية<sup>(1)</sup>.

من الإجماع : لا يحفظ عن أحد من الصحابة قط تقدير النفقة لا بمد ولا برطل ، والمحفوظ عنهم بل الذي اتصل به العمل في كل عصر ومصر ما ذكر . ومن الذي سلم بأن التقدير بالمد والرطل في الكفارة ، والذي دل عليه القرآن ، والسنة أن الواجب في الكفارة الإطعام فقط لا التمليك ... وليس في موضع واحد منها تقدير ذلك بمد ولا رطل . وصح عن النبي ﷺ أنه قال لمن وطئ في نهار رمضان أطعم ستين مسكينا ، وكذلك قال للمظاهر ولم يحد ذلك بمد ولا رطل ... ولا حجة في أحد دون الله ورسوله وإجماع الأمة وقد أمرنا تعالى أن نرد ما تنازعنا فيه إليه وإلى رسوله وذلك خير لنا حالا وعاقبة<sup>(2)</sup>.

2- النفقة مقدرة بنفسها : وهو مذهب الشافعية<sup>(3)</sup> حيث قالوا : نفقة الطعام مقدرة بنفسها ، على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد من غالب قوتها ، أي غالب قوت بلدها من حنطة أو شعير أو تمر أو غيرها حتى يجب الأقط واللحم في حق أهل البوادي الذين يعتادونه ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، وقياسا على الفطرة والكفارة فالتعبير بالبلد جرى على الغالب .

ولو اختلفت قوت بلد الزوج والزوجة . قال الماوردي : « إن نزلت عليه في بلده اعتبر غالب قوت بلده ، وإن نزل عليها في بلدها اعتبر غالب قوت بلدها ، وإن نزل ببلدة ولم تألف خلاف قوت بلدها قيل لها : هذا حقت فأبدليه قوت بلدك إن شئت ، ولو انتقلا عن بلدهما لزمه من غالب قوت ما انتقلا إليه دون ما انتقلا عنه ، سواء كان أعلى أم أدنى ، فإن كان كل واحد ببلد أو نحوها اعتبر محلها كما قال ذلك بعض المتأخرين<sup>(4)</sup> . وقال الرافعي<sup>(5)</sup> : « فإن اختلفت قوت البلد ولا غالب فيه أو اختلف الغالب وجب لائق به ، أي : الزوج لا بها ، فلو كان يأكل فوق اللائق تكلفا لم يكلفه ذلك أو دونه ، بخلا أو زهدا

(1) ابن القيم ، زاد المعاد 4 / 260 .

(2) المصدر نفسه 4 / 260 وما بعدها .

(3) الخطيب الشيرازي ، معنى المحتاج 5 / 233 - الرملي ، نهاية المحتاج 7 / 164 وما بعدها - الماوردي ، كتاب النفقات ص 54 وما بعدها .

(4) الماوردي ، كتاب النفقات ص 54 وما بعدها .

(5) الرافعي : هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم . - يعني ، أبو القاسم . من أهل فريوس من كبار فقهاء الشافعية . ترجع نسبه إلى رافع بن خديج السجاني . ولد سنة 557 هـ . كان متضلعا من علوم اللغة تفسيراً وحديثاً وأصولاً مترفعا على أبناء حسنه في زمانه بطلا وخفا وإرسادا وأصلا وأما الفقه فهو فيه عمدة احنفتين وأستاذ المصنفين . سمع الحديث من جماعة منهم أبوه وأبو حامد عبد الله بن أبي الفتوح بن عثمان العمري والخطيب أبو نعيم حامد بن محمود الماوراء البهري وغيرهم . روى عنه الشافعي عبد العظيم المدرسي وغيره . من مصنفاته : الشرح الكبير الذي سماه العريبي شرح السجيز لنعري ، وقد تورع بعضهم عن إطلاق لفظ العريبي فتردا على غير أكناب الله فقال فتح العريبي في شرح السجيز ؛ و شرح مسند الشافعي . توفي نحو أربعين سنة 623 هـ (الذي كان في إجازته بالهجرة الكائن 8 / 281 هـ) . الأعلام للزكريا 4 / 55 - عند كحالة ، معجم المألفين 3 / 6 .

وجب اللاتق به <sup>(1)</sup> .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة والقياس .

من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [الطلاق 7] . دلت هذه الآية على اعتبار النفقة بالزوج ، واختلافها بيساره وإعساره ، فسقط بذلك اعتبار كفايتها ، بل أوجب على الموسر قدر حاله وعلى المعسر قدر حاله ، ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد ، وأشبه ما تقاس به النفقة الكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة ، وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان ، وذلك في كفارة الأذى في الحج ، وأقل ما وجب له مد في نحو كفارة الظهار ، فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان ؛ لأنه قدر الموسع وعلى المعسر الأقل ، وعلى المتوسط ما بينهما ؛ لأنه لو ألزم المدين لضره ، ولو اكتفي منه بمد لضرها فلزمه مد ونصف .

من السنة : قوله ﷺ لهند : (( خذي ما يكفيك ويكفي ولد بالمعروف )) <sup>(2)</sup> ، فالتبي ﷺ لم يقدرها فيه بالكفاية فقط بل بحسب المعروف ، وحيثما ذكره هو المعروف المستقر في العقول كما هو واضح ، ولو فتح للنساء باب الكفاية من غير تقدير ، لوقع التنازع لا إلى غاية ، فتعين ذلك التقدير اللاتق بالعرف .

من القياس : ولأن المال المستحق بالزوجية يجب أن يكون مقدرا كالمهر ؛ ولأن ما استقر ثبوته في الذمة من الإطعام إذا لم يسقط بالإعسار كان مقدرا كالكفارات ؛ ولأن اعتبارها بالكفاية مفض إلى التنازع في قدرها ، فكان تقديرها بالشرع حسما للتنازع .

والرأي المختار : مذهب الجمهور من أن نفقة الزوجة مقدرة بكفايتها وليست بنفسها ودلالة هذا الترجيح قوة أدلة أصحاب هذا القول .

وقد نسب للقدم من فقه الشافعية <sup>(3)</sup> : أنها منوطة بالكفاية ، وقد قال بعض فقهاء الشافعية <sup>(4)</sup> بأرجحية قول الجمهور ، وذلك بتقدير النفقة بحسب الكفاية ومنهم النووي ، والأذرعى .

أما نفقة اللباس فقد اتفق الفقهاء <sup>(5)</sup> على أنها مقدرة بالكفاية ، ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم ،

(1) الخطيب الشربيني ، معني اختاج 5 233 .

(2) سبق ترجمته انظر الصفحة 287 .

(3) الخطيب الشربيني ، معني اختاج 5 332 .

(4) النووي ، شرح مسلمة 7 12 - الخطيب الشربيني ، معني اختاج 5 332 .

(5) المرحسي ، المسوط 5 177 - موفق الدين بن قدامة ، المعنى 9 233 - الخطيب الشربيني ، معني اختاج 5 237 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

فيمرص ما عسى قدر ذماتها . بحيث تحسب ذماتها بصوفها وفصرها ، وسمها وهراها ، وباحتلاف البلاد في الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره ، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ، ولا فرق بين البدوية والحضرية على المذهب عند الشافعية<sup>(1)</sup> .

والأدلة على ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [ البقرة 233 ] ، ولما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال في حديث : (( وإن حقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن ))<sup>(2)</sup> .

ثانيا - من تقدر به النفقة : تكلمت فيما سبق عن ما تقدر به النفقة لمعرفة مقدار النفقة المفروضة على الزوج لزوجته ، إلا أن هذا يتوقف أيضا على معرفة من تقدر به النفقة ، فهل تقدر بحال الزوج فقط أو بحال الزوجة فقط أو بحالهما معا من اليسار والإعسار ؟ وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين .

1 - اعتبار حال الزوج : ذهب الشافعية<sup>(3)</sup> ، وبعض الحنفية<sup>(4)</sup> وهو قول الكرخي ، وقوله هو ظاهر الرواية ، وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد وقال الكاساني : إنه الصحيح<sup>(5)</sup> . قالوا باعتبار حال الزوج في النفقة فإن كان موسرا أنفق نفقة الموسر ، وإن كان معسرا أنفق نفقة المعسر .

وحجة أصحاب هذا القول قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا ﴾ [ الطلاق 7 ] .

فدللت هذه الآية على اعتبار النفقة بالزوج واختلافها بيساره وإعساره<sup>(6)</sup> .

وقد استثنى الشافعية<sup>(7)</sup> المسكن فقالوا : و يجب لها عليه مسكن ، أي : هيئته ؛ لأن المطلقة يجب لها ذلك لقوله تعالى : ﴿ أَسْكُوهُنَّ ﴾ ، فالزوجة أولى ، ولا بد أن يكون المسكن يليق بها عادة ؛ لأنها لا تملك الانتقال منه ، فروعى فيه جانبها ، بخلاف النفقة والكسوة حيث روعي فيهما حال الزوج ؛ لأنها تملك إبداهما ، فإن لم تكن ممن يسكن الخان أسكنت دارا أو حجرة ، وينظر إلى ما يليق بها من سعة أو ضيق ،

(1) الحطيب الشريبي ، معنى المحتاج 237/5 .

(2) الترمذي ، سنن الترمذي باب ومن سورة التوبة برقم 3087 ، 5 ، 273 وما بعدها . وقال حديث حسن صحيح .

(3) ماوردى ، الحاوي الكبير 11 423 - السمرقندي . تحفة الفقهاء ، 2 159 .

(4) الكاساني بدائع الصنائع 3 ، 431 .

(5) كاساني ، بدائع الصنائع 3 ، 431 - ابن الصمام . شرح مع التقدير 4 ، 194 .

(6) ماوردى ، الحاوي الكبير 11 423 .

(7) الحطيب الشريبي ، معنى المحتاج 5 ، 241 .

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتَضَيِّقُوا عَلَيْنَ ﴾ [الطلاق 6] .

وحكى الشيرازي<sup>(1)</sup> رأيا آخر للشافعية في تقدير نفقة المسكن حيث قال : « ويكون المسكن على قدر يساره وإعساره وتوسطه كما قلنا في النفقة »<sup>(2)</sup> .

2 - اعتبار حال الزوجين معا : ذهب جمهور الفقهاء من حنفية<sup>(3)</sup> ومالكية<sup>(4)</sup> وحنابلة<sup>(5)</sup> إلى أن النفقة تقدر بحال الزوجين معا .

والمالكية وإن كانوا من أصحاب القول الثاني إلا أن لهم تفصيل في المسألة ، جاء في حاشية الدسوقي توضيح لذلك : « واعلم أن اعتبار حالهما لا بد منه سواء تساويا غنى أو فقرا أو كان أحدهما غنيا ، والآخر فقيرا ، لكن اعتبار حالهما عند تساويهما فقرا أو غنى ظاهر ، وأما عند اختلافهما فاللازم حالة وسطى بين الحالتين ، وحينئذ فنفقة الفقير على الغنية أزيد من نفقته على الفقيرة كما أن نفقة الغني على الفقيرة أقل من نفقته على الغنية هذا هو المعتمد »<sup>(6)</sup> .

وحجة أصحاب هذا القول هو الجمع بين قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا ﴾ [الطلاق 7] .

وقوله ﷺ لهند : (( خذي من مال زوجك ما يكفيك وولديك بالمعروف ))<sup>(7)</sup> .

واعترض على ذلك أن حديث هند خير واحد وقوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا ﴾ [الطلاق 7] . مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أو لا والمعسرة معسرة كانت أو لا ، فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص ، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها ، وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها

(1) الشيرازي : هو إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو إسحاق ، جمال الدين الشيرازي . ولد بفيروز آباد بليدة بغارس سنة 393 هـ . نشأ ببغداد . أحد الأعلام فقيه شافعي . كان مناظرا فصيحا ورعا متواضعا . قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي و أبو أحمد عبد الوهاب بن محمد بن أمين وأبو القاسم منصور بن عمر الكرخي وغيرهم ، ولزم القاضي أبا الطيب إلى أن صار معيده في حلقة . انتهت إليه رئاسة المذهب ، نبئت له النظامية ودرسها إلى حين وفاته ببغداد سنة 467 هـ . من تصانيفه : المهذب ، والنكت ، و التبصرة . ( تاج الدين السبكي ، طبقات الشافعية الكبرى 4 / 215 وما بعدها - ابن حلكان ، وفيات الأعيان 1 / 29 وما بعدها ) .

(2) الشيرازي ، المهذب 3 / 152 .

(3) الكاساني ، منابع الصانع 3 / 431 - نظام الدين ، الفتاوى الحنبلية 1 / 653 .

(4) المواق ، التاج والإكبي 4 / 183 .

(5) موفى الدين بن قدامة ، المعني 9 / 231 .

(6) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 2 / 800 .

(7) سير تخرجه انظر الصعحة 287 .

وددت لا يجوز .

ورد أصحاب القول على هذا الاعتراض : ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها ، وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به ، فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها ، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك .  
فإن قيل : هذا على تقدير التعارض ، والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد .

فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [ البقرة 233 ] فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما<sup>(1)</sup> .

ثالثا : تقدير النفقة في القانون : لم تحدد قوانين الأحوال الشخصية قدرا معيناً للنفقة ، وأخذت بمذهب الجمهور حيث تركت للقاضي تحديد قدر الكفاية منها .

أما من تقدر به النفقة فقد أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية المغاربية بمذهب الجمهور أيضا وهو مراعاة حالهما معا ، أي الزوج والزوجة في تقدير النفقة مع مراعاة حالة الأسعار وظروف المعاش حيث :

جاء في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري : « يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ... » .

وجاء في نص المادة 189 فقرة 02 من مدونة الأسرة المغربية : « يراعى في تقدير كل ذلك ، التوسط ودخل الملزم بالنفقة ، وحال مستحقها ، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة » .

وجاء في نص الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : « تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار » .

وجاء في نص المادة 144 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : « تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار » .

أما المشرع الليبي فقد أخذ بمذهب الشافعية في ذلك حيث جاء في نص المادة 22 من قانون الزواج والطلاق وآثارها الليبي : « ... وتقدر النفقة بحسب حال الملزم بما وقت فرضها عسرا أو يسرا » .

(1) بارقي ، العباية شرح الهداية هامش فتح القدير 4 195 .

## المطلب الثاني

### أحكام التنازع في النفقة وما يتعلق بها

هناك عدة حالات للتنازع في النفقة وما يتعلق بها بين الزوجين ، فقد يتنازعان في أصل النفقة أو إرسالها إذا كان الزوج غائبا ، وقد يكون التنازع بينهما حول قدرها ، وقد يكون التنازع حول يسار وإعسار الزوج .

وهو ما سأحاول أن أبينه من خلال أقوال الفقهاء وأهل القانون إن وجدت من خلال الفروع التالية :

## الفرع الأول

### التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة وإرسالها

**البند الأول - التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة :** إذا تنازع الزوجان في ذلك فقالت الزوجة : أنت ما أنفقت علي ولا كسوتني ولا سلمتني نفقتي ؛ بل حصل ذلك من غيرك . فأنكر الزوج ذلك وقال : بل النفقة والكسوة كانت مني .

فلفقهاء في هذه المسألة قولان :

**أولا - القول قول الزوج في أصل الإنفاق والقول قول المرأة في القبض :** إذا تنازعا في أصل الإنفاق فالقول قول الزوج بيمينه وهو قول الأكثرين<sup>(1)</sup> من الفقهاء كما قال ابن تيمية . قال اللخمي<sup>(2)</sup> من فقهاء المالكية : « لا يقبل قولها في عدم النفقة والكسوة إلا بينة ؛ لأن الأصل بقاؤها »<sup>(3)</sup> . وفي منح الجليل : « إذا لم تكن مفروضة وإلا فلا يقبل قوله إلا بينة ؛ لأنها حينئذ كالدين وإذا ترك الإنفاق عليها وهو موسر ثم ادعى أنه دفع لها ما تجمد عليه وأنكرته فلا يقبل قوله إجماعا »<sup>(4)</sup> .

وإذا تنازعا في قبضها قال بعض أصحاب الشافعي<sup>(5)</sup> وأحمد<sup>(6)</sup> : القول قول المرأة ؛ لأن الأصل

(1) ابن تيمية . مجموع الفتاوى 77/34 .

(2) اللخمي : هو علي بن محمد الربيعي ، أبو الحسن ، المعروف باللخمي . فقيه مالكي ، له معرفة بالأدب والحديث . قرواني الأصل . نفقه ابن حجرز ، والسيوري ، وبنو نسي وغيرهم ، وأخذ عنه المازري ، و ابن النحوي وأبو علي الكلاعي وغيرهم . صنف كتابا مفيدة . منها تعليق كبير على المدونة اسمه النفقة أورد فيه آراء خرج لها عن المذهب . نزل سفاقس وتوفي بها سنة 478 هـ . (محمد مخلوف شجرة النور الزكية 173/1 - البرزكسي : أعلامه 328 4 .)

(3) الفرائي . بحيرة 471/4 .

(4) محمد عيسى . منح الجليل 4 411 وما بعدها .

(5) الشبراوي . نهداب 3 155 .

(6) شمس الدين بن قدامة ، الكافي 98 5 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

عدم انقبوضهما لو تنازعا في قبض الضاد<sup>(1)</sup> سواء كان قبل الدخول أو بعده .

أما المالكية<sup>(2)</sup> فيتفقون مع الجمهور إن كان الاختلاف في القبض قبل الدخول أن القول قول الزوجة بيمينها ، أما إن كان بعد الدخول فالقول فيه قول الزوج بيمينه إذا لم تشتكي الزوجة عدم الإنفاق ، ولم ترفع قضية على الزوج حتى فاتت مدة الإنفاق إذا كان الزوج حاضرا ، أو حتى رجوع من غيبته إذا كان مسافرا ؛ لأن سكوتها وعدم شكواها طوال مدة غيبته قرينة تشهد لصديق قول الزوج ، فيكون هو المدعى عليه<sup>(3)</sup> .

أما لو كانت قد اشتكت عدم الإنفاق وادعى هو بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها فالقول قولها وتصديق بيمينها ؛ لأن رفع الدعوى والشكوى والمطالبة يشهد لها<sup>(4)</sup> .

ثانيا - القول قول المرأة بيمينها في أصل الإنفاق والقبض معا : القول قول المرأة في ذلك كله مع يمينها ؛ لأنها منكرة ، والأصل معها ، أي : عدم الإنفاق ، وعدم القبض . وهو قول الحنفية<sup>(5)</sup> وبعض الحنابلة<sup>(6)</sup> .

قال ابن تيمية : « والصواب أنه يرجع في ذلك إلى العرف والعادة ؛ فإذا كانت العادة أن الرجل ينفق على المرأة في بيته ويكسوها وادعت أنه لم يفعل ذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا القول هو الصواب الذي لا يسوغ غيره لأوجه :

أحدها : أن الصحابة والتابعين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين لم يعلم منهم امرأة قبل قولها في ذلك ولو كان قول المرأة مقبولا في ذلك لكانت الهمم متوفرة على دعوى النساء وذلك كما هو الواقع . فعلم أنه كان مستقرا بينهم أنه لا يقبل قولها .

الثاني : أنه لو كان القول قولها لم يقبل قول الرجل إلا بينة فكان يحتاج إلى الإشهاد عليها كلما أطمعها وكساها وكان تركه ذلك تفريطا منه إذا ترك الإشهاد على الدين المؤجل ومعلوم أن هذا لم يفعله مسلم على عهد السلف .

الثالث : أن الإشهاد في هذا متعذر أو متعسر فلا يحتاج إليه كالإشهاد على الوطاء ؛ فإنهما لو تنازعا في الوطاء وهي ثيب لم يقبل مجرد قولها في عدم الوطاء عند الجمهور ؛ مع أن الأصل عدمه ؛ بل إما أن

(1) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى 77/34 .

(2) الدردير ، الشرح الكبير 2 / 521 .

