

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارن

إذن القاضي وأثره في التصرفات

دراسة فقهية تطبيقية لقانون أحكام الأسرة البحريني

مع مقارنة لما عليه العمل في المحاكم السعودية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن.

إعداد الطالب:

أحمد بن عبد الحميد بن محمد النجار

ومناقشة:

بإشراف:

الشيخ الدكتور: خالد بن عبدالله اللحيدان

الشيخ الأستاذ الدكتور: بندر بن فهد السويلم

قاضي الاستئناف والمفتش القضائي بالمجلس الأعلى للقضاء

مستشار مدير الجامعة وعضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي: ١٤٣٢/١٤٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، أحكم الحاكمين، ديان يوم الدين، يوم القضاء العظيم،
والفصل بين المتنازعين، والصلاة والسلام على من أرسل رحمة للعالمين، وعلى آله
وصحبه والتابعين.

أما بعد:

فإنه لا يخفى على من لديه أدنى نظر في فروع الشريعة ما لمباحث الإذن فيها من
أثر، حتى إنه لا يكاد أن يخلو باب من أبواب الفقه إلا وللإذن فيه نصيب.
ومن هذا المنطلق شمرت ساعد الجد في بحث بعض المسائل المتعلقة بالإذن
بشكل عام، فاختارت نفسي البحث في إذن القاضي.

وأنا في هذه الرسالة لا أعني بالإذن مفهوم إطلاق الفعل بعد الحظر وحسب، بل
هو الإذن بمفهومه الواسع المستفاد من اللغة، فأصل الإذن، العلم والإعلام، تقول
العرب: أذنتُ بهذا الأمر، أي: علمتُ. وفعله بإذني، أي: بعلمي، ويجوز: بأمرِي.^(١)

(١) ينظر: مقاييس اللغة، (١/٧٧)، مادة (أذن).

وعليه فإن هذا العنوان يشمل كل تصرف يتوقف نفاذه، أو ثبوته، أو توثيقه، أو تقديره، على أمر القاضي أو إجازته، مما لا خصومة أو منازعة فيه، ولم يكن ضمن العمل الإداري.

وهذا المفهوم قريب مما يعرف عند أهل القانون بأعمال القاضي الولائية.

وبما أنني طالب بحريني، فإني أرغب في دراسة هذا الموضوع دراسة تطبيقية مع قانون الأسرة البحريني بالإضافة إلى دراسته فقهياً؛ فالقانون للتو أكمل العامين من عمره، ويحتاج إلى دراسة لبعض تطبيقاته.

وكذلك بما أن دراستي مقدمة للمعهد العالي للقضاء، فإني أرغب في مقارنة تطبيقات قانون الأسرة البحريني مع المعمول به في المحاكم السعودية، وصولاً للنظرة الكاملة بعد المقارنة والترجيح.

وعلى هذا فإني اخترت هذا الموضوع ليكون عنواناً للبحث التكميلي الذي هو أحد متطلبات شهادة الماجستير في العهد العالي للقضاء. والله أسأل التوفيق والسداد.



أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. محاولة حصر المسائل التي يشترط لها إذن القاضي.
٢. بحث بعض مسائل الإذن المستجدة.
٣. بيان مدى توافق مواد قانون الأسرة البحريني مع أحكام الشرع ومقصوده.
٤. الدراسة لبعض تطبيقات قانون الأسرة البحريني.
٥. المقارنة والترجيح بين ما عليه العمل في القضاء البحريني والقضاء السعودي في موضوع الدراسة.
٦. إظهار مدى التوافق بين قانون الأسرة البحريني مع المعمول به في القضاء السعودي، تمهيداً لصدور الأنظمة الموحدة لدول مجلس التعاون.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في مظان البحوث والدراسات، لم أجد من بحث في هذا الموضوع. ولكن هناك بعض الدراسات التي قد يكون لها بعض الصلة، ومنها:

١. أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، لمحمد عبد الرحيم بن سلطان العلماء.^(١)

(١) الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى،



٢. الإذن والإجازة وأثرهما في الفقه الإسلامي، لعلي حسين مشهور. (١)
٣. التطبيق الشرعي في الأحوال الشخصية في دولة البحرين في العصر الحديث، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون والقضاء الشرعي البحريني، لعبدالرحمن بن ضرار الشاعر. (٢)
٤. التصرفات الضارة في أموال القصر وتطبيقاتها في القضاء الكويتي، لسالم بن بادي العجمي. (٣)

منهجي في البحث:

المنهج العام للدراسة: استقرائي، تحليلي، تطبيقي. ففي البداية أحاول استقراء المسائل المتعلقة بالعنوان، ثم أقوم بتحليلها ودراستها دراسة فقهية مقارنة، وفي نهاية الأمر أذكر التطبيقات المتعلقة بهذه المسائل.

(١) الدراسة عبارة عن رسالة دكتوراه، مقدمة لقسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالعام الجامعي ١٤١٦هـ-١٤١٧هـ.

(٢) الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير، مقدمة لقسم الشريعة بكلية دار العلوم، بجامعة القاهرة، بالعام الجامعي ٢٠٠٠م-٢٠٠١م.

(٣) الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير، مقدمة لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بعام ١٤٢٧هـ.

أولاً: المنهج في الدراسة التطبيقية:

١. دراسة المسألة فقهيًا.
٢. ذكر تطبيقات المسألة في قانون الأسرة البحريني - إن وجدت -.
٣. بيان عمل القضاة في المحاكم السعودية - إن وجد - (١).
٤. المقارنة بين تطبيقات قانون الأسرة البحريني والعمل في المحاكم السعودية.
٥. بيان رأي الباحث في هذه التطبيقات بعد المقارنة والترجيح.
٦. تحشية المسألة بالمواد المتعلقة بها في قانون الأسرة البحريني.

ثانياً: المنهج العام في البحث:

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.
٢. إذا كانت المسألة من مسائل الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

(١) سيتم استخلاص المعمول به من المحاكم السعودية من خلال زيارات المحاكم، والاطلاع على التطبيقات القضائية، بالإضافة إلى مشافهة عدد من القضاة والذين من أبرزهم: الشيخ سعود بن عبدالله المعجب رئيس محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، والشيخ خالد بن عبدالله اللحيدان المفتش القضائي وقاضي الاستئناف، والشيخ عبدالله بن ابراهيم الهويمل القاضي بالمحكمة العامة بالرياض.



٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

• تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

• ذكر الأقوال في المسألة، وتبيين من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

• الاقتصار على المذاهب المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فسأسلك بها مسلك التخريج.

• توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

• استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجب به عنها إن أمكن، وذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

• الترجيح مع بيان سببه مع ذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤. الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٥. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد قدر المستطاع.

٦. تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٧. ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة الشكل.

٨. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منها.
٩. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، ونقل الحكم عليها.
١٠. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
١١. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.
١٢. الاعتناء بقواعد اللغة العربية والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ولأقوال العلماء، وأميز العلامات والأقواس، فيكون لكل منها علامته الخاصة.
١٣. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي أراها.
١٤. الترجمة للأعلام غير المشهورين بإيجاز، بذكر: اسم العلم، نسبه، تاريخ وفاته، مذهبه الفقهي، العلم الذي اشتهر به، وأهم مصنفاته مع مصادر ترجمته.
١٥. إتباع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:
- فهرس الآيات القرآنية.
 - فهرس الأحاديث والآثار.

- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة، وفهارس على النحو

الآتي:

المقدمة:

- أهمية الموضوع وسبب اختياره.
- الدراسات السابقة.
- منهج البحث.
- خطة البحث.
- أهم الصعوبات التي واجهتني في كتابة البحث.
- الشكر والتقدير لكل من ساهم في تيسير كتابة البحث.

التمهيد: وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف مفردات العنوان والألفاظ ذات الصلة. وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإذن لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف القاضي لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف الأثر لغةً واصطلاحاً.

المطلب الرابع: تعريف التصرفات لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف إذن القاضي وبيان المقصود منه كلقب.

المبحث الثالث: تصرفات القاضي وأنواعها. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصرفات القاضي القضائية.

المطلب الثاني: تصرفات القاضي الإدارية.

المطلب الثالث: تصرفات القاضي الولائية.

المبحث الرابع: تعريف عام بقانون الأسرة البحريني ونظام القضاء في مملكة

البحرين.

وفيه فصلان:

العرض

الفصل الأول: إذن القاضي وأثره في أحكام الزواج. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إذن القاضي وأثره في ولاية النكاح. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: إذن القاضي وأثره عند انقطاع الاتصال بالولي الأقرب. وفيه

ثلاثة فروع:

الفرع الأول: غياب الولي الأقرب.

الفرع الثاني: جهل مكان الولي الأقرب.

الفرع الثالث: عدم التمكن من الاتصال بالولي الأقرب.

المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره عند عضل الولي.

المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره عند انعدام الولي.

المطلب الرابع: إذن القاضي وأثره عند زواج الولي من موليته.

المطلب الخامس: إذن القاضي وأثره في إثبات عقد الزواج في حال انعقاده من

غير ولي.

المبحث الثاني: إذن القاضي وأثره في إجراء عقد الزواج وتوثيقه. وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في سن الزواج وتقريره. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تزويج من يقل سنها عن السادسة عشرة

الفرع الثاني: زواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول

مجلس التعاون.

الفرع الثالث: زواج البحرينية التي لم تتجاوز عشرين عاماً من أجنبي تجاوز

الخمسين عاماً.

المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في زواج فاقد او ناقص الأهلية. وفيه ثلاثة

فروع:

الفرع الأول: زواج المجنون.

الفرع الثاني: زواج المعتوه.

الفرع الثالث: زواج المحجور عليه لسفه.

المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره في التعدد.

الفصل الثاني: إذن القاضي وأثره في أحكام الفراق. وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ وتقرير البدل في الخلع.

- المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ.
- المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في تقرير بدل الخلع.
- المبحث الثاني: إذن القاضي وأثره في إثبات حالة الطلاق.
- المبحث الثالث: إذن القاضي وأثره في توثيق الرجعة.
- المبحث الرابع: إذن القاضي وأثره في إثبات الحضانة.
- المبحث الخامس: إذن القاضي وأثره في تقدير النفقة.

الخاتمة:

- النتائج.
- التوصيات.

الفهارس:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.

أهم الصعوبات التي واجهت الباحث:

تكمن الصعوبات التي واجهتني أثناء كتابة البحث في ما يلي:

١. عُسر التأصيل لموضوع هذا البحث؛ فالموضوع لم يسبق أن طُرق بهذا الطرح.
٢. محاولة الجمع بين النظرة الفقهية والنظرة القانونية في موضوع البحث، والتماس الفارق بينهما، مما حدا إلى البحث في المراجع القانونية بالإضافة إلى الفقهية.
٣. صعوبة الحصول على جميع تطبيقات البحث؛ نظراً لندرة الوقائع في بعض مسائل البحث، بالإضافة إلى قرب عهد قانون أحكام الأسرة البحريني.
٤. عدم تمكني من الاطلاع على جميع التطبيقات القضائية في المحاكم البحرينية؛ نظراً لسرية القضايا، ووجود قضايا تتعلق بالعرض والنسب والشرف، وإمكان تعريفي على أصحاب القضية؛ نظراً لصغر البحرين، وقلة مواطنيها.
٥. عدم الاستقرار التام أثناء كتابة البحث؛ نظراً لكثرة تنقلي بين البحرين والسعودية؛ في سبيل تحرير البحث.
٦. ضيق الوقت، خاصة مع تأخر صدور الموافقة النهائية على خطة البحث من جانب مجلس المعهد.

شكر وتقدير:

الحمد لله أولاً وآخراً، ومن باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله، أود أن أفيض
بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساهم في تيسير كتابة البحث بالمشورة أو المساعدة
أو التوجيه، بدءاً بوالدَيِّ حفظهما الله، ثم مشايخي الفضلاء، والذين كان من أبرزهم:

- مشرفي الشيخ الأستاذ الدكتور بندر بن فهد السويلم، مستشار معالي مدير
الجامعة وعضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء.
- الشيخ الدكتور عبدالعزيز بن عبدالرحمن المحمود، عميد الدراسات العليا.
- الشيخ الأستاذ الدكتور عبدالسلام بن محمد الشويعر، عضو هيئة التدريس
بكلية الملك فهد الأمنية.
- الشيخ الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي
للقضاء.
- الشيخ الدكتور خالد بن عبدالله اللحيدان، قاضي الاستئناف، والمفتش
القضائي بالمجلس الأعلى للقضاء.
- الشيخ الدكتور ياسر بن عبدالرحمن الحميد، رئيس المحكمة الكبرى
الشرعية، الدائرة الثانية، بالبحرين.

- قضاة المحكمة الكبرى الشرعية، الدائرة السنية الثانية، وأمين سرها،
والعاملين فيها.^(١)
- زميلي الشيخ عمر بن محمد البوعواس، القاضي بالمحكمة الصغرى
بالبحرين.



(١) تتكون المحكمة - بالإضافة إلى رئيسها - من القضاة: الشيخ عبدالرحمن الفاضل، والشيخ عبدالرحمن الشاعر، والشيخ فيصل غرير، بالإضافة إلى أمين السر الشيخ سعد الشامسي.

التمهيد:

سأتناول - بعون الله - في هذا الفصل التمهيدي عدد من المقدمات التي لها تؤصل لموضوع إذن القاضي، وتبين المراد منه. وسيكون الطرح من خلال أربعة مباحث، الأول في تعريف مفردات العنوان والألفاظ ذات الصلة، الثاني في تعريف إذن القاضي وبيان المقصود منه كلقب، الثالث في بيان تصرفات القاضي وأنواعها، وأخيراً الرابع ويتضمن تعريفاً عاماً بقانون أحكام الأسرة البحريني، وتعريفاً بنظام القضاء في مملكة البحرين.

المبحث الأول:

تعريف مفردات العنوان والألفاظ ذات الصلة:

المطلب الأول: تعريف الإذن لغةً واصطلاحاً:

الفرع الأول: تعريف الإذن لغةً:

يطلق الإذن في الوضع اللغوي على معانٍ عدة من أبرزها:

١. العلم والإعلام، قال الخليل^(١): (أذنتُ بهذا الشيء أي علمتُ، وأذني

أعلمني، وفعله بإذني أي بعلمي).^(٢)

٢. الأمر، قال ابن فارس^(١): (فعله بإذني أي بعلمي، ويجوز بأمر).^(٢) وقال

الخليل: (تأذنتُ لأفعلن كذا، يراد به إيجاب الفعل في ذلك، أي سأفعل لا

محالة).^(٣)

(١) هو الخليل بن أحمد بن محمد بن الخليل (٢٨٩ - ٣٧٨ هـ)، أبو سعيد السجزي، المعروف بابن جنك،

فقيه حنفي، قاضٍ. كان شيخ أهل الرأي في عصره، وكان صاحب فنون في العلوم. طاف الدنيا شرقاً

وغرباً وسمع الحديث. ومات قاضياً بسمرقند. [النجوم الزاهرة ٤ / ١٥٣، شذرات الذهب ٣ /

٩١، والأعلام ٢ / ٣٦٣].

(٢) كتاب العين، (٨ / ٢٠٠)، مادة (أذن).

٣. الإجازة والرخصة، قال الراغب الأصفهاني: (الإذن في الشيء إعلامٌ بإجازته

والرخصة فيه، نحو: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ ﴾

[النساء: ٦٤] أي بإرادته وأمره. (٤)

٤. الإباحة، قال ابن منظور: (أذن له في الشيء إذناً أباحه له). (٥)

٥. إطلاق الفعل، قال الفيومي: (أذنتُ له في كذا أطلقتُ له فعله... واستأذنته

في كذا طلبتُ إذنه فأذن لي، أطلق لي فعله). (٦)

(١) هو أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب، أبو الحسين الرازي، وقيل: القزويني، المعروف بالرازي المالكي اللغوي، (؟ - ٣٩٥ هـ). نزيل همدان " . ولد بقزوين، ونشأ بهمدان، وكان أكثر مقامه بالرّي. وكان كاملاً في الأدب، فقيهاً، مُنظراً، مالكياً. وكان يناظر في الكلام، وينصر مذهب أهل السنة. بل كان من رؤساء أهل السنة المجردين على مذهب أهل الحديث. وطريقته في النحو طريقة الكوفيين، و ألف " كتاب الحجر " وله " المُجمل " في اللغة. [تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام ٨ / ٧٤٧].

(٢) مقاييس اللغة، مادة (أذن).

(٣) كتاب العين، (٨ / ٢٠٠)، مادة (أذن).

(٤) مفردات غريب القرآن، (١ / ١٤)، مادة (أذن).

(٥) ينظر: لسان العرب، (١ / ٥٢)، مادة (أذن).

(٦) المصباح المنير، مكتبة لبنان، ص ٤، مادة (أذن).

الفرع الثاني: تعريف الإذن اصطلاحاً:

اختلف أهل العلم في تعريفهم للإذن، فمنهم من عرفه بالمثل، ومنهم من توسع في المقال.

١. فعرفه السرخسي^(١) بقوله: (الإذن في التجارة فك الحجر الثابت شرعاً، ورفع

المانع من التصرف حكماً، وإثبات اليد للعبد في كسبه، بمنزلة الكتابة).^(٢)

٢. وجاء في حاشية ابن عابدين^(٣): (الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور

عنه، وإعلامٌ بإطلاقه فيما حُجر عليه).^(٤)

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، (- ٤٨٣ هـ)، السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان. ويلقب بشمس الأئمة. كان إماماً في فقه الحنفية، علامة حجة متكلماً ناظراً أصولياً مجتهداً في المسائل. أخذ عن الحلواني وغيره. سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأملى كثيراً من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه. من تصانيفه: "المبسوط" في شرح كتب ظاهر الرواية، في الفقه، و "الأصول" في أصول الفقه، "شرح السير الكبير" للإمام محمد بن الحسن.

[الفوائد البهية ص ١٥٨، والجواهر المضية ٢ / ٢٨، والزركلي ٦ / ٢٠٨]

(٢) المبسوط، دار المعرفة، (٢/٢٥).

(٣) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، (١١٩٨ - ١٢٥٢ هـ). دمشقي. كان فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره. صاحب "رد المحتار على الدر المختار" المشهور بحاشية ابن عابدين. من تصانيف ابن عابدين الأب: "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية"، و "نسمات الأسحار على شرح المنار" في الأصول، و "حواش على تفسير البيضاوي"، و "مجموعة رسائل". [الأعلام

للزركلي ٦ / ٢٦٧]

(٤) رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، (٩/٢٢٨).

٣. وعرفه الجرجاني^(١) بقوله: (. . . فك الحجر، وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً).^(٢)

٤. ثم عرفه بعض المعاصرين بقوله: (إطلاق التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه شرعاً لحق الغير).^(٣)

والتعريف الأخير وإن كان لا ينطبق على موضوع بحثنا كما سيتبين في المبحث الثاني، إلا أنه أولى التعاريف؛ لأنه تجنب التكرار، وجاء بصيغة عامة شاملة لجميع الأحكام والمسائل في أبواب الفقه التي للإذن فيها أثر.

فإطلاق التصرف للشخص معناه إباحته له بإطلاق، سواء أكان هذا الحق راجع إلى الشارع أو الولي أو الوصي أو الحاكم أو الإمام أو المالك أو غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى.^(٤)

(١) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، (٧٤٠-٨١٦ هـ)، أبو الحسن، الجرجاني، الحسيني الحنفي. عالم، حكيم، مشارك في أنواع من العلوم. فريد عصره، ولد في تاكو (قرب إستراباد) ودرس في شيراز وتوفي بها. من تصانيفه: "التعريفات"، و"شرح مواقف الإيجي"، و"شرح السراجية"، و"رسالة في فن أصول الحديث". [الضوء اللامع ٥ / ٣٢٨، والفوائد البهية ١٢٥، ومعجم المؤلفين ٧ / ٢١٦، والأعلام ٥ / ١٥٩].

(٢) التعريفات، ص ٣٠.

(٣) الإذن والإجازة وأثرهما في الفقه الإسلامي، (١/١٧).

(٤) ينظر: الإذن والإجازة وأثرهما في الفقه الإسلامي، (١/١٧).

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالإذن:

أولاً: الإجازة:

الإجازة لغةً الإنفاذ؛ قال ابن فارس: (أجزته نفذته).^(١) وأجزت العقد جعلته جائزاً ونافذاً.^(٢)

أما في الاصطلاح، فلم يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن المعنى اللغوي لها.^(٣) والعلاقة بين الإذن والإجازة أن كلاهما يدل على الموافقة على الفعل، إلا أن الإذن يكون قبل الفعل، والإجازة تكون بعد وقوعه.

ويأتي الإذن بمعنى الإجازة إذا كان لأمرٍ وقع وعلم به الآذن.^(٤)

ثانياً: الأمر:

قال ابن فارس: (الهمزة والميم والراء اصول خمسة: الأمر من الأمور، والأمر ضد النهي، والأمر النماء والبركة بفتح الميم، والمعلم، والعجب).^(٥)

(١) مقاييس اللغة، (١/٤٩٤)، مادة (جوز).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢/٣٧٧).

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١/٣٠٣).

(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، (٤/٣٢٤).

(٥) مقاييس اللغة، (١/١٣٧)، مادة (أمر).

والذي يهمننا من هذه الاصول المعنى الثاني وهو كون الأمر بمعنى الطلب،

ويجمع على أوامر. (١)

(١) ينظر: المصباح المنير، مكتبة لبنان، ص ٨، مادة (أمر).

المطلب الثاني: تعريف القاضي لغةً واصطلاحاً:

الفرع الأول: تعريف القاضي لغةً:

قال ابن فارس: (القاف والضاد والحرف المعتل أصلٌ صحيح يدلُّ على إحكام أمرٍ وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال الله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ ﴿فُصِّلَتْ: [١٢] أي أَحَكَمَ خَلَقَهُنَّ﴾. (١)

قال أبو إسحاق الزجاج (٢): (قضى في اللغة على ضروب كلها ترجع إلى معنى انقطاع الشيء وتمامه، ومنه قوله جل وعز: ﴿ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا﴾ [الأنعام: ٢]، معناه: ثم حَتَمَ بِذَلِكَ وَأَتَمَّهُ. (٣)

ثم ذكر عدداً من المعاني المدرجة تحت المادة منها:

(١) مقاييس اللغة، (٩٩/٥)، مادة (قضى).

(٢) هو إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل، (٢٤١-٣١١هـ). النحوي، اللغوي، المفسر. أقدم أصحاب المبرد قراءة عليه، وكان يخرط الزجاج ثم تركه واشتغل بالأدب، فنسب إليه، واختص بصحبة الوزير عبيد الله بن سليمان وعلم ولده القاسم الأدب، ولما استوزر القاسم أفاد بطريقه مالا جزيلا. من تصانيفه: "معاني القرآن"، و"الاشتقاق"، و"خلق الإنسان"، و"الأمالي". [وشذرات الذهب ٢ / ٢٥٩، والأعلام ١ / ٣٣].

(٣) تهذيب اللغة، (١٦٩/٩)، مادة (قضى).

١. الأمر، ففي قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]،

معناه: أمر، لأنه أمرٌ قاطعٌ حتم.

٢. الإعلام، ففي قوله: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾ [الإسراء: ٤]، أي:

أعلمناهم إعلاماً قاطعاً.

٣. الفصل في الحكم، نحو قوله جلّ وعز: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ إِلَىٰ

أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّفُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ١٤]، أي: لفصل الحكم بينهم.

ومثل ذلك قولهم: قد قضى القاضي بين الخصوم، أي: قد قطع بينهم في

الحكم. (١)

وقال أبو بكر الأنباري (٢): (قال أهل الحجاز: القاضي في اللغة معناه: القاطع

للأمور المحكم لها. قال الله: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فُصِّلَتْ: ١٢]، أراد

فقطعهنّ وأحكم خلقهنّ). (١)

(١) ينظر: تهذيب اللغة، (٩/١٦٩-١٧٠)، مادة (قضى).

(٢) هو محمد بن القاسم بن محمد بن بشار بن الحسن، (٢٧١ - ٣٢٨ هـ). أديب نحوي، مفسر، محدث،

من أعلم أهل زمانه بالأدب واللغة، ومن أكثر الناس حفظاً للشعر والأخبار، قيل: كان يحفظ ثلاثمائة

ألف شاهد في القرآن. قال محمد بن جعفر التميمي: ما رأينا أحداً أحفظ من الأنباري ولا أغزر من

علمه. من تصانيفه: "عجائب علوم القرآن"، و"كتاب الوقف والابتداء"، و"غريب الحديث".

[شذرات الذهب ٢ / ٣١٥، وسير أعلام النبلاء ١٥ / ٢٧٤، والأعلام ٧ / ٢٢٦].

الفرع الثاني: تعريف القاضي اصطلاحاً:

القاضي هو الشخص المخول بالقضاء بين الناس، وإذا أردنا تعريفاً له كان لزاماً علينا أولاً تعريف القضاء.

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للقضاء على ما يأتي:

١. عرفه الحنفية بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"، وزاد ابن عابدين: "على وجه خاص"، حتى لا يدخل فيه نحو الصلح بين الخصمين.^(٢)
٢. عرفه المالكية بأنه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام".^(٣)
٣. عرفه كثير من الشافعية بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى".^(٤)
٤. عرفه الحنابلة بأنه: "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات".^(٥)

(١) ينظر: تهذيب اللغة، (٩/ ١٧٠-١٧١)، مادة (قضى).

(٢) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، (٨/ ٢٠).

(٣) ينظر: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (١/ ١٢).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٤/ ٣٧٢).

(٥) ينظر: كشف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، (٥/ ٢٤٩).

ومما سبق يتبين تقارب عبارات أصحاب المذاهب في تعريفهم للقضاء، ولعل الأقرب في تعريف القضاء أنه: "فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الالتزام".^(١)

وبهذا نستطيع أن نعرف القاضي بأنه: "الشخص الذي يفصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الالتزام".

ولكن - وكما سيتضح لاحقاً - لا يقتصر عمل القاضي على فصل الخصومات، وإن كانت هي وظيفته الأصلية؛ فقد يتناول القاضي؛ نظراً لمكانته مجموعة من المهام التي يفرضها ولي الأمر أو العرف العام للبلد.

يقول أبو العباس ابن تيمية: (عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع. فقد يدخل في ولاية القضاة في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر، وبالعكس).^(٢)

(١) ينظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٨.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية، (٦٨/٢٨).

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالقاضي:

المحكمة:

المحكمة راجعة إلى الحكم وهو "المنع"؛ قال ابن فارس: (الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع. وأول ذلك الحُكْم، وهو المنع من الظلم... يقال: حكمت السّفيهَ وأحكمتُه، إذا أخذتَ على يديه).^(١)

وفي الاصطلاح تعرف المحكمة بأنها: "هيئة تتولى الفصل في القضاء، ومكان انعقاد هيئة الحكم".^(٢)

وصلة المحكمة بالقاضي، أن عمل القاضي قد يكون بصفته الشخصية، وقد يكون بصفته الاعتبارية، وجُل الأنظمة الحديثة تجعل عمل القاضي بصفة اعتبارية، فلا قضاء خارج الظرف المكاني أو الزماني أو النوعي للمحكمة.

(١) مقاييس اللغة، (١/٥٣)، مادة (حكم).

(٢) المعجم الوسيط، (١/١٩٠).

المطلب الثالث: تعريف الأثر لغةً واصطلاحاً:

الفرع الاول: تعريف الأثر لغةً:

قال ابن فارس: (الهمزة والشاء والراء، له ثلاثة أصول: تقديم الشيء، وذكر الشيء، ورسم الشيء الباقي)^(١)، والذي يعنينا من هذه الأصول الثالث. تقول: أَّثر فيه، ترك فيه أثراً.^(٢)

الفرع الثاني: تعريف الأثر اصطلاحاً:

لا يخرج اصطلاح الفقهاء عن معنى بقية الشيء. فيطلقون الأثر على بقية النجاسة ونحوها، كما يطلقونه بمعنى ما يترتب على الشيء، وهو المسمى بالحكم عندهم، كما إذا أضيف الأثر إلى الشيء فيقال: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح وغير ذلك.^(٣)

(١) مقاييس اللغة، (١/٥٣)، مادة (أثر).

(٢) ينظر: المعجم الوسيط، العربية، (١/٥).

(٣) ينظر: دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون (١/٣٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية،

(١/٢٤٩).

المطلب الرابع: تعريف التصرفات لغةً واصطلاحاً:

الفرع الأول: تعريف التصرفات لغةً:

التصرفات جمع تصرف، ويطلق الصرف في اللغة على:

١. الرجوع، قال ابن فارس: (الصاد والراء والفاء معظم بابه يدلُّ على رَجْعِ

الشيء. من ذلك صَرَفْتُ القومَ صَرْفًا وانصرفوا، إذا رَجَعْتَهُمْ فَرَجَعُوا).^(١)

ومنه قولهم: الصرف: التوبة.^(٢)

٢. التقلب، قال الفيروزآبادي^(٣): (صرفته في الأمر تصريفًا فتصرف: قلبته

فتقلب).^(٤) ومنه: طلب الكسب.^(٥)

(١) مقاييس اللغة، (٣/٣٤٢)، مادة (صرف).

(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، (٤/١٣٨٥)، مادة (صرف).

(٣) هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر، مجد الدين الشيرازي الفيروزآبادي،

(٧٢٩ - ٨١٧ هـ). من أئمة اللغة والادب. وانتقل إلى العراق، وجال في مصر والشام، ودخل بلاد

الروم والهند. ورحل إلى زبيد سنة ٧٩٦ هـ فأكرمه ملكها الأشرف إسماعيل وقرأ عليه، فسكنها وولي

قضاءها. وانتشر اسمه في الافاق، حتى كان مرجع عصره في اللغة والحديث والتفسير، وتوفى في زبيد.

أشهر كتبه: "القاموس المحيط" و"المغانم المطابة في معالم طابة". وكان قوي الحافظة، يحفظ مئة سطر

كل يوم قبل أن ينام. [الأعلام، لخير الزركلي الدمشقي، ٧/١٤٦-١٤٧].

(٤) القاموس المحيط، (١/١٠٩٦)، مادة (صرف).

(٥) ينظر: لسان العرب (٤/٢٤٣٥)، مادة (صرف).

والمعنى الثاني هو الأقرب إلى موضوع بحثنا؛ فتصرفات الشخص هي تقلباته في الأرض.

الفرع الثاني: تعريف التصرفات اصطلاحاً:

لم ينص الفقهاء في كتبهم على تعريفٍ للتصرف معين، مع كثرة تناولهم له، غير أن بعض المعاصرين حاول أن يأتي بتعريفٍ له فقال: (التصرف كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً أو حكماً معيناً).^(١)

(١) ينظر: التصرفات الموقوفة في الفقه الاسلامي، (١/١٩). والتعريف للأستاذ علي الخفيف في كتابه مختصر أحكام المعاملات، ص ١٣٣.

المبحث الثاني:

تعريف إذن القاضي وبيان المقصود منه كلقب:

درج استخدام الناس لمصطلح الإذن بمعنى الإطلاق بعد الحظر، وهذا المعنى وإن كان هو الغالب الشائع، إلا أن الوضع اللغوي لا يقتصر عليه كما سبق.

فمن معاني الإذن: العلم، والأمر، والإجازة، والإباحة، بالإضافة إلى الإطلاق. وأنا أحاول في هذا البحث أن أوصل لنظرية تجمع كل ما يتعلق بأعمال القاضي مما لا خصومة فيه من النظرة الفقهية لا القانونية.

وعلى هذا فيمكن أن نضع لإذن القاضي ضابطاً مفاده:

(أن كل تصرف يتوقف نفاذه، أو ثبوته، أو توثيقه، أو تقديره، على أمر القاضي أو إجازته، مما لا خصومة أو منازعة فيه، ولم يكن ضمن العمل الإداري)، فهو داخل في موضوع بحثنا. وقد تدخل بعض هذه المباحث ضمن ما عُرف عند الفقهاء بالفعل القاضي.^(١)

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٤٥٨-٤٦٩.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تبايناً من حيث الطرح بين موضوعي هذا وبين ما يُعرف عند القانونيين بالعمل الولائي، وسأحاول في المبحث التالي اظهار هذا الفرق.

ومما يُنبه إليه، أن إذن القاضي يشمل العديد من المباحث والمواضيع الفقهية، إلا أني أثرت الاختصار على مباحث قانون الأسرة البحريني طلباً في الاختصار، ورغبةً مني في دراسة فقهية تطبيقية له، بالإضافة إلى التطرق لتطبيقات المحاكم السعودية.

المبحث الثالث:

تصرفات القاضي وأنواعها:

تصرفات القاضي وحدود ولايته عند الإطلاق - بأن لم يجدد ولي الأمر ما يدخل فيها - تتناول بشكل أساسي الحكم في جميع الدعاوى والخصومات؛ لأن هذا هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ القضاء، ولأنه المستنتج من كلام الرسول ﷺ وخلفائه الراشدين؛ فعن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال له موجهاً: ((... فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول))^(١)، وعن عبدالله بن الزبير رضي الله عنه قال: ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الحكم))^(٢)، ففي الحديثين ما

(١) أخرجه أحمد في المسند، برقم (٧٤٥)، ٢/١٤٣، وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، برقم (٣٥٨٤)، ٣/٣٢٧، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الخصائص، باب اختلاف الناقلين لهذا الخبر، برقم (٨٤٢٠) ٥/١١٧. سكت عنه أبو داود، فهو صالح للاعتبار. وقال عنه ابن حزم في المحلى، ٩/٣٦٧: (ساقط). وصححه ابن حبان في صحيحه، ١١/٤٥١. وكذا صححه الحاكم في المستدرک، ٤/١٠٥، ووافقه الذهبي. وأورد له الزيلعي عدة طرق لا تخلو أفرادها من مقال، ولكن بمجموعها يرتقي إلى الحسن، وحسنه الألباني. [ينظر: نصب الراية، ٤/٨٧، سنن أبي داود، ٣/٣٢٧].

(٢) أخرجه أحمد في المسند، برقم (١٦١٠٤)، ٢٦/٢٩، وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب كيف

يدل على أن القضاء إنما هو فيما كان دعوى بين متخاصمين. وهذا أيضاً ما يتبين من كتابات الخلفاء الراشدين التي كانوا يبعثون بها إلى قضاتهم، ومن أبرزها كتاب عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما. (١)

يجلس الخصمان بين يدي القاضي، برقم (٣٥٩٠)، ٣/ ٣٣٠. قال ابن المقنن: (رواه أبو داود ولم يضعفه، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد. قلت: فيه وقفة لأجل مصعب بن ثابت الذي في سنده)، وضعفه الألباني. [ينظر: تحفة المحتاج، ٢/ ٥٧٣، سنن أبي داود، ٣/ ٣٣٠].

(١) نص الكتاب الذي أخرجه البيهقي، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراماً ولا الحرام على واحد منهما حلالاً، رقم (٢٠٣٢٤)، (١٠/ ١٥٠): (أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة، فاقض إذا فهمت، وامض إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له. آس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك. البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه فإن جاء بينة أعطيته حقه وإلا استحلتت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق؛ فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التهادي في الباطل. الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ثم اعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق. المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنيماً في ولاء أو نسب أو قرابة؛ فإن الله تعالى تولى منكم السرائر. وادراً بالبينات والأيمان، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر عند الخصومات؛ فإن القضاء عند مواطن الحق يوجب الله تعالى به الأجر ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله تعالى ما بينه وبين الناس، ومن تخلق للناس بما ليس في قلبه شانه الله تعالى فإن الله

ومما يدخل في ولاية القاضي عند الاطلاق إقامة الحدود والتعزيرات؛ فالنبي ﷺ قد حكم بحد الزنى وحد الشرب وغيرهما، وكان تصرفه فيها بطريق القضاء؛ لاعتماده على البينة أو الإقرار في اثباتها^(١)

فمما سبق يتبين لنا أن ما عدا الحكم في الخصومات والحدود والتعازير، فإن ولاية القضاء لا تشملها في الأصل، ولكن يجوز أن تدخل فيها اختصاصات أخرى غير الحكم؛ إما بنص من ولي الأمر أو بجريان العرف على ممارستها عن طريق القضاء.^(٢)

وبالنظر إلى التنظيم القضائي الحالي يمكن أن نقسم تصرفات القاضي إلى تصرفات قضائية، وإدارية، وولائية. وفيما يلي من مطالب سأتناول كل تصرف من التصرفات على حدة.

تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب من الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام)، والأثر قال عنه شيخ الإسلام في منهاج السنة ٦ / ٧١: اسناده ثابت.

(١) ينظر: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص ٧٩-٨٣.

(٢) ينظر: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص ٨٤. ويراجع كلام شيخ الإسلام ابن تيمية ص ٢٧ من هذه الأطروحة.

المطلب الأول: تصرفات القاضي القضائية:

التصرف القضائي هو لب عمل القاضي وجوهره، ولكي نميزه عن غيره من التصرفات في الأنظمة القضائية الحديثة كان لزاماً علينا تبيين الضوابط الواجب توافرها فيه.

ضوابط التصرف القضائي^(١):

أولاً: وجود منازعة معينة أو مركز خلافي يستلزم تدخل القضاء. ويمكن أن ندرك مدى أهمية هذا الضابط بالنظر إلى تعاريف الفقهاء – من كل المذاهب – للقضاء.^(٢)

ثانياً: أن يصدر التصرف من هيئة قضائية معتمدة.

ثالثاً: أن يكون هذا التصرف صادراً وفق اجراءات وشكل معين فرضه القانون.

وبالنظر لهذه الضوابط الثلاث نجد أنها تميز التصرف القضائي عن غيره، فإذا انخرم واحد من هذه الضوابط، فإننا سنكون أمام تصرف إداري، أو تصرف ولائي، أو تصرف قضائي باطل؛ بسبب انخراط الضابط.^(٣)

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٧٧-٧٩.

(٢) ينظر: ص ٢٦ من هذه الأطروحة.

(٣) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ص ٧٩، بتصرف.

المطلب الثاني: تصرفات القاضي الإدارية:

بالإضافة إلى التصرفات ذات الطبيعة القضائية البحتة التي يمارسها القضاة، فإن هناك تصرفات يمارسها مرفق القضاء تتعلق بتنظيمه وحسن سيره. منها على سبيل المثال: إدارة الجلسة وضبط النظام فيها، وتحديد ساعة بدء الجلسة، بالإضافة إلى توزيع القضايا على الدوائر المختلفة، وتنظيم جداول الجلسات، وتحديد المواعيد التي تؤجل إليها القضايا.^(١)

وهذه التصرفات التي تهدف إلى تنظيم سير العمل الداخلي في المحاكم عرفها البعض بأنها أعمال الإدارة البحتة، والبعض أطلق عليها اسم النشاط الإداري الخادم؛ على أساس أن القضاء كوظيفة فنية يحتاج إلى نشاط إداري يخدمه ويساعده في تحقيق أغراضه، كما عرفها غيرهم بأنها أعمال الإدارة القضائية.^(٢)

(١) ينظر: نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٠ -

(٢) ينظر: نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥١.

ومن الملاحظ أن تصرفات القاضي الإدارية لا تعتبر تصرفات ولائية؛ لأن الطبيعة في التصرف الإداري عدم التعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، وإنما التعلق بحسن إدارة المرفق العام، وهذا هو الحاصل في مرفق القضاء.^(١)

(١) ينظر: نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٥٣، ونظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٧٩-٨٠.

