

الثابت والمتغير من أحكام الرابطة الزوجية وتطبيقاتها

دراسة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي

The fixed and changing provisions of the marital bond and its applications
A study according to Islamic jurisprudence Algerian legislation and jurisprudenceد. عدلان مطروح¹

جامعة العربي التبسي تبسة

adlene1699@gmail.com

تاريخ الوصول 2020/12/23 القبول 2021/02/23 النشر على الخط 2021/11/30
Received 23/12/2020 Accepted 23/02/2021 Published online 30/11/2021

ملخص:

هذا البحث يتناول موضوعا من الموضوعات التي ثار حولها جدل كبير بين الباحثين، موضوع الثابت والمتغير من الأحكام، ومفهوم كل منهما، والضابط في تغيير الأحكام حتى لا يكون التغيير وسيلة للتفلت من الأحكام الشرعية، بل وسيلة لمرونة الشريعة ومواكبتها للمتغيرات والمستجدات، لأن أحكام الشريعة ليست قوالب جامدة، بل كليات تندرج تحتها الجزئيات اللامتناهية من الأحكام، وتكمن الأهمية لهذا الموضوع في تطبيقاته على الرابطة الزوجية من خلال التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي لتتعرف من خلال بعض التطبيقات على المسائل التي يمكن أن تتغير في أحكامها بين تشريع وآخر كمسألة الخلع، ومسائل لا يمكن أن تتغير كمسألة التعدد، وقد توصل البحث إلى أن الضابط في الثابت والمتغير مراعاة المصالح، والمصالح ثابتة ومتغيرة، وتغير المصالح بتغير الأحكام، وأن أحكام الشريعة قائمة على الموازنة بين الثابت والمتغير، الثابت يمثل الأصول والمتغير يمثل الفروع، وتغيير الأحكام لا يعني تكييفها وتطويرها لأهواء الناس، بل تغييرها لتغير مقتضى الحكم كتغير المصلحة أو العرف .

الكلمات المفتاحية: الثابت، المتغير، الأحكام، الرابطة الزوجية، التشريع الجزائري، الاجتهاد القضائي .

Abstract

This research deals with one of the topics around which a big controversy arose between researchers. i.e.the topic of constant and variable provisions and the concept of each of them; the control in changing provisions so that the change may not be a means to escape from the religious provisions, but rather a means for the flexibility of the Sharia and its keeping pace with changes and developments because the provisions of Sharia are not rigid templates, but wholes under which the endless partials of provisions fall.

The importance of this topic lies in its applications to the marital bond through Algerian legislation and judicial jurisprudence, in order to recognize, through some applications, the issues that may change in their provisions from one legislation to another, such as the issue of khula, and issues that cannot change as that of polygamy. The research concluded that: The guideline in the constant and the variable is the consideration of interests; Interests are fixed and variable, and with the change of interests, the provisions change; that the provisions of Sharia are based on the balance between the constant and the variable; the fixed represents the origins and the variable represents the branches and that changing the provisions does not mean adapting them to the whims of people, but changing them due to the change of the provision's requirements such as a change of interest or custom.

Keywords: fixed , changing, provisions, marital bond, Algerian legislation , jurisprudence.

1-مقدمة :

أحكام الشريعة كما هو مقرر منقسمة إلى أحكام ثابتة و متغيرة، والثابت منها ما لا يقبل الاجتهاد و التحوير و التغيير، لأنّ مستنداتها قواطع الأدلة و مواضع الإجماع، و لا يحل الخلاف فيها لمن علمها، و أمّا المتغير فهي ما تقبل الاجتهاد ولا ينكر فيها على المخالف لأنّ مستنداتها الظنيات، و هذه الأحكام المتغيرة هي الأكثر من أحكام الشريعة، وهي التي تعطي للشريعة المرونة و التطور لمواكبة المتغيرات اللامتناهية، قال الشهرستاني: "والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد¹"، ومن الأحكام التي يعترتها التقسيم ذاته أحكام الرابطة الزوجية فمنها المتغير و منها الثابت، و إن كان موضوع الثابت و المتغير من الأحكام قد تناوله كثير من الباحثين بالدراسة الأصولية أو الفقهية ومنها بحث الثابت و المتغير في الإعجاز التشريعي للباحث الدكتور فاضل عبد العباس محسن النعيمي جامعة بابل، وبحث إشكالية الثابت و المتغير في الأحكام الشرعية للباحث فؤاد عبید جامعة الحاج لخضر باتنة، وبحث الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية للباحث الدكتور مسعود فلوسي جامعة الحاج لخضر باتنة، وبحث الثوابت و المتغيرات في التشريع الإسلامي دراسة أصولية تحليلية للباحث رائد نصري جميل وهو رسالة دكتوراه مقدمة للجامعة الاردنية سنة 2004 وغيرها، إلا أنّ هذه البحوث وإن تقاطعت معها في المبحث الأول وهو مبحث مفاهيمي في تحديد مفهوم الثابت و المتغير إلا أن هذا البحث يختلف عنها تماماً من الناحية التطبيقية وهو ما اشتملت عليه الدراسة في المبحث الثاني والثالث منها، و الإشكالية التي تطرح نفسها ما هو الثابت و المتغير من أحكام الرابطة الزوجية، و هل تأثر التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي بهذا التفريق؟ و للإجابة عن هذه الأسئلة اتبعت المنهج المقارن للمقارنة بين أقوال الفقهاء من ناحية و أقوال الفقهاء و التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي من ناحية أخرى، و أما المنهج التحليلي فهو لتحليل النصوص و الأقوال الفقهية و الاجتهادات القضائية.

2-المبحث الأول : مفهوم الثابت و المتغير

الثابت و المتغير من المصطلحات التي ثار حولها النقاش و الجدل بين المثقفين، منهم من يرى أن أحكام الشريعة ثابتة لا يمكن أن تتبدل أو تتغير، و آخر يرى أن الأحكام متعلقة بالمصالح، و المصالح متغيرة فتكون كذلك، و فريق ثالث يقسم الأحكام إلى ثابتة و متغيرة لثبوت مصالح الأفراد و تغييرها، و لرفع الالتباس لا بد من ضبط المفاهيم تحريراً لحل النزاع وهو ما نتناوله في هذا المبحث المقسم إلى مطلبين :

2-1-المطلب الأول : مفهوم الثابت من الأحكام

1-تعريف الثابت لغة : ثبت الشيء يثبت ثباتاً و ثبوتاً فهو ثابت و ثبت و أثبت و وثبت و أثبتته هو و ثبته بمعنى و شيء ثبت ثابت، و يقال للجراد إذا رز أذنا به لبييض ثبت و أثبت و ثبت، و يقال ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً فهو ثابت إذا أقام به و أثبتته السقم إذا لم يفارقه و ثبتته عن الأمر كئبطه².

