جامعة قطر

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

"معالم الاجتهاد في قانون الأسرة البحريني، دراسة فقهية تأصيلية"

إشراف الدكتور:

فضل بن عبدالله مراد

إعداد:

يوسف علي محمد اللهبي

قُدمت هذه الأطروحة كأحد متطلبات

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

يونيو 1439هـ/2018م

© 2018. يوسف علي اللهبي. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدمة من الطالب/ة يوسف علي محمد اللهبي بتاريخ 2018/5/16م. وَوُفِق عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه. وحسب معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون جزءًا من امتحان الطالب.

الدكتور: فضل بن عبدالله مراد/ مشرفاً ومقرراً.

المشرف على الرسالة

المناقش الداخلي الدكتور: مراد بوضاية.

المناقش الخارجي الأستاذ الدكتور: حسن البريكي.

تمّت الموافقة:

الدكتور إبراهيم الأنصاري، عميد كلّيّة الشريعة والدراسات الإسلامية.

الإهداء

إلى أمي وأبي حفظهما الله وأطال عمرهما على العمل الصالح..

إلى زوجتي الغالية..

إلى عائلتي الكريمة وعائلة زوجتي ومشايخي وأساتذتي والأصدقاء وكل من علمني..

أهدي هذا البحث.

الشكر والتقدير

أتقدم بالشكر والعرفان وخالص التقدير إلى شيخي فضيلة الدكتور فضل بن عبدالله مراد حفظه الله، لقبوله الإشراف على بحثي وبذله من وقته وجهده، ولم يتوان عن تقديم النصح والمراجع المفيدة ومد يد العون، فجزاه الله خيراً ونفع به الإسلام والمسلمين.

كما أتقدم بالشكر إلى الأساتذة الكرام في لجنة المناقشة، لقبولهم الاطلاع على البحث وتقديم الملاحظات والتعديلات حتى يخرج هذا العمل على أكمل صورة.

ومن الواجب أن أتقدم بخالص التقدير إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر المتمثلة بالهيئتين التدريسية والإدارية وأخص بالذكر شيخي الدكتور نايف بن نهار الشمري الذي أعتبره بمثابة الأخ الأكبر لي، وأشكرهم على كل ما قدموه لي فلم يدخروا جهداً في تقديم المساعدة فجزاهم الله عني خير الجزاء، والله أسأل أن يحفظ هذه الجامعة المباركة التي أحببتها، وأسأله سبحانه أن تبقى منارةً علمية للدين والمجتمع.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني في البحث سواءً عن طريق المراجع المفيدة وكذلك التوجيهات والإرشادات والنصائح.

الملخص

يوسف علي محمد اللهبي، ماجستير في [الفقه وأصوله].

[يونيو] 2018م.

العنوان: معالم الاجتهاد في قانون الأسرة البحريني دراسة فقهية تأصيلية.

المشرف على الرسالة: فضل بن عبدالله مراد.

تتلخص فكرة هذا البحث في بيان معالم الاجتهاد في قانون الأسرة البحريني، وذلك من خلال دراسة أبرز النماذج في المواد القانونية والتي يتضح من خلالها اجتهاد المقنن، وستتطرق الدراسة لأمثلة من مواد القانون؛ لأن دراسة جميع المواد تحتاج لوقت طويل جداً، والعديد من الرسائل العلمية.

وقد سار العمل في هذا البحث، فشرعتُ بالتمهيد له من خلال تناول مفهوم الاجتهاد ومنطلقاته وشروطه وضوابطه، واختتمت الكلام في التمهيد بنبذة مختصرة عن نشأة القانون والقضاء البحريني. بعد ذلك تحدثت عن الزواج ومقدماته، وتم التطرق لأبرز مواضيعه فبدأت بدراسة الخطبة ثم موضوع إنشاء عقد الزواج وانتهينا بدراسة أبرز شروط عقد الزواج التي تناولها المقنن وهي الولاية والصداق والكفاءة. وانتقل الحديث بعد ذلك إلى آثار عقد الزواج فاخترت منها الحقوق الزوجية وموضوع النفقة، وتكلمت أيضاً عن عمل المرأة، وقضية إثبات النسب وفق القانون البحريني. بعد ذلك وصلنا إلى الحديث عن الفرقة بين الزوجين، فبدأت بمشروعيته، ثم عرجت إلى موضوع الطلاق مبيناً مفهومه وشروط وقوعه، واخترت بعد ذلك أهم أنواع الطلاق المذكورة في القانون كالطلاق المعلق والطلاق للضرر والطلاق للإدمان، ثم انتقلت لمسائل الخلع مبتدأً بتعريفه وبيان مشروعيته وشروطه، ثم اختتمت البحث بالحديث عن آثار الفرقة بين الزوجين وتحدثت فيه عن نفقة المطلقة، والشروط في موضوع الحضانة.

وخلص البحث إلى عدة نتائج، أبرزها بيان اجتهاد المقنن وعدم تقيده بمذهب بعينه ولا بالمذهب المعتمد في الدولة، وراعى في اختياراته واجتهاده العرف والمصالح العامة، ومن خلال ذلك يتبين أثر ودور الاجتهاد في المحتوى القانوني.

فهرس المحتويات

الشكر والتقدير ..... د

المقدمة 1

الفصل التمهيدي 9

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً 11

المبحث الثاني: شروط الاجتهاد 14

المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد 18

المطلب الأول: ما يجوز الاجتهاد فيه 18

المطلب الثاني: ما لا يجوز الاجتهاد فيه 19

المطلب الثالث: ضوابط عامة للاجتهاد 19

المبحث الرابع: منطلقات الاجتهاد 21

المبحث الخامس: نبذة عن مراحل تاريخ ونشأة القانون البحريني 23

الفصل الأول 27

معالم الاجتهاد في الزواج ومقدماته 27

المبحث الأول: معالم الاجتهاد في الخطبة 29

المطلب الأول: تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً 29

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة 31

المطلب الثالث: معالم الاجتهاد في حكم العدول عن الخطبة وآثاره 32

الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة 32

الفرع الثاني: حكم المهر والهدايا حال العدول عن الخِطبة 36
المبحث الثاني: معالم الاجتهاد في إنشاء عقد الزواج..... 41
المطلب الأول: تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً..... 41
الفرع الأول: الزواج لغةً..... 41
الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحاً 42
المطلب الثاني: مشروعية الزواج 43
المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد سن الزواج..... 44
المطلب الرابع: الاجتهاد في الاشتراط في عقد الزواج 48
المطلب الخامس: الاجتهاد في توثيق عقد الزواج..... 52
المطلب السادس: الاجتهاد في تزويج فاقدي وناقصي الأهلية 54
المبحث الثالث: معالم الاجتهاد في شروط العقد..... 57
المطلب الأول: الاجتهاد في الولاية..... 57
الفرع الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً 57
الفرع الثاني: مشروعية الولاية وحكمتها 58
الفرع الثالث: ترتيب الأولياء..... 59
الفرع الرابع: انتقال الولاية حال عضل الولي 63
المطلب الثاني: الاجتهاد في الصداق 65
الفرع الأول: تعريف المهر لغةً واصطلاحاً..... 65
الفرع الثاني: مشروعية المهر 66
الفرع الثالث: اشتراط نفي الصداق في العقد..... 67

الفرع الرابع: تنازع الزوجين في قبض الصداق 68
المطلب الثالث: الاجتهاد في الكفاءة بين الزوجين 70
الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحاً 71
الفرع الثاني: مشروعية الكفاءة 71
الفرع الثالث: المعتبر في الكفاءة 73
الفصل الثاني 77
معالم الاجتهاد في آثار عقد الزواج..... 77
المبحث الأول: الاجتهاد في الحقوق الزوجية 79
المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين 79
المطلب الثاني: حقوق الزوج..... 81
المطلب الثالث: حقوق الزوجة 84
المبحث الثاني: الاجتهاد في النفقة الزوجية 88
المطلب الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحاً 88
المطلب الثاني: مشمولات النفقة..... 89
المطلب الثالث: تقدير النفقة..... 92
المبحث الثالث: الاجتهاد في عمل المرأة 96
المطلب الأول: مشروعية عمل المرأة 96
المطلب الثاني: شروط عمل المرأة 98
المطلب الثالث: اشتراك الزوجة العاملة في نفقات الأسرة..... 100
المبحث الرابع: الاجتهاد في إثبات النسب 106

المطلب الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحاً 106
المطلب الثاني: طرق ووسائل إثبات النسب 107
المطلب الثالث: آثار البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه 110
الفصل الثالث 119
معالم الاجتهاد في الفرقة بين الزوجين وآثارها 119
المبحث الأول: الفرقة بين الزوجين ومشروعيتها 121
المطلب الأول: تعريف الفرقة بين الزوجين 121
المطلب الثاني: مشروعية الفرقة بين الزوجين 121
المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الفرقة بين الزوجين 122
المبحث الثاني: الاجتهاد في مسائل الطلاق 124
المطلب الأول: تعريف الطلاق لغةً واصطلاحاً 124
المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط وقوع الطلاق 125
المطلب الثالث: الاجتهاد في الطلاق المعلق 129
المطلب الرابع: الاجتهاد في التطليق للعوارض الطارئة 133
الفرع الأول: التطليق للضرر والشقاق 134
الفرع الثاني: التطليق لعدم الإنفاق 136
الفرع الثالث: التطليق للإدمان 139
المبحث الثالث: الاجتهاد في مسائل الخلع 141
المطلب الأول: تعريف الخلع لغةً واصطلاحاً 141
المطلب الثاني: مشروعية الخلع 142

المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد بدل الخلع 143
المبحث الرابع: الاجتهاد في آثار الفرقة بين الزوجين..... 146
المطلب الأول: الاجتهاد في تحديد متعة المطلقة 146
المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط الحضانة 148
الخاتمة..... 151
المصادر والمراجع..... 152
مراجع شبكة الإنترنت 170

المقدمة:

بسم الله والحمدلله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه ومن اهتدى بهداه وبعد.

من الأمور التي وضع لها الشارع أهمية وعناية بالغة موضوع الأسرة، فرتب أحوالها وجعل لكل فرد منها حقوق وعليه واجبات، وكذلك من المعلوم أن في صلاحها صلاح واستقامة المجتمع؛ باعتبارها اللبنة الأساسية في بناءه.

وكون الزواج هو الذي تنشأ من خلاله الأسرة؛ صار موضع اهتمام دينياً ومجتمعياً، فقد جعلت الشريعة الإسلامية أحكاماً للزواج ينبغي على كل مسلم تطبيقها، ورغَّبَت فيه وحثت عليه فقد قال عليه الصلاة والسلام: «يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.» وكذلك بذكر المآلات والمنافع التي يؤدي لها النكاح في قوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الروم: 21]، ومصب كل هذه الأمور في مصلحة الناس ومراعاةً لاحتياجاتهم، ومما سبق نلاحظ العناية الإلهية بمصلحة العباد والبلاد.

ولما كانت الأسرة محطَّ نظر واهتمام، احتجنا إلى دراسة مصدر من الشريعة يناسب المستجدات والنوازل التي تطرأ على أحكامها، فاخترت من مصادر أصول الفقه الاجتهاد الذي كان هو نقطة الانطلاقة لهذه الدراسة، بالإضافة لاختيار أحكام قانون الأسرة البحريني، محاولاً إبراز دور وأهمية أصول الفقه –المتمثل في الاجتهاد– وأثره في المحتوى القانوني، وعليه جاء هذا البحث بعنوان: "معالم الاجتهاد في قانون الأسرة البحريني."

- **فكرة البحث:**

إبراز أهمية الاجتهاد الفقهي ودوره في إثراء المحتوى القانوني، فمن خلال ذلك يُعرِّف الباحث الاجتهاد الفقهي مُبيناً ما يتعلق به من شروط وضوابط، إضافة إلى حصر أبرز الاجتهادات في قانون الأسرة البحريني ودراستها في ضوء الفقه الإسلامي.

- **إشكالية البحث:**

عدم إدراك الباحث في قانون الأسرة البحريني للأصول والقواعد التي اعتمد عليها في سَن الأحكام، فجاء هذا البحث لبيان ذلك.

- **أسئلة البحث:**

1- ما الاجتهاد الفقهي، وما منطلقاته وضوابطه وشروطه؟

2- ما معالم الاجتهاد في الزواج، وما آثار عقد الزواج في قانون الأسرة البحريني؟

3- ما معالم الاجتهاد في الفرقة بين الزوجين وآثارها في قانون الأسرة البحريني؟

- **أهمية البحث:**

1- حاجة قانون الأسرة البحريني للدراسة؛ حيث لم يمض على صدوره إلا بضع سنوات، وبالتالي فإن هذه الدراسة ستكون من أولى الدراسات التخصصية لهذا القانون.

2- إبراز قيمة الاجتهاد الفقهي ودوره في رفد المحتوى القانوني.

3- الحاجة لمثل هذه الدراسات باعتبار تناولها من الأهمية بمكان في الشريعة الإسلامية، ولما لها من تأثير على الفرد والمجتمع.

- **أهداف البحث:**

تتجلى وتتضح أهداف هذه الدراسة من خلال معرفة ما يلي:

1- بيان معنى الاجتهاد الفقهي، ومنطلقاته، وشروطه، وضوابطه.

2- إن هذه الدراسة تفتح بابا من أبواب العلم؛ بحيث يتمكن الباحثون من كتابة عدة رسائل في مواضيع أخرى من هذا القانون كما هو الحال في بقية القوانين.

3- بيان أبرز الاجتهادات الفقهية في قانون الأسرة البحريني ودراستها وفق الشريعة الإسلامية.

- **فرضيات البحث:**

-يفترض الباحث وجود مواد في قانون الأسرة البحريني بحاجة إلى تعديل ودراسة.

-يفترض الباحث من خلال هذه الدراسة طرح بعض الحلول والمقترحات التي يثري بها المحتوى القانوني؛ لوجود بعض المسائل التي غابت عن القانون.

- **حدود البحث:**

سيتناول هذا البحث نماذج على أبرز الاجتهادات في قانون أحكام الأسرة البحريني الصادر سنة 2009م، ودراستها في ضوء الفقه الإسلامي، وفق المذاهب الأربعة.

- **الدراسات السابقة:**

1- بعد الاطلاع على الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع الدراسة مباشرة وقفت على دراسة وكانت بعنوان: (قانون أحكام الأسرة البحريني دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي) وأصلها رسالة ماجستير للباحث: سلمان دعيج حمد بوسعيد.

حاول الباحث في هذه الدراسة تحليل ونقد قانون أحكام الأسرة البحريني ودراسته في ضوء الفقه الإسلامي كما هو واضح من عنوان الدراسة، إلا أن الباحث لم يقم بتحليل

القانون بأكلمه والذي يتكون من (145مادة) خلافاً لما هو ظاهر من عنوان الدراسة، حيث اكتفى في الفصل الأول بتحليل مصادر القانون واتجاهاته، مورداً بعض التطبيقات على اختيارات القانون المبنية على الأدلة الشرعية والمذاهب الفقهية، ثم تعرض بعدها لمقارنات بين قانون الأسرة البحريني وبعض قوانين الأحوال الشخصية الأخرى في مواطن الاختلاف والاتفاق والانفراد، وفي الفصل الثاني تناول فيه خصائص قانون الأسرة البحريني –الواقعية، التيسير، الإنسانية، العصرية– مع ذكر بعض التطبيقات لكل خاصية، أما الفصل الأخير فقد تطرق الباحث فيه لبعض القضايا الغائبة عن القانون؛ كالفحص الطبي قبل الزواج، والتفريق لعدم أداء المهر المعجل وبعض الملاحظات على موقف القانون في قضايا معينة.

من خلال ما تمَّ استعراضه آنفا يتبين لنا عدم استيعاب الباحث للموضوع من كافة جوانبه كونه اقتصر على بعض الجزئيات –خلافا لما يقتضيه عنوان الدراسة– إضافة إلى إغفال العديد من المسائل المهمة التي سيذكرها الباحث في ثنايا هذه الدراسة.

وستفترق هذه الدراسة عن سابقتها بتسليط الضوء على أبرز الاجتهادات الفقهية لقانون الأسرة البحريني من خلال دراسة المواد المنتقاة ومناقشتها في ضوء الفقه الإسلامي.

– منهج البحث:

ستنتهج هذه الدراسة المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن، وتفصيله كما يلي:

–المنهج الاستقرائي: لتتبع نصوص العلماء وآراء الفقهاء والأدلة الواردة في الموضوع، إضافة إلى المواد القانونية المختارة ذات الصلة بموضوع الدراسة.

–المنهج التحليلي: لتحليل المواد القانونية المختارة وبيان أصلها في الفقه الإسلامي، وعموم الآراء والنصوص الواردة في الدراسة.

-المنهج المقارن: للمقارنة بين الآراء والأدلة في المسائل المختارة ابتداء ببيان أوجه دلالتها والمناقشات التي قد ترد عليها، وانتهاء بالترجيح، ومن ثم مقارنة مايرجح بما ذهب إليه القانون.

- **هيكلية البحث:**
- **الفصل التمهيدي: الاجتهاد، شروطه وضوابطه ومنطلقاته.**
- المبحث الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا.
- المبحث الثاني: شروط الاجتهاد.
- المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد.
- المطلب الاول: مايجوز الاجتهاد فيه.
- المطلب الثاني: ما لايجوز الاجتهاد فيه.
- المبحث الرابع: منطلقات الاجتهاد.
- المبحث الخامس: تاريخ ونشأة القانون البحريني.
- **الفصل الأول: معالم الاجتهاد في الزواج ومقدماته.**
- المبحث الأول: معالم الاجتهاد في الخطبة.
- المطلب الأول: تعريف الخطبة لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: مشروعية الخطبة.
- المطلب الثالث: معالم الاجتهاد في حكم العدول عن الخطبة وآثاره.
- المبحث الثاني: معالم الاجتهاد في إنشاء عقد الزواج.
- المطلب الأول: تعريف الزواج لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: مشروعية الزواج.
- المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد سن الزواج.

– المطلب الرابع: الاجتهاد في الاشتراط في عقد الزواج.
– المطلب الخامس: الاجتهاد في توثيق عقد الزواج.
– المطلب السادس: الاجتهاد في تزويج فاقدي وناقصي الأهلية.
– المبحث الثالث: معالم الاجتهاد في شروط العقد.
– المطلب الأول: الاجتهاد في الولاية.
– الفرع الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحا.
– الفرع الثاني: مشروعية الولاية وحكمتها.
– الفرع الثالث: ترتيب الأولياء.
– الفرع الرابع: انتقال الولاية في حال عضل الولي.
– المطلب الثاني: الاجتهاد في الصداق.
– الفرع الأول: تعريف المهر لغة واصطلاحا.
– الفرع الثاني: مشروعية المهر.
– الفرع الثالث: اشتراط نفي الصداق في العقد.
– الفرع الرابع: تنازع الزوجين في قبض الصداق.
– المطلب الثالث: الاجتهاد في الكفاءة بين الزوجين.
– الفرع الاول: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا.
– الفرع الثاني: مشروعية الكفاءة.
– الفرع الثالث: المعتبر في الكفاءة.
– **الفصل الثاني: معالم الاجتهاد في آثار عقد الزواج.**
– المبحث الأول: الاجتهاد في الحقوق الزوجية.
– المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين.
– المطلب الثاني: حقوق الزوج.

- المطلب الثالث: حقوق الزوجة.
- المبحث الثاني: الاجتهاد في النفقة الزوجية.
- المطلب الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: مشمولات النفقة.
- المطلب الثالث: تقدير النفقة.
- المبحث الثالث: الاجتهاد في عمل المرأة.
- المطلب الاول: مشروعية عمل المرأة.
- المطلب الثاني: شروط عمل المرأة.
- المطلب الثالث: اشتراك الزوجة العاملة في نفقات الأسرة.
- المبحث الرابع: الاجتهاد في إثبات النسب.
- المطلب الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: طرق إثبات النسب ووسائله.
- المطلب الثالث: آثار البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه.
- **الفصل الثالث: معالم الاجتهاد في الفرقة بين الزوجين وآثارها.**
- المبحث الأول: الفرقة بين الزوجين ومشروعيتها.
- المطلب الأول: تعريف الفرقة بين الزوجين.
- المطلب الثاني: مشروعية الفرقة بين الزوجين.
- المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الفرقة بين الزوجين.
- المبحث الثاني: الاجتهاد في مسائل الطلاق.
- المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط وقوع الطلاق.
- المطلب الثالث: الاجتهاد في الطلاق المعلق.

- المطلب الرابع: الاجتهاد في التطليق للعوارض الطارئة.
- الفرع الأول: التطليق للضرر والشقاق.
- الفرع الثاني: التطليق لعدم الإنفاق.
- الفرع الثالث: التطليق للإدمان.
- المبحث الثالث: الاجتهاد في مسائل الخلع.
- المطلب الأول: تعريف الخلع لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: مشروعية الخلع.
- المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد بدل الخلع.
- المبحث الرابع: الاجتهاد في آثار الفرقة بين الزوجين.
- المطلب الأول: الاجتهاد في تحديد متعة المطلقة.
- المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط الحضانة.
- الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي

الاجتهاد، شروطه وضوابطه ومنطلقاته.

- المبحث الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا.
- المبحث الثاني: شروط الاجتهاد.
- المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد.
- المبحث الرابع: منطلقات الاجتهاد.
- المبحث الخامس: تاريخ ونشأة القانون البحريني.

الفصل التمهيدي: الاجتهاد، شروطه وضوابطه ومنطلقاته.

أتناول هنا تعريف الاجتهاد اللغوي والاصطلاحي، ثم سأتطرق إلى بيان أهم الشروط والضوابط في الاجتهاد، وبعد ذلك سيكون الحديث عن منطلقات الاجتهاد، وختام الكلام في هذا الفصل عن تاريخ ونشأة القانون البحريني، وقد احتوى هذا الفصل على المباحث الآتية:

- المبحث الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً.
- المبحث الثاني: شروط الاجتهاد.
- المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد.
- المبحث الرابع: منطلقات الاجتهاد.
- المبحث الخامس: تاريخ ونشأة القانون البحريني.

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً.

نتطرق لدراسة مصطلح الاجتهاد، حيث سأبين مفهومه اللغوي والاصطلاحي.

1- الاجتهاد لغةً: "مأخوذ من الجُهد، والمشقة، واجهد جُهدَك: ابلغ غايتك، وقال تعالى: {جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ} [فاطر: 42]، أي: بالغوا في اليمين، واجتهدوا، والتَّجاهد: بذل الوسع، كالاجتهاد".[1]

وجاء في لسان العرب: "بذلُ الوسع في طلب الأمر، وهو افتعال من الجُهد والطَّاقة".[2] كذلك من التعريفات اللغوية: "الجيم والهاء والدال أصلهُ المشقة، ثم يُحمَل عليه ما يقاربه. يقال جهدتُ نفسي وأجهَدتُّ والجهد الطاقة. قال الله تعالى: {والذين لا يجدون إلا جهدهم} [التوبة: 79]، ويقال: إن المجهود اللبن الذي أُخرِجَ زبَدُه، ولا يكاد ذلك يكون إلا بمشقة ونصب."[3]

من خلال التعريفات اللغوية السابقة يُلاحظ أنه لكي يوصف الفعل بالاجتهاد لابد أن يكون فيه جهد ومشقة، وإلا لا يسمى اجتهاداً.

2- الاجتهاد اصطلاحاً:

أ- عُرف بأنه: "بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة."[4]

نوقش: أنَّ تقييده (بالمجتهد) يلزم منه الدور؛ لانَّ المجتهد لا يمكن معرفته إلا بمعرفة الاجتهاد. وكذلك عند التعبير (بالعلم) نوقش بأنَّ الاجتهاد لا يقتصر على الأحكام اليقينة فقط، وإنما يشمل اليقيني والظني، بل والأغلب يكون ظنياً.[5]

---

1 الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ص: 275.

2 ابن منظور، **لسان العرب**، ج3، ص: 135.

3 ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج1، ص: 486-487.

4 الغزالي، **المستصفى**، ص: 342.

5 انظر: الإيجي، **شرح مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب (حاشية التفتازاني)**، ج3، ص:579 / الرازي، **المحصول**، ج1، ص: 78.

ب- عرف ابن الحاجب رحمه الله (ت: 646هـ) الاجتهاد بأنَّه: "استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي."[1] ويناقش: أنه غير جامع؛ لأنَّه بقيد (الظن) لا يشتمل تعريفه على جميع أفراد المعرَّف وذلك لإخراجه العلم بالأحكام، ويناقش أيضاً بأنه غير مانع من دخول بعض أفراد غير المعرف فيه؛ لأنه بإطلاق كلمة ظن يدخل فيه الظن غير المعتبر شرعاً لذلك يكون غير مانع.[2]

ج- عُرِّف الاجتهاد: "بذل المجهود في العلم بأحكام الشَّرع."[3]

لم يسلم تعريف ابن قدامة (ت: 620هـ) رحمه الله من الانتقاد -وهو مشابه لمناقشة التعريف الأول- بأنه: يشتمل على لفظ (المجهود) وهذا لا يصح؛ لكونه تعريفاً للاجتهاد بما هو من مادته، فيلزم منه الدور وهو ممنوع في التعريفات.[4]

د- ومن التعريفات التي أوردها علماء الأصول: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي، بطريق الاستنباط."[5]

أمَّا بالنسبة للمعاصرين، فتعريفهم للاجتهاد في الغالب لا يخرج عن دائرة تعريف العلماء المتقدمين، وإنما هو محاولة للتقريب والجمع بين تعريفات العلماء السابقين، وسنكتفي بمثال على ذلك.

هـ- تعريف الاجتهاد عند المعاصرين: "استفراغ الوسع في درك حكم شرعي عقلي أو نقلي."[6]

يُلاحظ من خلال ما سبق:

---

1 ابن الحاجب، **مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل**، ص: 1204.

2 انظر: العمري، **الاجتهاد في الإسلام**، ص: 27.

3 ابن قدامة، **روضة الناظر وجنة المناظر**، ج2، ص: 333.

4 انظر: الإيجي، **شرح مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب (حاشية التفتازاني)**، ج3، ص:579 / المنياوي، **الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول**، ج1، ص: 592.

5 الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج2، ص: 205.

6 حسونه، عارف عز الدين حامد، **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر**، رسالة دكتوراه ص: 26.

1- مفهوم الاجتهاد في الاصطلاح لا يبتعد عن المعنى اللغوي، بل هو امتداد له وقريب منه.

2- تعريفات الاجتهاد في الاصطلاح متشابهة ومتقاربة في الجملة وذلك يدل على شبه اتفاق بين أهل العلم على مفهومه.

بعد ذكر مجموعة من التعريفات الشرعية للاجتهاد، يرى الباحث أن الراجح والأقرب للاصطلاح التعريف الرابع والله أعلم وهو: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي، بطريق الاستنباط."[1]

سبب الترجيح: يتميز هذا التعريف بوضوحه وبيانه وسهولة ألفاظه، وكذلك لكون هذا التعريف -في ظن الباحث- أنه قد يرد عليه القليل من الاعتراضات والملاحظات إن وُجِد.

1 الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج2، ص: 205.

المبحث الثاني: شروط الاجتهاد.

وضع علماء الأصول شروطاً للاجتهاد؛ وذلك لأهميته ومرتبته العظيمة في الشريعة الإسلامية، وليس لأيّ أحدٍ إقحام نفسه والخوض فيه مالم تتحقق وتتوافر لديه إمكانيات تؤهله لذلك؛ فكان لابد من شروطٍ في حال تحققها وتوافرها صحَّ الاجتهاد، ويطلق على من يمتلكها لقب المجتهد.

وقبل الحديث عن الشروط ينبغي توضيح معنى الشرط لغةً واصطلاحاً، حتى يسهل معرفته والمراد منه.

1- الشرط لغةً: "الشرط معروف، وكذلك الشَّريطة، والجمع شُروط وشَرائط، والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه."[1]

2- الشرط اصطلاحاً: "ما يتوقف عليه الشيء ولا يكون داخلا في الشيء، ولا مؤثراً فيه."[2]

إذا تقرر ذلك ننتقل إلى شروط الاجتهاد، وقد اختلف علماء الأصول رحمهم الله، فمنهم من اختصر فيها، ومنهم من أكثر وأسهب، وبين هذا وذاك سيذكر الباحث أبرز الشروط وأهمها وهي التي لا يُتصور وجود مجتهد دونها، وسيكون ذلك دون التعرض للخلاف والتفصيل فيها؛ لأنَّ المقام لا يسع لذكر مثل هذه الأمور.

شروط الاجتهاد:

1- القرآن الكريم: أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في الاجتهاد معرفة كتاب الله سبحانه وتعالى، فهو المصدر الرئيس للاجتهاد، ويجب على المجتهد فهم معانيه الشرعية واللغوية.

وكذلك ينبغي للمجتهد معرفة العلوم التي تتعلق بالقرآن الكريم كمعرفة الناسخ والمنسوخ،

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ص:329.

2 التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**،ج1، ص: 279.

والمكي والمدني، والعام والخاص، وأسباب النزول، وغيرها، فقد جاء في كتاب الرسالة: بعدم جواز الكلام في الحلال والحرام إلا بعد العلم بالكتاب والسنة والإجماع، وذكر أن العلم بكتاب الله يقتضي العلم بأحكامه فقال رحمه الله: "العلم بأحكام كتاب الله فرضه، وأدبه، وناسخه، ومنسوخه، وعامه، وخاصه، وإرشاده."[1]

2- السنة النبوية: يجب على المجتهد معرفة السنة النبوية التي تعتبر المصدر الثاني بعد كتاب الله سبحانه وتعالى، ولا يُتصور الاجتهاد دون معرفة السنة النبوية التي تعتبر من أهم مصادر التشريع الإسلامي، ولابد من معرفة العلوم المتعلقة بالسنة النبوية.[2] وكذلك الحكم على الحديث ودرجته وغيرها. فقد قال الآمدي رحمه الله (ت:631هـ) حول هذا الموضوع: "أن يكون عارفاً بالرواة وطرق الجرح والتعديل والصحيح والسقيم، لا كأحمد بن حنبل ويحيى بن معين، وأن يكون عارفاً بأسباب النزول والناسخ والمنسوخ في النصوص الإحكامية."[3] وهذا ما تناولته الدكتورة نادية العمري حول معرفة السنة فقد جاء: العلم بالسنة النبوية يشمل العلم بمعاني مفرداتها وتراكيبها ودلالات الكلام على المعاني..، إلى أن قالت: وكذلك معرفة ناسخ الحديث ومنسوخه.[4]وبعد كلام أهل العلم يتبين للباحث مدى أهمية معرفة السنة النبوية وعلومها، وأنه لا يمكن حصول الاجتهاد من قبل المجتهد إلا بها.

3- اللغة العربية: على المجتهد أن يكون عارفاً باللغة العربية وعلومها بالمقدار الذي يفهم به الخطاب العربي، ولا سيما أنَّ القرآن الكريم والسنة النبوية قد أتيا بلسان عربي مبين، وذلك يؤهله لفهمهما وإمكانية الاجتهاد واستنباط الأحكام منهما. وقد قال علماء الأصول

---

1 الشافعي، **الرسالة**، ص: 509-511/ وانظر: الغزالي: **المستصفى**، ص: 342-343/ ابن قدامة، **روضة الناظر**، ج2، ص: 334.

2 انظر: الشافعي، **الرسالة**، ص: 509-511 / وانظر: الجصاص، **الفصول في الأصول**، ج4، ص: 273/ القاضي أبو يعلى الفراء، **العدة في أصول الفقه**، ج5، ص: 1594.

3 الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص: 163.

4 انظر: العمري، نادية شريف، **الاجتهاد في الإسلام**، ص: 72.

عن شروط المجتهد: "معرفة اللغة والنحو على وجه يتيسر له به فهم خطاب العرب."[1] وجاء أيضاً بتفصيلٍ أكثر: "أن يكون قد حصل من ذلك على ما يعرف به أوضاع العرب والجاري من عاداتهم في المخاطبات بحيث يميز بين دلالات الألفاظ من المطابقة، والتضمن، والالتزام، والمفرد والمركب، والكلي والجزئي، والحقيقة والمجاز، والتواطؤ والاشتراك، والترادف والتباين، والنص والظاهر، والعام والخاص، والمطلق والمقيد، والمنطوق والمفهوم، والاقتضاء، والإشارة، والتنبيه، والإيماء، ونحو ذلك مما فصلناه، ويتوقف عليه استثمار الحكم من دليله."[2] فيتبين ضرورة اللغة العربية لمن أراد الاجتهاد، وإلا فإنه لن يستطيع الارتقاء في ذلك سبيلا.

4- الإجماع: على المجتهد أن يعرف مواضع الإجماع؛ حتى لا يجتهد في مسائل حصل فيها إجماعٌ من أهل العلم، ويوضح ذلك الإمام الغزالي رحمه الله (ت: 505هـ) فيقول: "وأمَّا الإجماع فينبغي أن تتميز عنده مواقع الإجماع حتى لا يفتي بخلاف الإجماع، كما يلزمه معرفة النصوص حتى لا يفتي بخلافها. والتخفيف في هذا الأصل أنه لا يلزمه أن يحفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف، بل كل مسألة يفتي فيه فينبغي أن يعلم أن فتواه ليس مخالفا للإجماع."[3] وهذا بحسب رأي من ذهب إلى حجية الإجماع، وقد نبه على ذلك الإمام الشوكاني رحمه الله (ت:1250هـ) فجاء: وبهذا يجب على المجتهد الذي يرى حجية الإجماع أن يعرف المواضع التي يفتي بها على أقل تقدير حتى لا يخالفها.[4]

5- أصول الفقه: ينبغي للمجتهد معرفة القواعد العامة لأصول الفقه؛ كي يتمكن من استنباط الأحكام، ويمنحه كذلك القدرة على الاستدلال. يقول الأصوليون حين يتحدثون

---

1 الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص: 343.

2 الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص: 163-164 / وانظر: المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج8، ص: 3876.

3 الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص: 343.

4 انظر: الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج1، ص: 209.