المطلب الثالث: تصرفات القاضي الولائية:

إلى جانب العمل القضائي - وهو النشاط الأصيل والعمل الأساس للمحاكم - فإن المحاكم تقوم بأعمال أخرى لا يصدق عليها وصف العمل القضائي بالمعنى الدقيق؛ لأنه لا يشترط فيها أن تنطوي على نزاع تسعى المحكمة إلى فضه، أو خصومة تسعى إلى حلها؛ وهي الأعمال الولائية التي ينظرها القاضي وبيأشرها بهاله من حق الولاية؛ إذ مصدر سلطة القاضي في ممارسة هذه الأعمال هو ولايته العامة، باعتباره واحداً من الحكام أو ولاة الأمر الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم تحقيقاً لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذي ينتمون إليه.^(١)

فالتصرف الولائي للقاضي يكون نتيجةً للأنظمة التي أناطها ولي الأمر بمرفق القضاء تنظيمياً لمصالح الناس، أما إذن القاضي فقد يكون متحصلاً من الشرع، أو العرف، أو النظام.

ويمكن تعريف التصرف الولائي للقاضي بأنه: "العمل الذي يقدم بناءً على طلب إلى القاضي، ويبني عليه القاضي قراره دون منازعة أو خصومة، ويتمتع القاضي فيه بسلطة تقديرية واسعة".^(٢)

(١) ينظر: نطاق سلطة القاضي في اصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٦.

(٢) ينظر: نطاق سلطة القاضي في اصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٥ -

وعلى هذا فالتصرف الولائي لا يماثل التصرف الإداري؛ إذ بينما يهدف التصرف الولائي إلى تحقيق مصلحة خاصة بالغير، فالتصرف الإداري يرمي إلى تحقيق القضاء يفترض وجود رابطة قانونية سابقة تُلقي على عاتق طرف فيها احترام قاعدة قانونية معينة.^(١)

وبالنظر إلى التصرفات الولائية التي تقوم بها المحاكم الشرعية، يمكن تقسيم هذه التصرفات إلى ثلاث مجموعات رئيسية:

أولاً: تصرفات التوثيق والتصديق.

يُقصد بهذه التصرفات أن يُثبت القاضي ما تم أمامه من تصرفات أو إجراءات، أو يُصدق على تصرف تم خارج مجلس القضاء وعُرض عليه؛ لفحصه والتأكد من مطابقته للشرع والنظام.^(٢)

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي تناول موضوع الحكم بالصحة والحكم بالموجب. فإذا رُفِعَ عقد لقاض ما وحكم بصحته، فإن هذا الحكم يعتبر أقوى أنواع

١٩، ونظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٧٨.

(١) ينظر: نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٨، بتصرف.

(٢) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨١، بتصرف.

الأحكام، ويدل على توافر الشروط والاركان ووجوب النفاذ واكتساب الحجية، أما الحكم بالثبوت أو الحكم بالموجب فإنه لا يكتسب ذلك كالحكم بالصحة؛ لأن القاضي قد يثبت أمامه عقد ولا ينظر في صحته، فإذا رُفِع إلى قاضٍ آخر نظر فيه وأبطله إن كان يستحق الإبطال.^(١)

ومن أمثلة التوثيق لما يتم في مجلس القضاء، ما تجريه المحاكم الشرعية من:

١. عقد الزواج الذي يتم داخل المحكمة وبيأشره القاضي.
٢. حجج الطلاق البائن مقابل الإبراء العام قبل الدخول أو بعده.
٣. حجج الطلاق الذي يتم في المحكمة ابتداء.
٤. حجج الرجعة التي تتم داخل المحكمة.
٥. حجج الوصايا التي تتم داخل المحكمة.
٦. حجج الوكالات العامة والخاصة.^(٢)

أما التصديق فمن أمثلته:

١. تسجيل حجج الإقرار بالطلاق إذا تم خارج المحكمة.
٢. تسجيل حجج الزواج إذا تم خارج المحكمة.

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨٤.

(٢) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨١.

٣. تسجيل حجج الرجعة إذا تمت خارج المحكمة.

٤. تسجيل حجج التصديق على الزواج وانقاص المهر.

٥. تسجيل حجج العزوبة وخلو الموانع.^(١)

ثانياً: تصرفات الإذن وإصدار الأوامر.

فالإذن يتحقق حين يكون عمل القاضي إزالة عائق يمنع صاحب الشأن من اتخاذ إجراء معين أو إبرام تصرف ما، سواء أكان هذا العائق شرعي أو نظامي. ومن أمثلته:

١. إعطاء الإذن للقاصر في التجارة.

٢. الإذن للبكر بتزويج نفسها عند غياب الولي في القوانين التي تميز ذلك.^(٢)

٣. إعطاء الإذن للولي بالزواج من موليته.

٤. الإذن بتزويج من يقل سنها عن ست عشر سنة.

٥. الإذن بزواج فاقد أو ناقص الأهلية.

ثالثاً: تصرفات الرقابة والضبط.

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨٢.

(٢) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨٣.



ويكون هذا باتخاذ الإجراءات التي تكفل المحافظة على أموال القصر، والمحجور عليهم، والغائبين. ^(١) بالإضافة إلى حفظ حقوق المحضونين وأصحاب النفقات.

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٨٤.

المبحث الرابع:

تعريف عام بالنظام القضائي في مملكة البحرين

وقانون أحكام الأسرة البحريني:

المطلب الأول: التعريف بالنظام القضائي في مملكة البحرين:

لقد مر القضاء في مملكة البحرين بمراحل متنوعة، حيث كان القضاة الشرعيون يفصلون في جميع المنازعات التي ترفع أمامهم، إلى أن أصدر الشيخ عيسى بن علي في عام ١٨٥٧م أمراً بإنشاء القضاء البحريني وتعيين أول قاضيين فيه.

بعد الحرب العالمية الأولى انقسم النظام القضائي إلى شعبتين، هما القضاء المحلي، والنظام القضائي البريطاني. وبعد ذلك تم تأسيس المحاكم الثلاث "الكبرى، المختلطة والصغرى". وبعد الاستقلال في عام ١٩٧١ صدر المرسوم الأميري رقم ١٣ لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم القضاء وترتيب المحاكم ونص في المادة (٨) منه على تشكيل الهيئة القضائية من مسميين: هما القضاء المدني والقضاء الشرعي.^(١)

(١) ينظر: مقال بعنوان: السلطة القضائية، وكالة أنباء البحرين 492908 <http://www.aab.gov.bh/>

قسم المنظم المحاكم في مملكة البحرين إلى نوعين هما: محاكم القضاء المدني ومحاكم القضاء الشرعي، إضافة إلى وجود محاكم أخرى كالقضاء المستعجل والمحكمة الدستورية والقضاء العسكري.

أولاً: محاكم القضاء المدني:

تختص محاكم القضاء المدني بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين وفي الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص.^(١)

واستناداً لذلك تعتبر محاكم القضاء المدني صاحبة الولاية العامة في القضاء بمعنى أن اختصاصها يمتد إلى كل المنازعات التي تقع في مملكة البحرين ما لم ينص القانون على اختصاص محاكم أخرى بها. وقد حدد قانون السلطة القضائية أنواع هذه المحاكم وهي على الشكل التالي: المحكمة الصغرى، المحكمة الكبرى المدنية، محكمة الاستئناف العليا المدنية، محكمة التمييز.^(٢)

إضافة إلى ذلك فقد أوجد المنظم البحريني القضاء المستعجل بموجب المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٣. فبموجب هذا التعديل على قانون المرافعات المدنية

(١) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (٦).

(٢) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (٦).

والتجارية أفرد المشرع قضاءً مستقلاً للنظر في القضايا المستعجلة واحتفظت محاكم القضاء المدني بحق النظر في الأمور المستعجلة التي ترفع إليهم تبعاً للدعوى الأصلية.^(١)

ثانياً: المحاكم الجنائية:

نظم قانون السلطة القضائية المحاكم وتشكيلاتها، ولم يتضمن تشكيل المحاكم الجنائية بالتسميات، فلا يوجد وفق قانون السلطة القضائية ذكر لمحاكم جنائية متخصصة بالنظر في المسائل الجنائية، ولكن توجد محاكم القضاء المدني، فعندما تنعقد للنظر في المسائل الجنائية تسمى محكمة جنائية.

ولكن في التطبيق العملي يوجد قضاة متخصصون في القضايا الجنائية، ومحاكم جنائية ثابتة تنعقد بصورة مستمرة.^(٢)

ثالثاً: محاكم القضاء الشرعي:

تختص محاكم القضاء الشرعي بنظر مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفياتها التي تختص بنظرها المحكمة المدنية.^(١)

(١) ينظر: مقال بعنوان: السلطة القضائية، وكالة أنباء البحرين <http://www.alby.net/res/492909>

(٢) ينظر: مقال بعنوان: السلطة القضائية، وكالة أنباء البحرين <http://www.alby.net/res/492909>

ويعد القضاء الشرعي قضاءً مستقلاً عن القضاء المدني وتتألف محاكم القضاء الشرعي من: المحكمة الصغرى الشرعية، والمحكمة الكبرى الشرعية ومحكمة الاستئناف العليا الشرعية.^(٢)

وتوجد في كل محكمة شرعية دائرتان هما الدائرة الشرعية السنية والدائرة الشرعية الجعفرية.^(٣)

وتؤلف المحكمة الصغرى الشرعية من قاضي منفرد وتختص بالدعوى المتعلقة بنفقة الزوجة ونفقة الصغير والحضانة والحفظ والانتقال بالصغير والهبة وضبط الحجج الشرعية ومسائل الوقف.^(٤)

إما المحكمة الكبرى الشرعية فتؤلف من رئيس ووكيل وعدد كافٍ من القضاة، وتختص في جميع الدعوى التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية.^(٥)

(١) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (١٣).

(٢) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (١٣).

(٣) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (١٣).

(٤) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادتا (١٦)، (١٧).

(٥) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (١٨).

وأخيراً محكمة الاستئناف العليا الشرعية التي تعد درجة ثانية من درجات التقاضي إذ تختص في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الكبرى الشرعية.^(١)

رابعاً: النيابة العامة:

تبنى المنظم البحريني نظام النيابة العامة استناداً لميثاق العمل الوطني، والدستور، فنص على أن النيابة العامة تعتبر شعبة أصلية من شعب السلطة القضائية، حيث أناط بها سلطة التحقيق والادعاء. لذا فإن النيابة العامة تتولى مهمة رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها أمام جهات التحقيق، وتقوم بمباشرة التحقيق الابتدائي إلا في حالات نص عليها القانون، إضافة إلى مهمتها بمباشرة الدعوى الجنائية في المحاكمة، وأخيراً هي الجهة التي تتولى الإشراف على السجون.^(٢)

خامساً: القضاء العسكري:

هو الجهاز القضائي الذي يختص بنظر الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة وذلك في الحدود التي يقررها القانون. وقد نظم القانون عمل

(١) ينظر: قانون السلطة القضائية، مادة (١٩).

(٢) ينظر: قانون السلطة القضائية، مواد (٤٩)، (٥٠)، (٥٢)، (٥٦).



القضاء العسكري واختصاصاته بشكل دقيق. ولا يحق للقضاء العسكري أن يمتد اختصاصه إلى ما وراء الحدود التي رسمها الدستور ونظمها القانون.^(١)

سادساً: المحكمة الدستورية:

تبنى المنظم الدستوري الرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث أنط هذه المهمة بالمحكمة الدستورية.^(٢)

(١) ينظر: مقال بعنوان: السلطة القضائية، وكالة أنباء البحرين <http://www.alby.net/rev/492909>

(٢) ينظر: مقال بعنوان: السلطة القضائية، وكالة أنباء البحرين <http://www.alby.net/rev/492909>

المطلب الثاني: التعريف بقانون الأسرة البحريني:

عرف قانون الأسرة البحريني النور بعد سنوات من الشد والجذب، وبعد مراحل من الاصلاح والتنقيح، في صبيحة الرابع من شهر يونيه ٢٠٠٩م بعد نشره بالجريدة الرسمية.

وبصدور هذا القانون لا يتبقى من الدول العربية سوى المملكة العربية السعودية التي لا ينظم مشكلات ومسائل الأسرة فيها نظام (قانون) عام، وإن كانت هناك بعض اللوائح والقرارات التي تنظم بعض مشكلات الزواج والطلاق وآثارهما.

ومن الملاحظ أن المحاكم السعودية تمتلك تنظيمًا فعلياً وإن لم يصدر به نظام (قانون) بعد، فمنذ صدور قرار الهيئة القضائية للمملكة العربية السعودية في محرم من سنة ١٣٤٧هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ يجري العمل على:

أ. يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسأله.

ب. إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسأله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم، يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه

المصلحة، ويُقرر السير على ذلك المذهب مراعاة لما ذُكر، وغالباً ما يجري القضاء بملاحظة المقرر في كتابي: كشف القناع، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي.^(١)

وعلى كل فالجدير بالذكر أن قانون أحكام الأسرة البحريني في قسمه الأول اختص بالنظر في المنازعات التي تدخل في ولاية الدوائر القضائية الشرعية السنية فقط، على أمل أن يوافق قضاة الدوائر القضائية الشرعية الجعفرية على إصدار القانون الخاص بهم.

ومما يُنبه إليه أن صحيفة إصدار القانون تضمنت ضمناً يمنع من تعديل هذا القانون إلا بعد أخذ رأي لجنة من ذوي الاختصاص الشرعي من القضاة والفقهاء، على أن يكون نصفهم من القضاة الشرعيين، يصدر بتشكيلها أمر ملكي.^(٢)

جاء أيضاً في صحيفة الإصدار أن ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يحكم القاضي فيه بالمشهور من المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٧-١٨.

(٢) ينظر: صحيفة إصدار قانون أحكام الأسرة، مادة (٢).

المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه، وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية.^(١)

تضمن القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني في قسمه الأول المعني بالزواج وآثاره الشرعية بابان، الأول عن أحكام الزواج، والآخر عن الفرقة بين الزوجين.

أما الباب الأول المعني بأحكام الزواج، فقد تضمن مواضيع: الخطبة، وإنشاء الزواج، والولاية، والتوثيق والإذن بالزواج، والأركان والشروط والحقوق في الزواج، وأنواع الزواج، وأخيراً آثار الزواج من نفقة أو ثبوت للنسب، بالإضافة إلى التطرق لموانع الزواج.^(٢)

أما الباب الثاني المعني بأحكام الفرقة بين الزوجين، فقد تضمن مواضيع: الطلاق، والمخالعة، والتطليق مع بيان أنواعه، والفسخ، ثم تطرق لآثار الفرقة بين الزوجين من العدة والحضانة.^(٣)

وبعد ذلك دُيِّل القانون ببعض الأحكام الختامية.^(١)

(١) ينظر: صحيفة إصدار قانون أحكام الأسرة، مادة (٣).

(٢) ينظر: قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مواد (١) - (٨٢).

(٣) ينظر: قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مواد (٨٣) - (١٤٣).

وعلى هذا فالقانون في قسمه السني الأول لم يتناول مواضيع المواريث والوصايا والهبات، إلا أن القاعدة العامة فيه هي رد المسكوت عنه إلى العمل بالمشهور من المذهب المالكي. (٢)



(١) ينظر: قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مادتا (١٤٤)، (١٤٥).

(٢) ينظر: صحيفة إصدار قانون أحكام الأسرة، مادة (٣).



الفصل الأول:

إذن القاضي وأثره في أحكام الزواج:

سأتناول - بعون الله - في هذا الفصل مسائل إذن القاضي المتعلقة بالشق الأول من أحكام قانون الأسرة ألا وهي أحكام الزواج. وسيكون الطرح من خلال مبحثين، الأول في إذن القاضي وأثره في ولاية الزواج، والآخر في إذن القاضي وأثره في إجراء عقد الزواج وتوثيقه.

المبحث الأول:

إذن القاضي وأثره في ولاية الزواج:

أناط الشرع عقد نكاح النساء بأوليائهن من الرجال، وجعل ذلك حتماً لازماً وشدد فيه غاية التشديد، إلا أن الشارع أثبت للقاضي - بما له من سلطة عامة - صلاحية مباشرة عقد المرأة بصفته ولياً لها في مسائل خاصة سيتم التطرق لها في هذا المبحث، بالإضافة إلى تناول بعض مسائل الولاية التي علق ولي الأمر نفاذها على إذن القاضي؛ تحقيقاً للمصلحة.

وعلى هذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مسائل إذن القاضي: عند انقطاع الاتصال بالولي الأقرب، وعند عضل الولي أو انعدامه، وعند رغبة الولي من الزواج من موليته، وعند إثبات عقد الزواج في حال انعقاده من غير ولي.

المطلب الأول: إذن القاضي وأثره عند انقطاع الاتصال بالولي الأقرب:

وجه دخول مسائل هذا المطلب في إذن القاضي أن كل من المسائل المدرجة تحته، تثبت للقاضي فيها الولاية على المرأة عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني. وعمل القاضي في مثل هذه المسائل هو الأمر بإثبات زواج وُجد ما يمنع من إتمامه.

وقبل التطرق لفروع هذا المبحث أود الإشارة إلى مسألتين:

الأولى: اتصال القاضي بالمشكلة لا يكون إلا بعد طلب يرفع إليه من المخطوبة، تسأله القيام بواجبه الولائي في نكاح الأيامي؛ لعذر الولي الأقرب.^(١)

الأخرى: قبل رفع الأمر للقاضي، يترجح لدي مذهب الحنفية، والمالكية والحنابلة في رواية لهما، القائل بصحة تزويج الولي الأبعد مع حضور الأقرب إذا أجازه الأقرب ورضيت به المرأة، فإن لم يجزه الأقرب فالنكاح فاسد.^(٢)

(١) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١١٨.

(٢) اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال: فذهب الحنفية وهو قول عند المالكية ورواية عند الحنابلة إلى أن إنكاح الولي الأبعد يتوقف على إجازة الولي الأقرب، فله الاعتراض والفسخ ما لم يرض صريحا أو دلالة كقبضه المهر مثلا، وما لم يركب حتى تلد أو تحبل؛ لأن النكاح في هذه الحالة من حقوق الولي القريب فهو موقوف على إجازته وإذنه، فإذا تنازل عن حقه وأجاز لغيره من الأولياء الذين بعده فلا مانع. وذهب المالكية إلى أن النكاح يكون صحيحا إذا عقده الأبعد مع وجود الأقرب

إذا علم هذا فأسباب انقطاع الاتصال بالولي ثلاثة: غياب الولي، وجهل مكانه، وعدم التمكن من الاتصال به. وسأتناول كل من هذه الأسباب على حده فيما يلي من فروع.

الفرع الأول: غياب الولي الأقرب.

المقصود من هذا الفرع بيان حكم الغيبة المنقطعة^(١) بمعناها الحسي؛ ذلك أن الولي فيها يغيب ببدنه حقيقة. ففي هذه الحال هل يجب انتظار الولي الأقرب، أم

إذا لم يكن الأقرب مجبراً، فإن كان مجبراً - وهو عندهم الأب ووصيه - فلا يصح تزويج الولي الأبعد. أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم صحة ولاية الولي الأبعد مع وجود الأقرب من غير عذر به، ولو أجازته الأقرب؛ لأن الولي الأقرب استحق الولاية بالتعصيب فلم تثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث. [رد المحتار على الدر المختار، (٤/١٩٩)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (٣/٤٣٢)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/١٥٤-١٥٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/١٩٧-١٩٨)].

(١) اتجه الفقهاء في تحديد الغيبة المنقطعة اتجاهين: الأول أن الغيبة لا تُحد بمسافة أو زمن أو مكان أو عرف، وإنما تُحد بقوات الخاطب الكفاء أو عدم فواته، وهذا ما عليه الفتوى عند الحنفية كما نقل ابن همام واختاره أكثر مشايخهم، وهو قول عند الحنابلة قواه في الإنصاف، وهو المترجح لدي. الاتجاه الثاني: تحديد الغيبة بمسافة معينة أو زمن معين أو مكان معين أو بالعرف. واختلف أصحاب هذا الاتجاه على أقوال تربو عن العشرة. [ينظر: فتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية بولاق (٢/١١٥-١١٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٢٩)، مغني المحتاج (٣/١٥٧)، الشرح الكبير (٢٠/١٨٧-١٩١)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٠/١٨٨-١٩٠)].

تنتقل الولاية عنه لغيره؟ وإذا كانت الولاية تنتقل فلمن تكون؟ هذا ما سأتناوله في المسألتين التاليتين.

المسألة الأولى: هل يجب انتظار الولي الأقرب عند غيابة غيبة منقطعة حسية، ولا يجوز لغيره تولى عقد النكاح، أم أنه لا يُنتظر وتنتقل الولاية إلى غيره؟

القول الأول: لا يُنتظر الولي الأقرب عند غيابة غيبة منقطعة حسية، وإنما تنتقل الولاية عنه إلى غيره، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

القول الثاني: وجوب انتظار الولي الغائب غيبة منقطعة، فليس لغيره أن يتولى عقد النكاح، وهذا قول زفر^(٥) من الحنفية^(٦)، وابن حزم الظاهري^{(١)(٢)}.

(١) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، (٢/٤١٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (٢/٢٣٠).

(٣) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ص ٩٦.

(٤) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/١٨٧).

(٥) هو زُفر بن الهذيل بن قيس العنبري (١١٠ - ١٥٨ هـ). أصله من أصبهان. فقيه إمام من المقدمين، من تلاميذ أبي حنيفة. وهو أقيسه. وكان يأخذ بالأثر إن وجدته. قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به. تولى قضاء البصرة، وبها مات. وهو أحد الذين دونوا الكتب. [الجواهر

المضية ١ / ٢٤٣، ٢٤٤، والفوائد المضية، والأعلام للزركلي ٣ / ٧٨].

(٦) ينظر: فتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية، بولاق (٢/١١٥-١١٦).

وذهب لهذا القول المالكية إذا كان الولي الأب أو وصيه، وكان يُرجى قدومه، ولم يُخش فساد المرأة.^(٣)

أدلة القول الأول:

استدل جمهور الفقهاء على أن الولي الأقرب لا يُنتظر عند غيابه غيبة منقطعة حسية، وإنما تنتقل الولاية عنه إلى غيره بما يلي من أدلة:

١. أن الأقرب تعذر حصول التزويج منه، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات.^(٤)

٢. لأنه في هذه حالة يجوز التزويج لغير الأقرب فكان ذلك لغيره كالأصل.^(٥)

(١) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٣٨٤ - ٤٥٦ هـ). عالم الأندلس في عصره. أصله من الفرس. كانت لابن حزم الوزارة وتدبير المملكة، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم. كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر، بعيدا عن المصانعة حتى شُبه لسانه بسيف الحجاج. طارده الملوك حتى توفي مبعدا عن بلده. كثير التأليف. مزقت بعض كتبه بسبب معاداة كثير من الفقهاء له. من تصانيفه: "المحلّ" في الفقه؛ و "الإحكام في أصول الأحكام" في أصول الفقه؛ و "طوق الحمامة" في الأدب. [الأعلام للزركلي ٥ / ٥٩؛ وابن حزم الأندلسي لسعيد الأفغاني؛ والمغرب في حلّ المغرب ص ٣٦٤].

(٢) ينظر: المحلّ، (٤٥٨/٩).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٩٢).

(٤) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

(٥) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

٣. قياس غيبة الولي الأقرب على عضله. (١)

٤. أن انتظار الولي الغائب يضر بالمخطوبة. (٢)

نوقش: بأن الضرورة لا تبيح الفروج. (٣)

أدلة القول الثاني:

استدل زفر وابن حزم على وجوب انتظار الولي الغائب غيبة منقطعة، فليس لغيره أن يتولى عقد النكاح بما يلي من أدلة:

١. أن الولاية حقٌ للولي الأقرب، فهي ثابتة له ولا تنتقل عنه، صيانةً للقرابة. (٤)

نوقش: بعدم التسليم، فالأبعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز؛ لأن مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر ولا شك أن الأبعد متمكن من إحراز الكفاء

(١) ينظر: المغني، (٣٨٥ / ٩).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٧٢٤ / ٢)، والمحلى، (٤٥٨ / ٩).

(٣) ينظر: المحلى، (٤٥٨ / ٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢ / ٢٥٠)، وفتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية، بولاق،

(٤١٥ / ٢).

المحاضر بحيث لا يفوته غالباً والأقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على إحرازه غالباً. (١)

٢. أن الناس كلهم يلتقون في أب بعد أب إلى آدم عليه السلام بلا شك، فلو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض آبائها. (٢)

نوقش: أن مورد هذا الاستدلال يُقر أن أولياء المرأة هم عصبتها. (٣)

٣. أنه لا يوجد برهان من الشرع على حد الغيبة، فعلم يقيناً أنه لا حق مع الأقرب للأبعد. (٤)

نوقش: عدم التسليم بعدم انضباط الغيبة، بل تنضبط بفوات الخاطب الكفاء عرفاً. (٥)

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٥٠-٢٥١).

(٢) ينظر: المحلى، (٩/٤٥٨).

(٣) ينظر: المحلى، (٩/٤٥٧).

(٤) ينظر: المحلى، (٩/٤٥٨).

(٥) ينظر: فتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية بولاق (٢/١١٥-١١٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح

الكبير (٢/٢٢٩)، ومغني المحتاج (٣/١٥٧)، والشرح الكبير لابن قدامة (٢٠/١٨٧-١٩١)،

والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٠/١٨٨-١٩٠)

الترجيح:

يترجح لي - والله أعلم - رجحان القول الأول الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء، بعدم انتظار الولي الأقرب عند غيابه غيبة منقطعة حسية، وإنما تنتقل الولاية عنه إلى غيره؛ وذلك لوجاهة ما استدلووا به، ولما ناقشتهم أدلة أصحاب القول الآخر.

المسألة الثانية: على قول جمهور الفقهاء بعدم انتظار الولي الأقرب الغائب غيبة منقطعة، إلى من تنتقل الولاية إذا غاب الولي الأقرب؟

اتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة على أن الولاية عند الغيبة المنقطعة للولي الأقرب تنتقل لوكيله إن كان هناك توكيل؛ لأن تصرف الوكيل كتصرف الموكل^(١)، أما مع عدم التوكيل فقد اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية على قولين:

القول الأول: تنتقل الولاية في حال الغيبة المنقطعة للولي الأقرب منه إلى الولي الأبعد الحاضر، وهذا مذهب الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٣١)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (٢/٣٥٥)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٥٨)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/٢٠٣).

(٢) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، (٢/٤١٥).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/١٨٧).

القول الثاني: تنتقل الولاية في حال الغيبة المنقطعة للولي الأقرب منه إلى سلطان بلد المرأة أو نائبه، وهذا هو الأصح عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢)، وهو مذهب المالكية في حال كان الولي غير مجبر (عدا الأب ووصيه)^(٣).

أدلة القول الأول:

استدل الحنفية والحنابلة على انتقال الولاية في حال الغيبة المنقطعة للولي الأبعد الحاضر بما يلي من أدلة:

١. قول النبي ﷺ في حديث عائشة رضي الله عنها عن الأولياء: ((فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)).^(٤)

وجه الدلالة: أن النبي جعل السلطان ولياً عند انعدام الأولياء، وهذه لها ولي حاضر.^(١)

(١) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٥٧).

(٢) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/١٨٧).

(٣) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (٢/٢٢٩).

(٤) أخرجه أبو داود، باب في الولي، كتاب النكاح، برقم (٢٠٨٣)، ٢/٢٢٩، والترمذي، كتاب النكاح،

باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، برقم (١١٠٢)، ٢/٣٩٨، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا

بولي (١٨٨٠) ١/٦٠٥. قال الترمذي في السنن: حديث حسن. وصححه الحاكم في المستدرک

٢/١٨٢ ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، ٦/٣٢٠.

٢. أن الأقرب تعذر حصول التزويج منه، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات

قياساً على جنونه أو موته أو عضله. (٢)

٣. أن هذه الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه؛

فالتفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب فحسب، بل لأن في الأقرب زيادة

مظنة للحكمة، وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية. (٣)

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بانتقال الولاية في حال الغيبة المنقطعة للولي الأقرب إلى سلطان

بلد المرأة أو نائبه بما يلي من أدلة:

١. أن الغائب ولي، والتزويج حق له، فإذا تعذر استيفاءه منه ناب عنه

الحاكم. (٤)

نوقش: بقول النبي ﷺ عن الأولياء: ((فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي

له)) (١)، وهذه لها ولي، فلا يكون السلطان ولياً لها. (٢)

(١) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

(٢) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

(٣) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، (٤١٥/٢).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (١٥٧/٣).

٢. أن الأبعد محبوب بولاية الأقرب، فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً،

ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكّل صح. (٣)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - القول الأول الذاهب إلى انتقال الولاية عن الغائب إلى الولي الأبعد - دون السلطان -؛ وذلك لصراحة الحديث في أن ولاية السلطان تكون لمن لا ولي لها، وهذه لها ولي؛ ويدل لذلك أيضاً قوة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ولكن مما ينبه إليه أنه حال رفع الأمر إلى القاضي ينبغي عليه أن يجتهد في حسم الأمر، وقد يكون ذلك أحياناً بجعله ولياً على المرأة، ويمكن أن يُستأنس لذلك بقوله ﷺ: ((فإن تشاجروا فالسلطان. .))^(٤)، ورفع الأمر إلى القاضي نوع من الاشتجار.

(١) سبق تخريجه ص ٦٤.

(٢) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

(٣) ينظر: المغني، (٣٨٥/٩).

(٤) سبق تخريجه ص ٦٤.

ولما كانت هذه المسألة من المسائل التي يقوى الخلاف فيها، جاز لولي الأمر أن يأمر بالأخذ بأحد القولين؛ بناءً على تحقيق المصلحة العامة، وتيسير عمل القضاء. وهذا ما اعتمده المنظم في قانون الأسرة، حيث جعل الولاية في مثل هذه المسائل - بعد رفع الأمر للمحكمة - للقاضي.

الفرع الثاني: جهل مكان الولي الأقرب.

ما سبق من أحكام في الفرع السابق مكانها الغيبة الحقيقية الحسية للولي الأقرب، وفي هذا الفرع والذي يليه سأتناول الغيبة الحكمية للولي الأقرب.

والجدير بالذكر أن الغيبة الحكمية تتناول الجهل بمكان الولي الأقرب، بالإضافة إلى عدم التمكن من الاتصال بالولي الأقرب بسبب الأسر أو الحبس في أمكنة تتعذر أو تتعسر مراجعة الولي فيها. وعلى هذا، فما سيتم التطرق له في هذا الفرع، سيكون صالحاً للعرض أيضاً في الفرع اللاحق.

عند الجهل بمكان الولي الأقرب، لمن تنتقل الولاية في هذه الحالة؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عند الجهل بمكان الولي الأقرب تنتقل الولاية منه إلى الولي الأبعد، لا إلى السلطان. وهذا مذهب المالكية في المشهور^(١)، ومذهب الحنابلة^(٢).

القول الثاني: عند الجهل بمكان الولي الأقرب تنتقل الولاية منه إلى السلطان. وهذا قول بعض المالكية حكى ابن رشد الاتفاق عليه إذا كان الولي هو الأب^(٣)، وهو قول الشافعية عند عدم الحكم بموت الولي الأقرب^(٤).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول على انتقال الولاية للأبعد بما يلي من أدلة:

١. تنزيل أسر الأقرب وفقده منزلة موته، وهو إذا مات تنتقل الولاية للأبعد^(٥).
٢. القياس على البعيد، فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود ههنا، ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد، أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد^(٦).

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، (٢/٢٣٠).

(٢) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٠/١٩١).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٣٠).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٥٧).

(٥) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٣٠).

(٦) ينظر: المغني، (٩/٣٨٧).

أدلة القول الثاني:

يمكن أن يُستدل لأصحاب القول بانتقال الولاية إلى السلطان بأن الغائب ولي، والتزويج حق له، فإذا تعذر استيفاءه منه ناب عنه الحاكم.^(١)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - القول الأول بانتقال الولاية إلى الولي الأبعد عند الجهل بمكان الولي الأقرب، ولكن مع مراعاة القاضي مصلحة المرأة عند رفع الأمر إليه كما سبق.

الفرع الثالث: عدم التمكن من الاتصال بالولي الأقرب.

من أسباب عدم التمكن من الاتصال بالولي الأقرب الأسر أو الحبس في مكان يتعذر أو يصعب الوصول إلى الولي فيه، وكذلك الفقد والضياع، وفي كل تأخذ المرأة حكم المسألة السابقة، فيتولى نكاحها الولي الأبعد على المترجح.

(١) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٥٧).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون أحكام الأسرة على انتقال الولاية إلى القاضي عند غياب الوالي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يُمكن من الاتصال به.^(١)

أما الطريقة المعتبرة لإثبات الغيبة فهي الاكتفاء بالبينة الشرعية المتمثلة بالشهادة، ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

(١) نصت المادة (١٢) على أن: أ. الولاية في الزواج للعصبة بالنفس على الترتيب التالي: الأب، الجد من الأب، الأبن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب. ب. إذا استوى وليان في القرب فأياً تولى عقد الزواج جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة، فإن اختلفا ولم تعين المخطوبة انتقلت الولاية إلى القاضي. ج. إذا غاب الوالي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، أو عضل انتقلت الولاية إلى القاضي. وأود أن أشير أنه بعد بحث طويل، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيقات تتناول فروع هذا التطبيق؛ نظراً لندرة مثل هذه القضايا، وقرب عهد صدور القانون.

تتحصل الوقائع أن المدعية أقامت دعواه بلائحة مستوفاة الرسوم قدمت إلى قسم تسجيل الدعاوى بالمحكمة ضد المدعى عليه المعلن قانوناً وختمت طلبها بإثبات غيبة المدعى عليه غيبة منقطعة.

على سند من القول: أن المدعوة (.....) قد خرجت منذ أربعين عاماً ولا يعلم لها عودة، من أجله أقيمت الدعوى لاتخاذ الإجراءات الشرعية والقانونية.

وحيث إن^(١) المحكمة نظرت الدعوى على نحو ما دون في محاضر جلساتها وبعد ممثل المدعية بجلسة ٣١/٣/٢٠١٢م استمعت المحكمة إلى البينة والمتمثلة في شهادة كلاً من: الأول ويدعى..... ورقمه الشخصي..... بحريني الجنسية، والثاني يدعى..... ورقمه الشخصي..... بحريني الجنسية، وبعد التعريف والتعرف وأداء القسم توافقا على غيبة المذكورة غيبة منقطعة منذ عام أربعين عاماً وأنها لا يعلمان لها عودة إلى مملكة البحرين.

وحيث إن المقرر شرعاً وقانوناً أن الغيبة متى ما ثبتت تترتب على ثبوتها الآثار الشرعية والقانونية، وقد ثبت شرعاً غيبة المذكورة غيبة منقطعة بشهادة الشهود وعلى نحو ما سيرد في المنطوق.

(١) كثيراً ما تشتمل التطبيقات البحرينية - كما سيظهر - على هذا الأسلوب في التعليل، وهو أسلوب خاطئ؛ ف"حيث" تستعمل للظرفية، وليست للتعليل.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

ثبوت غيبة المدعوة (.) غيبة منقطعة تترتب عليها الآثار الشرعية والقانونية.

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنية الثانية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية^(١):

المعمول به في المحاكم السعودية حال غياب الولي الأقرب، أو الجهل بمكانه، أو عدم التمكن من الاتصال به لأسرٍ أو حبسٍ أو فقدٍ أو نحو ذلك، إثبات الولاية للقاضي مباشرة عند أكثر القضاة، وبعضهم ينقل الولاية للولي الأبعد؛ بناءً على القول المترجح لدى الباحث.

(١) تم استخلاص المعمول به من المحاكم السعودية من خلال تتابع الزيارات لها، والاطلاع على التطبيقات القضائية، بالإضافة إلى مشافهة عدد من القضاة والذين من أبرزهم: الشيخ سعود بن عبدالله المعجب رئيس محكمة الاحوال الشخصية بالرياض، والشيخ خالد بن عبدالله اللحيدان المفتش القضائي وقاضي الاستئناف، والشيخ عبدالله بن ابراهيم الهويميل القاضي بالمحكمة العامة بالرياض.

ويكون إثبات غيبة الولي عن طريق طلب يُقدم لمحكمة الأحوال الشخصية، ويكون سبيل الإثبات هو البينة الشرعية المتمثلة بالإشهاد، وبعد ذلك يطلب القاضي من يشهد بصلاح الولي الأبعد، فيثبت الولاية له. (١)

وتجدر الإشارة إلى أنه للحكم بتطليق الزوجة لضرر الغيبة يستلزم الأمر غير ما سبق. فبعد رفع طلب إثبات الغيبة، يخاطب القاضي إمارة المنطقة، وإدارة الأحوال المدنية، والجوازات، والسجون. بعد ذلك يُعلن عن هذا الغائب في الجريدة الرسمية، وبعد مضي شهر من الإعلان، يجوز للقاضي أن يصدر صك فسخ النكاح. (٢)

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اتفاق القضاة البحرين والسعودي على عدم انتظار الولي الأقرب الغائب غيبة منقطعة سواء أكانت حسية أو حكمية، ولكن حصل الاختلاف بينهما في تقرير جهة الانتقال حال الغيبة، فذهب القضاء البحريني إلى انتقالها للقاضي، بينما ذهب القضاء السعودي إلى انتقالها للولي الأبعد.

(١) نصت المادة الخامسة عشرة من لائحة مآذوني عقود الأنكحة على: إذا كان الولي غير الأب فعلى المآذون أن يتحقق أنه أقرب ولي بالاطلاع على صك حصر الإرث أو ما يدل على انتقال ولاية التزويج إليه ويشير إلى ذلك في الضبط.

(٢) تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نص إجرائي ينظم ما سبق، وإنما هو العرف القضائي.



وسبق في الدراسة الفقهية ترجيح القول الذاهب إلى انتقال الولاية من الولي
الأقرب إلى الأبعد دون السلطان عند الغيبة الحسية أو الحكمية للأقرب.

المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره عند عضل الولي الأقرب:

وجه دخول هذا المطلب في إذن القاضي، أن الولاية تثبت للقاضي على المرأة حال عضل الولي عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني، وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإثبات زواجٍ وجد ما يمنع من إتمامه.

يُعرف العضل بأنه: منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه^(١)، وحكم العضل الحرمة؛ وذلك لنهي الله سبحانه وتعالى عنه في قوله مخاطبا الأولياء: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ ۗ﴾ [البقرة: ٢٣٢]؛ ولأنه ظلم، وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزويج بمن ترضاه.^(٢)

ومما يُنبه إليه أن رد الولي غير الكفاء، إما ديناً أو خُلُقاً، ولو رغبت فيه المرأة لا يعد عضلاً، ومثل ذلك لو رد الولي الكفاء مع عدم رغبة المرأة في الزواج من المتقدمين، أو رد الولي من ترغب فيه المرأة لسبب مقبول قضاءً ولو بدت عليه مظاهر الكفاءة.^(٣)

(١) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (٢٠/١٨٤).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/٧٤٦)، ومجموع فتاوى ابن تيمية، (٣٢/٥٢-٥٣).

(٣) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٢١.

وهناك مسألة تجدر الإشارة إليها، وهي أن المنظم في قانون الأسرة البحريني اختار عدم اشتراط تكرار امتناع الولي عن تزويج المرأة بمن ترضاه للقول بعضله، بل جعله عوضاً بمجرد رد الكفء، ولو لمرة واحدة. (١)(٢)

نرجع الآن لأصل مسألتنا وهي إذن القاضي عند عضل الولي الأقرب. إذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم، أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره.

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية على قولين:

القول الأول: إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى السلطان. وهذا مذهب الجمهور من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(١)، وهو المروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه^(٢) وشريح^{(٣)(٤)}.

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٢٢.