¹ - محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق : محمد سيد كيلاني دار المعرفة - بيروت، 1404، ج1 ص197 .

² - محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ج2 ص19، زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، 1999، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ص48 .

2- تعريف الثابت اصطلاحاً: الثابت من الأحكام ما ثبت بقواطع الأدلة ومواضع الإجماع¹، وقواطع الأدلة المراد بها الأدلة القطعية في ثبوتها و دلالتها كقوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) النساء آية 11، فالآية قاطعة في دلالتها على أن الأنثى صارت شريكة للذكر في الميراث خلافاً لأهل الجاهلية الذين يجعلونه للذكر دون الأنثى²، مع بيان نصيبها مع الذكر، و حال الانفراد والمشاركة كما في تنمة الآية، وهذه الدلالة لا تقبل تأويلاً أو تفسيراً أو تحويراً فقد بلغت من الوضوح ما جعلها مفسرة بنفسها، وإن اختلف الأصوليون في هذه الدلالة القطعية على المعنى هل هي دلالة لا تقبل التأويل على الإطلاق أم ما لا تقبل التأويل بدليل، **فإلى القول الأول ذهب الرازي والشيرازي والتفتازاني** قال الرازي: " العلم اليقيني لا يقبل التقوية، لأنه إذا قارنه احتمال النقيض ولو على أبعد الوجوه كان ظناً لا علماً، وإن لم يقارنه ذلك لم يقبل التقوية³ "، **وإلى القول الثاني ذهب الغزالي والزركشي** و صدر الشريعة قال الزركشي: " لا عبرة بالاحتمال فإنه إذا لم ينشأ عن دليل كان ساقط العبارة⁴ "، وتفرع عن هذا اختلاف آخر وهو هل الدلالة القطعية تتفاوت أم هي واحدة، فذهب الخطيب البغدادي والشيرازي والجويني والغزالي والقراقي إلى أن القطع لا يتفاوت فهو على مرتبة واحدة، لأن القطعيات تتماثل لعدم ورود الاحتمال عليها فلا تفاوت فيها، وذهب الزركشي والففال الشاشي والمازري إلى أن القطع ليس على مرتبة واحدة بل يتفاوت، وقد ذكر القرآن مراتب اليقين بعبارات مختلفة كعلم القين، وعين اليقين، وحق اليقين⁵، فالدلالة القطعية على القول الثاني تتفاوت في درجة الوضوح ودلالتها على المعنى فتفاوتت في درجة ثبوتها .

وأما ما كانت دلالاته قطعية مع ظني ثبوته، فإن أحكامه لا تكون قطعية أو ثابتة لورود الظن في ثبوتها ولذا كان من أسباب اختلاف الفقهاء اختلافهم في ثبوت الحديث ولو كانت دلالاته صريحة، لأن الاختلاف ليس في الدلالة وإنما في الثبوت، وما كان كذلك لم يفد القطع .

ومجال هذه الثوابت النصوص المتعلقة بالعقائد والعبادات والمقدرات من الكفارات والحدود، وفرائض الإرث، والنصوص المتعلقة بأمهات الفضائل، والقواعد العامة، أو أساسيات الشريعة، وكل ما ثبت من الدين بالضرورة⁶، وهذه الثوابت منع فيها الاختلاف لأنها من الوضوح ما لا تدع مجالاً للاجتهاد فيها، قال الإمام الشافعي: كل ما أقام الله به الحجة في كتابه أو على لسان نبيه منصوصاً بينا لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه⁷، ولأن إرادة الشارع فيها واضحة قال الأستاذ مصطفى الزرقا عن قطعي الدلالة والثبوت: " تمثل إرادة الشارع الإسلامي الواضحة فيما يفرضه على المكلفين نظاماً للإسلام ملزماً لهم، لم يترك لتفسيرهم وفهمهم

¹ - مجدي محمد عاشور، الثابت والمتغير في فكر الإمام أبي إسحاق الشاطبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي دولة الإمارات، الطبعة الأولى 2002، ص 19 .

² - بتصرف محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ج 4 ص 257 .

³ - د- معاذ مصطفى الحن، القطعي والظني في الثبوت والدلالة، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2007، ص 64 .

⁴ - معاذ مصطفى، المرجع السابق، ص 65 .

⁵ - معاذ مصطفى، مرجع سابق، ص 70، 72 .

⁶ - د- محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1997، ص 41، 42 .

⁷ - محمد ابن ادريس الشافعي، الرسالة، دار الكتب العلمية، تحقيق أحمد شاکر، ج 1 ص 560 .

واستنتاجاتهم، وذلك مثل أصل وجوب الصلاة والزكاة والصوم، والوفاء بالعقود، والاجتهاد بحسب الحاجة وقدر الطاقة ونحو ذلك مما جاءت به النصوص في الكتاب والسنة المتواترة¹، وقال الدكتور الدريني: " كل نص قاطع في الدلالة على معناه، بحيث أصبح مفسراً، تتضح فيه إرادة الشارع، دون لبس أو غموض، لا يجوز الاجتهاد فيه بل يحرم² ".

وأما مواضع الإجماع: فالمراد بها الإجماع الصريح كإجماع الصحابة على ميراث الجد مع الابن السدس وتنزله منزلة ابنه وهو الأب، والإجماع الصريح حجة قطعية لا تصح مخالفته لثبوت أحكامه، قال الدكتور وهبة الزحيلي: " إذا انعقد الإجماع على واقعة لمعرفة حكمها الشرعي فهو حجة قطعية يجب العمل به وتحرم مخالفته، ويحكم بكفر من أنكر أصل الإجماع بأن قال: ليس الإجماع بحجة، وتصبح المسألة المجتهد فيها قطعية الحكم، لا تصلح بعدها أن تكون محل نزاع، فليس للمجتهدين في عصره أن يجعلوا هذه الواقعة موضع اجتهاد، لأن الحكم الثابت بالإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه ولا لما يعارضه من الأدلة الظنية..... فحكم الإجماع إذا أن يثبت المراد به على سبيل اليقين، بأن يكون موجبا للحكم قطعا كالكتاب والسنة وهو قول عامة المسلمين وجمهور العلماء³ ".

