340.5:H96mA:v.1:c.1
حسين، سيد عبد الله علي
المقارنات التشريعية بين القوانين الوض
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES
01017974

340.5:H96mA V.1 C.1
حسين، سيد عبد الله علي.
المقارنات التشريعية ...

340.5
H96mA
V.1
C.1

JAFET LIB.
08 MAR 1995

340.5
H96mA
V.1
C.1

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر وليسانسيه في الحقوق الفرنسية

الجزء الأول

[حقوق الطبع محفوظة للمؤلف]

الطبعة الأولى

القاهرة ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م

مشترو الطبع والنشر أصحاب

دار إحياء الكتب العربية

عيسى البابي الحلبي وشركاه

Cat. 17 Dept. 53





صورة ما رفع إلى السراى الملكية

فى يوم ١٣ / ٢ / ١٩٤٦

مولاى

إن رقىّ الأمم وعلوّ شأنها نتيجة لتقدمها فى العلوم والمعارف فى شتى طرق الحياة البشرية . وإن أوجب ما تعنى به الشعوب هو ما يحفظ حقوق الفرد والجماعة وينظم تدافع الناس فى معترك الحياة . وخير حارس على هذه الحقوق هو القانون . وأفضل القوانين ما نزل من رب العالمين على خير نبى أرسل رحمة للعالمين ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين .

مولاى

ترك لنا متشرعوا الإسلام ما يعد فخراً مدى الدهر من قواعد الحكم وأصول التشريع ، فأخذه عنهم علماء القوانين الوضعية ، ولا زالوا ينهلون منه كلما تشعبت أمامهم مشاكل الحياة ، ثم يردوه إلى الأمم المغلوب على أمرها المبتلاة بتشريع أجنبى على أنه من عملهم وتفكيرهم والله يعلم أنها قواعد الإسلام ومذاهب المجتهدين ، ثم أجمعوا إجماعاً سكوتياً على عدم ذكر هذا التشريع السماوى شفاء لغل فى الصدور .

لست ألقى القول جزافاً فقد درست التشريع الإسلامى وكنت من علماء الأزهر الشريف ثم درست القوانين الوضعية بجامعات أوربا فوجدت ديناً فى عنقى لدينى أن أبيّنَ للناس كافة وللمسلمين خاصة مأخذ التشريع الوضعى من التشريع الاسلامى ، فوضعت مؤلفى هذا بعد بحوث شاقة سبع سنين ترجمت فيها فقه القانون الفرنسى و بعض قواعد القانون الرومانى ثم قابلته بالنصوص الشرعية خصوصاً على مذهب الامام مالك بن أنس الأصبحى رضى الله عنه .

مولاى

ظننت نفسى سابقاً فى عمل هذه المقارنات الكاملة بعد جهد يعلم الله كان متعبى فى الحياة الدنيا . ولكنى عثرت على كراسات من مؤلف خطى محفوظ بدار الكتب الملكية المصرية قسم المخطوطات عنوانه : « تطبيق القانون المدنى والجنائى على مذهب الامام مالك » جاء فى مقدمته : « أن فضيلة الشيخ مخلوف بن محمد القاضى بمنية ابن خصيب جمعها برغبة ولى النعم أبى الفداء أدام الله على العباد ظل عدله » ولولا توالى الأحداث التى حدثت بمصر وقتذاك لكان هذا المؤلف ذخيرة عظيمة وأثراً خالداً ، ولكنه تبدد ولم تتحقق رغبة جدكم عليه رحمة الله .

وانه وإن لم يرد الله جلّ جلاله ظهور تلك المقارنات فى عهد جدكم العظيم فإنه قد أراد يامولاى إظهارها فى ظل مقامكم السامى وفى عهدكم الزاهر .

مولاى

إن العلماء مسؤلون بين يدى الله عن إبداء ما يعلمون دفعاً عن دينهم وإظهاراً لحقيقة تشريعهم المنزّل من عند الله . وأنهم يخرجون عن عهدة التقصير متى بلغوا ما أمروا بتبليغه ، وإننى بهذا أديت واجبى والله على ما أقول شهيد .

ولما كان مولاى عقل مصر اليقظة وتاجها الذى تعتز به وتفتديه بمهجها وأرواحها وكان نعم المليك المسلم الصالح العامل بالكتاب والسنة فى خير أمة مسلمة . أحببت أن أقدم كتابى هذا ليكون للحق عنواناً وللمتشرعين نبراساً وتبياناً سائلاً الله العلى القدير أن يوفق الراعى والرعية لاتباع الشرع الاسلامى فى قوانين الدولة المصرية الاسلامية إنه نعم المولى ونعم المجيب .

جعل الله عهده غرة فى جبين الدهر ، وحفظ ذاته ذخراً لمصر والمسلمين آمين ؟

الفقير إلى الله

سيد عبد الله

صورة ما رفع لمشيخة الاسلام فى القاهرة

يوم ٢١ / ٩ / ١٩٤٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

من الفقير إلى مولاه سيد بن عبد الله بن على حسين

إلى

حضرة مولانا الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر والمعاهد العلمية الدينية بالقطر المصرى

فضيلة الشيخ مصطفى عبد الرازق حفظه الله

السلام على مولانا ورحمة الله وبركاته و بعد فانه من نعمة عليكم ان جعلكم فى هذا المقام الأسمى ومن نعمة الله على المسلمين والإسلام فى مصر والمعمورة أن جعلكم مسئولين عن حقوقهما ومثل مولانا من يقدر المسئولية أمام الله وأمام المسلمين .

مولانا : إن مسئوليات الرآسة الدينية خطيرة بقدر خطر مركزها ومن أهمها ما يأتى :

أولا — تعليم الدين الإسلامى فى مصر . هذه مسألة عظيمة الأثر فى أبناء المسلمين وهى تكاد تكون معدومة فى مدارس الحكومة لأنها اختيارية والتوجيه إلى روح الإسلام لا وجود له فيخرج التلميذ من الصفوف الأولية بمعرفة على الهامش تذهب مع الريح . وليس فى التعليم الثانوى ولا فى التعليم العالى ديانة أما فى المدارس الأجنبية . فيعلم مولانا أنها فتحت لمحاربة الإسلام والمسلمين فى عقر دارهما فمنها من يصطاد من التلاميذ المسلمين والمسلمات فيلقنونهم مبادىء النصرانية وأظن حوادث التنصير فى مدارس الإرساليات معلوم أمرها .

فإن تورعت بعض المدارس عن تعليم المسيحية لأبناء المسلمين فهى حريصة على إبعادهم عن تعلم دينهم الإسلامى فيخرجون لا دينيين .

طبع بمجلة الأزهر عدد صفر سنة ١٣٦٦ مجلد ٨ .

فيرى مولانا أن أبناء الأمة الإسلامية قسمان طلبة المعاهد الدينية وهم والحمد لله يتعلمون دينهم ويقيمون شعائره صغاراً وكباراً وهم الذين نكبوا فى تولى الوظائف العامة فى الأمة . وطلبة المدارس المصرية فى جميع درجاتها وطلبة مدارس الإرساليات أو البعثات الأجنبية لا يعرفون عن الدين إلا اسمه وهم بلا شك الكثرة فى الأمة وهم الذين يتولون معظم مصالح الأمة . وأظن عدم تمسك بعضهم بدينهم بل والعمل على هدمه عامدين أو غير عامدين لا يحتاج إلى دليل غير المشاهدة ولمس هذه الحقائق .

لهذا كان يا مولانا تعليم الأمة دينها وبعث الروح الإسلامية فيها من المهد إلى اللحد من أخص لوازم مركز الرآسة الدينية والإشراف عليه إشرافاً فعلياً مما يحقق الرسالة التى يجب أن يقوم بها علماء الدين وإن الله لسائلهم عن ذلك (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) .

ثانياً — الدعوة للتوحيد وتبليغ الرسالة الإسلامية . لقد ذهب الزمن الماضى بمآسيه وتقصيراته وما نسج عليه من خنوع واستكانة فلم يتحقق قول الله عز وجل ﴿ يأيها الرَّسول بلغ ما أُنزِل إليك من ربكَ وأن لم تَفعل فما بلغت رِسالته ﴾ .

والآن وقد تعددت سبل السفر براً وبحراً وجواً وانتشرت الطمأنينة فى جميع البقاع فقد وجبت الدعوة لله خصوصاً بين قوم لم تصلهم دعوة الرسول بل حتى بين المسيحيين فقد أنارت العلوم مداركهم وتهيأت عقولهم لاستماع دعوة الحق ومناقشة الدليل عليها . وإذا كان باطل القوم يسعون جهد الطاقة فى نشره فأولى أن ننشر حقنا بالإقناع والدليل وليس الأزهر والمعاهد الدينية بمصر لمصر وإنما هى للجميع فى كافة بقاع الأرض ﴿ وأُوحىَ إلى هذَا القُرآن لأنذركم به ومن بلغ .. الخ الآية ﴾ .

فهل لمولانا أن يهيىء البعوث ويختار الرجال فيرسل رسل الحق والنور فى مشارق الأرض ومغاربها فيبددون ظلمات الجهالة ويردون القوم عن الشرك بالله . تالله أنكم لقادرون وان شاء الله لفاعلون .

ثالثا — التشريع فى مصر — يعلم فضيلة مولانا أن تشريعنا المدنى والجنائى قد فرض علينا فرضا فهو غريب عن ديارنا دماً ولحماً فقد أوجدت المحاكم المختلطة فى عهد إسماعيل باشا وإلى مصر فى أول يناير سنة ١٨٧٦ ثم لا زالت تقضى فى بلادنا بقوانينها المعروفة حتى تحدد بقاؤها بمعاهد مونترو .

وأنشئت المحاكم الأهلية بأمر عال من الخديوى توفيق باشا فى ١٨٨١/٦/١٤ فى الوجه البحرى ثم عممت فى الوجه القبلى سنة ١٨٨٩ وسارت أحكامها بما وضع لها من القوانين الأجنبية للآن .

وكان الحكم قبل هذه وتلك للتشريع الإسلامى ولكن لعدة أسباب محلية وزمنية واحتلالية أفسدت أداة الحكم ليحل محل التشريع الإسلامى هذه التشريعات الوضعية التى سداها ولحمتها قوانين فرنسا ولقد استدار الزمن وأفاق المسلمون من نومهم العميق وأخذوا يطرحون عنهم الركود والخمول وضربوا فى نواحى العلوم بسهم وافر عرفوا من حقهم كدولة إسلامية مستقلة أن يكون تشريعها مستمداً من أصول دينها الإسلامى الذى أسس العدل ورفع الظلم وأمن الخائف وساوى بين الناس جميعها لا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى ﴿ إنّ أكرَمكم عندَ الله أتقاكم ﴾ .

مولاى : يتقول الناس على مشايخنا آنذاك أنهم لم يسايروا الزمن فى وضع القانون المدنى من التشريع الإسلامى وهى فرية شاعت والله يعلم من ابتدعها لأن علماء الإسلام كان مغلوبا على أمرهم فكانت خطة الاحتلال التشريعى مدبرة ولا محيص عن سلوكها إرضاء للأجانب فتم ذلك والآن والأمة المصرية تطلب فك أغلالها لتملك زمام أمرها فى تشريعها كما تطلب الاستقلال من جميع نواحيه . والآن وقد تخلصنا من المحاكم المختلطة ومن التحكم فى مقدراتنا يجب أن نتخلص من هذه التشريعات الوضعية الدخلية علينا . . . . فى هذا الوقت أيها السيد الجليل يقوم من المصريين المسلمين من يضع قانونا مدنياً يطلب العمل به فى ديارنا تثبيتاً لهذا

العار الأبدى الذى يجب أن يمحى وكما يزول الاحتلال المادى يزول الاحتلال التشريعى .

كاد الأمر يفلت ولم يبق على وجود هذا القانون بصفة رسمية إلا مروره على مجلس الشيوخ وبعد مرور بضع سنين يقول المتخرصون هذا تقصير علماء الدين حيث لم يحركوا ساكنا . لهذا أهيب بعلماء الدين وبكل مسلم ومسلمة وعلى رأس الجميع رآسة المعاهد العلمية الدينية فهى التى تملك التدخل رسمياً لسحب هذا القانون رسمياً بواسطة الحكومة لعرضه على جمعية من العلماء المتخصصين فى مادة الفقه وأصول الدين الإسلامى وهم والحمد لله على ذلك قديرون .

يا صاحب الفضيلة أن هؤلاء المتشرعون الوضعيون لا يعرفون عن التشريع الاسلامى إلا أنه دين عبادة لا يصلح للزمان ولا للمكان وهى نتيجة حتمية (لمن جهل شيئاً عاداه) فاظهروا الاسلام فى ثوبه الحقيق حتى يتعلم الجهلاء ويتذكر العلماء ويكون للأمة الاسلامية أصول للتشريع يستمدها من دينها القديم وعقيدتها الصحيحة بهذا يا مولاى تردوا للأمة كرامتها . وتحيوا فيها دينها وعزها الذى شرفها الله به ﴿ كنتم خير أمةٍ أخرجت للناس تأمرونَ بالمعروف وتنهون عن المنكر . . الخ ﴾ .

ومن الخزى والعار على الاسلام والمسلمين أن يكون فى م ٢ من القانون المدنى المعروض الآن ما يأتى (فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإن لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين . . الخ .) فلا يتفق هذا ودينا الرسمى الاسلام .

يا صاحب الفضيلة لقد أتممت ترجمة الفقه الفرنسى وقارنته كله بالتشريع الاسلامى على مذهب الامام مالك بن أنس رضى الله عنه وسأقدمه للطبع قريباً وإنى أضعه تحت تصرف رجال التشريع الاسلامى والتشريع الوضعى وستعلمون إلى أى حد أخذت أصول التشريع الاسلامى بل وأحكامه الفرعية فى بناء التشريع الوضعى وليس هذا ادعاء بل دليل بين يدى .

إنى بهذا قد أديت واجبى كمسلم من علماء الأزهر درس القوانين الوضعية فوضع كتابه هذا ليشهد العالم على زيف ما يدعى الوضعيون من أن فقه الاسلام قد قضى عليه ويحتاج لدراسات أخرى وما أكثر ما يدعون ولكن يأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره هؤلاء ومن والاهم اللهم إنى قد بلغت من يمكنه أن ينفذ اللهم إنى بلغت فاشهد وأنت خير الشاهدين .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

سيد عبد الله

مُقدّمة

بسم الله وبه أستعين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين و بعد فلما أتممت كتابى (المقارنات فى التشريعات المدنية ـ السماوية والوضعية) ـ رأيت من الواجب أن أذكر بعض مقدمات تاريخية تبين ما نحن عليه من التشريع المدنى فى الديار المصرية وأصل ذلك ـ وما يدافع عنه أبناء مدرسة القانون الوضعى من اعتقاد فى صحة هـذه القوانين و بعدها عن التشريع الإسـلامى الذى أصبح لا يصلح للزمان والمكان فى نظرهم ـ وما يجب على المسلمين فى جميع بقاع الأرض ـ وما يجب على رجال التشريع فى البلاد التى ابتليت بالاحتلال الأجنبى ـ عسى أن يوفقنى الله لتشخيص الداء العضال ووصف الدواء الناجع .

فإن رأى أهل القانون وأهل العلم أنى أصبت فأحمد الله لى ولهم و إن لم يرق فى نظرهم فانى أعتقد أنى أديت واجبى لله خالصا وأديت الدعوة لاتباع تشريع محمد خير نبى أرسل رحمة للعالمين .

أولا — ما نحن عليه من التشريع المدنى فى الديار المصرية وأصل ذلك

القضاء فى مصر كان يرجع فى قواعده إلى التشريع الإسلامى من حيث تشكيله واحكامه إلى سنة ١٨٥٦ ، ولكن منذ هذه السنة رأت الحكومة المصرية فى عهد سعيد باشا إنشاء محاكم سميت (مجالس قضائية محلية) وكانت تحكم بمقتضى القانون الهمايونى .

ثم تشعب القضاء فى مصر نتيجة معاهدات و بحكم العادة وتساهل الحكومة المصرية التى كانت تتبع الباب العالى فكان القناصل يحكمون بين رعاياهم والحائزين للحماية ، و بمر الزمن تأيد هذا التوسع وأصبح قانونا بموجب اللائحة السعيدية المعروفة بلائحة البوليس السعيدية الصادرة فى ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٧ .

فلما تولى اسماعيل باشا سنة ١٨٦٣ وجه عنايته إلى مداواة هذه الفوضى وكلف وزير خارجيته نوبار باشا للسعى فى إيجاد المحاكم المختلطة ، وفى أول يناير سنة ١٨٧٦ افتتحت بعد حصول الوزير على رضاء ١٥ دولة وكان وجودها لمدة خمس سنين على سبيل التجربة .

وقانونها ونظام القضاء فيها مأخوذ عن القانون الفرنسى والإيطالى والبلجيكى وواضعه مسيو (مونورى) المحامى الفرنسى الذى كان موجودا بالديار المصرية وقتذاك بأمر نوبار باشا رئيس الوزراء .

كان هذا أول افتيات على قوانين البلاد ظفر به الأجانب فى مصر بل وسعى إليهم فى هذا السبيل نوبار باشا وهو بعض ما يسعى إليه أعداء البلاد لضياع شخصيتها القانونية واستقلالها القضائى من مصادره الإسلامية أصبح فى البلاد قضاء مختلط ينظر فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية بين الأجانب والأهالى أو بين الأجانب المختلفى الجنسية ـ والمنازعات العقارية ولو كان جنسية واحدة غير الوطنيين ـ وقضاء وطنى يحكم بالقوانين الشرعية .

ولكن النية كانت مبينة للتخلص من هذا التشريع الإسلامى وقبره فى بلده فلم تكف الطعنة الأولى بإيجاد المحاكم المختلطة ولكنه كان يجب الاجهاز الكلى على هذا التشريع وحصره فى دائرة خاصة (الأحوال الشخصية) وقد تم ذلك . فقد رأت الحكومة المصرية إنشاء محاكم مصرية تضارع المحاكم المختلطة التى وجدت منذ سنة ١٨٧٦ من حيث كفاءة رجالها ونظامها (كما يقولون) للاستغناء عن المختلط فأنشئت المحاكم (الأهلية) الوطنية الآن فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ بأمر عال من الخديوى توفيق باشا وافتتحت فى الوجه البحرى فى نفس هذه السنة وافتتحت فى الوجه القبلى سنة ١٨٨٩ م .

وبهذا تم إلغاء مجالس الأحكام البالغ عددها ثمانية فى الوجهين حسب افتتاح هذه المحاكم وبقيت المحاكم الشرعية تنظر فى أحكام الأحوال الشخصية ممنوعة من النظر فى أى نزاع آخر .

كان هذا هو القضاء على التشريع الإسلامى فى مصر فلا يمكن بحال من الأحوال دراسة هذه النظم القضائية تاريخيا لأن خيط الاتصال بين النظم القديمة والجديدة منقطع فقد جىء بالقضاء المختلط والقضاء الأهلى وفرضا على مصر والمصريين . فدراسة تاريخ هذه القوانين يرجع لأصلها فى بلادها .

ولما كانت هذه القوانين الدخيلة على أخلاقنا وعاداتنا وقواعد ديننا لا سند لها فى وجودها ببلادنا وكان من أحدثوها يريدون لها الدوام ، أنشئوا لها مدرسة الحقوق لتفرخ وتربى عقولا تهيؤها لاعتناق هذه القوانين والدفاع عنها فتم لهم ذلك . ولكى يقبل الناس عليها حرصوا كل الحرص على تقليد خريجيها مناصب القضاء والنيابة بل والمناصب الرئيسية فى الدولة . فسار هذا الحال على هذا المنوال ليومنا هذا فنسى الناس بل والمتخرجون من جامعة الحقوق قوانين بلادهم وظنوا أن الدين الاسلامى للصلاة والزكاة والحج الخ .

كل هذا تم ورجال التشريع الاسلامى لا حول لهم ولا قوة حتى أطلق عليهم بعض الناس (رجال الدين) ومعناه أنه لا شأن لهم فى الحياة العامة إلا ملازمة المساجد والوعظ والارشاد الروحى كرجال الديانات الأخرى (اليهود والنصارى) . ولو علم هؤلاء الحقيقة وأنهم على غير حق فيما يدعون وأن أساس التشريع الوضعى هو التشريع الاسلامى كما سيعرفون من مراجعه هذه (المقارنات) .

ثانيا — ما يقوله أبناء التشريع الوضعى .

يقول أبناء مدرسة التشريع الوضعى أن هذا الاصلاح كان واجبا وإدخال هذا التشريع الوضعى فى قضاء مصر تقتضيه العدالة وروح النهوض فى الحياة الاجتماعية للأسباب الآتية :

١ — إن القضاء العادل كان مفقودا فى مصر فكانت الفوضى ضاربة أطنابها فى جميع مرافق الدولة فلا حق للفقير ولا يحكم على الغنى ذى الجاه بما يكره ولم يكن الناس متساوين أمام القانون ، وكانت الرشوة منتشرة والحكم حسب الهوى وغالب الأحكام لا تنفذ .

٢ — كان القضاء الاسلامى متشعبا حيث كان يحكم بالمذاهب المختلفة مالكى وشافعى الخ وأخيرا مذهب الامام أبى حنيفة ، وفى هذا بلبلة للأفكار وعدم دراية بقانون الحكم بل عدم امكان استخلاص نصوص التشريع الذى يجب أن يطبق على موضوع النزاع لعدم تمشى التأليف التشريعى مع الوقت فى بساطة وسهولة .

٣ — إن التشريع الاسلامى كان جافا إذ يقضى بقطع يد السارق ورجم الزانى أو قتله الخ ولو كان الفاعلان مختارين ولم يعتديا على حقوق أحد (كزوج مثلا) والناس قد ارتقى مجموعها و إحساسها فيجب ترك هذه الفظاعة والغلظة إلى المعاقبة بما ينطبق على المدنية والحضارة لأن المجرم مريض فيجب معالجته لا القضاء عليه .

وقد يبدو بالعين المجردة ان هذه الأسباب قد تنتج مقدمه هذا التغير الكلى لأنه اصلاح لفساد شامل يجب عمله وقد أحسن من عمل غير انه يقال ردا على هذا اتصافا للحقيقة .

أولا — ان فساد الحياة العامة الشامل لفساد القضاء وعدم اقامه أركان العدل ليس راجعاً لعدم صلاحية القواعد الشرعية لإقامة العدل بين الناس والأخذ بيد المظلوم والضرب على يد الظالم و إنما هو راجع الى أن مصالح الأمة ومقدراتها وأمنها وطمأنيتها كانت فى أيد لا هم لها إلا إطلاق شهوة جامحة لملء البطون وكساء الجلود والتفنن فى الملذات فكان الحكم نهباً مباحا لكل طارق من الحكام يأتى حاكما يأمره يستحل ماحرم الله ويحرم ما أحل فكان الواجب عدلا وعلما إصلاح الحال بغل يد الظالم وعدل الحكام و إقامة الحجة وهناك يظهر اذا كان التشريع الإسلامى فاسداً أو صحيحا يتمشى مع كل زمان وفى كل مكان لأنه تشريع سماوى وضعه البارى جل شأنه لمصلحة البشر ولا يمكن الإصلاح بتركه لغيره بلا علاقة حتى بين التشريعين ولم يقل أحد حتى من أعداء التشريع الإسلامى أنه لم يحقق العدالة الكاملة بين البشر .

ثانيا — تشعب القضاء الإسلامى وعدم الدراية به وبنصوص التشريع التى تطبق على

الحادثة بين المتنازعين لايقضى بالغائه و إستبداله بغيره بل بالعكس هذا دليل على حيويته و إن المتشرعين دائبوا البحث والتقصى عن تطبيق النصوص وليس هذا بدعا فى التشريع الإسلامى بل هو فى كل تشريع يطبق كل يوم وسببه اختلاف فهم القضاه أو علما القانون فى استخلاص حكم يطبق على حادثه فتجد أحكامهم متناقضة لهذا وجد استئناف ونقض لضمان الفهم البشرى فى التطبيق القانونى جهد الطاقة .

على أن اختلاف المذاهب فى التشريع الإسلامى يبين بوضوح أنه تشريع عقل وبحث ودليل وللقاضى الحاكم أن يختار مايراه محققاً للعدالة ـ فواجب القاضى فهم روح العدالة والفهم فى القانون واجب التطبيق و إلا لو ألزمناه تطبيق نص القانون حرفياً لكان إهداراً لشخصيته كانسان و إهداراً لعقله كقاضى ، وما سمعنا أن أحـداً عاب قضاه أمريكا فى قضائهم المختلف اختلافا لا يكاد يتصوره العقل أو قضاه الإنكليز ومع ذلك لم يقل أحد أن اختلاف التفسير فى القوانين الوضعية يقضى بالغائها مع استبدالها بغيرها وهكذا يكون التشريع الاسلامى .

وعدم الدراية بالتشريع ليس عيباً فى القانون و إنما هو جهـل يجب أن يزال بالتعليم ولا زال هذا الجهل موجوداً فلا يقضى بالغاء القانون المعمول به واستبداله بغيره .

أما كتب التشريع فى ذلك الوقت فلم توضع إلا للمتعلمين الذين يمكنهم فهمها واستخلاص أحكامها كما هى الآن غير أن افهام المتعلمين آنذاك كانت قوية حادة ذكية بما يمارسونه من تعلم حتى يصلوا لدرجة فهم التشريع الاسلامى من نحو وصرف وبيان وبديع ومعان ومنطق وتفسير وحديث ومصطلح وتوحيد الخ العلوم الشرعية الآلية لاستخراج الأحكام الشرعية من أصول التشريع (كتاب الله وسنة رسوله والاجماع والقياس) وبهذا سمت مداركهم وعلت افهامهم فوضعوا كتبهم ولم يجدوا فيهـا صعوبة فى فهمها ولـكن أبناء المدرسة الوضعية لم يدرسوا غـير تاريخ القانون إن كان وشرح القانون وما يتصل بالقانون فلا يمكنه حل هـذه الطلاسم لأنه لم

يتعودها ولم يمارسها ولم تترب له ملكه الفهم التى تربت لهؤلاء فكان طبيعيا أن يمج شيأ لم يتذوقه ويطرح طعاما يكلفه عناء ومشقة هو فى غنى عنها إلا من أقاض الله عليه حب الاطلاع والمثابرة على الدرس وحب الاستطلاع ، فليس من العدل إلغاء هذا الذى لا تفهمه بغيره بل يجب أن نتعلم كيف نفهمه ثم نتفحه بما يسهل فهمه وهكذا يتصل الماضى بالحاضر لا أن نقطعه ونرميه الى غيره بلا سبب يبرره .

ثالثا — صلابة التشريع الاسلامى فى الحدود بقطع يد السارق ورجم الزانى أو قتله مع رقى إحساس المجموع ونفوره من هذه الفظاعة والغلظة الخ ، والجواب على هذه التهمة يرجع الى أمرين لأن القوانين المطبقة فى المحاكم قوانين مدنية وقوانين جنائية فالقوانين المدنية هى التى يحكم بها فى قطع المنازعات فى الحقوق المالية أو مايؤول أو يقدر بالمال وهذه الناحية من التشريع لا صلابة فيها ولا غلظة فالحكم فيها بقواعد التشريع الاسلامى كالحكم فيها بقواعد التشريع الوضعى فمن إدعى حقا على آخر فعليه إثبات حقه بالأدلة المقررة كتابة أو شهادة أو إقراراً الخ فإن عجز فله طلب يمين المدعى عليه بلا فرق بين تشريع وتشريع ، وعلى هذا لا توجه هذه التهمة الى القانون المدنى الاسلامى (المعاملات والأقضيه والشهادات) فاستبدال تشريع بتشريع يعادله يحمل كراهة ذاتية للتشريع الملغى لأنه لاعلة ولامصلحة تقتضيه وهذا ما يعمل عليه أعداء الاسلام فى مشارق الأرض ومغاربها كل يوم وفى كل قطر حلوا فيه ، وسيعرف المطلع على هذه المقارنات صحه ما ندعيه من أن التشريع الوضعى مأخوذ من التشريع السماوى أصالة ولكن كراهة الاسلام فى ذاته ومطاردته أينما كان هى التى أوحت بإلغاء تشريعه .

والقوانين الجنائية هى التى يحكم فيها فى الاعتداء على النفس أو على جزء منها وفى الاعتداء على المال بطريق الاغتيال أو السرقة مثلا ويتبعه قانون التحقيق الجنائى فالتشريع الاسلامى نظر فى الجنح والجنايات الى حقيقة الأشياء بلا مماراه أو تمويه وحكم عليها حكما صحيحاً لمصلحة البشر وحسبك أنه تنزيل من حكيم حميد لأن المعلوم فى خلقه البشر أنه مركب من طبائع

تقتضى القهر والغلبة والسيطرة والافساد فى الأرض وشهوة جامحة لاترى حداً تقف عنده وذلك مصداق لقول الله عز وجل (و إذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها و يسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إنى أعلم مالا تعلمون) فكان الانسان بطبيعة خلقته ميالا لعدم التقيد بأى نظام ولا بأى قانون يسعى لاشباع شهواته كما يهوى مأكله وملبسه وملذاته .

ومعلوم أن أول شىء يخافه الانسان الاعتداء عليه فى جسمه و إيصال الألم اليه ليحس فى قرارة نفسه بالألم فيعمل ألف حساب على تجنبه والبعد عنه فاذا قيل من قتل يقتل بعد الناس عن القتل جهد المستطاع لأن القتل ينتظر القاتل فيخشى على نفسه وفى هذا الحد إحياء للبشر حيث يقول المولى جل شأنه (ولكم فى القصاص حياة) وهذا المبدأ اتفق عليه البشر إلا من شذ .

و إذا كانت الأموال تعادل النفس فسرقتها من الجرائم المخلة بأمن الناس وداعية إلى تقويض دعائم الأمن والطمأنينة ومعيشة السارقين على أكتاف المجدين فى الحياه الساعين لطلب الرزق بجهد وتعب وكان الواجب المحتم على كل مجتمع العمل على صيانته من العبث والفساد كان قطع يد السارق أحفظ للأمن ومتبع ألم للسارق ماديا وقت القطع ومعنوياً مدة حياته مبعداً نفسه ما استطاع عن الألم الجسمانى فلا يجرؤ على السرقة أحد .

والدليل الحى العملى أن الدولة العربية السعودية تقيم الحد بقطع يد السارق فلا تجد فيها سرقة بعد أن كانت ميدانا للنهب والسلب وخصوصاً فى موسم الحج الذى كان المسافر إليه يودع أهله وداع من لايعود .

والدليل القاطع على أن الأحكام الرخوه (وهى الحكم بالحبس على السارق) قد أوجدت أحوال العود للجريمة ألف آلاف مرة ولو قطعت يد السارق لما عاد لخوفه مما ينتظره، لهذا كان

تشريعاً حكيما يطابق طبيعة البشر ويحفظ النظم الاجتماعية بما لايحصل معه العبث بطمأنينة الناس وأمنهم ، ولونفذت الأحكام الشرعية فى الحدود بمصر لأغلقت السجون وقلت المحاكم وانصرف الناس لكسب رزق حلال وكان فيهم رجولة .

وأما أن المجرم مريض تجب معالجته لا القضاء عليه فهذا ما أثبت الواقع خلافه فان المذنب متى استوفى عقوبته وخرج لايرتدع بل يرتكب إجراما آخر فيعود للسجن وقد يتخصص فى نوع من الإجرام وهكذا وهو المشاهد المحسوس ، وأثبت التحقيق العلمى الحديث أن المجرم بطبيعته لا يترك الإجرام لأنه خلق فيه وقد تلقيت هذا العلم الحديث (الإجرام بالطبيعة) على أساتذته وأرونا فى السجون العجب العجاب من المجرمين بالخلقة فمنهم من ارتكب الغش الجنائى أو سرقة البنوك أو الخوانيت أو أو الخ عدة مرات حتى بلغ فى بعض الحالات ١٥ مرة فى نوع واحد من الإجرام ولو قطعت يد سارق واحد لخاف الجميع ممن لم يخش الناس ولايخاف الله ويقول الله جل شأنه (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ومعناها عدم الرأفة بالزانين وأخذهما بالقوة والعقاب لحفظ الأمن والنظام ، وهـذا المعنى ملحوظ فى العقوبات والحدود لتكون زواجر .

ومع كل هذا فليس موضوع كتابى (المقارنات) إلا الحقوق المدنية الآن وسأشرع بحول الله وقوته فى المقارنات الجنائية قريباً إن شاء الله .

ثالثا — ما يقوله أبناء التشريع الوضعى فى القوانين الوضعية وفى التشريع الاسلامى وفى تباينهما يقولون وما أكثر ما يقولون ان القانون المدنى الفرنسى لم يستمد أحكامه لا من فقه الامام أبى حنيفة ولا من مذهب الامام مالك ، فالقانون المدنى الفرنسى وضع سنة ١٨٠٥ للفرنسيين ولأهل أوربا وليس فيه نص واحد مأخوذ من فقه أحد الأئمة) نشر فى المقطم بتاريخ ٢٣ / ٧ / سنة ١٩٤٣ .

ولقد بلغ من جرأتهم على الحق وإنكاره أن كتب أحد العلماء رداً على من قال (إن أحكام القانون المدنى الفرنسى مأخوذة من التشريع الاسلامى وهو كثير وواضح للمحققين) فقال لم يذكر لنا نصاً واحداً (واحداً فقط) من هذا الكثير — ولم يذكر لنا اسماً واحداً (واحداً فقط) من المحققين الذين يعرفون الأحكام الشرعية المأخوذة فى القانون الفرنسى، بل زاد فى تحديه أن طلب حكماً واحداً ، ونعى عليهم أنهم ليسوا من رجال القانون حتى يكون قولهم حجة الخ .

ونحن لا نرد عليه بمثل واحد بل بتسعة أعشار نصوص القانون الفرنسى المدنى فى كتابنا هذا (المقارنات) ونقول له فى اذنه على رسلك فليس الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة ١٨٠٥ لا يا سيدى بل منذ سنة ٢٠٠ من الهجرة يوم كان يحكم به فى أوروبا وكان الأندلس منار العلم وكانت أوروبا فى جهالة عمياء يبيعون الإقطاعية بما عليها ومن عليها ويوم أن كان لا يتزوج عامل فى إقطاعية بامرأة إلا بعد أن تمر على السنيور وكلما مكثت فى منزله زاد شرف الخطيب فى غياهب الجهل ومجاهل التوحش، دخل الاسلام أوروبا وحكم أهلها وأسس فيها قواعده العادلة ووفد على الأندلس جميع سكان أوروبا يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة هناك يا سيدى كان مذهب مالك أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبى الملقب (بشيطون) وهذا فى حكم هشام بن عبد الرحمن (سنة ١٧١ هـ ١٨٠ هـ) فلم تأت سنة مئتين هجرية حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعى وساد المذهب المالكى فى الحكم والقضاء .

أما ما ذكر من أصول مأخذ القانون الفرنسى مما تعرفه أنت ودرسته أنا فهو نتيجة إجماع سكوتى من أعداء التشريع الإسلامى يتناقله علماء القانون الوضعى جيلا بعد جيل ، ولا يذكرون التشريع الإسلامى حتى كأنه كان موجودا فى الوجود .

فإن ذكرت لك أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب والقبول فقط وتنتقل الملكية للمشترى بذلك ، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل ، وأن البلوغ القانونى حده ١٨ سنة ، وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس ملزما برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا

استفاد به وصان ماله و إلا فلا رجوع عليه لأن من تعاقد معه سلطه على ماله فهو المفرط ، وأن موت أحد المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا فى العقد كالشركة والوكالة و إيجار العمل ، وأن أداء ما ليس بواجب يلزم من أخذ برد ما أخذ الخ . فماذا تقول وهذه قطرة من بحر . كل هـذا منقول من مذهب الامام مالك وهو فى القانون المدنى الفرنسى ، فهل هذا مأخوذ من القانون الرومانى كلا ! لأن حكم هذه الأشياء معروف فى القانون الرومانى وقد طارده وأماته التشريع الإسلامى فى البلاد التى نشر ظله الوارف فيها . أخيرا هو الـكره والداء الدفين للإسلام وتشريع الإسلام وللمسلمين . ولـكن ان للدين ربا يحميه .

و يقولون أيضا وما أكثر ما يقولون (ولقد كان السلف الصالح من كبار الفقهاء المجتهدين من اليقظة والبصر بالأمور إلى الحـد الذى جعل الفقه فى أيديهم يتطور حتى يساير الظروف و يجارى تغاير العصور و يتمشى مع الحاجات المتجددة) ولهذا ياسيدى أسسوا اجتهادهم على أسس وقواعد ثابتة تصلح لـكل زمان للاجتهاد فى استخراج أحكام الحوادث المتجددة ، هذا إقرار بالواقع ولعل القائل يحتفظ بما يقول لـكن للأسف قال « حتى شاء الله أن تقف حركة الاجتهاد ولم يكن من وقوفها بأس بل لعل الخير كان فى هذا الوقوف بعد أن استـكمل الفقه من المقدمات ما جعله صالحا للتطبيق فى عصور لاحقة قريبة) .

إن وقوف حركة الاجتهاد لا خـير فيها يا أستاذ لأنها جعلت لأمثالـكم الادعاء بأن الفقه الإسلامى جامد والناس تسير وأنه يجب تركه لما تدعون إليه من شرائع وضعية . وهـذا القول يتنافى مع ما قبله ومع لاحقه حيث تقول (ولم تـكن الظروف قد لحقها من التغيير ما ينقلب معه الفقه بعيدا عن زمنه) وهـذا تعليله أغرب حيث تقول (لهذا كان إقفال باب الاجتهاد ينطوى على حكمة لم يكن من العسير فهمها إذ وضع حدا لتضارب الأقوال وتغاير المذاهب وتشتت الآراء) وهذا أيضا فهم خاطئ يدل على عدم فهم روح التشريع الإسلامى لأن الاجتهاد بابه مفتوح

وفقط يا سيدى يشترط فى المجتهد شروط يجب تحققها وهى مذكورة بإيضاح فى مقدمة هـذا الكتاب، وفى كتب الأصول يعرفه من يعرف التشريع الإسلامى، وقفل باب الاجتهاد فى فهم القوانين وتطبيقها على الحوادث المتجددة دليل على موتها وجمودها وهـذا من قبيل الاستدلال بالأضداد، لأن فى القوانين الوضعية التى درستها وتبشر بها وفى شراحها مايجعل الحق غير ماتقول بل تجد المسألة الواحدة كتب عليها كثيرون من العلماء وكل له رأيه. ولا أدرى فى أى وضع يكون الاجتهاد أدعى لاهمال القانون المجتهد فيه، والظاهر أنه اختلط الأمر على حضرة الأستاذ فى الاختلاف فى فهم القانون مع بقائه بعينه والاختلاف فى شرح المسألة الحادثة وتطبيق القانون عليها حتى أردت أن تريح العـالم من تغاير المذاهب وتشتت الآراء. ثم قال (وكان على الفقه بعد ذلك أن يستـكمل حظه من الاستقرار بعد أن استوفى نصيبه من التطور)، وكيف يتلاقى هذا مع قولـكم (إن الفقه الإسلامى ساير الظروف وجارى تغاير العصور الخ) اللهم إن هـذا إظهار لمـكنون النفس المستقر فى خبايا الجوانح من التنصل من تشريع لاعيب فيه إلا أنه تنزيل من حكيم حميد. ثم بعد ذلك ينعى على التشريع الإسلامى ويندب حظه ويبرر خروج المسلمين عليه فيقول (وقد دار الزمن دورته والفقه الإسلامى واقف) ولعله كان الواجب أن يسير وحده بلا عمـل (العالم يمشى وهو جامد والحضارة تتطور وهو ساكن فبعد عن الحاجات المتجددة) أنت أدرى يا سيدى الأستاذ لم وقف لأن من تنطق بحجتهم ومن اعتنقت مذهبهم طاردوه فى كل مكان ولـكن أصوله باقيـة وخالدة على الدهر لا تطفأ (يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله الا أن يتم نوره ولو كره الـكافرون).

ثم قال (فأصبح من العسير على الأمم العربية فى العصر الحاضر أن تستقى منـه قوانينها الحاضرة) وقواكم الله فى الإتيان بالبدل فأنتم وأمثالـكم داعون للقوانين الوضعية وهـذا هدم للتشريع الإسلامى إن بقى فيه شىء لم يهدم من أعدائه ومن احتلوا بلاد المسلمين.

ثم قال (فأخذت تهجره واحـدة بعد الأخرى ولجأت إلى القوانين الغربية الحية لتماشى مدنية العصر ومن هنا نشأت أزمة الفقه الاسـلامى) لا يا سيدى الأستاذ لم تهجر الأمم العربية التشريع الإسـلامى كراهية فيه أو لعدم صلاحيته للزمن ولـكنها أكرهت من عدوها الذى احتلها على تركه واستبداله بقوانينه . وأظن الأستاذ يشاهد البلاد العربيـة التى لم يحتلها أجنبى تحكم بالتشريع الاسلامى (اليمن والحجاز) .

ثم قال (فيحتاج إلى جهود جبارة ووقت طويل حتى يعود الفقه الاسلامى إلى مجده الأول وينفض عنه غبار الجمود الذى تراكم عليه فيسترد قوته ورونقه ويعود جديداً وفقهاً خصباً قوياً) .

أدركنا يا رب العالمين من عبادك والطف بنا وبهم فى هـذه الدنيا انك أنت اللطيف الخبير . هـذا الذى يمهد السبيل لاصلاح الفقه الاسلامى لو أنه تبنى بحثاً منه ودافع عنه لظن الناس خيراً وقبلوا هذه الدعوى ولـكن رجلا تبنى نظرية (لامبير) ونقل لنا اثمالا باليـة من عدة تشاريع وضعية وخاطها لنا قانوناً مدنياً وقال فى مادته الثانية ما يأتى :

فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين الخ). لا يصح أن يكون حكما ولا يؤخذ قوله حجه .

والواجب أن يقول الأستاذ بلغة العرب الفصيحة اننى أدعو العرب لهجر التشريع الاسلامى فى بلاد الإسلام حتى تعود إليه الحياة ويعود فقها خصباً قوياً . لأن رجلا يلزم القاضى بقانونه أن يحكم العاده قبل أن يحكم التشريع الإسـلامى لا يصح أن يتـكلم فى التشريع الإسلامى لأنه يجهله أو يعاديه . إن أعداء التشريع الاسلامى أخذوا منه ما لذ وطاب ولم يقل أحد منهم هـذه الأقوال لأنهم درسوه وعرفوا قيمة أصوله وقواعده ولـكنهم سكتوا عن ذكره سكوت أهل القبور وعملوا على محوه وتعطيله فى كل قطر دخلوا فيه وتركوا من أبناء هذه الاقطار داعين لتشريعهم الوضعى فيها وهى حقيقة مره يعرفها من ألقى السمع وهو شهيد .

أيها الأستاذ إن التشريع الإسلامى حى حياة إلهية ولو لم يرق فى نظرك فلست أكثر حولا ولا طولا ممن محوه من بلاد الإسلام وأدخلوا قوانينهم وحكموا بها وألزموها المسلمين قهراً و بلا ذنب الا احتلالهم. إن علماء التشريع الاسلامى قد أصبحوا والحمد لله يضارعون فى تفكيرهم وفهمهم أكبر عالم من علماء القوانين الوضعية ولو سألتموهم عن أى قاعدة لبهركم وأخذ عليكم مجامع تفكيركم الوضعى ما يجيبون به ولكن ما تدعون من علم ومعرفة قد جعلكم فى نظركم على الأقل أعلم مخلوق وأكبر مشرع والله يقول ﴿ وما أوتيتم من العلم إلا قليلا ﴾ ونصيحتى إليكم أن ترجعوا إلى التشريع الاسلامى وفيه ما فوق الكفاية فتعلموه وابحثوا و بشروا به فى كل مكان يعظم شأنكم و يرضى عنكم ربكم فلستم بمعجزين الله فى الأرض ولو شاء لسلبكم ما تدعون وليس ذلك على الله بعزيز.

ثالثا — ما يجب على المسلمين فى بقاع الأرض وما يجب على رجال التشريع فى البلاد التى ابتليت بالاحتلال الأجنبى.

أولا — يجب على المسلمين فى جميع بقاع الأرض التمسك بتشريعهم والعمل على إحلاله محل التشريعات الوضعية التى أجبروا على العمل بها وتطبيق قوانينهم على أصول التشريع الإسلامى فإن وافقها ارتضوا العمل بها و إلا عملوا على استبدالها بغيرها من (كتاب الله وسنة رسوله والإجماع والقياس) فإن لم يفعلوا وكانوا قادرين بلا سلطان لأحد عليهم كانوا خارجين على دينهم وكانوا مصداقا لقول الله عز وجل فى سورة المائدة ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ (٤٣) ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ (٤٤) ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ (٤٦) والحكم على الحاكم وعلى المحكوم للرضى والقبول بل كانوا غير محبين لدينهم ولنبيهم فوصفهم بالمسلمين لا حقيقة له وهو ادعاء كاذب لأن الإسلام ليس عقيدة التوحيد فقط بل هو عقيدة وعمل ، ويقول الله فى سورة آل عمران ﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله و يغفر لكم ذنوبكم والله غفور رحيم قل أطيعوا

الله والرسول فإن تولوا فإن الله لا يحب الكافرين ﴾ ويقول الله جل شأنه تأكيداً لذلك فى سورة النساء ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ (٦٤) .

ثانيا — ما يجب على رجال التشريع فى البلاد التى ابتليت بالاحتلال الأجنبى (كمراكش والجزائر وتونس وطرابلس ومصر وفلسطين وسورية ولبنان وتركيا والعراق) وكانت تحكم بالتشريع الاسلامى فلما دخلها الاحتلال دخل معه قانونه فهو القوى الحاكم ، والسكان ضعفاء محكومون فتضيع شخصيتهم القانونية فى القوانين الدخيلة فى بلادهم حيث يسعى المحتل إلى العمل على تلاشى قوانين البلاد إما دفعة واحـــدة نتيجة لفتح عسكرى وإما تدريجياً فى غير ذلك وسرعان ما يحتضنون من يدرسون قوانينهم فتكون لهم الحظوة فى الدنيا ومغرياتها ويصب المحتل جام غضبه على رجال التشريع الاسلامى فيضيع عليهم الرزق ويسد عليهم مسالك الحياة وهكذا يثبت تشريعه الدخيل ويلاشى القوانين القومية وسرعان ما يقوم من أبنـاء الأمة المحتلة من يتبنى هذه القوانين ويدافع عنها ويعتز بهـا وهو جاهل لا يدرى من تشريعه شيئاً ويعتقد أنه المفرد العلم بل ويتغالى فى ذلك أكثر من أصحاب هذه القوانين التى يطالب أهلها باصلاحها فى كل وقت لأنها تتغير حسب تقلب الأحوال والأوضاع وهذه البلاد المحتلة قسمان قسم بقى فى ذل الاستعمار فهو مغلوب على أمره ونرجو الله مالك الملك أن يفك أغلالهم وأن يرد اليهم حريتهم فيعودوا إلى تشريعهم الإسلامى مهما كان الزمن لأن الله وحـــده هو المتصرف فى ملكه وهو الحافظ دينه ولو كره المبطلون وقسم خرج من ذل الاستعمار (نوعاً ما) فأصبح له متشرعون وفيهم عقل وحكمة وله برلمان يتولى إقرار هذه التشريعات أو رفضها (كمصر والعراق وسورية ولبنان) بنواب منتخبين وفى هذه الأمم علماء متشرعون إسلاميون مجتهدون على الإطلاق أو مقيدون بمذهب من مذاهب المجتهدين السابقين وهم من الطراز الأول فى فهم أصول التشريع الإسلامى (سنيون وشيعة) فهؤلاء لا عذر لهم عند الله ولا عند الناس فى إبقاء القوانين الوضعية

عندهم ، وإنى أسوق كلامى لرجال مصر أولا ثم لجيراننا الأعزاء علينا ثانياً .

أولا — إلى رجال القضاء وهم يتلمسون الحقيقة ليشيدوا صرح العدل بالقسطاس المستقيم هل عرفتم أن ما تحكمون به مأخوذ عن التشريع الإسلامى إلا ما قل ، وقد كنا نسمع أن بعض المستشارين كان يغضب فى المحاكم المختلطة لعدم كتابة الأحكام باللغة العربية لغة البلاد ويثير الدنيا ويقعدها أفلا يستحق التشريع الإسلامى غضبة كهذه ليحل محل تشريع دخيل عليها فتكون لنا شخصية قانونية ومراجع نتغذى منها بدل أن نعمل قانوناً مدنياً على أنقاض القانون الماضى نأخذه من عشرين تشريعاً أجنبياً ستعرفون أن قانوننا المدنى مرجعه التشريع الإسلامى متى قرأتم كتاب المقارنات .

ثانيا — إلى رجال البرلمان وهم يبحثون القوانين المعروضة عليهم لتخرج إلى الأمة واجبة النفاذ بسلطان القانون .

هل راجعتم قانون الدولة الأساسى من أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ، وهل احتفلتم مع الأمة بأول السنة الهجرية وبالمولد النبوى وبرمضان والعيدين ، وهل تعتقدون أن من أولاكم ثقته من أبناء مصر المسلمين كان يعتقد أنكم تقرون قانونا يتلاشى به حكم التشريع الإسلامى ، وهل اليمين الذى أقسمتموه على احترام الدستور وفيه أن دين الدولة الإسلام يبرر إقرار التشريع المخالف للتشريع الإسلامى ، وهل هذا عمل من شأنه أن تبقى مصر زعيمة الشرق وأم المسلمين تغذيهم بما حفظت لهم من تراث الإسلام فى الأزهر الشريف وكلياته تالله انها لمتناقضات (حكم بغير ما أنزل الله ودين الدولة الإسلام وامتداد لقوانين دخيلة تهدم كياننا القانونى وتشريعنا الإسلامى) .

يانواب الأمة لايغرنكم من يدعون العلم والمعرفة ويشرعون ويقدمون لكم بل ابحثوا ماقيل وارجعوا إلى ضمائركم وتشريعكم السماوى وهل تستمرون أمة ضائعة عالة على أوروبا ومن يقول فى أوربا وما يأتى من أوروبا تقليداً أعمى ، يانواب الأمة إن لنا تشريعاً سماوياً فأحيوه أجيبوا داعى الله إذا دعاكم

لما يحيكم واعلموا أن أعداء الدين أعداء الإسلام يريدون ليطفؤا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون فكونوا أنصار الله بنصرة دينه و بعث تشريعه وارجعوا لأهل العلم فاسألوهم عما خفى عنكم إن كنتم لا تعلمون وليس ذلك بعيب فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون .

ثالثاً — إلى علماء الدين بل إلى علماء التشريع الإسلامى ، ليس لمثلى وهو أقل واحد فيكم إطلاعاً على حكم عدم تبليغ الدين وعلى حكم الساكت عن الحق وعلى حكم عدم بيان الدين فى المعاملات والأقضية والشهادات فأنتم أدرى منى بذلك .

ستعرفون بعد مراجعة (المقارنات) هذه أنه يجب أن تفيقوا وتحققوا أمل الأمة فيكم حيث أنتم أهل الحل والعقد فيها أنتم مسئولون أمام الله وأمام الأمة وأمام التاريخ ألا قد بلغت اللهم فاشهد .

ولكن أسمح لنفسى أن أذكركم بأن السكوت على هذا الحال فى التشريع الإسلامى وحصره فى دائرة ضيقة فى بلد إسلامى لا يحكم به إلا فى الأحوال الشخصية كالديانة المسيحية فى مجلسها الملى وكالديانة اليهودية فى بيعتها لا يرضى الله ولا رسوله ولا مايجب عليكم من البيان والتبيين ورد كل عادية عنه من هؤلاء الثرثارين المدعين العلم والمعرفة وأنتم سكوت .

ليت هذه التشريعات الوضعية أتت بجديد عليكم لم تدرسوه و بأفكار خارقة للعادة لم تسمعوها و بقوانين أرقى للبشرية من التشريع الإسلامى الذى درستموه .لو كان هذا لهان الأمر وكنتم أصحاب حجة عند الله وعند الناس ولكنه هو التشريع الإسلامى مصقولا مبوباً مبحوثاً بعلله العقلية وأسسه المنطقية ، ولكى لا يكون لكم حجة فى جهل اللغات الأجنبية ها هو هذا التشريع بين أيديكم بلغتنا العربية الفصحى غزلت لكم أصوله لتنسجوا وقدمت لكم سداه ولحمته لتخيطوا ما تشاءون .

فكروا قليلا ثم قارنوا بين مسؤوليتكم أمام الله فيما فرطتم فيه واستكنتم و بين إرضاء أشخاص تخشون بأسهم لعرض الدنيا أو بين عدم سماع قولكم فتخشون الناس والله أحق بالخشية من مخلوقاته فهو القوى العزيز .

و إليكم كتاب المقارنات لتتبينوا الحقيقة وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

سيد عبد الله

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله أستمد منه القوة والتوفيق والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبى الأمى الهادى إلى أقوم طريق ، وبعد فهذه مقارنات وضعتها بين فقه القانون المدنى الفرنسى و بين فقة مذهب الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة النبوية أقدمت عليها بعد جدال عنيف مع نفسى لعجزى عن مثل هذا العمل العظيم ولعلى أنه قد يؤخذ بغير عين الرضى ممن تشبعوا بدراسة القوانين الوضعية واستسلمت أنفسهم لقيادتها ولم يعرفوا عن التشريع الإسلامى إلا أنه كان تشريعاً قديماً وأصبح غير معمول به .

وقد كان الباعث الأقوى والملزم الذى لم أجد مفراً من إجابته ما لمسته ورأيته فى الأوساط الجامعية الأوربية من النقل عن الشريعة الإسلامية أحكاما يتخذونها معايب يلصقونها بالإسلام وهو منها براء ، ويتلقى أبناء المسلمين عنهم تلك الأفكار المسمومة ولا قدرة لهم على درئها لجهلهم بدينهم وتشريعهم .

وقد أجمع المتشرعون الوضعيون إجماعاً سكوتياً قاطعاً على عدم ذكر التشريع الإسلامى كتشريع ملأ طباق الأرض عدلا وعلماً وقد كان يحكم به فى بلادهم مئاة السنين يوم أن كانوا يتخبطون فى ظلمات الجهالة، وقد كنت كلما تقدمت فى الدراسة بجامعتهم أجد النصوص هى النصوص

بل والتعليل للأحكام عندهم هو التعليل فى التشريع الإسلامى خصوصاً فى مذهب الإمام مالك رضى الله عنه .

والذى ساعدنى على ذلك دراستى للعلوم الشرعية الأزهرية على اختلافها خمسة عشر عاماً، فقد نلت شهادة الأهلية على مذهب الإمام مالك، ونلت شهادة العالمية على مذهب الامام أبى حنيفة، ودرست الحقوق الفرنسية بجامعة ليون بفرنسا وفيها القانون الرومانى وتاريخه والقوانين الفرنسية وتواريخها ونلت شهادة الليسانس منها .

لهذا رأيت واجباً عينياً على مثلى أن يقدم هذا الكتاب إلى المسلمين جميعاً عامة، وإلى المتشرعين خاصة ، ليعرفوا موقف التشريع الإسلامى من القوانين الوضعية وكيف كان منهلا عذبا لكل وارد وكيف أنكروا فضله وسكتوا حتى عن ذكر اسمه فترجمت فقه القانون المدنى الفرنسى وقارنت أصوله وقواعده بما يوافق أو يخالف ذلك من مذهب الامام مالك فكان ذلك دليلا على ما ادعيت من أن القانون المدنى الفرنسى (وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية) مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله والله ولى توفيقى عليه توكلت وإليه أنيب وإليه المصير .

بند [١]

أصول التشريع

أولا التشريع الوضعى

من حق الباحث القانونى أن يعرف مأخذ القانون حتى يتذوق التشريع على أساسه فيتمكن من الرجوع إلى أصل ما أشكل عليه من النصوص القانونية فيفهم روح التشريع من أصل مأخذه . وقد رتبت جامعات أوروبا درس تاريخ القانون قبل دراسة نفس القانون .

لهذا سنأتى بمقدمة من تاريخ القانون المدنى الفرنسى لنتبين معرفة أصوله كما يدعون ومنه نعرف المقارنة الصحيحة بين التشريعين الوضعى والسماوى

القانون المدنى الفرنسى أخذ من عدة أصول تشريعية .

أولا — القانون الرومانى وكان معمولا به فى مديريات الجنوب من فرنسا إلى سنة ١٧٨٥ وقد أثر فعلا فى شمال فرنسا .

ثانياً — القانون الجرمانى وكان معمولا به فى شمال فرنسا وتفرع عنه قانون العوائد الذى كان معمولا به أيضاً فى مديريات الشمال .

ثالثا — القانون الكنائسى وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية وقد كون أول مجموعة تشريعية فى الزواج وما ينشأ عنه .

رابعاً — قانون الملكية المطلقة الذى وجد بأوامر لويس الـ ١٤ و ١٥ و ١٦ .

خامساً — قانون الثورة التى قررت حقوق الإنسان (الحرية والإخاء والمساواة) هذه القوانين ساعدت على عمل وحدة قانونية جمعت سنة ١٨٠٤ م وهو القانون الموجود الآن فى سنة ١٩٢٦ وان غير و بدل وزيد وانقص . وهو المعروف (بكود نابليون) .

ولما كان مبنى القانون الفرنسى بل ومبنى غيره من القوانين الوضعية (كما يزعمون) هو القانون الرومانى فقد رأيت اتماماً للفائدة و إظهاراً للمقارنة أن أجعل له نصيباً من المقارنة .

فالقانون الرومانى هو مجموع الأسس والقواعد التى كان معمولا بها فى الوطن الرومانى والمستعمرات منذ تأسيس مدينة (روما) سنة ٧٥٣ سنة سبعمائة وثلاث وخمسين قبل الميلاد إلى سنة ٥٦٥ بعد الميلاد ووفاة جوستنيان .

وقد دخل القانون الرومانى إلى فرنسا حين غزاها الرومان ودخلوها فاتحين سنة ٥٠ قبل الميلاد إلى سقوط المملكة الغربية سنة ٤٧٦ أربعمائة وست وسبعين بعد الميلاد ولم يكن فصل السلطان موجودا كاليوم بل كان الحاكم المدنى يجمع بين يديه بحكم وظيفته السلطة القضائية

مدنيا وجنائيا والسلطة الإدارية وقد كان ينتقل من بلد إلى آخر لإقامة العدل بين سكان مقاطعته حتى كان له الحكم بالإعدام .

ثم سقطت الإمبراطورية الغربية فى سنة ٤٧٦ م وجاء حكم فرنك إلى سنة ٩٨٦ م مدة تنظيم الإقطاعيات ودخل القانون الجرمانى مع هذا الفتح و بقى معمولاً به إلى سنة ٩٨٦ تسعمائة وست وثمانين ثم جاء دور الإقطاعيات فى فرنسا .

وأما قانون العوائد فهو ما كان الحكم فيه للعرف والعادة كأحكام المحلفين فى فرنسا فهم من عامة الشعب لايعرفون قانوناً ولا نظماً قانونية فيسمعون الاتهام والدفاع ثم يسألهم القاضى (هل هذا المتهم مذنب أم لا) فيجيبونه بما يقضى به العرف والعادة فإن كان فى نظرهم مذنباً فهو مذنب و إلا فلا فيطلق القاضى صراحه متى أجابوا بأنه غير مذنب ولو كان فاعلا معترفاً لأن العرف يعطيه الحق فيما فعل .

فيمكن إذن أن يقال إن العرف والعادة هو ما تعارف الناس عليه فيما بينهم أنه يحقق العدالة أولا يحققها من غير نكير أو إعتراض من أحد ولو لم يكن الحكم مدوناً فى قانون أو لائحة ، فالعرف والعادة قد يكونان من أسس التشريع الوضعى بل ومن أسس التشريع الإسلامى بلا نزاع إذا لم يخالفا كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو قياساً صحيحاً .

وقانون العوائد كان موجوداً فى جنوب فرنسا و يشمل أسبانيا والبرتغال غير مدون ولا مكتوب ولكنه كان معمولا به محترماً نافذاً وكان مدوناً مكتوباً فى الشمال (شمال فرنسا والمانيا والبلاد الواطئة) ، وبقيت العوائد معمولا بها حتى جمعت فى كود نابليون سنة ١٨٠٤ وأصبح نافذاً .

فيكون القانون الفرنسى المدنى ولد ونشأ فى أوروبا حتى أثمر وانتشر فيها وفرض على غيرها من المستعمرات بل واستعارته ممالك أخرى ومنها مصر .

بنـد [٢]

ثانياً — أصول التشريع الإسلامى ومآخذه

أصول التشريع الإسلامى ومآخذه هى .

أولا — القرآن الكريم ، وهو الكتاب الذى أنزله الله على سيدنا محمد بن عبد الله نبى الله ورسوله فحفظه وأقرأه للصحابة فحفظوه ودون بين دفتين ويحفظه المسلمون ويتدارسونه ويتناقلونه جيلاً بعد جيل وطبقة بعد طبقة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ﴿ إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ﴾ .

وقد بين القرآن الحكيم فروض الدين ونواهيه وأمره وزجره وأرشد الناس لتنظيم معاشهم ومعادهم فكان تبيانا لكل شىء ، ونزل القرآن بلغة العرب فهو قرآن عربى مبين لكل إنسان أن يقرأه ويستنبط منه ما يشاء من أحكام تنطبق على مشاكل العالم ويقضى بها فى نزاع المتخاصمين وقضايا المتداعين ، ولهذا جاء استنباط الصحابة ثم التابعين ثم الأئمة المجتهدين فى استخلاص الأحكام الشرعية فيما ليس فيه نص صريح لأنه لا اجتهاد مع النص .

غير أن القرآن الكريم لم ينزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعة واحدة بل نزل منجماً حسب الوقائع والمناسبات وحسب ماهو مرتب فى علم الله فوجدت فيه أحكام تغيرت من إباحة مطلقة إلى إباحة بقيد إلى منع إطلاقا كشرب الخمر مثلاً فقد كان مباحاً فى وقت الصلاة وغير وقت الصلاة فقرأ أحد الصحابة فى صلاته وهو شارب ﴿ قل يأيها الكافرون أعبد ماتعبدون ﴾ وصحة الآية ﴿ قل يأيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ﴾ فحرم الشرب وقت الصلاة ونزل قوله تعالى ﴿ ولا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ فكانوا يشربونها فى غير أوقات الصلاة فأدى ذلك مرة إلى شقاق بين الشاربين تضاربوا فيه وكاد يقتل بعضهم

بعضاً فقال عمر بن الخطاب اللهم بين لنا فى الخمر بياناً شافياً فنزل قول الله عز وجل ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعكم تفلحون إلى فهل أنتم منتهون ﴾ وهكذا كل تشريع حكيم يأتى تدريجياً فيكون فيه ناسخ ومنسوخ ومطلق ومقيد وعام وخاص ، فلا يمكن لكل شخص أن يستنبط الأحكام الصحيحة من القرآن الكريم إلا إذا استوفى الشروط الآتية فيكون مجتهداً .

والإجتهاد هو بذل الفقية وسعه فى النظر فى الأدلة ليحصل حكماً يطبق على حادثه ، والمجتهد الفقيه البالغ العاقل العارف بالدليل العقلى والتكليف به ذو درجة وسطى فى اللغة والعربية وفى الأصول والبلاغة ومتعلق الأحكام من كتاب وسنة ، وكونه خبيراً بمواقع الإجماع والناسخ والمنسوخ وأسباب النزول وشرط التواتر والآحاد والصحيح والضعيف وحال الرواة وهذا هو المجتهد المطلق .

والمجتهد المقيد ومجتهد المذهب أقل من مجتهد المطلق ، وهو العالم بأحكام الدين المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه فى المسائل المفروضة عليه ، أو المتبحر فى مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول له على آخر .

وعلى هذا فباب الإجتهاد مفتوح بشروطه المذكورة فلا يأتى من يدعى العلم وهو لايعرف شيأ من المعانى والبيان والبديع أو النحو والصرف أو شروط رواية الحديث الخ ويأخذ الأحكام من القرآن وعبثاً تحاول إقناعه بأنه مخطىء فسرعان ماتسمع منه (الأئمة المجتهدون لهم عقول ولنا عقول) وهو لايحسن قراءة القرآن كما أنزل .

والصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اجتهد ، والأصح أن الإجتهاد فى زمنه صلى الله عليه وسلم وقع .

فمن وجد فى نفسه القدرة وتوفرت فيه شروط استنباط الأحكام الشرعية فليتقدم وإلا وجب عليه تقليد إمام مجتهد فيما ذهب إليه كالإمام مالك أو الشافعى رضى الله عنهم أجمعين .

ثانياً — السنة من أصول التشريع الإسلامى وهى أقوال محمد صلى الله عليه وسلم وأفعاله وتقريراته ـ وكل خبر يحتمل الصدق والكذب فى حد ذاته ، ولكن خبر الله عز وجل و بعض المنسوب إلى سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، والمتواتر معنى أو لفظاً ، وهو خبر جمع يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب عن محسوس كل هذا مقطوع بصدقه

ولأجل قبول السنة كأصل من أصول التشريع الإسلامى يجب صحه وسلامه وكمال الراوى فى الأدب والأخلاق والتدين ، فلا تقبل رواية مجنون أو كافر أو صبى فى الأداء لا فى التحمل . ولا تقبل من مرتكب الكبائر والصغائر حتى والرذائل المباحة ولا من مرتكب كل ما يبطل العدالة . وقد طبق العلماء الأعلام شروط الرواية وتقسيم الحديث ووضعوا لذلك علم مصطلح الحديث ، فضبطت أقوال الرسول وأعماله ، ودوّنت الأحاديث وعرف منها الصحيح والحسن والضعيف . وكتب الحديث أصبحت مدوّنة فى كافة بلاد المسلمين وأصبح مستحيلاً إدخال أحاديث موضوعة عن الرسول فى أى ناحية ، فجزاهم عن الإسلام والمسلمين أحسن الجزاء .

ثالثاً — الإجماع من أصول التشريع الإسلامى ، فهو من الأدلة الشرعية على ما يقرر من الأحكام ، وهو اتفاق مجتهدى الأمة بعد وفاة رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم فى زمن على أى أمر شرعى ، والإجماع خاص بالمجتهدين فلا يتجاوزهم لغيرهم فهم أدرى بمأخذ الدليل الذى يستند إليه الإجماع . ولا بد من اتفاق رأى الكل فتنقضه مخالفة واحد . ولا ينعقد إجماع فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم لوجوب العمل بقوله ورأيه فهو المشرع . ويصح الإجماع فى زمن الصحابة ومن يليهم إلى يومنا هذا ويصح أن يكون إجماعاً سكوتيًا . ولا بد للإجماع من دليل وسند يرتكز عليه . والصحيح أن الإجماع حجة وأنه قطعى غير السكونى منه حيث اتفق المعتبرون على أنه إجماع ، فلا يجوز خرق الإجماع ولا إحداث إجماعين متناقضين . ولا يعارض

الإجماع دليـــل إذ لا تعارض بين قاطعين . وجاحد المجمع عليـه المعلوم من الدين بالضرورة كافر قطعاً .

رابعاً — القياس من أصول التشريع الإسلامى وهو من الأدلة الشرعية على ما ينتج من أحكام ـ وهو حمـل معلوم على معلوم فى حكمه لمساواته فى علة حكمه ـ وهو حجة فى الأمور الدنيوية اتفاقاً وفى غيرها خلاف ومنعه أبو حنيفة رضى الله عنه فى الحدود والـكفارات والرخص والتقديرات . والصحيح أنه حجة إلا فى الأمور العادية والخلقية ـ وإلا فى كل الأحكام وإلا على منسوخ ـ والقياس من الدين لقوله تعالى : ﴿ فاعتبروا يا أُولى الأبصار ﴾ . والقيـاس من أصول الفقه وهو فرض كفاية على المجتهدين وفرض عين على من احتاج إليه منهم . وأركان القياس وشروطه محلها علم الأصول فمن أرادها فليرجع إليها فى كتب الأصول .

بنـد [٣]

وترتيب أصول التشريع الإسلامى وأخذ أحكامه أن يؤخذ الحـكم أولاً من القرآن فإن لم يوجد فمن السنة فإن لم يوجد فمن الإجماع فإن لم يوجد فمن القياس .

على هـذه الأسس والأصول وجد وقام التشريع الإسلامى ، ففى مدة وجود الرسول صلى الله عليه وسلم كان أساس التشريع القرآن ، ثم إذا لم يوجد يؤخذ من سنة الرسول لقوله تعالى : ﴿ وأَنْزَلْنَا إليكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ للنَّاسِ ما نُزِّلَ إليهم ﴾ و بعد وفاته صلى الله عليـه وسلم وجد الإجماع ثم القياس فانفتح باب الاجتهاد وانقطع الأئمة المجتهدون للفتيا ولاستنباط الأحكام ! وقد وصلنا عنهم تركة غنية جداً بأصول التشريع وقواعده وحكم الفروع والقضاء فى الحوادث بمالا يحتمل استزادة .

والأصل فى هذا الترتيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن

ليحكم فيها فقال له بما ذا تحكم ؟ قال : بكتاب الله . قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله قال فان لم تجد قال أجتهد برأيي فقال عليه الصلاة والسلام الحمد لله الذى وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله .

فأساس التشريع الإسلامى مبنى على بعثة رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم وانبثاق نور الإسلام فى جزيرة العرب ، فالقرآن أول ما أنزل وهو كلام الله القديم الذى وصفه الله عز وجل بقوله (لا يأتيه الباطلُ من بين يديه ولا مِن خلفِه تنزيلٌ مِن حكيمٍ حميد) . وأكد جل شأنه أنه حافظه بقوله (إنا نحنُ نزَّلنا الذِّكْرَ وإنا له لحافِظُون) . وقد مضى على وجوده مقروءاً محفوظا أزيد من ١٣٦٠ عاما لم يزد فيه حرف ولم ينقص منه حرف تناقله المسلمون فى بقاع الأرض شرقا وغربا بالإجماع المطلق بلا خلاف ـ ومدة نزوله انحصرت بين مكة والمدينة فى ثلاثة وعشرين عاما لم يثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم سافر إلى جهة نائية ليتعلم فيها بل كان أميا لا يقرأ ولا يكتب وكان قائما بتبليغ رسالة ربه إلى قومه ثم إلى الوفود ثم هاجر إلى المدينة فكان يتلقى الوحى من ربه ككل الأنبياء والرسل ثم يقرؤه للصحابة فيحفظونه عن ظهر قلب (يأيها الرسولُ بلِّغْ ما أُنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلَّغْت رسالته) (ولو تَقَوَّلَ علينا بعضَ الأقاويل لأخذْنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوَتين فما منكم من أحد عنه حاجزين) .

ولم يثبت فى التاريخ أن الرسول محمدا صلى الله عليه وسلم سافر إلا إلى الشام فى تجارة للسيدة خديجة ، وكان قبل بعثته ، وكان مع رفقة منهم من آمن به ومنهم من كذبه ، فلو كان قد سافر للتعلم لأثبتوا عليه ذلك وقامت لهم عليه الحجة ولكنه كان مرسلا من ربه فكان لا ينطق عن الهوى (إن هوَ إلا وحىٌ يوحَى علَّمَه شديدُ القُوَى) .

إن العقل السليم يحيل أن الله يبعث رسولا يأتمنه على وحيه وتبليغ رسالته ، ثم يكون كاذبا وعلى هذا يكون التشريع الإسلامى المأخوذ من القرآن والسنة والإجماع والقياس بعيدا كل البعد

عن القوانين الوضعية لبعد منشأه واستقلال وجوده وانقطاع اتصاله بأى تشريع وضعى . فجزيرة العرب لم يكن بهـا إذ ذاك قانون سوى عرف العرب فى التحاكم إلى رؤساء القبائل والطاعنين فى السن والمجربين فى الحياة والمحنكين فى فض الخصومات .

على أن هذا لا يعنى أن التشريع الإسلامى ليس فيه أحكام وجدت فى شرائع كانت قبله ، بل فيه أحكام كانت فى شرائع سابقة فقبلها وأقرها لأنها تحقق العدالة وهو ما ينشده كل تشريع لخير البشر . وقال المتشرعون المسلمون المجتهدون (شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد فيه ناسخ) .

وبالرجوع إلى مواطن بعض أئمة الإسلام المجتهدين الباقية مذاهبهم للآن سنة ١٣٦٤ هـ ١٩٤٥ م نجد الإمام مالك بن أنس عاش فى المدينة المنورة واجتهد فيها . والإمام أبا حنيفة والإمام أحمد بن حنبل عاشا بالعراق واجتهدا فيه والإمام الليث بن سعد والإمام الشافعى انتهت حياتهما فى مصر فاجتهدا فيها . على أن اجتهادهم كان مقيداً لا يخرج عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس فكان لزاما أن يكون التشريع الإسلامى أصولا وفروعا غير مأخوذ عن تشريع آخر سبقه .

بند [٤]

النتيجة

تبين للباحث مما سبق :

(١) إن التشريع الوضعى نشأ فى قارة أوربا وانتشر فيها سواء القانون الرومانى أو غيره (وإن كان عمل به فى مستعمرات روما) .

(٢) إن أصول هذا التشريع (كما يزعمون) كانت قوانين وعوائد محلية أو إقليمية

(٣) إن التشريع الإسلامى ولد ونشأ فى آسيا فى بلاد العرب (مكة والمدينة) وانتشر فيما عداها وفى البلاد التى فتحها المسلمون.

(٤) إن أصول التشريع الإسلامى وحى إلهى منزل وقد أقر بعض العوائد التى لا تتنافى مع النظم الإجتماعية وثبت قواعد العدل بما يحققها ونظم أحوال الناس فى معاشهم ومعادهم بما سن لهم من قواعد ثابتة وأسس متينة مبنية على العقل والمنطق ، وهل الإسلام إلا دين عقل وتفكير وحجة ؟

و بالرجوع إلى تاريخ انتشار الإسلام وفتوحاته تجد أن الإسلام دخل الأندلس بعد شمال إفريقيا سنة ٧١١ م إحدى عشرة وسبعمائة ميلادية وسنة ٩٣ هـ وجنوب فرنسا إلى بلاد (ليون ونور — و بواتيه — واڤينيون) وهزم المسلمون سنة ٧٣٢ هـ وظل حكم الإسلام فى بلاد أوروبا إلى سقوط (غرناطة) ربيع الأول سنة ٩٧٧ هـ ٣ يناير سنة ١٤٩٢ م — وبهذا مكث التشريع الإسلامى فى أوروبا محكوماً به معمولا به نحواً من سبعمائة سنة ونصف تقريباً فى غرب أوروبا ومن شرق أوروبا دخل العثمانيون إلى جبال الكربات بالمجر وحكموها ١٥٠ سنة خمسين ومائة سنة ولا زال المسلمون بها لليوم .

وكان الحكم للاسلام فكان الكل خاضعاً للتشريع الإسلامى وكانت عادات ومعاملات وأحكام فضاً لمنازعات مدنية وكانت كلها عربية إسلامية تأصلت مدة طويلة فاعتادها أهل البلاد فأصبحت عرفاً معمولا به ومحققاً للعدالة يتحاكم به الناس — وغير معقول أن العرف والعادة وطرق الحكم فى بلد يذهب مع الليل والنهار متى انقلب أهل البلد لدين آخر أكرهوا عليه — بل بقى العرف والعادة اللذان أساسهما الشرع والحكم الإسلامى فى أوروبا الغربية والشرقية ولو انقلب أهلها إلى النصرانيه وأبادوا المسلمين فيها

كان أهل الأندلس ملتزمين مذهب الأوزاعى الذى أدخله بها صعصعة بن سلام سنة ٧١١ م وسنة ٩٣ هـ وأدخل مذهب الإمام مالك إلى الأندلس زياد بن عبد الرحمن بعد أن تلقى عن الإمام فقهه بالمدينة وكان ذلك زمن هشام بن عبد الرحمن سنة ١٧١ هـ فانتشر مذهب مالك

وصارت الفتيا والقضاء إليه ولا يقلد قاض أو مفت إلا مالكياً فلم تنته المائة الثانية من الهجرة حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعى وساد المذهب المالكى — واتخذ الفاتحون العثمانيون من الشرق مذهب الإمام أبى حنيفة

ومن هذه الحوادث التاريخية القاطعة كان للشريعة الإسلامية عموما ولمذهب الإمام مالك ابن أنس خصوصاً دخل فى التشريع الوضعى بأوروبا، ولا ينكر هذا إلا كل مكابر لا يريد أن يتبع الحق ولا يعرف من التاريخ شيئاً .

والحقيقة المرة المختفية عندهم إجماعاً أن مذهب مالك مدون عندهم ومعمول به علماً وعملا منذ سنة ٧١١ ميلادية بلا نزاع ولهم أن يقولوا قانون العوائد أو غيره .

أخيراً لنضرب صفحاً عن كل هذا، ولننظر فى هذا الكتاب من المقارنات فنجد العجب العجاب فهل هم السابقون فى التشريع وأخذ عنهم التشريع الإسلامى، اللهم لا فالتشريع الإسلامى كان تاما وهم يبيعون الأرض وما عليها من حيوان و بشر ـ وكانت لا تتزوج بنت فلاح ممن ارتبطوا بأرض الأقطاعية بفلاح آخر إلا إذا بقيت فى بيت الأمير مدة من الزمن وله أن يجيز وله أن يرفض الزواج (تاريخ القانون الفرنسى) .

وهذا دليلى العلمى والعملى على أن القانون المدنى الفرنسى مأخوذ جله من مذهب مالك وفى هذا الكتاب ما يغنى عن الجدل والله خير الشاهدين .

بنـد [٥]

القوانين الوضعية بمصر

دخل الإسلام مصر مدة خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه فحُكمت بالتشريع الإسلامى ونظمت على قوانينه وقواعده فى جميع القضايا المدنية والجنائية والأحوال الشخصية حتى أدخلت

المحاكم المختلطة بقانونها الوضعى الفرنسى على سبيل التجربة للقضاء بين الأجانب بعضهم بعضاً أو معهم والوطنيين فكان هذا أول افتيات على قضاء البلاد الطبيعى وتشريعها الإسلامى — ثم وضع قانون المحاكم الأهلية على غرار المحاكم المختلطة واستعير لها أيضاً القانون الفرنسى وكان هذا الافتيات الثانى على قانون البلاد الإسلامى الطبيعى ونظامها المألوف المأخوذ بعين الرضى والقبول — ثم أنشئت مدرسة الحقوق لتدريس الحقوق المنقولة عن فرنسا الدخيلة فى بلاد لم تنبت فيها ولم تشرع لها .

كان طبيعياً أن تخرج مدرسة الحقوق حملة شهاداتها وكان طبيعياً أن يجدوا متسعا من وظائف الدولة الرئسية فى النيابة والقضاء ولم يدرسوا من التشريع الإسلامى إلا النزر اليسير من الأحوال الشخصية، أما المعاملات الشرعية وما إليها من أصول التشريع فوضعت فى زوايا الإهمال فأشرب فى قلوبهم حب هذه القوانين الوضعية فدافعوا عنها ووسعوا فى اختصاص تطبيقها وضيقوا على تشريع البلاد الإسلامى فحدوا من اختصاص محاكمها بما وضعوا لها من قيود ونظم — وكأن التاريخ يعيد نفسه فإن ملك فرنسا حينما أراد جمع السلطة التشريعية والقضائية بين يديه من السنيور (رؤساء الإقطاعيات) ومن رجال الكنيسة وضع رجال التشريع له هذه القاعدة (إن سلطة الحكم والتشريع مستمدة من الملك — فلا تسمع الدعوى فى كذا وكذا إلا بأمر من الملك) ووسع فى اختصاص قضاة الملك فشمل اختصاصهم كل المنازعات وبذلك ضاق نطاق الحكم لغير الملك وحصل الملك على السلطة المطلقة فى التشريع والقضاء والإدارة وقد نسوا أن هذا التشريع الإسلامى تنزيل من حكيم خبير يحفظه مدى الدهر على أن نظام قوانين مصر الحالية خليط من القوانين الوضعية إلا بعض أحكام كالشفعة دعت الضرورة لأخذها لسد النقص فى التشريع الناقص فى القوانين المستعارة — ولم يبق للمحاكم الشرعية أو للتشريع السماوى الا الأنكحة وما يترتب عليها من طلاق ونسب و بنوة وميراث وهبة ووصية و بعض أحكام الوقف

فأصبحت مصر الإسلامية زعيمة الشرق العربى التى تفخر بوجود الأزهر فيها يضىء العالم أجمع بالعلوم الشرعية والقواعد الإسلامية تحكم بخليط من القوانين الوضعية والشرعية .

ودين الدولة الرسمى الإسلام ، كما نص عليه فى دستورها أساس الحكم فيها ، ولكن المتشرعون فيها ورجال الحكم لم يفكروا يوماً بل ولا ساعة فى التخلص من هذه القوانين التى فرضت عليهم فرضاً بل ذهبوا إلى أبعد من هذا فجعلوا أساس تشريعهم تقليد الأمم الغربية وما دروا أن هذه التشريعات الوضعية أخذت من أساس تشريعهم فألبست ثوباً قشيباً جديداً ولو بحثوا عن الحقيقة لأنصفوا دينهم ولوجدوا فيه كل شىء ولعلموا أنه يجب الرجوع بتشريع البلاد إلى التشريع الإسلامى .

إنى لا ألقى القول على عواهنه ولكنى أسوق كتابى هذا دليلا على ما أدعى فقد أرجعت تسعة أعشار الفقه الوضعى إلى نصوص شرعية وفى هذا ما يكفى .

إن التبعة تعود على (رجال الدين) وهم الذين درسوا التشريع السماوى لأنهم استكانوا وناموا على عدم تبليغ الأمانة التى فى أعناقهم حتى ظن أنهم قضى عليهم ولا رجعة لهم ولكن قد ارتفع صوت فى سنة ١٩٣٦ فألقى فضيلة الأستاذ الشيخ محمد سليمان عناره نائب المحكمة العليا محاضرة تحت عنوان (بأى شرع نحكم) دعا إلى اتخاذ التشريع الإسلامى أساساً للتقنين فيها — ذكر فيها كل أدلة يصح أن يقولها أو يسمعها عاقل ولم يترك مأخذاً للحق إلا بيّنه ومنبتاً للباطل إلا فنده ، فذهبت صرخة فى واد — ثم ارتفع صوت آخر فى محاضرة لفضيلة الأستاذ الزميل الشيخ أحمد محمد شاكر القاضى الشرعى فى ٣ أبريل سنة ١٩٤١ لم يترك فيها شاردة ولا واردة إلا أتى عليها ثم قال فى ختامها (هذه كلمة حق وصيحة فى واد إن ذهبت اليوم مع الريح لقد تذهب غداً بالأوتاد — فستذكرون ما أقول لكم وأفوض أمرى إلى الله إن الله بصير بالعباد) .

وقد أخذ إحساس الأمة يتغير فأخذت تطالب بجعل التشريع الإسلامى أساساً للتشريع فى البلاد — ومن يدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً — ومن رأيى أن المحاضرات والنداءات والجمعيات لا تفيد شيئاً فى تغيير التشريع الحاضر إذ ليس من المعقول أن يتغير التشريع الذى مضى عليه قرابة ١٠٠ سنة بين طرفة عين وانتباهتها — أو أن القضاة ورجال القانون ومن إليهم يغيِّرُون رأيهم بعد أن مارسوا العمل بهذه القوانين تلك المدة الطويلة — أو أن قانوناً ترتب عليه تضيع بضياعه — كلا إنما الواجب على أُمة تريد تشريعاً يوافق عاداتها وأخلاقها ودينها أن تعمل فى مجلسى النواب والشيوخ فيتقدم المؤمنون بهذا المبدأ للترشيح على هذا الأساس ويجب أن يتقدم العلماء العاملون ويطرحوا رداء الخمول ويعملوا للدين والدنيا والأمة ستنصرهم وبذلك وحده يتغير التشريع تغييراً قانونياً لأن هـذا هو الطريق الطبيعى وغير معقول أن يتغير بجرة قلم .

ولنا أمل كبير فى الجناب الأعلى المسيطر على عباده أن يهىء القلوب ويوجه الأنفس إلى أن يكون تشريع مصر المسلمة هو الدين الإسلامى وحينئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ينصر من يشاء وهو القوى العزيز .

بنـد [٦]

أنواع الحكومات

قبل التكلم فى القوانين يلزم التحدث أولاً قليلاً فى أنواع الحكومات ، الشرعية والزمنية حتى يكون القارئ على بيِّنة من ذلك .

فالحكومات إما جمهورية وإما ملكية — فالجمهورية ما يحكمها غالباً مجلسان ينتخبهما الشعب لمدة معينة وينتخب من بين أعضاء المجلسين رئيس للجمهورية لمدة معينة يمثل الجمهورية وينفذ

القوانين و يسير دفة الحكم بواسطة وزرائه ـ والتشريع فى الجمهورية من حق المجلسين فقط أى إصدار القوانين .

وليس لرئيس الجمهورية إصدار قوانين ولا إلغاء ما صدر عن البرلمان ، وفى هذا تحقيق لفصل السلطات التشريعة والتنفيذية والقضائية .

والحكومة الملكية ما كان الملك فى الأمة حاكما مدة الحياة بحق وراثى ، فإن استبد بالأمر وحده وجمع بين يديه السلطة التشريعية والتنفيذية فهى حكومة ملكية مطلقة ، والملك هو الذى يصدر القوانين وهو الذى ينفذها و يلغيها فهو المشرع والمنفذ ـ و إن أشرك الملك معه أمته فى الحكم فان كان اشتراكا حقيقيا بأن كان انتخاب ممثلى الأمة حرا وكان رأى النواب معمولا به منفذا كانت الحكومة ملكية شورية أو دستورية فيكون حق سن القوانين والتشريع من حق البرلمان فليس للملك أن يفتات على حق البرلمان فى التشريع ولا فى الإلغاء لما يصدر عن البرلمان فيكون الملك هو المهيمن الأعلى والمسير لمصالح الدولة وهو الذى يأمر بتنفيذ القوانين .

فان كانت الأمة تذهب بتشريعها من غير قيد إلى مراعاة مصلحتها الدنيوية فقط بلا نظر إلى أساس دينى فهى حكومة شورية مطلقة ، و إن كانت مقيدة بأساس لا تخرج عنه فى تشريعها فهى مقيدة . ومن هنا يتطرق الحديث إلى الحكومات الإسلامية التى تطورت فى أشكال كثيرة .

أولا — فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم كانت الحكومة شورية مقيدة بمعنى أن الرسول محمدا صلوات الله وسلامه عليه كان يستشير أصحابه فى أمور أمته بأمر الله له (وشاورهم فى الأمر) . و بوصف الله لهم (وأمرهم شورى بينهم) .

والشورى كانت خاصة بأمور الدنيا و بعض أمور الدين التى لم ينزل فيها تشريع . أما أساس التشريع فقد كان يبلغه لأمته عن ربه فهو دستور الحكم ونظام المجتمع . فلم يفارق

الرسول الحياة الدنيا حتى كان التشريع قد بلغ نهايته من نظام محكم لإصلاح المعاش والمعاد ، وكانت آخر آية نزلت من القرآن الحكيم ومات بعدها الرسول صلى الله عليه وسلم (اليومَ أكملتُ لكم دينَكم وأتممتُ عليكم نعمتى ورضيتُ لكم الإسلامَ دينا) .

ثانيا — بعد وفاة الرسول اجتمع الصحابة اجتماعهم المشهور فى السقيفة واختاروا أبا بكر ليكون خليفة فكان إجماعا ثم عند وفاته أوصى بعمر ثم بعد مقتل عمر انتخب عثمان ثم بعد مقتله تولى على على خلاف بين الصحابة أدى إلى اقتتالهم وكل له فريق يناصره وله حزب يؤيده وينصره . وهكذا أصبح الأمر فى المسلمين ملكا عضودا يملكه صاحب الحول والطول والذهب أو من يبايعونه على تولى أمورهم والنظر فى شؤونهم ولله الأمر من قبل ومن بعد . وكان العمل جاريا على قواعد الدستور الأساسى للاسلام وهو القرآن والحديث والاجماع والقياس ، إلا من شذ من الأمراء والحكام . أما نظم الحياة فيما لا يتعلق بالدين فكان يضع قواعدها خلفاء المسلمين وينفذونها بواسطة ولاتهم فى الأقاليم النائية وكل من هؤلاء الولاة يعمل بما يراه مصلحة لمحكوميه بحيث لا يخرج عن أسس الإسلام فلا يحل محرما ولا يحرم محللا مجمعا على تحريمه أو تحليله .

وقد نوع حكام المسلمين وخلفاؤهم فى طريقة الحكم فمنهم من حكم بلا استشارة أحد ومنهم من حكم برأى أهل الحل والعقد فى الدولة على أن رأيهم كان استشاريا فقط لا يتقيد به ومنهم من حكم بمجلس شورى يتقيد بآرائه ويترك له وضع نظم الحياة السياسية للأمة ، على أنهم جميعا إلا ما شذ كانوا مقيدين بأصول الشريعة من قرآن وسنة وإجماع وقياس .

وإن خير نظم الحكم الإسلامية ما كان متبعا فيه أساس تشريع القرآن والسنة والاجماع والقياس وتكون الأمة مشتركة فى الحكم اشتراكا فعليا تدير شأنها بنفسها حسب مصلحتها

لا يستبدبها وال ولا يفرض إرادته عليها سلطان وان هذا بمصر الآن (ما عدى أساس التشريع الإسلامى الكامل) . ففيها ملك محبوب صالح ، شرك أمته فى تحمل تبعات التشريع والسياسة ممثلة فى مجلسيها ، مشرف عليها إشراف أب بار رحيم لا يفتأ يضرب الأمثال للاقتداء به لإسعاد أمته حاثا على اتباع السنة والدين محبا للعلم والعلماء جاهدا ليل نهار فى جعل أمته فى مقدمة الأمم رقيا ورخاء ورفاهية وعلما . مد رواق علمه وكرمه المصرى حتى شمل جميع البلاد الإسلامية والمسلمين النائين ليتعلموا العلوم الدينية بالأزهر الشريف والكليات الجامعة على نفقه الخاصة وما أكثرها بمصر الآن .

أبقاه الله لمصر ذخرا ولأبناء النيل سعادة وفخرا وجعل أيامه عزا ونصرا ذلك هو الفاروق ابن فؤاد بن إسماعيل رأس مصر العزيزة .

أما أن مصر تشريعها الحالى مستمد من التشريع الفرنسى ، فهذه حالة وجدت بمصر ترتبت عليها حقوق ونظم وأحكام لا حيلة لمن وجد بعد وجودها إلا تلا فيها شيئا فشيئا محافظة على النظام الاجتماعى والحقوق المكتسبة منه ونرجو من الله عز وجل أن يحقق آمالنا فى ظل جلالة ملكنا الصالح من جعل التشريع الإسلامى أساسا لتشريعنا لتكون مصر حقا زعيمة الشرق العربى دينها الرسمى الإسلام .

بند [٧]

نظرة عامة فى القوانين

القانون الفرنسى — اتبعت فى وضع هذا المؤلف نظام ترتيب الفقه الفرنسى وجعلته أصلا فى المقارنة .

صفات القانون :

القانون كل عمل صادر عن السلطة التشريعية مشتملا على قواعد مستديمة عامة . فيجب فى القانون أمران :

(ا) صدوره عن السلطة التشريعية .

(ب) أن يحتوى على قواعد عامة ومستديمة .

قانون بمرسوم :

قد تصدر السلطة التنفيذية أمرا فيه قواعد عامة مستديمة ويكون له قوة القانون وذلك عند تعطيل السلطة التشريعية فتباشر السلطة التنفيذية السلطة التشريعية أيضا .

أقسام القانون من جهة الأهمية :

(ا) القانون الدستورى أو قانون نظام الحكم ، وهو الذى يحدد شكل الحكومة ومدى سلطانها ويصدر عن جمعية عمومية من مجلسى النواب والشيوخ ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا بعد قبول ذلك من كل مجلس منفردا أولا .

(ب) القانون العادى ـ وهو ما يقبله كل مجلس منفردا ويمكنه إعادة النظر فيه كذلك ثم يوافق عليه المجلس الآخر .

(حـ) القانون الترتيبى أو النظامى ـ ولا يختلف عن القانون العادى إلا أنه ينظم شيئا معينا كقوانين الانتخاب ومجلس شورى الدولة .

بنـد [٨]

صفات القانون

التشريع الاسلامى — المراد بالقانون مجموع أحكام تطبق على الحوادث كالسارق تقطع يده ، والزانى يجلد أو يرجم ، والقاذف يجلد . فاذا جمعت مثل هـذه الأحكام بشروط تطبيقها فى كتاب واحد سميت قانوناً ، ولهذا سمى القرآن قانوناً سماويًا لجمعه أحكاماً لا حصر لهـا وهى قواعد عامة مستديمة لم يخص بها أشخاص دون آخرين ولم تكن مؤقتة. وقد اجتمع فيه الأمران صـدوره عن السلطة التشريعية واحتواؤه على قواعد عامة ، وهكذا يقال فيما أخذ عن السنة والإجماع والقياس من الأحكام .

أما القانون بمرسوم فتجب طاعته واعتباره واجب النفاذ ما دام صادراً ممن يملك إصداره شرعاً إلا إذا حرم حلالاً أو حلل حراماً مجمعاً عليه لقول الرسول « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » . لأن طاعة أولى الأمر واجبة لقوله تعالى : ﴿ أطيعوا اللهَ وأطيعوا الرَّسولَ وأُولى الأمرِ منكم ﴾ .

ولا خلاف بين التشريع السماوى والوضعى فى كنه القانون ولا ما يجب أن يكون عليه .

القانون من جهة أهميته :

(ا) القانون الدستورى أو قانون نظام الحكم - وهو الذى يبين الأحكام المحددة ويعرف أصول الأحكام بنص صريح من كتاب أو إجماع أو قياس . وصدر فعلا القرآن عن رب السموات العلى ، والسنة عن رسول الله الأمين ، والإجمـاع والقياس عن المجتهدين من الصحابة والأئمة . ولا يمكن إعادة النظر فيما تحدد من أحكام بنصوص

قاطعة لا تحتمل التأويل والاجتهاد كقطع يد السارق وقتل القاتل ورجم الزانى أو جلده مثلاً ﴿وما آتاكم الرسولُ فَخُذُوهُ وما نهاكم عنهُ فانتهُوا﴾ و إنه بموت الرسول انقطع الوحى و كمل الدين بأسسه القويمة .

(ب) القانون العادى ـ وهو ما يسنه أولوا الأمر أو من يملك ذلك لتنظيم ناحية اجتماعية للأمة كقانون ربط ضريبة الأطيان عن الفدان كذا فى مديرية كذا أو تنظيم إدارة البلاد والقرى ، وتخصيص القضاء والإدارة . . إلخ . ويمكن إعادة النظر فيها بما يوافق المصلحة بشرط عدم مخالفة أصول الدين و يدخل فيه القانون النظامى .

بند [٩]

قوة القوانين التنفيذية

القانون الفرنسى

(ا) قوانين حتمية ـ وهى التى لا يمكن لأى شخص الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالصالح العام أو الآداب العامة .

(ب) قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية ، وهى التى ترتب النتائج القضائية على اتفاقات الأشخاص عند اختلاف وجهة نظر المتعاقدين و يمكن للمتعاقدين اشتراط ما يخالفها وهذا كتطبيق القانون المدنى فى العقود والالتزامات :

العقاب الذى يضمن تنفيذ القانون :

(ا) قانون يعاقب بإلغاء نفس العمل الذى لم يستوف شروطه القانونية كزواج من دون السن القانونى .

(ب) قانون يعاقب بغرامة على من ارتكب مخالفة كمن عقد الزواج بدون إعلان .

أوامر تشبه القانون :

تصدر عن السلطة التنفيذية أوامر تشبه القانون وليست قانوناً بل هى قواعد نظامية وتخالف القانون فيما يأتى :

١ — القانون يصدر عن السلطة التشريعية وهذه تصدر عن السلطة التنفيذية .

٢ — القانون يلغى قانوناً آخر أو يزيده وهذه لتنظيم تنفيذ القانون .

٣ — يمكن للمحاكم الامتناع عن تنفيذ القواعد النظامية بدعوى عدم قانونيتها والذى يملك إصدار هذه القواعد النظامية هم رئيس الجمهورية للقطر كله والمدير فى مديريته والعمدة فى بلدته فقط .

بنـد [١٠]

التشريع الإسلامى — من القوانين ما هى حتمية حقيقة ولا يمكن لأحد الخروج عليها ولا الاتفاق على ما يخالفها كتحريم الربا والزنى واللوط والميسر الخ فلا يمكن لأحد التعاقد على مخالفة ذلك ولا يقتصر المنع على عدم الصحة والبطلان إصالة بل لو اعتقد المتعاقدان أو أحدهما حل ذلك كفر وخرج عن الدين .

وأما القوانين المبيحة فهى التى فى نصوصها اجتهاد وليس النص فيها قطعياً فى الدلالة على نفس الحكم فيجوز مخالفتها بما لا يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً وذلك كمواضع اختلاف المجتهدين .

والقواعد العامة فى التشريع الإسلامى تقضى ببطلان نفس العمل الذى لم يستوف شروط صحته القانونية كعقد النكاح على ذات زوج .

وبما أن المال بعد النفس وأخذه يؤلم صاحبه خصوصاً إذا كان شحيحاً لحيحاً ورأى الحاكم أن يفرض عقوبة مالية فيما ليس فيه عقوبة مقررة شرعاً محدودة فلا مانع عندى من فرض عقوبة مالية على من لم يبلغ عن قدر رأس مال تجارته لاستيفاء الضريبة منه مثلا وأرى أن هذا من قبيل المصالح المرسلة .

وأمر الملك فى مقر ملكه للقطر كله ، وأمر الوالى فى عاصمة إقليمه ، وأمر نائب الوالى فى قريته واجب النفاذ والطاعة وان كان لم يصدر عن جهة تشريعية تملك ذلك بشرط ألا تخالف أصول الدين لأنه يجب على الحكام النظر فيما يصلح حال مرءوسيهم من رفع الضرر وجلب النفع وإلا كانوا مقصرين (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته) .

وقد تكون هذه الأوامر والنظم محلية وقد تكون عامة كأمر حراسة النيل لدفع ضرره ومكافحة الجراد لاتقاء أذاه مثلاً ـ وقد تكون هذه الأوامر قانوناً فى حالة جمع السلطة التشريعية والتنفيذية فى يد الملك .

ولا يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تنفيذ أمر ولى الأمر إلا إذا خالف الكتاب أو السنة الخ لقول الرسول فى أصول التشريع « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » ومخالفة أحد هذه الأصول معصية كبيرة .

بند [١١]

عمل القوانين

القانون الفرنسى : يجوز لرئيس الجمهورية أن يقدم للبرلمان مشروع قانون ويجوز لأى نائب أو شيخ تقديم اقتراح بقانون فيبحث فى اللجان ثم فى البرلمان بصفة علانية ثم ينقل إلى

المجلس الثانى فإن صادق عليه كما هو أصبح قانوناً وإلا رد للمجلس الأول لإعادة نظره وهكذا حتى يتفق المجلسان على نصوصه ـ ومتى تم القانون فعلى رئيس الجمهورية إعلانه بالصيغة القانونية وحينئذ يجب العمل به حسب شروطه .

وتاريخ القانون يعتبر من يوم إعلانه فى الجريدة الرسمية ولو كان منصوصاً على العمل به فى زمن معين .

تطبيق القوانين وشرحها

يتولى تطبيق القانون القوة التنفيذية بوضع قواعد التنفيذ ـ وتتولى تنفيذ الأحكام القضائية بالقوة الجبرية ـ وتنفذ المحاكم القوانين بواسطة قضاتها وليس لهم حق الامتناع عن الحكم ـ ويشرح القانون علماء التشريع فى كتبهم وفى محاضراتهم وقضاة المحاكم فى أحكامهم وقراراتهم ونفس الهيئة التشريعية ويكون تفسيرها قانوناً ملزماً للكل .

بنـد [١٢]

التشريع الاسلامى : القوانين فى التشريع الإسلامى قسمان ـ الأول أساس الحكم وقواعد الدين وهى الأحكام التى ذكرت فى القرآن الكريم وفسرت بالسنة المحمدية أو ذكرت فيها وهذه تمت فلا تغيير فيها ولا تبديل بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم الذى أدى رسالة ربه كاملة ـ والثانى ما جد فى هذه الحياة مع مر الدهور ولم يكن فى صدر الإسلام ، واقتضته نظم المجتمع فتتطلب تشريعاً يلتزم الناس حدوده ولا يتعدون مراسيمه ، وهذه يأمر بها الدين بشرط ألا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً مجمعاً عليه كقانون استعمال اللغة العربية مثلا ، فانه يوافق أصول الدين .

وأما طريق عمل هذه القوانين فيرجع إلى أصل الحكم فى البلد الإسلامى فان اشترك الشعب

فى التشريع وجب أن يكون القانون من عمله ممثلاً فيه إرادته ـ وإن اختص الحاكم بالتشريع فهو الذى يشرع لرعيته ويجب عليهم طاعته بشرط مراعاة أصوع التشريع الإسلامى .

والذى يتولى تطبيق القانون الإسلامى هم ولاة الأمور بواسطة أعوانهم وأول من نفذه بعد الرسول أبو بكر الصديق فيمن منعوا الزكاة فقاتلهم حتى عادوا لأدائها ـ وقد عابه بعض الصحابة لقتاله المسلمين (فقال والله لو منعونى عقال بعير كانوا يؤدونها لرسول الله لقاتلتهم حتى يؤدوها) فأقره الصحابة إجماعاً بعد أن رأو أن الحق فى جانبه ـ وقد نفذ عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم الجلد فى ولده حين اعترف بالزنى وقد منعه من شرب الماء الذى طلبه أثناء إقامة الحد عليه فتكلم بعض الناس بأن هذه قسوة . فقال عمر اقرأوا قول الله عز وجل (ولا تأخذْكم بهما رَأفة فى دين الله إنْ كُنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) فمات ظمآناً فأمر بأكمال الحد عليه .

وكان تنفيذ الأحكام الشرعية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بمعرفته يأمر بتنفيذها فى محل دعوته ـ وبمعرفة نوابه ورسله وحكامه فى المدن النائية ـ والعمل جار على ذلك لليوم فى تنفيذ القوانين بمعرفة ولى الأمر بواسطة وزرائه ونوابه فى الحكم ، سواء أكان تنفيذاً مباشراً للقانون أو تنفيذ الحكم نتج عن قانون حكم به من ولى القضاء .

ويتولى القضاة تنفيذ القوانين بتطبيقها على الحوادث التى تقدم إليهم للحكم ـ وأول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد كان القاضى هو المنفذ فى صدر الإسلام ـ فكان الرسول يقضى بما أمر الله ثم ينفذ بما حكم بواسطة أصحابه ـ وأما قضاؤه فى الأمور المدنية فكان ينفذ باعتقاد أن من خالف حكم الرسول كان كافراً مصداقاً لقول الله عز وجل (فَلا وَربكَ لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما) .

ثم تابعه أبو بكر الصديق رضى الله عنه ـ ثم لما ولى عمر رضى الله عنه اتسع الإسلام وانتشر فى بقاع نائية فلم يجد مفراً من مجاراة الظروف ، والتمشى مع ما تتطلبه الحالة الاجتماعية فعين قضاة للأقطار البعيدة يحكمون بين الناس بما أنزل الله بجوار الحكام المدنيين ـ وقد عين أبا موسى الأشعرى ضمن قضاته وكتب له كتاباً هو ناموس الحكم ونبراس القضاء قال فيه .

(أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ـ آس بين الناس فى مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك ـ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ـ والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ـ ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع عنه فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل ـ الفهم الفهم عند ما يتلجلج فى صدرك مما لم يبلغك من كتاب الله ولا سنة النبى صلى الله عليه وسلم أعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عند ذلك ثم اعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى ـ واجعل للمدعى حقاً غائباً أو بينة أمدا ينتهى إليه فإن أحضر بينته أخذت له بحقه و إلا وجهت عليه القضاء فإن ذلك أجلى للشك وأجلى للعمى وأبلغ فى العذر ـ المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى حد أو مجربا عليه شهادة زور أوظنيناً فى ولاء أو قرابة فإن الله قد تولى منكم السرايز ودرأ عنكم الشبهات ـ ثم إياك القلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر للخصوم فى مواطن الحق التى يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر فانه من يخلص بها نيته فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى ولو على نفسه يكفه الله ما بينه و بين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله خلافه منه هتك الله ستره وأبدى فعله والسلام ؟) .

هذا قانون العدل والقضاء بين الناس سنه عمر رضى الله عنه أخذا من التشريع الإسلامى

منذ ١٣٤٠ عاما يوم أن كانت أوروبا فى ضلال وجهالة ـ ويقول الجهلاء والملحدون ان التشريع الإسلامى منقول عن القوانين الوضعية ألا ساء ما يحكمون .

ومتى استوفى القاضى صحة الدعوى وحجة إثباتها وصحتها وجب عليه الحكم فوراً إلا فى ثلاث ـ خوف ريبة ـ أو رجاء صلح أقارب ـ أو استمهل المدعى ـ فلو امتنع بعد ذلك فهو آثم لتركه الفرض واستحق العزل لفسقه وعزر لارتكابه مالا يجوز شرعاً ـ وكفران لم يعتقده فرضاً عليه .

والذى يشرح القانون ويبينه أولاً هو الرسول للقرآن (وأنزلنا إليكَ الذكرَ لتبينَ للناسَ ما نزلَ إليهم) ـ ثم الذى يشرح السنة هم الصحابة والمجتهدون بما درسوا من أصول التشريع من عام وخاص ومطلق ومقيد وناسخ ومنسوخ الخ ـ ثم اجتهاد القضاء عند تطبيق الأحكام على الحوادث ، ثم من أصدر القانون له شرحه أيضاً ويكون تبعاً لأصله واجب الطاعة .