(٢) ما ذهب إليه المنظم موافق لقول بعض الحنابلة كالزركشي؛ بناءً على أن العضل كبيرة يفسق الولي بمجرد حصوله منه، وهذا القول وإن كان الدليل يعضده إلا أن الحنابلة والشافعية نصوا على أن الولي لا يفسق بالعضل إلا إذا تكرر منه. [ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥/٤١١)، وكشاف

القناع عن متن الإقناع (٥/٥٥)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى، (٢/٣٣٣)]

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٥١)، ورد المحتار على الدر المختار، (٤/٢٠١-٢٠٢).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٣٢).

(٥) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٥٣).

القول الثاني: إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، لا إلى السلطان، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية للسلطان. وهذا مذهب الحنابلة.^(٥)

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على انتقال الولاية من الولي الاقرب عند عضله إلى السلطان أو نائبة بما يلي من أدلة:

- (١) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠ / ١٨٤).
- (٢) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص. (٤٧ ق هـ - ٣٥ هـ)، قرشي أموي. أمير المؤمنين، وثالث الخلفاء الراشدين، زوجه النبي ﷺ بنته رقية، فلما ماتت زوجه بنته الأخرى أم كلثوم، فسمي ذا النورين. واتسعت رقعة الفتوح في أيام خلافته. أتم جمع القرآن. وأحرق ما عدا نسخ المصحف الإمام. نقم عليه بعض الناس تقديم بعض أقاربه في الولايات. قتله بعض الخارجين عليه بداره يوم الأضحى وهو يقرأ القرآن. [الأعلام للزركلي ٤ / ٣٧١].
- (٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية. (٧٨ هـ). من أشهر القضاة في صدر الإسلام. كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه. ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية. واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧ هـ كان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الشعر والأدب. مات بالكوفة. [تهذيب التهذيب ٤ / ٣٢٦، والأعلام للزركلي / ٢٣٦]
- (٤) ينظر: الشرح الكبير لان قدامة، (٢٠ / ١٨٤).
- (٥) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، (٥٤ / ٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠ / ١٨٤).

١. قول النبي ﷺ عن الأولياء: ((فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)).^(١)

وجه الدلالة: أن النبي جعل الولاية للسلطان في حال تشاجر الأولياء، ولا شك أن الامتناع عن التزويج من غير مبرر لا يقل عن الاشتجار.^(٢)

نوقش: أن النبي جعل السلطان ولياً عند انعدام الأولياء، وهذه لها ولي، ولكن يُحمل الحديث على ما إذا عضل الكل؛ لأن قوله ((تشاجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.^(٣)

٢. أن التزويج حق عليه امتنع من أدائه، فقام الحاكم مقامه، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضاؤه.^(٤)

نوقش: أن الولاية تخالف الدين من وجوه؛ فالولاية حق للولي والدين حق عليه، والدين لا ينتقل المدين والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته، ثم

(١) سبق تخريجه ص ٦٤.

(٢) ينظر: مسقطات الولاية في النكاح، ص ٣٦.

(٣) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (٢٠/١٨٥).

(٤) ينظر: المغني، (٩/٣٨٢-٣٨٣).

الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بالعضل.^(١)

أدلة القول الثاني:

استدل الحنابلة على انتقال الولاية للولي الأبعد عند عضل الأقرب بما يلي من أدلة:

١. قول النبي ﷺ عن الأولياء: ((فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)).^(٢)

وجه الدلالة: أن النبي جعل السلطان ولياً عند انعدام الأولياء، وهذه لها ولي، ولكن يُحمل الحديث على ما إذا عضل الكل؛ لأن قوله ((تشاجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.^(٣)

٢. أن الولاية لا تثبت للأقرب مع اتصافه بالعضل، فوجوده كعدمه.^(٤)

٣. أن التزويج من جهة الأقرب متعذر بالعضل فجعل كعدمه كما لو جُن.^(١)

(١) ينظر: المغني، (٩/٣٨٣).

(٢) سبق تخريجه ص ٦٤.

(٣) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٠/١٨٥).

(٤) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، (٥/٥٤).

٤. أن الولي يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر. (٢)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - القول الأول من أن الولاية عند عضل الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، لا إلى السلطان، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية للسلطان؛ وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، بالإضافة إلى عدم سلامة ادلة الجمهور من المناقشة.

ولكن لا بد من التنبيه لأمرين اثنين:

الأول: لا بد في انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد أن يكون بقرار من القاضي؛ وذلك دفعاً للخصام بين الأولياء، ولأن كلاً منهما قد يعقد للمرأة، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى.

التنبيه الآخر: أنه قد يترتب في بعض البيئات عند الحكم بانتقال الولاية للأبعد حصول نزاع بين الولي الأقرب والأبعد، يؤول إلى التشاحن والتباغض والعداوة، بل قد يراه بعض الأولياء عاراً عليه، فلا يسمح للولي الأبعد بعقد النكاح لموليته.

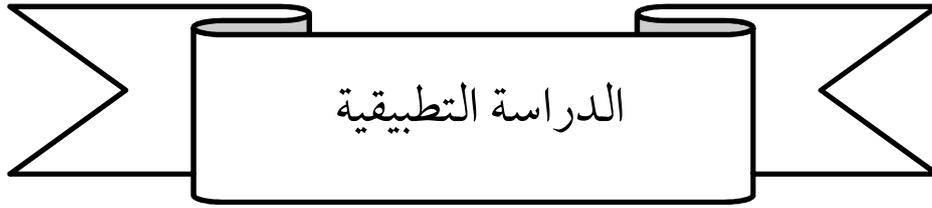
(١) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، (٥٤ / ٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (١٨٥ / ٢٠).

وفي هذه الحال يقوى القول بانتقال ولاية التزويج للقاضي؛ دفعاً للمفاسد، خاصةً أنه قول جمهور الفقهاء. بل قال ابن المنذر: (أجمعوا أن للسلطان أن يزوج المرأة إذا أرادت النكاح، ودعت كفاء، وامتنع الولي أن يزوجه)^(١)، وهذا ما راعاه المنظم في قانون الأسرة البحريني.^(٢)

(١) الإجماع، ص ٧٩.

(٢) ينظر: مسقطات الولاية في النكاح، ص ٣٩.



أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اعتبر المنظم لقانون أحكام الأسرة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من انتقال الولاية إلى القاضي عند عضل الولي الأقرب، فنص على ذلك في ذيل الفقرة (ج) من المادة (١٢).^(١)

ونظراً لقرب عهد صدور قانون أحكام الأسرة، بالإضافة إلى ضيق الوقت، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيق لهذه المسألة، إلا أن نص القانون والتعليق عليه يغني عنه.

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

(١) نصت المادة (١٢) على أن: أ. الولاية في الزواج للعصبة بالنفس على الترتيب التالي: الأب، الجد من الأب، الأبن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب. ب. إذا استوى وليان في القرب فأياً 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.

المعمول به في المحاكم السعودية حال عضل الولي الأقرب هو طلب القاضي من الولي سبب العضل، فإن تعذر بعدم الكفاءة بحث القاضي في كفاءة الخاطب، فإن ثبتت الكفاءة نصح القاضي الولي الأقرب وخيره بين إجراء النكاح بولايته أو ولاية غيره.

فإن أصر على العضل نقل القاضي ولايته إلى غيره من الأولياء أو نقلها إليه حسب ما تقتضيه المصلحة، ولكن على كل حال لا تفسخ ولاية الأب إلا بحكم حاكم.

ويظهر ما سبق من خلال التطبيق التالي الذي خلاصته:

رأى القاضي العمل بمذهب الجمهور من خلال نقل الولاية من العاضل إلى القاضي المختص.

وقد لوحظ عليه أولاً أنه لم يُحضر أخوي المدعية ويعرض عليها عدم ممانعتها من زواجها. ثم لوحظ عليه عدم إحضار ابن المرأة وسؤاله.

بعد ذلك أخذ القاضي بمذهب الحنابلة وهو إثبات الولاية للأبعد، وهو هنا الابن.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اختلاف القضاء البحرينى والسعودى فى تقرير جهة انتقال ولاية المرأة حال العضل، فذهب القضاء البحرينى إلى انتقالها للقاضي، بينما ذهب القضاء السعودى إلى إعمال المصلحة فى الانتقال، فأحياناً ينقل الولاية للقاضي، وأحياناً أخرى ينقلها للولى الأبعد.

وسبق فى الدراسة الفقهية ترجيح القول الذاهب إلى انتقال الولاية من الولى الأقرب إلى الأبعد دون السلطان عند عضل الأقرب، مع أخذ ملابسات كل قضية فى الاعتبار، ومراعاة مصلحة المخطوبة فى كلِّ

المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره عند انعدام الولي.

وجه دخول هذا المطلب في إذن القاضي، أن الولاية تثبت للقاضي على المرأة حال انعدام الولي باتفاق الفقهاء، ودرج على ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني، وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإثبات زواجٍ وُجد ما يمنع من إتمامه.

ووجه اتفاق الفقهاء على ثبوت الولاية للقاضي على المرأة عند انعدام وليها؛ هو صريح قوله ﷺ: ((السلطان ولي من لا ولي له))^(١)، والقاضي نائب للسلطان؛ ولا تفاهم أيضاً على انه نائب عن جماعة المسلمين.^(٢)

(١) سبق تخريجه ص ٦٤.

(٢) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، (١٥٤/٤)، والمعونة على مذهب عالم المدينة، (٧٢٩/٢)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (١٥٠/٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (١٦٩/٢٠).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اعتبر المنظم لقانون أحكام الأسرة ما اتفق عليه الفقهاء من ثبوت الولاية للقاضي عند انعدام ولي المرأة، فنص على ذلك في المادة (١٢).^(١) ويكون إثبات عدم الولي من خلال عرض شهادات الوفاة، وحصر الورثة، وسماع البيئة الشرعية، بالإضافة إلى مخاطبة الجهات الدبلوماسية حال كون المرأة غير بحرينية.

ونظراً لقرب عهد صدور قانون أحكام الأسرة، بالإضافة إلى ضيق الوقت، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيق هذه المسألة، إلا أن نص القانون والتعليق عليه يغني عنه.

(١) نص المادة (١٢): القاضي ولي من لا ولي له.

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية حال انعدام ولي المخطوبة هو إثبات ذلك أولاً، وذلك عن طريق طلب القاضي حصر الورثة لجميع الأولياء، والتأكد من عدم وجود المعصب، وسماع البيئة الشرعية، وبعد التثبت والتأكد يزوج المرأة القاضي.^(١)

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اتفاق القضاة البحرين والسعودي على إثبات الولاية للقاضي عند انعدام ولي المرأة؛ نظراً لوضوح النص في ذلك، وعدم المخالف. كما يظهر اتفاقهما على طريقة اثبات انعدام الولاية.

(١) نصت المادة السابعة عشرة من لائحة مآذوني عقود الأئحة على: في حال عدم وجود ولي شرعي للمرأة فإن إجراء عقد النكاح يكون من قبل المحكمة المختصة.

المطلب الرابع: إذن القاضي وأثره عند زواج الولي من موليته:

وجه دخول هذا المطلب في إذن القاضي، أن الولاية تثبت للولي المرید نکاح موليته المباحة له إذا رضيت به وكان مكافئاً لها عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني، إلا أنه اشترط إذن القاضي في هذا النكاح؛ رغبةً منه في التأكد من عدم استغلال الولي ولايته. وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإنفاذ زواجٍ وُجد ما يمنع من إتمامه نظاماً.

اختلف الفقهاء في تزويج الرجل موليته من نفسه إذا كانت ممن يحل له على قولين:

القول الأول: أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها - كابن العم - إذا أذنت له أن يتزوجها ورضيت به، فله أن يتولى طرفي العقد بنفسه. وهذا هو مذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣)، وهو قول الحسن البصري^(٤)، ومحمد بن سيرين^(١)، وربيعة

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/ ٢٣١).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، (٢/ ٧٣٧)، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب، (٥/ ٧٣).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/ ٢٢٩-٢٣٠).

(٤) هو الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، (٢١ - ١١٠ هـ)، تابعي، رأى بعض الصحابة، وسمع من قليل منهم. كان شجاعاً، جميلاً، ناسكاً، فصيحاً، عالماً، شهد له أنس بن مالك وغيره. وكان إمام أهل البصرة. ولي القضاء بالبصرة أيام عمر بن عبد العزيز. ثم استعفى. [الأعلام للزركلي ٢ / ٢٤٢].

الرأي^(٢)، وسفيان الثوري^(٣)، وإسحاق بن راهوي^(٤)، وأبي ثور^(٥)، وابن المنذر^(٦). (١)

(١) هو محمد بن سيرين البصري، (٣٣ - ١١٠ هـ)، تابعي، كان إمام وقته في علوم الدين بالبصرة. روى الحديث عن أنس بن مالك وزيد بن ثابت والحسن بن علي وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، واشتهر بالورع وتأويل الرؤيا. وقال ابن سعد: لم يكن بالبصرة أعلم منه بالقضاء. ينسب إليه كتاب "تعبير الرؤيا". [تهذيب التهذيب ٩ / ١٤].

(٢) هو ربيعة بن فروخ، التيمي - تيم قريش - بالولاء، أبو عثمان، (١٣٦ هـ). إمام حافظ فقيه مجتهد، من أهل المدينة، من أهل الرأي، قيل له "ربيعة الرأي" لقوله بالرأي فيما لا يجد فيه حديثاً أو أثراً. كان صاحب الفتيا بالمدينة، وعليه تفقه الإمام مالك. توفي بالهاشمية من أرض الأنبار بالعراق. قال مالك: "ذهبت حلوة الفقه منذ مات ربيعة". [الأعلام ٣ / ٤٢، وتهذيب التهذيب ٣ / ٢٥٨].

(٣) هو سفيان بن سعيد بن مسروق، الثوري. من بني ثور بن عبد مناة، (٩٧ - ١٦١ هـ). أمير المؤمنين في الحديث. كان رأساً في التقوى، طلبه المنصور ثم المهدي ليلي الحكم، فتوارى منها سنين، ومات بالبصرة مستخفياً. من مصنفاته "الجامع الكبير"، و"الجامع الصغير" كلاهما في الحديث. وله كتاب في الفرائض. [الأعلام للزركلي ٣ / ١٥٨].

(٤) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد من بني حنظلة من تميم، (١٦١ - ٢٣٨ هـ). عالم خراسان في عصره. طاف البلاد لجمع الحديث، وأخذ عنه أحمد والشيخان. قال فيه الخطيب البغدادي: "اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصدق والورع والزهد". [تهذيب التهذيب ١ / ٢١٦].

(٥) هو إبراهيم بن خالد بن أبي البيان و"أبو ثور" لقبه. أصله من بني كلب، (١٧٠ - ٢٤٠ هـ). من أهل بغداد، فقيه من أصحاب الإمام الشافعي. وقال ابن عبد البر: "كان حسن الطريقة فيما روى من الأثر إلا أن له شذوذاً فارق فيه الجمهور"، له كتب منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي. [تهذيب التهذيب ١ / ١١٨، والأعلام للزركلي ١ / ٣٠].

(٦) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر، (٢٤٢ - ٣١٩ هـ). نيسابوري. من كبار الفقهاء المجتهدين. لم يكن يقلد أحداً، وعده الشيرازي في الشافعية. لقب بشيخ الحرم. أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء. من

القول الثاني: أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها - كابن العم - ليس له أن يتولى طرفي العقد بنفسه إذا أراد تزوجها، بل لابد أن يوكل ولياً آخر مثله أو السلطان ليتولى العقد بينها. وهذا مذهب الشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣)، وهو قول أبو داود الظاهري^(٤).

أدلة القول الاوول:

استدل جمهور الفقهاء على أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها - كابن العم - إذا أذنت له أن يتزوجها ورضيت به، له أن يتولى طرفي العقد بنفسه، بما يلي من أدلة:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَىٰ

وَتِلْكَ وَرُبِعٌ ط ﴿النساء: ٣﴾.

تصانيفه: "المبسوط" في الفقه، و"الأوسط في السنن"، و"الإجماع والاختلاف"، و"الإشراف

على مذاهب أهل العلم" و"اختلاف العلماء". [الأعلام للزركلي ٦ / ٨٤].

(١) ينظر: المغني، (٣٧٣/٩).

(٢) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (١٦٣/٣).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٣٠/٢٠ - ٢٣١).

(٤) ينظر: المحلى، (٤٧٣/٩).

وجه الدلالة: المقصود في نكاح اليتامى، فهو دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه. (١)

ويدل لهذا أيضاً ما جاء في سبب نزول الآية أن عائشة رضي الله عنها قالت: (هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله، فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق) (٢).

٢. قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَرَّعُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٢٧].

وجه الدلالة: قوله ﴿أَن تَنْكِحُوهُنَّ﴾ دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه (٣)، وأيضاً خرج مخرج العتاب، فيدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده؛ إذ لو لم يرقم وحده به لم يكن للعتاب معنى، لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق. (١)

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٧/٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب شركة اليتيم وأهل الميراث، برقم (٢٣٦٢)،

٨٨٣/٢، ومسلم في صحيحه، كتاب التفسير، برقم (٣٠١٨)، ٢٣١٣/٤.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٧/٥).

قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ

يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ [النور: ٣٢].

وجه الدلالة: أمر سبحانه وتعالى بالإنكاح مطلقاً من غير فصل بين الإنكاح من

غيره أو من نفسه. (٢)

٣. عن أنس بن مالك رضي الله عنه (أن رسول الله ﷺ أعتق صفية^(٣) وجعل

عتقها صداقها). (٤)

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ زوج مولاته من نفسه، فدل ذلك على جواز تولي

الولي طرفي العقد.

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/ ٢٣٢)

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/ ٢٣٢).

(٣) هي صفية بنت حيي بن أخطب بن سعية، أم المؤمنين، (? - ٥٠ هـ). كانت في الجاهلية من ذوات الشرف تدين باليهودية، من أهل المدينة، تزوجها كنانة بن الربيع النضري، وقتل عنها يوم خيبر، وأسلمت، فتزوجها رسول الله ﷺ، وجعل عتقها صداقها. لها في كتب الحديث عشرة أحاديث.

[تهذيب التهذيب ١٢ / ٢٣٨، ٤٢٩، والأعلام ٣ / ٢٩٦].

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، باب من جعل عتق الأمة صداقها، رقم (٤٧٩٨)، ٥/ ١٩٥٦، ومسلم

في صحيحه، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاق أمة ثم يتزوجها، رقم (١٣٦٥)، ٢/ ١٠٤٢.

نوقش: باحتمال أن يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه

في هذا الباب (١)

٤. أن النبي ﷺ قال لرجل: ((أترضى أن أزوجك فلانة؟)) قال: نعم. وقال

للمرأة: ((أترضين أن أزوجك فلانا؟)) قالت: نعم. فزوج أحدهما

صاحبه. (٢)

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ تولى طرفي العقد بعد رضا الطرفين، فدل ذلك على

جوازه.

٥. أن أم حكيم بنت قارظ (٣) قالت لعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه (١): إنه

خطبني غير واحد، فزوجني أيهم شئت. قال: أتجعلين ذلك إلي؟ قالت: نعم.

قال: قد تزوجتك. (٢)

(١) ينظر: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (٢/٢١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، رقم (٢١١٧)

١/٦٤٤. وسكت عنه. وصححه ابن حبان في صحيحه ٣٨١/٩، وقال الحاكم في

المستدرک ٢/١٩٨: (صحيح على شرط البخاري ومسلم)، وأقره الذهبي. وصححه الألباني في إرواء

الغيليل ٦/٣٤٥ على شرط مسلم وحده، لأن محمد بن مسلمة و خالد بن أبي يزيد لم يخرج لهما البخاري

في صحيحه.

(٣) هي أم حكيم بنت قارظ بن خالد بن عبيد، حليف بني زهرة، لم تدرك النبي ﷺ، وروت عن زوجاته.

[تقريب التهذيب ٢/١١٥، ونيل الأوطار ٦/٢٦٧].

وجه الدلالة: أن الصحابي إذا فعل أمراً دون أن ينكر عليه غيره من الصحابة، دل ذلك على جوازه، وهاهنا تولى عبدالرحمن طرفي العقد ولم ينكر عليه أحد.

٦. أن الولي المحرم يملك الإيجاب والقبول، فجاز أن يتولاهما؛ فالعقد وُجد فيه

الإيجاب من ولي ثابت الولاية، والقبول من زوج هو أهل للقبول، فصح كما

لو وُجد من رجلين.^(٣)

أدلة القول الثاني:

استدل الشافعية ومن وافقهم على منع ولي المرأة التي يحل له نكاحها - كابن العم

- من أن يتولى طرفي العقد بنفسه إذا أراد تزوجها. بل يوكل ولياً آخر مثله أو

السلطان ليتولى العقد بينهما بما يلي من أدلة:

(١) هو عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن الحارث، أبو محمد القرشي الزهري، (٤٤ ق هـ - ٢٢ هـ).

أحد العشرة المشهود لهم بالجنة وأحد الستة أصحاب الشورى الذين جعل عمر الخلافة فيهم. أسلم

قديماً، وهاجر المهجرتين، وشهد المشاهد. وكان ممن يفتي على عهد رسول الله ﷺ، وممن عرف برواية

الحديث الشريف. توفي بالمدينة ودفن بالقيع. [الإصابة في تمييز الصحابة ٢ / ٤١٦، والأعلام للزركلي

٤ / ٩٥].

(٢) علقه البخاري في صحيحه جازماً به، كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب ١٩٧٢/٥، ووصله

ابن سعد في الطبقات، ترجمة ٤٦٤٨، ٤٧٢ / ٨. والأثر سكت عنه الحافظ في الفتح ١٨٩ / ٩، صححه

الألباني في الإرواء ٦ / ٢٥٥.

(٣) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (٢٠ / ٢٣٠ - ٢٣١).

١. ما رُوي من حديث عائشة رضي الله عنها^(١) أن رسول الله ﷺ قال: ((لا بد

في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين)).^(٢)

وجه الدلالة: أن الشارع شرط حضور أربعة في عقد النكاح، وعليه فلا يصح أن

يكون النكاح مُنكحاً.

نوقش: أن الحديث لا تُعرف صحته، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته

عبد الصغير.^(٣)

(١) هي عائشة الصديقة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان، (٩ ق هـ - ٥٨ هـ). أم المؤمنين، وأفقه

نساء المسلمين. كانت أديبة عالمة. كُتبت بأمر عبد الله. لها خطب ومواقف. وكان أكابر الصحابة

يراجعونها في أمور الدين. [الإصابة ٤ / ٣٥٩].

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه من حديث عائشة، كتاب النكاح برقم (١٩)، ٣/٢٢٤، وفي سننه أبو

الخصيب نافع بن ميسرة وهو مجهول. قال الذهبي في تنقيح التحقيق ٢/١٦٩: (هذا حديث منكر

جداً). وقال الزيلعي في نصب الراية: (حديث منكر والأشبه أن يكون موضوعاً). وأخرجه البيهقي

من حديث أبي هريرة، كتاب النكاح، باب لا يزوج نفسه امرأة هو وليها، برقم (١٤١٨٨)، ٧/١٤٢،

ولفظه ((لا نكاح إلا بولي وخاطب وشاهدي عدل))، وضعفه البيهقي في السنن، وابن حجر في

التلخيص الحبير ٣/٣٥٤، وابن عبد الهادي في التنقيح ٣/١٤٥.

(٣) ينظر: المغني، (٣٧٤/٩).

٢. أن المغيرة ابن شعبة^(١) خطب امرأة، وهو وليها، ومعه أولياء مثله، فأمر

بعض أوليائها أن يزوجها إياه.^(٢)

وجه الدلالة: أن المغيرة بن شعبة وكل رجلا يتولى قبول نكاحه من موليته، فدل

ذلك على عدم جواز تولى الولي لطرفي العقد.

٣. القياس على البيع، فكما لا يجوز أن يكون الولي أو وكيله مملكاً ومتملكاً في

البيع، فكذلك في النكاح لا يصح أن يكون الولي ناكحاً ومنكحاً.^(٣)

نوقش: بعدم التسليم، فالوكيل يجوز له أن يشتري ما وُكل في بيعه بإذن المُوكِّل.

(١) هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، (٢٠ ق هـ - ٥٠ هـ). أحد دهاة العرب وقادتهم وولاتهم. صحابي، يقال له "مغيرة الرأي"، تأخر إسلامه إلى السنة الخامسة للهجرة، وشهد الحديبية واليامة وفتوح الشام، وذهبت عينه يوم اليرموك. وشهد القادسية ونهاوند وهمدان. ولاه عمر ثم عثمان. واعتزل الفتنة بين علي ومعاوية. ثم ولاه معاوية الكوفة. [الأعلام ٤٠٦/٨، والإصابة ٤٥٢/٣].

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، تحقيق: محمد عوامة، الجزء والصفحة يتوافقان مع طبعة الدار السلفية الهندية القديمة، ترقيم الأحاديث يتوافق مع طبعة در القبلة، كتاب النكاح، باب ما قالوا في الرجل يكون ولي المرأة فيريد أن يتزوجها، ما يصنع؟ (٣٧٧/٤)، برقم (١٧٧٧٧)، مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، (٢٠١/٦)، برقم (١٠٥٠٢).

(٣) ينظر: المغني، (٣٧٥/٩).

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز تولي الولي نكاح موليته المباحة له بنفسه إذا رضيت به زوجاً وكان مكافئاً لها ومقسطاً لها في مهرها ولم ينقصها حقها؛ وذلك لقوة أدلة هذا المذهب وسلامتها من المناقشة، وضعف استدلالات أصحاب القول الثاني.

وإني مع هذا أستحسن ما ذهب إليه المنظم في قانون الأسرة البحريني، من اشتراط إذن القاضي عند زواج الولي من موليته؛ وذلك دفعاً لتهمة عدم القسط في المرأة، وأيضاً للتأكد من رضاها، بالإضافة إلى غلق باب التلاعب، خاصة مع فساد الزمان. وقد تنبه بعض الفقهاء لمثل ذلك فاشتروا الإشهاد عند تولي الرجل طرفي العقد، وإن لم يشترطه بعضهم في غيره.^(١)

(١) ممن اشترط الإشهاد عطاء، وزفر، وصاحب المدونة. [ينظر: فتح القدير، دار الفكر، (٣/٣٠٥)، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب، (٥/٧٣)، فتح الباري، دار الفكر، (٩/١٨٨-١٨٩).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اعتبر المنظم لقانون أحكام الأسرة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز تولي الرجل طرفي العقد، إلا أنه نص على اشتراط رضا المرأة بالإضافة إلى اشتراط إذن القاضي حال ما أراد الولي الزواج من موليته. ويظهر ذلك من خلال الفقرة (ب) من المادة (١٥).^(١)

ونظراً لقرب عهد صدور قانون أحكام الأسرة، وندرة وقوع هذه المسألة، بالإضافة إلى ضيق الوقت، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيق لهذه المسألة، إلا أن نص القانون والتعليق عليه يغني عنه.

(١) نص المادة (١٥): أ. ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليها قضاءً من نفسه ولا من أصله ولا من فرعه. ب. ليس للولي أن يزوج موليته من نفسه إلا برضاها وبإذن من القاضي.

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

لا يوجد نظام في القضاء السعودي يمنع من مباشرة المأذون الشرعي عقد النكاح حال ما أراد الولي أن يزوج موليته من نفسه، إذا كان الطرفان سعوديان. والذي عليه العمل أن المأذون يطلب حصر الورثة، وعلى ضوءه يعقد النكاح، ولكن بعض مأذوني عقود الأنكحة يتخوفون من مثل هذا الإجراء، فيُحيلون الأمر إلى قاضي محكمة الأحوال الشخصية.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يتضح مما سبق اختلاف القضاة البحرينيين والسعوديين في اشتراط إذن القاضي عند زواج الولي من موليته، فالقضاة البحرينيين يلزم به، أما القضاة السعوديين فلم يتطرق له، وفي نظري مثل هذا الاشتراط هو المتعين؛ دفعاً للتهمة، وغلقاً لباب التلاعب، خاصةً مع فساد الزمان.

المطلب الخامس: إذن القاضي وأثره في إثبات عقد الزواج حال انعقاده من غير ولي.

وجه دخول هذا المطلب في إذن القاضي، أن عقد النكاح حال انعقاده من غير ولي وحصول الدخول، تترتب عليه أحكامه عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني، إلا أنه اشترط لإثبات النكاح رضا الولي حال كانت الزوجة بحرينية، وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإجازة وإثبات زواج وُجد ما يمنع من إتمامه.

من المسلمات عند جماهير الأمة عدم جواز النكاح من غير ولي، إلا أن الحنفية خالفوا في هذا الباب - مع قولهم أنه لا ينبغي النكاح من غير ولي -^(١)، وسأستعرض فيما يلي اختلاف المذاهب في هذه المسألة، ثم سأتطرق لحكم نقض هذا العقد حال الحكم بصحته من قبل قاضٍ، وذلك في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: اختلف فقهاء المذاهب في اشتراط الولي في الزواج على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يشترط الولي في النكاح، فلا يصحُّ النكاحُ إلا بولي. وذهب لهذا القول جمهورُ أهل العلم من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(١)، وممن قال به سعيد بن

(١) ينظر: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (٣/٢٥٥).

(٢) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (١٩/٨٤).

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/١٤٧).

المسيب^(٢)، والحسن، وعمر بن عبد العزيز^(٣)، وجابر بن زيد أبي الشعثاء^(٤)، وسفيان^(٥)، والثوري، وابن أبي ليلى^(٦)، وابن شبرمة^(٧)، وابن المبارك^(٨)، وعبيد الله

- (١) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٥٥/٢٠).
- (٢) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب. قرشي، مخزومي، (١٣ - ٩٤ هـ)، من كبار التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع وكان أحفظ الناس لأقضية عمر بن الخطاب وأحكامه حتى سمي راوية عمر. [الأعلام للزركلي ٣/١٥٥].
- (٣) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم. قرشي من بني أمية، (٢١ - ٩٣ وقيل ١٠٣ هـ). الخليفة الصالح. معدود من كبار التابعين. ولد ونشأ بالمدينة. وولي الخلافة بعهد من سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ فبسط العدل، وسكن الفتن. [الأعلام للزركلي ٥/٢٠٩].
- (٤) هو جابر بن زيد الأزدي، أبو الشعثاء، من أهل البصرة، (٢١ - ٩٣ وقيل ١٠٣ هـ). تابعي ثقة فقيه. عالما بالفتيا، قيل: إنه كان إباضيا. والإباضية الآن يعتبرونه إمامهم الأكبر. [تهذيب التهذيب ٣٨/٢، والأعلام للزركلي ٢/٩١].
- (٥) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران، أبو محمد، الهلالي، الكوفي. ، (? - ١٩٨ هـ)، سكن مكة، أحد الثقات الأعلام، أجمعت الأمة على الاحتجاج به، وكان قوي الحفظ. [تهذيب التهذيب ٤/١١٧].
- (٦) هو عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال بن بليل، أبو عيسى، (? - ٨٣ هـ). تابعي جليل، ولد في عهد عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، واتفقوا على توثيقه وجلالته. أدرك عشرين ومائة من أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كلهم من الأنصار. [الإصابة ٢/٤٢٠].
- (٧) هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي - نسبة إلى ضبة - من أهل الكوفة، (٧٢ - ١٤٤ هـ). كان ثقة فقيهاً عفيفاً حازماً يشبه النساك. ولي القضاء على السواد. [تهذيب التهذيب ٥/٢٥٠].
- (٨) هو عبد الله بن المبارك، أبو عبد الرحمن، الحنظلي بالولاء، المروزي أمه خوارزمية وأبوه تركي، (١١٨ - ١٨١ هـ). كان إماماً فقيهاً ثقة مأموناً حجة كثير الحديث. صاحب أبا حنيفة وسمع السفينيين جمع العلم والفقه والأدب والنحو واللغة والشعر والزهد والفصاحة والورع وقيام الليل والعبادة والسداد

ابن الحسن^(١)، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد^(٢)، والطبري^(٣). وروى ذلك عن عمر^(٤)، وعلي^(٥)، وابن مسعود^(١)، وابن عباس^(٢)، وأبي هريرة^(٣)، وعائشة، رضي

في الرواية، وقلة الكلام فيما لا يعنيه، وقلة الخلاف على أصحابه. من تصانيفه: " تفسير القرآن "، و " الدقائق في الرقائق "، و " رقايع الفتاوى ". [تذكرة الحفاظ ١/ ٢٥٣، وشذرات الذهب ١/ ٢٩٥].

(١) هو عبيد الله بن الحسن بن حصين بن أبي الحر مالك بن الحشخاش العنبري، (١٠٥ وقيل ١٠٦ - ١٦٧ هـ). من سادات أهل البصرة علماً وفقهاً. ولي قضاءها وكان ثقة محموداً. قد خرج له مسلم. وقيل إنه تكلم في معتقده ببدعة. [تهذيب التهذيب ٧/ ٧، والأعلام للزركلي ٤/ ٣٤٦].

(٢) هو القاسم بن سلام. أبو عبيد، (١٥٧ - ٢٢٤ هـ). كان أبوه رومياً عبداً لرجل من هراة، أما هو فقد كان إماماً في اللغة والفقه والحديث. من تصانيفه: كتاب " الأموال "، و " الغريب المصنف "، و " الناسخ والنسوخ "، و " الأمثال ". [تذكرة الحفاظ ٢/ ٥، وتهذيب التهذيب ٧/ ٣١٥].

(٣) هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، أبو جعفر، (٢٢٤ - ٣١٠ هـ). من أهل طبرستان، استوطن بغداد وأقام بها إلى حين وفاته. من أكابر العلماء. كان حافظاً لكتاب الله، فقيهاً في الأحكام، عالماً بالسُّنن وطرقها، عارفاً بأيام الناس وأخبارهم. رحل من بلده في طلب العلم وهو ابن اثني عشرة سنة، وجمع من العلوم ما لم يشركه فيه أحد. عرض عليه القضاء فامتنع والمظالم فأبى. له اختيار من أقاويل الفقهاء، وقد تفرد بمسائل حفظت عنه. وقيل إن فيه تشيعاً يسيراً وموالاتاً لا تضر. من تصانيفه: " اختلاف الفقهاء "، و " كتاب البسيط في الفقه "، و " جامع البيان في تفسير القرآن "، و " التبصير في الأصول ". [تذكرة الحفاظ ٢/ ٢٥١، والأعلام للزركلي ٦/ ٢٩٤].

(٤) هو عمر بن الخطاب بن نفيل، أبو حفص الفاروق، (٤٠ ق هـ - ٢٣ هـ). صاحب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأمير المؤمنين، ثاني الخلفاء الراشدين، فتح الله في عهده الفتوح، ونشر الإسلام حتى قيل إنه انتصب في عهده اثنا عشر ألف منبر، قتله أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الصبح. [الأعلام للزركلي ٥/ ٢٠٤]

(٥) هو علي بن أبي طالب، واسم أبي طالب: عبد مناف بن عبد المطلب. من بني هاشم، من قريش، (٢٣ ق هـ - ٤٠ هـ). أمير المؤمنين، ورابع الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين بالجنة. زوجه النبي صَلَّى اللهُ

الله عنهم. بل نقل الحافظ ابن حجر عن ابن المنذر قوله: (إنه لا يُعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك)^(٤).

القول الثاني: عدم اشتراط الولي في النكاح، فيصحُّ النكاحُ بغير بولي. وذهب لهذا القول الحنفية في ظاهر مذهبهم.^(٥)

الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بنته فاطمة.. [الأعلام للزركلي ١٠٨/٥].

(١) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن من أهل مكة، (? - ٣٢ هـ). من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً، ومن السابقين إلى الإسلام، هاجر إلى أرض الحبشة الهجرتين.. له في الصحيحين ٨٤٨ حديثاً. [الأعلام ٤/٤٨٠].

(٢) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب. قرشي هاشمي، (٣ ق هـ - ٦٨ هـ). حبر الأمة وترجمان القرآن، أسلم صغيراً ولازم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد الفتح وروى عنه. كان الخلفاء يجلبونه. كان يجلس للعلم، فيجعل يوماً للفقهِ، ويوماً للتأويل، ويوماً للمغازي، ويوماً للشعر، ويوماً لوقائع العرب. توفي بالطائف. [الأعلام للزركلي ٤/٩٥].

(٣) هو عبد الرحمن بن صخر. من قبيلة دوس، وقيل في اسمه غير ذلك. (٢١ ق هـ - ٥٩ هـ). صحابي. رواية الإسلام. أكثر الصحابة رواية. أسلم ٧ هـ وهاجر إلى المدينة. ولزم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فروى عنه أكثر من خمسة آلاف حديث. ولاة أمير المؤمنين عمر البحرين، ثم عزله للين عريكته. وولي المدينة سنوات في خلافة بني أمية. [الأعلام للزركلي ٤/٨٠].

(٤) فتح الباري، دار الفكر، (١٨٧/٩)، وينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (٨٤/١٩)، والمغني، (٣٤٥/٩).

(٥) ينظر: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (٢٥٥/٣).

القول الثالث: أن عقد النكاح يصح بلا ولي موقوفا على إجازة الولي. وهذا القول مروى عن محمد بن الحسن^(١)، وأبي يوسف^(٢)، ابن سيرين، والقاسم بن محمد^(٣)، والحسن بن صالح^(٤).^(٥)

(١) هو محمد بن الحسن بن فرقد. أصله من (حراستا) من قرى دمشق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة، (١٣١ - ١٨٩ هـ). إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المتتبعين. هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة. ولي القضاء للرشيد بالرقعة، ثم عزله واستصحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان، فمات محمد بالري. من تصانيفه: "الجامع الكبير"، و"الجامع الصغير"، و"المبسوط"، و"الزيادات". وهذه كلها التي تسمى عند الحنفية كتب ظاهر الرواية. وله "كتاب الآثار"، و"الأصل". [والأعلام للزركلي ٦/٣٠٩].

(٢) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب. القاضي الإمام. من ولد سعد بن حبة الأنصاري صاحب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، (؟ - ١٨١ هـ). أخذ الفقه عن أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو المقدم من أصحابه جميعاً. ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد. وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زياً خاصاً. وثقه أحمد وابن معين وابن المديني. روي عنه انه قال: "ما قلت قولاً خالفت فيه أباً حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه" من تصانيفه: "الخراج"، و"أدب القاضي"، و"الجوامع". [تاريخ بغداد ١٤/٢٤٢، والبداية والنهاية ١٠/١٨٠].

(٣) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن، (؟ - ١٠١) وقيل غير ذلك) من خيار التابعين. كان ثقة ربيعاً عالماً إماماً فقيهاً ورعاً. وله رواية للحديث الشريف. وهو أحد فقهاء المدينة السبعة. [تهذيب التهذيب ٨/٣٣٣، والأعلام للزركلي ٢/٤٠].

(٤) هو الحسن بن صالح بن حي، الهمداني الثوري، (١٠٠ - ١٦٩ هـ). محدث ضعفه قوم: رموه بالنفاق، والبدعة، والتشيع، وترك الجمعة، والخروج على الأمة بالسيف. ووثقه آخرون. وجعله بعضهم في درجة سفيان الثوري في الفقه والورع. [تهذيب التهذيب ٢/٢٨٨].

(٥) ينظر: فتح القدير، دار الفكر، (٣/٢٥٥)، والمغني، (٩/٣٤٥).

أدلة القول الأول:

استدل جماهير أهل العلم على اشتراط الولي في النكاح وعدم صحته من غير ولي

بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَعَلَبَدُّ مُؤْمِنٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ

أَعَجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۗ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۗ وَيُبَيِّنُ

ءَايَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴿٢٢١﴾ [البقرة: ٢٢١].

وجه الدلالة: أنه تعالى خاطب بالنكاح الرجال، ولم يخاطب به النساء فكأنه قال:

"لا تُنكِحوا أيها الأولياء مولاتكم للمشركين".^(١)

٢. قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ

يُوعِظُ بِهِ ۗ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَ لَكُمْ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ

وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ [البقرة: ٢٣٢].