عن هذا الشرط: "أهم العلوم للمجتهد علم أصول الفقه."[1]

وجاء في بيان المراد منه: "أن يكون عالما عارفا بمدارك الأحكام الشرعية، وأقسامها، وطرق إثباتها، ووجوه دلالاتها على مدلولاتها، واختلاف مراتبها، والشروط المعتبرة فيها على ما بيناه، وأن يعرف جهات ترجيحها عند تعارضها، وكيفية استثمار الأحكام منها، قادراً على تحريرها وتقريرها والانفصال عن الاعتراضات الواردة عليها."[2]

هناك أمرٌ يجب التنبيه عليه وهو أنَّ معرفة القياس ليس بالضرورة أن يكون شرطاً مستقلاً ومنفرداً؛ لأنه يدخل ضمن معرفة أصول الفقه، -وقد تمَّ ذكر هذا الشرط- وتكلم العلماء عن هذا الموضوع فقالوا فيه: "وجعل قوم من جملة علوم الاجتهاد معرفة القياس بشروطه وأركانه، قالوا: لأنه مناط الاجتهاد وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه، وهو كذلك، ولكنه مندرج تحت علم أصول الفقه فإنه باب من أبوابه، وشعبة من شعبه."[3]

ومن الأمور التي يجب التطرق لها في موضوع القياس قول الإمام ابن السبكي رحمه الله (ت:771هـ) عندما تكلم عن شروط المجتهد فقال: "فقيه النَّفس وإن أنكر القياس."[4] ومعنى ذلك أنَّ من ينكر القياس وعنده الأهلية في الشروط الأخرى أيضاً يُعدُّ مجتهداً.

وهذا ما رجحه الشيخ القرضاوي فقد قال: "هذا القيد -معرفة القياس- لا يشترطه بالطبع من ينكر القياس ولا يعمل به مثل الظاهرية."[5] ومعنى ذلك أنَّ من لم يقل بالقياس وتحققت فيه الشروط الأخرى أيضاً يُعدُّ مجتهداً.

---

1 الرازي، **المحصول**، ج6، ص: 25/ وانظر: الإسنوي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول، ص**: 398.

2 الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص: 163.

3 الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج2، ص: 210.

4 ابن السبكي، **جمع الجوامع في أصول الفقه**، ص: 118.

5 القرضاوي، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية**، ص: 40-41.

المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد.

بعد بيان شروط الاجتهاد ننتقل إلى ضوابطه وسيبدأ الباحث بتعريف الضابط في اللغة والاصطلاح، ثم سيذكر الأمور التي يجوز الاجتهاد فيها، والتي لا يجوز الاجتهاد فيها، وسينهي الباحث كلامه بالحديث عن ضوابط عامّة وهامَّة في الاجتهاد، وهذا يدلنا على أن باب الاجتهاد ليس مفتوحاً على مصراعيه؛ بل لابد له من ضوابط تقيده وتبين حدوده ستتجلى وتتضح أكثر خلال ما سيتكلم عنه الباحث فيما يأتي:

1- الضابط لغةً: "لزوم الشَّيء وحبسه، ضَبطَ عليه وضبَطَهُ يضبُط ضبطاً وضَباطةً، والضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، وضبطُ الشَّيء حِفظه بالحزم."[1]

2- الضابط اصطلاحاً: "حكم كُلي ينطبق على جزئياته."[2]

المطلب الأول: ما يجوز الاجتهاد فيه:

1- يجوز الاجتهاد في الأمور التي لا نص فيها من كتاب ولا سنة ولا إجماع، فقد قال التفتازاني (ت: 793هـ) رحمه الله: "لا بد من معرفة جميع ما يتعلق بالأحكام لئلا يقع اجتهاده في تلك المسألة مخالفاً لنص، أو إجماع."[3]

2- أن يكون الحكم قد ثبت بدليل ظني، فقد ذكر الآمدي (ت:631هـ) رحمه الله:

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ص: 340/ وانظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ص: 675/ إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، **المعجم الوسيط**، ص: 533.

2 انظر: أمير بادشاه الحنفي، **تيسير التحرير**، ج1، ص: 14-15.

3 التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، ج2، ص: 236.

"وأما ما فيه الاجتهاد، فما كان من الأحكام الشرعية دليله ظني."[1] وجاء أيضاً: "كل حكم يثبت بدليل ظني فهو اجتهادي إذ لا اجتهاد مع القطع."[2]

المطلب الثاني: ما لا يجوز الاجتهاد فيه.

1- ما ثبت بنصٍ قطعي، فقد قال ابن قيم الجوزية (ت:751هـ) رحمه الله: "فصل في تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص، وسقوط الاجتهاد والتقليد عند ظهور النص."[3]

أورد العلماء كذلك في نفس المحور بأنه: "لا اجتهاد مع القطع."[4] أي في النصوص القطعية.

2- ما جاء عن طريق الإجماع الصريح المتواتر فإنه ليس موضعاً للاجتهاد؛ والسبب أنه يفيد القطع كما قال أهل العلم: "نقل الإجماع إلينا قد يكون بالتواتر فيفيد القطع."[5] والأدلة القطعية لا اجتهاد فيها.

المطلب الثالث: ضوابط عامة للاجتهاد.

1- هنالك ضوابط مهمة في موضوع الاجتهاد منها ما ذكر أهل العلم: "من لم يكن من

---

1 الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص: 164.

2 ابن حمدان، **صفة الفتوى والمفتي والمستفتي**، ص: 53.

3 ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج2، ص: 199.

4 ابن حمدان، **صفة الفتوى والمفتي والمستفتي**، ص: 53/ وانظر: أبو الوفاء علي البغدادي، **الواضح في أصول الفقه**، ج5، ص: 370-371.

5 التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، ج2، ص: 103.

أهل الاجتهاد لم يجز له أن يفتي ولا يقضي."[1] فلابد إذاً من توافر أهلية الاجتهاد حتى يصح، وليس كل فقيه له الحق في ذلك، إذ لا يَصدُر الاجتهاد إلا من أهله.

2- عدم الإنكار في الاجتهاد، وبيان ذلك بقول إمام الحرمين (ت:478هـ) رحمه الله: "أجمع أهل العصر قاطبة على أن مسائل الاجتهاد لا يجري فيها التأثيم."[2] بمعنى أن الأصل لا تأثيم أو إنكار في الاجتهاد إن تحققت فيه الشروط.

3- تسليم المجتهد بأنَّ المرجعية للشرع، وقد قال شيخ الإسلام (ت:728) رحمه الله: "فلهذا كانت الحجة الواجبة الاتباع: للكتاب والسنة والإجماع فإن هذا حق لا باطل فيه، واجب الاتباع لا يجوز تركه بحال عام الوجوب لا يجوز ترك شيء مما دلت عليه هذه الأصول وليس لأحد الخروج عن شيء مما دلت عليه".[3]

4- الصحيح من النقل لا يتعارض مع العقل. ونفهم من الضابط أنه لا تعارض بين العقل والنصوص، ويلتزم بذلك العلماء والعاملين في جميع العلوم الشرعية فهو ضابطٌ لها، ومن يقل بأنهما يتعارضان فقوله مردود ولا يعرف حدود العقل ولم يفهم حقيقة ما جاء به النقل، وعلى هذا فإنَّ المجتهد كذلك لا يمكن باجتهاده أن يُعارض ويصادم النصوص الشرعية.[4]

---

1 ابن حمدان، **صفة الفتوى والمستفتي**، ص: 5.

2 الجويني، **الاجتهاد**، ص: 57-58.

3 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج19، ص: 5/ وانظر: **نفس المرجع السابق**، ج20، ص: 163-164.

4 انظر: ابن تيمية، **درء تعارض العقل والنقل**، ج1، ص: 44.

المبحث الرابع: منطلقات الاجتهاد.

أتطرق في هذا المبحث للإجابة عن تساؤل مهم وهو لماذا نجتهد؟ وسيتضح ذلك من خلال الحديث عن أسباب الاجتهاد فيما يأتي:

1- الاجتهاد في شريعتنا الإسلامية حكمه من فروض الكفايات،[1] ولذلك لابد من العمل به حتى لو اقتصر على البعض ممن هم أهل لذلك؛ لأنه من خلاله تتبين لنا عظمة الشريعة وكيفية الحفاظ عليها ومدى صلاحها لكل زمان ومكان، فلو مُنِع الاجتهاد لكان هناك وقائع ومستجدات لا نصَّ فيها، وهذا سيُعدُّ خللاً ونقصاً في ديننا.

وقد قال الشاطبي (ت: 790هـ): "الوقائع في الوجود لا تنحصر؛ فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد وعند ذلك؛ فإما أن يُترَك الناس فيها مع أهوائهم، أو يُنظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً اتباع للهوى، وذلك كله فساد؛ فلا يكون بُد من التوقف لا إلى غاية، وهو معنى تعطيل التكليف لزوماً، وهو مؤدٍ إلى تكليف ما لا يطاق؛ فإذاً لا بد من الاجتهاد في كل زمان لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان."[2] فنلاحظ أن الاجتهاد إنما هو للحفاظ على الشريعة وصلاحها وديمومتها إلى قيام الساعة؛ فمن أجل هذا شُرع الاجتهاد.

2- لما كانت الشريعة الإسلامية قائمة على مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد، وتحقيق هذه القاعدة المهمة المندرجة تحت القاعدة الأم: (لا ضرر ولا ضرار أو الضرر يزال)، فيوجد العديد من الطرق للعمل بهذه القاعدة التي من خلالها نتوصل لغايات عظيمة منها مراعاة مصالح الناس وحاجاتهم، فالله سبحانه وتعالى أراد من الشريعة الإسلامية تحقيق أمور ومصالح العباد، فقد قال الإسنوي رحمه الله (ت: 772هـ): "استقرينا أحكام الشرع فوجدنا كل

---

1 انظر: الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج3، ص: 34.

2 الشاطبي، **الموافقات**، ج5، ص: 38-39.

حكم منها مشتملاً على مصلحة عائدة إلى العباد، ويعلم منه أن الله تعالى شرع أحكامه لرعاية مصالح عباده."[1] ولذلك فإنَّ من أهم الطرق لتحقيق هذه الغاية باب الاجتهاد؛ لأن الحاجات والمصالح تتغير وتتجدد في كل زمان ومكان وعُرف، فكان لابد من ملازمة الاجتهاد لها في كل وقت حتى لا تخرج هذه الحاجات عن دائرة الشريعة فتتناسب وتتلائم معها.

3- تفويت الفرصة على الأخذ بالقوانين الوضعية لأنه من خلال العمل بالاجتهاد في النوازل والمستجدات والأحكام الشرعية في كل أمور معاشنا؛ فإنَّه يؤدي لحفظ الدين الإسلامي وصلاحه في كل زمان ومكان، والاستغناء عن القانون الوضعي، وخصوصاً أن هناك من يتهم الدين بالقصور والجمود والعجز عن حل المشكلات المستجدة المعاصرة مما يستدعي إيجاد مصدر بديل.[2]

4- المعاصرة والحاجة لمعالجة مشكلات قضايا العصر والأعراف السائدة، فالأحكام قد تتغير وتختلف بتغير الزمان والمكان بحيث لو بقي الحكم جامداً كما هو –مع مراعاة الأحكام القابلة للتغيير- للَحِق بالناس الضرر والمشقة، وهذا منافي للشريعة الإسلامية.

كذلك المعاصرة تتطلب العمل بالقواعد الشرعية، ومراعاة ظروف الناس والتغيرات السياسية والاجتماعية، مثل أوضاع المجتمع الدولي القائم على الإقليمية، وكثافة السكان، وكثرة المسلمين وخاصة في أداء مناسك الحج وعند رمي الجمرات وغيرها، ويحتاج الأمر أيضاً إلى المعارف والعلوم العصرية مثل الطب والكيمياء والفلك وغير ذلك من العلوم،[3] فالأخذ بالاجتهاد والعمل به بالطريقة العلمية الصحيحة والسليمة؛ تجعل شريعتنا الإسلامية معاصرة ومواكبة لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة.

---

1 الإسنوي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ج1، ص: 328.

2 انظر: السنوسي، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، ص: 10.

3 انظر: القرضاوي، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر**، ص: 114-128.

المبحث الخامس: نبذة عن مراحل تاريخ ونشأة القانون البحريني:

نتكلم هنا عن نبذة مختصرة لمراحل تاريخ القانون والقضاء البحريني لكي يتضح لنا مساره بشكل عام، وسوف أتناول في هذا المبحث أهم النقاط والمحطات باختصار.

نحتاج أولاً لتعريف القانون بشكل عام قبل الكلام عن تاريخ القانون البحريني، فقد جاء في كتب القانون الكثير من التعاريف نذكر عليها مثال:

1- تعريف القانون في اللغة والاصطلاح:

أ- القانون لغة: مقياس كل شيء وطريقه، والجمع قوانين؛ قيل: رومية؛ وقيل: فارسية.

وجاء في تعريف القانون لغةً أنه: لفظ يفيد في اللغة العربية معنى النظام والاستقرار، ويستعمل هذا اللفظ للتعبير عن ترتب أثر معين على حدوث ظاهرة معينة.[1]

ب- القانون اصطلاحاً: "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع والتي تكفل السلطة العامة احترامها بتوقيع جزاء على من يخالفها." [2]

من خلال هذا التعريف أصبح من السهل إدراك واستيعاب القانون بمفهومه العام.

2- نبذة عن القانون والقضاء البحريني:

أولاً: نشأة القانون البحريني.

مرَّ القانون البحريني بالعديد من المراحل والمحطات، وسوف أذكر أبرز المحطات في تاريخه ونشأته.

أ- نشوء الشرطة النظامية عام 1918/ 1919م وتم ذلك في عهد الشيخ عيسى بن علي آل خليفة.[3]

---

1 مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج36، ص: 24./ وانظر: **القاموس المحيط**، الفيروزآبادي، ج1، ص: 1226./ وانظر: عبدالعال، محمد حسين، **المدخل لدراسة القانون البحريني**، ص: 11.

2 عبدالعال، محمد حسين، **المدخل لدراسة القانون البحريني**، ص: 11-12.

3 المريخي، **لمحات من ماضي البحرين**، ص: 27.

ب- في العام 1920م صدر قانون بلدية المنامة في بناء على أوامر الشيخ عيسى بن علي آل خليفة.[1]

ج- تم افتتاح مبنى المحاكم في المنامة في العام 1937م، وكذلك صدور قانون الجنسية البحرينية في نفس السنة.[2]

د- تم إقرار القانون الجنائي في البحرين عام 1955م.[3]

هـ- صدور مرسوم أميري يقضي بإنشاء مجلس تأسيسي لوضع مشروع دستور لدولة البحرين.[4]

و- إنشاء مجلس الشورى في العام 1992م حيث يبدي المجلس رأيه في مشروعات القوانين التي يتقدم بها مجلس الوزراء.[5]

ز- طرح مشروع ميثاق العمل الوطني عام 2000م.[6]

ح- صدور قانون أحكام الأسرة البحريني سنة 2009م.[7]

ط- صدر قانون أحكام الأسرة البحريني الجديد في تاريخ 20-7-2017م، وهو عبارة عن دمج المواد القانونية للمذهب السني والمذهب الجعفري في مرجع واحد فقط، ولم تختلف المواد القانونية في المذهب السني عن القانون الصادر في عام 2009م، إلا في مواطن قليلة جداً لا تُحدث فرقاً.[8]

---

1 انظر: إسماعيل، **أخبار البحرين في القرن العشرين**، ص: 169.

2 انظر: الوطني، **لمحات من ماضي البحرين**، ص: 23 / المريخي، **أحداث طواها الزمن**، ص: 78.

3 انظر: إسماعيل، **أخبار البحرين في القرن العشرين**، ص: 178.

4 الحمد، **رجل وقيام دولة**، ص: 183.

5 انظر: إسماعيل، **أخبار البحرين في القرن العشرين**، ص: 129.

6 نفس المصدر: ص: 158.

7 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 1.

8 **الجريدة الرسمية**، ملحق العدد: 3323، الخميس 20 يوليو 2017، ص: 11.

ثانياً: نشأة المحاكم والقضاء البحريني.

أ- عهد الشيخ عيسى بن علي آل خليفة الذي تولى الحكم عام (1869م-1923م)، وهو أول زمن استقرت فيه المحاكم في عهد آل خليفة، وذلك بعد تعهد الدولة البريطانية بتأمين ما وراء البحار وضمان حفظ الثغور عن المهاجمات الخارجية، وكان القضاء حينها مستقلاً فمن يعينه الحاكم يتولى القضاء باستقلالية وكان يقضي بعلمه وفي أي زمان ووقت يحصل فيه الترافع له، وكذلك لم يكن القضاء الشرعي وظيفة رسمية وحكومية، وإنما هو أمر ديني يتولاه من هو أهل لذلك ويتم تعيينه من قبل الحاكم، ومن الأمور التي يجب الإشارة إليها في تلك الحقبة أن القانون يشمل أنواعاً عديدة يتولاها القاضي بمفرده وبعلمه كالقضايا الأسرية والجنائية وغيرها.[1]

ب- في الحقبة التي تليها طلب الشيخ حمد بن عيسى بن علي آل خليفة (1926م) من (السير: تشارلز بلجريف) أن يشرف على شؤون الدولة فقد عُين مستشاراً ومن ضمن المهام التي طلبت منه أن يتولى أمور القضاء، فقام هو بدوره بتنظيم المحاكم، فقد قام بعمل ثلاث محاكم وهي: (1- المحكمة الكبرى 2- والمحكمة الصغرى 3- والمحكمة المختلطة).[2]

ج- ننتقل الآن إلى عهد الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة، حيث صدر فيما يتعلق بالجانب القانوني والقضائي عام 1962م إنشاء محكمة شرعية أخرى أطلق عليها اسم المحكمة الكبرى، ثم وصولا للعام 1971م وبعد نيل البحرين استقلالها صدر مرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1971م بشأن تنظيم القضاء وتعديلاته، وجاء في الفصل الثاني منه أن القضاء في البحرين يتكون من قسمين هما: القضاء المدني، والقضاء الشرعي ويضم القضاء الشرعي:

القضاء السني، والقضاء الجعفري، وتتكون المحاكم الشرعية من محكمتين: محكمة كبرى،

---

1 انظر: مقال بعنوان: المحاكم الشرعية في البحرين: عبق من الأصالة والتحديث، صحيفة البلاد، 2010/1/23م، الموقع: http://www.albiladpress.com/news_inner.php?nid=38695&cat=1.

2 انظر: الخليفة، مي محمد، **تشالز بلجريف: السيرة والمذكرات (1926م-1957م)**، ص: 90-91.

ومحكمة استئناف.[1]

د- وفي عهد جلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة حفظه الله عام 2002م صدر المرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002م بشأن السلطة القضائية في الفصل الثاني منه والذي أعاد من جديد تنظيم القضاء المدني، والقضاء الشرعي، حيث تتكون المحاكم الشرعية من: محكمة التمييز، ومحكمة الاستئناف العليا الشرعية، والمحكمة الكبرى الشرعية، والمحكمة الصغرى الشرعية.[2] وتميزت هذه الفترة بالتطور الكبير والملحوظ في القانون والقضاء وشؤون المحاكم في مملكة البحرين.

هذا ما مرت به مملكة البحرين باختصار مفيد من مراحل ووقفات مهمة في تاريخها القانوني والقضائي ومن أراد الاستزادة والتوسع فله أن يرجع إلى المصادر المختصة بهذا الموضوع.

1 انظر: **ملحق الجريدة الرسمية**، العدد: 2553، 23 أكتوبر 2002م، ص: 3./ وانظر: **وكالة أخبار المرأة**، مؤتمر المرأة البحرينية يستعرض "أثر التشريعات الأسرية على واقع المرأة"، الثلاثاء 1 نوفمبر 2016، الموقع الإلكتروني: http://wonews.net/ar/index.php?ajax=preview&id=18786.

2 انظر: **ملحق الجريدة الرسمية**، العدد: 2553، 23 أكتوبر 2002م، ص: 3-7.

الفصل الأول

معالم الاجتهاد في الزواج ومقدماته.

المبحث الأول: معالم الاجتهاد في الخطبة.

المبحث الثاني: معالم الاجتهاد في إنشاء عقد الزواج.

المبحث الثالث: معالم الاجتهاد في شروط العقد.

الفصل الأول: معالم الاجتهاد في الزواج ومقدماته.

بما أنَّ الدراسة التي يقوم عليها هذا البحث في قانون أحكام الأسرة البحريني، فحري بنا أن ندرس أهم المواد التي تترك أثراً على حياة الفرد والمجتمع، ولذلك سأتناول في هذا الفصل المواد المتعلقة بالزواج ومقدماته ودراستها في ضوء الفقه الإسلامي محاولاً من خلال ذلك حصر أبرز الاجتهادات في قانون الأسرة البحريني، وسيشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: معالم الاجتهاد في الخطبة.

المبحث الثاني: معالم الاجتهاد في إنشاء عقد الزواج.

المبحث الثالث: معالم الاجتهاد في شروط العقد.

المبحث الأول: معالم الاجتهاد في الخطبة.

سمى الله سبحانه وتعالى عقد الزواج بالميثاق الغليظ، ولا ريب أنَّه من أهم العقود وأعظمها، ولذلك وضع ديننا الإسلامي مقدمات له –هذه المقدمات تُسمى في عرف الفقهاء بالخِطبة– تبين مدى رغبة العاقدَين على الاستمرار والجدية في الأمر، وسيكون محور الحديث حول هذا الموضوع فيما يأتي:

1– المادة: ابتدأ قانون أحكام الأسرة البحريني في الفصل الأول منه بالكلام عن الخطبة فقد نص القانون في المادة (1) على ما يأتي:"الخطبة طلب الزواج والوعد به"[1]

2– شرح المادة: شَرَع القانون الحديث عن الخطبة وأحكامها التي تعد تمهيداً وإعداداً لعقد الزواج، فقد جاء في شرح المادة الأولى: "القضاء الشرعي عرف الخطبة بأنها شروع في الزواج ومقدمة له ومتعلق من متعلقاته، فالخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج."[2] وبذلك نستوعب الخطبة بمعناها الصحيح الدقيق بأن يكون فيها نوع من الطلب والرغبة بالتقدم للمخطوبة حتى يصح أن يطلق عليها لفظ خِطبة[3] كما سيتضح ذلك من خلال التعاريف الاصطلاحية الشرعية.

3– الحكم الشرعي: أجمعت الأمة على مشروعية الخطبة والعمل بها وقد عرفت الأمة هذا الأمر، ولما كانت هذه المسألة إجماعية فقد اتجه القانون إلى التزام الإجماع بمشروعية الخطبة كما سيأتي.

المطلب الأول: تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً.

1– الخِطبة لغة: "الخاء والطاء والباء أصول: وفي النكاح الطلب أن يُزوج، قال الله تعالى:

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 3.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 9.

3 يجب الإشارة لأمر مهم شاع بين الناس وهو أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، ولا تباح الأمور المحرمة المعروفة في النكاح إلا بعد العقد وليس الوعد به فقط.

{ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء} [البقرة: 235]، والخُطبة: الكلام المخطوب به، ويقال اختَطَب القوم فلانا، إذا دعوه إلى تزوج صاحبتهم."[1]

وجاء في لسان العرب: وخَطَب المرأة يخطُبها خَطباً وخِطبة، بالكسر، والعرب تقول: فلان خَطَب فلانة إذا كان يَخطُبها، ويقول الخاطب: خِطبٌ فيقول المخطوب إليهم: نِكحٌ وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها."[2]

ومن التعريفات اللغوية: "والخطبة طلبها للزواج ويقال خَطبَها إلى أهلها طلَبَها منهم للزواج وكذا طلبه منه، ويُقال خَطب وده فهو خاطب وفي المثل ذهب خاطبا فتزوج."[3] ومن خلال التعريفات السابقة يتبين لنا مفهوم الخِطبة عند أهل اللغة.

2- أما تعريف الخطبة اصطلاحاً:

أولاً: الحنفية: الخطبة – بكسر الخاء- "طلب التزويج، وأطلق الخطبة فأفاد أنها لا تتعين بألفاظ مخصوصة."[4] والمعنى بأن تُظهر الرغبة وتطلب الزواج دون التقيد بألفاظ محددة.

ثانياً: تعريف المالكية: "استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة."[5]

ثالثاً: تعريف الشافعية: وعرف الخطيب الشربيني (ت: 977هـ) رحمه الله الخطبة بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة."[6]

رابعاً: تعريف الحنابلة: "الخطبة، بالكسر: خطبة الرجل المرأة لينكحها."[7]

من خلال التعريفات المتقدمة ثمة فيما بينها تشابه، ولا يكاد يخرج المعنى الاصطلاحي عن

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج2، ص: 198.

2 ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص: 360.

3 إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، **المعجم الوسيط**، ج1، ص: 243.

4 ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج3، ص: 8.

5 الحطاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج3، ص: 407.

6 الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج4، ص: 219/ زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، ج2، ص: 40.

7 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 143.

اللغوي فتجد التعاريف متقاربة ومشتقة من معنى واحد، بحيث تصب جميعها في اظهار الطلب والرغبة بالزواج.

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة.

ذُكِرت الخطبة وحكمها في ديننا الحنيف، ومما جاء في مشروعيتها:

1- قوله تعالى:{وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا} [البقرة: 235].

وجه الدلالة: أباح الله سبحانه وتعالى في هذه الآية التعريض والتلميح دون التصريح لطلب الزواج من النساء وهي في العدة أو المبانة ثلاثاً، وبجواز ذلك فقد دل على مشروعية الخطبة عموماً من باب أولى سواءً بالتعريض أو بالتصريح.[1]

2- من السنة: أ- حديث النبي صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة: «لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له.» [2]

وجه الدلالة من الحديث: نهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، نفهم من هذا النص جواز مشروعية الخطبة بشكل عام.

ب- من السنة الفعلية: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «خطب النبي صلى الله عليه وسلم إليَّ حفصة فأنكَحْتُه»[3]

---

1 انظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج3، ص: 188.

2 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك، ج2، ص: 1032، رقم الحديث: (1412).

3 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: تزويج الأب ابنته من الإمام، ج7، ص: 17.

وجه الدلالة: كما هو واضح من فعل النبي صلى الله عليه وسلم من خِطبته لحفصة وطلبه هذا الأمر من عمر رضي الله تعالى عنهم أجمعين.

3- من الإجماع: قول ابن قدامة (ت: 620هـ) رحمه الله في المغني: "لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها".[1] فإن كان النظر للمخطوبة لاخلاف بين أهل العلم فيه كما تقدم، فلا شك أن مشروعية الخطبة كذلك لا خلاف فيها.

4- من المعقول: هذا التصرف يقبله العقل لما فيه من الخير والمزايا الحسنة: مثل تمكن كلا الطرفين من التعارف والتقرب أكثر مع مراعاة الضوابط الشرعية، وكذلك بيان التقبل والود والاحترام استعداداً للحياة الزوجية إذا تمَّ الأمر، ولما فيه من الترابط الأسري والتواصل بينهما وهذا مما يقوي أواصر المجتمع الإسلامي.

يتضح لنا من خلال الأدلة المتنوعة السابقة مشروعية الخطبة، ولو أمعنت النظر فيها لوجدتها ليست مُشرِّعَة للخطبة فحسب وإنما تحث وتشجع عليها.

المطلب الثالث: معالم الاجتهاد في حكم العدول عن الخطبة وآثاره.

الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة:

1- المادة: جاء في قانون الأسرة البحريني المادة الثانية منه الكلام في مسألة العدول عن الخطبة على النحو الآتي: (2/أ) "لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة." ونص القانون كذلك في نفس المادة الفقرة الثانية منه (2/ب): "إذا لم يحصل عدول عن الخطبة، وتزوجت المخطوبة بآخر، فلا يفسخ الزواج."[2]

---

1 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 96.

2 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 3.

2- شرح المادة: (2/أ) جاءت المادة الثانية في فقرتها (أ) لتجيز لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة فهي عبارة عن وعد بالزواج، فإذاً يحق لكلا الخاطبين العدول عن هذا الوعد إذا تقرر عند أحد منهما ذلك.[1]

ونلاحظ أن القانون لم يقيد العدول بعذر أو سبب، ولا شك أنه لو كان هنالك سبب مقنع يكون العدول من باب أولى.

وأما شرح الفقرة (2/ب) فقد اتجه قانون أحكام الأسرة إلى أنه في حال ما لم يحصل عدول من المخطوبة عن خطبتها من الشخص الأول، ثم تزوجت من شخص آخر فإنَّ الزواج يتم ولا يفسخ، ويكون زواجها من الآخر دلالة على عدولها عن الخطبة من الأول، ويتضح مما سبق أن العدول قد يكون صراحةً أو ضمناً حين تقبل الزواج من رجلٍ آخر.[2]

3- **الحكم الشرعي:** فيما يتعلق بالفقرة (أ) من المادة الثانية بجواز العدول عن الخطبة لكل من الخاطب والمخطوبة؛ وذلك لكونه عبارة عن وعد بالزواج فقط -كما قررنا سابقاً- وليست عقداً له فإذاً ليست واجبة.

4- اتجاه القانون والتعقيب: العلة من جواز العدول عن الخطبة لأهمية وخطورة عقد النكاح، ولكونه عقد موثق ومستمر فقد يترتب عليه ضرر فينبغي الاحتياط والتأكد قبل الشروع بهذا الأمر[3].

التعقيب: وعلى هذا يتضح لنا أنه لا إلزام بمجرد الوعد بالزواج ويجوز العدول عنه، ولكن ينبغي التنبيه إلى أن الشريعة أكدت على الإيفاء بالوعد وعدم نقضه لقول الله تعالى:

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 9-10.

2 انظر: الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 48.

3 انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 146.

{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا} [الإسراء: 34]، فيستحسن أن لا يتم العدول إلا بعذر صحيح، وعدم التساهل والتلاعب في هذا الأمر.

وهذا ما ذهب إليه القانون بالجواز وهو قول جمهور الفقهاء كما جاء: "والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه، إلا داود، فإنه أوجبها."[1]

وأما الفقرة (ب) من المادة الثانية فعندما أجاز القانون للمخطوبة التزوج من الخاطب الثاني حتى في حال ما لم يحصل عدول عن الخاطب الأول فإنَّ ذلك يقودنا إلى مسألة حكم العقد –على الثاني– بعد الخطبة –من الأول– التي اختلف فيها الفقهاء:

أولاً: تحرير محل النزاع: 1– اتفق جمهور أهل العلم على أن خطبة الرجل على أخيه منهي عنها شرعاً إذا حصل ركون إلى الخاطب الأول لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك.»[2] وحكى الإمام النووي رحمه الله (ت: 676هـ) الإجماع على ذلك.[3]

2 – اتفق الفقهاء على أنه في حال عدم وجود ركون وموافقة من قبل المخطوبة ولم تقبل بخاطبها وإنما مجرد كلام معلق؛ فإنه يجوز خطبة الغير فلو تقدم رجل آخر لها وتزوج بها فإنه لا يفسخ الزواج.[4]

ثانياً: اختلف الفقهاء في حكم العقد والنكاح من الثاني بعد خطبة الأول على ما يلي:

---

1 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 82./ وانظر: الحطاب، **مواهب الجليل**، ج3، ص: 410-411.

2 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ج7، ص: 19.

3 انظر: النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ج9، ص: 197./ ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج32، ص: 7.

4 انظر: البغدادي، **المعونة**، ص: 759./ الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص: 448-449. ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 143.

القول الأول: العقد يكون صحيحاً مع الحرمة فلا يفسخ النكاح إذا استوفى الأركان والشروط، وهذا قول جمهور أهل العلم.[1]

استدلوا: 1- "لأن النكاح حادث بعد الخطبة وهو مما وصفت من أن الفساد إنما يكون بالعقد لا بشيء تقدمه وإن كان سببا له لأن الأسباب غير الحوادث بعدها."[2] فالخطبة ليس لها تأثير ولا يترتب عليها شيء، بخلاف العقد فإنه مؤثر يحدث منه ضرر فلا يفسخ.

2- "أن المنهي عنه الخطبة وهي ليست شرطا في صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة."[3] فلا يشترط لاعتبار النكاح صحيحاً عمل خطبة، فإذاً لا يفسخ النكاح مع الثاني بسبب عدم تمام وقوع الخطبة بشكل غير صحيح مع الأول.

هذا ما ذهب إليه الجمهور من أدلة على أن العقد صحيح مع الحرمة، بمعنى أنه يترتب عليه الإثم الديني ولكن هذا لا يبطل العقد ولا يفسخ النكاح من الثاني.

القول الثاني: أن العقد على مخطوبة الغير يستحق الفسخ إن لم يبن بها الزوج، وهذا القول المشهور عند المالكية.[4]

استدلوا: 1- حديث النبي صلى الله عليه عن أبي هريرة: «لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له.»[5]

وجه الاستدلال: حمل النهي الوارد في الحديث على التحريم والفساد فقالوا: "والنهي

---

1 انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج5،ص: 13./ الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 42./ المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 35.

2 الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 42./ وانظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 19.

3 الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج6، ص: 129.

4 انظر: البغدادي، **المعونة**، ص: 760./ القرطبي، **الكافي في فقه أهل المدينة**، ج2، ص: 521./ شهاب الدين النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج2، ص: 11 الدسوقي، **الشرح الكبير**، ج2، ص: 217.

5 سبق تخريجه ص: 31.

يقتضي الفساد"[1] ولذلك يصبح العقد من الثاني باطلاً ويوجب الفسخ.

2- عللوا بأنه يؤدي إلى جلب الأذى بين الناس فقد ورد: "ولأن هذا ذريعة إلى الإفساد على الناس وإدخال الأذى عليهم لأنه لا يشاء أحد أن يفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب ويبعث ويجتهد حتى إذا لم يبق إلا الفراغ جاء فأفسد عليه، فوجب حسم الباب بإبطال ما أدى إلي هذا من الفعل ليرتدع من يفعل ذلك على ألا يعود لمثله."[2]

اتجاه القانون والتعقيب: وبعد الخلاف الذي وقع بين الجمهور والمالكية في المسألة يتضح لنا أن قانون الأسرة البحريني أخذ بقول الجمهور بأنَّ الزواج لا يفسخ ولا يبطل العقد.

التعقيب: وباختياره لقول الجمهور خالف قول المالكية مع كونه المذهب المعتمد، والمقدم حال الاجتهاد فقد ذكر المقنن: "فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه، وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية."[3] وفي ذلك دلالة على اجتهاد المقنن، وأن له اختياراته ولا يركن أو يتقيد بمذهب بعينه.

الفرع الثاني: حكم المهر والهدايا حال العدول عن الخِطبة.

1- المادة: تطرق القانون البحريني لمسألة الهدايا حال العدول عن الخطبة فجاءت على النحو الآتي: أ- "يَرُد من عدَل عن الخطبة دون مقتض الهدايا التي حصل عليها بعينها إن كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم قبضها، مالم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها."

---

1 البغدادي، **المعونة**، ص: 760.