بنـد [١٣]

إلغاء القوانين

القانون الفرنسى — إلغاء القانون هو رفع وجوب العمل به إما بإلغائه فقط وإما بالتعويض عنه بقانون يخالفه ـ والذى يملك إلغاء القانون هو السلطة التى تملك عمله فلا تلغى السلطة التنفيذية قانوناً ولا التشريعية أمراً إدارياً ـ والإلغاء إما بالمنطوق كالنص على إلغاء قانون سابق فى آخر لاحق ـ وإما بالمفهوم كتضمين قانون لاحق أحكاماً تناقض قانوناً سابقاً ـ وأما إهمال العمل بقانون فلا يلغيه بل يحتفظ دائماً بقوته القانونية وبوجوب العمل به .

القوانين لا ينسحب أثرها على الماضى فلا يطبق القانون على عمل تم قبل وجوب نفاذ القانون وهذا مفروض على القضاة عند تطبيق القانون .

أما السلطة التشريعية فلها الحق الكامل أن تنص فى القانون على أنه يعمل به من تاريخ سابق وذلك للضرورة نظر المصلحة عامة ـ وتطبق هذه القاعدة كالآتى :

١ — القانون المفسر لقانون سابق يعمل به كالقانون السابق بلا تفرقة .

٢ — قوانين الحقوق العامة كالدستورى والنظامى ونظام القضاء والاختصاص والمرافعات تطبق على حوادث سابقة على صدورها بشرط ألا تمس حقاً مكتسباً لأحد بموجب القانون السابق .

٣ — القوانين الخاصة بالأعمال القضائية ـ كشروط الصحة ـ وقواعد الشكل ـ الأدلة ـ يجب تطبيق قانونها الجارى العمل به وقت وجودها .

٤ — القوانين الخاصة بحالة الشخص المدنية من زواج وتبنى واعتراف ببنوة وجنسية الخ يطبق القانون الحالى بالنسبة إلى شروط الصحة فى هذه الأشياء .

٥ — القوانين الخاصة بأهلية الأشخاص الشرعية ـ يعمل بالقوانين الحاضرة إذا كان فى تطبيقها حقوق مكتسبة .

٦ — القوانين الخاصة بالأملاك ـ ما يتعلق منها بالملكية ينفذ فى الحال وما يتعلق بالميراث فإن كان مفتوحاً للتوزيع ومستحقاً للورثة فيطبق القانون القديم ـ وإن لم يكن مفتوحاً وصدر القانون فيعمل بالجديد ـ وما يتعلق بسقوط بمضى المدة فيعمل بالقديم فيما تمت إجراءاته وبالجديد فيما لم تتم إجراءاته حتى صدوره .

٧ — القانون الجنائى لا يعمل به فى الماضى مطلقاً إلا إذا كان القانون الجديد خفف العقاب عن القديم .

بنـد [١٤]

الغاء القوانين

التشريع الإسلامى — سـنة التدرج فى الهيأة الاجتماعية نحو الـكمال تقتضى البحث عن المثل العليا وعن العـدالة ، وتقتضى التنقيب عن الأحسن فالأحسن وقد كان ذلك فى أول التشريع فـكانت تنزل الآية القرآنيـة وفيها الحـكم فيعمل به ثم تنزل آية أخرى تنسخها وتبطل العمل بهذا الحـكم ، أو تعدله أو تبدله ـ أو يقول الرسول صلى الله عليه وسلم قولاً فيـه تشريع ثم يعـدل عنه إلى ما يخالفه لما فيه الأصلح ، وهذه سنة التشريع التدريجية ـ أنزل الله (وعلى الذين يطيقونه فدية الخ) نزلت فى الصيام فـكان من يطيق الصيام من المسلمين يحل له الفطر نظير فدية كإطعام مسكين فلم يكن الأمر موجباً الصيام الحتمى ـ ثم أنزل الله بعدها (فمن شهدَ منـكم الشهر فليصمه) فنسخت الحـكم فى الآية الأولى وأوجبت الصيام حتماً على من شهد الشهر ـ أى وكان مقيماً صحيحاً قادراً شرعاً على الصيام ـ والمريض والمسافر حكم يخصه بالإعفاء ـ وكحديث الرسول (إنما الماء من الماء) فى الغسل وحديث (إذا أعجلت أو أُقحِطْتَ فلا غسل) ومعناها أن من جامع ولم ينزل لسبب أعجله أو لعدم تيسر مادة المنى لضعف أو افراط مثلا فلا غسل عليـه ثم أراد نسخ التشريع الأول بأمر الله فقال (إذا التقى الختانان وجب الغسل) فوجب الغسل متى التقى ختان الرجل بخفاض المرأة ولو لم ينزل ـ وكنـكاح المتعة فإنه كان جائزاً فى زمن الرسول وزمن أبى بكر ومنعه عمر لأن علة اباحته قد انتفت وهو عدم انتشار المسلمين و إقامتهم فى غالب البقاع التى افتتحوها فـكانوا لا يقر لهم قرار فى بلد فتحوها إلا رحلوا عنها لأخرى جهاداً فى سبيل الله .

والإلغاء والنسخ كان من نفس المشرع صاحب القانون السماوى أو من نبيه صلى الله عليه وسلم لما وضعه هو من قواعد . ويجوز شرعا العدول عن قانون وضعى إلى غـيره فيه مصلحة للناس بشرط عدم الخروج عن أصول التشريع الإسلامى .

والذى ينسخ هو صاحب الحق فى التشريع ، ومن عهـد فصل سلطة القضاء عن الإدارة فى زمن عمر بن الخطاب لم يتعرض قاض لغير الحكم ولم يتعرض حاكم أو وال لتعطيل تنفيذ الحكم الصادر عن الهيئة القضائية .

والنسخ كما يكون كليا يكون جزئيا وكما يكون بإبدال المنسوخ بناسخ يكون بإدخاله فى حكم آخر .

وعدم تطبيق الحكم على حادثة أو عدم وجود حادثة يطبق عليها لا يلغى القانون يعنى الحكم فلو فرض أنه لم يوجد قاتل مدة طويلة فلا يلغى القصاص بل هو قائم معمول به من أحكام القانون الإسلامى .

عدم تطبيق القانون على الماضى — هـذه قاعدة عامة لقول الله تعالى (وما كنا معذّبين حتى نَبعثَ رسولا) وقوله (لا تنكِحوا ما نَكَحَ آباءكم من النساء إلا ما قد سلَف) ، ولم يعرف فى الإسلام قانون طبق على الماضى فى حكم من الأحكام وقد نص العلماء المتأخرون على جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، فلو أمر ولى الأمر أن دعوى كذا لا تسمع عن الوقائع السابقة والتى تم فيها الفصل فلا تسمع .

وكل ما يشرع لنظم الحياة وليس فيه حكم من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يصح أن يطبق على حوادث سابقة متى نص المشرع على ذلك بشرط ألا تمس حقا مكتسبا . أما الأحكام المنصوص عليها فى أسس التشريع الإسلامى فقد تم وضعها من الخالق فلا يصح للمخلوق تغييرها

وكل تشريع لا يحرم حلالا ولا يحل حراما ولا يخالف أصلا من أصول الدين مجمعا عليه فهو جائز ولا حرج فى تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادث .

وإذا حدد البلوغ الشرعى فى المعاملات بـ ١٩ سنة عملا بقول بعض المجتهدين ثم بلغ شخص هذه السن وتعامل بشخصه بيعا وشراء مثلا ثم رأى ولى الأمر أن من بلغ ١٩ سنة يمكن أن يخدع فأمر بأن سن البلوغ الشرعى فى المال ٢١ سنة فلا يرجع هذا الحكم للماضى فتصرف هذا الشخص الذى بلغ ١٩ سنة ، صحيح وقد ترتب على تصرفه حقوق له وعليه فهى نافذة ويسرى الحكم الجديد على المستقبل فقط .

والقانون الخاص بنفس الملكية يطبق على الحوادث الحاضرة لا الماضية فلو أمر ولى الأمر أن الملكية لا تثبت بالنسبة للشخص الثالث إلا إذا سجلت وكان قبل ذلك تثبت الملكية بعقد عرفى ضد الشخص الثالث فانه ينفذ القانون الجديد حالا ولا يعمل به فى الماضى ، وكذلك مايتعلق بسقوط المدة من حيث تقييد القضاء بالسماع وعدم السماع فى مدة مخصوصة فيعمل بالقديم فيما تم النظر فيه ويعمل بالجديد فيما عدا ذلك .

أما القانون الجنائى — فما كان محددا بكتاب أو سنة أو إجماع فقد تم أمره فيعمل به حتما ولا اجتهاد فيه ، واما ما كان فيه للحاكم تقدير أو سياسة فى الحكم فيجوز فيها التغيير والتبديل كما إذا أمر ولى الأمر أن من يوجد ليلا فى محل ريبة ولا عمل له يرتزق منه يجلد ثم يغرب مثلا ثم رأى الاكتفاء بالجلد أو التغريب فيعمل بالجديد من وقت صدوره ويعتبر تخصيصا للقضاء .

بنـد [١٥]

تطبيق القوانين الفرنسية

القانون الفرنسى — القوانين الخاصة بالبوليس والأمن العام تطبق على جميع المقيمين على الأرض الفرنسية بلا فارق بين أجنبى أو فرنسى .

والقوانين المتعلقة بالنظام العـام من الأحوال الشخصية كزواج غير واحـــدة تطبق على الجميع أيضا .

والقوانين المتعلقة بالأهلية أو بالأحوال الشخصية تطبق على الفرنسيين فقط دون الأجانب.

والقوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية (كل ملك شخص لعقار) تسرى عليـه القوانين الفرنسية ، والمنقول يطبق عليه القوانين الفرنسية أيضا خصوصا القاعدة (وضع اليد دليل الملـكية) إلا إذا كان المنقول ضمن ميراث فيطبق عليه قانون التركة وهو محل وجودها .

والقوانين المتعلقة بأهلية الشخص ـ ينفذ القانون الفرنسى على الفرنسى فقط ولو كان خارجا عن أرض فرنسا فيكون عمله قانونيا فى فرنسا .

ويرى علماء القانون تطبيق قانون الأجنبى فى أحواله الشخصية بشرط عدم مخالفته للقانون الفرنسى فيما يعتبر من النظام العام كزواج المسلم بغير واحدة على أرض فرنسا فهو ممنوع .

والقوانين الخاصة بالشروط المطلوبة فى الاشهادات القضائية يعمل بمـا هو مطلوب قانونا بقانون محل سماع الاشهاد .

والقوانين الخاصة بتنفيـذ العقود وبالاتفاق تسرى أولا شروط المتعاقدين فيما اتفقا عليـه وإلا فيسرى قانون محل التعاقد .

بند [١٦]

تطبيق القوانين الإسلامية

التشريع الاسلامى — القوانين المتعلقة بالأمن والنظام تطبق على جميع أرض المسلمين بلا فرق بين مسلم وغيره (وطنى أو أجنبى) .

والقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية تطبق على المسلمين وعلى من تحاكم إلينا من غير المسلمين . وأما الزواج الممنوع فى التشريع الإسلامى كجمع بنت وعمتها أو زواج بنت الأخ . والجائز فى شريعة الذمى (النصرانى أو اليهودى المؤمن) فلا يتعرض له التشريع الإسلامى بل يقرهم عليه .

والقوانين المتعلقة بالنظام العام كالدعوة لدين يخالف الإسلام أو الأخلال بالأمن العام فيجب على الذميين عدم الخروج على هذا النظام .

فالإسلام دين سمح لا تعصب فيه لغير الحق قد ترك أهل الذمة يتعاملون فيما بينهم بأحوالهم الشخصية . وأما القوانين الفرنسية فلا تسمح للمسلمين فى بلادهم بزواج غير واحدة .

أما القوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية فتسرى قوانين البلاد الإسلامية على الجميع بلا فرق بين ذمى ومسلم ، وكذلك فى المنقول متى تحاكموا إلينا .

ويطبق قانون الميراث على المسلمين أصالة وعلى الذميين إذا تحاكموا إلينا . ولا ميراث بين ذمى ومسلم ولا بين مسلم وذمى .

والقوانين المتعلقة بأهلية الأشخاص تختص بالمسلمين فى أرضهم وفى خارج بلادهم وتطبق على الذميين متى تحاكموا إلينا ، فتكون عقود المسلمين باطلة فى غير وطنهم مثل وطنهم متى خالفت النصوص الخاصة بالأهلية الشرعية .

ويطبق قانون الأحوال الشخصية للذميين بينهم ولو خالف التشريع الإسلامى فلا نتعرض إليهم كزواج بنت الأخ .

والاشهادات القضائية إن كانت لمعاملات عامة بين مسلم وذمى أو بين ذميين وتحاكموا إلينا أو بين مسلمين تعين استيفاء الشروط المطلوبة لنفس هذا العقد ، وإن كانت لعقود خاصة كزواج فالعبرة بشروط الصحة عند الطرفين ويقرهم الإسلام على عقودهم .

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاقات تسرى أولا شروط المتعاقدين التى لا تخالف الشريعة فى قواعدها العامة من تحليل حرام أو العكس بالنسبة للمسلمين ، وبلا قيد للذميين ، فاذا لم يتفقا فالعرف والعادة محكمان فيما لا نص فيه .

بند [١٧]

الشخصية القانونية

القانون الفرنسى — الشخصية القانونية هى كل كائن له حقوق وعليه واجبات .

والشخصية القانونية قسمان : شخصية جسمانية وهو الشخص الحقيقى ، وشخصية معنوية وهى ما تكون من أشخاص حقيقيين كالحكومة والبلديات والجمعيات الخ .

ويشترط لوجود الشخصية الحقيقية أن يولد الشخص حيًا وأن يكون ممن يمكن أن يعيش فالمولود ميتاً والولد الناقص فى التكوين بما لا يعيش بدونه ليست لهم شخصية حقيقية ويؤخذ برأى الطب الشرعى فى ذلك .

وتبدأ الشخصية القانونية فى الشخص الحقيقى من تاريخ ولادته ومع ذلك فاذا كان للشخص فائدة قبل ولادته ألحقها القانون به حتى من تاريخ الحمل به فيوصى له ويعطى ويعترف به شرعاً قانوناً وهكذا وتنتهى الشخصية بموته .

صفات الشخص وما يعرض لها

أولاً — حالة الشخص المدنية : يكون للشخص جنسية ويكون مواطناً ، ويراد بالجنسية العلاقة القانونية التى تجمع أشخاصاً فى حكومة واحدة محددة ويجب أن يكون لكل شخص جنسية ، ويجب ألا يكون له إلا جنسية واحدة . ويجب ليكون الشخص مواطناً أن يبلغ ٢١ إحدى وعشرين سنة وأن يكون ذكراً .

ثانياً — حالة الشخص العائلية : يكون الشخص أعزب أو متزوجاً وله أقارب وأصهار . والأعزب الذى لم يتزوج . والأقارب يكونون عصبة . والأصهار أقارب الزوج أو الزوجة لكل منهما . ويتبع هذا تمتعه بحقوق الجنسية الفرنسية وتحمله واجب الخدمة العسكرية وتمتعه بحق الانتخاب والوظائف العامة فى الدولة ، ويكون محلفاً ، ويتمتع بالميراث وبحقوق الزوجية ويتحمل واجباتها ، ويتمتع بحقوق القرابة .

بند [١٨]

القانون الرومانى — الشخصية القانونية كانت فى القانون الرومانى وهى فى الشخص الحقيق وهو كل كائن حى أهلاً للتصرف يملك حقوقاً وعليه التزامات . والشروط الأساسية للشخصية القانونية ثلاثة :

١ — كون الشخص حرًّا وليس رقًّا .

٢ — كونه مواطناً رومانيًّا ليس لاتينيًّا ولا أجنبيًّا .

٣ — كونه رئيس عائلة .

وقد وجدت الشخصية القانونية المعنوية كالجمعيات والمؤسسات التى لها أملاك كالشخص

الحقيقى (كنيسة ـ أديرة ـ حكومة . الخ) فيوجد الشخص المعنوى أولا بكل حرية ثم قيد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك .

بند [١٩]

التشريع الإسلامى — الشخصية القانونية فى التشريع الإسلامى ـ هى كل موجود له حقوق وعليه حقوق ، وهى شخصية ومعنوية : فالشخصية تتحقق بوجود الشخص حقيقة أو حكما كأن كان حملا . ويجب أن يوضع ويستهل صارخاً أو تتحقق حياته . وتوجد هذه الشخصية بوجود الشخص ولو حكما فيصح الوقف عليه ، والهبة والوصية ولكن لا تلزم إلا باستهلاله صارخاً أو تحقق حياته وتنتهى هذه الشخصية بموته .

والشخصية المعنوية هو الشخص المفروض وجوده قانوناً ليمثل جهة معينة كبيت المال مثلاً فيصح أن يقاضى ويتقاضى ويعين ولى الأمر من يمثله .

إن صفات الشخص ومميزاته تأتى طبيعية مع وجوده حيث يحتاج لمكان يوجد فيه من أبوين ويتربى فيه مع أقرانه فيتعامل معهم ويتعاملون معه فتنشأ حالته المدنية فيكون له جنسية أبويه أو جنسية مكان ولادته تحت حكومته ولا تتعدد جنسيته لأنه متى اعتبر مقيماً شرعاً فى مكان تسرى عليه أحكامه فلا يكون مسافراً مقيما فى آن واحد ، ولا مصريًا وحربيًا فرنسيًا فى آن واحد (وإن أجازت ألمانيا أن يكون لرعاياها الحق فى التجنس بغير الجنسية الألمانية مع حق الاحتفاظ بالجنسية الألمانية) ويترتب على هذا التمتع بحقوق الوطن المقيم فيه وتحمل واجباته، وإن كان الإسلام سوّى بين المسلمين فى كافة بقاع العالم ، لا فرق بين عربى وعجمى فى الإسلام (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) ولا فرق بين قطروقطر فى أحكام الدين فتنفذ على الجميع ، فقط بين المسلمين والمحاربين فلهم أحكام خاصة .

بند [٢٠]

القانون الفرنسى — الأعمال القضائية الخاصة بحالة الشخص : للانسان أن يباشر إثبات حالة يكون غير متمتع بها طالباً إعطاءه حق التمتع بها . وله مباشرة نفى حالة يكون ممتعاً بها الغير طالباً منعه من التمتع بها .

وهذه الأعمال القضائية لا تكون جزءاً من التركة ، فلا تكون محلاً للاتفاقات فلا تسقط هذه الحقوق بمضى المدة ولا تنقل لغير الشخص صاحبها لأن لها صفات أدبية قبل كل شىء

بند [٢١]

التشريع الاسلامى — للولد مجهول النسب أن يطلب إثبات نسبه بالبينة حتى من أمه أو أبيه المتوفى . فان عجز الولد عن الإثبات فقد انتفت نسبته لأبيه أو لأمه فإن أثبت دعواه قبل أحدهما فقط ثبت ويتوارثان وينتفى عن الآخر ، وإن وجد مانع حسى من تلاقى الذكر والأنثى انتفى الولد بدون لعان كمغربية على مشرق أو كصبى وقت الحمل أو خصى أو مجنون أو مقطوع البيضة اليسرى انتفى الولد بدون لعان لاستحالة الحمل .

ولورثة المتوفى أن يحلوا محل مورثهم فى كل حق له ما لم يتنازل بدون قيد المدة . ولا تسقط دعوى النسب بالمدة الطويلة .

ويثبت النسب بالشهادة الشرعيـــة وبالإقرار به من الأب أو بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ولا يحتاج لشىء آخر .

بنـد [٢٢]

أهلية الشخص

القانون الفرنسى — الأهلية للشخص هى صفة شرعية للشخص يتمتع بها لممارسة حقوقه المدنية الأهلية ، وهى الأصل وعدم الأهلية هى الاستثناء وعدم أهلية التصرف يمكن وجودها

فى التمتع بالحقوق وفى ممارسة الحقوق ، فالطفل يكون أهلا لملكية الحقوق ولكن لا يباشرها بنفسه قبل ٢١ سنة بل يباشرها بمن يمثله ولا يكون أهلا للزواج ولا للوصية ولا للاقرار بالنسب ما دام قاصرا فهو ممنوع من التمتع بالحقوق .

وأسباب عدم الأهلية هى صغر السن ، والتغير فى العقل (العته والجنون) ، الأنوثة فى الزواج و بعض أحكام جنائية .

بنـد [٢٣]

القانون الرومانى — الأهلية هى الأوصاف المعتبرة قانونا ليتمتع بها الشخص لممارسة حقوقه ، ولا توجد الأهلية الشرعية ليكون الشخص أهلا للتصرف إلا إذا كان ذا عائلة وكان حرا ومواطنا فان فقد شرطا من هذه الشروط فقد أهليته الشرعية ، فأسباب عدم الأهلية للأشخاص هى :

أولا — من لا عائلة له . ثانيا — الرق ، من كان رقا أصلا أو طرأت عليه الرقية . ثالثا — من كان أجنبيا أو لاتينيا يعنى من فقد كونه رومانيا . رابعا — من كان دون ٢٥ سنة. خامسا — المجنون والمعتوه . سادسا — الأنوثة فالمرأة لاأهلية لها طول حياتها .

فالطفل والمجنون والمرأة يجب أن يكون لهم من يمثلهم ، والرق ومن لا عائل له يملكون ولكن ملكهم لسيدهم ولرئيسهم ، والأشخاص الذين يوضعون تحت الوصاية هم الأيتام من الجنسين والنساء تحت الوصاية مدة حياتهن .

والذين تحت القوامة هم المجانين ، المسرفون والمبذرون ، القصر الذين بلغوا خمساً وعشرين سنة فما فوق .

بنـد [٢٤]

التشريع الاسلامى : الأهليـة الشرعيـة هى صفة تمكن الشخص قانوناً من الالزام والالتزام — والأهليـة هى الأصل وعدم الأهلية هو الاستثناء — ويمكن أن يتمتع الشخص بالملـكية دون حق التصرف فيها أو حق مباشرتها كالصغير والمجنون فيملـكان بواسطة الوصى أو القيم فلا يباشر الصبى غير المميز ومن فى حكمه شيئاً إطلاقا .

فإن بلغ رشيد اخرج من حجر أبيه يتصرف كما يشاء — فإن كان محجورا عليه قبل الرشد و بعد البلوغ فحينئذ لا بد لصحة تصرفه أن يفك حجره — ومتى بلغ يكون أهلاً للزواج بنفسه وصح إقراره متى كان مكلفا شرعاً وغير محجور عليه فى المعـاملات وغير متهم فى إقراره لأصل غير مكذب للعقر ولم يكذبه عقل ولا عادة ولا شرع — وأسباب عدم الأهلية هى :

١ — الجنون — فيحجر على المجنون لنفسه وماله لحفظهما فهو كالصبى المحجور عليـه إلى إفاقته بالغاً رشيداً .

٢ — السفه فيحجر على السفيه بالنسبة لماله .

٣ — الرق فيحجر على الرقيق فى ماله إلى عتقه أو إذن سيده .

٤ — الصغر فيحجر على الصغير لنفسه وماله وينتهى حجره بالبلوغ بالنسبة لنفسه و بالحفظ مع البلوغ بالنسبة لماله إن كان له أب .

٥ — الفلس — فيحجر على المفلس كما سيأتى التفصيل فى موضعه .

وسيأتى الحجر على الزوجة فى بعض مالها فى مذهب الإمام مالك — والحجر على المريض المشرف ومن فى حكمه الخ .

وسـيأتى أن الأنوثة ليست سبباً فى الحجر كما فى القانون الرومانى ولا زواج الأنثى سبباً

فى الحجر كما فى القانون الفرنسى — فى موضعه بإيضاح إن شاء الله تعالى .

نتيجة المقارنات من بند ٧ إلى نهاية بند ٢٤

اتفاق التشريعين

صفات القانون — القانون العادى — قوانين حتمية — قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية — العقاب الذى يضمن تنفيذ القانون — أوامر تشبه القانون — تطبيق القوانين وشرحها — عمل القوانين — إلغاء القوانين — الشخصية القانونية — صفات الشخص وما يعرض له — أهلية الشخص الشرعية إلا فى أهلية الزوجة .

اختلاف التشريعين

القانون الدستورى — تطبيق القوانين الفرنسية فى بعض أحوالها .

بند [٢٥]

إشهادات الأحوال المدنية

القانون الفرنسى إشهادات الأحوال المدنية هى محررات مدونة فى دفاتر محفوظة فى بلديات كل قسم إدارى لإثبات الأعمال الرئيسية لوجود الشخص (ولادة — وفاة — زواج) .

قواعد عامة لكل إشهاد مدنى

أولا — الأشخاص الذين يشتركون فى الاشهاد .

١ — الموظف (محرر العقود المدنية) هو العمدة أو من ينوب عنه باختياره أو بنص القانون

ويختص بسماع جميع الاشهادات فى دائرة اختصاصه الإدارية فقط وتكون باطلة إذا كانت من دوائر أخرى — وواجباته التحقق بنفسه فى حالة الوفاة — وجعل الزواج عاماً — وإعلانه — وتحرير الإشهادات وإعطاء صور منها للطالبين — والتأكد من حفظ الاشهادات المدنية .

٢ — المشهدون والحاضرون — وهم الأشخاص الذين يبلغون الموظف المختص موضوع الاشهاد الذى يسجله وكل شخص يمكنه ذلك ولو كان قاصراً .

٣ — الشهود ويحققون ثلاثة أشياء — شخصية المشهدين والطرفين وصدق الحادث المبلغ عنه — ومطابقة ما يدون فى الاشهاد إلى ما أبلغ للموظف — ويكفى بلوغ الشاهد ٢١ سنة ذكراً أو أنثى بلا تفرقة .

٤ — الطرفان وهما ما يخصهما ما تدون فى الاشهاد — وفى الولادة والوفاة يجب حضور الطرفين شخصياً أو كليهما بتوكيل رسمى مسجل .

بند [٢٦]

التشريع الإسلامى — إن نظام التوثيقات معمول به فى المحاكم الشرعية — وقد حتم المشرع أن يكون مع القاضى موثقاً يسمع الاشهادات ويدون الأحكام فى سجلاتها ويحفظها ويختص القضاة بسماع الاشهادات الخاصة بالزواج وغيرها وأما الشهود فيجب أن يكونوا عدولا مكلفين شرعاً بلغوا ١٥ سنة ذكوراً أو إناثاً أو امرأتين — والمرأتان تعادلان رجلا على تفصيل فى مواضع الشهادة — وهذا لا يأباه المشرع من نظام بل دعى إليه وختم العمل به

بند [٢٧]

ثانياً سجل الأحوال المدنية

القانون الفرنسى — يوجب القانون تدوين كل إشهاد قانونى فى سجل ذى أرقام متتابعة

موقعاً على كل صحيفة فيه من قاضى محكمة أول درجة أو من ينوب عنه بدون ترك بياض أو تحشير أو كتابة تاريخ بالأرقام — ويجب ختمه فى نهاية كل سنة — الخ ويجب كون السجل من نسختين إحداهما فى المحكمة الابتدائية والثانية تحفظ فى المركز الإدارى — ويكونان متطابقتين وعلى وكيل النائب العام تفتيش قلم الحفظ كل سنة ورفع تقرير عن المخالفات الموجودة فى السجلات المحفوظة — ويجب التأشير على هامش إشهاد الطلاق والإقرار بالنبوة وشرعية الولد بمضمون الاشهاد اللاحق المتعلق بهم — وكل إشهاد لم يسمع ولم يسجل من الموظف المختص يكون لاغياً وكذا كل إشهاد حرر فى غير السجل أو فى ورق عادى يعتبر لاغياً .

والسجل يكون عمومياً يصح أخذ صورة مما تدون فيه ويجب إمضاء الموظف على الصورة المستخرجة .

بند [٢٨]

التشريع الإسلامى — هذه نظم إدارية وليست تشريعية بالمعنى المراد وهو الحكم فى فصل النزاع — بل هذه نظم للتوثيقات نص المشرع الإسلامى عليها واتخذها بالفعل وهى موجودة فعلا ولها نظام دقيق .

بند [٢٩]

قوة الاشهاد المدنى فى الاثبات

القانون الفرنسى — الإشهاد دليل لما تدون فيه ولا يطعن عليه ولا يعارض فيه إلا بادعاء التزوير لما سمعه أو رآه الموظف المختص — وأما ما أخبره به المبلغ كساعة الولادة أو اليوم فيجوز معارضته بدليل آخر .

الدليل على حصول مضمون الاشهاد المدنى فى الولادة والوفاة والزواج لا يكون إلا بنفس

الاشهاد — وفى حالة عدم وجود سجل مطلقاً أو فقده يجوز الإثبات بالشهود أو بدليل كتابى .

إصلاح الإشهاد المدنى — متى حصل غلط فى الإشهاد قبل انصراف المبلغ وذوى الشأن والشهود يمكن للموظف إصلاحه ثم التوقيع من الجميع على الأصل والتصليح — ولكن متى انفض مجلس الإشهاد انتقل حق إصلاحه من غلط أو خطأ إلى القضاء بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العمومية ، ويجب أن يكون لذوى الشأن مصلحة موجودة بالفعل ، ولو أدبية وفى طلب النيابة العمومية يجب أن ينص القانون عليها أو تمس الصالح العام — ومحكمة القسم الإدارى الذى به السجل هى المختصة ، ومتى صدر قرار التصحيح يسجل فى سجل الإشهادات المدنية ولا يغير المصحَّح ولا يمحى منه شىء فقط يؤشر على هامشه بمضمون قرار التصحيح وتخرج الصورة أو الملخص بما تضمنه التصحيح .

بند [٣٠]

التشريع الإسلامى — الإشهاد الشرعى دليل لما تدون فيه متى كان حائزا الصفة القانونية الشرعية ، وما جعل له الإشهاد أصلاً فإن كان اخبارياً فشهادة شهوده تنصب على حقيقة المخبر وحصول الإقرار منه وان كان إنشائياً فيدل على حدوث الحادث وهم له شهود ويدل لمعرفة المشهد وما ذكر فى الإشهاد مما جعل له — ويجوز الطعن فى هذا بالتزوير وله طرق منظمة أمام المحاكم الشرعية الآن .

ويكون المستخرج الرسمى (الإشهاد المدنى) دليلاً فى الولادة والوفاة والزواج إن وجد والا فيثبت الزواج بشاهدى عدل والوفاة كذلك ، وقد منع الحاكم إثبات الزواج عند الإنكار بدون وثيقة زواج رسمية ، وأما فى الولادة فيكفى شهادة النساء على ما لم يطلع عليه الرجال ، وأما النسب فلا بد من عدلين ، وسيأتى تفصيل الشهادة فى موضعها .

وأما مسألة إصلاح الإشهاد فهى معمول بها أيضاً فى المحاكم الشرعية أمام القاضى أو كاتب

الإشهادات المسموح له بسماع وضبط هـذه الإشهادات من رئيس أو من نائب المحكمة الذى يملك ذلك .

بنـد [٣١]

قواعد خاصة لاشهادات الولادة والوفاة

القانون الفرنسى — الولادة ـ يجب على الأب إن كان موجوداً ثم على الطبيب المولد ثم على القابلة ثم على من تم الوضع فى بيته ثم على أى شخص حضر الولادة تبليغ الموظف المختص بقيـد المولود فى مدة ثلاثة أيام كاملة و إلا حوكموا — ويجب إثبات ذكورته أو أنوثته واليوم والساعة ومكان الولادة والاسم الذى يعطاه الطفل ، واسمى أب وأم الطفل وصناعتهما ومحل إقامتهما واسم وصناعة ومحال إقامة الشهود — ويجب إمضاء الشهود والموظف وأصحاب الشأن على الإشهاد — ولا يلزم ذكر الأب فى الولد الطبيعى وفى ذكر الأم خلاف .

الوفاة

لا يمكن دفن ميت إلا بتصريح من موظف الإشهادات المدنية الذى يجب أن يتحقق من الوفاة ولا يدفن إلا بعد ٢٤ ساعة من الوفاة إلا لضرورة — ولا يعطى تصريح الدفن إلا بعـد تحرير إشهاد الوفاة بشهادة شاهدين ، ويشتمل إشهاد الوفاة على اسم ولقب وسـكن المتوفى وزوجته إن كانت وعمره وصناعته واسم ولقب وصناعة وسكن المبلغ إن كان — ويجب التأشير بالوفاة على إشهاد الميلاد للمتوفى المذكور — ويذكر فى الإشهاد يوم وساعة الوفاة — فإن توفى فى غير محل ولادته بلغت الوفاة لمحل سجل الولادة فى أقرب وقت للتأشـير على هامش الإشهاد بالوفاة .

وتحكم المحاكم بالوفاة فى حالة الوفاة غير الطبيعية كالموت الجنائى والاختفاء والغرق .

والحكم الصادر فى الأحوال الشخصية يحوز قوة الشىء المحكوم فيه الخاصة لا العامة فلا يعارض حقوق الغير ولا يعارضه الغير إلا فى بعض الأحوال ، فيكون فيه قوة الشىء المحكوم فيه العام فيعارض الغير كالحكم الصادر فى دعوى إنكاره الأبوة وكالحكم المقرر لحالة كالطلاق وإبطال عقد الزواج .

بند [٣٢]

الولادة والوفاة

التشريع الإسلامى — أصبحت النظم المعمول بها فى إثبات الولادة والوفاة فرضا متبعا لأنه قد رتبها وأمر بها ولى الأمر وهى ليست أحكاما تقطع الخصومة وإنما هى أعمال يترتب عليها إثبات نسب طفل يلازمه للممات ويترتب عليها ميراث له ومنه الخ . وقد كان اعتماد الشارع أولا على الشهادة ولكن الزمن قد استدار فمن مصلحة الهيأة الاجتماعية الاعتماد على الإثباتات الرسمية فهى أدق وأحكم ، ولا شك أن المشرع دعا للتمشى مع الزمن ومسايرته لمصلحة الناس فكانت هذه النظم مطلوبة شرعا .

ولا داعى لحكم القاضى بالوفاة فى الموت الجنائى أو الغرق ما دامت الوفاة على هذا الوجه كانت معلومة ، فان كانت وفاة الشخص مجهولة أو اختفى بدون علم وفاة أو حياة فيثبت موته بحكم القاضى وسيأتى فى موضعه (فى الغيبة) .

والحكم الصادر فى الوفاة والنسب لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه مطلقا ، والحكم فى الولادة والنكاح يحوز قوة الشىء المحكوم فيه ففى الأول لا يتعدى أطراف الخصومة فيه فلا

يعارض حقوق الغير مطلقا ولا يعارضه الغير مطلقا ، فلو أثبت شخص أن والده توفى وأنه وارث فيه وحكم له بذلك فلا ينافى أن شخصا آخر يدعى البنوة لهذا المتوفى و يثبتها ثم يحكم له بها مثلا.

بنـد [٣٣]

اسم الشخص

القانون الفرنسى — اسم الشخص هو ما يستعمل للدلالة على شخص و يميزه على آخرين والمعبر عنه باسم العائلة (أبو زيد) .

والاسم العلم هو ما يضاف إلى اسم العائلة لتمييز أفراد عائلة واحدة بعضهم عن بعض مثل (سيد أبو زيد ، فسيد اسم علم وأبو زيد اسم الشخص يعنى اسم العائلة) . والفرق بينها أن الشخص لا يكون له إلا اسم عائلة فقط وليس لأحد تسميته بغير اسم عائلته طبقا للقانون بخلاف العلم .

يملك الولد الشرعى اسم عائلته بمجرد ولادته فيسجل اسمه فى اشهاد الميلاد ، والولد الطبيعى يسمى باسم من اعترف ببنوته أما أولا ثم أبا . والولد اللقيط يسميه العمدة أو رئيس المستشفى ، والولد المتبنى يحمل اسم من تبناه مضافا إلى العلم الموضوع له ، وتحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بمجرد الزواج ، وحقيقة إمضائها تكون باسم زوجها .

فقد الإسم

تفقد المرأة اسم زوجها متى طلقها وتحمل اسمها قبل الزواج ويبقى مع المتوفى عنها إلا إذا تزوجت فتحمل اسم زوجها الأخير ، وفى حالة الفرقة بدون طلاق تنظر محكمة الموضوع فى طلب عدم حمل الاسم فترى المصلحة فى المنع أو دوام الحمل .

ويمكن تغيير الاسم بواسطة الطرق الإدارية ويؤخذ رأى المجلس الاستشارى ويصدر بها دكريتوا ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به بعد سنة من تاريخ نشره ، ويصح لمن يهمهم الأمر المعارضة فى هذه المدة .

ومن غير اسمه الذى سجل فى اشهاده أو حرفه بغير الطريق القانونى يحكم عليه بغرامة من ٥٠٠ فرنك إلى ١٠٠٠ فرنك ويتهم بالتزوير ويحاكم بالمادة ١٤٧ قانون جنائى ، والاسم حق العائلة فمن استعمله حق لصاحبه طلب التعويض الكافى ويحكم له .

بنـد [٣٤]

التشريع الإسلامى — اسم الشخص هو ما وضعه الوالدان أو غيرهما عند ولادة الطفل عليه ليميزاه به بين أمثاله من بنى آدم كسيد وإبراهيم ، واللقب هو ما أشعر بذم أو مدح ، والكنية ما صدرت بأب أو أم ، فمثلا سيد أبو حسين ، سيد علم للشخص وأبو حسين كنيته .

ويجب أن يكون للشخص اسم واحد (علم) يتميز به بين أقرانه فان تعدد أقرانه باسمه ميز عنهم باسم أبيه فان تعددوا أيضا ميز بينهم باسم الجد فان تعددوا ميز بينهم باسم المحلة (محل السكن) وهكذا .

والشرع يعتبر الاسم العلم أولا فينادى الشخص به ثم يضاف له اسم الأب ثم اسم العائلة بخلاف أوروبا فينادون أولا الشخص باسم عائلته ثم باسمه العلم فلايباح فى عرفهم مناداة الشخص باسمه العلم إلا فى عائلته أو بين زوج وزوجته أو بين أصدقاء رفع التكليف بينهم .

ويجب على الأب تسمية ولده الشرعى متخيرا له اسما لا شؤم فيه فيسجل فى اشهاد الميلاد به مضافا إليه اسم أبيه ، والولد الذى لا أب له معروف وأقر بنسبه رجل يولد مثله لمثله يوضع له اسم ثم يضاف له اسم من اعترف به ، حيث ان الإسلام قد أبطل عادة التبنى التى كانت من عوائد الجاهلية فألغاها الخلاق العظيم (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله الخ) ، (ما كان محمد أبا أحد

من رجالكم) مع أنه صلى الله عليه وسلم كان قد تبنى زيدا قبل أن يبعث برسالته للخلق أجمعين فبطلت تلك العادة .

ولا تحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بل تبقى كما كانت قبل الزواج يقال (حفصة بنت عمر) فقط يقال لها زوج فلان ، وتكتب اسمها الحقيقى وتمضى به فى التوثيقات وتعرف به .

وبما أن الزوجة لا تحمل اسم زوجها فلا تفقده لا بالطلاق ولا بالموت ، ويمكن تغيير الإسم بإشهاد أمام القاضى ويعمل به من تاريخ التغيير ، ومن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد حد القذف ، وكذا من نسب ولدا لغير أبيه تصريحا أو تلويحا فانه يحد .

بنـد [٣٥]

محل الاقامة

القانون الفرنسى — محل الإقامة هو المحل الذى يقيم فيه الشخص لمباشرة أعماله الأساسية ومصالحه ، فكل شخص له محل إقامة قانونى ثابت منظم . والفرق بين محل الإقامة والسكن أن السكن ليس ملحوظا فيه الدوام والاستقرار وقد يتعدد بخلاف محل الإقامة وقد يكون محل الإقامة عاما كما يكون خاصا . فالعام هو العادى أو الحقيقى وهو ما يباشر الشخص فيه عامة حقوقه والخاص هو الذى يباشر الشخص فيه بعض حقوقه أو يقوم ببعض التزاماته ويشمل محل الإقامة الخاص .

١ — محل الإقامة السياسى الذى يباشر فيه حقوقه السياسية .

٢ — محل إقامة المساعدة وهو ما يباشر فيه طلب المساعدة الطبية .

٣ — محل إقامة الزواج وهو المكان الذى يتزوج فيه .

٤ — محل الإقامة المختار وهو ما يختاره الشخص المعنوى لمباشرة أعماله القضائية مثلا .

ومحل الإقامة العام له قاعدتان :

الأولى : أن كل شخص له محل إقامة .

الثانية : أنه ليس لكل شخص إلا محل إقامة واحد .

محل الإقامة القانونى ـ أو المفروض بالقانون — يفرض القانون محل إقامة الأشخاص الآتية كالآتى :

أولا — محل إقامة الموظف الدائم هو المحل الذى يباشر فيه عمله الرسمى .

ثانيا — محل إقامة الصغير الذى لم يبلغ سن الرشد عند أبيه أو وصيه إن كان ولدا شرعيا فان كان طبيعيا واعترف أحد ببنوته فمحل إقامته مع من اعترف به ، وإن لم يعترف به أحد فمحل إقامته أينما يكون فى مؤسسه .

ثالثا — محل إقامة الرشيد البالغ الممنوع من التصرف بموجب القانون أو بحكم قضائى يكون محل إقامة وصيهم أو من ولاه القانون عليهم ومن ذلك النساء المتزوجات فمحل إقامتهن هو محل إقامة أزواجهن إلا إذا طلقت أو انفصلت عن زوجها فلها اختيار محل إقامة كما تشاء ، فإن فقد زوجها أهلية التصرف وعينت عليه قيمة فلها اختياره أيضا .

رابعا — محل إقامة العامل أو الموظف عند من يخدمون أو يعملون بشرط أن يبيت معه فى مكان واحد وأن يعمل عنده فقط عادة وألا يكون له محل إقامة جبرى بموجب القانون .

ومحل الإقامة الاختيارى هو الذى لم يفرضه القانون بل يختاره الشخص نفسه .

متى بلغ القاصر رشيدا أو طلقت الزوجة أو خرج العامل أو الموظف من عمله واختار محل إقامة آخر يقال إنه غير محل إقامته ، فتغيير المحل يحتاج إلى عاملين حسى ومعنوى فالحسى تغيير المحل بالفعل إلى مكان آخر والمعنوى نية الإقامة فى المحل الجديد ومباشرة مصالحه وأعماله فيه .

وإثبات محل الإقامة الحسى لا يحتاج إلا إلى المشاهدة ، ومحل الإقامة المعنوى يكفى فيه إعلان الانتقال فى الدائرة التى نقل فيها ومنها .

بنـد [٣٦]
محل الاقامة

التشريع الاسلامى — الإنسان له وعليه من معاملات والتزامات ، والتدافع فى الحياة يقضى بالتزام العدل مع مثله أيضا فيما له وعليه ، والطبع البشرى وطبيعة الحياة تقضى بافتيات البعض على البعض الآخر فليس الناس ملائكة فوجب وجود قانون يتبع ووجب تنظيم الرجوع إلى هذا القانون وهى طرق التقاضى والمرافعات ، وبما أنه يجوز لولى الأمر تبعا للمصلحة العامة تخصيص القضاء والمادة والمكان والزمان ، ويترتب على هذا النظام والقيود أن يكون لكل شخص محل إقامة ومحل إقامة واحد ليقاضى ويقاضى اتباعا لأمر أولى الأمر الواجب الطاعة فى غير محرم إجماعا .

فمحل الإقامة لكل شخص هو ما يباشر فيه أعماله الأساسية عادة ولا مانع شرعا من تعيين محال إقامة للموظف فى محل عمله ، وللصغير عند وليه أو وصيه ، وللزوجة عند زوجها متى كانت فى محل الزوجية ، وللعامل أو الموظف الخاص عند من يخدمون أو يعملون متى كانوا يقيمون ويبيتون عنده الخ . كل هذا عمل ونظام تقتضيه المصلحة العامة . ويجوز لمن اتخذ محل إقامة أو اتخذ له القانون محل إقامة فرضا أن يتخذ محلا آخر أو يغير ما فرضه القانون متى وجد ما يناقضه قانونا .

بنـد [٣٧]
نتائج قضائية لمحل الاقامة

القانون الفرنسى — محل الإقامة له عدة نتائج قانونية منها :

١ — الزواج لا يعلن ولا يتم إلا فى محل الإقامة .

٢ — التبنى لا يكون إلا فى محل إقامة المتبنى .

٣ — الوصاية القانونية لا تكون إلا أمام قاضى الصلح الذى يتبعه محل إقامة الطفل .

كل إشهاد عمل فى البحر أو خارجا عن الأرض الفرنسية يجب تسجيله فى محل الإقامة وينشر فى محل الإقامة كل نشرة أمر بها القانون (كطلاق أو فراق أو حجر أو تعيين الخ) ويعلن افلاسه فى محل إقامته ويفتح ميراثه كذلك .

جميع الإعلانات والإنذارات والتنبيهات تكون فى محل الإقامة ، ومحكمة محل إقامة المدعى عليه مدنيا هى المختصة أصالة .

المحل المختار — هو محل مختار لتنفيذ عقد أو اتفاق وهو اختيارى لأى شخص وقد يكون واجبا بالقانون كالمعارضة فى الزواج أو إيقاع رهن عقارى . ويكون اختيار محل الإقامة ملاحظا فى موضعين :

أولا — يكون ملاحظا اختيار محل إقامة للشخص المعنوى فى كل دائرة له فرع تجارة فيه.

ثانيا — يكون ملاحظا اختيار محل إقامة للعساكر والطلبة فى محال إقامتهم غير محل إقامتهم الحقيقى .

ويتساوى المحل المختار فى الأعمال القضائية والتنفيذات والتبليغات ما دام عند شخص محدد فان كان غير معين فيكون فى اختصاص المحاكم فقط وما عدا ذلك فيعتبر محل الإقامة الحقيقى .

بنـد [٣٨]

التشريع الإسلامى — متى صدر قانون بتنظيم محال الإقامة على هذه الوجوه وجب اتباعه وقد صدر بالفعل والعمل جار عليه فى المحاكم الشرعية المصرية وقد نص فى التوثيقات الشرعية على تعيين محال الإقامة للمتداعيين .

بند [٣٩]

الشخص المعنوى

القانون الفرنسى — الشخص المعنوى أو الشخص القضائى — جماعة من الناس اعترف القضاء لهم بوجود قانونى يملكون ويملكون ودائنون ومدينون يقاضون ويتقاضون وبالجملة لهم كل الحقوق التى للشخص الحقيقى .

وطبيعة الشخصية القضائية ، لها ثلاث طرق .

أولا : الطريقة الألمانية فى حقيقتها ، الشخصية القضائية لم يخلقها القانون ولم يتصورها شخصاً خالياً وإنما هى مجموع أشخاص حقيقية لهم وجود وبمجموعهم يعترف لهم القانون بالحقوق كما اعترف لهم أفراداً وهى الطريقة الفرنسية أيضا .

ثانيا : طريقة التقليد ، وهى أن القانون يفرض وجود شخص خيالى ويعطيه جميع حقوق الشخص الحقيقى ليسهل معاملات الجمعيات ووجودها فهو مخلوق بما له وما عليه .

ثالثا : طريقة الملكية المجتمعة ، تطلق الشخصية القضائية ويراد منها أن أعضاء هذه الشركة مثلا مالكون بالاشتراك للأملاك التى تتعلق بهذه الشركة .

بند [٤٠]

القانون الرومانى — الشخصية المعنوية افترضها القانون الرومانى أيضاً فكانت تتحقق فى الجمعيات والمؤسسات التى لها ملك مثل الشخص الحقيقى كالكنيسة والأديرة والحكومة والبلديات الخ ، فكان يوجد الشخص المعنوى بكل حرية أولا ثم قيد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك ويتلاشى بسحب هذا الإذن وسمح به القانون أيضاً فى الشركات فكان للشركات الكبيرة الزراعية وللشركات التى تعمل فى الأشغال العامة شخصية معنوية .

بنـد [٤١]

التشريع الاسلامى — اعتبر المشرع الإسلامى الشخصية المعنوية مقابلة للشخصية الحقيقية ورتب لها وعليها أحكاماً فاعتبر بيت المـال شخصية معنوية يجب دفع الخراج والجزية لهـا وما رتبه الوالى على القاطنين فى المدن والقرى ، وأوجب النفقة العـامة على مصالح المسلمين فى بيت المال فاعتبره له وعليه فيقاضى ويتقاضى وكذلك الوقف فهو شخصية قائمة بذاتها تدين وتداين ، وتقاضى وتتقاضى وأوجب ان يمثلها شخص حقيق كناظر بيت المال (وزير المالية) وناظر الوقف مثلا وكذا جهات البر الموقوف عليها كالحرمين مثلا، وأما الشركات فقد نظر إليها المشرع من ناحية مصلحة المشتركين فإن داينت أو تداينت فلابد من إذن الجميع وتوكيلهم بذلك إلا إذا كان فى عقود تكوينها ما يبيح ذلك لمدير العمل أو التجارة ، وإلا إذا كانت طبيعة الشركة تقضى بذلك كشركة العمل فإن وجدت بشروطها من اتحاد العمل وتلازمه وأخـذ كل بقدر عمـله وحصل التعاون بالفعل فيلزم كلٌ ما قبله صاحبه ولزمه ضمانه .

وقد قدر المشرع فى الشخص المعنوى فى غير الشركات كبيت المال مثلا كياناً منفرداً بما له وما عليه بدون نظر إلى اعتبـار الأشخاص مجتمعين ، واعتبر فى الشركات مصالح الأفراد المشتركين حتى حتم أن يكون ممثل الشركات المذكورة موكلا توكيـلا ينص على هـذه التصرفات التى يلتزمها والا كان منه التزاما باطلا عن الشركاء .

بند [٤٢]

القانون الفرنسى — ترتيب الأشخاص المعنوية ، يوجد شخص معنوى خاص وهو كل اشتراك يراد منه تحقيق منفعة خاصة لأشخاص المشتركين . ويوجـد شخص معنوى عام وهو كل جماعة تعمل لتحقيق منفعة عامة .

وأقسام الشخص المعنوى هى :

أولا — الدوائر الأرضية ، الحكومات ، المديريات ، الأقسام ، كل هؤلاء لهم شخصية معنوية .

ثانياً — المنشآت العامة والمنشآت للمنفعة العامة .

ثالثاً — الجمعيات المعلنة قانوناً فقط والتى ليس لها مقصد نفعى بل أدبى كجمعية الطلبة .

رابعاً — المؤسسات العامة الشعبية كالجامعات والمؤسسات الطبية العامة .

خامساً — المؤسسات العامة الإقليمية كملجأ العجزة التابع للمديرية والمؤسسات العامة التابعة للأقسام .

ابتداء وجود الشخص المعنوى :

يوجد الشخص المعنوى كالآتى :

١ — الشخص المعنوى الخاص ، توجد شخصيته المعنوية بمجرد وجود الشركة بدون قيد ولا شرط ولا تصريح من الحكومة فقط يتبع فى تأليفها الشروط العامة .

٢ — الشخص المعنوى العام ، يلزم لوجوده اعلان الجهة الإدارية بقانون وجوده فإن أراد منشئها جعلها من المنشآت للمنفعة العامة فلابد من صدور أمر بذلك من مجلس الحكومة الأعلى ، ومع ذلك فيجب الحصول على إذن قضائى لتكوين جمعية إخاء من الرجال والنساء .

بند [٤٣]

التشريع الاسلامى — هذا التقسيم لا يتنافى مع التشريع الإسلامى بل رتب عليها أحكاما كثيرة فى الهبة لجهة بر أو الوقف عليها مثلا فهى موجودة فعلا ولكنها غير مجموعة ومفصلة فتتبع النظم التى أمر بها ولى الأمر فالنصوص الشرعية أعطت لها أحكاما على فرض وجودها .

بند [٤٤]

أهلية الشخص المعنوى

القانون الفرنسى :

أولا — أهلية التمتع ، قد يكون للشخصية المعنوية أهلية تامة فى الملك بدون حد كالحكومة ومجالس المديريات والمؤسسات العامة ، أما الجمعيات المعلنة إداريا فقط فتملك الاشتراكات والعقار والمنقول المقدر لوجودها لتقوم بما انشئت له .

ويشترط فى كل شخصية معنوية خاصة أو عامة أن لا تخرج عن اختصاصها فيما وجدت له

ثانياً — أهلية مباشرة التقاضى ، ليس للشخص المعنوى مباشرة الدعوى من نفسه بل لابد من أن يمثله شخص حقيقى (رئيس أو مدير) والشخص المعنوى خاضع دائماً لمشرف كالمديرية أو القسم ، وليس للجمعات المعلنة أن تقبل وصية أو هبة إلا بإذن وأحياناً بأمر مجلس الدولة الأعلى :

بند [٤٥]

التشريع الاسلامى — أهلية بعض الشخصيات المعنوية للتملك بلاحد كالحكومة ، لا نزاع فيه ويتبع فى الجمعيات المعلنة قانون الدولة ، ويجب أن تتقيد بنص الأوامر بلا تجاوز ، وكذا أهلية مباشرة التقاضى فيجب أن يكون لها من يمثلها قانوناً ، ويتبع قانون نظمها وترتيبها المعمول به فى المملكة فى قبول هبة أو وصية الخ بشرط عدم مخالفة النصوص الشرعية ولا أصول التشريع الإسلامى .

بند [٤٦]

نهاية الشخص المعنوى

القانون الفرنسى — ينتهى وجود الشخص المعنوى إما بسحب الإذن بوجوده وإما بالوصول إلى الغاية التى وجد من أجلها . وإما برضاء جميع المشتركين فى وجوده فى نهايته .

ومتى انتهى وجود الشخص المعنوى فيقسم رأس المال على الشركاء حسب عقد الشركة فى المدنية والتجارية ، وفى الجمعيات يرجع إلى قانون وجودها ، فإن لم ينص على شىء فالحكومة هى الوارثة لأملاكها وإن كان فى بعض الأحوال تعطى الهبة لمن وهبها إن بقيت عيناً .

بند [٤٧]

التشريع الاسلامى - ينتهى وجود الشخص المعنوى بما ذكر فى بند ٤٦ وبفقد شرط شرعى فى صحة وجوده فيقسم رأس المال على الشركاء حسب الاتفاق ، وفى الجمعيات يطبق أمر ولى الأمر فيها ، فإن لم يكن لها قانون فللوالى ادخال مالها فى بيت المال أو انفاقه فى وجوه البر التى يراها ، وكذا أن توالى أعضاؤها مدداً طويلة وجهلوا فللوالى جعلها فى بيت المال :

نتيجة المقارنات من بند ٢٥ إلى نهاية بند ٤٧

يتفق التشريعات فى :

اشهادات الأحوال المدنيـة — سجل الأحوال المدنيـة — قوة الاشهاد المدنى فى الإثبات — محل الإقامة — نتائج قضائية لمحـل الإقامة — الشخص المعنوى — ترتيب الأشخاص المعنوية — نهاية الشخص المعنوى .

ويختلفان فى اسم الشخص .

بند [٤٨]

العقد القانونى

القانون الفرنسى ـ العقد القانونى ، كل عقد تم من شخص أو أكثر ملحوظاً فيه نتائج قانونية ، فيوجد به حق أو يغير أو يمحى ، ويمكن تقسيم العقد القانونى فى وجهات النظر الآتية

أولا — بالنظر إلى وحدة أو كثرة الإرادة يقسم قسمين . الأول : ما لا يحتاج وجوده إلا لإرادة واحدة كالوصية أو قبول أو رفض الميراث . والثانى : ما يحتاج وجوده إلى اتفاق إرادات متعددة (كالبيع والبدل مثلا) .

ثانيا — بالنظر إلى وحدة أو تقابل المنفعة يقسم قسمين . الأول : مالا ينتظر فاعله مقابلة ما كالهبة أو القرض بغير فائدة . والثانى : ما يكون لعمل أحدالطرفين نظير من الآخر كالبيع والإيجار والقرض بفائدة والبدل .

ثالثا — بالنظر إلى الزمن الذى تظهر فيه نتيجة العقد ، يقسم قسمين . الأول : ما يظهر أثره بين المتعاقدين الأحياء كالبيع والهبة. والثانى : مالا يظهر أثره إلا بعد وفاة منشئه كالوصية .

بند [٤٩]

العقود

القانون الرومانى — العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر ينتج التزامات أو التزامات مؤكدة بدعوى قضائية وأنواعها .

١ — عقد قطعى صريح وهو الذى لا يتحقق وجوده القانونى بدون استيفاء شروط محددة قانوناً ، وكان هذا لا يتحقق فى عقد القرض .

٢ — عقد شفوى وهو الذى لا يتم بين المتعاقدين إلا بالتلفظ بكلام مقدس وكان فى عقد المهر وعقد مكاتبة الرقيق على عمل شىء بعد حريته .

٣ — عقود تحريرية ، وهو ما كان تسجيله فى سجل خاص مع استيفاء بعض الشروط وهو عقد من جانب واحد وعقد مدنى لا يعمله إلا الرومانيون ، وهناك عقود حقيقية أخرى وهى التى تنعقد بتسليم الشىء موضوع التعاقد ويدخل فيه عقد تبادل المنفعة كقرض الاستهلاك ، وهناك عقود عرفية وهى تشمل البيع والإيجار والشركة والتوكيل .

بند [٥٠]

التشريع الاسلامى ـ العقد الشرعى يراد به معنيان ، كل ما التزمه الشخص وأبرمه فيشمل الاقرار والاستلحاق والوديعة والبيع والشراء والوقف والإيجار الخ ، ويراد به ما تعاقد عليه مع آخر وهو كل عقد تم بين شخصين أو أكثر استوفى شروطه وترتب عليه نتائجه الشرعية لتقرير حق أو تغييره أو إبطاله ويتحقق فى الصلح والحوالة والضمان والشركة والوكالة والإجارة والهبة أو العقد صيغة يفيد التزام واحد أو أكثر لواحد أو أكثر شيئاً معقوداً عليه ويكون منعاً أو اعطاء وفعلا أو تركا .

ويصح تقسيم العقد الشرعى بالمعنى الأعم وهو ماالتزمه الشخص المستوفى للشروط الشرعية فى صحة التزامه سواء أكان بإرادته هو فقط أم بإرادته وإرادة أخرى كالبيع مثلاً إلى عقد يصدر من ناحية واحدة كالإقرار والاستلحاق والوقف والوديعة مثلاً — وإلى عقد لا يصدر إلا بتقابل إرادتين كالبيع والرهن والإيجار — وإلى عقد منجز كالبيع والهبة وإلى ما يظهر أثره بعد الوفاة كالوصية .

ويلاحظ أن العقد فى القانون الرومانى أخذ على أنه ماتم بين شخصين أو أكثر ، لكن

يشرط أن يكون مؤكداً بدعوى قضائية — ويلاحظ أن القانون الفرنسى أخذه بمعنى أعم (كل عقد تم من شخص أو أكثر الخ) وقد أخذته الشريعة الإسلامية فيما يشمل الأمرين وهو أعم.

بند [٥١]

شروط وجود وشروط صحة التعاقد القانونى

القانون الفرنسى — شروط وجود العقد إذا لم يوجد لا يوجد العقد — وشرط الصحة إذا انعدم يوجد العقد ولكن يكون قابلاً للبطلان والإلغاء.

وشروط الوجود ثلاثة :

أولاً — إرادة واختيار المتعاقدين ـ ثانياً ـ المادة محل العقد ـ ثالثاً ـ العلانية فى العقود التى اشترط فيها القانون ذلك.

وشروط الصحة اثنان ـ أولاً ـ أن تكون الإرادة كاملة لا نقص فيها ـ ثانياً ـ أهلية المتعاقدين.

بند [٥٢]

القانون الرومانى — لم تكن نظرية العقد القانونى مبحوثة على انفراد كما بحثت فى التشريع الفرنسى وإنما كانت تذكر شروط كل عقد فى بابه وتابعة له فتجد مثلاً فى تكوين العقد فى البيع يشترط لوجوده ثلاثة شروط.

أولاً — الإرادة ورضاء المتعاقدين وتكون كتابة موقعاً عليها منهما وتكون شفوياً.

ثانياً — وجود الشىء المبيع حاضراً أو سيوجد فى العمل التجارى.

ثالثاً — الثمن ويشترط أن يكون نقداً.

وتجد فى شروط الشخصية القانونية ما يأتى ـ يشترط لوجودها ـ أولا ـ كون الشخص حراً وليس رقا ـ ثانيـاً ـ كونه رومانياً مواطناً فيصح له الزواج بعقد رسمى وله تأسيس عائلة ـ وله حق المعاملات دائناً ومديناً واستعمال القانون المدنى الرومانى وحق عمل وصية أو كونه موصى له وله حق العمل بالقانون القديم ـ ثالثاً ـ كونه رئيس عائلة .

فكان فى التشريع الرومانى ينظر لكل عقد على حدة فتوضع له شروط وجوده وشروط صحته وهو أدق فى التشريع ـ ومع افراد (نظرية العقد القانونى) ببحث خاص فى التشريع الفرنسى فقد اضطر المشرعون إلى ذكر شروط وأركان كل عقد على حدة عند البحث فيه كالبيع والرهن الخ .

بنـد [٥٣]

التشريع الإسلامي — يعبر عن شروط الوجود بالأركان فى التشريع الإسلامى فيقال أركان العقد وشروط صحته ـ فالركن ما كان داخل ماهية الشىء يعنى ضمن تكوينه والشرط ما كان خارجاً عنها ـ فى عقد النكاح مثلاً ذكروا من أركانه المحل وهو الزوجة ـ والصيغة وهو ماتم به التعاقد من إيجاب وقبول فإذا انعدم المحل أو الصيغة انعدم الزواج أصلاً ـ وذكروا فى أركان البيع (بائعاً ومشترياً وثمناً ومثمناً وصيغةً) فلو انعدم واحد من هؤلاء انعدم البيع ـ فيقابل شرط الوجود فى التشريع الفرنسى الركن فى الشريعة الإسلامية ـ أما الشرط فهو ما كان خارجاً عن الماهية فى العقد كشرط صحة النكاح بشهادة عدلين مثلاً فحقيقة النكاح وجدت ولكن تخلف شرط صحته ، وفى البيع مثلا من شروط صحته ولزومه (التكليف) أى البلوغ الشرعى فحقيقة البيع من الصغير موجودة ولكنه تخلف فيه شرط صحة ولزوم وهكذا ، فالصحة فى العقود ترتيب آثارها عليها لتحقق وجودها مستوفية شروط صحتها .

فكل عقد له أركان خاصة به وأركان مشتركة ككل عقد فمثلا أرادة واختيار المتعاقدين هذا ركن عام فى كل عقد (عدم الإكراه) ولكن فيه أبحاث كثيرة وشروط لكل اكراه وكذلك مادة التعاقد فكل عقد له مادة ولكن العلانية يعنى اشهاره بطريق أن يكون على يد مسجل العقود فيه حرج على الناس، فمثلا الزواج يصح بإيجاب وقبول وشاهدين بدون تسجيل إذ التسجيل واجب نظامى لإثبات ان هذا الزواج موجود حقيقة خوف الإنكار لا أن الزواج لا يتحقق إلا بالتسجيل فدين الله يسر لا عسر .

أما ان إرادة المتعاقدين يجب أن تكون كاملة لصحة التعاقد فهذا فيه تفصيل ، وكذا أهلية المتعاقدين ، والواقع أن كل عقد له شروط وأركان تذكر دائما فى محل بحثه فيذكرون فى النكاح بعد تعريفه أركانه (أهل وقصد ومحل ولفظ) ويذكرون شرط صحته الخلو من المانع الشرعى ويذكرون فى الرهن أركانه (راهن ومرتهن ومرهون به وصيغه) ، وشرط تمامه القبض ويذكرون فى البيع أركانه بائع ومشتر الخ . فلا يمكن للباحث المنقب أن يذكر شروطا عامة لكل عقد إلا ما كان عائدا على الشخص أو الأشخاص المتعاقدين فقط من أهلية للتعاقد شرعا ويدخل تحتها البلوغ والعقل وملكية ما تصرف فيه أصالة أو نيابة وليس فى ذكرها منفردة ثم ذكرها فى كل باب إلا التكرار الذى لا فائدة فيه .

بنـد [٥٤]

القانون الفرنسى — الإرادة ويقابلها الرضى والقبول . وكل عقد ينعدم فيه الرضى لا يوجد قانونا ، وقد يوجد الرضى ولكنه يكون ليس كاملا فيصبح العقد محلا للإلغاء ، وينعدم الرضى كلية فى ثلاث مواضع :

أولا — عند وجود غلط فى حقيقة الشىء موضع التعاقد كبيع منزل ظن المشترى أنه غير محل العقد .

ثانيا — عند وجود غلط فى طبيعة العمل القانونى كمن ظن أنه أعطى هذا الشىء بدلا من بيعه له .

ثالثا — عندما يكون أحد المتعاقدين أوهما مجنونا أو سكرانا أو طفلا .

بنـد [٥٥]

التشريع الاسلامى - رضاء الجانبين بما أقدما عليه وقبولهما لعمله شرط أساسى لكل عقد فعقد المجنون ولو كان يفيق أحياناً وعقد السكران الذى لا يميز والطفل الصغير دون سن التمييز باطل أصلا ، ومعلوم أنه يعبر عن رضى الطرفين بالتعاقد بما يظهر من قولهما (بعت كذا بكذا وقول الآخر قبلت مشتراه بكذا) فإن اتفقت إرادة المتعاقدين وعبرا عنها إيجابا وقبولا واتفقا فيما تعاقدا عليه جنساً صح العقد فإن اختلفا فى طبيعة المعقود عليه لم تتلاق إرادتهما فلا يصح التعاقد وكذا ان اختلفا فى صفة التعاقد بأن أراد الموجب بيعا وأراد القابل قرضاً إذاً يجب فى أركان التعاقد اتفاق الإرادتين على إجراء العقد وفى مادة كذا ونوع العقد كذا، ومتى توفرت الإرادة الكاملة والاختيار الشامل كان العقد صحيحاً لازما إلا إذا اعتراه فقد صفة أو نقص شرط آخر كما سيأتى فى محله .

بنـد [٥٦]

القانون الفرنسى — ويوجد عيب فى الرضى والقبول فيما يأتى :

أولا — الغلط فى جوهر الشىء كمشتر صورة أصلية فى ظنه فإذا هى صورة وأما الاختلاف فى الصفات الكمالية فلا تعيب الرضى والقبول .

ثانيا — الغش وهو كل عمل استعمل للتأثير على المتعاقدين بغير حقيقة ويجب كون الغش أساساً وان يكون فى عقد بين شخصين لا فى هبة .

ثالثا — القهر والتهديد ، وهو كل عمل أدبى أو مادى من شأنه التأثير على عقلية أحد المتعاقدين .

رابعا — الغبن أو عدم التعادل وهو الغبن الفاحش كبيع بثمن ألفى فرنك ما يساوى خمسمائة وذلك :

١ — الغبن الفاحش سبب فى بطلان العقد للقاصر الذى سبب له ضررا .

٢ — الغبن الفاحش فى القسمة متى وصل الغبن إلى الربع يكون سببا لبطلان العقد .

٣ — الغبن الفاحش فى بيع العقار متى زاد عن $\frac{٧}{١٢}$ من ثمن العقار المبيع يكون سببا لبطلان العقد .

بند [٥٧]

التشريع الإسلامى - يوجد نقص فى إرادة المتعاقدين أو عيب فى الرضى والقبول فيما يأتى:

أولا — الغلط ، فان غلط البائع على نفسه فأخبر بنقص عما اشترى به فان أثبت دعواه أو صدقه المشترى فيخير بين فسخ البيع فيأخذ المشترى ما دفع ويرد السلعة أو يدفع ما تبين أنه ثمن صحيح ويدفع ربحه ويبقى السلعة .

وإن زاد البائع فى اخباره بالثمن عمدا أو خطأ لزم البيع المشترى ان حط البائع ما زاد مع ربحه فإن لم يحطه لم يلزم المشترى وخير فى الامساك والرد ، فالغلط سبب فى جواز فسخ البيع لمن وقع عليه الظلم بشرط إثباته شرعا أو التصادق عليه ويجوز إمضاء العقد ممن وقع عليه الغبن.

ثانيا — الغش ، وهو أن يكون بالسلعة عيب لو اطلع عليه المشترى قبل التعاقد مثلا لامتنع أو نقص من الثمن (إظهار جودة ما ليس بجيد أو خلط جيد بردئ) فالمشترى بالخيار إن شاء رد ولا شيء عليه وإن شاء أمسك ولا شيء له والخيار للبائع من الغش فى الثمن .

ثالثا — الإكراه والقهر ، فمن تعاقد تحت تأثير إكراه أدبى أو مادى كان عقده صحيحا غير لازم ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالا أو استقبالا من قتل أو ضرب وإن قل أو سجن ظلما أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والد أو أخذ مال أو اتلافه فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص فمن أكره على البيع مثلا جبرا حرا ما صح البيع ولا يلزم فيخير البائع إن شاء أخذ سلعته ورد الثمن وإن شاء تركها وأمضى البيع .

وتلحق الاجازة عقد الإكراه صراحة أو ضمنا ، ولا تفيت المدة الطويلة حق الوجوع ولا توجب لزوم عقد الإكراه فالضرر لا يجاز ولو مضت السنون متى كان ظلما .

وأما الغبن فإن وقع على الصغير المميز أو على محجور عليه فالنظر لوليه . والغبن فى القسمة يجوز الخيار فى بعض صورها . وسيأتى تفصيل ذلك فى البيع عقارا أو منقولا وفى القسمة .

بند [٥٨]

صيغة العقود القانونية

القانون الفرنسى — فى القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محدودة وأعمال كثيرة ، والآن تكفى الإرادة فى تحديد الاتفاق مثلا كالبيع فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد . ولكن القانون استثنى عقودا اشترط فيها العلانية لشدة العناية بها وهى:

أولا — الزواج الذى اشترط إعلانه أمام الموظف المختص .

ثانيا — عقد ترتيب أموال الزوجين الذى يجب تحريره عند مسجل العقود .

ثالثا — عقد الهبة الذى يجب تحريره عند مسجل العقود .

رابعا — عقد الرهن الذى يجب تحريره عند مسجل العقود .

خامسا — حلول شخص محل دائن فى الحقوق والتقاضى بدفع قيمة الدين للمدين ليبرى ذمته قبل دائنه على أن يبقى المدين وجها لوجه قبل الحال ، لابد من تحريره أمام مسجل العقود.

بنـد [٥٩]

القانون الرومانى — القانون الرومانى مجرد التعاقد بالبيع لا ينقل الملكية بل يقيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به فبعد الصيغة تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه . حتى يعمل أحد أمور ثلاثة :

١ — الإشهاد على التسليم وهو أن يحضر البائع والمشترى فى جلسة علانية مع حضور خمسة شهود بلغ وطنيين رومانيين ويد ميزان فيأخذ المشترى الشىء المبيع ثم يقول أعلن أن هذا الشىء ملكى وقد اشتريته بهذا المبلغ ثم يضرب كفة الميزان بالنقد الذى معه ـ وهذا كان فيما يمكن تسليمه وفيما إذا كان للمتعاقدين حق التجارة ويكون أمام قاض .

٢ — الترك — فيترك البائع الشىء المبيع إلى المشترى أمام الحاكم فى شكل قضية وهمية

٣ — النقل ـ وهى أن ينقل البائع إلى المشترى شيئاً جسمانياً من المبيع بشروط محدودة وهى طريقة تمليك العامة فيمكن للغرباء استعمالها أيضاً .

المؤلف

ولكن القانون الفرنسى المجموع سنة ١٨٠٤ أتى بجديد فى التشريع كما يزعم شراحه فيقولون (فى القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محدودة وأعمال كثيرة) ، والآن (يعنى بعد تحرير قانون سنة ١٨٠٤) تكفى الإرادة فى تحديد الاتفاق مثلا كالبيع فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد) وهذا إما جهل بالقوانين السابقة على قانون سنة ١٨٠٤ ومنها القانون السماوى (التشريع الإسلامى) وأما غطرسة عن ذكره وقد كان أول من وضع

قوانين التعامل فى سهولة وسرعة فيكفى فى البيع بعت واشتريت بثمن كذا بل وبدون صيغة فقط معاطاة من الجانبين ، رجل أخذ شيئاً من محل تجارة ودفع ثمنه وخرج ، اشترى دابة ودفع الثمن واستلمها ، اشترى أرضاً ودفع الثمن فخلى بينه وبينها صح البيع فى الجميع ، وعن هذه الشريعة التى ملأت طباق الأرض علماً وعدلاً وقننت أحدث القوانين والنظم ، ولم يصل إلى بعض منها هؤلاء الذين وضعوا ق سنة ١٨٠٤ أخذ التشريع الوضعى ولم تسمح ضمائرهم بذكر شىء عنها ، ولكن صدق الله العظيم إذ يقول ﴿ يريدونَ ليطفئوا نورَ الله بأفواههمْ ويأبَ الله إلا أن يتمَّ نورَه ولو كرِه الكافرون ﴾ وتاريخ هذا التشريع السماوى من سنة ٦١١ م أعنى لوجوده الآن ١٣٣١ عاماً تقريباً .

بند [٦٠]

التشريع الإسلامى — وجد التشريع الإسلامى فى جزيرة العرب حوالى سنة ٦١٠ م تقريباً وكان للبيع فى الجاهلية عدة أشكال كبيع الملامسة وبيع المنابذة وبيع الحصاة الخ كأن يلمس ثوباً لم يره ثم يشتريه على أن لا خيار له ، أو إذا لمسته فقد بعتكه ، أو كأن يجعل المتعاقدان النبْذ بيعاً (بعتك كذا بكذا على أنى إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار) أو بعتك من هذه الثياب ما تقع عليه هذه الحصاة . فقضى فيها بالبطلان وشرع أن البيع يصح بإيجاب وقبول ، ووجد التشريع الإسلامى فى أوروبا من فتوح إسبانيا وانتشر فيها وفى فرنسا خصوصاً مذهب الإمام مالك فى القرن الثانى من الهجرة أعنى حوالى سنة ٧٧٠ م تقريباً وكان القانون الرومانى وفيه ما مر وكان القانون الجرمانى والقانون الكنائسى فلم يُبق على هذه التشاريع الملتوية المعقدة فقال فى قاعدة عامة (يتم البيع بإيجاب وقبول وتنتقل به الملكية ، وتترتب عليه آثاره متى وقع صحيحاً) بل شرع أكثر من ذلك وراعى أن التجارة خصوصاً البيع والشراء عصب الحياة الاقتصادية التى يلزم فيها السرعة فقال أيضاً ، (ويصح البيع بما

يدل على الرضى من قول أو كتابة أو إشارة وإن معاطاة من الجانبين) وانظر الآن نحن فى سنة ١٣٦٢ هـ وسنة ١٩٤٣ م والبيع فى أكبر محلات التجارة العالمية على هذه القاعدة فيدخل الزائر يجد الثمن مرقوماً على أى نوع يروق له فيطلبه من العامل ويدفع الثمن ويخرج بالمبـاع ، وقد نص فى مذهب الإمام مالك على أن بيع المعاطاة من الجانبين بلا صيغة يصح فى كل بيع عظيماً أو حقيراً ، وقيده بعض الشافعية بما لم يبلغ حد الجسامة وقال المالكية فى المشهور يصح فى النوعين .

لهذا لم يكن الفضل للقانون الفرنسى فى القضاء على البيوع الرومانية وغيرها بل الفضل كل الفضل للتشريع الإسلامى لأسبقيته على ق سنة ١٨٠٤ وتقريره قواعد أدق وأنظم أخذ بعضها القـانون الفرنسى الحالى .

لم يستثن التشريع الإسلامى أى عقد عن الآخر فيميزه بالعلانيـة المذكورة فى التشريع الوضعى فلم يوجب كونه أمام موظف مختص ، فالزواج يتم بالإيجاب والقبول أمام شاهدين وتترتب عليه آثاره من نسب وميراث وأبوة و بنوة وحقوق زوجية الخ ـ غير أنه قد اعترى الناس فى التزاماتهم ضعف فى الأخلاق ووهن فى واجباتهم ، وتحلل فى إيمانهم وصدقهم فوجب إثبات ما تعاقدوا عليه خصوصاً فى الزواج والطلاق فأمر ولى الأمر بمنع القضاة من سماع بعض دعاوى الزوجية بدون سند رسمى صادر من جهة رسمية .

وليس هذا تشريع فى حقيقة الزواج والطلاق و إنما هى توثيقات اقتضتها ظروف التطور الاجتماعى فقط واكتفى التشريع فى علانية النكاح أن يشهد عليه شاهدان .

وأما عقد ترتيب أملاك الزوجين فليس فى الإسلام شىء من هـذا فلا علاقة بين الزواج الذى هو عقـد حل تمتع كل بالآخر لتكوين عائلة تترتب عليه آثاره القانونية و بين أملاك الزوجة اطلاقاً فهى جمعية حرة من جميع نواحيها فيحتفظ الزوج والزوجة بأملاكهما منفصلين

لكل منهما كامل التصرف فيما يملك إلا ما نص عليه فى باب الحجر مثلاً ، ولا يوجد أيضاً رهن قانونى على أملاك الزوج لزوجته حتى يحصل إشهاد عند التنازل عنه .

وأما الهبة والرهن فليس من أركانهما أو شروطهما تسجيل عقديهما بل الرهن يلزم بالقول ولا يتم إلا بالقبض ، وأما الهبة فمن أركانها واهب وموهوب له وموهوب وصيغة (الإيجاب والقبول) فى كل هذه العقود لا يحتاج تكوينها ووجودها شرعاً إلى تسجيلها فى سجل أياً كان، فإن اقتضى نظام عام وتشريع وجوب تسجيلها فلا دخل للتسجيل فى حقيقة وجودها الشرعى .

بند [٦١]

القانون الفرنسى — حرية المتعاقدين فى العقود القانونية وما يؤثر على العقود —

الطرفان يملكان كل حرية فى التعاقد بشروط بينهما تصبح قانوناً لهما بلا قيد ولا شرط إلا ما يخالف النظام العام أو الأخلاق الفاضلة ، والذى يمكن أن يؤثر على العقد القانونى فيغير من نتائجه أحد أمرين : إما شرط فيه و إما أجل محدود .

فالشرط فى العقد هو حادث مستقبل مذكور فى العقد متعلق بوجود الحق أو إلغائه . والشرط قسمان موقف (معلق) للحق أو مبطل له — فالشرط الموقف للحق هو حادث مستقبل غير محقق يذكر فى العقد متعلق بوجود حق مثل : (أتعهد لك بدفع ألف متى نجحت فى الانتخابات بجهة كذا يوم كذا) فما دام لم يأت الشرط فعند المتعهد له أمل فقط فإذا أدى المتعهد من نفسه ما تعهد به فى هذه الحالة فله الحق فى استرجاع ما أدى ، لأنه أدى ما لم يجب عليه ولا يصح إجباره على ما لم يجب . فإن تحقق الشرط وجب الأداء وكأنه عقد قانونى بسيط واجب النفاذ مقدماً ، وإذا لم يتحقق الشرط لم يجب شئ وكأن هذا التعهد لم يكن شيئاً .

بند [٦٢]

التشريع الاسلامى — متى تم التعاقد ولزم وجب على كل من الطرفين القيام بما التزم به إلا لوجود شرط أو ضرب أجل - فالالتزام المعلق على شرط (كأن شفى الله مريضى مثلاً فلك ألف فشفى) متى وقع الشرط لزم فيقضى به إذا وجد المعلق عليه وكان الملتزم له معيناً فالتعاقد تام غير لازم إلا بحصول الشرط وللملتزم على شرط أن يتصرف فيما التزم قبل حصول الشرط أو حلول الأجل متى كان الأجل مجهولاً كأن جاء زيد الغائب مثلا ، فإن كان الشئ معيناً كعبد أو دار أو دابة وكان الأجل معيناً كسنة أو شهر يمنع الملتزم من إخراجه عن ملكه لنهاية المدة .

فإن أدى الملتزم الشئ الملتزم به قبل حلول الشرط فقد أدى ما لا يجب عليه وعلى من قبض شيئاً لا يستحقه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق .

فالمتعاقدان حران فى التعاقد بما يرون لهما من شروط فتصبح محترمة بينهما بلا قيد ولا شرط إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا أو خالف إجماعا أو قانونا واجب النفاذ ولكل من الطرفين التمسك بنصوص العقد وتنفيذها فلا ينقض إلا برضاهما ، فان كان العقد فاسدا نقض لفساده بسبب موجب لذلك .

بند [٦٣]

القانون الفرنسى — والشرط المبطل للحق هو حادث مستقبل غير محقق متعلق بإلغاء حق فى عقد قانونى مثل (بعتك كذا بألف على أنى إن دفعت لك الألف فى خمس سنين استرد المبيع . فإن مضت المدة ولم يدفع أعتبر كأنه عقد قانونى بسيط من يوم إتمامه ، و إن دفع المبلغ فى المدة عاد المبيع إليه وكأنه لم يحصل بيع بتاتا وهذا هو المسمى (بيع وفائى) .

وينتج من هـذا الشرط المبطل أن المشترى إذا رتب حقا عينيا على المبيع بشرط مبطل ثم عاد المبيع لصاحبه بطلت كل الحقوق المترتبة على العين المباعة المذكورة مدة البيع من المشترى لأن الإلغاء يعمل فى الماضى فكأنه لم يوجد بيع فتصرفات المشترى وقعت فى غير ما يملك فهى باطلة قانونا .

بنـد [٦٤]

التشريع الإسلامى — الالتزام فى البيع بشرط أو لأجل لا يمنع انعقاده إلا إذا كان متنافيا مع طبيعة العقد لأن البيع عقـد معاوضة ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه والأجل لا يوقف الالتزام ولا يعلقه وإنما هو غاية للايفاء فيؤخر التنفيذ مع لزوم العقد بالنسبة لمدة الأجل .

وقد اختلف المجتهدون فى بيع السلعة بثمن مؤجل بشرط رهن فقالت الشافعية فلو شرط رهن المبيع بالثمن بطل البيع لاشتماله على شرط رهن ما لم يملكه بعد ، فان كان الرهن بعد عقد البيع صح فان كان فى صلب العقد أو قبل الملك بطل البيع . وقالت الحنابلة شرط البيع أن يكون منجزا فلا يصح البيع ولا الشراء معلقا كبعتك إذا جاء رأس الشهر أو بعتك إن رضى فلان لأنه عقد معاوضه ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه . وأما رهن المبيع على ثمنه فهو جائز (بعتك هـذا بعشرة على أن ترهنه نظير ثمنه فرضى صح) فيجوز فسخ البيع لفقد الشرط .

وقال المالكية يصح بيع السلعة لأجل على شرط رهن فان كان الرهن معينا أجبر المشترى على دفعه للبائع ان امتنع ، وإن كان غير معين فشرطه يجوز وعليه رهن ثقة فيخير البائع وشبهه فى غير معين فى فسخ البيع وإمضائه فالفسخ مأخوذ من مفهوم الشرط .

فالشرط حينئذ مفسخ للبيع متى تمسك به المشروط لمصلحته وما ترتب على العقد الذى فسخ هو حفظ حق البائع على مبيعه إلا إذا منع مانع شرعى من إرجاعه عينا ، ولكل عقد حكمه صحيحا وفاسدا فى بابه فليرجع إليه ، أما البيع بشرط (إنى إن دفعت لك الألف فى خمس سنوات استرد المبيع ، فهو بيع فاسد والشرط باطل إن وقع الاشتراط فى صلب العقد — وهو المعروف (ببيع الثنيا) وهو البيع الذى اشترط بائعه إرجاع المبيع له إن أتى بالثمن — فإن تطوع المشترى بذلك بعد العقد جاز وليس للمشترى تصرف بإخراجها لغير البائع فى التطوع بها وللبائع رفعه للحاكم فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقاً — وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف بعتق أو بيع نفذ — وإنما للبائع منعه إذا قام عنده إرادة التصرف وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر له الثمن وهذا كله إذا لم يضربا أجلا وإلا عمل به .

ويجوز شرط (إن بعتها فأنا أحق بها) فى الإقالة من البيع بأن باع زيد لعمرو سلعة وطلب زيد الإقالة من عمرو فقال عمرو أقلتك على شرط إن بعتها لغيرى فأنا أحق بها فهذا الشرط جائز معمول به .

وكل حق رتبه غير المالك على عين ليست ملكا له فهو باطل ولا أثر له وكل تصرف فى ذات أو منفعة مملوكة للغير فهو باطل.

بند [٦٥]

الأجل المحدود

الفائدة الفرنسى — وهو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق أو تلاشيه والأجل المحدد قسمان معلق للحق وملاش له .

فالأجل المعلق للحق هو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق كما إذا أقرضت آخر مبلغاً ١٠٠ ف على أن يدفعه بعد ثلاثة أشهر فليس للدائن المطالبة بحقه ولا إجبار المدين بالدفع ما دام لم يمر الأجل المحدد — فإن دفع المدين فى هذه الحالة فقد وفى دينه وان كان لم يجب لأن الحق موجود من وقت العقد (فليس كالبيع الوفائى) ومتى حل الأجل فليس مايمنع الدائن من عمل ما يراه قانوناً للحصول على حقه .

والأجل المذهِب للحق — حادث مستقبل محقق الوقوع يضع نهاية لاستعمال حق كتعهد شركة التأمين على الحيـاة بدفع مقرر سنوى لشخص حتى موته نظير ترك رأس المال فالحق مستعمل قبل وجود الأجل ويتنهى بوجود الأجل ولا يرجع للماضى .

بنـد [٦٦]
الأجل

التشريع الإسلامى — متى وقع العقد صحيحاً لازماً فقد انشغلت ذمة الطرفين المتعاقدين كل بما التزمه ومقتضى الوفاء بالالتزام المسارعة الى إبراء الذمة مما يشغلها غير أن الناس يعرض لهـا فى بعض الحالات الا تجد الملتزم به عقب العقد مثلاً أو لا تجد الثمن فى المبيع فيوصف التعاقد بأنه لأجل .

أما فى الثمن — كما لو باع دابة بعشرين على أن يدفعها فى نهـاية سـتة أشهر صح البيع ولزم وانشغلت ذمته بالعشرين غير أن أداءها لا يجب إلا فى تمام الأجل فلو دفعها قبـل الأجل فقد وفى ما تعهد به و برأت ذمته فلا يجب عليه دفعها عند الأجل مرة أخرى — وليس للدائن أى حق فى المطالبة بالدفع مدة الأجل — فالأجل مانع للطلب لا للالتزام فقد حصل بمجرد العقد فإن كان الدين عينا لزم الدائن قبوله و إن كان غير عين فيجبر إن كان فى محل القضـاء وحل الأجل و إلا فلا يجبر .

وأما فى المثمن — فإذا علق الملتزم الالتزام على أجل معين كسنة أو شهر وكان الشىء معيناً كعبده ودابته وداره فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه فإذا كان الأجل مجهولا كأن جاء زيد الغائب فإنه لا يمنع من البيع فلو ضاع ما التزمه أو تلف بتفريطه لزمه قيمته أو مثله .

وقد يكون الأجل مذهباً للحق كمن أعار أرضاً لزيد لزرعها والانتفاع بها مدة معينة من الزمن فبمضى هـذه المدة تلاشى حق الانتفاع ، ولا يرجع للماضى ، وأما ما ذكر فى القانون الفرنسى من ضرب المثـل بشركة التأمين على الحياة فعقدها باطل شرعاً لما فيه من عدة شروط فاسدة فضلا عن أنه متروك للقدر وفيه غرر — وسيأتى شرحها فى محله إن شاء الله .

بنـد [٦٧]

نتائج العقود القانونية

القانون الفرنسى — نتائج العقود القانونيـة لا تكون إلا للأشخاص المشتركين فيها فلا يضر ولا ينفع الشخص الثالث بها .

والمراد بكلمة (أطراف العقد) هو كل شخص اشترك فى تكوين هـذا العقد ولولاه ما وجد — وقد سبق أن من العقود ما يوجد بشخص المشهد وما يوجد بشخصين و بثلاثة — وتوجد أشخاص تشـبه طرفى العقد وهو من انتقل إليه الحق أو من أصبح مالـكا للحق — فصاحب الحق الأصلى يقال له (السبب) ومن انتقل إليه الحق قسمان .

١ — الذى انتقل إليه الملك بصفة عامة كالذى انتقل إليه ما تركه المتوفى أو جزء منـه كالوارث والموصى لهم .

٢ — الذى انتقل إليـه الملك بصفة خاصة كمن يملك من شخص آخر أملاكاً محدودة سواء بين الأحياء أو بعد الوفاة وهم الموصى لهم بشىء خاص والفرق بينهما أن الأول ملزم بدفع

الدين الذى لزم من ملكه لأنه ملك تركة لها وعليها والثانى لا يدفع شيئاً لأنه ملك شيئاً محدودا من التركة — وهما معاً يتلقيان الأملاك بما عليها من حقوق ارتفاق ورهن وخلافهما .

بنـد [٦٨]

التشريع الإسلامى — نتيجة العقود لا تلزم ولا تعود إلا على من تعاقدها بمنفعة أو خسارة وكل من اشترك فى وجود العقد وكان ركناً فيه يكون طرفاً للعقد — أما الالتزام الصادر عن شخص واحد فليس فيه معنى العقد المقتضى طرفين — وقد تعود ثمرة العقود و إضرارها على من ينتقل إليهم التزاماتها كالوارث مثلاً فإنه يتلقى تركة مورثه بما لها وما عليها من حقوق والتزامات تقررت فى حياة المورث عليها .

وقد ينتقل الالتزام إلى آخر فى حياة الملتزم كهبة شىء معين عليه حق للغير أو ينتقل بعد وفاة الملتزم لوارثه أو لموصى له .

والقاعدة الشرعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين ولا وصية إلا بعد سداد الدين فالدين الذى التزم به المتوفى مقدم على الوصية والميراث — فان التزم من ورث كل أو بعض التركة بسداد دين التركة فله ذلك — وتورث التركة بمالها وما عليها — ولا فرق بين من ينتقل إليه الملك بصفة عامه كالوارث أو بصفة خاصة كالموصى له فى عدم الالتزام بدفع دين المتوفى إلا بمقدار التركة إلا أن يلتزما بذلك — فان لم تبق تركة فلا ميراث ولا وصية ولا ديون عليهما بصفة كونهما ورثة أو موصى لهم قبلوا الوراثة أو رفضوها إلا أن يلتزما سداد دين التركة كما قلنا (فالغرم بالغنم قدرا بقدر) .

بند [٦٩]

إلغاء العقود القانونية

القانون الفرنسى — إلغاء العقود القانونية يشمل ثلاثة أشياء :

أولا — عدم الوجود — ثانياً — الإلغاء المطلق — ثالثاً — الإلغاء الخاص .

أسباب خاصة لأنواع الإلغاء المختلفة :

أولاً — عدم وجود العقد القانونى — وهو العقد الذى لم يتحقق فى تكوينه شرط أساسى أو فقد العلانيـــة فيما اشترط القانون ذلك — مثل عدم الإرادة وعدم مادة التعاقد — وعدم تسجيل العقد القانونى عند مسجل العقود فيما نص على ذلك قانوناً .

ثانياً — الإلغاء المطلق — وهو العقد الذى جمع الشروط القانونية ولـكنه خالف النظام العام أو العادات الحسنة — وتارة يكون الإلغاء منصوصاً عليـه قانوناً وهو الإلغاء (الحرفى) وتارة يكون بطريق المفهوم من وضع قانونى حرمه القانون .

ثالثاً — الإلغاء الخاص — وهو فى حالتين فقط محدودتين .

أولا — فى حالة عدم أهلية التعاقد — ثانياً فى حالة وجود نقص فى الرضى غش — خطأ قهر الخ — .

وليس بين عدم وجود العقد والإلغاء المطلق فرق حتى ان بعض العلماء جعلهما واحدا — و بين الإلغاء المطلق والإلغاء الخاص الفروقات الآتية :

أولا — الإلغاء المطلق يمكن لـكل من يهمه أمره طلبـه أمام المحاكم ، والإلغاء الخاص شرع لحماية أشخاص معروفة (عديمى الأهلية ، من لم تـكمل إرادته) .

ثانيا — يمكن التنازل عن الإلغاء الخاص فيصير العقد صحيحا ، ولكن فى الإلغاء المطلق لابد من عمل العقد ثانيا مستوفيا للشروط المطلوبة قانونا .

ثالثا — الإلغاء المطلق يمكن أن يكون بقوة القانون أحيانا بدون استصدار حكم للالغاء والإلغاء الخاص لابد من صدور حكم يزيل أثر العقد المتصف بالنقص الخاص .

رابعا — الإلغاء المطلق لا يختفى بمضى المدة بخلاف الإلغاء الخاص . وسوى بعض العلماء بين الإلغائين فى قواعد مضى المدة .

بنـد [٧٠]

التشريع الإسلامى — كل عقد يصح عمله شرعا كالبيع والرهن والإيجار والزواج مثلا متى استوفى أركانه اللازمة لتكوينه ووجوده وقع صحيحا فإن فقد ركنا كعدم وجود بائع أصلا أو وجوده فى حالة أخرجته اصالة عن أهلية التعاقد كصبى غير مميز أو مجنون ، أو فقدت مادة التعاقد اصالة أو وجدت ولكن فى غرر وعدم إمكان تسليم كبيع طير فى الهواء أو سمك فى الماء ليس فى المقدور تسليمه بطل العقد بمعنى أنه لم يوجد شرعا فلا تترتب عليه آثاره ، ويقال له باطل فلا ينقلب صحيحا ولا يحتاج لحكم بالفسخ إذا لم يتتارك المتعاقدان ويصح لكل منهما التصرف فيما التزمه للآخر بلا أدنى مسؤولية عليه كمن باع ملك غيره ولم يجزه ذلك الغير فهذا هو البطلان .

فان استوفى العقد أركانه التى بها يتم تكوينه ولكنه نقص شرط صحته كالاشهاد فى الزواج عند الدخول عند مالك فهو شرط صحة وكالبيع فى المسجد أو وقت أذان الجمعة عند الإمام أحمد بن حنبل فهو و إن استوفى شروطه كعقد إلا أنه وقع فى مكان نهى عن التعامل فيه أو فى زمان نص فيه على ترك البيع (إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعو إلى ذكر الله وذروا البيع) قرآن كريم — فيقال إن العقد فاسد يعنى ملغى إلغاء مطلقا فإن لم يطلق الزوج

طلق عليه القاضى ولو دخل بها الزوج وولد لهما . ولا يصح التصرف ببيع أوهبة أو غيرهما فى المقبوض بعقد فاسد ويُضْمَنُ هو وزيادته كمغصوب وهذا هو الإلغاء المطلق .

وقد يتم العقد بوجود أركانه وتكون شروط صحته موجودة فيه غير أن أحد الطرفين كان ناقص الأهلية كعقود البالغ السفيه المحجور عليه ، والصبى المميز الذى لم يبلغ رشده أو وجدت حالة تقتضى خيار أحد المتعاقدين كعيب فى المبيع أو غش أو إكراه ، ففى هذه الأحوال يصح أن يكون العقد محلا للفسخ بطلب من لحقه الضرر أو من يتولى شؤون عديم الأهلية نظرا للمصلحة فى ذلك ، وهذا هو الإلغاء الخاص .

وعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه غير وجود العقد بوجود أركانه مع فقد شرط صحته ، ففى وجود عقد بوجود أركانه وتخلف شرط صحته ، وفى عدم وجود عقد أصلا لتخلف بعض أركانه ومقومات وجوده وجود حقيقتين مختلفتين قانونا وإلا لما وجد فرق بين الركن الذى هو من مقومات ماهية العقد وبين الشرط الذى هو خارج عنها ، فقط يمكن أن يقال ان مايترتب على الحقيقتين متقارب وهو عدم ترتب آثار العقود غير الموجودة والعقود الموجودة الفاسدة ، والفرق بين العقدين :

أولا — إن العقد الباطل مفروض عدم وجوده شرعاً فيجوز بيع ومشترى ما بيع بيعا باطلا من غير صدور حكم بفساد البيع الأول فتجوز الخطبة والزواج لامرأة وقع عقد نكاحها باطلا بلا حرمة ولا فساد يلحقه بدون احتياج لحكم بالفسخ لعدم انعقاده .

ثانيا — إن العقد الفاسد لعدم وجود شرط الصحة فيه مفروض وجوده قانونا ولذلك لا يصح تزويج من فسد نكاحها قبل الفرقة بطلاق أو فسخ فان أباها الزوج فسخه الحاكم .

والفرق بين الباطل والفاسد فسادا مطلقا وبين الإلغاء الخاص :

أولا — إن الإلغاء للبطلان والإلغاء المطلق يجوز طلبهما حسبه لأنه حق عام وعلى القاضى

متى تحقق له ذلك بالدليل الشرعى أن يحكم بذلك . وأما الإلغاء الخاص فللوصى النظر فى تصرف محجوره فإن رآه صوابا أجازه و إلا أبطله ورده .

ثانيا — إن الإلغاء الخاص يمكن تركه لمنفعة من شرع لحمايتـه متى رضى بذلك فيصبح العقد صحيحا نافذا بخلاف العقد الباطل والملغى إطلاقا فلابد من عقدهما من جديد بشروطهما وأركانهما .

ثالثا — متى رضى الطرفان بالتتارك بالعقـد الفاقد ركنه أو شرطه صح بلا حاجة لحكم و إلا فلابد من صدور حكم بعدم إقرارهما على عمل باطل أو فاسد يزيل أثره فلا ينقلب الباطل صحيحا ولا الفاقد شرط صحته كذلك ولو بمضى المدة الطويلة .

بنـد [٧١]

نتائج حكم إلغاء العقد القانونى

القانون الفرنسى

أولا — قوة الشىء المحكوم فيه ، الحكم الصاد بإلغاء عقد قانونى يكون معارضا للجميع ولا يتعلق بطرفيه فقط وهو حكم مظهر لا موجد .

ثانيا — آثاره رجعية ، الحكم الصادر بإلغاء عقد قانونى قابل للالغاء يكون رجعيا ينسحب أثره للماضى فكأن العقد لم يوجد قط .

بنـد [٧٢]

التشريع الإسلامى — ينتج من إلغاء العقد قضائيا أن الحكم يكون حجة على الجميع ولا يتعلق بطرفيه فقط وهو فى الواقع مظهر للحقيقة لا موجد لها ، فلو حكم القاضى بإلغاء تصرف المجنون والصبى غير المميز فمعناه أنهما لم يصدر منهما تصرف إطلاقا و بهذا ينسحب حكمه لتاريخ

التصرف فلا أثر لهذا التصرف من يوم صدوره ، فالحكم إذاً يحوز قوة الشيء المقضى فيه وآثاره رجعية على تفصيل سيأتى فى محله .

(نتيجة المقارنات) من بند ٤٨ إلى نهاية بند ٧٢

يتفق التشريعان فيما يأتى :

العقد القانونى — شروط وجود وشروط صحة — التعاقد القانونى (فى الجملة) — الإرادة — الغلط — الغش — القهر والتهديد — الغبن — صيغة العقود القانونية (انعقاد البيع وانتقال ملكية المبيع للمشترى) — حرية المتعاقدين فى العقود القانونية — الأجل المحدد — نتائج العقود القانونية — إلغاء العقود — (عدم وجود العقد — الإلغاء المطلق — الإلغاء الخاص — نتائج حكم الإلغاء (فى الجملة) — قوة الشيء المحكوم فيه — آثاره الرجعية .

بند [٧٣]

القسم الثانى « العائلة »

القانون الفرنسى — العائلة هى جملة أشخاص تجمعهم قرابة أو نسب . والقرابة هى رباط الدم الموجود بين أشخاص ولد أحدهم الآخر أو بين أشخاص نزلوا كلهم من مُوجِد واحد عام بعيد تقريبا .

يوجد نوعان من القرابة : الأول قرابة بخط مستقيم وهى التى تجمع السلف بالخلف (كالجد والأب والابن وابن الابن) فكل له على ما بعده ولادة . والثانى قرابة فرعية وهى بين أشخاص ليس لأحدهم على الآخر ولادة ولكنهم جميعا ولدوا من شخص واحد (كالإخوة والأخوات والعم وأولاد الأخ) .

ويلزم معرفة سلسلة القرابة ودرجة القرابة . فالسلالة هى سلسلة الأقارب ، فالموجودون

لشخص أو سلفه (كأب وأم وجد صحيح وجد كاذب) يكوّنون سلالة السلف وما تناسل منهم (كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد) يكوّنون سلالة الخلف وسلالة الأشخاص المتفرعين عن موجد واحد يكوّنون القرابة الفرعية ، ودرجة القرابة هى المسافة الموجودة بين قريبين وتعد درجة بكل بطن .

بنـد [٧٤]

القانون الرومانى — العائلة الرومانية ترتكز على سلطة رئيس العائلة وسلطان الرئيس هو أساس العائلة والقرابة لا الزواج ، فتحت سلطة هذا الرئيس تظهر العائلة الرومانية بمظهر جماعة منظمة تعيش عيشة خاصة ، فالقرابة لا تعتمد علاقات الدم ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة ، فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانونى ، فالقرابة دائما تكون من جهة الذكور فالولد قريب أبيه وإخوته دون أمه إلا إذا كانت الأم داخلة تحت سلطة زوجها فى الزواج .

بنـد [٧٥]

التشريع الإسلامى — العائلة جملة أشخاص تجمعهم قرابة ، والقرابة هى رباط الدم الموجود بين أشخاص لتفرعهم عن أصل واحد كالولاد وأولادهم الخ أو لانتسابهم إلى من لهم عليه ولادة كالأب والجد الخ ، أو لاجتماعهم فى أصل واحد ولو بعد كالإخوة والأخوات أو الأعمام وهذه هى القرابة العصبية فلا تكون قرابة إلا فى العائلة وهى التى تراد عند الإطلاق . وأما قرابة النسب أو الرضاع فهى قرابة سببية كالأخ من الرضاع أو الجد والجدة لأم .

والأقارب أصول وفروع وحواش . فالأصول ما كان لها على الشخص ولادة كأب وجد

وجد الجد وإن علا . والفروع ما كان للشخص عليها ولادة كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد وإن سفلوا . والحواشى ما جمعهم أصل واحد كإخوة أو أعمام وإن علوا . ودرجة القرابة هى المسافة الموجودة بين قريبين .

بند [٧٦]

الزواج

القانون الفرنسى — الزواج هو اجتماع قانونى من شخصين من جنس مختلف متوج بعقد علنى لا يمكن للطرفين حله باختيارهما ، ويختلف الزواج عن المعاشرة غير الشرعية أو المعاشرة الحرة بما يأتى :

أولا — الزواج يكون فى حفل علنى أمام مسجل العقود المدنية المختص .

ثانياً — ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة قانوناً .

ثالثاً — يرتب بين الرجل والمرأة جمعية تدوم عادة مدة الحياة ولا يمكنهما حلها باختيارهما .

بند [٧٧]

القانون الرومانى — الزواج فى القانون الرومانى على ثلاثة أشكال وصفات .

أولا — الزواج كان اجتماعاً شرعياً بين رجل وامرأة يكونان شركة فى المال والدين مدة الدهر ، وبمجرد الزواج تخرج المرأة من سلطة رئيس عائلتها لتدخل تحت سلطة رب عائلة الزوج فتأخذ مكان بنت العائلة وكانت الزوجة تدخل تحت السلطان فى بيت الزوج بلا قيد ولا شرط يعنى أن طبيعة عقد الزواج خضوع المرأة للزوج أو لرب العائلة .

ثانياً — كان بدخول المرأة تحت السلطان من غير دخولها تحت سلطة الزوج فتبقى سلطة رئيس عائلتها سارية عليها كأنها لم تتزوج ومميزات هذا الزواج .

ان الزوجه لا تدخل فى عائلة الزوج بل تبقى كما كانت بنتاً ، ولا يعلن هـذا الزواج ولا شروط له و إرادة الزوجين كافيـة فى انعقاده ، وينحل هـذا الزواج بالطلاق من الزوج أو الزوجة أو منهما بالتراضى ، ولا تدخل السلطة العامة فى هذا الزواج بمعنى أن للزوجـين الحرية المطلقة فى المعاشرة أو الطلاق كالمعاشرة الحرة بدون زواج (كما فى هذه الأيام) .

ثالثاً — اختفاء دخول المرأة تحت السلطان و بقى الزواج كجمعية حرة و يتـكون الزواج الشرعى كما يأتى :

أولا — الزواج مع سلطان الزوج على الزوجة له ثلاثة أشكال .

١ — وكان خاصاً بأشراف الرومان ، يؤتى بعيش من القمح يقـدم إلى الرئيس الدينى بحضور عشرة شهود والحبر الـكبير ورجال الدين و يتم العقد بالنطق بجمل مقدسة .

٢ — كان عاما ، و يعتبر بيعا و يتم بحضور الزوجين وخمسة شهود وميزان و ينطق بجمـل مقدسة كالأول و به يتم الزواج .

٣ — كانت تعاشر المرأة الرجل لمدة سنة فيتم الزواج بذلك .

ثانياً — الزواج بدون سلطة الزوج على الزوجة ، وهذا الزواج ليس له شكل قانونى خاص

بند [٧٨]

التشريع الاسلامى — الزواج عقد شرعى بين ذكر وأنثى يحـل به التمتع لغـير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة .

وهو للدوام عادة و يمـكن للطرفين حله باختيارهمـا أو باختيار صاحب الحق فى الفسخ ، وتترتب عليه آثاره الشرعية فى الحقوق المقررة شرعاً .