وجه الدلالة: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ خطاب للأولياء، وفي أسناده إليهم

دليل على أن الأمر موكل إليهم في التزويج لا إلى مولاتهم.^(٢)

(١) ينظر: فتح الباري، دار الفكر، (٩/١٨٤).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، (٢/٧٢٧).

نوقش: أن ظاهر الآية يقتضي أن يكون ذلك خطاباً للأزواج؛ فقوله تعالى فلا تعضلوهن إنما هو خطاب لمن طلق، وإذا كان كذلك كان معناه عضلها عن الأزواج بتطويل العدة عليها. (١)

أجيب عن المناقشة بعدم التسليم؛ فقد جاء في سبب النزول أن معقل بن يسار (٢) قال: (زوّجتُ أختاً لي من رجل فطلّقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلتُ له: زوّجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلتُ: الآن أفعلُ يا رسول الله) (٣).

قال ابن حجر (٤): (وهي أصرح دليل على اعتبار الولي؛ وإلا لما كان لعضله معنى؛ ولأنها لو كان لها أن تزوّج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يُقال: إن غيرَه منعه منه). (١)

(١) ينظر: أحكام القرآن، (٢/١٠٣).

(٢) هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر بن حراق، أبو عبد الله، المزني. (؟ - نحو ٦٥ هـ) صحابي. أسلم قبل الحديبية. شهد بيعة الرضوان. ينسب إليه نهر معقل الذي بالبصرة. [تهذيب التهذيب ١٠/٢٣٥، والأعلام ٨/١٨٨].

(٣) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، برقم (٥١٣٠)، ١٩٧٢/٥.

(٤) هو أحمد بن علي بن محمد، شهاب الدين، أبو الفضل الكناني العسقلاني، (٧٧٣-٨٥٢ هـ)، المصري

٣. قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥].

٤. قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور:

.[٣٢

وجه الدلالة من الآيتين: أنه تعالى لم يخاطب بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن. (٢)

٥. عن أبي موسى الأشعري (٣) رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: ((لا نكاح

إلا بولي)). (١)

المولد والمنشأ والوفاة، الشهير بابن حجر، نسبة إلى (آل حجر) قوم يسكنون بلاد الجريد وأرضهم قابس في تونس، من كبار الشافعية. كان محدثاً فقيهاً مؤرخاً. انتهى إليه معرفة الرجال واستحضارهم، ومعرفة العالي والنازل، وعلل الأحاديث وغير ذلك. تصدى لنشر الحديث وقصر نفسه عليه مطالعة وإقراء وتصنيفاً وإفتاء، وتفرد بذلك حتى صار إطلاق لفظ الحافظ عليه كلمة إجماع، ولي مشيخة البيروسية ونظرها والإفتاء بدار العدل، والخطابة بجامع الأزهر، وتولى القضاء. زادت تصانيفه على مائة وخمسين مصنفاً. من تصانيفه: " فتح الباري شرح صحيح البخاري "، و " الدراية في منتخب تخريج أحاديث الهداية "، و " تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ". [شذرات الذهب ٢٧٠ / ٧، ومعجم المؤلفين ٢ / ٢٠].

(١) فتح الباري، دار الفكر، (٩ / ١٨٧).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، (٣ / ٧٣).

(٣) هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب، أبو موسى، الأشعري، (؟ - ٤٢ هـ وقيل غير ذلك). قيل إنه قدم مكة قبل الهجرة فأسلم ثم هاجر إلى أرض الحبشة، ثم قدم المدينة مع أصحاب

نوقش: بأن الحديث مضطرب في إسناده بين وصله وانقطاعه وإرساله^(٢)، ثم إن صح فهو محمول على نفي الكمال لا الصحة.^(٣)

أجيب عن المناقشة: أن الحديث ثبتت صحته متصلاً مرفوعاً من أوجه كثيرة، وقد صححه جمع من الأئمة كالبخاري، وعلي بن المديني، والترمذي^(٤)، ثم إن الحديث محمول على نفي الصحة ويدل لذلك الحديث القادم.

السفيتين بعد فتح خيبر، واستعمله النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على زيد وعدن واستعمله عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَلَى الكوفة. [تهذيب التهذيب ٥ / ٣٦٢-٣٦٣].

(١) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي برقم (٢٠٨٥)، ١ / ٦٣٥، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي، برقم (١١٠١)، ٢ / ٣٩٨، وابن ماجه، باب لا نكاح إلا بولي، برقم (١٨٨١)، ١ / ٦٠٥ من طريق أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً. وأخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، برقم (١٨٨٠)، ١ / ٦٠٥ من حديث عائشة وابن عباس.

(٢) فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، الشهير بابن الهمام، دار الفكر، بيروت، (٢٥٩ / ٣).

(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، (١١٧ / ٣)، فتح الباري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وذكر أطرافها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر (مصور عن الطبعة السلفية)، (١٨٤ / ٩).

(٤) سنن الترمذي (٤٠٠ / ٣). وابن حبان، وابن خزيمة، والحاكم في المستدرک (١٦٩ / ٢ - ١٧٢). والبيهقي السنن الكبرى (١٠٧ / ٩). وابن حزم المحلى (٤٥٢ / ٩). وأفاض ابن القيم في تهذيب السنن (٢٦ / ٣ - ٣١) في ذكر طرق الحديث وثبوت صحته.

٦. عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها)).^(١)

نوقش: أن الزهري^(٢) راوي الحديث أنكره، قال ابن جريج^(٣): سألت الزهري عنه فلم يعرفه.^(٤)

أجيب عن المناقشة: بأن هذا النقل عن ابن جريج لم ينقله غير ابن علية^(٥)، ولو ثبت هذا لم يكن فيه حجة؛ لأنه قد نقله الثقات عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره؛ فالنسيان لم يُعصم منه إنسان.^(١)

(١) أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، برقم (١١٠٢)، ٣٩٨/٢، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، برقم (١٨٨٠)، ٦٠٥/١. قال الترمذي: حديث حسن. وصححه الألباني في مشكاة المصابيح (٣١٣١)، ٨٣٢/٣.

(٢) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب. من بني زهرة، من قريش، (٥٨ - ١٢٤ هـ). تابعي من كبار الحفاظ والفقهاء، مدني سكن الشام. هو أول من دون الأحاديث النبوية. ودون معها فقه الصحابة. قال أبو داود: جميع حديث الزهري (٢٢٠٠) حديث. أخذ عن بعض الصحابة. وأخذ عنه مالك بن أنس وطبقته. [تهذيب التهذيب ٩/٤٤٥-٤٥١، والأعلام للزركلي ٧/٣١٧].

(٣) عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، أبو الوليد. رومي الأصل. من موالي قريش، (٨٠-١٥٠ هـ) لقب بـفقيه الحرم (المكي)، كان ثقة في الحديث. أول من صنف الكتب بمكة. [الأعلام ٤/٣٠٥].

(٤) ينظر: المغني، (٩/٣٤٥).

(٥) هو إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم، أبو بشر الأسدي المعروف بابن عليّة (وعليّة هي أمه)، كوفي

٧. عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((لا تزوج المرأة المرأة،

ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)). (٢)

نوقش: بأن الحديث ضعيف، ولو صح فهو موقوف من قول أبي هريرة.

أجيب عن المناقشة: بأن الحديث صححه جماعة من أهل العلم مرفوعاً وموقوفاً،

وعلى فرض وقفه، فإن له حكم الرفع. (٣)

الأصل، (١١٠ - ١٩٣ هـ). كان حافظاً فقيهاً كبير القدر ثقة ثبتاً في الحديث حجة [تهذيب التهذيب

١/ ٢٧٥، والأعلام للزركلي ١/ ٣٠١، ٢٥].

(١) ينظر: المغني، (٩/ ٣٤٥-٣٤٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، برقم (١٨٨٢)، ١/ ٦٠٦، ورواه الدارقطني

في كتاب النكاح برقم (٣٥٣٥)، وضعفه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير، رقم (١٩٣٨)، ١/ ١٨٧.

ووثق رجاله ابن حجر دون الفقرة الثالثة، بلوغ المرام (٢٩٣)، قال الألباني في الإرواء (١٨٤١)،

٢٤٨١٦: (صحيح دون لفظ الزانية)، ولعل هذه الزيادة _ الفقرة الثالثة _ تفرد بها جميل بن الحسن كما

أشار إلى ذلك الذهبي في تنقيح التحقيق ٢/ ١٧١ والله أعلم. وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى

رقم (٣٥٣٨) وجاء بعد لفظة (نفسها) قول أبي هريرة: "كنا نتحدث أن التي تنكح نفسها هي

الزانية"، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير: صحيح على شرط مسلم برقم (١٩٣٨) ١/ ١٨٧.

وقوله (كنا) فلها حكم الرفع. وأخرجه من طريق أخرى برقم (٣٥٤١) قال أبو هريرة: "وكان يقال:

الزانية تُنكح نفسها".

(٣) ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتفئ الأخبار، دار ابن الجوزي، (١٢/ ٧٤).

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية على مذهبهم بما يلي من أدلة:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا

تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُعْطَىٰ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَُمْ أَزْكَىٰ

لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۗ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

وجه الدلالة: أنه تعالى أضاف النكاح إلى النساء، فدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، ثم إنه تعالى نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه.^(١)

نوقش الاستدلال: بأن عضل المرأة الامتناع عن تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل عليه أن الآية نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي ﷺ فزوجها^(٢). أما إضافة النكاح إليها فلأنها محل له.^(٣)

٢. قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً ۖ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا

خَالِصَةً لِّكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ۗ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٤٨).

(٢) سبق تخريجه ص ١٠٦.

(٣) ينظر: المغني، (٩/٣٤٦).

وجه الدلالة: أن الآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارة المرأة، وانعقادها بلفظ الهبة. (١)

نوقش الاستدلال: أن هذا من خصائص النبي ﷺ، فليس لامرأة أن تهب نفسها لرجل بغير ولي ولا مهر إلا للنبي ﷺ. (٢)

٣. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وجه الدلالة: في قوله تعالى ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ أضاف النكاح إلى المرأة فيقتضي ذلك تصور النكاح منها، ثم إنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها. وقوله ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ أي يتناكحا، فأضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي. (٣)

ونوقش الاستدلال: أن المقصود بالنكاح في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ ما يعقده لها وليها، لا أن تباشره المرأة بنفسها، وإنما أضيف إليها النكاح لأنها محل ذلك وسببه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٤٨).

(٢) ينظر: تفسير القرآن العظيم، (٦/٤٤٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٤٨).

ثم إن النكاح الذي تنتهي به هذه الحرمة ليس هو العقد، بل هو الوطء؛ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: ((لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك))^(١).^(٢)

٤. عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها))^(٣).

وجه الدلالة: أن " الأيم " اسم لامرأة لا زوج لها. ثم إن النبي ﷺ أثبت لكلٍ منها ومن الولي حقاً في ضمن قوله " أحق "، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به.^(٤)

نوقش استدلالهم: ليس في هذا الحديث ما احتجوا به؛ لأنه قد روي من غير وجه عن ابن عباس عن النبي ﷺ ((لا نكاح إلا بولي))^(٥)، وإنما معنى قول النبي ﷺ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي، برقم (٢٤٩٦)، ٢/٩٣٣، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقض عدها، برقم (١٤٣٣)، ٢/١٠٥٥.

(٢) ينظر: تفسير القرآن العظيم، (١/٦٢٤)، والمغني، (٩/٣٤٦).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢١)، ٢/١٠٣٧.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٣/٢٥٩).

(٥) سبق تخريجه ص ١٠٧.

((الأيام أحق بنفسها من وليها)) عند أكثر أهل العلم أن الولي لا يزوجه إلا برضاها وأمرها فإن زوجها فالنكاح مفسوخ. (١)

٥. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها)). (٢)

وجه الدلالة: أن في الحديث قطع ولاية الولي عنها. (٣)

نوقش استدلالهم: بأن المقصود من الحديث أن الولي لا يزوج المرأة إلا برضاها وأمرها، فإن زوجها فالنكاح مفسوخ. (٤)

٦. أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها، كالصبي العاقل إذا بلغ. والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرفاً

(١) ينظر: الجامع الصحيح سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، (٤١٦/٣).

(٢) أخرجه أبوداود، كتاب النكاح، باب في الثيب، رقم (٢١٠٠)، ٦٣٨/١، وسكت عنه فهو صالح للاعتبار، وأخرجه النسائي كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، (٣٢٦٣)، ٨٥/٦. قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٣٦٦/٢: (صحيح أو حسن)، وقال في شرح البخاري ٤٠٢/٢٤: (على شرط الشيخين). وصححه الألباني في صحيح أبي داود ٣٣٢/٦، عند رقم (١٨٣٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢٤٨/٢).

(٤) ينظر: الجامع الصحيح سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، (٤١٦/٣).

نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادراً عليه، وبالبلوغ عن عقل، زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها؛ لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظراً، فتزول بزوال الضرورة. ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ وتثبت الولاية له، وهذا المعنى موجود في الفرع، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها وتثبت الولاية لها، كذا هذا. ثم إذا صارت ولي نفسها في النكاح، لا تبقى مولياً عليها بالضرورة؛ لما فيه من الاستحالة.^(١)

أدلة القول الثالث:

استدل من قال أن عقد النكاح يصح بلا ولي، ولكن موقوفاً على إجازة الولي بما

يلي:

١. عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن

وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل)).^(٢)

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٤٨).

(٢) سبق تخريجه ص ١٠٩.

وجه الدلالة: مفهوم الحديث صحة النكاح بإذن الولي. ثم إن المرأة إنما مُنعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها.^(١)

نوقش الاستدلال: أن هذا المفهوم معارض بمنطوق غيره، والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها. والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها وروعوتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة.^(٢)

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو ما ذهب إليه جماهير الأمة سلفاً وخلفاً من أصحاب القول الأول؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة المعتبرة، بالإضافة إلى ضعف استدلالاتهم غيرهم.

وأيضاً لأن هذا القول هو الموافق لمقاصد الشارع من صون المرأة عن الاستغفال أو الاستغلال؛ إذ أن الموافقة على الزواج من رجل ما يستدعي بحثاً وسؤالاً عن دينه وأخلاقه ووضعه الاجتماعي، وهذا يتطلب طرقاً لأبواب الغير واتصالاً بذوي

(١) ينظر: المغني، (٣٤٦/٩).

(٢) ينظر: المغني، (٣٤٦/٩).

العلاقة المباشرة بالخطاب، وتلك لعمرى أمور تعفّ عن خوضها ذوات الخدور المحصنات.

المسألة الثانية: حكم نقض النكاح من غير ولي حال الحكم بصحته من قبل قاضٍ.

سبق في المسألة السابقة أن الراجح اشتراط الولي لصحة النكاح. وعليه فإذا تم النكاح من غير ولي، فالنكاح فاسد، ويجب فسخه أو تصحيحه. ولكن إذا تم العقد بحضرة حاكم أو نائبة، فهل يُنقض أم لا؟

نص المالكية والشافعية والحنابلة على عدم نقض العقد إن حكم بصحته حاكم أو تولاه؛ وذلك بناءً على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف، إذا كان الخلاف معتبراً.^(١)

قال ابن قدامة^(٢): (فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم، أو كان المتولي لعقده حاكماً، لم يجز نقضه، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة. . . لأنها مسألة مختلف فيها،

(١) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (١٥٦/٤)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (١٤٨/٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (١٦٠/٢٠).

(٢) هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (؟ - ٦٢٠ هـ). من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين.. قال ابن غنيمه: " ما أعرف أحداً في زماني أدرك رتبة الاجتهاد إلا الموفق " وقال عزالدين بن عبدالسلام " ما طابت نفسي بالإفتاء حتى صار عندي نسخة من المغني للموفق ونسخة من المحلى لابن حزم ". من تصانيفه " المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي " و " الكافي "، و " المقنع " و " العمدة " وله في الأصول " روضة الناظر ". [الأعلام للزركلي ٤/١٩١].

ويسوغ فيها الاجتهاد، فلم يجوز نقض الحكم؛ كما لو حكم بالشفعة للجار. وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر^(١).

وعدم نقض عقد النكاح الصادر من غير ولي إذا حكم به حاكم، وصار لازماً بالدخول هو أيضاً ما تبناه المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني، إلا أنه اشترط رضا الولي عند إثبات الزواج عقد الزواج حال كون الزوجة بحرينية.

(١) المغني، (٩/٣٤٦-٣٤٧).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون أحكام الأسرة على اشتراط الولي لصحة عقد النكاح، فإن لم يوجد كان النكاح فاسداً، إلا أنه نص على إثباته متى ما اجتمع الدخول بالمرأة مع وقوع العقد صحيحاً باعتبار قانون محل إبرامه، حتى ولو كان من غير ولي. وذلك بناءً على أن حكم المحاكم لا يُنقض.

وإذا ما كانت الزوجة بحرينية، واجتمع ما سبق من حصول الدخول و صحة النكاح مع عدم الولي باعتبار قانون محل الإبرام، فإنه يُشترط رضا الولي لإثبات عقد الزواج. (١)

(١) نصت المادة (٢٦) على: . . . يشترط لصحة عقد الزواج: أ. الولي. ويثبت الزواج بغير مباشرة الولي بالدخول فيه متى وقع العقد صحيحاً باعتبار قانون محل إبرامه، وإذا كانت الزوجة بحرينية فيشترط رضا الولي عند إثبات عقد الزواج. ب. الإشهاد بالنصاب الشرعي. ج. عدم نفي الصداق.

ونظراً لقرب عهد صدور قانون أحكام الأسرة، بالإضافة إلى ضيق الوقت، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيق لهذه المسألة، إلا أن نص القانون والتعليق عليه يغني عنه.

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية اشتراط الولي لصحة النكاح، فكل نكاح من غير ولي يقع فاسداً، وإذا ما حصل وكان عقد من غير، ولي لزم تصحيح العقد أمام القضاء، ولا بد في التصحيح من إذن الولي بلفظه، فإن لم يأذن، يرى القاضي سبب ذلك، فإن كان العضل، نقل القاضي الولاية لغيره، وإن لم يكن العضل فإن النكاح يُفسخ.

أما إذا حكم حاكم بصحة العقد، فلا أحد يتعرض للعقد إلا في حال الخصومة، والقاضي حينها لا يقوم بفسخ العقد، بل يقوم بإثبات آثار النكاح الفاسد من ثبوت النسب ونحوه.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اتفاق القضاة البحريني والسعودي على اشتراط الولي لصحة عقد النكاح، وإيقاع العقد من غير ولي فاسداً، مع السعي لتصحيح العقد ما أمكن.

المبحث الثاني:

إذن القاضي وأثره في إجراء عقد الزواج وتوثيقه.

إن من صلب عمل القضاة - وفقاً للأنظمة القضائية الحديثة - إجراءات عقد الزواج وتوثيقه، وهذا ما اهتم به المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني، فنص على مواد رأى من خلالها المحافظة على مصلحة المجتمع، وحماية استقراره، وسلامة أفراده، وحفظ سكينتهم.

ويظهر ذلك من خلال المحافظة على حقوق الزوجين المترتبة على العقد بتوثيقه، والقضاء على ظاهرة رفع الدعاوى الكيدية من الادعاء بعلاقة زوجيه وهمية، ورعاية الاطمئنان الأسري بتحلي كل من الزوجين بالشفافية تجاه الآخر، وحماية الشريك والأجيال المقبلة من الأمراض المتنقلة، وحماية مصلحة المحجور عليه التصرف في ماله من إضاعة ماله، أو من إعنات القيم عليه، والوفاء بمسئولية الدولة نحو مواطنيها، والتأكد من توفر المصلحة في بعض الزيجات، مع كفاية الضمانات التي تستوجبها الاستحقاقات المستقبلية.

والمنظم في جميع ما سبق يرى أنه لم يخرج عن دائرة الاستصلاح، أو حق ولي الأمر في تقييد المباح للمصلحة، ناهيك عن عدم خلو أي قيد من قيود القانون من قول فقهي، أو اعتبار عملي.^(١)

وعلى هذا سيتم في هذا المبحث مناقشة المسائل التي اشترط المنظم لقانون أحكام الأسرة البحريني لها إذن القاضي لتوثيقها، أو نفاذها، بعد التحقق من وجود المصلحة، بما للقاضي من سلطة تقديرية.

وسيكون التطرق لهذه المسائل من خلال ثلاث مطالب، الأول في سن الزواج وتقريره، والثاني في زواج فاقد أو ناقص الأهلية، ثم الثالث في التعدد.

(١) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٣٤-١٣٦.

المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في سن الزواج وتقريره:

وجه دخول مسائل هذا المطلب في إذن القاضي أن المسائل المدرجة تحته اختار المنظم لقانون أحكام الأسرة البحريني إذن القاضي لنفذ أو توثيق الزواج. وعمل القاضي في مثل هذه المسائل هو الأمر بإنفاذ أو توثيق زواجٍ وُجد ما يمنع من إتمامه. وسيكون تناول مسائل هذا المطلب من خلال ثلاث فروع:

الفرع الأول: زواج من يقل سنها عن السادسة عشرة:

نقل غير واحد أجماع أهل العلم - ومنهم المذاهب الأربعة - على جواز تزويج الصغيرة الصالحة للوطء^(١)، قال ابن المنذر: (أجمعوا على أن نكاح الأب ابنته الصغيرة البكر جائز إذا كان زوجها كفاء).^(٢)

وقال ابن بطلال^(٣): (أجمع العلماء على أنه يجوز للآباء تزويج الصغار من بناتهم، وإن كن في المهد، إلا أنه لا يجوز لأزواجهن البناء بهن إلا إذا صلحن للوطء واحتملن الرجال، وأحوالهن تختلف في ذلك على قدر خلقهن وطاقتهن).^(١)

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢/٢٤٥)، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (٩٨/١٩)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٦/٢٢٨)، والمغني، (٩/٣٩٨).

(٢) الإجماع، ص ٧٨.

(٣) هو علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، ويعرف باللجام، (؟ - ٤٤٩ هـ) عالم بالحديث. من أهل

ووجه هذا الإجماع ما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ

أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ

لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ۗ﴾ [الطلاق: ٤].

وجه الدلالة: جعل سبحانه وتعالى للأنثى لثلاثة أشهر، ولا تكون

العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق

ولا إذن لها فيعتبر. (٢)

٢. عن عائشة رضي الله عنها قالت: (تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست، وبنى بي

وأنا ابنة سبع). (٣)

وجه الدلالة: معلوم أنها رضي الله عنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها. (٤)

قرطبة. فقيه مالكي. له "شرح البخاري" و"الاعتصام" في الحديث. [الأعلام للزركلي ٥/٩٦].

(١) شرح صحيح البخاري، لابن بطال، (٧/١٧٢-١٧٣).

(٢) المغني، (٩/٣٩٨).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وقدمها

المدينة وبنائه بها، برقم (٣٦٨١)، ٣/١٤١٤، ومسلم في صحيحه، باب تزويج الأب البكر الصغيرة،

رقم (١٤٢٢)، ٢/١٠٣٨.

(٤) المغني، (٩/٣٩٨).

وبعد هذا الإجماع، هل يجوز لولي الأمر أن يطلب إذن القاضي ونحوه في زواج الصغيرة أو التي لم تبلغ سنًا معينة؛ طلباً في التأكد من صلاحية المرأة للنكاح والوطء؟

يقول القرافي^(١): (الله تعالى لما شرع الأحكام شرع الأسباب، و . . . جعل الأسباب على قسمين: منها ما قرره في أصل الشريعة، ومنها ما وكل سبب إنشاء سببه إلى المكلف، وهو عام لم يخصه بمندوب ولا غيره. بل له أن ينشئ السببية في المندوبات والواجبات والمحرمات والمكروهات والمباحات وما ليس فيه حكم شرعي البته، كفعل النائم والساهي والمخطئ والمجنون والبهيمة وحركات الرياح والسحب والسيول ونحو ذلك، فإن هذه الأفعال ليس لله تعالى فيها حكم، ولا تعلق بها خطاب يقتضي حكماً البته. ومع ذلك فلكل مكلف أن يجعل ذلك سبباً لطلاق امرأته، أو عتق عبده، أو إيجاب حج عليه، أو غيره من العبادات، بطريق واحد وهو التعليق، فدخول الدار مثلاً لم يجعله الشرع في أصل الشريعة سبباً لطلاق امرأة أحد ولا عتق عبده، ومن شاء جعله سبباً لذلك، . . . وإذا تقرر أن الله تعالى

(١) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين القرافي. (٦٢٦ - ٦٨٤ هـ) أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب. نسبته إلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة. فقيه مالكي. مصري المولد والمنشأ والوفاء. انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك. من تصانيفه: "الفروق" في القواعد الفقهية، و"الذخيرة" في الفقه، و"شرح تنقيح الفصول في الأصول"، و"الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام". [الأعلام للزركلي ١/ ٩٥].

جعل لكل مكلف - وإن كان عامياً جاهلاً - الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، فأولى أن يجعل للحكام مع علمهم وجلالتهم؛ لضرورة درء العناد، ودفع الفساد، وإخماد النائرة، وإبطال الخصومة، . . . وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى ما حَكَمَ به الحاكم في مسائل الاجتهاد.^(١)

ولكن هذا الإنشاء يجب أن يكون متضمناً لمقاصد الشرع، من جلب المصالح وتكميلها، مع درء المفاسد وتقليلها.

وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يشترط لتزويج من يقل سنها عن السادسة عشرة إذن القاضي لنفاذ هذا الزواج؛ للتأكد من صلاحية المرأة للزواج، والوطة.

ولكن مما ينبه إليه أنه ينبغي أن يكون العرف السائد لدى القضاة هو الإذن لمثل هذه الزيجات، إلا مع وجود المانع القوي. أما إذا كان عرفهم هو المنع، فالقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فهم بذلك يمنعون ما أجمع علماء الإسلام على إباحته، فيكونون حينئذ عن الحق زائغين، وبغير ما أنزل الله حاكمين.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن أحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص ٣٩-٤١.

الفرع الثاني: توثيق زواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون.

عمل القاضي في هذا الفرع هو الإذن بزواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون، بعد التأكد من تحقق مصلحة الزوج البحريني، وكفاية الضمانات اللازمة لجدية الزواج، للتمكن من توثيقه.

وعليه فلا يُشترط إذن القاضي حال كون طرفا الزواج بحرينيان، أو كانا اجنبيان، أو كانت المرأة من دول مجلس التعاون، أو كان الزوج بحرينيا دون الستين من عمره.^(١)

وسبق في الفرع السابق بيان مشروعية هذا التنظيم؛ وفق ما لولي الأمر من سلطة تقييدية؛ تحقيقاً للمصلحة العامة. مع التنبيه لعدم جعل المنع الغير مسوغ هو العرف القضائي في هذه الحال.

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٤٦.

الفرع الثالث: توثيق زواج البحرينية التي لم تتجاوز العشرين من أجنبي تجاوز الخمسين.

عمل القاضي في هذا الفرع هو الإذن بزواج البحرينية التي لم تتجاوز العشرين من عمرها وترغب في الزواج من غير بحريني تجاوز الخمسين من عمره، بعد التأكد من تحقق مصلحة الزوج البحريني، وكفاية الضمانات اللازمة لجدية الزواج، للتمكن من توثيقه.

وعليه فلا يُشترط إذن القاضي حال كون طرفا الزواج بحرينيان، أو كانا اجنبيان، أو كانت الزوجة فوق العشرين من عمرها، أو كانت الزوجة دون العشرين ولكن الزوج لم يتجاوز الخمسين.^(١)

وسبق في الفرعين السابقين بيان وجه مشروعية هذا التنظيم، فيجدر الرجوع إليهما.

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٤٦.

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون أحكام الأسرة على اشتراط إذن القاضي لإثبات زواج الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة بعد التحقق من ملائمة الزواج.^(١)

كما نص على اشتراط إذن القاضي لتوثيق عقد زواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بالإضافة إلى اشتراط إذنه لتوثيق عقد زواج المواطنة البحرينية التي لم تتجاوز عشرين عاماً وترغب في الزواج من أجنبي تجاوز الخمسين عاماً، وذلك للتأكد من تحقق المصلحة وكفاية الضمانات.^(٢)

(١) نصت المادة (١٨) على: تزوج الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة بموافقة المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملائمة الزواج.

(٢) نصت المادة (٢١) على: أ. 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. ب. يشترط لتوثيق عقد



ويظهر ما سبق من خلال ما يأتي من أوراق إجرائية:

زواج المواطنة البحرينية التي لم تتجاوز عشرين عاماً وترغب في الزواج من أجنبي تتجاوز الخمسين عاماً الحصول على إذن المحكمة الشرعية المختصة بالموافقة على هذا الزواج، وذلك للتأكد من تحقق المصلحة وكفاية الضمانات.



التطبيق الأول: الورقة الإجرائية المتعلقة بإذن القاضي في زواج الصغيرة التي يقل

سنها عن السادس عشرة:

مملكة البحرين

المحاكم الشرعية (الدائرة السنية)

استمارة طلب تصريح بالزواج في مملكة البحرين

بيانات الرجل:

/ / / / / / / / / :					
مستوى التعليم: <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>		الديانة:	تاريخ الإ:	:	الجنسية:
الدخل الشهري:		:		المهنة:	
في العصمة حالياً:		:		الحالة الاجتماعية حالياً <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	
		شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة		/ : / :	

بيانات المرأة:

/ / / / / / / / / :					
مستوى التعليم: <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>		الديانة:	تاريخ الإصدار:	:	الجنسية:
:		:		المهنة:	
:		:		الحالة الاجتماعية حالياً <input type="checkbox"/> مطلقه <input type="checkbox"/> أرمله <input type="checkbox"/>	
		العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة		:	

بيانات صاحب الطلب:

التوقيع:	:	:
----------	---	---

:

نوافق لا نوافق

تعليق المحكمة:

اسم القاضي (المادون الشرعي) الذي سوف يقوم بإجراء عقد النكاح: _____

قاضي المحكمة الصغرى الشرعية السنية:

_____ : المحكمة غير مسنولة عن ترتيب حفلات الزواج قبل إبرام العقود من قبل المحكمة

يرجى قراءة الملاحظات المدونة خلف الاستمارة

:

- (. وتية (الجوازات، البطاقات السكانية) للطرفين
- (تصريح من السفارة إذا كان من أحد هذه الدول (المغرب، السعودية، عمان، الكويت، الفلبين، سوريا لغير الاقطار العربية)
- (فحص طبي مصدق للطرفين
- (شهادة مرتب مصدقة أو إقرار مصدق إذا كان من أصحاب الأعمال حرة
- (بيان للحالة المدنية) وثيقة نكاح إذا كان متزوج – وثيقة الطلاق إذا كانا مطلقين-
- لكلا الطرفين، وعدد الزوجات في إلزامه مع تقديم نسخة من أو وثيقة الزواج)
- (شهادة حسن سيرة وسلوك أو عدم محكومية
- (العنوان الثابت للطرفين



التطبيق الثاني: الورقة الإجرائية المتعلقة بإذن القاضي في زواج من تجاوز الستين من

عمره من غير مواطنات دول مجلس التعاون:

مملكة البحرين

المحاكم الشرعية (الدائرة السنية)

استمارة طلب تصريح بالزواج خارج مملكة البحرين ((للرجل))

بيانات صاحب الطلب:

/ / / / / / / / / :			
الجنسية:	:	تاريخ الإصدار:	الديانة:
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
المهنة:	:	الدخل الشهري:	
الحالة الاجتماعية حالياً:	:	في العصمة حالياً:	
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:			

بيانات الشهود

الشاهد الأول:

الجنسية:	:	تاريخ الإصدار:	:
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:			

الشاهد الثاني:

الجنسية:	:	تاريخ الإصدار:	:
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:			

اسم البلد المراد الزواج فيه



:

نوافق

لا نوافق

تقدير الحالة المادية لمقدم الطلب

تعليق المحكمة:

قاضي المحكمة الصغرى الشرعية السنوية:

يرجى قراءة الملاحظات المدونة خلف الاستمارة

- :
- . (شهادة حسن سيرة وسلوك صادرة من التحقيقات الجنائية وصورة عنها
 - . (شهادة صحية قبل الزواج صادرة من المركز الصحي وصورة عنه
 - . (شهادة راتب (جهة العمل) وعلى أصحاب الأعمال الحرة إحضار إقرار بمقدار الدخل الشهري صادر من مكتب التوثيق وصورة عنه
 - . (إحضار شاهدين أمام المحكمة ويجب أن لا يقل عمرهم عن



التطبيق الثالث: الورقة الإجرائية المتعلقة بإذن القاضي في زواج البحرينية التي لم

تجاوز العشرين من عمرها وترغب في الزواج من أجنبي تجاوز الخمسين:

مملكة البحرين

المحاكم الشرعية (الدائرة السنية)

استمارة طلب تصريح بالزواج خارج مملكة البحرين ((للمرأة))

بيانات :

: / / / / / / / / :		:	
الجنسية:	:	تاريخ الإصدار:	الديانة:
مستوى التعليم:	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
المهنة:	:	الدخل الشهري:	:
الحالة الاجتماعية حالياً:	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:	:	:	:

بيانات الشهود

الشاهد:

الجنسية:	:	:	:
تاريخ الإصدار:	:	:	:
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:	:	:	:

الشاهد الثاني:

الجنسية:	:	:	:
تاريخ الإصدار:	:	:	:
العنوان/ شقة: مبنى: شارع/ طريق/ ممر: مجمع: المدينة:	:	:	:
اسم البلد المراد الزواج فيه:	:	:	:



:

نوافق

لا نوافق

تعليق المحكمة:

قاضي المحكمة الصغرى الشرعية السنوية:

يرجى قراءة الملاحظات المدونة خلف الاستمارة

:

- . (شهادة حسن سيرة وسلوك صادرة من التحقيقات الجنائية وصورة عنها
- . (شهادة صحية قبل الزواج صادرة من المركز الصحي وصورة عنه
- . (شهادة راتب (جهة العمل) وعلى أصحاب الأعمال الحرة إحضار إقرار بمقدار الدخل الشهري صادر من مكتب التوثيق وصورة عنه
- . (إحضار شاهدين أمام المحكمة ويجب أن لا يقل عمرهم عن

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية هو عدم تحديد سن معينة في عقود النكاح، بل متى ما رأى المأذون صلاحية الزوجين للنكاح أجرى العقد، لكن يبدو أن هناك توجهاً لوضع سن معينة في تزويج الصغيرة يُشترط عندها إذن القاضي؛ للتحقق من تحقق مصلحة النكاح وكفاية الضمانات.

من جهة أخرى لا يباشر المأذون عقد نكاح أحد طرفيه غير سعودي، بل يتولاه القاضي.^(١)

ويُشترط^(٢) لزواج السعودي رجلاً كان أو امرأة من غير مواطني دول مجلس التعاون إذن وزارة الداخلية، إلا إذا كان الأجنبي من مواليد المملكة، أو كانت تربطه صلة قرابة بالسعودي، فيكتفى حينئذ بإذن إمارة المنطقة.

(١) نصت المادة العاشرة من لائحة مأذوني عقود الأنكحة على: يختص المأذون بإجراء عقود الأنكحة بين السعوديين فقط.

(٢) هذا من الجهة النظامية، وإلا فالشريعة أوجبت بعض الشروط مثل كون الرجل مسلماً والمرأة مسلمة أو كتابية.

هذا بشكل عام، ولكن بعض أصحاب الوظائف الحساسة، كالقضاة، والوزراء، ومنسوبي القطاع العسكري، لابد لزواجهم الحصول على موافقة المقام السامي على هذا الزواج.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر من خلال ما سبق توافق القضاة البحرينيين والسعوديين على تقييد بعض الزيجات بإذن القاضي؛ رغبةً في التأكد من صلاحية الزواج، وتحقيق المصلحة، واكتفاء الضمانات. ولكن اختلف القضاة ان في نوع التقييد وسببه؛ بناءً على اختلاف أعراف كل بلد، واختلاف مشاكله.

المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في زواج فاقد أو ناقص الأهلية:

وجه دخول مسائل هذا المطلب في إذن القاضي أن كل من الفروع المدرجة تحته، يشترط لنهاذها وجود الحاجة والمصلحة عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني. وعمل القاضي في مثل هذه المسائل هو الأمر بإنفاذ أو إثبات زواج وُجد ما يمنع من إتمامه.

سأتناول فيما يلي من فروع، زواج المجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه، فما المقصود من كل منهم؟

يُعرف الجنون بأنه: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً^(١).

أما العتّة فيُعرف بأنه: نقصان العقل من غير جنون أو دهش^(٢). وهو عند الفقهاء آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، وكذا سائر أمورهِ^(٣).

(١) ينظر: التعريفات، ص ١٠٧.

(٢) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، (٢/٣٩٢).

(٣) ينظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، (٤/٣٨٤).

والفرق بين الجنون والعتة، أن المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون.^(١)

أما السفه فيعرف بأنه: خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة.^(٢)

الفرع الأول: زواج المجنون.

عمل القاضي عند زواج المجنون وفقاً لقانون أحكام الأسرة البحريني هو التأكد من صلاحية الزواج ومن ثم الأمر بنفاذه، فلا بد في هذا الزواج من قبول الطرف الآخر بعد بيان حالة المجنون، بالإضافة إلى التحقق من كون زواج المجنون فيه مصلحة له، مع عدم وجود أي ضرر أو خطر عليه أو على زوجته أو على نسله.

ولكن ما مدى سريان الولاية على زواج المجنون أو المجنونة، وبالتالي صحة زواجهما؟

اختلف أهل العلم في صحة تزويج المجنون وثبوت الولاية عليه إلى قولين:

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، (٦/١٤٤).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٦/١٠٠).

القول الأول: صحة تزويج المجنون وثبوت الولاية مطلقاً. وهذا مذهب الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: جواز تزويج المجنون بشرط ظهور الحاجة والمصلحة من تزويجه.
واشتراط ظهور الحاجة والمصلحة هو مذهب الشافعية، ولذلك منعوا من زواج
المجنون الصغير؛ فأمارات الشهوة لا تظهر عليه.^(٤)

واشتراط ظهور الحاجة والمصلحة هو قول القاضي^(٥) والموفق من الحنابلة^(٦)،
قال ابن قدامة: (فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها؛ فإنه لا يجوز لوليه تزويجه إلا إذا
رأى المصلحة فيه، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة، فقد تكون حاجته إلى

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، (٤/١٧٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (٢/٢٢٢).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٠/١١٣).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٦/٢٦٢)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،
(٣/١٦٩).

(٥) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، (٣٨٠ - ٤٥٨ هـ). شيخ الحنابلة في وقته.
وعالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون. من أهل بغداد. ولاه القائم العباسي قضاء دار
الخلافة والحريم وحران وحلوان. من تصانيفه: "أحكام القرآن"، و"الأحكام السلطانية"،
و"المجرد"، و"الجامع الصغير" في الفقه، و"العدة"، و"الكفاية" في الأصول. [الأعلام للزركلي
٢٣١/٦].

(٦) ينظر: المغني، (٩/٤١٦).

الإيواء والحفظ، وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة^(١).

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على صحة تزويج المجنون مطلقاً بما يلي:

١. أن المجنون غير مكلف، فجاز لأبيه تزويجه، كالصغير، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة، فهنا أولى.