2 البغدادي، **المعونة**، ص: 760-761.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص:1.

ب- "إن كان العدول باتفاق الطرفين رد كل منهما ما قبض من هدايا الطرف الآخر على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة."

ج- "إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض قهري حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا."[1]

2- شرح المادة: ثمة أمر يجب التنبيه إليه هنا وهو أن شراح القانون البحريني ذكروا في هذا الموضع الكلام عن المهر والهدايا فبينوا أن المرجع في شأن ما يعد هديةً أو مهراً معجلاً إلى العرف البحريني وكلٌ له حكمه في الرد وعدمه كما سيأتي.

جاء الكلام في الفقرة (أ) يوضح أن العدول عن الخطبة بدون مقتض يجعل من عدل يرد للطرف الثاني الهدايا بعينها إن كانت قائمة وموجودة، وأما إذا كان قد تصرف فيها أو هلكت في يده فله الخيار إما أن يرد مثل الهدية أو يرد قيمتها يوم قبضها، واشترط القانون لرد الهدايا أن تكون دون مقتض فلو كان هناك مبرر فإن الهدايا لا ترد. ونلاحظ من المادة أن اعتبار العرف هو المقدم، ويُقضى أولاً به ثم بعد ذلك ما نص عليه القانون.

كذلك في حال إذا كانت الهدايا طعام أو شراب ومثل ذلك مما يستهلك وينتهي فإنها لا ترد في جميع الأحوال؛ لأنها تستهلك بطبيعتها.

وأما الفقرة (ب) فالكلام فيها عن العدول إن حدث باتفاق الطرفين فإنه يلزم رد ما تم قبضه من الهدايا بالطريقة التي جاءت في الفقرة (أ) لأن كل منهما عاد عن خطبة الآخر.

وتكلم في الفقرة (ج) في حالة انتهاء الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه سواء الخاطب أو المخطوبة، أو أمر خارج عن إرادتهما منع من إتمام الزواج ففي هذه الحالة لا يُسترد شيئاً من الهدايا.[2]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 3.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 11-12./ الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 50-51.

3- الحكم الشرعي: يقودنا النص القانوني إلى مسألة حكم المهر والهدايا حال العدول عن الخطبة وهي على النحو الآتي:

أولاً: تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء أن الخاطب إذا قدم للمخطوبة المهر أو بعضه ثم وقع العدول عن الخطبة، فعلى المخطوبة رد جميع ما دفع من المهر فقد جاء: "وأما ما قدمه الخاطب من مهر فله أن يسترده سواءً أكان قائماً أم هالكاً أم مستهلكاً، وفي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيمياً، وبمثله إن كان مثلياً أياً كان سبب العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة وهذا متفق عليه فقهاً."[1]

ثانياً: اختلف الفقهاء في حكم الهدايا حال العدول عن الخطبة على النحو الآتي:

القول الأول: يسترد الخاطب الهدايا إن كانت موجودة، وأما إذا استهلكت فلا يسترد شيئاً وهذا قول الحنفية.

وتعليلهم لهذا أن الهدايا هنا كالهبة فتأخذ أحكامها فقد جاء عند الحنفية: "خطب بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائماً فقط وإن تغير بالاستعمال أو قيمته هالكاً لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد وكذا يسترد ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك لأنه في معنى الهبة."[2]

القول الثاني: للمالكية وقد قالوا: "فإن أَهدى أو أَنفق، ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء، ولو كان الرجوع من جهتها. والأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط." وتعليل ذلك: "لأن الذي أعطى لأجله لم يتم." أي الخاطب.

ثم بين ما إن كان الرجوع من قِبل الخاطب فقال: "أما إن كان الرجوع من جهته فلا رجوع له قولاً واحداً."[3] وعلى هذا إذا كان العدول من قبل الخاطب فلا يسترد شيئاً من الهدايا ولو

---

1 انظر: الدردير، **الشرح الكبير**، ج2، ص: 219 / المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 296 / الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي**، ج8، ص: 39.

2 ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج3، ص: 153.

3 الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج2، ص: 219-220.

كانت قائمة، أما إن كان من جهة المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت موجودة أو رد مثلها أو قيمتها إن كانت مستهلكة، ويكون هذا في حال:

أ- عدم وجود شرط بينهما في هذا الأمر.

ب- عدم وجود عرف بين الناس يقضي بغير ذلك.

فلو كان هنالك شرط أو عُرف وجب تقديمه والعمل به.

القول الثالث: أما مذهب الشافعية في المسألة فقد جاء في حكم من خطب امرأة وأنفق عليها ليتزوجها فلم يحصل له الزواج بها: "له الرجوع بما أنفقه على من دفعه له سواء أكان مأكلا أم مشربا أم ملبساً أم حلوى أم حلياً وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف."[1]

والمعنى أن الهدايا تُسترجع إن كانت قائمة، ويُرد مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

القول الرابع: رأي الحنابلة أن الهدايا قبل العقد تُرد للخاطب مثل قول الشافعية، إلا أنهم يقولون أن الهدايا تأخذ حكم الهبة فلا رجوع فيها، فقد قال الإمام الخرقي (ت:334هـ) رحمه الله: "ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد في هديته."[2] ولكنهم أجازوا للخاطب استرداد هداياه؛ وتعليلهم في ذلك أنه من شروط الهبة أن تكون بغير عوض، والواهب هنا في الخطبة وهب بعوض وهو من أجل بقاء العقد، وعللوا ذلك بقولهم: "لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال؛ ملك الرجوع كالهبة بشرط الثواب."[3] فهذا التعليل من قِبلهم على جواز استرداد الخاطب لهداياه.

---

1 الجمل، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، ج4، ص: 129./ البكري، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، ج3، ص: 310.

2 الخرقي، **مختصر الخرقي**، ص: 82.

3 المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 296./ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص: 24.

4- اتجاه القانون والتعقيب: بعد النظر في أقوال أهل العلم في المسألة نرى أن القانون البحريني أخذ في الفقرتين (أ،ب) بقول المالكية على التفصيل الذي تقدم.

وأما الفقرة (ج) فقد أخذ القانون البحريني بقول الحنابلة بأنه إذا كان العدول بسبب قهري لايد لأحدهما فيه، فإنه لا يسترد شيئاً من الهدايا، وقد ضرب الحنابلة مثالاً على ذلك بالوفاة كونه عارضاً لايد لأحد الطرفين فيه فقد ورد عندهم: "ومن أعطى قوماً شيئاً واتفقوا على أن يزوجوه بنتهم فماتت البنت لم يكن له أن يرجع عليهم بشيء مما أعطاهم."[1]

التعقيب: يتبين أن اجتهادات القانون البحريني بحسب المصالح الراجحة حتى في الجزئيات البسيطة فإنه يفصلها ويدقق النظر ويجتهد بما يراه مناسباً وملائماً فقد أخذ في الفقرتين (أ،ب) بقول المالكية وأخذ في الفقرة (ج) من نفس المادة بقول الحنابلة.

1 بدر الدين البعلي، **مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية**، ص: 433.

المبحث الثاني: معالم الاجتهاد في إنشاء عقد الزواج.

نتحدث هنا عن عقد الزواج ابتداءً بتعريفه ومشروعيته، ثم نتطرق لدراسة أبرز المسائل التي نص عليها القانون البحريني في هذا الموضوع.

المطلب الأول: تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً.

نص قانون الأسرة في المادة الرابعة فذكر: "الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان مع انتفاء الموانع تترتب عليه حقوق وواجبات شرعية متبادلة."[1]

نلاحظ في النص أنه تطرق إلى مفهوم الزواج، وسأذكر هنا الحديث عن تعريف الزواج بتفصيل أكثر كما سيأتي:-

الفرع الأول: الزواج لغةً. [2]

ذكر أهل اللغة تعريف الزواج فقد جاء في معجم مقاييس اللغة: "الزاء والواو والجيم أصل يدل على مقارنة شيء لِشيء، من ذلك الزوج زوج المرأة، والمرأة زوج بعلِها، وهو الفصيح، قال الله جل ثناؤه:{اسكن أنت وزوجك الجنة} [البقرة: 35]، ويقال لفلان زوجان من الحمام، يعني ذكراً وأنثى."

وجاء أيضاً: "الزواج، بالفتح، من التزويج: كالسلام من التسليم، والكسر فيه لغة، كالنكاح وَزنَا ومعنى."

وقيل عنهُ أيضاً: "اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى، ومصدر صناعي بمعنى الزواج يقال بينهما حق الزوجية وما زالت الزوجية بينهما قائمة."

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 4.

2 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج3، ص: 35./ مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج6، ص: 25./ إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجا، **المعجم الوسيط**، ص: 405-406.

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحاً.

اختلف الفقهاء في تعريفاتهم ومن أشهر التعريفات ما يلي:

أولا: تعريف الحنفية: "عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي."[1]

ثانياً: تعريف المالكية: "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر."[2]

ثالثا: تعريف الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته."[3]

رابعاً: تعريف الحنابلة: "عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل."[4]

بعد الانتهاء من ذكر التعريفات نلاحظ أنها ترتكز على جانب حل الاستمتاع وإباحة الوطء، والحقيقة أن الزواج لا يقتصر على هذا الجانب فقط، بل هنالك جوانب أخرى سامية وفي غاية الأهمية كما قال ربنا تبارك وتعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الروم: 21]، وعلى ذلك نحتاج إلى تعريف يكون جامعاً يتضمن مع ما ذكره الفقهاء الغايات الأخرى من الزواج الواردة في الآية، وقد رجحت تعريف الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله (ت:1394هـ) الذي قال فيه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات."[5] من خلال

---

1 ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج3، ص: 3-4./ علاء الدين الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، ص: 177.

2 الحطاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج3، ص: 403.

3 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص: 200./ زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، ج3، ص: 98.

4 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 3.

5 أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، ص: 44.

التعريف تجد أنه قد أعطى صورة شاملة وواضحة، وتعرض لعموم المعاني والغايات الأساسية التي شرع من أجلها الزواج بخلاف التعريفات السابقة.

المطلب الثاني: مشروعية الزواج.

وردت مشروعيته من كتاب الله، وسنة النبي صلى الله عليه وسلم، والإجماع، والعقل، وفيما يأتي سنذكر أهم الأدلة على مشروعية الزواج.

1- من القرآن الكريم: وردت آيات متعددة تدل على مشروعية النكاح منها:

أ- قول الله تعالى: {فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ} [النساء:3].

ب- وقول الله عز وجل: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} [النور: 32].

ج- وقال جل وعلا: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الروم: 21].

وجه الدلالة من الآيتين: جاءت واضحة على مشروعية الزواج والحث عليه والترغيب فيه.

2- من السنة النبوية: الأدلة على مشروعية الزواج متوافرة في السنة النبوية منها:

أ- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.»[1]

وجه الدلالة: حث النبي صلى الله عليه وسلم للشباب على الزواج والترغيب فيه في حال الاستطاعة، وذكر ما فيه من الخير والفوائد كما جاء في الحديث.

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: من لم يستطع الباءة فليصم، ج7، ص:3. (رقم الحديث: 5066)

ب- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «ما بال أقوام قالوا كذا وكذا؟ لكني أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني.»[1]

الشاهد من الحديث قوله: وأتزوج النساء.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم حبب الزواج لمن تتوق نفسه له، وذكر أن هذا من سنته؛ فلاشك أن فيه من الخير العظيم الوفير، ويدل ذلك على مشروعية الزواج.

3- الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية الزواج ولم يخالف ذلك أحد، قال ابن قدامة: "وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع."[2]

4- المعقول: كل عقل سليم سيُدرك أن الزواج من دواعي الفطرة التي خلقنا الله سبحانه وتعالى عليها، فبه يتحصل الأمن والأمان النفسي، وبه تُشبَع تلك الغرائز التي خلقها الله في كلٍ من الذكر والأنثى، وبه يحافظ على المجتمعات الإسلامية ويعمل على الحد من انتشار الفواحش والمحرمات، ويحفظ النسل، وتتكون من خلاله اللبنة الأساسية لكل مجتمع وهي الأسرة، فكل هذه الأمور وغيرها كذلك أدلة عقلية على أهمية ومشروعية الزواج.[3]

المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد سن الزواج.

1- المادة: نص القانون البحريني في موضوع زواج الصغيرة أنه: "تزوج الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة بموافقة المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملاءمة الزواج."[4]

2- شرح المادة: اعتبر المقنن أن الصغير والصغيرة ما كان دون ست عشرة سنة فيدخل

---

1 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت له نفسه، ج2، ص:1020. (رقم الحديث: 1401)

2 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 3.

3 انظر: ابن عاشور، **مقاصد الشريعة**، ج2، ص: 343-344.

4 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 18.

ضمن هذا التحديد، ولا يتم الزواج إلا بعد موافقة المحكمة الشرعية، وكذلك إلزامهم قانوناً أن يكون الزواج ملاءماً؛ بمعنى أن يتناسب زواج الصغيرة من الرجل المتقدم لها.[1]

3- الحكم الشرعي:

أولاً: تحرير محل النزاع: لاخلاف بين أهل العلم على جواز زواج الصغير والصغيرة[2] إذا زوجها أبوها من كفء فقد جاء: "وأجمعوا أن نكاح الأب ابنته الصغيرة البكر جائز إذا زوجها من كفء." وورد أيضاً: "أجمعوا أن نكاح الأب ابنه الصغير جائز."[3] فيتبين ابتداءً جواز نكاح الصغار في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: علامات البلوغ للذكر والأنثى معروفة وقد بينها الشرع، فبالنسبة للذكر الاحتلام مع الإنزال، وبالنسبة للأنثى الحيض أو الاحتلام، وكذلك إنبات الشعر لكل منهما،[4] فإن ظهر شيء منها يحكم بالبلوغ وإلا فإن البلوغ يكون بالسن.

ثالثاً: اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكر، وسبع عشرة سنة للأنثى، وهذا هو قول الحنفية.[5]

قال أبو حنيفة رحمه الله في تحديد سن البلوغ: "ثماني عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة في الجارية."[6]

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 44.

2 ينبغي التنبيه إلى أن الكلام هنا **فقط** عن مسألة جواز الزواج للصغيرة، وليس موضوع الدخول بها؛ لأن فيه تفصيل في حال يلحق بها ضرر أم لا، ويرجع في ذلك إلى مواضعها في كتب الفقه.

3 ابن المنذر، **الإجماع**، ص: 78./ وانظر: ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 40.

4 للتفصيل أكثر حول علامات البلوغ انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 345./ الزركشي المصري الحنبلي، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ج4، ص: 93-94.

5 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص: 172./ ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج6، 153.

6 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص: 172.

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ} [الأنعام: 152].

وجه الدلالة: جاء في تفسير الآية عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "أن أشُد الصبي ثمان عشرة سنة."[1] قالوا أن المقصود بالبلوغ التمام والاستواء والكمال، وهذا أشد الصبي، ولا يتحقق ذلك إلا بهذا العمر.

القول الثاني: أن البلوغ يكون بتمام ثماني عشرة سنة للذكر والأنثى وهذا هو المشهور عند المالكية،[2] وقيل: ست عشرة سنة.[3]

قال ابن الحاجب رحمه الله (ت:646هـ): "والبلوغ: بالاحتلام أو الإنبات أو بالسن وهو ثماني عشرة وقيل: سبع عشرة وقيل: خمس عشرة."[4]

استدلوا: بمثل دليل الحنفية لإثبات سن البلوغ في تمام ثماني عشرة سنة للذكر والأنثى.

القول الثالث: سن البلوغ للذكر أو الأنثى خمس عشرة سنة وهذ قول الشافعية،[5] والحنابلة،[6] وأبو يوسف ومحمد من الحنفية.[7]

وذكر أهل العلم ذلك في مؤلفاتهم فقد قال الإمام الشافعي رحمه الله: "فالبلوغ استكمال خمس عشرة سنة الذكر والأنثى في ذلك سواء"،[8] وجاء أيضاً: "والبلوغ: يحصل بالاحتلام بلا نزاع، أو بلوغ خمس عشرة سنة، أو نبات الشعر الخشن حول القبل، هذا المذهب وعليه

---

1 الزيلعي، **نصب الراية**، ج4، ص: 166.

2 ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد**، ج4، ص: 188./ ابن الحاجب، **جامع الأمهات**، ج1، ص: 256.

3 الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج5، ص: 291.

4 ابن الحاجب، **جامع الأمهات**، ج1، ص: 256.

5 الشافعي، **الأم**، ج3، ص: 220./ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج6، ص: 342.

6 ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 346./ ابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، ج4، ص: 304./المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص: 320

7 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص: 172./ الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص: 203.

8 الشافعي، **الأم**، ج3، ص: 220.

الأصحاب."[1] وكذلك ورد عن أهل العلم: "ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله."[2]

أدلتهم: 1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني.»[3]

وجه الدلالة: بين الحديث أن سن خمس عشرة سنة هي السن المعتبرة للبلوغ، وتعتبر عُمْر الرجل، فقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا العمر بالخروج والجهاد، وقد جاء: "وفيه دليل على أن من استكمل خمس عشرة سنة صار مكلفا بالغا له أحكام الرجال ومن كان دونها فلا."[4]

2- العقل: دليلهم على استواء الذكر والأنثى في سن البلوغ، ولا فرق بين الذكر والأنثى في ذلك قولهم: "لأن السن معنى يحصل به البلوغ، يشترك فيه الغلام والجارية، فاستويا فيه، كالإنزال."[5] وقد حددوه بخمس عشرة سنة كما تقدم.

القول الراجح: بعد عرض أقوال أهل العلم والأدلة عليها يظهر لي أن الراجح قول الشافعية والحنابلة ومن وافقهم والله أعلم.

سبب الترجيح: تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة في حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو واضح الدلالة، وأن هذا العمر يصبح فيه الشخص مكلفاً، وكذلك يلاحظ في واقع حياتنا أن هذا العمر للذكر والأنثى تظهر عليهما التغيرات البدنية الدالة على البلوغ والله أعلم.

---

1 المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص: 320.

2 الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص: 203.

3 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الشهادات، باب: بلوغ الصبيان وشهادتهم، ج3، ص: 177، حديث رقم: (2664).

4 الصنعاني، **سبل السلام**، ج2، ص: 81.

5 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج6، ص: 346./ ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 346.

4- اتجاه القانون والتعقيب: المقنن البحريني اتجه إلى عدم تقييد الزواج بشيء؛ فطالما تتحقق فيه الأركان والشروط وتنتفي الموانع فإنه يُقبل، فالأصل أنه لا تعارض بين الشرع والقانون، إلا أن القانون استثنى من هي دون السادسة عشر، وهذا التحديد يعد اجتهاداً من القانون البحريني، فلا يتم العقد لمن هي دون هذا السن إلا بموافقة المحكمة الشرعية، وسبب هذا التقييد فيما يظهر أنه من باب المصلحة العامة للزواج، ففي حال رأت المحكمة الشرعية أنه تتحقق فيه المصلحة وخلوه من الأضرار لمن هي دون هذا السن فإن الزواج ينعقد ويتم كغيره.

التعقيب: ويرى الباحث أن هذا التقييد موفق ومناسب لمن هم دون هذا السن وخصوصاً في مجتمعنا؛ لعدة أمور منها: مراعاة الجانب العقلي، والاستيعاب لما سيقدمون عليه في هذه الخطوة الجديدة والمهمة في الحياة، وكذلك النظر للجانب الجسدي ومدى القدرة على المعاشرة الزوجية والحمل والإنجاب، وغيرها.

المطلب الرابع: الاجتهاد في الاشتراط في عقد الزواج.

أتناول في هذا المطلب مسألة اشتراط أحد الزوجين على الآخر، وأقصد بها التي لا تنافي العقد، وليست من مقتضاه؛ وهي شروط يكون فيها مصلحة لأحد الزوجين.

1- المادة: نص القانون على ما يأتي:[1]

أ- "الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

ب- إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقصده، فالشرط باطل والعقد صحيح.

ج- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحةً في عقد الزواج، أو ثبت بالبينة أو أقر به الزوجان.

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 4.

د- للزوجين عند الإخلال بموجب الشرط طلب الوفاء به تحت طائلة فسخ العقد أو التطليق."

2- شرح المادة: فيما يتعلق بالفقرة (أ) فإنها تقرر المبدأ العام وهو الالتزام بكل شرط لا يحرم حلالاً أو يحل حراماً، وأما الفقرة (ب) فإنها تحمي العقد من البطلان في حالة اشتراط ما ينافي مقصد وغاية العقد، فيبطل الشرط مع بقاء العقد صحيحاً، وأما الفقرة (ج) فإنها تبين توسع القانون في إثبات ما تم الاتفاق عليه من الشروط؛ فيثبت المنصوص عليه في عقد الزواج، وكذلك أجاز ما ثبت بدليل وبينة، ويثبت الشرط كذلك بإقرار الزوجين له، وجاءت الفقرة (د) تبين أنه يحق لكل واحد من الزوجين أن يشترط، وعند عدم الوفاء بالشرط له أن يطلب فسخ العقد أو التطليق.[1]

3- الحكم الشرعي:

1- الأصل في حكم الاشتراط في عقد النكاح لأحد الزوجين الإباحة للأدلة الآتية:-

أ- قول الله تعالى: {يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1].

ب- من السنة: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج.»[2]

ج- وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شُرُوطهم.»[3]

وجه الدلالة: يتضح من خلال الأدلة السابقة جواز الاشتراط ابتداء؛ طالما كانت مشروعة وليس فيها محظور، ثم إنها لم تقف عند هذا الحد فقط بل طالبت برعايتها والوفاء بها، فيتضح من المطالبة بالإيفاء بها أنها مشروعة ومباحة في الأصل، ولذلك يجوز لكلا العاقدين الاشتراط وفق ما هو مشروع ومباح، وقد قال شيخ الإسلام (ت: 728هـ) رحمه الله: "وإذا كان جنس

---

1 انظر: الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 65.

2 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج7، ص: 20، رقم الحديث: (5151).

3 أبو داود، **سنن أبي داود**، باب في الصلح، ج5، ص: 446، رقم الحديث: (3594)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج5، ص: 142: صحيح.

الوفاء ورعاية العهد مأموراً به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط."[1]

2- خلاف أهل العلم في صحة الشروط -لم يأمر الشارع بها ولم ينه عنها، وفي اشتراطها مصلحة لأحد الزوجين- في عقد النكاح، ومن أمثلتها:

تشترط الزوجة أن لا تخرج من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن تستمر في دراستها أو عملها،[2] وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الشروط باطلة وغير صحيحة، وهذا قول جمهور أهل العلم.[3]

استدلوا: 1- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شُرُوطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.»[4]

2- قوله صلى الله عليه وسلم: «ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة شرط الله أحق وأوثق.»[5]

وجه الدلالة لقول الجمهور ما ذكر شيخ الإسلام عنهم: أن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد؛ لأن العقود تجب مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع وهذا بمنزلة تغيير العبادات،[6] فكأنَّ هذه الأمور المباحة من الزواج بأخرى أو السفر أو غيره محرماً بمقتضى هذا العقد، فلا تقبل الشروط عندهم إلا ما جاء في القرآن أو السنة تنص بإباحته، أما هذه فتخالف الشرع.

---

1 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج29، ص: 146.

2 يجب التنبيه ابتداء على أن حق الاشتراط يكون لكلا الزوجين وليس للزوجة فقط.

3 السرخسي، **المبسوط**، ج19، ص: 120. / الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص: 277-278 / البراذعي المالكي، **التهذيب في اختصار المدونة**، ج2، ص: 166./ الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 65./ النووي، **روضة الطالبين**، ج7، ص: 265.

4 سبق تخريجه ص: 49.

5 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب المكاتب، باب: ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط، ج3، ص: 152، رقم الحديث: (2561).

6 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج29، ص: 131.

3- عللوا: أن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه.[1]

القول الثاني: أن هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها، فإن لم يُعمل بالشروط فلهم إنهاء الزواج وإبطاله، وهذا قول الحنابلة في المسألة.[2]

استدلوا: 1- قول الله تعالى:{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا} [الإسراء: 34]

2- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شُرُوطهم.»[3]

وجه الدلالة من الآية والحديث: الإيفاء بالعهود والشروط أمر مطلوب في الشريعة ومنها ما جاء في أمور النكاح.

3- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج.»[4]

وجه الدلالة: من أحق الشروط إيفاءً ما جاء في عقد النكاح.

وممكن أن يقال أن الإيفاء بالعهود والشروط أمَر به الشرع وحضَّ على تنفيذه، وأن ذلك من صفات وأخلاق المؤمن، وبما أن الاشتراط في النكاح -في الأصل- مباح مالم يخالف الشرع، وكون أحد الزوجين يشترط إما لحصوله على منفعة أو لدفع ضرر عنه ولا إشكال في ذلك، وللطرف الآخر الموافقة أو الرفض وتحمل جميع التبعات والنتائج.

4- اتجاه القانون والتعقيب: وقد أخذ القانون بقول الحنابلة في المسألة.

التعقيب: وهذا الاختيار يُعد اجتهاداً من المقنن البحريني، وهو نابعٌ من قوة النظرة في الأدلة والبحث، وفيه دلالة على الاجتهاد، وهو من أهم معالم الاجتهاد في القانون البحريني.

---

1 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص: 506.

2 ابن قدامة، **الكافي**، ج3، ص:39. / بهاء الدين المقدسي، **العدة شرح العمدة**، ج1، ص: 416.

3 سبق تخريجه ص: 49.

4 سبق تخريجه ص: 49.

المطلب الخامس: الاجتهاد في توثيق عقد الزواج.

أتطرق في هذا الموضع إلى أمثلة من قانون الأسرة البحريني على الاجتهاد في توثيق عقد الزواج منها:

1- المواد: تنص المادة (16) على أنه: "يوثق الزواج رسمياً، ويجوز إثبات الزواج غير الموثق بالبينة الشرعية."

وكذلك المادة (21/أ) تنص على أنه: "يشترط لتوثيق عقد زواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الحصول على إذن المحكمة الشرعية المختصة بالموافقة على هذا الزواج، وذلك للتأكد من تحقق المصلحة وكفاية الضمانات."

شرح الفقرة (ب): "يشترط لتوثيق عقد زواج المواطنة البحرينية التي لم تتجاوز عشرين عاماً وترغب في الزواج من أجنبي تجاوز الخمسين عاماً الحصول على إذن المحكمة الشرعية المختصة بالموافقة على هذا الزواج، وذلك للتأكد من تحقق المصلحة وكفاية الضمانات."[1]

2- شرح المواد: طلب القانون توثيق الزواج كما نصت المادة (16) على ذلك بأن يوثق رسمياً، وهذا التوثيق من سياق النص قصد به إثبات الزواج فقط، وكذلك يجوز في كل الأحوال إثبات الزواج غير الموثق بالبينة الشرعية.

وأما المادة (21) جاء فيها أنه في حالة إذا كان الزوج بحرينياً وتجاوز الستين وأراد الزواج بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون الخليجي، وكذلك في حالة كانت الزوجة بحرينية ولم يتجاوز عمرها عشرين عاماً وترغب بالزواج من غير البحريني الذي تجاوز الخمسين عاماً، ففي هذه الحالتين فقط على المواطن والمواطنة مراعاة ما يلي:

أ- الحصول على إذن المحكمة الشرعية في هذا الزواج.

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 8-9.

ب- التأكد من المحكمة المختصة بأن المصلحة ستتحق في الحالتين المذكورتين وكذلك يكون لديهما الضمانات الكافية لهذا الزواج، وهذه الأمور تخضع لتقدير المحكمة الشرعية.[1]

3- الحكم الشرعي: أخذ القانون البحريني بمسألة التوثيق في عقد الزواج، ولم يكن هذا الأمر موجوداً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا الصحابة الكرام ولا التابعين.

بعد النظر في الفقه الإسلامي يُلاحظ أن التوثيق ليس من الأركان ولا الشروط في عقد الزواج، فتبين من خلال تتبع النصوص الشرعية بأنه لم ينص على توثيق عقد النكاح ويعتبر من باب المصلحة، والمصالح إذا كان فيها منفعة فإنها مطلوبة ونحتاجها.

ولعلماء الشريعة الإسلامية كلام مفيد حول هذا الموضوع فقد ذكر الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات قوله: "المعلوم من الشريعة أنها شرعت لمصالح العباد؛ فالتكليف كله إما لدرء مفسدة، وإما لجلب مصلحة، أو لهما معا."[2] ويقول ابن قيم الجوزية: "وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلّها وإن فاتت أدناهما وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان وأن تزاحمت عطل أعظمها فساداً باحتمال أدناهما."[3]

4- اتجاه القانون والتعقيب: دلت الشريعة الإسلامية على أن التوثيق الأصل فيه الإباحة كونه لا يخالف الدين ويحقق مصلحة شرعية، فهو إذن اجتهاد حسن ومقبول، يعود بالنفع على الأسرة المسلمة ويحافظ على استقرارها وديمومتها؛ ويؤدي ذلك إلى استصلاح المجتمع الإسلامي وكل هذا مما تهدف له شريعتنا الإسلامية وتسعى لتحقيقه وهذا ما اتجه له المقنن، فمن خلال توثيق الزواج نحافظ ونضمن حقوق الزوجين وعدم الكيد والظلم من أحدهما على الآخر مما يحقق الطمأنينة للأسرة.

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 44، 47-48.

2 الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص:318.

3 ابن قيم الجوزية، **مفتاح دار السعادة**، ج2، ص:22

وكذلك في موضوع اشتراط بعض القيود كما جاء في المادة (21) كل ذلك غايته يصب في مصلحة هذا الزواج –كما ذكرنا– وليس المراد منه التضييق والتشديد، ولا بأس به كونه يجلب المنافع ويدفع الأضرار ولا يخالف الشرع.

المطلب السادس: الاجتهاد في تزويج فاقدي وناقصي الأهلية.

1– **المادة:** جاء في القانون المادة (19) منه على أنه: "لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك بعد مراعاة ما يأتي:

أ– قبول الطرف الآخر الزواج منه بعد اطلاعه على حالته.

ب– كون زواجه فيه مصلحة له.

ج– عدم وجود ضرر أو خطر عليه وعلى زوجته أو على نسله ويثبت ذلك بشهادة طبية."[1]

2– شرح المادة: بين شراح القانون أن الجنون والعته يسببان للإنسان عدم الإدراك والتمييز؛ فيصبح حال كونه في هذا الوضع عديم الأهلية بالنسبة لتصرفاته ولذلك منع القانون زواج المجنون والمعتوه إلا بعلم وليه، وعلى الولي في الحالتين المذكورتين أن يحصل أولاً على إذن القاضي لكي يستطيع الولي تزويج من هو في ولايته منهما، وعلى القاضي قبل الإذن بزواجهما مراعاة ما يأتي:

أ– أن يكون الطرف الثاني على علم واطلاع بحالته سواء النفسية والعقلية وله اتخاذ الوسائل التي تمكنه من ذلك عند الأخصائيين وغيرهم.

ب– أن يكون الزواج فيه مصلحة للمجنون أو المعتوه.

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 8-9.

ج- عدم وجود ضرر على المجنون أو المعتوه وكذلك على الطرف الآخر، وعلى النسل الذي سيكون بينهما، ويكون ذلك بالشهادات الطبية من الأماكن المختصة.[1]

3- الحكم الشرعي: أولاً ما جاء في تعريف الجنون والعتَه.

1- الجنون لغةً: "زوال العقل أو فساد فيه."[2]

2- الجنون اصطلاحاً: "اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً."[3]

1- المعتوه لغة: "عتْهاً وعُتْهاً وعُتاهاً، فهو معتوه نقص عقله، أو فقد أو دهش."[4]

2- المعتوه في الاصطلاح: "آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين وكذا سائر أموره."[5]

ننتقل إلى خلاف أهل العلم في حكم زواج المجنون والمعتوه وهو على أقوال أهمها:

القول الأول: عدم اشتراط العقل لصحة الزواج، وعلى ذلك يجوز للولي أن يزوج المجنونة والمعتوهة صغيرة كانت أو كبيرة، وللحاكم كذلك تزويجها إذا كان في ذلك حاجة ومصلحة مرجوة من الزواج، وهذا قول الحنفية والحنابلة.

استدلوا: 1- تعليلهم بأنه إذا كان الزواج منوطاً بالمصلحة والحاجة،كدفع ضرر الشهوة عنها، وصيانتها عن الفجور، وتحصيل المهر والنفقة، والعفاف، وصيانة العرض، وغير ذلك.

2- قالوا كذلك ينبغي تزويج المجنونة في حال قرر الطب أن علتها تزول بتزويجها وفي ذلك مصلحة ونفع لها. [6]

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 45-46.

2 إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، **المعجم الوسيط**، ج1، ص: 141.

3 الجرجاني، **التعريفات**، ص: 79.

4 الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص: 1249.

5 أبو البقاء الحنفي، **الكليات**، ص: 349.

6 ابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج3، ص: 127./ ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج3، ص: 66./ ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 47-48./ المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 61.

القول الثاني: أن للأب أو وصيه، وللحاكم عند عدمهما أيضاً إجبار المجنون والمجنونة على الزواج في حال كان سبيلاً لصونهما عن الزنا والضياع وإلى هذا ذهب المالكية.

تعليلهم لذلك أنه ينبغي التزويج كونه سبباً في الحفاظ عليهم من الفساد والزنا والضياع.[1]

القول الثالث: ينبغي للأب أو الجد وكذلك الحاكم تزويج المجنون والمجنونة التي ظهرت حاجتهما للزواج، ويتوقع شفاؤهما به لبيان المصلحة المترتبة على ذلك وهذا قول الشافعية.

ولهم قول آخر في المسألة: أن الولي لا يستقل في التزويج بل يشترط إذن الحاكم نيابة عنها.

استدلوا على قولهم بما استدل عليه أصحاب القول الأول من تعليلات، وكذلك بما يرى فيه السلطان من مصلحة وحاجة في هذا الزواج.[2]

4- اتجاه القانون والتعقيب: اتجه القانون البحريني في هذه المسألة إلى تزويج المجنون والمعتوه بعد إذن القاضي إن كان له حاجة إلى النكاح، وهذا أقرب إلى قول الشافعية وأحمد.

التعقيب: اجتهد المقنن البحريني فيما يتعلق بزواج المجنون والمعتوه في قضية اشتراط الإثبات على عدم وجود ضرر أو خطر عليه وعلى زوجته ونسله، ويكون ذلك بشهادة طبية من الجهات المختصة وتكون صادرة ومعتمدة من وزارة الصحة.