(3) الصادق عند الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ص 244 .

(4) المرجع نفسه والصفحة نفسها .

(5) نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 658 .

(6) موفق الدين بن قدامة ، المغني 9 : 254 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

يكون انقون قول الرجل أو يؤمر بإخراج نبي أو يجامعها في مكان وقريب منهما من يعنى ذلك بعد انقضاء الوطاء . على ما للعلماء في ذلك من التنازع . فهنا دعواها وافقت الأصل ولم تقبل لتعذر إقامة البينة على ذلك . والإنفاق في البيوت بهذه المثابة ولا يكلف الناس الإشهاد على إعطاء النفقة ؛ فإن هذا بدعة في الدين وخرج على المسلمين واتباع لغير سبيل المؤمنين .

الرابع : أن العلماء متنازعون : هل يجب تملك النفقة ؟ على قولين . والأظهر أنه لا يجب ولا يجب أن يفرض لها شيئا ؛ بل يطعمها ويكسوها بالمعروف . وهذا القول هو الذي دلت عليه سنة رسول الله ﷺ حيث قال في النساء : ((لهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) (1) ... وقال : ((حقها أن تطعمها إذ طعمت وتكسوها إذا اكتسبت)) (2) ... هذه عادة المسلمين على عهد رسول الله ﷺ وخلفائه لا يعلم قط أن رجلا فرض لزوجته نفقة ؛ بل يطعمها ويكسوها . وإذا كان كذلك كان له ولاية الإنفاق عليها ... فإذا كان الزوج مؤتمنا عليها وله عليها ولاية : كان القول قوله فيما أوتمن عليه وولي عليه كما يقبل قول الولي في الإنفاق على اليتيم وكما يقبل قول الوكيل والشريك والمضارب والمساقى والمزارع فيما أنفقه على مال الشركة ، وإن كان في ذلك معنى المعاوضة ، وعندنا النكاح من جنس المشاركة والمعاوضة والرجل مؤتمن فيه فقبول قوله في ذلك أولى من قبول قول أحد الشريكين وكذلك لو أخذت المرأة نفقتها من ماله بالمعروف وادعت أنه لم يعطها نفقة : قبل قولها مع يمينها في هذه الصورة لأن الشارع سلطها على ذلك ؛ كما قال النبي ﷺ لهند : ((خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف)) (3) ... وكذلك لو كان الزوج مسافرا عنها مدة وهي مقيمة في بيت أبيها وادعت أنه لم يترك لها نفقة ولا أرسل إليها بنفقة : فالقول قولها مع يمينها وأمثال ذلك . فلا بد من التفصيل في الماضي مطلقا في هذا الباب ، وهذه المعاني من تدبرها تبين له سر هذه المسألة فإن قبول قول النساء في عدم النفقة في الماضي فيه من الضرر والفساد ما لا يحصىه إلا رب العباد ، وهو يتول إلى أن المرأة تقيم مع الزوج خمسين سنة ثم تدعي نفقة خمسين سنة وكسوتها وتدعي أن زوجها مع يساره وفقرها لم يطعمها في هذه المدة شيئا وهذا مما يتبين الناس كذبا فيه قطعاً وشرعية الإسلام مترهة عن أن يحكم فيها بالكذب والبهتان ؛ والظلم والعدوان .

الوجه الخامس : أن الأصل المستقر في الشريعة أن اليمين مشروعة في جنبة أقوى المتداعيين ؛ سواء ترجح ذلك بالبراءة الأصلية ؛ أو اليد الحسية أو العادة العملية ؛ ولهذا إذا ترجح جانب المدعي كانت اليمين مشروعة في حقه عند الجمهور كمالك والشافعي وأحمد ؛ كالأيمان في القسامة وكما لو أقام شاهدا عدلا

(1) سبق تخريجه انظر الصفحة 293 .

(2) سبق تخريجه انظر الصفحة 286 .

(3) سبق تخريجه انظر الصفحة 287 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

في الأموال فإنه يحكم به بشاهد وبيمين والتي تترجم جعل البيينة على المدعى عليه إذا لم يكن مع المدعى حجة ترجح جانبه»<sup>(1)</sup>.

**البند الثاني - التنازع في إرسال النفقة :** إذا كان الزوج غائبا وادعت الزوجة عدم إرساله للنفقة لها ، فأنكر ذلك وادعى أنه أرسلها لها ، أو تركتها لها عند سفره ، فالقول قول الزوجة مع يمينها<sup>(2)</sup> ، ويشترط المالكية رفعها دعواها في غيبة الزوج ، وأذن لها في الإنفاق على نفسها والرجوع بذلك على زوجها ، لكن القول قولها من يوم الرفع لا من يوم السفر ، فإذا سافر في أول السنة ، وحصل الرفع في نصفها فلها النفقة من يوم الرفع ، وأما نصف السنة الأول ، فالقول قول الزوج بيمينه .

ولا يكون القول قولها إن رفعت دعواها لشهود عدول وجيران مع تيسر الرفع لسلطان أو نائبه على المشهور من مذهب المالكية ، وعليه العمل والفتيا ، وروي قبول قولها أيضا ، وبه قال ابن الهندي<sup>(3)</sup> وصوبه اللخمي لثقل الرفع له على كثير ، ولحقه الزوج عليها به إذا قدم .

وذكر ابن عرفة أن عمل قضاة تونس أن الرفع للعدول كالرفع للسلطان ، والرفع للجيران لغو فإن تعسر رفعها للسلطان ونائبه قام من ذكر مقامه ، وإلا ، أي : وإن لم ترفع للسلطان أو نائبه مع تيسره بأن لم ترفع لأحد أو رفعت لغيره مع تيسره فقوله ، أي : الزوج هو المعمول به بيمينه<sup>(4)</sup>.

**البند الثالث - التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة وإرسالها في القانون :** لم تتطرق جل قوانين الأحوال الشخصية المغربية لهذه المسألة وتركت ذلك لأحكام الفقه التي يرجع إليها القاضي بموجب مواد الإحالة في كل قانون<sup>(5)</sup>.

إلا أن المشرع الليبي تعرض لهذه المسألة بالنص عليها في المادة 26 من قانون الزوج والطلاق وآثارهما أخذاً بالمذهب المالكي في ذلك حيث جاء فيها : «إذا تنازع الزوجان في النفقة ولا بيينة لأحدهما ، وكان

(1) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى 78/34 وما بعدها .

(2) الدسوقي ، حاشية الدسوقي 819 / 2 - ابن تيمية ، مجموع الفتاوى 81/34 .

(3) ابن الهندي : هو أحمد بن سعيد بن إبراهيم أبو عمر ، المعروف بابن الهندي الهمداني القرطبي ، فقيه مالكي ، ولد سنة 320 هـ ، ثقة عمدة . كان واحداً عصره في علم الشروط والأحكام ، وأقر له بذلك فقهاء الأندلس . أخذ عن أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم ، وروى عن قاسم بن أصبغ ، ووهب بن مسرة ، وعبد الله بن أبي دليم وغيرهم . توفي سنة 320 هـ . من تصانيفه ديوان الوثائق . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية ص 151 - معجم المؤلفين 1 / 232 ) .

(4) محمد عليش ، منح الجليل 4 / 411 .

(5) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - مجلة الأحوال الشخصية المغربية المادة : 311 . وقد جاء في بعض قرارات المحكمة العليا في الجزائر ما يؤكد ذلك حيث جاء في القرار رقم 44058 بتاريخ 12 01 1987 : « ... وحال أن الزوج حاصر البند ويدعي الإنفاق على زوجته وأولاده منها فالقول قول الزوج بسببه ... » ( المحلة القضائية ، العدد 2 ، السنة 1989 ، ص 53 ) . وجاء في قرار المجلس الأعلى للمساكن المغربية رقم 117 المؤرخ في 14 02 1987 : « مادام فدانست أن زوجة أبي طالبت بالنفقة كانت بمنزلة والديها ولم يستزوج ادعاءه الإنفاق . فإن القول قولها مع يمينها وأن المحكمة لما عبرت قول الزوج مع يمينه ورفضت دعوى النفقة تكون قد أخذت الضوابط مما يعرض قرارها للتعويض » . ( محمد الأزهري ، مرجع سابق ص 439 هـ )

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

الزوج حاضرا والزوجة تسكن معه فالقول قوله يمينه ، أما إذا كانت لا تسكن معه فالقول قولها يمينها .  
فإن كان الزوج غائبا فالقول قوله يمينه ما لم تكن قد رفعت دعواها بعدم الإنفاق أثناء غيبته  
فالقول قولها يمينها » .

### الفرع الثاني

#### التنازع في قدر النفقة

**البند الأول - التنازع في قدر النفقة في الفقه :** قد يتنازع الزوجان على تقدير النفقة ويرفعان ذلك إلى الحاكم فيحكم بقدر معين حسب ما سبق بيانه في تقدير النفقة ، أو قد يتفقان على قدر معين من النفقة ، وبعد مضي مدة من الزمن يتنازع الزوجان في ذلك القدر فما حكم ذلك عند الفقهاء ؟  
ذهب الجمهور<sup>(1)</sup> إلى أن القول في ذلك قول الزوج مع يمينه ؛ ولأنها مدعية الزيادة فتحتاج إلى الإثبات بالبينة ، والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل براءته منه .

أما عند المالكية<sup>(2)</sup> إن اختلف الزوج والزوجة في فريضة القاضي في نفقتها وقد مات القاضي أو عزل ، فقال الزوج فرض لك كل شهر عشرة دراهم ، وقالت المرأة بل فرض لي كل شهر عشرين درهما ؟ قالوا : القول فيه قول الزوج إن كان يشبه نفقة مثلها ، وإلا كان القول قولها إذا كان يشبه نفقة مثلها ، فإن كان لا يشبه نفقة مثلها لم يقبل قول واحد منهما وأعطيت نفقة مثلها ، وفيما تستقبل يفرض لها القاضي نفقة مثلها .

قال الأستاذ الصادق عبد الرحمن الغرياني شرحا لذلك : « إذا حصل التنازع في قدر النفقة ، فقال الزوج خمسين مثلا ، وقالت المرأة مائة ، فينظر إلى النفقة التي تفرض لمثلها من النساء ، ويصدق من كان قوله منهما أقرب إلى نفقة المثل مع يمينه ؛ لأن ظاهر الحال يشهد له ، فإن كانت نفقة المثل لا تشهد لواحد منهما طرحت دعواهما معا ، وقدرت النفقة تقديرا جديدا لما يستقبل ، وتعطى المرأة على المدة الماضية نفقة مثلها من النساء »<sup>(3)</sup> .

وفي حلف مدعي الأشبه سواء كان الزوج أو الزوجة وعدم حلفه تأويلان<sup>(4)</sup> :

(1) السرحسي ، المسرط 5 : 187 - نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 : 658 - سبوي . كتاب الفاع 5 : 490 .

(2) الدردير ، الترحح كبير 522.2 - مالك ، المدونة 2 : 182 .

(3) الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ص 245 .

(4) محمد عليش ، منح الجليل 4 / 412 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

قيل مذهب ابن القاسم أنه لا يمين غني من أشبه قوله منهما إذ لا يحلف غني حكم الحاكم مع شاهد .

وقيل أنه يحلف وهو الظاهر ، وهو حجة لجواز الحلف مع الشاهد على قضاء القاضي ، وقد نبه على ذلك ابن سهل<sup>(1)</sup> خلاف ما قاله بعض أصحاب سحنون ، وابن القاسم .

قال عياض<sup>(2)</sup> : « وعندي أن مسألة الكتاب خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه إذ قضاء القاضي ثابت باجتماعهما عليه ، ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض فكانت دعوى مال في ذمة الزوج فالقول قول من أشبه منهما مع يمينه وليس على القضاء كما قيل ، وعند ابن رشد المشهور أن حكم الحاكم يثبت بشاهد ويمين<sup>(3)</sup> » .

**البند الثاني - التنازع في قدر النفقة في القانون :** لم تتطرق كل القوانين المغاربية لهذه المسألة ، وتركت ذلك لأحكام الفقه التي يرجع لها بموجب مواد الإحالة في كل قانون<sup>(4)</sup> . وإن كان مثل هذا التنازع نادرا ما يحدث في الوقت الحاضر كون الأحكام الصادرة في فرض النفقة مسجلة وموثقة لدى المحكمة في سجلاتها التي تحظى بحماية خاصة .

### الفرع الثالث

#### التنازع في يسار وإعسار الزوج

سبق وأن ذكرت أنه في حال امتناع أو تماطل الزوج عن دفع النفقة المستحقة عليه لزوجته ، فإنه يحق لهذه الأخيرة أن تلجأ إلى القاضي ليحكم لها بذلك ، ويقوم القاضي بتقدير تلك النفقة على حسب حال الزوج يسارا وإعسارا عند الشافية وبعض الحنفية ، وعلى حسب حال الزوجين معا يسارا وإعسارا

(1) ابن سهل : هو عيسى أبو الأصغر بن سهل بن عبد الله الأسدي أصله من جيان من البراجلة سكن قرطبة وتلقه بها سمع من حاتم الطرابلسي وتلقه بابل عتاب وإلازمه واحتصن به وأخذ أبعاضاً عن بن القطان وهشام بن سوار وغيرهم كثير ، وأحازه أبو عمر بن عبد البر . كان جيد الفقه مقدماً في الأحكام وله في الأحكام كتاب حسن سماه الإعلام بنوازل الأحكام . كان يعف المديونة والمستخرجة الحفظ المتقن ، وأخذ عنه قاضي الجماعة أبو محمد بن منصور والقاضي أبو إسحاق : إبراهيم بن أحمد البصري والفقير أبو إسحاق بن جعفر وغيرهم . توفي بغرناطة مصروفاً عن قضائها . سنة 486 هـ . ( ابن فرحون ، الديباج المنهب ص 181 وما بعدها - الذهبي ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء 25 / 19 وما بعدها ) .

(2) عياض : هو عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبيعي ، أبو الفضل . ولد سنة 476 هـ ، وقيل 496 هـ . أصله من الأندلس ثم انتقل آخر أجداده إلى مدينة فاس ، ثم من فاس إلى سبتة . أحد عظماء المالكية . كان إماماً حافظاً محدثاً فقيهاً متبحراً . من تصانيفه : التبيبات المستبقة في شرح مشكلات المدونة ، و الشفا في حقوق المصطفى ؛ و إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ؛ و كتاب الإعلام بحدود قواعد الإسلام . وغيرها . توفي تراكتس سنة 544 هـ قيل سمه بهزدي . ( محمد محمود ، سيرة النور التركية 1 - 140 الزركشي ، الأعلام 5 ، 99 - ابن حلكان ، ومبذبات الإعيان 3 483 وما بعدها - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 8 16 ) .

(3) محمد عنيش ، مع الحليل 4 / 412 .

(4) اعفر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما المدني المادة : 72 - مذهب الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

عند الجمهور .

فما يلاحظ هنا أن كلا الفريقين اتفقا على مراعاة حال الزوج يسارا وإعسارا في تقدير النفقة ، فإذا ادعى الزوج أنه معسر فلا تجب عليه إلا نفقة المعسر ، وادعت الزوجة يساره وأن عليه نفقة الموسر ، أو أنه سبق للقاضي وأن حكم للزوجة بنفقة الإعسار لثبوت إعسار الزوج ، ثم بعد مدة ادعت الزوجة يسار الزوج وبالتالي تفرض لها نفقة اليسار . فما الحكم إذا حدث هذا التنازع في يسار الزوج وإعساره ؟ وما الأحكام المترتبة عن ثبوت يسار الزوج أو إعساره ؟

### البند الأول - التنازع في يسار وإعسار الزوج في الفقه :

أولا - مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> : قالوا إن قال : أنا معسر وعلي نفقة المعسرين كان القول قوله بيمينه ؛ لأن الفقر في الناس أصل وإليه أشار رسول الله ﷺ في قوله : (( يولد كل مولود أحر ليس عليه غيرة أي سترة ، ثم يرزقه الله تعالى من فضله ))<sup>(2)</sup> ، فالزوج يتمسك بما هو الأصل والمرأة تدعي غنى عارضا إلا أن تقيم المرأة البينة على يساره ، فإن أقامت المرأة البينة أنه موسر قضى عليه بنفقة الموسرين ، فإن لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي ؛ لأنه وجد دليلا يعتمد لفصل الحكم وهو التمسك بالأصل ، فليس عليه أن يطلب دليلا آخر ، وإن فعله فأتاه من أخير عنه أنه موسر لا يعتمد ذلك أيضا إلا أن يخبره بذلك رجلان عدلان ويكونا بمثلة الشاهدين بخبران أهما قد علما ذلك ، فحينئذ لو شهدا عنده في مجلس الحكم بثبوت يساره بشهادتهما ، وكذلك إن أخبراه بذلك ؛ لأن المعتر علم القاضي ، ويحصل له علم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما ، وإن أخبرا أهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما ؛ لأهما ما أخبراه عن علم وإنما أخبراه عن ظن ، أو عن خبر من يعتمد خبره ، والخبر إذا تداولته الألسنة تتمكن فيه الزيادة والنقصان عادة ، فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر .

وإن أقاما البينة كانت البينة بينة المرأة ؛ لأنها قامت على الإثبات ولأن شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ما هو الأصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض ، فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين .

وقال بعض المتأخرين من الحنفية يحكم في ذلك زيه ، فإن كان عليه زي الأغنياء لم يقبل قوله أنه معسر ؛ لأن الزي دليل على غناه قال الله تعالى : ﴿ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ ﴾ [ البقرة 273 ] ، وقال الله تعالى : ﴿ وَكُونُوا أَدُوًّا لِلْخُرُوجِ لِأَعْدُوِّهِ عُدَّةٌ ﴾ [ التوبة 46 ] ، وقال جل وعلا : ﴿ إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ

(1) السرحسي ، المسبوط 5 - 186 - الكاساني ، بدائع الصنائع 3 - 431 وما بعدها - نظام الدين ، الفتاوى المهدية 1 : 654 - ابن عبد شجر لرائق 4 : 283 .

(2) ما أخرجه عنه .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

قَبْلُ ﴿ [ يوسف 26 ] ، ففي هذا دليل على أن الظاهر من العلامة يجعل حكما ، إلا في الفقهاء والعلوية فإنهم يتكلفون الزبي مع العسرة ليعظمهم الناس ، فلا يجعل الزبي حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه .  
وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ، ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين ؛ لأن النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت ، فكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار ، فكذلك لا يستندم ذلك - القضاء ، وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعسر العسرة فإذا زال العذر بطل ذلك : كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال .

ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها أن تجبسه ؛ لأن النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء ؛ صارت كسائر الديون إلا أنه لا ينبغي أن يجبسه في أول مرة تقدم إليه بل يؤخر الحبس إلى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم إليه ، فإن لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون ، وإذا حبس لأجل النفقة ، فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي إليها بغير رضاه بالإجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيئا من ذلك ، ولكن يأمره أن يبيع بنفسه ، وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يبيع عليه . فإن كان عقارا لا يفرض القاضي النفقة بالإجماع ؛ لأنه لا يمكن إيجاب النفقة فيه إلا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق .

ولا يفرق بين الزوج وزوجته بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه ؛ لأنه لو فرق بينهما لبطل حقه ، ولو لم يفرق لتأخر حقها ، والأول أقوى في الضرر ؛ لأن النفقة تصير دينا يفرض القاضي فيستوفي في الثاني وقوت المال وهو تابع في النكاح فلا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد ، فلا يقاس العجز عن الإنفاق على العجز عن الجماع في المحبوب والعين ، وأطلق في النفقة فشمّل الأنواع الثلاثة فلا يفرق بعجزه عن كلها أو بعضها .

وهذا لقوله تعالى : ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا سَيِّئُهَا اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [ الطلاق 7 ] . قال الجصاص في تفسير هذه الآية : « فيه بيان أن الله لا يكلف أحدا ما لا يطيق ؛ وهذا وإن كان قد علم بالعقل ؛ إذ كان تكليف ما لا يطاق قبيحا وسفها ، فإن الله ذكره في الكتاب تأكيدا لحكمه في العقل ، وقد تضمن معنى آخر من جهة الحكم ، وهو الإخبار بأنه إذا لم يقدر على النفقة لم يكلفه الله الإنفاق في هذه الحال ، وإذا لم يكلف الإنفاق في هذه الحال لم يجز التفريق بينه وبين امرأته لعجزه عن نفقتها ؛ وفي ذلك دليل على بطلان قول من فرق بين العاجز عن نفقة امرأته وبينها .

فإن قيل فقد آتاه الطلاق فعليه أن يطلق قيل له : قد بين به أنه لم يكلفه النفقة في هذه الحال فلا

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

يجوز إجباره على الطلاق من أحدها : لأن فيه إيجاب التفريق بشيء م يجب وأيضا فإنه أحرر أنه لم يكن من الإنفاق إلا ما آتاه ، والطلاق ليس من الإنفاق ، فلم يدخل في اللفظ وأيضا إنما أراد أنه لا يكلفه ما لا يطبق ولم يرد أنه يكلفه كل ما يطبق ؛ لأن ذلك مفهوم من خطاب الآية و قوله تعالى : ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ يدل على أنه لا يفرق بينهما من أجل عجزه عن النفقة ؛ لأن العسر يرجح له اليسر<sup>(1)</sup>.

كما أن النبي ﷺ غضب على نساته واعتزلهن شهرا حين طالبته بما ليس عنده من نفقة ، فمطالبة الزوجة زوجها بما يستطيع مدعاة للومها ، وليس سببا من أسباب التفريق .

كما أن الصحابة رضي الله عنهم كان فيهم الموسر والمعسر ولم يثبت عن النبي ﷺ أنه فرق بين أحد منهم وزوجته بسبب الإعسار عن النفقة .

### ثانيا - مذهب المالكية<sup>(2)</sup> : يفرقون بين حالتين :

**الأولى :** إن كان الزوج حاضرا و ادعت المرأة يساره وادعى العسر ، فإن كان له مال ظاهر أخذ منه ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، فالقول قول الزوجة بيمينها وعلى الزوج أن يثبت إعساره بالبينة .

**الثانية :** إن كان غائبا و تنازعا ، أي : الزوجان بعد قدومه من سفره في عسره ويسره في حال غيبته ، فقال لها : كنت حال غيبي معسرا فلا نفقة علي ، وقالت له : بل كنت موسرا اعتبر حال قدومه فيعمل عليه إن جهل حال خروجه ، فإن قدم معسرا ، فالقول قوله بيمينه وإلا فقولها بيمينها ، فإن علم حال خروجه عمل عليه حتى يتبين خلافه .

قال الأستاذ الصادق عبد الرحمن الغرياني شارحا لهذا : « إذا تنازع الزوجان ، فقال الرجل بعد قدومه من سفره : كنت معسرا وقت غيابي ، ولا قدرة لي على الإنفاق ، فلم تجب علي نفقة ، وأنكرت الزوجة وادعت أنه كان موسرا ، وأن النفقة واجبة عليه ، مترتبة في ذمته ، فالعمل بالبينة إن كانت هناك بينة تشهد لواحد منهما ، فإن لم تكن هناك بينة ، فتنطبق عليهما قاعدة : البينة على المدعي واليمين على من أنكر . والمدعي دائما هو الذي تخالفه قرائن الأحوال ، والمنكر المدعي عليه ، هو الذي تؤيده القرائن ، وعليه فإذا كان الزوج موسرا عند خروجه للسفر ، فقرائن الأحوال تشهد لقول زوجته بأنه كان قادرا على الإنفاق ، فتكون هي منكرة ، وهو المدعي ، ويكون القول قولها بيمينها ، وإن جهل أمره حال خروجه للسفر ، ينظر إلى حاله عند رجوعه ، فإن كان معسرا ، فتكون القرينة تشهد لقول الزوج ، فيكون هو المدعي عليه ، ويصدق بيمينه . وإن رجع موسرا صدقت الزوجة بيمينها ؛ لأن الحال يشهد

(1) الخصائص ، أحكام القرآن 3/ 619 وما بعدها .

(2) الدردير ، الشرح الكبير 2/ 521 - المدسوقي ، حاشيته المدسوقي 2/ 818 وما بعده .

« (1) »

وتسقط النفقة عن الزوج بالإعسار مدة إعساره ، ولا تكون دينا عليه ، فلا ترجع عليه الزوجة إذا أيسر لقوله تعالى : ﴿ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا ﴾ [ الطلاق 7 ] ، والمعسر عاجز عن الإنفاق ، وتكون مترعة فيما تنفقه على نفسها في زمن الإعسار ، فإن أيسر وجبت عليه النفقة ، ولو كانت مقررة بحكم حاكم مالكي ، وأما لو كانت مقررة بحكم غيره فإنه يرجع في ذلك لمذهبه .

وإن أعسر الزوج في زمن بعد يسر ولم ينفق زمن اليسر ، فالماضي زمن اليسر هو الذي في ذمته تطالبه به إذا أيسر وإن لم يفرضه عليه حاكم ، ولا يسقط العسر إلا زمنه خاصة فلا ينقطع السقوط في زمن العسر على ما تجمده في زمن اليسر .

والزوج إذا امتنع من النفقة وطولب بها فإما أن يدعي الملاء ويمتنع من الإنفاق ، وإما أن لا يجيب بشيء ، وإما أن يدعي العجز ، فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا . وإن قال : أنا موسر ولكن لا أنفق فقيل : يعجل عليه الطلاق ، وقيل : يجبس ، وإذا جبس ولم ينفق طلق عليه وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر وإلا أخذ منه . وإن ادعى العجز فإما أن يثبت العجز أو لا ، فإن لم يثبت العجز ، فيقال له : طلق أو أنفق ، فإن امتنع من الطلاق والإنفاق فقيل يتلوم له ثم يطلق عليه ، وقيل : لا يتلوم له بل يطلق عليه حالا ، والثاني هو المعتمد .

وإن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم يطلق عليه ، إلا أنها إذا علمت عند العقد فقره ، فليس لها الفسخ إلا إن كان مشهورا بالعطاء وانقطع ، وكذلك إذا علمت عند العقد أنه من السؤال<sup>(2)</sup> فليس لها الفسخ إلا إذا تركه فلها الفسخ .

هذا إذا كان الذي ثبت عسره وتلوم له حاضرا بل وإن كان غائبا ، والغائب يطلق عليه للعسر بالنفقة سواء دخل أو لم يدخل ، سواء دعي إلى الدخول أم لا على المعتمد خلافا لبهرام<sup>(3)</sup> حيث قال : « لا بد من دخوله أو دعوته له ، فظهر لك أن الدخول والدعوة له إنما يشترط في إيجاب النفقة على الزوج إذا كان حاضرا لا غائبا » .

(1) الصادق عبد الرحمن الفرياني ، مرجع سابق ص 243 وما بعدها .

(2) راجع سؤلة كثير السؤال ، والفقير يسمى سائلا ، وجمع السائل سؤال ( ابن منظور ، لسان العرب 3 / 1906 )

(3) بهرام : هو هرام بن عبد الله بن عبد العزيز ، تاج الدين ، أبو السقاء ، الدميري . قاضي نقضاه . فقيه ، حافظ . حافل لواء الذهب نذكر نصه . ورواه جمع هناك كان محمود السيرة طبيب السريرة صالحا من رجال الكمال ولد سن 724 هـ . أحد عن الشيخ حليل تأليفه ، وه تفقه . وانصاع بالسند فدي وغيرهما . وجمع منه أئمة منهم الأفهسي وعبد الرحمن البكري والشمس الساماني وغيرهم . من تصانيفه : الشرح الكبير ، و الشرح الأوسط . و شرح الصغير كلها على مختصر شيخه حليل . و الإرشاد وغيرها . توفي سنة 805 هـ . ( محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية ص 1 3450 - التزكيني ، ( أخبار 2 / 76 ) .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وأما قريب الغيبة ، أي : كثلاثة أيام فإنه يعذر بئيه ، أي يرسل إليه إما أن تنفق عليها ، أو يطلق عليك .

ثالثاً - مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(1)</sup> : إن ادعى الزوج الإعسار ودفع نفقة معسر ، وادعت الزوجة يساره وطالبته بنفقة موسر . فالقول قول الزوج مع يمينه ، ما لم يتحقق يساره ؛ لأن الأصل في الناس العدم حتى يوجد اليسار ؛ ولأن الأصل براءة الذمة حتى يعلم الاستحقاق ، فلهذين قبل قوله في الإعسار ، وأحلف عليه لجواز أن يطرأ عليه اليسار . وإن مضت مدة لم ينفق فيها ، وادعت الزوجة أنه كان موسراً فيلزمه نفقة الموسر ، وادعى الزوج أنه كان معسراً فلا يلزمه إلا نفقة المعسر نظرت - فإن عرف له مال - فالقول قولها - لأن الأصل بقاؤه ، وإن لم يعرف له مال قبل ذلك والقول قوله ؛ لأن الأصل عدم المال .

وإذا أعسر الزوج بنفقة المعسر وثبت ذلك فلها أن تفسخ النكاح ، لقوله تعالى : ﴿ فإِذَا مَسَّكُمُ الْمُصْرَبَاتُ فَادْعُوا مَا كُنْتُمْ تَدْعُونَ ﴾ [البقرة 229] ، فالله خير الزوج بين الامسك بالمعروف ، وهو أن يمسكها وينفق عليها ، وبين التسريح بإحسان فإذا تعذر عليه الامسك بمعروف تعين عليه التسريح .

ولما روى أبو هريرة<sup>(2)</sup> أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : (( يفرق بينهما ))<sup>(3)</sup> .

وقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم : أن ينفقوا أو يطلقوا وليس له مخالف مع انتشار قوله ، فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه .

ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطئ - والضرر فيه أقل - فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى .

وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دون المد ، وإن أعسر بما زاد

(1) المارودي ، كتاب النفقات ص 125 - الشرازي ، المهذب 3/154 وما بعدها - البهوتي ، كشاف القناع 5/491 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة ، الكافي 5/93 وما بعدها .

(2) أبو هريرة : هو أبو هريرة الدوسي ، صاحب رسول الله ﷺ ، وأكثرهم حديثاً عنه . وهو دوسي من دوس بن عدنان بن عبد الله بن زهران بن كعب بن الحارث بن كعب بن مالك بن نصر بن الأزد . اسمه عمير بن عامر بن عبد ذي الشري بن طريف بن عتاب بن أبي صعصع بن منه بن سعد بن لثمة بن سلمة بن غنم بن غنم بن دوس . وقد اختلف في اسمه اختلافاً كثيراً . من عنه أكثر من ثمانمائة رجل من صحابته وتابعه ، فمن الصحابة : ابن عباس ، وابن عمر ، وجابر ، وأبى ، ووائل بن الأسقع . واستعمله عمر على البحرين ثم عرله . ثم أراد على العمق فامتنع . وسكن المدينة ، وها كانت وفاته سنة 57 هـ . وقيل توفي سنة 58 هـ . وقيل : توفي سنة 59 هـ . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 4/109 وما بعدها - ابن الأثير ، أسد الغابة 6/313 وما بعدها )

(3) ابن أبي شيبة ، المصنف 4/149 - البيهقي ، السنن الكبرى 7/469 وما بعدها - عبد الرزاق ، المصنف ، باب الرجل لا يجد ما ينفق على أهله برقم 12357 ، 7/96 - الدراقطني ، سنن الدراقطني برقم 7382 و 7383 و 7384 . 4/454 وما بعدها .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار . وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم . وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ؛ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كما لا يقوم بغير القوت . وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن النفس تقوم بغير خادم . وإن أعسر بالمسكن ففيه وجهان :

أحدهما : يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن .

والثاني : لا يثبت لأنها لاتعدم موضعا تسكن فيه .

وإن لم يجد إلا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه لا يلزمه في كل يوم أكثر من نفقة يوم ، وإن وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيها ففيه وجهان :

أحدهما : لها الفسخ ؛ لأن نفقة اليوم لاتتبعض .

والثاني : ليس لها الفسخ ؛ لأنها تصل إلى كفايتها ، وإن كان يجد يوما قدر الكفاية ولا يجد يوما ثبت لها الفسخ ؛ لأنه لا يحصل لها في كل يوم إلا بعض النفقة .

وإن كان ناسجا ينسج في كل أسبوع ثوبا تكفيه أجرته الأسبوع ، أو صانعا يعمل في كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يقدر أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة .

وإن كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت . فإن كان مريضا يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يمكنها أن تستقرض ما نفقته ثم تقضيه .

وإن كان مريضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ ؛ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة .

وإن كان له مال غائب - فإن كان في مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يجز لها الفسخ ، وإن كان في مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكر في المرض .

وإن كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ . وإن كان على معسر ثبت لها الفسخ ؛ لأن يسار الغريم كيساره ، وإعساره كإعساره في تيسير النفقة وتعسيرها .

وإن كان الزوج موسرا وامتنع من الإنفاق لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يمكن الاستيفاء بالحاكم .

وإن غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن الفسخ يثبت بالعيب بالإعسار ، ولم يثبت الإعسار ، ومن الشافعية من ذكر فيه وجهها آخر أنه يثبت لها بالفسخ ؛ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالإعسار وهو قول الخنابلة .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المائي

وإذا ثبت لها الفسخ بالإعسار واختارت المقام معه ثبتت لها في دمتها ما يجب على المعسر ، فإذا أيسر طولب بها ؛ لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها ، فإذا قدر طولب بها كسائر الديون ، ولا يثبت لها في الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر ؛ لأنه غير مستحق .

وإن اختارت المقام معه على الإعسار ثم عن لها أن تنفسخ ، فلها أن تنفسخ ؛ لأن النفقة يتجدد وجودها في كل يوم فتجدد حق الفسخ . وإن تزوجت بفقر مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة ، فلها أن تنفسخ ؛ لأن حق الفسخ يتجدد بالإعسار بتجدد النفقة ، وظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ في الموضوعين ؛ لأنها رضيت بعيبه ، فأشبهه امرأة العينين إذا رضيت بعته .

وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم ؛ لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين ، وفي وقت الفسخ قولان عند الشافعية :

أحدهما : أن لها الفسخ في الحال ؛ لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت في الحال كفسخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن .

الثاني : أنه يمهل ثلاثة أيام ؛ لأنه قد لا يقدر في اليوم ويقدر في غد ولا يمكن إمهاله أبدا لأنه يؤدي إلى الإضرار بالمرأة والثلاث في حد القلة فوجب إمهاله .

وعند الحنابلة أن لها الفسخ في الحال ؛ لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت في الحال كفسخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن .

**البند الثاني - التنازع في يسار وإعسار الزوج في القانون :** لم تتطرق قوانين الأحوال الشخصية المغربية لمسألة تنازع الزوجين في يسار وإعسار الزوج بالنفقة وبقول من يأخذ فيه ، وتركت ذلك لأحكام الفقه التي يرجع إليها بنصوص مواد الإحالة في كل قانون<sup>(1)</sup> .

إلا أنها تطرقت للأحكام المترتبة عن إثبات إعسار الزوج وعدمه بالنفقة آخذة في ذلك بالمذهب المالكي .

حيث جاء في نص المادة 53 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري : « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : 1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج ... »

وجاء في نص المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية: « تزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج

(1) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزوج والطلاق وأثارهما البيي المادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

## الفصل الثاني : النزاع بين الزوجين في الجانب المائي

بالنفقة الخالة الواجبة عليه ، وفق الحالات ولأحكام الآتية :

1 - إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه ، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطلق .

2 - في حالة ثبوت العجز ، تحدد المحكمة حسب الظروف ، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه ، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي .

3 - تطلق المحكمة الزوجة حالا ، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز .

وجاء في نص الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: « لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق .»

وجاء في نص المادة 40 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما اللبني : « أ ) إذا امتنع الزوج الموسر على الإنفاق على زوجته بدون سبب أجبر على الإنفاق .

ب ) إذا كان الزوج معسرا والزوجة موسرة ألزمت بالإنفاق عليه وعلى أولادها منه .

ج ) للزوجة طلب التطلق إذا لم تعلم بعسر الزوج قبل الزواج .

د ) وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يسره .

هـ) لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزوج أو علمت بعسره قبل الزواج .

و ) لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر إلا بعد منحه أجلا مناسباً .

ز ) يعتبر التطلق لعدم الإنفاق رجعياً ، فإذا تكررت الشكوى بسبب الامتناع عن الإنفاق أعتبر ذلك ضرراً يميز للزوجة طلب التفريق ويقع الطلاق باتناً .

وجاء في نص المادة 108 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية: « للزوجة طلب التطلق إذا كان زوجها حاضراً وامتنع من القيام بالنفقة عليها . فإذا كان له مال ظاهر يستوفي منه القاضي نفقتها وإن لم يكن كذلك ولم يدع اليسر ولا العسر مع الإصرار على عدم النفقة طلق عليه القاضي فوراً .

إذا أثبت الزوج عسره ولم تكن الزوجة علمته عند العقد منحه القاضي أجلا مناسباً لا يتجاوز ثلاثة أشهر يطلق عليه بعده إن لم ينفق عليها .

إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق أمره القاضي به أو بالطلاق فإن امتنع طلق عليه .»

## المبحث الرابع

### التنازع في بدل الخلع

قد شرع الله الخلع كعلاج لبعض شؤون الحياة الزوجية ، ويكون ذلك إذا استحالت العشرة بين الزوجين ، أو أصبح أحدهما مبغضا للآخر ، فيسمى هذا الأخير إلى التخلص ممن يبغضه ، وقد منحت الشريعة السمحة لكل من الزوجين حلا لهذا الإشكال ، فأعطت الزوج حق الطلاق ، والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل ، وتكره أن تمنعه فتكون عاصية بمنعه ، إذا كرهته ، خلّقه ، أو خلّقه ، أو دينه ، أو كبره ، أو ضعفه ، أو نحو ذلك ، وخشيت أن لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته ، جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه ، ويعتبر هذا العوض ركنا من أركان عقد الخلع عند كثير من الفقهاء لا يصح من دونه ، إلا أن البعض يرى أنه ليس شرطا في الخلع فضلا عن أن يكون ركنا فيه .

وهذا العوض قد يتقرر برضا طرفي العقد ، وقد يتقرر بقضاء القاضي ، وقد تلتزم الزوجة بإعطاء هذا العوض للزوج كما قد يلتزم غيرها بإعطائه .

ورغم الأحكام والقواعد المقررة في شأنه إلا أنه ليس في منأى عن التنازع فيه بين الزوجين ، فقد يختلفان في أصله كما قد يختلفان في قدره أو جنسه أو صفته أو تأجيله أو حلول أجله ، كما قد يختلفان في ملتزمه ، كما قد يختلفان في المراد منه .

كل هذه المسائل وغيرها سأحاول دراستها وبيان أحكامها عند الفقهاء وأهل القانون ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

**المطلب الأول :** ما هية بدل الخلع والأحكام المتعلقة به .

**المطلب الثاني :** أحكام التنازع في بدل الخلع وما يتعلق به .

## المطلب الأول

### ماهية بدل الخلع والأحكام المتعلقة به

قبل التطرق لمسائل التنازع في بدل الخلع وأحكامها ، لابد من التطرق أولاً لماهية البديل وأهم الأحكام المتعلقة به ، وذلك من خلال الفروع التالية :

### الفرع الأول

#### تعريف بدل الخلع وشروطه

البند الأول - تعريف بدل الخلع :

أولاً - البديل لغة<sup>(1)</sup> : الخلف من الشيء . وبديل الشيء : غيره .

وبالدل : العوض ، وهو إقامة شيء مكان شيء ، وإحزاؤه عنه في غير حالات الاضطرار .

والبديل: وجع في اليدين والرجلين ، وقيل : وجع المفاصل واليدين والرجلين . وهو - أيضاً - : ما يصيب العنق من تعادي الوساد .

وبنو فلان بدلاء : أي مصابون ناقصة عقولهم . وبدلان: اسم موضع .

وقد بدل يبدل بدلا . وأبدلت الشيء بغيره . وبدل الله من الخوف أمنا . وتبديل الشيء أيضاً : تغييره وإن لم يأتي ببديل . واستبدل الشيء بغيره وتبدله به ، إذا أخذه مكانه .

والمبادلة : التبادل ، يقال : استبدلت ثوبا مكان ثوب ، وأنا مكان أخ ، ونحو ذلك .

والتبديل: التغيير. والأصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله ، والأصل في الإبدال جعل شيء مكان شيء آخر .

والأبدال : قوم من الصالحين لا تخلو الدنيا منهم ، إذا مات واحد أبدل الله مكانه بآخر .

ثانياً - بدل الخلع اصطلاحاً : بحثت في كثير من كتب الفقهاء القدامى عن تعريف لبديل الخلع إلا أنني لم أجده للفقهاء كلام في ذلك إلا بعض الإشارات إليه ، كقول الخرشي<sup>(2)</sup> في شرحه : « هو عوض عن

(1) ابن منظور ، لسان العرب مادة بدل 231 1 وما بعدها - الأزهري ، الصحاح في لغة مادة بدل 5 1633 - الحليل الفراهيدي ، أفعال العرب ، تحقيق مهدي الخرومي و إبراهيم السامرائي ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1988 . مادة بدل 45 8 - محمد معجمي ، معجم لغة عمها ، 105 1 .

(2) الخرشي : هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، سببه إلى قرية يقال لها أنجور من سحيرة ، قصر . ولد فيها سنة 1010 هـ . كان فقيهاً وسلا ورعاً . نعت إليه الرئاسة عصره وكان أول من تولى منبجة الأزهر . أحد أعلم عم والده و ليوهان النعمان والنور الأزهري وغيرهم . وتسمد عمي -

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

اختلال العصمة»<sup>(1)</sup>.

لكن من خلال حديث الفقهاء القدامى عن بدل الخلع ، فقد انصب حديثهم عن مفهوم واحد ، وهو ما أورده كثير من الفقهاء والكتاب المحدثين في كتبهم ، منهم الدكتور عبد الكريم زيدان ، والدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي وغيرهم .

حيث قال الدكتور عبد الكريم زيدان بأن العوض هو : « ما تلتزم الزوجة ببذله إلى الزوج ويعتقد عليه عقد الخلع »<sup>(2)</sup>.

إلا هذا التعريف يرد عليه شيء من القصور ، فبدل الخلع لا تلتزم به الزوجة وحدها ، وإنما قد يلتزم به غيرها ، ولهذا كان التعريف الذي أورده الدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي أكثر دقة من سابقه حيث قال : « العوض هو ماتعطيها الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج ، مقابل خلعه من عصمته »<sup>(3)</sup>.

ثالثا - بدل الخلع قانونا : لم يتطرق أي من قوانين الأحوال الشخصية المغاربية لتعريف بدل الخلع وحسنا فعل المشرعون ، كون ذلك وكما سبق أن ذكرت أن التعريفات من اختصاص الفقه وليست من اختصاص المشرعين .

وقد عرف بعض شراح القانون بدل الخلع ، ولم تختلف تعريفاتهم عن تعاريفات أهل الفقه :

حيث عرفه الدكتور العربي بلحاج بقوله : « هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها وخالص نفسها »<sup>(4)</sup>.

وهو نفس ما ذهب إليه الأستاذ محمد الأزهر بقوله : « بدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة مقابل طلاقها »<sup>(5)</sup>.

وقد عرفه الأستاذ عبد الكريم شهبون بأنه : « العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها ، والخروج من الزوجية عندما يشتد النزاع بينهما ، وحين تجد الزوجة أن البقاء مع زوجها قد

---

- يده الكثير منهم علي النوري وأحمد الشرقي السفاقي ، ومحمد بن عبد الباقي الزرقاني وغيرهم . من كتبه (الشرح الكبير على من خليل ) في فقه المالكية شرح على مختصر خليل ، الفرائد السننية شرح المقدمة السنوية وغيرها . توفي بالقاهرة في 27 من ذي الحجة سنة 1101 هـ . ( محمد مخلوف . شجرة انوار الزكية 1 459 - الزركلي ، الأعلام ، 6/241 ) .

(1) الخريشي ، شرح مختصر خليل 4/21 .

(2) عبد الكريم زيدان ، المفصل 8/171 .

(3) جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في التريعة الإسلامية . دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية ، مصر ، دت ، ص 87 .

(4) العربي بلحاج ، الوحي في شرح قانون الأسرة الجزائري ، 1/267 .

(5) محمد الأزهر ، مرجع سابق ص 316 .

## الفصل الثاني : النزاع بين الزوجين في الجانب المالي

يوقعها فيما لا يرضى الله»<sup>(1)</sup>.

إلا أن كل هذه التعريفات تجعل الملتزم ببدل الخلع هو الزوجة وحدها مع أنه يمكن أن يلتزم به غيرها في مقابل طلاقها .

ولهذا يمكن أن أعرف أن بدل الخلع بأنه : ملتزم الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج في مقابل طلاقها ، والخروج من الزوجية عندما يشتد النزاع بينهما وحين تجد الزوجة أن البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضى الله .

**البند الثاني - شروط بدل الخلع :** اشترط الفقهاء جملة من الشروط في بدل الخلع ، وقد وقع اختلاف بينهم في بعضها وهو ما سأحاول بيانه ، مع التطرق في الأخير إلى شروطه في بعض قوانين الأحوال الشخصية المغاربية .

**أولا : شروط بدل الخلع في الفقه :**

1- أن يكون البديل مالا متقوما : والمال كل ما يمكن حيازه والانتفاع به على وجه معتاد ، والمنافع تعتبر أموالا عند جمهور الفقهاء . والمتقوم : ما كان له قيمة يضمنها متلفه عند اعتدائه عليه ، ولا يثبت التقوم للمال إلا بتحقيق شيئين : الأول : إحرازه ، والثاني : جواز الانتفاع به شرعا حال السعة والاختيار<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن الأموال المنقولة والعقارات تصلح أن تكون عوضا في الخلع ، إذا كانت أموالا متقومة ، وكذلك المنافع المباحة التي تقابل بالمال تصلح أن تكون عوضا في الخلع كسكنى الدار ، وحضانة صغير ، وإرضاع طفل ونحو ذلك<sup>(3)</sup>.

فإن كان البديل ليس بمال أصلا كالدم والميتة أو غير متقوم كأن خلعهما بخمر أو لحم خنزير .

فقد ذهب الحنفية<sup>(4)</sup> إلى أن الفرقة بين الزوجين تقع بائنة ولا شيء للزوج على الزوجة المختلعة ؛ لأن الخلع من جانب الزوج إسقاط ملك النكاح ، وإسقاط الملك قد يكون بعوض ، وقد يكون بغير عوض ، فإن كان المال المذكور ليس بمال أو غير متقوم ولا يصلح عوضا ، فإن الزوج قد رضي بإسقاط ملكه بغير عوض ، فلا يستحق شيئا.

(1) عند الكرم شهون ، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المملكة المغربية ، الطبعة الثانية ، 2000 ، الجزء الأول ص 242 .

(2) عند الكرم زيدان ، الفصل 8 1948 ، ما بعدها .

(3) المرجع نفسه 1958 .

(4) نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 ، 599 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

وإذا تمت في الخلع ما هو مال . وأشارت إلى ما ليس بمال بأن حتمت على هذا الدن من الخس . فإذا هو حمر إن علم الزوج بكونه حمرًا فلا شيء له ، وإن لم يعلم رجع عليها بالمهر الذي أعطاها وهذا عند أبي حنيفة ، وعند الصحابين يجب مثله من خل وسط ؛ لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال<sup>(1)</sup> .

وذهب المالكية<sup>(2)</sup> إلى أن الخلع إذا وقع بشيء حرام سواء كانت حرمة أصلية كخمر وخنزير ، أو كان كله حراما أو بعضه كخمر وثوب ، أو كانت حرمة عارضة كمغصوب ومسروق ، فإن الخلع ينفذ ويكون طلاقا بائنا ويرد الحرام ، فإن كان مغصوبا أو مسروقا ، رد إلى ربه ، وإن كان حمرًا أريق ولا تكسر أوأنيه على المعتمد ؛ لأنها تطهر بالجفاف ، وإن كان خنزيرا قتل على ما في سماع ابن القاسم ، وهو المعتمد ، وقيل : إنه يسرح ولا يلزم الزوجة للزوج شيء في نظير الحرام كالا أو بعضا ، سواء كانت حرمة أصلية كالخمر وخنزير أو عارضة كالمسروق والمغصوب ، إذا كان الزوج عالما بالحرمة ، علمت هي أيضا أم لا . أما لو علمت بالحرمة فقط فلا يلزمه الخلع ، وإن جهلا الحرمة ففي الخمر لا يلزمها شيء ، وأما المغصوب والمسروق فكالمستحق يرجع عليها بقيمتها إن كان معينا ويمثله إن كان موصوفا .

أما عند الشافعية<sup>(3)</sup> إن كان البذل في الخلع مالا غير متقوم كالخمر ولحم الخنزير ، وقعت البيوتنة بالخلع ووجب مهر المثل ؛ لأنه المراد عند فساد البذل .

أما عند الحنابلة<sup>(4)</sup> إذا خالغ الزوج زوجته على ما ليس بمال أو على مال غير متقوم يعلمان تحريمه لم يستحق الزوج شيئا ، وتقع الفرقة رجعية إن كانت بلفظ الطلاق ، وإن كان بلفظ الخلع وكنائيات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك تقع الفرقة رجعية ؛ لأن الكنائيات مع النية عندهم كالصريح . أما إذا كان بلفظ الخلع ولم ينوي الطلاق ، ففي المذهب روايتان .

أحدهما يقع الخلع بغير عوض ، والثانية لا يقع الخلع ولا تقع الفرقة من أصلها ؛ ولم يقع شيئا .

والرجل إذا خالغ امرأته على عوض يظنه مالا ، فبان غير مال ، مثل أن يخالغها على خل فيبين حمرًا ، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ؛ لأن الخلع معاوضة بالبيع ، فلا يفسد بفساد العوض ، كالنكاح ، ولكنه يرجع عليها بقيمتها ، وإن خالغها على هذا الدن من الخل ، فبان حمرًا ، رجع عليها بمثله خلا ؛ لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل ، فكان له مثله ، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل : يرجع بقيمة مثله خلا ؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال .

والصحيح الأول ؛ لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلا ، كما توجب قيمة الحر بتقدير كونه

(1) ابن عابدس ، حاشية رد اعتبار 3: 490 - نظام الدين . الفتاوى الهندية 1 : 600 .

(2) الدسوقي . حاشية الدسوقي 4 : 551 .

(3) البوي ، المجموع 17 : 28 .

(4) موفق الدين بن قدامة . معني 8 : 203 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

عبدا ، فإن الحر لا قيمة له (1) .

2- العلم يبدل الخلع : اختلف الفقهاء في هذا الشرط بين قائل به ، وبين من لم يشترطه ، فأجاز الخلع بالمجهول .

حيث ذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط العلم بالبدل ، وأجازوا الخلع بالمجهول وللزوج ما جعل له .

حيث قال الحنفية (2) : إن سمي في الخلع ما احتمل أن يكون مالا ، وأن لا يكون مالا بأن اختلعت على ما في بيتها أو على ما في يدها من شيء ، ينظر إن كان في يدها أو في بيتها في تلك الساعة شيء فذلك للزوج ، وإن لم يكن في بيتها ولا في يدها شيء فلا شيء للزوج ، وكذلك إذا اختلعت على ما في بطون غنمها أو جاريتها ولم تنص على الولد .

وإذا سميت في الخلع ما هو مال إلا أنه ليس بموجود في الحال وإنما يوجد فيما بعد ، بأن اختلعت على ما يشر نخيلها هذا العام ، أو على ما تكتسب وحب عليها رد ما قبضت من المهر ، وجد ذلك أم لا إذا سميت في الخلع ما هو مال لا يتعلق وجوده بالزمان إلا أنه مجهول لا يوقف على قدره ، وإن لم يكن هناك شيء لزمها رد ما قبضت من المهر إذا سميت في الخلع ما هو مال أو له مقدار معلوم ، بأن اختلعت على ما في يدها من دراهم أو دنانير أو فلوس ، فإن أقل ما يطلق عليه اسم الدراهم ثلاثة ، فكان مقداره معلوما إن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعدا فللزوج ذلك ، وإن لم يكن في يدها شيء من ذلك فله ثلاثة وزنا من الدراهم أو الدنانير وعددا من الفلوس ، وإن كان في يدها درهمان تؤمر بإتمام ثلاثة دراهم .

وقال الحنابلة (3) : وإذا قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم . ففعل فلم يكن في يدها شيء ، لزمها ثلاثة دراهم ، وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز ، وله ما جعل له ؛ ولأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط ، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع ، ليس فيه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله لمساحة ، ولذلك جاز من غير عوض ، بخلاف النكاح . وإذا صح الخلع ، فلا يجب مهر المثل ؛ لأنها لم تبذره ، ولا فوتت عليه ما يوجب ، فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من مكه بردتها ، أو رضاعها لم يفسخ به نكاحها ، لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي . لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة ، لوجب المهر لها دون الزوج ، ولو طأعت لم يكن للزوج شيء ، وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة ، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله ، فأما إنجاب

(1) مرفق الدين بن قدامة ، المغني 8 203 .

(2) نصاب الدين ، الفتاوى اشدية 1 599 .

(3) مرفق الدين بن قدامة ، المغني 8 188 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

شيء لم ترض به فلا وجه له .

أما المالكية<sup>(1)</sup> فيرون أن بدل الخلع يتسامح فيه أكثر مما يتسامح في المهر ؛ لأنه ليس عقد معاوضة بل هو أقرب إلى التبرعات ؛ لأن عوضه تسريح الزوجة وهو ليس بمال ، ولذلك يجوز الخلع ببديل مجهول أو فيه غرر ، ويجب عليها أن تدفع الوسط من جنس ما خالعت به إذا كان البديل مجهول الصفة ، وإن خالعت بما فيه غرر ، مثل الخلع عن أرباح مشروع ما ، فإن سلم أخذه الزوج ، وإن هلك أو ضاع فلا شيء له ، ولزمه الطلاق ؛ لأنه رضي به على غرره<sup>(2)</sup> .

أما الشافعية<sup>(3)</sup> وأبو بكر من فقهاء الحنابلة<sup>(4)</sup> فيشترطون العلم بالبديل في الخلع ؛ لأنه معاوضة ، فلا يصح بالمجهول ، كالبيع ، فإذا خالعت الزوج زوجته بمجهول وقت الفرقة بانت الزوجة ولزوجها عليها مهر المثل عند الشافعية ؛ لأن الخلع عقد على منفعة بضع فلم يفسد بفساد عوضه ، فيرجع إلى مقابله كما في النكاح ؛ لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله . وقال أبو بكر : لا يصح الخلع ، ولا شيء له .

3- أن لا يؤدي البديل إلى أمر لا يجوز : وهو شرط قال به الحنفية<sup>(5)</sup> ، والمالكية<sup>(6)</sup> والشافعية<sup>(7)</sup> ، كأن يخالعت الزوج على أن تخرج المرأة من مسكنها الذي طلقها فيه ، ولا تسكنه زمن العدة ، فهذا شرط باطل ؛ لأن سكنى المعتدة حق الله تعالى ، ولا يجوز إسقاطه ، فيلزم الزوج بالطلاق وتبقى المرأة في بيتها إلى آخر العدة ، إلا أن يريد أنها تتحمل بأجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز .

وكذلك الحكم عند المالكية<sup>(8)</sup> إذا أدى بدل الخلع إلى عقد محرم كالربا ، أو سلف جر نفعاً . فتبين منه ولا شيء له عليها وتأخذ منه الدين حالا ، ومثله سلفها له ابتداءً أو تعجيلها ديناً عليه لا يجب عليها قبوله قبل أجله بأن كان طعاماً أو عرضاً من بيع ، فيرد ويبقى إلى أجله ؛ لأنها حطت عنه الضمان على أن زادها العصمة .

4- أن يكون البديل في ملك ملتزمه وقادراً على تسليمه : وقال بهذا الشرط الشافعية<sup>(9)</sup> ؛ لأن الخلع عقد معاوضة كالبيع والنكاح .

(1) الدردير ، الشرح الكبير 348/2 .

(2) الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ص 222 ( يتصرف ) .

(3) الشواري ، المهذب 494/2 .

(4) موفق الدين بن قدامة ، المقي 188 / 8 .

(5) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 239 .

(6) الدردير ، الشرح الكبير 350/2 .

(7) الماوردي ، الحاوي الكبير 10 / 18 .

(8) الدردير ، الشرح الكبير 350/2 .

(9) الخصي . كتابه الأحبار ص 513 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

ثانيا - شروط بدل الخلع في القانون : لم تتعرض أغلب القوانين الشخصية المغاربية لهذا الأمر ، وفضلت ترك ذلك للفقهاء الذي يرجع إلى أحكامه بنصوص مواد الإحالة في كل قانون لم ينص على تلك الأحكام .

إلا أن المشرعين المغربي والموريتاني أشارا إلى بعض شروط بدل الخلع ، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية : « كل ما صح الالتزام به شرعا ، صلح أن يكون بدلا في الخلع ، دون تعسف ولا مغالاة » .

ونص المادة 92 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية الفقرة 02 : « يجب أن يكون العوض مما يجوز تملكه شرعا » .

### الفرع الثاني

#### مقدار بدل الخلع

##### البند الأول - مقدار بدل الخلع في الفقه :

اختلف الفقهاء في مقدار البذل الجائز أخذه من قبل الزوج ، وبذله من ملتزمه إلى أربعة أقوال :  
أولا - يقدر بماتراضى عليه الزوجان : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن مقدار العوض يتحدد بما تراضى عليه الزوجان في عقد الخلع دون النظر إلى ما أعطاهما من مهر أو غيره . وهو قول الجمهور<sup>(1)</sup> .  
وأدلتهم في ذلك :

قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ الْإِثْمَ الْأَيْمَانَ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [ البقرة 229 ] . فهذا عموم يشمل ما افتدت به ، سواء كان قليلا أو كثيرا ، وسواء كان بقدر ما أعطاهما الزوج أو أكثر منه أو أقل<sup>(2)</sup> .

وما ثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه أجاز مخالعة امرأة بعوض شمل مادون عقاص<sup>(3)</sup> رأسها<sup>(4)</sup> .  
قال بن حجر العسقلاني<sup>(5)</sup> : « أي : أجاز للرجل أن يأخذ من المرأة في الخلع ما سوى عقاص

(1) مالك ، المدونة 2 / 245 - ابن رشد ، بداية المجتهد 54/2 - الخطيب الشربيني . معني المحتاج 4 / 531 .

(2) عبد الكريم ريدان ، المنفصل 1908 .

(3) حر ما يربطه شعر الرأس بعد جمعه (ابن حجر ، فتح الباري ، دار السلام ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الثالثة 2000 . 9 . 492 ) .

(4) سجاري ، الخلع الصحيح ، باب الخلع وكيف الطلاق 3 / 406 .

(5) ابن حجر : هو أحمد بن علي بن محمد ، شهاب الدين ، أبو الفضل الكناي العسقلاني أصبه من عسقلان (فلسطين) ، المصري سواد وشفاً والوفاء .

شبه ابن حجر - سنة إلى ( آل حجر ) قوم يسكنون بلاد الخريد وأرضه فانس في تونس - من آثار الشافعية . ولد سنة 773 هـ . كان محدثاً -

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

رأسها»<sup>(1)</sup>. بمعنى أن للرجل أن يأخذ كل ما تبذله المرأة قليلا كان أو كثيرا في مقابل خلعتها ما عدا عقاص شعرها .

ثانيا - يتحدد البذل بمقدار ما أعطى الزوج من مهر : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن البذل الذي يأخذه الزوج يتحدد بمقدار ما أعطاه . وهو قول الإمام أحمد وأبي بكر من الخنابلة<sup>(2)</sup> . وأدلتهم في ذلك :

ما روي أن ثابت بن قيس بن شماس<sup>(3)</sup> كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول ، وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي ﷺ : ((أتردين حديقته التي أعطاك ؟)) . قالت نعم وزيادة . فقال النبي ﷺ : ((أما الزيادة فلا ولكن حديقته )) . قالت نعم . فأخذها له ، وخطى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ<sup>(4)</sup> .

وما رواه عطاء أن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاهها<sup>(5)</sup> .

ثالثا - استحباب عدم الزيادة عن ما أعطاه الزوج من مهر : ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يستحب أن يكون البذل الذي يأخذه الزوج في الخلع أكثر مما أعطاه لزوجته . وهو قول الخنابلة<sup>(6)</sup> . وأدلتهم في ذلك :

قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [ البقرة 229 ] .

وما روى عطاء أن النبي ﷺ كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاهها . وهو صريح في الحكم ، أي : في كراهة أخذ أكثر مما أعطاهها .

- فقهيا مورخا . تفقه بالقيسي والبرماوي والعز بن جماعة . ارتحل إلى بلاد الشام وغيرها . تصدى لنشر الحديث وقصر نفسه عليه مطالعة وإقراء وتصنيفا وإفتاء . درس في عدة أماكن وولي مشيخة البيرونية ونظرها والإفتاء بدار العدل ، والخطابة بجامع الأزهر ، وتولى القضاء . زادت تصانيفه على مائة وخمسين مصنفاً . من تصانيفه : فتح الباري شرح صحيح البخاري ، و الدراية في منتخب تفريخ أحاديث الهداية ، و تلخيص الخير في تفريخ أحاديث الرافعي الكبير ، الإصابة في تمييز الصحابة توفي سنة 852 هـ . ( الزركلي ، الأعلام 1/178 وما بعدها - عمر كحالة ، معجم المؤلفين 2:20 وما بعدها - أبي المحاسن الحسيني ، ذيل تذكرة الحفاظ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت ص 326 وما بعدها ) .

(1) ابن حجر ، فتح الباري 9 / 492 .

(2) موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 176 .

(3) ثابت بن قيس : هو ثابت بن قيس بن محاس بن ظهير بن مالك بن امرئ القيس ابن مالك الأغر بن نعلبة بن كعب بن الحزرج . يكنى أبا محمد بابه وبن يكنى أبا عبد الرحمن . كان حفيظ الأخبار ويقال له حفيظ رسول الله ﷺ . شهد أحداً وما بعدها من المشاهد وقتل يوم اليمامة شهيداً رحمه الله في حلاله أبي بكر الصديق . ( ابن عبد البر ، الإستيعاب 1 / 100 وما بعدها - ابن الاثير أسد الغابة 1 / 451 وما بعدها ) .

(4) ميرافطلي ، سنن الدرافعي باب المهر برقم 3629 . 4 / 376 وما بعدها .

(5) موفق الدين بن قدامة ، المعني 8 / 176 .

(6) النهوي . كشاف القناع 5 / 236 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

قال بن قدامة : « فنجمع بين الآية والخبر . فنقول : الآية دالة على الجواز<sup>(1)</sup> ، والنهي عن الزيادة أكثر مما أعطاهما للكرهية<sup>(2)</sup> .

رابعا - يتحدد المقدار بالنظر إلى المتسبب في الخلع : ذهب أصحاب هذا القول إلى التفصيل بين من المتسبب في الخلع بنشوزه وغير المتسبب فيه ، فإن كان الزوج هو المتسبب في الخلع لا يحل له أخذ شيء من الزوجة ، وإن كانت هذه الأخيرة هي المتسببة فيه لنشوزها ، وعدم قيامها بحقوق الزوجية ، فيجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاهما لا أكثر . وهو قول الحنفية<sup>(3)</sup> .

وأدلتهم في ذلك :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [ البقرة 229 ] . قال الكاساني : « نهي عن أخذ شيء مما

أعطاهما من المهر واستثنى القدر الذي أعطاهما من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما نذكر ، والنهي عن أخذ شيء من المهر نهي عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى ، كالنهي عن التأفيف أنه يكون نهيًا عن الضرب - الذي هو فوقه - بالطريق الأولى<sup>(4)</sup> .

وما روي أن رسول الله ﷺ لما قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس : (( أتردين عليه حديقته ؟ )) . فقالت : نعم وزيادة . قال : (( أما الزيادة فلا ))<sup>(5)</sup> . نهي عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ قدر المهر لا الزيادة عليه .

قال الكاساني : « وإن كان ظاهره عاما عرفنا ببيان النبي ﷺ الذي هو وحي غير متلو ، والدليل عليه أيضا قوله تعالى : في صدر الآية : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ﴾ . ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها - وهو قوله : ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ - مردودا إلى أولها فكان المراد من قوله : ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ، أي : بما آتاها ونحن به نقول : إنه يحل له قدر ما آتاها .

وأما قوله : أنها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذلك دليل الجواز ، وبه نقول : إن

(1) أي : حوار أن يكون البديل أكثر مما أعطاهما .

(2) موقف الدين بن قدامة ، المعنى 8 / 176 .

(3) السرخسي ، المنصور 6 / 179 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع 3 / 236 .

(5) سبق نفي نفي النظر صمحة 321 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

الزيادة جائزة في الحكم ، والقضاء ؛ ولأن الخلع - من جانبها - معاوضة حالة عن الطلاق . وإسقاط ما عليها من الملك ، ودفع المال عوضا عما ليس بمال جائز في الحكم إذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى أنه جاز العتق على قليل المال ، وكثيره ، وأخذ المال بدلا عن إسقاط الملك ، والرق ، وكذلك الصلح عن دم العمد ، وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها ، وهو بدل البضع فكذا جاز أن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها ؛ لأنه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعا ، إلا أنه نهي عن الزيادة على قدر المهر لا للمعنى في نفس العقد بل المعنى في غيره ، وهو شبهة الربا ، والإضرار بها ، ولا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر<sup>(1)</sup> .

الرأي المختار : أن العوض في الخلع يجب أن لا يتجاوز ما أعطاه الزوج لها من مهر ، للأحاديث التي وردت بشأن قصة اختلاع زوجة ثابت بن قيس منه ، وفيها نهي النبي ﷺ لزوجة ثابت من تقديم الزيادة على الحديقة ، وهي التي أعطاهها ثابت مهرا لها .

أما الآية الكريمة : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [ البقرة 229 ] . والاحتجاج بأن قوله تعالى : ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ عموم يشمل العوض القليل والكثير ، أو أنه مطلق غير مقيد بمقدار ما أعطاهها ، فيجري على إطلاقه ، فيجوز العوض أن يكون أكثر مما أعطاهها من المهر ، يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : « هذا الاستدلال على هذا التفسير غير قطعي ، إذ تحتل الآية تفسيرا آخر كأن يقال إن المراد من قوله تعالى : ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ محمول على ما قدمه زوجها لها ، فيكون التفسير لا جناح عليهما فيما تقدمه عوضا في خلعهما من المال الذي أعطاه الزوج لها ، فيكون العوض بعضه لا كله ولا أكثر منه ، فهذا التفسير للآية الكريمة محتمل ، ومع هذا الاحتمال لا يمكن الاستدلال بالآية على ما ذهبوا إليه أن يكون العوض بقدر المهر أو أكثر منه بحجة عموم الآية أو إطلاقها ؛ لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال .

أما ما ذهب إليه الحنفية من التفرقة بين عدم جواز أخذ الزيادة على المهر على وجه الديانة ، وجواز أخذها قضاء ، فلا أميل إلى هذه التفرقة ، وينبغي أن يكون ما هو محظور في الشرع محظورا أيضا في أحكام القضاء ؛ لأن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الشرع ، فيقرر ما هو حلال فيحكم به ، ويبتل ما هو حرام ولا يحكم به ، وإذا تعذر إثبات ما يحل شرعا أو ما لا يحل ، فهذا لا يمنع من إبقائه خاضعا لأحكام القضاء فيقضي القاضي بموجب أدلة الإثبات ومنها توجيه اليمين ، ففي كل الأحوال ينبغي إخضاع ما يحل وما لا يحل من العوض في الخلع إلى حكم القضاء في ضوء ما يثبت أمامه من الوقائع ، فهو يحكم بالظاهر

(1) انكاسي ، بدائع الصنائع 3 237 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

حسب دلائل الإثبات التي تسنده ، ولا يحكم بموجب الباطن الذي لا دليل عليه»<sup>(1)</sup>.

**البند الثاني - مقدار بدل الخلع في القانون :** لم تنص قوانين الأحوال الشخصية المغربية عن مقدار معين لبذل الخلع ، ولم تحدد في معظمها القاعدة التي يمكن أن يحدد بها مقداره وتركت ذلك لأحكام الفقه التي يرجع إليها بنصوص مواد الإحالة في كل قانون ، إلا أن المشرعين الجزائري والمغربي أشارا إلى أن البذل يتحدد بتراضي الزوجين ، وفي حالة عدم الاتفاق عليه بينهما ، فقد ذهب المشرع الجزائري أن على القاضي الحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ، حيث جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري : « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم » .

أما المشرع المغربي فقد وضع معايير أخرى يحكم وفقها القاضي في حالة عدم الاتفاق على مقدار بدل الخلع بين الزوجين ، وهي مبلغ الصداق ، وفترة الزواج ، وأسباب طلب الخلع التي قد يتبين منها أن الزوج يسيء لها ، ما لم تكن مكرهة أو متضررة حيث تطبق في هذه الحالة مقتضيات المادة 117<sup>(2)</sup> ، والحالة المادية للزوجة أي يسرها وعسرهما . حيث نص في المادة 115 من مدونة الأسرة على مبدأ التراضي في الخلع بين الزوجين وقد جاء فيها : « للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه » . وحدد في نص المادة 120 فقرة 01 المعايير التي يأخذ بها القاضي في تحديد مقدار بدل الخلع في حالة اختلاف الزوجين عليه : « إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، واختلفا في المقابل ، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما ، وإذا تعذر الصلح ، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله ، مراعية في ذلك مبلغ الصداق ، وفترة الزواج ، وأسباب طلب الخلع ، والحالة المادية للزوجة » .

(1) عبد الكريم رومان ، الفصل 1938 وما بعدها .

(2) محمد الأزهر . مرجع سابق ص 320 .

## المطلب الثاني

### أحكام التنازع في بدل الخلع وما يتعلق به

قد يختلف الزوجان في أصل بدل الخلع ، كما قد يختلفان في قدره أو جنسه أو صفته أو تأجيله ، وقد يختلفان في ملتزم العوض ، وقد يختلفان في المراد من العوض .

كل هذه المسائل سأحاول دراستها وبيان أحكامها عند الفقهاء وأهل القانون ، وذلك من خلال الفروع التالية :

### الفرع الأول

#### التنازع في أصل بدل الخلع

#### ومقداره أو جنسه وصفته أو حلول أجله أو تأجيله

**البند الأول - التنازع في أصل بدل الخلع :** في هذه الحالة يدعي الزوج أنه طلق زوجته بمبلغ معين من المال ، وتنكر هي ذلك وتدعي أنه طلقها مجاناً ، أو أنه لم يطلقها أصلاً ، فما حكم ذلك عند الفقهاء وأهل القانون ؟ .

اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على أن القول قول الزوجة المختلعة يمينها في ذلك ؛ لأن الأصل براءة ذمتها ، وأما تبين منه لإقراره بالخلع ، والبينة بينة الزوج .

فإن أقام الزوج بالعوض بينة ، أو رجلاً وامرأتين ، أو حلف معه ، أو عادت واعترفت بعد يمينها بما ادعاه لزمها العوض<sup>(2)</sup> .

**أما في القانون :** فلم يشر أي من قوانين الأحوال الشخصية المغاربية إلى أحكام هذه الحالة ، مما يستدعي الرجوع إلى نصوص مواد الإحالة في كل قانون<sup>(3)</sup> والتي تحيل إلى أحكام الفقه .

**البند الثاني - التنازع في مقدار بدل الخلع أو جنسه أو صفته أو تأجيله :** قد يتفق الزوجان على وقوع الخلع بينهما ، إلا أنهما يتنازعان في مقدار بدل الخلع أو جنسه أو صفته أو في حلول أجله أو تأجيله إن اتفقا على كونه موجلاً في الخلع .

(1) السرجسي ، المسوسط 6 / 178 - المواق ، التاج والإكليل 4 / 38 - الخطيب الشربيني ، معنى المحتاج 4 / 548 - موفق الدين بن قدامة ، المعنى 8 / 230 .

(2) الخطيب الشربيني . معنى المحتاج 4 / 548 .

(3) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية . المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وآثارها الليبي مادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .



## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(1)</sup> والمالكية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> في رواية على أن القول في ذلك كله قول المرأة بيمينها ؛ لأن المرأة تدعي مقدارا وصفة معينة للبدل والزوج يدعي الزيادة ، فالقول قول المنكر بيمينه وعلى مدعي الزيادة البينة لقوله ﷺ : (( البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه ))<sup>(4)</sup>.

وقال المالكية<sup>(5)</sup> : إن اتفقا على وقوع الطلاق ، و ادعى الزوج قدرا من نحو الدراهم وادعت الزوجة قدرا دونه ، أو اتفقا عليه وادعى الزوج جنسا من المال كنفد وادعت الزوجة جنسا غيره كعوض حلفت الزوجة في المسائل الثلاث بالله على نفي دعواه وتحقيق دعواها وبانت من زوجها ، ولا تدفع له شيئا في الأولى نظرا لإقراره ، وتدفع له ما ادعت في الأخيرتين ، فإن نكلت حلف وأخذ ما ادعى في المسائل الثلاث ، فإن نكل أيضا فلا شيء له في الأولى ، وله ما قالت في الأخيرتين.

والحنابلة<sup>(6)</sup> في رواية أخرى عن أحمد ، أن القول قول الزوج ؛ لأن البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله في عوضه ، كالسيد مع مكاتبته.

أما الشافعية<sup>(7)</sup> فقد قالوا : يتحالفان ؛ لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالتبايعين إذا اختلفا في الثمن ؛ لأن الخلع معاوضة ، فإذا اختلفا في قدر عوضه أو صفته أو تعجيله أو معوضه تحالفا كالتبايعين ؛ ولأن كل من الزوجين قد صار بالاختلاف مدعيا ومدعى عليه ، فلم يكن اليمين في جنبه أحدهما بأولى منها في جنبه الآخر فوجب أن يستويا في اليمين ، لأستوائهما في الإنكار .

إذا ثبت هذا فإنهما إذا تحالفا فإن التحالف يقتضى فسخ العقد ، إلا أنه لا يمكن ههنا أن يفسخ الخلع ؛ لأنه لا يلحقه الفسخ فيسقط العوض المسمى في العقد ، ويرجع عليها بمهر مثلها كالتبايعين إذا اختلفا بعد هلاك السلعة .

أما في القانون : لم تتطرق معظم قوانين الأحوال الشخصية المغربية إلى أحكام هذه الحالة ، مما يستدعي الرجوع إلى نصوص مواد الإحالة في كل قانون<sup>(8)</sup> والتي تحيل إلى أحكام الفقه .

إلا أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي ، تناولا حكم اختلاف الزوجين في بدل الخلع ، وأعطى كل منهما السلطة للقاضي في تحديد هذا البدل وفقا لشروط ومعايير معينة ، ولم يأخذوا بقاعدة البينة على

(1) نظام الدين ، الفتاوى الهندية 1 / 605 .

(2) محمد عيش ، منح الجليل 4 / 32 .

(3) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 360 وما بعدها .

(4) سبق نخرجه انظر الصفحة 36 .

(5) محمد عيش ، منح الجليل 4 / 32 .

(6) موهب الدين بن قدامة ، المعنى 8 / 230 .

(7) البهوتي ، المجموع 17 / 53 وما بعدها - الماوردي ، الخاوي الكافي 10 / 87 .

(8) انظر : قانون الزواج والطلاق وأثارها اللبني المادة : 72 - مذبوبة لأحوال الشخصية المغربية المادة : 311 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

المدعي واليمين على من المنكر ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري : « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تتخلى نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم » .

ونص المادة 120 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية : « إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، واختلفا في المقابل ، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما ، وإذا تعذر الصلح ، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله ، مراعية في ذلك مبلغ الصداق ، وفترة الزواج ، وأسباب طلب الخلع ، والحالة المادية للزوجة » .

### الفرع الثاني

#### التنازع في ملتزم البديل في الخلع

الخلع قد يقع من الزوجة أو وليها ، أو شخص أجنبي ؛ لأنه يصح الخلع مع الأجنبي ، بغير إذن المرأة ، مثل أن يقول الأجنبي للزوج : طلق امرأتك بألف علي ، وهذا قول أكثر أهل العلم<sup>(1)</sup> .

فإن كان الخلع من الزوجة لا يثور خلاف في مثل هذه الحالة على اعتبار أنها هي من سيلتزم ببديل الخلع .

أما إذا كان الخلع من غيرها ، وافقت مع الزوج على أصل الخلع ، وكذلك على أصل بدله وقدره وصفته وجنسه ، ولكن وقع التنازع بينهما في ملتزمه . فإما أن تقر المرأة للزوج بالبعوض وتدعي أنه قد ضمنها فيه فلان للزوج ، أو تدعي أنه في ذمة غيرها ، أو تدعي أن غيرها هو الذي خالعهها بعوض عليه في ذمته<sup>(2)</sup> .

#### البند الأول - التنازع في ملتزم البديل في الخلع في الفقه :

من خلال ماتقدم يوجد ثلاث مسائل في هذه الحالة :

أولا - ادعاء المرأة ضمان الغير للبديل : إذا اتفق الزوجان على وقوع الخلع بينهما ، وأنه وقع على عوض قدره كذا ، فطالبها الزوج به ، فادعت أنه ضمنه فلان له عنها .

(1) الشيرازي ، المهدد 2 490 - موفق الدين بن قدامة . المعني 8 / 214 .

(2) جمال عبد الوهاب عبد الغفار الخلفي . مرجع سابق ص 204 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

في هذه الحال قال الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> أن للزوج الحق في مطالبتها به ، أي : بدل الخلع ، ولزمها ذلك البديل لإقرارها به ؛ لأنها تدعي الضمان وهذا لا يبرؤها من مطالبتها به ؛ لأن الضمان زيادة وثيقة لا يبرأ به المضمون عنه ، بل لصاحب الحق مطالبة المضمون عنه بالحق ؛ لأن الضمان ليس مانعا من المطالبة ، والأجنبي المدعى عليه الضمان لا يلزم بشيء مما ادعته عليه الزوجة إلا إذا أقر لها بذلك الضمان .

وقد ذهب الحنفية والمالكية إلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ويستنبط ذلك من خلال القواعد العامة في مذاهبيهم ، وذلك من خلال الحديث عن أحكام الكفالة .

جاء في البدائع : « والطلب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل ؛ لأنها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين ؛ لأنها في معنى الحوالة أيضا . . . . ؛ لأن الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين ، والبراءة تنافي الضم ؛ ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لأن تغاير الأسماء دليل تغاير المعاني في الأصل ، وأيهما اختار مطالبتة لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبتة»<sup>(3)</sup> .

وقال مالك في أحد قوليهِ : « ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه »<sup>(4)</sup> . وهو المشهور في المذهب .

ثانيا - ادعاء المرأة قبول الزوج للبديل على ذمة الغير : إذا اتفق الزوجان على وقوع الخلع ، وعلى العوض ، ولكن ادعت المرأة أن الزوج قبل الخلع بألف على فلان ، فالعوض يكون للزوج في ذمة فلان ، ولا شيء له في ذمتها ، وقال الزوج بل قبلت بألف لي في ذمتك<sup>(5)</sup> .

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : ذهب الشافعية<sup>(6)</sup> في قول ، والحنابلة<sup>(7)</sup> إلى أن القول قول الزوج بيمينه ؛ لأن الاصل في بدل الخلع أن يكون في ذمة المختلعة ، فإذا ادعت كونه في ذمة غيرها لم تسمع دعواها على هذا الغير ؛ لأن الأصل عدم انتقال البديل عن ذمتها ؛ ولأنها أقرت بالخلع فيلزمها بدله .

(1) الشوازي ، المهذب 499/2 .

(2) مرقع الدين بن قدامة ، المغني 8 / 230 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع 4 / 612 .

(4) ابن رشد ، بداية العتهد 2 / 240 .

(5) جمال عبد الوهاب عبد العمار الحسي ، مرجع سابق ص 205 .

(6) البوي ، روضة الطالبين 6 / 416 .

(7) الهوت ، شرح منتهى الإرادات 5 / 360 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

القول الثاني : ذهب الشافعية<sup>(1)</sup> في قول آخر لهم أن القول قول الزوجة بيمينها ؛ لأن الزوج يدعي أن له شيئا ثابتا في ذمتها وهي تنكر ، فكان اليمين عليها ؛ لأن الأصل براءة ذمتها مما يدعيه الزوج .

القول الثالث : ذهب الشافعية في قول ثالث لهم أنه يجب مهر المثل في هذه الحالة دون تحالف<sup>(2)</sup> .

القول الرابع : ذهب الشافعية<sup>(3)</sup> في قول رابع لهم وهو الأصح في المذهب ، إلى أنهما يتحالفان وله مهر المثل في ذمتها ؛ لأن الزوج يدعي العوض في ذمتها ، وهي تدعي أن العوض في ذمة غيرها ، وما في ذمتها مغاير عن ما في ذمة غيرها ، وإن كان كل ذلك في ملكها ، فكانت هذه الحالة كاختلافهما في صفة أو مقدار أو جنس بدل الخلع .

الرأي المختار : ومن خلال استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة ، أرى أن المذهب المستحق للترجيح هو المذهب الأول بقبول قول الزوج بيمينه لما يأتي :

أولا : لأن الأصل في العوض أن يكون في ذمة الزوجة فهو مدع الأصل .

ثانيا : أن الزوجة تقر بالعوض وتدعي أنها أحالته به على دين لها عند شخص آخر ، وهو ينكر فيكون القول قوله .

ثالثا - ادعاء المرأة أن الغير هو من قام بخلعها على مال في ذمتها : إذا ادعى الزوج أنه خالع زوجته على ألف ، فأنكرت هي ذلك وادعت أن غيرها هو الذي خالعه على ألف في ذمتها .

ذهب فقهاء الشافعية<sup>(4)</sup> ، والحنابلة<sup>(5)</sup> إلى أن القول في هذه الحالة قول الزوجة بيمينها ؛ لأنها منكرة ، ولا يثبت للزوج عليها شيء ، ولا يقبل قولها على الغير بأنه خالع عنها ، ويقع الطلاق بينهما بائنا ؛ لأنه مقر بخلعها على ألف استحقتها عليها .

فإن قيل : فإذا لم يحصل له العوض بالحدود ، فينبغي أن لا يلزمه الطلاق بالإقرار ، كما لو ادعى أنه باع شيئا على زيد بألف وأنكره زيد لم يزل ملكه عن ذلك الشيء ، وإن اعترف ببيعه على زيد ؛ لأن الثمن لم يحصل بحدود زيد .

أجيب : بأن الفرق بينهما أن البيع لا ينفك عن الثمن ، فإذا لم يحصل له الثمن يلزمه البيع ،

(1) النووي ، روضة الطالبين 6 / 414 .

(2) المصدر نفسه ، 6 / 414 .

(3) ابن تيمية ، الحاوي الكبير 10 / 38 .

(4) المصدر نفسه ، 10 / 38 .

(5) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات 5 / 360 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

والطلاق قد ينفك عن العوض ، فجاز أن يلزمه الطلاق ، وإن لم يحصل له العوض<sup>(1)</sup>.

**البند الثاني - التنازع في ملتزم البديل في الخلع في القانون :** لم يأتي نص في أي قانون من قوانين الأحوال الشخصية المغاربية يشير على هذه المسألة ، ومنه يجب الرجوع إلى مواد الإحالة في كل قانون<sup>(2)</sup>، والتي تحيل إلى أحكام الفقه في حالة عدم النص على حكم مسألة معينة في القانون .

### الفرع الثالث

#### التنازع في الإرادة في بدل الخلع

في هذه الحالة يتفق الزوجان على بدل الخلع ، ولكنهما يتنازعان في إرادتهما له ، مثال على ذلك : اتفق الزوجان على أن البديل في الخلع هو ألف درهم ، ثم اختلفا فقال الزوج : أردنا الدراهم النقرة<sup>(3)</sup> ، وقالت الزوجة بل أردنا الفلوس .

أو اتفقا على وقوع الخلع بينهما على ألف ، فقال الزوج ألف دينار ، وقالت هي ألف درهم .

#### البند الأول - التنازع في الإرادة في بدل الخلع في الفقه :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

**أولا - وجوب مهر المثل أو المسمى :** ذهب بعض الشافعية<sup>(4)</sup> إلى أنه يجب مهر المثل ، وذهب بعض الحنابلة<sup>(5)</sup> إلى أنه يجب المسمى ؛ لأن اختلاف الزوجين في البديل يجعله مجهولا ، فيجب المسمى في عقد النكاح أو مهر المثل .

**ثانيا - يتحالف الزوجان ويثبت مهر المثل :** ذهب الشافعية<sup>(6)</sup> على الأصح في المذهب إلى أنهما يتحالفان ويقع الطلاق باثنا ، ويحكم للزوج على الزوجة بمهر المثل ، وجواز ذلك ؛ لأنه قد يكون بينهما من أمارات الأحوال ما تدل على ضمائر القلوب كالأحوال .

**ثالثا - الرجوع إلى غالب نقد البلد :** ذهب الحنابلة<sup>(7)</sup> إلى أنه يرجع في هذه الحالة إلى غالب نقد

(1) الماوردي ، الحاوي الكبير 38/10 وما بعدها .

(2) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون الزواج والطلاق وأثارهما الليي المادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية المادة : 311 .

(3) والنقرة من الذهب والفضة القطعة المذابة وقيل هو ما سبب منجمها والنقرة السيكة والجمع نقر والنقار النقاش التهذيب اندي بفش الركب واللحم ونحوها . ( ابن منظور ، لسان العرب باب نقر 6 4519 )

(4) البوي . روضة الطالبين 6 : 413 .

(5) موسى الدين بن قدامة ، المعني 8 : 230 .

(6) الماوردي ، الحاوي الكبير 37/10 وما بعدها - البوي ، روضة الطالبين 6 : 413 .

(7) موسى الدين بن قدامة ، المعني 8 : 230 .

## الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي

البلد ؛ لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية ، ووجب الألف من غالب نقد البلد ، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العقد .

الراي المختار : هو القول الثالث ؛ لأن العوض وإن كان مجهولا ، فإن جهالته لا تمنع صحة العقد عليه ؛ لأنها يسيرة وهي كجهالة الإطلاق في العقد .

والرجوع إلى غالب نقد البلد في الحالة المتعارف عليها عند عدم التعيين ، ويعمل عليها حسما للتراز (1) .

وهناك حالة يجب الإشارة إليها في مسألة التنازع في الإرادة في بدل الخلع ذكرها الشافعية (2) في كتبهم وهي أنه لو توافقا ، أي : الزوج والزوجة على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس ، وقال بل أردت النقرة أيضاً حصلت البيونة لانتظام الصيغة ومواخذة لها ، وتصديق هي بيمينها ، فإذا حلفت فلا شيء عليها ؛ لأنها نفت بيمينها النقرة ونفى هو الفلوس ؛ ولأن الاختلاف حاصل في إرادتهما ، ولا يمكن الاطلاع على ذلك إلا منها ، فكان القول قوفاً بيمينها .

ولو توافقا على أنها أرادت الفلوس ، وقال هو أنا أردت النقرة ولا فرقة للمخالفة ، فقالت بل أردت الفلوس أيضاً وبنيت منك ، حصلت البيونة ظاهراً لاتفاق اللفظين ، وهل للزوج مهر المثل ؟ في المذهب قولان : الأول : نعم للبيونة ظاهراً . والثاني : لا لإنكاره البيونة وعوضها . ورجح النووي القول الثاني بقوله : « قلت هذا الثاني هو الأصح » (3) .

**البند الثاني - التنازع في الإرادة في بدل الخلع في القانون :** لم يتطرق أي من القوانين الشخصية المغاربية لحكم مثل هذه الحالة ، فيزرم على القاضي الرجوع إلى مواد الإحالة (4) ، والتي تحيله على أحكام الفقه .

(1) جمال عبد الوهاب عبد الضفار اهلقى ، مرجع سابق ص 209 .

(2) النووي ، روضة الطالبين 6 / 413 .

(3) المصدر نفسه 6 / 414 .

(4) انظر : قانون الأسرة الجزائري المادة 222 - مدونة الأسرة المغربية ، المادة : 400 - قانون بروج والطلاق وأثارها النسبي المادة : 72 - مدونة الأحوال الشخصية النورينانية المادة : 311 .

## الخاتمة

بعد هذه الدراسة المطولة لأهم موضوع من مواضيع الأحوال الشخصية ، والذي أعتبره الركيزة الأساسية في قضاء الأسرة ، فقد حاولت جهدي أن أبين أهم الأحكام التي تتعلق بموضوع النزاع بين الزوجين معتمداً من خلال ذلك على آراء فقهاء المذاهب الأربعة في الموضوع مع مقارنتها بما جاء في قوانين الأسرة المغاربية ، وآراء بعض الفقهاء والكتاب المعاصرين .

ولقد بينت من خلال المبحث التمهيدي أهم الشروط التي يجب توفرها في طرفي أي نزاع قضائي مركزاً من خلال ذلك على شروط النزاع بين الزوجين ، ولقد بينت أيضاً مسألة أعتقد أنها بالغة الأهمية بالنسبة للقضاة المتصدرين للفصل في الدعاوى المطروحة أمامهم ، ألا وهي كيفية التمييز بين المدعى والمدعى عليه ؛ لأنه بمعرفة من المدعى ومن المدعى عليه في أي نزاع سيعرف الطالب من المطلوب ومن يطالب بالبينة أو باليمين والدعوى التي يطالب المدعى عليه بجواها وغيرها ، مما سيؤدي بالقاضي إلى إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها .

ثم بينت في الفصل الأول أهم المسائل التي قد يتنازع فيها الزوجان متجنباً القضايا التي تحل اجتماعياً والتي يجالها علم النفس وعلم الاجتماع ، وأيضاً القضايا التي تحتاج إلى فتاوى فقهية فقط دون اللجوء إلى القضاء في حلها ، وركزت بشكل أساسي ومباشر على النزاعات التي ترفع إلى القضاء ، والتي تمس بشكل مباشر الجانب الشخصي في حياة الزوجين .

حيث بينت في المبحث الأول منه ما يتعلق بتنازع الزوجين في الزوجية ، وأهم المسائل المتعلقة بما كالعيوب وما يترتب عليها من أحكام عند التنازع بشأنها ، ثم تناولت بعد ذلك التنازع بشأن أهم أثر من أثار الزوجية ألا وهو النسب وما يتعلق بإثباته ونفيه ، وفي المبحث الثاني بينت ما يتعلق بتنازع الزوجين في فرق الزواج ، وأهم الآثار المترتبة عنها ، ثم بينت في المبحث الثالث ما يتعلق بتنازع الزوجين في الضرر وإثباته ، وأهم الأحكام والآثار المترتبة عن هذا التنازع .

ثم تناولت في الفصل الثاني التنازع الذي قد ينشأ بين الزوجين سواء أثناء الحياة الزوجية ، أو بعد الفرقة ، في الجوانب المالية للحياة الزوجية .

حيث بينت في المبحث الأول التنازع الذي قد ينشأ بين الزوجين حول مسألة المهر ، وكل ما يتعلق به ، ثم تناولت في المبحث الثاني موضوع التنازع بشأن متاع البيت وجهاز المرأة ، ثم بينت في المبحث الثالث بعد ذلك أهم الأحكام المتعلقة بالتنازع بشأن النفقة الزوجية وما يتعلق بها ، وأخيراً تناولت في المبحث الرابع موضوع التنازع الذي قد ينشأ بين الزوجين حول بدل الخلع بعد المخالعة والاتفاق عليهما .

وإن أهم ما خلصت إليه من خلال هذه الدراسة :

1 - أن أكثر الأحكام المتعلقة بمسألة التنازع بين الزوجين مصدرها العرف ، لذا تجعد الفقهاء يعتمدون على العرف في أكثر أحكامهم بهذا الشأن وخصوصا في جانب التنازع المالي ، والاعتماد على العرف في معالجة هذه المسائل يجعل منها قابلة للتغير بتغير الأعراف ، وأخص بالذكر ما يتعلق بالتنازع بين الزوجين حول متاع البيت خصوصا بعد خروج المرأة للعمل ومشاركتها للرجل في بناء البيت الزوجي وإعداده ، دون الأخذ بعين الاعتبار مسألة أخذ الوثائق الثبوتية التي تثبت ذلك ، على أساس أن الحياة قائمة بينهما على أساس من المودة والمكارمة وليس المشاحة .

2 - قصور الجانب التشريعي لقوانين الأحوال الشخصية المغربية في معالجة كثير من قضايا التنازع بين الزوجين ، والاعتماد على الإحالة لأحكام الفقه ، وهذا مما سيجعل القاضي في حيرة مع اختلاف آراء الفقهاء في كثير من المسائل ، وحتى وإن قصر القانون الإحالة على فقه معين بذاته ، فالتكوين الشرعي للقضاة قاصر على الإحاطة بما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسائل .

3 - أن ضعف الوازع الديني ، وقلة الزاد الفقهي للأشخاص هو الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى التنازع والتخاصم ؛ لأنه ولا بد أن في أي مسألة من مسائل التنازع بين الزوجين من مصيب ومن مخطن ، فمن كان خطأه مبني على اجتهاد فهذا لضعف في تكوينه ومعرفة أهم الأحكام الشرعية المتعلقة بذلك ، وإن كان عن عمد فذلك لضعف في الوازع الديني للشخص .

وعليه فإن كان لي من التوصيات والمقترحات فإني أوصي بما يلي :

1 - ضرورة إعادة النظر في تشريعات الأحوال الشخصية مما يجعلها مستوعبة لأكثر مسائل التنازع ، وذلك من خلال تقنين الأحكام الفقهية المتعلقة بهذه المسائل ، حتى يسهل على القاضي الوصول إلى الحكم السليم في المسألة .

2- ضرورة التكوين الفقهي الجيد للقضاة الذين يتصدرون للفصل في مسائل التنازع المتعلقة بجانب الأحوال الشخصية ، وخصوصا منها مسائل التنازع بين الزوجين .

3 - العمل على إيجاد وإنشاء قضاء متخصص للأحوال الشخصية ، يحكمه قضاة متخصصون في هذا المجال ، وأرى ان يكونوا ذوي خبرة كبيرة في مجال القضاء ، وليسوا ممن يتخرجون حديثا من مدارس القضاء .

4 - إدراج مقياس جديد في مدارس القضاء عند تعذر إقامة قضاء متخصص يعني بدارسة مسائل التنازع بين الزوجين خاصة ، ومسائل الأحوال الشخصية الأخرى .

5 - العمل على نشر الوعي الديني والفقه بين أفراد المجتمع للتقليل من الخصومات والتراعات التي يكون مبعثها الهوى أو قلة الفقه ، وذلك عن طريق استغلال الوسائل المتاحة من إعلام ، ومؤسسات مؤهبة لذلك كالأجاعات والمساجد ، والجمعيات التي تهتم بشؤون الأسرة والمجتمع . وذلك عن طريق إقامة



ملتقيات ودورات توعوية بهذا الجانب المهم من الحياة .

وأخيرا وليس آخرا أسأل الله تعالى أن يوفقني لخدمة هذه الأمة وهذا الدين العظيم إنه ولي ذلك والقادر عليه ، وأن يجعل عملي ذخرا لي ولوالدي إلى يوم الدين .

﴿ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾

## فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
59	189	﴿ يسألونك عن الأهل قل هي مواقيت ... ﴾	البقرة
133 - 174 - 175 - 176	228	﴿ ولا يحل لهن أن يكفنن ما خلق الله في أرحامهن ... ﴾	
175 - 155	228	﴿ والمطلقات يربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ... ﴾	
161 - 158	228	﴿ ويعولنن أحق بردهن ... ﴾	
181	228	﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾	
158 - 157 - 134 - 116	229	﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح ... ﴾	
322	229	﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتوهن شيئا إلا ... ﴾	
134	230	﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح ... ﴾	
158 - 156 - 116	231	﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن ... ﴾	
156 - 155	231	﴿ ولا تنسكوهن ضرارا تعتدوا ﴾	
293 - 288 - 285 - 77 - 298 - 296	233	: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾	
231 - 214	236	﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ... ﴾	
230	237	﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم ... ﴾	
305	273	﴿ تعرفهم بسيماهم ﴾	
85	282	﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾	
116	282	﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾	
176	283	﴿ ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾	
263	4	﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ... ﴾	
285	19	﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾	

229	20	﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ...﴾	
229	21	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ...﴾	
220-219-218	24	﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ...﴾	
220-218-217	25	﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً...﴾	
195	29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	
185	34	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ...﴾	
184	34	﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ...﴾	
199-198-192	35	﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغُوا...﴾	
3	59	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ...﴾	
152	105	﴿إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعاً...﴾	المائدة
20 - 15	199	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾	الأعراف
3	46	﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَتَازَعُوا...﴾	الأنفال
305	46	﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾	التوبة
182	12	﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ...﴾	يونس
306	26	﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ﴾	يوسف
278	100	﴿إِذَا لَأْمَسْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾	الإسراء
49	30	﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ السَّمَاوَاتِ...﴾	الأنبياء
217	33	﴿وَلَيْسَتَعْتَفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً﴾	النور
75	54	﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ...﴾	الفرقان
290	21	﴿وَمَنْ آتَاهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً...﴾	الروم
92	34	﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي أَنْرْحَامِ﴾	لقمان

231-158	49	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ... ﴾	الأحزاب
278	47	﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ انْفَعُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ ﴾	يس
11	26	﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ ... ﴾	ص
182	34	﴿ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ ... ﴾	فصلت
77	15	﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾	الأحقاف
4	23	﴿ يَتَنَزَّعُونَ فِيهَا كَأَسَا لَ لِعُوقِهَا وَلَا تَأْتِيهِمْ ﴾	الطور
86	34	﴿ وَقُرْشٌ مَرْفُوعَةٌ ﴾	الواقعة
117-115	1	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ ... ﴾	الطلاق
117-115	2	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ... ﴾	
285	6	﴿ أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾	
297	6	﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾	
-296-295-287 306-297	7	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ... ﴾	
152	8	﴿ إِنَّ إِلَى رَبِّكَ الرَّجْعَى ﴾	العلق

## فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الرقم	الحديث	الصفحة
1	أيما امرأة أدخلت على قوم ...	74
2	أيما رجل جحد ولدا ...	74
3	ألا إن العارية مؤداة ...	268
4	ألم تسمعي ما قال مجزر ...	93-92
5	التمس ولو خائفا من جديد	219
6	أن امرأة ثابت بن قيس ...	322-321
7	إن جاءت به أصيهب ...	93
8	إن الزمان قد استدار	59
9	إني أنكحتها بما معك من القرآن	220 - 219
10	إني طلقت امرأتي البتة ...	121
11	إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت من فرجها ...	110
12	أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق ...	226
13	أن تطعمها إذا طعمت ...	301 - 286
14	أتاه رجل وقال أنا أسود ...	105 - 92
15	إذا ادعت المرأة طلاق زوجها ....	120
16	إذا تقاضى إليك رجلان ...	10
17	إذهب فلا سبيل لك عليها	110
18	البينة على المدعي ...	-274-133-37-36 326
19	جاء هلال بن أمية إلى رسول الله ﷺ ...	94
20	وإن حقهن عليكم أن تحسنوا ...	296
21	واضربوهم على الصلاة لعشر ...	80
22	الولد للفراش ...	108-86-85-78
23	واتقوا الله في النساء ...	301-293
24	ولكن اليمين على المدعي عليه	251-120
25	ولكن اليمين على من أنكر ..	120-20
26	يولد كل مولود أحمر ...	305
27	لا مهر دون عشرة دراهم	218

109	لا سبيل لك عليها	28
196-182	لا ضرر ولا ضرار	29
15	ما رآه المسلمون حسنا ...	30
229	من كشف حمار امرأته ...	31
111-110	التلاعنان لا يجتمعان ...	32
268	على اليد ما أخذت ...	33
63	فر من المجدوم ...	34
309	قال في الرجل لا يجد ما ينفقه ...	35
240	توفي رجل منا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه ...	36
64	تزوج امرأة من بني بياضة ...	37
154	ثلاث جدهن جد ...	38
-295-293-287-286 301-297	خذي ما يكيفك وولدك ...	39

القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الأعلام الذين وردت ترجمتهم

الصفحة	الشخصية	الرقم
319-173-80	أبو بكر الإسكافي	1
309	أبو هريرة	2
-247-236-228-178-170-126-120-109-60-36-11 282-273	أبو يوسف	3
257-253	أبو الليث	4
94	أبوموسى الأشعري	5
293	أبو سفان بن حرب	6
34	أبو عمران	7
240	أبو قتادة	8
139	ابن أبي ليلى	9
177	ابن بنت الشافعي	10
278-79	ابن الهمام	11
302	ابن الهندي	12
291-163	ابن وهب	13
68	ابن الحاجب	14
160	ابن حامد	15
288	ابن حبيب	16
320	ابن حجر	17
164	ابن حزم	18
62	ابن يونس	19
165-156	ابن كثير	20
102	ابن المبارك	21
242	ابن المواز	22
136	ابن محرز	23
111-63	ابن مسعود	24
89-36	ابن نجيم	25
304	ابن سهل	26

145	ابن سيرين	27
59	ابن سماعة	28
257-254	ابن عابدين	29
106-94-93-77	ابن عباس	30
167-166-157	ابن العربي	31
302-279-101-68-48	ابن عرفة	32
317-304-288-191-142-140-103-61-55	ابن القاسم	33
322-285-229-43	ابن قدامة	34
109-106-87-86-79-76-52-15	ابن القيم	35
304-190-78-61	ابن رشد	36
300-299-87-86-79-52	ابن تيمية	37
179	الأوزاعي	38
94-93	أنس بن مالك	39
93-92	أسامة بن زيد	40
241-61	أصبغ	41
175	أشهب	42
295-287	الأذري	43
260	الأزهري	44
61	الباجي	45
279	البهوتي	46
308	بهرام	47
226	بروع بنت واشق	48
65	البغوي	49
240	جابر بن عبد الله	50
183-55	الدردير	51
109-107-94-93	هلال بن أمية	52
301-297-295-293-287-286	هند بنت عتبة	53
157	الزجاج	54
135	الزهري	55



92	زيد بن حارثة	56
227	زيد بن ثابت	57
163-162-127-110-109	زفر	58
230	زرارة بن أوفى	59
286	حكيم بن معاوية القشيري	60
234	الحلواني	61
94	حنبل	62
145	الحسن البصري	63
165	الطبري	64
230-58	الطحاوي	65
322-296-244-160	الكاساني	66
143	كعب بن مالك	67
296-247-288-58	الكرخي	68
179	الليث	69
302-299	اللخمي	70
294-255-175-43-29	الماوردي	71
93-92	بجزز المدلجي	72
220	الزبي	73
-111-110-103-87-86-79-64-63-60-36-35-20-11 -220-178-177-174-171-170-162-131-126-120 -296-290-278-272-249-248-247-236-228-224 306	محمد بن الحسن الشيباني	74
81	محمد بن عجلان	75
226	معقل بن سنان	76
133	المرداوي	77
191-190	المتيطي	78
226	نافع	79
331-295-287-70	النووي	80
135	النخعي	81
304-135-58-37-32	سحنون	82

17	سعيد بن المسيب	83
247-63-21	السرخسي	84
226-218-121	عبد الله بن عمر	85
80	عبد الله بن عمرو بن العاص	86
110-104	العجلاني	87
321-192-166	عطاء	88
304	عياض	89
80	عمرو بن العاص	90
219	الضميري	91
137-30-22	القراقي	92
165-156-155	القرطبي	93
306-285 -247-156-116-4	الرازي	94
294	الرافعي	95
297	الشرازي	96
176-58	شريح	97
55	التائي	98
323-322-321	ثابت بن قيس	99
4	النعالي	100
11	خواهر زادة	101
155	الخطيب الشريبي	102
71-65-55-36	خليل	103
173-67-66-46	الخرقي	104
314	الخرشي	105

## فهرس المصادر والمراجع

### قائمة المصادر :

#### القرآن الكريم

#### التفاسير وعلوم القرآن :

- ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي .  
1- تفسير القرآن العظيم ، تحقيق سامي بن محمد سلامة ، دار طيبة ، الطبعة الثانية 1999 .  
ابن عاشور ، محمد الطاهر .  
2- التحرير والتنوير ، الدار التونسية ، تونس ، طبعة سنة 1984 .  
ابن العربي ، محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو بكر .  
3 - أحكام القرآن ، ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .  
الزمخشري ، جار الله أبي القاسم محمود بن عمر .  
4 - تفسير الكشاف ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ومن معه ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1998 .  
الطبري ، محمد بن جرير .  
5 - جامع البيان في تأويل القرآن ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، 2000 .  
القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر .  
6- الجامع لأحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، طبعة 1985 .  
الرازي ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي .  
7 - أحكام القرآن ، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 .  
8 - تفسير الرازي مفاتيح الغيب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1981 .  
الشنقيطي ، محمد الأمين .  
9 - أضواء البيان ، دار عالم الفوائد ، المملكة العربية السعودية دت .  
التهالبي ، أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف .  
10- الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، تحقيق علي محمد معوض ومن معه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1997 .

#### كتب الحديث وشروحه :

#### كتب الحديث :

- أبو داوود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي .  
11 - سنن أبي داوود ، دار بن حزم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1997 .

- ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد الكوفي العبيسي .
- 12 - المصنف ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1988 .
- ابن أنس ، أبو عبد الله مالك .
- 13 - الموطأ ، رواية محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، طبعة وزارة الأوقاف ، مصر ، الطبعة الرابعة 1994 .
- ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي السبتي .
- 14 - صحيح بن حبان ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1993 .
- ابن حنبل ، أحمد بن محمد الشيباني .
- 15 - المسند ، دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1995 .
- ابن ماجه ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني .
- 16 - سنن بن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ، دت .
- ابن خزيمة ، أبو بكر بن محمد اسحاق السلمي النيسابوري .
- 17 - صحيح بن خزيمة ، تحقيق محمد مصطفى الاعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1970 .
- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي .
- 18 - السنن الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .
- البخاري ، محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة .
- 19 - الجامع الصحيح ، تحقيق محب الدين الخطيب ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى 1403 هـ .
- الدراقطني ، علي بن عمر .
- 20 - سنن الدراقطني ، تحقيق شعيل الأرنؤوط ومن معه ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2004 .
- الدارمي ، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل .
- 21 - سنن الدارمي تحقيق حسين سبيم أسد الداراني ، دار المغني ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 2000 .
- الحاكم ، أبو عبد الله النيسابوري .
- 22 - المستدرک علی الصحیحین ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دت .
- الطبراني ، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم .
- 23 - المعجم الأوسط ، تحقيق طارق بن عوض الله و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، دار الحرمين ، القاهرة ، مصر ، طبعة سنة 1415 هـ .
- 24 - المعجم الكبير ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد ، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ، العراق ، الطبعة الثانية 1983 .
- مسلم ، مسلم بن حجاج القشيري .
- 25 - صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .
- النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب .
- 26 - السنن الكبرى ، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1991 .

- الصنعاني ، أبي بكر عبد الرزاق بن همام .  
 27 - المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1972 .  
 الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة .  
 28 - سنن الترمذي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، الطبعة الثانية ،  
 1968 .

### شروح الحديث :

- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني .  
 29 - فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار السلام ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الثالثة ، 2000 .  
 النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف .  
 30 - شرح صحيح مسلم ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000 .  
 الساهرنفوري ، خليل أحمد .  
 31 - بذل المجهود في حل أبي داوود ، مع تعليق الكاندهلوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، د ت .

### المعاجم اللغوية :

- أبو حبيب ، سعدي .  
 32 - القاموس الفقهي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ، 1988 .  
 ابن منظور ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر المصري .  
 33 - لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه ، دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، د ت .  
 الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، الصحاح في اللغة .  
 34 - دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة ، 1990 .  
 الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني .  
 35 - تاج العروس ، تحقيق مصطفى حجازي ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ، الطبعة الأولى ، 2001 .  
 الفراهيدي ، خليل بن أحمد .  
 36 - كتاب العين ، تحقيق مهدي المخزومي و ابراهيم السامرائي ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى  
 1988 .  
 قلعجي ، محمد .  
 37 - معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1988 .  
 مجمع اللغة العربية .  
 38 - مجمع اللغة العربية ، المعجم الوجيز ، وزارة التربية والتعليم ، مصر ، طبعة 1994 .  
 39 - مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، الطبعة الرابعة ، 2004 .

## كتب المذاهب الفقهية :

### الفقه الحنفي :

- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد .  
40 - شرح فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .  
ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد .  
41 - البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، تحقيق أحمد عزو عناية دمشقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،  
الطبعة الأولى 2002 .  
ابن عابدين ، محمد أمين .  
42 - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، المعروف بحاشية ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ،  
لبنان ، طبعة 1995 .  
ابن عابدين ، محمد علاء الدين .  
43 - حاشية قرّة عيون الأختيار تكملة رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة سنة 1995 .  
البابرتي ، أكمل الدين محمد بن محمود .  
44 - العناية شرح الهداية بحاشية شرح فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .  
الحصفي ، محمد بن علي بن محمد علاء الدين .  
45 - الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1995 .  
الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود .  
46 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،  
لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000 .

### نظام الدين

- 47 - الفتاوى الهندية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2002 .  
السمرقندي ، علاء الدين محمد .  
48 - تحفة الفقهاء دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1994 .  
السرخسي ، أبو بكر محمد بن سهل .  
49 - المبسوط ، تحقيق سمير مصطفى رباب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2002 .

### الفقه المالكي :

- ابن أنس ، أبو عبد الله مالك .  
50 - المدونة ، رواية سحنون عن ابن القاسم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1994 .  
ابن جزري ، أبو القاسم محمد بن أحمد .  
51 - القوانين الفقهية ، المكتبة نعصرية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000 .  
ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري .  
52 - الاستذكار ، تحقيق عبد معطي أمين قلنجي ، دار قتيبة ، دمشق سوريا ، الطبعة الأولى 1993 .

- ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد .
- 53 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان طبعة 1995 .
- البغدادي ، القاضي أبو محمد عبد الوهاب .
- 54 - المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حميش عبد الحق ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1999 .
- الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة .
- 55 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2003 .
- الدردير ، أبو البركات أحمد .
- 56 - الشرح الكبير ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، لبنان ، دت .
- الونشريسي ، أبو العباس أحمد بن يحيى .
- 57 - المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب ، نشر وزارة الأوقاف ، المملكة المغربية ، طبعة سنة 1981 .
- الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف .
- 58 - شرح الزرقاني على الموطأ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2004 .
- الخطاب ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي .
- 59 - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1398 هـ .
- المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري .
- 60 - التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .
- النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي .
- 61 - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1415 هـ .
- العدوي ، علي بن احمد الصعيدي .
- 62 - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، دار المعرفة ، الدار البيضاء ، المغرب ، الطبعة الاولى ، 1998 .
- عليش ، أبو عبد الله محمد بن أحمد .
- 63 - منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1998 .
- الفاسي ، محمد بن أحمد ميارة .
- 64 - شرح ميارة الفاسي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .
- الصاوي ، أحمد بن محمد الخلوي .
- 65 - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، تحقيق محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1995 .
- القراقي ، شهاب الدين احمد بن إدريس .
- 66 - الذخيرة ، تحقيق سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994 .
- الرصاص ، أبو عبد الله محمد الأنصاري .
- 67 - شرح حدود بن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجنان و الطاهر المعسوري . دار الغرب الإسلامي ، بيروت . لبنان ، الطبعة الأولى 1993 .

الشاطبي ، القاسم بن فيرة بن خلف بن أحمد ، أبو محمد الرعيني الأندلسي .

68 - الموافقات ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .

خليل ، خليل بن إسحاق الجندي .

69 - مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1995 .

الخرشي ، محمد بن عبد الله المالكي .

70 - شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .

### الفقه الشافعي :

الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا .

71 - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 .

البحراني ، سليمان بن محمد بن عمر الشافعي .

72 - حاشية البحراني على الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1996 .

البكري ، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي .

73 - إعانة الطالبين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1997 .

الخصني ، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني .

74 - كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار ، تحقيق ، كامل محمد محمد عويضة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،

طبعة سنة 2001 .

الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري .

75 - الحاوي الكبير ، تحقيق علي محمد معوض ومن معه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ،

1994 .

76 - كتاب النفقات ، تحقيق عامر سعيد الزبياري ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 .

المزني ، أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المصري .

77 - مختصر المزني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1998 .

النووي ، أبو زكريا يحيى الدين يحيى بن شرف .

78 - المجموع شرح المهذب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .

79 - منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق محمد محمد طاهر شعبان دار المنهاج ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى

2005 .

80 - روضة الطالبين وعمدة المفتين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1995 .

السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن .

81 - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1983 .

الروياتي ، أبو المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل .

82 - بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي ، تحقيق أحمد عز وعناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي

بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2002 .



- الرملي ، أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير .  
 83 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2005 .  
 الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس .  
 84 - الأم ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1980 .  
 الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي .  
 85 - المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1995 .

- الشرواني ، عبد الحميد .  
 86 - حواشي الشرواني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .  
 الخطيب ، محمد بن أحمد الشريبي .  
 87 - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى دت .  
 الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد .  
 88 - الوسيط في المذهب ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام ، الغورية ، مصر ، الطبعة الأولى 1997 .

### الفقه الحنبلي :

- ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد .  
 89 - المبدع شرح المقنع ، دار علم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، طبعة سنة 2003 .  
 ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد .  
 90 - الكافي ، تحقيق عبد الله بن محسن التركي ، دار هجر للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزيرة ، مصر ، الطبعة الأولى 1997 .  
 91 - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1405 هـ .  
 ابن قدامة شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد .  
 92 - الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .  
 ابن القيم ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر .  
 93 - زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق أسامة بن محمد الجمال ، دار أبو بكر الصديق ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2005 .  
 94 - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1995 .  
 ابن تيمية ، أبو العباس أحمد ابن شهاب الدين عبد الحلیم ابن مجد الدين الحراني .  
 95 - مجموع الفتاوى ، تحقيق أنور الباز وعامر الجراح ، دار الوفاء ، الطبعة الثالثة 2005 .  
 البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس .  
 96 - شرح منتهى الإرادات ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن نتركي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى 2000 .  
 97 - كشف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1999 .

المرداوي ، علاء اليد أبو الحسن علي بن سليمان .

98 - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق مكتب دار إحياء التراث العربي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 .

### مذاهب أخرى :

ابن حزم ، علي بن أحمد .

99 - المحلى ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دت .

### قائمة المراجع :

أبو زهرة ، محمد .

100 - محاضرات في الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، دت .

101 - محاضرات في الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، دت .

الأزهر ، محمد .

102 - شرح مدونة الأسرة ، مطبعة دار النشر المغربية ، الدار البيضاء ، المغرب ، طبعة 2006 .

إبراهيم ، عبد الرحمن إبراهيم .

103 - الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى 1999 .

إبراهيمي ، محمد .

104 - الوجيز في الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2002 .

آث ملويا ، حسين بن الشيخ .

105 - المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، دت .

بوضرسة ، عبد الوهاب .

106 - الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي ، دار هومة ، بوزريعة الجزائر ، طبعة 2005 .

البكري ، محمد عزمي .

107 - موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود ، مصر ، دت .

بلحاج ، العربي .

108 - النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2004 .

109 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2004 .

110 - أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دت .

الهلقي ، جمال عبد الوهاب .

111 - الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، دت .

هندي ، أحمد .

112 - أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة 2002 .

الزحيلي ، وهبة .

113 - نظرية الضمان أو أحكام مسؤولية المدنية وإحتائية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، 1982 .

114 - الفقه الإسلامي وأدلتها ، دار الفكر ، دمشق سوريا ، الطبعة الثانية ، 1985 .

- الزحيلي ، محمد .
- 115 - التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ، 2002 .
- 116 - وسائل الإثبات في الشريعة ، كتبة دار البيان ، دمشق ، سوريا ، طبعة 1982 .
- زيدان ، عبد الكريم .
- 117 - المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 2000 .
- الزرقا ، مصطفى أحمد .
- 118 - المدخل الفقهي العام ن دار القلم دمشق سوريا ، الطبعة الأولى ، 1998 .
- 119 - الفعل الضار والضمان فيه ، دار القلم، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 1988 .
- ياسين ، محمد نعيم .
- 120 - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، 2005 .
- محجوب ، محمد علي .
- 121 - النظام القانوني للأسرة في التشريع الإسلامي ، المعهد العالي للدراسات الإسلامية ، مصر ، 2005 .
- نجا ، حسن و خالد عدنان .
- 122 - أحكام الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 1972 .
- سابق ، السيد .
- 123 - فقه السنة ، المكتبة العصرية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 2000 .
- سليمان ، علي علي .
- 124 - النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2004 .
- سنقوقة ، سائح .
- 125 - قانون الإجراءات المدنية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2001 .
- سعد ، عبد العزيز .
- 126 - الزواج والطلاق ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 1996 .
- فهمي، وجدي راغب .
- 127 - مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، 2001 .
- الصابوني ، عبد الرحمان .
- 128 - نظام الأسرة وحل مشكلاتها ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 2001 .
- شهبون ، عبد الكريم .
- 129 - شرح مدونة الاحوال الشخصية المغربية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، الطبعة الثالثة ، 2000 .
- شليبي ، محمد مصطفى .
- 130 - أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ، الثانية 1977 .

- شرف الدين ، عبد العظيم .
- 131- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الدار الدولية للإستثمارات الثقافية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى دت .
- تقية ، عبد الفتاح .
- 132 - مباحث في قانون الأسرة الجزائري ، نالة للنشر ، دت .
- خلوفي ، رشيد .
- 133 - قانون المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2005 .
- الحفيف ، علي .
- 134 - الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 1971 .
- الغندور ، أحمد .
- 135 - الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، الطبعة الثانية 1982 .
- الغرياني ، الصادق عبد الرحمن .
- 136 - الأسرة أحكام وأدلة ، منشورات جامعة الفاتح ، ليبيا ، الطبعة الثانية ، 1999 .

### كتب التراجم والسير :

- أبو المحاسن ، الحسيني .
- 137 - ذيل تذكرة الحفاظ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .
- ابن أبي الوفا ، عبد القادر القرشي .
- 138 - الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2005 .
- ابن أبي يعلى ، أبو الحسن محمد بن محمد .
- 139 - طبقات الحنابلة ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دت .
- ابن الأثير ، عز الدين أبو الحسن علي بن محمد الجزري .
- 140 - أسد الغابة في معرفة الصحابة ، تحقيق علي محمد معوض ومعه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دت .
- ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي السبتي .
- 141- ثقات ابن حبان ، دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد الدكن ، الهند ، الطبعة الأولى 1973 .
- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني .
- 142- تهذيب التهذيب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1984 .
- 143 - تقريب التهذيب ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1995 .
- ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي .
- 144 - البداية والنهاية ، تحقيق علي شيري ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى 1988 .
- ابن سعد ، محمد .
- 145 - طبقات ابن سعد ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1968 .

- ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله .
- 146 - الإستيعاب في أسماء الأصحاب ، مكتبة مصر ، الفحالة ، مصر ، دت .
- ابن فرحون ، إبراهيم بن علي المدني .
- 147- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دت .
- ابن خلكان ، أحمد بن محمد بن إبراهيم .
- 148 - وفيات الاعيان ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان الطبعة الأولى ، 1994 .
- الأدنوري ، أحمد بن محمد .
- 149 - طبقات المفسرين ، تحقيق صالح بن سبيمان الخزي ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1997 .
- الزركلي ، خير الدين .
- 150 - الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة عشر 2002 .
- كحالة ، عمر .
- 151 - معجم المؤلفين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .
- مخلوف ، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم .
- 152 - شجرة النور الزكية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2002 .
- المزي ، جمال الدين ابو الحجاج يوسف .
- 153 - تهذيب الكمال ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة 1985 .
- النجدي ، محمد بن عبد الله ، بن حميد .
- 154 - السحب الوابلة على ضرائح اختابله ، مكتبة الإمام أحمد ، مكة ، المملكة العربية السعودية ، دت .
- السبكي ، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي .
- 155 - طبقات الشافعية ، تحقيق محمود محمد الطناحي ، دار هجر ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الثانية ، 1413 هـ .
- العجلي ، أبو الحسن احمد بن عبد الله بن صالح .
- 156 - معرفة الثقات ، تحقيق عبد العليم عبد العظيم البستوي ، مكتبة الدار ، المدينة المنورة ، الطبعة الأولى 1985 .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي .
- 157 - طبقات الفقهاء ، تحقيق إحسان عباس ، دار الرائد العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1970 .
- الذهبي ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان .
- 158 - سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الأرنؤوط و معه ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة التاسعة 1993 .
- 159 - تذكرة الحفاظ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دت .
- الغزي ، تقي الدين بن عبد القادر التميمي .
- 160 - الطبقات السنية في تراجم الحنفية ، تحقيق عبد الفتاح محمد حلو مطابع الأهرام التجارية ، القاهرة ، مصر ، طبعة 1970 .

## الموسوعات :

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت

161- الموسوعة الفقهية ، مطبعة الوزارة ، الطبعة الثانية ، 2006 .

## المقالات :

واصل ، نصر فريد .

162 - البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 17 ، السنة الخامسة عشر ،

2004 .

السبيل ، عمر بن محمد .

163 - البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 15 ،

2002 .

عبد الواحد ، نجم عبد الله .

164- مدة الحمل ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثانية اعداد 04 .

القرة داغي ، علي محي الدين .

165 - البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 16 ، السنة الرابعة عشرة

2003 .

## القوانين :

- القانون المدني الجزائري .

- قانون الأسرة الجزائري .

- قانون الإجراءات المدنية الجزائرية .

- مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

- مجلة الحالة المدنية التونسية .

- المجلة المدنية التونسية .

- مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية .

- مدونة الأسرة المغربية .

- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية .

- قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي .

## القرارات :

- القرار رقم 07 ، من قرارات الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي ، رابطة العالم الإسلامي .
- قرار رقم : 34267 المؤرخ في 1984/12/03 ، المجلة القضائية ، السنة 1990 العدد 01 .
- قرار رقم 41560 المؤرخ في 1986/04/07 ، المجلة القضائية ، العدد 02 سنة 1989 ص 86 .
- قرار رقم 44058 بتاريخ 1987/01/12 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، السنة 1989 .
- ملف رقم 188707 قرار بتاريخ 1998/03/17 ، المجلة القضائية ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001 .
- قرار المجلس الأعلى بالمملكة المغربية رقم 117 المؤرخ في 1987/02/14 .

## فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة

- 2 مبحث تمهيدى : تعريف التنازع وبيان شروطه والتميز بين المدعى والمدعى عليه
- 3 المطلب الأول : تعريف التنازع وشروطه .
- 3 الفرع الأول : تعريف التنازع .
- 3 البند الأول : تعريف التنازع لغة .
- 4 البند الثانى : تعريف التنازع اصطلاحا .
- 5 البند الثالث : تعريف التنازع قانونا .
- 6 الفرع الثانى : شروط التنازع .
- 6 البند الأول : الشروط المتعلقة بطرفى التنازع ( المدعى والمدعى عليه)
- 12 البند الثانى : الشروط المتعلقة بالمدعى به ( المتنازع فيه)
- 17 المطلب الثانى : التميز بين المدعى والمدعى عليه
- 17 الفرع الأول : التميز بين المدعى والمدعى عليه فى الفقه
- 18 البند الأول : الأخذ بمعيار ترك الخصومة .
- 18 البند الثانى : الأخذ بمعيار من يخالف قوله الظاهر .
- 20 البند الثالث : المنكر هو المدعى عليه .
- 21 البند الرابع : المطالب بالحق هو المدعى والمدعى عليه المطالب .
- 22 البند الخامس : المدعى من يشتمل كلامه على إثبات ، والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي .
- 22 البند السادس : المدعى هو الطالب ، والمدعى عليه هو المطلوب .
- 23 الفرع الثانى : التميز بين المدعى والمدعى عليه فى القانون
- 26 **الفصل الأول : التنازع بين الزوجين فى الجانب الشخصى**
- 27 **المبحث الأول : التنازع فى الزواج وما يتعلق به**
- 28 المطلب الأول : التنازع فى الزوجية
- 28 الفرع الأول : شروط سماع دعوى الزوجية
- 29 البند الأول : وجوب ذكر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية
- 30 البند الثانى : عدم وجوب ذكر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية



- 31 البند الثالث : مذهب أهل القانون في وجوب ددر شروط العقد عند الإدعاء بالزوجية
- 31 الفرع الثاني : إثبات الزوجية عند التنازع فيها في الفقه
- 32 البند الأول : إثبات الزوجية بالإقرار .
- 34 البند الثاني : إثبات الزوجية بالبينة .
- 34 البند الثالث : إثبات الزوجية بالتسامع .
- 35 البند الرابع : إثبات الزوجية باليمين والنكول عنها .
- 38 الفرع الثالث : إثبات الزوجية عند التنازع فيها في القانون
- 38 البند الأول : في قانون الأسرة الجزائري .
- 39 البند الثاني : في مدونة الأسرة المغربية .
- 40 البند الثالث : في مجلة الأحوال الشخصية المغربية .
- 41 البند الرابع : في قانون الزواج والطلاق الليبي .
- 41 البند الخامس : في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية .
- 42 الفرع الرابع : حكم إنكار الزوج أو الزوجة الزوجية بعد ثبوتها
- 42 البند الأول : حكم إنكار الزوج .
- 43 البند الثاني : حكم إنكار الزوجة .
- 45 المطلب الثاني : التنازع في عيوب الزواج
- 45 الفرع الأول : أقسام العيوب
- 46 البند الأول : العيوب الخاصة بالرجال .
- 49 البند الثاني : العيوب الخاصة بالنساء .
- 51 البند الثالث : العيوب المشتركة بين الرجال والنساء .
- 51 البند الرابع : هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء .
- 53 الفرع الثاني : إثبات العيوب عند التنازع فيها
- 53 البند الأول : بالنسبة للعيوب الخاصة بالرجال .
- 54 البند الثاني : بالنسبة للعيوب الخاصة بالنساء .
- 56 البند الثالث : بالنسبة للعيوب المشتركة بين الرجال والنساء .
- 57 الفرع الثالث : الأحكام المترتبة بعد ثبوت العيب
- 57 البند الأول : الحكم بالتأجيل للعلاج .
- 63 البند الثاني : الرد والتفريق .
- 67 البند الثالث : حكم المهر .
- 71 البند الرابع : حكم إنكار العين بقاء العجز بعد مدة التأجيل .
- 74 المطلب الثالث : التنازع في النسب

75	الفرع الأول : ماهية النسب
75	البند الأول : التعريف بالنسب .
76	البند الثاني : أطراف النسب وصاحب الحق فيه .
77	الفرع الثاني : مسائل مهمة في قضايا إثبات النسب
77	البند الأول : أدنى مدة الحمل .
81	البند الثاني : أقصى مدة الحمل .
83	البند الثالث : إثبات الولادة وتعيين المولود .
85	الفرع الثالث : طرق إثبات النسب
85	البند الأول : قرينة الفراش .
88	البند الثاني : الإقرار .
89	البند الثالث : البينة .
90	البند الرابع : السماع ( الاستفاضة ) .
91	البند الخامس : الخبرة .
100	الفرع الرابع : نفي النسب
100	البند الأول : تعريف اللعان .
102	البند الثاني : شروط اللعان .
103	البند الثالث : صفة اللعان .
104	البند الرابع : الأمور التي يمكن الاعتماد عليها في نفي النسب
105	البند الخامس : الأمور التي لا يمكن الاستناد إليها و لا الاعتماد عليها في نفي النسب
106	البند السادس : الأحكام المترتبة على اللعان .
111	البند السابع : الحالات التي ينتفي فيها الولد من غير لعان .
113	المبحث الثاني : التنازع في بعض فرق الزواج وما يتعلق بها
114	المطلب الأول : التنازع في الطلاق
115	الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق
118	الفرع الثاني : إثبات الطلاق عند التنازع فيه
118	البند الأول : إثبات الطلاق بالإقرار .
119	البند الثاني : إثبات الطلاق بالبينة .
119	البند الثالث : إثبات الطلاق باليمين والنكول عنها .
122	البند الرابع : إثبات الطلاق بالسماع .
122	الفرع الثالث : حالات التنازع في الطلاق وأحكامها
122	البند الأول : التنازع في وقوع الطلاق .

131	البند الثاني : التنازع في تعليق الطلاق على شرط ( في وجود الشرط وعدمه )
134	البند الثالث : التنازع في عدد الطلقات .
136	البند الرابع : التنازع في تملك واختيار الطلاق .
143	المطلب الثاني : التنازع في الخلع
143	الفرع الأول : ماهية الخلع
143	البند الأول : تعريف الخلع .
144	البند الثاني : شروط الخلع .
145	الفرع الثاني : إثبات الخلع عند التنازع فيه
146	البند الأول : إثبات الخلع بالإقرار .
146	البند الثاني : إثبات الخلع بالبينة .
147	البند الثالث : إثبات الخلع بالتسامح .
148	البند الرابع : إثبات الخلع باليمين والنكول عنها .
148	الفرع الثالث : حالات التنازع في الخلع
148	البند الأول : التنازع في أصل وقوع الخلع .
150	البند الثاني : التنازع في عدد الطلاق الواقع بالخلع .
151	البند الثالث : التنازع في الإكراه على الخلع .
152	المطلب الثالث : التنازع في الرجعة
152	الفرع الأول : ماهية الرجعة وأحكامها
152	البند الأول : تعريف الرجعة .
153	البند الثاني : شروط الرجعة .
159	البند الثالث : صيغة الرجعة .
163	الفرع الثاني : إعلام الزوجة بالرجعة والإشهاد عليها
164	البند الأول : إعلام الزوجة بالرجعة .
165	البند الثاني : الإشهاد على الرجعة .
169	الفرع الثالث : إثبات الرجعة عند التنازع فيها
169	البند الأول : إثبات الرجعة بالإقرار .
169	البند الثاني : إثبات الرجعة بالبينة .
169	البند الثالث : إثبات الرجعة باليمين والنكول عنها .
170	البند الرابع : إثبات الرجعة بالقرائن .
171	الفرع الرابع : حالات التنازع في الرجعة
171	البند الأول : التنازع في أصل ثبوت الرجعة .

173	البند الثاني : التنازع في وقوع الرجعة .
174	البند الثالث : التنازع في صحة الرجعة .
179	البند الرابع : التنازع مع المطلقة إذا تزوجت .
181	المبحث الثالث : التنازع في الضرر
182	المطلب الأول : مفهوم الضرر وأنواعه
182	الفرع الأول : تعريف الضرر وشروطه
182	البند الأول : تعريف الضرر .
184	البند الثاني : شروط الضرر .
186	الفرع الثاني : أنواع الضرر
186	البند الأول : الضرر المادي .
187	البند الثاني : الضرر المعنوي .
190	المطلب الثاني : الأحكام المترتبة عن إثبات الضرر وعدم إثباته
190	الفرع الأول : إثبات الضرر
190	البند الأول : إثبات الضرر بالإقرار .
190	البند الثاني : إثبات الضرر بالبينة وبشهادة السماع .
191	البند الثالث : إثبات الضرر بقرائن الأحوال .
192	الفرع الثاني : الأحكام المترتبة في حالة إثبات الضرر
192	البند الأول : التفريق بين الزوجين للضرر .
194	البند الثاني : الحكم بالتعويض للطرف المتضرر .
198	الفرع الثالث : الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر
198	البند الأول : الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر في الفقه .
200	البند الثاني : الأحكام المترتبة في حالة عدم إثبات الضرر في القانون .
213	<b>الفصل الثاني : التنازع بين الزوجين في الجانب المالي</b>
214	المبحث الأول : التنازع في المهر وما يتعلق به
216	المطلب الأول : ماهية المهر وأهم الأحكام المتعلقة به
216	الفرع الأول : ماهية المهر
216	البند الأول : تعريف المهر .
217	البند الثاني : شروط المهر .
223	الفرع الثاني : مؤكدات المهر
223	البند الأول : مؤكدات المهر المنتفق عليها .

- 228 البند الثاني : مؤكدات المهر المختلف فيها .
- 232 البند الثالث : مؤكدات المهر في القانون .
- 233 المطلب الثاني : ولاية قبض المهر وضمائه
- 233 الفرع الأول : ولاية قبض المهر
- 233 البند الأول : كون المرأة كاملة الاهلية .
- 234 البند الثاني : كون المرأة فاقدة الاهلية .
- 235 البند الثالث : الحكم المترتب عن قبض المهر وعدمه .
- 239 الفرع الثاني : ضمان المهر
- 244 المطلب الثالث : حالات التنازع في المهر
- 244 الفرع الأول : التنازع في تسمية المهر
- 244 البند الأول : التنازع في تسمية المهر في الفقه .
- 246 البند الثاني : التنازع في تسمية المهر في القانون .
- 246 الفرع الثاني : التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته
- 246 البند الأول : التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته عند الفقهاء .
- 251 البند الثاني : التنازع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته في القانون .
- 253 الفرع الثالث : التنازع في قبض المهر وصفة المقبوض
- 253 البند الأول : التنازع في قبض المهر عند الفقهاء .
- 255 البند الثاني : التنازع في قبض المهر في القانون .
- 256 البند الثالث : التنازع في وصف المقبوض عند الفقهاء .
- 258 البند الرابع : التنازع في وصف المقبوض في القانون .
- 259 المبحث الثاني : التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة
- 260 المطلب الأول : ماهية متاع البيت والجهاز
- 260 الفرع الاول : مفهوم متاع البيت والجهاز
- 260 البند الأول : تعريف متاع البيت .
- 262 البند الثاني : تعريف الجهاز .
- 263 الفرع الثاني : مسؤولية تجهيز بيت الزوجية
- 263 البند الأول : الزوج هو المسؤول عن تجهيز البيت .
- 265 البند الثاني : الزوجة هي المسؤولة عن تجهيز البيت .
- 266 البند الثالث : رأي القانون في المسألة .
- 268 المطلب الثاني : أحكام التنازع في الجهاز ومتاع البيت
- 268 الفرع الأول : أحكام التنازع في الجهاز

268	البند الأول : التنازع في قيمة الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره عند غضب الزوج له .
270	البند الثاني : التنازع في رد الزوج للجهاز للزوج .
271	البند الثالث : التنازع في ملكية الجهاز كله أو بعضه .
272	الفرع الثاني : أحكام التنازع في متاع البيت
272	البند الأول : أحكام التنازع في متاع البيت بين الزوجين في الفقه .
275	البند الثاني : أحكام التنازع في متاع البيت بين الزوجين في القانون .
277	المبحث الثالث : التنازع في النفقة الزوجية وما يتعلق بها
278	المطلب الأول : ماهية النفقة وأحكامها
278	الفرع الأول : تعريف النفقة وشروط وجوبها
278	البند الأول : تعريف النفقة .
279	البند الثاني : شروط وجوب النفقة .
285	الفرع الثاني : مشتملات النفقة وكيفية تقديرها
285	البند الأول : مشتملات النفقة .
292	البند الثاني : تقدير النفقة .
299	المطلب الثاني : أحكام التنازع في النفقة وما يتعلق بها
299	الفرع الأول : التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة وإرسالها
299	البند الأول : التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة .
302	البند الثاني : التنازع في إرسال النفقة .
302	البند الثالث : التنازع في أصل الإنفاق وقبض النفقة وإرسالها في القانون .
303	الفرع الثاني : التنازع في قدر النفقة
303	البند الأول : التنازع في قدر النفقة في الفقه .
304	البند الثاني : التنازع في قدر النفقة في القانون .
304	الفرع الثالث : التنازع في يسار وإعسار الزوج
305	البند الأول : التنازع في يسار وإعسار الزوج في الفقه .
311	البند الثاني : التنازع في يسار وإعسار الزوج في القانون .
313	المبحث الرابع : التنازع في بدل الخلع
314	المطلب الأول : ماهية بدل الخلع والأحكام المتعلقة به
314	الفرع الأول : تعريف بدل الخلع وشروطه
314	البند الأول : تعريف بدل الخلع .
316	البند الثاني : شروط بدل الخلع .
320	الفرع الثاني : مقدار بدل الخلع

320	البند الأول : مقدار بدل الخلع في الفقه .
324	البند الثاني : مقدار بدل الخلع في القانون .
325	المطلب الثاني : أحكام التنازع في بدل الخلع وما يتعلق به
325	الفرع الأول : التنازع في أصل بدل الخلع ومقداره وجنسه وصفته وحلول أجله أو تأجيله
325	البند الأول: التنازع في أصل بدل الخلع .
325	البند الثاني : التنازع في مقدار بدل الخلع أو جنسه أو صفته أو تأجيله .
327	الفرع الثاني : التنازع في ملتزم بدل الخلع
327	البند الأول : التنازع في ملتزم بدل الخلع في الفقه .
330	البند الثاني : التنازع في ملتزم بدل الخلع في القانون .
330	الفرع الثالث : التنازع في الإرادة في بدل الخلع
330	البند الأول : التنازع في الإرادة في بدل الخلع في الفقه .
331	البند الثاني : التنازع في الإرادة في بدل الخلع في القانون .
332	الخاتمة
335	فهرس الآيات
338	فهرس الأحاديث
340	فهرس الأعلام
344	فهرس المصادر والمراجع
357	فهرس المواضيع