نوقش: أن في تزويج المجنون مع عدم حاجته، اضراراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في التزامها.^(٢)

أدلة القول الثاني:

استدل الشافعية ومن وافقهم على اشتراط ظهور الحاجة والمصلحة لتزويج المجنون بما يلي:

١. أن في تزويج المجنون مع عدم حاجته، اضراراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في التزامها.^(١)

(١) المغني، (٤١٦/٩-٤١٧).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٢٦٢/٦)، والمغني، (٤١٦/٩).

٢. ربما أظهر المجنون رغبته في النساء، بدورانه حولهن وتعلقه بهن، أو تُوقع شفائه باستفراغ مائه، أو ربما يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ولا يجد في محارمه من يحصل به ذلك، وتكون مؤنة النكاح في ذلك أخف من ثمن أمة.^(٢)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - القول الثاني، الذهاب إلى اشتراط ظهور الحاجة والمصلحة لتزويج المجنون؛ وذلك لقوة أدلة أصحابه، وسلامتها من المناقشة.

الفرع الثاني: زواج المعتوه.

سبق أن الفقهاء لا يفرقون بين المجنون والمعتوه، ولهذا ما سبق من أحكامٍ للمجنون في الفرع السابق، تثب للمعتوه.

الفرع الثالث: زواج المحجور عليه لسفه^(٣).

عمل القاضي عند زواج المحجور عليه لسفه وفقاً لقانون أحكام الأسرة البحريني هو التأكد من حاجة السفه للنكاح وموافقة القيم عليه، بالإضافة إلى

(١) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٦/٢٦٢)، والمغني، (٩/٤١٦).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٦/٢٦٢).

(٣) يدخل في حكم المحجور عليه لسفه، الصبي وذو الغفلة. [ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة

البحريني (القسم الأول)، ص ١٤٣].

التأكد من ملاءمة الصداق لحالته المادية، ومن ثم الأمر بنفاذ الزواج. عوضاً عن ذلك يأمر القاضي بإثبات زواج السفية إذا امتنع القيم عنه، أو كان امتناعه غير جدير بالاعتبار.^(١)

وفي هذا الفرع سيكون العرض من خلال مسألتين: الأولى مدى ثبوت ولاية التزويج على السفية، والأخرى مدى صحة زواج السفية إذا امتنع الولي ووجدت الحاجة، عند القائلين بثبوت الولاية عليه.

المسألة الأولى: مدى ثبوت الولاية على السفية.

اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية على السفية إلى قولين:

القول الأول: تثبت الولاية على السفية، فلا يستقل بالنكاح، بل لا بد من أن يستأذن وليه إذا أراد الزواج. وذهب لهذا القول جمهور الفقهاء من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٤٣-١٤٤.

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (٢/٢٣١)، حاشية الدسوقي (٢/٢٣١).

(٣) ينظر: مغني المحتاج، (٣/١٩٦).

(٤) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (٢٠/١٥٣).

القول الثاني: لا تثبت الولاية على السفية، بل له أن يستقل بنفسه في التزويج دون

الحاجة إلى إذن الولي. وهذا مذهب الحنفية. (١)

أدلة القول الأول:

استدل جمهور الفقهاء على ثبوت الولاية على السفية، واشتراط إذن القيم عليه بما

يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ

وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥]

وجه الدلالة: السفية ثبت عليه الحجر في ماله حفظاً من التلف والضياع،

وكذلك يلزم منعه من الاستقلال بالنكاح لتعلقه بأمور ماله من المهر والنفقة

والسكن، فلكي لا يفنى ماله في مطالب النكاح وأموره فلا بد من مراجعة وليه في

ذلك. (٢)

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٧/ ١٧١).

(٢) ينظر: ولاية النكاح في الشريعة الإسلامية، ص ٣٩٧.

نوقش: أن الولاية في النكاح على النفس لا على المال، إلا أنه ليس له أن يعقد بأكثر من مهر المثل.^(١)

٢. أن تزويج السفية مناط بحاجته للنكاح، فإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه؛ لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى، فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة، فلم يجز كتبذير ماله.^(٢)

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية على استقلال السفية بتزويج نفسه وعدم ثبوت الولاية عليه بما يلي:

١. عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)).^(٣)

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٧/ ١٧٠-١٧١).

(٢) ينظر: المغني، (٩/ ٤١٩).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، برقم (٤٤٠٣)، ٤/ ٢٤٤، والترمذي، كتاب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب فيمن لا يجب الحد عليه، برقم (١٤٢٣)، ٤/ ٣٢، والنسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، برقم (٣٤٣٢)، ٦/ ١٥٦، قال لترمذي ٤/ ٣٢: الحديث حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم، وصححه الألباني في إرواء الغليل

وجه الدلالة: دل الحديث على أن السفية ليس من الثلاثة المذكورين في الخبر؛ فلا ولاية عليه مطلقاً، وعليه فإن البالغ العاقل يكون كامل التصرف في نفسه وماله، وإن كان مبذراً مسرفاً في ماله. (١)

٢. أن السفية ممنوع من التصرف في المال، وثبوت ولاية النكاح عليه تصرف على النفس، والنفس أعظم خطراً من المال، فثبوت أدنى الولايتين لا يدل على ثبوت أعلاهما. (٢)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أصحاب القول الأول بثبوت الولاية على السفية وعدم استقلاله بالنكاح، بل يلزمه إذن وليه إذا أراد الزواج؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين.

(١) ينظر: ولاية النكاح في الشريعة الإسلامية، ص ٣٩٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٧/١٧٠).

المسألة الأخرى: مدى صحة زواج السفية إذا امتنع الولي ووجدت الحاجة.

يرى بعض الفقهاء كالجويني^(١) والغزالي^(٢)، أن على المحجور عليه لسفه عند امتناع وليه من تزويجه مع وجود الحاجة، أن يبادر إلى الحاكم ليزوجه؛ فالسلطان ولي من لا ولي له.^(٣)

ولكن الفقهاء اختلفوا في مدى صحة زواج السفية إذا امتنع الولي عن تزويجه، وكان السفية محتاجاً للنكاح، ولم يبادر إلى الحاكم لتزويجه، اختلفوا في صحة زواجه على قولين:

(١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب ضياء الدين، المعروف بإمام الحرمين، (٤١٩ - ٤٧٨ هـ). من أعلم أصحاب الشافعي، تفقه على والده، وأتى على جميع مصنفاته وتصرف فيها حتى زاد عليه في التحقيق والتدقيق. جاور بمكة أربع سنين وبالمدينة يدرس ويفتي ويجمع طرق المذهب، فلهذا قيل له إمام الحرمين. له مصنفات كثيرة، منها: "نهاية المطلب في دراية المذهب" في فقه الشافعية، و"البرهان" في أصول الفقه. [الأعلام ٤/٣٠٦].

(٢) هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، بتشديد الزاي. (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ). فقيه شافعي أصولي، متكلم، متصوف. رحل إلى بغداد، فالحجاز، فالشام، فمصر وعاد إلى طوس. من مصنفاته: "البيسط"، و"الوسيط"، و"الوجيز"، و"الخلاصة" وكلها في الفقه، و"إحياء علوم الدين". [الأعلام للزركلي ٧/٢٤٧].

(٣) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥/٤٤٠).

القول الأول: إذا طلب المحجور عليه لسفه من وليه النكاح فامتنع من اجابته مع حاجته إليه فتزوج بغير إذنه صح هذا النكاح. وذهب لهذا القول الشافعية في وجهه، والحنابلة. (١)

القول الثاني: إذا طلب المحجور عليه لسفه من وليه النكاح فامتنع من اجابته مع حاجته إليه فتزوج بغير إذنه لم يصح هذا النكاح. وذهب لهذا القول الشافعية في وجهه. (٢)

أدلة القول الأول:

١. أن المحجور عليه لسفه احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه، فصح استيفاءه بنفسه؛ كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه. (٣)

أدلة القول الثاني:

١. أن المحجور عليه لسفه عبارته ملغاة، فلم يصح منه النكاح. (٤)

(١) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥/٤٤٠-٤٤١)، والشرح الكبير لابن قدامة، (٢٠/١٥٣-١٥٤).

(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥/٤٤٠-٤٤١)،

(٣) ينظر: المغني، (٩/٤٢٠-٤٢١).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٦/٢٦٦).

٢. قياس المحجور عليه لسفهه على العبد. (١)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - مذهب أصحاب القول الأول من صحة نكاح

المحجور عليه لسفهه إذا طلب من وليه النكاح فامتنع من اجابته مع حاجته إليه.

(١) ينظر: المغني، (٩/٤٢٠).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون الأسرة البحريني على اشتراط إذن القاضي حال كون أحد طرفي العقد مجنوناً أو معتوهاً، بعد تأكد القاضي من قبول الطرف الآخر الزواج مع اطلاعه على حالته، وبعد التأكد من وجود المصلحة في الزواج، وبعد التأكد من عدم وجود الضرر أو الخطر على الطرفين أو نسليهما، بإثبات شهادة طبية.^(١)

كما اعتبر الولاية على السفية، بل نص على اشتراط إذن القاضي حال زواج المحجور عليه لسفه، بعد تأكد القاضي من موافقة القيم، وبعد التأكد من ملاءمة الصداق لحالة السفية المادية.

(١) نصت المادة (١٩) 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 أو على زوجته أو على نسله ويثبت ذلك بشهادة طبية.

بالإضافة إلى ذلك نص المنظم على ثبوت الولاية على السفية للقاضي حال ما امتنع وليه عن تزويجه بغير مبرر.^(١)

ونظراً لندرة مثل هذه الوقائع، وقرب عهد صدور قانون أحكام الأسرة، ، لم يتيسر لي الوقوف على تطبيق لهذه المسألة، إلا أن نص القانون والتعليق عليه يغني عنه.

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية هو وجوب اطلاع الطرف الثاني على حالة المجنون أو المعتوه، بل اطلاعه على نتيجة الفحص الطبي، ولكن لا تكون نتيجة الفحص ملزمة، ولو كان الضرر على النسل والأبناء، وفي كل على القاضي أن يلتمس المصلحة في الزواج للأمر بإنفاذه.

والولاية على المجنون في النكاح تكون للأب أو وصيه عند غيابه، فيعقد المأذون عند وجود أحدهما. أما مع عدمهما، فالولاية على المجنون تكون للقاضي.

(١) نصت المادة (٢٠) على: لا يأذن القاضي بزواج المحجوز عليه لسفه إلا بموافقة القيم عليه، وبعد التأكد من ملاءمة الصداق لحالته المادية، فإذا أمتنع القيم طلب القاضي موافقته خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار زوجه القاضي.

أما بالنسبة للمحجور عليه لسفه فالولاية في المال ثابتة عليه بالقضاء، ولا يزوجه وليه إلا بعد التأكد من ملاءمة الصداق لحالة السفية المادية.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اتفاق القضاء بين البحرين والسعودي على اعتبار وجود المصلحة في زواج المجنون، واتفاقهم على ضرورة حصول الفحص الطبي، وإطلاع الطرف الآخر على نتيجته، إلا أن المنظم لقانون أحكام الأسرة ألزم بنتيجة الفحص، بينما أن القضاء السعودي اكتفى بعلم الطرف الآخر بالنتيجة دون الإلزام بها، ويترجح لي - والله أعلم - ما ذهب إليه القضاء السعودي من عدم الإلزام؛ إلا إذا كان الضرر متيقناً ومصلحة الزواج مساوية للضرر أو دونه، فحينئذ يقوى القول بالإلزام.

من جهة أخرى، أحسن المنظم لقانون أحكام الأسرة عندما نص على إثبات الولاية للقاضي على المحجور عند امتناع القيم عليه من تزويجه دون مبرر مقبول.

المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره في التعدد:

وجه دخول هذا المطلب في إذن القاضي أن المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني ألزم الزوج المرید للتعدد - لِنفاذ زواجه - إخطار الزوجة بزواجه عند اشتراطها عدم التزوج عليها. وعمل القاضي في مثل هذا هو الأمر بإنفاذ زواج وُجد ما يمنع من إتمامه.

وأنا في هذا المطلب لن أبحث موضوع إلزام المنظم الزوج بالإخطار؛ لأن هذا الإلزام يُعد من باب الواجب الشرعي الذي اقتضته طبيعة الاشتراط؛ ففائدة الاشتراط حصول منفعة للمشترط أو دفع مضرة عنه، وفي حال التستر يفوت هذا الحق على المشترط، وإن كان هذا الأمر موافقاً للشرع من جانب، فهو موافق للعقل والاعتبار من جانب آخر؛ وإلا فجميع الشروط يمكن مخالفتها في الخفاء دون علم المشترطين، وهذا لا يقول به أحد.^(١)

وعلى هذا سيكون البحث في هذا المطلب في مدى صحة اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها.

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ١٣٨-١٣٩.

اختلف الفقهاء في مدى جواز وصحة اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمرأة الاشتراط على زوجها عدم التزوج عليها، فإن حصل ذلك بطل الشرط وصح العقد. وهذا قول الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣). وهو قول الزهري، وقتادة^(٤)، وهشام بن عروة^(٥)، والليث^(٦)، والثوري، وابن المنذر^(٧).

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (٢/١٤٩).

(٢) ينظر: المدونة الكبرى، (٤/١٩٧). والشرح الكبير للدردير، (٢/٢٣٨)، قول مالك إبطال هذا الشرط، ومذهب المالكية كراهته.

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٢٢٦).

(٤) هو قتادة بن دعامة بن قنادة السدوسي، (٦١ - ١١٨ هـ). من أهل البصرة. ولد ضريباً. أحد المفسرين والحفاظ للحديث. وكان مع علمه بالحديث رأساً في العربية، ومفردات اللغة وأيام العرب، والنسب.

كان يرى القدر. وقد يدلّس في الحديث. مات بواسط في الطاعون. [الأعلام للزركلي ٦/٢٧].

(٥) هو هشام بن عروة بن الزبير بن العوام، أبو المنذر، القرشي الأسدي، (٦١ - ١٤٦ هـ). تابعي، من أئمة الحديث. من علماء "المدينة" [الأعلام ٩/٨٥].

(٦) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي، بالولاء، أبو الحارث، (٩٤ - ١٧٥ هـ). إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً. أصله من خراسان. ومولده في قلقشندة، ووفاته بالفسطاط. وكان من الكرماء الأجواد. وقال الشافعي: الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به. له تصانيف. [الأعلام ٦/١١٥].

(٧) ينظر: المغني، (٩/٤٨٤).

القول الثاني: يجوز للمرأة الاشتراط على زوجها عدم التزوج عليها، فإن وافق لزمه الشرط، ووجب الوفاء به، فإن لم يفعل فلها الفسخ. وهذا مذهب الحنابلة. ويُروى هذا عن عمر بن الخطاب، وسعد بن أبي وقاص^(١)، ومعاوية^(٢)، وعمرو بن العاص^(٣) رضي الله عنهم، وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زبد، وطاوس^(٤)، والأوزاعي^(٥)، وإسحاق^(١).

(١) هو سعد بن مالك، واسم مالك أهيبي بن عبد مناف بن زهرة، أبو إسحاق، قرشي، (؟ - ٥٥ هـ) من كبار الصحابة. أسلم قديماً وهاجر، وكان أول من رمى بسهم في سبيل الله. وهو أحد الستة أهل الشورى. وكان مجاب الدعوة. تولى قتال جيوش الفرس وفتح الله على يديه العراق. اعتزل الفتنة أيام علي ومعاوية. توفي بالمدينة. [تهذيب التهذيب ٣ / ٤٨٤].

(٢) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي الأموي، (٥ ق هـ - ٦٠ هـ). مؤسس الدولة الأموية بالشام، وأحد دهاة العرب الكبار. كان فصيحاً حليماً وقوراً. ولد بمكة. وأسلم عام الفتح. ولاة أبو بكر ثم عمر. وأقره عثمان على الديار الشامية. تنازل له الحسن بن علي عام الجماعة. غزا جزر البحر المتوسط والقسطنطينية وكثرت فتوحاته. أخذ العهد لابنه يزيد. [الإصابة ٣ / ٤٣٣].

(٣) هو عمرو بن العاص بن وائل، أبو عبد الله، السهمي القرشي، (٥٠ ق هـ - ٤٣ هـ). فاتح مصر، وأحد عظماء العرب وقادة الإسلام. كان من أمراء الجيوش في الجهاد بالشام في زمن عمر وولاه عمر فلسطين ومصر. [الإصابة ٣ / ٢، والأعلام ٥ / ٢٤٨].

(٤) هو طاوس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء، أبو عبد الرحمن، (٣٣ - ١٠٦ هـ). أصله من الفرس، مولده ومنشؤه في اليمن. من كبار التابعين في الفقه ورواية الحديث. كان ذا جرأة على وعظ الخلفاء والملوك. توفي حاجاً بالمزدلفة أو منى. وصلى عليه أمير المؤمنين هشام بن عبد الملك. [الأعلام للزركلي، وتهذيب التهذيب ٥ / ٨].

(٥) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُمِّد الأوزاعي، (٨٨ - ١٥٧ هـ). إمام فقيه محدث مفسر. نسبته إلى

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على عدم جواز اشتراط المرأة على زوجها عدم التزوج عليها، وبطلان الشرط وصحة العقد بما يلي:

١. عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: ((فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله الحق، وشرط الله أوثق)). (٢)

وجه الدلالة: ليس في كتاب الله ذكر هذا الشرط، فالشرع لا يقتضيه، فيكون باطلاً. (٣)

"الأوزاع" من قرى دمشق. وأصله من سبي السند. نشأ يتيمًا وتأدب بنفسه، فرحل إلى اليمامة والبصرة، وبرع. وأراد المنصور على القضاء فأبى، ثم نزل بيروت مرابطًا وتوفي بها. [تهذيب التهذيب ٦ / ٢٣٨].

(١) ينظر: المغني، (٩/٤٨٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ذكر الشراء والبيع على المنبر، برقم (٢٠٢٦)، ١٧٤/١، ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، برقم (١٥٠٤)، ١١٤١/٢.

(٣) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (٢/١٤٩)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٢٢٧)، والمغني، (٩/٤٨٤).

نوقش: المقصود ليس في حكم الله وشرعه، وهذا الشرط مشروع بالأدلة. على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل.^(١)

٢. عن عمرو بن عوف المزني^(٢) أن رسول الله ﷺ قال: ((والمسلمون على

شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)).^(٣)

وجه الدلالة: أن هذا الشرط يحرم الحلال كالزوج؛ فكان مردوداً.^(٤)

نوقش: أن هذا الشرط لا يُحرم حلالاً، وإنما يُثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يرف

لها به.^(١)

(١) ينظر: المغني، (٤٨٥/٩).

(٢) هو عمرو بن عوف بن زيد بن مليحة بن عمرو، أبو عبد الله، المزني، مات آخر أيام معاوية. صحابي، وكان أحد البكائين. [وتهذيب التهذيب ٨/٨٥].

(٣) أخرجه الترمذي، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، برقم (١٣٥٢) ٢٨/٣ وقال: (حسن صحيح). وأخرجه أبو داود في سننه، باب في الصلح، برقم (٣٥٩٤)، ٣٢٧/٢ من حديث أبي هريرة. وفيه كثير بن زيد مختلف فيه، وقال ابن حجر في تغليق التعليق ٣/٢٨١: حديثه حسن في الجملة، وقد اعتضد بمجيئه من طريق أخرى، وصححه الألباني فيه. قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩: (هذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفاً - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً). قال الألباني في الإرواء ١٤٤/٥: (وجملة القول: أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره وهو وإن كان في بعضها ضعف شديد فسأرها مما يصلح الاستشهاد به).

(٤) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (١٤٩/٢).

٣. عن ابن وهب^(٢) أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فشرط لها أن لا يخرجها من أرضها، فوضع عنه عمر الشرط، وقال: "المرأة مع زوجها".^(٣)

٤. أن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، ولم يُبنَ على التغليب والسراية، فكان فاسداً، كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها.^(٤)

نوقش: بعدم التسليم، فإن الشرط من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده؛ كاشتراط الرهن والضمين في البيع. ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل، وشرط غير نقد البلد.^(١)

(١) ينظر: المغني، (٩/٤٨٥).

(٢) هو عبد الله بن وهب بن مسلم، أبو محمد الفهري بالولاء، المصري، (١٢٥ - ١٩٧ هـ). من تلاميذ الإمام مالك، والليث بن سعد. جمع بين الفقه والحديث والعبادة. كان حافظاً مجتهداً، أثنى أحمد على ضبطه، وعرض عليه القضاء فامتنع ولزم منزله. مولده ووفاته بمصر. [الأعلام ٤ / ٢٨٩].

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في شرط النكاح، رقم (٦٧٠٩)، ٢١٣/١، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم (١٤٤٣٧)، ٤٠٧/٧، والإمام مالك في المدونة الكبرى، ١٩٧/٤ من طريق كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد به. وجود إسناده ابن حجر في الفتح ٩/١٢٦، والشوكاني في النيل ٦/٢٨١، والمباركفوري في تحفة الأحوذى ٣/٥٩٦، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٦/٣٠٤. وقال الذهبي في المذهب: إسناده منقطع ٦/٢٨٢٠.

(٤) ينظر: المغني، (٩/٤٨٤).

أدلة القول الثاني:

استدل الحنابلة على جواز اشتراط المرأة على زوجها عدم التزوج عليها، وأن لها الفسخ حال عدم الوفاء بما يلي:

١. عن عقبه بن عامر^(٢) رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((إن أحق الشرط أن يوفى به، ما استحلتتم به الفروج)).^(٣)

وجه الدلالة: أن هذا الشرط لم يخالف مقتضى عقد النكاح، فوجب الوفاء به.

نوقش: أنه لا دليل في الحديث؛ لأنه ﷺ جعل الشرط أحق، أي بالإيفاء، فمن أين جاء الفسخ عند فواته؟^(٤)

(١) ينظر: المغني، (٩/ ٤٨٥).

(٢) هو عقبه بن عامر بن عيسى الجهني، يكنى أبا حماد. وقيل غير ذلك. توفي في خلافة معاوية، كان قارئاً عالمًا بالفرائض والفقه، قديم الهجرة والسابقة والصحة. وهو أحد من جمع القرآن. ولي إمرة مصر من قبل معاوية سنن ٤٤ هـ. [تهذيب التهذيب ٧ / ٢٤٢].

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، رقم (٢٥٧٢) ٩٧٠/٢، ومسلم في صحيحه واللفظ له، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، رقم (١٤١٨)، ١٠٣٥/٢.

(٤) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (٢/ ١٤٩).

٢. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((لمسلمون علي شروطهم)).^(١)

وجه الدلالة: أن الزوج رضي بالشرط فلزمه الوفاء به.

٣. عن المسور بن مخرمة^(٢) أن علي بن أبي طالب خطب بنت أبي جهل^(٣) علي فاطمة^(٤)، فسمعت رسول الله ﷺ وهو يخاطب الناس في ذلك، علي منبره هذا، وأنا يومئذ محتلم، فقال: ((إن فاطمة مني، وإني أتخوف أن تفتن في دينها))، ثم ذكر صهرها له من بني عبد شمس، فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن، قال: ((حدثني فصدقني، ووعدني فأوفى لي، وإني لست أحرم

(١) سبق تخريجه ص ١٥٧.

(٢) هو المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب، أبو عبد الرحمن القرشي الزهري، (٢ هـ - ٦٤ هـ). له ولأبيه صحبة. كان فقيهاً من أهل العلم والدين، كان مع خاله عبد الرحمن بن عوف ليالي الشورى. وكان بمكة مع ابن الزبير وقتل في الحصار. [الإصابة ٣ / ٤١٩، والأعلام للزركلي ٨ / ١٢٣].

(٣) هي جويرية بنت أبي جهل التي، تزوجها عتاب بن أسيد أمير مكة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فولدت له عبد الرحمن فقتل يوم الجمل، ذكرها بن منده وقال غيره اسمها جميلة، وقصتها في الصحيحين من حديث المسور بن مخرمة من غير أن تسمى. [الإصابة ٧ / ٥٦٤].

(٤) هي فاطمة بنت محمد رسول الله ﷺ الهاشمية القرشية، وأمها خديجة بنت خويلد. من ناهات قريش، (١٨ ق هـ - ١١ هـ). تزوجها أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وولدت له الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب. وعاشت بعد أبيها ستة أشهر. وهي أول من جعل له النعش في الإسلام. [الإصابة ٤ / ٣٧٧، والإعلام ٥ / ٣٢٩].

حلالاً ولا أحل حراماً، ولكن، والله! لا تجتمع بنت رسول الله ﷺ وبنت
عدو الله مكاناً واحداً أبداً^(١).

وجه الدلالة: قوله ﷺ ((وإني لست أحرم حلالاً ولا أحل حراماً، ولكن، والله!
لا تجتمع بنت رسول الله ﷺ وبنت عدو الله مكاناً واحداً أبداً)) دليل على أن منع
الرجل من التعدد ليس من تحريم ما أحل الله، بل هو منع لمصلحة تقرر حينها،
ففعل الرسول ﷺ من منع علي رضي الله عنه من الزواج بثانية إن أراد إبقاء فاطمة
رضي الله عنها يدل على جواز الاشتراط، وإن كان الجواز بعد العقد، فمن باب أولى
أن يجاز قبل العقد.

٤. عن عبد الرحمن بن غنم^(٢) قال شهدت عمر بن الخطاب واختصم إليه في
امرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها، قال عمر: "لها شرطها". قال

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الخمس، باب ما ذكر من درع النبي صلى الله عليه وسلم،
برقم (٢٩٤٣)، ١١٣٢/٣، ومسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل فاطمة بنت
النبي صلى الله عليه وسلم، (٢٤٤٩)، ٤/١٩٠٢.

(٢) هو عبد الرحمن بن غنم بن كريز الأشعري، (? - ٧٨ هـ). مختلف في صحبته، قال البخاري: له صحبة،
وقال ابن يونس: كان ممن قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن في السفينة، شيخ أهل
فلسطين، وفقه الشام في عصره. وبعثه عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى الشام ليفقه أهلها، وكان
كبير القدر، [الإصابة ٢ / ٤١٧، والأعلام ٤ / ٩٥].

رجل: لئن كان هكذا، لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فارقتة. فقال عمر:

"المسلمون عند مشارطتهم عند مقاطع حدودهم".^(١)

٥. أن هذا قول جماعة من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، فكان

اجماعاً.^(٢)

٦. أن هذا الشرط لها فيه منفعة، ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح، فكان

لازماً؛ كما لو شرطت عليه زيادة في المهر، أو غير نقد البلد.^(٣)

٧. أن هذا شرط لازم في عقد، فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به؛ كالرهن

والضمين في البيع.^(٤)

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح، برقم (١٠٦٠٨)، ٢٢٦/٦،

وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها (١٦٤٤٩)،

٤٩٩/٣، وسعيد بن منصور في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط في النكاح، برقمي

(٦٣٣-٦٣٢) ٢١١/١، والبيهقي في سننه الكبرى، باب الشروط في النكاح، برقم (١٤٤٣٨)

٤٠٧/٧، من طريق إسماعيل بن عبيد الله، عن عبد الرحمن بن غنم عن عمر. قال الألباني في الإرواء

٣٠٣/٦: (إسناده صحيح على شرط الشيخين). وقد علقه البخاري في موضعين من صحيحه.

(٢) ينظر: المغني، (٤٨٥/٩).

(٣) ينظر: المغني، (٤٨٥/٩).

(٤) ينظر: المغني، (٤٨٥/٩).

الترجيح:

يترجح لي - والله تعالى أعلى وأعلم - باعتبار النظرة الفقهية القول الثاني وهو ما ذهب إليه الحنابلة من جواز اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها، وأن لها الفسخ إذا رضي بالشرط ثم لم يوفه؛ وذلك لما لاستدلالات هذا القول من قوة، ولورود المناقشة المعتمدة على استدالات القول الأول.

ولكن من وجهة نظر اجتماعية، وضع المرأة الشروط على زوج المستقبل له آثار سيئة أكثر من إيجابياته، فالمفروض ان الزواج علاقة مودة ورحمة، وليس معركة تنعدم فيها الثقة بين الشخصين. ووضع الشروط منذ بداية الزواج سيجعل المرأة هي التي تبدأ المعركة التي تحاول تجنبها. فكأنها بذلك تكبل الرجل بقيود، وتشعره بالارتهان لرأي الزوجة، وبالضعف الذي لا تستقيم الحياة بين الزوجين في ظله.

ومثل هذا الشرط لا يعطي المرأة إلا حق الفسخ - عند القائلين به -، والانفصال بحد ذاته لا يُعتبر من مصلحة الزوجة، عوضاً عن الأولاد.

وأيضاً بالنظر من الوجة المصلحية، مصلحة المرأة بهذا الشرط قامت معارضة لمصلحة عامة، وهي التناكح والتوالد، ومن ثم القوة الإسلامية، إضافة إلى معارضتها لمصلحة الرجل الخاصة المتعلقة به وحده. وأيضاً ضرر المرأة ببطلان الشرط - أو بزواج زوجها - قام إزاء مضرة أعظم، وهي زيادة العنوسة والثيوبة،

ومن ثم فشو الزنا في المجتمع. وهذا ما يقوي مذهب الجمهور بالمنع من مثل هذا الشرط، والله أعلم.

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اعتبر المنظم لقانون وجود المصلحة عند التعدد، فنص على وجوب إقرار مريد الزواج بحالته الاجتماعية، فينظر القاضي في المقدرة المالية والبدنية للزوج المريد للزواج، ومن ثم يأذن بنفاذه، بعد التحقق من وجود المصلحة وكفاية الضمانات.

من جهة أخرى نص المنظم على جواز اشتراط الزوجة على زوجها - في العقد - عدم الزواج عليها، تحت طائلة فسخ العقد، كما ألزم الزوج إعلام زوجته السابقة بزواجه اللاحق حال وجود هذا الشرط.^(١)

ويظهر ما سبق من خلال الورقة الإجرائية التالية:

(١) نصت المادة (١٧) على: على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإن كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات التي في عصمته ومحل إقامتهن، وعلى الزوج في حالة اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها إخطاره بزواجه التالي بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول خلال ستين يوماً من تاريخ تحرير الوثيقة.



مملكة البحرين
المحاكم الشرعية (الدائرة السنية)

(للبحريني)

بيانات صاحب الطلب:

:		:	
<input type="text"/>		<input type="text"/>	
الجنسية:		أسم وليها:	
تاريخ الإصدار:	:	الديانة:	الجنسية:
مستوى التعليم:		:	
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
الدخل الشهري:	:	المهنة:	
مقدار القسط الشهري للقرض أو الدين:	أو الدين:	هل لديك قروض أو ديون: <input type="checkbox"/>	
في العصمة حالياً:		:	
هل تملك منزل آخر غير الذي تعيش فيه مع زوجتك وأولادك: <input type="checkbox"/>		:	
توضيح ذلك		
:		:	
المدينة:	مجمع:	شارع/ طريق/ ممر:	مبنى: شقة:



:

نوافق

لا نوافق

تعليق المحكمة:

قاضي المحكمة الصغرى الشرعية السنية :

شهادة صحية قبل الزواج صادرة من المركز الصحي وصورة عنه.
(شهادة راتب (جهة العمل) وعلى أصحاب الأعمال الحرة إحضار إقرار بمقدار الدخل الشهري
مكتب التوثيق وصورة عنه.
(وثيقة الطلاق في حالة وقوع طلاق.
(

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية عدم وجود أي تحفظ على مريد التعدد، أما بالنسبة لاشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها، فإن القاضي يحث على منع هذا الاشتراط، ولكن إذا ما أقر هذا الشرط من مأذون عقود الأئكة أو غيره، فإن للمرأة حينئذ حق فسخ النكاح، ولكن الفسخ يكون بحكم القاضي.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يترجح لدي أن كل من القضاء البحريني والسعودي أحسن في جانب دون الآخر، فقد أحسن القضاء البحريني حينما حث على التحقق من المقدرة المالية والبدنية للزوج المريد للتعدد، منعاً للتسرّع، وطلباً في حصول المصلحة من الزواج. من جهة أخرى أحسن القضاء السعودي عندما حث على رفض منع اشتراط الزوجة عدم تعدد زوجها، ولكنه مع ذلك أعطاه حق الفسخ عند ثبوت هذا الشرط، والله أعلم.



الفصل الثاني:

إذن القاضي وأثره في أحكام الفراق:

سأتناول - بعون الله - في هذا الفصل مسائل إذن القاضي المتعلقة بالشق الثاني من أحكام قانون الأسرة ألا وهي أحكام الفراق. وسيكون الطرح من خلال خمسة مباحث، تتعلق بإذن القاضي وأثره في الخلع، والطلاق، والرجعة، والحضانة، والنفقة.

المبحث الأول:

إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ وتقرير البديل في الخلع:

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ، بالإضافة

إلى أثر إذنه في تقرير بدل الخلع، وذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ.

وجه دخول مسائل هذا المطلب في إذن القاضي أن الطبيعة في الخلع هي الفسخ لا الطلاق عند جماعة من الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني. وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإثبات فسخ الزواج عند إيقاع الفرقة بلفظ الخلع.

لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن الخلع إذا وقع بلفظ الطلاق، أو نوى به الطلاق فهو طلاق. وإنما الخلاف بينهم في وقوع الخلع بغير لفظ الطلاق مع عدم نية صريح الطلاق أو كنيته^(١)، فاختلف الفقهاء في الخلع هاهنا هل هو فسخ أم طلقة بائنة على قولين:

القول الأول: أن الطبيعة في الخلع هاهنا هي الطلاق، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤). وهذا القول مروى عن سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء^(٥)، قبيصة^(١)، وشريح، ومجاهد^(٢)، وأبي سلمة بن عبدالرحمن^(٣)،

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٩/٢٣٧).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، (٦/١٤١).

(٣) ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب، (٥/٢٦٩).

(٤) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥/٦٨٢).

(٥) هو عطاء بن أسلم أبي رباح. يكنى أبا محمد. من خيار التابعين، (؟ - ١١٤ هـ)، شهد له ابن عباس

والنخعي^(٤)، والشعبي^(٥)، والزهري، ومكحول^(٦)، وابن أبي نجيح^(١)، والأوزاعي^(٢).

- وابن عمر وغيرهما بالفتيا، وحثوا أهل مكة على الأخذ عنه. مات بمكة. [الأعلام للزركلي ٥ / ٢٩].
- (١) هو قبيصة بن ذؤيب بن حلحلة بن عمرو بن كليب بن أصرم بن عبد الله، أبو إسحاق الخزاعي، (١ - ٨٦ هـ). صحابي، من الفقهاء الوجوه. قال الشعبي: كان أعلم الناس بقضاء زيد بن ثابت، وعده أبو الزناد في فقهاء أهل المدينة، وكان الزهري يقول: كان من علماء هذه الأمة. [الإصابة ٣ / ٢٦٦، وتهذيب التهذيب ٨ / ٣٤٦، والأعلام ٦ / ٢٦].
- (٢) هو مجاهد بن جبر، أبو الحجاج مولى قيس بن السائب المخزومي، (٢١ - ١٠٤ هـ). شيخ المفسرين. أخذ التفسير عن ابن عباس. كان ثقة فقيها ورعا عابداً متقناً. اتهم بالتدليس في الرواية عن علي وغيره. وأجمعت الأمة على إمامته. [تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٤، والأعلام للزركلي ٦ / ١٦١].
- (٣) أبو سلمة: قيل اسمه عبد الله، وقيل إسمايل، وقيل اسمه كُنيتة، ابن عبد الرحمن بن عوف، الزهري، (؟ - ٩٤ هـ). من كبار التابعين من أهل المدينة. كان ثقة فقيهاً كثير الحديث. ولي قضاء المدينة. [تهذيب التهذيب ١٢ / ١١٨].
- (٤) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران، (٤٦ - ٩٦ هـ). من مذبح اليمن من أهل الكوفة، ومن كبار التابعين، أدرك بعض متأخري الصحابة، ومن كبار الفقهاء. [الأعلام للزركلي ١ / ٧٦].
- (٥) هو عامر بن شراحيل الشعبي. أصله من حمير. منسوب إلى الشعب (شعب همدان) ولد ونشأ بالكوفة، (١٩ - ١٠٣ هـ). وهو راوية فقيه، من كبار التابعين. اشتهر بحفظه. كان ضئيل الجسم. [الأعلام للزركلي ٤ / ١٩، وتهذيب التهذيب ٥ / ٦٩].
- (٦) مكحول، قيل هو ابن سهراب، أبو عبد الله، ويقال: أبو أيوب، ويقال: أبو مسلم. مولى هذيل. أصله من الفرس. دمشقي، (؟ - ١١٣ هـ). فقيه تابعي. أعتق بمصر. وجمع علمها، وانتقل في الأمصار. عده الزهري عالم أهل الشام وإمامهم. قال يحيى بن معين: كان قدريا ثم رجع. [تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٨٩، والأعلام ٨ / ٢١٢].

القول الثاني: أن الطبيعة في الخلع هاهنا هي الفسخ، وهذا مذهب الحنابلة^(٣)، وقول الشافعي في القديم^(٤). وهو قول ابن عباس، وطاوس، وعكرمة^(٥)، وإسحاق، وأبي ثور.^(٦)

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على أن الخلع إذا وقع بغير لفظ الطلاق مع عدم نية صريح الطلاق أو كنيته، أنه طلاق بما يلي:

(١) هو عبد الله بن أبي نجيح، أبو يسار الثقفي المكي، (? - ١٣١ هـ). روى قال أحمد وابن معين وأبو زرعة والنسائي: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات. وقال أحمد: قال سفيان لما مات عمرو بن دينار كان يفتي بعده ابن أبي نجيح. [تهذيب التهذيب ٦ / ٥٤].

(٢) ينظر: المغني، (١٠ / ٢٧٤).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٢ / ٢٩-٣١).

(٤) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٥ / ٦٨٢).

(٥) هو عكرمة بن عبد الله مولى عبد الله بن عباس. وقيل لم يزل عبداً حتى مات ابن عباس وأعتق بعده، (٢٥ - ١٠٥ هـ). تابعي مفسر محدث. أمره ابن عباس بإفتاء الناس. أتى نجدة الحروري وأخذ عنه رأي الخوارج، ونشره بإفريقية. ثم عاد إلى المدينة. فطلبه أميرها، فاختمنى حتى مات. واتهمه ابن عمر وغيره بالكذب على ابن عباس. وردوا عليه كثيراً من فتاواه. ووثقه آخرون. [الأعلام للزركلي ٥ / ٤٣].

(٦) ينظر: المغني، (١٠ / ٢٧٤).

١. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأةً قالت عن زوجها: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال ﷺ: ((أتردين عليه حديثه))؟ قالت: نعم، قال ﷺ: ((أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)).^(١)

وجه الدلالة: أن هذا أول خلع في الإسلام، وقد ذكر النبي ﷺ في التطليق.^(٢)
نوقش: أن الحديث خارج محل النزاع؛ لأن النزاع فيما إذا وقع لفظ الخلع أو ما كان في حكمه، من غير تعرض لطلاق بصراحة ولا كناية، هل يكون الخلع طلاقاً أم فسخاً. ثم إن أمر هنا للإرشاد والإصلاح لا للإيجاب. وليس في الحديث ما يثبت أن الخلع طلاق ولا ما ينفيه.^(٣)

٢. ما روي عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، رضي الله عنهم موقوفاً عليهم:
"الخلع تطليقة بائنة".^(٤)

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم (٤٩٧١)، ٢٠٢١/٥.

(٢) ينظر: فتح الباري، دار الفكر، (٤٠٠/٩).

(٣) ينظر: فتح الباري، دار الفكر، (٤٠٠/٩).

(٤) ينظر: سنن البيهقي الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، اباب الخلع هل هو فسخ ام طلاق، رقم (١٤٦٤٢)، ٣١٦/٧.