والذي يظهر أن الأمر يعود بالنفع على الفرد والمجتمع ويدخل من باب جلب المصالح ودفع والمفاسد، وكذلك لكونه رافداً في الحفاظ على بقاء واستقرار الأسرة.

---

1 الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج3، ص: 176./ الصاوي، **الشرح الصغير**، ج2، ص: 355.

2 الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص: 430-431./ الرافعي، **فتح العزيز بشرح الوجيز**، ج8، ص: 12-13./ النووي، **روضة الطالبين**، ج7، ص: 95.

المبحث الثالث: معالم الاجتهاد في شروط العقد.

نستعرض فيما يأتي نماذج وأمثلة للاجتهاد في شروط العقد ضمن ما جاء في قانون الأسرة البحريني وهو ما تتناوله هذه الدراسة.

المطلب الأول: الاجتهاد في الولاية.

من الأمور التي لها صلة بشروط عقد النكاح موضوع الولاية، وسنتطرق هنا لبعض النماذج المهمة التي تطرق لها قانون الأسرة البحريني.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً.

1- الولاية لغة: "الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب، من ذلك الولي: القرب يقال: تباعد بعد ولي، أي قرب. وجلس مما يليني." وجاء أيضاً: "ولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية، وقيل: الولاية الخطة كالإمارة، والولاية المصدر وجاء كذلك: الولاية، بالكسر، السلطان، والولاية النصرة."[1]

2- الولاية اصطلاحاً: جاء في تعريفها ما ذكره بعض أهل العلم من الحنفية وهو: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى."[2] ولم يسلم هذا التعريف من الانتقاد فقد اعتُرض عليه بأنه غير جامع؛ لكونه مقتصراً على ولاية الإجبار فقط دون ولاية الاختيار.[3]

ومن التعريفات الاصطلاحية للعلماء المعاصرين: "قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير وماله."[4] ويلاحظ أن هذا التعريف غير مانع فهو شامل للولاية عموماً على النفس والمال.

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج6، ص:141./ ابن منظور، **لسان العرب**، ج15، ص:407.

2 ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج3، ص:117./ ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 55.

3 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 55.

4 عبدالكريم زيدان، **المفصل**، ج6، ص: 339.

وقد وقفت على تعريف يحدد موضوعنا بشكل دقيق في ولاية النكاح وهو: "سلطة شرعية لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج، من لم يكن أهلاً لعقده."[1]

الفرع الثاني: مشروعية الولاية وحكمتها.

1- الأدلة على ولاية النكاح:

من الكتاب: أ- قول الله تعالى: {فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ} [البقرة: 232].

وجه الدلالة ما قاله الشافعي: "وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقاً وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف."[2] والمعنى أن النكاح لا يصح إلا بالولي وفيها نهي للولي من المنع.

ب- {فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: 25].

وجه الدلالة: جاءت الآية في نكاح الإماء وقد ذكر ابن كثير في تفسيرها: "دل على أن السيد هو ولي أمته لا تزوج إلا بإذنه."[3]

من السنة: ج- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها.»[4]

وجه الدلالة: يظهر من نص الحديث على أن نكاح المرأة يشرع لها بإذن وليها، وقد ورد فيه: "فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فنكاحها باطل»."[5]

---

1 عوض العوفي، **الولاية في النكاح**، ج1، ص: 29.

2 الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 13.

3 ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ج2، ص: 228.

4 الترمذي، **سنن الترمذي**، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج3، ص:399، رقم الحديث: (1102)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج6، ص: 243: صحيح.

5 الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 14.

2- الحكمة من مشروعية النكاح[1]:

تتضح حكمة الولاية في أمور عديدة أهمها:

أ- قد يكون هناك عدم إدراك للمصلحة والحقوق من بعض الأزواج كالصغار والمجانين؛ ويؤدي ذلك لضياع حقوقهم مما يستدعي ضرورة وجود ولي عليهم في هذه الحالة.

ب- الولاية على المرأة في النكاح كمال لأدبها وحيائها، فمباشرتها لعقد النكاح بنفسها فيه نوع من الارتجال والجرأة لايناسبها، وقد يلحق بها وبأهلها العيب والانتقاص بسبب ذلك، وكذلك الولاية عليها فيه حفاظ على حقوقها، واختيار الأصلح فقد لا تحسن الاختيار لوحدها، فيكون الولي عوناً ومساعداً لها.

ج- بعض الحالات التي يتضح فيها عدم الأهلية في التصرف أو مثلاً قصور في الفهم والمعرفة في هذا الجانب، فيتطلب ذلك وجود مباشرة من قبل الولي.

الفرع الثالث: ترتيب الأولياء.

1- المادة: جاء في المادة (12) من قانون الأسرة في موضوع ترتيب الأولياء ما يلي:

أ- الولاية في الزواج للعصبة بالنفس على الترتيب التالي: "الأب، الجد لأب، الابن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب.

ب- إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى عقد الزواج جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة، فإن اختلفا ولم تعين المخطوبة انتقلت الولاية إلى القاضي.

ج- إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، أو عضل انتقلت الولاية إلى القاضي."[2]

2- شرح المادة: (12/أ) ذكر شراح القانون في موضوع الولاية في الزواج بأنه مقتصر

---

1 انظر: عوض العوفي، **الولاية في النكاح**، ج1، ص: 57-59.

2 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 7.

على العصبات بالنفس واستبعد العصبات بالغير والعصبات مع الغير، ثم عمد إلى ترتيب الأولياء على النحو المذكور، ولاحظ الشارح أن القانون قدم القرابة، ثم اعتد بجهة القرابة.

(12/ب): في حالة تساوي الوليان في القرب فأيهما تولى العقد يصح له ذلك، وإذا كان بإذن وتعيين المخطوبة لأحدهما فمن وقع عليه الاختيار يباشر ويتولى الموضوع، وأما في حالة إذا اختلفا –الوليان– ولم تعين المخطوبة أحداً فإن الولاية تنتقل للقاضي.

(12/ج): الولي الأقرب في حالة غيابه غيبة منقطعة، أو كان في مكان مجهول، أو مكان لا يمكن الاتصال به أو عضل الولي؛ حتى لا تظل المرأة متعلقة بغيبة الولي أو عضله، ففي هذه الحالات اتجه قانون الأسرة البحريني إلى أن الولاية تنتقل إلى القاضي.[1]

3– الحكم الشرعي:

مسألة ترتيب الأولياء: اختلف الفقهاء فيمن هو أولى بالتقديم في ولاية النكاح اختلافاً كبيراً حتى في المذهب الواحد، وبسبب تشعب الخلاف والتفريعات الكثيرة فيه سأذكر المسألة على الترتيب المشهور لكل مذهب؛ حتى يتضح من خلال ذلك ما اتجه إليه المقنن البحريني.

القول الأول: الترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب فتقدم عصبة النسب عند الحنفية كالآتي: الابن، فابنه وإن سفل، ثم الأب فأبوه وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الأب.

والأدلة التي ساقوها لهذا الترتيب:

1– قياس الولاية على الإرث فقد قالوا: "الأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية؛ لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات."[2] فهذا وجه القياس فيما استدلوا به، وكذلك لعدم وجود النص عليه فقاسوا الولاية على الإرث.

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 38–40.

2 أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج3، ص: 96.

2- استدلوا كذلك بأن الابن أولى بالميراث، وأقوى تعصيباً فلذلك يُقدم.[1]

وقد خالف في هذا الترتيب محمد ابن الحسن رحمه الله فقال أن الأب مقدم على الإبن؛ لأن ولاية الأب تعم المال والنفس فلا يثبت للابن الولاية في المال، ولأن الأب ينظر لها عادة والابن ينظر لنفسه لا لها فكان الأب مقدماً في الولاية.[2]

القول الثاني: الترتيب عند المالكية يتقدم فيه الأبناء فأبناؤهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد لأب وإن علوا ثم العمومة وإن سفلوا، وقال المغيرة: الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه.[3]

والمالكية في ترتيب الأولياء كترتيب الحنفية تقريباً ولذلك استدلوا بمثل ما استدل به الحنفية،[4] والفرق أن الحنفية قدموا الجد على الإخوة الأشقاء ودليلهم على ذلك "الأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية؛ لأنها داعية إلى الشفقة والنظر."[5]

القول الثالث: ترتيب الشافعية: الأب ثم أبوه وإن علا، ثم أخ لأبوين ثم لأب، ثم بنو الإخوة وإن نزلوا، ثم الأعمام، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم سائر العصبة على ترتيب الإرث.[6]

استدلوا: 1- قول الله تعالى:{وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى} [الأنبياء: 90]، وقوله تعالى: {رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً} [آل عمران: 38].

وجه الدلالة: أن الولد موهوب لأبيه، وعليه يُقدم على الإبن وليس العكس.

2- استدلوا في هذا الترتيب بالقياس على الميراث بقولهم: "والترتيب في التزويج،

---

1 انظر: أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج3، ص: 96./ ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 76-79.

2 انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج4، ص: 220./ ابن الهمام، **فتح القدير**، ج3، ص:277.

3 انظر: ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد**، ج3، ص: 40.

4 القرافي، **الذخيرة**، ج4، 246./ ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد**، ج3، ص: 40.

5 أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج3، ص: 96.

6 انظر: الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 14-15./ النووي، **روضة الطالبين**، ج7، ص: 59./ الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص: 249.

كالترتيب في الإرث."[1]

3- استدلوا كذلك بأنَّ الأب أكمل نظراً، وأكثر شفقةً ورعايةً لابنته فقالوا: "القصد بالولي طلب الحظ لها والأب أشفق عليها، وأطلب للحظ لها من غيره."[2]

القول الرابع: ترتيب الأولياء لدى الحنابلة على النحو التالي: أبوها فأبوه وإن علا، ثم ابنها وابنه وإن نزل، ثم أخوها لأبوين ثم لأب، ثم بنوهما، ثم عمها لأبوين ثم لأب، ثم بنوهما ثم سائر الأولياء على ترتيب الإرث بالتعصيب، وهذا الترتيب المشهور عند الحنابلة[3].

استدل الحنابلة بمثل ما استدل به الشافعية من الأدلة وتعليلات يمكن الرجوع لها في مصادرها.[4]

ويضاف عليها ما يلي:

1- تعليلهم: "الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه، فيليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه."

2- وعللوا أيضاً على تقديمهم للأب في الولاية أنَّ: "الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس."[5]

4- اتجاه القانون والتعقيب: يلاحظ أن ترتيب الأولياء المذكور في قانون الأسرة البحريني موافق لمذهب الحنابلة.

التعقيب: ترجيح القانون لمذهب الحنابلة فيه دلالة على قوة النظر في الأدلة، ولوضوح وتنوع ما استدل به الحنابلة في المسألة، وهذا يُعد اجتهاداً من قِبل المقنن البحريني.

---

1 النووي، **روضة الطالبين**، ج7، ص: 59.

2 النووي، **المجموع مع تكملة السبكي والمطيعي**، ج16، ص: 155.

3 انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 13-15./ المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 69-70.

4 انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص:14./ ابن قدامة، **الشرح الكبير**، ج7، ص: 412.

5 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 14.

الفرع الرابع: انتقال الولاية حال عضل الولي.

قبل الشروع بالحديث عن هذه المسألة وتفاصيلها، حريٌ بنا أن نبين معنى العضل ابتداءً.

1- العضل لغةً: العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر، وعَضلتُ عليه، أي ضيَّقتُ في أمره، وعَضلتُ المرأَةَ عضْلا، وعضَّلتُها تَعضِيلاً، إذا منعتها من التزوج ظلماً.[1]

2- وأما في الاصطلاح: "منع المرأة التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل منهما في صاحبه، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه."[2]

1- المادة: (12/ج) "إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، أو عضل انتقلت الولاية إلى القاضي."[3]

2- شرح المادة: تم شرحها في الفرع السابق.[4]

3- الحكم الشرعي: اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين.

القول الأول: أن الولاية تنتقل إلى القاضي وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية.[5]

استدلوا: 1- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.»[6]

وجه الدلالة: أن الولاية في الزواج تنتقل للقاضي في حال عضل أو اختلاف وتنازع الأولياء.

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج4، ص: 345-346./ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ص: 1032.

2 المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 75.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 7

4 انظر ص: 56.

5 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، 82-83./ الدسوقي، **الشرح الكبير**، ج2، ص: 231-232./ الشافعي، **الأم**، ج5، ص:14.

6 سبق تخريجه ص: 58.

نوقش: بأنه ليس حجه لهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له.» وهذه لها ولي، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل؛ لأن قوله: (فإن اشتجروا) ضمير جمع يتناول الكل.[1]

2- قياس الولاية على الدَّين وأن الولاية تنتقل للقاضي بقولهم: "النكاح حق لها فإذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فإن الحاكم ينوب عنه في الدفع من مال الممتنع."[2]

القول الثاني: أن الولاية تنتقل إلى من يليه من الأولياء، وهذا قول الحنابلة.[3]

استدلوا: 1- علتهم في ذلك أنه: "قد تعذر التزويج من الأقرب، فوجب أن ينتقل إلى من يليه، كما لو جُنَّ."

يناقش: بأنه قياس مع الفارق لأن المجنون فاقد للولاية من الأساس؛ لعدم وجود العقل الذي هو من شروط الولاية، فلا يصلح قياس العاضل على المجنون.

2- استدلوا كذلك بأنه: "يفسق بالعضل، فتنتقل الولاية عنه، كما لو شرب الخمر."[4]

يناقش: يُرد على هذا الدليل بأن شارب الخمر فاسق، والفاسق لا تسقط ولايته على الأرجح فلا يُقاس عليه العاضل.

4- اتجاه القانون والتعقيب: ذهب القانون في هذه المسألة مع قول الجمهور بأن الولاية تنتقل إلى القاضي مباشرة.

التعقيب: وأرى في اجتهاد القانون واختيارهم لرأي الجمهور نوع من الفطنة وفهم للواقع الحالي وما آلت إليه الأمور في مجتمعاتنا، خصوصاً مع قلة الوازع الديني، وكذلك في هذا الرأي عدة أمور تعود بالنفع والخير عند وجود مثل هذه الحالة وهي:

---

1 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 31.

2 النووي، **المجموع**، ج16، ص: 163.

3 ابن مفلح، **المبدع**، ج6، ص: 110./ المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 75.

4 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 30-31./ ابن مفلح، **المبدع**، ج6، ص: 111.

1- أن لا تضطر الفتاة للتأخير والتعطل والتسويف إلى أجل غير مسمى بسبب العضل.

2- أن لا تكون ضحية للمقارنات والمجاملات الضارة في مجتمعاتنا وهذا حاصل بكثرة مما يعود بالضرر المعنوي والجسدي عليها فتنتقل الولاية للسلطان أفضل.

3- انتقال الولاية مباشرة للقاضي سبب في رفع العبء والحرج على الأولياء الأبعد، وكذلك في حال حدث خلاف بينهم فكل ذلك يرتفع بتولي القاضي مباشرة إذا عضل الولي.

من خلال ما تقدم حول مسألة عضل الولي يرى الباحث أنها لم توف حقها في القانون فقد ذُكرت على عجل في جزء من مادة دون تفصيل، فيُقترح إدراجها وتبيينها بشكل أكبر؛ نظراً لأهميتها في هذا الزمن وقد اتضح ذلك من خلال ما تم الحديث عنه.

المطلب الثاني: الاجتهاد في الصداق.

في عقد النكاح الصحيح يجب للمرأة مقدار من المال، وهو ما يسمى في العرف الشرعي بالصداق أو المهر، وسنتطرق إليه بشيء من التفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف المهر لغةً واصطلاحاً.

1- المهر لغة: "المهر، الصداق، والجمع مُهور؛ وقد مَهَرَ المرأة يمهَرها ويمهُرها مهراً وأمهرها، ومَهرْتُها، فهي مَمهورة، أعطيتها مهراً، وأَمهَرتُها: زوجتُها غيري على مهر، والمهِيرَة: الغَالية المهر، والمهارة: الحِذْق في الشيء. والماهر: الحَاذِقُ بكل عمل."[1]

2- المهر في الاصطلاح الشرعي: "المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البِضع، إما بالتسمية أو بالعقد."[2]

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج5، ص: 184.

2 البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج3، ص: 316.

الفرع الثاني: مشروعية المهر.

ثبتت مشروعية المهر في الكتاب والسنة والإجماع:

1- من الكتاب: أ- {وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ} [النساء: 24].

وجه الدلالة: البذل للزوجة حقها بالفريضة التي فرضها الله تعالى لها وهي المهر.

ب- { وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } [النساء: 4].

قال القرطبي رحمه الله: "هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة."[1]

ج- { وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: 25].

وجه الدلالة: أجورهن بمعنى مهورهن وهي أيضاً من أسماء المهر والصداق.

2- من السنة: أ- حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة، فقال: «ما هذا؟» قال: يا رسول الله، إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: «فبارك الله لك، أَولِم ولو بشاة.»[2]

وجه الدلالة: تقديم المهر للزوجة عند النكاح، فقد قدم عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه نواة من ذهب.

ب- قول النبي صلى الله عليه وسلم للرجل الذي طلب أن يزوجه من امرأة جعلت أمرها للنبي صلى الله عليه وسلم: «إذهب فالتمس ولو خاتماً من حديد.»[3]

وجه الدلالة: مشروعية ووجوب تقديم المهر للزوجة لمن أراد الزواج، ولو شيئاً يسيراً، حتى وإن كان خاتماً من حديد كما جاء في الحديث.

---

1 القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج5، ص:24.

2 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب النكاح، باب: الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، ج2، ص: 1042، رقم الحديث: (1427).

3 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب اللباس، باب: خاتم الحديد، ج7، ص: 156، رقم الحديث: (5871).

3- من الإجماع: "أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح."[1]

وقال القرطبي رحمه الله في تفسيره: قوله تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) "هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة، وهو مجمع عليه ولا خلاف فيه إلا ما روي عن بعض أهل العلم من أهل العراق أن السيد إذا زوج عبده من أمته أنه لا يجب فيه صداق، وليس بشيء."[2]

الفرع الثالث: اشتراط نفي الصداق في العقد.

نتكلم في هذه المسألة عن موضوع ما لو تم اشتراط إلغاء الصداق من عقد الزواج فما الحكم؟

1- المادة: من شروط صحة عقد الزواج في قانون الأسرة البحريني، وهو الذي يهمنا ما جاء في نص المادة (26/ج) أن من شروط صحة العقد: "عدم نفي الصداق."[3]

2- شرح المادة: توضيح نص المادة جاء على أن: "عدم نفي الصداق هو شرط من شروط صحة الزواج، وعدم نفي الصداق لا يعني ضرورة اشتراط ذكره في عقد الزواج."[4]

3- الحكم الشرعي: لو جاء أنه من شروط عقد الزواج إلغاء المهر فقد اختلف الفقهاء في صحة النكاح على قولين:

القول الأول: أن اشتراط نفي المهر لا يبطل النكاح وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة.[5]

استدلوا: أ- "لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطله."

ب- "لأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد."

---

1 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 209.

2 القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج5، ص: 24.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 11.

4 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 62.

5 المرغيناني، **بداية المبتدي**، ج1، ص: 61./ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص: 393-394./ المرداوي، **الإنصاف**، ج8، ص: 165.

ج- "أن المهر أثر للعقد وحكم من أحكامه فلا يملكان نفيه." [1]

القول الثاني: اشتراط نفي المهر يبطل النكاح وقد ذهب لهذا القول المالكية وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.[2]

استدلوا: أ- {وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } [النساء: 4].

قال القرطبي في تفسيره: "الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة."[3] وعلى ذلك فإنه بهذا الشرط يبطل النكاح عندهم.

ب- {فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ} [النساء: 24].

ج- قول النبي صلى الله عليه وسلم للرجل الذي طلب أن يزوجه من امرأة جعلت أمرها للنبي: «إذهب فالتمس ولو خاتما من حديد.»[4]

4- اتجاه القانون والتعقيب: نلاحظ أن اختيار المقنن اتجه إلى ما ذهب إليه المالكية وشيخ الإسلام، فلا يصح النكاح إذا ما اتفق العاقدان على نفي الصداق في العقد.

التعقيب: فيما يبدو أن اختيار القانون لمذهب المالكية في هذه المسألة يدل على وضع الاعتبار لقوة الأدلة عند الترجيح؛ لأنه من خلال عرض المسألة يظهر أن أدلتهم أقوى وأرجح بخلاف القول الآخر؛ وكذلك لأن ما أقروه فيه نوع من الحرص على الحقوق وعدم التهاون، وهذا مطلوب هنا لما للنكاح من أهمية في الشريعة الإسلامية كما تقدم.

الفرع الرابع: تنازع الزوجين في قبض الصداق.

1- المادة: نص القانون في (المادة 33) على أنه: "إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق

---

1 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 94./ الضو، **أحكام المهر في الفقه الإسلامي**، ص: 80.

2 القيرواني، **متن الرسالة**، ج1، ص:90 / الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج3، ص:172./ ابن تيمية، **الفتاوى**، ج29، ص:344.

3 القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج5، ص:24.

4 سبق تخريجه، ص: 66.

قبل الدخول ولم تكن هناك بينة فالقول للزوجة في نفي قبضه مع يمينها، وإن كان التنازع بعد الدخول ولم تكن هناك بينة فالقول للزوج في حصول القبض مع يمينه."[1]

2- شرح المادة: القانون ذكر أن من صور التنازع على قبض الصداق:

أ- القبض قبل الدخول: بوجود دليل أو بينة على القبض فإنه يعمل بها، وإن لم يكن هناك دليل ولا بينة فالقول للزوجة في نفي قبض الصداق بشرط يمينها على ما تدعيه.

ب- القبض بعد الدخول: أيضاً يُعمل بالدليل أو البينة في حال تواجدهما وإلا فالقول للزوج في حصول القبض بشرط يمينه.[2]

3- الحكم الشرعي: أقوال العلماء في مسألة تنازع الزوجين في قبض المهر –وفق الصور التي ذكرها القانون- على النحو الآتي:

القول الأول: إن كان الخلاف قبل الدخول فالقول للزوجة مع يمينها، وعلى الزوج إثبات ما يدعيه بالبينة، وإن كان الخلاف بعد الدخول؛ فإن لم يكن هناك عرف بتقديم شيء، فالقول قول الزوجة مع يمينها، وإن كان هناك عرف فيحكم العرف في النزاع على أصل القبض ويكون المرجع إليه، وهذا القول هو المشهور عند الحنفية.

استدلوا: بالعرف وما جرت به العادة.[3]

القول الثاني: القول للزوجة قبل الدخول مع يمينها، والقول للزوج بعد الدخول مع يمينه إلا إذا كان هناك عرف فيرجع إليه وهذا هو القول المشهور عند المالكية.

استدلوا: بما تعارف عليه الناس فقد ذكروا: "لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق."[4]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 12.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 72.

3 انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 148 / ابن عابدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، ج2، ص: 125-126.

4 انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج3، ص: 55.

القول الثالث: لم يفرق أصحاب هذا القول ما بين قبل الدخول وبعده، فقد قالوا: "إن اختلف الزوجان في قبض المهر، فادعاه الزوج، وأنكرت المرأة، فالقول قولها."

استدلوا: تعليل فقد ورد: "بأن الأصل عدم القبض، وبقاء المهر." فعلى ذلك يكون القول للزوجة مع يمينها سواء كان قبل أو بعد الدخول، وإلى هذا القول ذهب الشافعية والحنابلة.[1]

4- اتجاه القانون والتعقيب: القانون أقرب في اتجاهه لمذهب المالكية، وفي هذا الرأي عدم الاقتصار على أحدهما دون الآخر، فجعل القول لصاحب البينة ابتداءً، ثم إن لم توجد بينة قبل الدخول يكون القول للزوجة، وبعد الدخول القول للزوج، وأرى أن توجه القانون مع هذا القول موفق، وفيه من الإنصاف بين الزوجين والله أعلم.

التعقيب: بعد النظر في المسألة نلاحظ أن القانون لم يذكر في قضية التنازع بين الزوجين إلا موضوع قبض المهر، ولا ينحصر التنازع فيه فقط، بل هنالك العديد من المسائل لا تقل أهمية عن هذا الموضوع ومن الممكن أن يكون عليها نزاع في حياتنا وواقعنا المعاصر كالخلاف في مقداره، أو جنسه، وغيرها، وعلى ذلك أقترح أن يتم التفصيل أكثر في المواد القانونية حول موضوع التنازع بين الزوجين في المهر؛ نظراً لأهميته في مجتمعاتنا والحاجة لحسم مثل هذه الخلافات.

المطلب الثالث: الاجتهاد في الكفاءة بين الزوجين.

الزواج يؤدي إلى تداخل وترابط واندماج لا يحدث في الغالب إلا لمن بينهما تقارب وتناسب وما إلى ذلك، وللحفاظ على بناء وثبات الأسرة وضع الشرع أموراً معتبرة لتكافئ الزوجين وهو ما سنتحدث عنه في المسألة التالية.

---

1 الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص: 473./ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص: 23.

الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحاً.

1- الكفاءة لغة: "الكاف والفاء والهمزة أصلان يدل أحدهما على التساوي في الشيئين، ويدل الآخر على الميل والإمالة والاعوجاج، فالأول: كافَأْتُ فلاناً، إذا قابلتهُ بمثل صَنيعه، والكُفء: المثل، قال الله تعالى: {ولم يكن له كفواً أحد} [الإخلاص: 4]. والتكافؤ: التَّساوي."

وجاء أيضاً: "والكفء: النظير والمساوي، ومنه الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبِها ودينِهَا ونَسَبها وبيتها وغير ذلك، وتكافأ الشيئان: تماثلا، وكافأه مكافأة وكفاء: ماثله."[1]

2- الكفاءة اصطلاحاً: "المماثلة في ثلاثة أمور الحال والدين والحرية."

وكذلك عُرِّفت: "أمر يوجب عدمه عاراً."[2]

نلاحظ من خلال ما تم ذكره أنها تدور في معنى واحد وهو التقارب والتماثل.

الفرع الثاني: مشروعية الكفاءة.

من الكتاب: أ- قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً} [النساء: 1]

ب- وقال تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً} [الروم: 21]

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله سبحانه وتعالى خلق الزوجين من نفس واحدة، ثم شرع الزواج لتهيئة النفوس والطمأنينة والاستقرار؛ فينتج من ذلك نشأة وتكوين الأسرة التي تعتبر من أهم الأهداف السامية واللبنة الأساسية في المجتمع، وكل ما يحقق هذه الغاية العظيمة شرَعهُ الله سبحانه وتعالى، وعليه فإن الكفاءة مشروعة من أجل تحقيق ذلك.

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج5، ص: 189./ ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص: 140.

2 الصاوي، **الشرح الصغير**، ج2، ص: 399./ الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص: 272.

من السنة: أ- ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أن فاطمة بنت قيس قالت: "فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان، وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد» فكرهته، ثم قال: «انكحي أسامة»، فنكحته، فجعل الله فيه خيرا، واغتبطت به."[1]

وجه الدلالة: الحديث دليل على مشروعية الكفاءة في الزواج؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبرها في المال وغيره كما هو واضح.

ب- ما روي عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: "توفي عثمان بن مظعون، وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، قال عبد الله: وهما خالاي، قال: فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون، فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة، يعني إلى أمها، فأرغبها في المال، فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبيا، حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي، أوصى بها إلي، فزوجتها ابن عمتها عبدالله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة، وإنما حطت إلى هوى أمها، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها"، قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة."[2]

وجه الدلالة: اعتبار الكفاءة في الصلاح والمال ومراعاة رأي ونظر الأهل في تحري الكفاءة فلهم الحق في ذلك، وغيرها ومما يتناسب ويتلاءم للنكاح، وهذا كله يدل على مشروعية الكفاءة.

---

1 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ج2، ص: 1114، رقم الحديث: 1480.

2 أحمد، **مسند الإمام أحمد**، باب: عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، ج5، ص: 390، رقم الحديث: (6136)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج6، ص:234: حسن.

الفرع الثالث: المعتبر في الكفاءة.

نص القانون على قضية مهمة في النكاح لها اعتبار ودور كبير في الحفاظ على الأسر وهو موضوع ما يعتبر في الكفاءة فقد جاء في المادة (35) ما يأتي.

1- المادة: (35/ب): "العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين وكل ما قام العرف على اعتباره."

وكذلك جاء (35/د): "التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقاً للزوجة وحدها"[1]

2- شرح المادة: (35/ب) اعتبر القانون معيار الكفاءة للنكاح في أمرين هما الصلاح في الدين، والأمور المعتبرة في العرف.

(35/د): أما شرح الفقرة فقد جاء فيها أن اعتبار تناسب السن حق للزوجة وحدها فلها النظر والأمر في هذا الجانب.[2]

3- الحكم الشرعي: اختلف الفقهاء في الأمور المعتبرة في الكفاءة على النحو الآتي:

القول الأول: الكفاءة في النكاح تعتبر في ست خصال وهي: النسب والإسلام والحرية والديانة والمال والحرفة وهذا قول الحنفية في المسألة.[3]

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن اعتبار الكفاءة يكون في أمرين هما: الدين والسلامة من العيوب الموجبة للخيار، وهذا قول المالكية في المسألة.[4]

القول الثالث: خصال الكفاءة عند الشافعية كما جاء ست وهي: السلامة من العيوب

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص:13.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص:76-77.

3 انظر: المرغيناني، **الهداية**، ج1، ص: 195-197./ ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 86.

4 الصاوي، **الشرح الصغير**، ج2، ص: 400/ عليش، **منح الجليل**، ج3، ص: 323.

التي تثبت للزوجة والحرية والنسب والدين والغنى والحرفة.[1]

القول الرابع: المعتبر في الكفاءة عند أصحاب هذا القول في خمس خصال وهي: الدين والنسب والحرية والحرفة والغنى، وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة.[2]

الأدلة: ذكروا أدلة وتعليلات على اعتبار الكفاءة بين الزوجين في النكاح:

1- في اعتبار النسب؛ لكونه يقع به التفاخر والرفعة في النسب، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة.

2- من الأمور المعتبرة في الكفاءة الإسلام وتعليلهم فيه كونه من أعلى المفاخر، وأن المرأة تُعير بفسق زوجها فتتحقق هذه الخصلة بالصلاح في الدين والسلامة من الفسق، وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط كما لاحظنا.

3- الدليل على الكفاءة في الحرية ذهب له الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة فدليلهم عليه: ماجاء عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: اشتريت بريرة، فاشترط أهلها ولاءها، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أعتقيها، فإن الولاء لمن أعطى الوَرِق»، فأعتقتها، فدعاها النبي صلى الله عليه وسلم، فخيرها من زوجها، فقالت: لو أعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده، فاختارت نفسها.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم بعد عتقها خيرها أن تبقى في عصمته أو تفارقه فاختارت الفراق ولو كان زوجها حراً لما خيرها، فنستدل من ذلك على اعتبار الحرية في النكاح؛ ولأنَّ الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل، وكذلك تعير به الزوجة، قالوا كذلك: أنه لا ينفق بيسر، والعبد مشغول عن زوجته بحقوق سيده وفي ذلك ضرر على الزوجة ولهذا يعتبر هذا الشرط في الكفاءة بين الزوجين عند الفقهاء.

---

1 انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص: 100 وما بعدها. / الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج7، ص: 278.

2 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 35.

4- اعتبار المال -المهر- فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الزواج ودوامه، وفيه إضرار بالزوجة؛ لأنه يُعد نقصاً في عرف الناس ويستهان ويستحقر من لا قدرة له على المهر والنفقة.

5- السلامة من العيوب: وتعليل ذلك أن النفس بطبيعتها تنفر وتعاف ممن به عيوب، وغير ذلك مما يترتب من أضرار وامراض وعدوى للزوجين والأولاد فلا يتحقق المقصود والغاية من النكاح، والمراد هنا العيوب الفاحشة لا البسيطة والمؤقتة، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة.

6- الحرفة: والمراد كل عمل يطلب به الرزق من صناعة ونجارة وغيرها، واستدل من اعتبرها شروط للكفاءة من الحنفية والشافعية والحنابلة بقول الله تعالى: {وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ} [النحل: 71]، والمعنى أي سبب الرزق فالبعض يصل له بتقدير وعز ورقي، والبعض الآخر بالتعب والذل والمشقة، ومن التعليلات: أن الناس فيما بنيهم يتفاخرون بشرف الحرفة ويستنقصون ويستهزؤون من البسيطة والدنيئة، وفي عصرنا الآن نرى ونلاحظ أنهم حتى يلقبون ويكنون بحرفهم ومهنهم وفي ذلك دلالة على أهميتها واعتبارها بين الناس، ولهذا كان نظر الفقهاء لها أمر معتبر في الكفاءة بين الزوجين في النكاح.[1]

4- اتجاه القانون والتعقيب: لم ينص القانون أو يحدد المعتبر في الكفاءة صراحةً وتفصيلاً كما في المذاهب الأربعة، بل أجملها بالصلاح في الدين، وما قام العرف باعتباره، ومعنى ذلك أن القانون جعل الدين هو الأساس في الكفاءة، ثم ما اعتبره العرف، وهذا يُعد اجتهاداً منه وقد أحسن الاختيار فيه، ويتماشى مع ما ذهب إليه الفقهاء في المسألة.

التعقيب: والذي أراه أن المقنن وُفِّقَ لما سار إليه؛ لأنَّه ابتداءً ارتكز على الصلاح في الدين وهذا أمر مطلوب، ثم الرجوع للعرف وذلك ملائم لديمومة النكاح -على الأغلب- في

1 انظر: المراجع بالصفحات السابقة في هذه المسألة.

كل بلد، وكذلك لاختلاف العرف في كل مكان وزمان، فقد تكون هناك أمور كانت معتبرة اختلف وضعها في وقتنا الحالي والعكس صحيح.

أمر آخر نص عليه القانون وهو موضوع اعتبار السن في الكفاءة وقصره على الزوجة، وهذا أمر يحمد عليه، باعتبار أهميته البالغة ولا سيما في مجتمعنا الحديث الذي زادت فيه الاختلافات والمشاكل وارتفاع حالات الطلاق، فنحتاج للتدقيق على أمور تؤدي لاستمرارية النكاح، فتقارب السن يؤدي إلى التوافق والتشابه الفكري والعاطفي والكثير من الإيجابيات في الزواج فيكون سبباً لتحقيق الثبات والاستقرار للأسرة، ويتبن أن المقنن أخذ ما نص عليه في هذا الموضوع من الفقه الشافعي.[1]

1 انظر: زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج3، ص:138-139./ الرملي، **نهاية المحتاج**، ج6، 256.