فالمعاشرة الحرة بلا إيجاب ولا قبول سفاح وما ترتب عليها هدر ولا تلزم أحد الطرفين نحو

الآخر بشيء إطلاقا ، بل وأوجب المشرع التفرقة بينهما بالقوة حرصاً على العائلة والعقد الشرعى وما يترتب على ذلك من تحريم وميراث الخ لأن الشارع يعتبر هـذا تقويضاً للنظم الاجتماعيـة وهدما للكيان البشرى الذى نظم حياته بقوانين عامة يجب أن يخضع لها الفرد لمصلحة المجموع، وينتج عن الزواج الشرعى ما يأتى :

أولا — يجب أن يكون الزواج علنا مشهورا ويكتفى فى ذلك بشهادة شاهدى العقد ، وأما تسجيله فى سجل المأذون (مسجل العقود) فهى ضرورة اقتضتها نظم الحياة ، فـلا يبطل العقد بالزواج إذا لم يسجل فى سجل و إن كانت الدعوى لا تسمع شرعا بدون سـند رسمى فى الزوجية أو الميراث لأن هذا من قبيل تخصيص القضاء .

ثانياً ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة شرعاً من طاعـة ونفقة وحفظ وأمانة .

ثالثاً يرتب الزواج بين الرجل والمرأة حق المعاشرة لتدوم عادة مدة الحياة ولهما حلها بالاتفاق أو لأحدهما متى كان له ذلك شرعا ، وأما الزواج المؤقت بوقت محـدد كزواج محلل المطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها فهو باطل إذ يجب أن يكون مفهوما بين الطرفين أن الزواج شرع لدوام العشرة وتأسيس العائلة .

رابعاً — ينعقد الزواج بصيغة ورضا (زوجتك نفسى و يقول الآخر قبلت) أمام شاهدين بدون ذكر صداق أصلا فتترتب عليه آثاره الشرعية .

بنـد [٧٩]

القانون الفرنسى — أغراض الزواج ، للزواج مقاصد .

أولا — بهذه الجمعية من رجـل وامرأة (الزواج) تتأسس العائلة ويوجد أولاد يربون مشتركا .

ثانيا — يراد بهذا الزواج تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن وضع أفكارهما الخاصة وفرحهما وحزنهما سوية .

وكان الزواج قبل سنة ١٧٩١م دينياً فقط ومعتبراً أمام الكنيسة ومن أعمالها الخاصة ثم رتبت أحوال الشخص المدنية ونص فيها على اعتبار عقد الزواج عقداً مدنياً وللزوجين الحق فى عقده دينياً حسب طقوس دينهما بعد عقده مدنياً .

بند [٨٠]

التشريع الاسلامى : للزواج أغراض ومقاصد .

أولا — بقاء النوع البشرى من نكاح صحيح إذ باجتماع الزوجين تتأسس العائلة ويوجد التناسل فيقومان بتربيته كلٌّ فيما يخصه .

ثانيا — بهذا الزواج يكون الزوجان محصنين فيعف كل منهما الآخر عن العبث بما متع الله به أزواجاً مثلهما فتصان نتائج العقود الشرعية من أولاد شرعيين ويقضى على الفوضى فى السفاح كالبهائم .

وأما فكرة تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن اتحادهما فى الحزن والفرح فهو مخالف للطبيعة البشرية التى تقضى باعطاء الحرية الشخصية متقيدة بما يقتضيه العقد المبرم بين الزوجين وهو أن عقد الزواج يجعل للزوج والزوجة حق التمتع والمعاشرة فى نظر القانون وفى نظر جمهرة الناس فلكل منهما التصرف فى أملاكه بلا إذن من الآخر .

بند [٨١]

القانون الفرنسى ـ الخطوبة التى تسبق الزواج لا قيمة لها ولا تربط أحدا من الطرفين فلهما سحب وعدهما والبحث عن عروس آخر بمطلق الحرية مادام عقد الزواج لم يتم ، ومع

ذلك فإذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقى يدعو لذلك فللطرف الآخر طلب تعويض مالى وأدبى عما سببه له هذا التصرف .

بند [٨٢]

التشريع الإسلامى — لا يتقيد أحد الطرفين بخطوبته ولا بقراءة الفاتحة فلكل من الخاطبين حق التصرف بكامل الحرية حتى يتم العقد فله العدول عن الزواج وله الإقدام (وحتى بعد الزواج) على حل العصمة متى كان يملك ذلك .

أما إذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقى يدعو لذلك فلا تعويض للطرف الآخر لأن الشريعة الإسلامية تحرم الاختلاط الذى يفعله أهالى أوروبا بل والنصارى واليهود فإنهم فى عرفهم يرون المعاشرة قبل الزواج حتى يتعرف كل منهما أخلاق الآخر وربما امتدت الخلطة سنة فأكثر أمام الجميع وعلى مرأى ومسمع من الكافة فيكون قطع العلاقة وفسخ الخطوبة بعد هذه الحال موجباً للقيل والقال وملحقاً لانتقاصه أدبياً فكان من العدل التعويض لذلك .

والذى أباحه التشريع الإسلامى فى الخطبة هو رؤية الوجه والكفين فقط بدون خلوة أحدهما بالآخر ولا معاشرته حتى يجب أن تكون الرؤية بحضور محرم من أهلها معها وبذلك إذا فسخت الخطوبة لا يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك على أن للزوج حل العصمة بعد الزواج بل وللزوجة حل العصمة هى من نفسها إذا اشترطتها لها فى العقد .

وان المخازى والمفاسد التى تنتج عن المعاشرة والاختلاط لا تدخل تحت حصر فكم فتاة صدقت وعود شاب غر مفتون فأضاعت شرفها ثم تركها ، وكم من فتاة سلبت أموالها تحت ستار الخطوبة فكان المشرع الإسلامى حكيما فى وضع ميزان عدم الاختلاط بين الذكر والأنثى إلا بوجه شرعى تام ، وقد شاع وذاع مذهب الاختلاط حتى عمت البلوى وكثر الفساد وتشبه الناس بالافرنج وتركوا أمر دينهم فوقعت الطامة الكبرى ولا حول ولاقوة إلا بالله العلى العظيم .

بنـد [٨٣]

تكوين الزواج

القانون الفرنسى — تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط .

شروط موضوعية — وشروط شكلية — وتخلف شرط منهما يستوجب تارة المعارضة فى الزواج وتارة إلغاءه إذا أعلن — وتكوين الزواج متصل اتصالاً وثيقاً بدليل الزواج (أى ما يكون دليلاً على إثبات الزواج) .

بند [٨٤]

التشريع الإسلامى — تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط .

شروط وجود وهى أركانه وشروط صحة — وتخلف ركن يستوجب عدم وجود الزواج وتخلف شرط صحة يجعله قابلاً للالغاء — وتكوين الزواج الصحيح ينشأ عنه دليل صحيح فالعلاقة وثيقة بين تكوين الزواج وما يدل عليه ويثبته .

بنـد [٨٥]

الشروط المطلوبة لإمكان عقد الزواج

القانون الفرنسى — يجب لعقد الزواج وجود الشروط الآتية مجتمعة .

١ — اختلاف الجنس (ذكراً وأنثى) ٢ — رضاء مريدى الزواج ٣ — السن المطلوبة قانوناً ٤ — رضاء من لهم حق الإذن بالزواج ٥ — عدم وجود زواج سابق لم يحل ٦ — عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة ٧ — مراعاة بعض قواعد خاصة .

بنـد [٨٦]

التشريع الإسلامى — لإمكان عقد الزواج الشرعى يجب وجود الشروط الآتيـة :

١ ـ اختلاف الجنس ٢ ـ رضاء طرفى العقد ٣ ـ عدم وجود زواج سابق للزوجة لم يحل أو عدة من زواج لم تنقض ٤ ـ عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة تحرم الزواج .

وسنتـكلم عن كل شرط بما يقابله فى الشريعة الإسلامية عند التعرض لشرحه .

بند [٨٧]

القانون الفرنسى :

أولاً — اختـلاف الجنس هذا شرط أساسى لانعقاد الزواج فإن انعدم لم ينعقد زواج ـ وكذلك لو فقد أحد الزوجين ما به يكون رجلا أو أنثى جاز للآخر طلب فسخ الزواج .

بنـد [٨٨]

التشريع الإسلامى — لا ينعقد الزواج إلا بين ذكر وأنثى فلو عقد ذكر أو أنثى على جنسه لا ينعقد الزواج ولا توجد حقيقته ، (ذكر مع ذكر أو أنثى مع أنثى) وبما أن الزواج شرع للإعفاف والإحصان أى ليعف كل من الزوجين الآخر والإعفاف لا يكون إلا بسلامة عضوه وإمكان استعماله فيما خلق له فلو تبين أن أحد الزوجين وجد خنثى له ذكر وفرج لم يصح الزواج لأن الشرط أن تـكون الذكورة محققة ، فلو طرأ بعـد الزواج ما أفقد الرجل معنى الذكورة أو أفقد المرأة معنى الأنوثة أو صار معنى الزواج غير محقق جاز للزوج الآخر المتضرر طلب فسخ النكاح ويجاب لذلك .

بل التشريع الإسلامى ذهب بعيـداً جداً فى إحاطة الزواج بالهناء والسعادة ودوام المسرة

وحسن العشرة وعدم الإكراه على المقام مع وجود منفرد مادى أو معنوى فأباح للزوج طلب الفسخ إذا تبين أن الزوجة بعد الزواج مجنونة أو بها جذام أو برص أو يخرج منها غائط وقت الجماع أو كانت رتقاء (بها ما يمنع الوطء) أو كان بها إفضاء (خرق مجرى البول على مسلك الغائط) أو كانت بخراء فى فمها أو بفرجها رائحة كريهة .

كما أباح للزوجة طلب الفسخ إذا وجد أو حدث لزوجها جَبٌّ وهو قطع الذكر والأنثيين أو إخصاء وهو قطع الأنثيين أو عُنَّة لصغر الذكر إلى حد لا يمكنه به الوقاع أو حصل له اعتراض أى ارتخاء يمنعه من الوقاع .

هذه تشريعات لم يصل إليها بعدُ التشريع الحديث ففيها معنى المحافظة على الحرية والصحة ومجابهة الحقائق الطبيعية والغريزة البشرية التى تتطلب نظاماً وتبصرا بدون غمط للشرف ولا اغضاء عن حق الزوج أو حق الزوجة .

بنـد [٨٩]

القانون الفرنسى :

ثانياً — رضاء مريدى الزواج ـ لا يوجد الزواج مالم يوجد الاختيار والقبول ـ ويجب التفرقة بين عدم الرضى مطلقاً و بين الرضى المشوب بنقص أو عيب ، ففى حالتى جنون أحد الزوجين أو سكره الفاقد معه التمييز تنعدم الإرادة فلا ينعقد الزواج ـ وفى حالة الغش أو الإكراه تكون الإرادة ناقصة و يصح طلب الإلغاء .

بنـد [٩٠]

القانون الرومانى — إرادة الزوجين ـ يجب رضاء رب العائلة وقبوله زواج من تحت أمرته وسلطته فى أى سن كانت ولا تستشار الأم مطلقاً ـ وفى زواج أولاد الابن لا بد من رضاء

جدهم إذا كان رئيس العائلة دون أبيهم لأن أباهم لا شخصية له مع وجود أبيه ـ ثم أبيح للولد أن يتزوج بإذن القاضى إذا تعسف رئيس العائلة ولم يسمح بالزواج ظلما .

بند [٩١]

التشريع الإسلامي رضاء مريدى الزواج ـ يعنى طرفى العقد ومن تم التعاقد بينهما فلا يوجد زواج شرعاً إذا انعدم الاختيار والقبول كمجنون أو صبى غير مميز توليا أو أحدهما عقد الزواج فلا ينعقد ولا يوجد .

وأما الخاطب والمخطوبة للزواج ففى رضاهما تفصيل وفى جواز توليهما عقد الزواج بأنفسهما تفصيل أيضاً وخلاف بين الأئمة كالآتى :

أولاً — الصغير والصغيرة عن درجة البلوغ والعبد والأمة والمجنون والمجنونة يجبرهم أب وجد وسيد على الزواج بلا أذنهم اطلاقاً لافتراض الشفقة ونظر المصلحة إلا إذا ثبت نظرهم لغير المصلحة أو كان عدوا أو مشهوراً بالفسق والمجون وثبت ذلك فلا جبر .

ثانياً — البكر البالغ الرشيد يجب عند أبى حنيفة وأحمد ويسن استئذانها عند مالك والشافعى ويجب أن ينوب عنها وليها فى عقد زواجها أو وكيل عند عدم الولى عند مالك والشافعى وأحمد ـ فلا يملك الأب أو الجد تزويج البكر البالغة بغير رضاها عند من يوجب الاستئذان واشترط الأئمة الثلاثة وجود الولى فى عقد الزواج أو الوكيل بالنسبة للزوجة لأنه لا يليق بمحاسن العادات وما يجب أن يكون من الحياء عند المرأة أن تجلس وسط جمع من الرجال فتقبل الزواج وتزوج نفسها ـ واذنها سكوتها أو ما يدل عليه .

وقد أباح أبو حنيفة أن تزوج البكر البالغة العاقلة الرشيدة نفسها وكذا الثيب البالغ العاقلة الرشيدة فنكاحهما صحيح وعقدهما ماض عنده .

ثالثاً — الثيب البالغ العاقلة الرشيدة يجب استئذانها ورضاها عند الجميع . ويجب أن يكون لها ولى أو وكيل عند عدم الولى يتولى عقد زواجها عند مالك وأحمد والشافعى وإلا لا يصح زواجها ـ وقد أجاز أبو حنيفة أن تتولى عقد زواجها بنفسها .

بند [٩٢]

القانون الفرنسى — ثالثا — السن المطلوبة قانونا ، الرجل قبل ١٨ سنة كاملة والمرأة قبل ١٥ سنة كاملة لا يمكنهما عقد الزواج لأن الزواج المبكر ينتج عنه أطفال ضعفاء البنية وصحتهم ليست منيعة ، ولأن الزوجين الصغيرين لا يفهمان واجبات الزوجية المترتبة على الزواج ، ويمكن عقد هذا الزواج قبل هذا السن باجازة خاصة من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها هو وفى الغالب من الحمل المبكر من الأنثى قبل الزواج .

بند [٩٣]

القانون الرومانى — كان من شروط الزواج بلوغ الزوجين ، تبلغ الأنثى ١٢ سنة ويبلغ الذكر ١٤ سنة .

بند [٩٤]

التشريع الاسلامى ـ يجوز عقد زواج الصغير والصغيرة من أب ووصيه ويصح الزواج اجماعا وتترتب عليه آثاره لكن منع ولى الأمر اجراءه أمام مسجل العقود بمنع المأذون من إثباته فى سجلاته ورتب على ذلك أن القاضى لا يسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل من ١٦ ست عشرة سنة للأنثى و ١٨ عاما للذكر فتقييد مسجل العقود بهذا القانون ومنع

القضاة من سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل مما حدد قانوناً لا يبطل نفس العقد لأن العقد وقع من ولى الصغير والصغيرة مثلا صحيحاً ،فلو نتج عن هذا الزواج ثمرة كمن زوجهما وليهما صغيرين ثم بلغا وولد لهما أولاد فلا يمكن للقاضى أن يمتنع عن نظر إثبات بنوتهم من والديهم إذا تنازعوا فيثبت النسب وتحرم أم الزوجة و بنتها وأختها الخ المحرمات على الزوجين ، ويقضى شرعا على من تزوج صغيراً ممثلاً فى وليه ثم تزوج كبيراً بأخت زوجته الأولى بأن زواجه هذا باطل ويفرق بينهما .

حقيقة إن الزواج المبكر مضر بالأنثى طبياً كما يقولون يعنى قبل البلوغ فى التكاليف بالعبادة وهو ١٥ سنة أو ١٨ سنة أو رؤية الحيض فى الأنثى أو الإنزال فى الذكر ، ولكن بعد هذا البلوغ لا معنى لهذا المنع الذى قلد فيه واضع قانون التشريع الفرنسى ولم يراع فيه عوائد البلاد ولا تقاليدها فى التشريع ولا طبيعة البلاد الحارة التى تثير الغرائز الخلقية فى سن مبكرة كمصر فكان الواجب يقضى بتحديد السن بـ ١٥ سنة فى النوعين لأن عوائد البلاد إسلامية لا تحتمل أن يترك الولد ليمضى سن الشباب قبل الزواج فمن ١٥ سنة إلى ١٨ سنة ثلاث سنين يمضيها فى طيش الشباب فيبحث عن مصرف طبيعى لا قبل له باحتمال ما تدعو إليه وفى ذلك إخلال بنظم الهيئة الاجتماعية سراً وعلناً ، وخصوصاً فى أرياف مصر إذ تدعو ضرورة الفلاح الى تزويج ولده فى سن مبكرة لتساعده الزوجة فى تحصيل الرزق أو تعقب له أولاداً يحملون عنه عبء الحياة متى تقدم به السن ، فى حالة تحديد السن هذه حرج وأى حرج بل وفيه تحريض لا يحتمل .

وأما اشتراط هذا السن فى أورو با فيبرره جوها البارد وعدم المبالاة هناك بالاختلاط وما ينشأ عن ذلك من مفاسد و إباحية خصوصاً بين العمال فلا اعتراض ولا نكير على اتخاذ خليلة أو صديقة فقد جرى عرفهم على ذلك حتى أخذ المشرعون يضعون أحكاماً لأولاد الزنا

فى الميراث كما سيأتى بيانه أو ما يسمونه بالزواج الحر ، وهو أن يتفق ذكر وأنثى على المعيشة معاً أمام أعين الناس بلا عقد يبيتان معا معاشرة الزوجية .

وقد يعقبان أطفالا و يتتاركان كما يحلو لهما وهذا خطر كبير على النظم الاجتماعية فما كان يصح تشريعه فى مصر أو فى الهند مثلاً لا يصح تشريعه فى أوروبا والعكس ، فكل بلد له عوائده وتقاليده وهى مبنى التشريع فى جميع بلاد العالم لم يختلف فى ذلك اثنان لكن بلداً كمصر غلبت على أمرها فى فرض التشريع الفرنسى عليها يجب أن يتحمل تشريع غيره قهراً وقسراً غير أن هذا لا يدوم طويلا وسيأتى الوقت للمحكومين فيطلبوا الحكم بشريعتهم لا يبغون بها بديلا وليس ذلك ببعيد .

بند [٩٥]

القانون الفرنسى — رابعاً رضاء الأقارب ، الرجل والمرأة لا يمكنهما عقد زواجهما بدون رضاء أقاربهما حتى يبلغا سن ٢١ سنة (احدى وعشرين سنة) و يمكن اعتبار السن وما يجب فيه كالآتى :

أولاً — إلى ٢١ سنة إحدى وعشرين سنة كاملة يجب الحصول على رضاء الأقارب ولا مندوحة عنه

ثانياً — من ٢١ سنة إلى ثلاثين سنة كاملة — رضاء الأب والأم شرط لازم ولكن قد يستغنى عنه بإعلانهما بمشروع الزواج .

ثالثاً — من ثلاثين سنة فما فوق يستغنى عن رضاء الأقارب نهائياً .

بند [٩٦]

التشريع الاسلامى — رضاء الأقارب — الأب يجبر البكر الكبيرة غير المرشدة ولو

عانساً (أى مسنة وهى بالغ) والثيّب الكبيرة البالغة إذا ثيبت قبل البلوغ وتأيمت قبله ثم بلغت قبل النكاح فيجبرها بعد البلوغ وكذا يجبر الثيّب البالغة إذا ثيبت بعارض أو بغصب ولو ولدت منه ـ فى هذه الصور لايصح زواجها بغير إذن وليها المجبر ـ والبالغ السفيه والصغير المميز الذى دون سن البلوغ إذا تزوجا بغير إذن وليهمافنكاحهما صحيح موقوف على إجازة الولى تبعاً للمصلحة.

والبلوغ مقدر بالسن ١٨ ثمانية عشر عاماً إذا لم يحصل بلوغ بعلامات أخرى (مذهب مالك) ومتى فقد المجبرون فليس لغيرهم من الأولياء تزويج الصغير والصغيرة أصلاً إلا اليتيمة وحينئذ تؤخر الصغيرة للبلوغ بالعلامات (حيض ـ إنزال ـ حمل الخ) أو بثمان عشرة سنة ثم لا تزوج البالغ إلا بإذنها .

أما الذكر فمتى بلغ رشيداً بالعلامات أو بالسن فلا سلطان لأحد عليه ويصح زواجه بدون احتياج لرضاء أحد من أقاربه .

بند [٩٧]

القانون الفرنسى — والذى يجب الحصول على رضاهم هم :

أولاً — مريد الزواج ولد شرعى ـ وأمه وأبوه موجودان . يلزم الحصول على إراداتهما فإن اختلفا فيكفى إرادة الأب لأنه رئيس العائلة وله الحقوق الأبوية ـ وعدم رضاء الأب أو الأم يوجد سواء فى إعلان الزواج أو بجواب يرسل إلى مسجل العقود المدنية الذى يباشر عقد الزواج ويكون إمضاء الجواب مسجلا ـ أو بمحضر يحرره مسجل العقود ويجب تسجيل هذا التبليغ مجاناً ـ ويؤخذ برأى الأم فى حالتين حينما تكون مطلقة أو منفصلة عن زوجها ـ وأن يكون الطلاق لصالحها ـ وأن يكون محكوماً لها بحفظ الأولاد ورعايتهم ـ فإن وجد شرط واحد من هذين فللقابل من الأبوين طلب الممتنع أمام المحكمة المدنية التى تحكم فى الموضوع ويسجل الحكم مجاناً .

ثانياً — مريد الزواج ولد شرعى وله أب أو أم على قيد الحياة ـ إذا مات أحد الأبوين فقبول الحى منهما يكفى وكذلك الحال عند استحالة الحصول على إرادة الآخر لجنونه أو الحجر عليه أو إعلان غيبته ـ وإذا فقد الأبوان أو كانا فى حالة جنون أو غيبة أو محجوراً عليهما فلا بد من الحصول على رضاء الأجداد والجدات الى سن ٢١ سنة كاملة و بعدها يعقد الزواج بدون إذنهما . وإذا انعدم جميع أقاربه ولم يزد عن ٢١ سنة وجب الحصول على رضاء مجلس العائلة . و بعد ٢١ سنة يتزوج بلا احتياج إلى أحد .

ثالثاً — مريد الزواج ولد طبيعى ـ إذا اعترف أحد به ووجد أبوه وأمه ادعاء فيجب الحصول على رضاهما مثل الولد الشرعى فى جميع أحواله ـ إذا اعترف أحد به وليس له أب ولا أم أو لم يعترف ببنوته أحد فيؤخذ رأى محكمة أول درجة المدنية إلى ٢١ سنة

غياب الأب والأم — فى حالة غياب الأب والأم طالب الزواج يمكنه عقد الزواج فيما يأتى :

١ — عند تقديم حكم بالأمر بالبحث عن الغائب

٢ — عند تقديم شهادة من قاضى الصلح لمكان إقامتهما بناء على شهادة أربعة شهود بعدم وجود أب وأم .

موت الأب والأم — عند موتهما يكفى حضور الجد والجدة وشهادتهما بموت الأب والأم وإذا لم يوجد أجداد ولا جدات فيقسم طالب الزواج الرشيد أن أباه وأمه توفيا . فإذا كان طالب الزواج دون إحدى وعشرين سنة ولا يعلم محل موت أبويه أو محل إقامة من يعطى الإذن بالزواج بعدهما يقسم بذلك أمام قاضى الصلح ومجلس العائلة الذى له الحق فى التصريح بالزواج أو عدمه

بند [٩٨]

التشريع الاسلامى — والذى يجب الحصول على رضاهم هم سيد الرقيق والولى المجبر وهو الأب الرشيد وولى السفيه ووصى الأب إن أمره بالجبر أو عين له الزوج وكان بمهر المثل ولم يكن فاسقاً .

وليس لأحد من الأولياء بعد فقد المجبر تزويج اليتيمة إلا الحاكم بشروط . أما البالغ فيجب استئذانها بالقول إن كانت ثيبا و بسكوتها إن كانت بكرا (مذهب مالك) .

والذى يملك الأذن بالزواج هو الولى المجبر أو الحاكم فى اليتيمة بشروطها ولا يكون الولى المجبر إلا ذكرا فى مذهب الأئمة الثلاثة . ويجوز أن يكون الولى أنثى فى مذهب أبى حنيفة ، والجد كبقية العصبة يكون وليا فى الزواج ولكنه غير مجبر فى بعض المذاهب ، والجد كالأب مجبر فى بعضها أيضا ، فإذا انعدم العصبة للأنثى تولى الحاكم أمرها فإذا لم يوجد حاكم تولى المسلمون أمرها .

وأما الذكر فلا يحتاج لإذن بعد بلوغه رشيدا فله التزوج بلا إذن . فالزوجان المجبران لاحتياج إلى استئذانهما مع وجود وليهما المجبر — وغير المجبرين المفتات عليهما معا يفسخ نكاحهما فى ذاته (اصالة) و إن افتيت على أحدهما صح النكاح بإذن المفتات عليه .

والولد الطبيعى هو الذى لم ينسب إلى فراش صحيح (ولد مجهول النسب) فإن اعترف به ذكر أنه ولده وكان الظاهر لا يكذبه ولا العادة ولا العقل فيكون ولدا شرعيا (ويسمى الاستلحاق) ، وحكمه حكم الولد الشرعى من جميع الوجوه ، فإذا فقد الولد المعترف ببنوته والديه كان يتيما فيتولى أمره أقرب العصبات إليه فإن لم يوجد له أقارب فوليه الحاكم وكذلك الأمر إن لم يعترف ببنوته أحد .

وقد وكل أمر القصر عن درجه البلوغ الشرعى إلى المجالس الحسابية وهى مكونة من القاضى

الأهلى رئيسا والقاضى الشرعى وأحد الأعيان أعضاء وكاتب المجلس ، فيصرح المجلس بالزواج للقصر المشمولين برعايته بعد طلب الوصى ذلك من المجلس و بعد التحريات عن الكفاءة والاستقامة الخ . وهذا فى القصر الذين تزيد أموالهم عن ٥٥ جنيهاً مصرياً ، أما من لا تركة لهم أو لهم دون النصاب المذكور فلا يتزوجون إلا بعد بلوغ السن المشترط لتولى المأذون الشرعى عقد زواجهم ، و إن كان هذا لا يتنافى مع صحة العقد فى ذاته بدون مسجل العقود كما سبق .

وعند تعدد الأولياء يقدم الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث الشرعى .

بند [٩٩]

الاذن بالزواج من الاقارب

القانون الفرنسى — فإن حضر الأقارب بمجلس عقد الزواج فإذنهما يكون جوابا لسؤال الموظف المختص بتحرير عقد الزواج ، و إن غابا لعذر قانونى فيكون الإذن كتابة أمام مسجل العقود أو مسجل إشهادات الزواج بفرنسا وفى خارجها أمام السفير أو القنصل ، و ينص فى الإذن باسم الشخص الثانى الذى سيتزوج به قريب معطى الإذن ، و إذن مجلس العائلة يكون بعد المشاورة من قلم كتاب الصلح أو من موظف الأحوال الشخصية لمحل إقامتهم .

و يجوز الرجوع فى الإذن بالزواج إلى يوم عمل الإشهاد بالزواج ولا يصح الرجوع فيه بعد ذلك . وقد صدر قانون سنة ١٩٠٧ تضمن تسهيلات هامة وهى :

١ — حذف إشهاد الاحترام واستبداله بتبليغ بسيط بمشروع الزواج إلى الأب والأم يحرره مسجل العقود لا المحضر .

٢ — هذا التبليغ يكون للأب والأم فقط دون باقى الأقارب .

٣ — هذا التبليغ ينقطع عند سن الثلاثين سنة .

مع العلم أنه لا يلزم التبليغ فى الزواج الثانى أو فى زواج سابق ولا يباشر عقد الزواج بعد هذا التبليغ إلا بعد مضى خمسة عشر يوما كاملة .

بند [١٠٠]

التشريع الإسلامى - الإذن بالزواج ممن يملكه يكون بتولية نفس العقد أو بتوكيله غيره فيه أو أمام شاهدين إذا قام عذر منعه عن تولى العقد بنفسه أو بتحرير إذنه ورغبته وشهود عليه الخ .

ومعلوم أن إذن الولى المجبر وغيره بزواج يدور مع المصلحة فحيث توجد المصلحة يجب عليه الإذن ولكنه قد يتعنت الولى فيمنع الزواج مع المصلحة أو قد يرى المصلحة وترى صاحبة الشأن غير ذلك ، ففى هذا النص الآتى . هذا ويسمى الولى المانع من الزواج (عاضلا) .

فإذا طلب المرأة كفؤ ورضيت به وطلبت تزوجه أم لا ، وامتنع الولى الأقرب غير المجبر من تزويجها بالكفؤ الذى رضيته ، أودعت لكفؤ ، ودعى وليها لكفؤ آخر ، فان الحاكم يسأله عن وجه امتناعه فان وجد صوابا ردها إليه وإلا أمر بتزويجها من الكفؤ الذى طلبها فان امتنع زوجها الحاكم ، ومحل ذلك ما لم تكن كتابية وتدعو لمسلم وإلا فلا تجاب له حيث امتنع أولياؤها لأن المسلم غير كفؤ لها عندهم فلا يجبرون على تزويجها به .

وأما الأب المجبر فلا يعد عاضلا (مانعا) لمجبورته برده لكفؤها ردا متكررا إلا إذا تحقق عضله (منعه) فيؤمر بالتزويج وإلا زوج عليه الحاكم ، ومن مُنعت من الزواج لابد من إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم .

وقد يزوج الولى مجبراً أو غير مجبر من تحت ولايته بلا إذن منها وهذا يسمى (افتياتا) أى تعديا على حقوق الغير وبيان تفصيله كالآتى .

إذا كانت الزوجة مجبرة فلوليها المجبر من أب أو وصى أو سيد أن يعقد عليها بدون إذنها صغيرة كانت أو كبيرة وليس لها رده ، ثم الزوج ان افتيت عليه فلصحة العقد شروط مثل الشروط الآتية فى المفتات عليها .

وان كان الزوج مجبرا كصبى أو مجنون أو عبد أو سفيه خيف عليه الزنا فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه وليس له رد النكاح بعد ذلك .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكراً أو ثيبا وافتيت عليها وعلى الزوج معا فلابد من فسخ هذا النكاح مطلقا سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكراً أو ثيبا وافتيت عليها وحدها بأن تعدى عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ثم وصلها الخبر فى أقل من يوم ورضيت واليومُ بعْدٌ ، وبشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد ولو بعد طرفاها حال الافتيات والرضى فإن كانت فى غيره لم يصح ولو قرب وانتهى إليها الخبر من وقته ، ولم يقر الولى بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وان لا ترد قبل الرضى فلا عبرة إذاً برضاها بعده .

وقد يختلف الزوج مع الولى مجبراً أو غير مجبر فى ذات العروس فقال الزوج ليست هذه هى مخطوبتى وقال الولى هى فيفسخ ويلزم نصف الصداق فإن دخلا لزمه الصداق كاملا ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ورجع به على من غره .

بند [١٠١]

القانون الفرنسى — خامسا — عدم وجود زواج سابق لم يحل ، لا يمكن عقد زواج ثان قبل حل الزواج الأول ويجب على مريد الزواج ثانياً أن يقدم دليلا على حل الأول ، إما بالوفاة أو بالطلاق — وإعلان الغيبة لا يكفى ، ويترتب على تخلف هذا الشرط فى الزواج شيئان :

١ — عقاب مدنى وهو الغاء الزواج الثانى .

٢ — عقاب جنائى وهو وجود جناية جمع زوجتين وعقابه الأشغال الشاقة المؤقتة م ٣٤٠ ق . ج .

بند [١٠٢]

القانون الرومانى — عدم زواج سابق غير منحل — حافظ الرومانيون على الزوجة الواحدة بمعنى أن الزوج والزوجة يجب على كل منهما أن لا يكون متزوجاً زواجاً غير منحل ، فإن كانت الزوجة مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة عشرة أشهر قبل الزواج منعاً لاختلاط الأنساب .

بند [١٠٣]

التشريع الاسلامى — قد يتوقف وجود العقد بالزواج على حل زواج سابق كتزوج خامسة أو أخت زوجته أو أى أنثى لا يصح جمعها مع التى فى عصمته. فيجب طلاق الأولى على براءة أو طلاقا باتاً أو رجعياً وتخرج من العدة أو بالطلاق قبل الدخول ، ولكن متى كان زواج الثانية غير ممنوع لما ذكر جاز له أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة وهو مبدأ تعدد الزوجات وهو جائز شرعا بشروطه .

أولاً — أن يعدل بين زوجاته فى القسم فى المبيت وفى النفقة والكسوة والاحرم زواج غير واحدة .

ثانياً — أن يكون قادراً على نفقتهن وكسوتهن ومساكنتهن والا حرم زواج غير واحدة لأن الله جل شأنه يقول (وإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة) فرتب عدم جواز تعدد الزوجات على مجرد خوف عدم العدل فمن باب أولى إذا تحقق عدم العدل فلا يجوز زواج غير واحدة .

وقد يرى الذين لا يمعنون النظر فى الحقائق أن تعدد الزواج فوضى اباحية رغبة لتحصيل شهوة جامحة أو لذة متنوعة تدعو إليها النفس البشرية ولكن هذا وهم باطل وسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئاً .

وذلك أن الله جل شأنه وعلت حكمته قد كون الإنسان من طبائع وغرائز مختلفة حتى إن الملائكة حينما رأوا تكوينه حكموا عليه بأنه سيفسد فى الأرض (قالوا اتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال انى أعلم مالا تعلمون) .

فما أودعه الله فيه من الغرائز البشرية التى تقضى بوجود النسل والذرية يقضى بترتيب نظم التناسل فجابه الحقيقة التى يفر منها المشرعون الوضعيون أو الذين يغمضون أعينهم عنها — فوضع لها النظم الآتية .

أولاً — حبب الزواج ودعا إليه فقال الرسول صلى الله عليه وسلم (تناكحوا تناسلوا فإنى مباه بكم الأمم يوم القيامة) وقال (التمسوا النكاح ولو بخاتم من حديد) ، هذا لمن آنس فى نفسه أنه يقوم بواجب الزوجية وما يحتاج إليه فى الحياة ، فتعترى الزواج الحرمة ، والوجوب ، والندب ، والكراهة ، والإباحة .

ثانياً — دعا من لم يستطع القيام بفرائض الزواج إلى الكبح من جماح الشهوة البشرية فقال الرسول (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) .

ثالثاً — من استطاع الزواج وكان فى سعة و يسر وتحقق من العدل بين نسائه فله أن يتزوج بغير واحدة .

وفى الواقع أن سر تعدد الزواج لم يصل بعد إلى عقولنا البشرية القاصرة وسبحان من يعلم السر والنجوى ، ولكن هذا لا يمنع من إظهار بعض المحسوسات من تجارب البشر مما دل على

أن زواج غير واحدة فيه خير كثير وذلك مفهوم من أن حبس الرجل على زوجة واحدة يجعله يمرض لمرضها ويتعطل عن الإنتاج إذا حاضت أو ولدت بينما هو ملقح ويمكنه أن يكثر النسل مع امرأة أخرى سليمة من أمراض تلازم الحبالى أو طمث تعتزل زوجها حتى تطهر ، وبلا شك ينتج عن تعدد الزوجات نتائج اجتماعية خطيرة .

أولاً — بكثرة النسل تكثر أبناء الأمة فتزدهر الحياة وتصبح الأمة قوية بسواعد أبنائها تعتز بها عند امتشاق الحسام فى الحروب وفى التجارة والزراعة والصناعة فتخشى بأسها الدول وتعيش فى رفاهية ليس فيها دخيل يخون فى أمورها إذا تولاها ولا غريب يفرض إرادته عليها لكى يسلبها حقوقها من حرية ووجود لأن المفروض أنها أمة حرة مستقلة .

ثانياً — تكثر الأيدى العاملة وتكثر الهجرة والاستعمار وتكثر الملكيات الصغيرة ويكثر التزاحم لطلب الرزق وفى الإنتاج الخ .

ثالثاً — مفروض أن النساء أكثر من الرجال خصوصاً عقب الحروب فيجب عدلاً عدم تعطيل جزء كبير منهن نظير تمتع بعضهن بأزواج وربما يكن عاقرات فتعود إلى الأمة كثرتها فى زمن قليل .

رابعاً — بزواج غير واحدة تقل الأولاد الطبعيون بل يصبحوا كلهم أولادا شرعيين ، ولا يخفى الضرر الذى يعود على الهيأة الاجتماعية وعلى نظمها خصوصاً الزواج الشرعى والميراث من أولاد الشوارع ، ولقد أصبحت حالة الأولاد الطبيعيين فى أوربا وخيمة مخيفة وهى فى ازدياد مستمر .

خامساً — بالرغم من منع زواج غير واحدة فى أوروبا فان الأخدان والصديقات أو (المترس) أو الزواج غير الشرعى قد أخذ طريقة واضحة جلية حتى اعترف المتشرعون بحقوق أولاد الزنا (راجع باب الميراث والهبة والوصية) فلو أن القوانين الوضعية اعترفت بهذه الحقيقة

الواقعة وأباحوا زواج غير واحدة ونظموا ذلك لاستقرت النظم الاجتماعية على أساس متين .

فلو أن الطلاق أبيح حسبما يصح للزوجين اشتراطه كالتشريع الاسلامى ولو أنهم أباحوا زواج غير واحدة ونظموا المعيشة الزوجية كما نظمها المشرع الأعلى (فى التشريع الإسلامى) لما غيروا و بدلوا كل يوم ولما تشعبت أمامهم أحوال الإنسان الشخصية ، ولكن سيأتى الوقت فيعودون مقهورين إلى هذا التشريع الربانى فلا يتناقضون مع أنفسهم من منع تعدد الزوجات بينما هم يعترفون بحقوق أولاد الزنا وهم بالطبع من امرأة أخرى حتى بغير عقد يحل هذه المعاشرة ويرتب عليها نتائجها ، ولكنهم لا يعنون بحلال ولا بحرام إنما يعنيهم مخالفة القانون أو اتباعه فى أعين الناس وخوفا من عقابه وكفى.

بنـد [١٠٤]

طريقة انقاء زواج ثان حسب قانون سنة ١٨٩٧ م

١ — حتم القانون التأشير بهامش سجل الميلاد بمضمون عقد الزواج قرين اسم الزوجين .

٢ — حتم على كل من الزوجين مريد الزواج إحضار شهادة الميلاد وتقديمها لكاتب اشهاد الزواج بتاريخ لم يمض عليه أزيد من ثلاثة أشهر .

بنـد [١٠٥]

التشريع الاسلامى — هذا نظام يقتضيه تحريم تعدد الزوجات ولكن الحال الذى شاهدناه فى أوربا انه لا يعقد زواج ثان فلا يحتاج لشهادة الميلاد ولكنها معاشرة حرة لا اعتراض لأحد عليها فيكون الرجل متزوجاً بالفعل فيبغض زوجته لعدم اتفاقهما مودة ومحبة وكذا الزوجة والقانون لا يبيح الطلاق لهذا فينفصلان وديا كل يعاشر من يشأ بلا نكير وبالطبع سيكون لهما أولاد فالأولاد للفراش والله يعلم بل والناس انهم ليسوا أبناءهم ، أو يترك

كل واحد بلده وينحدر إلى الشمال أو إلى الجنوب ثم يعاشر من يشاء ، وهكذا تسير الحياة فى طريق طبيعة البشر رغما عن التشريع الوضعى الأعرج .

المؤلف

وبما أن الناس قد تفشى فيهم الكذب والخيانة ، وقد حصل أن تزوجت امرأة زوجين وثلاثة وضبطت وحوكمت وكان السبب إمكان العقد على ذات زوج لا ادعائها أنها بكر وأتت بشهود قد يكونون حسنى النية فيصدقون الزوج لمعرفتهم به والزوج قد صدقها فى أنها بكر ، فمن المصلحة وضع تشريع يقضى باستحضار شهادة من المحكمة الشرعية التى كانت تقيم بدائرتها بعد التحرى إداريا عن محل إقامتها الحقيقى ويثبت فى تلك الشهادة أنها عقد عليها لأحد أم لا من واقع فهارس الزواج الموجودة بالمحكمة وعسى أن يتم ذلك قريباً .

بنـد [١٠٦]

القانون الفرنسى :

سادساً — عدم وجود رابطة قرابة أونسب ـ وحد تحريم القرابة كالآتى :

أولا — قرابة على خط مستقيم — وهو كل من له عليك ولادة أو من لك عليه ولادة .

ثانياً — قرابة حواشى — أخ وأخت — عم وبنت أخيه — عمة وابن أخيها يعنى إلى الدرجة الثالثة فى القرابة — والمتشرعون حرموا زواج العم الكبير بالعمة الكبيرة ، يعنى فى الدرجة الرابعة .

بنـد [١٠٧]

القانون الرومانى — من شروط الزواج وجود الأهلية فإذا انعدمت الأهلية التامة

فلا يوجد النكاح وعدم الأهلية التامة وهو ما يمنع زواج الشخص مع أى شخص آخر كالعبيد والأجانب واللاتينى المستعمر — وعدم الأهلية الخاصة — وهو ما يمنع الزواج بين شخصين معينين لسبب خاص كالقرابة فالقرابة العمودية إلى النهاية والحواشى إلى ثالث درجة كعم و بنت أخ وعمة وابن أخيها — وكذلك فى النسب فى الخط العمودى إلى مالا نهاية .

بنـد [١٠٨] .

التشريع الإسلامى — يحرم تزوج أصل الشخص وهو من له عليه ولادة وان علا ، وفرعه و إن من زنى وهو من له عليه ولادة وزوج الأصل والفرع — وفصول أول أصل و إن سفلوا ، وأول فصل من كل أصل مطلقاً ، وخامسة بزواج ، ومجموعة مع أخرى لو قدرت كلا منهما ذكراً حرم من الجانبين فيحرم زواجك بجدتك وجدة جدتك إلى مالا نهاية ، وزواجك ببنتك و بنت بنتك و بنت ابنك إلى مالا نهاية ، وزواجك بزوج أبيك أو زوج ابنك لصلبك ، وزواجك بأختك و بنت أختك و بنت أخيك إلى مالا نهاية ، وزواجك بعمتك من كل أصل وزواجك بخامسة قبل بت إحدى الأربع أو موتها أو خروجها من عدة الرجعى ، وزواجك ببنت وعمتها أو بنت و بنت أخيها لأنك لو قدرت إحداهما ذكراً لما صح له زواج الثانية فلا يصح جمعهما فى عصمة واحدة

بنـد [١٠٩]

القانون الفرنسى : وحد تحريم النسب كالآتى :

أولاً — النسب المستقيم وهو كل من له على زوجك ولادة أو له عليه ولادة .

ثانياً — النسب الحواشى بين أخى الزوج والزوجة و بين أخت الزوجة والزوج فى حالة الطلاق وأما فى حالة الوفاة فلأخ الزوج أن يتزوج زوجة أخيه بعد وفاته وللزوج زواج أخت زوجته بعد وفاة زوجته .

ملاحظات —

أولاً — إن الزواج مباح بين ولدى العم الأشقاء .

ثانياً — إن الزواج مباح بين أخوين من ناحيـة وأختين من ناحية أخرى لأن حرمة المصاهرة لا تمتد إلى أخى الزوج .

ثالثا — أن الزواج مباح بين رجل توفيت زوجته وولده و بين زوجة توفى زوجها ومعها بنتها للرجل الأم وللولد البنت .

بنـد [١١٠]

التشريع الإسلامى — ويحرم بمجرد العقد و إن لم يتلذذ الزوج بزوجته أصول زوجته وهن أمهاتها و إن علون ويحرم على الزوج فصول زوجته وهن بناتها و إن سفلن بشرط أن يتلذذ بالزوجة وان بعد موتها ولو بنظر إن وجد اللذة ، (فالعقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات أو التلذذ بهن يحرم البنات) فمجرد العقد على الأم لا يحرم البنت ولـكن مجرد العقد على البنت يحرم الأم .

ولا حرمة بين أخى الزوج والزوجة متى انحل نـكاحهما ولا بين أخت الزوجة والزوج متى انحل نـكاحهما بطلاق بائن أو وفاة . ويحرم على الزوجة أصول زوجها وفروعه .

و بعد مراعاة قواعد التحريم المذكورة بالقرابة والنسب يجوز الزواج ببنت العم الشقيق أو للأب كما يجوز أن يتزوج أخوان أختين وأن يتزوج الرجل زوجة ولهـا بنت من آخر وله ولد فيتزوج الولد بنت زوجة أبيه .

بنـد [١١١]

تحريم ناشىء عن القرابة الطبيعية

القانون الفرنسى - يحرم بالقرابة الطبيعية ما يحرم بالقرابة الشرعـية بالنسبة للإخوة والأخوات بشرط أن يكون الاعتراف بالنبوة حصل بإشهاد أو بحكم قضائى .

بنـد [١١٢]

التشريع الإسلامى — الولد الطبيعى هو مجهول النسب فلو اعترف به عاقل بالغ يولد مثله لمثله الخ بأنه ولده كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين ولد وأبيه فيحرم على كل منهما ما يحرم على الولد الذى نسب للفراش القائم بين الرجل وزوجتـه فلا يتزوج الأب زوجة ولده الذى اعترف به ولا الولد زوجة أبيه المعترف به ولا أولاد أبيه ولا أصولهم ولا فروعهم الخ ويرث من أبيه الذى اعترف به ، وليس التحريم بين الأخ والأخوات وهـذا الولد فقط بل بينه وبين أصول أبيه وفروعه الخ .

ويكفى فى الإقرار بالنبوة أن يكون المقر عاقلاً بالغاً لا يكذبه الظاهر ولا العرف ولا العقل ومتى استوفى الإقرار شروطه فهو صحيح ولا يلزم عمل إشهاد بذلك ، فإن أشهد اثنين على إقراره صح .

وفى الشريعة الإسلامية تحريم ناشىء عن الرضاع . وهو وصول لبن امرأة لجوف صغير فى مدة رضاعه (حولين أو ما قاربهما) ان لم يستغن عن اللبن قبـل ذلك ، فيحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب ، فالرجل صاحب العصمة يعتبر أبا للرضيع والأم المرضع تعتبر أما للرضيع فيحرم على الرضيع أصول أبيه وأصول أمه من الرضاع وإخوته وفروعهم من الرضاع أيضا ، والحرمة

قاصرة على الرضيع فقط بمعنى أن أم أخيك وأم أختك وأم ولد ولدك وأخت ولدك وأم عمك وعمتك وأم خالك وخالتك فى الرضاع ليست محرمة عليك . وخالتك فى الرضاع ليست محرمة . كما يحل لأخ الرضيع من أبيه أخت أخيه من أمه المرضع والتحريم بالرضاع مجمع عليه فى التشريع الإسلامى وليس معمولا به فى القوانين الوضعية اطلاقاً .

(نتيجة المقارنات من بند ٧٣ إلى نهاية بند ١١٢)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

العائلة — الزواج (فى بعض شروطه) — أغراض الزواج (فى غالب أغراضه) . الخطوبة — شروط عقد الزواج — اختلاف الجنسين — رضاء مريدى الزواج (على تفصيل فى ذلك — رضاء الأقارب (فى الجملة) — عدم وجود زواج سابق (فى المحرم جمعه) . عدم وجود رابطة قرابة أو نسب (فى غالب صور النسب) .

ويختلف التشريعان فيما يأتى — عدم إمكان حل الزواج من الزوجين — الاختلاط قبل الزواج — السن المطلوبة — تعدد الزوجة — بعض صور التحريم بالنسب — تحريم بالقرابة الطبيعية .

بند [١١٣]

القانون الفرنسى — تحريم ناشىء عن قرابة التبنى — التبنى مانع من الزواج فى الأحوال الآتية :

أولاً — بين المتبنِّى والمتبنَّى ومن ولد لهما .

ثانياً — بين الأولاد المتبنين لشخص واحد .

ثالثاً — بين المتبنَّى ومن سيولد للمتبنِّى .

رابعاً — بين المتبنَّى وزوجة المتبنِّى وبالعكس بين المتبنِّى وزوجه المتبنَّى .

بنـد [١١٤]

التشريع الاسلامى — التبنى هو الحاق شخص معلوم النسب بآخر فيعطى حكم ولده لصلبه ، وهذه كانت عادة الجاهليـة الأولى قبل الإسلام بل وكانت عادة الرومان فـلما جاء الإسلام أبطل هذه العادة من أساسها وأبطل ما كان مرتباً عليها من حرمة زواج امرأة المتبنى على المتبنى ، فأمر الله رسوله أن يتزوج زوجة متبناه زيد بن حارثة فخشى الرسول صلى الله عليه وسلم قول الناس فى إبطال هذه العـادة فعاتبه الله فى ذلك فقال (وإذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليه زوجك واتق الله وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى النـاس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لـكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولا) وقال (وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلـكم قولـكم بأفواهكم) ثم قال (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) .

وبهذا النظام الأساسى بطل التبنى من أساسه فبطل ما ترتب عليه من تحريم وخـلافه فالتبنى لا يفيد تحريم الزواج إطلاقاً إنما الذى يفيده الاستلحاق وهو الاقرار بالنسب وهولمجهول النسب وليس بتبن كما سبق .

بند [١١٥]

القانون الفرنسى — معافاة ممكنة من التحريم .

يجوز لرئيس الحكومة بناء على طلب وزير العـدل وبعد أخذ رأى النائب العام السماح بالزواج بين عم وبنت أخيه ، وعم كبير وبنت ولد أخ ، وعمة وابن أخيها ، وعمـة كبيرة وابن ولد الأخ .

ومخالفات القانون فى المحرمات المذكورة غير جمع زوجتين توجد فاحشة بين أقارب (زنى ذوى القرابة) وهو ليس جناية ولا جنحة وعقوبته مدنية محضة وهى إلغاء الزواج .

بند [١١٦]

التشريع الاسلامى — المحرمات المجمع على تحريمها المذكورة فى أساس التشريع فى الكتاب الكريم أو السنة الصحيحة لا يمكن لمخلوق الاجتهاد فيها وما ذكر من محرمات النساء وردت بالنص فلا يمكن لمخلوق أن يحل ما حرم الله .

أما مخالفة المحرمات فلا تسمى جنحة لأن هذا اصطلاح وضعى و إنما يقال له قد ارتكب محرماً والمحرمات تزال بحكم الحاكم فيجب التفريق بين الزوجين ثم الحكم عليهما بالحد الشرعى متى توفرت أركانه وشروطه والترافع بهذا ونحوه واجب حسبة على كل مسلم أن يدعيه و يطلب التفرقة و إقامة الحد ومتى قام به البعض سقط عن الباقين فهو حق عام لحفظ أصول الدين و إزالة المنكر وليست المسألة بطلان العقد فقط كما ترى .

بند [١١٧]

العدة

القانون الفرنسى — يوجد فيما عدا ما ذكر من الشروط والقواعد العدة (وهى خلو الرحم من الحمل من الزواج السابق) والقاعدة أن المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا يجوز لها أن تتزوج ثانياً إلا بعد مضى (٣٠٠) ثلثمائة يوم كاملة من انحلال الزواج ، وتبدأ العدة من يوم قرار التفريق الجسمانى بين الرجل والمرأة وهو القرار التمهيدى للطلاق ، فمتى انتهى النطق بالطلاق وقد مضت العدة بين الحكمين فتتزوج المرأة مباشرة ، و إذا وضعت بعد الحكم بالطلاق فلا عدة عليها ، ولا عدة على الرجل مطلقاً .

بند [١١٨]

القانون الرومانى — فى القانون الرومانى أن الزوجة إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة قبل الزواج الثانى وهى عشرة أشهر منعاً لاختلاط الأنساب .

بند [١١٩]

التشريع الإسلامى — العدة شرط من شروط صحة الزواج ، فيجب على المطلقة المدخول بها أو التى اختلى بها زوجها خلوة شرعية صحيحة أو المتوفى عنها زوجها قضاء العدة قبل الزواج الثانى وقد نظر المشرع إلى أن العدة يقصد بها تعرف براءة الرحم ففصل العدة بالنسبة للمرأة وقصرها على مواضعها بلا إجحاف بالمرأة ولا تضييع لحقوق الزوج حياً وميتاً و بيان ذلك .

١ — ان عدة الحرة والأمة من طلاق أو وفاة فى حالة الحمل وضع الحمل .

٢ — وعدة الحرة والامة الآيستين (وهما من بلغتا سناً لا تحمل فيه وقطعت عادتهما وقدر بـ ٥٥ سنة أو نحو ذلك من عمرها) ، وكانت العدة من طلاق ، ثلاثة أشهر .

٣ — وعدة الحرة والأمة اللتين لا تحيضان لصغر أو عادة ، من طلاق ثلاثة أشهر .

٤ — وعدة الحرة التى تحيض ، من طلاق ثلاثة أطهار بعد الحيض ، والأمة طهران .

٥ — وعدة الحرة المستحاضة التى لا ينقطع عنها الدم ، من طلاق سنة كاملة ، وكذا المستحاضة غير المميزة ومن تأخر حيضها لغير رضاع حرة أو أمة فعدتها سنة كاملة ، أما المستحاضة المميزة فعدتها من الطلاق ثلاثة اطهار والأمة طهران .

٦ — وعدة الحرة التى تحيض من الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام والأمة شهران وخمس ليال فترى حكم القوانين الوضعية لا تمييز فيه بين صغيرة ولا كبيرة ولا بين مطلقة أو متوفى عنها ولا من ترى الحيض ولامن لا تحيض مع أن علة مشروعية العدة تعرف براءة الرحم فجرى

التشريع الإسلامى على تعرف البراءة وجوداً وعدماً فهو تشريع سماوى لا ظلم فيه ولا ارهاق ومن أدرى بحالة عباده ممن خلقهم ؟ .

بنـد [١٢٠]

إعلان الزواج

القانون الفرنسى — الاجراءات المطلوبة لإجراء عقد الزواج ثلاثة أنواع قبله ومعه و بعده وجميع ذلك يكوِّن إعلان الزواج .

الإجراءات التى تتقدم الزواج .

أولا — النشر وهو إعلان للعامة يتضمن مشروع زواج بين شخصين ، و الغرض منه .

١ — طلب المعارضات للزواج من جانب أصحاب الحقوق فى ذلك .

٢ — إيجاد السبيل لمن يعلم شيئاً يمنع هذا الزواج للإدلاء به .

ويتكون النشر من لصق إعلان على باب محل العمودية يحوى الأسماء والصنعة ومحل الإقامة وسكن طالبى الزواج ، وكذا الرشد والقصر ومحل إعلان الزواج واليوم والساعة والمكان الذى تم فيه النشر .

ويكتب هذا الإعلان فى سجل خاص منمر موقعا عليه من القاضى يوضع فى نهاية كل سنة بقلم كتاب المحكمة المدنية التابع لها القسم الإدارى .

ويلصق الإعلان فى أى يوم من الأسبوع .

ويجب أن يبقى الإعلان عشرة أيام خلاف يوم الإعلان فلا يتم عقد الزواج قبل مضى عشرة أيام ، ويعمل بهذا الإعلان لمدة سنة فإن مضت السنة ولم يتم عقد الزواج وجب الإعلان

من جديد ، والنشر يكون فى محل إقامة كل من طالبى الزواج أو محل سكنه ، ويجب الإعلان مرتين فى الحالتين الآتيتين :

أولا — إذا كان محل الإقامة الحالى لم يمض عليه ستة أشهر فيعلن أيضا فى محل الإقامة السابق إذا مضى فيه طالب الزواج ستة أشهر وإلا فمحل الولادة .

ثانيا — إذا كان أحد المتعاقدين أو هما غير رشيد فيعلن أيضا فى محل إقامة الوصى أو الولى وعلى كاتب الإشهادات مباشرة الإعلان الثانى بواسطة الموظف المختص فى المكان الثانى ، وعلى هذا الأخير إرسال شهادة للمختص بتسجيل عقد الزواج بعدم وجود معارضة من أحد فى دائرة اختصاصه ، ويجوز المعافاة من الإعلان ومن المدة (١٠ أيام) بأمر النائب العام ، ويكون عقد الزواج فى الحال لأسباب قاهرة .

والعقاب المترتب على عدم النشر هو استحالة إتمام عقد الزواج من الموظف المختص ، فإن خالف وأجرى العقد فلا يكون العقد محل إلغاء ، ويغرم الموظف ٣٠٠ فرنك ، وعلى الطرفين غرامة تناسب ماليتهما .

ثالثا — تقديم بعض أوراق إلى مسجل إشهاد الزواج وهى :

أولا — شهادة الميلاد لكل من الطرفين تكون مستخرجة لثلاثة أشهر فأقل إذا كان استخراجها من فرنسا وستة أشهر إذا كان استخراجها من الخارج بواسطة ممثل فرنسا .

ومن يستحيل عليه الحصول على شهادة الميلاد فيستعيض عنها بإشهاد أمام قاضى الصلح التابع له محل ولادته بشهادة سبعة أشخاص مصدقا عليه من المحكمة المدنية التى يتبعها محل إعلان الزواج .

ثانيا — إشهاد بقبول وإذن الأقارب — إذا حضر الأقارب المطلوب إذنهم مجلس العقد

كفى إذنهم فيه وإذا لم يحضروا وجب الحصول على إذنهم بالزواج فى إشهاد ، أو عمل تبليغ لهم بمشروع الزواج .

ثالثا — شهادة وفاة الأب والأم والأجداد والجدات المطلوب إذنهم فى الزواج إذا كانوا متوفين .

رابعا — إشهاد بحل الزواج السابق سواء بشهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق إذا كان مطلقا .

خامسا وسادسا وسابعا — شهادة بمخالفة القانون إذا كان ، شهادة بحصول الإعلان القانونى، شهادة بعدم حصول معارضة ، أو شهادة بمنع التعرض بعد الفصل .

ثامنا — شهادة من مسجل العقود الذى سجل عقد ترتيب أملاك الزوجين إن كان تم ذلك.

الاجراءات التى ترافق عقد الزواج :

١ — يباشر تسجيل الزواج بشروطه موظف مختص دون غيره أيا كان فلا ينعقد حتى ولو كان أمام مسجل العقود المدنية .

٢ — لابد أن يكون الموظف للأحوال الشخصية مختصا فى دائرته لتسجيل عقد الزواج.

٣ — لابد أن يكون إتمام العقد وإعلانه بمنزل العمودية فى أى يوم ولو عطلة متى اتفقا وفى الساعة التى يحددها الموظف ويجوز مخالفة ذلك للضرورة بأمر النائب العام .

٤ — لابد أن يكون الزواج علانية وعاما فتفتح حجرة العقد لأى داخل ، ولابد من حضور طرفى العقد بأشخاصهما لإتمام العقد غير ما نص عليه فى قانون سنة ١٩١٥ .

٥ — حضور شاهدى العقد واحد من جانب الزوج وواحد من جانب الزوجة ذكورا أو إناثا فقط يكونان راشدين أيا كانا .

عقـد الزواج نفسه

يكون عقد الزواج على الترتيب الآتى :

١ — يقرأ الموظف المختص الأوراق المقدمة من مريدى الزواج ثم م ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدنى (٩/٨ سنة ١٩١٩) .

٢ — يسأل طرفى العقد ومن حضر معهما من الأقارب إن كانوا سجلوا عقدا بأملاكهما أم لا .

٣ — يسأل الأقارب عن إذنهما بالزواج أم لا .

٤ — يسأل أحـد الزوجين هل يريد أن يكون زوجا للآخر الحاضر ويسميه (فلان) فيجيب نعم ، ثم يسأل الآخر فيجيب نعم .

٥ — ينطق الموظف المختص (إنهما صارا زوجين) ، وبعد هذا الـكلام قد وجد الزواج ولو لم يحرر العقد فى السجل فتترتب عليه آثاره من جميع الوجوه .

ويجوز التوكيل فى الزواج لمن تحت السلاح أو للأسارى فى البر والبحر والجو ، وأن يكون الوكيل ممن تصح شهادته وأن يكون رجلا .

الاجراءات التى تتبع بعد الزواج

يجب على الموظف المختص تحرير عقد الزواج فى نفس الجلسة ليـكون دليلا على الزواج ، ويشتمل عقد الزواج على البيانات الآتية :

١ — الأسماء والألقاب والسن ومكان الولادة ومحل إقامة الزوجين .

٢ — يذكر إن كانا رشيدين أو أحدهما أو قاصرين .

٣ — الأسماء والألقاب والصناعة ومحل الإقامة للآباء والأمهات .

٤ — سماح من لهم حق الإذن بالزواج حسب نص القانون مع التنويه المنصوص عليه فى المادة ١٥١ مدنى إذا كان حصل ، ذكر المعارضات ورفعها إذا كان حصل أو عدم حصولها .

٥ — أسماء وألقاب وعمر وصناعة وسكن الشهود وأنهم أقارب أو أصهار ومن أى ناحية ودرجة القرابة .

٦ — إقرار المتعاقدين بزواجهما و إقرار مسجل الإشهاد باسم القانون أن الزواج وجد .

٧ — أجوبة الأسئلة الموجهة من مسجل عقد الزواج عن عقد تنظيم الأموال بين الزوجين إذا وجد وتاريخه واسم من سجله وعنوانه .

بند [١٢١]

التشريع الإسلامى — يستحب إعلان الزواج و إشهاره بإطعام الطعام عليه لقوله عليه الصلاة والسلام (أفشوا النكاح واضربوا عليه بالدف) وليس ذلك شرطا فى صحة عقد الزواج فلو لم يعلم بالزواج إلا الزوجان ووكيل كل أو وكيل الزوجة أو وليهما أو ولى أحدهما والشاهدان لصح العقد ولهذا لم يرتب المشرع الفرنسى بطلان العقد أو قابليته للالغاء على عدم إعلان الزواج وأما قبول الأقارب وحل الزواج السابق فهو شرط فى صحة العقد كما تقدم .

ولا يشترط فى صحة عقد الزواج كونه أمام موظف مختص ولا بمنزل العمودية ولا كون أحد الشاهدين من جانب الزوج والآخر من جانب الزوجة . ولا يشترط أن ينطق الموظف (انهما صارا زوجين باسم القانون) — بل بمجرد تمام صيغة الزواج الدالة على الإيجاب والقبول أو الرضى المتبادل تم الزواج ووجد .

ويصح التوكيل فى الزواج من الذكر والأنثى وإن كانا فى مجلس العقد وليس بشرط أن يكون الزوج تحت السلاح ولا بد أن يكون الوكيل ذكراً ممن تصح شهادته (عاقلاً بالغاً الخ) ولا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة فى مجلس العقد بل الوثيقة جعلت دليلاً كتابياً على وجود

الزواج و إن كان الزراج موجوداً فى ذاته تترتب عليه آثاره بمجرد إتمام صيغتى الإيجاب والقبول وفى مذهب أبى حنيفة يصح الزواج بحضور الزوجين الرشيدين وشاهدى العقد فتزوج الأنثى نفسها (زوّجتك نفسى) و يقبل الزوج (قبلت زواجك) أمام الشاهدين .

بند [١٢٢]

إعلان الزواج فى القانون الدولى

القانون الفرنسى ـ ينحصر هذا فى موضوعين : (١) زواج الفرنسيين فى الخارج (٢) زواج الأجانب فى فرنسا :

أولا — زواج الفرنسيين فى الخارج ـ إذا تزوجا فى أى بلد أجنبى فعليهما اتباع القوانين المحلية لإعلان زواجهما ، و إن تزوجا أمام ممثل فرنسا السياسى أو القنصلى المسموح لهم بسماع إشهادات الزواج والمختصين ـ فللطرفين الخيار فى اتباع إحدى الطريقتين التى توافقهما

إذا أعلن زواج الفرنسيين فى الخارج وجب إعلانه فى فرنسا طبقاً للمادة ١٧٠ ق م لكى يتجنب الفرنسيون المتزوجون فى الخارج مخالفة موضوع القانون الفرنسى فى الخارج ، أما الشكل فيتبع القانون المحلى .

و إذا خالف الطرفان ولم يعلنا فقيل إن العقد صحيح وقيل يجوز إلغاؤه وقيل إن كان لترك إذن الأقارب صح إلغاؤه .

ومتى عاد الطرفان إلى فرنسا وجب عليهما تسجيل عقد زواجهما فى سجل الزواج الخاص بمحل إقامتهما فى مدة ثلاثة أشهر من عودتهما ـ و يؤشر على هامش سجل ولادتهما بما يفيد تسجيل عقد زواجهما ليكون دليل الزواج .

ثانياً — زواج الأجانب فى فرنسا — لهم الخيار كالفرنسيين فى الخارج إما أمام ممثلى

بلادهم السياسى أو القنصلى ـ وإما أمام مسجل عقود الزواج التابع له محل إقامتهما وحينئذ يطبق القانون المحلى .

بنـد [١٢٣]

التشريع الإسلامى — الشريعة الإسلاميـة لا تتعرض لزواج النصارى واليهود ولو خالف ذلك ما هو محرم فيها كزواج الأخ لبنت أخيه ما داموا لم يخرجوا عن مقتضى واجب العهد . وأما زواج المسلمين فى بلاد أخرى فيجب لصحة زواجهم أن يكون مطابقاً لتشريع دينهم مجتمعاً فيه أركانه وشروط صحته .

بنـد [١٢٤]

المعارضة فى الزواج

القانون الفرنسى — المعارضة فى الزواج عمل يتقدم به بعض أشخاص محدودين قانوناً لمنع موظف تسجيل العقود المدنية من سماع إشهاد الزواج .

وفرق بين المعـارضة فى الزواج والتبليغ البسيط الذى يتقدم به أى شخص كان ليطلع الموظف المختص عما يمنع الزواج .

وللموظف الحق فى عدم المبالاة به ويعلن الزواج ـ وأما المعارضة فتقدم من بعض أشخاص ويجب على الموظف المختص بعقد الزواج الخضوع وعدم مباشرة عقد الزواج وتأجيله حتى يفصل فى المعارضة .

والذين يملـكون حق الاعتراض هم :

١ — أحد راغبى الزواج ٢ — من لهم على أحد الزوجين ولادة ٣ — الأقارب الحواشى وهو من تجمعك به ولادة ٤ — الوصى أو القيم ٥ — النائب العام

أولا — لأحد راغبى الزواج المعارضة إذا كان الطرف الآخر لا زال متزوجا لم يحل زواجه.

ثانيا — من له على أحد طالبى الزواج ولادة ، للأب والأم حق المعارضة فى الزواج ، فان انعدموا انتقل حق المعارضة إلى أجداد وجدات طالبى الزواج ، فان عدموا انتقل إلى من يليهم وهكذا درجة بعد درجة ويقدم الحق للذكور من الدرجة الواحدة ثم النساء .

وليس عليهم بيان السبب بل للمحكمة المدنية تقديره عند نظر الموضوع ومتى قررت المحكمة رفض الموضوع فلا تقبل معارضة أخرى ولا يؤخر إعلان الزواج عن موعده .

ثالثا — الأقارب الحواشى لهم حق المعارضة فى الزواج بشرط عدم وجود أصل لطالبى الزواج ، والحواشى هم الأخ والأخت والعم أو العمة و بنت العم أو ابن العم الشقيق و يشترط فيهم كونهم راشدين و يشترط :

أولا : عدم وجود رضى وقبول مجلس العائلة .

ثانيا : جنون أو عته أحد طالبى الزواج .

رابعا — الوصى والقيم لهم الحق فى المعارضة كما للأقارب الحواشى وللسببين عينهما .

خامسا — النائب العام ، فى تدخل النائب العام ثلاثة آراء : أولا : له الحق فى المعارضة ما دام يحافظ على القانون وعلى الصالح العام فهو مكلف بالترتيبات القضائية محافظة على القانون ثانيا : له الحق فى المعارضة ما دام لم ينفذ شرط عقد الزواج الذى يترتب عليه الإلغاء المطلق م ١٤٨ و ١٩١ . ثالثا : ليس للنائب العام أى حق فى المعارضة فى الزواج لأن حق المعارضة مستثنى من القواعد العامة فلا يتوسع فيها لتشمل النائب العام .

بند [١٢٥]

التشريع الإسلامى — المعارضة فى الزواج عمل يقوم به بعض أشخاص لمنع إتمام عقد زواج أو لفسخه ، ويكون المنع من ولى مجبر وغير مجبر ، فالولى المجبر لا يعد عاضلا (مانعا)

لمجبرته برده لكفئها ردا متكررا إلا إذا تحقق منعه بغير حق فيؤمر بالتزويج ، فان لم يفعل زوج عليه الحاكم ولابد من إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم .

والولى غير المجبر إن منع موليته من الزواج من كفؤ رضيته أو دعيت إليه أو اختار الولى غيره سأله الحاكم عن وجه امتناعه فان وجد صوابا أنفذ رده و إلا أمر بتزويجها من الكفؤ الذى رضيته أو طلبها ، فان امتنع زوجها الحاكم .

ومعلوم أن الزواج يوجد بالإيجاب والقبول بشاهدين وليس بلازم أن يعلن مسجل العقود وجوده فقط (للمأذون) مسجل العقود الزوجية الامتناع عن إثباته أو إجراء صيغة العقد متى فقد شرط نظامى مما أمروا باتباعه فيرفع الأمر إلى القاضى الشرعى فيفصل فيه إما بالأمر بإثبات العقد و إما بالمنع حتى يزول المانع . والذين يملكون حق الاعتراض هم :

أولا — لأحد طالبى الزواج المعارضة والممانعة فى عقد الزواج إذا وجد مانع شرعى أو مانع شخصى كعدم قبول الزواج من شخص معين وكان الولى غير مجبر أو كان مجبرا وتحقق (عضله) وليس المراد هنا بالمعارضة التى يقصدها المشرع الفرنسى فليست موجودة إلا ان اعتبرنا أن المأذون هو مسجل العقود وتوسعنا بالمعارضة لتشمل عدم القبول .

ثانيا — العصبة . وهم من له على طالبى الزواج ولادة ، أو يجتمع معهم فى أصل واحد فيشمل الإخوة و بنوهم والأعمام الخ . ١ — والولى المجبر هو الأب فى البكر ولو عانسا (أى كانت مُسنة) إلا إذا رشدها أو أطلق الحجر عنها ، أو أقامت ببيت زوجها سنة فأكثر فلا جبر ، وفى الثيب الصغيرة أو الثيب التى زالت بكارتها بعارض أو بزنا ولو ولدت فله الجبر ، وفى المجنونة إلا أن تفيق فتنظر . ٢ — والولى المجبر وصى الأب أيضا الذى أمره الأب بالجبر أو عين له الزوج أو أطلق له التصرف فى إنكاحها كما يشاء فله الجبر ، ٣ — والولى المجبر أيضا

السيد فى رقيقه ولو أنثى ، ويشترط فى الولى العاصب أن يكون ذكرا حرا بالغا عاقلا ، إلا فى جبر السيد رقيقه فيصح للمرأة ولكن توكل غيرها لتولى العقد .

والولى غير المجبر ماعدا هؤلاء الثلاثة فلهم حق الاعتراض أيضا ولكن الترتيب بينهم ليس بشرط فيقدم الإبن فابنه فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه فجد أب فعمه فابنه والأولى تقديم الشقيق الخ . فلو زوج أب غير مجبر مع وجود ابن صح ولا اعتراض للإبن ووصى غير الأب أو وصى الأب غير المجبر مرتبته كمرتبة الأخ أو الأب غير المجبر فينظر لمصلحة القاصر .

الحق العام — يجب على كل مسلم أن يتدخل حسبة فى الاعتراض على الزواج ورفعه للحاكم لمنع وقوعه كزواج خامسة أو محرمة إجماعا ، ومتى قام به البعض سقط عن الباقين ، وبما أن ولى الأمر قد نصب نوابا ووكلاء نواب يقومون بالدفاع عن الحق العام فيجب عليهم متى علموا بمخالفة لأصول الشريعة المجمع عليها استصدار حكم بمنعه فان لم يقم به قام به أى مسلم وأبلغه إلى القاضى الشرعى فيمنع وقوع الزواج .

بند [١٢٦]

نتائج المعارضة

القانون الفرنسى — متى قدمت المعارضة على يد محضر وأعلنت مستوفاة شروطها القانونية إلى مسجل عقود الزواج المختص وجب عليه الامتناع عن إتمام العقد حتى ولو كانت المعارضة غير حقيقية وإن خالف يغرم ٣٠٠ فرنك ويلزم بالتعويض لمن أصابه ضرر .

وإن كانت المعارضة غير قانونية فالموظف مخير فى مباشرة العقد أولا .

وترفع المعارضة وديا أو بواسطة محكمة محل إعلان الزواج المدنية فى مدة عشرة أيام للضرورة فان استؤنف الحكم فلا يباشر الموظف المختص عقد الزواج حتى يفصل فى الاستئناف .

بند [١٢٧]

التشريع الإسلامي — متى حصل اعتراض يرفع الأمر للقاضى فان وجده مانعا من الزواج أمر بالمنع خصوصا المأذون فيأمره بعدم إجرائه وإثباته ، وإن وجد أن الاعتراض لا يمنع الزواج شرعا أجاز الزواج وأمر مسجل العقود الزوجية بمباشرته (المأذون) ولا داعى إلى هذا التطويل الذى لا فائدة فيه .

بند [١٢٨]

إلغاء الزواج

القانون الفرنسى — مانع الزواج ، هو السبب القانونى الذى يكون عقبة فى سبيل زواج شخصين وهو ما يحدث عند تخلف شرط مطلوب قانونا .

وموانع الزواج قسمان : مانع تحريمى ومانع فاسخ .

فالمانع التحريمى هو ما يحرّم على الموظف المختص إعلان زواج فإن خالف مع وجودها وتم العقد وقع الزواج صحيحا قانونا وإن وقع هو تحت طائلة العقاب والعقد ليس قابلا للفسخ ، والمانع الفاسخ أو المبطل هو ما يمنع الزواج ومخالفته تبطل العقد .

الموانع المحرّمة :

أولا — عدم ملاحظة مدة تعرف خلو الرحم (عدم انقضاء العدة) للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها.

ثانيا — عدم إرسال التبليغ المنصوص عليه فى م ١٥١ .

ثالثا — عدم الإعلان عن الزواج .

رابعا — وجود معارضة فى الزواج ممن لهم هذا الحق .

خامسا — عدم إذن الرئيس المطلوب إذنه من رجال الجيش للجندى الذى تحت السلاح.

الموانع الملغية :

١ ـ اتحاد الزوجين فى الجنس (رجلان ـ أو امرأتان) ٢ ـ انعدام إرادة الزوجين . ٣ ـ انعدام إعلان الزواج أمام مسجل عقود الزواج ٤ ـ عدم انفساخ زواج سابق (أو الجمع بين امرأتين فى عصمة واحدة) ٥ ـ وجود قرابة عصبية أوسببية محرمة بالقانون ٦ ـ عدم وجود السن المطلوبة للزوجين بموجب القانون ٧ ـ عدم الإعلان عن الزواج وعقده أمام مسجل عقود الزواج غير المختص ٨ ـ عدم رضاء من يجب الحصول على إذنه بالزواج من الأقارب .

٩ ـ عدم إرادة أحد الزوجين .

بند [١٢٩]

مانع الزواج

التشريع الاسلامى ـ مانع الزواج هو تخلف ركن أو شرط صحة فى العقد فهو السبب الشرعى المانع من الزواج، وموانع الزواج إما فقد ركن أو ترك شرط ، ففقد الركن مبطل للعقد ، وفقد الشرط يجعل العقد قابلا للفسخ، ويصح أن يقال إن زواج العسكرى غير جائز نظاما بدون إذن وإن كان صحيحا شرعا غير أن مسجل العقود مقيد بمراعاة ذلك فلو خالف وأجرى العقد وسجله فى سجله صح العقد ويكون المأذون عرضة للمحاكمة (فهذا مانع تحريمى) .

الزواج ينعقد صحيحا تترتب عليه آثاره متى استوفى أركانه وشروطه ، ومن أركانه الطرفان المتعاقدان ، ويشترط فى المرأة أن تكون خالية من الأزواج ومن عدتهم فإن العدة من توابع النكاح السابق وقد شرعت لتعرف برأة الرحم منعا لاختلاط الأنساب ، فالولد ينسب للفراش

القائم أو يلحق بالفراش السابق متى وضع فى المدة القانونية فيقع نكاح المعتدة باطلا ، فانقضاء العدة شرط فى صحة عقد الزواج .

ولكن للأسف الشديد الشريعة الوضعية لم تجعل انقضاء العدة شرطا فى صحة عقد الزواج اللاحق ، بل العقد يصح ولو لم تنقض العدة ، ولا ندرى كيف ينسب الولد لصاحب الفراش مع أن العلوق به كان من الفراش السابق وفى هذا من المفاسد فى النظم الاجتماعية ما يقوض أركانها فى أساس العائلة الشرعية والأولاد ، وأما الإعلان عن الزواج فهو مستحب لكن ليس كطريقة الإعلان الوضعية بل المراد بها كثرة العارفين بالزواج . فقط يجب إعلان الزواج بحضور شاهدى العقد أو شاهدى الدخول . فإن عقد الزواج ودخل الزوج بلا شهود يفسح النكاح لعدم صحته ، وأما حصول معارضة ممن لهم حق المعارضة ، فإن كان وليا مجبرا فلا يصح العقد إذا تولاه غيره إلا لسبب شرعى صحيح كأن كان عاضلا أو غائبا غيبة بعيدة ، وإن كان وليا غير مجبر ولم يأذن بالزواج وعقد ولى آخر متأخر عنه فى المرتبة صح العقد .

وأما عدم إذن الرئيس العسكرى فهو شرط نظامى يصح العقد بدونه .

لا ينعقد الزواج بين ذكرين ولا بين أنثيين بل يجب أن يكون بين ذكر وأنثى بإرادتهما واختيارهما ، فلو انعدمت إرادة الطرفين معا لم يوجد عقد الزواج حتى ولو أجازاه بعد العقد وهما المفتات عليهما معا فلو انعدمت إرادة أحد الطرفين وكان رضاء المفتات عليه قريبا ورضيت بالقول ولم يحصل رد الزواج قبل الرضى منها وأن تكون بالبلد حال الافتيات والرضا ولم يقر الولى بالافتيات حال العقد ، ولم يكن الافتيات عليهما معا صح العقد متى وجدت هذه الشروط .

ويصح عقد الزواج بدون حضور (المأذون) مسجل عقود الزواج . نعم منع الوالى قضاته من سماع دعوى الزوجية بدون وثيقة رسمية تصدر على يد أى مأذون أو أمام أى محكمة شرعية لكن هذا لا يقدح فى صحة العقد ولا فى وجوده ولا يبطله فتترتب عليه آثاره من نسب وولادة

ومصاهرة وحل وتحريم الخ . وعلة المنع إن الزمن قد فسد أهله وأصبح شهود الزور متوفرين ويجيدون أداء الشهادة بغير الحق وكثرت الدعاوى بحق و بباطل فقطع المشرع عليهم الطريق وسد باب شهادة الزور فى الزواج لما يترتب عليها من أثر فى الحياة ، فمنع سماع دعوى الزوجية بدون مسوغ قانونى (إشهاد الزواج الرسمى من أى جهة شرعيـة مأذون أومحكمة شرعية فى محل الإقامة أم لا . وكذلك الحكم فيما إذا كان سن الزوجين أقل من المقدر قانونا لأن سن البلوغ فى الزواج ١٥ سنة فى مذهب أبى حنيفة وهو الجارى عليه العمل الآن بالديار المصرية ، فالعقد صحيح فى ذاته ، والذى دعا المشرع إلى تحديد السن أن الناس كانوا يزوجون بناتهم فى سن مبكرة جدا وكذا ذكورهم ، فـكانت الأنثى معرضة لأمراض كثيرة والذكر ينزف كثيرا فى أول إدراكه ، فـكان لابد من تقييد ذلك للمصلحة العامة ولـكن هذا التقييد لم تراع فيه حكمة التشريع وعوائد المشرَّع لهم فـكان الواجب منع سماع الدعوى إلى سن ١٥ خمس عشرة سنة منعا للمضار الناتجة من دور البلوغ . وقد سبق الـكلام فى هذا فى تحديد السن فارجع إليه .

ولا ينعقد الزواج بين محرمين من جهة القرابة كعم و بنت أخيـه أو المصاهرة كرجل وأم زوجته ولا بين محرمى الاجتماع فى عصمة واحـدة كزوجة و بنت أختها أو بنت أخيها فيقع الزواج باطلا لأن شرط الركن وهو الطرفان ألا يكون الزواج بينهـما محرما ، وكذلك يشترط فى صحة الزواج إذن ورضاء الولى المجبر وهو الأب ووصيه والسيد فى ملـكه كما سبق ، فإن كان غير مجـبر فلا يشترط إذنه ورضاه بل للولى الأبعد أن يزوج مع وجود الأقرب بلا إذنه ولا رضاه .

بنـد [١٣٠]

أقسام الفسخ

القانون الفرنسى — الفسخ ثلاثة أقسام ـ أولاً — عدم الوجود ـ ثانياً — الإلغاء المطلق. ثالثاً — الإلغاء الخاص .

أولاً عـدم الوجود

وهو الزواج الذى ليس له وجود قانوناً ويتميز بالآتى :

١ — ليس محتاجاً لكونه يلغى بعد وجوده ويكفى لمن يهمهم الأمر عند حصول معارضة فى الإلغاء أو الوجود أن يرفع الأمر للمحكمة لتحقق عدم وجوده فقط فلا تصـدر أمر الإلغاء حيث لا وجود له ، ولا يكون له فى أى وقت وجود ولو مؤقتا ، ولا أية نتيجة قانونيـة تنتج عنه .

٢ — كل شخص يهمه أمر الزواج يمكنه أن يحقق عدم وجوده .

٣ — لا يمكن تغطيـة عدم الوجود لا بمرور الزمن ولا بإشهاد لاحق مثبت له .

وأحوال عدم وجود عقد الزواج هى :

١ — وجود جنس واحد (رجلان ، أو امرأتان) .

٢ — عدم وجود رضاء مطلقاً من الطرفين .

٣ — عدم وجود إعلان عن الزواج أمام مسجل العقود للأحوال المدنية

ثانياً الإلغاء العام

وصفاته المميزة له تتمثل فى منفعة الصالح العام فينتج ما يأتى :

أولاً — ان هذا الإلغاء يمكن لكل شخص يهمه الأمر أن يطلبه حتى النائب العام .

ثانياً — ان هذا الإلغاء لا يمكن يختفى بمرور الزمن أيا كان و يمكن طلبه فى أى زمن .

ثالثاً — هذا الإلغاء لا يمكن تغطيته بأى عمل أو بتصحيح من الزوجين .

وأسباب الإلغاء العام هى :

١ — جمع اثنتين فى عصمة رجل واحد .

٢ — صغر سن الزوجين أو أحدهما عن السن المقرر قانوناً .

٣ — الزواج بالمحرمات قانوناً من قرابة أو نسب .

٤ — عدم إعلان الزواج وعدم اختصاص موظف العقود المدنية .

و يمكن عد صغر السن وعدم اختصاص موظف العقود من الأسباب المختلطة .

بنـد [١٣١]

أقسام الفسخ

التشريع الإسلامى —

أولا عـدم الوجود شرعاً

وهو العقد الذى فقـد أركانه أو أحدها فلا يعتبر موجوداً اطلاقاً ولا يترتب عليه أى أثر ، وقرار القاضى فيه (تقرير عدم الوجود) لو رفع الأمر للقضاء ، و بيان عدم وجوده من الحقوق العامة فعلى كل شخص طلب بيان عدم وجوده ولو قام به البعض سقط عن الباقين ، ومهما طال الزمن على ظهوره فهو لا وجود له شرعاً ، وذلك كزواج ذكرين أو انعدام الاختيار .

وأما عدم إعلان الزواج أمام موظف فلا يبطل العقد ولا يجعله غير موجود بل العقد صحيح يترتب عليه آثاره وقد سبق الحديث فى هذا .

ثانياً الإلغاء العام

وهو من الحقوق العامة أيضاً فيطلبه كل شخص من باب إزالة المنكر والمحافظة على أوامر الدين ، وهذا الإلغاء يكون قبل الدخول و بعده ولو طالت المدة فلايختفى بمرور الزمن ولا يمكن إصلاحه .

وأسباب الإلغاء ، فقد شرط من شروط صحة العقد كالإشهاد على عقد الزواج أو عدم انقضاء العدة من نكاح سابق ، أو فقد شرط من شروط الولى أو شرط من شروط الزوجين أو كان النكاح غير مقصود به التأبيد كالنكاح لأجل الخ فكل هذه العقود تلغى إلغاء عاماً قبل الدخول و بعده ولو طال .

فجمع خمسة فى عصمة واحدة يوجب إلغاء عقد الخامسة مطلقاً وتزوج أم زوجته أو بنتها أو بنت أخيه مثلاً يوجب الإلغاء المطلق ، وأما صغر السن عن السن المحدود وضعاً (١٦ سنة و ١٨ سنة) أو عدم اختصاص موظف العقود (المأذون) فلا يبطل العقد كما سبق الحديث فيه .

بند [١٣٢]

الاشخاص الذين لهم حق طلب إلغاء الزواج الغاء مطلقا

القانون الفرنسى :

أولاً — الزوجان أو أحدهما ولو كان هو صاحب سبب الإلغاء كمتزوج اثنتين .

ثانياً — من له على الزوجين ولادة ، آباء أمهات أجداد جدات وهكذا من غير تحقيق منفعة مالية بل يجب أن يكون السبب أدبياً ـ فلهم هذا الحق مجتمعين لا متتابعين .

ثالثاً — مجلس العائلة فى حالة عدم وجود آباء أو أجداد ، فله الحق ما دام أحد الزوجين قاصراً عن السن المطلوب قانوناً .

رابعاً — الأقارب الحواشى وولد زوجة أخرى له حق طلب الفسخ بعد الوفاة .

خامساً — الزوج السابق لمن جمع زوجتين فى عصمته .

سادساً — الأشخاص الذين لهم مصالح مالية فى إلغاء الزواج كمن تعاقد مع الزوجة بدون إذن الزوج ومن تعاقد مع الزوج ويخشى ضمان مهر الزوجة .

سابعاً — النائب العام له طلب الإلغـاء محافظة على الصالح العام ما دام الزوجان على قيد الحياة فإن ماتا أو أحدهما فقد انحل الزواج وسقط الحق العام .

ولكى يتحقق جمع اثنتين فى عصمة واحـدة يلزم أن يكون الزواج الأول وقع صحيحاً قانوناً وأن يوجـد الزواج الأول وقت انعقاد الثانى ، فإن عارض الزوج بأن الزواج الأول لاغ نظرت المحكمة أولاً فى صحته أو إلغائه فإن صـدر حكم إلغائه صح الثانى وإلا طبق قانون جمع اثنتين .

بند [١٣٣]

التشريع الإسلامى — تقـدم أن الإلغاء العام سببه فقد شرط من شروط الصحة أو شرط الولى أو أحد الطرفين الخ ، فهو حق عام يجب على كل مسلم يعلم به أن يطلب من القاضى تحقيقه، فللزوجين ولأوليائهما مجبرين وغير مجبرين وللموصى ولكل من لحقه ضرر مباشر أو غير مباشر طلب إلغاء الزواج وفسخه، ومسألة طلب إلغاء الزواج إلغاء عاماً لفقد شرط الخ لا دخل للمال فيها اطلاقاً وإنما هى لإزالة منكر وللمحافظة على أوامر الدين .

فإن تتارك الزوجان اختيارا فقـد فعلا ما يجب عليهما وان تعاشرا رغما عن فقد الشرط للصحة أو لأحد الزوجين الخ وجب رفع الأمر للحاكم ليفسخه والفسخ فيـه ليس طلاقاً (متى كان متفقاً على فساده) كزواج خامسة أو محرمة بالنص الخ ، وإن مات أحدهما أو كلاهما سقط الحق ولا ميراث ولا لحوق ولكى يتحقق جمع خامسة فى عصمة واحـدة يجب أن يكون مسلما

بصحة عقد الأربع التى قبلها و إلا فمتى بطل عقد إحدى الأربع صح نكاح الخامسة لأنها تكون الرابعة ، وأما جمع اثنتين فجائز بل أربع .

بند [١٣٤]

القانون الفرنسى — قبل المشرعون عدم إلغاء الزواج لعدم إشهاره ولعدم إتمامه أمام الموظف استثناء من قاعدة الإلغاء العامة التى لا تغطى (لا تُصلَح) وذلك أنه متى تعاشر الزوجان معاشرة الأزواج وأصبحا أمام أعين الناس هكذا واعتبرتهما عائلتهما زوجين كذلك فليس لأحدهما طلب الفسخ ولكن لمن يهمه الأمر من العائلة أو من غيرها طلب الفسخ .

أمور خاصة بإلغاء الزواج لصغر السن :

أولاً — ليس لمن له على الزوجين أو أحدهما ولادة طلب إلغاء الزواج للصغر متى كانوا أذنوا به .

ثانياً — هذا النقص يمكن إصلاحه اما ببلوغ السن زائدا ستة أشهر ، واما بحمل الزوجة قبل هذه المدة ، فلا محل إذاً للإلغاء .

بند [١٣٥]

التشريع الإسلامى — إشهار الزواج مستحب فى التشريع الإسلامى فقط يجب الإشهاد عند العقد فى بعض المذاهب وعند مالك يستحب عند العقد أو يسن ويجب عند الدخول فالتشريع الفرنسى أصلاً يبطل العقد بلا إشهار ولكن المشرعون أو رجال التشريع من قضاة وأساتذة وجدوا مسايرة الزمن وقبلوا (أن الزواج لا يلغى لعدم إشهاره) وهذا ناتج من معاشرة الزوجين معاشرة الأزواج أمام أعين الناس فليس لأحدهما طلب الفسخ بعد ذلك .

وهذا يشبه من بعض الوجوه فى الشريعة ما إذا حضر غريبان عن البلد وتعاشرا كزوجين وولد لهما فمجرد الإقرار يكفى فى إثبات الزوجية ولحوق الولد وثبت الميراث بينهما .

فإن كانا بلديين أو أحدهما بلديًا والآخر طارئاً وأقرا فى الصحة أو المرض أنهما زوجان متنا كحان من غير أن يثبت بينهما نكاح ببيّنة فلا تثبت الزوجية بينهما بمجرد هذا الإقرار إذا لم يطل زمنه قطعاً و إن ترتب عليه الميراث .

أما تزويج الصغير والصغيرة بمعرفة وليهما فليس للولى فسخ النكاح لوصف الصغر ، لأن ما تم من جهة شخص وهو حائز لصفات عمله شرعاً لا يجوز له نقضه ، فإن تزوج الصغير عن سن البلوغ وهو يعقل العقود وما يترتب عليها فالولى بالخيار إن شاء أمضاه و إن شاء رده كما يرى فى مصلحة صغيره لأنه تصرف مالى بعوض ، فهو موقوف على الإذن من الولى أو الوصى فإن فسخه من له حق الفسخ شرعاً فلا مهر ولا عدة .

ونكاح السر الذى تواطأ فيه الزوج وشاهدا العقد أو الولى والشاهدان على كتمانه وعدم الإخبار به يفسخ قبل الدخول ما لم يدخل و يطل فلا يفسخ والطول يحدد بالعرف وهو اشتهاره بين العام والخاص .

فإن تزوج الصبى وكان له ولي ولم يَرُد الولي نكاحَه حتى بلغ انتقل حق النظر الذى كان للولى إليه ، فإن رأى مصلحة فى إبقاء النكاح أبقاه و إن رأى ضرراً فسخه و إن استوت خُيِّرَ .

فإن زوج أحد من عامة المسلمين يتيمة بدون إذن القاضى أو زوج ولي أبعد لشريفة مع وجود ولى أقرب غير مجبر يفسخ النكاح إن لم يدخل و يطل لثلاث سنين أو تلد ولدين فأكثر فلا يجوز الفسخ و يثبت النكاح ، وهذا يشبه زواج الصغير فى القانون الفرنسى الذى يغطى بستة أشهر بعد البلوغ أو بالحمل .

بند [١٣٦]

ثالثاً — الإلغاء الخاص

القانون الفرنسى — وخواصه أنه لا يمس الصالح العام بل جعل لحفظ حق شخص خاص أو عائلة وينتج عن ذلك :

أولاً — ليس لكل شخص طلب إلغاء الزواج بل جعله القانون لأشخاص محدودين قانوناً لحماية القانون لهم فقط .

ثانياً — هذا الإلغاء يمكن تغطيته فيصبح العقد صحيحاً بمضى الزمن .

ثالثاً — يمكن عدم الإلغاء بإصلاح المخالفة القانونية :

وأسباب الإلغاء الخاص :

أولا — أى نقص فى إرادة أحد الزوجين

ثانياً — عدم الحصول على إرادة ورضاء الأقارب المنصوص عنهم قانوناً

نقص إرادة أحد الزوجين :

١ — الإكراه وهو كل جبر أدبى أو مادى لسلب إرادته فى التعاقد م ١١١١ الى ١١١٥

٢ — الخطأ فى الشخص بإحضار غير المعروف للطرف الآخر — أو لاتخاذه صفة شخص آخر معروفة لم تكن له . فالخطأ فى الصفة الشخصية وإن كان الشخص هو :

بند [١٣٧]

التشريع الاسلامى — الإلغاء الخاص معناه الخيار للشخص الذى نقص من حقّ اشتَرَطَهُ أو لم تكن إرادته كاملة فهذا الخيار حق للشخص المعتدى عليه لا للمصلحة العامة فلا يهم أحدا سوى الطرفين أو من يملك أمرهما من ولىّ أو وصى — ولمن له الخيار فى الفسخ أو الإبقاء استعمال هذا الحق أو تركه ومتى رضى به فقد ارتفع حق الخيار عنه وأصبح العقد لازماً له

ويرجع سبب الخيار لعدم تحقق شرط مقصود اشترطه فى العقد أو للافتيات على إرادة المتعاقدين أو أحدهما أى اغتصابها وسلبها وذلك :

أولاً — الزوجة المجبرة من أب أو وصيه أو سيد — لو عقد عليها وليها المجبر بدون إذنها فله ذلك وليس لها رده صغيرة أو كبيرة (كما تقدم) وكذلك الزوج المجبرُ كصبى أو مجنون أو عبد أو سفيه خيف عليه الزنا فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه وليس له رد النكاح بعد ذلك . فلا خيار فى حالة الجبر .

ثانياً — وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكراً أو ثيباً وافتيت عليها أو افتيت على الزوج غير المجبَرِ أو افتيت عليهما معاً — فإن كان الافتيات عليهما معاً فلا بد من فسخ هذا النكاح مطلقاً سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا

وإن كانت الزوجة هى المفتات عليها بأن عقد عليها بغير إذنها ثم وصلها الخبر فرضيت فلا بد من رضاها بالقول ولو بكراً بشرط قرب الرضى بأن يصل إليها الخبر فى أقل من يوم وترضى واليوم بعدٌ — وبشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد حال الافتيات والرضى — ولم يقر وليها بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته — وبشرط عدم ردها قبل الرضى فلا عبرة برضاها بعد الرد .

وأما الخيار لفقد شرط اشترطه لمنفعته — فذلك أن الزوج اذا اشترط أو وكيله السلامة من سواد أو قراع وعمى وعَور وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل أونتن فم أو من كل ما يعد عيباً عرفاً سواء عين ما اشترطه أو قال من كل عيب أو من العيوب فله الخيار فى الرد والإمساك ولو كان شرط السلامة بوصف الولى أو وصف غيره بحضرته وسكت ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيباً فله الخيار ان شرط البكارة ولو وجدها عجوزاً فانية فله الرد ، ومتى وجد ما يدل على الرضى عرفاً فلا رد .

وأما الإكراه فى العقود فلا يبطلها بل تقع صحيحة غير لازمة ، وتلحق الاجازة عقد الإكراه صريحة أو ضمنية ، ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالاً أو استقبالاً من قتل أو ضرب وإن قل وسجن ظلماً أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والد أو أخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكره ، ومضى المدة الطويلة لا يُوجب لزوم عقد المكره فإن اختلفا فى ذات العروس فقال الزوج ليست هى وقال الولى هى فيفسخ ويلزم نصف الصداق فإن دخلا لزمه الصداق كاملا ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ورجع به على من غره .

بند [١٣٨]

حق طلب الالغاء

القانون الفرنسى — الحق فى طلب الإلغاء لأحد الزوجين الذى وقع عليه الإكراه أو الذى أدخل عليه الخطأ فقط ، وليس لأحد آخر مهما كانت قرابته فنتج ما يأتى :

أولا — ليس لدائنِ مَنْ له الإلغاء مباشرة هذا الحق .

ثانيا — ليس لورثته طلب هذا الحق بعد وفاته ، فقط لهم الاستمرار فيما طلبه قبل وفاته .

تلاشى حق طلب الإلغاء :

أولا — يتلاشى حق طلب الإلغاء بطريق الدلالة ، والمفهوم متى تعاشر الطرفان ستة أشهر بعد اكتشاف الخطأ أو وجود الإرادة كاملة لأن العشرة دليل الرضى .

ثانيا — بمرور الزمن وفى ذلك ثلاث مذاهب :

١ — لا يسقط الحق بمضى الزمن بل يبقى كجميع حقوق الأحوال الشخصية .

٢ — يسقط بمضى عشر سنوات ملحقا بالإلغاء العام فى العقود م ١٣٠٤ .

٣ — يسقط بمضى ثلاثين عاما ككل العقود التى لم يحدد لها مدة أقل م ٢٢٦٢ .

بند [١٣٩]

التشريع الاسلامى — الذى له حق الخيار (الإلغاء) هومن لحقه الضرر من الطرفين ، وليس لأحد غيره استعمال هذا الحق إلا من له الولاية عليه ، فلو استعمل حقه فى الفسخ ومات قبل أن يتمه قامت ورثته بعده بهذا الحق فيتموه دون أن يبتدئوه . والمعاشرة دليل الرضى متى كان العرف يرى ذلك من غير تحديد مدة و بشرط أن يكون فى وسع من لحقه الضرر إزالته عنه بلا لحوق ضرر آخر و إلا فلا تعد العشرة إذاً دليل الرضى .

والحق لا يسقط بمضى المدة فى الأحوال الشخصية وكذا مع الإكراه ولو طال الزمن .

بنـد [١٤٠]

ثالثا — عدم إذن الأقارب بالزواج

القانون الفرنسى — يجوز إلغاء الزواج إذا لم يوجد إذن الأقارب بشرط عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الرشد وهو ٢١ سنة .

والذى يملك الإلغاء هو الذى لم يبلغ سن الرشـد من الطرفين ، والأقارب الذين لم يأذنوا فى إتمام عقد الزواج ، فيطلب الأب أولا إن وجد وأمكن قانونا و إلا فالأم وعند عدمها يطلب الأجداد والجدات ثم عنـد عدمهم فمن مجلس العائلة بواسطة الوصى ، وطلب الإلغاء قاصر على هؤلاء فلا يتعداهم للدائنين والورثة .

ولا يقبل طلب الإلغاء ممن له الحق من الزوجين بمضى سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وهذا لا يمنع الأقارب من حق طلب الإلغاء .

و يسقط حق الإلغاء من الأقارب متى قبلوا الزواج بأى شكل ولو بكتاب عادى و إمضاء عادى أو بمضى سنة بعد علمهم به بدون طلب .

بنـد [١٤١]

عدم الاذن من الأقارب

التشريع الاسلامى — إذن الولى المجبر ضرورى فالزواج بدونه يفسخ أبدا إلا إذا أجازه من يتولى أموره بأن فوض له التصرف فى أموره ببيته فيمضى العقد إن لم يبعد بين العقد والاجازة فإن غاب الولى المجبر زوجها الحاكم إن بعدت الغيبة .

وللولى غير المجبر طلب الفسخ إذا زوج أحد العامة موليته الشريفة إلا إذا دخل بها الزوج وطال كثلاث سنين ، وصح العقد بولى أبعد مع وجود أقرب غير مجبر فى شريفة ولا يفسخ .

والذى له الخيار فى الفسخ والابقاء هو صاحب الحق فى الولاية فى عقد النكاح أو أحد الطرفين الذى لحقه الضرر .

ومتى أذن صاحب الإذن فليس له حق الخيار بعد ذلك .

بند [١٤٢]

رابعا — نتائج إلغاء الزواج

القانون الفرنسى — الزواج الذى يلغى بقرار من المحكمة يعتبر كأن لم يكن إطلاقا وما ترتب على وجوده يمحى بخلاف الزواج المنحل بالموت أو الطلاق فلا نتائج له مستقبلة ، لكن يحفظ ما ترتب عليه أثناء وجوده إلى يوم انحلاله .

وينتج عمليا من انسحاب حكم إلغاء الزواج على الماضى ما يأتى :

أولا — المرأة لا يمكنها ادعاء بطلان عقود عقدتها أثناء الزواج الملغى بدون إذن زوجها (لأنه شرط فى صحة تعاقد المرأة المتزوجة) .

ثانياً — لا يمكن للزوجين الملغى زواجهما العمل بعقد ترتيب أملاكهما المحرر قبل الزواج فهو باطل لإلغاء الزواج .

ثالثاً — لا يقبل من المرأة ادعاء رهن أملاك زوجها قانوناً نظير مهرها .

رابعاً — تحمل المرأة اسمها كما كانت آنسة بلا حق فى حمل اسم زوجها بعد الإلغاء .

خامساً — الأطفال الناتجون من هذا الزواج الملغى يعتبرون أطفالاً طبيعيين بغير نسب .

سادساً — الأولاد المولودون للطرفين قبل هـذا الزواج الملغى لا يصيرون أولاداً شرعيين بهذا الزواج اللاحق ، (لأن الزواج الصحيح اللاحق يصير الأولاد السابقين من الزوجين قبل الزواج شرعيين)

سابعاً — فك الوصاية الذى يمكن أن يكون قد تمتع به الزوجان وقت الزواج يعتبر كأن لم يكن بتاتاً .

بنـد [١٤٣]

التشريع الإسلامى — النظر فى بطلان الزواج أو فساده يرجع إلى فقده ركناً من أركانه أو شرطاً من شروط صحته وحكم الحاكم مظهر لذلك لا موجد ، إذ لا يفرق بين عقـد الزواج الملغى بحكم أو عقـد الزواج الذى تلاشى بموت أو طلاق فيما يترتب عليه من نتائج ، فلو تزوج رجل خامسة ثم مات عنها أو تزوج خامسة ثم حكم القاضى ببطلان العقد فما يترتب على الحالة الأولى هو ما يترتب على الحالة الثانيـة شرعاً من عدم لحوق الولد متى علم الزوج بالحرمة ومن عدم التوارث وهو زنى فيه الحد فإن كان الوطء بشبهه درأ الحد ولحق الولد بأبيه والزواج المتلاشى بالموت إذا كان صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه أو المتلاشى بالطلاق مع صحته شرعاً تترتب عليه آثاره فى الماضى إلى يوم الموت أو الطلاق .

أما عقود المرأة بعد الزواج فلا علاقة لصحتها بالزواج ولا بالطلاق فهى حرة فى تصرفهـا

فى أملاكها متى كانت عاقلة رشيدة ، والزواج لا علاقة له بمال الزوج ولا بمال الزوجة فبينهما انفصال تام فى أملاكهما فلا رهن لها على أملاك زوجها ولا تحمل اسم زوجها فهى تدعى باسمها واسم أبيها وجدها متزوجة وغير متزوجة .

وأما الأولاد الناتجون من زواج باطل لعدم استيفاء أركانه أو فاسد لعدم استيفاء شروطه فلا يلحقون بأبيهم فهم أولاد زنى ولا ميراث بينهم كما سيأتى بيانه فى محله .

وأما الأولاد الناتجون من زواج فاسد مختلف فى فساده فيلحقون بأبيهم وتكون نتائجه كنتائج الزواج الصحيح .

والأولاد الذين لا يستندون إلى عقد زواج صحيح (فراش صحيح) هم أولاد زنى سواء تزوج الزانى بمن أنجبت له هؤلاء الأطفال أم لا فالزواج اللاحق لا يصحح نسبهم إلا إذا أقر أنهم أبناؤه فيكون هذا استلحاقا ومتى استوفى الإقرار بالبنوة شروطه وأركانه لحق الأولاد به سواء تزوج أمهم أم لا فلا علاقة بين الزواج اللاحق وشرعية الولد .

ولا علاقة بين الزواج وفك الوصاية فزواج القاصر لا يفك وصايته فالوصاية هى على المال لا على النفس فلو تزوج وهو قاصر بقى قاصراً حتى يبلغ سن الرشد أو يرشده وليه فإن فسد نكاحه لا يعيده قاصراً ولا يؤثر عليه بشىء إلا إذا كان سفيهاً أو مبذراً فيجوز الحجر عليه .

بند [١٤٤]

حصر نتائج الالغاء فى الماضى لحكم الالغاء

القانون الفرنسى — لا يمكن تجاهل وجود معاشرة الرجل لزوجته معاشرة حسية فيترتب على ذلك ما يأتى :

أولا — المرأة التى ألغى زواجها لا تتزوج إلا بعد مضى عشرة أشهر (العدة) خوفا من اختلاط الأنساب .

ثانيا — الحياة العامة التى رتبت بين الرجل والمرأة فيما يختص بمصالحهما المالية تنظم حسب قاعدة شركة العمل .

الحكم الذى يصدر بناء على طلب إلغاء الزواج يكون خاصا لا يتقيد به إلا الطرفان فقط فلو رفض الطلب وكان سبب الإلغاء عاما فيجوز لمن يهمهم الأمر أن يقدموا طلبا آخر لتحقيق الإلغاء فلا يمنع الفصل فى الطلب الأول السير فى الثانى .

مع العلم أن الحكم الذى يصدر بالإلغاء يكون عاما يعارض به كل الناس .

بنـد [١٤٥]

التشريع الإسلامى — قد احتاط المشرع الإسلامى لنتائج الزواج الذى يلغى فرتب عليه نتائج هامة :

أولا — المرأة التى ألغى نكاحها أو بطل نكاحها عليها العدة ، فلو تزوجت قبل انقضائها تأبد تحريمها على من تزوجها فى عدة الغير ولو من نكاح فاسد متى دخل بها من فُسخَ نكاحه وإلا فلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول .

ثانيا — عقد النكاح الملغى إن كان مختلفا فى صحته وفساده ولو فى أى مذهب من مذاهب المسلمين يكون من أثره التحريم لأم الزوجة والبنت والأخت الخ المحرمات بالنسب السابق فى المحرمات ويكون من آثاره الميراث (التوارث) بين الزوجين (إلا فى نكاح المريض فلا ميراث) وإن كان مختلفا فيه إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، ومن آثاره أن يكون فسخه بطلاق بمعنى أنه لو عاد الزوج فصحح أو حقق الشرط الذى بسببه ألغى النكاح لنفس الزوجة التى ألغى نكاحها أمسكها بطلقتين لأنه فسخ العقد الأول بطلاق فبقى له طلقتان . ومن آثاره أنه يلحق به ولد الفراش من هذا النكاح الفاسد متى جهل التحريم أو كان حديث عهد بالإسلام كمن تزوج بلا شاهدين ودخل من غير إشهاد أيضا ولكن زواجه كان مشهورا بنحو دف أو شهد عليه

شاهد واحـــد أو امرأتان فإن الشهرة أو الشاهد الواحد يدرأ الحد ومتى درأ الحد ألحق الولد بالفراش (أى بالزوج) و يفسخ النكاح أبدا قبل الدخول و بعده ، فإن حد الزوجان لعدم فشو النـــكاح ولا شهادة أصلا ، فالولد من زنى غير ثابت النسب .

ثالثا — أما عقد النكاح المتفق على فساده ففسخه بلا طلاق بل بالمتاركة ولا يحتاج لحكم حاكم إلا أن يتعـاشر الزوجان حراما ، فمن باب إزالة المنـكر يجب الرفع للحاكم ليفرق بينهما و يقيم الحد عليهما فلا ميراث بينهما لو مات أحدهما قبل التتارك . ولا مهر إن لم يدخل فإن دخل فلها المهر لأن المهر يقابل التمتع بالبضع وقد حصل .

فإن عقد على خامسة أو معتدة فالنكاح فاسد متفق على فساده فإن دخل بالخامسة أو المعتدة مع علمه بذلك حُد حـد الزنى ولا يحرم به شىء من أصول أو فصول المعقود عليها ، فإن لم يعلم بالحرمة أو بالشخص نفسه فلا حد و يحصل التحريم و يلحق الولد .

والقاعدة — أن كل عقد نـكاح فسخ بعد الدخول ولو متفقا على فساده ولا يكون فساده إلا لعقده فقط أو لعقـــده وصداقه معا ففيه المسمى إن كان و إلا فصداق المثل ، ولا شىء من الصداق بالفسخ قبل الدخول سواء المختلف فى فساده والمتفق عليه إلا فى زوجة سمى لها أقل من المهر الشرعى و إلا فى الزوجين المتلاعنين و إلا فى دعواه الرضاع فأنـكرت فعليه نصف المسمى فى الثلاث صور ، فإن دخل فالعدة من يوم الفسخ أو الطلاق .

ومعلوم أن حق الله من طلب إزالة منـكر أو إحقاق حق للمصلحة العامة لا يتقيد بشخص ورفضه لعدم ثبوته لا يمنع من رفعه مرات أخرى ، والحـكم فيه بالفسخ يعمل به ضد الـكافة لا ضد العاقدين فقط .

بند [١٤٦]

نظرية الزواج الفاسد

القانون الفرنسى ـ الزواج الفاسد هو الذى يحفظ نتائجه فى الماضى التى نتجت عن وجوده ولو أنه ألغى ، لأن حسن النية كان متوفراً عند أحد الطرفين أو هما معاً .

وشرطه الوحيد أن تتوفر حسن النية عند أحدهما أو عندهما معاً .

ويوجد حسن النية عند حصول خطأ فى الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعلمها أو ظن وفاة زوجته الغائبة فإذا هى تظهر حية أو جهل أن القانون يحرم بالقرابة والنسب .

وحسن النية يجب وجوده وقت الزواج فإن امتد الزواج قبل إلغائه مدة حفظ نتائجه إلى يوم الإلغاء ـ ودليل حسن النية يقدم دائماً ممن يدعيه :

١ ـ فاذا كان حسن النية من الزوجين وجب حفظ ما نتج عن هذا الزواج إلى يوم الإلغاء سواء بالنسبة إلى الزوجين أو بالنسبة إلى ما رزقا من أولاد ـ و بصدور قرار الإلغاء تقف نتائج هذا الزواج الفاسد نهائيا وكأنه لم يكن .

٢ ـ إذا كان حسن النية من أحد الزوجين تمتع حَسَنُ النية بنتائج الزواج فى الماضى هو وأولاده ـ ويحرم من التمتع بها الزوج سيئ النية ـ فيرث حَسَنُ النية من أولاده كقريب شرعى وتعطى له حقوق الإشراف على تربية الأولاد دون سيئ النية فيحرم منها ـ ويأخذ الزوج حسن النية هدايا الزوج الآخر ويتمتع بشروط عقد ترتيب الأموال بين الطرفين ويتمسك به دون سيئ النية ـ وللزوج حسن النية طلب إلغاء عقد تنظيم الأموال وتنفيذ شروطه أو جعله كشركة عرفية له الحق فى إلغائها متى شاء .

بنـد [١٤٧]

التشريع الإسلامى — الزواج الفاسد قد يحفظ نتائجه الماضية قبل الفسخ متى توفر حسن النية .

وشرطه الوحيد أن يكون هناك شبهة تدرأ الحد ، وذلك كحصول خطأ فى الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعرفها أو ظن وفاة زوجته الغائبـة فتزوج بأختها أو عمتها أو تزوج لتكون رابعـة فظهرت زوجته الغائبة حية بعد ذلك أو جهل النصوص الشرعية فى التحليل والتحريم كحديث عهد بالإسلام ، ففى هذه الصور هناك شبهة قوية تدرأ الحد فيثبت النسب .

يجب وجود الشبهة التى تثبت حسن النية فى ابتداء العقد ودوام العشرة إلى وقت الفسخ فإن علم بالمفسد بعـد الزواج حرمت عليه المعاشرة ووجب الطلاق فإن عاشرها بعد علمه وقبل الفسخ فإنه زان ويحد وولده لا نسب له الذى أتى به بعد العلم بالمفسد .

فتترتب على العقد الفاسـد آثاره إلى وقت العلم بالمفسد بالنسبة للزوجين والأولاد ولو قبل الفسخ بالفعل ، ومتى ألغى العقد لفساده وقفت آثاره أيضاً .

فإن تحقق حسن النية (وجود شبهة تدرأ الحد) من الطرفين فلا حد عليهما ويلحق بهما الولد وإن تحقق من أحدهما فقط كأن جهل الزوج موت زوجته وتزوج بأختها التى تعلم حياتها فهى زانية تحد ولا يحد زوجها ولـكن تحرم عليه أولاده منها لعلة (الفروع) ويلحق به الولد فإن علم هو وجهلت هى حد الزوج دونها ولا يلحق به الولد لأنه زنى ، وأما الولد فهو ابنها لا نزاع فى ذلك حتى ولو من زنى فترثه ويرثها الخ ، ومتى لحق الولد بأبيه كان للأب عليـه حقوق الأبوة وللولد حقوق البنوة المقررة شرعاً .

وليس فى الشريعة عقد ترتيب الأملاك فكل من الزوجين يحتفظ بجميع أملاكه وحريته فى التصرف فلا شركة بين الزوجين فى مال اطلاقاً بمقتضى عقد الزواج اللهم إلا إذ أسسا شركة بينهما بعد أو قبل الزواج فتسرى أحكام الشركات بينهما على عقد الشركة كالأجانب

بند [١٤٨]

دليل الزواج

القانون الفرنسى — دليل الزواج ، قاعدة عامة ، لا يمكن لأحد المطالبة بالحقوق المدنية للزواج إلا إذا قدم إشهاداً قانونياً بإشهار زواجه مسجلا بسجل الأحوال الشخصية ، واستثناء من هذه القاعدة يمكن المطالبة بحقوق الزواج من غير إشهاد فى ثلاثة أحوال :

أولاً — فى حالة عدم وجود سجل للأحوال الشخصية أو فى حالة فقده يجوز إثبات الزوجية بشهود أو بدليل كتابى .

ثانياً — المعاشرة الظاهرة أمام الناس حيث ينظر إليهما كزوج و زوجة لا تكون دليلاً للزوجية مستقلاً بل تساعد على شرعيته كما فى حالة عدم اختصاص الموظف المسجل لعقد الزواج أو فى حالة عدم إعلان الزواج ، وتستعمل العشرة الظاهرة كدليل للولد على شرعية نسبه لوالديه بشروط :

١ — وفاة الزوجين أو وجودهما فى حالة لا يمكن معها معرفة إشهاد الزواج .

٢ — حينما يتصف الولد بصفة الولد الشرعى .

٣ — اتصاف الولد بصفة الولد الشرعى يجب أن لا يتعارض مع شهادة الميلاد إذا كانت تحققت بواسطة القضاء .

ثالثاً — إذا نتج عن عدم تحرير عقد الزواج فى السجلات الخاصة بذلك حكم جنائى فتأمر المحكمة علاوة على ذلك بتسجيل عقد الزواج فى السجل المعد لذلك .

بنـد [١٤٩]

التشريع الإسلامى — دليل الزواج ، الزواج عقد كـكل العقود يثبت بالإقرار من الزوجين وبالـكتابة منهما أو من المنـكر منهما وبالبينة الشرعية عدلين ذكرين حرين عاقلين الخ مستوفيين شروط الشهادة الشرعيـة ويجوز إثبات الزوجية ولو ببينة السماع (مالك) أو الشهرة العامة لـكل من رأى الزوجين متعاشرين معاشرة الأزواج .

وقد رأى ولى الأمر أن عقـد الزواج له خطره مما يترتب عليه من لحوق نسب وميراث وإلزام بحقوق الزوجيـة فمنع إثبات الزوجية بغـير مؤيد لها رسمى كوثيقة زواج أو إشهاد شرعى بإقرار به أو اعتراف رسمى فى قضية أو مستقلا أمام القاضى بالزوجية ، فلا يجوز للقاضى سماع دعوى الزوجية بدون مؤيد وليس معنى هذا أن الزوجية ليست ثابتة شرعاً ما دام القاضى لا يحل له قانوناً سماع الدعوى .

بل الزوجية ثابتة بين الزوجين تترتب عليها آثارها من حل وحرمة وقيام بواجب الزوجية وحكم الحاكم أو عدم حكمه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وهـذا من تطبيق القاعدة التى وضعها متأخرو المذاهب وجرى العمل عليها وهى (أن ولى الأمر له أن يخصص القضاء فى الزمان والمـكان والحادثة) وليس لولى الأمر أن يحل حراماً أو يحرم حلالاً (وهذا أمر خطير) ولـكن منع القضاء من النظر فى إثبات الزوجية بالبينة يرجع إلى حوادث وقعت أمام القضاء الشرعى وكانت شائـكة لشخصيات كبيرة وكان يكفى فيها البحث عن حالة الشهود بحثاً دقيقاً شرعياً فتظهر الحقيقة وسواء أرضى المشهود عليـه أم غضب كان صغيراً أم كبيراً حيث يجب أن يخضع الجميع بلا فارق لحـكم الشرع والدين ، ولـكن للأسف الشديد سـد الباب غير أنه بالمقارنة بين إثبات الزواج بالبينة الشرعية وإثبات القتل بالبينة الشرعية وقد يكون فيها الإعدام للقاتل

نجد الخطر اشد فى إثبات القتل بالبينة ومع ذلك لا زال سماع البينة فى إثبات القتل موجودا ، فإثبات الزوجية أولى بالبينة ففيه مصلحة كبيرة للهيأة الاجتماعية .

(نتيجة المقارنات من بند ١١٣ إلى نهاية بند ١٤٩)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

العـدة — إعلان الزواج (فى الجملة) — عقد الزواج نفسه — المعارضة فى الزواج (فى الجملة) — نتائج المعارضة فى الزواج — إلغاء الزواج — مانع الزواج التحريمى — مانع الزواج الملغى (فى الجملة) — الفسخ ، عدم الوجود ، الإلغاء العام ، الإلغاء الخاص — الزواج الفاسد — دليل الزواج .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

تحريم الزواج لقرابة التبنى — معافاة ممكنة من التحريم — الإعلان عن الزواج الإعلان عن الزواج فى القانون الدولى — مانع الزواج التحريمى (فى بعض صوره) نتائج إلغاء الزواج .

بنـد [١٥٠]

الكتاب الثانى

نتائج الزواج

القانون الفرنسى ـ ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة .

أولاً — واجبات متقابلة بين الزوجين ـ ثانياً — خضوع المرأة إلى زوجها أو السلطة الشرعية للزواج ـ ثالثاً — عدم أهلية المرأة المتزوجة .

بنـد [١٥١]

القانون الرومانى — ينظر للزواج فى القانون الرومانى من ثلاث نواح :

أولا — بين الزوجين ، ففى الزواج مع سلطة الزوج تكون الزوجة كبنت العائلة وكأخت لأولادها وتنقطع كل علاقة وقرابة بين عائلتها الأولى و بينها ، وجميع أملاكها تكون ملكاً للزوج وما تملكه كذلك مدة الزوجية ، وعند موت زوجها ترث فيه كأحد أولاده لصلبه فتعد واحداً منهم ، وأما الزواج بدون سلطة الزوج فتبقى المرأة تحت سلطة رئيس عائلتها الأولى وتبقى أجنبية من الزوج ومن عائلته فلا يملك عليها سلطاناً لا فى أملاكها ولا فى السكنى ، ولو كانت قاصراً فوليها أو وصيها هو الذى كان قبل الزواج ولا تصبح رشيدة بالزواج بل تبقى كما هى ، كذلك أملاكها تبقى لها ملكيتها فلا حق للزوج فى إدارتها ولا فى التمتع بها سواء أكانت أملاكها وجدت قبل الزواج أو بعده ، ثم أعطى حق تملك المهر للزوج ، فإذا مات الزوج بقيت الزوجة بعيدة عن ملكه فلا ترث من ملكه شيئاً ثم أعطيت من تركته مثلما يعطى الزوج من تركتها .

ثانياً — بين الزوجة وأولادها . فإن كان الزواج مع السلطة اعتبرت الزوجة مع أولادها كأخت لهم ، و إن كان الزواج بغير سلطة اعتبرت الزوجة غريبة من أولادها فلا قرابة مدنية بينهم فأولادها تابعون لرئيس عائلة الزوج وهى لا زالت تابعة لرئيسها الذى كان قبل الزواج .

فلو ماتت أو مات أبناؤها فلا ميراث بينهم لعدم القرابة المدنية بينهم .

ثالثاً — بين الزوج وأولاده ، دائماً الأولاد تحت سلطة أبيهم سواء أكان الزواج مع السلطة أم بدونها .

أما زواج العبيد فهو جمعية بالفعل فقط بلا نتائج قانونية .

بند [١٥٢]

التشريع الإسلامى — ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة :

أولاً — حل التمتع لكل من الزوجين بالآخر بما أحله الله ﴿ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ وحصول التحريم لأصول وفصول كلٍّ وما نص عليه فى آية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ الخ وجواز العشرة بينهما أمام الناس بلا نكير .

ثانياً — واجبات متقابلة بين الزوجين .

ثالثاً — خضوع المرأة لزوجها أو وجود السلطة الشرعية للزوج .

وأما الزوجة فأهليتها قبل الزواج هى أهليتها بعده وانما تمنع الزوجة من التبرع بما زاد على الثلث فى مذهب مالك ، ولا تمنع عن شىء اطلاقاً ما دامت رشيدة عاقلة بالغة رفعت عنها الوصاية (مذهب أبى حنيفة) وسيأتى ذلك مفصلاً فى محله (الحجر) .

بند [١٥٣]

واجبات الزوجين المتقابلة

القانون الفرنسى

أولا — حفظ العرض وعدم خيانة أحدهما للآخر ، ويترتب على الخيانة فى العرض الحكم المدنى والجنائى الذى يمكن أن يصل فى حق المرأة إلى سنتين سجنا ، وحكم الرجل الزانى يختلف عن امرأته إذا زنت فيشترط فى زنى الرجل أن يتكرر زناه فى بيت الزوجية ويحكم عليه بغرامة فقط . وأما المرأة فهى معاقبة أنَّى كانت وقت ارتكاب الجريمة ، وقد يصل سجنها إلى سنتين لأن زنى المرأة قد يخلط الأنساب بخلاف الرجل وهذا تعليل غريب .

ثانيا — واجب المساعدة فى واجبات الحياة المعيشية ويظهر هذا فى :

أولا : عند انفصال الزوجين عن بعضهما اتفاقيا أو قضائيا ، فالزوج الذى فى حاجة للنفقة يرفع للقضاء طالبا تقدير نفقة شهرية يدفعها له الآخر متى كان فى سعة .

ثانيا : الزوج الباقى بعد وفاة الآخر يمكنه طلب نفقة من التركة المتوفى عنها فى مدة سنة بشرط أن يكون محتاجا وأن تكون العصمة باقية للوفاة حتى ولو بالتفريق فقط دون الطلاق ويقسم فرض النفقة بين الورثة كل حسب نصيبه فى الميراث ، ويكون فرض النفقة خاضعا للظروف المعيشية غلاء ورخصا .

ثالثا — العناية والعون الأدبى — وينحصر الواجب فى هذا على العناية الشخصية بالزوج المريض أو العاجز عن العمل وعلى المساعدة الأدبية بأن يكون عضدا له فى مختلف مخاطر الحياة فإذا أهمل الزوج الصحيح هذا الواجب كان تحقيرا شديدا للمريض وكان سببا للطلاق أو التفريق الجسمانى .

رابعا — المساكنة والمعاشرة — وهى وجوب سكنى الزوجة مع زوجها فى أى محل يحبه ويرى فيه مصلحته ، ويجب عليه قبولها معه وتوفير واجبات الحياة لها حسب طاقته ، وطريق تنفيذ هذا الواجب هو :

أولا — حفظ أو حجز إيراداتها أو الحكم عليها بغرامة يومية ما دامت بعيدة عن بيت الزوجية .

ثانيا — الحكم على الزوج بفرض نفقة لها أو الحكم عليه بتعويض عند رفضه عشرة زوجته ، وينقطع واجب المساكنة والمعاشرة متى صدر قرار قضائى بالتفرقة الجسمانية أو كان الزوج يعامل زوجته معاملة سيئة وكان يجعل إقامتها معه غير ممكنة من شكل حياته معها .

بنـد [١٥٤]

التشريع الإسلامى — حفظ العرض وعدم خيانة أحـد الزوجين واجب مقدس ، (بل والواجب على كل مسلم متزوج وغير متزوج ذكرا وأنثى عدم الزنا . (ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا) ، ويترتب على الخيانة فى العرض (الزنا) أحد أمرين :

أولا : متى ثبت الزنا بإقرار أو بشهادة أربعة شهود عدول،رأوا المرود فى المكحلة بشروط شهادة الزنا وأركان ثبوته (راجع الحدود فى الزنا) أقيم الحـد على الزانى منهما بلا فرق بين الذكر والأنثى وهو الرجم حتى يموت .

ثانيا : إذا رأى الزوج فقط أو اعتمد على شهادة عدول دون الأربعة أو علم بما لا يدع مجالا للشك فى خيانة الزوج فله أن يطلقها من غير فضيحة وهو أولى وله أن يلاعنها بأن يشهد أربع مرات أنه رآها تزنى وأنه صادق . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم تشهد هى أربع مرات (أشهـد بالله ما رآنى أزنى و إنه لكاذب) . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . (يراجع باب اللعان) .

ومتى تم التلاعن فسخ النكاح وحرما على بعضهما مؤبدا ونفى الولد والحمل وسقط الحد ، وهذا هو العدل السماوى بالتسوية فى الحكم حتى تنتفى العلة وهو أن الزنا خلط فى الأنساب من الرجل ومن المرأة ، ولا يمكن لعاقل أن يقول إن التشريع الوضعى قد أنصف المرأة بعد هـذا ولكن هى أنانية الرجل يشرع لنفسه حسب ما تهوى ، والله المشرع الحكيم يشرع لمصلحة المجتمع ولا ينشد إلا العدل المطلق ، فيجب للزوج على زوجتـه الأمانة فى عرضها وفى ماله ، وعلى الزوج حفظ عرضها وعلى الزوجة الخـدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش له ولها فقط واستقاء ما جرت به العادة .

واجب المساعدة بين الزوجين ينحصر فى أن الزوجة عليها الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش واستقاء ماجرى به العرف ، وفى أن الزوج ينفق على بيته وزوجته وأولاده حسب وسعه ومقدرته ، وليس على المرأة إنفاق على الزوج ولا فى المنزل (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا) ، فالتشريع السماوى يوجب الإنفاق على الزوج ليكون زوجا موفور الكرامة مرفوع الرأس ، فيجب للزوجة المطيقة الممكِّنة على البالغ قوت وادام وكسوة ومسكن باعتبار حالهما فإن اختلفا يسارا وإعسارا فنفقة الوسط فيفعل ما يراه صالحا لزوجته ومنزله فإن فرضنا على الزوجة الإنفاق كان لها الرأى أو على الأقل بقدر ما تنفق فتتصرف كما تشاء ، فيفسد المجتمع من جميع نواحيه أخلاقيا وأدبيا .

ويرى التشريع الوضعى أن الزواج جمعية من شخصين ومن مال ، ويريد بذلك الوصول إلى عدم الطلاق والمعاشرة حتى الممات وهو مخالف للخلقة البشرية وسالب للحرية الشخصية ، وأما التشريع الإسلامى فقد قدس الحرية الشخصية للمرأة فجعل للزوج سلطة مقدرة بقدر معين على زوجته بحيث لا يتعدى ما يشمله عقد الزواج وترك للمرأة حرية التصرف فيما تملك ، وقد أخذ المتشرعون الوضعيون يعودون شيئا فشيئا للزواج الحر مع انفصال الأموال واحتفاظ كل من الزوجين بماله وهى نظرية الشريعة السماوية .

يجب على الزوجين أن يتعاونا لمغالبة الأحداث وتأسيس عائلة على وفاق وحب كل فيما تخصص له فعلى الزوجة العناية بمصلحة زوجها الداخلية وصحته حتى يكون قادرا على كسب قوتهما وعدم التبذير والإسراف فيما وكله الزوج إليها للنفقة على البيت ، وعلى الزوج أن يحسن عشرتها فلا يسيء إليها ولا يعاملها بقسوة ويعتنى بها إذا مرضت (ونفقة الطبيب والدواء من مالها إن كانت موسرة) وقيل على الزوج الموسر وقيل لا يلزمه شيء وقيل يلزمه بقدر فرق نفقتها حال المرض ـ والأولى فى ذلك العرف وهو على الموسر إن كانت فقيرة وإلا ففى مالها ،

فإن ضارها الزوج بما لا يحتمل الإقامة معه أو أساء إليها فى معاشرتها فلها طلب الطلاق ، فان طلق الزوج فبها و إلا رفعت أمرها للقاضى ومتى ثبت مضاررته لها طلق عليه (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) ، و إن أساءت إليه فى عشرتها وعجز عن تقويمها بالنصح ثم بالهجر الخ طلقها ، ولا تفريق جسمانى فى الإسلام بدلا عن الطلاق . فعلى الزوج دفع الضرر عن زوجته وعليها طاعته فى حقوقه الشرعية .

يجب على الزوج إسكان زوجته ويجب عليها السكنى مع زوجها فى مسكن واحد وعليه القيام بكفايتها الشرعية بقدر حالهما ويجب على الزوجة طاعة زوجها والسكنى معه وليس لها الخروج إلا بإذنه ، ولا تجب عليها السكنى مع أقار به ولاطاعته إذا لم يدفع لها المعجل من صداقها ولا الانتقال معه لأزيد من مسافة القصر ،وهو ٨٢ كيلومتر وعليها الانتقال معه لبلد آخر متى كان السفر مأمونا وموضع الإقامة مأمونا ، وكون الزوج نفسه مأمونا أى غير معروف بالأذى ، وكونه حرا ، والبلد المنتقل إليها قريبة بحيث لا تخفى على الزوجة أخبار أهلها ، وأن تقام فى البلد المنتقل إليها الأحكام ولهذا :

أولا — متى امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته أو إسكانها أو كسوتها طالبت بفرض نفقة تشمل كل هذه الأنواع فيحكم لها متى ثبت امتناع الزوج وينفذ الحكم على أمواله ويحبس فى دين النفقة بشرط أن تكون مطيعة لزوجها غير ممتنعة عن معاشرته إلا بحق مخول لها شرعا .

ثانيا — بما أن النفقة جزاء الاحتباس فإذا لم تدخل الزوجة طاعة زوجها تبطل نفقتها وتعتبر ناشزا .

ثالثاً — إذا امتنعت الزوجة عن مساكنة زوجها لغير سبب شرعى ورفع الأمر للقاضى وجب عليه الحكم للزوج على زوجته بطاعتها له فى المحل الذى عينه فى دعواه متى استوفت الدعوى شروطها وصحت أدلتها ، وينفذ الحكم بالقهر عليها أيًّا كانت .

ولا يجبر الزوج على معاشرة زوجته ومساكنتها فإن تضررت من ذلك الزوجة طلبت طلاقها لما لحقها أو يلحقها من الضرر .

وينقطع واجب المساكنة متى طلقها الزوج أو ألحق بها ضرراً لا تطيق الإقامة معه ولا تتحقق العشرة الواجبة بين الزوجين ولها إذاً أن تطلب الطلاق منه .

بنـد [١٥٥]

السلطة الزوجية

القانون الفرنسى — السلطة الزوجية تتحقق فى الزواج بأن يكون الزوج رئيساً للعائلة وتكون المرأة خاضعة لزوجها فى شخصها ومالها وتنحصر فى :

١ — عدم أهلية المرأة المتزوجة للتعاقد بدون إذن ومساعدة زوجها .

٢ — تملك المرأة جنسية زوجها بالزواج

٣ — وحدة محل إقامة الزوجية — فمحل إقامة الزوجة القانونى هو منزل الزوجية

٤ — حق الزوج فى ملاحظة علاقات امرأته وما يرد إليها وما ترسله من الخطابات للغير

٥ — تسلط الزوج على إدارة أموالها العامة وأملاك الزوجة فى غالب أقسام الزواج

وليس من حق الزوج تأديب زوجته مطلقاً حيث إنه يملك طلب التفريق والطلاق إذا كان عنده من الأسباب ما يبرر ذلك ـ ولا يجوز البيع بين الزوجين ـ وليس لأحدهما الرجوع فيما وهبه للآخر ، ولا عقد شركة أيًّا كان نوعها بعد عقد الزواج وتسجيل عقد ترتيب أملاكهما .

بنـد [١٥٦]

التشريع الإسلامى – السلطة الزوجيـة تتحقق فى الزواج بأن يكون الزوج رئيساً للعائلة وأن تكون الزوجة خاضعة لزوجها فى شخصها فقط ولا شأن له فى مالهـا إطلاقاً عند أبى حنيفة أو فيما قلّ عن الثلث فى التبرع فى مذهب مالك .

والمرأة المتزوجة لها الأهلية الشرعية فى جميع أنواع التصرفات والعقود ما دامت غير محجور عليها و بالغة عاقلة رشيدة (فقط تمنع من التبرع بأزيد من ثلث مالها عنـد الإمام مالك) وعند أبى حنيفة لا تتقيد بشىء – وتملك جنسية زوجها فان كانت حربية وتزوجت بذمى فهى فى حكم الذمية الخ – و يصح أن يكون محلها الشرعى هو محل إقامة الزوج متى كانت معه فان اشترطت عدم نقلها من بلدها أو بقيت بالفعل فمحل إقامتها هو محل وجودها بالفعل لأن لها اشتراط مثل هذا الشرط لأنه لا يتعارض مع المراد من الزواج وفيه مصلحة ملحوظة لها (مالك وابن حنبل)

وللزوج ملاحظة زوجته فى كل شىء له عـلاقة بشخصها وله منعها من الخروج للزيارات والاختلاط ومن المراسلات لمن لا يحب ، و يجب على الزوجة عدم السماح لأحد بالدخول لمنزل الزوجية ما دام زوجها غائباً .

ولا يملك الزوج بالزواج أى شىء من أملاك زوجته حتى ولا إدارتها ولها أن توكل غيره فى جميع شؤونها ما دام لم يمس عرضها ولاحق زوجها بشىء كمحرم أو شيخ فان الخ .

وللزوج حق التأديب على زوجته فان خالفته فيما يرى أنه حق مقرر شرعاً له كأن عصته فى الفراش أو أدخلت من لا يريده زوجها أو خرجت بغير إذن لفسحة أو ملاهى – فله وعظها أولاً بالحسنى و بيان المضار الناتجة عن هذا العمل وأنه لا يرضيه بل يؤلمه فان لم ترجع هجرها فى المضجع كما يرى من المدة بحيث لا يزيد عن أربعة أشهر فإن لم ترجع ضربهـا تأديباً بما لا يكسر عظما ولا يهشم لحما ولا يترك أثراً فان لم يفد بعث حكماً من أهـله وحكماً من أهلها

يتحسسان أوجه الخلاف ويقضيان بما يريانه وعلى القاضى إنفاذ حكمهما ـ وله الطلاق كما يرى قبل كل هذا ـ ولها الطلاق متى كانت العصمة فى يدها كما يأتى حكمه وبيانه فى (كتاب الطلاق) .

ويجوز البيع بين الزوجين فهما كأجنبيين فى الأملاك ـ ولهما عقد شركة بينهما كما يريان مصلحة لهما من أى نوع من أنواع الشركات . وليس لأحد الزوجين الرجوع فى هبته للزوج الآخر متى وقعت الهبة صحيحة لازمة إلا إذا اشترط ذلك عليه لأنها للصلة والحنان . بل والرجوع فى الهبة ممنوع شرعاً للحديث (الراجع فى هبته كالكلب الراجع فى قيئه) على تفصيل وشروط فى باب الهبة فليرجع إليه .

بنـد [١٥٧]

عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسى — عدم أهلية المرأة يتكون فى أن المرأة المتزوجة لا تباشر عقوداً مدنية بدون إذن زوجها ، والمرأة الخالية من الزواج هى والرجل سواء وذلك لاعتبار الزواج شركة وان الزوج رئيسها فوضعت المرأة فى المكان الثانى كشريك فقط ، وقد نتج عن عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتى :

أولا — أى عقد يصدر من الزوجة لا يكون صحيحاً إلا بإذن الزوج.

ثانيا — إذا رفض الزوج إجازة أى عقد صدر عن زوجته فليس لأى سلطة إجازة ذلك .

ثالثا — عند عدم أهلية الزوج أو غيابه فلا تحتاج زوجته لإذن أحد (أخذاً من أنه إذا غاب الرئيس حل محله من يليه) .

رابعا — المرأة المتزوجة التى أذن لها زوجها فى التجارة تجبر مال الزوجين ، وتجبر مال الزوج فى الضمان عند الخسارة .

خامسا — إذا صدر عن المرأة المتزوجة أى عقد فهو باطل فى حق الزوج الذى له وحده حق طلب إلغائه ، وللمتعاقد معها طلب تنفيذ ما اتفقا عليه فى هذا العقد بعد انحلال الزوجية .

وقد بنيت عدم أهليـة المرأة فى القانون على :

أولا — حماية المرأة بسبب عـدم أهليتها الطبيعية .

ثانيا — ان هذه نتيجة لسلطة الرجل الزوجية .

بند [١٥٨]

التشريع الاسلامى — المرأة الحرة الرشيدة البـالغة العاقلة حرة فى التصرف فى أموالها بسائر أنواع العقود الموجبة والسالبة (ما عدا تبرعها بما زاد على ثلث أموالها إذا كانت متزوجة) بكراً أو ثيباً متزوجة أم لا ، ولا علاقة بين زواج المرأة ومالها اطلاقا فلها البيع والشراء والرهن والتجارة (إلا إذا خرجت لمباشرتها فتضيع حق زوجها أو يلحقه ضرر أدبى أو مادى فـله منعها وليس لأحد غيره أن يأذن لها فى ذلك أو يرفض) ، والمرأة المتزوجة ملزمة بعقودها كأى شخص يتعاقد مستوفياً للشروط الشرعية . وعدم أهلية المرأة الطبيعية الناتجة عن أصل خلقتها (من طمس وحمل وولادة وارضاع الخ) لا يجعلها أهلا لتولى الوظائف العـامة كالقضاء والنيابة والسعى على تحصيل الرزق مادام متوافرا لها من زوجها . وقد نظر الشرع الإسلامى إلى ضعف المرأة من هذه الناحية الخلقية فأجاز شهادتها مع أخرى فى المال مكان رجل (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) أو شهادتها فى مكان تطلع عليها دون الرجال كالولادة والحيض الخ . والا لو سـببنا عدم الأهلية للمرأة إلى عدم أهليتها الطبيعية لـكانت المرأة غير أهل متزوجة وغير متزوجة ،

لهـذا كانت القوانين الوضعية قتلا للمرأة وإهداراً لشخصيتها الشرعية فى زوجها ولولا الطبيعة البشرية فى المرأة لأن تكون أما تجبرها للافتراش للرجل والله مافكرت إطلاقا فى الزواج الذى يسلبها نعمة الأهلية الشرعية ولهذا أخذت المفكرات من النساء يحجمن عن الزواج إبقاء لشخصياتهن وحفظاً لكرامتهن من هذا التشريع الوضعى ولكن انظر تشريع الحكيم الخبير الذى أعطى للمرأة ماتستحق ولم يجعل للرجل عليها سلطاناً إلا فى حدود مقتضى عقد الزواج وهو المحافظة على ذاتها الشخصية وحقوق الزوج فى ذلك من قرب أو بعد وليس بعد ذلك إنصاف ولا عدل فليطلع المتفرنجون والمتفرنجات على هذا التشريع الحكيم وكفى .

بنـد [١٥٩]

ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسى :

أولا — لا يجوز للمرأة المتزوجة الحضور أمام القضاء لا مدعية ولا مدعى عليها بدون إذن زوجها إلا فى :

١ — دعوى النيابة العامة فيما ارتكبته الزوجة من جنح أو جنايات أو مخالفة ولو تبع هذا الحق المدنى فلا تحتاج لإذن زوجها ، وأما دعوى التعويض الأساسية فلابد من إذن الزوج فيها .

٢ — فيما حماها قانون سنة ١٩٠٧ فى المحافظة على مكسبها من عملها فتدعى ويدعى عليها فيه بدون إذن زوجها .

٣ — فيما حماها قانون سنة ١٩٠٩ فى المحافظة على أملاك العائلة غير القابلة للحجز عليها فلا تحتاج لإذن زوجها .

ثانيا — لا يجوز لها الهبة لأحياء ، ولا يجوز لها التملك بدون عوض كهبة أو وصية لها من الغير .

ثالثاً — لا يجوز لها التمليك نظير مقابل كبيع أو مقايضة أو ترتيب حقوق عينية على عقار ولا يجوز لها عقد رهن لأن من يملك البيع يملك الرهن ، ولا يجوز لها التملك بعوض كمشترى .

رابعا — لا يجوز لها أن تلزم نفسها بالوفاء فى أى عقد إلا إذا كانت تاجرة فلها ذلك فيما يختص بالتجارة ، ولا يجوز لها أن تشتغل فى مهنة أيًّا كانت بدون اذن زوجها كتاجرة او ممثلة أو محاميـة .

بند [١٦٠]

التشريع الاسلامى — المرأة المتزوجة العادية التى تخرج عادة لها المرافعة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها بدون إذن زوجها ، والنساء المخدرات الملازمات لمخدرهن يوكلن من ينوب عنهن ممن يثقن به أو يبعث لهن القاضى واحداً من طرفه لمنزلهن يسمع دعواهن ، ولا تخرج للتجارة والبيع والشراء إلا باذن زوجها وله منعها من الخروج للمخاصمة إلا بإذنه فإن امتنع يجبر عليـه قضاء (وفى هذا بحث طويل فى مذهب مالك) فان خرجت بدون إذنه فيما يجب إذنه لها فيه اعتبرت ناشزاً ومنعت من ذلك جـبراً ولا نفقة لها مادامت خارجة عن إذن زوجها .

هذا فى المسائل الخاصة وأما فى المسائل العامة كأن تعلق حق الله بخروجها لمجلس القضاء كأداء شهادة أولقصاص أو ارش جناية وجب عليها الحضور لمجلس القضاء .

وأما عقودها فهى لازمة نافـذة بدون إذن زوجها فى المال ، وأما عقودها على شـخصها المقتضية استيفاء منفعة أو أداء خدمة منها شخصياً فلا تجوز إلا بإذن زوجها لأن فيها ضياع حقه المراد من الزواج فى وجودها فى منزل الزوجيـة وتربية أولادها وإدارة المنزل وحق التمتع بهـا أنى شاء .

وقد تمرد المشرع الوضعى على القاعدة العامة من أن المرأة المتزوجة فقدت أهليتها الشرعية فى زوجها فسن قانونى سنة ١٩٠٧ وسنة ١٩٠٩ أباح للمرأة حقوقاً كانت ممنوعة وهو التصرف فى أجر عملها الشخصى وفى أملاك العائلة الممنوع الحجزعليها أعنى سنة ١٩٠٧ اعترف للمرأة بأول حق الحرية فى أجر عملها ، وقد اعترف الشرع الإسلامى لها بكامل الحرية المطلقة منذ ١٣٦٢ سنة فحكمة الله جل وعلا وعدله ستتحقق يوماً على وجه الأرض فيأتى إليها الإنسان مساقاً بحكم الظروف القهرية وسنن الترقى وطبيعة الخلقة البشرية وسيعمل الناس بقواعد العدل المنزلة على محمد صلى الله عليه وسلم من غير أن يقروا بنبوته ولا برسالته ، وهاهى روسيا (ابتدأت تعمل فى الزواج والطلاق بكل حرية حسب بعض قواعد التشريع الإسلامى) ولله فى خلقه شؤون فهو المالك المتصرف فى ملكه .

بند [١٦١]

القانون الفرنسى — ويستثنى من عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتى :

أولا — للمرأة المتزوجه عمل وصيتها بدون إذن زوجها لأنها عمل خاص بها ولأنه لا يظهر أثرها إلا بعد انحلال الزواج بالموت .

ثانياً — لها طلب إبطال هبة عملتها لزوجها بدون إذن زوجها .

ثالثاً — لها الاعتراف ببنوة ولد طبيعى رزقت به من غير زوجها قبل الزواج بدون إذن زوجها .

رابعاً — لها استعمال السلطة الأبويه على ولدها من غيره أو منه إذا لم يمكنه مباشرتها لغيابه أو لمنعه أو لحرمانه منها ، وإدارة أموال ولدها الشخصية عند حرمان الأب منها .

خامساً — التعاقد بالالتزامات الناتجة عن جنحة أو جناية ، ولها عمل تحفظات قضائية لحفظ حقوقها كقطع المدة القانونية أو عمل رهن الخ .

سادساً — قبض و إدارة أيرادها فى عملها ومطالبة زوجها بنصيبه فى نفقة العائلة ، و إقامة عقار فى أملاك العائلة غير القابلة للحجز التى احتفظت بحق إدارتها ، ووضع ما تقتصده فى خزانة التوفير أو سحبه .

سابعاً — للمرأة المتزوجة المباشرة لمهنة أو المحترفة بأى عمل أن تقبل العمل فى نقابة العمل المنتمية إليها وتشاطر فى إدارتها بدون إذن زوجها .

بند [١٦٢]

التشريع الاسلامى — للمرأة عمل وصيتها بدون تدخل الزوج ولا إذنه ، ومتى وهبت الزوجة فى أقل من ثلث مالها لزمتها وليس لهـا الرجوع فيها متى قُبضت وليس للزوج التعرض لها (عند مالك) وعند أبى حنيفة لا شأن للزوج فى هبة زوجته مطلقا قلت أو كثرت .

وليس لها الاعتراف ببنوة طفل وهو (الاستلحاق) لأن ولادتها أمر حسى تقام عليه البينة فتثبت أمومتها بالبينة بخلاف الاستلحاق من الرجل لولد مجهول النسب فيصح لأن هذا النسب ليس أمراً حسياً تقام عليه البينة (الشافعى ومالك) سواء أكانت متزوجة أم لا . وأما استعمال السلطة الأبوية فان أقامها القاضى وصياً استعملت السلطة الابوية لصالح الصغير وفى سن الحضانة الأم تتولى حفظ ورعاية الصغير ومتى استغنى عن خدمة النساء ضمه إليه أقرب العصبات من الذكور فهو أقدر على التربية والتعليم من الأم التى تغلب عليها شفقة الأمومة فتضر مستقبل الولد ويخشى على البنت بعد سن العاشرة (تراجع الحضانة) .

ولها قبض و إدارة إيرادها من عمـلها ومن أملاكها كيفما كانت ، وتطالب زوجها بنفقة البيت كاملة عليه هو ولا شىء عليها ، وليس للمرأة المتزوجة مباشرة أى عمل خارج عن واجبات بيت الزوجية بغير إذن زوجها ورضاه .

بند [١٦٣]

وكالة الخدمة

القانون الفرنسى — وكالة الخدمة ، يعتبر القانون تصرفات الزوجة كوكيل فى مصاريف المنزل ومصاريفها الشخصية فهى تعمل باسم زوجها وهى التى لا يجب عليها السداد بل الزوج هو الذى يلزمه سدادها لأنها وكيلة فقط فى ذلك وعدم أهلية المرأة المتزوجة يخفف و يغلظ تبعاً لعقد الزواج المدخول عليه ، ففى عقد احتفاظ الزوجة بأموالها و إدارتها تكون عدم الأهلية خفيفة ، وفى عقد الاحتفاظ بالمهر تكون عدم أهلية الزوجة شديدة الوطأة .

نهاية عدم أهلية المرأة المتزوجة ، تنتهى عدم الأهلية بحل الزواج بالموت أو الطلاق أو بالتفريق الجسمانى القضائى .

بند [١٦٤]

التشريع الإسلامى — يعتبر التشريع الإسلامى أن الزوج مسئول شرعاً عن نفقات بيته وزوجته أى يجب عليه الانفاق للأكل والشرب والكسوة والمسكن وما يلزم للزوجة من حوائجها الشخصية المكلف بها شرعاً وعلى أولاده فان أنفقت الزوجة على نفسها حال وجوبها عليه أو أنفقت على لوازم منزل الزوجية فالزوج ملزم بالسداد لما وجب عليه .

وحالة الزوجة قبل الزواج هى حالتها بعد الزواج فهى أهل كما سبق حتى بعد انحلال الزواج فهى حالتها أيضاً بلا تغيير .

بند [١٦٥]

القانون الفرنسى — قواعد إذن المرأة — إذن المرأة يكون وقت العمل لا بعده فيسمى

حينئذ تصديق أو اجازة عمل كان موقوفاً ، والإذن يكون من الزوج إلا فى بعض أحوال فيكون من القضاء .

و إذن الزوج يكون صراحة ويجب أن يكون كتابة ولو بجواب خاص ، أو ضمناً ويجب أن يشارك الزوج زوجته فى إتمام العمل المطلوب إذنه فيه ولا يكفى إذنه الشفوى ، ويكفى فى التجارة بسماح الزوج وسكوته عن عمل زوجته التجارى فهو إذن ضمنى .

و يجوز للزوج سحب إذنه من زوجته فكل عمل تعمله بعد ذلك لا تكون له قيمة قانونية إلا ماستثنى سابقا

إذن القضاء ، يجوز للمرأة المتزوجة طلب الإذن من القضاء (محكمة محل الإقامة المدنية) إذا رفض الزوج اعطاء ذلك بعد سماع أقوال الزوج .

فان حكم على الزوج بحكم جنائى مخل بالشرف أو حكم باستبعاده فعلى الزوجة طلب الإذن من القضاء بعد سماع دعواها دون الزوج وللقضاء الإذن أو الرفض ، وكذلك إذا غاب الزوج أو حجر عليه أو جن أو كان الزوج صغيراً عن سن الرشد .

وفى بعض المواضع لا يجوز إذن القضاء بدلا عن الزوج فمنها .

١ — المرأة المتزوجة ليس لها قبول أن تكون منفذة لوصية بدون إذن زوجها هو فإن كانا مفترقين جسمانيا بالقضاء ورفض الزوج فللقضاء الإذن لها .

٢ — المرأة المتزوجة ليس لها عمل عقد تحكيم فى خلاف بدون إذن زوجها هو .

٣ — لا تقبل المرأة المتزوجة وظيفة أو عملا تتعاقد عليه كممثلة أو تاجرة بدون إذن زوجها هو على خلاف فى ذلك .

إذن الزوج أو القضاء للمرأة المتزوجة يكون خاصا بكل عمل فلا يصلح إذن بالمبيع إلى رهن مثلا ولا إذن بدون تعيين المشترى ولاضمان دين بدون معرفة قدره إلا فى الأعمال الإدارية أو فى التجارة فيكفى إذن عام .

وفى العقد الذى يتم مع الزوج نفسه تكون إجازة الزوج الضمنية تكفى وحدها ، على أن عدم أهلية الزوجة ينتج عن الزواج ، أو يجب إذن القضاء فى هذه الحالة نظراً لأن الغرض من عدم الأهلية ضعف المرأة الطبيعى واحتياجها للحماية ولكن الرأى الأول صحيح ، وعليه العمل قانوناً .

بند [١٦٦]

التشريع الاسلامى — لا تحتاج المرأة المتزوجة فى تصرفاتها إلى إذن زوجها فى العقود المالية أما عقودها الشخصية التى تتعلق بمنفعة ذاتية قد تضيع على الزوج حقه فلا بد من إذن الزوج كما سبق ، والإذن كما يكون صريحاً يكون ضمناً ، ويجوز له سحب تصريحه متى رأى أنه من مصلحته وليس سحب إذن الزوج من زوجته التى اشتغلت تاجرة أو طبيبة أو مرضعا مبطل لتعاقدها ولكن يحرم عليها التمادى فإن رفع أمرها للقاضى قضى له بما طلب وألزمها طاعة زوجها فيما هو من حقوقه الشخصية الناتجة عن الزواج .

و إذن الزوج حق لشخصه لأنه هو الذى يلحقه الضرر فلا ينوب عنه القضاء فى ذلك إلا إذا منعها من التقاضى أو من الخروج لزيارة والديها مثلاً فللقاضى إجباره على إذنها بذلك ، والحكم على الزوج لا يسلبه هذا الحق ، فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلوليه النظر فيما يراه صالحاً له .

فإن رأى كون زوجته منفذة لوصية ملحقاً به عاراً أو منقصاً لحقه أو مضيعاً له فى اشتغالها بذلك جاز له منعها ، والإذن يتخصص بكل حادثة بما يراه الزوج .

وللزوج أن يتعاقد مع زوجته على أى نوع من أنواع التعاقد تعاقد النظير للنظير بلا إذن أحد .

بنـد [١٦٧]

صيانة عدم الأهلية

القانون الفرنسى — نتائج إذن الزوج هى وقوع العقـد أو العمل الذى تم من المرأة المتزوجة صحيحاً قانوناً ونتائج عدم الإذن هو وقوع العقد غير صحيح قانوناً ، وهذا الفساد فساد خاص فليس لمن تعاقد مع المرأة غير المأذون لها أن يطلب الإلغاء ، فهذا الإلغاء يزول بمضى المدة أو بإصلاحه والذى يحق له طلب البطلان هو الزوج أو الزوجـة أو ورثتهما فقط ويمكن للزوج المصادقة على تصرف امرأته ما دام الزواج قائماً فيصبح التصرف صحيحاً قانوناً وللزوجة تصحيح تصرفها متى انحل الزواج أو تفرقا قضائياً .

ويصبح العقد صحيحاً بمضى عشر سنوات من يوم العقد بالنسبة للزوج ومن يوم حل العصمة بالنسبة للزوجة .

إذا حضرت الزوجة للتقاضى بدون إذن زوجها فالحكم يقع صحيحاً فى ذاته غير أنه يصح فيه الاستئناف أو النقض فإذا لم يحصل فيه طعن قانونى فى المدة المقررة حاز قوة الشىء المقضى فيـه .

بنـد [١٦٨]

التشريع الإسلامى — نتيجة إذن الزوج لزوجته فى التعاقد على عمل يمنع الزوج من استيفاء منفعته لا صحـة التعاقد ، وعدم الإذن يخول للزوج حق الإلغاء فهو حق خاص للزوج وليس للزوجة حق طلب الإلغاء لأن العمل تم من جهتها فلا تنقضه ، ويصبح العقد لازماً متى سكت الزوج وأجازه صراحة أو ضمناً وإذن الزوج يصح ما دامت الزوجيـة قائمة حقيقة أو حكماً كما فى عدتها منه ، ومتى تفرقا بالطلاق وخرجت من العدة لزمها العقد نهائياً ، أما بيعها

وشراؤها ورهنها وقرضها ووديعتها الخ . فلا دخل لأحد فيه فهو صحيح لازم ، وهـذا الحق شخصى للزوج فإن لم يجزه صراحة أو ضمناً ولا يعلم به فلا يفوت بمضى المـدة ما دامت حقوق الزوجية قائمة .

إذا قاضت الزوجة أو تقاضت فالحكم صحيح ولو لم يأذن لهـا الزوج فى حضور مجلس القضـاء وليس للزوج التدخل اطلاقاً لا بالاستئناف ولا بالنقض لأنه ليس طرفاً فى الخصومة ولا تلحقه الخصومة بأى ضرر .

بنـد [١٦٩]

القانون الفرنسى —

قانون ١٣ يوليو سـنة ١٩٠٧ نص على غايتين :

أولاً — أجر المرأة الحر ، المرأة لهـا الحق فقط فى قبض وتصريف أجر عملها فلها التوفير ومشترى عقار أو منقول ثم بيعه بدون إذن زوجها .

وبموجب قانون سنة ١٩١٩ للمرأة التى بلغت فوق ٤٥ سنة وليس لها أولاد ولا أولاد أولاد يمكنها أن ترتب أملاكها إلى جهات البر والإحسان بدون إذن زوجها ، وللزوج مراقبة زوجته فإن أساءت إدارة هذه الأملاك أو تصرفت بما يعود عليهـا بالضرر فللزوج طلب الحجر عليها فى كل أو بعض هذه التصرفات فإذا أثبت صحة دعواه سلبتها المحكمة هذه السلطة وعادت للزوج.

ثانياً — حصـة الزوجين فى مصاريف المنزل ، إذا سلك الزوج مسلـكاً لا يتفق مع الحرص على مصلحة بيته أو أولاده بأن كان مبذراً فللزوجة الحق فى أخذ إذن من قاضى الصلح يبيح لها فيه قبض ما يجب صرفه فى المنزل من أجرته أو ماهيته من محل عمله .

يجوز للمرأة المتزوجة أن تقاضى وتتقاضى بدون إذن زوجها فيما خصها به قانون سنة ١٩٠٧

بند [١٧٠]

التشريع الإسلامى — القوانين الوضعية تجعل المرأة بدون أهليـة شرعية ما دامت متزوجة وهذا يسلب من الزوجة اعتبارها كشخص له وعليه فى هذه الحياة وقد سواها المشرع الإسلامى بالرجل منـذ أول تشريع إلا فى الميراث لأسباب اجتماعية ستذكر فى بابه وفى باب الشهادة فى المال دون الشهادة فى الحدود ولـكن قانون سـنة ١٩٠٧ قرر للمرأة بعض حقوقها فى جزء خاص من أملاكها الناتجة عن أجر عملها ، وللزوج حق الإشراف على تصرف زوجته فإن أساءت كان له حق طلب الحجر عليها كما جعل للزوجة نفسها هذا الحق فى النظر فى تصرفات زوجها فإن أساء أو بذر جاز لها طلب الحجر أيضاً .

وليس على الزوجة المشاركة فى نفقة المنزل فإن تبرعت بما يساعد زوجها كان أدعى للمودة بين الزوجين ولـكن بدون وجوب عليها ، فان امتنع زوجها من الإنفاق لأى سبب رفعت أمرها للقاضى ليقدر لها ما يجب على الزوج دفعه كل شهر فإن دفع فبها وإلا حجزت بأمر القاضى على أجره الشهرى أو أملاكه لاستيفاء النفقة المقررة ، فإن لم تجد ما تستوفى منه النفقة أمره القاضى بالإنفاق أو الطلاق متى طلبت ذلك ، فان أنفق فبها وإلا أمر بالطلاق فان طلق فبها وإلا طلق عليه القاضى .

(نتيجة المقارنات) من بند ١٥٠ إلى نهاية بند ١٧٠

يتفق التشريعان فيما يأتى :

نتائج الزواج (فى الجملة) — واجبات متقابلة بين الزوجين (فى الغالب) — حفظ العرض خضوع المرأة إلى زوجها — العناية والعون الأدبى — المساكنة والمعاشرة — السلطة الزوجية (فى بعض نواحيها) .

ويختلف التشريعان فى :

عدم أهليـة المرأة المتزوجة — واجب المساعدة فى الحيـاة المعيشية — السلطة الزوجية (فى بعض نواحيها) — وكالة الخدمة — قواعد إذن المرأة .

بنـد [١٧١]

انحلال الزواج

القانون الفرنسى — ينحل الزواج بأحـد أمرين : موت أحـد الزوجين أو الطلاق ، وأما التفريق الجسمانى القضائى فلا يحل عقدة الزواج إنمـا يوقف ما ترتب عليه فقط من علاقات الزوجية .

نتيجة حل الزواج — يترتب على حَل الزواج حِل الزواج للزوجين أو لأحدهما ، فيجوز الزواج للرجل عقب انحلال الزواج ، وعلى الزوجة أن تمـكث بعده عشرة أشهر ، وهو شرط تحريمى ، ولو خالفته وتزوجت قبل مضى هذه المدة فالزواج صحيح .

بند [١٧٢]

القانون الرومانى — انحلال الزواج يكون من ثلاثة أمور : أولا : وفاة أحد الزوجين . ثانيا : فقد أحد الزوجين لحريته أو جنسيته . ثالثا : الطلاق وذلك :

أولا — متى كان الزواج مع سلطة الزوج فلا يمكن للزوجة التخلص من زوجها بفرض طلاقها عليه ولا بأى طريق آخر فهى كإحدى بناته بخلاف الزوج فله أن يضع حدا لسلطته و يطلقها بعمل احتفال مضاد لما فعل فى الزواج ، وهذا فى زواج الأشراف ، أما فى زواج العامة فيعلن الزوج حرية زوجته و بلوغها رشدها وهو الطلاق .

ثانيا — متى كان الزواج بدون سلطة الزوج فهى جمعية حرة ، وهى نوع من الحياة واقعة

مفروض فيها رضاء الزوجين ، فمتى اتفقا أو رفض أحدهما المعيشة مع الآخر وتركه بالفعل فهى حال الطلاق ، فيحصل الطلاق بأحد أمرين ، إما بالاتفاق عليه و إما بترك أحدهما الآخر ، فالطلاق حر بدون سبب ولا شكل ، ثم حصل تقييد فى الطلاق باشتراط اخبار الزوج الآخر بطلاقه و بحضور ستة شهود ، ثم احتفظ بالطلاق بالاتفاق ، ثم منع الترك بلا سبب . أما زواج العبيد فهو جمعية حرة بالفعل فقط بلا نتائج قانونية .

بند [١٧٣]

التشريع الاسلامى — ينفسخ النكاح بالموت حقيقة أو حكما و بالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، فان كان الطلاق رجعيا جاز للزوج مراجعتها ما دامت فى العدة ولو بغير رضاها وكان للرجعة محل ، و ينفسخ النكاح بإسلام أحد الزوجين المجوسيين ، و بإسلام زوجة الكتابى وامتناعه عن الإسلام أو سكت ، و بارتداد أحد الزوجين عن الإسلام ، و بخيار العيب أو خيار البلوغ ، و بالعتق ، ففى كل ذلك تنعدم حقيقة الزواج و إن بقى أثره المترتب عليه .

وليس فى التشريع الإسلامى تفريق جسمانى لأن فيه أشد الضرر على الزوجين فلا هما متزوجان متعاشران يقوم كل منهما بواجباته الزوجية ولا هما متفرقان حران يفعلان مايريدان ، فما أقسى هذا التشريع الذى يعطل حركة الدورة والوجود البشرى بلا فائدة منتظرة ، وماأوسعه بابا للفساد الأخلاقى .

و يترتب على انعدام الزواج حل الممنوع شرعا أثناء قيامه فيحل للزوج أن يتزوج أخت زوجته أو ما كان جمعها مع زوجته محرما ، وزواج خامسة ، و يجب على الزوجة أن تعتد لتعرف براءة الرحم ، وقد سبق تفصيل العدة فى الزواج (شروط صحة الزواج) وهو شرط فى صحة الزواج الثانى خوفا من اختلاط الأنساب ، فان تزوجت وهى فى العدة حرمت مؤبدا على من تزوجها سواء دخل بعد العدة أو قبلها ، فان لم يدخل فلا يتأبد تحريمها وهذا التشديد واجب

محافظة على الأنساب ، فرحم المرأة وعاء يجب أن نتأكد من خلوه قبل إباحة استعماله للغير . فانظر رحمك الله كيف أباح التشريع الوضعى صحة عقد المرأة لزوج ثان قبل نهاية العدة ، وهذا هو عين خلط الأنساب .

بند [١٧٤]

الطلاق

القانون الفرنسى — نظرة عامة — الطلاق هو حل عقد الزواج بمعرفة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الزوجين لأسباب قانونية محدودة .

تنقسم حال الدول فى الطلاق إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يقبل الطلاق والتفريق الجسمانى وهو : انكلترا . البلجيك . فرنسا . الولايات المتحدة بولونية الروسية . وفى المجر يطبق الطلاق على غير الكاثوليك والتفريق الجسمانى على الكاثوليك .

القسم الثانى : يقبل الطلاق فقط دون التفريق الجسمانى وهو : روسيا . ألمانيا . سويسرا . السويد . النرويج . الدانيمارك . رومانيا . صربيا . البرتغال .

القسم الثالث : يقبل التفريق الجسمانى دون الطلاق وهى إيطاليا وأسبانيا .

بند [١٧٥]

التشريع الإسلامى — الطلاق هو حل العصمة وفك عقد الزواج بمعرفة الزوج أو وكيله أو من فوض له فى ذلك أو من ملك هذا الحق ولو كانت الزوجة ، ولا دخل للقضاء فيه إلا إذا اختلفا فى حكم من أحكامه بدون أسباب قانونية محدودة .

فعقد الزواج مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج إذا لم يكن هناك شرط آخر كأن اشترطت المرأة أن تكون عصمتها بيدها أو قال لها وكلتك فى طلاقك كما تشائين أو ملكتك طلاقك الخ . فيكون للزوجة الحق فى إيقاع الطلاق حسب التوكيل أو التمليك كالزوج ، وهو شرط صحيح لأن فيه منفعة يقصدها أحد الزوجين ، ويجوز للزوج توكيل أو تمليك غير الزوجة فى الطلاق فيكون له الحق فى إيقاع الطلاق كالزوجة تماما (راجع التوكيل والتمليك والتخيير فى الطلاق) .

والحقيقة أنه ليس أشق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصا تبغضه قهرا عنها كما اقتضت الشرائع الوضعية أن يكون الطلاق بيد المحكمة تقدر الأسباب المحددة قانونا وقد لا تجد سببا يبرر الطلاق فترفضه ، وقد تكون الكراهة فى صميم القلب فالتنافر شىء طبيعى خلقه الله مع البشر ، ولهذا كان فى قضايا الطلاق مخازى ومعايب تصل إلى أن يتفق الزوج والزوجة على الاعتراف بالزنا لتطلق المحكمة والله يعلم أنه براء ولكن القانون هو القانون ولو لم يوافق طبائع الناس فتفرض عليهم العشرة قهرا وانفهم فى التراب ، وماذا ينتج عن ذلك فالتشريع الإسلامى دين سماوى سمح يعطى لكل ذى حق حقه بلا ضرر ولا ضرار .

بند [١٧٦]

أسباب الطلاق

القانون الفرنسى — أسباب الطلاق — (١) الزنا . (٢) سوء المعاملة أو إهانة فوق الطاقة . (٣) الحكم بعقاب بدنى قصاصى أو مخل بالشرف .

أولا — زنى أحد الزوجين — زنى أحد الزوجين سبب فى الطلاق فى أى محل وعلى أى وجه .

ويتحقق الزنا بمعرفة البوليس الذى للزوج الحق دائما فى استصحابه لعمل التحقيق ، لأن زنى الزوجة جنحة ، وليس للمرأة استصحاب البوليس لعمل محضر إلا إذا كان بمنزل الزوجية .

ثانيا — سوء المعاملة — ويفسر هذا بتعدى الحدود فى سلطة الزوجية ، الأعمال الوحشية الشرسة ، الضرب والجرح ، كل هذا مع تكرره يجعل حياة الزوجين غير مستطاعة ، ويعد من الإهانات الموجبة للطلاق (الامتناع عن أداء واجب الزوجية ، رفض قبول الزوجة فى منزل الزوجية ، هجر منزل الزوجية من المرأة ، رفض إتمام الزواج دينيا بعد تمامه قانونا) ويجب ملاحظة العوائد والوسط للزوجين .

ثالثا — الحكم بعقاب بدنى ومخل بالشرف ، ولكى يجوز الطلاق بهذا السبب يشترط :

١ ـ يجب أن يكون الحكم نهائيا ٢ ـ يجب أن تحكم به محكمة فرنسية ٣ ـ وألا يمحى أثره بالعفو أو برد الاعتبار ٤ ـ يجب أن يصدر بعد إعلان الزواج .

والزنى والحكم البدنى والمخل بالشرف لا يتركان مجالا لمحكمة الموضوع لتقدير الوقائع ، بل يجب عليها الحكم بالطلاق متى ثبت ذلك بخلاف سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فمتروك ذلك لتقدير المحكمة .

ويجوز للمحكمة تأخير النطق بالحكم لعلهما يصطلحان لمدة ستة أشهر فى سوء المعاملة والزنا وأما فى الحكم البدنى والمخل بالشرف فلا يجوز التأخير .

بنـد [١٧٧]

التشريع الإسلامي — ليس فى التشريع الإسلامى أسباب للطلاق إذا صدر من الزوج أو من وكيله أو ممن فوض له ذلك وهو وإن كان فيه استعمال حق مقرر فهو حلال إلا أنه مبغوض عند الله لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) . فالزواج

عقد مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج عند الاطلاق أو عدم اشتراط أن تكون العصمة بيد الزوجة .

فليس كون العصمة بيد الزوج كشرط مدخول عليه بين المتعاقدين أن يستبد الزوج فى معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها قانونا أو يضاررها بما لاتحتمل الإقامة معه ، فإن فعل ذلك فللزوجة طلب الطلاق منعا للضرر لأنه و إن كان أصل التشريع (الطلاق لمن أخذ بالساق) لكن الزوج قد يظلم زوجته فجعل الشرع ولاية القاضى عامة فى ذلك منعا للظلم وتفصيل ذلك فى أربعة مواضع (فى العيب . الاضرار . النشوز . النفقة) .

أولا — عيب الفرقة . وهو الجنون . والجذام . والبرص . والعِزْيطة . والخصاء . والعنة . والاعتراض . فالجنون والجذام والبرص عيوب مشتركة بين الزوجين ، والعزيطة وعيوب الفرج خاص بالمرأة والباقى خاص بالرجل . فمتى رفع أحد الزوجين أمره للقضاء طالبا التفريق (الطلاق) نظر القاضى فإن ثبت أن بالزوج عيبا من هذه من أهل خبرة أمره بالطلاق دفعا للضرر فإن طلق فبها و إلا طلق عليه القاضى طلاقا بائنا .

ثانيا — الاضرار والنشوز — متى وجد خلاف بين الزوجين عين القاضى حكما من أهلها وحكما من أهل زوجها أو حكمين من أهل التقوى والصلاح فيتعرفان أسباب الشقاق والتنافر والبغضاء فإن أصلحا فبها و إلا فإن كانت الإساءة من الزوجة حكما بالطلاق نظير عوض (خلع) تدفعه الزوجة ، و إن كان الضرر من الزوج حكما بالطلاق بلا عوض ، وما على القاضى إلا إنفاذ حكمهما ، ومن الأضرار التى يجوز بها للزوجة طلب التفريق (الطلاق) قطع كلامه عنها وتحويل وجهه فى الفراش عنها ، و إيثار امرأة عليها بعدم العدل بين زوجتيه فى الكسوة والنفقة بقدر حال كل واحدة .

ولا يشترط تكرر وقوع الضرر ، ومنه هجرها بلا موجب شرعى وضربها بلا سبب

شرعى أو تجاوزه حد التأديب الجائز شرعا ، ووطؤها فى دبرها ، وسبها وسب أبيها (يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون) ورميها بالزنى والفسق والفجور الخ مع تحكيم العرف والعادة بالنسبة لأوساط الزوجين فيما يكون ضررا وما لا يكون .

ثالثا — النفقة — متى كان الزوج معسرا ولا مال له ظاهرا أو امتنع من الإنفاق على زوجته وكان غائبا أو حاضرا وطلبت الطلاق طلق عليه القاضى ، و إن كان حاضرا وادعى العسر وأثبته أمهله شهرا للانفاق ثم طلق عليه إن لم ينفق ، أو كان حاضرا وسكت طلق عليه أيضا لأنه لا معنى لبسط سلطانه على مخلوق له حق الوجود وأسباب التمتع بالحياة مع عدم إنفاقه عليه ، فهو إخلال بموجب عقد الزواج ووجوب الإنفاق نظير الاحتباس فكان عدلا أن يرفع الضرر عن الزوجة بإعطائها حريتها كاملة متى طلبت ذلك فإن قبلت البقاء فهى صاحبة الحق .

فيشترط لجواز التطليق للعيب أن تطالب الزوجة بذلك وأن تجهل وجود العيب قبل الدخول وألا ترضى به قولا أو ضمنا ، فإن حدث بعد الزواج فلها هذا الحق . أما سجن الزوج أو اشتهاره بالفسق والفجور والسكر والعربدة ، فإن كانت مثلها تعير بذلك ولحقها ضرر مادى أو أدبى جاز لها طلب الطلاق ، وليس خطر ذلك على إحساس الزوجة بأقل من خطر خصامها أو إعراضه عنها فى الفراش ، ومثله رفض قبولها فى منزل الزوجية .

ويجب على القاضى دائما عرض الصلح على الخصمين فى ابتداء الخصومة فى الدعاوى التى ليس فيها إزالة منكر أو كان فيها حق لله فلا يجوز صلح أحل حراما أو حرم حلالا .

وأظن كما يظن جميع المتشرعين أنه ليس هناك تشريع أنال المرأة حقوقها وحافظ على إحساسها وسوى بينها و بين زوجها فى الحقوق والواجبات وحافظ على شخصيتها القانونية من جميع نواحيها كالتشريع الإسلامى ولكن هو الكره والحقد والجهالة جعل المتفرنجين يميلون عنه إلى التشاريع الوضعية ولو كانت ظالمة لا تتمثل فيها العدالة .

بنـد [١٧٨]

إجراءات الطلاق

القانون الفرنسى — بحث هذه الإجراءات موجب لبحث ما يأتى :

١ ـ من له حق الطلاق ٢ ـ سـقوط الحق ٣ ـ المحكمة المختصة ٤ ـ سير القضية . ٥ ـ طرق الطعن فى الأحكام ٦ ـ النطق بالحكم وتنفيذه ٧ ـ الأعمـال التحفظية مدة سير القضية .

أولا — حق طلب الطلاق حق شخصى للزوجين فقط فلا يجوز للدائنين مباشرة هـذا الطلب ولا للورثة طلبه ولا السير فيـه بعد الوفاة . ليس للوصى طلب الطلاق عن المحجور عليه قضائيا ما دام عديم الأهلية لـكن له أن يمثله قضائيا إذا كان مدعى عليه ، وللوصى على عديم الأهلية قانونا تقديم الطلب بالطلاق بناء على طلب عديم الأهلية أو إذنه .

ثانياً — سقوط الحق ـ وهو حدوث بعض أشياء تقضى بعدم قبول طلب الطلاق حتى ولو كانت الشكوى محققة أو قريبة الوقوع وأسبابه هى :

١ — الصلح بين الزوجين ـ وهو سماح المجنى عليه من الزوجين فى حقه المعتدى عليه فيه الزوج الآخر الجانى . وليس للمحكمة إلا الحـكم بالصلح ورفض دعوى الطلاق فهو من الحق العام فإن عاد المذنب إلى ما ارتكب صح للمجنى عليه من الزوجين الرجوع إلى طلب الطلاق والتمسك بالأسباب الماضية مع الحادثة .

٢ — وفاة أحد الزوجين مسقط لطلب الطلاق ما دامت الوفاة حصلت قبـل أن يصبح حكم الطلاق غير قابل للطعن فيه وإلا فلا تؤثر فيه الوفاة

٣ — مقابلة المثل ـ إذا ارتكب أحد الزوجين ما ارتكبه الآخر فلا معنى لعدم قبول طلب الطلاق ولكن للزوج الآخر المدعى عليه تقديم طلب الطلاق ليكون الطلاق فى صالحه ـ وتكون مقابلة المثل مانعة من سماع طلب الطلاق فى موضعين :

أولا — إذا كان سبب الطلاق الحكم على أحد الزوجين بما يخل الشرف ويجلب العار وأثبت المدعى عليه أن المدعى قد حكم عليه كذلك فهناك تكافؤ .

ثانياً — إذا كان سبب الطلاق سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فالمدعى عليه يمكنه بيان السبب المبرر من استفزاز المدعى ولولا ذلك ما اعتدى فيتحقق التكافؤ .

ولا يكون الزنى سبباً فى الطلاق إذا أجازه المدعى أو أعانه عليه .

بند [١٧٩]

التشريع الإسلامى — لا يحتاج الطلاق إلى إجراءات ، فالطلاق له ألفاظ معينة يراد بها حل عقدة الزواج وهو صريح (كطلقتك ـ أنت طالق ـ أنت مطلقة الخ) ، وكناية (كلاعصمة لى عليك ـ أنت حرام ـ أنت خالصة ـ أنت برية الخ) فألفاظ الطلاق الصريح ما تُحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ ـ وألفاظ الكناية الظاهرة هى التى لا تنصرف عن الطلاق إلا بالنية أو غيرها ـ وألفاظ الكناية الخفية لا تتوجه إلى الطلاق إلا بنية

وحق الطلاق حق شخصى للزوج فى أصل عقد الزواج ـ ولكن قد يملكه الزوج لزوجته فتكون عصمتها فى يدها فتوقع الطلاق حسب الشرط ـ وقد يوكل غيره فى إيقاعه وقد يخير الزوج زوجته فيتقيد الوكيل والمخير بما وكل فيه أو خير . وقد ينتقل حق إيقاع الطلاق من الزوج إلى القاضى متى كان للزوجة حق فى ذلك ومنعها الزوج من إعطائها حريتها وهو ظالم لها كما إذا منعها النفقة أو ألحق بها ضرراً مادياً كضرب وجرح بلا حق شرعى أو أدبيًا كما إذا خاصمها أو سبها أو احتقرها بحيث لا تحتمل الإقامة معه وكانت أوساطهما والعرف يقضى بذلك

فإن طلبت الزوجة طلاقها وثبت ذلك أمره القاضى بالطلاق فان طلق فبها و إلا طلق عليه القاضى أو أمرها هى فطلقت نفسها وحكم به .

للوصى أن يرفع الأمر للقاضى بطلب الطلاق لقاصره إذا كان له الخيار ولقاصرته إذا اعتدى عليها الزوج وليس له هو إيقاع الطلاق لأن الوصى لا يملك ذلك (فالطلاق لمن أخذ بالساق) وناب القاضى بمقتضى الحق العام عن عديم الأهلية .

ليس فى الطلاق سقوط حق إلا فى الوكالة إذا سحب الزوج توكيله ممن وكله فى ذلك أو إذا ملك الزوج طلاق زوجته إليها تطلق نفسها متى شاءت فيسقط حق الزوج فى استعماله هذا الحق و يبقى للمملكة مثلا ـ والطلاق من الزوج أو ممن يملكه لا يحتاج لحكم حاكم فبمجرد نطقه يلزم وتترتب عليه آثاره ـ وأما الطلاق على الزوج للضرر أو للامتناع عن النفقة فلا بد من حكم قاض به وليس فى الشريعة مقابلة المثل فكل شخص ذكراً أو أنثى معاقب بما فعل و إزالة المنكر فريضة ولا يصح الصلح فيها فالصلح بين المسلمين واجب إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا .

ولكن انظر القوانين الوضعية فهى تبيح الصلح فى الزنا فلا طلاق متى تم الصلح فأى انحطاط خلقى بعد ذلك .

بند [١٨٠]

القانون الفرنسى

ثالثاً — الاختصاص وسير القضية ، المحكمة المدنية هى المختصة ، ولا يجوز طلب الطلاق تبعاً لجنحة الزنا بالمحكمة الجنائية ، ومحكمة المدعى عليه هى التى يقدم إليها الطلب فينصح رئيس المحكمة المدعى لعله يرجع و إلا أمر باستدعاء المدعى عليه وناقشهما فإن لم يتفقا أمر بنظر القضية .

ويجب تحرير طلب الطلاق بواسطة محضر الدعاوى ويقدمه المدعى شخصياً فإن كان مريضاً انتقل القاضى ومعه الكاتب إلى محل إقامته ليتلقى منه الطلب يداً بيد .

طرق الطعن فى حكم الطلاق كأى حكم قابل للمعارضة والاستئناف والنقض الخ ولكن له بعض قواعد خاصة به وهى :

١ — إن مدة الاستئناف تمنع التنفيذ لا نفس الاستئناف كما فى الأحكام العامة وكذلك مدة المعارضة مانعة من التنفيذ .

٢ — مدة المعارضة فى حكم الطلاق شهر إن أعلن الحكم فى مواجهة المحكوم عليه فإن أعلن بواسطة إعلان المحكمة فمدة المعارضة ثمانية أشهر من آخر عمل فى الإعلان ، بخلاف الحكم العادى فمدته ثمانية أشهر .

٣ — مدة رفع النقض عن قرار محكمة الاستئناف مانع من تنفيذ حكم الطلاق بخلاف الأحكام العادية فلا مانع من التنفيذ ، مع العلم أن النقض يرفع عن حكم نهائى أو قرار من محكمة استئنافية فلا تتزوج المرأة ولا الرجل المطلقان قبل مضى مدة المعارضة والاستئناف والنقض ويجب تسجيل حكم الطلاق فى مدة ١٥ يوماً وعلى موظف العقود المدنية تسجيله فى مدة ٥ أيام ويجب إعلان الحكم بالمحكمة التى حكمت به وبحجرة محضرى الدعاوى وفى الجريدة التى تصدر فى المدينة .

بند [١٨١]

التشريع الإسلامى — من يملك إيقاع الطلاق على التفصيل السابق يوقع الطلاق فيقع بدون احتياج إلى شىء آخر ، فيجوز للزوج بعد وقوع الطلاق أن يتزوج ما كان منه ممنوعاً متى كان الطلاق بائناً ، ويجوز للزوجة أن تتزوج غير مطلقها بعد انقضاء مدة العدة وأما الطلاق

الذى يوقعه القاضى فتسرى عليه إجراءات الأحكام العامة من معارضة واستئناف وأما النقض فلا يوقف تنفيذ حكم الطلاق .

ويجب تسجيل الطلاق متى خيف الإنكار أو الغيبة البعيدة أو المناكرة .

بند [١٨٢]

احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق

القانون الفرنسى — يجب اتخاذ احتياطات فى (١) سكن الزوجين (٢) نفقة الزوجين (٣) حفظ الأولاد (٤) حفظ الأملاك ، والذى يفصل فى هذه الأشياء رئيس المحكمة قبل أن تعرض القضية على الجلسة ثم ينتقل الحق للمحكمة ، على أن رئيس المحكمة هو دائماً قاضى الأمور المستعجلة ، وطبيعة ما يصدر من الأوامر مؤقتة بوجود ما يستدعيها من الأسباب وتتغير تبعاً لها .

يعين رئيس المحكمة محل إقامة المرأة بعيداً عن زوجها بناء على طلبها وعليها ملازمة هذا المحل حتى يفصل فى القضية . . ويحكم أيضاً رئيس المحكمة بالنفقة اللازمة لمعيشة الزوج الآخر الذى ليس فى يده مال الزوجين فإن إحتاج الزوج وكان للزوجة إدارة أملاكها فيحكم للزوج بالنفقة عليها .

وعلى الرئيس أو المحكمة النظر فى صالح الأولاد فيضعهم مع الأم أو مع الأب أو عند أحد أقاربهما أو أجنبى عنهما حسب ما يرى لمصلحة الصغار ، أما فيما يتعلق بأملاك الزوجين فيأمر رئيس المحكمة بختمها وحصرها وتعيين الزوج عليها حارساً قضائياً بحيث لا يجوز له الصرف منها وهذا فى المنقولات ، أما العقار والتعهدات فكل بيع أو تعهد بحق للغير يصدر بعد أول أمر من رئيس المحكمة يعتبر غشاً وغير صحيح .

بند [١٨٣]

التشريع الاسلامى — الطلاق فى التشريع الإسلامى لا يحتاج إلى كل هذا لأنه متى أوقعه من يملك الطلاق تفرق الزوجان فلا يتعاشران فيجب على الزوجة العدة وعلى الزوج نفقتها مدة العدة لأنها من توابع الزوجية ، وأما الأولاد الذين دون سن الحضانة فحفظهم للأم تقوم بحفظهم وخدمتهم وقدر سن الحضانة بالاستغناء عن خدمة النساء ومتى تجاوز الأطفال سن الحضانة أخذهم أبوهم ليقوم بتعليمهم وتربيتهم للمستقبل ، ويراعى فى الحضانة مصلحة الأطفال ومنفعتهم .

أما إذا كان طلب الطلاق من الزوجة أمام القضاء فليس لها ترك منزل الزوجية إلا إذا كانت مظلومة ولم ينصفها حاكم كطالبة التطليق للضرر ، وكل من طلبت الطلاق فلها المؤونة مدة المرافعة لأنها زوجة مالم يصدر الطلاق ، ومالم يقم بها مانع مسقط للنفقة ، فإن أخرجها الزوج من منزل الزوجيـــة أو ضاررها حتى خرجت أو خشيت على نفسها سطوة زوج لا يخشى الله فى محارمه ، فعلى الزوج أجر مسكنها مدة المرافعة ومدة العدة بعد الطلاق .

ولا يقضى بالنفقة للزوج على زوجته لأن هـذا قلب للأوضاع ، وليس بين الزوجين شركة مالية يقتضيها الزواج فلا علاقة اطلاقاً بين الزواج ومال الزوجين .

بنـد [١٨٤]

نتائج الطلاق

الفائدة الفرنسى - يلزم البحث فى (١) علاقات الزوجين فيما بينهما (٢) علاقات الزوجين والأطفال (٣) فى أى لحظة ينتج حكم الطلاق ما يترتب عليه .

أولاً نتائج الطلاق فى علاقات الزوجين فيما بينهما ، ينتج ثلاثة أمور :

١ — الطلاق يترك وجود الزواج قبل حدوثه مع جميع نتائجه من غير رجوع للماضى فهو كالموت يقطع العلاقات الزوجية فى المستقبل .

٢ — الطلاق يقطع الزواج فى المستقبل ويترتب عليه انقطاع حقوق الزوجية المترتبة على الزواج ، تترك الزوجة استعمال اسم زوجها وتعود إلى استعمال اسمها قبل الزواج ، لا يكون ميراث بين الطرفين ، الشركة فى الأملاك التى ترتبت على الزواج تصفى ، وللزوجة طلب إرجاع مهرها إليها تعود الحرية للمرأة فى كل أعمالها وليس للزوج عليها أى حق لا فى نفسها ولا فى مالها ، يمكن لكل من الزوجين أن يعقد زواجا آخر فقط على الزوجة ملاحظة العدة عشرة أشهر .

ويجوز للزوجين المطلقين عقد زواجهما مرة أخرى بينهما ثم ثالثة ورابعة بدون تحديد حسب قانون سنة ١٩٣٠ فقط عليهما إعلان زواجهما قبل عقده من جديد وكان القانون يحرم زواج المطلقين أولا ثم أباحه إلى طلاقين ثم أباحه من غير تحديد .

٣ — الطلاق ينتج واجبات وحرمانا من حقوق فى جانب المحكوم ضده بالطلاق .

فيجب فرض نفقة على المحكوم عليه بالطلاق لزوجه الآخر الذى حكم لمصلحته متى كان محتاجا وكانت سبل معيشته لا تكفيه وهذا كتعويض يتحمله المخطىء ولا تتعدى النفقة المفروضة ثلث إيراد المحكوم عليه وان يتحمل ورثة المحكوم عليه هذه النفقة حتى وفاة المحكوم له .

حرمان المحكوم عليه من الحقوق ، الزوج المحكوم عليه بالطلاق لا حق له فى الهبة المعطاة له من الزوج الآخر المحكوم له بالطلاق سواء كانت فى عقد الزواج أو خارجه لكفرانه بالنعمة ، ولا يأخذ الزيادة المشروطة له عند تصفية مال الزوجية ولا يعمل بهذا الشرط المميز له فى أى شىء ، فإن صدر حكم الطلاق ضد الزوجين فتلغى العطايا ويلغى تمييز أحدهما عن الآخر

بنـد [١٨٥]

التشريع الإسلامى — ينتج عن الطلاق بقـاء آثار الزواج صحيحة بلا نقص لساعة الطلاق وقطع علاقات الزوجية بعد الطلاق إلا ما هو من آثار الزواج السابق كالعدة فإن المرأة فى حكم المتزوجة من حرمة الزواج ووجوب النفقة على الزوج فإن تبين حمل فعدتها بوضع الحمل و إلا فعدتها كما سبق بيناه فى العدة فيلحق الولد المولود قبل الطلاق بالزوج قهراً عنه والولد الذى يولد بعد الطلاق كذلك ما لم يولد بعد مدة أكثر الحمل .

ومتى طلقت الزوجـة طلاقاً بائناً أو وقع الطلاق على براءة أو وقع نظير عوض فلا ميراث بين الزوج ومطلقته ، أما إذا وقع الطلاق رجعيا بأن كانت طلقة واحدة بلا عوض فالمطلقة فى حكم الزوجة إلا فى ثلاثه أشياء الاستمتاع والخلوة والأكل معها ، والمطلقة رجعيا يلحقها الطلاق والخلع والظهار ، ولها النفقة والسكنى وترث من زوجها و يرث منها مادامت فى العدة .

وليس فى التشريع الإسلامى حمل اسم الزوج حتى تترك استعماله بعد الطلاق ، ولا شركة فى الأموال بين الزوجـين ناتجة عن الزواج حتى تصفى بل الزواج منفصل تمام الانفصـال عن الأملاك التى لـكل واحد منهما التصرف المطلق فيما يملك (ما عدا هبـة الزوجة أزيد من الثلث) (مالك) .

ومهر الزوجة ملك لها عوض عن التنازل عن حريتها الشخصية لزوجها فيما يقتضيه عقـد الزواج او نظير بضع يتمتع به الرجل جبراً لضعف المرأة ، فلا حق للزوج فيه لا قبل الزواج ولا بعـده فهى حرة التصرف فيه ، فإن جرى العرف على تأخير شىء من مهرها يحل لها طلب المؤخر من مهرها بالطلاق البائن (بخلاف الرجعى عند أبى حنيفة) .

ومتى خرجت المرأة من العدة فليس للزوج عليها أى حق فيما كان يقتضيه عقد الزواج

وما يتبعه فان كانت فى العدة فحكمها كالمتزوجة من لزوم النفقة والسكنى على زوجها ، حتى تخرج من العدة وحينئذ تكون أجنبية تفعل فى نفسها ما تشاء .

فان كانت الزوجة غير مدخول بها فلا عدة عليها بعد الطلاق ، و إن قضت عدتها فلها الزواج بغير زوجها متى شاءت وكذلك غير المدخول بها بمجرد الطلاق .

ويجوز للزوج مراجعة زوجته و إعادتها لعصمته ولو بدون إذنها و بدون رضاها متى كان الطلاق رجعياً ولم تنقض عدة الزوجة منه فإن طلقها مرة أخرى رجعيا جاز له مراجعتها ثانيا مادامت فى العدة بغير رضاها ولا إذنها ، فإن طلقها الثالثة فلا يحل له رجعتها لأن الله يقول ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ثم يقول ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ .

فإن كان الطلاق بائنا بينونة صغرى كأن كان نظير عوض أو كان بلفظ يقع به الطلاق بائنا ولم يكن طلق قبل ذلك مرتين فيجوز للزوجين أن يعودا زوجين بعقد ومهر جديد برضاها و إذنها . و إن كان الطلاق مكملا للثلاث كأن طلقها مرتين قبل ذلك أو كان الطلاق بلفظ الثلاث عند من يرى وقوع الثلاث بلفظ واحد كمالك . أو كان يفيد الثلاث فلا تحل لزوجها حتى تتزوج زوجا آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً على نية الزواج المؤبد لاعلى نية تحليلهالزوجها الأول و إلا فلا تحل له بل ويكون العقد فاسداً .

وقد أراد المشرع إعطاء فرصة للزوجين مرة ثم مرة لعلهما يعودان إلى رشدهما وصوابهما فيتعاشران بالمعروف ويؤسسان عائلة يخيم عليها الهدوء والسكينة فان وقع الطلاق الثالث كان منظوراً إلى الزوجين بعدم صلاحهما لعشرة طيبة فحرم الدين اجتماعهما .

وأما فرض النفقة فدائماً تكون للزوجة فى العدة حتى تنقضى شرعاً لأن العدة من توابع الزواج فهى محبوسة من جرائه ومتى انقضت العدة بالحيض أو بالأشهر أو بالوضع بطلت النفقة ولا يحكم للزوج بنفقة على زوجته مهما كانت الأسباب ، وأما تصرف أحد الزوجين فى أمواله

مدة الزوجية بهبة أو بغيرها فيطبق عليها أحكام الهبة بقطع النظر عن زواج أو غيره ، وأما الهبة لأحد الزوجين فالموهوب له هو الذى يقبضها و بقبضه ملكها دون الزوج الآخر ولا دخل له فى ذلك إلا إذا رأى الزوج أن هبة أحد الناس لزوجته تجر انتقاداً وتجريحاً ولا يقصد بها إلا وجه الشيطان فله الحق فى منعها من قبضها و يجب على الزوجة طاعة زوجها وردها للواهب .

بند [١٨٦]

القانون الفرنسى

رابعا — علاقات الزوجين بالنسبة للأولاد — الطلاق لا ينقص حقا من حقوق الأطفال ولا يغير لهم حالة مدنية و إنما الطلاق يغير حقوق الأبوية ، فللمحكمة كامل الحق فى النظر فى شأن الأولاد ، والقاعدة العامة هى أن تسلم الأولاد إلى من حكم لصالحه فى الطلاق لمباشرة حفظهم وتعليمهم وتربيتهم ومع هذا يمكن تغيير ذلك حسب مصلحة الأولاد .

ويحرم الزوج المحكوم عليه بالطلاق من إدارة أموال الأولاد والتمتع بها قضائيا و يحتفظ الزوج المحكوم عليه بالحقوق الآتية : ١ ـ تعيينه قيما أو وصيا ٢ ـ حق رشد القاصر ٣ ـ حق إعطاء إذن بالزواج ٤ ـ حق رؤية الطفل الذى تحدده المحكمة ٥ ـ حق ملاحظة تعليم الطفل و إعلام المحكمة إذا لزم الأمر . وحق التأديب فيه خلاف .

وعلى الزوجين اقتسام مصاريف الأولاد كل حسب مقدرته .

بنـد [١٨٧]

التشريع الإسلامى — لا علاقة بين الطلاق و بين حقوق الأولاد المقررة لهم شرعا ، فالأم أحق بحضانة الطفل ذكرا أو أنثى إلى بلوغه فى الذكر والدخول فى الأنثى عنـد مالك ، وعند أبى حنيفة لسن ٩ فى الذكر و ١١ سنة فى الأنثى ثم يستلمهما العاصب أبا أو جدا أو أخا

للتعليم والتربية إلا إذا كانت الأم ليست أهلا للحضانة كأن كانت فاجرة يخشى على الولد منها أو كافرة تغير دين الولد وهو يعقل الأديان فإن كان الأب فاسقا ماجنا مشهورا بذلك نظر القاضى فى مصلحة الأولاد ووضعهم كما يرى ، والأب هو الذى يدير أموال أولاده إلا إذا أساء فهو ضامن وللقاضى بحق الولاية العامة لما فيه المصلحة أن ينزعه منه و يضعه تحت يد أمين ، فالأب ولى شرعى على أولاده له تقرير رشدهم متى رأى فيهم ذلك وهو ولى مجبر فى الزواج وله حق رؤية الصغير عند حاضنته كما يراه القاضى وهو الذى يلاحظ تعليم القاصر و يؤدبه ، وعلى الأب فقط مصاريف أولاده إلا إذا كان فقيرا معدما فعلى الأم إن كانت غنية ترجع بها على الأب عند يساره ، فإن كان الولد غنيا فنفقته فى ماله .

بند [١٨٨]

القانون الفرنسى — فى أى لحظة ينتج الطلاق ما يترتب عليه ، يعمل بحكم الطلاق من يوم أن يصبح نهائيا غير قابل للطعن ولا يماثل الحكم العادى الذى يعمل به من تاريخ رفع الدعوى .

ما يتصرف فيه الزوج من مال شركة الزوجية ومايترتب عليه من حقوق فى مدة سير القضية يكون صحيحا بالنسبة للزوجة وللشخص الثالث ، فقط للزوجة الطعن فى أى عمل تراه عمل بغش من زوجها .

و يستثنى من ذلك أن انحلال شركة الزوجية فى أموالها يعتبر من يوم تقديم طلب الطلاق فلا يدخل فى القسمة بين الزوجين ما ورثه أحدهما أو ما أعطى إليه فى مدة سير القضية فيبقى إلى صاحبه ، وللزوجة أن تطلب حسابا من زوجها عن إدارته أملاكها مدة سير قضية الطلاق .

بند [١٨٩]

التشريع الاسلامى — يعمل بالطلاق الصادر من الزوج أو وكيله من وقت صدوره بالنسبة للزوج و بالنسبة للزوجة من وقت علمها إن لم يكن بإشهاد أو مشاعاً يعرفه الناس ، و بطلاق القاضى من يوم أن يصبح نهائياً أى بعد نظره استئنافياً ، ولا شركة بين الزوجين يقتضيها الزواج .

بند [١٩٠]

التفريق الجسمانى

القانون الفرنسى — وهو إعفاء الزوجين من واجبات الزوجية والمبيت فى مسكن واحد بقرار قضائى مع بقاء رباط الزوجية قائماً ، هذا الحكم مأخوذ من القانون الكنائسى حيث لا طلاق .

بند [١٩١]

التشريع الاسلامى — هذا التفريق ليس فى الإسلام فإما مطلقة و إما زوجة ولاثالث لهما أما جلب الشقاء والتعاسة لزوجين فى الحياة بالتفريق بينهما فلا يقبله عقل ولا يطابق ما وجد الإنسان لأجله على وجه الأرض وفيه كل الظلم وفيه مخاز ومعايب وترتكب فيه كل أنواع الموبقات :

بند [١٩٢]

أسباب التفريق الجسمانى

القانون الفرنسى — أسباب التفريق الجسمانى هى أسباب الطلاق فيمكن للزوج بعد ذكر

الأسباب أن يطلب الطلاق أو التفريق ، فلو طلب الطلاق فله طلب التفريق حتى أمام الاستئناف بخلاف العكس ومن له طلب الطلاق هو الذى يطلب التفريق ، فقط وصى المحجور عليه قضائياً يطلب التفريق بإذن من مجلس العائلة بخلاف الطلاق ، ويتبع جميع ما يعمل فى قضايا الطلاق من كل وجه ما عدا ما يأتى :

١ — لا يجب تقديم الطلب من المدعى شخصياً كالطلاق .

٢ — لا يجوز للمحكمة تأجيل النطق بالحكم النهائى ستة أشهر كالطلاق بل يجب الحكم متى توفرت الأدلة .

٣ — مدة الاستئناف لا توقف التنفيذ كالطلاق ولكن الاستئناف بالفعل .

٤ — حكم التفريق لا يسجل كحكم الطلاق .

نتائج التفريق :

أولاً — نتيجة الزواج الذى اختفى ، وهو عدم المبيت والسكنى معاً فتأخذ لها سكناً آخر ومحل إقامة آخر غير محل إقامة زوجها .

ثانياً — شركة أملاك الزوجين تحل بحكم التفريق الجسمانى فينتج ما يأتى :

١ — تفصل أملاك الزوجين المشتركة فيعطى للزوجة أملاكها الخاصة .

٢ — إذا كان للزوجة مهر وجب رده إليها فليس للزوج إدارته ولا الانتفاع به .

٣ — إذا كان الزواج على غير نظام الاشتراك فليس للزوج إدارة أملاك الزوجة ولا الانتفاع بها .

التفريق الجسمانى ينتج أهلية المرأة لكل عمل قانونى وأنها ليست بحاجة إلى أجازة زوجها .

ويجوز للمحكمة أن تأمر الزوجة بعدم حمل اسم زوجها كما يجوز أيضاً أمر الزوج بعدم حمل اسم زوجته إذا كان يضيفه إلى اسمه .

نتائج الزواج الباقية : يبقى بين الزوجين من أثر الزواج الأمانة فى العرض فيجب

على الزوجة عدم خيانة زوجها والعقاب هو هو كما لو كانت الزوجية متصلة وأما الزوج فلو عاشر غير زوجته فى بيته فلا عقاب عليه لأنه خرج عن منزل الزوجية (العجب العجاب من هـذا التشريع الظالم : امرأة يحكم عليها بقمع شهواتها و يسلط عليها القانون ، وزوج يباح له الزنا بلا عقاب هذه هى الأباحية بعينها) وما أعدل التشريع الإسلامى فى حفظ حقوق المرأة والمساواة بينهما

يبقى أيضاً واجب المساعدة بين الزوجين فلمن كان فى حاجة أن يطلب فرض نفقة فيفرض له ولو كان محكوماً عليـه فى التفريق ، و يطبق أحكام الأولاد فى الطلاق هنا بلا فارق فقط للمحكوم عليه التمتع القانونى بأملاك الأولاد .

يفقد أحـد الزوجين المحكوم عليه كل تفضيل نتج عن الزواج أو بعده كما فى الطلاق كما يفقد ما يأتى :

١ — الزوج المحكوم ضده فى التفريق لا يرث من المحكوم له بعد وفاته .

٢ — الزوج المحكوم ضده فى التفريق لا يتمتع بالحق الممنوح بموجب قانون ١٨٦٦ فيما تركه المؤلف إلى زوجته .

٣ — لا يستحق الزوج المحكوم عليه ميراثاً فى معاش المحكوم له إذا كان موظفاً يستحق معاشاً من الحكومة .

والفرق بين الحرمان فى الطلاق والحرمان فى التفريق الجسمانى أن الطلاق قطع العلاقة الزوجية بينهما فالحرمان لعدم الزوجية ، وأما فى التفريق الجسمانى فالحرمان ينصب على المحكوم عليه فقط كعقاب له .

انقطاع التفريق الجسمانى ـ ينتهى التفريق الجسمانى بأحد أمور : ١ — بموت أحد الزوجين ٢ — صلح الزوجين على المعيشة كما كانا ٣ — بتحويل التفريق إلى طلاق ٤ — بطلاق جديد لأسباب أخرى .

وليس للصلح شكل مخصوص بل يعودان إلى المعيشة الزوجية ولكن ليعلم الناس رجوعهما فيعاملوهما كزوجين يجب عمل إشهاد بذلك يقدمه مسجل العقود و يوضع ملخصه بصالة المحكمة خصوصاً التجارية متى كان الزوج تاجراً و يؤشر على هامش سجل الزواج وعلى الحكم بالتفريق و يعلن بجريدة الإعلانات القضائية المحلية .

وينتج عن الصلح أن الحياة الزوجية تعود : ١ — فلا محل إقامة ولا سكن للزوجة غير محل إقامة زوجها ٢ — عودة السلطة الزوجية وعدم أهلية المرأة للتعاقد ٣ — عودة السلطة الأبوية إذا كانت سلبت من الأب .

وبالرغم من عودة الزوجين بالصلح فلا تعود الأملاك كما كانت بل يجب عمل اتفاق خاص لذلك م ١٤٥١ .

إذا لم يعلن الصلح بين الزوجين فتبقى الزوجة فى نظر الغير دائماً متفرقة من زوجها ولا يعارض الغير بالصلح مطلقا إلا إذا أعلن ذلك .

تحويل التفرقة إلى طلاق ـ يجوز للمحكمة تحويل تفريق الزوجين إلى طلاق متى مضى عليه ثلاث سنوات بدون صلح لأن استمرار هذه الحياة لا يفيد شيئاً و يشترط لذلك :

أولاً — لا بد من حكم قضائى بالتفريق الجسمانى أولاً فلو تفرقا وديًا فلا يكفى لتحويله للطلاق .

ثانياً — يشترط أن يمضى ثلاث سنوات من يوم أن صار حكم التفريق نهائيا إلى ما قبل يوم تقديم طلب التحويل إلى الطلاق .

ثالثاً — يشترط أن يطلب أحد الزوجين تحويل التفريق إلى الطلاق وان تنطق المحكمة بذلك وما على المحكمة متى وجدت الشروط إلا أن تنطق بالطلاق بدون بحث فى الموضوع والحكم الذى يصدر بتحويل التفريق إلى الطلاق هو كحكم الطلاق من كل الوجوه .

يجوز لأحد الزوجين طلب الطلاق من جديد بعد صدور الحكم بالتفريق وذلك قبل مضى الثلاث سنين حتى ولو كان هو المحكوم له فى التفريق بشرط أن يبنى طلبه على أسباب جديدة حصلت بعد التفريق لأن الأسباب التى حكم بها فى التفريق لا تصلح إلا فى طلب استبدال الطلاق بالتفريق .

المؤلف

إنما ذكرت كتاب التفريق وإن كان غير موجود فى التشريع الإسلامى إتماماً للفائدة من الاطلاع على التشريع الوضعى وكيف يكون .

(نتيجة المقارنات من بند ١٧٠ إلى نهاية بند ١٩٠)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

انحلال الزواج بالموت أو الطلاق — الطلاق وهو حل عقدة الزواج — أسباب الطلاق (فى الجملة) — سوء المعاملة — احتياطات تحفظية مدة الطلاق (فى الغالب) — (سكن الزوجين — نفقة الزوجة — حفظ الأولاد) — نتائج الطلاق (فى الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

الطلاق بيد القاضى — أسباب الطلاق — (الزنا . الحكم بعقاب بدنى قصاصى ومخل بالشرف) — حق الطلاق وإجراءاته — احتياطات تحفظية مدة الطلاق (نفقة الزوج على زوجته — حفظ الأولاد لمن يرى القاضى — حفظ الأملاك) — التفريق الجسمانى .

بند [١٩٣]

البُنُوَّة

القانون الفرنسى — البنوة هى الرباط الذى يجمع الأب والولد حينما تعتبر العلاقة التى بينهما من جانب الولد ، فان اعتبرت العلاقة من جانب الأب سميت أبوة فان اعتبرت من جانب الأم سميت أمومة .

وأنواع البنوة ثلاثة : بنوة شرعية و بنوة طبيعية و بنوة متبناة .

وينتج عن البنوة النتائج القانونية الآتية : ١ ـ بالنظر للميراث ٢ ـ بالنظر لموانع الزواج ٣ ـ بالنظر إلى الواجبات والحقوق الأبوية ٤ ـ بالنظر إلى واجبات النفقة .

ملاحظات عمومية — البنوة الشرعية هى الرابطة الموجودة بين ولد وأبويه والمترتبة على زواج ، والذى يريد إثبات أن هذا الولد ولد شرعى لزيد من عائشة مثلا عليه أن يثبت :

١ — أن هذا الرجل وهذه المرأة زوجان لبعضهما .

٢ — أن هذا الولد نتج أو على الأقل ولد فى مدة زواج هذين الشخصين .

٣ — أن هذه المرأة وضعت هذا الولد نفسه .

٤ — أن زوج هذه المرأة هو أب لهذا الولد .

يوجد بين دليل إثبات الأبوة والأمومة فرق أساسى ، وهو أن دليل إثبات الأمومة يكون دائما مصحوبا بدليل حسى كالداية والطبيب ومن كان حاضرا وقت الولادة . وأما إثبات الأبوة فدليله افتراضى اعتمادا على قيام فراش الزوجية والمبيت مع الزوج وأمانة الزوجة على نفسها ، فدليل الأمومة يكون مباشرا ودليل الأبوة يكون غير مباشر .

بند [١٩٤]

التشريع الإسلامى — البنوة هى نسبة مولود لمن ولد عنه فان اعتبرتها من جانب الأب كانت أبوة و إن اعتبرتها من جانب الإبن كانت بنوة فالأبوة أصل والبنوة فرع .

والبنوة نوعان فقط : بنوة شرعية وهى التى يبنى عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج ، ويترتب عليهـا حقوق وواجبات أبوية و بنوية . و بنوة طبيعية وهى هدر بالنسبة للأب ، فلا يترتب عليها أى شىء إطلاقا كما سيأتى ، وهى كالشرعية بالنسبة للأم لأنه ولدها على كل حال

وسيأتى بيان ذلك . وأما البنوة المتبناة فقد ألغاها التشريع الإسلامى لتصحيح الأنساب بلا دخيل .

البنوة الشرعية هى نسبة بين الولد وأبيه والمترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد ، وليس فيه حد (درأ الحد) . وإثبات بنوة الولد الشرعى تعتمد زواج رجل بامرأة وأن الولد ثمرة هذا الزواج أو اجتماع ذكر بأنثى خطأ أو غلطا أو فى زواج فقد شرطا مختلفا فيه ومنع الحد ، وتعتمد أن الولد وُلِدَ والفراش الزوجى قائم أو بعد حل العصمة لكن فى مدة الحمل المقررة شرعا ، ويكفى فى إثبات البنوة الشهادة الشرعية أو الإقرار به من الأب أو بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ولا يحتاج لشىء آخر ، وفى الواقع أن الولد للفراش فهو محقق من أمه لأنها حملته ووضعته وأرضعته ، وهذه أعمال حسية تقام عليها البينة ، وأما علوقه من أبيه فهو مفروض من واجب الزوجية فى إحصان الزوجين كلاهما الآخر ولكن المشرع قضى بأن الولد للفراش إلا إذا كان هناك مانع حسى (كمشرق على مغربية أو كصبى وقت الحمل أو خصى أو مجبوب أو مقطوع البيضة اليسرى) فينتفى الولد بدون لعان لاستحالة الحمل متى نفاه الأب وإن كان الفراش قائما فإن لم ينفه فهو ولده .

بند [١٩٥]

دليل شرعية الولد

القانون الفرنسى — الولد الشرعى هو الذى حملت به أمه مدة قيام الزوجية بين أبيه وأمه ولكن القانون قد ألحق به الولد الذى حملت به أمه قبل عقد الزواج والذى ولد بعد إعلان زواجهما ، والولد الذى يدعى شرعيته عليه إثبات شيئين :

أولا — زواج من يدعى أنه ولد منهما وقد تقدم ذلك فى محله .

ثانيا — حمله وولادته على الأقل فى مدة الزواج .

فتحديد زمن الولادة بالضبط سهل سواء باستخراج شهادة الميلاد أو شهادة من حضر الولادة . وتحديد زمن الحمل يرجع إلى اعتبار أقل مدة الحمل مائة وثمانين يوما وأكثره ٣٠٠ يوم ثلاثمائة يوم ، فمن ولد لأقل من ١٨٠ يوما من تاريخ الزواج لم يكن شرعيا ، ومن ولد لأكثر من ٣٠٠ يوم بعد حل الزواج لم يكن شرعيا ، ويبتدأ الزمن من وقت الزواج ومن وقت حله .

بنـد [١٩٦]

التشريع الإسلامى — الولد الشرعى هو الذى حملته أمه مدة قيام الزوجيـة الصحيحة أو من حملت به المغلوط فيها أو المخطأ فيها أو من كان نكاحها فاسداً ـ والذى وضعته أمه بعد الدخول بستة أشهر كاملة أو قبل مضى أربع سنين من وقت انحلال الزواج ولم ينفه الزوج أو يلاعن زوجته فى نسبه (مالك والشافعى وأحمد) أو سنتين (أبو حنيفة) فإن ولدت لأقل من ستة أشهر ولو بستة أيام انتفى نسبه من أبيه متى نفاه ـ فان وضعت حملها دون أقصى أمد الحمل كما لو ولدته بعد انقضاء العدة بسنة أو سنتين أو ثلاثة لحق بالزوج ما لم ينفه بلعان

فان تعاشر الزوجان بلا عقد وحملت ثم تعاقدا زواجاً شرعيا فإن ولد الحمل لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه من أبيه إلا إذا ادعاه غـير معترف أنه من الزنا . فالزواج اللاحق لا يصحح فعلاً فاسداً قبله ولا يجعل نتائجه شرعية من حيث هو فاسد ـ لـكن للزوج ادعاء الولد متى لم يقل إنه من الزنى

والولد الذى يدعى بنوة شرعية عليه إثبات ذلك بشهادة رجلين عدلين وتكفى بينة السماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب .

بند [١٩٧]

القانون الرومانى — البنوة الشرعية — وهو عمل به يصير الولد الطبيعى تحت سلطة رب العائلة وهو الأب يجعل المعاشرة الحرة زواجاً شرعيا ـ ويمكن جعل الولد شرعيا بأحد أمرين :

أولاً — بالزواج اللاحق من الأب والأم فيصير الأولاد شرعيين الموجودون منهم واللاحقون ، وقد اشترط لصحة ذلك :

١ — كون الزواج ممكناً قانوناً بين الأب والأم وقت حمل الطفل

٢ — يجب أن يحرر عقد المهر ليفصل بين المعاشرة الأولى والزواج الشرعى .