وجه الدلالة: أن الخلع يكون بعد تمام العقد، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ولكن يحتمل القطع في الحال، فيُجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازاً، وذلك إنما يكون بالطلاق.^(١)

نوقش: بأن ابن المنذر قال: ضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان وحديث علي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال: في إسنادهما مقال، وليس في الباب أصح من حديث بن عباس.^(٢)

٣. بأن الخلع لفظ لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقاً؛ ولأن المرأة إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً.^(٣)

٤. ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها، فكان طلاقاً كغير الخلع من كنيات الطلاق.^(٤)

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٤١/٦).

(٢) ينظر: سنن البيهقي الكبرى، (٣١٦/٧).

(٣) ينظر: المغني، (٢٧٥/١٠).

(٤) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (٢٦٨/٢)، والمغني، (٢٧٥/١٠).

أدلة القول الثاني:

استدل الحنابلة على أن الخلع إذا وقع بغير لفظ الطلاق مع عدم نية صريح الطلاق أو كنيته، أنه فسخ بما يلي:

١. احتجاج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ ثم قال ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

فِيمَا أَفْذَتَ بِهِ﴾ ثم قال ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾

[البقرة: ٢٢٩-٢٣٠].

وجه الدلالة: ذكر سبحانه تطليقتين، والخلع، وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع

طلاقاً لكان أربعاً^(١).

نوقش: أن الله تعالى ذكر التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض، وبهذا لا يصير

الطلاق أربعاً. بالإضافة إلى أنه قد روي رجوع ابن عباس رضي الله عنهما إلى قول

عامة الصحابة رضي الله عنهم^(٢).

أجيب عن المناقشة: قال ابن حجر: (لا أعلم من ذكر الاختلاف في المسألة إلا

وجزم أن ابن عباس كان يراه فسخاً)^(٣).

(١) ينظر: المغني، (١٠/٢٧٥).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (٦/١٤١).

(٣) فتح الباري، دار الفكر، (٩/٤٠٣).

٢. عن الربيع بنت معوذ بن عفراء^(١) أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ،

فأمرها النبي ﷺ - أو أمرت - أن تعتد بحيضة.^(٢)

وجه الدلالة: أن الله تعالى قال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾

[البقرة: ٢٢٨]، ولو كانت هذه مطلقة لم يُقتصر بها على قرء واحد.^(٣)

٣. أن الخلع عبارة عن فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخا

كسائر الفسوخ.^(٤)

(١) هي الربيع بنت معوذ بن عفراء، النجارية الأنصارية، (؟ - نحو ٤٥ هـ). صحابية من ذوات الشأن في الإسلام. بايعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيعة الرضوان تحت الشجرة، صحبته في غزواته، قالت: كنا نغزو مع رسول الله فنسقي القوم ونخدمهم ونداوي الجرحى ونرد القتلى والجرحى إلى المدينة. وكان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كثيراً ما يغشى بيتها فيتوضأ ويصلي ويأكل عندها. عاشت إلى أيام معاوية. [الإصابة ٤ / ٣٠٠، والأعلام ٣ / ٣٩].

(٢) أخرجه الترمذي، باب ما جاء في الخلع، برقم (١١٨٥)، ٤٨٢/٢، وثبته الشوكاني في السيل الجرار ٢/٣٦٩، وصححه الألباني في صحيح الترمذي ١١٨٥.

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، (٣/١٤٤).

(٤) ينظر: المغني، (١٠/٢٧٥).

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من الحنابلة؛ وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولسلامة استدلالاتهم من المناقشة المعتبرة، مع ورود المناقشة المعتبرة على استدلالات أصحاب القول الأول.

وثمره الخلاف أنا إذا قلنا هو طلقة، فخلعها مرة، حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه، وإن خالعه ثلاثاً طلقت ثلاثاً، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره. وإن قلنا هو فسخ، لم تحرم عليه، وإن خالعه مائة مرة.^(١)

(١) ينظر: المعني، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، عبدالفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، (١٠ / ٢٧٥).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اعتبر المنظم في قانون أحكام الأسرة الخلع فسخاً، وجعل إيقاعه بلفظ الخلع لا الطلاق، ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

بعد الاطلاع على ملف الدعوى وسماع المرافعة والمداولة

وحيث إن وقائع الدعوى تتحصل أن المدعية أقامت دعواها بعد إعلان المدعى عليه وختمت طلبها بمخالعة تقضي- بفسخ العقد المؤرخ في ٦/١٠/٢٠٠٩م والصادر في مملكة البحرين بعد أن ضاق بالطرفين ذرعاً نتيجة الخلافات المستمرة وانعدام الاستقرار واليأس من الصلح .

وحيث إن المخالعة عوض على فراق يقضى بفسخ العقد والتفريق بين الطرفين

ويوقعه القاضي بلفظه لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا

أَفْذَتَ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. (١)

وقد درج التنظيم على النص السابق كما في المواد رقم (٨٣، ٩٧، ٩٨، ٩٩) (٢)

من قانون أحكام الأسرة الصادر بالقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ .

(١) في نص الحكم: (وإن خفتُم ألا يقيما حدود الله)، وهذا خطأ.

(٢) نص المادة (٨٣): تقع الفرقة بين الزوجين: أ. بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً. ب. بطلب من الزوجة

وموافقة من الزوج مع بذل العوض وتسمى مخالعة. ج. بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسخاً أو

تفريقاً. نص المادة (٩٧): أ. للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع. ب. استثناء من أحكام

الفقرة (أ) من هذه المادة، إذا كان الرفض تعنتاً وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة

مقابل بدل مناسب لا يزيد على المهر. ج. يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة على أن يكون في حدود ما

أعطاه الزوج من مهر. د. يعتبر الخلع فسخاً، ويوقعه القاضي بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق. نص المادة

(٩٨): أ. لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أي حق من حقوقهم، فإن

وقع صح الخلع وبطل الشرط، وكان لحاضنتهم ضمهم ويلزم أبوهم بنفقتهم. ب. يشترط لاستحقاق

الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختياراً منها، دون إكراه أو ضرر. ج. في حال بطلان

الشرط المخالعة عليه يقدر القاضي عوضاً مناسباً، مع مراعاة حكم الفقرة (ج) من المادة (٩٧) من هذا

القانون. نص المادة (٩٩): أ. إذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي فقط. ب. إذا لم يسم في المخالعة

بدل قدر القاضي عوضاً طبقاً لحكم الفقرة (ج) من المادة (٩٨) من هذا القانون.

وحيث إن الطرفين توافقا على مخالعة تقضي بتنازلها عن نصف الصداق البالغ قدره ألف وخمسمئة دينار ، وقام المدعى عليه بالتلفظ على المدعية واستلم العوض أمامنا بما تقدم مما يوجب الحكم به على ما هو آت في المنطوق .

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالتالي:

ثبوت مخالعة المدعى عليه للمدعية نظير تنازلها عن نصف الصداق البالغ قدره ألف وخمسمئة دينار بحريني وتحرر للطرفين وثيقة بذلك .

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية هو الأخذ بمذهب الحنابلة في اعتبار الخلع فسخ لا طلاق، ويظهر ذلك من خلال التطبيق القضائي التالي:

في يوم الأربعاء الموافق ٨ / ٢ / ١٤٣٢ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٠٣ : ١٢ ، وفيها حضر الطرفان وقالوا بأن الحكمين لم يجتمعا ولم يقررا شيئاً ونرجو إنهاء الدعوى؛ لأنها طالت، وقالت المدعية: إنني في بيت أهلي منذ سنة ونصف ولا أريده وليس لدي استعداد بالرجعة مطلقاً. وصادقها المدعى عليه على بقاءها عند أهلها مدة سنة ونصف وأصر على عدم الفراق. وبسؤالها عن المهر قررا جميعاً أنه (٤٠.٠٠٠)

أربعون ألف ريال، ثم اصطلح الطرفان على أن يخالع المدعى عليه المدعية على مبلغ (٢٠.٠٠٠) عشرون ألف ريال هكذا اتفقا. وقالت المدعية أطلب مهلة أسبوعين لإحضار المبلغ فأجبتها لذلك، وأفهمت المدعى عليه أنه في حالة عدم حضوره أو رفضه الخلع فإننا نجري المخالعة، فقتنع بذلك، ولذا رفعت الجلسة إلى يوم الثلاثاء الموافق ٢١ / ٢ / ١٤٣٢ هـ الساعة التاسعة وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

وفي يوم الأحد الموافق ٢٦ / ٢ / ١٤٣١ هـ فتحت الجلسة وفيها حضرت المدعية ولم يحضر المدعى عليه وأحضرت معها الشيك المصدق رقم في تاريخ م على مصرف الراجحي حي الريان بمبلغ عشرين ألف ريال باسم رئيس المحكمة؛ فبناء عليه فقد قررت حضورياً فسخ نكاح المدعية من المدعى عليه على المبلغ المذكور وبه حكمت وسوف يجري بعث نسخة من الحكم للمدعى عليه لإبداء رأيه فيه، وأفهمت المدعية أن عدتها تبدأ من تاريخ اليوم، وعليها ألا تتزوج حتى اكتساب الحكم الصفة القطعية^(١)، وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

(١) كان الأولى النص على عدم جواز الزواج إلا بعد انقضاء العدة، بالإضافة إلى اكتساب الحكم القطعية.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يتبين مما سبق توافق القضاء البحريني والسعودي على إيقاع الخلع فسخاً لا طلاقاً، بناءً على مذهب الحنابلة الذي سبق وتم ترجيحه.

المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في تقرير بدل الخلع.

وجه دخول مسائل هذا المطلب في إذن القاضي أن الواجب في بدل الخلع ألا يزيد عن المهر عند بعض الفقهاء، وأختار ذلك المنظم في قانون الأسرة البحريني. وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بتقرير بدل الخلع بما لا يزيد عن المهر عند إيقاع فرقة الخلع.

اختلف أهل العلم في جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر على قولين:

القول الأول: جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر. وهذا مذهب جماهير الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، بالإضافة إلى الحنابلة مع قولهم بكراهته. وهو مروى عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وعكرمة، ومجاهد، وقبيصة بن ذؤيب، والنخعي.^(١)

القول الثاني: عدم جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر. وهو قول عطاء، وطاوس، والزهري، وعمرو بن شعيب^(٢). وهو مروى عن علي رضي الله عنه بإسناد منقطع.^(١)

(١) ينظر: المغني، (٢٦٩/١٠).

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، (؟ - ١١٨ هـ)، أحد علماء زمانه. قال الأوزاعي: ما رأيت قرشياً أكمل من عمرو بن شعيب. [تهذيب التهذيب ٨ / ٤٨].

أدلة القول الأول:

استدل جماهير أهل العلم على جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: أن الافتداء في الآية عام للقليل والكثير.^(٢)

نوقش: أن الروايات المتضمنة للنهي عن الزيادة مخصصة لهذا العموم.^(٣)

٢. أن الربيع ابنة معوذ بن عفراء قالت: "كان لي زوج يقل الخير علي إذا حضر

ويحرمني إذا غاب، فكانت مني زلة يوماً فقلت له: أختلع منك بكل شيء

أملكه. فقال: نعم. ففعلت، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان فأجاز

الخلع. قالت: وأمره أن يأخذ عقاص رأسي فما دونه، أو قالت دون عقاص

الرأس^(٤)." (٥)

(١) ينظر: المغني، (١٠/٢٦٩).

(٢) ينظر: المغني، (١٠/٢٦٩)، ونيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي (١٢/٤٥٨).

(٣) ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، (١٢/٤٥٨).

(٤) أي: أن المختلعة انفتدت نفسها من زوجها بجميع ما تملكه كان له أن يأخذ ما دون شعرها من جميع

ملكها. [غريب الحديث، لابن قتيبة الدينوري، (٢/٦٤٣)].

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب المفتدية بزيادة على صداقها، برقم (١١٨٥٠)،

٥٠٤/٦، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية،

وجه الدلالة: أن مثل هذا يُشتهر، فلم ينكر، فيكون إجماعاً. (١)

نوقش: أن الروايات المتضمنة للنهي عن الزيادة مُرجحة عن تلك الرواية

المتضمنة للتقرير؛ لكثرة طرقها، وكونها مقتضية للحصر. (٢)

وأيضاً الزيادة هنا جاءت صلحاً بين الطرفين، والتزاماً منهما، فوجب الوفاء بها.

أدلة القول الثاني:

استدل من ذهب إلى عدم جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر بما يلي:

١. أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعتب على زوجي في دين ولا خلق،

ولكنني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيعه بغضاً. فقال لها النبي ﷺ ((أتردين

عليه حديثه))؟ قالت: نعم. فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذ منها حديثه ولا

يزداد. (٣)

٣١٥/٧، برقم (١٤٦٣٣)، وحسنه ابن حجر في تغليق التعليق ٤/٤٦١، وصححه أحمد شاكر في

عمدة التفسير، ١/٢٨١.

(١) ينظر: المغني، (١٠/٢٦٩).

(٢) ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، (١٢/٤٥٨).

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، برقم (٢٠٥٦)، ١/٦٣٣. قال ابن

حجر في الفتح ٩/٤٠٢ بعد أن أطل في ذكر طرق الحديث: (وقد وقع في بعض طرقه سمعه أبو الزبير

من غير واحد، فإن كان فيهم صحابي فهو صحيح، وإلا فيعتضد بما سبق). وصححه الألباني في غاية

نوقش: بأن زيادة "ولا يزداد" مختلفٌ في ثبوتها. (١)

٢. أن البدل جاء في مقابلة فسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالعوض في

الإقالة. (٢)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - القول الثاني بعدم جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر؛ وذلك لصريح الدلالة في قوله ﷺ بعدم الزيادة على الحديقة، وهذا باعتبار أن الخبر صحيح، ولكن جزم جماعة من أهل العلم بمخالفة هذا الحديث يقوي القول بتضعيفه. قال الإمام مالك: (لم أرَ أحداً ممن يُقتدى به يمنع ذلك، لكنه ليس من مكارم الأخلاق). (٣)

وعلى أقل تقدير، المنع من كون بدل الخلع أكثر من المهر من مكارم الأخلاق، ولهذا يقوى مذهب الحنابلة في كراهية الزيادة، وقد أحسن المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني عندما ألزم بالمستحب، والله أعلم.

المرام (٢٦٢)، ١٦٥/١.

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٩٤.

(٢) ينظر: المغني، (١٠/٢٦٩).

(٣) ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، (١٢/٤٥٧).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

اختار المنظم في قانون أحكام الأسرة عدم جواز كون بدل الخلع زائداً على المهر
ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة

وحيث إن وقائع الدعوى تتحصل في أن المدعية أقامت دعواها ضد المدعى عليه
المعلن قانوناً بلائحة مستوفاة الرسوم طالبةً الحكم لها بتطليقها من المدعى عليه
للأسباب التي شرحتها في لائحته؛ تأسيساً على أنها زوجته بصحيح العقد الشرعي
المرفق رقم المؤرخ في ١٣ / ١ / ٢٠١٢م وأنه لم يدخل بها ، وقد سبق لهما
الزواج والطلاق قبل الدخول بموجب ما أرفق.

وحيث إن المحكمة نظرت الدعوى على نحو ما دون في محاضر جلساتها مثلت
فيها المدعية ووكيل المدعى عليه، وبجلسة ٢٩ / ٢ / ٢٠١٢ أفادت المدعية أنها تستند
إلى القانون المنظم في التفريق قبل الدخول.

وحيث إن المقرر قانوناً أن الطلاق قبل الدخول يقع بائناً بينونة صغرى ولا أثر للخلوة في ذلك^(١) عملاً بنص المادة (٩١) من قانون أحكام الأسرة^(٢).

وحيث إن المدعية طلبت تطبيق المادة رقم (١٠٨) من ذات القانون والتي تنص على: "إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة و أودعت ما قبضته من صداق، وما أنفقته الزوج في سبيل الزواج، وامتنع الزوج عن إيقاع الطلاق، وعجز القاضي عن الإصلاح حكم بالمخالعة"، والمحكمة تستجيب لها على نحو ما سيرد في المنطوق.

وحيث إن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة (٩٧) فقرة (ج، د) من قانون أحكام الأسرة: أن يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة على أن يكون في حدود ما اعطاه الزوج من مهر، وأن الخلع يعتبر فسخاً ويوقعه القاضي بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق.

(١) في هذا نظر.

(٢) نص المادة (٩١): أ. يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي. ب. على القاضي قبل تلقيه التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين. ج. يثبت الطلاق الواقع خارج المحكمة بالإقرار أو البيينة. ومن الملاحظ أن العلاقة بعيدة بين نص المادة والاستدلال بها، وكان الأولى ذكر نص مادة (٩٠): كل طلاق يقع رجعيًا، إلا الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والخلع على بدل، والتفريق للضرر، وما ورد النص في هذا القانون على بينونته.

وحيث إن المهر الذي دفعه المدعى عليه يبلغ مقداره خمسون ديناراً فقط كما هو مقيد بوثيقة عقد النكاح.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

مخالعة المدعى عليه للمدعية قبل الدخول مسبق بطلقة بئنة نظير تنازلها عن صداقها البالغ قدره خمسون ديناراً بحرانياً وإلزامها بسداده وتحرير وثيقة بذلك بعد صيرورة الحكم نهائياً .

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية هو عدم استحباب الزيادة في بدل الخلع على المهر، بل بعد السؤال تبين أن عرف بعض القضاة هو جعل العوض دائماً أقل من المهر بما يُقارب الشطر أحياناً، من جهة أخرى أقر بعض القضاة الزيادة في بدل الخلع حال قرب عهد الزواج مع ارتفاع سعر تكاليف العرس وهدايا الخطبة. والقضاة في ذلك يُعملون ما لهم من سلطة تقديرية في تقرير البديل.

مع الإشارة إلى أن قرار هيئة كبار العلماء في الخلع لم ينص على المنع من الزيادة.

والتطبيق التالي يدل على أن المستحب عدم الزيادة على المهر في بدل الخلع:

المدعى عليه زوج للمدعية، حيث عقد عليها النكاح بتاريخ ٥/٥/١٤٣٢هـ ودخل بها وكان يسيء عشرتها ويقوم بضربها، فخرجت من بيته في بداية شهر رمضان لهذا العام ولم ترجع له، وكانت حاملاً فأسقطت جنينها. المدعية تطلب فسخ النكاح من المدعى عليه، علماً أن المهر (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثون ألف ريال. وبسؤال المدعى عليه صادق على النكاح والدخول والحمل وإسقاطه، وقال: ضربتها مرة؛ لأنها أخطأت ولم تمكث لدي إلا عشرين يوماً، وكانت تسهر حتى الساعة الخامسة فجراً، وتشرب الدخان، وليس لدي استعداد بطلاقها، علماً أن المهر (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثون ألف ريال، وسلمتهم طقمي ذهب. هذا وكانت المدعية أصالة حضرت قبل ذلك وجرى مناقشة الطرفين نقاشاً مفصلاً تبين لنا خلاله تعذر الحياة الزوجية بينهما. لذا عرضت على المدعى عليه مخالعة المدعية مقابل المهر فرفض ذلك فأحضر المدعي وكالة الشيك المصدق رقم في ١٢/١٠/١٤٣٢هـ بمبلغ (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثين ألف ريال على بنك سامبا باسم المدعى عليه. فعرضت على الجميع المخالعة بمبلغ الشيك ويسقط الطرفان دعواهما ضد بعضهما، فرفض المدعى عليه ذلك إلا بعد أن يسلموه المهر والذهب. فقال المدعي: الذهب كان هدية وليس من ضمن المهر فلا حق له فيه. وبمراجعة عقد النكاح وجدنا المهر مسجلاً فيه (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثين ألف ريال فقط. فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث ظهر لنا تعنت المدعى عليه وبخاصة أنه لا مانع لديه من فراق

المدعية إلا مع الذهب وهو ما لم يثبت في العقد، لذا فقد فسخت نكاح المدعية أصالة من المدعى عليه مقابل المبلغ المسلم به الشيك المرفق وقدره (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثون ألف ريال وبه حكمت وبعرضه على الطرفين قنع به المدعي ولم يقنع المدعى عليه وطلب الاستئناف. حرر في ٢٧ / ١١ / ١٤٣٢ هـ

وفي هذا اليوم السبت ١٩ / ٣ / ١٤٣٣ هـ افتتحت الجلسة وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها القرار رقم في ٧ / ٣ / ١٤٣٣ هـ والذي جاء فيه بعد المقدمة ما نصه (وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة لوحظ بالأكثرية أن المدعى عليه وافق على الخلع بشرط تسليمه المهر والذهب عوضاً عن ذلك وقد أفاد المدعي أن الذهب هدية وليس من المهر ولم يظهر من الإجراء عرض لما ذكر على المدعى عليه والتحقق منه بما يلزم من التحقق والإثبات شرعاً ومجرد عدم تدوينه في عقد النكاح غير كاف في هذا الشأن، والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

وفي يوم الأحد الموافق ١٦ / ٥ / ١٤٣٣ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٥٩ : ٠٨ وبعرض ما جاء في قرار أصحاب الفضيلة على الطرفين أجاب المدعي بأن الذهب هدية ولم يشترط عليه ذلك، كما أجاب المدعى عليه بأن الذهب عبارة عن طقمين سلمها للزوجة قبل الدخول وهي مشروطة علي .

ثم قرر الطرفان بقولهما إننا تصالحنا على أن تدفع المدعية للمدعى عليه مبلغاً وقدره (٩.٠٠٠) تسعة آلاف ريال ويكون هذا المبلغ مقابل قيمة الذهب ويبقى الحكم على ما هو عليه من فسخ النكاح هكذا اصطلاحاً.

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق أن القضاء البحريني والسعودي يعتبر عدم الزيادة على المهر في تقرير بدل الخلع، إلا أن القضاء البحريني لا يُجوز الزيادة، والقضاء السعودي - فيما يظهر - يستحب عدم الزيادة، إلا مع وجود المبرر.

وسبق في الدراسة الفقهية أن إلزام المنظم في قانون أحكام الأسرة للمستحب له وجهٌ من النظر، خاصة مع ترجيح القول بالعدم جواز الزيادة على المهر.

المبحث الثاني:

إذن القاضي وأثره في إثبات حالة الطلاق:

المعتبر في البحرين وعمان والإمارات وقطر ومصر، أن لا يشترط لإيقاع الطلاق أن يقع أمام القضاء، فيجوز للرجل أو نائبه أن يوقعه بعيداً عن مجلس القضاء، ولا يلزم أن يوقعه بحضرة شاهدين أو أكثر، وإن نُدب ذلك.^(١)

ولكن لا يخفى أن ثمة ضغوطاً تمارس على المقننين العرب بأن لا يعتدوا بالطلاق إلا إذا صدر في مجلس القضاء^(٢)؛ وذلك من باب المساواة بين الرجل والمرأة؛ فكما أن فسخ الزواج من قبل المرأة لا يقع إلا بمعرفة القضاء، فكذلك إيقاع الفرقة من قبل الرجل لا يقع إلا بمعرفة القضاء أيضاً.^(٣)

(١) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٥٢. قال الشوكاني: (وقد ورد الاجماع على عدم وجوب الاشهاد في الطلاق واتفقوا على الاستحباب). [ينظر: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، (٢/٤١٠)].

(٢) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٤٧.

(٣) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٥١-٤٥٢.

ولما كان الطلاق أبغض الحلال، وكان الإبقاء على الأسرة أولى من تفريقها، عمد قانون أحكام الأسرة البحريني إلى تقرير الأصلح في إيقاع الطلاق، وذلك بجعل إيقاع الطلاق أمام القاضي هو الأصل، ولكن كقاعدة إرشادية توجيهية، لا كقاعدة وجوبية، بغرض بذل القاضي محاولات للإصلاح، عسى أن يوفق إلى إعادة المياه إلى مجاريها، ودحر الشيطان بصرف الراغب في الطلاق عن رغبته، فإن لم تنجح المساعي، أمكن تلافي الآثار التي تترتب على عدم العلم بوقوع الطلاق، وضبط عدده، واتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان آثار ما بعد الطلاق. أما إذا وقع الطلاق خارج المحكمة، فإثباته يكون بإقرار الموقع، أو بإقامة البينة على الإيقاع.^(١)

وعمل القاضي هاهنا هو الأمر بإثبات طلاق أو توثيقه، مع مراعاة أحكام الطلاق التي اعتمدها القانون، ومن أبرز هذه الأحكام عدم إيقاع طلاق فاقد العقل والتمييز والاختيار، وعدم إيقاع الطلاق المعلق وطلاق الحانث بيمين الطلاق إذا لم يقصد الطلاق، بالإضافة إلى إيقاع الطلاق المقترن بالعدد طلقة واحدة.^(٢)

(١) التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٥٤-٤٥٥.

(٢) ينظر: مادتا (٨٦)، (٨٨)، من قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مملكة البحرين، الصادر بمرسوم

قانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩م.

وعدداً على مسألتنا، فقد أجمع أهل العلم على جواز حصول الطلاق خارج مجلس القضاء؛ لأن الطلاق حق للزوج وحده^(١)؛ لقوله ﷺ في حديث ابن عباس: ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)).^(٢)

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، (٤/ ٤٣١)، والشرح الكبير للدردير، (٢/ ٢٦٥)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/ ٢٧٩)، والشرح الكبير لابن قدامة، (٢٢/ ١٣٤).
 (٢) أخرجه ابن ماجه، باب طلاق العبد، برقم (٢٠٨١)، ١/ ٦٧٢، والحديث ضعفه جمع من الأئمة بابن لهيعة، منهم ابن عبد الهادي في رسالة لطيفة (٢٩)، وابن الملقن في البدر المنير ٨/ ١٣٨، والزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٦٥، وابن كثير في إرشاد الفقيه ٢/ ١٩٢، وابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ١٢٦٣، وقال ابن القيم في الزاد ٥/ ٢٥٥: (القرآن يعضده وعليه عمل الناس)، وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٧/ ٢٥: (له طرق يقوي بعضها بعضاً). وحسنه الألباني في مختصر إرواء الغليل (٢٠٤١)، ١/ ٤٠٥.

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيقات المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

استحب المنظم في قانون أحكام الأسرة البحريني، إيقاع الطلاق أمام القاضي، مع جواز اثباته وتوثيقه عند حصوله خارج المحكمة بالإقرار أو البينة، ويظهر ذلك من خلال التطبيقان التاليان:

التطبيق الأول:

على سند من القول: أن المرأة زوجة بصحيح عقد الزوجية المرفق، وبما أن الطلاق حل قيد الزوجية وتترتب عليه الآثار الشرعية، وبما أن توثيق الطلاق واستبانة حاله مما هو مقرر ومطلوب شرعاً، وبما أن الزوج أوقع طلاقه حقيقة، من أجله أقيمت الدعوى.

وحيث إن المحكمة وبعد ممثل الطرفين بجلسة ٢١/١٢/٢٠١١م طلب المدعى عليه إيقاع طلاقه أولى فتلفظ قائلاً: (زوجتي ذكريات طالق)، وعليه قررت المحكمة التأجيل لجلسة ١١/١/٢٠١٢م لإصدار الحكم الشرعي.

وحيث إن الله عز وجل أمر بتوثيق الحقوق والإشهاد عليها حفظاً لها من التجاحد والضياع لقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]. فأمر بالإشهاد في حال الزواج أو الفراق، وهو من التوثيق عملاً بما هو مقرر في المواد: (٨٤، ٨٣، ٨٥)^(١) من قانون أحكام الأسرة رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

وحيث إن المحكمة عرضت الصلح بين طرفي الدعوى دون جدوى تطبيقاً للمادة رقم (١٠١) من القانون المتقدم^(٢).

من أجله حكمت المحكمة بالآتي:

(١) نص المادة (٨٤): أ. الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً أو عرفاً. ب. يقع الطلاق باللفظ الصريح عرفاً، أو بالكتابة، وعند العجز عنها فبالإشارة المفهومة. نص المادة (٨٣): تقع الفرقة بين الزوجين: أ. بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً. ب. بطلب من الزوجة وموافقة من الزوج مع بذل العوض وتسمى مخالعة. ج. بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسخاً أو تفريقاً. نص المادة (٨٥): أ. يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة بنوع الطلاق وزمنه، ولو كانت الوكالة للزوجة، وللزوج حق فسخ الوكالة. ب. يقع الطلاق من الزوجة طليقة واحدة بائنة إن ملكها الزوج طلاق نفسها بشرط في عقد الزوج. ج. يقع الطلاق من الزوجة طليقة واحدة رجعية إذا فوضها الزوج أثناء الزواج وله حق الرجوع ما لم توقعه الزوجة.

(٢) نص المادة (١٠١): أ. للزوجة طلب التطليق للضرر الذي يعتذر معه دوام العشرة بين الزوجين. ب. على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين. ج. إذا عجز القاضي عن الإصلاح، وثبت الضرر، حكم بالتطليق.



ثبوت طلاق المدعى عليه للمدعية طليقة أولى رجعية بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١١ م
وتحرر للطرفين وثيقة طلاق بذلك.

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنوية الثانية

التطبيق الثاني:

تتحصل الوقائع أن المدعية أقامت دعوى مقبولة مستوفاة الرسم القانوني وقد
ختمت طلبها بعد الإعلان القانوني بتثبيت طلاق الزوجة من زوجها وتحرير وثيقة
بذلك.

على سند من القول: أنها زوجته بصحيح عقد الزوجية المرفق، وبما أن الطلاق
حل قيد الزوجية وتترتب عليه الآثار الشرعية، وبما أن توثيق الطلاق واستبانة حاله
مما هو مقرر ومطلوب شرعاً، وبما أن الزوج أوقع طلاقه حقيقة، من أجله أقيمت
الدعوى بغية الطلب السابق.

وحيث إن المحكمة وبعد مثول المدعية مع وكيلتها والمدعى عليه بشخصه وذلك
بجلسة ٢٠١١/٦/٢ أفاد المدعى عليه أنه طلق المدعية طليقة ثانية بتاريخ
١٠/٥/٢٠١١ عبر الهاتف وكان سكراناً لا يعي ما يقول، وعليه قررت المحكمة
التأجيل لجلسة ٢٠١١/٦/١٦ لإصدار الحكم الشرعي.

وحيث إن الله عز وجل أمر بتوثيق الحقوق والإشهاد عليها حفظاً لها من التجاحد والضياع لقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]. فأمر بالإشهاد في حال الزواج أو الفراق وهو من التوثيق عملاً بما هو مقرر في المواد: (٨٤، ٨٣، ٨٥)^(١) من قانون أحكام الأسرة رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

وحيث إن المدعى عليه اوقع الطلقة الثانية في حالة سكر بموجب إقراره .

وحيث إن المادة (٨٦)^(٢) من نفس القانون اشترطت في المطلق العقل والاختيار والتمييز ، ولا يقع طلاق من كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره.

(١) نص المادة (٨٤): أ. الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً أو عرفاً. ب. يقع الطلاق باللفظ الصريح عرفاً، أو بالكتابة، وعند العجز عنها فبالإشارة المفهومة. نص المادة (٨٣): تقع الفقرة بين الزوجين: أ. بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً. ب. بطلب من الزوجة وموافقة من الزوج مع بذل العوض وتسمى مخالعة. ج. بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسخاً أو تفريقاً. نص المادة (٨٥): أ. يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة بنوع الطلاق وزمنه، ولو كانت الوكالة للزوجة، وللزوج حق فسخ الوكالة. ب. يقع الطلاق من الزوجة طليقة واحدة بائنة إن ملكها الزوج طلاق نفسها بشرط في عقد الزوج. ج. يقع الطلاق من الزوجة طليقة واحدة رجعية إذا فوضها الزوج أثناء الزواج وله حق الرجوع ما لم توقعه الزوجة.

(٢) نص المادة (٨٦): أ. يشترط في المطلق العقل، والاختيار، والتمييز. ب. لا يقع طلاق المجنون، والمعته، والمكره، ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره.

من أجله حكمت المحكمة بالآتي:

عدم ثبوت الطلاق الواقع في ١٠ / ٥ / ٢٠١١.

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنية الثانية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية هو توثيق الطلاق والإشهاد عليه، ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

في يوم الأربعاء الموافق ١٧ / ٥ / ١٤٣٣ هـ فتحت الجلسة الساعة ٢٥ : ٠٩ وفيها حضرت سعودية الجنسية بموجب السجل المدني رقم - والمعرف بها من قبل تفتيش النساء بموجب خطابهم المرفق - وادعت على المحاضر معها في مجلس الحكم سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم قائلة في دعواها إن المدعى عليه تزوجني عام ١٤٢٨ هـ وطلقني بتاريخ ٢٥ / ٥ / ١٤٣١ هـ وهي الطلقة الأولى، ولم أرزق منه بأولاد، وقد بنت منه. أطلب إثبات طلاقي وإعطائي صكا بذلك. هذه دعواي وبعرض دعوى المدعية على المدعى عليها صادق على صحة ما ذكرته المدعية عن الزواج والطلاق والبينونة وأنها الطلقة الأولى وعدم الأولاد. وقال: لا مانع لدي من إثبات ذلك وإعطائها صكا بذلك وبسؤاله عن عقد النكاح أجاب بأنه مفقود فبناء على ما تقدم من الدعوى

والإجابة فقد ثبت لدي طلاق المدعى عليه للمدعية طلقه واحدة وأنها قد بانت منه وأفهمته بأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين. حرر في ١٧ / ٠٢ / ١٤٣٣ هـ.

ثالثاً: المقارنة والترحيح:

اتفق القضاء البحريني والسعودي على توثيق الطلاق والإشهاد عليه، إلا أن المنظم للقضاء البحريني نص على استحباب إيقاع الطلاق أمام القاضي؛ بغرض بذل القاضي محاولات الإصلاح، مع تلافي الآثار التي تترتب على عدم العلم بوقوع الطلاق، مع ضبط حاله وعدده، بالإضافة إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان آثار ما بعد الطلاق.

المبحث الثالث:

إذن القاضي وأثره في الرجعة:

وجه دخول مسائل هذا المبحث في إذن القاضي أن الفقهاء قالوا باستحباب الإشهاد على الرجعة، بل منهم من أوجبه، وهذا ما اعتبره المنظم في قانون الأسرة البحريني. وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بتوثيق الرجعة إما بحصولها أمام القاضي، أو بوجود البينة، أو بتصديق الزوجة الزوج.^(١)

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد عند الرجعة على قولين:

القول الأول: أن الإشهاد على الرجعة مستحب وليس بواجب. وهو مذهب الجمهور من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥). وهو مروى عن ابن مسعود، وعمار بن ياسر^(١).^(٢)

(١) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٧٥-٤٧٧.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٦/٦-١٧).

(٣) ينظر: الشرح الكبير للدردير، (٤٢٤/٢).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٣٣٦).

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٨٢/٢٣-٨٤).

القول الثاني: أن الإشهاد على الرجعة واجب. وهو قول الشافعي في القديم^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، وهو قول الظاهرية^(٥).

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على استحباب الإشهاد على الرجعة وعدم وجوبه بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا

ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعِظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ

وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿الطلاق: ٢﴾.

وجه الدلالة: أن الأمر في ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ محمول على النذب لا على

الوجوب، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فيصح البيع

(١) هو عمار بن ياسر بن عامر بن مالك الكناني المذحجي العنسي القحطاني، أبو اليقظان، (٥٧ق هـ -

٣٧هـ) صحابي، من الولاة الشجعان ذوي الرأي، وهو أحد السابقين إلى الإسلام والجهري به، هاجر

إلى المدينة، وشهد بدرًا وأحدًا والخندق وبيعة الرضوان. وكان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يلقبه "

الطيب المطيب"، وشهد الجمل وصفين مع علي، وقتل بصفين. [الأعلام ٥ / ٣٦].

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر للطباعة، (١٦/٦-١٧).

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٣٣٦).

(٤) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٣/٨٢-٨٤).

(٥) ينظر: المحلى، (١٠/٢٥١).

بلا إشهاد.^(١) ويؤكد ذلك أن الأمر بالشهادة عقيب قوله: ﴿أَوْفَارِقُوهُنَّ﴾، فهو يرجع إلى أقرب المذكورين يقيناً - وهو الطلاق - ولا تجب الشهادة فيه اتفاقاً، فكذلك ما قبله وهو قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ بطريق الأولى.^(٢)

نوقش: بأن من ان لم يُشهد في البيع فهو في كل ذلك عاص لله عز وجل.^(٣)

٢. قوله تعالى: ﴿وَيُعَوْلُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل الزوج أحق بالرجعة، وإنما يكون أحق بها إذا استبد بها، ثم إن البعل هو الزوج، وفي تسميته بعلاً بعد الطلاق الرجعي، دليل بقاء الزوجية بينهما، فالمباعدة هي المجامعة.^(٤)

٣. أن الرجعة في حكم استدامة النكاح السابق، ولذلك لا يحتاج إلى الولي ورضا المرأة.^(٥)

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٧/٦)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣٣٦/٣)، والمغني، (٥٥٩/١٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، (٨٣/٢٣).

(٣) ينظر: المحلى، (٢٥١/١٠).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٧/٦).

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي، دار الفكر، (١٧/٦)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣٣٦/٣).

٤. لأن الرجعة لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة، كسائر حقوق الزوج.^(١)

٥. أن ما لا يشترط فيه الولي، لا يشترط فيه الإشهاد، كالبيع.^(٢)

أدلة القول الثاني:

١. عن قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعِظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ

بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢].

وجه الدلالة: أن ظاهر الأمر الوجوب.^(٣)

٢. عن عمران بن الحصين^(٤) رضي الله عنه أنه سُئل عن رجل طلق امرأته ولم

يشهد وراجع ولم يشهد، قال عمران: "طلق في غير عدة وراجع في غير سنة

فليشهد الآن".^(٥)

(١) ينظر: المغني، (١٠/٥٥٩).

(٢) ينظر: المغني، (١٠/٥٥٩).

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٣٣٦)، والمغني، (١٠/٥٥٩).

(٤) هو عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي الكعبي، أبو نجيذ، (؟ - ٥٢ هـ) كان من فضلاء

الصحابة وفقهائهم. أسلم عام خيبر، وغزا مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غزوات. بعثه عمر بن

الخطاب إلى البصرة ليفقه أهلها. وكان قد اعتزل الفتنة فلم يقاتل فيها. [الإصابة ٣ / ٢٦].

(٥) أخرجه ابن شيبه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الإشهاد على الرجعة إذا طلق ثم رجع، برقم

(١٧٧٨٣)، ٤/٦٠، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب الرجعة، برقم (١٤٩٦٦)،

٣. أن الخلع استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه، كالنكاح، وعكسه

البيع. (١)

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من أصحاب القول الأول، بعدم وجوب الإشهاد على الرجعة، بل الأمر فيه على الاستحباب؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، بالإضافة إلى ضعف استدلال القول ثاني.

وقد أحسن المنظم في قانون الأسرة البحريني عندما حث على الإشهاد في الرجعة تحت طائلة توثيق الرجعة؛ وذلك لدفع ما قد يحصل من جحود، أو نزاع بين الزوجين. (٢)

٣٧٣\٧، والطبراني في المعجم الكبير برقم (٣٠٠)، ١٨\١٤٢، قال ابن الملقن في خلاصة البدر

المنير ٢\٢٢٦: إسناده حسن.

(١) ينظر: المغني، (١٠/٥٥٩).

(٢) ينظر: التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)، ص ٤٧٥.

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيق المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

حث المنظم لقانون الأسرة على الإشهاد في الرجعة تحت طائلة توثيق الرجعة^(١)،

ويظهر ذلك من التطبيق التالي:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة

حيث إنه بجلسة ١١/٥/٢٠١٠م حضر الطرفان وطلبا فتح باب المرافعة فاستجابت لها المحكمة، وقد تصادقا على إرجاع المدعي المدعى عليها إلى عصمته بتاريخ ١٢/٤/٢٠١٠م في عدتها، وعليه قررت المحكمة التأجيل لإصدار الحكم الشرعي .