الفصل الثاني

معالم الاجتهاد في آثار عقد الزواج

المبحث الأول: الاجتهاد في الحقوق الزوجية.

المبحث الثاني: الاجتهاد في النفقة الزوجية.

المبحث الثالث: الاجتهاد في عمل المرأة.

المبحث الرابع: الاجتهاد في إثبات النسب.

الفصل الثاني: معالم الاجتهاد في آثار عقد الزواج.

بعد المقدمات والشروع في النكاح ومع بيان قيام هذا العقد المسمى بالميثاق الغليظ والمحصن في شريعتنا الإسلامية، فإنه بلا شك ينتج ويترتب عليه آثار سواء كانت لأحد الزوجين أو كلاهما، وسنحاول من خلال البحث دراسة أهم ما يتعلق بهذا الموضوع وفق ما نُص عليه في قانون الأسرة البحريني باختيار نماذج وأمثلة على اجتهاد المقنن البحريني مع اعتبار أبرز ما يعود بالنفع على الفرد والمجتمع فيه ملامسة للواقع الذي نعيشه، وسيكون هذا الفصل مقسماً على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاجتهاد في الحقوق الزوجية.

المبحث الثاني: الاجتهاد في النفقة الزوجية.

المبحث الثالث: الاجتهاد في عمل المرأة.

المبحث الرابع: الاجتهاد في إثبات النسب.

المبحث الأول: الاجتهاد في الحقوق الزوجية.

عندما يرتبط كلا الزوجين ينتج عن ذلك في شريعتنا الإسلامية وكذلك في القانون حقوق إما أن تكون لأحد الطرفين، أو تكون مشتركة بينهما، وسنحاول من خلال هذا المبحث دراسة أهم الحقوق المتعلقة بالزوجين.

المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

1- المادة: نص المقنن البحريني على مسألة ينبغي التنبه لها وهي في المادة: (36/أ): "حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر."

والفقرة (هـ) من ذات المادة: "إحصان كل منهما الآخر."[1]

2- شرح المادة: ما يتعلق بالفقرة (أ) من المادة فقد ذكر الشراح فيها أن: الاستمتاع حق للرجل على زوجته، وحق للزوجة على زوجها، فإذاً الوطء حق مشترك بينهما وليس مقصوراً على أحد دون الآخر.

وأما شرح الفقرة (هـ) فقد جاء في شرحها أن إحصان الزوج والزوجة معناه: التمكين من قضاء الوطر وإشباع الرغبات.[2]

3- الحكم الشرعي: مسألة حق الجماع والمعاشرة اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن الجماع حق مشترك بين الزوج والزوجة

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة.[3]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص:13.

2 انظر: الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 236/229.

3 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص: 334./ الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج3، ص:165/ البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 191.

أدلتهم: 1- قول الله تعالى: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 228]،

وجه الدلالة: دلت على أن للزوجة حق على زوجها كما له حق عليها، ومن الحقوق ما هو مشترك بينهما ومنه الجماع، وفي ذلك دلالة واضحة على أنه حق مشترك.[1]

2- حديث النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟» قلت: بلى يا رسول الله، قال: «فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا.»[2]

وجه الدلالة: قوله صلى الله عليه وسلم لا تفعل فيه النهي بصيغة الأمر بمراعاته لحقوق زوجته كما جاء في الحديث، ومن حقوقها الجماع، ولا يفوِّت عليها حقها ولو كان بالعبادة، ونستدل منه على أنه حق مشترك بين الزوجين.

القول الثاني: أن الجماع حق للرجل وليس للمرأة وهو ما ذهب إليه الشافعية.[3]

واستدلوا: 1- قول الله تعالى: { وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 228]،

وجه الدلالة: أن للنساء حق على أزواجهن، وعليهن حق لأزواجهن، وتوضح الآية كما قال أهل العلم: "المقابلة ههنا بالتأدية لا في نفس الحق لأن حق الزوجة النفقة والكسوة وما أشبه ذلك، وحق الزوج التمكين من الاستمتاع."[4] ويتضح بذلك أنه حق للزوج فقط دون الزوجة.

2- قول النبي عليه الصلاة والسلام: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني.»[5]

---

1 انظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج3، ص: 123-124.

2 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: لزوجك عليك حق، ج7، ص:31، رقم الحديث: (5199).

3 الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج3، ص:229.

4 النووي، **المجموع**، ج16، ص: .414

5 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: ما جاء في فضل النكاح، ج1، ص: 592، رقم الحديث:(1846)، قال الألباني في **صحيح وضعيف سنن ابن ماجه**، ج4، ص: 346: حديث حسن.

وجه الدلالة: أن الجماع سنة كما جاء في الحديث ففي ذلك دلالة على أن الجماع ليس حقاً للمرأة وإلا لما كان سنة كما وصفه عليه الصلاة والسلام.

4- اتجاه القانون والتعقيب: نلاحظ أن قانون الأسرة البحريني اعتبر الجماع والمعاشرة حقاً للزوج والزوجة معاً، وعليه فقد أخذ بالقول الأول في المسألة وهو رأي الجمهور.

التعقيب: ونظرة المقنن البحريني على شمول هذا الحق لكلا الزوجين مميزة وفيها من الحكمة والعدل، ويرد على أصحاب القول الثاني أن من أهم مقاصد النكاح العفة؛ لكونه فطرة وغريزة في البشر ذكوراً وإناثا، فلا تقتصر على الرجل فقط، فكان من النباهة والتوفيق في الاختيار أن يتجه القانون إلى أنه حق للرجل والمرأة معاً والله أعلم.

المطلب الثاني: حقوق الزوج.

نص القانون أن للزوج حقوقاً على زوجته ومنها ما يأتي:

1- المادة: من الحقوق التي أوردها القانون من حقوق الزوج على زوجته كما جاء في المادة (38/ب): "رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع شرعي."[1]

2- شرح المادة: ذكر شراح القانون عن هذه الفقرة من المادة أنه: "من حق الزوج على زوجته أن ترضع ولده منها إذا تعينت ولا يكون لها الامتناع إلا بعذر شرعي يقدره القاضي."[2]

3- الحكم الشرعي: بعد عرض المادة وشرحها، نحتاج للنظر في كلام الفقهاء حول مسألة حكم إرضاع الأم لولدها، وقد اختلف فيها الفقهاء على ثلاثة أقوال:

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 14.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 85.

القول الأول: إرضاع الأم لولدها مندوب، ولا يجوز للزوج إجبارها وهذا قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.[1]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: الأمر في الآية من باب الإرشاد كما جاء: "هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة."[2]

2- قول الله تعالى: { وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى} [الطلاق: 6].

وجه الدلالة: جاء في تفسير الرازي رحمه الله: "وإن تعاسرتم أي في الأجرة: فسترضع له أخرى غير الأم."[3] ففي حال حدث خلاف وتعاسر بين الأم والأب، فإنه يجب على الأب البحث عن مرضعة أخرى، ولو كان واجباً على الأم لما اضطر الأب لذلك.

3- مما استدلوا عليه التعليل: "لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات فكذا الإرضاع."[4]

القول الثاني: يلزم الزوجة في العادة إرضاع ولدها، وأما ذات الوجاهة وعالية القدر فلا يجب عليها وهذا قول المالكية في المسألة.[5]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ

---

1 السرخسي، **المبسوط**،ج5، ص: 209 / قليوبي وعميرة، **الحاشية**، ج4، ص: 87 / الزركشي الحنبلي، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ج6، ص: 40.

2 ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ج1، ص: 633.

3 فخر الدين الرازي، **مفاتيح الغيب**، ج30، ص: 564.

4 برهان الدين الحنفي، **المحيط البرهاني**،ج3، ص: 565.

5 انظر: الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج4، ص: 206.

يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: أن الآية جاء فيها الأمر بإرضاع الوالدات لأولادهن، والأمر مطلق فيفيد الوجوب؛ فيكون الإرضاع واجب على الأم.[1]

2- العرف: ذكروا بأن المرأة العالية القدر يجري العمل أن لا ترضع وأما غيرها فترضع.[2]

القول الثالث: يجب إرضاع الأم لولدها في كل الأحوال، سواء كانت عالية القدر أم لا، وسواء كانت ممن يرضع مثلها أو لا، وهذا قول أبي ثور وابن أبي ليلى في المسألة.

واستدلوا: قوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: جاءت الآية عامة مطلقة، فأفاد ذلك الوجوب. [3]

4- اتجاه القانون والتعقيب: الذي يظهر أن القانون اختار الرأي الثالث في المسألة وهو وجوب إرضاع الأم لولدها باعتباره حقاً من حقوق الزوج على زوجته بإرضاع ولده.

عندما ترى واقعنا المعاصر تجد قلة الوعي والتقصير من قبل الأمهات في رعاية وتربية الأبناء، فتجد منهن المنشغلة بعملها، والملتزمة بارتباطاتها الاجتماعية، وتجد كذلك من تخاف على جمالها ومظهرها فتخشى من إرضاع ولدها!!، فيجعلون رعاية وتربية الأبناء على هامش أمور الحياة، ولا شك أن الكلام لا يشمل كل الأمهات كما ذكرت ولكن نرى أن هذه الظاهرة تنتشر وتتفشى في مجتمعاتنا مع الأسف الشديد.

---

1 انظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج3، ص: 160- 161.

2 انظر: الثعلبي، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، ج1، ص: 934.

3 ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 251.

التعقيب: بعد النظر في المسألة نلاحظ أن المقنن قد أحسن ووفق في اجتهاده؛ لأنه لامس واقعنا ومجتمعنا ونظر له من جميع النواحي محاولاً بذلك الحفاظ على أساس المجتمع وهو الأسرة، وهذا أمر مهم يدركه كل عاقل من ذكر وأنثى، ويحتاجه الابن من جميع النواحي سواءً صحية أو نفسية، والحديث في هذا الموضوع يطول ولا يسع المقام هنا للاستطراد.

المطلب الثالث: حقوق الزوجة.

1- المادة: نتكلم هنا عن أهم ما جاء في نص القانون عن موضوع حقوق الزوجة على زوجها نظراً لكثرة الخلافات بين الزوجين في هذه النقطة وهي كما يلي:

في المادة (37/ب): "عدم التعرض لأموالها الخاصة، ولها التصرف فيها بالمعروف."[1]

2- شرح المادة: عندما شرحوا نص المادة قالوا: "أن تتصرف في حقوقها بكل التصرفات الشرعية دون رقابة عليها وقد أكد القانون ذلك عندما نص على عدم تعرض الزوج لأموال زوجته الخاصة بها ونص على أن لها حق التصرف فيها بالمعروف."[2]

3- الحكم الشرعي: نص هذه المادة يقودنا للحديث عن حكم تصرف المرأة في مالها.

أولاً: تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء أن للزوجة ذمة مالية مستقلة ولها التصرف في مالها كله عن طريق المعاوضة دون إذن من أحد والأصل فيه قوله تعالى: {فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: 6].

ثانياً: اختلف الفقهاء في حكم التصرف بمالها عن طريق التبرع على قولين:

القول الأول: يجوز لها التصرف في كل مالها بالتبرع وإلى هذا القول ذهب الحنفية

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص:14.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص:81.

والشافعية وبعض الحنابلة.[1]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: 6].

وجه الدلالة ذكره ابن قدامة: "وهو ظاهر في فك الحجر عنهم، وإطلاقهم في التصرف."[2]

2- جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «تصدقن، يا معشر النساء، ولو من حليكن.»[3] فتصدقن وقَبِل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل.

وجه الدلالة: لو كان تصرفهن غير نافذ إلا بإذن أزواجهن لما أمرهن أو قَبِل صدقاتهن إلا بذاك، فيدل الحديث على جواز تصرف المرأة في مالها بغير عوض كصدقة أو هبة.

3- كذلك تعليلهم على جواز تصرف المرأة بكل مالها: "لأن المرأة من أهل التصرف، ولا حق لزوجها في مالها، فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه."[4]

القول الثاني: لا يجوز لها التبرع إلا في حدود الثلث، فما زاد يكون بإذن زوجها وهذا هو قول المالكية في المسألة ورواية عند الإمام أحمد.[5]

استدلوا: 1- ما ورد أن خَيْرَة امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلي لها فقال صلى الله عليه وسلم: «لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها، فهل استأذنت كعبا» قالت: نعم، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب بن مالك، فقال: «هل أذنت لخَيْرَة أن

---

1 أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج3، ص: 91./ الشافعي، **الأم**، ج3، ص: 220./ ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 348.

2 ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 349.

3 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على الأقربين، ج2، ص: 694، رقم الحديث: (45).

4 أبو الفرج شمس الدين الحنبلي، **الشرح الكبير على متن المقنع**، ج4، ص: 532.

5 الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج7، ص: 103. /ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 348.

تتصدق بحليها؟» فقال: نعم، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم منها.[1]

2- وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها.»[2]

نوقش: "ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو، فهو مرسل. وهو محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه، بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها، وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث، فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف، ولا عليه دليل."[3]

وجه الدلالة: كما هو واضح أن المرأة لا تتصرف بمالها إلا بإذن زوجها، وفيه إشارة إلى أن إذن الزوج شرط لنفاذ تصرفها فيه؛ فإذاً لا تتبرع الزوجة بمالها إلا في حدود الثلث.

3- عللوا بقولهم: "ولأن حق الزوج معلق بمالها، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك.»[4] والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها، ويتبسط فيه، وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المعلقة بمال المريض."[5]، فالمعنى أن المال مقصود في زواجها، للتجمل والتزين وغيره، فللزوج منفعة فيه كذلك فلا تتصرف إلا بحدود الثلث.

4- اتجاه القانون مع التعقيب: نلاحظ أن القانون خالف قول المالكية وبعض الحنابلة في المسألة فقرر المقنن حرية المرأة في التصرف بمالها بالمعروف آخذاً برأي الجمهور في المسألة.

---

1 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، ج2، ص:798، رقم الحديث: (2389)، قال الطحاوي: حديث شاذ لا يثبت، وقال الألباني في **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، ج2، ص: 473: وعلته عبد الله بن يحيى الأنصاري ووالده، فإنهما مجهولان.

2 أبو داود، **سنن أبي داود**، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، ج5، ص:405، رقم الحديث: (3547)، قال الألباني في **صحيح الترغيب والترهيب**، ج1، ص: 558: حسن صحيح، رقم الحديث: (940).

3 البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص: 180.

4 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب النكاح، باب: استحباب نكاح ذات الدين، ج2، ص: 1086، رقم الحديث: (53).

5 ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص: 349.

التعقيب: السبب في ذلك كما يتضح صحة وقوة أدلة الجمهور فقد استدلوا بكتاب الله وحديث صحيح، وكذلك فعل النبي بقبوله الصدقات من النساء، بينما أصحاب القول الثاني استشهدوا بحديث لايثبت، وكذلك تعليلات ضعيفة.

كما وأنَّه لو نظرنا في المسألة لا نجد فيها دليل صريح على تقييد تصرف المرأة في مالها بحد معين، فإذاً الأصل لها حرية التصرف كما ذكر الجمهور.

وليست القضية بالنسبة للمقنن البحريني شكلية وجِهَويَّة، وإنما نتج ذلك بعد التمهل والنظر في الأدلة؛ فكان اجتهادهم واختيارهم بما يناسب ويلائم المجتمع والواقع خصوصاً مع كثرة الخلافات بين الزوجين في القضايا المتعلقة بالأمور المالية، وعليه كان القانون واضحاً، وأحسن بالتنصيص عليه دفعاً لأي شبهة أو إيهام عند الاحتكام.

المبحث الثاني: الاجتهاد في النفقة الزوجية.

من الأمور التي أكرم الله سبحانه وتعالى بها الزوجين في ديننا الإسلامي موضوع النفقة، وهو من أهم المباحث المتعلقة بالآثار الزوجية؛ لأنها حق دائم مع استمرارية الحياة والعشرة بين الزوجين، واعتبارها حاجة وسبب في البقاء، وفيما يتعلق بهذا الجانب قال سبحانه وتعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا} [النساء: 34]، فجعل رب العزة موضوع النفقة على الزوج وحفظ للزوجة حقها، وكل ذلك يدل على الحرص الكامل في رعاية المرأة والحفاظ على حقوقها ومكانتها العالية الغالية، وسنأخذ في هذا المبحث بعض المواضيع المهمة التي تطرق لها قانون الأسرة البحريني في موضوع النفقة.

المطلب الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف النفقة لغة: تشتمل على عدة معان منها: "نفق الفرس والدابة وسائر البهائم ينفق نفوقا: مات." كذلك من معانيها: "نفق البيع نفاقا: راج. ونفقت السلعة تنفق نفاقا، بالفتح: غلت ورغب فيها، وأنفقها هو ونفقها." وأما المعنى الذي يختص به موضوعنا: "يقال: أنفق: إذا افتقر وذهب ماله. وأنفق ماله: أنفده وأفناه، وقوله تعالى: {إذا لأمسكتم خشية الإنفاق} أي: خشية الفناء والنفاد."[1]

الفرع الثاني: أما تعريف النفقة اصطلاحاً: هناك تعريفات كثيرة للفقهاء أهمها.

1- "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف."[2]

شرح التعريف: أخرج ما به قوام معتاد غير الآدمي كالعلف للبهائم، وأخرج به أيضا ما

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج10، ص: 357-358 / مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج،26، ص: 434.
2 الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج4، ص: 183.

ليس بمعتاد في حال الآدمي كالحلويات فإنه ليس بنفقة شرعية وأخرج بقوله: (بغير سرف) ما كان سرفا فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم الحاكم به، والسرف: الزيادة على ما هو معتاد بين الناس.[1]

2- من تعريفات النفقة كذلك: "هو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير."[2]

3- وعُرفت النفقة أيضاً: "كفاية من يُمَوّنُه خبزاً وأدماً ونحوها."[3]

ويُنتقَد هذا التعريف بتحديده الإطعام بالخبز، ولا يلزم ذلك الزوجة أن تقبله تحديداً سواء الخبز أو غيره، والعكس كذلك، لا يلزم الزوج ما تطلبه الزوجه غير الخبز فيكون المرجع في كل ذلك للعرف.[4]

مما سبق في تعريفات الفقهاء يتبين أنها في المجمل تتفق على تحديد النفقة في ثلاثة أمور هي: الكسوة والطعام والسكن، والعرف فيها هو المرجع وهذا ما يلاحظ كذلك في القانون كما سيأتي.

من خلال ما سبق يظهر أن التعريف الثاني هو المختار؛ لكونه الأقرب إلى بيان معنى النفقة بألفاظ قليلة تتضمن ما تتطلبه النفقة.

المطلب الثاني: مشمولات النفقة.

1- المادة: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن، وغيرها مما يقتضيه العرف."[5]

---

1 انظر: الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج4، ص: 183.

2 قليوبي وعميرة، **حاشيتهما**، ج4، ص: 70.

3 ابن مفلح، **المبدع**، ج7، ص: 141.

4 ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 197.

5 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 16.

2- شرح المادة: ذكر بأن مشتملات النفقة الطعام والكسوة والمسكن، ثم أضاف - وغيرها مما يقتضيه العرف- والمعنى أن تحديد النفقة يكون بحسب العادة وما جرى عليه الاستعمال.[1]

3- الحكم الشرعي: تحرير محل النزاع:-

أ- اتفق الفقهاء بوجوب النفقة على الزوج.

ب- اتفق الفقهاء -في الجملة- على أن مشمولات النفقة منها: الكسوة والطعام والمسكن، ونلاحظ التعريفات تؤيد ما تم ذكره باتفاقهم على هذه الأمور الثلاثة.[2]

واختلف الفقهاء في عدة أمور ما إذا كانت من ضمن النفقة بين الزوجين أم لا، منها موضوع العلاج؛ لكونه من الأمور المهمة والتي تستحق أن تكون موضع تفصيل ونظر فيها لرأي الفقهاء والقانون، وقد اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء.[3]

استدلوا: 1- قول الله تعالى:{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} [الطلاق: 7].

وجه الدلالة: إلزام الزوج بالنفقة المستمرة على الزوجة، والعلاج لا يدخل من ضمنها؛ لأنها من الأمور العارضة.[4]

---

1 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 96.

2 انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج4، ص: 188 / أبو عبدالله المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص: 541 / قليوبي، **الحاشية**، ج4، ص: 70-71 / البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص: 225.

3 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 575 / الدسوقي، **الحاشية على الشرح الكبير**، الرملي، **نهاية المحتاج**، ج7، ص: 195 / ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 199.

4 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص:20 / البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص:227.

2- تعليلهم: "ولا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجرة الطبيب؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزمه."[1]

القول الثاني: أن أجرة الطبيب وثمن الدواء واجب في مال الزوج بالمعروف وهذا قول الشوكاني وجمع من المعاصرين.[2]

استدلوا بعموم النصوص الواردة في النفقة: أ- قوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا} [النساء: 34].

وجه الدلالة: قوامة الرجل على المرأة بسبب: "سَوْقهم إليهنّ مهورهن، وإنفاقهم عليهنّ أموالهم، وكفايتهم إياهن مُؤَنهنّ. وذلك تفضيل الله تبارك وتعالى إياهم عليهنّ."[3] فتدل هذه الآية أن النفقة على الزوج، ولا شك أنه من ضمن الإنفاق الدواء والعلاج في حال المرض لزوجته.

ب- حديث النبي في خطبته في حجة الوداع: «فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف.»[4]

وجه الاستدلال: كما هو ظاهر أن النفقة للزوجات من أزواجهن فعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف، وجاء أيضاً استدلالاً على هذا الحديث أن الصيغة عامة فيه؛ لأنها مصدر مضاف وهي من صيغ العموم[5]، ولذلك فإنه يتضمن العلاج.

---

1 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص:159. / ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 199.

2 الشوكاني، **السيل الجرار**، ج1، ص: 458 / محمد صديق خان، **الروضة الندية**، ج2، ص: 79 / الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي**، ج8، ص: 750.

3 الطبري، **جامع البيان**، ج8، ص: 290.

4 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الحج، باب: حجة النبي، ج2، ص:890، رقم الحديث: (147).

5 انظر: محمد صديق خان، **الروضة الندية**، ج2، ص: 79.

ج- من تعليلاتهم أيضا على وجوب النفقة في العلاج قالوا: "وجوب النفقة عليه هي لحفظ صحتها والدواء من جملة ما يحفظ به صحتها،[1] فالحجة أن الدواء لحفظ الروح فأشبه النفقة."[2]

4- رأي القانون مع التعقيب: ذكر المقنن مشتملات النفقة من طعام وكسوة ومسكن ثم جعل ما زاد على ذلك مرده للعرف، وفي هذا دلالة على حسن الاجتهاد والتأمل؛ لأن النفقة تختلف باختلاف الزمان والمكان وحال الزوجين كذلك.

التعقيب: كذلك تبين أن جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة اتجهوا لعدم إلزام الزوج بعلاج زوجته واعتباره أمراً غير أساسي وضروري في عصرهم بخلاف العلماء المعاصرين الذين يرون -في عصرنا الحالي- أنه أصبح أمراً مهماً ولازماً، ولو تأملنا اتجاه القانون لرأيناه مع القول بوجوب نفقة العلاج على الزوج؛ لأنه أصبح -بحسب العرف- ضروري جداً والحاجة ماسة له لحفظ النفس التي أوجب الله سبحانه وتعالى حفظها وبقاءها، وخصوصاً مع كثرة انتشار الأمراض الخطيرة والفتاكة في هذا الزمن والتي لم تكن موجودة سابقاً.

فعلى هذا أرى أن القانون قد وفق في صياغة هذه المادة وأن اتجاهه -وإن لم يصرح به- لوجوب النفقة في العلاج هو الراجح وخصوصاً في عصرنا الحالي والله أعلم.

المطلب الثالث: تقدير النفقة.

1- المادة: "النفقة تقدر بالاجتهاد القضائي، وتؤسس بالنظر لسعة المنفق وحال المنفق عليهم، مع مراعاة الزمان والمكان والأعراف."[3]

---

1 الشوكاني، **السيل الجرار**، ج1، ص: 460.

2 محمد صديق خان، **الروضة الندية**، ج2، ص: 79.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 16.

2- شرح المادة: المرجع في تقدير النفقة يكون إلى القضاء، ويراعى فيه الوضع الاقتصادي والزمان والمكان وأيضاً أعراف البلاد المعتبرة.[1]

3- الحكم الشرعي: اختلف الفقهاء فيما يراعى في النفقة على النحو الآتي:

جمهور أهل العلم: أن الزوجين إذا كانا موسرين فللزوجة نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فللزوجة نفقة المعسرين.[2]

واختلفوا في حال اختلاف الزوجين على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المعتبر فيه هو حال الزوج في اليسار والإعسار وهذا قول الشافعية وبعض الحنفية.[3]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: على الزوج نفقة زوجته بالمعروف وذلك بحسب ما يناسب حالته، فإن كان موسراً وجب عليه نفقة الموسرين، وإن كان معسرا وجبت عليه نفقة المعسرين.[4]

3- قول الله تعالى:{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} [الطلاق: 7].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى مراده كما جاء: "أراد أن الغني ينفق على حسب

---

1 انظر: الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 255.

2 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص:24 / الدسوقي، **الحاشية**، ج2، ص: 509 / النووي، **روضة الطالبين**، ج9، ص:41/ ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 195-196.

3 النووي، **روضة الطالبين**، ج9، ص:40 / المطيعي، **تكملة المجموع**، ج18، ص: 250./ الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص: 24.

4 المطيعي، **تكملة المجموع**، ج18، ص: 250.

حاله، والفقير على حسب حاله." [1] فالنفقة تكون بحسب استطاعة الزوج دون النظر للغير.

القول الثاني: أن المعتبر هنا حال الزوجة وبه قال بعض الحنفية.[2]

استدلوا: 1- قول الله: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: أشاروا إلى إضافة الرزق والكسوة للزوجات الوالدات وفيه دلالة على أن المعتبر في تقديرها إنما هو حال الزوجات دون الأزواج، وعطف الكسوة على الرزق ليبين تساويهما، ولما كان المعتبر في الكسوة حالة الزوجة، فيكون المعتبر في الرزق حالها كذلك.[3]

2- قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.»[4]

وجه الدلالة: كما يظهر أنه اعتبر في الحديث الكفاية لها دون النظر لحال الزوج، فدل على أن المعتبر في تقدير النفقة مراعاة حال الزوجة.

القول الثالث: المعتبر حال الزوج والزوجة معاً، وبه قال المالكية والحنابلة وبعض الحنفية.[5]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} [الطلاق: 7].

2- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.»[6]

---

1 المطيعي، **تكملة المجموع**، ج18، ص: 250.

2 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 574.

3 انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج4، ص: 188 / الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج6، ص: 381.

4 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج7، ص: 65-66، رقم الحديث: (5364).

5 أبو عبدالله المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص: 543 / **المغني**، ج8، ص: 195 / الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص: 24 / ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 509.

6 سبق تخريجه ص: 92.

وجه الاستدلال: الآية تدل على اعتبار حال الزوج، والحديث دل على اعتبار حال الزوجة، فالقول باعتبار حالهما في تقدير النفقة أنسب؛ لإعمال ظاهر الدليلين وجمعاً بينهما.[1]

3- علتهم أيضاً: اعتبار حال الزوجين معاً فيه نظرة لحالهما معاً، وهو أولى من اعتبار حال أحدهما دون الآخر.[2]

4- اتجاه القانون والتعقيب: لو تأملنا في هذه المسألة التي اجتهد فيها الفقهاء؛ للاحظنا أن المقنن البحريني اتجه مع الرأي الثالث وهو النظر في حال الزوجين معاً -المنفق والمنفق عليه.

التعقيب: الأخذ بهذا القول فيه نوع من الشمول والمراعاة لجميع الأطراف، وهذا أولى من النظر لطرف واحد فقط، وكذلك الجمع بين الأدلة من الأمور التي ترجح وتقوي الاستدلال في المسائل، واعتبار حال الطرفين خصوصاً في واقعنا المعاصر -ومجتمعنا خاصة- هو الملائم والمناسب من وجهة نظري؛ باعتبار أنه في هذا الوقت أصبح الاعتماد على مصدر الدخل في الأسرة يعتمد على الزوجين معاً بشكل أكبر، ولأن المرأة تعمل الآن ودَخلها قريب من دخل الزوج، وكذلك تساهم في بناء وقيام الأسرة في مجتمعنا، فأصبح من الأولى اعتبار حال كلا الزوجين في ما يراعى في الإنفاق؛ لما فيه من التسهيل والتخفيف والعدل، ومرجع النظر في هذا الأمر لتقدير القاضي كما جاء في القانون.

---

1 انظر: ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 509.

2 انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج6، ص: 460.

المبحث الثالث: الاجتهاد في عمل المرأة.

أكرم الإسلام المرأة ولم يلزمها بالعمل، ومع ذلك حرصت على العمل في الخارج لأسباب عديدة منها: الحاجة للمال، ومساعدة الأهل، وحاجة المجتمع لعملها، وغيرها كذلك، وهذا الموضوع سبب إشكالات في الحياة الزوجية سنتطرق لجزء منها من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: مشروعية عمل المرأة.

جاء في النصوص الشرعية ما يدل على جواز عمل المرأة في حدود ما أباحه الله تعالى لها:

1- من الكتاب: أ- قول الله تعالى:{لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ} [النساء: 32].

وجه الدلالة: الكسب والاكتساب كما هو واضح من الآية شامل للرجال والنساء.

ب- قوله تعالى: {وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمُ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ} [القصص: 23].

وجه الدلالة: أن المرأتين كانتا تعملان في الرعي ثم ذهبتا للسقي، قال ابن عباس وغيره: "تذودان غنمهما عن الماء خوفا من السقاة الأقوياء."[1]

2- من السنة: أ- ما ورد عن الرُّبَيع بنت مُعوِّذ، قالت: «كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم، فنسقي القوم، ونخدمهم، ونرد الجرحى والقتلى إلى المدينة.»[2]

---

1 بن حيان، **البحر المحيط في التفسير**، ج8، ص: 296.

2 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الجهاد والسير، باب: باب رد النساء الجرحى والقتلى إلى المدينة، ج4، ص: 34، حديث رقم: (2883).

ب- أن أم السليم الرميصاء خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين وحملت خنجراً فرآها أبو طلحة فقال: يا رسول الله، هذه أم سليم معها خنجر، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما هذا الخنجر؟» قالت: اتخذته إن: دنا مني أحد من المشركين، بقرت به بطنه، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يضحك، قالت: يا رسول الله، اقتل من بعدنا من الطلقاء انهزموا بك؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا أم سليم، إن الله قد كفى وأحسن.»[1]

وجه الدلالة من الدليلين: مشاركة المرأة في العمل والمجال العسكري مع المجاهدين وهذا دليل على إباحة العمل لها وخصوصاً في الأمور المهمة.

ج- كانت امرأة تعمل في ختانة المدينة، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «يا أم عطية اخفضي، ولا تنهكي، فإنه أسرى للوجه، وأحظى عند الزوج.»[2]

وجه الدلالة: عمل المرأة في الختان ولم ينكر عليها أحد عملها.

د- تولية عمر ابن الخطاب رضي الله عنه للشفاء بنت عبدالله الحسبة في السوق وكانت، من الأعمال المهمة التي تمنع بها الغش والخداع.[3]

من المعقول: هناك بعض الأعمال التي لا يمكن الاستغناء فيها عن المرأة والحاجة لها ضرورية مثل الطب، والتفتيش الخاص بالنساء في المنافذ، وكذلك التعليم، وغيرها من الجوانب العديدة في الدوائر والخدمات الحكومية والمعاملات التي تختص بالنساء.

---

1 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الجهاد والسير، باب: غزوة النساء مع الرجال، ج3، ص:1442، حديث رقم (134).

2 البيهقي، **السنن الصغير**، باب: الختان، ج3، ص:344، رقم الحديث: (2715)، قال الألباني في **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، ج2، ص: 344: إسناده ضعيف، رقم الحديث: (722).

3 انظر: ابن حجر، **الإصابة**، ج8، ص: 201.

المطلب الثاني: شروط عمل المرأة.

هنالك شروط كثيرة لمشروعية عمل المرأة سنتطرق إلى أهمها مع الأدلة عليها:

1- الالتزام بالحجاب الشرعي وعدم التبرج، فتلتزم هذا الأمر لو خرجت للعمل.

الدليل على ذلك قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ} [الأحزاب: 59].

وجه الدلالة: الأمر من الله سبحانه وتعالى لنبيه أن يُعْلِم زوجاته وبناته ونساء المؤمنين الالتزام بالستر وتغطية ما أمرهن الله تعالى، والحجة في ذلك كما في تفسير الآية: "لئلا يعرض لهن فاسق، إذا علم أنهن حرائر، بأذى من قول."[1]

2- عدم الخلوة بالرجال والاختلاط بهم.[2]

الدليل حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم.»[3]

وجه الدلالة: ظاهر الحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم لخلوة المرأة بالرجال، وغير ذلك مما يترتب على الخلوة والاختلاط من مفاسد وفتن وتزيين من الشيطان.

3- إذن الولي، ولكون القوامة للرجل فعلى المرأة أن تستأذن من وليها في البيت، وكذلك يجب على الزوجة استئذان زوجها للخروج إلى العمل لأنه يلزمها الموافقة، ومن المعلوم أن الولي هو المكلف بالإنفاق على المرأة فله الموافقة وله المنع.[4]

والأصل في ذلك قوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى

---

1 الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ج20، ص: 324.

2 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص: 189.

3 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النكاح، باب: لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، والدخول على المغيبة ج7، ص: 37.

4 انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص: 236.

بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا} [النساء: 34].

4- كذلك من الأمور التي اشترطها أهل العلم بأن لا يتعارض العمل مع مهمتها الأساسية.[1]

فالمرأة عليها واجبات وأمور في بيت الزوجية لا تُهمل على حساب العمل، من رعاية للزوج وتلبية حاجاته، وتربية الأبناء، وهذا من أهم وأجل الأعمال لها فهي تربي الأجيال، وتعد الرجال، وتحافظ على الأسرة، وبهذا هي عاملة وتساهم في بناء المجتمع والأمة.

5- أن يتناسب العمل مع طبيعة المرأة وقدراتها.