2-2-المطلب الثاني : مفهوم المتغير من الأحكام

1-تعريف المتغير لغة : من غيرت الشيء فتغير قلت: ومنه غير الزمان، و تغايرت الأشياء اختلفت⁴ .

2-تعريف المتغير اصطلاحاً : فيقصد به موارد الاجتهاد، وكل ما لم يبق عليه دليل قاطع من نص صحيح أو إجماع صريح⁵، قال الإمام الشافعي: " وما كان من ذلك يحتمل التأويل ويدرك قياساً فذهب المتأول أو القاييس إلى معنى يحتمله الخبر أو القياس وإن خالفه فيه غيره لم أقل أنه يضييق الخلاف في المنصوص⁶، فالأحكام المتغيرة هي الأحكام التي مبناهما الاجتهاد والرأي ويكون في حالتين : حالة ورود النص، والاجتهاد فيه يكون في موضعين : الموضع الأول في فهم النص و المراد منه، لاحتمال المعاني المتعددة للفظ لظنية دلالاته، متساوية كانت المعاني أو متفاوتة، ولذا اختلف الفقهاء في الكشف عن هذه المعاني المرادة لاختلاف المدارك والمشارب كاختلافهم فيمن بيده عقدة النكاح في قوله تعالى (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ) البقرة آية 237، فذهب أبو حنيفة وهو الصحيح من قول الشافعي إلى أنه الزوج، وذهب مالك والشافعي في القديم إلى أنه الولي⁷، واللفظ محتمل، والموضع الثاني : تنزيل النص على الواقعة فالمتجه لا يعتمد إلى النصوص فيطبقها بشكل آلي، ولكنه ينظر في الواقع الذي يريد تنزيل النص عليه،

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي ومدارسه، دار القلم، دمشق، دار الشامية بيروت، الطبعة الأولى، 1995، ص 18 .

² - الدريني، مرجع سابق، ص 41 .

³ - د- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى، 1986، ص 538 .

⁴ - الرازي، مرجع سابق، ص 232 .

⁵ - مجدي عاشور، مرجع سابق، ص 20 .

⁶ - الشافعي، مرجع سابق، 560 .

⁷ - القرطبي، محمد بن أحمد بن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب القاهرة الطبعة الثانية، سنة 1372هـ، تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني،

ولذلك قال الشاطبي : أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي ويبقى النظر في تعيين محله¹، وقال الشاطبي أيضا : " الأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها، إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق، أو ذلك العام وقد يكون ذلك سهلا، وقد لا يكون، وكله اجتهاد² "، فالاجتهاد في النص تفهما وتعقلا بتحليله، والتعرف على أسرار ومقاصد الشارع منه، هو السبيل الصحيح لتطبيقه .

والحالة الثانية : فيما لا نص فيه ويكون الاجتهاد في استنباط حكم جديد في الواقعة عن طريق القياس أو المصالح أو الاستحسان أو العرف، وهذه الأحكام الاجتهادية يستحيل أن تكون ثابتة لأن مبنائها الرأي، والرأي يفيد الظن ولا يفيد القطع، أو قد يكون الحكم مستنده العلة أو المصلحة أو العرف، فيتغير بتغيرها وجودا وعدما، ولذا قرر الفقهاء قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان³)، وقد اختلف قضاء عمر في تشريك الإخوة لأم و أب في الثلث لما سئل عن امرأة توفيت، و تركت زوجها و أمها و إخوانها لأبيها و أمها و أخويها لأمها فأشرك عمر بين الإخوة للأم و الأب و الإخوة للأم في الثلث فقال له: رجل إنك لم تشرك بينهم عام كذا و كذا قال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ، و هذا على ما نقضي اليوم، فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، و لم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني، و لم ينقض الأول بالثاني فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين⁴.

و اختلف قضاء عثمان عن عمر في ضوال الابل و هي مسألة واحدة و لكن الحكم متغير، و ذلك فيما رواه مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: " كانت ضوال الابل في زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة نتائج لا يمسه أحد حتى كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء أصحابها أعطوا ثمنها⁵."

و علّق فقهاؤنا على أنّ سبب الاختلاف ليس اختلاف حجة و دليل، و إنّما هو اختلاف زمان و مكان .
فالثابت والمتغير من الأحكام قائم على مراعاة المصالح التي قامت على أساسها أحكام الشريعة كما قرر علماء الشريعة، فما كانت المصلحة فيه ثابتة لا تتغير بتغير الأشخاص والأزمان والأماكن كان الحكم ثابتا لا يتغير، وما كانت المصلحة فيه متغيرة بتغير الناس والزمان والمكان كانت الأحكام متغيرة مراعاة لأحوال الناس ومصالحهم في هذا التغير .

3-المبحث الثاني :الأحكام الثابتة وبعض تطبيقاتها

الأحكام الثابتة في الرابطة الزوجية وفي غيرها محصورة خلافا للمتغيرة منها ، وسنقتصر على بعضها في هذا المبحث :

¹ - إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق د-محمد الاسكندراني وعدنان درويش، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1422، ص725 .

² - الشاطبي، مرجع سابق، ص727 .

³ - أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، دمشق،، ص 129 .

⁴ - محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م ج 1 ص86، 87 .

⁵ - مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق فؤاد عبد الباقي، ج2 ص759 .

3-1-المطلب الأول: الموانع الشرعية للزواج من الأحكام الثابتة الموانع الشرعية للزواج لأنها ثبتت بأدلة قطعية في دلائلها كتابا وسنة وانعقد على ذلك الإجماع جاء في سورة النساء (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا رَحِيمًا) آية 23، ولذا لم يختلف الفقهاء في أحكام هذه الموانع وصورها، ولم يختلف التشريع الجزائري فقرر ما قرره الفقهاء من هذه الموانع المؤبدة والمؤقتة في المواد من 23 إلى 31، عدا مسألتين متعلقتين بالرضاع، فهما من المتغير وليس من الثابت وهما: **المسألة الأولى** التحريم بالرضاع بطريق المصاهرة فالجمهور وهم الأئمة الأربعة على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة¹، فيحرم من الرضاع الجهات الثمانية، الجهات الأربعة من جهة النسب وهن 1- أصول الشخص وإن علون، 2- فروعه وإن نزلن، 3- فروع الأبوين وإن نزلن الأخوات، 4- فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة وهن الخالات والعمات، والجهات الأربعة من جهة المصاهرة وهن 1- زوجة الأصل، 2- أصل الزوجة بال عقد عليها، 3- فرع الزوجة بالدخول بها، 4- زوجة الفرع، ودليلهم النص في التحريم من جهة الرضاع قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ)، وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب²)، والقياس في التحريم من جهة المصاهرة، قال الدكتور وهبة الزحيلي: وكما تحرم القريبات من الرضاع، تحرم الأصهار من الرضاع أيضاً، قياساً على النسب، وأخذاً من مفهوم الآية والحديث المتقدمين³، وتوقف الإمام ابن تيمية ومال إلى عدم التحريم لورود النص في النسب دون المصاهرة قال الإمام ابن القيم: وتوقف فيه شيخنا وقال: إن كان قد قال أحد بعدم التحريم فهو أقوى و قال: ومعلوم أن تحريم الرضاعة لا يُسمى صِهْرًا، إنما يحرم منه ما يحرم من النسب، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوَالِدَةِ"، وفي رواية: "ما يحرم من النسب"، ولم يقل: وما يحرم بالمصاهرة، ولا ذكره الله سبحانه في كتابه، كما ذكر تحريم الصهر، ولا ذكر تحريم الجمع في الرضاع كما ذكره في النسب، والصهر قسيم النسب، وشقيقه، قال الله تعالى: { وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا } [الفرقان: 54] فالعلاقة بين الناس بالنسب والصهر، وهما سببا التحريم والرضاع فرع على النسب، ولا تُعقل المصاهرة إلا بين الأنساب، والله تعالى إنما حرّم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمّتها، وبينها وبين خالتها، لئلا يُفضي إلى قطيعة الرحم المحرمة⁴.

وبه أخذ المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الأسرة 84-11 (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) فقصر التحريم في الرضاع على جهة النسب دون المصاهرة للنص، وعدم التوسع في التحريم.

¹-وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة، مصر الطبعة الأولى ج36 ص217، د-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الرابعة، ج9 ص127.

²- محمد إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، دار الشعب القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ج3 ص222.

³- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ج9 ص127.

⁴- محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، 1994، ج5 ص558.

المسألة الثانية : مقدار الرضاع المحرم للمالكية والحنفية حكموا على التحريم بقليله وكثيره¹ لعموم النص (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ) (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، فالنص لم يقيد في عموم التحريم بين القليل والكثير، بل النص يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع، وبه أخذ المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون 84-11 (لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا)، وخالف الشافعية والحنابلة بتقييد التحريم بخمس رضعات مشبعات² ودليلهم ما رواه مسلم عن عبد الله بن الزبير عن عائشة قالت قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وقال سويد وزهير إن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال " لا تحرم المصصة والمصتان "، وروى أبو داود عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات يحرمن فتوفى النبي -صلى الله عليه وسلم- وهن مما يقرأ من القرآن³، فلما تقييد التحريم بالخمس دل على عدم التحريم بما دونه كالمصصة والمصتين .

3-2- المطالب الثاني: تعدد الزوجات من الأحكام الثابتة في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي تعدد الزوجات لصريح النص لقوله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا) النساء الآية 3، ولذا لم يختلف الفقه ولا التشريع الجزائري في أصله إلا ما شذ من بعض التشريعات العربية، متى وجد المبرر الشرعي والقدرة على التعدد، وأما الشروط التي قيد بها المشرع الجزائري التعدد كما في المادة 8 المعدلة بالأمر 05-02 الفقرة الثانية (يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية)، فلا تخرجه عن أصل جوازه لأنها قيود احترازية لمنع ما يترتب عليه التعدد من الخصومة، كشرط الإعلام لزوجته ومن يريد الزواج منها، واستصدار رخصة من القاضي بناء على قبول زوجته بذلك، فإذا تزوج من غير علمهما جاز لكل منهما رفع دعوى التطليق للتدليس وفق المادة 8 مكرر من الأمر 05-02 : (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق)، وهو ما يتوافق مع الفقه الإسلامي وإن كان لا يشترط رضاها لتعدده، إلا أنه أجاز لها طلب الطلاق إذا تضررت من ذلك، لأن الشريعة قائمة على قاعدة : (لا ضرر ولا ضرار⁴)، وأما فسخ النكاح الثاني إذا تم بدون ترخيص القاضي قبل الدخول وفق المادة 8 مكرر 1 من الأمر 05-02 : (يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه)، فلا مستند له من الناحية الفقهية لأنه لا أحد من الفقهاء حكم على الزواج الثاني بالفسخ لمخالفته لإذن القاضي، لأن الزوج يمارس بزواجه حقا مشروعاً شرط عدم الإضرار بالمرأة، وللمرأة الحق في المطالبة بالطلاق إذا تضررت من ذلك .

¹ - شهاب الدين القراني، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، تحقيق محمد حجي، 1992، ج4 ص 274، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2010، ص496 .

² - القراني، مرجع سابق، ج4 ص274، ابن رشد مرجع سابق، ص497، ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مرجع سابق، السابعة والعشرون، 1994، ج5 ص571 .

³ - أبوداود، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، كتاب النكاح، باب هل يحرم ما دون خمس رضعات، ج2 ص182

⁴ - أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص93 .

3-3- المطلب الثالث: إسناد الحضانة للأم إسناد الحضانة محل اتفاق بين الفقهاء¹ سواء أكانت زوجيتها قائمة مع أب المحضون، أم مطلقة منه مادامت متمتعة بأهلية الحضانة، وإلا انتقلت إلى من يليها في المرتبة.

قال ابن القيم : الولاية على الطفل نوعان : نوع يقدم فيه الأب على الأم، و من في جهتها و هي ولاية المال و النكاح، و نوع تقدم فيه الأم على الأب و هي ولاية الحضانة والرضاع و قدّم كلّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتتمام مصلحة الولد²، و دليلهم في هذا ما يلي : **ما رواه أبو داود** عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إنّ أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني فقال النبي صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " ³.

ومع اتفاقهم الفقهاء على تقدّم الأم ولو كانت غير مسلمة إذا كانت الزوجية قائمة، إلا أنّهم اختلفوا إذا وقع الطلاق بينهم، هل يظل الحكم ثابتاً أم يتغير؟

مذهب الحنفية والمالكية⁴ يظل الحكم ثابتاً لعدم اشتراطهم الإسلام في الحضانة، فيجوز للمرأة غير المسلمة أن تحضن ولدها المسلم مادام صغيراً لا يعقل الأديان عند الحنفية، فإذا عقل الأديان، انتزع منها حتى لا يألف غير الإسلام .

و عند المالكية⁵ إذا خيف على المحضون فساد دينه كأن تربيته على دينها، تضم إلى جماعة المسلمين ليكونوا رقباء عليها، و لا ينزع منها و يكفي لمراقبتها مسلم واحد أو مسلمة، و استدلل هذا الفريق بما يلي:

1- ما رواه عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده عن رافع بن سنان أنّه أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي و هي فطيم أو شبهه ، وقال رافع : ابنتي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أقعد ناحية، و قال لها أقعدي ناحية، فأقعد الصبية بينهما، ثمّ قال: أدعواها فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه و سلم : " اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها " ⁶.

¹ - السيواسي، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ج 4 ص 369، الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت ج 2 ص 526، الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعرفة، بيروت، ج 1 ص 527، الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، ج 2 ص 270، الشريبي، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، ج 3 ص 452، ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1405هـ، ج 8 ص 195.

² - ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 392.

³ - أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، مرجع سابق، ج 2 ص 283.

⁴ - ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 557، الكساني، السيواسي، مرجع سابق، ج 4 ص 367، الدردير، الشرح الكبير مرجع سابق، ج 2 ص 529، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 1 ص 529.

⁵ - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ص 529، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 1 ص 529.

⁶ - النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ - 1986م، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الفرائض، باب الصبي يسلم أحد أبويه، ج 4 ص 83، أبو داود، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، مرجع سابق، ج 2 ص 273.

ووجه دلالة الحديث أنّ الأم لو لم يكن لها حق في الحضانة مع كفرها لما خير النبي صلى الله عليه و سلم الطفلة بينها وبين أبيها، و لقضى بها إلى أبيها .

2- الحضانة مدارها الشفقة على المحضون، والشفقة لا تختلف باختلاف الأديان، فالأم أشفق من غيرها على ولدها وإن خالفته في الدين .

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فالأم ولو كانت غير مسلمة أولى بحضانة ابنها من غيرها ما لم يخش على دينه منها، فإذا خيف على دينه انتزعت منها الحضانة، لمنافاتها مقصدها، جاء في المادة 62 من قانون 84-11 من التشريع الجزائري: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه خلقا ودينا)، وهو ما جرى به العمل في القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/03/1989 ما يلي: « من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وإنّ حضانة الذكر للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية»¹ .

وأما الشافعية و الحنابلة² فقد اشترطوا الإسلام في الحاضنة أمّا أو غيرها ما دام المحضون مسلما، وبهذا يتغير حكم إسناد الحضانة لشرط الإسلام واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أنّ الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم، كولاية النكاح والمال، لقول الله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) النساء: 141.

ووجه دلالة الآية أنّ الله قطع الموالاتة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاتة التي وضعها الله بين الفريقين³ .

2- إنّ الحاضن قد يفتنه عن دينه بتعليمه الكفر وتربيته له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر، والحضانة إنّما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه⁴، كما قال النبي- صلى الله عليه وسلم- : " كلّ مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه، أو يمجسانه " ⁵، فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم.

فهذه الأمثلة الثلاثة من أحكام الثابت تدل على أن المتغير من الأحكام أكثر من الثابت، وحتى الثابتة منها في أصلها متغيرة كثيرا في فروعها .

¹ - قرار رقم 52221 بتاريخ 13-3-1989، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد1، ص48 .

² - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص 190 .

³ - ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5 ص 410.

⁴ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص 190.

⁵ - البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب لا تبديل لخلق الله، مرجع سابق، ج4 ص1792، مسلم، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة،

مرجع سابق، ج4 ص2047 .

4-المبحث الثالث : الأحكام المتغيرة وبعض تطبيقاتها

الأحكام المتغيرة في الشريعة لا تكاد تنحصر توسيعاً على الناس ورفعاً للحرج عنهم، وملائمة للأحوال والمتغيرات والمستجدات التي يمرون بها، وسنقتصر على ذكر أهمها في المطالب التالية :

4-1-المطلب الأول :الولاية على الراشدة من الأحكام المتغيرة لوجود الخلاف فيها بين الفقهاء لاختلافهم في فهم

النصوص الواردة المحتملة للتأويل والتفسير فذهب جمهورهم وهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ للولي الحق في تزويج ابنته البكر البالغة ولو لم تأذن¹ إذا زوجها من كفؤ، ولو بدون مهر المثل عند المالكية²، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صمت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها"³، فدلّ هذا الحديث على أن غير اليتيمة إذا كانت بكراً تنكح بغير إذنها، لإجماعهم على أن الثيب لا تزوج إلا بإذنها، وأنها أحق بنفسها في العقد⁴.

2- وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها"⁵، وفي رواية: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"⁶، فالثيب لما كانت كانت أحق بنفسها دلّ على أن البكر وليها أحق بالعقد عليها⁷.

ورغب الجمهور في استئذنها ترغيباً لها في الزواج بمن يراه وليها كفتاً لها حتى لا تكون كارهة مبغضة لزوجها .

وذهب الحنفية وابن حزم من الظاهرية إلى أن البكر البالغة لا تزوج إلا بإذنها⁸، واستدلوا على ذلك بما يلي :

¹ -ابن قدامة، المغني، مرجع سابق ج7-ص32، الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق ج3-ص149-الدردير، لشرح الصغير ج1-ص381، الشيرازي، مرجع سابق، ج2-ص37، .

² - الدردير،الشرح الصغير، مرجع سابق، ج1-ص381

³ - سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على الزواج، ج3-ص417،أبو داود، كتاب النكاح، باب الاستئمار، مرجع سابق، ج2-ص231 .

⁴ - يوسف ابن عبد البر، الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ج16-ص51، محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، دار الجليل، بيروت، سنة 1973م، ج6-ص256

⁵ - مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، مرجع سابق، ج2-ص1037 .

⁶ - مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،، مرجع سابق ج2-ص1037 .

⁷ - ابن عبد البر ج16-ص51 .

⁸ - علي بن أحمد بن سعيد، المحلي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، ج9-ص461-471، محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1406، ج4-ص197، علاء الدين، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1982، ج2-ص241 .

1- ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها"¹، وكلمة تستأمر في الحديث طلب الأمر، والمعنى لا يعقد عليها وليها حتى يطلب الأمر منها²، ويستأذنها فتأذن له بالقول أو بالسكوت لحياؤها.

2- الرواية الثانية لحديث ابن عباس عند مسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" فيه دلالة على أن البكر البالغة لا يجوز أن تجبر لأتمها أولى بنفسها من وليها كما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم؛ والأيم اسم لكل امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي قال: "الأيم من النساء كالأعزب من الرجال"³.

3- واستدلوا بحديث ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم⁴، فهذا الحديث يدل على أنه ليس للولي جبر ابنته على النكاح، وإلا لما ردّ النبي صلى الله عليه وسلم نكاح الجارية وجعل الأمر إليها.

وأما التشريع الجزائري فأخذ بالولاية على المرأة في قانون 84-11 قبل التعديل فنص في المادة 11 (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له)، ولكنها ولاية اختيار وليست بولاية إجبار، فلا تجبر المرأة على الزواج ولو كان كفتها لها كما جاء في المادة 13 (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يجوزها بدون موافقتها)، ولما كان حكم الولاية ليس ثابتا بالنص عمده المشرع الجزائري إلى تغيير موقفه منها فأجاز للمرأة أن تزوج نفسها بعبارتها واشترط حضور الولي في العقد وهو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وجعل من وجوده إجراء شكلياً في التعديل الجديد بدليل حرمتها بحكم القانون في تقديم من ترغب من أوليائها دون تقييد بترتيب دليل استخدامه لحرف أو التي تفيده التخيير خلافاً للفاء التي تفيده الترتيب والتعقيب كما نص على ذلك في المادة 11 المعدلة بالأمر 05_02 (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره)، وقد أساء المشرع في التعديل لأن الولاية كانت مقيدة بعدم التعسف فلا يستطيع أن يجبرها بنص المادة 13 سالف الذكر، ولا يستطيع أن يمنعها من الزواج بمن تريد كما نصت المادة 12 من قانون 84-11 (لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون) فلم يكن للتعديل مبرر، وعلى فرض التعديل اختياراً لمذهب الحنفية في زواج المرأة بعبارتها فلا بد من التقييد بشروطهم ومن شروطهم أن يكون الزوج كفتاً، وأن يكون بمهر المثل وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري، فلم يكن له بذلك مستند من الفقه.

¹ - صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج2- ص1037.

² - الشوكاني، مرجع سابق، ج5- ص254.

³ - السرخسي، مرجع سابق، ج5- ص12.

⁴ - أبو داود، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها، ج2- ص232.

4-2-المطلب الثاني : الطبيعة الفقهية و القانونية للخلع من الأحكام المتغيرة الطبيعة الفقهية أو القانونية للخلع لعدم ورود نص صريح في المسألة، وما كان طريقه الاجتهاد لا يكون قطعياً ولذا ذهب الجمهور إلى أن الخلع عقد معاوضة وهم الخفية والمالكية وفي روايتين للشافعية والحنابلة، لأنّ المرأة تفدي نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج قال ابن عرفة : هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض¹ .

قال ابن قدامة : لأنه (الخلع) معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح² . وقال الشريبي : لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز له أن يزيل ذلك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع³ ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّه قطع لعقد النكاح بالتراضي فكان كالإقالة . قال الشيرازي : لأنّ (الخلع) رفع عقد بالتراضي كالإقالة في البيع⁴ . فالخلع سواء أكان عقد معاوضة على مال شبيه بالبيع، أو قطع للنكاح شبيه بالإقالة لا بد فيه من طرفي العقد لانعقاده وهما المخالعة والمخالعة .

فلا يصح الخلع إذا كان بطلب من الزوجة دون رضا الزوج، بل لا بد فيه من الرضائية بين طرفيه لقوله تعالى : (فَإِنْ حِفْظُكُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) البقرة: 229.

أما رضا الزوج فلأنه يسقط ما له من حق من الحقوق، و أمّا رضا الزوجة فلأنها يلزمها عوض فيشترط رضاها لأدائه، ولا بد للزوجة أن تكون عاملة بمعناه لأنّ شرط صحة المعاوضات التراضي والعلم بعباراتهم، وهي إنّما رضيت بدفع البدل إلى الزوج لتفدي نفسها وتشترى عصمتها .

وذلك لما رواه ابن عباس رضي الله عنهما : أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتريدين عليه حديثه؟ قالت : نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁵، و أمره عليه السلام لثابت بالطلاق هو أمر إرشاد وندب وإصلاح لا إيجاب، كما ذكره ابن حجر في الفتح⁶، وقال الصنعاني : " و أمّا أمره صلى الله عليه وسلم بتطليقه لها أي لامرأة ثابت هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب⁷ .

فليس للحاكم أو القاضي أن يجبر الزوج على الخلع أو يوقعه عليه بل لا بد من رضاه لأنّه طلاق بتوافق الإرادتين، و إن كان يستحب عند الفقهاء أن يستجيب إلى طلبها إذا كانت له كارهة مبغضة .

¹ - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة النشر 1420هـ/2000م، ج4 ص261 .

² - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7 ص 247 .

³ - الشريبي، الإقناع للشريبي، مرجع سابق، ج 2 ص 435 .

⁴ - الشيرازي، مرجع سابق، ج 2 ص 71 .

⁵ - البخاري : كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، مرجع سابق، ج 5 ص 2021 .

⁶ - أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب ، ج9 ص 400

⁷ - محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، ج3 ص 167 .

وجاء في كشف القناع : ويسن له إجابتها لحديث ابن عباس، إلا أن يكون الزوج له ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها قال أحمد: ينبغي لها أن لا تخلع منه وأن تصبر¹.

فالخلع في طبيعته الفقهية عند جمهور الفقهاء هو عقد يقع بالتراضي بين الزوجين واتفقهما، ولا يشترط لوقوعه أو نفاذه أن يكون أمام القاضي، قال السرخسي : أنّ الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود²، ونص ابن قدامة في المغني على أنه لا يفتقر الخلع إلى حاكم، نص عليه أحمد فقال : يجوز الخلع دون السلطان³ فإذا وقع أمامه جاز .

وذهب بعض التابعين كسعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد بن سيرين وأبو عبيد⁴ إلى أن الخلع لا يشترط فيه رضا الزوج لوقوعه، لوقوعه، بل للقاضي أن يحكم به بطلب من المرأة .

قال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق، وإن رأى أن يجمع جمع⁵، واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية :

قوله تعالى : (وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يُخَافَا إِلَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) البقرة: 229 .

ووجه دلالة الآية قراءة حمزة وأبو جعفر ويعقوب والأعمش وأبو عبيد " إلا أن يخافا " بضم الياء وحجتهم قوله تعالى بعدها : " فان خفتن " فجعل الخوف لغيرهما ولو أراد الزوجين لقال : " فان خافا " .

قال القرطبي: وفي هذا حجة لمن جعل الخلع إلى السلطان وهو قول سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين وقال شعبة : " قلت لقتادة : عمن أخذ الحسن الخلع إلى السلطان ؟ قال : عن زياد وكان واليا لعمر وعلي⁶ " .

2 - ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)، وأمره صلى الله عليه وسلم للوجوب لعدم وجود قرينة تصرفه للندب والإرشاد .

قال الشوكاني: تعليقا على قول ابن حجر في الفتح : قوله : " اقبل الحديقة " قال في الفتح هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته¹ .

¹ - ابن إدريس، كشف القناع : منصور بن يونس ، 1- كشف القناع ، دار الفكر ، بيروت ، 1402هـ ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال ، ج 5 ص 212 .

² - السرخسي، مرجع سابق ، ج 6 ص 173 .

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7 ص 246 .

⁴ - القرطبي مرجع سابق، ج 3 ص 138، الجصاص، أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن للجصاص ، دار إحياء التراث م بيروت ، سنة 1405هـ ، تحقيق محمد الصادق قمعاوي ، ج 2 ص 94 .

⁵ - الجصاص، مرجع سابق، ج 2 ص 94 .

⁶ - القرطبي، مرجع سابق، ج 3 ص 138 .

3 - رفع الضرر عن المرأة من ابتزاز الزوج واستغلاله لها عند تعنته، وعدم قبوله لمبدأ الخلع، ورفع الظلم عن المرأة من القواعد التي راعتها الشريعة الإسلامية لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا إضرار"².

أما المشرع الجزائري فلم يصرح بالطبيعة القانونية للخلع في قانون 84-11، وإنما اكتفى ببيان جواز ذلك قانونا كما جاء في المادة 54 من قانون 84-11: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

إلا أنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا نجد أنهم فسروا هذا النص المسكوت عن ذكر الطبيعة القانونية صراحة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اعتباره عقدا رضائيا يحتاج إلى رضا الطرفين لانعقاده، والقرارات كثيرة ونأخذ نموذجا :

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 08 / 02 / 1982 ما يلي : الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه³.

ففي هذا القرار يتبين لنا أنّ رضا الزوج معتبر في الخلع، فلا يتم إلا برغبة منه ورضاه، ولا أحد يمكنه أن يوقعه عليه قسرا حتى القاضي، إلا أنّ هذا الاجتهاد القضائي و الذي عمل به في المحاكم سنوات لم يستقر بل بدأ بتغيير باجتهاد آخر يعتبر أنّ الخلع حق خالص للمرأة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا، ويتضح ذلك من خلال بعض هذه القرارات ونأخذ منها نموذجا:

جاء في قرار بتاريخ 30/07/1996 ما يلي : من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا، ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه⁴

وبهذا أخذ المشرع الجزائري في القانون المعدل بالأمر رقم 05، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث جاء في المادة 54 : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

فالتبيعة الفقهيّة للخلع لما لم تكن ثابتة كان للاجتهاد أن يتغير وللتشريع أن يتغير من غير أن تكون فيه مخالفة لأحكام الشريعة مادام رأي المخالف له اعتباره .

¹ - الشوكاني ، مرجع سابق، ج 7 ص 37 .

² - مالك، مرجع سابق، ج2ص 745 .

³ - قرار رقم 26709 بتاريخ 8-2-1982، غرفة الأحوال الشخصية، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1982، عدد خاص ص 258 .

⁴ - قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998، العدد الأول، ص 120.

4-3- المطلب الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة من الأحكام المتغيرة غير الثابتة ترتيب مستحقي الحضانة لعدم وجود نص في المسألة، ولذا اختلف الفقهاء فيها اختلافاً بيناً، بل كان لكل واحد منهم اجتهاده في الترتيب فمنهم من غلب جهة الأم لغلبة الشفقة، ومنهم من غلب جهة الأب لاعتبار النسب وقوة الإدلاء .

فذهب الحنفية¹ إلى ترتيبهم كالتالي :- الأم - أم الأم - أم الأب - الأخوات - بنت الأخت - الخالات شقيقات ثم لأم ثم لأب.....

وذهب المالكية² إلى ترتيب مغاير :- الأم - أمها - خالتها - عمته - أم الأب - الأب - أخته - عمه أبيه - خالة أبيه.....

و ترتيب الشافعية للحضانة³ :- الأم - أم الأم - أم الأب - الأخوات - الخالات - العمات

وترتيب الحضانة عند الحنابلة⁴ :- الأم :- أمهاتها - الأب - أمهاته :- الجد :- الأخوات - الخالة

وأما ترتيب المشرع الجزائري للحاضنات فقد اختلف في قانون الأسرة من قانون 84-11 إلى قانون 05-02 حيث جاء في المادة 64 من قانون 84-11: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

و يتضح من خلال المادة 64 من قانون 84-11 قبل التعديل أنّ ترتيب مستحقي الحضانة كالآتي - الأم - أمها - الخالة - الأب - أم الأب

و يلاحظ أنّ القانون من خلال هذا الترتيب راعى جانب قرابات الأم على قرابات الأب، و هو مذهب جمهور الفقهاء فقدمت أم الأم و الخالة على أم الأب، و سائر قراباته لأنهما يدلان بالأم و الأم مقدمة على الأب، وجاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على ذلك .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/02/23 من المقرر قانوناً أنّه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق. أ. بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون .

و لما كان ثابتاً من قضية الحال أنّ القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة، و هي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعنة بحجة أنّ مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض⁵.

¹ - الكسابي، مرجع سابق، ج4 ص41

² - الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 1 ص 527، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ص 528 .

³ - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 270، الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 452 .

⁴ - ابن مفلح، مرجع سابق، ج 8 ص 230، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8 ص 195 - 196 .

⁵ - قرار رقم 89672 بتاريخ 23-2-1993، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، العدد خاص، ص 166 .

و أما في قانون 05-02 من قانون الأسرة فقد جاءت المادة مغايرة للترتيب السابق جاء في المادة 64 من قانون 05-02: الأم أولى بحضانه ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمه ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانه أن يحكم بحق الزيارة.

و يلاحظ أنّ الأب في التعديل قدّم على جميع القرابات بعد الأم، و هذا مذهب الحنابلة في رواية عن أحمد وسبب الخلاف بين الفريقين في سبب تقديم الأم على الأب هل الأمومة أو الأنوثة ؟ فمن راعى الأمومة قدم جهتها على جهة الأب، لأنّ أم الأم بمنزلة الأم، والخالة بمنزلة الأم، و من راعى الأنوثة قدّم جهته على جهتها، فإذا وجدت عمه و خالة فالمعني الذي قدمت له الأم موجود فيهما، و امتازت العمه بأنّها تدلي بأقوى القرابتين و هي قرابة الأب .
ومادامت المسألة خلافية فالخلاف يسع الجميع، وهذه فائدة المتغير من أحكام الشريعة حتى لا يضيق على الناس مادامت النصوص تحتل الاختلاف لظنيتها في الدلالة، أو لعدم وجود نص في الواقعة أساسا .

5-خاتمة:

توصلت في هذه البحث إلى النتائج التالية :

- الثابت والمتغير من الثنائيات التي أثارت جدلا واسعا بين فريقين، بين فريق ينزع بالأحكام إلى الجمود كحال الظاهرية مع النصوص، وفريق ينزع بها إلى التفلت باسم مواكبة الحياة وتغيراتها كما هو حال الحداثيين مع أحكام الشريعة .
- تغير الأحكام لا يعني تكييفها وتطويعها لواقع الناس، بل تغييرها لتغير مقتضى الحكم كتغير المصلحة أو العرف .
- الضابط في الثابت والمتغير مراعاة المصالح، والمصالح ثابتة ومتغيرة، فما كانت المصالح فيه ثابتة لا تتغير بتغير الأشخاص والأزمان كالمصالح القائمة على مراعاة الفطرة كانت الأحكام ثابتة، وإذا كانت المصالح متغيرة تغيرت الأحكام المبنية عليها وجودا وعدما .
- المتغير من الأحكام يمثل المرونة والتطور لأحكام الشريعة ، ولذا لم يعجز الفقه الإسلامي على مسايرة التغير والتطور للبشرية، فما من نازلة ولا واقعة إلا ولها في شريعتنا حكم، فإن حصل قصور في إيجاد الحلول فسببه العلماء وليست الشريعة .
- أحكام الشريعة قامت على الموازنة بين الثابت والمتغير، الثابت يمثل الأصول العامة لأحكام للشريعة فلا يجري عليها تغيير ولا تبديل وإلا لما بقي شيء من معالمها، والمتغير يمثل الفروع وهو مساحة السماحة والتيسير والسعة في شريعة الإسلام .
- المتغير من الأحكام يعطي للتشريع الجزائري المرونة في الاختيار من الأقوال الفقهية المختلفة ما تتحقق به المصلحة شريطة أن تكون الأقوال المختارة معتبرة فقها .

6-المراجع :

- ابن إدريس، كشف القناع : منصور بن يونس ، كشف القناع ، دار الفكر ، بيروت ، 1402هـ ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال .
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، الطبعة الاولى، 2010.
- أبوداود، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت .
- أحمد الرازي، أحكام القرآن للجصاص ، دار إحياء التراث م بيروت ، سنة 1405هـ ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي
- أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب.
- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق .
- الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير ، دار الفكر، بيروت.
- الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعرفة، بيروت.
- محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون 1994.
- القرطبي محمد بن أحمد بن فرح القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الشعب، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1372هـ ، تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني ، ج 3 ص 138 ، الجصاص، أبو بكر -المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 1.
- المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998، العدد الأول.
- المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، العدد خاص.
- النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ - 1986م، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة .
- شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، تحقيق محمد حجي، 1992 .
- عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م .
- علاء الدين ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1982 .
- علي بن أحمد بن سعيد ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.
- مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق فؤاد عبد الباقي .
- مجدي محمد عاشور، الثابت والمتغير في فكر الإمام أبي إسحاق الشاطبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي دولة الإمارات، الطبعة الأولى 2002
- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
- محمد ابن ادريس الشافعي، الرسالة، دار الكتب العلمية، تحقيق أحمد شاکر .
- محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، 1994 .

- محمد إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، دار الشعب القاهرة، الطبعة الأولى، 1997 .
- محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة النشر 1420هـ/2000م
- محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد -محمد بن أبي سهل ، المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، 1406 .
- محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي.
- محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق : محمد سيد كيلاني دار المعرفة - بيروت، 1404
- محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م.
- محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى .
- زين الدين الرازي مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، 1999، تحقيق يوسف الشيخ محمد.
- محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1997 .
- مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي ومدارسه، دار القلم، دمشق، دار الشامية بيروت، الطبعة الأولى، 1995 .
- معاذ مصطفى الحن، القطعي والظني في الثبوت والدلالة، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2007.
- نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1982، عدد خاص .
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة، مصر الطبعة الأولى، د--وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الرابعة .
- د- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى، 1986 .