(١) نصت المادة (٩٦) على: أ. تتحقق الرجعة بالقول أو الفعل أثناء العدة. ب. تثبت الرجعة بشاهدي عدل أو بتصديق الزوجة. ج. توثق الرجعة بالمحكمة، ولا يشترط إذن الزوجة، ولا بد من إعلامها. د. إذا اختلف الزوجان في الرجعة وعدمها فالقول قول النافي إذا لم توجد بينة.

وحيث إنه من المقرر شرعاً أن للزوج إرجاع زوجته إلى عصمته في عدتها من الطلاق الرجعي، فإنه لما كان ذلك، وكان الطرفان قد تصادقا على إرجاع المدعي للمدعى عليها إلى عصمته بتاريخ ١٢/٤/٢٠١٠م قبل انقضاء عدتها وقد طلبا تثبيت الرجعة .

فلهذه الاسباب حكمت المحكمة بالآتي :

ثبوت إرجاع المدعى عليها إلى عصمته بتاريخ ٢/٤/٢٠١٠م وتحرر للطرفين وثيقة رجعة .

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنية الثانية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية أيضاً توثيق الرجعة، ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

الحمد لله وحده وبعد فلدي أنا محمد بن عبد العزيز الفايز القاضي في المحكمة العامة بالرياض وبناء على المعاملة المحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بالرياض برقم وتاريخ ١٩/١١/١٤٣٠هـ المقيدة بالمحكمة برقم وتاريخ ١٩/١١/١٤٣٠هـ ففي يوم الاثنين الموافق ١٨/١٠/١٤٣١هـ افتتحت

الجلسة الساعة ١٢ : ١١ وفيها حضرت سعودية بموجب السجل المدني رقم والمعرف بها من قبل أخيها سعودي بالسجل المدني رقم وادعت على الحاضر معها في مجلس الحكم سعودي بالسجل المدني رقم قائلة في دعواها: إن المدعى عليه زوجي عقد عليّ النكاح في عام ١٤١٧هـ ولي منه ستة أولاد وهم المولوده في ١٢/٣/١٤١٨هـ و.... المولوده في ٢٨/١١/١٤١٩هـ و.... المولود في ٣/٢/١٤٢٢هـ و.... المولود في ٣٠/١/١٤٢٤هـ و.... المولود في ٢٩/٩/١٤٢٥هـ و.... المولود في ١٨/١/١٤٢٩هـ ، وقد طلقني قبل عشرة أشهر ولم يراجعني. أطلب إثبات طلاقي منه وجعل حضانه ابني لي وإلزامه نفقته، هذه دعواي . وبسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعية، صادق على النكاح والطلاق، وقال: إنني راجعتها عندكم بعد الطلاق. فقالت المدعية: لا أذكر ذلك. وبمراجعة جدول الجلسات ومناقشة الطرفين تبين لنا ثبوت مراجعة المدعى عليه للمدعية. وبعرضه على المدعية قررت قناعتها بمراجعتها لها. وبمداولة بين الطرفين أصرت المدعية على طلب الطلاق فأفهمتها اختيار حكّمين فاخترت أخاها المعرف بها واختار المدعى عليه والده ... ولذا رفعت الجلسة للكتابة للحكّمين إلى يوم الثلاثاء الموافق ١٧/١٢/١٤٣١هـ الساعة الحادية عشر وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . حرر في ١٨/١٠/١٤٣١هـ

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر من خلال ما سبق اتفاق القضاء البحريني والسعودي في الحث على الإشهاد على الرجعة من خلال اعتبار توثيقها في السجلات الرسمية واصدار الوثائق بذلك.

المبحث الرابع:

إذن القاضي وأثره في اثبات الحضانة:

وجه دخول هذا المبحث في إذن القاضي، أن أهل كل مذهب من المذاهب الأربعة طريقة خاصة في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم، ومن يقدم عند الاستواء في الاستحقاق، وقد نص قانون الأسرة على ترتيب معين ارتضاه^(١)، وأيضاً نص على أن للقاضي تقرير خلاف هذا الترتيب، لمصلحة المحضون.

وعمل القاضي في هذه المسألة هو الأمر بإثبات الحضانة لأحد مستحقيها، أو غيرهم عند عدم قبولهم إياها، بما يصب في مصلحة المحضون.

يقول الكاساني^(٢): (الحضانة تكون للنساء في وقت، وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها النساء؛ لأنهن أشفق وأرقق، وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر).^(١)

(١) نص القانون على تقديم الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب، ثم الأب. ثم أخت المحضون، ثم خالته، ثم جدته لأبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته. [ينظر: قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مادة (١٣٢)].

(٢) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين، (؟ - ٥٨٧ هـ). منسوب إلى كاسان، من أهل حلب. من

و قد اتفق الفقهاء على أن حضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائماً بينهما، فإن اختلفا فالحضانة لأم الطفل باتفاق^(٢)؛ لما ثبت من حديث عمرو بن العاص أن امرأة أتت رسول الله ﷺ، قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني. فقال ﷺ: ((أنت أحق به ما لم تنكحي))^(٣).

و لما كان لكل مذهب طريقة خاصة في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم ومن يقدم عند الاستواء في الاستحقاق، ستكون الدراسة في هذا المبحث عن طريق عرض المذاهب الأربعة. مع مراعاة أن الحضانة لا تنتقل من المستحق إلى من بعده من المستحقين، إلا إذا أسقط المستحق حقه في الحضانة، أو سقطت لمانع.

أئمة الحنفية. كان يسمى " ملك العلماء " . تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد. وتوفي بحلب. من تصانيفه: " البدائع " وهو شرح تحفة الفقهاء ، و " السلطان المين في أصول الدين " . [الأعلام للزركلي ٢ / ٤٦].

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٤١ / ٤).

(٢) ينظر: المغني، (٤١٣ / ١١)، (٤٢٠)، وذكر الموفق رواية ضعفها أن الجارية خاصة إذا لم تبلغ سبعاً، فلا تنتقل عن حضانة الأم حتى بعد تزوجها.

(٣) أخرجه أبو داود وحسنه الألباني. أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٦٧٠٧)، (٣١٠ / ١١)، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، برقم (٢٢٧٨)، (٢٥١ / ٢). وصححه الحاكم في المستدرک ٢ / ٢٢٥، ووافقه الذهبي. وصححه ابن الملقن في البدر المنير ٨ / ٣١٧، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤ / ٢٣٢: (رجاله ثقات).

أولاً: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن أم الأم تلي الأم في الحضانة إذا سقطت حضانة الأم لمانع، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأم لأبوي، ثم لأم، ثم الخالات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأب، - وتأخيرها عن الخالات هو الصحيح -، ثم بنات الأخ لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء.

ثم العصابات من الرجال بترتيب الإرث، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم بنوه كذلك، ثم العم، ثم بنوه. وإذا اجتمعوا قدم الأورع، ثم الأسن.

ثم إذا لم يكن عصابة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم، ثم يقدم الأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأبوين، ثم للخال لأم. فإن تساوا فأصلحهم، ثم أورعهم، ثم أكبرهم.^(١)

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، (٥/٢٦٣-٢٦٥).

ثانياً: مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم أم الأم، ثم جدة الأم، وتقدم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب، ثم خالة المحضون الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم عمّة الأم، ثم الجدة لأب، - وتشمل أم الأب، وأم أمه، وأم أبيه، مع تقديم القربى على البعدى -، ثم بعد الجدة من جهة الأب تكون الحضانة للأب، ثم أخت المحضون الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم العمّة، ثم عمّة الأب على الترتيب المذكور، ثم خالة الأب.

ثم اختلف بعد ذلك في تقديم بنت الأخ، أو بنت الأخت، أو تقديم الأكفأ منهن، والآخر هو الأظهر.

ثم الوصي، ثم الأخ، ثم الجد من جهة الأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم المعتق، ثم المعتق.

واختلف في حضانة الجد لأم، ومرتبته تكون بعد مرتبة الجد لأب. ويُقدم عند التساوي الأكثر صيانة وشفقة، ثم الأكبر سناً، ثم القرعة عند التساوي في كل شيء.^(١)

ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم البنت، ثم أمهات الأم اللاتي يدلن بنات وارثات، تقدم القربى فالقربى، ثم الصحيح بعد ذلك تنتقل الحضانة إلى أم الأب؛ وإنما قدمت أمهات الأم على أم الأب لوفور شفقتهم، ولأنهن أقوى ميراثاً من أمهات الأب، ثم بعد أم الأب أمهاتها المدليات بنات وارثات، ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بنات وارثات، ثم أم أبي الجد، ثم أمهاتها المدليات بنات وارثات، وتقدم من كل ذلك القربى فالقربى، ثم الأخت الشقيقة ثم التي لأب، ثم التي لأم، ثم لحالة بهذا، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة من الأب والأم، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم.

والأصح إثبات حق الحضانة للإناث غير المحارم كبنت الخالة، وبنت العمة، وبنت الخال، وبنت العم؛ لشفقتهم بالقرابة وهدايتهم إلى التربية بالأنوثة.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٥٢٧-٥٢٨)

أما بالنسبة لحضانة الرجال فهي تثبت لكل محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، فيقدم أب، ثم جد وإن علا، ثم أخ شقيق، ثم لأب، وهكذا كترتيب ولاية النكاح.

كما تثبت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثاً، كابن العم؛ لو فور شفقتة بالولاية. فإن فقد الذكر الإرث والمحرمية معاً، كابن الخال، وابن العممة، أو فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية، كالخال وأبي الأم، فلا حضانة لهم في الأصح.

وإذا اجتمع للمحزون مستحقون من الذكور والإناث قدمت الأم، ثم أمهات الأم المدليات بإنات، ثم الأب، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب، ويقدم الأصل على الحاشية مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى، كالأخ والأخت؛ لقوة الأصول، فإن فقد الأصل وهناك حواش، فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب؛ كالإرث، ذكراً كان أو أنثى.

وإن استوا وفيهم ذكر وأنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر. وإن استوى اثنان من كل وجه كأخوين وأختين، وخالتين، أقرع بينهما قطعاً للنزاع.^(١)

(١) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٤٥٢-٤٥٤)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٧/٢٢٥-٢٢٩).

رابعاً: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهات الجد القربى فالقربى، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العممة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة أمه كذلك، ثم خالة أبيه، ثم عممة أبيه، ثم بنات إخوته وبنات أخواته، ثم بنات أعمامه وبنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه، تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب.

ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب. فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة.

وأما ترتيب الرجال فأولاهم الأب، ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم.

وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساووا، كأخوين شقيقين، قدم المستحق منهم بالقرعة.

وإذا لم يكن للحاضن أحد ممن ذُكر، انتقلت الحضانة لذوي الأرحام في أحد الوجهين؛ لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى، فيقدم أبو أم، ثم أمهاته، ثم أخ من أم، ثم خال، ثم حاكم يسلمه إلى من يحضنه من المسلمين. وفي الوجه الآخر لا حق لذوي الأرحام من الرجال وينتقل الأمر للحاكم.

وفي كل موطن اجتمع فيه أخ وأخت، أو عم وعمة، أو ابن أخ وبنت أخ، أو ابن أخت وبنت أخت، قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور؛ لأن الأنوثة هنا مع التساوي توجب الرجحان.^(١)

الترجيح:

المتأمل لأقوال الفقهاء في هذه المسألة، يستشعر أن سبب هذا الخلاف العريض في ترتيب مستحقي الحضانة، يعود إلى خلو المسألة عن نص ظاهر، وبالتالي التمس كل مذهب من المذاهب ما يراه الأصح للمحضون، بناءً على قواعد ارتضوها في مذاهبهم.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في تخيير من يتصرف لغيره كالإمام والولي: (الإمام إذا خير في الأسرى بين القتل والاسترقاق والمن والفداء، فعليه أن يختار الأصح

(١) ينظر: كشف القناع عن متن الاقناع، طبعة عالم الكتب، (٤/٤٣٢-٤٣٤)، المغني، (١٢/٤٢٢-٤٢٧).

للمسلمين، ثم قد يصيب ذلك الأصلح للمسلمين فيكون مصيباً في اجتهاده، حاكماً بحكم الله، ويكون له أجران، وقد لا يصيبه فيثاب على استفراغ وسعه، ولا يأثم بعجزه عن معرفة المصلحة؛ كالذي ينزل أهل حصن على حكمه... ولكن معنى قولنا: يخير، أنه لا يتعين فعل واحد من هذه الأمور في كل وقت، بل قد يتعين فعل هذا تارة، وفعل هذا تارة... وهكذا سائر ما يخير فيه ولاية الأمر ومن تصرف لغيره بولاية... لا يخبرون تخير مشيئة وشهوة، بل تخير اجتهاد ونظر وطلب وتخري للأصلح... كالإمام في تولية من ولاه الحرب والحكم والمال، يختار الأصلح فالأصلح، فمن ولى رجلاً على عصابة وهو يجد فيهم من هو أَرْضَى اللهُ منه فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين.

وهذا بخلاف من خير بين شيئين وله أن يفعل أيهما شاء، كالمكفر إذا خير بين الإطعام والكسوة والعتق، فإنه وإن كان أحد الخصال أفضل فيجوز له فعل المفضل^(١).

وعلى هذا، يترجح القول بجواز مخالفة القاضي ترتيب مستحقي الحضانة عند اقتضاء المصلحة، بل له أن يختار من يراه صالحاً من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو حتى مؤسسات المجتمع المدني، تحقيقاً للمصلحة.

(١) المستدرک علی مجموع فتاویٰ شیخ الإسلام، (٥/ ٧٠-٧٤).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيقات المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون الأسرة على ترتيب معين في ترتيب مستحقي الحضانة، ولكن المنظم أعطى القاضي سلطة تقديرية تمكنه من مخالفة هذا الترتيب، سواء أكانت المخالفة تحقيقاً لمصلحة المحضون أو كانت ناتجة عن تصالح الأبوين ونحوهم.^(١)

وكذا الشأن في زيارة المحضون، أعطى المنظم القاضي سلطة تقديرية تمكنه من تقرير زيارة واستزارة واصطحاب المحضون من أقاربه^(٢). ويظهر ذلك من التطبيقات التالية:

(١) نصت المادة (١٣٢) على أن: الحضانة من واجبات الأبوين معاً ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فهي للأم، ثم للإم الإم وإن علت، ثم للأم الأب، ثم للأب، كما تكون الحضانة لأخت المحضون، ثم خالته، ثم جدته لأبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون، ويقدم في الجميع الشقيق، ثم للأم ثم لأب. وكذلك نصت المادة (١٣٣) على أنه: إذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، اختار القاضي من يراه صالحاً من أقارب المحضون، ثم من غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض.

(٢) جاء في نص المادة (١٤٢): أ. إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين، فيحق للآخر زيارته واستزارته

التطبيق الأول:

على سند من القول: أن المدعية زوجة المدعى عليه بصحيح عقد الزوجية المرفق، وبما أن الحياة الزوجية لا تسلم من الشقاق ولا تخلو من الخلاف وبما أن الصلح خير؛ من أجله أقيمت الدعوى بغية الطلب السابق.

وحيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين وفي الوقت الحاضر اتفقا على بندين:

الأول: أن يبقى الطفل (.....) في حضانة المدعى عليه (الأب) وأن تقوم والدته بالتربية والرعاية والقيام بشئونه.

الثاني: أن يمكن المدعية (الأم) من استزارة الطفل وأخذه من يوم الخميس ولغاية السبت.

كما قام المدعى عليه بتطبيق المدعية في جلسة ١٢ / ٥ / ٢٠١١ بقوله: (زوجتي طالق) بعد أن قامت بالتنازل عن مؤخر الصداق.

وحيث إن الاتفاق والصلح ينهيان الخصومة ويؤديان إلى الصلح والوفاق لقوله

عز وجل: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وقوله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا

واصطحابه حسبما يقرر القاضي. ب. إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائبا يحق لأقارب

المحضون المحارم زيارته واستزارته واصطحابه حسبما يقرر القاضي. ج. إذا كان المحضون لدى غير

أبويه يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم))، وقد تقدم الطرفان باتفاق صلح وطلباً من المحكمة إصدار حكم بموجبه والمحكمة تستجيب لهما على ما تقرر في قانون الأسرة بموجب المادة رقم (١٠١)^(١) وعلى ما هو آت في منطوق الحكم، كما تقرر واقعة الطلاق.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

صحة الاتفاق السابق والمكون من بندين ووجوب العمل به والتقييد بمقتضاه وثبوت طلاق المدعية من المدعى عليه طلقة رجعية ويحمر لهما وثيقة طلاق.

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية

التطبيق الثاني:

حيث إن المستأنف قدم استئنافه بلائحة قدمت إلى قسم تسجيل الدعاوى بتاريخ ٢٠١١/٢/٦ مستوفاة الرسوم أعلنت قانوناً طعن فيه على الحكم الصادر في الدعوى الابتدائية المقيدة تحت رقم.....الصادر بتاريخ ٢٠١١/٢/٢ طالباً بالحكم بعدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص، شارحاً ذلك بأن عقد النكاح عُقد

(١) نص المادة (١٠١): أ. للزوجة طلب التطلق للضرر الذي يعتذر معه دوام العشرة بين الزوجين. ب. على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين. ج. إذا عجز القاضي عن الإصلاح، وثبت الضرر، حكم بالتطلق.

وفقاً لأحكام المذهب الجعفري، إضافة إلى أن الحاضنة الأجنبية وغير مقيمة في بلد المحضون مما يخالف الشرع الحنيف فيما قضى به، الأمر الذي حدا بالمستأنف إقامة استئنافه بطلبه السابق .

وحيث إن دفع المستأنف بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى دفع في غير مكانه، ونعي في غير محله؛ وذلك إعمالاً لما هو مقرر قانوناً بموجب المادة (١٤) والتي تنص على أن يكون اختصاص محاكم القضاء الشرعي أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى، واستثناءً من أحكام الفقرة السابقة يكون الاختصاص في القضايا المترتبة على عقود الزواج على أساس المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه، ويتحدد ذلك على حسب الدائرة الشرعية أو مأذونها الذي وثق عقد الزواج، من المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ من قانون المرافعات الشرعية .

وحيث إن المدعية حال رفع الدعوى تنتمي إلى المذهب السني وأن عقد النكاح أبرم في المحكمة الشرعية بدبي وفق المذهب السني، مما يعني أنه ليس مجهلاً في أي الدائرتين يعادل، وقد تمت معادلته تصحيحاً في الدائرة السنية بشهادة إثبات زواج بحرينية قيدت تحت رقم مما يترتب على ما تقدم انعقاد الاختصاص

للمحكمة الشرعية السنية، بموجب المادة (١٤) من قانون المرافعات السالف ذكرها.

وحيث إنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن أم الأم تلي الأم في حضانة الأولاد وذلك على ما نصت عليه المادة (١٣٢) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ ينص على أن "الحضانة من واجبات الأبوين معاً مادامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فهي للأم، ثم لأم الأم وأن علت، ثم لأم الأب، ثم للأب، كما تكون الحضانة لأخت المحضون، ثم خالته، ثم جدته لأبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون، ويقدم من الجميع الشقيق، ثم للأم ثم للأب"^(١).

وحيث إن قانون أحكام الأسرة أعطى المحاضنة حق الإقامة مدة الحضانة إذا كان المحضون يحمل الجنسية البحرينية طبقاً للمادة رقم (١٣٩)^(٢) من قانون أحكام الأسرة.

وحيث إن الاستئناف قدم في ميعاده القانوني فهو مقبول شكلاً.

(١) في نص الحكم: "ثم الأم ثم الأب"، وهذا غلط، وما أثبتته هو نص المادة.

(٢) نص المادة (١٣٩): لمستحق الحضانة الحق في الإقامة في البلاد مدة حضانته إذا كان المحضون يحمل الجنسية البحرينية، ما لم يصدر الحاضن حكم يقضي بتسفيره.

وحيث إنه بعد الإمعان في حيثيات حكم أول درجة وما آل إليه من منطوق قد وافق الصواب فيما حكم به.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي :

قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

قضاة المحكمة الكبرى الاستئنافية الشرعية - الدائرة السنية الثانية

التطبيق الثالث:

تتحصل الوقائع أن المستأنف أقام استئنافه بلائحة قدمت إلى قسم تسجيل الدعاوى بالمحكمة مستوفاة الرسوم ومعلنة قانوناً، طلب في ختامها الحكم له بإلغاء الحكم المستأنف، واحتياطياً احالة الدعوى للتحقيق، تأسيساً على أنه لم يرتض الحكم الابتدائي لذا طعن عليه بالاستئناف المائل، للأسباب المدونة باللائحة.

وحيث إنه بعد النظر والتأمل في الحكم الابتدائي رأينا أنه خالف صحيح الشرع^(١) والقانون، وأن الحكم بضم حضانة الأبن (حسين) إلى والدته المستأنف ضدها جاء مخالفاً للاتفاق المبرم بين الطرفين المدون في الدعوى رقم بتاريخ

(١) كان الأولى تجنب مثل هذا التعبير؛ فحيثيات كل قضية تختلف عن غيرها.

٢/١٠/٢٠٠٢ في بنده (ثانياً) والذي اشترط انتقال الحضانة بالنسبة للولد (حسين) إلى والده المستأنف بعد بلوغه ست سنوات.

وحيث إن تعليل المستأنف ضدها بأن المستأنف لم يطالب بالحضانة بعد بلوغ الولد (حسين) ست سنوات أن ذلك مسقط لحقه في المطالبة عملاً بالمادة رقم (١٣٠) من قانون أحكام الأسرة أنه ليس تعليلاً صحيحاً موافقاً للقانون؛ إذ أن الحضانة تنتقل بحسب الشرط مباشرة للمستأنف دون اشتراطاً إقامة دعوى لحصوله على هذا الحق والمسلمون على شروطهم.

وحيث إن حق الحضانة انتقل من عمود المستأنف ضدها إلى عمود المستأنف باستحقاق أم الأب لحضانة الولدين (سلمان ومريم) بموجب حكم سابق رقم صادر في ١٥/٥/٢٠٠٤م، وعليه فتنتقل حضانة الولد (حسين) حيثما انتقلت بالنسبة لأخويه.

وحيث إن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة (١٢٧) من قانون أحكام الأسرة أن الحضانة هي حفظ الولد وتربيته ورعايته.

وحيث إن المحكمة ترى أن بقاء الولد (حسين) مع أخويه (سلمان ومريم) فيه المصلحة الكاملة له.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

أولاً: قبول الاستئناف شكلاً لتقديمه في الميعاد القانوني.

ثانياً: وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً برفض دعوى المدعية.

قضاة المحكمة الكبرى الاستئنافية الشرعية

الدائرة السنية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية أيضاً أعمال مصلحة المحضون في تقرير الحاضن له، حتى ولو كانت الأم متزوجة، ورأى القاضي أن الأصلح للمحضون بقاءه مع أمه.

ولكن يختلف القضاة في وجود المصلحة أو عدمها، وبعضهم يجعل مصلحة المحضون دائماً البقاء عند والدته، وهذا فيه نظر.

ويظهر بيان ما سبق من خلال التطبيق التالي:

الحمد لله وحده وبعد ففي يوم السبت الموافق ١٤٣١/٦/٢٢ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٠٧ : ٠٩ وفيها حضرت (الجدة) سعودية بالسجل المدني رقم والمعرف بها من قبل ابنها سعودي بالسجل المدني رقم وادعت على قائلة في دعواها إن المدعى عليه أصالة كان زوجا لابنتي

سميره وقد طلقها قبل أربع سنوات ولها منه بنت اسمها (ماريه) المولودة بتاريخ ١٤٢٧/٨/٢٢ هـ، وقد أخذ المدعى عليه البنت قبل شهرين ولم يعدها حتى الآن، وقد تزوجت بنتي سميرة، أطلب حضانة حفيدي ماريه، وإلزام المدعى عليه تسليمها لي، ولا مانع لدي من تحديد زيارتها لأبيها. وبسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعية صادق على ما ذكرت من الزواج والطلاق والبنت وأنه أخذها قبل شهرين، وقال إن مطلقته تزوجت فتكون الحضانة له، ولذا فهو غير مستعد لتسليم الطفلة، ولكنه مستعد بالالتزام بالزيارة إذا حددتموها. وبمحاولة الصلح بين الطرفين لم يصطلحا على شيء كما جرى بعث الطرفين لقسم الخبراء لمحاولة الإصلاح بينهما فوردنا قرارهم رقم يتضمن تعذر الصلح بينهما . هذا ثم إن المدعى أصر على طلب حضانة بنته. فأفهمته أن حضانة من كان دون السابعة للنساء وليس للرجال فيها حق. فقال أطلب إدخال والدتي في الدعوى وسوف أحضرها لديكم الجلسة القادمة، فأجبت له لطلبه. حرر في ١٤٣١/٦/٢٢ هـ

وفي يوم الثلاثاء الموافق ١٤٣١/٨/٨ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٤٧ : ١١ وفيها حضر الطرفان وكان المدعى عليه قدم دعوى من أمه تطالب بحضانة البنت. وبعرضه على المدعي قال: لقد نص الفقهاء على أن الحضانة تنقل للأم قال في المغني (٩/١٤٠) ما نصه: (وإن اجتمعت أم الأم وأم الأب فأم الأم أولى). وبعرضه على المدعى عليه قال هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء. وذكر الطرفان أن أم الطفلة وأمها

تقيمان في الرياض وأن الأب المدعى عليه وأمه يقيمان في مدينة بريدة. فبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة وحيث إن أم الطفلة مقيمة في الرياض عند أمها والأب يقيم في القصيم. وقرب الطفلة من أمها لزيارتها كل فترة أحسن للطفلة وبخاصة أنها لا تزال صغيرة لذا فقد حكمت بإلزام المدعى عليه تسليم الطفلة للمدعية لحضانتها حتى تبلغ السابعة فينظر في حينه. وللأب مؤقتاً أخذ ابنته ثلاثة أيام كل شهر لزيارتها وبعرضه على الطرفين قنعت به المدعية ولم يقنع به المدعى عليه وأفهمته بتقديم لائحته حسب النظام وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ٨ / ٨ / ١٤٣١ هـ

وفي يوم الأحد الموافق ١٣ / ١٠ / ١٤٣٢ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٥٢ : ٠٩ وفيها قد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٧٩٣ / ش / ب وتاريخ ٢٥ / ١١ / ١٤٣١ هـ ونص الحاجة منه ما يلي : (وبدراسة الصك وصورة ضبطه وأوراق المعاملة ذكر المدعى عليه في في لائحته الاعتراضية أموراً مهمة تستحق المناقشة تضمنت طعناً في صلاحية جدة الطفلة المحكوم لها بالحضانة بعدم قدرتها على القيام بشؤون الحضانة لكبرها وضعفها وكذلك وجود قنوات فضائية في المنزل وغير ذلك مما يتعين معه مناقشة جميع ذلك مع الطرفين والتحقق منه بما يحقق مصلحة المحضون الدينية والدنوية مع الرجوع إلى كلام أهل العلم الأولوية للحضانة مع بحث مصلحة المحضون) وقد حضر المدعي وكالة ولم يحضر المدعى

عليه ولا وكيل عنه وكنا قد حددنا عدة مواعيد لحضور المدعى عليه لسماع ما لديه وبلغ بها ولم يحضر وهي الجلسات المؤرخة في ١٤٣٢/٠٢/٠٨ هـ و١٤٣٢/٠٢/٢١ هـ وقد جرى دراسة اللائحة الاعتراضية للمدعي مرة أخرى من قبلنا وجرى تأمل الموضوع ولم يظهر لنا سوى ما حكمنا به وأمرنا برفعه لمحكمة الاستئناف وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم حرر في ١٤٣٢/٠٥/١٣ هـ.

وفي يوم الأربعاء الموافق ١٤٣٢/٧/٢٠ هـ افتتحت الجلسة وقد عادة المعاملة من محكمة الاستئناف (الحمد لله وحده وبعد: فقد اطلعنا على هذا الصك رقم وتاريخ ١٤٣١/٩/٤ هـ الصادر من فضيلة القاضي بالمحكمة العامة بالرياض واصدرنا القرار وتاريخ ١٤٣٢/٧/١٠ هـ المتضمن أنه لم يظهر للأكثرية ما يوجب الاعتراض بعد الإجراء الأخير. والله الموفق أهـ) وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . حرر في ١٤٣٢/٧/٢٠ هـ

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

يظهر مما سبق اتفاق القضاء البحريني والسعودي على اعتبار مصلحة المحضون عند اختيار المحاضن له، وهذا هو المعتبر كما سبق، وقد أحسن المنظم لقانون أحكام الأسرة عندما نص على اعتبار مصلحة المحضون في أكثر من موضع.

المبحث الخامس:

إذن القاضي وأثره في تقدير النفقة:

وجه دخول مسائل هذا المبحث في إذن القاضي أن اثبات النفقة وتقديرها مناط بالاجتهاد القضائي، إن لم يصطلح عليها الزوجان، قال ابن قدامة: (ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء)^(١). وعمل القاضي هاهنا هو الأمر بإثبات النفقة وتقديرها عند رفع الأمر إليه.

يظهر اتفاق الفقهاء على اشتراط إذن الحاكم، لاقتراض النفقة الواجبة على المنفق، إذا غاب أو امتنع عن دفع النفقة الواجبة عليه، وكان الأمر قد رُفِعَ إلى الحاكم؛ لأنه لا سبيل لإيجاب الدين على المنفق إلا بإذن الحاكم؛ لما له من ولاية كاملة عليه.^(٢)

أما في المرجع لتقدير النفقة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

(١) المغني، (١١/٣٥٢).

(٢) ينظر: فتح القدير، دار الفكر، (٤/٣٩٠)، ورد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب، (٥/٣٠٨-٣٠٧)، (٥/٣٢٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٥٢٠)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، (٦/٣٧٧)، (٦/٤٩٣)، والمغني، (١١/٣٥٢)، وكشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، (٤/٤٢٢).

القول الأول: أن النفقة مقدرة بالكفاية في العرف والعادة. وهذا القول هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن النفقة مقدرة بمقدار محدد، وهذا مذهب الشافعية^(٤).

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على أن التقدير في النفقة يكون بالكفاية على ما يقتضيه العرف والعادة بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وجه الدلالة: بأن الله عز وجل أوجب على المولود له - وهو الزوج - نفقة زوجته مطلقاً عن التقدير، فمن قدر فقد خالف النص. ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة، كرزق القاضي والمضارب^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢٣/٤).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٥٠٩/٢).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٢٤/٢٨٩، ٢٩٣)، والمغني، (١١/٢٤٩).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٤٢٦)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج،

(٣/١٩٦). والظاهر من كلام الشافعية أنهم يجعلون التحديد خاصاً بنفقة الإطعام أما في غيرها فقد

نصوا على أن المعتبر الكفاية كما في نفقة الكسوة.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢٣/٤)، والمغني، (١١/٢٥٠).

٢. قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

وجه الدلالة: أن اعتبار الإنفاق يكون بعادة أمثال الزوج والزوجة، فلو طلبت أزيد من عادة أمثالها، أو طلب هو أنقص مما جرت عادة أمثالها، فلا يلتفت إليهما في ذلك، ويرد كل واحد لعادة أمثاله.^(١)

٣. عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة^(٢)، امرأة أبي سفيان،

على رسول ﷺ. فقالت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل شحيح. لا

يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه،

فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: ((خذي من ماله

بالمعروف، ما يكفيك ويكفي بنيك))^(٣).

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/ ٥٠٩).

(٢) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس العبشمية، أم معاوية بن أبي سفيان (؟ - ١٣ هـ). أسلمت

زمن الفتح وشهدت اليرموك. وكانت هند من أحسن نساء قريش وأعقلهن، ولها شعر جيد.

[الأعلام ٢/ ١٦٦].

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما

يكفيها وولدها من معروف، برقم (٥٠٤٩)، ٢٠٥٢/٥، ومسلم في صحيحه واللفظ له، كتاب

الأفضية، باب قضية هند، رقم (١٤١٧)، ٣/ ١٣٣٨.

وجه الدلالة: أمر النبي ﷺ هنداً بأن تأخذ ما يكفيها وولدها من مال زوجها بالمعروف دون أن يقدر ذلك بمقدار معين ، والمعروف هو المقدر عرفاً بالكفاية ، فدل هذا على أن نفقة الزوجة مقدرة بكفايتها لا بالشرع.^(١)

٤. عن جابر بن عبد الله^(٢) أن رسول الله ﷺ قال: ((فاتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله. ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)).^(٣)

وجه الدلالة: فرسول الله ﷺ قيد النفقة الواجبة على الأزواج للزوجات بالمعروف، والمعروف إنما هو الكفاية دون غيره؛ لأن ما نقص عن الكفاية فيه إضرار

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١١/٢٤٩).

(٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام. أنصاري، سلمى، (١٦ ق هـ - ٧٨ هـ). صحابي، شهد بيعة العقبة. وغزا مع النبي صلى الله عليه وسلم ١٩ غزوة. أحد الكثيرين من الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم، وكانت له في أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي ويؤخذ عنه فيها العلم. كف بصره قبل موته بالمدينة رضي الله عنه. [الأعلام للزركلي ٢ / ٩٢].

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، برقم (١٢١٨)،

بالزوجة، فلا يعد معروفاً. وكذلك ما زاد على الكفاية فإنه يعد سرفاً وليس بمعروف؛ لكون السرف ممقوتاً، فكان المعروف هو الكفاية. (١)

٥. قياس نفقة الزوجة على نفقة الأقارب، بجامع أنها غير مقدرة بمقدار محدد وإنما هي على الكفاية، فتكون نفقة الزوجة على الكفاية.

٦. أن النفقة وجبت على الزوج بكون الزوجة محبوسة بحق الزوج، ممنوعة عن الكسب لحقها، فكان وجوبها بطريق الكفاية. (٢)

أدلة القول الثاني:

١. قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

وجه الدلالة: المقصود قدر سعة المنفق؛ فدل ذلك على أن النفقة مقدرة. (٣)

نوقش: أن الآية حجة على المستدل؛ لأن فيها أمر الذي عنده السعة بالإنفاق على قدر السعة مطلقاً عن التقدير بالوزن، فكان التقدير به تقييداً لمطلق، فلا يجوز إلا بدليل. (١)

(١) ينظر: المغني، (١١/٢٥٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٤/٢٣).

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٣/٤٢٦).

٢. قياس نفقة الزوجة على الكفارة، بجامع أن كلا منهما مال وجب بالشرع،

ويستقر بالذمة.^(٢)

نوقش: أن نفقة إطعام واجبة، وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية. والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة، بل لكونها عبادة محضة؛ لوجوبها على وجه الصدقة، كالزكاة^(٣). ثم إن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدرة بالكفاية، وإنما اعتبر الشرع بها في الجنس دون القدر، ولهذا لا يجب فيها الأدم.^(٤)

٣. أنه لو فتح باب الكفاية للنساء الواجب من غير تقدير، لوقع التنازع لا إلى

غاية، فتعين التقدير اللائق، بالعرف الشاهد له تصرف الشارع.^(٥)

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢٣/٤).

(٢) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٤٢٦/٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٢٣/٤).

(٤) المغني، (٢٥٠/١١).

(٥) ينظر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، (١٩٦/٣).

الترجيح:

يترجح لدي - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أصحاب القول الأول؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، مع سلامته من المناقشة، بالإضافة إلى ضعف استدلالات القول الثاني، وورود المناقشة عليها.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء، أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة، وحال الزوجين وعادتهما).^(١)

ولكن عند إعمال العرف يتوجب مراعاة أمرين اثنين:

الأول: ضرورة التفريق بين ما كان فيه العرف على الوجوب، وبين ما كان العرف فيه على الاستحباب، ويكون الإلزام والوجوب خاص بالعرف الواجب.

الأمر الآخر: التثبت من عدم مخالفة العرف أو العادة دلالات النصوص الشرعية.

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية، (٨٣/٣٤).

الدراسة التطبيقية

أولاً: تطبيقات المسألة في قانون أحكام الأسرة البحريني:

نص المنظم لقانون أحكام الأسرة على أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكن، وغيرها مما يقتضيه العرف، ونص على أن التقدير فيها يرجع إلى الاجتهاد القضائي، مع مراعاة حال المنفق والمنفق عليهم بالإضافة إلى مراعاة الزمان والمكان والأعراف^(١)، ونتيجةً لهذه المراعاة نص المنظم على عدم الإخلال بالوضع الاجتماعي والتعليمي للأولاد على ما كان عليه قبل حصول فرقة الأبوين^(٢). ويظهر ما سبق من خلال التطبيقات التالية:

-
- (١) نصت المادة (٤٤) على أنه: تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن، وغيرها مما يقتضيه العرف. وأيضاً نصت المادة (٤٥) على أن: النفقة تقدر بالاجتهاد القضائي، وتؤسس بالنظر لسعة المنفق وحال المنفق عليهم، مع مراعاة الزمان والمكان والأعراف.
- (٢) نصت المادة (٦٣) على: مع مراعاة حكم المادة (٤٥) من هذا القانون، يراعى في تقدير نفقة الأولاد بعد الطلاق أو عند الفرقة ألا تتضمن مساساً بوضعهم الاجتماعي أو التعليمي الذي كانوا عليه.

التطبيق الأول:

حيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين بجلسة ١٠/٣/٢٠١١ تصادقا على وقوع ثلاث طلاقات، أوقعها المدعي على المدعى عليها، الأولى في ٦/٣/٢٠٠١، والثانية في ٢٠/٩/٢٠٠٤، والثالثة في ٦/٣/٢٠٠٨ أوقعها المدعي في طهر صحيح وبكامل إرادته ووعيه، كما استعد أن يدفع للمدعى عليها متعة الطلاق لمدة سنة مبلغاً وقدره -/٦٠٠ دينار (ست مائة دينار بحريني) إعمالاً لأحكام المادة (٩٤)^(١) فقرة (ب) من قانون أحكام الأسرة.

من أجله حكمت المحكمة بالتالي:

أولاً: ثبوت طلاق المدعي للمدعى عليها طلاقاً بائناً بينونة كبرى فلا تحل له من بعد إلا أن تنكح زوجاً غيره في عقد صحيح ودخول بين وتحرر للطرفين وثيقة طلاق بذلك .

(١) نص المادة (٩٤): أ. تستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق إذا كان مسمى وإلا فنصف مهر مثيلاتها. ب. تستحق المطلقة بعد الدخول متعة الطلاق إذا كان بغير سبب، وتقدر بحسب يسر المطلق، ومدة الزواج، وظروف الطلاق، وذلك مع مراعاة أحكام البند (د) من المادة (٥٢). وكان نص المادة (٥٢): أ. تجب النفقة الشاملة للمعتدة من طلاق رجعي أو فسخ أو دخول في زواج غير صحيح. ب. لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن بسبب يرجع إليها، وإنما لها حق السكن طوال عدتها. ج. متى كانت المطلقة حاملاً وجب لها على مطلقها نفقة وكسوة ومسكن خلال عدتها التي تنتهي بالوضع. د. إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة.

ثانياً: إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية متعة الطلاق لمدة سنة مبلغاً وقدره -
/ ٦٠٠ دينار (ست مائة دينار بحريني).

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية

التطبيق الثاني:

حيث إن المدعية أقامت دعوى بلائحة قدمت إلى قسم تسجيل الدعاوى بتاريخ
٣٠ / ١١ / ٢٠١١ مستوفاة الرسوم أعلنت قانوناً طلبت بعد تعديل طلباتها بجلسة
٥ / ١ / ٢٠١٢ الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مؤخر صداقها ومتعة
الطلاق وعدة الطلاق لثلاثة أشهر على سند من القول أنها مطلقتة وأنه لم يدفع لها
حقها الشرعي الأمر الذي حدا بها إلى إقامة دعواها الماثلة بطلباتها السابقة .