فيكون العمل مناسباً لتكوينها الجسدي، ولا يمكن إنكار الفوارق في القدرات الجسمية والعقلية والعاطفية بين الرجل والمرأة، فالله هيأ جسدها لأمور تطيقها وأمور لا تطيقها، ولا ينبغي تكليف وتحميل النفس فوق طاقتها، فلا تعمل المرأة في الأمور الشاقة المخالفة لطبيعتها؛ لأن في ذلك إضراراً بها وبحياتها الزوجية، فيجب على المرأة العاملة مراعاة ذلك.

6- حاجة المرأة للعمل وحاجة المجتمع لعمل المرأة.[2]

يستدل على هذا الشرط بقول الله تعالى: {وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمُ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ} [القصص: 23].

وجه الدلالة: تفيد الآية أن المرأتين لم تخرجا إلا بسبب الحاجة وعجز والدهما عن ذلك، فهذا ما ألجأهما لهذا العمل بنفسيهما.[3]

وقد شرط لذلك جمع من أهل العلم فيباح عملها طالما في ذلك حاجة، سواء كانت هي

---

1 صالح الفوزان، **تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات**، ص: 13.

2 نفس المصدر السابق.

3 انظر: ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ج6، ص: 226.

تحتاجه أو كان المجتمع بحاجتها، وقد تصل الحاجة في بعض الأحيان للضرورة فتقدر بقدرها.

المطلب الثالث: اشتراك الزوجة العاملة في نفقات الأسرة.

أصبح في عصرنا الحالي عمل المرأة أمر شبه طبيعي وظاهر في كل مكان، جاء معه بعض الخلافات التي تحدث بين الزوجين في قضية اشتراكها في نفقة الأسرة بعد أن صار لها دخل شهري تحصل عليه من وظيفتها، وعليه سنرى ما الذي يحسم الخلاف في هذا الأمر وفق الشرع والقانون.

1- المادة: ورد فيها (55/د): "ليس للزوج ربط موافقته على عمل الزوجة باشتراكها في الإنفاق على الأسرة أو بإسقاطها بعض نفقة الزوجية أو تنازلها عن جزء من راتبها، وتتحمل الزوجة نفقات خروجها للعمل، وذلك مالم يتفقا على خلاف ماتقدم."[1]

2- شرح المادة: الأمور التي جاءت في نص المادة يحظر على الزوج اشتراطها لموافقته على عمل زوجته، إلا أن هذا الحظر الوارد في المادة لا يمنع الزوجة أن تتفق مع زوجها على أحد الأمور السابقة ويكون اتفاقهما صحيحاً، كما أن مصاريف ونفقات انتقال الزوجة إلى عملها يكون عليها مالم يتم الإتفاق على غير ذلك.[2]

3- الحكم الشرعي:

أولاً: ذكر الفقهاء أن للمرأة ذمة مالية مستقلة كالرجل فلها الحرية في التصرف به في شريعتنا الإسلامية ما دامت رشيدة، والأصل في ذلك قوله تعالى: {فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 19.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 110.

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: 6]، وعلى ذلك نستبط أنه يجوز للمرأة أن تنفق من مالها على أسرتها وتشارك في تحمل النفقات سواء كانت عاملة أو غنية.

ولا يقف الأمر عند الجواز، بل يصل إلى الندب بمشاركة الزوجة لزوجها في تحمل أعباء الحياة والنفقة على الأسرة وكل هذا من باب المحبة والتعاون، وهذا أمر يحث عليه ديننا الإسلامي الحنيف،[1] وقد جاءت أدلة كثير تحض على ذلك:

من القرآن: 1- قول الله تعالى: {يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ} [البقرة: 215].

2- قوله تعالى: {وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى} [البقرة: 177].

وجه الدلالة من الآيتين: أن ذوي القربى أولى من غيرهم ممن ليسوا بمنزلتهم في القرب.

من السنة: 3- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «الصدقة على المسكين صدقة، وعلى ذي القرابة اثنتان: صدقة وصلة.»[2]

وجه الدلالة: عموم اللفظ يتضمن المرأة كذلك في حال كونها غنية أو قادرة فإنها تعين قرابتها، ولها أجر أعظم من الله على ذلك.

4- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك.» [3]

وجه الدلالة: ظاهر من الحديث فهو يدل على أن المرأة تنكح لمالها، وللزوج الانتفاع من

---

1 انظر: **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي**، قرار رقم: 144 (2/16) /لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، **فتاوى الشبكة الإسلامية**، ج13، ص: 8056، فتوى رقم: (31645).

2 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: فضل الصدقة، ج1، ص: 591، رقم الحديث: (1844)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج3، ص: 388، رقم الحديث: (883): حسن.

3 سبق تخريجه ص: 85.

مال زوجته، ومن ضمن الانتفاع النفقة على أسرتهم.

ثانياً: من الأمور المهمة التي نتناولها هنا مسألة حكم اشتراك الزوجة العاملة في نفقة الأسرة وقد اختلف العلماء فيها على النحو التالي:

القول الأول: لا تجبر المرأة بالنفقة على الأسرة، ولا يوجد كلام -بحسب اطلاعي- لأصحاب هذا القول يخالف ذلك في حق الزوجة العاملة وهو قول الجمهور.[1]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 233].

2- قوله سبحانه وتعالى:{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} [الطلاق: 7].

وجه الدلالة من الآيتين: أن النفقة من الزوج لزوجته وليس العكس وذلك بتوفير ما تحتاجه، ويكون بحسب حالة الزوج، أما الزوجة فلا تجبر على شيء.[2]

3- قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.»[3]

وجه الدلالة: أوجب النبي صلى الله عليه وسلم النفقة للزوجة من زوجها، ويفهم منه أن الالتزام في النفقة يكون من الزوج، أما الزوجة فلا تلتزم بشيء في النفقة.[4]

القول الثاني: على الزوجة العاملة المساهمة مع الزوج في الإنفاق على الأسرة، وتلتزم بتحمل جزء من النفقة وهذا قول ابن حزم في المسألة.[5]

أدلتهم: 1- قول الله:{وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلا

---

1 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص: 30-31 / الحطاب، **مواهب الجليل**، ج4، ص: 211 / الجويني، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، ج5، ص: 418 / ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 195.

2 انظر: المطيعي، **تكملة المجموع**، ج18، ص: 250.

3 سبق تخريجه ص: 92.

4 انظر: النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ج12، ص: 7.

5 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 254.

وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ} [البقرة: 233].

وجه الدلالة: "الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن."[1] فتجب النفقة على الزوج وعلى كل وارث بنص القرآن.

2- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها.»[2]

وجه الدلالة: يظهر من الحديث أنه لا يجوز للمرأة التصرف في مالها إلا بإذن زوجها، فدل على أن الزوج له حق في مال زوجته ومن ذلك عليها المشاركة في النفقة على الأسرة.

القول الثالث: تساعد الزوجة في نفقة البيت تبرعاً منها وليس على الوجوب، وهذا قول عدد من العلماء المعاصرين.[3]

استدلوا: 1- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «انطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فوجدت امرأة من الأنصار على الباب، حاجتها مثل حاجتي، فمر علينا بلال، فقلنا: سل النبي صلى الله عليه وسلم أيجزي عني أن أنفق على زوجي، وأيتام لي في حجري؟ وقلنا: لا تخبر بنا، فدخل فسأله، فقال: «من هما؟» قال: زينب، قال: «أي الزيانب؟» قال: امرأة عبد الله، قال: «نعم، لها أجران، أجر القرابة وأجر الصدقة.»[4]

وجه الدلالة: حث النبي صلى الله عليه وسلم أن تعطي زوجها المحتاج وعيالها، وأن لها أجر مضاعف كما يُفهم من الحديث، ويعتبر ذلك تبرع من الزوجة للمشاركة في نفقة الأسرة.

2- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «ما أبدلني الله بها خيراً منها، صدقتني إذ كذبني

---

1 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 254.

2 سبق تخريجه ص: 84.

3 انظر: ابن باز، **مجموع فتاوى بن باز**، ج20، ص: 44 / القرضاوي، موقع على شبكة الإنترنت: **fatwa.islamonline.net/12080**.

4 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الزكاة، باب: الزكاة على الزوج، ج2، ص: 121. رقم الحديث: (1466).

الناس، وواستني بمالها إذ حرمني الناس، ورزقني الله منها الولد إذ لم يرزقني من غيرها.»[1]

وجه الدلالة: مواساة النبي عليه الصلاة والسلام من قِبل زوجته أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها من جميع النواحي ومنها الأمور المالية ومدحه لها كما ورد في الحديث، وفي هذا دلالة على فضل المساهمة في النفقة من الزوجة؛ وينشأ من ذلك المحبة والأُلفة بينهما.

4- اتجاه القانون والتعقيب: بعد عرض المسألة بشيء من التفصيل لاحظنا الآتي:

أ- الخلاف في المسألة بين المتقدمين والمتأخرين من أهل العلم.

ب- اتجه المقنن البحريني لعدم وجوب مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة، وإنما هو لازم على الزوج فقط، ولا يصح له الأخذ من مالها الخاص إلا بإذنها ورضاها، وهذا القول الثالث في المسألة والذي ذهب إليه العلماء المعاصرون.

ويظهر أن هذا القول الراجح في المسألة؛ لما فيه من المنافع والإيجاب وعدم الإضرار بالحياة الزوجية، وما يترتب عليه من خير على مستوى الأسرة بشكل عام من تلبية حاجاتها، وكذلك يؤلف بين الزوجين من خلال المحبة والتعاون والترابط بينهما، وخصوصاً في هذا العصر الذي أصبح العمل والمال وطلب الرزق ضرورة مُلحة، ولا ننسى أن كل ذلك برضى واختيار الزوجة، ويستحب لها فعل ذلك شرعاً، وقد حث الإسلام عليه كما تقدم.

التعقيب: يلاحظ أن القانون اجتهد في هذه المسألة وكان واضحاً بحسمه للخلاف في قضية مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة كما تقدم.

إلا أنني أقترح إضافة بند في القانون باشتراك المرأة العاملة في نفقة الأسرة حال عجز الزوج فقط، وممكن تحديد العجز بعدة طرق، كالإثبات من جهة حكومية رسمية بعد دراسة الحالة، أو رأي قاضي، أو شهود مثلاً، وغيرها كذلك، ويرجع في هذا الأمر لما يقرره المقنن لتبيين العجز المعتبر. وذلك من باب وقوف الزوجة مع زوجها في حال شدته، وهذا فيه حفاظ على

---

1 الطبراني، **المعجم الكبير**، باب: مناقب خديجة رضي الله عنها، ج23، ص: 13، وجاء في **الجامع الصحيح للسنن والمسانيد**، ج16، ص: 55 قول شعيب الأرنؤوط عن حكم الحديث: إسناده صحيح.

بقاء الأسرة وتحمل المسؤولية، ولكي لا يشعر باستغلال زوجته، فهو لا يطلب منها شيئاً أبَدَ الدهر ثم إذا عجز أو أصابه ما أصابه من عسر أو ضيق رفعت يدها عن الموضوع –مع أنها عاملة وقادرة– وبدأت بالتذمر وطالبت بالفراق، فأين المحبة والمودة والإيثار الذي يعتبر من غايات الزواج؟!

المبحث الرابع: الاجتهاد في إثبات النسب.

تحظى الأسرة بعناية واهتمام بالغ في شريعتنا الإسلامية، ويعتبر النسب أحد أقوى دعائم الترابط والتماسك بين الأسر؛ ولكونه يتعلق باستقرارها واستمرارها فكان له حظاً وافراً في البحث عند الفقهاء المتقدمين والمتأخرين.

المطلب الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحاً.

1- النسب لغةً: نسب القرابات، وهو واحد الأنساب، والنِّسبَة والنسب: القَرابة؛ وقيل: هو في الآباء خاصة؛ وقيل: النِّسبة مصدر الانتساب؛ والنُّسبَة: الاسم.

التهذيب: النَّسب يكون بالآباء، ويكون إلى البِلاد، ويكون في الصناعة، وجمع النَّسب أنسَاب، وانْتَسَبَ واستنسب: ذكر نسبه، يقال: للرجل إذا سئل عن نسبه، استَنسَب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك، ونَسَبَه يَنْسُبه ويَنْسِبُهُ، نَسبَاً: عزاه، ونسبه، سأله أن ينتسب، ونَسبتُ فلانا إلى أبيه أَنسُبه وأنسِبه نسباً إذا رفعت في نَسبه إلى جده الأكبر.[1]

2- النسب اصطلاحاً: له العديد من التعريفات نذكر منها:

أ- "الانتساب لأب معين."[2]

ب- هناك من الفقهاء من عرفه بأنه: "القرابة."[3]

ج- وكذلك عرفه أهل العلم: "وهو القرابة، وهي الاتّصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادةٍ قريبةٍ أو بعيدة."[4]

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص: 755.

2 عليش، **منح الجليل**، ج6، ص:114.

3 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص: 304.

4 الشيباني، **نيل المآرب**، ج2، ص:55.

د- وعرفه بعض المعاصرين: "علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه."[1]

المطلب الثاني: طرق ووسائل إثبات النسب.

وضعت لنا شريعتنا الغراء طرقاً ووسائل لإثبات النسب الذي يُعدُّ من الأمور المهمة في الآثار المترتبة على الزواج، ولحفظ الأسر وعدم اختلاط الأنساب، وقد نص المقنن البحريني على هذه الطرق كما سيأتي:

طرق إثبات النسب التي نص عليها القانون هي:

الطريقة الأولى: الفراش:-

أقوى الطرق في إثبات النسب وهي: "كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد."[2] والمقصود من الفراش كما قال أهل العلم: فراش الزوجة الصحيح أو ما يشبه الصحيح، فالصحيح هو: عقد النكاح المعتبر شرعاً، مع توافر أركانه وشروطه، وانتفاء موانعه، وأما شبه الصحيح فهو: عقد النكاح الفاسد، والمختلف في صحته، وكذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعه، فإن حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء.[3]

من خلال ما تقدم عرفنا أن أقوى وسائل إثبات النسب هو الفراش الشرعي الصحيح وكذلك شبهته، والأصل فيه حديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «الولد للفراش وللعاهر

---

1 أحمد محمد، **موضوع النسب في الشريعة الإسلامية والقانون**، ص: 17.

2 الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص: 166.

3 انظر: الجصاص، **أحكام القرآن**، ج5، ص: 159 / النووي، **شرح النووي على مسلم**، ج، 10، ص: 37 وما بعدها / ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص: 56.

الحجر.»[1]

الطريقة الثانية: الإقرار أو (الإستلحاق):-

1- الإقرار لغةً: "الإثبات من قرَّ الشيء أي ثبت."[2]

2- الإقرار اصطلاحاً: "هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه."[3]

ويكون الإقرار بالنسب على نوعين:[4]

النوع الأول: إقرار يحمله المقِرّ على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة، أو الأبوة.

ويشترط في النوع الأول ما يلي:[5]

1- أن يكون المقِرّ بالنسب بالغاً، عاقلاً.

2- أن يكون المقَرّ له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقِرّ؛ وذلك بأن يولد مثله لمثله.

3- أن يكون المقَرّ له مجهول النسب؛ لأن معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه.

4- أن لا يكذب المقَرّ له المقِر، إن كان أهلاً لقبول قوله، فإن كذّبه فإنه لا يصح الإقرار، ولا يثبت به النسب.

5- أن لا يصرح المقِرّ بأن المقَرّ له ولده من الزنا، فإن صرّح بذلك فإنّه لا يقبل إقراره؛ لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب.

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب البيوع، باب: نفسير المشبهات، ج3، ص: 54، رقم الحديث: (2053).

2 السنيكي، **الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**، ج1، ص: 74.

3 ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص: 249.

4 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص: 228.

5 انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج6، ص: 765 / ضياء الدين الجندي، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، ج6، ص: 445 وما بعدها / الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج7، ص: 95-96 / الغزالي، **الوسيط**، ج3، ص: 356 / ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص: 147.

6- أن لا ينازع المقِرّ بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه غيره، فليس أحدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى، فلا بد من مرجح لأحدهما.

النوع الثاني: إقرار يحمله المقِر على غيره، وهو ما عدا الإقرار بالبنوة والأبوة كالإقرار بالأخوة، والعمومة.

وهو الذي يحمله المقر على غيره فمثل شروط النوع الأول ويضاف لها ثلاثة شروط هي:[1]

1- اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.

2- أن يكون الملحق به النسب ميتاً؛ لأنه إذا كان حيّاً فلا بد من إقراره بنفسه.

3- أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حياته باللعان.

الطريقة الثالثة: البينة:-

1- تعريفها لغةً: "الحجة الواضحة." وأيضاً عُرِّفَت: "الدلالة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة."[2]

2- تعريف البينة اصطلاحاً فهي: "اسم لما يبين الحق ويظهره."[3]

والمراد بها الشهادة، ويثبت النسب لمدعيه بشهادة رجلين عدلين على صحة ما ادعاه، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النسب يثبت للمدعي بشهادة رجلين عدلين[4]، واختلفوا

---

1 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص: 228 / ضياء الدين الجندي، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، ج6، ص: 446 / النووي، **روضة الطالبين**، ج4، ص: 420 /الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص: 308-309 / ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص: 147.

2 الراغب، **المفردات في غريب القرآن**، ج1، ص: 157 / سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي**، ج1، ص: 47.

3 ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ج1، ص: 24.

4 الآبي، **جواهر الإكليل**، ج2، ص: 304 / الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج17، ص: 8 / الشيباني، **نيل المآرب**، ج2، ص: 483.

بإثبات النسب بشهادة رجل وامرأتين، أو رجل ويمين المدعي، أو أربع نساء عدلات ليس هذا محل تفصيل لها، فيرجع لها في كتب الفقهاء.[1]

وفي حالة ثبوت نسب المدعى عليه بالبينة؛ فإنه يُلحق نسبه بالمدعي، وتجري عليه جميع الأحكام المتعلقة بالنسب، والأصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر.»[2]

وقد نص قانون الأسرة البحريني على طرق ثبوت النسب في المادة (74).

طرق ثبوت النسب:-

أ- عقد الزوجية الصحيح، أو الدخول بشبهة وذلك مع مراعاة حكم المادة (73) من هذا القانون.

ب- الإقرار بشروطه المعتبره شرعاً.

ج- البينة الشرعية.[3]

المطلب الثالث: آثار البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه.

بعد الفراغ من شروط ثبوت النسب وذكر نبذة مختصرة وتمهيد عنها، ننتقل إلى مسألة مهمة تطرق لها القانون تتعلق بنفي اللعان بالبصمة الوراثية وهي على النحو التالي:

---

1 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص: 266 / الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج7، ص: 200 وما بعدها / الشيرازي، **المهذب**، ج3، ص: 452 / ابن قدامة، **المغني**، ج10، ص: 131.

2 البيهقي، **معرفة السنن والآثار**، باب: القضاء باليمين مع الشاهد، ج14، ص:296، رقم الحديث: (20026)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج6، ص: 357، رقم الحديث: (1938): صحيح.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 24.

قبل التعرض للمسائل المتعلقة بالبصمة الوراثية لابد من تصور مفهومها؛ حتى يتسنى لنا استيعاب الموضوع بجميع حيثياته؛ ولذلك نتطرق إلى تعريف المصطلح المركب من كلمتين وهما: (البصمة) و (الوراثية).

أولاً: تعريف البصمة الوراثية:

أ- البصمة لغةً:"رجل ذو بصم غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثير الغزل، والبصم: فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، البصم ما بين الخنصر والبنصر".[1]

ب- الوراثية لغةً: يقال: ورث المال، يرثه ورثاً وإرثاً ووراثة، أي: صار إليه بعد موت مورّثه، ورثت فلانا مالا أرثه ورثا وورثا إذا مات مورثك، فصار ميراثه لك، وتقول: ورثت أبي وورثت الشيء من أبي أرثه، بالكسر فيهما، ورثا ووراثة وإرثا.[2]

ثانياً: تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً:

اجتهد العلماء المعاصرون في تعريف البصمة الوراثية منها:

أ- "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه."[3]

ب- كذلك من التعريفات: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض (dna) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه."[4]

ثالثاً: بعد أن تبينت لنا صورة البصمة الوراثية وماهيتها ننتقل إلى ما يتعلق بها في قانون

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج12، ص: 51-52.

2 نفس المصدر، ج2، ص: 199-200.

3 ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 23 - 25 جمادى الآخرة، 1419هـ، 13- 15 أكتوبر 1998م، ج2، ص: 1050 / قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: القرار السابع عشر بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشر 21-10/26 م 1422، مكة المكرمة، ص: 343. نقل الباحث هذا المصدر عن الدكتور بندر بن فهد السويلم.

4 هلالي، **البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية**، ص: 35.

الأسرة البحريني، وبيان موطن الاجتهاد فيها.

1- المادة: نص القانون في المادة (79) على أنه: "يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة، ولا تتم الملاعنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته."[1]

2- شرح المادة: اشترط قانون الأسرة البحريني بأنه يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة، ولا تُجرى الملاعنة بنفي النسب إذا جاءت نتيجة البصمة الوراثية بإثباته، ومؤدى ذلك أن القانون يطلب من القاضي قبل اتخاذ اجراءات الملاعنة أن يلجأ إلى الإثبات بالبصمة الوراثية.[2]

3- الحكم الشرعي: نفهم أولاً من شرح المادة في قانون الأسرة البحريني أنه لا يُجرى اللعان بنفي النسب في حال ثبوته بالبصمة الوراثية، وهذا يعد اجتهاد من المقنن البحريني في حكم شرعي مع وسيلة حديثة لإثبات ونفي النسب، والقضية هنا تعتبر من المسائل المعاصرة التي اختلف فيها أهل العلم، وعلى هذا فإننا نحتاج إلى بسط القول في هذه المسألة كما يلي:

أولا: تعريف اللعان لغةً واصطلاحاً:-

أ- اللعان لغةً: "اللعان لغة: من اللعن وهو الطَّرد والإبعَاد، وهو مصدر لاعَنَ يلاعِنُ مُلاعَنَة ولعاناً."[3]

ب- اللعان اصطلاحاً: "شهادات مؤكدات بأَيمَان من الجانبين مقرُونة باللعنِ والغضب قائمة مقام حد قذف."[4]

وعرفه بعض الفقهاء بأنه: "كلمات معلومة جُعِلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 25.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 146.

3 الرومي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص: 57.

4 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 482 / البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 390.

وألحق العار به أو إلى نفي ولد."[1]

ثانياً: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية، ولا يمنع اللعان بها، وإلى هذا القول ذهب الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي، والشيخ الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، والشيخ الدكتور عبدالله الطيار والشيخ عبدالله المطلق وغيرهم من المعاصرين.[2]

استدلوا: 1- {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} [النور: 6].

وجه الاستدلال: أن الزوج إذا لم يكن له شاهد إلا نفسه فإنه يلجأ إلى اللعان، وإحداث البصمة بعد الآية تَزيُّد على كتاب الله ومن الإحداث في الدين.[3]

يناقش: أن استخدام وتسخير العلم والوسائل الطبية العلمية التي تساهم في حفظ وبناء أحكام الشريعة الإسلامية -مع مراعاة الضوابط والأحكام الشرعية- أمر مطلوب إلا إذا خالف نصاً، والبصمة الوراثية إحداها.

2- أن إثبات نفي النسب بالبصمة الوراثية -أي تقديمها على اللعان- يبطل حكم اللعان الشرعي وهذا الأمر مرفوض وباطل.

بمعنى أن الشريعة الإسلامية جعلت اللعان طريقاً للزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفى نسب الولد منها، ثم إن تقديم البصمة الوراثية في الاستدلال على اللعان الثابت بالأدلة الشرعية

---

1 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص: 52.

2 الألفي، **إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية**، ص:46 / مجموعة من العلماء، **الفقه الميسر**، ج13، ص: 89، وهذا القول كما ذكروا ذهب إليه أكثر أهل العلم من العلماء المعاصرين وكذلك المجامع الفقهية، أنظر: نفس المصادر.

3 قاسم، **البصمة الوراثية وحجيتها**، ص: 68.

مرفوض؛ ولهذا لا يصح تقديمها على اللعان في نفي النسب.[1]

يناقش: بأن اللعان سبيل للزوج لنفي النسب، بمعنى أن الأصل في نفي الرجل لنسب من ولد على فراشه هو حد القذف، حيث إن الزوج لا ينفي نسب الولد عنه إلا حال اتهامه لزوجته بالزنا، والاتهام بالزنا موجب لحد القذف بشكل عام، إلا أن حد القذف يسقط عن الزوج باللعان؛ فوجب في حقه اللعان، وذلك لخصوصية الأمر بالنسبة له فلا يتصور اطلاع الزوج على زنا زوجته وإدراك ذلك حقيقة ثم لا يُجعل له سبيل، فشُرع اللعان مخرجاً لهذا الأمر، ومن هنا نلاحظ أن اللعان حكم استثنائي دعت إليه الحاجة؛ فلا يعمل به إلا مع توافر الأسباب الداعية إليه.[2]

3- فيه معارضة لستر المرأة باللعان: وذلك بأن الشريعة الإسلامية تكفل للمرأة الستر من خلال اللعان، فإذا حدث بينها وبين زوجها ملاعنة، فإنه لا يعرف الكاذب فيهما، وقد جاء في السنة على لسان زوجة هلال بن أمية التي لاعن النبي بينها وبين زوجها: «ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، قال ابن عباس: فتلكّأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت.»[3] والرجوع إلى الحقائق العلمية في نفي النسب يفضي إلى إهدار هذا الستر؛ وفضح الأعراض، وهذا مناقض لمقصد المشرع، وما ناقض مقصد المشرع؛ لا يجوز الأخذ به، فلا يجوز الأخذ به في نفي النسب.[4]

---

1 انظر: ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية، ملخص الحلقة النقاشية، الكويت، المنعقدة في: 28، 29/ 1/ 1422هـ - 3، 4/ 5/ 2000م، ثانياً: الفقرة السادسة:
http://islamset.net/arabic/abioethics/basma/basma1.html.

2 هنية، شويدح، **نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه**، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية: (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ص: 17 وما بعدها.

3 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب تفسير القرآن، باب: {ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين} [النور: 8]، ج6، ص: 100، رقم الحديث: (7474).

4 انظر: عزايزة: عدنان، **حجية القرائن في الشريعة الإسلامية**، (عمان: دار عمار، ط1، 1999م)، ص: 201.

نوقش: كذب المرأة في اللعان دفعاً للعار عن نفسها ليس محموداً، بل إنه موجب لغضب الله؛ فكيف نجمع بين الستر وبين غضب الله وسخطه.؟ ويدل على ذلك رواية هلال السابقة: «فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة.»[1]

وجه الدلالة: خطورة الحلف كذباً لذلك أوقفوها عن الحلف في الخامسة؛ لأنه موجب لعذاب الله.[2]

4- عقلي، وهو أننا لا نستطيع أن نعتمد على البصمة فحسب ونقيم حد الزنا على الزوجة، بل لابد من البينة، فكيف تقدم البصمة على اللعان ولا نقدمها على الحد.[3]

القول الثاني: جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية وتقديمه على اللعان، وإلى هذا القول ذهب محمد مختار سلامي، والدكتور سعد الدين هلالي.[4]

استدلوا: 1-{وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} [النور: 6].

وجه الدلالة: أن الآية تفيد مشروعية اللعان للزوج لنفي النسب عندما يتعذر وجود من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، ومع التقدم العلمي صار من الممكن له أن ينفي النسب بالبصمة الوراثية فتكون شاهداً وسنداً معه، والآية لم يرد فيها الاقتصار على اللعان، فدل ذلك على جواز النفي أيضاً بالبصمة الوراثية.[5]

نوقش بما يلي: أ- لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء بحال من الأحوال؛ لأنه لم ترد في الآية كلمة (بينة) مكان (شهداء)، وبعدم وجودها فلا اعتبار للبصمة من الشهداء.

---

1 سبق تخريجه انظر: حاشية (2).

2 انظر: الصنعاني، **سبل السلام**، ج3، ص: 280-283.

3 عبد الرشيد محمد أمين قاسم، **البصمة الوراثية وحجيتها**، ص: 70.

4 انظر: هلالي، **البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية**، ص: 358.

5 نفس المصدر، ص: 87.

ب- لا يلجأ إلى البصمة الوراثية لأنها لم تكن شهادة سابقة.[1]

2- القياس والمعقول: إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه، لأنه استبرأها بحيضة واحدة ولم يمسها بعد ذلك، وظهر بها حمل فإنه يستأني به إلى الوضع، ثم يقدّم القارئ بعد التثبت ما كشفته له القراءة من اتصال بين الأب والمولود، أو عدم اتصال ويكون هذا مغنياً عن اللعان. ذلك لأن اللعان هو الاستثناء لا القاعدة، فإذا تطابق الحامض النووي للطفل مع أبيه فإنه لا ينتفي عنه نسب الطفل حتى لو لاعن الزوج، لأن الشارع يتشوَّف لإثبات النسب رعاية لحق الصغير، ولخراب الذمم عند بعض الناس، فقد يكون باعث الزوج هو الكيد للزوجة.[2]

يناقش: أ- أن المقصد من تشريع اللعان هو سد باب الخوض في الأعراض والأنساب؛ لكي لا تتعرض للاضطراب والفوضى، ومن أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش فعليه اللجوء للعان الذي لو تطرقت إليه لوجدت تأثيره على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري، فلا يقدم عليه إلا في الحالات الضرورية.[3]

يناقش أيضاً: ب- اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والاجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال شيء محله إلا بنص شرعي يدل على نسخه وهو أمر مستحيل، وكذلك لا يجوز إلغاء حكم شرعي بنظريات طبية ظنية مهما بلغت من الدقة، وعلى هذا لا يصح أن تقوم مقام اللعان.[4]

---

1 انظر: الكعبي، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية**، ص: 445.

2 انظر: نصر واصل، **البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها**، ص: 81-82.

3 انظر: الموضوع السابع، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، القره داغي، **البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي**، ص: 56.

4 انظر: الموضوع السابع، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، عمر السبيل، **البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية**، ص: 28-29.

4- اتجاه القانون والتعقيب: بعد بيان وذكر كلام أهل العلم والحكم الشرعي في مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية وتقديمه على اللعان، نلاحظ أن المقنن البحريني اتجه إلى القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية وتقديمه على اللعان.

التعقيب: والذي أراه بعد استقراء المسألة والنظر في كلام أهل العلم والأدلة والمناقشات أن الذي يترجح في المسألة ما ذهب إليه أصحاب القول الأول بعدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية ولا يمنع اللعان بها للأسباب التالية:

أ- قوة أدلتهم ووضوحها.

ب- مناقشتهم لأدلة أصحاب الرأي المخالف لهم.

ج- عندما ينص المقنن البحريني على أنه في حال ثبوت النسب بالبصمة الوراثية فإنه لا تجرى الملاعنة بنفي النسب، تجد فيه صعوبة تَقبُّل للموضوع من الجانب الفطري والنفسي للمسلم، فالأمور والأدلة الشرعية دائماً مقدمة على ما سواها والعبرة بالنَّص فلا يقدم عليه شيء، ثم بعد ذلك يُستأنس بغيرها من الأدلة طبية كانت أو علمية أو عرفية وغيرها.

د- أضف إلى ذلك تنافي البصمة الوراثية مع كشف الأسرار وفضح الأعراض وهذا منهيٌ عنه في شريعتنا الإسلامية، ولا سيما في عصرنا الحالي مع قلة الوازع الديني وانتشار وسائل التواصل الاجتماعي.

هـ- وكذلك موضوع ما يترتب على اللعان من أحكام أخرى -ذكرها أهل العلم- غير انتفاء الولد من سقوط للحد، والفرقة المؤبدة بين الزوجين، بينما تبين البصمة الوراثية نفي الولد عن أبيه فقط.

نعم لا شك أن البصمة الوراثية لها أهميتها البالغة في هذا المجال، ويجب الاستفادة منها قدر الإمكان بالطريقة السليمة وبما لا يخالف الشرع، بل ونشجع على التطور في شتى مجالات البحث والأمور العلمية المتعلقة بهذا الجانب والجوانب الأخرى، بحيث تكون رافداً في حل قضايا الناس.

وبعد كل ما تم ذكره اقترح على المقنن البحريني إعادة النظر في اجتهاده حول هذه المادة ومراجعتها على اعتبار أن الشريعة هي المصدر الأول للقانون، وكذلك الأخذ بعين الاعتبار لمآلات الأمور وما قد يترتب عليها من أضرار ومخاطر دينية ودنيوية والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث

معالم الاجتهاد في الفرقة بين الزوجين وآثارها

المبحث الأول: الفرقة بين الزوجين ومشروعيتها.

المبحث الثاني: الاجتهاد في مسائل الطلاق.

المبحث الثالث: الاجتهاد في مسائل الخلع.

المبحث الرابع: الاجتهاد في آثار الفرقة بين الزوجين.

الفصل الثالث: معالم الاجتهاد في الفرقة بين الزوجين وآثارها.

على الرغم من أن الشريعة الإسلامية تحث على استمرارية وديمومة الزواج؛ كونه حجر الأساس، والحصن الآمن، الذي يحافظ على الاستقرار الحياة بشكل طبيعي بالفطرة السليمة، إلا أنه ثمة موانع قد تطرأ على هذه العلاقة وتحول دون استمرارها.

لأجل ذلك، شرع الله سبحانه وتعالى بين الزوجين التفريق بينهما، ولا شك أن ذلك من تمام وكمال عدل الله سبحانه وتعالى وحكمته، فكيف من الممكن أن تستمر الحياة بغياب المفاهيم التي شُرع لأجلها الزواج من المودة والرحمة والتعاون وغيرها.

ثم إنه حال فراق الزوجين في شريعتنا الغراء فإنه تترتب عليه آثار تصب في مصلحة الطرفين، وحول هذا الموضوع سنتناول ما يتعلق بمعالم الاجتهاد الفقهي في قانون الأسرة البحريني، وقد اقتضت خطة البحث تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:-

المبحث الأول: الفرقة بين الزوجين ومشروعيتها.

المبحث الثاني: الاجتهاد في مسائل الطلاق.

المبحث الثالث: الاجتهاد في مسائل الخلع.

المبحث الرابع: الاجتهاد في آثار الفرقة بين الزوجين.

المبحث الأول: الفرقة بين الزوجين ومشروعيتها.

من الأمور التي شرعها الله سبحانه وتعالى في النكاح موضوع التفريق بين الزوجين، وسنحاول في هذا المبحث بيان مفهومه وحكمه وأنواعه وفق ما جاء في القانون البحريني.

المطلب الأول: تعريف الفرقة بين الزوجين.

1- **الفرقة لغةً**: "فرَّقتُ بين الشيئين أفرُقُ فرْقاً وفُرقَاناً وفرَقتُ الشيء تفريقاً وتفرِقَةً فانفَرقَ وافْترَقَ وتفرَّق، قال: وفَرَقْتُ أفرُقُ بينَ الكَلام وفرَّقتُ بين الأجسام."

ويقال: "فرَّقتُ بينهمَا فتفرَّقا. والفرقة: مصدر الافتراق، قال الأزهري: الفُرقَة اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق."[1]

2- **الفرقة اصطلاحاً**: انفصال الزوجين بانحلال عقد الزواج، سواء بطلاق أو بغيره.[2]

وكذلك من تعاريف الفرقة في النكاح: "ما تنحل به عقدته فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية."[3]

ونلاحظ أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي فكلاهما يصب في معنى انحلال العقد بين الزوجين.

المطلب الثاني: مشروعية الفرقة بين الزوجين.

جاء في الشريعة الإسلامية ما يدل على مشروعية الفرقة بين الزوجين منها:

---

1 ابن منظور، **لسان العرب**، ج10، ص: 300.

2 انظر: الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج3، ص: 24.

3 علي الخفيف، **فرق الزواج**، ص: 13.

1- القرآن:

أ- {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: 229].

ب- وقول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ} [الطلاق: 1].

وجه الدلالة: يتضح من الآيتين الكريمتين جواز الطلاق، والأمور التي تعتريه.

2- من السنة: أ- ما جاء عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.»[1]

ب- عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة، ثم راجعها.»[2]

وجه الدلالة: ظاهر من فعل النبي وابن عمر رضي دلالة على جواز الطلاق وانحلال النكاح.

3- الإجماع: أجمع المسلمون على جواز الفرقة والطلاق.[3]

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الفرقة بين الزوجين.

ما يترتب على طبيعة النفس البشرية من تغيير في الطباع والأخلاق، وكذلك من حيث

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: قول الله تعالى: {يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة}، ج7، ص: 41، رقم الحديث: (5251).

2 أبو داود، **سنن أبي داود**، باب: في المراجعة، ج2، ص: 285، رقم الحديث: (2283)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، باب: الرجعة، ج7، ص: 157، رقم الحديث: (2077) صحيح.

3 ابن هبيرة، **اختلاف الأئمة العلماء**، ج2، 167، / ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 363، / أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج3، ص: 121.

التجاذب والتنافر، فهذه الأمور تحصل حتى بين الزوجين وقد لا يتم حل التنازع والخلاف، من أجل ذلك راعت الشريعة الإسلامية هذا الجانب، وقد ذكر أهل العلم: "شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه."[1]

1 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 112.

المبحث الثاني: الاجتهاد في مسائل الطلاق.

الطلاق من أنواع الفرقة بين الزوجين، وسيكون الكلام عن أهم مسائل الطلاق التي نص عليها القانون، والتي اجتهد فيها المقنن في رأيه واختياراته.

المطلب الأول: تعريف الطلاق لغةً واصطلاحاً.

1- الطلاق لغة: "الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطَّرِد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال. يقال: انطلق الرجل ينطلق انطلاقا.

ثم ترجع الفروع إليه، تقول: أطلَقتُه إِطلاقاً، والطلق: الشيء الحلال، كأنه قد خلي عنه فلم يحظر، وامرأة طالق: طلقها زوجها."

ويقال أيضاً: "طلُوقاً وطلاقاً تحرَّرَ من قيدِه ونحوَه والمرأة من زوجها طلاقاً تحَلَّلت من قيد الزواج وخرجت من عصمته." [1]

2- الطلاق اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بتعريفات عديدة منها:

أ- عرفوه بأنه: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص."[2]

ب- وكذلك من التعريفات: "حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية."[3]

ج- ومن تعريفات العلماء المعاصرين: "حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة على ذلك."[4]

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج3، ص: 420-421 / إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، **المعجم الوسيط**، ج2، ص: 563.

2 ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج3، ص: 252.

3 البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 232.

4 عبدالكريم زيدان، **المفصل**، ج7، ص: 347.

د- وقد عرف قانون الأسرة البحريني الطلاق في المادة (84/أ) وقد جاء فيها: "الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعة له شرعاً أو عرفاً."[1]

ونلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنها متقاربة في المعنى وهو انحلال الزواج.

المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط وقوع الطلاق.

جعل الله سبحانه وتعالى موضوع الطلاق بيد الزوج، إلا أنه لا يملك إيقاعه ولا تترتب عليه آثاره مالم تتوافر هنالك بعض شروط، وهذا ما سنتكلم عنه هنا.

1- المادة: نص القانون على ما يتعلق في موضوع شروط الطلاق بالمادة (86) فقد ورد فيها: أ- "يشترط في المطلق العقل، والاختيار، والتمييز."

ب- "لايقع طلاق المجنون، والمعتوه، والمكره، ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره." [2]

2- شرح المادة: تطرق شراح القانون لبيان شروط وقوع الطلاق حيث أشاروا إلى اشتراط العقل في المطلق فلا يقع من المجنون أو المعتوه، وكذلك أن يكون باختياره فلا يقع طلاق المكره، ومن الشروط كذلك أن يكون مميزاً، فمن كان غير مميز بصغر أو بسكر أو غضب، وغيرها مما يلحق بها فلا يقع الطلاق في هذه الحالة.[3]

3- الحكم الشرعي: من المسائل التي تتفرع عن شروط وقوع الطلاق، وظهر فيها مثال على اجتهاد المقنن حكم طلاق السكران وهي على النحو الآتي:

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 26.

2 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 27.

3 للتفصل أكثر انظر: الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 424 وما بعدها.

أولاً: تحرير محل النزاع: أجمع العلماء أن من سكر بطريق غير محظور مثل تناول دواء أو تناول مسكر ولا يعلم بأنه مسكر ففي هذه الحالات لا يقع طلاقه.[1]

ثانياً: اختلف أهل العلم في وقوع طلاق السكران المتعدي وذلك على النحو التالي:

القول الأول: قالوا بوقوع طلاق السكران وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية والراجح عند المالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة.[2]

استدلوا: أ- قول الله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...}، والآية التي تليها: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...} [البقرة: 230] [البقرة: 229].

وجه الدلالة: عموم الآيات الكريمات فلم يفصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل؛ ولذلك من طلق زوجته فإنه يقع.[3]

ب- قول علي رضي الله عنه: « وكل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه.»[4]

وجه الدلالة أنهم ألحقوا السكران بالمعتوه الذي لا طلاق له كما ورد؛ لجامع كون كل منهما لا يدري ما يتكلم به.

نوقش: بأنه خبر كاذب لا يصح.[5]

أُجِيب: أنه قوي من طرق أخرى، كما أنه معلق في البخاري.[6]

---

1 الدسوقي، **الحاشية**، ج2، ص: 365 / المجموع، **تكملة المطيعي**، ج17، ص: 63 / ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 378.

2 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 99 / الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص: 456 / الدسوقي، **الحاشية**، ج2، ص: 365 / البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 234.

3 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 99.

4 البيهقي، **السنن الصغير**، باب: طلاق السكران، ج3، ص: 124، حديث رقم: (2691)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج7، ص: 111، حديث رقم: (2043) وهذا إسناده صحيح، وعلقه البخاري.

5 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 475.

6 البحاري، الصحيح، باب: الطلاق في الإغلاق والكره، والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، ج7، ص: 45.

ج- القياس على السراية: "لأنه مؤاخذ بسكره، فوجب أن يكون مؤاخذا بما حدث عن سكره، ألا ترى أن من جنى جناية فسرت لما كان مؤاخذا بها، كان مؤاخذا بسرايتها." [1]

د- أيضاً من أدلة هذا القول تعليلهم على وقوع طلاق السكران: "لأن رفع الطلاق تخفيف ورخصة، وإيقاعه تغليظ وعزيمة، فإذا وقع من الصاحي وليس بعاص، كان وقوعه من السكران مع المعصية أولى."[2]

يناقش: بأن "الحد يكفيه عقوبة، وقد حصل رضى الله سبحانه من هذه العقوبة بالحد، ولا عهد لنا في الشريعة بالعقوبة بالطلاق، والتفريق بين الزوجين."[3]

القول الثاني: لا يقع طلاق السكران وأخذ بهذا القول بعض الحنابلة وهو قول الظاهرية وابن تيمية.[4]

استدلوا: أ- قول الله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ} [النساء: 43].

وجه الدلالة: كما جاء: "أن السكران وإن كان عاصيا في الشرب فهو لا يعلم ما يقول، وإذا لم يعلم ما يقول لم يكن له قصد صحيح"[5] ولذلك يكون طلاقه غير معتبر.

ومن ما جاء في دلالة الآيات: "الصحيح أنه لا يقع الطلاق إلا ممن يعلم ما يقول، كما أنه لا تصح صلاته في هذه الحالة فمن لا تصح صلاته لا يقع طلاقه."[6]

ب- حادثة ماعز بطلبه من النبي صلى الله عليه وسلم تطهيره من الزنا فقال عليه الصلاة والسلام: "«فيم أطهرك؟» فقال: من الزنى، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أبه

---

1 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج10، ص: 237.

2 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج10، ص: 237.

3 ابن القيم، **زاد المعاد**، ج5، ص: 193- 194.

4 ابن قدامة، **الكافي**، ج3، ص: 111./ ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 471 / ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج33، ص: 102.

5 ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج3، ص: 304.

6 المصدر السابق.

جنون؟» فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: «أشرب خمرا؟» فقام رجل فاستنكهه، فلم يجد منه ريح خمر، قال، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أزنيت؟» فقال: نعم، فأمر به فرجم.[1]

وجه الدلالة: "إنما سأله عن شربه الخمر لكي يبطل إقراره بالزنا إن كان سكرانا، وإذا كان إقراره بالزنا ساقطا كان طلاقه هدراً."[2]

ج- القياس على المجنون والنائم فقد قالوا: "ولأنه زائل العقل، أشبه المجنون، والنائم."[3]

نوقش: هنالك فارق بينهما وهو أن: "المريض مأجور ومكفر عنه بالمرض مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب، والصلاة مرفوعة عمن غلب على عقله ولا ترفع عن السكران."[4] فإذا هنالك فرق بين السكران والمجنون فلا يصح قياسهم.

د- كذلك قاسوا السكران على المكره فقد ذكروا: "ولأنه مفقود الإرادة، أشبه المكره."[5]

4- اتجاه القانون والتعقيب: عندما نظرنا في نص القانون رأينا أنه اختار الرأي الثاني بعدم وقوع طلاق السكران.

التعقيب: لاحظنا أولاً عدم تقيُّد المقنن بالمذهب المالكي المعتمد في البلد فقد اجتهد وخالفهم في هذه المسألة، وما هذا إلا اجتهاد منه واطلاع على جميع النواحي وليس فقط تقليد ما قال به المذهب دون نظر للواقع.

---

1 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، ج3، ص: 1321، رقم الحديث: (1695).

2 اللخمي، **مختصر خلافيات البيهقي**، ج4، ص: 227.

3 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 379.

4 الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 270.

5 نفس المصدر السابق.

ثم إن قول المقنن بعدم وقوع طلاق السكران اجتهاد منه يدل على بُعد نظره في مقاصد الشريعة الإسلامية، فكيف لمن زال عقله بسكر أنه يعي ما يقول، فهو لا نية له ولا إرادة حتى يحاسب على كلامه، وفي هذا الاختيار حفظ وبقاء الأسر وديمومتها وعدم ضياع الأبناء، ولا سيما أن باب التوبة مفتوح ورحمة الله وسعت كل شيء وغيرها من المقاصد العظيمة، ناهيك أنه في وقتنا الحالي تتوافر أماكن ومراكز مخصصة للاهتمام بهذه الحلات وإعادة تأهيلها.

المطلب الثالث: الاجتهاد في الطلاق المعلق.

1- المادة: نص القانون فيما يتعلق بهذا الموضوع في المادة (88/أ) على أنه: "لا يقع طلاق المعلق على فعل شيء للحث عليه، أو على تركه للمنع منه، إلا إذا قصد به الطلاق."[1]

2- شرح المادة: قال شارح القانون حول هذه المادة: "الطلاق المعلق على فعل شيء للحث عليه، أو على ترك شيء للمنع منه؛ فإنه لا يقع إلا إذا قصد به الزوج الطلاق، وهذا مؤداه أن القانون اعتبر الطلاق في هذه الحالة بلفظ الكناية الذي لا يقع به الطلاق إلا بالنية."[2]

3- الحكم الشرعي:

أولاً: قبل عرض مسألة الطلاق المعلق وذكر أقوال الفقهاء، لابد من تعريفه.

أما تعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح فقد سبق ذكره.[3]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 27.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 161.

3 انظر ص: 117.

1- التعليق لغةً: "العين واللام والقاف أصل كبير صحيح يرجع إلى معنى واحد، وهو أن يناط الشيء بالشيء العالي. ثم يتسع الكلام فيه، والمرجع كله إلى الأصل الذي ذكرناه. تقول: علَّقتُ الشيء أعلقُهُ تعليقاً. وقد علق به، إذا لزمه."[1]

2- التعليق اصطلاحاً: "هو ربُط حصولِ مضمونِ جُمْلة بحصول مضمون جملة أخرى ويسمى يميناً، والتعليقُ بالطلاق: إذا علقه بشرط كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ."[2]

ثانياً: اختلف العلماء في مسألة طلاق المعلق على النحو التالي:

القول الأول: أن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه، سواء أكان فعلاً لأحد الزوجين، أم كان أمراً سماوياً، وسواء أكان التعليق قسمياً: وهو الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر، أم شرطياً: ويقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط، وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة.[3]

استدلوا: أ- من القرآن: قول الله تعالى: {يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1].

وجه الدلالة: "أن الطلاق تصرف شرعي سواءً كان منجزاً أو معلقاً؛ فيلزم الوفاء به لأنه يندرج في نطاق الآية الكريمة."[4]

نوقش: بأن الأدلة القرآنية مطلقة، ولا تدل على وقوع الطلاق المعلق.

ب- من السنة: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شُرُوطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.»[5]

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج4، ص: 125.

2 البركتي، **التعريفات الفقهية**، ج1، ص: 59.

3 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 126 / ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3،ص: 103 / المطيعي، **المجموع شرح المهذب**، ج17، ص: 188 / البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 284.

4 عبد الكريم زيدان، **المفصل**، ج7، ص: 472.

5 سبق تخريجه أنظر: ص: 49.

وجه الدلالة: "يدل الحديث على وجوب الوفاء بالشروط، والطلاق المعلق شرط فيجب الوفاء به عند تحقق الشروط، ومعنى الوفاء به ترتب الأثر عليه."[1]

يعترض على استدلالهم بقوله: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل.» وكذلك قولهم: "الطلاق إلى أجل مشترط بشرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل."[2]

ج- من المعقول: لأن الزواج قائم في الحال، ويبقى إلى وقت تحقيق الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو تعليق الطلاق على شرط.[3]

القول الثاني: أن تعليق الزوج طلاق زوجته على شرط إن كان على وجه اليمين ووجد المعلق عليه لا يقع وتجب فيه الكفارة، وإن كان شرطياً يقصد به الزوج حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع وهذا قول ابن تيمية وابن القيم.[4]

استدلوا: أ- قول الله تعالى: {قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ} [التحريم: 2]، وقوله تعالى: {ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ} [المائدة: 89].

ب - حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه.»[5]

وجه الدلالة من النصوص المتقدمة: أن من حلف على يمين ثم أراد أن يحنث تجب عليه الكفارة، وحكم الطلاق المعلق إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر كان في معنى اليمين تجب فيه الكفارة في حال الحنث وعدم الوفاء بموجبها.[6]

---

1 السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ص: 260.

2 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 482.

3 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 126.

4 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج33، ص: 83 / ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج4، ص: 50.

5 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الأيمان، باب: ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً، ج3، ص: 1272، رقم الحديث: (1650).

6 انظر: ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج33، ص: 197 وما بعدها.

ج- ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما: «الطلاق عن وطر، والعتاق ما أريد به وجه الله.»[1]

وجه الدلالة: "أن الطلاق إنما يقع بمن غرضه أن يوقعه؛ لا لمن يكره وقوعه كالحالف به والمكره عليه."[2]

نوقش هذا الاستدلال: أن معنى الوطر بأن لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا للحاجة كالنشوز بخلاف العتق فإنه مطلوب، وليس تفسير الوطر بالذي ذكرتموه.[3]

القول الثالث: أن تعليق الزوج طلاق زوجته على شرط لا يقع، وهذا قول الظاهرية.[4]

استدلوا: أ- قول الله تعالى: {وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا} [الإنسان: 30]، وقوله تعالى: { وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا} [الكهف: 23].

وجه الدلالة: "أن الله تعالى لو أراد إمضاء هذا الطلاق ليسره لإخراجه بغير استثناء، فدل على أنه تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره لتعليقه بمشيئته."[5]

ب- "أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك، وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها، وفي غير المدخول بها، فإن كان كل طلاق لا يقع حين إيقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه."[6]

ج- استدلوا على أن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله»[7] فقد قالوا: ولا طلاق إلا كما أمر الله

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون أمرهما...، ج7، ص: 45-46.

2 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج33، ص: 61.

3 انظر: ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، 392.

4 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 479.

5 نفس المصدر، ج9، ص: 484.

6 ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 479.

7 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب مناقب الأنصار، باب: أيام الجاهلية، ج5، ص: 42، رقم الحديث: (3836).

عز وجل، وكذلك لا يمين إلا ما سماه الله تعالى يمينا، واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله يميناً.[1]

نوقش: بأن تسمية الطلاق يميناً إنما هو على سبيل المجاز، من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق.[2]

د- القياس على النكاح: فبما أنه لا يصح تعليق النكاح كذلك الطلاق لا يصح تعليقه.[3]

يناقش: "بأنه قياس مع الفارق؛ لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه، أما الطلاق فإنه لا ينافيه."[4]

4- اتجاه القانون: يتضح أن المقنن البحريني أخذ بالقول الثاني في المسألة وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وخالف به قول الجمهور الذي من ضمنهم المالكية -المذهب المعتمد في البلد- وما هذا إلا استقلال واجتهاد من قبل المقنن.

المطلب الرابع: الاجتهاد في التطليق للعوارض الطارئة.

ثمة عوارض قد تطرأ على الحياة الزوجية تؤدي إلى التفريق بين الزوجين وإنهاء العلاقة بينهما، وقد ذكر المقنن البحريني بعضها، وسنحاول من خلال ما سيأتي بيان بعض تلك المواطن.

---

1 انظر، **المحلى**، ج9، ص: 476.

2 انظر: الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي**، ج8، ص: 429.

3 انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص: 481.

4 انظر: الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي**، ج8، ص: 430.

الفرع الأول: التطليق للضرر والشقاق.

من الأمور التي قد يحدث منها طلاق بين الزوجين قضية الضرر والشقاق، وسنبين هنا نموذج من نماذج اجتهاد المقنن في موضوع الضرر.

أولاً: معنى الضرر:

1- الضرر لغةً: " الضُّر والضَّر لغتان: ضد النفع، والضر المصدر فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضر."[1]

2- أما في الاصطلاح: فبحسب اطلاعي لم أقف على تعريف لمفهوم الضرر عند الفقهاء المتقدمين، وقد ذكر الشيخ عبدالكريم زيدان أن معناه اللغوي هو المراد منه شرعاً، وقد عرَّفه بأنه: "كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك."[2]

ثانياً: 1- المادة: تنص المادة: (101) على: أ- "للزوجة طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين.

ب- على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين.

ج- إذا عجز القاضي عن الإصلاح، وثبت الضرر حكم بالتطليق."[3]

2- شرح المادة: طلب التطليق للضرر والشقاق حق قانون للزوجة، وهذا الحق مشروط بإثبات الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما.

وكذلك ألزم القانون القاضي أن يتدخل ويبذل الجهد للإصلاح بينهما إذا طلبت الزوجة التطليق بسبب الضرر، فإن عجز عن الإصلاح وتأكد من ثبوت الضرر الذي تدعيه الزوجة حكم القاضي بالتطليق.[4]

---

1 ابن مظور، **لسان العرب**، ج4، ص: 482.

2 عبدالكريم زيدان، **المفصل**، ج8، ص: 437.

3 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 32.

4 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 192.

3- الحكم الشرعي: عندما نتكلم عن حكم التفريق للضرر فإنَّه يقودنا لما جاء في المذهب المالكي، فلم أقف على غيره من المذاهب الأربعة من تناول الموضوع وإنما حديثهم جاء في حال الشقاق فقط.

قال المالكية: "ولها التطليق بالضرر البين، ولو لم تشهد البينة بتكرره."[1] أي أن للزوجة طلب الطلاق من زوجها إذا أضر بها سواء تكرر ذلك أم لا، ففي حال إثبات وقوع الضرر منها يفرق القاضي بينهما بطلقة بائنة.[2]

استدلوا: 1- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار.»[3]

وجه الدلالة: ظاهر النهي عن الضرر بأي شكل من الأشكال، ومن ضمن ذلك ضرر الزوج لزوجته وفي حال ثبوته يجب إزالته.

4- اتجاه القانون والتعقيب: من خلال نص القانون نلاحظ أنه مع قول المالكية في المسألة بجواز طلبها للطلاق في حال ثبوت الضرر.

التعقيب: الاجتهاد في اختيار ما ذهب إليه المالكية وهو القول بالتطليق في حال الضرر فيه إنصاف وعدل، فكيف يتصور بقاء النكاح مع تواجد الضرر وسوء المعاملة بين الزوجين، والأصل في العلاقة الزوجية أن تسودها المودة والرحمة، فإما أن تبقى هذه الغايات أو يحصل التفريق بين الزوجين؛ لأنه فائدة أو مصلحة مرجوه منه.

لاحظنا من خلال ما نص عليه المالكية أن للمرأة التطليق بالضرر البيِّن حتى ولو لم يتكرر، وقد أحسن المقنن البحريني باجتهاده عندما قيد الضرر بالذي يتعذر معه دوام العشرة بين

---

1 عليش، **منح الجليل**، ج3، ص: 550.

2 انظر: ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ص: 146 / الدسوقي، **حاشيته**، ج2، ص: 345 / عليش، **منح الجليل**، ج3، ص: 550.

3 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2، ص: 784، حديث رقم: (2314)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج3، ص: 408، رقم الحديث: (896): صحيح.

الزوجين، فبتقييده هذا قيَّدَ ما نص عليه المالكية وهذا الصواب –والله أعلم– لأنه قد يحصل بين الزوجين ضرر، فليس بمجرد حصوله ولو لمرة يفرق بينهما بل بشرط تعذر دوام العشرة بينهما، ويكون ذلك بحسب أعراف الزوجين المختلفة في الزمان والمكان وما يراه القاضي.

الفرع الثاني: التطليق لعدم الإنفاق.

أتعرض هنا لمشروعية التطليق بسبب الإعسار في النفقة وما يترتب عليه من حكم شرعي.

1– المادة: نصت المادة (109/ب) فيما يتعلق بمسألتنا على أنه: "إذا أثبت الزوج إعساره أو كان غائباً في مكان معلوم أو محبوساً، وليس له مال ظاهر، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر، ولا تجاوز ثلاثة أشهر، مضافاً إليه المواعيد المقررة للمسافة؛ ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه."[1]

2– شرح المادة: للقاضي إمهال الزوج المعسر كي يقوم بالإنفاق على زوجته، ثم وضع حد لهذا الأجل بأن لا يقل عن شهر ولا يجاوز ثلاثة أشهر، وإذا كان هناك مواعيد مسافة فإنها تضاف للمواعيد المقررة للأجل وهو قيد إجرائي قصد به حماية المدِين خارج البحرين، وقد حدد القانون الأزواج الذين يمهلهم القضاء وهم:

أ– زوج ثبت إعساره وليس له مال ظاهر

ب– زوج غائب في مكان معلوم

ج– زوج محبوس.[2]

3– الحكم الشرعي: اختلف العلماء في مسألة التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق حال إعسار الزوج على قولين:

القول الأول: لا يفرق بين الزوجين لعدم الإنفاق وهذا القول ذهب إليه الحنفية.[3]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 33-34.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 198-199.

3 برهان الدين، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ج2، ص: 287.

استدلوا: 1- من الكتاب: قول الله تعالى: {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ } [البقرة: 280].

وجه الدلالة: "وغاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص."[1]

يناقش استدلالهم: بأن قول الله تعالى: {فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ} "عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة وهي لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، وإنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة فلم تتوجه إليها الآية."[2]

2- من السنة: حديث النبي صلى الله عليه وسلم وسؤال زوجاته له بالنفقة قال: «هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة»، (فقام أبو بكر إلى عائشة يجَأُ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجَأُ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن شهرا - أو تسعا وعشرين... الحديث.)[3]

وجه الدلالة: همَّ أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بضرب ابنتيهما بسبب مطالبتهما للنبي صلى الله عليه وسلم بالنفقة مع عدم استطاعته ولما اعتزلهن، ولو كان التفريق بسبب الإعسار مشروعاً لما همَّا بهذا الفعل.[4]

3- من المعقول: "لو فرق بينهما لبطل حقه، ولو لم يفرق لتأخر حقها والأول أقوى في الضرر؛ لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح فلا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد فلا يقاس العجز عن الإنفاق على العجز عن

---

1 ابن الهمام، **فتح القدير**، ج4، ص: 391.

2 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج11، ص: 456.

3 مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ج2، ص: 1104، رقم الحديث: (1478).

4 أنظر: أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ص: 349-350.

الجماع في المجبوب والعنين."[1] والمعنى أن حق الزوج يبطل بالتفريق بينه وبين زوجته، وحق المرأة هو النفقة بكونه سيتأخر عنها وضرر التفريق أكبر من ضرر التأخير.

القول الثاني: للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.[2] وقد استدلوا:

1- من القرآن قول الله تعالى: { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا} [البقرة: 231]

وجه الدلالة: أن "زوجة المعسر مستضرة فلم يكن له إمساكها."[3]

2- من السنة: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول» تقول المرأة: (إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني... الحديث.)[4]

وجه الدلالة: استدل على قوله: "(إما أن تطعمني وإما أن تطلقني) من قال يفرق بين الرجل وامرأته إذا أعسر بالنفقة واختارت فراقه وهو قول جمهور العلماء."[5]

3- من المعقول: قول الإمام الشافعي رحمه الله: "فلما كان من حقها عليه أن يعولها ومن حقه أن يستمتع منها ويكون لكل على كل ما للزوج على المرأة وللمرأة على الزوج احتمل أن لا يكون للرجل أن يمسك المرأة يستمتع بها ويمنعها غيره تستغني به ويمنعها أن تضطرب في البلد وهو لا يجد ما يعولها به فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير المرأة بين المقام معه وفراقه فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق."[6]

---

1 ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج4، ص: 200.

2 الثعلبي، **المعونة**، ج1، ص: 784 / المطيعي، **تكملة المجموع**، ج18، ص: 267 / مجد الدين أبو البركات، **المحرر**، ج2، ص: 116.

3 الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج11، ص: 455.

4 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النفقات، باب: وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج7، ص: 63، رقم الحديث: (5355).

5 ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 501.

6 الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 98.

4- اتجاه القانون والتعقيب: ذهب القانون في هذه المسألة مع قول جمهور أهل العلم وهو بجواز التطليق لعدم الإنفاق سواءً كان مماطلاً أو معذوراً؛ وذلك لوقوع الضرر عليها.

التعقيب: نرى أن المقنن اجتهد بأخذه لرأي الجمهور ويظهر أن الغرض منه عدم القصور في حاجات الزوجة، وكذلك أن لا يهمل الزوج نفقة زوجته وأن يضع النتائج في الحسبان.

ونلاحظ أنه بمجرد إعسار الزوج وفي حال لم يثبت إعساره يتم التطليق مباشرة، وفي حال إثباته يمهل لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فقط ثم يطلق.

يظهر مما سبق أن نص القانون فيه نظر ولا يؤدي لمصلحة كبرى، فبمجرد الإعسار تهدم أسرة كاملة وهذا أشد وأخطر، ثم إن رأي المقنن بتحديد مدة ثلاثة أشهر للزوج يعتبر اجتهاد، وأرى أنها لا تكفي في وقتنا المعاصر فقد يكون طرأ على الزوج الإعسار فيحتاج لوقت أكثر ليعاود الإنفاق، وكذلك يترتب على النظر في هذا الموطن مصلحة وهي إغلاق باب سهولة طلب الطلاق من قبل الزوجة في هذا الجانب.

كما أقترح وجود دور إجتماعي من قبل الدولة بإنشاء بنك أو جهة مختصة ترعى مثل هذه الحالات التي لا يمكن غض الطرف عنها وتمنع من تشتيت الأسر.

الفرع الثالث: التطليق للإدمان.

من الأمور التي يتم فيها التطليق ويتدخل بها التفريق القضائي موضوع الإدمان، وسنتطرق في هذا الموضع لاجتهاد المقنن في قضية الإدمان وماهية الحكم والإجراء الذي سار عليه.

1- المادة: "للزوجة طلب التطليق بسبب إدمان الزوج المسكرات أو المخدرات، بعد عرضه على الطبيب المختص."[1]

2 شرح المادة: إذا أدمن الزوج المسكرات أو المخدرات وتبينت زوجته من ذلك أجاز المقنن طلبها للطلاق، وعلى القاضي عرضه على الطبيب المختص فإذا ثبت تطلق منه.[2]

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 35.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 210.

3- الحكم الشرعي والتعقيب: اجتهد المقنن فيما يتعلق بموضوع المدمن على المسكرات والمخدرات، فقد قضى بأنه من حق الزوجة طلب الطلاق لهذا السبب، وقد أفتى بعض أهل العلم حول المسألة ومنهم الشيخ ابن عثيمين رحمه الله (ت: 1421هـ) عندما سئل أجاب: "طلب المرأة الطلاق من زوجها المدمن على المخدرات جائز؛ لأن حال زوجها غير مرضية، وفي هذه الحال إذا طلبت منه الطلاق فإن الأولاد يتبعونها إذا كانوا دون سبع سنين، ويلزم الوالد بالإنفاق عليهم وإذا أمكن بقاؤها معه لتصلح من حاله بالنصيحة فهذا خير."[1]

التعقيب: اجتهاد المقنن البحريني في محله وقد وُفِّق في نصه وتحديده بأن لزوجة المدمن الحق في طلب الطلاق منه، ولا شك أن العلة فيه لخطورة هذا الأمر وما تترتب عليه من مفاسد عظيمة وظاهرة من دمار وضياع للأسر، وضرر المدمن على الزوجة والأبناء قد يؤدي لإتلاف ضرورة من الضروريات الخمس أو أكثر، ولا شك من أنَّ تنصيص قانون الأسرة عليها ولا سيما مع تفشي هذه الظاهرة في مجتمعاتنا أمرٌ مهم.

1 موقع إسلام ويب، رقم الفتوى: (116133)
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=116133

المبحث الثالث: الاجتهاد في مسائل الخلع.

نُبين الآن ما يُسمى في شريعتنا الإسلامية بالخلع، وسنتكلم في هذا المبحث عن أهم المسائل المتعلقة بما اجتهد فيها المقنن البحريني في هذا الموضوع.

المطلب الأول: تعريف الخلع لغةً واصطلاحاً.

1- تعريف الخلع لغةً: "الخاء واللام والعين أصل واحد مُطَّرد، وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه.

تقول: خلعتُ الثوب أخلَعهُ خلعاً، وخَلعَ الوالي يخلَع خَلعاً، ويقال: طلق الرجل امرأته. فإن كان ذلك من قبل المرأة يقال: خالعته وقد اختَلعت؛ لأنها تفتدي نفسها منه بشيء تبذله له."[1]

2- وأما تعريف الخلع اصطلاحاً: له تعريفات عديدة وضعها الفقهاء منها:

أ- "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه."[2]

ب- ومنها: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع كقوله: طلقتك، أو خالعتك على كذا فتقبل."[3]

وقد يؤخذ على هذا التعريف الإسهاب في الإشارة إلى مفهوم الخلع.

ج- وكذلك عُرف الخلع: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة."[4]

وأرى أن هذا هو التعريف الأنسب في تقديري؛ لتَبيُّن المعنى فيه أكثر من غيره.

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج2، ص: 209.

2 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 439 - 440.

3 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص: 430.

4 البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 212.

والملاحظ في التعريفات السابقة أن مفهومها واحد وهو وقوع الفرقة بين الزوجين، مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع.

جاءت ثابتة في النصوص الواردة في الشرع.

1- من القرآن قول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة: 229]، {فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا} [النساء: 4].

2- من السنة: ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.»[1]

ذكر ابن حجر رحمه الله في شرحه (ت: 852هـ) عن ابن عباس: "أول خلع كان في الإسلام."[2] يقصد ما جاء في الحديث بين ثابت بن قيس وامرأته.

3- من الإجماع: قال ابن قدامة رحمه الله: "وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالفه، إلا بكر بن عبد الله المزني؛ فإنه لم يُجزه."[3].

4- من المعقول: أن الشرع جعل الطلاق بيد الرجل في حال رغبته بانتهاء النكاح، فكذلك من تمام العدل الرباني أن يجعل للمرأة سبيلاً للفُرقة عند عدم رغبتها بمواصلة الحياة

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه، ج7، ص: 46، رقم الحديث: (5273).

2 ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 400.

3 ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 324.

مع زوجها، فشرع ربنا تبارك وتعالى لها الخلع.

المطلب الثالث: الاجتهاد في تحديد بدل الخلع.

1- المادة: نص المقنن في المادة (97/ج) على أنه: "يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة على أن يكون في حدود ما أعطاه الزوج من مهر."[1]

2- شرح المادة: جاء في شرح هذه الفقرة من المادة أن "العوض تبذله الزوجة وحدده القانون بأن يكون في حدود ما أعطاه الزوج من المهر، وهذا التحديد مخاطب به القاضي."[2]

3- الحكم الشرعي: من المواطن التي اجتهد فيها المقنن في مسائل الخلع ما يتعلق بأخذ العوض من الزوجة بدل الخلع وقد تكلم فيها الفقهاء على النحو الآتي:

القول الأول: يجوز أخذ العوض من الزوجة سواء كان أكثر أو أقل مما أعطاها من مهر، وهذا قول جمهور العلماء ولكنهم اختلفوا في كراهته، فالحنفية والحنابلة قالوا لا يكره والحنفية عندهم تفصيل فذكروا جواز الزيادة قضاء رغم الكراهة ديانة وأنه إذا كان النشوز من جهة الزوج كره له كراهة تحريم أخذ شيء منها، وإن كان النشوز من قبل المرأة لا يكره له الأخذ سواء أكثر أو أقل مما أعطاها.[3] وأما المالكية والشافعية قالوا بأنه لا يكره.[4]

واستدلوا: 1- قول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة: 229]

وجه الدلالة: العموم الوارد في آية الخلع، فلم تحدد له مقدارا فيدل ذلك على جواز الزيادة.

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 30.

2 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 182.

3 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 150 / ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 325.

4 مالك بن أنس، **المدونة**، ج2، ص: 245 / الشافعي، **الأم**، ج5، ص: 212.

2- أخرج البخاري عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه أجاز الخلع بكل مال المرأة فقد جاء: "وأجاز عثمان، الخلع دون عقاص رأسها."

والمعنى: "أن المخالع له أن يأخذ كل ما تملكه المرأة حتى ما دون عقاص رأسها إذا افتدت منه بذلك والعقاص جمع عقيصة وهي الضفيرة، وقيل هي الخيط التي تربط فيه الضفيرة."[1]

3- لا يوجد قيد في الشرع يحدد مقابل الخلع فهو يقوم على ما يتفق عليه الزوجين ويكون بالتراضي لذلك يجوز أي بدل سواء زاد أو قل على المهر.[2]

القول الثاني: لا يجوز أخذ العوض من الزوجة بأكثر مما أعطاها من المهر وهذا قول طاووس وعطاء والزهري وغيرهم.[3]

استدلوا: قول الله تعالى: 1- {وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا} [النساء: 20].

وجه الدلالة: "نهى عن أخذ شيء مما آتاها من المهر وأكد النهي بقوله: {أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا} [النساء: 20]، وقوله: {ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن} [النساء: 19] أي: لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن {إلا أن يأتين بفاحشة مبينة} [النساء: 19] أي: إلا أن ينشزن؛ نهى الأزواج عن أخذ شيء مما أعطوهن واستثنى حال نشوزهن."[4]

2- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس: أن جميلة بنت سلول أتت النبي فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا

---

1 البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه، ج7، ص: 46، وتعليق مصطفى البغى.

2 انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص: 325 / خالد العك، **موسوعة الفقه المالكي**، ج1، ص: 531.

3 ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 402. / الصنعاني، **التحبير لإيضاح معاني التيسير**، ج3، ص: 800.

4 ابن حجر، **فتح الباري**، ج9، ص: 402. / الصنعاني، **التحبير لإيضاح معاني التيسير**، ج3، ص: 800.

أطيقه بغضا. فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم. فأمره رسول الله أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد.[1]

وجه الدلالة: "نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها."[2]

3- دليلهم العقلي: "لأنه أوحشها بالفراق فلا يزيد على إيحاشها بأخذ المال."[3]

4- اتجاه القانون مع التعقيب: اتجه إلى القول بتحديد بدل الخلع بما لا يزيد عن المهر.

التعقيب: يتجلى لنا أن القانون خالف المذاهب الأربعة في المسألة فلم يحدد أحد منها مقدار العوض عن الخلع بما لا يزيد على المهر كما فعل المقنن الذي سار مع اختيار طائفة من أهل العلم، ويُعدُّ هذا اجتهاد له حججه ومبرراته.

ومن أمثلة ذلك ما ذُكر في التعليق على القانون البحريني: "كما اعتبر -في القانون البحريني- حداً لاستكثار وطمع الأزواج في حل عقدة النكاح، وهذا من تمام العدل والإنصاف."[4]

وتعليل المقنن اجتهاد نابع من الخبرات والتجارب والنظر في أحوال الناس وطبائعهم.

والمقنن وُفِّق باختياره لهذا الرأي؛ إذ به تتحقق العدالة وتُحفظ حقوق وكرامة كلا الزوجين.

---

1 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: المختلعة يأخذ ما أعطاها، ج3، ص: 208، حديث رقم: (2056)، قال الألباني في **إرواء الغليل**، ج7، ص: 103-104، صحيح.

2 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج3، ص: 150.

3 الزيلعي الحنفي، **تبيين الحقائق**، ج2، ص: 269.

4 الغزالي والحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 494.

المبحث الرابع: الاجتهاد في آثار الفرقة بين الزوجين.

ثمَّة آثار عديدة تنشأ نتيجة الفرقة بين الزوجين، منها العدة، والنفقة سواء للزوجة أو الأبناء، وكذلك موضوع الحضانة وغيرها، وسنتناول في هذا المبحث بعض مواطن اجتهاد المقنن فيما يتعلق بهذه الآثار.

المطلب الأول: الاجتهاد في تحديد متعة المطلقة.

يقول الله عز وجل: {وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ} [البقرة: 236].

يتبيَّن من كلام الله عز وجل أن للمطلقات متعة وهي مبلغ من المال يجب للمطلقة لما لحقها من الأذى بسبب الطلاق، وكذلك جبراً لخاطرها وسنرى فيما يأتي قضية اجتهد فيها المقنن البحريني حول هذا الموضوع.

1- المادة: تنص المادة (52/د) على أنه: "إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة."[1]

2- شرح المادة: جعل القانون للمطلقة بعد الدخول متعة على مطلِّقِها إذا كان الطلاق بسبب من قِبَلِه وقدر القانون بنفقة سنة.[2]

3- الحكم الشرعي: قال الله تعالى: {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} [البقرة: 241]، يتضح من النص أن الحكم مختص بالطلاق دون غيره، وذكر أهل العلم في

---

1 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 18.

2 انظر: الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 105 / الغزالي والمحميد، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)**، ص: 277.

تفسير الآية الكريمة: "ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها."[1] فلا يوجد ما يدل على تحديد مبلغ أو زمن في متعة المطلقة، وقال الكاساني رحمه الله (ت: 587هـ) في هذه المسألة: "فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، فتوجب المتعة؛ لأنها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج، وإباية الإسلام، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة لها؛ لأنه لا يجب بها المهر أصلا، فلا تجب بها المتعة."[2] ومعنى ذلك أنه لو كان الطلاق بسبب يرجع إليها فإنها لا تستحق المتعة.

4- اتجاه القانون والتعقيب: موطن الاجتهاد في المسألة تحديد المقنن مدة سنة لمتعة نفقة المطلقة، وهذا التحديد ما هو إلا اجتهاد صادر عن المقنن نفسه ولم يرد عليه نص شرعي.

التعقيب: الذي يظهر أن هذا التحديد تتحقق منه مصلحة معتبرة، لا سيما أنه لا يتعارض مع الأصل الكلي الذي بُني عليه القانون وهو الشريعة الإسلامية، وقد يكون في التحديد حفظ مصدر دخل للزوجة مما يجعلها متعففة ولا تكون عبأً على أحد فترة كافية.

وتحديد هذه المدة يُمكِّنها من أن ترتب أوضاعها، وكذلك تكون نفقة المتعة فيها جبراً لخاطرها، وتخفيف للضرر الذي قد يحدث من الطلاق، وخصوصاً أن سببه ليس منها.

كذلك مدة السنة تحديداً مناسبة باعتبار النظر في حال الزوج، فلا تثقل كاهله بأكثر مما لا يطيق، ولا تكون المدة قليلة يتهاون فيها أي زوج ولا يضعها بعين الاعتبار.

---

1 القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج3، ص: 201.

2 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص: 303.

المطلب الثاني: الاجتهاد في شروط الحضانة.

من الآثار المترتبة على الفرقة بين الزوجين ما يتعلق بموضوع الحضانة، وسنتعرض لبعض مواطن الاجتهاد فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغةً واصطلاحاً.

1- الحضانة لغةً: "الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته. فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح، يقال احتضنت الشيء جعلته في حضني."

وجاء أيضاً: "الحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه." [1]

2- الحضانة اصطلاحاً: "تربية الولد لمن له حق الحضانة."[2]

وكذلك عرفها الفقهاء: "حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه."[3]

وقد ذكر المقنن في أول مواد الحضانة ما هو قريب من هذه التعاريف فقد نص على أنَّ: "الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس."[4]

نلاحظ من التعريفات أن معنى الحضانة يدور حول الرعاية والعناية بالولد ممن عليه ذلك.

الفرع الثاني: الاجتهاد في شرط الإسلام في الحضانة.

1- المادة: تنص المادة القانونية (130/أ) على أنه: "يشترط في الحاضن الإسلام."[5]

2- شرح المادة: "القانون اشترط إسلام الحاضن رجلاً كان أو امرأة هذا إذا كان المحضون مسلماً."[6]

---

1 ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج2، ص: 73. / ابن منظور، **لسان العرب**، ج13، ص: 123.

2 ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 555.

3 المرداوي، **الإنصاف**، ج9، ص: 416.

4 هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)**، ص: 38.

5 نفس المصدر السابق.

6 الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، ص: 240.

3- الحكم الشرعي: اختلف الفقهاء في اشتراط الإسلام في الحاضن على قولين:

القول الأول: لا يشترط إسلام الحاضنة فيصح أن تكون مسلمة أو غير مسلمة وهذا قول الحنفية والمالكية في المسألة، وعند الحنفية يبقى معها إلى أن يعقل الدين وقدروه بسبع سنين.

وأما المالكية ذكروا بأنه إذا خيف على المحضون من كفر الحاضنة فإنه يضم إلى رقباء مسلمين عليهم.[1] والمهم في مسألتنا أن كلا المذهبين لا يشترط الإسلام في الحاضنة.

استدلوا: 1- عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه عن جده: أن أبويه اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، أحدهما كافر والآخر مسلم، فخيره فتوجه إلى الكافر، فقال: "اللهم اهده" فتوجه إلى المسلم، فقضى له به.[2]

نوقش: "بأنه منسوخ أو محمول على أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه يستجاب دعاؤه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصده بتخييره استمالة قلب أمه."[3]

2- دليل عقلي: "لأن الحضانة تنبني على الشفقة، وهي أشفق عليه فيكون الدفع إليها أنظر له."[4] بمعنى حتى لو لم تكن مسلمة فإنها تحتضنه؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين.

يناقش: بأن رعاية الأم وشفقتها الحقيقية على ولدها في دينه، وذلك بطلب التوفيق والهداية له، أما الأم الكافرة تدعوه لما تعتقده من كفر وضلال، فالخوف على الدين أولى ما يُشفق به على الولد.

---

1 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص: 42 / ابن عابدين، **الحاشية**، ج3، ص: 565 / الدردير، **الشرح الكبير**، ج2، ص: 529.

2 ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، باب: تخيير الصبي بين أبويه، ج3، ص: 439، رقم الحديث: (2352)، قال الألباني في **صحيح وضعيف سنن ابن ماجه**، ج5، ص: 352، صحيح.

3 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص: 195.

4 الزيلعي الحنفي، **تبيين الحقائق**، ج3، ص: 49.

القول الثاني: يشترط في الحاضن الإسلام وهذا قول الشافعية والحنابلة في المسألة.[1]

استدلوا: 1- قول الله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} [النساء: 141].

وجه الدلالة: عموم الآية بأنه لا ولاية للكافر على المسلم.

2- جعلت الحضانة للمصلحة، ولا مصلحة في حضانة الكافر للمسلم.

يناقش: بأنه لا تخلوا حضانة الأم لولدها من المصلحة -ولو كانت كافرة- باعتبارها أشفق وأحن الناس عليه.

3- الفتنه في الدين وهذا من أعظم الضرر.[2]

4- اتجاه القانون والتعقيب: بعد عرض المسألة اتضح بأن المقنن أخذ باشتراط الإسلام في الحاضن وهو قول الشافعية والحنابلة في المسألة.

التعقيب: خالف المقنن البحريني المذهب المعتمد في البلد باجتهاده وتوجهه مع القول الآخر في المسألة.

وأرى أنه اختيار مُوفق على اعتبار أن الحضانة والرعاية أقل أهمية وخطورة من الضرر في الدين على الأولاد، إذ لا توجد مصيبة أعظم من الفتنة في الدين.

ومن الصعوبة عند تنشأة الولد على أمر أن تتحول عنه إلى آخر بعد التشبع والاعتياد عليه فلا يمكن الانتقال بسهولة إلى أمر مغاير بالكلية -والهداية بيد الله- بعد كل ما مر به.

من أجل ذلك حرص المقنن على اشتراط الإسلام في الحاضن، أما قضية الحضانة والرعاية فالذي أراه أنه يمكن تداركها وإيجاد بدائل في حال عدم صلاح أولى الحاضنين، وهي فترة مؤقتة إلى مرحلة الاعتماد على نفسه، فنتَّقي بذلك احتمالية خطر عظيم، والله تعالى أعلم.

---

1 الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص: 195 / البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 498.

2 انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص: 195 / البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص: 498.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولا: لم يتقيد القانون بمذهب بعينه ولا بالمذهب المعتمد في الدولة، حيث راعى في جملة اختياراته الأعراف والمصالح العامة وسد الذرائع وواقع المجتمع، ومن خلال هذا يتضح اجتهاد المقنن البحريني.

ثانياً: تعريفات أهل العلم للاجتهاد في الاصطلاح قريبة من المعنى اللغوي وامتداد له، وبالنسبة للتعريفات الاصطلاحية تجدها متقاربة، ويدل ذلك على شبه اتفاق بين أهل العلم في مفهومه.

ثالثاً: ثمة العديد من المعالم الاجتهادية في قانون الأسرة البحريني سواءً في مقدمات عقد الزواج وآثاره، أو الفرقة بين الزوجين وآثارها.

رابعاً: مواكبة قانون الأسرة البحريني لمستجدات العصر والأحداث الجديدة، مثل توثيق عقد الزواج، واستعمال البصمة الوراثية في النسب.

التوصيات:

1- الحاجة للمزيد من الدراسات والشروح حيث يفتقر قانون أحكام الأسرة البحريني لهذه الأمور بشكل ملاحظ.

2- يوصي الباحث القائمين على القانون بإعادة النظر في بعض المواد، وكذلك المسائل الغائبة عن القانون مثل الفحص الطبي قبل الزواج، والسعي لتطويرها وملائمتها لحاجة وأعراف المجتمع البحريني المتغيرة والمتجددة.

3- أوصي طلبة العلم الشرعي تحديداً بمزيد من الاهتمام بدراسة قانون أحكام الأسرة؛ لما له من أهمية في بناء وصلاح المجتمع، حتى يتوافق مع الشريعة الإسلامية بشكل تام.

المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.

2. ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، **جامع الأمهات**، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري (اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1421هـ/2000م).

3. ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، **مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل**، تحقيق: نذير حماده (بيروت: دار ابن حزم، ط1، 1427هـ/2006م).

4. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، **الطرق الحكمية** (دمشق: مكتبة دار البيان، د.ط، د.ت).

5. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، **زاد المعاد في هدي خير العباد** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط27، 1415هـ/1994م).

6. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، **الإجماع**، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد (دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، 1425هـ/2004م).

7. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، **فتح القدير** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

8. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، **درء تعارض العقل والنقل**، تحقيق: محمد رشاد سالم (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط2، 1411هـ/1991م).

9. ابن تيمية، تقي الدين عبد الحليم بن عبد السلام، **الفتاوى الكبرى** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ/1988م).

10. ابن تيمية، تقي الدين عبد الحليم بن عبد السلام، **مجموع الفتاوى**، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، د.ط، 1416هـ/1995م).

11. ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد، **القوانين الفقهية**.

12. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ).

13. ابن حجر، أحمد بن علي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** (بيروت: دار المعرفة، 1379هـ).

14. ابن حزم، علي بن أحمد، **المحلى بالآثار** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

15. ابن حمدان، أحمد بن حمدان بن شبيب، **صفة الفتوى والمفتي والمستفتي**، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني (بيروت: المكتب الإسلامي، ط3، 1397هـ).

16. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، تحقيق: مكتب تحقيق دار الحرمين (المدينة المنورة: مكتبة الغرباء الأثرية، ط1، 1417هـ/1996م).

17. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 1425هـ/2004م).

18. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، **الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)** (بيروت: دار الفكر، ط2، 1412هـ/1992م).

19. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، **مجموعة رسائل ابن عابدين**.

20. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون (دار الفكر، 1399هـ/1979م).

21. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، (دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ/1994م).

22. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني** (القاهرة: مكتبة القاهرة، د.ط، 1388هـ/1968م).

23. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **روضة الناظر وجنة المناظر**، (مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ/2002م).

24. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ/1991م).

25. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، **مفتاح دار السعادة**، (بيروت: دار الكتب العلمية).

26. ابن كثير، إسماعيل بن عمر، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: محمد شمس الدين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ/1999م) وكذلك نسخة أخرى تحقيق: سامي بن محمد سلامة (دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ/1999م).

27. ابن ماجه، محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، تحقيق: محمد عبد الباقي (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، ط1 ، 1372هـ 1953م).

28. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، **المبدع في شرح المقنع** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1997م).

29. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب** (بيروت: دار صادر، ط3، 1414هـ/1994م).

30. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، تحقيق: زكريا عميرات (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ/1999م).

31. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري** (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت).

32. ابن هبيرة، يحيى بن محمد، **اختلاف الأئمة العلماء**، تحقيق: السيد يوسف أحمد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ/2002م).

33. أبو البركات مجد الدين، عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ابن تيمية الحراني** (الرياض: مكتبة المعارف، ط2، 1404هـ/1984م).

34. أبو البقاء الحنفي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي، **الكليات**، تحقيق: عدنان درويش – محمد المصري (بيروت: مؤسسة الرسالة).

35. أبو الفرج الحنبلي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، **الشرح الكبير على متن المقنع** (دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع)، وكذلك نسخة أخرى تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي – الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو (القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1415هـ/1995م).

36. أبو الفضل الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار** (القاهرة: مطبعة الحلبي، 1356هـ/1937م).

37. أبو الوفا، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل، **الواضح في أصول الفقه**، تحقيق: عَبد الله بن عَبد المحسن التركي (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1420هـ/1999م).

38. أبو حبيب، سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، (دمشق: دار الفكر، ط2، 1408هـ/1988م).

39. أبو زهرة، محمد، **الأحوال الشخصية** (دار الفكر العربي، ط3، 1377هـ/1957م).

40. أبو زهرة، محمد، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره** (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، د.ت).

41. أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف، **العدة في أصول الفقه**، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي (ط2، 1410هـ/ 1990م).

42. الآبي، صالح عبدالسميع، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** (بيروت: المكتبة الثقافية).

43. أحمد حمد، **موضوع النسب في الشريعة الإسلامية والقانون** (الكويت: دار القلم، ط1، 1403هـ/1983م).

44. إسماعيل، حسين إسماعيل، **أخبار البحرين في القرن العشرين**، مكتبة طاهرة، ط1، 2002م.

45. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ/1999م).

46. الأصبحي، مالك بن أنس، **موطأ الإمام مالك رواية أبي مصعب الزهري**، تحقيق: بشار عواد، محمود خليل (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1412هـ/ 2002م).

47. الألباني، محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** (بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1405هـ/1985م).

48. الألباني، محمد ناصر الدين، **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها** (الرياض: مكتبة المعارف، ط1، 1415 – 1422هـ/1995 – 2002م).

49. الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح الترغيب والترهيب** (الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، 1421هـ/2000م).

50. الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح وضعيف سنن ابن ماجه**، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية (الإسكندرية،: مركز نور الإسلام، د.ط، د.ت).

51. الألفي، محمد جبر، **إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية**، (الرياض: جامعة الرياض محمد بن سعود، 1436هـ/2015م).

52. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: عبدالرزاق عفيفي (بيروت: المكتب الإسلامي، دمشق- لبنان).

53. أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري، **تيسير التحرير**، (مصر: مصطفى البابي الحلبي،1351هـ/1932م، بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ/1983م، ودار الفكر، 1417هـ/1996م).

54. الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، والسنيكي، زين الدين أبو يحيى، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1414هـ/1994م).

55. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب** (دار الكتاب الإسلامي).

56. البابرتي، محمد بن محمد، **العناية شرح الهداية** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

57. البخاري، محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير (بيروت: دار طوق النجاة، ط الأولى، 1422هـ/2002م).

58. بدر الدين البعلي، محمد بن علي بن أحمد بن عمر، **مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية**، تحقيق: عبد المجيد سليم – محمد حامد الفقي (مطبعة السنة المحمدية – تصوير دار الكتب العلمية).

59. البراذعي المالكي، خلف بن أبي القاسم محمد، **التهذيب في اختصار المدونة**، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ (دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423هـ/2002م).

60. البركتي، محمد عميم **التعريفات الفقهية** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ/2003م).

61. برهان الدين الحنفي، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة**، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي (بيروت: دار الكتب العلمية،ط1، 1424هـ/2004م).

62. البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق: حميش عبد الحقّ (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز).

63. البكري، عثمان بن محمد شطا، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين** (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1418هـ/1997م).

64. بن حيان، محمد بن يوسف بن علي بن يوسف، **البحر المحيط في التفسير**، تحقيق: صدقي محمد جميل (بيروت: دار الفكر، ط1، 1420هـ).

65. بن عاشور، الطاهر محمد بن الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد ابن الخوجة (الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ط، 1424هـ/2004م).

66. بهاء الدين، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، **العدة شرح العمدة**، (القاهرة: دار الحديث، 1424هـ/2003م).

67. البهوتي، منصور بن يونس، **شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى** (عالم الكتب، ط1، 1414هـ/1993م).

68. البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، (دار الكتب العلمية).

69. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، **السنن الصغير للبيهقي**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي (كراتشي: جامعة الدراسات الإسلامية، ط1، 1410هـ/1989م).

70. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، **معرفة السنن والآثار**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي (كراتشي: جامعة الدراسات الإسلامية، دمشق، بيروت: دار قتيبة، حلب، دمشق: دار الوعي، المنصورة، القاهرة: دار الوفاء: المنصورة، القاهرة، ط1، 1412هـ/1991م).

71. الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرة، **سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد شاكر، وآخرون (القاهرة: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط 2، 1395هـ 1975م).

72. التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، **شرح التلويح على التوضيح**، (مصر: مكتبة صبيح).

73. الجرجاني، علي بن محمد، **كتاب التعريفات** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ/1983م).

74. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، **الفصول في الأصول**، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1414هـ/1994م).

75. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد صادق القمحاوي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ).

76. الجمل، سليمان بن عمر، **حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

77. الجندي، أحمد نصر، **شرح قانون الأسرة البحريني**، (مصر: دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر، 2011م.

78. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، **الاجتهاد**، تحقيق: عبد الحميد أبو زنيد (دمشق، بيروت، دار القلم، دار العلوم الثقافية، ط1، 1408م).

79. الحجاوي، موسى بن أحمد، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد اللطيف السبكي (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت).

80. حسونه، عارف عز الدين حامد، **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر**، (الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، رسالة دكتوراه، كانون الثاني، 2005م).

81. الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحِصْني، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم (دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ/2002م).

82. الحطاب، محمد بن محمد الرعيني، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل** (بيروت: دار الفكر، ط3، 1412هـ/1992م).

83. الحمد، توفيق الحمد، توفيق، **رجل وقيام دولة**، مكتبة الشيخ عيسى الوطنية، ط2، 1996م.

84. الخرشي، محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

85. الخرقي، عمر بن الحسين بن عبد الله، **متن الخرقي على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني** (دار الصحابة للتراث، 1413هـ/1993م).

86. الخفيف، علي، **فرق الزواج في المذاهب الإسلامية** (دار الفكر العربي، ط1، 1429هـ/2008م).

87. الخليفة، مي محمد، **تشالز بلجريف: السيرة والمذكرات** (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2000م).

88. الدسوقي، محمد بن أحمد، **الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي** (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

89. الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: صفوان عدنان الداودي (دمشق، بيروت، دار القلم، الدار الشامية، ط1، 1412هـ).

90. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، **فتح العزيز بشرح الوجيز** (دار الفكر).

91. الرملي، محمد ابن أبي العباس أحمد بن حمزة، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1404هـ/1984م).

92. الرومي، قاسم بن عبد الله، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، تحقيق: يحيى مراد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ/2004م).

93. الزحيلي، وهبة، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، (دمشق: دار الفكر، ط3، 1433هـ/2012م).

94. الزركشي، محمد بن عبد الله، **المنثور في القواعد الفقهية** (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ/1985م).

95. الزركشي، محمد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** (دار العبيكان، ط1، 1413هـ/1993م).

96. الزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، والنجار، محمد، وإبراهيم مصطفى، **المعجم الوسيط** (الإسكندرية: دار الدعوة، د.ط، د.ت).

97. زيدان، عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1413هـ/1993م).

98. الزيلعي، عبد الله بن يوسف بن محمد، **نصب الراية**، تحقيق: محمد عوامة (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط1، 1418هـ/1997م).

99. الزيلعي، عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي** (القاهرة: المكتبة الكبرى الأميرية، ط1، 1313هـ، 1895م).

100. السبكي، عبدالوهاب بن علي، **جمع الجوامع في أصول الفقه**، تعليق: عبدالمنعم خليل إبراهيم (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1424هـ/2003م).

101. السبيل، عمر، **البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية** (الرياض: دار الفضيلة، ط1، 1423هـ/2002م).

102. السجستاني، أبو داوود سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داوود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت: المكتبة العصرية).

103. السرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط**، (بيروت: دار المعرفة، 1414هـ/1993م).

104. السرطاوي، محمود، **شرح قانون الأحوال الشخصية** (عمان: دار الفكر، ط3، 1413هـ/2010م).

105. السنوسي، عبدالرحمن بن معمر، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، (السعودية: دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ).

106. السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، **الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**، تحقيق: مازن المبارك (بيروت: دار الفكر المعاصر، ط1، 1411هـ).

107. السويلم، بندر بن فهد، **البصمة الوراثية وأثرها في النسب**، (بحث محكم على شبكة الإنترنت).

108. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، **الموافقات**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان (دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/1997م).

109. الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم** (بيروت: دار المعرفة، 1410هـ/1990م).

110. الشافعي، محمد بن إدريس، **الرسالة**، تحقيق: أحمد شاكر (مصر: مكتبة الحلبي، ط1، 1853هـ/1940م).

111. الشربيني، محمد بن أحمد، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م.

112. شهاب الدين النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، (دار الفكر، 1415هـ/1995م).

113. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، **إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق – كفر بطنا قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور (دار الكتاب العربي، ط1، 1919هـ/1999م).

114. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** (دار ابن حزم، ط1).

115. الشوكاني، محمد بن علي، **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الصبابطي (القاهرة: دار الحديث، ط1، 1413هـ/1993م).

116. الشيباني، أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد وآخرون (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م).

117. الشيباني، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر، **نيل المآرب بشرح دليل الطالب**، تحقيق: محمد سُليمان عبد الله الأشقر (الكويت: مكتبة الفلاح، ط1، 1403هـ/1983م).

118. الشيرازي، إبراهيم بن علي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت).

119. الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، **حاشية الصاوي على الشرح الصغير** (دار المعارف).

120. الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح، **التحبير لإيضاح معاني التيسير**، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق (الرياض: مكتبة الرشد، ط1، 1413هـ/2012م).

121. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام** (بيروت: دار الحديث، د.ط، د.ت).

122. الضو، سليمان الضو، **أحكام المهر في الفقه الإسلامي** (بيروت: مؤسسة الرسالة دار المصطفى للنسخ والطبع، 1398هـ/1978م).

123. ضياء الدين الجندي، خليل بن إسحاق بن موسى، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب (مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ/2008م).

124. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر (مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ/2000م).

125. الطيار، عبدالله بن محمد، المطلق، عبدالله بن محمد، الموسى، محمد بن إبراهيم، **الفقه الميسر** (الرياض: مدار الوطن للنشر، ط1، 1432هـ/ 2011م).

126. عبدالعال، محمد حسين، **المدخل لدراسة القانون البحريني** (2006م).

127. العزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، (دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ/1993).

128. عزايزة، عدنان، **حجية القرائن في الشريعة الإسلامية** (عمان: دار عمار، ط1، 1999م).

129. العك، خالد عبدالرحمن، **موسوعة الفقه المالكي** (دار الحكمة للطباعة والنشر، ط1، 1413هـ/1993م).

130. عليش، محمد بن أحمد، **منح الجليل شرح مختصر خليل** (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1409هـ/1989م).

131. العمري، نادية شريف، **الاجتهاد في الإسلام**، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ/1985م).

132. العوفي، عوض بن رجاء، **الولاية في النكاح** (المدينة المنورة: الجامعة الإسلامية، فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 1423هـ/2002م).

133. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب**، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر (القاهرة: دار السلام، ط1، 1417هـ).

134. الغزالي، أحمد محمد بخيت، المحميد، ياسر عبدالرحمن، **التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني القسم الأول**، (مملكة البحرين: وزارة العدل ولاشئون الإسلامية والأوقاف، معهد الدراسات القضائية والقانونية، ط1).

135. فخر الدين الرازي، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين، **المحصول**، تحقيق: طه جابر فياض العلواني (مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ/1997م).

136. الفوزان، صالح بن فوزان الفوزان، **تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات** (الرياض: مكتبة أضواء السلف، ط1، 1420هـ/1999م).

137. الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط8، 1426هـ/2005م).

138. قاسم، عبدالرشيد محمد أمين، **البصمة الوراثية وحجيتها**، (مجلة العدل، العدد: 23، 1425هـ).

139. القرافي، أحمد بن إدريس، **الفروق = إنوار البروق في إنواء الفروق** (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط/ د.ت).

140. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، **القرافي**، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م).

141. القرضاوي، يوسف بن عبدالله، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر**، (الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ/1996م).

142. القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش) القاهرة: دار الكتب المصرية، ط2، 1384هـ/1964م).

143. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني (المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، ط2، 1400هـ/1980م).

144. القره داغي، علي محي الدين، **البصمة الوراثية من منظور فقهي** (المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشر، العدد السادس عشر، 1424هـ/2003م).

145. القطان، حنان أحمد عبدالعزيز، **عمل الزوجة وأثره في نفقتها الشرعية** (ط1، 1430هـ/2009م).

146. القليوبي، أحمد بن سلامة، وعميرة، أحمد البرلسي، **حاشيتا قليوبي وعميرة** (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1415هـ/1995م).

147. القنوجي، محمد صديق خان بن حسن بن علي، **الروضة الندية**، تحقيق: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري (الرياض: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، القاهرة: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، ط1، 1423هـ/2003م).

148. القيرواني، عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، **متن الرسالة** (دار الفكر).

149. الكاساني، أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م).

150. الكرابيسي، أسعد بن محمد، **الفروق**، تحقيق: محمد طموم (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1402هـ/1982م).

151. الكعبي، خليفة علي، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية** (الأردن، دار النفائس، ط1، 1426هـ/2006م).

152. لجنة علمية في وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية الكويتية** (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ط، من 1407هـ/1987م إلى 1427هـ/2007م).

153. اللخمي، أحمد بن فرح بن أحمد، **مختصر خلافيات البيهقي**، تحقيق: ذياب عبد الكريم ذياب عقل (الرياض: مكتبة الرشد، ط1، 1417هـ/1997م).

154. الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ/1999م).

155. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإِسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإِسلامي** (1426هـ/2005م).

156. مجمع الفقه الإسلامي، **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة**، الدورة السادسة عشرة، القرار السابع (مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي، ط2، د.ت).

157. المرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، **تاج العروس من جواهر القاموس** (الإسكندرية: دار الهداية، د.ط، د.ت).

158. المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، (دار إحياء التراث العربي، ط2).

159. المرداوي، علي بن سليمان، **التحبير شرح التحرير**، تحقيق: عبدالرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح (الرياض: مكتبة الرشد، ط1، 1421هـ/2000م).

160. المرغيناني، علي بن أبي بكر، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق: طلال يوسف (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت).

161. المريخي، خليل محمد، **لمحات من ماضي البحرين**، المطبعة الحكومية لوزارة الإعلام بمملكة البحرين، ط1، 1987م.

162. المقدسي، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، **الشرح الكبير، كتاب المقنع، ومعه الشرح الكبير والآنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق: عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح الحلو (الرياض: دار عالم الكتب، ط2، 1426هـ/2005م).

163. **ملحق الجريدة الرسمية**، العدد: 2553، الأربعاء، 23 أكتوبر 2002م.

164. المواق، محمد بن يوسف، **التاج والإكليل لمختصر خليل** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م).

165. النووي، يحي بن شرف، **المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)**، (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).

166. النووي، يحي بن شرف، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج** (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392هـ/1972م).

167. النووي، يحي بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي، ط3، 1412هـ/1992م).

168. النيسابوري، مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 1374هـ/ 1955م).

169. هلالي، سعد الدين، **البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية** (القاهرة: مكتبة وهبة، ط1، 1431هـ/2010م).

170. هنية، شويدح، **نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه** (بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية: سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني).

171. الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، تحقيق: لجنة من العلماء (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1357هـ/1983م).

172. هيئة التشريع والإفتاء القانوني، **قانون أحكام الأسرة الصادر بالقانون رقم 19 لسنة 2009م القسم الأول**، ط2، 2013م.

173. واصل، نصر فريد، **البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها** (مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر).

174. الوطني، عيسى الوطني، **لمحات من ماضي البحرين**، وزارة الثقافة والإعلام في مملكة البحرين، ط1، 2010م.

مراجع شبكة الإنترنت:

175. دار الافتاء المصرية، استخدام الوسائل العلمية في إثبات الزنا، 2009/2/22. http://cutt.us/TlbT8.

176. **صحيفة البلاد**، 2010/1/23م، الموقع: http://www.albiladpress.com/news_inner.php?nid=38695&cat=1.

177. المحاكم الشرعية في البحرين: عبق من الأصالة والتحديث، صحيفة البلاد، 2010/1/23م،الموقع: http://www.albiladpress.com/news_inner.php?nid=38695&cat=1.

178. مركز الفتوى، **موقع إسلام ويب**، الموقع: http://cutt.us/hCsFa.

179. ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية، ملخص الحلقة النقاشية، الكويت، الموقع: http://islamset.net/arabic/abioethics/basma/basma1.html.

180. وكالة أخبار المرأة، مؤتمر المرأة البحرينية يستعرض "أثر التشريعات الأسرية على واقع المرأة" الثلاثاء 1 نوفمبر 2016م الموقع: http://wonews.net/ar/index.php?ajax=preview&id=18786.