٣ — يلزم رضى الطفل بالاعتراف ببنوته .

ثانياً — بصدور دكريتو من الملك يجعل الولد شرعياً فى حالة عدم إمكان الزواج للغيبة أو زواج الأم بغير أبيه الخ ويشترط :

١ — كون الزواج ممكناً وقت الحمل

٢ — عدم معارضة الولد فى ذلك

٣ — عدم وجود ولد آخر من زواج ثان .

بند [١٩٨]

القانون الفرنسى — وقد اعتبر القانون الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولداً شرعياً ولكن يمكن للأب نفيه فنسبته للأب ضعيفة متوقفة على قبوله — وفى تعليل آخر أنه ولد طبيعى ولكن القانون ألحقه بالولد الشرعى لأن الزوج أراد إصلاح ما أفسده فعقد رسمياً وكذا يلحق الولد الذى يولد بعد ثلاثمائة يوم من حل الزواج بأبيه إذا لم ينف نسبه عنه أو يعارض فى ذلك من له مصلحة فى ذلك ، وبذا يكون كالولد الشرعى له ما له من حقوق .

فاذا غاب زوج غيبة قانونية ولا يدرى أميت أم حى و بعد مضى ٣٠٠ يوم وضعت زوجته ولداً فلا يلحق بأبيه لعدم التحقق من وجوده على قيد الحياة .

بنـد [١٩٩]

التشريع الاسلامى — لم يعتبر المشرع الإسلامى الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولداً شرعياً لأن وجوده لم يستند لعقد أو عمل يجعله شرعيا — فان تحقق حمله قبل الزواج لا يحل الوطأ حتى تضع الحمل بل ولا العقد إذا كان من غير أبى الحمل — فان وضعته لأقل من ستة أشهر انتفى نسبه بمجرد النفى فان ادعاه ولداً صح ذلك بالشروط المقررة من كونه بالغاً عاقلا يؤخذ بإقراره لا يكذبه عقل ولا عرف ولا عادة — إذاً ليس ولدا شرعيا بنص التشريع

والولد الذى يولد بعد انقضاء العدة وفى مدة أقل من نهـاية الحمل (أربع سنين) يلحق بالزوج إلا إذا لاعن زوجته أن هذا الولد ليس منه فإن تم التلاعن بينهما نُفى الولد عن الأب ولحق بأمه — وللورثة الحق فى معارضة مدعى الأمومة أو الأبوة بعد الوفاة وعلى المدعى إثبات مدعاه بالبينة الشرعية تشهد بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم ومتى أثبت ذلك فهو ولد شرعى للمتوفى والولد الذى يولد بعد أقصى مدة الحمل لا ينسب إلى زوج تلك المرأة السابق إطلاقاً فليس فى حاجة إلى نفيه أو ملاعنة أمه — اللهم إلا إذا ادعاه ولداً له بالشروط المارة فيلحق به .

فإن غاب الزوج غيبة منقطعة بحيث لايدرى إن كان حيا أو ميتا وتحقق عدم معرفة اخباره ثم عاد فوجد مع زوجته أولادا حُمل بهم مثلا ورأو الحياة أثناء غيبته الطويلة فله ملاعنة زوجته ونفى نسب هؤلاء الأولاد ، فإن لم يعد جاز للورثة منازعتهم فى أبوتهم حيث كانت ولادتهم بعد غيبة أبيهم لأقصى مدة الحمل أى ولدوا بعد أربع سنين من غيبة أبيهم فعليهم إثباتها و إلا فهم للفراش ، فان الفراش محقق قبل الغيبة يتبعه مدة أقصى الحمل ثم يكون الفراش مشكوكا فيه قطعا فعليهم الإثبات متى عارضهم ذووا الحقوق المترتبة على الوفاة .

بنـد [٢٠٠]

إثبات البنوة

القانون الفرنسى — متى أثبت من يدعى البنوة زواج الرجل والمرأة المدعى عليهما أنهما ولداه وأثبت أنه حمـل به أو ولد مدة الزوجية فعليه أن يثبت بنوته بالطريق الذى رسمه القانون كما يأتى :

أولا — شهادة الميلاد وهو الطريق الطبيعى لإثبات الشرعية ، فتدل على ولادة المدعى فقط تذكر اسم الأم ممن حضروا وقت الولادة و بلغوا عنها لقيد الطفل فهى تفيـد اليقين متى كان الزواج موجودا قانونا لأنه لا معنى للغش والتدليس فى حالة يبعـد فيها الشك فتثبت الأمومة ، ولـكن إذا عارضت الأم فى ذلك أمكن إثباتها بكل الطرق ، فشهادة الميـلاد تثبت الأمومة صراحة والأبوة بطريق غير مباشر .

ثانيا — بالصفة القائمة — فى حال عدم وجود شهادة الميـلاد يقوم مقامها الصفة القائمة وهى مجموعة أفعال تدل على علاقة البنوة والقرابة بين شخص وعائلة يدعى أنهـا له ، والأفعال الأساسية هى :

الولد يحمـل دائما اسم الأب المدعى به ، وأن الأب المذكور يعامله كولده ويتولى تعليمه والإنفاق عليه والمبيت معه وهو معروف بهذا لهذه العائلة ويجتمع ذلك فى (حمل الاسم ، والمعاملة والتعاهد والشهرة) .

ويجب فى الصفة القائمة أن تـكون من الأبوين معا فان كانت من أحدهما فقط فهو ولد طبيعى ، ويجب أن تـكون الحالة مستمرة من يوم ولادته إلى وقت ادعائه .

ولا يقدم دليـــل على إثبات الحالة حيث انه يشترط وضوحها لـكل الناس ، ولو فرض وعارضه فيها المدعى عليهما فله إثبات ذلك بالشهود .

فان توفر وجود شهادة الميلاد والصفة القائمة فقد تحقق أنه ولد شرعى ، و إن توفر وجود الصفة القائمة دون شهادة الميـلاد ثبتت الأمومة حقيقة والأبوة تبعا لها ولـكنها أقل من الأولى فيجوز لأحد الأبوين معارضة الولد فى الصفة القائمة لجواز إظهار أن ولدهما قد مات أوأنهما عقيمان و إن توفرت شهادة الميلاد فقط فتثبت بها البنوة ولـكنها تـكون معرضة لمعارضة ثالث أو لطلب الصفة القائمة .

فإن عدمت شهادة الميلاد والصفة القائمة كأن ترك الولد فتربى عند آخرين فيجوز لهأن يعارض فى حالته كما يجوز لمن يهمهم الأمر فتقدم شهادة الميـــلاد على الصفة القائمة بشرط أن ألا يكون فيها نزاع .

ثالثا — إذا لم توجد شهادة الميـــلاد أو صفة قائمة فيـكون دليل البنوة الشهود فيثبت الشهود أمرين : ١ ـ ولادة المرأة المدعى أنها أم ٢ ـ تحقيق شخصيتها مع الولد الذى وضعته ، و بذا تثبت الأمومة ، وأما الأبوة فتثبت تبعا لهذا بقرائن الأحوال .

ولـكن لم يقبل القانون الشهود مجردة من كل قيد بل اشترط لقبول شهادتهم وجود مايفهم منه كتابة أيا كانت رسمية أو عرفية أن هـذا الولد قد يجوز أن يكون ولدا شرعيا (يعنى شبه دليل كتابى) أو وجود علامات فتعتبر قرائن أحوال على أنه يمكن إقامة الدليل بكل الطرق على نفى شهادة الشهود .

بند [٢٠١]

التشريع الإسلامى — البنوة الشرعية تثبت بالإقرار من الأب أو بشهادة الشهود على السماع الشائع من الثقات وغيرهم بالنسب المدعى به، و ان الإقرار والشهادة عليه أوالشهادة الشرعية

على النسب تتضمن كل وقائع الدعوى من أن المدعى عليه فلان بن فلان بن فلان رزق بالمدعى ولدا شرعيا له من نكاح شرعى صحيح من أمه فلانة بنت فلان بن فلان فالطالب ولد للمدعى عليه بصحيح النسب وهو مع ذلك ينكر بنوته فيطلب الحكم له بإثبات بنوته من المدعى عليه الخ . ودليل هذه الدعوى قد يكون كتابيا كشهادة الميلاد المذكور فيها رزقه من أبيه وأمه فلان وفلانة وهى شهادة القابلة المدونة رسميا فهى حجة على ما تدون بها مما وجدت له حتى يثبت خلافه فان ادعى البنوة وقدم إشهاد الميلاد فعارضه الأب بأنه لم يتزوج قط أو أن أمه عاقر ولم تلد إطلاقا أو أقام دليلا حسيا على أنه لا يولد مثله للمدعى عليه بطل الاستدلال بالدليل الكتابى ، وقد يكون الدليل الكتابى اعترافا من المدعى عليه كذلك .

وقد يكون الدليل للبنوة شهادة شهود فمتى كانوا عدولا طابقت شهادتهم الدعوى ولو شهودا على الصفة القائمة التى لا تدع مجالا للشك فى أن هذا الولد ولد المدعى عليه ، وكان هذا السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ، وللمشهود عليه الحق فى أن يبين للقاضى وجه خطئهم فى الشهادة وكل ما يجرح شهادتهم فإن كان بحق رد القاضى شهادتهم كأن كان الشهود مؤجرين يحترفون الشهادة أمام المحاكم أو كانوا مشهورين بالفسق والفجور والمجون (والصفة القائمة فى القانون الفرنسى هى السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب) .

إن ثبوت النسب لا يكون تبعيا بمعنى أنه إذا ادعى بنوته من زيد وأمومته من زوجته هند فأقام بينة فشهدت بأمومته من هند فقط ولم يسندوا ولادته للفراش القائم بين زيد وهند تثبت أمومته فقط دون أبوته فيتوارث مع أمه وغيره من أولادها اخوته لأم .

ونفى النسب عن الأم أو الأب يكون بالعجز عن إثباته شرعا لاغير فلا ترفع دعوى نفى نسب منهما أو من أحدهما ، إنما إذا علم الزوج أن زوجته زنت وأن هذا الولد ليس منه جاز له أن يرميها بالزنا وأن يلاعنها ، ومتى تم ذلك انتفى عنه نسب هذا الولد تبعا لذلك .

و بالاختصار فالتشريع الإسلامى يعتمد فى إثبات النسب على الإقرار اللفظى أو الخطى أوشهادة الشهود حتى ولو بالسماع الشائع، لأن المشرع يشتاق إلى إثبات النسب أكثر من الضياع ولكن بطريق الإثبات الشرعى .

التشريع الإسلامى لم يرتب أدلة إثبات البنوة بل أباح للمدعى إثباتها بالبينة الشرعية ، وهى فى إثبات النسب عدلان مقبولا الشهادة شرعا ، وفى إثبات الولادة وذكورته وأنوثته امرأتان عدلتان فيثبت نسبه إلى أمه وتوارثهما بذلك .

وأما ثبوت الأبوة تبعا لثبوت الأمومة فغير معتبر شرعا إلا إذا كان الفراش قائما يعنى الزواج الشرعى موجودا وأثبت المدعى بالبينة الشرعية أبوته وأمومته وقد سبق ذلك ، ولا يشترط شبه دليل كتابى ولا وجود قرائن ، وللمدعى عليه دائما الحق فى بيان عدم صحة الدعوى وما أقيم عليها من دليل .

بنـد [٢٠٢]

الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية

القانون الفرنسى — الدعاوى المتعلقة بالبنوة تكون (١) دعوى المعارضة فى الصفة القائمة (٢) دعوى نفى الأبوة (٣) دعوى الحكم بالحالة القائمة أو بالبنوة (٤) دعوى المعارضة فى شرعية الولد.

أولاً دعوى المعارضة فى شرعية الولد ، وهى الدعوى التى ترفع بقصد إثبات أن هذا الولد لا حق له فى صفة ولا حقوق الولد الشرعى

وأحوال مباشرة هذه الدعوى :

(١) ولد ولد لأكثر من ٣٠٠ يوم من تاريخ انحلال الزوجية بين أبيه وأمه .

(٢) فى حالة ادعاء أن أب الولد وأمه لم يكونا زوجين قانوناً .

(٣) ولد ولد قبل زواج أبويه .

والذى يباشر هذه الدعوى كل شخص له مصلحة فى ذلك خصوصاً الورثة ، وعلى المحكمة الحكم طبق القانون وليس لها تقدير موضوع الدعوى بالنظر لظروف خاصة .

بند [٢٠٣]

التشريع الاسلامى — لا ترفع دعوى فى التشريع الإسلامى مباشرة لنفى نسب وإنما نفى النسب يأتى تبعاً لملاعنة الرجل زوجته فلا يرفع الأب ولا الأم دعوى على ولد بأنه ليس ولدا لهما أو لأحدهما لأنها دعوى نفى مطلق ودعوى النفى المطلق لا تقام عليها بينة ويثبت نفى نسب الولد عن الأب أو الأم بعجز الولد المدعى عن إثبات أبوته أو أمومته .

وينتفى الولد عن أبيه متى لا عن أمه ونفاه عن نفسه مدعياً أنها زنت وهذا الولد ثمرة الزنى وأحوال اللعان تكون :

(١) من رأى زوجته تزنى ولا بينة عنده تشهد معه وهى أربعة عدول ، رأوا رأى العين أو تحقق من زناها بما لا يدع مجالاً للشك فى أنها ارتكبت هذه الفاحشة فله ملاعنتها بأن يقسم بالله أربع مرات أنها لزنت والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد بالله أنها لم تزن أربع مرات وفى الخامسة ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيفرق القاضى بينهما فراقاً أبدياً فإن أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤيا فقد انتفى نسبه عن أبيه ، فإن أتت بولد قبل ستة أشهر من يوم رؤية الزنا لحق بالزوج لأنه تبين أن الحمل كان موجوداً قبل الزنا فهو منه إلا أن يكون قداستبرأها بحيضة قبل رؤيتها تزنى فله الاعتماد على ذلك وانتفى نسبه بعد اللعان .

(٢) إذا عقد الزواج ولم يطأها أصلاً أو وطئها وأتت بالولد لأقل من ستة أشهر أو بعد

خمس سنين من هذا الوطء يعنى من الوطأة الأولى لم يطأها بعد لخمس سنين ثم وضعت أو ظهر عليها الحمل فللزوج ملاعنتها فى هاتين الحالتين ونفى الولد عنه .

(٣) إذا كانت الزوجة حاملاً ووضعت حملها أو تركها بلا وطء حتى رأت حيضة ولم يطأها بعد الوضع أو الاستبراء بالحيضة ثم وضعت ولداً بعد ستة أشهر جاز له ملاعنتها ونفى المولود عنه .

(٤) من انقضت عدتها (أو مضى زمن عدتها) وأتت بولد إن كان دون أقصى مدة الحمل وهى أربع أو خمس سنين لحقه الولد وله الحق فى نفيه بلعان فان تم التلاعن أو نكلت وحُدت انتفى عنه نسب الولد . و إن أتت به بعد أقصى مدة الحمل لا يلحق به أصلا بلالعان فان أتت بالولد لدون ستة أشهر من العقد ولو ستة أيام انتفى عنه الولد بلا لعان لأن الدخول الحسى غير موجود .

ودائما الولد الشرعى يكون من زواج صحيح أو فاسد لشرطه ومنع حد الزنا أو غلط فى الذات أو فى الصفة أو نسيان .

والذى يلاعن هو الزوج فقط ولو من نكاح فاسد وهو الذى ينفى النسب . وللورثة إذا مات مورثهم وادعت زوجته ولداً بعد مدة العدة أن يعارضوه فى ادعاء البنوة الشرعية متى كان لهم سبب صحيح شرعاً فى هذه المعارضة وكذا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من العقد أو إذا كان هناك مانع طبيعى يمنع الوطء والولادة مثلا ـ وعلى المحكمة مراعاة النصوص الشرعية وتطبيقها على كل حادثة بما يناسبها شرعاً .

و بما أن نفى الحمل أو الولد أمر خطير خصوصاً فى هذه المواضع فانه لا ينتفى الحمل ولا الولد فيها إلا باللعان وحكم الحاكم ولو تصادق الزوجان على نفى النسب و يلحق بالأب النسب والا حُد

و بما أن الرمى بالزنى أو نفى الحمل أو الولد لهذه الأسباب معناه أنها زانية وهو قذف شرعاً فان لاعنت انتفى عنها الحد وانتفى نسب الولد عن أبيه و إن نكلت أى امتنعت عن اللعان

أجرى عليها الحد بالرجم حتى تموت لأنها مُحْصَنَة قد زنت وانتفى نسب الولد عن الزوج لأن نكولها قد صدق دعوى الزوج فى أنه ليس منه

والمراد بالولد هنا المولود فيشمل الذكر والأنثى بلا فارق بينهما فى الأحكام .

بنـد [٢٠٤]

القانون الرومانى — دليل الأبوة لا يسمع مباشرة ولكن بطريق الافتراض متى وجد أحد أمرين .

١ — متى ثبت أن الطفل علق به مدة الزواج كان الزوج أباه .

٢ — الطفل الذى يولد بعد حل الزواج بالموت أو الطلاق يلحق بأبيه متى ولد بعد حل الزواج فى ٣٠٠ يوم أطول مدة أو ١٨٩ يوماً أقصر مدة من ابتداء الزواج .

بند [٢٠٥]

القانون الفرنسى :

ثانياً — دعوى إنكار الأبوة ، وهى التى يريد فيها الزوج إظهار أنه ليس أباً للولد الذى ولدته زوجته بحكم قضائى ، يريد نفى قرائن الأحوال المفروضة فى الأبوة .

ولما كانت الزوجة قد تخون زوجها فلا يصح تحميل الزوج بنوة هو منها برىء ، ولكن هذا الإنكار قد يجر على الزوجة وعلى أهلها ما يمس شرفهم فقيده القانون وقيد من يستعمل هذا الحق .

أحوال مباشرة هذه الدعوى :

(١) استحالة معاشرة الزوج لزوجته استحالة جسمانية .

(٢) كتم ولادة المولود .

(٣) ولادة الولد قبل أوانه لمدة أقل من ١٨٠ يوماً من تاريخ الزواج .

(٤) وجود قضية طلاق أو تفريق جسمانى .

فالسببان الأخيران قطعيان فى الدلالة فلا تملك المحكمة تقديرها ولكنها تحكم قطعاً ، والسببان الأولان يترك للمحكمة تقديرهما فيجوز لها قبولهما أو رفضهما حسب الظروف وتقدير المحكمة وتفصيل ذلك .

(١) استحالة المعاشرة ، على الزوج إثبات عدم المعاشرة مدة الحمل فى الولد يعنى من أول ٣٠٠ يوم إلى (١٨٠ مائة وثمانين يوماً) قبل الولادة ، وتنتج الاستحالة عن غياب الزوج مدة حمل الولد أو كان مسجوناً أو لم يكن بينهما أى علاقة اتصال ؟ أو نتج من عارض منع الزوج من اتصاله بزوجته كجرحه أو إجراء عملية جراحية جعلته غير قادر على اتصاله بزوجته ، وأما عدم القدرة الطبيعية الناتجة من عيب داخلى فى تكوينه أو من ضعفه أو من مرض فلا تكون سبباً لإنكار البنوة .

(٢) كتم ولادة الولد ، اشترط القانون لصحة إنكار الولد فى كتم الولادة ما يأتى :

(١) يلزم إثبات خيانة الزوجة وبهذا يمكن نفى الأبوة ولكن لا ينفيها قطعاً .

(٢) يجب وجود إخفاء الولادة .

(٣) يجب تقديم أعمال خاصة لهدم الأبوة المفروض وجودها كمرض الزوج أو تقدم سنه .

ويرى المتشرعون ما يأتى وجرى العمل عليه فى كثير من المحاكم .

(١) إثبات إخفاء ولادة الطفل .

(٢) إثبات كل الأفعال الخاصة لإثبات أن الزوج ليس أباً للولد ، أما إثبات الزنا فليس بلازم إقامة الدليل عليه منفرداً .

ثالثاً — ولادة الطفل قبل ١٨٠ يوماً من عقد الزواج ، إذا ولد الولد بعد الزواج لأقل من ١٨٠ يوماً كان معتبراً شرعياً لكن هذا الاعتبار القانونى متوقف على عدم إنكار بنوة الطفل فإن أنكره أبوه فدليله شهادة الميلاد و يجب الحكم فيما طلبه، وذلك لأن حمله تبين وقوعه قبل وجوب المبيت والأمانة للزوج فوقع شك تأيد بالوضع لأقل من ١٨٠ يوماً .

ومع هذا فيسقط حق الأب فى إنكار البنوة فى ثلاثة مواضع :

(١) متى علم الزوج بالحمل قبل الزواج ، فزواجه يعتبر قبولاً للولد .

(٢) متى حضر إشهاد الولادة وأمضى أو كان هو المبلغ ولا يعرف القراءة أو الكتابة .

(٣) متى ولد الولد غير قابل للحياة .

رابعاً — وجود قضية الطلاق أو التفريق الجسمانى ، يجوز للزوج نفى أبوته فى حالة وجود حكم أو حتى طلب الطلاق أو التفريق بمعنى أن الزوجة متى وضعت بعد ٣٠٠ يوم من تاريخ قرار المحكمة بسكنها بعيداً عن زوجها ، أو وضعت لأقل من ١٨٠ يوماً من تاريخ رفض دعوى الطلاق أو التفريق أو من تاريخ الصلح ، فللزوج نفى أبوته عنه وتحكم المحكمة بلا حق نظر وتقدير .

بند [٢٠٦]

التشريع الإسلامى — الحكم الشرعى (أن الولد للفراش متى كان قائماً) فالمفروض أن المولود بين زوجين نتج عن معاشرة وسكنى ومبيت و إفضاء ، ولكن هذا على اطلاقه قد يحمل الزوج نسب غيره أو يجوز أن يكون الزوج لا يخشى الله وهو ممن يحبون أن تشيع الفاحشة فى زوجته لأغراض خبيثة فجعل المشرع لكل حقاً ، فللزوج مع السبب الحقيق

فى ريبته نفى الولد الناتج عن هذه الريبة لأسباب معينة يقبلها العقل وقد مرت . وله أيضاً لأسباب حسية نفى الولد بلا لعان فللزوج مباشرة هذا الحق فى :

(١) استحالة المعاشرة استحالة جسمانية لمانع حسى أو لمانع شرعى .

(٢) ولادة الولد لأقل من ستة أشهر من العقد .

(٣) وجود علة فى الزوج كنقص طبيعى يمنع الحمل منه كعدم بلوغه مبلغ الرجال (صبى) أو كجَبٍّ وهو مقطوع الذكر والأنثيين أو مقطوع البيضة اليسرى .

وأما كتم ولادة المولود عن الأب فيمكن إرجاع سببها لواحد من الثلاثة الأسباب المذكورة ولكن لا ينتفى الولد لمجرد كتم الولادة ، وإنما سكوته عن اللعان ونفى الولد قد يتخذ ضد الزوج كحجة على قبول المولود ولكن مؤاخذة الزوج بسكوته إنما تكون بعد علمه بالحمل أو الوضع كما سيأتى :

وأما وجود قضية طلاق بين الزوجين فتدخل فى نفى النسب باللعان إذا امتنع عن نكاحها حتى حاضت ثم مكثت بعيدة عنه مدة فظهر بها الحمل أو لم يرها حتى وضعت بعد استبرائها فله الاعتماد على ذلك وملاعنتها ونفى الولد ، فلا تدخل فى نفى الولد بلا لعان .

ولا تملك المحكمة تقدير الموضوع وقبول وعدم قبول نفى الولد ولكن متى ثبت ما نفى به الزوج ثبوتاً شرعياً وجب الحكم برفض دعوى البنوة وهو نفى الولد عن الزوج وتفصيل ذلك .

استحالة المعاشرة — استحالة المعاشرة قد تكون لمانع شرعى من لحوق الولد بالزوج كما إذا أتت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فينتفى نسب الولد بدون لعان لعلوقه فى رحم أمه قبل الزواج ، وقد تكون استحالة المعاشرة لبعد المسافة وعلم بقاء كل من الزوجين فى مكانه كمغربى ومشرقية لم يتقابلا وتعاقدا على الزواج بوكيلين ثم ادعت الحمل أو الوضع وعلم به فنفاه ينتفى

عنه النسب بلا لعان لوجود المانع الحسى ، أو كان المانع حبس حريته كالمسجون الذى لا يمكن مقابلته اطلاقاً ، أو كان المانع طبيعياً كصبى لم يبلغ الحلم أو كان الزوج مجبوباً (مقطوع الذكر والأنثيين) أو خصياً أو مقطوع البيضة اليسرى أو أجريت له عملية فى المسالك البولية استأصلت مايأتى منه الحيوان المنوى أو كان الزوج عنيناً (صغير الذكر) لايتأتى به جماع ففى كل هذه المواضع يجوز للزوج أن ينفى عن نفسه نسب الحمل أو الولد من غير لعان .

وأما الزوج الذى حصل له عارض لا يتأتى معه الوقاع بأن كان (مرخيا) فله نفى الولد والحمل عنه بلعان لأن هذا أمر مشكوك فيه فعلى الزوج تأكيده بأيمانه .

وشرط اللعان والنفى التعجيل متى علم إلا لعذر قهرى ، فان أخر اللعان أو نفى الحمل أو الولد بلا عذر اليوم واليومين سقط حقه وامتنع لعانه .

وشرطه أيضاً عدم الوطء لها مطلقاً فى الحمل وفى الولادة وفى الرؤيا فان وطئها بعد علمه بحمل من غيره أو بوضع أو رؤية بالزنا أو أخر لعانها ولو يوما بدون عذر بعد علمه بالحمل أو الوضع امتنع لعانه ولحق به الولد ، والمانع فى رؤى الزنا الوطوء فقط لا التأخير .

ولا فرق فى اللعان بين كون المرأة فى العصمة أو مطلقة بائناً أو رجعياً فى العدة أو خرجت منها حية أو ميتة ولا بين أن يكون الولد المنفى نسبه حياً أو ميتاً .

فان علم الزوج وسكت رضاء به أو قبل التهنئة به أو أبلغ عن ولادته لإثباته رسمياً امتنع لعانه ولحق به الولد .

بند [٢٠٧]

الفائدة الفرنسى — نفى البنوة يتعلق بالزوج أصالة ، فليس للدائنين نفى أبوة الولد نيابة عن مدينهم ولكن يجوز للورثة ادعاء هذه الدعوى فى حالتين :

(١) متى كان الزوج قد رفع الدعوى قبل وفاته بشرط أن لا يكون هناك دليل قاطع فى ترك الدعوى (كما إذا ترك دعواه ثلاث سنين بدون رفعها) .

(٢) فى حالة ولادة الولد بعد وفاة الزوج لأن النفى يكون للولد لا للحمل وفى هذه الحالة يكون الحق ماليا صرفا لحرمانه من ميراث المتوفى فيجوز لدائنى الورثة رفع الدعوى باسمهم إذا أهملوا .

ومدة رفع الدعوى لنفى الأبوة تختلف كما يأتى :

أولا — إذا كان فى مكان الولادة ولم يخف عنه أمرها فله شهر واحد من تاريخ الولادة .

ثانيا — إذا كان غائبا عن محل الولادة ولم يخف عليه أمرها فله شهران من تاريخ عودته .

ثالثا — إذا أخفى عنه ولادة الطفل فله شهران من تاريخ اكتشاف أمر الولادة .

والمدة بالنسبة للورثة شهران من تاريخ ملكية الطفل إلى الميراث أو من يوم زعزعة ملكيتهم بميراثه و يمكن للزوج والورثة زيادة شهر أيضاً متى أرسلوا إنذاراً للطفل بإنكار الأبوة وأنهم سيرفعون الأمر للمحكمة ، وبهذا يكون لهم زيادة شهر على المدة المذكورة (فى مدة رفع الدعوى) .

و بما أن دعوى نفى الأبوة تهم أم الطفل أولا و بالذات فيجب حضورها فيها و إعلانها ، و بما أن دعوى الإنكار ترفع ضد الطفل شخصياً وهو قاصر فيجب تعيين من يمثله كوصى يعينه مجلس العائلة أو المحكمة .

بنـد [٢٠٨]

التشريع الإسلامي – الزوج هو الذى يلحق به النسب فهو الذى يقـدر ان كان هذا النسب حقا أو فيه ريبة فمتى رأى أنه ليس منه وان نسبته إليه ظلم فـله أن يلاعن أم الصغير (زوجته) أو ينفيه حسب الأحوال المتقدمة فالزوج هو صاحب الحق فى اللعان ونفى النسب .

فلو أنكر الأب أبوته لطفل فى دعوى الأبوة ثم مات الأب حل الورثة محله فى الدعوى لأنهم ورثة فى جميع حقوقه مالم يتنازل عن حقه فى الدفع بإنـكار الولد والا فلا حق للورثة فى نفى ما قبله مورثهم .

فان ولد الطفل بعد موت زوج أم الطفل وكان من الحالات التى يصح نفى الولد فيها بلا لعان وكان الزوج لا يعلم بذلك أو علم ومات قبل أن يتمكن من الإشهاد على النفى جاز للورثة إنـكار بنوة الولد المذكور وعليـه إثبات أنه ولد شرعى والقواعد الشرعية مرسومة معروفة فان أثبت فبها و إلا رفضت دعواه البنوة وحق للورثة افتراضه عدما فان أثبت أمومته فهو أخ أولادها لأمهم .

ومدة رفع الأمر للقضاء للملاعنـة ونفى الولادة قدر باليوم واليومين من تاريخه وتمكنه عرفا من ذلك ، وبالنسبة للولد فى رفع الأمر لإثبات بنوته لم يحـدد لها موعد لأنها من الأمور الشخصية المتعلقة بالنسب ففى أى حال وأى وقت يطلب إثبات بنوته .

إن دعوى اللعان التى يترتب عليها نفى نسب الطفل توجه ضد الزوجة فهى المـدعى عليها وهى الملزمة شرعا ، أما بالملاعنة أو الحد وفى كلتى الحالتين ينتفى نسب الولد فالولد ليس طرفا فى الدعوى مباشرا ولـكن ينجر حكم خطأ أمه على نسبه حيث خانت حق الأمانة فى عرضها .

وأما النفى بلا لعـان فهو موجه للولد نفسه وهو لا يـكون من الأب إلا فى دعوى الولد لإثبات بنوته ومع ذلك يصح للأب أن يشهد بنفى نسب ولده عنـه أمام القـاضى أو جماعة

المسلمين مع ذكر السبب فى ذلك ، والطفل قاصر عن الخصومة له أو عليه فيجب تعيين وصى خصومة ان احتاج الأمر لذلك .

بند [٢٠٩]

القانون الفرنسى — نتائج دعوى إنكار الأبوة — متى نجحت دعوى إنكار الأبوة وحكم فيها ينتج أمران :

أولا — حرمان الولد من التمتع بشرعيته ومن كل علاقة الأبوة مع زوج أمه .

ثانيا — توجد البنوة الطبيعية لهذا الولد بالنسبة للأم .

وللحكم الذى يصدر بنفى الأبوة أو برفض الدعوى قوة الشىء المحكوم فيه قِبَل الجميع .

بند [٢١٠]

التشريع الإسلامى — متى نفى الزوج نسب الولد الذى أرادت أمه إلحاقه به فى المواضع التى يجوز له فيها نفيه بلا لعان ، ومتى تم اللعان بين الزوجين أو نكلت الزوجة وحُدت أو لم تحد وحكم القاضى بالتفريق و بنفى نسب الولد حرم الولد من نسبته إلى من نفاه وقطعت كل علاقة بين الولد و بين من نفاه ، وأصبح الولد منسو با لأمه يرثها وترثه ونسبته لأولادها أخ لأم.

والحكم الذى يصدر بنفى نسب الولد أو بإثباته يحوز قوة الشىء المقضى فيه يعارض به الكافة .

بند [٢١١]

القانون الفرنسى

ثالثا — دعوى إثبات البنوة — (صفة الشخص) وهى الدعوى التى يرفعها الولد أمام

المحاكم لإثبات بنوته الشرعية قبل شخص معين .

أحوال إثبات البنوة — يصح ادعاء هـذه الدعوى للطفل الذى ليس له شهادة ميلاد ، وليس عنده (أحوال الطفل الشرعى) أو الذى له شهادة ميلاد دون (أحوال الطفل الشرعى) أو الذى عنده امران معا فقط مختلفان .

هذه الدعوى تتعلق بالطفل فقط فلا يجوز لدائنيه رفعها إذا أهملها فهى حق شخصى له ، ولا يجوز لورثته مباشرة الدعوى أو رفعها إلا فى حالتين : ١ ـ أن تكون مرفوعة من قبل وفاته فيتمون القضية ٢ ـ أو مات الطفل وهو قاصر أو بعد بلوغه سن الرشد بخمس سنوات .

مدة رفع هذه الدعوى — تبقى الدعوى بين يدى الطفل بدون سقوط ، وبالنسبة للورثة إذا كان لهم هذا الحق تبقى ٣٠ سنة كالحق العام .

وينتج هذا الحق عن عمل معاقب عليه كخطأ الموظف المختص فى إثبات الولادة أو تبليغ الشهود فينتج دعويان: مدنية وهى حق الطفل، وجنائية وهى حق الهيئة العام ، ويتبع الحق العام الحق المدنى ، فإذا لم يرفع الطفل دعواه فليس للنيابة الحق فى رفع الدعوى العمومية ، كما يجب أولا الحكم فى المدنى .

بند [٢١٢]

التشريع الإسلامى — دعوى إثبات البنوة من الولد هى دعوى إثبات الأبوة من الولد أيضا ، وقد تقدم أحكام ذلك فلا معنى للتكرار ، وهذه الدعوى لا تحتاج إلى أسباب إلا عدم الاعتراف من الأب ببنوة هذا الطفل أو أنه ليس ابناه فقط فلا داعى لوجود شهادة ميلاد أو عدم وجودها ولا أن الطفل يملك أحوال الطفل الشرعى أم لا .

وتقدم أن حق الطفل فى إثبات أبوته له من شخص آخر أو بنوته له لا تسقط أصلا ، فادعاء الأبوة أو البنوة يكون عادة نتيجة إنكار من المدعى عليه لهذه الصفة .

بند [٢١٣]

البنوة الطبيعية

القانون الفرنسى — البنوة الطبيعية ، هى العلاقة التى بين ولد وأبويه حينما كانا مجتمعين بغير زواج سواء أكان فى وقت العلوق أم فى وقت الولادة أم فى وقت الحمل .

البنوة الطبيعية تكون من زنى حينما يكون الولد ثمرة نكاح من شخص متزوج بآخر فى وقت علوقه .

البنوة الطبيعية تسمى من سفاح الأقارب إذا كان بين الزوجين علاقة قرابة أو مصاهرة تمنع الزواج .

البنوة الطبيعية البسيطة هى أن يوجد الولد من زنى أبوين ليسا متزوجين مع آخرين وقت علوق الطفل وليس بينهما قرابة أو مصاهرة تمنع من زواجهما .

بند [٢١٤]

التشريع الإسلامى — البنوة إما بنوة شرعية وهى التى تترتب عليها أحكامها من ميراث وحل وحرمة ووجوب إنفاق وتعليم الخ . و بنوة غير شرعية وهى عدم مهدر غير مرتب عليها أى حق إطلاقا حفظا للعقود الشرعية الصحيحة وصيانة للعلاقات القانونية بين أفراد المجتمع و إهدارا لعمل خرج فى وجوده وثمرته عن نظم شرعت لمصلحة الجماعة ، فلو رتب المشرع أحكاما للولد الطبيعى لأصبح الناس فوضى كالدواب ، فإن المرأة التى تبيح لنفسها معاشرة رجل بلا عقد قانونى تترتب عليه آثاره تبيح لنفسها أيضا أن تشرك مع الذى عاشرته آخر مثله وهكذا فلا يمكن مع هذا احترام الأنساب ولا بناء مجتمع لا فوضى فى أخلاقه ولاشك فى انسابه فمتى علم المتعاشران أن ماينتج عن عشرتهما أو علاقتهما غير القانونية يكون هدرا فكرا فى تنظيم

علاقاتها طبقا للقواعد الشرعية المقررة ، أما أننا نتمشى مع العواطف فى أن الطفل الطبيعى برىء لم يرتكب ذنبا ثم نرتب له حقوقا جزاء مخالفة الأوامر الإلهية فهذا ما لا يوافق عقلا ، فمتى نهاك المشرع عن شىء ثم حذرك العاقبة فخالفت فيجب أن تتحمل نتيجة عملك ولا يقضى هذا بالبحث عن تصحيح عمل ارتكبته مخالفا للمشرع ، فذنب إهدار نسب هذا البرىء واقع على من تسببا فى وجوده فليلحقهما العار مدة الدهر وليحملا وزره إلى يوم القيامة فيحقق الناس العقود القانونية بينهما و يفرون من الفوضى إلى النظام .

غير أن المشرع الحكيم مع هذا رغب كثيرا فى استلحاق النسب ليخفى العار متى لم يمنع من ذلك مانع فمتى استلحقه أصبح شرعيا بمعنى الكلمة فلا ولد طبيعى إذاً .

بند [٢١٥]

القانون الفرنسى — الطريق الطبيعى لتحقيق البنوة الطبيعية هى الاعتراف الاختيارى من الأبوين ببنوة الولد ، فإذا لم يتم ذلك سعى الولد للبحث عن بنوته قضاء وهو الاعتراف الجبرى ، فللولد دعويان : ١ ـ البحث عن أبوته ٢ ـ البحث عن أمومته .

أولا الاعتراف الاختيارى — الاعتراف بولد طبيعى هو أن يشهد شخص باعترافه صراحة لصالح ولد وُلد خارج الزواج بأبوته أو أمومته لهذا الولد .

صفات الاعتراف الأساسية هى :

١ — هذا إشهاد علنى فيجب أن يكون رسميا فالأوراق العرفية لا تفيد إلا كدليل فى الإثبات أمام القضاء .

٢ — هذا إشهاد يصدر من جانب واحد فقبول الولد أو عدمه لا يفيد شيئا .

٣ — هذا إشهاد اعترافى لأنه اعتراف بأبوة أو أمومة .

٤ — هذا إشهاد لا رجعة فيه ، فمتى تم لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا كان ضد الحقيقة .

يصح أن يكون الاعتراف (هـذا الإشهاد) أمام الموظف المختص بالأحوال الشخصية أو أمام مسجل العقود المدنية أو أمام قاضى الصلح أو أمام المحكمة .

اذا لم تراع شروط الاعتراف المطلوبة قانوناً فالاعتراف يكون باطلاً أو غير موجود

هـذا الاعتراف (الإشهاد) بالبنوة أو الأمومة حق شخصى للأب وللأم فقط . فليس للوصى أو القيم أو الدائن أو الورثة مباشرته مطلقاً ـ ولا الزوج نيابة عن زوجتـه ولا العـكس إذااعترف الأب بأبوته لولد فليس بلازم ذكر أمه ، فإن ذكرها فلا يكون دليـلاً على اعترافها الأهلية المطلوبة فى المعترف ـ لا يشترط فيه أى شرط خاص الاأنه يمكنه عمل أى عقد بتعقل .

فالقاصر والذى لم يبلغ رشده والمحجور عليه قضائياً والمرأة المتزوجة يمكنهم الإشهاد على الاعتراف بالبنوة أو الأمومة بدون حضور أحد معهم أو إذن أحد لهم .

الاعتراف بالبنوة أو الأمومة ليس له زمن محدود فيصح مدة الحمل و بعد الوضع حتى و بعد الوفاة و يمكن معارضة هـذا الاعتراف من كل من له مصلحة وعليه تقديم كل أدلة على صحة دعواه وهم : (المشهد بالأبوة أو الأمومة ـ الولد المعترف به ـ الأب والأم الحقيقيون للولد المعترف به ـ أقارب المشهد ـ المشهد الثانى للولد الذى اعترف به قبله آخر

بند [٢١٦]

التشريع الإسلامى — الظاهر من هذا التفصيل فى البنوة الطبيعية أنه يريد ما يسمى فى التشريع الإسلامى (الاستلحاق) وهو إقرار ذكر مكلف (بالغ عاقل مختار) انه أب لمجهول نسبه ، وهو ما يسميه التشريع الوضعى (بأنه الطريق الطبيعى لتحقيق البنوة الطبيعية وهو الاعتراف الاختيارى من الأبوين ببنوة الولد) وعلى هذا فشروط الاستلحاق أو الإقرار بأبوة مجهول النسب شرعاً هى :

أولاً — يجب فى المقر بالنسب (أبوّة) أن يكون ذكراً لأن الاستلحاق يكون حيث

لا يمكن إقامة البينة على فعل مشاهد وهو مقبول من جانب الذكر فان استلحقت المرأة طفلاً لقيطاً فلا يصح لأنهـا يمكنها إقامة البينة على الحمل والولادة بالمشاهدة سواء أكانت خلية أم متزوجة ـ فلا استلحاق لأم اتفاقاً .

ثانياً — يجب أن يكون المقر مكلفاً شرعاً ولو سفيهاً ـ فلا يصح الاستلحاق من مجنون ولا من مكره ولا من صبى ومن فى حكمه (كالخصى أو المجبوب)

ثالثاً — يجب أن يكون الولد المستلحق مجهول النسب ، فإن كان معلوم النسب فلا يصح استلحاقه وكذا مقطوع النسب كولد الزنا المعلوم أنه من الزنا أو كان منفياً بلعان عن فراش نكاح صحيح فلا يصح استلحاقه

رابعاً — أن لا يكذب المستلحق عقل كـكبر سن المستلحَق عن المستلحِق أو عادة كبعد بينهما تحيل العادة بنوته لمثله أو شرع كاستلحاق ولد جارية الغير الذى كذبه سيده

خامساً — أن يصدقه المستلحَق المكلف فان كان صبياً أو مجنوناً أو ميتاً فلا داعى لتصديقهم ولو كذبته أم المستلحَق لتشوف الشرع للحوق الأنساب . فان كذب المستلحَق المستلحِق وكان مكلفاً شرعاً أقام المدعى (المستلحِق) بينته و إلا حلف المدعى عليه فان نكل ثبت نسبه .

فمتى وجدت هـذه الشروط صح الاستلحاق وأصبح الولد شرعيا بلا فارق إطلاقاً بينه و بين بقية أولاده

وهذا الاستلحاق كما يصح أن يكون بإشهاد رسمى يصح أن يكون أمام شهود أو بمكتوب عادى لا شك فيه . وهو من جانب واحـد إلا إذا كان المقر به (المستلحق) مكلفاً شرعاً وعدم تصديقه بل وتكذيبه يحتـاج إذاً لحـكم حاكم يقطع النزاع وأما الصبى أو المجنون فلا فائدة فى تصديقهم أو تكذيبهم .

والاستلحاق لا يصح الرجوع فيه متى وقع صحيحاً مستوفياً شروطه ، والاستلحاق حق خاص بالرجل فليس للمرأة ولا للوصى أو القيم أو الورثة الاعتراف بالبنوة لرجل اطلاقا .

وللورثة كلا أو بعضا الاعتراف بالأخوة ولكن ليس هذا استلحاقاً شرعا فهو مجرد اقرار متى كان صحيحا يعامل به المقر فقط فينقص نصيب المقر على فرض أن المقر به قريب حسب اعترافه ليأخذه المعترف له ولا يتعدى الاقرار إلى غير المقر من الورثة .

وليس للاستلحاق زمن معين محدود فيصح استلحاق الطفل فى أى وقت ولو بعد وفاته ولما كان الاستلحاق بعد الوفاة مظنة الطمع فى الميراث فنص المشرع على أن المستلحِق يرث المستلحَق إن كان له وارث أو كان مال التركة قليلا فإن لم يكن له وارث فلا يرثه متى كثر المال لأنه متهم فى الاستلحاق ، فإن قل المال ورثه .

فلو أقر بولد واستلحقه به ثم أنكر أبوته ومات الولد فلا يرثه المقر لأنه كذب نفسه فتوقف التركة فان مات الأب ورث ورثته المالين مال الأب ومال المقر به لأن إنكار الأب لا يقطع حقهم ، ولغرماء الأب قضاء ديونهم من هذا المال حال حياته ، و يقضى منه دينه بعد وفاته ، و إن مات الأب المقر بالبنوة ورثه الولد المقر له ولا يضره إنكار أبيه بعد استلحاقه حيث لا يصح الرجوع فى الاستلحاق أصلا .

ولما كان شأن النسب خطيرا وكان حفظه من ألزم الواجبات كان الخلط فيه حراما قطعا ومنكرا يجب إزالته ، فمن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولداً لغير أبيه تصريحا أو تلويحا فإنه يحد أيضا فلكل من يعرف أن شرطا من شروط الاستلحاق المارة لم يتحقق أو أن نسب الولد المستلحق معروف أن يرفع الأمر للحاكم حسبة وكذا كل من لحقه ضرر حقيقى من ورثة أو غيرهم أن يبينوا الحقيقة التى تخالف الاستلحاق وتبطله .

بنـد [٢١٧]

القانون الفرنسى ـ البحث عن الأبوة الطبيعيـة وهى الدعوى التى يرفعها ولد طبيعى يريد بها إثبات أن هذا الشخص أبوه فى القضاء .

وقد كان ذلك ممنوعا أولا ثم أبيح بقانون سنة ١٩١٢ فى الأحوال الآتية .

أولا — حال الخطف أو هتك العرض بشرط أن يكون علوق الولد فى الرحم فى هذه المدة

ثانيا — حالة الخداع بشرط أن تكون مصاحبة لغش أو إفراط فى استعمال السلطة أو وعد بالزواج أو خطوبة ، و بشرط عدم إثباته بالشهود إلا إذا كان هناك شبه دليل كتابى .

ثالثا — حالة الاعتراف من المدعى عليه الأبوة فى جواب أو أى شىء آخر يدل على هذا

رابعا — حالة المعاشرة غير الشرعية بشرط أن تكون المعاشرة بين الأم والأب المدعى عليه ظاهرة و بشرط وجود الطفل مدة زمن المعاشرة .

خامسا — حالة التعهد بالنفقة والتعليم ، إذا تعهد المدعى عليه الأبوة بنفقة وتعليم الطفل أو شارك فى ذلك بوصف كونه أبا افتراضا يصح رفع الدعوى عليه بالأبوة والتقدير للمحكمة .

أسباب سقوط دعوى الأبوة ، البحث عن الأبوة يمكن استبعاده لسببين :

أولا — متى كانت الأم غير شريفة فى علاقاتها مع المدعى عليـه الأبوة بأن كانت لها علاقات ظاهرة مع آخرين ، وان هذه العلاقات الكثيرة كانت فى مدة العلوق بالولد .

ثانيا — متى كانت المعاشرة مستحيلة جسمانيا فعلى المدعى عليه إثبات أنه كان غائبا أو كان فى حالة لا يمكن معها الوقاع لحادث أو لسبب آخر مدة الحمل بالولد المدعى به .

ويجوز للمدعى عليه تقديم أسباب مماثلة لهذين السببين والمحكمة تقدر موضوع دفاعه .

وهذا الحق فى رفع الدعوى يتعلق بالولد من وقت بلوغه ، وقبل بلوغه تدعيه الأم ولو كانت

قاصرا ، فان ماتت أو لم تعترف بالولد فترفع الدعوى بواسطة وصى الطفل الذى تعينه المحكمة لذلك ومدة رفع الدعوى فى السنتين التاليتين للميلاد ، وله رفع الدعوى بعد مدة سنة .

ويمنع نشر شىء عن قضايا البحث عن الأبوة ، ويحكم على الطالب الذى يرفض طلبه من المحكمة المدنية متى ثبت سوء نيته ، ويعمل بقانون سنة ١٩١٢ المذكور فى الحوادث السابقة عليه .

بند [٢١٨]

التشريع الإسلامى — ليس فى التشريع الإسلامى بحث عن الأبوة الطبيعية لأن البنوة إما شرعية يعنى أن الولد ملحق بأبيه شرعاً وإما غير شرعية فهى بنوة زنى فهى هدر لا يقام لها وزن .

فالدعوى الذى يرفعها الولد مجهول النسب يريد بها إثبات بنوته من شخص معين أمام القضاء هى دعوى إثبات البنوة الشرعية .

فالولد الذى علق من خاطف أمه أو هاتك عرضها أو ممن خدعها وغشها أو كانت تحت إمرته أو وعدها بالزواج ولد زنى ويحد الرجل حد الزنى ولا يلحق به الولد لأن نسبه مقطوع بفساده ، والقاعدة الشرعية (ان كل نكاح درأ الحد عن الفاعل يلحق الولد به ويكون ولداً شرعياً) فمن غلط أو أخطأ أو نسى أو تزوج ممنوعة الزواج منه جهلا أو تخلف شرط من شروط الزواج وفسخ النكاح ووضعت الزوجة أو المنكوحة فى كل هذه الأحوال ولداً فإنه يلحق بالفاعل ولا حد عليه .

وأما حالة الاعتراف بالولد من المدعى عليه بالبنوة فهى صحيحة متى استوفى الاعتراف شروطه — وأما حالة المعاشرة المستترة التى لا تعلم بين الخاصة والعامة فإنها سفاح ، ومتى ظهر للملأ أنهما

فى حالة كالزوجين فإنه يصح استلحاق الولد أو الإقرار بأبوته له متى لم يقر أن الولد من زنى أو لم يكن مشهوراً معروفاً بأنه من سفاح لامن نكاح وأما حالة التعهد بالتعليم والنفقة فلا تفيد شيئاً فى حد ذاتها لجواز فعل الخير والشفقة .

ويصح إثبات الأبوة بالبينة الشرعية فى حالة عدم الاعتراف وحالة المعاشرة وحالة التعهد بالتعليم بشروط عدم قطع نسب الولد أو شهرته بغير المدعى عليه أو كونه قادراً على الإحبال أو اللقيا كما سبق فى الاعتراف والاستلحاق .

وللمدعى عليه الدفع فى دعوى النسب بأن أم المدعى تمتهن البغاء وهى غير حصينة وليست مقصورة عليه مدة العلوق ، وأن المعاشرة كانت مستحيلة عادة أو عرفاً أو شرعاً ومتى أثبت دفعه رفضت دعوى الأبوة كما سبق .

ولا تسقط دعوى الأبوة ويجوز لأم الصغير أو وصيه ادعاؤها كما يجوز للصغير بعد بلوغه ادعاؤها كذلك .

بنـد [٢١٩]

البحث عن الأمومة

القانون الفرنسى - لم يقيد القانون البحث عن الأمومة بأى قيد كما قيده فى الأبوة فيجوز البحث عن الأمومة بلا قيد ولا شرط .

ويتعلق البحث عن الأمومة بالطفل نفسه فليس لأحد سواه أن يبحث عنها مطلقاً ولا يمكن لأحد أن يدعى عليه أنه ولد طبيعى ويثبت أمومته .

دليل البنوة الطبيعية بالنسبة للأم - يجب إثبات أن الأم المدعى عليها وضعت، ويجب تحقيق شخصية الطفل الذى وضعته بأنه هو .

ولا يقبل دليل على ذلك إلا الشهود بشرط أن يكون هناك شبه دليل كتابى .

أولا — ولاتقبل شهادة الميلادولا ملك صفات الانفاق والتعليم هنا كما قبلت فى البنوة الشرعية .

وشهادة الميلاد تدل فقط على أن الأم وضعت وهو ابتداء دليل كتابى .

الدور الذى يعمله ملك الصفة بالنسبة لدليل البنوة الطبيعية ، النقط الآتيـــــة أساسية ومؤكدة .

١ — حينما يكون اسم الأم موضحاً فى إشهاد اعتراف الأب بالبنوة ، فيكون ملك الصفة بالنسبة للأم اعترافاً ضمنياً بالبنوة يوازى اعترافاً اختيارياً .

٢ — حينما تكون معرفة الطفل تمت فى اشهاد رسمى يمكن الطفل أخذ ملك الصفة دليلا على تحقيق شخصيته مع الشخص الذى اعترف به .

٣ — متى وجد عند الطفل ابتداء دليل كتابى يثبت ولادة أمه وتحقيق شخصيته فيمكن إقامة شهود على بنوته اعتماداً على ملك الصفة .

بند [٢٢٠]

التشريع الإسلامى — البحث عن الأمومة كالبحث عن الأبوة سواء بسواء فى أن كلا يثبت بالبينة الشرعيـة بالبنوة أو بالسماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب ولا يحتاج لشىء آخر ، والقاعدة أن كل ما لا يظهر للرجال فتكفى فى إثباته أو نفيه امرأتان عدلتان بلا يمين ، و يثبت النسب والإرث بشهادتهما له وعليه ، وأما إثباب النسب فلابد من عـــدلين ذكرين مستوفيين شروط الشهادة الشرعية .

فان ادعى الولد نسبه من أب وأم معينين أقام دليـلا شرعيا كما مر فى أدلة إثباب النسب فان صحت البينة حكم بلحوق نسبه بالمدعى عليهما شرعا وان صحت البينة فى واحد منهما فقط

حكم فيه فان صحت بالنسبة للأم حكم بأمومته فترثه ويرثها ويكون أخا لأولادها من الأم .

بند [٢٢١]

القانون الفرنسى — نتائج المعرفة الاختيارية أو الجبرية .

النتائج المترتبة على الاعتراف بالولد اختياراً أو جبراً واحدة وهى بالاجمال .

١ — حق متقابل فى الميراث بين الولد الطبيعى ووالديه وبالعكس .

٢ — حق متقابل فى النفقات بين الولد الطبيعى ووالديه وبالعكس .

٣ — تحديد قدرة الولد الطبيعى المعترف به فى ترتيب وقبول أى عطاء بدون ثمن ، بمعنى أن الطفل لا يمكنه أن يقبل من أقاربه لا فى عطاء ولا فى وصية أزيد من نصيبه القانونى .

يلاحظ أن الاعتراف بالولد الطبيعى يرجع أثره إلى وقت علوقه فتترتب عليه آثاره (فهو إظهار لموجود لا إيجاد لمعدوم) .

وقد استثنى القانون م ٣٣٧ حالة واحدة لا يرجع الاعتراف فيها إلى الماضى وهى أن شخصاً ولد له ولد من غير زواج شرعى ثم تركه بدون اعتراف وتزوج من شخص آخر غير شريكه فى الولد المذكور ثم اعترف به حالة زواجه بالشخص الآخر فلا يضر اعترافه الزوجة ولا الزوج ولا الأولاد الشرعيين فنتج ما يأتى :

(١) عند وفاة المتسبب والمعترف بالولد الطبيعى لا يأتى الولد الطبيعى وارثا مع الأولاد الشرعيين للمتوفى المذكور ، فان لم يترك المتوفى أولاداً شرعيين ولا أقارب يرثونه قانونا بل ترك زوجه والولد الطبيعى حاز الزوج كل الميراث وليس للولد الطبيعى شىء .

(٢) الولد الطبيعى المعترف به قبل الزواج له الحق فى معارضة أحد الزوجين الباقى بعد وفاة الآخر فيما خصه به المتوفى من هبة أو وصية بنقصها إلى الحد المقرر قانونا ، وأما الولد المعترف به بعد الزواج فليس له هذا الحق .

(٣) ليس للولد المعترف به بعد الزواج طلب نفقة ممن اعترف به لأن هذا يضر بالزوج الآخر و بالأولاد الشرعيين .

نتائج الاعتراف ببنوة الولد الطبيعى كنص المادة ٣٣٧ .

١ — الولد الطبيعى المعترف به يحمل اسم الشخص الذى اعترف به و يخضع للسلطة الأبوية .

٢ — يمكنه أن يتلقى هبة أو عطية فى وصية ممن اعترف به .

٣ — يمكن الولد الطبيعى استعمال الحقوق المقررة قانونا ضد إخوته من زواج سابق أو من زواج لاحق .

وهذه النتائج يعمل بها فى حالتى الاعتراف الاختيارى والإجبارى .

بند [٢٢٢]

التشريع الاسلامى — نتائج الحكم بالبنوة أو الاستلحاق المستكمل لشروطه .

متى ثبتت بنوة الولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضى أصبح الولد شرعياً من جميع الوجوه فيتوارثان الولد ومن ثبت نسبه منه و يجب الإنفاق والتعليم على الوالد القادر و بالعكس وتصح الهبة له دون الوصية لأنه (لاوصية لوارث) .

ولحوق نسب الولد يرجع إلى الماضى فهو إظهار لحالة خفيت لا إيجاد لها بدون استثناء بين هذا الولد و بين إخوته السابقين واللاحقين ولا حق لاعتراض الزوجة ولا غيرها لأن هذا حق الزوج وحده .

وعند وفاة المستلحق يأتى الولد المستلحق للميراث على قدم المساواة بين اخوته من أى زوجة وله الحق فى الاعتراض على الوصية للزوجة السابقة واللاحقة لأنه (لا وصية لوارث) فهو ولد شرعى من جميع الوجوه .

ولوالده عليه الحقوق الأبوية كما للولد على أبويه حقوق البنوة من جميع الوجوه .

بند [٢٢٣]

القانون الفرنسى — قواعد خاصة بولد الزنى و بالولد الناتج عن مضاجعة الأقارب المحرمين

القانون يمنع بتاتا الاعتراف ببنوة الولد المولود لرجل متزوج من امرأة أخرى أو المولود من مضاجعة قرابته المحرمة عليه قانونا سوء أكان الاعتراف اختيارياً أم إجبارياً وذلك منعاً لفضيحة العار التى تنتج من ذلك و ينتج عن ذلك :

أولا — ممنوع منعاً باتا على أى موظف عمل اشهاد باعتراف شخص بولد يثبت منه أن البنوة نتجت من زنى رجل متزوج بإمرأة أخرى أو نتجت من مضاجعة إحدى قريباته المحرمة عليه .

ثانيا — المحاكم ممنوعة من تلقى طلب البحث عن بنوة أو أمومة يكون البحث موصلا إلى بنوة من زنى رجل متزوج بأخرى أو إلى أمومة كذلك .

ثالثا ـ يكون باطلا كل حكم أو إشهاد يحقق هذه البنوة لغش أو خطأ .

يبقى الولد كأن لم يعرفه أحد ولم يعترف به أحد ، لكن يمكن لأحد أبوى هذا الطفل الذى لم يكن متزوجا بآخر وقت الحمل به أن يعترف به منفرداً ، وكذلك أحد الزوجين القريبين الممنوعين قانونا من الزواج يمكن أحدهما فقط الاعتراف بالطفل بدون أن تظهر حقيقة وجوده .

بند [٢٢٤]

التشريع الاسلامى — متى عرف الولد بأنه ولد زنى بأن كانت أمه لا ترد طامعا أو كانت ملاعنة فى زنى من زوجها وكان هذا الولد سببا فى اللعان فلا يجوز استلحاقه لأنه مقطوع النسب سواء أكان المستلحق متزوجا بأخرى أم لا .

وأما الولد الناتج من مضاجعة الأقارب أو الممنوع زواجهم أو اجتماعهم فى عصمة واحدة فإن كان الوقاع أو العقد للنكاح حصل لخطأ فى الشخص أو بنى على أسباب تمنع حد الزنى فإن الولد يلحق بالزوج الذى أخطأ بدون جدال .

وولد الزنى هو الذى لا يستند وجوده لعقد زواج ولو كان فاسداً أو لنكاح لم يدرأ الحد سواء أكان الزوج متزوجاً بأخرى أم لا ولا علاقة بين وجود الولد من زنى وزواج فهو حقيقة قائمة بذاتها .

أما أن الزواج مانع من الاعتراف بالبنوة أو الأمومة فى القوانين الوضعية فذلك لأنه ممنوع تعدد الزوجات .

بند [٢٢٥]

القانون الفرنسى — أحوال مستثناة من هذه القواعد (م ٧٦٢ وما بعدها وم ٩٥٨) تطبق فى الأحوال الآتية وتثبت بنوة الزنى وولد الأقارب وهى :

(١) حكم قَبْل إثبات البنوة المذكورة خطأ وأصبح نهائياً بمضى مدة الطعن فيه فى جميع الدرجات .

(٢) حكم تضمن إشهاداً بإنكار الزوج (ما عدا فى حالة علوق الطفل قبل الزواج) هذا الحكم يحقق ثبوت ولد الزنا المنكور .

(٣) حينما يكون الزواج ملغيا لسبب جمع اثنتين فى عصمة رجل واحد أو لأن الزواج وقع بين أقارب محرمة قانوناً ، فإن الأولاد الناتجة عن هذا الزواج لهم الحق فى البنوة الخاصة بهم المنسوبة لحالتهم قانوناً .

بند [٢٢٦]

التشريع الاسلامى — أولاد الزنى الذين ثبت قطع نسبهم إما لأنهم من سفاح لا من

نكاح و إما لأنهم من زوجة خانت زوجها ولاعنها ونفى عنه الولد و إما لأنهم من وطء لاشبهة فيه تدرأ الحد ، لا يصح استلحاقهم ، فإن كان الولد ناتجاً عن زواج خامسة يجهل أنها خامسة أو عن محرمة من الجمع مع أخرى كزوجة و بنت أخيها يجهل ذلك أيضاً أو عن نكاح لبنت أخته مثلاً يجهل قرابتها له فإن الولد يلحق به لأنه وطء بشبهة .

(نتيجة المقارنات من بند ١٩١ إلى نهاية بند ٢٢٤)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

البنوة — نتائج البنوة (الميراث وموانع الزواج والحقوق المتقابلة بين الولد وأبيه — البنوة الشرعية — دليل شرعية الولد (فى الجملة) — إثبات الأبوة — إنكار الأبوة ونتائجها دعوى إثبات البنوة — البنوة الطبيعية (فى الجملة) — البحث عن الأمومة — نتائج الاعتراف بالولد (فى الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

أنواع البنوة — الولد السابق على الزواج — البحث عن الأبوة الطبيعية — سقوط دعوى الأبوة الطبيعية — وولد الزنا وولد المحارم — الاعتراف بالولد للمتزوج .

بند [٢٢٧]

التبنى وأولاد الشعب

القانون الفرنسى — التبنى : وهو وضع خاص لغرض تكوين عائلة والحصول على متعة التبنى التقليدية ممن لا ولد له ولا ينتظر عادة أن يكون له ولد .

التبنى ثلاثة أقسام — التبنى العادى — التبنى الجزائى — التبنى فى الوصية .

الشروط المطلوبة فى جميع أقسام التبنى

المتبنى يجب أن يحوز الشروط الآتية :

أولاً — يجب أن يكون المتبنى قد جاوز الخمسين سنة .

ثانياً — يجب أن يكون المتبنى زائدا فى عمره ١٥ عاماً على الأقل على المتبنَّى .

ثالثاً — يجب أن لا يكون للمتبنى أولاداً ولا أولاد أولاد شرعيين ، وأمَّا وجود أولاد طبيعيين أومتبنيين فلا يمنع التبنى .

رابعاً — إذا كان المتبنى متزوجاً وجب عليه الحصول على موافقة زوجه على التبنى .

خامساً — يجب أن يقوم المتبنى بالعناية بالطفل أو مساعدته لمدة ست سنوات على الأقل فى مدة (قصوره) صغر الطفل بدون انقطاع ، ويجب أن يتمتع المتبنى بسمعة طيبة .

والشروط المطلوبة فى الشخص المتبنَّى هى :

أولاً — الولد المتبنَّى يجب أن يكون بالغاً ، لأن التبنى عقد بين طرفين حقيقة .

ثانياً — الولد المتبنَّى يجب أن يكون غير متبنَّى من شخص آخر غير زوج هـذا المتبنى لاستحالة دعوى ولد لأبوين أو لأمَّين .

ثالثاً — يجب الحصول على رضى أبى وأم الولد المراد تبنيه لغاية ٢٥ سنة و بعدها يكفى اخبارهما بذلك رسمياً إن لم يقبلا .

ويجوز تبنى الولد الطبيعى المعترف به من أبويه كما يجوز تبنى غيره من أولاد الزنى .

بند [٢٢٨]

القانون الرومانى — التبنى عند الرومان ، هو عمل قانونى به ينال ولد سلطة أبويَّة من رئيس عائلة ، وأغراضه لمن لم يولد له انه يريد وارثاً لاسمه وماله أولفرض سياسى فالتبنى هو هدم

سلطة رئيس عائلة عن شخص و إيجادها من شخص آخر على نفس هذا الشخص (يعنى انتقال سلطة بدل سلطة على الشخص المتبنَّى) .

وكان يبيع أب الولد المتبنَّى الحقيقى ولده إلى المتبنِّى ثلاث مرات فيعتقه بعد بيعتين ثم يبلغ رشده بعد البيعة الثالثة ثم يتحاكمون للقاضى فيأمر بحلول سلطة الأب المتبنِّى على الولد المتبنَّى بدل سلطة أبيه الحقيقى ، وأخيراً كان التبنى بإعلان أمام القاضى من المتبنِّى والولد المتبنَّى .

ويشترط أهلية المتبنىٍّ لتملك السلطة الأبوية كأن يكون ذكرا رومانيا ، ويجب الاختلاف فى السن ١٨ عاما بينهما ، ويجب الرضى والقبول من المتبنىٍّ والمتبنىٍّ .

ونتيجة التبنى دخول المتبنىٍّ ضمن عائلة المتبنىٍّ وحرمانه من ميراث أهله بالولادة .

بند [٢٢٩]

التشريع الإسلامى — التبنى كان مشاعا فى الجاهلية وكان الولد المتبنى يعتبر كولد الصلب فلا يجوز لمن تبناه أن يتزوج حليلته ولا ولدا من أولاده كما كان يعتبر أولاد المتبنىٍّ أخوة له ، فأراد الله جلت قدرته أن يجعل الولد لأبيه الحقيقى وأن هذه الأبوة الصناعية لا قيمة لها فقال : (ادعوهم لآبائهم) — (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين) (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين) .

وحكمة منع التبنى ظاهرة واضحة وهى اختلاط الأنساب بجعل ولد الغير ولدا للصلب ، فان كان الزنى ممنوعا فى كل الشرائع والقوانين خصوصا بين المتزوجين لما فيه من اختلاط الأنساب وهى علة ظنية لجواز أن يكون الولد من ماء الزوج فما بالك باختلاط النسب المحقق وهو التبنى ، فان الولد المتبنَّى يحمل اسم من تبناه ويرثه وكذا المتبنِّى ويحرم عليه ما حرم بولد الصلب إذا كان هذا هو اختلاط الأنساب وفيه تحليل وتحريم بدون فائدة ولا مسوغ .

فحكمة منع التبنى فى التشريع الإسلامى حفظت الأنساب واختطت طريق العقل والصواب فكيف بها وهى ممتدة من أمر علام الغيوب فهو أدرى بمصلحة عباده فى الدنيا والآخرة فلم يشدد عليهم بإضافة محرمات أخرى غير من ذكر ولا ورثة آخرين غير من عدهم فى سورة النساء (يوصيكم الله فى أولادكم الخ الآية) .

وقد كانت هذه العادة متأصلة فى نفوس العرب فأراد الله محوها بفعل رسوله لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا . فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن يتزوج امرأة زيد متبناه فخشى مقالة الناس فعاتبه الله عتابا شديدا حيث يقول (وإذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطرا زوجنا كها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضو منهن وطرا — إلى أن قال جل شأنه ما كان محمد أبا أحد من رجالكم الخ) الآية (سورة الأحزاب) .

فلما تزوج الرسول زوجة زيد متبناة إطاعة لأمر الله ألغى التبنى وبذا حفظت صحة الأنساب من الدخلاء فيها جهارا نهارا بعادات قبيحة لا تطمئن إليها النفوس السليمة .

لهذا رأينا من باب إتمام الفائدة وذكر التشريع المعمول به فى القوانين الوضعية أن نذكر ما يختص بالتبنى من غير مقارنة حيث انه غير موجود إطلاقا فى التشريع الإسلامى ، فان من نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولدا لغير أبيه تصريحا أو تلويحا فانه يحد .

بند [٢٣٠]

القانون الفرنسى — التبنى الجزائى وهو الذى نتج عن إحساس من المتبنىً مكافأة لمن يريد تبنيه جزاء معروف أسداه إليه كمن نجاه من غرق أو حرق أو أى كارثة أخرى أحدقت به ،

وشروطه هى الشروط المطلوبة فى المتبنىً ما عدا الخمسين سنة فقط يجب أن يكون بالغا ، وما عدا ١٥ سنة فرق السن فقط يكون المتبنىً أسن من المتبنَّى ، وما عدا المساعدة والعناية فليس بلازم هنا .

التبنى فى الوصية — وهو ما يوصى به شخص فى وصيته لصالح ولد قاصر خوفا من موته والولد قاصر لم يبلغ حد الرجولة ، وشروطه هى شروط التبنى المعروفة سابقا فقط يختلف فى الشروط الآتية :

أولا — الولد المتبنى يجب أن يكون قاصرا بخلاف التبنى العادى فيجب بلوغه .

ثانيا — يجب على المتبنَّى أن يساعد و يعتنى بالطفل المتبنى مدة خمس سنوات بعنوان كونه وصيا رسميا لا بأى عنوان آخر .

ثالثا — لا يلزم الحصول على رضى الزوج الآخر فى مثل هذا التبنى .

قواعد شكل كل نوع من أنواع التبنى :

التبنى يمر فى ثلاثة أشكال :

(١) إقرار أمام قاضى الصلح وذلك أن يحضر المتبنىً والمتبنَّى بدائرة إقامة المتبنىً ، ثم يقر المتبنىً أنه تبنى هذا الشخص و يقر المتبنىً أنه قبل هذا التبنى و بذلك تم التبنى .

(٢) التصديق على هذا التبنى من المحكمة المدنية الابتدائية بدائرة قاضى الصلح بعد بحث الشروط القانونية والأسباب الداعية لذلك ، ثم التصديق على هذا الإقرار من محكمة الاستئناف ولها نقض قرار المحكمة المدنية كما للمحكمة المدنية إصدار قرار ضد التبنى ، وجميع القرارات تكون غير مسببة فقط (مرفوض ، أو مقبول) .

(٣) تسجيل التبنى الذى صادقت عليه المحكمتان الابتدائية والاستئنافية فى سجل الأحوال المدنية بدائرة محل إقامة المتبنَّى ثم يؤشر بهامش ولادة المتبنَّى بمضمون ذلك فإذا لم يسجل التبنى

فى مدى ثلاثة أشهر من قرار المصادقة فى محكمة الاستئناف بطلب أحد الطرفين اعتبر لاغيا .

وفى التبنى الذى يكون فى الوصيـة لا يشترط التصديق عليها من المحكمتين فقط يكون المتبنَّى قابلا للتبنى فيها .

نتائج التبنى :

لافرق فى نتائج التبنى بين أنواعه الثلاثة — التبنى ينتج خمس نتائج :

أولا — يعطى الولد المتبنَّى الحق فى حمل اسم المتبنِّى و إضافته إلى اسمه فيتناقله أبناؤه بعده .

ثانيا — تنتج حالة تحريم بين المتبنى والمتبنى فلا زواج بينهما ولا بين المتبنِّى وأولاد وزوجة المتبنَّى ، ولا بين المتبنى وأولاد زوجة المتبنِّى حتى ولو كان كذلك أبناء تبنى .

ثالثا — توجد حالة تبادل واجب المساعدة بين المتبنى والمتبنَّى فعلى الغنى منهما تقديم ما يحتاج إليه الآخر عند فقره .

رابعا — يعطى التبنى للمتبنى الحق فى ميراث من تبناه بلا فرق بينـه و بين الولد الشرعى .

خامسا — يعطى للمتبنِّى حق الرجوع الشرعى على ورثة المتبنَّى أو ورثة أولاده إذا مات وترك ما أعطاه له من تبناه فوجده بعينه فله الحق فى أخذه .

هذه النتائج الخمس لا تتعدى المتبنى والمتبنى مطلقا إلى أى شخص آخر وليس لأحدهما على الآخر حق خلاف ذلك خصوصا فى حقوق الأبوة الطبيعية والإذن فى الزواج فتبقى للأب الطبيعى

أطفال الشعب

بنـد [٢٣١]

القانون الفرنسى — هذا تشريع حديث فى القانون الفرنسى ابتدأ سنة ١٩١٧ ، وأطفال الشعب هم .

أولا — الأيتام الذين فقدوا أمهم وأباهم أو عائل عائلتهم فى مدة حرب سنة ١٩١٤ ضحية أعمال العدو الحربية أو المدنيـة .

ثانيا — الأطفال المولودون أو المحمول بهم قبـل إجلاء العـدو والذين كان أبوهم وأمهم أو عائلهم فى حالة لا تمكنهم من كسب العيش بالعمل بسبب جراح أو أمراض حدثت أو تفاقمت مدة الحرب فهم ملحقون بالنوع الأول من أبناء الشعب .

ثالثا — أطفال البـلاد التى تحت الحماية وأطفال التبعية الفرنسية وأطفال الأجانب الذين تعهدوا بالدفاع عن فرنسا مدة الحرب فى الجيوش الفرنسية والذين فى حالة من الحالتين السابقتين

والمختص بعمل التبنى هى المحكمة المدنية الابتدائية التابع لها محل الإقامة ، وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة ممن يمثـل الولد قانونا بإذن مجلس العـائلة وفى غيابه يقدم من ممثل النيابة العمومية فتسمع المحكمة الموضوع من ممثل الطفل ثم من ممثل النائب العام ثم تحكم (الشعب تبنى ، أو الشعب لم يتبن) فقط ويمكن استئناف الحكم ، وتسجيل الحكم يكون مجانا ، ويجب التأشير على سجل شهادة الميلاد بمضمون التبنى فى مدة شهر من تاريخ القرار .

نتيجة هذا التبنى ، له نتيجة واحـدة وهو تولى الإنفاق على الولد المتبنَّى وتعليمه وتربيته كلا أو بعضا حسب حالته .

ويشرف على مصالح أبناء الشعب ثلاث هيئات :

(١) المكتب الشعبى العام ، وأعضاؤه ٩٩ عضوا برآسة وزير المعارف .

(٢) مكتب المديريات لأبناء الشعب ويتكون من موظفين وممثلين محليين برآسة المدير .

(٣) مكتب المراكز ويتكون من معلمين ومعلمات وعمد الخ .

بنـد [٢٣٢]

التشريع الإسلامي — هذا التشريع الوضعى الحـديث يتضمن معنى العطف والرحمة من المجموع على بعض أفراده الذين نـكبوا فى عائلتهم أو من يعولهم وهذا نوع من التضامن الاجتماعى الواجب على الأمم والشعوب فى رعاياهم إذ ليس من العدل أن تنزل النكبات بالبعض فيحيق به المرض والفقر بينما البعض الآخر ينعم فى بحبوحة العيش ورغد الحياة فـكان من العدل أن يتساند الجميع لانتشال البائسين وتخفيف وقع مصـابهم ليشعروا أن من معهم من البشر لاينسونهم أو لا يتناسونهم، ولـكن للأسف الشديد هذا التشريع الذى يظهر سنة ١٩١٧ تحت عنوان (أطفال الشعب) قد وجد فى التشريع الإسلامى منذ ١٣٦٢ سنة .

فإن الركن الثالث من أركان الإسلام إيتاء الزكاة أى وجوب إخراجها عن ثلاثة أنواع .

وهى١ — النعم وهى (الإبل والبقر والغنم) .

٢ — الحرث وهو (القمح والشعير والحمص واللوبيا والعدس والفول والترمس والبسلة والجلبان والسلت والعلس والذرة والدخن والأرز والزيتون وحب الفجل الأحمر والسمسم والقرطم والتمر والزبيب) .

٣ — العين وهى الذهب والفضة وشروط وجوبها وشروط أدائها وبيان مصرفها مشروحة فى باب الزكاة فمن أراد الاطلاع فليرجع إليه . وان فى مصرفها أى ممن تعطى له يداً بيـد أو تنفق فى مصالحه التى ينتفع بها .

١ — الفقير ، وهو الذى لا يملك قوت عامة .
٢ — المسكين وهو الذى لا يملك شـيئاً .
} بشرط أن يكونا حرين مسلمين

إذا كان هذا التضامن الاجتماعى هو الأصل الثالث من التشريع الإسلامى .

فمن كان فقيراً أو مسكيناً كبيراً أو صغيراً مات فى حرب أو فى سلم من يعوله وجب الانفاق عليه من بيت المال وهو خزانة الدولة ، ولكن ليس المال نهباً مباحاً لكل من يدعى ذلك .

بل من ادعى الفقر أو المسكنة أو ادُّعِىَ له ذلك إذا كان صغيراً فإن كانت حالته ظاهرة لا تحتاج إلى دليل على فقره أو مسكنته لعجزه أو عوزه أو موت عائله وجب إعطاؤه من بيت المال ما يكفيه بالحسنى ولو نفقة سنة متى كان ذلك من المصلحة ، فان ارتبنا فى حالته من فقر أو إيسار لأنه مستور الحال فلا يعطى إلا إذا أقام بينة وهى شاهد و يمين أو شاهدان ، فان ثبت فقره أو مسكنته أعطى من بيت المال ما يكفيه .

على أنه يشترط فيمن يأخذ من بيت المال ألا تكون نفقته واجبة على آخر موسر كنفقة أب على ولده والولد موسر فلا يعطى الأب من بيت المال شيئاً حتى ولو لم يأخذ من ولده بالفعل لأنه قادر على أخذها منه قضاء قهرا ، وكذلك من كان له مرتب فى بيت المال يكفيه فلا يأخذ شيئاً .

فان كان المنفق متطوعاً فللفقير أو المسكين أخذ النفقة من بيت المال لأن المتطوع بالإنفاق عليه يمكنه قطع النفقة بلا فرض عليه بدوامها .

حتى ذهب المتشرعون الإسلاميون إلى أبعد من هذا فى واجب التضامن الاجتماعى فقرروا أن من عنده يتيمة يجوز له أن يشورها من الزكاة بقدر ما يصلحها كما يراه القاضى — فأين هذا الآن ؟ .

وعلى هذا فحقوق أفراد الشعب وأطفال الشعب الفقراء والمحتاجين مقررة ومنظمة بطريق لا يمكن للبشر أن ينظموها ولا أن يشرعوها وكلما اشتدت مشاكلهم فى الحياة وضاقت بهم السبل تقربوا من التشريع السماوى ونسبوه لأنفسهم فكان جديداً واخترعا لم يسبقوا به فى نظرا

قصيرى النظر والمقلدين المخدوعين لهم ولله فى خلقه وملكه شئون ، ولو شاء ربك ما فعلوه فذرهم وما يفترون .

بند [٢٣٣]

النفقة

القانون الفرنسى — واجب التغذية هو الواجب المتقابل الذى فرضه القانون على الأقارب أو الأصهار الأكثر قربا بالمبادرة إلى المساعدة حيث يكونون فى حاجة ماسة .

من تجب عليهم النفقة — تجب النفقة بين من يأتى .

أولا — النفقة الواجبة بين الأقارب ، لا تجب النفقة بين من يجتمعون فى أصل واحد كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات ، و إنما تجب النفقة بين من لهم على بعض حق الولادة كولد وأبيه أو أمه وكأولاد ولد وجد أو أولاد أولاد ولد وجد الجد وهكذا فى الخط المستقيم بشرط أن تكون القرابة شرعية .

كما تجب النفقة بين المتبنَّى و بين أبيه وأمه بالتبنى فقط درجة واحدة ، وكذلك بين ولد الزنى من الأقارب أو من متزوج بأخرى متى ثبتت البنوة .

ثانيا — النفقة الواجبة بين الأصهار ، تجب النفقة بين زوج البنت وحماه و بين زوجة الابن وحماتها و يكون ذلك فى درجة واحدة فقط فالزوج ليس ملزماً بالإنفاق على جد زوجته و بالعكس .

ثالثا — النفقة الواجبة بين الزوجين ، تجب النفقة بين الزوجين مادام عقد الزواج قائما ، فإن انحل الزواج بالموت بقيت نفقة الحى فى مال المتوفى إلى وفاته ، و إن انحل بالطلاق فقد تفرض نفقة لمن صدر الطلاق فى مصلحته كما سبق فى نتائج الطلاق .

رابعا — النفقة الواجبة بين المتبنى والمتبنى ، تجب النفقة بالتقابل بينهما فقط لذاتهما فلا تتعداهما لمن يولد لهما .

وينتهى فرض النفقة كما يأتى :

١ — نفقة الأقارب ، بين الوالد وأولاده لا تنقطع النفقة بينهما مهما كان السبب .

٢ — نفقة المصاهرة ، تنتهى متى مات الزوجان وأولادهما الذين كانوا سبباً فى فرض النفقة

بنـد [٢٣٤]

التشريع الاسلامى — واجب النفقة بأنواعها قد حدده المشرع فى مواضيعه بدون مقابلة فى بعضها وهو واجب لأسباب ثلاثة . أولاً زواج . وثانياً قرابة خاصة . وثالثاً ملك .

فلا تجب النفقة بالمصاهرة لأنه لا علاقة بين زوج البنت ووالديها ولا بين زوجة الابن ووالديه فالبنت أى الزوج بنت والديها فلم ينقطع نسبها عن والديها بالزواج ولم يكن من نتائج عقد الزواج الإنفاق إلا على نفس الزوجة نظير احتباسها لمنفعة الزوج أو نظير تنازلها عن حريتها ولزومها أوامر زوجها ، فان كان أبواها محتاجين للنفقة وهى غنية موسرة وجب عليها الإنفاق عليهما فقط لا زوجها ، فهذا النوع من النفقة ليس مقبولا عقلا فلم يشرعه الدين الإسلامى ، فيجب النفقة إذا على .

أولا — تجب النفقة على الزوج لزوجته بشرط عدم منعها زوجها من الاستمتاع بها وعدم خروجها بلا إذن وعدم اشتغالها بما يضيع حقه كزوج بلا إذن منه ، و بشرط كون الزوج موسرا عند (مالك) ولم يشترط ذلك أبو حنيفة ، وتجب النفقة مادامت الزوجية قائمة حقيقة كأن كانت فى العصمة أو حكما كأن كانت فى العدة فتجب لها النفقة حتى تخرج من عدته

فالعدة من توابع الزواج وهى محتبسة لتعرّف براءة الرحم من ولده فالنفقة جزاء الاحتباس فان ماتت سقطت النفقة و إن مات الزوج سقطت النفقة والكسوة و يبقى لها حق السكنى حتى تخرج من العدة ، فالنفقة تقدر بقدرها على الزوج لزوجته ولا تفرض نفقة إطلاقا للزوج على زوجته .

ثانيا — قرابة خاصة، تجب النفقة للولدعلى أبيه وللأب على ولده بالاتفاق فى جميع المذاهب بشرط كون الأب أو الولد مستحق النفقة فقيراً بالفعل غير قادر على الكسب فإن قدر أمر بالتكسب وأجبر عليه و بشرط كون المطلوب منه النفقة موسرا يفيض عنه ما يجعل فى نفقة الطالب .

ولا تجب على غير الأب لولده أو الولد لأبيه (مالك) وقال الشافعى تجب للأصل و إن علا والفروع و إن سفلت وتجب للفروع على الأصول و إن علت فقط . وقال الإمامان أحمد بن حنبل وأبو حنيفة تجب النفقة للقريب ذى الرحم المحرم فتجب للأخ على أخته ولابن الأخ على عمه وهكذا كل ذى رحم محرم تجب النفقة بالتقابل .

فعند مالك لا تجب للولد على جده ولا للجد على ولد ولده ولا للأخ على أخيه وهكذا وعند الشافعى لا تجب للأخ على أخيه ولا لابن الأخ على عمه و إنما تجب للأصول على الفروع فى خط مستقيم وتجب للفروع على الأصول كذلك .

فيجب على الولد الحر الموسر صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى نفقة الوالدين المعسرين العاجزين عن الكسب مما فضل عنه وعن زوجاته وخادمه المحتاج إليه .

وتجب النفقة للأقارب الشرعيين ، وتسقط نفقة الأقارب بمضى المدة لأنها لدفع الحاجة وقد ثبت استغناؤه فى هذه المدة التى لم يطلبها ولم يقبضها ، إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الدفع و يستدينها بالفعل فتجب ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ثالثا — تجب النفقة بالملك فمن ملك رقيقا أو دوابا وماشية وجب عليه نفقتها من إطعام وسقى ولو عطبت ومرضت بحيث لا تقوى على الحمل أو الجر، فان أُمر بالإنفاق وامتنع أجبر فان أبى أو عجز أجبر على بيعها أو إجارتها أو ذبحها إن كانت تؤكل ، ويحرم تحميلها فوق طاقتها فان فعل المالك وتكرر أخرجها الحاكم عن ملكه قهرا .

وهذا هو الرفق بالحيوان وهو تشريع منذ وجد الدين الإسلامى ولكن يأخذ الأوربيون عن نظم ديننا ما هو مقرر فيها وينسبونه لأنفسهم ويخترعون له أسماء ثم يطالعوننا بها فيصدقهم الجهلاء بأنهم متشرعون مستنبطون نظما جديدة للبشر بل وللأسف الشديد يصدقهم المتعلمون من غير أن يعرفوا عن أصول هذا التشريع شيئاً وهكذا كنزنا الثمين الذى ضمن نظم الحياة على أحسن وجه يكون نهباً مباحاً ثم يغلب المسلم على أمره ويفرض عليه تشريع وضعى جائر وضعه أصحابه لغير المسلمين ، ولكن لو شاء ربك ما فعلوه .

وينتهى فرض النفقة حسب التفصيل الآتى :

أولا — نفقة الزوجة ، تنتهى متى ماتت أو انقضت عدتها بعد الطلاق ، أو منعت نفسها من متعة زوجها بدون سبب شرعى أو نشزت عن طاعة زوجها ، وبعسر زوجها عند مالك ، ويسقط تقدير النفقة أو النفقة التى قدرها الحاكم بأكلها مع الزوج حسب العادة برضاها تموينا .

ثانيا — نفقة الأقارب تسقط بموت المفروض له أو المفروض عليه وبفقر المفروض عليه وبيسار المفروض له، وبمضى المدة كشهر ونحوه بدون طلب إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الوفاء واستدان بالفعل فتكون دينا فى الذمة ولا تسقط .

وبما أن نفقة الأقارب قدرت بسببين يسار المطلوب منه النفقة وفقر الطالب إليها فمتى زال أحد السببين انتهت النفقة حيث لا مبرر لهـا .

ثالثا — نفقة الملك ، تسقط متى مات العبـد أو الدابة أو باعها المالك أو بيعت عليـه لأى سبب .

بنـد [٢٣٥]

شروط وجوب النفقة

القانون الفرنسى — يجب توفر شرطين فى وجوب النفقة .

أولاً — يجب أن يكون طالب النفقة فى حالة احتياج .

ثانيا — يجب أن يكون المطلوب منه النفقة فى حالة سعة وقدرة .

ومحكمة الموضوع هى التى تقدر هذين الظرفين حسبما ترى .

ترتيب النفقات بين الطالبين ، إذا اجتمع الأقارب والزوجة والأمهات فى طلب النفقـة فهل تجب للجميع أو تجب لطبقة دون أخرى لم ينص القانون على شىء لـكن العمل جار على ما يأتى :

أولا — الزوج والزوجة مقدم على من عداه من طالبى النفقة .

ثانيا الأولاد وأولاد الأولاد الخ فيقدم الابن ثم ابنه وهكذا .

ثالثا الآباء والأمهات والأجداد والجدات فيقدم الأقرب فالأقرب من الأصلين أصل الأب وأصل الأم سواء .

رابعا — زوج البنت وامرأة الأبن .

خامسا — أبو الزوجة وأبو الزوج .

وهذا الترتيب ليس واجباً على المحكمة اتباعه فقط يعتبر كدليل ولها الحكم بغير ذلك . كما ترى المصلحة .

وليست النفقة واجبة بالتضامن بين من تجب عليهم للمحكوم له الرجوع على أحدهم وهذا الأخير يرجع على الباقى بل يطلب كل بما فرض عليه .

ولا تنتقل النفقة إلى ورثة المفروض لهم فتنقطع بموتهم لأنها فرضت للشخص نفسه فلا تورث عنه ، كما لا ينتقل المفروض على ورثة المحكوم عليهم بالنفقة وتسقط النفقة بموتهم .

بند [٢٣٦]

التشريع الإسلامى — إن شروط فرض النفقة ووجوبها تختلف فى كل نوع من نفقة الزوجة ونفقة الأقارب .

١ — نفقة الزوجة ، تجب نفقة الزوجة بعقد الزواج بشرط أن تكون مطيقة مطيعة لزوجها فى عصمته ليست ناشزا والزوج ليس معسرا بها (عند مالك فى الإعسار) وعند أبى حنيفة تجب فى الذمة لميسرة ، فإن كانت الزوجة صغيرة جداً أو خارجة عن طاعة زوجها أو مطلقة وخرجت من العدة فلا نفقة لها .

ولا يشترط احتياج الزوجة للنفقة فلو كانت غنية موسرة فلا تلزم بالانفاق على نفسها لأن النفقة جزاء طاعة زوجها وهى نتيجة حتمية يوجدها عقد الزواج فتجب النفقة على الزوج مع عدم احتياج زوجته فان كانت تعيش معه تموينا يعنى يحضر الأكل ويؤا كلها وليس مقترا عليها فيها ، وإلا فان اشتكت تقصيرا أو تقتيرا فرض لها القاضى نفقتها كل يوم أو كل شهر أو كل سنة حسب حالة زوجها فى كيفية معاشه ويجب على الزوج أداؤه .

ثانيا — نفقة الأقارب ، فيشترط فيها أن يكون طالب النفقة محتاجا للنفقة فقيرا معدما وأن يكون المطلوب منه النفقة موسرا يفيض من كسبه أو من ماله ما يفى بنفقة القريب فان لم يف

إلا ببعضها فرض عليه البعض ، و يشترط عدم قدرة القريب على التكسب (عند مالك) و إلا أجبر عليه ولا تجب له نفقة ، ويرى أبو حنيفة أنه يجب فى نفقة الأبوين والنساء من الأقارب أن لا يكونوا متكسبين بالفعل فلا يجبرون على التكسب بل تفرض لهم برا بهم ورحمة فان تكسبوا بعد الفرض سقط الفرض ليسارهم .

فان تعدد طالب النفقة يبدأ أولا بنفس الشخص ثم بزوجه ثم بولده الصغير ثم بأمه ثم بأبيه ثم الولد الكبير (الشافعى) وعند ابن حنبل (نفسه ، زوجته ، ولده ، أبوه ، أمه ، ولد ابنه ، جده ، فأخيه ثم الأقرب فالأقرب) .

و إذا حكم بالنفقة لأب على أولاده فلا تضامن بل كل واحد مسئول عن نفسه يؤدى ماحكم عليه به للمحكوم له .

ولا تورث النفقة المحكوم بها إلا إذا كان مأمورا بها من القاضى واستدانها المتوفى بالفعل .

وأما نفقة الزوجة فهى (دين فى الذمة لا تسقط إلا بالقضاء أو الأداء فتورث عنها لورثتها متى كانت مقدرة ، وحكم النفقة لا يتعدى المحكوم عليه لورثته فيسقط بموته إلا المتجمد .

بند [٢٣٧]

مادة وطبيعة النفقة

القانون الفرنسى — تشمل النفقة الأكل والكسوة والمسكن وكل ما هو ضرورى للوجود و يجب دفعه نقدا معجلا كل شهر أو فى السنة مرتين أو ثلاثة حسب التقدير .

وبما أنه مراعى فى فرض النفقة حاجة الطالب ومالية المطلوب منه فالنفقة تتغير تبعاً لهذين

الأصلين فيجوز طلب منع المحكوم له من النفقة لعدم الاحتياج كلا أو بعضا لغناه أو لفقر المحكوم عليه كما يجوز التخفيض ، فلا يجوز حكم النفقة قوة الشيء المحكوم فيه ، كما يجوز طلب الزيادة إذا جد ما يدعو لذلك فى السببين المذكورين .

ويجوز دفع النفقة من طبيعة الأشياء لا نقداً فيضم المحكوم له لعيال المحكوم عليه حينما يثبت أن المحكوم عليه لا يمكنه دفع النفقة نقداً وكان المحكوم له أبا أو أما ، فيتولى المحكوم عليه تعهدهما فى عياله وهذا يكون بحكم المحكمة فلها تقدير ظروف الموضوع .

بند [٢٣٨]

التشريع الإسلامي — النفقة تشمل الطعام والإدام والكسوة والمسكن والفرش والغطاء ويجب دفعها معجلا فى أول كل شهر أو نصف سنة أوسنة حسب العادة وحالة الشخص المحكوم عليه .

والنفقة تتبع الحاجة واليسار فى الأقارب وفى أسعار المعيشة وزيادة سن الصغير فان أعسر المحكوم عليه فى نفقة الأقارب سقطت عنه وكذا إن أيسر المحكوم له ، فإن زادت المعيشة وكان المفروض لا يفى وجب زيادة المفروض مادام عند المحكوم عليه سعة ، وإن تدنت الأسعار وجب تخفيضها حسب الطاقة وان كبر المفروض له زيدت النفقة .

وتشمل نفقة الأقارب أجرة التعليم وما يحفظ به صحته من تداو ، كل هذا فى نفقة الأقارب وأما نفقة الزوجة فلا تتغير إلا إلى الزيادة أو النقص ولا علاقة لها بمالية الزوجة إطلاقاً فلها مالها كاملا ولها نفقتها على زوجها مادامت زوجة مطيعة لزوجها بالشروط السابقة ، ويجوز للمحكوم عليه ضم والديه إليه أو أحدهما مع عياله لعدم كفاية النفقة للجميع منفردين .

(نتيجة المقارنات من بند ٢٢٥ إلى نهاية بند ٢٣٨)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

أطفال الشعب ـ واجب النفقة ـ النفقة بين الأقارب ـ النفقة بين الزوجين (فى الجملة) شروط وجوب النفقة (فى الجملة) وطبيعة النفقة .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

التبنى ـ التبنى الجزائى ـ التبنى فى الوصية ـ نتائج التبنى ـ النفقة بين الأصهار ـ النفقة بين المتبنى ومن تبناه .

الكتاب الثالث

السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية

بند [٢٣٩]

القانون الفرنسى — السلطة الأبوية أو ولاية الأب وهى جملة الحقوق الممنوحة للأب والأم بموجب القانون على شخصية وأملاك أولادهم لمعاونتهم وحمايتهم حتى يصلوا إلى السن الذى به يسيرون أنفسهم فى الحياة .

تتعلق الحقوق الأبوية مدة الزواج بالأب والأم أصالة فيبقى الولد تحت سلطتيهما الشرعية غير أن القانون رأى أن الأبوين لا يمكن أن يستعملا حقوقهما على ولدهما فى وقت واحد فعهد إلى الأب بهذه السلطة فقط لأنه رئيس العائلة فوجب توحيد الرآسة وهذا من الحق العام ، فلو اشترط الزوجان فى عقد ترتيب أموالهما ان السلطة على الأولاد تكون للأم حال وجود الأب

كان هـذا الشرط باطلا ، وللأم فقط مراقبـة الأب فى تصرفه فإن رأت ما لا يتفق ومصلحة الولد أمكنها رفع الأمر للقضاء للفصـل فيه بما يحقق مصلحة الصغير .

وتنتقل الحقوق الأبوية إلى الأم فى الأحوال الآتيـة : (١) موت الأب (٢) غياب الأب (٣) فى حالة عدم إمكان الأب مباشرة سلطته لأنه محجور عليه قضائياً أو ممنوع قانوناً (٤) فى حالة حرمان الأب من مباشرة سلطتـه الأبوية قانوناً متى قررت المحكمة أن للأم مبـاشرة هذه الحقوق .

متى وجد الأب أو الأم فليس للجد أو للجدة أى حق قبل أولاد أولادهم ، فقط يجب على أولاد الأولاد احترام أجدادهم وجداتهم فإن مات الأبوان فالسلطة تنتقل للأجداد .

بند [٢٤٠]

التشريع الإسلامى — السلطة الأبوية أو ولاية الأب ، وهى حقوق ممنوحـة للأب أو لوصيه أو للحاكم محـددة فى التشريع الإسلامى ، على شخصية الولد وعلى أملاكه لمعاونته وحمايته حتى يصل إلى سن معين يسير بنفسه فى الحياة .

حقوق الأب من ولايته على ولده وعلى أملاكه ثابتة مدة الزواج و بعـد الزواج بلا فارق بينهما ، ولا سلطـة للأم لا على النفس ولا على مال الولد مادام الأب موجودا وليست المسألة مسألة رآسة يتولاها الأب ثم تنتقل إلى الأم بعـد وفاة الأب و إنما مسألة أن الأب هو الذى يجب عليه الإنفاق على ولده بل وعلى زوجه فهو الذى له الولاية وهى من الحقوق العـامة التى لاتنزع من الأب إلا لعارض كعـدم الرشد أو الفسق والفجور بما يتنافى مع مصلحة الصغير . ويحكم حاكم بنزع سلطة الأب فى مال ولده متى كان كذلك .

وللأم كما لأى شخص آخر إذا رأى أباً أتلف مال ولده أو بدّده بسوء تصرف وعمل لا يتفق مع مصلحة الولد أن يتقدم للقاضى طالباً سلب سلطة هـذا الأب عن ولده لذلك ومتى

ثبت ذلك لدى القاضى انتزع مال الطفل منه وسلمه لوصى يرتضيه وقد تكون الأم متى كانت رشيدة .

وتنقل حقوق الأب إلى الأم إذا رأى القاضى المصلحة فى ذلك سواء فى حياة الأب متى كان متلافا أو فى حالة جنونه أو عدم أهليته للتصرف شرعاً ، فانتقال الحق إلى الأم لم يأت لأنها أم و إنما جاء لأن الأب غير أمين أو غير موجود ورأى القاضى فى ذلك مصلحة .

ومتى وجد الأب رشيداً فليس للأم ولا للجد أى حق قبل أولاد أولادهم سوى حق الاحترام أو إجراء النفقة عليهما بشروطها السابقة على غير مذهب مالك فى الجد .

فإن مات الأب انتقلت السلطة إلى وصيه أى وصى الأب فإن لم يوجد فوصى وصى الأب فإن لم يوجد فالحاكم (مذهب مالك) ويرى أبو حنيفة أن السلطة بعد الأب للجد فهو ولى مجبر عنده درجته بعد الأب ووصى الأب فإن لم يوجد أب ولا وصيه ولا جد فوصى الجد إن كان و إلا فللحاكم هذا فى المال .

وأما السلطة الأبوية على نفس الصغير فهى للأب ثم للجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب الخ العصبات .

ويرى الشافعى أن ولاية الأب (السلطة الأبوية) تكون للأب حال حياته ثم لوصيه بعد مماته ثم للجد و إن علا ثم لوصيه بعد وفاته ثم للقاضى فيعين من يتولى أمر مال الصغير ولو أما وهى أولى .

وبهذا أجمع مشهورو المذاهب الإسلامية الاجتهادية على أن الأم لا تتولى السلطة الأبوية إلا إذا أسندها إليها الحاكم لعجز فى الأب عند بعضهم أو الجد عند البعض الآخر سواء أكان عجزاً حسياً أم معنوياً ، فالأم لا تكون إلا وصية اما من الأب أو الجد أو الحاكم .

ولم تتول الأم السلطة الأبوية بالنص فى التشريع لمعنى فى كيانها فهى مخلوق ضعيف

لا يقوى على أعراض وجوده من حمل ووضع وطمث وتعهد منزل وتربية أولاد صغار ، ولم تتعود المرأة خوض غمار الحياة والمجادلة والدفع والتدافع كخلقة الرجل ، فإن تعينت مصلحة الصغير فى جعلها وصياً بإرادة الأب أو الجد أو برأى القاضى صح تكليفها بذلك لأن حقوق الصغير أولى بالرعاية .

بند [٢٤١]

القانون الرومانى — السلطة الأبوية فى القانون الرومانى جعلت لحفظ وحماية الطفل أخيراً ، فهى واجبات على الأب حتى يبلغ الطفل سناً معينة تمكنه من الاعتماد على نفسه فى الحفظ والرعاية ، ويستعملها الأب وفى غيبته تباشرها الأم ، والسلطة الأبوية لدرجة واحدة فلا تتعدى الأب إلى الجد فلا سلطة له على أولاد ولده ، وللأب التنازل عن السلطة الأبوية بإشهاد متى بلغ الولد سنا معينة فتفك الوصاية عنه تحت التجربة .

والعائلة الرومانية ترتكز على سلطة الرئيس فسلطان رئيس العائلة هو أساس العائلة والقرابة لا الزواج ، فالقرابة لا تعتمد على علاقات الدم ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانونى فسلطة الأب على أولاده أو أفراد عائلته كسلطة السيد على عبيده ، فليس على الأب أى واجب فهو الذى له شخصية قانونية . وهو المالك . وهو الذى يترك تركة تورث عنه وهو رب العائلة .

والسلطة الأبوية ليس للمرأة حق فيها وإنما هى محصورة فى الذكور ، ولا تنقطع السلطة الأبوية لا بالبلوغ ولا بالزواج ، وقد كان لرب العائلة الحق فى القتل لولد العائلة كالرق والبيع والإجبار على الطلاق لولده ثم منع هذا فى عصر القانون النظامى .

بند [٢٤٢]

القانون الفرنسى — واجبات السلطة الأبوية ، وهى جملة الواجبات المفروضة على الأب والأم والامتيازات المتعلقة بهم لحماية أولادهم وهى:

أولاً — واجب التموين والتربية والتعليم — ثانياً — واجب الحفظ — ثالثاً — واجب التأديب — رابعاً — إدارة أمواله القانونية — خامساً — التمتع بأملاكه قانوناً .

فواجب التموين يشمل كل ما يتوقف عليه وجوده من مأكل ومشرب ومسكن وملبس ، وهو واجب بين الأب والأم فإن افتقر الأب وجب على الأم فى أموالها الشخصية .

وواجب التعليم يشمل تكوين الطفل أدبياً وعقلياً واختيار دين له ، فيجب إرساله من ست سنوات إلى ١٣ سنة فى المدارس الابتدائية .

وحق الحفظ هو أن يكون الطفل فى مسكن أبيه أو أمه ومقيما معهما فيجبران على ذلك ، فيكون محل إقامة الولد القانونى هو محل إقامة والديه ، وإمضاء عقد عمل الولد يكون برضاء والديه إلى ٢١ سنة ، والإذن لولده بدخول العسكرية متطوعا قبل ٢١ سنة من عمره .

وحق التأديب هو حق وضع الطفل بمدارس التأديب والتربية لعدم سير الولد سيرا طبيعيا وذلك بعد الفصل فى الطلب بمعرفة المحكمة .

وحق إدارة الأملاك القانونية ، فما دام الأب والأم على قيد الحياة فالسلطة الأبوية هى الحاكمة فان مات الأبوان تعين الوصى .

وقد يرث الولد أو يوصى له فتكون له ثروة وحينئذ تكون إدارة أملاكه القانونية بمعرفة الأب وقد تعرض أحوال لا تكون الإدارة بيده وذلك :

١ — متى حكم بمنع الأب من مباشرة إدارة أموال ابنه فتتولى الأم مكانه بنفس السلطة التى كانت مخولة له بدون احتياج لإذن .

٢ — فى حالة الطلاق أو الفراق الجسمانى فتكون إدارة أملاك الأطفال إلى من حكم لصالحه فى ذلك وحكم بحفظه للأولاد .

٣ — تعين المحكمة مديرا لأملاك الطفل فى حالتين :

١ : متى تعارضت مصلحة المدير مع مصلحة الطفل .

٢ : إذا منع الأب والأم من إدارة أملاك ولدهما ولم يحرما قانونا من حقوق الأبوين

٤ — إذا وهب أو أوصى شخص للطفل بأموال واشترط إدارتها بمعرفة واحد غير أبوى الطفل فله ذلك.

بنـد [٢٤٣]

القانون الرومانى — إن السلطة الأبوية كانت أولا مؤسسة لمنفعة المباشر لها وكانت مستمرة لا تنقطع وخاصة بالأصول الذكور وليس لولد العائلة ملك خاص بل جميع ما يملك لرئيس العائلة فإن تعاقد على التملك فهو وسيط لرئيس العائلة ولا يمكنه جعل الرئيس مدينا .

ثم انحصرت حقوق رئيس العائلة فى دائرة ضيقة فى عصر القانون النظامى فكان للولد حق امتلاك بعض الأملاك من عمله وكان لرئيس العائلة الحق فى إدارة بعضها والتمتع بإيرادها .

بنـد [٢٤٤]

التشريع الاسلامى — يجب على الأب لولده :

١ — التموين وهو كل ما يتوقف عليه وجود الولد من مأكل ومشرب ومسكن وملبس وهو واجب على الأب أصالة فان افتقر الأب وجب الانفاق على الأم (عند غير مالك فعنده لا تفرض نفقة على الأم لغير الرضاع وهو غريب) فإن كانت موسرة وأنفقت فلا ترجع بها على الأب فان أنفقت والأب موسر وتعذر الانفاق من مال الأب رجعت بما أنفقت .

(مذهب مالك) ومذهب أبى حنيفة الأم أحق بالانفاق على ولدها عند عسرة الأب على أنه يحق لها الرجوع على الأب عند يساره ، فان كان زمنا عاجزا عن الكسب نزل منزل المعدوم ووجبت النفقة على الأقرب فالأقرب على الترتيب السابق .

٢ — واجب التعليم — يشمل تكوين الطفل أدبيا وعقليا واختيار أحسن دين وهو الإسلام ، ولكن المشرع الإسلامى وضع قاعدة عامة فى الدين وهى (أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً) ولو اختارا له غير ذلك لأن هذا حق عام ، فيجب تعليمه وتثقيفه فإن كان الولد فقيراً والأب كذلك وجب على الأب تعليمه مهنة أو حرفة يتكسب منها ، فإن كان الولد غنياً فنفقته من كل شىء حتى فى تعليمه تكون فى ماله لا فى مال أبويه .

وعلى الأب حفظ ولده إلى بلوغه عاقلاً فى مسكنه أو فى مسكن آخر تحت إشرافه المباشر فمحل إقامته مع والديه قانوناً .