وحيث إنه بجلسة ١ / ٢ / ٢٠١٢ حضر وكيل المدعية دونها وحضر المدعى عليه
وقدم نسخة من اقرار كافله صادر من مكتب التوثيق بوزارة العدل مذيّل بتوقيع
الكافل بحريني الجنسية رقمه الشخصي ، وطلب المدعى عليه رفع
منعه من السفر، وعليه قررت المحكمة التأجيل لجلسة ١٦ / ٢ / ٢٠١٢ للحكم
ورفع منع السفر عن المدعى عليه.

وحيث إن الصداق حق المرأة طبقاً للمادة (٣٠) من قانون أحكام الأسرة الصادر
بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.

وحيث إن المطلقة تستحق عدة طلاق طبقاً للمادة (٥٢) ومتعة طلاق طبقاً للمادة (٥٢) الفقرة (د) والمادة (٩٤) الفقرة (ب) من قانون أحكام الأسرة مع مراعاة حال المنفق يسراً وعسراً.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

أولاً: إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مؤخر صداقها البالغ قدره - /٥٠٠٠ دينار (خمسة آلاف دينار أردني).

ثانياً: إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية متعة طلاق ونفقة عدة مبلغاً وقدره - /٤٥٠ ديناراً (أربعمائة وخمسون ديناراً بحرينياً).

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية

الدائرة السنية

التطبيق الثالث:

حيث إن المدعية أقامت دعوى مستوفاة الرسم وقد ختمت طلبها بعد الإعلان بنفقة العدة لثلاثة شهور ومتعة طلاق لسنة؛ حيث إنها طلقت بعد الدخول بموجب الوثيقة المرفقة المؤرخة في ٧/٦/٢٠١١م. وبجلسة ١١/٤/٢٠١٢ حضرت ممثلة المدعية وحضر المدعى عليه واستعد أن يدفع مبلغاً وقدره (- /٢٠٠)

دينار شامل النفقة ومتعة الطلاق، وعليه قررت المحكمة التأجيل لجلسة ٢٦/٤/٢٠١٢م لإصدار الحكم الشرعي.

وحيث إن المادة رقم (٥٢) وفي الفقرة (أ، ب، ج) نصت على وجوب النفقة الشاملة للمعتدة من طلاق رجعي أو فسخ أو من دخول في زواج غير صحيح كذا إذا كان الطلاق بائناً بسبب يرجع إليه كما أفادت بعموم الحال إذا كانت المطلقة حاملاً حتى تضع حملها ويثبت لهؤلاء المعتدات نفقة شاملة ما تشمله نفقة الزوجية باعتبار أن المعتدة هي زوجة حكماً أو اعتباراً، كما تقرر أنها تستحق النفقة ما يثبت العدة وبحد أقصى سنة من ابتدائها.

وحيث إن المادة رقم (٥٢) الفقرة (د) والمادة رقم (٩٤) الفقرة (ب) من قانون أحكام الأسرة رقم ١٩ الصادر في عام ٢٠٠٩ قررتا أن الطلاق إذا كان من قبل الزوج فلها متعة تقدر بسنة مع مراعاة حال المنفق يسراً وعسراً كما ثبت أن المدعى عليه معسراً.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالتالي :

الزام المدعى عليه أن يدفع للمدعية نفقة عدتها ومتعة طلاق لمدة سنة بواقع (-) /٢٠٠٠) دينار شاملة.

قضاة المحكمة الكبرى الشرعية - الدائرة السنوية الثانية

ثانياً: عمل القضاة في المحاكم السعودية:

المعمول به في المحاكم السعودية أيضاً اعتبار العرف في تقدير النفقات، وأنواعها، فلو كان عرف البلد، اعتبار نفقة التعليم مثلاً، فإن القضاة يعتبرونها.

ويظهر ذلك من خلال التطبيق التالي:

الحمد لله وحده وبعد، ففي يوم الثلاثاء الموافق ٨ / ١٠ / ١٤٣٢ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٢١ : ١١ وفيها حضرت يمنية الجنسية والمضافة في إقامة زوجها المدعى عليه الحاضر معها في مجلس الحكم يماني الجنسية بموجب الإقامة رقم قائلة في دعواها إن المدعى عليه زوجي عقد عليّ النكاح عام ١٩٩٣م ولي منه ستة أولاد وهم وعمرها سبعة عشر سنة و.... وعمرها خمسة عشر سنة و.... وعمره ثلاثة عشر سنة و.... وعمرها ثمان سنوات و.... وعمره ست سنوات و.... وعمرها أربع سنوات ، والمدعى عليه لا ينفق عليّ ولا على الأولاد وسيء العشرة، أطلب فسخ نكاحي منه، وجعل حضانة أولادي لي، وإلزامه النفقة الماضية والمستقبلية، علماً أنه سبق أن طلقني مرتين هذه دعواي . وبسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعية صادق على النكاح والأولاد والطلاق، وقال سبق أن طلقته مرتين وطلقتها الطلقة الثالثة في رمضان لهذا العام وهي الطلقة الثالثة فلا تحل لي، وأما النفقة فما ذكرته غير صحيح، والصحيح أنني انفق

عليهم. وبعرضه على المدعية، صادقت على صحة الطلقة الثالثة، وبمحاولة الإصلاح بينهما لم يصطلحا على شيء، لذا قررت الكتابة لقسم الخبراء للإصلاح بينهما والإفادة.

وفي يوم الثلاثاء الموافق ١٤٣٢/١١/٦ هـ افتتحت الجلسة الساعة ٤٩ : ١١ وفيها حضر الطرفان وكان وردنا قرار قسم الخبراء رقم ... في ٢٢/١٠/١٤٣٢ هـ ونصه: (عليه نفيذ فضيلته أنه تم الاجتماع بالطرفين وجرى الصلح بينهما على أن يدفع المدعى عليه نفقة شهرية للأولاد لكل واحد منهم (٢٠٠) مائتي ريال، كما التزم بتسجيلهم بالإقامة والمدارس، ووافقت المدعية على ذلك) وبعرضه عليها قنعا به. وقرر الطرفان أنها اصطلحا على أن تستأجر المدعية بيتاً لسكنها مع أولادها ويسلمها النفقة الشهرية (١.٢٠٠) ألف ومائتين ريال يودعها نهاية كل شهر هجري ابتداءً من هذا الشهر. وتنازلت المدعية عن النفقة الماضية.

فبناءً على ما اصطلح عليه الطرفان ولموافقته للأصول الشرعية فقد أجزته وأمضيته وبه حكمت، فيكلف الطرفان بموجبه، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ١٤٣٢/١١/٦ هـ

ثالثاً: المقارنة والترجيح:

من خلال ما سبق يظهر توافق القضاء البحريني والسعودي على اعتبار العرف في تقدير النفقة، وعدم النص على مقدار معين، وهذا التوافق هو الملائم لمقاصد الشرع ونصوصه كما سبق.



تمت بحمد الله دراسة مسائل هذا البحث، والفضل في ذلك لله وحده، وما كان فيها من زيغ أو خطأ فمن نفسي والشيطان، أسأل المولى التوفيق والتكلان.

وفي الختام أذيل هذه الأطروحة بأبرز النتائج والتوصيات، التي توصل إليها الباحث بعد كثير من السهر والمطالعات، أسأل الله أن يفيض فيها النفع والبركات.

الخاتمة:

أبرز ما توصل إليه الباحث من نتائج خلال هذه الأطروحة ما يلي:

١. يطلق الإذن في الوضع اللغوي على: العلم والإعلام، والأمر، والإجازة، والرخصة، والإباحة، وإطلاق الفعل.
٢. أقرب التعاريف الاصطلاحية للإذن - في غير موضوع البحث - : إطلاق التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه شرعاً لحق الغير؛ لأنه جاء بصيغة عامة بالنسبة لصاحب الحق، سواء أكان هو الشارع أو الولي أو الوصي أو الحاكم أو الإمام أو المالك أو غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى.
٣. يعرف القاضي لغةً بأنه: القاطع للأمور المحكم لها. واصطلاحاً بأنه: الشخص الذي يفصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الالتزام. ولكن لا يقتصر عمل القاضي على فصل الخصومات، وإن كانت هي وظيفته الأصلية؛ فقد يتناول القاضي؛ نظراً لمكانته مجموعة من المهام التي يفرضها ولي الأمر أو العرف العام للبلد.

٤. الضابط لإذن القاضي في موضوع البحث: أن كل تصرف يتوقف نفاذه، أو ثبوته، أو توثيقه، أو تقديره، على أمر القاضي أو إجازته، مما لا خصومة أو منازعة فيه، ولم يكن ضمن العمل الإداري، فهو داخل في موضوع البحث.
٥. ولاية القضاء في الأصل لا تشمل سوى الحكم في الخصومات والحدود والتعازير، ولكن يجوز أن تدخل فيها اختصاصات أخرى غير الحكم؛ إما بنص من ولي الأمر أو بجريان العرف على ممارستها عن طريق القضاء.
٦. التنظيم القضائي الحديث يمكن أن يقسم تصرفات القاضي إلى تصرفات قضائية، وإدارية، وولائية.
٧. من أنواع التصرفات الولائية في المحاكم: التوثيق والتصديق، والإذن وإصدار الأوامر، بالإضافة إلى الرقابة والضبط.
٨. تنقسم المحاكم في مملكة البحرين إلى نوعين هما: محاكم القضاء المدني ومحاكم القضاء الشرعي، إضافة إلى وجود محاكم أخرى كالقضاء المستعجل والمحكمة الدستورية والقضاء العسكري.
٩. القانون أحكام الاسرة البحريني في قسمه السني الأول، تناول أحكام الزواج والفراق وآثارهما، ولكنه أهمل تناول مواضيع المواريث والوصايا والهبات. إلا أن القاعدة العامة فيه هي رد المسكوت عنه إلى العمل بالمشهور من المذهب المالكي.

١٠. غيبة الولي الأقرب أحياناً تكون حسية حقيقية، وأحياناً أخرى تكون حكمية.
١١. يترجح عند الباحث عدم انتظار الولي الأقرب عند غيابه غيبة منقطعة، سواء أكانت حسية حقيقية أو حكمية، وإنما تنتقل الولاية عنه إلى غيره، وهو الولي الأبعد، دون السلطان، مع مراعاة مصلحة المرأة.
١٢. يترجح عند الباحث أن الولاية عند عضل الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، بأمر القاضي، لا إلى السلطان، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية للسلطان، مع مراعاة مصلحة المرأة، ودفع التخاصم بين الأولياء.
١٣. تثبت الولاية للقاضي على المرأة حال انعدام الولي باتفاق الفقهاء.
١٤. يترجح لدى الباحث جواز تولي الولي نكاح موليته المباحة له بنفسه إذا رضيت به زوجاً وكان مكافئاً لها ومقسطاً لها في مهرها ولم ينقصها حقها، ولكن ينبغي للمأذون أو القاضي التثبت مما سبق قبل توثيق العقد.
١٥. يترجح لدى الباحث ما ذهب إليه جماهير الأمة سلفاً وخلفاً من عدم جواز حصول النكاح من غير ولي، فإن حصل فالنكاح فاسد، ويتوجب تصحيحه، ولكن إذا تم العقد بحضرة حاكم أو نائبة أو حكم بصحته، فلا ينقض العقد؛ بناءً على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف المعتبر.

١٦. يترجح لدى الباحث جواز اشتراط ولي الأمر لتوثيق بعض الزيجات، إذن القاضي؛ للتأكد من صلاحية المرأة للزواج، والوطاء، مع حفظ حقوق المواطنين ومصالحهم.
١٧. يترجح لدى الباحث القول الذاهب إلى اشتراط ظهور الحاجة والمصلحة لتزويج المجنون أو المعتوه.
١٨. يترجح لدى الباحث ثبوت الولاية على المحجور عليه لسفه، مع صحة نكاحه إذا طلب من وليه النكاح فامتنع من اجابته، مع حاجته إليه.
١٩. يترجح لدى الباحث مذهب الحنابلة في جواز اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها، وأن لها الفسخ إذا رضي بالشرط ثم لم يوفه، مع استحسانه الحث على ترك مثل هذا الاشتراط الذي يضر أكثر مما ينفع.
٢٠. يترجح لدى الباحث مذهب الحنابلة في وقوع الخلع بغير لفظ الطلاق مع عدم نية صريح الطلاق أو كنيته، فسخاً، لا طلاقاً.
٢١. يترجح لدى الباحث عدم جواز كون بدل الخلع أكثر من المهر؛ وذلك لصريح الدلالة في قوله ﷺ بعدم الزيادة على الحديقة، على اعتبار صحة الخبر.
٢٢. أجمع أهل العلم على جواز حصول الطلاق خارج مجلس القضاء؛ لأن الطلاق حق للزوج وحده.

٢٣. يترجح لدى الباحث عدم وجوب الإشهاد على الرجعة، بل الأمر فيه على الاستحباب.

٢٤. يترجح لدى الباحث جواز مخالفة القاضي ترتيب مستحقي الحضانة عند اقتضاء مصلحة المحضون ذلك، بل له أن يختار من يراه صالحاً من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو حتى مؤسسات المجتمع المدني، تحقيقاً لمصلحته، ولكن مع مراعاة ثبوت المصلحة.

٢٥. يترجح لدى الباحث ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن النفقة تقدر بالكفاية في العرف والعادة، لا على التقدير. والله تعالى أعلى وأعلم.

التوصيات:

أبرز توصيات الباحث تتمثل فيما يلي:

- بعد ظهور التوافق الكبير بين القضاء البحريني والسعودي يوصي الباحث بتوحيد العمل بين القضاءين، بتنظيم قانون موحد، خاصة مع توجه العام لتحقيق الاتحاد الخليجي، وجعل البداية من المملكتين.
- يوصي الباحث بالمزيد من الدراسة حول موضوع إذن القاضي، مع شمولية البحث لجميع الأبواب الفقهية وعدم الاقتصار على أحكام النكاح والفراق.
- يوصي الباحث بتبادل الخبرات ووجهات النظر بين القضاءين البحريني والسعودي، في جميع أنواع المحاكم، بما يطور مرفق القضاء، ويعطي الدولة مزيداً من القوة.
- يوصي الباحث بالاهتمام بالجانب التطبيقي في بحث المسائل، لكي لا يكون طالب العلم بعيداً عن الواقع الذي يعيشه.
- يوصي الباحث بمزيد من الدراسة لقانون أحكام الأسرة البحريني، خاصة فيما يتعلق بالتأصيل والاستدلال لمواد القانون، مع العناية بذكر خلاف العلماء، مع الترجيح.

- يوصي الباحث بوضع كشف عام للقضايا، مع حذف المعلومات الشخصية، حتى يسهل للباحثين وأهل الاختصاص الاستفادة من الأحكام والتطبيقات القضائية السابقة.
- يوصي الباحث بِحَثِ مؤسسات المجتمع المدني على عدم التسرع في نقد العمل القضائي، والحذر من دعوات المغرضين الذين لن تنام لهم عين حتى يروا الأمة الإسلامية في أسفل سافلين.
- يوصي الباحث بتقنين جزئي للقضاء السعودي، بحيث يشمل أصول المسائل، وفروعها، وينص على عدم جواز مخالفة الأصول، ولكن تجوز مخالفة الفروع لمصلحة خاصة، أو ملائمت معتبرة.
- يوصي الباحث بمزيد من الدراسة للمسائل المتعلقة بإثبات حالة الطلاق، من حيث العدد، والتميز، واليمين فيه.
- يوصي الباحث المنظم البحريني باستكمال تقنين أحكام المحاكم الشرعية، وذلك من خلال إصدار نظام يتناول مواضيع المواريث والوصايا والهبات.



الفهارس

سيكون تناول الفهارس من خلال فهرس الآيات القرآنية، وفهرس الأحاديث والآثار، وفهرس الأعلام المترجم لهم، وفهرس المصادر والمراجع، وأخيراً فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
١٠٥	٢٢١	﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۗ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۗ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَىٰ الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۗ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾	البقرة
١٧٧ ٢٠٥	٢٢٨	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۗ وَبِعُولَتِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ۗ﴾	البقرة
١٧٦ ١٨٠ ١٨٥	٢٢٩	﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ۗ﴾ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ﴾	البقرة
١١٢ ١٧٦	٢٣٠	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾	البقرة
٧٥	٢٣٢	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ﴾	البقرة

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
١٠٥	١١١	أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿١١١﴾	
٢٣٣	٢٣٣	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة
٢٠٤	٢٨٢	﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	البقرة
٩٠	٣	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْهَى فَاذْكُرُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَىٰ مِثْلَىٰ وَثَلَاثَ وَرَبِيعًا﴾	النساء
١٤٥	٥	﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾	النساء
١٠٧	٢٥	﴿فَاذْكُرُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾	النساء
١٩	٦٤	﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾	النساء
٩١	١٢٧	﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾	النساء
٢٢٢	١٨٢	﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾	النساء
٢٢٢	١	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
٢٤	٢	﴿ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا﴾	الأنعام
٢٥	٤	﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾	الإسراء
٢٥	٢٣	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾	الإسراء
٩٢	٣٢	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾	النور
١٠٧		﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾	
١١١	٥٠	﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾	الأحزاب
٢٤	١٢	﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾	فصلت
٢٥			
٢٥	١٤	﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾	الشورى
١٩٨	٢	﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ مِنْكُمْ فَمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾	الطلاق
٢٠٠			
٢٠٤			
٢٠٦			
١٢٤	٤	﴿وَالَّتِي يَبْسُنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ﴾	الطلاق

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
		يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ ^٤ وَمَنْ يَنْقِ اللَّهُ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿٥﴾	
٢٣٤	٧	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ^٦ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ	الطلاق
٢٣٦		مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ^٧ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهَا ^٨ ﴿٩﴾	

فهرس الأحاديث والآثار

رقم الصفحة	الراوي	نص الحديث أو الأثر
٩٣	عبدالرحمن بن عوف موقوفاً عليه	أتجعلين ذلك إليّ؟ قالت: نعم. قال: قد تزوجتك.
٩٣	عقبة بن عامر	أترضى أن أزوجك فلانة
١٨٥	الربيع بنت معوذ	أختلع منك بكل شيء أملكه
١٧٤	عبدالله بن عباس	اقبل الحديقة وطلقها تطليقة
١٥٩	عقبة بن عامر	إن أحق الشرط أن يوفى به، ما استحللتم به الفروج
١٠٦ ١١١	معقل بن يسار موقوفاً عليه	الآن أفعلُ يا رسول الله
٣٤	عبدالله بن الزبير	أن الخصمين يقعدان بين يدي الحكم.
٩٢	أنس بن مالك	أن رسول الله ﷺ أعتق صفيية وجعل عتقها صداقها.
٢١٣	عمرو بن العاص	أنت أحق به ما لم تنكحي
١٩٦	عبدالله بن عباس	إنما الطلاق لمن أخذ بالساق
١٧٧	الربيع بنت معوذ بن عفراء	أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ، فأمرها النبي ﷺ - أو أمرت - أن تعتد بحيضة

١١٣	عبد الله بن عباس	الأيام أحق بنفسها من وليها
١٠٩	عائشة بنت أبي بكر	أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها
١١٥		فنكاحها باطل
١٢٤	عائشة بنت أبي بكر موقوفاً عليها	تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست، وبني بي وأنا ابنة سبع
٢٣٤	عائشة بنت أبي بكر	خذي من ماله بالمعروف، ما يكفيك ويكفي بنيك
٩٥	المغيرة بن شعبة موقوفاً عليه	خطب امرأة، وهو وليها، ومعه أولياء مثله، فأمر بعض أوليائها أن يزوجه إياه.
١٧٤	عثمان بن عفان علي بن أبي طالب عبدالله بن مسعود	الخلع تطليقة بائنة
٢٠٦	عمران بن حصين موقوفاً عليه	طلق في غير عدة، وراجع في غير سنة، فليشهد الآن
٣٤	علي بن أبي طالب	فإذا جلس بين يدك الخصمان
١٨٦	عبدالله بن عباس	فأمره ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد
٧٩، ٧٨، ٦٥، ٦٤	عائشة بنت أبي بكر	فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.
٨٥		
١٥٦	عائشة بنت أبي بكر	فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في

		كتاب الله
١٥٨	عمر بن الخطاب موقوفاً عليه	فوضع عنه عمر الشرط، وقال: "المرأة مع زوجها"
٩٥	عائشة بنت أبي بكر	لا بد في النكاح من أربعة
١١٠	أبو هريرة	لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها
١١٣	عائشة بنت أبي بكر	لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك
١٠٧ ١١٣	أبو موسى الأشعري	لا نكاح إلا بولي
١١٤	عبد الله بن عباس	ليس للولي مع الثيب أمر
١٦١	عمر بن الخطاب موقوفاً عليه	المسلمون عند مشارطهم عند مقاطع حدودهم
١٥٧ ١٦٠ ٢٢٣	عمرو بن عوف المزني	والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً
١٦٠	المسور بن مخرمة	وإني لست أحرم حلالاً ولا أحل حراماً، ولكن، والله! لا تجتمع بنت رسول الله ﷺ وبنت عدو الله مكاناً واحداً أبداً
٢٣٥	جابر بن عبد الله	ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف

فهرس الأعلام المترجم لهم

رقم الصفحة	العلم المترجم له
١٨٥، ١٧٣	إبراهيم النخعي
١٧٣	ابن أبي نجيح
١٨٦، ١٥٥، ١٢٤، ١٠٤، ٨٩، ٨١	ابن المنذر
١٢٤	ابن بطل
١١٠	ابن جريج
١٧٧، ١٠٧، ١٠٤	ابن حجر العسقلاني
٦١، ٥٩	ابن حزم
١٠٥، ٨٨	ابن سيرين
١٠٢	ابن شبرمة
٢٦، ٢٠	ابن عابدين
١١٠	ابن علية
١٠٢	ابن عيينة
١٥٩	ابن وهب
٢٥	أبو بكر الأنباري
١٧٤، ١٠٣، ٨٩	أبو ثور
١٤٩	أبو حامد الغزالي

١٧٢	أبو سلمة بن عبد الرحمن
١٠٣	أبو عبيد القاسم بن سلام
١٠٨،٣٥	أبو موسى الأشعري
١١١،١١٠،١٠٣	أبو هريرة
١٠٤	أبو يوسف
٣٠،٢٩،٢٨،٢٤،٢٢،١٨	أحمد بن فارس
١٧٤،١٥٦،١٠٣،٨٩	إسحاق بن راهويه
١٤٩	إمام الحرمين الجويني
١٧٣،١٥٦	الأوزاعي
١٥٥،١٠٢،٨٩	الثوري
١٥٦،١٠٢	جابر بن زيد
٢٣٦	جابر بن عبد الله
٢١	الجرجاني
١٦١	جويرية بنت أبي جهل
١٧٢،١٠٢،٨٨	الحسن البصري
١٠٤	الحسن بن حي
١٨	الخليل بن أحمد
١٨٦،١٧٨	الربيع بنت معوذ
٨٨	ربيعة الرأي

٢٤	الزجاج
٦١،٥٩	زُفَر
١٧٥،١٧٣،١٥٥،١١٠	الزهري
٢٠	السرخسي
١٥٦	سعد بن أبي وقاص
١٧٢،١٠٢	سعيد بن المسيب
١٧٣،١٥٦،٧٦	شُرَيْح
١٧٣	الشَّعْبِي
٩٢	صفية بنت حيي
١٨٥،١٧٤،١٥٦	طاوس بن كيسان
٢٣٤،١٥٦،١٢٤،١١٥،١٠٩،١٠٢،٩٤،٩١،٦٤	عائشة بنت أبي بكر
١٠٢	عبد الرحمن بن أبي ليلى
٩٣	عبد الرحمن بن عوف
١٦٢	عبد الرحمن بن غنم
١٠٢	عبد الله بن المبارك
١٩٧،١٨٥،١٧٧،١٧٦،١٧٥،١٧٤،١١٤،١٠٣	عبد الله بن عباس
٢٠٤،١٧٦،١٧٥،١٠٣	عبد الله بن مسعود
١٠٢	عبيد الله العنبري
١٨٦،١٨٥،١٧٦،١٧٥،٧٦	عثمان بن عفان

١٨٥،١٧٢	عطاء
١٦٠	عقبة بن عامر
١٨٥،١٧٤	عكرمة
٢٠٥،١٧٦،١٧٥،١٦٢،١٦١،١٤٧،١٠٣،٣٤	علي بن أبي طالب
٢٠٤	عمار بن ياسر
١٦٢،١٥٩،١٥٦،١٠٣،٣٥	عمر بن الخطاب
١٥٦،١٠٢	عمر بن عبد العزيز
٢٠٧	عمران بن حصين
٢١٤،١٥٦	عمرو بن العاص
١٨٥	عمرو بن شعيب
١٦١،١٥٨	عمرو بن عوف المزني
١٦٢،١٦١	فاطمة الزهراء
٣٠	الفيروزآبادي
١٠٤	القاسم بن محمد
١٤٢	القاضي أبو يعلى
١٨٥،١٧٢	قبيصة بن ذؤيب
١٥٥	قتادة السدوسي
١٢٦	القرافي
٢١٣	الكاساني

١٥٥	الليث بن سعد
١٨٥، ١٧٢	مجاهد
١٠٤	محمد بن الحسن
١٠٣	محمد بن جرير الطبري
١٦١	المسور بن مخرمة
١٥٦	معاوية بن أبي سفيان
١١٢، ١٠٧	معقل بن يسار
٩٧، ٩٦	المغيرة بن شعبة
١٧٣	مكحول
٢٣٣، ١٤٢، ١١٨	الموفق ابن قدامة
١٥٥	هشام بن عروة
٢٣٥	هند بنت عتبة

فهرس المصادر والمراجع

- الإجماع، للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن أحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري المالكي، عناية: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الاسلامية بحلب، دار البشائر ببيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
- الإذن والإجازة وأثرهما في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الاسلامي، لعلي حسين علي سوادى مشهور، ١٤١٦هـ-١٤١٧هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود، فرع أبها.
- إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه، لإسماعيل بن عمر عماد الدين بن كثير، تحقيق: بهجة يوسف أبو الطيب، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي،

- تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، ٢٠٠٢م.
 - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مطبوع مع المقنع والشرح الكبير، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
 - بداية المجتهد و نهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
 - بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الفيحاء، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ.
 - تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: د. بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٣م.
 - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن عي بن فرحون المدني، طبعة دار الفكر.
 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار

الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.

- تحفة الأحوذى بشرح سنن الترمذى، لمحمد عبدالرحمن المباركفورى، تحقيق: عصام الصبابطى، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لابن الملقن سراج الدين أبى حفص عمر بن على بن أحمد الشافعى المصرى، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحيانى، دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن على بن حجر الهيثمى، دراسة وتحقيق: عبد الله محمود عمر محمد، دار الكتب العلمية بيروت.
- التصرفات الموقوفة فى الفقه الإسلامى، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامىة، لعبدالله بن عبدالواحد بن عبدالكريم الخميس، ١٤٠٤هـ.
- التعريفات، لعلى بن محمد بن على الجرجانى، تحقيق: إبراهيم الأبيارى، دار الكتاب العربى، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- التعليق على قانون أحكام الأسرة البحرىنى (القسم الأول)، ل. أ. د أحمد محمد بخيت الغزالى، ود. ياسر عبدالرحمن المحمىد، مملكة البحرين، وزارة العدل والشؤون الإسلامىة والأوقاف، معهد الدراسات القضائىة والقانونىة، الطبعة الأولى.
- تغلىق التعليق، لأحمد بن على بن حجر العسقلانى، تحقيق: سعيد بن عبدالرحمن القزقى، المكتب الإسلامى، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- التلخىص الحبرى فى تخرىج أحادىث الرافعى الكبرى، لأبى الفضل أحمد بن على بن محمد

بن أحمد بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م.

- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، مؤسسة القرطبة.
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨م.
- تهذيب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لعمر بن علي ابن الملقن، تحقيق: خالد الرباط وجمعة فتحي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٩هـ.
- ينظر: الجامع الصحيح سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق:

د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
- خلاصة البدر المنير، لابن الملتن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المحقق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.
- دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، للقاضي عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمـد نكري، تحقيق: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- رسالة لطيفة في أحاديث متفرقة ضعيفة، لمحمد بن أحمد ابن عبد الهادي، تحقيق: محمد بن عيد العباسي، دار الهدى، الطبعة الرابعة، ١٤٢١هـ.

- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحي الدين النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-على محمد معوض، دار الكتب العلمية.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبدالقادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٣هـ.
- سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ل د. محمد بن عبدالله بن محمد المرزوقي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، والأحاديث مزيلة بأحكام الألباني عليها، دار الفكر، بيروت.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت
- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مع تعليقات كمال يوسف الحوت، والأحاديث مزيلة بأحكام الألباني عليها، دار الفكر.
- سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨م.
- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي،

عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

• سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.

• السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، وفي ذيله: الجوهر النقي، لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة: الأولى، ١٣٤٤ هـ.

• السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسرو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

• سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٢م.

• السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

• شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

• الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، مطبوع مع

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت.
- الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مطبوع مع المقنع والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- شرح صحيح البخاري، لابن بطل، لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطل البكري القرطبي، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، الرياض، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- فتح القدير على الهداية، لكمال الدين محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، الشهير بابن الهمام، المطبعة الأميرية، بولاق.
- فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، الشهير بابن الهمام، دار الفكر، بيروت.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- صحيح أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد

- فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦٨ م.
 - عمدة التفسير من تفسير ابن كثير، لأحمد بن محمد شاكر، دار الوفاء، الطبعة الثانية، ١٤٢٦ هـ.
 - غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥ هـ.
 - غريب الحديث، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، تحقيق: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٧ هـ.
 - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية، الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ.
 - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ هـ.
 - فتح الباري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وذكر أطرافها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر (مصور عن الطبعة السلفية).
 - القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت.
 - قانون أحكام الأسرة (القسم الأول)، مملكة البحرين، الصادر بمرسوم قانون رقم

(١٩) لسنة ٢٠٠٩م.

• قانون السلطة القضائية، مملكة البحرين، الصادر بمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢م.

• كتاب العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د مهدي المخزومي د ابراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال.

• كشف القناع عن متن الاقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، طبعة عالم الكتب.

• كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

• كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

• لائحة مآذوني عقود الأنكحة، الصادر بقرار وزير العدل عام ١٤٢٤هـ.

• لسان العرب، ابن منظور، تحقيق: عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة.

• المبسوط للسرخسي، لشمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

• المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

- المجتبى من السنن، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، دراسة وتحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.
- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- المدونة الكبرى، لإمام دار الهجرة مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.
- المستدرک علی الصحیحین، لمحمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، مع الكتاب: تعليقات الذهبي في التلخيص، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- المستدرک علی مجموع فتاوى شيخ الإسلام، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- مسقطات الولاية في النكاح، لفهد بن بادي المرشدي، بحث ماجستير تكميلي مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، ١٤١٧-١٤١٨هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، للإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط

- وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق: تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥.
 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
 - المصباح المنير، لأحمد بن محمد الفيومي، مكتبة لبنان ١٩٨٧.
 - مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العسبي الكوفي، تحقيق: محمد عوامة، الجزء والصفحة يتوافقان مع طبعة الدار السلفية الهندية القديمة، ترقيم الأحاديث يتوافق مع طبعة دار القبلة.
 - مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
 - المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
 - المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
 - المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م.

- المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.
- المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبدالوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبدالحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
- المغني، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، عبدالفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض.
- مفردات غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني.
- مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر.
- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ليعحي بن شرف النووي أبو زكريا، دار المعرفة، بيروت.
- المهذب في اختصار السنن الكبرى للبيهقي، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: ياسر إبراهيم محمد، دار الوطن للنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعين، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار

- الفكر، بيروت، ١٣٩٨م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، (النسخة الالكترونية).
- موقع وكالة أنباء البحرين.
- موقع الدرر السنية.
- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلمي، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلمي، قدم للكتاب: محمد يوسف البُنوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانى، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفورى، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، لعبدالله بن يوسف الزيلمي، تحقيق: إدارة البحث العلمي، دار الحديث.
- نطاق سلطة القاضي في اصدار الأمر القضائي وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ل د. محمود السيد عمر التحيوي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩.
- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ل د. عبدالناصر موسى أبوالبصل، دار النفائس، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ل أ. د. محمد نعيم ياسين، طبعة دار النفائس، الأردن، الطبعة الثالثة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.
- الهداية شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني، مطبوع مع فتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية، بولاق.
- ولاية النكاح في الشريعة الإسلامية، لأبي الشمع عبد المجيد البرماوي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، بالمعهد العالي للقضاء، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٢	المقدمة:
٤	أهمية الموضوع وأسباب اختياره:
٤	الدراسات السابقة:
٥	منهجي في البحث:
٩	خطة البحث:
١٤	أهم الصعوبات التي واجهت الباحث:
١٥	شكر وتقدير:
١٧	التمهيد:
١٨	المبحث الأول: تعريف مفردات العنوان والألفاظ ذات الصلة:
١٨	المطلب الأول: تعريف الإذن لغةً واصطلاحاً:
١٨	الفرع الأول: تعريف الإذن لغةً:
٢٠	الفرع الثاني: تعريف الإذن اصطلاحاً:
٢٢	الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالإذن:
٢٢	أولاً: الإجازة:
٢٢	ثانياً: الأمر:

٢٤	المطلب الثاني: تعريف القاضي لغةً واصطلاحاً:
٢٤	الفرع الأول: تعريف القاضي لغةً:
٢٦	الفرع الثاني: تعريف القاضي اصطلاحاً:
٢٨	الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالقاضي:
٢٨	المحكمة:
٢٩	المطلب الثالث: تعريف الأثر لغةً واصطلاحاً:
٢٩	الفرع الأول: تعريف الأثر لغةً:
٢٩	الفرع الثاني: تعريف الأثر اصطلاحاً:
٣٠	المطلب الرابع: تعريف التصرفات لغةً واصطلاحاً:
٣٠	الفرع الأول: تعريف التصرفات لغةً:
٣١	الفرع الثاني: تعريف التصرفات اصطلاحاً:
٣٢	المبحث الثاني: تعريف إذن القاضي وبيان المقصود منه كلقب:
٣٤	المبحث الثالث: تصرفات القاضي وأنواعها:
٣٧	المطلب الأول: تصرفات القاضي القضائية:
٣٨	المطلب الثاني: تصرفات القاضي الإدارية:
٤٠	المطلب الثالث: تصرفات القاضي الولائية:
٤١	أولاً: تصرفات التوثيق والتصديق.
٤٣	ثانياً: تصرفات الإذن وإصدار الأوامر.
٤٤	ثالثاً: تصرفات الرقابة والضبط.

٤٥	المبحث الرابع: تعريف عام بالنظام القضائي في مملكة البحرين، وقانون أحكام الأسرة البحريني:
٤٥	المطلب الأول: التعريف بالنظام القضائي في مملكة البحرين:
٤٦	أولاً: محاكم القضاء المدني:
٤٧	ثانياً: المحاكم الجنائية:
٤٧	ثالثاً: محاكم القضاء الشرعي:
٤٩	رابعاً: النيابة العامة:
٤٩	خامساً: القضاء العسكري:
٥٠	سادساً: المحكمة الدستورية:
٥١	المطلب الثاني: التعريف بقانون الأسرة البحريني:
٥٥	الفصل الأول: إذن القاضي وأثره في أحكام الزواج:
٥٦	المبحث الأول: إذن القاضي وأثره في ولاية الزواج:
٥٧	المطلب الأول: إذن القاضي وأثره عند انقطاع الاتصال بالولي الأقرب:
٥٨	الفرع الأول: غياب الولي الأقرب.
٥٩	المسألة الأولى: هل يجب انتظار الولي الأقرب عند غيابة غيبة منقطعة حسية، ولا يجوز لغيره تولى عقد النكاح؟
٦٣	المسألة الثانية: على القول بعدم انتظار الولي الأقرب الغائب غيبة منقطعة، إلى من تنتقل الولاية إذا غاب الولي الأقرب؟
٦٧	الفرع الثاني: جهل مكان الولي الأقرب.

٦٩	الفرع الثالث: عدم التمكن من الاتصال بالولي الأقرب.
٧٠	الدراسة التطبيقية:
٧٥	المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره عند عضل الولي الأقرب:
٨٢	الدراسة التطبيقية:
٨٥	المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره عند انعدام الولي.
٨٦	الدراسة التطبيقية:
٨٨	المطلب الرابع: إذن القاضي وأثره عند زواج الولي من موليته:
٩٨	الدراسة التطبيقية:
١٠٠	المطلب الخامس: إذن القاضي وأثره في إثبات عقد الزواج حال انعقاده من غير ولي.
١٠٠	المسألة الأولى: اختلف فقهاء المذاهب في اشتراط الولي في الزواج على ثلاثة أقوال:
١١٧	المسألة الثانية: حكم نقض النكاح من غير ولي حال الحكم بصحته من قبل قاضٍ.
١١٩	الدراسة التطبيقية:
١٢١	المبحث الثاني: إذن القاضي وأثره في إجراء عقد الزواج وتوثيقه.
١٢٣	المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في سن الزواج وتقريره:
١٢٣	الفرع الأول: زواج من يقل سنها عن السادسة عشرة:
١٢٧	الفرع الثاني: توثيق زواج من تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير

	مواطنات دول مجلس التعاون.
١٢٨	الفرع الثالث: توثيق زواج البحرينية التي لم تتجاوز العشرين من أجنبي تجاوز الخمسين .
١٢٩	الدراسة التطبيقية:
١٣٩	المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في زواج فاقد أو ناقص الأهلية:
١٤٠	الفرع الأول: زواج المجنون.
١٤٣	الفرع الثاني: زواج المعتوه.
١٤٣	الفرع الثالث: زواج المحجور عليه لسفه.
١٤٤	المسألة الأولى: مدى ثبوت الولاية على السفیه.
١٤٧	المسألة الأخرى: مدى صحة زواج السفیه إذا امتنع الولي ووجدت الحاجة.
١٥٠	الدراسة التطبيقية:
١٥٣	المطلب الثالث: إذن القاضي وأثره في التعدد.
١٦٥	الدراسة التطبيقية:
١٦٩	الفصل الثاني: إذن القاضي وأثره في أحكام الفراق:
١٧٠	المبحث الأول: إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ وتقرير البديل في الخلع:
١٧١	المطلب الأول: إذن القاضي وأثره في ثبوت الفسخ.
١٧٩	الدراسة التطبيقية:
١٨٤	المطلب الثاني: إذن القاضي وأثره في تقرير بديل الخلع.
١٨٨	الدراسة التطبيقية:

١٩٤	المبحث الثاني: إذن القاضي وأثره في إثبات حالة الطلاق:
١٩٧	الدراسة التطبيقية:
٢٠٣	المبحث الثالث: إذن القاضي وأثره في الرجعة:
٢٠٨	الدراسة التطبيقية:
٢١٢	المبحث الرابع: إذن القاضي وأثره في اثبات الحضانة:
٢٢١	الدراسة التطبيقية:
٢٣٢	المبحث الخامس: إذن القاضي وأثره في تقدير النفقة.
٢٣٩	الدراسة التطبيقية:
٢٤٧	الخاتمة:
٢٤٧	النتائج:
٢٥٢	التوصيات:
٢٥٤	الفهارس:
٢٥٥	فهرس الآيات القرآنية:
٢٥٩	فهرس الأحاديث والآثار:
٢٦٢	فهرس الأعلام المترجم لهم:
٢٦٧	فهرس المصادر والمراجع:
٢٨٢	فهرس الموضوعات: