مؤلف أحكام الزواج والخيار في رد الزوج و الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي وفق مدونة الأسرة المغربية

اعداد مصطفى علاوي المستشار بمحكمة الاستئناف بفاس

مؤلف أحكام الزواج في الفقه الإسلامي
وفق مدونة الاسرة المغربية

إعداد : مصطفى علاوي المستشار بمحكمة الاستئناف بفاس

مقدمة :

من مميزات شريعتنا الغراء أنها منهاج ونظام متكامل يشمل كل نواحي الحياة البشرية ، فهي تخصص لكل ميدان من الميادين تشريعا مناسبا، وبما أن موضوعات التشريع كثيرة ومتشعبة .

فموضوع البحث هو أحكام الزواج

الأحكام التي يجب أن يأخذها مريد الزواج بعين الاعتبار منها ما هو أساسي وما هو مكمل ، فالأساسي يفرض عليه أن يعمل بما تفيده وتفصيله ندرجه في القسم الأول من المؤلف وذلك بالامتناع عما وضعه الشرع حائلا دون تزوج بعض النساء كالمحارم مثلا، ولا يخلو هذا التشريع من حكمة بالغة ويؤيده العقل السليم تأييدا مطلقا لأن الفطرة تنبو عن مجرد التفكير في زواجهن ، فشرع الله تعالى قطع الطمع فيهن تأكيدا لهذه الفطرة التي فطر الناس عليها لأنه العالم بمصالح عباده .

والقسم الثاني يتناول فيه المكمل الذي وضعه الشرع على وجه الاستحباب والإباحة ، لا على وجه الوجوب والإلزام ، والحكمة في ذلك أن الشريعة الإسلامية حثت على الزواج ووضعت المقاييس التي تضمن له الدوام والاستمرار بوضع العناصر التي تكفل البقاء والهدوء والمودة والرحمة بين الزوجين فمقاييس الجمال والدين والحسب مثلا هي مستحبة ومشروعة لمن قصدها وذلك لأجل تحقيق أسمى معاني التناسب والمودة بين الزوجين تحقيق لقوله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة "([1]).

أما النكاح فهو لغة عبارة عن الضم وكانت العرب تكني به عن الجمع بين عظيمين في أمر الدنيا والدين فينشأ بينهما فساد أو صلاح([2]) وهذا اللفظ متداول عند الفقهاء ولعله المفضل لديهم، فيقولون للزوجة المنكوحة وللزوج الناكح والعقد عقد النكاح .

---

[1] – سورة الروم ، آية 20.

[2] – أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان البخاري ، محاسن الإسلام ص42 ط. دار الكتب.

ومظاهر النكاح كثيرة منها إباحة الوطء واقتضاء الشهوة والنسل وهو لا يتحقق إلا بانضمام الذكر إلى الأنثى بعقد النكاح الذي هو غاية الضم لينتهيا معا إلى سكون أحدهما إلى الآخر.

والزواج مشروع بإجماع المسلمين إلا أنهم اختلفوا في وجوبه فالمشهور في المذهب الحنبلي ([3]) أنه ليس بواجب إلا إذا خاف على نفسه الفاحشة فوجب عليه إعفاف نفسه بالزواج حينئذ وقال أهل الظاهر هو واجب يجب مرة في العمر. وقال السادة المالكية إذا خاف على نفسه الزنا وجب عليه وإذا أمن نفسه منه فهو مندوب أي لا يأثم بتركه([4]). وقال ابن حزم : هو فرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به واستدل بما رواه عن طريق البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا معشر الشباب من استطاع الباءة منكم فيلتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء كما استدل بما رواه عن سفيان الثوري أن طاوسا قال لرجل لتتزوجن أو لأقول لك ما قاله عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور([5]). فمن كانت قدرة على الوطء والإعالة فرض عليه الزواج لأننا في عصر كثرت فيه أسباب الفتنة والإغراء والزواج حصن منيع ضدها ، خصوصا بالنسبة لمن يقيم حدود الله ويحفظ أوامره ونواهيه إن لمس في نفسه القدرة على النفقة لأجل تربية جيل مسلم يعز به الإسلام المواجهة حركات الابتعاد عن روح الإسلام.

أما من لم تكن له القدرة ، بأن كان مريضا أو معدما ، فلينتظر الفرج من الله تعالى قال : " وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله " ([6]) أو يصوم كلما تاقت نفسه إلى الاستمتاع بالنساء لما فيه من أضعاف الشهوة بأضعاف قوة البدن وهو شفاء للنفس قال الشاعر :

---

[3] – ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 339 ط. المكتبة السلفية.

[4] – ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : ط. الأخيرة ، دار الرشاد.

[5] – ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 440 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

[6] – سورة النور ، آية 37.

وإذا اجتمع الجوع المبرح والهوى نسيت وصال الإناث الكواعب

القسم الأول

الفصل الأول
الخلو من الموانع الشرعية

عرف الأصوليون المانع بأنه الوصف الذي يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم فيترتب عن وجود أحد الموانع الشرعية التي سنفصلها بعد حين عدم قيام رابطة الزواج فاختيار الزوجة رهين بما إذا كانت خالية من الموانع الشرعية وإلا كان العقد الذي يبرم بالرغم من وجود المانع مفسوخا أبدا .

المبحث الأول : مانع القرابة والمصاهرة والرضاع.

إن اختيار الزوجات مقصور على النساء اللاتي أباح الإسلام الزواج منهن أما القريبات اللاتي يطلق عليهن اسم المحارم فهن محرمات على المسلم حرمة أبدية لا تحل في وقت من الأوقات ولا بحال من الأحوال.

وقد أجمعت الامة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه وهو إما بالنسب أو بالمصاهرة أو بالرضاع .

المطلب الأول : المحرمات بالنسب .

المحرمات بالنسب سبع نساء وهن على التوالي:

1 – الأمهات وهن كل من لها عليك ولادة مباشرة أو بواسطة .

2 – البنات وهن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك وإن سفلت.

3 – الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وهن كل من شاركتك في أحد أصليك.

4 – بنات الأخت وهن كل من لأختك عليها ولادة وإن سفلن.

5 – بنات الأخ وهن كل من لأخيك عليها ولادة وإن سفلت .

6 – العمات وهن أخوات الآباء أو الأجداد شقيقات كن أو لأن أو لأم .

7 – الخالات وهن أخوات الأمهات والجدات شقيقات أو لأب أو لأم .

والأصل في ذلك كله قول الله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"[7]

المطلب الثاني : المحرمات بالمصاهرة.

المحرمات بالمصاهرة أ ربع نساء اثنان منهن بالاتفاق والباقي فيهما تفصيل.

1 – زوجات الآباء لقوله تعالى : " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء" .

[7] – سورة النساء ، آية 23

2 – زوجات الأبناء لقوله تعالى : " وحلائل آبائكم الذين من أصلابكم " قوله عز وجل من أصلابكم يخرج الابن المتبنى لأن الإسلام أبطل شرعية نظام التبني فلا حرج على من يتزوج زوجة ابنه المتبني بعد أن يطلقها وتنقضي عدتها .

3 – الربيبة وهي بنت المرأة المعقود عليها والمد خول بها لقوله تعالى : " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللائي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم" .

يستفاد من الآية الكريمة أنه لكي تحرم الربيبة لابد من توفر شرطين:

أ – الدخول على الأم .

أجمع العلماء على أن الرجل إن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها إلا أنهم اختلفوا إن مات قبل الدخول . قال زيد بن ثابت تحرم ابنتها لأن الموت بمثابة الدخول وقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وغيرهم : لا تحرم لتقييد التحريم في الآية بالدخول [8].المقصود بالدخول الوطء والتلذذ ومنه مقدماته عند مالك وأكثر أهل العلم [9].

ب – كون الربيبة في الحجر:

اختلف العلماء في مراعاة هذا الشرط . قال أبو حنيفة والشافعي ومالك : إذا دخل بالمرأة فقد حرمت عليه البنت سواء كانت في حجره أو لم تكن [10] وهو مذهب الجمهور [11]. ذهب داود الظاهري إلى أن الربيبة إن لم تكن في الحجر ، أي لم يشاركها السكن ولم يتكفل بها ويرعى أمورها، جاز تزويجها لقوله تعالى : اللائي في حجوركم شرط في تحريم الربيبة وأجاب عليه الجمهور أن هذا وصف خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك به وليس شرطا في الربائب [12].

---

[8] – ابن قدامة ، المغني ، ج7 ص 472 ط. المكتبة السلفية.

[9] – ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 25 ، ط. دار الفكر.

[10] – ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 529 ط. المطبعة المنيرية.

[11] – ابن رشد بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 25 ط. دار الفكر .

[12] – نفس المرجع.

4 – أم الزوجة لقوله تعالى: " وأمهات نسائكم " تحرم بمجرد العقد على ابنتها وبه قال مالك والشافعي والجمهور. وروي عن علي أن الأم والبنت لا تحرم إحداهن إلا بالدخول على الأخرى وقال مثله مجاهد والزبير وحجة من أخذ بهذا الرأي أن الضمير في قوله تعالى : " اللائي دخلتم بهن " يحتمل أن يكون راجعا إلى الربائب والأمهات معا. قال ابن حزم: لو كان الضمير راجعا إلى الأمهات لكان موضعه أمهات نسائكم من نسائكم للائي دخلتم بهن وهذا محال في الكلام فصح أن الاستثناء في الربائب خاصة وامتنع أن يكون راجعا إلى أمهات النساء[13].

المطلب الثالث : المحرمات بالرضاع.

1 – الأمهات المرضعات سواء التي أرضعتك أو أمها لقوله تعالى : " وأمهاتكم اللائي أرضعنكم ".

2 – الأخوات من الرضاعة وهن كل من أرضعتك أمهن أو أرضعتهن أمك أو رضعت أنت وهن من ذي امرأة واحدة أو من لبن رجل واحد وهو المعروف عند الفقهاء بلبن الفحل [14]. ودليل تحريمهن قوله عز وجل : " وأخواتكم من الرضاعة ".

3 – كل ما يحرم بالنسب يحرم بالرضاع لحديث عائشة رضي الله عنها (ما حرمته الولادة حرمه الرضاع)[15].

لقد أجمع العلماء على أن الرضاع مانع من الموانع الشرعية إلا أنهم اختلفوا في مقدار الرضاع الذي يحرم.

قال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما : القليل والكثير من الرضاع يحرم فالمعتبر وصول اللبن إلى جوف الصبي[16] .

---

[13] – ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص : 529.

[14] – الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 505 ط. دار الفكر.

[15] – ابن حزم المحلى ، ج 9 ص 522 ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

[16] – الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 330 ، ط. الثانية 1952مصر .

قالت عائشة والشافعي وأحمد : المحرم خمس رضعات معلومات والرضعة هي المرة من الرضاع فمتى امتص الصبي من الثدي وتركه باختياره عد رضعة[17].

قالت طائفة من الفقهاء إن ما زاد على المصة والمصتين يحرمن[18] ولكل فريق حججه من الأثر يستند إليها في مذهبه.

المبحث الثاني: مانع الجمع.

لقد حرص الإسلام على صلة الرحم وعد قطعها من الكبائر ، مما جعله يحرم نكاح المرأة على قرابتها مخافة الضغينة وقطيعة الرحم نظرا لما ينشأ بين الضرائر من التشاحن الذي يؤدي إلى قطع صلة الرحم ، والشرع يؤكد عليها فما كان مفضيا إليها من الأسباب يكون محرما[19].

والجمع المحرم هو الجمع بين النساء اللاتي تفصيلهن:

المطلب الأول: في الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو خالتها.

يحرم الجمع بين الأختين بالنكاح لقوله تعالى : " وأن تجمعوا بين الأختين " والنيب والرضاع في ذلك سواء ، كما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وبين خالتها لما روي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام نهى أن تجمع المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها، وإذا جمع الرجل . لا قدر الله . بين هؤلاء النساء في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وإن لم يجمع بل تزوج إحداهما بعد الأخرى كان نكاح الثانية باطلا لحصول الجمع به[20].

المطلب الثاني : في الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا لم يجز له نكاح الأخرى.

---

17 – نفس المرجع ، ص 327.

18 – ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : 27 دار الفكر.

19 – الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 167 ، ط. الثانية 1952 مصر .

20 – ابن قدامة ، ج 7 ص 476 ط. المكتبة السلفية ، المغني.

قالت به المالكية سدا لباب الذريعة لأن الخطر متوقع على العلاقة بين هؤلاء النساء وبين الرجل لوجود الخلوة وشدة الاختلاط، مما قد يتسبب في تطلع الرجل لزواجهن فجيء بقطع الطمع فيهن. ومثاله الجمع بين المرأة وبنت أخيها إذ لو قدرنا العمة رجلا لحرم عليه نكاح ابنة أخيه.

وكذلك لو فرضنا بنت الأخ رجلا لحرم عليه تزوج عمته، أما الجمع بين ابنتي العم أو المرأة وبنت زوجها فهو حلال ولا تطبق القاعدة السابقة على المثالين الأخيرين فالأول لا تنطبق عليه أصلا والجمع الثاني لو فرضنا أحد الطرفين ذكرا حرم عليه نكاح الآخر والعكس غير صحيح[21].

المبحث الثالث: مانع الرق.

لقد تقرر في علم أصول الفقه أن الحكم يدور حول العلة وجودا وعدما ولقد زالت العلة وهي الرق فزال الحكم وهو التحريم وذلك بزوال نظام الرقيق من المجتمع الحالي والإسلام أقر الرقية بنظام ومعاملة للمثل بالمثل بعد أن أخذ الكفار يسترقون المسلمون ويستعبدونهم ثم أن المسترق في الإسلام هو الكافر الذي كان يؤخذ في الحرب وساحة القتال وما يتنسل منه أما من عدا ذلك فليس متملكا شرعا ، والإسلام عمل جهده من أجل عتق الرقاب فشرع في كثير من الأبواب تحرير الرقبة للتقرب إلى الله عز وجل ، كما في كفارة الظهار والإفطار في رمضان ، أوجب الشرع تحرير الرقاب من أموال الزكاة قال تعالى بعد أن عدد المواطن التي تصرف فيها الزكاة " وفي الرقاب"[22]فالإسلام يبارك تحرير الإنسان من كل ما يمكن أن يستعبده ويزكي كل الأعمال المؤدية إليه .

المبحث الرابع :

<u>في مانع الخطبة على الخطبة.</u>

---

21 – ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 32 ط. دار الفكر.

22 – سورة التوبة ، آية 20.

لا شك أن من خطب امرأة يكون قد اكتسب حقا من الأولى أن يصان رعاية للعلاقة وحسن المودة بين الناس تمسكا بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: (مثل المومنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر)[23] ونظرا لكون الخاطب على خطبة غيره ينافي عمله المروءة والدين فإن الفقهاء لم يجيزوا خطبة الرجل على خطبة أخيه.

المطلب الأول:

حكم خطبة الرجل على خطبة غيره.

النهي عن خطبة الرجل على خطبة آخر ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد روي عنه أنه قال : (لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب قبله) فقال الجمهور النهي الوارد في الحديث يفيد التحريم ونقل النووي الإجماع عليه، وخالفهم الخطابي وقال النهي الوارد في الحديث للتأديب لا التحريم[24]. أما المالكية فقد اشترطوا لتحريم هذه الخطبة شرطين.

1 – الركون.

إذا وصل الخاطب إلى اتفاق مع المرة أو وليها يفيد وقوع الرضى فنكون أمام خطبة راكنة، فلا تجوز الخطبة عليها اتفاقا أما خطبة رجل على خطبة آخر قبل مراكنة المخطوب إليه أي قبل تقارب الأمر بين الخاطب والمخطوبة أو وليها، فهي جائزة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم ومعاوية خطباها فقال: (أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة [25] من العادة أن معاوية وأبا جهم لا يخطبان دفعة واحدة فدل على أن الخطبة على الخطبة الغير الراكنة جائزة.

---

[23] – صحيح مسلم كتاب البر والصلة رقم الحديث 2586 ، ج:4 ، ص : 1999 ، ط. دار الفكر.

[24] – الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114 و 115، ط. الثانية 1952 مصر .

[25] – الحطاب، مواهب الجليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 404. ط. مكتبة النجاح.

2 –خطبة غير الفاسق.

قال ابن القاسم : المنهي عنه شرعا هو خطبة رجل صالح على خطبة رجل صالح [26]. أما تقدم خطبة الفاسق أو الكافر مع تقدير الصداق الدال على الركون التام لا يمنع خطبتها صالح وينبغي للولي حظها على الصالح دون الفاسق [27] . ودليل اشتراط هذا الشرط قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه) فلا أخوة بين المسلم والكافر فيخرج الكافر ، وكذلك ما ورد في حديث عقبة أن رسول الله قال : (المومن أخو المومن) فلا أخوة شرعية بين الصالح والفاسق قال الأوزاعي وجماعة من الشافعية يجوز الخطبة على خطبة الفاسق أو الكافر ، فيكونوا قد وافقوا المالكية ، إلا أن الجمهور خالفوهم واحتجوا بأن التعبير بالأخ خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له[28] .

لذلك منعوا الخطبة على خطبة الفاسق كما منعوا الخطبة على خطبة الصالح.

المبحث الخامس :

مانع العدة.

لا يحل لأحد أن يتقدم لخطبة امرأة معتدة من طلاق أو وفاة لأن العدة جعلها الله تعالى حرما للزوجية السابقة ووفاءا لها وسياجا يلتزم كل مسلم بعدم خرقه فكان صريح خطبة المعتدة حراما إجماعا[29].

المطلب الأول:

أحكام من تزوج امرأة في عدتها.

إذا عقد أحد على امرأة داخل عدتها فإن عقد الزواج يفسخ متى اطلع عليه قبل البناء أو بعده فإن كان أحدهما عالما بالحرمة فعليه حد الزنا ولا شيء عليهما إن كانا جاهلين

---

[26] – ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 2 ط. دار الفكر.

[27] – المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 410. ، ط. مكتبة النجاح.

[28] – الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114، ط. الثانية 1952 مصر .

[29] – المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 421 ، ط. مكتبة النجاح.

[30]أما هل يترتب على الفسخ حرمة أبدية أم لا ؟ يميز في هذا المجال بين الفسخ قبل الدخول ووقوعه بعده.

1 – وقوع الفسخ قبل الدخول.

من تزوج معتدة قبل تمام عدتها ولم يدخل بها ثم فسخ الزواج فلا بأس من أن يتزوجها بعقد صحيح بعد انتهاء عدتها قال ابن رشد :وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف[31].

2 – وقوع الفسخ بعد الدخول.

من تزوج امرأة معتدة ودخل عليها أثناء العدة فهل إذا وقع الفسخ بعد ذلك يتأبد تحريمها عليه أم لا ؟

قال مالك و الأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا[32].

وقال ابن حزم والحسن وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهما: تحل له إذا استوفت عدتها [33].

نجد المالكية أخذت برأس عمر بن الخطاب فقد روي عنه أنه قال: إن دخل بها فرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا . فكان معاملة بنقيض قصده زجرا لكل من تسول له نفسه أن يتجرأ على زواج المعتدة ويتطاول بالدخول عليها أثناء عدتها.

المبحث السادس :

<u>مانع الدين .</u>

كلنا يعلم يقينا أن الكفار عباد الله لأنه سبحانه خلقهم ورزقهم لكن لا يضافون إلى الله تعالى ,قال الله تعالى : " إنما المشركون نجس" [34] فلا يليق بالمسلم أن يتزوج كافرة ويأويها

---

[30] – ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 476 ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

[31] – ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 36 ، ط. دار الفكر.

[32] – نفس المرجع والصفحة.

[33] – ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 478 ط. المطبعة المنيرية، 1378 هـ.

[34] – سورة التوبة ، آية 28.

في بيته وينجب منها ذرية وهو عبد الله الطاهر، فلابد من أن تكون الزوجة ذات عقيدة سليمة ومؤمنة بالله وحده، ولا بأس من كونها كتابية ما دامت تعتقد أن الله خالق كل شيء.

المطلب الأول :

<u>في أحكام زواج غير المسلمة.</u>

1 – نكاح الكافرة أو المشركة.

المراد بالمشركة سائر نساء أهل الشرك ممن عبدها استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان ، وبصفة عامة جميع الكفار كالمنكرين لوجود الله . والعياذ بالله ، أو نبوة المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام أو القائلين بقدم العالم وبقائه إلى الأبد[35] وغير هذا من أوجه الكفر والشرك قال البخاري في حقهم : الكافر ألحق بالجماد إذ لم يستعمل عقله في الاستدلال لمعرفة، الصانع ووحدانيته [36]. وعزاهم الله تعالى في قوله : "أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة ". فاجمع العلماء قديما وحديثا على تحريم زواج الكافرة لقوله سبحانه " ولا تمسكوا بعصم الكافر "[37] والمشركة لقوله عز وجل : " ولا تنكحوا المشركات حتى يومن"[38].

وتجدر الإشارة إلى أن المرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت [39] وإذا ارتدت الزوجة تحت عصمة المسلم فإن هذا الأخير يردها إلى أهلها وقيل يطلقها طلقة بائنة لا رجعية وهو المشهور في المذهب المالكي ، فعلى القول بالرد يفسخ النكاح ولا شيء عليه قبل الدخول وربع دينار بعد الدخول ، وعلى القول بأن الردة طلاق بائن فإن لها نصف الصداق قبل الدخول والصداق كاملا بعد الدخول.

---

35 – الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 303 ط. دار الفكر.

36 – أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان البخاري ، محاسن الإسلام ، ص : 54 ط. دار الكتب العلمية.

37 – سورة الممتحنة ، آية 10.

38 – سورة البقرة ، آية 221.

39 – ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 503 ط. المكتبة السلفية.

أما إذا تبين أن الزوجة إنما قصدت بالردة الفراق فإنها تبقى في عصمته معاملة لها بنقيض قصدها وقيل يفسخ النكاح وهو ضعيف والأول ظاهر المدونة والمذهب[40].

2 – نكاح الكتابية.

ليس بين عامة أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب عدا ما روى عن ابن عمر من تحريم نساء أهل الكتاب جملة وهو رأي للإمامية . أما المالكية فقد كرهت نكاح الكتابيات ، جاء في مختصر خليل: وحرم نكاح الكافرة إلا الكتابية بكره وتأكد بدار الحرب[41]. لكون الكتابية تتناول الخنزير والخمر وربما تناوله لولدها وهو رجس ولا مفر من ذلك لأن الإسلام يقرها على دينها. وتزداد الكراهة عندما يخاف المسلم من الكتابية على عقيدة أولاده وتوجيههم الديني والخلقي ، أو عندما يشكل المسلمون أقلية في بلاد الكفار تجنبا لما قد يحدث من الفتنة وسط المسلمات نتيجة بوارهن وإعراض المسلمين عن زواجهن. ولاحتمال وقوع الخطر الذي قد يهدد انتشار الإسلام.

والدليل على حل نساء أهل الكتاب قول الله تعالى : " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن"[42] فكان استثناءا من قوله تعالى : " ولا تنكحوا المشركات حتى يومن".

أ – المقصود بأهل الكتاب.

أهل الكتاب هم كل قوم لهم كتاب سماوي كالتوراة والإنجيل من اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم وإذا لم يوافقوهم في أصل دينهم فليسوا منهم وإن أشبهوهم أما المتمسكون بصحف إبراهيم وزبور داود وأمثالها من الكتب المنزلة فلا يدخلون في عموم مفهوم أهل الكتاب وبه قالت الحنابلة والشافعية وأهل العم وخالفهم القاضي وعدهم من أهل الكتاب لتمسكهم بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهودي والنصارى إلا أن قوله تعالى : " أن

---

40 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 269 ط. دار الفكر.

41 – الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 267 ط. دار الفكر.

42 –سورة المائدة، آية 5.

تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا : يحصر أهل الكتاب في طائفتين هما أهل الكتابين التوراة والإنجيل[43].

3 – زواج المجوسية.

اختلف العلماء في حكم المجوسية هل تعد من أهل الكتاب فتحل أو ليست كذلك فتحرم؟

قال ابن حزم وأبو ثور وجماعة من السلف : المجوس أهل كتاب لقول الرسول الكريم فيهم : (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) ولما روي أن امرأة حذيفة مجوسية ولثبوت إقرارهم بالجزية لذا فزواج المجوسية حلال[44]. وقال مالك ليس للمجوس حكم أهل الكتاب وبه قال الحنابلة وأكثر أهل العلم فرد أحمد على حجج المخالفين فقال عندما سئل أيصح عن علي أن المجوس أهل كتاب ؟ هذا باطل ، وأنكر الأحاديث التي روت أن امرأة حذيفة مجوسية . وعلل ما حدث في عهد رسول الله من إقرارهم بالجزية أنه حقنا لدمائهم وليس لكونهم أهل كتاب[45]، فكا زواج المجوسية حرام عنده وهو رأي مذهبنا.

المطلب الثاني:

في أحكام رد الزوج الزوجة لاختلاف العقيدة .

إذا أسلم الرجل وتحته امرأة كتابية فإنها تظل في عصمته وإن لم تعتنق معه الإسلام لكون زواج الكتابية يحل عند الابتداء فكان عند الدوام أولى وذلك ترغيبا للناس في دخول دين الله تعالى.

أما من أسلم على امراة كافرة ، فإنه يعرض عليها الإسلام ويأمرها بتبيين موقفها منه، فإن أبنته يضرب لها أجلا لا يتعدى الشهرين فإذا انقضت المدة وبقيت على كفرها ردها إلى أهلها ولا يجوز إمساكها . قال مالك، إن أسلم مجوسي أو ذمي وتحته مجوسية عرض عليها

---

[43] – ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 501 ط. المكتبة السلفية.

[44] – ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 447 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

[45] – ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 503 ط. المكتبة السلفية.

الإسلام فإن أبته وقعت الفرقة بينهما وإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد بين إسلامهما ولم يحد في البعد حدا قال ابن القاسم ومحمد : يوقفها لتنظر في أمرها اليومين والثلاث فإذا أبت الإسلام ردها إلى أهلها ولم يعتبر مرور الأجل الذي هو دون الشهرين وهو ما تأوله القرويون وعملوا به في حالة عرض الإسلام عليها .

قال القاضي عياض : أنها توقف لتنظر في أمرها دون الشهرين فلا يفرق بينهما بمجرد إبائها[46] وهو المستفاد من قول مالك أن المعتبر البعد بين إسلامهما وهو دون الشهرين سواء أوقفها لتبيين أمرها فيه أو غفل ولم يأمرها بذلك فإذا انتهت المدة يفرق بينهما.

المبحث الثاني:

مانع الزنا .

عرف علماء الشريعة الزنا بأنه كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح [47].

والزنا فعل قبيح في نظر كل من يملك عقلا سليما وأما من يستحسنه ففاسق يباشر الزنا بهواه عنه، فهو يفضي إلى اختلاط المياه وفساد أخلاق الناس فلا يأمن بعضهم بعضا كما يؤدي إلى اشتباه الأنساب مما يعطل فائدة النسب بين الناس التي تعد نعمة من نعم الله عز وجل المطلب الأول:

المطلب الأول:

في أحكام زواج الزانية.

الزانية هي الفاجرة التي تجهر بالزنا أو البغي تتكسب به أو التي تطاوع كل من راودها عن نفسها.

وكل من ظهر منها الزنا يحرم نكاحها عند أكثر أهل العلم فقد روى أن رجلا دخل مكة فرأى فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها ولم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله

---

46 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص :269 ، ط. دار الفكر.

47 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 324 ط. دار الرشاد الحديثة.

فقال أنكح عناقا فلم يجبه عليه الصلاة والسلام فأنزل الله تعالى " والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين " فدعاه رسول الله وقال : لا تنكحها[48] .

وقد نقل العلامة الشوكاني عن ابن القيم قوله في تدبير معنى الآية السالفة ما نصه : وأما نكاح الزانية فقد صرح الله بتحريمه في سورة النور وأخبر أن من نكحها فهو زان أو مشرك فهو إما أن يلتزم حكمه تعالى ويعتقد وجوبه عليه أولا؟ فإن لم يعتقده فهو مشرك وإن التزمه واعتقد وجوبه وخالفه فهو زان [49].

وذهبت طائفة من الفقهاء إلى أن الآية نزلت في نساء كان الرجل يتزوج إحداهن على أن تنفق عليه مما كسبته من الزنا ويرد على هذا الرأي بأنه تقرر في علم أصول الفقه أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيكون تحريم نكاح الزانية عاما يشمل جميع حالات الزنا. ولقد ذهب الجمهور إلى حمل الآية على الذم لا على التحريم[50]. فأجازوا نكاح الزانية إذا ارتفع عنها سبب التحريم الذي هو الزنا ويتأتى ذلك بتوفر شرطين.

1 – التوبـة :

إن حكم نكاح الزانية يرتفع بزوال سببه وهو الزنا فإذا تابت جاز نكاحها فقد روي عن ابن مسعود أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أينكحها ؟ فقرأ الآية : " وهو الذي يقبل التوبة عن عبادة ويعفو عن السيئات ". وسئل مثله ابن عمر فقال . إن تابا وأصلحا[51] . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقال أيضا: (التوبة تمحو الحوبة) .

والتوبة هي الاستغفار والندم بالإقلاع عن الذنب الذي هو الزنا كالتوبة من سائر الذنوب . وهي تجب حالا . والصلاح يكون بالتزام الآداب الإسلامية والتحلي بالعفة والطهارة

---

48 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية.

49 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 166، ط. الثانية 1952 .

50 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 30 ط. دار الفكر.

51 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 475 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

واجتناب مواطن الريبة لقوله صلى الله عليه وسلم : (ومن يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه)[52].

وفي مقابل من يرى أن التوبة واجبة على من ظهر منها الزنا لكي تحل للمسلم ، ذهب أبو حنيفة وإمامنا مالك والشافعي إلى أن هذا الشرط ليس لازما [53] واستدلوا بما روي عن ابن عمر أنه قال: (بينما أبو بكر الصديق في المسجد إذ جاء رجل فلاث لوثا من الكلام فقال أبو بكر الصديق لعمر : قم فانظر في شأنه فإن له شأنا ، فقال له : إن ضيفا ضافني فزنى بابنته فضرب عمر في صدره وقال له : قبحك الله إلا سترت على ابنتك ، فأمر بهما أبو بكر فضربا الحد ثم زوج إحداهما الآخر ثم أمر بهما أن يغربا حولا.

قال ابن حزم أن حديث ابن عمر لا حجة لهم فيه لأن الأظهر أنه كان بعد توبتهما[54].

والحقيقة أن حكم نكاح الزانية ورد بالنص الصريح ولا يجوز للمسلم أن يتزوج الزانية حتى تتوب توبة نصوحا ويظهر صلاحها لارتفاع علة التحريم ، أما تزوجها قبل التوبة فلا يأمن أن تكون ما زالت مقيمة على الزنا فتفسد فراشه ، ,إلى وجوب التوبة ذهب قتادة وإسحاق وأبو عبيد وابن حزم وغيرهم .

2 – الاستبراء :

لا يحل نكاح الزانية ولو تابت عند مالك وأبا يوسف وأكثر أهل العلم حتى تستبرأ ، ومعناه أن تحيض المرأة حيضة واحدة على الأقل ليعلم براءة رحمها .

واختلف الفقهاء في تحديد مدة الاستبراء ففي المذهب المالكي تستبرأه بثلاث حيضات ألأو ثلاثة أشهر إن كانت آيسا أو صغيرة أو يمتد بها الزمن حتى وضع الحمل إن كانت

---

[52] - صحيح البخاري باب الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات رقم الحديث 2051 ، ج 4 ، ص : 290 ط. المكتبة السلفية ترتيب محمد فؤاد عبد الله .

[53] - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية.

[54] - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص474 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

حاملا[55] وهو قياس على الموطوءة بشبهة كمن يطأ امرأة يظنها زوجته، وهي نفس عدة المطلقة . وقال أحمد: المزني بها تستبرئ بحيضة لأنه وطء من غير نكاح ولا شبهة نكاح وهو شبيه باستبراء أم الولد من الإماء إذا أعتقت [56]، والمعروف أن مدة استبراء هذه الأخيرة عند مالك والشافعي والليث وأبا ثور وجماعة من السلف حصول حيضة واحدة.

لقد وجب الاستبراء في حق الزانية ليعلم براءة رحمها ويتم ذلك العلم بإتيان حيضة أما عدة المطلقة فهو أمر تعبدي سواء علم براءة الرحم أو لم يعلم .

وفي مقابل القائلين بوجوب الاستبراء قال الشافعي : يصح لمن زنى بها أن يتزوجها ولو لم يستبرئها لأنه وطء لا يلحق به النسب وقد قال رسول الله عليه الصلاة والسلام : (لا يحرم الحرام الحلال)[57] وهو أحد القولين المرويين عن أبي حنيفة وفي الآخر لا يصح إلا بعد الاستبراء[58].

أ – حكم من تزوج امرأة في مدة استبرائها من الزنا:

لا يجوز لأحد أن يتزوج المستبرأة من الزنا حتى تنقضي مدة استبرائها سواء كان هو الزاني أو زنى بها غيره.

وإذا تزوج المستبرأة في مدة استبرائها فسخ نكاحه أبدا قال مالك : ولا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان قد زنى بها بعد الاستبراء أما هل يتأبد تحريمها عليه إن هو تزوجها أثناء الاستبراء أم لا ؟ فقد قال مالك، إن كانت مستبرأة من غيره يتأبد تحريمها عليه. وقال ابن الماشجون وابن القاسم : لا يتأبد تحريمها عليه وله أن يتزوجه بعد استبرائها .

ونقل البرزلي عن ابن رشد أنه إذا كانت مستبرأة من زناه فعقد عليها أثناءه فلا تحرم عليه ويصح نكاحها بعد استبرائها.وإذا توفر الشرطان . التوبة والاستبراء جاز نكاح الزانية

---

55 - ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص 159 ، ط. دار القلم.

56 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية.

57 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 164، ط. الثانية 1952 .

58 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 516 ط. المكتبة السلفية.

للزاني وغيره عند أبا بكر وعمر وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والعترة ومالك والشافعي . وروى عن البراء بن عازب وعائشة وابن مسعود أنها لا تحل بحال العموم الآية والخبر قالوا : لا يزالان زانيين .

المطلب الثاني:

في أحكام الزوجة التي ظهر منها الزنا .

قال الجمهور الزنا لا يفسخ النكاح واستدلوا بحديث ابن عباس أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال له، إن امرأتي لا تمنع يد لامس قال : غربها قال: أخاف أن تتبعها نفسي قال : فاستمتع بها.

و حكى صاحب البحر عن أكثر أهل العلم أن من زنت لا ينفسخ نكاحها. وخالف فريق من الفقهاء في ذلك وقالوا: يفسخ النكاح بظهور الزنا من الزوجة وبه قال الحسن [59] وروي عن المؤيد بالله أنه يجب تطليقها ما لخم تتب.

وسبب الخلاف اختلافهم في معنى عبارة لا تمنع يد لامس في الحديث أعلاه. فالذين أجازوا إمساك الزانية وهم الجمهور قالوا معناه الزانية وأنها مطاوعة لمن أرادها، وقال أحمد معناه، تعكي من ماله ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليأمر بإمساكها وهي تفجر. والمعنى الأول هو الصحيح لأن الحديث ورد بلغة العرب ويجب أن يجري على لسانهم والمعلوم أن العرب تكني بمثل هذه العبارة على عدم العفة والزنا.

قال العلامة الشوكاني من أعظم الأدلة على جواز إمساك الزوجة التي ظهر منها الزنا حديث عمرو بن الأحوص جاء فيه أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا في النساء خيرا .

فإنما هن عندكم هوان ليس منهم شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاشحة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا[60].

---

[59] - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص30 : ط. دار الفكر.

[60] - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 154 ، ط. الثانية 1952.

ونستنتج مما سبق أن الزوجة إذا زنت وهي تحت الرجل فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها ولكن يؤدبها حتى تتوب وإن شاء طلقها وهو ما عليه الجمهور.

1 – المقياس المعتبر شرعا في معرفة ظهور الزنا من المرأة .

لا يحل شرعا أن تتهم امرأة مسلمة، بكرا كانت أو متزوجة ، إلا إذا كانت تمارس الزنا بطريقة مستهترة وجهارا أو تكامل الحجة وهي أن يرى أربعة رجال عدول زناها ويشهون بمعاينتهم لحصول الاتصال الجنسي.

أما إن يرميها المسلم بغير علم فهذا مما لا يليق بالمسلم لأن المسلمين كلهم إخوة فلا يرمى الأخ بما يشينه ، والرمي بالزنى جريمة تهدم أركان البيت وهو الخلية الأولى في المجتمع فبصلاحها يصلح وبفسادها يفسد، فكان عقاب الذين يرمون البريئات بالزنا، سواء كانوا كاذبين أو لم يكن لهم شهود عدول، إقامة الحد عليهم وهو عقوبة ثمانين جلدة والعذاب الأليم في الآخرة قال تعالى : " إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فيالذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة"[61] والآية الكريمة وردت في حادثة الإفك التي قذفت فيها عائشة رضي الله عنها بالزنا ولقد برأها عز وجل بقوله : " إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم "[62]. مما نسب إليها كذبا وافتراءا فالآية وإن نزلت في قذف عائشة إلا أن المعتبر منها العموم للقاعدة الأصولية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

قالت عائشة في بيان ملابسات الحادثة[63]: كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة بعدما أنزل الحجاب ففرغ منها ودنا من المدينة وآذن بالرحيل ليلة فمشيت وقضيت شأني وأقبلت إلى الرحل فإذا عقدي انقطع ، وهو القلادة ، فرجعت التمسه وحملوا هودجي، هو ما يركب ، على بعيري يحسبونني فيه وكانت النساء خفافا إنما يأكلن العلقة من الطعام، أي القليل ، ووجدت عقدي وجئت بعدما ساروا فجلست في المنزل الذي كنت فيه وظننت أن القوم سيفقدونني يرجعون إلي فغلبتني عيني غنمت وكان صفوان عرس من وراء الجيش

---

61 - سورة النور ، الآية 18.

62 - سورة النور ، آية 10.

63 - الحديث بنصه الكامل في كتاب فتح الباري على البخاري ، ج؟؟ ص : 365 ط. دار الفكر.

فأدلج ، أي نزل من آخر الليل، الاستراحة فأصبح في منزله فرأى سواد إنسان نائم، أي شخص فعرفني حين رآني وكان يراني قبل الحجاب فاستيقظت باسترجاعه حين عرفني، أي قوله إنا لله وأنا إيه راجعون ، فخمرت وجهي ، أي غطيته بالملاءة ، والله ما كلمني بكلمة ولا سمعت منه كلمة غير استرجاعه حين أناخ راحلته ، أي بركها ، ووطئ على يديها فركبتها فانطلق يقود بي الراحلة حتى أتينا الجيش موغرين في نحر الظهيرة أس وقاعين في مكان وغر من شدة الحر، فهلك من أهلك وكان الذي تولى كبره منهم عبد الله بن أبي بن سلول . رواه الشيخان[64].

فلو فرضنا أنه شهد إنسان لوحده امرأة قد اختلت بأجنبي وجب عليه أن يختار الستر لأن الله سترها ولو شاء لفضحها على رؤوس الإشهاد.

وفي حالة ما إذا اطلع أربعة شهود معاينة على ممارسة المرأة للزنا وجب عليهم أن يفضحوها لاكتمال الحجة حتى يشيع أمرها بين الناس فيترتب حكم التحريم في حقها إلا إذا تابت بالله الذي لا إلاه إلى هو أن فلانا زوجي هذا فيما رماني به من الزنا لكاذب وكررت ذلك أربع مرات ثم قالت في الخامسة وعليها غضب الله إن كان من الصادقين فقد اكتمل لعانها[65].

وإذا لم اللعان بهذه الصورة يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا في مذهب الإمام مالك والجمهور[66].

واستبرأت . أما إذا رأى رجل امرأته وهي تزني مع عشيقها فهل يجب عليه أن يلتمس البينة أو يختار الستر؟ الإسلام لم يترك هذه المشكلة العويصة والحرجة بدون حل بل شرع لها اللعان الذي إذا تم بشروطه كان مانعا شرعيات فتحرم عليه المرأة التي لا عنها حرمة أبدية.

المطلب الثالث : اللعان.

64 - تفسير الجلالين المحلي والسيوطي ، ص 274 ، ط. 1353 هـ.
65 - ابن حزم ، مراتب الإجماع ، ص 81 طبعة دار الكتاب العربي.
66 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ص : 91 ج2 ، طبعة دار الرشاد.

اللعان شرعا هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها بحكم قاض فخرج بكلمة اللازم له ما لو أتت به الأقل من ستة أشهر من يوم الوطء أو كان لا يتصور منه الوطء فإنه ينتفي عنه بغير لعان . وخرج بعبارة إن أوجب نكولها ما لو ثبت اغتصابها فلا لعان عليها ، وخرج بحكم قاض ما إذا تلاعنا بدون حكم فليس بلعان شرعي ولا ينبني عليه حكم[67] .

وكيفية اللعان هي المذكورة في قول الله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"[68].

فإذا رمى الزوج زوجته بصريح الزنا وقال لها في المسجد بحضرة الحاكم أو القاضي بالله إني لصادق فيما رميت به فلانة زوجتي ويشير إليها وهي حاضرة تسمع لعانه وكرر ذلك أربع مرات ثم قال في الخامسة وعليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فقد اكتمل لعانه ثم إذا قالت الزوجة . ردا عليه . .

المبحث الثامن:

مانع الإحرام .

الإحرام هو نية الدخول في الحج أو العمرة أو فيهما معا يقال أحرم الرجل أو أحرمت المرأة إذا دخل أحدهما الحرام أو الحرم كأبحر إذا دخل البحر ، والمعنى أن أحدهما تلبس بحال يحرم عليه فيها ما كان مباحا له قبلها كمس الطيب والصيد ولمس النساء للشهوة [69].

المطلب الأول :

أحكام زواج المرأة في حالة الإحرام

---

67 - محاضرات التفسير ، مستوى الإجازة ، الأستاذ البكري محمد سنة 88 – 89.

68 - سورة النور ، آية 5.

69 - أبو جابر الجزائري ، الحج المبرور ، ص 48 ط. طبعة الدعوة ط. الثانية .

للإحرام محظورات وممنوعات من بينها عقد النكاح مطلقا للحاج وغيره والخطبة سواء خطب لنفسه أو خطب لغيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ونفس الشيء يقال في المرأة فلا يصح أن تخطب في حالة الإحرام أو أن يعقد عليها في حينه. وإذا تم شيئا مما ذكرنا فالنكاح باطل والعقد الناشئ عن خطبة المحرم أو المحرمة باطل وهو ما ذهب إليه مالك والشافعي والليث والأوزاعي وعمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت للحديث أعلاه وخالفهم أبو حنيفة فقال لا بأس به واستدل بالحديث الصحيح الذي روي عن ابن عباس وهو أن رسول الله نكح ميمونة وهو محرم . وحم النهي الوارد فيس الأحاديث المحرمة لنكاح المحرم على الكراهية [70]. ولا شك في أن من تزوج في حالة الإحرام فقد ارتكب إثما وخالف قوانين الإحرام فوجب في حقه التوبة والمغفرة . وكان أولى أن يبطل نكاحه حتى لا يتجزأ الناس على مخالفة ما يجب أن يلتزم به المسلم في حالة الإحرام ، خصوصا وأن عقد النكاح يتبعه الوطء والجماع مفسد للحج إذا وقع قبل الوقوف بعرفة اتفاقا .

القسم الثـانـــي
مقاييس مكملـــــة

المبحث الأول :

الولـود

[70] - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 34 و 35 : ط. دار الرشاد الحديثة .

لقد اقتضت حكمة الله أن يكون التوالد أمرا سروريا للمحافظة على استمرار العنصر البشري وبقائه إلى يوم الدين وجعل سبحانه النيني والبنات أجدر ما في الوجود قال تعالى " المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا "[71]. لذا حثت الشريعة الإسلامية على نكاح الولود.

المطلب الأول :

استحباب نكاح الولود.

لقد رغب رسول الله في أن تكون المرأة المراد نكاحها من نساء يعرفن بكثرة الولادة قال عليه الصلاة والسلام : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة.

وروي عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله فقال امرأة ذات حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة[72].

ومما يدل على استحباب كون المنكوحة ولودا ما ورد من النهي عن التبتل، وهو ترك النكاح واقتضاء النسل ، سئلت عائشة رضي الله عنها : أأتبتل فقالت لا تفعل أما سمعت قول الله عز وجل : " لقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية "[73].

ولقد أورد القرآن الكريم صورا عديدة من دعاء الصديقين والأنبياء لربهم أن يمنحهم من أزواجهم ذرية تقربها أعينهم ، من ذلك قول الله تعالى على لسان زكريا عليه السلام : " رب لا تذرني فردا وأنت خير الوارثين"[74] أي لا تتركني بلا ولد يرثني.

ولقد ثبت عن رسول الله أن من كان له ولد صالح ثم استخلفه بعد مماته فإنه ينفعه في الدار الآخرة بدعائه وأعماله باعتباره ثمرة تربيته الصالحة قال عليه الصلاة والسلام : إذا

---

71 - سورة الكهف ، آية : 45.

72 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114 ، ط. الثانية 1952

73 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 440 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

74 - سورة الأنبياء ، آية : 83.

مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له[75].

المطلب الثاني :

في الرد على من يفضل العاقر على الولود.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الخير كله كامن في تزوج الولود ولا حجة شرعية لمن ذهب على خلافه.

أما ما رواه أبو عصام العسقلاني ونصه أن حذيفة قال قال رسول الله : إذا كان سنة خمس ومائة فلأن يربي أحدكم جر أو كلب خير من أن يربي ولدا.

فلقد قام ابن حزم بالرد عليه وعلى أمثاله خير قيام فقال في الراوي هو منكر الحديث لا يحتج به. والحديث موضوع وبيان ذلك أنه لو استعمل الناس ما فيه من ترك النمل لبطل الإسلام والجهاد والدين وغلب أهل الكفر مع ما فيه من إباحة تربية الكلاب فظهر كذب أبي عصام بلا شك[76].

المبحث الثاني :

البكـر.

البكر عند الفقهاء هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو جار مجرى الصحيح أي لم يسبق لها زواج والأصل فيها أن تكون عذراء لم تزل بكارتها بمزيل.

المطلب الأول :

في استحباب نكاح الأبكار.

لقد رغب رسول الله في نكاح الأبكار ومما قاله عليه الصلاة والسلام فيهن : أنهن أنتق أرحاما وأطيب أخلاقا وأرضى باليسير.

---

[75] - صحيح مسلم ، با الوصية رقم الحديث 1631 ، ج3 ، ص : 1255 ، ط. دار الفكر.

[76] - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 441 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ

والمراد بكلمة أنتق أرحاما : أقبل للولد على ما فسره به ابن حبيب . وروى جابر عن رسول الله أنه قال : ياجابر تزوجت بكرا أم ثيبا قال : قلق ثيبا قال: أهلا تزوجت بكرا تلاعبها وتلاعبك[77].

يدل هذا الحديث وأمثاله من أحاديث الموضوع على استحباب نكاح الأبكار عداإذا كان هناك مقتض لنكاح الثيب كأن تكون أكثر تجربة وصبرا وتحملا لأعباء الأسرة كما هو الحال مع جابر الصحابي الجليل حين علل تزوجه الثيب دون البكر بقوله : هلك أبي وترك سبع بنات فكرهت أن أجمع إليهن جارية خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تقوم عليهن وتمشطهن ، فلما سمعه رسول الله قال له : أصبت.

المطلب الثاني:

مزية البكر على الثيب.

إن اختيار البكر هو المقصود المحبب فإن كانت ثيبا فلربما قارنت فعليك مع فعل غيرك ممن تقدم معها وفاضلت بينكما[78] فاجتنابها أفضل، وكذلك نجد رسول الله في الحديث السالف الذكر حث على أن يلاعب أحدهما أهله والملاعبة والمداعبة تتأتى مع البكر أكثر مما هي مع الثيب لأن مجالسة البكر والملاعبة بها فيه إيناس للنفس وإراحة للقلب ما ليس له مثيل في مجالسة وملاعبة الثيب.

المبحث الثالث :

التدين والصلاح .

الزوجة الصالحة هي التي تعين زوجها في دينه ودنياه من صفاتها الوقار والاحتشام والتقوى والورع واحترام الفضيلة وصيانة العرض وغير ذلك من الصفات والأخلاق الحسنة.

المطلب الأول :

في الحث على نكاح الصالحات.

---

77 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952

78 - الحطاب، مواهب الجليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 404. ط. مكتبة النجاح.

يستحب لمن أراد الزواج أن يختار الزوجة الصالحة فقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله قال : ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته. وعن أنس قال عليه الصلاة والسلام : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة[79]. ومعنى الودود المودودة لما هي عليه من حسن الخلق والتودد إلى الزوج . فلا يليق بذي المروءة والدين أن يتزوج امرأة خبيثة ساقطة لا خلق لها ولا دين ، ذلك أن الخبيثة في غالب أحوالها لا يرغب فيها إلا الدنيء النفس، قال تعالى : " الخبيثات للخبيثين والخبيثون للخبيثات والطيبات للطيبين والطيبون للطيبات"[80]. فهنا إشادة بالنساء الصالحات وإغراء للمسلمين باختيارهن أزواجا تحقيقا للآية الكريمة : " وجعل بينكم مودة ورحمة " لأن المنافرة تامة بين الخبيثة والمؤمن الطيب فلا يحصل المراد من الرحمة والمودة بين الزوجين.

المطلب الثاني:

استحباب اختيار المتدينة ووجوب تقديم ذات الدين.

روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك.

يستفاد من الحديث الشريف أن من اللائق لمريد الزواج أن يجعل الخلق والدين مطمح نظره عند اختيار الزوجة. وقوله عليه الصلاة والسلام اخبار عما جرت به العادة عند الناس في اختيار الزوجة وآخر ما يطلبون فيها ذات الدين فرغب في اختيار المتدينة ، وفي حالة تعارض المال والجمال وغيرهما من الخصال التي يرغب في نكاح المرأة لأجلها مع ذات الدين، أي التدين والصلاح ، قدمت حينئذ على غيرها. ومما يؤكد هذا التقديم ما رواه ابن ماجة مرفوعا إلى النبي عن ابن عمر أنه قال : لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى

---

[79] - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952

[80] - سورة النور ، آية 25.

حسنهن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل[81].

نشير في الأخير أن قوله صلى الله عليه وسلم : تربت يداك: هو كناية عن الفقر ولكن خبر بمعنى الدعاء لا يراد به حقيقة وقيل فيه شرط مقدر أي وقع لك ذلك إن لم تفعل ورجحه ابن العربي .

المبحث الرابع:

الجمال والحسب .

يستحسن أن تكون المرأة المراد نكاحها جميلة وعلى جانب من جمال الخلق حتى يجد فيها الزوج الإنس والود والطمأنينة وبه يتم استقرار البيت المسلم على النهج الذي ورد في القرآن الكريم.

المطلب الأول :

استحباب نكاح الجميلة.

ينبغي لمن أراد الزواج أن يختار الجميلة لأنها أمكن لنفسه وأغضى لبصره وأكمل لمودته فقد روي عن أبي هريرة أنه قال قبيل يارسول الله أي النساء خير قال : التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره وروى سعيد عن يحيى بن جعدة أن رسول الله قال : خير فائدة أفادها المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها. وروي عن أبي بكر بن عمرو بن حزم أن رسول الله قال : إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها[82].

هذه الأحاديث الشريفة لا تدل على أن اختيار الجميلة جائز شرعا فحسب بل هو من الأمور المستحبة لما ورد فيها من أن خير النساء المسلمات أصبحهن وجوها[83]. ويلحق

---

81 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 112 ، ط. الثانية 1952

82 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 463 ، ط. المكتبة السلفية.

83 - اقتباس من حديث عائشة (خير نساء أمتي أصبحهن وجوها) ج 2 ، ص 734 من كتاب الكامل لابن عدي ط. دار الفكر.

الجمال في الذات الجمال في الصفات كأن تكون مهذبة ورقيقة . والجمال هو إحدى الصفات التي يلتمسها الناس عادة في نكاح المرأة لأجلها، والسلام قال : تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين نربت يداك، قال القرطبي في شرحه لهذا الأثر : إن هذه الخصال الأربع هي التي يرغب في نكاح المرأة لأجلها فهو خبر عما في الوجود من ذلك لا أنه وقع الأمر به بل ظاهره إباحة النكاح لقاصد كل من ذلك[84] .

المطلب الثاني :

استحباب نكاح الحسيبة .

يستحب لمريد النكاح أن يختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليهم لما روي عن عائشة أن رسول الله قال، تخيروا لنفطكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم[85] ، ذلك أن المحيط السيء لا ينجب إلا امرأة سيئة ولهذا يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها فإذا كانوا صالحين تلد مثلهم وإلا فلا تأمن أن يرث ولدك منهم أخلاقهم السيئة وعاداتهم الخبيثة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحسب في الأصل هو الشرف بالآباء والأقارب مأخوذ من الحساب لأنهم ، أي العرب، كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقب ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدد على غيره وقيل المراد به الأفعال الحسنة[86].

الفصل الثاني
السلامة من العيوب

---

84 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 113 ، ط. الثانية 1952

85 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 469 ، ط. المكتبة السلفية.

86 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952.

العيب هو النقص والعار الذي يلحق المرأة بشرط أن يكون العرف قد جرى بتسميته بالعيب ، فوجوده في المرأة المراد نكاحها قد يسبب النفور بين الزوجين ويؤثر على الاستمرار العادي للعلاقة الزوجية التي من شروطها الدوام والاستمرار.

المبحث الأول:

العيوب الشرعية.

يقصد بالعيوب الشرعية العيوب التي أوردها الفقهاء في معرض حديثهم عن جواز رد الزوجة لوجود العيب بها وأثبتوا للزوج الخيار في الرد أو الإمساك إذا ثبت أن الزوجة مصابة بها وهي التي نصطلح عليها بعيوب البدن.

ثم التي نصطلح عليها بمصطلح عيوب الفرج.

المطلب الأول:

في عيوب البدن.

يقصد بعيوب البدن كل داء عضال يصيب جسم المرأة وعقلها ويخاف منه التعدي إلى النفس والنسل بقربانه ، وقد حصرها الفقهاء في كل مرض متعد ومزمن فاختيارا للسلامة من الإصابة بها ثبت الخيار بها.

– ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

علة الاقتصار على هذه العيوب:

اختص الرد بهذه العيوب لأنها تثير نفرة تمنع قربان المرأة المصابة بالكلية فتمنع الاستمتاع المقصود من النكاح كما أنه يخشى تعديهما إلى النفس والنسل، والجنون يخاف منه الجناية على النفس والمال والتعدي إلى النسل وكلاهما يمنع الاستمتاع والتقارب . وقال بعض المالكية العلة في ذلك هي الخوف من سرايتها إلى الأبناء [87]. وهو الأهم لأن سراية الداء إلى الأبناء مصيبة كبرى.

[87] - ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

المطلب الثاني:

عيوب الفرج.

يقصد بعيوب الفرج كل داء في الفرج يمنع الوطء أو لذته أو ينقصهما.

العلة في الاقتصار على هذه العيوب:

إنما قصر جواز الرد على العيوب المتقدمة لأنها تمنع الاستمتاع ، فالرتق يتعذر معه الوطء والإفضاء ، يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة والبخر منفر يمنع كمال اللذة غالبا ويمنع مقاربة أحد الزوجين صاحبه إلا على كره . وقالت جماعة من المالكية إن هذه العيوب مما يخفى وغيرها لا يخفى في غالب الأحوال [88].

الفصل الثالـث
الخيـار بـالعيـــوب

يراد بالخيار في الرد أو الإمساك إعطاء الزوج الحق في رد زوجته المعيبة إلى أهلها أو إمساكها ويلزمه حينئذ صداقها. فإذا اختار الرد كان فسخا لعقد الزواج وهو خلاف الطلاق الذي يترتب عنه نصف الصداق إذا وقع قبل الدخول والصداق كاملا بعد الدخول. أما في حالة الفسخ فلا يعطي الزوج الزوجة شيئا إلا إذا بنى بها فتستحق ربع دينار فقط.

المبحث الأول :

مشروعية الخيار بالعيوب .

الكلام في المبحث يقتضينا أن نتناوله في مطلبين.

المطلب الأول :

هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

---

88 - – ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

قال أهل الظاهر وعمر بن عبد العزيز العيوب لا توجب الخيار في الرد أو الإمساك وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وترد به الأمة وبه قال النخعي والثوري. وقال ابن مسعود وأبو حنيفة وأصحابه : لا ترد الزوجة بالعيوب إلا أن يكون قرنا أو رتقا وهو عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار فإذا ردت المرأة عد طلقة ولا يكون فسخا لأن مجرد العيب لا يثبت الخيار [89].

وذهب على خلافهم عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ومالك والشافعي وأصحابهما وأكثر أهل العلم، قالوا جميعا: يجوز الرد بالعيوب[90].

المطلب الثاني :

ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

إذا كان الجمهور قد اتفقوا على أن الرد بالعيوب في الجملة جائز شرعا فإنهم اختلفوا في تفاصيل العيوب المثبتة للخيار.

روى مالك عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على من غَرَّه[91] . وأضاف أصحاب مالك عيوب الفرج.

وفي المغني يثب به الرد لأنه نفرة ويمنع مقاربة صاحبه وخالف الناصر المالكية في البرص فلم يجعله عيبا يرد به ونحن نقول أنه عيب إن منع مقاربة صاحبه مخافة تعديه ووهو ما يتناقض مع حق الاستمتاع الناتج عن عقد الزواج[92].

---

89 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 579 ، ط. المكتبة السلفية.

90 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 167 ، ط. الثانية 1952

91 – الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 166 ، ط. 1952.

92 – بناني على الزرقاني ، حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 306.

قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط وهما القرن والرتق وننتصر للمالكية أن العيب المختلف فيه هو المانع من الوطء والعلة موجودة في الجنون والبرص وغيرهما من العيوب الشرعية فأثبتت حق الرد مثل ما أثبته القرن والرتق.

قال الزهري يفسخ النكاح بكل داء عضال ويدخل فيه جميع العيوب المثبتة لحق الخيار عند المالكية ويقاس عليها جميع الأمراض المعدية المزمنة التي يستعصى علاجها ويتعدى ضررها إلى النفس والنسل بما فيه السل لا سيما أن الهادوية قالت بالرد به[93]..

والزواج غير البيع البناء النكاح على المكارمة بخلاف البيع المبني على المشاحة.

نستنتج مما سبق أنه لا يثبت الخيار بغير العيوب الشرعية السابقة وجها واحدا مثل القرع والعمي والعرج وقطع أحد الأطراف ، أما البول في الفراش فقد قال الجزولي فيه قولان يرد به ولا يردبه . وجه عدم الرد به أنه لا يمنع الوطء وهو الراجح في المذهب المالكي والحال حرق الفرج بالنار أو قطع الشفرين فلا يثبت به الخيار كما في المدونة لأنه لا يمنع الوطء ولا لذته. قال ابن ناجي لا رد بكون المرأة ضعيفة أو كبيرة في السن أو لا تستحمل الوطء وخالفه اللخمي وقال: بل هذا عيب يرد به لأنه بذل صداقا مسمى للاستمتاع فلم يجد ما في مقابله فأثبت الخيار [94].

وقال أبو حفص وأبو بكر إذا كانت المرأة لا تستمسك بولها فعيب يرد به لما فيه من النفرة والنجاسة التي يئف منها الإنسان وقال مثله أبو الحطاب[95]. فليس كل عيب في العرف يثبت الخيار عند كافة العلماء إلا العيوب التي سبق ذكرها عند الجمهور وما يصح قياسه من العيوب الأخرى.

المبحث الثاني : موجب الخيار.

---

93 – الشوكاني ، نيل الأوطار ج 5 ص 167.

94 – حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

95 – ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

لا خلاف بين فقهاء الجمهور أنه إذا علم الزوج عيب زوجته ثم اختار إمساكها في عصمته كان الزواج صحيحا ينتج جميع آثاره من التوارث والنسب وحقوق الزوجين وغيرها من الآثار النافذة. أما إذا اختار الرد فلابد من تحقق شروط يملك لموجبها الزوج الخيار.

المطلب الأول : شروط ثبوت الخيار.

يشترط لثبوت حق الخيار شرطان بانتفائهما أو أحدهما يسقط الخيار ولا يحق له رد الزوجة وإنما يطلقها إن شاء ويلزمه الصداق بالدخول.

1 – **عدم سبق العلم.**

إذا تبين أن الزوجة مصابة بعيب من العيوب الشرعية فالخيار ثابت للزوج ما لم يكن عالما بالعيب قبل العقد أو أثناءه فإذا علم سقط خياره[96].

2 – **عدم الرضى بعد العلم بموجب الخيار.**

إذا اكتشف الزوج أن من عقد عليها معيبة فيكون قد علم فإما أن يرضى به فيسقط خياره وإما أن يبدي عدم الرضى فيثبت له الخيار . والرضى إما أن يكون صريحا أو ضمنيا.

أ – ***الرضى الصريح.***

المراد بالرضي الصريح أن يقول رضيت وما في معناه فلا غبار في كونه راضيا بالزوجة بعد العلم بعيبها فيسقط خياره حينئذ .

ب – ***الرضى الضمني.***

هو أن يمكن الزوجة من الاستمتاع به وهو راض وساكت بدون مانع مع الاطلاع على العيب أو يقوم هو بالاستمتاع بها فمن كانت حالته كذلك فلا خيار له .

يلاحظ أن عيب الفرج أو البرص الموجود بياض الجسد، بالدبر مثلا ، يكتشف بالوطء وهو الدال على الرضى يجاب عليه أن الوطء الدال على الرضى هو الحاصل بعد

---

96 – الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر.

موجب الخيار ولا الحاصل قبله أي أن الزوج لم يكن يملك حق الخيار في ابتداء الوطء بل ملكه بعد معرفته للعيب فإن تمادى في الاستمتاع بعد الاطلاع على العيب فقد رضي وسقط خياره.

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار.

يثبت الخيار للسليم أصالة وللمعيب إذا كان عيبه من غير جنس عيب الزوجة كالأبرص يتزوج الرتقاء لأنه عيبه ليس المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه[97].

أما إذا كان عيبه من جنس عيب الزوجة ففيه قولان :

1 – لا يثبت الخيار لهما لأنهما شبها الصحيحين ولأن الزوج يملك العصمة فلا خيار له .

2 – قال اللخمي: إن اطلع أحدهما على عيب من جنس عيب صاحبه فللزوج القيام دونها لأنه بذل صداقا لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل . وقال الرجراجي وابن عرفة يثبت الخيار لهما معا كمتبايعي عرضين ظهر بكل واحد منهما عيب لصاحبه .[98]

القول بثبوت الخيار للزوج هو السديد لأن الغاية من تشريع الخيار هو دفع الضرر واجتماع الضرر على الضرر يؤثر زيادة .

المطلب الثالث : الادعاء بسقوط الخيار.

إذا اختار الزوج أن يرد زوجته المعيبة فادعت هذه الأخيرة سقوط خياره بمسقطاته من العلم والرضى ولا بينة تعضد الدعوى ثم أنكر مريد الرد فيلزمه أن يحلف ومحله إذا لم يكن العيب ظاهرا وادعت علمه به بعد البناء أو بطول الأمر كشهر وإلا فلا يحلف الزوج والقول قول المعيبة بيمينها.

---

97 – ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

98 – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

قال ابن عرفة : إن قالت علم عيبي حين البناء وأكذبها إن كان ذلك بعد البناء بشهر ونحوه صدقت مع يمينها إلا أن يكون العيب خفيا كبرص بباطن جسدها ونحوه فيصدق بيمينه[99] .

المبحث الثالث :

أحكام الرد.

تختلف أحكام الرد بالعيوب بحسب ما إذا كان العيب موجودا قبل العقد أو في حينه وما إذا كان حادثا بعد العقد .

المطلب الأول : وجود العيب قبل العقد أو أثناءه.

إذا تبين أن الزوجة قد أصيبت بالعيب قبل العقد أو في حينه فإن الخيار في الرد أو الإمساك ثابت للزوج سواء كان كثيرا أو يسيرا بالاتفاق وفي حالة ما إذا اختار الرد يتعين عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي أو الحاكم الذي يقوم بضرب أجل للتداوي من العيب أو المرض وهذا الأجل يختلف باختلاف العيب.

1 – بالنسبة لعيوب البدن.

يؤجل القاضي المعيبة سنة كاملة لأجل الدواء والسر في تحديد الفقهاء الأجل بسنة هو اختيار الدواء عبر الفصول الأربعة أو لأنه أمر تعبدي . [100]

تؤجل المعيبة إذا رجيء البرء من المرض ، أما إذا كانت حالتها ميؤوسا منها فإن القاضي لا يؤجلها بل يفسخ الزواج حالا، ويستثنى المجنونة حيث يضرب لها الأجل وإن لم يرج برؤها لظاهر المدونة . ويبتدئ الأجل من يوم الحكم بالتأجيل لا من الرفع للقاضي أو الحاكم، وإذا شفيت قبل الأجل المضروب لها فليس للزوج ردها وإنما المعتبر إذا لم تشف بعد مرور الأجل.

2 – بالنسبة لعيوب الفرج.

---

[99] – الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر.

[100] – نفس المرجع ، ص : 280.

تؤجل المعيبة بداء الفرج بالاجتهاد من غير تحديد للأجل بل بما يقرره أهل الخبرة من ذوي المعرفة بالطب ويلزم الزوج أن يصبر عليها خلال الأجل المضروب و لا يردها حالا إلى أهلها و إذا انتهى الأجل ولم تبرأ اختار بين ردها أو إمساكها . وخلال الأجل المقدر للمعيبة تكون تكاليف الدواء عليها لأنها الملزمة بتمكين زوجها من الاستمتاع الذي في مقابل الصداق أما النفقة فهي على عاتق الزوج لقدرته على الاستمتاع بغير وطيء.

وإذا طلب الزوج ردها من غير تاجيل , فإن من حق اللزوجة أن تطلبه لأجل التداوي إن كان الشفاء ممكنا بلا ضرر في الإصابة فتؤجل حينئذ دون اعتبار موافقة الزوج أو رفضه . وفي حالة ما إذا كان يحصل بعد التداوي عيب فلا تجاب لما طلبته إلا برضاه[101] .

أما لو امتنعت الزوجة من التداوي فهل تجبر أم لا تجبر عليه ؟ ميز الفقهاء في هذا الصدد بين كون العيب طارئا وبين كونه خلقة .

أ – **<u>إذا كان العيب عارضا</u>** :

المراد بالعيب العارض الذي طرأ على المرأة بصنع صانع كختان البنات الذي كان مألوفا عند إخواننا السودانيين وهي عملية كان يقطع الجزء ألانتصابي من عضو المرأة التناسلي وذلك بعد آلام عظيمة بحجة إضعاف شهواتها الجنسية.

فإذا كان لا يترتب على التداوي ضرر فإنها تجبر عليه إن امتنعت وطلبه الزوج وإن طلبته هي وأباه الزوج فلا يجبر بل يخير فإن لم يرض وفارق فلا شيء عليه .

ب – **<u>إذا كان العيب خلقة</u>** .

يقصد به أن يكون العيب خلقة ليس طارئا كمن تولد وبها رتق فمن شأن محاولة التداوي أن يترتب عنه ضرر وعيب في الإصابة .

---

101 – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 310 ، ط. دار الفكر 1978.

في حالة عدم ترتب العيب في الإصابة بإجراء عملية جراحية مثلا لاستئصال ما سد به محل الوطء ، فإنها لا تجبر على التداوي إلا برضاها كما لا تجبر في حالة ترتب العيب عليه .

المطلب الثاني : حدوث العيب بعد العقد .

إذا تحقق أن العيب حادث بعد العقد فهل يثبت به الخيار أم لا ؟

قال أبو الحسن يرد به مطلقا حدث بعد البناء أو قبله.

قال أشهب : لا يرد به مطلقا لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم البيع أشبه بالحادث بالمبيع[102] .قال ابن القاسم لا يرد الرجل المرأة والمعتمد في المذهب المالكي قول ابن القاسم وهو أحد القولين في المذهب الشافعي [103]

المبحث الرابع :

آثار الرد.

إذا تبين أن الزوجة مصابة بأحد العيوب الشرعية المتقدمة فلا مناص من أن يطلع على العيب قبل الدخول أو يعلم به بعده.

المطلب الأول .

العلم بالعيب قبل الدخول.

إذا اطلع الزوج على العيب قبل البناء فهو إما أن يرضى بالأمر الواقع وعليه المسمى، أي صداق مثلها، أو يختار ردها ولا شيء عليه ولكن يشترط فراقها بصيغة الرد للعيب لا بلفظ الطلاق وإلا لزمه نصف الصداق.

المطلب الثاني :

العلم بالعيب بعد الدخول .

---

102 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 279 ، ط. دار الفكر .

103 – ابن قدامة . المعني ، ج 7 ، ص : 583 ، ط. المكتبة السلفية .

إذا لم يعلم الزوج بالعيب إلا بعد الدخول فقد استحقت الزوجة الصداق بالبناء فوجب على الزوج ، إلا أن الشارع أعطى الزوج الحق في أن يرجع به على من غرر به بأن أوهمه أن من عقد عليها لا عيب فيها والحال أنه عالم به ومع ذلك أخفاه عنه فصار بهذه الصورة مدلسا وغارا يغرم للزوج ما ضاع منه من الصداق[104] .

وهذا الغار يحتمل أن يكون الزوجة نفسها أو وليها. والرجوع على أحدهما بحسب ما إذا حضرت الزوجة مجلس العقد مع وليها وما إذا كانت غائبة عنه.

1 – **حضور المرأة مجلس العقد مع وليها.**

إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بحضورها قريبا منها ممن يخالطها ويعلم أمرها وما بها من عيوب منبها أنه لا يعتبر فيه شدة القرابة أو بعدها عن المرأة وإنما المعتبر علمه بالعيب كأب وأخ وكذا عم وابن عم وغيرهم من الأولياء الذين يوجدون معها في البيت ، فإن الزوج يخير بين الرجوع على الولي القريب وبين الرجوع على الزوجة لكون كليهما غريما له بسبب تدليسه عليه بكتمانهما العيب.

في حالة الرجوع على المرأة فإن الزوج يأخذ منها الصداق الأربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يقوم بهما وهو أقل الصداق حقا لله تعالى وبرجوعه على الولي القريب فالزوج يأخذه منه بجميعه ويمكن للولي بدوره أن يرجع على وليته ما عدا أقل الصداق فيتركه لها و العكس غير صحيح أي لا ترجع هي على الولي إن أخذ الزوج منها الصداق لأنها هي المباشرة للإتلاف . والجدير بالذكر أن الولي البعيد الذي يجهل العيب ولا يعلم من أمر وليته شيئا لا يرجع الزوج عليه بل يرجع على الزوجة وحدها لأن هذا الولي لا يعتبر غارا فلا يضمن ما ضاع من الزوج، وكذلك يرجع على الزوجة فقط إذا كان العيب مما لا يظهر إلا بعد الوطء [105]لاستواء الولي القريب مع الولي البعيد في عدم العلم بالعيب.

2 – **غياب الزوجة عن مجلس العقد.**

---

104 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 286 ط. دار الفكر.

105 – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 313 ط. دار الفكر.

إذا زوج الولي القريب المرأة بغير حضورها رجع الزوج عليه دونها، لأنه دلس عليه وكتم العيب في مجلس العقد.و لا مكان لرجوع الولي عليها لأن من حجتها أن تقول : لو حضرت محل العقد ما كتمت عيبي.

و إن كان الولي القريب فقيرا أو معدما أو توفي فهل يرجع الزوج بالصداق على الزوجة؟

قال مالك: لا يرجع عليها, لم يكن عليها أن تخرج فتخبر بعيبها ولا ترسل إليه. وقال مثله ابن القاسم.

قال ابن حبيب: إن وجب الرجوع على الولي وكان عديما والمرأة موسرة رجع عليها الزوج ولم ترجع هي به على الولي وإن أيسر.

وهذا القول الأخير هو الذي اختاره اللخمي ، والمعتمد قول مالك وابن القاسم في المذهب المالكي[106].

أما إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بغير حضورها بعيدا عنها فكما لا يرجع الزوج عليه عند حضورها مجلس العقد لا يرجع عليه إن كانت غائبة عنه وإنما يرجع عليها فقط , ويجوز له إذا تبين أن الولي البعيد يحتمل أن يكون عالما بالعيب أثناء العقد، أن يدعي علمه به وتدليسه له فإن أقر يرجع عليه بالصداق وإن أنكر، قال محمد يحلف فإن نكل حلف الزوج أنه علم وغره فإن نكل فلا شيء على الولي ولا على الزوجة فقد سقطت تبعاته عن المرأة بدعواه على الولي . وقال ابن حبيب : إن حلف الولي رجع على الزوجة وقد استصوبه اللخمي وذكر الشيخ الزرقاني أنه خلاف المذهب أي أن الولي البعيد إذا حلف للزوج أنه لم يعلم بالعيب حين العقد فلا يرجع الزوج على الزوجة لإقراره أن الولي هو الذي غره كما لا ير جع عليه في حلفه[107].

المبحث الخامس:

---

106 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 287 ط. دار الفكر.

107 – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 314 ط. دار الفكر 1978.

الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

أجمع الجمهور على أن المرأة لا ترد بكل عيب في العرف ويرد به البيع بناء على أن العرف ليس كالشرط في عقد النكاح بخلاف البيع. وعليه فإذا شرط الزوج صراحة السلامة من كل عيب معين ثم يتبين بعد ذلك أن المرأة معيبة فالخيار ثابت له. أما إذا لم يشترط شيئا فلا يخول له الشرع حق الخيار لأنه مقصر في استعلام ما إذا كان بالزوجة عيوب وإذا ثبت هذا شرعا بالنسبة للاشتراط فهل يجوز رد المرأة بمجرد خلف الظن ؟

المطلب الأول :

الرد بخلف الظن.

1 – خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف.

إذا ظن الزوج أن من عقد عليها سليمة من كل العيوب فيخلف ظنه فيجدها معيبة بغير العيوب الشرعية المتقدمة من سواد أو قرع أو عمي أو كان يظنها عذراء فيجدها ثيبا وغير هذا مما يعد عيبا عرفا ، فلا يثبت له حق الخيار عند كافة الجمهور باستثناء حالة زواج الحر الأمة كأن يظنها الحر مثله حرية فيخلف ظنه إذا يجدها مسترقة فله ردها بخلاف العبد مع الأمة لاستوائهما رقا، وهذا الاستثناء لم يعد له وجود بزوال نظام الرقيق من المجمع الحالي. وكذلك إذا غررت الكتابية بالمسلم كأن تقول له : أنا مسلمة فيتزوجها على هذا الأساس فله ردها ولا خيار له إن لم تغرر به بل كان يظنها مسلمة فيخلف ظنه فيجدها يهودية أو نصرانية فليس له ردها[108].

2 – خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا.

إذا اعتقد الزوج أن زوجته قصيرة أو تصغره سنا فيخلف ظنه إذ يجدها طويلة أو تكبره سنا فلا خيار له مطلقا.

---

[108] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 281 ط. دار الفكر.

وخير مثال نبين به حالة خلف الظن فيما لا يعد عيبا ما رواه أبو هريرة من أن رجلا خطب امرأة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا[109]. يستفاد من هذا الحديث الشريف أن الرجل المذكور ينتمي إلى المهاجرين من أهل مكة ونساؤهم لهن أعين واسعة بخلاف نساء الأنصار فأعينهن صغيرة فأمره رسول الله عندما خطب الأنصارية أن ينظر إلى عينيها حتى لا يظنهما واسعتين فيصدم أو قد يطلب ردها عند وجودها على خلاف ظنه .

فمن كانت حالته هذه لا خيار له لأنه شرع النظر إلى المخطوبة لتفادي مثل هذه الحالات .

المطلب الثاني :

الرد لتخلف الشرط.

إذا كان الفقهاء قد اقتصروا على ثبوت الخيار بالعيوب الشرعية المتقدمة دون غيرها فقد أفسحوا المجال للزوج ليشترط ما يشاء السلامة منه من العيوب التي تعارف المجتمع على تسميتها بهذا المصطلح ليترتب في حالة انتفاء الشرط حق الخيار.

فإن لم يشترط الزوج شيئا فلا يفضح الولي عيوب وليته بل يجب عليه أن يكتم الخنا وهي الفواحش من السرقة والزنا ونحوهما ما لم يشترط الزوج السلامة منها ، ذلك أن الزواج مبني على المكارمة .

1 – **صحة الشرط.**

الشرط يأتي على صورتين: أن يصف الولي بحضرة الزوج أو وكيله أن وليته سليمة من العيب الفلاني أو من العيوب، وأن يدون الموثق صدور الشرط أثناء تحرير رسم النكاح.

أ – **وصف الولي :**

109 – صحيح مسلم باب النكاح رقم الحديث 74 ، ج2 ، ص : 1040 ، ط. دار الفكر.

إذا وصف الولي أو وصف غيره في حضرته وسكت أن وليته عذراء أو أنها حسيبة أو بيضاء ونحو ذلك والحال أنها ثيب أو مجهولة الأبوين أو سوداء ونحو ذلك فهل يعتبر شرطا يثبت الخيار إذا وجدت الزوجة على خلافه أم لا ؟

رأى ابن القاسم أن وصف الولي لا يوجب الخيار وهو قول محمد سواء وصفها ابتداءا أو بعد سؤال الزوج.

قال عيسى : إن وصف الولي يوجب الخيار مطلقا سواء وصف الواصف ابتداءا أو بعد سؤال الزوج. وبه أخذ اللخمي.

نقل ابن رشد أن الوصف إذا صدر ابتداءا اختلف فيه وإذا صدر بعد سؤال الزوج فيتفق على أنه شرط.

ويعتبر وصف الولي ابتداءا مبالغة في ثبوت الخيار به ولأن الولي كان عليه أن يلزم الصمت ويكتم عيب وليته لزمه الشرط.

ب – **كتابة الشرط** :

إذا دون الموثق أن الزوج شرط خلو الزوجة من العيب الفلاني أو من كل عيب ثم وجدت على خلافه فله الخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردها .

أما إذا نازع الولي الزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك وأنكر الولي ولا بينة لواحد منهما فهل ما كتبه الموثق دليل على هذا الشرط؟ قال ابن أبي زيد : لا يكون ما كتبه الموثق دليلا على وجود الشرط لأن العادة جرت أن الموثق يلفق الكلام ويحمله ويذكر فيه ما ليس بمشترط وعدم الرد به هو الراجح في المذهب المالكي لأنه ظاهر المدونة إلا إذا ثبت أن الشرط ليس من تلفيق الموثق[110] .

رأي الباجي أنه إذا كتب الموثق شرط الصحة بلفظه ثم توجد الزوجة على خلافه فله الرد[111].

---

[110] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 288 ط. دار الفكر

[111] – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 306 ط. دار الفكر 1978

إما إن كتب الموثق سليمة أو خالية من العيب الفلاني فيتفق على أنه شرط لكونه ليس من تلفيق الموثقين وبالتالي فإنه يثبت الخيار في حالة تخلفه.

المطلب الثالث : نموذج الشرط.

1 – اشتراط البكارة.

إذا اشترط الزوج بكارة الزوجة وثبت وقوع هذا الشرط أو كتبيه الموثق في وثيقة العقد ولم يعلم أنه من تلفيقه ، فإن قال أتزوج المرأة بشرط أنها عذراء فتوجد ثيبا فله ردها لأن العذراء هي التي لم تزل بكارتها بمزيل سواء بنكاح أو بغيره ، ولا حق له في ردها إذا علم أنها تزوجت وطلقت قبل الدخول ما دامت بكارتها لم تفتض.

وإذا قال : أتزوجها بشرط أنها بكر، فإن ثيبت بنكاح ردها بالثيوبة قطعا وإن ثيبت بزنا أو أثناء ممارسة الرياضة من القفز والفروسية فلا يثبت له الخيار لأن معنى البكر عند الفقهاء هي التي لم توطء بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح .

أما إذا جرى العرف بمساواة البكر العذراء ووقع الشرط بأحدهما كما هو الشأن في المغرب ومصر فإن أحد الوصفين يغني عن الآخر.

وينبني عليها أن للزوج حق الخيار إذا وجدها ثيبا سواء بنكاح أو بغيره كما نقله البرزلي[112] .

2 – النزاع حول توفر شرط البكارة.

إذا نشب نزاع حول وجود البكارة ، فقال الزوج : وجدتها ثيبا وقالت الزوجة: بل وجدني بكرا فتصدق بيمينها قاله ابن القاسم وابن حبيب وروي مثله عن مالك . وقال سحنون إن ادعت أنها بكر وأزال بكارتها عرضت على النساء ؟؟ فإن قلن أن بها أثرا قريبا كان القول قولها وإن قلنا أن بها أثرا يبعد كونه منه كان القول قوله بيمين وحكى الشيخ بناني أن العمل جرى بفاس بقول سحنون هذا[113].

---

[112] – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 347 ط. دار الفكر 1978

[113] – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 311 ط. دار الفكر.1978

وإن امتنعت عن تمكين النساء من النظر إلى فرجها فهل تجبر على نظرهن أم لا ؟

المشهور في المذهب المالكي أنه لا ينظرها النساء جبرا عليها لأنه حق للمرأة في عدم الاطلاع على عورتها ولما تقرر شرعا من حرمة النظر إلى العورة ومقابل المشهور قال سحنون : يجوز النظر للفرج للنساء لأجل الشهادة وتجبر المرأة على نظرهن لأنه حرم النظر إلى العورة إذا لم يكن لنفع شرعي كالشهادة ومثله الطب وإلا جاز للضرورة.

ومحل ما سبق ذكره إذا كانت الزوجة رشيدة أما إذا كانت سفيهة أو قاصرة ووجبت عليها حلف أبوها أو غيره من الأولياء ممن يخالطها ويعلم أمرها. وإن قيل كيف يحلف الأب ليستحق الغير ؟ مع أن الإنسان يحلف ليستحق هو لا ليستحق غيره. يجاب على هذا السؤال أنه أمر الأب بالحلف لأنه مقصر بعدم الإشهاد على أن وليته سالمة فالغرم متعلق به، فالحلف لرد الغرم عن نفسه لا لاستحقاق غيره [114].

قال مالك : من تزوج امرأة فإذا هي لغية ، أي لا تصلح للنكاح ، فإن شرط كونها نسيبة فليردها وإلا لزمته فإن ردها فلا صداق عليه إن لم يكن بنى بها وإن بنى بها فعليه صداقه ويرجع به على من غره فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار[115] نلاحظ أن أحكام تخلف الشرط عند ثبوت وقوعه هي نفس أحكام ما تقدم في الكلام على الخيار بالعيوب الشرعية .

<u>الخاتمة</u> :

يعتبر هذا الجزء شامل لكل ما يتعلق بالموضوع إلا ما غاب عن علمي وكل ما تناولته له أصل في المراجع الموثوق بها ، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم عليه وعلى الصحابة والتابعين وتابعيهم إلى يوم الدين.

---

[114] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 285 ط. دار الفكر.

[115] – حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 319 ط. دار الفكر.1978

الفهـــرس

مقدمة

القسم الأول :

الفصل الأول :الخلو من الموانع الشرعية

المبحث الأول : مانع القرابة والمصاهرة والرضاع.

المطلب الأول : المحرمات بالنسب .

المطلب الثاني : المحرمات بالمصاهرة.

المطلب الثالث : المحرمات بالرضاع.

المبحث الثاني : مانع الجمع.

المطلب الأول: في الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو خالتها.

المطلب الثاني : في الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا لم يجز له نكاح الأخرى.

المبحث الثالث : مانع الرق.

المطلب الأول : أحكام نكاح الحر الأمة

فرع أول : الطول

فرع ثان : الخوف من العنت

المطلب الثاني : العلة في تحفظ وتردد الفقهاء في نكاح الحر الأمة.

المبحث الرابع : في مانع الخطبة على الخطبة.

المطلب الأول : حكم خطبة الرجل على خطبة الرجل.

فرع أول : الركون .

فرع ثان : خطبة غير الفاسق

المبحث الخامس : مانع العدة.

المطلب الأول: أحكام من تزوج امرأة في عدتها.

فرع أول : وقوع الفسخ قبل الدخول.

فرع ثان : وقوع الفسخ بعد الدخول.

المبحث السادس : مانع الدين .

المطلب الأول : في أحكام زواج غير المسلمة.

فرع أول : نكاح الكافرة أو المشركة.

فرع ثان : نكاح الكتابية.

أ – المقصود بأهل الكتاب.

فرع ثالث: زواج المجوسية.

المطلب الثاني: في أحكام الزوج الزوجة لاختلاف العقيدة

المبحث السابع : مانع الزنا

المطلب الأول: في أحكام زواج الزانية.

فرع أول : التوبـة

فارع ثان : الاستبراء

أ – حكم من تزوج امرأة في مدة استبرائها من الزنا.

المطلب الثاني: في أحكام الزوجة التي ظهر منها الزنا .

فرع أول : المقياس المعتبر شرعا في معرفة ظهور الزنا من المرأة .

المطلب الثالث : اللعان.

المبحث الثامن : مانع الإحرام .

المطلب الأول : أحكام زواج المرأة في حالة الإحرام

القسم الثـاني :

المبحث الأول : الولـود

المطلب الأول : استحباب نكاح الولود.

المطلب الثاني : في الرد على من يفضل العاقر على الولود.

المبحث الثاني : البكـر.

المطلب الأول : فيس استحباب نكاح الأبكار.

المطلب الثاني : مزية البكر على الثيب.

المبحث الثالث : التدين والصلاح .

المطلب الأول : في الحث على نكاح الصالحات.

المطلب الثاني: استحباب اختيار المتدينة ووجوب تقديم ذات الدين.

المبحث الرابع : الجمال والحسب .

المطلب الأول : استحباب نكاح الجميلة.

المطلب الثاني : استحباب نكاح الحسيبة .

الفصل الثاني: السلامة من العيوب

المبحث الأول : العيوب الشرعية.

المطلب الأول: في عيوب البدن.

علة الاقتصار على هذه العيوب.

المطلب الثاني: عيوب الفرج.

العلة في الاقتصار على هذه العيوب:

الفصل الثالث: الخيار بالعيوب

المبحث الأول: مشروعية الخيار بالعيوب .

المطلب الأول: هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

المطلب الثاني: ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

المبحث الثاني: موجب الخيار.

المطلب الأول: شروط ثبوت الخيار.

1 – عدم سبق العلم.

2 – عدم الرضا بعد العلم بموجب الخيار.

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار.

المطلب الثالث: الادعاء لا بسقوط الخيار.

المبحث الثالث: أحكام الرد.

المطلب الأول: وجود العيب قبل العقد أو أثناءه.

1 – بالنسبة لعيوب البدن.

2 – بالنسبة لعيوب الفرج.

المطلب الثاني: حدوث العيب بعد العقد.

المبحث الرابع: آثار الرد.

المطلب الأول العلم بالعيب قبل الدخول.

المطلب الثاني: العلم بالعيب بعد الدخول.

1 – حضور المرأة مجلس العقد مع وليها.

2 – غياب الزوجة عن مجلس العقد.

المبحث الخامس: الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

المطلب الأول: الرد بخلف الظن.

1 – خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف.

2 – خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا.

المطلب الثاني: الرد لتخلف الشرط.

1 – صحة الشرط.

المطلب الثالث: نموذج الشرط.

1 – اشتراط البكارة.

2 – النزاع حول توفر شرط البكارة.

الخاتمة

قائمـة المراجـع

مراجع أساسيـة

- نيل الأوطار بلشوكاني .
- المحلى لابن حزم .
- المغني لابن قدامة.
- بداية المجتهد ، ابن رشد .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير.
- مواهب الجليل على مختصر خليل ، الحطاب وبهامشه.
- التاج والإكليل على مختصر خليل ، للمواق.
- حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل.
- القرآن الكريم .

مراجع مكملـة

- محاسن الإسلام: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان البخاري.
- صحيح مسلم
- صحيح البخاري
- القوانين الفقهية لابن جزي
- فتح الباري على صحيح البخاري للحفاظ
- تفسير الجلالين المحلي والسيوطي
- مراتب الإجماع لان حزم .
- الحج المبرور لأبي بكر جابر الجزائري.
- المعجم الحديث لخليل الجر.

الخيار للزوج في الرد في الفقه

الإسلامي

اعداد مصطفى علاوي المستشار

بمحكمة الاستئناف بفاس

مقدمة

أن السلامة من العيوب هي لاجتناب تعكير صفو الزوجية التي قد تتسبب فيها ولتبيان أنه لا إثم على من رد امرأة إلى أهلها في الحالة التي يحق له ردها للعيب . وإذا حصل وأمسك الزوج الزوجة المعيبة عن اختيار فلا يلام وإنما يستحسن فعله لأن المرأة المعيبة أكثر تعلقا بزوجها من السليمة وهذا يحقق كغيره من المقاييس الهدف الأساسي من الزواج وهو التحاب والتودد. بعد هذا العرض يكون جديرا بنا أن نعرف لفظي الزواج والنكاح اللذين وردا في البحث بكثرة ، فلفظا الزواج والنكاح وجهان العملة واحدة فهما يؤديان نفس المعنى فأصل الزواج من الاشتباه والازدواج وإذا قلنا الزوجين معناه ذكر وأنثى قرينان بعقد الزواج.

العيب هو النقص والعار الذي يلحق المرأة بشرط أن يكون العرف قد جرى بتسميته بالعيب ، فوجوده في المرأة المراد نكاحها قد يسبب النفور بين الزوجين ويؤثر على الاستمرار العادي للعلاقة الزوجية التي من شروطها الدوام والاستمرار.

يقصد بالعيوب الشرعية العيوب التي أوردها الفقهاء في معرض حديثهم عن جواز رد الزوجة لوجود العيب بها وأثبتوا للزوج الخيار في الرد أو الإمساك إذا ثبت أن الزوجة مصابة بها وهي التي نصطلح عليها بعيوب البدن.

ثم التي نصطلح عليها بمصطلح عيوب الفرج.

في عيوب البدن.

يقصد بعيوب البدن كل داء عضال يصيب جسم المرأة وعقلها ويخاف منه التعدي إلى النفس والنسل بقربانه، وقد حصرها الفقهاء في كل مرض متعد ومزمن فاختيارا للسلامة من الإصابة بها ثبت الخيار بها.

- ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

<u>علة الاقتصار على هذه العيوب:</u>

اختص الرد بهذه العيوب لأنها تثير نفرة تمنع قربان المرأة المصابة بالكلية فتمنع الاستمتاع المقصود من النكاح كما أنه يخشى تعديهما إلى النفس والنسل، والجنون يخاف منه الجناية على النفس والمال والتعدي إلى النسل وكلاهما يمنع الاستمتاع والتقارب . وقال

بعض المالكية العلة في ذلك هي الخوف من سرايتها إلى الأبناء [116]. وهو الأهم لأن سراية الداء إلى الأبناء مصيبة كبرى.

المطلب الثاني:

عيوب الفرج.

يقصد بعيوب الفرج كل داء في الفرج يمنع الوطء أو لذته أو ينقصهما.

العلة في الاقتصار على هذه العيوب :

إنما قصر جواز الرد على العيوب المتقدمة لأنها تمنع الاستمتاع ، فالرتق يتعذر معه الوطء والإفضاء ، يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة والبخر منفر يمنع كمال اللذة غالبا ويمنع مقاربة أحد الزوجين صاحبه إلا على كره . وقالت جماعة من المالكية إن هذه العيوب مما يخفى وغيرها لا يخفى في غالب الأحوال [117].

فصل

116 - ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

117 - - ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

الخيـار بـالعيـــوب

يراد بالخيار في الرد أو الإمساك إعطاء الزوج الحق في رد زوجته المعيبة إلى أهلها أو إمساكها ويلزمه حينئذ صداقها. فإذا اختار الرد كان فسخا لعقد الزواج وهو خلاف الطلاق الذي يترتب عنه نصف الصداق إذا وقع قبل الدخول والصداق كاملا بعد الدخول. أما في حالة الفسخ فلا يعطي الزوج الزوجة شيئا إلا إذا بنى بها فتستحق ربع دينار فقط.

المبحث الأول :

مشروعية الخيار بالعيوب .

الكلام في المبحث يقتضينا أن نتناوله في مطلبين.

المطلب الأول :

هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

قال أهل الظاهر وعمر بن عبد العزيز العيوب لا توجب الخيار في الرد أو الإمساك وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وترد به الأمة وبه قال النخعي والثوري. وقال ابن مسعود وأبو حنيفة وأصحابه : لا ترد الزوجة بالعيوب إلا أن يكون قرنا أو رتقا وهو عيب

يمنع الوطء فأثبت الخيار فإذا ردت المرأة عد طلقة ولا يكون فسخا لأن مجرد العيب لا يثبت الخيار [118].

وذهب على خلافهم عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ومالك والشافعي وأصحابهما وأكثر أهل العلم، قالوا جميعا: يجوز الرد بالعيوب[119].

المطلب الثاني :

ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

إذا كان الجمهور قد اتفقوا على أن الرد بالعيوب في الجملة جائز شرعا فإنهم اختلفوا في تفاصيل العيوب المثبتة للخيار.

روى مالك عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على من غَرَّه[120] . وأضاف أصحاب مالك عيوب الفرج.

118 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 579 ، ط. المكتبة السلفية.
119 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 167 ، ط. الثانية 1952
120 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 166 ، ط. 1952.

وفي المغني يثب به الرد لأنه نفرة ويمنع مقاربة صاحبه وخالف الناصر المالكية في البرص فلم يجعله عيبا يرد به ونحن نقول أنه عيب إن منع مقاربة صاحبه مخافة تعديه ووهو ما يتناقض مع حق الاستمتاع الناتج عن عقد الزواج[121].

قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط وهما القرن والرتق وننتصر للمالكية أن العيب المختلف فيه هو المانع من الوطء والعلة موجودة في الجنون والبرص وغيرهما من العيوب الشرعية فأثبتت حق الرد مثل ما أثبته القرن والرتق.

قال الزهري يفسخ النكاح بكل داء عضال ويدخل فيه جميع العيوب المثبتة لحق الخيار عند المالكية ويقاس عليها جميع الأمراض المعدية المزمنة التي يستعصى علاجها ويتعدى ضررها إلى النفس والنسل بما فيه السل لا سيما أن الهادوية قالت بالرد به[122] ..

والزواج غير البيع البناء النكاح على المكارمة بخلاف البيع المبني على المشاحة.

نستنتج مما سبق أنه لا يثبت الخيار بغير العيوب الشرعية السابقة وجها واحدا مثل القرع والعمي والعرج وقطع أحد الأطراف ، أما البول في الفراش فقد قال الجزولي فيه قولان يرد به ولا يردبه . وجه عدم الرد به أنه لا يمنع الوطء وهو الراجح في المذهب المالكي والحال حرق الفرج بالنار أو قطع الشفرين فلا يثبت به الخيار كما في المدونة لأنه لا

---

121 - بناني على الزرقاني ، حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 306.

122 - الشوكاني ، نيل الأوطار ج 5 ص 167.

يمنع الوطء ولا لذته. قال ابن ناجي لا رد بكون المرأة ضعيفة أو كبيرة في السن أو لا تستحمل الوطء وخالفه اللخمي وقال: بل هذا عيب يرد به لأنه بذل صداقا مسمى للاستمتاع فلم يجد ما في مقابله فأثبت الخيار [123].

وقال أبو حفص وأبو بكر إذا كانت المرأة لا تستمسك بولها فعيب يرد به لما فيه من النفرة والنجاسة التي يئف منها الإنسان وقال مثله أبو الحطاب[124]. فليس كل عيب في العرف يثبت الخيار عند كافة العلماء إلا العيوب التي سبق ذكرها عند الجمهور وما يصح قياسه من العيوب الأخرى.

المبحث الثاني : موجب الخيار.

لا خلاف بين فقهاء الجمهور أنه إذا علم الزوج عيب زوجته ثم اختار إمساكها في عصمته كان الزواج صحيحا ينتج جميع آثاره من التوارث والنسب وحقوق الزوجين وغيرها من الآثار النافذة. أما إذا اختار الرد فلابد من تحقق شروط يملك لموجبها الزوج الخيار.

المطلب الأول : شروط ثبوت الخيار .

يشترط لثبوت حق الخيار شرطان بانتفائهما أو أحدهما يسقط الخيار ولا يحق له رد الزوجة وإنما يطلقها إن شاء ويلزمه الصداق بالدخول.

123 - حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

124 - ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

– 1عدم سبق العلم .

إذا تبين أن الزوجة مصابة بعيب من العيوب الشرعية فالخيار ثابت للزوج ما لم يكن عالما بالعيب قبل العقد أو أثناءه فإذا علم سقط خياره[125].

– 2عدم الرضى بعد العلم بموجب الخيار .

إذا اكتشف الزوج أن من عقد عليها معيبة فيكون قد علم فإما أن يرضى به فيسقط خياره وإما أن يبدي عدم الرضى فيثبت له الخيار . والرضى إما أن يكون صريحا أو ضمنيا.

أ – الرضى الصريح .

المراد بالرضي الصريح أن يقول رضيت وما في معناه فلا غبار في كونه راضيا بالزوجة بعد العلم بعيبها فيسقط خياره حينئذ .

ب – الرضى الضمني .

هو أن يمكن الزوجة من الاستمتاع به وهو راض وساكت بدون مانع مع الاطلاع على العيب أو يقوم هو بالاستمتاع بها فمن كانت حالته كذلك فلا خيار له .

125 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر.

يلاحظ أن عيب الفرج أو البرص الموجود بياض الجسد، بالدبر مثلا ، يكتشف بالوطء وهو الدال على الرضى يجاب عليه أن الوطء الدال على الرضى هو الحاصل بعد موجب الخيار ولا الحاصل قبله أي أن الزوج لم يكن يملك حق الخيار في ابتداء الوطء بل ملكه بعد معرفته للعيب فإن تمادى في الاستمتاع بعد الاطلاع على العيب فقد رضي وسقط خياره.

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار .

يثبت الخيار للسليم أصالة وللمعيب إذا كان عيبه من غير جنس عيب الزوجة كالأبرص يتزوج الرتقاء لأنه عيبه ليس المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه[126].

أما إذا كان عيبه من جنس عيب الزوجة ففيه قولان :

1 – لا يثبت الخيار لهما لأنهما شبها الصحيحين ولأن الزوج يملك العصمة فلا خيار له .

126 - ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

2 – قال اللخمي: إن اطلع أحدهما على عيب من جنس عيب صاحبه فللزوج القيام دونها لأنه بذل صداقا لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل . وقال الرجراجي وابن عرفة يثبت الخيار لهما معا كمتبايعي عرضين ظهر بكل واحد منهما عيب لصاحبه .[127]

القول بثبوت الخيار للزوج هو السديد لأن الغاية من تشريع الخيار هو دفع الضرر واجتماع الضرر على الضرر يؤثر زيادة .

المطلب الثالث : الادعاء بسقوط الخيار .

إذا اختار الزوج أن يرد زوجته المعيبة فادعت هذه الأخيرة سقوط خياره بمسقطاته من العلم والرضى ولا بينة تعضد الدعوى ثم أنكر مريد الرد فيلزمه أن يحلف ومحله إذا لم يكن العيب ظاهرا وادعت علمه به بعد البناء أو بطول الأمر كشهر وإلا فلا يحلف الزوج والقول قول المعيبة بيمينها.

قال ابن عرفة : إن قالت علم عيبي حين البناء وأكذبها إن كان ذلك بعد البناء بشهر ونحوه صدقت مع يمينها إلا أن يكون العيب خفيا كبرص بباطن جسدها ونحوه فيصدق بيمينه[128] .

المبحث الثالث :

127 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

128 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر.

أحكام الرد .

تختلف أحكام الرد بالعيوب بحسب ما إذا كان العيب موجودا قبل العقد أو في حينه وما إذا كان حادثا بعد العقد .

المطلب الأول : وجود العيب قبل العقد أو أثناءه .

إذا تبين أن الزوجة قد أصيبت بالعيب قبل العقد أو في حينه فإن الخيار في الرد أو الإمساك ثابت للزوج سواء كان كثيرا أو يسيرا بالاتفاق وفي حالة ما إذا اختار الرد يتعين عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي أو الحاكم الذي يقوم بضرب أجل للتداوي من العيب أو المرض وهذا الأجل يختلف باختلاف العيب.

– 1 بالنسبة لعيوب البدن .

يؤجل القاضي المعيبة سنة كاملة لأجل الدواء والسر في تحديد الفقهاء الأجل بسنة هو اختيار الدواء عبر الفصول الأربعة أو لأنه أمر تعبدي . [129]

تؤجل المعيبة إذا رجيء البرء من المرض ، أما إذا كانت حالتها ميؤوسا منها فإن القاضي لا يؤجلها بل يفسخ الزواج حالا، ويستثنى المجنونة حيث يضرب لها الأجل وإن لم يرج برؤها لظاهر المدونة . ويبتدئ الأجل من يوم الحكم بالتأجيل لا من الرفع للقاضي أو

[129] - نفس المرجع ، ص : 280.

الحاكم، وإذا شفيت قبل الأجل المضروب لها فليس للزوج ردها وإنما المعتبر إذا لم تشف بعد مرور الأجل.

– 2بالنسبة لعيوب الفرج .

تؤجل المعيبة بداء الفرج بالاجتهاد من غير تحديد للأجل بل بما يقرره أهل الخبرة من ذوي المعرفة بالطب ويلزم الزوج أن يصبر عليها خلال الأجل المضروب و لا يردها حالا إلى أهلها و إذا انتهى الأجل ولم تبرأ اختار بين ردها أو إمساكها . وخلال الأجل المقدر للمعيبة تكون تكاليف الدواء عليها لأنها الملزمة بتمكين زوجها من الاستمتاع الذي في مقابل الصداق أما النفقة فهي على عاتق الزوج لقدرته على الاستمتاع بغير وطيء.

وإذا طلب الزوج ردها من غير تاجيل , فإن من حق اللزوجة أن تطلبه لأجل التداوي إن كان الشفاء ممكنا بلا ضرر في الإصابة فتؤجل حينئذ دون اعتبار موافقة الزوج أو رفضه . وفي حالة ما إذا كان يحصل بعد التداوي عيب فلا تجاب لما طلبته إلا برضاه[130] .

أما لو امتنعت الزوجة من التداوي فهل تجبر أم لا تجبر عليه ؟ ميز الفقهاء في هذا الصدد بين كون العيب طارئا وبين كونه خلقة .

أ – <u>إذا كان العيب عارضا</u>:

130 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 310 ، ط. دار الفكر 1978.

المراد بالعيب العارض الذي طرأ على المرأة بصنع صانع كختان البنات الذي كان مألوفا عند إخواننا السودانيين وهي عملية كان يقطع الجزء الانتصابي من عضو المرأة التناسلي وذلك بعد آلام عظيمة بحجة إضعاف شهواتها الجنسية.

فإذا كان لا يترتب على التداوي ضرر فإنها تجبر عليه إن امتنعت وطلبه الزوج وإن طلبته هي وأباه الزوج فلا يجبر بل يخير فإن لم يرض وفارق فلا شيء عليه .

ب – إذا كان العيب خلقة .

يقصد به أن يكون العيب خلقة ليس طارئا كمن تولد وبها رتق فمن شأن محاولة التداوي أن يترتب عنه ضرر وعيب في الإصابة .

في حالة عدم ترتب العيب في الإصابة بإجراء عملية جراحية مثلا لاستئصال ما سد به محل الوطء ، فإنها لا تجبر على التداوي إلا برضاها كما لا تجبر في حالة ترتب العيب عليه .

المطلب الثاني : حدوث العيب بعد العقد.

إذا تحقق أن العيب حادث بعد العقد فهل يثبت به الخيار أم لا ؟

قال أبو الحسن يرد به مطلقا حدث بعد البناء أو قبله.

قال أشهب : لا يرد به مطلقا لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم البيع أشبه بالحادث بالمبيع[131] .قال ابن القاسم لا يرد الرجل المرأة والمعتمد في المذهب المالكي قول ابن القاسم وهو أحد القولين في المذهب الشافعي [132]

المبحث الرابع :

آثار الرد.

إذا تبين أن الزوجة مصابة بأحد العيوب الشرعية المتقدمة فلا مناص من أن يطلع على العيب قبل الدخول أو يعلم به بعده.

المطلب الأول .

العلم بالعيب قبل الدخول.

إذا اطلع الزوج على العيب قبل البناء فهو إما أن يرضى بالأمر الواقع وعليه المسمى، أي صداق مثلها، أو يختار ردها ولا شيء عليه ولكن يشترط فراقها بصيغة الرد للعيب لا بلفظ الطلاق وإلا لزمه نصف الصداق.

المطلب الثاني :

العلم بالعيب بعد الدخول.

131 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 279 ، ط. دار الفكر .

132 - ابن قدامة ـ المعني ، ج 7 ، ص : 583 ، ط. المكتبة السلفية .

إذا لم يعلم الزوج بالعيب إلا بعد الدخول فقد استحقت الزوجة الصداق بالبناء فوجب على الزوج ، إلا أن الشارع أعطى الزوج الحق في أن يرجع به على من غرر به بأن أوهمه أن من عقد عليها لا عيب فيها والحال أنه عالم به ومع ذلك أخفاه عنه فصار بهذه الصورة مدلسا وغارا يغرم للزوج ما ضاع منه من الصداق[133].

وهذا الغار يحتمل أن يكون الزوجة نفسها أو وليها. والرجوع على أحدهما بحسب ما إذا حضرت الزوجة مجلس العقد مع وليها وما إذا كانت غائبة عنه.

– 1 حضور المرأة مجلس العقد مع وليها .

إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بحضورها قريبا منها ممن يخالطها ويعلم أمرها وما بها من عيوب منبها أنه لا يعتبر فيه شدة القرابة أو بعدها عن المرأة وإنما المعتبر علمه بالعيب كأب وأخ وكذا عم وابن عم وغيرهم من الأولياء الذين يوجدون معها في البيت ، فإن الزوج يخير بين الرجوع على الولي القريب وبين الرجوع على الزوجة لكون كليهما غريما له بسبب تدليسه عليه بكتمانهما العيب.

في حالة الرجوع على المرأة فإن الزوج يأخذ منها الصداق الأربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يقوم بهما وهو أقل الصداق حقا لله تعالى وبرجوعه على الولي القريب فالزوج

133 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 286 ط. دار الفكر.

يأخذه منه بجميعه ويمكن للولي بدوره أن يرجع على وليته ما عدا أقل الصداق فيتركه لها و العكس غير صحيح أي لا ترجع هي على الولي إن أخذ الزوج منها الصداق لأنها هي المباشرة للإتلاف . والجدير بالذكر أن الولي البعيد الذي يجهل العيب ولا يعلم من أمر وليته شيئا لا يرجع الزوج عليه بل يرجع على الزوجة وحدها لأن هذا الولي لا يعتبر غارا فلا يضمن ما ضاع من الزوج، وكذلك يرجع على الزوجة فقط إذا كان العيب مما لا يظهر إلا بعد الوطء [134]لاستواء الولي القريب مع الولي البعيد في عدم العلم بالعيب.

– 2 غياب الزوجة عن مجلس العقد .

إذا زوج الولي القريب المرأة بغير حضورها رجع الزوج عليه دونها، لأنه دلس عليه وكتم العيب في مجلس العقد. و لا مكان لرجوع الولي عليها لأن من حجتها أن تقول : لو حضرت محل العقد ما كتمت عيبي.

و إن كان الولي القريب فقيرا أو معدما أو توفي فهل يرجع الزوج بالصداق على الزوجة؟

قال مالك: لا يرجع عليها, لم يكن عليها أن تخرج فتخبر بعيبها ولا ترسل إليه. وقال مثله ابن القاسم.

134 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 313 ط. دار الفكر.

قال ابن حبيب: إن وجب الرجوع على الولي وكان عديما والمرأة موسرة رجع عليها الزوج ولم ترجع هي به على الولي وإن أيسر.

وهذا القول الأخير هو الذي اختاره اللخمي ، والمعتمد قول مالك وابن القاسم في المذهب المالكي[135].

أما إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بغير حضورها بعيدا عنها فكما لا يرجع الزوج عليه عند حضورها مجلس العقد لا يرجع عليه إن كانت غائبة عنه وإنما يرجع عليها فقط , ويجوز له إذا تبين أن الولي البعيد يحتمل أن يكون عالما بالعيب أثناء العقد، أن يدعي علمه به وتدليسه له فإن أقر يرجع عليه بالصداق وإن أنكر، قال محمد يحلف فإن نكل حلف الزوج أنه علم وغره فإن نكل فلا شيء على الولي ولا على الزوجة فقد سقطت تبعاته عن المرأة بدعواه على الولي . وقال ابن حبيب : إن حلف الولي رجع على الزوجة وقد استصوبه اللخمي وذكر الشيخ الزرقاني أنه خلاف المذهب أي أن الولي البعيد إذا حلف للزوج أنه لم يعلم بالعيب حين العقد فلا يرجع الزوج على الزوجة لإقراره أن الولي هو الذي غره كما لا ير جع عليه في حلفه[136].

المبحث الخامس:

135 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 287 ط. دار الفكر.

136 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 314 ط. دار الفكر 1978.

الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

أجمع الجمهور على أن المرأة لا ترد بكل عيب في العرف ويرد به البيع بناء على أن العرف ليس كالشرط في عقد النكاح بخلاف البيع. وعليه فإذا شرط الزوج صراحة السلامة من كل عيب معين ثم يتبين بعد ذلك أن المرأة معيبة فالخيار ثابت له. أما إذا لم يشترط شيئا فلا يخول له الشرع حق الخيار لأنه مقصر في استعلام ما إذا كان بالزوجة عيوب وإذا ثبت هذا شرعا بالنسبة للاشتراط فهل يجوز رد المرأة بمجرد خلف الظن ؟

المطلب الأول :

الرد بخلف الظن.

– 1خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف .

إذا ظن الزوج أن من عقد عليها سليمة من كل العيوب فيخلف ظنه فيجدها معيبة بغير العيوب الشرعية المتقدمة من سواد أو قرع أو عمي أو كان يظنها عذراء فيجدها ثيبا وغير هذا مما يعد عيبا عرفا ، فلا يثبت له حق الخيار عند كافة الجمهور باستثناء حالة زواج الحر الأمة كأن يظنها الحر مثله حرية فيخلف ظنه إذا يجدها مسترقة فله ردها بخلاف العبد مع الأمة لاستوائهما رقا، وهذا الاستثناء لم يعد له وجود بزوال نظام الرقيق من المجمع الحالي. وكذلك إذا غررت الكتابية بالمسلم كأن تقول له : أنا مسلمة فيتزوجها على هذا الأساس فله

ردها ولا خيار له إن لم تغرر به بل كان يظنها مسلمة فيخلف ظنه فيجدها يهودية أو نصرانية فليس له ردها[137].

– 2خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا .

إذا اعتقد الزوج أن زوجته قصيرة أو تصغره سنا فيخلف ظنه إذ يجدها طويلة أو تكبره سنا فلا خيار له مطلقا.

وخير مثال نبين به حالة خلف الظن فيما لا يعد عيبا ما رواه أبو هريرة من أن رجلا خطب امرأة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا[138]. يستفاد من هذا الحديث الشريف أن الرجل المذكور ينتمي إلى المهاجرين من أهل مكة ونساؤهم لهن أعين واسعة بخلاف نساء الأنصار فأعينهن صغيرة فأمره رسول الله عندما خطب الأنصارية أن ينظر إلى عينيها حتى لا يظنهما واسعتين فيصدم أو قد يطلب ردها عند وجودها على خلاف ظنه .

فمن كانت حالته هذه لا خيار له لأنه شرع النظر إلى المخطوبة لتفادي مثل هذه الحالات .

المطلب الثاني :

137 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 281 ط. دار الفكر.

138 - صحيح مسلم باب النكاح رقم الحديث 74 ، ج2 ، ص : 1040 ، ط. دار الفكر.

الرد لتخلف الشرط.

إذا كان الفقهاء قد اقتصروا على ثبوت الخيار بالعيوب الشرعية المتقدمة دون غيرها فقد أفسحوا المجال للزوج ليشترط ما يشاء السلامة منه من العيوب التي تعارف المجتمع على تسميتها بهذا المصطلح ليترتب في حالة انتفاء الشرط حق الخيار.

فإن لم يشترط الزوج شيئا فلا يفضح الولي عيوب وليته بل يجب عليه أن يكتم الخنا وهي الفواحش من السرقة والزنا ونحوهما ما لم يشترط الزوج السلامة منها ، ذلك أن الزواج مبني على المكارمة .

– 1 صحة الشرط .

الشرط يأتي على صورتين: أن يصف الولي بحضرة الزوج أو وكيله أن وليته سليمة من العيب الفلاني أو من العيوب، وأن يدون الموثق صدور الشرط أثناء تحرير رسم النكاح.

أ – وصف الولي :

إذا وصف الولي أو وصف غيره في حضرته وسكت أن وليته عذراء أو أنها حسيبة أو بيضاء ونحو ذلك والحال أنها ثيب أو مجهولة الأبوين أو سوداء ونحو ذلك فهل يعتبر شرطا يثبت الخيار إذا وجدت الزوجة على خلافه أم لا ؟

رأى ابن القاسم أن وصف الولي لا يوجب الخيار وهو قول محمد سواء وصفها ابتداءا أو بعد سؤال الزوج.

قال عيسى : إن وصف الولي يوجب الخيار مطلقا سواء وصف الواصف ابتداءا أو بعد سؤال الزوج. وبه أخذ اللخمي.

نقل ابن رشد أن الوصف إذا صدر ابتداءا اختلف فيه وإذا صدر بعد سؤال الزوج فيتفق على أنه شرط.

ويعتبر وصف الولي ابتداءا مبالغة في ثبوت الخيار به ولأن الولي كان عليه أن يلزم الصمت ويكتم عيب وليته لزمه الشرط.

ب – كتابة الشرط:

إذا دون الموثق أن الزوج شرط خلو الزوجة من العيب الفلاني أو من كل عيب ثم وجدت على خلافه فله الخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردها .

أما إذا نازع الولي الزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك وأنكر الولي ولا بينة لواحد منهما فهل ما كتبه الموثق دليل على هذا الشرط؟ قال ابن أبي زيد : لا يكون ما كتبه الموثق دليلا على وجود الشرط لأن العادة جرت أن الموثق يلفق الكلام ويحمله ويذكر فيه ما ليس

بمشترط وعدم الرد به هو الراجح في المذهب المالكي لأنه ظاهر المدونة إلا إذا ثبت أن الشرط ليس من تلفيق الموثق[139].

رأي الباجي أنه إذا كتب الموثق شرط الصحة بلفظه ثم توجد الزوجة على خلافه فله الرد[140] .

إما إن كتب الموثق سليمة أو خالية من العيب الفلاني فيتفق على أنه شرط لكونه ليس من تلفيق الموثقين وبالتالي فإنه يثبت الخيار في حالة تخلفه.

المطلب الثالث : نموذج الشرط .

1 – اشتراط البكارة.

إذا اشترط الزوج بكارة الزوجة وثبت وقوع هذا الشرط أو كتبيه الموثق في وثيقة العقد ولم يعلم أنه من تلفيقه ، فإن قال أتزوج المرأة بشرط أنها عذراء فتوجد ثيبا فله ردها لأن العذراء هي التي لم تزل بكارتها بمزيل سواء بنكاح أو بغيره ، ولا حق له في ردها إذا علم أنها تزوجت وطلقت قبل الدخول ما دامت بكارتها لم تفتض.

139 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 288 ط. دار الفكر

140 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 306 ط. دار الفكر 1978

وإذا قال : أتزوجها بشرط أنها بكر، فإن ثيبت بنكاح ردها بالثيوبة قطعا وإن ثيبت بزنا أو أثناء ممارسة الرياضة من القفز والفروسية فلا يثبت له الخيار لأن معنى البكر عند الفقهاء هي التي لم توطء بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح .

أما إذا جرى العرف بمساواة البكر العذراء ووقع الشرط بأحدهما كما هو الشأن في المغرب ومصر فإن أحد الوصفين يغني عن الآخر.

وينبني عليها أن للزوج حق الخيار إذا وجدها ثيبا سواء بنكاح أو بغيره كما نقله البرزلي[141] .

– 2النزاع حول توفر شرط البكارة .

إذا نشب نزاع حول وجود البكارة ، فقال الزوج : وجدتها ثيبا وقالت الزوجة: بل وجدني بكرا فتصدق بيمينها قاله ابن القاسم وابن حبيب وروي مثله عن مالك . وقال سحنون إن ادعت أنها بكر وأزال بكارتها عرضت على النساء ؟؟ فإن قلن أن بها أثرا قريبا كان القول قولها وإن قلنا أن بها أثرا يبعد كونه منه كان القول قوله بيمين وحكى الشيخ بناني أن العمل جرى بفاس بقول سحنون هذا[142].

وإن امتنعت عن تمكين النساء من النظر إلى فرجها فهل تجبر على نظرهن أم لا ؟

141 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 347 ط. دار الفكر 1978

142 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 311 ط. دار الفكر.1978

المشهور في المذهب المالكي أنه لا ينظرها النساء جبرا عليها لأنه حق للمرأة في عدم الاطلاع على عورتها ولما تقرر شرعا من حرمة النظر إلى العورة ومقابل المشهور قال سحنون : يجوز النظر للفرج للنساء لأجل الشهادة وتجبر المرأة على نظرهن لأنه حرم النظر إلى العورة إذا لم يكن لنفع شرعي كالشهادة ومثله الطب وإلا جاز للضرورة.

ومحل ما سبق ذكره إذا كانت الزوجة رشيدة أما إذا كانت سفيهة أو قاصرة ووجبت عليها حلف أبوها أو غيره من الأولياء ممن يخالطها ويعلم أمرها. وإن قيل كيف يحلف الأب ليستحق الغير ؟ مع أن الإنسان يحلف ليستحق هو لا ليستحق غيره. يجاب على هذا السؤال أنه أمر الأب بالحلف لأنه مقصر بعدم الإشهاد على أن وليته سالمة فالغرم متعلق به، فالحلف لرد الغرم عن نفسه لا لاستحقاق غيره [143].

قال مالك : من تزوج امرأة فإذا هي لغية ، أي لا تصلح للنكاح ، فإن شرط كونها نسيبة فليردها وإلا لزمته فإن ردها فلا صداق عليه إن لم يكن بنى بها وإن بنى بها فعليه صداقه ويرجع به على من غره فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار[144] نلاحظ أن أحكام تخلف الشرط عند ثبوت وقوعه هي نفس أحكام ما تقدم في الكلام على الخيار بالعيوب الشرعية .

---

143 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 285 ط. دار الفكر.

144 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 319 ط. دار الفكر.1978

الخاتمة :

يعتبر هذا الجزء شامل لكل ما يتعلق بالموضوع إلا ما غاب عن علمي وكل ما تناولته له أصل في المراجع الموثوق بها ، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم عليه وعلى الصحابة والتابعين وتابعيهم إلى يوم الدين.

الفهـــرس

مقدمة
الخيـار بالعيوب
المبحث الأول: مشروعية الخيار بالعيوب .

المطلب الأول: هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

المطلب الثاني: ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

المبحث الثاني: موجب الخيار.

المطلب الأول: شروط ثبوت الخيار.

1 – عدم سبق العلم.

2 – عدم الرضا بعد العلم بموجب الخيار.

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار.

المطلب الثالث: الادعاء لا بسقوط الخيار.

المبحث الثالث: أحكام الرد.

المطلب الأول: وجود العيب قبل العقد أو أثناءه.

1 – بالنسبة لعيوب البدن.

2 – بالنسبة لعيوب الفرج.

المطلب الثاني: حدوث العيب بعد العقد.

المبحث الرابع: آثار الرد.

المطلب الأول العلم بالعيب قبل الدخول.

المطلب الثاني: العلم بالعيب بعد الدخول.

1 – حضور المرأة مجلس العقد مع وليها.

2 – غياب الزوجة عن مجلس العقد.

المبحث الخامس: الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

المطلب الأول: الرد بخلف الظن.

1 – خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف.

2 – خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا.

المطلب الثاني: الرد لتخلف الشرط.

1 – صحة الشرط.

المطلب الثالث: نموذج الشرط.

1 – اشتراط البكارة.

2 – النزاع حول توفر شرط البكارة.

الخاتمة

قائمــة المراجــع

مراجع أساسيـة

- نيل الأوطار بلشوكاني .
- المحلى لابن حزم .
- المغني لابن قدامة.
- بداية المجتهد ، ابن رشد .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير.
- مواهب الجليل على مختصر خليل ، الحطاب وبهامشه.
- التاج والإكليل على مختصر خليل ، للمواق.
- حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل.
- القرآن الكريم .

مراجع مكملــة

- محاسن الإسلام: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان البخاري.
-صحيح مسلم
- صحيح البخاري
- القوانين الفقهية لابن جزي
- فتح الباري على صحيح البخاري للحفاظ
- تفسير الجلالين المحلي والسيوطي
- مراتب الإجماع لان حزم .
- الحج المبرور لأبي بكر جابر الجزائري.
- المعجم الحديث لخليل الجر.

أحكام الطلاق الرجعي وفق مدونة الأحوال الشخصية

صيغة محينة وفق مدونة الأسرة المغربية 2024

إعداد : مصطفى علاوي
المستشار بمحكمة الاستئناف بفاس

عنوان :

أحكام الطلاق الرجعي وفق مدونة الأحوال الشخصية : الفوج 21
مؤلفين

Auteur : مصطفى علاوي,
نوع الوثيقة :

texte imprimé
ناشر :الرباط : المعهد العالي للقضاء, 1993

ISBN/ISSN/EAN :DOC

ترتيب

00006849

Arabe

Mémoire ISM

الرمز الشريطي رقم التصنيف نوع الوثيقة الموقع القسم وضع
DOC00006849200/14/21

bibliotheque@ism.ma

Tél : 0537.75.39.16

www.ism.ma

المقدمة:

يعتبر موضوع أحكام الطلاق الرجعي أهم موضوعات الطلاق يستغرق أحكام الطلاق البائن.

وأبدأ بحول الله بتناول الموضوع في ثلاثة فصول كالتالي:

الفصل الأول: تحت عنوان الطلاق الرجعي، تعريفه، مشروعيته، أقسامه ومواضعه.

الفصل الثاني: تحت عنوان أركان الطلاق الرجعي

الفصل الثالث: تحت عنوان آثار الطلاق الرجعي.

تمشيا مع نهج الفقهاء الأجلاء في بحثهم الموضوع وأخذا بمواد نصوص مدونة الأسرة المغربية السارية ، اكتفيت في جله بما وصل إليه الفقه المالكي من اجتهاد في المادة ولا حرج بالأخذ بأي من الأقوال إذا استحسنه القارئ ما دام له أصل في الفقه الإسلامي وتأكد من توثيقه.

وتحريت التوثيق إذ كل صفحة من هذا البحث يثبت في هامشها المرجع المعتمد في بحثه حتى لا أقول برأي سبق إليه غيري فأحاسب عليه .

ومن اجتهد فأصاب فله أجران ومن أخطأ فله أجر واحد كما ورد نحوه في الحديث والله ولي التوفيق.

الفصل الأول :

الطلاق الرجعي، تعريفه ، مشروعيته ، أقسامه ومواضعه .

المبحث الأول:

تعريف الطلاق الرجعي.

الطلاق لغة الإرسال وإزالة القيد كيف كان يقال أطلقت الناقة للمرعى أرسلتها إليها وأطلقت المسجون أي أزلت القيد منه، وإزالة القيد كما يكون حسيا كالمثالين السابقين يكون معنويا كالعصمة.

وشرعا إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ مع نية [145] وعرفه ابن عرفة بقوله : " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج " ، جاء في البهجة ما يلي : قوله صفة جنس وقوله حكمية أخرج به الصفات الحسية لأن الطلاق معنى تقديري اعتباري يقدره الشرع والعقل ويعتبره لا حسي ، وخرج حلية متعة الزوج بزوجته الطهارة والقضاء ونحوهما وقوله حلية لابد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المتعلق بهما وهي الحلية، وبقوله بزوجته حلية المتعة بغيرها كالأمة ، وبقوله موجب تكررها إلى آخره رفع الحلية بها بالدخول في الإحرام بالحج أو العمرة أو بالدخول في الاعتكاف أو الصلاة ونحو ذلك ، فقوله موجب بالرفع صفة للصفة جرت على غير من هي له ، وفي بعض النسخ بالنصب على الحال من صفة أو من ضمير " ترفع "[146]يشير قوله مرتين للحر أن للزوج أن يطلق طلقة واحدة أو اثنتين

---

145 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 349.

146 البهجة في شرح التحفة للإملم التسولي الجزء الأول ص : 628.

أما الثالثة فتحرم عليه مطلقته قبل زوج قال الله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره "[147] وأما العبد فله أن يطلق واحدة فتحرم عليه مطلقته إن طلق ثانية وهو ما درج عليه الفقهاء من كون العبد له نصف ما للحر وقد حسم هذا الوضع حاليا بصدور منشور من الصدر الأعظم بتاريخ 15 ربيع الأول عام 1342 موافق 26 أكتوبر 1923 الذي منع نظام الرق وأمر بتسريح من بقي من العبيد في أغلال الرق[148] وقد اعتادت البحوث نقل التفرقة لأنها هي الموافقة لطريقة النقل ولكون ما نغترف منه هو من اجتهاد فقهاء أجلاء كان نظام العبيد ساريا في عهدهم ولا بأس به إذ ما من بحث إلا ويشير إلى عبارة لم يبق به عمل.

ولما كانت الرجعة أهم ما يميز الطلاق الرجعي عن غيره ارتأيت تناول تعريفه تحت هذا العنوان ففي البهجة : الرجعة بكسر الراء في استعمال الفقهاء وفي اللغة بالفتح والكسر قال ابن عرفة : " هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة بطلاقها "فتخرج المراجعة لأن الرجعة من الطلاق والرجعي والمراجعة من البائن ولذلك يعبرون فيها بالمفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين في الغالب وأدخل بقوله أو الحاكم صورة ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يرتجعها عليه جبرا عليه ويجوز بها الوطء كما في قول صاحب التحفة.

وموقع الطلاق دون طهر يمنع مع رجوعه بالقهر

وخرج بقوله حرمة إلى آخره رفع الحلية فإنه نفس الطلاق كما مر وبقوله بطلاقها : المتعلق بحرمة رفع الظهار بالتكفير[149].

وعرف غيره الرجعة فقال : هو عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد والرجعة غير المراجعة لتوقف ذلك على رضى الزوجين لأن المفاعلة تقتضي الحصول من

---

147 – سورة البقرة ، آية 229.

148 – مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية للدكتور الغازي الحسيني ص : 15.

149 – البهجة في شرح التحفة

الجانبين[150] وعرفت مدونة الأسرة المغربية الطلاق بقولها في المادة 78 ما يلي : " الطلاقة هو حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة .

والطلاق على نوعين طلاق رجعي وهو موضوع البحث وطلاق بائن ، فالطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج المطلق حق رجعة مطلقته ما لم تنقض عدتها ولا يفتقر في ارتجاعه إلى صداق جديد ولا لإذن من الزوجة والولي ولا إلى معرفة الفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن باتفاق العلماء لأن الرجعية زوجة ما دامت في العدة إلا في حرمة الاستمتاع بها بدون رجعة غير أنه يجوز الاستمتاع بها بنية الرجعة، وإذا ارتجعها بصداق جديد جهلا منه رجع به عليها[151] .

" أما في حالة إيقاع الطلاق" البائن فإن المطلقة تبين من زوجها المطلق ساعة الطلاق ولا يملك رجعتها إلا بعقد جديد بإذنها وصداق وولي [152] .

وحق الرجعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه قال خليل لا إن " شرط نفي الرجعة بلا عوض " قال شراحه فيستمر رجعيا ولا تبين وشرط مبني للمجهول فيشمل شرطها وشرطه مثل ذلك ما لو قال لها أنت طالق طلقة لا رجعة فيها أو لا رجعة بعدها فهي رجعية [153] .

المبحث الثاني :

مشروعية الطلاق الرجعي:

---

150 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المجلد الثاني ، صفحة ، 415,

151 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام صفحة 101.

152 . القوانين الفقهية لابن جزي صفحة 155.

153 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 صفحة 352

الأصل في الطلاق الجواز ومنه الطلاق الرجعي بصريح القرآن[154] وفي السنة ورد الحديث نصه : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " فهل يعارض هذا الحديث إباحة الطلاق قال الخطابي تنصرف الكراهة هنا إلى السبب الجالب للطلاق وهو سوء العشرة وقلة الموافقة لأن الطلاق مباح وعن علي رضي الله عنه : " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش " فإن قيل كيف يكون أبغض الحلال إلى الله الطلاق مع أن الله أباحه وأجيب بجوابين أحدهما أن البغض مصروف للسبب الجالب للطلاق كما مر.

وثانيهما لابن عرفة أن المعنى أقرب الحلال إلى الله بغض الله الطلاق فنقيضه أبعد عن بغض الله فيكون أحل من الطلاق أي فيكون تركه عند الله أولى وأرجح.

وقد يعتريه الوجوب كما إذا فيد ما بين الزوجين ولا يسلم دينه معها، والحرمة إذا خيف من إيقاعه وقوع كبيرة من قبيل الزنا المحظور شرعا، والكراهة إن كان كل منهما قائما بحق الآخر ، والاستحباب إن كانت غير صينة أي أهملت حق الرجل على زوجته وهو صيانة الزوجة نفسها وإحصانها الذي تنص عليه المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية ما لم تتبعها نفسه وإلا جاز له إمساكها[155].

ودليل ثبوت حق الرجعة للزوج في الطلاق الرجعي قوله تعالى : " وبعولتهم أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " قال المفسرون : لا إضرار المرأة وهو تحريض على قصده لا شرط لجواز الرجعة وهذا في الطلاق الرجعي وأحق لا تفضيل فيه إذ لا حق لغيرهم في نكاحهن في العدة[156]. فللزوج إرجاع مطلقته مدة العدة بدون رضاها ولا علمها ولا الإشهاد على الرجعة وإن كان الإشهاد مستحبا خشية إنكار الزوجة فيما بعد أنه راجعها[157] .

---

154 . سورة البقرة الآيات 227 و 228 و 229 و 230 و 231 و 232.

155 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ، صفحة 630.

156 . تفسير الإمامين المحلي والسيوطي ، ص : 30.

157 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 155,

المبحث الثالث:

أقسام الطلاق الرجعي :

الطلاق الرجعي شأنه شأ الطلاق البائن ينقسم إلى قسمين : طلاق سني وطلاق بدعي فالسني ما أذنت فيها السنة والشرع لا أنها سنة[158]. وإنما تكون الطلقة سنية إذا روعيت فيها شروط أوردها ابن جزي في كتابه القوانين فقال : فالطلاق السني ما اجتمعت فيه أربعة شروط وهي :

1) أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفاقا.
2) أن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر اتفاقا
3) أن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي .
4) أن لا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي العدة خلافا لأبي حنيفة [159] وجمع ناظم التحفة هذه الشروط في قوله :

من الطلاق الطلقة السنيه إن حصلت شروطها المرعية
وهي الوقوع حال طهر واحده من غير مس وارتداف زائده
من ذاك بائن ومنه رجعي وما عدا السني فهو بدعي

قال الإمام التسولي : وزاد في التلقين شرطين آخرين : أن لا يكون في طهر تال طلق فيه و أجبر على الرجعة , و أن تكون المرأة ممن تحيض لا يائسة أو صغيرة , و يغني

158 . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ص : 629 لمؤلفه الشيخ التاودي.
159 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

عن الثاني قوله حال طهر لأن الطهر ما تقدمته حيضة وتأخرت عنه أخرى وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة وحينئذ فإن توفرت هذه الشروط الخمسة أو الستة كان الطلاق سنيا[160].

ويجوز طلاق من لا تحيض في كل وقت[161] ولا ينطبق عليها التقسيم السابق.

وعليه والسني ما استوفى الشروط السابقة ولو حرم وما لم يستوفها فبدعي ولو وجب كمن لم يقدر على القيام بحقها من نفقة أو وطء وتضررت ولم ترض بالمقام معه[162].

إذا كان الطلاق السني ما أوقعه الزوج على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه

و البدعي هو ما اختل شرط من الشروط المذكورة أو أكثر فما هي الأحكام التي تعتري الطلاق الرجعي الذي يوصف بالبدعي؟

البدعي إما مكروه أو حرام ، فهو مكروه في الحالات التالية:

أ . إذا طلق في طهر مس فيه .

ب . إذا طلق أكثر من واحدة في طهر لم يمس فيه وأولى إذا طلق في طهر مسها فيه.

ج . من أردف في العدة أي طلق واحدة في طهر لم يمسها فيه لكنه أردف عليها في العدة طلقة أخرى.

وهو حرام في الحالتين التاليتين :

أ . إذا طلق قبل الغسل من الحيض.

ب . إذا طلق في زمن الحيض وكذا النفاس.

حالات الكراهة المذكورة لا يجبر فيها المطلق على الرجعة إن كان الطلاق رجعيا وأولى إن كان بائنا أو مكملا للثلاث ، قال خليل : " طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلا بدعي وكره في غير الحيض ولم يجبر على الرجعة " ويلحق به من طلق

---

160 . البهجة في شرح التحفة للشيخ التسولي ، ج 1 ص : 629

161 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

162 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 361,

قبل الغسل من الحيض قال خليل : " كقبل الغسل منه أو التيمم الجائز " قال شراحه وشبه في عدم الجبر فقط قوله كقبل الغسل منه أي من الحيض لا في عدم الجبر والكراهة لأن مذهب المدونة الحرمة وإن كان لا يجبر فيه على الرجعة وهو المعتمد خلافا لمن قال بالكراهة ومذهب المدونة هو الراجح . ومحل المنع إذا طلقها قبل الغسل من الحيض وبعد أن رأت علامة الطهر أو طلقها قبل التيمم الذي يجوز به الوطء بعد رؤية علامة الطهر لأجل مرض أو عدم ماء ، فقد أعطيت تلك المرأة التي رأت علامة الطهر ولم تغتسل حكم الحائض من حيث منع الطلاق وحكم الطاهر من حيث عدم الجبر على الرجعة [163].

أما من طلق في زمن الحيض أو النفاس فيجبر على الرجعة إن كان الطلاق رجعيا ولا إجبار في الطلاق البائن [164].

ومن أجبر على الرجعة فراجع مطلقته فإن عليه أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى ثم تطهر منها فإذا دخلت في الطهر الثاني فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها ويحسب الطلاق الأول عند الجمهور فإنه نافذ فتكونان طلقتين [165] وإن كان لا يجبر على الرجعة أن طلق في طهر تال لحيض وأجبر فيه على الرجعة.

والمرأة مصدقة في دعوى الحيض في ذلك[166] ولا ينظرنها النساء وهو المعتمد خلافا لابن يونس[167]وإن حصل إن طلقها زوجها والحال أن دم الحيض انقطع عنها قبل تمام عادتها وطهرت منه ثم عاودها الدم قبل طهر تام حين إيقاع الطلاق فإن الزوج يجبر على الرجعة وإن كان طلاقه وقع في طهر لأنه لما كان الدم العائد بعد ذلك الطهر يضاف للدم قبله لعوده قبل تمام الطهر نزل منزلة دم واحد ونزل منزلة الطهر بينهما كلا طهر وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمان وأبو عمران الفاسي وصوبه ابن يونس وأشار الشيخ خليل له

---

163 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 361,

164 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

165 . المرجع السابق .

166 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

167 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 364,

بقوله وأجبر على الرجعة ولو لمعادة الدم وأضاف : "وإلا حسن عدمه " قال شراحه وإلا حسن عند الباجي عدمه أي عدم الجبر لأنه طلق حال الطهر.

وحقيقة الإجبار أن يأمره الحاكم بارتجاعها فإن امتثل فظاهر وإلا ارتجع الحاكم– القاضي– بأن يقول ارتجعت لك زوجتك وجاز الوطء به ولو لم ينوها الزوج لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته[168].

والجبر يستمر زمن العدة فإذا غفل عنه حين الطلاق في الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها ما بقي شيء من العدة هذا الذي ذكره شراح خليل وقالوا أنه هو المذهب وقال أشهب يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام أباح في هذه الحالة طلاقها فلم يكن للإجبار معنى[169] .

قال خليل : " وجاز الوطء به والتوارث والأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر " قال شارحه إنما أمر بعدم طلاقها في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلق فيه لأن الارتجاع جعل للصلح وهو لا يكون إلا بالوطء وبالوطء يكره الطلاق، وعلة منع الطلاق في زمن الحيض هو الخوف من تطويل العدة على المطلقة فهي في أيام الحيض ليست زوجة ولا معتدة وقيل هو تعبدي أي شرع من غير تعليل.

وإذا نازعت الزوجة المطلقة زوجها المطلق في إيقاعه الطلاق الرجعي في حال طهر فقالت: طلقني في حال حيض وقال الزوج طلقتها في حال طهرها فلا يخلو الأمر إما أن يترافعا إلى القضاء وهي حائض فحينئذ تصدق بيمين على الظاهر لدعواها عليه العداء والأصل عدمه فتحلف لمخالفتها الأصل ولا ينظرنا النساء لأنها مؤتمنة على فرجها خلافا لما في طرر ابن عات من أن النساء ينظرن لمحل الدم من فرجها ولا تكلف بإثبات ذك ولا أن ينظرن الطبيبات من النساء إلى فرجها خلافا لما رجحه ابن يونس . فيترتب على حلفها

---

168 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص :362.

169 نفس المرجع . .

إجبار الزوج على الرجعة . قال خليل " وصدقت أنها حائض ورجح إدخال خرقة وينظرنها النساء ".

وأما أن يترافعا وهي طاهر قول الزوج بيمينه فلا يجبر حينئذ على الرجعة.

المبحث الرابع :

مواضع الطلاق الرجعي :

تناولت مدونة الأسرة المغربية حالات الطلاق الرجعي ومواضعه في المادتين 123 و 124 ونقسم بحث هذه المواضع في ثلاث فروع : طلاق المدخول بها وطلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة.

الفرع الأول :

طلاق المدخول بها.

نصت المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

وبناء على هذه المادة يستثنى من كل طلاق يوقعه الزوج ويوصف بالرجعي، المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء وبالاتفاق والخلع والمملك ويقع في جميع هذه الحالات المستثناة طلاقا بائنا ، فما هي المدخول بها ؟

المدخول بها هي التي دخل بها زوجها دخولا شرعيا ، والدخول هو الباء والمراد به خلوة الاهتداء أي بعد أن يخلو الزوج بزوجته خلوة اهتداء بأن سبقت إليه وأرخى الستر عليها وخلا بينه وبينها [170].

[170] . حلى المعاصم لفكر ابن عاصم للشيخ التاودي ج 1 ص : 693.

فإذا خلى الزوج بزوجته خلوة يمكنه الوطء فيها وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب ثم طلقها فادعت هي المسيس وأنكر هو ذلك فإن القول للزوجة بيمينها للعرف إذ قال أن يفارقها بدون وطء وتستحق جميع مهرها الحال أو ما حل منه عند حلفها والمؤجل تستحقه عند حلول أجله سواء كانت الزوجة رشيدة أم سفيهة تلبست بمانع شرعي وقت الخلوة كحيض أم لا.

ولا ينظرنها النساء إن كانت بكرا وقيل ينظرنها وبه العمل، فإن وجدنها مفتضة فقولها بيمين أيضا فإن وجدنها بكرا فقوله بيمين وإن اتفقها على نفي الوطء فيعمل على قولهما[171] .

وبالنسبة للعدة ونفي الولد فلا يعمل على قولهما إذ العدة تجب بمجرد الخلوة والولد لا ينتفي إذا أتت به لستة أشهر من يوم الخلوة إلا بلعان ، فإن نكلت في الصورة المتقدمة عن اليمين حلف هو ويغرم نصف الصداق وإن نكل هو أيضا غرم جميع الصداق.

وأما إذا كان لا يتصور منه الوطء فلا تثبت الخلوة بالدخول ويصبح الطلاق بائنا لأنه طلاق غير المدخول بها.

وإن كانت الخلوة ليست خلوة اهتداء والمعبر عنها بالبناء وإنما هي خلوة زيارة ففي ذلك تفصيل.

فإن زارته في بيته وادعت المسيس صدقت بيمينها وإن زارها أو كانا زائرين في بيت لغيرهما وادعت المسيس وأنكر هو فقوله بيمي لأن الرجل ينشط في بيته دون بيت غيره. وقيل لا ينظر لهذا التفصيل بل القول للزوجة مطلقا والتفصيل الأول هو الذي يؤيده العرف.

قال صاحب التحفة :

والزوج إن طلق من بعد البنا ولا دعاء الوطء رد معلنا

فالقول للزوجة وتستحق بعد اليمين مهرها الذي يحق

---

171 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام لمؤلفه محمد بن يوسف الكافي صفحة 108.

وإن يكن منها نكول بالقسم عليه والواجب نصف ما التزم

ويغرم الجميع مهما نكلا وإن يكن لا لابتناء قد خلا

فالقول قول زائر وقيل بل لزوجة وما عليه من عمل[172]

فإذا لم يثبت الدخول كان الطلاق بائنا لأنه وقع قبل الدخول والطلاق قبل الدخول مستثنى من وصف الطلاق الذي يوقعه الزوج بأنه رجعي فما هي باقي الاستثناءات ؟

<u>أولا : الطلاق المكمل للثلاث</u>.

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا ويمنع من تجديد العقد على الزوجة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا دخولا شرعيا.

ودليل حرمة المبتوتة وهي التي صادق طلاقها الثلاث قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " سورة البقرة أية 230 قال ابن جزي تنفذ الثلاث سواء طلقها واحدة بعد واحدة اتفاقا أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور خلافا للظاهرية .

أما مدونة الأسرة المغربية فنصت في المادة 91 على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا.

جاء في كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي : أن الزائد على الواحدة مكروه مطلقا وقال اللخمي إيقاع اثنتين مكروه وثلاثة ممنوع ونحوه في المقدمات واللباب وعبر في المدونة بالكراهة لكن قال الرجراجي مراده التحريم . ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها وحكى في الارتشاف عن بعض المبتدعة أنه إنما يلزم واحدة ونقل أبو الحسن عن ابن العربي ما يفيد لزوم الثلاث بلفظ واحد وقد اشتهر هذا القول عن ابن تيمية وبعض الفسقة نسبه للإمام أشهب لأجل أن يضل به الناس وقد كذب وافترى على هذا الإمام لما علمت من أن ابن عبد البر وهو الإمام المحيط قد نقل

---

[172] . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 109.

الإجماع على لزوم الثلاث وإن صاحب الارتشاف نقل لزوم الواحدة عن بعض المبتدعة [173].

ولا يلاحظ على اختيار المدونة الرأي المخالف للجمهور ما دام له أصل داخل المذهب وخارجه، فللمشرع أن يأخذ برأي ولو شاذ لموافقته الضرورة العصرية لأن له الولاية العامة والذي يعييه هو الأخذ بقول لم يقل به أحد من المجتهدين المخلصين .

فما أوقعه الزوج من واحدة أو اثنتين معدود عليه إن قضى الله بتجديد النكاح بينهما ولو تزوجها أجنبي قبل تجديد هذا النكاح بينهما لأن نكاح الأجنبي لا يهدم ما دون الثلاث في حين يهدم الثلاث فيملك ثلاثا جديدة.

فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها بقيت له فيه طلقتان فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها بقيت له فيه طلقة فإن طلقها لا تحل له إلا بعد زوج هذا مذهب الجمهور، وذهب طائفة من أهل العلم إلى أن نكاح الأجنبي يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث[174] وبه قال أبو حنيفة[175].

ثانيا : طلاق الخلع :

الخلع هو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع ويجوز الخلع على المشهور وقال ابن القصار يكره[176] .

قال ابن جزي : هو جائز عند الجمهور ومعناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع بذلك طلقة بائنة.

ولا يجوز الخلع إلا بثلاثة شروط :

---

173 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص :362.

174 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 120.

175 . القوانين الفقهية صفحة : 151.

176 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351.

1) أن يكون المبذول للرجل مما يصح تملكه وبيعه تحرزا من الخمر والخنزير وشبه ذلك ويجوز بالمجهول والغرر خلافا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

2) أن لا يجر إلى ما لا يجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التعجيل وشبه ذلك .

3) أن يكون خلع المرأة اختيارا وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها [177].

وعليه فإذا اختل شرط مما سبق نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع.

قال خليل : " وبانت ولو بلا عوض نص عليه " قال شراحه ممزوجا بكلامه : وبانت الزوجة منه حيث وقع بعوض ولو بلا عوض أن نص عليه أي على لفظ الخلع ولو نص على الرجعة فلا يقع إلا بائنا.

وفي حالة ما إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وأثناء العدة من هذا الطلاق أعطت المطلقة مطلقها مالا في مقابل عدم الرجعة فقبل ذلك فتبين منه بحيث تقع عليه طلقة أخرى بائنة بقبوله المال على عدم الرجعة وهو قول مالك وابن القاسم[178]. ولأن محل الطلاق المرأة المعتدة من طلاق رجعي.

قال خليل " كإعطاء مال في العدة على نفيها" قال شارحه ذلك لأن عدم الارتجاع الذي قبل المال لأجله ملزوم للطلاق البائن ومتى حصل الملزوم حصل اللازم وهو الطلاق البائن فالطلاق الذي أنشأه الآن وقبول المال غير الطلاق الذي حصل منه أولا إذ الحاصل منه أولا رجعي وهذا الذي أنشأه بقبول المال بائن ، وعن ابن وهب أنها تبين بالأولى فتنقلب الأولى بائنا، قال أشهب لا يلزم بقبول الماء شيء وله الرجعة ويرد لها مالها وكلا القولين ضعيف والمعتمد قول ابن القاسم ومالك.

---

177 . القوانين الفقهية صفحة : 154.

178 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351

قال الشيخ محمد عليش : إن قلت هو ظاهر أن وقع القبول باللفظ بأن قال قبلت هذا المال على عدم الرجعة وأما إن وقع القبول بغير اللفظ بأن أخذ المال وسكت فهو مشكل إذ كيف يقع الطلاق بغير اللفظ وقد يجاب بأن ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على القبول كالسكوت منزل منزلة اللفظ [179]. وقد اختارت مدونة الأسرة المغربية عدم لزوم الطلاق بغير اللفظ المفهم له فينتفي الإشكال[180] .

ثالثا : الطلاق المملك.

التمليك هو أن يملك الزوج زوجته أمر نفسها ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة[181] في إطار تطبيق مدونة الأسرة المغربية لأنها تملك ما يملكه زوجها وهو لا يملك إلا إيقاع واحدة في وقت واحد وفاقد الشيء لا يعطيه .

قال ابن سلمون : وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء فيكتب فيه عقد طلق فلان زوجته فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة ملكها أمرها بها دونه وأشهد بذلك في كذا . ثم قال وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة واختلف فيه على ثلاثة أقوال فقيل طلقة رجعية كمن قال أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها وهو قول مطرف وأشهب وقيل أنها تكون البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائنة فإنها الثلاث وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب . وهذا القول لا مجال لوروده في ظل مدونة الأسرة المغربية لحسمها في الطلاق الثلاث بلفظ واحد . وقيل أنها طلقة واحدة بائنة قاله ابن القاسم وحكاه القاضي عن مالك وبه القضاء[182].

---

179 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351

180 . المادة 37 من مدونة الأسرة المغربية

181 . القوانين الفقهية صفحة : 155

182 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ص : 637.

ورجح القرافي أن طلاق التمليك فيه الرجعة ، واختارت مدونة الأسرة المغربية ما به القضاء وهو أن الطلاق المملك طلاق بائن.

ويظهر قبول المرأة للتمليك بالقول أو بالفعل أما القول فهو أن توقع الطلاق بلفظها كأن تقول : طلقت نفسها عليه طلقة واحدة بائنة مملكة[183]. وأما الفعل فهو أن تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها أو غير ذلك فإن ظهر منها ما يدل على خلاف ذلك من قول أو فعل سقط تمليكها وإن سكتت ولم يظهر منها قول أو فعل لم يبطل تمليكها حتى يوقفها القاضي أو تتركه يطأها وروي عن مالك أنه يبطل إن افترقا من المجلس وفاقا للشافعي وليس للزوج أن يعزل زوجته مما ملكها من الطلاق وقال الشافعي له ذلك[184] .

الفرع الثاني :

طلاق المولي.

الإيلاء لغة اليمين يقال آلي يولي وائتلى قال الله تعالى : " ولا يأتل أولوا الفضل منكم [185]وشرعا حلف الزوج المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر كوالله لا أطؤك[186]. قال ابن عرفة : "هو حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه " فقوله على ترك وطء زوجته أخرج به ما إذا حلف على غير ترك الوطء أو على ترك وطء غير الزوجة من أجنبية وفي المعيار لا يلزم الإيلاء في الأجنبية ويلزمه الظهار فيها . إذا قال لأجنبية : والله لا أطؤك وأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه الإيلاء لأنها يمين لا يشترط فيها ملك المحلوف عليه دون الظهار لأن من شرطه الزوجية إلا أن يريدإن

183 . الوثائق الفاسية لمحمد أحمد بناني ، ص : 16.

184 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 155.

185 . سورة النور ، الآية : 22,

186 . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ، ص : 605.

تزوجتك فيلزماه معا وبه قال القرافي في ذخيرته . وقوله يوجب خيارها أخرج به الحلف على ترك الوطء الذي لا يوجب لها خيارا كحلفه على تركه أربعة أشهر فدون أو كون الزوج لا يتصور منه الوطء كالعنين والمجبوب أو كون الزوجة مرضعة أو صغيرة لا يوطأ مثلها ونحو ذلك فحلف الزوج المجبوب أو ذو الزوجة المرضعة على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لا يوجب للزوجة خيارا لكونه لم يقصد بذلك ضررا[187] .

لقيام الإيلاء يجب توفر أربعة أركان هي :

1) **المحلوف به** : هو الله تعالى وصفاته وكل يمين يلزم عنها حكم كالطلاق والصيام وغير ذلك ، وقال الشافعي إنما الإيلاء بالله وصفاته خاصة ومن ترك الوطء بغير يمين لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار .

2) **الحالف**: هو كل زوج مسلم بالغ عاقل يتصور منه الوقاع صحيحا كان أو مريضا بخلاف الخصي والمجبوب ويصح الإيلاء عن الزوجة وعن المطلقة الرجعية وليس على الشيخ الفاني إيلاء .

3) **المحلوف عليه** : هو الجماع بكل ألفاظ يقتضي ذلك كقوله لا جامعتك و لا اغتسلت منك ولا دنوت منك فقوله الأول يمين صريحة في ترك الوطء ومثله قوله الثاني المكنى بها عن ترك الوطء أو قال لا ألتقي معك فهذا هو المولي.

4) **المدة** : هي ما زاد على أربعة أشهر بمدة مؤثرة فلو حلف على ثلاثة أشهر أو أ ربعة لم يكن مواليا . وقال أبو حنيفة أربعة أشهر وقال قوم مدة قليلة أو كثيرة .

فإذا توفرت الأركان السابقة في الإيلاء أمهل المولي أربعة أشهر من يوم حلف فإن لم يطأ زوجته رفعته إلى القاضي إن شاءت فيأمره بالفيأة إلى الوطء فإن أبى طلق القاضي عليه وإن قال أفئ لم يعجل عليه بالطلاق واختبره مرة ثانية إن تبين كذبه عليه ولا تحصل الفيئة إلا بمغيب الحفشة في القبل إن كانت ثيبا والافتضاض إن كانت بكرا.

---

[187] . البهجة في شرح التحفة ، ج: 1، ص : 605

وإن قال وطئت وأنكرت فالقول قوله، وقال أبو حنيفة إذا انقضت الأشهر الأربع وقع الطلاق دون حكم . والطلاق في الإيلاء رجعي وقال أبو حنيفة بائن[188].

إنما ضرب له الأجل لعله يفيء ويرجع لما اجتنبه وهو الوطء في الأجل ولو كانت يمينه محتملة لاكثر أو أقل كقوله والله أطؤك حتى يقدم زيد مثلا ، فإن فاء انحلت يمينه وتلزمه كفارة يمين إن حلف بالله وإن لم يفئ طلق عليه كما سبق بيانه.

وإن كانت يمينه منعقدة على غير ترك الوطء كقوله إن لم أدخل الدار مثلا فزوجته طالق أو عليه الطلاق ليضربن زيدا فالأجل في ذلك ليس أربعة أشهر فأزيد من يوم الحلف بل يحسب من يوم ترفعه امرأته إلى القضاء لكون يميه منعقدة على حنث، فيكف عن الوطء حتى يبر.[189] .

ولو قال الزوج لزوجته إن كلمت زيدا مثلا فأنت طالق فأحنثته لزمه الإيلاء[190].

ولا يقع طلاق على المولي المتخلف بسبب عذر من مرض أو سجن أو غيبة أو إحرام ففي الإحرام يؤخر لزواله ولا على من وعد الفيئة أو كفر أو عجل الحنث بدخوله الدار مثلا .

وجمع ناظم التحفة أحكام الإيلاء بقوله ما يلي :

فصل في الإيلاء والظِّهار

ومن لوطء بيمين منعه لزوجة فوق شهور أربعة
فذلك المولي وتأجيل وجب له إلى فيئته لما اجتنب

188 . القوانين الفقهية ، ص : 160.

189 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95

190 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 353.

وأجل الإيلاء من يوم الحلف وحانث من يوم رفعه ائتنف
ويقع الطلاق حيث لا يفي إلا على ذي العذر في التخلف
وعادم للوطء للنساء ليس له كالشيخ من إيلاء
وأجل المولي شهور أربعة واشترك التارك للوطء معه
في ذاك حيث الترك قصدا للضرر من بعد زجر حاكم وما ازدجر[191]

الفرع الثالث :

طلاق المعسر بالنفقة.

النفقة تجب للزوجة بشرط الدخول والتمكين من الاستمتاع وكذا إذا دعته إلى الدخول فإن نشزت جاز للقاضي إيقاف نفقتها إن تمادت فيه، فهو الذي يفرض النفقات عند نشوب نزاع حول مقدارها فيفرض النفقة بحسب ما يظهر له من كون المطلوب بالنفقة غنيا أو فقيرا متوسطا أو معسرا ويراعى حال المنفق عليها من كونها علية القدر أو وضيعة حضرية أو بدوية وبحسب المكان وما يقتاتون به وبحسب الزمان فليس زمن الصيف كزمن الشتاء مثلا وبحسب الأسعار رخصا وغلوا.

وتشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى والتمريض، فإذا عجز الزوج عن نفقة زوجته بعد أن دخل بها أو بعد أن دعي إلى البناء فإنه يؤجل شهرين قال ناظم التحفة :

الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق [192]

---

191 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95

192 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 120.

والمعنى أن الزوج إذا عجز عن النفقة ورفع للحاكم فإنه مستحق أن يؤجل في ذلك شهرين[193]إلا أن مدونة الأسرة المغربية أوكلت تقدير الأجل إلى القاضي على أن لا يتجاوز ثلاثين يوما طبقا لما تنص عليه المادة 102.

فإن قدر عما عجزته عليه من النفقة فذاك المطلوب وإلا طلق عليه القاضي إن امتنع الزوج من الطلاق بعد أن أمره بإيقاعه ومحل ما سبق بعد ثبوت الزوجية وثبوت حال الزوج المطالب بالنفقة من عسر بها أو بعد حلفه أن لا مال له وأنه لا يقدر على ما فرض عليه فحينئذ يؤجل ويطلق عليه إن لم يحصل له يسار، وإن وافقته الزوجة عل ادعاءه العسر لم يحتج إلى إثباته بالبينة وأما من كان ظاهر اليسار أو لم يثبت عسره فإن القاضي يطلق عليه حالا إن ثبت أن له ما لا ظاهرا يفي بالنفقة وإذا لم يثبت عسره أمره بالإنفاق أو الطلاق فإن لم ينفق ولا طلق طلق عليه القاضي دون تأجيل .

قال ناظم التحفة :

بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله
ولاجتهاد الحاكمين يجعل فى العجز عن هذا وهذا الأجل
وذاك من بعد ثبوت ما يجب كمثل عصمة وحال من طلب[194]

[193] . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ، ص : 740.

[194] . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 120

الفصل الثاني :

أركان الطلاق الرجعي

لابد أن يستوفي الطلاق الرجعي سائر أركانه لكي ينتج آثاره أما لو اختلت هذه الأركان أو أحدها فلا يترتب عليه أي حكم فيكوم باطلا.

ويشترك الطلاق الرجعي مع غيره في لزوم توفره على أركانه وشروط مكملة لهذه الأركان متمثلة في أربعة أركان ، المطلق ، المطلقة ، الصيغة والقصد.

المبحث الأول:

المطلق.

هو الزوج الذي ملكه الشرع زمام وحق الطلاق وشروطه أربعة هي الإسلام والعقل والبلوغ والطوع .

فلا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقا[195]

ومن أكره على إيقاع الطلاق فلا يلزمه شيء في فتوى ولا قضاء لخبر مسلم لاطلاق في إغلاق " أي إكراه لأن المكره لا يملك نفسه هذا إذا لم يقصد بطلاقه حل العصمة باطنا وإلا وقع عليه [196] . وكذلك إن أكره على الإقرار بالطلاق أو على اليمين أو على الحنث في اليمين به، وينفذ طلاق السفيه بعوض أو بغير عوض[197] .

أما الوكيل عن الزوج فلا يشترط فيه إسلام ولا ذكورة ولا تكليف بل التمييز فيما يظهر لأن الموقع حقيقة هو الزوج الموكل[198] مثاله ما إذا فوض الزوج لزوجته إيقاع الطلاق على نفسها فهي كالوكيل المفوض.

---

195 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 151.

196 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ص : 367 ، ج 2.

197 . نفس المرجع ، ص 352.

198 . نفس المرجع ، ص 365.

وأما السكران فمشهور المذهب نفوذ طلاقه وفاقا لأبي حنيفة خلافا للظاهرية وقال ابن رشد : إن كان بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون وإن كان سكره دون ذلك فهو الذي ينفذ طلاقه.

قال خليل : " وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراما وهل إلا أن لا يميز أو مطلقا تردد قال شرحه ممزوجا بكلامه وهل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن لا يميزأو مطلقا تردد . قال شراحه ممزوجا بكلامه و هل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون أو صحيح لازم له مطلقا ميز أم لا وهو المعتمد لأنه أدخله على نفسه تردد هذا إشارة لطريقة ثالثة وهي أن من ميز لزمه وإلا فلا وهي طريقة ابن رشد والباجي وأما السكران بحلال فلا يلزمه طلاق ولا يؤاخذ بإقراره ولا يصح بيعه كالمجنون.

ويلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم كما ذكره السيد البليدي في حاشيته[199] وفي البهجة : الغضبان يلزمه طلاقه بالأحرى لأنه مكلف بالصلاة ونحوها إجماعا ومخاطب بأداء ذلك حال غضبه وقال ابن رشد : وطلاق الغضب واللجاج لازم اتفاقا[200] واختارت مدوة الأسرة المغربية عدم لزوم طلاق الغضبان إذا كان غضبه مطبقا أي يستغرق جل أو كل أوقاته واشتد غضبه وهي حالتان يصبح فيها الغضبان لا يقدر ما يقدم عليه من طلاق حق قدره. عندما نصت في المادة 90 على ما يلي : لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا.

فرع أول :

المطلق المريض.

---

199 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 1 صفحة 366.

200 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ص : 662 و 667.

طلاق المريض مرضا مخوفا لازم له كالصحيح وترثه زوجته إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائنا أو رجعيا قبل الدخول أو بعده ولو صادف آخر الثلاث كما يظهر من قول ناظم التحفة:

وينفذ الواقع من سكران مختلط كالعتق والإيمان

ومن مريض ومتى من المرض مات فللزوجة الإرث مفترض

فالطلاق الواقع من المريض لازم له كالصحيح وإنما يفرق بين طلاقه وطلاق الصحيح في الإرث وعدمه[201] والمراد بالمرض المخوف ما حكم الأطباء بكثرة الموت به وحكم الحاضر في صف القتال والمحكوم عليه بالاعدام هو حكم المريض.

قال ابن جزي : ويشترط في ثبوت ميراثها ثلاثة شروط في المذهب:

أ . أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.

ب . أن يكون المرض مخوفا يحجر عليه فيه .

ج . أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتمليك والتخيير والخلع ففي توريثها بذلك روايتان[202].

جاء في البهجة : عدم ارثها في الخلع والتخيير هو تخريج اللخمي في الخلع ورواية زياد في التمليك والتخيير وذلك ضعيف لأن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى وإنما يذكر تفقها وتفننا فقط [203] .

والمعول عليه ما درج عليه العلامة خليل وهو إرثها في الكل بلا فرق .

و إذا صح من مرضه الذي طلق فيه صحة بينه وإذا طلقها في مرض الشأن فيه السلامة ومات فلا ترثه لقول ناظم التحفة:

---

201 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104.

202 . القوانين الفقهية ، ص : 152.

203 . البهجة في شرح التحفة صفحة 663 ، ج1.

ما لم يكن بخلع أو تخييـر أو مرض ليس من المحذور[204]

قال خليل : " وورثته دونها كمخيرة ومملكة فيه ومولى منها " قال شارحه ممزوجا بكلامه وورثت زوجته المطلقة في المرض إن مات من مرضه المخوف الذي خالعها فيه ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره ولو أزواجا دونها أي فلا يرثها إن ماتت من مرضه المخوف الذي طلقها فيه ولو كانت هي مريضة أيضا لأنه الذي أسقط ما كان بيده وشبه في إرثها منه دونه قوله كمخيرة ومملكة في صحته أو مرضه اختارت نفسها فيه أي في مرض موته بأن طلقت نفسها طلاقا بائنا فإنها ترثه إن مات في ذلك المرض طال أو قصر ولا يرثها إن ماتت هي فيه فإن طلقت نفسها طلاقا رجعيا فإنه يرثها كما ترثه ومولى منها أي وكزوجة آلى منها زوجها في صحته أو مرضه وانقضى الأجل ولم يف ولا وعد فطلق عليه في مرضه وانقضت العدة فمات م مرضه فإنها ترثه ولا يرثها فإن ماتت قبل انقضاء العدة ورثها كما ترثه لأنه رجعي .

وإذا فرضنا أنه طلقها رجعيا في مرض ثم صح منه ومرض ثانية فأردفها طلاقا فيه ثم مات من مرضه الثاني فإنها ترثه إن بقي شيء من عدة الطلاق الأول قال خليل: " لم ترث إلا في عدة الطلاق الأول " لأن الفرض أن الطلاق الأول رجعي ومات في العدة فترثه فإن لم يبق من عدة الأول بقية فإنها لا ترثه بالطلاق في المرض الثاني لأنه طلاق مردف على الأول وقد زالت تهمة الطلاق الأول بالصحة وفيه أن الطلاق الثاني لا عدة له فلا ترثه في عدة الطلاق الثاني لأنه لا عدة له ، ومثل من طلق رجعيا في مرض صح منه واردفها أثناء العدة طلق في مرض ثان عاوده ما إذا طلقها رجعيا في الصحة ثم مرض فأردفها طلاق فيه فترثه إن بقي شيء من عدة الطلاق الأول .

[205] .

المبحث الثاني :

---

[204] . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104.

[205] . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 353 و 354.

المطلقة.

قال ابن جزي هي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في عدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقا ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقا وكذلك البائن[206] .

قال خليل : " ومحله ما ملك قبله وإن (كان) تعليقا كقوله لأجنبية هي طالق عند خطبتها أو إن دخلت ونوى بعد نكاحها ". قال شراحه هذا إذا كان الملك تحقيقا أي واقعة في العصمة بل وإن كان الملك تعليقا أي ذا تعليق أو معلقا عليه الطلاق أي عقب النكاح في المثال الأول وعقب دخول الدار في المثال الثاني وهذا قول مالك المرجوع إليه وفاقا لأبي حنيفة وخلافا للشافعي ولقول مالك الرجوع عنه وهو القول بإلغاء التعليق و به قال أحمد بن حنبل .[207] ثم إنه لا فرق بين كون التعليق غير صريح بأن كان بالنية كفلانة طالق ونوى بعد تزوجه بها وكالمثال الثاني في المتن أو كان صريحا كإن تزوجت فلانة فهي طالق وترك المصنف التصريح به لوضوحه واقتصر على التعليق غير الصريح لخفاءه فإن كانت العصمة غير مملوكة وقت الطلاق لا حقيقة ولا تعليقا فلا يلزم الطلاق كما إذا قال علي الطلاق من التي أتزوجها لأفعل كذا أو الطلاق يلزمني من التي أتزوجها إن فعلت كذا أو إن كنت فعلت كذا.

قال كذا قرره شيخنا العدوي رحمه الله [208].

ولم تكتف مدونة الأسرة المغربية بصورة تعليق الطلاق على النكاح فيما بعد بل أقرت عدم لزوم الطلاق المعلق مطلقا بقولها في المادة 93 ما يلي : " الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع".

قال ابن جزي في الطلاق المعلق وأقسامه : وأما المعلق فهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة أو شرط وهو على سبعة أقسام :

---

206 . القوانين الفقهية ، ص : 152.

207 . نفس المرجع ،ص : 154.

208 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 370.

1) أن يعلق بأمر يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق وكذلك إن كلمت زيدا أو إن قدم فلان من سفره . فهذا إن وقع الشرط وقع الطلاق وإلا لم يقع اتفاقا

2) أن يعلقه بأجل يبلغه العمر عادة أو بأمر لابد أن يقع كقوله إن دخل الشهر أو إذا مات فلان فأنت طالق فهذا يلزمه الطلاق في الحين ولا ينتظر به أجل الشرط خلافا لهما أي للشافعي وأبي حنيفة.

3) أن يعلقه بأمر يغلب وقوعه ويمكن أن لا يقع كقوله أنت طالق إن مضت ففيه قولان قيل يعجل عليه الطلاق وقيل يؤخر إلى حصول شرطه وفاقا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

4) إن يعلقه بشرط يجهل وقوعه فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال كقوله : إن خلق الله تعالى في بحر كذا حوتا على صفة كذا . وإن كان يوصل إلى علمه كقوله إن ولدت أنثى توقف الطلاق على وجوده .

5) أن يعلقه بمشيئة الله تعالى فيقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فيقع الطلاق ولا ينفع هذا الاستثناء خلافا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

6) أن يعلقه بمشيئة البهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين لأنه يعد هازلا[209].

وقد تحاشت مدونة الأسرة المغربية هذا التفصيل بحكمها عدم وقوع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه[210].

ومحل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح وليس التي في نكاح مختلف في فساده حسبما ورد في الفرع الأول من الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية.

---

209 . القوانين الفقهية لابن جزي ص : 154.

210 . المادة 93 من مدونة الأسرة المغربية .

والصحيح في الفقه المالكي أن الطلاق في النكاح المختلف فيه لا حق كالطلاق في النكاح الصحيح وهو لا يكون إلا بائنا لقول خليل : " يرتجع من ينكح وإن بكاحرام وعدم إذن سيد طالقا غير بائن في عدة صحيح " قال شارحه وخرج بالصحيح النكاح الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول سواء فسخ بعده أو طلق فلا رجعة كخاصة وجمع كأخت مع أختها ولو ماتت الأولى أو طلقت لعدم صحة النكاح فإذا فسخ هذا النكاح بطلاق أو بغيره فليس للزوجة رجعتها في عدة ذلك النكاح[211].

ويستنتج من نص المادة 64 من مدونة الأسرة المغربية أن النكاح المختلف في فساده لابد فيه من حكم القاضي يقضي بفسخه بطلاق وهو بائن بناء على ما سبق.

المبحث الثالث :

الصيغة.

يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة".

واللفظ إما صريح أو كناية أو ما ليس بصريح أو كناية من كل لفظ نوى به الطلاق قال ابن عاصم :

ويلزم الطلاق بالتصريـح وبالكنايات على الصحيح

فالصريح ما كانت فيه الطاء واللام والقاف أو كان يلفظ الفراق أو التسريح لأن كل ما نطق به القرآن صريح قال تعالى : " فطلقوهن "(سورة الطلاق آية 1) وقال : " أو سرحوهن " (سورة البقرة آية 231) وقال تعالى أيضا : " أو فارقوهن " (سورة الطلاق آية 2) وقصره الخرشي على الأول فقال : ولفظه طلقت أو أنا طالق أو أنت أو مطلقة أو الطلاق لي لازم ، وأما الكنايات فقسمان ظاهرة وخفية فالظاهرة هي اللفظ الدال عليه عرفا وليس فيه صيغة الطلاق وما تصرف منه كخليت سبيلك ورددتك إلى أهلك ، والكنابات الخفية هي ما دل عليه مع احتمال غيره نحو اذهبي وانصرفي وأنت حرة والحقي بأهلك . ويلزم أيضا

---

[211] . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 416.

الطلاق بما ليس بصريح ولا كناية من كل كلام نواه به نحو اسقني الماء وجعل اب زرقون نحو اسقني ماء من الكناية أيضا حيث نوى به الطلاق[212] وما ليس بصريح ولا كناية لا يقع به طلاق ولأنه ليس يفهم منه إيقاع الطلاق وإن نوى إيقاعه كذلك لأن النية حالة نفسية يصعب إثباتها فإن صرح أنه نوى الطلاق لزمه حينئذ ويأخذ به من وقت تلفظه ذلك.

ولا يملك الزوج وصف الطلاق بأنه بائن أو أوقع ثلاثا كأن يقول نويتهما كذلك.

قال خليل : "ولزم بالإشارة المفهمة و بمجرد إرساله به مع رسول وبالكتابة " قال شارحه الإشارة المفهمة بأن احتف بها من القرائن ما يقطع من عاينها بدلالتها على الطلاق وسواء وقعت من أخرس أو من متكلم وأما غير المفهمة فلا يقع بها طلاق لأنها من الأفعال لا من الكنايات الخفية خلافا لبعضهم ما لم تكن عادة قوم[213].

والقادر على الكلام أو الكتابة أو هما معا لا يقبل منه غير التلفظ المفهم للطلاق فلا يقع بغيره.

من حلف باليمين على الطلاق كقوله علي الطلاق إن فعلت كذا ومن الإيمان تحريم الزوجة كقوله زوجتي علي حرام إن قلت كذا أو حلف بالإيمان اللازمة فقال مثلا الإيمان تلزمني لا فعلت أو الإيمان كلها أو إيمان المسلمين فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال الأول تلزمه الثلاث، الثاني تلزمه طلقة رجعية والثالث تلزمه طلقة بائنة والرابع تلزمه جميع الإيمان التي يحلف بها الناس وإلى القول الثالث أشار ناظم التحفة أنه الأصح بقوله :

وكل من يمينه باللازمه له الثلاث في الأصح لازمه

لقول الباجي في المنتقى أنه الأظهر عندي وفي المعيار عن العقباني أنه المشهور وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمان وصححه التونسي واللخمي والمازري وغيرهم [214] . حتى

---

[212] . البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي ج1 ، ص : 556 و 557.

[213] . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص 384.

[214] . حلي المعاصم لفكر ابن العاصم، ج1 ، ص : 67.

أن السيوري أفتى بالواحدة [215]. وأما إذا نوى شيئا أو علم أنها تشمل الطلاق وغيره فإنه يلزمه ما نواه أو علمه .

ونقل عن ابن سلمون ما نصه: يلزم الحالف بالإيمان إذا لم تكن له نية عتق من يملكه والصدقة بثلث ماله والمشي إلى بيت الله تعالى وكفارة يمين وطلاق نساءه واختلف فيما يلزمه من الطلاق فذكر الأقوال الثلاثة.

قال ناظم التحفة في بقية الأقوال.

وقيل بل واحدة رجعية مع جهله وفقده للنيه

وقيل بل بائنة وقيل بل جميع الايمان وما به عمل

وذكر عن الأبهري أنه يلزمه فيها سوى الاستغفار وعن ابن عبد البر أنه يلزمه كفارة يمين ودرج أبو زيد الفاسي في عملياته على ما للأبهري من أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار قال :

وعدم اللزوم في إيمان لازمة شاعت مذ أزمان

ظاهره أنه لا يلزمه شيء ولو كفارة يمين .

واختارت مدونة الأسرة المغربية عدم وقوع الطلاق سواء رمى اليمين بالطلاق أو بالحرام أو جميع الإيمان اللازمة في حلفه وذلك عندما نصت في الفصل 91 على ما يلي: " الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق".

وتجدر الإشارة أن المطلق فيما بينه وبين الله تعالى لا يؤاخذ بالحلف إلا إذا كان عن قصد ويتم تحليلها بالكفارة إن هو حنث قال تعالى : " قد فرض الله لكم نحلة أيمانكم" [216] والكفارة هي المذكورة في قوله عز وجل : " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو

---

[215] . البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي ، ج1 ص : 674.

[216] . سورة التحريم ، آية 2.

كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون"[217] .

المبحث الرابع :

القصد.

قال خليل : " وركنه أهل وقصد ومحل ولفظ " قال الشيخ التاودي هو القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه لا إ ن هذى لمرض أو لقن بلا فهم [218] .

جاء في البهجة : وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطا في الصريح اتفاقا وقال المتيطي : والطلاق يلزم باللفظ والنية فالصحيح اللزوم لأن اللفظ عبارة عما في النفس , فإذا أجمع بقلبه على أنه طلق لزمه وهو قول مالك في سماع أشهب وروي عنه أنه لا يلزم وإن انفرد اللفظ فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا في الحكم الظاهر لقوله عليه السلام : " إنما الأعمال بالنيات " وفي كتاب التخيير من المدونة ما ظاهره اللزوم وهو خلاف المنصوص لكن ما ذكره من اللزوم بمجرد النية حمله القرافي على الكلام النفسي وهو إنشاء الطلاق بقلبه فقط أي من غير حركة لسانه به . فالصحيح في كلام المتيطي أحد المشهورين في النفسي كما أشار لذلك القرافي قائلا : هو محل الخلاف وأما مجرد القصد إليه من غير إنشاء بالقلب بل وقع القصد إليه كما تقصد العبادات فلا يلزم ولو صمم عليه إجماعا. قال في الذخيرة النية لفظ مشترك بين الكلام النفساني ومعناه أن يقول في نفسه أنت طالق كما يقول بلسانه وهو مرادهم بالنية هاهنا وبين القصد وهو المراد في العبادات وليس مرادا هاهنا للإجماع على أن من عزم على طلاق امرأته ونوى ذلك أنها لا تطلق عليه . قال والذي عفى عنه من حديث النفس الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام " إن الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم" إنما هو ما هجس عليها من غير عزم وأما العازم على الخير والشر والاعتقادات في الكفر وغيره وما يلزم من الاخبارات فمعتبرة إجماعا لقوله تعالى : " وإن تبدوا ما في أنفسكم أو

---

[217] . سورة المائدة ، آية : 89.

[218] حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ص : 656,

تخفوه يحاسبكم به الله " البقرة ، آية 284 . وهذا هو طريق الجمع بين الآية والحديث. ومراده أن الآية في الكلام النفساني الذي يؤاخذ به المكلف وهو أن يجري ذلك على قلبه كما يجري على لسانه من غير تلفظ به والحديث في مجرد القصد من غير أن يجري ذلك على قلبه وما ذكره من لزومه في النفساني هو أحد قولين مشهورين . والقول الآخر يقول بعدم اللزوم وشهره غير واحد واستظهره ابن عبد السلام قائلا : إنما يكتفي بالنية في التكاليف المتعلقة بالقلب لا فيما كان بين الآدميين كالطلاق ونحوه [219].

قال التسولي وقد يجمع بينهما بأن الإجماع إنما هو يحسب الظاهر أي فلا يصدق في الظاهر أنه لم ينو بالصريح طلاقا بل يؤاخذ به في الفتوى والقضاء إجماعا[220]. قال خليل : " ولزم ولو هزل لا أن سبق لسانه في الفتوى أو لقن بلا فهم أو هذى " قال شارحه أي ولزم الطلاق بمعنى حل العصمة بذكر اللفظ الدال عليه هذا إذا كان غير هازل بأن قصد به حل العصمة اتفاقا بل ولو كان هازلا بأن لم يقصد به حل العصمة على المشهور [221] . بما ورد في الخبر وهو : " ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وفي رواية العتق بدل الرجعة.

وقد سبق أن المعتبر هو القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه فإذا قامت البينة عليه أمام القضاء والحال أن الزوج أنكر إيقاع الطلاق أو أقر بإيقاعه لفظا فإنه يلزمه ولا يلتفت إلى ادعاءه انعدام النية بخلاف ما إذا صدقته قرينة كقول خليل : " أو قال لمن اسمها طالق ياطالق ". فإنها لا تطلق عليه.

وأما من قال لإحدى زوجتيه ياحفصة يريد طلاقها فأجابته عمرة تظن أنه طالب حاجة وطلقها أي قال لها أنت طالق يظن أنها حفصة فالمدعوة حفصة تطلق مطلقا في الفتيا وفي القضاء وأما المجيبة ففي القضاء فقط هذا الذي نص عليه خليل بقوله : " أو

---

219 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 657 و 668.

220 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 668.

221 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 366.

قال ياحفصة فأجابته عمرة فالمدعوة وطلقتا مع البينة [222] . وقد أوجبت مدونة الأسرة المغربية توثيق الطلاق عندما نصت في المادة 138 على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ". فإن لم يوثق الزوج الطلاق استمرت حقوق الزوجة عليه من نفقة وسكنى وغيرهما وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق وإلا فلا وعليها منع نفسها جهدها[223].

الفصل الثالث:

آثار الطلاق الرجعي.

كل طلاق أوقعه م يملكه ينتج عنه آثار لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإنما تولى الشرع تحديدها وتنظيمها ودونها القانون المغربي على شكل نصوص قانونية في مدونة الأسرة المغربية وكل هذه النصوص من النظام العام نظرا لأهميتها الاجتماعية.

أهم توابع الطلاق الرجعي العدة وحق الرجعة أما باقي الآثار كالتوارث والنفقة وغيرهما فحال المطلقة رجعيا كحال الزوجة التي في العصمة ما عدا حرمة الاستمتاع بها قال خليل " والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها". قال شارحه ممزوجا بكلامه والرجعية وهي المطلقة التي يملك مطلقها رجعتها كالزوجة الغير مطلقة في لزوم النفقة والكسوة والتوارث والظهار والطلاق وغير ذلك إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها والمراد به الخلوة بها والسكنى معها فقط . وأما سكناه معها في دار جامعة له وللناس فهو جائز ولو كان أعزب وقوله الأكل معها أي فكل واحد مما ذكر حرام وكذا كلامها ولو كانت نيته رجعتها وإنما شدد عليه هذا التشديد لئلا يتذكر ما كان فيجامعها فلا يرد أن الأجنبي يباح له ذلك مع الأجنبية ولو كان معها

---

[222] . نفس المرجع ، ص : 367.

[223] . القوانين الفقهية ، صفحة 153.

من يحفظها وذلك لأن الأكل معها ادخل في المواددة فمنع منه لذلك ولو كان معها من يحفظها [224].

المبحث الأول:

العدة :

تجب العدة بشرط الدخول فلا عدة على المطلقة قبل الدخول قال الله تعالى : " يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"[225] .

ونصت المادة 130 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: " لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة ".

والعدة هي فترة الانتظار التي تحرم خلالها المطلقة على غير مطلقها وتختلف مدتها باختلاف حالات المرأة فإن كانت حاملا فعدتها حتى وضع حملها , تنص المادة 133 م مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه " وإن كانت ممن لا تحيض كاليائسة فعدتها ثلاثة أشهر تبتدئ من وقت الطلاق قال تعالى : " واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا "[226] وإن كانت ممن تحيض فقد قال الله تعالى : "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء "[227] قال المفسرون القروء جمع قرء بفتح القاف وهو الطهر أو الحيض قولان [228] ، القول الأول للإمام مالك والشافعي وابن حنبل وقال أبو حنيفة هي الحيض واختارت مدونة الأسرة

---

224 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 422.

225 . سورة الأحزاب ، آية : 49.

226 . سورة الطلاق ، آية 4 .

227 . سورة البقرة آية 227.

228 . تفسير الجلالين السيوطي والمحلي ص : 29.

المغربية أن القروء هي الأطهار ، وهو مذهب المالكية المعتمد لدى فقهاء المملكة المغربية وعليه درج هذا البحث، وذلك عندما نصت في المادة 136 على ما يلي : تعتد غير الحامل بما يلي :

1. ثلاث أطهار لذوات الحيض.

2 . ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا أو التي يئست من المحيض ، فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.

3 . تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار.

قال ابن جزي : وعلى المذهب إذا طلقها في طهر كان بقية الطهر قرءا كاملا ولو كان لحظة فتعتد به ثم بقرئين بعد ذلك ثلاثة قروء فإذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد تمت عدتها وإن طلقها في حيض لم تحل حتى تدخل في الحيضة الرابعة من الحيضة التي طلقت فيها .

جاء في المادة 136 من المدونة ثلاثة أصناف من النساء اللواتي في سن الحيض وهي معتادة ومرتابة ومستحاضة وعبر عنها بقوله والتي لم تميزه من غيره .

فأما المعتادة فتكمل ثلاثة قروء على حسب عادتها ولو كانت عادتها أن تحيض من عام إلى عام أو أقل أو أكثر كانت عدتها بالإقراء . وأما المرتابة وهي التي ارتفعت حيضتها بغير سبب من حمل ولا رضاع ولا مرض فإنها تمكث تسعة أشهر وهي مدة الحمل غالبا فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر فكمل لها سنة ثم حلت وإن حاضت في خلال الأشهر التسعة حسبت ما مضى قرءا ثم انتظرت القرء الثاني لإتمام تسعة أشهر أيضا فإن حاضت حسبت قرءا أخر وكذلك في الثالث. ولو حاضت قبل تمام سنة ولو بساعة حسبت كل ما مضى قرءا ثم استأنفت تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة بعدها. وإن حاضت بعد السنة لم تعتبر لأن عدتها قد انقضت بالسنة ومذهب الشافعي وأبي حنيفة أن

هذه المرتابة تبقى أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن من لا تحيض ثم تعتد بثلاثة أشهر. ولو ارتفعت حيضتها لرضاع انتظرت الحيض وإن طال الزمان ولا تجزيها الأشهر. وإن ارتفع حيضها لمرض ففيها روايتان إحداهما أنها كالتي ارتفع حيضها بغير سبب والأخرى أنها كالمرضع.

ويظهر من عموم المادة 136 أن كل من تأخر حيضها سواء ارتفع بغير سبب من رضاع أو مرض أو ارتفع بسببهما فإنها تتربص تسعة أشهر ثم تعتد ثلاثة أطهار على التفصيل السابق.

وأما المستحاضة فإن كانت غير مميزة بين دم الحيض والاستحاضة فهي كالمرتابة تقيم تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة وإن كانت مميزة فيها روايتان إحداهما أنها كغير المميزة والأخرى أن تعمل على التمييز فتعتد بالإقراء .وتعبير المادة 136 التي لم تميزه من غيره يفيد أن التي تميزه عن غيره تعتد بالإقراء[229] .

فرع أول :

تداخل عدتين.

نص المادة 137 من مدونة الأسرة المغربية ما يلي : " إذا توفي زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة". وعدة الوفاة إشارة إليها المادة 132 بقوله ما يلي : " عدة المتوفي عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة".

ودليل وجوبها قول الله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا"[230].

---

[229] . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 156.

[230] . سورة البقرة ، آية : 234.

قال خليل : " وعدة الحامل في وفاة أو طلاق وضع حملها كله وإن دما اجتمع .

قال شارحه أي بعد الطلاق أو الوفاة و لو بلحظة لا بعضه واحدا كان أو متعددا وللزوج رجعتها قبل باقيه أي إذا كان الحمل واحدا والأخرى أي إن كان الحمل متعددا وهذا إذا كان الولد يلحق بصاحب العدة أي لاحقا به بالفعل أو يصح استلحاقه كالمنفي بلعان ولو لم يستلحقه فلو كان من زنى فلابد من أربعة أشهر وعشر في الوفاة والإقراء في الطلاق إن وضعت قبل مضيها وإلا انتظرت الوضع أي بأن مضت قبل وضعها فالمدار على أقصى الأجلين أي الوضع وانقضاء الأربعة أشهر وعشر في الوفاة وثلاثة أقراء في الطلاق وتحتسب بالأشهر من يوم الوفاة وبالإقراء من يوم الوضع . وتعد النفاس قرأ أولا فلا تحتسب بما حاضته قبل النفاس زمن الحمل وهو قول ابن محرز وجعله عياض محل نظر وأن الذي حكى ابن رشد الاتفاق عليه أنه لابد من ثلاث حيض بعد الوضع .

قال خليل : "وإلا فكالمطلقة قال شارحه ممزوجا بكلامه وألا تكن المتوفي عنها حاملا فكالمطلقة أي فعدتها كعدة المطلقة ثلاثة قروء فإن كانت صغيرة أو آيسة فثلاثة أشهر . ولا إحداد عليها حينئذ كما نقله المواق هنا عن المدونة ولا مبيت عليها أيضا لأنه استبراء لا عدة . نقلا عن بناني [231] .

وقال خليل : " وإن رجعية " قال شارحه فتنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ولو حصلت الوفاة قبل تمام الطهر الثالث بيوم بخلاف البائن يموت مطلقها قبل انقضاء عدتها .

وقال خليل : " إن تمت قبل زمن حيضتها وقال النساء لا ريبة بها وإلا انتظرتها " قال شارحه وحامله أن المعتدة المتقدمة وهي غير الحامل المتوفي عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام بشرطين حيث كانت مدخولا بها الأول أن تتم تلك المدة قبل زمن حيضتها ، الثاني أن تقول النساء إذا رأينها فيما تمت المدة المذكورة قبل زمن حيضتها أنه لا ريبة بها

---

[231] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 474 و 475

قال وقولنا حيث كانت مدخولا بها احترازا عن غير المدخول بها فإنها تعتد بهذه المدة م غير شرط قول خليل انتظرتها أي الحيضة أو تمام تسعة أشهر فإن زالت الريبة حلت وإلا انتظرت رفعها أو أقصى أمد الحمل[232] .

وإذا بقيت الريبة بعد أقصى أمد الحمل وهي خمسة أعوام في المشهور [233] واختارت مدونة الأسرة المغربية سنة كاملة فقد نصت المادة 134 على ما يلي : في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل وحصول المنازعة في ذلك.

[232] . نفس المرجع ، ص 475.

[233] . القوانين الفقهية ص : 457.

يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهائها .

وقد أصابت المدونة في حكمها الرجوع إلى الأطباء في الحكم بانتهاء العدة في مثل الحالة السابقة نظرا للتقدم الهائل الذي أحرزه الطب إذ بما يتوفر عليه من وسائل يمكن الأطباء أن يقطعوا بوجود حمل أو عدم وجوده، وأما شهادة اللفيف فلم تعد مفيدة في هذه المسألة وإن كان تحل به قضايا النسب فشهادة اللفيف بتحرك الحمل وحياته يعتد بها في ثبوت النسب ومثلها جميع الوسائل المقررة شرعا ولا يجوز للقاضي أن يعتمد غيرها.

والجدير بالذكر أن مدونة الأسرة المغربية حصرت وسائل إثبات نفي النسب في نفي الحجة القاطعة على ثبوت النسب وهي الفراش ولا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين .

. إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعاءه.

. صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

حسب مدلول المادتين 153 و 159 من مدونة الأسرة المغربية .

بعدما تبين أن الوفاة تهدم عدة الطلاق الرجعي وبالنسبة للحامل والبائن تعتد بأقصى الأجلين ننتقل إلى نوع آخر من تداخل العدد وهو أن يطرأ موجب قبل تمام العدة يترتب عنه تداخل عدتين وصوره تسع باعتبار القسمة العقلية وسبع في الواقع لأن الطارئ أما عدة طلاق أو وفاة أو استبراء على كل من الثلاث غير أنه لا يتصور طروء عدة وفاة أو طلاق على عدة وفاة وإنما يتأتي أن يحصل طروء عدة طلاق أو وفاة استبراء على عدة طلاق وطروء عدة وفاة أو طلاق أو استبراء على استبراء . وعدة الاستبراء ثلاثة قروء إن

كانت من ذوات الحيض وثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر وإن كانت حاملا فبوضع الحمل كله .

القاعدة أن الطارئ يهدم السابق إلا إذا كان الطارئ أو المطروء عليه عدة وفاة فتعتد بأقصى الأجلين .

قال خليل : " إ ن طرأ موجب قبل تمام عدة أو استبراء انهدم الأول وائتنفت كمتزوج بائنته ثم يطلق بعد البناء أو يموت مطلقا وكمستبرأة من فاسد ثم يطلق وكمرتجع وإن لم يمس طلق أو مات إلا أن يفهم ضرر بالتطويل فتبني المطلقة إن لم تمس وكمعتدة وطئها المطلق أو غيره فاسدا بكاشتباه إلا من وفاة فأقصى الأجلين[234].

فرع ثان :

دعوى انقضاء العدة

نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 125 على أنه " تبي المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي " فينتفي بذلك حق الرجعة مما يرجح احتمال حدوث نزاع بي المطلق والمطلقة حول خروج هذه الأخيرة من العدة ولم تشر مدونة الأسرة المغربية إلى الحلول الواجبة التطبيق غير أنها أحالت في هذا الشأن على الفقه المالكي عندما نصت في المادة 400 على ما يلي : " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف. قال خليل : " وصدقت في انقضاء عدة القرء والوضع بلا يمين ما أمكن .

234 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 499,

حاصله أن الزوجة إذا راجعها زوجها فقالت عند ذلك انقضت عدتي بثلاثة قروء أو بوضع الحمل فإنها تصدق في ذلك ولو خالفها الزوج أو خالفت عادتها إن كان قد مضى زمن من طلاقها يمكن فيه انقضاء العدة لكون تلك المدة يمكن انقضاء العدة فيها غالبا أو مساويا ولا يمين عليها ولو خالفت عادتها سقطا أو غيره خلافا للرجراجي القائل لا تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بوضع سقط فتحل للأزواج ولا توارث . وإن ادعت انقضاء العدة في مدة يندر انقضاؤها فيها كالشهر سئل النساء فإن شهدن أن النساء قد يحضن لمثل هذا فإنها تصدق وهل بيمين أو بغير يمين قولان أظهرهما بغير يمين لكون شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كشهادة رجلين عدلين [235] وإن ادعت انقضاؤها في مدة لا يمكن انقضاؤها لا غالبا ولا نادرا لم تصدق ولا يسأل النساء [236].

قال سحنون أقل ما تصدق فيه أربعون يوما وقال ابن الماشجون خمسون يوما وقال ابن العربي قلت الأديان بالذكر أن فكيف بالنسوان فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق وعليه صاحب اللامية حين قال وذات قرء في اعتداد بأشهر أي لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر [237].

قال خليل : " ولا يفيدها تكذيبها نفسها ولا أنها رأت أول الدم وانقطع ولا رؤية النساء لها".

يعني أنها إذا قالت ولا عند إرادة الزوج رجعتها عدتي قد انقضت بما يمكن من إقراء أو وضع وسبق أنها مصدقة في ذلك وقد بانت منه، فإذا قالت بعد ذلك كنت كاذبة وإن عدتي لم تنقض فإن ذلك يعد منها ندما ولا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد ولا ترثه إن مات لأنها داعية لنكاح بلا ولي وصداق وشهود.

---

235 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 33.

236 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 423.

237 . البهجة في شرح التحفة صفحة 699 ، ج 1.

وأما إذا ادعت عند إرادة الزوج رجعتها أنها رأت الحيضة الثالثة ثم ادعت بعد ذلك أنها رأت أول الدم من الحيضة الثالثة وقالت كنت أظن دوامه فانقطع قبل استمراره المعتبر في العدة وهو يوم أو بعضه فلا يفيدها ذلك وقد بانت منه بقولها الأول.

وقد تبع الشيخ خليل فيما قاله ابن الحاجب والمذهب ما قاله ابن عرفة المذهب كله على قبول قولها أنها رأت أول الدم وانقطع وحينئذ فلها الكسوة والنفقة وتصح رجعتها وقال الشيخ الزرقاني : إن قبول قولها فيما عدا الرجعة لأنه يحتاط في الفروج فيحمل كلام ابن عرفة على ما عداه .

وعقب عليه الشيخ بناني قائلا وما قاله الشيخ أحمد وإن كان ظاهرا لكن المذهب ما قاله ابن عرفة من قبول قولها أنه انقطع حتى بالنسبة للرجعة . وهذا إذا لم يتماد بها الدم وعاودها عن بعد ، أي بعد طهر تام، وأما إن عاودها عن قرب فهل الرجعة فاسدة لأنه تبين أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح أو لا تبطل تلك الرجعة ورجوع الدم عن قرب كرجوعه عن بعد قولان حكاهما أبو الحسن عن عياض نصه:

واختلفوا إذا راجعها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع هذا الدم بقرب هل هي رجعة فاسدة لأنه قد استبان أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح وقيل لا تبطل رجع الدم عن قرب أو بعد. ثم ذكر أبو الحسن أن القول الأول، يعني التفصيل ، أصوب وتبين أن القرب هو أن لا يكون بين الدمين طهر تام فيمكن الجمع بين كلام المصنف وابن عرفة فمراد كلام المصنف أن قولها انقطع لا يفيد أي في صحة الرجعة لا أنه نفي لقبول قولها مطلقا يحمل على ماذا عاودها الدم عن قرب . وقول ابن عرفة المذهب قبول قولها أي مطلقا حتى في الرجعة يحمل على ما إذا عاودها عن بعد.

فرع ثالث :

دعوى امتداد العدة.

تناولت مدونة الأسرة المغربية أحكام دعوى بقاء الريبة في الحمل رغم مرور أقصى أمد الحمل وهو سنة عندما نصت في المادة 134 على ما يلي : "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل وحصول المنازعة في ذلك يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوءه لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها " غير أنها لم تسلك هذا السبيل عند ادعاء المرأة المعتدة أنها لم تحض رغم مرور مدة طويلة ونوزعت في ذلك بعد وفاة مطلقها.

قال خليل : " ولو مات زوجها بعد كسنة فقالت لم أحض إلا واحدة فإن كانت غير مرضع ولا مريضة لم تصدق إلا إن كانت تظهره وحلفت في كالستة (أشهر) لا كالأربعة وعشر.

حاصل المسألة أنه إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم مات بعد سنة أو أكثر من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن أصلا أو لم أحض إلا واحدة أو اثنتين ولم أدخل في الثالثة فلا يخلو حالها من أمرين تارة تظهر في حال حياة مطلقها احتباس دمها وتكرر ذلك حتى يظهر ذلك للناس من قولها وفي هذه الحالة يقبل قولها بيمين وترث لضعف التهمة حينئذ وتارة لم تكن تظهره في حال حياة مطلقها فلا يقبل قولها ولا ترث لدعواها أمرا نادرا . وأما إذا مات بعد ستة أشهر من يوم الطلاق ونحوها إلى سنة وادعت عدم انقضاء العدة فإنها تصدق في ذلك وترثه لكن بيمين إن كانت لم تظهر انحباس الدم حال حياة مطلقها وإلا فلا يمين وإن مات بعد أربعة أشهر من يوم الطلاق ونحوها إلى ستة أشهر صدقت من غير يمين مطلقا هذا كله إن كانت غير مريضة ولا مرضعة فإن كانت مرضعة أو مريضة فإنها تصدق في ذلك وترثه بلا يمين ولو فوق العام لأن المرض والرضاع يمنعان الحيض غالبا فلا تهمة حينئذ.

وتصدق المرأة في دعواها عدم انقضاء العدة بغير يمين إذا كانت مريضة أو مرضعة في كل المدة التي بين الموت والطلاق ولو كانت تلك المدة سنة فأكثر فإن كانت مرضعة أو مريضة في بعض تلك المدة وادعت عدم الانقضاء بعد الفطام وبعد زوال المرض ففي

المواق عن ابن رشد إن حكم المرضع بعد الفطام كالتي لا ترضع من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس بريبة اتفاقا وحينئذ فتصدق بيمين بعد الفطام بسنة فأكثر إذا كانت تظهره في حياة مطلقها ومثلها المريضة إذا ادعت عدم الانقضاء واحتباس الدم بعد المرض بسنة فأكثر فإن كانت لا تظهره لا تصدق ولو بيمين وأما لو ادعت ذلك بعد الفطام بأقل من سنة فإنها تصدق بيمين[238].

المبحث الثاني :

حق الرجعة.

سبق أن الرجعة هي عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد فمن يملك الحق في الرجعة ومتى تصح رجعته ؟ والجواب على هاذين السؤالين يمكن تناولهما في فرع أركان الرجعة وشروط صحتها.

فرع أول :

أركان الرجعة وشروط صحتها.

1) **المرتجع** :

قال العلامة التسولي: وبالجملة لا يشترط في المرتجع إلا كونه ممن يصح نكاحه في الجملة ولا يشترط فيه انتفاء موانعه م إحرام ومرض ونحوهما[239] .

وهو ظاهر ما يستفاد من قول خليل: يرتجع من ينكح وإن بكإحرام وعدم إذن سيد، أي من فيه أهلية النكاح فعي تتوقف على العقل ولا تتوقف على عدم الإحرام وعدم المرض لأن كل من المحرم والمريض فيه أهلية النكاح غاية الأمر أنه طرأ عليهما ما يمنع من صحته.

---

238 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 424.

239 . البهجة شرح التحفة ، ج 1 ، ص : 707.

ويجب أن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغا خلوا من الموانع الشرعية .

ونصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " تكمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية .

وهكذا لا يصح ارتجاع مجنون ولا سكران ولو بحلال[240] وغير البالغ لا يصح ابتداء في إطار تطبيق مدونة الأسرة المغربية فكذلك لا تصح رجعته.

ومن أذن له في الزواج استنادا لمقتضيات المادة 20 من المدونة اعتبر هذا الإذن في توابعه فلا يتوقف رجعة المأذون على تجديد الإذن.

[240] . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415.

2) **المرتجعة** :

قال خليل : " طالقا غير بائن في عدة صحيح حل وطؤه ".

قوله طالقا غير بائن احترز به عن البائن كالمطلقة قبل الدخول والمخالعة وقوله في عدة نكاح صحيح خرج به من انقضت عدتها وبالصحيح الفاسد أي خرج بالصحيح النكاح الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول سواء فسخ بعده أو طلق فلا رجعة كخامسة وجمع أخت مع أختها ولو ماتت الأولى أو طلقت لعدم صحة النكاح فإذا فسخ هذا النكاح بطلاق أو بغيره فليس للزوج رجعتها في عدة ذلك النكاح ، وقوله حل وطئه احترز به عن صحيح غير لازم كنكاح العبد بغير إذن سيده فإن وطأه قبل الإذن لا يجوز . ونقل هذا الحكم هو على سبيل البيان فقط لأن نظام الرق أصبح طي النسيان , أو صحيح لازم لكن وطأ وطأ حراما كالوطء في حالة الحيض أو الاحرام فإذا تزوجها ووطئها في حالة الحيض أو الاحرام فقط ثم طلقها بعد هذا الوطء فلا رجعة له عليها لبينونتها منه لأنه بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا[241].

ومن شرط الصحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد الوطء للزوجة .

قال خليل : " ولا إن لم يعلم دخول وإن تصادقا على الوطء قبل الطلاق وأخذ بإقرارهما".

حاصله أن الرجعة لا تصح إلا إذا ثبت النكاح بشاهدين وثبتت الخلوة ولو بامرأتين وتقارر الزوجان بالإصابة فإذا طلقها ولم تعلم الخلوة بينهما فلا وطء فلا رجعة ولو تصادق كل من الزوجين على الوطء قبل الطلاق وأولى إذا تصادقا بعده وإنما شرط في صحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد وطء لأنه إذا لم يحصل وطء كان الطلاق بائنا فلو ارتجعها لأدى إلى ابتداء نكاح بلا عقد ولا ولى ولا صداق .

---

[241] . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415.

وتصح رجعته وإن لم يعلم دخول إذا ظهر بها حمل ولم ينفه لأن الحمل ينفي التهمة أي تهمة ابتداء نكاح بلا عقد وولي وصداق[242] .

3) **الصيغة** :

تحصل الرجعة باللفظ المفهم له وهو القول الصريح واللفظ المحتمل إذا قصد به الرجعة . قال خليل :" بقول مع نية كرجعت وأمسكتها أو نية على الأظهر وصحح خلافه" فمثل للقول الصريح برجعت واللفظ المحتمل بأمسكتها إذ يحتمل أمسكتها تعذيبا كما تحتمل أمسكتها في عصمتي زوجة فإذا أتى بهذا اللفظ المحتمل وقصد به الرجعة حصلت.

والنية إذا لم يقارنها فعل أو قول لا تكفي في صحة الرجعة لأن النية بمنزلة العدم فلا يمكنه القاضي . إن رفع له . من وطئها ولا من الخلو بها ولا من ميراثها اتفاقا وعليه فلو نوى ثم وطء والحال أن العدة لم تنقض فليس برجعة لأن كلا من النية والفعل إذا كان وحده لا يكفي في الرجعة وإن تقدمت على الوطء بيسير وإما لو نوى فجامع أو باشر فقد قارنها فعل فرجعة اتفاقا لاجتماع النية والفعل.

قال خليل : " أو بقول ولو هزلا في الظاهر لا الباطن لا بقول محتمل بلا نية كأعدت الحل ورفعت التحريم ولا بفعل دونها كوطء".

تحصل الرجعة بالقول الصريح ولو كان المرتجع هازلا فيه بخلاف القول المحتمل للرجعة وغيرها إذا اقترن بالهزل فلا تصح به الرجعة وأما بقول غير محتمل لها أصلا مع نية كاسقني الماء ناويا به الرجعة فهل تحصل به الرجعة أو لا ففيه تردد والظاهر الثاني كما يفيده ابن عرفة لأن إلحاق الرجعة بالنكاح أولى من إلحاقها بالطلاق لأن الطلاق يحرم والرجعة تحلل.

---

[242] . نفس المرجع ، ص : 418.

ومن وطء مطلقته الرجعية من غير نية رجعة فلا يلحق به الولد فيستبرئها من ذلك الوطء إذا ارتجعها و لا يرتجعها في زمن الاستبراء بغير الوطء إذا كانت العدة الأولى باقية فإذا انقضت العدة الأولى فلا ينكحها هو أو غيره بالعقد إلا بعد انقضاء الاستبراء فإن عقد عليها قبل انقضاء الاستبراء فسخ ولا تحرم عليه بالوطء الحاصل في زمن الاستبراء[243] .

فرع ثان :

دعوى صحة الرجعة بعد العدة.

قال خليل : " وصحت رجعته إن قامت بينة على إقراره أو تصرفه ومبيته فيها".

قال شراحه ممزوجا بكلامه وصحت رجعته أن قامت له بينة بعد العدة على إقراره بالوطء فيها أو بالتلذذ بها فيها وادعى أنه نوى به الرجعة أو على معاينة تصرفه لها ومبيته عندها فيها أي في العدة , أو أقام بعد العدة بينة من الرجال تشهد بمعاينة تصرفه و مبيته عندها فإنه يصدق في دعواه وتصح رجعته إذا ادعى أنه نوى بذلك رجعتها وأما إقرارها هي بذلك من غير بينة فلا يعمل بها. والمراد بالتصرف التصرف الخاص بالأزواج كأكل معها وغلق باب عليهما دون أحد معهما ومعاينة المبيت عندها يغني عن معاينة هذا التصرف.

وأما لو دخل على مطلقته وبات عندها في العدة ثم مات بعد العدة ولم يذكر أنه ارتجعها فلا يثبت بذلك الرجعة ولا ترثه ولا يلزمها عدة وفاة .

وإن قامت البينة على صحة الرجعة ونازعت المطلقة في ذلك ودفعت بانقضاء العدة وقد سبق أنها مصدقة في دعوى الحيض ما أمكن بغير يمين فقد قال خليل :

" أو قالت حضت ثالثة فأقام بينة على قولها قبله بما يكذبها "

---

243 . . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 417.

بأن شهدت البينة التي أقامها الزوج بأنها قالت لم أحض أصلا أو لم أحض ثالثة ولا تكفي شهادة النساء لأن الشهادة تنصب اقرارها بعدم الحيض لا على رؤية الدم حتى يكفي النساء فتصح رجعته حينئذ فإن لم يقمها لم تصح ولو رجعت لتصديقه .

ويقوم مقام البينة على إقرارها عدم انقضاء العدة سكوتها حال رجعتها .

قال خليل: " أو أشهد برجعتها فصمتت".

ومثل الشيخ خليل بما يكذبها زيادة على إقرارها عدم الانقضاء بقوله :

" أو ولدت لدون ستة أشهر"

وقال في أحكامه :

" و ردت برجعته ولم تحرم على الثاني وإن لم تعلم بها حتى انقضت وتزوجت . أي و ردت إليه مطلقته بمقتضى دعوى إنشاءه الرجعة ولم يصدق في حينه لعدم البينة لأنه تبين أنها حين الطلاق كانت حاملا وعدة الحامل وضع الحمل كله. ولم تحرم الزوجة على الزوج الثاني تأبيدا إذا مات الأول أو طلقها لأنه لما ألحق الولد بالأول لزم أن يكون الثاني تزوج ذات زوج لا معتدة وهو قول ابن القاسم .

وقال غيره في المدونة يتأبد عليها تحريمها كالبائن .

وإن لم تعلم الزوجة بالرجعة حتى انقضت عدتها فتزوجت وتلذذ بها الزوج الثاني غير عالم بأن مطلقها راجعها فاتت على المراجع وكذلك إذا حضر الأول عقدها على الثاني ساكتا فتفوت عليه وتكون للثاني وعقده صحيح كما في التوضيح عن مالك لأن حضور الأول عقد الثاني تكذيب لبينته الشاهدة بالرجعة .

وأما إن تلذذ بها الزوج الثاني عالما بأن مطلقها راجعها أو لم يحصل إلا مجرد العقد لم تفت على الأول.

وفي حالة ما إذا لم يكن للزوج بينة بالرجعة ولا مصدق على نحو ما مر وادعى بعد انقضاء العدة أنه راجع زوجته في العدة فإنه لا يصدق في ذلك وقد بانت منه ولو كانت

الزوجة صدقته على ذلك لكن يؤاخذ بمقتضى دعواه وهي أنها زوجة على الدوام فيجب لها ما يجب للزوجة وكذا تؤاخذ بمقتضى إقرارها أن صدقته ولا يمكن واحد منهما من صاحبه.

وإن انقضت العدة وتماديا على الإقرار لزمه النفقة عليها ولا يجوز لها التزوج بغيره فإذا رجعا معا وكذبا أنفسهما لا يلزمه نفقة وجاز لها التزوج بغيره وإذا رجعت هي فقط جاز لها التزوج بغيره ولا يلزمه الانفاق عليها لتكذيبها له في إقراره وإن رجع هو فقط سقط الإنفاق عنه ولا يجوز لها التزوج بغيره .

قال خليل : " كدعواه لها بعدها أن تماديا على التصديق على الأصوب وللمصدقة النفقة".

والحاصل أن الزوج يتعلق به بسبب إقراره حقان حق للزوجة من جهة النفقة وما في معناها وحق لله كمنع الخامسة وحرمة أصول الزوجة وفصولها وأما هي فلا يتعلق بها لأجل إقرارها إلا حق الله وهو العدة وحرمة تزوجها بالغير . أما أخذ كل منهما بحق الله فبمجرد الإقرار وقع تصديق من الإخر أم لا .

وأما أخذ الزوج بحق الزوجة فمشروط بتصديقها لقوله في الإقرار.

والحكمة في اعتبارهما زوجين أخذا بإقرارهما فيما عدا الاستمتاع أنه التبس بهما حق الله وهو ابتداء نكاح بغير شروطه يمنع كونهما زوجين في حكم الشرع بحيث يثبت لهما كل ما يثبت للأزواج ، ويزول المانع بوجود عقد جديد فإن امتنعت الزوجة أو وليها عقد الحاكم وإن لم ترض لقول خليل :

" ولا تطلق لحقها في الوطء وله جبرها على تجديد عقد بربع دينار " .

ولها أيضا جبره على تجديد العقد استنادا للحديث : " لا ضرر ولا ضرار " . إذا قصد ضررها بامتناعه ولحقها في الوطء كما أشار إليه الشيخ خليل.

فرع ثالث :

حكم الإشهاد على الرجعة.

قال خليل : " وندب الإشهاد وأصابت من منعت له وشهادة السيد كالعدم " .

قال شراح خليل ممزوجا بكلامه وندب للزوج على المشهور خلافا لمن قال بوجوب الإشهاد على الرجعة وأصابت أي فعلت صوابا من منعت نفسها من الزوج بعد الرجعة ، له أي لأجل الإشهاد فتثاب على ذلك ولا تكون بذلك عاصية لزوجها فلا يجوز للقاضي إسقاط نفقتها لذلك.

والمعتبر إشهاد غير وليها وشهادة السيد . هو في ظل نظام الرق ولم يعد به عمل وإنما يذكر تفقها وتفننا لا غير . والولي كالعدم أي فلا يحصل به المندوب [244].

أما في إطار مدونة الأسرة المغربية فلم توجب إشهاد عدلين منتصبين للإشهاد وإن كانت نصت في مادتها 124 على أنه :

إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة رجعيا أشهد على ذلك عدلين ويقومان بإخبار القاضي فورا .

وفي كتاب الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية لمؤلفه حماد العراقي فقد ذكر فيه ما يلي تكتب الرجعة في رسم الصداق حول الطلاق الصادر فإن لم يأت بالصداق فلا يكتب له العدلان الرجعة حتى يقيم لبينة بصحة الزوجية واتصالها إلى أن أوقع عليها الطلاق الذي يروم الارتجاع منه وتقول البينة ولا تعلمه طلقها غير طلاق واحد أو طلاقين ويحلف مع ذلك الزوج بتا والزوجة على نفي العلم أنه لم يتم له ثلاث تطليقات مخافة أن

---

[244] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 425.

يكون أبتها وأخفى رسم الصداق المشتمل على ذلك ليتمكن من رجعتها قبل أن تنكح زوجا غيره[245].

ورغم أن الذي يتلقى الإشهاد على الرجعة هما عدلين منتصبين للإشهاد فلا سند قانوني على وجوب الإشهاد على الزوج، لما مر أن الإشهاد مستحب في مشهور مذهب الإمام مالك وليس بواجب ولكون المدونة نصت صراحة بالنسبة للزوج في المادة 16 على أنه تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج ولم تورد هذا النص بالنسبة للرجعة.

المبحث الثالث :

المتعـة.

قال ابن جزي : متعة المطلقات هي الإحسان اليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة [246].

قال تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "[247]والمشهور أنها مندوبة واختارت مدونة الأحوال الشخصية الوجوب عندما نصت المادة 84 على ما يلي: تشمل مستحقات الزوجة : الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج الوضعية المالية للزوج ، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه .

---

245 – الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية ، ص : 38.

246 – القوانين الفقهية ، ص : 159.

247 – سورة البقرة ، آية : 241.

ويراعي في تقدير المتعة حلاه فقط لقوله تعالى : " ومتعوهن على الموسع فقدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين "[248] عكس النفقة التي يراعى فيها حالهما معا لأن المطلقة انكسر خاطرها بالفراق والفراق جاء من قبله فروعي فيها حاله ونفقة الزوجة مستمرة فلمشقتها روعي فيها حالهما .

والمتعة تكون لكل مطلقة سواء كانت رجعيا أو بائنا إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول فتدفع للبائن إثر طلاقها وللرجعية بعد العدة لأنها ما دامت في العدة ترجو الرجعة فلا ألم عندها بخلاف البائن ولأنه لو دفعها قبلها ثم ارتجعها لم يرجع بها لأنها كهبة مقبوضة . وإن ماتت بعد العدة دفعت لورثتها لأنها تستحقها بانقضاء العدة ومن مات عن حق كتان لورثته . وأما إن ماتت قبل تمام العدة فلا شيء لورثتها لأنها لا تستحقها إلا بعد الخروج من العدة وأما لو مات الزوج قبل أن يمتعها أو ردها إلى عصمته قبل دفعها لها سقطت عنه بائنة كانت أو رجعية وقيل تأخذ من تركته وهو السائغ في ظل مدونة الأسرة المغربية لكون المطلق ملزم بتمتيع مطلقته .

وإن امتنع عن أداء قدرها كانت المتعة دينا في ذمته تؤخذ من تركته إن مات ولأن القانون فرض على القاضي تقدير قيمة المتعة قبل تحرير رسم الطلاق ويصبح سندا ينفذ به على تركته.

وأما لو طلقها وكان مريضا مرضا مخوفا يوم الطلاق أخذت منه بعد العدة في الرجعية ويوم الطلاق في غيرها . لأنه لم يكن متبرعا ولا يتوهم عدم طلبها منه لأنها وارثة ومن باب أولى ما إذا طرأ المرض بعد الطلاق لأنها بعد العدة غير وارثة[249].

<u>خاتمة في توثيق الطلاق الرجعي</u> :

تنص المادة 138 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ، بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية وبمفهوم

---

[248] – سورة البقرة ، آية : 236.

[249] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 426.

المخالفة فإن لم يدل الزوج لا بإذن المحكمة بالطلاق ولا بمستند الزوجية فيمتنع العدلان من توثيق الطلاق.

نموذج وثيقة الطلاق:

" الحمد لله وحده وبعد إدراج هذا الطلاق بمذكرة الحفظ عدد ... للعدل الأول أو الثاني تحت رقم ..... صحيفة ..... في الساعة ..... من يوم ..... سنة ..... الموافق ..... بشهادة العدلين فلان وفلان نصه : حضر لدى شهيديه السيد ..... مهنته ... الساكن ..... حسب التعريف عدد :..... والمسلمة من ..... بتاريخ : ..... وأشهد أنه طالق زوجته المذكورة معه برسم الزوجية المضمنة بعدد : ..... صحيفة ..... دفتر الأنكحة عدد : ..... وهي السيدة .....

طلقة أولى أو ثانية بعد بناءه بها فارقها بها كما يجب مشهدا أن دخله الشهري أو السنوي كذا .....وإن مفارقته المذكورة فقيرة أو متوسطة أو غنية وأنه لا ولد له معها ولا حمل بها أو له معها ولد .....سنه ..... أو بها حمل مثلا وأنها في حالة طهر أو مصرحا أن دخله السنوي كذا درهم وبدون حضور المفارقة المذكورة أو بحضور المفارقة المذكورة . عرف قدره شهد به عليه وهو بأتمه وعرفه أو عرف به مطابقة أوصافه للصورة الملصقة ببطاقته الوطنية وفي التاريخ أعلاه " ثم توقيع العدلين بشكلهما ثم خاطب القاضي وتوقيعه وطابع المحكمة [250].

<u>لائحة المراجع</u> :

1) القرآن الكريم: طبعة 1406 هجرية ، مطبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة المملكة العربية السعودية.

2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة سيدي محمد عليش شيخ السادة المالكية مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

[250] – الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية ، ص : 43.

3) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وبهمشه حالي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام : طبعة 1412 هجرية موافق 1991 ميلادية مطبعة دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء .

4) أحكام الأحكام على تحفة الحكام للعلامة محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المولود سنة 760 هجرية والمتوفي سنة 829 هجرية : طبعة 1411 هـ ن 1991 هـ طبعة دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء.

5) تفسير الجليلين الإمام جلال الدين محمد بن محمد المحلي والإمام جلال الدين عبد الرحمان ابن أبي بكر السيوطي على هامش القرآن الكريم : ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي الكتبي بشا رع المشهد الحسيني رقم : 18 بمصر طبعة 8 ربيع الثاني سنة 1353 هجرية.

6) القوانين الفقهية لابن جزي أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي المتوفى سنة 771 هجرية ، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

7) الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية تأليف حماد العراقي ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1982.

الفهـرس

المقدمة

الفصل الأول : الطلاق الرجعي، تعريفه ، مشروعيته ، أقسامه ومواضعه .

المبحث الأول : تعريف الطلاق الرجعي.

المبحث الثاني مشروعية الطلاق الرجعي.

المبحث الثالث : أقسام الطلاق الرجعي.

المبحث الرابع : مواضع الطلاق الرجعي.

الفرع الأول : طلاق المدخول بها.

أولا : الطلاق المكمل للثلاث.

ثانيا : طلاق الخلع.

ثالثا : الطلاق المملك.

الفرع الثاني : طلاق المولي.

الفرع الثالث : طلاق المعسر بالنفقة.

الفصل الثاني : أركان الطلاق الرجعي.

المبحث الأول: المطلق.

فرع أول : المطلق المريض.

المبحث الثاني : المطلقة.

المبحث الثالث : الصيغة.

المبحث الرابع : القصد.

الفصل الثالث : آثار الطلاق الرجعي .

المبحث الأول : العدة.

فرع أول : تداخل عدتين.

فرع ثان : دعوى انقضاء العدة

فرع ثالث : دعوى امتداد العدة.

المبحث الثاني : حق الرجعة.

فرع أول : أركان الرجعة وشروط صحتها.

1) المرتجع :

2) المرتجعة :

3) الصيغة

فرع ثان : دعوى صحة الرجعة بعد العدة.

فرع ثالث : حكم الإشهاد على الرجعة.

المبحث الثالث : المتعة.

خاتمة في توثيق الطلاق الرجعي

لائحة المراجع

الفهرس