ولوالد الصغير أو وصيه إيجار صغير بما يرى فيه المصلحة له ونفقته إذاً فى أجر عمله إلى ١٨ عاماً فله أن يذهب حيث يشاء إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد فلوليه منعه ، و بعد الثمانية عشر عاما يتعاقد كما يشاء متى كان رشيداً .

وللأب حق تأديب الصغير متى أساء إلى سن العاشرة بنصحه ثم زجره ثم بضربه بإيلام لا يكسر عظماً ولا يشخن لحماً فإن لم ينزجر ورأى فيه ميلاً للإجرام سلمه للحاكم ليقوّمه بالزجر الرادع و بحبس حريته حتى يعود لرشده و يستقيم أمره ، وهذا التأديب يكون للوصى والأم أيضاً متى كانت وصية .

و إدارة أملاك الصغير تكون للأب مستور الحال غير مشهور بسوء تصرف ولا خيانة أمانة ، و يحمل تصرفه على السداد والمصلحة ، فإن تبين أن الأب أتلف مال الصغير أو أساء إدارته انتزعه الحاكم منه وسلمه لعدل يتصرف فيه لحساب الطفل ولو كانت أما ، فإن مات

الأب عين القاضى وصياً إن لم يكن الأب عين له وصياً مختاراً (عند مالك) وعند غيره الجد فالجد أحق من وصى القاضى إلا إذا أساء فيعين القاضى وصياً مسؤولاً عدلاً وقد تعرض أحوال لا يكون الأب فيها مديراً لأملاك ولده وذلك فى حالة منعه من ذلك شرعاً كأن يكون سيء السيرة مبذراً متلافاً لأموال ولده ، وكذلك إذا وُقِفَ على الطفل أو وُهب له مال بشرط أن لا يتولى إدارة الوقف أو بشرط فى الهبة أن لا تجول يد الأب فيها وقبل الأب لولده بهذه الشروط ، فلا يتولى الأب ولكن يعين الحاكم من يرى فيه تحقيق مصلحة الصغير ولو كانت أما بل وهى أولى متى توفرت فيها المصلحة .

فإن تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه عين الحاكم من يمثل مصلحة الصغير ويحافظ عليها وكذا إذا خيف ضياع أموال الصغير ولم يتقدم الأب لإدارتها وحفظها يعين الحاكم وصياً للقاصر .

بند [٢٤٥]

مدى سلطة إدارة أموال الطفل

القانون الفرنسى — إدارة أموال الأطفال القانونية هى فعل ما يفعل الوصى فقط أو بإذن مجلس العائلة ولا يمكنه عمل مالا يعمله الوصى إلا بإذن المحكمة، والواجبات المفروضة على الإدارة هى:

١ — يجب حصر أملاك الصغير وجردها وتحويل السندات التى لحاملها إلى سندات اسمية .

٢ — تجب إدارة الأملاك كأب عائلة حريص على أملاك ولده وهو مسؤول عن الأملاك التى يديرها بمقتضى القانون العام ، ويجب استغلال مال الطفل متى زاد عن ١٥٠٠ ف .

٣ — يجب عمل حساب ختامى عند نهاية الإدارة وتجرى عليه قوانين محاسبة الوصى وتطبق عليه قوانينه .

وأسباب نهاية إدارة أموال القصر ، هى : تنتهى الإدارة القانونية :

١ — فى حالة نهاية السلطة الأبوية بالموت أو الحجر أو تعيين مجلس قضائى .

٢ — فى حالة المنع القضائى بصدور حكم يسلب حق الإدارة من الأب لأسباب هامة بناء على طلب النائب العام ، أو بناء على طلب الأب أو الأم إذا كانت الإدارة فى يد غيرهما .

بنـد [٢٤٦]

التشريع الاسلامى - إدارة أموال القاصر وحفظها تختلف باختلاف من يديرها فإن كان الأب وكان رشيداً مشهوراً بالاستقامة أومستور الحال فيتصرف فى مال ولده كما يشاء بيعاً وشراء الخ ويكون رائده دائماً مصلحة الولد فتصرفه دائماً محمول على المصلحة فلا يتعقب بحال ولكن لا بد من وجود سبب حقيقى يدعوه حتى لبيع عقاره .

و إن كان غير الأب فيتصرف الوصى أو الحاكم فى مال الصغير بما فيه مصلحته ولكن لا يبيع عقار الصغير إلا لسبب و بيِّنة تشهد بالمصلحة فلا يصدق الوصى أن البيع لمصلحة إلا إذا شهدت بيِّنة بذلك .

و يجب على مدير أموال القاصر غير الأب حصر أملاك الصغير قلّت أو كثرت والإشهاد لليتيم بما تحت يده من مال له ، وعلى الأب إذا كانت الأموال لها قيمة فإن كانت لا ينظر لمثلها نظر طمع فلا .

و يجب على المدير حفظ رأس المال واستغلاله فيما يعود على القاصر بالمصلحة والمدير مسؤول أبا أو غيره إذ ليس للوالدين حق إتلاف مال الصغير أو تبديده فيما لا فائدة منه تعود على الصغير فإن أتلف الأبوان أو أحدهما شيئاً من مال الصغير ضمنا قيمته يوم التلف ، وكذا يضمن الأب متى فرط .

وتنتهى إدارة مال الولد بمعرفة أبيه بالموت أو الحجر أو بانتزاع مال الصغير من الأب لسوء إدارته ولكل شخص الحق فى طلب إزالة يد الأب عن مال ولده إذا بدد أو أتلف فهو فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

بند [٢٤٧]

التمتع القانونى

القانون الفرنسى — التمتع القانونى ، وهو الحق المخول لأحد الأبوين الذى يباشر السلطة الأبوية من قبض إيراد الصغير وملك جزئه نهائياً الزائد عن مصاريف الإدارة ومصاريف الطفل من جميع ما يحتاجه ، والسبب فى ذلك أن المدة قد تطول ويجب على الأب تقديم حساب عن هذه المدة فيحصل فى العائلة تنازع خصوصاً بعد بلوغ الطفل السن القانونية .

والقاعدة العامة أن جميع أملاك الطفل الثابتة والمنقولة تكون خاضعة إلى تمتع الأقارب القانونى ويستثنى من ذلك .

١ — الأملاك التى يملكها الصغير من عمله أو من آلة خاصة .

٢ — الأملاك الموهوبة أو الموصى بها للطفل والمشروط فيها عدم تمتع الأبوين .

٣ — الأملاك التى ورثها الطفل من شخص حرم أبوه وأمه من ميراثه .

تكاليف التمتع القانونى ، يتحمل المتمتع بأملاك الصغير ما يأتى :

١ — ما يجب على المتمتع بالريع العادى ما عدا تقديم ضامن ، وعلى المتمتع نفقة وتربية الطفل حسب حالته المالية .

٢ — دفع الأموال المطلوبة على أملاك الصغير أو الفوائد المستحقة حتى ولو قبل إدارة أملاك الصغير .

٣ — دفع تكاليف دفن ومعالجة الطفل من آخر مرضه وكذا تكاليف دفن ومعالجة آخر مرض لمورث الطفل .

أسباب انقطاع التمتع القانونى :

ينقطع التمتع القانونى ١ — بفك الوصاية عن الولد وسقوط السلطة الأبوية ٢ — ببلوغ الطفل ١٨ عاما فيحفظ صافى إيراده بعد مصاريفه الشخصية من جميع الوجوه سنة على الأخرى لكيلا يطمع أبواه فى إبقائه تحت الولاية ما أمكنهما لمنفعتهما ولإيجاد رأس مال للطفل عند فك وصايته يساعده على الحياة مستقبلاً ٣ — بالتنازل ممن يملك حق التمتع القانونى ٤ — بموت الطفل .

بند [٢٤٨]

التشريع الإسلامى — ليس فى الشريعة ما يقال له تمتع قانونى وإنما فيها أصل من جوامع الكلم للرسول العظيم صلى الله عليه وسلم إذ يقول : (أنت ومالك لأبيك) ومع هذا فقد اتفق الأئمة المجتهدون على أن الأب يتصرف فى مال ولده بما فيه المصلحة فيبيع ويشترى لولده ويتصرف كما يرى المصلحة ولا يستحق الولى من مال محجوره نفقة ولا أجراً فإن كان محتاجاً أكل بالمعروف قدر الضرورة ، فإن اشتغل بسبب مال الصغير عن الكسب أخذ أقل الأجرين من الاجرة والنفقة بالمعروف ، فيحل للأب والأم إذاً الانتفاع بمال ولدهما بشرط الاحتياج والفقر فإن كانا فى وسعة فعليهما حفظ مال الولد .

ونفقة الولد ومصاريفه من جميع ما يحتاجه فى ماله ، ومتى بلغ الصبى ١٨ عاماً رشيداً محسناً للتصرف دفع إليه أبوه ما بقى له من ماله بعد الصرف فإن اختلفا فالقول للأب بيمين .

والقاعدة أن كل ما يملك الصغير من منقول وعقار يكون تحت إدارة أبيه إلا الوقف

فللناظر عليه فى شرط الواقف والا المال الموهوب بشرط جعل إدارته لشخص آخر غير الأب .

والواجب على والد الطفل المتولى إدارة أملاك ولده ، حفظ وصيانة الأملاك بالإنفاق عليها بما فيه بقاء عينها ، دفع نفقة التعليم وتربيته حسب حالته ، دفع ما هو مطلوب على أملاك الصغير ، دفع تكاليف مرض الصغير وما يلزم له من أطباء ودواء وكفن ودفن كما يقتضيه الشرع بلا تبذير ولا خروج عن المباح .

ويملك الصغير حق التصرف فى أملاكه متى فكت عنه الوصاية أو سقطت عنه السلطة الأبوية ببلوغه رشيداً ١٨ عاما فتسلم إليه أمواله الباقية بعد احتساب جميع مصاريفه .

وبما أن حق رعاية الطفل من الصالح العام فلا يجوز لأبيه أن يتنازل عن تعهده بالتربية والتعليم وحفظ ماله ، فإن فعل الأب أجبر على التربية والتعليم فإن تمادى على الترك عين القاضى للولد وصيا يباشر مصالحه ، وبموت الصغير انتقل ماله لورثته .

بند [٢٤٩]

القانون الفرنسى ـ أسباب حرمان التمتع القانونى ، يصح حرمان من له الحق فى التمتع بمال الطفل للأسباب الآتية :

أولا — فى حالة الحرمان من السلطة الأبوية يحرم من التمتع القانونى .

ثانيا — فى حالة تجاوز الحد فى التمتع تطبيقاً للقاعدة العامة فيمن له حق استيفاء المنفعة .

ثالثا — فى حالة الطلاق ، فيحرم من صدر الطلاق ضده من حق التمتع القانونى .

رابعا — فى حالة عدم إحصاء ودرج أملاك الزوجين العامة بعد وفاة أحدهما .

تلاشى السلطة الأبوية ـ أسباب تلاشى السلطة الأبوية هى :

(١) فك الوصاية . (٢) بلوغ الرشد بتمام ٢١ سنة كاملة . (٣) موت الأب أو الأم . (٤) سقوط السلطة الأبوية .

سقوط حقوق السلطة الأبوية - قد يتجاوز الأبوان سلطة التصرف فى أموال الطفل حد المعقول فيضر ذلك بالولد مادياً وأدبياً فجعل القانون السلطة للمحكمة فى إسقاط حقهما .

سقوط السلطة الأبوية قسمان : (سقوط قانونى وسقوط قضائى) .

فالسقوط القانونى أو القهرى هو الذى ينتج بموجب القانون من غير حكم كنتيجة حتمية لبعض أحكام جنائية .

والسقوط القضائى أو الاختيارى هو الذى ينتج عن حكم يصدر به ويكون موضوعه خاضعاً لبحث المحكمة وتقديرها . وأحوال السقوط القهرية هى :

١ — الحكم لتحريض ولده على فساد أخلاقه .

٢ — الحكم لجناية وقعت على شخص واحد من أولاده .

٣ — الحكم لجناية وقعت بالاشتراك مع واحد أو أكثر من أولاده .

٤ — الحكم الثانى لجنحة وقعت على شخص واحد من أولاده .

٥ — الحكم الثانى لتحريض ولد قاصر أجنبى منه عادة على فساد أخلاقه .

السقوط الاختيارى ، يجوز للمحكمة الحكم بسقوط السلطة الأبوية فى الأحوال الآتية .

١ — الحكم فى جناية ضد الهيأة الاجتماعية أيا كانت .

٢ — الحكم الثانى لحجز أو إخفاء مستندات أو لترك ولده أو عربدة .

٣ — الحكم الثانى للسكر البين العام .

٤ — الحكم بموجب قانون ٧ ديسمبر سنة ١٨٧٤ على الصنائع المتنقلة (الجائلة) .

٥ — الحكم الأول لتحريض القصر على إفساد الأخلاق .

٦ — عندما يوضع الطفل باصلاحية الأطفال عقب ارتكاب جناية أو جنحة ، ارتكبها لعدم تبصر فى العواقب ولاهمال .

وعلاوة على ما ذكر فإن السكر البين والسلوك المشين أو الفاضح ومعاملة الطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو آدابه للخطر ، كل هذا يعطى للمحكمة الحق فى إسقاط السلطة الأبوية .

والذى له الحق فى طلب إسقاط السلطة الأبوية هم أقارب الصغير حتى العم الشقيق أو النائب العام .

والمحكمة الابتدائية المدنية التابع لها محل إقامة أو سكن الأب أو الأم هى المختصة فتنظر القضية فى غرفة الشورى وتنطق بالحكم علناً فقط .

وتجوز المعارضة فى الحكم الغيابى لمدة ثمانية أيام متى أعلن المدعى عليه شخصياً ومدة سنة إذا أعلن فى سكنه ، ويجوز الاستئناف لمدة ثمانية أيام فقط ، على أنه يجوز للمحكمة إصدار أوامر احتياطية لصالح الطفل مدة نظر القضية كما ترى .

بند [٢٥٠]

التشريع الاسلامى — التمتع بمال الصغير بالمعنى المفهوم فى القوانين الوضعية هو منحة من القانون يصح سلبها من الأبوين متى حصل سبب مما ذكر فيما سبق ، ولكن المعنى المفهوم من النصوص الشرعية أن الانتفاع بمال الولد لوالديه مقيد بالحاجة والعوز فيأخذان بالمعروف من مال الصغير بقدر الضرورة فاباحة الأخذ من مال الصغير مرتبطة بعلة وجودها وهو الفقر والفاقة فمتى كان الأب فقيراً استحق النفقة بشروطها من مال ولده فاساءته إلى مال ولده لا تحرمه من حق النفقة وإنما إساءته فى إدارة أملاك الطفل وتبديده لها يجعل القاضى ينزع المال من يده ويسلمه إلى أمين يستغله لمصلحة الصغير مع إعطاء الوالد النفقة إذا تحققت شروط فرضها فلا علاقة إذاً بين حق التمتع للوالدين بمال الولد وإساءة الاستعمال إنما العلاقة بين الإدارة للأموال وسوء الاستعمال وعلى هذا الأساس وهذه الفكرة نذهب بالمقارنة الآتية :

لا يحرم الأب من فرض النفقة وأخذها من مال ولده إذا حرم من السلطة الأبوية أو تجاوز الحد فى التمتع أو فى حالة الطلاق أو حال عدم إحصاء مال الصغير ، وإنما تنزع منه أموال ولده فى حالة عدم الأمانة أو تجاوز الحد فى الإسراف فى مال الولد وتسلم لأمين غيره .

فإن فكت الوصاية عن الولد بأن كان أبوه موجوداً لبلوغه ورشده بعدم صرف ماله فى شهواته وملذاته ، فإن كان له وصى عينه الأب أو عينه الحاكم فلابد من فك الوصاية عنه أمام القاضى بشهادة حسن تصرفه وتبصره ، أو مات الأب ، أو حكم بسلب السلطة الأبوية و بلغ رشده فقد تلاشت السلطة الأبوية فى التربية والتعليم وأصبح الولد حراً طليقاً يتصرف كما يشاء من جميع التصرفات .

فإن تجاوز الأب حدود المعقول وأساء التصرف فأضر بالولد مادياً وأدبياً فالسلطة للقاضى فى انتزاع أموال الولد من تحت يد أبيه ووضعها عند عدل يديرها بحكمة وتبصر فإن لم يكن قاض أو كان وكان جائراً ظالماً فلجماعة المسلمين ذلك . فإن كان الحاكم عادلا فلا ينتزع مال الصغير من يد أبيه إلا بحكمه بنزعه .

فان حكم على الأب للتحريض على الفسق أو لجناية على ولده أو بالاشتراك مع ولده أو لإفساد وتحريض على الفسق لقاصر اعتبر فاسقاً وغير رشيد ويدخل الشك فى تصرفه انتزع الحاكم منه ولده ووضعه تحت يد أمين كما يضمنه مال قاصره الذى فرط فيه وأتلفه .

أما الحكم فى حد ذاته لجناية ارتكبها فى الهيأة الاجتماعية كسرقة أو قتل أو سم الخ فلا يكون داعياً لعزله من إدارة أموال ولده غير انه فى السجن لا يمكنه مباشرة مصالح ولده فيقيم الحاكم من يتولى شئون المسجون ويدير أموال ولده ولا يقضى هذا بعدم فرض نفقة له فى مال ولده متى كان فقيراً .

وكل عمل يستوجب انحطاط الأخلاق كسكر بين أو سلوك مشين أو فاضح أو معاملة للطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو تربيته وأخلاقه للخطر ، كل هذا يعطى القاضى الحق فى إسقاط سلطته الأبوية دون حقه فى الاكل بالمعروف من مال ولده الموسر متى كان فقيراً .

والذى له الحق فى رفع الأمر للحاكم الأقارب ثم الأجانب ثم النائب العام عن الهيأة الاجتماعية وأما اختصاص المحاكم والمعارضة والاستئناف فهذه ترجع إلى قانون الاجراءات (المرافعات) .

بند [٢٥١]

حالة الطفل بعد إسقاط السلطة الأبوية

القانون الفرنسى — حالة الطفل تتغير تبعا لمن أسقط حقه كما يأتى :

إذا كان الأب هو الذى سقط حقه فالمحكمة تقرر أن الأم تباشر ما كان للأب من حق وإذا كانت الأم عاد الحق للأب كما هو مقرر قانونا ، وإذا أسقط حقهما معا عين للطفل وصى يحافظ على حقوقه فى حدود الوصاية وإلا سلم الطفل لملجأ عام للأطفال .

ومتى صدر عفو عن آثار الجريمة التى ارتكبها الأب أو أعاد إليه القانون اعتباره أمكن عودة الحق إليه فى مباشرة سلطته الأبوية .

السلطة الأبوية للأب والأم الطبيعيين :

قانون ٢ يوليو سنة ١٩٠٧ — السلطة الأبوية على الأولاد الطبيعيين المعترف بهم تكون اصالة للأب والأم حسب الاعتراف به ، فان مات أحدهما حل محله الآخر ، ومع ذلك يجوز للمحكمة نظرا لمصلحة الطفل جعل السلطة الأبوية لغير من يستحقها أولا .

السلطة الأبوية للولد الطبيعى مثلها للولد الشرعى إلا فيما يأتى :

١ — التمتع بأموال الطفل الطبيعى لأبويه الطبيعيين جائز كالولد الشرعى إلا أن المحكمة تعين هنا مشرفا على أموال القاصر .

٢ — إدارة الأملاك القانونيـة للولد الطبيعى لا تسلم لأبويه الطبيعيين مطلقا بل يجب أن يعين وصى لذلك .

بند [٢٥٢]

التشريع الإسلامى — متى سقط حق الأبوة عن الطفل لأبيه تعين إقامة وصى له يمثل مصالحه إن كان له مال ووضعه عند أمين محافظة عليه فان كانت الأم وكانت مستوفاة للشروط الشرعية فهى أحق . وليس للطفل الطبيعى وجود فى التشريع الإسلامى فإما ولد شرعى و إما ولد زنى ، فالولد الشرعى تقدمت أحكامه ، وولد الزنى تتولى الهيأة الاجتماعية تربيته وتعليمه ، فان وهب له أحد مالا أو وقف عليه فالحاكم هو الذى يقبل عنهم أو نائبه أو وصيه فيعين من قبله من يدير هذه الأملاك و يستغلها لمصلحة القاصر ومتى بلغ رشيدا سلمت إليه أملاكه .

نتيجة المقارنات من بند ٢٣٩ إلى نهاية بند ٢٥٢

يتفق التشريعان فيما يأتى :

السلطة الأبوية (فى الجملة) — واجبات السلطة الأبوية (واجب التموين والتربية والتعليم) (فى الجملة) — واجب الحفظ — واجب التأديب — إدارة أموال الصغير — مدى سلطة إدارة أموال الطفل (فى الغالب) — نهاية إدارة أموال القاصر — أسباب تلاشى السلطة الأبوية — سقوط حق السلطة الأبوية (فى الجملة) .

و يختلفان فيما يأتى :

التمتع بأموال الطفل قانونا — أسباب انقطاع التمتع المذكور والحرمان منه .

بند [٢٥٣]

عديم الأهلية وحمايته

القانون الفرنسى — عديم الأهليــة هو الشخص الذى لا يمكنه التصرف فى حقوقه المدنية قانونا .

وأسباب عدم الأهلية المختلفة هى : ١ ـ الزواج بالنسبة للمرأة ٢ ـ السن بالنسبة للقاصر ٣ ـ فساد الصفات العــاقلة بالنسبة للمجنون وضعيف الفــكر والمبذر ٤ ـ الحكم بعقاب بدنى مخل بالشرف بالنسبة للحجر القانونى .

اختلاف أحكام عديمى الأهلية :

ليس كل عديم للأهلية ينطبق عليه قانون واحد ، فالمرأة المتزوجة تخضع لنظام إذن الزوج والقاصر الذى لم تفك وصايته والمحجور عليه قضائيا والمحجور عليه قانونا يكونون خاضعين لنظام الوصى و يمثلهم فى كل الأعمال القضائية وكيل قانونى (الوصى) الذى يعمل تحت مراقبة المشرف.

والمعتوه يوضع فى مؤسسة عامة خاصة بالمجانين تحت نظام خاص ، القاصر المرفوع عنــه الحجر يكون تحت الوكالة فله إدارة أمواله وما يلزم لذلك ، فإن وجد عمل أزيد من ذلك فلابد من الوكيل أو مجلس العائلة أو المحــكمة .

وضعيف العقل والمبذر ليس لهما مباشرة بعض الأعمال إلا بحضور مستشار قضائى .

بنــد [٢٥٤]

القانون الرومانى — عديم الأهليــة — فى القانون الرومانى أن الشخص الذى يملك ثلاثة أشــياء يكون أهلا للتصرف قانونا ، وهى أن يكون له عائلة وأن يكون حرا ، وأن يكون مواطنا .

ولوجود أحد أسباب ثلاثة تكون عقبة فى سبيل امتلاك أهليته الشخصية القانونية وهى السن ، التغير العقلى ، الجنس (الأنوثة) ، فحينئذ توجد عدم الأهلية القانونية فيجب إقامة وصى أو قيم ليمثل عديم الأهلية قانونا .

وكانت الوصاية والقوامة لصالح الوصى أو القيم ومنفعته لا لحفظ مصالح القاصر ، ثم تطورت الفكرة إلى حماية عديم الأهلية والمحافظة على أملاكه ففرضت قيود وواجبات على الأوصياء والقوام لمصلحة من فى حمايتهم .

والأشخاص الذين تحت الوصاية هم : ١ ـ الأيتام من الجنسين ٢ ـ النساء الأيتام تحت الوصاية مدى الحياة . والذين تحت القوامة هم : ١ ـ المجانين ٢ ـ المسرفون والمبذرون ٣ ـ القصر الذين بلغوا ٢٥ سنة فما فوق .

وصى القاصر — الوصاية سلطة وضعت على شخص حر ونظمت وأجازها القانون المدنى لحماية الذين لا يمكنهم الدفاع عن مصالحهم هم أنفسهم .

السن — وحدد سن الولد اليتيم فى الأنثى باحدى عشرة سنة ، وفى الذكر بأربع عشرة سنة لإقامة وصى عليهما .

بنـد [٢٥٥]

التشريع الإسلامى — عدم الأهلية الشرعية فى الشخص يرجع إلى نقص فيه يجعل مصالحه فى خطر ، والنقص إما لخلل فى التكوين العقلى كالمجنون والأبله ومايلحق بهما كالصغير إلى دون العشر ، وإما لعارض طارئ من حوادث خارجة كالسفه والتبذير ، وإما لعدم استكمال دراية فى الحياة كالقاصر بعد العشر إلى ١٨ سنة أو ٢١ سنة .

وأسباب عدم الأهلية: السن بالنسبة للقاصر والجنون والعته والغفلة والسفه والتبذير والدَّين ، والزواج للأنثى والمرض المميت فى التبرع بما زاد عن الثلث فقط (عند مالك) وعند الشافعى

وأبى حنيفة وأحمد لا يحجر على المرأة المتزوجة فى شىء إطلاقا .

وأما الزواج عند غير مالك والحكم بعقاب بدنى مخل بالشرف فلا يستلزمان الحجر ، لكن نظرا لأن السجين قد سلبت حريته فى إمكانه التصرف فى أملاكه بالفعل فيجب إقامة وكيل له أو تنصيب قيم على أمواله يحافظ عليها ويديرها حتى يقضى مدة السجن .

ولكل من عديمى الأهلية حكم أو أحكام تخصه — فزواج الأنثى عند مالك ومرض الموت كلاهما خاضع لعدم التبرع من أملاكه بما زاد عن الثلث — والجنون والعته والغفلة والسفه والتبذير خاضع لنظام القوامة وكذلك الولد حال وجود أبيه خاضع لنظام الولاية والولد مع وجود جده عند غير مالك خاضع لنظام الولاية — والولد عند عدم الأب أو الجد خاضع لنظام الوصاية وسيأتى ذلك فى محله مفصلا .

بند [٢٥٦]

الوصاية على القاصر الذى لم تفك وصايته

القانون الفرنسى — الوصاية هى نظام موضوع لحماية مصالح القاصر مع تسليم العناية بشخصه وبأملاكه إلى وصى مكلف بتمثيله فى كل أعماله القضائية تحت مراقبة مشرف أو مجلس عائلى أو محكمة مدنية ، وتوجد الوصاية عند وجود أحد أمور ثلاثة :

أولاً — موت أحد أبوى الطفل الشرعى — فالسلطة الأبوية لا تزول مرة واحدة فتبقى بالنسبة لشخص الطفل وكذا التمتع القانونى بأملاكه ونظام الإدارة القانونية يستبدل بنظام الوصاية فإن مات أحد الأبوين الباقى اختفى نظام السلطة الأبوية وحلّت الوصاية كاملة .

ثانياً — سقوط السلطة الأبوية — فمتى حكم بسقوط السلطة الأبوية عن الأب والأم يحل نظام الوصاية .

ثالثاً — الغيبة — فى مدة افتراض الغيبة لا يعين الوصى ، ولكن تتخذ الاحتياطات الواجبة للمحافظة على مصالح الصغير ـ فإن وجد أحد الأبوين مدة افتراض غيبة الآخر تولى الحقوق الأبوية ـ فإن اختفى الموجود منهما بعد غيبة الآخر عُين مجلس العائلة من أقرب الأجداد والجدات إن وجدوا و إلا عين وصى مؤقتاً .

و بعد إعلان الغيبة يفرض الغائب ميتاً فإن بقى أحد الزوجين باشر حقوق الأبوين مع وجود الوصاية فان لم يكن موجوداً انفرد نظام الوصاية فقط .

توجد الوصاية فى محل إقامة القاصر وقت حدوث العمل الذى نتجت عنه الوصاية فيوجد مجلس العائلة و يعين الوصى وتختص المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة القاصر وكل عمل يتعلق بأمواله الخ .

قانون سنة ١٩١٧ أباح للمرأة أن تكون وصية أو مشرفة أو عضوا بمجلس العائلة أو ولية (وكيلة تركة) ولكنه قيدها بما يأتى :

أولاً — لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون وصياً أو مشرفاً أو وليًا بدون إذن زوجها لأنها ما دامت متزوجة فزوجها يعتبر وصيًا ثانياً .

ثانياً — المرأة ليست ملزمة بقبول الوصاية بل لها طلب معافاتها منها .

بند [٢٥٧]

التشريع الاسلامى — الوصاية والقوامة والولاية صفة لحالة توجد بشخص عديم الأهلية الشرعية تقتضى تعيين شخص آخر وصى أو قيم أو ولىّ عليه للعناية بشخصه وحياته فيما يحتاج إليه وليمثله فى الأعمال القضائية تحت رقابة مشرف أو مجلس عائلى (مجلس حسبى) أو الحاكم فتوجد الوصاية متى مات أبو الطفل عند مالك وأبوه وجده عند بقية الأئمة الثلاثة . وقد تُعين الأم وصيا متى استوفت شروط الوصاية . وإن أساء الأب إلى ولده فى نفسه وماله انتزع منه

ووضع عند أمين وعين وصيّ يراعى مصالحه ويدير شؤونه . وقد تكون الأم أيضاً .

فان غاب الأب غيبة منقطعة لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته فان كان له وكيل أقامه قبل غيبته فبها وإلا عين الحاكم أميناً من طرفه يحافظ على مصلحته ويتولى شؤون أمواله وإدارتها . وبعد إعلان وفاته والحكم بها يقتسم الورثة التركة ويعين وصى على نصيب القصر والوصاية توجد حيث يوجد الصبى . وتصلح الأم وصياً ومشرفاً متى استوفت شروطها وهى الرشد والعقل والأمانة سواء أكانت متزوجة أم لا ، ولها الحق فى قبول الوصاية وعدم القبول كالذكر سواء بسواء ، على أنها لو كانت متزوجة وكان قبولها الوصاية أو الإشراف يضيع حق زوجها عليها أو يدعوها للخروج لمباشرة مصلحة العمل بدون رضاء وإذن زوجها فلا يجوز لها ذلك وللزوج منعها محافظة على حقه عليها .

بند [٢٥٨]

نظام الوصاية

القانون الفرنسى — للوصى ثلاثة أنظمة : (١) الوصى وهو أساس التنفيذ ـ (٢) المشرف وهو مراقب تصرفات الوصى وينوب عنه عند تغيبه ـ (٣) مجلس العائلة وهو أساس الاستشارة

الوصى يشمل أربعة أنواع : (١) الوصاية القانونية للباقى من الأبوين بعد وفاة الآخر . (٢) الوصاية الموصى بها (الوصى المختار) ـ (٣) الوصاية القانونية للأصول ـ (٤) وصى القاضى أو المعين .

أولاً — وصاية أحد الأبوين الباقى بعد وفاة الآخر — وضع القانون قاعدة لذلك وهى (أن وصاية الولد القاصر الذى لم تفك وصايته يتعلق حقها بالأب أو الأم) غير أن القانون خص الأم بما يأتى :

١ — للمرأة الحق فى رفض قبول الوصاية وعليها البقاء حتى يعين بدلها وليس للأب إلا القبول .

٢ — للأب الحق فى تعيين مستشار للمرأة بعد وفاته فلا تنفرد المرأة فى إدارة أملاك أولادها بل لا بد من أخذ رأى هذا المستشار الذى يتم تعيينه إما فى وصية أو أمام قاضى الصلح أو أمام مسجل العقود .

٣ — متى مات الأب وترك زوجته حاملاً يعين مدير لأملاك الحمل المستكن بواسطة مجلس العائلة حتى تضع الأم فتصبح وصية و يصبح المدير مشرفاً .

٤ — إذا أرادت الوصية أن تتزوج فعليها دعوة مجلس العائلة للنظر فى أمر الوصاية وحينئذ يجوز للمجلس إبقاؤها فى الوصاية و يكون زوجها متضامناً معها فى كل عمل يحصل مضراً بالتركة بعد الزواج — و إن تزوّجت بدون دعوة مجلس العائلة سقط حقها فى الوصاية بموجب القانون و يضمن زوجها معها كل ضرر يلحق بالتركة حتى فيما قبل الزواج .

ثانياً — الوصى المختار — وهو عمل فيه تعيين شخص خاص وصيا على طفل من أب أو أم حال حياتهما ـ و يجب أن يصدر هذا من أحد الأبوين الباقى بعد وفاة الآخر .

وطريق التعيين عمل إشهاد أمام مسجل العقود أو ذكر ذلك فى وصية أو أمام قاضى الصلح

إذا تزوجت الأم وكانت هى الباقية فإن بقيت وصية جاز لها تعيين الوصى المختار بشرط مصادقة مجلس العائلة على ذلك ، و إن خرجت من الوصاية فليس لها تعيين الوصى المختار .

الوصى المختار حر فى قبول الوصاية وعدم قبولها إلا إذا كان فى درجة توجب عليه قبولها لمصلحة القاصر إذا لم يعين .

ثالثا — الوصاية القانونية للأصول ، تكون الوصاية للأصول قانوناً بشرطين .

١ — أن يكون الباقى حياً من الأبوين قد احتفظ بالوصاية و بقى وصياً إلى وفاته فان انقطعت تعين وصى الحاكم .

٢ — ألا يعين أحد الأبوين المتوفى أخيراً وصياً مختاراً .

وحق هذه الوصاية يكون للأصول الأقربين ، وعند الاتحاد فى الدرجة يختار مجلس العائلة الوصى ذكراً أو أنثى بدون تفضيل شجرة الأب على شجرة الأم .

رابعا — الوصى المعين ، وهو المعين بمعرفة مجلس العائلة ويكون ذلك عند عدم وصى قانونى ولا وصى مختار أو كان الوصى الشرعى أو المختار لا يمكنهما مباشرة عملهما أوالاستمرار فيه لأى سبب قانونى .

ويمكن طلب التعيين ممن يهمهم الأمر كأقارب القاصر أو دائنيه فيطلبوا انعقاد مجلس العائلة لاختيار الوصى .

بند [٢٥٩]

القانون الرومانى : — الوصى ثلاثة أنواع :

١ — وصى الوصاية (الوصى المختار) ، والذى له الحق فى تعيين الوصى فى وصيته هو أب العائلة فقط (رئيسها) على ولده ، ويجب أن يعين الوصى فى الوصية .

٢ — وصى قانونى ، وهو وارث القاصر فى المستقبل فهو خاص بأقارب القاصر الأقرب فالأقرب .

٣ — وصى القاضى ، وهو الذى يعينه القاضى للقاصر الخالى من الوصاية .

وليس للوصى على شخص القاصر أى سلطان وإنما يضع القاضى القاصر عند أمه أو عند من يرى فيه مصلحة له والوصى يتسلط على إدارة أموال القاصر فقط بأحد أمرين ، إما أن يحضر معه القاصر وهو يمثله فى العقود والأعمال الرسمية ، واما أن يعمل معه كمدير لأملاك القاصر بدون

تدخل القاصر ، ففى الحالة الأولى يكون القاصر نفسه مالكا ودائناً ومديناً وهو المتعاقد فقط لنقصه كله الوصى ، وفى الحالة الثانية يكون الوصى هو المالك وهو الدائن والمدين الخ لأنه يعمل كوكيل للقاصر والوكيل لا يملك ولا يتعاقد لموكله بل له نفسه ثم ينقل هذه الالتزامات مرة أخرى لموكله .

و يتعين وجود القاصر مع الوصى فى العمل الشخصى والذى لا يتم إلا بوجود شخصه كالعتق و بلوغ الرشد ، و يوجد الوصى فقط فى حالة كون اليتيم طفلا وحدد بست سنوات .

بند [٢٦٠]

التشريع الإسلامى — للمحافظة على أموال القاصر ثلاث طرق .

١ — الولى الشرعى والوصى وهما أساس التنفيذ والمحافظة والمسئولية ،

٢ — المشرف وهو الذى يراقب تصرفات الوصى فيرشده لما فيه الرشد والصلاح فى أموال القاصر متى طلب الوصى منه ذلك و يبلغ الحاكم متى رأى تقصيراً أو إتلافاً فى مال القاصر ولا ينوب عن الوصى فى شىء إلا إذا قرر المجلس الحسابى ذلك .

٣ — مجلس العائلة وهو المعروف فى القطر المصرى (بالمجلس الحسابى) .

والوصاية نوعان : (١) وصاية مختارة. (٢) وصاية الحاكم أو مجلس العائلة، ولا وصاية قانونية لمن بقى حياً من الزوجين لأنه ان بقى الأب فهو ولى شرعى و إن بقيت الأم فلا وصاية لها بموجب القانون فإن كانت أهلا للوصاية أقامها القاضى وصياً فى مجلس العائلة ، ولا وصاية قانونية للأصول و إنما الولاية للجد بعد موت الأب عند غير (مالك) .

المرأة كغيرها فى جواز قبول الوصاية المختارة من الأب وفى جواز ردها فى حياة الموصى

وللموصى عزل وصيه زوجه أوغيرها بغير موجب ، فإن قبل الوصى ذكراً أو أنثى أو مات الموصى فليس للوصى عزل نفسه .

للأب أن يشترط فى وصيه عدم الانفراد بالرأى فيعين له مستشارا ويجب على الوصى عدم مخالفة شرط الموصى فى ذلك ذكرا أم أنثى .

إذا كانت الزوجة حاملا وقت وفاة زوجها فعلى الحاكم فى مجلس العائلة، (المجلس الحسابى) إقامة الزوجة أو غيرها وصياً على الحمل المستكن ويبقى الوصى المعين بعد الولادة كما كان قبلها .

للزوجة الوصية أن تتزوج من غير استشارة أحد لأن هذه مسألتها الشخصية والزواج ليس سبباً فى العزل إلا إذا أعجزها عن القيام بما فيه المصلحة نظرا لحقوق زوجها أو منعها زوجها من ذلك فيعين الحاكم بدلها لعجزها لا لزواجها ، وهى ضامنة وحدها فى أملاكها متى قصرت فى الإدارة حتى لحق التركة ضرر عمدا أو أتلفت منها شيئاً ، ولا يضمن زوجها لأن الضمان يجب أن يكون بطريق القبول والرضى لا بطريق التبع ، إذ أن العقود ومنها الضمان مبينة على القبول صراحة .

والوصى المختار على السفيه أو الصغير يكون بوصاية الأب الرشيد فقط أو وصى الأب متى أذنه بذلك أووصى وصى الأب كذلك،ووصى الأب أولى من الجد عندمن يرى أن الأب ولى شرعى، وأما وصى القاضى فالجد مقدم عليه عند غير مالك ، وأما عند الإمام مالك فوصى القاضى قبل الجد وقد يجوز أن يكون نفس الجد ، وليس للأم تعيين الوصى المختار إلا إذا قل المال عرفاً فلا وصية لها فى إنكاح الصغير ولا فى كثير المال ، وألا يكون للأولاد ولى من أب أووصى أو مقدم القاضى .

وأن يكون المال القليل موروثاً عنها ، فان وهبت أو تصدقت بأموالها فلها أن تجعل ناظرا على ذلك متى شاءت قل المال أو كثر ولو كان للأولاد أب أو وصى .

وزواج الزوجة الباقية بعد وفاة زوجها لا يمنعها من إقامة وصى متى توفرت شروط ذلك ولا دخل لمجلس العائلة فى ذلك .

الوصى المختار حر فى قبول الوصاية وردها حال حياة الموصى فان قبل أو مات الموصى فليس للوصى عزل نفسه فان عجز عن القيام بالوصاية نظر القاضى فى تعيين آخر يشترك معه بدون عزله .

ليس فى التشريع الإسلامى وصاية قانونية ، و إنما يصح أن تكون ولاية على غير مذهب الإمام مالك فانه متى مات الأب ولم يترك وصياً مختارا كان الجد ولياً شرعياً يقوم مقام الأب بلا تدخل من مجلس العائلة ، فإن عين الأب وصياً مختارا فهو مقدم على الجد ولو كان زوجه .

وحق الوصاية يكون للأقربين بشرط الأمانة وتحقق ما فيه مصلحة الصغير .

والوصى المعين — وهو المعين بمعرفة الحاكم بمجلس العائلة (المجلس الحسابى) ويكون ذلك عند عدم وصى مختار بالاتفاق وعدم وجود جد عند غير الإمام مالك ، فاذا عجز الوصى المختار عن القيام بالوصاية عين القاضى آخر من طرفه لمباشرة حفظ و إدارة أموال القاصر .

و يمكن لكل من يهمهم الأمر طلب تعيين وصى من القاضى كأقارب الطفل أو مداينى المتوفى ليمكن مخاصمة القاصر فى وجه وصيه المعين .

بند [٢٦١]

القانون الرومانى — وصاية الأنثى الدائمة ، فى روما وضعت الأنثى تحت الوصاية الدائمة لعدم تبصرها بالأشياء ولخفة تفكيرها الطبيعى ، وكان وضعها تحت الوصاية ليس لمصلحتها و إنما

للخوف منها ولمصلحة العائلة خوفاً من ترتيب أملاكها لغير عائلة الأب ، فكانت المرأة ممنوعة من التمليك وعقود الالتزامات والوصية بدون مساعدة الوصى ، ثم ألغى هذا النظام واختفى الوصى القانونى كما سيأتى تفصيله فى محله .

بند [٢٦٢]

القانون الفرنسى — المشرف — عمل المشرف مضاعف فهو ينوب عن الوصى عند غيابه فى تمثيل القاصر وهو يمثل القاصر ضد الوصى عند تعارض مصلحتهما ، وهو مكلف قانوناً بمراقبة أعمال الوصى فى أملاك القاصر ، ويتلقى تقريرا سنوياً عن أملاك القاصر من الوصى ويجب حضوره عند حصر أملاك القاصر من المنقول أو العقار .

والمشرف يعين بمعرفة مجلس العائلة إلا مشرف الحمل المستكن كما سبق بناء على طلب الوصى فإذا لم يطلب الوصى الشرعى أو الوصى المختار تعيين المشرف حرما من الوصاية ، أما فى حالة الوصى المعين فيعين المشرف بعده مباشرة .

مجلس العائلة — هو جماعة من العائلة برآسة قاضى الصلح مكلفة بالعناية بمصالح القاصر ، ويتكون مجلس العائلة من ستة أعضاء أقارب أو أنسباء يعينهم قاضى الصلح مع ملاحظة القواعد الآتية :

١ — يؤخذ نصف المجلس من أقارب الأب ، والنصف الآخر من أقارب الأم فى الناحية التى وجدت بها الوصاية .

٢ — الزوج والزوجة لا يكونان أعضاء بمجلس العائلة الواحدة بل يفضل الأقرب منهما للصغير أو الأسن منهما .

٣ — إذا وجد إخوة أو أخوات أشقاء للصغير فيعفى المجلس من عدد الستة متى كان

الإخوة ستة أو أقل فكلهم أعضاء مجلس العائلة ، مع من بقى من الأبوين أو من الجدات والأجداد المبعدين قانوناً عن الوصاية إذا وجدوا ، فإن نقص عدد الإخوة أو الأخوات عن ستة وليس معهم من ذكر فيدعى الأقرب الآخر لتكمله العدد .

يجتمع المجلس متى دعت الضرورة للنظر فى مصلحة القاصر بدعوة قاضى الصلح فإن تخلف عضو بدون عذر غرم خمسين فرنكا على الأقل ، ولا تكون قراراته صحيحة إلا إذا حضر ثلاثة أرباع أعضائه .

اختصاص مجلس العائلة ، يختص مجلس العائلة بالنظر والمداولة فيما يأتى :

أولاً — مكلف بتنظيم الوصاية ، من تعيين وصى له الحق فى تعيينه وتعيين مشرف وينظر فى أعذار من يطلب التخلى عن الوصاية ، وفى أسباب الحرمان من الوصاية .

ثانياً — متى مات الأبوان خارجاً عن استعمال حق السلطة الأبوية فبعض اختصاص السلطة الأبوية ينتقل إلى مجلس العائلة ، كحق تأديب الصغير ، إجازة رفع الوصاية عن القاصر ، إعطاء الإذن بالزواج عند عدم وجود الأصول .

ثالثاً — التشاور فى حالة القاصر المالية فيأذن للوصى ببعض أعمال ليس له عملها بدون إذن ويجب التصديق على قرارات مجلس العائلة من المحكمة المدنية المختصة فى الأعمال التى يجب على الوصى استشارة مجلس العائلة فيها ، فللمحكمة تصديقها أو نقضها فى موضوعها أو شكلها وحينئذ يجوز استئنافها إذا قررت المحكمة ضد قرار مجلس العائلة .

بند [٢٦٣]

التشريع الاسلامى — المشرف ينحصر عمله فى مراقبة أعمال الوصى بما فيه مصلحة القاصر ، ولا ينوب عن الوصى فى أى عمل من أعمال القاصر إلا إذا قرر ذلك المجلس الحسبى فالعمل والمسئولية والضمان على الوصى فقط ، ولا يمثل القاصر ضد الوصى عند تعارض مصلحتيهما

إلا إذا أقامه المجلس وصى خصومه ، و يجب أن يكون ملماً بأملاك القاصر عارفاً الحياة العامة حتى يمكنه مراقبة أعمال الوصى ، والذى يعين المشرف اما الأب أو مجلس العائلة (المجلس الحسابى) ولا دخل للوصى فى طلب تعيين المشرف ، والذى يعين على الحمل المستكن هو وصى لا مشرف كما سبقت الإشارة إليه .

مجلس العائلة (المجلس الحسابى) فى الديار المصرية يتكون أخيراً سنة ١٣٦٢ هـ وسنة ١٩٤٣ م من القاضى الأهلى والقاضى الشرعى وعضو من الأعيان وكاتب المجلس ، ويجتمع كل أسبوع مرة فى مقر عمله للنظر فى مصالح القصر من تعيين أوصياء وقوام وحصر تركات وجردها ومحاسبة الأوصياء وفك الوصاية و إثبات الرشد وطلبات الزواج و بيع العقار وتقدير النفقات و بالجملة كل مصلحة للقاصر ، وفى التخلى عن الوصاية وأسباب الحرمان الخ .

و يجب التصديق على قراراته من وزارة العدل التى تملك الإلغاء والتعديل والتصديق الخ .

بند [٢٦٤]

القانون الفرنسى — ملحق الوصاية ، أصل قبول الوصاية واجب على كل شخص عهد إليه بها مراعاة لمصلحة القاصر ولولا ذلك لضاع الطفل وماله ، والهيئة الاجتماعية مسئولة عنه ، ومع ذلك فإنه يوجد بعض أحوال يجوز إعفاء من عُيِّن وصياً لعدم الأهلية أو للاستبعاد أو الإقالة .

ومن الأعذار المبيحة للاعفاء من الوصاية :

١ — بعض الوظائف كأعضاء ورئيس النقض — النائب العمومى — المحامون الموظفون فى محكمة النقض — المديرون — العسكريون العاملون بالجيش .

٢ — عدم وجود قرابة أو نسب بين الطفل ومن عين وصياً عليه ، فلا يجبر على قبول الوصاية إلا إذا لم يوجد سواه وتعينت عليه .

٣ — السن ، والمرض المقعد ، وكثرة الأولاد ، هذه أسباب تعفى من قبول الوصاية .

أسباب عدم الأهلية للوصاية

لا يمكن أن يكون وصياً ولا عضواً فى مجلس العائلة :

١ — القصر ما عدا الأب أو الأم .

٢ — المحجور عليهم .

٣ — كل من كان بينه و بين القاصر أو أبيه أو أمه قضايا خاصة بحالة الطفل أو بأملاكه .

أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية

هناك استبعاد إذا منع الشخص من الوصاية ، وهناك اقالة إذا رفعت عنه هـذه الصفة بعد تقلدها .

١ — الحكم بالعقاب البدنى المخل بالشرف .

٢ — سوء السلوك الفاضح .

٣ — عدم الأهلية أو الخيانة .

والاستبعاد أو الإقالة من اختصاص مجلس العائلة تحت مراقبة المحكمة المدنية .

بنـد [٢٦٥]

التشريع الإسلامى — قبول الوصاية وردها حق لكل شخص إلا إذا تعينت فيجب قبولها ومن قبيل تعينها قبول الوصى المختار للوصاية أو وفاة الموصى فليس للوصى عزل نفسه ، وأما وصى القاضى فله طلب معافاته من الوصاية إلا إذا تعينت عليه .

والوظائف فى حد ذاتها لا تمنع من الوصاية فإن كان الموظف لا يتمكن من القيام بالوصاية وإدارة شئون القاصر تعين عليه التخلى عنها ، فإن انعدمت القرابة بين الصغير ووصيه فالأقربون أولى متى تحققت مصلحة القاصر ، وإن كان الوصى مسناً أو مريضاً أو مشغولاً بما لا يمكنه معه القيام بالوصاية جاز تخليه عنها إن لم تتعطل مصلحة القاصر وإلا وجب التخلى .

وشرط الوصى أن يكون رشيداً فالصبى والمحجور عليه لسفه والمجنون ، ومن له أو لأمه أو لأبيه دعوى على القاصر من مال أو غيره لا يصلحون للوصاية ، والمتجاهرون بالفسق والمتظاهرون بالإسراف ، وسيئوا التدبير لأعمال القاصر والخونة لا يجوز تعينهم أوصياء ، وان طرأت عليهم هذه الصفات يعزلوا .

أما العقاب فى حد ذاته فلا يقتضى الإقالة إلا إذا كان لخيانة ثابتة أو لسكر بين أو لتهتك وكان يخشى على الصغير أو ماله من ذلك فيعزل لهذه الصفات ، وأما الحكم فلا يمكنه معه إدارة أموال القاصر فيعين بدله لعجزه عن ذلك .

بند [٢٦٦] .

وظائف الوصى

القانون الفرنسى — للوصى وظيفتان إحداهما بالنسبة لشخص القاصر والثانية لأملاكه .

أولاً — بالنسبة لشخص القاصر ، فإن وجدت السلطة الأبوية مع الوصاية بقيت لأحد الأبوين الموجود سلطة الحقوق الأبوية على شخص القاصر ، وإن لم تجتمع الوصاية مع السلطة الأبوية كان للموجود من الأبوين استعمال السلطة الأبوية وللوصى إدارة أموال القاصر ، وفى حالة وجود الوصاية فقط لموت الأبوين أو حرمانهما من السلطة الأبوية انتقلت بعض حقوق الوالدين إلى الوصى وبقى البعض الآخر لمجلس العائلة ، فيحق للوصى حفظ القاصر ومحل إقامته محل وصيه قانوناً ، والوصى مكلف بتعليم القاصر وتربيته بدون إذن من أحد .

ولمجلس العائلة الإذن للقاصر بالزواج عند عدم الأصول ، والإذن بفك الوصاية عن القاصر ، ولمجلس العائلة مع الوصى الإذن للقاصر بالتطوع فى الجيش .

ثانيا — بالنسبة لأملاك القاصر يعمل الوصى محل القاصر فى أمواله ويمثله فى كل الأعمال القضائية ما دام قاصرا فهو فى حالة (نعاس) ليس له التدخل فى أى عمل إدارى فى أمواله ، فالوصى يعمل كل شىء كوكيل قانونى للقاصر ، غير أنه يجوز للقاصر مباشرة الأعمال الآتية :

١ ـ الزواج وعقد ترتيب أموال الزوجين ٢ ـ الاعتراف بولد طبيعى ٣ ـ عمل وصيته مادام بالغا ١٦ عاما ولا يجوز له التصرف فيما زاد عن نصف أملاكه ٤ ـ إيداع أى مبلغ فى صندوق التوفير ٥ ـ الدخول فى سلك الجندية مادام قد بلغ ٢٠ سنة أما من ١٨ سنة إلى ٢٠ سنة فيجب الحصول على إذن الوصى ومجلس العائلة ٦ ـ الدخول فى نقابة العمال الخاصة بمهنته لا الادارة ولا الرآسة .

بند [٢٦٧]

التشريع الإسلامى — أصل تعيين الوصى لحفظ وإدارة أموال القاصر ووجود الولى الشرعى لحفظ ورعاية القاصر وأمواله وقد تجتمع فى الوصى الوظيفتان ، فإذا مات الأب وأوصى لزوجته أم الصغار أن تكون وصيا مختارا على أولاده من بعده فيجتمع لها التصرف والادارة فى الأموال والحفظ والصيانة والتعليم للقاصر ، وقد لا توصى الأم بل وصى العم لأنه أصلح لادارة أموال القصر فللأم حفظ ذات القاصر وصيانته وعلى الوصى إدارة أملاكه والتصرف فيها فيدفع للأم نفقة القصر لتقوم بشؤونهم ، وللوصى أيضا تأديب الصغير متى استحق ذلك فان سلبت سلطة الأب عن أموال ولده لتبذيره مثلا بقيت له السلطة الأبوية لذات القاصر فيعلمه ويؤدبه ويربيه ويدفع له الوصى ما يحتاجه القاصر فى حياته حسب حاله .

وقد يكون الوصى أجنبيا من الصغير أى ليس من عصبته وقد بلغ الصغير سنا يحتاج معه للملاحظة والتربية والتعليم ، فحق الضم يكون للعاصب وحق التصرف والادارة فى الأموال يكون للوصى .

ويجب على الأب أو وصيه أو وصى القاضى تعليم القاصر حسب ما يصلح له بدون إذن من أحد والمجلس الحسابى هو الذى يأذن بالزواج متى كان الوصى معينا بمعرفته ولم يوجد ولى شرعى ولا وصى مختار ، وهو الذى يفك الوصاية كذلك ، وأما بلوغه من حيث ماله فذو الأب محجور عليه إلى حفظ ماله بعد البلوغ بعدم صرفه فى شهواته النفسية فيثبت رشده ، وذو الوصى ومقدم القاضى محجور عليه إلى أن يفك الحجر عنه الوصى أوالمقدم ومتى بلغ الولد ١٨ عاما فلهأن يذهب حيث شاء إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفتنة فللوصى أو الولى منعه من ذلك .

وزواج القاصر قبل البلوغ الشرعى وهو الانزال موكول لنظر وليه أو وصيه فى المصلحة للقاصر فان كان مصلحة أمضاه وإن كان متلفة رده ، وبعد البلوغ الشرعى (أى الانزال) أو بلوغ ١٨ عاما عند مالك أو ١٥ عاما عند أبى حنيفة فزواجه صحيح ولو لم تفك عنه الوصاية متى كان رشيدا .

ويجوز للمكلف شرعا الاستلحاق لولد مجهول النسب متى كان ينزل ويمكنه الاحبال ولو لم تفك عنه الوصاية ، ويجوز للقاصر المميز عمل وصيته وحدد بما فوق العشر سنين بشرط أن يميز بين الضار والنافع ، ويجوز له إيداع أى مبلغ يتوفر معه لحفظه ما دام قد أذن له وصيه فى المعاملات ، وأما الالتحاق بالجندية فهذا واجب شرعى على كل مسلم أن ينخرط فى سلك الجندية للدفاع عن الوطن ، وأما الدخول فى الجمعيات التعاونية أو النقابات العمالية أو غيرها فما دام لم يتبعه غرم ولا إفساد فى الأخلاق ولا ضرر فى الأجسام فذلك جائز .

بند [٢٦٨]

سلطة الوصى

القانون الرومانى — كانت سلطة الوصى مطلقة فى أملاك القاصر بلا رقابة ولا حساب ثم قيدت شيئاً فشيئاً فمنعت الهبات بين القاصر ووصيه وأصبح للقاصر طلب إبطال ماعمله الوصى بسوء نية .

والقاصر عديم الأهلية ، ففى دور الطفولة لا يمكن للقاصر عمل أى شىء مطلقا حتى مع إجازة الوصى والطفولة تنقطع من ست سنوات ، فان خرج من الطفولة أى بعد ٦ سنين جاز له فعل كل ما يحسن حالته لا ما يثقلها كالتملك ، دائنا ، مسددا دينه الخ ، لا يجوز له قبض دينه أو عقد بيع الخ .

والواجب على الوصى إدارة أملاك القاصر مدة وصايته ورد أمواله إليه بعد بلوغه سن الرشد بدون عقاب على من بددها ، ثم أبيح رفع دعوى عمومية لعزل الوصى من أى شخص متى أساء التصرف أو بدد ، ثم أبيح للقاصر استرداد ثمن ما باعه الوصى مدة وصايته ، ثم أبيح للقاصر مقاضاة وصيه متى ارتكب خطأ فى إدارة أملاكه ، ثم طلب من الوصى ضامن وتعهد بحسن الادارة ورد الأموال بعد نهاية الوصاية ، ثم ألزم الوصى بعمل حصر لأملاك القاصر عند استلامها .

بند [٢٦٩]

القانون الفرنسى — مدى سلطة الوصى — لمعرفة سلطة الوصى يجب التفرقة بين أربعة أحوال :

أولا — أعمال يعملها الوصى وحده وهى الادارة ويدخل فيها الأعمال التحفظية وإيجار العقار لمدة تسع سنين أول عقد وفى التجديد أو عقد جديد قبل نهاية الأول يكون قبلها بثلاث سنين أو سنتين حسب موقع العقار ، ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

ثانيا — أعمال يعملها الوصى بإذن مجلس العائلة كقبول أو رفض الميراث ، وقبول الميراث باسم القاصر لا يكون إلا بعد حصر التركة لمعرفة نفع القاصر إذا لم تكن مدينة ، أو ضرره عند تحملها بالدين لأنه متى قبل الميراث تحمل بكل دين التركة ولو أزيد منها ، وقبول الهبة ومع ذلك فللأب والأم قبول الهبة وكذا للأصول بدون إذن مجلس العائلة ، ورفع دعوى عقارية أو قبول دعوى عقارية خاصة بالقاصر ، وطلب القسمة باسم القاصر ولكن الدفاع عن القاصر فى دعوى القسمة لا يحتاج إلى إذن أحد ، بيع أسهم مالية باسم القاصر بمتوسط سعر اليوم من مكتب أعمال رسمى وكذا تحويل سند اسمى إلى سند لحامله .

ثالثا — أعمال لا يعملها الوصى إلا بإذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة ، القرض بأى مبلغ لأى سبب كان وبأى شروط كانت ، بيع عقار القاصر ويجب كونه فى المزاد العلنى بحضور المشرف ومراقبة قاض تعينهُ المحكمة بعد الاعلان عنه ثلاث مرات فى ثلاثة أسابيع ، عمل رهن عقارى على أملاك القاصر وكذا كل حق عينى يترتب على عقار القاصر ، ويجب أن توجد فى هذه التصرفات ضرورة ملحة أو منفعة القاصر تقضى بذلك ، وبيع سندات مالية منقولة أزيد من ١٥٠٠ فرنكا كرأس مال ، عقد إيجار تزيد مدته عن ١٨ سنة ولا تزيد عن ٩٩ سنة لعقار من عقارات القاصر ، الصلح فى القضايا ولا يكفى إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة بل يجب أيضا أخذ رأى ثلاثة من رجال القانون يعينهم النائب العام ويكونون قد أمضوا عشر سنين على الأقل فى المحاماة أمام الاستئناف .

رابعا — أعمال لا يعملها مطلقا لا بإذن ولا بدون إذن ، الهبة بين الإحياء أو الوصية بعد الممات ، عقد خاص بأملاك القاصر أيا كان بين القاصر والوصى فان آجر لنفسه ملك القاصر فالمؤجر يكون المشرف بعد تحديد الشروط بمعرفة مجلس العائلة ، وكل ما لم ينص عليه القانون بالمنع يجوز للوصى عمله ، وللوصى بيع منقول القاصر بالمزاد العلنى بمعرفة موظف مختص بدون إذن أحد .

بند [٢٧٠]

التشريع الإسلامى — على الوصى إدارة أموال القاصر ويدخل فيها الأعمال التحفظية وإيجار عقاره لمدة ثلاث سنين إن لم تجر العادة بغير ذلك وإلا راعى العادة مع المحافظة على أموال القاصر — ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله — ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

وليس فى التشريع الإسلامى رد أو قبول الميراث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين وليس فى الشريعة الإسلامية (الحلول) يعنى اعتبار الوارث حالا أو ممثلاً محل المورث فلا يدفع الوارث دين مورثه إلا بقدر ما ناله من التركة إلا إذا تبرع بسداد ديون مورثه والوصى ممنوع من التبرع بأموال محجوره أيًا كانت .

ليس لولى القاصر والمحجور عليه رد الموهوب الكثير غير التافه كالكسرة والتمرة فلا يفوت كلاً منهما هبة بعدم القبول فلا يحتاج الوصى لإذن أحد فى قبول الهبة للقاصر كما أن له الصلح عن قاصره كذلك .

وللوصى رفع الدعاوى باسم القاصر دفاعاً عن مصلحته وتمثيله متى كان مدعى عليه — وطلب القسمة — وبيع أسهم ماليـة باسم القاصر متى دعت الضرورة لذلك وكان فى مصلحة القاصر متى قلّ المـال فى المتعارف — وتحويل سـند لحامله إلى سند اسمى لأن فيه حفظ مال القاصر لا تحويل سند اسمى إلى سند لحامله لأنه لا فائدة فيـه للقاصر إلا إذا كان يريد البيع والسند

لحامله أغلى من السند الاسمى وكانت المنفعة للقاصر ظاهرة ـ كل هذا يعمله الوصى بلا إذن من أحد .

وللوصى تسلف مال القاصر إذا كان له مال فيه الوفاء وليس له إقراض مال اليتيم للغير فإن فعل فقد فرط فهو ضامن عند عدم الوفاء ـ وللوصى بيع عقار القاصر بشروط : (١) دعاء الضرورة لوفاء دين ونحوه (٢) ثبوت أن هذا العقار هو الأولى بالبيع من غيره (٣) و بيعه بالمزاد العلنى (٤) وعدم وجود زائد على الثمن الذى أعطى فيه (٥) وأن يكون الثمن ثمن المثل (٦) وكون الثمن نقداً وحالا (٧) و إثبات أسماء الشهود الذين حققوا هذه الشروط ـ ومتى ثبتت منفعة القاصر فى البيع بزيادة الثلث فأكثر من مال حلال جاز البيع بشهود عند الحاجة ـ فإذا لم تتوفر الشروط المذكورة فللقاضى رده متى بلغ رشده ـ وللوصى رهن مال القاصر متى وجدت مصلحة وكذا كل حق عينى تقضى به الضرورة القصوى أو منفعة القاصر ، كل هذا يعمله الوصى بدون استشارة أحد .

وليس له عقد إيجار لمدة أزيد من ثلاث سنين إلا إذا جرت العادة وكان فيها منفعة للقاصر والوصى مسئول عن ذلك ـ وللقاصر نقضه بعد بلوغه متى انتفت وجه المصلحة له عند العقد . وليس للوصى الهبة من مال القاصر ولا الإيصاء من مال القاصر ـ وعليه تنفيذ الأحكام فى مال القاصر وليس له سداد دين بدون سند المديونية الصحيح وليس له الاعتراف على القاصر بدين أو عين أو وصية على الميت ـ وقبول تحكيم فيما يعرض لمصلحة القاصر مع الآخر وفيه خطر فيجب حكم الحاكم لحسمه النزاع بين الجميع .

ليس للوصى أن يشترى أموال القاصر لنفسه إلا إذا وافقت المصلحة لليتيم . فإن تعاقد الوصى على شىء من أموال القاصر وجب تعيين من يمثل القاصر ليقبل عنه و يحافظ على مصلحته مع الوصى المتعاقد معه . والقاعدة العامة أن الوصى مكلف بعمل كل ما فيه المصلحة للقاصر فى

ذاته وماله إلا ما نص عليه بالمنع والا استيفاء الشروط فلا بد منها و إلا كان عمله باطلاً بالنسبة للقاصر والوصى ضامن لما يحصل .

والنظام المتبع الآن عرض تصرفات الوصى الخاصة ببيع عقاره على المجلس الحسابى لتحققه المصلحة وللوصى بيع منقول القاصر متى خيف عليه التلف أو دعت مصلحة القاصر لبيعه و يصرح بما عرض .

بنـد [٢٧١]

القانون الفرنسى - واجبات الوصى - تقسيم أساسى - يمكن تقسيم واجبات الوصى إلى ثلاثة أزمنة : (١) وقت تحمل أعباء الوصاية (٢) مدة وجودها (٣) عند نهايتها

أولاً — واجبات الوصى عند دخوله فى الوصاية :

(١) حصر التركة . (٢) بيع المنقول من التركة . (٣) تقدير النفقة اللازمة للقاصر . (٤) استثمار رأس المال . (٥) تحويل السندات المالية التى لحاملهـا إلى سندات اسميـة (باسم حاملها) .

أولاً — حصر التركة فى العشرة الأيام التالية لتعيين الوصى يجب عليه رفع الأختام عن أعيان التركة وحصرها بوجود المشرف - و يجب عليه إعلان دينه ومقداره فى التركة أمام مسجل العقود و إلا سقط حقه فيه إن كان دائناً للمورث .

ثانياً — بيع المنقول فى الشهر التالى لإتمام الحصر ببيع الوصى الأموال المنقولة الجسمانية بالمزاد العلنى - و يحتفظ ما أوصى به مجلس العائلة من مو بيلية العائلة أو تحف فنية أو تذكارية للعائلة - وهذا الواجب لا يلزم الأب أو الأم متى كان له التمتع القانونى .

ثالثاً — تحديد النفقة السنوية للقاصر : يحدد الوصى مقدار نفقة القاصر فى السنة بمعرفة مجلس العائلة كما يحدد إيراده أيضاً الناتج من إدارة أملاكه مع تحديد أوجه استغلال ما زاد عن نفقة

القاصر السنوية ، فإذا أهمل الوصى استغلال باقى الريع تحمل الفائدة القانونية بعد ستة أشهر عن أى مبلغ لم يستغل . ويجب على الأب والأم ذلك الاستغلال فيما زاد عن ١٥٠٠ فرنك

رابعاً — استثمار رأس مال القاصر — على الوصى متى وجد مالاً زائداً عن حاجات القاصر وقت حصر التركة أن يستغله فى مدة ٣ أشهر و إلا لزمه فائدته .

خامساً — تحويل السندات المالية : يجب على الوصى تحويل السندات المالية التى لحاملها إلى سندات اسمية فى مدى ثلاثة أشهر ، فإذا لم تكن قابلة للتحويل وجب على الوصى استئذان مجلس العائلة فى بيعها أو بقائها فإن بقيت اتخذ مجلس العائلة ما يراه صالحا لحفظها من التلاعب، ويجب على المشرف ملاحظة ذلك وتقديم تقرير به .

ثانيا — واجبات الوصى مدة وصايته :

يجب على الوصى إدارة أملاك القاصر بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن لكل تعويض عن التلف أو الخسارة التى تنتج عن سوء إدارته ، ويجب عليه على الخصوص :

١ — استغلال ما زاد من الإيراد على المنصرف سنويا فى مدة ستة أشهر .

٢ — استغلال رأس المال الذى يأتى للقاصر فى مدة ثلاثة أشهر .

٣ — تحويل السندات التى تأتى للقاصر وتكون لحاملها إلى سندات اسمية .

ثالثاً — واجبات الوصى فى نهاية وصايته :

متى انتهت الوصاية وجب على الوصى تقديم الحساب الختامى وتسليم القاصر أملاكه .

تقديم الحساب — وهو تدوين جميع واردات القاصر ومصروفاته المؤسسة على حصر التركة من يوم تعيينه وصيًّا ليوم تسليمها — والظروف الموجبة لتقديم الحساب هى كلما انتهت الوصاية بأى وجه وذلك :

١ — بموت الوصى يتعين على ورثته تقديم كشف حساب إلى الوصى الجديد

٢ — بموت القاصر يتعين على الوصى تقديم كشف حساب الى ورثته

٣ — باستبعاد الوصى أو باستعفائه من الوصاية . فيجب عليه تقديم الحساب إلى من يخلفه .

٤ — ببلوغ القاصر سن الرشد يقدم الوصى كشف حسابه إلى القاصر بحضور مستشاره

٥ — ببلوغ القاصر وفك الوصاية عنه يقدم الحساب الى القاصر نفسه فقط .

وعلاوة على هذا الحساب يقدم الوصى بياناً كافياً عن حالة التركة و إدارتها للمشرف ليتبين منه سير الوصى فى وصايته .

يجب أن تكون المصروفات المدعى بها مؤيدة بأدلتها كما يجب تسليم الحساب ومستنداته بإيصالات وصور طبق الأصل ، ونفقة ذلك على القاصر وفى ماله .

بند [٢٧٢]

التشريع الإسلامى — واجبات الوصى عند دخول الوصاية ، ومدة الوصاية ، وعند نهاية الوصاية ، من قبيل النظم الموضوعة لحسن نظام وكفالة حفظ أموال عديمى الأهلية فليس هذا تشريعاً موضوعياً . لهذا كان لا يتنافى مع النظم الشرعية فى طريقة حفظ مال القاصر واستغلاله وتسليمه بعد نهاية الوصاية فيجب على الوصى بعد تعيينه وصياً جرد أعيان التركة المحصورة بمعرفة رجال الإدارة و إرشاد أقارب المتوفى أو شيخ البلد أو العمدة ، و بعد الجرد يعمل كشفاً بما استلمه من أعيان التركة و يمضيه ثم يقدمه للمجلس وهو أساس المسئولية للوصى ثم يبيع المنقول من التركة إن كان قليلاً و إن كثر عين المجلس أحد أعضائه للبيع بمعرفته ثم بعد مايتبين المجلس قيمة التركة قلة وكثرة يقرر نفقة القاصر الشهرية — ثم يقرر المجلس نوع استثمار أموال القاصر الخ كل هذا له مواعيد حددها قانون المجلس الحسابى .

يعتبر التشريع الإسلامى أن الفائدة القانونية محرمة لأنه يدعو الناس للتكاسل عن السعى فى الحياة وهو ربا والربا محرم بنص القرآن ﴿ وأحلَّ الله البيع وحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ والرِّبا لغة كل ما زاد عن أصل دينك وليس ربحا لتجارة ، فالعرف جرى الآن بوضع فاضل أموال القصر فى بنك مصر بلا فائدة ، وليس هذا لمصلحة القصر فى شىء شرعاً .

والواجب استثمار مال القاصر فى شراء أسهم مالية أو مساهمة فى أعمال تجارية مضمونة عليها رقابة كافية كالجمعيات التعاونية وهى كثيرة ومنتشرة وليس هذا ربا لأنه ربح تجارى يقسم على عدد الأسهم ويزيد وينقص حسب الربح التجارى .

أما تحويل السندات المالية التى لحاملها إلى سندات اسمية باسم القاصر فهو من قبيل حفظ أموال القاصر وهو منقول فيتصرف فيه الوصى ثم يعرض تصرفه على المجلس الحسابى .

ومفروغ منه أن الوصى يدير أملاك قاصره بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن للتلف أو الخسارة التى تنتج عن سوء إدارته أو تفريطه .

وعلى الوصى تقديم الحساب بأدلته ومستنداته إلى من يخلفه أو إلى القاصر متى فكت عنه الوصاية وجميع نفقات التركة إلى ساعة تسليمها يحسب عليها ، كذلك نفقات الوصى بالمعروف فى التركة إن لم يكن له جعل معين نظير عمله فلا يستحق شيئاً قبل القاصر .

وكلما قدم الوصى حسابه فى أثناء سنى الوصاية أو عند بلوغ القاصر سن الرشد وفك الوصاية بعث المجلس الحسابى خبيراً حسابياً لبحثه ولمراجعة مستنداته وتقرير ما يراه لمصلحة القاصر ، وللقاصر إبداء شكواه للمجلس من سوء تصرف وصيه حتى عند نهاية الوصاية .

ونظام المجالس الحسابية وأحكامها مأخوذ من مذهب الإمام أبى حنيفة لأن الخليفة كان حنفياً فكان قضاته احنافاً وكان لا يولى القضاء إلا الأحناف ولا يحكم إلا بما نص عليه

فى مذهب أبى حنيفة ، فلما انفصلت مصر عن الدولة العلية واستقلت واحتاج الناس فى حياتهم العامة إلى بعض أحكام لا تخرج عن الشريعة وهى أرفق بالناس رجعوا إلى مذهب الإمام مالك فأخذوا منه التطليق للإعسار بالنفقة ، وحددت العدة للمطلقة التى تدعى عدم الحيض بسنة بيضاء ، والتطليق بالضرر ، وهى كلها أحكام سهلة لينة مشروعة يحتاج إليها الناس وقد عمل بذلك فى محاكمنا الشرعية بالديار المصرية ، وسيعمل قريباً بمشروعية التحكيم (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الخ الآية .

بند [٢٧٣]

إحتياطات استثنائية

لحماية القاصر الذى بلغ رشده

القانون الفرنسى :

أولاً — كل اتفاق خاص بحساب الوصاية (مخالصة ، إخلاء من المسئولية ، مصالحة) بين الوصى والقاصر الذى بلغ رشده يكون لاغياً إذا كان سابقاً على نهاية المدة بعشرة أيام من تاريخ إيصال تسليم الحساب والأوراق المثبتة له .

ثانياً — القاصر الذى بلغ رشده لا يجوز له الهبة ولا الوصية لمن كان وصياً عليه ما عدى أصول القاصر فيجوز متى تقدم حساب القاصر مدة الوصاية النهائى .

فإن بقى بذمة القاصر حساب تعين دفع فائدته من تاريخ نهاية الحساب الختامى بموجب القانون وإن بقى للوصى بذمة القاصر تحسب أرباحه من تاريخ طلب الدفع الرسمى .

ثالثاً — كل حق قضائى ترتب من الوصاية للقاصر ضد وصيه لا يسقط إلى بمضى عشر سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد ، أما فيما يتعلق برد الوصى أملاك القاصر أو بدفع باقى

الحساب فلا يسقط الحق إلا بمضى ثلاثين سنة من تاريخ بلوغ الرشد .

ما يترتب على عدم تنفيذ القواعد السابقة وعلى تنفيذها من الوصى ومن القاصر :

أولاً — الأعمال التى أتمها الوصى مع ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانوناً ، هذه الأعمال صحيحة ولا يمكن إلغاؤها قانوناً ، والقاصر ملزم بما يترتب عليه ولو أضرت بمصلحته ولكن له فى هذه الحالة طلب تعويض من الوصى .

ثانياً — الأعمال التى أتمها الوصى مع عدم ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانوناً ، هذه الأعمال يصح إلغاؤها بطلب القاصر أو من يمثله وهو إلغاء خاص ، ودليله الوحيد الذى يقدمه للمحكمة هو مخالفة القانون .

ثالثاً — الأعمال التى أتمها القاصر نفسه ولم يكن مشروطاً على الوصى إذا عملها إذن مجلس العائلة أو مع تصديق المحكمة ، هذه الأعمال قابلة للالغاء الخاص فيصح إلغاؤها بشرطين :

١ — إثبات أنه كان قاصراً وقت عملها .

٢ — أن يكون نتج عنها ضرر لمصلحته من نفس العمل .

وليس قصور الصغير سبباً فى الإلغاء وحده بل لا بد من تأثر مصلحته أيضاً من شروط العقد لا من ظروف عرضية لاحقة .

رابعاً — الأعمال التى أتمها القاصر نفسه وكان مشروطاً فيها على الوصى إذا عملها إذن مجلس العائلة فقط أو مع تصديق المحكمة ، هذه الأعمال قابلة للالغاء الخاص أيضاً لكنها تعتبر من قبيل الأعمال التى خولف فيها الشكل والشرط القانونى ، فللقاضى أو من ينوب عنه طلب الإلغاء ودليله فوق كونه قاصراً أن يقدم الدليل أنه خالف القانون فى الشكل وليس بلازم حصول ضرر مادى من العمل المذكور .

خامساً — القاصر ملزم بما ترتب عن فعله الجنائى وفى الجنح والمخالفات بدون اعتذار بأنه قاصر .

بنـد [٢٧٤]

التشريع الإسلامى — تصرفات القاصر قبل بلوغه ـ للولى أو الوصى رد تصرف سفيه أو صبى مميز بمعاوضة بلا إذن وليـه كبيع وشراء ، إن لم يكن فيه مصلحة للقاصر و إلا أجازه ، فإن كان التصرف بغير عوض كهبة وصدقة وعتق تعـين على الولى رده ، كما للولى رد إقرار القاصر بدين أو بإتلاف .

والمعاملة التى بين الوصى والقاصر يتطرق إليها الشك دائماً فإن كانت لمصلحة الوصى كإخلاء طرفه أو مخالصة أو مصالحة فهى لاغية لاحتمال أن يكون عملها بتأثير الوصى لأنها فى مصلحته فإن أقرها القاصر بعد بلوغه رشيداً فهى نافذة عليه .

ومتى بلغ القاصر رشيداً فتصرفه نافذ أيا كان فيجوز له الهبة لوصيه أو الوصاية له كما يجوز له إبراؤه مما فى ذمته والاعتراف بالقبض لأنه عاقل بالغ رشيد لا حجر عليه .

ويسرى حكم المدة على دينـه بعشرين عاما مع حضور وتمكن من الطلب بلا مانع ، أو بثلاثين عاما . أولا تسقط أصلاً بمضى المدة خلاف فى مذهب الإمام مالك ،والاظهر فى ذلك اجتهاد الحاكم بالنظر فى حال الزمن وحال الناس وحال الدين ، فنحو عشر سنين أو أقل تقتضى الترك أو الاغضاء ونحو الخمسة عشر عاما قد لا يقتضى ذلك .

وأما رد أملاك القاصر بعد بلوغه سن الرشد فلا يسقط لأن الوصى بامتناعه عن الرد اعتبر غاصباً والغاصب لا يقر على حاله اطلاقاً فلا يؤثر مر السنين على سقوط الحق فى الأعيان المغتصبة ما دامت موجودة و إلا فضمان القيمة .

ومتى تصرف الوصى فى حدود الشروط والمصلحة للقاصر لزم القاصر ماالتزمه الوصى لأنه يعمل لمصلحته فى ماله فإن خاصم عن القـاصر أو قسم تركته وأفرز نصيبه أو صالح عنه وكان ذلك فى حدود مصلحة القاصر أو اشترى أو باع كذلك لزم القاصر ما فعله وصيه ، فإن خالف

الوصى فتصرفه باطل ولا يلزم القاصر به ، بل قيل وعليه رده بعد بلوغه ولا ينقلب صحيحاً ، فمدار إلزام القاصر بفعل الوصى هو المصلحة ولو بغبن يسير لا ضرر فيه ، فإن تمحض الضرر كبيع عقاره بلا مسوغ مما تقدم فالبيع باطل غير نافذ على الصغير فإن فات المبيع بيد المشترى ضمن الوصى قيمته ، ويشترط إثبات ما لحق القاصر من الضرر وفوات مصلحة محققة حتى يصح الحكم على تصرف الوصى بالبطلان وتضمينه .

فإن تصرف القاصر ولم يطلع عليه وصيه حتى بلغ رشده فتصرفه فى قصره غير ماض وله رده متى رشد .

والقاصر وان كانت عقوده غير لازمة إلا إذا أجازها الوصى وكان له إجازتها كعقود المعاوضة كبيع وشراء إلا أن أفعاله لازمة له فى ماله فإن جنى على النفس أو أتلف مالا لم يؤتمن عليه وهو قاصر لزمه أثر جنايته وضمن ما أتلف من مال الغير .

فإن أُمِّنَ القاصر على مال وأتلفه فلا ضمان عليه لأن من أمنه قد سلّطه على إتلافه، فإن كان الذى أمنه على المال هو صاحب المال ذهب ماله هدراً لأن القاصر محجور عليه ولو ضمّنا المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر ، وإن كان الذى أمنه على المال غير صاحبه فعلى المؤمِّن الضمان لتفريطه ، فإن حفظ الصبى (القاصر) ماله بما أنفق من المال المؤتمن عليه فيقوم الأقل من المال ومما حفظه من ماله فلو اؤتمن على عشرة ليوصلها لبيت صاحبها فأنفق منها ثمانية على نفسه أكل بها أو اشترى ثوباً فصان ما كان ينفقه على نفسه من ماله بمقدار عشرة مثلا فإنه يغرم الأقل مما صانه من ماله ومما أنفقه وهى ثمانية ، فإن أنفق العشرة وصان بها خمسة فقط ضمن الخمسة .

بند [٢٧٥]

نهاية الوصاية

القانون الفرنسى — تنتهى الوصاية لسببين أحدهما يأتى من جهة القاصر وهى نهاية حقيقية ، وثانيهما ما يأتى من ناحية الوصى وهى تغيير فقط وليس نهاية حقيقية للوصاية :

أولاً — الأسباب الآتية من ناحية القاصر ثلاثة :

١ — بلوغ القاصر سن الرشد وهو (٢١) سنة كاملة مبتدأة من ساعة ولادته إلى مثلها بعد إحدى وعشرين سنة .

٢ — فك الوصاية الذى يضع بدل الوصى ولياً .

٣ — موت القاصر .

ثانياً — الأسباب الآتية من ناحية الوصى وهى إثنان :

١ — موت الوصى .

٢ — عدم الأهلية أو الاعتذار عن قبول الوصاية أو نزع الوصاية منه .

خصوصيات وصاية الطفل الطبيعى

سوى ق سنة ١٩٠٧ فى الوصاية بين الطفل الطبيعى والطفل الشرعى ولكنه خص الطفل الطبيعى بما يأتى :

١ — أن الوصاية على الطفل الطبيعى توجد بمجرد الولادة وأنه لا يخضع إلى الإدارة الشرعية .

٢ — ليس له مجلس عائلة والذى يقوم مقام المجلس هى المحكمة المدنية فتجيز زواجه .

٣ — ليس للأم التنحى عن وصاية ولدها الطبيعى بأى عذر كان .

٤ — المواد ٤٠٢ إلى ٤١٦ الخاصة بوصاية الأصول أو مجلس العائلة من القانون المدنى لا تطبق على الطفل الطبيعى .

وكل امرأة تكون أهلاً لإدارة أموال الطفل الطبيعى بدون إذن زوجها .

بند [٢٧٦]

نهاية الوصاية

القانون الرومانى — تنتهى الوصاية متى بلغ القاصر ١٤ سنة ، ومتى فقد الحرية أو الجنسية الرومانية ، ومتى مات القاصر ، هذا من جهة القاصر ، وأما من جهة الوصى فتنتهى الوصاية متى فقد الوصى الحرية أو الجنسية ، ومتى مات الوصى ، و بعزله من الوصاية لسبب ارتكابه تبديدا فيها ، و بقبول استعفائه من الوصاية . وللطفل ثلاثة أزمنة :

أولا — من الولادة إلى سبع سنين يعتبر طفلا (الطفولة) .

ثانيا — من سبع سنين إلى أربع عشرة سنة يعتبر (حدثا) قاصرا عن درجة البلوغ الشرعى .

ثالثا — من ١٤ أربع عشرة سنة إلى خمسة وعشرين سنة يعتبر قاصرا فيعين له قيم إلى ٢٥ سنة ومن خمس وعشرين سنة يكون الرجل حرا فى جميع تصرفاته بكامل أهليته إلا ما يطرأ عليه .

بند [٢٧٧]

التشريع الاسلامى — تنتهى الوصاية على القاصر كالآتى :

١ — بموت القاصر .

٢ — بفك الوصاية .

٣ - ببلوغ القاصر سن الرشد وهو عند مالك ١٨ ثمان عشرة سنة إذا لم يكن بلغ بعلامات طبيعية ، وعند أبى حنيفة ١٥ خمس عشرة سنة فإذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المال إليه إلا بعد ٢٥ سنة عنده والبلوغ الشرعى عندهما بالاحتلام والانزال والاحبال هذا فى الغلام ، وفى الأنثى بالحيض والحبل والاحتلام مع الانزال فان لم تظهر علامة من هذه العلامات حكم ببلوغهما بالسن وهو ١٥ عاما عند أبى حنيفة و ١٨ عاما عند مالك فمتى بلغا رشيدين يحفظان مالهما ثبت رشدهما عند أبى حنيفة وثبت رشد الغلام عند مالك وأما الأنثى فيشترط فيها عند مالك زيادة على رشدها وحفظها مالها و بلوغها أن يدخل الزوج بها وأن يشهد العدول على صلاح حالها ومتى بلغ القاصر سن الرشد محسنا التصرف فكت عنه الوصاية فيتصرف كما يشاء بلا تعيين ولى ولا استشارة أحد .

و يعين وصى بدل الوصى المتوفى أو المعزول أو المستقيل .

وأما الطفل الطبيعى فلا حقيقة لوجوده فى التشريع الإسلامى حيث لا واسطة بين الطفل الشرعى وولد الزنى ، فان ملك الطفل غير الشرعى مالا عين الحاكم من يحفظه له و يديره فهو وصى القاضى وقد تكون أمه إذا كانت معلومة .

بند [٢٧٨]

فك الوصاية وتعيين ولى للقاصر

القانون الفرنسى — نظرة عامة — فك الوصاية حالة يوضع فيها القاصر فتنتهى بها الوصاية والسلطة الأبوية و يمنح القاصر نصف أهلية فيكون بها وسطا بين قاصر فقط و بين بالغ سن الرشد فيتصرف منفردا باستشارة وكيله الشرعى ، وهذا الوضع ينتج من عمل مجلس العائلة الاختيارى أو من الزواج وهو فى الغالب يكون ليعمل القاصر كتاجر .

أولا — مأخذ فك الوصاية :

فك الوصاية نوعان : فك الوصاية الصريح وفك الوصاية الضمنى ، ففك الوصاية الضمنى هو الذى ينتج عن الزواج بموجب القانون فبمجرد زواج الذكر أو الأنثى التى تكون تحت الوصاية أصبح لاوصاية لأحد عليه قانونا إلا حقوق الزوجية ، وفك الوصاية الصريح هو الناتج من الارادة الصريحة المعبر عنها الممثل للقاصر وذلك :

١ — الطفل الخاضع للسلطة الأبوية فقط أو مع الوصاية حق فك وصايته يتعلق بالأبوين أولا بالأب ثم بالأم .

وفك الوصاية ممكن من بلوغ الصغير ١٥ سنة خمس عشرة سنة كاملة باعلان ذلك باشهاد أمام قاضى الصلح وحضور كاتبه .

٢ — والطفل الخاضع للوصاية فقط حق فك وصايته يتعلق بمجلس العائلة لا بالوصى ، فإذا لم يجمع الوصى مجلس العائلة للتشاور فى فك الوصاية فللأقارب إلى أولاد العم الأشقاء جمع المجلس لذلك ولا يكون فك الوصاية فى حالة الوصاية إلا ببلوغ الصغير ١٨ سنة ثمانى عشرة سنة فيعلن قاضى الصلح فى محضر اجتماع مجلس العائلة بعد التشاور أن الصغير فكت عنه الوصاية .

ثانيا — نتائج فك الوصاية :

فك الوصاية ينتج نتائج بالنسبة لشخص القاصر و بالنسبة لأملاكه .

فبالنسبة لشخص القاصر يكون تقريبا كالرشيد ، فيخرج من حق تهذيب الأب أو الوصى ومن حق الحفظ والتأديب ، وله اختيار محل إقامة كما يشاء وله أيضا عقد الجندية .

و يبقى عديم الأهلية فى شيئين : ١ ـ التبنى الذى يفرض بلوغ الرشد ٢ ـ الزواج الذى يفرض رضاء الوالدين ومن فى حكمهما إلى سن ٢١ سنة إحدى وعشرين سنة .

و بالنسبة لأملاك القاصر ، يضع فك الوصاية نهاية إلى تمتع الأبوين القانونى و يعوض الادارة القانونية والوصاية بنظام الوكالة أو الاستشارة .

بنـد [٢٧٩]

التشريع الاسلامى — فك الوصاية : هى حالة يخرج بها القاصر من الوصاية أو الولاية ويتساوى مع كاملى أهلية التصرف، فمتى فكت الوصاية أصبح رشيدا يتصرف فى أمواله كما يشاء ولا يمنع من تصرف شرعى إطلاقا ، وليس فى حاجة لاستشارة أحد .

وفك الوصاية يكون من الأب أو الوصى أو مقـدم القاضى (وصى الحاكم) وهو الآن بالديار المصرية بيد (المجلس الحسابى) .

وفك الوصاية نوعان: صريح كأن يقول الولى أو الوصى أشهدكم أن محجورى فلان أصبح رشيدا أو يقرر المجلس الحسابى فك الوصاية عن القاصر لبلوغه الرشد ، أو ضمنى كأن يتصرف القاصر بمرأى ومسمع من وصيه أو وليه فيقر تصرفه .

وأما الزواج فلا يخرج القاصر عن الوصاية لجواز الزواج قبـل البلوغ رشيدا إذ يجوز أن يكون قد تزوج قبل البلوغ أو بلغ ولم يعلم رشده ولم يصل إلى ١٨ سنة ولم يقره وصيه والذى يملك فك الوصاية متنوع كما يأتى :

أولا — الصبى متى بلغ رشيدا خرج من حجر أبيه فلا يحتاج لفك إلا إذا كان أبوه قد حجر عليه قبل الرشد و بعـد البلوغ وأشهد على ذلك وحينئذ لا يخرج من الحجر إلا بالفك من الأب .

ثانيا — من ليس له أب وله وصى أو مقدم (وصى القاضى) لا ينفك الحجر عنه إلا بفك الوصى أو المقدم ، والذى يملك الآن فك الوصاية فى هذه الحالة هو (المجلس الحسابى) بإقرار الوصى أو المقدم .

ثالثا — من لا حجر عليه ولو كان سنه أقل من ٢١ سنة يتصرف فى أمواله كما يشاء مادام بالغا عاقلا رشيدا ولا يمنع من تصرف شرعى إطلاقا .

ومن خرج عن الحجر وهو ابن أقل من ٢١ سنة يتصرف فى ماله بسائر التصرفات الشرعية

رابعا — يفك الحجر عن الأنثى القاصر متى بلغت رشيدة حافظة لأموالها ومتى دخل بها الزوج وشهد العدول على صلاح حالها .

ويصح فك الوصاية عن القاصر متى بلغ رشيدا ولو قبل ١٨ ثمانية عشر عاما .

نتائج فك الوصاية :

بفك الوصاية عن القاصر أصبح حرا يذهب كما يشاء إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد إلا الأنثى فتضم للعصبة لحفظها حتى تتزوج ، فلا حق لأحد عليه من حفظ وتأديب وتعليم الخ . ولا يستثنى من الأفعال شىء بالنسبة له فهو حر فى جميع ما يفعل ما دام موافقا للشرع . تستثنى البكر ومن فى حكمها فى الزواج (يراجع الرضى فى الزواج) .

وتسلم أملاك القاصر إليه بما لها وما عليها متى فكت عنه الوصاية وهو عاقل رشيد ولا يخلف نظام الوصاية أى نظام آخر كاستشارة أو غيرها.

بند [٢٨٠]

نظام وكيل القاصر

المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة

القانون الفرنسى — الذى له حق الوكالة أو الاستشارة شخصان فقط : أى شخص يعينه مجلس العائلة وليس للأب أو الأم تعيين وكيل للقاصر ولا لأصوله بل لمجلس العائلة تعيين شخص مستشار — وللزوج الحق فى أن يكون مستشاراً لزوجته المرفوع عنها الوصاية .

عمل مستشار القاصر المرفوع عنه الوصاية :

ليس له سلطان على شخص القاصر ولا على أملاكه فى أى ناحية من نواحى الإدارة ولا

يمثله ـ فالقاصر وحده هو الذى يتصرف فى جميع أعماله المدنية ـ فلا رهن قانونى على عقار المستشار كالوصى ولا ضمان عليه إلا فى حالة الغش أو الخطأ الفاحش .

مدى أهلية القاصر المرفوعة عنه الوصاية :

أولاً — أعمال يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية يعملها وحده . الأعمال الإدارية لجميع أملاكه ويدخل فيها : (١) إعطاء عقد إيجار لعقار لا يزيد على ٩ سنين . (٢) أخذ عقار بعقد إيجار . (٣) تسلم إيراده وإعطاء مخالصات عنه والتصرف فيه بحرية تامة . (٤) بيع محصوله الزراعى والتصرف فى إنتاجه من عمله . (٥) رفع الدعاوى المتعلقة بالمنقول والدفاع عن نفسه فيها (٦) عمل كل ما فيه التحفظ والمحافظة على أملاكه قانوناً .

ثانياً — أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بحضور مستشاره :

(١) تسلم حسابه من الوصى . (٢) رفع الدعاوى العقارية أو الدفاع فيها . (٣) تسلم رأس مال منقول وإعطاء مخالصة عنه واستغلاله . (٤) رفع دعوى قسمة أو الدفاع فيها . (٥) قبول هبة بين الأحياء أو وصية . (٦) بيع منقولاته الجسمانية .

ثالثاً — أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بإذن كالموصى عليه — وهو كل عمل لا يدخل فى إدارة أملاكه ولم يذكر فى القسم الثانى من هذا الفصل — فيجب عليه الحصول على إذن مجلس العائلة أو مع تصديق المحكمة وذلك :

(١) قبول ميراث أو رفضه فلا بد من إذن مجلس العائلة . (٢) بيع العقار أو رهنه أو عقد قرض فيجب إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة . (٣) الصلح كبيع العقار بزيادة أخذ رأى ثلاثة من رجال القانون .

ولا يجوز لمن رفعت عنه الوصاية الهبة بين أحياء والرضاء بالتحكيم .

أخيراً يطبق قانون ٢٧ فبراير سنة ١٨٨١ فيما يختص ببيع الأسهم المالية على القاصر الذى

فكت عنه الوصاية ، إلا من فكت عنه الوصاية بسبب الزواج و إلا من فك عنه أبوه أو أمه الوصاية .

بند [٢٨١]

التشريع الاسلامى - ليس لمن فكت عنه الوصاية وكيل أو مستشار فإن من خرج عن الحجر وهو ابن أقل من إحدى وعشرين سنة يتصرف فى أمواله بسائر التصرفات الشرعية

والقاعدة التشريعية إما أن يكون الشخص أهلاً للتصرف شرعاً أو لا أهلية عنده للتصرف وليس هناك من وسط غير أن التشريع الإسلامى كان حكيما فلم يرد أن يدفع الولى أو الوصى أموال القاصر إليه دفعة واحدة متى بلغ رشده بل أوجب اختبار القاصر مدة قصره ليتبين لوصيه أو وليه إن كان رشيداً فى تصرفه فيؤمن على ماله أم لا ، فقال : (وابتلوا اليتامى) أى اختبروهم (حتى إذا بلغوا النكاح) يعنى البلوغ الشرعى (فإن آنستم منهم رشداً) فإن علمتم فيهم تبصراً وعقلا وتصرفاً حكيما (فادفعوا إليهم أموالهم) سلموهم أموالهم ليتصرفوا فيها كما يشاؤون بعد البلوغ رشداً . فالاختبار للقصر يكون قبل بلوغ سن الرشد أو البلوغ الشرعى ، فيعمل من رفعت عنه الوصاية رشيداً كما يشاء فإن فسد المحجور بعد فك الوصاية عنه وتصرف تصرفاً سيئاً أضرّ بماله جدد القاضى الحجر عليه وعزل الوصى وأقام له مقدماً (قيما)

فلمن فكت وصايته تسلم حسابه من الوصى ورفع الدعاوى العقارية على اختلافها والدفاع فيها وتسلم رؤوس المال و إعطاء مخالصة عنه واستغلاله ورفع دعوى قسمة وقبول الهبة والوصية و بيع المنقول والعقار وقبول الميراث - وعقد قرض والمصالحة وقبول التحكيم - كل هذا يعمله منفرداً بدون إذن من أحد أو مساعدة أحد .

بند [٢٨٢]

حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية

القانون الفرنسى — أولاً الأعمال التى يجوز له عملها فقط متى تمت تقع صحيحة كأنها من رشيد إلا إذا التزم بموجب عقد كالشراء ونحوه فيجوز للقاصر نفسه فقط الحصول على تخفيض ما التزم به متى ثبت أنه زاد عن حده وللمحكمة كامل الحق فى بحث سوء النية أو حسنها فيمن تعاقد معه وحالة مالية القاصر ووجود فائدة أو عدم وجودها فى التخفيض .

ثانيا — الأعمال التى لا يجوز له عملها إلا بحضور مستشاره ، متى عملها منفردا يصح إلغاؤها بطلب القاصر من المحكمة وعليه إثبات أنها سببت له غبنا فاحشا .

ثالثا — الأعمال التى لايجوزله عملها إلا باذن مجلس العائلة مع أو بدون تصديق المحكمة عليها متى عملها منفردا يصح إلغاؤها لنقص فى تطبيق القانون لا بالغبن الفاحش .

أهلية خاصة لقاصر رفعت عنه الوصاية وهو تاجر :

لأجل أن يكون القاصر تاجرا عليه استكمال ما هو مطلوب قانونا م ٢ ق تجارى ويكون بعد ذلك متمتعا بالرشد التام ليعمل كل ما هو مطلوب ولازم لأعمال التجارة حتى رهن العقار لحاجات التجارة ، لكن لايجوز له بيع عقاره إلا بملاحظة قواعد القانون المدنى (م ٦ ق تجارى و م ٤٨٧ ق مدنى) .

الأسباب المنهية لفك الوصاية :

السبب العادى لنهو فك الوصاية هو بلوغ القاصر سن الرشد ، ولكن يجوز إلغاء فك الوصاية وذلك فى فك الوصاية الصريح فقط وأما فك الوصاية الضمنى فهو غير قابل للالغاء .

وسبب إلغاء فك الوصاية واحد فقط وهو التخفيض بقرار يصدر من المحكمة فى عقد التزم فيه القاصر بما زاد عن حد المتعارف ، وليس سوء سيرة القاصر سبباً فى إلغاء فك الوصاية

والطريق التى اتبعت فى فك الوصاية من أب أو أم تتبع فى إلغاء فك الوصاية ، فيعلن أمام قاضى الصلح من فك الوصاية أنه سحبها وأعاد القاصر كما كان .

ونتيجة ذلك اعادة الشخص إلى ما كان عليه قبل فك الوصاية فإن كان أبواه موجودين عاد إلى السلطة الأبوية فإن كان أحدهما قد مات عاد للسلطة الأبوية مع الوصاية ، فإن مات أبواه عاد للوصاية فقط .

بند [٢٨٣]

التشريع الإسلامى — كل تصرف يصدر عن القاصر الذى فكت عنه الوصاية أو رفعت عنه الولاية فهو صحيح وأما الصبى المأذون له فى التجارة فتصرفاته نافذة فى مصلحة التجارة إلا إذا حجر عليه من له الولاية أو الوصاية عليه فيمنع من التصرف ويعود قاصراً غير مأذون له .

وأما الصبى الذى فى حالة الاختبار ولم تفك عنه الوصاية فتصرفاته خاضعة للوصى أو الولى فإن رأى خيراً أجازه وضرا منعه ، وللوصى أو الولى تقدير حال القاصر مدة الاختبار فإن كان القاصر سيئ التقدير أو مبذراً متلافا لماله يخشى على ماله منه حجر عليه أبوه قبل الرشد وبعد البلوغ وأشهد على ذلك وحينئذ يعود كما كان ولا يخرج من الحجر إلا بفك الوصاية بعد حسن حاله .

ولا يجوز الرجوع فى فك الوصاية الصريح أو الضمنى إلا إذا حدث ما يوجب الحجر من أسباب طارئة تستوجب ذلك فينتقل القاصر من حالة القصر والوصاية إلى حالة السفه والتبذير

والقوامة ، فللوالد الحجر على ولده لحفظ ماله و يشهد على ذلك فمن باعه أو ابتاع منه فهو مردود وهذا يختص به القضاء لاحتياجه إلى نظر واجتهاد .

والسبب فى منع الصغير من مباشرة أعماله مدة الاختبار قبل فك الوصاية هو سوء تقديره وعدم تبصره فى مصلحته و إدارة أمواله ، وسوء سيرة القاصر الشخصية التى تقتضى اسرافاً وتبذيراً تكون سبباً فى كف يده عن التصرف أيضاً .

ومتى منع القاصر من التصرف فهو تحت الوصاية وعمله مردود ومنظور له دائماً بعدم تحرى المصلحة ، فإن بلغ رشيداً محسنا التصرف فكت وصايته و إلا طبقت عليه أحكام السفيه أو المبذر أو المجنون الخ فينقلب محجوراً عليه ذا ولى (قيم) .

(نتيجة المقارنات من بند ٢٥٣ إلى نهاية بند ٢٨٣)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

حماية عديم الأهلية — أسباب عدم الأهلية (فى الغالب) — الوصاية على القاصر الذى لم تفك عنه الوصاية — نظام الوصاية — وصاية أحد الأبوين الباقى بعد الآخر (فى الجملة) الوصى المختار — الوصاية للأصول (فى الجملة) — الوصى المعين — المشرف (فى الجملة) مجلس العائلة (فى الجملة) — الإعفاء من الوصاية — أسباب عدم الأهلية للوصاية — أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية — وظائف الوصى — مدى سلطة الوصى (فى الجملة) واجبات الوصى (عند دخول الوصاية — مدة وصايته (فى الجملة) — فى نهاية الوصاية) نهاية الوصاية — فك الوصاية (فى الجملة) .

و يختلفان فيما يأتى .

الوصاية القانونية — حماية القاصر الذى بلغ رشده — نتائج فك الوصاية — مستشار التركة

بنـد [٢٨٤]

الحجر القضائى

القانون الفرنسى : الشخص الذى يصاب بخلل عقلى يمكن وضعه قانوناً فى أحد الأقسام الآتيـــة :

١ — يمكن أن يكون محجورا عليه قضائيا .

٢ — يمكن أن يكون موجودا فى مصحة المجانيين .

٣ — يمكن ألا يكون محجورا عليه قضائياً ولا موجودا فى مصحة المجانين .

والحجر القضائى هو حالة يوضع فيها الشخص لحمايته بوضعه فى الوصاية ، وذلك لـكل شخص عنده بله فى عقله أو جنون أو هياج .

أسباب الحجر القضائى :

سبب الحجر القضائى يرجع إلى حالة البَلَه أو الجنون أو الهياج ، وللتغيير العقـلى ثلاثة أشكال وهى :

أولا — البَلَهُ ، وهو يفرض وقوف انتشار القوة العاقلة التى تبقى بلا حركة .

ثانيا — الجنون ، وهو ضعف القوى العاقلة والذى ينتج عنه بلبلة الأفـكار .

ثالثا — الهياج ، وهو خلل فى مجموع الأعضاء الذى ينتج عنه أعمال القوة والقهر الخطرة بالنسبة للمجنون ولمن حوله .

والحجر القـانونى يكون للذكور والإناث والرشد ومن فـكت عنهم الوصاية والقصر متى وجد سببه وحكمت به المحـكمة .

طريقة الحجر القانونى ، ومن له طلب الحجر .

القانون منح ثلاثة أشخاص حق طلب الحجر القضائى وهم .

١ ــ أحد الزوجين بالنسبة للآخر لوجود المصلحة الأدبية والمادية .

٢ ــ كل الأقارب من غير تفريق بين أقارب شرعيين أو طبيعيين أو متبنيين أو بعيدين أو قريبين .

٣ ــ النائب العام فى حالة الهيجان وجوبا حتى ولو كان له زوج أو أقارب ، واختياريا فى الحالتين الأخريين ومساعدا ــ وليس ممكنا إلا إذا لم يكن للمجنون لا زوج ولا أقارب .

بنـد [٢٨٥]

القانون الرومانى : المجنون نوعان : مجنون يفيق أحياناً ، ومجنون مطبق أو أبله ، ففى روما كان المجنون المتقطع جنونه هو الذى يعين له قيم شرعى لمصلحته لا لمصلحة العائلة . ثم تدرج التشريع وعين القيم للنوعين ، وكان تعيين القيم شرعيا أو بالوصية أو بالقاضى .

وعدم أهلية الأبله يكون فى أى عمل قانونى يعمله ، وعدم أهلية المتقطع جنونه كان وقت جنونه وفى صحوته كان كامل الأهلية فى كل شىء .

بند [٢٨٦]

التشريع الإسلامى : الحجر — الحجر لا يوصف بأنه قانونى ولا قضائى اللهم إلا بنسبته لمصدره ، فان تمشينا على هذا المبدأ وجدنا حقيقة حجرا قضائيا أى يصدر عن حكم وحجرا قانونيا أى بنص القانون ، فالأول كالحكم بالحجر على المجنون والسفيه والمبذر . والثانى كاعتبار المدين المفلس محجورا عليه فى تصرفه لسداد دين الغرماء أو اعتبار المريض مرضاً مميتاً

محجوراً عليه فيما زاد على الثلث واعتبار المرأة المتزوجة محجوراً عليها فى تبرعها فيما زاد على الثلث (عند مالك) .

فالمجنون أيا كان نوع جنونه (بله أو جنون أو هياج) يحجر عليه .

فالحجر إذاً هو وصف يلحق الشخص الذى اعتراه أسباب خاصة كجنون وسفه وتبذير الخ فيسلب عن الشخص المتصف به أهليـــة التصرف الـكاملة ، ولا بد من حكم حاكم ليتحقق الأسباب القاضية بالحجر لأنه يخرج الإنسان من دائرة التكليف بماله وما عليه ويلحقه بالقاصر المحجور عليه المسلوب أهلية التصرف .

وسبب الحجر القضائى : جنون وتبذير للمال أيا كان نوع الجنون ، والحجر القانونى يكون للذكور والإناث والرشد ومن فـكت عنهم الوصاية ، والقصر ولو لم يوجد غير السن فإن القاصر محجور عليه أى ممنوع من التصرف وخاضع لوليه أو وصيه فى نفسه وماله .

والذى له الحق فى الحجر على المجنون أبوه أو وصيه إن كان جن قبل البلوغ وإلا فالحاكم إن وجد وانتظم وإلا فجماعة المسلمين وأحد الزوجين على الآخر ، وهذا حق عام يجب على المسلمين القيام به فإن قام بعضهم به سقط عن الباقين وهـذا معنى (وإلا فجماعة المسلمين) ، وليس فى ذلك ترتيب بل يصح أن يطلب الحجر أحـد الناس مع وجود قريب للمجنون مثلاً ولـكنه لم يتقدم بالطلب .

بند [٢٨٧]

ســـير القضية

القانون الفرنسى — المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة المطلوب الحجر عليه هى المختصة فيرفع الطلب لرئيس المحكمة مبيناً فيه سبب طلب الحجر والأدلة التى يرتـكز عليها فيبلغ الطلب

إلى النيابة العمومية ثم يعين قاض من المحكمة لبحث الموضوع وتقديم تقرير فى يوم محدد و بعد سماع التقرير ورأى النيابة تدعو المحكمة مجلس العائلة ليعطى رأيه عن حالة الشخص موضوع الدعوى ومن طلب الحجر لا يكون عضواً فى مجلس العائلة إلا إذا كان زوجاً أو ابناً لمطلوب الحجر عليه ، ثم تسمع المحكمة دفاع المدعى عليه بحضور ممثل النيابة ، فإذا لم تقتنع المحكمة بما تقدم لها من مستندات ومن مناقشة المدعى عليه ومن رأى مجلس العائلة يمكنها أن تركن إلى ما تراه موصلاً للحقيقة من عمل تحقيق وتعيين طبيب شرعى و بعد هذا كله تنظر المحكمة فى الدعوى وتسمع المرافعات وتصدر حكمها فى جلسة علانية وللمحكمة ثلاثة أحوال :

١ — رفض طلب الحجر فقط من غير تقرير شىء آخر ٢ — توقيع الحجر ٣ — تقرير اتخاذ بعض احتياطات بتعيين مجلس قضائى للمدعى عليه .

إعلان حكم الحجر ، من مصلحة غير المتداعين إعلان حكم الحجر فراعى القانون ذلك وجوباً كالآتى :

أولاً — فى عشرة أيام يجب أن يكون حكم الحجر قد كتب وسجل وأعلن فى محل الإعلانات بصالة المحكمة وفى مكاتب مسجلى العقود فى دائرة المحكمة .

ثانياً — فى مدى شهر يستخرج ملخص حكم الحجر بمعرفة محضر الدعاوى الوكيل عن طالب الحجر و يسلم إلى قلم كتاب محل منشأ المحجور عليه لتسجيله فى سجل خاص تعطى منه صورة لكل من يطلبها (و يعتبر هذا سجل سوابق مدنى) .

نتائج الحجر القضائى — ينتج عن الحجر القضائى شيئان :

١ — وضع المحجور عليه تحت الوصاية ٢ — جعل المحجور عليه ليس أهلاً لممارسة حقوقه

وصاية المحجور عليه قضائياً ومسئولية وصيه هى عين وصاية القاصر التى لم تفك وصايته فتسرى عليه أحكامه . غير أن وصاية المحجور عليه لها بعض أحكام خاصة وهى :

أولاً — فى تعيين الوصى : لا يوجد وصى مختار للأب ولا للأم ولا وصى وصيه ولكن الوصى يعينه مجلس العائلة أصالة إلا الزوج فهو وصى على زوجته قانوناً . وأما الزوجة فتصلح أن تكون وصياً بشرط أن يعينها مجلس العائلة و يعين لها شكل وشروط الإدارة .

ثانياً — مدة أعمال الوصى : وصى المحجور عليه غير أحد الزوجين والأصول والفروع له الحق فى طلب إخلاء طرفه من الوصاية فى نهاية عشر سنين لعدم معرفة مدة الوصاية فى الحجر القضائى فأعطى القانون للوصى هذا الحق ، وأما فى وصاية القاصر فمعروف أمدها ببلوغ القاصر سن الرشد .

ثالثاً — استثمار أموال المحجور عليه ، أموال القاصر تستثمر ويكون له منها رأس مال وأما أموال المحجور عليه فتصرف على تحسين صحته وتخفيف وطأة مرضه ، فيقر مجلس العائلة الصفة التى بها يعالج بوضعه فى مصحة أو معالجته فى منزله أو كما يرى .

رابعاً — الاحتياطات الخاصة بأولاد المحجور عليه ، إذا كان للمحجور عليه أولاد غير متزوجين فمجلس العائلة يحدد المهر الذى يعطى لهم ، وذلك بالطبع بعد الإنفاق عليهم ، حسب القانون .

بند [٢٨٨]

التشريع الإسلامى — الحجر يختص به القضاء فلا يصدر حجر قضائى بدون حكم وأما الحجر للصغر فمفروض قانوناً فهو حجر قانونى بدون حكم ، فيجب أن يتقدم طالب الحجر لمن له أن يحكم بذلك بطلب الحجر و يقدم عليه أدلته ، وللقاضى تقدير الأدلة والاستعانة بأهل خبرة وسؤال الأهل والجيرة والتقصى عن حقيقة الدعوى وأدلتها والحكم فيها بما يراه (والحكم بالحجر الآن فى الديار المصرية للمجلس الحسابى وهو مؤلف من قاض أهلى مدنى وقاض شرعى وعضو من الأعيان وكاتب المجلس) .

وللمجلس رفض الدعوى إذا لم يقم عليها دليل مقنع أو مثبت وقد تكون دعوى كيدية وعليه الحكم بالحجر متى ثبت ذلك بالدليل القاطع .

والإشهاد على الحجر من الأب مثلاً والنطق بالحكم علناً وتعين قيم يجعل الحجر معلوماً للكافة وكل هذه طرق للاحتياط والنظام فلا تتنافى مع القواعد الشرعية من وجوب تنظيم الحياة بما يحفظ للناس حقوقهم .

وينتج عن الحجر القضائى والقانونى بالنسبة للصغير وضع المحجور عليه تحت القوامة وسلب أهلية التصرف فى حقوقه عنه ، والقوامة على المحجور عليه ومسئولية القيم عليه هى عين وصاية القاصر الذى لا زال تحت الوصاية فتسرى عليه أحكامه والقيم فى المجنون هو :

أولاً — الحجر والقوامة أو الوصاية على المجنون لأبيه أو وصيه إن كان وجن قبل البلوغ فيصح وجود الوصى المختار .

ثانياً — عند عدم الأب أو وصيه وجن قبل البلوغ فالحجر وتعيين الوصى أو القيم للحاكم .

ثالثاً — المجنون بعد البلوغ أمره للحاكم فى الحكم بالحجر وتعيين الوصى أو القيم ولو مع وجود الأب وقد يكون وصياً أو قيماً متى رأى الحاكم مصلحة المجنون فى ذلك ، كما يجوز تعيين الزوج أو الزوجة قيماً أو وصياً على الزوج الآخر المجنون متى كان فى ذلك مصلحة أيضاً من غير شرط ولا قيد سوى إمكان إدارة أموال المحجور عليه والمحافظة عليها وعدم تبديدها الخ .

ويجوز للوصى أو الولى طلب الخروج عن عهدة القوامة أو الوصاية متى دعته ضرورة لذلك إلا إذا تعينت فيجب عليه عدم التخلى عنها .

أموال المجنون ينفق منها على معالجته أولاً فإن فضل فلمن تجب عليه نفقتهم من زوجة وصغار حسب ما تقدم فى وجوب النفقة وليس فى التشريع الإسلامى إعطاء مهر للزواج فإن كان فضل فهو تبرع من الأب لأولاده وإلا فلا وجوب بشىء عليه ، ومعلوم أن البنت لا تدفع مهراً بل يدفع لها مهر .

بند [٢٨٩]

عدم أهلية المحجور عليه قضائياً

القانون الفرنسى — المحجور عليه ليس أهلاً لإتمام أى عمل يتعلق بأمواله كالقاصر غير مرفوع الوصاية عنه فهو ممنوع من مباشرة حقوقه المدنية ، فلا يحضر فى أى عمل بشخصه يكون خاصاً بأملاكه وهو ممثل دائماً بوصيه الذى يعمل فى مكانه .

حكم ما يعمله المحجور عليه بعد حكم الحجر :

أولاً — الأعمال التى يعملها المحجور عليه بعد الحكم عليه بالحجر تعتبر لاغية إلغاء خاصاً والذى له الحق فى طلب إلغائها هو المحجور عليه فقط أو وصيه ، ويجب على المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر بعد تحقق أن الشخص محجور عليه قضائياً ووقت صدور الحكم بالحجر سابق على هذا العمل .

ثانياً — الأعمال التى يعملها المحجور عليه قبل الحكم عليه بالحجر تكون صحيحة إلا إذا كان سبب الحجر موجوداً بحالة ظاهرة وكان العمل قد تم فى ذلك الوقت فيجوز إلغاء هذه الأعمال .

والمحكمة تبحث موضوع طلب الإلغاء وتبحث عن حسن أو سوء نية من تعاقد مع المجنون قبل الحجر عليه ، وهل كان فى فترة تعقل وقت العقد وهذا الإلغاء خاص للمحجور عليه طلبه فقط .

ثالثاً — هل يجوز للمحجور عليه قضائياً أن يتزوج وأن يعمل وصيته وأن يعترف بولد طبيعى المسألة خلافية فقيل نعم وقيل لا وكل يؤيد وجهة نظره ، ورجحوا أن له ذلك .

الحجر القضائى ليس نفسه سبباً فى إعفاء المحجور عليه من مسئوليته الجنائية أو المدنية ، فالسبب الوحيد لإعفائه هو الجنون وقت العمل فقط .

بنـد [٢٩٠]

التشريع الإسلامى — المحجور عليه ليس أهلاً للتصرف فى أمواله كالقاصر ، فوصيه هو المتصرف وحده فالمجنون بصرع أو استيلاء وسواس مطبقاً أو متقطعاً محجور عليه من حين جنونه للافاقة من جنونه بالغاً رشيداً وأما المجنون بالطبع فلا نهاية لحجره بالافاقة .

فتصرفات المجنون باطلة قبل الحجر عليه و بعـده ، فلوصيه ولورثته بعد وفاته رد تصرفه ، ولمن عاقده القيام على وليه أو وارثه برد ما تعاقدا عليه .

فالمجنون ليس أهلا للتقاضى ما دام كذلك فإن أفاق من جنونه بالغا رشـيدا فله الرجوع فى تصرفه لأنه وقع باطلا أثنـاء جنونه ، وعلى المحـكمة الحـكم بالبطلان متى ثبت تصرفه وقت جنونه .

وأما تصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق سفهه قبل الحجر عليه فمحمول على الاجازة فلا يرد عند مالك ورده ابن القاسم (من أصحاب مالك ومجتهدى مذهبه) .

وأما الصبى والأنثى فتصرفهما مردود اتفاقا إن كان بغير معاوضة و إلا فللولى النظر للمصلحة وأما مجهول السفه حال التصرف فتصرفه ماض .

تزوج السفيه المحجور عليه والقاصر المميز موقوف على إجازة الوصى . وزواج المجنون باطل لعدم الإرادة والاختيار وهو شرط فى كل العقود لصحتها وهى موجودة فى السفيه والقاصر ولـكنها غير كاملة ولذلك احتيج لإذن الوصى و إجازته متى رأى المصلحة فى ذلك .

وليس للمجنون استلحاق ولد مجهول النسب به ولـكن للمحجور عليه لسفه استلحاق الولد بشروط الاستلحاق وليس للوصى منعه من ذلك، وليس للمجنون عمل وصية لفقد اختياره و إرادته وتصح وصية السفيه المحجور عليه ، وأما التبنى فغير جائز فى التشريع الإسلامى .

بنـد [٢٩١]

الفرق بين المحجور عليه قضائيا

والمحجور عليـه قانونا

القانون الفرنسى — الحجر القضائى هو تدبير احتياطى لحماية شخص أصيب فى قواه العقلية نظمه القانون لمنفعة هـذا الشخص . والحجر القانونى عقاب تابع نتج بقوة القانون من عقاب جنائى بدنى نافذ مخل بالشرف ، وذلك لمنعه من التصرف فى أملاكه مدة تنفيـذ العقوبة (الحـكم عليه) فينتج من هذا أن تصرف المحجور عليه قضائيا خاضع للالغاء الخاص يمكن أن يسقط بمضى المدة وهو حق للمحجور عليه فقط بخلاف تصرف المحجور عليه قانونا فهو خاضع للالغاء المطلق ، فيصح لأى شخص طلب إلغائه بقوة القانون .

نهاية الحجر القضائى — ينتهى الحجر القضائى لسببين .

١ — موت المحجور عليه . فعلى الوصى تقديم الحساب النهائى إلى الورثة إذا كانوا غيره .

٢ — نرفع الحجر عن المحجور عليه بحكم يصدر من المحكمة المدنية متى زالت الأسباب التى أدت إلى الحجر ، وطريق السير فى رفع الحجر مثل السير فى الحجر ، ونتيجة الحـكم برفع الحجر هى وضع حد للوصاية فى المستقبل وزوال عدم أهلية المرفوع عنه الحجر .

الادخال فى مصحة المجانين :

مضمون ق ٣٠ / ٦ / ١٨٧٨ — يحتوى القانون على ثلاثة مقاصد أصلية : أولا : حماية الهيئة الاجتماعية من تعدى المجانين . ثانيا : المحافظة على حرية الشخص المجنون نفسه من التعرض لخطر الحبس الاستبدادى . ثالثا : الحصول على العناية بأشخاصهم والمحافظة على أملاكهم .

وان شرح كيفية إدخال المجانين إلى مصحة الجنون والتكلم على هذا القانون عمل إدارى لا فائدة منه فى ترجمة القانون المدنى العام لذلك ضربت صفحا عنه .

بنـد [٢٩٢]

التشريع الإسلامى — الحجر القضائى هو الذى صدر به حكم قضائى بوضع شخص تحت الحجر وعدم نفاذ تصرفاته حماية له ويكون فى الجنون والتبذير .

والحجر القانونى هو الذى قرره القانون وافترض وجوده فى أشخاص معينين وهم الصبى والمفلس والرق والمرض ونكاح بزوجة ، فالصبى محجور عليه لأبيه أو وصيه أو القاضى والمفلس محجور عليه لغرمائه متى حكم عليه بالافلاس أو توقف عن الدفع أو قام عليه غرماؤه وليس عنده الوفاء ، والرق محجور عليه لسيده ، والمريض مرضا مميتا كمريض السل ومن فى حكم المريض مرض الموت كحمى شديدة كالتيفوس والتيفود والنخاع الشوكية الخ وكل مرض شديد يغلب فيه الموت ويدخل فى حكم المريض مرضا مخوفا الحامل بعد ستة أشهر ، والمحبوس لقتل ثبت عليه ببينة أو إقرار ، والمحبوس لقطع عضو خيف الموت منه ، وحاضر فى صف القتال ، كل هؤلاء محجور عليهم لورثتهم فيما زاد على الثلث فى التبرع كهبة وصدقة ووقف ووصية ، ويحجر على زوجة لزوجها فى أزيد من الثلث فى التبرع لغير زوجها ، فان كان تبرعها لزوجها ولو بكل مالها فلا اعتراض لأحد وتصرفها نافذ .

وليس فى التشريع الإسلامى عقاب تبعى كالحجر على المحكوم عليه ، فالمحكوم عليه بسجن يجوز تصرفه ولكنه لا يمكن منه لحبس حريته عن مقابلة أى شخص أو الاختلاط بأحد حتى ولا بكل المساجين لهذا اجاز له عمل وكيل أو تقيم المحكمة فيما من قبلها يراعى مصلحته ويحافظ على حقوقه .

وليس تصرف المسجون باطلا لأنه لا حجر عليه بسبب السجن إلا أن يحجر عليه لسبب الجنون أو التبذير .

وينتهى الحجر على الصبى ببلوغه رشيدا حافظا لماله ، وعلى السفيه بزوال سبب الحجر ورشده بالغا أمينا على ماله ، وعلى العبد إلى الاذن من السيد أو العتق ، وعلى المريض ومن فى حكمه بزوال موجبه ، وعلى الزوجة بطلاقها أو بموت زوجها ، وعلى المجنون بالافاقة من جنونه بالغا رشيدا ، فحجر كل هؤلاء ينتهى بزوال سببه ، أو بموت المحجور عليه .

ونتيجة رفع الحجر بحكم القاضى أو بغيره هى وضع حد للقوامة أو الوصاية وزوال عدم أهلية المحجور عليه ، وأما إدخال المصحة للمجانين فهى طريق للتداوى فتقدم على من عداها فى الإنفاق كما سبق الإشارة إلى ذلك .

بند [٢٩٣]

اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائى

ولا إدخال فى مصحه

القانون الفرنسى — العته المجرد أو الجنون بالفعل بالنظر لذاته ، ينتج عنه ثلاث حالات:

أولا — عدم وجود العمل الذى تم من المجنون قانونا .

ثانيا — يمحو المسئولية الجنائية .

ثالثا — يبعد المسئولية المدنية فى الأعمال التى تستحق التعويض .

عدم وجود الأعمال التى يتمها المجنون وقت جنونه :

هذه الأعمال غير موجودة فى نظر القانون ، فكل شخص له مصلحة يمكنه رفع الأمر للمحكمة لتقرير عدم الوجود ، وهذا العدم القانونى لا يمحى لا بمضى الزمن ولا بإصلاحه ، وذلك لأن المجنون فاقد الإرادة ويشترط فى الأعمال القانونية أن يكون الطرفان متمتعين بإرادتهما الكاملة ويشترط أن يكون العمل تم وقت الجنون لا قبله ولا بعده .

فإذا مات المجنون بعد إتمام عمل تترتب عليه آثاره القانونية فليس لورثته طلب إلغائه بدعوى أن مورثهم أتمه وهو مجنون ، ولكن أباح القانون للورثة فى حالتين ما يأتى :

أولا — إذا كان نفس العمل الذى أتمه المورث يحمل الدليل على أنه كان معتوها لوجود شروط أو تعهدات لا تصدر عن عاقل فيجوز للورثة طلب إلغاء هذا العمل .

ثانيا — إذا كان العمل المطلوب إلغاؤه هبة أو وصية فللورثة ذلك متى ادعوا أن المورث كان معتوها وقت هذا العمل .

الفرق بين الإلغاء للجنون والإلغاء للحجر القضائى :

أولا — إن الإلغاء للجنون سببه انعدام الإرادة والإلغاء للحجر سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر .

ثانيا — إن الإلغاء للجنون يفرض إتمام العمل وقت الجنون والإلغاء للحجر يفرض وقوع العمل بعد الحكم بالحجر القضائى فقط .

ثالثاً — إن إلغاء العمل للجنون هو عدم العمل قانوناً فيجوز لكل شخص له مصلحة طلب الإلغاء ، ولا يصحح العمل بمضى المدة ولا بإصلاحه ـ والإلغاء للحجر القضائى إلغاء خاص فليس لأحد سوى المحجور عليه طلب إلغاء ما عمل ويسقط إلغاؤه بمضى المدة أو بتصحيح ما عمل .

رابعاً — قضية الإلغاء للجنون لا تنتقل إصالة إلى الورثة فى غير الأحوال المستثناة بخلاف قضية الإلغاء للحجر القضائى فينتقل الحق إلى الورثة فى جميع الأحوال .

بند [٢٩٤]

التشريع الإسلامى — تصرفات المجنون باطلة قبل الحجر وبعده ـ فإن تصرف تصرفاً قولياً فهو هباء ، وإن فعل فعلاً أو أوجد عملاً قانونياً فهو باطل بالنسبة لتعهد أو ارتباط بعقود فإن كان جناية على النفس أو المال فحكمه كما يأتى وذلك :

أولاً — الأعمال التى يتمها حال جنونه غير موجودة قانوناً ، فلا يمحى عدم الوجود لا بمضى زمن ولا باصلاحه لأن المجنون فاقد الإرادة ـ والشرط صدور العمل و إتمامه وقت الجنون .

فاذا مات المجنون بعد إتمام عمل ترتبت عليه آثاره القانونية فلورثته طلب إلغائه ويحكم بالإلغاء متى أثبتوا أنه كان مجنوناً وقت إتمام العمل ـ فهبته ووصيته باطلتان أيضاً .

والإلغاء للجنون سببه فقد الإرادة يعنى عدم الأهلية الذاتية والإلغاء للحجر سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر والإلغاء للجنون معناه عدم الوجود فيجوز لكل شخص طلب الإلغاء محافظة على أموال المجنون فهو حق عام والإلغاء فى غير الحجر للجنون لو سكت عليه الموصى أو مضت مدة ولم يطلع عليه أحد حتى فكت الوصاية فللمحجور عليه الذى فكت وصايته اجازته ـ وينتقل حق طلب الإلغاء للجنون للورثة .

فان كان تصرف المجنون جناية على مال الغير بإتلافه أو على نفس بإزهاقها ـ فإن كان المال مسلماً إليه أو مسلطاً عليه من صاحبه فالمال هدر و إن كان مسلطاً عليه من غير صاحبه ضمن الذى كان فى يده المال ، فإن أتلف المال وكان غير مسلط عليه فالمشهور أنه يضمن فى ماله ما أتلفه حيث نص فى مذهب الإمام مالك على ما يأتى (والمشهور فى المجنون والصبى غير المميز إذا أتلفا مالاً أو نفساً أنهما يضمنان المال فى ذمتهما والدية على عاقلتهما (يعنى أقاربهما العصبة) إن بلغت الثلث و إلا فعليهما فى مالهما (لأن الضمان من باب خطاب الوضع الذى لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز) وخلاف المشهور قولان لا شىء عليهما مطلقاً كالعجماء فعلها هدر . وقيل لا شىء عليهما فى إتلافهما المال وأما الدية فعلى العاقلة إن بلغت الثلث .

ونص فى مذهب الشافعى والإمام أحمد كذلك ـ يعنى لا قصاص عليهما (الصغير والمجنون) لأنهما ليس لهما قصد صحيح بل الكفارة فى مالهما فى الخطأ والدية على عاقلتهما ـ ويغرم المجنون ما أتلفه من مال الغير .

ونص فى مذهب الإمام أحمد على أن من سلّط محجوراً عليه على ماله فماله هدر . فإن أتلف الصبى والمجنون والمعتوه والسفيه مال الغير بلا تسلط عليه ضمنوا ـ ومن أخذ منهم مالا ضمنه .

وفى مذهب الامام أبى حنيفة الصبى والمجنون مؤاخذان بأفعالهما فإذا جنى على النفس أو المال أدى ضمانها من ماله .

وقالوا إن المجنون الذى اعتدى على أنثى بالوطء فحملت فلا حد عليه لسقوط التكليف ولكن يلحق به هذا الحمل لأنه عمله وهو مؤاخذ بعمله .

فعلم من كل هذا أن المجنون غير مؤاخذ بحد شرعى (عقاب بدنى) على جناية وقعت منه على النفس لأن القصاص يقتضى العقل والإرادة فى الفعل المعاقب عليه ، ولكن الضمان لما أتلف لا يعتمد على العقل إنما يعتمد على الفعل المتلف لمال الغير وقد حصل فعليه الضمان لما أتلف فى ماله وفى ذمته .

بند [٢٩٥]

الاستشارة القضائية

القانون الفرنسى — الاستشارة القضائية هى وضع شخص قريباً من طبقة خاصة من عديمى الأهلية لمعاونتهم فى إتمام بعض أعمال محدودة بالقانون .

يستعمل غالباً لفظة (نصف محجور عليه) للشخص المعين له مستشار قضائى لتمييزه من المحجور عليه قضائيا .

الأشخاص الذين يمكن تعيين مستشار قضائى لهم صنفان :

أولا — ضعاف العقول وهم الذين ليسوا مجانين ولكن أصابهم ضعف عقلى جعلهم غير

أهل لإدارة أموالهم وأعمالهم منفردين (والصم والسكر المعتاد والتقدم فى السن كثيراً) غالباً معدودون من الأسباب الداعية لضعف العقل ولتعيين مستشار قضائى .

ثانياً — المبذرون — وتحديد التبذير عسير فهو متروك للمحكمة فى تقدير مالية الشخص والعمل الذى عمله ـ وغالباً المبذر هو كل شخص أضر بحالة ماليته لخلل فى عقـله أو لفساد فى أخلاقه والذى شرع فى إنفاق رأس ماله .

الشرط القانونى فى المستشار القضائى :

الشخص المعين له مستشار قضائى يحضر بشخصه فى جميع الأعمال القضائية المتعلقة بأمواله فقط يعاونه المستشار القضائى ، وعمل المستشار القضائى كعمل ولى القاصر المرفوع عنه الوصاية فى الحضور مع القاصر فقط ولا يمثله ، ولـكن فى ولى القاصر المرفوع عنـه الوصاية يتدخل مجلس العائلة فى تعيينه وفى بعض أعماله ، بخلاف ضعاف العقول والمبذرين فلا مجلس عائلى لهم .

تعيين المستشار :

للمحكمة فقط الحق فى تعيين المستشار ولا تدخل لمجلس العائلة ولا حق للزوج ليكون مستشارا لزوجته وللمستشار الحق فى القبول والرفض .

مدى عدم أهلية المعين له مستشار — منع القانون ضعاف العقـل والمبذرين المعين عليهم مستشار من الأعمال الآتية :

أولا — المرافعة مدعين أو مدعى عليهم مهما كان موضوع النزاع حتى فى قضايا التفريق أو الطلاق فلابد من حضور مستشار معهم .

ثانيا — الصلح فى القضايا أيا كان نوع القضـايا أو موضوع النزاع فلابد من حضور المستشار .

ثالثا — القرض أيا كان المبلغ ولأى سبب كان فلابد من حضور المستشار القضائى .

رابعا — قبض رأس مال منقول و إعطاء مخالصة عنه .

خامسا — التمليك سواء أكان بمقابل كالبيع أم بدون مقابل كهبة فى عقار أو منقول جسمانى أو أسهم مالية ، وكذا الرهن وعقد الحكر .

هذا ما نص عليه القانون من وجوب حضور المستشار القضائى مع ضعاف العقول والمبذرين وقد ألحق المتشرعون ما يأتى بهذه التصرفات :

١ ـ عقد التحكيم ٢ ـ قبول أو رفض ميراث ٣ ـ مباشرة قسمة نهائية ٤ ـ التعاقد بالتزامات تزيد عن حد الادارة ٥ ـ تأجير العقار لأزيد من ٩ تسع سنين .

وللمحكمة إنقاص نفقاته إلى الحد المناسب متى رأت ذلك .

بند [٢٩٦]

التشريع الإسلامى — التبذير للمال هو السفه وهو عدم إحسان التصرف فى المال ، أو السفه صرف المال فى معصية كخمر وقمار ، أو بصرفه فى معاملة بيع وشراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة ، أو بصرف المال على شهواته النفسانية خلاف عادة مثله فى مأكله وملبسه ومركوبه ، أو بإتلافه هدرا .

والغفلة هى التى لا يدرى من اتصف بها صواب عمله من خطئه ولا يتحرى وجه الصواب ويكاد يفقد إرادته وينقاد لكل آمر بلا تبصر فى العواقب ، والبله أشد من الغفلة لأن الأبله لا يعقل عقلا حقيقيا للأشياء وهو شخص بلا تفكير هادئ ساكن وربما لا يعرف ماذا يريد ، فالسفيه والمغفل والأبله يحجر عليهم شرعا حفظا لأنفسهم ولأموالهم من الأذى والضياع .

والقيم عليهم هو الذى يسميه التشريع الوضعى مستشاراً وليس فى التشريع الإسلامى نصف محجور عليه ، بل هناك القاصر مدة اختباره ولكنه حتى فى هذه المدة محجور عليه ، فإن رأى وصيه أن تصرفه صواباً أجازه ، والا رده ومنعه من التصرف .

ويدخل فى الضعف العقلى المغفل والأبله ، وقد يكون التقدم فى السن سبباً فى التغفيل أو البله ، والسكر الغالب قد يكون سبباً فى التبذير .

ولابد فى الحجر على السفيه المبذر والمغفل والأبله من حكم يصدر بعد ادعاء ودفع وتحرى وبحث أدلة وتقديرها الخ .

وتصرف السفيه موقوف على إجازة وصيه ، وتصرف المغفل والأبله ملحق بتصرف المجنون فهو باطل ، والذى يمثل السفيه والمغفل والأبله وصيهم أو القيم عليهم فى كل ما يتعلق بأموالهم كتصرف وصى القاصر ، إلا فيما سيأتى بالنسبة للسفيه .

والذى يشرف على وصى السفيه والمغفل والأبله الحاكم (أو المجلس الحسابى) وهو الذى يعينه ويقيله ويحاسبه الخ . وقد يكون الزوج هو الوصى أو القيم أو الزوجة كذلك متى عينها الحاكم وكانت تصلح لذلك ، وللوصى القبول والرفض .

عدم أهلية المبذر المسرف — تصرف المبذر إن كان بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء فللولى رده متى كان بغير سداد رأى ولا مصلحة ، وله إمضاؤه متى كان مصلحة سواء المنقول والعقار ، وإن كان تصرف السفيه بلا عوض كهبة وصدقة تعين على الولى رد تصرفه ، فإن أقر السفيه بدين فى ذمته أو أقر بإتلاف مال الغير ، رد الولى هذا الإقرار وأبطله ، فان ثبت الإتلاف بالبينة ، ضمن السفيه فى ماله ما أتلفه من مال الغير .

وللسفيه أن يعمل وصيته بدون وليه وهى صحيحة ، وله أن يطلق زوجته ، وله استلحاق

نسب طفل مجهول النسب بشروط الاستلحاق ، وله نفى نسب عنه ، وله عتق جارية استولدها ومتى ثبتت عليه جناية فيها قصاص يقتص منه (بخلاف الصغير والمجنون فلا قصاص عليهما) وله العفو عن قصاص ثبت له ، وله الإقرار بسبب عقوبة فيلزمه الحد، كل هذا يعمله السفيه المبذر المحجور عليه بلا تدخل من وليه ، وليس لوليه التعرض له فى ذلك إطلاقاً .

إذاً السفيه المبذر ليس له أن يدعى أو يدعى عليه فى أى نزاع ، وليس له الصلح ولا القرض ولا قبض رأس مال ولا إعطاء مخالصة ولا تمليك ولا تملك ولا هبة ولا رهن ولا حكر ولا تحكيم ولا قسمة ولا تعاقد بالتزامات ولا تأجير الخ . كل هذا يعمله الولى وحده بدون حضور السفيه معه .

والحاكم يقدر نفقات المحجور عليه للسفه هو ومن تلزمه نفقته إذا كان فى ماله سعة .

وأما تصرفات الأبله فهى كتصرفات المجنون ، فهى باطلة وحكم تصرفه كحكم تصرف المجنون وحكم تصرفات المغفل كالصغير المميز أو السفيه المحجور عليه .

بند [٢٩٧]

الفانون الفرنسى — حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر .

الأعمال التى يعملها ضعيفو العقل والمبذرون بدون حضور مستشاريهم وكان حضورهم واجباً فيها معهم ، تكون قابلة للالغاء الخاص مثل كل عمل يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية بدون حضور وليه سواء بسواء .

وليس لمن تعاقد معه طلب الإلغاء بل هو أو مستشاره ، و يسقط الإلغاء بالمدة أو بالتصحيح وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر وتحقق لديها عدم حضور المستشار فقط بدون أى بحث آخر .

الأعمال التى يعملها ضعاف العقل والمبذرون وحدهم بدون حضور المستشار .

(١) الزواج واستعمال السلطة الأبوية والسلطة الأمومية . (٢) عمل وصيته . (٣) الاعتراف ببنوة الولد الطبيعى . (٤) عمل عقد ترتيب أموال الزوجين حسب أهليته . (٥) قبض إيراده وإعطاء مخالصة وتنظيم استثماره . (٦) بيع المحصول الزراعى والمنقول الجسمانى .

ويلاحظ أن طلب تعيين مستشار قضائى وسير القضية وإعلان الحكم بتعيين المستشار ونشره ، ونهاية المستشار القضائى ، كل هذا مماثل للحجر القضائى إلا أن حكم تعيين المستشار لا يعمل به فى الماضى مطلقاً .

بند [٢٩٨]

التشريع الإسلامي — كل عمل يعمله السفيه المحجور عليه أو المغفل ، يكون كعمل الصغير القاصر الذى تحت الوصاية ، وكل عمل يعمله الأبله يكون كعمل المجنون ، ولكل من تعاقد معهم طلب الفسخ ولوليهم كذلك كما سبق تفصيله ، وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر وثبت أن التصرف من المحجور عليهم عديمى الأهلية . والمغفل هو من ينقاد بسهولة . ولا يعرف المكر والخديعة . والأبله هو عديم التفكير ، فلا يميز بين الضار والنافع ، ينقاد للغير بلا تفكير كالبهائم ، فهو كالمجنون . وليس للسفيه أن يتزوج بلا إذن وليه ، فان تزوج بلا إذن وليه فللولى رد نكاحه بطلقة بائنة إن لم يحصل له رشد ، وإلا فلا كلام لوليه متى رشد بالغاً وفك حجره . وللزوجة إن فسخ ولى السفيه زواجه بعد الدخول المهر الشرعى فقط وهو ربع دينار ولا تتبعه بباقى المهر بعد رشده ، وتعين الفسخ بعد موته بحكم الشرع لا بالولى ، فلا مهر إلا ربع دينار ولا إرث لها من زوجها السفيه ، وليس له قبض إيراده ولا

إعطاء مخالصة عنه ، وليس له بيع محصوله الزراعى ولا المنقول الجسمانى ، وليس له دفع مهر بغير إذن وليه و إدارة أمواله متروكة لوليه .

وله عمل وصيته واستلحاق ولد مجهول النسب به .

وجميع الأحكام الخاصة بالقاصر ووصيه كوصى السفيه ما عدا المستثنى السابق الذى يجوز للسفيه عمله .

بند [٢٩٩]

القانون الرومانى — المبذر وهو الذى بدد أملاكه التى ورثها من أقارب من جهة أبيه يعين عليه قيم لمصلحة العائلة لحفظ هذا الميراث للعائلة ، فإن انعدم الأقارب فلا يعين قيم . ثم تدرج إلى تعيين قيم على المبذر الذى يملك مالا من أى ناحية ولو لم يكن له أقارب .

وتصرف المبذر القانونى ينحصر فى تحسين حاله فقط ، لا فى جلب الضرر وتحمل المسئولية .

نتيجة المقارنات من بند ٢٨٤ إلى نهاية بند ٢٩٩

يتفق التشريعان فى الآتى :

الحجر القضائى ـ أسباب الحجر القضائى ـ نتائج الحجر القضائى ـ عدم أهلية المحجور عليه قضائياً ـ نهاية الحجر القضائى ـ اختلال القوى العاقلة ـ تصرفات المجنون باطلة ـ الاستشارة القضائية (فى الجملة) (ضعاف العقول والمبذرين) حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر (فى الجملة) .

بند [٣٠٠]

القسم الثالث
الأمـــلاك

القانون الفرنسى — معلومات أولية :

المعنى القانونى لكلمة (أملاك) هو كل ما يمكن أن ينتفع به الشخص أيًا كانت المنفعة وكلمة (ما يورث عن الإنسان) تفيد أنها مجموعة من الحقوق والالتزامات التى تقوّم بنقود — فلا تشمل كل حق لا يقوّم بمال كحق حفظ الصغير وتأديبه وواجب الأمانة بين الزوجين .

يوجد علاقة بين الشخصية القضائية وما يورث عن الإنسان فنتج من المقارنة ما يأتى :

أولا — الأشخاص فقط لهم مال يورث عنهم سواء أكانوا أشخاصاً حقيقيين أم معنويين ، وهكذا كان فى القانون الرومانى العبد وولد العائلة يمكن أن يكون لهما مال ، ولكن لا يورث عنهما لعدم وجود شخصية قانونية لهما .

ثانياً — كل شخص له ما يورث عنه بالفعل إن وجد له مال ، والا بمعنى أنه أهل لترك ما يملكه .

ثالثاً — كل شخص يمكن أن يكون له فقط ما يورث عنه فقط يعنى الشخص واحد والميراث عنه واحد لا يتعدد أحدهما ولا ينقسم .

ينقسم القسم الثالث إلى سبعة أقسام : (١) ترتيب الحقوق العينية التى تتركب منها مالية الإنسان . (٢) ترتيب الأملاك . (٣) الملكية فى ذاتها . (٤) وضع اليد . (٥) أشكال مختلفة للملكية . (٦) الحقوق الشخصية (٧) الحقوق العينية .

ا — ترتيب الحقوق التى تكوّن مالية الشخص .

الحقوق التى تكوّن مالية الشخص تتكون من نوعين . أولا الحقوق العينية ـ ثانياً الحقوق

المتعلقة بالذمة والحق العينى هو خاصية أو صفة تتعلق بالشخص يعارض بها من عداه ، و يستفيد بها مباشرة من شىء محدود كل أو بعض منافع هذا الشىء القانونية ، كحق ملكية عقار .

والحق المتعلق بالذمة هو خاصة أو صفة تتعلق بشخص يسمى دائناً طالبة من شخص آخر محدود يسمى مديناً تنفيذ شىء أيا كان (إعطاء ، عمل شىء ، عدم عمل شىء) فالرجل الذى أقرض آخر مبلغاً لمدة معينة يملك ضد المقترض حق الدائنية .

والفرق بين الحق العينى والحق المتعلق بالذمة ما يأتى :

أولا — الحق العينى يستعمل مباشرة على ذات الشىء المملوك بدون واسطة أحد (كالملك حصان يستوفى منفعته منه كما يحب) ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فلا يمكن استيفاء الدائنية من المقترض إذا لم يؤدها فى موعدها إلا باستعمال الطرق القانونية التى أعطاها القانون للدائن ، فيصل إليه حقه بواسطة القانون ورجاله .

ثانيا — الحق العينى ينشىء علاقة قانونية بين شخص (صاحب الحق) و بين شىء (المادة المتعلق بها الحق) فهو حق على شىء ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فهو ينشىء علاقة بين شخصين ، صاحب الحق وهو الدائن ، والآخر المدين .

ثالثاً — مادة الحق العينى دائما شىء جسمانى محدود مؤكد كمنزل أو حصان ، وأما مادة الحق المتعلق بالذمة يمكن أن يكون شيئاً محدودا ، أو من جنس أو نقود أو عمل أو امتناع عن عمل .

رابعاً — الحق العينى يوجد معارضاً لكل العالم فهو يسمى حقا مطلقاً ، والحق المتعلق بالذمة لا يوجد إلا ضد شخص محدد وهو المدين فيسمى حقاً خاصاً .

خامسا — صاحب الحق العينى لا يمكنه جبر شخص على إتمام فعل إيجابى ليستعمل حقه

فالناس يتركون هذا الحق يستعمل بحرية بدون تدخل أى شخص حسب القاعدة (يتألم ولا يمكنه عمل أى شىء) لكن فى الحق الشخصى أو المتعلق بالذمة لصاحب الحق الدائن جبر المدين لتنفيذ ما هو مطلوب منه وجوبا عليه .

سادساً — فى كل تشريع نجد الحقوق العينية محدودة بنص القانون وليس بقانون زيادة قائمة الحقوق العينية نوعا آخر ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فإن للمتعاقدين الحق المطلق فى الاتفاق ، فحقوق الدائنية يمكن أن تتغير إلى مالا نهاية.

بند [٣٠١]

القانون الرومانى — الأملاك — هى كل ما يمكن أن يحصّل مصلحة أو منفعة للانسان كمنزل وحصان .

التركة هى مجموع الالتزامات والحقوق التى يمكن تقديرها بالنقد ، وهى تكوّن وحدة قانونية .

— وفى روما ليس لكل شخص تركة ، بل التركة تكون لرئيس العائلة فقط ، فلا تركة للرقيق ولا لولد العائلة ولا للأشخاص غير البالغين .

والأملاك قسمان : ما يدخل فيما نسميه تركة الأشخاص ، وما لا يدخل فيها ، والشىء جسمانى أو غير جسمانى ، ومنقول أو عقار ، واقع فى أرض إيطاليا أو خارجها ، والشىء إما خاص بالإنسان أو بالله ، والشىء إما عام كأملاك الحكومة من طرق وموان وأنهر ، وإما مشاع فى الاستعمال كالماء الجارى وحقوق الارتفاق البحرية .

ترتيب الحقوق — هناك حق عينى وهناك حق فى الذمة ، فالحق العينى صفة لشخص

تمكنه من أخذ منفعة من شيء معين محدود كلى أو جزئى ، وهذه المنفعة قانونية يمكن أن تعطى من ذلك الشيء .

والحق العينى يعطى صاحبه حق الامتياز ومتابعة العين أين وجدت ، فالحق العينى كالملكية والخدمة الشخصية وحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى وحقوق الارتفاق .

بند [٣٠٢]

التشريع الإسلامى — كلمة (أملاك) أو ملك هو كل مال أو متقوَّم بمال ويمكن للشخص الانتفاع به انتفاعا شرعياً لا حرمة فيه .

والتركة (هى كل ما يورث عن المتوفى) وهى كل حق أو التزام مقوَّم بمال ، فلا يدخل فى التركة أحوال الإنسان الشخصية كحق الحضانة أو الولاية الشرعية .

وكل شخص يمكن أن يكون موروثاً ، إما لورثته الشرعيين ، و إما لبيت المال عند عدمهم ولا تركة تورث ما دامت مستغرقة بالدين ، ولا ميراث لأحد إلا بعد سداد الدين .

والذى يكوِّن مالية الإنسان حقوق عينية وحقوق فى الذمة ، فإذا رجعنا إلى منشأ الحق الذى لمالكه وجدناه إما ناشئاً عن ذات جماد أو حيوان أى على عينه اعتبرنا هذا الحق عينياً و إما ناشئاً عن التزام فى ذمة الغير تعهد بالوفاء به لمالكه كمثلىٍّ من معدود أو مكيل أو موزون ، اعتبرنا هذا الحق متعلقاً بذمة الغير .

فالحق العينى يستعمله مالكه على ذات الشيء المملوك له والحق المتعلق بالذمة يقتضى الطلب عند عدم الوفاء ، فالعينى حق على شيء ، والثانى فى ذمة إنسان ، والعينى دائما جسم والذى فى الذمة قد يكون معدوداً أو مكيلاً أو موزوناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، والحق العينى حق مطلق يعارض به مالكه كل الناس .

بنـد [٣٠٣]

القانون الفرنسى — قائمة تحديد الحقوق العينية :

الحقوق العينية المحددة فى القانون الفرنسى هى :

(١) الملـكية . (٢) حق الانتفاع بالريع . (٣) الاستعمال . (٤) السكنى . (٥) الارتفاق . (٦) الديون الممتازة والرهون . (٧) حق الاستعمال الناشىء عن عقد الاحتكار .

تقسيم آخر للحقوق العينية : يمكن وضع الحقوق العينية فى قسمين مختلفين .

أولا — الملـكية ، وهى التى تخول لصاحبها الحق التام المطلق على الشىء المملوك .

ثانياً — جميع الحقوق العينية الباقية ، وتسمى الحقوق العينية على أملاك الآخرين ويمكن وضع : الاستعمال ، السكنى ، حق الانتفاع بالريع فى قسم خاص وتسميتهم (الارتفاق الشخصى) .

أسباب أفضلية الحقوق العينية على الحقوق المتعلقة بالذمة .

الحقوق العينية تفضل حقوق الذمة بأمرين عظيمين لأنها تمنح مستحقيها حق الأفضلية وحق المتابعة والملاحقة .

فحق الأفضلية هى الصفة التى تعطى مستحق الحق العينى ممارسة حقه أولا قبل أى شخص آخر ، كما إذا أقرضنا تاجراً ثم أفلس ورأس ماله لا يفى لجميع دائنيه فتقسم ماليتـــه بنسبة دينه ولـكن إذا كان لك عنده مخزن موبليا على حسابك فحقك ثابت على هذه العين تأخذها عيناً من أيدى الدائنين بطريق الاسترداد .

وحق المتابعـة والملاحقة ، وهى صفة تعطى لمستحق الحق العينى الحق فى متابعة حقه قبل أى شخص يضع يده على المادة موضوع الحق العينى ، كما إذا ملـكت منزلاً وباعه آخر مدعياً ملـكيته فلك الحق فى استرجاعه أيا كان .

وتبين مما تقدم أن الحق المتعلق بالذمة سريع العطب جداً فالمدين دائماً فى خطر لأنه قد يفقد ما عنده أو يتعاقد لعمل تكون عاقبته الإفلاس ، فالدائن فى خوف من عدم الدفع فيعمد الدائن إلى طلب رهن يتوثق به لدينه ومتى تم أصبح الحق قوياً مضموناً بالرهن وهو حق عينى.

بند [٣٠٤]

التشريع الاسلامى — الحقوق العينية المحددة فى التشريع الإسلامى هى كل حق تعلق بذات شىء يعنى بعين ذلك الشىء ويدخل فيها الملكية والانتفاع بالريع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الانتفاع بالوقف والحكر ، وسيأتى تفصيله فى محله .

ولو اعتبرنا أن الحق العينى ينتج أولاً وبالذات من الملكية لشىء فكل ما نتج عن شىء مملوك لصاحبه نعتبره قسماً مستقلاً ، ولو جاء هذا الحق العينى لامن عين مملوكة لصاحبها بل من عين مملوكة للغير سمى حقاً عينياً على أملاك الغير ، فالحق العينى إذن حق عام مطلق بالنسبة للقسم الأول ، وحق على أملاك الآخرين بالنسبة للقسم الثانى .

والحق العينى فى نظر المشرعين أفضل من الذى فى الذمة حتى أن المدين إذا خيف مطله أو غيبته عن محل إقامته فللدائن مطالبته بضم ذمة أخرى إلى ذمته فى الطلب والأداء وهو الضمان أو مطالبته بتوثق تطمئن إليه نفسه ضماناً لحقه وهو الرهن فيجيبه الحاكم لذلك .

وصاحب الحق العينى مقدم على صاحب الحق فى الذمة فالدائن المرتهن أحق بثمن رهنه حتى يستوفى بحقه فهو أولى من الدائن فى الذمة عند إفلاس المدين ، والدائن الذى يعرف عين بضاعته المباعة للتاجر قبل إفلاسه أحق بها عيناً نظير دينه بعد الإفلاس إذا لم يكن فى مال التاجر وفاء لجميع دائنيه بشرط أن لا تفوت عليه بأى مفوت كما سيأتى فى باب الإفلاس .

والحق العينى باق لصاحبه ولو خرج الشىء من ملكه بدون رضاه ، فلو سرق أو اغتصب شخص ملكاً معيناً لشخص آخر فله الحق فى استرجاعه أيا كان و بأى عنوان انتقل إلا إذا فات بفوت من المذكور فى الغصب فيضمن مثل المثلى وقيمة المقوم .

وأخيراً الحق فى الذمة أضعف من الحق العينى لأنه يرجع فى الغالب إلى ذمة المدين هل يفى أم لا ، و إلى ملكه هل فيه الوفاء أم لا ، و إلى ملاحظة المدين دائماً هل أنقص قدرته على الدفع أم لا الخ كل هذه اعتبارات تجعل الحق فى الذمة أضعف من الحق العينى .

بند [٣٠٥]

ب — ترتيب الأملاك

القانون الفرنسى — تنقسم الأملاك إلى قسمين : عقار ومنقول ، فوائد عملية فى التفرقة بين العقار والمنقول :

أولاً — من ناحية التمليك ، تمليك العقار خاضع بالنظر إلى الشخص الثالث (غير المتعاقدين) إلى إجراءات عقد التمليك بسجلات حفظ الرهونات ، وأما تمليك المنقول فليس خاضعاً لأى إجراء مطلقاً .

ثانياً — من ناحية الرهن ، العقار فقط هو الذى يحتمل الرهن .

ثالثاً — من ناحية الاسترداد ، يمكن استرداد العقار لمدة ثلاثين سنة بخلاف المنقول فقليل جداً استرداده عملاً بالقاعدة المعروفة (وضع اليد على المنقول يعادل دليل الملكية) .

رابعاً — من ناحية أهلية التمليك ، شروط أهلية التمليك فى العقار محدودة وصريحة وشديدة بخلاف التمليك فى المنقول خصوصاً فى المرأة المتزوجة المشترطة فصل أملاكها عن زوجها .

خامساً — من ناحية إدارة العقار والمنقول ، فإن إدارة عقار الغير محدودة بخلاف المنقول فإنها أكثر اتساعاً كإدارة الوصى لتركة القاصر .

سادساً — من ناحيـة أملاك الزوجين ، فى عقد اشتراك أملاك الزوجين يدخل الموجود والمستقبل فى ملـكيتهما بخلاف العقار فيدخل المستقبل فقط ويبقى العقار خاصاً بصـاحبه ، وفى الزواج بمهر من الزوجـة يكون العقار الذى جعل مهراً غير قابل للتمليك ولا لسقوط حق الملـكية فيه ، بخلاف المهر المنقول فلم يتكلم عنه القانون الأمر الذى اضطر معه المشرعون لوضع أحكام خاصة به .

سابعاً — من جهـة الحجز ، فالحجز العقارى طويل ويحتاج لإجراءات كثيرة بخلاف الحجز على المنقول .

ثامناً — من جهـة تنفيذ الوصية ، فإن أوصى بعقاره لشخص ولآخر بمنقوله وجب معرفة العقار من المنقول لتنفيذ الوصية .

تاسعاً — من جهة ترتيب الضريبة ، بالنسبة للعقار يلزم تحديده ومعرفة قيمة إيجاره لأنه هو الذى يتحمل الضريبة العقارية فقط خلاف المنقول .

وأسباب هذه الفوارق هى :

أولاً — إن المنقول دائماً متغير وغير ثابت بخلاف العقار فله شخصية ثابتة يسهل معرفتها .

ثانياً — نظراً لأهمية العقار الاقتصادية قد اعتنى به القانون المدنى بخلاف المنقول .

تبدل اقتصادى فى قيمة العقار والمنقول الخاصة .

منذ زمن فى هذا القرن نتج تغير كبير فى الثروة فأصبحت الثروة المنقولة ذات قيمة عظيمة أكثر من قيمة العقار وهذا نتج عن انتشار الشركات ذات الأسهم المالية التى تعد من المنقول وعن انتشار قروض الحكومة بسندات وهى إيراد مدى الحياة ، ومعتبرة من الثروة المنقولة أيضاً

بنـد [٣٠٦]

الأملاك عقار ومنقول

التشريع الإسلامى — فالعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر وسيأتى بيانه والمنقول ما يمكن نقله وليس بثابت وسيأتى بيانه أيضاً .

ونظراً لشدة العناية بالعقار فقد شرعت له أحكام كثيرة خلاف المنقول فبيع المنقول قد يكون معاطاة من الجانبين ولكن بيع العقار يجب لمعارضة غير المتعاقدين الإشهاد عليه و إشهاره كما أمر ولى الأمر الآن ، و بيع منقول القاصر مثلاً لا يحتاج إلى شروط كبيع عقاره ، و يحجز على عقار المدين و يباع إذا لم يكن فى منقوله وفاء ، وتنفيذ الوصية بمال معدود من منقول التركة ، أولاً — والضريبة العقارية محددة وثابتة وهى المعروفة بالخراج على العقار والزكاة على المنقول وهو الزرع بعد حصاده متغير تبعاً للزيادة والنقص وكونه يسقى بآلة أو بالسيح و إن كان أساس فرضها محدودا (٤ أربعة أرادب وكيلتين) أى خمسين كيلة مصرية .

والرهن المطلوب للدائن يكون غالباً عقارا لأنه ثابت لا يخشى تغيره فيكون خطر ضياع أموال الدائن بعيداً و إن كان يصح رهن المبيع المنقول نظير ثمنه أو باقى ثمنه ولكنه قليل وهى ضرورة مقدرة بقدرها .

تبدل اقتصادى

هـذا التبدل الذى اتجه إليه العالم الاقتصادى قد نظر إليه المشرع الإسلامى ، ووضع له أحكامه منذ وجوده فإنه وضع الضريبة (وهى الزكاة) على الأملاك المنقولة وضريبة المنقول على الذهب والفضة المدخرة ، وعلى عروض التجارة المقدرة بأموال وعلى الماشية وعلى محصول الأرض من غلال وقطانى ، ومن عروض التجارة سندات الأسهم المالية ففيها الزكاة متى استعملت

للتجارة فلها أرباح وعليها خسارة فإن استعملت للادخار فعليها زكاة المال إن بلغت النصاب الخ.

ويصح استرداد المملوك من العقار إذا اغتصب ولم يحدد مدة استرداده بثلاثين سنة ومن غير الغصب مدة الاسترداد ١٠ سنين على تفصيل فى ذلك للحاضر والغائب . بل المنصوص عليه أن بقاء المغصوب بعينه يوجب رده عقاراً أو منقولاً ، وفوت المغصوب المثلى (يعنى الذى له مثل فى السوق) بالتلف أو بالتعييب يوجب غرم مثله ، والمثل يكون فى المعدود والمكيل والموزون وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته .

والمقوم غير المعدود والمكيل والموزون ، وفوته مع وجوده كشاة ذبحت وغزل وحلى تعيب وثوب خاطه الغاصب لا يوجب غرم قيمته بل يوجب التخيير بين أخذه وأخذ قيمته .

بند [٣٠٧]

العقارات

القانون الفرنسى — العقارات أربعة أنواع :

١ — عقار بالطبيعة ٢ — عقار بالتخصص والتعيين ٣ — عقار بالمادة التى سيطبق عليها

٤ — عقار بالإقرار .

العقار الطبيعى أو بالطبيعة هو الشىء الذى بتركيبه الطبيعى لا يمكن أن ينتقل ولا يكون منقولاً وهى الأرض وما اتصل بها . وأنواع العقار بالطبيعة هى :

أولاً — الأرض أو باطن الأرض .

ثانياً — المحصول الزراعى المتعلق بالأفرع أو بالجذوع ، لكن من ساعة نضوج الحبوب وقطع الثمر أصبح المحصول منقولاً ، وكذا تقليم الشجر .

ومع هذا فبيع المحصول الزراعى قائما على أصوله أو تقليم الشجر يعتبر بيعا لمنقول لأنه بيع

لمحصول تم ليضم وتقليم الشجر ليقطع ، كذلك الحجز على الثمرات القائمة على أصولها هو حجز على المنقول لأن الحجز تم لتباع بعد قطعها ، وكذا بيع منزل للهدم فهو بيع منقول .

ثالثا — المزروعات من أى نوع كان (شجر — شجير — زرع) .

رابعا — المبانى ، بشرط أن تكون ملتصقة بالأرض لها أساس فيها ، وأما المساكن الخشبية المرتكزة فقط على الأرض بقوائمها فتعتبر منقولات ، كعربات الأمنوبيس المعدة للسكنى وأكشاك البلديات أو أكشاك بيع الجرائد فمنقولات .

خامسا — المواسير المستعملة لسير الماء أو لاستعماله بالمنازل وكذا مواسير المياه والغاز بالطرق العامة ، ويمكن اعتبار هذا عقارا بالتخصيص .

سادسا — طواحين الهواء أو الماء بشرط أن تكون ثابتة على دعائم وأن تكون جزءاً من عمارة .

ملكية العقار تندمج فى العقار فهى عقار بالطبيعة .

المبانى والزراعة أيا كان موجدها مالكا أو منتفعا فهى عقار بالطبيعة .

بند [٣٠٨]

التشريع الإسلامى — ليس فى التشريع الإسلامى هذا التقسيم الحديث وإنما الذى كان مصطلحا عليه عقار وملحق بالعقار فهو عقار ومنقول وملحق بالمنقول فهو منقول لهذا ستكون المقارنة على هذا الأساس .

فالعقار بالطبيعة هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر بحيث لا يمكن أن ينقل ولا أن يكون منقولا ، فالأرض وباطنها والمزروعات من أى نوع ، والثمار التى على الشجر ولم تنضج وفروع الشجر التى لم تقطع عقار فان جنى الثمر أو حصد الزرع أو قضب الشجر فالثمر المجنى والزرع المحصود وتقضيب الشجر اعتبر منقولا .

فان بيع الثمر أو المحصول الزراعى الذى يجنى وأصله ثابت كمقثأة و بطيخ مثلا على أصوله وأفرع الشجر على جذوعها اعتبر عقارا حتى يجنى الثمر أو يجمع القثاء أو البطيخ أو تقطع الأفرع فهى ليست منقولة ما دامت متصلة بالعقار فهى عقار .

وكل هذا ما لم تكن الثمرة تم نضجها و إلا فهى منقول وأما الزرع الذى لا يجنى بل يحصد كالقمح والشعير ففيه خلاف والصحيح أنه لا شفعة فيه تبعا للأرض ولو بيع معها فهو معتبر منقولا لكن ظاهر هذا أنه استوى على ساقه فهو ليس من العقار ولا ملحقا به ، ويقال إنه عقار تبعا للأرض ما دام لم يفصل عنها ، ولكل وجهه .

وأما أفرع الشجر فهى تبع للشجر فهى عقار حتى تفصل بالفعل ، وأما الزرع الذى يجنى ويبقى أصله بالأرض كالقرع والباذنجان فثمرته عقار ما لم تستو للأكل وتجمع و إلا فهى منقول بمجرد الصلاحية للأكل والجمع .

فالحجز على الثمر الناضج حجز على منقول وعلى غير الناضج حجز على عقار ، والمنزل المباع للأنقاض ما دام قائما فهو عقار فان هدم فما خرج من أخشاب وطوب وخلافه فهو منقول وكذلك الأنقاض المجلوبة للبناء فان بنيت بالفعل فهى عقار و إن بقيت أنقاضا فهى منقول .

والمبانى بشرط ثباتها واتصالها بالأرض عقار فان كانت غير ثابتة ويمكن نقلها بحالتها أو جرها كذلك فهى منقول ، والماسورات والبرابخ الموصلة للمياه فى البيوت وفى الأراضى من العقارات لأنها إما بناء متصل بالأرض أو فى حكمه ، وكذا الزرع المبذور .

وطواحين الهواء والماء من العقار وآلاتها من المنقول فإن كانت هذه الآلات مجبسة أو مبنيا عليها أرصفة أو جزءاً من دار فهى عقار تبعا لما اتصلت به .

ملكية العقار عقار لأنها جزء من العقار اعتبارى و إن كانت صفة للمالك أو علاقة المالك بملكه .

بنـد [٣٠٩]

عقار بالتخصيص

القانون الفرنسى — العقار بالتخصيص هو مواد منقولة بطبيعتها الجسمانية اعتبرها القانون عقارا طبيعيا بسبب علاقتها الوثيقة وقد رتب المالك بينها و بين العقار الطبيعى صلة جعلتها تابعة له وملحقة به .

العقار بالتخصيص قسمان :

أولا — المواد المخصصة للعمل فى معمل أو فابريكة لأجل استغلالها سواء أكان الاستغلال زراعيا أم صناعيا أم تجاريا بشرطين :

١ — ان يكون المحل مبنيا خاصة أو مصلحا للاستغلال الزراعى أو الصناعى .

٢ — ان تكون هذه المواد وضعت أو ركبت بمعرفة المالك نفسه لا من المستأجر ولا من المنتفع ففى الاستغلال الزراعى يلحق بالعقار مايأتى :

١ ـ الحيوانات المرتبطة بالزراعة ٢ ـ الآلات الزراعيـة ٣ ـ البذرة المعطاة إلى الشغالة أو إلى المزارعين ٤ ـ تربيـة الحمام ٥ ـ تربيـة الأرانب ٦ ـ أسمـاك المستنقع الراكد ٧ ـ التبن والسماد .

وفى الاستغلال الصناعى والتجارى يلحق بالعقارات ما يأتى :

١ ـ معاصر العنب والتفاح والمطابع ٢ ـ مولد البخار ٣ ـ آلات التقطير ومواعين النبيذ والبيرة ٤ ـ الخيل الضرورية لسير العمل فى الفابريكة ٥ ـ المواد السائرة فى شركة سكة الحديد ٦ ـ البنوار وآلة تسخين الماء والحنفيات المستعملة فى عمارة الحمام ٧ ـ الماكينات ولوازم التياتروات ٨ ـ الطرابيزات والبنوكة والأرفف فى الدكان .

ثانيا — القسم الثانى من العقار بالتخصيص — وهى الأشياء المتصلة أبديا بالمسكن بشرط أن يكون اتصالها بفعل المالك نفسه اتصالا جسمانيا بجبس أو أسمنت بحيث إذا فصلت تكسر أو لا تصلح للاستعمال كالمرايات فى حائط محل السكن ، اللوحات فى الحائط ، الورق المجعول غطاء للحائط .

بند [٣١٠]

التشريع الإسلامى — المواد المخصصة للعمل فى معمل أو فابريكة لأجل استغلالها بأى نوع إن كانت ثابتة متصلة بالعقار فهى عقار ملحقة به وإن كانت منقولة من مكان لآخر فهى منقول . ومقتضى كون المحل كان مبنيا خاصة للاستغلال وأن المالك وضع أو ركب هذه المواد فى نفس هذا المحل أنه آجره بما فيه للاستغلال فتكون هذه المواد ثابتة فتكون تبعا للعقار.

فالحيوان المرتبط بالزراعة رقا أو حيوانا تجوز فيه الشفعة بين الشركاء تبعا للعقار فإن بيع منفردا فلاشفعة فيه فهو إذاً عقار تبعا وكذا آلات الزراعة دون البذور والحمام والأرانب والأسماك لأنها منقولات.

ومعاصر الزيوت والمطابع ومولد البخار والكهرباء وآلات التقطير إن كانت ثابتة فهى عقار تبعا وإن كانت منقولة ففيها خلاف لأن فيها تجوز الشفعة بين الشركاء تبعا للعقار .

وكذا آلات السكة الحديد لأنه يمكن نقلها لكن تجوز فيها الشفعة أيضا تبعا للسكة الحديد نفسها . والبنوارات وآلة تسخين الماء وحنفيات الحمام ومكينات التياتروات والأرفف فى الدكان عقارات قطعا لأنها ثابتة .

والقاعدة فى مثل هذه الأشياء أنها متى كانت ثابتة فى الأرض أو مجبسة أو مجصصة فى العقار فهى عقار قطعاً فإن كانت ضرورية للعمل التجارى أو الزراعى أو الصناعى ويتوقف العمل عليها فهى عقار إن بيعت تبعا للعقار فيجوز للشريك الباقى أن يأخذها بالشفعة تبعا للعقار

ومعنى هذا أنها عقار فى حقه على هـذه الحالة ، والشفعة لا تـكون إلا فى العقار وما يتبعه فإن بيعت منفردة منقولة فلا شفعة فيها وهى منقول لأنه لا شفعة فى المنقول .

وكل ما كان متصلا اتصالا جسمانيا بحبس أو أسمنت بالحائط فهو عقار كالمرايات المثبتة فى الحائط داخلها واللوحات الرسم فى الحائط والورق الملصوق غطاء للحائط فإن كانت معلقة على الحائط فهى منقولة .

بنـد [٣١١]

فوائد عملية فى التفرقة

بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص

القانون الفرنسى

أولا — كل شخص ولو له حق التمتع أو مستأجر أو فلاح يمكنه عمـل عقار بالطبيعة ولا يمكن لأحد غير المالك عمل عقار بالتخصيص .

ثانيا — الضريبة المرتبة على العقار لا تصيب إلا العقار بالطبيعة ولا تؤخـذ عن العقار بالتخصيص .

ثالثا — تفضيل بائع المنقول يفقـد حينما ينقلب المنقول عقارا طبيعيا (كأدوات البناء المستعملة فى البناء بالفعل) بينما يبقى حق تفضيل بائع المنقولات على العين المباعة حتى مع تحويل المنقول إلى عقار بالتخصيص (كمـكينة ركبت فى فابريكة العمل) .

رابعا — عقار بالتبعية لما يترتب عليه :

هذا العقار فى ذاته حق من الحقوق فلا هو عقار ولا هو منقول لـكن القانون أعطاه اسم الشىء الذى يؤخذ أو يترتب عليه ، فـكل حق ترتب على عقار يعتبر عقارا قانونا تبعا لما ترتب عليه وذلك :

(١) حق الانتفاع بريع العقار . (٢) حق الارتفاق (استعمال عقار لمنفعة عقار آخر . (٣) دعاوى استرداد العقار . (٤) الرهن وحق الامتياز على العقار . (٥) الحقوق الناتجة عن امتياز المناجم : (٦) الحقوق الناتجة عن امتياز أو عن إيقاف امتياز السماح بتنظيم القوة المائية .

وأما نفس ملكية العقار فتدخل فى قسم العقار بالطبيعة .

رابعاً — العقار بالاقرار .

والعقار بالاقرار هو بعض السندات المالية التى لمالكها الحق فى جعلها عقاراً بإقرار بسيط يسجل فى سجل التحويل ، والسندات التى يجوز تحويلها هى : (١) أسهم بنك فرنسا (٢) أسهم قنال دى ميدى . (٣) الإيراد المرتب على الحكومة قبل ١٢ مايو سنة ١٨٣٥ .

بنـد [٣١٢]

التشريع الإسلامى — الفوائد العملية المذكورة ترتبت على اصطلاح التشريع الوضعى من وجود عقار بالطبيعة وعقار بالتخصيص ، لكن التشريع الإسلامى يرى كما سبق الإشارة إليه عقارا وما يلحق به فهو عقار تبعا .

وأما حق الانتفاع بريع العقار ودعاوى استرداده والحقوق الناتجة من امتياز المناجم أو من القوة المائية فهى عقار اعتبارى فقط ، لا بمعنى أنها ثابتة ، ولا من الأرض وما يتصل بها جسمانياً ، ولكنها تتصل به اعتباريا .

وأما حقوق الارتفاق والرهن وحق الامتياز على العقار فهى مرتبطة بالعقار تمام الارتباط بمعنى أن فيها حق الشفعة بين الشركاء تبعاً للعقار وإن كان لا يصح بيعها ولا التنازل عنها استقلالاً . أما حقوق الارتفاق فهى لمالك العين المنتفعة ، فإن تعدد الملاك وتنازل البعض عن حصته فلا يؤثر فى حق الشريك الآخر على حصته ، وأما الرهن أو حق الامتياز فإن كان لدائنين وتنازل أحدهم بقيت العين مرهونة أو عليها حق الامتياز لباقى الدائنين أو

المرتهنين بدون نقص ما بقى درهم واحد من دينهم ، فهى عقار تبعاً للعقار وكذلك ملكية العقار عقار لوجود الشفعة فيها كما سبق .

وليس هناك عقار بالاقرار لأن العقار والمنقول جعلا وصفاً لطبيعة الأشياء من حيث هى فلا تخضع لجعل جاعل مالم ينطبق عليها تعريف أصل وضعها ، فأسهم الشركات وأسهم الحكومات أيًّا كانت من المنقول .

بند [٣١٣]

المنقول

القانون الفرنسى — المنقول قسمان : (١) منقول بالطبيعة أو منقول جسمانى .

(٢) منقول بتحديد القانون أو منقول غير جسمانى .

أولاً — المنقول بالطبيعة — وهو كل ما يمكنه الانتقال من مكان إلى مكان سواء أكان متحركاً بنفسه كالحيوانات ، أم كان متحركاً بغيره كالجماد ، وأنواعه كثيرة ، ولكن لا بأس من ذكر أمثلة لذلك (الحيوانات ، البواخر والمراكب والمعديات ، طواحين وحمامات على المراكب غير ثابتين وليسوا جزءاً من عمارة . المواد الأولية للبناية التى لم تدخل الحائط ومواد المبانى المهدومة ـ العملة نقدا ـ الحلى ـ الكتب ـ المداليات ـ ثياب الشخص ـ الحبوب ـ النبيذ ـ الدريس .

والمنقول بالتخصيص ، يعنى المنقول المخصص للاستعمال ولزينة المساكن كالسجاد والاسرة والمرايات وساعات الحائط .

ثانياً — منقول بتحديد القانون — وهى الحقوق المتعلقة بالمنقول وهى :

١ — الالتزامات والدعاوى الخاصة بها ، كدفع مبلغ واجب الأداء ورفع دعوى لأدائه .

٢ — الأسهم المالية وفوائدها ـ فى الشركات المالية والتجارية والصناعية من أحد الشركاء

فقط ، أو من تلقوا عنهم الملك ، وما دامت الشركة قائمة .

٣ — الإيراد الدائم أو مدى الحياة سواء قبل الحكومة أو الأفراد .

٤ — حق الانتفاع والرهن والامتياز على المنقول — الرهن للبواخر ـ حق الملكية الأدبية (تأليف) على الإنتاج الأدبى أو الفنون الجميلة أو الحقوق الناتجة من حق الاختراع أو العلامات التجارية ـ حق التاجر على محل تجارته .

بنـد [٣١٤]

التشريع الإسلامى — المنقول ما كان منتقلاً بطبيعته متحركاً بطبعه أو بفعل فاعل فالحيوانات والبواخر والمراكب صغيرة أو كبيرة والمعديات وطواحين وحمامات المراكب غير الثابتة على الأرض والمواد الأولية للبناء قبل الاستعمال والانقاض الخارجة من هدم (بشرط عدم تبعية المواد والانقاض لعقار فيه شفعة والا كانا عقارا بالتبعية) والنقود والأمتعة والحلى والكتب والمداليات والثياب والحبوب والزيوت والخل والعسل والسجاد والأسرة وساعات الحائط والفرش والغطاء كلها منقولات بلا نزاع ، وكذا الأسهم المالية والإيراد الدائم منقولات

وأما الالتزامات والدعاوى المتعلقة بالمنقول وحق الانتفاع به ورهنه وحق الامتياز عليه وحق الملكية الأدبية أو الاختراع أو العلامات التجارية فهى حقوق منقولة اعتبارية .

بنـد [٣١٥]

الايراد

القانون الفرنسى — معنى كلمة الإيراد فى لغة القانون شيئان :

١ — تدل على نفس العقد الذى ينتج عنه الإيراد.

٢ — على الحق الناتج عن هذا العقد .

أولاً — عقد الإيراد هو عقد يتعهد فيه شخص يسمى (مدين إيراد) إلى شخص آخر

يسمى (دائن إيراد) بدفع أقساط سنوية من النقود سواء بلا مقابل فيدخل فى باب كالهبة ، أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود .

ثانياً — الإيراد معتبرا حقـا — وهو الصفة التى يملكها (دائن الإيراد) وبها يطالب شخصاً آخر (مدين الإيراد) بأداء الأقساط السنوية سواء مدة الحياة أو لمدة غير محدودة .

ترتيب الإيراد :

يمكن ترتيب الإيراد والنظر إليه من ناحيتين : ناحية مدة ترتيبه . وناحية سبب منشئه .

أولاً — ناحية ترتيبه — الإيراد من ناحية ترتيبه يكون لمدة الحياة أو مؤبدا ، فالإيراد لمدة الحياة هو الذى لا يطالب مستحقه (دائن الإيراد) بأقساطه إلا مدة الحياة .

والإيراد المؤبد هو الذى يطالب مستحقه بأقساطه لغير أمد .

ثانياً — سبب إنشائه — يكون إيراداً عقارياً ويكون سبب إنشائه بيع عقار لآخر على أن يرتب للبائع مبلغاً معيناً كل سنة من ثمن هذا العقار .

ويكون إيراداً مرتباً منقولاً إذا كان سبب إنشائه ترك رأس مال منقول كقرض الحكومة ١٠٠ مائة فرنك على أن تدفع ٥٪ عن كل ١٠٠ فرنك .

وهذا الإيراد كما يجوز أن يكون مدة الحياة يكون أبديًا .

بنـد [٣١٦]

التشريع الاسلامى - الإيراد بمعنى عقـد الإيراد الذى يتعهد فيه شخص إلى آخر بدفع أقساط سنوية من النقود سواء بلا مقابل أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود غير موجود فى التشريع الإسلامى وذلك .

أولاً — إن كان عقد الإيراد بمقابل مع مبادلة عقـار أو رأس مال بنقود فهو عقد باطل

لأن كل عقد معاوضة يجب فيه معرفة قيمة المعوض والمعوض عنه قدراً ونوعاً وكمية ، ففى البيع مثلاً يجب معرفة العين المباعة بالتحديد وقيمة الثمن خمسين أومائة ، ولكن عقد الإيراد الثمن الذى سيدفع أقساطاً غير معلوم لأنه متعلق بحياة (دائن الإيراد) وهى مجهولة لهذا ، فهو غير صحيح ، وكل عقد جر خطراً وكان مرجعه الظروف والحظ أو القضاء والقدر ، فهو باطل لأنه يجب أن تصان أفعال العقلاء عن العبث وأن تكون أعمالهم محدودة حسب ما يعلمون فلا تمتد إلى ما يجهلون .

ثانياً — إن كان عقد الإيراد بلا مقابل فهو هبة ، والهبة تمليك ذات محدودة تملك شرعاً وتنتقل لمستحق وهنا تمليك مثلى كل سنة مثلا مدة حياته — اللهم إلا إذا كانت صدقة جارية من ريع عين موقوفة مثلا حددها الواقف فهى صحيحة كمن شرط فى كتاب وقفه إعطاء شخص معين مبلغاً معيناً من ريع وقفه كل سنة فهو عقد ملزم للواقف ولناظر الوقف ، و بصفة الاستحقاق هذه يملك الموقوف عليه طلب أداء المبلغ المعين له فى الوقف سواء لمدة محددة أومدى الحياة حسب شرط الواقف .

فالقدر المعين فى الوقف للموقوف عليه إيراد وهو بغير عوض فهو صحيح كعقد إيراد .

وفى التشريع الإسلامى نوع من الهبة يقال له (العُمْرَى) وهى أن تعطى منفعة شىء معين كبيت لشخص مدة حياته بلفظ (كأعمرتك بيتى هذا أو أعطيتك هذا تنتفع به مدة عمرك) فهى صحيحة وتصبح إيراداً للشخص مدى الحياة وعقدها نوع من أنواع عقود الهبة وأحكامها هى أحكام الهبة سواء .

فالإيراد لمستحق الوقف أو العُمْرَى يكون مدى الحياة فى الوقف بالشرط وفى العمرى بموجب العقد وسبب إنشائه دائماً العقار الموقوف أو العمر .

وأما الإيراد الذى يترتب على ترك رأس مال منقول نظير فائدة معينة كقرض الحكومة

فإنه يدفع ٥ ٪ كل عام فهو ممنوع شرعاً لأنه ربا والربا غير جائز وقد اختلف علماء الاقتصاد فى التعامل بالربا أو تشغيل النقد بالربح فبعضهم منعه و بعضهم أجازه والشرع الإسلامى يدعو الناس للعمل فلا يجلس غنى يربح من أقراضه للناس بلا تحمل مكسب أو خسارة .

وأما أسهم الشركات التجارية أو التعاونية فإنها نوع من التجارة و يلحقها الربح والخسارة فيفض الربح أو الخسارة على عدد الاسم فهى جائزة قطعاً .

بنـد [٣١٧]

قواعد عامة لـكل إيراد

القانون الفرنسى — كل إيراد خاضع للقواعد الآتية :

أولاً — كل إيراد يكوِّن حقوق الدائن .

ثانياً — يدخل الإيراد فى طبقة المنقول .

ثالثاً — الإيراد دين غير واجب الأداء بأصله فقط يدفع مدين الإيراد أقساطه المرتبة سنوياً وليس لصاحب الإيراد طلب ثمن المنزل الذى كان سبباً فى ترتيب الإيراد السنوى .

وكل إيراد أبدى سواء أكان مرتبـاً أم عقارياً يكون قابلاً للشترى ، يعنى يجوز لمدين الإيراد التخلص من دفع الأقساط السنوية إلى الدائن بدفع رأس المال مرة واحـدة الذى كان سبباً فى ترتيب الإيراد .

الخلاف بين الإيراد الأبدى المرتب والعقارى هو أن عقـد الإيراد العقارى نوع من بيع العقار بينما أن عقد الإيراد المرتب هو شكل قرض بفائدة وهو شكل قرض الحـكومة العادى.

فينتج عن ذلك ما يأتى :

أولاً — مقدار أقساط الإيراد العقارى السنوية يمكن تحديدها بحرية بين الطرفين بينما أن

مقدار الأقساط السنوية للايراد المرتب يجب ألا تزيد عن ٥ ٪ وإلا كان ربا يطبق عليه القانون قبل ق ١٨/٤/١٩١٨ .

ثانياً — أفضلية بائع العقار و إبطال العقد لغبن فاحش فى الثمن أزيد من ٧ — ١٢ يطبق فى عقد الإيراد العقارى دون عقد الإيراد المرتب .

ثالثاً — التأخير فى دفع قسط واحد من الإيراد العقارى يكفى لفسخ العقد ، بينما أنه لحل عقد الإيراد المرتب يجب عدم الدفع سنين .

رابعاً — يمكن للطرفين المتعاقدين تأخير زمن المشترى فى الإيراد المرتب إلى عشر سنين وفى الإيراد العقارى إلى ثلاثين سنة .

خامساً — يمكن للطرفين تحديد رأس المال الذى سيدفع بحرية تامة فى عقد الإيراد العقارى ولا يمكنهما تحديد رأس المال أزيد من رأس المال المدفوع فى عقد الإيراد المرتب و إلا اعتبر العقد باطلاً لتلوثه بالربا الفاحش .

خصوصيات إيراد مدى الحياة . يختص عقد إيراد (الإيراد مدى الحياة) بما يأتى :

أولاً — عقد الإيراد مدى الحياة عقد خاضع للقضاء والقدر يحتمل الكسب أو الخسارة من أحد الطرفين متعلقاً بحياة الدائن طولاً وقصراً .

ثانياً — عقد الإيراد مدى الحياة غير قابل للمشترى فى أى لحظة ولا لأى سبب ولا يمكن المدين إكراه دائنه على قبول رد رأس المال إليه ليتخلص من دفع الأقساط لأنه عقد حظ .

ترتيب آخر للأملاك

يمكن ترتيب الأملاك كالآتى :

أولاً — شىء جسمانى وشىء غير جسمانى .

ثانياً — شىء يستهلك بالاستعمال الأولى وشىء لا يستهلك به كالزيت والحصان .

ثالثاً — شيء قابل للتقدير عدا أو وزنا أو كيلا وشيء غير قابل للتقدير .

بنـد [٣١٨]

التشريع الإسلامى — يصح أن يكون الإيراد من قبيل المنقول اعتباراً لكنه تابع للعين الموقوفة وجوداً وعدماً أو للعين المعمرة كذلك فلو زالت عين الوقف ولا ريع فيه فلا يأخذ الموقوف عليهم شيئاً ولو هدمت الدار المعمرة كذلك فهو من هذه الناحية حق عقارى ، وقد عرفنا أن التشريع الإسلامى لا يقر بالإيراد نظير بيع أو تنازل عن رأس مال لعدم صحته للجهالة الفادحة.

فلا يجوز التخلص من دفع المبلغ المعين سنوياً للموقوف عليه ، وللموقوف عليه الحق فى التنازل لغيره مدة أو طول حياته ، ولا يمكن لمدين الإيراد (عين الوقف ، أو العين المعمرة) التخلص من دفع الأقساط بل يجب تنفيذ شرط الواقف ويعزل ناظر الوقف لعدم تنفيذه ويحكم وينفذ الحكم ككل الأحكام بدفع الاستحقاق ، ولا يمكن للطرفين تحديد نصيب الإيراد بل هو محض اختيار الواقف وتقديره فهو تبرع وهبة منه .

ولا يفسخ عقد الوقف ولا العمرى للتأخر فى دفع المستحق بل يقاضى ناظر الوقف للحكم بالمبلغ المعين ولتسليم العين المعمرة إذا أخذت اغتصاباً ، ولا يصح تأخير النصيب المستحق إلا لتعمير أعيان الوقف بما يحفظ عينها لتؤتى ثمراتها والتعمير من غلة الوقف واستحقاق المستحقين إذ لولا التعمير ما وصل لأيديهم شيء .

والقاعدة العامة أن كل عقد خاضع للقضاء والقدر ويحتمل الكسب والخسارة وخارج عن تقدير الناس فيما تعورف بينهم فى تقدير العواقب فهو باطل لا تترتب عليه آثاره .

والشيء جسم كالمنزل وغير جسم كالمديونية وكلاهما يصح ملكه ، وشيء يستهلك بالاستعمال كالزيت والثوب وشيء لا يستهلك كالمنزل والحصان وكلاهما يصح تملكه ، والشيء يكون مثليا أو مقوماً فالمثلى ماله نظير وهو المكيل كالقمح والموزون كالحناء والمعدود كالبيض مثلا ،

والقيمى ما كان مراداً لذاته وليس له نظير كالحصان مثلاً فهو مقوم فى القيميات أو منزل مثلاً .

بنـد [٣١٩]

العلاقة بين الملك والمالك

القانون الفرنسى — قد يمكن أن يكون المالك للشىء فردا عاديا أوجماعة حقيقية أو تقديرية وقد يمكن أن يكون المالك الحكومة أو المديرية أو المركز فيكون الملك عاما أو خاصا ، فيتكون من هذا أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة . والفرق بين أملاك الدولة العامة والأملاك الخاصة ما يأتى :

أولا — متعلقات أملاك الدولة العام يكون أجزاء المملكة وهذه عقارات .

ثانيا — الأملاك العامة للدولة غير قابلة للملكية الخاصة .

ثالثا — الأملاك العامة للدولة مخصصة للمنفعة العامة لا للخدمة العامة .

ويفرق قانونا بين أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة بأن أملاك الدولة العامة تختلف عن أملاكها الخاصة فى أن الأولى غير قابلة للبيع حتى ولو بقانون وغير قابلة لسقوط الحق بمضى المدة مهما طال وضع اليد ، وأملاك الدولة العامة تشمل : الطرق العامة للشعب . الأنهر والغدران القابلة للملاحة وغيرها . شواطىء البحار . المِين والمأمن البحرى للمراكب والمرسى .

وأملاك الدولة الخاصة تشمل : أرض طرح البحر . الغابات والأخشاب التى للحكومة . العقارات المخصصة للخدمة العامة كدور الحكومة .

وأملاك المديرية العامة تشمل : طرق المديرية العامة وأملاكها الخاصة . العقارات المخصصة للخدمة العامة كالمديريات والمحاكم ومحكمة الجنايات والسجون الخاصة بالمديرية .

أملاك الأقسام الإدارية العامة كالمركز تشمل : الطرق القروية والطرق الحقلية والرحاب والشوارع والممرات فى المدن والقرى . وأملاكها الخاصة هى الأملاك المخصصة للمنفعة العامة .

والأملاك المؤجرة للأفراد التى تدر ثمارا مدنية . والأملاك الخاضعة لمنفعة الأهالى من طبيعتها كالخشب والمرعى والأرض البور .

بند [٣٢٠]

التشريع الإسلامى — الشىء المملوك قد يكون لشخص واحد فتسمى ملكية فردية وقد يكون لأكثر من واحد فتسمى شركة ، وقد يكون المالك شخصا حقيقيا كزيد وعمر ، وقد يكون شخصا اعتباريا كبيت المال (المالية) أو الحكومة ممثلة فى وزارة المالية ، وقد يكون النفع بأملاك الدولة عاما للجميع فتسمى أملاك الدولة العامة كالمين والطرق المعبدة المارة بأكثر من مديرية مثلا ، وقد يكون النفع خاصا بمحلة أو قرية فيسمى ملكا للدولة خاصا .

ولكن لا فرق فى الأحكام بين أملاك الدولة العامة والخاصة كما سيأتى .

والقاعدة أن كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية ، فان كان حُبُسا (موقوفا) فالقيام عليه للمتولى عليه بالأصول الشرعية ، وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال ، فأملاك الدولة غير قابلة للتملك بوضع اليد وهى مخصصة للمنفعة العامة .

ويجوز لبيت المال أن ينقل ملكية أملاك الدولة العامة أو الخاصة للغير بأى وجه من وجوه التمليك متى رأى المصلحة فى ذلك ، ولا داعى للنقل من أملاك عامة للدولة إلى أملاك خاصة للدولة ثم تمليكها ، فاللف والدوران لا معنى له حيث يجوز لبيت المال التصرف فى أملاك الدولة بجميع أنواع التصرفات ما دامت المصلحة فى التصرف موجودة .

وتشمل أملاك الدولة التى يديرها ويرعاها (بيت المال) : الشوارع والطرق والسكك والأنهر بأنواعها وشواطىء البحار وما يتخلف عنها والسواحل والمين والأراضى التى لا مالك لها ، وكل مال جهلت أربابه ، وتركة من توفى لا عن وارث ، أو عن وارث وأسقط حقه لخصوص بيت المال والاستحكامات والقلاع والحصون ، والعقارات المخصصة للخدمة العامة كدور

الحكومة والمستشفيات والمدارس المملوكة للحكومة ودور القضاء ومراكز البوليس الخ .

وليس هناك أملاك خاصة للمديريات والمراكز ولا أملاك عامة بل كل ذلك من أملاك الدولة ، والقائم عليه هو بيت المال غير أن المنصوص عليه أنه إذا عمر جماعة قرية أو بلدا فانهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم ولا يشاركهم غيرهم فيه ولا يختص بها بعضهم دون البعض ، فكانت هذه المنفعة خاصة من أملاك الدولة لأن الحرم والمحتطب والمرعى فى أرض الدولة وهى ملك لها ومنفعته للجميع .

فان رأى بيت المال تخصيص قوم دون آخرين من أهل محلة واحدة أو بلد واحد بما هو منفعة عامة للجميع فلا يكون فى ذلك مصلحة ولأهالى البلد الباقين مقاضاته فى ذلك .

ولبيت المال التصرف فى أملاك الدولة بما يرى فيه المصلحة ، ولا تتملك المنافع العامة بوضع اليد المدة الطويلة .

بند [٣٢١]

حـ — الملكية فى ذاتها

القانون الفرنسى :

نظرة عامة : الملكية هى الحق المتعلق بشخص على شىء محدود يمكن ذلك الشخص أخذ منفعة قانونية مباشرة من ذلك الشىء — أو الملكية هى حق التمتع والتصرف فى الأشياء مطلقاً بشرط عدم عمل شىء ممنوع بالقانون أو اللوائح — وصفات الملكية المتفق عليها .

أولاً — الملكية هى حق عينى لأنها تستعمل مباشرة على شىء لا ضد شخص .

ثانياً — الملكية هى حق مانع للغير بمعنى أنه ليس لغير المالك الانتفاع بما ملك من ناحية ملكه ، وبمعنى أنه لا يمكن ملكية شىء واحد لشخصين ملكا تامًّا لكل منهما .

ثالثاً — الملكية حق مستمر بمعنى أن المالك إذا مات انتقل حق ملكيته إلى ورثته أو إلى من أوصى بها لهم فليست محدودة بوقت محدد .

نماذج الملكية :

يمكن وجود الملكية فى أربعة أشكال :

أولاً — الملكية تكون خالصة وسهلة وهو شكلها الطبيعى .

ثانياً — الملكية تكون مشروطة بشروط مُوْقِفَة أو مُلْفِيَة .

ثالثاً — الملكية تكون لكثيرين فى جزء من شىء ويكوِّن الملكية .

رابعاً — الملكية تكون مشاعة حينما تكون مملوكة لشخص معنوى كأملاك الشركات

بند [٣٢٢]

التشريع الاسلامى — الملكية هى الحق المطلق الذى لشخص على الشىء المملوك ، وتشمل ثلاثة أشياء : حق ملكية نفس العين ، وحق ملكية المنفعة وحق الملكية التبعية القسرية كالتطرق والمرور .

فالملكية حق على العين للمالك مانع للغير وقت الملكية بمعنى أن الملكية صفة واحدة للشىء المملوك فلا تتعدد لأشخاص فى وقت واحد على جزء معين .

والملكية ليست حقًا مستمرًا بمعنى أن المورِّث اذا مات فقد انقطع ملكه بموته فيحل محل ملكه ملك الورثة بدليل أن تصرف المريض مردود فيما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة و بدليل أن وصية المتوفى لا تنفذ إلا فى الثلث إلا إذا أجازها الورثة ، فلو أن ملكية المتوفى مستمرة لجاز منه هذه التصرفات ، ولا يحق للورثة منع ما زاد عن الثلث . حتى ان الورثة إذا أجازوا ما زاد على الثلث فى تبرع المتوفى أو فى وصيته يعتبر هذا ابتداء عطية منهم

من وقت الإجازه ، ومن أجاز يسرى فى نصيبه فقط لا على الورثة الباقين الذين لم يجيزوا . فالملكية محددة بحياة المالك فإن مات انقطعت ملكيته للتركة وابتدأت ملكية كل فرد من الورثة لما ورث .

وقد تكون الملكية خالصة بلا قيد ولا شرط وقد تكون بشروط ملغية لها أو موقفة . وقد تكون الملكية لأفراد حقيقيين كما تكون لشخص معنوى .

بنـد [٣٢٣]

الملكية القابلة للالغاء

القانون الفرنسى — الملكية القابلة للالغاء هى حق الملكية المتعلق بشخص على شىء والذى يكون قابلا للاختفاء فى الماضى إذا وجد حادث مستقبل مشكوك فيه كبيع شىء بشرط استرداده للبائع من المشترى فى مدة كذا ، أو كبيع عقار لم يقم أحد الطرفين بالوفاء بما تعهد به فيجوز إلغاء الملكية فيشمل الماضى .

بحث الملكية فى ثلاثة أوقات — لتحديد ما ينتج عن الملكية القابلة للالغاء يجب البحث فى ثلاثة أوقات :

أولا — مدة تعليق الشرط ، ما دام الشرط معلقا فالمشترى مالك للعقار المبيع مثلا بشرط مُلغ ، والبائع مالك للعقار نفسه بشرط معلق .

١ — المشترى مالك بشرط ملغ ، ملكية ليست نهائية ويصح نقضها ، لكن له حق الملكية فله حق الادارة بكافة أنواعها وله حق الرهن والبيع وترتيب المنفعة والهبة الخ جميع أنواع التصرفات وتورث عنه لورثته لكن كل هذه التصرفات مقيدة بشرط ملغ كما قيدت ملكيته به .

٢ — البائع مالك بشرط معلق ، ما دام الشرط معلقا للملكيته فلا علاقة له بالعين المباعة ولا يمكنه الحصول على فائدة مادية من تلك العين ، له على العقار حق متعلق بشرط فينتقل بموته إلى ورثته ويمكنه حال حياته ترتيب حقوق عينية على العين المباعة بل وبيع حق ملكيتها بنفس الشرط المعلق للملكيته .

ثانيا — مدة وجود الشرط — متى تحقق الشرط المتفق عليه تحقق الإلغاء وينسحب على الماضى وكأن المشترى لم يشتر أبدا والبائع بقى مالكا للعقار المبيع .

١ — المشترى يعتبر كأنه ما كان مالكا أبدا ، فينتج من هذا أن ما صدر من تصرفات المشترى فى العين المبيعة مدة وجودها تحت يده وما رتب عليها من حقوق عينية تكون لاغية وكأنها ما كانت ويستثنى من ذلك الأعمال الادارية المحضة التى صدرت من المشترى قبل تحقق الشرط فهى صحيحة قبل البائع .

٢ — البائع يعتبر أنه بقى مالكا ولم يبع ، وينتج من هذا أن الحقوق العينية التى رتبها البائع على العين المباعة قبل تحقق الشرط قد تأكدت وهى صحيحة قانونا .

ثالثا — مدة عدم تحقق الشرط — إذا لم يتحقق الشرط المتفق عليه كما إذا لم يسترد البائع مبيعه ويدفع الثمن فى المدة المحددة فيعتبر البيع بسيطا وسهلا وكل تصرف للمشترى تأكدت صحته وكل تصرف للبائع أصبح لاغيا فى الماضى والحاضر .

بنـد [٣٢٤]

الملكية القابلة للإلغاء

التشريع الإسلامى — أصل الملكية تكون على البت فمن باع أو اشترى فقد ملك أو ملك على البت بمجرد الايجاب والقبول أو ما يدل على التراضى من الطرفين فى العقد ، غير أنه

قد يعرض على العقد شرط من أحد المتعاقدين ، فقال ابن رشد : الشروط المشترطة فى البيوع على مذهب مالك رحمه الله تعالى أربعة أقسام :

أولا — شرط يفسد البيع من أصله وهو ما أدى إلى خلل فى شرط من الشروط المشترطة فى صحة البيع .

ثانيا — شرط يفسد البيع ما دام المشترط متمسكا بشرطه كشرط بيع وسلف .

ثالثا — شرط يجوز ما دام لا يؤدى لفساد ولا محرم فيجوز فيه البيع والشرط متى كان الشرط جائزا .

رابعا — شرط يبطل ويصح البيع .

فان كان الشرط يعود على العقد بالفسخ ففى ذلك خلاف بين متشرعى مذهب الإمام مالك فلو قال (بعتك بكذا لوقت كذا ، أو بعتك على أن تأتينى بالثمن فى وقت كذا فان لم تأت به فى ذلك الوقت فلا بيع بيننا مستمر) وقد روى عن الإمام مالك فى المدونة فى مثل هذا ثلاثة أقوال : ١ ـ صحة البيع و بطلان الشرط فيكون هذا الشرط من القسم الرابع ٢ ـ صحة البيع والشرط فيجب الوفاء به فيكون هذا الشرط من القسم الثالث ٣ ـ فسخ البيع وعدم صحته فيكون هذا الشرط من القسم الأول لأن من شروط البيع انتقال الملكية المطلقة للمشترى بالايجاب والقبول ومقتضى هذا الشرط أن المشترى لا يملك المبيع إلا إذا وفى بالشرط .

وسبب الخلاف فى هذا النظر إلى كون العقد يفسخ بغير اختيارهما فيمتنع لأن الفسخ يأتى من جهة البائع نظير عدم الوفاء بالشرط من المشترى وهو عدم دفع الثمن ، أو النظر إلى أن الشرط من مقتضى العقد لأن بالبيع وجب تسليم المبيع كما يجب تسليم الثمن فيصح الشرط والبيع صحيح أو النظر إلى أنه شرط يأتى على العقد وفيه ما يشبه التحجير على المالك فيبطل الشرط ويصح البيع ويجب جبر المشترى على دفع الثمن حالا .

فإذا جرينا على أن البيع باطل مع هذا الشرط كان ضمان المبيع من البائع لأنه لم يدخل فى ملك المشترى متى كان قبل القبض فان قبضه المشترى فضمانه منه ، لأنه بيع فاسد والبيع الفاسد لا ينتقل الضمان للمشترى إلا بالقبض ، وحينئذ فالغلة للبائع مدة ضمانه ، وللمشترى إذا كان الضمان منه ، ولا فرق بين العقار وغيره ، فان فات المبيع بأى مفوت من مفوتات البيع الفاسد مضى بالثمن لأنه مختلف فيه .

وليس للمشترى أن يتصرف فيه فان تصرف بعد القبض بالبيع أو الرهن أو الاجارة الخ أو غيره من العقود أو التبرعات مضى تصرفه متى كان مليئا يمكنه دفع الثمن وكان التصرف سابقا للفساد وكذا ان تصرف فيه قبل القبض .

وان تصرف البائع قبل القبض (الاقباض) فتصرفه صحيح وهو نقض للبيع من أصله ، وإن كان تصرفه بعد الاقباض للمشترى وقبل أن يرد إليه ففى تصرفه خلاف والصحيح أنه ماض متى عاد إليه المبيع .

وإذا جرينا على أن الشرط والبيع صحيح فيوفى بالشرط والضمان من المشترى ولو لم يقبض المبيع لأن البيع الصحيح ينقل فيه الضمان للمشترى بمجرد العقد متى كان لا خيار فيه وله الغلة ما دام ضامنا ، وإذا كان البيع الصحيح ناقلا للملك فتصرف البائع قبل الشرط صحيح موقوف وتصرف المشترى صحيح غير لازم إذ لو كان لازما لفات العمل بالشرط .

وأما التصرف بعد الوفاء بالشرط فصحيح نافذ من المشترى ، وباطل من البائع وعند عدم الوفاء بالشرط فبالعكس ، كل هذا فى العقار والمنقول على السواء .

ويؤخذ من هذا أنه لا يجوز للمشترى أن يتصرف فى المبيع بما يتنافى مع الشرط أو ان تصرف فيكون تصرفه تحت شرطه أيضاً لأنه لا يجوز التصرف فى المبيع إلا إذا دخل فى ملك مشتريه وقد دخل بالعقد لكن بشرط قد يؤدى لإلغاء البيع عند عدم دفع الثمن فى المدة المحدودة .

وفى مذهب الإمام أبى حنيفة إذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشترى إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام مثلاً فلا بيع بينهما صح البيع والشرط فإن أداه فى المدة المعينة لزم البيع و إلا فسد فيكون الملك موقوفاً على الوفاء بالشرط فلا ملك فى الحقيقة مع عدم الوفاء بالشرط ، واختلف فيمن باع شيئاً بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ولا فرق بين كون المبيع هو الرهن أو غيره .

ويجوز البيع على الخيار لأحد المتعاقدين أولهما معاً كما يجوز البيع بتاً بلا خيار مع تأجيل الثمن على أقساط كلا أوبعضاً واشتراط جعل المبيع رهناً فى ثمنه فيدخل المبيع فى ملك المشترى من وقت العقد بشرط كونه رهناً نظير ثمنه ، أو باع بشرط رهن نظير الثمن المؤجل فإن كان الرهن معيناً أجبر المشترى على دفعه للبائع إن امتنع ، و إن كان الرهن غير معين فشرط الرهن فى البيع يجوز وعلى المشترى رهن ثقة (ويخير البائع وشبهه فى غير معين) يعنى إن أبى المشترى من دفع الرهن غير المعين خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له فى فسخ البيع و إمضائه .

فلو أدى المشترى الثمن سلمت ملكيته ولا شىء للبائع قبله و إن لم يؤد الثمن فللبائع مطالبته وحجز الرهن حتى يستوفى حقه و يختص البائع برهنه دون بقية الغرماء فيقضى دينه أولاً من ثمن الرهن ، وليس للبائع فسخ البيع نظير الثمن أو نظير ما بقى منه ، إلا إذا اشترط ذلك لأنه بيع بات والثمن أصبح فى الذمة دينا وله الحجز على العين المبيعة لاستيفاء حقه ككل سلعة للمدين فى حالة عدم التوثق برهن أو كفيل ، وهذا هو الجارى عليه العمل الآن بالديار المصرية من بيع الشركات العقارية فإنها تبيع بشرط جعل المبيع رهناً نظير باقى ثمنه تحت يد المشترى فإن وفى المشترى فبها و إلا نزعت ملكية المشترى بالمزاد العلنى لدفع الثمن واختصت الشركة البائعة بهذه الملكية المباعة حتى تستوفى حقها فهذا عمل شرعى لا شىء فيه إلا أن الرهن تجول يد المشترى فيه ، غير أنه للأسف يفرض الثمن أولاً ثم يضاف عليه فوائد التأخير ثم يضاف عليه

فوائد الفوائد وهكذا وهو الربح المركب فيجوز وهو الواقع الكثير أن يبقى المشترى يدفع للشركة أقساطا طويلة ثم لعجز طارىء يرتكبه بالديون فتحل الفوائد المركبة وأخيراً تمحى الملكية لأن شرط فوائد الفوائد وفوائد فوائد الفوائد الخ صريح فى عقود الشركات فيقضى بهافى المحاكم المختلطة التى هى مسبة فى جبين مصر ودائماً تفضل مصلحة الأجانب ولو كان فى ذلك قتل للوطنيين ما دام الشرط موجوداً موقعاً عليه ، وقد قيض الله لمصر رجال الوفد المصرى فى هذا الوقت فعقدوا اتفاقية (منترو) لإلغاء الامتيازات الأجنبية المتخلفة من حكم الدولة العلية ومنها المحاكم المختلطة وستصبح فى التاريخ بشرها وآثامها وقد خبرت أحكامها بنفسى فلا حق إلا للأجنبى ومصالحه دائماً مرعية ولو بغير حق .

أما شرط استرداد البائع للمبيع من المشترى فى مدة كذا متى دفع الثمن فهو شرط باطل مناف لمقتضى عقد البيع وهو جواز التصرف فى المبيع كما يشاء المشترى ، فإن وقع الشرط فى صلب العقد فسخ البيع لفساده فإن تطوع المشترى بذلك بعد العقد جاز وليس له حينئذ التصرف بإخراج المبيع لغير البائع ، وللبائع رفعه للحاكم فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقاً وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف نفذ .

بند [٣٢٥]

الملكية المشتركة

القانون الفرنسى — الملكية المشتركة أو عدم القسمة هى حالة شىء يملكه عدة أشخاص لكل شخص جزء محدد فيه كربع منزل أو نصف وربع مثلاً ، ومنبع الملكية المشتركة هو الميراث متى تعدد الورثة .

محظورات عدم القسمة : الملكية المشتركة توجد حالة شاذة وغير مقبولة لأنه إذا خالف أحد الملاك ولو كان أقل جزء فإن العمل يوقف بتاتاً فيجب أخذ قبول من جميع المستحقين

بالإدارة ، ولذلك وجبت قسمة الشيء المشترك فيجوز لأى شريك طلبها عملاً بالقاعدة العامة (لا يجوز بقاء شيء غير منقسم) متى طلب أحد الملاك .

ومع ذلك يمكن الاتفاق على بقاء الملكية المشتركة لمدة خمس سنين فأقل ويجوز تجديد هذه المدة .

ملكية اليد المشاعة

وهو نظام ملكية خاص موجود بألمانيا فى الشركات المدنية و بين الزوجين ، وهو شكل ملكية مشتركة وهى حالة بين الشخص المعنوى وحالة عدم القسمة ، فهو يشبه الشخصية المعنوية ويخالف حالة عدم القسمة فيما يأتى :

أولاً — الأملاك الخاضعة لهذا النظام توجد ملكية خاصة مجعولة لقصد اجتماعى فهم منفصلون تماماً من الأملاك الخاصة بكل عضو شخصياً .

ثانياً — هذه الأملاك تكون ضماناً لديون الدائنين الاجتماعية ولا حق لمداين أى شريك فى الحجز على هذه الأملاك نظير دينه الخاص بهذا الشريك .

ثالثاً — هذه الأملاك لايمكن بيعها ولا رهنها كلاً أو بعضاً من أى شريك يعمل لمصلحته الخاصة . وهى تشبه حالة عدم القسمة ، وتختلف عن الشخصية المعنوية فى أن هذه الملكية لشركاء يبقون مستحقين للملكية الخاضعة لهذا النظام فشخصيتهم لا تكون معوضة بكائن مجرد عن المادة كالشخص المعنوى . وينتج عن هذا أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية كأن يوجد بينهم قاصر . وعلى هذا فلا يطبق مضمون م ٦١٩ على أحد الشركاء الذين لهم حق الانتفاع مثل الشخص المعنوى .

و بعد بحث هذا النظام الجديد أخذبه بعض المتشرعين فى نظام أملاك الزوجين و بعضهم طبق عليه أحوال الشركات التجارية فى الأرباح .

بنـد [٣٢٦]

الملكية المشتركة

التشريع الإسلامى — قد يكون مالك الشىء واحداً فيتصرف كما يشاء وقد يكون المالك متعدداً فكل مالك له حق التصرف فيما يملك غير أنه قد يكون الشىء المملوك لملاك غير قابل للقسمة أو قابلا لها فإن كان قابلا للقسمة وطلبه أحد الشركاء أجابه الباقون فيقتسمون بأحد أنواع القسمة مهايأة أو قرعة أو مراضاة فإن اتفقا فبها و إلا أجريت القسمة جبراً على من أباها ، و إن كانت الملكية غير قابلة للقسمة كشركاء فى ياقوتة أو رحى وجب بيعها ، فإن اتفق الشركاء على بقاء ملكية مالا ينقسم جاز ذلك من غير تحديد مدة ، وسيأتى ذلك فى باب القسمة ، ومنبع الملكية المشتركة هو منبع الملكية المطلقة كالشراء والميراث والهبة والوصية .

وأما ملكية اليد المشاعة فهى نوع من أنواع الشركات الفاسدة لأنها :

أولاً — تفصل أملاك الشخص إلى نوعين نوع فى الشركة لا يحجز عليه ولا يباع لدائنيه وليس لمالكه أن يتصرف فيه لا ببيع ولا رهن ولا هبة وهذا ينافى حق الملكية من ناحية و ينافى أن المدين ضامن دينه بكل ما يملك من مال أو ما يقوم بمال .

ثانياً — لا يجوز لأى شريك رهن ولا هبة ما يملك فى الشركة ولا يحجز عليه فيها ، ومعناه أن ماله أصبح بعيداً عن تصرفه وفى حرز من دائنيه وهو نظام مخالف لقواعد المسئولية المدنية .

أما أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية فهذا صحيح لأن الشركة لا تقع إلا من أهل التصرف الحر البالغ الرشيد الذى يصح منه التوكيل والتوكل ، وعلى هذا يخرج عديمو الأهلية كالقاصر والمجنون والسفيه عن أن يكونوا شركاء أو يكوّنوا شركة .

بنـد [٣٢٧]

تحديد حق الملكية

القانون الفرنسى — حق الملـكية مطلق قبل كل العالم لا يعارضه أحـد ولا ينقص منه شىء ، غير أن نظم الهيأة الاجتماعية اقتضت تحديده فى بعض الأحوال وذلك :

أولاً — أحوال الملـكية فيها غير قابلة للانتقال ، الأحوال الأساسية المنصوص عليها قانوناً هى :

أولاً — العقارات الأميرية العامة المملوكة للحكومة أو للمديرية أو للمركز غير قابلة للتمليك

ثانياً — مهر الزوجة العقارى غير قابل للتمليك يبيع من الزوجة ولو مع إذن زوجها .

شرط عدم قابليـة التمليك

هل يجوز لبائع العقار أو راهنه أو الموصى به أو واهبه أن يشترط عدم قابلية العقار للتمليك فيعارض حق الملـكية المطلق فى التصرف ؟ أجمعت المذاهب على بطلان هذا الشرط ، ثم فصل المتشرعون بين بيع وهبـة ووصية مثلا فقرروا أن شرط عدم قابلية التمليك المؤبدة باطلة قطعاً لمنافاتها لروح التشريع والقانون ، وأما شرط عدم قابليـة التمليك المؤقتة الجائزة فهو شرط صحيح ويعمل به كاشتراط ذلك فى الهبة مثلاً لبلوغ الموهوب له سناً تمكنه من الاحتياطات وبعد النظر ، كذلك هبـة عقار ترتب عليه إيراد مدى الحياة فيجوز هذا الشرط للتمكن من الوفاء بما تعهد به المشترى .

أملاك العائلة غير القابلة للحجز ق ١٢ يوليو سنة ١٩٠٩ ، أباح هذا القانون لـكل عائلة أن تضع لمصلحتها ملكاً لاتزيد قيمته عن ثمانية آلاف فرنك وذلك بعمل إشهاد أمام مسجل العقود المدنيـة فى هيئة وصية وهى خاضعة للنشر عنها وبمضى هذه اللحظة أصبح هذا الملك غير قابل

للحجز فى دين طارىء ، وهذا القانون وضع لحفظ العائلات من التدهور وليكون ملجأً قانونياً يمنع عوادى الدهر وهو منقول عن القوانين الأمريكية .

بند [٣٢٨]

التشريع الإسلامى — حق الملكية حق مقدس محترم قبل جميع الناس فمن ملك شيئاً فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفاً مطلقاً بشرط أن لا يخل بشىء من الأحكام الشرعية فى ذلك التصرف ، فلا يعارض المالك فى ذلك ولا ينقص من حقه شىء .

فإن تعارضت مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة قدمت مصلحة الجماعة وهى المصلحة العامة فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو نحو ذلك إلا لسعة مسجد أو مقبرة أوطريق أو نحو ذلك من المصالح العامة مما يقتضى تقديم المصلحة العامة ، أو لحق تعلق بملكه كبيع جبراً لنفقة زوجة ، أو فى مال المفلس ، وللمحافظة على أملاك الدولة اقتضى التشريع الإسلامى أنها لا تتملك بوضع اليد المدة الطويلة ولكنها قابلة للتملك بدون فرق بين ملك الدولة العام والخاص فهذا تقسيم اعتبارى والكل ملك بيت المال ، فمتى رأى القائم على بيت المال أن المصلحة فى بيع بعض أملاك الدولة لفرد أو جماعة وكانت المصلحة محققة فيجوز شرعاً بيعها ويجوز تملكها والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات الشرعية بلا فرق أيضاً بين أملاك الحكومة وأملاك المديرية أو المركز فكلها ملك للدولة كما سبق التنبيه إليه .

ويجوز للزوجة أن تتصرف فى مهرها بجميع أنواع التصرفات منقولاً أو عقاراً بدون إذن زوجها أو أحد آخر متى كانت عاقلة رشيدة غير محجور عليها ويحجز عليه ويباع فى دينها بعد الزواج وكذا مؤخر مهرها يحجز عليه ويباع فى دينها .

شرط عدم قابلية التمليك

كل شرط كان منافياً للعقد يبطل العقد فعقد البيع عقد معاوضة يفيد الملكية للعين المباعة فمتى تم العقد فقد تم ملك العين ومتى تم ملك العين فقد ملك مالكها كل الحقوق عليها ومنها البيع للغير والتمليك بأى وجه فشرط عدم جواز التمليك فى عقد البيع مبطل له .

وأما فى التبرع بهبة أو صدقة بشرط عدم البيع أو الهبة إلا لمن يجيزها له الواهب فهو شرط صحيح والهبة جائزة لأن الواهب متبرع فله أن يشترط ما يرى أنه محقق لمنفعة ما وهب للموهوب له فيعمل بالشرط ، وقيل هـذا الشرط لا يجوز ، وقيل تبقى الهبة والصدقة بيد الموهوب له أو المتصدق عليه كالوقف لا يبيع ولا يهب حتى يموت .

فإن اشتملت الهبة أو الصدقة على شرط يتنافى مع حق الانتفاع المراد من الشىء الموهوب بطلت الهبة وإن كان الشرط معصية بطلت أيضاً ، وإن كان الشرط لا يتنافى مع حق الانتفاع ولكنه نظمه أو حدده أو جعله لأفراد معدودين أو جعله بعد مدة الهبة ميراثاً لورثته صح ذلك .

وأما البيع والشرط فيه على الإنفاق على البائع مدى الحياة فهو باطل لأن الثمن غير معلوم وفيه غرر كبير فضلاً عن ان اشتراط عدم بيع العين المباعة والمرتب عليه شرط الإنفاق مدى الحياة مناف لعقد البيع من حرية التصرف فى الملكية .

وأما أملاك العائلة غير القابلة للحجز ، فهذه بدعة التشريع الحديث وهو مخالف لروح الثقة فى التعامل ومشجع على أكل أموال الناس بالباطل ، فكيف تأخذ منى عائلة بعض أموالى التى أتجر بها لتقوم بهـا أودها ثم تنام على حقى فإذا ما اتخذت الطريق الإجبارى للوصول إلى حقى صدمنى القانون الذى يحمى هذه العائلة فلا أجد مفراً من ضياع أموالى هدراً باسم القانون هذا إذا لم أكن على علم بالإشهاد بهذه الأملاك العائلية غير القابلة للحجز ، فإن علمت امتنعت طبعاً عن معاملة هذه العائلة لأنها تكون كالأجرب ينفر منه الناس .

فهـذا التشريع مشجع على عدم الوفاء بالديون ضار بنفس من وضع القانون لحمايته ، ولـكن انظر التشريع الإسلامى فقد تشدد كل التشدد فى الوفاء بالالتزامات أيا كانت ما دامت شرعية جائزة حتى لم يستثن شيئا من مال المدين إطلاقا يبقى له إلا (قوته والنفقة الواجبة عليه لزوجته ووالدين فقيرين وولد كذلك ، إلى ظن يسر المدين عادة ، و إلا كسوتهم المعتادة التى تقى الحر والبرد وتجوز بها الصلاة) فإن كان المدين متهما بإخفاء ماله حبس حتى يظهر أمره فإن ظهر يساره دفع ديونه وخلى سبيله و إن كان معسرا فنَظِرة إلى ميسره بشرط ثبوت ذلك ببينة .

هذا هو حكم التشريع الإسلامى الذى يوجد الطمأنينة فى المعاملة والثقة بين الناس لأن وراء الدأن من يحميه وهو تشدد المشرع فى الوفاء ووراء المدين ما يدفعه لما يعلمه من عقاب وعدم تساهل فى إبراء الذمة .

و إذا كان التشريع الوضعى أراد حماية العائلة على حساب حقوق الآخرين وهم الدائنون فإن للدائنين الحجر على الريع مثلا كالحجر على ريع الوقف لمديونية المستحق فيبقى فقيرا محروما ما عاش وهذا جزاء تدبير البشر فلو أنهم اتبعوا التشريع السماوى لعرف الناس ما لهم وما عليهم فى ثقة وطمأنينة .

بند [٣٢٩]

الملكية فى القانون الرومانى

القانون الرومانى — الملـكية هى الصفة التى يمكن للشخص المالك بها أن ينتفع بما ملك كما يشاء ، وللملـكية ثلاث صفات :

أولا — الملـكية حق مطلق أى حق الاستعمال وحق أخـذ المنفعة والايراد وحق البيع والرهن والهبة وجميع أوجه التصرفات حتى التلاشى .

ثانيا — الملكية حق مانع للغير أيا كان وخاص بالمالك .

ثالثا — الملكية حق مؤبد غير محدود بزمن .

بند [٣٣٠]

تحديد الملكية فى المناجم

القانون الفرنسى — المراد بالمنجم أو المناجم هى كمية من الجواهر معروفة تحتوى على ذهب أو فضة أو معدن أو أى نوع من أنواع المواد المحددة بالقانون أو بديكريتو بعد أخذ رأى قلم قضايا الحكومة .

مضمون ق ٢١ أبريل سنة ١٨١٠ . تضمن القانون أن محل المنجم مملوك لمن ملك الأرض الموجود بها عملا بالقاعدة (ملكية وجه الأرض تتضمن ملكية ما تحتها وما فوقها) لكن للصالح العام ولحسن استغلال المناجم أعطى القانون إلى الحكومة الحق المطلق فى التصرف فى المناجم حسب ما تقتضيه المصلحة العامة .

فإذا أعطت الحكومة امتياز استغلال المنجم إلى غير مالك الأرض فلمالك الأرض الحق فى مرتب سنوى يسمى (ضريبة ما فى جوف الأرض) ، فينتج عن هذا وجود عقارين فى ملكية واحدة : العقار المخصص للاستغلال المنجمى ، وعقار وجه الأرض .

ما تضمنه قانون ٦ سبتمبر سنة ١٩١٩ — جدد هذا القانون زيادة عن القانون الأول ما يأتى:

أولا — استغلال المنجم يكون مضمونا بمعرفة الحكومة ، اما باستغلاله بنفسها أو تحت رقابتها مباشرة أو بالاشتراك ، ويجوز للحكومة التنازل للمديرية أو المركز أو لشركة تجارية أو لشخص خاص .

ثانيا — الإذن باستغلال المنجم لا يكون أبديا بل يجب ألا يتعدى ٩٩ سنة فى منجم الفحم الحجرى أو الخشب المتفحم و ٥٠ إلى ١٩ سنة فى باقى المناجم .

ثالثا — امتياز استغلال المنجم لا يكون مجانا بل يحتمل مشاركة الحكومة أو الأشخاص فى جزء من الأرباح .

رابعا — حق صاحب امتياز المنجم يبقى حقا عقاريا يمكن رهنه .

خامسا — استغلال المنجم يعتبر عملا تجاريا .

الضريبة الواجبة على صاحب امتياز المنجم :

صاحب امتياز المنجم عليه ثلاث ضرائب :

أولا — بالنسبة لمالك وجه الأرض ، ضريبة ما فى جوف الأرض وهى سنوية تحدد فى الامتياز وهى عادة ١٠٪ من إيراد المنجم ، وهى حق عقارى وتكون تبعا لملكية وجه الأرض وتتحمل الرهن الذى رهن به وجه الأرض .

ثانيا — بالنسبة للحكومة يجب على صاحب امتياز المنجم دفع ضريبة ثابتة ٢٠ سنتيما عن كل هكتار ، وضريبة نسبية سنوية على إنتاج المنجم حسب القانون المالى وهى ٦٪ منها ١٪ للمركز الذى يتبعه المنجم .

ثالثا — بالنسبة للمكتشف يجب على صاحب الامتياز إلى صاحب المنجم تعويض عن أعماله حتى عن نفس الاكتشاف وتعويض عما تكبده من المصاريف .

الواجبات المفروضة على صاحب الامتياز :

ليتم الإنتاج على أكمل وجه فرض القانون على صاحب امتياز المنجم :

١ — عدم قسمة المنجم لتجنب النفقات الباهظة العامة الناتجة عن التجزئة .

٢ — منع اجتماع أكثر من منجم واحد إلى منجم واحد خوفا من الاحتكار .

٣ — عدم إيقاف استغلال المنجم أو حصر الاستغلال و إلا فعقابه الحرمان .

٤ — واجب المساعدة فى اشغال تجفيف المناجم فى حالة فيضان ماء جوف الأرض المهدد لعدة امتيازات تحديد حق ملكية المنجم .

نقل ملكية المنجم بأى شكل أو نوع وكذا تأجير الامتياز المنجمى باشهاد بين الأحياء لا يجوز مطلقاً إلا باذن يصدر به ديكريتو بعد أخذ رأى قلم قضايا ، وكل عمل يخالف هذه القاعدة فهو لاغ — ويجوز سحب الامتياز بديكريتو

معادن ومحاجر

الأرض التى تحتوى على مواد حديدية أو كبريتية أو اليمنيوم أو نفط يصح أن تكون فى بعض الأحوال داخلة فى حكم المناجم — ولكن الغالب استغلالها بمعرفة ملاكها بتبليغ للمديرية أو باذن من المدير ما دام الاستغلال على وجه الأرض .

وأما المحاجر التى يستخرج منها الاردواز وحجر المبانى والرخام والجرانيت فتستغل بمالكيها وليست مطلقاً كالمناجم — فقط تبلغ المديرية باستغلال صاحبها .

بنـد [٣٣١]

تحرير ملكية المناجم

التشريع الاسلامى — مالك العقار يملك منفعته والانتفاع به من سطحه ومن جوفه كما يتراءى له — غير أن ما يوجد بالأرض من المعادن من ذهب وفضة وحديد وقصدير الخ مما يحتاج إليه الكافة فله أحكام خاصة لأن له خطره فى حياة الأمة ، وما يوجد بالأرض من كنوز ونحوها من الدفائن كذلك له أحكام خاصة وذلك :

أن للإمام التصرف فى المعدن ولو وجد بملك شخص معين — والمراد بالمعدن ما يستخرج من الأرض شيئاً فشيئاً حسب طبيعة وجوده — وإنه وإن كان فى أرض مملوكة لشخص معين

إلا أن سد باب الهرج والفتنة وامتلاك زمام مصالح الدولة (يعنى المصلحة العامة) يقضى بوضعه تحت تصرف الحاكم يفعل ما يراه فى استغلاله موافقاً للمصلحة ـ هذا إذا كان المعدن فى أرض إسلامية مفتوحة . فان كانت فى ملك مصالَح على شروط فالمعادن لا تدخل فى تصرف الامام بل تبقى ملكاً لصاحبها . فإن أسلم هذا المصالَح رجع حق النظر فيها للامام ـ وأما الكنوز وهو ما يوجد مدفوناً فى الأرض دفعة واحدة يعنى ليس مختلطاً مع معدن بالأرض ـ فان كان دفن مسلم أو ذمى فهى لقطة تعرف سنة ثم توضع فى بيت المال ـ وإن كانت دفن جاهلى فهى رِكازٌ يخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده .

وما لفظه البحر إن تقدم له مالك فكالدفن المعصوم منه وهو ملك المسلم والذمى لقطة وغيره كالركاز ـ وإلا كالعنبر وجوهر البحر فلواجده بلا تخميس ـ والنباتات كالأعشاب التى تنبت بنفسها على سواحل البحار مباحة لعموم الناس ـ هذا مذهب مالك .

ومذهب أبى حنيفة أن ما وجد من معدن نقد (ذهب أو فضة) ونحو حديد ـ ومن كنز أى مال مدفون دفنه الكفار إذا وجده مسلم أو ذمى فى أرض فهو على أربعة أقسام :

١ — أن تكون الأراضى مباحة فالخمس فيها لبيت المال والباقى للواجد .

٢ — أن تكون الأرض مملوكة لمعينين ففيها الخمس لبيت المال والباقى للمالك .

٣ — أن تكون الأرض موقوفة خراجية أو عُشرية فالخمسُ فيها لبيت المال والباقى للواجد لعدم المالك .

٤ — أن تكون الأرض مملوكة لغير معينين كأرض مصر غير الموقوفة فإنها وإن كانت خراجية الأصل إلا أنها إلى بيت المال لموت المالكين من غير وارث ـ فالأرض المصرية مملوكة لجميع المسلمين تصرف فى مصارفهم المعلومة فالكل يوضع فى بيت المال .

وإن وجد المعدن مسلم أو ذمى فى داره أو حانوته فالكل للواجد . وأما المال المدفون فإن وجده فى داره أو حانوته ففيه الخمس والباقى للواجد .

فعن مذهب الإمام مالك أخذ القانون الفرنسى حيث جعل التصرف فيه للامام يتصرف فيه كما يرى .

وأما ما ذكرته القوانين الوضعية من مضمون ق ٢١ ابريل سنة ١٨١٠ وق ٦ سبتمبر سنة ١٩١٩ .

ومن وجوب الضريبة على صاحب الامتياز ـ ومن الواجبات المفروضة عليه ومن تحديد حق ملكية المنجم فكلها لا تخرج عن تنظيم حق ملكية الصالح العام للمناجم وهو ما نص عليه التشريع الإسلامى ، ولا مانع من تنظيم طريقة الاستغلال على أى وجه يرى الحاكم فيها المصلحة .

وأما المعادن التى لا قيمة لها إلا إذا تحوّلت بفعل فاعل كالحجر يصير جيراً بعد حرقه أو كالجبس بعد طحنه فليس مباحاً للجميع بل يجب إذن الإمام فيه كما يرى أيضاً نظير الاستغلال وكذا قطع الحجر للبناء فلا بد من الترخيص لأنها ملك للدولة حيث لا مالك لها .

﴿ نتيجة المقارنات من بند ٣٠٠ إلى نهاية بند ٣٣١ ﴾

يتفق التشريعان فيما يأتى :

الأملاك — معلومات أولية — ترتيب الحقوق المكونة لمالية الشخص — الحقوق العينية المحددة فى القانون — ترتيب الأملاك — عقار ومنقول — العقار وأنواعه — عقار بالتخصص المنقول بالطبيعة — منقول بتحديد القانون — العلاقة بين الملك والمالك — أملاك الدولة — الملكية نفسها — الملكية القابلة للالغاء (فى الجملة) — الملكية المشتركة — تحديد حق الملكية — شرط عدم قابلية التمليك — تحديد ملكية المناجم

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

الإيراد — ملكية اليد المشاعة — أملاك العائلة غير القابلة للحجز .

بند [٣٣٢]

نزع الملكية للمنفعة العامة

القانون الفرنسى — قاعدة اساسية (حق الملكية حرم لا ينتهك كالشخص والمسكن) وهى معلنة فى حقوق الرجل ومسجلة فى غالب القوانين الفرنسية الأساسية ، ومع ذلك فالقوانين قد خالفت هـذه القاعدة لمعنى عام وهو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فشرعوا نزع ملكية الفرد لمصلحة الجماعة ، وهو الحق الإدراى لنزع شىء متعلق بشخص خاص وتملكه متى اقتضته المنفعة العامة مقابل دفع تعويض .

الضمانات الموضوعة لصالح الملكية المنزوعة — وضع القانون الضمانات الآتية :

١ — نزع الملكية لا يجوز إلا إذا تحققت فيه المصلحة العامة بشكل لا يدع مجالاً للشك ويكون بديكريتو أو بقانون تبعاً لأهمية العمل المطلوب نفاذه .

٢ — المحاكم القضائيـة هى الحارس لحقوق الملكية فهى التى تملك فقط الحكم بنزع الملكية إذا لم يكن الاتفاق قد تم ودياً مع المالك ومن الجهة المراد نزع الملكية لعملها .

٣ — كل ضمان لحقوق المالك يكون مؤكداً من تحديد الثمن ودفعه للمالك ، وتحديد الثمن يكون بمعرفة محلفين وطنيين لا علاقة لهم بالطرفين.

٤ — دفع التعويض يجب أن يكون قبل وضع اليد على العقار من الإدارة .

بنـد [٣٣٣]

التشريع الإسلامى — أصول التشريع الإسلامى مبنية على احترام الشخص ويدخل

فيه ذاته وعرضه ومسكنه وعلى احترام ماله ويدخل فيه جميع ما ملك فالذات والعرض والمسكن والملك حرام على الناس أيا كانوا والتعدى عليهم إلا بحق الشرع المقرر فإن سرق مثلاً تقطع يده وإن قتل يقتل وإن سب غيره أو سبه غيره أقيم عليه الحد وإن أخذ أحد منه ماله فإن كان الأخذ خلسة فهى سرقة يحاكم فاعلها ويعاقب وإن كان الأخذ بالقوة فهو اغتصاب فيرد المال لصاحبه ويعاقب المغتصب فهذه حقوق مقررة للانسان فى التشريع الإسلامى منذ وجوده ببعثة الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم .

وأما تقرير القاعدة (حق الملكية حرم لا ينتهك الخ) فهذه ليست وليدة الثورة الفرنسية كما يزعمون ، وإنما هى وليدة التشريع الإسلامى الذى عاش فى إسبانيا وفرنسا ٧٠٠ سنة وقرر حقوق الإنسان منذ وجوده .

غيرأنه إذا تعارضت مصلحتان: مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة فيؤخذ ملك الفرد وإن كان حرما محترماً لمنفعة الجماعة وهـذه قاعدة من أصول التشريع الإسلامى ، فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو أى تصرف إلا لسعة مسجد أو مقبرة أو طريق أو شق مجرى ماء أو نحو ذلك من المصالح العامة مع وجوب دفع تعويض عن ملكه من بيت المال .

وأما نظم نزع الملكية فمتروك أمرها للحاكم ، ولا مانع شرعاً من اتباع الطريق المذكور فى القانون الوضعى فهو أقرب لتحقيق العدالة ما دام الأصل مشروعاً وهو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة .

بنـد [٣٣٤]

تثبيت حق الملكية

تثبيت حق الملكية هو دعوى حق الاســترداد

القانون الفرنسى — دعوى الاسترداد هى أن شخصاً يدعى ملكية شىء يريد الاعتراف بحقه المنكر أو المغتصب أمام القضاء ووضع يده على هذا الشىء ضد شخص منكر أو مغتصب والاسترداد فى العقار يمكن دائماً ما دامت لم تمض مدته ، وأما فى المنقول فممنوع اصالة عملا بالقاعدة (وضع اليد فى المنقول يعادل حجة الملك) .

دعوى الاسترداد مثل كل الدعاوى: مدع وهو غير واضع اليد ومدعى عليه وهو واضع اليد وعلى المدعى إثبات أن هذا العقار المدعى ملكيته مملوك له فيقدم الأدلة المثبتة لذلك وعلى المدعى عليه تفنيد أدلة المدعى فقط وليس عليه إثبات أنه المالك الحقيقى ، فإذا أثبت المدعى بأدلة صحيحة حكم له و إلا رفضت الدعوى و بقى المدعى عليه على حالته واضعاً يده .

دليل الملكية

الدليل العادى لاثبات الملكية العقارية هو نقل التكليف أو سقوط الحق بمضى المدة فإذا أثبت المدعى أو من تلقى عنه الملك بأدلة الملكية فى وقت يكفى لسقوط حق الغير بمضى المدة فهو المالك الحقيقى أمام كل العالم وقد رأى المشرعون ما يأتى :

أولاً — المدعى قدم حجة الملكية والمدعى عليه لم يقدم شيئاً ، فيجب القضاء للمدعى متى ثبت أن حجة ملكيته أو من تلقى عنه الملك كانت سابقة على وضع يد المدعى عليه .

ثانياً — المدعى والمدعى عليه قدما حجة ملكية كل منهما ، فإذا صدرت الحجتان عن مالك واحد فيقدم المسجل منهما ثم أسبقهما تاريخا ، فإن صدرت الحجتان عن شخصين مختلفين فترفض دعوى المدعى إلا إذا أثبت أن من تلقى عنه الملك هو المالك الحقيقى لا من تلقى عنه المدعى عليه .

ثالثاً — المدعى لم يقدم ولا حجة للملكية ، بل اعتمد على وضع يده السابق أو على علامات أو قرائن الأحوال فيجب رفض دعواه متى أثبت المدعى عليه أن وضع يده ثابت طبق الشروط القانونية ، وإلا فللقاضى بحث ما استند عليه المدعى وتقديره فإن رأى أن الظروف تدل لصالحه حكم له وإلا رفض الدعوى .

بند [٣٣٥]

تثبيت حق الملكية

التشريع الإسلامى — الملكية حق ثابت للمالك على العين المملوكة تتبع العين المملوكة حيث وجدت مالم يحصل ما يفوت حق الملكية المذكورة ويستوى فى ذلك العقار والمنقول بقسميه المثلى والمقوم ، فإن اعترض هذه الملكية اغتصاب أو سرقة أو ملاشاة وجب تدخل الهيئة الحاكمة لرد الملكية لصاحبها بتمكينه من الاستحواذ عليها واستغلالها متى كان ذلك ممكناً وإن خرجت عن صفتها التى كانت مملوكة بها فيجب القضاء لربها بمثلها إن كانت مثلية مما يكال أو يوزن أو يعد وإن كانت مقومة كشاة مثلاً قضى بقيمتها يوم الغصب ، ودعوى الاسترداد فى القانون الوضعى هى دعوى الاستحقاق فى التشريع الإسلامى .

فدعوى الاستحقاق هى طلب رفع ملكية شىء بثبوت ملكية أخرى سابقة على الملكية الحاضرة . فسبب الاستحقاق قيام البينة الشرعية على عين الشىء المستحق ، أنه ملك للمدعى

لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن ، فدعوى الاستحقاق ترفع من مدعى الملكية ضد واضع اليد المنكر للحق أو المغتصب .

والاسترداد أو الاستحقاق ممكن دائماً فى العقار وفى المنقول مقوماً أو مثلياً ما دام باقياً على حالته وعينه التى كانت مملوكة لربها قبل الغصب أو السرقة أو الضياع مثلاً .

وأما القاعدة (وضع اليد فى المنقول يعادل حجة الملك) فلا تمنع الاستحقاق لأن معناها أن المدعى هو الذى يقدم دليل الملكية ويد المدعى عليه تعادل حجة الملكية بشرط ألا تعارض بما هو أقوى منها لإثبات الملكية ، على أن التشريع الوضعى بعد وضع هذه القاعدة وجد أن العدالة تقضى بسماع دعوى الاسترداد فى المسروق مثلاً فاستثناه ثم فى غيره كما يأتى حتى قال بعض الفقهاء ان الاستثناء أضاع القاعدة لأنه أكثر من الأصل لهذا أباح التشريع الإسلامى الاستحقاق أو الاسترداد فى العقار والمنقول بشروط ستأتى .

فدعوى الاستحقاق ككل الدعاوى تعتمد على مدع وهو غير واضع اليد ومدعى عليه وهو واضع اليد ومدعى به وهو ملكية الشيء المتنازع على ملكيته عقارا أو منقولا ، فان أثبت المدعى ملكيته لهذا الشيء قضى له به فينزع من يد واضع اليد ويسلم لمن استحقه وإن لم يثبت تُرك الشيء على حاله تحت يد صاحب اليد .

دليل الملكية :

الملكية تستند إلى دليل تحريرى أو شهادة شهود عدول أو ميراث أو هبة من أسباب الملكية الشرعية الصحيحة ، فاذا أثبت المدعى أو من تلقى عنه الملك بأدلة صحيحة حالة قيام الشيء المتنازع فيه على حالته وصفته اعتبر أنه المالك الحقيقى أمام كل العالم ويرد إليه نفس الشيء المدعى ملكيته .

فان أثبت ملكيته للشيء المتنازع فيه ولكنه تغير عن حقيقته يوم الغصب كأن ادعى

استحقاقه لقمح فطحنه المدعى عليه أو بذره فى أرضه للزراعة مثلا أو بيضٍ أفرخَ أو ذهب صاغه حليا يقضى للمدعى على المدعى عليه بمثله لأن الذهب يوزن والقمح يكال والبيض يعد فهو من المثليات ، والمثلى يفوت على مالكه وليس له أخذه بعينه متى فات بتغير فى ذاته فيضمن المدعى عليه مثله .

وإن ادعى استحقاقه لحيوان مثلا ثم أثبت ملكيته له ولكن المدعى عليه ذبحه ضمن المدعى عليه القيمة والمدعى مخير إما أن يأخذ الحيوان المذبوح أو يأخذ قيمته حيا يوم الغصب لأن الحيوان مقوم وفوت المقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله الخ .

وأما ما رآه المتشرعون فى الأدلة المقدمة فى الثلاث حالات فمرجعه فى التشريع الإسلامى ترجيح الأدلة ، وذلك :

١ — ترجح بينة من بيَّنَتْ سبب الملك على البينة التى أطلقت فيقضى بالشىء المتنازع فيه لمن بينت بينته سبب الملك .

٢ — ترجح البينة التى أرخت على البينة التى لم تؤرخ فيقضى لمن أرخت بينته ، ويقضى لمن تقدم تاريخها ولو كانت أقل عدالة ممن زادت عدالتها (فى الأموال) .

٣ — ترجح بينة واضع اليد من المتداعيين على العقار أو العروض متى تساوت بينة المتداعيين فالحوز من المرجحات عند التساوى (وهو وضع اليد) .

٤ — ترجح بينة الملك على بينة الحوز (وضع اليد) فمن شهدت بالملك قدمت على من شهدت بالحوز ولو تقدم تاريخ الحوز على تاريخ الملك ، بشرط أن لا تمضى مدة الحيازة التى ثبت بها الملك و بشرط أن لا تشهد بينة السماع بنقل الملك من كاذب القائم وإلا نزع الشىء المتنازع فيه وسلم لمن شهدت له بالملك بينة البت كما سيأتى .

٥ — جاز للشهود العدول الشهادة لواضع اليد على عقار أو غيره بسماعٍ فشا بين الناس

بل نزل نسمع من الثقاة وغيرهم أن هذا الشيء الذى فى حوزته له ، ولا يشترط سماعهم بالتصرف فيه تصرف الملاك ولا طول الحيازة .

فإن كانت دعوى المدعى على الحائز مجردة عن الدليل فالحوز (وضع اليد) كاف فى دفعها بلا احتياج لبينة سماع وكذا إن كان مع دعوى المدعى بينة سماع بوضع اليد لأنه لا ينتزع ببينة السماع الشيء المتنازع عليه من يد حائزه .

ويشترط فى بينة السماع عدم الريبة وإلا لا تسمع .

وإن لم يمكن الترجيح بأى وجه وكان الشيء المتنازع فيه بيد غيرهما رفض ادعاؤهما وبقى الشيء لواضع اليد إلا إذا أقر به لأحدهما .

بنـد [٣٣٦]

نتائج دعوى الاسترداد

القانون الفرنسى — متى انتصر المدعى فى دعواه الاسترداد تحكم المحكمة على المدعى عليه برد العقار موضوع النزاع ثم تبحث المحكمة موضوع الثمار التى استولى عليها واضع اليد المدعى عليه ، ويجوز الحكم عليه بالتعويض الكافى عن كل ما أحدثه فى العقار ، ثم تنظر فيما أنفقه واضع اليد على العقار مما كان ضروريا أم لا فيدفعه المدعى حسب ما استفاد به العقار ، وما أنفقه للتنعم فلا يقضى به وله أخذ الزينات التى أوجدها بشرط أن لا يوجد نزعها تلفا فى العقار أو تشويها .

سقوط حق الاسترداد

يسقط حق استرداد العقار متى سقط حق ملكيته ، إلا أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فالشريك لا يفقد حقه فى ملكية العقار بعدم الاستعمال ولكن يفقده بحلول

مالك آخر مكانه فقط ، وهو ما يفهم منه أن سقوط حق الملكية فى العقار لا يكون بالتلاشى وإنما يكون بالتمليك .

بنـد [٣٣٧]

نتائج دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد

التشريع الاسلامى — متى أقام المدعى دليله أو بينته وصحت أمام القضاء وجب الحكم للمدعى على المدعى عليه برد الشىء موضع النزاع إلى المدعى فينزع من المدعى عليه ويسلم للمدعى متى كان قائما بذاته لم يتغير عن وقت وضع يد المدعى وذلك فى العقار ظاهر لأن العقار لا يسرع إليه الفساد ولا يتغير ، أما فى المثلى أو المقوم فان فات لزم المدعى عليه المثل أو القيمة ، والفوت فى المثلى والمقوم يكون بتغير ذاته أو فنائه أو نقله أو دخول صفة فيه ، والأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر لا تفوت بتغير سوق كالمثلى فترد بعينها .

أما الغلة فينظر إلى سبب وضع اليد للمدعى عليه فان كان غصبا ولم يفت الشىء المغصوب وحكم برده عينا فالغلة للمدعى المحكوم له لأن من غصب عقاراً وسكنه أو اكتراه أو زرعه فللمغصوب منه غلة هذا العقار ، وما أنفقه الغاصب على العين المغصوبة يحتسب من الغلة فلو زادت النفقات عن الغلة فالزيادة هنا ولا يلزم المغصوب منه بها .

ولو فات المغصوب وحكم برد القيمة أو المثل فلا يحكم برد الثمار (الغلة) لأنه لا يجمع بين قيمة المقوم أو مثل المثلى والغلة لأن الغلة تبع للعين المحكوم بها متى كانت باقية ، وإن كان وضع اليد لغير سبب الغصب فان كان مجهول الحال أو كان ذا شبهة فله الغلة إلى يوم الحكم هذا إذا ردت العين موضع النزاع فان ضمن المدعى عليه المثل أو القيمة فلا نظر للغلة لأنه لا يجمع بين الغلة والمثل أو القيمة . (وستأتى بقية الأحكام فى الغصب) .

ويسقط حق استرداد عين الشيء المتنازع فيه بأحد أمرين :

أولا — بحصول مفوت فى المثلى والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله فى المثلى ولو لم يكن فيه كلفة وفى المقوم إذا احتاج لكبير حمل ، وأما الأرض فترد بعينها ولا تفوت فى الغصب .

ثانيا — متى سقط حق الملكية بمضى المدة المقررة لسماع الدعوى والبينة .

وسقوط حق الملكية كما يكون فى المنقول يكون فى العقار بناقل شرعى أو بترك الشريك يتصرف كما يشاء بلا نكير منه فى هدم أو بناء أو غرس أو قطع للشجر وكان هذا العمل كثيرا فى عشر سنين فلا تسمع دعوى المدعى ولا بينته . فان كان قريبا شريكا أو غيره فما زاد على ٤٠ سنة والأب وابنه فما زاد على ٦٠ سنة هذا فى العقار ، وأما فى المنقول من عروض ودواب ، فالحيازة للقريب ما زاد على عشر سنين ولا يكفى العشر مع الحضور والسكوت بلا مانع .

والحيازة للأجنبى ما زاد على الثلاث سنين مع التصرف فيما حاز والآخر حاضر ساكت فلا كلام له بعد ذلك ولا تسمع له الدعوى سواء أكان شريكا أم لا .

فان فات الشيء المتنازع فيه بأى مفوت انتقل من استرداد العين إلى ضمان المثل أو القيمة فان كان سببه الغصب فلا يسقط الضمان ولو طال الزمن ، وإن كان لغير سبب الغصب يسقط المثل أو القيمة فيما زاد على الثلاث سنين مع الحضور والتمكن وإلا فمتى أمكنه ذلك .

ولا يكون سقوط حق الملكية إذاً فى تصرف الشريك بالتلاشى وهو عند عدم الاستعمال وإنما ذلك نشأ عن تصرف الشريك فى الشيء المشترك مدة وهو حاضر ساكت بلا عذر ، فهذا دليل ملكية الشريك . (وضع اليد مع الاستعمال مدة) .

بند [٣٣٨]

بحث وضع اليد

القانون الفرنسى - وضع اليد هو القوة الجسمانية التى تستعمل على شىء مع قصد التصرف كمالك حقيقى لهذا الشىء .

الفرق بين الملكية ووضع اليد :

الملكية هى الحق الذى يملكه الشخص على شىء ، ووضع اليد هو القدرة الجسمانية التى تباشر على هذا الشىء ، حقيقة فى الغالب أن الملكية ووضع اليد دائما يكونان فى يد واحدة ، ولذا قالوا إن وضع اليد علامة على الملكية ولكن قد يأتى أن مالك الشىء يفقده بالسرقة فهو مالك ولكن السارق هو واضع اليد فافترقا .

أشياء غير قابلة لوضع اليد ، وهى حق الدائنية . ومع ذلك فإن الدين المحقق فى الأسهم المالية لحاملها باعتبار أن الحق قد وجد فى شىء مادى فيكون حينئذ قابلا لوضع اليد .

الأصلان المحققان لوضع اليد :

متى تحقق الشرطان الآتيان تحقق وضع اليد و إن تخلف شرط منهما لا يوجد وضع اليد ، و إنما توجد حيازة أو وضع يد مؤقت وهما :

أولا — قاعدة مادية طبيعية وهى القدرة على الشىء المملوك .

ثانيا — قاعدة عقلية وهى الارادة فى التصرف كمالك حقيقى .

بند [٣٣٩]

التشريع الإسلامى — وضع اليد هو الصفة التى تعطى لشخص استعمل شيئا وتصرف فيه كتصرف المالك الحقيقى وكان لا يعلم أنه لا يملك حقيقة شرعا ، فمن وضع يده على شىء وتصرف فيه وهو يعلم أن أصله مسروق فيجب عليه رده لصاحبه ولايحل له شرعا التصرف فيه.

وقد يكون الشىء تحت تصرف شخص لوضع يده عليه وهو غير مالك كمن اشترى من غاصب أو من سارق وهو يعلم ذلك أو كنفس السارق أو الغاصب فهو واضع اليد ولكنه غير مالك شرعا .

وأما حق الدائنية فى الأسهم المالية ، فان كانت لغير حاملها فهى مال غير مقيد ملكه فهى لمن تكون معه إلا إذا ثبت أنه سارق أو غاصب أو متلقى الملك عنهما فيصح الدعوى فيها كالمنقول ، وإن كانت لحاملها فهى مال مقيد فهى ليست لحاملها إلا إذا لم يعارضه أحد أو أقام دليل الشراء أو أى ناقل الملكية فهى منقول أيضا .

ويتحقق وضع اليد بالشروط الآتية :

أولا — أن تجول يد واضع اليد فى الشىء الذى تحت يده بالفعل فيتصرف كمالك حقيقى بلا نكير أو معارضة من أحد .

ثانيا — أن يكون الحائز ليس مشهوراً بالعداء والغصب لأموال الناس ، فإن كان كذلك فإن الحيازة لا تنفعه وتسمع عليه بينة المدعى .

ثالثا — أن لا يكون وضع اليد بسبب أمانة أو عقد انتفاع كوديعة أو عارية أو إيجار الخ فإن كانت كذلك فلا يتحقق وضع اليد الشرعى .

رابعاً — امكان التصرف من واضع اليد كمالك حقيق فتحصل الحيازة فى كل شىء بالبيع والهبة والصدقة الخ ولو قصرت المدة . وأن لا يكون الشىء الموضوع اليد عليه ملكاً عامًّا للدولة أو لشخص خاص معروف .

بنـد [٣٤٠]

ملك وفقد وضع اليد

ملك وضع اليد

القانون الفرنسى — يتحقق وضع اليـد متى تملك الشخص القدرة على الشىء المملوك بكافة الطرق التى تكون نتائجها امتلاك التصرف الخاص فى هذا الشىء . ومتى تحققت إرادة واضع اليد فى التصرف كمالك حقيق كالبيع والهبة والبدل الخ . ويفرض القانون دائماً هذه النية عند وضع اليد .

ويمكن تملك وضع اليد بواسطة وكيـل أو وصى أو ولىّ ـ ويتلاشى وضع اليد بفقد الشرطين السابقين أو أحدهما .

عيوب وضع اليد

العيوب التى يمكن أن تفسد وضع اليد هى :

أولاً — عيب الفصل وعدم الاستمرار فى استعمال الشىء ـ ويتحقق هذا فى عدم استعمال الشىء الموضوع عليـه اليد استعمالاً عادياً كاستعمال الملاك فى أملاكهم حسب العرف والعادة كعدم قطع المرعى فى الصيف والشتاء والعادة قطعها فيهما .

ثانياً — عيب القهر والاغتصاب ـ يكون وضع اليد مشوباً بعيب الاغتصاب حينما يتم بواسطة طرق فعلية أو إكراه أدبى ـ وهل يكفى أن يكون الاغتصاب فى الابتـداء أو يلزم

استمراره فى مدة وضع اليد خلاف ، والراجح كونه فى الابتداء فقط . وعيب الاغتصاب عيب خاص يتمسك به مَن وقع عليه الاغتصاب فقط .

ويختفى أثر الاغتصاب بمضى سنة من تاريخ الاغتصاب ووضع اليد بدون منازعة

ثالثاً — عيب الوقتية ـ وهو التملك لحساب آخر بعنوان وضع اليـد ـ وهو كل شخص ملزم برد ما تحت يده من أملاك إلى الآخرين كمؤاجر ومزارع ووصى وزوج الخ .

وهذا النقص (الوقتية) ليس عيباً فى وضع اليد بل مانعاً من وضع اليد .

ووضع اليد المؤقت له الخصائص الآتية :

أولا — إنه غير مظنون ولا مفروض ، بل المفروض أن المالك يملك لنفسه ومن يدع غير هذا فعليه إقامة الدليل .

ثانياً — ان وضع اليد المؤقت مستمر دائماً مهما طال الوقت ولا يختفى بهـذا الطول بل ينتقل للورثة .

ثالثاً — هو عيب عام فيمكن لأى شخص أن يستند إليه كدليل وليس فقط لمن تدار الأملاك لحسابه . ولا يمكن للمغتصب بإرادته هو فقط تصحيح مركزه كمغتصب فلا ينقطع الاغتصاب إلا بوجود وضع يد من شخص ثالث ـ أو ينتج عن معارضة فى حق الملـكية أو تلقى وضع اليد من الثالث كبيع أو هبة إلى المغتصب من شخص آخر معتقداً أنه هو المـالك الحقيقى .

كذلك يوجد وضع اليد اغتصاباً على حق الاستعمال أو الانتفاع كما إذا استعمل هذا الحق من شخص ثالث بسماح مالك العين نتيجة لسماح ضمنى على العين المملوكة ـ كالمرور من أرض مملوكة للغير إلى أرضه .

ولا يختفى هذا العيب إلا بمعارضة صريحة من المـالك ـ ويتحقق نص م ٢٢٣٢ ق . م (الأعمال الناتجة عن التسامح والتساهل لا توجد حقًا ولا تسقطه) .

بند [٣٤١]

التشريع الإسلامي — بما أن وضع اليد لا يتحقق إلا بفعل مادى ينتج عنه إمكان التصرف فى الشئ الموضوع اليد عليه مع إرادة الملك والتصرف فيه كالمالك الحقيق فمتى وجدت هذه الصفة وجد وضع اليد فتحصل الحيازة فى الشىء الممكن حيازته شرعاً بالبيع والهبة والصدقة الخ ولو قصرت المدة . ويحمل حال الناس على الصلاح ما لم تقم قرينة أو بينة على خلافه فيفرض فى الحائز حسن النية .

وكما يكون التملك بوضع اليد من واضع اليد مباشرة يصح أن يكون من وليه أو وكيله أو وصيه متى حاز باسم من تحت إشرافه .

ولا يتحقق وضع اليد (الحيازة) إلا إذا استمرت ولهذا يشترط فى شهود السماع على الحيازة أن يقولوا بالنص (انهم لا يعلمون خروج هذا الشىء عن ملك الحائز أو خروج شىء منه عن ملكه للآن) والا لما صحت شهادتهم فيشترط فى صحة الحيازة استمرار وضع اليد لوقت التصرف أو لوقت الحكم بالاستحقاق ـ فترك استعمال حق التصرف ليس سبباً فى ذاته للتلاشى فلو زالت الحيازة أو كانت موجودة لكن مع عدم نية التملك فلا يتحقق وضع اليد (الحيازة)

ومن اغتصب شيئاً من صاحبه وجب عليه رده إليه ولا تنفعه حيازته فحيازة الغاصب باطلة والاغتصاب هو الذى لم تتحقق فيه إرادة المالك فى التصرف بل كان مكرهاً إكراهاً فعلياً ـ ومتى وقع الإكراه فى الابتداء استمر الغصب ـ فإن اطلع الحائز على فساد فيما تملكه وجب عليه رفع يده عنه متى كان الفساد مقتضياً لذلك فلا يفيد وضع اليد ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان بوجه الصحة المعتبرة شرعاً . فالمغتصب ليس حائزاً شرعاً وكذا الحائز عن المغتصب متى علم ذلك ـ إلا إذا فات المغصوب فيدخل فى الضمان ـ فإن سكت المغتصب منه مدة الحيازة

الشرعية بلاعذر وكان حاضراً فتسمع دعواه و بينته خصوصاً إذا كان المغتصب مشهوراً بالعداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه فتسمع الدعوى و بينة المدعى ولو طال الزمن

فإن كان المدعى غائبـاً أو كان حاضراً ومنعه من الدعوى مانع كصغر وسفه وجور وظلم وحبس مثلاً فتسمع الدعوى والبينة ولا تنفع الحيازة ولو طالت المدة فى منع سماع الدعوى والبينة ومتى كان وضع اليد بالاغتصاب فلا يختفى الاغتصاب بمضى المدة على هـذا الإيضاح فإن فات المغصوب مثلياً أو مقوماً دخل فى ملك الغاصب وضمن المثل أو القيمة فى الذمة .

و يفسد وضع اليد (الحيازة) بنية المليكية متى كانت وقتية لحساب الغير بمعنى أن الأجير أو الزارع أو الأمين أو المستعير لو نوى بوضع يده هذا المؤقت أنه مالك فلا يفيده ملكاً بل و يعتبر غاصباً متى طلب رب الشىء رده إليه وامتنع فيضمن من وقت امتناعه .

والحيازة للغير غير مفروضة بل المفروض أن الشخص يحوز لنفسه فمن ادعى غير ذلك فعليه الدليل ، ولا يختفى وضع اليد المؤقت إلا إذا فات المغصوب مثلياً أو مقوماً فينتقل ضماناً فى الذمة.

ولا يمكن للمغتصب تصحيح مركزه كمغتصب إلا إذا فات الشىء المغصوب فيملكه على أنه يضمن القيمة أو المثل يوم الغصب فإن اغتصب ثم اشترى أو ورث من شخص اعتقد أنه هو المالك فقـد انقلب وضعه من ضمان الرد مع الغلة والثمار إلى رد العين فقط لأن له شبهة فإن فات المغصوب ملكه الغاصب .

وأما اغتصاب حق الاستعمال والانتفاع ، بمعنى وضع اليـد على حق الاستعمال أو الانتفاع فلا يسمى اغتصاباً و إنما يسمى تعدياً لأن الاغتصاب لا يكون إلا للذات وأما التعدى على المنفعة فلا يكون بنية تملك الذات فيضمن المعتدى الغلة ولو لم يستعملها ولا يضمن السماوى إلا التعدى على الحر والبضع فكالغصب .

واستعمال أى حق بسماح المالك كالمرور مثلاً لا يكسب حقاً لأن السماح بالاستعمال ليس معناه تمليك العين المستعملة .

بند [٣٤٢]

النتائج القضائية لوضع اليد

القانون الفرنسى — لوضع اليد فى ذاته نتائج هامة :

١ — يعطى واضع اليد صفة المدعى عليه فى قضايا الاسترداد وهو موقف ممتاز لا يكلف شيئاً .

٢ — يستعمل كأساس فى كثير من أنواع الملكية (فى شغل العين ـ تسليم المباع ـ سقوط الحق) .

٣ — يملك واضع اليد حسن النية الثمرات .

٤ — يستعمل كحجة للملكية فى المنقول .

٥ — محفوظ ومحاط بدعوى استثنائية هى دعوى وضع اليد .

ملكية الثمرات لواضع اليد حسن النية

قاعدة: الذى يملك عقاراً بحسن نية معتقداً أنه المالك الحقيقى يملك ثمار هذا العقار ولا يجب عليه ردها للمالك الحقيقى لهذا العقار .

والشرط الوحيد لملكية الثمرات هو (حسن النية) ويكون واضع اليد حسن النية إذا كان واضعا يده كمالك بقوة حجة ملكية ناقلة للملكية التى يجهل عيوبها ، والمراد بحجة ناقلة للملكية كل عمل يكون له نتائج قانونية لنقل الملكية كالبيع والبدل والهبة والوصية مثلاً .

ويجب أن يجهل واضع اليد كل عيب يشين الملكية كعدم أهلية البائع للتعاقد أو عدم قابلية العقار للتمليك وإلا اعتبر سيء النية .

حجة الملكية الفاسدة قانوناً، وهو أن يعتقد المالك ان سبب الملك صحيح قانوناً فإذا هو فاسد كهبة عملت تحت إمضاء عرفي غير مسجل ويعتقد واضع اليد أنها صحيحة ، وكوصية كاذبة أو وصية ألغيت بأخرى لاحقة بدون علم واضع اليد ، وهو يكفي لتحقق حسن النية في امتلاك الثمرات لكن لا يكفي في حصول الملكية بوضع اليد لأن القانون اشترط صحة حجة الملكية .

والقانون يفترض حسن النية في واضع اليد فليس عليه إثباتها وعلى من ادعى سوء النية إثبات ذلك على أنه لو أظهر حجة ملكيته فتبين أنها فاسدة ، تعين عليه إثبات صحة اعتقاده أنها في نظره صحيحة لمصلحته .

ولا يكفي حسن النية لتملك الثمرات عند وضع اليد بل لا بد من دوامها ، ومن الساعة التي يعلم فيها واضع اليد أن حجة ملكيته معيبة تكون الثمرات للمالك الحقيقي .

قواعد ملكية الثمرات

واضع اليد بحسن نية يملك ثمرات العقار الواضع يده عليه سواء أكانت ثمرات طبيعية ، أم صناعية أم مدنية لكن لا يملك المنتجات كمنتجات منجم الذهب أو مقطع الحجارة أو شجر عال ليس مقطوعاً .

كيفية امتلاك الثمرات

أما الثمرات الصناعية والطبيعية فلا خلاف فيها لأن الامتلاك بسقوط الحق والثمرات المدنية قيل يملكها يوماً بيوم بمعنى أنه إذا آجر لمدة مستقبلة وقبض الأجر مقدماً ثم استردت العين المؤجرة لصاحبها الحقيقي فعلى واضع اليد رد ما زاد عن يوم معرفة فساد ملكيته ، وقيل له

الثمرات التى قبضها ، وليس له أخذ ما لم يقبضه إلى ظهور فساد ملكيته وهذا راجح .

ويجب رد الثمرات من وقت رفع الدعوى برد العين المتنازع فيها ولو بقيت الدعوى سنيناً لأن الحكم فى مثل هذه مظهرٌ لا موجد فكأنه ظهر يوم رفع الدعوى ولا ظلم على واضع اليد .

أما واضع اليد بسوء نية فعليه ارجاع الثمرات التى حصلها بل والتى أهمل تحصيلها وعليه أيضاً تعويض حرمان المالك من التصرف فى ملكه مدة وضع اليد .

بند [٣٤٣]

التشريع الإسلامى — إن واضع اليد يكون مدعى عليه فى دعوى الاسترداد وهو غير مكلف باثبات شىء لأن وضع اليد معتبر حجة ويجب أن يُعارَض بحجة أقوى من المدعى .

ويستعمل وضع اليد بنية التملك وعدم التعدى فى بعض أنواع الملكية (كإحياء الموات ، شغل العين ، تسليم المبيع ، سقوط الحق بمضى المدة مثلا) ويملك واضع اليد بحسن نية الغلة والثمرات ويصح أن يكون وضع اليد حجة للملكية فى المنقول والعقار متى فاتا أو مضت مدة الحوز الشرعية فيهما .

ملكية الثمرات

لمعرفة ملكية الثمرات يجب ذكر البحث الآتى :

أولاً — واضع اليد غاصب أو سارق أو محارب أو معتد أو متلق ملكه ووضع يده عن غاصب أو سارق أو محارب أو معتد وهو يعلم بالغصب أو السرقة الخ .

ثانياً — الشىء الموضوع اليد عليه إما عقار أو غير عقار (منقول) واما لا زال باقياً على حالته التى أخذ بها أو تغير فى صفاته الأساسية لوجوده أو فى ذاته ولو بالتلاشى أو تغيرت صفته مع بقاء عينه .

ثالثا — واضع اليد ليس سارقا ولا غاصبا ولا محاربا وكذا من تلقى عنه الملك أو كان ضحية لشخص اعتقد صحة ملكه أو ما كان يظن ملكية ذلك الشيء لأحد الخ .

رابعا — الشيء الموضوع اليد عليه إما عقارٌ أو منقولٌ بقى على حالته يوم وضع يده عليه أو تغير فى ذاته أو صفاته الغالبة التى بها تكوين وجوده مقوما أو مثليا .

فى الحالة الأولى وهى الغصب والسرقة والحرابة ، ومن تلقى وضع اليد ويعلم بذلك ترد العين المغصوبة متى كانت باقية على حالها لم تفت إلى مالكها وترد معها جميع الثمرات والغلة إن بقيت فان استعمل الغلة بأفنائها ضمن قيمتها أو مثلها ، فمن اغتصب نخلا أو شاة ووجدها ربهما بذاتهما وكان الغاصب قد جنى ثمر النخل أو جز صوف الشاة أو شرب لبنها فيجب على الغاصب رد النخل وثماره والشاة وصوفها ولبنها إن كان الثمر والصوف واللبن موجودا و إلا ضمن قيمته يوم الغصب وكذا حكم من تلقى عنهم الملك ويعلمون بذلك .

وقد ذهب المشرع الإسلامى إلى أن الغاصب ومن فى حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه كما إذا تلفت الثمر بآفة سماوية لأنه متعد فيضمن وكذا يرد الغاصب ما أثمر عنده من شجر أو ما نتج عنده من حيوان كذلك .

وخير المالك إذا كان المغصوب أرضا وبنى أو غرس الغاصب فى أخذ البناء أو الغرس ودفع قيمته منقوضا أو أمره بتسوية أرضه ، فلو سكن ما بناه أو أكراه فلربها كراؤها براحا لا مبنية فان لم يسكن ولم يكرها فلا شيء إذ مجرد البناء لا يوجب كراء .

فان زرع متعد الأرض فان لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به برز على وجه الأرض أم لم يبرز أخذه المستحق بلادفع شيء نظير البذر والعمل وإن شاء أمره بقلعه ، فان بلغ الزرع حد الانتفاع به ولو لرعى فللمستحق أمر الغاصب بقلعه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع فيها غالبا ، وللمستحق أخذه بقيمته مقلوعا ، فان فات وقت ما تراد الأرض له فكراءسنه على

المتعدى والزرع للغاصب وقيل للمستحق أرضه وقلع الزرع ، وقيل الزرع لرب الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد .

فإن كانت العين المغصوبة غير موجودة على حالها يوم الغصب فيسمى (فوتا) والفوت فى المثلى والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله فى المثلى وإن لم يكن فيه كلفة أو نقله فى المقوم إذا احتاج نقله لكبير حمل أو بدخول صنعة فيه ، ففى حالة فوت المغصوب هذه يستحق ربه مثل المثلى كمن اغتصب بيضا فأفرخه فاستحق مالك البيض بيضه ضمن الغاصب مثل البيض عدا لا ما خرج من البيض من الدجاج مثلا أو اغتصب قمحا فطحنه ، وفى المقوم يضمن القيمة كمن اغتصب بيتا وهدمه ، والمثل والقيمة معتبران يوم الغصب ، ومتى حكم بالمثل أو بالقيمة فلايستحق المالك غلة أو ثمرة معهما لأنه لا يجمع بين الغلة والقيمة ولا بين المثل والغلة .

فإن كانت العين المغصوبة موجودة ولم تفت إلا أن الغاصب ألحق بها نقصا فى ذاتها ، فان أفات المقصود منها كقطع ذنب دابة ذى هيئة ، أو قطع أذنها أو قطع طيلسانه أو قطع لبن شاة وبقر هو المقصود منها أو ذبح شاة مثلا وأدركها ربها لها خير المالك بين أخذ الشىء المغصوب أو المسروق وأخذ قيمة نقصه أو أخذ قيمته كاملا وتركه للمعتدى ، وأما فى الحيوان المذبوح فليس له إلا الخيار فى الأخذ مذبوحا أو أخذ قيمته فقط .

وإن لم يُفِت ما أحدثه المعتدى فى المغصوب المقصودَ منه تعين أخذ ما نقصه أى قيمة نقصه مع أخذه وليس لمالكه تركه للمعتدى وأخذ قيمته .

وفى الحالة الثالثة وهى أن يكون واضع اليد ليس سارقا ولا غاصبا ولا محاربا ولا من تلقى عنهم الملك كذلك ، أو تلقى الملك عن غاصب أو سارق أو محارب وهو لا يعلم ذلك .

ففى حالة وجود الشىء موضوع النزاع بيد المدعى عليه يجب رده لصاحبه المدعى مجردا عن

الغلة والثمرة فان واضع اليـــد ممن ذكروا واضع اليد بشبة قوية فله الثمرة والغلة بدون رد شيء منها للمالك .

فالغلة الناتجة من الشيء المستحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة لواضع اليد ذى الشبهة أو المجهول حاله لوقت الحكم بالاستحقاق فليس للمستحق قبل الحكم شيء منها وكذا الحكم فيمن تلقوا الملك عن ذى الشبهة أو مجهول الحال أو غاصب ونحوه لا يعلمون شيئا ، وهذا فى العقار وفى المنقول .

والقاعدة أن كل ذى شبهة استحق ما تحت يده يفوز بالغلة ، ولكن يستثنى من ذلك :

أولا — من وهب له الغاصب أو السارق ولا يعلم بالسرقة أو الغصب وحكم بأحقية هذا الشيء لمالكه فليس للموهوب له الغلة إلا إذا كان الغاصب موجودا موسرا مقدورا عليه فان كان معدوما أو معسرا أو غير مقدور عليه فالغلة للمستحق لا للموهوب له .

ثانيا — من أحيى أرضا ظنها مواتا فتبين أنها مملوكة فلا غلة له بل الغلة لمالكها الذى استحقها .

ثالثا — الوارث الذى طرأ عليه دائن على المورث فلا غلة للوارث المطرو عليه بل يأخذ منه الدائن الموروث وغلته لأن التركة لا تكون للورثة إلا بعد سداد الدين متى كان الدين يستغرق التركة .

رابعا — لو طرأ وارث على وارث وقاسمه فى نصيبه فلا غلة للوارث الأول إلا بمقدار نصيبه ويأخذ الوارث الطارئ نصيبه وغلته من يوم الميراث .

فان زرع ذو الشبهة أو من تلقى عنه الملك ، أو من تلقى عن الغاصب والسارق ولم يعلم بالسرقة الأرض التى استحقت ، فان استحقها ربها قبل الإبّانِ (أى بدو صلاح الزرع) . فليس لمستحق الأرض إلا الكراء عن تلك السنة وليس له قلع الزرع لأن الزارع غير متعد .

فان فات الإبّان واستوى الزرع وقت الحكم بالاستحقاق فليس للمستحق على الزارع شيء لأن الزارع قد استوفى المنفعة والغلة لذى الشبهة أو المجهول ليوم الحكم .

فان آجر ذو الشبهة الأرض موضع النزاع فان زرعها المكترى وجب كراء سنة ولا خيار للمستحق فان زاد الإيجار عن سنة خير المستحق فى الامضاء والفسخ متى علم أجر كل سنة وإلا فالفسخ .

فان حرث ذو الشبهة ولم يزرع واستحقت الأرض وجب على المستحق دفع كراء الحرث ، وكذا لو حرث المكترى من ذى الشبهة ، فان لم يدفع المستحق كراء الحرث لمن حرث قيل للحارث ادفع كراء سنة وازرع الأرض فان لم يدفع قيل له أسلم الأرض لصاحبها ولا شيء له ، فان أكراها سنة فللمالك فسخ الإيجار قبل الحرث وبعده لا بعد الزرع ففيها كراء سنة .

فان بنى أو غرس ذو الشبهة قيل للمستحق ادفع قيمة البناء أو الغرس قائما منفردا عن الأرض لأن الفعل كان بشبهة ، فان أبى قيل للغارس والبانى ادفع قيمة الأرض براحا للمستحق فان أبى أيضا فشريكان بالقيمة يوم الحكم بالاستحقاق لا يوم الغرس أو البناء ، فتقدر قيمة البناء مثلا بخمسين وقيمة الأرض فضاء بمائة وخمسين فيكونان شركاء بالربع للبانى وبالثلاثة الأرباع لمستحق الأرض .

وقد جعل المشرع يوم الحكم حدا فاصلا بين استحقاق الغلة والثمرة لمن يستحقونها وبين استحقاق المالك هذه الثمرة والغلة فان قبض واضع اليد أجراً لمدة طويلة يعنى زائدة عن يوم الحكم وجب عليه ردها ، وليس الحكم بالاستحقاق موجدا بل مظهرا ملكية المستحق لكن واضع اليد كان ذا شبهة ونية حسنة فلم يظلمه فى حقه مدة وضع يده ، ولكن فى الغصب فان الثمرة والغلة تستحق من وقت الغصب لأن فعله هدر ولا احترام له قانونا فعليه ارجاع العين المغصوبة ومانتج منها من يوم الغصب ، فان قلنا إن الحق يرد من يوم رفع الدعوى كان هذا افتراض أحقية

المدعى والأصل أن المدعى لا حق له حتى يثبت حقه والاثبات ينتهى بالحكم فيتأكد حقه به ، وقد يجوز أن يخفق فى إثباته فتكون دعواه لا حقيقة لها .

ويؤدب الغاصب متى ثبت الغصب ولو كان صبيا مميزا بما يراه الحاكم ولو عفا عنه المغصوب منه بضرب أو سجن أو نفى أو هما أو مع نفى ، كما يؤدب من ادعى غصبا أو سرقة أو تعدى على صالح مشهور بذلك .

بنـد [٣٤٤]

قاعدة (وضع اليد فى المنقولات يعادل حجة الملكية)

القانون الفرنسى — ومعناها أن وضع اليد فى المنقولات حجة الملكية فيها ، واضع اليد فى المنقول مفروض فيه قانونا أنه مالك لهذا المنقول وهذا الفرض لا يعارض بأى دليل يمكن إقامته مطلقا فهو غير مقبول قانونا .

فلا تقبل دعوى الاسترداد فى المنقول لأن وضع اليد دليل الملكية لواضع اليد فلا يقبل الدليل ضد هذا الدليل ، فلو أعرت صديقا عجلة يروح بها عن نفسه ثم خان الأمانة وباعها لثالث حسن النية فليس لك رفع دعوى استرداد قبل هذا الشخص الثالث لأن القاعدة تمنعك ولك الرجوع على صديقك فقط بالثمن والتعويض أو طلب محاكمته جنائيا لخيانته الأمانة ، وهذه القاعدة ترجع إلى قانون العوائد ، والقانون يفرض أن الملكية فى هذه الحالة وجدت مستندة إلى وضع اليد لا إلى مضى المدة .

تبرير وجود هذه القاعدة — أنه جرت العادة بعدم تحرير عقود بيع المنقولات بل تسلم يدا بيد ولو فرضنا وصح قبول دعوى الاسترداد فى المنقول لوقفت حركة التجارة ولا يأمن أحد أن يشترى من تاجر أى شىء خشية أن لا يكون مملوكا له .

شروط تطبيق هـذه القاعدة

يجب لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط :

أولاً — يجب أن يكون وضع اليد على شيء مادى فبقى خارجاً عن هذه القاعدة الديون المدنية والديون التى توجد فى أسهم الشركات تحت الأمر والإذن أو اسمية ، ومع ذلك بقى من المنقول غير المادى ما يدخل تحت هذه القاعدة وهو الأسهم التى لحاملها فتتم ملكيتها بالتسليم والتسلم فقط بدون احتياج لشيء آخر .

ثانياً — يجب أن يكون وضع اليد حقيقياً بالمعنى المعروف قانوناً ، فالأمين على ما تحت يده والوكيل والمستأجر لا يمكنهم التمسك بهذه القـاعدة ، كذلك وضع اليد الخفى والمبهم لا تطبق عليه هذه القاعدة .

ثالثاً — يجب أن يكون واضع اليد حسن النيـة ، أى معتقداً أنه مالك حقيقى والقانون يفرض فيه ذلك ، فمن ادعى غيره فعليه إثباته ، فالسارق ومن وجد شيئاً لا تطبق عليهما القاعدة لأن نيتهما سيئة .

مستثنيات من قاعدة (وضع اليد فى المنقولات دليل الملكية) .

يستثنى من قاعدة م ٢٢٧٩ المذكورة حالتان مع استجماعهما للشروط المطلوبة فلا تطبق عليهما هذه القاعدة وذلك :

أولاً — حالة السرقة . ثانياً — حالة الضياع أو الفقد ، فإذا فقـد المنقول أو سرق من مالكه فله الحق فى رفع دعوى استرداده لمدة ثلاث سنين ضـد من وجد فى يده حتى ولو كان حسن النية ابتداء من يوم السرقة أو الفقد .

وإذا كان واضع اليد الحالى على المنقول المسروق أو المفقود قد اشتراه من سوق عام أو من

معرض أو من تاجر يبيع أمثال المسروق فإن دعوى الاسترداد ممكنة دائماً لكن بشرط أن يدفع طالب الاسترداد إلى واضع اليد ما تكلفه من الثمن .

الاستثناء الخاص بالسرقة من القاعدة العامة لا يشمل حالة خيانة الأمانة ، لأن خيانة الأمانة مفروض فيها اختلاس بخداع لشيء بواسطة شخص أودعه المالك الحقيقى له كالمؤتمن أو المستلف والمستلف بلا مقابل وذلك :

١ — لأن م ٢٢٧٩ نصت على السرقة فقط فلا تشمل خيانة الأمانة و يجب التقيد بالنص.

٢ — إن وادع الأمانة يمكن أن يلام لعدم تخيره رجلاً أميناً بخلاف من سرق منقوله فلا اختيار له فى شيء لذا ساعده القانون .

٣ — إذا أبحنا التوسع فى المستثنيات سيتلاشى الأصل .

بند [٣٤٥]

التشريع الإسلامى — إن وضع اليد على المنقول والعقار محترم فى التشريع الإسلامى لأن المفروض فى الناس عدم التعدى على بعضهم واحترام حقوق بعضهم البعض فوضع اليد حجة قاصرة بمعنى أنها تبقى حجيتها ما لم تعارض بحجة أقوى منها فتقدم عليها. فإذاادعى شخص أن هذا الشيء ملكه (عقاراً أو منقولاً) لأنه يحوزه وهو تحت يده وادعى آخر أنه ملكه لأنه تملكه بوجه من أوجه التمليكات الشرعية كشراء مثلا فإنه تقدم بينة مدعى الملكية بالشراء على حجة وضع اليد .

فوضع اليد يمكن معارضته بأى دليل أقوى منه ، ووضع اليد محترم ما دام لم يطرأ عليه ما يجعله على غير أساس كمن ادعى أن هذا الشيء ملكه وسرق منه أو اغتصب منه وأقام البينة على ذلك فيؤخذ من يد واضع اليد و يسلم لمالكه وهذا باتفاق التشريع السماوى والوضعى إذاً وضع اليد حجة يمكن معارضتها بأقوى منها باتفاق ، ولهذا تقبل دعوى الاسترداد فى العقار

والمنقول على حد سواء لأن وضع اليد ليس دليلاً كاملاً ملزماً أمام القضاء فيقبل الدليل الأقوى منه ضده ، فلو أعرت صديقاً عجلة يستعملها مدة ثم طالبته بهـا فوجدته خان الأمانة ثم باعها لثالث حسن النية إذا لم يعلم بخيانة أو سيئ النيـة إذا علم فلك رفع دعوى الاسترداد على المشترى الذى وجدت عجلتك معه وهو صاحب الشأن فى الرجوع على من باعه هذه العجلة هذا إذا وجد الشيء بعينه ولم يفت فإن فات بمفوت مما سبق فإن كان الفوات عند المشترى ضمن المثل أو القيمة وللمالك أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغصب عند وجود الغاصب موسراً مقدوراً عليه فإن اتبعه رجع الغـاصب بالثمن الذى دفعه له وقت البيع ، وللمالك تضمين الغاصب عند فوات المغصوب عند مشتريه .

وحيث لك الاسترداد فالقاعدة لا تمنعك ، واسترداد المغصوب لا يمنع من تأديب الغاصب ولو كان صبياً كما يراه الحاكم ولو عفى عنه صاحب الشيء المغتصب لأنه حق الله ولا عفو فيـه (يعنى حق عام كما يقولون) .

والتشريع الإسلامى يفرض أن حال الناس محمول على الصلاح فلا اعتداء فيقر وضع اليد كدليل للملك فى المنقول والعقار مالم يعارض بدليـل أقوى فالملك يستند إلى وضع اليد التى لم تعارض .

تبرير قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملـكية) وهى قاعدة شرعية . أن البيع فى العقار والمنقول يتم بالإيجاب والقبول بدون شرط آخر فإذا تم البيع ووضع الشيء المبيع فى يد المشترى وجب احترام وجوده على هذه الصفة حتى يظهر خلاف ذلك ، وأما التفرقة بتحرير عقود البيع فى العقار فيسترد دائماً وفى المنقول خلاف ذلك فلا يصح دليـلاً على التفرقة لأن تحرير العقود فى العقار ليس ركناً فى صحة البيع وإنما هى نظم إدارية اقتضتها معاملات النـاس وخصوصاً الشخص الثالث .

ودعوى أن إباحة الاسترداد فى المنقول يوقف حركة التجارة غير مسلمة لأنه يجب على المشترى أن يعرف ممن يشترى ويجب على البائع أن لا يبيع غير ما يملك يستوى فى ذلك العقار والمنقول ، على أن المشرع الإسلامى احتاط لفساد الزمن ولا فتيات الناس بعضهم على بعض فقرر أن من ادعى استرداد شيء لغصب أو سرقة ولم تكن دعواه حقاً بل أريد بها الكيد أدب بما يراه الحاكم من حبس وسجن وتعزير وكذا من غصب أو سرق فلكل حكمه فى الحدود على أن الأشياء التى استثناها القانون من هذه المادة هى من اؤتمن على ما تحت يده ولم يؤده والوكيل والمستأجر إذا لم يردوا ما تحت يدهم لأربابه فلا ينتفعوا بهذه القاعدة فيصح أن يدعى عليهم للاسترداد ، والسارق ومن وجد شيئاً كذلك ، فالشيء الضائع والمفقود والمسروق يصح استرداده ، وهذه هى الأشياء التى تسترد فى التشريع الإسلامى ، لأن المنقول إما مغصوب أو مسروق أو فاقد أو كان تحت أمين ولم يرده لربه وقت طلبه كالأمانة والعارية والمستأجر الخ فيعتبر هؤلاء غاصبين .

فالتشريع الوضعى أخذ هذه المستثنيات من التشريع الإسلامى بلا شك لأنه لا فارق بينها والمتأخر التشريع الوضعى فأخذ عن الإسلامى لأنه نشأ فى موطنه .

شرط تطبيق قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملك فى المنقول والعقار) .

هذه القاعدة تطبق على العقار والمنقول إذا لم تعارض بحجة أقوى فيرجع إلى ترجيح البينة أو أدلة الإثبات ، ومعلوم أن الاسترداد أو الاستحقاق لا يكون إلا لشيء مادى فالدين خارج عن تطبيق هذه القاعدة لأنه فى الذمة إلا أسهم الشركات التى لحاملها أو تحت الأمر والإذن فهى ملك لمن بيده مالم ينازعه أحد ، وأما الأسهم الاسمية فمعها دليلها فتسترد لأنها مقيدة فى الشركة باسم صاحبها ومنها اسمه .

والأمين على ما تحت يده إذا امتنع عن أداء الأمانة لصاحبها اعتبر غاصباً من وقت الامتناع

كالمستعير والمكترى والمستأجر والوكيل الخ فترفع ضدهم دعوى الاستحقاق فى المنقول والعقار وكذا السارق ومن وجد شيئاً .

واسترداد المنقول أو دعوى استحقاقه لا يصح أن تترك مدة فتتزعزع ثقة الناس فى التعامل فوضع المشرع الإسلامى لها قواعد مفصلة كالآتى :

أولاً — ان حيازة غير العقار من عروض ودواب ورقيق من قريب للمالك سواء أكان شريكاً أم غير شريك لا بد فيها من الزيادة على العشر سنين مع حضور المالك والسكوت بلا مانع فإن تصرف واضع اليد فى المنقول وكان مملوكاً لقريبه بعتق أو كتابة أو وطء أو هبة أو صدقة أو بيع أو إيجار الخ فلا تفوت على مالكها القريب إلا إذا زادت مدة الحيازة على عشر سنين ، فإن فاتت فى هذه المدة انتقل الضمان إلى القيمة أو المثل فإن فاتت مدة الحيازة فلا تسمع الدعوى ولا البينة متى كان حاضراً ساكتاً بلا مانع .

ثانياً — إن كان الحائز للمنقول غير قريب للمالك شريكاً أو غير شريك وتصرف فيما حاز والآخر ساكت حاضر بلا عذر فمدة الحيازة فوق ثلاث سنين فلا تسمع دعوى الاسترداد للعين أو القيمة بعد هذه المدة .

ويستثنى من ذلك الدابة للركوب وأمة الخدمة فالحيازة فيهما سنتان فقط فلا تسمع دعوى مدع ولا بينة إذا كان حاضراً ساكتاً بلا عذر ـ والثوب للبس فحيازته سنة فقط ـ وأما أمة الوطء فتفوت بوطئها بالفعل مع علم ربها وسكوته بلا عذر .

ثالثاً — إذا كان وضع اليد (الحيازة) على منقول أو عقار مملوك للغير بإعارة أو إجارة أو عُمرى أو إخدام أو مساقاة مثلاً فتسمع بينة المدعى ويقضى له بمقتضى البينة أو إقرار المدعى عليه ولا تنفع فى ذلك حيازة فالشىء المتنازع فيه باق على ملكية صاحبه إلا إذا فات بمفوت شرعى

ومحل سماع البينة فى هذه الحالة ما لم يحصل من الحائز بحضرة المدعى وسكوته بلا عذر ما لا يحصل إلا من المالك كالبيع والهبة والصدقة وإلا فلا تسمع الدعوى .

وعلى ذلك لو تصرف غير مالك مطلقاً (قريباً أو أجنبياً شريكاً أو لا) بهبة أو صدقة أو عتق أو بيع الخ ، والمالك حاضر حين التصرف عالم به لم ينكر مع تمكنه من الانكار مضى فعل غير المالك ، ولا كلام للمالك — وللمالك فى البيع بحضوره وسكوته بلا مانع أخذ ثمن المبيع لأن حضوره مع سكوته بلا مانع إذن منه وإقرار للبيع — إن لم يطل كسنة ، فإن مضى العام فلا ثمن له أيضاً ان قبضه البائع ، وإلا فللمالك قبضه بعد الأجل — لأن البائع قد استحق الثمن بالحيازة مع يمينه .

وفى التصرف بدون عوض كالهبة والصدقة فإن حضر وسكت فلا شىء له وإن لم يحضر وعلم فقام يقضى له وإن سكت العام بعد علمه فلا شىء له .

والحكم بالاستحقاق لا يقتضى دفع ثمن من المدعى لأنه لا معنى للاسترداد إذا وجد عين شيئه فادعاه فكان صادقاً فحكم له — ومن استحق منه المبيع يرجع على بائعه بما دفع من الثمن ولا شأن للمستحق فى ذلك سواء كان المستحق منه مشترياً من سوق عام أو من تاجر يبيع مثل الشىء المتنازع فيه ، وعلى البائع أن يتحقق قبل شراء أى شىء ان البائع له يملكه ولو يغلب على ظنه مثلا لأنه واضع اليد ، فلا يدفع المسترد شيئاً لا من ثمن ولا من غيره إلا اذا كانت نفقات بها وجود الشىء المسترد ولا غلة له تحتسب منها .

ويدخل فى حكم الغصب من خان الأمانة التى اؤتمن عليها وكذا السرقة من يوم الطلب والامتناع عن التسليم من غير أن يدعى الهلاك بغير تفريط منه فى الأمانة — وأما فى السرقة فحكمه حكم الغاصب .

بند [٣٤٦]

دعاوى وضع اليد

القانون الفرنسى — وهى دعوى قضائية يرفعها واضع اليد على عقار لمنع معارضة الغير له فى وضع يده أو فى استعمال حقه العينى أو لاسترجاعه وضع يده على عقار أخرج منه عنوة .

وهـــذه الدعوى تقابل بدعوى إثبات الملـكية وهى الدعوى التى تقام من شخص يدعى أنه المالك الحقيق لعقار أو أنه مستحق لحق عينى على العقار كمنتفع أو مستعمل يريد بها الاعتراف فى القضاء بحقوقه المنكرة أو المأخوذة بالقوة عنوة .

لـكن الفرق بينهما أن دعوى وضع اليد لا تتعلق بالملـكية ورافعها لا يتعرض لإثبـات ملـكيته . أما دعوى الملـكية فهى منصبة على إثبات الملـكية نفسها .

أقسام دعاوى وضع اليد

يمكن ذكر ثلاثة أنواع من دعاوى وضع اليد :

أولاً — دعوى منع تعرض — وهى الدعوى التى يرفعها واضع اليـد على المتعرض له فى وضع يده لتكون نتيجتها وضع حد لهذا التعرض الذى هو ضحيته كفتح شباك على ما أنا واضع يدى عليه فلى الحق فى طلب سد هذا الشباك .

ثانيا — دعوى ترك العمل الجديد — وهى الدعوى التى ترفع من واضع اليد طالباً فيه الأمر بايقاف عمل وعدم إتمامه بحيث لو تم هذا العمل لأوجد ضرراً لواضع اليد الطالب كمالك عقار للغير عليه حق المرور شرع فى إقامة مبان لو تمت لمنعت صاحب حق المرور من استعمال حقه فللغير رفع دعوى طلب إيقاف هذا العمل الذى لو تم لأضر باستعمال حقه .

ثالثاً — دعوى إعادة وضع اليد — وهى الدعوى التى ترفع من واضع يد على عقار انتزع منه قهراً طالباً إعادة وضع يده ثانياً على هذا العقار .

الدعوى الأولى والثانية ترفعان من واضع اليـــد الحقيقى فقط وأما الثالثة فترفع حتى من واضع اليد المؤقت كالمؤاجر والمزارع .

بنـد [٣٤٧]

التشريع الإسلامى — التشريع الإسلامى يحمى واضع اليد دائماً حتى يظهر أن واضع اليد غير محق فيقضى عليه بما أقيم من بينة وجعل لواضع اليد الحق فى رفع دعوى منع معارضة الغير له فى استعمال حقه أو فى استرجاع وضع يده على ما كان تحت يده وأخـذ اغتصاباً أو سرقة أو فى منع التعـدى من الغير بما يمنع استيفاء المنفعة أو ينقصها ، يستوى فى ذلك المنقول والعقار كما سبق إيضاحه ، والمدعى هو واضع اليد .

وأما دعوى إثبات الملكية فهى الدعوى التى ترفع من شخص يدعى أنه المالك الحقيقى لعقار او منقول أو أنه مستحق لحق عينى على العقار كمنتفع أو مستعمل بأى وجه شرعى يريد بها إثبات حقوقه .

فلواضع اليـد طلب منع ما يضر به فى وضع يده أو ينقص حق استعماله على ما تحت يده ، فيقضى لواضع اليد على جاره بسد طاقة حدثت وأشرفت على الجار — فان كانت قديمة لعشر سنين أو كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم فلا حق له فى طلب سدها ، ومتى قضى بسدها فلابد من سدها من أصلها و إزالة ما يدل عليها من عتبة أوخشبة ونحوهما خوفا من الادعاء مستقبلا انها قديمة وهذه آثارها .

و يقضى لذى اليد بمنع الجار من إحداث ذى دخان كحمام وفرن ومطبخ يتضرر الجار به و يقضى بمنع إحداث ذى رائحة كريهة كمدبغة ومذبح ومسمط ، و يقضى بمنع ما يضر بالجدار كمدقة وطاحون و بئر وغرس شجر ، و بمنع إحداث اصطبل للدواب لما فيه من ضرر رائحة الزبل بالجدار وصوت الدواب ، و بمنع إحداث حانوت قبالة باب ولو بسكة نفذت للزوم جلوس الناس فيه (فان كانت قديمة فلا اعتراض لأحد) . فيجوز لواضع اليد أن يطلب من القاضى منع إتمام بناء لأى شىء مما ذكر فان تم البناء ولم يطلب جاز له الطلب لعشر سنين لحدوث الضرر بالفعل.

كما يجوز لواضع اليد طلب إزالة ما يعترض استيفاء منفعة خاصة له أو منفعة عامة ، فيقضى بهدم بناء فى طريق يمر فيهـا الناس ولو لم يضر بالمارين إذ لا حق له فى ذلك مع كون البناء المذكور شأنه الضرر .

بل ذهب المشرع الإسلامى إلى أزيد من ذلك فى المحافظة على وضع اليد واحترامه فقال ويقضى بجلوس باعة بأفنية دور لبيع خف وقضى للسابق من الباعة أن نازعه غيره (يعنى يحترم محل جلوس الباعة بجوار المنازل لبيع ما خف كقليل من الخضار أو الطيور مثلا ، ويقضى لمن سبق منهم بمجلسه على من ينازعه) فان كثر البيع أو جلسوا للتحدث ونحوه فانهم يقامون .

ويقضى بإعادة الشىء لواضع اليد عند انتزاعه منه قهرا حتى ولو كان ذا منفعة كمستعير أو مستأجر إلا إذا نازعه الغير وادعى الملكية وأثبته فلا يمكن واضع اليد من العودة لوضع يده لاستحقاق ما تحت يده.

فتكون دعوى منع تعرض الغير لما تحت اليد ، ودعوى ترك العمل الذى لو تم لا أحدث ضررا أو دعوى الإزالة ودعوى إعادة وضع اليد موجودة فى التشريع الإسلامى منذ وجوده ، فيرفع الدعوى الأولى والثانية واضع اليد بنية التملك والثالثة يصح أن تكون من واضع اليد لا بنية التملك كما تكون من واضع اليد بنية التملك .

(نتيجة المقارنات من بند ٣٣٢ إلى نهاية بند ٣٤٧)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

نزع الملكية للمنفعة العامة — تثبيت حق الملكية (دعوى الاسترداد) — دليل الملكية نتائج دعوى الاسترداد — وضع اليد — شرط وضع اليد — ملك وفقد وضع اليد — عيوب وضع اليد — نتائج وضع اليد القانونيـة — وضع اليد فى المنقولات يعادل حجة الملكية دعاوى وضع اليـد (دعوى منع تعرض) — دعوى ترك العمل الجديد — دعوى إعادة وضع اليد .

تم الجزء الأول ويليه الجزء الثانى وأوله (التمليك)

مكتبة العرب
مديرها : صلاح الدين البستانى
٢٨ ش كامل صدقى (الفجالة) القاهرة

فهرس عام للمقارنات التشريعية

صفحة	بند	
٢	—	صورة ما رفع للسراى الملكية
٥	—	صورة ما رفع لمشيخة الإسلام فى القاهرة
١٠	—	مقدمه
٢٧	—	افتتاحية الكتاب
٢٨	١ —	أصول التشريع
٣١	٢ —	أولاً أصول التشريع الوضعى ثانياً أصول التشريع الإسلامى
٣٦	٤ —	النتيجة لأصول التشريع
٣٨	٥ —	القوانين الوضعية بمصر
٤١	٦ —	أنواع الحكومات
٤٤	٧ —	نظرة عامة فى القوانين
٤٩	١١ —	عمل القوانين
٥٣	١٣ —	إلغاء القوانين
٥٨	١٥ —	تطبيق القوانين الفرنسية
٦٠	١٧ —	الشخصية القانونية
٦٣	٢٢ —	أهلية الشخص
٦٦	٢٥ —	إشهادات الأحوال المدنية
٦٧	٢٧ —	سجل الأحوال المدنية
٦٨	٢٩ —	قوة الإشهاد المدنى فى الإثبات
٧٠	٣١ —	الولادة والوفاة
٧٢	٣٣ —	اسم الشخص
٧٤	٣٥ —	محل الإقامة
٧٦	٣٧ —	نتائج قضائية لمحل الإقامة
٧٨	٣٩ —	الشخص المعنوى
٨١	٤٤ —	أهلية الشخص المعنوى
٨٢	٤٦ —	نهاية الشخص المعنوى
٨٣	٤٨ —	العقد القانونى
٨٥	٥١ —	شروط وجود، وشروط صحة التعاقد القانونى
٨٧	٥٤ —	الإرادة
٩٠	٥٨ —	صيغة العقود القانونية
٩٤	٦١ —	حرية المتعاقدين
٩٥	٦٣ —	الشرط المبطل للحق
٩٧	٦٥ —	الأجل المحدود
٩٩	٦٧ —	نتائج العقود القانونية
١٠١	٦٩ —	إلغاء العقود القانونية
١٠٤	٧١ —	نتائج حكم إلغاء العقد القانونى

صفحة	بند	القسم الثانى
١٠٥ —	٧٣	العائلة
١٠٧ —	٧٦	الزواج
١١٢ —	٨٣	تكوين الزواج
١١٣ —	٨٧	اختلاف الجنس
١١٤ —	٨٩	رضاء مريدى الزواج
١١٦ —	٩٢	السن المطلوبة
١١٨ —	٩٥	رضاء الأقارب
١٢٤ —	١٠١	عدم وجود زواج سابق لم يحل
١٢٩ —	١٠٦	عدم وجود رابطة قرابة أو نسب
١٣٥ —	١١٧	العدة
١٣٧ —	١٢٠	إعلان الزواج
١٤٢ —	١٢٢	إعلان الزواج فى القانون الدولى
١٤٣ —	١٢٤	المعارضة فى الزواج
١٤٧ —	١٢٧	إلغاء الزواج
١٥١ —	١٣٠	أقسام الفسخ
١٥٧ —	١٣٦	الإلغاء الخاص
١٥٩ —	١٣٨	حق طلب الإلغاء
١٦١ —	١٤٢	نتائج إلغاء الزواج
١٦٣ —	١٤٤	حصر نتائج الإلغاء فى الماضى
١٦٦ —	١٤٦	نظرية الزواج الفاسد
١٦٨ —	١٤٨	دليل الزواج

صفحة	بند	الكتاب الثانى
١٧٠ —	١٥٠	نتائج الزواج
١٧٢ —	١٥٣	واجبات الزوجين المتقابلة
١٧٧ —	١٥٥	السلطة الزوجية
١٧٩ —	١٥٧	عدم أهلية المرأة المتزوجة
١٨١ —	١٥٩	ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة
١٨٥ —	١٦٥	قواعد إذن المرأة
١٨٨ —	١٦٧	صيانة عديم الأهلية
١٩١ —	١٧١	انحلال الزواج
١٩٣ —	١٧٤	الطلاق
١٩٤ —	١٧٦	أسباب الطلاق
١٩٨ —	١٧٨	إجراءات الطلاق
٢٠٢ —	١٨٢	احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق
٢٠٣ —	١٨٤	نتائج الطلاق
٢٠٩ —	١٩٠	التفريق الجسمانى وأسبابه
٢١٣ —	١٩٣	البنوة
٢١٥ —	١٩٥	دليل شرعية الولد
٢١٧ —	١٩٨	الولد السابق على الزواج
٢١٩ —	٢٠٠	إثبات البنوة
٢٢٢ —	٢٠٢	الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية
٢٢٥ —	٢٠٥	دعوى إنكار الأبوة

صفحة	بند	
٢٣٢	٢١١	دعوى إثبات البنوة
٢٣٤	٢١٣	البنوة الطبيعية
٢٤١	٢١٩	البحث عن الأمومة
٢٤٥	٢٢٣	قواعد ولد الزنا وولد مضاجعة الأقارب
٢٤٧	٢٢٧	التبنى وأولاد الشعب
٢٥٢	٢٣١	أطفال الشعب
٢٥٦	٢٣٣	النفقة
٢٦٠	٢٣٥	شروط وجوب النفقة
٢٦٢	٢٣٧	مادة وطبيعة النفقة

الكتاب الثالث

٢٦٤	٢٣٩	السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية
٢٦٨	٢٤٢	واجبات السلطة الأبوية
٢٧١	٢٤٥	مدى سلطة إدارة أموال الطفل
٢٧٣	٢٤٧	التمتع القانونى
٢٨١	٢٥٣	عديم الأهلية وحمايته
٢٨٣	٢٥٦	الوصاية على القاصر الذى لم تفك وصايته
٢٨٥	٢٥٨	نظام الوصاية
٢٩١	٢٦٢	المشرف
٢٩٣	٢٦٤	ملحق الوصاية

صفحة	بند	
٢٩٥	٢٦٦	وظائف الوصى
٢٩٨	٢٦٨	سلطة الوصى
٣٠٢	٢٧١	واجبات الوصى
٣٠٦	٢٧٣	احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذى بلغ رشده
٣١٠	٢٧٥	نهاية الوصاية
٣١٢	٢٧٨	فك الوصاية وتعيين ولى للقاصر
٣١٥	٢٨٠	نظام وكيل القاصر المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة
٣١٨	٢٨٢	حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية
٣٢١	٢٨٤	الحجر القضائى
٣٢٣	٢٨٧	سير القضية
٣٢٧	٢٨٩	عدم أهلية المحجور عليه قضائياً
٣٢٩	٢٩١	الفرق بين المحجور عليه قضائياً والمحجور عليه قانوناً
٣٣١	٢٩٣	اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائى ولا إدخال فى مصحة
٣٣٤	٢٩٤	الاستشارة القضائية

القسم الثالث

٣٤١	٣٠٠	الأملاك
٣٤٧	٣٠٥	ترتيب الأملاك

صفحة	بند	
٣٥٠	٣٠٧	العقارات
٣٥٣	٣٠٩	عقار بالتخصيص
٣٥٥	٣١١	فوائد عملية فى التفرقة بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص
٣٥٧	٣١٣	المنقول
٣٥٨	٣١٥	الإيراد
٣٦١	٣١٧	قواعد عامة لكل إيراد
٣٦٤	٣١٩	العلاقة بين الملك والمالك
٣٦٦	٣٢١	الملكية فى ذاتها
٣٦٨	٣٢٣	الملكية القابلة للالغاء
٣٧٣	٣٢٥	الملكية المشتركة
٣٧٦	٣٢٧	تحديد حق الملكية
٣٨٠	٣٣٠	تحديد الملكية فى المناجم
٣٨٥	٣٣٢	نزع الملكية للمنفعة العامة
٣٨٧	٣٣٤	تثبيت حق الملكية أو الاسترداد
٣٩١	٣٣٦	نتائج دعوى الاسترداد
٣٩٤	٣٣٨	بحث وضع اليد
٣٩٦	٣٤٠	ملك وفقد وضع اليد
٤٠٠	٣٤٢	النتائج القضائية لوضع اليد
٤٠٧	٣٤٤	قاعدة وضع اليد فى المنقول يعادل حجة الملكية
٤١٣	٣٤٦	دعاوى وضع اليد

﴿ تم فهرس الجزء الأول ويليه الجزء الثانى وأوله . التمليك ﴾

فهرس أبجدى للمقارنات التشريعية

صفحة - بند

(ا)

٢٧ - افتتاحية الكتاب
٢٨ - ١ أصول التشريع
٤١ - ٦ أنواع الحكومات
٥٣ - ١٣ إلغاء القوانين
٦٣ - ٢٢ أهلية الشخص
٦٦ - ٢٥ اشهادات الأحوال المدنية
٧٢ - ٣٣ اسم الشخص
٨١ - ٤٤ أهلية الشخص المعنوى
٨٧ - ٥٤ الإرادة
٩٧ - ٦٥ الأجل المحدود
١٠١ - ٦٩ إلغاء العقود القانونية
١١٣ - ٨٧ اختلاف الجنس
١٣٧ - ١٢٠ إعلان الزواج
١٤٢ - ١٢٢ إعلان الزواج فى القانون الدولى
١٤٧ - ١٢٧ إلغاء الزواج
١٥١ - ١٣٠ أقسام الفسخ
١٥٧ - ١٣٦ الإلغاء الخاص
١٩١ - ١٧١ انحلال الزواج

صفحة - بند

١٩٤ - ١٧٦ أسباب الطلاق
١٩٨ - ١٧٨ إجراءات الطلاق
٢٠٢ - ١٨٢ احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق
٢١٩ - ٢٠٠ إثبات البنوة
٢٥٢ - ٢٣١ أطفال الشعب
٣٠٦ - ٢٧٣ احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذى بلغ رشده
٣٣١ - ٢٩٣ اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائى ولا ادخال فى مصحة
٣٣٤ - ٢٩٤ الاستشارة القضائية
٣٤١ - ٣٠٠ الأملاك
٣٥٨ - ٣١٥ الايراد

(ب)

٢١٣ - ١٩٣ البنوة
٢٣٤ - ٢١٣ البنوة الطبيعية
٢٤١ - ٢١٩ البحث عن الأمومة
٣٩٤ - ٣٣٨ بحث وضع اليد

صفحة ـ بند

(ت)

٥٨ ـ ١٥ تطبيق القوانين الفرنسية
١١٢ ـ ٨٣ تكوين الزواج
٢٠٩ ـ ١٩٠ التفريق الجسمانى وأسبابه
٢٤٧ ـ ٢٢٧ التبنى وأطفال الشعب
٢٧٣ ـ ٢٤٧ التمتع القانونى
٣٤٧ ـ ٣٠٥ ترتيب الأملاك
٣٧٦ ـ ٣٢٧ تحديد حق الملكية
٣٨٠ ـ ٣٣٠ تحديد الملكية فى المناجم
٣٨٧ ـ ٣٣٤ تثبيت حق الملكية او الاسترداد

(ج ـ ح)

٩٤ ـ ٦١ حرية المتعاقدين
١٥٩ ـ ١٣٨ حق طلب الإلغاء
١٦٣ ـ ١٤٤ حصر نتائج الإلغاء فى الماضى
٣١٨ ـ ٢٨٢ حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية
٣٢١ ـ ٢٨٤ الحجر القضائى

(د)

١٦٨ ـ ١٤٨ دليل الزواج
٢١٥ ـ ١٩٥ دليل شرعية الولد
٢٢٢ ـ ٢٠٢ الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية
٢٢٥ ـ ٢٠٥ دعوى إنكار الأبوة

صفحة ـ بند

٢٣٢ ـ ٢١١ دعوى إثبات البنوة
٤١٣ ـ ٣٤٦ دعاوى وضع اليد

(ر)

١١٤ ـ ٨٩ رضاء مريدى الزواج
١١٨ ـ ٩٥ رضاء الأقارب

(ز)

١٠٧ ـ ٧٦ الزواج

(س)

٦٧ ـ ٢٧ سجل الأحوال المدنية
١١٦ ـ ٩٢ السن المطلوبة للزواج
١٧٧ ـ ١٥٥ السلطة الزوجية
٢٦٤ ـ ٢٣٩ السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية
٢٩١ ـ ٢٦٨ سلطة الوصى
٢٢٣ ـ ٢٨٧ سير قضية الحجر القضائى

(ش)

٦٠ ـ ١٧ الشخصية القضائية
٧٨ ـ ٣٩ الشخص المعنوى
٨٥ ـ ٥١ شروط وجود وشروط صحة التعاقد
٩٥ ـ ٦٣ الشرط المبطل للحق
٢٦٠ ـ ٢٣٥ شروط وجوب النفقة

صفحة ـ بند

(ص)

٢ ـ صورة ما رفع للسراى الملكية

٥ ـ صورة ما رفع لمشيخة الإسلام فى القاهرة

٩٠ ـ ٥٨ صيغة العقود القانونية

١٨٨ ـ ١٦٧ صيانة عديم الأهلية

(ط)

١٩٣ ـ ١٧٤ الطلاق

(ع)

٤٩ ـ ١١ عمل القوانين

٨٣ ـ ٤٨ العقد القانونى

١٠٥ ـ ٧٣ العائلة

١٢٤ ـ ١٠١ عدم وجود زواج سابق

١٢٩ ـ ١٠٦ عدم وجود رابطة قرابة أو نسب

١٣٥ ـ ١١٧ العدة

١٧٩ ـ ١٥٧ عدم أهلية المرأة المتزوجة

٢٨١ ـ ٢٥٣ عديم الأهلية وحمايته

٣٢٧ ـ ٢٨٩ عدم أهلية المحجور عليه قضائيا

٣٥٠ ـ ٣٠٧ العقارات

٣٥٣ ـ ٣٠٩ عقار بالتخصيص

٣٦٤ ـ ٣١٩ العلاقة بين الملك والمالك

صفحة ـ بند

(ف)

٣١٢ ـ ٢٧٨ فك الوصاية وتعيين وصى للقاصر

٣٢٩ ـ ٢٩١ الفرق بين المحجور عليه قضائيا والمحجور عليه قانونا

٣٥٥ ـ ٣١١ فوائد عملية فى التفرقة بين العقارات بالطبيعة والعقار بالتخصيص

(ق)

٣٨ ـ ٥ القوانين الوضعية بمصر

٦٨ ـ ٢٩ قوة الاشهاد المدنى فى الاثبات

١٨٥ ـ ١٦٥ قواعد إذن المرأة

٢٤٥ ـ ٢٢٣ قواعد ولد الزنى وولد مضاجعة الأقارب

٣٦١ ـ ٣١٧ قواعد عامة لكل إيراد

٤٠٧ ـ ٣٤٤ قاعدة (وضع اليد فى المنقول يعادل حجة الملكية)

(م)

١٠ ـ مقدمة

٧٤ ـ ٣٥ محل الإقامة

١٤٣ ـ ١٢٤ المعارضة فى الزواج

١٨١ ـ ١٥٩ مايشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة

٢٦٢ ـ ٢٣٧ مادة وطبيعة النفقة

٢٧١ ـ ٢٤٥ مدى سلطة إدارة أموال الطفل

صفحة ـ بند

٢٩١ ـ ٢٦١ المشرف
٢٩٣ ـ ٢٦٤ ملحق الوصاية
٣٥٧ ـ ٣١٣ المنقول
٣٦٦ ـ ٣٢١ الملكية فى ذاتها
٣٦٨ ـ ٣٢٣ الملكية القابلة للالغاء
٣٧٣ ـ ٣٢٥ الملكية المشتركة
٣٩٦ ـ ٣٤٠ ملك وفقد وضع اليد

(ن)

٣٦ ـ ٤ النتيجة لأصول التشريع
٤٤ ـ ٧ نظرة عامة فى القوانين
٧٦ ـ ٣٧ نتائج عملية لمحل الإقامة
٨٢ ـ ٤٦ نهاية الشخص المعنوى
٩٩ ـ ٦٧ نتائج العقود القانونية
١٠٤ ـ ٧١ نتائج حكم إلغاء العقد القانونى
١٦١ ـ ١٤٢ نتائج إلغاء الزواج
١٦٦ ـ ١٤٦ نظرية الزواج الفاسد
١٧٠ ـ ١٥٠ نتائج الزواج
٢٠٣ ـ ١٨٤ نتائج الطلاق

صفحة ـ بند

٢٥٦ ـ ٢٣٣ النفقة
٢٨٥ ـ ٢٥٨ نظام الوصاية
٣١٠ ـ ٢٧٥ نهاية الوصاية
٣١٥ ـ ٢٨٠ نظام وكيل القاصر المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة
٣٨٥ ـ ٣٣٢ نزع الملكية للمنفعة العامة
٣٩١ ـ ٣٣٦ نتائج دعوى الاسترداد
٤٠٠ ـ ٣٤٢ النتائج القضائية لوضع اليد

(و)

٧٠ ـ ٣١ الولادة والوفاة
١٧٢ ـ ١٥٣ واجبات الزوجين المتقابلة
٢١٧ ـ ١٩٨ الولد السابق على الزواج
٢٦٢ ـ ٢٤٢ واجبات السلطة الأبوية
٢٨٣ ـ ٢٥٦ الوصاية على القاصر الذى لم تفك وصايته
٢٩٥ ـ ٢٦٦ وظائف الوصى
٣٠٢ ـ ٢٧١ واجبات الوصى

أخطاء مطبعية

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣	١١	ثم يردوه إلى الأمم	ثم يردونه إلى الأمم
٥	٨	من نعمة عليكم	من نعمة الله تعالى عليكم
٦	١٢	بلغَ	بلَّغْ
٧	٣	و إلى	والى
٧	١٥	مشايجنا	مشايخنا
٧	١٦	كان مغلوباً	كانوا مغلوبين
٧	٢٠	الدخلية علينا	الدخيلة علينا
٨	٧	انهؤلاء المتشرعون الوضعيون	ان هؤلاء المتشرعين الوضعيين
٨	١٠	تردوا للأمه	تردون للأمة
٨	١١	وتحيوا فيها	وتحيون فيها
١٢	١٣	ولوعلم هؤلاء الحقيقة وانهم على	ولو علم هؤلاء الحقيقة لعرفوا أنهم على
١٣	١٠	اتصافاً للحقيقة	انصافاً للحقيقة
١٣	١٥	حا كماً يأمره	حا كماً بأمره
١٣	٨	شأنة	شأنه
١٤	٣	فهم القضاه أو علما القانون	فهم القضاة أو علماء القانون
١٤	٩	لعقله كقاضى	لعقله كقاض
١٥	١	ملـكه الفهم	ملـكة الفهم
١٥	٢	من اقاض	من أفاض

صفحة	سطر	خطـأ	صـواب
١٨	١٣	(بشيطون)	(بشبطون)
١٩	٧	ولـكن أن للمدين ربا يحميه	ولـكن للدين رب يحميه
٢٠	٢	يعرفه	يعرفها
٢٠	١٦	يريدون ليطفؤوا	يريدون أن يطفئوا
٢٢	١٧	(٤٣)ـ(٤٤)ـ(٤٦)	(٤٤)ـ(٤٥)ـ(٤٧)
٢٣	٣	(٦٤)	(٦٥)
٢٩	٢١	فصل السلطان	فصل السلطات
٤٩	١٨	بصفة علانيه	بصفة علنية
٥١	٢	اصوع التشريع	أصول التشريع
٥٩	١٢	بالأمس راجعت	بالأمس ثم راجعت
٦٣	١١	أو مجنون	أو مجبوب
٩٢	٦	يريدون ليطفئوا	يريدون أن يطفئوا
٩٣	٣	بالمباع	بالمبيع
٩٣	١٦	وليس هذا تشريع	وليس هذا تشريعاً
٩٦	٢	العين المباعة	العين المبيعة
١١٤	١	وجود منفرد	وجود منفر
١٢٧	١٤	بل يصبحوا	بل يصبحون
١٣٤	٧	أمسك عليه	أمسك عليك
١٣٦	١٧	وعدة الحرة التى تحيض	وعدة الحرة غير الحامل

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٤٥	١٥	الأخوة و بنوهم	الاخوة و بنيهم
١٨٦	١	حينئذ تصديق	حينئذ تصديقاً
١٨٧	١٠	مبطل	مبطلا
٢٠٠	٧	فيسقط حق الزوج	فلا يسقط حق الزوج
٢٠٠	٨	و يبقى للمُمَلَّكة مثلا	و يبقى للمُمَلَّكة فى المدة المقررة
٢٥٦	١٤	زوج البنت وحماه	زوج البنت وحميه
٢٥٩	١	او دوابا	او دواب
٢٦٠	١٤	مقدم على من عداه	مقدمان على من عداهما
٢٦٣	١٦	اطلاقا فيها مالها كاملا	اطلاقا فلها مالها كاملا
٢٦٦	٦	قبل اولاد أولادهم	قبل أولاد أولادها
٢٧٦	٢٠	تبصر فى العواقب ولاهمال	لعدم تبصر فى العواقب وللإهمال
٢٨٩	١٥	عندمن يرى أن الأب ولى شرعى	عند من يرى أن الجد ولى شرعى
٢٩٤	١	ومن عين وصيا عليه	و بين من عين وصيا عليه
٣٠٥	١٣	يحسب عليها	تحسب عليها
٣٠٦	٣	وحددت العدة للمطلقة	وتحديد العدة للمطلقة
٣١١	١٣	الى خمسة وعشرين سنة	الى خمس وعشرين سنة
٣٢٦	٣	وتعين قيم يجعل	وتعيين قيم يجعل
٣٣٠	٧	والمرض ونكاح بزوجة	والمرض والتزوج للمرأة
٣٤٠	١٦	ضعاف العقول والمبذرين	ضعاف العقول والمبذرون

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣٤٢	٣	يسمى دائناً طالبة من	يسمى دائناً تطلب من
٣٤٣	٦	أن تتغير إلى ما نهاية	أن تتغير إلى ما لا نهاية
٣٥٥	٤	المثبتة فى الحائط داخلها	المثبتة فى داخل الجدار
٣٧٩	١١	الحجر على الريع مثلا كالحجر	الحجز على الريع مثلا كالحجز
٣٨٨	١٣	أو سرقة أو ملاشاة	أو سرقة أو نحو ذلك
٤١٠	٧	رجع الغاصب بالثمن	رجع على الغاصب بالثمن

كلمة المؤلف

يقول الفقير إلى الله تعالى سيد بن عبد الله بن على بن حسين : لما أتممت مؤلفى هـذا وأعددته للطبع خشيت الغلط فى الأحكام الشرعيـة أو الخطأ فيها ، فراجعته على نخبة من أفاضل العلماء بكلية الشريعة بالأزهر الشريف وأساتذة التشريع الإسلامى وأصوله فى مذهب الإمام مالك رضى الله عنه وفى المذاهب الأخرى التى نقلت عنها بعض الأحكام . وسأذكر - إن شاء الله - أسماءهم وتقاريظهم فى نهاية الكتاب مع بيان مآخذ الأحكام الشرعية من مختلف المراجع ، والله أسأل أن يسدد خطانا ويهدينا سواء السبيل .

وصلى الله على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبـه وسلم

أحكام المواريث

فى الشريعة الإسلامية

على مذاهب الأئمة الأربعة

تأليف محمد محيي الدين عبد الحميد

كتاب جليل فى بيان أحكام المواريث على مذاهب الأئمة الأربعة وغيرهم من أئمة العلماء ، بين فيه مؤلفه ما أجمع عليه العلماء وما اختلف فيه الأئمة متوخياً فيه العبارة السهلة ورقة الأسلوب .

تفصيل آيات القرآن الحكيم

وضعه باللغة الفرنسية جول لابوم ونقله الى اللغة العربية الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى عضو اللجنة الاستشارية للمجامع العلمية للمستشرقين ومترجم كتاب مفتاح كنوز السنة .

كتاب سهل مؤلفه لكل من أراد الاستشهاد على موضوع من الموضوعات الدينية وغيرها أن يأتى بالآية التى تشهد لموضوعه أو للبحث الذى يريده وهو يعد أكبر دائرة معارف دينية علمية وأدبية وتاريخية .

كتاب التاج الجامع للاصول

فى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم

تأليف

الشيخ منصور على ناصف

كتاب جمع فيه مؤلفه ما وعتها الأصول الخمسة الصحاح وهى صحيح البخارى وصحيح مسلم وسنن أبى داود وجامع الترمذى والمجتبى للنسائى ، ورتب فيه الأحاديث التى فيها على الأبواب الفقهية . وقد شرحه مؤلفه شرحاً لطيفاً وافياً بيّن فيه ما انبهم على القارىء من ألفاظ الأحاديث ووضح فيه ما غمض منها وفصل فيه ما أجمل . وقد أتم الفائدة بأن ذكر الخلاف فى المسائل الفقهية ، و بين فيه أحكام المذاهب الأربعة وغيرها ويقع فى خمسة أجزاء

وتطلب هذه الكتب جميعها من :

دار احياء الكتب العربية
عيسى البابى الحلبى وشركاه

صندوق بريد الغورية رقم ٢٦ — تليفون رقم ٥٠٨٥٦
القاهرة

American University of Beirut



340.5
H96mA
V.1-C.1
General Library