AMERICAN UNIV. IN CAIRO LIBRARY
3 8534 01229 4074

الأحوال الشخصية

حسب المعمول به
في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية
والمجالس الحسبية

KRM
540
S28
1953

للاستاذ

معوض محمد مصطفى سرحان

أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية
والمندوب رئيسا لقسم الشريعة بكلية الخرطوم الجامعية

الطبعة الأولى

١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الثمن ١٢٠ قرشا

مطابع رمسيس بالاسكندرية - تليفون ٢١٩١٢

٤٢٠١٤
م٠م

51722

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين . والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، محمد سيد المشرعين ، وخاتم الانبياء والمرسلين ، جاء بالنور والهداية التى تقوم على أسس ثابتة خالدة ، لاتتغير بتغير الايام ولاتخلق بمرور السنين والاعوام ، بل تزيدها الأيام جدة ، وتؤيدها تطورات الزمن رسوخا وثباتا ، ثم الصلاة على آله واصحابه الذين تمسكوا بسنته ، وحافظوا على شريعته ، ونشروها فى أرجاء الدنيا التى خضعت لهم بفضل تمسكهم بمبادئها ، والمحافظة على سننها ومناهجها ، فتفتحت بها العقول والاذهان واستنارت بها الابصار والبصائر ، وأثمرت للعالم خير الثمرات (أما بعد) فمنذ سنة ١٩٤٥ التى نقلت فيها الى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية بعد جولات فى مراحل التعليم المختلفة استمرت سبعة عشر عاما لم نطمئن فيها الى عمل ولم نستقر فيها على حال .

منذ ذلك الحين ، وانا افكر فى وضع كتاب فى الاحوال الشخصية على غرار ماسار عليه أساتذتنا الاجلاء وزملاؤنا الفضلاء الذين كان لهم فضل السبق فى هذا الميدان وهم بسبقهم يستحقون منا أن نسدى اليهم آيات الشكر على ما مهدوا من سبل ، وذللوا من طرق ، وبذلوا من مجهود مشكور ، وعمل مبرور ، ولكنى ما كدت أشرع فى اخراج الفكرة الى حيز الوجود حتى ندبت فى سنة ١٩٤٧ الى العمل بكلية الخرطوم الجامعية للاشراف على قسم الشريعة بها ووضع المناهج التى تلائم طلابه فى قسم الحقوق المدنى وقسم القضاء الشرعى ورأيت الفرصة سانحة لان أحقق ما تصبو اليه نفسى من تكوين جيل صالح يسمو بالقضاء المدنى والشرعى فى جنوب الوادى الى المكانة الرفيعة التى تليق بقدسية القضاء فى ذاته فوقفت جهودى جميعها على هذه الغاية النبيلة، واستطعت أن أضع منهجا مقتبسا من أرقى المعاهد العلمية الاسلامية وفسرته بمحاضرات القيتها فى مختلف العلوم الشرعية فى تفسير آيات الاحكام وأحاديثها وتاريخ التشريع والسياسة الشرعية وفى الأصول وفى الفقه الاسلامى،وأخرجت لطلاب هذا القسم الباكورة الأولى من عملى فى العام الفائت وهى كتاب « المرافعات

الشرعية» التى تبين للقاضى طريقة الاجراءات والسير فى الدعوى ، ووازنت فيه ما ورد بالفقه من الاحكام بما ورد بلائحة اجراءات المحاكم السودانية الشرعية وكان واجبا على بعد أن وضعت الكتاب الأول الذى يعالج الاجراءات المتبعة أمام المحاكم الشرعية ، أن أتبعه بالكتاب الثانى الذى يعالج القانون الموضوعى لهذه المحاكم وهو ما كنت أفكر فيه منذ زمن ، وقد ساعد على تنفيذ هذه الفكرة أنى قمت بتدريس موضوعات الأحوال الشخصية التى هى القانون الموضوعى لتلك المحاكم لطلاب القسم المدنى والشرعى ، واقتضى تدريسها لطلاب قسم الشريعة بوجه خاص أن تتسع أبحاثها وينفسح مجال القول فيها بما يتلاءم واستعداد هؤلاء الطلاب الذين خصصوا أنفسهم لدراسة الشريعة من جميع نواحيها كما تطلب تدريس هذه المادة لهم أن نتعرض للاصلاحات الحديثة التى طرأت على القانون الشرعى المعمول به أمام المحاكم الشرعية السودانية فى الاربعين سنة الماضية، وأن نعقد موازنات بين هذه التطورات الحديثة وبين التطورات التى حدثت فى مصر فى هذه الفترة نفسها، وأن نضع ذلك جميعه فى مكانه من هذه الابحاث وأن نجليه للقارىء لتكون لديه فكرة واضحة عن مدى التطور فى شمال الوادى وجنوبه ، ولما تكون لدى مجموعة صالحة من هذه الابحاث التى عالجتها على هذه الطريقة فكرت فى اخراجها الى حيز الوجود تحت عنوان « **الاحوال الشخصية** » .

حسب المعمول به فى المحاكم الشرعية المصرية السودانية لأفى للقارىء بما وعدته به فى كتابى «المرافعات الشرعية» . وكتابى هذا لايمتاز على غيره من كتب المعاصرين الذين سبقونا بالفضل الا بميزتين ظاهرتين :

احداهما : ـ انى تعرضت فيه كما قلت لما جد من اصلاح فى قانون المحاكم الشرعية السودانية ووازنت ذلك بما حدث من تعديلات فى مصر ، وهو مالم يتعرض له أى كتاب ألف فى هذه الموضوعات .

ثانيتهما : ـ انى أشرت فى كثير من الاحكام الى المصادر التى استقيتها منها ليسهل الرجوع اليها عند الحاجة ، وليعلم القارىء مقدار الجهود التى بذلت فى وضعه، ولقد كان لدى عند وضع هذا الكتاب نسختان من ابن عابدين مختلفتان فى الطبع والصفحات فكنت وأنا بمصر أرجع الى واحدة منها ، وحين أكون بالخرطوم أرجع الى الاخرى وذلك سر ما قد يجده القارىء من اختلاف الارقام بين ما لديه وبين ما أشرنا اليه .

والى جانب هاتين الميزتين قد يجد المطلع على هذا الكتاب افاضة فى بحث بعض الموضوعات التى تمس الحياة الاجتماعية كما انه قد يجد ابحاثا جديدة لم يتعرض لها فى المؤلفات الحديثة ، هذا وقد حرصت فى بعض المسائل ان أعطى للقارىء فكرة عن كتبنا القديمة التى هى المصادر لابحاث الباحثين ، بنقل عباراتها الدقيقة الرصينة التى تمتاز بدقة التعليل والجدل المؤسس على قواعد البحث والمناظرة حتى يألف طلابنا الجدد عبارات اسلافهم الأقدمين الذين افنوا أعمارهم فى خدمة الفقه الاسلامى وتخريجه على أسس وقواعد هدتهم اليها أذهانهم النيرة وافكارهم الصائبة .

وانه لايسعنى قبل أن اختتم كلمتى هذه الا ان أشير الى مقدمات يجب على القارىء ملاحظتها حين يتحدث عن الشريعة الاسلامية ومدى ما جاءت به من احكام ملائمة لتطورات البيئة وحاجات العصر فأقول :ـ

١ ـ يجب أن نفهم أن هناك فرقا بين الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى حتى لاننسب الى الشريعة كل ما أثرعن فقهاء المسلمين من الاحكام والآراء فترمى مرة بالجمود ومرة بالتطرف ومرة بقصر النظر الى غير ذلك مما يتخذه أعداؤها وسيلة للطعن عليها .

فالشريعة الاسلامية هى الأحكام والقواعد الكلية والمبادىء العامة التى تضمنها كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فمن هذه الأحكام مثلا :ـ

نظرية القصاص : « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب لعلكم تتقون » **ونظرية اليسر** ورفع الحرج « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج » **ونظرية الزواج** التى شرح القرآن فيها كيفية الدخول فى هذا العقد وواجب الزوجين حال قيام الزوجية واحكام انهائها ، وشرحت السنة كثيرا من هذا الاجمال ولعل عقد الزواج هو العقد الوحيد الذى تناوله القرآن الكريم بالتفصيل على غير المعهود فى حديثه عن العقود فانها حين ذكرت لم تذكر فيه الا مجملة وبارشادات سريعة خاطفة.

ونظرية المواريث : التى تولى الله توزيعها على الوارثين وحددهم تحديدا يكاديكون كاملا فى قوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ».الخ

ونظرية المعاملات المالية : وانه يجب أن تبنى على التراضى « يا ايها الذين آمنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »

ونظرية الاستيثاق : التى تعد أحدث النظريات الحديثة واوفقها بالعالم

المتمدين الحديث «يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه» ... الخ الآية .

ونظرية رعاية الضعيف والاهتمام بأموره واحواله لأنه فرد من افراد المجتمع على القادرين ان يرعوه ويعنوا به ويهتموا بشئونه وأحواله الى غير ذلك من القواعد والنظريات العامة التى تضمنها القرآن الكريم وتناولتها السنة المطهرة بالشرح أو جاءت بها مبتدئة

أما الفقه الاسلامى : فهو عبارة عن مجموعات الاحكام التى استنبطها الفقهاء المسلمون من كتاب الله وسنة رسوله متأثرين فى استنباطهم بعوامل كثيرة منها اختلاف أفهامهم وعقولهم فى ادراكهم المعانى التى شرعت الاحكام من أجلها وفى فهم المفردات اللغوية والمراد منها ، ومنها وقوف بعضهم على ما لم يقف عليه البعض الآخر من الآثار النبوية ، ومنها اختلاف البيئة التى تولد عنها اختلاف فى الاحكام لان كل بيئة لها ظروفها وأحوالها فتوحى بما لم توح به البيئة الاخرى الى غير ذلك من عوامل الاختلاف التى لايتسع هذا الايجاز لسردها وشرحها ولهذا لا يمكن أن يعد مذهب أبى حنيفة هو الممثل للشريعة الاسلامية، ولا مذهب مالك هو الممثل لها ولا أى مذهب من المذاهب الاسلامية وحده هو الممثل لها ، وبهذا الفهم لا يمكن أن نحمل الشريعة الاسلامية بعض ما وقع فيه أصحاب المذاهب ومشايخها والمخرجون على قواعد ائمتهم من اخطاء ، وعلى هذا لايمكن ان يقال أن الشريعة الاسلامية تمنع الاخوة الاشقاء من الميراث اذا استنفد كل التركة أصحاب الفروض وفيهم الاخوة لأم كما يقول الحنفية ، لاينبغى أن يقال ذلك ، وانما يقال أن مذهب الحنفية يرى كذا . ولايقال أن الشريعة الاسلامية لاترى التفرقة بين الزوجين مهما حدث من مضار للزوجة . كما لايقال أن الشريعة لاترى التفرقة بينهما اذا اصيب الرجل بمرض لايستطاع معه العشرة ، وانما يقال أن ائمة الحنفية يرون هذا الرأى . لأن غيرهم من المذاهب الاسلامية يرى خلاف ذلك ، ولو ذهبت أسرد ضروب الاختلافات الكثيرة من الفقهاء الذين يحملون الشريعة وزر الكثير منها لضاق بنا المقام ، ولكنى أحببت أن أبرىء الشريعة من كثير مما ينسب اليها بتحديد معنى الشريعة ومعنى الفقه على النحو الذى ذكرته ، وهذا هو السر فى خطأ كثير من الكاتبين الذين يتعرضون لبعض المسائل الفقهية التى يراها مذهب من المذاهب الاسلامية فيشنعون على الشريعة ويرمونها بالجمود وقصر النظر وهم فى ذلك جد مخطئين ، ولقد حان الوقت الذى يجب على المسلمين

فيه أن يدركوا شريعتهم ادراكا صحيحا سليما وان يتخلصوا من القيود التى ربطوا بها انفسهم ، وان يرجعوا الى كتاب الله وسنة رسوله عند التنازع والخلاف (فان تنازعتم فى شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا)

وقد خطت مصر فى هذا السبيل خطوات واسعة فأصدرت مجموعة من القوانين لم تلتزم فيها مذهبا معينا ولا رايا خاصا ، وانما انتخبت من هذه المذاهب أصلحها وأوفقها بحالات التطور الاجتماعية واقتفت فى ذلك اثر السالفين السابقين فقد جوزوا لأنفسهم التوسع فى الامور السياسة عندما مست الحاجة اليها حتى وضعوا لها كتبا خاصة مستندة الى أصول الشريعة كالأحكام السلطانية والخراج وغيرها فمشوا بذلك مع سنة التطور التى تقتضى التوسع ومواجهة ما يجد من أحداث :

(٢) يجب أن يعلم الباحثون والكاتبون فى هذا الدين القويم انه دين عام للبشرية جمعاء فلا يختص به جيل دون جيل ولا طائفة دون أخرى ، ولاشعب دون آخر ، وأن مبادئه السامية امتازت بملاءمتها لكل بيئة ولكل عصر ، كما امتازت بأنها آخر مراحل التطور الاجتماعى واسمى درجاته ، فهو يخاطب كل الاجناس وكل الاجيال ، يخاطب اهل أوربا ، ويخاطب أهل المناطق الحارة والمناطق الباردة والمناطق المعتدلة فلابد أن يكون فيه من السعة والمرونة بحيث يحقق لكل طائفة ومجموعة من المجتمعات الانسانية الحياة السعيدة الراضية ويوفر الخير لكل من ينضم تحت لوائه .

(٣) يجب أن يدخل الباحث فى حسابه عوامل الزمن وتطوره والحياة التى وصل اليها العالم فى العصر الحاضر اذ لايمكن تجاهل هذا جميعه لان تجاهله يفضى بنا الى الجمود والوقوف ، وهو ما ينافى طبيعة الاسلام . فاذا كان التعليم مثلا فى زمن الرسول (ص) والخلفاء الراشدين مقصورا على تفهم كتاب الله وسنة رسوله فذلك لأن عصرهم ما كان يتطلب خلاف ذلك ، فلما تقدم العالم اصبحنا نجد فى عصرنا الحديث نظما منوعة للتعليم فهناك المدارس الابتدائية والثانوية والمعاهد المتعددة والكليات المختلفة فهذه كلية للحربية وتلك للادارة والبوليس واخرى للاداب وغيرها للعلوم والهندسة والطب والحقوق والبحرية والطيران مما اقتضته حاجة العصر .

فهل كان من الممكن أن نقف جامدين أمام هذا التطور الهائل فلا نجارى

العالم فى تطوره ونقول : ان المسلمين لم يتعلموا فى الصدر الاول الا القرآن والسنة والأسلام هو الذى مجد العلم ورفع شأنه ودعا الى ديمقراطيته لأن الامم الاخرى لم يتقرر فيها حق المساواة فى طلب العلم بين الطوائف جميعها الا بعد القرآن بزمن طويل ، والعلم الذى دعا اليه القرآن ومجده لم يحدد لنا نوعه ولا موضوعه فهو شامل عام لكل أنواع المعرفة وضروب الثقافة ، وهكذا نجد القرآن يشير الى الأسس التى تقوم عليها حياة الشعوب والأمم ويترك التفاصيل للزمن وللمصلحين يضعون النظم التى تلائم عصورهم فى نطاق هذه الأسس الثابتة الخالدة ، فالقرآن وضع أسس القضاء وأسس الحكم وأسس التعليم وأسس الادارة وأسس النظم الاقتصادية والحربية وغيرها ، ثم وكل أمر التفصيل والتنظيم للعلماء والمشرعين يضعون فى نطاق القواعد العامة للشريعة التفصيل والتحديد . لهذا لايستطيع مسلم غيور على الاسلام ومبادئه العامة أن يقف جامدا أمام تغير نظم العالم وأوضاعه وأن يحتج بما كان عليه الحال فى الزمن الاول ، وقد فهم المسلمون فى العصور الاولى ذلك فاستوعب علمهم ماكان عند الأمم الأخرى من هند وفرس ويونان فهضموه كله ومزجوه مزجا جميلا وبنوا عليه وابتكروا فيه ، وحضارتهم كانت خير الحضارات وكانت تزدهر دول العالم الاسلامى بشتى ألوان الحضارة من علم وفن وعمارة وتجارة وصناعة حتى كان يرحل اليها للاخذ عنها والاقتباس منها .

(٤) اختلف المسلمون الأولون أصحاب الرسول (ص) وهم سادات المؤمنين وأكمل الأمة ايمانا وأصدقها يقينا وأكملها فطرة وأتمها ادراكا وأصفاها ذهنا، شاهدوا التنزيل وعرفوا التأويل وفهموا مقاصد الرسول ، واختلفوا وتنازعوا فى كثير من الاحكام ولم يرم بعضهم بعضا بكفر ولا زندقة ولا الحاد مادام الخلاف لم يتناول أصلا من أصول الدين ولا مسألة من أمهات المسائل فخالف عمر أبا بكر فى سبى أهل الردة ، فسباهم أبو بكر وخالفه عمر ، وخالفه فى العطاء فرأى أبو بكر التسوية ورأى عمر المفاضلة ، وخالف ابن مسعود عمر فى نحو مائة مسألة منها أن ابن مسعود كان يحرم الزانية على الزانى أبدا وعمر كان يتوبهما ويزوج أحدهما بالآخر ، ومنها أن ابن مسعود كان يقول فى الحرام هى يمين وعمر يقول طلقة واحدة ، وعلى كان يقول فى المتوفى عنها زوجها الحامل تعتد بأبعد الأجلين وغيره من الصحابة كان يقول بوضع الحمل ، ومن الصحابة من ورث الاخوة مع الجد ، ومنهم من حجب الاخوة بالجد فلم يجعل لهم ميراثا معه، ولم يؤثر عن أحد منهم مع هذا الاختلاف أنه رماه بالكفر والمروق من الدين لمخالفته رأيه ، وهكذا سار التابعون على الطريقة التى سلكها الصحابة ، وسار

من بعدهم من الرعيل الاول والسلف الصالح على هذا المنهاج ، فاختلفت الأئمة الاربعة فيما بينهم اختلافا كبيرا فى الفروع والاحكام ، ولم يرم امام من الأئمة مخالفة بالخروج على الدين بل كان أعلام الامة يختلفون ويحترم بعضهم رأى بعض ، لأن الامر مادام موضع اجتهاد ومحل نظر وليس فيه نص قاطع لم يكلف الشارع أهل العلم الوصول الى الحق فيه ، وحسبهم أن يجتهدوا وأن يبذلوا غاية مايستطيعون من تحر وبحث ، فما وصلوا اليه بعد ذلك فهو الصواب ، وان كان فى الواقع خطأ .

(٥) برع علماؤنا السابقون وفقهاؤنا المتقدمون فى التخريج والاستنباط حتى احاطوا بكثير من الفروع والجزئيات وكادت هذه الفروع لاتترك صغيرة ولاكبيرة الا أحصتها ، ولكن هذه الثروة الطائلة العظيمة من الاحكام والفروع يشوبها الخلافات الكثيرة حتى فى المسألة الواحدة تتعدد فيها الروايات عن أئمة المذهب حتى أصبح المذهب الواحد مذاهب ، وهى خلافات نشأت من اختلاف الفقهاء والمخرجين فى الافهام وادراك المصلحة ، وكانت سلطة التفريع والتخريج غير مقيدة بقيد ، فكل من كان يأنس من نفسه الكفاية والمقدرة يقوم بهذه المهمة ، وأن كثرة الخلاف فى الفقه والاضطراب فى التصحيح والترجيح المؤدى الى الاختلاف فى الفتوى والقضاء وما فى هذا من الضرر واختلاف المصالح ثم مافى كتب الفقه من الصعوبة فى الترتيب والتبويب ، كل ذلك أشعر المسلمين من زمن بعيد بالحاجة الى اصلاح كتب الفقه ووضع كتاب أو كتب فى الاقوال السديدة التى تنطبق على مصلحة الأمة فى هذا العصر على وجه قريب التناول سهل الفهم وهو مايحاول رجال الاصلاح أن يقوموا به فيختاروا من كتب السابقين على اختلاف مذاهبهم مايرونه متمشيا مع يسر الشريعة وحاجات الزمن

على أن كتب الفقه الحاضرة فيها من الصعوبة فى الترتيب والتبويب مايدعو الى التفكير فى اصلاحها واخراجها للناس فى صورة تتفق مع أذواقهم ومشاربهم ، فاذا أضفت الى ذلك أن اتباع مذهب واحد من المذاهب الاسلامية فيه حرج واخلال بالمصلحة فى بعض المسائل كان من الواجب التفكير فى وضع كتب خالية من الحشو والتعقيد واخلاف مأخوذة من كتب جميع الأئمة ليعرف الناس ما فى شريعتهم من يسر وسماحة وليدركوا أنها أغنى الشرائع وأوفاها بحاجات البشر فى اصلاح شئونهم المدنية والاجتماعية والجنائية .

عرض تاريخى خاطف
لنشأة الفقه الأسلامى وتكوينه

كانت مصادر الشريعة فى عهد الرسول (ص) القرآن والسنة وتشمل السنة ماصدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير سواء كان ذلك بوحى من الله أو باجتهاد من الرسول (ص) يبين له الوحى خطأه ويقره على الصواب وبوفاة الرسول (ص) انقطع الوحى فانتهى عهد وضع الشريعة وكان على الصحابة أن يجتهدوا لمعرفة أحكام الحوادث التى تطرأ عليهم ولم يكن ذلك بالامر السهل لأن الفتوحات الاسلامية قد امتدت وشملت بلادا مختلفة العادات والاخلاق والنظم فاجتهد أئمة الصحابة واستشار بعضهم بعضا وكانوا اذا أجمعوا على حكم لم يخرج واحد منهم عن هذا الاجماع وكانت هذه الاستشارة ميسورة فى العصر الأول . أما ان اختلفوا فان كل واحد منهم يعمل برأيه ولا يلزم به غيره بل لايلتزم به هو نفسه فى المستقبل وانقضى هذا العهد من غير أن يدون فيه شىء من فتاوى الصحابة .

ازدادت الرقعة الاسلامية بعد ذلك العهد اتساعا فازداد تبعا لذلك الخلاف بين المجتهدين ونشطت الحركة الفكرية نشاطا عظيما فكان للفقيه الحرية المطلقة فى النظر والاستنباط من أصول الشريعة وشملت هذه الحركة جميع البلاد الاسلامية وبرز فى ذلك العهد زعماء للفقه الاسلامى اعترف الناس لهم حتى أصبح ما يعلمونه للناس مذهبا يعرف باسم صاحبه وبقى من هذه المذاهب الى يومنا هذا ثمانية : المذاهب الأربعة المعروفة ومذهب الاباضيه من الخوارج ومذهب الزيديه والامامية الاثنى عشرية والاسماعيلية من الشيعة .

أصبحت المذاهب الأربعة مذاهب جمهور المسلمين والتزم كل فريق مذهبا منها لايتعداه وأفرط علماء كل فريق فى نصرة مذهبه والتعصب له وأقاموا سدا بين الأمة وبين نصوص الكتاب والسنة بانصرافهم الى تفهم كلا م الائمة والتفريع على قواعدهم حتى أصبحت الشريعة هى نصوص الفقهاء وأقوالهم . أما الاجتهاد فقد تناسوه حتى قالوا بانسداد بابه فى رأس المائة الرابعة .

اتجه هم العلماء بعد ذلك الى التأليف ونحا أغلبهم فى تأليفه منحى الاختصار حتى احتاجت تآليفهم الى شروح وانحصرت جهود العلماء فى حل العبارات وشغلوا بالالفاظ عن جوهر العلم فجمد الفقه ووقف دون الوفاء بحاجات الناس مع أن التزام مذهب معين أو اتباع شخص فى كل آرائه لم يكن معروفا فى زمن الصحابة ولا فى زمن الأئمة الأربعة أنفسهم فأبو حنيفة يقول فيمن سبقه من الفقهاء هم رجال ونحن رجال ومالك يقول ما من واحد الا يؤخذ من قوله ويترك الا المعصوم (ص) والشافعى يقول اذا صح الحديث فهو مذهبى .

هب أحرار الفكر مطالبين بالتخلص من قيود الماضى وسعوا جاهدين ليبرزوا الشريعة فى أثوابها الناصعة ويعلنوا سماحتها ومسايرتها لروح العصر وتطور الزمن وظهرت بوادر هذه النهضة فى الحكومة العثمانية التى كلفت علماءها وضع قانون فى المعاملات المدنية يستمد أحكامه من الفقه الاسلامى ولو من غير المذاهب المعروفة متى كان الحكم يتمشى مع روح العصر فوضع هؤلاء العلماء « مجلة الاحكام العدلية سنة ١٢٨٦ هـ وصدر الامر بالعمل به سنة ١٢٩٣ هـ » .

على أثر ذلك نهضت مصر نهضتها التى تجلت فى التطورات الحديثة لقانون المحاكم الشرعية واقتفى أثرها السودان .

نبذه موجزة عن التطورات الحديثة
لقوانين المحاكم الشرعية الموضوعية فى مصر والسودان
(١) التطور التشريعى فى مصر

ظل القضـــاة فى مصر لايرجعون الى قانون مسطور مـــن حين الفتح الاسلامى الى زمن سعيد باشا ، وكان يتولى قضاء مصر فى بعض الأوقات قاض واحد ينيب عنه من يشاء ، وفى بعضها قضاة أربعة من مذاهب مختلفة ففى عهـــد العباسيين كان المـــذهب الحنفى ممكن السلطان ، ولـــكن كان للمذهب الشافعى والمالكى سلطان أيضـــا ، وكان الحال كذلك فى عهـــد الدولة الطولونية والاخشيدية ، وكانت رياسة القضاء بين هؤلاء الثلاثة ، ولمـــا تولى الفاطميون حاربوا المـــذهب الحنفى وجعلوا مذهبهم الرسمى مذهب الشيعة الاسماعيلية ، وأغضوا عن انتشار المذهب الشافعى والمالكى، فلما قامت الدولة الأيوبية مكنت لهذين المذهبين ، ولم تقم للمذهب الحنفى فى أول أمرها قائمة ، الى أن تولى نور الدين أمر الشام ـ وكان حنفيا ـ فانتشر المذهب الحنفى فى الشام ثم ذاع فى مصر ، ولما قامت دولة المماليك جعلوا قضاة من المذاهب الأربعة ، ولمـــا فتح الأتراك مصر ســـنة ٩٢٣ هـ جعلوا قاضى القضاة حنفيا يتصرف فى القضاء على المذاهب الأربعة ، وكان ذلك تمهيدا لقصر القضاء والافتاء على مذهب الحنفية ، بفرمان أصـــدره الخليفة فى أوائل عهد محمد على .

كانت المحاكم الشرعيـــة تحكم فى جميع الوقائع ، ثم انشئت فى عهـــد سعيد باشا المجالس المحلية لتقضى بالقانون الهمايونى ، وأنشئت بعـــدها المحاكم المختلطـــة والمحاكم الأهلية فى عهد توفيق باشا ، وكلتـــاهما كانت تطبق القانون الجنائى والقانون المدنى المستمد من قوانين الغرب ، وبذلك

انحصرت أعمال المحاكم الشرعيـة فى مسائل الزواج والطـلاق والنسب والوصاية والنفقة والوراثة والوقف ، وكانت تقضى المحاكم فيهـا بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وحده .

وجهت انتقادات كثيرة لسير المحاكم الشرعية أهمها أمران :

(١) ان المراجع الفقهية فى وضعها الحالى لاتساير الزمن ، باعتبـارها مراجع للفصل فى الخصومات ، فان أرجح الأقوال منثور فى بطون الكتب القديمة المعقدة التى تعلو على فهم المثقف العـادى ، على أن المؤلفين لم يجمعوا على أرجحية الكثير منها ، مما جعل القضاة الشرعيين يختلفون فى أحكامهم ، فضلا عما يلاقونه من عنـاء ، وأنه لمن الخير للامة أن يكون القانون المعمول به فى متناول عامة المثقفين ، ولا سيما ما يختص بقـانون الأسرة .

(٢) أن العمل بمذهب أبى حنيفة وحده ، قد أدى فى بعض المسـائل الى الحرج والتجافى عن مسايرة الحياة الحديثة ، مع أن فى غيره من المذاهب مايحقق العـدالة ويلائم روح العصر ، وليس فى الخروج عـن مذهب أبى حنيفة فى بعض المسائل مايقدح فيه ، لأن الأحكام الاجتهادية تتغـير بتغير الظروف والأحوال ، والرأى يخطىء ويصيب ، وقد أجاب أبو حنيفة أحد تلاميذه عندما سأله ، هذا الذى تفتى به هو الحق الذى لاشك فيه ، بقوله : والله لا أدرى فقد يكون الباطل الذى لاشك فيه .

لهذا اتجه المصلحون الى (١) تدوين القانون الشرعى ، وكان المرحوم قدرى باشا قد اختصر المذهب الحنفى ، فى الأحـوال الشخصيـة والميراث والوقف فى مواد قام بشرحها الشيخ زيد الابيـانى ، وتلك هى المحـاولة الأولى فى صياغة القانون الشرعى فى شكل مواد (٢) عدم الاقتصار على العمل بمذهب أبى حنيفة فى كل المسـائل ، والأخذ من المذاهب الأخرى المشهورة ما يتفق مع حاجات العصر .

وكانت أول محاولة لتحقيق هذين الهدفين ، أن ألفت لجنة فى عهد السلطان حسين من كبار العلماء تمثل المذاهب الأربعة ، لوضع هذا القانون فوضعت قانونا للزواج والطلاق وطبع سنة ١٩١٦ ، وأعيد طبعه سنة ١٩١٧ بعد تنقيحه ، ولكن هبت على هذا المشروع عاصفة شديدة من النقد من طائفة كبيرة من رجال الدين ، كان نتيجتها أن طويت صفحات ذلك المشروع ، الى أن جاء عهد السلطان فؤاد ، فنشرت بعض صفحات القانون، حيث الفت لجنة لمعالجة المسائل التى بدت عيوب مذهب أبى حنيفة فيها واضحة ، فأصدرت القانون رقم ٢٥ فى ١٢ يوليه سنة ١٩٢٠ تعالج فيه الموضوعات الآتية :

(١) نفقة الزوجة ومتى تعتبر دينا فى ذمة الزوج لايسقط الا بالاداء أو الابراء .

(٢) اعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق من القاضى اذا لم ينفق عليها زوجها .

(٣) اعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق من القاضى فى حالة وجود عيب فى الزوج .

(٤) المفقود ومتى يحكم بموته ويجوز لامرأته أن تتزوج ؟

(٥) المطلقة ممتدة الطهر والى أى مدة تستحق نفقة العدة ؟

وجميع هذه الموضوعات مفصلة فى أصل الكتاب ، ولذا اكتفينا بالاشارة اليها هنا فقط .

تقبل الناس هذه الاصلاحات المستمد أكثرها من مذهب مالك قبولا حسنا ، فكان ذلك مشجعا لذوى الرأى أن يسيروا خطوات أوسع ، فصدر قانون سنة ١٩٢٣ وضع فيه حد أدنى لسن الزواج هو ١٦ سنة للزوجة و١٨سنة للزوج، ومنع فيه المأذون من مباشرة عقدزواج لم يبلغ فيها الزوجان السن المحددة ، كما منعت المحاكم من سماع دعوى زوجية لم يبلغ الزوجان فيها هذه السن ، وقد لقى هذا القانون مقاومة شديدة ، لأنه يخالف آراء

الأئمة الأربعة ، ويعتمد على رأى ابن شبرمه ، ولكن الناس أدركوا فائدته فاطمأنوا اليه بعد أن استوحشوا منه زمنا ، فكان ذلك مشجعا لأولى الأمر على أن يخطوا خطوات أخرى أجرأ ، فألفت لجنة فى سنة ١٩٢٦ خرجت على الناس بمقترحات لم تتقيد فيها بمذاهب الأئمة الأربعة ، وجعلت همها أن تقدم للناس ما فيه المصلحة ولو خالف آراء الأئمة المعروفين طالما كان يتفق مع أصول الشريعة ، وتتلخص هذه المقترحات فيما يأتى :

(١) ألا يتزوج الرجل بأخرى الا اذا أذن القاضى الشرعى بذلك ، وهو لا يأذن الا لمن يغلب على الظن احسانه العشرة مع قدرته على الانفاق على زوجته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه .

(٢) انه لا يقع طلاق السكران والمكره ، والطلاق المعلق اذا قصد به الحمل على شىء أو المنع منه ، وأن الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة ، وأن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها الا بالنية ، وأن كل طلاق رجعى الا ما استثنى .

(٣) وأنه اذا اشترطت الزوجة فى عقد الزواج شرطا على الزوج فيه منفعة لها ولا يتنافى مع مقاصد العقد ، كألا يتزوج عليها صح الشرط ولزم ، وكان لها حق الفسخ اذا لم يف الزوج .

(٤) اعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق من القاضى اذا أساء الزوج عشرتها .

(٥) اعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق من القاضى اذا غاب عنها زوجها وخشيت على نفسها الفتنة .

(٦) عدم سماع دعوى نسب ولد الزوجة لم يثبت تلاقيها بزوجها من حين العقد ، ولا نسب ولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لاكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة اذا أنكر الزوج النسب .

(٧) النفقة تقدر بحال الزوج .

(٨) منع الزوجة من المطالبة بنفقة عدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق.

(٩) للقاضى أن يأذن بحضانة الصغير الى تسع ، والصغيرة الى احدى عشرة سنة .

وضعت هذه المقترحات على الرف لما لاقته من اعتراضات شديدة الى سنة ١٩٢٩ حيث صدر القانون رقم ٢٥ متضمنا معظم هذه المقترحات مع تعديلات طفيفة وقد التزم القانون فى أحكامه المذاهب الأربعة الا فى مسألتين هما الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، والطلاق المعلق ، فقد أخذ فيهما برأى ابن تيميه وابن القيم ، ولم يتعرض القانون لفكرة منع تعدد الزوجات ، ولا للشروط التى تشترطها المرأة على زوجها حين العقد ، وعالج القانون زيادة على ماتقدم (١) اختلاف الزوجين فى مقدار المهر (٢) المفقود ومتى يحكم بموته ـ وجميع أحكام هذا القانون مفصلة فى أصل الكتاب فلتراجع هناك .

ولقد كان نشر هذا القانون فاتحة عهد جديد للاصلاح ، اذ به تقرر اقتباس الأحكام الشرعية من الفقه الاسلامى ، دون التقيد بمذاهب الأئمة الأربعة ، بل ان القانون قد اعتمد فى تحديد أقصى مدة الحمل على رأى الطبيب .

تكونت بعد ذلك لجنة من كبار العلماء لوضع قانون شامل لأحكام الأسرة ، وافق عليها مجلس الوزراء فى سنة ١٩٣٦ وكان أول عملها قانون الميراث ، الذى وافق عليه مجلس الوزراء ، وأصبح معمولا به فى سبتمبر سنة ١٩٤٣ ، ويعد قانون الميراث الثمرة الأولى لجهاد المصلحين فى جعل الأحكام الشرعية المعمول بها مصوغة على شكل القوانين الوضعية الحديثة، وغير مقيدة بمذهب معين ، وفى أنه قانون شامل لجميع أحكام المواريث .

وقانون الميراث أكثر أحكامه نصوص قطعية لايمكن التعرض لها بتغيير ، وان اشتمل على تعديلات تخالف ما كان العمل جاريا عليه فيما

لايوجد فيه نص قطعى ، وأهم هذه التعديلات هى :

(١) عدل فى موانع الارث ، فحذف الرق منها ، وعدل فى نوع القتل المانع من الميراث فلم يعتبر القتل الخطأ مانعا ، واعتبر القتل بالتسبب مانعا ، ولم يجعل اختلاف الدارين مانعا من الميراث بين غير المسلمين الا اذا كانت شريعة الدار الاجنبية تمنع من توريث الاجنبى عنها .

(٢) عدل فى ترتيب المستحقين ، فقال بالرد على أحد الزوجين اذا لم يوجد عاصب نسبى ، ولا صاحب فرض ، ولا أحد ذوى الأرحام ، كما أخر مرتبة مولى العتاقة فجعلها بعد الرد على أحد الزوجين .

(٣) عدل فى انصباء المستحقين (١) فشرك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم فى الثلث حين يستغرق أصحاب الفروض كل التركة بعد أن كانوا لايأخذون شيئا فى مثل هذه الحالة . (ب) وورث الأخوة الأشقاء أو لأب مع الجد ، بعد أن كانوا يحجبون بالجد (حـ) جرى فى توريث ذوى الأرحام على رأى أبى يوسف ، وعدل عن رأى محمد الذى هو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة .

(٤) عدل فى شروط توريث الحمل ـ وجميع هذه التعديلات موضحة فى كتابنا « الميراث فى الشريعة الاسلامية » فليراجعها من أراد .

كان التوفيق الذى صاحب صدور قانون الميراث مشجعا على المضى فى تقنين الأحكام الشرعية ، فطلع على الناس بعد ذلك قانون الوقف ، الذى نظمت به بعض الأحكام وعولجت فيه مواضع الشكوى ، وكانت اللجنة متجهة الى وضع قانون شامل للوقف كما صنعت فى المواريث والوصية ، ولكن وضع تشريع شامل يتطلب زمنا طويلا بينما كان الناس يضجون بالشكوى من بعض الاحكام الفقهية التى يجرى العمل عليها بالمحاكم الشرعية ، لذلك حرص واضعو القانون على استقصاء أسباب الشكوى ، وتخيروا من الأحكام ما رأوا فيه العلاج الشافى ، واليك أهم التعديلات التى اشتمل عليها قانون الوقف الذى صار معمولا به فى ١٨ يوليه

سنة ١٩٤٦ .

(١) عدل القانون فى طبيعة الوقف ، فجعل الوقف غير لازم فى حياة الواقف الا فى وقف المسجد والوقف عليه ، وأوجب أن يكون الوقف الأهلى مؤقتا ، وترك للواقف الحرية فى تأقيت الوقف الخيرى أو تأبيده ، وقيد حرية الواقف فى مقدار مايقف ، بعد أن كان الوقف عقدا لازما يخرج به الموقوف خروجا مؤبدا عن ملك الواقف ، سواء كان خيريا أم أهليا ، وبعد أن كان للواقف الحرية فى وقف مايشاء على من يشاء ، وهذه الطبيعة التى جعلها القانون للوقف أشبه ماتكون بمزيج مكون من عناصر مختلفة ، فكل جزئية من هذه الأحكام مأخوذة من قول قال به بعض الفقهاء المتقدمين ، مزج المشرع بعضها ببعض وخرج للوقف بهذه الطبيعة .

(٢) نظم صلة النظار بالمستحقين فيما يختص بصرف غلة الوقف فى عمارته ، وأوجب قسمة الوقف قسمة افراز لازمة متى طلبت ولم يكن فيها ضرر ، كما أوجب اقامة كل مستحق ناظرا على حصته ، وأوجب اخراج الناظر غير المستحق واقامة غيره من المستحقين متى كان فيهم من يصلح للنظر .

(٣) حمى الموقوف عليهم من شروط الواقفين الاستبدادية ، فأبطل كل شرط ينافى مقاصد الشريعة أو لايترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين ، ولم يجعل لغير الواقف الحق فى الشروط العشرة .

(٤) عنى بمنع النظار والمستحقين من العبث بارادة الواقفين ، فأبطل اقرار المستحق بالنسب على غيره حتى لايتعدى الى الموقوف عليهم متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الاقرار ، كما أبطل اقرار المستحق باستحقاقه أو شىء منه لغيره ، واقرار الناظر بالنظر لغيره .

(٥) وضع أحكاما وافية لتوثيق الوقف وآثاره ، ومنع وقف المشاع فيما لايقبل القسمة الا فى حالات استثنائية ، كما منع تعدد النظار الا فى

الأحوال التى تحتمها المصلحة .

(٦) نظم أحكام الاستبدال وطرق استثمار أموال البدل استثمارا نافعا . وفى كتابنا « الوقف فى نظامه الجديد » تفصيل وشرح واف لهذه الأحكام .

والقانون يعد تطورا هاما فى التشريع للمحاكم الشرعية ، حيث أنه يسر التلفيق على مدى واسع بحسب مايراه ولى الأمر ، بل تخطى الى أكثر من ذلك ، فاشترط شروطا جديدة لتكوين الوقف لم يتعرض فقيه من فقهاء المسلمين لها وانما استنبطها مشرعوه من كتاب الله .

لم يكد القانون يستقر بين الناس ، حتى قامت ثورة الجيش المباركة فى ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ فأحدثت فى الأمة المصرية انقلابا عاما فى الفكرة الاجتماعية وفى الملكية وغيرها ، وهوجمت نظم عديدة فى طليعتها نظام الملكية ، ونظام الوقف الأهلى الذى رأى القائمون بالثورة أنه نظام يحبس المال حبسا مستمرا ، يقضى على الحياة الاقتصادية ، وكثيرا ما يتخذ وسيلة لحرمان بعض الورثة ، كما أن فيه حجرا على المستحقين يضر بهم ، وبخاصة اذا نزلت بهم ضرورات يحتاجون فى دفعها الى المال ، ــ لهذا صدر القانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢ باعتبار الوقف الأهلى منتهيا ، واعتبار كل مستحق مالكا لما يستحقه ــ هذا ونحن لانستبعد أن يبعث الوقف الأهلى بعد أن تستقر الأمور من جديد ولكن فى شكل يختلف قليلا أو كثيرا عما كان عليه .

أما ثالث الثمرات فقانون الوصية الذى صدر سنة ١٩٤٦ وهو يشبه الميراث فى اتساع أغراضه ، والوقف فى تجديده ، فلم يلتزم واضعوه مذهبا معينا ، بل انهم وضعوا أنفسهم موضع المجتهدين ، فلجئوا الى القرآن والسنة يستنبطون منهما مايرونه أوفق بحال الدولة وأقرب الى تحقيق العدالة ، وفى أحكام هذا القانون مايدل على اتساع الخطوة التى خطاها التشريع الفقهى فى العصر الحديث ، فمن ذلك :

(١) جواز الوصية لوارث كما تجوز لاجنبى فى حدود الثلث ، دون توقف على أجازة الورثة مع أن المذاهب الأربعة وغيرها من المذاهب الاسلامية الأخرى لاترى جواز الوصية لوارث الا اذا أجازها باقى الورثة

(٢) ومنها الوصية الواجبة وهو حكم جاء به القانون ولم يسبق اليه ، فقد أوجب على الشخص أن يوصى لفرع من يموت من أولاده فى حياته بمثل نصيب أبيه أو أمه لو كان حيا وقت وفاته ، بقيود بينتها المواد ٧٦ و٧٧و٨٨ من القانون • وقد شرحنا هذين الموضوعين شرحا تفصيليا فى كلامنا على الوصية ، وتعرضنا لهما بالنقد فليرجع اليهما •

(ب) التطور التشريعى فى السودان

أو الحركات التقدمية لقوانين المحاكم الشرعية فى السودان

كان لاكثر الاصلاحات التى تمت فى مصر صدى كبير فى السودان ، فبعضها أخذ بأكمله دون تغيير ، وبعضها أخذ بتغيير طفيف ، وهناك اصلاحات أوحت بها البيئة المحلية لم تؤخذ عن مصر ، كما أن هناك اصلاحات أخذت بها مصر ولم يأخذ بها السودان •

والطريقة المتبعة لاجراء التعديلات فى السودان تنحصر فى اصدار منشور بموجب المادة ٨ من قانون المحاكم الشرعية الصادر فى سنة ١٩٠٢ ، والتى تنص على أن لقاضى القضاة أن يصدر من وقت لآخر بموافقة الحاكم العام تعليمات تتناسب مع هذا القانون لتنسيق قرارات ونظام وتشكيل وسلطة وعمل المحاكم الشرعية ، وأيضا بموجب المادة ٥٣ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية سنة ١٩١٥ التى تنص على أنه يجب أن يقضى فى المحاكم الشرعية بأرجح الاقوال فى المذهب الحنفى ، الا فى الأحوال التى يأمر فيها قاضى القضاة بخلاف ذلك ، بموجب منشور أو مذكرة قضائية ، وعندئذ يجب أن يقضى بموجب تلك الأقوال الأخرى من المذهب الحنفى أو أقوال غيرهم من الفقهاء » •

وكان اصدار المنشور أو المذكرة من قاضى القضاة بعد موافقة الحاكم العام يعتبر قانونا واجب التنفيذ ، فلم يكن القانون فى السودان يأخذ الاجراءات التى كانت تتبع فى مصر ، من تكوين لجان لسن القوانين ونشر أبحاثها على الأمة ، ثم تحويلها على المجالس النيابية ومناقشتها بعد درسها فى مجلس الوزراء ، وهذا الاختلاف فى الاجراءات يفسر لنا ما يبدو لأول وهلة من أن بعض ما أدخل من اصلاح فى السودان سن قبل اصداره فى مصر فالحقيقة هى أن تلك التعديلات أثيرت أولا فى مصر ، ونوقشت قبل اصدارها فى السودان ولكن العمل بها فى السودان سبق العمل بها فى مصر نظرا لطول الاجراءات هناك بخلافها فى السودان .

فمما سبق السودان فيه مصر ما ورد فى المنشور رقم ١٧ الذى يغلب على الظن أنه صدر فى سنة ١٩١٦ ويتضمن هذا المنشور :

(١) اعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق لعدم الانفاق ، وبيان الأحكام التى تتعلق بذلك .

(٢) المفقود ومتى يحكم بفقده بالنسبة للزوجية .

(٣) اعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق لخوف الفتنة اذا غاب عنها زوجها ، والأحكام التى تتعلق بذلك .

(٤) اعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق لسوء العشرة ، وبعث الحكمين وبيان مالهما من سلطة .

هذه هى مواد المنشور ١٧ التى يعتبر السودان سابقا لمصر فى العمل بالأحكام التى تضمنتها ، فان مصر أخذت ببعضها فى سنة ١٩٢٠ وببعضها فى سنة ١٩٢٩ ، ويلاحظ أن كل هذه الأحكام أخذت من المذهب المالكى ، مما أدى الى قبول الرأى العام بها فى السودان لأن المذهب المالكى هو مذهب السودانيين ــ وقد فصلنا ما تضمنه المنشور ١٧ فى أصل الكتاب ، وقارنا بينه وبين ما يقابله من القوانين المصرية .

وقد سبق السودان مصر أيضا فى الأخذ باصلاحات أخرى ، بعضها خاص بالميراث وبعضها متعلق بموضوعات أخرى ، يظهر فيها الابتكار والتجديد ، فأما مايتعلق بالميراث فثلاثة موضوعات : ـ

(١) نص المنشور الشرعى رقم ٢٦ الصادر فى فبراير سنة ١٩٢٥ على وجوب الرد على من يكون موجودا من أحد الزوجين اذا لم يكن هناك مستحق من الوارثين سواه .

(٢) تشريك الأخوة والأخوات الأشقاء مع أولاد الأم فى نصيبهم فى الحالات التى لايبقى فيها للاشقاء شىء من التركة .

(٣) تشريك الأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب مع الجد ، بعد أن كانوا يحجبون بالجد .

وهذه التعديلات لم يعمل بها فى مصر ، الا بعد صدور قانون الميراث سنة ١٩٤٣ وقد سبق الكلام عنها عند الكلام على التعديلات التى أدخلها قانون الميراث فى مصر .

هذه المسائل الثلاثة هى كل ماحدث من تعديل فى نظام التوريث فى محاكم السودان الشرعية ، ولا يزال العمل جاريا فى بقية الأحكام على المذهب الحنفى ولم يفكر ولاة الأمور فى السودان أن يقتبسوا من قانون الميراث الجديد الذى صدر فى مصر سنة ١٩٤٣ ماتضمنه من تعديلات فى مذهب الحنفية ، وقد رفعت ببعض هذه التعديلات مذكرة الى المصلحة القضائية منذ زمن ، ولكن القائمين عليها فى ذلك الحين لم يروا الظرف داعيا الى اقتباس شىء منها ، ولعل المصلحة القضائية فى عهدها الحاضر تعيد النظر فى هذه الاصلاحات لتقتبس منها ماتراه أقرب الى تحقيق الصالح العام .

ومما سبق به السودان مصر ، ماتضمنه المنشور رقم ٥٣ الصادر فى ٣/١٠/١٩٤٥ من (١) جواز الوصية لوارث فى حدود الثلث دون توقف على اجارة الورثة ، ومن (٢) صحة الوصية بقسمة أعيان التركة ، على ورثة

الموصى بحيث يعين لكل وارث قدر نصيبه ، فان زادت قيمة ماعين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

ومما سبق فيه السودان مصر أيضا ، ما تضمنته المادة الخامسة والسادسة من المنشور رقم ٢٨ سنة ١٩٢٧ ، فقد نصت المادة الخامسة على أن المعتدة من طلاق لاتسمع دعواها النفقة لأكثر من سنة واحدة من تاريخ الطلاق ان كانت غير مرضع ، فان كانت مرضعا وادعت انقطاع حيضها للرضاع فلا تسمع دعواها النفقة لأكثر من ثلاثة أشهر بعد انقطاع مدة الرضاع ، ونصت المادة السادسة على أنه لايجوز تنفيذ أحكام بنفقة عدة عن مدة تزيد على سنة ، من تاريخ الطلاق بالنسبة لغير المرضع ، وعلى سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الوضع بالنسبة للمرضع ـ هاتان المادتان تقابلان فى القانون المصرى المادة ١٧و١٨ من قانون سنة ١٩٢٩ مع اختلاف فى التفصيلات تعرضنا له فى كتابنا وبينا وجهة نظرنا فيه .

هذا هو اجمال ما سبق السودان فيه مصر ، وسنعرض لك فيما يأتى الأحكام التى أخذ السودان فيها بما صدر فى مصر .

(ا) المنشور رقم ٢٨ سنة ١٩٢٧ اتبع القانون المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٠ فيما يلى : ـ

(١) اعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق لعيب فى زوجها .

(٢) اعتبار نفقة الزوجة دينا فى ذمة الزوج يمكن المطالبة بها ولو لم يكن محكوما بها أو متراضى عليها ، فى قليل من الاختلاف فى التفصيلات تعرضنا له فى مكانه من الكتاب .

(ب) المنشور رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ يتجلى فيه الاقتباس بأوضح معانيه من القانون المصرى سنة ١٩٢٩ .

(١) فالمواد ١و٢و٣و٤و٥ من هذا المنشور أخذت بنصها وأرقامها من القانون المصرى ، وهى المواد التى عالجت طلاق السكران والمكره والطلاق

المقترن بعدد والطلاق المعلق ، والطلاق البائن والرجعى وكنايات الطلاق .

(٢) والمادة ٦ من المنشور هى نفس المادة ١٦ من القانون المصرى التى اعتبرت فى تقدير النفقة حال الزوج فقط .

(٣) والمواد ٧و٨و٩ من المنشور تطابق المواد ١٥و١٧و٢٣ من القانون المصرى ، وهى المواد الخاصة بمنع سماع دعوى الارث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق عند الانكار ، وبمنع سماع دعوى النسب عند الانكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، أو لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، أو ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به بعد أكثر من سنة من وقت الطلاق والوفاة .

(٤) المادة ١٠ من المنشور هى نفس المادة ١٩ من القانون وكلاهما يلقى تبعة الاثبات على الزوجة فى حال النزاع فى مقدار المهر الخ .

(٥) والمنشور ٣٤ الصادر فى ١٢/١١/١٩٣٣ يتفق مع قانون سنة ١٩٢٩ (مادة ٢٠) الخاص بمد سن الحضانة فى أصل الفكرة ، ولكنه يختلف عنه اختلافا كبيرا فى التفصيلات حيث أن المنشور يجعل للقاضى الحق فى أن يأذن بالحضانة للصغير الى البلوغ ، وللصغيرة الى الدخول اذا رأى مصلحة فى ذلك ، على ألا تطالب الحاضنة بأجر عن الحضانة فى هذه المدة ، بينما يجعل القانون المصرى للقاضى الحق أن يأذن بمد سن الحضانة الى تسع سنين للصغير ، والى احدى عشرة سنة للصغيرة ولا يحرم الحاضنة من الأجر .

ومن التعديلات التى أخذت بها المحاكم الشرعية السودانية ولم تأخذ بها مصر :

(ا) ما تضمنته المادة السابعة من المنشور ٢٨ الصادر فى ١٦/٢/١٩٢٧ التى تنص على أن الطلاق على مال ، أو على الابراء من مال لا يسقط الا مانص صراحة على أنه عوض عن الطلاق ، بعد أن كان العمل جاريا على أن الخلع والمبارأة تسقط بهما الحقوق الثابتة وقت الخلع لأحد الزوجين

على الآخر بسبب هذه الزوجية التى يتخالعان فيها ، وهذا هو ما يجرى عليه العمل الآن بمصر الا فى النفقة المتجمدة ، فان القانون جعلها دينا لايسقط الا بالأداء أو الابراء .

(ب) وماتضمنه المنشور ٣٥ الصادر فى ١٩٣٣/٣/٢٢ المتعلق بالولاية على الزواج ، وهذا المنشور يقع فى ثمان وعشرين مادة ، فصلت فيها أحكام الولاية فى الزواج ، وجميع هذه الأحكام من المذهب المالكى ، وقد بيناها فى أصل الكتاب ووازنا بينها وبين أحكام الولاية فى المذهب الحنفى الذى يجرى عليه العمل فى مصر .

يتبين لنا مما تقدم أن معظم الاصلاحات التى جاء بها القانونان المصريان فى سنة ١٩٢٠ وسنة ١٩٢٩ قد عمل بها فى السودان ، بعضها قبل صدور القانون ، وبعضها بعد صدوره ، ولكنا نلاحظ أن حركة التجديد فى السودان لم تساير الحركة الاصلاحية فى مصر فى كل خطواتها ، فلم نر فى السودان صدى للقانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ الذى يمنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية ، اذا لم يبلغ الزوجان سنا معلومة ١٦ للزوجة و١٨ للزوج ، والذى يمنع المأذون من مباشرة عقد زواج لم يصل فيه الزوجان السن المحددة .

وكذلك لم يساير السودان مصر فيما تضمنه قانون سنة ١٩٣١ الذى يمنع سماع دعوى الزوجية عند الانكار ، اذا لم تكن ثابتة بورقة رسمية صادرة أمام موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها ـ ولعل السر فى عدم الأخذ بهذين القانونين هو أن الحياة فى معظم أنحاء السودان ، لاتزال على فطرتها الأولى لم تتعقد مثل تعقدها فى مصر ، فهى لاتتطلب استعدادا وخبرة يحول صغر السن دونها ، كما أن ضروب التحايل والادعاءات الكاذبة لم تنتشر فى السودان انتشارها فى مصر .

ولم يأخذ السودان أيضا بشىء من قانون الوقف الجديد الذى صدر في مصر سنة ١٩٤٦ ، والسبب فى ذلك قلة الأوقاف بالسودان ، ونحن نرى

أنه من الممكن أن ينتفع السودان بالنسبة لما عنده من أوقاف مع قلتها ، ببعض أحكام القانون المصرى مثل جواز قسمة الوقف بين المستحقين قسمة افراز واختصاص ، ومثل الاحكام الواردة فى استثمار أموال البدل ، ومحاسبة النظار واخضاع شروط الواقفين الى المصلحة العامة .

أما فى الميراث فان السودان لم يأخذ بكثير من التعديلات التى أدخلها قانون الميراث الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٣ كما يتضح لك مما ذكرناه سابقا ، ونحن نرى أن يأخذ السودان بجميع التعديلات التى وردت فى ذلك القانون لما فيها من المصلحة ، كما نرى أن يؤخذ بالوصية الواجبة مع تجنب الأخطاء التى وقع فيها المشرع المصرى فى هذا القانون .

هذا العرض الموجز للاصلاحات التى أدخلت على قانون المحاكم الشرعية فى مصر والسودان تدل على مرونة الفقه الاسلامى ومعاونته رجال الاصلاح الاجتماعى ، ومدهم بما يطلبون من نظم وأحكام تلائم العصر ، وتساير تطوره وتفى بحاجاته ، وهذا دليل عملى على ما تحتويه بطون الكتب الفقهية من كنوز ونفائس ، وتراث هو خير ما ورثه خلف عن سلف بذل كل ما يستطيعه فى التخريج والاستنباط ، وفعل كل ما فى مقدوره نحو شريعته العادلة الكفيلة بمصالح البشر .

وواجبنا نحن أن نكشف عن هذه الكنوز ، وأن نخرجها للناس نقية صافية ، وذلك بأن يتضافر أعلام الفقهاء ويتعاونوا على هذه المهمة ، فتتكون لجان من مختلفى المذاهب ، تقوم باختيار الآراء التى تساير تطور الزمن ، ويطلعوا على الناس بما تخيروه من هذه الآراء ، وبما استنبطوه هم أنفسهم من كتاب الله وسنة رسوله ، فى العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والعقوبات وعلاقة الأمم الاسلامية بغيرها من الأمم .

وبهذا المجهود العلمى يقف الناس على تراثهم التشريعى العظيم ، ويعرف أولو الأمر أن الالتجاء الى قوانين الغرب فى المعاملات وغيرها لامبرر له ، ما داموا يجدون فى فقههم ما يتطلعون اليه من نظم وأحكام ، والحقيقة

التى تواجه كل باحث فى الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية هى أنه ما من فكرة فى القانون الوضعى الا كانت صدى لما حوته بطون الكتب الفقهية الاسلامية ، اللهم الا القليل الذى خرجوا به عن نصوص القرآن والسنة ، كبعض المسائل المتعلقة بالعقوبات ، ولو أن الفقه الاسلامى ظل معمولا به كما كان لاطرد نموه وظلت حياته قوية متصلة الحلقات ، ولكن انصراف القائمين بأمر المسلمين فى أكثر الأقطار الاسلامية عن العمل بفقههم الجنائى والمدنى وقف به عن نموه ، وجعل الناس يستوحشون من أفكاره وآرائه وان لم يحيطوا بها خبرا ، ولو هدى الله المسلمين الى العمل بأحكام فقههم كما كان سلفهم لعادت له حياته قوية عظيمة ، ولشعر المسلمون بالعزة والكرامة التى كان يشعر بها المسلمون السابقون ، حين كانت تحكمهم شريعتهم وتسودهم قوانينهم ، فى أزهى عصور قوتهم وسلطانهم ، ولانفتحت أمامهم أبواب الابتكار والتجديد فى التشريع والتقنين .

الزواج

لعل عقد الزواج أهم العقود التى يجريها الانسان فى هذه الحياة ، وأعزها شأنا ، وأعلاها قدرا ، وأرفعها مكانة ، لأنه يتعلق بذات الانسان ، وعليه تتوقف سعادته أو شقاؤه ، وهو عقد شركة أبدية تتكون به الأسرة التى هى الخلية الأولى للمجتمع البشرى ، وكلما كانت الأسرة سليمة قوية الدعائم ، كان المجتمع قويا لأن الأسرة وحدة البناء فيه .

والدليل على ما لهذا العقد من خطورة الشأن ، أن المشرع الحكيم تولى رعايته — على غير المعروف عنه فى باقى العقود الأخرى — منذ التفكير فيه الى اتمامه ، ثم حاطه بعنايته منذ قيامه حتى ينتهى اما بالموت أو بغيره ، ولم يتركه للعباد يقيمون قواعده وأصوله ، ويضعون نظمه وأحكامه بل تولاها سبحانه من فضله ، فوضع أصوله وقواعده ، ونظم أحكامه وشرائعه ، ليكتسب بهذه الرعاية قدسية وحماية ، ويشعر الزوجان أنهما

يرتبطان برباط مقدس يظله الدين فى كل خطوة من خطواته ، فيقيمان أحكامه عن رضاء واختيار واطمئنان نفس وارتياح بال . وأمارة هذه الرعاية السامية من الحق سبحانه وتعالى أنه :

(١) امتن على عباده بخلق الزوجات من جنس الأزواج ليسكن الزوج اليها ، ولتقوم بينهما المودة والرحمة فقال : « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء » « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » « فاطر السموات والأرض جعل لكم من أنفسكم أزواجا ومن الأنعام أزواجا » .

فهو بهذه الآيات الكريمة يبين الصلة التى تربط بين الزوجين ، ويشرح مدى قوتها بأن المرأة جزء من الانسان وقطعة منه ، لديها يجد راحته الحقة وسعادته بما توفر له من ضروب الهناءة والانس ، ولذلك قال « ليسكن اليها » وقال فى آية أخرى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » .

(٢) انه طالب الزوج عند اختيار زوجته أن يحسن الاختيار ، فمن ذلك ما روته عائشة ان رسول الله (ص) قال « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء «(١)» » . وما روى عن أنس رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال تزوجوا فى الحجر الصالح ، فان العرق دساس «(٢)» وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك «(٣)» » وعن أنس رضى الله عنه أنه سمع رسول الله يقول من أراد أن يلقى ربه طاهرا مطهرا فلينكح الحرائر «(٤)» وقوله (ص) « تزوجوا الولود الودود فانى مكاثر بكم الأمم «(٥)» » كما أنه عليه السلام حث مريدى التزوج على أن ينظر من يريد التزوج بها ويكرر

---

(١) فتح البارى حـ ٩ ص٩٨ (٢) الاحياء للغزالى حـ ٢ ص ٢٨ (٣) الترغيب والترهيب حـ ٣ ص ٧ (٤) الترغيب والترهيب حـ ٣ ص ٥ (٥) الترغيب والترهيب حـ ٣ ص ٧ .

النظر اليها . فعن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أنه خطب امرأة فقال له النبى : انظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما .

(٣) انه سبحانه حدد للرجال من يحل التزوج بهن ومن لايحل التزوج بهن ، فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف ، انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ، حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وان تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف ، ان الله كان غفورا رحيما ، والمحصنات من النساء» ففى هذه الآيات الكريمة بين لنا سبحانه أنواع المحرمات فى النكاح ، لعلة ثابتة تنافى ما فى النكاح من الحكمة فى صلة البشر بعضهم ببعض ، أو لعلة عارضة كذلك .

(٤) انه سبحانه فرض فى هذا العقد مهرا يدفعه الزوج الى وزجته فى قوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » فهذا العطاء من الرجل آية من آيات المحبة وصلة القربى وتوثيق عرا المودة والرحمة ، وأنه واجب حتم لاتخيير فيه كما يتخير المشترى والمستأجر .

كما حرم على الرجل أن يأخذ شيئا من هذا المهر عند انفصام عروة الزوجية فى قوله : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض ، وأخذن منكم ميثاقا غليظا !! » .

(٥) انه حدد عدد من يصح التزوج بهن ، ووضع قيودا للتعدد تتحقق المصلحة فى هذا التعدد بمراعاتها ، فقال : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع . فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، أو ماملكت أيمانكم

ذلك أدنى ألا تعولوا » وبهذا التحديد قضى على الظلم الذى كان فاشيا فى ذلك الحين من التزوج بأى عدد يشاؤه المتزوج .

(٦) انه سبحانه أظل هذا العقد برعايته ابان وجوده ، فطالب كلا من الزوجين بحسن العشرة ، فقال « وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » . فقد أمر الله تعالى الأزواج بأن يحسنوا معاشرة النساء وأن يصبروا عليهن اذا شعروا من أنفسهم ببغضهن رجاء أن يكون فيهن خير .

كما أنه سبحانه عالج مايحدث من خلاف بين الزوجين بضروب من أنواع العلاج حتى تستقيم الحياة الزوجية على صراط مستقيم ، فقال : « واللائى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا ، وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا . » .

(٧) انه سبحانه شرع وسيلة للخلاص من هذه الشركة الزوجية اذا استحال التوفيق بين الزوجين وأصبحت الحياة الزوجية جحيما لايطاق وجرحا لايندمل الا بالفراق ، والشريعة الصالحة العادلة ، لابد أن تجعل للناس مخرجا من كل ضيق ، وتيسر لهم أسباب الخلاص من العناء ، اذ لو ألزمتهما بالبقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما ، وكاد كل منهما للآخر ، فقال : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون » .

وقد حدد سبحانه أيضا فى هذه الآيات مايملكه الزوج من الطلقات رفعا للظلم الذى كانت تعانيه المرأة فى عصور الجاهلية ، اذ كان للرجل الحق فى

أن يملك على زوجته عددا من الطلقات غير محصور ، وفى ذلك مافيه من الايذاء لها والاضرار بحياتها .

(٨) انه سبحانه نظم الآثار المترتبة على الانفصال بين الزوجين . من :

(ا) فرض مدة تتربصها المرأة بعد الانفصال لحكم سامية عالية . « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ، « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » ، « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » .

(ب) ومن استحقاق الميراث اذا انتهت الحياة الزوجية بالموت . « ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن ، من بعد وصية يوصين بها أودين ، ولهن الربع مما تركتم ، ان لم يكن لكم ولد ، فان كان ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » .

وذلك ليشعر الزوجين بأن الصلة بينهما صلة قوية حيوية اجتماعية ، تمتد الى ما بعد الموت فانهما كانا يعيشان مجتمعين كل منهما متمم لوجود الآخر حتى كأنه نصف ماهيته .

من هذا البيان الموجز الذى قدمنا ، تدرك مقدار عناية الشارع الاسلامى بهذا العقد ، واهتمامه بشأنه ورعايته له فى جميع أطواره ، وتفهم منها ان الحياة الزوجية المبنية على تلك الأسس الصحيحة ، هى الحياة الكاملة التى تليق بالانسان الكامل فى أرقى أطواره وأحواله ، وأن النوع الانسانى لايمكن أن يبقى كاملا الا اذا قامت جماعاته على هذا الاساس الصحيح ، أما الاباحة المطلقة فانها تؤدى الى الانحلال والتحلل من قيود الفضيلة اذ يكون هم المرء هو قضاء شهوته ، واشباع رغبته ، وقد يتزاحم عدد من الرجال على امرأة واحدة ، فيؤدى هذا التزاحم الى اثارة الضغن بين أفراد المجتمع ، وشيوع العداوة والبغضاء ، والتقاتل بينهم . وبالاباحة

لايكون للاولاد آباء معروفون يعنون بتربيتهم ، ويهتمون بشئونهم ، فاذا قامت الدولة بتربيتهم ـ كما يقال ترتب على ذلك :

(١) أن يفقد الشخص عاطفة الأبوة وحنان الأمومة . وبحرمانه من ذلك ينشأ فظا غليظ القلب وتحرم الجماعة الانسانية أهم عنصر من عناصر سعادتها ، ألا وهو عاطفة الرحمة والشفقة .

(٢) أن يفقد استقلاله الشخصى ، لأنه مطبوع بطابع واحد ، واذا فقد استقلاله الشخصى فقد تفكيره الحر ، فلا يكون مواطنا صالحا .

(٣) أن انقطاعه من أسرته يجعله لايبالى بما يرتكب من جرائم . لأنه لايخشى عارا ولا يخاف لوما ، ولكن انتساب المرء الى أسرة معينة يجعله دائما يحرص على سمعتها وكرامتها ان كانت ذات سمعة وكرامة ، وكم من الناس حال انتماؤهم الى أسر معينة دون الوقوع فى الجرائم وارتكاب الرذائل .

(٤) يفقد تنافس الأسر فى تربية أولادها ، الذى يعد من أكبر العوامل فى ترقية الشعوب والجماعات لان كل والد يريد لولده الرقى والتقدم فى الحياة ويعنى بذلك عناية كبيرة كما يعنى بملكه الخاص .

وفى الحق أن الزواج مظهر من مظاهر الرقى الانسانى ، وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها . وهو تكليفات اجتماعية . فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية ونزل الى أرقى دركات الحيوان .

تعريف النكاح أو الزواج

من عادة المؤلفين حين يشرعون فى معالجة موضوع من الموضوعات ، أن يكشفوا بصورة اجمالية عن هـذا الموضوع ، وذلك بتعريفـه الذى يقصد منها دائما شرح حقيقة المعرف وتوضيحه ، اما بذكر ذاتياته ، أو بذكر خصائصه ومميزاته وأحكامه ، فحين يعرفون النكاح مثلا أو المهر أو النفقة أو الطلاق أو الخلع أو الايلاء أو الرضاعة أو الحضـانة ، انما يوضحون كلا بذكر آثاره وأحكامه ومميزاته من غيره • وعلى هـذا المنهج الـذى ساروا عليه نسير ان شاء الله ، فنقول : النكاح أو الزواج يختلف مدلولهما لغة ويتحد معناهما شرعا •

فالنكاح لغة : قيل «[1]» أنه الوطء ، وقيل أنه العقد ، وقيل أنه الضم،وقد ورد استعمال هذه الكلمة فى كل من هذه المعانى ، فمن استعمالها فى الوطء قوله عليه السلام « ولدت من نكاح لا من سفاح أى من وطء حلال لا من وطء حرام » • وقوله «يحل للرجل من امرأته الحائض كل شىء الا النكاح» ومن استعمالها فى العقد قول الأعشى :

ولا تقـربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا

أى فتزوج ان كان الزنا عليك حراما ، أو تأبد أى توحش أى كن منها كالوحش بالنسبة للآدميـات ، أى لايكن منك قربان لهن كمـا لايقربهن وحش •

ومن استعمالها فى الضم الذى هو المعنى الأعم قول الشاعر :

ضممت الى صدرى معطر صـدرها كما نكحت «[2]» أم الغلام صبيها

(١) مقتبس من كتـاب فتح القدير للـكمال ابن الهمام كمـال الدين محمد ابن عبد الواحد السيواسى المتوفى سنة ٨٦١

(٢) أى ضمته

ولما ورد استعمال الكلمة على هذا النحو ، قيل انه مشترك لفظى ، فهو حقيقة فى كلا المعنيين يتعين أحدهما من سياق الكلام . وقال آخرون : كونه مجازا فى أحدهما حقيقة فى الآخر حيث أمكن أولى من كونه مشتركا لفظيا ، وهؤلاء اختلفوا فيما بينهم فذهب فريق وهم الشافعية ، الى أن المعنى الذى يتبادر عند اطلاق لفظ النكاح هو العقد دون الوطء ، ويحيل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ، فيكون حقيقة فى العقد مجازا فى الوطء عندهم ، وذهب فريق آخر وهم الحنفية ، الى أن المعنى الذى يتبادر عند اطلاق لفظ النكاح هو الوطء دون العقد ، فهو اذن حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد ، يحمل ماورد فى القرآن منه على هذا المعنى . ويردون على الشافعية ، بأن معنى العقد المتبادر من اطلاق كلمة النكاح انما هو فى المفهوم الشرعى الفقهى . وقد ترتب على اختلافهم فى المعنى الحقيقى لكلمة النكاح ، اختلافهم فى بعض الأحكام . فالحنفية لما كانوا يرون أن هذه اللفظة اذا أطلقت مجردة عن القرائن كان المراد منها الوطء ، فسروها فى قوله تعالى « ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء » بالوطء ، ورتبوا على ذلك حرمة من زنى بها الأب على أولاده . والشافعية لم يفسروها بهذا التفسير ، ولذلك لم يرتبوا على الزنا أية حرمة كما سيأتى بيانه ، كما فسرها الحنفية فى قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » بالعقد لوجود الصارف عن ارادة معناها الحقيقى ، وهو اسناد النكاح اليها والمقصود منها العقد لا الوطء . أما اشتراط دخول الزوج الثانى بها فمفهوم من الحديث حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها » «[1]» .

على انى أرى انه لايسلم للحنفية تفسيرهم لكلمة النكاح فى الآية الأولى ، اذ لا يستقيم تفسيرها به فى صدر الآية نفسها . فهم يحملون تنكحوا الأولى على تعقدوا ، ويحملون نكح على وطىء ، وهو اضطراب لا مبرر له فى فهم معنى الكلمات . والذى أراه ليستقيم رأى الحنفية أن

---

(١) مقتبس من شرح الدر وحاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٠١ وفتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٠

تكون كلمة النكاح بمعنى الضم فتكون اذن من قبيل المشترك المعنوى ، الذى من أفراده العقد والضم ، فيكون اطلاقه على كل معنى منهما حقيقة .

***

أما الزواج لغة ، فهو اقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما ، أى صيرورتهما زوجا بعد أن كان كل منهما فردا ومنه قوله تعالم : « احشروا الذين ظلموا وأزواجهم » . أى احشروهم وقرناءهم الذين كانوا يزينون لهم الظلم .

ومعناهما شرعا : عقد وضعه الشارع ليفيد اختصاص رجل بامرأة محققة انوثتها ، لم يمنع من العقد عليها مانع شرعى ، ويحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . وبهذا التعريف يخرج عقد رجل على رجل أو على خنثى مشكل لم تعرف حاله ، فان العقد عليهما لا يفيد ملك الاستمتاع ، لعدم محلية المعقود عليه لاجراء العقد ، أما عقد الخنثى على الخنثى فقد نصوا كما جاء فى الزيلعى ونقله عنه ابن عابدين ص٤٠٨ حـ٢ على أنه لا يحكم بصحة هذا العقد حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى ، كما يخرج بالقيد الأخير كل المحرمات سواء أكان التحريم بسبب النسب أم الرضاع أم المصاهرة أم غير ذلك من أسباب التحريم الأخرى التى تذكر فيما بعد ، ككون المرأة مشركة أو زوجة الغير الخ .

وللمؤلفين القدامى والمحدثين تعريفات لهذا العقد تكاد تلتقى كلها فى معنى واحد ، هو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . ويزيد بعض المحدثين فى التعريف الغرض الأسمى من شرعية هذا العقد ، فيقول : انه عقد «[٢]» يفيد حل المعاشرة بين الرجل والمرأة ، وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات ، وان هذه الحقوق والواجبات رتبها الشارع على هذا العقد ، فلا تخضع لما يشترطه العاقدان ، ولكل وجهة فيما

(٢) كتاب الزواج للاستاذ أبى زهره .

يرمى اليه فى شرح ماهيـــة هذا العقد وحقيقته ، وكلهـــا تعريفات سليمة مستقيمة لأنها وليدة نظرات مختلفة لهذا العقد .

صفته : «ا» الأصل فى هذا العقد عندنا وعند جمهور الفقهـــاء ، أنه مندوب «[1]» اليه يثاب عليه منى نوى تحصين النفس وتحصيل الولد، أونوى مجرد الاتباع والامتثال ، وذلك عند حالة الاعتدال وهى الحالة التى يكون المرء فيهـــا قادرا على مطالب الزواج الماليـــة بثروة فى يده أو عمل يقـــدر عليه ، معتدل الطبيعة البشرية ، واثقا من معاملة زوجته بالعدل ، وانما كان الزواج ســـنة مؤكدة فى هـــذه الحالة التى هى الحالة الغالبـــة على أكثر الناس : ـــ

(١) انه ثبت فى الصحيحين عن ابن مسعود ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » .

وعن أنس رضى الله عنه أن نفرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال بعضهم : لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلى ولا أنام . وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر ، فبلغ ذلك النبى (ص) ، فقال : ما بال أقوام قالوا : كذا وكذا لكنى أصو موأفطر ، وأصلى وأنام ، وأتزوج النســـاء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى . وبهذا الحديث قد رد على من أراد من أمته التخلى للعبادة ردا بليغا ، بقوله : فمن رغب عن سنتى فليس منى ، وفضله عليه السلام على الاشتغال بنوافل العبادات .

(٢) انه عليه السلام فعله وداوم عليه ، وكذلك داوم عليهأكثر الصحابة رضى الله عنهم ، فلو كان التخلى عنه الى نوافل العبادات أفضل لما تحرى عليه السلام هو وأكثر صحابته المداومة عليه .

هذا وقد ذكر صاحب الفتح أن داودا الظاهرى وأتباعه من أهل الظاهر، يرون أن الزواج فرض عين على القادر على الوطء والانفاق ، تمسكا بقوله

---

(١) المندوب أو المستحب أو السنة ماطلبه الشارع من غير الزام ويلحق المكلف اثم يسير بتركه .

تعالى : فانكحوا ماطاب لكم من النساء الآية ولقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلالى : ألك زوجة ياعكاف ؟ قال : لا . قال ولا جارية ؟ قال : لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله . قال : فأنت اذن من اخوان الشياطين ، اما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم ، واما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وان من سنتنا النكاح . شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم . ويحك ياعكاف تزوج . فقال عكاف : يارسول الله انى لا أتزوج حتى تزوجنى من شئت ، قال : فقال رسول الله فقد زوجتك على اسم الله والبركة ، كريمة بنت كلثوم الحميرى . وقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة »

أما أئمتنا فيرون أنه سنة مؤكدة عند حالة الاعتدال كما ذكرنا وهو الأصح ، وحملوا حديث عكاف على انه ايجاب على معين ، ويجوز أن يكون سبب الوجوب قد تحقق فى حقه . كما حملوا الآية على أنها سيقت لبيان العدد المحلل لا لايجاب النكاح ، وبذا بطل استدلال الظاهرية ، وثبت ما ذهب اليه أئمتنا .

(٢) ويكون «[1]» فرضا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون قادرا على المهر والنفقة ، ولو بالاستدانة اذا كان فى نيته الوفاء . (٢) أن يتيقن من الوقوع فى الزنا ان لم يتزوج . (٣) ألا يخشى من نفسه ظلم المرأة أن تزوج . وانما كان فرضا لأن الزنا حرام قطعا ، ولا يتوصل الى تركه فى هذه الحالة الا بالزواج الذى لاظلم فيه لأحد ، والقاعدة ان ما لايتوصل الى ترك الحرام الا به يكون فرضا .

(٣) ويكون «[2]» واجبا بشروط ثلاثة : (١) قدرته على المهر والنفقة ولو بالاستدانة اذا كان فى نيته الوفاء . (٢) أن يكون بحيث يخاف الوقوع

---

(١) الفرض : ما ألزم به الشارع المكلف وثبت الالزام بدليل قطعى لا شبهة فيه .

(٢) الواجب : ما طلبه الشارع من المكلف وثبت بدليل ظنى فيه شبهة .

فى الزنا لو لم يتزوج . (٢) ألا يخشى من نفسه ظلم الجور فى حق أهله . وألحق ابن عابدين حالة الرجل الذى لايمكنه منع نفسه من النظر المحرم ، أو عن الاستمناء بالكف بهذه الحالة وان لم يخف الوقوع فى الزنا ، فجعل الزواج فى هـــذه الحالة واجبا على المكلف ، والألزام فى هذه الصـــورة أقل مرتبة من الالزام فى الصورة السابقة .

(٤) ويكون حراما ، اذا تيقن عدم القيام بأمور الزوجية ، بأن كان غير قادر على تكاليف الزواج ، أو يقع فى الجور والظلم ان تزوج ، لأن الزواج انما شرع لمصلحة تحصين النفس ، وتحصيل الثواب ، وبالجور والظلم يأثم ويرتكب المحرمات ، ولما كان الزواج طريقـــا للوقوع فى الحرام كان حراما غير أن حرمته لغيره لا لذاته .

بقى ما لو تعارضت الفرضـــية والحرمة ، بأن فرضنا أن هنـــاك رجلا تحقق أنه لو لم يتزوج لزنى ، وتحقق أيضا أنه لو تزوج أســـاء العشرة ، فماذا يصنع مثل هذا الشخص ؟ الجواب عن ذلك أن المحرم لايبيح المحرم فلا يمكن أن يسمح له الشرع بالظلم ، ولا يمكن أن يســـمح له بالزنا ، وانما سن له الرسول طريقـــا لعدم الوقوع فى الزنا وهو محـــاربة النفس وفطامها عن الشهوة بالصيام ان استطاع . والا فليتزوج وليعاشر من يذكره بحقوق الزوجية ، وليسكن بين جيران صالحين ليتعلم منهم ، ويمنعوه عن التعدى بقدر مايمكنهم . وفى بعض كتب الفقه أقوال ينبغى ألا يلتفت اليها لأنهـــا لاتتفق وروح الاســـلام ومنهج الذين الذى جاء لتهـــذيب النفس ومحاربة الرذائل .

(٥) ويكون مكروها ، اذا خاف الوقوع فى الظلم ان تزوج ، والظلم هنا يراد منه عجزه عن الانفاق أو اساءته العشرة ، أو فتور رغبته فى النساء وضعفه عن قربهن ، فاذا خاف الوقوع فى واحدة من ذلك كره له التزوج اما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه حسب مايشعر به فى نفسه .

(٦) ويكون مباحا اذا كان فى حالة الاعتدال ، ونوى به مجرد قضـــاء الشهوة واللذة ، ومبنى العبادة على النية قال صاحب الفتح : (ص ٣٤٣/٢)

وأقول بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع ، فالعدول اليه مع ما يعلم من أنه قد يستلزم اثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب .

الخطبة : كل عقد له أهمية فى حياة الانسان العملية يسبقه دائما أمور تمهد له ، وعقد الزواج من أهم العقود والارتباطات القانونية ، لأنه عقد يرتبط بذات العاقد ، وله أثر بالغ فى حياته الاجتماعية ، كما أشرنا الى ذلك فى مقدمتنا التمهيدية التى صدرنا بها موضوع هذا الكتاب . فلا بد أن تسبقه مباحثات تمهد له حتى يكون كل من طرفيه على بينة من صاحبه الذى سيرتبط معه برباط مفروض فيه أنه أبدى .

والخطبة من مقدمات عقد الزواج ، وهى أول عمل شرعى تتوج به المباحث الأولى التى تسبق هذا العقد ، فهى درجة تتوسط بين التفكير وابرام العقد . (ويراد منها اظهار الرغبة من جانب الرجل أو من يمثله بفتاة معينة خالية من الموانع الشرعية ، واجابة هذه الرغبة من جانب الفتاة . أو بعبارة أخرى هى : تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو من يمثلهما بعقد زواجهما فى المستقبل) .

فمجرد اظهار الرغبة فى التزوج رتبوا عليه حل نظر الخاطب لمن يريد أن يتزوج بها ، كما أحلوا لها أيضا أن تنظر اليه .

والذى يستنتج من أقوال الفقهاء والمأثور عن بعض الصحابة قديما أن النظر الى من يريد خطبتها يحل من الوقت الذى تقوم فيه الرغبة بنفس الرجل لخطبتها وقبل أن يظهر هذه الرغبة ، اذ أنه فى هذه الحالة تظهر حكمة نظره اليها فاذا صادفت من نفسه قبولا خطبها والا أحجم . فالنظر اليها قبل طلبها أولى . (نهاية المحتاج حـ ٥ ص١٤٤ ونيل الأوطار جـ ٢ ص٢٣٩) .

وقد اختلف الفقهاء فيما يباح النظر اليه منها ، فقيل يجوز النظر الى الوجه والكفين فقط ، لأن الوجه جماع محاسن الانسان الخلقية ، وملامحه وأسرته تنم عن جملة الحال النفسية ولأن الكفين امارة خصوبة البدن .

وقيل ينظر الى مواضع اللحم منها ، كالذراعين والساقين ، وقيل غير ذلك .
وأحاديث الرسول الواردة فى هذا الباب لم تقيد النظر بشىء معين ، فعن جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر منها ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » فهذا الحديث وما يشابهه يفيد أن الرجل يجوز له أن ينظر من المرأة مايدعوه الى التزوج بها ، فيشمل النظر الى الوجه واليدين وغيرهما من أجزاء الجسم ، ولذلك قال الامام داود : ان له أن ينظر الى جميع بدنها ، ومما يروى عن جابر رضى الله عنه ، أنه قال : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها ، حتى رأيت منها مادعانى الى التزوج بها فتزوجتها ، (رواه أحمد وغيره) ، وهو بعينه ما يفعله الآن بعض الشبان حين يرغبون فى التزوج من أسر تحول عاداتهم دون رؤية بناتهم فانهم يحتالون لرؤية من يرغبون فى التزوج بها فى متجر أو شارع أو مجمع خاص أو عام .

والحكمة فى جواز النظر الى المخطوبة أشارت اليها بعض الأحاديث ، فقد روى عن المغيره ابن شعبه أنه خطب امرأة فقال له رسول الله (ص) : « أنظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » ، أى أجدر أن تجتمعا على وفاق وخير . (يقال أدم الله بينكم أى وفق فالادمة هى الاتفاق والامتزاج والاختلاط والمعاشرة) فانه اذا رآها وعلم فيها من المحاسن مايرغبه فيها كان ذلك وسيلة الى طول المعاشرة ودوام الصحبة .

وعند ابن ماجه وابن حبان من حديث محمد بن مسلمة ولمسلم عن أبى هريرة ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل تزوج امرأة : (أى أراد التزوج بها) أنظرت اليها ؟ قا لا ، قال اذهب فانظر اليها » .

أما من لم يستطع النظر الى من يريد خطبتها ، لفقدان بصره أو لتقاليد أسرة المخطوبة ، فليفعل كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أراد أن يخطب احدى نسائه ، فانه أرسل امرأة يثق بها لتخبره بأوصافها .

وكما يجوز للرجل أن ينظر الى مخطوبته يجوز لها هى أيضا أن تنظر اليه ، وأن يكرر كل منهما النظر حتى يطمئن كل منهما الى صاحبه .

غير أنه لما كان الوقوف على حال الرجل ميسورا وسهلا ، لأن حياته مبنية على البروز والظهور فيسهل على المرأة وذويها أن يعرفوا من صفاته الخلقية والخلقية ، ومن منهجه فى الحياة مايصلح أساسا لقبوله أو رفضه ، لما كان حال الرجل على هذا النحو لم تتعرض الأحاديث النبوية لنظر المخطوبة الى خاطبها ولم تصرح بهذا الأمر ، وان كان يستفاد منها ضمنا جواز نظرها اليه ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم « يؤدم بينكما » فيه دلالة ضمنا على جواز النظر منها .

أما حياة المرأة فمبنية على الستر والقرار فى البيت ، ثم أن النظر اليها محرم ولذلك وردت الأحاديث بالحث على أن ينظر اليها بنفسه ان استطاع ويكرر النظر مع انها أجنبية .

وخلاصة القول فى هذا الموضوع كما يفهم من الأحاديث الواردة فيه ، وكمايستفاد من الحكمة التى شرع من أجلها النظر الى المخطوبة أوالى الخاطب

(١) أن نظر الرجل الى المرأة التى يفكر فى التزوج بها مشروع قبل خطبتها وبعد خطبتها ، لأن النظر قبل الخطبة يؤدى الى اعلان رغبته فيها ان رأى منها مايرغبه فى التزوج بها والنظر اليها عند الخطبة وبعد الخطبة مشروع أيضا لأنه فى هذه الحالة يؤكد فى نفسه تلك الرغبة التى أعلنها .

(٢) ان الفتاة المخطوبة لاتزال فى عرف الشارع أجنبية من الخاطب . فلا يحل له معاشرتها قبل عقد الزواج ولا الخلوة بها على انفراد لأن الدين نهى عن ذلك ولم يبح الخلوة لغير زوجين أو محرمين فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لايخلون أحدكم بامرأة الا مع ذى رحم » .

وقد يقال أن هناك أمورا لايمكن الوقوف عليها الا من الخلطة والمعاشرة والانفراد بها كتعرف أخلاقها وآدابها وسلوكها ومقدار ثقافتها ومعالجتها للامور التى تمر بها فى الحياة وغير ذلك من الصفات التى ينبغى توافرها فى شريكة حياته .

والجواب عن ذلك أولا : أنه لامانع من الجلوس اليها والتحدث معها عند وجود محرم من محارمها ، وبذلك يستطيع أن يقف على كثير مما يريد الوقوف عليه من الاطمئنان الى حديثها وعذوبته ومقدار عقليتها وثقافتها وخبرتها بالحياة ، وما بقى من الصفات الأخرى يمكنه تعرفه من حال أسرتها ، وما استفاض من الاخبار عنها . فعلماء الاخلاق يعدون الانسان صورة صادقة للمجتمع الذى يعيش فيه غالبا ، اذ لكل أسرة عاداتها وتقاليدها المعروفة عنها ، والناس معادن كمعادن الذهب والفضة ، وعادات الأسرة وتقاليدها تغلب على أفرادها حتى تكون لهم كالجبلة المطبوعين عليها .

ثانيا : ان الخلوة بالمخطوبة والخروج معها الى المتنزهات العامة ودور الخياله وأماكن اللهو ـ كما يعتاد بعض الناس فى هذه الأيام ـ غير مأمون العاقبة ، لما ركب فى طبائعهما من غرائز بشرية ، قد يضعفان عن مقاومتها اذا الحت فى اجابة داعيها ، وقد يسهل عليهما تلبية هذه الغرائز ما يعتزمانه من التزوج ، ثم كيف يكون الحال اذا تغير رأى الخاطب فى المخطوبة وانصرف عنها وقد قضى منها حاجته ؟! .

ثالثا : أن المعاشرة قبل عقد الزواج لاتأتى بالغرض المقصود منها ، لأن كلا منهما يحاول أن يجذب صاحبه بما يتصنعه من كريم الخلق ولطف المعاشرة ، حتى قيل فى الأمثال « كل خاطب كاذب » ولايظهر المرء على حقيقته الا بعد الارتباط التام ، ففى ذلك الحين تكشف الأيام المخبأ من خلال كل منهما ويزول الطلاء الكاذب الذى كان يبدو عليهما ، والتجارب الكثيرة والحوادث المتكررة فى كل يوم تؤيدنا فى صدق دعوانا ، وتنطق بأفصح لسان عن خطورة الانحراف عن منهج الاسلام العادل الذى سنه للراغبين فى الزواج ، وعن النظام الذى وضعه فى فترة الخطوبة ، فقد أجاز لكل منهما أن يرى صاحبه فى غير خلوة ، وأن يتحرى بعضهما عن بعض بكل الوسائل المشروعة ، ولم يطلق لهما الحرية فى الاتصال والخلوة ، وهو مسلك وسط بين المتشددين الذين يبالغون فى الحيلولة بين رؤية الخاطب

ومخطوبتـــه ويكتفون بوصف الواصفات ، وبين المسرفين الذين أطلقوا لأنفسهم العنان فأباحوا للخاطب الاتصال بمخطوبته والخروج معهـــا فى المتنزهات ودور الخياله واللهو وكشفوا له كل مخبأ مستور فكانت النتائج خطيرة اذا لم يقدر لهما أن يتم عقد الزواج بينهما .

من تباح خطبتها : خطبة المرأة قد تكون بلفظ صريح ، كأن يقول لها : أريد أن أتزوجك أو أرغب فى زواجك . وقـــد تكون بطريق التعريض ، كأن يذكر كلاما لايريد معنـــاه الظاهر بل يريد منه معنى آخر يفهم منـــه بالقرائن كأن يقول الخـــاطب « أنت خير زوجة ، أو وددت لو يسرت لى زوجة صالحة مثلك » ، وخطبة المرأة لاتحل الا بشرطين : —

(١) ألا يكون هناك مانع من التزوج بها فى الحال ، فان وجد مانع من الموانع الشرعية بأن كانت محرمة عليه على التأبيد كعمته وخالته وأخته ، أو على التأقيت كأخت زوجته وزوجة غيره ومعتدته ، حرمت خطبتها ، لأن الخطبة وسيلة الى الزواج ، ومتى كان الزواج حراما كان ماهو وســـيلة اليه حراما كذلك . هذا الى ما فى خطبة زوجة الغير من بذر بذور الفساد واثارة الشحناء وافساد الحياة الزوجية القائمة . وما فى خطبة المعتدة من قطع الطريق على الزوج اذا تبين خطؤه فى الطلاق وأراد أن يعيد زوجتـــه اليه ، ومن تحريض المعتدة على الاقرار بانقضاء العدة قبل انقضائها لئـــلا يفوتها الزواج بهذا الخاطب .

وقد استثنى من هذا حال واحدة وهى ما اذا كانت معتدة للوفاة فانه يباح خطبتها تعريضا لاتصريحا ، كأن يقول لها انى معجب بك أو أنت الآن علينا كريمة ، أو سيأتيك من قبلنا خير أو رزق ، ودليل هـــذا الاستثناء قوله تعالى من سورة البقرة (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبـــة النساء أو أكننتم فى أنفسكم) فان المراد بالنساء فى هذه الآية معتـــدات الوفاة لأن الآية التى قبلها فى شأن الذين يتوفون ويذرون أزواجا ، وقـــد نفى الله الجناح والاثم فى التعريض بخطبتهن .

والسر فى اباحة خطبتها تعريضا : (١) لأن الوفاة قطعت رباط الزوجية لا الى رجعة فليس لها زوج يتأذى ويثور لخطبتها . (٢) لانتفاء مايحتمل من الكذب فى العدة . فان عدتها تنتهى بوضع الحمل ان كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام وذلك لايحتمل فيه الكذب ، وحرم التصريح بخطبتها مراعاة لحدادها على زوجها ولما قد يكون لهذا الزوج من أقارب يتأذون باقدام الناس على خطبتها .

أما المعتدة من طلاق ثلاث فلا يحل خطبتها تعريضا لأنها وان وافقت المعتدة من وفاة فى قطع رباط الزوجية لا الى رجعة فانه لايؤمن عليها الخيانة فى عدتها على معنى أن خطبتها تعريضا قد تحملها على الكذب فى انقضاء عدتها اذا كانت بالأقراء . وفى احدى الروايات عن الشافعى أنه تجوز خطبتها تعريضا كالمعتدة من وفاة .

(٢) الشرط الثانى من شروط اباحة الخطبة ألا تكون مخطوبة لغيره . فلا تباح له خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة ، لقوله عليه السلام « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له » . ولقوله أيضا « المؤمن أخو المؤمن فلايحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولايخطب على خطبة أخيه حتى يذر » ، ولما فى خطبة المخطوبة من ايذاء الخاطب الأول، ويشترط لتحريم الخطبة على الخطبة أن تكون المخطوبة قد ركنت الى خاطبها أى قبلته ، وأن يكون ذلك القبول صراحة ولو كانت بكرا ، ولافرق بين أن تكون الخطبة من الرجل والركون من المرأة أو أن المرأة هى التى خطبت الرجل وقبلها . أما اذا رفضت خطبة الخاطب الأول فانها لاتسمى مخطوبة حتى تحرم خطبتها ، ولذلك اتفق الفقهاء على جواز خطبتها اذ لم يثبت للخاطب الأول حق ، ولايحل له أن يغضب من تقدم الخاطب الثانى ولا قيمة لغضبه ان غضب .

وأما اذا لم يوجد صريح الاجابة ولا صريح الرد وهو مايسمى بحالة التردد ، فقد ذكر الفخر الرازى فى تفسيره : أن للشافعى قولين أحدهما أنه يجوز خطبتها ، لان السكوت فى معنى الرفض الضمنى ، ولأنه مع

التردد لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تعتبر خطبة الثانى اعتداء عليه ، والثانى وهو قول مالك والحنفية أنه لايجوز خطبة الثانى لأن السكوت وان لم يدل على الرضا لكنه لايدل على الكراهة ، فربما كانت الرغبة حاصلة من بعض الوجوه ، وتقدم الثانى قد يزيل هذه الرغبة ويقطعها فيكون فى تقدمه اعتداء على حق الأول .

أثر الخطبة المحرمة : اذا خطب خاطب امرأة لاتباح له خطبتها شرعا أثم ديانة ، ولكن لا أثر لهذا الاثم قضاء ، فلو خطب معتدة غيره ثم بعد انقضاء عدتها تزوجها ، أو خطب مخطوبة غيره ثم تزوجها ، صح زواجها فى الحالتين مادام العقد قد استوفى شرائطه الشرعية ، واثمه الذى ارتكبه بخطبته خطبة غير مباحة لا أثر له فى صحة العقد بعد أن صارت غير محرمة عليه . وهذا القول أحد أقوال ثلاثة ، وهو قول جمهور الفقهاء لأن النهى غير منصب على نفس العقد وانما كان متجها الى أمر خارج عن حقيقة العقد ولم يتصل بشروط صحته ولا بأركانه ، نظيره من توضأ بماء مغصوب حيث تصح الصلاة بهذا الوضوء وان كان آثما بالغصب .

والقول الثانى قول داود الظاهرى ، الذى يرى فسخ النكاح الذى يعقده الخاطب الثانى سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وذلك لأن التحريم يرجع الى أن كلا من الخاطب الأول ومخطوبته تعلق حق صاحبه به ، وبذلك صار المحل مشغولا فلا يتسع لغير من خطب أولا . وفى هذا القول نظر لأن عقد الزواج فى هذه الحالة يتضمن حتما عدول أحد الطرفين عن الخطبة الأولى وهو جائز ، فالارتباط الذى كان بين الطرفين قبل هذا التزوج قد انفصل .

والأقوال فى هذا الموضوع مضطربة عند المالكية فان كتبهم لم تستقر على رأى فيه ففى حاشية الدسوقى حـ٢ص٢٥٤ أن الأقوال ثلاثة : وحاصلها الفسخ مطلقا بنى أو لم يبن ، وعدم الفسخ مطلقا ، والفسخ ان لم يبن لا ان بنى ، ثم قال بعد ذلك والمشهور عن مالك وعليه أكثر أصحابه أنه يفسخ نكاحه قبل الدخول استحبابا لأنه تعدى ماندب اليه وبئس ماصنع،

فان دخل بها مضى النكاح ولم يفسخ .

قراءة الفاتحة والهدايا : من مقدمات الزواج التى اعتاد الناس تقديمها عليه ، قراءة الفاتحة للدلالة على التراضى به وحصول الوعد به من الجانبين، وقبول كل منهما هدايا الآخر وقبول الزوجة أو وليها المهر كله أو بعضه .

وهذه المقدمات من الخطبة أو قراءة الفاتحة أو التهادى أو قبول المهر أو بعضه لاتعتبر زواجا شرعيا ، ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية ، فللخاطب أن يعدل عن خطبته ، وللمخطوبة أن تعدل عن قبوله ، ولكل منهما أن ينقض وعده ، وهذا مبنى على أنه مادام لم يوجد العقد فلا الزام ولا التزام .

هذا حكم الفقه ، أما حكم الأخلاق فلا ينبغى للانسان أن يخلف وعده ويرجع عن عزمه فمن فسخ الخطبة لغير ضرورة ملحة فقد ارتكب رذيلة وأجرم خلقيا .

الآثار المترتبة على فسخ الخطبة :

(١) اذا فسخت الخطبة سواء أكان بسبب عدول الخاطب أو المخطوبة أو عدولهما معا ، فان ماقدمه الخاطب من المهر له الحق فى استرداده ، فان كان قائما يجب رده اليه بعينه وان تغير بالاستعمال لأنه مسلط عليه من قبل المالك فلا يلزم فى مقابلة ما انتقص باستعماله شىء ، وان كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله أو قيمته لأنه دفع على أنه مما يجب بالزواج ومادام الزواج لم يتم فلا يستحق شىء من هذا الواجب ، وأما ماقدمه الخاطب من الهدايا فهو هبة ، وحكم الهبة أنه يصح للواهب الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، والهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع فى الهبة . وعلى هذا اذا كان ما أهداه الخاطب لمخطوبته قائما فى يدها لم يطرأ عليه ما يمنع الرجوع فيه كخاتم أو ساعة أو عقد فللخاطب الحق فى استرداده ، واذا كان ما أهداه الخاطب غير قائم بأن هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير يخرجه عن حقيقته كأن كان طعاما فأكل أو خاتما فضاع

أو قماشا فخيط ثوبا ففى كل هذا ليس للخاطب الحق فى استرداد ما أهداه ولا فى استرداد بدله «١» . أما المالكية فالأوجه عندهم أن العدول ان كان من جهة الزوج فليس له أن يسترد شيئا مما أهداه ولا أن يرجع بشىء مما أنفق «٢» ، وان كان من جهة الزوجة فللزوج أن يرجع بما أنفق وأن يسترد الهدية ان كانت قائمة وقيمتها ان هلكت أو استهلكت ما لم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع ، لأن الذى أعطى لاجله لم يتم والمانع من قبلها ، وهو تفصيل حسن جميل .

وهذا ما أخذت به اللجنة التى ألفت فى عهد السلطان حسين لوضع قانون للأحوال الشخصية مستمد من المذاهب الأربعة فان المادة الثانية منه مأخوذة من أرجح الاقوال فى مذهب مالك وهو ماذكر الدردير عنه أنه الأوجه . والرأى الثانى عندهم أنه ليس للزوج الرجوع مطلقا سواء أكان العدول من جهتها أم من جهته

ويلتحق بهذه الأحكام ما اذا أنفق شخص على معتدة الغير ، واشترط أن يتزوجها بعد عدتها ومثلها مخطوبته ، فانه لايرجع عليها بشىء مما أنفقه ان تزوجته ، لأن ذلك كالهبة المشروطة بالعوض وقد تحقق العوض ، وان أبت أن تتزوجه فله الرجوع عليها بما أنفقه ان كان قد دفع لها نقودا تنفق منها على نفسها ، وان أكلت معه فلا رجوع لأنه اباحة لاتمليك (والمسألة خلافية ذكرها ابن عابدين فلتراجع هناك «٣» .

وكأن أئمتنا يفرقون بين الهدايا وبين الانفاق على النحو الذى رأيته ، وفى ذلك نظر لمن يتأمل فى الأساس الذى بنيت عليه هذه الأحكام .

(٢) الأضرار التى تنشأ عن فسخ الخطوبة : قد تقوم المخطوبة بنفقات بسبب الخطبة ، أو يقوم الخاطب نفسه بهذه النفقات لهذا السبب ،

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٦٣
(٢) شرح الدردير حـ ٢ ص ٢٥٧ .
(٣) حـ ٢ ص ٥٦٤ ابن عابدين .

كأن يطلب الخاطب نوعا من الجهاز أو يطلب منها ترك العمل الذى تقوم به كموظفة ، أو تطلب هى اعداد البيت ، ثم يكون العـدول ، فيضيع على الخاطب أو المخطوبة ما أنفقه أو أنفقته بسبب الخطبة أو يضيع عليها عملها مثلا . وقد يحصل أن تكون الخطبة سببا فى ضـياع فرص على الخاطب أو على المخطوبة فما حكم ذلك فى الفقه الاسلامى ؟ .

لم تتعرض كتب الفقه لأمثال هذه الحالات ، ويظهر أن طبيعة الحياة الاجتماعية فى وقتهم لم تكن تسمح باثارة هذه المسائل حتى يتناولها الفقهاء بالبحث واصدار أحكام فيها .

والذى يؤخذ من كتب الفقهاء أنها تعتبر الخطبة وعدا بالزواج والعدة غير ملزمة قضـاء كما هو رأى أغلب الفقهاء ، اذ أن الزام أحـد الطرفين باجراء العقد يتضمن الاكراه وهو مما لايجوز فى الزواج المفروض فيه أنه أبدى ، فيجب أن تكون حرية ابرامه أوسع مجالا مما فى غيره من الارتباطات ، فالعدول حق للخاطب والمخطوبة ولصاحب الحق أن يستعمل حقه ولاضمان عليه فى استعماله ، لأن الشخص الذى أصـابه الضرر من وراء استعمال الطرف الآخر حقه هو المقصر فى شأن نفسه ، وكان عليه ـ وهو يعلم أن الطرف الآخر له حق العدول ـ قبل أن يحمل نفسه ماحمله أن يقطع الخطبة أو أن يمضى الزواج فاذا لم يفعل فليتحمل مغبة تقصيره من غير أن يشركه أحد فى ذلك .

وعلى هذا الرأى سارت محكمة الاستئناف الوطنية فيما عرض لها من خصومات فى هذا الموضوع وهو رأى وجيه وفكرة مستقيمة ، وان كانت بعض المحاكم الابتدائية جرت على غير هذا الرأى وحكمت بالتعويض على من عدل عن الخطبة ، وعللت رأيها بأن التعويض أساسه الضرر الذى أصاب الطرف الآخر بسبب العدول والاضرار تجبر بالتعويض ، وهذا الرأى له وجاهته عندما يكون لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر بعـدوله كأن طلب من الزوجة جهازا خاصـا أو حملها على ترك وظيفتها فتركتها بناء على رغبته ، أو طلبت منه اعداد منزل خاص لسكناها ثم عدل

هو أو عدلت هى ، فان ذلك يدخل تحت التغرير ، والتغرير يوجب الضمان. ومع هذا فان حجة الرأى الأول لاتزال قائمة ، وهى أن الضرر الذى أصاب أحد الطرفين ناتج عن اهماله وتقصيره فى عدم امضاء العقد قبل أن يقدم على أى عمل يترتب عليه خسارة مادية ، فانه يعلم تماما أنه من المحتمل أن يعدل الطرف الآخر فى أى وقت فلماذا لايحتاط لنفسه ؟! .

والقوانين الحديثة تتفق جميعها فى تقرير مبدأ حرية الزوج والزوجة بحيث انها تنص على أن الوعد بالزواج لايترتب عليه الزام أحد الطرفين بعقد الزواج فى المستقبل ، غير أنها ترتب على عدول أحد الطرفين عن المضى فى تنفيذ عقد الزواج تعويضا يلزم به من عدل اذا لم يكن العدول مبنيا على أسباب صحيحة تبرره .

غير أن المشرع السوفيتى لم يرتب على الخطبة أى أثر بل نظر اليها نظرته الى كل الأمور التمهيدية التى تسبق سائر العقود .

اركان الزواج :

الركن فى اصطلاح الأصوليين مالا تتحقق الماهية الا به ويكون جزءا منها ، والفقهاء حين يتكلمون عن أركان العقد يريدون منها أجزاءه التى يتركب منها ويتحقق بها وجوده وانعقاده ، وهى العاقدان ، والمعقود عليه ، وصيغة العقد المكونة من الايجاب والقبول . ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء فى بيان أركان الزواج على قولهم ، أركان الزواج الايجاب والقبول .

والمالكية يرون أن اركان الزواج أربعة ، ولى ، وصداق ، ومحل (ويفسرانه بالزوج والزوجة المعلومين الخاليين من الموانع الشرعية) وصيغة، وان كان فى عد بعضها ركنا شىء من التسامح لأن الصداق لايشترط تعيينه فى صلب العقد لأنه يصح النكاح تفويضا عندهم كما سنذكره فى محله .

ولنأخذ فى شرح أركان العقد فنتكلم أولا عن الصيغة التى يتكون

بها العقد :

الايجاب : هو الكلام الذى يصدر أولا من أحد العاقدين تعبيرا عن ارادته فى ايجاد الارتباط وانشائه ، ويقصد به اثبات حق للطرف الآخر فى قبول العقد اذا ظل مصرا على ايجابه ، ولم يعدل عنه قبل قبول الطرف الآخر ، ولم يحدث منه أو من الطرف الآخر ما يدل على الاعراض عن هذا الايجاب .

والقبول : ماصدر ثانيا من العاقد الثانى للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول . والأصل فى الايجاب أن يصدر أولا من الزوجة أو وليها أو وكيلها بأن تقول زوجتك نفسى أو يقول الولى زوجتك ابنتى فلانة أو يقول الوكيل زوجتك موكلتى فلانة ، وقد يصدر أولا من الزوج أو وليه أو وكيله ثم يكون القبول من الزوجة أو وليها أو وكيلها . وظاهر كتب المالكية أن الايجاب هو مايصدر من ولى الزوجة أو وكيلها ، والقبول مايصدر من الزوج أو وكيله أو وليه ، ويعتبرون مايصدر من الزوج أو وكيله أو وليه قبولا تقدم الايجاب .

والكثير الغالب أن يتولى العقد اثنان ، وقد يتولاه شخص واحد تقوم عبارته مقام العبارتين اذا كان له شرعا حق تمثيل الطرفين ، كأن يكون وليا على الزوجين كرجل يزوج بنته الصغيرة من ابن أخيه الصغير الذى هو فى ولايته ، أو وكيلا عنهما كرجل يزوج موكلته من موكله ، أو أصيلا من جانب ووكيلا من جانب كشخص يزوج نفسه من موكلته ، أو أصيلا من جانب ووليا من جانب آخر كرجل يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة المشمولة بولايته . فاذا تم الايجاب والقبول على أى نحو من الأنحاء السابقة واستوفى شروطه التى سنذكرها فيما بعد انعقد العقد ورتب الشارع عليه أحكامه وآثاره وأصبح له وجود شرعى .

ماينعقد به الزواج : الأصل فى باب العقود أن كل لفظ أو عبارة تؤدى الى المعنى المراد للمتعاقدين ينعقد به العقد ، و لايشترط له لفظ معين

ولا عبارة خاصة ، ففى البيع والاجارة والرهن والشركة الى آخره لم يشترط الفقهاء فيها لفظا معينا ولا عبارة مخصوصة ، ولكن عقد النكاح لأهميته ولخطره فى الحياة ، كان موضع خلاف بين الفقهاء فيما ينعقد به من الألفاظ .

(١) فالشافعية يرون أن عقد الزواج لاينعقد الا بلفظ التزويج والنكاح، ولا ينعقد بغيرهما من سائر الألفاظ ، لأنه عقد رفيع القدر عظيم الخطر تنبنى عليه مصالح كثيرة ، فكما خص من بين العقود بوجوب الاشهاد عليه خص باللفظ الذى لاشبهة مطلقا فى دلالته عليه، ولأنهما اللفظان اللذان ورد عن الشارع استعمالهما فى هذا العقد«١» ، ولأن أى لفظ غير هذين اللفظين لايصح التجوز به عن النكاح ، لانتفاء العلاقة بين المعنى الأصلى والمعنى المنقول اليه ، وأيضا فالشهادة شرط فى الزواج والألفاظ المجازية قد تخفى قرائنها على الشهود فلا يعرفون أن المراد منها الزواج .

(٢) والمالكية قسموا الألفاظ بالنسبة لهذا العقد أقساما أربعة «٢» .

(أ) ماينعقد به النكاح مطلقا سواء سمى صداقا أولا وهو أنكحت وتزوجت . (ب) ماينعقد به ان سمى صداقا والا فلا وهو وهبت فقط . (حـ) ماتردد فقهاؤهم فيه وهو كل لفظ يقتضى البقاء مدة الحياة كبعت ومنحت وأعطيت وأحللتك ابنتى ، قيل ينعقد به ان سمى صداقا ، وقيل لاينعقد به مطلقا . (ء) ما لاينعقد به مطلقا اتفاقا وهو كل لفظ لايقتضى البقاء مدة الحياة كالحبس والوقف والاجارة والعارية .

(٣) والحنفية أيضا قسموا الألفاظ بالنسبة لهذا العقد أقساما أربعة -

(أ) قسم لاخلاف فى الانعقاد به عندهم بل الخلاف فى خارج المذهب، وهو ماسوى لفظى النكاح والتزويج من كل لفظ يفيد تمليك العين فى الحال كلفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل ، لأن ملك العين سبب فى

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٧ .
(٢) حاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٥٨ .

ملك الانتفاع بها فصح أن تستعمل هذه الألفاظ فى الزواج ، لوجود العلاقة التى تسوغ الانتقال من المعنى الأصلى الى المعنى المجازى فملكية العين سبب فى ملك الانتفاع بها ، والسببية طريق المجاز ، فاذا صادف ملك العين محل الاستمتاع أفاد ملك المتعة ، ولاتنافى بين معانى هذه الألفاظ ومعانى الزواج. والسنة تؤيد الحنفية فيما ذهبوا اليه ، فقد روى عن سهل بن سعد أن النبى (ص) قال للرجل الذى لم يجد مالا يتزوج به : قد ملكتكها بما معك من القرآن، كما جاء فى القرآن قوله تعالى « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى » عطفا على المحللات فى قوله تعالى « انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وماملكت يمينك مما أفاء الله عليك » ، والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها ، والخصوصية فى هذه الآية راجعة الى احلالها للرسول عليه السلام بدون مهر لا فى حلها له بلفظ الهبة ، بقرينة تذييل الآية بنفى الحرج عن الرسول فى قوله تعالى « لكى لايكون عليك حرج » ، وليس على الرسول حرج فى ترك لفظ الى غيره ، خصوصا بالنسبة الى أفصح العرب بل فى لزوم المال — وعلى هذا لو قالت امرأة لرجل وهبت لك نفسى بكذا أو ملكتك نفسى بكذا فقبل انعقد النكاح عند الحنفية .

(ب) وقسم اختلفوا فى الانعقاد به والصحيح الصحة . وهو كل لفظ يفيد تمليك العين فى الحال بعوض وقصد به معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على ذلك كلفظ البيع والسلم فلو قالت له بعت نفسى منك بكذا فقال قبلت انعقد النكاح ، لأن اللفظ يفيد ملك العين الذى يقتضى حل المتعة فوجدت العلاقة بين المعنى الأصلى وهو ملك العين والمعنى المنقول اليه وهو ملك المتعة .

(ح) وقسم اختلفوا فى الانعقاد به والصحيح عدم الصحة ، وهو لفظ الاجارة والوصية لأن الاجارة وان دلت على ملك المنفعة لاتنعقد شرعا الا مؤقتة ، والنكاح لاينعقد الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلايستعار أحدهما للآخر ، وأيضا فالاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ، أما الوصية فانها لاتفيد الملك الا بعد الموت والزواج تترتب

عليه آثاره فى الحال فتضادا ، ولايتجوز بلفظ أحد الضدين عن الآخر، وعن الكرخى أنه لو قيد الوصية بالحال بأن قال : أوصيت لك بابنتى الآن ينعقد للحال لأنه به صار مجازا عن التمليك .

(ء) وقسم لايصح الانعقاد به قولا واحدا وهو الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع ، فان هذه الألفاظ لاتفيد ملك العين ولا ملك المنفعة ، فلا تتحقق فيها العلاقة ولا يصح التجوز بها عن النكاح . وهذا الخلاف الذى ذكرناه فيما سبق انما هو فى الايجاب ، أما القبول فلايشترط له لفظ من مادة خاصة بل يتحقق بأى لفظ يدل على الموافقة والرضا من أية مادة كانت ، مثل قبلت ، رضيت ، وافقت ، أجزت ، نفذت ، أمضيت .

صيغة العقد : لابد أن يكون الايجاب والقبول بلفظين يدلان على الماضى، مثل زوجتك موكلتى فيقول الآخر قبلت ، لأن الغرض من انشاء الصيغة التعبير عن حصول رضا من الطرفين وتوافق بين ارادتيهما ، والذى يدل على هذا فعلا وقت التعاقد هو ماكان على صيغة الماضى ، وأما ماكان على صيغة الحال أو الاستقبال فلايدل قطعا على حصول الرضا فعلا ، فلو قال أحدهما تزوجنى موكلتك فقال الآخر أقبل لاتتكون بهذين اللفظين صيغة العقد ، لأنهما مادلا قطعا على حصول رضا وقت التكلم ، لأنه يحتمل أن يراد باللفظ الأول الاستيعاد وبالثانى الوعد ، والوعد بالزواج مستقبلا ليس عقدا له فى الحال فما دامت الصيغة تحتمل معنى الوعد بالزواج لاينعقد بها الزواج . لهذا اشترط الفقهاء لانشاء العقود استعمال الصيغة التى تدل على تحقق الرضا ووجوده فعلا ، وهى صيغة الماضى لأنها قطعية فى الدلالة على حصول الرضا من العاقدين بالارتباط ولاتحتمل معنى آخر .

وقد جرى صاحب الفتح على أن المضارع المبدوء بالهمزة أو النون يصلح ايجابا ، لأن كل لفظ يفيد الرضا بالعقد ولا يحتمل الوعد يصح أن يكون ايجابا اذ المرء لايستخبر نفسه عن الوعد ، والنكاح لاتجرى فيه المساومة ، فيكون المراد اذن من هذا اللفظ التحقيق فى الحال ، أما المبدوء بالتاء فان قامت القرينة على أنه للحال انعقد به النكاح والا فلا ينعقد ،

ولهذا لو قال الرجل جئتك لتزوجنى ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب الا يقبل لعدم جريان المساومة فيه .

وقد تكون الصيغة بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل ، كما اذا قال رجل لامرأة زوجينى نفسك أو لأبى الزوجة زوجنى بنتك فتقول أو يقول زوجتك انعقد النكاح ، ووجه انعقاده مع أن احدى الصيغتين للمستقبل أن قوله زوجينى نفسك ليس هو الايجاب وانما هو توكيل لها فى أن تزوجه نفسها ، فقولها أو قول الأب زوجتك عبارة قامت مقام العبارتين فكأن أحدهما وكيل من جانب وأصيل أو ولى من جانب، وعقد النكاح مما يصح أن يتولاه شخص واحد، لأن الوكيل فيه سفير ومعبر وحقوق العقد فيه ترجع للموكل . ووجهه بعضهم بأن لفظ الأمر ايجاب ، قال فى الخانية : ولفظ الأمر فى النكاح ايجاب وكذا فى الخلع والطلاق والهبة ، وقال صاحب الفتح ان هذا التوجيه أحسن لأن الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لفظ الأمر .

قالوا وينبنى على التوجيه الأول أنه لايشترط سماع الشاهدين للأمر لأنه لايشترط الاشهاد على التوكيل ، وعلى التوجيه الثانى يشترط ، ولكن ذكر فى المعراج مايفيد الاشتراط مطلقا لأن لفظ زوجنى وان كان توكيلا لكن لما لم يعمل زوجت بدونه نزل منزلة شطر العقد «(١)» .

تنبيهات : (١) لايشترط فى الصيغة أن تكون بلغة خاصة ، كما لايشترط أن تكون بلغة فصيحة ، بل يصح أن تكون بلغة محرفة ، فلو اتفق قوم على النطق بالكلمة المحرفة بحيث انهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع ويصدر عن قصد واختيار منهم انعقد بها العقد ويعتبر ذلك وضعا جديدا منهم كما شاع فى ديارنا لفظ جوزت . وقد صرح الشافعية بأنه لايضر من عامى ابدال الزاى جيما وعكسه مع تشديدهم فى النكاح بحيث لم يجوزوه الا بلفظ الانكاح والتزويج .

(٢) لايشترط أن يكون كل من الايجاب والقبول بالقول ، بل يقوم

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٠٨

مقام القول (أ) اشارة الأخرس المفهمة الذى لايحسن الكتابة لتعينها طريقا لافهام مراده ، أما اذا كان يحسن الكتابه فالراجح فى المذهب أن اشارته لاتكفى لأن الكتابة أدل على المراد وأبعد عن الاحتمال فوجب المصير اليها ، ولا يزوجه وليه اذا كان بالغا لأن الخرس لايوجب الحجر فهو كالصمم .

(ب) الكتابة لغير الحاضرين فى المجلس ، وصورتها أن يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه ، أو تقول ان فلانا كتب الى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه . أما اذا لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان فلا ينعقد لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين ، هذا ولابد أن يكون فى الكتاب ما يدل على ارادة العقد دون الوعد . أما ان كانا حاضرين فى المجلس فلا يصح عقدهما بالكتابة ، لأنه لايصار اليها الا اذا تعذرت المشافهة ، ولأن الشهادة شرط صحة النكاح ولا سبيل لسماع الشاهدين اذا حصل العقد بالكتابة من الحاضرين فى المجلس .

وعلى هذا اذا كتب لها تزوجتك أو كتبت له زوجتك نفسى وهما حاضران فى المجلس فقالت أو قال قبلت لاينعقد ، وكذا لو كتب لها بالقبول من باب أولى .

هذا ولو كان مكان الكتابة رسول بالايجاب فنقل اليها عبارة المرسل بحضرة شهود فقبلت انعقد ، أما اذا لم تقبل ثم أعاد الرسول الايجاب فى مجلس آخر فقبلت لم يصح لأن رسالته انتهت أولا بخلاف الكتابة لبقائها .

(حـ) لاينعقد النكاح بالتعاطى «[1]» ، فلو ان امرأة زوجت نفسها من رجل والشهود حاضرون فلم يقل الزوج شيئا لكن أعطاها المهر فى المجلس ،

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٠٩ .

لايكون ذلك قبولا ما لم يقل بلسانه قبلت ، بخلاف البيع فانه ينعقد بالتعاطى . والنكاح لخطره لاينعقد الا بلفظ صريح أو كتابة ، ولخطره توقف على الشهود دون سائر العقود .

ولنأخذ فى ذكر ما يشترط فى صيغة العقد من الشروط الأخرى بعد ما ذكرناه من التفصيل فيها فنقول :

(١) عدم مخالفة القبول للايجاب الا اذا كانت المخالفة لخير الموجب فانها تكون حينئذ موافقة ضمنية ، فلو قال الموجب زوجتك ابنتى زينب فقال قبلت زواج انعام لم ينعقد الزواج لمخالفة القبول للايجاب فى المعقود عليها . ولو قال زوجتك ابنتى فاطمة بألف «١» فقال قبلت زواجها بثمانمائة، أو قال زوجنى بنتك فاطمة بألف فقال زوجتكها بألفين لم ينعقد الزواج لمخالفة القبول للايجاب فى المهر . وكذلك لا ينعقد الزواج لو قال تزوجتك بمائة فقالت قبلت الزواج ولا أقبل المهر «٢» ، وانكانت التسمية ليست من شروط صحة الزواج ، لأنه انما أوجب الزواج بهذا القدر المسمى فلو صححنا قبولها يلزمه مهر المثل وهو لم يرض به بل بما سمى، فيلزمه مالم يلتزم . بخلاف ما اذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه .

أما اذا قال تزوجتك بألف فقالت قبلت بخمسمائة يصح ، ويجعل كأنها قبلت الألف وحطت عنه خمسمائة ولايحتاج ذلك الى القبول منه لأن هذا اسقاط وابراء . ولو قالت زوجت نفسى منك بألف فقال الزوج قبلت بألفين صح النكاح بألف الا ان قبلت الزيادة فى المجلس فيلزم بها على ما عليه الفتوى . وانما انعقد الزواج مع المخالفة فى هذين المثالين لأن

---

(١) اذا وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لايصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسى منك بمائة جنيه فقبل أن تقول بمائة جنيه قبل الزوج لاينعقد لان أول الكلام يتوقف على آخره اذا كان فى آخره مايغير أوله وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك الى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله .

(٢) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٩

المخالفة الى ماهو خير وتلك موافقة ضمنية .

(٢) سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع علم القابل أن قصد الموجب بعبارته انشاء الزواج وايجابه وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه وان لم يفهم كل واحد منهما معانى المفردات لعبارة الآخر ، لأنه لا حاجة الى ذلك مع فهم المقصود الاجمالى .

(٣) اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، والمراد باتحاد المجلس ألا يوجد من العاقدين أو من أحدهما بعد الايجاب مايدل على الاعراض عنه والاشتغال بغيره فلو وجد ذلك بطل الايجاب فلا يصادف القبول محله ، لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعا تيسيرا ، لأن الكلام كما وجد يتلاشى ، وعلى هذا لو أوجب أحدهما فقام الآخر واشتغل بعمل آخر بطل الايجاب .

وهذا اذا كان العقد بالمشافهة بين عاقدين حاضرين ، أما اذا كان العقد بين غائبين بطريق الكتابة أو الرسالة فان مجلس الايجاب هو مجلس قراءة الغائب للكتاب أمام الشهود ، أو اسماعهم رسالة الرسول ، فاذا كتب الرجل الى امرأة كتابا موجبا الزواج كان عليها ليصح العقد أن تحضر الشهود ليسمعوا ما فى الكتاب ثم يسمعوا القبول وبذلك يكونون قد سمعوا شطرى العقد وشهدوا بالايجاب والقبول .

هذا ولا يشترط أن يكون القبول عقب الايجاب فورا بل الشرط ألا يحصل من أحد الطرفين بعد الايجاب مايدل على الاعراض ، وعلى هذا مشى المالكية فقد جاء فى حاشية الدسوقى «١» (ولكن الذى فى المعيار عن الباجى ما يقتضى الاتفاق على صحة النكاح مع تأخر القبول عن الايجاب وبذلك أفتى العبدوسى) .

(٤) أن تكون منجزة بأن يقصد تحقيق معناها وترتيب آثارها فى الحال

---

(١) حـ ٢ ص ٢٥٨ .

من غير اضافة الى زمن مستقبل ، ولا تعليق على شرط غير واقع ، كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مهر قدره مائة جنيه فتقول قبلت ، وحكم هذا الزواج أنه ينعقد ويصح وتترتب عليه آثاره متى استوفى شرائطه .

اما المضاف الى الزمن المستقبل فهو مالم يقصد حصوله فى الحال بل أضيف الى زمن مستقبل جعل مبدأ لثبوت حكم العقد وترتيب آثاره ، كأن يقول تزوجتك ابتداء من الشهر الآتى فتقول قبلت ، وحكم هذا الزواج أنه لاينعقد فى الحال ولا عند حلول الزمان المضاف اليه ، لأن الشارع وضع هذا العقد ليفيد حكمه متصلا به فيما يليه من الزمان ، واضافته تعطيل له واهمال فى بعض هذا الزمان . ومن القواعد المقررة أن كل مايفيد الملك فى الحال لاتجوز اضافته الى زمن مستقبل .

اما المعلق على الشرط فهو ماعلق حصوله على حصول شيء آخر بأداة من أدوات الشرط والتعليق كأن يقول ان قدم أخى من سفره فقد تزوجتك .

وحكم هذا العقد يختلف باختلاف المعلق عليه :

(١) فان كان المعلق عليه أمرا حاصلا بالفعل وقت التكلم بالصيغة أو تحقق فى مجلس صدورها ، كان العقد صحيحا والتعليق صوريا ، كما اذا قالت له ان كنت طبيبا تزوجتك فيقول قبلت ويتبين أنه طبيب . أو تقول ان رضى أبى فقد تزوجتك وكان أبوها حاضرا فقال رضيت ، وكذلك يصح لو كان التعليق على المشيئة وأبطل صاحب المشيئة مشيئته فى المجلس فان الزواج يصح وينعقد لان المشيئة اذا بطلت فى المجلس صار نكاحا بغير مشيئة .

(٢) وان كان المعلق عليه أمرا غير حاصل فلا يصح الزواج سواء أكان المعلق عليه يحتمل الوقوع أم واجبه أم مستحيله ، فمثال الأول أن يقول لها ان حصلت على الاجازة الدراسية فى آخر هذا العام فقد تزوجتك ، ومثال واجب الوقوع ان جاء شهر اكتوبر فقد تزوجتك ، ومثال مستحيل الوقوع ان شاب الغراب فقد تزوجتك ، ففى هذه الأمثلة نرى أن المعلق

عليه غير موجود فى الحال والمعلق على غير الموجود لا يعد موجودا فلا زواج لأن الزواج يفيد ملك المتعة فى الحال ولا يتراخى حكمه عنه ، على أن هذا العقد الجليل لاينبغى أن تكون آثاره محلا للمقامرة واحتمال الحصول أو عدم الحصول (والذى يجوز تعليقه بالشرط ماهو اسقاط كالطلاق والعتاق ، أو التزام كالنذر) .

أما المقترن بالشرط : فهو ماصدر فيه الايجاب غير مقيد بشىء ثم أعقب بشرط زائد فيه منفعة لأحد العاقدين ، وحكم هذا العقد أنه صحيح لكونه منجزا ، ثم ننظر الى الشرط فان كان صحيحا صح العقد والشرط وعومل الزوجان بمقتضاه ، وان كان الشرط غير صحيح صح الزواج ولغا الشرط «١» ولا اعتبار له فلا يجب الوفاء به . والشرط الصحيح عند أكثر الفقهاء ماكان من مقتضيات العقد كاشتراط المهر والنفقة ، أو ملائما له كاشتراط الكفالة فى المهر والنفقة ، أو ورد به شرع كاشتراط الزوج أن يطلقها متى شاء ، أو جرى به عرف كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه . وغير الصحيح هو ما لا يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن تسكن فى بيت أبيها ، أو اشتراط الزوج أن نفقتها على نفسها ، أو يأباه الشرع كاشتراط الزوجين المختلفين دينا أن يتوارثا ، أو اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها .

واذا اقترن العقد بشرط الخيار لها أو لأحدهما صح العقد لازما ولغا الشرط ، وذلك لأن الحاجة غير داعية اليه ، فان الزواج لايقع الا بعد تروٍ وفكر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله ، بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ولذلك يصح من غير تسمية العوض ومع فساده . ولأن ثبوت

---

(١) الا اذا كان الشرط يؤثر فى صحة العقد فيجعل الصيغة غير صالحة للانشاء وهى الشروط التى تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن كما اذا اقترنت الصيغة بذكر مدة معينة ، أما اذا كان الشرط يؤدى الى التأقيت كمن اشترطت عليه أن يطلقها بعد شهر فان الشرط يلغو ويصح العقد لان الصيغة خالية من التأقيت الصريح .

الخيار فيه يفضى الى فسخه بعد ابتذال المرأة وفى فسخه بعد العقد ضرر بها.

أما الحنابلة فقد جعلوا الشروط فى النكاح على ثلاثة أقسام :

القسم الاول : ما يلزم الوفاء به ، وهو مايعود عليها نفعه وفائدته ولم يقم دليل على عدم جوازه ، مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو لايسافر بها ، أو لا يتزوج عليها ، فهذا يلزمه الوفاء لها به ، فان لم يفعل فلها فسخ النكاح ، يروى هذا عن عمر وسعد بن أبى وقاص ومعاوية وطائفة من الصحابة والتابعين . وحجتهم فى ذلك قول الرسول « المسلمون على شروطهم » وقوله : « أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » .

أما ان شرطت عليه أن يطلق ضرتها فلا يصح الشرط ، لانه دل على بطلان هذا الشرط دليل شرعى فان النبى (ص) نهى أن تشترط المرأة طلاق اختها كما روى أبو هريرة ، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه . وهذا معناه منهم أنهم لايبطلون من الشروط الا مادل دليل شرعى على بطلانه ، أما مادل دليل على اعتباره أو سكت عنه فهو شرط صحيح معتد به . وبهذا الأصل صححوا أيضا شرط البكارة والجمال والسلامة والشباب فيها وشرط الشباب والجمال والصحة فيه ، وأثبتوا حق الفسخ بفوات ذلك ، والذى ينعم النظر فى الأمر يرى أن رضا الزوجة قد فات بانعدام ما اشترطته فلا معنى لالزامها المضى فى عقد لم ترض به .

وقد شنع ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين ص ٢٦٥ على الذين أبطلوا الشروط التى تشترط فى عقد النكاح مع أنها أحق الشروط بالوفاء على الاطلاق ، قائلا مامعناه : ان هذا القول مخالف للسنة الصحيحة والقياس وقد صح أن جابرا رضى الله عنه باع بعيره وشرط ركوبه الى المدينة ، والنبى صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع » فجعله للمشترى بالشرط الزائد على عقد البيع .

القسم الثانى : مايبطل فيه الشرط ويصح العقد وهو كل شرط ورد فيه نهى الشارع أو ناقض مقتضى العقد الذى ورد به نص الشارع مثل أن يشترط أن لامهر لها أو ألا ينفق عليها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها ، لأنها تنافى مقتضى العقد ، ولأنهـا تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقـاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفعتـه قبل البيع . أما العقد فى نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد فى العقد لايشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط فى العقد صداقا محرما .

القسم الثالث : ما يبطل النكاح من أصله كان يشترط تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها فى وقت بعينه فهذه شروط باطلة فى نفسها ويبطل بها النكاح .

هذا ومن صور الزواج المقترن بشرط غير صحيح زواج الشفار وهو أن يزوج رجل موليته من آخر على أن يزوج الآخر موليتـه بحيث تكون كل واحدة مهرا للأخرى ، فاشتراط أن يكون المهر ماذكر شرط غير صحيح ، لأن المشروط لايصلح مهرا لـكونه ليس بمال متقوم ، وعلى ذلك يصح النكاح ويلغو الشرط ويعتبر خاليا من ذكر المهر ، ولهذا سمى زواج الشفار أى الخلو لخلوه من تسمية مهر صحيح ولذلك يجب فيه مهر المثل .

(٥) أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بوقت ، فلو قال لها تزوجتك سنة مثلا فقبلت لم يصح الزواج لأن أهم مقاصده التناسل وتعهـد الولد بالتربية ولا يتم ذلك الا بزواج مستمر دائم . وتأقيت الزواج يدل على أنه قصد به المتعة دون الولد ، وهو ينـافى الغرض الشرعى من الزواج لأنه يقصد استبعاد النتائج الطبيعية له .

وقد ثبت أن النبى (ص) نهى عن زواج لايقصد به الا المتعة . ولذلك

اتفق الفقهاء على أن الزواج لاينعقد بلفظ المتعة .

ويرى زفر أن النكاح صحيح لازم ويعتبر توقيته بالزمن اقترانا بشرط فاسد فيلغو الشرط ويصح العقد . وحجة أئمتنا أن النكاح المؤقت فى معنى المتعة والمتعة باطلة فالنكاح المؤقت باطل اذ العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ .

أما نكاح المتعة ، وهو أن يقول رجل لامرأة خالية من الموانع ، أتمتع بك مدة عشرة أيام أو سنة أو الى انقضاء الموسم وشبهه ، أو متعينى نفسك أياما سواء كانت المدة معلومة أم مجهولة فهو نكاح باطل ولو حضره الشهود ، واذا مات أحدهما لايرثه الآخر لأن التوارث انما يكون بالعقد الصحيح . وحكى عن ابن عباس أن نكاح المتعة جائز ، واليه ذهب الشيعة لأنه قد ثبت أن النبى أذن فيه . وحجة جمهور الفقهاء أن النبى (ص) نهى عنها فى حجة الوداع وأجمع الصحابة على نسخها كما ثبت عن ابن عباس رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع .

وقد حاول فقهاؤنا أن يفرقوا بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت بأن النكاح المؤقت ماذكر بلفظ النكاح والتزويج وحضره الشهود وعين فيه المدة ، أما نكاح المتعة فما كان بلفظ اتمتع واستمتع من غير شهود ولاتعيين مدة . ولكن صاحب الفتح يرى أنه لافرق بينهما وأنه لادليل لهؤلاء على أن نكاح المتعة الذى أباحه النبى ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة (متع) ، وكل ما هو مقطوع به أن النبى عليه السلام اذن فى المتعة ، وليس من ضرورة ذلك الاتيان بهذا اللفظ بل تحقيق معناه وهو أن يوجد عقد على امرأة لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته ، بل يعقده الى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد مادمت معك أو الى أن انصرف عنك فلا عقد .

والخلاصة أن معنى المتعة عقد مؤقت ينتهى بانتهاء الوقت ، فيدخل فيه ماكان بمادة المتعة والنكاح المؤقت ، فيكون النكاح المؤقت من أفراد

المتعة وان عقد بلفظ التزوج وحضره الشهود .

أما مذهب مالك فقد قال فى حاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٧٩ : وحقيقة نكاح المتعة الذى يفسخ أبدا سواء قبل الدخول أو بعده أن يقع العقد مع ذكر الأجل للمرأة أو وليها سواء قرب الأجل أم بعد . أما اذا لم يقع ذلك فى العقد ولم يعلمها الزوج بذلك وانما قصده الزوج فى نفسه وفهمت المرأة أو وليها المفارقة بعد مدة فانه لايضر ، ويرى بعض مشايخ المذهب أن المرأة ان فهمت منه ذلك الأمر الذى قصده فى نفسه فسخ العقد كما اذا صرح بالاجل ، ويفسخ العقد بغير طلاق لأن المسألة غير خلافية بين من يعتد بخلافهم ، ويعاقب الزوجان ولا يبلغ الحاكم بعقابهما مبلغ الحد ، ويلحق فيه الولد بالزوج .

والمالكية يرون أن كل نكاح فاسد مختلف فى فساده سواء أكان الاختلاف فى المذهب أم من خارجه يكون طلاقا أى أن الفسخ نفسه يحكم عليه بأنه طلاق أى يكون طلقة بائنة سواء لفظ الحاكم أو الزوج بالطلاق أولا . هذا ولا يحتاج الى حكم الحاكم فى الطلاق الفاسد عندهم الا اذا حصل نزاع ، فان تراضيا على الفسخ لم يحتج لحكم ويكفى قول الزوج طلقتها أو فسخت نكاحها ، وما أوقعه الزوج من غير حكم يكون بائنا على الصحيح عندهم لأن الرجعى انما يكون فى نكاح صحيح لازم .

على أن غير فقهاء الحنفية حين مثلوا لنكاح المتعة قالوا : معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول زوجتك ابنتى شهرا أو سنة أو الى انقضاء الموسم سواء أكانت المدة معلومة أم مجهولة ، وبهذا لايكون فرق بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة .

ويتصل بهذا الموضوع زواج المحلل ـ وهو الشخص الذى يعقد زواجه على المطلقة ثلاثا من آخر ليحلها له ، فالمحلل لايقصد الزواج وانما يقصد تحليل الزوجة لمطلقها ، وقد جعل نكاحه لها وسيلة لذلك .

وحكم هذا الزواج أنه حرام ديانة باجماع مذاهب المسلمين ، أى أن

من يفعله يكون آثما يعاقبه الله عليه لقوله عليه السلام « لعن الله المحلل والمحلل له » .

أما حكمه قضاء فالحنفية يقولون أنه اذا تزوج بشرط التحليل فالزواج صحيح الا أنه مكروه للحديث اذ يحملونه على التنفير من هذا ، واذا طلق الزوج الثانى المرأة التى عقد عليها ليحلها للزوج الأول حلت له فى رأى الامام ، أما محمد فمع قوله بصحة الزواج الثانى يرى أنها لاتحل للأول ، معاملة له بنقيض مقصوده . وأما أبو يوسف فيرى أن نكاح التحليل فاسد ، لانه بمعنى النكاح المؤقت ويترتب على القول بفساده أن الزوجة لاتحل لزوجها الأول .

ويرى المالكية أن نكاح التحليل نكاح فاسد فيفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، سواء كان الزواج بنية احلال الزوجة لمطلقها أو كان بنية الاحلال مع نية امساك الثانى لها اذا أعجبته ، والعبرة بنية الزوج الثانى لأن الطلاق بيده هو . ولا تحل الزوجة بهذا الزواج الفاسد لمطلقها الأول .

أما الشافعية فيرون أنه اذا تزوج المرأة ليحلها من زوجها الأول ، كان الزواج باطلا لأنه نوع من نكاح المتعة . أما اذا لم يشترط ذلك فى صلب العقد وكانت نية الزوج ألا يمسكها الا بقدر ما يحلها فان النكاح يصح ولا تفسد النية منه شيئا ، لأن النية حديث النفس وقد وضع عن الناس ماحدثوا به أنفسهم ، وقد ينوى الشخص الشىء ولا يفعله .

أما الحنابلة فيرون أن نكاح التحليل حرام باطل ، سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط ولكنه نوى التحليل فلا يصح العقد الا اذا كان الزواج زواج رغبة خاليا عن نية التحليل .

ومن هذا ترون أن أكثرية الفقهاء ترى بطلان هذا النكاح .
وللامام ابن تيمية سفر جليل بحث فيه نكاح التحليل ، وأثبت بأدلة قوية من الكتاب والسنة واجماع العلماء أن هذا النكاح حرام باطل لايفيد الحل سواء شرط التحليل فى صلب العقد أو لم يشترطه الزوج ولكن نواه فالبطلان

واقع لأن الأعمال بالنيات ، والعلة فى بطلان هذا النكاح أن الغاية منه تناقض الغاية التى شرع النكاح لأجلها ذلك أن المحلل انما يتزوجها ليكون ذلك وسيلة الى ردها لزوجها الأول ، فيكون المقصود اذن أن تكون زوجة لغيره لا زوجة له ، والزواج انما شرع لتكون الزوجة خالصة لزوجها ، وليكون الزواج مؤبدا لامؤقتا .

والذى تميل اليه النفس ويطمئن له القلب هو ماذهب اليه أكثر الفقهاء وارتضاه ابن تيمية ووافقه عليه تلميذه ابن القيم فى أعلام الموقعين لأنه الذى يتفق مع روح التشريع .

(٦) أن يحضر صيغة العقد شاهدان لقوله عليه السلام « لانكاح الا بشهود » ولما رواه ابن حبان من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لانكاح الا بولى وشاهدى عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » ولأنه عقد عظيم الخطر جليل الأثر ، أما عظم خطره فمن ارتباطه بالاعراض التى هى مناط الشرف فى عرف العقلاء ، وبالاشهاد عليه تنتفى التهمة وتزول الظنون السيئة وتنقطع السنة السوء . وأما عظم أثره فلما ينبنى عليه من أحكام تبقى على الزمان ولها أثرها فى حياة الأسرة من حرمة مصاهرة وثبوت نسب وارث الى غير ذلك . أما ابن أبى ليلى وعثمان البتى وأبو ثور وأصحاب الظاهر فيرون صحة عقد النكاح بدون شهود ، ويحتجون لما ذهبوا اليه بأن الآيات الواردة فى القرآن الآمرة بالنكاح لا تشترط الاشهاد ، فهذا قوله تعالى « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وقوله « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » الخ ، فى حين أن الآيات القرآنية اشترطت الاشهاد عند البيع مثلا فى قوله « واشهدوا اذا تبايعتم » ، وما ورد من الأحاديث من وجوب الاشهاد على النكاح فلا يصلح مخصصا للكتاب ، لأنه خبر آحاد وهى لاتصلح مخصصة له .

وأئمتنا يردون عليهم بأن الآيات الواردة فى الأمر بالنكاح قد خصصت

بالمحرمات فجاز تخصيصها بخبر الآحاد .

وأما مالك رضى الله عنه فانه لايشترط الا الاعلان بالنكاح ، وليست الشهادة وحدها هى الطريق للاعلان بل يصح أن يكون الاعلان بشاهدين يشهدان العقد كما يصح أن يكون بدون شاهدين كما لو حضره الصبيان والعبيد ، أو يكون باذاعة فى الصحف المحلية والجرائد السيارة . ودليل المالكية على ذلك قوله عليه السلام « اعلنوا بالنكاح » وأيضا فان حرام هذا الفعل يكون سرا فعنده يكون جهرا نفيا للتهمة .

وحقيقة الأمر أنه لاخلاف بيننا وبين المالكية فى اشتراط الاعلان ، وانما الخلاف بعد ذلك فى أن الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد وحده حتى لايضر بعده توصيته للشهود بالكتمان اذ لايضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان ، أو لايحصل بمجرد الاشهاد حتى يضر . فقلنا : نعم . وقالوا : لا . ولهذا قالوا : ان النكاح الذى أوصى الشهود فيه حين العقد بالكتمان عن زوجته القديمة أو عن جماعة ولو أهل منزل اذا لم يكن الدافع الى الكتمان الخوف من ظالم أو نحوه ، قالوا ان هذا يكون نكاح سر ، وعن بعض أئمتهم أن استكتام غير الشهود يعد نكاح سر أيضا ، كما لو تواصى الزوجان والولى على كتمه ولم يوصى الشهود بذلك ، وحكم هذا العقد عندهم :

(ا) وجوب الفسخ اذا لم يدخل بزوجته ويطل مكثه معها فان دخل بها وطال لم يفسخ ، والطول فى هذا المقام يرجع الى العرف (وهو مايحصل فيه الظهور) .

(ب) معاقبة الزوجين على ما ارتكبا من اثم الكتمان ان توليا العقد ، والا فيعاقب وليهما ان كانا مجبورين .

(حـ) معاقبة الشهود أيضا لارتكابهم الاثم «١» .

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٢ ص٢٧٥، ٢٧٦

هذا وقد اشترط فى الشاهدين شروط ترجع فى جملتها الى خطر هـذا العقد وعلو شأنه ، وهى :ـ

(١) العقل فلا يصح بحضرة المجانين ولا الصبيان ، لأنه أولا لا ولاية لهم على أنفسهم فلايكون لهم ولاية على غيرهم والشهادة من باب الولاية. وثانيا انما اشترطت الشهادة لاظهار خطر العقد وأهميته ، ولاخطر فى حضرة هؤلاء اذ لايحضره الا ذوو الاعتبار من الناس .

(٢) الحرية ، فلا يصح بحضرة العبيد ، لأن الشهادة كما قلنا من باب الولاية والعبد لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره ، ولأن اظهار هذا العقد لايتحقق بحضرة العبيد فقط . ومذهب احمد «[1]» جواز شهادة العبد مطلقا ، واستبعد نفيها لانه لاكتاب ولا سنة ولا اجماع فى نفيها ، وحكى عن أنس أنه قال ماعلمت أحدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة على الأمم ، فكيف لاتقبل هنا ، وتقبل شهادته على النبى (ص) فى رواية الأخبار ؟ ! .

(٣) أن يكون الشاهدان رجلين أو رجلا وامرأتين ، فشهادة النساء وحدهن لايصح العقد معها لأن النساء لايكفين فى الاعلان لأن المرأة لاتغشى المحافل والمجالس فلا يتحقق الاعلان بشهادتهن وحدهن ، ولأن شهادتهن انما تجوز عند الجمهور فى مسائل استثنائية وهو ما لايمكن الوقوف عليه الا عن طريقهن ، وليس هذا منها ، والواقع أن الحنفية نظروا فى الشهادة على النكاح الى معنى لايتحقق فى الاقتصار على النساء وحدهن وهو اظهار خطر العقد وأهميته .

(٤) الاسلام فى زواج المسلمين ، فلا يصح زواج المسلم والمسلمة بشهادة غير المسلم لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم ، لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » أما المسلم اذا تزوج ذمية فيصح بشهادة ذميين ولو مخالفين لدينها ، كما

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٥٢ .

لو كانا نصرانيين وهى يهودية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن المشهود عليه فى الواقع هو اثبات ملك المتعة له عليها تعظيما لجزء الآدمى لا لثبوت ملك المهر لها عليه لأن وجوب المال لاتشترط فيه الشهادة كالبيع وغيره ، وللذمى شهادة على مثله لولايته عليه . أما لو كانا مستأمنين وهى ذمية فلا تقبل شهادتهما لأن المستأمن حربى «١» . ومع صحة العقد بشهادة الكتابيين لو اختلف الزوجان فى الزوجية والزوجة كتابية فان كان الزوج هو الذى يدعى الزواج بها وهى منكرة للزواج يثبت الزواج بشهادة الكتابيين ، ولو كانت هى التى تدعى الزواج وهو الذى ينكره لم يثبت الزواج بشهادتهما حينئذ لأنها شهادة على مسلم ولاشهادة لهما على المسلم. وقال محمد وزفر والشافعى لايجوز زواج المسلم الذمية بشهادة الذميين ، لأن الزواج زواج مسلم فلا بد أن يذيع بين المسلمين وذلك بحضور الشاهدين المسلمين ، ولأن الشهادة على العقد والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معا فاذا جازت شهادة غير المسلمين فقد كانت على المسلم وغير المسلم .

(٥) التعدد لورود النص به فى كثير من الأحاديث لقوله عليه السلام « لانكاح الا بشاهدين » ولأن المقصود من الاشهاد الاشتهار وتيسير السبيل للاشهاد عليه عند انكاره والتعدد يؤدى الى تحقيق ذلك .

وفى بعض الصور قد يصح العقد بحضور شاهد واحد فى الظاهر ، كما اذا وكلت امرأة رجلا أن يزوجها بشخص معين فزوجها الوكيل بمن عينته بحضرتها وحضور شاهد صح العقد ، وكذلك اذا وكل الأب شخصا ليزوج ابنته وهو حاضر فأن العقد يصح بحضرة شاهد واحد ، والحقيقة أن الزواج تم بحضرة شاهدين لا بشاهد واحد لأن الضابط العام أنه كلما أمكن اعتبار الموكل مباشرا للعقد بأن كان حاضرا وقت اجرائه يعتبر هو المباشر للعقد ويعتبر الوكيل مجرد سفير ومعبر ، وكأنه ليس أحد طرفى العقد فيقوم مقام شاهد مع الشاهد الحاضر ، والوكيل فى النكاح

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٢٣ .

سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان الموكل حاضرا اعتبر مباشرا لأن العبارة تنتقل اليه وهو فى المجلس وليس المباشر سوى هذا . أما اذا كان الموكل غير حاضر بحيث لايمكن اعتباره هو المباشر للعقد فلا يصح الا بحضور شاهدين ، لأن انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لايصير به مباشرا «[1]» .

(٦) أن يسمعا معا كلام العاقدين مع فهمهما المراد اجمالا وان لم يفهما معانى المفردات «[2]» ، فلو سمعا متفرقين بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأعيد بحضرة الآخر ، أو سمع أحدهما الايجاب والآخر القبول ، ثم أعيد فسمع كل واحد ما لم يسمعه الآخر لم يصح ، لأنه فى هذه الصور وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان ويتفرع على ماتقدم :

(١) ان النكاح لا يصح بحضور الأصمين ولا النائمين لعدم سماع كل منهما . قال فى النهر وينبغى ألا يختلف فى انعقاده بالأصمين اذا كان كل من الزوج والزوجة أخرس لأن نكاحه كما قالوا ينعقد بالاشارة حيث كانت معلومة .

(ب) لايصح بحضرة السكران الذى لايعى مايسمع ولا يذكره بعد افاقته .

ومتى توافرت هذه الشروط فى الشاهدين صح العقد بشهادتهما . ولا يشترط فيهما البصر ولا العدالة ، فيصح العقد بحضور الأعميين على ماهو المختار فى المذهب ، وقال بعضهم لاتجوز شهادة الأعمى ، لأنه لايقدر على التمييز بين العاقدين والاشارة اليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح بحضرته ، والمعول عليه فى المذهب صحة العقد بحضوره ، لأن الغرض التمييز ولو بالاسم وهو حاصل فيمكن أن يعلم أن فلانة بنت فلان تزوجت فلان بن فلان فلا يلزم معرفة شخصهما بل المعرفة بالاسم غير

(١) فتح القدير وابن عابدين .

(٢) على ماوفقه الرحمتى بين النقول المختلفة عن المشايخ كما جاء فى ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٢٢ .

شرط اذا انتفت الجهالة بأن وجد مايعينهما مما يقوم مقام الاسم ، كما اذا كان لشخص بنت واحدة فقال لآخر زوجت ابنتى منك فان العقد يصح لانتفاء الجهالة «[1]» .

وقال الشافعى تشترط العدالة فى الشاهدين فلا ينعقد بحضور فاسقين ، لأن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الاهانة ، ولأن اشتراط العدالة فى الشاهد أمر معقول المعنى اذ الغرض صون العقد عن الجحود والعقد لايثبت بشهادتهما فلا يصح بشهادتهما ، والحنفية لايشترطون ذلك لأن الغرض من الشهادة عندهم اظهار خطر المحل ولاتنافى بين خطر العقد وفسق الشاهد ، فكم من فاسق يعظمه الناس ويفخرون بقربه لماله أو منصبه أو جاهه ، ولأن الغرض من الشهادة الاعلان وهو يتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور غيرهم ، ولأن الفاسق أهل لأن ينشىء العقد لنفسه ولمن هو فى ولايته فيكون أهلا للشهادة عليه من باب أولى لأن الشهادة عليه دون انشائه ، فمن صح منه الأقوى صح منه الأضعف . وكما يصح عقد النكاح اذا شهده الفاسق أو الأعمى يصح أيضا اذا حضره ابنا الزوجين ، أو ابنا أحدهما ، أو عدوهما ، لأن الغرض من الشهادة على هذا العقد الاعلان لا الاثبات ، وهو يحصل بحضور هؤلاء ، وانما ترد شهادتهم اذا كان الغرض منها الاثبات لأجل التهمة ، فشهادة الأصول للفروع أو الفروع للأصول لايصح اذا كان الغرض منها اثبات حق لأحدهما ، وعلى هذا ينعقد النكاح بشهادة هؤلاء ، وان لم يثبت بها عند التجاحد . ويتصل بهذه الأحكام ما اذا ادعى الأب أنه زوج بنته الكبيرة من شخص بحضرة ابنيه فأنكر الزوج ما ادعاه فشهد الولدان على الزواج لا تقبل شهادتهما ، ولو كان الزوج هو المدعى والمرأة المنكرة أو الأب قبلت وهذا عند أبى يوسف ، وعند محمد تقبل وان كان المدعى الأب .

والأصل عند أبى يوسف أن كل شىء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة

(١) راجع ص ٤٢٤ من كتاب ابن عابدين حـ ٢ .

وان لم يكن فيه منفعة له للتهمة الناشئة عن ثبوت منفعة له هى نفاذ كلامه.

أما اذا زوج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهى تنكر فلا تقبل ، لأن الشهادة على فعل نفسه وهى لاتقبل سواء أكان مما هو فيه خصم أو لا .

هذا وعقد النكاح ليس من العقود التى يصح فيها خيار الشرط ولاخيار الرؤية . فمن تزوج امرأة دون أن يراها فليس له الخيار عند رؤيتها ، كما أن من اشترط لنفسه الخيار لايملك فسخ العقد ، بل يصح العقد ويبطل الشرط ، لأن هذا الشرط انما شرع ليتروى المرء ويختار ماهو الصالح له من الأمرين الامضاء أو الفسخ . وقد جعل الشارع له حق البحث قبل الاقدام على العقد فاذا قصر كان التقصير من جهته فلا يثبت له الخيار . ولأن الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف عقود المعاوضات والنكاح أرفع من أن يكون محل مساومة بعد امضائه . أما خيار العيب فمحل الكلام فيه عند التفريق بالعيوب ان شاء الله . الى هنا ينتهى الكلام على شروط الصحة التى تتعلق بصيغة العقد .

أما العاقدان فيشترط فيهما مايأتى :

(١) أن يكون كل من العاقدين أهلا للتصرف بأن يكون مميزا فلاينعقد زواج المجنون والصبى غير المميز .

أما اذا كان العاقد مميزا فانه يصح أن يتولى العقد ، فان عقد لنفسه توقف على اذن وليه ، وان عقد بالنيابة عن غيره صح ، لأن توكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع ، فصحته هنا أولى لأنه سفير ومعبر .

(٢) كفاءة الزوج أو الزوجة عند تزويج فاقد الأهلية اذا كان المزوج غير الأصل والفرع المعروفين بحسن الاختيار أو المستورى الحال ، ويلحق بهذا الشرط ألا يقل المهر عن مهر المثل .

(٣) أن يكون الزوج كفئا للزوجة اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ولها

ولى عاصب «١» لم يرض قبل العقد بغير الكفء ، فاذا زوجت نفسها فى هذه الحال بغير الكفء كان الزواج فاسدا وذلك يشمل ما اذا لم يعلم أصلا أوعلم فسكت وهذه ليست من المسائل التى ينزل السكوت فيها منزلة القول، ولو أجاز الولى بعد ذلك، لأن ما انعقد فاسدا لا ينقلب بالاجازة صحيحا، فأن أثر الاجازة يظهر فى الموقوف لا فى الفاسد ، وجعل الكفاءة شرط صحة هى الرواية التى اختارها الفقهاء للفتوى وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة وقال شمس الأئمة أنها الاقرب للاحتياط ، وعللوها بأنه ليس كل قاض يعدل ، ولا كل ولى يحسن الخصومة أو يقبل التردد على أبواب المحاكم فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له . وظاهر المذهب أنها شرط لزوم اذا لم يتحقق كان للولى أن يعترض فيطلب من القاضى التفريق «٢» مالم تلد الزوجة أو يظهر عليها الحبل فيسقط حقه حفظا للولد من الضياع بالتفريق بين أبوين فان بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة .

(٤) أن يكون كل من الزوجين له ملة يقر عليها ، ويتفرع على ذلك أنه اذا كان أحد الزوجين مرتدا سواء أكان الآخر مسلما أم كافرا غير مرتد فلا يصح الزواج ، لان الردة فى معنى الموت اذ يجب أن يجبر الرجل على الاسلام والا قتل والمرأة بالحبس والضرب الى أن تموت أو تسلم . والردة الطارئة كالمقارنة فاذا ارتد أحد الزوجين فسخ العقد عاجلا بلا احتياج الى قضاء وسنتم الكلام على ردة أحد الزوجين فى فرق النكاح .

(٥) أن تكون المعقود عليها معلومة علما تاما ، وذلك بالاشارة اليها

---

(١) فان لم يكن لها ولى عاصب أو كان لها عصبة صغير فهو بمنزلة من لاولى لها لانه لاولاية له وكذا لو كان عبدا أو كافرا ولا يتجدد لهؤلاء حق الاعتراض اذا بلغ الصغير أو عتق العبد أو اسلم الكافر ، أما لو كان لها عصبة غائب فهو كالحاضر لان ولايته لاتنقطع بغيبته .

(٢) ومادام القاضى لم يفرق بينهما فالنكاح صحيح يتوارثان به اذا مات أحدهما قبل القضاء ، وهذه الفرقة لاتنقص عدد الطلقات ولا يجب عندها شىء من المهر ان وقعت قبل الدخول وعليها العدة ان دخل بها ولها نفقة العدة لانها كانت واجبة ، ولها الا تمكنه من الوطء حتى يرضى الولى كما اختاره الفقيه أبو الليث ، وأما على المفتى به فهو حرام لفساد العقد . كما أفاده فى البحر (ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٥٩) .

ان كانت حاضرة حتى لو ذكر اسمها وأخطأ فيه مع الاشارة اليها كفت الاشارة لأن تعريف الاشارة الحسية أقوى من التسمية لما فى التسمية من الاشتراك العارض فتلغو التسمية عندها ، كما لو قال اقتديت بزيد هذا فاذا هو عمر فانه يصح «[1]» . وان كانت غائبة فيذكر اسمها واسم أبيها وجدها ، وان كانت معروفة عند الشهود . وفى قول يكفى ذكر اسمها ان كانت معروفة عندهم والا فلا ، لأن المقصود من ذكر الاسم التعريف وقد حصل ، ولا يخفى أنه اذا كان الشهود كثيرين لايلزم معرفة الكل بل اذا ذكر اسمها وعرفها اثنان منهم كفى ، وذكر الاسم غير شرط بل المراد الاسم أو ما يعينها مما يقوم مقامه لما فى البحر : لو زوجه بنته ولم يسمها وله بنتان لم يصح للجهالة ، بخلاف ما اذا كانت له بنت واحدة الا اذا سماها بغير اسمها ولم يشر اليها فانه لايصح . وان كان له بنتان وأراد تزويج الكبرى منهما فغلط باسم الصغرى صح العقد على الصغرى ، فان كان اسم الكبرى مثلا عائشة والصغرى فاطمة فقال زوجتك بنتى فاطمة صح العقد على الصغرى وان كانت عائشة هى المرادة وهذا اذا لم يصفها بالكبرى ، أما لو قال زوجتك بنتى الكبرى فاطمة وجب ألا ينعقد العقد على احداهما لانه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم ولاتنفع النية هنا «[2]» . ولو كان لها اسمان فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالأخير لأنها صارت معروفة به . قال الامام ظهير الدين الأصح الجمع بين الاثنين وبه يفتى كما ذكر ابن الشحنه فى كتاب لسان الحكام ص ١٠٨ .

(٦) أن تكون المرأة محلا للعقد عليها بألا تكون محرمة عليه بأى سبب من أسباب التحريم التى سنذكرها بعد .

هذه شروط صحة العقد .

أما شروط نفاذه فترجع الى أن الذى يتولى العقد هو من يكون له حق انشائه ، فاذا تولاه من لايملك حق انشائه توقف نفاذه على اجازة من له

(٢٠١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٣٧٨ .

حق الانشاء ، ولذلك يشترط لنفاذ عقد الزواج مايلى :ـ

(١) البلوغ : فاذا كان العاقد غير بالغ وكان مميزا وعقد لنفسه توقف العقد على اجازة من له الولاية على نفسه ، لأن عقد الزواج مما يخفى فيه وجه المصلحة أو المضرة على أمثاله لعدم خبرته ، ولذلك توقف نفاذه على الاجازة .

(٢) أن يكون حرا ، فلا ينفذ عقد المملوك البالغ العاقل الا باذن سيده ، وذلك لأن الرقيق ملك لسيده ، والتصرف فى ملك الغير بغير اذنه لايجوز .

(٣) ألا يوجد ولى أقرب من الذى عقد زواج الصغيرة أو الصغير ،فان عقد الولى الأبعد مع وجود الأقرب توقف على اجازة الأقرب .

(٤) ألا يكون العاقد وكيلا خالف موكله فيما أمره به . فلو وكل انسان غيره ليزوجه امرأة معلومة أو بمهر معلوم ، فزوجه امرأة غيرها أو بمهر أكثر توقف العقد على اجازة الموكل .

(٥) ألا يكون العاقد فضوليا «والفضولى من لايكون له ولايةالتزويج وقت العقد » فاذا قال رجل زوجتك يافلانه من فلان فقالت قبلت وليس وليا له ولا وكيلا عنه توقفالزواج علىاجازته ، والكلام علىعقد الفضولى والخلاف بيننا وبين الشافعى سيأتى عند الكلام على الوكالة فى النكاح .

هذا وليس من شروط نفاذ العقد الرشد ، لأن عقد الزواج من السفيه يصح وينعقد ولو كان محجورا عليه . وكما يصح من السفيه المحجور عليه يصح من ذى الغفلة ، لأن الحجر عليهما انما هو فى التصرفات المالية ، أما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ولكن لايثبت من المهر أكثر من مهر مثلها اذا كان السفيه هو الزوج ، ويثبت لها مهر مثلها على الأقل اذا كان السفيه هى الزوجة .

شروط اللزوم

معنى لزوم العقد ألا يملك أحد العاقدين ولا غيرهما ممن يتعدى اليه ضرر العقد حق فسخه . وعقد الزواج من العقود اللازمة التى لايملك أحد العاقدين الانفراد بفسخه ، لأن الأغراض السامية التى شرع هـذا العقد لتحقيقها لاتتفق الا مع اللزوم ، فاستقرار الحياة الزوجيـة وتربية الأولاد والقيام على شئونهم حتى يشبوا رجالا نافعين وأمهات صالحات لايتحقق كل ذلك الا اذا كان العقد لازما ، ولايتنافى اللزوم مع ماشرعه الاسـلام من الطلاق الذى ينهى العقد حين تصبح الحياة الزوجية جحيما لايطاق ، لأن الغرض من شرعيته علاج حالة طارئة على الحياة الزوجية المفروض فيها أن تكون أبدية اذا أصبحت تلك الحياة ضررا على طرفى العقد ، والضرر فى الشريعة يزال .

ولما كان هذا العقد قد تحتف به ظروف تجعل جانب الرضا بانشـائه غير كامل ، جعل لمن لم تتوافر عنده عناصر الرضـا أن يفسخه فى الوقت الملائم . ولذلك اشترطوا للزوم العقد ألا يكون لأحد العاقدين ولالغيرهما حق الفسخ بعد انعقـاده وصحته ونفاذه ، فان كان لأحد العـاقدين حق فسخه كان العقد غير لازم وذلك :ـ

(ا) كأن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها غير الفرع أو الأصل من الأولياء ، فلو زوج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد كان لها عنـد افاقتها حق فسخ العقد ولو كان الزواج بالـكفاءة وبمهر المثل .

(ب) أو يكون المهـر أقل من مهر المثـل اذا زوجت البالغـة العاقلة الرشيدة نفسها من كفء بمهر أقل من مهر المثل ولها ولى عاصب لم يرض بهذا المهر ، فان له الحق فى رفع الأمر الى القاضى «١» ليفسخ العقد مالم

---

(١) والصاحبـان يريان أن الولى لاحق له فى الفسخ اذا كان المهر عشرة دراهم فأكثر لان مازاد على عشرةدراهم حقها ومن أسقط حقه لايعترض عليه.

يتم الزوج المهر أو تلد الزوجة أو يظهر الحبل ، وهذا عند أبى حنيفة لأن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها . ولا خلاف فى صحة العقد فى هذه الحالة كما ذكره ابن عابدين ، بخلاف ما اذا زوجت نفسها بغير كفء كما قدمنا ، ولعل وجهه انه يمكن الاستدراك هنا باتمام مهر المثل بخلاف عدم الكفاءة . والتفريق هنا لايكون الا على يد القاضى ، وما لم يفرق بينهما فالزواج قائم يترتب عليه جميع أحكامه ، فان طلقها الزوج قبل الدخول كان لها نصف المهر المسمى ، وليس لهم طلب التكميل لانه عند بقاء النكاح وقد زال ، وان طلقها بعد الدخول كان لها كل المسمى ، وان فرق القاضى بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبل من له الحق وهى فسخ ، وان مات أحدهما قبل التفريق فليس للولى المطالبة بالاتمام لانه انما يلتزمه الزوج لخوف الفسخ وقد زال النكاح بالموت «١» .

(حـ) أن يوجد عيب من العيوب المبيحة للفسخ على التفصيل الذى سيذكر فى باب فرق النكاح . وليس معنى ذلك أن عقد الزواج يدخله خيار العيب الذى يقرره الفقهاء فى باب المعاوضات ، لأن ذلك الخيار لايثبت الا اذا كان العيب قائما حين انشاء العقد ولم يعلم به المشترى ولم يرض به ، فاذا علم به بعد العقد وطلب فسخ البيع أجيب الى طلبه ، واستند الفسخ الى وقت الانشاء . ولا كذلك فى النكاح فان العيب الذى لاتعلم به الزوجة أو يحدث بعد العقد ولم ترض به يسوغ لها طلب التفريق ، فاذا أجابها القاضى الى طلبها كان التفريق ثابتا من وقت الحكم ولذلك تترتب على العقد آثاره من وقت العقد الى حين التفريق ، سواء كان العيب قبل العقد أو بعده ، فتجب النفقة اتفاقا ويثبت المهر . وانما ثبت للزوجة حق طلب التفريق للضرر الذى يلحقها من معاشرة من لاتمكنه حالته الصحية من العشرة بالمعروف التى أمر الله بها الزوجين .

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٠١ .

(ء) أو يشوب العقد تغرير فيما يتعلق بالكفاءة ، بأن نسب نفسه لغير قبيلته ثم تبين انه دونها نسبا وانه من هذه الناحية ليس كفئا ففى هذه الحال يكون لها حق الفسخ كما لوليها . أما اذا كان التغرير فى النسب لا يؤدى الى نقص كفاءته ولكنها لاترضاه بأن ذكر لها نسبا ثم تبين أنه دون هذا ولكنه كفء لها فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ دون الأولياء اذ لاحق لهم فى هذه الحالة وانما كان لها الفسخ لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح لأن الاستفراش ذل فى جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فثبت لها الخيار ولو كان الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لايفوت عليه شيء من مقاصد النكاح . وخالف فى ذلك زفر وقال ليس لها حق الفسخ كما أنه ليس له حق الفسخ اذا انتسبت الى غيرنسبها، ولكن الفرق واضح لانه يملك التخلص بالطلاق وهى لاتملك ، ثم هو لايعيربزواجها وهى تعير بزواجها من دونها وتفخر بزواج من هوأعلى منها«[1]»

فاذا توافرت هذه الشروط التى أسلفنا ذكرها كان العقد صحيحا نافذا لازما شرعا . وليست هناك شروط أخرى بعد ذلك تتوقف عليها صحة العقد أو جواز سماع الدعوى به اذا اضطر أحد العاقدين الى الالتجاء الى المحاكم لاثباته أو لاثبات أثر من آثاره .

غير أن المشرع المصرى رأى أن يضع بعض القيود لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم الشرعية المصرية ، لأسباب اقتضت هذه القيود ، وهى ترجع الى أن بعض الناس قد يدعون الزوجية زورا وبهتانا طمعا فى المال أو رغبة فى التشهير معتمدين على اثباتها بشهادة الزور ، وقد يخفى على القاضى وجه بطلانها ، فينقلب الحق باطلا والباطل حقا ، فاشترط لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم الشرعية المصرية شرطين : —

(١) المسوغ الكتابى على التفصيل الآتى : —

(أ) اذا كان الزواج مدعى حصوله قبل سنة ١٨٩٧ والدعوى مقامة

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٤١٩

من أحد الزوجين والمدعى عليه منكرا ، فلا يشترط دليل كتابى لسماع الدعوى ، بل يكتفى بشهادة الشهود ، بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة « قانون رقم ٨٧ سنة ١٩٣١ » .

(ب) اذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٨٩٧ الى ١٩١١ والمدعى عليه ينكره وأحد الزوجين متوفى فلا تسمع الدعوى به ، الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها ، سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره .

(حـ) اذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٩١١ الى غاية يوليه سنة ١٩٣١ والمدعى عليه ينكره وأحد الزوجين متوفى ، فلا تسمع الدعوى الا اذا كان ثابتا بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك ، سواء أكانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره .

(ء) واذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ والزوجية منكرة فلا تسمع الدعوى به ، الا اذا كان ثابتا بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص بمقتضى وظيفته باصدارها ، سواء أكانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة .

. واشترط لمباشرة الموظف المختص باجراء عقد الزواج ألا تقل سن الزوجة عن ١٦ سنة وسن الزوج عن ١٨ سنة ، باعتبار هذه السن تغلب عندها استعداد كل من الزوجين للحياة الزوجية ، ويمكن أن يكون لكل منهما رأى فيها ، ثم جعل بلوغ هذه السن عند رفع الدعوى شرطا لسماعها مقرا كان المدعى عليه أم منكرا .

وبذلك قلل الناس من تزويج الصغار حتى لاتتعرض حقوقهم الزوجية للضياع ، لأنهم اذا علموا أن الزوجية التى تتم بين من لم يبلغوا هذه السن لايمكن سماع الدعوى بها قانونا ولا المطالبة أمام القضاء بحق من حقوقها ـ اذا علموا ذلك ـ كف الناس من تلقاء أنفسهم عن الزواج الذى لم يبلغ الزوجان فيه هذه السن المعينة .

وانما حال المشرع منع زواج الصغار والصغيرات ، لأن الناس كانوا قد أكثروا من تزويج أبنائهم وبناتهم صغارا فى وقت تعقدت فيه أمور الحياة ، وكثرت مطالبها ، وثقلت أعباؤها ، وأصبحت فى حاجة الى قدر من الخبرة والاستعداد لايتهيأ فى السن المبكرة ، وكثيرا مايبنى الزواج على أغراض مادية لادخل للزوجين فى اختيارها ولا صلة بينها وبين الحياة الزوجية السعيدة ، فلا تلبث أن يقع فيها الشقاق وتنتهى الى الفراق ، ومع هذا فقد احتالوا لحمل المأذونين على مباشرة هذه العقود باخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد على بلوغ السن المقدرة بشهادات الأطباء أو شهود الزور ، فاضطر المشرع أن يضع عقوبة لمن يعقد مثل هذا العقد مع علمه به ، أو يدلى بمعلومات يبنى عليها العقد مع علمه بكذبها • وذلك ماورد فى المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ سنة ١٩٣٣ ونصها : « يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين ، أو بغرامة لاتزيد على مائة جنيه ـ كل من أبدى أمام السلطة المختصة ، بقصد اثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج ـ أقوالا يعلم أنها غير صحيحة ، أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك ـ حتى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق » •

« ويعاقب بالحبس أو بغرامة لاتزيد على مائتى جنيه ـ كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج اذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » •

هذه القيود التى وضعها المشرع الوضعى محافظة على كيان هذا العقد وجعله أقرب الى تحقيق الغاية المنشودة منه ، ليس معناها ابطال مايصدر بين الزوجين من عقد لم تراع فيه هذه القيود بل ان من عقد زواجه مستوفيا الشروط الشرعية الأساسية فعقده صحيح نافذ ديانة بل صحيح قانونا مهما تكن سنه ، ذلك لأن القانون لو لم يعتبره صحيحا لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة هتك عرض يعاقب عليها قانون العقوبات ولم يقل بذلك أحد • وقد لقى هذا القانون صعوبات كثيرة فى تنفيذه ومحاولات للتخلص منه

ولكنه على وجه عام خفف الأضرار التى كانت تنشأ من وزاج الصغار .

أما المحاكم السودانية فانها الى وقتنا الحاضر لم تقيد سماع دعوى الزوجين ولا المأذون الذى يقوم باجراء عقد الزواج بأى قيد من القيود ، سوى الشروط الشرعية التى ذكرناها فيما سبق وعلى هذا فيصح زواج الصغير والصغيرة ، ولايملك المأذون أن يمتنع عن اجراء عقدهما ، كما تسمع الدعوى أمام المحاكم السودانية بدون مسوغ كتابى ولاوثيقة رسمية .

واتماما للفائدة نرى أن نذكر حكم نكاح الهازل والمكره .

نكاح الهازل :

يرى جمهور الفقهاء أن نكاح الهازل صحيح ، كما صرحت به النصوص ، لقوله عليه الصلاة والسلام : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة .. رواه أهل السنة وحسنه الترمذى . وعن النبى عليه الصلاة والسلام « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز » وقال أمير المؤمنين على كرم الله وجهه : ثلاثة لالعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح . وقال ابن مسعود : « النكاح جده ولعبه سواء » .

وهو قول طائفة من أصحاب الشافعى ، ومذهب مالك الذى رواه ابن القاسم عنه ، وعليه العمل عند أصحابه أن هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع .

هذا من ناحية النص والمأثور عن الصحابة ، أما من ناحية المعنى فلان الهازل أتى بالسبب الذى رتب الشارع حكمه عليه ، لأن ترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فلا يتوقف ذلك على قصد المتكلم . فمتى أتى بالقول مريدا له مع علمه بمعناه وموجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى كان ذلك قصدا لذلك المعنى لتلازمهما ، الا أن يعارضه قصد آخر كالمكره فانه قصد شيئا آخر غير معنى القول وموجبه فانه قصد رفع العذاب

عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداء . والآثار تدل على أن بعض العقود جدها وهزلها سواء ، ومنها ما لايكون كذلك فالنكاح والطلاق والرجعة فيها حق الله تعالى ، لانه يترتب على النكاح حل ما كان حراما وحرمة ما كان حلالا ، وهو التحريم الثابت بالمصاهرة ، واذا كان كذلك لم يكن للعبد مع تعاطى السبب الموجب لهذه الأحكام ألا يترتب عليها موجباتها ، لأن العبد ليس له أن يهزل مع ربه ولا يستهزىء بآياته ، وهذا بخلاف البيع فانه تصرف فى المال الذى هو محض حق الآدمى ولذلك يملك بذله بعوض وبغير عوض ، والانسان قد يلعب مع الانسان وينبسط معه فاذا تكلم على هذا الوجه لم يلزمه حكم الجاد .

والنكاح أيضا يشبه العبادات فى نفسه بل هو مقدم على نفلها ، ولذلك يستحب عقده فى المساجد وينهى عن البيع فيها ، ومن يشترط له لفظا بالعربية راعى فيه ذلك الحاقا له بالاذكار المشروعة ومثل هذا لا يجوز الهزل به فاذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وان لم يقصده . بحكم ولاية الشارع على العبد فالمكلف قصد السبب والشارع قصد الحكم .

وأما نكاح المكره : فالحنفية يقولون بصحته لأنهم صححوا نكاح الهازل ، فالتزموا تصحيح نكاح المكره بناء على أن الهازل غير راض بحكم العقد والمكره كذلك غير راض بحكمه ، وغير الحنفية لايقولون بذلك ، لأن القاعدة العامة فى العقود عندهم أن العاقدان لم يقصد التكلم بالصيغة ، كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شىء ، وان كان فى بعض ذلك نزاع وتفصيل ، فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب والسنة والعقل وأقوال الصحابة ، فالمكره وان قصد اللفظ لم يقصد الحكم الذى يترتب على هذا اللفظ ، لأنه انما قصد رفع الأذى عن نفسه فانتفى الحكم لانتفاء قصده وارادته ، فهو فى الواقع انما قصد التوسل بذلك اللفظ وبظاهر ذلك السبب الى شىء آخر غير حكم السبب وهو دفع الضرر عن نفسه فيبطل حكم السبب فيما عليه وفيما له لأنه لم يقصد واحدا منهما .

المحرمات من النساء

اقتضى علم الله الواسع وحكمته البالغة ورحمته الواسعة بعباده أن يبين لهم فى كتابه الكريم وعلى لسان رسوله العظيم النساء اللاتى يحرم التزوج منهن ، ليكون ماوراء هؤلاء المحرمات حلالا لهم ، كما قال تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان » وكان هذا البيان ضروريا لأن سنة الله فى هدايته لخلقه أن ينص على ما لايختلف حكمه باختلاف الأزمان والأوقات ، ليعلم الناس أن هذا تشريع أبدى لايقبل تغييرا ولا تبديلا وليس هو مما يصح الاجتهاد فيه ، وأيضا فان العقل البشرى لو ترك وشأنه فى وضع حدود فاصلة لأنواع القرابة التى تحرم النكاح والتى لاتحرمها لما استطاع الى ذلك سبيلا . ولذلك نجد البشر يختلفون فى هذه الحدود الفاصلة اختلافا كبيرا كما نجد الشرائع الأخرى تختلف فى ذلك حسب ما جاء فى كتبهم ، فمن الأمم من كان يبيح التزوج بالأخت والبنت ، ومنها من كان يبيح التزوج ببنات الأخوة والأخوات ، وكتب الشرائع والتاريخ والآثار تؤيدنا فيما ذكرنا ، فالمجوس المصريون القدماء والموسوية والنصرانية لكل منها نظام يختلف عن الأخرى فى المحرم والمحلل من النساء .

ولنأخذ فى ذكر الآيات الخاصة بهذا الموضوع والأحاديث الواردة فيه ثم نفصل الأحكام المستنبطة منها تفصيلا ثم نتبعها بالحكم التى يمكن استنباطها لهذا التحريم .

(١) من سورة البقرة آية (٢٢١) : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » .

(٢) ومن سورة الممتحنه آية (١٠) « يايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات

فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن » .

(٣) ومن سورة النساء آية (٢٢) فما بعدها « ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء الا ماقد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ، حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف ، ان الله كان غفورا رحيما ، والمحصنات من النساء ، الا ماملكت أيمانكم كتاب الله عليكم ، وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ان الله كان عليما حكيما » .

(٤) من سورة البقرة (٢٢٩ــ٢٣٠) : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولايحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها . ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله » .

(٥) ومن سورة البقرة (٢٢٨) : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، أى ينتظرن فلا يتزوجن فى هذه المدة . ومنها أيضا آية ٢٣٤،٢٣٥ « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » الى أن يقول « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » أى لاتبغوا عقد النكاح الا بعد انتهاء ماكتب وفرض من الأجل .

(٦) ومن سورة النساء آية (٣) « وان خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا

فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا » .

(٧) وقال صلى الله عليه وسلم « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة اختها ، فأنكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

(٨) روى عن ابن عمر رضى الله عنه أن غيلان الثقفى أسلم وتحته عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه ، فأمره النبى (ص) أن يختار منهن أربعا وعن قيس بن الحارث : أنه أسلم وعنده ثمان نسوة فقال له (ص) : اختر منهن أربعا . وعن نوفل بن معاوية : أنه أسلم وتحته خمس نسوة فقال له (ص) : أمسك أربعا وفارق الأخرى .

من هذا العرض الموجز الذى ذكرناه يتبين أن القرآن الكريم قد ذكر المحرمات من النساء فى عدة سور وفى أماكن متفرقة ، وانه لم يفعل كما تفعل كتب الفقه التى تجمع الأحكام المتعلقة بموضوع واحد فى باب واحد لأن القرآن قبل كل شىء هو كتاب هداية وارشاد يسوق الحكم ثم يعقبه ببعض العظات والعبر والنصائح ، ليكون العبد أقرب الى الامتثال بالمأمور ، وأرجى أن يتجنب المنهى عنه .

واليكم البيان حسب ماسار عليه الفقهاء .

قسم الفقهاء التحريم قسمين : قسم مؤبد على معنى أنه لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبدا لأن سبب الحرمة غير قابل للزوال ، وهو ماكان التحريم فيه بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع .

وقسم مؤقت وهو ما كان سبب التحريم طارئا قابلا للزوال فتثبت الحرمة مادام السبب قائما فان زال السبب زال التحريم .

التحريم المؤبد : وأسبابه ثلاثة : محرمات بسبب النسب ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاع .

المحرمات بسبب النسب : حصر الفقهاء المحرمات بهذا السبب فى أصناف أربعة : ـ

(١) الأصل وان علا . والمراد بالأصل الأم وأم الأم وان علت وأم الأب وأم الجد كذلك ، لقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » فتحريم الأم بهذه الآية واضح ، وأما تحريم الجدات فواضح أيضا اذا قلنا أن لفظ الأم يطلق على الأصل الذى ينسب اليه غيره كأم الكتاب وأم القرى فيدخل فيهن الجدات ، وكذلك فهمه جميع العلماء وأجمعوا عليه ، أو تكون حرمة الجدات بدلالة النص لأن الله حرم العمات والخالات وهن أولاد الجدات فحرمة الجدات ـ وهن أقرب ـ من باب أولى .

(ب) الفرع وان نزل : والمراد به البنت وماتفرع منها ، وبنت الابن وان نزل وما تناسل منها ، لقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » فأما البنات الصلبيات فتحريمهن بالنص ، أما من ولدن لأولادنا وأولاد أولادنا فتحريمهن ثابت بالاجماع كما هو ثابت بدلالة النص ، لأن الله حرم بنات الأخ وبنات الأخت ولاشك أن بنات الأبناء وبنات البنات وأن نزلن أقوى قرابة من بنات الأخوة والأخوات ، كما هن أقوى قرابة من العمات والخالات اللائى ثبت تحريمهن بالنص . وهل يشترط أن تكون ولادة البنت بعقد شرعى صحيح ، قال الشافعية : نعم . وقال الحنفية وأحمد ومالك فى المشهور عنه : لا . وعلى هذا يحرم على الرجل بنته من الزنا وان كانت لا ترثه الا اذا استلحقها لأن الارث حق تابع لثبوت النسب ، وانما يثبت النسب بالفراش أو الاستلحاق ، وولد الزنا ليس ولد فراش فلا نسب له ولا ارث ما لم يستلحق ، فاذا تحققت أبوة رجل لبنته من الزنا بأن زنى ببكر وأسكنها حتى ولدت بنتا حرم عليه التزوج بها عند جمهور الفقهاء لأنها بنته حقيقة والحقائق الواقعة لاترفع وهى بنته لغة ، والخطاب انما هو باللغة العربية ، ولذلك حرم باتفاق ابن الزنا على أمه ثم أن العلة وهى الجزئية وصلة الدم ثابتة قائمة فيثبت معها التحريم .

وذهب الشافعى الى عدم حرمتها ، لأن البنوة التى تبنى عليها الأحكام هى البنوة الشرعية وهى منفية هنا ، لقوله (ص) « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولا خلاف فى هذا ، ولذلك لاتحل له الخلوة بها ولا ولاية له عليها ولا نفقة لها عليه ولا توارث بينهما .

ورأى الحنفية فى نظرنا أوجه من رأى الشافعيـة ، لأنه لم يعرف عن أحد من الصحابة أنه أباح أن ينكح الرجل بنته من الزنا ، على أنه مما يدل على حرمة البنت من الزنا حرمة البنت من الرضـاعة بل تحريم بنت الزنا أولى .

(٣) فروع الأبوين وان نزلن : وفروع الأبوين هن : (أ) الأخـوات سواء اكن شقيقات أم لأب أم لأم . (ب) وفروع الأخوة والأخوات ،فيحرم على الرجل أخواته جميعا وأولاد أخواته وأخوته جميعا وفروعهم مهما تكن الدرجة لقوله تعالى : « وأخواتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت » . لأن اسم الأخ والأخت يتناول جميع الاخوة والأخوات ، فالتحريم فى هذا ثابت بالنص وبالاجماع فيما لم يدخل تحت النص من نحو بنات بنـات الأخ وبنات بنات الأخت ، أو يقال ان لفظ البنت يستعمل فى الفرع مهما نزل فتكون حرمة هؤلاء ثابتة بالنص .

(٤) فروع الأجداد والجدات اذا انفصلن بدرجة واحدة . وذلك لقوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » فتحرم العمات والخالات . ولما كان النص عاما فانه يشمل عمات الانسـان شـقيقات أو لأب أو لأم وخالاته كذلك وعمات أحد أصوله أو خالاته كذلك ، أى أن المحرم هو من انفصل بدرجة واحدة عن الأصل .

أما بنات الاعمام والأخوال وبناتالعمات والخالات وفروعهن فمحللات لعدم ذكرهن فى المحرمات فدخلن بذلك فى قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولقوله تعالى « ياأيها النبى انا أحللنـا لك أزواجك اللاتى أتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عمـاتك

وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك » وما أحل للرسول يحل لأمته ما لم يدل دليل على خصوصية الحل للرسول .

وحكمة تحريم الأصناف السابقة تظهر واضحة جلية اذا راعينا ما يأتى :

(١) محافظة الشارع الاسلامى على الروابط التى تربط الأقرباء بعضهم ببعض ، وحماية هذه الصلة مما يعرضها للقطيعة . وقد قال صاحب كتاب البدائع فى هذا : ان نكاح هؤلاء يفضى الى قطع الرحم ، لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحيانا وذلك يفضى الى قطع الرحم التى أمر الله بها أن توصل ، فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه والمفضى الى الحرام حرام . وتختص الأمهات بمعنى آخر وهو ان احترام الأم وتعظيمها واجب ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ونهى عن التأفيف لهما ، فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج وطاعته مستحقة عليها للزمها ذلك وهذا ينافى الاحترام فيؤدى الى التناقض .

هذا كلام وجيه لأن أساس القرابة القريبة شفقة ومودة ورحمة وعمادها احترام ومحبة بريئة ، وأساس العلاقة الزوجية متعة ولذة تقتضى الامتهان والابتذال ويرتفع معها الوقار والاحتشام ولا تستقيم كلتاهما مع الأخرى .

(٢) هذا الى أن الأسرة عادة يقتضى تكوينها اتصال الأب ببناته والأبناء بأمهاتهم والأخوة والأخوات بعضهم ببعض واجتماعهم جميعا فى منزل واحد ، فاذا لم يرتفع الحل بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب ألا يلتقى الرجل باحدى هؤلاء القريبات لأن بقاءه يفتح باب الطمع والتطلع فتصبح البيوت مسارح لتمثيل أدوار العشق والغرام ، وبالحرمة ينسد باب الطمع وتصبح الصلة بريئة نقية فتكون البيوت مباءة الطهر والعفة . واذا منعنا التقاء الأخ بأخته والأب بابنته والابن بأمه لكان فى ذلك ضيق شديد ، لذلك كان التحريم لينقطع الطمع ويكون اللقاء . وقد قال الدهلوى فى

كتابه حجة الله البالغة حـ ٢ ص ٩٨ ما نصه : والأصل فى التحريم أمور منها : جريان العادة بالاصطحاب والارتباط وعدم امكان الستر فيه بينهم وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعى دون الصناعى ، فانه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والاعراض عن الرغبة فيهن لهاجت مفاسد لاتحصى، وأنت ترى الرجل يقع بصره على محاسن امرأة أجنبية فيتعلق بها ويقتحم المهالك لأجلها فما ظنك بمن يخلو معها وينظر الى محاسنها ليلا ونهارا ، وأيضا لو فتح باب الرغبة فيهن ولم يسد ولم تقم اللائمة عليهم فيه أفضى ذلك الى ضرر عظيم عليهن ، فانه سبب عضلهم اياهن عمن يرغبن فيه لأنفسهم فانه بيدهم أمرهن واليهم نكاحهن ، ولما كان تحريم المذكورات ملائما للفطر الانسانية ومحققا للمصالح الاجتماعية رأينا الشرائع المنزلة كلها مجمعة على هذا التحريم بل كان تحريم هذه المحرمات شائعا فى أهل الجاهلية مسلما عندهم لايكاد يتركونه .

(٣) أن التزاوج بين الأقارب الأقربين يضعف النسل كما قرر علماء الحياة ، لما بين الزوجين القريبين من الالفة التى هى من أسباب ضعف الميل وفتور الشهوة ، وكما أثبتت التجارب العلمية التى أجريت فى الحيوان أن التلاقح بين سلائل مختلفة الاروميه ينتج نتاجا قويا ، والتلاقح بين حيوانات متحدة الأرومة ينتج نسلا ضعيفا ، ولذلك كان العرب يستحبون تزوج البعيدات ويرون ذلك أنجب للولد وأقوى للبدن وأبهى للخلقة ، فعن عمر بن الخطاب أنه قال لبنى السائب : قد ضويتم (هزلتم وضعفتم) فأنكحوا فى الغرائب .

المحرمات بسبب المصاهرة : حصر الفقهاء المحرمات بهذا السبب فى أربعة أصناف :

(١) زوجة الأصل وان علا ذلك الأصل سواء أكان من العصبات كأبى الأب أم كان من ذوى الأرحام كأبى الأم ، لقوله تعالى : « ولا تنكحوا

ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » . ولاخفاء فى دلالة الآية على تحريم زوجة الأب ، أما تحريم زوجة الجد فلاطلاق لفظ الأب على كل أصل مذكر أو بالاجماع ، ثم أنه تحرم زوجة الأصل على الفرع بمجرد العقد عليها دخل بها أم لم يدخل ، وقد فسر ابن عباس النكاح هنا بالعقد كما روى ابن جرير والبيهقى عنه أنه قال : كل امرأة تزوجها أبوك دخل بها أم لم يدخل بها فهى عليك حرام . وهو ما اختاره الاستاذ الامام فى تفسيره حيث قال : ويطلق النكاح على العقد وحده وهو الذى تمكن معرفته وتبنى عليه الأحكام فى الغالب ، بخلاف ما قاله الحنفية من أن حقيقته الوطء ويستدلون بالآية على أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة ، واستدلالهم بهذه الآية قاصر كما سيتبين فيما بعد . وقد ذكر القرآن هذا النوع ولم يسرده مع سائر المحرمات فى الآية الأخرى لانه مع قبحه كان فاشيا فى الجاهلية ، ولذلك ذمه بمثل ماذم به الزنا للتنفير منه . كما أخرج ابن سعد عن محمد بن كعب قال : كان الرجل اذا توفى عن امرأته كان ابنه أحق بها أن ينكحها ان شاء ان لم تكن أمه أو ينكحها من شاء فلما مات أبو قيس بن الأسلت قام ابنه محصن فورث نكاح امرأته ولم ينفق عليها ولم يورثها من المال شيئا ، فأتت النبى (ص) وذكرت له ذلك فقال : ارجعى لعل الله ينزل فيك شيئا فنزلت « ولاتنكحوا .. الآية » .

هذا والمحرم فى الآية هو زوجة الأصل ، أما أصول الزوجة أو فروعها فلا يدخلن فى التحريم ، وتحريم هذا النوع موافق للفطر السليمة ، لأن التمتع بزوجة الأصل بعد أن تمتع بها مما تمجه الطباع المستقيمة « انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » ، ثم أنه قد تتوجه اليها نفس الأصل بعد أن يطلقها فاذا حال الابن بينه وبينها بالزواج وقع فى نفسه منه مالاينبغى أن يقع بين الأصل وفرعه فيؤدى الى الوحشة بينهما ، بل قد يؤدى الى قطيعة الرحم التى نهى الله عنها .

(٢) زوج الفرع سواء أكان من العصبات كالابن أو ابن الابن وان

نزل ، أم من ذوى الأرحام كابن البنت أو ابن ابن البنت وان نزل ، لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » عطف على قوله « حرمت عليكم أمهاتكم » ، والحلائل جمع حليلة وهى الزوجة . واللفظ اما مأخوذ من الحلول فان الزوجين يحلان معا فى فراش واحد ، وقيل من الحل بالكسر أى أن كلا منهما حلال للآخر . ويدخل فى الحلائل الاماء اللواتى يستمتع بهن ، واللفظ يصدق عليهن بكل معنى قيل فى اشتقاقه ، هذا وقد قيد الله سبحانه الأبناء بأن يكونوا من الأصلاب ليخرج زوجات من ليسوا من الأصلاب وهن زوجات المتبنين لأنهم ليسوا أبناء من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة ، وعلى هذا قصر الأئمة الأربعة فهمهم للآية ولم يخرجوا بها حليلة الابن الرضاعى بل جعلوها شاملة له ، فقالوا بتحريم زوجة الابن من الرضاعة كتحريم زوجة الابن من النسب وأن قيد الاصلاب فى الآية لاخراج الدعى الذى يتبنى ، ويرى بعض العلماء أن قيد الأصلاب فى الآية لاخراج زوجة الابن من الرضاعة لأنه ليس من صلبه لا بالذات ولا بالواسطة . وينتصر ابن القيم لهذا الرأى ويذكر له حججا قوية ساقها السيد رشيد (فى تفسيره ص ٤٨ حـ ٤ فليرجع اليه هناك . وفى زاد المعاد ص ١٤ حـ ٤) . ولاشك أنه كلام وجيه لأن التبنى قد بطل بآية الاحزاب، فلم تكن هناك شبهة فى عدم دخول المتبنى فى قوله « وحلائل أبنائكم » . وتحرم زوجة الفرع بمجرد العقد عليها ، ولا يدخل فى التحريم أصولها ولا فروعها فيحل للشخص أن يتزوج أم زوجة ابنه وابنتها اذا كانت من شخص آخر غير ابنه الخ ، وعلة التحريم هى بعينها ما ذكرناه فى حرمة زوجة الأصل .

(٣) أصول الزوجة : وهى أمها وأم أمها أو أبيها لقوله تعالى « وأمهات نسائكم » عطف على قوله « حرمت عليكم أمهاتكم » . فيدخل فى الأمهات أم المرأة التى يتزوجها الرجل وجداتها . ويحرم أصول الزوجة بمجرد العقد على الزوجة لأن النص مطلق ، أما قيد الدخول الذى ذيلت به الآية فى قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم

بهن » فراجع الى الربائب دون أمهات النساء عند جمهور الصحابة والفقهاء، ومنهم أئمة الفقه الأربعة . وروى عن بعض الصحابة ان من عقد على امرأة فماتت أو طلقها قبل أن يدخل بها جاز له أن يتزوج أمها . منهم ابن عباس وزيد بن ثابت فى احدى الروايتين عنهما «[1]» .

(٤) فروع زوجته المدخول بها : لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم » . والربائب جمع ربيبة ، وربيب الرجل ولد امرأته من غيره ، سمى ربيبا له لانه يربه أى يسوسه . والآية ظاهرة الدلالة على تحريم بنت الزوجة المدخول بها ، أما من عداها من فروع الزوجة كبنات بناتها وبنات أبنائها فحرمته ثابتة بالاجماع . ولاخفاء فى دلالة الآية على اشتراط الدخول بالزوجة لتحريم ابنتها ، ولذلك اشترط الفقهاء أن يكون الدخول من مشتهى على مشتهاة ولو بحسب الماضى ويتحقق ذلك بالمراهقة ، أما قوله تعالى « اللاتى فى حجوركم » فهو وصف لبيان الشأن الغالب فى الربيبة وهو أن تكون فى حجر زوج أمها (والحجر الحضن وهو مكان ما يحجره ويحوطه الانسان أمام صدره بين عضديه وساعديه) كما قال تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق » لأن الغالب أنهم ماكانوا يقتلونهم الا من خشية الفقر أو من الفقر ، وذلك ليس قيدا للنهى فلو قتلوهم بسبب آخر كان محرما أيضا . ويقال فلان فى حجر فلان أى فى كنفه ورعايته قالوا وهو المراد فى الآية ، وفيه مع ذلك اشارة الى جواز جعل الربيبة فى الحجر حقيقة أو تجوزا كأن تكون فى غاية القرب من زوج أمها . وذكر هذا الوصف لاشعار الرجل بالمعنى الذى يوضح له علة التحريم ويقررها فى نفسه وهو كون بنت زوجته فى مكان بنته لأن زوجته كنفسه ففرعها كفرعه فهو وصف يحرك عاطفة الأبوة فى الرجل وهو كون الربيبة فى حجره يحنو عليها حنوه على بنته .

---

(١) حـ ٤ ص ٤٧٧ تفسير المنار .

وقال الظاهرية : ان هذا الوصف قيد وأن الرجل لاتحرم عليه ابنة امرأته اذا لم تكن فى حجره ، وروى هذا عن بعض الصحابة . ويروى أن ابن مسعود كان يقول بذلك ثم رجع عنه . ويمكن أن يقال ان التى لاتكون فى حجره لاتكون ربيبة له فى الواقع كما أنه لايجد لها فى نفسه عاطفة الأبوة التى لاتجتمع معها عاطفة الشهوة . هذا وقد ذكر صاحب كتاب حجة الله البالغة فى علة التحريم بالمصاهرة ما نصه : « لو جرت السنة بين الناس أن يكون للأم رغبة فى زوج بنتها وللرجال فى حلائل الابناء وبنات نسائهم لأفضى الى السعى فى فك ذلك الربط أو قتل من يشح به وان أنت تسمعت الى قصص قدماء الفارسيين واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الرشيدة وجدت أمورا عظاما ومهالك لاتحصى ، وأيضا فان الاصطحاب فى هذه القرابة لازم والستر متعذر والتحاسد شنيع فكان أمرها بمنزلة الأمهات والبنات أو بمنزلة الأختين» . ثم ان الفقهاء اتفقوا على أن هذه الحرمة كما تثبت بالعقد الصحيح أو بالدخول بعده تثبت بالوطء اذا كان حلالا فى أصله كالوطء بملك اليمين أو كان حراما فى ذاته كالدخول فى بعض الأنكحة الفاسدة ، أو الوطء بشبهة ، ويعتبر الوطء فى هذه الحالة محرما ماحرمه العقد ، ولكنهم اختلفوا فى الدخول الذى يعتبر زنى أيحرم ما حرمه العقد أو الوطء الذى وجدت شبهة أسقطت الحرمة أم لا ؟ . ذهب الحنفية الى أن من زنى بامرأة يحرم عليه أصولها وفروعها وتحرم هى على أصوله وفروعه ، وألحقوا بالوطء مقدماته من المس أو النظر الى الفرج بشهوة اقامة للسبب مقام المسبب فى موضع الاحتياط ، وتوسعوا فى ذلك توسعا ضيقوا فيه تضييقا وقالوا لو لمس يد أم امرأته فى حال الشهوة ولو خطأ فان امرأته تحرم عليه تحريما مؤبدا ، وذهب الشافعية الى أن الزنا لاحرمة له ولايترتب عليه ما يترتب على العقد أو الوطء الحلال وهو الصحيح من مذهب مالك .

وحجة الشافعى فى ذلك : (١) ماروى أن رسول الله (ص) سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال : لايحرم الحرام الحلال

انما يحرم ماكان بنكاح . (٢) أن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب والزنا محظور فلا يصلح سببا للنعمة لعدم الملاءمة بينهما . (٣) ولأن الحكمة فى اثبات حرمة المصاهرة قطع الأطماع لتدوم الصلة بين الأصهار وليتمكنوا من الاجتماع فى غير ريبه ، ولاشك أن الاتصال بالزواج مطلوب البقاء فيناسبه تقرير الحرمة أما الاتصال بالزنا فمطلوب القطع ولا وجه مع هذا لاثبات الحرمة به ولذلك قال الشافعى فى مناظرته لمحمد ابن الحسن : وطء حمدت به ووطء رجمت به فكيف يشتبهان ! «١» . (٤) وأن الزنا لاتلحقه أحكام النكاح الصحيح من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب والتوارث بل يجب به الحد فكيف يثبت به حرمة المصاهرة. (٥) أن ماذكروه من الأحكام فى ذلك هو ماتمس اليه الحاجة وتعم به البلوى أحيانا ، وما كان الشارع ليسكت عنه فلا ينزل به قرآن ولا تمضى به سنة ولا يصح فيه خبر ولا أثر عن الصحابة وقد كانوا قريبى العهد بالجاهلية التى كان الزنا فيها فاشيا فلو فهم أحد منهم أن لذلك مدركا فى الشرع أو تدل عليه علله وحكمه لسألوا عن ذلك ولتوافرت الدواعى على نقل ما يفتون به «٢» .

أما الحنفية فقد استدلوا (١) بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » . ولما رأوا أن الاستدلال بها لايستقيم الا على تفسير النكاح بالوطء فى الآية فقد فسروه بما يشمل العقد والوطء ، ولامانع من استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه أو فى معنييه اذا كان مشتركا .

(٢) ما روى من أن رجلا قال يارسول الله انى زنيت بامرأة فى الجاهلية أفأنكح ابنتها ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها . ويقول صاحب الفتح أنه حديث مرسل منقطع «٣» .

---

(١) ص ١٩٤ حـ ٣ أعلام الموقعين .
(٢) المنار حـ ٤ ص ٤٧٩ .
(٣) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٦٦ .

(٣) أن المناط فى التحريم عند الحنفية هو الوطء مطلقا سواء كان حلالا أم حراما ، والدليل على الغاء وصف الحل أن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسيه والحائض والنفساء كله حرام ، ومع ذلك تثبت به الحرمة المذكورة . فعلم من ذلك أن المناط فى الأصل هو ذات الوطء من غير نظر الى كونه حراما أو حلالا .

وأجاب الحنفية عن أدلة الشافعية (أ) بضعف الحديث الذى اعتمدوا عليه فى الاستدلال لأن البخارى والنسائى قالوا ان الحديث ليس بشىء (ب) بأن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضييق بل النعمة هى المصاهرة التى يترتب عليها التحريم لانها هى التى تصير الأجنبى قريبا وعضدا وساعدا يهمه ما أهمك ولا مصاهرة بالزنا . فالصهر زوج البنت لا من زنى ببنت الانسان فاتتفت الصهرية وفائدتها أيضا اذ الانسان ينفر من الزانى ببنته ، فلا يتعرف به بل يعاديه ، وأقارب المزنى بها يكرهون الزانى ويعادونه ولا يحبون الاتصال به . فالتحريم هنا أشبه بالعقوبة الرادعة فلا مانع من ترتبه على الزنا كالحد ، غير أن هذا الجواب لايتفق مع الفروع التى ذكرها الحنفية فى هذا الموضوع فقد ألحقوا بالزنا المس كما ذكرنا وقالوا انه لافرق بين المس عامدا أو مكرها أو مخطئا . ومن أراد التوسعة فى هذا الباب فليرجع الى فتح القدير حـ ٢ ص ٣٧ وابن عابدين حـ ٢ ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ . ففى هذه الصفحات جميع ما يتطلبه الانسان من الشرح لمعنى الشهوة وجميع ما يتخيله من الفروض التى لم نر داعيا لذكرها .

التحريم بسبب الرضاع : الأصل فى التحريم بهذا السبب : ـ

(١) قوله تعالى : « وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» معطوف على قوله « حرمت عليكم أمهاتكم » . فلما سمى الله تعالى المرضعة أما للرضيع وبنتها أختا أعلمنا بذلك أن جهة الرضاعة كجهة النسب تأتى فيها الأنواع التى جاءت فى النسب كلها ، ولذلك روى البخارى ومسلم :

ان رسول الله (ص) لما أريد على ابنة عمه حمزة قال : « انها لاتحل لى انها ابنة أخى من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . ورويا عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت قد رضعت من امرأة أبى القعيس ، فجاء أخوه أفلح بعد نزول آية الحجاب يستأذن عليها فلم تأذن له ، وقالت : انما أرضعتنى امرأة أخيه فلا آذن له حتى استأذن رسول الله ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله (ص) قال : « ايذنى له فانه عمك . وعلى هذا جرى جمهور المسلمين جيلا بعد جيل فجعلوا زوج المرضعة أبا للرضيع تحرم عليه أصوله وفروعه ولو من غير المرضعة ، لأنه صاحب اللقاح الذى كان سبب اللبن الذى تغذى منه ، كما جعلوا المرضعة أما له ، وبذلك يحرم بالرضاع أربعة الأنواع التى تحرم بالنسب وهى :

(١) أصوله من الرضاعة . فتدخل الأم التى أرضعت وأمها نسبا أو رضاعا وأم الأب والجد الرضاعيين نسبا أو رضاعا كذلك .

(٢) فروعه من الرضاع . فيحرم عليه بنته رضاعا وهى التى تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده وابنة بنته من رضاع وهى من أرضعتها ابنته الصبية أو ابنته الرضاعية ، وبنت ابنه من الرضاع وهكذا .

(٣) فروع أبويه الرضاعيين نسبا أو رضاعا وان نزلن . وهن الأخوات من الرضاع شقيقات أو لأب أو لأم وبناتهن وان نزلن ، وبنات الأخوة الرضاعيين كذلك .

(٤) فروع الأجداد الرضاعيين اذا انفصلن بدرجة واحدة ، وهن العمات والخالات .

هذا ويروى عن بعض الصحابة عدم التحريم من جهة زوج المرضعة دونها ، أى أن زوج المرضعة اذا كان له أولاد آخرون من زوجة أخرى ، لاتثبت الحرمة بينهم وبين الرضيع ، وان التحريم عندهم خاص بالمرضعة وينتشر فى أصولها وفروعها لتسميتها أما وتسمية بنتها أختا ، ولا يلزم من ذلك أن يكون زوجها أبا من كل وجه بأن تحرم جميع فروعه من غير

المرضعة على ذلك الرضيع ، ومن رضع من امرأة كان بدنه جزءا منها لأنه تكون من لبنها فصارت فى هذا كأمه التى ولدته وصار أولادها أخوة له لأن لتكوين أبدانهم أصلا واحدا هو ذلك اللبن ، وهذا المعنى لايظهر فى أولاد زوجها من امرأة أخرى الا من بعد «[1]» . والذى جعل جمهور الفقهاء يجرى على ما ذكرناه سابقا تلك الأحاديث التى رويناها ، ولولاها لما فهمنا من الآية الا أن التحريم خاص بالمرضعة ، وذلك لأن الأحاديث دلتنا على أن جهة الرضاعة كجهة النسب وحمل الجمهور قول المخالفين فى ذلك على عدم وصول السنة الصحيحة اليهم فيه ، أو على أنه اجتهاد منهم عارضته عندنا النصوص الظاهرة ، ومتى ثبتت السنة الصحيحة امتنع العدول عنها لاجتهاد المجتهدين . بقيت مسألة أخرى تتعلق بهذا الباب أيضا . وهى هل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة ؟ أى أن الرضاع يثبت مصاهرة فتكون من أرضعت الزوجة أما لها كأمها النسبية ، وتكون بنت الزوجة رضاعا كبنتها نسبا ، وبذلك يحرم على الرجل أصول زوجته وفروعها رضاعا كما يحرم ذلك عليه نسبا ويكون بين زوج المرضع والرضيع صلة فيعد أبا للرضيع تحرم على الرضيع زوجته ، ويعد هو ابنا لزوج المرضعة فتحرم عليه زوجته كما تحرم اذا كانت العلاقة بينهما نسبية، وبذلك يحرم بالرضاع مايحرم بالمصاهرة كما يحرم به مايحرم بالنسب .

اتفق جمهور الأئمة على أنه يحرم من الرضاع مايحرم من المصاهرة ، ولذلك يضيفون الى المحرمات أربعة أنواع أخرى فيقولون تحرم : —

(١) أصول زوجته الرضاعية ، فأمها التى أرضعتها تحرم عليه وجدتها كذلك سواء أكانت أم أمها رضاعا أم أم أبيها ، سواء أدخل بزوجته أم لم يدخل .

(٢) فروع زوجته من الرضاع ان دخل بزوجته ، فتحرم عليه ابنتها رضاعا وابنة ابنته أو ابنة ابنه .

---

(١) يراجع المنار حـ ٤ ص ٤٦٩ .

(٣) زوجة أصله الرضاعى .

(٤) زوجة فرعه الرضاعى .

وخالفهم فى ذلك بعض العلماء ، وزعماء هذه الطائفة ابن تيميه وتلميذه ابن القيم ، ومما قاله ابن القيم فى ذلك لو كان ذلك مرادا ماسكت كل من الكتاب والسنة عن بيانه فى مقام البيان ، فقد اقتصر الكتاب الكريم عند بيان المحرمات بالرضاع على الاشارة الى الحاق الرضاع بالنسب بجعله المرضع أما وبنتها أختا ، واقتصرت السنة وهى مبينة للكتاب على التصريح بهذا الالحاق ، والسكوت فى موضع البيان بيان .

الرضاع المحرم : الرضاع ، مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية فى وقت مخصوص هو مدة الارضاع . فمناط التحريم وصول اللبن الى جوف الرضيع ، على وجه تقع به التغذية التى تنبت اللحم وتنشر العظم . ولتحقق ذلك شروط .

الشرط الأول : أن يكون من ثدى آدمية ، فلو ارتضع صغيران من لبن بهيمة فلا تثبت حرمة الرضاع بينهما لأنه لا يثبت به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة لأن الأخوة فرع على الأمومة .

الشرط الثانى : أن يتحقق من وصول اللبن الى جوف الطفل فى مدة الرضاعة ، سواء أكان بطريق امتصاص ثديها أ مسقيه له ، فاذا لم يتحقق من وصول اللبن الى جوفه بأن التقم الصبى الثدى ولم يعرف أرضع أم لا ، فلا يثبت التحريم لانه لايثبت بالشك .

الشرط الثالث : أن يدخل اللبن الى الجوف من الفم أو الأنف . اذ بذلك يصل الى المعدة فيغذى الجسم فلو أقطر فى الأذن أو فى جرح فى الجسم أوحقن به حقنا شراجيا لم يثبت التحريم .

الشرط الرابع : أن يكون الرضاع فى مدة الارضاع . وهى عند

أبى حنيفة ثلاثون شهرا الأولى من حياته فلا يثبت التحريم بالارضاع بعد ذلك ، ولو لم يفطم الطفل لقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » فكانت هذه أقل مدة يفصل بعدها الطفل ، ويبدأ بعد ذلك يستقل بغذاء ليس من لبن أمه . وليس المراد بالحمل مايكون فى البطن على اليقين بل يحتمل الحمل على الذراع والحجر ، واذا كان كذلك فمدة الثلاثين شهرا بعد الولادة هى التى بعدها يكون الفطام بيقين ، واذا احتمل اللفظ أن تكون الثلاثون تشمل الحمل فى البطن ومدة الرضاع ، كما يحتمل أن يكون الحمل هو ما بعد الولادة ، فان التحريم يحتاط له فيؤخذ بالاحتمال الأكثر ، خصوصا وأن الأصل ثابت وهو الرضاع المحرم فلا يزول الا بأمر يقينى . والحد بسنتين فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، انما هو لأخذ الأم أجرة على الرضاع ، وبعدها ان أرضعت تكون متبرعة ، ولا يلزم الأب بأجرة . ولكن ذلك لا يمنع التحريم الذى يحتاط له وهو الأصل «[1]» .

وحدد الصاحبان مدة الارضاع بحولين كاملين ، ولا يحرم الارضاع بعد ذلك سواء أكان الطفل قد فطم أم لم يفطم ، وهو رأى الشافعى ومالك وابن حنبل ومذهب جمهور الظاهرية لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » ، وليس وراء التمام شىء ، ولقوله تعالى : « وفصاله فى عامين » ، وقوله عز وجل : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » . والمراد بالحمل حمل الجنين فبقيت مدة الفصال حولين . ولما رواه الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما : « لارضاع بعد حولين » فاذا حصل الرضاع بعد حولين لم يثبت به تحريم . أما اذا فطم فى أثناء الحولين واستغنى بالطعام ثم رضع ففى ظاهر الرواية يثبت التحريم وعليه الفتوى ، وروى الخصاف أنه اذا استغنى بالطعام لايكون رضاعه رضاعا فلا يحرم قال الزيلعى وعليه الفتوى .

وهناك أقوال أخرى غير هذين القولين : منها أن الرضاعة التى يثبت

---

(١) كتاب الزواج ص ٧٥ .

بها التحريم ماكانت قبل الفطام ولو قبل سنتين ، فان فطم قبل السنتين ثم رضع بعد الفطام فلا أثر لارضاعه • وان استمر رضاعه الى ما بعد السنتين ولم يفطم كان رضاعه محرما ، وصح هـذا القول عن أم سلمة من أمهات المؤمنين ، وعن ابن عباس فى الرواية الأخرى ، وقال به من التابعين الزهرى والحسن وقتاده وهو مذهب الأوزاعى ، والحد الفاصل عند هؤلاء بين الاستغناء بلبن الأم وعدم الاستغناء هو الفطام ، فقد يعجل الفطام لنمائه ، وقد يؤخر لضعفه ، ولـكل طفل حال من النماء والضعف يختلف به أمد الحاجة الى لبن الأم وكانت هذه الحاجة هى مناط الصغر «[1]» •

وذهب بعض السلف والخلف الى التحريم برضاع الكبير ، وان كان شيخا ، وهذا مذهب عائشة ويروى عن على أيضا وقال به عروة وعطـاء والليث بن سعد ، لحديث رواه مسلم وأبو داود فى واقعة سهلة بنت سهيل ابن عمرو القرشى (يراجع فى مسلم وأبى داود وهو مروى بعدة ألفـاظ مختصرة فى مسلم ومفصلة فى سنن أبى داود) • وقد عارض هذا الحديث ما أخذ به الجمهور (١) من حديث عائشة فى الصحيحين أن النبى (ص) قال « انما الرضاعة من المجاعة • أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع الجوع وهذا لا يكون الا فى الصغر ، اذ لبن المرأة لايكون غذاء دافعا للجوع كافيا فى الجملة الا فى الصغر » • (٢) من حديث أم سلمة الذى صححه الترمذى وهو قوله (ص) : لايحرم من الرضاعة الا مافتق الأمعاء وكان قبل الفطام وذلك لا يكون الا فى الصغر ، اذ أن أمعاء الكبير متفتقة لا تحتاج الى لبن يفتقها • (٣) ومن حديث ابن مسعود عن أبى داود وهو قوله (ص) لايحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم وأنشز العظم • (ويروى وأنشر بالراء أى بسطه ومده ، وأنشز بالزاى ومعناه رفعه) ، وبسط العظام وارتفاعهـا كلاهما يكونان بنموها والكبير لاتنمو عظامه ويرتفع بالرضاع وان كان له فيه شىء من الغذاء • وحمل بعضهم حديث سهلة على أنه خاص بسـالم

---

(١) راجع ذلك فى المنار ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ حـ ٤ •

وليس عاما والتخصيص معهود فى كل الحكومات المقيدة بالقوانين ويسمونه الاستثناء . ويرى ابن تيميه انها رخصة لمن كان حاله مثل حال سالم مع أبى حذيفة فى عدم الاستغناء عن دخوله على أهله أى مع انتفاء الريبة «(١)» فليس منسوخا وليس خاصا وليس عاما فى حق كل أحد .

هذا ولا يشترط مقدار معين فى التحريم ، فكل مقدار يحرم قليلا كان أو كثيرا متى تحقق حصوله فى مدة الرضاعة المذكورة سابقا ، لقوله تعالى: « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . فالنصان مطلقان لم يقيد أحدهما بعدد ولا بمقدار ، فبالمرة والمرات والقليل والكثير يصدق على المرضع أنها أرضعت ، ولأن السبب فى التحريم الارضاع لأنه يجعل الرضيع كجزء من مرضعته اذ يدخل لبنها فى تكوينه وذلك يتم بالقليل والكثير ، وهذا مذهب الحنفية ومالك ورواية عن أحمد ، ويروى عن على وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن والزهرى والأوزاعى والثورى . وذهب آخرون الى أن التحريم لايثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات ويروى هذا عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن الزبير وعطاء وطاووس وهو احدى ثلاث روايات عن عائشة ، وهو مذهب الشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبه وابن حزم . وهناك أقوال أخرى فى تعيين العدد المحرم من الرضاعات وكلها تستند الى أخبار لم تثبت صحتها عند مخالفيهم فلا نلتفت اليها .

أما الذين قالوا بأن العدد المحرم من الرضعات يجب أن يكون خمسا مشبعات ، فقد احتجوا أولا بما صح عن عائشة انها قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات ، فتوفى النبى (ص) وهى فيما يقرأ من القرآن » ثانيا : بأن علة التحريم كون الارضاع منبتا للحم ومنشزا للعظم وذلك لايكون الا برضاع يوم كامل على الأقل ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات ، وقد اختار ذلك الرأى ابن القيم فى زاد المعاد ووضحه وفسر الرضعة بأنها فعله

(١) المنار حـ ٤ ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ .

من الرضاع فهى مرة منه فمتى التقم الثدى فامتص منه ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة ، لأن الشرع ورد بذلك مطلقا فحمل على العرف، والعرف هوهذا . والقطع بعارض التنفس واستراحة يسيرة أو لشيء يلهيه ثم يعود اليه عن قرب لايخرجها عن كونها رضعة كما أن الآكل اذا قطع أكله بذلك ثم عاد عن قريب لم يكن ذلك أكلتين بل واحدة .

ولكن صاحب المنار يرى أن رد رواية عائشة أهون من قبولها وأولى من القول بنزول شيء من القرآن لاتظهر له حكمة ولا فائدة ثم نسخة أو سقوطه أو ضياعه ، ولا سيما أن جمهور السلف والخلف لم يعمل بها ، واذا كان الأمر كذلك فالمختار التحريم بقليل الرضاع وكثيره الا المصة والمصتان اذ لاتسمى رضعة ولا تؤثر فى الغذاء .

هذا واذا كانت الروايات التى نقلت فى هذا الموضوع محل نقاش وخلاف فانا نرى أن الآية الكريمة التى أثبتت التحريم بالرضاعة نزلت والعرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الأحياء فيندمج فيهم الوليد ويخالطهم كمخالطة المحارم ، فوجب أن تحمل الآية على ما كان معهودا لديهم من مكث الرضيع فترة لدى المرضعة تشعر فيها أنه أصبح فردا من أفراد أسرتها كما يشعر زوج المرضعة بأبوته كذلك للرضيع ، وان الرضعة أو الرضعات القليلة لايتحقق فيها هذا المعنى .

الشرط الخامس : ألا يختلط لبن الآدمية بغيره . فان اختلط بغيره كان حكمه على التفصيل الآتى : —

(أ) ان أضيف على طعام ونضج بالنار فلا يتعلق به تحريم لأنه تغير عن طبعه بالطبخ .

(ب) وان خلط بسائل آخر من لبن أو ماء أو دواء فان كان هو الغالب يتعلق به التحريم ، وان كان مغلوبا لايتعلق به التحريم ، لأن اللبن اذا صار مستهلكا فلا يقع به التقوى .

(حـ) وان خلط بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما فى قول الشيخين وعند محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر ، وحجته أن اللبنين من جنس واحد والجنس لايغلب الجنس ، فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا للكثير وان استويا حرمتا والظاهر رأى محمد .

حكمة التحريم بالرضاع : لما كان الرضاع ينشىء صلة بين الرضيع ومن أرضعته تشبه الصلة التى بين الأم وولدها النسبى فهذه غذته بدمها فى بطنها ، وتلك غذته بدمها بعد وضعه فهى أم بعد الأم وأولادها أخوة بعد الأخوة ، فاذا كانت الأم النسبية محرمة على التأبيد وبعض من يتصل بها محرمات عليه كانت الأم التى أرضعت مثلها فى التحريم أيضا تكريما للأم الرضاعية وان لها ما للأم من اجلال وتقديس ، وتبع ذلك اعتبار الرضيع فردا من افراد الأسرة التى رضع منها لاندماجه فيها فيحرم عليه أولاد أمه الرضاعية وأولاد أبيه الرضاعى ، كما يحرم على الرضيع أصول المرضعة وفروعها نتيجة لهذا التشابك والاختلاط الذى يجعل أسرتها أسرته ، ومادام الأمر يتعلق بالرضيع وباعتباره فردا من أفراد أسرة المرضعة كانت أسرة المرضعة لاعلاقة لها بأخوات الرضيع وأقربائه ، لذلك صح لأولاد المرضعة أن يتزوجوا من أخوات الرضيع واخوته النسبيين ، لأنه لاعلاقة تربط بين أسرة المرضعة وأسرة الرضيع النسبية وبهذا الاعتبار نستطيع أن نتفهم الفروع التى استثناها ابن عابدين من التحريم بهذا السبب .

مايثبت به الرضاع : يثبت الرضاع بما يثبت به المال وهو الاقرار أو الشهادة . أما الاقرار فكأن يقول لأمرأة هى أختى وابنتى من الرضاع ، ويثبت على ذلك ويصر عليه بأن يقول هو حق كما قلت ، فاذا قال ذلك وأصر عليه حرمت عليه هذه المرأة اذا كانا زوجين ووجب أن يفترقا لأنه أقر ببطلان مايملك ابطاله وهو الزواج فيصدق فيه على نفسه ولا يحل له الاستمتاع بها ، وعلى ذلك لايكون فى بقاء الزواج فائدة فيفرق بينهما سواء أصدقته أم كذبته لأن الحرمة ثابتة فى زعمه ، غير أنها اذا صدقته

فلا شيء لها وان كذبته فلها نصف المهر قبل الدخول وكماله والنفقة والسكنى بعد الدخول ، لأن اقراره لايسرى عليها فيما هو حق خاص بها • وان لم يصر على اقراره بأن قال أخطأت أو غلطت فلا يفرق بينهما لأن الرضاع مما يخفى فيغتفر فيه التناقض اذ مبنـاه على السماع من الغير ، ويحتمل أنه رجع لما تبين له كذب الأخبار الذى أقر على مقتضاه •

أما لو أقرت هى وكذبها هو فلا يفرق بينهما لأن التحريم ليس اليهـا فلا يعتبر اقرارها ولو أصرت عليه •

هذا واذا كان الاقرار قبل الزواج منع من أن ينزوجها •

أما البينة فهى أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان بعدول ولا يقبل عليه أقل من ذلك لأنه مما يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ، ولا يشترط لصحة الشهادة تقـدم الدعوى لأنه من حقوق الله تعالى فيكون المرء شـاهدا ومدعيا ، فاذا شـهدوا فرق بينهما ولاشيء لها قبل الدخول ولها الأقل من المسمى ومهر المثل بعده •

واذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها احتياطا ، ثم اذا كان الفراق قبل الدخول فالأفضل أن يعطيهـا نصف المهر المسمى لاحتمال الصحـة والأفضل لها ألا تأخـذ لاحتمال الفسـاد ، واذا كان بعده فالأفضل اعطاؤها المهر كاملا لاحتمال الصحة ، والأفضل لها أن تأخذ الأقل من المسمى ومهر المثل لاحتمال الفساد •

ثم ان الاقرار بالنسب كالاقرار بالرضـاع ، فان قال هذه أختـه من النسب فرق بينهما على التفصيل السابق الا اذا كان الاقرار ظاهر الكذب كأن يقر بأنها أمه وهى لاتصلح أن تكون أما فان هذا الاقرار لايعمل به •

ونكتفى بهذا القدر فى باب الرضاعة وان كان له بقيـة سنذكرها فى آخر باب النفقة ان شاء الله وبذلك ينتهى بنا القول فى أسباب التحريم المؤبد وانه متى وجد سبب منها فلا يحل الزواج ، فلو فرض أن رجلا أقدم على ذلك فتزوج احدى محارمه على التأبيد فان القاضى يفرق بينهما ولا حـد

عليه عند الامام لأن العقد موجب للشبهة ، ولكن هذا العمل جريمة كبرى تستوجب التعزير وهو مفوض الى رأى القاضى فيعاقبه بعقوبة تليق بحاله ان كان جاهلا بالحرمة وبأشد العقوبات التعزيرية ان كان عالما بالحرمة زجرا له لأنه أتى منكرا وأمرا فاحشا ، وقال الصاحبان وباقى الأئمة ان كان عالما بالحرمة حد حد الزنا لأنه وطء فى فرج مجمع على حرمته فى غير ملك ولا شبهته والواطىء أهل للحد عالم بالتحريم ، وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية أفضت الى الزنا فيجب الحد وهذا هو المعقول .

المحرمات تحريما مؤقتا

قدمنا فى أول الكلام على المحرمات أن التحريم المؤقت ما كان سبب التحريم فيه محتملا للزوال فيبقى التحريم مابقى السبب قائما ويزول اذا زال السبب . والتحريم على التأقيت يكون فى الأحوال الآتية : ـ

أولا : تعلق حق الغير بمن يراد العقد عليها بزواج أو عدة من وفاة أو طلاق أو دخول فى نكاح فاسد أو وطء بشبهة ، فيحرم على الرجل :

(١) أن يتزوج امرأة غيره بنص الكتاب وهو قوله « والمحصنات من النساء » عطف على قوله : « حرمت عليكم أمهاتكم » والمحصنات فى هذه الآية يراد بهن المتزوجات فى أى ملة وقوله من النساء مؤكد لهذا العموم . ولم يستثن منه الا المسبيات من زوجات المحاربين فى حرب مشروعة ، والحكمة فى التحريم واضحة ظاهرة لما فيه من الاعتداء على حق الغيروإثارة الشحناء والبغضاء بين الناس ولما فى ذلك من اختلاط الانساب ، ولو تزوج بامرأة الغير عالما بذلك ودخل بها لاتجب العدة عليها حتى لايحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لانه زنى والمزنى بها لاتحرم على زوجها ، نعم لو وطئها بشبهة وجبت عليها العدة وحرم على الزوج وطؤها «[1]» .

(٢) كما يحرم عليه أن يتزوج معتدة غيره من طلاق رجعى أو بائن أو

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٥٢ .

وفاة . فأما تحريم المعتدات من طلاق فلقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ومعنى التربص الانتظار فلا يتزوجن فى هذه المدة ، ولقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » أى لاتبرموا عقد النكاح الا بعد انتهاء ماكتب وفرض من الأجل ، وأما تحريم المعتدات من وفاة فلقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

والحكمة فى تحريم معتدة الغير أن آثار الزواج لاتزال قائمة فرعاية لتلك الحقوق منع الشارع المعتدة أن تتزوج كما أن زواجها فى العدة قد يؤدى الى اختلاط الانساب فى بعض الاحوال ، وقد ألحق الفقهاء بعدة الطلاق عدة الدخول فى النكاح الفاسد وعدة الوطء بشبهة لأن النسل من كل منها محترم ثابت النسب .

واذا تزوج شخص معتدة غيره كان الزواج فاسدا ، فان دخل بها قبل انتهاء العدة فقد اختلف الفقهاء فى الآثار المترتبة على ذلك . روى عن عمر حينما بلغه أن امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف فى عدتها أنه أرسل اليهما ففرق بينهما وعاقبهما وقال لاينكحها أبدا وجعل الصداق فى بيت المال ، فلما علم الصحابة قال على رحمه الله : مابال الصداق وبيت المال ، انهما جهلا فينبغى للامام أن يردهما الى السنة ، قيل فما تقول أنت فيهما ؟ قال : لها الصداق بما استحل من فرجها ويفرق بينهما ولاجلد عليهما وتكمل عدتها من الأول ثم تكمل العدة من الآخر . ثم يكون خاطبا ، فبلغ ذلك عمر فقال : يا أيها الناس ردوا الجهالات الى السنة . ولهذا ذهب أبوحنيفة وأصحابه والشافعى الى وجوب التفريق وحلها له بعقد جديد بعد انقضاء العدة عملا بما اتفق عليه على وعمر رضى الله عنهما .

أما المزنى بها فانه يحل لمن زنى بها أن يتزوجها ويدخل بها اتفاقا . وان جاءت بولد لستة أشهر من حين العقد يثبت نسبه منه وان جاءت به لأقل لايثبت نسبه ولا يرث منه الا أن يقول هذا الولد منى ولايقول من الزنا

لاحتمال كونه بعقد سابق أو بشبهة حملا لحال المسلم على الصلاح .

أما غير الزانى بها وهو من رآها تزنى فانه يجوز له أن يتزوجها ويدخل بها بدون استبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها ، وعند زفر لايصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض وقيل يكفى حيضة للاستبراء ، وحجة محمد أن زناها يوجب توهم شغل رحمها فتستبرأ كالمشتراة ، أما اذا كانت حاملا فان كان الحمل منه جاز نكاحها بالاتفاق كما فى الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملامن زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطؤها عند الكل «١»

أما انكان الحمل من غيره فانه يجوز العقد عليها عندالطرفين والشافعى ولكنه لايحل له قربانها حتى تضع حملها ، وأما صحة العقد عليها فلعدم ذكرها فى المحرمات ولدخولها بذلك تحت قوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم » وأما عدم قربانها فلما روى عن النبى (ص) أنه قال «لايحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره » ، وحرمة القربان لعارض يحتمل الزوال لايستلزم فساد النكاح كما فى حالة الحيض والنفاس «٢» وقال أبو يوسف وزفر ومالك وأحمد انه لايصح زواج الحامل من زنا قياسا على الحامل حملا ثابت النسب والعلة فيهما واحدة وهى حرمة الحمل اذ لاجناية من الحمل ولهذا لم يجز اسقاطه ، والامام ومن معه يمنعون أن تكون العلة هى حرمة الحمل وانما العلة عندهم هى احترام صاحب الماء وهى منتفية فى الفرع اذ لاحرمة للزانى .

ثانيا : عدم الدين السماوى . لاخلاف بين أئمتنا فى أن المسلم لايجوز له أن يتزوج بمن لاتدين بدين سماوى ويقصدون بالدين السماوى الدين الذى له كتاب منزل فى زمن نشأته وله نبى مبعوث وعلى هذا لايحل التزوج بمشركة وهى من لاتؤمن برسول ولا بكتاب فتنكر وجود الخالق أو تعبد غير الله كالوثنيين عبدة الاصنام والمجوس عبدة الكواكب . وقد

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٨٤ .
(٢) العناية والهداية والفتح ص ٣٨٢ حـ ٢ .

قال فيهم النبى (ص) : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ، فكل أولئك مشركون يدخلون تحت قوله تعالى : « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » . كما يدخل تحت الاشراك كل شخص اعتنق مذهبا يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناوله «(١)» . وكما لايجوز للمسلم أن يتزوج مشركة كذلك لايحل للمسلمة أن تتزوج مشركا بالتأويل الذى أسلفنا فى معنى المشرك. وقد أشارت الآية الكريمة السابقة التى حرمت التزاوج بين المشركين والمسلمين الى علة هذا التحريم بقولها « أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » ، فبينهم وبين المؤمنين غاية التناقض والتنافر فكيف يجتمعان لبناء بيت دعامته المودة والمحبة ، وغايته الهدوء والاستقرار ، فهو يستهجن ما تستحسنه وتستقبح ما يحسنه ! وكيف يتم الوئام والعشرة بالمعروف اذا كان أحد الزوجين يتقرب الى الله بما تنكره وتنفر من القربان منه ! ثم كيف تكون نشأة الأولاد بين أبوين تتنافر عقائدهما غاية المنافرة ، انهم ينشئون نشأة فاسدة ضالة نشأة المتردد المزعزع الذى لايجد فى نفسه استقرارا ولاطمأنينة ، فليس للمشركة دين يحرم الخيانة ويوجب عليها الأمانة ويأمرها بالخير وينهاها عن الشر ، فهى موكولة الى طبيعتها وما تربت عليه فى عشيرتها وهو خرافات الوثنية وأوهامها وأمانى الشيطان وأحلامها فقد تخون زوجها وتفسد عقيدة ولدها ، فان ظل الرجل على اعجابه بها وتسامح معها كان ذلك عونا لها على المضى فى ضلالها بل قد يؤدى ذلك الى فساد عقائده التى تسرى اليه من خطتها ومعاشرتها فيضعف فى نفسه الاحساس بدينه فيستهين بالفرائض فذلك قوله تعالى : « أولئك يدعون الى النار » .

هذا وألحق أئمتنا المرتدة والمرتد بالمشرك حيث لايجوز التزوج بها ولا التزوج منه لانه ليس له دين يقر عليه ولو انتقل من دين الاسلام الى

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٧٣

دين كتابى ، وذلك لأن الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع فى حقه ، ولايقال أن مستحق القتل للقصاص يجوز له التزوج مع أنه يقتل ، لان العفو مندوب اليه فيه فيسلم منه بخلاف المرتد فأنه لا يرجع غالبا ، أما المرتدة فلا يتزوجها أحد لامسلما ولا كتابيا ولامرتدا لانها تحبس للتأمل ، وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لاينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه

أما أهل الكتاب من اليهود والنصارى فيحل التزوج بنسائهم ، لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات «[1]» من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وانما حل تزوج المسلم بالكتابية ولم يحرم كما حرم التزوج بالوثنية لأن الوثنية كما بينا لاتلتقى مع المسلم فى جملة مبادئها الخلقية والدينية ، ولكن الكتابية بينها وبين المسلم بعض الملاءمة باعترافها بالله وايمانها بالرسل اجمالا وباليوم الآخر ، وما فيه ، ومثلها يؤتمن على النفس والمال ويرجى أن تقودها عشرة الرجل الحسنة الى الهداية والوقوف على ماطرأ على دينها الحقيقى من أباطيل وشبه ، والرجل صاحب الولاية والسلطان على المرأة فاذا هو أحسن معاملتها كان ذلك دليلا على أن ما هو عليه من الدين القويم يدعو الى الحق والى طريق مستقيم ويحمل على سعة الصدر فى معاملة المخالفين . هذا وقد تزوج منهن بعض الصحابة كحذيفة وطلحة وكعب بن مالك ، وغضب عمر على من تزوج منهن انما كان لخلطة الكافرة بالمؤمن خوف الفتنة على الولد لأنه فى صغره ألزم لأمه .

ومع أن فقهاءنا أجازوا للمسلم أن يتزوج كتابيا كرهوا له أن يتزوج كتابية حربية لان زواجه منها قد يدعوه الى الاقامة معها بدار الحرب

---

(١) فسر المحصنات بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك امتنع ابن عمر من تزوج الكتابيات مطلقا لاندراجها فى المشركة ، وتفسير المحصنات بالمؤمنات غير وجيه ولا يتفق مع سياق الآية (راجع الفتح ص٣٧٢ حـ ٢) والشيعة يوافقون ابن عمر فى التحريم .

فينشأ الولد متخلقا بأخلاق غير المسلمين خاضعا لأحكامهم وذلك شر عظيم. هذا ومما يؤسف له أن كثيرا من الشبان افتتنوا بنساء الافرنج وتزوجوا بهن فأفسدن عليهم أمورهم الدينية والوطنية ، وقدنهم الى حيث يرغبن من العادات والتقاليد التى لاتتفق مع روح الاسلام ومبادئه وقليل منهم من اهتدت به زوجه وأسلمت على أن أكثر هؤلاء المسلمات انما يسلمن رغبة فى أمور مادية عاجلة أو مستقبلة ، ولقد أحسنت الحكومة المصرية صنعا حين حظرت على موظفى السلك السياسى أن يتزوجوا بأجنبيات لما يجره التزوج بهن من أضرار وطنية عظيمة .

الاجراءات المتبعة لزواج المسلم بالكتابية :

رأى المشرع فى مصر أن تتبع النظم الآتية لعقد زواج المسلم بالكتابية لجهل الكتابية ماجعله الاسلام من حقوق وآثار للزواج :

أ ـ لايتولى الموثق المعين لذلك المسمى بالمأذون ـ التوثيق ، بل يتولاه القاضى الشرعى ، وذلك بنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين فقد جاء فيها : « ليس للمأذون أن يباشر زواج من لا ولى له من الايتام ولاالعقود التى يكون أحد الطرفين فيها تابعا لدولة أجنبية أوكان غير مسلم وانما ذلك كله من اختصاص القضاة » .

ب ـ قد جعل لهذا الزواج وثيقة خاصة ، دون فيها ما للزوج من حقوق شرعية بمقتضى هذا الزواج ، حتى تكون على بينة من الأمر عند الأقدام على الزواج ، وتتلى هذه الأحكام على الزوجة ، وتفهم كل ماتدل عليه لتكون عارفة مالها وما عليها راضية بذلك ، ملتزمة اياه .

جـ ـ وقد نص فى الوثيقة (١) على أن للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع رضيت بذلك أو كرهت . (٢) وعلى أن له أن يطلق متى شاء قبلت أو عارضت ، واذا طلقها طلاقا رجعيا ، فله أن يراجعها فى أثناء العدة ، ولو عارضت فى ذلك ، واذا كان الطلاق بائنا ، فليس له أن يعيدها الا بعقد

ومهر جديدين اذا كانت البينونة صغرى . واذا كانت البينونة كبرى ، فليس له أن يتزوجها الا اذا تزوجت زوجا آخر ، ودخل بها ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وانه اذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر المسمى ، وان طلقها بعد الدخول فلها المهر المسمى كاملا أو مهر المثل . وان طلقها قبل الدخول . ولا تسمية عند العقد فلها المتعة حسب تقدير القاضى أو اتفاقهما . (٣) ونص أيضا على أن له أن يلزمها بالطاعة فى مسكنه الشرعى ، ويمنعها من الخروج الا باذنه ، وانها تستحق النفقة وقت الزواج وفى العدة . (٤) كما نص على أن الأولاد الذين ترزقهم من المسلم يكونون مسلمين تبعا لدين أبيهم ، (٥) وعلى أنه لاتوارث بينها وبين زوجها اذا مات أحدهما ، لأن شرط ارث المسلم اتحاد الدين ، وأن الأولاد يرثون آباءهم ، ولا يرثونها . (٦) ونص على أن لها حق الحضانة الا اذا رأى القاضى مايمنع من بقاء الاولاد تحت سلطانها ، وأن لها الحق فى ارضاع أولادها ، وأن أجرة الرضاعة والحضانة على أبيهم . والحكمة فى هذا التشريع وقوف المرأة على الآثار الزوجية فى الاسلام فقد يكون الزوج أفهمها شيئا لاتقره الشريعة معتمدا على جهلها التام بأحكامها ، بل قد يكون الزوج نفسه جاهلا بهذه الأحكام ، فيترتب على تزوجهما بدون العلم والاقرار بالتزامها مشاكل لاتقف عند حد ، فكان اعلامهما وتقريرهما بالالتزام مفيدا أعظم الفائدة .

أما فى السودان فليست هناك اجراءات خاصة تتبع لعقد زواج المسلم بالكتابية بل يعقد عليها كما يعقد زواجه على مسلمة يفعل ذلك أمام المأذون أو أمام المحكمة الشرعية ، ولعل المشرعين فى السودان لم يعنوا بهذا الأمر عناية مصر به لندرة مايحدث من ذلك فى هذه البلاد وكثرته فى مصر . هذا ولايحل أن تتزوج مسلمة بكتابى واستدل لذلك بقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلاترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن » ووجه الدلالة أن الآية حرمت المسلمات على هؤلاء الكفار لكفرهم ، والكفر يشمل الاشراك وغيره ، واذا كان الازواج عند نزول الآية مشركين فالعبرة

بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وأيضا فلاجماع المسلمين على ذلك لكيلا تعاشر المسلمة ذا سلطان عليها لأن الرجل هو صاحب الولاية والسلطة على المرأة ، فاذا كان يخالفها فى الدين فقد تخضع لسلطانه وتألف دينه وينشرح له صدرها ويضيع ايمانها ، وأيضا فان القرآن بسكوته عن تزويج الكتابى بالمسلمة دل على أن تزويجها به باق على أصل المنع ــ على أنه قد يقال الأصل الاباحة فى الجميع وجاء النص لتحريم المشركين والمشركات تغليظا لأمر الشرك وبحل الكتابيات تألفا لأهل الكتاب ليروا حسن معاملتنا وسهولة شريعتنا وهذا انما يظهر فى التزوج منهم لا فى تزوج المسلمات بهم لسلطان الرجل ومكانته .

وأيضا فالمسلم معترف بنبوة الأنبياء جميعا يقدسهم ويحترمهم ، فلا يتوقع منه أن يسىء الى نبيها لأننا لانفرق بين أحد من رسله ، فلا يؤذيها فى شعورها وعقيدتها ، أما غير المسلم فلا يؤمن بنبوة محمد ، ولذلك قد لايتحرج من سبه وايذاء زوجه فى شعورها وعقيدتها فتسوء العشرة بينهما ، وربما دفعتها رغبتها الى ترك دينها مرضاة لزوجها ، وفى كلا الحالين خطر عظيم تعمل الشريعة على دفعه ولذلك حرمت زواج غير المسلم بالمسلمة سواء كان غير المسلم كتابيا أم وثنيا .

(٣) الجمع بين محرمين : ورد فى هذا الموضوع نصان (١) قوله تعالى: وان تجمعوا بين الاختين . معطوف على قوله « حرمت عليكم أمهاتكم » .
(٢) قول الرسول (ص) : « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة اختها » رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى » وفى رواية الطبرانى « فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، فالآية تفيد حرمة الجمع بين الاختين لما بين الاختين من القرابة القريبة التى يجب وصلها ويحرم قطعها . واتخاذ احداهما ضرة للاخرى فيه من الفساد مافيه ، لأن تحاسد الضرائر وتباغضها أمر معروف لاينكر ، وقد أفاد تحريم الجمع بين الاختين حرمة الجمع بين سائر المحارم ، لانه اذا حرم الجمع بين الأخت والأخت حرم الجمع من باب أولى بين المرأة وخالتها

والمرأة وعمتها لأنهما بمنزلة أمها والرحم بينهما قريبة موصولة ، على أن الحديث الشريف أيد هذا المعنى وأقر تحريم الجمع بين من تجمعهما مثل هذه القرابة ، ومن هذين النصين استنبط الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع فقالوا يحرم الجمع بين كل امرأتين أيتهما فرضت ذكرا لم تحل له الاخرى ، وعلى هذا الأئمة الأربعة ونرى من هذا أن الشرط فى تحقق المحرمية المانعة للجمع أن يكون فى الامكان فرض كل واحدة منهما ذكرا وألا تحل له عند هذا الفرض ، فاذا لم تكن الحرمة الا بفرض واحدة بعينها منهما ذكرا دون الاخرى حل الجمع كامرأة وبنت زوج كان لها من قبل فان البنت لو فرضت ذكرا حرمت عليه الاخرى لانها تكون زوجة أبيه ولكنه عند فرض زوجة الأب ذكرا تزول عنها صفة زوجة الأب فلا تتحقق الحرمة اذ لا علاقة بينها باعتبارها ذكرا وبين بنت الزوج بل هو أجنبى عنها ، وكذلك لا يحرم الجمع بين امرأة وزوجة كانت لابنها من قبل لعدم امكان فرض زوجة الابن ذكرا لأن فرضها ذكرا يخرجها عن كونها زوجة الابن ثم اذا فرضت لا يكون بينه وبين المرأة الاخرى أية علاقة تستوجب التحريم اذ لا رحم بينهما يخشى قطعها ، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة على وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون فهو دليل ظاهر على الجواز «[1]» .

وخالف الروافض والخوارج وعثمان البتى على ما نقل عنه وداود الظاهرى فأجازوا اباحة الجمع بين غير الاختين عملا بظاهر نص القرآن ، وهم محجوجون بما ذكرناه من الأدلة «[2]» .

هذا والجمع بين المحارم ممنوع سواء أكانت المحرميه سببها النسب أم كان سببها الرضاع ، فلا يجوز الجمع بين أختين رضاعا أو بين امرأة وعمتها رضاعا لأن الرضاع أعطاه الفقهاء حكم النسب بناء على الحديث الذى رووه « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » «[3]» .

(١ و ٢ و ٣) فتح القدير حـ ٢ ص ٤٦٤ .

وخالف ابن تيميه وابن القيم فى الحكم الأخير ، فأجاز الجمع بين المحارم رضاعا لعدم ورود نص بذلك ولأن المعنى الذى كان من أجله التحريم وهو قطع الأرحام لايتحقق فى الرضاع اذ لارحم يوجدها الرضاع حتى يخشى من الجمع قطعها ، بدليل أن الصلات الرضاعية لاتوجب نفقة ولا ميراثا ولاشيئا غير التحريم فيقتصر على موضع النص ومافى معناه .

والمرأة اذا كانت فى عدة الرجل يعتبر النكاح باقيا حكما ببقاء العدة ، اذ لها النفقة وعليها القرار فى بيت الزوجية ، وعلى هذا لايحل له أن يتزوج أختها ولا ابنة أخيها ولا ابنة أختها حتى تنقضى عدتها لأنه ان تزوجها يعتبر جامعا بين المحرمين وداخلا فى عموم النهى ، ولأن خشية القطيعة ثابتة فى حال العدة ثبوتها فى حال النكاح ـ لأن المسارعة بزواج الأخت فى وقت حدة الفراق يكون أشد ألما وقد يدل هذا على تدبير سابق .

واذا أقدم رجل على تزوج امرأة وفى عصمته ذات محرم لها كان زواج الثانية غير صحيح ويفرق بينهما فان كان دخل بالثانية حرم عليه وقاع الأولى حتى تنقضى عدة الثانية لئلا يكون جامعا بينهما . وان جمع بينهما فى عقدين متعاقبين ولم يعلم الأسبق منهما أو علم ونسى بطل العقدان جميعا الا اذا كان أحدهما غير صحيح من الأصل فان الآخر يصح ، ويفرق بينه وبينهما ان لم يفترقا ، وانما يفرق بينهما لأن نكاح أحدهما فاسد بيقين ولا يدرى فيفرق بينهما وبينه للشبهة بالنسبة لكلتيهما وعدم حلهما مجتمعين ، وان وقع التفريق قبل الدخول بهما فله أن يتزوج أيتها شاء فى الحال ، وان وقع بعد الدخول بهما فليس له أن يتزوج واحدة منهما الا اذا انقضت عدة الأخرى لئلا يكون جامعا بينهما . وان وقع بعد الدخول باحداهما فله أن يتزوجها فى الحال ولا يتزوج الأخرى الا اذا انقضت عدة هذه ، أما من جهة المهر فان دخل بها وجب لها مهر المثل لايزيد على المسمى لأنه تقرر بالدخول ، وان حصل التفريق قبل الدخول فان ادعت كل واحدة أنها الأولى من غير حجة مثبتة يقضى لهما بنصف مهر ان تساوى مهراهما لكل واحدة ربع ان رضيتا به ، فان لم يتفقا فلا يقضى لهما بشىء لجهالة

المقضى به وان لم يكن هناك مهر مسمى قضى لهما بمتعة واحدة لكل نصفها، وان اختلف المهران قدرا وجنسا فقيل لهما نصف أقل المهرين وقيل لكل واحدة ربع مهرها .

رابعا : المطلقة ثلاثا : يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة طلقها ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها حقيقة ثم يطلقها أويموت عنها وتنقضى عدتها ، لقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا أن ظنا أن يقيما حدود الله » . وقد بينت السنة أن الزواج الثانى لايحلها للاول الا اذا دخل بها دخولا حقيقيا ، وكان النكاح غير مؤقت ، فقد جاء فى الصحيحين وغيرهما عن عائشة رضى الله عنها انها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى الى رسول الله (ص) فقالت : انى كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وما معه الا مثل هدبة الثوب ، فتبسم النبى (ص) وقال أتريدين أن ترجعى الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك، وهذا مذهب الجمهور ، ويذكر فخر الدين الرازى انه خالف فى ذلك سعيد ابن المسيب وسعيد بن جبير ولم يشترطا الدخول .

والحكمة فى هذا التحريم ان اعادة المرأة الى الرجل بعد أن تبين استحكام الخلاف والشقاق بينهما لافائدة منه ، فانه لم يلجأ الى تطليقها مرة ثالثة الا لأن الحياة الزوجية بينهما أصبحت لاتؤدى الغاية المقصودة منها فكان لابد من علاج أنجع من مجرد الطلاق والرجعة ، فاقتضت حكمة الله العليم بطبائع النفوس أن يحرمها على مطلقها حتى تتزوج بزوج آخر لتجرب الزوجة غيره من الرجال فيتضح لها بالموازنة قدر فضله ان كان ذا فضل ، حتى اذا عادت اليه بعد ذلك عادت وهى تدرك قدره فتنشأ حياة جديدة عمادها المحبة والوفاق والوئام ، ثم ان هذا التحريم بعد الطلقة الثالثة يحمل الرجل على التروى أكثر مما يمكن بعد الطلقة الثانية فيحسن العشرة ، ويخشى من المصير الى طلقة ثالثة لها كل الآثار والتى لايرضى باستعادة الزوجة بعدها كثير من ذوى الأنفة . هذا واذا تزوج الرجل مطلقته ثلاثا

قبل أن يصيبها زوج آخر فالنكاح غير صحيح والتفريق بينهما واجب ، ولكل منهما فسخه وترك صاحبه واخباره بذلك بلا توقف على القضاءقبل الدخول أو بعده .

(٥) الجمع بين أكثر من أربع : فمن كان فى عصمته أربع نسوة فليس له أن يتزوج خامسة الا اذا طلق واحدة منهن وانقضت عدتها ، فاذا تزوج قبل تطليق الرابعة وانقضاء عدتها فالنكاح غير صحيح ويجب التفريق بينهما ولكل منهما فسخه وترك صاحبه واخباره بذلك من غير قضاء قبل الدخول أو بعده . كما أنه لايحل له أن يتزوج خامسة حتى تنتهى عدة المطلقة فكما يحرم الجمع حال قيام الزوجية يحرم فى أثناء العدة ولا فرق فى الحالين بين أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا ، وخالف الشافعى فى عدة الطلاق البائن فأجاز الجمع فيها لانقطاع الزوجية على وجه لا يستقل الزوج فيه بالمراجعة ، وعلل الحنفية ماذهبوا اليه ببقاء بعض أحكام النكاح من النفقة والمنع من الخروج وثبوت النسب «[1]» . وعلى هذا اتفق الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين ، والأصل فى هذا الموضوع قوله تعالى : « وان خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم »

فهم الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين من هذه الآية وجوب الاقتصار على أربع بعد أن كان العرب يكثرون من تزوج النساء ولا يقفون فى الجمع بينهن عند حد ، وكان هذا بطبيعته مدعاة الى ظلمهن وعدم القيام بحقوقهن، فكان لابد من علاج لهذا الفساد الاجتماعى فنزلت هذه الآية الكريمة لبيان العدد المحلل لا لبيان حل التزوج لأنه كان معروفا من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة ، فكان ذكر الأمر بالنكاح معقبا بالعدد ليس الا لبيان قصر الحل عليه لتتحقق ـ بهذا الحد من الحرية المطلقة التى كانت لهم ـ المصالح الشخصية والاجتماعية وتندرىء به المضار والمفاسد ، فاذا خيف الجور مع التعدد وجب الاقتصار على الواحدة أو على ماملكت الايمان .

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٨١

ووجه دلالة الآية على حرمة الجمع بين أكثر من أربع :

(١) أن هـذه الآية انما سيقت لبيان العدد المحلل لالبيان حل النكاح لأنه كان ثابتا قبل هذه الآية ، وأقل مايتصور حل النكاح بالواحدة فحل الواحدة على هذا كان معروفا معلوما .

(٢) ان الاقتصار فى مقام البيان على هذا العدد دليل على عدم جواز الزيادة عليه .

(٣) ان كلمة مثنى وثلاث ورباع وان دلت كل منها على عدد مكرر لايقف عند حد وهو اثنان اثنان وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة ، انما روعى فيها تعدد المخاطبين وعلى هذا يكون مؤدى التركيب فانكحوا ماطاب لكم ثنتين ثنتين جمعا فى العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا أو تفريقا الخ ، ولما كان هذا العدد قيدا فى الحل كما ذكرنا فقد انتهى الحل الى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق فهذا كمن يقول اقتسموا هذا المال مثنى وثلاث ورباع ، أى أن لكم أن تقتسموه على أى وجه من هذه الأوجه بحيث لاتزيدون فى نصيب كل منكم على أربع .

(٤) انما عطف بالواو التى تفيد الجمع دون أو التى تفيد التخيير ، فلم يقل مثنى أو ثلاث أو رباع لأنه لو عطف بأو لكان الاحلال مقتصرا على أحد هذه الأعداد وليس ذلك بمراد بل المعنى المراد للآية هو أن المخاطبين لايجب عليهم أن يختاروا حالة واحدة للجمع توضع كقانون للدولة ، وان كل واحد منهم لايجب عليه أن يلتزم حالة واحدة فى التعدد مدى حياته ، بل يصح أن يكون المتزوجون بعدة زوجات فى الدولة الاسلامية طوائف بعضها متزوج مثنى وبعضها ثلاث وبعضها رباع ، كما يصح للرجل الواحد أن يكون متزوجا ثنتين ثم يجعلهما ثلاثا ثم أربعا ثم يعود الى ثنتين وهكذا .

وبهذا التحريم للآية الكريمة بطل :

(١) ماذهب اليه الروافض ونقل عن النخعى وابن أبى ليلى وهو جواز الجمع بين تسع من الحرائر ، لأن قوله تعالى : « مثنى الخ » يفيد ذلك اذ الواو تفيد الجمع ومجموع هذه الأعداد تسع ، وأوقعهم فى هـذا الوهم

تزوج الرسول عليه السلام بتسع ، وقد بطل هـذا الفهم بما ذكرناه من التفسير للآية . قال الفراء لاوجه لحمل هـذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى فى الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك . اهـ «١»

(ب) ما ذهب اليه الخوارج من جواز الجمع بين ثمانى عشرة امرأة لأن أقل معنى مثنى هو اثنان اثنان الخ والواو للجمع فيكون المجموع ثمانى عشرة .

(حـ) وبطل ماذهب اليه بعض الناس من اباحة أى عدد شاء بلا حصر .

ولا أرى فائدة فى مناقشة هذه الآراء الفاسدة الباطلة لأنها أقوال لم تبن على أساس صحيح ولأنها مخالفة للمألوف فى كلام العرب ولما وردت به السنة وأجمعت عليه الأمة ، فقد صح ان رسول الله (ص) فرق بين غيلان الثقفى وبين مازاد على الآربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة، ولم ينقل عن أحد فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هـذا انه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا صحيحا ، فكان هذا اجماعا عمليا من المسلمين على عدم جواز الزيادة على أربع ، وكان عمل الرسول مع من أسلم وتحته أكثر من أربع بيانا منه لما فى الآية من الاجمال واحتمال جواز الزيادة، وجمهور الأصوليين يقولون بجواز بيان خبر الواحد لمجمل الكتاب.

حكمة تعدد الزوجات : يرمى الافرنج ومن اليهم ممن تأثروا بأفكارهم وعاداتهم وتقاليدهم ، الاسلام بأنه يعمل على تقويض دعائم الأسرة واثارة الشحناء بين أفرادها ، اذ يبيح تعدد الزوجات ويجعلون ذلك أكبر قادح فيه متأثرين بعاداتهم وتقليدهم الدينى ، وبما يسمعون ويعلمون عن حال كثير من المسلمين الذين يتزوجون عدة زوجات لمجرد التمتع الحيوانى من غير تقيد بما قيد القرآن به جواز ذلك .

والواقع أن هذه من المسائل الاجتماعية الكبرى التى لايكفى فيها مجرد النظر السطحى دون البحث فى العوامل التى أدت الى هذه الاباحة ، ودون الرجوع الى الطبائع البشرية ، وتاريخ النشوء البشرى والظروف

---

(١) عناية ص ٣٧٩ وفتح القدير حـ ٢ ص ٣٧٩

التى تحتف بالأمم فى بعض مراحلها وأطوارها ، ثم هناك أمر آخر له تقديره فى نظر الاسلام ، وهو أنه دين عام خاطب كل الأجناس وكل الأجيال ، خاطب أهل أوروبا وأهل المناطق الحارة وأهل المناطق المعتدلة كما خاطب صاحب المزاج المعتدل فى شهواته كما خاطب الحاد المفرط فيها ، فاقتضاه ذلك أن يكون فيه من السعة والمرونة مايرضى المعتدل ويهذب مزاج الحاد ، ونحن اذا نظرنا الى العوامل التى يظن أنها حملت على هذا التشريع وجدناها تتلخص فيما يأتى : —

(١) انه بالبحث فى تاريخ النشوء البشرى فى العائلات نجد أن الرجل منذ نشأته لم يكن يكتفى بامرأة واحدة كما هو شأن أكثر الحيوانات ، وكانت النساء فى القبائل المتوحشة حقا مشاعا بين الرجال ، وكانت الأم هى رئيسة البيت لأن الأب كان فى الغالب غير متعين ، ولما ارتقى الانسان أخذ يشعر بضرر هذا الشيوع والاختلاط ويميل الى الاختصاص ، فكان أول اختصاص فى القبيلة أن يكون نساؤها لرجالها دون رجال قبيلة أخرى ، وما زالوا يرتقون حتى وصلوا الى اختصاص الرجل الواحد بعدة نساء من غير تقيد بعدد معين ، فانتقل بهذا تاريخ الأسرة الى دور جديد أصبح الأب فيه عمود النسب وأساس البيت ، وجاء الاسلام والعرب يجرون على هذه السنة يكثرون من تزوج النساء ولا يقفون فى الجمع بينهن عند حد معين ، وكان فى ذلك ظلم المرأة وهضم حقوقها ، ثم ان الاسلام حرم الزنا على الرجال والنساء جميعا حتى الاماء فكان من الصعب أن يقبل العرب الاسلام والعمل به مع هذا الحجر بدون اباحة تعدد الزوجات ، ولولا ذلك لاستبيح الزنا فى بلاد الاسلام كما هو مباح فى بلاد الافرنج .

(٢) ان المرأة بطبيعتها لاتكون فى كل وقت مستعدة لغشيان الرجل اياها ، لأن من النساء من يطول زمن حيضها ونفاسها وتستثقل قربان الرجل منها أيام حملها ولاسيما فى أيامها الأخيرة منه ، حين نرى داعية الغشيان فى الرجل لاتنحصر فى وقت دون وقت ، فلو سددنا عليه باب التعدد ولاسيما اذا كان من ذوى الشهوات الحادة لفتح لنفسه باب الزنا فتنتهك الأعراض

وتضيع الأنساب ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم وذلك شر عظيم .

(٣) ان التعدد قد يكون علاجا اجتماعيا لنقص يعرض للأمة فى رجالها وخاصة فى أعقاب الحروب فقد شاهدنا حربين عالميتين أفنت كل منهما ملايين الرجال الصالحين ، فاذا لم يبح للرجل أن يعول بالزواج أكثر من واحدة كان النساء عرضة للفاقة والاتجار بالاعراض ، والعمل للتخلص من النسل فتقل الايدى العاملة ، فاذا كان منع التعدد ولا سيما فى أعقاب الحروب وكثرة النساء يفضى الى كثرة الزنا وهو مما يقلل النسل كان مما يليق بالشريعة الاجتماعية المرغبة فى كثرة النسل والمشددة فى منع الزنا أن تبيح التعدد عند الحاجة اليه لأجل ذلك مع التشديد فى منع مضراته ، ومهما كان من ضرر تعدد الزوجات فهو لايبلغ ضرر قلة النسل الذى منيت به فرنسا بانتشار الزنا وقلة الزواج وستتبعها غيرها من الأمم التى على شاكلتها فى التساهل فى الفسق ، ولقد نادت كثيرات من كاتبات الغرب بتعدد الزوجات حتى يكون لكل امرأة قيم وكفيل من الرجال . ونقل السيد رشيد رضا طائفة من أقوال هؤلاء الكاتبات فى مقال نشره فى المجلد الرابع للمنار ص ٤٨١ تحت عنوان النساء والرجال .

(٤) على أن التعدد لايكون شرا على المرأة دائما ، فقد تكون المرأة عقيما لاتلد ، أو تصاب بمرض تفقد الزوجة به مزايا الزوجية ويرى من الوفاء لزوجه ألا يتخلى عنها وقت محنتها وألا يمنعها عطفه وانسه ورعايته، أفليس من الحكمة أن تمكنه من هذا الوفاء حتى لاتلجئه الى سلوك طريق آخر .

(٥) ثم ان المرأة بطبيعتها لاتصلح الا لشئون البيت تقوم بتدبير أموره وتنظيم شئونه ، وتربية الأولاد والاشراف عليهم حتى يصبحوا رجالا نافعين وأمهات صالحات ، ولضعفها عن العمل الخارجى بطبيعتها وبما يعوقها من الحبل والولادة وتربية الأطفال كانت عالة على الرجل وكان من الشطط تكليفها المعيشة الاستقلالية ، وكان لابد لها أن تكون فى كفالة الرجل فماذا نعمل وعدد النساء يربو على عدد الرجال غالبا ، ولا سيما فى أعقاب

الحروب ، فاذاحظر التعدد بقى عدد من النساء لاعائل لهن ولا محصن وهو فساد كبير به يقل النسل وينقص عدد الأمة ، وعقلاء الأمم شديدو الحرص على تكثير العدد لما فيه من القوة والمنعة للأمم .

(٦) ان الغرض الاسمى من الزواج هو التناسل الذى يحفظ النوع والمرأة تفقد الاستعداد للنسل بعد سن محدودة غايتها خمس وخمسون سنة ، أما الرجل فهو مستعد لذلك طول عمره فلو منع من التعدد كان نصف عمر الرجال الطبيعى فى الأمة معطلا من النسل الذى هو مقصود الزواج اذا فرض أن الرجل يقترن بما تساويه فى السن .

والنتيجة من هذه المقدمات جميعها أن الأصل فى السعادة الزوجية والحياة البيتية هو أن يكون للرجل زوجة واحدة ، وهو الذى ينبغى أن يسير الناس عليه لأنه غاية الارتقاء البشرى ، ولكن قد تطرأ ظروف تمنع من أخذ الناس كلهم بهذا الأصل ويكون من المصلحة أن يكفل الرجل الواحد أكثر من امرأة واحدة كما بينا ، فقد تكون المرأة عقيما أو مريضة بمرض يحول بينها وبين وظيفتها كزوجة ويكون من مصلحتها أو مصلحتهما ألا يطلقها وترضى بأن يتزوج بغيرها ، وقد يكون الرجل حاد المزاج لاتكفى امرأة لاحصانه ، وقد يكون التعدد لمصلحة الأمة نفسها كأن تكثر فيها النساء كثرة فاحشة كما هو الواقع فى بعض البلاد ، وفى كل بلاد تقع فيها حرب مجتاحة تذهب بالملايين من الرجال فيزيد عدد النساء زيادة فاحشة .

ولما كانت الأسباب التى تبيح تعدد الزوجات هى ضرورات تقدر بقدرها وكان الرجال انما يندفعون الى هذا الأمر فى الغالب ارضاء للشهوة لا عملا بالمصلحة ، جعل التعدد فى الاسلام رخصة لا واجبا ولا مندوبا ، وقيده سبحانه وتعالى بالشرط الذى نطقت به الآية ، وأكدته تأكيدا مكررا ، وهو العدالة بين الزوجين . قال تعالى : (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا) فاباحة التعدد مقيدة بالعدالة بين الزوجين ولذلك قال أبو بكر الرازى المشهور بالجصاص فى كتاب أحكام القرآن : « أمر الله تعالى بالاقتصار على واحدة اذا خاف الجور

ومجانبة العدل . انها اباحة للثنتين ان شاء وللثلاث ان شاء وللأربع ان شاء، فان خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الثلاث ، فان خاف ألا يعدل اقتصر على اثنتين ، فان خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الواحدة، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر ، وهو القسم بين الزوجين والمساواة والمعاملة الظاهرة ، وليس هو العدل فى المحبة الباطنة فان ذلك لايستطيعه أحد ولا يكلف الله الا ما يكون فى الوسع « لايكلف الله نفسا الا وسعها » .

فمن هذا نرى أن مجرد توقع الانسان عدم العدل من نفسه كاف فى المنع من التعدد ، ولا شك فى أن هذا محرم فى الاسلام لما فيه من الظلم الذى يترتب عليه خراب البيوت بل خراب الأمم ، فالقرآن الكريم أتى فى هذا الأمر بالكمال الذى سيعترف به جماهير الأوربيين ولو بعد حين كما يعترف به الآن بعض فضلائهم وفضلياتهم ، أما المسلمون فلم يلتزموا هدايته فصاروا حجة على دينهم فنحن فى أشد الحاجة الى ارجاع المسلمين الى الحق منا الى اقناع غير المسلمين بفضل الاسلام مع بقاء أهله على هذه المخازى والآثام اذ لو رجعوا اليه لما كان لأحد أن يعترض عليه .

فالتعدد الضار هو ما لم يلاحظ فيه تعاليم الاسلام التى أشرنا اليها من العدل والاحسان فى المعاشرة ، ولو كان عندنا تربية اسلامية لقل ضرر التعدد فينا ، على أنه كلما ترقى الشعب وتهذبت أخلاقه وأدرك قيمة الحياة الزوجية حال ذلك دون التعدد الا لضرورة اذ كيف تستقيم الحياة الزوجية الصحيحة التى بينها الله تعالى فى قوله : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » مع التعدد ولا سيما اذا كان لغير عذر وانه ليصدق على أكثر الضرائر قول الشاعر :

تزوجت اثنتين لفرط جهلى ... وقد حاز البلا زوج اثنتين
فقلت أعيش بينهما خروفا ... انعم بين أكرم نعجتين
فجاء الأمر عكس القصد دوما ... عذاب دائم ببليتين
لهذى ليلة ولتلك أخرى ... نقار دائم فى الليلتين
رضا هذى يهيج سخط هذى ... فلا أخلو من احدى السخطتين

والخلاصة أن الشريعة الاسلاميـة أباحت للرجل الاقتران بأربع من النسوة ، ان علم من نفسه القدرة على العـدل بينهن ، والا فلا يجوز له الاقتران بغير واحدة ، فان الرجل اذا لم يستطع اعطاء كل منهن حقها اختل نظام المنزل وساءت معيشة العائلة ، لأن الأساس للحياة الزوجية الصحيحة هو بقاء الاتحاد والتآلف بين أفراد العائلة • والرجل اذا خص واحدة منهن دون الباقيات ولو بشيء زهيد امتعضت تلك الأخرى وسئمت الرجل لتعديه على حقوقها ، وتبدل الاتحاد بالنفرة والمحبة بالبغض ، وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم وجماعة الصحابة رضوان الله عليهم والخلفـاء الراشدون والعلماء الصالحون من كل قرن يجمعون بين النسوة مع المحافظـة على حدود الله فى العدل ، حتى كان النبى (ص) يطاف به وهو فى حالة المرض على بيوت زوجاته محمولا على الأكتاف حفظا للعـدل ولم يرض الاقامة فى بيت احداهن خاصة ، وهذا الواجب الذى حافظ عليه النبى (ص) هو الذى ينطبق على نصائحه ووصاياه فقد روى عنه انه قال : « من كان له امرأتان فمال الى احداهن دون الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل» وكان يقرع بين نسائه اذا أراد سفرا •

فاذا أهمل أكثر الناس فى هذا الواجب الدينى الذى فرضه الله على من تمتع بهذه الرخصة، فعددوا لا لغاية شريفة ولا لمقصد نبيل الا قضاء شهوة فانية ولذة وقتية عاجلة غير مبالين بما ينشأ عن ذلك من المفاسد ومخالفـة الشرع الشريف وغفلوا عن القصد الحقيقى من هـذا التشريع ، فالواجب الاقتصار على واحدة اذ لم يقدروا على العدل كما هو مشاهد لأن التعدد حينئـذ خلاف الأصل وخلاف الكمال ، وينـافى سكون النفس والمودة والرحمة التى هى أركان الحياة الزوجية ، ولا ينبغى للمسلم أن يقدم على ذلك الا لضرورة مع الثقة بما اشترط الله سبحانه فيه من العدل • واذا ثبت لولى الأمر أن الناس قد أساءوا استخدام هذا المباح ورأى ضرره فاشيا ومفاسده كثيرة كان له أن يمنع ذلك المباح الذى يترتب عليه مفسـدة ، ما دامت المفسدة قائمة به والمصلحة بخلافه ، لأن وظيفته فى الدولة السهر

على مصالح الأمة وجلب الخير لها ما أمكن ودفع الشر عنها ما استطاع الى ذلك سبيلا ، وأقرب الطرق لمنع ذلك المباح أن يمنع قضاته من توثيق عقد زواج من له زوجة الا اذا تأكد عدالته وقدرته على الانفاق على زوجته وأولاده وسائر من تجب عليه نفقته .

الاقتصار على أربع والحكمة فى ذلك : ذكرنا فيما سبق أن الحكيم العليم اقتضت حكمته جواز التعدد مع الوقوف عند حد محدود وهو أربع نسوة ، لأن الزواج تترتب عليه حقوق يجب على الزوج القيام بها فان شارك الزوجة غيرها وجب على الزوج العدل بينهما ، وهذا العدد أقرب الى تحقيق العدل فيه مما زاد عليه ، لأنه يمكن الرجل من أن يرجع الى كل واحدة بعد ثلاث ليال وثلاث أول حد للكثرة ، وأكثر زمن تقدر المرأة فيه على مجانبة الرجل أربعة أشهر ، فان وصل عدد النساء الى خمس والقسم الى أكثر ما يمكن وهو شهر بقيت المرأة فى كل مرة مجانبة لزوجها الى أكثر زمن ممكن وهو ضرر شديد لشعور المرأة فيه بالوحشة البالغة ، ولذلك حظر الشارع الزيادة على أربع . وانما أبيح للرجل أن يتزوج أربع زوجات ولم يبح للمرأة أن تتزوج بأكثر من زوج واحد لما فى ذلك من المصلحة العامة اذ لو أبيح للمرأة أن تكون عند زوجين فأكثر لفسد العالم وضاعت الأنساب وقتل الأزواج بعضهم بعضا واشتدت الفتنة وساءت حال المرأة التى يتنافس فيها الشركاء المتشاكسون المتزاحمون .

هذا الى أن المرأة من عادتها أن تكون مخبأة من وراء الخدور ومحجوبة فى كن بيتها ، ومزاجها أبرد من مزاج الرجل وحركتها الظاهرة والباطنة أقل من حركته ، فقد أعطى الرجل من القوة والحرارة التى هى سلطان الشهوة أكثر مما أعطيته المرأة فأطلق له من عدد الزوجات ما لم يطلق للمرأة تعالت حكمته وتنزهت شريعته أن تأتى بغير هذا .

وهناك أسباب أخرى يعدها الفقهاء من أسباب التحريم وهى الملك ، وادخال الأمة على الحرة ، واللعان مما لا نرى فائدة فى ذكره فى عصرنا

الحاضر بعد أن صدرت القوانين الدولية بتحريم الرق وأصبح الرق الذى يقول به الاسلام غير متصور . وعلى كل حال فان كتب الفقه القديمة فيها تفصيلا ت وافية فى هذه الموضوعات لمن أراد الرجوع اليها ففى ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٨٤ وفى فتح القدير حـ ٢ ص ٣٧٦ فما بعدها الغناء فى هذا الباب .

ولكننا تتميما للموضوع نذكر المسائل الآتية :

(١) انه يجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا فى حالة الاحرام خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله الذين يرون عدم جواز ذلك ، وقد تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لاينكح المحرم ولا تنكح ، رواه الجماعة الا البخارى .

ولنا ما رواه الأئمة الستة فى كتبهم عن طاووس عن ابن عباس رضى الله عنهما قال تزوج رسول الله ميمونه وهو محرم ، زاد البخارى وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف ، ولأن عقد الزواج عقد كسائر العقود يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرى وغيره ولا يمتنع شىء من العقود بسبب الاحرام ، ولو كان الاحرام منافيا لعقد النكاح لوجب أن يبطل عقد المنكوحة سابقا لطروء الأحرام لأن المنافى للعقد يستوى فى الابتداء والبقاء كالطارىء على العقد ، وما رواه الشافعى ان صح فمحمول على الوطء أى لايطأ المحرم ولا تمكنه المحرمة من نفسها لتوطأ . والمحرم يتناول المحرمة لكونه فى تأويل من يحرم أو الشخص «(١)» .

(٢) تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس ، بمعنى تزوج اليهودى نصرانية أو مجوسية والمجوسى يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلف نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين . هذا وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاووس وعمرو بن دينار وطء المجوسية والمشركة بملك اليمين لورود الاطلاق فى سبايا العرب وهن مشركات ، والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات » بناء على أن النكاح هو الوطء أو ما هو أعم من ذلك .

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٧٤

(٣) اذا ادعى نكاح امرأة أو ادعت هى نكاحه كذبا وبرهن المدعى زورا فقضى القاضى بالنكاح نفذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله ، ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ، ومعنى نفوذه باطنا بثبوت الحل عند الله تعالى فيحل له وطؤها . وهذه المسألة هى المعروفة عند الفقهاء بأن قضاء القاضى بشهادة الزور فى العقود والفسوخ ينفذ عند أبى حنيفة ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضى انشاء العقد فيه ، وهذا القيد الأخير ليخرج ما اذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لا يقدر القاضى على انشاء العقد فيه ، وقال محمد : لا ينفذ الا ظاهرا فلا يحل له وطؤها ، وهو قول الشافعى لأن القاضى أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة ، والخطأ فى الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ، ولأبى حنيفة أن القاضى مأمور بما فى وسعه وانما فى وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل ، ولا يمكن القاضى أن يقف على حقيقة الحال ، لأن ذلك أمر باطنى لا يعلمه الا الله فلو شرط الوقوف على حقيقة الأمر للقضاء لما أمكن القضاء به أصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا . ثم يعتبر كأن القاضى زوجه هذه المرأة أو زوجها هذا الرجل وهو يملك ذلك اذا كانت المرأة خالية من الموانع الشرعية ، وأمام أبى حنيفة فى ذلك على رضى الله عنه فقد ادعى رجل على امرأة نكاحا بين يدى على وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما ، فقالت المرأة : ان لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه فقال على : شاهداك زوجاك . ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور .

الولاية فى الزواج

نذكر فى هذا الباب أحكام الولاية عند المالكية والحنفية فأما التعرض لها عند المالكية ، فذلك لأن المحاكم الشرعية السودانية تسير فى أحكامها على المذهب المالكى ، عملا بالمنشور

الشرعى الصادر فى يوم الأربعاء ٢٦ من ذى القعدة سنة ١٣٥١ الموافق ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ ، ويبدو لى أن السر فى العمل بالمذهب المالكى يرجع الى:

(١) أن الاغلبية الغالبة فى الشعب السودانى تقلد المذهب المالكى .

(٢) وأن استقلال المرأة بالتزوج بمن تشاء دون اذن وليها متى كان كفؤا وبمهر المثل أمر لم تستسغه الطبقة الغالبة فى هذه البلاد ، وقد نشأت عنه أحداث عظيمة فى بعض القبائل السودانية ، اضطرت أمامها المصلحة القضائية الى اصدار هذا المنشور ، الذى نظم أحكام الولاية بعض التنظيم، وسنحاول أن نلم بأحكامه فى صورة واضحة ، ونرجعها الى مصادرها التى استقيت منها ، حتى يستطيع القضاة الرجوع الى المصادر ، والوقوف على ماجرى عليه المنشور من أقوال أئمة المذهب ، واما التعرض لها عند الحنفية، فلأن المحاكم الشرعية المصرية تسير فى أحكامها على وفق هذا المذهب الا اذا استثنينا بعض المسائل المتعلقة بسماع دعوى الزوجية أو اجراء العقد أمام الموثق المختص بقيده .

الولاية هى فى اللغة مصدر ولى الشىء وعليه ولاية وولاية بكسر أوله وفتحه اذا ملك أمره وقام به .

وفى اصطلاح الفقهاء سلطة تقتضى تنفيذ الانسان قوله رضى غيره أم أبى، فان كان القول متعلقا بشأن من شئون نفسه كتزويجه نفسه وبيعه ماله فهى الولاية القاصرة، واذا كان متعلقا بشأن من شئون غيره كأن يزوج ابنته، أو يتصرف فى مال ابنه ، فهى الولاية المتعدية ، ومن هذا نرى أن الولاية نوعان : ولاية قاصرة وهى ولاية المرء على نفسه ، وولاية متعدية وهى ولاية المرء على غيره. هذا والولاية فى الزواج تنقسم قسمين :

(١) ولاية اجبار وهى التى يستبد الولى فيها بانشاء الزواج على المولى عليه بغير اذنه ورضاه ، وهى التى تعتبر ولاية كاملة .

(ب) وولاية اختيار أو ولاية شركة : وهى التى لا يستطيع الولى أن يستبد بتزويج المولى عليه. بل لابد أن تتلاقى ارادة الزوجة مع ارادة الولى ويشتركا فى

الأختيار ويتولى هو الصيغة ، وسميت ولاية اختيار ، لانها تشارك وليها فى اختيار الزوج ، كما سميت ولاية شركة ، لأنه ليس له أن يجبرها ، بل تشترك معه فى الاختيار . أما الحنفية فيسمون هذه الولاية ولاية استحباب ، أو ولاية ندب بمعنى أنه يندب أن يتولى الولى بالنيابة عنها صيغة الزواج . فالأولياء على هذا قسمان : ولى مجبر وهو من تثبت له ولاية الاجبار ، وولى غير مجبر ، وهو من لاتثبت له ولاية الاجبار (مادة ٢ من المنشور) .

حكمها عند المالكيين : الولاية بقسميها شرط من شروط صحة النكاح . فلا نكاح الا بولى ، وذلك لأن المرأة مهما تكن درجتها من الرشد فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها ، لأن الزواج لاينعقد بعبارة النساء ، فلابد من أن يتولى طرفى العقد رجلان : أحدهما الزوج ، والآخر ولى الزوجة أو من يقوم مقامهما (مادة ١ زرقانى حـ ٣ ص ١٦٨) .

والدليل على أن المرأة ليس لها أن تتولى الزواج بنفسها ، وأنه لابد من اشتراط الولى لصحة العقد قوله تعالى : « فاذا بلغن أجلهن فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» والخطاب للأولياء ، ولولم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « وانكحوا الأيامى منكم » فأضاف الحق سبحانه انشاء العقد الى الأولياء فى هاتين الآيتين لأن الانكاح هو تولى انشاء العقد ، وقال الرسول عليه السلام : « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ! باطل ! باطل !. » رواه الزهرى عن عائشة وخرجه الترمذى وقال : حديث حسن ، هذا من جهة النقل ، أما من جهة العقل ، فلأن المصلحة تقتضى ألا تتولى المرأة عقد النكاح ، لأنه عقد عظيم الخطر ، يحتاج الى خبرة بأحوال الناس والرجال أقدر على ذلك من النساء لكثرة اختلاطهم ، وممارستهم شئون الحياة ، والنساء قليلات الاختبار ، سريعات التأثر والانخداع ، ولذلك كان من مصلحة المرأة أن يتولى وليها عقد زواجها ، فاذا لاحظنا الى جانب ذلك أن ذلك العقد الخطير يعود على الولى بالعار

أو الفخار كما يعود عليها كان من اللازم ألا تستبد به وحدها .

والقول أن الولاية شرط صحة فى النكاح هى رواية أشهب عن مالك ، وهى الرواية التى سار عليها المنشور ، وهناك قول آخر ذكره ابن رشد فى بداية المجتهد مخرج على رواية ابن القاسم عن مالك أن الولاية سنة لا فرض .

أسباب الولاية : المراد بسبب الولاية الصفة التى يكتسب بها الشخص الحق فى أن يكون وليا بقطع النظر عن كونه وليا مجبرا أو غير مجبر ، وأسبابها بهذا المعنى نوعان :

(أ) أسباب خاصة . (ب) وأسباب عامة .

فالخاصة هى : (١) الأبوة . (٢) التعصيب (٣) الايصاء (٤) الكفالة (٥) الحاكم . والعامة هى : الاسلام «[1]» .

أما أسباب الولاية المتعدية عند الحنفية فهى :

(١) الملك وتلك ولاية السيد على عبده .

(٢) القرابة النسبية كولاية الأب على ابنه أو ابنته .

(٣) القرابة الحكمية كولاية المعتق على من أعتقه .

(٤) الأمامة وهى ولاية الحاكم أو نائبه على أفراد الرعية .

فالحنفية لا يرون الايصاء أو الكفالة ولا الاتفاق فى الاسلام سببا من أسباب الولاية .

شرط الولى : (١) الذكورة ، لأن الانثى لا تلى أمر نفسها فكيف تلى أمر غيرها ، ولهذا عندما تكون الولاية للأنثى كأن تكون مالكه أو معتقه اشترطوا عليها أن توكل غيرها من الذكور .

(٢) البلوغ ، لأن الصغير لا يلى أمر نفسه ، فكيف يلى أمر غيره ، ولأن الولاية انما تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح المولى عليه بنظره الصائب وتجاربه الكثيرة ، والصغير لا نظر له .

---

(١) خرشى حـ ٣ ص ١٢٧ (مادة ٢ ، ١٥ من المنشور)

(٣) العقل ، اذ المجنون لا ولاية له على نفسه فلا يلى أمر غيره ، ومثل المجنون المعتوه الضعيف العقل .

(٤) الحرية ، لأن العبد لا ولاية له على نفسه فهو مملوك لغيره ، ولانه مشغول بخدمة سيده فلا تتحقق لديه التجربة والخبرة ، وعلى هذا فانكاح الرقيق باطل يفسخ أبدا بطلقة وان ولدت الأولاد وان دنية وان أذن الولى ، لأن الرقيق مسلوب الولاية ولو مكاتبا .

(٥) الاسلام فلا يزوج الكافر المسلمة لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وسواء فى ذلك الذمى والمرتد والحربى ، أما اذا كان الولى مسلما والمرأة غير مسلمة فالمشهور أنه لا ولاية له عليها لقوله تعالى : « مالكم من ولايتهم شىء » وعلى هذا لو عقد المسلم على موليته الكافرة لكافر لم يتعرض لذلك العقد ، وان عقد عليها لمسلم فسخ أبدا «(١)» ذلك لأنه باتحاد الدين تتحد وجهة النظر فى تقدير المصلحة.

هذه هى الشروط المجمع عليها وعن شراح خليل شروط الولى ستة ، فزادوا عدم الاحرام أى لايصح تزويج الولى اذا كان محرما بحج أو عمره، وكذلك لايوكل ولا يجيز ويفسخ أبدا ان وقع .

واختلفوا فى الرشد والمشهور عند أكثر أصحاب مالك أنه ليس من شروطها ، وقد روى عن مالك أنه من شروطها ، وبه قال أشهب وأبو مصعب، والحنفية على الرأى الأول ، وهو عدم اشتراط الرشد المالى ، وسبب اختلافهم تشبيه هذه الولاية بولاية المال ، فمن رأى أنه قد يوجد الرشد فى هذه الولاية مع عدم وجوده فى المال لم يشترطه هنا ، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود ، قال لابد من الرشد فى الزواج . قال الخرشى : « وعقد السفيه ذى الرأى باذن وليه ، فان لم يكن له ولى وهو ذو رأى جاز انكاحه اتفاقا » . أما العدالة فليست شرطا فى صحة الولاية وانما هى شرط كمال كالرشد «(٢)» . واذا فقد الولى الأقرب وصفا منها ، انتقلت الولاية منه

(١) خرشى حـ ٣ ص ١٨٨
(٢) الدردير حـ ٢ ص ١٧٢

للأبعد ، ما لم تكن الولاية لوصية أو معتقة ، فتوكل كل واحدة منهما عند العقد على اليتيمة أو المعتقة من يستوفى شروط الولى .

ولاية الاجبار أو الولى المجبر : والكلام فيها ينتظم أمرين (١) من هو الولى المجبر ؟ أو من تثبت له ولاية الاجبار (٢) من تثبت عليه هذه الولاية.

فأما عن الأمر الأول فولاية الأجبار تثبت :

(١) للأب الرشيد ولو بدون صداق المثل ولو لأقل حال منها أو لقبيح منظر . وللأب السفيه ان كان ذا عقل ودين جبر بنته أيضا والا نظر وليه أى ولى السفيه فى تعيين الزوج وتزوج بنته كيتيمة ، ويلى عقد زواجها الولى ، وان عقد السفيه فلوليه امضاؤه ان حسن والا رده .

والشافعية يشترطون فى الولى على المشهور ألا يكون محجورا عليه للسفه لأن السفيه لايهتدى لخيره ولا يلى أمر نفسه فلا يلى أمر غيره ، وقيل لايشترط ذلك فهم فى هذا كالمالكية . واشترطوا ألا يكون فاسقا لأن الفسق نقص يقدح فى الشهادة فيمنع الولاية الا أن فسق الحاكم لايؤثر فان كان الولى فاسقا والحاكم فاسقا فقد أفتى الغزالى واختاره النووى وابن الصلاح ببقاء ولاية الولى الفاسق ، وهناك قول آخر فى المذهب أنه يصح أن يكون الولى فاسقا . والشافعية يقولون ان اختلاف أى شرط من هذه الشروط ينقل الولاية الى الأبعد ويعتبرون الأقرب الناقص شرطا من الشروط المتقدمة كالعدم.

ولايعد الخرس ولا العمى ولا الاغماء فى الأصح من موانع الولاية«١»

(٢) ووصى الأب وان نزل كوصى الوصى وبذلك قال ابن أبى ليلى ، وقال أحمد : ان نص الأب على الزوج صحت الوصاية بالزواج بالشروط الآتية :ـ

---

(١) نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٨١ وما بعدها ـ الروض وحاشيته حـ ٣ ص ١٣٠ ـ ١٣٢

(أ) أن يأمره الأب بالجبر صريحا كأجبرها ، أو ضمنا كزوجها قبل البلوغ أو بعده ، أو يعين له الزوج فان هذه صيغ تسوغ للوصى الجبر . واختلف فيما اذا قال الأب للوصى أنت وصى على بضع بناتى ، أو على نكاح بناتى ، أو على تزويجهن ، أو أنت وصى على بنتى تزوجها أو تزوجها ممن أحببت ، فقال الدسوقى الراجح أن له الجبر فى هذه الصيغ ، وفى كل صيغة ذكر فيها الوصية على البضع أو التزويج أو النكاح ، وبهذا القول أخذ المنشور الشرعى فى المادة الثامنة منه .

أما لو قال أنت وصى على بناتى ، أو على بنتى فلانة ، فالراجح عدم الجبر ، ولا جبر اتفاقا فى قوله أنت وصى أو أنت وصى على مالى ، ولكن لو زوج صح ولعل وجه الصحة أنه وصى فى الجملة .

وجمهور الفقهاء على أن الايصاء فى الزواج لايصح ، لأن الانكاح الى العصبات بنص الحديث ، ولأن المصلحة فى الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات ، لذلك لم يجعل لغير الاولياء ولاية فى الزواج ، لأن مصلحتهم فى الجملة متفقة مع مصلحة المولى عليه .

(ب) أن يزوجها بمهر المثل .

(حـ) ألا يكون الزوج فاسقا .

(٣) الحاكم له جبر المجنونة المطبق جنونها البالغة لاغيرها ان لم يكن هناك أب «١» .

من هذا نرى أن ما جاء فى المادة « ١١ » من أنه لاجبر لأحد من الأولياء بعد الأب ووصيه ، ولو بكرا يتيمة تحت حجره لايتفق مع ما ذكر الخرشى الا أن تكون المادة قد أرادت ألا جبر له على غير البالغة .

(٤) المالك له أن يجبر أمته أو عبده على النكاح لأنهما ماله ، وله أن يصلح ماله بأى وجه يرى فيه المصلحة ، بشرط عدم الضرر كالتزويج بذى

(١) خرشى حـ ٣ ص ١٧٦

عاهة ، وله الجبر وان كان أنثى الا أنهـا توكل من يتولى العقـد عنها من الرجال لأن النكاح لاينعقد بعبارة النساء ، ولم يتعرض المنشور لذكر هذا .

وانما أثبت مالك ولاية الاجبار للأب دون غيره من الأولياء ، لانعقـاد الاجماع على تزويج الأب ابنته الصغيرة ، ولأن المعانى الموجودة فى الأب من كمال الشفقة ، ووفور الرأفة ، وتحرى المصلحـة غير موجودة فى غيره من الأولياء ، وأثبته للوصى لأن الولاية مما يمكن أن يستناب فيها ، وكما يجوز للأب أن يوكل يجوز له أن يوصى ، لأن الوصى نائبه بعد الوفاة ، والوكيل نائبه فى الحياة .

غير أن المادة التاسعة من المنشور منعت المأذون من مباشرة عقد الوصى بطريق الاجبار الا بعد أن يأذن القاضى له بذلك ، والقاضى لايأذن الا بعد تحققه من ثبوت الوصاية المذكورة وهى لاتثبت لدى القاضى الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية .

من تثبت عليه ولاية الاجبار : تثبت على الآتى بيانهم :

(١) البكر الصغيرة : لأن النبى (ص) تزوج عائشة ، وهى بنت ست أو سبع بانكاح أبيها أبى بكر ، ولاخيار لها اذا بلغت على المشهور ، والحنفية يوافقون المالكية فى هذا ، وكذلك الشافعية ، فهم يثبتون ولاية الاجبار على البكر مطلقا صغيرة أم كبيرة ، والحنفية انما يقولون بثبوت الولاية على البكر الصغيرة (مادة ٣) .

(٢) البكر البالغ غير العانس اتفاقا ، والشافعية يوافقون المالـكية ، والحنفية يخالفونهم «[1]» .

(٣) البـكر البالغ العـانس على المشهـور ، وقيل لا تجبر كما عند أبى وهب ، لأنها لما عنست صارت كالثيب ومنشأ الاختلاف اختلافهم فى العلة التى بنيت عليها ولاية الاجبار ، أهى البكارة وهى موجودة أم الجهل بمصالح النساء وهى مفقودة ؟ .

(١) زرقانى حـ ٢ ص ١٧٢

والعانس هى التى طالت اقامتها عند أبيها ، وعرفت مصالح نفسها ولم تتزوج ، واختلف فى بداية السن التى تعتبر فيها المرأة عانسا ، فقيل ثلاثون وقيل ثلاث وثلاثون ، وقيل خمس وثلاثون ، وقيل أربعون ، وقيل غير ذلك ، وهذا الخلاف لافائدة منه عند من يجبرها وانما فائدته عند من يرى العنس نهاية للاجبار ، والعمل فى المحاكم السودانية جرى على غير المشهور من المذهب ، وهو أن البكر البالغ العانس لاتجبر ، واختار سن الثالثة والثلاثين بداية للعنس «١» (مادة ٣) .

(٤) الثيب الصغيرة سواء كانت الثيوبة من وطء صحيح أم من وطء حرام ، ما دامت لم تبلغ لأن موجب الاجبار عند مالك هو البكارة أو الصغر ، فكل منهما يوجب الاجبار ، والحنفية يوافقون المالكية فى هذا فيثبتون ولاية الاجبار على الثيب الصغيرة ، لان علة الاجبار عندهم الصغر والشافعية يشترطون فى ولاية الاجبار أن تكون المزوجة بكرا ، فلا اجبار على ثيب عندهم ويحتجون بقوله عليه السلام : الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يزوجها أبوها . (والثيب عندهم من زالت بكارتها بوطء فى القبل ولوزنا أو مكرهة أو نائمة لممارستها الرجال بالوطء) .

أما الثيب التى طلقها زوجها أو مات عنها قبل البلوغ ثم بلغت قبل النكاح فلا تجبر على قول ابن القاسم وأشهب واستحسنه اللخمى ، وعليه العمل بالمحاكم الشرعية السودانية (مادة ٥) .

(٥) الثيب البالغة أن ثيبت بعارض أو بغصب على المشهور لان ثيوبتها غير معتبرة اذ لم تزل بنكاح صحيح أو فاسد يدرأ الحد ، ولبقاء الجهل بالمصالح ، واختلف فيمن ثيبت بزنا على ثلاثة أقوال : الأول تجبر وهو مذهب المدونه وصرح القشتالى أنه المشهور ، الثانى لاتجبر ، والثالث تجبر ان لم يتكرر منها حتى اشتهرت به وحدت فيه ، والا فلا تجبر لخلع جلباب الحياء من وجهها ، وهو قول عبد الوهاب (والحنفية والشافعية

---

(١) خرشى حـ ٣ ص ١٧٦

لايوافقون المالكية فى ذلك فلا تثبت ولاية الاجبار على الثيب البالغة باتفاق مهما كان سبب ثيوبتها) .

(٦) الثيب البالغة اذا ظهر فسادها ، وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج ، أما غيره من الأولياء فيرفع أمرها الى القاضى ، فان زوجها بلا رفع مضى ، وعبارة الزرقانى تدل على أن غير الأب من الاولياء له جبرها ، لكن الأحسن أن يرفع الأمر للحاكم (مادة ٧) والمادة التاسعة من المنشور تنص ، على أن المأذون لايتولى عقد الزواج فى هذه الحالة الا بعد اذن القاضى .

(٧) المجنونة جنونا مطبقا ولو ولدت الأولاد ، أما من تفيق فينتظر افاقتها حيث كانت ثيبا بالغا .

(٨) الابن الصغير لمصلحة كتزويجه من شريفة أو غنية أو بنت عم .

أحكام عامة تتعلق بولاية الاجبار

(أ) لايملك الولى جبر موليته التى له عليها حق الاجبار على زواج ذى عاهة موجبه للخيار وهو :

(١) الخصى وهو مقطوع الذكر ، أو مقطوع الانثيين قائم الذكر ان كان لا يمنى ، وأما اذا كان يمنى فله جبرها على النكاح لانها تلتذ بنزول المنى منه .

(٢) المجنون اذا خيف عليها منه (مادة ٣ لم تذكر هذا القيد) ورواية الاطلاق مأخوذة من شرح الدردير .

(٣) الأبرص المحقق البرص .

(٤) المجذوم البين الجذام ولو لمثلها لأنها قد تبرأ منه .

(٥) العنين وهو من لايقدر على مباشرة النساء (مادة ٣ من المنشور) .

(٦) المعترض (لم ينص عليه المنشور وانذكر جملة تشمله وغيره بقوله وسائر المعيبين بعيب يرد به الزوج) .

أما تزويجها لمن هو دونها قدرا ومالا وبضرير وقبيح المنظر وبدون مهر

المثل فانه جائز للأب (خرشى حـ ٣ ص ١٧٦) .

(ب) اذا قال الأب المريض ان مت فقد زوجت ابنتى من فلان ، ومات فى مرضه صح الزواج باتفاق لأنه من وصايا المسلمين بشرط أن يقبل الزوج بقرب موت الأب ، والقرب بحسب العرف ، وذكر بعضهم أنه يحد بسنه ، هذا اذا كان الزوج عالما بقول الأب ، أما ان لم يكن عالما به ففى اشتراط القرب وعدمه رأيان ، أما لو قال ذلك فى صحته فلا يصح النكاح ، والفرق أن مسألة المرض خرجت عن الأصل للاجماع وبقى ماعداها على الأصل (وهذا الحكم لم يتعرض له المنشور ٣٥ فيجب أن يعمل بمذهب أبى حنيفة، فيه ، وعلى هذا فلا يصح الزواج ، لأنه مما لايصح تعليقه لا فى حال المرض ولا فى حال الصحة) .

غيبة الولى المجبر

غيبة الولى المجبر على ثلاثة أقسام : (١) غيبة قريبة (٢) غيبة بعيدة (٣) غيبة المفقود والمأسور الذى لم يعلم له خبر .

الغيبة القريبة : اذا غاب الولى غيبة قريبة (وهى التى تقدر بعشرة أيام ذهابا) أو كان حاضرا ثم زوج غير المجبر حاكما أو غيره من الأولياء ، ابنة المجبر بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة مجنونة بدون اذن أو تفويض منه ، فان النكاح يفسخ أبدا بطلاق بائن ، ولو أجازه المجبر بعد علمه ، ولو ولدت المرأة الأولاد . وهذا الحكم : (١) اذا كانت النفقة جارية على المرأة (٢) أن يكون غير مخشى عليها من الفساد (٣) أن تكون الطريق مأمونة . أما اذا فقد شرط مما ذكر فللقاضى لا للولى أن يزوجها سواء أكانت بالغة أم لا ، ولو لم تبلغ عشرا ولو لم تأذن بالقول ، فهى تخالف اليتيمة فى هذا الحكم ، لأن اليتيمة يزوجها وليها بعد مشورة الحاكم بالشروط المذكورة . ثم أنه يشترط لفسخ الزواج ألا يكون الأب قصد بغيبته الاضرار بابنته كأن يكون قصد تركها من غير زواج فان تبين قصده الضرر بها كتب له الحاكم ، اما أن تحضر تزوجها أو توكل وكيلا يزوجها

والا زوجناها عليك ، فان لم يفعل زوجها الحاكم عليه ، لأن الأب فى هذه الحالة يصير كالعاضل (مادة ٢٢ من المنشور) (دسوقى حـ ٢ ص ٢٠٤ وخرشى حـ ٣ ص ١٨٦) .

وقد صدر ملحق للمنشور الشرعى بتاريخ ٥ أغسطس سنة ١٩٣٤ نص فيه على أنه فى حالة غياب الولى سواء كان مجبرا أو غير مجبر بحيث اذا انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء كأن يكون الزوج آتيا فى أجازة قصيرة مثلا أو أن يصرح بأنه لاينتظر الولى وكانت المخطوبة بالغة . فعلى المأذون أن يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين فى محل اقامة المخطوبة بتوكيلها له فى تولى هذا الزواج ، ولكن لايقدم على التزويج الا بعد أخذ شهادة من العمدة أو الشيخ وأقارب المخطوبة ان وجدوا وشهود العقد ، ويوقع عليها من الزوج ، أو وكيله ، بأن فلانا الكفء (الزوج) خطب فلانه (الزوجة) ووليها والدها فلان غائب ، والخاطب قرر أنه يترك هذا الزواج اذا كلف بانتظار الولى ، ويشير المأذون فى وثيقة الزواج الى ذلك ، لتكون الوثيقة حجة على صحة الزواج عند القضاء لو رفعت دعوى بشأن عدم صحته ، وعندما يقوم المأذون بدفع ايراده يقدم هذه الشهادة لتحفظ مع جدول العقود بالملف الخاص به ، ويوقع القاضى على هامش الوثيقة باطلاعه على هذه الشهادة .

الغيبة البعيدة : اختلف فى حد الغيبة البعيدة ، فقيل ما استغرق زمن الوصول اليه ثلاثة أشهر وقيل أربعة أشهر وأساس هذا الخلاف نقول عن أئمة المذهب ، واعتبار هذا الزمن انما هو بوسائل المواصلات القديمة ، ومن الواجب أن يختلف الأساس الذى اعتبرت به الغيبة قريبة أو بعيدة .

وعلى هذا اذا غاب الولى المجبر غيبة بعيدة ، فاما أن يرجى قدومه بسرعة أولا ، فان كان يرجى قدومه بسرعة كمن خرج لتجارة ونحوها فلا يزوج الحاكم مجبرته ، ولو طالت اقامته الا اذا خيف فسادها ، وانقطعت نفقتها ، هذا مامشى عليه الدردير وهو واضح فى أن المعتبر خوف الفساد وعدمه ، أما طول الاقامة وقصرها فلا عبرة به . ولكن الذى يفهم من المادة

(٢٣) أن كلا من الأمرين كاف أن يجعل للحاكم حق تزويج مجبرة الغائب ، فالغائب الذى طالت اقامته يجوز للحاكم أ نيزوج مجبرته ، سواء خيف عليها الفساد أم لا ، والغائب الذى خيف الفساد على مجبرته يجوز للحاكم تزويجها أيضا ، سواء طالت اقامة الغائب أم لا . جاء فى الزرقانى حـ٣ص١٨٠ وأما من خرج لتجارة أو حاجة فى تلك المسافة ونيته العود ولم تطل اقامته فلا تزوج ابنته ، وهو موافق للمنشور فى اشتراط عدم الطول .

وان كان لايرجى قدومه بسرعة ، ولو لم يستوطن كان للحاكم دون غيره من الأولياء تزويج ابنة الغائب المجبرة البالغة ، ولو دامت نفقتها ، ولم يخف عليها ضيعة ولكن لايزوجها فى هذه الحالة الا باذنها ولا يشترط الاذن بالقول بل يكفى السكوت ، وللحاكم تزويجها جبرا عنها ، اذا خيف فسادها على المعتمد سواء كانت بالغة أم غير بالغة (مادة ٢٣ من المنشور).

الغائب الذى لايعلم موضعه كالاسير والمفقود :

الولى المجبر ومثله غير المجبر اذا أسر أو فقد ولم يعلم له خبر نزل منزلة موته ، وتنتقل الولاية لمن بعده على المشهور ، لا للحاكم بعد أن يثبت غيبته وانقطاع خبره والجهل بمكانه ، قال الفاكهانى : وينبغى أن يثبت الولى عند الحاكم طول غيبة الأب ، وانقطاع خبره ، والجهل بمكانه ، وحينئذ فله انكاحها ولو جرت النفقة عليها ولم يخف عليها ضيعة وبهذا أخذ المنشور فى المادة ٢٥

وحكى ابن رشد الاتفاق على أن الأسير والمفقود كذى الغيبة البعيدة ، لايزوج ابنتهما الا الحاكم ، ولا ينتقل الأمر للأبعد ، بخلاف بعيد الغيبة فان حياته معلومة .

جنون الاب أو حبسه : اذا جن الأب جنونا غير مطبق أو حبس ، فلا تزول ولايته لأن برأه من الجنون وخروجه من السجن مرجوان ، اما اذا كان جنونه مطبقا ، فوصيه هو الذى يزوج بنته كيتيمة .

عضله موليته : العضل هو الامتناع عن تزويج من له حق الولاية عليها بكفء ومهر المثل ، فاذا تقدم الى موليته خاطب كفء وبصداق المثل فامتنع

يعد غير الأب ووصيه عاضلا أما الأب ومثله وصيه فلا يعد عاضلا برد أول كفء بل لابد من أن تقوم القرائن على عضله .

واذا ثبت العضل سواء من الولى المجبر أو غير المجبر كان لها أن ترفع أمرها الى الحاكم وللحاكم أن يزوجها بعد أن تأذن له بالقول ، وله أن يأمر أباها بتزويجها بعد تحقق العضل .

وقد نص الملحق للمنشور رقم ٣٥ الصادر فى سنة ١٩٣٠ على أن الولى اذا ترك الانفاق على موليته مع وجوبه عليه شرعا سواء كان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء اليها شرعا فان امتنع وكلت غيره ممن تشاء . وللولى المجبر من أب ووصى أن يجبر ولده الذكر المجنون جنونا مطبقا ، اذا خاف عليه الزنا أو الضرر الشديد أو الهلاك وكان الزواج ضروريا متعينا لانقاذه ، فان لم يكن له أب ولا وصى أب وكان جنونه قبل البلوغ زوجه الحاكم .

أما السفيه فلهم حق جبره اذا خيف عليه الزنا ، وان كان فى زواجه مفسدة لم يصح قطعا ، أما اذا لم يترتب عليه مفسدة ولم يخف عليه الزنا فخلاف ، والأظهر عدم الجبر .

وكذلك لهم جبر الذكر الصغير لمصلحة كتزويجه من شريفة أو غنية أو بنت عم (حـ ٤ ص ٣٣ المذاهب الأربعة) .

ولاية الاختيار أو الولى غير المجبر

الولى غير المجبر : هو من له حق تزويج موليته لكن بشرط أن ترضى بالزوج والمهر وتأذن له فى تولى العقد والأولياء غير المجبرين هم :

(١) العصبة (٢) المولى الأعلى (٣) الكافل (٤) الحاكم (٥) الولى بولاية الاسلام ، هذا هو ترتيبهم فى الأحقية على المشهور فى المذهب ، وروى أن الكافل أحق من العصبة ، لأنه القائم بأمر المرأة ، وقد جمع النظر وولاية الاسلام وهو لها كالأب ، ولنتكلم على كل واحد بالتفصيل .

العصبة : وهم مرتبون فى الأحقية على النحو الآتى مع ملاحظة أن

الأقوى قرابة منهم أحق بالولاية :

(١) الابن ولو من زنا ، ما لم تكن المرأة مجبرة .

(٢) ابن الابن وان نزل لأن الابن وابنه أقوى عصبة من الأب .

(٣) الأب الشرعى ، فلا ولاية للزانى والأب من الرضاعة ، وروى عن مالك أن الأب أولى من الابن قال ابن رشد وهو أحسن . والوصى على الثيب ولى من أوليائها يزوجها برضاها ويكون فى منزلة أبيها .

(٤) الأخ لغير الأم ، ويقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب على الاصح والمختار ، وروى على بن زياد عن مالك : ان الشقيق مع الأخوة الأشقاء وغيرهم فى مرتبة واحدة فيقترعان عند التنازع .

(٥) ابن الأخ وان سفل ، ويقدم الشقيق على غيره .

(٦) الجد الأدنى أى أبو الأب ، وتقديم الأخ وابنه على الجد هو المشهور ، وقيل ان الجد وان علا يقدم على الأخ وابنه ، وهو رأى المغيرة ورواية عن مالك .

(٧) العم الأدنى ، ويقدم الشقيق على غيره .

(٨) ابن العم ويقدم الشقيق على غيره .

(٩) أبو الجد ، وقيل يقدم على العم .

(١٠) عم الأب ، وهكذا يقدم الأصل على فرعه وفرعه على أصل أصله .

المولى الأعلى : وهو من أعتق المرأة ، اذا عتق من أعتقها أو اعتق أباها .

الكافل : وهو من قام بأمور المكفولة حتى بلغت عنده ، والمراد بالمكفولة من مات أبوها وغاب أولياؤها . ويشترط فى ولاية الكافل أمران : (١) أن تمضى مدة توجب الحنان والشفقة . وقيل لابد أن يكفلها عشر سنوات ، وقيل أربع والأظهر الأول . (٢) أن تكون دنيئة ، فان لم تكن دنيئة فلا

يزوجها الا الحاكم ، وقيل ولاية الكافل عامة فى الشريفة والدنيئة ، ورجح كل من القولين (والمادة ٥ جرت على الرأى الثانى وهو أن الكافل ولى للمكفولة دنيئة أو شريفة) .

والدنيئة هى من لاقدر لها ، أى ليست ذات مال ولاجمال ولاحسب .

وتقديم الأولياء على الكافل هو المشهور فى المذهب ، وروى أنه أحق من الأولياء ، لأنه القائم بأمرها وقد جمع النظر وولاية الاسلام وهو لها كالأب .

الحاكم : وهو السلطان أو القاضى ان كان لايأخذ أجرا على توليه العقد ، ولا يتولى الحاكم التزويج الا بعد أن يتحرى ويثبت عنده : (١) خلوها من المرض . (٢) خلوها من الموانع الشرعية . (٣) أن الزوج كفء لها فى الدين أى فى التدين والعمل بالأحكام الشرعية ، والحرية ، والحال أى السلامة من العيوب . (٤) أن المهر مهر المثل . (٥) انه لا ولى لها ، أو لها ولى وعضلها أو غاب عنها غيبة بعيدة . (٦) رضاها بالزوج .

واثبات الكفاءة ومهر المثل ، انما يحتاج اليه فى غير المالكة أمر نفسها ، أما فى الرشيدة فلا يحتاج اليه ، لأن لها اسقاطها ، ولو لم يتحر الحاكم وعقد من غير بحث فى هذه الأمور صح .

الولاية العامة : تثبت لكل مسلم ، فيتولى أى فرد من المسلمين تزويجها بحكم الولاية العامة ولو الزوج فيتولى طرفى العقد ، سواء أكانت المرأة شريفة أم دنيئة لقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» (وجميع هذه الأحكام تضمنتها المادة ١٥ من المنشور الصادر فى سنة ١٩٣٣)

من تثبت عليها ولاية الاختبار :

تثبت ولاية الاختيار على الآتى ذكرهم «[1]» على معنى أن الولى لايستبد بتزويجها بدون اذنها :ـ

(أ) البالغة اذا زالت بكارتها بنكاح صحيح ، أو نكاح فاسد غير

(١) تضمنت أحكام هذا الموضوع المواد ٦ و ١٢ و ١٣ وهى مأخوذة من الزرقانى ص ١٧٢ و ١٧٤ و ١٧٥ والخرشى ص ٧٦ والدسوقى ص ٢٠٠

مجمع على فساده ، أو مجمع على فساده ودرىء الحد عنها تنزيلا للنكاح الفاسد فى هاتين الصورتين منزلة النكاح الصحيح لدرء الحد ولحوق الولد .

(ب) البالغة البكر التى رشدها أبوها وثبت ترشيدها باقراره أو بينته ان أنكر ، والترشيد انما يكون بعد البلوغ لأن الرشد من لوازمه البلوغ ، ثم انه اذا رشدها لايحجر عليها فى مالها لأن الرشد لا يتبعض فلا يكون فى أمر دون أمر ، أو وصيه بقوله لها رشدتك أو أطلقت يدك أو نحوه .

(حـ) البالغة البكر التى أقامت فى بيتها الساكنة فيه مع زوجها سنة من حين مباشرة الزوج لها وأنكرت الوطء بعد فراقها ، وافقها الزوج أم لا ، ولم يعلم عدم الخلوة بها ، اما اذا علم عدم الخلوة بها وعدم الوصول اليها فلا يرتفع اجباره عنها ولو أقامت معقودا عليها سنين .

(ء) الصغيرة اليتمية اذا توافرت الشرط الآتية: (١) ان يخاف عليها الفساد فى حالها أو مالها بعدم تزويجها . (٢) أن تبلغ مبلغ المرغوب فى نكاحها وقدره بعضهم بعشر سنين ، ولكن الراجح عدم تعيين مدة بل المدار على خوف الفساد . (٣) أن تأذن بالقول لولى العقد وترضى بالزوج . (٤) أن يكون كفئا لها فى الدين والحرية والنسب بأن يكون معلوم الأب لا لقيطا ولا ابن زنا والحال والمال . (٥) أن يصدقها صداق مثلها وأن يكون الجهاز الذى جهزت به مناسبا لها (٦) أن يستشار القاضى قبل اجراء العقد (مادة ١٢) ، ومعنى الاستشارة هنا رفع الأمر اليه حتى يتحرى عن تحقق هذه الشروط الواجب توافرها لعقد زواج اليتيمة .

وجرى المنشور فى المادة ١٣ على أن القاصرة التى تزوج دون أن يخاف عليها الفساد يصح زواجها ان دخل بها الزوج وطال أمده ، بأن ولدت ولدين فى بطنين أو مضت ثلاث سنوات ، فان لم يدخل الزوج بها أو لم يطل أمد الزواج فسخ على المشهور ، هذا هو قول الزرقانى .

(هـ) الصغيرة اذا قطع الأب عنها النفقة وغاب وخشى عليها الضيعة يزوجها السلطان (زرقانى ص ١٧٤)

أحكام عامة تتعلق بولاية الاختيار

(١) اذا زوج الولى الأبعد مع وجود الأقرب ، فقد اختلف فى حكم هذا الزواج على أربعة أقوال : ــ

(أ) يصح مع عدم الجواز ابتــداء وهو المشهور (ب) يجوز ابتداء • (حـ) يفسخ أبدا • (ء) يكون للأقرب الحق فى فسخه أو اجازته •

وسبب هــذا الخلاف اختلافهم فى الترتيب ، هل هو من قبيل الأولى فيجوز ابتداء أو هو واجب غير شرط فيصح وان لم يجز ابتداء ، أو هو واجب فى حق الله فيفسخ أبدا أو هو واجب حقا للولى فيصح اذا أجازه ؟ وقد جرى المنشور فى المادة ١٧ على أن العقد يصح بولى أبعد مع وجود أقرب غيرمجبر كعم مع أخ أو أب مع ابن أو أخ لأب مع أخ شقيق ، ومن هذا يفهم ان الولى الأبعد هو الولى المتأخر فى المرتبة وبالأقرب المتقدم عليه ولو كانت جهة القرابة متحدة ، وكما يجوز تزويج الأبعد مع وجود الأقرب ، فانه يجوز تزويج أحد المتساويين بدون اذن الآخر كأن يزوج احــد الاعمام أو الاخوة الاشقاء من غير أن يأذن له من يساويه فى الولاية • (مادة ١٧ دردير حـ ٢ ص٢٠٢)•

(٢) اذا تزوجت امرأة بالولاية العامة مع وجود الولى غير المجبر صح زواجها ، وان لم يجز ابتداء فى حالتين :

(أ) اذا كانت المرأة دنيئــة وهى من لايرغب فيهــا لحسب ولا مال ولا جمال ، أما من يرغب فيها لواحد مما ذكر فليست بدنيئة ، ولافرق بين أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل •

(ب) اذا كانت شريفة ، ودخل بها الزوج وطال ، وفسر الطول بمضى مدة تكون قد ولدت فيها ولدين فى بطنين أو يمكن أن تلدهما فيها وقدرت بثلاث سنين ، أما ان دخل بها ، ولم يطل الزمن أو طال الزمن بعد العقد ، وقبل الدخول سواء دخل بها أم لم يدخل ، فللأقرب من الذى تولى العقد ان كان هناك أقرب وأبعد ، وللبعيد عند عدم القريب ، وللحاكم عند عدم الولى العاصب أو غيبته على ثلاثة أيام فأكثر ، لكل هؤلاء الحق فى فسخ العقد أو اجازته • وان كانت غيبته دون ثلاثة أيام فان الحاكم يكتب له

ويوقف الزوج عنها (مادة ١٦ زرقانى حـ٣ص ١٧٧دردير حـ٢ص٢٠١،٢٠٢)

(٣) اذا غاب الولى غير المجبر ، وكانت المسافة بين بلد المرأة والبلد الذى به الولى ثلاثة أيام فأكثر، وخطبها كفء ، وأثبتت المرأة الغيبة والمسافة والكفاءة ، زوجها الحاكم لا الأبعد فان زوجها الأبعد صح ، هذا اذا لم يكن للغائب وكيل مفوض ، فان كان له وكيل مفوض تولى التزويج ، لأن الغائب نزله منزلة نفسه .

فان كانت المسافة دون الثلاث أرسل اليه الحاكم ، فان حضر أو وكل فبها والا زوجها الأبعد لا الحاكم . هذا اذا كان الخاطب الكفء ينتظر رأى الولى الغائب ، فان كان لاينتظر رأيه بأن يكون الزوج فى اجازة قصيرة ، أو يصرح بأنه اذا كلف الانتظار تزوج بسوى المخطوبة ، فان المأذون يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين فى محل اقامة المخطوبة بتوكيلها ، ولكن لايقدم على هذا التزويج الا بعد عمل الاجراءات المذكورة بالملحق ٢٢١ .

فقد الولى أو أسره :

اذا أسر الولى الأقرب أو غاب ولم يعلم مكانه ، فان الولاية تنتقل الى الولى الأبعد لا الى الحاكم فيزوجها برضاها ، ولو جرت عليها النفقة ولم يخش عليها الضيعة (مادة ٢٥ دسوقى حـ ٢ ص ٢٠٥) قال البنانى: والذى لابن رشد الاتفاق على أن الأسير والمفقود كذى الغيبة البعيدة لايزوج ابنتهما الا الحاكم ، ولا تنتقل الولاية الى الأبعد لأنه لافرق بين الأسر والفقد وبعد الغيبة ، ولكن المشهور هو الرأى الأول ، وذلك لتنزيل أسر القريب وفقده منزلة موته وهو اذا مات تنتقل الولاية للأبعد بخلاف بعيد الغيبة فان حياته معلومة .

عضل الولى :

(١) الولى المجبر : الأب أو وصيه .

متى يكون الولى المجبر عاضلا ؟ يكون الأب المجبر عاضلا لمجبرته اذا

تحقق منه قصد الاضرار بها ، ولا يكون مجرد رده للكفء الذى خطبها ورضيت به عضلا ، ولو تكرر منه الرد سواء كان الخاطب الكفء الذى رده واحدا أو كانوا أكفاء متعددين ، وانما لم يعتبر الأب عاضلا بالرد لأنه لايجب عليه الاجابة لكفئها لأن له جبرها الا لمن استثناهم فيما سبق ، ولأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة مع جهل البنت بمصالح نفسها يجعله لايرد الخاطب الا اذا علم من حاله أو من حالها ما لايوافق ، وقد روى أن مالكا منع بناته وقد رغب فيهن خيار الرجال ، وفعله العلماء قبله وبعده ، وحاشاهم أن يقصدوا به الضرر (دسوقى ٢٧٠ ، ٢٧١) فالمدار فى اعتبار الأب المجبر عاضلا التحقق من أنه يقصد بعدم تزويج ابنته الكفء الاضرار بها ولو لم يحصل منه رد أصلا (دسوقى ٢٧٠ ، ٢٧١) .

قال الدردير : والوصى المجبر كالأب فى كونه لايعد عاضلا الا اذا تحققنا من قصده الاضرار ، ولكن الدسوقى ذكر قولا آخر فيه ، وهو أنه يعتبر عاضلا برده لأول كفء ترضى به قال وهو ظاهر المصنف « خليل » (دسوقى ٢٧٠ ، ٢٧١) .

هذا واذا عضل المجبر مجبرته أمره الحاكم بالتزويج ، لأن التزويج يكون واجبا عليه فى هذه الحال ، فان امتثل الأمر فبها وان امتنع زوجها الحاكم ولا يسأله عن سبب امتناعه اذ لامعنى للسؤال مع تحقق العضل (دسوقى ٢٧٠) . ويلاحظ فى تزويج الحاكم ما تقدم من أنه لابد من الاذن بالقول ممن عضلت .

(٢) الولى غير المجبر : أبا أو غيره .

متى يكون عاضلا ؟ اذا خطب المرأة الكفء ورضيت به وجب على وليها غير المجبر أن يزوجها منه وسواء طلب منه التزويج به أولا ، وكذا يجب عليه اجابة طلبها ان أرادت هى كفئا ، وأراد هو كفئا غيره ، لأن تزويجها بالكفء الذى اختارته أدعى لدوام العشرة بينهما ، فان امتنع الولى

من تزويجها فى هاتين الحالتين سأله الحاكم عن وجه امتناعه ، فان أبدى وجها مقبولا ردها اليه وان لم يبد وجها صحيحا اعتبر عاضلا ، لأن عدم اجابة طلبها من غير عذر مقبول مع كونها مضطرة لعقده فيه ضرر لها . (دسوقى ٢٠٦ ، ٢٧٠) .

ما الحكم اذا عضل الولى غير المجبر موليته ؟ اذا عضل الولى غير المجبر موليته ، أمره الحاكم بتزويجها ، فان امتنع من تزويجها بعد الأمر زوجها الحاكم أو وكل من يعقد عليها ولو أجنبيا منها . ولا ينتقل بسبب امتناع الولى الأقرب الحق للأبعد ، وهذا هو ما مشى عليه الدردير وصوبه الدسوقى وقال : انه موافق لما فى التوضيح تبعا للمدونة واستصوبه البنانى وخالف ابن عبد السلام فقال : ينتقل الحق للأبعد لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم فينتقل الحق للأبعد ، وأما الحاكم فلا يظهر كونه وكيلا له الا اذا لم يظهر منه امتناع كما لو كان غائبا مثلا ، قال الدسوقى واستصوب هذا القول شيخنا فى حاشية الخرشى ص ٢٦٠ و ٢٠٧ وص ٢٧٠ — ٢٧١ دسوقى .

بم يكون الرضا والاذن ؟ تقدم أن الولى غير المجبر لايزوج موليته البالغة الا اذا رضيت بالزوج ، والمهر ، وأذنت له فى العقد . فبم يكون الرضا والاذن ؟ .

أما البكر : فرضاها يكون اما بالقول أو بالضحك أو بالبكاء ، ما لم يعلم أنه منع أو بالسكوت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : والبكر تستأمر فى نفسها ، واذنها صماتها ، فسكوتها يعتبر منها رضا بالزوج والصداق كما يعتبر اذنا للولى بالعقد ، سواء كانت حاضرة مجلس العقد أم غائبة عنه فلو قيل لها فلان يريد أن يتزوجك وقد جعل لك الصداق خمسين جنيها فسكتت ، فقيل لها هل تفوضين لفلان فى العقد ؟ فسكتت تم الرضا والاذن وكان لوليها تزويجها ممن ذكر بالصداق المسمى ، ويندب أعلام البكر بأن سكوتها رضا وقيل يجب .

هذا ، واذا عقد الولى على البكر بعد سكوتها ، ثم ادعت أنها لم ترض

ولم تأذن وأنها تجهل أن السكوت رضا لاتقبل دعواها عند الأكثر لشهرة كون السكوت رضا ، ولو كان شأن مدعية ذلك البلادة ولجهل ، وقال حمديس : ان عرفت بالبله وقلة المعرفة قبلت دعواها الجهل ، والا فلا تقبل ويقول حمديس أخذ المنشور • وأما منعها فيكون بالقول بأن تقول لاأتزوج أو بالنفور بالفعل بأن تقوم أو تغطى وجهها حتى تظهر كراهتها أو بالبكاء اذا علم أن بكاءها منع ، أو بالضحك اذا علم أن ضحكها استهزاء ، فان زوجت بعد منعها فسخ أبدا ولو أجازته ولو بعد بناء وطول ، هذا وان أتت بمتنافيين اعتبر الأخير منهما •

أما الثيب : فرضاها بالزوج والصداق لابد أن يكون بالقول ، وكذلك منعها اتفاقا ، وكذلك اذنها للولى فى العقد لابد فيه من النطق ان كانت غائبة عن مجلس العقد ، أما ان كانت حاضرة فى مجلس العقد فيكفى فيه السكوت• هذا هو رأى ابن القاسم (وهو ماجرى عليه المنشور فى المادة ١٩) وقال ابن حبيب يكفى صمتها فى الاذن حضرت أو غابت •

ومثل الثيب فى اشتراط النطق ست من الأبكار :

(١) بكر رشدها أبوها أو وصيه بعد بلوغها •

(٢) بكر مجبرة عضلها أبوها من النكاح فرفعت أمرها الى الحاكم فزوجها فلا بد من اذنها بالقول •

أما اذا أمر أباها فزوجها أبوها فلا تحتاج الى اذن لان له حق اجبارها •

(٣) بكر غير مجبرة زوجت بعرض وهو ما ليس بذهب ولا فضة سواء أكان كل الصداق أم بعضه وهى من قوم لايزوجون به فلا بد أن ترضى بالصداق بالقول ، أما الزوج فيكفى صمتها بالنسبة له ويعد رضا •

(٤) بكر ولو مجبرة زوجت بذى عيب موجب لخيارها كجنون أوجذام

(٥) بكر يتيمة مع مراعاة شروط تزويجها المتقدمة •

(٦) بكر غير مجبرة افتات عليها وليها غير المجبر ، فعقد عليها بغير

اذنها ، ثم وصلها الخبر فلا بد من رضاها بالقول ولو كانت قد رضيت بالخطبة .

هذا هو ما جاء فى المادة ١٩ من المنشور رقم ٣٥ سنة ١٩٣٣ ومنه ترى أن بعض ماورد فيه لاتؤيده النقول الصحيحة من المذهب كقوله (ولابد أن تعرب بلسانها عما فى نفسها من الرضا بالزوج والصداق أو باحدهما) فليس فيما وقفنا عليه من كتب المذهب ما يؤيد أن الرضا بأحدهما يكفى وانما الذى يكتفى فيه بأحدهما هو عدم الرضا باتمام العقد .

حكم زواج المفتات عليها : المفتات عليها هى التى تعدى عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بعد اذنها ، وحكم زواجها أنه صحيح سواء أكانت ثيبا أم بكرا اذا توافرت الشروط الآتية :

(١) أن ترضى بالعقد بالنطق فلا يكفى الصمت فلو بلغها الخبر فسكتت فلا يعد سكوتها رضا به .

(٢) أن يكون رضاها قريبا زمنه من العقد ، بأن يكون العقد بالمسجد مثلا ويسار اليها بالخبر فى وقته .

(٣) أن تكون المرأة فى البلد الذى وقع فيه العقد افتياتا عند رضاها به، فان كانت فى غيره لم يصح ولو قريبا وأنهى اليها الخبر فى وقته ، ولا يضر بعد طرفى البلد الواحد فلو حصل العقد فى طرف البلد وكانت هى بالطرف الآخر صح ، لأنه لما كان البلد واحدا نزل بعد الطرفين منزلة القرب بخلاف البلدين فان شأنهما بعد المسافة .

(٤) ألا يقع منها رد للنكاح قبل الرضا به فان ردت فلا عبرة برضاها بعد الرد ولو قرب الرضا .

(٥) ألا يقر الولى الذى وقع منه الافتيات بالافتيات حال العقد ، بأن سكت أو ادعى الاذن وكذبته ، وهذا الشرط لم يذكره المنشور .

والافتيات على الزوج والولى كالافتيات على الزوجة فى جميع ما مر ان رضى به بالشروط المتقدمة ، واما الافتيات عليهما فلا بد فيه من فسخ النكاح ولو وجدت كل الشروط .

الولاية

فى مذهب أبى حنيفة وهو ما يجرى عليه العمل فى مصر

يستفاد من المعاجم اللغوية أن هـذه الكلمة تستعمل فى السلطة التى يملكها المرء ، فيقال فى الاستعمال الوالى على القطر الفـلانى أو المملكة الفلانية أى صاحب السلطة والنفوذ فيها ، وفلان له الولاية على أولاده الصغار أى جعل له الشارع سلطة عليهم تجعله يستطيع أن ينفذ أقواله عليهم دون توقف على رضائهم ، ولذلك يقولون ولى الشىء وعليه اذا ملك أمره وقام به .

والولاية فى اصطلاح الفقهاء تستمد معناها الاصطلاحى من هذا المعنى اللغوى ، ولذلك يقولون فى تعريفها أنها سلطة تقتضى تنفيذ قول الانسان رضى غيره أم أبى ، فان كان القول متعلقا بشأن من شئونه كتزويجه نفسه وبيعه ماله فهى الولاية القاصرة ، وان كان متعلقا بشـأن من شئون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف فى مال ابنه فهى الولاية المتعدية ، وينتج من ذلك أن الولاية نوعان : ولاية قاصرة وهى ولاية المرء على نفسه وولاية متعدية وهى ولاية المرء على غيره .

أسباب الولاية : لكل من نوعى الولاية سبب يقتضيها وتترتب عليه ، فسبب الولاية القاصرة الرشد ، وسبب الولاية المتعدية متعدد ومتنوع ، فقد يكون سببها الملك وتلك ولاية السيد على عبده ، وقد يكون سببها القرابة النسبية كولاية الأب على ابنه الصغير أو بنته الصغيرة أو الأخ على أولاد أخيه الصغار ، وقد يكون سببها القرابة الحكمية ، كولاية المعتق على المعتق فان الشارع اعتبر الصلة التى نشأت عن التحرير شبيهة بالصلة التى تنشأ بين الأقرباء فجعلها فى المرتبة التى تليها مباشرة ، وقد يكون سببها الأمامة وهى ولاية الحاكم أو نائبه على أفراد الرعية ، فان الشارع منحـه سلطة تخول له أن ينفذ أقواله على أفراد رعيته رضوا أم أبوا مادام هـذا القول فى صالحهم ونفعهم .

شروط الولى : وللولى شروط يجب توافرها حتى تثبت له الولاية على نفسه أولا ثم على غيره ثانيا وهى :

(١) أن يكون كامل الأهلية ، وكمال الأهلية فى نظر الفقه الاسلامى يكون بالبلوغ والعقل والحرية اذ الصغير مميزا أو غير مميز والمجنون ليس واحد منهما أهلا للولاية على نفسه لقصور ادراكه وضعف نظره وتجاربه عن تحقيق المصالح لنفسه ، واذا لم يكن له ولاية على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره من باب أولى ، والعبد لاشتغاله بخدمة مولاه وقيامه بمطالبه لايتسع وقته للنظر فى شئون غيره ، فان منافعه مملوكة لسيده ولم يعتبره الفقهاء أهلا للملكية .

(٢) أن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه ، فلو كان للصغيرة المسيحية اخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحى كانت الولاية على تزويجها لأخيها المسيحى لأنه باتحاد الدين تتحد وجهة النظر فى تقدير المصلحة غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الشرط الامام ونوابه حيث تثبت ولايتهم على المسلمين وغيرهم لأنه صاحب الولاية العامة التى لاتتحقق مصالح الكافة الا بها .

أقسام الولاية : الولاية قسمان : ولاية على النفس وولاية على المال والقسم الأول من هذين القسمين هو محل حديثنا .

الولاية على النفس

معناها أن يكون للانسان حق التزويج : فان كان له الحق فى أن يزوج نفسه فهى الولاية القاصرة ، وان كان له الحق فى أن يزوج غيره فهى الولاية المتعدية .

فالولاية القاصرة : وهى التى يملك بها الحق فى تزويج نفسه تثبت للرجل البالغ العاقل ، بمعنى أنه يملك أن يزوج نفسه بمن يشاء بدون اعتراض أحد عليه ، فله أن يتزوج بمهر المثل وبأكثر منه ، وله أن يتزوج بمن تساويه كفاءة أو أقل منه .

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف فى ثبوت هذا الحق لهـا اختلافا كبيرا : ـ

(أ) فذهب الشافعى ومالك الى أنه ليس لها أن تباشر عقد زواجها أو زواج غيرها بنفسها ، وعلى هذا كثير من الصحابة ، وحجتهم فى ذلك : ـ

(١) الآيات القرآنية التى وردت وفيها اضافة انشاء العقد الى الأولياء ، كقوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم» وقوله تعالى «ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » والانكاح هو تولى انشاء العقد ، فاضافته الى الولى دليل على أنه هو الذى يتولاه .

(٢) الأحاديث الكثيرة التى وردت فى هذا الموضوع ، ومنها ما روت عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لانكاح الا بولى وأيما امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل ، وفى رواية : أنكحت نفسها . وما روى أبو هريرة أنه (ص) قال « لاتزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التى تزوج نفسها » .

(٣) وبأن المصلحة تقتضى ألا تباشر المرأة هذا العقد ، لأنه عقد عظيم الخطر لكونه عقدا أبديا يعقد للعمر ، ومثل هـذا العقد الأبدى يتطلب دراسة واسعة وخبرة بأحوال الرجال ومعرفة بمن يصلح للحياة الزوجيـة السعيدة ومن لايصلح ، وهـذا كله لايتيسر للنساء الوقوف عليـه لقلة اختبارهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن بزخرف القول وغلبـة الهوى على تصرفاتهن ، فيخضعن لحكم العاطفة فلا ينظرن للمستقبل البعيـد ، أما الرجال فهم الذين يستطيعون الوقوف على كل هذه الدقائق لسعة تجاربهم وممارستهم شئون الحياة ، ولهذا وضع هذا العقد بيد الرجل دون المرأة .

(ب) وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية الى اثبات هـذا الحق لها فلها أن تزوج نفسها متى كان كفئا والمهر مهر المثل ، ولا اعتراض لأحد عليها ، كما لها الحق فى أن تزوج غيرها أيضا ، وحجتهم فى ذلك : ـ

(١) الآيات التى وردت فى هذا الباب من نحو قوله تعالى «فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى « فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله » فهذه الآيات تفيد صحة مباشرتها للعقد وتوليها له بنفسها ، لأن النكاح المذكور فيها منسوب الى المرأة من قوله ينكحن وحتى تنكح ، وهو صريح بأن النكاح صادر منها ، فيثبت بذلك ما أنكره الجمهور اذ الجمهور ينكر على المرأة أن تباشر عقد النكاح لا لنفسها ولا لغيرها .

(٢) الأحاديث الكثيرة التى منها ماروى عن ابن عباس أن النبى (ص) قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » ، وفى رواية « البكر يستأذنها أبوها » ووجه الاستدلال أنه أثبت لها وللولى حقا ، ومعلوم أن الولى ليس له الا مباشرة العقد وقد جعلها أحق منه به ، وعلى هذا التأويل بطل ما أنكره الجمهور على المرأة من حقها فى اختيار الزوج فلها أن تختار زوجها متى كان كفؤا لها لايلحق العار بأسرتها ، ولا تتقيد برأى الولى فى الزواج .

(٣) بأنها حين تباشر هذا العقد انما تتصرف فى حق خالص لها وهو نفسها ، ولامانع يمنعها من هذا التصرف ، فهى عاقلة بالغة ، واذا كان جمهور الفقهاء سوغ لها أن تتصرف فى أموالها متى كانت على هذه الصفة كان تصرفها فى حق نفسها أولى ، فتختار الزوج الذى تريده دون توقف على رأى الولى ، لأنها هى التى ستتزوج لا وليها فمن حقها أن تختار الرجل الذى تسلمه نفسها ، وتعطيه جسمها ويشاركها فى حياتها وتذعن له بالطاعة والوقوف عند رأيه ، واذا كان اعطاء هذا الحق للمرأة يترتب عليه الخوف من العار بالولى فقد تداركنا ذلك باشتراط الكفاءة ومهر المثل فيمن تختاره زوجا لها ، محافظة على كيان الأسرة وسمعة العشيرة ، ومع أن الحنفية يثبتون لها الحق فى مباشرة عقد الزواج بنفسها ، يرون لها من باب اللياقة والحشمة أن توكل وليها فى مباشرة ذلك العقد ، حتى لاتنسب الى الوقاحة بحضورها مجالس الرجال .

تعليق : ماذكر من الأدلة للأئمة جميعا لايخلو من مناقشة ، فأدلة المخالفين للحنفية فى رأيهم ، لاتؤيد مدعاهم كاملا ، فانها لاتدل على بطلان عبارة المرأة لو تزوجت باذن وليها ، بل غاية ماتدل عليه أنه ليس للمرأة أن تستبد بأمر زواجها ، فحديث عائشة يدل على أن زواجها بغير اذن وليها باطل لا أن توليها العقد باطل ، وأما حديث أبى هريرة فقد قال فيه ابن كثير أنه موقوف على أبى هريرة ، ويعضد هذا ايراد الدارقطنى له : كنا نقول التى تزوج نفسها هى الزانية ، أى أنهم كانوا يستقبحون من المرأة بحكم العادة والعرف أن تتولى هى تزويج نفسها .

وأحاديث الحنفية انما تدل على أن الولى يستأذن المرأة فى زواجها ولا يستبد به .

ويمكن أن نستخلص من مجموع هذه النصوص رأيا وسطا يجمع بين هذه الأدلة ، ويتفق مع المعقول والمصلحة وهو : أن عقد الزواج لابد فيه من رضاء الزوجة ووليها ، وعلى هذا ابن حزم الظاهرى ، فهو يرى أن استبداد الولى بعقد النكاح لايجوز ، واستبداد المرأة به كذلك لايجوز ، لأنه عقد لايربط بين زوجين فقط بل بين أسرتين برباط من المودة والألفة ، ويضم الى أسرة الزوجة عضوا جديدا يختلط بها ويطلع على ماخفى من أمورها ، ولا ينبغى فى عقد هذا شأنه أن يهمل فيه رأى الولى ، أو يكون مقترنا بما ينافى طبيعته من نزاع وشقاق ، وبذلك تنتظم علاقات الأسر وينقطع سبب من أسباب الشقاق فيها ، وقول الحنفية أنها تصرفت فى خالص حقها متى تحققت الكفاءة ومهر المثل ليس مسلما لهم ، لأن تصرفها فى نفسها ـ وهو مرتبط بشرف الأسرة وتقاليدها ـ ليس كتصرفها فى مالها ، ويترتب على هذا الرأى الذى ارتضيناه أنه متى تحقق رضا الولى ورضا الزوجة فأيهما قام بالعقد صح الزواج ، والأنوثة لم تعهد فى الشرع مبطلة للعقود ، فان المرأة فى الاسلام تتصرف كما يتصرف الرجل ، غير أنه يستحب كما قلنا أن يقوم الولى بالعقد صيانة لها عن الابتذال وحفظا لحيائها

وحشمتها وقد نقل هذا الرأى أيضـا عن أبى ثور (وهو من مجتهدى الشافعية) .

وبهـذا الرأى الذى ارتضيناه يمكن العمل به فى المحاكم الشرعيـة السودانية بدلا مما يجرى عليه العمل الآن فيها وهو ماذكرناه فيما سبق ذلك لأن العمل به ليس فيه اهمال لجانب الولى ولا جانب المرأة .

واذا أخذنا بهذا الرأى ثم امتنع الولى من تزويجها أو الاذن لها بغير حق ، كان لها أن تلجأ الى القاضى ليزوجها ، أو يأذن لها فى الزواج ، لأنه بهذا الامتناع الذى لامبرر له يعد ظالما لها ، والقاضى نصب لرفع الظلم ، ولذلك جاء فى الحـديث « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » يكف الظالم عن ظلمه ويرد الحق الى نصابه (نيل الأوطار حـ٢ص٢٥٠ـ٢٥٩)

ويتفرع على مذهب الحنفية أن المرأة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثـل صح زواجها نافذا لازما رضى الولى أو لم يرض ، أما اذا زوجت نفسها من غير كفء وبغير رضا وليها العاصب قبل الزواج فعلى رواية الحسن بن زياد عن الامام أن زواجها يقع غير صحيح ، وعلى هـذه الرواية العمل والفتوى ، وهـذا اذا كان لها ولى عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، فان عقدت قبل أن يعلن رضاه ثم رضى بعد العقـد فلا يفيد رضاه لأن العقد وقع غير صحيح ، ورضاه لايجعل غير الصحيح صحيحا ، أما اذا لم يكن لهـا ولى أصلا فالعقـد صحيح نافذ مطلقا لأن اشتراط الكفاءة حقها وحق الولى ، وهى قد رضيت باسقاط حقها ، والولى لا وجود له فلا ضرر يلحقه حتى نقول بعدم صحة العقد ، واشترطوا فى الولى الذى له حق الاعتراض أن يكون عصبة بنفسه فاذا لم يكن عصبـة كذوى الأرحام والأم والقاضى فلا يثبت لهم حق الاعتراض ، كما اشترطوا فى الرضا أن يكون صراحة ، بحيث لو علم به ثم سكت فلا يعتبر هـذا السكوت رضا منه ، لأن هذا الموضع ليس من المواضع التى ينزل فيهـا السكوت منزل القول ، الا انه اذا سكت حتى ولدت سقط حقه فى طلب

التفريق لئلا يضيع الولد ، فان بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ للولد وحقه أكبر من حق الولى فى الاعتراض على غير الكفء ، وألحق صاحب البحر الحبل الظاهر بالولادة .

لكن يبقى الكلام فيما لو لم يعلم أصلا حتى ولدت فهل له حق الاعتراض؟ ظاهر متن التنوير أنه لاحق له فى طلب الفسخ مراعاة لحق الولد ، وظاهر كلام الدر أن الحق ثابت لأنه معذور فى عدم استعماله حقه لعدم علمه (ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٠٨) ، وهذا اذا لم يفوض اليها الأمر فان قال لها الولى أنا راض بما تفعلين أو زوجى نفسك ممن تختارين ونحوه ، قال الخير الرملى ان هذا يكفى فى رضاه فلا حق له فى طلب التفريق ان زوجت نفسها بغير كفء ، لأنه فوض الأمر اليها ، ولأنه من باب الاسقاط (ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٠٩) .

ويترتب على هذا القول المفتى به أن زواجها بغير الكفء وبدون رضا الولى لايحلها لمطلقها ثلاثا لأن العقد وقع غير صحيح ، قالوا وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه اذ المحلل فى رأى من يصحح عقده ، فى الغالب يكون غير كفء ، ثم ان التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة وعلى رأى من يقول انها شرط لزوم لا شرط صحة يتوقف على حكم القاضى فما لم يحكم القاضى بالتفريق لعدم الكفاءة كان النكاح صحيحا يتوارثان به اذا مات أحدهما قبل القضاء ، وهذه الفرقة فسخ لاينقص عدد الطلقات ولا يجب عندها شىء من المهر ان وقعت قبل الدخول ، وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة (ابن عابدين حـ ٢ ص٤٠٨)

أما ان زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها فلا خلاف فى صحة العقد ، ولكنه لايلزم الولى العاصب فله أن يطلب اتمام المهر ، فان أتمه الزوج لزم العقد ، اذ باتمامه زال سبب الاعتراض ، وان لم يتمه رفع الأمر الى القاضى ليفسخه ، وهذا بخلاف ما لو زوجت نفسها بغير كفء حيث يقع الزواج غير صحيح على المفتى به لأن التدارك هنا غير ممكن ، اذ لايكون غير

الكفء كفئا ، بخلاف الزواج بأقل من مهر المثل اذ يمكن تدارك النقص باتمام المهر • والزواج صحيح ما لم يحكم القاضى بالتفريق ، كما بينا فى الحالة السابقة •

وان لم يكن لها ولى عاصب بأن كانت لا ولى لها أصلا ، أو لها ولى غيرعاصب، فلاحق لأحد فى الاعتراض على عقدها ، سواء زوجت نفسها بمهر المثل أو أقل ، وسواء زوجت نفسها بكفء أم بغير كفء كما بينا سابقا ، لأن الأمر فى هذه الحالة خالص حقها (ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ حـ ٢ ابن عابدين) ثم قال ابن عابدين (ص ٤١٠) والظاهر أنه لو كان لها عصبة صغير فهو بمنزلة من لاولى لها ، لأنه لاولاية له وكذا لو كان عبدا أو كافرا فلو بلغ أو اعتق أو أسلم لايتجدد له حق الاعتراض ، والولى الغائب كالحاضر •

الولاية المتعدية : ذكرنا فى صدر الكلام على الولاية على النفس أنها قسمان ولاية قاصرة وولاية متعدية ، وتحدثنا عن الولاية القاصرة بما يجلى معناها ويشرح أحكامها ، والآن نتحدث عن الولاية المتعدية فنقول : أنها سلطة تزويج الانسان غيره جبرا ، والكلام فيها ينتظم بحثين :

(١) من تثبت عليه • (٢) من تثبت له •

فأما من تثبت عليه : فقد اختلفت كلمة الأئمة فيه اختلافا واسعا بعيد المدى ، ويرجع هذا الى اختلافهم فى علة ثبوتها •

(أ) فذهب ابن شبرمه (كان قاضيا فى الكوفه فى عهد الخليفةالمنصور) وأبو بكر الأصم (من كبار المعتزلة فى صدر الدولة العباسية) الى أن علة ثبوتها الحاجة الى الزواج مع العجز عن اختيار من يتحقق معه الغرض ، وهذا هو الوصف الملائم لنوع الولاية ، ولذلك أثر عنهما أنه لا ولاية على الصغيرة حتى تبلغ وتأذن ، ولاشك أن الصغير أولى بذلك من الصغيرة ، وانما تثبت ولاية الاجبار على المجانين والمعاتيه ، ثم انه عقد لاتظهر ثمراته قبل البلوغ وفى اثباته قبله ضرر بالصغير •

وقد كان هذا الرأى عماد قانون تحديد سن الزواج فى مصر .

وابن حزم الظاهرى يوافقهم فى الصغير دون الصغيرة لأنه تتصور حاجة الصغيرة الى الزواج دون الصغير ، ولعله جنح الى هذا الرأى لما أثر عن زواج الرسول عليه السلام بعائشة رضى الله عنها وهى صغيرة .

(ب) وذهب الشافعى الى أن علة ثبوتها البكارة لأن البكر كبيرة كانت أو صغيرة جاهلة بأمر النكاح لعدم الممارسة والتجربة فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم ، وانبنى على قوله هذا أن الأب اذا زوج الصغيرة ثم دخل بها زوجها ثم طلقت لم يجز للأب تزويجها حتى تبلغ ، فتستشار لعدم البكارة ، اذ لاحاجة الى زواجها مرة ثانية فان التجربة لم تنجح فلا داعى للتكرار .

(حـ) وذهب الحنفية الى أن علة ثبوتها الصغر وما فى معناه من جنون أو عته وهو الراجح من مذهب أحمد ، وعلى هذا فالبكر البالغة لا ولاية عليها والثيب الصغيرة عليها الولاية .

قال فى زاد المعاد « لاتجبر البكر البالغة على النكاح ولا تزوج الا برضاها ، وهو القول الذى ندين الله به ولا نعتقد سواه ، وهو الموافق لحكم رسول الله وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمته » ويؤيد هذا الرأى الأحاديث الكثيرة المصرحة بوجوب استئذان البكر ، ولا شك فى أن ثبوت ولاية الاجبار عليها الغاء لهذه الأحاديث ، كما يؤيده المعقول أيضا ، فان الأئمة متفقون على أن الولى ليس له أن يتصرف فى مال البكر البالغة الا باذنها ، وضياع كل مالها أهون عليها من تزويجها قسرا بمن تكره ، فلأن يمنع الولى من التصرف فى نفسها بغير اذنها أحق وأولى ، ومن هذا يتبين أن البكارة لاتصلح أن تكون علة لثبوت ولاية الاجبار عليها ، وانما علتها الصغر الذى يصحبه العجز عادة عن اختيار الزوج ، ويلحق بالصغير ما فى معناه من عته أو جنون .

وعلى هذا لاتزوج البالغة العاقلة الا برضاها بكرا كانت أم ثيبا .

دليل الرضا : أما البكر فيعتبر سكوتها رضا عند الاستئذان ، بأن يقول لها وليها أو وكيلها أو رسوله قبل النكاح فلان يخطبك أو يريد التزوج بك فسكتت مختارة ، وكذلك لو زوجها قبل الاستئذان ثم أخبرها بالزوج والمهر رسوله ، أو أخبرها فضولى عدل فسكتت عن رده مختارة يعتبر ذلك منها اجازة لما عقده وليها ، أما ان سكتت مكرهة فلا يكون سكوتها رضا ، وكذلك اذا وقع منها ماتصرفه قرائن الأحوال الى الرضا كأن تبتسم أو تبكى بغير صوت لأن بكاءها بلا صوت لايعد ردا بل حزنا على مفارقة أهلها ، وابتسامها أدل على الرضا من السكوت فانه علامة السرور والفرح بما سمعت (ابن عابدين حـ ٢ ص ٤١١) ولو قال لها أزوجك من فلان أو فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا ، يزوجها الولى من أيهم شاء ، وان قال من جيرانى أو من بنى عمى وكانوا جماعة يحصون فهو رضا والا فلا ما لم تفوض اليه الأمر بأن قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله لها ان أقواما يخطبونك ، أو أن تقول له زوجنى ممن تختاره ونحوه فان هذا يعد اذنا صحيحا ، وليس له بهذه المقالة أن يزوجها من رجل ردت نكاحه أو لا ، لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته اذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها ، أما ان استأذنها أو استجازها غير من ذكرنا بأن استأذنها أجنبى أو ولى بعيد كالأخ مع أن الأب حاضر فلا يعتبر سكوتها رضا ، بل لابد من الاذن الصريح بأن تقول عند استئذانها لا مانع ، أو ماتراه أو تقول عند اجازتها رضيت ، أو يصدر منها مايقتضى الاذن الصريح كطلبها المهر أو النفقة أو قبول التهنئة ، لأنها لاتستحى من البعيد كما تستحى من القريب وربما كان سكوتها عن قوله لعدم الاعتداد به (ص ٤١٤ حـ ٢ من ابن عابدين) . أما الثيب فلا تعد راضية الا اذا صرحت بالرضا أو بما يقتضيه ، وحكمها فى ذلك كحكم البكر اذا استجازها غير وليها ، فان قالت لا مانع أ وماتراه أو قالت رضيت أو طلبت المهر أو النفقة أو قبلت التهنئة

كان ذلك كله رضا بالعقد ، ولا يعتبر سكوت الثيب البالغة اذنا ولو استأذنها الولى الأقرب ، وذلك لممارستها للرجال لاتستحى أن تجاهر برغبتها فى الزواج ، ولكن البكر تستحى عادة من التصريح بالرغبة فى الزواج .

والبكر : فى لسان الفقهاء هى التى لم توطأ سواء تزوجت وفارقت الزوج قبل الوطء بأن طلقت أو مات عنها زوجها قبل الدخول ، أو فرق القاضى بينها وبين زوجها بجب أو عنة ، أم لم تتزوج ، وسواء أبقيت بكارتها أم زالت بغير وطء كوثبة أو جراحة أو تعنيس (أى كبر بلا تزويج يقال عنست الجارية تعنس بضم النون عنوسا وعناسا فهى عانس اذا طال مكثها بعد ادراكها فى منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار) .

أما من زالت بكارتها بالزنا ، فان لم تشتهر به اعتبرت بكرا حكما يكتفى بسكوتها ، لأن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق ، فيكتفى بسكوتها كى لاتتعطل مصالحها ، وقد ندب الشارع الى ستر الزنا فكانت بكرا شرعا بخلاف ما اذا اشتهر زناها (واشتهار زناها يكون بتكرره منها ولو لم تحد أو بحدها ولو لم يتكرر ، أو بتكرره وحدها) وهذا عند الامام فان تكرر منها أو حدت فهى ثيب باتفاق ، والشافعى والصاحبان يريان أن من زالت بكارتها مطلقا سواء أكان زوال بكارتها بوطء فى عقد صحيح أو شبهة أو فاسد أو زنا فهى ثيب تعامل كما تعامل الثيب .

أما الثيب : فهى من زالت بكارتها بوطء فى نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة .

(تنبيه) اذا اختلف الزوجان فقال الزوج للبكر البالغة بلغك النكاح فسكت وقالت رددت النكاح فأيهما أقام بينة قبلت ، وان لم يكن لأحدهما بينة ولم يكن دخل بها طوعا فالقول قولها لأنه يدعى لزوم العقد وملك البضع ، والمرأة تدفعه فكانت منكرة ، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك ، واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح (يراجع ص ٤١٦ من ابن عابدين ففيها فروع كثيرة ترتبط بهذا الموضوع)

ولو برهنا فبينتها أولى ، لأنها تثبت أمرا زائدا على السكوت وهو الرد ، الا أن يبرهن على رضاها أو اجازتها فتترجح بينته لاستوائهما فى الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم .

والخلاصة مما تقدم جميعه أن ولاية الاجبار تثبت عند الحنفية على الصغير والصغيرة ومن فى معناهما كالمجانين والمعاتيه ، وتثبت عند الشافعية على الأبكار من النساء ، وتثبت عند المالكية على الصغيرة ولو ثيبا ، والبكر البالغة الى ثلاث وثلاثين سنة على تفصيل عندهم ذكرناه فيما سبق .

من تثبت له ولاية الاجبار : الشافعية يثبتون ولاية الاجبار للأب والجد فقط ، لأن ثبوتها للأب بالنص معقول المعنى فيقاس عليه ، اذ الانثى فى حاجة الى من يحقق مصالحها ، ويتولى عقد زواجها لأن الزوج الكفء لايتوافر فى كل وقت ، والجد كالأب فى وفور الشفقة ، وهو يملك التصرف فى المال كما يملكه الأب ، أما غيرهما فلا تثبت له الولاية لبعد القرابة وقصور الشفقة ، ولأنه لايملك التصرف فى المال مع أنه أدنى حالا ، فعدم ثبوتها على النفس ــ وهى أعز وأغلى ــ أحق وأولى . والمالكية يثبتونها للأب كما يثبتونها للوصى على تفصيل عرف فيما سبق .

والحنفية يثبتونها للأب والجد وغيرهما من العصبات ، وأقوى حججهم فى ذلك ما رواه الكرخى رحمه الله من اجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ، ولما روى عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا « النكاح الى العصبات » غير أنه لما كان فى قرابة غير الأب والجد قصور تداركناه ، بأن جعلنا للصغير والصغيرة خيار البلوغ فى الولاية على النفس ، ولم نجعل لغير الأب والجد ولاية المال مع اثبات حق الخيار ، لأن المال قد يهلك وقد تتداوله الأيدى ، فلا يمكن فيه تدارك النقص بخيار البلوغ .

وعلى هذا فالحر الصغير مميزا كان أو غير مميز ، والكبير الملحق به لجنون أو عته ، ولاية تزويج كل منهما لعصبته .

وترتيب العصبة فى الولاية كترتيبهم فى الارث عند الشيخين ، فيقدم من كان من جهة البنوة أى الابن وابن الابن وان نزل ، ثم من كان من جهة الأبوة أى الأب وأبو الأب وان علا ، ثم من كان من جهة الأخوة ، ثم من كان من جهة العمومة ، ويسمى هذا تقديما بالجهة .

وعلى هذا اذا اجتمع للمعتوهة ابنها وأبوها وكل منهما مستوف شروط الولاية فالولاية لابنها لا لأبيها ، وقال محمد يقدم الأب على الابن لأنه أعلم بمصالح الزواج وأقدر على تحقيقها ، والفتوى على قولهما وان كان رأى محمد ظاهر الوجاهة .

واذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة واستوفى كل منهم شروط الولاية قدم أقربهم درجة الى المولى عليه ، فيقدم الابن على ابن الابن وهكذا ويسمى تقديما بقرب الدرجة .

واذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم أقواهم قرابة بالمولى عليه ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وهكذا ويسمى هذا تقديما بقوة القرابة .

أما اذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة وفى قوة قرابة واحدة كابنين أو أخوين شقيقين واستوفى كل منهما شروط الولاية ثبتت الولاية لهم جميعا ، ولكل منهما ولاية التزويج وأيهما تولى العقد بشروطه جاز ، وان لم يجزه الآخر ، لأن الولاية تثبت لكل منهما كاملة .

وان لم يوجد ولى عاصب من هؤلاء فقد اختلف أئمتنا فيمن تنتقل اليه الولاية بعد العصبات ، فذهب الامام ومعه أبو يوسف فى الأصح عنه أن الولاية تنتقل بعد العصبات الى سائر أقاربه من أصحاب الفروض وذوى الأرحام ، فتقدم الأم ثم أم الأب ثم أم الأم ، ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت وهكذا ، ثم الجد غير الصحيح ثم من كان من فروع الأبوين أى الأخوات ثم أولادهن ، ثم من كان من فروع الجدين أى العمات والاعمام لأم ثم الأخوال والخالات ، وحجته فى ذلك أن الولاية شرعت

للنظر فى مصالح المولى عليه ، وتفويض النظر فى مصلحته الى هؤلاء الأقارب ـ وان بعدوا ـ أولى من تفويضها الى الامام ، لأنه مشغول بمصالح العامة دونهم ، وهم يفضلونه بالقرابة ، وهى مهما بعدت باعثة على الشفقة الداعية الى اختيار الكفء وهو الذى عليه الفتوى والعمل (ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ حـ ٢ من ابن عابدين) . وقال الامام محمد ليس لغير العصبات ولاية ، بل تنتقل بعدهم الى الامام وحجته قوله عليه السلام «النكاح الى العصبات» وقوله « السلطان ولى من لا ولى له » ولأن الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم ، وذلك انما يكون اذا كان هناك عصبة لأنهم هم الذين يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثالهم عن صيانة القريب عن غير الكفء ، ولا يتحقق ذلك من ذوى الأرحام وان كانوا ذكورا لانتسابهم الى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك .

ونحن نؤيد رأى الامام ونرى وجاهته ولذلك كان عليه العمل والفتوى ، فاذا لم يوجد ولى مستوف لشروط الولاية لا من عصبته ولا من سائر أقاربه فولاية التزويج تنتقل الى القاضى حسب الاختصاص المبين بالمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية ، ونصها : « الاذن بالخصومة فى غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم وكذا تزويج من لا ولى له الأيتام وغيرهم » وحسب الاختصاص المبين فى المادة ٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السودانية ونصها : « من خصائص المحاكم المركزية نصب الاوصياء والقوام وتزويج الأيتام الذين لا أولياء لهم » الى أن تقول : « والمحكمة المختصة بتزويج اليتيم هى التى يتبعها محل اقامته » ، هذا وليس لأحد من غير هؤلاء تزويج الصغير ، فليس للوصى أن يزوج الموصى عليه من فاقدى الأهلية ولو كان الأب أوصى اليه بذلك لأن ولايته على المال لا على النفس ، اللهم الا اذا كان ذا صفة تجعله وليا على النفس بأن كان عما وليس هناك ولى أقرب منه ، هذا هو المذهب ، وروى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة

أن له ذلك أن أوصى اليه به وعليه مشى الزيلعى ، وقال فى البحر وهى رواية ضعيفة (ص ٤٣١ حـ ٢ من ابن عابدين) .

ولا ولاية للأبعد مع وجود الاقرب الذى تحققت فيه شروط الولى ، فاذا فقد الأقرب شروطا من شروط الولاية انتقلت الى من يليه ، واذا كان الأقرب غائبا بحيث لاينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه فان الولاية تنتقل الى من يليه حتى لاتفوت المصلحة ، وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه لغيبته اعتبر كالمعدوم وصارت الولاية حق من يليه ، وأما اذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عذر مقبول والزوج كفء والمهر مهر المثل فانه فى هذه الحالة يعد عاضلا أى ظالما ، ولا تنتقل الولاية الى من يليه بل تنتقل الى القاضى لأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم الى القاضى .

فاذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود خاطب كفء آخر يفضل الثانى بمزايا ، لايعد فى هذه الحالة عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

أحكام تزويج الاولياء : ذكرنا فيما سبق أن الحنفية يثبتون ولاية التزويج للعصبات ثم لغيرهم من الأقارب أصحاب الفروض وذوى الأرحام على ما هو المفتى به فى المذهب ولاشك أن هؤلاء الأقارب يختلفون اختلافا كبيرا فى وفور شفقتهم بالصغير ومن فى حكمه وفى شدة حرصهم على مصلحته ، ولذلك اختلفت أحكام تزويجهم تبعا لاختلاف شفقتهم ، واليك البيان بايجاز لأن أكثر أحكام هذا الباب قلت أهميته بعد صدور القانون الخاص بتحديد سن الزواج سنة ١٩٢٣ والقانون الذى صدر سنة ١٩٣١ الخاص بمنع سماع دعوى الزوجية الا اذا كان الزواج ثابتا بورقة رسمية سنة ١٩٣١ ، فالقانون الأول وان لم يتعرض لولاية الأولياء بالابطال لكنه احتال لمنعهم من استعمال حقهم الشرعى فى تزويج الصغار رعاية لمصلحة هؤلاء الصغار ، والقانون الثانى — وان لم يبطل عقد الزواج الذى صدر

بغير وثيقة رسمية ـ لايمكن الزوجين من المطالبة بالحقوق المترتبة على زواج لم يسجل بوثيقة رسمية ، فامتنع الزوجان من التزوج على غير الطريقة التى رسمها المشرع • من أجل ذلك أوجزنا فى الشرح السابق وسنوجز فيما يلى من الأحكام فنقول :ـ

(١) ان كان المزوج أصلا أو فرعا (بالنسبة للمجنونة أو المعتوهة أو المجنون أو المعتوه) غير معروف بسوء الاختيار (وسوء الاختيار أن يكون فاسقا أو مستهترا ماجنا لايبالى مايصنع وما قيل له أو يكون سفيها طماعا) كان تزويجه نافذا لازما ، سواء أكان الزوج كفئا أم غير كفء ، وسواء أكان المهر مهر المثل أم أقل منه أم أكثر بغبن فاحش أو يسير ، وهذا عند الامام ، وانما صح العقد مع عدم الكفاءة أو النقصان عن مهر المثل ، لأنه لوفور شفقته وشدة حرصه لابد أن يكون أمعن النظر واختار ما فيه المصلحة ، وعوض المولى عليه عن الكفاءة والمهر بما هو أنفع له وأبقى ، كعلمه بحسن العشرة وقلة الأذى • وعندهما لايصح اذا كان الزواج من غير كفء أو بغبن فاحش لانعدام المصلحة الظاهرة (ص ٤١٩ حـ ٢ من ابن عابدين) •

وان كان مشهورا قبل العقد بسوء الاختيار وزوج بغير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل فلا يصح النكاح اتفاقا ، لأنه لسوء اختياره لايوثق بأنه فوت الكفاءة أو مهر المثل الى ما هو خير منه •

(٢) وان كان المزوج غير الأصل والفرع من العصبات وسائر الأقارب والقاضى فان زوج واحد منهم المولى عليه بغير كفء أو بغبن فاحش فى المهر فزواجه غير صحيح ، وانزوجه واحد منهم بكفء وبمهر المثل فالزواج صحيح نافذ لازم عند أبى يوسف لتحقق المصلحة الظاهرة ، ولكنه غير لازم عند الطرفين ، فللمولى عليه أن يختار فسخ الزواج عند بلوغه اذا بلغ عالما به أو عند علمه اذا بلغ غير عالم به ، وذلك لأن هذا الفريق ليس وافر الشفقة كالفريق الأول ، ولا شديد الحرص على مصلحة المولى عليه حرص الفريق الأول فلا بد أن تكون المصلحة فى تزويجه ظاهرة ، بأن يكون

الزوج كفئا والمهر مهر المثل ، واذا تحققت هذه المصلحة الظاهرة فلا بد أن تتاح للصغير اذا بلغ فرصة يتلافى بها ما قد يكون لحقه من الضرر الخفى بتزويج أخيه أو أخته أو أمه أو القاضى فجعل له الخيار اذا بلغ أو أفاق فان شاء أمضى الزواج وان شاء طلب فسخه ولو بعد الدخول .

ومن اختار فسخ الزواج عند بلوغه اذا كان عالما بالنكاح قبله أو عند علمه اذا لم يعلم بالنكاح الا بعد البلوغ أو الافاقة لاينفسخ الزواج بمجرد اختياره ، بل لابد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج ، بناء على أن الولى الذى زوجه غير أبيه أو جده وأنه لم يرض بهذا الزواج صراحة ولا دلالة ، لأن هذا الحق مختلف فيه بين أبى يوسف والطرفين ، فلزم تعضيد طلب الفسخ بالقضاء ليرتفع الخلاف ، وما دام القاضى لم يفسخ فالزوجية قائمة بآثارها فيتوارثان عند موت أحدهما ، ويلزم كل المهر بموت أحدهما قبل الدخول أما بدون ذلك فيسقط ولو الخيار منه لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد ، والعقد اذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن (ص ٤٢١ حـ ٢ ابن عابدين) .

متى يسقط الخيار : يسقط خيار فاقد الأهلية أو ناقصها بما يدل على الرضا بالزواج وقت ثبوت الخيار له سواء أكان رضا بالقول ، كأن يقول رضيت ، أم بالفعل كأن تقبض المهر أو يدفعه الزوج أو يدخل بالزوجة أو تنتقل الزوجة الى بيت الزوج .

أما السكوت فلا يعد رضا لا فى حق الغلام ولا فى حق الثيب (وهى من كانت ثيبا فى الأصل أو كانت بكرا ثم دخل بها ثم بلغت) بل يبقى حق كل منهما حتى يكون من كل منهما ما يدل على الرضا صراحة كأجزت أو رضيت أو دلالة كقبلة ولمس وتمكينه من المباشرة وطلب الواجب من النفقة، ولا يبطل بقيامهما عن المجلس لأن وقته العمر فيبقى حتى يوجد الرضا (ص ٤٢٧ حـ ٢ من ابن عابدين) .

أما سكوت البكر عن اختيار نفسها عند بلوغها عالمة بالزواج أو عند علمها به فانه يعد رضا ، لأنها تستحى من اظهار الرغبة فى الزواج ، فاذا أرادت الفسخ كان عليها أن تشهد عليه فور بلوغها أو علمها بالعقد ولاحرج عليها بعد ذلك اذا تأخرت فى رفع الأمر للقاضى ، فتقول مثلا فور بلوغها اخترت نفسى ونقضت النكاح وبعد هذا لايبطل حقها بالتأخير ، واذا سكتت من غير عذر بطل خيارها ، ولا يعد من الأعذار جهلها بحقها فى ثبوت الخيار لها ، أو أنه لايمتد الى آخر المجلس .

ثم ان الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق ، لأنها فرقة يشترك فى سببها الرجل والمرأة ، ولا مهر اذا كانت الفرقة قبل الدخول سواء جاءت من قبل الزوج أم من قبل الزوجة (ص ٤٢٥ حـ ٢ من ابن عابدين فما بعدها) .

والمعتوهة ومثلها المجنونة اذا زوجها ابنها قالوا ينبغى ألا يكون لها الخيار كما لو زوجها الأب ، وعن محمد أن لها الخيار .

أثر القانون فى الولاية : صدر القانون المعروف بقانون تحديد سن الزواج فى سنة ١٩٢٣ وهو يقضى بمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل فى وقت العقد عن ستة عشر عاما أو كانت سن الزوج تقل فى وقت العقد عن ثمانية عشر عاما ، كما يقضى بمنع الذين يباشرون عقود الزوجية من شيئين : (١) مباشرة عقد زواج تقل فيه سن الزوجة عن ١٦ عاما أو تقل فيه سن الزوج عن ١٨ عاما فى وقت العقد . (٢) المصادقة «١» على عقد زواج سابق على صدور هذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ١٦ عاما وسن الزوج ١٨ عاما فى وقت العقد أيضا . ومعنى هذا أن الرجل اذا أراد أن يزوج ابنته التى يقل سنها عن ١٦ سنة من خاطب كفء بمهر مثلها فدعا المأذون ليسجل عقد زواجهما فى وثيقة رسمية وجب على المأذون أن يمتنع من تسجيله ، ولو حدث أن زوجها أبوها بمقتضى

(١) المصادقة على عقد الزواج هو ان يقر الزوجان لدى الموظف المختص ـ وهو المأذون ـ بأنهما عقدا زواجهما فى تاريخ سابق ويطلبان الان تسجيله فى وثيقة رسمية .

ولايته الشرعية بدون كتابة الوثيقة ، ثم حدث خلاف بين الزوج وزوجته فاضطرت الى رفع الأمر للقضاء امتنع القاضى من سماع الدعوى ، سواء أكانت الزوجة فى وقت التقاضى قد بلغت ستة عشر عاما ، أو جاوزتها أم كانت لم تبلغها .

وفى سنة ١٩٣١ صدر القانون رقم ٧٨ يعدل بعض أحكام هذا القانون فقصر منع القضاة عن سماع دعوى الزوجية على صورة واحدة وهى ما اذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ عاما أو سن الزوج تقل عن ١٨ عاما فى وقت التقاضى ، ولكن هذا القانون الذى قصد به التيسير على الناس وصيانة حقوقهم واحترام آثار الزوجية قد ضيق الأمر من ناحية أخرى ، فنص على أنه « لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » . فهذا النص مع منع القضاة والمأذونين من مباشرة عقود الزواج أو المصادقة عليها اذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة يجعل الاباحة الأولى ليست ذات أثر فعلى .

والخلاصة من هذا جميعه أن هذين القانونين لم يؤثرا فى الولاية التى منحتها الشريعة للاولياء ، فلا يزال لكل واحد من الأولياء أن يزوج موليته الصغيرة التى لم تبلغ هذه السن ، وكل ماصنعه القانون الأول أنه منع المأذونين من تسجيل هذه العقود فى وثائق رسمية ، ولكنه مع هذا وصل الى غايته التى يرمى اليها من منع زواج الصغيرة والصغير بتلك الحيلة القانونية البارعة ، فان الأولياء بما عرفوا من حرصهم على المولى عليهم لايعرضون حقوق هؤلاء الصغار للضياع ، ولكنهم لو زوجوا لكان تزويجهم صحيحا شرعا ولا عقوبة عليه قانونا .

ثم ان القانون لم يتعرض لتزويج غير الصغار من فاقدى الأهلية وهم المجانين والمعتوهون فبقيت الولاية عليهم كما كانت شرعا وعملا .

الكفاءة

الكفاءة فى اللغة المساواة والمماثلة ، وهى فى الأصل مصدر أريد به اسم الفاعل وهو المكافىء ، يقال فلان كفء لفلان أى نظير له ومساو .

وفى اصطلاح الفقهاء المساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة بحيث يعتبر الاخلال بها مفسدا للحياة الزوجية ، وقد اختلفت النقول عن الأئمة فنقل عن الامام أنها شرط صحة للزواج اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ولها ولى عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، وهذه رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ، وقد ذكرنا فيما سبق أنها هى التى عليها الفتوى ، وقيل أنها شرط لزوم وهى رواية ظاهر الرواية ، فاذا زوجت المرأة العاقلة نفسها كان لوليها حق الاعتراض على هذا الزواج ، أى أن العقد يقع صحيحا ولكنه غير لازم بالنسبة للولى ، وعلى كل حال فقد اختلف الأئمة اختلافا كبيرا فى اشتراطها كما اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة .

(١) فنقل عن عمر وابن مسعود ومحمد بن سيرين والحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز وهو الظاهر من مذهب مالك الاعتداد بها فى الدين فقط لقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعربى على عجمى فضل الا بالتقوى » ومنها مارواه البخارى ومسلم من أن أبا حذيفة زوج بنت أخيه الوليد بن عتبة من مولاه سالم ، وهذه الأحاديث وغيرها تدل على أن بعض هذه الزيجات قد حدث بأمر الرسول وبعضها الآخر قد حدث بمشهد من الصحابة فلم ينكره أحد منهم .

وقال ابن القيم « والذى يقتضيه حكمه (ص) اعتبار الدين فى الكفاءة أصلا وكمالا ، فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر ، ولم يعتبر القرآن والسنة فى الكفاءة أمرا وراء ذلك ، وفى رواية عن مالك أنها تكون فى ثلاثة: الدين والحرية والسلامة من العيوب . جاء فى حـ ٣ ص ٢٠٢ من شرح المختصر على الزرقانى مانصه « والكفاءة الدين أى التدين أى كونه غير

فاسق ، والحال أى السلامة من العيوب التى توجب لها الخيار فى الزوج لا المال بمعنى الحسب والنسب » .

(٢) ونقل عن الامام احمد اعتبارها فى أمرين الديانة والحرفة فمن يتعاطى صناعة خسيسة لايكون كفئا لبنت من يتعاطى صناعة أرفع منها ،

جاء فى المغنى لابن قدامه حـ ٦ ص ٤٨٠ مانصه : اختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه أنها شرط له قال : « فاذا تزوج المولى بعربية فرق بينهما الخ » .

(٣) ونقل عن الشافعى اعتبارها فى أمور خمسة الدين والنسب والصنعة والحرية والخلو من العيوب ومن أصحابه من زاد وصفا سادسا وهو اليسار ، ومن المتأخرين من علماء الشافعية من يرى تساوى الزوجين فى السن بحيث لايكون الشيخ الهرم كفئا للفتاة الشابة (وهذا الرأى غير معتمد عندهم) قال الشافعى فى الأم حـ ٥ ص ١٣ ما نصه : « ليس نكاح غير الاكفاء حراما فأرد به النكاح وانما هو تقصير بالمرأة والأولياء فاذا رضوا صح ويكون حقا لهم تركوه ، فلو رضوا الا واحدا فله فسخه » .

(٤) ويرى الحنفية الاعتداد بها فى أمور سته : النسب والاسلام والحرية والمال والديانة والحرفة وحجتهم وحجة غيرهم ممن يشترطها من الأئمة السابقين :

(أ) اننا رأينا الشارع اعتبر هذه الصفات فقد روى البزار عن معاذ والحاكم عن ابن عمر أن رسول الله (ص) قال : « العرب بعضهم أكفاء بعض والموالى أكفاء بعض » ، وان كان الشوكانى قال فى نيل الاوطار : « لم يثبت فى اعتبار الكفاءة بالنسب حديث صحيح » .

وروى المحدثون عن سلمان الفارسى رضى الله عنه أنه قال للعرب من الصحابة « لانؤمكم فى صلاتكم ولا ننكح نساءكم » ومثل هذا لايقوله سلمان من تلقاء نفسه فلا بد أن يكون قد سمعه من النبى (ص) .

(ب) ولأن الغرض من اعتبارها دفع العار عن الزوجة وأوليائها اذ المرأة الشريفة تأنف طباعها ويأنف لها أولياؤها من أن تكون فراشا لرجل أقل منها كرما وأصلا ، كما أن المصالح الزوجية لا تنتظم الا اذا كان هناك تقارب بين الزوجين ، يمكن من توثيق الصلات وربط عرا المودة بينهما ، ولا يتم ذلك اذا كانت الهوة عميقة بينهما فى الأخلاق والصفات التى يتمدح بها الناس أو يتعيرون ، وأيضا فالعرف العام ينظر للمرأة التى ترضى بمن هو أقل منها فى تلك الأمور التى راعاها الفقهاء بعين الازدراء والاحتقار ، كما أن الزوج نفسه حين يكون أقل من الزوجة فى تلك الأمور لايكون منها محل تقدير ولا اعتبار ، ولذلك جرت الأكثرية من الفقهاء على اعتبارها حقا للزوجة ولاوليائها ، بحيث اذا تنازلوا عنه سقط حقهم فى المطالبة به بعد ذلك ، ولا يقال ان القول بالكفاءة ينافى الديموقراطية التى يدعو اليها الاسلام والمساواة بين الناس ، ذلك لأن المساواة التى تعد مبدأ من أهم المبادىء الاسلامية انما هى المساواة فى الحقوق والواجبات لا فى الاعتبارات الشخصية التى تقوم على عرف الناس وعاداتهم والقرآن الكريم تنص بعض آياته على أن الله فضل بعض الناس على بعض ، فضل بعضهم على بعض فى الرزق وفضل بعضهم على بعض فى التكريم ، ولا يزال الناس مختلفين فى مكاناتهم الاجتماعية ومراكزهم الادبية ، وهو مقتضى الفطرة الالهية التى فطر الناس عليها ، ولا يمكن شريعة أن تتجاهل الفطر الطبيعية وأعراف الناس وعاداتهم التى لاتضر بالنظام الاجتماعى ، لذلك وبالرغم مما يكتبه الكاتبون نرى وجاهة الرأى الذى سار عليه الفقهاء من اعتبار الكفاءة ، ولكنا قد نخالفهم فى الصفات التى قالوا باعتبارها ومراعاتها ، لأنه ما دام المقصود من اعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج ومنع الفتنة الناشئة من ذلك ، وجب أن يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس الاجتماعية وعاداتهم وتقاليدهم ، وأن تتغير المعانى التى يجب اعتبارها كلما تغيرت البيئة أو العصر الذى يعيش الناس فيه ، ولنأخذ بعد ذلك فى بيان المعانى التى يجب اعتبارها حسب ما يجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية

والسودانية ، والمعمول به فى هـذه المحاكم مذهب الحنفيـة الذى يعتبر الكفاءة فى ستة أمور :ـ

(١) النسب : وهو صلة الانسان بمن ينتمى اليه من الآباء والأجداد ، وقد جرى الحنفية على أن هذا المعنى معتبر فى العرب خاصة لأنهم ـ كما يقولون ـ هم الذين يتباهون بالأنساب ويجعلونها مناط تفضيل بعضهم على بعض فيعيرون من تتزوج بمن دونها نسبا ، وعلى هذا فالعجمى ليس كفئـا لبنت العربى ، وليس كل العرب سواء بل بعضهم أكفـأ من بعض فالقرشية لايكافئها الا قرشى ، والقرشى كفء لكل عربية ، وسائر العرب بعضهم أكفـاء لبعض ويستندون فيما ذهبوا اليـه الى حديث روى عن رسول الله (ص) انه قال « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالى بعضهم أكفاء لبعض» وقد تكلموا فى سند هذا الحديث كما قدمنا ، قال الأستاذ أبو زهرة فى كتابه الأحوال الشخصية • ويجدر بنا هنا أن ننبه الى أمرين : ـ

(أ) انه روى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن المولى أن اشتهر بفضل من علم أو أحرز من الفضائل ما يرفع مكانته عند الناس يصير كفئا للقرشية الهاشمية ، وقد أخذ بذلك فى المذهب الحنفى ، ولذلك تقرر فيه أن العالم الاعجمى كفء للعربية بل العلوية لأن شرف العلم فوق شرف النسب والمال مستدلا بهذه الآية الكريمة السابقة ثم قال « وكيف يصح لأحد أن يقول ان مثل أبى حنيفة أو الحسن البصرى وغيرهما من ليس بعربى أنه لايكون كفئـا لبنت قرشى جاهل أو لبنت عربى بوال على عقبيـه • ولذلك كان ما ارتضاه المحقق بن الهمام وصاحب النهر وتبعهم فيه صاحب الدر هو الظاهر دون سواه (من أن شرف العلم يفضل شرف النسب) » •

(ب) أنه روى عن الشافعى رضى الله عنه وعليه أكثر أصحابه من بعده أن الكفاءة معتبرة فى أنساب العجم فيما بينهم ، والأمر فيه الى عرفهم قياسا على اعتبار عرف العرب ، وأن للعجم أو على الأقل لبعضهم عرفا فى النسب

فيلاحظ عرفهم كما لاحظنا عرف العرب ، ولا شك عندى أن ما ذهب اليه الشافعية فى هذا الشأن أقرب الى المنطق والعقل مما ذهب اليه الحنفية ، لأن العلة التى جعلتهم يعتبرون النسب بين العرب متحققة فى غير العرب أيضا ، فالشريعة الاسلامية التى جاءت رحمة للناس أجمعين لاتحابى فى تشريعاتها طائفة ممن ينضوون تحت لوائها دون طائفة أخرى ، فما دام فى العجم أشراف يعتزون بنسبهم ويعيرون بمصاهرة من دونهم فلا وجه لقصر الكفاءة فى النسب على العرب .

(٢) الاسلام : وليس المقصود به هنا اسلام الزوج بالنسبة للزوجة المسلمة ، لأن اسلام الزوج فى هذه الحالة شرط لصحة الزواج ، وانما المراد اسلام آباء الزوج وأجداده ، وهو معتبر فى حق غير العرب لأنهم بعد اسلامهم صار فخرهم بالاسلام وهو شرفهم ويقوم عندهم مقام النسب ، ولما كان تمام النسب بالأب والجد اعتبر من كان أبوه وجده مسلمين تام الفخار حتى يكون كفئا لمن لها آباء كثيرون مسلمون ، ومن له أب واحد كفء لمن لها أب مسلم واكتفى أبو يوسف باسلام الأب فاعتبر من له أب واحد فى الاسلام كفئا لمن لها آباء فى الاسلام ، وذلك لأن التعريف عنده يكون كاملا بذكر الأب ، وأما الطرفان فالتعريف عندهما لايكمل الا بالاب والجد فلا يكون تعريفه بالاسلام كاملا الا اذا كان أبوه وجده مسلمين .

أما العرب فلا يعتبر فى حقهم الاسلام لأن فخرهم كما قلنا بالنسب لا بالاسلام ، ولذلك لو تزوج عربى مسلم وأبوه مشرك بعربية مسلمة وأبوها وجدها مسلمان كان كفئا لها .

(٣) الحرية : وهى معتبرة فى غير العرب لأن العرب لايجرى عليهم الرق ــ فانه لم يكن يقبل من العربى الا أحد أمرين الاسلام أو القتل ، والسبب فى اعتبارها أن الرق يجلب من العار أكثر مما يجلبه وضاعة النسب ، والكفاءة فيها كالكفاءة فى الاسلام ، فالأعجمى الرقيق ليس كفئا للحرة ، والحر بنفسه ليس كفئا لمن لها أب نشأ فى الحرية ومن له أب لم يمسه الرق ليس كفئا لمن لها أبوان ، ومن له أب حر وجد عتيق

لايكون كفئا للحرة التى أبوها وجدها حران ، والحر الذى أبوه وجده حران يكون كفئا للحرة التى لها سلسلة طويلة من النسب كلهم أحرار.

وروى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو اعتق اذا أحرز من الفضائل مايقارب به نسب الآخر كان كفئا له .

(٤) **الحرفة** : يراد بها العمل الذى يزاوله الشخص ليكسب من ورائه رزقه وعيشه ، فيدخل فى ذلك الوظيفة لأنها أصبحت طريقا للاكتساب والمعتبر فى دناءة الحرفة ورفعتها العرف ، ولكل بلدة عرف جرى عليه أهلها فيراعى فيها ، ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبى الزوجة ، فقد ذكر فى البحر أنه لايلزم اتحادهما فى الحرفة بل التقارب كاف ، فالحائك كفء لحجام ، والدباغ كفءلكناس، والعطار كفء لبزاز ، وفى الفتح أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغى أن يكون الحائك كفؤا للعطار بالاسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة ، قال ابن عابدين فأفاد أن الحرف اذا تقاربت أو اتحدت يجب اعتبار التكافؤ من بقية الجهات ، فالعطار العجمى غير كفء لعطار أو بزاز عربى ، بقى النظر فى نحو دباغ أو حلاق عربى هل يكون كفئا لعطار أو بزاز عجمى والذى يظهر له أن شرف النسب أو العلم يجبر نقص الحرفة بل يفوق سائر الحرف (اهـ ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٤٢) .

وكما تتفاوت الناس فى الصنائع والأعمال يتفاوتون أيضا فى الوظائف تفاوتا كبيرا فالبواب والسواق والفراش لايعدلون القضاة والمستشارين ووزراء الدولة والمهندسين والأطباء ونواب البلاد ولهذا يجب اعتبار ذلك جميعه ، والحرفة معتبرة فى العرب وغيرهم فى عصرنا هذا وفى العصور السابقة له لأن العرب أصبحوا يزاولون الأعمال كغيرهم من بقية أفراد الشعب فيعتبر فيهم الكفاءة فيها .

والمعول عليه فى المذهب الاعتداد بها فى ذوى الحرف مطلقا لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويعيرون بدناءتها وقد يتحول المرء من حرفة دنيئة

الى حرفة شريفة فيبقى عار الأولى لاصقا به (هـذا وفى ابن عابدين أمثلة لابأس بالاستئناس بها لمن يريد البحث والتوسع ص ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣ حـ ٢)

(٥) المال : والمراد بالتكافؤ فى المال أن يكون عند الزوج من المال ما يجعله قادرا على ايفاء الزوجة عاجل صداقها وعلى الانفاق عليها شهرا ان لم يكن ذا حرفة أو وظيفة يستطيع أن يكتسب بها كل يوم ما ينفقه عليها ومتى كان كذلك فهو كفء من الناحية المالية لمن كان لها ولأبيها ثروة عظيمة لأن المال غاد ورائح .

وتقدير الكفاءة المالية بهذا الوجه هو الذى ذهب اليه أبو يوسف رحمه الله ، وهو المعتبر فى المذهب وعليه الفتوى وقال الطرفان : انما تتحقق الكفاءة فى المال بعدم التفاوت البين بينهما فى الثروة ، لأن الأصهار يعيرون بفقر الصهر ويتباهون بقدرته المالية ويساره .

وعلى الرأى الراجح فى المذهب لو جرت العادة بأن الآباء يتحملون عن أبنائهم مهور زوجاتهم فانهم بهذا يعتبرون أكفاء ولو كان الأبناء كبارا ، وكذلك الحال لو تحمل الآباء عن أبنائهم المقيمين معهم نفقات زوجاتهم يعتبر الابن كفئا بغنى أبيه ويساره ، ومثل الأب فى ذلك الأم والجدة لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره والقدرة على المهر ، سواء كان ذلك بنفسه أم بغيره ممن جرت العادة بتحمله عنهم (اهـ ملخصا من ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٤٥) .

(٦) الديانة : والمراد بها الصلاح والتقوى لأن الصلاح من أعلى المفاخر والاتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة الفساق ، وعلى هذا فالفاسق لايكون كفئا لصالحة بنت صالح بل يكون كفئا لفاسقة بنت فاسق ، وكذا لفاسقة بنت صالح كما نقله فى اليعقوبية فليس لأبيها حق الاعتراض لأن ما يلحقه من العار ببنته أكثر من العار بصهره ، وأما اذا كانت صالحة بنت فاسق فزوجت نفسها من فاسق فليس لأبيها حق الاعتراض لأنه مثله وقد رضيت به ، وأما اذا كانت صغيرة فزوجها أبوها من فاسق ، فان كان عالما بفسقه صح العقد ولاخيار لها اذا كبرت لأن الأب له ذلك ما لم يكن ماجنا ،

وأما اذا كان الأب صالحا وظن الزوج صالحا فلا يصح ، قال فى البزازية : زوج بنته من رجل ظنه مصلحا لايشرب مسكرا فاذا هو مدمن فقالت بعد الكبر لا أرضى بالنكاح ان لم يكن أبوها يشرب المسكر ولا عرف به وغلبة أهل بيتها مصلحون فالنكاح باطل باتفاق ، فالمدار اذن هو أن يعرف الرجل بالفسق والاستهتار ، فعن الصاحبين أن الذى يسكر ان كان يسر ذلك ولا يخرج سكران كان كفئا لامرأة صالحة من أهل البيوتات وان كان يعلن ذلك فلا .

هذا هو تحرير القول فى هذا الموضوع الذى اختلفت فيه النقول عن الأئمة اختلافا كبيرا كما اختلفت الأقوال فى نسبة الأحكام عن الأئمةأنفسهم فان صاحب الخانيه صرح عن السرخسى بأنه لم ينقل عن أبى حنيفة فىظاهر الرواية فى هذا شىء والصحيح عنده ان الفسق لايمنع الكفاءة ، والهداية تسند القول باعتبار الكفاءة الى الشيخين ، وعدم اعتبارها الى محمد وهكذا ترى تضاربا فى النقول تجعلك فى شك من هذه الأقوال جميعها ، ولذلك اعتمدنا على ماحرره ابن عابدين فى هذا الموضوع (ص٤٤١ حـ ٢)

هذه هى المعانى التى تعتبر فيها الكفاءة فى المذهب المعمول به فىالمحاكم الشرعية المصرية والسودانية وهو المذهب الحنفى ، وأهملوا ما عداها من المعانى الأخرى كالتقارب فى السن والثقافة والموطن فالقروى كفء للمدينة والجاهل كفء للعالمة والشيخ الهرم كفء للشابة الفتية ، والمريض كفء للسليمة والمجنون كفء للعاقلة وان كان المرغينانى نقل عنه فى النهر أن المجنون ليس كفئا للعاقلة لأنه بالجنون يفوت مقاصد النكاح فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة ، ثم قال صاحب النهر وينبغى اعتماده لأن الناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من ذى الحرفة الدنيئة .

ولست أرى التزام هذا الحصر الذى جرى عليه الأئمة فى مذاهبهم بل ينبغى أن تخضع هذه المعانى لأعراف الناس وعاداتهم وأن يلجأ أولو الأمر فى كل بيئة وكلعصر الى جمع رجال التشريع ليقولوا كلمتهم فى هذا الموضوع فيحددوا لكل بيئة المعانى الواجب مراعاتها أو اهمالها فقد يتغير

بعض ذلك بزيادة أو نقص فلسنا بملزمين أن نتبع عرفا مضى عليه قرون طويلة تغير الناس فيها فى كل شىء فأصبحوا ينظرون الى الأمور بغير ماكان ينظر به أهل القرون الأولى ، وما دامت نصوص الشريعة القاطعة لم تحدد شيئا وانما رسمت فكرة عن الموضوع أو خطوطا عريضة كما يقولون ، فلنا أن نجرى على ما يلائم بيئتنا ويتفق مع عصرنا .

متى تعتبر الكفاءة : تعتبر الكفاءة عند انشاء عقد الزواج ، ومعنى هذا أنه يتعين أن يكون الزوج كفئا لزوجته فيما ذكرناه من صفات الكفاءة فى وقت العقد عليها ، ما لم تتفق الزوجة ووليها على عدم التمسك بها ، لأن هذا الشرط شرط انشاء لاشرط بقاء وعلى ذلك اذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال مثلا أو الحرفة أو الديانة ، بأن كان قادرا على الانفاق ثم أصبح غير قادر ، أو كان تقيا صالحا ثم فسق ، أو تحول من مهنة شريفة الى مهنة وضيعة ، ففى كل هذه الأحوال لا يفسخ النكاح بل يبقى لان النكاح قد تقرر فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ، ولأن أمور الناس لاتستمر على حالة واحدة من الفقر والتقلب فى المناصب والحرف تبعا لتقلب الأحوال فلو اعتبرت الكفاءة فى البقاء كما اعتبرت فى الابتداء لانقطعت روابط يجب وصلها وضاع أولاد تجب رعايتهم ، ثم انه لاعار على المرأة فى بقائها مع زوجها لو تغيرت حاله ، بل ربما كان ذلك منها دليلا على وفائها وصبرها ورضاها بحكم القدر .

من له حق الكفاءة : الكفاءة حق لها وللاقرب فالأقرب من أوليائها ، فاذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من رجل أو زوجها الأولياء برضاها من هذا الزوج ، فان اشترطت هى على الزوج أو اشترطوا هم عليه أن يكون كفئا ثم ظهر أنه ليس بكفء ثبت لها ولهم حق الفسخ لأن هذا الشرط مناسب للعقد فيلزم الوفاء به ويصح العقد معه .

وان لم تشترط الكفاءة فى الصورة الأولى ولم تعلم من حاله أنه كفء أو غير كفء ثم ظهر أنه غير كفء سقط حقها فى الكفاءة بعدم البحث عن حال الزوجة قبل العقد وبعدم اشتراطها عليه أن يكون كفئا ولم يسقط حق

الأولياء ، فالعقد غير صحيح على القول المفتى به ، وموقوف على اجازتهم فى ظاهر الرواية .

وكذلك الحال فى الصورة الثانيـة اذا زوجوها من رجل برضاها ولم يشترطوا عليه الكفاءة ولم يعلموا حاله سقط حقهم كما سقط حقها ويكون العقد صحيحا نافذا لازما ، لأن حق الكفاءة يسقط بتقصيرها فى السؤال عنه والاشتراط عليه ، كما يسقط بتقصير الأولياءفى السؤال عنه والاشتراط عليه ، فكل من قصر فى حقـه منهم سقط حقه ، الا اذا كان الزوج قـد أخبرها أو أخبرهم بكفاءته فتبين كذبه فان حقهم لايسقط ، قال فى الفتح (ص ٤١٩ حـ ٢) ولو نسب نفسه الى غير نسبه الحقيقى فتزوجته بناء على ذلك ثم ظهر خلاف ذلك كان لها التفريق ان لم يكن مكافئا لها ، وانرضيت به كان لأوليائهـا التفريق ، وان كافأها فلا حق للاولياء ولها هى الخيـار عندنا ان شاءت فارقتـه ـ خلافا لزفر ـ وذلك لأن الاستفراش ذل فى جانبها فقـد ترضى به ممن هو أفضل منها لامن مثلهـا فان ظهر أنه خلاف ماذكر لها فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لهـا الخيار ، أما لو انتسبت هى الى أسرة ثم تبين أنها ليست منها فلا يكون له خيـار ، لأنه لايفوت عليه شىء من مقاصد النكاح بما ظهر من خداعها له ، ولأنه يمكن أن يتخلص منها بطريق آخر هو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار له .

هذا والولى الذى له حق الاعتراض هو الولى العاصب القريب ، فان رضى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، وان لم يرض ذلك الولى القريب لم يؤثر رضا من دونه ، لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، فان تعدد الأقربون كأخوة أشقاء مثلا ورضى بعضهم قبل العقـد أو وقت انشائه ولم يرض الآخرون كان رضا البعض مسقطا لحق الآخرين عنـد الطرفين ، وقال أبو يوسف وزفر والشافعى لايكون رضا البعض كرضـا الكل لأنه لاحق للكل فلا يسقط الا برضائهم جميعا كالدين المشترك بين جماعة اذا تنـازل أحدهم عن حقه فلا يسقط الا حقـه فقط ويبقى حق الآخرين ، ولأن رضا أحدهم ليس أقوى من رضاها اذ هى صاحبة الشـأن

الأول فى الزواج ، وهى اذا أسقطت حقها فى الكفاءة لايسقط حق الأولياء فكذلك اذا رضى بعضهم لايسقط حق الباقين .

وحجة الطرفين أن الولاية حق لايقبل التجزئة ، لأن سببها وهى القرابة لايقبل التجزئة ، فيثبت لكل واحد من الأولياء كاملا كولاية الأمان وحق العفو عن القصاص ، فاذا رضى أحدهم بالعقد اعتبر ذلك رضا من الجميع ، والفرق بين تنازلها وتنازل واحد منهم أنها متهمة فى تنازلها لسرعة تأثرها بغير نواحى الشرف وحماية الأسرة من العار ، أما تنازل بعضهم فالاكثر ألا يكون الا بعد اقتناعه بأن ما فى الزوج من المزايا يفوق المعانى المعتبرة فى الكفاءة .

والخلاصة مما تقدم أن الكفاءة حق للمرأة وحق لأوليائها الأقرب فالأقرب ، وأنه لاحق للأبعد مع وجود الأقرب ، وان هذا الحق يثبت لكل من المرأة والولى على حدة بحيث لو أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر الا باسقاطه ، وانهما لو اتفقا على اسقاط هذا الحق سقط ، وأنحق المرأة يظهر فى حالتين : (١) أن يزوجها الولى غير الأب والجد وهى صغيرة بغير كفء لها سواء أكان هذا الولى معروفا بحسن الاختيار أم كان معروفا بسوء الاختيار (٢) أن يزوجها الفرع أو الأصل بغير كفء بشرط أن يكون المتولى للعقد منهما معروفا قبل توليه العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا .

وأثر هذا الحق أن الشريعة أبطلت هذا الزواج ولم تصححه .

وحق الولى يظهر فى صورة واحدة وهى ما اذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء ، وأثر هذا الحق بطلان العقد وعدم صحته فى رواية الحسن عن أبى حنيفة وهى المفتى بها ، وهناك رواية أخرى أشهر من هذه وان لم تكن الأصح وهى أن العقد يكون صحيحا ولكن يكون للولى حق الاعتراض عليه وطلب نقضه ولاينقض الا بحكم القاضى ولايسقط ذلك الحق الا بالرضا صراحة أو دلالة ، وبعضهم قيد هذا الحق بما اذا لم تلد أو يظهر حبلها فان ولدت أو كان بها حمل ظاهر سقط حق الفسخ حفظا للولد لكى يتربى بين أبويه .

من تعتبر الكفاءة من جهته : تعتبر الكفاءة من جانب الرجل بالنظر الى المرأة بمعنى أنه يشترط أن يكون الرجل كفئا للمرأة ولا تعتبر من جانب المرأة بالنظر الى الرجل أى أنه لايشترط أن تكون المرأةكفئا للرجل الا فى مسألتين :

(١) أن يوكل رجل بالغ عاقل حر رجلا آخر فى تزويجه وكالة مطلقة بقوله زوجنى امرأة ولايعين هذه المرأة فانه يشترط لنفاذ عقد الوكيل على الموكل أن تكون الزوجة مكافئة للموكل ، وهذا مذهب الصاحبين أما الامام فيرى نفاذ عقد الوكيل على الموكل متى كانت الوكالة مطلقة ، وسنبين وجهة كل فى باب التوكيل ، والكفاءة هنا عند الصاحبين شرط نفاذ لا شرط صحة بمعنى أن العقد يكون موقوفا على اجازة الموكل .

(٢) أن يزوج فاقد الأهلية غير أصله وفرعه أو يزوجه من عرف قبل العقد بسوء الاختيار من أصوله أو فروعه فانه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له ، وذلك مراعاة لحق الصغير كما بينا فى باب الولاية .

أما اذا زوج الرجل البالغ العاقل نفسه فلا يعتد بكفاءة المرأة له باتفاق لأن الرجل لايعير هو ولا أولياؤه اذا تزوج بمن تقل عنه كفاءة لأنها تابع والرجل متبوع ولا يعير الرجل بتبعية الوضيع له اذا كان شريفا ولا الفقير له اذا كان غنيا ، ولأن الرجل الرفيع فى نظر الناس يرفع امرأته ، والمرأة الرفيعة لاترفع خسة الزوج اذا كان وضيعا .

الوكالة فى الزواج

الأصل فى هذا الباب أن من ملك تصرفا من التصرفات صح له أن يباشره بنفسه كما يصح له أن يوكل غيره فيه اذا كان يتصرف بالاصالة عن نفسه ويقبل هذا التصرف فى ذاته الانابة ، ومن لايملك مباشرة التصرف بنفسه لايكون له حق توكيل غيره فى مباشرته ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ، فاذا لم يكن للشخص ولاية على تصرف من التصرفات

لم يكن له أن يوكل غيره فيه لأن فاقد الشيء لايعطيه وعقد الزواج من العقود التى يملك الشخص أن يباشرها بنفسه اذا كان مستوفيا الشروط الواجبة لهذا العقد من البلوغ والعقل والحرية ، فيجوز التوكيل فيه كما يجوز للولى المستوفى شرائط الولاية أن يوكل فى هذا العقد أيضا ، لأنه يجوز له مباشرة العقد بنفسه .

وعلى هذا يصح التوكيل فى عقد الزواج من الرجل والمرأة عند الحنفية لأن المرأة لها الحق فى أن تنشىء العقد بنفسها فيجوز لها أن توكل فيه ، وجمهور الفقهاء على أن وليها يتولى عنها عقد الزواج من غير توكيل منها ، لأنه هو الذى يملك انشاء العقد ، واذا كان الأمر يستدعى أخذ رأيها فى العقد فلا حاجة الى توكيل منها ، وانما يحتاج الأمر الى رضاها .

ولا يشترط فى التوكيل بمباشرة عقد الزواج الاشهاد عليه وان كان يستحسن أن يشهد الموكل على أنه وكل فلانا فى مباشرة عقد زواجه على فلان دفعا للجحود عند النزاع .

هذا وسلطة التوكيل مستمدة من الموكل فاذا وكله وكالة مقيدة تقيد بما قيد به الا اذا كانت المخالفة الى خير فان العقد ينفذ على الموكل ،ويتفرع على ذلك :

(١) انه اذا قيده بامرأة معينة أو من أسرة معينة أو من قبيلة معينة تقيد الوكيل بما قيد به فاذا زوجه كما أمره كان العقد نافذا عليه ، وان خالف فيما وكله فيه اعتبر فضوليا وكان العقد موقوفا فان أجازه الموكل نفذ وان لم يجزه بطل لأن الوكيل حين يخرج عن حدود الوكالة يعتبر فضوليا وعقد الفضول عندنا صحيح موقوف على اجازة صاحب الشأن .

(٢) اذا كان الموكل امرأة وقيدته برجل معين أو من أسرة معينة أو من قبيلة معينة كان عقد الوكيل نافذا عليها متى زوجها كما طلبت ، والا كان فضوليا كما ذكرنا فى الحالة السابقة توقف عقده على اجازتها .

(٣) اذا قيد الوكيل بمهر معين سواء أكان وكيلا من قبل المرأة أم من قبل الرجل ، فان وافق العقد ارادة الموكل نفذ ، وان خالف ارادة الموكل من التقييد كان العقد موقوفا الا أن المخالفة هنا اذا كانت لخير الموكل صح العقد ونفذ كما اذا قال له زوجنى فلانة بنت فلان بمائة جنيه فزوجها له بثمانين أو قالت له زوجنى من فلان بخمسين جنيها فزوجها منه بثمانين جنيها كان العقد نافذا فى كلتا الحالتين دون توقف على رأى الموكل ، لأن العقد فى هاتين الحالتين يوافق ارادة الموكل وان لم يكن بما سمى فالمخالفة صورية .

(٤) اذا خالف الوكيل موكله دون أن يعلم الموكل بالمخالفة استمر العقد موقوفا ولو حصل دخول فان علم وأجاز اعتبر الدخول فى عقد صحيح ، لأن الاجازة جعلته نافذا من وقت صدوره ، وان لم يجز بطل العقد واعتبر الدخول فى عقد فاسد قويت الشبهة فيه ، ويجب مهر المثل لا يتجاوز المسمى ولا يثبت نفقة .

أما ان كان التوكيل مطلقا غير مقيد بأى قيد : كأن يقول شخص لآخر وكلتك فى تزويجى دون أن يعين له امرأة ولا مهرا ، كان للوكيل عند أبى حنيفة اذا كان الموكل هو الزوج — أن يزوجه بأية امرأة تكافئه أو لا تكافئه ، سليمة أو معيبة ، وبأى مهر قليل أو كثير ذلك لأن التوكيل مطلق ، ومقتضى الاطلاق أن يزوجه بأية امرأة وبأى مهر اذ لو كان له غرض صحيح فى امرأة معينة أو فى وصف خاص لقيده به ، على أن بعض الناس قد يرغبون فى زواج من لا تكافئهم لأنه يرى فى مثلها من الطاعة والانقياد ما لا يراه فى غيرها من ذوات النسب فيكون ذلك مرغبا فى أمثالها ، الا أنه فى مواضع التهم يتوقف الأمر على رضا الموكل كما اذا زوجه بنته أو صغيرة فى ولايته ، أو كان الوكيل امرأة فزوجته نفسها ، لأن الوكيل فى هذه الصور متهم فى تصرفه ، ولهذا يتوقف العقد منها على اجازة الموكل ان شاء أمضى العقد وان شاء رده .

وقال الصاحبان يتقيد بالعرف ، لأن اللفظ وان كان مطلقا عن القيد

فالعرف يقيده ، وقد جرت العادة أن يوكل الانسان غيره ليستعين به على الوصول الى غرض يصعب عليه أن يصل اليه وليس من العسير على المرء أن يتزوج امرأة ما بأى مهر ، ولذلك كان من يوكل فى تزويجه ويفوض الى الموكل اختيار المرأة وتقدير المهر انما يفعل ذلك ثقة بحسن اختياره وسداد تقديره • وعلى هذا اذا زوجه امرأة تكافئه وبمهر لاغبن فيه كان الزواج نافذا عليه ، والا توقف على اجازته •

واذا كان الموكل هو الزوجة ، فانزوجها بكفء وبمهر المثل كانالزواج نافذا ، وان زوجها بغير كفء وكان لها ولى عاصب لم يرض بهذا العقد قبل الزواج كان الزواج فاسدا لأن تزويجها نفسها من غير كفء غير صحيحعلى القول الراجح فيكون الوكيل مقيدا بالكفء لأنه يملك ماتملك هى فقط ، وان لم يكن لها ولى عاصب كان العقد موقوفا على اجازتها لأن الكفاءة معتبرة فى حقها ، وهذا باتفاق بين الامام وصاحبيه لأن كفاءة الرجل بالنسبة للمرأة شرط صحة أو شرط نفاذ على ما بيناه •

أما ان زوجها بأقل من مهر المثل بغبن فاحش فانه يتوقف على اجازتها وعلى اجازة وليها اذا كان لها ولى ، كما يتوقف العقد على الاجازة اذا كان الوكيل متهما فى تصرفه كأن يتزوجها هو أو يزوجها من لاتقبل شهادتهم له، وهم أصوله وفروعه لأنه متهم فى محاباتهم ، ومكان التهمة مستثنى عند التوكيل وسواء أكان كفئا بمهر المثل أم لم يكن ، وقال الصاحبان أنالوكيل له أن يزوج من هؤلاء ما دام من كفء وبمهر المثل •

حكم الوكالة بالزواج : الوكيل فى الزواج سفير ومعبر لايرجع اليه شىء من حقوق العقد ، ولا يطالب بأى حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر ، فلا يطالب بالمهر ان كان وكيل الزوج الا اذا ضمنه ومطالبته حينئذ بالمهر بمقتضى التزامه لا بمقتضى وكالته ، ولا يطالب بالنفقة الا اذا كفل بها ، ولا يطالب وكيل الزوجة بادخالها فى محل الطاعة •

والوكيل ليس له حق قبض المهر الا اذا كان مأذونا بذلك صراحة أو

دلالة ، وقبضه فى هذه الحالة يكون بتوكيل آخر غير توكيل الزواج وهو التوكيل بالقبض ، ومن الاذن بالقبض دلالة أن يقبض الأب والجد المهر وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد ، وتبرأ بهذا القبض ذمة الزوج ، لأن العادة أن يقبض الآباء مهور بناتهم ليضموا اليه أمثاله ويجهزها به ، أما ان كانت الموكلة ثيبا ، أو كان الوكيل غير الأب والجد ثم قبض المهر وسكتت فلا يعد السكوت رضا بل لابد من الاذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم الوكيل .

عقد الفضولى : الفضولى هو من يتصرف تصرفا لاشأن له به وليست له ولاية اصداره كمن يبيع ملك غيره من غير اذن له منه أو ولاية عليه أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون اذن منه ، أو يطلق زوجته كذلك ، فهو فى هذا التصرف فضولى .

والأصل فى عقود الفضولى عندنا أنها صحيحة موقوفة على الاجازة اذا كان للعقد الذى يعقده الفضولى مجيز عند انشائه (ويفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد وانفاذه) فمن باع مال غيره بدون اذن وكان ذلك الغير رشيدا صح البيع وتوقف على اجازة المالك ، فان أجاز نفذ وترتبت عليه جميع آثاره من انتقال ملك المبيع الى المشترى وملك الثمن الى البائع المجيز من وقت انشائه ، أما اذا لم يكن له مجيز حين الانشاء فان العقد يقع باطلا كما اذا زوجه الفضولى أخت امرأته أو خالته أو زوجة معتدة لأن العقد فى هذه الحالة ليس له مجيز حين الانشاء بحيث لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لاينفذ لأنه لم يكن له مجيز وقت اصداره فيقع باطلا والباطل لاتلحقه الاجازه (فتح ص ٤٢٨ حـ ٢) .

وقال الشافعى أن عقود الفضولى كلها باطلة فلا تصححها الاجازة اذا صدرت ، وحجته فى ذلك أن المقاصد الأصلية من العقود هو الحكم والأسباب والعلل وسائل اليه فاذا كان الحكم لايترتب على العقد بمجرد صدوره كان العقد باطلا ، والفضولى لايقدر على اثبات الحكم والا جاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لايخفى ، واذا لم يكن

قادرا كان كلامه لغوا .

وحجة الحنفية ، أن وجود العقد منوط بصدوره من أهله فى محل قابل له ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك ، والفضولى أهل لصدور العقد منه لعقله وبلوغه ، ومحلية المرأة للعقد بألا يقوم بها مانع يمنع من انعقاده ، والضرر انما هو ابرام العقد وامضاؤه دون الرجوع الى من له الاجازة ، أما وقد جعلنا لمن له حق الاجازة أن يجيزه ان رأى المصلحة فيه وأن يفسخه اذا رأى فيه ضررا بالنسبة له فقد زال الضرر من انشاء هذا العقد ، وفى القول بصحة عقد الفضولى مصلحة لكل من الفضولى وذوى الشأن من غير أن يترتب عليه ضرر ما بل فيه الاعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وتصحيح كلام الفضولى وصونه عن الالغاء ، وانما تأخر أثر العقد الى وقت الرضا حتى لايضار صاحب الشأن بالزامه بما لايرضى اذا تبين فيما بعد أنه لايرضى بذلك ، وتأخير الحكم عن وقت انشاء العقد معروف فى الشرع كما فى البيع بشرط الخيار للبائع حيث يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع للبيع ، ولهذا كان عدم ترتب الأثر فى المال على عقد الفضولى لايوجب بطلانه .

المهـــر

تختلف كلمة العلماء فى تعريف كلمة المهر بناء على اختلافهم فى الغرض من شرعيته ، فطائفة ترى أنه المال الذى يجب على الزوج لزوجته فى مقابل ملك استمتاعه بها ، أما مايجب بالوطء بشبهه أو بالدخول فى نكاح فاسد فهو أشه بتعويض يدفع جزاء العدوان ، ومخالفة أمر الشارع ولا يستباح به الاستمتاع وانما هو أثر من آثار الاستمتاع ، اذ لايخلو الوطء فى الاسلام عن عقر أو عقر ، أى حد أو مال يلتزم به الرجل .

وطائفة ترى أنه هدية لازمة وعطاء مقرر ، وليس عوضا عن ملك الاستمتاع كما فهمته الطائفة الأولى ، ولذلك قال الكمال بن الهمام : انه شرع ابانة لشرف عقد الزواج واظهارا لخطره ، اذ لم يشرع بدلا كالثمن

والأجرة والا وجب تقديم تسميته ، فعلمنا أن البدل النفقة ، وتبين من هذا التقرير أن المهر حكم العقد ، ولا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة المبيع ذكره . (فتح ص ٤٣٤ حـ ٢) ، ولذلك سماه الله تعالى صدقة ونحلة ، وقال تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أى عطاء فهذا التعبير القرآنى يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته ، ولكنها هدية لازمة لزوما متراخيا ، وهو انما شرع لاظهار ما يكنه الزوج لزوجته من مودة وحب ولتقريب القلوب .

وقد استدلت الطائفة الأولى بقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » على أن المهر وجب فى مقابلة استمتاع الرجل بالمرأة .

والذى نراه أن المهر له شبهان شبه بالبدل وشبه بالهدية ولهذين الشبهين كان عطاء لازما وهدية مقررة .

حكمه : الوجوب وان لم يسم فى العقد ، أما دليل وجوبه فالقرآن والسنة والاجماع والعقل ، أما القرآن فقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (النساء : ٤) وقوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » (النساء : ٢٤) وقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت ايمانهم (الأحزاب : ٥٠) فدلت هذه الآيات على أن المهر واجب بايجاب الشرع ، لأنه سمى المهر فريضة كما أمر سبحانه بايتائهن مهورهن .

وأما السنة : فقد ثبت أن رسول الله (ص) لم يخل زواجا من مهر ولو لم يكن واجبا لتركه مرة ليدل على عدم الوجوب . وأما الاجماع فان المسلمين منذ عهد الصحابة الى يومنا هذا مجمعون عليه . وأما العقل : فانه لو أبيح للرجال أن يتزوجوا بدون مهور لكان فى ذلك ابتذال للنساء وحط لأقدارهن واستهانة بشأنهن ولأدى ذلك الى فصم العروة لأوهى الأسباب وأتفه الأمور ، لأنه ما فقد ولا أنفق فى سبيل الوصول اليها شيئا ، وهو الذى بيده الافتراق ، فكان ايجاب المهر عليه بمثابة اشعار له بأن الزوجة

شيء لايسهل الحصول عليه الا بالبذل ، حتى لايفرط فيه بعد الحصول عليه .

وهـذا الوجوب لايستلزم تسمية المهر عند العقد ، بل يصح عندنا الزواج سواء أسمى الزوج مهرا صحيحا أم مهرا فاسدا أم نفى المهر أم سكت عن تسميته وعن نفيه لقوله تعالى « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (البقرة ٢٣٦) فنفى الله الاثم عمن طلق قبل الدخول فى عقد لم يسم فيه مهرا ، والطلاق لايكون الا من نكاح صحيح ، فدل ذلك على أن العقد يصح بدون تسمية ، ولو كانت التسمية شرطا لصحة العقد أو ركنا من أركانه لما صح العقد ولا انعقد .

ومن هذا يتبين أن المهر أثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه يترتب عليه دون التنصيص على ذكره ، بل ولو نفى كما تترتب الملكية على البيع دون التنصيص عليها فى العقد ، لأنه عند السكوت أو النفى يمكن الرجوع الى مهر المثل ، لأنه فى الواقع هو الموجب الأصلى فى عقد النكاح لكونه القدر الملائم ، والمسمى يقوم مقامه بالتراضى فلا مشاحة ولا نزاع يحدث عند اغفال ذكر المهر أو نفيه .

غير أن مالكا رضى الله عنه يرى أن عقد النكاح لايصح عند النص على نفى المهر ، فلو تزوجها على أن لا مهر لها فقبلت لايصح العقد عند مالك رضى الله عنه ، لأنه عنده عقد معاوضة ، ملك متعة بملك مهر ، فيفسد بشرط نفى العوض ، كما يفسد البيع بشرط الاثمن . وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية ، ولكنه صحح العقد لحديث ابن مسعود فى المفوضة التى سيأتى ذكره . ولكنا نقول له أن حديث المفوضة دل على اعتبار المهر حكما للعقد ، لا شرطا ولا ركنا كما قدمنا ، اذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه ، فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما ، واذا ثبت كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لايفسد النكاح .

وانما وجب المهر على الزوج دون المرأة ، لأن الزوج وظيفته فى الحياة السعى للرزق والعمل لكسب ما يسد به حاجات المعيشة ، فهو قادر على أداء الحقوق المالية واحتمال أعبائها ، ولاشعار الزوجة بأنها موضع عطف

الزوج وعنايته وبره ، وفى ذلك توثيق لأسباب المحبة ، أما الزوجة فالشأن فيها أن تكون وظيفتها منزلية ، وأن تكون مشغولة بحق زوجها وأولادها عن كسب المال والمشاركة فيما تتطلبه الحياة الزوجية من مطالب مالية ، فايجابه عليها قلب للأوضاع الفطرية ، وصرف للراغبات فى الزواج عما خلقن لأجله وزج بهن فى مهاوى الفساد والسقوط .

ولذلك كان واجبا على الرجل دون المرأة ، ثم انها ستنتقل من البيت الذى درجت فيه الى كنف رجل تملكه أمرها وزمام نفسها ، فكان عليه أن يقدم لها ما يرضيها بطاعته ، ومما يزيده تأكيدا على الرجل ما جرت عليه أعراف بعض البلاد على أن المرأة هى التى تعد أثاث البيت وما يحتاج اليه من فراش فكان من الواجب أن يعاونها الزوج على ذلك ببعض المال يقدمه.

أنواع المهر : المهر نوعان : (١) المهر المسمى ، وهو ما اتفق عليه فى العقد ، أو فرض للزوجة بعده بالتراضى . (٢) مهر المثل ، وهو مهر امرأة تماثلها وقت العقد من قوم أبيها كأختها وعمتها ، والمماثلة تكون فيما يعتد به من صفات الزوجة ، من السن والجمال والمال ، والدين والأدب والعقل والعلم والبكارة أو الثيوبة والولادة ، أو العقم ، والبلد وما الى ذلك . ويراعى مع هذا حال الزوج ، فان ذا الفضل يرغب فيه فيتسامح معه فى المهر وقيل لايعتبر الجمال ، وانما يعتبر ذلك فى أوساط الناس اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيوت الحسب والشرف ، فاذا لم يوجد من تماثلها من قوم أبيها فيما ذكر من الأوصاف ، فمن أسرة تماثل أسرة أبيها ، هذا اذا اتفق المتعاقدان على مهر المثل فبها ، وان اختلفا فى مقداره ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول ، فان لم توجد بينة فاليمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج .

مايصلح أن يكون مهرا : يصلح مهرا كل معلوم علما ليس فيه جهالة فاحشة ، له قيمة مالية من عقار أو منقول مكيل أو موزون أو حيوان ومن منافع الأعيان التى يستحق فى مقابلها مال ، كسكنى المنزل أو زراعةالأرض، وعلى هذا لايصلح مهرا كل ما ليس بمال ، كقطرة ماء وحبة حنطة ، ويدخل

فى ذلك ما اذا تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم رجل آخر أو على ما فى بطن أغنامه أو على طلاق ضرتها ، كما لايصلح مهرا ما كان مالا ولكنه غير متقوم فى حق المسلم كالخمر والخنزير ، ولا ما كان مجهولا جهالة فاحشة تفضى الى النزاع ، أما الجهالة اليسيرة فانها تغتفر ، لأن المال غير مقصود فى الزواج فيتسامح فيه ما لايتسامح فى المعاوضات المالية ، اذ الأمر فيها مبنى على المساومة ، وحيث وجدت المساومة كانت المنازعة عند الجهالة، ولأنه فى الجهالة اليسيرة ، ان اعتبرنا التسمية معها فاسدة كان الواجب مهر المثل وهو أشد جهالة من الجهالة اليسيرة ، والحد الفاصل بين الجهالة الفاحشة واليسيرة أن الجهالة الفاحشة هو ما كان النوع فيها مجهولا كأن يكون المهر بيتا أو حيوانا أو دابة أو ثوبا فان البيوت تختلف اختلافا فاحشا فى البلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها • والحيوان تحته الفرس والحمار والجمل وغيرها ، والأثواب أنواع شتى مثل الحيوان والدابة وليس بعضها أولى من بعض بالارادة ، أما جهالة الوصف فتعتبر جهالة يسيرة كأن يكون المهر مثلا كذا قطن جيزة أو عشرين أردبا من القمح البلدى أو عشر بقرات ، فان التسمية تصح وتعتبر جهالة يسيرة ويجب الوسط من كل ما جهل وصفه ، وعند وجوب الوسط حال جهالة الوصف لايكون الوسط هو المتعين للدفع ، بل يخير الزوج بين أن يدفع الوسط أو قيمته ، ولو كان المسمى مثليا كعشرين قنطارا قطنا جيزة أو عشرين أردبا من القمح البلدى لم يثبت فى الذمه لأن مايثبت فى الذمة يجب أن يكون معرفا بالجنس والنوع والوصف وهذا لم يعرف بالوصف فلم يثبت فى الذمة ، ولا يمكن أن يعين بذاته ، لأنه غير متعين بالتعيين بل هو معرف بتعريف ناقص ، والوسط لايعرف الا بالقيمة فيكون الزوج مخيرا بين أن يدفع القيمة باعتبارها المقياس لمعرفة الوسط وبين أن يدفع الوسط باعتباره المذكور فى العقد •

وحاصل ما تقدم : (١) ان المسمى ان كان من غير النقود بان كان عرضا أو حيوانا فان كان معينا باشارة أو اضافة وجب بعينه ، وان كان غير معين

وكان مكيلا أو موزونا علم نوعه ووصفه كأردب قمح جيد خال من الشعير صعيدى أو دنقلى تعين المسمى ، وصار كالعرض المشار اليه ، لأنه يثبت فى الذمة حالا كالقرض ومؤجلا كالسلم ، وان علم نوعه ولم يعلم وصفه كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته ، وان كان غير المعين غير مكيل أو موزون ، فان جهل نوعه كدابة أو ثوب فسدت التسمية ووجب مهر المثل ، وان علم نوعه وجهل وصفه كفرس أو ثوب بفته مصرى أو انجليزى أو فرنسى صحت التسمية ويخير بين الوسط وقيمته ، وكذا لو علم وصف الثوب على ظاهر الرواية ، وعلى الأصح من أنه يجب فى الذمة كالسلم ويتعين الوسط ، بخلاف الحيوان فانه لايجب فى الذمة كالسلم «(١)» . ويتصل بهذا ما اذا تزوجها على ألف وكرامتها ، أو أن يهدى لها هدية ، فان وفى بالكرامة والهدية فلها المسمى لأن جهالة الهدية والاكرام ترتفع بعد وجودها ، ويكفى هنا أدنى مايعد هدية واكراما كما جاء فى النهر ، واذا لم يكرمها بشىء أو لم يهد لها هدية بقيت التسمية مجهولة لعدم رضاء المرأة بالألف وحدها فيجب مهر المثل ، وكذا اذا طلقها قبل الدخول تقرر الفساد فوجبت المتعة كما هو الحكم عند عدم التسمية أو عند فسادها . (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٤٠) .

(٢) ان جرى عرف الناس على أن يقدم الزوج للزوجة ثيابا أو دراهم قبل الزفاف أو بعده كأثواب يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوجة الى القابلة أو بلانة الحمام ونحوها أو غير ذلك مما يدفعه الزوج الى الزوجة بعد الدخول ، كان هذا المعروف بين الناس كالمشروط ويعتبر من جملة المهر . غير أن المهر منه ما يصرح بكونه مهرا ، ومنه ما يسكت عنه بناء على أنه معروف لابد من تسليمه بدليل أنه عند عدم ارادة تسليمه لابد من اشتراط نفيه أو تسمية ما يقابله فهمو بمنزلة المشروط لفظا ، ولايفسد المهر بجهالة ذلك المعروف ، لأنه من قبيل معلوم النوع مجهول الوصف كالفرس والعبد فان التفاوت فى ذلك يسير فى العرف ، فيعتبر الوسط من كل نوع واجب على الزوج أن يقدمه ، فمثل اللفافه يعرف نوعها أنها من القصب والحرير

(١) نقلا عن ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٣٨ .

أو من القطن والحرير باعتبار الفقر والغنى وقلة المهر وكثرته . وكذا يقال فى كل ماتعورف تقديمه من الزوج وكان العرف به مشهورا معلوما عند الزوج .

(٣) اذا جعل مهرها شيئين ، ثم تبين أن أحدهما لايصلح أن يكون مهرا ، كأن يجعل مهرها عبدين أو مذبوحتين ، ثم يظهر أن أحد العبدين حر ، واحدى المذبوحتين ميتة ، فقد قال الامام : يكون مهرها الباقى ان كانت قيمته تساوى أقل المهر ، لأن وجوب المسمى وان قل يمنع مهر المثل والا كمل لها العشرة . وقال محمد لها مع العبد الباقى قيمة الحر لو فرض كونه عبدا كما لو استحق أحدهما ، فان لها الباقى وقيمة المستحق ، ولو استحقا جميعا فلها قيمتهما ، وقد رجح الكمال بن الهمام رأى محمد ، وعلى رأى الامام مشت المتون .

(٤) أن يسمى لها مهرا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، كأن يتزوجها على مائه ان أقام بها ومائتين ان أخرجها من البلد ، وفى التسمية على هذا الشكل خلاف بين أئمتنا .

(أ) فقال الصاحبان التسميتان صحيحتان فأى الشرطين تحقق وجب ما سمى له عملا بكل شرط عند تحققه ، لأن لكل تقدير مسمى واحدا رضيا به ويمكن العمل بمقتضاه من غير نزاع ولا ضرر ، فان أقام بهاتعينت تسمية الاقامة وألغيت الأخرى ، وان سافر بها تعينت تسمية السفر . (٤٧٤ حـ ٢ ابن عابدين) (٤٥٨ حـ ٢ فتح القدير) .

(ب) وقال الامام التسمية الأولى صحيحة ، فان تحقق شرطها وجبت ، وان لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل لايزاد على الأكثر ولا ينقص على الأقل ، ووجهه أن التسمية الأولى تسمية منجزة غير معلقة على شرط ، وانما اقترنت بها منفعة لأحدهما ، والثانية معلقة على شرط ، فان تحققت المنفعة المقترنة بالتسمية الأولى وجبت تلك التسمية ولا جهالة فيها ، وان لم تتحقق تلك المنفعة فان تلك التسمية لاتلغى بل تستمر قائمة ، أما التسمية الثانية اذا تحقق شرطها فتعتبر قد ذكرت مع التسمية الأخرى التى اقترنت بشرط

منفعة وقد تخلف الشرط فيكون هناك تسميتان فى حال واحدة فتفسد كلتاهما ويجب مهر المثل لايزيد على الحد الأعلى لرضاها به ولا ينقص عن الأدنى لرضاه به .

(حـ) وقال زفر : التسميتان فاسدتان فيجب لها مهر مثلها لايزيد على الأعلى لأنها رضيت به ولا ينقص عن الأدنى لأنه رضى به ، وحجته أن كل شرط فيه منفعة لاتقوم بمال لغو لايلتفت اليه كما هو أصل مذهبه ، وحينئذ يكون العقد قد اشتملت التسمية فيه على تقديرين فى حال واحدة، فتكون التسمية فاسدة ، لأن الترديد مورث للجهالة ، وتسمية المجهول غير صحيحة ، فيجب لها مهر المثل على النحو الذى ذكرناه ، وقول الصاحبين هو الراجح ، وهو الذى عليه العمل .

أما اذا كان الترديد فى المسمى أساسه الجمال والقبح ، بأن تزوجها على مائتين ان كانت جميلة وعلى مائة ان كانت قبيحة ، فان الامام ـ على ما هو الأصح فى المنقول عنه ـ يتفق مع الصاحبين فى صحة هذا الشرط فتلزمه مائتان ان كانت جميلة ، ومائة ان كانت قبيحة ، وطولب الامام بالفرق بين هذه الصورة والصورة المتقدمة وهو ما اذا تزوجها على مائة ان أقام بها وعلى مائتين ان سافر بها ، وأجيب عنه بأنه فى هذه الصورة دخلت المخاطرة على التسمية الثانية ، لأن الزوج لايعرف هل يخرجها أو لا ، أما فى صورة الجمال والقبح فان المرأة على صفة واحدة من الحسن أو القبح ، وجهالة الزوج بصفتها لاتوجب خطرا .

وقد يقال : أى فرق بين صورة الجمال والقبح وبين ما اذا تزوجها على مائتين ان كانت حرة أو ان كانت له امرأة ، وعلى مائة ان كانت مولاة أو لم تكن له امرأة ، مع أنه لا مخاطرة اذ المرأة على صفة واحدة ، والرجل اما أن يكون متزوجا بغيرها أو غير متزوج ، وكل ما فى الأمر أن الحال مجهول وأجيب بأن الجهالة قوية فى الحرية وعدمها لأنها ليست أمرا مشاهدا ولذا لو وقع التنازع احتيج الى اثباتها فكان فيها مخاطرة معنى بخلاف الجمال والقبح فانه أمر مشاهد فجهالته يسيرة لزوالها بلامشقة ، وكما أنه قد تكون

له امرأة غائبة فى بلدة أخرى لايعلم بها أحد .

ولهذه الفروق الدقيقة بين الصور المتقدمة نقل فى نوادر ابن سماعة عن محمد ان صورة الجمال والقبح هى على الخلاف بين الامام وأصحابه أيضا ، ولكنه فى البحر ضعف هذا النقل عن الامام . (ص ٥٣٤ حـ ٢ ابن عابدين)

(٥) ولو تزوجها على هذه الحديقة أو هذا المنزل ، وأحد هذين الشيئين أقل قيمة من الآخر فعند أبى حنيفة يحكَّمُ مهر مثلها ، فان كان مثل الأقل أو أقل منه فلها الأقل ، وان كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع ، الا أن ترضى بالأقل ، وان كان مهر مثلها بينهما أى فوق الأقل ودون الأرفع فلها مهر مثلها ، وقال الصاحبان لها الأقل فى ذلك كله .

ومنشأ الخلاف بين الامام وصاحبيه يرجع الى أن الامام يرى أن الواجب الأصلى فى النكاح مهر المثل ، لأنه أعدل وانما يعدل عنه اذا صحت التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة ، والصاحبان يريان أن الموجب الأصلى لعقد النكاح هو المسمى ، ولايصار الى مهر المثل الا اذا تعذر ايجاب المسمى وقد أمكن فى هذه الصورة ايجاب الأقل ، لأنه متيقن . هذا ويصح أن تكون المنافع مهرا اذا كانت مما تقوم بمال ويمكن تسليمها شرعا ، وكانت غير مجهولة جهالة فاحشة كأن يجعل مهرها منفعة عين معلومة مدة معينة ، أو منافع معينة يقدمها الزوج لزوجته أو لذى رحم محرم منها من غير امتهان له ، كالاشراف على استثمار أرضها أو استغلال عقارها مدة معلومة لأن هذه المنافع أموال ، أو ألحقت بالأموال شرعا فى سائر العقود لمكان الحاجة اليها ، والحاجة فى النكاح متحققة ، وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها ، أما اذا جعل مهرها خدمته لها بنفسه فى المنزل ، فقد قال الشيخان بفساد التسمية لحرمة استخدام المرأة زوجها لما فيها من امتهان له ، فتكون التسمية باطلة لتسميته غير مقدور التسليم ، وقال محمد بصحة التسمية لأن المسمى منفعة لها قيمة ، غير أن القيام بها متعذر للحرمة فتقوم القيمة مقامها .

وقد يكون المهر المسمى مكونا من المال والمنفعة «١» ، كأن يسمى لها

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٣٢ .

مهرا أقل من مهر مثلها كمائة مثلا ومهر مثلها ١٢٠ ويشترط لها على نفسه فى مقابل ذلك شرطا فيه منفعة مباحة شرعا لها أو لأبيها أو لذى رحم محرم منها ، وكانت هذه المنفعة مقصودة لها يتوقف تحققها على فعله لا حاصلة بمجرد العقد ، ولم يشترط عليها رد شىء له ، كما اذا تزوجها بمائة على ألا يخرجها من البلد أو لايكلفها شيئا من أعمال المنزل أو ألا يتزوج عليها أو يزوج أباها أخته أو يقلد أخاها عملا يرتزق منه أو على أن يطلق ضرتها ، فان وفى الزوج بما شرط لها أو لأبيها أو محرمها فلها المسمى الذى تراضيا به ، وان لم يوف بالشرط وجب مهر المثل لا المسمى ، لأنها لم ترض بذلك المسمى مع نقصه عن مهر المثل الا فى نظير المنفعة المشروطة لها ، فاذا فاتت فات رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلى لكل زواج لم يتفق فيه على تسمية ، لأن المنفعة المشروطة كانت فى نظير الفرق بين المسمى ومهر المثل .

ويتفرع على القيود السابقة أنه لا أثر للاخلال بالشرط : (١) اذا كان المسمى مساويا لمهر المثل (٢) اذا كان المشروط مضرة لامنفعة كأن يشترط التزوج عليها (٣) اذا كانت المنفعة المشروطة غير مباحة شرعا كأن يعطيها خنزيرا أو دنا من خمر ، فانه فى هذه الحالة يجب المسمى اذا كان عشرة دراهم فأكثر ولا يكمل لها مهر المثل ، لأن المسلم لا ينتفع بالحرام فلايجب عوض بفواته . (٤) اذا كانت المنفعة لغير ذى رحم محرم ، فان اشتراطها يكون لغوا ويكون المعتبر هو المسمى فقط ، لأن ذلك يكون شرطا فاسدا فيصح العقد والتسمية ويلغو ذلك الشرط بخلاف ذى الرحم المحرم اذ أن منفعته منفعتها ، فان اشترطت له ، فكأنما اشترطت لها فلا زيادة على مقتضى العقد اذ ذلك جزء من المهر ، وقد يسمى لها مهرا أكثر من مهر مثلها ويجعل تلك الزيادة فى نظير وصف مرغوب فيه ، كأن يسمى لها مائة ومهر مثلها ثمانون ان كانت بكرا أو سليمة من العيوب أو بيضاء أو متعلمة ، وفى هذه الحالة ان تحقق الوصف المرغوب فيه استحقت المهر كله ، وان لم يتحقق فليس عليه الا مهر مثلها ، لأنه مارضى بالزيادة على مهر المثل الا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه فاذا فات الوصف المرغوب فيه انتفى الرضا

بالمسمى فوجب مهر المثل ، أما اذا اشترط أحد الزوجين شرطا فيه منفعةله، ولم تكن مقابلة بنقص أو زيادة فى مهر المثل فلا أثر لهذا الشرط ولا يترتب على الاخلال به شيء ، ويجب المسمى ، لأن الزواج عند الحنفية لايدخله خيار رؤية ولا شرط ولا عيب • كأن يتزوجها مثلا على مائتين هو مهر مثلها ويشترط أن تكون متخرجة فى معهد التدبير المنزلى ثم يتبين خلاف ذلك

أقل المهر وأكثره : بينا فيما سبق مايصلح أن يكون مهرا ، وما لايصلح، والآن نشرع فى بيان مقدار المهر ، وهل حدد الشارع له مقدارا ؟ واليكم البيان : —

أما أكثره فلا حد له باتفاق الفقهاء ، لانه لم يرد نص بتحديد نهايته الكبرى ولا تحديد الا بنص ، ولذا روى أن عمر رضى الله عنه قال فى خطبة له : لاتغالوا فى مهور النساء ، فقالت له امرأة : ليس ذلك اليك ياعمر، فقال : ولم ؟ قالت : لان الله تعالى يقول : وان أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم احداهن قنطارا ، فلا تأخذوا منه شيئا » فقال عمر : اللهم عفوا كل الناس أفقه من عمر ، ثم رجع الى المنبر فقال : انى كنت نهيتكم أن تزيدوا فى صدقات النساء على أربعمائة درهم ، فمن شاء أن يعطى من ماله ما أحب ، والآية الكريمة وان كان فيها اشارة الى أن المهر لانهاية لأكثره ، الا أن المأثور عن النبى (ص) ، النهى عن المغالاة فى المهور ، فقد أثر عن النبى (ص) أنه قال : ان أعظم النكاح بركة أيسره مئونة ، وأثر عنه أيضا أنه قال : ان من يمن المرأة تيسير خطبتها وتيسير صداقها ، ولا جدال فى أن المغالاة فى المهور تسد على الراغبين فى الزواج رغبتهم ، ولعل عمر انما اعترف بالخطأ لأنه أراد أن يلزم الناس الوقوف عند حد محدود فى المهر ، أى أنه أراد أن يجعل ذلك قانونا عاما للدولة يلتزم به أفرادها ، ولو أنه أراد أن يرشدهم الى ماهو أحب من غير الزام ما رجع •

وأما أقله فقد اختلف فيه على أقوال كثيرة : (١) فمن سعيد بن جبير أقله خمسون درهما (٢) وعن ابراهيم النخعى أقله أربعون درهما (٣) وعن ابن شبرمه أقله خمسة دراهم (٤) وعن مالك أقله ربع دينار ، وكلها تقديرات

بنيت على وقائع حصلت فى زمن النبوة ، وليس فيهـا مايدل على أن المهر هو هـذا المقدار دون سواه . (٥) ورأى الحنفيـة المعمول به فى مصر والسودان ان أقله عشرة دراهم ، وحجتهم فى ذلك ماروى عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر أنهم قالوا : لايكون مهر أقل من عشرة دراهم . (فتح القدير حـ ٢ ص ٤٣٦) وما كان لهؤلاء الصحابة أن يحددوا قدرا معينـا للمهر الا اذا كانوا قد سمعوا هذا التحديد من حضرة النبى (ص) ، فيكون ذلك فى مرتبة الحديث المسند الى الرسول عليـه السلام ، ولكن صاحب الفتح يضعف هذا المأثور عن الصحابة المذكورين ، لأن فى سنده من ضعفه ابن حبان ، وقد ذكر الحنفيـة خبرا آخر نسبوه الى النبى (ص) ، وهو ماروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم قال : (الا لايزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم) وفى رواية هذا الخبر كلام ، ولأن المهر وجب بالشرع اظهارا لشرف العقد فيتقدر بما له خطر ، وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ، ثم أن الحنفية يحملون كل ما أفاد ظـاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل ، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول .

(٦) وعن عمر وابن عباس والحسن البصرى وربيعة والأوزاعى والثورى واسحق وأحمد والشافعى ان أقله مايصلح ثمنا وأجرة ولهم على ذلك أدلة من النقل والعقل ، فمن المنقول قوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فقد ذكر المهور بلفظ الأموال من غير قيد ، فتناولت القليل والكثير ، ومن الأحاديث الكثيرة المصرحة بجواز النكاح بما ذكر ، كالذى روى عن جابر انه (ص) قال : « لو أن رجلا أعطى صداقا ملء يديه طعاما كانت له حلالا » وحديث : « التمس ولو خاتما من حديد » . وحديث الترمذى وابن ماجه أنه (ص) أجاز نكاح امرأة على نعلين ، ولذلك قال الـكمال بن الهمام (ص ٤٣٦ حـ ٢ والحق أن وجود ما ينفى بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة فى السنة كثير) .

ومن المعقول أن عقد الزواج من عقود المعاوضات ، وشأنها فى الشريعة،

ان يوكل أمر البدل فيها الى تقدير المتعاقدين ورضاهما ، وذلك ملائم لما ورد فى الكتاب والسنة الصحيحة فلاوجه للعدول عنه (راجع ٤١٠ حـ٢من أعلام الموقعين وراجع ٣٠٩ــ٣١٥ حـ ٦ من نيل الأوطار للشوكانى) .

وعلى ماعليه العمل من أن أقل المهر عشرة «١» دراهم أو ما قيمتهعشرة دراهم ، فان قيمة مايدفع مهرا اذا كان عرضا أو مكيلا أو موزونا أو حيوانا تعتبر «٢» يوم العقد لاوقت التسليم لأن ما جعل مهرا لم يتغير فى نفسه ، وانما تغيرت رغبات الناس فيه ، فلو كانت قيمة الثوب الذى جعل مهرا يوم العقد عشرة دراهم ، وقيمته يوم القبض ثمانية ، فليس لها الا هذا الثوب ، ولو كانت قيمته يوم العقد ثمانية وقيمته يوم القبض عشرة كان لها الثوب ودرهمان . أما لو تزوجها على ثوب قيمته عشرة عند القبض فقبضته وقيمته عشرون ثم طلقها قبل الدخول فان كان الثوب هالكا أو مستهلكا ردت عشرة ، لأنه انما دخل فى ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض ، وان كان قائما تعتبر قيمته يوم الطلاق لا يوم القبض وليس له أخذه منها ليعطيها نصف قيمته بل يبقى مشتركا اذا كان يتعيب بالقسمة ، ولو أرادت أن تعطيه نصف قيمته ، فالظاهر أنه يجبر على القبول أما انكان مكيلا أو موزونا فانه يأخذ نصفه لأن المثليات لاتتعيب بالقسمة «٣» .

وكما يصح أن يكون المهر نقدا أو عرضا ، يصح أن يكون دينا فىذمتها أو ذمة غيرها ، كأن يتزوجها على عشرة له على زيد فانه يصح وتأخذها من أيهما شاءت ، فان اتبعت المديون أجبر الزوج على أن يوكلها بالقبض منه لئلا يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين .

الحقوق المتعلقة بالمهر : يتعلق به فى ابتداء العقد ثلاثة حقوق :

(١) حق الله تعالى : وهو وجوبه أثرا لعقد الزواج ، بحيث لايقل عن

(١) تقدر العشرة دراهم بالعملة المصرية فى غير أوقات التضخم المالى بخمسة وعشرين قرشا .

(٢) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٠٦ .

(٣) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٠٧ .

عشرة دراهم ، فلو رضيت بما دون العشرة لزمت العشرة لأن حق الشرع لايسقط باسقاطها لعدم ولايتها عليه ، ولهـذا لايملك العاقدان أن يجعلا الزواج من غير مهر ولا بمهر أقل من عشرة دراهم عند الحنفية ، فمتى وقع العقد صحيحا انعقد موجبا للمهر سواء أسمى المهر تسمية صحيحة أم غير صحيحة أم نفى أم سكت عنه ، لأن عقد الزواج عقد ازدواج وانضمام يقصد به التمتع والتناسل ، فليس المهر جزءا منه ولا غرضا من أغراضه ، بل هو حكم من أحكامه ولا يشترط فى العقود ذكر أحكامها فيها .

وقال زفر اذا سمى لها أقل من عشرة دراهم كان لهـا مهر المثل ، لأن تسمية ما لايصلح مهرا كانعدامها كما فى تسمية الخمر والخنزير ، وقد رد أصحابنا على زفر بأن فساد هذه التسمية لحق الشرع ، وقد صار مفضيا بالعشرة أما باعتبـار أن العشرة فى كونهـا صداقا لاتتجزأ ، وذكر بعض ما لايتجزأ كذكر كله ، كما لو أضاف النكاح الى نصفها صح فى جميعها ، وأما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة «(١)» أسقطت حقها وحق الشرع . فما كان حقها سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلا يسقط لعدم الولاية عليه .

(٢) حق الاولياء : لايكون أقل من مهر المثـل ، فاذا زوجت البالغـة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل ، كان لوليها العاصب عند أبى حنيفة أن يعترض حتى يبلغ مهر المثل ، أو يفسخ العقد ، لأن الأولياء يعيرون اذا كان المهر دون مهر مثلها ، ولأن رضاها يسقط حقها دون حقه ، وقال أبو يوسف ليس للولى الاعتراض ، لأن ذلك ليس موضع عار لازم ، ولأن لها الاسقاط مهما تكن التسمية فلا جدوى فى الاعتراض ورفعه الى مهر المثل ثم اسقاطه بعد ذلك .

(٣) حق الزوجة : وهو كونه ملكا لها وألا يكون أقل من مهر مثلهـا الا برضاها ، فان زوجها الولى وكانت بالغة عاقلة بأقل من مهر مثلها كان لها أن تعترض ، لأن رضاها يسقط حقها دون حقه .

---

(١) فتح وعناية حـ ٢ ص ٤٣٧ .

أما فاقدة الأهلية فان كان مزوجها أصلا أو فرعا غير معروف بسوء الاختيار مجانة وفسقا سقط اعتبار مهر المثل ، لأن الراجح حينئذ أنه لايزوجها بأقل من مهر المثل الا اذا كانت هناك مصلحة راجحة من كمال خلق وحسن عشرة وسعة نفقة وغيرها ، واذا كان المزوج أصلا وفرعا معروفا بسوء الاختيار أو غير أصل وفرع كان الزواج فاسدا .

تعجيل المهر وتأجيله : الحنفية يعتبرون المهر كغيره من الحقوق المالية ، يصح تعجيله كله وتأجيله كله ، وتعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر الى أجل قريب أو بعيد ، أو الى أقرب الأجلين الطلاق أو الموت لجريان العرف بذلك ، لأن الأجل وان كان مجهولا هنا الا أن العرف جرى بتأجيل المؤجل الى أحد هذين الأجلين ، والعرف والشرع له اعتبار ، ثم اذا كان بعضه مؤجلا الى الطلاق أو الموت ، وبعضه منجما ، فاذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم ، فتأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبله . أما اذا كان الأجل بغير هذين ، وكان مجهولا جهالة فاحشة كالى الميسرة أو الى أن تمطر السماء ، فالأجل لايثبت ويجب المهر حالا . ويصح جعله أقساطا متساوية أو متفاوتة تؤدى فى مواعيد معينة ، فاذا كان هناك اتفاق على شىء من ذلك عمل به ، وان كان العرف على خلافه لأن الصريح يفوق الدلالة ، وان سمى المهر ولم يذكر شىء خاص بتأجيله أو تعجيله يتبع عرف البلد الذى جرى فيه «(١)» العقد ، لأن الثابت عرفا كالثابت شرطا ، فاذا جرى العرف بتقديم الكل وجب أن يقدم ، وان جرى العرف على تقديم النصف وجب تقديمه ، وان كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه قبل الدخول ، بحيث أنه يحق للزوجة أن تمنع نفسها من الزوج حتى يدفع ما اتفق على تعجيله أو ما تعورف تعجيله والمعروف فى بعض البلاد المصرية تقديم الثلثين ، وبعضها تقدم النصف ، ثم يقول ابن عابدين « ان لها المنع أيضا للمشروط عادة ، كالخف والمكعب وياج اللفافة ودراهم السكر » كما هو عادة البلاد السودانية وبلاد حضرموت . واذا لم يكن هناك عرف بالتأجيل ، أو

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٤ .

بالتعجيل ، فان المهر يستحق حالا ، لأن الأصل ان المهر يجب بتمام العقد ، لأنه حكم من أحكامه وأحكام العقد لاتتراخى عنه فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ولكنه يؤخر بالشرط فما لم يشترط يبقى الأصل «١» .

وجاء فى أعلام الموقعين حـ ٣ ص ٧٠ أن الزوجين اذا اتفقا على تأخير المطالبة بالمهر ولم يسميا أجلا ، بأن قال الزوج مائة مقدمة ومائة مؤخرة ، فان المؤخر لايستحق المطالبة به الا بموت أو فرقة . هذا هو الصحيح وهو منصوص أحمد ، وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية ، وهو قول النخعى والشعبى والليث بن سعد ، وقال الشافعى تفسد التسمية ويجب مهر المثل لجهالة العوض بجهالة أجله فترجع الى مهر المثل ، وأما مذهب مالك فقال عبد الملك كان مالك وأصحابه يكرهون أن يكون شىء من المهر مؤخرا ، وكان يقول ان الصداق فيما مضى ناجز كله ، فان وقع شىء منه مؤخرا فلا أحب أن يطول الأجل فى ذلك ، ثم روى روايات كثيرة عن أصحاب مالك فى المهر المؤجل ، فليرجع اليه من أراد الوقوف على آرائهم .

الزيادة فى المهر والحط منه «٢» : بعد تمام العقد والاتفاق على المهر يجوز للزوج الرشيد أن يزيد على المهر المتفق عليه ، بأن يقول لها جعلت مهرك مائة بدلا من ثمانين ، وتلزمه هذه الزيادة وتلحق بالمهر المسمى فى العقد فى أكثر الأحكام بشروط ثلاثة :ـ

(١) أن تقبلها الزوجة أو وليها فى المجلس ، لأنها هبة فلا بد لها من القبول ولا يدخل فى ملك الانسان شىء جبرا عنه . (٢) أن تكون الزيادة معلومة المقدار لأن العقد على مجهول لايصح وهذه الزيادة هى محل العقد فلابد من العلم بها . (٣) أن تكون الزوجية قائمة ، لأن هذه الزيادة تلتحق بأصل العقد فلابد من استمراره ، لكى تلتحق بأصله (وتعتبر الزوجيةقائمة فى الطلاق الرجعى) وكما يجوز للزوج الرشيد أن يزيد فى المهر يجوز لولى

---

(١) أعلام الموقعين حـ ٣ ص ٧٠ .
(٢) فتح القدير حـ ٢ ص ٤٤٣ .

الصغير اذا كان أبا أو جدا أن يزيد فى مهر القاصر وتلزمه هـذه الزيادة بالشروط السابقة ، وانما أجزنا للأب والجد الزيادة فى مهر القاصر ، لأن لهما عند الامام أن يعقدا بأكثر من مهر المثل ، فلهما أن يزيدا بعد التسمية ، ولأنهما لايقدمان على مثل هذا العمل مع وفور شفقتهما ورعايتهما لمصلحة الصغير الا اذا كانت هناك مصلحة تدعو اليه ، ولأن العرف جرى على أن تهدى الهدايا من قبل الزوج وأوليائه للزوجة ، وان تلك الزيادة من قبيل الهدايا فتجوز كما تجوز الهدايا .

ويلاحظ أن الزيادة من الزوج اذا حدثت فى مرض الموت كانت وصية ولا تعتبر من المهر ، فتطبق عليها أحكام الوصية القائمة فتنفذ ان كان قانون الوصية ينفذها (وقانون الوصية المصرى ينفذها وان كانت لوارث مادامت لاتزيد على ثلث التركة ، وكذلك ينفذها المنشور الشرعى السودانى رقم ٥٣ الصادر سنة ١٩٤٥) .

أما الحط من المهر فيكون من الزوجة أو من أوليائها ، وقد عرفنا فيما سبق أن المهر بعد تمام العقد يصبح حقا خالصا للمرأة فلها فى أثناء قيام الزوجية اذا كانت رشيدة بأن تكون بالغة عاقلة وغير محجور عليها لسفه أو غفلة أن تحط عن زوجها كل المهر أو بعضه ، لأن حطها من المهر تبرع على وجه الاسقاط ، والتبرع لايجوز الا من رشيد .

والحط يكون : (١) بالابراء اذا كان المهر دينا ، لأن الديون تجب متعلقة بالذمة لعدم تعينها بالتعيين فالتنازل عنها يكون بالابراء وحينئذ يشترط ألا يرد الزوج ذلك ، لأن الابراء ينعقد عند الحنفية بارادة واحدة ولكنه يرتد بالرد ، لأن من الناس من لايتحمل منة الابراء من دين عليه .

(٢) بالهبة اذا كان المهر معينا لأن الأموال المعينة تتعلق الحقوق بذواتها، وعلى من هى فى يده التسليم ، فاذا أريد تركها أو ترك بعض الحق فيها، فان ذلك يكون بهبتها لا بالابراء منها ، وعلى ذلك يصح للزوجة اذا كان مهرها معينا أن تهبه أو تهب بعضه لزوجها ، ولابد حينئذ من القبول ، ولا يكتفى بعدم

الرد ولا يسقط الحق بالابراء أو الاسقاط ، فلو أبرأته فى هذه الحالة لم يسقط ، بل يصبح أمانة عنده تأخذها متى شاءت ويسقط عنه الضمان اذا هلك لأن الابراء ليس صريحا فى تمليك الأعيان فيحمل على نفى الضمان (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٢٢) .

قال ابن عابدين ومعنى عدم صحة الحط فى الأعيان أن لها أن تأخذ المهر منه اذا كان عينا مادام قائما ، فلو هلك فى يده سقط المهر عنه لما فى البزازية ابرأتك عن هذا العبد يبقى العبد وديعة عنده ا هـ . نهر . وسواء أكان ترك بعض المهر بالهبة أم بالابراء ، فانه يجب أن يتوافر الرضا بذلك توافرا كاملا ومتى تم نقص المهر بالهبة أو الابراء فان المهر يعتبر هو الباقى عند الصاحبين .

هذا ولا يجوز لولى القاصرة أن يحط من مهرها ولو كان أبا أو جدا ، لأن العرف لم يجر على ذلك اذ تعير به الزوجة وأسرتها ، ولم يعرف أن الزوجة أو أولياءها يقدمون هدايا للزوج ، ولذلك لم يكن ثمت مبرر للحط منهم ، نعم أجاز أبو حنيفة أن يزوج الأب والجد موليته بأقل من مهر المثل لمصلحة قد تربو على التمسك بمهر المثل ، ولكن ذلك عند انشاء العقد ، وبعد تمامه يقف العرف مانعا من ذلك ، فاذا وجد مسوغ عند الانشاء فقد وجد مانع بعده .

أنواع المهور الواجبة للزوجة : المهر الواجب للزوجة فى العقد الصحيح يختلف باختلاف الأحوال ، فقد يكون الواجب لها أقل المهر ، وقد يكون الواجب المهر المسمى فى العقد ، وقد يكون الواجب مهر المثل . فمتى يجب أقل المهر ؟ تقدم فى الكلام على أقل المهر ان الحنفية يرون أن أقل مقدار يصح تسميته مهرا عشرة دراهم ، أو ما قيمته عشرة دراهم . فاذا سمى الزوج مهرا تسمية صحيحة أقل من عشرة دراهم فى زواج صحيح ، وجبت تكملته الى عشرة ، ذلك لأن التسمية فى ذاتها صحيحة ، لأن المسمى مال معلوم ، ولكنها أقل مما حدده الشرع فترفع الى الحد الذى قرره ، اذ المهر الى عشرة دراهم حق الشرع ، وهى وأولياؤها لا يملكون اسقاط حق الشرع

اذ لاولاية لهم عليه ، ومازاد الى مهر المثل فهو حق الزوجة وأوليائها لهم اسقاطه ، وأيضا فان العشرة لاتتجزأ حقا للشرع ، وذكر بعض ما لايتجزأ كذكر كله ، كالطلاق والعفو عن القصاص واسقاط الشفعة ، فان هذه كلها حقوق لاتقبل التجزئة ، فمن طلق امرأته نصف تطليقة وقعت تطليقه ، واذا عفا بعض الأولياء عن القصاص ثبت العفو كاملا .

وقال زفر اذا سمى أقل من عشرة دراهم كان لها مهر مثلها ، لأن تسمية ما لايصلح مهرا شرعا كعدم التسمية ، وعند عدم التسمية يجب مهر المثل ، وقد ردوا على زفر ، بأن فساد التسمية كان لحق الشرع ، وقد قضى الشرع بالعشرة فلا معنى للزيادة ، وقياسها على عدم التسمية غير صحيح ، لأنها لما رضيت بما هو أقل من العشرة ، كانت راضية بالعشرة التى قررها الشارع من باب أولى ، أما عند عدم التسمية أو اذا سمى ماليس بمال ، فلا يكون عدم التسمية دليلا على رضاها بالعشرة ، فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل .

وبناء على ماتقدم اذا طلقت من سمى لها أقل من عشرة قبل الدخول ، فانه بالطلاق قبل الدخول يتنصف المهر الواجب فيجب لها خمسة عند أئمتنا ، وعند زفر تجب لها المتعة اذا سمى أقل من عشرة دراهم وحصل فراق قبل الدخول .

ومتى يجب مهر المثل : يجب مهر المثل أولا اذا لم يُسَمَّ فى العقد مهر أصلا ، كأن يقول زوجينى نفسك فتقول قبلت ، أو نفى التسمية بأن قال زوجينى نفسك على ألا مهر لك وقبلت . والشافعى يخالفنا فى هذه الصورة فيقول لايجب لها شىء ، لأن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ، ولنا أن المهر حق الشرع من حيث الوجوب ، وانما يصير حقها فى حالة البقاء فتملك الابراء دون النفى ، فبنفيها للمهر تصرفت فيما لاتملكه . ثانيا : أو سمى ولكن التسمية فاسدة ، فالمهر الواجب فى هذه الحالات هو

مهر المثل اذا دخل بها أو مات عنها أو ماتت ، أما ان طلقها قبل الدخول ، فلايتنصف مهر المثل بل يجب لها المتعة ، وانما وجب مهر المثل فى الأحوال المتقدمة ، لأن المهر ليس ركنا من أركان العقد ولا شرطا من شروطه فالسكوت عن ذكره أو النص على نفيه لا أثر له فى انعقاد الزواج ولا فى صحته ، وانما هو أثر من آثار العقد يترتب عليه ولا ينتفى بانتفائه ، ولما كان الموجب الأصلى هو مهر المثل ، والمسمى يقوم مقامه فاذا لم يسميا مهرا أو نفياه أو سميا ما لاتصح تسميته شرعا ، وجب الرجوع الى الموجب الأصلى وهو مهر المثل .

ويندرج تحت عدم التسمية أمران :

(١) زواج الشغار وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتى على أن تزوجنى بنتك وتكون كل منهما مهرا للأخرى ، فان قبل الثانى على هذا الشرط كأن هذا زواج شغار ، وهو صحيح ، ولكن يجب لكل من البنتين مهر مثلها على زوجها ، لأنهما سميا ما لايصلح تسميته مهرا ، اذ المسمى ليس بمال فوجب مهر المثل ، وقال الشافعى والامام أحمد : يفسد الزواج بهذا الشرط لنهى النبى (ص) عنه ، حيث قال (لاشغار فى الاسلام) والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، وحجة الحنفية ، أن الزواج لايبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا شرط فيه فلا يفسد بل يفسد الشرط ، ألا ترى أنه لايفسد بتسمية ماليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية ، والنهى الوارد فيه انما كان من أجل اخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شىء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم فى الجاهلية ونحن لانخليه من المهر بل نوجب مهر المثل فكان صحيحا .

(٢) المفوضة وهى التى تتزوج بلا مهر مسمى وتسكت عن ذكر المهر ، وبسكوتها تعتبر كأنها راضية بتفويض أمر تقديره الى زوجها ، فلها بعد العقد وقبل الدخول أن تطالبه بفرض مهر لها فان تراضيا على مهر وجب ، وان لم يتراضيا رفعت أمرها الى القضاء ليأمره بالفرض ، فان لم يفعل قضى

لها بمهر مثلها ، فاذا سكتت عن المطالبة بفرض حتى دخل بها أو مات عنها وجب لها مهر مثلها لأنه الموجب الأصلى للعقد فى هذه الحالة وقد تقرر وجوبه وتأكد بالدخول أو الموت ، وتكون التسمية فاسدة فى الأحوال الآتية : ـ

(أ) اذا سمى ماليس بمال كحبة من شعير أو قطرة من ماء . (ب) اذا سمى مالا غير متقوم كالخمر والخنزير فى حق المسلم ، حتى ولو كانت الزوجة ذمية لأنه لايمكن ايجاب الخمر على المسلم لأنها ليست بمال فى حقه (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥١٨) . (حـ) اذا سمى مالا متقوما ولكنه مجهول جهالة فاحشة وهى جهالة الجنس كما بينا (ء) اذا جعل مهرها تعليم القرآن لأن ذلك طاعة من الطاعات ، وهى لايجوز أخذ الأجرة عليها ، لأنها من أعمال الدين التى يتقرب بها الى الله ، وقد أفتى متأخرو الحنفية بصحة جعله مهرا بناء على جواز أخذ الأجرة على تعليمه ، وبهذا وافق متأخرو الحنفية الشافعى ، حيث يعتبر هذه التسمية ، ويوجب عليه أن يعلمها القدر المتفق عليه بينهما ، لأن مايصلح أخذ العوض فى مقابلته بالشرط يصح تسميته مهرا ، وهنا يصح أخذ الأجرة فى مقابل تعليم القرآن فيصح تسميته مهرا .

مهر المثل : «(١)» انما يجب بالنظر الى من يساويها من قوم أبيها فى الأمور التى ذكرناها سابقا فاذا تزوجت بلا مهر وطلبت من الزوج أن يفرض لها مهر مثلها فامتنع ، ورافعته الى القاضى وأتت بشاهدين شهدا بأن فلانة من قوم أبيها تساويها فى الصفات المذكورة وأنها تزوجت بكذا ، يحكم لها القاضى بمثل مهر فلانة المذكورة بلا زيادة ولا نقص ، فان لم يوجد على ذلك شهود وعدول فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه منكر للزيادة التى تدعيها المرأة ، أما عند عدم المماثل ، فينظر فيه القاضى نظر تأمل واجتهاد فيحكم به بدون شهود أو اقرار من الزوج ، وهذا كله اذا لم يتفق الزوجان

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٤٩ .

على تقديره ، فان اتفقا على تقديره فلا حاجة الى الاثبات ، الا اذا ادعى الولى العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح • فيلزمه أن يقيم البينة على ما يدعيه ان كانت عنده بينة ، وأيهما أقام بينة على مايدعيه عند اختلافهما ثبت مدعاه • وان ادعى الزوجان كلاهما أن مهر المثل قدر معين وله بينة يريد الاثبات بها تقدم بينة الزوجة ، ولاتسمع بينة الزوج ، لأن الزوجة فى العادة تدعى أكثر مما يدعيه الزوج ، وبينة الزيادة مقدمة على غيرها ، وان لم يقم أحدهما بينة على مدعاه فالقول قول الزوج بيمينه•

متى يجب المسمى ؟: اذا كانت التسمية صحيحة والعقد صحيحا وجب المسمى بالغا ما بلغ •

أما وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل فذلك انما يجب اذا كان العقد فاسدا ودخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، فانه فى هذه الحالة يجب لها الأقل من المسمى ومهر المثل اذا كانت التسمية صحيحة ، فان سمى مائة ومهر مثلها مائتان وجبت المائة لأنها رضيت بها ، واذا كان المسمى مائة ومهر مثلها ثمانون فالواجب لها ثمانون ، لأن مازاد على مهر المثل انما يجب بالعقد الصحيح ، ولا يصلح العقد الفاسد سببا لوجوبه • وقال زفر يجب مهر المثل بالغا مابلغ ، لأن العقد مادام فاسدا لايترتب عليه بذاته شيء ، فتكون التسمية أيضا فاسدة فلا يلتفت اليها اذ تكون لغوا بحكم ابطال الشارع للعقد ، ولأن النكاح الفاسد اذا حصل به دخول كان كالبيع اذا حصل به قبض ففى هذه الحالة تجب القيمة ولا يجب الثمن المذكور ، فكذلك هنا يجب مهر المثل ولا يجب المهر المسمى ولايلتفت اليه، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل لكان المسمى واجبا فى بعض الأحوال ، وكان ذلك اعترافا من الشارع بالعقد الفاسد (وهو كلام وجيه فى نظرنا) •

ما يجب به المهر : يختلف مناط الوجوب باختلاف العقد •

فاما فى الزواج غير الصحيح فمناط الوجوب الدخول الحقيقى فقبله لايجب شيء ، وبه يجب المهر وجوبا مؤكدا لايحتمل السقوط الا بالاداء

أو الابراء ، ومثله فى ذلك الدخول بشبهه • وأما فى الزواج الصحيح فمناط الوجوب العقد ، فاذا تم العقد وجب المهر ، غير أنه يجب محتملا للسقوط كلا بردتها أو فعلها بأحد أصوله أو فروعه مايوجب حرمة المصاهرة قبل الدخول ، أو بعضا كما اذا حصلت الفرقة من قبله قبل الدخول — حتى يوجد ما يؤكده ، فاذا وجد المؤكد أصبح غير قابل للسقوط فى بعضه أو كله بأى حادث يعرض • وان كانت الفرقة من قبلها لأن البدل بعد تأكده لايحتمل السقوط الا بالأبراء كالثمن اذا تأكد بقبض المبيع •

ومؤكدات المهر فى العقد الصحيح واحد من أمور ثلاثة :

(١) الدخول بالزوجة دخولا حقيقيا : وهو يؤكد المهر سواء أكان المهر مسمى فى العقد ، أم فرض بعده ، أم لم يفرض مهر وحصل دخول حقيقى فانه يجب مهر المثل •

ووجه تأكده بالدخول (ا) أن المسقطات الواردة فى القرآن والحديث والقياس قيدت بحصولها قبل الدخول فمتى حصل دخول فقد أصبح تحقق المسقط غير ممكن •

(ب) ولأن الزوج قد استوفى حقه بالمتعة واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل كما فى الاجارة ، فيتقرر وجوب المهر كاملا سواء أكان مسمى أم مهر مثل حتى لايسقط شىء منه بعد ذلك الا بالأداء أو الابراء من صاحب الحق •

ولو أزال بكارتها بغير الآلة المعدة لذلك ، بأن أزالها بأصبعه بحضرة الناس كما هو المعتاد ، أو دفعها دفعا شديدا فزالت بكارتها ، أو رماها بحجر فزالت بكارتها ، ثم طلقها قبل الدخول فلا يلزمه سوى نصف المهر ، أما ازالة البكارة من أجنبى غير الزوج فانها توجب مهر المثل على المزيل سواء أكانت بدفع أم برمى حجر ، وذلك لاينافى وجوب نصف المسمى على الزوج بطلاقها قبل الدخول لاختلاف السبب ، فان سبب ايجاب المهر كاملا على الدافع الجناية وسبب ايجاب النصف على الزوج الطلاق ، ولو

كان ماوجب على الزوج منقصا للجنـاية حتى أوجب النصف على الجانى للزم ألا يجب على الجانى شيء اذا طلقها الزوج بعـد الخلوة الصحيحة لوجوب المهر كاملا على الزوج • (حـ ٢ ص ٥١٢ ابن عابدين)

ويؤخذ من هذا أن ايجاب مهر المثل على الأجنبى الذى أزال البكارة بدفع أو نحوه أشبه مايكون بتعويض يعطى المجنى عليها فى نظير تعييبه لها وجنايته عليها جناية تنقص من قدرها فى نظر الراغبين فيها •

(٢) الموت : فموت أحد الزوجين ولو بفعله مؤكد لوجوب المهر وان لم يسم ، وذلك لأن المهر كان واجبا بنفس العقد وجوبا محتملا للسقوط كلا أو بعضا ، فاذا حصل الموت استحال وقوع ما يسقطه فتقرر الوجوب ، ولأنه بالموت ينتهى عقـد الزواج ، والشيء باتنهائه تتقرر جميع أحكامه الممكنة ومنها المهر ، ولأن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار دينا عليه ، والموت لم يعرف مسقطـا للديون فى أصل الشرع فلا يسقط شيء منـه كسائر الديون •

ولهذا اتفق الفقهـاء على أن الموت الطبيعى لأحدهما أو بقتل أجنبى لواحد منهما ، أو بقتل الزوج نفسـه يقرر المهر ويؤكده ، وكذلك يتأكد المهر عنـد الحنفية لو قتلت الزوجة نفسها ، أو قتلت الزوجة زوجها قبل الدخول ، وخالفهم زفر فقال اذا قتلت نفسها يسقط مهرها ، لأن قتلهـا نفسها جناية وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها فيسقط حقها فى المهر ما لم يكن مؤكدا بالدخول من قبل ، ولأن قتلها نفسها يشبه ارتدادها وهى اذا ارتدت لاتستحق مهرا قبل الدخول ـ كما خالف الحنفيـة فيما اذا قتلت الزوجة زوجها قبل الدخول موافقا فيما ذهب اليه الأئمة الثلاثة ، وهى أنها لاتستحق مهرا قبل زوجها الذى قتلته ، لأن قتلها زوجها جناية وماعهدت الجنايات مؤكدة للحقوق ، ولأن قتلهـا يحرمها الميراث فأولى أن يحرمها المهر ، وهى بهذه الجناية قد أنهت الزواج بمعصية وانهاء الزواج بمعصية يسقط المهر كله ان كان ذلك قبل الدخول •

ورأى زفر فى نظرنا هاتين المسألتين أوجه من رأى أئمتنا ، وان كان رأى أئمتنا هو المعمول به لأنها بقتلها نفسها أو قتلها زوجها قد جنت على حق الزوج ، وليس من المعقول أن يترتب على هذه الجناية حق لها فيمن جنت على حقه .

(٣) **الخلوة الصحيحة** «[1]» : من مؤكدات المهر الخلوة الصحيحة ، وهى أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح فى مكان واحد آمنين من اطلاع أحد عليهما بغير اذنهما ، وليس هناك مانع يمنع الزوج من التمتع الكامل بزوجته ، فان لم تتوافر هذه الشروط بأن كان الزواج فاسدا . أو اختليا فى مكان لايأمنان دخول ثالث عليهما ، بأن يوجدا فى مكان ليس له باب كمسجد وطريق ، لأن المسجد مجمع الناس فلا يأمن الدخول عليه ساعة فساعة، ولأن الوطء فيه حرام، ولأن الطريق ممر الناس عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء ، وحمام بابه مفتوح وسطح ليس على جوانبه ستر ، وكذا اذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام انسان لاطلع عليهما ، أو اختليا وكان بهما أو باحدهما مانع حقيقى كان تكون الزوجة صغيرة لاتطيق الوطء أو مريضة مرضا يحول دون التمتع بها أو بها عيب يمنع التمتع ، أو يكون بالزوج مايمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيرا أو مريضا مرضا يمنع الوطء ، أو يلحقه به ضرر ، أو مانع طبيعى كوجود ثالث معهما ، لأن الطبع يمنع الدخول مع وجوده ، وسواء أكان الثالث متيقظا أو نائما بصيرا أم أعمى بالغا أم صبيا يعقل ، لأن النائم يستيقظ ويتناوم والأعمى يحس ، أما اذا كان صغيرا لايعقل ، وهو من لايستطيع التعبير عما يكون بينهما ، فان وجوده لايمنع صحة الخلوة ، وزوجته الأخرى تمنع صحة الخلوة ، أو مانع شرعى كحيض ونفاس وصوم فرض ، فاذا وجدت هذه الموانع فلا تكون الخلوة صحيحة ، وفى بعض ما ذكرناه كلام يرجع اليه من أراد (فى ابن عابدين) وفيه الى جانب ذلك تفصيلات كثيرة فمن أراد الوقوف عليها فليرجع اليها فقد وفاها حقها من البحث .

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٢٢ .

وانما كانت الخلوة الصحيحة مؤكدة لوجوب المهر ، لأن الزوجة قد مكنت زوجها من نفسها ولم يوجد مايمنعه من استيفاء حقه والاستمتاع بها ، فاذا كان الزوج لم يستوف حقه فلايمنع ذلك من تقرر حقها فى مهرها كاملا ، لأن تقصير الزوج فى استيفاء حقه لاتؤاخذ هى به وقد فعلت ما فى وسعها ، فكأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع فيتأكد حقها فى البدل ، اعتبارا بالبيع والاجارة ، فان الموجب فيها تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة وقد قال الله تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض» فأوجب المهر كاملا بعد الافضاء ، ونهى عن أخذ شىء منه ، والحنفية يفسرون الافضاء بالاختلاء بها .

أما مالك فقد توسط بين الحنفية والشافعية فيرى أن من مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة الى منزل الزوجية ، وتقيم فيه سنة بلا دخول حقيقى ، لأنها باقامتها سنة فى منزله وخلوته بها من وقت لآخر قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها فحق لها المهر كاملا غير منقوص (ص ٣ حـ ٥ المدونه) .

أما أحمد بن حنبل ، فيرى مثل مايرى الحنفية فى مؤكدات المهر ويزيد عليها مؤكدا آخر وهو ما يعد من مقدمات الجماع ، كالتقبيل واللمس بشهوة ولو حصل فى غير خلوة بل لو حصل فى حضرة الناس ، لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج فيتأكد بها المهر . ومما تقدم يتبين أن الحنفية يسمون الخلوة الصحيحة دخولا حكميا ، وهى كالدخول الحقيقى:

(١) فى تأكيد وجوب المهر بتمامه فلا يسقط شىء منه بعدها الا بالأداء أو الابراء .

(٣) وفى ايجاب العدة بعد الفرقة اذا كان النكاح صحيحا ، واذا خلا بها فى النكاح الموقوف على اذن الزوج ، قال بعضهم يكون اجازة ، لأن الخلوة بالأجنبية حرام ، وقال بعضهم نفس الخلوة لاتكون اجازة .

(٣) فى الآثار المترتبة على العدة :

(أ) من وجوب النفقة بأنواعها الثلاث من طعام ومسكن وكسوة .

(ب) وحرمة الجمع بينها وبين محرم لها كعمتها وخالتها وأختها .

(حـ) ومن حرمة تزوج أربع سواها مادامت فى العدة ، لأن الجمع بين أكثر من أربع كما هو محرم فى النكاح محرم فى العدة .

وتخالف الخلوة الصحيحة (١) الدخول الحقيقى فيما يأتى :

(١) فى الأحصان ، فبها لايصير الشخص محصنا حتى اذا زنى بعدها جلد لفقد شرط الاحصان وهو الوطء ، والخلوة لاتقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا ، لأن الحدود تسقطها الشبهات فأولى الا تثبت بالاشتباه فى تحقق شرطها .

(٢) فى أنها لاتحرم بها بنت الزوجة فلم يقيموا الخلوة مقام الوطء فى ذلك ، فلو خلا بزوجته بدون وطء ولا مس بشهوة لم تحرم عليه بناتها اذا طلقها بعد الخلوة .

(٣) وفى أنها لاتحل مطلقة الثلاث للزوج الأول ، لأن نصوص الشارع صريحة فى اشتراط الدخول من الزوج الثانى ولم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقى فى هذا .

(٤) فى الرجعة أى لايصير الشخص مراجعا زوجته بالخلوة ، وأيضا فالطلاق بعد الدخول الحقيقى رجعى وبعد الخلوة الصحيحة بائن .

(٥) وفى الميراث فلو طلقت بعد الدخول الحقيقى طلاقا رجعيا ، ثم مات وهى فى العدة ترثه ، لأن طلاقها رجعى ، ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العدة لم ترثه ، لأنها بانت منه ، والمعتدة من طلاق بائن لاترث ، وسواء أكان الطلاق فرارا من الميراث وهو الطلاق فى مرض الموت من غير رضاها ، أم كان الطلاق لم يقصد به الفرار ، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقى ، فانه لايمنع التوارث اذا كان رجعيا أو كان بائنا

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٢٨ .

قصد به الفرار فموضوع الفرق بين الدخول والخلوة انما هو فى الطلاق البائن الذى قصد به الفرار ، حيث لاترث اذا كان الطلاق بعد الخلوة ، وترث اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقى ، والسبب «١» فى عدم ثبوت الميراث اذا حصلت الوفاة فى عدة الطلاق بعد الخلوة ، ان ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط والميراث حق مالى لايثبت الا اذا وجد سببه ، ولا يثبت للاحتياط ، ولأنه لو ثبت لها يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم ، ولا ينتزع من أحد الورثة حقه الا لسبب قاطع ملزم ، فلا ينتزع بأمر وجب للاحتياط .

(٦) ان المطلقة بعد الخلوة تزوج كما تزوج الأبكار على ما هو المختار، بخلاف المطلقة بعد الدخول فانها تعتبر ثيبا .

هذا حكم الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح ، أما الخلوة فى الزواج الفاسد فلا توجب المهر بتمامه ، سواء أكانت صحيحة ، أم فاسدة ، لأن المعروف ان فساد الزواج يكون مانعا لهما من الدخول فلا تعتبر الخلوة تمكينا من الاستمتاع ولا مظنة له .

أما الخلوة الفاسدة فلا أثر لها ، الا أنها توجب العدة احتياطا اذا وقعت بعد عقد صحيح استحسانا لتوهم شغل الرحم ، وقال القدورى اذا كان الفساد لمانع شرعى تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة ، وللاحتياط ولايتأكد بها مهر . هذا وقد نقل فى البحر عن العتابى : (ان المرأة التى اختلى بها ، لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء) وهذا معناه أن وجوب العدة على المختلى بها خلوة صحيحة انما هو فى القضاء لا فى الديانة، وعلى ذلك اذا كانت متأكدة عدم الدخول فانه يحل لها الزواج ديانة لا قضاء .

هذا ، واذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة الصحيحة ثبتت وترتب عليها جميع أحكامها السابقة من تأكد وجوب المهر جميعه على الزوج ، ووجوب العدة عليها ، والزام الزوج بالنفقة فى مدة العدة ، اما ان اختلفا فى

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣١ .

وقوع الخلوة الصحيحة كأن تطالبه المطلقة بالمهر كاملا ، لأن الطلاق حصل بعد الخلوة ، ويقول هو ان الطلاق قبل الدخول من غير خلوة ، طولبت باثباتها ان كان لها بينة لأنها تقوم على واقعة معينة ، وهو يستمسك بأصل آخر وهو عدم وقوع خلوة اذ أن ذلك هو الأصل ، فان لم تكن لها بينة ، فالقول قولها بيمينها ، وذلك لأن المهر يجب بنفس العقد ، والدخول أو الموت مؤكد له ، والطلاق قبلهما منصف له ، فسبب وجوب الكل متحقق والمنصف له عارض والمرأة تنكر ذلك العارض وتتمسك بالسبب المحقق للكل ، ولذلك تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولايعود نصف المهر المقبوض الى ملكه بالطلاق قبل الدخول الا بالقضاء أو الرضاء ، ولاينفذ تصرفه فيه قبل ذلك والزوج وان أنكر الزيادة على النصف لكنه مقر بسببها كما لو أقر بالنصف وادعى الرد وكذبه المالك فدعواه الرد انكار للضمان بعد الاقرار بسببه .

متى تستحق الزوجة نصف المهر : تستحق الزوجة نصف المهر اذا توافر ما يأتى (١) أن يكون الزواج صحيحا ، (٢) أن يسمى لها مهر فيه ، (٣) أن تكون التسمية صحيحة ، (٤) أن تكون الفرقة من قبل الزوج ، سواء أكانت طلاقا أم فسخا غير الفسخ بخيار البلوغ ، (٥) أن تكون الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما .

فاذا توافرت هذه الشروط وجب نصف المهر المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف مافرضتم » وهو نص صريح فى الحكم فيجب العمل به ، وألحقت بالطلاق سائر الفرق الآتية من قبل الزوج ، كما اذا ارتد عن الاسلام زوج المسلمة أو أبى الزوج غير المسلم أن يسلم بعد أن اسلمت زوجته ، اما الفسخ بخيار البلوغ فهو نقض للعقد من أصله ، فلا يجب عليه شىء ما دام لم يدخل بها حقيقة ولا حكما ، لان العقد اذا انفسخ ونقض جعل كأن لم يكن .

هذا ولو شرط مع المسمى ما ليس بمال ، بأن تزوجها على مائة جنيه،

وعلى أن يطلق امرأته الأخرى أو على ألا يخرجها عن بلدها ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف المهر المسمى وسقط الشرط، لأنه اذا لم يف يجب تمام مهر المثل • ومهر المثل لا يثبت بالطلاق قبل الدخول ، فسقط اعتباره فلم يبق الا المسمى فيتنصف ، وكذلك اذا شرط مع المسمى شيئا مجهولا ، كأن يهدى لها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى ، لأنه اذا لم يف بالهدية يجب مهر المثل ، ولا مدخل لمهر المثل فى الطلاق قبل الدخول فيسقط اعتبار هذا الشرط اهـ • من البدائع وابن عابدين • ويتفرع على الشروط السابقة : (١) أن النكاح اذا كان فاسدا لا يجب فيه نصف المهر أصلا ، لأنه قبل الدخول الحقيقى لا يترتب عليه أى حكم ، (٢) ان الزواج اذا كان صحيحا ، وخلا من التسمية بأن سكت عنها أو نفاها ، أو سمى تسمية فاسدة لا يجب فيه نصف المهر ، لأن الواجب فى هذه الأحوال اذا كان الطلاق بعد الدخول حقيقة أو حكما مهر المثل ، والنص لم يرد بتنصيف مهر المثل ؛ (٣) أنه لا يتنصف المهر الذى فرض للمفوضة بعد العقد بتراضى الزوجين اذا طلقها قبل الدخول حقيقة وحكما عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف فى رأيه الأخير ، وانما لها المتعة عندهم ، وكان رأى أبى يوسف أولا ــ وهو قول الشافعى ومالك ــ ان لها نصف ما سمياه ، ومنشأ الخلاف اختلافهم فى المراد من المفروض الذى يتنصف أهو المفروض وقت العقد لا غير أم المفروض مطلقا ، سواء أكان وقت العقد أم بعده ، بتراضى الزوجين أم بقضاء القاضى، فالشافعى وأبو يوسف فى رأيه الأول يريان أنه المفروض مطلقا سواء أكان فى العقد أم بعده ، لأن النص يتناول بظاهره كل ما فرض ، تناولا عاما سواء أكان حين العقد أم بعده ، والطرفان وأبو يوسف فى قوله الأخير يقولون : أن المفروض خاص بالمسمى وقت العقد كما هو الظاهر والغالب ، لأنها التسمية التى تقترن بالعقد وتكون جزءا منه ، والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد ، ورأى الطرفين هو الذى عليه الفتوى (ص٣٣ حـ ١ من كتاب بدائع الصنائع) •

وكذلك لا تتنصف الزيادة التى زيدت بعد العقد سواء زادها الزوج ان

كان كامل الأهلية أو أبوه أو جـده . ان كان فاقد الأهلية أو ناقصها ، بل تسقط عن الزوج ، لأن الذى ينصف هو ما فرض فى العقـد وهذه زيدت بعده وأما أبو يوسف فيرى أنها تتنصف لأنها تلتحق بالمسمى فتسرى عليها أحكامه كما تأكدت بالدخول والموت ، ونحن نرى أن رأى الشافعى وأبى يوسف فى قوله الأول أوجه من رأى الطرفين وأبى يوسف فى قوله الأخير ، لأن الذى ورد فى الآية صادق بفرض مقترن بالعقـد وفرض واقع بعده ، وتخصيصه بالمقترن بالعقـد عرفا غير صحيح ، فلاوجـه اذن للتفرقة بين الفرضين ، لأن المفروض قام مقام المثل لرضا الزوجين به ، وهو متحقق فيما فرض حين العقد وفيما فرض بعده .

وانما وجب نصف المهر فى المطلقة قبل الدخول التى استوفيت الشروط السابقة مراعاة لوجهين من النظر متعارضتين :

اذا نظرنا الى أن الرجـل لم يستمتع بزوجته ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجية وأن المعقود عليه رجع الى المرأة سالما ، لو نظرنا الى هـذا الوجه لحكمنا بأن المرأة لاتستحق شيئـا كالمتبايعين اذا فسخنا البيع ورد المبيع الى البائع سالما فأنه لايستحق شيئا من الثمن ، ولو نظرنا الى أن الزوج هو الذى فوت على نفسه ملك المتعة مختارا بايقاع الفرقة من قبله لأوجبنا على الزوج كل المهر ، فالشارع الحـكيم وفق بين النظرين وراعى الجانبين وأوجب على الزوج نصف المهر المسمى ، كتعويض للمـرأة عما لحقها من الضرر بفرقة ليست من قبلها ولم يثقل كاهل الزوج بالزامه بكل المهر .

ثم انه اذا وقعت هـذه الفرقة قبل أن تقبض الزوجـة شيئا من المهر ، استحقت قبل الزوج نصفه فقط ، وعاد النصف الأخر الى ملكه من غيرحاجة الى قضاء ، لانه ان كان دينا فقد سقطت المطالبة بنصفه بمقتضى الآيةالكريمة وان كان المهر معينا فان يده ثابتة عليه فملكيته للنصف تعود اليه من غـير توقف على قضاء ، لأن المهر اذا لم تقبضـه فان ملكها فيه يكون غير قوى فبمجرد الفرقة يزول ملكها عن نصفه ويعود الى مطلقها .

أما اذا وقعت الفرقة بعد أن قبضت أكثر من النصف لم يعد ملكه للزائد الا بالتراضى أو قضاء القاضى ، لأن المهر يملك بمقتضى العقد ملكا مطلقا فاذا قبض فقد تعينت الملكية فى المقبوض ، والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول أحد العاقدين ، فلابد من قضاء القاضى أو التراضى ، وقبل القبض لاتكون الملكية متعينة على الاطلاق فى المهر المعين بدليل أنه لو هلك يهلك مضمونا على من فى يده .

ولأن العقد وان انفسخ بالطلاق فقد بقى القبض بالتسليط الحاصل بالعقد ، وانه من أسباب الملك فلايزول الملك الا بالفسخ من القاضى ، لأنه فسخ بسبب الملك ، أو بتسليمها لأنه نقض للقبض حقيقة .

ويترتب على ما تقدم : (١) أنه لو تصرف فيما يستحقه قبل الزوجة قبل القضاء أو الرضا لم ينفذ تصرفه لأنه تصرف فيما لا يملك ، فيكون موقوفا على اجازتها أو الحكم له ، ولو تصرفت هى نفذ تصرفها لبقاء ملكها ، وعليها أن ترد النصف بعد وجوبه وبتصرفها تعذر عليها الرد بعد وجوبه ، فتضمن نصف قيمته للزوج يوم قبضت لأنه بالقبض «١» دخل فى ضمانها .

(٢) اذا نما المهر فى يد الزوجة بعد أن قبضته ، وكانت هذه الزيادة قبل القضاء للزوج بما له فيه كانت هذه الزيادة للزوجة وحدها ، لأنها نماء ملكها فلاتتنصف به بل تسلم للزوجة ، أما ان حصلت هذه الزيادة بعد القضاء للزوج بماله فيه كأن كان أوراقا مالية فربحت ، أو كان بقرات عجافا فسمنت أو ولدت كان هذا النماء مشتركا بينهما ، لأنه نماء ملكهما الا اذا كانت الزيادة التى زيدت فيه ليست نماء له ولا متولدة منه كالبناء فهو لمن زاده ، أما ان حصل النماء تحت يد الزوج ، فان كان متولدا كان مشتركا بينهما ، لأن الزيادة المتولدة قبل القبض تتنصف دون غيرها ، أما غير المتولدة متصلة أو منفصلة فانها تسلم للزوجة ، (ابن عابدين ص ٥١٣ حـ ٢)

(٣) اذا عاد نصف المهر بعينه الى ملك الزوج من غير عوض ، ثم فارقها

---

(١) ابن عابدين ص ٥١٣ حـ ٢ .

قبل تأكد المهر لم يكن له أن يطالبها بشيء ، لأنه عاد اليه عين حقه فلا معنى لمطالبتها مرة ثانية ، وذلك اذا كان المهر مما يتعين بالتعيين ووهبته له أو نصفه، أو كان مما لايتعين بالتعيين ووهبته أو نصفه له قبل القبض . فاما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين ووهبته أو نصفه له بعد القبض ، فله أن يرجع عليها بالنصف لأن ما وهب له ليس عين ما يستحقه .

ويتفرع على ذلك : (أ) أنه لو تزوجها على مائة جنيه فقبضتها ، ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسين جنيها ، لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول لأنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة ؛ لأن النقود لاتتعين بالتعيين فى العقود والفسوخ ، فكانت هبة هذه المائة كهبة مائة أخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع ، وكذا الحكم اذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر فى الذمة غير النقود فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ، ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت .

(ب) لو تزوجها على مائة ثم وهبتها له قبل أن تقبضها ، ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء ، لأن ما يستحقه الزوج بالطلاق وهو براءة ذمته من نصف المهر قد وصل اليه ، وان كان بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ، لأنه غير مقصود بنفسه . (عناية ص ٤٥٣ حـ ٢ فتح)

(حـ) وأنه لو تزوجها على مائة وقبضت نصف المهر ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغير المقبوض ، أو أبرأته من غير المقبوض ووهبت المقبوض ، أو أبرأته من الباقى عليه ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبى حنيفة ، وقالا يرجع عليها بنصف ماقبضت كما كان له الحق أن يرجع عليها بنصف الكل ان كانت قد قبضت الكل ثم وهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول ، فكذا اذا قبضت البعض رجع عليها بنصف ذلك البعض ، وحجة أبى حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف

الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق .

أما اذا وهبت أقل من النصف ، فعند أبى حنيفة يرجع عليها حتى يكمل النصف الذى يستحقه ، وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض ، فاذا كان المهر مائة قبضت منه ثمانين ثم وهبت الباقى فله أن يرجع عند أبى حنيفة بما يكمل النصف ، فيرجع بثلاثين ليصل اليه كل حقه اذ وصل اليه بعضه بالبراءة عن عشرين وبقى أن يصل اليه الباقى فيرجع به ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض (فتح وعناية حـ ٢ ص ٤٥٤)

(ء) اذا كان المهر حيوانا أو عروضا تتعين بالتعيين قبضته أم لم تقبضه ووهبته له ثم طلقها قبل الدخول ، فانه لا يرجع عليها بشىء ، لأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ، ولهذا لم يكن لها دفع شىء آخر مكانه ، اما اذا كان المقبوض قد وصل اليه ببدل ، بان باعته زوجته له فأنه يبقى له الحق فى مطالبتها بنصف المهر لأنه يستحق عليها نصف المهر بلا بدل ، وقد وصل اليه المهر ببدل فلا ينوب ذلك عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول (عناية حـ ٢ ص ٤٥٤)

متى تجب للزوجة المتعة : المتعة هى الصلة التى تعطى للزوجة تعويضا عن ايحاشها بالفرقة التى حدثت بين الزوج وزوجه ، من الثياب التى تلبسها المرأة للخروج عادة ، أو ما يعادلها من مال أو أى عوض ، ولذلك قال الفقهاء «[1]» هى قميص وخمار (ما تغطى به المرأة رأسها) وملحفة (ما تلتحف به المرأة من قرنها الى قدمها) ، أو بعبارة أخرى هى الثياب التى تكتسى بها المرأة عند الخروج حسب المتعارف فى بلدها وتقدر بثلاثة أثواب ، وقد تزيد عليها كما جاء فى حاشية ابن عابدين ، وليس معنى هذا أن المتعة لا تكون الا بالثياب بل تقوم القيمة مقامها ، فلو دفع قيمتها أجبرت على القبول كما فى البدائع .

وقد اختلف أئمتنا فيمن تعتبر به : أتعتبر بحال الزوج أم بحال الزوجة

(١ ابن عابد ص ٥١٩ .

أم بحالهما ؟ فقيل يراعى فى تقدير المتعة حال الزوج ، فان كان غنيا فمتعة الأغنياء ، وان كان فقيرا فمتعة الفقراء ، واختار هذا الرأى الامام السرخى وصححه فى الهداية عملا بنص الآية : (لاجناح عليكم أن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره) وقيل تعتبر المتعة بحالهما فان كانا غنيين فمتعة الأغنياء ، وان كانا فقيرين فمتعة الفقراء وان كانا مختلفين فالوسط ، وهو قول الخصاف، وقال فى الفتح أنه الأشبه بالفقه لقوله تعالى متاعا بالمعروف ، وقيل يعتبر حالها واختار هذا الرأى القدورى ، لآن المتعة بدل من مهر المثل ، وانما يراعى فى مهر المثل حال الزوجة ، وهو رأى ضعيف لما فيه من اهمال النص، والرأى الراجح هو الذى يقول بمراعاة حال الزوج بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه ، ولا تنقص عن خمسة دراهم ، لأن أقل المهر عشرة دراهم .

وهى تجب فى حالتين : (أ) فى كل زواج صحيح حصلت فيه الفرقة قبل الدخول من جانب الزوج ، سواء أكانت طلاقا أم فسخا . (وسواء أكان الطلاق بايقاع الزوج أم بايقاع القاضى ، اذا ثبت لدى القاضى ما يوجب التفريق ، كالتفريق للعيوب أو الضرر أو عدم الانفاق ، ومن الفرق التى اعتبرت طلاقا أباء الزوج الاسلام اذا أسلمت زوجته ، وردة الزوج عند محمد، فأنها تكون طلاقا ، وتحتسب من عدد الطلاقات ، ومن الفرق التى اعتبرت فسخا ولكن بمعصية من الزوج ولم تكن فى سبيل استعمال حق أعطاه الشارع اياه كفعله بأصول زوجته أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة) ولم يسم لها مهرا أو سمى وكانت التسمية فاسدة .

بخلاف ما اذا كانت الفرقة من جهتها ، كردتها أو ابائها الاسلام اذا كانت مشركة ، أو فعلها بأصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، وخيار البلوغ أو عدم الكفاءة فأنه لا متعة لها لاوجوبا ولا استحبابا .

(ب) فى كل زواج صحيح حصلت فيه الفرقة قبل الدخول من جانب

الزوج، ولم يسم فيه مهرا ، ولكنه فرض لها بعد العقد ، وهذه المسألة خلافية بين أئمتنا .

والدليل على وجوب المتعة فى هذه الاحوال :

(١) قوله تعالى (لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين .) أى لاتبعة عليكم من ايجاب مهر أو نصفه ان طلقتم النساء فى حين أنكم لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ، وهذه الآية تفيد الوجوب من وجوه : (أ) الأمر الوارد فيها ، ومطلق الأمر للوجوب (ب) كلمة على تدل على الايجاب . (حـ) حقا على المحسنين اذ ليس فى ألفاظ الايجاب كلمة أوكد من قولنا حق عليه كذا .

(٢) انها بدل الواجب وهو نصف المهر ، وبدل الواجب واجب ، لأنه يقوم مقامه كالتيمم يقع بدلا عن الوضوء الواجب .

والحكمة فى ايجابها أن الزوجة تستحق تعويضا عما لحقها بهذه الفرقة التى ليست من قبلها ، وليس فى العقد مهر مفروض حتى يفرض لها نصفه ، فأوجب الشارع لها المتعة عوضا عن نصف المفروض .

وتستحب المتعة فى حالتين :

(١) اذا طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وقد وجب لها مهر المثل ، لأن ذلك من التسريح باحسان .

(٢) اذا طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا ، لأن ذلك من التسريح باحسان .

متى يسقط كل المهر ؟ يسقط كل المهر بواحد من الأمور الآتية :

(١) الابراء من كل المهر قبل الدخول أو بعده اذا كان المهر دينا .

(٢) اذا حصلت فرقة بين الزوج وزوجته قبل الدخول حقيقة ، أوحكما،

وكان سبب الفرقة آتيا من جهتها ، وذلك اما باستعمالها حقا جعله الشارع لها كاختيارها نفسها عند البلوغ أو الافاقة فى الحال التى فيها خيار الفسخ أو باقدامها على عمل هو معصية من جانبها يترتب عليه التفريق كردتها وابائها الاسلام ، ان كانت مشركة وأسلم زوجها ، أو كان منها بأحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمتها عليه .

والسبب فى سقوط المهر عن الزوج فى هذه الأمور كلها : (١) انها باختيارها الفسخ عند البلوغ أو الافاقة تعد كأنها نقضت العقد من أصله ونقض العقد من أصله يرفع العقد كأن لم يكن فلا يترتب عليه أى حكم .

(٢) أنها باقدامها على سبب الفرقة مع علمها بأنه لا يوجد ما يؤكد المهر لها ، تعتبر كأنها متنازلة عنه ولاسيما اذا كان سبب التفريق معصية ، لأن المعصية لا توجب حقا .

وكذلك اذا كان سبب الفرقة آتيا من قبل ولى الزوجة ، كما اذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج قبل الدخول ، أو فسخ بناء على طلبه لنقصان المهر عن مهر المثل ، فتعتبر هذه فرقة من قبل الزوجة لأن وليها من قبلها .

(٣) اذا كانت الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما من جانب الزوج ، وكانت فسخا لاستعمال حق شرعى اعطاه الشارع اياه ، وهو الفسخ بخيار البلوغ حيث يسقط المهر كله ، لأن الفسخ بخيار البلوغ ـ كما قلنا ـ يعد نقضا للعقد من أصله ، وأيضا فأننا لو أوجبنا عليه شيئا من المهر فى هذه الصورة لما كان لثبوت الخيار للزوج فى هذه الحالة فائدة ، فان له أن يطلق فى أى حال وانما تظهر ثمرة الخيار فى عدم وجوب شىء من المهر على الزوج .

قبض المهر وما للزوجة من التصرف فيه : بينا فيما سبق ان المهر أثر من آثار العقد وحكم من أحكامه ، يثبت للزوجة بمجرد تمام العقد مستوفيا شرائطه سواء أسمى فى العقد مهرا أو لم يسم ، قبض أو لم يقبض ، اذ أن ملكيتها له لا يتوقف على القبض كما ذكرنا ، وعلى هذا : (١) اذا كانت الزوجة صغيرة أو محجورا عليها لسفه أو جنون أو غفلة ، فصاحب الحق فى

قبض مهرها هو ولى مالها ، وهو واحد من ستة عند الحنفية : الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى (المحاكم الحسبية) ثم وصيه ، فاذا قبض أحد هؤلاء مهرها ، فقبضه معتبر تبرأ به ذمة الزوج ، ولا يكون لها حق فى مطالبته بعد البلوغ أو رفع الحجر ، وانما تطالب وليها الذى قبضه ، واذا قبض واحد ممن ليست لهم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ، ولاتبرأ به ذمة الزوج ، ولها مطالبته بعد البلوغ أو رفع الحجر ، ويرجع هو على من أقبضه اياه .

ومما تقدم فى باب الولاية وما سيجىء فى باب الولاية على المال نعلم أن كلا من الأب والجد له الولاية على النفس والمال ، فله التزويج وقبض المهر ، وأن غيرهما من سائر الأولياء له الولاية على النفس ، وليس له الولاية على المال الا اذا كان وصيا من قبل من له حق الايصاء ، وعلى هذا اذا كان لصغيرة يتيمة عم ولها وصى على مالها ، كان لعمها ولاية تزويجها لما له من الولاية على نفسها وكان للوصى عليها ولاية قبض مهرها لما له من الولاية على مالها ، فكل واحد يتولى ما هو من اختصاصه .

(٢) اذا كانت الزوجة كاملة الأهلية ، كان لها الحق دون غيرها فى قبضه بنفسها ، أو من تأذنه بالقبض اذنا صريحا أو ضمنا ، ومن الاذن دلالة أن يقبض الأب أو الجد الصحيح مهر البكر البالغة اذا لم تنههما عن القبض لما جرت به العادة من قبض الآباء مهور الأبكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات فى ذلك لآبائهن ، ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء ، فكان الاذن منهن ثابتا دلاله نظرا الى ماذكرنا «[1]» وعلى هذا يبرأ الزوج بالدفع اليه ، الا أن يوجد من البكر نهى صريح ، لأن الدلالة لاتعتبر مع الصريح . أما غير الأب والجد فلايعتبر سكوتها عند قبضه المهر رضا بالقبض ، بل لابد من الأذن الصريح .

أما اذا كانت البالغة الرشيدة ثيبا فلا يعد سكوتها عند قبض الأب أو الجد

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٩٧ .

له اذنا بالقبض أيا كان القابض ، لأن السكوت منها لايعتبر رضا بالعقد ، فلا يعتبر رضا بالقبض فلا تبرأ ذمة زوجها الا بتسليمها أو تسليم من توكله عنها توكيلا صريحا .

واذا كان للأب أن يقبض صداق ابنته ، فانه لايملك الا قبض المسمى ، لأن قبض غير المسمى استبدال وهو لا يملكه الا أنها اذا كانت صغيرة جاز قبض غير المسمى مما يختاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة ثم أن الأب له الحق فى المطالبة بالمهر اذا كانت الزوجة صغيرة لايستمتع بها ، بخلاف النفقة لأنها جزاء الاحتباس ، ووجوب المهر حكم من أحكام العقد ، والجد عند عدم الأب كالأب .

هذا ويجب أن يلاحظ أن الوكيل بالنكاح لا يملك قبض المهر ، لأنه سفير ومعبر فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكامه ، والمهر حكم من أحكامه .

وبما أن المهر بعد العقد يصبح حقا خالصا للزوجة ، كان لها أن تتصرف فيه بكل التصرفات الجائزة شرعا قبل القبض وبعده كما هو الشأن فى كل مالك ، فانه يملك ان يتصرف فيما يملكه كما يشاء فلها أن تشترى به وتبيعه وتهبه لأجنبى أو لزوجها ، وليس لغيرها أن يجبرها على ترك شىء منه لزوجها أو لغيره ، ولو كان أباها أو أمها ، واذا ماتت قبل أن تستوفيه قام ورثتها مقامها فى استحقاقه والمطالبة به والزوج من ضمن هؤلاء الورثة .

ويتصل بهذا الموضوع أن للزوجة الحق «(١)» فى أن تمنعه من الاستمتاع بها اذا كان المهر كله معجلا أو بعضه ولم تقبضه ، أو لم تقبض ماتعورف تعجيله ، ولو أعطاها المهر الا درهما واحدا ، فلها المنع وليس له استرجاع ما قبضت ، ولو أحالت به رجلا على زوجها لها الامتناع الى أن يقبض المحتال ، وكما لها أن تمنعه من الاستمتاع بها ، لها الحق فى أن تمتنع عن الانتقال الى بيته ، لأن امتناعها بحق شرعى .

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٣ .

غير أنه اذا دخل عليها برضاها أو اختلى بها قبل أن تقبض معجل الصداق ، لم يكن لها الامتناع منه عند الصاحبين ، لأنه برضاها بالدخول أو بالخلوة قبل قبض المعجل تعتبر مسقطة حقها فىطلب معجل المهر قبل الدخول ، فسقط حقها فى الامتناع .

وقال الامام : لها الحق فى الامتناع ، لأن رضاها بعشرته من غير قبض المعجل اسقاط لحقها فى منع نفسها فى الماضى ، ولكن لا يعد اسقاطا لحقها فى المستقبل كمن ترضى بمعاشرة زوجها من غير انفاق مدة من الزمان لايعد ذلك اسقاطا لحقها فيما يستقبل من الزمان ، وأيضا فقد يكون رضاها بالدخول أو بالخلوة وسيلة الى حمله على دفع المعجل ، فاذا ضاع رجاؤها كان لها الحق فى المنع .

أما اذا اشترط تأجيل المهر كله ، فهل لها أن تمنع نفسها من الاستمتاع بها ومن الانتقال أو ليس لها ذلك ؟

(أ) ان اشترط الدخول قبل حلول الأجل ورضيت به فليس لها الامتناع «[1]» اتفاقا وان لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل، فعند الطرفين ليس لها الامتناع لانها بقبول شرط التأجيل فى المهر كله قد رضيت باسقاط حقها فى تعجيل المهر ، وليس هناك دليل على أن الزوج قد رضى باسقاط حقه فى طلب الطاعة ، وتنفيذ حقوقه التى له بمقتضى العقد

وعند أبى يوسف لها أن تمنع نفسها حتى يجىء الوقت الذى أجل اليه المهر ، لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع ، وقد اختلفت الفتوى ، فظهير الدين كان يفتى بأن لها ذلك ، ولذا جزم به شارح متن تنوير الأبصار . (الدر المختار) .

واستظهر الأستاذ أبو زهرة أن الخلاف بين الأئمة فى المهر المؤجل كله ، يجب أن يكون محله اذا كان المهر مؤجلا الى أجل معلوم ، أما اذا كان المهر

(١) ابن عابدين ص ٥٥٥ حـ ٢ .

مؤجلا الى أبعد الأجلين الطلاق أو الوفاة ،فلا حق لها فى الامتناع ، لأن التأجيل فى هذه الحالة لايتضمن تأجيل الطاعة اتفاقا ، والا كان مناقضا لمقتضى العقد فلا يصح ، ولاسبيل لجعله متلائما مع العقد الا بفرض تعجيل الطاعة وتأجيل المهر ، وهو استظهار وجيه ، تؤيده قواعد الحنفية الذين يقولون بصحة هذا الاجل مع جهالته للعرف .

ضمان المهر «[1]» اذا تم عقد النكاح بين الزوجين مستوفيا شرائطه الشرعية أصبح المهر دينا فى ذمة الزوج لزوجته اذا كان مما يثبت فى الذمة ويكون لها الحق ان كانت كبيرة ولوليها ان كانت صغيرة أن تستوثق للحصول عليه بأخذ رهن منه ، أو بأخذ كفيل عنه ، ويصح أن يكون الكفيل قريبا للزوجين أو لأحدهما أو أجنبيا منهما ، ولهذا جعل فى وثيقة الزواج الرسمية سطر خاص بالكفالة ليدون فيه ما اذا كفل أحد الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما ، وفى هذه الحالة تطبق أحكام الكفالة العامة ، فيجب لصحتها أن تقبلها الزوجة ان كانت بالغة عاقلة فى مجلس الايجاب ، أو أى قابل فى المجلس الا اذا كان الضامن وليها ، فان ايجابه يقوم مقام القبول ، ولا يتوقف على قبول شخص آخر ، لأن عبارته تقوم مقام عبارتين .

هذا والكفالة تبرع ابتداء لأنها التزام الكفيل باداء ما على غيره ،ولذلك تأخذ حكم التبرعات وتعتبر تبرعا للزوجة ، لأن الغنم لها ، وتعتبر كذلك كذلك تبرعا للزوج ، لأن الكفيل سدد دينا كان واجبا عليه دون سواه ، فان صدرت الكفالة فى حالة صحة الكفيل وقعت نافذة ايا كان مقدارها وسواء أكان المكفول له وارثا أم غير وارث .

أما ان كان الكفيل مريضا مرض الموت وقت الكفالة ، فان حكمها حكم الوصية ، فان كان المهر يخرج من ثلث التركة نفذت الكفالة بدون توقف على اجازة الورثة ، ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كان الزوج والزوجة من ورثته أو لم يكونا لأن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ لم يمنع الوصية لوارث ، وجعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبى كلاهما لاينفذ الا فى الثلث ، وكذلك

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٠ .

المنشور الشرعى لمحاكم السودان رقم ٥٣ الصادر فى يوم الاربعاء ٢٧ شوال سنة ١٣٦٤ الموافق ٣/١٠/١٩٤٥ :

« تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير توقف على اجازة الورثة ، وتصح بما يزيد على الثلث ، ولا تنفذ الا اذا أجازها الورثة وكانوا من أهل التبرع ، عالمين بما يجيزونه » وكان العمل قبل هذا القانون ، وقبل المنشور الشرعى يجرى على مذهب الحنفية الذى لايجيز الوصية لوارث الا باجازة الورثة ، فاذا كان المكفول له أو المكفول عنه وارثا ، والكفالة فى مرض الموت ، توقفت الكفالة على اجازة الورثة ، وان كانا اجنبين نفذت الكفالة بالمهر اذا كان يخرج من ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة الورثة .

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة الحق فى أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل ، فاذا أدى الكفيل رجع بما أداه على الزوج ان كانت الكفالة بأمره وأذنه والا فلا رجوع ، هذا اذا لم يكن الكفيل أبا للمكفول عنه ، فان كان الكفيل أبا للزوج والزوج كبير فحكمه أنه يرجع عليه ان ضمنه بأذنه والا فلا رجوع .

أما ان كفل الأب مهر ابنه الصغير وأداه الى زوجته من مال نفسه ، فان أشهد عند الكفالة أنه كفل ليرجع ، أو عند الأداء أنه أدى ليرجع ، كان له الرجوع ، وان لم يشهد فليس له الرجوع ، لأن الاشهاد يقوم مقام الأمر ، وفيه اعلان الرغبة الصريحة فى أنه أدى ليرجع فى مال الصغير ، وهو عند عدم الاشهاد يحمل على أنه تحمله عنه عادة بلا طمع فى الرجوع ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، الا اذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فيرجع ، لأن الصريح يفوق الدلالة (أعنى العرف) سواء أكان الصبى غنيا أم فقيرا ، خلافا لما ذكره فى الفتح من أن الصبى اذا كان غنيا فللأب أن يرجع أشهد أو لم يشهد ، ولا سيما اذا كان الأب فقيرا .

بخلاف الوصى «[1]» فأنه يرجع لعدم العادة فى تبرعه سواء أشهد أو لم يشهد ، فصار كبقية الأولياء غير الأب ، ومثل ذلك الأم اذا كانت وصيته وكفلته ، فان لها الرجوع أشهدت أو لم تشهد ، أما اذا لم تكن وصيةودفعت أمه عنه المهر ثم بلغ فأرادت الرجوع عليه ، فأنه لا يحق لها الرجوع لايفائها دين الصبى بلا اذن ولا ولاية .

أما ان دفع الأب مهر ابنه الصغير من مال نفسه بدون كفالة ، فأنه «[2]» لا يرجع الا ان أشهد بحكم العادة ، فان العادة كما قلنا جرت بتحمل مهور أبنائهم ، فكانت قرينة على أن الأب متبرع ، فاذا أراد خلاف المعتاد فلابد أن يشهد .وصار ذلك كما اذا اشترى للصغير دارا فانه يرجع عليه بما دفعه ثمنا لهذه الدار أن أشهد سواء كان له مال أولا وان لم يشهد لايرجع كذا عن ابى يوسف ، فالمهر بلا ضمان من الولى كالدار لعدم وجوبه عليه فله الرجوع عليه أن أشهد ولو فقيرا والا فلا . (ابن عابدين ٤٩٢ حـ ٢)

فاذا كان للصغير مال ودفع الولى مهره منه صح له ذلك لما له من ولاية التصرف فى مال أولاده الصغار ، أما اذا لم يدفع الأب مهر ابنه الذى كفله لزوجته حتى مات كان للزوجة أن تأخذ مهرها من تركته ، ولباقى الورثة الرجوع على الصغير لأن الأب يعتبر متبرعا عند عدم الأشهاد اذا أدى بنفسه لجريان العادة بأنه يؤدى متبرعا ، اما اذا لم يدفع بنفسه وأخذت الزوجة من تركته ، فلم يوجد التبرع منه ولذا يرجع باقى الورثة فى نصيب الصغير من التركة .

هلاك المهر واستهلاكه : اذا هلك فى يد الزوجة بعد قبضه بآفة سماوية، أو بفعل نفسه ، واستهلكته ، هلك عليها ولا ترجع على الزوج بشىء . وان

---

(١) وهذا الرأى الذى ذكرناه مشينا فيه على أحد القولين فان ابن عابدين ذكر بعد أن ذكر هذا الرأى انه لافرق بين الوصى وبين الاب .

(٢) ابن عابدين ص ٤٩٢ .

استهلكه غيرها كان ضامنا مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان قيميا .

أما قبل القبض : فان هلك بفعل الزوج ، أو بفعل نفسه ، أو بآفة سماوية ، ضمن الزوج مثله أو قيمته ، وان هلك بفعل الزوجة اعتبرت مستوفية له بهذا الهلاك ، وان هلك بفعل أجنبى ، فالزوجة بالخيار بين تضمين الزوج وهو يرجع على الأجنبى ، وبين تضمين الأجنبى .

أما ان استحق المهر بأن تبين أنه ليس ملكا للزوج ، فالزوج ضامن ، سواء أكان استحقاقه قبل القبض أم بعده ، لأنه تبين أنه ملك غيره من الأصل لا ملكه . وان استحق بعضه ، فان كان مثليا أخذت الزوجة ما بقى وضمن الزوج ما استحق وان كان قيميا كمنزل ودابة ، كانت بالخيار ، بين أن تضمن الزوج ما استحق وتبقى شريكة للأجنبى بالباقى ، وبين أن يضمنه ليكون هو شريك المستحق ، لأنها لاتجبر على شركة فى مهر قد لاترضاه .

قضايا المهر : قضايا المهر كثيرة متشعبة ، والحديث عنها طويل ، ولكنا نرى أنه بعد القانون الذى صدر فى مصر بمنع سماع دعوى الزوجية أو ما يترتب عليها ، الا اذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية على يد موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها ، وذلك من تاريخ أول أغسطس سنة ١٩٣١ بعد هذا القانون قلت أهمية هذه القضايا فى مصر ، لأنه يدون فى الوثائق عادة أنهم سموا مهرا ، وأن قدره كذا ، وأن المقبوض منه كذا والمؤجل كذا ، وأن هذا المؤجل الى كذا من الزمان أو الفعل ، فالخلاف بعد ذلك فى أصل التسمية أو فى المقدار أو فى المقبوض خلاف نادر لايتحقق الا فى صور قليلة ، والا فى البلاد التى لم تحتم مثل هذه الوثيقة فى اثبات الزواج ، كسائر البلاد الاسلامية مثل السودان وحضرموت والهند وغيرها من سائر البلاد التى لم يصدر فيها مثل هذا التشريع ، ولهذا سنجمل الكلام فى هذا اجمالا يغنى عن تفصيله ان شاء الله فنقول :

(١) اذا كان الاختلاف فى أصل التسمية ، بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر ، فعلى مدعيها الاثبات ، فان أقام بينة على دعواه قضى له

بالمسمى ، وان عجز عن اقامة البينة وطلب تحليف المنكر وجهت اليه اليمين ، فان امتنع عن الحلف حكم عليه بسبب امتناعه ، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى ، وان حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى، وقضى بمهر المثل ، لأنه الموجب الأصلى لكل زواج لم تثبت فيه تسمية بشرط ألا ينقص عما سماه الزوج ان كان هو المدعى ، لأنه باقراره قد التزمه فلا ينقص ، وألا يزيد على ماادعته المرأة ان كانت هى المدعية لرضاها بما سمته ، والأمثلة على ذلك واضحة .

وانما يحكم بمهر المثل اذا كان هذا النزاع فى حالة تستحق فيها الزوجة المهر بتمامه ، بأن تكون الزوجية الصحيحة قائمة ، أو حصلت فرقة ، ولكن بعد وجود مايؤكد وجوب المهر بتمامه ، من دخول حقيقى أو حكمى أوموت أحدالزوجين ، أما لو طلقها قبل الدخول والخلوة ، وحصل الخلاف السابق ، وعجز المدعى عن اثبات دعواه وحلف المنكر اليمين ، فأنه لايقضى بمهر المثل بل يكون الواجب المتعة ، لأنها هى التى تقوم مقام مهر المثل عند عدم التسمية .

هذا ويتفق الامام وصاحباه فى هذه الأحكام اذا كان الاختلاف فى حياة الزوجين أو حياة أحدهما ، اما بعد موتهما فالحكم عند الصاحبين لا يختلف عن الاختلاف فى حياتهما أو حياة أحدهما ، فيحكم بالمسمى ان ثبت ، وبمهر المثل ان لم يثبت ، وعنده لايحكم بشىء ان عجز المدعى عن الاثبات ، لأن موتهما دليل على موت أقرانهما ، فلا يمكن الوصول الى معرفة مهر المثل .

(٢) اذا اختلفا فى مقدار المسمى بأن ادعى الزوج أنه تزوجها بثمانين ، وادعت هى أن المهر مائة ، اعتبرت الزوجة عند أبى يوسف مدعية ، لأنها تدعى الزيادة على الزوج والزوج منكر ، وتطبق القاعدة العامة الآتية :

(البينة على المدعى واليمين على من أنكر) فان أقامت الزوجة بينة على دعواها قضى لها بما ادعت ، وان عجزت عن اقامة البينة وجهت اليه اليمين ، فان تكل قضى لها بما ادعت ، وان حلف قضى بالقدر الذى ذكره ، الا أن

يكون مما يأباه العرف لمثلها فيحكم بمهر المثل ان كان دون ماتدعيه ، ويحكم بما تدعيه ان كان أقل من مهر المثل لأن الظاهر فى هذه الحالة يكون شاهدا له ، ولايسمع قول الزوج ، لأنه يستنكر عرفا وهذا فى الحال التى تستحق فيها كل المهر ، فان كان الاختلاف عند استحقاقها نصف المهر ، كان عليها الاثبات ، فان عجزت كان القول قول بيمينه .

وقد يكون فى هذه الحالة مدعى الزيادة ، كما اذا كان قد سلمها المهر جميعه ثم طلقها قبل الدخول ، فادعى أنه مائة ، وادعت أنه ثمانون ليكون ما يسترده قليلا ، ففى هذه الحالة يكون مدعى الزيادة هو الزوج ويكلف الاثبات ، فان عجز كان القول قولها بيمينها . هذا هو رأى أبى يوسف المعمول به الآن فى المحاكم الشرعية المصرية حسب ما جاء فى المادة ٢٨٠ من لائحتها الصادرة فى ١٩١٠ وقد حل محلها فى هذا القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ويوافقه المنشور الشرعى رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ من المنشورات الشرعية للمحاكم السودانية « اذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة فان عجزت كان القول لزوجها بيمينه الا اذا ادعى ما لايصح أن يكون مهر لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » وقال الطرفان : ان كلا منهما مدع ومنكر ورتبا على ذلك أحكاما كثيرة لاداعى لتفصيلها ما دام العمل فى مصر والسودان أصبح جاريا على رأى أبى يوسف ، ومن أراد التفصيل والاطلاع على رأى الطرفين ، فليرجع الى فتح القدير حـ ٢ ص ٤٧٥ الى ص ٤٧٨ والبدائع حـ ٢ ص ٣٠٥ وابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٨ .

(٣) اذا كان الاختلاف فى القبض بأن ادعى أنه سلمها المهر وهى تنكر ، أو ادعى أنه سلمها مقدارا ، وتدعى هى أنه سلمها مقدارا أقل مما ذكره ، فان كان الاختلاف بينهما قبل الدخول طولب باثبات مدعاه بالبينة ، لأنه بالعقد الصحيح صار مدينا لها بالمهر فلا تبرأ ذمته الا باقامة البينة على ما يدعى ، اذ الأصل بقاؤه فى ذمته حتى يقوم الدليل على خلافه .

وان كان الخلاف بعد الدخول الحقيقى فى بلد جرت العادة المطردة فيه

ألا تسلم الزوجة نفسها الا بعد قبض شيء من المهر ، فان العادة المطردة تقوم مقام البينة للزوج فيما جرت بأدائه قبل الدخول ، ولا تصدق الزوجة فى انكاره ، وعلى الزوج أن يثبت ما ادعى اداءه زيادة عليه وهو قول الفقيه أبى الليث أخذ به كثير من فقهاء الحنفية وجرى عليه العمل ورجحه ابن عابدين ص ٥٦١ حـ ٢ ، وخالفه قاضيخان نظرا لأن المهر ثابت بمقتضى العقد ، والعرف لايمكن أن يكون حجة لابطال أمر ثابت لامجال للشك فى ثبوته ، وفى منع سماع الدعوى لجريان العرف ابطال لذلك الأمر الثابت .. الخ .

(٤) حكم الاختلاف «١» فى وصف المقبوض : اذا بعث الرجل الى امرأته شيئا من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعدما بنى بها ولم يذكر عند الدفع أنه هدية أو مهر ، ثم اختلفا ، فقالت : هو هدية وقال : انه مهر ، فأيهما أقام بينة على مدعاه ثبت ما يدعيه ، فان أقامت هى بينة على أنه صدر منه وقت العطاء مايدل على أنه هدية أو أقام هو بينة على أنه وقت التقديم صرح بأنه جزء من المهر ثبت ما قامت عليه البينة ، وان أراد كل منهما اقامة البينة قبلت بينتها ، لأنها تثبت المهر فى ذمته وهو ينكره فكانت مدعية وهو منكر .

واذا لم يكن لأحدهما بينة حكم العرف ، فما جرت العادة باعتباره هدية كالدقيق واللوز والبندق والسكر والجوز والحلوى وما يرسل قبل الزفاف فى الأعياد والموسم من نحو ثياب وحلى وكذا ما يعطيها من ذلك أو من نقود صبيحة ليلة العرس ، فان كل ذلك تعورف فى زماننا كونه هدية ، فالقول فيها قولها بيمينها ، لأن الظاهر معها لا معه ، والقول قول من يشهد له الظاهر ، وما لم تجر العادة باعتباره هدية كالنقود التى يرسلها فى غير المواسم والأعياد مثلا ، فالقول قوله بيمينه . وان كان العرف مشتركا بأن يسوغ كونه مهرا وهدية ، كأن يعطيها حجرة نوم أو حجرة جلوس أو أوانى مائدة أوشاى ، فالقول للرجل بيمينه ، لأنه المعطى واليه المرجع فى بيان الوجه الذى كان عليه الاعطاء .

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٦١ .

ومتى ثبت أن المقبوض مهر ، فان كان قائما بيد الزوجة كانت بالخيار بين احتسابه من المهر أو رده الى الزوج لترجع عليه بمهرها كاملا ، وان كان قد هلك أو استهلك احتسب عليها بقيمته واستوفت الباقى لها من المهر ان بقى لها شيء .

هذا ولو كانت الزوجة قد عوضته عما ثبت انه مهر على اعتبار فهمها أنه هـدية كان لها استرداد ما وهبت ، ان صرحت حين وهبت أنه عوض هديته ، أو كان العرف يجعل هديتها فى نظير هديته يكون كالتصريح ، لأن المعروف كالمشروط ، وقد تبين أنه لم يهب فلها استرداد ما اعطته ، وكذا لو عوضه أبوها من ماله أو مالها بأذنها ، فان له الرجوع مادام الذى دفع من جانبها نظير الذى وصل اليها ، والزوجية لا تعتبر مانعا فى هذه الحالة ، لأن التبرع كان على أساس تبين بطلانه فيحق لها الرجوع .

تنبيه : اذا عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قدم لمخطوبته نقودا أوحليا أو ثيابا أو طعاما وغير ذلك ، فما تبين أنه قدم على أن يكون من المهر يسترده ان كان قائما ولو تغير بالاستعمال ، لأنه مسلط من قبل المالك فلا يلزم شيء فى مقابلة ما انتقص باستعمـــاله ، ويسترد قيمته أو مثله ان كان هالكا أو مستهلكا ، لأنه قدم على أنه واجب ولم يجب ، وما تبين أنه قدم هدية يسترده ان كان موجودا على حاله ، وأما ان هلك أو استهلك فلا يسترد بدله أى شيء ، لأنه فى معنى الهبة والهلاك والاستـــهلاك مانع من الرجوع فيها ، ومقتضى أنه هبة كما قال ابن عابدين يشترط فى استرداد القائم القضاء أو الرضا ، وكذا يشترط عدم ما يمنع من الرجوع كما لو كان ثوبا فصبغته أو خاطته ، ثم قال ابن عابدين (ولم أر من صرح بشيء من ذلك فليراجع ، والتقييد بالهدية احتراز عن النفقة فيما يظهر كما يأتى فى مسألة الانفاق على معتده الغير .

حكم الانفاق على معتدة الغير أو مخطوبته : ذكر ابن عابدين «[1]» تعليقا

(١) ابن عابدين ص ٦٤٠ حـ ٢ .

على ماجاء بمتن تنوير الأبصار وشرحه الدر المختـــار ، ان لفقهائنا أقوالا متعددة ، ونحن نكتفى منها برأيين :

(١) أنه يرجع مطلقا بما انفقه شرط التزوج بها أم لا ، تزوجته أم لا ، لأن المنفق اذا لم يشترط التزوج منها حين الانفاق يكتفى بالعرف اذ المتعارف أنه لايقوم بالانفاق عليهـــا الا اذا كان طامعا فى التزوج منها ، فكان ذلك بمنزلة الشرط وان لم يكن مشروطا ، ومثل هذا شرط فاسد على أن مايدفعه لها من النفقة يعد رشوة ، والراشى له الحق فى رد مادفعه للمرتشى ، وهـــذا أيضا شبه بما يدفعه المستقرض للمقرض من الهدايا ، ولم يكن من عادته أن يهدى اليه قبل الاستقراض ، فان هذا العمل يكون حراما ، وهذا الرأى ارتضاه الامام قاضيخان وأيده فى الخيرية فى كتاب النفقات وأفتى به حين سئل فيمن خطب امرأة وأنفق عليها ، وعلمت أنه ينفق ليتزوجهـــا فتزوجت غيره ، فأجاب بأنه يرجع واستشهد له بكلام قاضيخان وغـــيره ، وقال أنه ظاهر الوجه فلا ينبغى أن يعدل عنه ، وهذا يفيد أن الاحكام المارة فى الخلاف بين الخاطب ومخطوبته فيما أرسله اليها خاص بالهدية لا بالانفاق والكسوة.

(٢) أنها ان تزوجته لايرجع ، وان أبت التزوج به رجع ، شرط الرجوع أولا ، لأنه كالهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج ، فان حصل التزوج فقد تحقق العوض فلا رجوع ، وان لم يحصل العوض كان له الرجوع ، واعتمد هذا الرأى فى متن التنوير وشرحه وهو منقول عن فصول العمادى ، وهـــل يأخذ حكم ابائها عن التزوج ما اذا ماتت هى أو مات هو ؟ ظاهر تعليلهم كما ذكر ابن عابدين أنه يلحق بالأباء فيحق له أن يرجع ، هذا اذا دفع اليها دراهم لتنفق على نفسها منها ، أما ان أكل معها فلايرجع بشىء ، لأنه اباحة لاتمليك ، أو لأنه مجهول لا يعلم مقداره .

الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التى تقع بشأنهما :

الجهاز الذى تعده المرأة لتؤثث به منزل الزوجية ملك لها باتفاق الفقهاء سواء اشترته بنفسها أم اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منهـــا أو ولاية عليها ، وعلى هذا :

(١) اذا جهز الأب بنته البالغة من ماله وسلمها الجهاز فى حال صحته على أنه هبة لها ملكته بالقبض ، لأن الهبات لا تملك الا بالقبض ، ولا يجوز لأبيها أو لأحد من ورثته أن يسترد شيئا منه ، لأن القرابة المحرمية تمنع الرجوع فى الهبة ، وان لم يسلمه اليها فلا حق لها فيه ، لأن الهبة لم تتم اذ تمام الهبة بالقبض . أما اذا سلمه لها على أنه عارية كان لها الحق فى استرداده . اما ان كان مريضا مرض الموت فأنه يكون مقيدا بالثلث ، لأن التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية لاتجوز بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة ، والعبرة بوقت التسليم للكبيرة لا بوقت الشراء ، لأن التبرع فى حقها لايتم الا بالتسليم ، هذا هو المعمول به بمقتضى قانون الوصية الذى جعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبى ، وهو ما تجرى عليه المحاكم السودانية حسب المنشور رقم٥٣ الصادر فى يوم الاربعاء ٢٧شوال سنة ١٣٦٤ ، ٣/١٠/١٩٤٥ .

هذا ولو مات قبل دفع الثمن ، رجع البائع على تركته ، ولا رجوع للورثة عليها ، لأنه بالتسليم لها تمت الهبة .

(٢) اذا جهز الأب بنته الصغيرة من مال نفسه ، فانه بمجرد الشراء يكون ملكا لها ، وتتم الهبة ، لأن الشراء لها بمنزلة الايجاب من أبيها وهو وحده كاف فى تمام الهبة ، وأيضا فان يده لها صفة النيابة عنها فى قبض الهبات بمقتضى ماله من ولاية شرعية عليها ، ألا أن الشراء ان كان فى مرض الموت يعتبر وصية ، فلا تنفذ الا من الثلث كما بينا ، ويتوقف الزائد على اجازة الورثة ، هذا وتتم الهبة لها بمجرد الشراء ، ولو لم يدفع الثمن حتى مات رجع البائع على تركته ولا رجوع للورثة عليها .

هذا ولو دفعت الأم فى تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه وكان ساكنا وزفت الى الزوج ، فليس للأب أن يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به ، وكذا لو أنفقت الأم فى جهازها ما هو معتاد والأب ساكت لاتضمن الأم .

(٣) أما اذا جهزها من مهرها وبقى شيء منه لديه بعد التجهيز ، فهو ملك لابنته ، لها مطالبته به اذ هو خالص ملكها لها أن تتصرف فيه كما تشاء ، ولايجبر أبوها على تجهيزها ، وليس للزوج أن يلزمها بجهاز تحضره معها ، بل يرى الحنفية أن اعداد البيت على الزوج ، فعليه أن يقوم بفرش البيت واحضار مايلزمه من المتاع والأدوات كما يلزم بكسوتها والانفاق عليها ، والمهر الذى يدفعه الزوج ليس عوض الجهاز ، لأنه عطاء ونحلة ، أو هو فى مقابلة حل التمتع بها فهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج. هذا ولو أحضرت متاعا ، فليس له أن يجبرها على فرشه أو تقديم شيء منه له ولأضيافه ، ثم انها لو زفت اليه بجهاز قليل ، لايتناسب مع المهر الذى دفعه الزوج ، أو بلا جهاز أصلا ، فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء ، ولا ينقص شيء من المهر الذى تراضيا عليه ، وان بالغ الزوج فى زيادته رغبة منه فى كثرة الجهاز ، لأن المهر تستحقه الزوجة فى مقابلة تمليكه حق التمتع بها لا فى مقابلة جهاز تزف اليه به . نعم ان قدم لها مالا زائدا على المهر منفصلا عنه فى نظير اعداد جهاز أو اعداده على شكل خاص ، كانت ملزمة بما اشترطه أو جرى به العرف ، فان لم تفعل ردت اليه المال الذى أخذته منه ، لأنه كالهبة بشرط العوض ، والهبة بعوض مشروط ان لم يتحقق فله الرجوع . ومحل هذا ما اذا لم يسكت بعد الزفاف ، فاذا سكت بعد الزفاف ولم يطلب جهازا علم انه دفعه تبرعا بلا طلب عوض «١» .

الخلاف بين الاب وابنته فى الجهاز :

اذا جهز الأب ابنته من مال نفسه ثم ادعى أن مادفعه لها عارية ، وقالت هو تمليك ، أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث فيه ، وقال الأب أو ورثته بعد موتها أنه عارية ، فالختار للفتوى : أن يُحكَّم العرف ، فما جرى عرف الناس على أن الأب يدفعه عارية كان القول فيه للأب أو ورثته لأن القول قول من يشهد له الظاهر ، وما جرى العرف على أنه تمليك ، كان القول فيه للزوجة أو للزوج .

---

(١) ابن عابدين ص ٥٦٨ حـ ٢

هذا والعادة الفاشية الغالبة فى اشراف الناس وأوساطهم أن ما يزيدونه من الجهـاز على مهور بناتهم يكون تمليكا لهن ، اللهم الا ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلى فان الكثير منه أو الأكثر يكون عارية ، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعى أنه لها بل القول فيه للأب أو الأم انه عارية أو مستعار كما لو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها عادة فان القول فيـه يكون للأب أو الأم (ا هـ من ابن عابدين ومتن التنوير ص ٥٠٤ حـ ٢) .

ومما تجب ملاحظته أن أيهما أقام بينة قبلت ، وان أقاما بينتين قبلت بينة من لايشهد له الظاهر .

الاختلاف فى متاع البيت :

(أ) اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت ، فادعت أنه ملكها ، وادعى هو أنه ملكه ، سواء كان الاختلاف حال قيام الزوجية ، أو بعدها ، فأيهما أقام بينـة قضى له بها ، وان كان لكل منهما بينة رجحت بينـة من يثبت خلاف الظاهر ، لأن البينات لاثبات خلاف الظاهر ، والظاهر هنا صلاحية الشىء المتنازع فيه لأيهما ، فان كان يصلح له خاصة رجحت بينتها ، وان كان يصلح لهـا رجحت بينته ، وان كان يصلح لهما فلا مرجح لاحـدى البينتين ، ويكون القول قول الزوج بيمينه ، وان لم تكن لأحدهما بينة فما يصلح للرجال ، كالثيـاب الخصوصية ، وأدوات الرسم لمهندس ، أو العيادة لطبيب ، فالقول فيه قول الزوج بيمينه ، لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء مثل الثياب وأدوات الزينة ، فالقول قول الزوجة ، لأن الظاهر شاهد لها ، وأما مايصلح لهما كالسرر والسجاجيد والأوانى ، فالقول فيـه قول الزوج عند الطرفين ،وعند أبى يوسف يجعل للمرأة منه بقدر مايجهز به مثلها عادة ، ويكون القول قولها فيه بيمينه عملا بشهادة العادة . اذ المرأة لاتدخل بيت زوجها الا بجهاز يليق بهـا عادة ، ويكون القول قول الزوج فى الباقى بيمينه ، لأن الظاهر شاهد له .

ووجه قول الطرفين ان يد الزوج على ما فى البيت أقوى من يد المرأة ، لأن يده يد متصرفة ويدها يد حافظة ، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ .

ووجه قو لأبى يوسف أن الظاهر يشهد للمرأة الى قدر جهاز مثلها ، لأن الزوجة لاتخلو عن جهاز عادة ، ثم مازاد على ذلك يكون القول فيه للزوج بيمينه ، لأن الظاهر يشهد للرجل فيما زاد (بدائع ص ٣٠٩ حـ ٢).

أما اذا كانت هناك بينة لأحدهما فانه يحكم بها فى أى حال من الأحوال، وان أقاما بينتين ترجح بينة من لايشهد له الظاهر .

هذا اذا كان الاختلاف فى حياتهما ، أما اذا كان بين ورثتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم كذلك عند أبى يوسف وكذلك عند محمد ، أما أبو حنيفة فأبقى الحكم كما ذكر عنه سابقا الا اذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة اذ قرر أن الظاهر يكون شاهدا للمرأة لأنها واضعة اليد فيكون القول قولها فى هذه الحالة مع أنه يجرى فى الأحوال السابقة على أن القول قول الزوج بيمينه أو ورثته .

النفقة

هى الحق الثانى من حقوق الزوجية المترتبة على العقد الصحيح ، واشتقاقها اما من النفوق وهو الهلاك يقال : نفقت الدابة هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج يقال : نفقت السلعة نفاقا راجت وفى تعريفها بأنها الأدرار على الشىء بما فيه بقاؤه ، كما جاء فى الفتح اشارة الى مأخذ اشتقاقها وبيان لأصل مادتها لأن بالنفقة هلاك المال ورواج الحال .

وقد عرفها محمد لما سأله هشام عنها كما جاء فى البحر : انها الطعام والكسوة والسكنى ، وان كان العرف يطلقها على الطعام فقط ولذلك يعطف عليها الكسوة والسكنى ، والعطف يقتضى المغايرة . وعلى كل فقد استقرت عبارات الكتب وعمل المحاكم على أن النفقة يراد منها ما تحتاج اليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لها حسب المعروف .

وقد حصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص على غيره «[1]» فى ثلاثة : هى الزوجية ، والقرابة والملكية ، (تشمل نفقة المملوك من بنى آدم والحيوانات والعقار الا أنه فى الأخير لايجبر قضاء كما يقول الفقهاء وفى الثانى خلاف كما يقولون أيضا) . ولنبدأ بالسبب الأول لأن حديثنا فيه ، ولأن القرابة انما تنشأ من الزوجية ، فنقول : تجب للزوجة على زوجها النفقة ، ودليل وجوبها الكتاب والسنة والاجماع والقياس .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمراد بهن الزوجات وقوله تعالى فى حق المطلقات : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » . واذا كان اسكان المطلقات واجبا فاسكان الزوجة واجب من باب أولى ، وقوله تعالى: « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما آتاها » والأمر فى الآية للوجوب لأنه لاصارف له عنه .

وأما السنة : فما روى أن الرسول (ص) قال فى حجة الوداع : (اتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن) ، وما رواه البخارى ومسلم عن عائشة : ان هندا بنت عقبة قالت : يارسول الله ، ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى مايكفينى وولدى ألا ما أخذت منه وهو لايعلم ، فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف .

وأما الاجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله الى الآن على أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها .

وأما المعقول : فلأن من القواعد المقررة المسلم بها فى القوانين انعامة أن كل شخص احتبس لحق غيره ومنفعته كانت نفقته على من حبس لأجله،

---

(١) ابن عابدين ص ٩٩٥ حـ ٢ .

لعدم تفرغه لحاجة نفسه كالقاضى والوالى وسائر عمال الدولة ، فهؤلاء نفقتهم واجبة فى بيت المال لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب منفعتهم لمنفعة الدولة ، فاستحقوا عليها أن تنفق عليهم وأن ترزقهم بقدر كفايتهم ، ولما كان موجب عقد الزواج أن تصير الزوجة محبوسة لحق الزوج ومحرمةعلى غيره لتقوم بالمقصود من الحياة الزوجية من حفظ النسل وتربية الولد ورعاية شئون البيت ، لما كان ذلك وجبت نفقة الزوجة على زوجها فقيرة كانت أو غنية مسلمة كانت أو كتابية ، لأن سبب الاستحقاقوهو الاحتباس متحقق فيهن جميعا ، ولو كان السبب هو الصلة ما استحقتها الزوجةالمخالفة فى الدين ، ولو كان السبب هو سد الحاجة ما استحقتها الزوجة الغنية .

وعلى هذا تجب النفقة علىالزوج غنيا كانأو فقيرا كبيرا كان أوصغيرا، فلو زوج الأب أو الجد طفله امرأة صح ذلك كما قدمنا وطولب أبو الصغير بالأنفاق على زوجة الصغير منمال الصغير ، فانلم يكن له مالم يؤخذ أبوه بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها ، وعلى الأب أن يستدين علىالصغير انلم يكن له مال لينفق منه على زوجته حتى اذا أيسر الابن رجع الأب عليه بما أنفقه على زوجته ، وفى هذا الفرع مناقشة ذكرت فى الشرنبلاليه ونقلها ابن عابدين تتلخص : فى أنه لا مصلحة فى تزويج قاصر رضيع بالغة حد الشهوة وطاقةالوطء ، ومثلهذا العقد يدلعلى سوء اختيار ولىالزوج فيقع العقد باطلا ، وهو كلام وجيه وان لم يرتضه ابن عابدين (ص ٩٩٧حـ ٢) ونفقة الزوجة على زوجها واجبة لأنه بالعقد يثبت له الحق عليها فيلزم بالانفاق عليها وان كانت فى بيت أبيها الا اذا طلب الزوج انتقالها الى بيته فامتنعت بغير حق ، هذا هو ظاهر الرواية وعليه الفتوى . وقال بعض المتأخرين : لانفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبىيوسف واختارها القدورى . ولكن الفتوى على الأول لأن تقصيرالزوج فىالمطالبة بحقه لايكون سببا لسقوط حقها مادامت مستعدة لايفائه حقه فى الانتقال الى بيته .

شروط استحقاقها النفقة : استحقاق النفقة منوط باحتباس مشروع

أو استعداد له يستطيع الزوج أن يصل به الى حقه فى الاستمتاع متى أراد، وذلك يقتضى شروطا ثلاثة نجملها فيما يلى ثم نأخذ فى تفصيلها .

(١) أن يكون الزواج صحيحا . (٢) ألا يفوت على الزوج حقه فى احتباسها بغير وجه شرعى وبسبب ليس من قبله . (٣) أن تكون الزوجة صالحة لمتعة الزوج ولو بالمؤانسة ولتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها ، هذا هو موجز الشروط واليكم تفصيلها وبيانها : ــ

ويتفرع على الشرط الاول أن العقد اذا كان فاسدا أو باطلا لاتستحق الزوجة بموجبه النفقة ، لأن الواجب على الزوجين الافتراق رفعا للفساد فلم يتحقق حق الاحتباس للزوج ، وعلى هذا لو تزوج امرأة ثم ظهر أن العقد فاسد بأن شهد الشهود انها أخته رضاعا وفرق بينهما رجع عليها بما أنفق ان كان قد أعطاها ما تنفق منه بفرض القضاء وأما ما أنفقه بدون حكم فانه يعتبر منه تبرعا فلا يرجع بشىء منه عليها (ص ٦٦١ حـ ٢ ابن عابدين)

ولانرى وجها لهذه التفرقة ما دام الزوجان لا يعلمان بالفساد حين العقد فهى محبوسة بحكم عقد كانا يظنانه صحيحا تقوم له بواجبه كزوجة فيجب أن يقوم لها بالانفاق عليها جزاء احتباسها وقيامها بحاجات الزوجية، ولهذا يرتب الفقهاء على الدخول فى العقد الفاسد العدة وثبوت النسب فما كان ينبغى أن يقولوا برجوعه عليها بما أنفقه تنفيذا لقضاء القاضى .

ويتفرع على الشرط الثانى فروع كثيرة :

(أ) اذا فات احتباسها بدون وجه شرعى فلا نفقة لها ، كالناشزة وهى التى خرجت من منزل الزوجية الصالح لها بلا اذنه بغير حق أو امتنعت من الانتقال الى بيته بغير حق أو منعته من الدخول عليها فى بيتها الذى يقيمان فيه معا ولم تكن سألته النقلة فأبى بأن قالت له حولنى الى منزلك أو اكتر لى منزلا فانى محتاجة الى منزلى هذا آخذ كراءه . (ص ١٠٠٠ حـ ٢ من ابن عابدين) وكالزوجة المحترفة التى تخرج نهارا أو ليلا لحرفتها ثم منعها زوجها فلم تمتنع

فالقابلة والمغسلة والموظفة اذا لم يرض زوج كل بقيامها بحرفتها تعد ناشزة وتسقط نفقتها • ولا يعتبر رضاه باحترافها فى وقت ما ملزما له أن يرضى بذلك فى كل الأوقات ، بل ان منعها وعصته وخرجت بلا اذنه تعد ناشزة •

هذا ويلاحظ أن الزوج ليس له أن يمنع زوجته من أن تزاول فى البيت عملا لاينافى قيامها بحقوق الزوجية كقراءة الكتب وكتابة المقالات ، والاطلاع على الصحف واشتغالها بأعمال (الابرة والتريكو) وخياطتها ملابسها وملابس أولادها ، ومزاولة مهنة النسيج فى منزلها ، الا اذا كانت مزاولة هذه المهنة تضعفها وتنقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها ، ولكنها لاتعد ناشزة اذا خالفته حتى تسقط بذلك نفقتها بل يملك أن يؤدبها لعصيانها أمره ككل الأوامر التى تخالف الزوجة فيها أمر زوجها وهى فى بيته فانها بهذه المخالفة لاتعد ناشزة • (ص ١٠٠١ حـ ٢ من ابن عابدين)

فان أقلعت عن نشوزها استحقت النفقة من حين الاقلاع ، ولو كان الزوج مسافرا فانها تكتب اليه لينفق عليها أو ترفع أمرها الى القاضى ليفرض لها عليه نفقة ، أما لو أنفقت على نفسها بدون ذلك فلا رجوع لها لما جرى عليه الحنفية من سقوط النفقة بمضى المدة بدون قضاء ولا تراض •

أما لو منعته عن الاستمتاع بها وهى فى منزله فلا تعد ناشزة ، وقيل تعد ناشزة اذا كان الزوج يغلب عليه الحياء ، أما لو كانت فى منزلها ومنعته الاستمتاع بها فانها تعد ناشزة باتفاق (ص ١٠٠٠ حـ ٢ ابن عابدين) •

(ب) اذا كان فوات الاحتباس بسبب ليس من قبله فلا نفقة لها وذلك :

(١) كما اذا حبست الزوجة فى جريمه أو دين أو ظلما لأنها فوتت عليه حقه فيفوت عليها واجبها ، الا اذا حبسها بدين له فلها النفقة لأن له دخلا فى فوات حقه اذ الحبس جاء من قبله (ص ١٠٠١ حـ ٢ من ابن عابدين) •

(٢) وكما اذا اغتصبها غاصب بأن اختطفها رجل وذهب بها فانه لانفقه لها ما دامت بعيدة عن الزوج ، لفوات حقه بسبب لادخل له فيه ، والفتوى على هذا الرأى وان نقل عن أبى يوسف أن لها النفقة •

(٣) وكما اذا سافرت الزوجة دون الزوج فلا نفقة لها ولو سافرت لأداء فريضة الحج مع محرم لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه وهو المفتى به ، وعن أبى يوسف أن حجة الفرض عذر فتجب لها فيه نفقةالحضر، أما اذا حجت مع زوجها ولو كان الحج نفلا فلها النفقة لقيام الاحتباس لكونها معه غير أنه اذا خرج معها لأجلها فلها نفقة الحضر وان أخرجها هو لزمه نفقة السفر . (ص ١٠٠٢ حـ ٢ ابن عابدين) .

(حـ) أما اذا كان تفويت الاحتباس لمبرر شرعى فانها تستحق النفقة كما اذا خرجت من طاعته لأن المسكن غير شرعى (اما لوجود ضرتها به أو لأنه بين جيران غير صالحين) أو لأن الزوج غير أمين عليها ، أو لأنه لم يوفها عاجل صداقها (ما اتفق على تعجيله أو ماتعورف تعجيله) ولو بعد الدخول، فانها فى هذه الأحوال لاتعد ناشزة . ويرى أبو يوسف انه ان دخل بها قبل أن تستوفى معجل صداقها يسقط حقها فى المنع عن تسليم نفسها حتى تستوفيه وقد سارت بعض المحاكم الشرعية على قول أبى يوسف ، وهو حسن فى بعض قضايا يكون الغرض فيها من مثل هذا الدفع الخروج عن طاعة الزوج والكيد له . اما اذا كان المهر مؤجلا كله فقد ذكرنا الحكم هناك فى باب المهر فليرجع اليه .

(ء) أما اذا كان فوات الاحتباس بسبب من قبله فلها النفقة كأن يكون محبوسا فى جريمة ارتكبها أو فى دين سواء كان قادرا على ادائه أم لم يكن أو كان محبوسا ظلما لأن الاحتباس فات من جهة الزوج ، ولو كانت هى المتسببة فى حبسه ، وكذلك يكون لها النفقة اذا كان المانع من استمتاعه بها معنى من جهته كأن يكون مريضا مرضا يمنعه من مباشرة النساء أو معيبا بعيب يحول بينه وبين الاستمتاع كالجب والعنة والخصاء .

ويتفرع على الشرط الثالث :

(ا) ان الزوجة اذا كانت صغيرة لاتشتهى فلا نفقة لها ، لأن احتباسها لايوصل الى المقصود من الزواج لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع امكان

استيفاء الأحكام وهذا غير مقصود بالنسبة للصغيرة ، والشافعى يخالف الحنفية فى ذلك فيوجب لها النفقة لأنها تابعة للعقد ومادام العقد قد وجد فالنفقة واجبة ، أما الصغيرة التى يمكن الانتفاع بها فى الخدمة والمؤانسة ولكن لايمكن الدخول بها فالأكثرون من الفقهاء على أنه لانفقة لها لأن المقصود لايمكن استيفاؤه منها ، ويرى أبو يوسف أن الزوجة اذا كانت صغيرة لاتشتهى وأمسكها ليستأنس بها فى بيته فلها النفقة لرضاه بهذا الاحتباس الناقص ، وان لم ينقلها الى بيته فلا نفقة لها وهذا هو المفتى به .

أما الصغيرة التى يمكن الدخول بها فحكمها حكم الكبيرة فتلزمه نفقتها مطلقا متى تحققت شرائط وجوب النفقة .

وأما المريضة مرضا يمنع مباشرة الزوج لها فالمفتى به أنها تستحق عليه النفقة مطلقا سواء أمرضت عنده بعد الزفاف أم قبل الزفاف ولم تمتنع من الانتقال اليه ، لأن المرض طارىء وقتى لادخل لها فيه كالحيض والنفاس وليس من حسن المعاشرة الزوجية ولا المروءة أن يكون هذا الطارىء مفوتا لما يجب لها من النفقة فلا فرق بين الصحيحة والمريضة على المفتى به الجارى عليه العمل ، غير أنهم قالوا اذا مرضت قبل الزفاف مرضا لايمكنها معه الانتقال الى منزل الزوج لاتجب لها نفقة لعدم التسليم أصلا لا حقيقة ولا حكما ، أما ان انتقلت الى منزل أبيها لتمرض فيه وطالبها الزوج بالعودة فلم يمكنها الانتقال فلها النفقة لأن اجابة طلبه غير ممكنة فى هذه الحالة ، والفرق بين هذه الحالة وسابقتها انها لما انتقلت الى بيته تحقق التسليم فلا تعتبر بعده ناشزة الا اذا أمكنها الانتقال اليه وامتنعت .

والخلاصة أن المريضة تستحق النفقة الا فى حالتين : (١) أن تمرض قبل الزفاف مرضا لايمكنها معه الانتقال الى منزل الزوجية لأن الاحتباس غير ممكن . (٢) أن تمرض بعد الزفاف فى بيت أبويها ويدعوها الزوج الى الانتقال الى بيته فلم تفعل مع القدرة .

وعن أبى يوسف أنها اذا مرضت قبل الزفاف فلا نفقة لها مادامت

مريضة فى بيت أهلها لأن النفقة لاتستحق الا اذا سلمت المرأة نفسها فى منزله ، وليس الفتوى عليه بل على ماجاء فى ظاهر الرواية من أن وجوب النفقة أثر من آثار العقد ما لم يقع نشوز . وان زفت اليه وهى مريضة فحكمها حكم الصغيرة التى لاتشتهى ان أمسكها فى بيته فلها النفقة ، وان لم يمسكها فلا نفقة لها (والمراد بالمرض ما لايستطيع الرجل معه قربان المرأة) ومثل المريضة المعيبة بعيب نسائى يمنع من مباشرة الزوج لها فالقول المفتى به لها النفقة مطلقا ، وعن أبى يوسف لانفقة للرتقاء التى لايمكن وطؤها قبل أن ينقلها ، وان انتقلت من غير رضاه يردها الى أهلها ، أما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لايردها الى أهلها . (فتح القدير ٣٢٧ حـ ٢)

سفر الزوج بزوجته : اذا سافر الزوج وترك الزوجة فى البلد الذى كانت تقيم فيه لم يسقط حقها فى النفقة ، فاذا طلب اليها أن تسافر معه فامتنعت ، فلا نفقة لها متى كان مأمونا على نفسها ومالها ، وأوفاها ماتستحقه من صداق ، ولم يكن غرضه من هذا السفر الاضرار بها والكيد لها ، وهذا هو ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، فان كان غير مأمون عليها أو على مالها أو كان غرضه الاضرار بها والكيد لها أو لم يوفها عاجل صداقها فلا يعتبر امتناعها عن السفر نشوزا ، لأن أساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل ، وذهب الفقيهان أبو القاسم الصفار وأبو الليث السمرقندى الى أن الزوج ليس له أن يسافر بها مسافة قصر (قدرها بعضهم بنحو ٨٥ كيلو وقدرها محمود باشا الفلكى بنحو ٩١ كيلو أى بقدر المسافة بين جدة ومكة) فأكثر من غير رضاها ، لفساد الزمان ، ولأن الغربة مظنة الايذاء واستحسن هذا بعض الفقهاء ، لأن الزوج يضارها ويضيق عليها بالسفر فوقع السفر تحت النهى الذى جاء فى قوله تعالى : « ولاتضارهن لتضيقوا عليهن » وقد كان الغالب على الناس قديما الصلاح والتقوى ، أما فى بعض العصور المتأخرة فقد فسد الناس .

والمحققون من الفقهاء وكلوا الأمر الى القاضى ، وفوضوا اليه تقدير الظروف والأحوال ، فان رأى أن الغرض من السفر الاضرار بالمرأة والكيد

لها لم يجبه الى طلبه، ولا يعد امتناعها عن السفر معه نشوزا تسقط به نفقتها ، وان رأى أن السفر ليس للاضرار ، وانما اضطرته ظروف عمله الى الانتقال، وهو مأمون عليها كان له أن يسافر بها ، والمحاكم الشرعية الآن تسير على ماعليه الفتوى وهو ظاهر الرواية ، والنصوص فى هذا الموضوع متشعبة ، وعبارات الكتب مختلفة فى القول المفتى به ، ولكن العمل جرى أخيرا على الرأى الذى ذكرناه من تفويض الأمر الى القاضى .

تقدير النفقة : الذى اعتاده الناس فى حياتهم الزوجية أن تقيم الزوجة فى منزل الزوج ، وأن يقوم هو بالانفاق عليها ، يحضر لها الطعام الذى تحتاج اليه ، وتقوم بتهيئته الا اذا كانت من بنات الاشراف ، فعليه احضار من يهيئه لها أو احضاره مهيئا ، ويقدم لها الكسوة التى تليق ، ويعد المسكن الذى تسكنه . فاذا قصر فى الانفاق كان لها أن ترفع الأمر الى القاضى ، ومتى ثبت تقصيره فرض عليه النفقة وأمره بأدائها ، ويصح ان يفرض لها ماتحتاج اليه مقادير معينة من الخبز واللحم والفاكهة والثياب وغيرها ، كما يصح أن يفرض لها بدل ذلك نقودا وهو ما جرى عليه العمل . (ابن عابدين ص ١٠٠٨ حـ ٢)

مايراعى فى تقدير النفقة : الذى يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية انه يراعى فى تقدير النفقة أمران :

(١) حال الزوج المالية حين فرضها ، فان كان موسرا فرضت عليه نفقة الموسرين ، وان كان معسرا فرض لها نفقة المعسرين ، ولو كانت هى غنية ، وان كان متوسط الحال فنفقة الوسط ، وهو ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية، وذهب اليه أبو الحسن الكوفى ، وقال به جمع من المحققين ، ونص عليه محمد رحمه الله وقال أنه الصحيح وارتضاه مشرعو القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية المصرية حيث جاء فى مادته السادسة عشرة منه .

تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا ، وعسرا مهما كانت حالة الزوجة ، وجرت عليه المحاكم السودانية منذ سنة ١٩٣٥ حيث

ورد فى منشورها الشرعى رقم ٤١ النص السابق للمادة ١٦ من قانون المحاكم الشرعية المصرية جاء فيه : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة . » ومما يلاحظ أن أكثر التعديلات التى كانت تقوم بها وزارة العدل فى مصر يظهر صداها فى المحاكم الشرعية السودانية قريبا أو بعيدا ، بل أن أكثر الأفكار الاصلاحية التى كانت تنبت فى مصر نراها حقيقة واقعية فى المحاكم السودانية ، ومنشأ ذلك أن رياسة القضاة كانت للمصريين ، وكان رأى قاضى القضاة الذى يبعث به الى المحاكم يعتبر قانونا بعد موافقة السكرتير القضائى عليه .

والأخذ بهذا الرأى تؤيده النصوص القرآنية اذ هو صريح قوله تعالى: « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما أتاها » فقد اعتبر حال الرجل فى الحالتين جميعا ، وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره ، ولو اعتبرنا حالهما كما كان معمولا به من قبل صدور القانون فى مصر والمنشور فى السودان ، لكنا فى ذلك تاركين العمل بالكتاب ، لأننا ان أوجبنا عليه فى حال يسارها واعساره فوق نفقة المعسرات ، لكان تكليفا بما ليس فى وسعه ، وهو منفى بالنص وأيضا قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

ولأنها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين ، وهذا هو رأى الشافعى ، ولهذا اختار المشرعون أن يأخذوا به ويلزموا المحاكم العمل به منذ صدوره ، لأنه المتفق مع المصلحة ، فقد تعاقدت معه ضمنا على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال .

(٢) الأمر الثانى الذى يراعيه القاضى عند تقدير النفقة غلاء الأسعار ورخصها حين الفرض ، وأحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن ، ويتغير الفرض والتقدير تبعا لتغير الأسعار وتغير حال الزوج ، فان حسنت حال الزوج وارتفعت الأسعار ، كان للزوجة المطالبة بتحسين مافرض لها تبعا لهذا الطارىء الجديد ، وان ساءت حاله أو انخفضت الأسعار عما كانت حين الفرض ، كان له أن يطلب تخفيض النفقة

(ابن عابدين ص ١٠٠٧ حـ ٢) والخلاصة انه ينظر ما يكفيها بحسب عرف البلدة التى تقيم بها ، وتقوم الأصناف بالنقود مراعيا حاله كما ذكرنا .

وجاء فى الدر ص ١٠٠٨ ولو قترت على نفسها فله أن يرفعها للقاضى لتأكل مما فرض لها خوفا عليها من الهزال فانه يضرها ، كما له أن يرفعها للقاضى للبس الثوب ، لأن الزينة حقه .

هذاوتقدير النفقة ودفعها للمرأة يراعى فيه الأيسر والأصلح لحال الزوج ، فان كان محترفا يكتسب قوته كل يوم قدرت النفقة عليه يوما فيوما ، ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذى قبله لتتمكن من قضاء حاجاتها فى ذلك اليوم ، وان كان يأخذ أجره كل أسبوع كالصناع الذين لايقبضون أجرهم الا فى نهاية الاسبوع تقدر عليه كل أسبوع ، ويعطيها نفقتها مقدما أيضا لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك الاسبوع ، وان كان من أرباب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وان كان من الزراع أمره القاضى باعطاء النفقة لها عند الحصاد ، وهكذا ، الا اذا اشتكت الزوجة مطله فى دفع النفقة فى مواعيدها المقررة ، كان لها الحق فى طلبها فى كل يوم .

والجارى عليه العمل فى المحاكم الشرعية فرض بدل طعامها كل شهر ، ليسر الشهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لاتطول بحيث تخشى الزوجة المطل ، وبدل كسوتها كل ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج فى السنة الى كسوتين ، واحدة للصيف وأخرى للشتاء . وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها وسكنها بدون تفصيل ، مراعيا أن ما يفرضه كفاية لها فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

قال فى البحر «١» : والحاصل أن المرأة ليس عليها الا تسليم نفسها فى بيته ، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالها (جريا على بعض الآراء) من مأكل ومشرب وملبس وفرش ، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها : قال ابن عابدين ومفاده أنه يلزمه كسوتها من

---

(١) ابن عابدين ص ١٠٠٨ ـ ١٠٠٩ حـ ٢ .

حين عقده عليها أو دخوله بها وتجب حالة لا مؤجلة ، وان زفت اليه بثياب فلا يلزمها استعمالها كما لو مضت المدة ولم تلبس مادفعه لها ، فلها عليه غيره وكما لو كانت تملك طعاما يكفيها أو قترت على نفسها وبقى معها دراهم مما فرض لها عليه ، فيجب لها عليه غيره .

هذا ، واذا أعد الرجل المسكن الشرعى اللائق به ، فلا يفرض القاضى لها أجرة المسكن ، والمسكن الشرعى هو المكان الذى يعده الزوج سكنا لزوجته مستكملا للشروط الشرعية ، بحيث تجب عليها طاعته بالاقامة فيه ، واذا امتنعت كانت ناشزة ، وسقط حقها فى النفقة . ويجب فى هذا المسكن أن يكون ملائما لحال الزوج المالية ، فاذا كان مثله يسكن فى منزل مستقل وجب اسكانها فيه كيفما كانت حالتها ، واذا كان مثله يسكن فى دور أوشقة فلا يسكنها الا فى واحد منهما ، وان كان مثله يسكن فى حجرة من شقة كبعض الفعلة والأكرة كان المسكن الشرعى لها حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ، ويكون له مرافق شرعية ، ويجب أن يكون له أثاث وأدوات مناسبة وأن يكون بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ، وأن يكون خاليا من أهله فليس له أن يسكنها من غير رضاها مع أحد من أهله ، لأن المسكن حق لها وهى تتضرر باشراك غيرها فيه ، لأنها لاتأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، الا ان تختار ذلك ، لأنها رضيت باتتقاص حقها ، اللهم الا ولده من غيرها اذا كان صغيرا غير مميز ، وليس لها أن تسكن معها أحدا من أهلها سواء أكان المنزل ملكا له أو اجارة أو اعارة ، حتى ولدها الصغير من غيره ، لأن البيت مملوك المنافع له ، فلا يجبر على سكنى أحد فيه لاتلزمه سكناه شرعا ، وفى حاشية الخير الرملى على البحر ، أن له منعها عن ارضاعه وتربيته ، لأن للزوج منعها عما يوجب خللا فى حقه (لعل هذا ما لم تتعين لارضاعه بأن كان لايقبل ثدى غيرها ، وكان فى ارضاعه الصناعى ما يضر بصحته) .

هذا ، واذا كان فى منزل شقق متعددة ، أو فى دار بيوت متعددة ،

والزوجة تسكن فى احداها ، وللزوج قريبات كأمه وبنته وأخته تسكن فى الأخرى ، فليس لها أن تطلب النقلة الى مسكن آخر الا اذا آذينها بقول أو فعل ، فأنها تجاب الى طلبها ان ثبت لدى القاضى ذلك لأن غرضها منع الأذى وأما اذا كان فى الشقة الأخرى من المنزل أو فى الحجرة الأخرى من الدار ضرتها ، فلها أن تطلب النقلة الى مسكن آخر بعيد عنها ، لأن قربها مظنة الايذاء ، بل ان مجرد وجود الضرة ايذاء لها ، وهـذا هو المعقول وان كان يفهم من بعض الكتب أن حكم الضرة كحكم أقارب الزوج حيث لايجيبها القاضى الا اذا ثبت الايذاء بالفعل .

هذا وقد ذكر ابن عابدين أن المسكن يراعى فيه العرف ، وأن على المفتى أن ينظر الى حال أهل زمانه وبلده، فمن الناس من لايسكنون فى بيت من دار مشتملة على أجانب فيلزمون بدار من بابها ، ومنهم من يسكنون بالزوجة فى بيت من دار ولو مع احمائها وضراتها كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون الربوع والأحواش، فينبغى مراعاة حال الأزواج واختلاف الزمان والمكان . (ص ١٠٢٦ ابن عابدين حـ ٢ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ طبعة أخرى من ابن عابدين) .

الخادم ورأى أئمتنا فيه : اذا كان الزوج موسرا (واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب الزكاة) وزوجته ممن يخدمون ، أو مريضة ولم تجد من يمرضها يجب عليه احضار خادم لها يقوم بخدمتها ومعاونتها فى مرضها ، لأنه يكون من نفقتها «١» اذ الخادم لازم لها فى هذه الحال ، فان امتنع عن احضار خادم فرض لها القاضى أجرا لخادمها ، ولو كان لها خادم وجاءها بخادم قاصدا اخراج خادمها من بيته فلا يملك ذلك فى الصحيح ، وينبغى أن يقيد ذلك بما اذا لم يتضرر من خادمها ، أما اذا تضرر منه بأن كان يختلس من ثمن ما يشتريه كما هو دأب صغار الخدم ولم تستبدل به غيره ، وجاءها بخادم أمين فانه لايتوقف على رضاها ، ولايفرض

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٣٢٨ وابن عابدين ص ١٠١٢ حـ ٢

لها أكثر من خادم واحد عند الطرفين ، لأن خادما واحدا فيه الكفاية ، والخادمان من باب الترف الذى لايلزم الزوج ، وقال أبو يوسف : يفرض لها أكثر من خادم متى كان موسرا ومثلها يخدم بخادمين أو أكثر ، فأما اذا كان معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم أصلا ، وهو الأصح خلافا لمحمد الذى يقول بوجوب نفقة خادمها المملوك لها حيث تجب عليه نفقته ، ثم قال فى الفتح : « ولو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه خادمين أو أكثر اتفاقا » . ونقل عن أبى يوسف انها اذا زفت اليه بخدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهى رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوى (٣٢٩حـ٣ فتح) ثم قال ابن عابدين ص ١٠١٤ : فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقا والمأخوذ به عند المشايخ قول أبى يوسف .

هذا ، واذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضى مدعية أن زوجها لاينفق عليها ، فتحرى القاضى عن دعواها وثبت لديه أنه ممتنع عن الانفاق ولاتتمكن من تناول ماتحتاج اليه ، كان عليه بعد ذلك أن يتعرف حالته موسر هو أم معسر ، فان أداه تحريه الى يساره فرض عليه نفقة الموسرين . (ويكفى فى التحرى شهادة الاستكشاف التى يكفى فيها مجرد الاخبار ممن يوثق به ولا تحتاج الى تحليف اليمين.) وان كان الزوج معسرا لايملك شيئا ولا كسب له ، فلا يفرق القاضى بينه وبينها لعجزه عن الانفاق ، بل يفرض لها النفقة عليه ويأمرها بالاستدانة «(١)» ، ولأمرها بالاستدانة فائدة ، وهى ان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة ، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج ، بل عليها وهى ترجع على الزوج ، وفائدة أخرى وهى أنها لاتسقط بموت أحدهما فى الصحيح . (٣٣١ فتح القدير حـ ٣) واذا لم يكن معها ما تنفق منه ولم تجد من تستدين منه ، كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها ، ويكون ماينفقه دينا على الزوج ــ قال شارح الكنز تبين بهذا أن الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٢٨ وابن عابدين ص ١٠١٢ حـ ٢ .

نفقتها لولا الزوج ، (فتح ٣٣١ حـ ٣) فاذا كان لها أب موسر أنفق عليها وكان ما ينفقه دينا على زوجها يأخذه منه عند الميسرة ، واذا امتنع أبوها أو من تجب عليه نفقتها ، ان لم تكن متزوجة أمره القاضى ، فان امتنع بعد ذلك مع قدرته على الانفاق حبسه حتى يؤدى «[1]» .

هذا اذا تبين اعساره وعجزه عن الانفاق ، وللأئمة الثلاثة رأى يختلف عن ذلك سنذكره عند الكلام فى التفريق الذى يملكه القاضى ، وسنبين أن المحاكم الشرعية تجرى الآن على غير هذه الأحكام .

أما اذا كان موسرا وامتنع من اداء النفقة بعد فرضها عليه حبسه القاضى حتى ينفق أو يتبين للقاضى عجزه ، أو يظهر له مال يستطيع القاضى تنفيذ حكم النفقة فيه وأخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبرا عنه ، لأن المدين يحبس فى الدين ان كان غير ظاهر العسرة عند امتناعه عن أداء الدين الواجب عليه أداؤه ، وليس للحبس مدة مقررة ثابتة ، لأن الغرض من الحبس حمله على الأداء واكراهه عليه وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع فيها الى القاضى على حسب ماهو مقرر فى الفقه الحنفى ، وقد روى عن أبى حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر وأقصاها ستة أشهر . والمحاكم الشرعية فى مصر جعل لها الحق فى الحبس فى دين النفقة حسب ماجاء فى المادة ٣٧٤ من لائحة اجراءاتها ونصها : « اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات ، أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما ، وأما اذا أدى المحكوم عليه ماحكم به او أحضر كفيلا ، فانه يخلى سبيله وهذا لايمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية . »

فترى من هذا أن الشارع الوضعى قد خص أحكام النفقات وما الحق

---

(١) تنبيه فى قضاء الحادى الزاهدى ان لم تجد من تستدين منه اكتسبت وانفقت وجعلته دينا عليه بأمر القاضى ، وان لم تقدر على الاكتساب لها السؤال ليومها وتجعل مسئولها دينا عليه بأمره . ابن عابدين ص ١١٥ حـ ٢ .

بها بشيء من العناية عند التنفيذ ، فأباح لصاحبها أ ن يطلب من القاضى حبس المدين اذا ماطل فى ادائها ، وكان حكم النفقة نهائيا وثبتت له قدرة المدين على أداء المطلوب وأمر بالاداء فامتنع ، ولا تسقط النفقة بالحبس بل يبقى لصاحبها حق الحصول عليها بما تيسر له من طرق التنفيذ الأخرى • ولا يدرأ الحبس عمن يستحقه الا الأداء أو اعطاء كفيل ، والكفيل لايحبس بل ينفذ حكم النفقة فى ماله من غير حكم عليه متى كانت صادرة أمام موظف رسمى، وليس للقاضى أن يحكم أكثر من ثلاثين يوما التى هى ادنى مدة الحبس عند الامام ، ولايحبس للدين الواحد أكثر من مرة •

أما المحاكم الشرعيـــة السودانية ، فلاتملك الحكم بالحبس فى نفقـــة متجمدة ، وانما الذى يملك ذلك المحاكم المدنية ، وبالرجوع الى القانون المدنى السودانى ، عرفنا أنه يمكن للمحكوم لها أن تلجأ لتحبس مدينها فى النفقة ، فقد جرى قانون المحاكم المدنية على حبس المديون مطلقا ، سواء أكان الدين عاديا أم الدين دين نفقة فليس لدين النفقة امتياز على غيره من سائر الديون واليكم نص المادتين ١٩٨ ، ١٩٩ من القانون المدنى السودانى الخاصين بهذا الموضوع •

مادة ١٩٨ من القانون المدنى السودانى : ــ

الفقرة الثانية :اذا ظهر للمحكمة من استجواب المحكوم عليه أو من بينة أخرى أى الأمور الآتية جاز لها أن تأمر بوضعه فى السجن •

أ ــ ان المحكوم عليه قد رفض أو أهمل دفع المبلغ المحكوم به أو جزءا منه وكان قادرا على الدفع او ،

ب ــ ان المحكوم عليه بطيش قد استدان ديونا أو فضل أى دائنيـــه تفضيلا مجمعا وهو يعلم أنه غير قادر على دفع ديونه كلها أو •••

حـ ــ ان المحكوم عليه قد نقل أو أخفى أو أبعد أى جزء من ماله بعد تاريخ رفع الدعوى التى صدر فيها الحكم أو أنه ارتكب بعد ذلك التاريخ أى فعل آخر بسوء نية فى ماله بقصد أو نتيجة اعاقة أو تأخير المحكوم عليه فى تنفيذ الحكم •

مادة ١٩٩ الفقرة (١) اذا حبس المحكوم عليه تنفيذا لحكم ، وجب أن يذكر فى أمر الحبس المدة التى يجب أن يقضيها فى السجن ، وأن يذكر فيه أن يبقى محبوسا حتى يوفى الحكم بشرط أنه لايجوز حبس شخص كما ذكر مدة تزيد عن ستة أسابيع ، اذا كان الحكم بدفع مبلغ من النقود لايزيد عن ١٠ جنيهات مصرية ، أو مدة تزيد عن ستة أشهر فى أية حالة أخرى .

الفقرة (٢) برغم نص الفقرة (١) يجب على المحكمة أن تأمر بالافراج عن الشخص المحبوس فى أى الحالين الآتيين : —

أ — اذا دفع المبلغ المذكور فى أمر الحبس .

ب — اذا قضى الحكم الصادر عليه بطريقة أخرى .

الفقرة (٣) المحكوم عليه الذى يفرج عنه بموجب الفقرة (٢) أو عند انتهاء المدة المبينة فى أمر الحبس ، لاتبرأ ذمته بمجرد الافراج عنه من دينه ، ولكنه لايجوز القبض عليه مرة أخرى أو حبسه ثانية تنفيذا لنفس الحكم ما لم يكن قد استحق دفع مبلغ آخر من النقود غير الفوائد أو المصاريف بموجب الحكم بعد تاريخ الافراج عنه من السجن .

نفقة زوج الغائب : الغائب هو من تعذر احضاره الى مجلس القضاء لسؤاله عن الدعوى ، بعيدا كان أم قريبا ، ولو كان مختفيا بالبلد ، ولا يعتبر غائبا من يعرف مكانه ويسهل احضاره الى مجلس القضاء . وهو اما أن يكون له مال ظاهر من جنس ماتقدر به النفقة عادة كالبر والدقيق والسمن وما جرى به التعامل من النقود ، أو يكون له مال ظاهر من غير ذلك كالعقار والدواب والمراكب ، أو لايكون له مال ظاهر :

(١) فاذا كان لهذا الغائب مال ظاهر من جنس النفقة كالغلال أو النقود ، وكان هذا المال تحت يد الزوجة ، كان لها أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير حاجة الى قضاء ، لحديث هند امرأة أبى سفيان ، « خذى من مال

أبى سفيان ما يكفيك وولدك » . (عناية وفتح حـ ٣ ص ٣٣٦) فاذا رفعت أمرها الى القاضى ليفرض لها نفقة ، وكان عالما بالزوجية فرض لها ما يكفيها، لأن لها أن تأخذه بدون فرض لتنفق على نفسها ، وانما هو اعانة لها على حقها واعانة للزوج على احياء زوجته ، ولا يعد هذا قضاء حتى يكون من باب القضاء على الغائب ، نظير ذلك ما لو أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين ، فطلب المقر له من القاضى الايفاء منه أجابه الى ذلك . (فتح حـ ٣ ص ٣٣٨) .

(٢) اذا كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة وديعة عند أحد ، أو دينا فى ذمة أحد ، أو حقا فى وقف تحت يد ناظره ، ورفعت الزوجة أمرها الى القاضى ليفرض لها نفقة على زوجها ويأمر المودع أو المدين أو الناظر باداء المفروض لها ، فاذا كان الذى عنده المال مقرا به ومعترفا بالزوجية ، أو منكرا لهما ، أو لأحدهما ، والقاضى عالم بما أنكره ، فرض لها النفقة وأمره بادائها اليها ، بعد أن يستوثق للغائب بأخذ كفيل عليها نظرا للغائب ، لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها . (هداية وفتح وعناية ص ٣٣٧ حـ ٣) ويحلفها مع ذلك يمينا تسمى يمين الاستيثاق ، بأنها لم تطلق ، وانتهت عدتها ، وليست ناشزة ، ولم يعجل لها زوجها النفقة عن مدة غيبته ، وأخذ الكفيل واجب لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها ويتمكن بذلك من الرجوع عليها أو عليه أن تبين أن ما أخذته كان بغير حق . (عناية ص ٣٣٧ حـ ٣ فتح) وان كان من عنده المال منكرا له وللزوجية أو لأحدهما ، والقاضى لا يعلم ما أنكره ، تسمع الدعوى من الزوجة ، وتطلب منها البينة على ما أنكر ، فاذا أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بالأداء ، وهذا قول زفر المفتى به ، وعليه عمل القضاة قديما وحديثا ، ووجهه ان القضاء هنا هو بمجرد النفقة سدا لحاجة الزوجة ، ولا ضرر فيه على الزوج ، لأنه يحتاط له بأخذ كفيل منها بما أخذت وتحليفها اليمين على أنها تستحقه ، وله المعارضة بعد عودته ودفع دعواها بما يبطلها ، فان أثبت ما يدعيه ضمن الكفيل ، أو المرأة كما قدمنا .

ويلاحظ أن البينة التى تقيمها المرأة فى غيبة زوجها على الزوج ليس الغرض منها اثبات الزواج ، وانما ليثبت حقها فى الفرض ، لا لاثبات النكاح على الغائب ، وأساس كلام زفر يقوم على أن البينة يجوز للقاضى أن يحكم ببعض مقتضياتها دون بعض كبينة السرقة ان أثبتت أخذ المال ، وكان ثمت شبهة ، فانها توجب المال ولا تثبت الحد . (ابو زهرة ص٢٥٣) وهذا القول الذى جرى عليه العمل كان رأى الامام أولا فى هذه المسألة ، فقد كان يقول تقبل بينتها على الزوجية ، ثم رجع فقال لاتقبل بينتها . (فتح وعناية ص ٣٣٨ حـ ٣)

وقال الامام وصاحباه لاتقبل بينة المرأة على المودع أو المدين عند انكار الزوجية أو الوديعة أو الدين ، ولايقضى بشىء ، لأن المودع أو المدين ليس واحد منهما خصما فى اثبات الزوجية ان كان الغرض من أقامة البينة اثباتها ، وليست هى خصما فى اثبات الوديعة أو الدين اذا انكر من عنده الدين أو الوديعة ، لأنها ليست بخصم فى اثبات حقوق الغائب ، واذا لم تكن خصومة فلا تسمع الدعوى ، وعلى ذلك لايفرض لها القاضى نفقة .

(٣) اذا كان للغائب مال ظاهر ، ولكنه ليس من جنس النفقة بأن لم يكن من النقود ، ولا أصناف الطعام ، فان القاضى يفرض لها نفقة ، ويأذن لها فى استيفاء المفروض من غلة المستأجر أو ما يمكن تأجيره من عقار أو منقول ولا يبيع شيئا من ذلك على الغائب ، أما عند أبى حنيفة فلأنه لايباع مال المدين الحاضر جبرا عنه ، فالغائب من باب أولى . وأما عند الصاحبين فلانهما لايجوزان بيع مال المدين الا اذا امتنع من أداء ما عليه ، والغائب لايعرف امتناعه . هذا والمنشور رقم ١٧ من المنشورات القضائية للمحاكم السودانية يتفق فى روحه ومعناه مع زفر رضى الله عنه فقد جاء فيه « اذا كان للزوج مال يمكن الحصول على نفقة زوجته منه ، نفذ الحكم بنفقتها المستحقة شرعا لها فيه سواء كان نقدا ، أو منقولا أو عقارا ، ويجوز للزوجة اثبات مال زوجها الغائب ان كان دينا ، أو وديعة عند أحد واثبات عقاره أيضا للحصول على نفقتها منه .

(٤) واذا لم يكن للغائب مال ظاهر ، فرفعت الزوجة أمرها الى القاضى ليفرض لهـا نفقة ويأمرها بالاستـدانة على الزوج ، فان كان القاضى عالما بالزواج فرض لها النفقة ، واذن لها فى الاستدانة ، وكانت اداتتها واجبـة على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة ، وان لم يكن القاضى عالمـا بالزواج ، ففى سماع بينتها على اثبات الزوجية وفرض النفقة لها الخـلاف السابق بين زفر والأئمة الثلاثة ، فيرى زفر سماع بينتها ، وفرض نفقة لها وتحليفها اليمين السابقة ، وأخذ كفيل عليها ، وبقوله يفتى لحـاجة الناس ، ويرى أئمتنا الثلاثة عدم سماع بينتها والقضاء لها بنفقة ، لأن فى ذلك قضاء على الغائب ، والقضاء على الغائب لايجوز .

هذا ولو طلبت تطليقها لاعساره وعجزه عن النفقة ، سواء أكان حاضرا أم غائبا فلا تجاب عنـد الحنفية ، لأن اعسار الزوج ليس مسـوغا لتطليق الزوجة اذ العسر عرض يزول ، والمال غاد ورائح ، وبقولنـا قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصرى وابن ابى ليلى وابن شبرمة والظاهرية ، وانما يأمرها القاضى بالاستدانة كما بينا ، وقال الشافعى ومالك وأحمـد فى ظاهر قوله يفرق بينه وبين امرأته ، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة ، والعجز عن المسكن ، وهذا التفريق فسخ عند الشافعى واحمد ، طلاق عند مالك . (٣٢٩ فتح حـ ٣)

وحجة مخالفينا فى جواز التفريق (١) ماروى عن أبى هريرة فى الرجل لايجد ماينفق على امرأته يفرق بينهما ، وعن أبى الزناد قال سألت سـعيد ابن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم ، قلت سنة ؟ قال سنة ، وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم ، وهو من مراسيل سعيـد . والشافعى يقول بهـا والحنفية يقولون بالمرسل مطلقا (فتح ص ٣٣٠ حـ ٢) .

(٢) ان العجز عن الانفاق ينافى المعـاشرة بالمعروف ، وقد قال تعالى « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ، وقـد تعذر التسريح من الزوج

لغيبته ، فيقوم القاضى مقامه ، لأنه نصب لرفع الظلم والضرر عن العباد .

(٣) وللقياس على الجب والعنة ، بل أولى ، لأن البدن يبقى بلا وطء ، ولا يبقى بلا قوت ، وأيضا فمنفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت فى المشترك جواز الفسخ لعدمه ففى المختص بها أولى . (فتح ص ٣٣٠ حـ ٢)

ولأئمتنا (١) قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » فاذا أعسر الزوج كانت النفقة دينا فى ذمته ، وكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص .

(٢) اننا لو فرقنا بينه وبينها لعجزه عن الانفاق لبطل حقه فى الاستمتاع بها ، ولما أمكنه الوصول الى هذا الحق الا بسبب جديد ، وذلك أشد ضررا من تأخير حقها فى استيفاء نفقتها ، لأنها ستصبح دينا عليه يمكنها الوصول اليه عندما تزول عسرته ، فيتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى .

(٣) القياس على الجب والعنه قياس مع الفارق ، لأن المال تابع فى النكاح غير مقصود ، ولكن العجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب أو العنة انما يكون عجزا عن المقصود بالنكاح ، وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع .

ومذهب الحنفية هو الذى كان معمولا به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . أما بعد صدور هذا القانون فقد سوغ للمرأة حق طلب التفريق اذا ثبت عجزه عن الانفاق ، أو امتناعه عنه عند يساره ، ولم يكن له مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه ، لأنه ان كان له مال ظاهر سواء أكان حاضرا أو غائبا لايحق لها طلب التفريق لعدم الانفاق ، لأن غرضها وهو الحصول على نفقتها يتحقق بالتنفيذ فى ماله الظاهر . وسيجىء البيان الشافى عند الكلام على التطليق لعدم الأنفاق ، وعنده يتبين أن المحاكم الشرعية فى مصر والسودان عدلت عن رأى الحنفية فى هذا الأمر ، وأجازت للزوجة طلب التفريق لعدم الانفاق لعجزه ، أو لقدرته مع امتناعه .

متى تعتبر النفقة دينا فى ذمة الزوج لايسقط الا بالاداء أو الابراء ؟

لاخلاف بين الفقهاء فى أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها من حين العقد،

متى توافرت الشروط التى ذكرناها سابقا . فاذا لم يؤد الزوج نفقة زوجته كانت دينا فى ذمته ، الا أن الحنفيـة فصلوا فى هذا الدين تفصيلا كان محلا للشكوى منه ، واضطرت وزارة العدل أن تأخذ بغير رأى الحنفية فى هـذا الموضوع ، ويتلخص تفصيل الحنفية فيما يلى : ـ

(١) تعتبر النفقة دينا قويا لا يسقط الا بالأداء أو الابراء ، اذا تراضى عليها الزوجان أو حكم بها القاضى ثم استدانتها الزوجة فعلا باذن الزوج أو بأمر القاضى ، وفى هذه الحالة لاتسقط بالنشوز ، ولا بالطلاق ولا بالموت .

(٢) اذا كانت النفقة مقدرة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، ثم أنفقت من مال نفسها أو مما استدانته من غيرها بغير أمر القاضى أو الزوج ، تعتبر هذه النفقة دينا على الزوج يحق لها أن تطالبه به ، غير أن هذا الدين يعد دينـا ضعيفا يسقط :

أ ـ بما يسقط به الدين الصحيح وهو الأداء أو الابراء .

ب ـ بنشوز المرأة ، وخروجها عن طاعة زوجها ، عقابا لها على نشوزها حتى لاتقدم عليـه بعد الفرض ولو عادت الى بيته لايعود ما سقط ، لأن الساقط لا يعود .

حـ ـ بموت أحد الزوجين ، لأن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت قبل القبض كالهبة .

ء ـ بالطلاق الذى بنى على سبب من قبلها ، كسوء خلقها على ما اختاره ابن عابدين .

ومعنى هذا أنه اذا كان لها دين متجمد فى ذمة الزوج ، فأنه يسقط بواحد من هذه الأمور الأربعة .

(٣) اذا أنفقت الزوجة على نفسها من مالها ، أو مما استدانته من غيرها دون أن يتراضى الزوجان عليها أو يحكم بها حاكم كانت نفقة مادون الشهر دينا ضعيفا ، كالنوع السابق يحق لها المطالبة به ، لأن هذه أقل مدة تتمكن

الزوجة فيها من مقاضاة زوجها ، والحصول على حكم من القاضى بالنفقة ، اذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا ، وما فوق ذلك لايكون الزائد منه دينا عليه فلا يطالب به ، ومنشأ هذا التفصيل عند الحنفية أنهم يرون النفقة الواجبة للزوجة على زوجها لها شبهان ، شبه بالصلة وشبه بالعوض ، فهى ليست عوضا من كل وجه وليست صلة من كل وجه ، فأما شبهها بالعوض ، فلأنها جزاء الاحتباس للقيام على البيت ، ورعاية شئون الأولاد واستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة والاستئناس ، فهى من هذه الناحية عوض . وأما شبهها بالصلة ، فلأن حبسها ليس لصالح الزوج وحده ، لأن هناك أمورا مشتركة كاعفاف أحدهما صاحبه وتحصينه عن المفاسد وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية ، فكانت النفقة لهذا أشبه بالصلة كرزق القاضى والعامل فى بيت المال ، فلما أشبهت الصلة قالوا أنها تسقط بمضى المدة من غير قضاء ولا تراض ، ولشبهها بالعوض قالوا أنها تصبح دينا فى ذمة الرجل اذا قضى بها القاضى كانهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض . والتراضى عليهما بمنزلة القضاء ، اذ ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى «(١)» .

ويرى الشافعية وباقى الأئمة ، أنها تصير دينا بمجرد وجوبها ، وامتناع الزوج عن أدائها لاتسقط الا بالأداء أو الابراء ، ولا تسقط بالموت ، ولا بالنشوز ، ولا بمضى المدة ، ولا بالطلاق ، وحجتهم فى ذلك أنها واجبة عوضا لا تبرعا ، لأنها وجبت بمقتضى العقد فى مقابل قيامها على البيت ومصالحه ، فهى كالأجرة أوجبها الشارع على سبيل المقابلة ، ولأن الله تعالى أمر بها فى قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وكلمة « على » تدل على الايجاب ، فالله تعالى أوجب النفقة على الأزواج لزوجاتهم مطلقة عن الزمان . وفى قوله تعالى : « فلينفق ذو سعة من سعة ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » والأمر هنا مطلق عن الوقت .

وقد كان عمل المحاكم الشرعية جاريا على ماقدمناه من مذهب الحنفية

---

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٣٣٣ .

الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى أخذ من مذهب الشافعى رعاية للمصلحة ، وجاء فى المادة الأولى منه مايأتى : « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولايسقط دينها الا بالأداء أو الابراء » وجاء فى المادة الثانية منه (المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق) وقد أرسلت وزارة الحقانية تعليمات الى المحاكم الشرعية نذكرها فيما يلى تنويرا لما يراد من هاتين المادتين ولاظهار الفرق بين ما كان العمل جاريا عليه ، وما يراد أن يتبع فى المستقبل .

التعليمات : اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جاريا عليه قبل صدور هذا القانون وهما : (١) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لايشترط فى اعتبارها دينا فى ذمة الزوج القضاء أو الرضا ، بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه .

(٢) ان دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهى التى لاتسقط الا بالأداء أو الابراء ، ويترتب على هذين الحكمين : (أ) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر اذا ادعت أن زوجها تركها بلانفقة مع وجوب الانفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى ثبت ذلك بطريق من طرق الاثبات ، ولو كانت شهادة الاستكشاف حكم لها بما طلبت .

(ب) ان دين النفقة لايسقط بموت أحد الزوجين ، ولا بالطلاق ولو خلعا فللمطلقة مطلق الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، مالم يكن عوضا عن الطلاق أو الخلع .

(٣) ان النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة ، وانما يمنع من وجوبها مادامت الزوجة أو المعتدة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين هما المنصوص عليهما فى هاتين المادتين ، وأما

ما عداهما من أحكام النفقة فالمرجع فيه الى الأرجح من مذهب أبى حنيفة طبقا لما نص عليه فى اللائحة ، وعلى هذا يكون المرجع فيمن تجب لها النفقة ، ومن لاتجب هو مذهب أبى حنيفة اهـ . التعليمات .

وقد اتخذت بعض الزوجات هذا القانون وسيلة الى ارهاق الأزواج واعناتهم بسكوتهن عن المطالبة بالنفقة مدة طويلة ، ثم مطالبتهن بها دفعة واحدة ، فرأى أولو الأمر علاجا لهذه الحالة أن يشرعوا قانونا رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تقضى الفقرة السادسة منه بمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وهذا القانون لايستند على نص فقهى ، وانما يعتمد على قاعدة تخصص القضاء ، وهو علاج فيما نرى قليل الجدوى ، لأن هذه المدة أيضا كفيلة بارهاق كثير من الأزواج ، وكان ينبغى لرفع الحرج عنهم أن تقدر بما لايزيد على ستة أشهر أو سنة على الأكثر ، ولا ضرر على الزوجة فى هذا ، لأن التحديد نفسه باعث لصاحب الحق على المطالبة بحقه أولا فأولا ، وأيضا فانه لامستند لهذا التحديد حتى نقف عنده .

أما المحاكم الشرعية السودانية فقد كان العمل فيها جاريا على ما قدمناه من مذهب أبى حنيفة ، الى أن صدر المنشور الشرعى رقم ٢٨ الصادر فى ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ فقد جاء فى الفقرة ١٦ منه : « يحكم بنفقة الزوجة عن المدة التى يثبت عدم الانفاق فيها مع يسر الزوج فيها مهما طالت المدة » فجرى المنشور الشرعى فى ذلك على ماجرى العمل عليه فى مصر منذ سنة ١٩٢٠ ، ولكنه ذكر قيدا لم يذكر فى القانون المصرى وهو أنه اشترط للحكم بنفقة ماضية يسار الزوج «[1]» وهذا القيد لم يذكر فى القانون المصرى

(١) أخذ من مذهب مالك جاء فى شرح الدردير على المختصر حـ ٢ ص ٥١٧ : ان النفقة تسقط عن الزوج بالعسر وليس للزوجة أن تطالبه بها مادام معسرا ، واذا سقطت وأنفقت الزوجة على نفسها مدة طويلة ثم أيسر زوجها بعد ذلك فليس لها الرجوع عليه بالنفقة مدة الاعسار مهما طالت ، وبهذا أخذ قانون المحاكم الشرعية السودانى . ومن هذا يتبين أن القانون المصرى أخذ من مذهب الشافعى ، والمنشور السودانى أخذ من المذهب المالكى ، فان الشافعى لايشترط للرجوع يسار الزوج عند عدم الانفاق والمالكى يشترط هذا الشرط .

ويترتب على ذلك أنه ما لم يثبت يسار الزوج يكون الحكم على مذهب الحنفية الذى قدمنا تفصيله وشرحه .

ثم رأى المشرع فى سنة ١٩٣٦ أن يصدر منشورا رقم ٤٥ فى ١٨/٣/١٩٣٦ يعدل به الفقرة السادسة عشرة من المنشور رقم ٢٨ بما يأتى « لا تسمع المحاكم دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ومنذ سنة ١٩٣٦ أصبح العمل فى المحاكم الشرعية السودانية يجرى على مايجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية منذ سنة ١٩٣١ ولكن الفارق بينهما أن مشرع المحاكم الشرعية السودانية اشترط يسار الزوج للحكم بنفقة عن مدة ماضية ولكن المحاكم المصرية لاتشترط ذلك . وعلى ذلك أصبح النشوز والموت والطلاق لايسقط بواحد منها النفقة المتجمدة ، وانما يسقط بالنشوز نفقة الزمن الذى يثبت نشوز الزوجة فيه .

تنبيهات : (١) اذا عجل الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة كشهر مثلا ، ثم حصل فى أثناء المدة مايوجب سقوط النفقة كنشوزها مثلا أو موت أحد الزوجين ، فقال الشيخان لايرجع عليها ولا على ورثتها ان ماتت بشىء ، سواء أكانت قائمة أم مستهلكة ، لأنها صلة قد اتصل بها القبض ، ولارجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها ، ولذا لو هلكت من غير استهلاك لايسترد شىء منها بالاجماع .

وعن محمد ، وهو قول الشافعى : أن للزوج أو ورثته أن يسترد من الزوجة أو ورثتها نفقة المدة الباقية بعد الطلاق أو الموت ، لأنها انما أخذت جزاء احتباسها فى تلك المدة ، وقد فات الاحتباس فى المدة الباقية ، فلاتستحق فى مقابلها شيئا من النفقة ، فترد ما لم تستحقه ، كما اذا ادعى على شخص دينا فقضاه ، ثم تصادقا على ألا دين عليه ، فانه يرد المقبوض ، كما اذا أسلفها نفقة سنة ثم ماتت قبل أن يتزوجها . (هداية ص ٣٣٣ حـ ٣) . هذا ومقتضى الأخذ بمذهب الشافعى فى اعتبارها دينا صحيحا من حين

وجوبها أن يؤخذ برأيه فى هـذه المسألة ، فيكون له استرداد ماعجله مما تبين عدم وجوبه ، اللهم الا أن يقال أن التعليمات قضت بقصر الأمر على مانص عليه القانون ، واعتبرت ماعدا الحكمين اللذين شملهما القانون خاضعا للمرجح من مذهب أبى حنيفة ، والمسائل المستثناة يوقف فيها عند النص فيكون الحكم فى هـذه المسألة خاضعا للراجح من مذهب أبى حنيفة ، فلا يحق له استرداد مايقابل المدة الباقية .

(٢) **الابراء الذى يسقط النفقة :** هو الابراء عن النفقة الماضية لا النفقة المستقبلة ، لأن الابراء اسقاط لدين وجب الوفاء به ، والنفقة المستقبلة لم تجب فلا تكون دينا فلا يقبل الابراء . ولو قالت له : أبرأتك من نفقة سنة لايبرأ الا من شهر ، الا اذا كان القاضى قد فرض لها كل سنة قدرا معينا من المال ، فانه يبرأ منه ، وانما لم يصح الابراء عن النفقة المستقبلة ، لأن الابراء اسقاط للشىء قبل وجود سببه والسبب هو الاحتباس ، ولم يوجد الاحتباس الذى أوجب النفقة المستقبلة . وكما لايصح الابراء لاتصح هبتها ، لأن هبة الدين لمن عليه الدين ابراء ، وليس من الابراء الخلع على اسقاط نفقة العدة ، لأن ذلك اسقاط للمطالبة به .

(٣) **المقاصة بدين النفقة :** اذا كان للزوج دين فى ذمة الزوجة ، ثم تجمد للزوجة على زوجها قدر من مال فى نظير نفقتها وطلب أحدهما اسقاط ماعليه فى نظير ماله ، فقد كان المعمول به قبل قانون سنة ١٩٢٠ أن الزوجة لاتجاب الى طلبها ان كانت هى التى طلبت اذا لم تكن النفقة مستدانة بأمر القاضى أو برضاء الزوج ، لأنها فى غير حالة الاستدانة لاتكون دينا قويا ، ومن المقرر أن الدينين اذا لم يتساويا فى القوة لايجاب الى طلب المقاصة صاحب الدين الضعيف الا اذا رضى الطرف الآخر ، أما ان طلب المقاصة صاحب الدين الأقوى أجريت المقاصة فيهما ، لأنه قد رضى بذهاب دينه القوى فى الدين الضعيف (ابن عابدين ص ١٠٠٦ حـ ٢) .

والمعمول به الآن فى مصر والسودان أن دين النفقة كسائر الديون ، ولذلك تجرى بينهما المقاصة سواء أكان الذى طلب المقاصة هو الزوج ،

أم الزوجة لاستواء الدينين فى القوة . هـذا وقد يكون فى طلب الزوج المقاصة أذى بالمرأة اذا لم تكن موسرة ، لأن ماتأخذه انما تنفق منه ، فليس من العدل أن تجرى المقاصة بغير رضاها ، وأن النفقة لهـا امتياز خاص ، ولهذا كان مما فكر فيـه المشرعون أن يأخذوا برأى الامام أحمد من أن الزوج لايجاب الى طلبـه الا اذا كانت الزوجة قادرة على أداء ما عليها أو رضيت بالمقاصة ، أما اذا كانت معسرة فلا يجاب الى طلبه ، وكان هذا الرأى مما أخذ به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٦ وهذا نص المادة ١٢٤ منـه :

« اذا طلبت الزوجة مقاصـة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت الى طلبها ولو لم يرض ، واذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما عليها لايجاب الى طلبه الا اذا كانت الزوجة موسرة قادرة على اداء الدين من مالها ، فان لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شىء من نفقتها » .

(٤) الكفالة بالنفقة : اذا كان الزوج من عادته أن يغيب ، وطلبت منه كفيلا بنفقتها قال أبو يوسف يجبر على اعطاء كفيل عنه بنفقة شهر اذا كان لايعلم مقدار غيبته ، والاقتصار على الشهر ، لأنه أقل الآجال المعتادة ، أما اذا علم أنه سيغيب أكثر من شهر ، كما لو خرج للتجارة مثلا فى بلاد نائية ، أو لطلب العلم ، فانه يؤخذ عنه كفيل بقدر المدة التى يتوقع منه غيابها ، ولا فرق بين كون النفقة مفروضة أو غير مفروضة ، فان الكفالة تصح فى الغيبة مطلقا استحسانا ، وانما صحت الكفالة بالنفقة مع أنها لم تجب فى الحال قياسا على صحة الكفالة بما ذاب لها على الزوج ، أى بما يثبت لهـا بعد ، والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة ، فكذا تصح فى النفقة ، والفتوى على قول أبى يوسف فى النفقة .

وقال أبو حنيفة : لايجبر على تقديم كفيل بالنفقة ، لأنها لم تثبت دينا بعد ولم يطالب بها ، ولا يجبر على تقديم كفيل بحق لم يطـالب به ، ولم يعرف بامتناعه عن أدائه .

أما اذا كان حاضرا فان كانت النفقة مفروضة أو مقدرة بتراضيهما ، فانه يجوز أخذ كفيل بها ، فان قال الكفيل فى كفالته : كفلتك أبدا ، أو ما دمتما زوجين ، وقعت الكفالة عن شهر فقط عند أبى حنيفة ، لأن ما بعد الشهر لم يثبت ، فلا يؤخذ عنه كفيل ، أما الشهر فقد وجب أداؤه ، فكان الزوج مطالبا به ، فيصح أخذ الكفالة به ، ويطالب الكفيل كما يطالب الزوج ، وقال أبو يوسف : وقعت على الأبد للرفق بالناس ولمعونة الزوجة على استيفاء حقها فى النفقة ، والفتوى على قول أبى يوسف .

واذا لم تكن مفروضة أو مقدرة ، فظاهر عبارات الكتب أن حكمها كحكم ما اذا كانت مقدرة ، أى أنه يجوز الكفالة بها وان لم تجب فى الحال ، وان ذلك أشبه بالكفالة بما ذاب على فلان حيث تصح الكفالة بذلك فى غير النفقة ، فكذلك فى النفقة . ويلاحظ أن هناك فرقا بين ما اذا كان الزوج غائبا أو حاضرا ، حيث يجبر القاضى الزوج فى حالة الغياب على تقديم كفيل عند أبى يوسف ، ولا يجبر فى حالة حضوره .

ونحن لانرى وجها للخلاف بين أئمتنا (أولا) فى جواز الكفالة بالنفقة ، سواء أكان الزوج غائبا أم حاضرا ما داموا قد أجازوا الكفالة بما ذاب على فلان ، واذا كانت النفقة لم تتقرر بعد فسوف تتقرر ، وحين تتقرر يلزم الكفيل ، كما يلزم بالديون التى تثبت على الشخص حين يكفل بما ذاب على فلان . (ثانيا) أنه يجب القول بصحة الكفالة بعد التعديل الجديد الذى سارت عليه المحاكم من جعل النفقة دينا فى ذمة الزوج لايسقط الا بالاداء أو الابراء ، فاعتبارهم لها متقررة فى الذمة بمجرد الامتناع عن أدائها ينفى قول الامام أنها لم تتقرر بعد ، ومع ذلك فلسنا فى حاجة الى ذلك ما دامت الفتوى على رأى أبى يوسف فى اجبار الزوج على تقديم كفيل عند الغيبة وصحة الكفالة فى حالة الحضرة بأية مدة طالت أم قصرت .

حقوق الزوج

(١) الطاعة

الأسرة هى الجماعة الأولى التى تتكون منها الأمة ، وبصلاحها تصلح الأمة ، وبفسادها تفسد ، ولا تستقيم حال جماعة اذا لم يكن لهـا رئيس يدير أمورها ، ويصرف شئونها ، ويوجهها الى الغاية الصحيحة فى الحياة ، وتلجأ اليه عند الخلاف ليفض مشكلاتها ويوحد كلمتها . ولما كانت المرأة قد أعدتها الفطرة الالهية للحمل والولادة والعناية بشئون البيت ، ووهبتها خلقة لاتقوى على الكفاح الخارجى فى الحياة ، فى حين أنها وهبت الرجل قوة فى البدن ، وبعـدا فى النظر ، وصبرا على الشدائد ، يعيش فى البيت ، ويعمل خارجه ، ويتردد على الأسواق ، ويختلط بالناس ، فيعرف من شئون الاجتماع ما لاتعرف ، لذلك كان أجدر منها بمرتبة الرياسة ، وله عليها حق الطاعة فعليها أن تطيعه فيما يتعلق بأمور الزوجية فى غير مانهى الله عنه ، فانه لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، والأصل فى ذلك قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . أثبتت الآية للزوج حق الطاعة ، لأن القيم لا يعـد قيما الا اذا نفذت كلمته ، ووجبت طاعته كما أثبتت الآية ولاية التأديب . ومجال الناحية الخلقية فى هذا أوسع من مجال الناحيـة القانونية ، ولذلك كثرت الأحاديث التى تحث المرأة على طاعة زوجها ، فقد جاء عن رسول الله (ص) « أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة » .

(٢) القرار فى البيت

لما كانت وظيفة المرأة فى الحياة كما قدمنا تقتضى القرار فى البيت ، وجب عليها أن تقر فيه ، خصوصا وأن بروزها الى النـاس مدعاة للفتنة . واذا

لاحظنا الى جانب ذلك أن عقد الزواج يتضمن تعهد كل منهما بالقيام بمطالب الزوجية • ومطالب الزوجية تقتضى قرار الزوجة فى المنزل ، لذلك كان عليها أن تبقى فيه ، غير أن بقاءها فى المنزل ليس حقا من حقوق الله ، وانما هو حق للزوج ان شاء تنازل عنه ، فأذن لها بالخروج غير أن لله تعالى على الزوجين حقا ليس لأحدهما أن يتنازل عنه ، وهى ألا تخرج ولا يسمح لها بالخروج على وجه ينافى الأدب ، ويجافى الفضيلة ، ويدعو الى الفتنة •وقد جعل الله الامساك فى البيت عقوبة لمن يأتى بفاحشة من النساء فى قوله : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فامسكوهن فى البيوت » وهو دليل على أن الزام النساء بملازمة البيوت فى جميع الأحوال تحكم •

ولها عليه أن يأذن لها بالخروج لزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ، ومحارمها فى كل سنة مرة وقيل كل شهر ولا تبيت عند أحد منهم الا باذنه، وليس لها أن تزور غير هؤلاء الا باذنه ، ولا أن تأذن لأحد فى دخول بيته من غير رضاه الا أن يزورها أحد أبويها فى كل أسبوع مرة ، أو أحد محارمها كل سنة مرة وله منعها من حضور الولائم ولو كانت عند المحارم لما يغلب عليها من الفساد ، واذا مرض أحد أبويها مرضا يحتاج فيه الى من يقوم بشأنه ، وليس له غيرها ، وجب عليها أن تعنى به ، وان كان كافرا، سواء أرضى الزوج أم أبى ، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض وعليها أن تصون نفسها عما يدنس شرفها وشرف زوجها ،وترعى أولادها وتحفظ مال زوجها ولا تعطى أحدا منه شيئا لم تجر العادة باعطائه•

(٣) ولاية التأديب

قال تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا »•

جعلت الآية النساء نوعين :

(١) الصالحات : وهؤلاء لسن فى حاجة الى تأديب • فقد بلغن بصلاحهن وخضوعهن لله ولأزواجهن وحفظن مايجب حفظه من أسرار الزوجية مرتبة تسمو عن التعرض للتأديب •

(٢) من يخاف نشوزهن وانحرافهن عن الصراط ، وهؤلاء فى حاجة الى تثقيف وتهذيب يردهن الى الصواب ، لأن تركهن فى غيهن يسبب شقاء البيت وتكدير الصفو ، ويصبحن بذلك بواعث شقاء لأزواجهن • وكان من الحكمة أن يتولى تهذيبها وتثقيفها من يخالطها ويطلع على ما ظهر منها وما بطن ، وألا يوكل أمر ذلك الى غيره فيعرف من أمرها ما لا تحب أن يطلع عليه الناس •

ولما كان مزاج المرأة يختلف باختلاف البيئة ، ومن الذنوب صغير وكبير • شرع الله تعالى من أساليب التهذيب ووسائل التثقيف ثلاثا ليتخذ الزوج منها ما يلائم الذنب والزوجة فى البيئة التى يعيش فيها •

الوسيلة الأولى : الموعظة الحسنة وهذه تلائم المرأة التى تكفيها الاشارة أو الكلمة أو الذنب الصغير والرجل أدرى بما يؤثر فى زوجه •

الوسيلة الثانية : الهجر فى المضجع قيل المراد به أن يبيت فى حجرة غير التى تبيت فيها ، أو فى فراش غير فراشها وقيل غير ذلك ، وما دام المقصود التأديب فليترك للزوج ما يراه أدعى الى كبح جماحها •

الوسيلة الثالثة : الضرب وهو علاج الشرسات اللائى لاتجدى فيهن موعظة ولا هجر ولا يصلح مثلهن الا به ، ويجب ألا يكون مبرحا شديد الايذاء •

والعارف بأحوال النساء فى البيئات المختلفة يعرف أن منهن من لاتصلح الا بهذا النوع من التأديب ، ولا ينبغى للجاهل بشئون الجماعات واختلاف البيئات أن يتخذ هذا النوع من التأديب سببا للنقد بعد أن وضع العليم الخبير من الأنواع مايلائم كل بيئة •

وسبب انكار المنكر أنه يضع العقوبة القصوى بازاء الذنب الأدنى ، أو المرأة الصالحة ، ثم يصور العقوبة كما يشاء له خياله ، ولو أنه وسع دائرة أفقه وعرف أن الناس أصناف وأنواع ، وأن علاج كل صنف يختلف عن علاج الصنف الآخر ، ماشعر بمرارة ولا بغضاضة من هذا النوع من التأديب • ان الشريعة ليست مقصورة على من بلغوا الغاية من سمو الخلق، وانما هى شريعة عامة لطوائف البشر، فلا بد أن تضع من العلاج ما يلائم كل طائفة ، ويصلح كل نوع •

الحقوق المشتركة

(١) حق الاستمتاع ، فلكل من الزوجين حق الاستمتاع بصاحبه ،وذلك أمر تدعو اليه الفطرة ، فعلى كل منهما أن يلبى داعى الطبيعة البشرية ، ولا يمتنع على صاحبه ما لم يكن هناك ما يمنع من الاجابة • وللفقهاء كلام طويل فى هذا الموضوع يرجع اليه من أراد فى مظانه •

(٢) حسن المعاشرة • قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة» • وقال تعالى :«وعاشروهن بالمعروف » فكل من الزوجين يطالب باحسان معاشرة الآخر بالتعاون على جلب الخير ودفع الشر ، والبعد عما ينفر ، والسعى الى ما يرضى،والاخلاص فى أداء الواجب مع العطف والبر والتسامح وحسن الحديث ، واحترام الرأى ليدوم الوفاق والوئام ، ويتربى النسل فى صفاء وسلام •

ومن حسن العشرة عند تعدد الزوجات أن يعدل فى القسم بينهن ، فيجعل لكل منهن من الليالى مثل ما لغيرها ، ويعطى كلا منهن من النفقة مثل مايعطى الأخرى ، والبكر الثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء فى ذلك •

وللزوج عند السفر أن يسافر بمن شاء منهن ، والقرعة أحب لما فيها من تطييب النفوس وصفاء القلوب ، ولا تحسب مدة السفر من أيام القسم •

حقوق الله تعالى

قلنا أن لعقد الزواج آثارا شرعية هى حقوق لله تعالى ليس للزوجين أن يتنازلا عنها ، وهى أربعة : (١) حرمة المصاهرة ، وقد تقدم بيانها فى باب المحرمات . (٢) التوارث وله باب مستقل . (٣) العدة وسيأتى الكلام عنها . (٤) ثبوت النسب . وسيأتى الكلام فيه بعد معرفة العدة وأنواعها لارتباطه بذلك .

تزوج المسلم بالكتابية

قلنا فيما سبق أنه يصح للمسلم أن يتزوج الكتابية (وهى التى تدين بدين الهى وتؤمن برسول وكتاب منزل) . وأن شاهدى العقد يصح أن يكونا كتابيين على رأى الشيخين المفتى به . وان كل الشروط التى يجب توافرها لانعقاد العقد وصحته ونفاذه ولزومه بين المسلمين يجب توافرها أيضا بين المسلم والكتابية ، وأن لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها اذا كانت بالغة عاقلة ، أو يتولاه وليها الموافق لها فى الدين اذا أرادت ، أو كانت فاقدة الأهلية ، ومتى تم العقد كان بين الزوجين من الحقوق والواجبات مثل مابين الزوجين المسلمين ، مع ملاحظة مايأتى :

(١) الأولاد الذين يولدون من هذا الزواج يكونون مسلمين ، تبعا لأبيهم ذكورا كانوا أم أناثا .

(١) أنه لاتوارث بين هذين الزوجين ، ولا بين الأولاد وأمهم لاختلافهم فى الدين ، وانما يرث الأب أولاده والأولاد أباهم كما يتوارث الأولاد ، وتصح الوصية بين الزوجين وبينهم جميعا كما هو معروف .

(٣) اذا انتقلت الكتابية من دينها الى دين كتابى آخر بقى الزواج كما اذا كانت يهودية فتنصرت واستمر زواجها على صحته ، لأن ما لايمنع العقد ابتداء لايمنعه بقاء . أما اذا انتقلت الى غير دين سماوى بأن ارتدت عن دينها السماوى ولم تعتنق دينا آخر سماويا ، فان الزواج يبطل وعلى القاضى أن يفرق بينهما ان لم يفترقا من تلقاء أنفسهما .

ثم ان زواج المسلم بالكتابية فى مصر لايتولاه المأذون الشرعى ، وانما هو من اختصاص القاضى الشرعى نفسه يجريه بعد تحريات واجراءات قانونية ، ويسجله فى وثيقة خاصة دون فيها أكثر حقوق الزوجية التى تقضى بها الشريعة الاسلامية بعد أن يتلوها على الزوجين ، ويبين لهما جميع ما اشتملت عليه ويقبلا العمل بما فيها وملخص ما فى هذه الوثيقة :

(١) أن للزوج أن يمنع زوجته من الخروج ، وأن يلزمها الطاعة .

(٢) ان له أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع وان لم ترض الزوجة .

(٣) وله أن يطلقها متى شاء من غير رضاها ، واذا كان الطلاق رجعيا كان له أن يراجعها فى العدة بغير اذنها ، واذا كان بائنا فليس له أن يراجعها الا باذنها ، وبعقد ومهر جديدين ، واذا كان مكملا للثلاث لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثم يطلقها أو يموت عنها .

(٤) اذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول ، فليس لها الا نصف المهر ، فان لم تكن تسمية فليس لها الا كسوة مبينة فى الشرع — واذا طلقها بعد الدخول كان لها كل المسمى ، وتطالبه بما لم تقبضه منه فقط ، واذا كان الطلاق قبل الدخول فلا عدة عليها ولا نفقة لها .

أما بعد الدخول فعليها العدة ولها النفقة يقدرها القاضى ، اذا لم يتفق الطرفان عليها .

(٥) الأولاد من هذا الزواج يكونون مسلمين تبعا لأبيهم ، ولأمهم حق حضانتهم سبع سنين للغلام وتسع سنين للانثى ، ما لم ير القاضى خلاف ذلك لمانع ، واذا طلقت الزوجة بائنا استحقت على حضانتهم وارضاعهم أجرا يقدره القاضى اذا لم يتفق الطرفان عليه .

(٦) لاتوارث بين الزوجين لاختلاف الدين .

اسلام أحد الزوجين أو كليهما «١»

(١) اذا أسلم الزوج وحده بقى الزواج ان كانت زوجته كتابية وكان الزواج مما يقره الاسلام ، لأن المسلم يجوز له أن يتزوج الكتابية ابتداء لقوله تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ... » كما يبقى زواجهما ان كانت غير كتابية ثم تهودت أو تنصرت ، أما ان كانت غير كتابية فانه يعرض عليها الاسلام ، فان أسلمت أو اعتنقت دينا سماويا بقى النكاح ، والا فرق بينهما ، لأن زواج المسلم بغير الكتابية لايصح ابتداء ، فلا يصح بقاء وكان الفرقة فسخا .

(٢) واذا أسلمت الزوجة وحدها ، وكان الزواج مما يقره الاسلام عرض الاسلام على الزوج كتابيا كان أو غير كتابى ، فان أسلم بقى الزواج على حاله ، وان أبى أو سكت فرق بينهما ، غير أنه فى حالة السكوت يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا ، وانما يفرق القاضى بينهما لأن المسلمة لايصح أن تكون زوجا لغير المسلم ، لأن المقاصد من الزواج قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة ، والاسلام طاعة فلا يصلح سببا فنعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام أو تثبت الفرقة بالأباء ، وما لم يفرق القاضى فهى زوجته حتى لو مات الزوج قبل أن يسلم وجب لها كمال المهر وان لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما ويتقرر بالموت ، وانما لم يتوارثا لمانع الكفر .

والفرقة بأباء الزوج الاسلام طلاق عند الطرفين وفسخ عند أبى يوسف، وحجته أن الأباء سبب يصح أن يكون من المرأة اذا كانت مشركة وأسلم الزوج ، وكل سبب للفرقة يصلح أن يكون من المرأة اذا وقع من الرجل كان فسخا ، لأنه ان وقع منها كان فسخا فيكون منه فسخا أيضا اذ لايعطى الشارع للعمل الواحد حكمين مختلفين . وحجة الطرفين أنه باسلامها وابائه الاسلام فات الامساك بالمعروف ، فيتعين التسريح بالاحسان ، وكان يجب أن يطلق فلما لم يفعل فرق القاضى بينهما كالتفريق للعيب ، واذا كان

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٠٠ .

طلاقا احتسب من الطلقات التى يملكها الزوج بحيث اذا أسلم بعد التفريق فانه لايملك عليها غير طلقتين عندهما ، ويكون طلاقا بائنا قبل الدخول أو بعده وتعتد المرأة منه ان كان بعد الدخول لأن المرأة باسلامها قد التزمت أحكام الاسلام ، ومن حكمه وجوب العدة ، ويلزم بنفقة العدة (ابن عابدين ٦٠٢) • وانما يعرض الاسلام على الزوج أو الزوجة اذا كان كل منهما أهلا لعرض الاسلام عليه ، بأن كان بالغا عاقلا أو صبيا مميزا يعقل الأديان ، لأن ردته معتبرة فكذا اباؤه ، وان كان صغيرا غير مميز انتظر تمييزه ، ثم يعرض عليه الاسلام • وان كان مجنونا عرض الاسلام على أبويه ، فان أسلم أحدهما تبعه ابنه واستمرت زوجيتهما مادامت مما يقرها الاسلام ، وان أبى كل من أبويه الاسلام أو لو لم يكن له أبوان فرق القاضى بينه وبين زوجته ولا تنتظر افاقته ، لأنها ليس لها وقت معلوم وربما طالت سنين عدة فتضرر الزوجة التى أسلمت فمنعا للضرر عنها يعرض الاسلام على أبويه ، فربما يكونان حريصين على بقاء الزوجية ، وانما انتظر تمييز الصبى ، لأن التمييز له مبدأ معلوم يمكن انتظاره ، وقد قلنا ان تفريق القاضى بسبب الاباء طلاق عند الطرفين ، والزيلعى يعد ذلك من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون ، ولكن شمس الأئمة السرخسى يرى أن الطلاق يملك بملك النكاح ، اذ لاضرر فى اثبات أصل الملك وانما الضرر فى الايقاع ، فاذا تحققت الحاجة الى صحة ايقاع الطلاق لدفع الضرر كان صحيحا فاذا أسلمت زوجته وأبى فرق بينهما وكان طلاقا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال ابن عابدين وحاصل هذا القول أنه كالبالغ فى وقوع الطلاق بهذه الأسباب الا أنه لايصح ايقاعه منه ابتداء للضرر عليه ومثله المجنون •

ملاحظة : اذا أسلمت الزوجة وأريد عرض الاسلام على زوجها فتبين أنه غائب غيبة متقطعة ، أو طلب لعرض الاسلام عليه فتكرر امتناعه ، فرق القاضى بينهما من غير عرض ، لأنه فى الغيبة المنقطعة لا ولاية لنا عليه حتى نعرض عليه الاسلام ، وفى تخلفه عن الحضور بعد طلبه قرينة على اباته الاسلام ، وقد صدرت عدة أحكام من المحاكم الشرعية بذلك •

(٣) وان أسلما معا وكان النكاح صحيحا فى نظر الاسلام لاستيفائه شروط الصحة ، أو كان غير صحيح لعدم حضور الشهود اذا كانا يعتقدان صحته بدون شهود ، فلو لم يكن جائزا عندهم يفرق بينهما اتفاقا لأنه وقع باطلا فيجب التجديد أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت فى عدة كتابى (على الخلاف بين الامام وصاحبيه فى المسألة الأخيرة) فانهما يقران على هذا الزواج ولا يتعرض لهما .

وان كان سبب الفساد راجعا الى أن الزوجة من محارم الزوج رضاعا أو نسبا أو مصاهرة ، أو كانت عند التزوج بها معتدة لمسلم فرق القاضى بينهما ، شأن كل مسلمين تعاشرا فى زواج غير صحيح ، لأن القاعدة عند أئمتنا أن كل نكاح حرم لحرمة المحل بأن كانت غير محل له أصلا كمجوسى تزوج أمه أو أبنته ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما اجماعا ، أما على قولهما فظاهر ، لأن لهذه الأنكحة حكم البطلان وأما على قوله فلأنه وان كان لها حكم الصحة فى الأصح حتى تجب النفقة ويحد قاذفه الا أن المحرمية تنافى البقاء كما تنافى الابتداء ، وقال قاضيخان أنها تبين بدون تفريق القاضى (٥٩٨ حـ ٢ ابن عابدين) .

« فروع » يجمل بنا قبل الشروع فى الكلام على انهاء عقود الزواج وقضاياه ، أن نذكر طائفة من الأحكام ترتبط بعقد النكاح ارتباطا وثيقا .

(١) الوطء فى دار الاسلام لايخلو عن حد أو مهر الا فيما يأتى : مراهق تزوج بلا اذن وليه امرأة ودخل بها ، فرد أبوه نكاحها ، قالوا : لايجب على الصبى حد ولا عقر (مهر) ، أما عدم الحد فلمكان الصبا ، وأما عدم المهر فلأنها انما زوجت نفسها منه مع علمها أن نكاحه لاينفذ فقد رضيت ببطلان حقها ، وكذلك لو زنى بثيبة وهى نائمة ، فلا حد عليه ولا مهر ، أو ببكر بالغة دعته الى نفسها وأزال عذرتها ، وعليه المهر اذا كانت صغيرة ، ولو بأمرها لعدم صحة أمر الصغيرة فى اسقاط حقها ، ذمى تزوج ذمية بغير مهر ثم أسلما وكانوا يدينون ألا مهر فلا مهر .

(٢) تدافعت جارية مع أخرى فأزالت بكارتها لزمها مهر المثل .

(٣) المهر المؤجل الى أجل معلوم يبقى الى أجله ولو طلقها قبل المدة ، أما المؤجل الى الطلاق فأنه يتعجل بالرجعى على رأى وعلى قول عامة المشايخ حتى تنتهى العدة (٥٧٠ حـ ٢ ابن عابدين) .

(٤) افترقا فقالت بعد الدخول ، وقال الزوج قبل الدخول ، كان القول قولها بيمينها ، لأن المهر يجب بنفس العقد ، والدخول أو الموت مؤكد له ، والطلاق قبلهما منصف له ، فسبب وجوب الكل متحقق ، والمنصف له عارض ، والمرأة تنكر ذلك العارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل ، ولذا تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولا يعود نصف المهر المقبوض الى ملكه بالطلاق قبل الدخول الا بالقضاء أو الرضا ، ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك ، وينفذ تصرف المرأة فيه ، والزوج وان أنكر الزيادة على النصف مقر بسببها (٥٣٠ حـ ٢ ابن عابدين) .

(٥) نقل الطرسوسى عن الذخيرة أنه اذا خلى بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه ، قال ومن طلاق النوازل عليه نصف المهر (٥٣٠ حـ ٢ ابن عابدين) .

(٦) قال لمطلقته لا أتزوجك حتى تهبينى مالك على من مهرك ففعلت على أن يتزوجها ، فقال لها لا أتزوجك ، كان ذلك ردا للهبة فيبقى عليه المهر ، ولو تزوجها بعد الاباء .

(٧) الولد يتبع خير الأبوين دينا ، واذا كان الزوجان كافرين فأسلمت الزوجة أو أسلم الزوج ، ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها ، أو كان بينهما ولد صغير قبل اسلام أحدهما ، فانه باسلام أحدهما يصبح الولد مسلما للحديث الصحيح ، كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه اللذان يهودانه أو ينصرانه ، واتفاقهما على الكفر يعتبر ذلك ناقلا له عن الفطرة ، واذا لم يتفقا بقى على أصل الفطرة ، أو على ما هو أقرب اليها ، ولا يصير الولد مسلما باسلام

جده ولو كان أبوه ميتـا ، وتبعيته لأحد أبويه لاتنقطع الا بالبلوغ ، أو بالاسلام بنفسه ، فالصبى الذى يعقل الأديان كالصبى الذى لايعقل على ماهو المختار الصحيح فى المذهب (ابن عابدين ٦٠٩ ، ٦١٠ حـ ٢) .

هذا اذا كانا فى دار واحدة ، أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب فى دار الاسلام والولد فى دار الحرب أو بالعكس فانه لايصير مسلما باسلام أبيه . ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابى ، لأن ذلك أنظر للولد فى الدنيا ، لأن اعتباره كتابيـا يقربه من المسلمين فى الأحكام فتحل ذبيحته ومناكحته وأنظر له فى الآخرة ، لأن عقاب الكتابى أقل من عقاب المجوسى (ص ٥٠٦ فتح القدير حـ ٢) .

(٨) الارتداد عن الاسـلام كما يفسخ النـكاح لايجوز معه التزوج لا بمسلمة ولا بكافرة ، فان كان المرتد رجلا لايجوز له التزوج بمسلمة ، لأن المسلمة لاتكون تحت كافر ، وأما عدم تزوجه بالكافرة فلأنه مستحق للقتل ، وامهاله للتأمل ، والنكاح يشغله عنه فلا يشرع فى حقه ، واز كان المرتد امرأة لايتزوجها مسلم ولا كافر ، لأنها محبوسة للتـأمل ، وحبسها يخل بمقاصد النكاح من السكنى والازدواج والتوالد والتناسل ، والنكاح ماشرع لعينه وانما شرع لمصالحه ومقاصده (٥٠٧ هداية وفتح حـ ٢) .

(٩) اذا تزوج الكافر بمسلمة وقع الزواج باطلا ، وعوقب الرجل كمـا تعاقب المرأة ان كانت عالمة بحاله ، ولا يعد ذلك ناقضا لعهده ان كان ذميـا فلا يقتل خلافا لمالك فقـد قال بقتله قياسا على ما اذا جعل نفسه طليعـة للمشركين ، لأنه بعمله هذا قد خالف ما التزمه بعقد الذمة الذى يوجب عليه ألا يخالف الأحكام الاسلامية العامة .

١٠ ــ فى العزل واسقاط الحمل : الأصل فى المذهب أنه لايجوز العزل عند الحرة الا برضاها ، ولكن المشايخ الذين رأوا فساد الزمان قالوا بجواز العزل من غير رضاها ، فقد جاء فى الخانية أنه يباح فى زماننا لفساد الزمان ، وأقره فى الفتح ، وبه جزم القهستانى أيضا حيث قال : وهـذا اذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان والا فيجوز بلا اذنها اهـ . ومثل هذا العذر

غيره كأن يكون فى سفر بعيد أو فى دار الحرب فخاف على الولد ، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها فخاف أن تحمل ا هـ كلام ابن عابدين • ويلحق بهذه الأعذار ما اذا كانت حالته المالية لاتساعده على تربية الأولاد ، ولا على القيام بواجبهم ، ومن العزل أن تسد فم الرحم كما تفعله النساء ، ولها ذلك بدون اذن الزوج لفساد الزمان •

أما اسقاط الحمل ، فير ى مشايخنا أنه لا يجوز الاسقاط بدون عـذر سواء تخلق أو لم يتخلق لأن الماء بعد ماوقع فى الرحم مآله الحياة ، فيكون له حكم الحياة ، كما فى بيض صيد الحرم اذ المحرم لو كسر بيض الصـيد ضمنه ، لأنه أصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها اثم هنا اذا أسقطت بدون عذر ، قال ابن وهبان : ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل ، وليس لأبى الصبى ما يستأجر به الظئر ، ويخاف هلاكه ا هـ • (ابن عابدين ٥٨٦ ــ ٥٨٨ حـ ٢)

أما بعد نفخ الروح فيه ، فلا يباح اسقاطه ويعتبر اسقاطه جناية ، بقى أن يقال اذا ثبت طبيا من طريق موثوق به أن بقاء الجنين بعـد تحقق حياته بالحركة يؤدى ــ لا محالة ــ الى موت الأم فهل يجـوز شرعا اسقاطه ؟ ان الشريعة تأمرنا بارتكاب أخف الضررين ، فاذا كان فى بقاء الجنين موت الام ويتبعه موت الجنين ، وكان المنقذ هو اسقاط الجنين ، فان اسقاط الجنين يكون متعينا انقاذا للأم من الخطر الذى يقضى عليها •

والخلاصة أن منع الحمـل جائز اذا كان لغرض يعتد به شرعا ، ويراه الشارع سببا للترخص فى العمل على منع الحمل ، وذلك كخشية الوقوع فى الحرج ، من عدم القدرة على تربية الأولاد ، والعناية بهم ، وأن تسوء صحته بضعف أعصابه عن تحمل واجباتهم ومتاعبهم ، أو أن تسوء صحـة زوجته لكثرة ما تحمل وتضع ، ذلك أن أصل الزواج مع طلب الشريعة اياه وحثها عليه يجوز تركه ، بل كراهته اذا خيف الجور أو الضرر ان تيقن كان حرامـا •

أما منع الحمل تبعا لهوى النفس ، وعبثا بمقتضى الطبيعة ، فهـذا

ما لاتقره الشريعة . وفكرة تحديد النسل لاتقرها الشريعة كمبدأ عام للدولة، وان سوغت لبعض الأفراد لظروفهم الخاصة أن يحددوا نسلهم ، وليس المقام مقام التوسع فى هذا الأمر ، فحسبنا من هذه الاشارات الخاطفة التى تحمل فى ثناياها الفكرة الصحيحة فى نظر الشريعة لهذا الموضوع .

١١ ــ وكله فقال له : زوجنى امرأة ، لايملك الا أن يزوجه امرأة واحدة لانتهاء الاذن بمرة ، لأن المرأة اسم لواحدة من هذا الجنس ، فلو زوجه أخرى توقف على الاجازة ، ولو زوجه زواجا فاسدا ، فلا ينتهى التوكيل به ، لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح ، لأنه لايفيد شيئا من أحكام النكاح ، ولهذا لو حلف لايتزوج فتزوج نكاحا فاسدا لايحنث (٥٧٨ ابن عابدين حـ ٢) .

قضايا الزواج

لما كانت لائحة المحاكم الشرعية المصرية قد اشترطت بعض القيود لسماع دعوى الزوجية ، وكذلك اشترطت لائحة المحاكم الشرعية السودانية بعض القيود لسماع دعاوى خاصة ، آثرنا أن نتحدث فى ايجاز عن قضايا الزواج فنقول :

١ ــ كل قضية ترفع أمام القاضى يوجه الى المدعى عليه السؤال عنها بطلب المدعى ، فان أقر بما يدعيه المدعى وهو أهل للاقرار تثبت الدعوى ، وان أنكر المدعى عليه طلب من المدعى اثبات دعواه بالبينة ، فان أثبتها حكم له بما يدعيه ، وان عجز عن اقامة البينة ، سواء أكان ذلك لعدم وجود بينة له أو لأنها غير صالحة للاثبات بها ، كان له ان يطلب من القاضى تحليف المدعى عليه ، فان حلف رفضت الدعوى ،وان نكل ثبت ما يدعيه المدعى ، لأن نكوله اما بذل أو اقرار .

وعلى هذا اذا ادعى أحد الزوجين على الآخر أو على ورثته الزوجية أو ادعى ورثة أحد الزوجين أو ورثته على الآخر أو ورثته ، سئل المدعى عليه عن الدعوى ، فان أقر قضى بالزواج ، وان أنكر طلب من المدعى البينة ، فان

أقامها واقتنع بهـا القاضى قضى له بما يدعيه ، والا كان له أن يطلب من القاضى تحليف المدعى عليه ، فان حلف رفضت دعوى المدعى ، وكان هذا القضاء فى الفقه الحنفى قضاء ترك لا يمنع المدعى من تجديد الدعوى اذا وجد البينـة ، وان نكل عن اليمين قضى بالزواج ، لأن النكول اقرار على مذهب الصاحبين المفتى به .

أما أبو حنيفة فلا يوجه اليمين على المدعى عليه فى دعاوى الزواج ، لأن المدعى عليه ان نكل كان نكوله بذلا والبذل لا يجرى فى الزواج وأشباهه .

هذا هو حكم الفقه ، أما ما جاء باللائحة الشرعية من طرق اثبات الزواج ، فانه لا يتفق من كل الوجوه مع الفقه الحنفى ، واليك البيان حسب ما ورد فى لائحة المحاكم الشرعية المصرية :

(ا) اذا كان المدعى عليه مقرا بالزوجية ثبتت سواء أكان ذلك فى حياة الزوجين أم كانت بعـد وفاتهما أو وفاة أحدهما بشرط أن يكون المقر أهلا للاقرار ،

(ب) اذا كان المدعى عليه منكرا ، فالحكم هنا يختلف بحسب المدة التى وقع فيها الزواج ، وقد قسمت المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ حوادث الزواج الى أربعة أقسام :

القسم الأول : الحوادث الواقعة قبل ١٨٩٧ تثبت عند الانكار بالبينة ، بشرط أن يكون الزواج معروفا بالشهرة العامة «١» ، سواء أكانت الدعوى فى حياة الزوجين أم بعد وفاتهما ، لأن اللائحة الشرعية التى قيدت دعاوى

(١) ويراد من الشهرة العامة أن يستفيض الخبر ، فيسمع من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب ، وقد يسمع من رجل أو رجل وامرأتين عدول مستكملين شروط الشهادة ، وحينئذ يكون مشهورا شهرة خاصة أو حكمية ، والزواج من الامور التى تصح الشهادة فيها بالتسامع بناء على الشهرة العامة أو الخاصة عند الصاحبين ، وبناء على الشهرة العامة فقط عند الامام ، وهو ماعول عليه القانون هنا (عيون المسائل الشرعية ص ١٣٨) .

الزواج لم تصدر الا فى سنة ١٨٩٧ ، ولذلك بقيت قواعد الاثبات كما هى فى الفقه .

القسم الثانى : الحوادث الواقعة بين أول ١٨٩٧ وآخر سنة ١٩١٠ وهذه لاتسمع دعوى الزواج والاقرار به فيها بعد وفاة الزوجين ، أو أحدهما الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على الزواج ، اللهم الا اذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الزوجين على الآخر ، فيجوز اثباتها حينئذ بشهادة الشهود ، وسائر طرق الاثبات المقررة فى الفقه الحنفى .

القسم الثالث : الحوادث الواقعة بين أول سنة ١٩١١ وآخر يولية سنة ١٩٣١ ، وهذه لاتسمع دعوى الزواج أو الاقرار به فيها ــ بعد وفاة الزوجين أو احدهما ــ الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو كانت مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك ، سواء أكانت مرفوعة من أحد الزوجين أم من غيره ، أما المرفوعة من أحد الزوجين على الآخر فتطبق فيها الأحكام الفقهية السابقة من ثبوت الزواج بالبينة وسائر طرق الاثبات عند الانكار ، وتوجه اليمين عند العجز على رأى الصاحبين المفتى به .

القسم الرابع : الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ ، وهذه لاتسمع الدعوى بها حال حياة الزوجين ، أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما ، الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص باصدارها بمقتضى وظيفته ، والموظف المختص فى نظر اللائحة هو المأذون الشرعى ، أو القاضى الشرعى فى داخل القطر ، والقنصل فى خارجه .

ومما تقدم نرى ان الشارع قد قيد دعاوى الزوجية بقيود مخصوصة فيما يتعلق بطريقة اقامة الدليل عليها زيادة فى العناية بأمرها لخطورة شأنها، وهذا يتفق كل الاتفاق مع نزعته الجديدة التى ترمى الى الاهتمام بطرائق الاثبات ، واحاطتها بسياج متين من الضمانات ، وقطعا لداء التلفيق والتزوير، فتراه لم يقر الاثبات بالبينة الا فى حالة واحدة من تلك الموضوعات كما تراه من جهة أخرى ، لايكتفى بالأوراق العرفية الا بقيود معينة كما أنه

فى المرحلة الأخيرة من التعديل لم يقنع فيها الا بالأوراق الرسمية ، وهـذا التـدرج فى تقييد الدعاوى بالأدلة الكتابية فيـه من المزايا ما لا يستطاع انكاره ، ويكفى أن يكون من فوائده منع التلفيق ، وتلافى التزوير ، وقطع دابر المنازعات بما يستريح معه ضمير القاضى .

وهذه التعديلات جميعها أساسها ما لولى الأمر من الحق فى منع قضاته من سماع بعض الدعاوى ، أو تقييدها بما يراه من القيود تبعـا لأحوال الزمان ، وحاجة الناس ، وصيانة الحقوق من العبث والضياع ، وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك ، وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرة وفى التعديل الأخير جاء فى المذكرة الايضاحية تبريرا له .

دلت الحوادث على أن عقد الزواج ، وهو أساس رابطة الأسرة لايزال فى حاجة الى الصيانة والاحتياط فى أمره ، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ، ثم يجحدها أحدهما ، ويعجز الآخر عن اثبـاته ، وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو نكاية وتشهيرا أو ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة اثباتها بالشهود ، وخصوصا أن الفقـه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج ، وقد تدعى الزوجة بورقة عرفية ان ثبتت صحتها مرة لاتثبت مرارا ، وما كان لشىء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقـة رسمية كما فى عقود الرهن ــ هى أقل منه شأنا ، وهو أعظم منها خطرا ، فحملا للناس على ذلك ، واظهارا لشرف هذا العقد ، وتقديسا له عن الجحود والانكار ، ومنعا لهذه المفاسد العديدة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة ٩٩ ، وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الاقرار بها لاتسمع عند الانكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين ، أو بعد الوفاة ، ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقا للمادة ١٣٢ ، كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل خارجه ، وظاهر أن هذا المنع لاتأثير له شرعا فى دعاوى النسب ، بل هـذه باقيـة على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعـديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة اهـ . وبهـذا تحققت

الأمنية التى كانت تجول فى نفوس كثير من الباحثين والمصلحين ، من صيانة عقد الزواج عن العبث والادعاء والتلفيق ، وأصبح كل عابث بهذه العقدة لايلومن الا نفسه اذا اضطر الى الالتجاء الى المحاكم ، ولم يكن فى يده الدليل الذى لايدع مجالا للشك فى هذه العقدة .

هذا وليس معنى عدم السماع الا بعد تقديم المسوغ ، أن يكلف المدعى أن يرفق بصحيفة دعواه مالديه من أوراق تسوغ سماعها ، بل يدعى المدعى دعواه أولا ، ويطلب القاضى من المدعى عليه أن يجيب عن الدعوى ، فان أقر بها فالأمر ظاهر ، وان أنكرها تكلف المحكمة المدعى بتقديم مالديه من مسوغ لسماع دعواه ، فان قدمه سارت المحكمة فى اجراءات الدعوى ، وقد يكون هذا المسوغ وحده كافيا فى اثباتها ، فيقضى للمدعى بما طلب ، وقد لايكفى فى اثبات جميع وقائع الدعوى ، وحينئذ يكلف المدعى اثبات دعواه بعد تقديم المسوغ الذى لايستقل باثباتها فان لم يقدم المدعى المسوغ لسماع الدعوى قررت المحكمة عدم سماعها ، ولا يعتبر هذا فصلا فى موضوع الدعوى ، وحينئذ تسمع منه الدعوى مرة ثانية اذا أمكنه تقديم المسوغ بعد ذلك فى قضية أخرى .

ما اشترطه المشرع لعقد الزواج بالسودان

اشترط المشرع شروطا لاثبات عقد الزواج وشروطا لسماع الدعوى به اذا كانت الزوجة مسترقة .

أ ــ فاشترط لاثبات عقد الزواج على المسترقة ، سواء كان المثبت للعقد المحكمة أو المأذون ثلاثة شروط :

(١) أن تباشر المرأة المسترقة العقد بنفسها .

(٢) أن تكون راضية بالعقد .

(٣) أن تكون حاضرة العقد .

ويترتب على الشرط الأول أنه لايجوز للمحاكم ولا للمأذونين أن يثبتوا

عقد زواج على امرأة مسترقة الا اذا باشرت العقد بنفسها ، فاذا باشره شخص باعتباره مالكا لها ، أو باشره شخص باعتباره وكيلا عنها ، فانه ليس للمحكمة ولا المأذون اثباته .

ويترتب على الشرط الثانى أن المحكمة أو المأذون عليه أن يتأكد قبل اثبات العقد ، أن المسترقة راضية به فاذا علم أن هناك مؤثرا خارجيا من المالك أو من غيره على المرأة ، فلا يجوز له اثباته العقد ولو باشرته بنفسها .

ويترتب على الشرط الثالث أن عقد المسترقة بواسطة الكتابة أو الرسول لايجوز اثباته لدى المحاكم والمأذونين .

هذه الأحكام تستفاد من الفقرة (٢) من المنشور الشرعى رقم ٤٦ الصادر من محكمة عموم السودان الشرعية فى يوم ٤ صفر سنة ١٣٥٥ الموافق ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٦ وهذا نصها : « لاتثبت المحاكم ولا المأدونون لديهم عقد زواج على امرأة يباشره شخص بصفته مالكا لها ، الا اذا كان المعقود عليها حاضرة راضية بالعقد مباشرة له بنفسها » .

ب ــ واشترط المشرع لسماع دعوى الزواج على امرأة كانت مسترقة:

(١) أن تكون الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية أو باشهاد شرعى .

(٢) وأن تدل الوثيقة أو الاشهاد على أن الزوجة كانت حاضرة راضية بالعقد مباشرة له بنفسها .

هذا سواء كانت الدعوى مرفوعة ممن كان سيدا لها ، أو من أحد أبنائه ، أو من أحد أحفاده أو من شخص كان مسترقا له وان لم يكن واحد من هؤلاء مقيما مع السيد ، أو من سائر أقربائه المقيمين معه .

وكذلك اشترط المشرع لسماع دعوى زواج يباشره شخص بصفته مالكا للزوجة أن يكون ثابتا بالكيفية الموضحة بالفقرة (٢) من المنشور ٤٦.

ومعنى هذا أنه اذا رفع شخص كان مالكا لامرأة دعوى عليها بأنها

زوجة له فان المحكمة لاتسمع هذه الدعوى الا اذا قدم لها وثيقة رسمية بذلك الزواج أو اشهادا شرعيا به ، وكانت تلك الوثيقة أو الاشهاد تثبت أن المرأة هى التى باشرت العقد بنفسها ، وانها كانت حاضرة راضية بالعقد ـ وكذلك الحكم اذا كان مدعى الزواج أحد أبناء من كان مالكا للمرأة ، أو أحد أحفاده ، أو احد من كانوا مسترقين له ، سواء كان الابن والحفيد ، والمسترق مقيما مع من كان مالكا أم غير مقيم معه .

وينطبق نفس الحكم اذا كان رافع الدعوى قريبا لمن كان مالكا للمرأة ـ غير الابن والحفيد ـ لكن بشرط أن يكون مقيما مع المالك . أما اذا لم يكن مقيما معه ، أو لم يكن قريبا له ، وادعى أن فلانة زوجته زوجها منه فلان بصفته مالكا لها ، فان المحكمة ترفض هذه الدعوى ، ولا تسمعها الا اذا أثبت المدعى أن المرأة باشرت العقد بنفسها ، وأنها كانت حاضرة راضية بالعقد .

هذه الأحكام تستفاد من الفقرة (٣) من المنشور الشرعى ٤٦ وهذا نصها : « لاتسمع المحاكم دعوى تزوج ممن كان سيدا على من كانت مسترقة له ، ولا من أحد أبنائه أو أحفاده ، ولا ممن كانوا مسترقين له ، وان لم يقيموا معه ولا من أحد أقربائه غير من ذكر المقيمين معه الا اذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية أو اشهاد شرعى ، وكانت المعقود عليها حاضرة راضية بالعقد مباشرة له بنفسها ، كما لاتسمع المحاكم دعوى تزوج يباشره شخص بصفته مالكا لها الا على الوجه المبين بالفقرة (٢) من هذا المنشور » .

وكان الباعث على اصدار هذا التشريع هو أن بعض الناس اتخذ دعوى الزوجية وسيلة الى ابقاء من كن مسترقات لهم ، فاذا طلبت المرأة المسترقة أن تمنح حريتها وتخرج من عند من هى تحت تصرفه ، لأنه يسىء معاملتها مثلا ادعى ذلك الرجل أنها زوجة له ليتمكن من ابقائها معه على أنها زوجة ، ويعاملها معاملة الرقيق ، فمنعا لهذا التحايل وحرصا من المشرع على ازالة الرق أصدر هذا التشريع .

فرق النكاح

هذا البحث واسع كثير المناحى والمسالك لما طرأ عليه من تعديلات كثيرة اقتبست من المذاهب المختلفة وكان الباعث على هذا الاقتباس مارآه المشرعون والمصلحون من وجوه المصلحة فى هـذه التعديلات التى دعت اليها حاجة المجتمع ، وألحت باجرائها التجارب المتعددة ، والمشاهدات الواقعية ؛ فان القوانين فى هذا العالم ماشرعت الا لتحقيق مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم بقدر المستطاع ، والشريعة الاسلامية شرعت لهذا الغرض السـامى وهو خلق مجتمع صالح ، يسود فيه الحق والعدالة ، وتنتشر فيـه الطمأنينة ، ويتحقق فيه الخير العام للافراد جميعا .

ولما كان همنا فى دراستنا أن نقف على ما تجرى عليه حياتنا العملية ، التزمنا حرصا على الفائدة وانتفاعا بالزمن . أن نقتصر فى هذه البحوث على مايجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية ، مع الاشارة الخاطفة الى ما كان عليه العمل سابقا ان وجدنا فى الموازنة فائدة . وقبل الدخول فى الموضوع نذكر تمهيدا له ، نحاول فيه التفرقة بين الفرق التى تعتبر طلاقا والتى تعتبر فسخا فنقول :

يراد بفرق النكاح مايرتفع به هذا العقد وتنحل به الرابطة الزوجيـة ويبتدىء به انقطاع ما بين الزوجين من علاقة ، وفقهاؤنا يقسمونها قسمين :

(ا) فرق هى طلاق يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، بحيث لو عادت اليه بعدها عادت بما بقى له بعد احتساب هـذه الفرق منها ، وهى كل فرقة يملك الزوج ايقاعها ، ولا تملك الزوجة ايقاع مثلها الا بتسليط من الزوج .

(ب) وفرق هى فسخ (أى نقص للعقد بسبب خلل وقع فيه ، أو بسبب طارىء طرأ يمنع بقاءه ، وهى كل فرقة جاءت من قبل الزوجة لا بسبب من الزوج ، أو جاءت من قبل الزوج وتملك الزوجة مثلها من غير تسليط منه .

والفرق بين هذين النوعين :

(١) أن النوع الأول يتنوع الى بائن يحل عقدة النكاح فى الحال ،والى رجعى لايحل عقدة النكاح الا بعد انقضاء العدة ، وأن النوع الثانى يحل عقدة النكاح فى الحال .

(٢) أن النوع الأول ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج . بحيث لو عادت اليه الزوجة التى حصل بينها وبينه فرقة من هذا النوع لا يملك الا طلقتين ، وتحتسب عليها تلك الواحدة ، والنوع الثانى لاينقص عدد الطلقات بحيث لايحتسب هذا الفسخ مما ينقص مايملكه الرجل على امرأته.

(٣) ان الفرقة التى هى طلاق توجب انهاء الزواج وتقرر الحقوق المترتبة عليه ، ولذلك لاتكون الا فى نكاح صحيح ، فان حصلت قبل الدخول حقيقة أو حكما توجب للزوجة نصف مهرها .

أما الفرقة التى هى فسخ ، فان كان الفسخ أمرا يتصل بانشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ ، أو لنقصان مهر المثل ، أو لعدم الكفاءة فلا يترتب عليها شىء من المهر ان لم يتأكد بمؤكد من مؤكداته سواء أكانت من قبل الزوجة أم من قبل الزوج ، لأن العقد قد نقض من أصله والمهر حكم من أحكام العقد فيسقط اذا لم يكن مايؤكده . أما الفرقة التى تكون فسخا لعارض يمنع بقاء النكاح كالفسخ لأبائها الدخول فى الاسلام ، والفسخ لردة الزوجة أو لردة الزوج ، فان كانت من قبل المرأة قبل تأكد المهر فلا مهر لها وان كانت من قبل الرجل ففيها نصف المهر ، ولنأخذ فى بيان هذه الفرق اجمالا ، ثم نفصل مايحتاج منها بعد ذلك الى التفصيل .

الفرق التى تعد طلاقا هى ما يأتى :

(١) الطلاق . (٢) الخلع . (٣) التفريق لعيب فى الزوج . (٤) الفرقة لعدم الأنفاق ، وهى مأخوذة من مذهب مالك حسب ما نبين ان شاء الله . (٥) التفريق للغيبة ، وهو مأخوذ من مذهب مالك وأحمد . (٦) التفريق

للشقاق بين الزوجين وسوء المعاشرة ، وهو مأخوذ فى جملتـه من مذهب مالك . (٧) التفريق باللعان . (٨) التفريق بالايلاء .

الفرق التى تعد فسخا هى ما يأتى :

(١) اذا تبين ان العقد وقع غـير صحيح ، كأن يظهر ان الزوجة أخت الزوج رضاعا ، أو زوجة غيره أو معتدته .

(٢) الفرقة بخيار البلوغ ، أو الافاقة ، سواء أكان من الزوج أم من الزوجة ، فى الحال التى يكون الخيار فيها لأحد الزوجين اذا بلغ .

(٣) الفرقة لعدم كفاءة الزوج لزوجته ، وعدم رضا وليها العاصب به .

(٤) الفرقة لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها ، وعدم رضا وليهـا به وامتناع الزوج عن اكماله .

(٥) الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الاسلام ، فالردة من الزوجة فسخ باتفاق ، وردة الزوج فسخ عند الشيخين ، وطلاق عند محمد (فتح القدير حـ ٢ ص ٥٣١ ــ ٥١٤) .

(٦) التفـريق لأباء أحد الزوجين الاسـلام اذا أسلم الآخر ، أما اباء الزوجة غير الكتابية الاسلام اذا أسلم زوجها ففسخ باتفاق ، ولا تستحق مهرا ان وقعت الفرقة قبل الدخول ، لأن الفرقة من قبلها والمهر لم ينـأكد فأشبه الردة ، والمطاوعة (وهى التى مكنت ابن زوجها منها) . وأما أباء الزوج الاسلام اذا أسلمت زوجته ففسخ عند أبى يوسف ، طلاق عنـد الطرفين وحجة أبى يوسف أنها فرقة يمكن تحققها من كل منهما ، فاذا كانت لاتعد طلاقا لو حصل الاباء من جانب المرأة ، فكذلك لايعد طلاقا لو وجد منـه ، ولهما أن الزوج قد امتنع بالاباء عن الامسـاك بالمعروف لفوات المقاصد ، ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التسريح باحسان (٥٠٨ فتح القدير حـ ٢) .

(٧) التفريق بفعل أحـد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه ما يوجب

حرمة المصاهرة .

فهذه خمسة عشر سببا للتفريق بين الزوجين ، وبعض هـذه الأسباب لايحتاج الى قضاء ، لأنها مبنية على أسباب جلية واضحة ، كالفرقة بسبب الطلاق والخلع والايلاء ، وكالفرقة بسبب ظهور فساد العقد أو بسبب ردة أحد الزوجين ، وبعضها يحتاج الى قضاء القاضى ، وذلك فى الحالات التى يبنى التفريق فيها على أسباب تقديرية ، تكون موضع خفاء كالتفريق بسبب العيب ، لعدم الاتفاق ، وللغيبة ، ولسوء العشرة ، وباللعان ، وكالتفريق لأباء أحد الزوجين الاسلام ، ولخيار البلوغ أو الافاقة ، وكالتفريق لعدم الكفاءة ، أو لنقصان المهر عن مهر المثل ، ففى كل هذه الأسباب يحتـاج التفريق الى قضاء القاضى (ص ٤٠٨ حـ ٢ فتح القدير والعناية) .

الطـلاق

بحوثه : تعريفه ، حكمة تشريعه ، لم استقل به الزوج دون المرأة ؟ من يقع طلاقه ؟ وما يقع به الطلاق ، من يقع عليها الطلاق ، عدد الطلاق ، متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بائنا ؟ أحكام البائن بينونة صغرى ، والبائن بينونة كبرى . تعليق الطلاق وتفويضه الى المرأة ، طلاق المريض .

التعريف : هو فى اللغة رفع القيد ، سواء أكان حسيا أم معنويا ، غير أن العرف قصره على رفع القيد المعنوى ، وخص رفع القيد الحسى بلفظ آخر هو الاطلاق ، فيقال طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها ، كما يقـال أطلق البعير أى فك قيده ولايقال طلقه ، ولهذا كان الاطلاق وما اشتق منه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح .

وفى الشرع : حل رباط الزوجية الصحيحة فى الحـال ، أو فى المآل ، بصيغة تفيد ذلك صراحة أو دلالة ، فرفع قيـد النكاح فى الحال يكون فى الطلاق البائن ، فلا يحل له الاستمتاع بها ولا ارجاعها الى عصمته الا بعقد ومهر جديدين وبتراضيهما .

ورفع قيد النكاح فى المآل يكون بالطلاق الرجعى ، وذلك عند انقضاء عدتها بدون أن يراجعها فى أثناء العدة .

حكمة تشريعه : كثر اللغط حول الطلاق فى الاسلام من فريق من الكتاب الاجتماعيين ومن آخرين من المتعصبين الدينيين ، وقيل أن الاسلام باباحته الطلاق يقوض دعائم الأسرة ، ويهدم بنيانها ، ويعرض الأولاد الى كثير من الآفات والشرور التى تصيبهم بعد انفصال الأبوين ، ونحن هنا نبين لك الحكمة فى الطلاق مجردين عن روح التعصب فنقول :

ان الحياة الزوجية بعد أن يعيش الزوجان تحت سقف واحد مدة تكشف عن أخلاق وعادات وأذواق قد تختلف اختلافا كبيرا عن تلك التى كانت تبدو قبل الزواج ، فيرى كل من الزوجين نفسه كأنه أمام شخصية غريبة لاعهد له بها من قبل ، ويدركه ندم حاد وحزن عميق هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد يقف الرجل من زوجه على ما لايجب ويرضى من سلوك شخصى ، أو عيب خلقى ، كما أن المرأة قد تقف على مثل ذلك من الرجل ، وقد يصاب أحدهما بما لاتستطاع العشرة معه ، وقد تكون المرأة عقيما ، فلا تتحقق معها أسمى مقاصد الزواج ، وكان على الرجل فى مثل هذه الظروف أن يواجه حالتين : الأولى استمراره فى هذه الزوجية مع الآلام التى لاتدفع ولا تطاق ، والثانية الانفصال ، وقد اختار غير الاسلام الطريق الأول ، واختار الاسلام الطريق الثانى ، فالتوازن بين الطريقتين على ضوء التجارب والدراسات النفسية الحديثة .

(١) ان اختيار الطريق الأول عبارة عن ضغط شديد من ناحية الدين على الرجل والمرأة يترتب عليه فى كثير من الأحيان أمراض شنيعة كالجنون ، أو جرائم اجتماعية خطيرة كالقتل مما دعا بعض علماء النفس الى ضرورة اباحة الطلاق .

(٢) وقد دلت التجارب على أن كلا الزوجين يحاول تخفيف هذا الضغط بالالتجاء الى أساليب مخزية مما يترتب عليها انتشار كثير من الفضائح بين

الأمة وشيوع صلات محرمة لاتقرها قواعد الديانات ولا قواعد الأخلاق .

(٣) اذا حدث أن استطاع الزوجان تفادى ما تقدم ، واستمرا فى معيشتهما الزوجية ، فالمحقق أن الغرض من الزواج يفقد بينهما ، اذتستحيل الحياة الزوجية عذابا شديدا وجحيما لايطاق ، وسلسلة من النصراع والشجار ، وفى جو كهذا الجو تضيع كل ثمرة للزواج بالنسبة للزوجين ، كالاطمئنان والتعاون والمودة والحب ، وبالنسبة للأولاد ينشئون نشأة تمهد لغرس كثير من العادات ، والنزعات الفاسدة ، فقد دلت الدراسات لكثير من الأطفال ذوى الملكات المنحطة والنزعات الفاسدة على أنهم ينشئون فى جو خانق كهذا الجو .

أما الطريق الثانى : الذى اختاره الاسلام فان فيه سلامة من كثير مما تقدم ، ومن الحق أن الطلاق يلحق بالأولاد ضررا من نوع ذلك الضرر الذى أشرنا اليه ، ولكن الاسلام لم يقصر فى اتخاذ ضمانات تكفل لهم تربية تناسب مقدرة الوالد ، فهو اذن فى الواقع قد اختار أقل الطريقين شرا وأهونهما ضررا ، وذلك الى أن الطلاق يجب أن ينظر اليه باعتباره علاجا لايتخذ الا عند تفاقم الأمر ، واشتداد الداء ، وحين تعيا كل الوسائل دونه بالعلاج ، فالرسول عليه السلام يقول : « أبغض الحلال الى الله الطلاق» . ويقول الله تعالى تنفيرا منه : « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » ، وكذلك دعا القرآن الى اتخاذ خطوات لعلاج ما يحدث بين الزوجين من خصومات وتنافر قبل اتخاذ هذه الخطوة الحاسمة الكريهة ، قال تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا » والرسول عليه السلام لم يطلق ، فضرب بذلك مثلا عمليا يبغض أمته فى الطلاق ، ويمنعهم من الاقدام عليه الا عند الضرورة القصوى .

فهو اذن يعد تشريعا استثنائيا ، وكل تشريع استثنائى لايعتبر أصلا فى الدين الذى شرعه ، فالذين ينظرون اليه باعتباره قاعدة أساسية يخطئون ، وليس من المعقول أن نحمل الدين عبء خطئهم ، فقانون الطلاق فى الاسلام

أشبه بالسيف ، ان استخدم فى المكان اللائق به أتى بأطيب الثمرات ، وان أسىء استعماله فقتل به نفسه أو صديقه أتى بأسوأ النتائج ، ولا عيب فى السيف ، وانما العيب فى طريقة استعماله واستخدامه ، فاذا رأينا أشخاصا يقدمون على حل رابطة الزوجيـــة خضوعا لعوامل لاتدعو اليهـــا كغضبة حمقاء ، أو شهوة طائشة أو طمعا فى مال أو منصب يلتمس من وراء زواج جديد ، فهؤلاء عليهم وزر ما يفعلون ، ويجب أن نعدهم نحن بعيدين عن روح الاسلام ، وخارجين عن مبادئه القويمة .

وانما جعل الطلاق من حق الرجل لا من حق المرأة الا اذا اشترطتـــه لنفسها ، لأن فصل هذه الرابطة عظيم ، ينبغى ألا يوضع الا فى الجـــانب الأقوى ارادة والأوسع تفكيرا ، حتى لاتكون هذه الرابطة عرضة للتأثر بالعواطف القلقة السريعة ، والثابت أن المرأة تخضـــع لعواطفها أكثر مما يخضع الرجل ، وانها عرضة للتأثر بالأحوال الطارئة أكثر منه ــ ولا ينقض هذا أن من النساء من هن ذوات عقل وأناة وقدرة على ضبط النفس عنـــد الغضب ، وان من الرجال مـــن يغلب عليهم الحمق ويخضعون لأهوائهم وسلطان غضبهم ، لأن التشريع يبنى على الغالب ، وما هو الشأن فى الرجال والنساء ، ولا يبنى على الآحاد والجزئيات ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الطلاق تترتب عليه آثار مالية ، اذ يحل به مؤخر الصداق ، وتلزمه نفقة العدة ويضيع ما دفعه من مهر ، ويحتاج الى بذل مال جديد لانشاء زوجية جديدة ، وكل هذه الآثار المالية تلزم الرجل ، فتجعله لايقدم على الطلاق الا بعد أن يتروى ، والمرأة لايستحق عليها بالطلاق حق مالى يحملها على التروى فى ايقاعه ، لذلك كان من العدل أن يكون الطلاق فى يده لا فى يدها ، وانما لم يتوقف الطلاق على رضا الزوجين كما توقف الزواج على رضائهما ، لأن الحاجة الملجئة الى الطلاق قـــد تدعو أحدهما الى الخلاص ويتعنت الآخر ولا يوافقه ، فزوجة المجذوم مثلا أو المشلول تريد الخلاص من زوجها وهو لايرضى ، وزوج ســـيئة السلوك أو المريضة بمرض لاتمكن معـــه العشرة يريد الخلاص منها ، وهى لاترضى ، ولذلك لايشترط تراضيهما على ايقاع

الطلاق بل لكل منهما الانفراد به تخلصا من الضرر الذى يعانيه .

هذا والشارع لم يهمل جانب المرأة كما يظن بعض الناس ، فقد سوغ لها بمقتضى ما استنبطه كثير من فقهاء المسلمين الحق فى طلب التفريق اذا تضررت من زوجها ، وثبت أنه يؤذيها بما لايليق بأمثالها ، بل أجاز مالك اذا أثبتت النشوز وقالت أنها لاتطيقه بغضا أن يخلعها القاضى من زوجها باشارة الحكمين ، على أن تدفع اليه ما قدمه اليها فى سبيل هذا الزواج من مال ، وانما توقف التفريق من جانب المرأة على قضاء القاضى دون الرجل فقد أجاز له الشارع التطليق من غير حاجة الى القضاء لما بيناه من أن المرأة سريعة التأثر ، تحكمها العاطفة ، وتسيطر عليها ، فقد تقدم على فصم عروة الزوجية لأتفه الاسباب ، ولكن الرجل بما أنفق فى سبيل هذا الزواج من مال ، وبما له من حرص على أولاده الذين ينسبون اليه ، وبما يعقب الطلاق من عواقب يفكر ويقدر قبل الاقدام ، فيوازن بين الدافع الى الطلاق وبين التبعات المترتبة عليه .

واذا كنا قد بينا أن الطلاق من حق الرجل ، وأنه من حق المرأة أيضا ان وجدت أسبابه ، ورأى القاضى وجاهتها ، وأنه انما شرع للحاجة اليه فلنبين رأى أئمتنا فى استعمال هذا الحق . أهو حق مطلق غير مقيد بقيد أم هو حق منحه الشارع له مقيد بقيود ؟

قال مشايخنا ما ملخصه : الأصل فى الطلاق الحظر والمنع حتى توجد الحاجة اليه ، فانه يكون مشروعا ومباحا . فاذا كان بلا سبب أصلا كان حمقا وسفاهة رأى ومجرد كفران النعمة والحاق الأذى بها وبأهلها وبأولادها ، ولهذا قالوا أن سببه الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى ، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة ، كما قيل بل هى أعم كما اختاره فى الفتح فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر . ولهذا قال الله تعالى : « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

ولا شك أن الطلاق مع عدم الحاجة بغى عليها ، وقد روى أبو داود أن النبى (ص) قال : « ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » • قال فى الفتح ويحمل لفظ المباح على ماأبيح فى بعض الاوقات ، أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة ، والحاجة لاتقتصر على الكبر والريبة ، فمن الحاجة المبيحة عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر باكراهه نفسه عن معاشرتهافهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا معاشرة ، أو بلا قسم فيكره طلاقها ، وان لم يكن قادرا على طول غيرها ، أو لم ترض هى بترك حقها فهو مباح اهـ • (فتح ص ٢٢ حـ ٣) • قال ابن عابدين واذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح ، وعليها يحمل ما وقع منه ، ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والايذاء بلا سبب (ابن عابدين ص ٦٤٢ حـ ٢) •

أما صاحب البحر فيرى أنه حق غير مقيد بقيد ، وأنه مباح لغير حاجة طلبا للخلاص من الزوجة ، ويستدل بقوله تعالى : « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن » •• الخ الآية ، ولأطلاق قوله تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن •» ولأن أكثر الصحابة قد فعله • وقد أجيب عن هذه الأدلة بأن المعنى فى الآية التبعات التى تترتب على الطلاق قبل الدخول ، والتسمية من لزوم المهر ونفقة العدة الخ • وما صدر من الصحابة انما كان الباعث عليه أسبابا دفعتهم اليه (ص ٦٤٢ ، ٦٤٣ ابن عابدين حـ ٢) •

وقد ترتب على هذا الخلاف بين الأئمة خلاف فى تعويض المطلقة التى يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعو الى طلاقها ، فان بعض المحاكم حكم بالتعويض للمطلقة لأن الذى يطلق بدون سبب قد أساء استعمال الحق المخول له ، والذى قيده الشرع بقيود الحاجة • وبعضها الآخر لم يحكم بالتعويض بناء على أنه مباح ، وللرجل أن يستخدمه فى أى وقت أراد حتى ولو اشترطت عليه تعويضا اذ يكون شرطا فاسدا فيلغى •

والواقع أن التبعات التى تلزم المطلق فيها تعويض المرأة عما لحقها من

الايحاش بالطلاق ، وان كان الأصل الذى جرى عليه المحققون هو حظر الطلاق وعدم اباحته الا لحاجة .

ولكنى أرى أنه بالرغم من التبعات التى قررها الفقهاء على من يطلق زوجته ـ اذا تبين للقاضى أن الرجل كان مسيئا فى استعمال هذا الحق الذى خوله الشارع له . فأضاع على المرأة مستقبلها الذى كان ينتظرها وفوت عليها فرصا كثيرة لو لم تتزوجه ـ اذا تبين للقاضى كل هذه الظروف كان من المعقول أن يعاقب من أساء استعمال حقه بتعويض آخر يزجر أمثاله عن اساءة استعمال ما خوله الشارع لهم من حق التطليق لأن الفقهاء حين قرروا ماقرروا من أحكام انما قرروها لمن يستخدم حقه استخداما معقولالم يترتب عليه اضرار ظاهر بالمرأة خصوصا وأن الحياة الاجتماعية قد تغيرت ظروفها وأحوالها عن ذى قبل فعلى المشرع أن يراعى هذا التغيير الهائل فى حياتنا الاجتماعية وألا يتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الاحكام التى كانت تلائم بيئتهم وظروفهم .

من يقع طلاقه : يشترط فى الزوج المطلق ليقع طلاقه (١) أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا ، فلا يقع طلاق المجنون والصبى الذى لا يعقل ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته ، لأن العقل شرط أهلية التصرف ، وبه يعرف كون التصرف مصلحة ، وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد .

وأما السكران «١» فان كان سكره بطريق محرم بأن شرب الخمر طوعا

(١) السكر سرور يغلب على عقل المرء فيهذى فى كلامه ويختلط جده بهزله ، ويستوى فى ذلك من سكر من الخمر أو الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل وغيرهما ، أو سكر بسبب حشيش أو أفيون أو بنج الا اذا كان للتداوى ، فاذا سكر وطلق أو تصرف وقع طلاقه ونفذ تصرفه اما لو زال عقله من صداع أو بمباح فلا يقع طلاقه لان زوال عقله لم يكن بسبب هو معصية .

حتى سكر وزال عقله ، فلا يبطل تطليقه فتلزمه الأحكام وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والاقرار وتزويج الصغار من كفء والأقراض والاستقراض ، فاذا طلق امرأته وهو فى هذه الحالة فعامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم يقولون بوقوعه ، لأن عقله قد زال بسبب هو معصية ، فيجعل كأنه موجود عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعصية ، وعن عثمان رضى الله عنه أنه لايقع وبه أخذ الطحاوى والكرخى ، وهو أحدقولى الشافعى وقول لمالك واحمد ، وحجتهم أن السكران لاقصد له ولا عقل عنده ، والعقل أساس التصرفات جميعها ، فعباراته ملغاة لا قيمة لها ، والطلاق انما شرع للحاجة اليه ، والسكران ليس عنده من الوعى ما يقدر به الحاجة الداعية الى الطلاق ، وانى أؤيد الأئمة القائلين بعدم وقوع طلاق السكران سواء أسكر بطريق محظور أم بغير محظور ، لأن الشارع حدد عقوبة السكر فلا معنى لاضافة عقوبة زائدة عليها من ترتب الاحكام على تصرفاته التى اشترط لها الشارع القصد والأرادة .

وقد كان العمل جاريا على وقوع طلاق السكران اذا سكر بشرب محرم باختياره طبقا للراجح من مذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، فقد نص فى المادة الأولى منه على أنه لايقع طلاق السكران بناء على قول راجح لأحمد ، وقول فى المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين .

كما صدر من محكمة عموم السودان الشرعية منشور شرعى رقم ٤١ فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٥ يقضى بعدم وقوع طلاق السكران ، متى ثبت السكر شرعا .

(٢) أن يكون بالغا فطلاق الصبى المميز «[1]» غير واقع لقوله عليه السلام : « كل طلاق جائز الا طلاق الصبى ، والمجنون » . ولأن الطلاق من التصرفات التى تتوقف على الادراك الكامل والعقل الوافر ، ولا يكفى عقل الصبى العاقل لصحة هذا التصرف منه ، لأنه لم يبلغ الاعتدال بخلاف

(١) الا اذا كان أسلمت زوجته ، فعرض عليه الاسلام فأبى وقع الطلاق لان التفريق عند ابائه الاسلام يعد طلاقا عند الطرفين ، وهى المسألة التى عدها الزيلعى غريبة كما تقدم .

ما هو حسن لذاته بحيث لايقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبى العاقل ، ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لايعتبر، لأن المدار على البلوغ لانضباطه فتعلق الحكم به ، وكون ذلك البعض له ذلك لاينبنى الفقه باعتباره ، لأنه انما يتعلق بالمظان الكلية ، وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه اذا عقل الصبى الطلاق جاز طلاقه ، وقد نقل عن ابن عمر والامام أحمد مثل هذا القول ويتشكك صاحب الفتح فى هذه النقول ويقول والله أعلم بصحة هذه النقول (ص ٣٩ حـ ٣ فتح القدير) .

(٣) ألا يكون معتوها «١» ولا مغمى عليه ولا نائما ولا مدهوشا ، فلا يقع طلاق هؤلاء كما قلنا فى المجنون . ولا يشترط فى موقعه الاختيار ولا الرشد ولا الجد ، وعلى هذا فيقع طلاق المكره عندنا ، وهو رأى لبعض التابعين ، وحجتهم أن الطلاق وقع من الهازل بنص الحديث وهو لم يقصد الى الطلاق فكان ذلك دليلا على أن النبى (ص) اعتبر مجرد النطق بلفظ الطلاق قاصدا اللفظ من غير اتجاه الى معناه موقعا للطلاق ، والمكره شأنه كذلك قصد النطق وان لم يرد المعنى فيقع طلاقه ، وقال مالك والشافعى وأحمد لايقع طلاق المكره «٢» ، لأنه وان أتى باللفظ المقتضى للحكم ، ولكنه غير قاصد له ، وانما قصد دفع الأذى عن نفسه فانتفى الحكم لانتفاء قصده وارادته لموجب اللفظ ، فعلم أن نفس اللفظ ليس مقتضيا للحكم اقتضاء الفعل لأثره ، فأنه لو قتل أو غصب أو أتلف لم يمكن أن يقال أن ذلك القتل أو الاتلاف فاسد أو باطل .

والقول بعدم وقوع الطلاق مروى عن على وابن عمر وشريح وعمر بن

---

(١) احسن الاقوال فى الفرق بين المعتوه والمجنون هو ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لايضرب ولايشتم بخلاف المجنون ا هـ . بحر من ابن عابدين ، والمدهوش هو من يغلب هذيانه ويختلط جده وهزله ، أو بعبارة أخرى هو من يغلب عليه الخلل فى أقواله وافعاله الخارجة عن عادته، فما دام فى حال غلبة الخلل فى الافعال والاقوال لاتعتبر اقواله ، وان كان يعلمها ويريدها ، لان هذه المعرفة والارادة غير مقصودة لعدم حصولها عن ادراك صحيح كما لاتعتبر من الصبى العاقل .

(٢) ابن القيم حـ ٣ ص ١٠٨ وفتح القدير حـ ٣ ص ٣٩

عبد العزيز لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ، ولأن الاكراه لايجامع الاختيار الذى يعتبر معه التصرف الشرعى ، وقد كان العمل جاريا على وقوع طلاق المكره حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والمنشور الشرعى رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ فاعتبر طلاق المكره لغوا وهو مأخوذ من مذاهب الأئمة الثلاثة وداود وكثير من الصحابة

أما السفيه فأنه يقع طلاقه ، لأنه يملك النكاح فيملك انهاءه ، ولأن موضوع الحجر التصرفات المالية والنكاح وآثاره وكل ما يترتب عليه ليس موضع حجر فصح أن يقع منه الطلاق . وكان ينبغى أن يتوقف طلاق السفيه ، لأنه تصرف يترتب عليه آثار مالية فلا ينفذ الا اذا أجازه القيم عليه .

وأما طلاق الهازل «١» فواقع عند الجمهور وهو المحفوظ عن الصحابة والتابعين ، وقال بعض أصحاب مالك فان قام دليل الهزل لا يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شىء عليه من الصداق .

وحجة الجمهور فى وقوع طلاق الهازل (١) ماروى عن رسول الله (ص) أنه قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » . وفى مراسيل الحسن عن النبى (ص) : « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو اعتق لاعبا فقد جاز » وقال أمير المؤمنين على كرم الله وجهه : « ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح » .

(٢) ان الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه ، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فاذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى ، لأن ذلك لايقف على اختياره .

(٣) وأيضا ففى الطلاق حق الله تعالى ، لأنه يوجب تحريم البضع واذا كان كذلك لم يكن للعبد مع تعاطى السبب الموجب لهذه الاحكام ألا يترتب عليها موجباتها ، كما ليس له ذلك فى كلمات الكفر اذا هزل بها ، والحاصل

---

(١) هو الذى يتكلم بكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته بل على وجه اللعب ونقيضه الجاد . يراجع أعلام الموقعين ص ١٠٩ فما بعدها من الجزء الثالث ففيه كلام نفيس عن تصرفات الهازل .

أنه ليس للعبد أن يهزل مع ربه ، ولا يستهزىء بآياته ، ولا يتلاعب بحدوده، وهذا طبعا بخلاف البيع وما يشبهه فانه تصرف فى المال الذى هو حق الآدمى، ولهذا يملك بذله بعوض وبغير عوض ، والانسان قد يلعب مع الانسان ويتبسط معه فاذا تكلم هازلا لم يلزمه حكم الجاد ، لأن المزاح معه جائز .

أما المخطىء «١» فيقع طلاقه وفى فتح القدير عن الحاوى معزيا الى الجامع الأصغر ، أن أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق ، فجرى على لسانه عمرة ، على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال فى القضاء تطلق التى سمى، وفيما بينه وبين الله لا تطلق واحدة منهما ، أما التى سمى فلأنه لم يردها ، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية ، والنية وحدها لاتترتب عليها أحكام ما لم يكن هناك لفظ يعبر عنها .

أما الساهى «٢» والناسى «٣» فانه يقع طلاقهما ، وصورة وقوع طلاقهما أن يعلق طلاق امرأته على دخول الدار مثلا ، فدخلها ناسيا التعليق أو ساهيا فان الطلاق يقع قضاء ، ولكن اذا لم يصل الأمر الى القضاء يصح أن يعيش مع أهله ، لأن العبرة بالنيات ولا نية له ولا عبث منه ولا لعب بالطلاق كالهازل ، ولا زال ذلك هو المعمول به الى الآن ، وان كان الحديث عذر المخطىء والناسى ورفع عنهما الاثم فى قوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . وكان على المشرعين أن يدخلوا فى اصلاحهم عدم مؤاخذة المخطىء والناسى فانهم لاقصد منهم ولا ارادة ، والعبرة للارادة والقصد ، واهمال قصد المتكلم ونيته وعرفه جناية عليه وعلى الشريعة ، ونسبة اليها ما هى بريئة منه ، وفقيه النفس — كما يقول ابن القيم — يقول لما أردت ، ونصف الفقيه يقول ما قلت ، فاللغو فى الأقوال نظير الخطأ والنسيان فى الأفعال ، وقد رفع الله المؤاخذة بهذا وهذا كما قال

---

(١) وهو من يريد التكلم بغير الطلاق فيجرى على لسانه الطلاق ، بأن أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت طالق تطلق .
(٢) وهو الذى يفعل الشىء غير متذكر له فاذا ذكر لايتذكر .
(٣) وهو الذى يفعل الشىء غير متذكر له ولكنه اذا ذكر تذكر .

المؤمنون : « ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا » ، فقال ربهم تبارك وتعالى : قد فعلت (ص ٤٦ حـ ٣ اعلام الموقعين) .

هذا والطلاق حق شخصى للزوج لا يملك ايقاعه سواه الا بتوكيل منه أو تفويض ، فليس لولى الزوج أن يطلق زوجة المولى عليه ، كما لا يملك السيد أن يطلق زوجة عبده ، أما تطليق القاضى على الزوج للأسباب المبينة، فانه يملكه بمقتضى ماله من ولاية رفع المظالم عن العباد ، فاذا فات امساك الزوج بالمعروف فعليه أن يفارق بالاحسان ، فان لم يفعل ناب القاضى منابه، لأن هذا هو الطريق الوحيد لرفع الظلم .

من يقع عليها الطلاق : هى الزوجة حال قيـــام الزواج بينهما ، وحال العدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى ، أما اذا كانت معتدة من طلاق ثلاث فلا يملك الزوج تطليقها ، لأنه قد استنفد المطلق كل ما يملك ، وانما صح وقوع الطلاق على المرأة وهى فى العدة ، لأنها وهى معتدة يعتبر الزواج قائما حكما ، ومظهر قيام الزواج فى وجوب النفقة لها واستقرارها فى بيت الزوجية وعدم حلها لزوج آخر ، ومثل المعتدة من طلاق كل معتدة من فرقة اعتبرت طلاقا بحكم الشارع ، كالفرقة بسبب اباء الزوج الاسلام اذا أسلمت الزوجة ، فأنها اعتبرت طلاقا على القول الراجح فى المذهب الحنفى ، وكالفرقة بسبب الغيبة أو العجز عن النفقة ، أو لخوف الفتنة الى غير ذلك من الفرق التى اعتبرت طلاقا ، وكذلك اذا كانت معتدة من فرقة هى فسخ لم ينقض العقد من أساسه ، ولم يزل الحل كالفرقة بردة أحد الزوجين .

أما الفرق الأخرى التى اعتبرت فسخا ينقض العقد من أساسه فلا يقع فى عدتها الطلاق ، ولاتكون المرأة فيها محلا لايقاع الطلاق عليها ، فاذا فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ، أو لنقصان المهر ، أو لخيـــار البلوغ ، فلا تكون المعتدة من هذا جميعه محلا للطلاق ، لأن العقد قد نقض من أصله فلم يبق له وجود فى العدة والطلاق أثر من آثار عقد الزواج فلا بد من وجوده ولو اعتبارا .

أما المعتدة من فسخ قد أزال الحل سواء كان زواله بسبب فعله بأحد أصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو تطليقها ثلاثا ، فلا يقع عليها طلاق ، لأنه لا معنى له اذ الأثر فى اعتبار الطلاق فى العدة هو احتسابه عليها مما يملك من طلقات ثلاث اذا استأنفا الحياة الزوجية من جديد ، وذلك غير متصور ولا ممكن .

هذا ، ولما كانت المطلقة قبل الدخول تبين ولا عدة عليها فتكون أجنبية من مطلقها بمجرد الطلاق فلا تكون محلا للطلاق بعد ذلك لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بمجرد صدور لفظ الطلاق ، ولذلك لو قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لاتقع الا واحدة ، لأنها بالأولى بانت وصارت أجنبية ، فالطلاق الثانى ورد على غير محل أما الأجنبية ومثلها من طلقت بعد الدخول وانتهت عدتها فلا يقع الطلاق عليها لانقطاع العلاقة بينه وبينها .

تعليق : واذا كان لنا أن نبدى رأينا فيما قاله أئمتنا فاننا لانرى وجها لصحة ايقاع طلاق على المعتدة مهما كان سبب العدة ، لأن الطلاق ماشرع الا للحاجة اليه وقد اندفعت الحاجة بالتفريق الذى تعتد منه المرأة ، فلا معنى لجواز ايقاعه على المرأة وهى فى العدة ، الا أن يكون عبثا ينبغى ألا يقره الشارع عليه ، وكل تصرف يخل بالباعث والحكمة التى من أجلها شرع هذا التصرف يجب ألا يترتب عليه حكم من الأحكام ، فان ما جاء به الرسول هو أكمل ماتأتى به شريعة اذ مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها . وكل مسألة خرجت من العدل الى الجور ، ومن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وان أدخلت فيها بالتأويل والشريعة قرة العيون وحياة القلوب ولذة الأرواح وهى الشفاء التام الذى به دواء كل عليل .

عدد الطلقات : الأصل فيما يملكه الرجل على زوجته من الطلقات قوله

تعالى : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف ، أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

دلت هذه الآية الكريمة على أن الزوج يملك على زوجته ثلاث تطليقات له بعد تطليقتين منها ــ أن يراجع زوجته ، وأنه لا يملك مراجعتها بعد الثالثة حتى تنكح زوجها غيره نكاح رغبة . ومقتضى اطلاق الآية عدم التفرقة بين الحرة والأمة ، ولكن الحنفية يعتبرون عدد الطلقات بالزوجات لا بالأزواج فمن تزوج حرة ملك عليها ثلاث طلقات ، ومن كان متزوجا بأمة ملك عليها تطليقتين ، لأن عدد الطلاق يفيد زيادة الحل وحل الحرة يجب أن يكون ضعف حل الأمة ، ولأن النبى (ص) قال : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » . فقيد الحديث (وهو فى نظرهم مشهور) اطلاق الآية المتقدمة . والأئمة الثلاثة على أن العبرة بعدد الطلقات بالزوج ، لأن الطلاق حق من حقوقه فيعتبر به ، فان كان حرا ملك ثلاث تطليقات ولو كان متزوجا بأمة ، ولأنهم يروون عن النبى (ص) قوله : « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » .

وقد وضع الاسلام للطلاق حدا بعد أن كان فى الجاهلية غير مقيد بعدد ، اذ كان الرجل يطلق كما يشاء ، ويراجع كما يشاء ، وكان هذا وسيلة الى الاضرار بالمرأة ، فرفع الاسلام عنها هذا الضرر والامتهان ، فجعله على دفعتين للرجل بعد كل واحدة منهما أن يمسك الزوجة بمعروف بأن يردها قبل انتهاء عدتها « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » ، وأن يسرحها باحسان بأن يدعها تبين منه بعد انقضاء عدتها ، ولو جعله مرة واحدة تنقطع به العلاقة الزوجية الى غير رجعة لكان فى كثير من الأحوال من بواعث الحسرة والألم ، فقد تتوق نفسه اليها ، ويعود قلبه الى محبتها ، وقد يكون له منها أولاد يحتاجون الى رعايتها ، ففى بعض الأحايين قد يطلق الزوج لسوء عشرة الزوجة ، فتذوق من مرارة الطلاق وخراب البيت

ماتود معه لو عادت الى زوجها فاستأنفت معه حياة أقرب الى الصفاء والمودة، فاذا وجد السبيل الى ردها ممكنا والباب مفتوحا فقد اندفعت حاجته وشعر بفضل الله ونعمته عليه ، ولهذا جعله الشارع على دفعتين يستطيع الزوج بعد كل منهما أن يتدارك ما فرط ، فاذا طلقها الثالثة جاء ما لامرد نه من أمر الله وقيل له قد اندفعت حاجتك بالمرة الأولى والثانية ولم يبق لك عليها بعد الثالثة سبيل : لأن التطليقة الثالثة دليل على استحكام الخلاف ، وفساد العلاقة الزوجية الى حد يتطلب العلاج بما هو أنجع وأقوم ، فاذا علم أن الثالثة فراق بينه وبينها وأنها لاتحل له الا بعد تربص ثلاثة قروء وتزوجها بزوج راغب فى زواجها وامساكها ، وأنه لاسبيل له اليها حتى يدخل بها الثانى دخولا كاملا يذوق فيه كل واحد منهما عسيلة صاحبه بحيث يمنعها ذلك من تعجيل الفراق ثم يفارقها بموت أو طلاق أو خلع ، ثم تعتد من ذلك عدة كاملة ، تبين له حينئذ يأسه بهذا الطلاق الذى هو أبغض الحلال الى الله وأمسك عن ايقاعه ، وأنت اذا وازنت بين هذا وبين ماجاءت به الشريعتان المنسوختان فى هذا الموضوع تبين لك عظمة هذه الشريعة وجلالها وهيمنتها على سائر الشرائع ، وأنها جاءت على أكمل الوجوه وأتمها وأحسنها وأنفعها للخلق فقد جاءت شريعة التوراة باباحتها له بعد الطلاق ما لم تتزوج فاذا تزوجت حرمت عليه ولم يبق له سبيل اليها ، كما جاءت شريعة الانجيل بالمنع من الطلاق بعد التزوج البتة ، فاذا تزوج امرأة فليس له أن يطلقها ، وهكذا تبين فضل الشريعة الكاملة المحمدية التى هى أكمل شريعة نزلت من السماء على الاطلاق وأجلها وأفضلها وأقومها بمصالح العباد فى المعاش والمعاد وأوفقها للعقل والمصلحة .

هذا ولابد أن تكون الطلقات متفرقات ، لأن الآية الكريمة تفيد أن الطلاق المشروع يكون مرة بعد مرة ، فاذا أوقع الرجل الثلاث دفعة واحدة فلا تقع الا واحدة .

فقد روى مسلم «[1]» فى صحيحه عن ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس:

(١) أعلام الموقعين ص ٢٥ فما بعدها حـ ٣ .

« كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله (ص) وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر واحدة ، فقال عمر بن الخطاب ، ان الناس استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم ، وفى صحيحه عن طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس : « ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة فى عهد رسول الله (ص) وأبى بكر وثلاث من امارة عمر » فقال ابن عباس نعم ، وقال الامام أحمد فى مسنده عن عكرمة عن ابن عباس « قال طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بنى عبد المطلب امرأته ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، قال فسأله رسول الله (ص) : كيف طلقتها؟ قال طلقتها ثلاثا ، قال فقال : فى مجلس واحد ، قال : « نعم » قال : فانما تلك واحدة فارجعها ان شئت فراجعها • وعمر رضى الله عنه لم يخف عليه أن هذا هو السنة ، وأنه توسعة من الله على عباده اذ جعل الطلاق مرة بعد مرة ، وماكان مرة بعد مرة لم يملك المكلف ايقاع مراته كلها جملة واحدة كاللعان فانه لو قال أشهد بالله أربع شهادات انى لمن الصادقين كان مرة واحدة • ولو قال سبحان الله وبحمده مائة مرة لم يحصل له الثواب المعد لقائلها حتى يقولها مرة بعد مرة وهكذا ، فلغة العرب وعرف التخاطب يدل على ايقاع الثلاث بلفظ واحد يكون واحدا لاثلاثة ، ويقول ابن القيم : ان نحو ألف من الصحابة كانوا يرون ذلك ، ولهذا ادعى بعض أهل العلم أن هذا اجماع قديم أفتى به الصحابة والتابعون وتابعوهم ، وهو قول لبعض المالكية ، وأفتى به بعض الحنفية حكاه أبو بكر الرازى ، وأفتى به بعض أصحاب أحمد ، ولم يأت بعد هذا اجماع يبطله •

وما فعله عمر رضى الله عنه كان عقوبة للناس ، اذ طلقوا على غير ما شرعه الله فألزمهم بما التزموه عقوبة لهم ، فان الله انما شرع الطلاق مرة بعد مرة ، ولم يشرعه كله مرة واحدة ، فمن جمع الثلاث فى مرة واحدة فقد تعدى حدود الله ، وظلم نفسه ، ولعب بكتاب الله ، فهو حقيق أن يعاقب ويلزم بما التزمه ، ولا يقر على رخصة الله ، لأنه استعجل فيما جعل الله له الأناة فيه رحمة منه واحسانا ، فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان ،

وعلم الصحابة رضى الله عنهم حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته فى ذلك .

فهذه المسألة مما تغيرت الفتوى بها بحسب الأزمنة كما عرفت ، لأن الصحابة لما رأوا مفسدة تتابع الناس فى ايقاع الثلاث لاتندفع الا بامضائها عليهم ، ورأوا مصلحة الامضاء أقوى من مفسدة الوقوع ، ولم يكن باب التحليل الذى لعن رسول الله فاعله مفتوحا بوجه ما ، بل كانوا أشد خلق الله فى المنع منه ، وتوعد عمر فاعله بالرجم ، وأما فى هذا الزمان فقد شاعت مفسدة التحليل ، فاقتضى الرجوع الى ماكان عليه الحال فى زمن الرسول (ص) وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ، ولذلك جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وعالج هذه الحال باعتبار أن الطلاق المتعدد لايقع الا واحدة ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة وهى : « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لايقع الا واحدة » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه : « الطلاق المتعدد لفظا أو اشارة لايقع الا واحدة ، وهو رأى محمد بن اسحق ، ونقل عن على وابن مسعود والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة .. وقال ابن القيم انه رأى أكثر الصحابة» .

وبهذا كان الطلاق المقترن بالعدد لفظا ، كأن يقول طلقتك ثنتين أو ثلاثا لايقع بها الا واحدة . وكذلك الذى صحبته اشارة ، كأن يقول طلقتك ويشير بأصابعه ثلاثا أو ثنتين لايقع الا واحدة ، وكما حدث هذا فى مصر حدث صداه فى السودان ، فصدر المنشور الشرعى رقم ٤١ فى يوم الاثنين ٢٠ ذى الحجة سنة ١٣٥٢ الموافق ٢٥ مارس سنة ١٩٣٥ ونص المادة الثالثة منه : (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لايقع الا واحدة رجعية) . ثم جاءت المذكرة التفسيرية توضح هذه المادة بقولها (أ) المادة الثالثة ونصها : الطلاق .. الخ) لقد كان الحكم قبل هذا أن من قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقع عليه الطلاق ، ولو قال لها طالق هكذا مشيرا بالاصبع المنشورة وقع بعدده ، وقد نص المنشور على أن الطلاق يقع واحدة رجعية يملك الزوج بها ارجاع زوجته الى عصمته بغير رضاها ان كانت فى العدة ، كما

يملك تزوجها بعقد ومهر جديدين بعد خروجها من العدة ، الا اذا كان هذا اليمين مسبوقا بطلقتين قبله ، فلا يملك تزوجها الا اذا نكحت زوجا غيره .

والراجح فى مذهب الحنفية ، وباقى الائمة على أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثا ، واحتجوا لذلك بفتاوى منسوبة لعلى وعثمان وعمر وابنه وابن مسعود وغيرهم من علية الصحابة ، وهؤلاء ماكانوا يفتون هذه الفتوى الا لأنهم سمعوها عن رسول الله ، بل لقد ادعى الاجماع على ذلك ، وما ورد من الأحاديث المختلفة لهذا الرأى قالوا عنها أنها منسوخة .

وهناك رأى آخر هو رأى الشيعة الامامية ، ان الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لايقع به شىء ، لأنه بدعة جاء على غير طريق السنة التى أبيح الطلاق فى حدودها والشريعة قد رسمت حدود الطلاق الذى أذنت به فاذا جاء على غير ما رسمت كان غير معتبر فى نظرها ، وغير مأذون به فلا يقع ، وذكر ابن القيم أقوالا غير هذه فليرجع اليها فى الجزء الثالث ص ٣٠ فما بعدها ، وفيها كلام قيم جميل .

والخلاصة أن الذى يجرى عليه العمل الآن فى مصر والسودان هو أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة رجعية يملك الزوج مراجعة زوجته بعده ، الا اذا كان الطلاق مسبوقا بطلقتين قبله .

ما يقع به الطلاق : يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية بأى لغة وبما يقوم مقامه اللفظ من كتابة أو اشارة مفهمة .

واللفظ قسمان : صريح وكناية ، فالصريح ماظهر المراد منه جليا ، وغلب استعماله عرفا فى الطلاق بحيث لايفهم منه سواه ، كالألفاظ التى اشتملت على مادة طلق كأن يقول لها : أنت طالق أو أنت مطلقة أو طلقتك ، ويقوم مقام اللفظ الصريح الكتابة المستبينة المرسومة ، والمستبينة هى الظاهرة التى تبقى أثرها كالكتابة على الورق ، والمراد بالمرسومة المكتوبة برسم الزوج وعنوانها الخاص ، كأن يكتب الى زوجته فيقول : الى زوجتى فلانة ، أما بعد أن علمت من أمرك ما علمت ، فأنت طالق ، فالطلاق فى هذه الحالة يكون صحيحا ، ومنه أيضا اشارة الأخرس الدالة على مراده التى لاتحتمل

سواه ، ويفهمها المتصلون به الملاحظون لحركاته واشاراته ان كان عاجزا عن الكتابة .

وقد ألحقوا بالصريح قوله أنت على حرام ، أو أنت حرام ؛ أو هى على حرام ، أو الحرام يلزمنى ، أو على الحرام أو على الطلاق ، أو الطلاق يلزمنى ، فهذه الألفاظ قد غلب استعمالها فى الطلاق ، بل صار الناس لا يعرفون من صيغ الطلاق غيرها . وقد أفتى بوقوع الطلاق بهذه الألفاظ المتأخرون ، وأفتى العلامة أبو السعود أفندى مفتى الروم من أن على الطلاق ، أو يلزمنى الطلاق لا يقع بها طلاق ، لأنه ليس متعارفا فى دياره ايقاع الطلاق بهذه الصيغ (ابن عابدين ص ١٦٨ حـ ٢) . وقال الكمال بن الهمام وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا ، يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجرى عليهم ، لأنه صار بمنزلة قوله ان فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ا هـ . ، قال ابن عابدين وهذا صريح فى أنه تعليق فى المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف ، وان لم يكن فيه أداة تعليق صريحا ، وفى هذا المقام أمثلة كثيرة ذكرها فى الدر ، وابن عابدين فى حاشيته ، وكان لهذا كله قيمته قبل التعديلات الجديدة التى تجرى عليها المحاكم الشرعية فى مصر والسودان مما سنفصله فيما بعد تفصيلا وافيا ولكن التعديلات التى حدثت أضعفت قيمة هذه التفصيلات .

وحكم الصريح أنه يقع بدون توقف على نية أو دلالة حال بل متى صدر اللفظ منه قاصدا التطليق ، ولم تصرفه قرينة عن معناه وقع الطلاق من غير حاجة الى نية الطلاق ، أو دلالة الحال بحيث لو قال انه لا يريد الطلاق لا يعتبر قوله ، هذا والطلاق يجب أن يضاف الى المرأة ، أو الى ما يعبر به عنها كالرقبة والعنق والروح والوجه والرأس أو الى جزء شائع فيها .

أما اذا قامت قرينة تصرف اللفظ عن حقيقة معناه كما اذا اكره على الطلاق فتلفظ به ، ثم ادعى انه أراد الطلاق من وثاقه ، فانه يصدق فى ذلك قضاء وديانة لقيام القرينة الصارفة عن ارادة الطلاق ، أو كمن ينقل عبارة

من كتاب لايقع بذلك شيء لقيام قرينة تصرف عن ارادة الطلاق .

والكناية : كل ما احتمل الطلاق وغيره ولم يتعارف فى الاستعمال قصره على الطلاق ، مثل أن يقول لزوجته ، ألحقى بأهلك ، أو أنت بائن ، أو أنت خلية ، أو اختارى نفسك ، أو أمرك بيدك ونحو ذلك من كل لفظ لم يوضع للطلاق ، ولكنه يقترن به من القرائن ماجعله يحتمل ارادة الطلاق ، ومن الكناية الكتابة المستبينة غير المرسومة (وهى ما لم تكن بعنوان خاص كأن توجد ورقة مكتوبة فيها بخط الزوج فلانة طالق وفلانة هذه امرأته) ولايدرى ان كان كتبها لايقاع الطلاق أو لتجربة القلم ، ولذلك كان لابد من البينة لبيان المراد من هذه الكتابة ، فان كانت غير مستبينة فهى لغو .

ويشترط لوقوع الطلاق بألفاظ الكناية النية ، أو دلالة الحال ، فان الحال تعتبر قرينة تبين أن المراد باللفظ الطلاق ، وتجعله دالا عليه ، فان لم تكن دلالة الحال كافية للدلالة على ارادة الطلاق فلابد من النية .

هذا رأى الحنفية والحنابلة ، أما المالكية والشافعية فذهبوا الى أن الطلاق بألفاظ الكناية يتوقف على النية ، ولا عبرة بدلالة الحال عندهم ، وذلك لأن هذه الألفاظ لم توضع للطلاق حقيقة ولم يقصر العرف استعمالها فيه فلاتقع دالة على الطلاق الا اذا استعملها المتكلم مجازا فى هذا المعنى ، وذلك بأن يقصد الطلاق بها ، وقيام القرينة الدالة على ذلك فلا يتحقق المجاز الا بالقصد اليه وذلك بالنية . وقد كان العمل فى المحاكم الشرعية المصرية قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جاريا على مذهب أبى حنيفة ، فلما صدر هذا القانون أخذ بمذهب مالك والشافعى فى أن كنايات الطلاق لايقع بها الطلاق الا بالنية ، وعلى هذا لو قال الناطق بأى لفظ من ألفاظ الكناية لم أنو الطلاق لايقع مهما كانت الحال ، فلو ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها منه كان القول بيمينه ، لأن هذه الارادة التى اشترطها القانون لاتعرف الا من جانبه ، فان حلف أنه ما أراد باللفظ الطلاق رفضت دعوى المرأة ، وان نكل عن اليمين صدقت فى دعواها ارادة الطلاق باللفظ

وحكم بما تدعيه «١» .

أما المحاكم الشرعية السودانية فقد صدر لهـا منشور شرعى رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ نصت المادة الرابعة منه على أن كنايات الطلاق فى مذهب الحنفية وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنية ، وجاء فى المذكرة التفسيرية لشرح هذه المادة ما نصه :

أما المادة الرابعة وهى : ان كنايات الطلاق فى مذهب أبى حنيفـة وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لايقع بهـا الطلاق الا بالنية ، فمن قال لزوجتـه تقنعى ، أو انطلقى ، أو خلية برية ، أو نحو ذلك من ألفاظ الكنايات ، فقد كان يقع بها الطلاق بالنية ، أو دلالة الحال وهى حال مذاكرة الطـلاق أو الغضب ، لكن المادة جرت على أن الطلاق لايقع بهـا الا بالنية فلو شكت زوجها بأنه طلقها بلفظ من ألفاظ الكنايات ، وطلبت الحكم به سأله القاضى عنه ، فان اعترف به سأله عما قصده به ، فان قال لم أقصد طلاقا حلف، لحق الله تعالى ، وصدق بيمينه ، وان قال نويت به الطلاق حكم عليه به .

صيغة الطلاق : العبارة التى تصدر معبرة عن ارادة المتكلم فى تطليق امرأته ، اما أن تكون منجزة ، أو معلقة على شرط ، أو مضـافة الى زمن مستقبل ، واليك أحكام كل : فالطلاق المنجز ما كانت صيغته غير معلقة ، ولا مضافة الى زمن مستقبل ، بل قصد منها تحقيق معناها ، وترتيب آثارها عليها فى الحال ، كأن يقول لامرأته أنت طالق .

وحكمه الوقوع فى الحال ، وترتب آثاره عليـه بمجرد صدوره متى استوفى شرائطه التى ذكرناها فيما سبق .

والمضاف الى زمن مستقبل ما أضيف وقوعه الى زمن مستقبل يريد المطلق ايقاع الطلاق عند حلوله ، وذلك كأن يقول : أنت طالق غدا ، أو فى أول السنة المقبلة .

وحكمه : أنه ينعقد سببا للحال ، ويقع الطلاق بمجىء الوقت المضاف اليه ، ومعنى انعقاده سببا فى الحال أن من صدرت منه هذه الصيغة يعتبر أنه

(١) الاحوال الشخصية لاستاذنا المغفور له احمد ابراهيم ص ٢٥٤ .

طلق زوجته فى الحال ، ولكنه أخر ترتب الآثار على هذا الطلاق الى الوقت الذى أضافه اليه ، وعلى هذا لو قال : أنت طالق غدا ، أو فى غد يقع عند طلوع الفجر الصادق ، ووجه الوقوع عند طلوعه أنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فيتعين الجزء الأول منه ، ولو قال أنه يقصد بقوله غدا أنها تطلق العصر ، أو آخر النهار صدق قضاء عند أبى يوسف ، ويصدق ديانة فى العبارتين (غدا وفى غد) .

ويشترط لانعقاده أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق حين صدور اليمين منه ، والمرأة محلا لوقوعه فى ذلك الزمن الذى أضيف اليه ، وعلى هذا لو قال لها أنت طالق قبل أن أتزوجك ، أو أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم ، فلا يقع شىء من ذلك ، لأنه أسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لملكية الطلاق ، أو قال لها : أنت طالق قبل أن أخلق أو قبل أن تخلقى ، كان ذلك كله لغوا لأن حاصله انكار الطلاق وقد تعذر تصحيحه انشاء ، وكذا لو قال لها : أنت طالق بعد شهر ، وقبل مضى الشهر طلقها ، ولم يكن دخول ، فان الطلاق المضاف لايقع ، لأن الزمن الذى أضيف اليه الطلاق كانت المرأة فيه غير أهل له .

أما اذا قال لامرأة تزوجها منذ سنة : أنت طالق منذ شهرين ، طلقت فى الحال . (تراجع الأمثلة الكثيرة فى ابن عابدين ص ٦٨٣ حـ ٢) .

والمعلق على شرط «(١)» هو ما توقف فيه وقوع الطلاق على وجود أمر

(١) يعد مشايخنا التعليق يمينا قال فى الفتح : اليمين فى الاصل القوة ، وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الاخرى ، وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك بعد تردد النفس ، ولاشك فى ان تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله يفيد قوة الامتناع عن ذلك الامر ، وتعليق المحبوب لها على ذلك يفيد الحمل عليه فكان يمينا ، ولكن هذا ظاهر فيما اذا كان المعلق عليه أمرا اختياريا يمكن فعله أو الامتناع عنه ، أما اذا كان على أمر غير اختيارى ، كطلوع الشمس ونزول المطر ومجىء الشهر وولادة الانثى ونزول الحيض ، فهل يسمى التعليق فى هذه الحالة يمينا ؟ يرى ابن عابدين بعد تحقيق ذكره عن الفقهاء ان كل تعليق يمين سواء اكان تعليقا على فعله ، أو فعل غيره أو على مجىء الوقت ، وان لم توجد فيه ثمرة اليمين ، وهى الحمل أو المنع فيحنث به فى حلفه لايحلف ، اذ الحمل والمنع فى اليمين ثمرة اليمين وحكمته ، فاذا فاتت الحكمة والثمرة فى بعض صور

فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط والتعليق ، كأن يقـول لامرأته ان دخلت دار فلان ، أو ان خرجت من منزلى فأنت طالق ، ويشترط لصحـة التعليق : (١) أن يكون الأمر المعلق عليه من الأمور التى ستوجد ، فان كان محقق الوجود ، فانه لايسمى تعليقا بل يكون تنجيزا ، ويقع الطلاق فى الحال كأن يقول لها ان كانت أمك فى المنزل فأنت طالق والحال أن أمها فى المنزل، وان كان المعلق عليه مستحيلا تحققـه فهو لغو لايقع به طلاق ، كأن يقول لها ان صعدت الى السماء فأنت طالق ، وان دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق ، لأن الغرض فى مثل هذه الحالة المبالغة فى نفى الطلاق لا ايقاع الطلاق حيث علقه على أمر محال ، ومثل التعليق على مستحيل : التعليق على مشيئة الله تعالى ، لأن الوقوف على مشيئة الله غير ممكن .

(٢) أن يحصل التعليق ويوجد المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها ، بأن كانت زوجته ، أو معتدة لغير بائن بينونة كبرى ، وعلى هـذا لو قال لأجنبية منه : ان رسبت فى الامتحان فأنت طالق ثم تزوجها بعد ذلك ورسب فى الامتحان فلا تطلق ، لأنها وقت التعليق لم تكن محلا لايقـاع الطلاق عليها ، وكذلك لو قال لزوجته : ان دخلت دار فلان فأنت طالق ، ثم نجز عليها طلاقا وبعد انتهاء عدتها دخلت الدار لايقع عليها الطلاق المعلق، لأنها وقت وجود الشرط لم تكن محلا للطلاق .

هذا ، ولايشترط أن يكون المعلق أهلا للايقـاع وقت حصول المعلق عليه ، وعلى هذا اذا علق الطلاق ثم جن ووقع منها الشىء المعلق عليه ، فان الطلاق يقع ، لأن المجنون : أولا أهل لايقاع الطلاق عليه اذ يحكم به القاضى فكان كلامه السـابق صالحا للأعمال بالقياس على حكم القـاضى بالطلاق نيابة عنـه . وثانيا لأن الصيغة صدرت من أهلها مستوفية شروطها فكان لها أثرها .

التعليق ، فلا يخرجه ذلك عن كونه يمينا ، لان الركن فى اليمين قد تحقق وهو الشرط والجزاء ، والحكم الشرعى فى العقود الشرعية يتعلق بالصورة لا بالثمرة والحكمة ، واذا قيل ان التعليق على مجىء الوقت لايفيد الخطر قلنا لانسلم عدم الخطر لاحتمال قيام الساعة فى كل زمان اهـ . (ملخصا من ابن عابدين حـ ٢ ص ٧٦) وهذا الكلام نظر وتأمل .

وهذا الشرط انما يشترط اذا لم يكن التعليق على سبب الملك ، أما ان كان التعليق على سبب ملك المتعة ، بأن علق طلاقها على التزوج بها فلا يشترط أن تكون المرأة محلا لايقاع الطلاق حين التعليق ، وعلى هذا لو قال لامرأة : ان تزوجتك فأنك طالق صح التعليق ، وطلقت بمجرد التزوج بها ، وهذا عندنا ومذهبنا مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبى سليمان وشريح ، وقال الشافعى وأحمد : ان اضافة الطلاق الى الملك أو تعليقه عليه لاينعقد معهما طلاق ، ولا يقع بهما شىء ، وهذا الرأى مروى عن على وابن عباس وعائشة ، وقد احتج الشافعى بما رواه الترمذى ، وقال عنه انه حسن : لانذر لابن آدم فيما لايملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لايملك • ورواية أخرى عن الرسول سئل فيها عمن علق طلاقه على التزوج فكان جوابه عليه السلام : « لا طلاق قبل النكاح » ، ولأنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو ، وذلك لأن النكاح انما شرع سببا لثبوت الوصلة ، وانتظام المصالح ، فلا يملك جعله سببا لانقطاعها •

وللحنفية أولا : أن ينازعوا فى صحة الأحاديث التى اعتمد عليها المخالفون ، وأن يحملوا ماورد منها صحيحا على التنجيز ، فمعنى لاطلاق لابن آدم فيما لايملك أى أنه لايملك تنجيز الطلاق على امرأة أجنبية ، وهم يقولون به • ثانيا : ان هذا يمين واليمين لايشترط لصحته قيام الملك فى الحال ، لأن الوقوع عند الشرط ، والملك متيقن به عند وجود الشرط ، ولذلك لانحتاج الى اشتراطه فى الحال بخلاف التعليق على غير الملك ، فانه يشترط لصحته أن يكون الزوج مالكا لايقاع الطلاق فى الحال لأن الملك غير متيقن به عند وقوع الشرط اهـ • (فتح وعناية حـ ٣ ص ١٢٧ ، ١٢٨) •

هذا وزوال الملك بعد اليمين لايبطلها اذا زال بما دون الثلاث ، فاذا قال لزوجته : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أبانها لم يبطل اليمين ، لأن بقاء اليمين بالشرط والجزاء ، والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق ، والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين ، ثم بعد ذلك لايخلو الحال ،

اما أن يوجد الشرط فى الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط ، وحينئذ يقع الطلاق وتنحل اليمين ، أما وقوع الطلاق ، فلأن الشرط وجد فى الملك ، فنزل الجزاء المتعلق به . وأما انحلال اليمين فلأن اللفظ لايدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين ، واما أن يوجد فى غير الملك فتنحل اليمين لوجود الشيء ، ولا يقع شيء لانعدام المحلية (ا هـ فتح وعناية حـ ٣ ص ١٣٥) .

وفى هذا الموضوع تفصيلات كثيرة أضربنا عن ذكرها نظرا للتعديلات التى أدخلت على التعليق ، ومن أراد التفصيلات فليرجع اليها فى الهداية والفتح حـ ٣ ص ١٤٠ فما بعدها .

وقد ترتب على اعتبار التعليق يمينا عند الحنفية ، أنه لايملك الرجوع فيه بحال كسائر الايمان ، لأن الايمان بكل أنواعها لايجوز الرجوع فيها فمن يحلف حلفا لايجوز أن يعدل عنه ، بل يمضى فيه أو يحنث ، وان حنث كانت المؤاخذة التى رتبت على الفعل ، أو رتبها الشارع على الحنث .

الحلف بالطلاق : قال الكمال بن الهمام فى كتابه فتح القدير : وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف بالطلاق يلزمنى لا أفعل كذا ، يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجرى عليهم ، لأنه صار بمنزلة قوله : ان فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقولهم : على الطلاق لاأفعل ا هـ وهذا صريح فى أنه تعليق فى المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف ، وان لم يكن فيه أداة تعليق ، وفى المعنى الطلاق يلزمنى أو لازم لى صريح ، لأنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق ، وكذا قوله : على الطلاق ا هـ .

ومذاهب المسلمين فى الحلف بالطلاق مختلفة : فعلى رضى الله عنه أفتى أن الحلف بالطلاق لايقع به شيء ، وشريح وطاووس قالا : لايلزم من ذلك شيء ولا يقضى بالطلاق على من حلف به بحنث ، وصح عن عكرمة أنها خطوات من الشيطان لايلزم بها شيء ، وهو مذهب داود بن على وجميع أصحابه وهو قول بعض أصحاب مالك فى بعض الصور فيما اذا حلف عليها بالطلاق على شيء لاتفعله هى ، كقوله ان كلمت فلانا فأنت طالق ، فقال

لاتطلق ان كلمته ، لأن الطلاق لايكون بيدها ان شاءت طلقت وان شاءت أمسكت ، وهو قول بعض الشافعية فى بعض الصور ، فالقفال فى فتاويه يرى أن مثل قوله : الطلاق يلزمنى أو لازم لى لا أفعل كذا ليس بصريح ولاكناية ولايقع به طلاق وان نواه ، ووجهه ان الطلاق لابد فيه من اضافته الى المرأة ولم توجد هذه الاضافة فى قوله الطلاق يلزمنى ، والحنفية وبعض الشافعية والمالكية والحنابلة على وقوع الطلاق بهذه الصيغ ، عملا بالعرف الغالب المستمر الذى جرى عليه الناس منذ عصور التابعين فالزموا الناس بما التزموه ، وقالوا بوقوع الطلاق عليهم اذا حنثوا فى ايمانهم الزاما لهم بما التزموه ، والذين يرون أن هذه ايمان مستحدثة مبتدعة لم تجر على ألسنة السلف بل حدثت بعد انقراض عهد الصحابة قد عرفت رأيهم فيها (ص ٤٧ الى ٥٥ أعلام الموقعين حـ ٣) .

وكان الناس يحلفون بالطلاق فى أتفه الأمور وأكبرها ، وعمت البلوى حتى صار الناس فى حرج شديد وقد كانوا بين أمرين أحلاهما مر ، فاما أن يعيشوا مع زوجاتهم عيشة يعتقدون حرمتها اذا وصل العدد الى ثلاثة ، أو يحرموا أزواجهم عليهم حين يصل العدد الى ثلاثة ويحتالوا للتحليل ، وفى كل هذا من المفاسد ما فيه .

وكان لابد من علاج ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى ، وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها ، وطبقت على بصيرة وهدى ، ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع الى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس أن فى الشريعة مخرجا من الضيق ، وفرجا من الشدة . وكيف لايفكر ولاة الأمور فى علاج لهذه الحالة التى تمس الأسرة فى صميم حياتها ، والأسرة هى الخلية الأولى التى يتكون منها بناء المجتمع وقد كان السير على آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق ، واليمين بالطلاق ، ويوقعون المعلق

قبل الزواج اذا علق على الزواج نفسه منبعا لشقاء العائلة ، اذ المرأة المسلمة كانت مهددة بالطلاق لاتدرى متى يحصل ، ومتى لايحصل ، بل لايدرى الرجل نفسه متى يحصل ، لأن الحالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التى يفعلها الاجنبى لايدرى متى تطلق امرأته ، فسعادة الأسرة والزوجين والأولاد قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن ارادة رب الأسرة وعن ارادة سيدة الأسرة .

لهذا كله جاء القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ متضمنا علاج هذه الحالة التى عمت بها البلوى ، فنصت المادة الثانية منه على أنه لايقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لاغير ، وتناولت المذكرة التفسيرية شرحها ، وغرض المشرع من وضعها فقالت : ان كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، وهو يكره حصول الطلاق ، ولا قصد له فى ايقاعه كان تعليقه فى معنى اليمين فلا يقع به الطلاق ، وان كان يقصد به حصول الطلاق وحل رابطة الزوجية عند حصول الشرط المعلق عليه ، لأنه لايريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين بل يعتبر طلاقا ، اهـ .

ومن هذا يتبين: أن الطلاق المنجز وهو ماقصد به ايقاع الطلاق فى الحال ، كقول الرجل لزوجته : انت طالق . والمضاف الى زمن المستقبل كقوله لها : أنت طالق غدا يقع الطلاق بحين حلول الزمن المضاف اليه، والمعلق الذى لايقصد به مجرد التخويف ، أو الحمل على فعل شيء أو تركه يقع به الطلاق حين وجود الشرط ، كأن يقول لها : ان عميت عيناك فأنت طالق ، وان مرضت بالجذام أو السل فأنت طالق ، أو ان ولدت انثى فأنت طالق ، وان جاء رأس الشهر الفلانى فأنت طالق ، لأن التعليق فى مثل هذه الصور لايراد به التخويف ولا الحمل على فعل شيء أو تركه .

اما ان كان الغرض من التعليق التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، وهو يكره حصول الطلاق ، ولا قصد له فى ايقاعه كان تعليقه فى معنى اليمين ، فلا يقع به الطلاق ، كأن يقول لزوجته مثلا : ان سافرت الى

بلدك فأنت طالق ، وان لم تقومى قبل طلوع الشمس فأنت طالق ، أو ان دخلت دار فلان فأنت طالق ، ففى أمثال هذه الصور يسأل المتكلم عن غرضه وقصده ، فان كان غرضه التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه، وهو لا يرغب حصول الطلاق لو حصل المحلوف عليه ، كان فى معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شيء .

فان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط ، لأنه لايريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين فيقع الطلاق عند حصول الشرط .

فلو اشتكت امرأة مثلا زوجها بأنه طلقها بقوله : ان ذهبت الى بيت فلان فأنت طالق ، وانها ذهبت فوقع الطلاق ، وطلبت الحكم لها عليه به ، فان اعترف المدعى عليه باليمين ووقوع المحلوف عليه أو أنكره فأثبتته يسأل عن قصده من هذا اليمين ، أهو تخويفها بالطلاق حتى لاتذهب الى بيت فلان مثلا أو حملها على أن تترك الذهاب اليه ؟ فان قال هذا ما قصدت ، حلف اليمين لحق الله تعالى ، ورفضت دعواها التطليق . وان نكل حكم عليه بالطلاق ، وان قال ان قصده وقوع الطلاق اذا ذهبت الى بيت فلان مثلا ، لأنه لايريد المكث معها بعد ماذهبت الى بيته حكم عليه بالطلاق .

وقد يقصد بالطلاق تقوية العزم على فعل شيء فى المستقبل أو تركه أو تقوية تصديقه فى الاخبار عن شيء مضى مثل، على الطلاق لأسافرن غدا ، أو لا أسافر غدا ، وماسافرت أمس فهذا يعتبر لغوا ، لأنه لايقصد به حل قيد الزواج بل حمل نفسه على فعل أو ترك أو حمل مخاطبه على شيء . فالطلاق اذا حلف به كان يمينا لايقع به شيء .

وقد بينا فيما سبق مآخذ هذا القانون ، وان الحلف بالطلاق لا يلزم به شيء عند طاووس وعكرمة وشريح وعلى ، وبرأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم . وكذلك المعلق ان قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه ، فقد أخذ فيه برأى الامام على وشريح وداود وأصحابه وابن حزم (يراجع أعلام

الموقعين من ص ٥٣ : ٧١ حـ ٣)

هذا مايجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية منذ سنة ١٩٢٩ ، أما المحاكم السودانية الشرعية فقد صدر المنشور الشرعى رقم ٤١ فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٥ ونص المادة الثانيـة منه هو بعينه نص المادة الثانية من القانون المصرى اذ جاء فيها : (لايقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لاغير .)

وأوضحت المذكرة التفسيرية المراد منه بما لايخرج عما ذكرناه فى شرح المادة السابقة فى القانون المصرى ، اذ قالت : وتوضيحها أن الطلاق ينقسم الى أربعة أقسام : الاول المنجز وهو ماقصد به ايقاع الطـلاق فورا كقول الرجل لزوجته أنت طالق ، الثانى المضاف كقوله لها : أنت طالق غدا ، وفى هذين القسمين يقع الطلاق ، الثالث اليمين كعلى الطلاق لا أفعل كذا ، ولا يقع به شيء . الرابع المعلق كأن فعلت كذا فأنت طالق ، وفى المعلق ان كان غرض المتكلم به التخويف ، أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو لايرغب حصول الطـلاق كان فى معنى اليمين بالطـلاق فلا يقع به شيء ، وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط يقع به الطلاق .

وبهذا التعديل الذى حدث فى مصر والسودان تلافى المشرع الاضطراب الذى كان يسود الأسرة التى يعتاد ربها الحلف بالطلاق ، فيشعر فى قرارة نفسه وقد استوفى العدد المقرر له فى نظر الفقهاء بأنه يعيش عيشة غير شرعية مع زوجه ، وكان يناله وينال زوجه التعيير من كل المخالطين له بحياتهم غير الشرعية ، بهذا التعديل فهم ان حلفه بالطلاق لا قيمة له ، وانه لايعـدو أن يكون لغوا من الكـلام اذ ماذنب الاسرة حتى يهـدد كيانها بيمين يحلفها الاحمق فى ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقف أمام دائن أو ظالم .

وبذلك ضيقت دائرة الطـلاق بما يتفق مع أصـول الدين وقواعده ، ويوافق أقوال الأئمة ، وأهل الفقـه ولو من غير المذاهب الاربعـة اذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى الى جلب صالح عام ، ورفع ضرر عام بنـاء على

ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه .

متى يقع الطلاق رجعيا ، ومتى يقع بائنا : سنكتفى هنا بذكر ما يجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية ، ثم نشير اشارة خاطفة الى ما كان عليه العمل قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقبل صدور المنشور الشرعى رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ من محكمة عموم السودان الشرعية فنقول ، نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠) والذى نص على كونه بائنا فى هذا القانون هو تطليق القاضى لسوء العشرة أو للغيبة ، وفى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تطليق القاضى لعيب فى الزوج .

وقبل الدخول فى شرح المادة نرى أن نبين فى ايجاز معنى الطلاق الرجعى والبائن ، فالطلاق الرجعى هو الذى يملك الزوج فيه مراجعة زوجته ولو لم ترض مادامت فى العدة ، وهذا هو الأصل فى الطلاق لقوله تعالى : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ولقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء — الى أن يقول — وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ، ان أرادوا اصلاحا » فجعل الحق سبحانه وتعالى للرجل اذا طلق أن يمسك زوجته بمعروف بأن يردها اليه ، أو يسرحها باحسان بأن يدعها حتى تنقضى عدتها فتبين منه .

وأما الطلاق البائن ، فهو الذى لايستقل الزوج بعده بمراجعة زوجته الى عصمته لا فى العدة ولا بعدها الا بعقد ومهر جديدين .

وبعد هذا البيان نرى أن المادة الخامسة تنص على أن كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثنى منها ، فهى بذلك تشير الى أن الاصل فى الطلاق أن يكون رجعيا ، وقد استثنت المادة الحالات الآتية من الاصل ، واعتبرت فيها الطلاق بائنا :

الحالة الاولى : الطلاق قبل الدخول حقيقة ، وانما كان بائنا لانه لاعدة على من تطلق قبل الدخول حقيقة لقوله : « يأيها الذين آمنوا اذا نكحتم

المؤمنات ،ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعوهن ، وسرحوهن سراحا جميلا . » والمراجعة انما تكون فى العدة ، وحيث لا عدة فلا يكون الطلاق رجعيا ، ولأن المطلقة قبل الدخول عادة لايندم الزوج على فراقها لعدم الدوافع التى تدفعه على العودة اليها من نسل أو استئناس بها وافضاء اليها ، لذلك لم يكن من الحكمة تمكين الزوج من مراجعتها ، ولم يرتب الشارع على الطلاق عدة يتمكن الزوج فيها من مراجعة نفسه بالنسبة لها .

أما الطلاق بعد الخلوة فهو طلاق بائن أيضا ، وان وجبت فيه العدة ، لأن العدة وجبت فيه للاحتياط لا للمراجعة ، ولا يمكن اعتباره رجعيا ، لأن مذهب الشافعى ومالك يعتبره بائنا ، وهو المصدر الذى استمد منه القانون ، والحنفية يعتبرونه بائنا ، فلو قلنا أنه رجعى لما اعتمدنا فى ذلك على أى مذهب .

الحالة الثانية : الطلاق على مال لأنها افتدت نفسها بهذا المال من الزوج فى مقابل طلاقها ، وخلاصها انما يتحقق بالبائن الذى تملك به الزوجة أمرها وتمنع الزوج من مراجعتها بدون رضاها ، والا لما كان هناك معنى لهذا الافتداء .

الحالة الثالثة : الطلاق المكمل للثلاث ، لأن الله تعالى رتب عليه نفى حلها له حتى تنكح زوجا غيره ، فدل على أن الطلاق فى المرة الثالثة تبين به المطلقة بينونة كبرى ، قال تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فكانت الطلقة الثالثة مزيلة للحل .

الحالة الرابعة : مانص على أنه بائن فى القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو الطلاق للعيب ، والطلاق للسجن ، والطلاق للتضرر بسبب الغيبة ، والطلاق للضرر بسبب الأذى بالقول أو بالفعل ، (أو بعبارة أخرى كل طلاق يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة ما لم يكن سببه عدم الانفاق) لأن التجاء المرأة الى القضاء لايكون الا لرفع الضرر

عنها ، وحسم النزاع بينها وبين زوجها ، ولا يتحقق هذا المعنى الا اذا كان ما يوقعه القاضى طلاقا بائنا لا يملك الزوج أن يراجع زوجتـه الا برضاها ، غير أن القانون استثنى التفريق لعدم الانفاق فجعله رجعيا لقرب احتمـال القدرة على الانفاق ، وارتفاع الضرر عن المرأة بالعودة الى الانفاق عليهـا ، وهذا الذى عليه العمل هو ما تهدى اليه نصوص القرآن الكريم اذ المطلق لا يملك تغيير المشروع ، والمشروع هو الطلاق الرجعى الا ما استثنى .

ويقع الطلاق رجعيا ، سواء أكان بصريح اللفظ أو بكنـاية من كناياته اذا نوى بها الطلاق ، هذا ما جاء به القانون المصرى ، أما ما جاء فى المنشور الشرعى رقم ٤١ الصادر من محكمة العموم الشرعية السودانية سنة ١٩٣٥ ، فقد نصت المـادة الخامسة منه على أن (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمـل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى منشور قبل ذلك ، أما التفريق بالطلاق بسبب اللعـان أو العنة أو اباء الزوج عن الاسلام عند اسلام زوجته ، فالحكم فيه على مذهب أبى حنيفة) .

وقالت المذكرة التفسيرية : من هذه المادة يعلم أن كنـايات الطلاق اذا نوى بها الطلاق يقع بها الرجعى مادامت لم تكن مكملة للثلاث ـ هذا ، مع العلم أن الطلاق للضرر يقع بائنا ، والطلاق لخوف الفتنة يقع أيضا بائنا . وقد نص عليهما المنشور رقم ١٧ كما نص المنشور رقم ٢٨ على أن الطلاق الذى يوقعه الحاكم للعيب كالبرص والجنون يكون بائنا .

وزاد المنشور الشرعى أن هذه الأحكام يعمل بها من تاريخ صدورها وفى الحوادث السـابقة عليه الا اذا اتصل بها القضـاء . وقالت المذكرة التفسيرية : ان المواد الخمس التى وردت فى صدر المنشور تطبق أحكامها كما فى المنشور ، ولو كان الحلف سابقا عليه الا اذا قضى القاضى فى النزاع ، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف .

فمن طلق زوجته ثلاثا بلفظ واحد قبل صدور المنشور ، ولم يكن هذا الطلاق مسبوقا بغيره ، فله أن يعقد عليها شرعا من غير أن تتزوج رجلا غيره ،

سواء كان الطلاق مثبتا فى قسيمة طلاق رسمية ، أو صادرا به اشهاد شرعى، أما اذا كان قد ادعى عليه أنه طلقها ثلاثا بلفظ واحد ، وقضى القاضى عليه بوقوع الطلاق الثلاث ، فحينئذ لايصح له العقد عليها الا بعد زوج آخر .

والخلاصة ان عمل المحاكم الشرعية فى مصر والسودان الآن على أن كل طلاق يوقعه الرجل على زوجته يكون رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق على مال ، والطلاق قبل الدخول حقيقة ، وما يوقعه القاضى على الزوج ، الا التطليق لعدم الانفاق ، فقد اعتبره القانون رجعيا ، وقد استمد هذا القانون من مذهب الشافعية والحنابلة والمالكية ، فان الأصل فى الطلاق عندهم أن يكون رجعيا الا ما استثنى ، لأن الشارع أعطى المطلق حق مراجعة زوجته بعد الطلاق بقوله : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » وهذه الأية صريحة فى أن الزوج أحق برد زوجته ان أراد فى كل طلاق ، الا اذا لم تكن فى عدة ، أو كان افتداء أو كان الطلاق المكمل للثلاث ، فالعمل بالقانون عمل بما تدل عليه نصوص الشريعة .

أما مذهب الحنفية الذى كان العمل عليه قبل صدور القانون فى مصر ، والمنشور الشرعى فى السودان فزاد فى أحوال الطلاق البائن أربع حالات على الثلاث التى ذكرها القانون والمنشور وهى : الطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة مثل ، أنت طالق طلقة شديدة ، أو بائنة ، أو لا رجعة فيها، والطلاق المقترن بأفعل تفضيل يدل على البينونة مثل : أنت طالق أشد الطلاق أو أكبره ، والطلاق المشبه بما يدل على البينونة كأن يقول لها أنت طالق طلقة كالجبل ، والطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات اذا اقترنت به النية ، أو دلالة الحال كأن يقول لها : أنت بائن أو خلية ، وحجتهم فى وقوعه بائنا فى الحالات الأربع ، أن المطلق استعمل عبارة لاتدل على الرجعى ، لأن اللفظ الذى عبر به أو الوصف الذى وصف به ينافى الرجعى ، وللمطلق الحق فى أن يعطى طلاقه وصف البينونة ، لأن الشارع أعطاه حق الطلاق غير مقيد ، ولأنه يملك البينونة الكبرى بأن يطلقها ثلاثا دفعة واحدة ، فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبينونة الصغرى .

وقد عرفت أن نصوص القرآن الكريم تؤيد ما يجرى عليه العمل فى مصر والسودان ، لأن كون الطلاق بائنا أو رجعيا انما هو من عمل الشارع لا من عمل المطلق ، وقد بينا أن النصوص الواردة فى الطلاق تبين أن الأصل فى الطلاق هو الطلاق الرجعى الا ما استثناه القانون .

حكم الطلاق الرجعى : انه لا يزيل ملكا ولا حلا «١» مادامت المرأة فى العدة ، فما دامت المرأة فى العدة فالزوجية باقية ، فعلى الزوجة أن تعتكف فى البيت الذى كانت تسكنه مع زوجها ، وله أن يراجعها فى أثناء العدة قولا وفعلا ، وله حق الدخول عليها بدون اذنها ، واذا مات أحدهما ورثه الآخر ، ولا يحل بالطلاق الرجعى مؤخر الصداق اذا كان مؤجلا لأقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة ، لأن هذا الطلاق لا ينهى الزواج بمجرد صدوره .

غير أن أثره يظهر فى أمرين : (١) أنه ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج .

(٢) يحدد رابطة الزوجية بانقضاء العدة بمعنى انه اذا وقع الرجعى ، وانقضت العدة من غير مراجعة بانت الزوجة بانقضائها ، فانقطعت الزوجية وارتفعت أحكامها .

الرجعة : عرفت فى التنوير وشرحه بأنها استدامة ملك النكاح القائم بلا عوض ، مادامت المرأة فى عدة الدخول حقيقة ، والغاء عمل السبب الذى حدد الزوجية بانقضاء العدة ، وهى حق ثابت للزوج شرعا مادامت المرأة فى العدة ، فلا يسقط باسقاطه فلو قال لا رجعة لى عليك ، أو أسقطت حقى فى الرجعة لا تسقط ، لأنه حق أثبته الشارع غير مقيد برضاها ولا يسقط بالاسقاط كالميراث ، وله مراجعتها رضيت أم أبت لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » . فسماه الله تعالى بعلا ، والبعل الزوج وعلى هذا فالزوجية قائمة ، لقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن

---

(١) يراد بملك الزوج الحقوق الثابتة لكل منهما على صاحبه بمقتضى عقد الزوجية ، ويراد بالحل أنه لا يرتفع به حل المطلقة لزوجها بل تبقى حلالا له أن يتزوجها .

بمعروف » . أى قاربن البلوغ ، والامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل، والرد فى الآية الأولى يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن قد زال فعلا ، كما يقال رد البائع المبيع فى بيع يكون الخيار فيه له ، فهذا الرد ابقاء للملك القائم أى ادامة له وامساك .

والرجعة لاتحتاج الى عقد ومهر جديدين ، وتكون بالقول وبالفعل ، فاذا قال لها : راجعتك أو رددتك الى ، أو أمسكتك صحت الرجعة من غير توقف على رضاها ، وتكون بالفعل كأن يدخل بها أو يفعل معها كل مايوجب حرمة المصاهرة ، كتقبيل أو لمس ولو منها بشهوة ، فاللمس والنظر بشهوة منه أو منها بشرط أن يصدقها ، سواء كان بتمكينه أو فعلته اختلاسا أو كان نائما أو مكرها كل ذلك يعتبر رجعة (ابن عابدين ص٨١٩، ٨٢٨) والمجنون رجعته بالفعل .

وذهب الشافعية الى أن الرجعة لاتكون الا بالقول ، ولذلك كان الاستمتاع بالمرأة قبل المراجعة بالقول حراما .

هذا والرجعة بالقول يندب الاشهاد عليها ، خشية أن تنكرها الزوجة بعد انقضاء العدة فيعجز عن اثباتها وتجنبا عن الوقوف مواقف التهم ، فان الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالقعود معها ، كما يندب الاشهاد بعد الرجعة بالفعل ، كأن يقول للشاهدين اشهدوا بأنى راجعت زوجتى ، أو رددتها الى عصمتى بعد أن يراجعها بالفعل ، وما لم يشهد فالرجعة صحيحة .

أما الشافعى ففى مذهبه القديم ، وهو رأى الشيعة وقول لأحمد ، يشترط الاشهاد على الرجعة ، كما يشترط الاشهاد على النكاح ،والشافعى فى مذهبه الجديد وباقى الأئمة كالحنفية فى استحباب الاشهاد على الرجعة.

شروطها : يشترط أن تكون منجزة لامعلقة ولامضافة الى زمن مستقبل، لأنها استدامة الملك وكل تصرف يفيد الامتلاك لايقع الا منجزا ، ويتفرع على ذلك أنه لو علق رجعتها على أمر سيقع فى المستقبل لاتثبت الرجعة بهذه الصيغة ، بل لابد من صيغة منجزة .

ويندب اعلام المرأة بالرجعة حتى لا تنكح زوجا غيره بعد العدة ، ولو نكحت غيره ثم ثبتت المراجعة بالبينة فرق بينها وبين زوجها الثانى ، وان كان قد دخل بها .

هذا واذا لم يراجع المطلق زوجته فى أثناء العدة حتى انقضت زال حقه فى الرجعة وانقطعت حقوق الزوجية انقطاعا تاما ولا تعود اليه الا بعقد ومهر جديدين .

النزاع فى الرجعة : ان حصل خلاف بين الزوجين فى وجود الرجعة بأن ادعى الزوج أنه راجعها ، وأنكرت الزوجة دعواه ، فان كان هذا النزاع والزوجة فى العدة ، فالقول للزوج ، لأنه يخبر عن أمر يملك انشاءه فى الحال ، وان كان النزاع بعد انقضاء العدة ، وادعى أنه راجعها فيها بأن قال كنت راجعتك فى عدتك فان صدقته صحت بتصادقهما ، لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى . وان لم تصدقه كان عليه أن يثبت دعواه بالبينة، فان لم يقم البينة على دعواه كان القول قولها بلا يمين عند أبى حنيفة ، ولابد من اليمين عند الصاحبين ، والفتوى على أنها تحلف (ص ٨٢٢ ابن عابدين) .

وان كان الاختلاف بينهما فى وجود العدة بأن جاء وراجعها ، فقالت : الرجعة باطلة ، لأنها حصلت بعد انقضاء عدتى ، وقال الرجعة صحيحة ، لأن العدة لاتزال باقية ، فالقول للزوجة بيمينها اذا كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك ، لأنها مصدقة فى الاخبار عن نفسها ، والعدة لاتعلم الا من جهتها ، فيكون القول قولها بيمينها ،وان كانت المدة التى مضت لاتكفى لانقضاء العدة ، بأن كانت أقل مما جعل أقل مدة للعدة ، فلا يلتفت الى قولها ، لأنها مكذبة وتكون الرجعة صحيحة . وأقل مدة للعدة عند أبى حنيفة ستون يوما ، لأنها تحتاج الى ثلاث حيض كوامل يتخللها طهران فللحيضات الثلاث ثلاثون يوما على اعتبار أكثر مدة الحيض عشرة أيام وللطهرين ثلاثون على اعتبار أن أقل مدة الطهر ١٥ يوما

فيكون مجموع المدة ستين يوما ، ولا تصدق فى انقضاء عدتها فى أقل من ذلك .

هذا ويلاحظ أنه انما يشترط احتمال المدة ذلك اذا كانت العدة بالحبض، فلو كانت العدة بوضع الحمل ولو سقطا مستبين الخلق فلا تشترط المدة ، أما المعتدة بالأشهر ، فليس لها أقل ولا أكثر بل هى ثلاثة أشهر .

حكم الطلاق البائن : عرفت أن الطلاق البائن هو طلاق الزوج لزوجته قبل الدخول الحقيقى بها ، أو طلاقه اياها فى مقابل مال تفتدى به نفسها ، والطلاق المكمل للثلاث . وتطليق القاضى للزوجة الا فى حال الاعسار وعدم الانفاق .

والآن نذكر لك أن البائن قسمان : بائن بينونة صغرى وهو ماكان بطلقة أو طلقتين ، وبائن بينونة كبرى ، وهو ماكان مكملا للثلاث .

وحكم الأول أنه : (١) ينقص عدد الطلقات التى يملكها الرجل . (٢) أنه يرفع ويزيل ملك الزوج فى الحال ولا يبقى للزوجية آثار سوى العدة وما يتعلق بها ، فلا يحل له الاستمتاع بها ، ولا الخلوة ، ولا يملك مراجعتها بدون رضاها ، ولكنه لايزيل الحل بمعنى أن للمطلق طلاقا بائنا أن يعقد على مباتته فى العدة وبعدها بدون حاجة الى زوج آخر يحلها له «(١)» . (٣) اذا مات أحدهما والمرأة فى العدة فلا يرثه الآخر الا فى حال الفرار من التوريث بالتطليق فى مرض الموت ، فانها ترثه ان مات وهى فى العدة معاملة له بعكس مقصوده . (٤) انه يحل به مؤخر الصداق المؤجل الى أحد الأجلين الطلاق أو الموت .

وحكم البائن بينونة كبرى : أنه يزيل الملك والحل معا فى الحال ، ولا يبقى أثر للزوجية سوى العدة وما يتعلق بها شرعا حتى تنكح زوجا

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ١٧٤ ـ يراجع هذا الموضوع ففيه مناقشة طريفة حيث جاز للمطلق تزوجها فى العدة دون غيره من سائر الناس .

غيره نكاحا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها وتنقضى عدتها ، وذلك لقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله » . قال ابن عابدين : واعلم أن اشتراط الدخول من الزوج الثانى ثابت بالاجماع ، فلا يكفى مجرد العقد ، قال القهستانى وفى الكشف وغيره من كتب الأصول أن العلماء غير سعيد بن المسيب اتفقوا على اشتراط الدخول ، وفى الزاهدى أنه ثابت باجماع الأمة ، وفى المنية أن سعيدا رجع عنه الى قول الجمهور ومن أفتى به يعزر ، وما نسب الى الصدر الشهيد فليس له أثر فى مصنفاته بل فيها نقيضه ، ويشترط لتحل المرأة لزوجها الأول الذى طلقها ثلاثا أن يدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا فى نكاح صحيح نافذ ، ولو كان الزوج الثانى مراهقا يمكن مثله معاشرة المرأة كفى كما يكفى لو كان خصيا أو مجنونا أو ذميا لذمية لتحل لزوجها المسلم . هذا واشتراط الدخول ورد به حديث عن رسول الله (ص) فقد روى الجماعة الا أبا داود عن عائشة رضى الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى (ص) فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فطلقنى فبت طلاقى ، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله (ص) وقال : أتريدين أن ترجعى الى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك «(١)» .

ولأن «(٢)» ذلك التحريم لتذوق عشرة الآخر فتعرف حق زوجها السابق ان كانت هى الناشزة ، ولكى يراها فى عصمة غيره ، ويعاشرها معاشرة الأزواج الدائمة ، فيثير ذلك فى نفسه بواعث الندم ان كان قد ظلمها بالطلاق ، فان استأنفا عشرة جديدة من بعد ذلك راعى كل منهما حق صاحبه ، وعرف نعمة الله فى عشرته فتدوم بينهما المودة ولا يكون ذلك الا اذا دخل بها الثانى وتمت بينهما عشرة زوجية .

---

(١) فتح ص ١٧٦ فما بعدها وابن عابدين حـ ٢ ص ٨٣٤ .

(٢) الاحوال الشخصية قسم الزواج لابى زهرة .

وبمناسبة الحديث عن هذا الموضوع نوجه أنظار القارئين الى ماكتبه ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين عن المحلل الذى شاع فى العصور المتأخرة، وهو أن يتزوج رجل امرأة يقصد بالزواج بها أن يحلها لمطلقها ثلاثا ، فقد أسهب فى هذا الموضوع اسهابا كبيرا تناوله من كل نواحيه ، فليرجع اليه من أراد فى الجزء الثالث ص ٣٤ فما بعدها ، أما أئمتنا فقد ذكر صاحب الفتح وابن عابدين أن الزوجين ان أخفيا هذه الحقيقة ، ولم ينطقا بها بل نويا الاحلال كان العقد صحيحا ، لأن النيات فى العقود غير معتبرة ، ويحمل الحديث الوارد فى لعن المحلل والمحلل له على من يشترط التحليل فى العقد ، بأن يقول لها تزوجتك على أن أحلك للأول ، أو تقول له هى ذلك ، وعلى هذا اذا تزوجها بشرط أن يحلها للأول كان العقد صحيحا عند الامام ، وتحل للأول اذا طلقها ، لأنه عقد استوفى سائر شروطه وقد اقترن بشرط فاسد هو شرط التحليل ، فيلغو الشرط ويصح العقد ولا يجبر الزوج الثانى على الطلاق ، ولكن العقد يكون مكروها كراهة تحريم للحديث الصحيح الوارد فى هذا الباب وهو قوله (ص) : « لعن الله المحلل والمحلل له » . ولما سماه محللا دل على صحة النكاح ، لأن المحلل هو المثبت للحل، فلو كان فاسدا لما سماه محللا ، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم اذ لاتلازم بين الحرمة والفساد ، وفى الحديث اشارة الى خساسة المحلل بالمعاشرة والمحلل له بالعود اليها بعد مضاجعة غيره ، وعلى هذا اذا طلقها الزوج الثانى الذى اشترط التحليل بعد ما وطئها حلت للأول ، لوجود الدخول فى نكاح صحيح ، اذ النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة كما قلنا . بل نقل فى العناية ص ١٧٨ عن روضة الزندويستى أن أبا حنيفة قال : النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه اياها يجبره القاضى على ذلك ، وتحل للزوج الأول اذا طلقها الزوج الثانى برأيه أو بأمر القاضى اياه ـ قال الامام ظهير الدين المرغينانى هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب ـ ثم قال صاحب الفتح ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به ، لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب ، لأنه قد شرط فى النكاح شرطا

لايقتضيه العقد ، والعقود فى مثله على قسمين ، منها مايفسد العقد كالبيع ونحوه ، ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل ، ولا شك أن النكاح مما لايبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو ، فيجب بطلان هذا والا يجبر على الطلاق .

وهناك قول آخر وهو أنه مأجور وان شرط ، لقصد الاصلاح ، ويؤولون حديث اللعن على من أخذ أجرا على ذلك ، ثم يقول صاحب الفتح بعد ذلك لولا ماروى عن ابن عمر من قوله « كنا نعده سفاحا على عهد رسول الله (ص) جوابا لمن سأله عن واقعة مفردة لامكن أن يقال أن اللعن وارد على من نصب نفسه لهذه العملية شرط أولا لأن صيغة التفعيل تدل على التكثير ، ولكن حديث ابن عمر يصرفنا عن حمل الحديث على هذا الوجه ، ويكون الحديث كقولك قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير .

وعن ابى يوسف النكاح فاسد ، لأنه فى معنى المؤقت كأن قال تزوجتك الى وقت كذا ، والمؤقت فى معنى المتعة أو هو المتعة على ما حققه صاحب الفتح فيفسد العقد فلا يحلها ، لأن من شروط التحليل صحة النكاح ، وتسميته محللا لايستلزم الحل لجواز أنه تكون هذه التسمية أساسها اشتراط التحليل أو طلب الحل .

وعن محمد أن النكاح صحيح ولكنها لاتحل للأول لو طلقها ، لأنه استعجل ما أخره الشرع لعودة الحل اذ النكاح يقصد للعمر فيقتضى حلها للأول بعد موت الثانى ، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده ، فاذا طلق عقب الزواج فلا تحل للأول كما اذا قتل مورثه (هداية وفتح حـ ٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، ابن عابدين ص ٨٢٤ حـ ٢) .

ونحن نرجح ماذهب اليه ابن القيم فى هذه المسألة وأنه لافرق بين التلفظ بشرط الاحلال أو نيته ، ولا وجه لمن يقول ان المحلل مأجور مع قيام هذا النهى ، لأن الشارع أعطى المطلق فرصا كثيرة لتلافى أخطائه اذا أقدم على طلاق امرأته ، فقد شرع له الطلاق على دفعات ثلاث يملك فى اثنتين منها أن يعيد زوجته اليه ، فاذا أقدم على الثالثة دل على أن الحياة

الزوجية غير صالحة لبقائها والاستمساك بها ، فلا معنى للتحايل على اعادتها، وقد أشبع القول فى هذا الموضوع الامامان الجليلان ابن تيمية فى فتاويه وابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين .

هذا ومن آثار البينونة الكبرى أنه لاتوارث بينهما اذا مات أحدهما والزوجة فى العدة الا اذا كان فارا بتطليقها فى مرض الموت ، وأنه يحل به مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين : الطلاق أو الموت لانقطاع رابطة الزوجية فى الحال .

ومما تقدم نعلم (١) أن الرجعى لايزيل الملك ولا الحل وأن البائن بينونة صغرى يزيل الملك ولا يزيل الحل والبائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل .

(٢) ونعلم أن المرأة اذا عادت الى زوجها بعد الطلاق الرجعى أو البائن بينونة صغرى من غير أن تتزوج غيره تعود اليه بما بقى عليها من الطلقات ، فان طلقها واحدة عادت اليه بثنتين ، وان طلقها ثنتين عادت اليه بواحدة ، أما ان عادت اليه بعد أن تزوجها غيره ودخل بها دخولا حقيقيا فقد اختلف أئمتنا فيما يملكه الزوج من الطلقات عليها ، فقال الشيخان ، تعود اليه بحل جديد ، وقال محمد وزفر والشافعى تعود اليه بما بقى ، والمسألة مختلف فيها بين الصحابة ، فروى محمد عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن سعيد بن جبير قال : كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاء اعرابى ، فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هى عنده؟ فالتفت الى ابن عباس وقال ماتقول فى ذلك ؟ قال يهدم الزوج الثانى الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال لقيت ابن عمر فقال مثل ماقال ابن عباس .

وروى البيهقى من طريق الشافعى بسنده عن عمر فى نحوه قال : هى عنده على ما بقى ونحوه عن على . ونقل عن بن أبى كعب وعمران بن حصين، فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة . وبقى الترجيح بين القولين بما لكل من حجة قوية بعد أن اختلف

النقل عن الصحابة .

فأما حجة محمد وزفر والشافعى بأن الزوج الثانى غاية للحرمة بالنص وهو قوله تعالى : «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » والمُغَيَّا ينتهى بالغاية ، فيكون الزوج الثانى منهيا للحرمة ، ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها ، ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث اذ التحريم لا يثبت بالطلقة الواحدة أو الثانية ، واذا لم يكن تحريم فلا يثبت حل جديد (فتح وعناية وهداية ص ١٧٩، ١٨٠ حـ ٣) .

وحجة الشيخين (١) أن الزوج الثانى هدم الطلقات الثلاث وعادت الى زوجها الأول بحل جديد ، فكذلك يهدم ما دون الثلاث من باب أولى .

(٢) ان الحل الأول قد زال بعدم امكان العقد عليها فى مدة زواجها بالثانى ، وتأكد الزوال بدخوله بها ، والحل حال من الأحوال المستمرة التى تقبل القطع ، وقد قطع بالزواج الثانى وتأكد القطع بالدخول فاذا طلقها وانتهت عدتها لا يعود الحل القديم الذى زال ، لأن الزائل لا يعود بل ينشأ حل جديد (الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣١٤ لأبى زهرة) .

هذا وقد ناقش صاحب الفتح وجهة كل وانتهى الى غير ما رجحه أئمتنا حيث رجح قول محمد ، فقد قال فظهر أن القول ماقاله محمد وباقى الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها . ومع ذلك فالمعمول به هو مذهب الشيخين .

وقد اتفق الأئمة على أنها ان عادت اليه قبل أن يدخل بها الزوج الثانى عادت اليه بما كان يملكه عليها قبل الزواج .

وهذه المسألة هى التى تعرف فى عرف الفقهاء بمسألة الهدم ، أى هل الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ؟ .

ومما يتصل بموضوعنا ما اذا قالت المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج الثانى وطلقنى وانقضت عدتى والمدة تحتمل ذلك ، جاز للزوج أن يصدقها اذا كان فى غالب ظنه أنها

صادقة ، لأنه يقبل قول الواحد فى المعاملات كالوكالات والمضاربات والاذن فى التجارة اذا لم يقم دليل على كذبه ، أما اذا قالت حللت لك فلا يحل أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس فى حلها بمجرد العقد ؛ ولو تزوجها دون أن يسألها ، ثم قالت ما تزوجت أو مادخل بى صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها ، واستشكل ذلك بأن اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة ، فينبغى ألا يقبل منها ، كما لو قالت بعد التزوج ، كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو كان العقد بغير شهود .

طلاق المريض مرض الموت : جرى المؤلفون القدامى والمحدثون على أن يخصوا المريض مرض الموت ببحث مستقل فى أكثر أبواب الفقه ، لأن أحكامه تختلف عن أحكام الصحيح ، فتمشيا مع هذه السنة رأيت أن أعقد للمريض مرض الموت بحثا مستقلا أتناول فيه بعض الأحكام الخاصة بطلاقه فأقول :

عرف مرض الموت بأنه المرض الذى يغلب معه الهلاك ويتصل به الموت ، سواء أمات به أم بغيره ، وقد أصبحت الأمراض التى يغلب فيها الموت بفضل تقدم الطب معروفة ، ومن الواجب أن يلجأ الى الأطباء فى كون المرض مرض الموت أو لا ، مادام المشرعون الحديثون قد أجازوا الرجوع الى الأطباء فى معرفة الأمراض التى لاتستطاع معها العشرة ، وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت فى الحكم كل من يكون فى حالة يخشى فيها الهلاك غالبا ، كمن يقدم ليقتل قصاصا أو رجما أو يبارز رجلا أقوى منه ، أو يكون فى سفينة تلاطمت بها الأمواج وخيف الغرق وغرق فعلا (ابن عابدين ص ٨٠٦ حـ ٢) ، فهؤلاء وان كانوا أصحاء الا أنهم اذا تصرفوا فى أثناء هذه الحالة ، أخذت تصرفاتهم حكم المريض مرض الموت «١» .

(١) اذا فشا الطاعون فى بلد أو انتشرت الكوليرا فى محلة ، فهل يعتبر أهلها جميعا مرضى بمرض الموت فيطبق على تصرفات كل فرد حكم تصرفات المريض مرض الموت . يرى ابن عابدين أنه اذا دخل الطاعون محلة أو دارا تغلب على أهلها خوف الهلاك كان ذلك كما فى حال التحام القتال أى أنهم يعتبرون مرضى مرض الموت ، أما الذى طعن فعلا فلا خلاف فيه ، ونقل عن الشافعية أنهم فى حكم المرضى (ص ٧٢١ حـ ٢)

حكمه اذا طلق زوجته : يقع طلاقه سواء أكان رجعيا ، أم بائنا بينونة صغرى ، أم بينونة كبرى اذا كان أهلا لايقاعه ، بأن كان عاقلا ، ويترتب على طلاقه آثاره ، فان كان طلاقه رجعيا ترتبت عليه الآثار التى ذكرناها وان كان بائنا ترتب عليه آثاره التى ذكرناها سابقا غير أنه اذا مات وهى فى العدة ترثه اذا توافرت الشروط التى يجب تحققها لاعتباره فارا من توريثها بتطليقها بائنا فى مرض موته ، وهذا بخلاف ما اذا ماتت هى حيث لايرثها لأن الزوجية فى هذه الحالة ليست سببا لارثه منها ولاتهمة بالنسبة لها فى هذه الحالة .

ويشترط لاعتباره فارا : (١) أن يطلقها طلاقا بائنا فى مرضه ، فلو طلقها وهو صحيح ، ثم مرض ومات وهى فى العدة فلا ترثه ، أما ان كان الطلاق رجعيا ومات وهى فى العدة ، فانها ترثه سواء أكان الطلاق فى حال الصحه أم فى حال المرض . (٢) أن تظل المرأة أهلا للميراث من وقت الطلاق الى وقت الموت من ذلك المرض ، فلو كانت حين الطلاق غير أهل للميراث لكونها كتابية وهو مسلم ، فلا ترثه ولو أسلمت وهى فى العدة ، لأن مظنة الفرار غير موجودة فى هذه الصورة ، لأنها عند الطلاق لايتصور ميراثها فلايتصور فرار من أمر غير متوقع ، وكذلك لاترثه اذا زالت أهليتها للارث وهى فى العدة بأن ارتدت واستمرت مرتدة حتى مات زوجها ، أو عادت الى الاسلام قبل موته ، لأنها بارتدادها قد أسقطت حقها فى الميراث ، وأزالت عقدة الزواج بسبب من جانبها فصارت كما لو رضيت بالفراق ، فلا تستحق ميراثها .

(٣) أن يموت وهى فى العدة ، فان مات بعد انقضاء عدتها فلا ترث ، لأنه لم يبق بينهما أية صلة ، ولأنه لايمكن ابقاء السبب بعد انقضاء العدة ، لأنه يؤدى الى توريثها من زوجين .

والمالكيون يخالفون الحنفية فى ذلك فيورثون المرأة متى طلقت فى مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها بل لو علق طلاقها على دخول الدار وكان صحيحا وقت التعليق فأحنثته فى

مرض موته فانها ترثه دونه ولو خرجت من العدة أما اذا ماتت هى وهو فى ذلك المرض فانه لايرثها اذا كان موتها بعد انقضاء عدتها ، والا ورثها لانها رجعية ، وهذا هو المشهور ، ومقابلة ماروى عن مالك من عدم ارثها فى هذه الصورة لانتفاء التهمة .

(٤) ألا تكون راضية بهـذا الفراق ، فان كانت راضية به فلا ترث ، ومن صور رضاها أن تدفع له مالا فى سبيل تطليقها أو تطلب منه الطلاق فيجيبها الى ذلك ، لأن رضاها بالطلاق أزال مظنة الفرار ، أو يقول لهـا اختارى نفسك فاختارت نفسها ثم مات وهى فى العدة فلا ترثه ، وكذلك لو حصلت الفرقة فى مرضه بسبب الجب والعنه وخيار البلوغ لاترث لرضاها بالمبطل ، وان كانت مضطرة ، لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا فى الفرقة ، ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لاترث الا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة ، لأنه بذلك ينتقل اليه فيكون الأب كالمباشر ، وفى هذا جميعه يخالف المالكية (٤١٤ دسوقى حـ ٢) .

هذا ولا تعتبر راضية من طلبت تطليقها رجعيا ، فطلقها بائنا ، أو طلبت تطليقها فقط فطلقها ثلاثا ، فاذا مات وهى فى العدة ورثته لأنها فى جميع هذه الأحوال لاتعد راضية بالطلاق ، لأن آثار الرجعى غير آثار البائن ، وكذا ترثه لو آلى منها فى مرضه أو لاعنها فى مرضه ، لأن الفرقة جاءت بسبب موته .

أما لو آلى فى صحته وبانت منه بالايلاء فى مرضه فانهـا لاترثه ، لأن الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع ، ولابد أن يكون التعليق والشرط فى المرض . وهنا وان تمكن من ابطاله بالفىء ولكن بضرر يلزمه وهو وجوب الكفارة عليه ، فلم يكن متمكنا . هـذا ، وكما يقع الفرار منه فترثه فى حالة فراره متى ثبت أنه فار بتوافر الشروط السابقة يقع الفرار منها ، وذلك بأن تباشر سبب الفرقة وهى مريضة ، وكانت طائعة مختارة ، فان الزوج يرثها اذا ماتت وهى فى العـدة ، لأنه كما تعلق

حقها بماله فى مرض موته تعلق حقه بمالها فى مرض موتها ، وعلى هـذا اذا وقعت الفرقة بينهما بسبب اختيارها نفسها فى خيار البلوغ ، أو كان منها مختارة بأحد أصوله أو فروعه مايوجب حرمة المصاهرة ، وكذا اذا ارتدت وهى فى مرض موتها ، فان الزوج يرثها فى كل هذه الأحوال اذا ماتت وهى فى العدة ، لأن الفرقة قد جاءت من قبلها ، وقد قصدت بفعلها حرمانه من ميراثها فيرد عليها قصدها .

أما لو حصلت الفرقة بسبب الجب ، أو العنه ، أو اللعان فى مرض موتها ، فانه لايرثها لأنها مضطرة الى طلب التفريق . فأما فى اللعان فلدفع العار عنها ، وأما فى الجب والعنة فلعدم حصول الاعفاف المطلوب من النكاح ، فصار مثل التعليق بفعلها الذى لابد لها منه بخلاف ما اذا سألته الطلاق فى مرضه فطلقها لرضاها باسقاط حقها بلا ضرورة فلا ترثه ، وان كان ايقاعا من جهته (فتح القدير ص ١٥٣ حـ ٣ فما بعدها وابن عابدين من ص ٧٠٨ الى ص ٨١٦ حـ ٢) .

هذه هى أحكام الفقه الحنفى لمن طلقها زوجها فى مرض موته ،والشافعى يرى أن المطلقة بائنا فى مرض الموت كالمطلقة بائنا فى الصحة لاترث ، لأن الزوجية قد انقطعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى السبب فى الميراث ولهذا لايرثها اذا ماتت فى العدة ، فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين .

وقال ابن أبى ليلى وهو من فقهاء العراق ، ووافقه الامام أحمد بن حنبل أن زوجة المطلق فى مرض الموت الذى قصد بطلاقه الفرار من الميراث ترثه مالم تتزوج بغيره ، فان تزوجت بغيره بعد انتهاء عدتها منه لاترث لأنها بتزوجها من غيره لايمكن تصور قيام الزوجية من الأول (فتح ص ١٥٠ حـ ٣) .

وقال مالك ان حقها فى الارث لاينقطع ولو تزوجت بغيره ، لأن القصد الآثم مردود على صاحبه اذا قامت القرائن المثبتة له وقد قصد حرمانها من

الميراث ، فيرد عليه قصده بثبوت حقها من غير زوال كما لو لم يطلقها «١» وهو فى نظرنا رأى غريب ، لأنها بعد أن تتزوج بغيره قد انقطعت كل صلة بينها وبين زوجها الأول ، واذا كان لرأى الامام أحمد بعض الوجاهة ، فأنا لانرى وجها لرأى الامام مالك . وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازى عن على وأبى بن كعب وعبد الرحمن ابن عوف وعائشة وزيد بن ثابت ، وهو مذهب النخعى والشعبى وسعيد بن المسيب وشريح وطاووس وابن شبرمة والثورى فقد ورث عثمان من طلقها عبد الرحمن بن عوف ومات وهى فى العدة بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد فكان فى معنى الاجماع ، وقول المالكية ان قضاء عثمان كان بعد العدة معارض لقول الجمهور انه كان فيها ، وأيضا فهذه المسألة مقيسة (١) على من وهب كل ماله أو تبرع لبعض ورثته فى مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض ، لأنه سبب الموت ، ولذا حجر عليه فى التبرعات بما زاد على الثلث . (٢) على من قتل مورثه حيث يحرم من الميراث ، لكونه أتى فعلا محرما لغرض فاسد فعامله الشارع بنقيض مقصوده ، وكذلك الذى يطلق امرأته فى مرض موته بقصد حرمانها من الميراث قصد ابطال حقها بعد تعلقه بماله ، فيثبت نقيض مقصوده اذا مات والمرأة فى العدة ، وحيث اقتضى الدليل توريث المرأة لزم أن يكون هناك مبرر لاعتبار النكاح قائما حال الموت ومعلوم أن بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره ، وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته فى عدتها .

---

(١) والمالكية كما جاء فى كتبهم يورثون من تطلق فى مرض الموت مطلقا ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ، ولو خالعها فى مرض موته ثم مات فى مرضه ورثته ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره ولو أزواجا (دسوقى حـ ٢ ص٤١٣)

التفويض «١» : يقال فوض اليه الأمر اذا رده اليه : فالتفويض فى باب الطلاق هو أن يملك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه وهو يكون بواحد من أمور ثلاثة :

(١) التخيير كأن يقول لها اختارى نفسك . (٢) الأمر باليد : كأن يقول لها أمرك بيدك (٣) قوله لها طلقى نفسك . وفى العبارتين الأوليين لايثبت التفويض بهما الا اذا نوى تفويض الطلاق كما هو مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والعبارة الثالثة لاتحتاج الى نية لكونها من الصريح .

أحكامه : (١) ان كان مطلقا عن التقييد بزمن كأن يقول لها اختارى نفسك ، أو أمرك بيدك ناويا الطلاق بهذه الألفاظ ، أو يقول لهاطلقى نفسك ثبت لها هذا الحق ، مادامت فى المجلس بحيث اذا تغير مجلسها ، أو ظهر منها مايدل على الاعراض «٢» سقط حقها فى تطليق نفسها ، لأنه ثبت عن الصحابة رضوان الله عليهم أن الخيار لها مادامت فى مجلسها فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها ، وقد روى عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر بن عبد الله وعطاء ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك وسفيان الثورى والأوزاعى

---

(١) أحكام هذا الباب ذكرها المالكية تحت عنوان حكم النيابة فى الطلاق . ويرى المالكية ان هناك فرقا بين التخيير والتمليك ، فكل لفظ دل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الذهاب عنها فهو تخيير ، كاختارينى واختارى نفسك ، وكل لفظ جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير فهو تمليك (دسوقى حـ ٢ ص ٧٤٤) ومتى ملكها أو خيرها حيل بينهما ، ولا نفقة للزوجة زمن الحيلولة ، لان المانع من قبلها ، واذا مات أحدهما زمن الحيلولة قبل الاجابة ، فانهما يتوارثان ، ومحل الحيلولة ان لم يعلق التخيير أو التمليك على شىء كقدوم على مثلا فلا حيلولة حتى يحصل المعلق عليه .

(٢) فلو لبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها ، لان اللبس قد يكون لتدعو شهودا والعطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل ، وتحولها عن المكان الى آخر لا يعتبر اعراضا الا اذا كان هناك دليل على أن التحول دليل الاعراض ، فقد يكون التحول لدعوة ابيها للمشورة واذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ فى عمل آخر لايبطل خيارها لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الاعراض (فتح وهداية ص ١١٣ حـ ٣) وحد المجلس عند المالكية الذى يمكن ان تقضى فيه برأى أن يقعد معها قدر ما يرى الناس أنها تختار فى مثله ولم تقم فرارا ، فاذا قعدا بقدر ذلك ثم قاما من المجلس ، أو انتقلا من الكلام الذى كانا فيه لغيره ولم تقض سقط ما بيدها .

والشافعى ، وروى عن بعضهم أن أمرها بيدها فى ذلك المجلس ، وفى غيره ، ولكن الرأى الأول أقوى وبه أخذ أئمتنا ، ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع .

ويلاحظ أن المرأة اذا طلقت نفسها بالتفويض كان الطلاق رجعيا الا اذا كان قبل الدخول ، أو مكملا للثلاث ، لأن الزوج لا يملك الا الطلاق الرجعى فما تملكه منه يكون رجعيا أيضا ، ولو كانت صيغة التفويض تحتمل البائن .

(٢) اذا كان فى التفويض ما يدل على التعميم فى كل زمان سواء أكانت حاضرة أم غائبة كأن يقول لها اختارى نفسك أو أمرك بيدك أو طلقى نفسك متى شئت ، أو اذا ما شئت ، أو فى أى وقت شئت ثبت لها حق تطليق نفسها فى أى وقت شاءت وكذا لو قال وهى غائبة : جعلت أمر زوجتى بيدها تطلق نفسها متى شاءت ثبت لها هذا الحق فى أى وقت شاءت من غير قيد زمنى يقيدها ، فاذا طلقت نفسها مرة انتهى التفويض ، الا اذا كان قد شرط لها التكرار ، بأن يقرن بعبارة التفويض كلمة تدل على التكرار ككلما ومتى ، فان التعبير بكلما يفيد التكرار ، غير أنه اذا كان لها الحق فى أن تطلق نفسها أكثر من مرة لا تملك ايقاع الثلاث دفعة واحدة ، لأن الرجل على ما هو المعمول به لا يملك ذلك ، والمرأة فى التفويض نائبة عن الزوج فى تطليق نفسها .

(٣) اذا كان مقيدا بوقت معين كشهر مثلا استمر الحق ثابتا لها مدى هذا الشهر ولا يبطل حقها فى التطليق الا بمضى الشهر المضروب أجلا لها ، حتى لو كانت غائبة لم تعلم بالتفويض الا بعد فوات الوقت سقط حقها ، لأنه مقيد بمدة وقد مضت ، فلا تملكه بعد فوات زمنه .

والمالكية يرون أن الزوج اذا فوض لزوجته أمر نفسها سواء أكان التفويض مقيدا بمدة ، أو عاما فانه يحال بين الرجل وزوجته حتى تجيب بايقاع الطلاق أو رد ما فى يدها ، فان أجابت بشىء فبها والا أسقطه الحاكم ولا يمهلها وان رضى الزوج أو هى معه بالامهال لحق الله تعالى لما فيه من التمادى على عصمة مشكوك فيها ويعمل بجوابها فان طلقت نفسها منه بأن

قالت طلقت نفسى منك ، أو أنا أو أنت طالق ونحوه ، أو بنت منك أو بائن أو حرام ، أو اخترت نفسى وقع الطلاق ، كما يعمل بجوابها فى رد الطلاق قولا كاخترتك زوجا ورددت لك ماملكتنى ، أو فعلا كتمكينها له من الوطء أو مقدماته طائعة عالمة بالتمليك أو التخيير ، وهم بذلك يخالفون الحنفية فى هذه الأحكام جميعها .

هذا وقد وضع الفقهاء قاعدة للألفاظ التى يصلح صدورها من المرأة حتى يقع الطلاق بها ، فقالوا كل لفظ يصلح للايقاع منه يصلح للجواب منها وما لا يصلح للايقاع منه لا يصلح للجواب منها ، ومعنى ذلك أن اللفظ الذى يصدر منها لو أسندته الى ما لو أسنده الزوج يقع به الطلاق ، صح ايقاع الطلاق منها به ، فقولها مثلا : أنت على حرام أو أنت منى بائن ، أو أنا منك بائن ، وكذا قولها أنا طالق ، أو طلقت نفسى فقد أسندت الطلاق الى نفسها فيصح جوابا ، لأنه لو أسند الطلاق اليها يقع ، بخلاف قولها طلقتك ومثله قولها أنت منى طالق ، لأنها أسندت الطلاق اليه وهو لو أسنده الى نفسه لا يقع . فحيث لم يكن صالحا للايقاع منه لم يصلح للجواب منها .

ثم ان التفويض عند الحنفية يصح قبل العقد ، وعند انشائه ، وبعد تمامه فى أى زمن كان حال قيام الزوجية ، وصورة التفويض قبل حصول العقد أن يعلق التفويض على التزوج بها ، كأن يقول ان تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى تشاءين ، فانه ان تزوجها ثبت التفويض غير المقيد بزمن ، وكان لها الحق فى تطليق نفسها متى أرادت .

وصورة التفويض عند انشاء العقد أن تقول امرأة لرجل يحل له التزوج بها زوجت نفسى منك على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى متى شئت ، أو كلما شئت فقال لها قبلت صح الزواج ، وكان أمرها بيدها على الصورة التى قالتها ، وقبلها الزوج ، وانما صح التفويض فى هذه الصورة ، لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة قبلت ، أو تزوجتك على هذا الشرط اعتبر العقد قد تم بقوله قبلت وترتبت آثاره عليه التى منها ملك الطلاق ، واذا

يملك التفويض، والتفويض بعد الزواج جائز فى أى وقت من غير تقيد بزمن، فملك الطلاق انما يكون بعد ملك الزواج ليصادف محله .

أما اذا كان المبتدىء بالايجاب هو الزوج كما اذا قال لها مثلا : تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فقالت : قبلت ، فانه يتم الزواج ، ولايصح التفويض ، ولاتملك حق تطليق نفسها ، لأن التفويض اليها وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه ، لأنه وقع من الزوج قبل أن يملكه اذ ملكه للتفويض مترتب على ملكه للطلاق . وهو لايملك الطلاق الا اذا تم العقد ، والعقد لايتم بعبارته وحده ، اذ تمام العقد بالايجاب والقبول فهو حين التفويض اليها ماكان يملك حق الطلاق ولا يملك الشخص غيره شيئا لايملكه هو ، غير أن الصيغة صحيحة يتم بها انشاء الزواج فيثبت ، ويكون اشتراط التفويض لاغيا لاقيمة له .

وبناء على القواعد السابقة اذا كان التفويض مطلقا عند انشاء العقد كأن تقول له تزوجتك على أن يكون أمرى بيدى فيقول قبلت ، فانها تتقيد بمجلس انشاء العقد أى أنها اذا لم تطلق نفسها فى مجلس العقد بطل التفويض ، هذا ما تقتضيه قواعدهم التى بيناها فى صدر الكلام على هذا الموضوع ، غير أن بعض المحاكم الشرعية المصرية جرى على أن التفويض المطلق اذا كان عند انشاء العقد يثبت لها الحق فى جميع الأزمان والأوقات كما اذا ذكر فى التفويض كلمة تفيد التعميم ولا يتقيد تفويضها بالمجلس ، لأنها ما تزوجت لتطلق نفسها فى الحال بل لتملك ذلك الحق فى المآل ، والألفاظ تفسر بأغراضها ومراميها ، وما يحتف بها من القرائن والأحوال وهو رأى وجيه مستقيم .

(٤) يفرق الحنفية بين التفويض والتوكيل بأنه : (أ) فى التفويض يعمل المفوض بارادة نفسه لأنه أضاف الأمر الى مشيئته ، والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته فهو فى التفويض قد أضاف الطلاق الى مشيئتها وارادتها فهو بهذا الاعتبار يكون قد ملكها هذا الحق تستخدمه حيث تريد ، أما فى الوكالة فان الوكيل يعمل بارادة موكله ، لأن الفعل مطلوب منه شاء أو لم

يشأ ، فالتفويض اذن ليس توكيلا .

(٥) انه فى التفويض لايملك عزل من فوضه ، وفى التوكيل يصح له عزل الوكيل فى أى وقت أراد واذا عزله فليس له أن يطلق ، وفى التفويض لو قال لها رجعت فى الحق الذى أعطيته لك لايصح رجوعه ، وتظل المرأة مالكة لحق التطليق ، والسر فى هذه التفرقة أن التفويض تعليق الطلاق من جانب الزوج على مشيئتها والتعليق عند الحنفية يمين كما بينا ، والايمان لا يمكن لغوها والرجوع فيها .

(حـ) انه فى التفويض يتقيد حقها فى الطلاق بمجلس علمها به ، اذاكان التفويض مطلقا كما بينا ، الا اذا كان التفويض عند انشاء العقد وكان خاليا من أدوات التعميم فان الحق يثبت لها فى أى وقت على مااستحسناه ، أما فى التوكيل فلا يتقيد بوقت اذا كانت الوكالة مطلقة ، فمن قال لآخر وكلتك فى تطليق امرأتى كان له الحق فى أن يطلق امرأة الموكل فى أى وقت أراد .

(ء) ان التفويض لايبطل بجنون الزوج ، لأنه تعليق كما بينا ، والتوكيل يبطل بجنون الزوج ، لأن خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية بعزل الوكيل عن الوكالة .

واذا تبين بهذا أن التفويض تمليك الطلاق للزوجة ، فليس معنى ذلك أن ملكية الطلاق قد انتقلت الى الزوجة ، وأصبح هو غير مالك لهذا الحق، بل انه اشراك لها فيما يملكه من هذا الحق ، فهو من هـذه الناحية يشبه التوكيل ، فالوكيل فى تصرف ما يبقى للموكل الحق فى هذا التصرف أيضا، فكأن للتفويض شبهين شبها بالتمليك وشبها بالتوكيل ، وبشبهه بالتوكيل ظل الحق ثابتا للمفوض كما هو ثابت للمفوض اليه .

(هـ) انه لايشترط فى المفوض اليه العقل ولا البلوغ ، فلو قال لامرأته الصغيرة أمرك بيدك ينوى الطلاق ، فطلقت نفسها صح ، لأن تقدير كلامه ان طلقت نفسك فأنت طالق .

هذه أحكام التفويض موجزة مختصرة ومن شاء التطويل ، فليرجع الى الجزء الثالث من فتح القدير ص ٩٩ فما بعدها وابن عابدين حـ ٢ ص ٧٣٣ فما بعدها .

والأصل فى هذا الباب ما روى أن نساء النبى (ص) طالبنه بسعة النفقة بما لايقدر عليه ، فغضب وحرمهن على نفسه شهرا ، فأنزل الله سبحانه وتعالى عليه قوله « يأيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ، وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة ، فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما » . فخيرهن النبى (ص) فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة .

والذين لايرون تفويض الطلاق الى المرأة كالظاهرية ، وانه حق للرجل خاص يقولون : ان الآية لاتدل على المعنى الذى جرى عليه جمهور الفقهاء من تمليك المرأة تطليق نفسها ، وانما تدل على أنها اذا اختارت الطلاق طلقها هو ، واذا اختارت بقاء الزوجية أبقاها بدون تطليق ، فلم يجعل الطلاق بأيديهن كما يقول الجمهور ، غير أن المأثور عن الصحابة عامة اجازة التفويض الى المرأة كما بينا (فتح القدير حـ ٣ ص ٩٩) .

« الخلع »

الخلع لغة النزع يقال خلع الرجل ثوبه خلعا أى نزعه عن جسده وأزاله ، وخلع زوجته خلعا (بضم الخاء) أى أزال زوجيتها فهى خالع ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة اذا افتدت منه .

وشرعا : حل رابطة الزوجية بمال تلتزم به المرأة بلفظ الخلع ، وما فى معناه كالمبارأة ، كأن يقول الرجل لزوجته خالعتك على خمسين جنيها فتقبل ، أو بارأتك (فارقتك) على خمسين جنيها فتقبل ، ويراد بالمال مايشمل الابراء

منه ، حتى لو قالت : أبرأتك مما لى عليك على طلاقى ففعل برىء وبانت ، بخلاف ما لو قالت : خالعنى على أن أؤخر مالى عليك فانه لايكون خلعا(١) لأن التأخير ليس بمال وصح التأخير لو له غاية معلومة ، ووقع طلاقا بائنا ان كان الايقاع بلفظ خالعتك ، وطلاقا رجعيا ان كان بلفظ الطلاق ، ولو قال لها أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال ففعلت ، فقال فى فوره : طلقتك ، وهى مدخول بها يقع بائنا ، لأنه بعوض ، واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت فى العدة ، لأنها لم تكن حقا لها حال الخلع ، وبهذا تبين أن تسمية كل حق لها عليه ، وكل حق يكون للنساء صحيحه وينصرف الى القائم لها اذ ذاك ، قال ابن عابدين : لو قالت من كل حق للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ، فان النفقة تسقط ، وعلى كل حال فمن التعريف السابق يتبين أن الخلع لايتحقق شرعا وتترتب عليه أحكامه الا اذا استعمل لفظ الخلع ، أو ما فى معناه ، وكان فى مقابله مال ، فهذا هو الخلع الذى تترتب عليه الأحكام التى ستذكر فيما بعد .

أما لو قال لها خالعتك ولم يذكر مالا ، كان حكمه حكم ما اذا قال لها أبنتك أو حرمتك ، ولايسمى هذا خلعا شرعيا ، بل هو طلاق بائن (على رأى الحنفية) غير متوقف على قبولها ، وطلاق رجعى على ما عليه العمل ان نوى الطلاق ، وان لم ينو الطلاق لايقع شىء . وكذلك لو قال لها : خالعتك يقع به الطلاق ان نواه ، وان لم تقبل اذ لايظهر فرق فى الوقوع بين

---

(١) وعند المالكية لو خالعها على أن تؤخر دينها الحال الذى لها عليه بانت منه ، ولا يؤخر الدين وتأخذه منه حالا ، لانه فى نظرهم قرض جر نفعا لها وهو ملك عصمتها ، كما انه لو خالعها على تعجيل الدين المؤجل عليها بانت منه ولايعجل الدين ، لان من عجل ما اجل عد مسلفا ، فاذا عجلت ماله عليها من الدين المؤجل كانت مسلفة له وقد انتفعت بالعصمة (ص ٤١٠ حـ ٢ دسوقى)

خالعتك وخلعتك «١» ، لأن قبول المرأة عند صدور الخلع بلفظ المخالعة يجعله خلعا شرعيا تترتب عليه أحكامه ، ولا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها ، بل يقع ولو لم تقبل اذا نوى الطلاق عند الخلع . أما اذا حل عقدة الزواج بغير لفظ الخلع ، أو ما فى معناه بأن قال لها : أنت طالق أو خالصة على مائة جنيه ، فقالت قبلت فانها تطلق بذلك طلاقا بائنا ، ولا تترتب على هذا الطلاق سائر أحكام الخلع ، بل يجب عليها المال الذى تعهدت بدفعه فى نظير الطلاق ، ويسمى هذا طلاقا على مال ، ولا يسمى خلعا ، وهو يتفق مع الخلع الشرعى فى اشتراط قبول المرأة للبدل الذى جعل فى نظير الطلاق ، وفى كون كل منهما طلاقا بائنا .

شرعيته : الخلع مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : « ولايحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» . أى لاحرج ولا اثم على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت ، وأما السنة فلما روى : ان جميلة «٢» بنت عبد الله بن أبى كانت زوجة ثابت بن قيس ، وكانت تبغضه وهو يحبها ، فأتت رسول الله (ص) فقالت يارسول الله لا أنا ولا ثابت لايجمع رأسى ورأسه شىء ، والله ما أعتب عليه فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الاسلام وما أطيقه بغضا ، وكان أصدقها حديقة ، فقال : أتردين عليه حديقته ، فقالت نعم وزيادة ، فقال الرسول : أما الزيادة فلا ، فاختلعت منه بمهرها فقط .

وأما الاجماع ، فقد اتفق المسلمون الا قليلا منهم على جوازه ، وجرى العمل به من غير نكير ، وأما المعقول ، فلأن الطلاق لما كان بيد الزوج ، والزوجة قد تبغض الزوج ، لأنها كالزوج فى شعورها ، فقد لاتجد الزوجة

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٦١ ـ وقال صاحب الفتح ص ٢٢٣ حـ ٣ ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوى به الطلاق وقع ولايبرأ الزوج عن المهر ، وهذا خلاف ما ورد فى كتب بعض المؤلفين المحدثين .

(٢) العناية ص ٢٠٣ حـ ٣ .

فى حياتها بعد الزواج ما كانت تنشده من هناءة وسعادة ، وقد تقف من الزوج على أمور لاتستطيع البقاء معه ، فلا تسكن لزوجها وتشعر بالحرج فى البقاء معه مما قد يؤدى الى التورط فى المحذور ، فمن أجل هذا شرع لها الخلع وسيلة للخلاص من رابطة الزوجية على وجه لارجعة للزوج الا برضاها ، حتى يرتفع بذلك الضرر عنها ، فالخلع المشروع هو ما كان مقصودا به هذه الغاية .

فالحكمة من الخلع هى تمكين الزوجة من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يتحقق لها فوات الغرض المقصود من الزواج لعدم التوفيق فى حياتها الزوجية ، ولذلك كان بدل الخلع من ناحية الزوجة ، لأنها هى التى تبغى الخلاص من زوجية لم تتحقق لها الغاية منها فكان عليها أن تبذل لزوجها مادام النشوز من ناحيتها مالا تعوض به مافوته بمخالعتها ، وماسيتحمله من انشاء زوجية جديدة . ولفقهائنا فى هذا المقام كلام طويل نلخصه فيمايلى:

(١) اذا كان النشوز (الكراهية والبغض) من جهتها حل للزوج أن يأخذ من الزوجة بدلا عن خلعها ما تبذله قليلا كان أو كثيرا ، وان كان أكثر مما أعطاها ، لأن الآية التى أباحت الأخذ مطلقة عن القيد ، فقد نفى النص الجناح والاثم عن الرجل فيما أخذ فى قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » أما النهى عن الزيادة فى الحديث السابق فيحمل على خلاف الأولى .

(٢) وكذلك الحكم اذا كان النشوز من الجانبين ، فان الاباحة ثابتة بعبارة قوله تعالى : « فان خافا ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

(٣) اذا كان النشوز من جانب الزوج ، بأن كان هو الذى رغب فى الفرقة ليستبدل زوجة مكان زوجة فضايقها فى المعاملة ، وعاشرها أسوأ ما تكون العشرة ليضطرها الى افتداء نفسها وتخليصها ببدل تبذله له ، اذا

كان الحال كذلك حرم عليه أن «١» يأخذ شيئا منها فى مقابل طلاقها لا قليلا ولا كثيرا ، حتى لايجمع عليها بين ايحاشها بفرقة ليست هى المتسببة فيها وبين أخذ بدل منها وهذا صريح قوله تعالى : « وأن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض ، وأخذن منكم ميثاقا غليظا » . وأيضا فالمسلمون مجمعون على أنه لايحل أخذ مال مسلم بغير حق ، وفى امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابل خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ، قال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » . فهذا دليل قطعى على حرمة أخذ مالها كذلك ، فيكون حراما فى حالة عدم نشوزها وان كان برضاها «٢» .

غير أنه اذا أخذ هذا المال كان أخذه سببا لتملكه ، ولكنه يملكه ملكا خبيثا ، لأن النهى عن الأخذ لايقتضى بطلان التمليك ـ كما يقول الحنفية لأن كل نهى لم يقم فيه دليل على أنه لعينه كالبيع وقت نداء الجمعة ، والبيع بالخمر لايترتب عليه بطلان النهى عنه .

ولضعف ماذهب اليه الحنفية استظهر صاحب الفتح رأى الظاهرية ، الذى ذكره فى صدر هذا الباب حيث قال : وقيدت الظاهرية صحته (أى

---

(١) والمالكية يرون أن الخلع اذا كان سببه النشوز من الزوج واضرار الرجل بها كان عليه ان يرد المال الذى خالعها به ويسقط عنها ما التزمته من ارضاع ولدها او نفقة حمل او اسقاط حضانة اذا طلبت ذلك وادعت بعد المخالعة انها ماخالعته الا لضرر يجوز لها التطليق به ويكفى فى اثبات دعواها أن تثبتها ببينة لايشترط فيها ما يشترط فى البينات بل لو ذكر الشهود انهم سمعوا ممن لاتقبل شهادتهم كالخدم ونحوهم بايذائها قبلت شهادتهم ، ولو قال لها الزوج انى اخشى أن تكون لك بينة على الضرر فبعد الخلع تثبتين الضرر وتأخذين المال الذى التزمت به فقالت له ان كانت لى بينة بالضرر فقد اسقطتها فخالعها على ذلك المال فلا يضرها ذلك الاسقاط ولو أشهدت عليه ، ولها الحق فى اقامة البينة ومطالبته بالمال الذى أخذه منها .

(٢) فتح القدير حـ ٣ ص ٢٠٣ .

الخلع) بما اذا كرهته ، وخاف ألا يوفيها حقها أو ألا توفيه حقه ، ومنعته اذا كرهها هو .

وخلاصة أقوال العلماء فى الخلع «[1]» :

(١) انجماهير الأئمة من السلف والخلف أجازوا الخلع بلاقيد ولاشرط .

(٢) وقال قوم لايجوز الا باذن السلطان ، وروى ذلك القول عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن .

(٣) وقال المزنى الخلع غير مشروع أصلا .

(٤) وقال الظاهرية الخلع لايجوز الا اذا كرهت المرأة زوجها ، وخيف التقصير فى أداء حقوق الزوجية منه أو منها .

ولعل أظهر الآراء هو رأى الظاهرية ، اذ يجعل الخلع فى حال ما اذا كرهت المرأة الرجل ، كما أن الطلاق يكون اذا كره الرجل المرأة ، فهو شرع حقا للمرأة فى مقابل حق الرجل فى الطلاق ، ولو جاز له أن يأخذ المال فى حال كرهه اياها لكان أخذا له بغير حق .

بدل الخلع : جاء فى كتاب البحر والهداية ان كل ماجاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل خلع ، أى من كل مال معلوم متقوم فى حق الزوجين ، لأن مايصلح أن يكون عوضا للمتقوم يصلح أن يكون عوضا لغير المتقوم ، وهو البضع فى حالة الخروج وبخلافه حالة الدخول فانه متقوم ، ولهذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير من مال الصغير ، ولم يجز له أن يخلع ابنته على مالها ، ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ، ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث ، فيكون له الأقل من ميراثه منها ، ومن بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث ، وان لم يخرج فله الأقل من الارث والثلث اذا ماتت وهى فى العدة ، فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها ، فله بدل

---

(٢) فتح حـ ٣ ص ١٩٩ .

الخلع ان كان يخرج من الثلث .

وليس لبدل الخلع نهاية صغرى ولا نهاية كبرى بل يصح الخلع ببدل قليل أو كثير ، سواء أكان دون المهر الذى تزوجا به أو مساويا له أو أكثر ، ولهذا قالوا : ان هذه القاعدة لاتنعكس ، فلا يصح أن يقال ما لايصلح مهرا لايصلح بدل خلع ، ولكون هذه القاعدة لاتنعكس صححوا أن يكون بدل الخلع :

(١) ما فى بطن غنمها أو بقرها ، ويكون له ما فى بطونهـا وقت الخلع دون مايحدث بعده ، ولو تزوج امرأة على مافى بطون غنمه وجب مهر المثل، لأن التسمية غير صحيحة لكون مافى البطن ليس بمال فى الحال بل فى المآل فيـكون ذلك فى معنى التعليق أو الاضـافة ، والزواج لايحتمل التعليق والاضافة فبدله كذلك ، والخلع يحتملهما فجاز أن يحتمل العوض .

واذا صحت التسمية فى الخلع كان له ما فى بطونها ان وجد ، وان لم يكن فى بطونها شىء فلا شىء له ، لأنها ماغرته ، لأن مافى البطون قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا .

(٢) أقل من عشرة دراهم حيث يصح الخلع ، وتلتزم بهذا القـدر ولاتطالب بأكثر منه ، ولو تزوجها على أقل من عشرة دراهم لزمت العشرة كما بينا فى باب المهر .

(٣) كما صححوا الخلع ولو كان بدله مجهولا جهالة فاحشة ، غير أنه فى هذه الحالة لايجب البدل لتفاحش الجهالة وانما يرجع عليها بمهرها ، فلو خالعته على دابة أو على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا انتسمية فيرجع بمهرها لاختـلاف الاجناس ، ولايمكن ايجاب شىء مسمى بعينـه ولا قيمته .

(٤) كما صححوا أن تقول له خالعنى على ما فى يدى فخالعها ولا شىء فى يدها ، حيث قالوا بصحة الخلع ووقوع الطلاق البائن من غير شىء عليها

لعدم تسمية شيء تصير به خادعة له ، ولأن ما فى يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان راضيا بذلك ، أما لو قالت : خالعنى على ما فى يدى من مال أو على ما فى بطن جاريتى أو غنمى من حمل ثم لم يكن فى يدها شيء ، ولا فى بطن جاريتها أو غنمها حمل ردت عليه مهرها الذى قبضته ، أو سقط عنه مهرها ان لم تكن قبضته ، لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بالعوض ولا وجه لايجاب المسمى أو قيمته للجهالة ، ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل ، لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام على الزوج من المسمى أو مهر المثل ، والخلاصة أن ابن عابدين لخص هذا الموضوع فيما يأتى فقال :

والحاصل انها اذا اختلعت على شيء غير المهر فهو على أوجه :

(ا) أن يكون ذلك المسمى غير متقوم كالخمر والخنزير والميتة فيقع مجانا اذ ليس للمسلم أن يطالب بتسليم الخمر والخنزير .

(ب) أن يحتمل كونه مالا أو غيره مثل ما فى بيتها أو يدها من شيء فان الشيء يشمل المال وغيره ، وكذا مافى بطن شاتها أو بقرها فان مافى البطن قد يكون ريحا ، فان وجد المسمى فهو له والا وقع مجانا .

(حـ) أن يكون مالا سيوجد مثل ماتثمر نخيلها ، أو تلد غنمها هذا العام أو ما تكسبه فى العام المقبل فعليها رد ماقبضت من المهر سواء وجد ذلك أو لا .

(ء) أن يكون مالا ولكنه لايوقف على قدره مثل ما فى بيتها ، أو يدها من المتاع ، أو مافى نخيلها من الثمار أو مافى بطون غنمها من الولد ، فان وجد منه شيء فهو له والا ردت ماقبضت من المهر .

(هـ) أن يكون مالا له مقدار معلوم مثل مافى يدها من دراهم ، فان أقله ثلاثة فكان مقداره معلوما فله الثلاثة أو الأكثر .

(و) واذا سمت مالا وأشارت الى غير مال كهذا الخل فاذا هو خمر فاذا علم بأنه خمر فلا شيء له والا رجع بالمهر ، ثم قال ابن عابدين بعد ذكر ماتقدم أن هذا حاصل ما فى الذخيرة ص ٧٣٣ حـ ٢

الخلع على ارضاع الصغير وحضانته والانفاق عليه مدة : اذا خالعها على أن ترضع ولدها منه مدة الرضاعة بلا أجر فقبلت كان عليها أن ترضعه المدة المحدودة بحيث اذا لم تقم بهذا التعهد كان له أن يرجع عليها بأجر مثل الرضاعة عن المدة كلها ، أو ما بقى منها كما اذا مات الطفل مثلا ، أو ماتت هى ، أو هربت . ولو اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر ، وبرضاع ولدها الذى هى حامل به جاز ، فان مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد أجر مثل الارضاع ولو مات بعد سنة ترد أجر ارضاع سنة وكذا اذا ماتت هى عليها قيمته ، ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ، ونفقة باقى السنين ، الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فلا شىء على ، فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف (ص ٢١٨ فتح حـ ٣) .

كما يصح أن يخالعها على أن تقوم بحضانة ابنه منها فى مدة الحضانة بلا أجر ، فانها تلزم بالحضانة ولا تستحق أجرا بحيث اذا لم تقم بحضانته لوفاته أو وفاتها أو خروجها عن أهلية الحضانة ، أو امتناعها يرجع عليها بأجر الحضانة فى المدة أو فيما بقى منها ، وذلك لأن الحضانة منفعة تستحق فى مقابلتها المال وأجرة الحضانة حق خالص لها ، ويصح أن يكون بدل الخلع نفقة ابنه الصغير منها مدة معلومة ، كأن يقول لها خالعتك على أن تنفقى على ابنى من الآن حتى يبلغ سبع سنين ، فتقول قبلت لزمها الانفاق عليه المدة المحدودة ، حتى اذا لم تقم بالانفاق لسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدة أو فيما بقى منها .

ولو خالعته على نفقة ولده عشر سنين ، وهى معسرة لا تقدر على نفقة الولد فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد ويجبر عليها ، لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد بدين عليها ، كما اذا كان له عليها دين آخر ، وهى لا تقدر على قضائه لا تسقط نفقة الولد عنه ، قال فى الفتح وابن عابدين وعلى هذا الرأى الاعتماد لا على ما أجاب به سائر المفتين من سقوط النفقة (ص ٢١٨ فتح حـ ٣) .

أما لو كان فى الخلع اعتداء على حق الصغير ، كما اذا خالعته على أن تمسك ابنها منه بعد تجاوز سن الحضانة الى أن يبلغ الحلم صح الخلع وبطل الشرط ، لأن ذلك تراض على اضاعة حق الصغير فقد جعل الشارع الحق فى امساكه بعد تجاوز سن الحضانة للأب لا للأم ، فالتراضى على أن يكون امساكه للأم لا للأب غير صحيح ، كما اذا تراضيا على أن يكون الصغير أو الصغيرة فى مدة الحضانة بيد الأب لا الأم فانه يصح الخلع ويبطل الشرط ، وانما صح الخلع لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة (٧٨٧ ابن عابدين حـ ٢) «(١)» . أما اذا اختلعت على امساك بنتها عندها الى أن تبلغ الحلم ، فلها ذلك ، لأنه ليس فيه اضرار للبنت اذ هى تحتاج مع صيانتها الى من يعلمها ما يختص بشئون النساء وأمها قادرة على ذلك (بحر ص ٩٨ حـ ٢) واذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها ، وان اتفقا على ذلك ، لأن هذا حق الولد . وينظر الى أجر مثل امساك الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها .

الخلع على نفقة العدة والمهر : جاء فى الخلاصة نقلا عن الفتح(٢١٧حـ٢)

امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه

(١) وقال المالكية فى احدى الروايات أن الخلع على اسقاط الحضانة للاب جائز وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله ، واشترط الدسوقى الا يخشى على المحضون ضرر ما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الاب غير حصين والا فلا تسقط الحضانة ، واذا مات الاب ، فهل تعود الحضانة للام ؟ وهو الظاهر أو تنتقل لمن بعدها لاسقاط الام حقها ، واذا ماتت الام أو تلبست بمانع يمنع من حضانتها ، فهل يظل الحق للاب كما هو ظاهر كلام جمع من المشايخ ، نظرا لانها ثبتت له بوجه جائز أو تنتقل الحضانة لمن بعدها قياسا على من اسقط حقه فى وقف لاجنبى ثم مات فيعود لمن بعده ممن رتبه الواقف ، وجواز اسقاط الحضانة هو المشهور ومذهب المدونة ، لكنه خلاف ما به العمل من انتقاله لمن يليها ، وقال فى الفائق انه الذى عليه الفتوى وجرى به عمل القضاة ، وهذا الخلاف مبنى على خلاف آخر ، وحاصله أن من ترك حقه فى الحضانة لمن هو فى الدرجة الثالثة مثلا فهل ينتقل له أو يكون لمن فى الدرجة الثانية حق الاعتراض لانه بتركه حقه كان كأنه غير موجود ، رأيان فى المذهب (اهـ دسوقى ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ حـ ٢) .

ثلاث سنين ، أو عشرا بنفقته صح الخلع ، ويجب ذلك وان كان مجهولا ، يعنى قدر النفقة ، لأن الجهالة متحملة فى الخلع ، فان تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ، ولها أن تطالبه بكسوة الصبى الا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة ، وان كانت الكسوة مجهولة سواء كان الولد رضيعا أو فطيما اهـ . وان خالعها بمهرها ، وهو يعلم أن ليس لها مهر وقع بائنا مجانا على رأى الحنفية ، وطلاقا رجعيا على ما عليه العمل ، ولو كان طلقها بمهرها فقبلت ، والزوج يعلم أنه لا مهر لها وقع رجعيا مجانا اهـ (فتح ص ٢١٨ حـ ٣) .

تنبيه : كل ماذكرناه فى بدل الخلع يجرى فى الطلاق على مال ، فما صح أن يكون بدل خلع يصلح أن يكون بدلا للطلاق ، غير أن الحنفية يقولون : اذا بطل بدل الخلع وقع الطلاق بائنا ، فاذا بطل بدل الطلاق وقع الطلاق رجعيا ، والمعمول به وقوع الطلاق رجعيا فى الحالتين .

صفة الخلع «١» : قال فى البحر ص ٧٨ حـ ٢ ما نصه ، وصفته أنه يمين من جانبه ، ومعاوضة من جانبها لها شبه بالتبرعات ، ذلك لان الزوج حين يخلع زوجته على قدر معلوم كأنه بذلك يعلق طلاقها على قبول ذلك القدر منها ، والتعليق يمين ، والزوجة تقصد افتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبدل الذى تدفعه ، فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة ، فحين يقول الزوج لزوجته خالعتك على مائة جنيه ، فمعناه انك ان أديت لى هذا المقدار طلقتك ، فهو تعليق طلاقها على أداء البدل ، والتعليق يمين ، واذا قالت هى قبلت ، فمعناه رضيت أن أشترى عصمتى منك بهذا البدل ، فهى معاوضة منها ، وقد رتب الفقهاء على كونه يمينا من جهته ، ومعاوضة من جهتها الأحكام الآتية :

(١) أن الزوج اذا ابتدأ بالخلع ، فلا يملك أن يرجع عن هذا الايجاب قبل قبولها ، لأن التعليق لا يجوز الزجوع فيه ، فاذا قال الزوج لزوجته خلعتك على مائة جنيه فسكتت ولم تقم من مجلسها مترددة بين القبول والرد ، فليس

(١) فتح ص ٢١٤ حـ ٣ .

له فى هذه الفترة أن يرجع ، ولا يبطل ايجابه بقيامه عن المجلس ، لأنه اذا كان لايملك الرجوع صراحة فأولى ألا يبطل برجوعه دلالة ، ولكن يبطل بقيامها هى من غير رد أو قبول ، لأن المعاوضات المالية تبطل اذا تفرق المتعاقدان بعد الايجاب وقبل القبول ، أما ان صدر الايجاب من الزوج وهى غائبة ، فانها تتقيد بمجلس علمها ، فان قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الايجاب ولم يعد لها الحق فى القبول ، لأن ذلك حكم العقود المالية .

أما اذا ابتدأت الزوجة بالخلع بأن قالت له : اختلعت نفسى منك على مائة جنية أدفعها لك ، أو لك مائة جنيه ان طلقتنى ، كان لها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبوله ، واذا قامت من مجلسها أو قام هو بطل الايجاب ، لأن المعاوضة ما لم تتم بالقبول فى المجلس فالموجب فى حل من ايجابه .

(٢) للزوج أن يعلق الخلع على شرط ، أو أن يضيفه الى زمن مستقبل ، كأن يقول ان كلمت فلانا فقد طلقتك على خمسين جنيها ، أو اذا جاء غد فقد خالعتك على مائة أو طلقتك ، أو خلعتك على خمسين جنيها أول السنة الهجرية ، فان قبلت حين وجود الشرط المعلق عليه ، أو حلول الوقت المضاف اليه وقع الطلاق ولزمها المال وترتبت آثار الخلع ، ولا يصح القبول قبل وجود الشرط ، لأن نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ، ولا يصح القبول قبل الايجاب ، وذكر فى البحر نقلا عن التجنيس ص ٧٩ حـ ٤ مايفيد صحة القبول فى المعلق قبل وجود الشرط ، فانه لو قال ان دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ، واذا صح للزوج أن يعلق خلعه أو يضيفه فلا يصح للزوجة ذلك ، لأنه من جانبها تمليك ، والتمليكات لاتقبل التعليق ولا الاضافة .

(٣) لايجوز للرجل «١» أن يشترط الخيار لنفسه فى الخلع ، لأنه يمين من جهته ، ولا خيار فى الايمان اذ لايملك الزوج الرجوع فيه لما بينا ، فخيار الشرط لايصلح من جانبه ، لأنه لايملك الرجوع فيما صدر منه ، أما بالنسبة

---

(١) فتح ص ٢١٤ حـ ٣ وهداية .

لها فيصح أن تشترط الخيار لنفسها مدة معلومة عند الايجاب ان ابتدأت هى بصيغة الخلع ، أو عند القبول ان كان الزوج هو الذى صدرت منه الصيغة أولا ، لأنه من جانبها معاوضة مالية ، والمعاوضات يصح فيها شرط الخيار ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان يصح الخلع ، ويتم ويبطل شرط الخيار .

(٤) يشترط فى الزوجة حين توجب الخلع أو تقبله أن تكون راضية غير مكرهة ، وأن تكون عالمة بمعناه ، لأن شرط صحة المعاوضات التراضى والعلم بمعنى عباراتها ، كما يشترط أن تكون أهلا للتبرع بأن تكون بالغة عاقلة راشدة ، لأنه وان اعتبر معاوضة من جانبها ولكن فيها معنى التبرع اذ لاتأخذ عوضا فى نظير ماتدفعه للزوج ، وانما هو افتداء نفسها بهذا المال ولا يمكن اعتبار هذا الافتداء معاوضة مالية .

(٥) وبما أن الواقع بالخلع طلاق بائن فقد اشترط فى موقعه أن يكون أهلا لايقاع الطلاق بأن يكون بالغا عاقلا ، فلو كان سفيها أو مريضا مرض الموت صح الخلع منه دون توقف لأن السفيه يملك الطلاق بدون عوض فاذا كان بعوض ملكه من باب أولى .

خلع المحجور عليهن : ان كان سبب الحجر فقدان الأهلية كمجنونة مثلا كانت عبارتها ملغاة لاقيمة لها ، ولا يترتب عليها أى أثر اذ لاتستطيع انشاء قبول ، أما ان كان سبب الحجر نقصان الأهلية أو السفه ، فان قبول العاقلة المميزة التى تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب يوجب وقوع الطلاق ، ولكن المال لايلزمها ، لأنه علق الطلاق على قبول المال ، وقد وجد القبول بصيغة معتبرة شرعا غير أن العوض فى الخلع تبرع ، وهى ليست أهلا للتبرع ، فلا يلزمها المال ، وكذا لو بلغت المرأة سفيهة «١» فاختلعت من

(١) قال المالكية : ان كان العوض من صغيرة أو سفيهة فلا يلزمهم ذلك العوض ، وان قبضه الزوج رده ، والمعتمد فى المذهب ان السفيهة المهملة التى لاقيم لها لايمضى فعلها ولو اقامت اعواما عند زوجها لعدم جواز البذل من هؤلاء لكونهم ليسوا أهلا للتبرع وتبين المرأة من زوجها ما لم يقل ان تم لى هذا المال أو صحت البراءة فأنت طالق فان قاله رد المال ولا يقع الطلاق .

زوجها بمال جاز الخلع ، لأن وقوع الطلاق فى الخلع يعتمد القبول وقد تحقق منها ولم يلزمها المال «١» ، لأنها التزمته لا لعوض هو مال ، ولالمنفعة ظاهرة فتجعل كالصغيرة ، فان طلقها تطليقة على ذلك المال يملك رجعتها ، لأن وقوعه بالصريح لايوجب البينونة الا بوجوب البدل بخلاف ما اذا كان بلفظ الخلع حيث يقع بائنا عند الحنفية ، وعلى ما هو معمول به يقع رجعيا.

حكم خلع الولى : اذا تولى الخلع عن المحجور عليها وليها ، فان التزم أداء البدل من ماله فان الطلاق يقع والمال يلزم الولى ، أما لزوم المال فلأن الالتزام صدر من شخص يملكه ، وأما وقوع الطلاق فلأنه علقه على قبول المال وقد وقع المعلق عليه فيقع ، وأما اذا خالع بمالها أو بمهرها فان المال لايلزمها ، لأن ولايته نظرية ولا نظر لها فى هذا الخلع «٢» ، ولا يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع ، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع كما قدمنا ، ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره ، ولا يلزم الولى لأنه لم يضمنه ، وفى قول لابن سلمه أنه يلزمه وان لم يضمنه (٨٧٩ ابن عابدين حـ ٢) . وهل يقع الطلاق أو لايقع ؟ فيه روايتان . فى رواية يقع ، وفى أخرى لايقع ، ومنشأ الروايتين قول محمد فى الكتاب « لم يجز » فانه يحتمل أن ينصرف الى الطلاق ، وأن ينصرف الى لزوم المال ، والصحيح أن الطلاق واقع ، وعدم الجواز ينصرف الى المال كما نص عليه فى المنتقى ، لأن الطلاق معلق على قبول الأب وقد وجد الشرط «٣» .

أما ان تولى الخلع عن الصغير وليه فانه لايصح مطلقا ، فلا يلزم المال ولايقع الطلاق ، لأن الولى لايملك ايقاع الطلاق ، على أن الخلع فى معنى اليمين والايمان لاتجرى فيها النيابة ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة.

---

(١) ابن عابدين ص ٨٧٩ حـ ٢ .

(٢) والمالكية يجوزون خلع الاب عن المجبرة (البكر والثيب ان صغرت أو كانت ثيوبتها بعارض) فيخالع عنها من مالها ولو بجميع مهرها بغير اذنها ويقصدون بالمجبرة من لو تأيمت بطلاق أو موت زوجها لكان له جبرها (٤٠٨ دسوقى حـ ٢) .

(٣) فتح ٢١٨ حـ ٣ وابن عابدين ٨٧٩ حـ ٢ .

ويرى المالكية جواز الخلع من الولى سواء أكان أبا أم وصيا ، أم حاكما اذا كان الخلع لمن ذكر على وجه النظر والمصلحة ، وعند مالك وابن القاسم لايجوز أن يطلق الولى بغير عوض ، وقال اللخمى يجوز أن يطلق الولى على الصغير والسفيه بدون شيء يؤخذ له ، اذ قد يكون بقاء العصمة فسادا لأمر جهل قبل نكاحه ، أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق (ص ٤١٣ دسوقى حـ ٢) .

خلع الأجنبى : ان أضاف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له ، أو ملكه اياه كأن يقول لزوجها اخلعها بألف على ، أو على أنى ضامن ، أو على منزلى هذا ، أو حديقتى هذه ففعل صح والبدل عليه ، فان استحق لزمه قيمته ، ولا يتوقف على قبول المرأة ، لأنه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا على قبوله ، وان أرسله بأن قال : اخلعها على مائة ، أو على هذا المنزل توقف الخلع على قبول المرأة ، لأن البدل لم يضف الى أحد ، فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت ، وان أضاف البدل الى غيره بأن قال على منزل فلان ، أو حديقته اعتبر قبول فلان ، لأن البدل أضيف اليه «(١)» وفى حكم الأجنبى أبو الكبيرة اذا خالعها بلا اذنها ، فانه لايلزمها المال .

أما لو قالت له اخلعنى على مائة على أن فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها ، لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ، ونو وكلت من يخلعها بمائة ففعل ، فالمال عليها دون الوكيل ، لأن حقوق العقد فى الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ، ولو ضمن الوكيل لزمه فان أدى يرجع عليها ، لأنه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة أمرها به الرجوع عليها «(٢)» بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لايرجع على الزوج الا اذا ضمن بأمره .

---

(١) فتح ٢٢١ حـ ٣ وابن عابدين ٨٨٠ حـ ٢

(٢) فتح ص ٢٢١ حـ ٣ .

خلع المريض مرض الموت «١» : لما كانت تبرعات المريض تأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من وقت حلول المرض الذى كان سبب الوفاة ، ولما كان بدل الخلع فيه معنى التبرع لما قدمنا ، وقد يكون المقصود من هذا الخلع محاباة زوجها بأكثر من حقه فى ميراثها ، ومحاباة الوارث فى مرض الموت بأى مقدار لاتجوز عند الحنفية ، لأن الوصية لوارث لاتجوز عند جمهور المسلمين ، ولذلك قال فقهاؤنا :

المريضة مرض الموت يصح خلعها وتطليقها على مال ، غير أنه يشترط ن بدل الخلع أو الطلاق الا يزيد على ثلث التركة ، ولا على نصيبه فى الميراث ان ماتت فى العدة ، فاذا خالع الزوج امرأته المريضة مرض الموت ، ثم ماتت فى العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة وارثه منها لو ورث ، أما اذا ماتت بعد انتهاء العدة فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه ، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، لأن بدل الخلع كما بينا فيه معنى التبرع ، والتبرع فى مرض الموت وصية وهى لاتجوز بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة .

هذا ما كان يجرى عليه العمل الى أن صدر قانون الوصية فى مصر الذى يجيز الوصية لوارث فى حدود الثلث كما صدر المنشور الشرعى فى السودان الذى يجيز الوصية لوارث ، كما يجيزها لأجنبى ، وبعد صدور هذين القانونين لايكون هناك حاجة الى فرض أن تحابى زوجها بأكثر من نصيبه ، ومنعها من ذلك ، ولا يكون هناك فرق بين موتها وهى فى العدة أو موتها بعد العدة فالحكم واحد فى الحالتين ، وهو أن الزوج لايستحق الا الأقل من بدل الخلع وثلث التركة اذ النظر الى الميراث كان للاحتياط لكيلا يأخذ أكثر من نصيبه ، و لاداعى لهذا الاحتياط بعد أن أجاز القانونان محاباته الى ثلث التركة .

---

(١) يرى المالكية ان خلع المريضة مرض الموت يقع به طلاق بائن ويرد الزوج مايزيد على قدر ميراثه منها يوم موتها على فرض بقاء الزوجية فان اختلعت منه على قدر ميراثه فأقل فذلك جائز ولا يتوارثان .

ما يترتب على الخلع من الآثار : يراد بالخلع الذى تترتب عليه الآثار التى ستذكر فيما بعد هو ماكان بلفظ الخلع ، أو المبارأة فى مقابلة بدل «١» تقبله الزوجة وتلتزم به ، والآثار التى رتبها الامام على هذا الخلع حين يتحقق بهذه الكيفية ثلاثة :ـ

(١) وقوع طلاق بائن به اذا ثبت البدل ، لأن الطلاق فى مقابلة المال بائن ، فاذا لم يثبت البدل فان كان الطلاق بلفظ الخلع ، ونوى به الطلاق ، ولم يذكر بدلا وقع الطلاق بائنا عند الحنفية ورجعيا حسب المعمول به فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية ، وكذلك لو خالع الصغيرة المميزة على مال ، فقبلت حيث يقع الطلاق ، ولا يلزم المال ولا يسقط به أى حق من الحقوق التى سنذكرها فيما بعد ، وكذا لو صدر الخلع من الأجنبى أو الولى حيث يقع الطلاق ولكنه لايسقط به أى حق من الحقوق أيضا ، لأنه لاولاية للأجنبى فى اسقاط حقها ، ذكره شمس الأئمة (٢١٧ فتح حـ ٣) .

وقال الحنابلة ان الخلع اذا لم ينو به الطلاق يكون فسخا لاينقص عدد الطلقات ، وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذى أخذه «٢» .

(٢) سقوط كل حق مالى ثابت وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر مما يتعلق بالزواج الذى وقع الخلع منه ، فيسقط ما للزوجة من مهر لم تقبضه ونفقة متجمدة لم تستوفها استحقتهما من هذا الزواج ، ويسقط ما للزوج من نفقة عجلها ولم تمض مدتها ، ومهر سلمه اليها ولم تستحقه بتمامه فى هذه الزوجية ، أما ما لم يكن ثابتا عند الخلع من حقوق هذه الزوجية كنفقة العدة ، وما كان ثابتا بسبب آخر كديون عادية ومؤخر صداق من زوجية سابقة ، فلا يسقط شىء منه بهذا الخلع الا اذا نص عليه ،

---

(١) فتح ص ٢٠٠ حـ ٣ .

(٢) اذا صدر الخلع بلفظ خالعتك بدون بدل توقف سقوط الحقوق على قبولها ولا يتوقف طلاقها على القبول ، بل لافرق بين خلعتك وخالعتك لايحتاج كل منهما الى القبول متى نوى الطلاق .

وحجة أبى حنيفة أن الخلع ينبىء عن الانفصال التام ، والانخلاع من كل حقوق مالية كانت ثابتة بذلك الزواج من قبل ، والمبارأة تنبىء عن براءة كل منهما مما عليه للآخر ، وقد صدر كل من اللفظين مطلقا غير مقيد فينصرف الى الانفصال التام والبراءة الكاملة ، وذلك انما يكون بقطع آثار هـذه الزوجية الحاصل منها الخلع وسقوط الحقوق الثابتة بها ، ثم هو فى معنى الصلح لقطع أسباب النزاع ولا يكون هـذا الا بسقوط تلك الحقوق ، والفتوى على هذا الرأى .

أما محمد فيرى أن الخلع لايسقط من الحقوق الا ما نص عليه سواء أكان بلفظ المخالعة أم بلفظ المبارأة ، فهو فى هذا كالطلاق على مال ، كلاهما يقع به الطلاق بائنا ويجب البدل المتفق عليـه ، ولاأثر لهما فى غير ذلك من الحقوق ، لأن الحقوق لاتسقط الا بما يدل على سقوطها قطعـا ، والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحا فى اسقاط حق ثابت ، وقد قلنا أنه معاوضة لها شبه بالتبرع ، والمعاوضات لاأثر لهـا فى غير ماتراضى عليه العاقدان . أما أبو يوسف فمع أبى حنيفة اذا كان الخلع بلفظ المبارأة ، ومع محمد اذا كان بلفظ الخلع وحجته أن لفظ المبارأة صريح فى تبادل الابراء من الجانبين فهى قد أبرأته مما لها من حق ، وهو قد أبرأها كذلك مما له من حق ثابت ، وأمالفظ المخالعة فليس صريحا فى ذلك الاسقاط فلا يسقط به الا مانص عليه .

ومن هذه الأحكام تبين الفرق «١» بين الخلع ، وبين الطلاق على مال ، فالطلاق على مال يترتب عليه أثران وقوع البائن ولزوم المال ، والخلع ترتب عليه آثار ثلاثة ، هذان الاثنان وسقوط حقوقه الزوجية على ما بيناه ، وان كانت رواية الحسن عن أبى حنيفة أن الطـلاق على مال كالخلع يسقط به مايسقط بالخلع ، وهو الذى استظهره صاحب الفتح لوجاهة دليله .

---

(١) والمالكية لايرون فرقا بين الطلاق على مال وبين الخلع اذ الخلع عندهم على ماعرفه فى الشرح الكبير بأنه الطلاق بعوض ، وقد يكون بغير عوض على خلاف الاصل ويجوز بحاكم وبلا حاكم .

هذاوقد سبق أنقلنا أن قانون سنة١٩٢٠ اعتبر دين النفقة دينا صحيحا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ، ولا يسقط الا بالاداء أو الابراء ، وأنه لايسقط بالطلاق ولو خلعا ، فتكون النفقة المتجمدة للزوجة مثل نفقة عدتها اذا نص على أنها من بدل الخلع تسقط ، وان لم ينص على أنها منه لا تسقط .

وقد نص المنشور الشرعى للمحاكم السودانية رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ فى المادة السابعة منه على أن الطلاق على مال أو على الابراء من مال لايسقط الا مانص صراحة على أنه عوض عن الطلاق ، وقد فسرت المذكرة القضائية الصادرة سنة ١٩٣٦ هذه المادة بأنها جرت على مذهب محمد رضى الله عنه القائل بأنه لايسقط فى الخلع والمبارأة من الحقوق الا ما سمياه لا على مذهب أبى حنيفة القائل بأن الخلع والمبارأة تسقط بهما الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر المترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه الثابتة وقته ، وعلى ماجرى عليه المنشور لو قالت له بريتك أو خالعتك من حقوقى عندك وطلقها على ذلك سقطت جميع الحقوق على مذهب الامام محمد الذى جرى عليه المنشور .

والذى نراه فى هذا الموضوع أنه لايسقط شىء من الحقوق الثابتة لانسان قبل الآخر الا ما نص عليه حين الانفصال ، اذ من غير المعقول أن تسقط الحقوق بألفاظ تحتمل الاسقاط وغيره ، فالتفصيلات الكثيرة التى ذكرهاصاحب الفتح فى صفحتى٢١٦،٢١٧ تدورحول تعليلات منطقية وفلسفات دقيقة يحاول بها تقوية رأى الامام فيما ذهب اليه ، ولذلك كان من المعقول أن ينص المشرع على عدم سقوط النفقة المتجمدة بالطلاق ولو خلعا ، ليرجح بذلك رأى الامام محمد الذى يوافق فى الحقيقة المعقول والمنطق السليم البعيد عن الدقة الفلسفية .

ومن أراد الوقوف على هذه التفصيلات ، فليرجع الى الفتح ص ٢١٦ ، ص ٢١٧ والبحر حـ ٤ ص ٩٤ فيما بعدها عندقوله « ويسقط الخلع والمبارأة كل حق لكل واحد على الآخر مما يتعلق بالنكاح ، حتى ولو خالعها ، أو

بارأها بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ، ولم يبق لأحدهما قبل صاحبه دعوى فى المهر مقبوضا كان أو غير مقبوض قبل الدخول أو بعده » .

وباتتهاء الحديث عن الخلع ينتهى القول فيما يملكه الزوج من الطلاق ، وتبقى المسائل الأخرى التى نوهنا عنها عند الكلام على فرق النكاح ، وأكثرها يتوقف على قضاء القاضى ، لأنها مبنية على أمور تقديرية تحتاج الى نظر وبحث بعيدين عن الغرض وخداع النفس فوكل الأمر فيها الى شخصية تنظر الى المسائل بعين المصلحة المنزهة عن الغاية والغرض ، ذلك هو القاضى الذى ولاه ولى الأمر ليفصل بين الناس بالحق والعدل « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » « يا داود انا جعلناك خليفة فى الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله» .

ولنأخذ فى بيان هذه الفرق التى يتولى القاضى الحكم فيها حسب ما وضع له من قيود وشروط مع ماعرفت من الدروس السابقة أن الشارع جعل الطلاق للزوج ، أو لمن يوكله فيه دون المرأة ، وأن المرأة لاتملك ايقاع الطلاق على نفسها الا اذا فوض اليها زوجها أمر تطليق نفسها ، أما القاضى فلا يحق له أن يوقع الطلاق على الزوجة الا حين يثبت لديه ظلم من الزوج لزوجته ، ويرى معه أن يفرق بينهما ليرفع الظلم عنها ، فانه ما وضع الا لرفع المظالم عن العباد ، ولذلك ترى أن التفريق من القاضى يرجع الى شكوى من المرأة ترفعها اليه طالبة منه أن يخلص عصمتها من الرجل لتملك أمر نفسها ، وليتحقق قول الله تعالى « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » .

هذا وما يوقعه القاضى من التفريق يعتبره القانون طلاقا رجعيا ، أو بائنا حسب السبب الذى دعا الى التفريق .

والذى أراه أن يكون التفريق من القاضى فسخا ، لا طلاقا مهما كان سببه ليظل الطلاق بيد الرجل كما جعله الشارع له ، وبذلك تتحقق الغاية التى ترمى اليها المرأة من خلاصها من رجل أساء عشرتها أو ظلمها بمنع حق لها ، أو أوقعها فى ظرف تخشى عليه الفتنة فى نفسها ودينها ، ويبقى حق الرجل سليما لايمس .

« التفريق للعيب »

يحسن بنا أن نذكر فقه الموضوع قبل التعديلات التى أدخلت عليه ، ليكون لدى القارىء من وراء موازنته بين ما كان معمولا به ، وبين مايجرى عليه العمل الآن ، صورة عن مدى التطور الفقهى الحديث الذى أصبح غير مقيد بمذهب معين فنقول :

(ا) يرى الحنفية أن الرجل ليس له حق الفسخ بسبب عيب فى الزوجة استغناء بما له من حق الطلاق ، غير أن العيب اذا كان متعلقا بأعضائها التناسلية ، كان له الحق فى اجبارها على ازالته ، كما أنه اذا يئس من علاجها كان هذا مبررا لتطليقها ، لأن الزوجية قائمة على الاستمتاع ، وفى فراقها عند اليأس من العلاج بدون تشهير بها رحمة وحنان . أما المرأة فلها حق طلب التفريق باتفاق بين الامام وصاحبيه اذا وجدت الرجل معيبا بأحد عيوب ثلاثة : الجب «١» والعنة «٢» والخصاء «٣» وأضاف اليها محمد الجنون «٤» والجذام «٥» والبرص «٦» فجعل لها حق طلب التفريق بهذه العيوب الثلاثة أيضا .

(ب) أما الأئمة الثلاثة فقد وافقوا محمدا فى جواز التفريق من المرأة بالأمور التى ذكرها جميعها وجعلوا للرجل أيضا حق طلب التفريق اذا وجد زوجته معيبة بمرض تناسلى «٧» يمنع من معاشرتها ، أو وجدها مجنونة أو مريضة

(١) الجب هو استئصال عضو التناسل ويلحق به ما اذا كانت الآلة صغيرة لاتصل الى النساء بأصل خلقتها لان الضرر الحاصل به للمراة مساو لضرر المجبوب .

(٢) هو من لايقدر على مباشرة زوجته مع قيام الآلة لضعف فيها مع صحة الجسد أو السحر أو ربط أو كبر سن ولو كان يصل الى الثيب لا الى البكر لضعف الآلة أو لبعض النساء دون بعضهن فهو عنين بالنسبة الى من لايصل اليها لفوات المقصود فى حقها .

(٣) هو نزع الخصيتين فقط .

(٤) الجنون ذهاب العقل .

(٥) الجذام داء ينقطع منه اللحم ويتساقط .

(٦) بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاجه .

(٧) كأن تكون رتقاء والرتق هو انسداد موضع الجماع من الفرج ، أو قرناء والقرن عظم أو لحم سميك ينبت فى الفرج .

بالجذام أو البرص .

(حـ) ويرى الظاهرية أنه لايجوز طلب التفريق بالعيب ، سواء أكان العيب فى الرجل أم كان العيب فى المرأة ، وقد انتصر الشوكانى «(١)» لرأيهم فى كتابه نيل الأوطار حيث يقول : « ومن أمعن النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى الذى ذكره الفقهاء » . ثم ان الذين أجازوا التفريق بالعيوب منهم من حصرها فى الأنواع التى ذكرت فى صدر الموضوع من الجب والعنة والخصاء بالنسبة للرجل ، والرتق والقرن بالنسبة للمرأة ، والجنون والجذام والبرص بالنسبة لكل من الرجل والمرأة ، لأنها هى التى تعوق عما يقصد بالزواج من الائتناس والتمتع والتناسل ، ولأنه لا دليل على ثبوت حق التفريق بغيرها من قول الرسول أو أقضية الصحابة ، ومنهم من عمم فى العيوب المبيحة لطلب التفريق ، فجعل كل عيب بأحد الزوجين ينفر منه الآخر ولايحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار للآخر ، وزعيم هذه الجماعة ابن القيم فقد قال : وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أومساو لها فلا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو احداهما ، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش وهو منافٍ للدين ، والاطلاق انما ينصرف الى السلامة ، فهى كالمشروط عرفا .

وقال أمير المؤمنين عمر كرم الله وجهه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم ، وخيرها ، فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا عندها كمال بلا نقص .

ويبدو من كلام ابن القيم ، أنه انما يقصد العيوب التى تقترن بالعقد ، أما ما يحدث بعده من العيوب فلا يتأتى فيها ما قاله .

هذه آراء الأئمة فى حق طلب التفريق بالعيوب ، ثم ان الذين قالوا

---

(١) حـ ٦ ص ٢٩٩ نيل الاوطار .

بالتفريق بها اتفقوا على أن الفرقة لاتكون الا بحكم القاضى لحاجتها الى قول يمنع المشاحة ، ويرفع النزاع ، ولكنهم اختلفوا فى اعتبارها طلاقا أو فسخا .

فالحنفية على أنها طلاق بائن «١» ، وهو قول مالك والثورى وغيرهما ، لأن فعل القاضى أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، والنكاح الصحيح بعد التمام لايقبل الفسخ بالاقالة ، والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام . وقال الشافعى وأحمد أنها تكون فسخا ، لأن كل فرقة من جهتها تعتبر فسخا ، وهذه فرقة جاءت من قبلها وبطلبها فتكون فسخا ، وأثر الخلاف بين الأئمة يظهر فى أن هذا التفريق ينقص عدد الطلقات عند من يقولون بأنه طلاق ، ولا ينقصه عند من يقولون بأنه فسخ . هذا تلخيص آراء الأئمة فى هذا الباب ، ولنعد الى الخلاف الداخلى بين أئمتنا لنربط بينه وبين ما يجرى عليه العمل فى محاكمنا الشرعية المصرية والسودانية .

يرى الشيخان ـ كما ذكرنا ـ أن للمرأة الحق فى طلب التفريق للعيب المستحكم الذى يمنع التناسل بين الرجل والمرأة ، بأن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا أو خصيا ، ولم يجعلا لها حق التفريق لأى عيب آخر سوى هذه العيوب الثلاثة ، لأنها عيوب تتنافى مع المقاصد الأصلية من الزواج ، ولأن هذا ضرر لايقبل الزوال ولاسبيل الى الخلاص من هذا الضرر الا بالتفريق فاذا لم يفعل الزوج ذلك ويطلق عد ظالما ، وناب القاضى منابه فى رفع هذا الظلم . وأيضا فهذه عيوب لايمكن الوقوف عليها عند العقد ـ وان كان مطلوبا من الزوجين أن يبحث كل منهما عن الآخر وينظر اليه ، فجعل للمرأة حق طلب التفريق حين ترى فيه عيبا تناسليا يخل بمقاصد الزواج مادام الزواج لايدخله خيار العيب كما قلنا ، أما غيرها من العيوب فيتحقق معها المقصود من الزواج فى الجملة ، فلا يصح التفريق الا ممن يملكه بالاصالة وهو الزوج .

ويرى محمد أن لها الحق فى طلب التفريق لهذه العيوب وللجنون

(١) فتح ص ٢٦٤ حـ ٣ .

والجذام والبرص ، وحجته فى ذلك أن الضرر الناشىء عن هـذه العيوب يفوق الضرر الناشىء عن الخصاء والجب والعنة وأنتم تقولون بالتفريق بها وذلك لأنها من الأمراض المتعدية عادة ، وقد تتعدى الى الولد ، فاذا ثبت لها الخيار بتلك العيوب ، فبالأولى أن يثبت لها بهذه العيوب أيضا ، وبخلاف ما اذا كانت هذه العيوب من جانب المرأة ، لأن الزوج وان كان يتضرر بها لكنه يمكنه أن يدفع هذا الضرر عن نفسه بالطلاق ، والمرأة لا يمكنها ذلك ، لأنها لا تملك الطلاق ، فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ، وحجة الشيخين أن الخيار فى تلك العيوب يثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء وهذا الحق لم يفت بالعيوب التى ذكرها محمد ، لأن الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار لها .

ويشترط للتفريق بالجب والعنة والخصاء مايأتى :

(١) أن تكون حرة ، فان كانت أمة كان حق الفسخ لوليها لا لها وعن أبى يوسف الطلب لها .

(٢) أن تكون بالغة ، فان كانت صغيرة انتظر بلوغها لجواز أن ترضى به ، ولا يشترط أن تكون عاقلة فالمجنونة لوليها أو من ينصبه القـاضى حق طلب التفريق .

(٣) ألا تكون معيبة بعيب يمنع الوطء ، فان كانت معيبة برتق أو قرن فلا خيار لها فى طلب التفريق ، لتحقق المانع من جهتها ولانه لاحق لهـا فى المباشرة لقيام المانع من جهتها . (ابن عابدين ص ٩١٧ حـ ٢) .

(٤) ألا تكون عالمة بالعيب عند العقد ، فان علمت به عند العقد ورضيت بالعقد فان حقها فى طلب التفريق يسقط ، أما ان علمت بالعيب بعد الزواج ، ورضيت به صراحة أو دلالة ، كالتمكين من النفس مع العلم بالعيب ، فلاحق لها فى طلب التفريق ، وذلك فى غير العنة ، والسكوت لا يعد رضا ، لجواز أن يكون من باب التريث ، وقال مالك والشافعى انه يعتبر رضـا ، ولذا اذا سكنت بعد العلم مدة يمكن أن ترفع فيها الأمر الى القاضى ولم ترفع لم يسقط ، وذلك فى غير العنة ، فقد يكون السكوت فيها رجاء الشفاء وتغير الحـال .

(٥) أن تطلب التفريق من القاضى لأنه حقها ، ولا يسقط حقها فى طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ، ولا بعد انقضاء الاجل بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة ، وترجى الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ، وأن تثبت لديه تلك العيوب التى تدعيها .

(٦) أن يحكم القاضى بالتفريق ، فما لم يحكم بالتفريق يظل النكاح قائما تترتب عليه جميع آثاره .

وكان العمل فى مصر قبل سنة ١٩٢٠ وفى السودان قبل سنة ١٩٢٧ يجرى على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وهو أنه لايحق للمرأة أن تطلب التفريق لعيب فى الزوج الا اذا وجدته مجبوبا أو عنينا أو خصيا .

وعلى هذا اذا تزوجت امرأة رجلا ثم وجدته معيبا بعيب من العيوب المذكورة كان لها أن ترفع أمرها الى القاضى : (أ) فاذا كان ما تدعيه عيبا لايمكن علاجه كالجب ، وثبت لدى القاضى صحة دعواها وتوافرت الشروط السابقة فرق القاضى بينها وبين زوجها كبيرا كان أو صغيرا ، لأنه لافائدة فى انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما عنه والا نصب القاضى عنه خصما وفرق للحال ، ولو أثبت الولى رضاها بجبه أو علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولايفرق بينهما ، وان طلب يمينها على ذلك تحلف ، فان نكلت لم يفرق والا فرق .

ولو اختلف فى الجب فادعته فأنكره يريه رجلا ، فان أمكن الوقوف على حاله بدون كشف العورة لايكشف عورته ، وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ، فالضرورات تبيح المحظورات .

(ب) وان كان ما تدعيه مما يمكن علاجه ، أو ينتظر البرء منه ، كأن يكون عنينا وطلبت تطليقها منه بهذا السبب سأله القاضى عن دعواها ، فان أقر بما ادعت أجله سنة قمرية «١» على الصحيح ، وهو قول عمر وعلى وابن مسعود ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار ، كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه ، وانما أجل سنة ،

(١) وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنها سنة شمسية واختاره جماعة من الفقهاء لان الشمسية هى التى تشتمل على الفصول الاربعة كاملة .

لأن السنة كافية للوقوف على سبب عجزه عن مباشرة زوجته اذ قد يكون السبب علة عارضة تزول بمرور الفصول الأربعة التى تشتمل عليها السنة ، وقد يكون العجز لآفة أصلية فى أصل الخلقة فبمرور السنة يتبين ما اذا كان عجزه عن المباشرة بعارض يزول ، أم بآفة أصلية فى أصل خلقته ، وتبدأ السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج صغيرا أو مريضا مرضا يمنعه من المباشرة أو محرما فتبدأ من حين زوال المانع ، فتبـدأ السنة من وقت بلوغه ان كان صبيا ، ومن وقت صحته ان كان مريضا ، ومن وقت تحلله ان كان محرما ، ولا يحسب من السنة أيام غيبتها ، لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض ، وكذا لو حبس الزوج ولو بمهرها أو نفقتهـا ، وكذا لو مرضت مرضا لاتستطاع معه المباشرة ، ولا فرق بين أن تطول مدة المرض ، أو تقصر على ما عليه الفتوى (ص ٩٢٢ ابن عابدين حـ ٢) . فان مضت السنة ولم تعد الزوجة الى القاضى سكت عن القضية ، اذ ليس من وظيفته أن يثير الخصومة بين الناس ، وان عادت الى القاضى مصرة على طلب الفرقة لاستمرار عجز الزوج ، فان أقر بأنه لم يقربها أمره القاضى بتطليقها ، فان لم يفعل فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة كما قلنا ، وان أنكر دعواها وادعى الوصول اليها فى المدة ، فان كانت ثيبا من الأصل فالقول للزوج بيمينه ، لأن الظاهر يشهد له اذ الأصل فى الانسان السلامة ، فان حلف أنه غير عنين رفضت دعواها ، وان نكل اعتبر نكوله مصادقة وخيرها بين المقام معه على هـذه الحال وبين الفرقة ، وأيهما اختارت أمضـاه ، وان كانت بكرا حين الكشف الأول عليها أعاده مرة أخرى ، بأن يعين القاضى امرأتين يثق بهما للكشف عليها ، فان قالتا هى ثيب فالقول للزوج بيمينه ، لأن الظاهر يشهد له ، والقول بيمينه فى أنه هو الذى أزال بكارتها وان قالتا هى بكر طلقهـا القاضى منه ان اختارت ذلك .

هذا اذا أقر الزوج بما ادعته المرأة ـ أما اذا أنكر ما تدعيه ، فان كانت المرأة ثيبا فالقول قوله بيمينه ، لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة ، وان كان مدعيا للوصول اليها صورة والأصل فى الناس السلامة فكان الظاهر

شاهدا له ، والقول قول من يشهد له الظاهر ، ثم ان حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها ، ورفضت دعواها ، وان نكل عد مصدقا لها وأجل سنة سواء جعل النكول اقرارا أم بذلا ، فكأنه أقر بعدم الوصول اليها ، وبعد مضى السنة ان عادت الى القاضى طالبة التفريق لعجزه عن الوصول اليها ، فان اعترف الزوج بذلك أمره بتطليقها ، فان أبى فرق بينهما ، وان أنكر حلف وسقط حقها ، وان نكل خيرها القاضى بين المقام معه على هذه الحال ، وبين الفرقة ، وأيهما اختارت فى المجلس أمضاه .

وان كانت بكرا من الأصل (أى وقت عقد النكاح) عين القاضى امرأتين يثق بهما للكشف عليها فان وجدتاها ثيبا ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها ، لأن البكارة تزول بغيره كوثبة ونحوها ، غير أن القول بيمينه ، فان حلف تقرر النكاح ورفضت دعواها ، وان نكل أجله سنة ثم يكون حكمها بعد مضى السنة كحكم الثيب المار .

وان وجدتاها بكرا أجله سنة ، فان جاءت بعد مضى السنة طالبة التفريق لعجزه عن الوصول اليها أعاد الكشف عليها مرة ثانية ، فان تبين أنها ثيب كان القول قوله بيمينه ، وان تبين أنها لاتزال بكرا خيرها . فان اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها ، فان لم يفعل طلق القاضى عليه لامتناعه عن رفع الظلم عنها ، وانما يؤجل القاضى الزوج فى العنة والخصاء دون غيرهما ، لأن الوقوف على الحقيقة فيهما فى الحال متعذرة . فقد يكون عجز الرجل عن المباشرة طارئا يزول ، والأطباء كثيرا ما يختلفون ولا يقطعون برأى ، فكان التأجيل أوثق لبناء التطليق على عيب مستحكم لا على سبب طارىء قد يكون سريع الزوال ، ثم أن السنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله أو قال بعد مضى السنة أجلنى يوما لايجاب الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل .

هكذا كان الحال قبل صدور قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مصر وقبل صدور المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ فى السودان أى أنه لايفرق بين

الزوجين الا لعيوب التناسل التى ذكرناها ، فلما صدر هـذان القانونان اتسعت دائرة التفريق بالعيب وكان فيه فرج على الناس وتوسيع لهم ، وقد أخذ هذان القانونان من مذهب الأئمة الثلاثة ، وبخاصة مذهب مالك ومن رأى محمد ، وهاكم ماجاء أولا فى القانون المصرى لسنة ١٩٢٠ .

المادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت فيه عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر ، كالجنون والبرص والجذام سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

المادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

المادة ١١ : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى تطلب فسخ الزواج من أجلها .

ونظير ذلك ماجاء فى المنشور الشرعى رقم ٢٨ فى ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ :

المادة ٢ : تسمع المحاكم الدعوى بطلب الزوجة الفرقة من زوجها لعيب أو مرض مستحكم لا يرجى برؤه ، أو يرجى بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به المرأة ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به ، فلا يجوز التفريق به ، والفرقة التى يحكم بها القاضى بناء على هذا طلاق بائن .

المادة ٤ : ترجع المحاكم فى فهم حالة المريض وتقدير مرضه الى رأى الأطباء .

فنرى من هـذا أن القانونين قد توسعا فى العيوب التى تبيح للزوجة

الفرقة ، كما توسع ابن القيم . واشترط فى العيب المسوغ للتفريق :

(ا) أن يكون العيب مستحكما لايمكن البرء منه ، أو يرجى ولكن بعد زمن طويل ، وكان من حق القانون أن يحدد الزمن الذى يعتبر طويلا اذا استمر المرض بالشخص ، وألا يترك لتقدير الأطباء ولا لتقدير القضاة، لأن عدم تحديد الزمن ينشأ عنه خلاف بين المحاكم ، ثم بين المتقاضين أنفسهم ، فان كان المرض قريب الزوال لايجوز لها طلب التفريق .

(ب) ألا يمكن المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، وزاد القانون السودانى السل ، وكلمة الضرر عادة تشمل مايصيبها هى وحدها كالبرص ، أو ما يصيبها هى ونسلها كالجنون والجذام والسل ، فان هذه كلها أمراض تنتقل من المريض الى مخالطه ، وبعضها ينتقل بالوراثة الى الأولاد ، ويظهر أن التمثيل بهذه الأمراض الثلاثة فى القانون المصرى ، والأربعة فى القانون السودانى ليس الغرض منه الحصر بل يتعدى الحكم الى كل مرض يماثلها فى الضرر ، وبعد الشفاء منه أو استحالته ، ويستعان على ذلك برأى الأطباء ، لأنهم هم الذين يعرفون مدى الضرر الذى يلحق الزوجة وأولادها .

ونحن نرى أن القانون السودانى قد جعل للمرأة حق التفريق لعيب ، أو مرض ، فهو بذلك يشمل العيوب التى لاتتحقق معها الحياة الزوجية الصحيحة ، كما اذا وجدته أعمى ، أو أطرش ، أو وجدته مقطوع اليدين والرجلين فى حين ان القانون المصرى وقف عند قوله وجدت به عيبا مستحكما لايمكن البرء منه ، ومثل لذلك بالجذام والجنون والبرص ، فقصر العيب على المرض حين توسع القانون السودانى ، وان كانت الأمثلة التى ساقها هى بعينها الأمثلة التى ذكرها القانون المصرى ، ولم يزد عليها الا كلمة السل .

(حـ) ألا يثبت رضاها به مع ذلك العيب ، فان كان ذلك العيب قائما وقت العقد ، ورضيت به ، أو حدث ورضيت به، فليس لها أن تطلب التفريق .

هذا والفرقة بالعيب طلاق بائن وهو مذهب محمد ومالك ، وقال

الشافعى وأحمد انها تكون فسخا ، لأن كل فرقة لم يوقعها الزوج تكون فسخا ، فلا تنقص عدد الطلقات ، لأنه رفع للعقد لا انهاء له ، وهذا واضح فى التفريق بالعيب الحاصل حين العقد ، أما الحادث بعده فلا وجه لكون الفرقة به رفعا لعقد النكاح . وحجة محمد ومالك أنه لما تعذر الامساك بالمعروف وجب التسريح باحسان ، فان لم يفعل ناب القاضى منابه فى ذلك.

ولا يسقط حق التفريق عند الحنفية الا بما يدل على الرضا صراحة أو دلالة ، كالتمكين من النفس مع العلم بالعيب ، أما السكوت فلا يعد رضا لجواز أن يكون من باب التريث ورجاء الشفاء ، والمالكية والشافعية على أن السكوت مع العلم بالعيب يعد رضا اذا سكتت بعد العلم مدة يمكن أن ترفع فيها الأمر الى القاضى ولم تفعل كما تقدم .

تعليق على القانونين المصرى والسودانى :

نلاحظ على القانونين : (١) أنهما حين توسعا فى العيوب التى تجيز الفسخ لم يتعرضا للاجراءات الواجب اتباعها على القاضى حين ترفع اليه دعوى من هذا القبيل ، أيسير وفق ماجاء فى المذهب المالكى الذى يرى أن يؤجل المجنون والمجذوم والمبرص سنة قمرية ، لأن كل واحد من هؤلاء ربما يشفى بعد سنة ، أم يعتمد على رأى الأطباء فى استعصاء المرض على الشفاء فيفصل فى الموضوع بعد أخذ رأى الاطباء فيه ويكون قولهم الفيصل فى القضية ، وان كان ظاهر القانونين ان المرأة حين ترفع دعوى أمام القاضى تطلب التفريق لمرض بالزوج قديم أو طارىء فان القاضى يحيلها على الطبيب الشرعى ليقرر مايراه فى شأن هذا المرض ، فان وجده مرضا مستحكما لا تمكن الاقامة معه الا بضرر يلحقها أو هى وأولادها ولا يمكن شفاؤه منه ، أو يمكن شفاؤه منه بعد زمن طويل يفرق بينه وبينها اذا ظلت مصرة على التفريق وامتنع الزوج من التطليق حين يعرض عليه كما هو المتبع فى الدعاوى التى ترفع أمام القاضى فى مثل هذا النوع .

(٢) أنهما حين مثلا للعيوب والأمراض لم يتناولا الا ما نص عليه فى

كتب الحنفية والشافعية ، مع أن المالكية ذكروا عيوبا كثيرة غير هذه ، وغير المالكية توسع توسعا كبيرا فى العيوب ، فهل اذا وجدته مقطوع اليدين والرجلين أو وجدته أعمى وأطرش أو وجدته أخرس أو حدث به شىء من ذلك بعد العقد يحق لها طلب التفريق ؟ ظاهر القانونين أنه يحق لها ذلك لأنهما عرفا العيب بالوصف وذكرا أمثلة ينطبق عليها الوصف لا بقصد الحصر ولكن بقصد التطبيق على الوصف الذى ذكراه ، وكان من الواجب أن يذكر القانونان غير العيوب المذكورة فى الكتب ليكون ذكر المشرعين لها دليلا على التعميم لا على التخصيص .

(٣) هذه المواد التى وضعت للتفريق بالعيب والمرض لايدخل تحتها العيوب التناسلية ، لأن طروءها فى نظر الفقهاء جميعا لايخول للمرأة طلب التفريق ، لأنهم يرون أن المرأة لاحق لها على الزوج فى المباشرة الجنسية الا مرة واحدة فى الحياة ، وفهم المواد على هذا الوجه لاينسجم مع التشريعات الأخرى التى تجوز للمرأة طلب التفريق اذا غاب عنها زوجها أكثر من سنة وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع فى الزنا ، فان بقاء الرجل معها مع عجزه عن مباشرتها يثير فى نفسها دواعى الشهوة أكثر من مغيب الرجل عنها ، فكان الواجب أن يدخلوا طروء هذه الأسباب مع الأسباب الأخرى المجوزة للتفريق ، وقولهم ان المرأة لاتستحق على زوجها المباشرة الا مرة واحدة قول لايتفق مع الغرض الأسمى من الزواج وهو التناسل والاعفاف .

(٤) أنه حين ذكر الزمن الطويل فى القانونين لم يحدداه بمدة بل تركا أمره الى الطبيب ، وكان الواجب أن يقدر بسنة لينسجم مع ماذكروه فى غير هذا الموضع من تأجيل العنين سنة ، ومن تأجيل المجذوم والمبرص سنة فى المذهب المالكى اذا رجى برؤه ، ومن جواز التفريق للغيبة اذا طالت أكثر من سنة .

التفريق لعدم الانفاق

نذكر فقه الموضوع أولا ، وآراء الأئمة فيه ، ثم نقفى على أثر ذلك بما جاء فى القانون المصرى ، والمنشور السودانى ليتبين لنا المصدر الذى استمد منه القانون والمنشور فنقول :

اتفق الأئمة جميعا على أن الزوج ان كان له مال ظاهر من نقود أو عقار أو منقول ، فلا حق لها فى طلب التفريق لعدم الانفاق سواء كان الزوج حاضرا أم غائبا ، لأنه ان امتنع عن الانفاق عليها أمكنها الحصول على ماتستحقه من نفقة شرعا فى ماله الظاهر .

وقد خول لها القانون المصرى والمنشور السودانى أن تثبت مال زوجها الغائب ان كان دينا ، أو وديعة عند أحد ، واثبات عقاره أيضا للحصول على نفقتها منه على ماذهب اليه الامام زفر والأئمة الثلاثة .

أما اذا لم يكن له مال ظاهر يمكن أن تأخذ منه ، فقد روى عن عطاء والزهرى وابن شبرمة وسفيان الثورى أنها لاحق لها فى طلب التفريق موسرا كان الزوج أم معسرا حاضرا أم غائبا ، وهو ما عليه أبو حنيفة وصاحباه وأهل الظاهر جميعا ، بل تطلب من القاضى أن يفرض لها نفقة ويأذن لها بالاستدانة عليه ممن تجب عليهم نفقتها عند عدم الزوج لقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما آتاها » . وكان فى الصحابة الموسر والمعسر وكان معسروهم أضعاف موسريهم فما علم أن النبى (ص) مكن امرأة واحدة من التفريق لاعسار زوجها ، ولا ثبت بطريق صحيح أنه أعلمها أن التفريق حق لها ، ويقول ابن القيم فى ذلك : « قد جعل الله الفقر والغنى مطيقين للعباد ، فيفتقر الرجل فى الوقت ، ويستغنى فى الوقت ، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم البلاء وتفاقم الشر ، وفسخت أنكحة

وكان الفراق بيد أكثر النساء ، فمن ذا الذى لم تصبه عسرة ، ولم تعوزه النفقة أحيانا » . (ص ٣٢٣ حـ ٤ زاد المعاد) .

أما عند غير الحنفية والظاهرية ، فقد قال المالكية اذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضى طالبة التفريق لامتناع زوجها عن الانفاق عليها حاضرا أو مستقبلا ، وادعت أنه موسر وشكت ضرر ذلك عليها ، وأثبتت الزوجية ، فان سأله القاضى عن حاله فأقر بيساره أو شكت ولم يجب الحاكم بشىء فان الحاكم يأمره بالنفقة والكسوة فان أنفق وكسا فلا كلام لها وان أبى من ذلك ومن الطلاق ، فان لم يكن له مال ظاهر ، فانه يعجل عليه الطلاق على قول ويسجن حتى ينفق عليها على قول آخر . فان سجن ولم يفعل ، فانه يعجل عليه الطلاق . وان أنكر ما ادعته الزوجة من اليسار ، وادعى الاعسار فان أثبته بالبينة والحلف فان الحاكم يأمره بالطلاق ، لأنه لافائدة من أمره بالنفقة ، فان لم يطلق تلوم له الحاكم باجتهاد على أحد القولين من غير تحديد بيوم أو ثلاثة أو شهر أو شهرين ، كما قيل بكل منها ، وهذا ماذهب اليه المصنف ، وهو المعتمد ، ومقابله أنه يطلق من غير تلوم .

أما اذا تقدمت الى المحكمة مدعية اعساره وعجزه عن الانفاق ، وطلبت التطليق لذلك ، فان وافقها على الاعسار أمره الحاكم بالتطليق ، فان لم يطلق طلق الحاكم فى الحال ، أو بعد التلوم على الخلاف فى ذلك ، ولايأمره بالانفاق اذ لافائدة فيه مع عسره ، وان ادعى اليسار أمره الحاكم بالانفاق وضرب له أجلا ، فان أنفق فبها ، والا أمره الحاكم بالطلاق فان أبى طلق عليه فى الحال . ا هـ . ملخصا من الخرشى حـ ٤ ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ ومن الحطاب حـ ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

هذا اذا لم تتزوجه وهو معسر ، فان تزوجته وهو معسر كأن تتزوجه عالمة أنه من السؤال الذين يطوفون على الأبواب ، أو أنه من الفقراء ودخلت على ذلك راضية ، فانه لايثبت لها حق الفسخ على المشهور ولزمها المقام معه ، أما اذا ترك السؤال بعد الدخول ، أو كان من الفقراء المشهورين

الذين ينالون العطاء وانقطع عنه فلها طلب الفسخ عند ذلك ، والمراد بالفسخ فى عرفهم الطلاق . فقد جاء فى المصدر السابق ذكره مانصه أن للزوجة أن تفسخ نكاح زوجها عليها بطلقة رجعية ان عجز عن نفقة حاضرة ، ومنها المستقبلة ، لا ان عجز عن نفقة ماضية لصيرورتها دينا ينظر فيها كسائر الديون . (دردير ص ٦٠٧ حـ ٢) .

أما الشافعية فقد ذهبوا الى أن الزوجة ان ادعت يسار الزوج ، وطلبت التفريق لامتناعه عن الانفاق عليها ، ووافقها الزوج على اليسار ، فانها لاتجاب الى طلبها ، لأنه فسخ على الموسر على الاصح ولذا جاء فى المنهاج والأصح أنه لافسخ بمنع موسر حضر أو غاب ، ومقابل الأصح أن لها طلب الفسخ اذا كان الزوج ممتنعا عن الانفاق لحصول الضرر نهاية حـ٧ص٢٠٢، تحفه حـ ٨ ص ٣٣٦ ، وجاء فى التحفة أن من اليسار القدرة على الكسب ، وعبارته أن القدرة على الكسب كالمال لاندفاع الضرورة به ، ويؤيده قولهم امتناع القادر على الكسب كامتناع الموسر فلا فسخ به ص٣٣٨ ، ٣٣٩حـ٨، وان أنكر اليسار صدق بيمينه ان لم يكن له مال معروف ، والا فلايصدق .

وان ادعت اعساره ووافقها على مدعاها كان لها الحق فى طلب الفسخ، قال الشيخ الرملى فى نهايته ولا فسخ باعسار حتى ترفع الأمر الى قاض أو محكم ، ويثبت باقراره ، أو ببينة عند قاض ، أو محكم اعساره فيفسخه أو يأذن لها فيه ، ثم بعد تحقيق الاعسار فى قول ينجز الفسخ لتحقق سببه، والأظهر امهاله ثلاثة أيام ، وان لم يطلب ذلك ، لأنها مدة قريبة تتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره حـ ٧ ص ٢٠٥ ومثله فى التحفة حـ ٨ ص ٣٤١ .

والرضا بالاعسار عند الشافعى مدة لايسقط حقها فى طلب التفريق فى النفقة المستقبلة اذا أعسر فيها ، لأن التنازل عن غير الواجب لايعتد به كالابراء من المهر قبل العقد .

هذا موجز لآراء الأئمة فى جواز التفريق لعدم الانفاق ، ولنأخذ بعد ذلك فى بيان القانونين اللذين صدرا فى هذا الموضوع فى مصر والسودان.

لقد لاحظنا أولا : أن المحاكم الشرعية السودانية سبقت المحاكم المصرية فى العمل بجواز التفريق للاعسار ، ذلك أنه جاء فى ذيل المادة ٨٢ من اللائحة التى صدرت فى سنة ١٩٠٢ ان القاضى يسمع الدعوى لطلب التطليق للاعسار ، أو للغيبة ، ثم صدر المنشور رقم ١٧ الموضح للقواعد الواجب اتباعها فى طلب التفريق بسبب الاعسار حوالى سنة ١٩١٥ ، وقد جاء فى مقدمته « ومراعاة لما جرى العمل عليه فى هذه المحاكم فى مسائل زوجة المفقود والمعسر صدرت القواعد الآتية .. » وقد تضمن المنشور التطليق لعدم الانفاق ، والتطليق للضرر والتطليق لخوف الفتنة فى حين أن التطليق بالسبب الأول لم يجر العمل به فى مصر الا سنة ١٩٢٠ وبالسببين الآخرين لم يجر العمل بهما فى مصر أيضا الا سنة ١٩٢٩ .

ثانيا : ان هذين القانونين أخذا فى جملتهما من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وخلاصة ماجاء فى القانون المصرى : —

ان الزوج اذا لم يكن له مال ظاهر ، وكان حاضرا ، وادعت أنه تركها بلا نفقة ، وليس له مال تنفق منه ، وطلبت تطليقها لذلك ، فاذا قال انى معسر وصدقته الزوجة ، أو لم تصدقه ، وأثبت اعساره بالبينة ، ففى هاتين الحالتين يمهله القاضى مدة لاتزيد على شهر ، فان لم ينفق فى هذه المدة طلق القاضى عليه بعد ذلك بقوله : طلقتك منه . وهذا موافق لما جاء فى الخرشى ، ان أثبت اعساره بالبينة ، أو الحلف ، فان الحاكم يأمره بالطلاق ، فان لم يطلق تلوم القاضى بالاجتهاد على أحد القولين من غير تحديد بيوم أو ثلاثة أو شهر أو شهرين اهـ . غير أن القانون حدد مدة التلوم بشهر ، وهو أحد الأقوال وهذا هو المعتمد .

وان اعترف بأنه موسر أو سكت عن بيان حاله من يسار أو اعسار ، أو قال انى معسر ولم يثبت قوله ببينة ، أو بمصادقتها وأصر فى هذه الأحوال على عدم الانفاق وأصرت هى على طلب التطليق طلق عليه القاضى فى الحال بدون امهال لأن امتناعه عن الانفاق فى هذه الأحوال الثلاث دليل على أنه يقصد الاعنات

والاضرار بها فلا فائدة فى امهاله (جاء فى الدسوقى حـ ٢ ص ٦٠٧ « ان لم يثبت عجزه يقال لهطلق ، أو أنفق ، فان امتنع من الطلاق ، والانفاق فقيل يتلوم له ثم يطلق ، وقيل لايتلوم له بل يطلق عليه حالا ، وهو ما أخذ به المشرع المصرى ») .

أما القانون السودانى فقد نص على أن الزوجة اذا جاءت الى القاضى تطلب الطلاق مدعية اعساره ، فان وافقها على الاعسار تمهل له القاضى مدة لاتزيد على شهرين انتظارا لليسار ، فان أيسر فيها وأنفق منعت من دعوى الطلاق والا طلق عليها . أما اذا ادعى اليسار وكذبها فى دعوى الاعسار ضرب له القاضى أجلا لينفق فيه أو يطلق ، فان لم يفعل أحد الأمرين أثناء الأجل طلق عليه بعد انقضائه فورا ، وان جاءت المرأة مدعية يساره طالبة النظر والفراق لعدم حصولها على النفقة ، وادعى الاعسار وأثبته ببينة وحلف أنه لامال له ، وأنه لايقدر على مافرض عليه يمهله القاضى مدة لاتزيد على شهرين ثم يطلق عليه ، واذا لم يثبته وادعى اليسار ضرب له أجلا لينفق فيه أو يطلق ، فان لم يفعل أحد الأمرين طلق عليه فورا ، ولعل واضع المنشور قصد بالامهال امكان أن يثوب هذا المصر المتعنت الى الصواب فينفق (وهذا ماجاء فى الخرشى من أنه ان لم يثبت عسره أمره بالنفقة والكسوة أو الطلاق فان طلق فلا كلام ، وان لم يطلق فان الحاكم يتلوم له) وقد ترك المنشور مدة التلوم للقاضى ولم يحددها بزمن معين فهى صادقة بشهر أو شهرين أو أقل من ذلك ، هذا والعسر الذى يوجب التطليق فى نظر المنشور كما جاء فى المادة الثامنة منه هو عدم قدرة الزوجة على القوت كاملا ولو من خشن المأكول أو خبز بغير أدم ، وعجزه عن الكسوة التى توارى جميع البدن ولو من خشن الملبوس ، فان كان قادرا على ذلك لاتطلق عليه .

جاء فى الخرشى حـ ٤ ص ١٩٨ « ان الزوج اذا كان قادرا على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوما أو غير مأدوم كان ذلك من قمح أو غيره ، فانه لاقيام لها بحق الفسخ ، ولو كانت ذات قدر وغنى على المشهور ، وكذا

لاقيام لها اذا كان يقدر لها على مايستر عورتها ويواريها من غليظ الكتان أو الجلد ولو كانت غنية » .

وبهذا التفسير للعسر يندر أن يقع طلاق بسبب الاعسار .

هذا واذا كان القانون المصرى لم يتعرض لتفسير العسر ، فانه من الواجب أن يراعى هذا المعنى فيه ، لأن القانون مستمد من المذهب المالكى ، وقد فسر المذهب الاعسار بالنفقة بما رأيت اذ من غير المعقول أن يستمد المشرع التفريق للاعسار من المذهب المالكى ثم يفسر العسر بمعنى يختلف عن المعنى الذى فسره به المالكية وجعلوه سببا للتفريق .

وهاكم موازنة بين القانونين المصرى والسودانى لاحكام الفقير الحاضر

الزوجة	الزوج	حكم القانون المصرى	حكم القانون السودانى
ادعت انه تركها بلا نفقة ، وطلبت تطليقها لامتناعه عن الانفاق ، وادعت انه معسر أو ادعت انه موسر .	وافقها الزوج على دعواها وادعى الاعسار ، وأثبته حين ادعت أنه موسر .	يمهله القاضى مدة لاتزيد على شهر ان أنفق فلا تطلق ، والا طلقها منه القاضى .	يمهله القاضى مدة لاتزيد على شهرين انتظارا لليسار ، فان أيسر فيها وأنفق منعت من دعوى الطلاق ، والا طلق عليه .
ادعت انه موسر طالبة النظر والفراق لعدم حصولها على النفقة ، وأصرت على طلب التفريق .	اعترف باليسار ، أو ادعى الاعسار ولم يثبته ، أوسكت عن بيان حاله ، وأصر على عدم الانفاق .	طلق عليه القاضى فى الحال بدون امهال .	يضرب له القاضى أجلا لينفق فيه أو يطلق ، فان لم يفعل أحد الامرين طلق عليه فورا .

الغيبة القريبة والبعيدة

لايعد الشخص غائبا فى نظر الفقهاء الا اذا كان بينه وبين محلته مسافة قصر ، وهذه المسافة حددها الفقهاء بثلاثة أيام بوسائل النقل التى كانت مستخدمة فى أيامهم ، ثم يذكر المالكية فى كتبهم أن الغيبة نوعان : قريبة وبعيدة ، وان القريبة فيها ما كانت المسافة فيها أقل من عشرة أيام ، وأن البعيدة ماجهل فيها مكان الشخص أو كانت المسافة اليه عشرة أيام فأكثر، وفى الغيبة القريبة يعذر الى الزوج فيرسل اليه : اما أن تنفق على زوجتك أو تنقلها اليك أو تطلقها ، ويضرب له أجل ، فان فعل شيئا من ذلك انتهت الدعوى ، وان لم يفعل وأصرت على طلب التطليق طلقها القاضى عليه وكان طلاقا رجعيا يملك أن يراجعها فى عدتها ان وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها عادة من خبز وادام على عادتها ، فاذا كانت غنية شأنها أكل اللحم الضأن فلا تصح الرجعة الا اذا قدر على ذلك ، فان قدر على الخبز والمش فلا تصح الرجعة ولو رضيت على المعتمد ، وقد اختلف فى قدر الزمن الذى اذا أيسر بنفقته كان له الرجعة ، فقيل شهر ، وقيل نصف شهر ، وقيل غير ذلك والمدار أن يغلب على الظن قدرته على ادامة النفقة بعد هذه المدة بحيث اذا لم يغلب على الظن قدرته على الانفاق لاتصح الرجعة .

وان كان الغيبة بعيدة وثبتت الزوجة وقائع دعواها من غيبته غيبة بعيدة وعسره الخ لايعجل القاضى الطلاق بل يتلوم له وينظر مدة بحسب مايراه لجواز أن يحضر فى أثناء هذه المدة فان مضت مدة التلوم التى حددها القاضى باجتهاده طلقها الحاكم عليه ان عادت مصرة على طلب التفريق ، أو أمرها الحاكم بتطليق نفسها ثم حكم بها قولان فى مذهب المالكية ، وهو مصدر القانون الذى نحن بصدد تفسيره وشرحه ا هـ ملخصا من الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٢ ص ٦٠٨ .

والمشرعون الحديثون قسموا الغيبة قسمين كما فعل الفقهاء ، ولكنهم حين أرادوا تمييز الغيبة القريبة من الغيبة البعيدة لم يرجعوا الى أقوال

الفقهاء فى تعريفهما ، وانما جعلوا أساس التفرقة هو امكان وصول الرسائل الى المعلن اليه وعدم امكانها ، فاعتبروا الغيبة قريبة اذا كانت جهةالشخص معلومة وأمكن وصول الاعلانات اليه ، وبعيدة اذا كان الشخص مجهول الجهة أو كان بحيث لايمكن وصول الاعلانات اليه ، وأعطوا لكل حكمه على النحو الموضح فيما بعد ، وهو تفسير يلائم كل الملاءمة ظروف العصر الحاضر ، فقد أصبح البريد شاملا لكل دول العالم تقريبا ، ومن الواجب ألا نقدم على فصم عرا زوجيـة لشخص معلوم المكان مهما تأت به الدار حتى نعرف رأيه فى فصمها وعدم المضى فيها ، واليكم موازنة بين القـانون السودانى والقانون المصرى فى أحكام الفقير الغائب .

موازنة بين القانونين المصرى والسودانى تتعلق بأحكام الفقير الغائب

الغيبة القريبة	الاجراءات التى تتبع فى القانون المصرى	الاجراءات التى تتبع فى القانون السودانى
هـو ان يكـون الشخص بمـكان يمـكن وصـول الاعـلان اليه فاذا ادعتزوجة الغائب المذكور انه تركها بلا نفقة وليس له مـال ظاهر تنفق منـه ، وطلبت تطليقها لعجزه عن الانفاق .	(١) يعلن المدعى عليه، فاذا لم يحضر يطلب من المدعيـة أن تثبت وقائع دعواها جميعهـا ، فان اثبتتها ضرب القـاضى له أجلا تقـدر مدته بحسب مايراه ويعلنه به ، ويقول له : اما أن ترسل ماتنفق منه زوجتك على نفسهـا فى هـذه المدة ، واما أن تحضر للانفاق عليها فاذا مضى الاجل ولم يرسـل ما تنفق منه زوجته على نفسهـا ، أو لم يحضر للانفاقعليها طلقها القاضى	(١) يعلن للحضورامام المحكمة بالطرق والاوضـاع المبينـة فى اللائحـة النظامية ، فان حضر عومل معاملة الحاضر الذى بينا أحـكامه سابقا ، وان لم يحضر طلب القـاضى من الزوجة أن تثبت الامور الآتية : ـ الزوجية وبقـاءها واستمرارها فى طاعته واستحقاقها للنفقة عليه ،وعدم اسـقاطها عنـه ، وعدم وجود ما تجد فيه نفقتها . (٢) بعد أن تثبت هذه الامور يتمهل القاضى ثلاثين يوما يعلنه فيها ، ويذكر له أنه اذا لم يعد فى خلالها أو لم يرسل لها النفقة

الغيبة القريبة	الاجراءات التى تتبع فى القانون المصرى	الاجراءات التى تتبع فى القانون السودانى
	عليه بعد مضى الأجل ومن هـذا يتبين أن المراة حين تدعى دعـواها المذكورة وتعلن المـدعى عليه بها ولم يحضر يكلفها القـاضى باثبات وقائع الدعوى، فان أثبتها ضرب له القاضى أجلا لم تحدد مدته وترك تحـديدها للقاضى ، فاذا لم يحضر فى هذه المدة او لم يرسـل ما تنفق منه ومضى الأجل طلق القاضى عليه مادامت مصرة على طلب التطليق واعتبر القانون المصرى أن المسجـون اذا طلبت زوجته التطليق لعـدم انفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له مثل الغائب غيبة قريبة .	يطلق عليه زوجته، فاذا انتهت المدة المضروبة ولم يعد الزوج ولم يرسل لها النفقة وأصرت الزوجة على طلبها طلقت عليـه بعد أن يحلفها اليمين على أنه : لم يترك لها نفقـة ولا وكيلا بها ، ولا وصل اليها شيء من النفقـة ، ولم يعـد اليها سرا ولا جهرا ، ولا رضيت بالمقام معـه بدون نفقة، وانها تستحق النفقة عليه، ولا تعلم أن عصمة النكاح بينهما انفصلت بوجه من الوجوه ، ومن هذا يتبين أن الغـائب غيبة قريبة (١) يعلن للحضور (٢) اذا لم يحضر طلب القاضى من المدعيـة اثبات الامور التى ذكرناها (٣) اذا أثبتتها أمهله ثلاثين يوما يعلنـه فيها بالقرار الذى أصدرته المحكمة (٤) اذا انتهت المدة المضروبة حلفها القاضى اليمين التى ذكرت صيغتها فيما سبق، فاذا حلفت طلقت عليه (٥) لم يتعـرض القـانون السودانى للمسجون فيبقى حكمه على ما كان الحال عليه سابقا

الغيبة البعيدة	الاجراءات التى تتبع فى القانون المصرى	الاجراءات التى تتبع فى القانون السودانى
هى أن يكون الشخص غير معروف المكان أو فقدولايعلم أحىهو أم ميت أو الذى لايمكن وصول الاعلاناتاليه . اذا ادعت زوجةالغائب المذكور أن زوجها تركها بلا نفقة ولا مال ظاهر تنفقمنه على نفسها واثبتت وقائع دعواها جميعها وطلبت التطليق لعجزه عن الانفاق	يطلقها القاضى منه فى الحال بدون ضرب أجل ولا اعذار متى اثبتت وقائع دعواها .	(١) على القاضى أن يتثبتمن صحة قولها بالسؤال عنه من أقاربه ومعارفه وكل من تكون له بهرابطة وبواسطة الكتابة الى جهة مظان وجوده ، (٢) متى تحقق للقاضىغيبته على الصفة المذكورة اذنها ان ترفع الدعوى (٣) اذ اثبتتها على النحو المتقدم فى الغائب غيبة قريبة تمهل القاضى مدة لاتزيد على الشهر عسى أن يعود فى خلالها أو يرسل لها فيها نفقة ، (٤) اذا انقضى الاجل ولميعد الزوج ولم يرسل اليها شيئا وأصرت الزوجة على التفريق حلفها القاضى علىالوجهالسابق ثم يطلقها عليه

من الموازنة يتبين أن الاجراءات التى تتبع فى القانون السودانى أدق وأكمل وأشد حرصا على العلاقات الزوجية من القانون المصرى .

هذا والطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الانفاق طلاق رجعى اذا كان بعد الدخول ، يملك الزوج أن يراجع زوجته اذا أزال السبب الذى كان من أجله التطليق بأن أثبت يساره ان كان معسرا ، وأبدى استعداده للانفاق ان كان ممتنعا ، ولذلك جاء فى التعليمات التى اقترنت بالقانون المصرى أن جواز الرجعة مشروط بشرطين : (١) ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على أدامة الأنفاق . (٢) واستعداده للأنفاق فاذا لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة لأن سبب التطليق قائم .

ولم يكتف القضاء باستعداد الزوج للانفاق فى المستقبل بل لابد من دفع المطلوب منه حالا . أما اذا كان الطلاق قبل الدخول ، فانه يكون بائنا تملك به أمر نفسها . وهذا بعينه ماجاء فى الخرشى حـ ٤ ص ١٩٨ « ان الحاكم اذا أوقع على الزوج طلقة لأجل عسره بالنفقة ، فهى طلقة رجعية ، فاذا أراد الزوج أن يراجعها فانه لايمكن من ذلك ، بل ولا يصح الا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثلها لا أقل ، لأن الطلقة التى أوقعها الحاكم انما كانت لأجل ضرر فقره ، فلا يمكن من الرجعة الا اذا أزال موجب الطلقة وهو الاعسار الا أن ترضى لأن الحق لها » . وهو أيضا ماجاء فى المادة الخامسة من القانون السودانى ونصها : « الطلاق الذى يوقعه القاضى فى جميع الأحوال طلاق رجعى يملك الزوج معه مراجعة المرأة اذا عاد اليها فى العدة موسرا قادرا على استدامة النفقة وكانت مدخولا بها ، وطلاق بائن يملك به أمر نفسها اذا لم تكن مدخولا بها ا هـ . » وقد تضمن القانون السودانى رقم ١٧ فى المادة السادسة منه أنه اذا تطوع قريب الزوج الغائب ، أو أجنبى عنه بنفقة الزوجة فلا تجاب الى طلب الطلاق للاعسار . كما تضمن أيضا فى المادة التاسعة أنه اذا عاد الزوج الذى طلقت زوجته لعدم الانفاق وأثبت أنه أرسل لها النفقة ووصلتها أو تركها عندها ، أو أسقطتها فى المستقبل ، فلا تفوت عليه الا اذا تزوج بها رجل آخر ودخل

بها «(١)» . ومعنى هذا أنها اذا لم تتزوج بزوج آخر لم يدخل بها ، وأثبت الزوج كل ذلك بعد انقضاء عدتها من بدء التفريق ، فله الحق فى اعادتها الى عصمته ، لأن حكم القاضى تبين أنه بنى على أساس غير صحيح ،فوجب أن ينهار هذا الحكم ، وتعتبر الزوجية قائمة ا لااذا تعلق بها حق الغير فانه حينئذ لايملك اعادتها اليه ، لأن زواج الغير بها كان على أساس ظاهره صحيح .

والقانون المصرى لم يتعرض لهذا كله ، ولهذا نرى أن نقتبس كل هذه الأحكام ، وينص عليها فى القانون المصرى .

هذا وقد لاحظ القانون السودانى أن الزوجة قد تعجز عن اثبات غيبة زوجها لغربتها ، وعدم من يعرف زوجها ، فان القاضى يحلفها اليمين المتقدمة، ويطلقها عليه ان شاءت ، ويسمى القاضى فى حكمه الزوج الذى ذكرت ، ويصفه أيضا بما ذكرت ، فان قدم وأنكر الزوجية لم يضره شىء ، وان أقر بها وقع الطلاق .

هذا وقد جاء فى المادة الأولى من المنشور رقم ٢٨ الصادر سنة ١٩٢٧ لاتسمع دعوى الطلاق للاعسار اذا كان الاعسار قبل الزوجية وهى عالمة راضية به .

التفريق للغيبة أو بعبارة أخرى التفريق لخوف الفتنة

كان عمل المحاكم الشرعية فى مصر والسودان جاريا على عدم التفريق للغيبة بناء على مذهب الحنفية الذى لايرى التفريق للغيبة لانعدام مايصح أن يبنى عليه التفريق ، وهو مذهب الشافعى ، فقد جاء فى حاشية تحفة المحتاج لشرح المنهاج ص ٣٣٧ حـ ٨ « لافسخ بغيبة » وجاء فيها أيضا « وصرح فى الأم بأنه لافسخ مادام موسرا ، وان انقطع خبره » ويرى المالكية جواز التفريق للغيبة بشروط ، فقد جاء فى الحطاب وهو من أكبر

(١) دردير حـ ٢ ص ٥٦٢ فى باب المفقود .

وأشهر كتب المالكية ص ١٥٥ حـ ٤ ما نصه : « واعلم أن الغائبين عن أزواجهم خمسة ، وذكر القسم الرابع ، وهو غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته ، وهو مع ذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب له السلطان ، أما أن يقدم أو يحمل امرأته اليه أو يفارقها ، والا طلق عليه » ولم يشترط فى الغيبة أن تكون بعذر ، بل ان التفريق للغيبة جائز فى المذهب المالكى سواء أكانت الغيبة لعذر ، أو بدون عذر ، قال الدردير فى باب الايلاء حـ ٢ ص ٤٣١ لكن الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر ، ولا بد من الكتابة اليه اما أن يحضر أو ترحل اليه امرأته ، أو يطلق ، فان امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه ، ولايجوز التطليق عليه بغير كتابة اليه ان علم محله وأمكن ولا بد من خوفها على نفسها الزنا ، ويعلم ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع » .

وقال الدسوقى (قوله لكن الغائب الخ ، أى أنه لايطلق من ترك الوطء لغيبة الا اذا طالت مدة الغيبة ، وذلك كسنة فأكثر عند أبى الحسن ، وهو المعتمد ، وقال الغريانى وابن عرفه ، السنتان والثلاثة ليست بطول ، بل لابد من الزيادة عليها ، ولابد أن تخشى الزنا على نفسها ، ويعلم ذلك منها ، وتصدق فى دعواها حيث طالت مدة الغيبة ، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا توجب طلاقها ، ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث وهو الارسال اليه ان علم محله وأمكن الوصول اليه ، والا فلا يعتبر هذا الشرط ، وهذا كله اذا كانت نفقتها دائمة والا طلق عليه حالا لعدم النفقة ا هـ .

ويؤخذ من هذه النقول أن شروط الطلاق للغيبة تتلخص فيما يلى : ــ

(١) أن تطول غيبته سنة فأكثر على ما هو المعتمد .

(٢) أن تتضرر الزوجة بغيبة الزوج بأن تخشى الزنا على نفسها ، ويعلم ذلك من جهتها .

(٣) أن يعذر اليه اذا كان معلوم المكان بأن يقدم ، أو ينقل زوجته اليه أو يطلق .

(٤) أن يتريث القاضى مدة رجاء عودته ، وابقاء على الزوجية ما أمكن .

هذا هو فقه الموضوع ذكرناه بين يدى ماجاء فى القانون المصرى والسودانى ليرى القارىء أن القانونين أخذا من مذهب المالكية ، واليكم نص القانون المصرى فى هذا الموضوع الذى صدر سنة ١٩٢٩ .

المادة ١٢ : اذا غاب الزوج سنة فأكثر (المراد بالسنة السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما) بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب الى القاضى تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه

المادة ١٣ : ان أمكن وصول الرسائل الى الغائب ، ضرب له القاضى أجلا ، وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه ، أو يطلقها ، فاذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقه بائنة ، وان لم تمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضى عليه بلا اعذار وضرب أجل .

المادة ١٤ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، ان تطلب من القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ، من هذا «١»

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية تبريرا لهذه المبادىء مانصه :
كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذار مقبول كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ثم هو لم يحمل زوجته اليه ولا هو طلقها لتتخذ لها زوجا غيره ومقام الزوجة على هذه الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لاتحتمله الطبيعة فى الاعم الاغلب وان ترك لها الزوج مالا تستطيع الانفاق منه . وقد يقترف الزوج من الجرائم مايستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ماوقعت فيه زوجة الغائب . وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ماتعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعى محتم . ومذهب الامام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ماتنفق منه على نفسها اذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها بعد أن يضرب له أجل ويعذر اليه اما أن يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها والا طلق عليه القاضى هذا اذا أمكن وصول الرسائل اليه والا طلق عليه القاضى بلا ضرب أجل ولا اعذار .

نرى أن القانون شرط أن يكون الغياب بعذر ، وهو خلاف ما فى مذهب مالك الذى لم يشترط هذا الشرط فمن غاب فى بعثة علمية أو لتجارة أو لسفارة مثلا فلا يجوز التفريق بسبب هذا الغياب . وقد أخذ هذا الشرط من مذهب الامام أحمد الذى يرى جواز التفريق للغيبة اذا كانت بدون عذر ، واعتبر أقصى مدة الغيبة التى تتحملها النساء بعيدة عن أزواجهن ستة أشهر ، والفرقة عنده بهذا السبب فسخ لاطلاق .

(٢) أنه أباح فى مادته ١٤ الفرقة للحبس بعد سنة من ابتداء تنفيذه اذا كان الحكم نهائيا ، وبثلاث سنين فأكثر ، مع أنه غياب بعذر فخالف المشرع ما أخذ به من مذهب أحمد هنا ، ولعله رأى أن المحبوس — وان كان غائبا بعذر — ليس جديرا بعطفه ورحمته زجرا عن الجريمة ، ودفعا للضرر عن الزوجة ، والطلاق الذى يوقعه القاضى فى هذه الحالة طلاق بائن ، وان كان المعقول أن يقع طلاقا رجعيا كالطلاق لعدم الانفاق ، لأن تضررها من غيبته يرتفع بعودته كما يرتفع الضرر بالانفاق عليها اذا طلقها القاضى لامتناعه عن الانفاق ، وكذلك ينبغى أن يكون الطلاق رجعيا بالنسبة للمحبوس أيضا ، فاذا أفرج عنه وهى فى العدة كان له الحق فى مراجعتها .

أما الحال فى السودان فقد كان العمل جاريا على مذهب أبى حنيفة الذى يرى عدم التطليق للغيبة الى سنة ١٩١٥ ، وفى سنة ١٩١٥ أصدرت محكمة عموم السودان المنشور الشرعى رقم ١٧ الذى نصت المادة ١٣ منه على الآتى : —

وواضح أن المراد بغيبة الزوج عن الزوجة هنا غيبته منها بالاقامة فى بلد آخر غير بلدها أما الغيبة عن بيتها مع الاقامة معها فى بلد واحد فهى من الاحوال التى يتناولها التطليق للضرر . والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الاسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه اذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والاسير لان المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عند بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق اذا تضررت من بعد زوجها .

اذا غاب الرجل عن زوجته فى جهة معلومة يمكن وصول كتابة القاضى اليه فيها مع تمكنها من الحصول على النفقة ، وطالت غيبته بأن كانت سنة أو أكثر ، وطلبت المرأة الطلاق لتضررها وخوف الفتنة على نفسها كتب اليه القاضى : (١) اما أن يقدم . (٢) أو ينقل زوجته اليه . (٣) أو يطلقها . فان لم يفعل ذلك تلوم له بالاجتهاد مدة ثم طلقها ، أما اذا لم تصل اليه الكتابة، وطلبت الطلاق عليه للضرر بترك الاستمتاع وخوف الفتنة طلق عليه بدون كتابة ، وهى مصدقة فى التضرر وخوف الفتنة بيمينها ، لأنه لايعلم الا من جهتهـا .

ثم صدر المنشور الشرعى رقم ٢٨ بتاريخ ١٤ شعبان سنة١٣٤٥ الموافق ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ ، وقد جاء فى المادة الأولى منه : « لاتسمع دعوى طلب الطلاق خشية الزنا الا اذا كانت المرأة واجدة نفقتها من مال زوجها فان لم تجدها كان لها أن تطلب الطلاق لعدم النفقة ، كما لاتسمع دعوى الطلاق للاعسار اذا كان الاعسار قبل الزوجية وهى عالمة راضية به » .

هذا واشتراط السنة لكى تمضى مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا لأن الفرقة بسبب ذلك هى للضرر الواقع لا للضرر المتوقع ، كما أن السنة فى المنشور يراد بها السنة القمرية لأنها مطلقة ، وعند الاطلاق تعتبر السنة القمرية لأنها الأصل فى التقدير الاسلامى ، ولذلك نص القـانون المصرى على أن السنة هى السنة الشمسية حتى لاتنصرف الى السنة القمرية .

ويلاحظ أن الغيبة تقتضى أن تكون فى بلد غير البلد الذى تقيم فيه ، فان كان فى البلد الذى تقيم فيه وتركها هذه المدة أو نحوها ، فان التفريق يكون للضرر ، لأنه هجر قصـد به الايذاء ، كما يلاحظ أن القـانون لم يشترط أن يكون الغياب بدون عذر كما اشترط القـانون المصرى ، فهو متفق مع المذهب المالكى تمام الاتفاق ، وعلى ذلك فمن غاب عن زوجتـه أكثر من سنة ، سواء أكان لتجارة أم لبعثة علمية أو لاداء فريضـة حج أو لغير ذلك من الاعذار وتضررت زوجته من غيابه ، كان لها الحق فى طلب

التفريق ، فالمسوغ لطلب التفريق فى الواقع هو خوف المرأة على نفسها عند مغيب زوجها وسيان فى ذلك أن يكون غيابه بعذر أو بدون عذر .

ولم يتعرض المنشور السودانى لزوجة المحبوس الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنوات فأكثر ولم يعتبره كالغائب الذى طالت غيبته ، مع أن القانون المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٩ سوى بين المحكوم عليه حكما نهائيا بثلاث سنين فأكثر وبين الغائب الذى طالت غيبته اذ جعل لها الحق بعد مضى سنة من حبسه أن تطلب التفريق للتضرر ويكون طلاقه بائنا .

ونحن نرى أن عدم التعرض له فى القانون السودانى لايجعله من مشتملاته ، لأنه على كل حال غائب عنها وقد تضررت من غيبته ، فيدخل تحت قوله اذا غاب الرجل عن زوجته ، غير أن الكتابة اليه لاتجدى ، لأنه لايستطيع أن ينقلها اليه ، ولا أن يجىء اليها ما دامت مدة السجن لم تنته بعد ، فالقاضى فى امرأة المسجون يطلقها فى الحال بعد مضى سنة من سجنه

التفريق للضرر الناشىء عن الشقاق بين الزوجين والخلف القائم بينهما أو التفريق لسوء العشرة

جاء فى المادة السادسة من القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مانصه : اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما — يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

ومعنى هذا أن الزوجة اذا ادعت أن زوجها يعاملها معاملة لاتليق بأمثالهما ، ولايستطاع معها دوام العشرة كأن يضربها أو يشتمها شتما مقذعا ، أو يكرهها على محرم أو يهجرها لغير تأديب مع الاقامة فى البلد الذى تقيم فيه ، أو يقطع كلامه عنها أو يحول وجهه عنها (ص ٧ من حـ ٤

من الخرشى ، وزاد ابن فرحون فى شرح الحطاب ص ١٧ من الجزء ٤ ايثار امرأة عليها ، وجاء فى صفحة ٣٤ من الجزء نفسه أن من الضرر منعها زيارة والديها واتصال شتمه لها فى غير حق وأخذ مالها) اذا ادعت ذلك وطلبت من القاضى التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر، فان أثبتت أن زوجها يضارها ولو مرة واحدة على المشهور طلقها القاضى طلقة بائنة ، لخبر لاضرر ولاضرار ، وثبوت الضرر كما يقول المالكية يكون بالبينة ،ولا يشترط فى البينة أن تكون على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين ، بل يكفى مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء فى أن الزوج يضار زوجته ، وصفة الشهادة كما ذكرها ابن القاسم « يقول سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران » وبكثير من الشهود أحب عن ابن القاسم (حـ ٤ ص ٣٣ حطاب) .

وكلام ابن القاسم فى صفة الشهادة موافق لقول الامام مالك « تجوز شهادة السماع فى ضرر الرجل امرأته اذا سمع بذلك الرجال والنساء سماعا فاشيا ، وان لم يسمع بذلك الرجال والنساء فليس بفاش ، وهذا هو المشهور الذى عليه العمل فى المذهب (حـ ٤ ص ٣٣ الحطاب) . وان عجزت عن اثبات دعواها رفضها .

وجاء فى المادة الرابعة عشرة من المنشور السودانى الصادر فى سنة ١٩١٥ من محكمة عموم السودان مانصه : « اذا شكت المرأة تكرر الضرر من زوجها بضرب أو سب أو غير ذلك مما لايستطاع معه دوام العشرة عادة لأمثالهما ، ولا يجيزه الشرع ، وثبت ذلك على الزوج بينة (هى رجلان) أو اعتراف منه وطلبت الطلاق لذلك أجابها القاضى اليه وطلقها طلقة بائنة تملك بها أمر نفسها » .

والذى يلاحظ على المنشور أنه اشترط تكرر الضرر مع أن المشهور فى المذهب أن يثبت الضرر ولو مرة واحدة وبذلك يكون المنشور جاريا على غير المشهور فى المذهب ، وهو فى نظرنا أدق مما أخذ به القانون المصرى ،لأن الحياة

الزوجية يجب أن يحتمل فيها كثير من الهفوات ، وألا يعمل على فصمها لأول هفوة تصدر من الزوج ، ولو كانت جسيمة .

« التحكيم »

عالج المشرع المصرى والسودانى حين أصدر كل منهما قانونه الذى أشرنا اليه ـ الشقاق الذى يحصل بين الزوجين ، وقصر علاجه على حالة التضرر الذى تكرر شكوى الزوجة منه ، ولم تستطع اثباته لدى القضاء ، ونحن نرى قبل الدخول فى هذا الموضوع أن نبين الأحكام التى وردت فى المذهب الذى استمد الحكم منه خاصة بما يحصل من خلاف بين الزوجين ، وهو المذهب المالكى .

فى الجزء الثانى من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير ، ص ٤٠١ حـ ٢ فما بعدها :

(ا) اذا تعدى الزوج على زوجته بأن كان يضارها بالهجر ، أو الضرب ، أو الشتم ، ورفعت أمرها الى القاضى وأثبتت تعديه واختارت البقاء معه ، وتأديبه على مايحصل منه اتخذ القاضى معه السبل التى يتخذها الزوج مع زوجته حين تنشز عن طاعته وتخرج على أمره ، وذلك بأن يعظه ان رأى ذلك مفيدا فى تأديبه ، فان لم ير ذلك مفيدا أمرها بهجره ، لأن هجرها له فيه مشقة عليه ، فان لم يفد ضربه ، هذا اذا اختارت البقاء معه . أما اذا ادعت الضرر ، وتكررت شكواها ، وعجزت عن اثبات دعواها ، وادعى كل منهما الضرر ، وتكررت منهما الشكوى ، وعجزا عن اثباته ، فان القاضى فى هاتين الحالتين يعين حكمين ، حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، لأن الأقارب أعرف ببواطن الأمور ، ونفوس الزوجين أسكن اليهما ، فيبرزان لهما مافى ضمائرهما من الحب والبغض وارادة الفرقة أو الصحبة ، فان لم يوجد من أهلهما من يصلح لهذه المهمة عين أجنبيين ، وينـدب أن يكونا من جيرانهما ، ويشترط فى الحكمين لينفذ حكمهما :

أن يكونا رجلين رشيدين ، عدلين ، عالمين بأحكام الشرع فى المهمة التى ندبا اليهـا .

ومهمة الحكمين أولا : العمل على التوفيق بينهمـا ما أمكن ، وتحرى أسباب الخلاف ، والوقوف على مايشكو كل من صـاحبه بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه ، ويسأله عما كره من صاحبه ، ويقول له : ان كان لك حاجة فى صاحبك رددناه لما تختار .

ثانيا : ان تعذر التوفيق والاصلاح بين الزوجين ، وثبت لهما أن الاساءة من الزوج طلقا عليه بلا مال يأخذانه منها لظلمه ، وان ثبت أن الاساءة من الزوجة كان لهما الخيـار فى أن يبقيا على الحياة الزوجية ويأتمناه عليهـا ويأمراه بالصبر ، وحسن المعاشرة ان رأيا فى ذلك صلاحا ، أو يخلعاها منه فى نظير مال يلزمانها به ، ان علما أنها لاتستقيم معه أو أحب الزوج الفراق ، وترك الفقهاء تقدير المال الى الحكمين ، وأجازوا أن يكون أكثر من الصداق الذى أخذته ، وان تبين لهما أن الاساءة من الجانبين وأنهما متساويان فى اضرار كل منهما بصاحبه ، وعجزا عن التوفيق بينهما ، كان لهما أن يخلعاها منه بلا مال على أحد القولين ، والقول الثانى يلزمانها بمال يسير وعليـه أكثر الفقهاء ، وان تبين لهما أن أحدهما أكثر اساءة من الآخر ، وعجزا عن التوفيق ، فان كان الرجل أكثر اساءة طلقا عليه بلا مال ، وان كانت المرأة أكثر اساءة ألزماها بقدر من المال .

ثالثا : بعد انتهاء الحكمين من مهمتهما يرفعان تقريرا الى القـاضى بما رأياه ، وعلى القاضى أن ينفذ ماقرراه ، ولا يجوز له معارضته ونقضـه ، ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه ، بأن يقول حكمت بما حكمتما به .

هذه هى أحكام الفقه المالكى فى الموضوع برمته ، ولنأخذ فى بيـان ماتناوله القانون المصرى ، ثم القانون السودانى ليتبين لنا موافقة كل منهما للمذهب أو مدى مخالفته .

جاء فى ذيل المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

اذا ادعت الزوجة اضرارا بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ولم تستطع اثبات الضرر ورفض الطلب وتكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١

المادة ٧ : يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن ، والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما (وقد عرفت أن المذهب اشترط مع الرجولة والعدالة الرشد ، والعلم بالفقه الخاص بهذا المشروع) .

المادة ٨ : على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما فى الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها .

المادة ٩ : اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال قرر التفريق بطلقة بائنة ، ومن هذه المادة يتبين أن القانون المصرى قصر قرار الحكمين بالتفريق للاساءة ، على ما اذا كانت الاساءة من الزوج ، أو منهما معا ، أو جهل مصدرها ، وأهمل الاساءة اذا كانت من الزوجة فلم يأخذ فيها رأى المالكية ، وعلل المشرع عدوله عن الأخذ برأى المالكية حين تكون الاساءة من الزوجة بأن ذلك يكون داعيا لاغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرا الزوجية ، ولكنه تعليل غير مستقيم ، لأن الأخذ برأى المالكية فى هذه الحالة سيلزمها بتعويض تدفعه للرجل قد يكون فى بعض الأحوال أكثر من الصداق الذى أخذ منه كما بيناه سابقا ، والزامها بالتعويض يقف فى سبيل اغرائها بالمشاكسة ، ومع ذلك فانه لافائدة فى بقاء زوجية تكون المرأة فيها نافرة من الحياة الزوجية .

المادة ١٠ : اذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وذلك لتمكين الوصول الى الصالح بين الزوجين ، أو حل الزواج .

المادة ١١ : على الحكمين أن يرفعا الى القاضى ما يقررانه ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه ، (وقد قلنا عند بيان الأحكام فى هذا الموضوع ، وذلك بأن يقول القاضى حكمت بما حكمتما به ، أو يقول نفذت ماقضيتما به) .

أما ماجاء فى المنشور الشرعى السودانى رقم ١٧ خاصا بهذا الموضوع ، فقد نصت المادة الخامسة عشرة ، منه على مايأتى :

اذا تشاق الزوجان وتعددت شكوى الزوجة من ضرر الزوج اياها بدون حق شرعى ، ولم تستطع اثبات ذلك بعث القاضى حكمين ، واحدا من أهله وواحدا من أهلها ان أمكن ، والأفضل أن يكونا جارين ، فان لم يمكن ذلك بعث أجنبيين ، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين ، عالمين بأحكام النشوز ، فان لم يكونا عالمين علمهما القاضى ذلك .

يبدأ الحكمان بالصلح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لدوام الألفة وحسن العشرة ، فان استطاعا ذلك ووفق الله بينهما بينا لهما الطريق ، ورفعا الأمر الى القاضى ليقر ما اتفقا عليه ، ويأمر الزوجين بحسن العشرة ، وان تعذر الاصلاح ، فان تحقق الحكمان أن الاساءة من الزوج طلقا عليه طلقة بائنة بلا مال ، وان تحققا أن الاساءة من الزوجة وأحب الزوج الفراق ، أو علما أنه لايستقيم لهما حال طلقا عليه بمال من الزوجة يقررانه بنظرهما ، وان كانت الاساءة منهما ، أو جهل الحال طلقا عليه بلا مال طلقة بائنة وأتيا الحاكم وأخبراه بما فعلا ، ووجب عليه تنفيذ حكمهما .

ومن موازنة ماجاء فى المنشور بأحكام المذهب المالكى التى سردناها ، نجده متفقا معه تمام الاتفاق الا أنه : (١) لم يشترط الرشد فى الحكمين ، ولا الذكورة مع أنهما شرطان ضروريان فى المذهب المالكى على أن سكوته عنهما لاينفى اشتراطهما ما دام المنشور مستمدا حكمه منه .

(٢) انه لم يجعل للحكمين حق الحكم بالتعويض اذا كانت الاساءة منهما معا ، مع أن الرأى الذى عليه أكثر العلماء يجعل لهما الحق بالتعويض

على المرأة اذا تساوت الاساءة ، أو على من هو أكثر اساءة ان تبين أن أحدهما أكثر اساءة لصاحبه .

(٣) انه لم يعالج حالة الخلاف بين الحكمين ، وقد عالجها المشرع المصرى اذ قال : اذا لم يتفق الحكمان بينهما على رأى أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكّم القاضى غيرهما ، وهو الطريق الطبيعى حين لايتفق الحكمان على رأى فى حل الخلاف بين الزوجين، على القاضى أن يبعث غيرهما ليحاولا حل الخلاف بصورة تحفظ للحياة الزوجية غايتها ان أمكن ، والا فرقا بينهما ، وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته .

هذا ولاشك أن التحكيم الذى جرت عليه المحاكم السودانية منذ زمن بعيد ، وجرى عليه المشرع المصرى منذ سنة ١٩١٩ هو علاج حازم لما يحدث من خلاف بين الزوجين ، تؤيده النصوص القرآنية التى كان للاسرة فيها عناية كبيرة اذ يقول الله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » فأمر سبحانه وتعالى المؤمنين بأن يبعثوا ــ عند الشقاق بين الزوجين ــ حكما من أهلها لتعرف أسباب النزاع ، واحلال الوفاق محل الشقاق ففهم الحنفية والظاهرية والشيعة الامامية والشافعى أن مهمة الحكمين مقصورة على الاصلاح بين الزوجين ، وليس لهما أن يفرقا بينهما اذ التفريق لايكون الا بتفويض من الزوج ، وتوكيل من الزوجة بقبول الخلع اذا دعت اليه داعية ، وان ضرر الايذاء يزال بالتعزير وعدم اجبارها على طاعته ، وفهم مالك وأحمد فى احدى الروايتين عنه أن للحكمين حق التفريق اذا تعذر الاصلاح بين الزوجين بمال أو بغير مال ، لأن الاسلام لايقر الضرر ، فاذا تشاق الزوجان ولم يتيسر رفع الضرر بينهما الا بالتفريق كان لازما ، فاذا لم يفعل الزوج كان لمن له ولاية رفع الضرر أن يرفعه ، وقد سمى الله تعالى المبعوثين حكمين ، وجعل بعثهما لغيرهما فليساوكيلين،

بل هما حكمان ، ولهما حق التفريق ، ونحن نؤيد رأى المالكية ومن سار على طريقتهم ، ويا حبذا لو كونت فى البلاد والقرى لجان تحكيم من أشخاص لهم حرمتهم وكرامتهم يقومون بفض المنازعات التى تحدث فى الأسر ، والعائلات ويوفقون بين المتخاصمين ، والمتنازعين ان أمكن التوفيق، والا فرقوا بين الزوجين على النحو الذى رسمه الفقه المالكى وذكرناه فى صدر هذا الموضوع ، على أن يصدر تشريع يمنع المأذونين من تسجيل كل طلاق لاتشير به لجان التحكيم المكونة فى القرية أو البلد ، وبهذا يصل المشرع الى غايته من تضييق دائرة الطلاق التى يرمى اليها فى تشريعاته الحديثة .

والشريعة الاسلامية منذ أربعة عشر قرنا أعطت للحياة الزوجية من العناية ما لم تعطها شريعة أخرى ، وسبقت كل التفكيرات الحديثة . فجريمة هجر العائلة التى لم يتنبه لها الغرب الا منذ سنة ١٩١٢ ، حيث قررت بلجيكا عقوبة على هذه الجريمة سنة ١٩١٢ ، وفرنسا حذت حذوها سنة ١٩٢٤ ، وأخيرا انجلترا التى طلبت النائبة (الدكتورة سمر سكيل) عقوبة من يهجر أسرته ، أو يمتنع عن الانفاق عليها بالحبس ، قد تنبه لها الشرع الاسلامى منذ زمن فخول للقاضى حبس الممتنع عن أداء نفقة الزوجية ، كما خول للمرأة حين يهجرها الزوج ولو باشاحة وجهه عنها فى مبيته حق طلب التفريق بينها وبين زوجها ، وهو مما يشهد لرجال التشريع بصدق التقدير لمكانة الأسرة ، ورعاية حقوقها ، والحرص على حمايتها من جريمة الهجر والاهمال .

الايلاء : لغة اليمين ، وفعله آلى يولى ايلاء ، وشرعا هو الحلف بالله ، أو بصفة من صفاته على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا ، كأن يقول : والله لا أقربك أبدا ، أو مدة حياتى ، أو سنة ، أو يطلق ولا يعين مدة ومثل الحلف بالله أن يعلق قربان امرأته على أمر يشق عليه ، كأن يقول ان وطئتك فلله على حج ، أو صيام شهر ، أو اطعام عشرين مسكينا مثلا ، أو فأنت طالق . فاذا حلف بغير الله أو علق على قربان امرأته أمرا لايشق

على الشخص لايكون موليا ، فاذا قال : ان قربتك فعلى صلاة ركعتين ، أو اتباع جنازة ، أو سجدة تلاوة لا يكون موليا ، لأن هذا لايشق على المرء فعله .

ركنه : لايتحقق الايلاء الا بالحلف الذى ذكرناه فى التعريف السابق .

شروطه : بما أن الايلاء طلاق وجب أن يكون الحالف أهلا لايقاع الطلاق ، بأن يكون عاقلا بالغا كما يشترط محلية المرأة بأن تكون زوجة له حقيقة ، أو حكما بأن تمضى مدة الايلاء ، وهى فى العدة .

حكمه : من المسائل التى عالجها الاسلام فأنصف فيها المرأة هذه المسألة التى كان الرجال فى الجاهلية يظلمون المرأة بها ظلما فادحا ، اذ كان الرجل منهم يولى من زوجته السنة والسنتين وأكثر من ذلك ايذاء لها ، ويمضى فى يمينه من غير لوم ولا حرج ، فلما جاء الاسلام وضع حلا لهذا الظلم بقوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق ، فان الله سميع عليم » .

وقد فهم الحنفية من هذه الآية الأحكام التالية : ان المولى من امرأته بين أمرين : اما أن يقربها فى أثناء مدة الايلاء ، وحينئذ يحنث فى يمينه ، ويلزمه كفارة اليمين ان كان حالفا بالله ، أو يلزمه ما التزمه من عتق أو صيام أو طلاق ، واما أن يبر فى يمينه فلا يقربها حتى تمضى المدة التى حلف عليها ، وحينئذ تبين منه بطلقة بائنة بمضى مدة أربعة أشهر ، وان كانت المدة التى حلف على ترك قربانها فيها أكثر من أربعة أشهر وذلك بناء على أن الفىء الوارد فى الآية عندنا لايكون الا فى المدة ، لأن الفاء فى قوله ، فان فاءوا ، يحتمل أن تكون لترتيب الفيئة على التربص أو على الايلاء ، وقد رجحنا ترتيبها على الايلاء لقراءة ابن مسعود ، فان فاءوا فيهن ، وهذه القراءة وان لم تكن متواترة ، فانها لاتقل عن كونها خبرا يصلح لترجح أحد الاحتمالين ، فان فاء الزوج فى المدة والا طلقت الزوجة بانقضائها طلقة بائنة من غير حاجة الى تطليق منه ، أو من القاضى جزاء ظلمه للمرأة بمنع حقها فجازاه الشارع

زوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة ، وجعلها تملك أمر نفسها ، وتزول سلطته عليها ، وذلك لايكون الا بالطلاق البائن .

أما الشافعى فانه يخالفنا فى أمرين : (١) أن الفىء عنده يكون قبل مضى المدة ويكون بعدها وعند مضى المدة يوقف الى أن يفىء الى زوجته فيغفر الله له مافرط من ايذائهـا ، أو يعزم على طلاقهـا ، فاذا فعل الزوج أحد الأمرين والا كان للزوجة أن ترفع الأمر الى القاضى ليأمره باختيار أحدهما ، فان فعل والا طاق عليه القاضى ، والطلاق منه ، أو من القاضى رجعى .

وحجته أن الفاء فى الآية للتعقيب ، فاقتضى جواز الفىء بعـد المدة ، وعندنا الفىء فى المدة الأخيرة .

(٢) أنه بمضى المـدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا ، وعنـده لايكون الا بطلاقه ، أو بطلاق القاضى لقوله تعالى : « وان عزموا الطلاق » ، فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ، ولأن التفريق بينهما لرفع الضرر عنها ، فيكون بتطليقها ان فعل ، والا فللقاضى أن يفرق بينهما كالتفريق بالجب أو بالعنـة ، ولأن الطلاق لايقع بغير تطليق أحـد فأشبه بالعنة حيث لايقع الطلاق بمضى الأجل .

ويبدو لنا أن رأى الشافعى ومن وافقه من سائر الأئمة أوجه من رأى الحنفية ، لأنه لا دليل فى الآية الكريمة على أن الفىء لايكون الا فى المدة ، ولا على أن الطلاق يقع بانتهائها ، فان رواية ابن مسعود ان صحت لاتعدو أن تكون رأيا له فى فهم الآية ، كما أنه قـد يكون من الخير مفاتحة الرجل فى شأن ماحدث منه بعد انقضاء المدة ليراجع نفسه ، ويدرك خطأه فذلك خير من ايقاع الطلاق بمضيها .

هـذا والفىء الذى يسقط به الايلاء وتنحل به اليمين هو المعاشرة الحقيقية ، فان كان عاجزا عن هذه المعاشرة بسبب من قبله أو من قبلها ، واستمر عجزه حتى انتهت المدة قام اللفظ مقام المعاشرة .

ويتعلق بهذا الموضوع أحكام كثيرة يرجع اليها من أراد الوقوف عليها فى الجزء الثالث من فتح القدير ص ١٨٠ فما بعدها .

« اللعان »

الأصل فى هذا الباب :

(١) قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

(٢) أخرج البخارى من طريق عكرمة عن ابن عباس : أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى (ص) فقال له النبى البينة أو حد فى ظهرك ، فقال يا رسول الله اذا رأى أحدنا مع امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ؟ فجعل النبى (ص) يقول البينة أوحد فى ظهرك ، فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ، لينزلن الله ما يبرىء ظهرى من الحد ، فنزل جبريل فأنزل الله عليه « والذين يرمون أزواجهم فقرأ حتى بلغ ان كان من الصادقين » وفى رواية أحمد فقال هلال والله انى لأرجو أن يجعل الله لى مخرجا ، فوالله ان رسول الله (ص) يريد أن يأمر بضربه أنزل الله عليه الوحى فامسكون حتى فرغ من الوحى ، فنزلت

والذين يرمون أزواجهم (لباب النقول فى أسباب النزول للسيوطى • سورة النور) •

(٣) فى البخارى بسنده عن ابن شهاب أن سعد بن سهل الساعدى أخبره أن عويمرا العجلانى جاء الى عاصم بن عدى الانصارى ، فقال له ياعاصم « أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل ياعاصم عن ذلك ، فسأل عاصم رسول الله (ص) عن ذلك ، فكره رسول الله (ص) المسائل وعابها ، حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله (ص) ، فلما رجع عاصم الى أهله ، جاءه عويمر فقال : ياعاصم ماذا قال لك رسول الله (ص) ؟ فقال عاصم لعويمر لم تأتنى بخير ، قد كره رسول الله (ص) المسألة التى سألته عنها ، فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله (ص) وسط الناس فقال يارسول الله : أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله قد أنزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله (ص) فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله (ص) قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ، وفى رواية لمسلم قال ابن شهاب فكانت السنة بعدهما ان يفرق بين المتلاعنين ، وفيه بسنده عن ابن عمر : ان النبى (ص) لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما •

ذلكم كتاب الله وسنة رسوله (ص) فيما يتعلق بأصل الملاعنة أو اللعان واليكم ماجاء فى هذا الباب من أقوال الفقهاء •

عرفه الفقهاء بتعاريف كثيرة تختلف باختلاف نزعة واضعيها الفقهية فمنها : انه كلمات جعلت سببا دافعا للحد عمن رمى زوجته بالزنا ، أو نفى نسب ولده عنه ولم يكن له شهود ، أو كان له شهود ولكنه لم يرد الاحتجاج بهم •

حكمة شرعيته : دفع الحد عن الرجل الذى قذف زوجته بالزنا ولم

يستطع اثباته فمكنه الشارع بهذه الشهادات والايمان من درء الحد عنه ، وأقامها مقام البينة ، وليمكن الزوجة من دفع الحد عنها أو على الأقل دفع التهمة الملتصقة بها من الزوج ، على رأى من لايرى حدها اذا لم تعترف أو تلاعن ، قال ابن حجر : وجعلت فى جانب المدعى مع أنها ايمان على الأصح رخصة لعسر البينة بزناها وصيانة للانساب عن الاختلاط (تحفه حـ ٢ ص ٢٠٢) .

سببه : أن يقذف الرجل زوجته بالزنا ، أو ينفى الولد عنه ، أو يقذفها بهما معا فيرميها بالزنا وينفى نسب الولد عنه ، وتطلب اقامة حد القذف عليه ، ويطلب هو اقامة حد الزنا عليها ولا بينة له ، وحينئذ يأمرهما الحاكم بالملاعنة .

كيفيته : اتفق الحنفية والشافعية على أن اللعان لايكون الا بطلب الزوجة اقامة حد القذف على زوجها ، كما اتفقوا على أنه لابد أن يكون مسبوقا بأمر الحاكم أو نائبه ، وهو أن يقول قائما أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه (ويشير اليها ان كانت حاضرة) من الزنا أو نفى ولدها أو هما معا (بحسب الأحوال) ويكرر هذا أربع مرات، ثم يقول فى الخامسة وان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا أو نفى الولد أو هما معا ، فاذا انتهى الزوج من ملاعنته أمر القاضى الزوجة بملاعنته بأن تقول وهى قائمة « أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ... وتكرر هذا أربع مرات ، ثم تقول فى الخامسة وان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به ... » .

ويبدأ الزوج أولا بحيث لو ابتدأت الزوجة أعيد اللعان بعد الزوج ، وبهذا قال الشافعى وأحمد وأشهب من المالكية لأن اللعان شهادات والمرأة بشهادتها انما تقدح فى شهادة الرجل فلا يصح لعانها الا بعد لعانه ، ولهذا يبدأ بشهادة المدعى فى باب الدعوى ، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع، والشافعية يوجهون رأيهم بأن اللعان وان كان ايمانا الا أنها جعلت فى جانب المدعى لعسر البينة بزناها ولصيانة الأنساب عن الاختلاط ، كما أن لعانها

انما جاء لدرء الحد عنها وهو لايجب الا بعد لعـان الزوجه (فتح حـ ٣ ص ٢٥٣ ، تحفه حـ ٨ ص ٢٠٢) .

هذا والحنفية يقولون بالملاعنة اذا نفى ولدها لأنه لما نفى الولد صار قاذفا لهـا ولا يعتبر احتمال كونه من وطء بشبهة لأن الاصل فى النسب الفراش الصحيح فنفيه عن الفراش الصحيح قذف .

من يصح منه اللعان

اختلف الأئمة فى اللعان أهوشهادة فيشترط فىالزوجين شروط الشهادة أم هو يمين فيكتفى فيهما بأهلية اليمين ـ بالأول قال الحنفية انه شهادات مؤكدة بالايمان مستدلين بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم الآية » فقد سمى الله تعالى الأزواج شـهداء ، وسمى ملاعنتهم شهادة وجعلهـا كشهادة الزنا فى العدد ودرء الحد عن الزوج ، ولو جعلنا الشهداء هنـا مجازا عن الحالفين كان المعنى ولم يكن لهم شهداء أى حالفون الا أنفسهم وهو غير مستقيم ، لأنه يفيد أنه لمـا يكن لهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم ، وهـذا انما يكون لو صح أن يحلف انسان عن غيره وهـذا لا وجود له .

وقال الشافعية وهو ظاهر مذهب مالك وأقوى رواية عن أحمد : ان اللعان ايمان مؤكدة بلفظ الشهادة ـ واستدلوا لمذهبهم بأن شهادة المرء لنفسه لاتقبل وان لفظ اللعـان وان سمى شهادة فان ذلك باعتبـار قوله أشهد وهو فى الحقيقة يمين صريح ، ولو كان شهادة ما استوى فيه الذكر والانثى ، ولا وجب تكراره فان المعهود فى الشهادة عدم التكرار ، بخلاف اليمين فقد عهد فيه التكرار عند ارادة التغليظ كما فى القسامة ، ولا دليل على ماذكر من كتاب أو سنة على ماذهب اليه الحنفية من الشروط ، ونتيجة لهـذا الاختلاف اشترط الحنفية فى المتـلاعنين : الحرية والعقل والبلوغ والاسلام وعدم الحد فى القذف وأن تكون الزوجة عند اللعان عفيفة غير متهمة بالزنا ، بأن لم توطأ حراما ولا بشبهة ، وأن تنكر مارميت به ، وأن يكون المتلاعنان زوجين فى زواج صحيح قائم حقيقة أو حكما .

ولم يشترط جمهور الفقهاء سوى أن يكون الملاعن زوجا يصح طلاقه بأن يكون بالغا عاقلا مختارا ، وعلى ذلك يصح اللعان من كل زوجين مسلمين أو كافرين عدلين أو فاسقين حرين أو عبدين محدودين فى قذف أو غير محدودين .

وقد رجح ابن القيم فى كتابه زاد المعاد حـ ٤ ص ١٣٥و١٣٦ رأى الجمهور بقوله « ولأن حاجة الزوج الذى لاتصح منه الشهادة الى اللعان ونفى الولد كحاجة من تصح شهادته سواء ، والأمر الذى نزل به مما يدعو الى اللعان كالذى ينزل بالعدل الحر ، والشريعة لاترفع ضرر أحد النوعين وتجعل له فرجا ومخرجا مما نزل به وتدع النوع الآخر فى الآصار والاغلال لافرج له ولا مخرج مما نزل به ، بل يستغيث فلا يغاث ويستعين فلا يجار ، ان تكلم تكلم بأمر عظيم وان سكت سكت على مثله قد ضاقت عنه الرحمة التى وسعت من تصح شهادته ، وهذا تأباه الشريعة الواسعة الحنيفية السمحة .

الاحكام المتعلقة باللعان

اذا طلبت المرأة حد زوجها لقذفها ، وأمره الحاكم باللعان فان امتنع حد عند مالك والشافعى وأحمد ، لأن القذف موجب للحد ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » وقد أعطى الزوج فرصة لدفع الحد عن نفسه وهى اللعان فان امتنع حد ــ ولقوله (ص) لهلال ابن أمية فى الحديث السابق البينة أو حد فى ظهرك ، وقد أقيم اللعان مقام البينة .

أما الحنفية فقالوا ان من امتنع عن الملاعنة يحبس حتى يلاعن أو تقر الزوجة أو تبين بطلاق أو فسخ أو موت أو يكذب نفسه فيحد حد القذف (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٠٨و٨٠٩ وفتح حـ ٣ ص٢٥١ وتحفه حـ٨ص٢٠٩)

فاذا لاعن سقط عنه حد القذف ، وحينئذ يجب على الزوجة أن تلاعن اذا كانت من أهله ، فاذا لاعنت سقط الحد عنها ، واذا امتنعت حبست

عند الحنفية والحنابلة حتى تلاعن ، أو تصدق الزوج ، فان صدقته خلى سبيلها من غير حد ولا نفى نسب ، وعلتهم فى ذلك : أن تصديقها له ليس باقرار قصدا قال الحاكم فى الكافى « واذا صدقت المرأة زوجها فقالت صدق ولم تقل زنيت وأعادت ذلك أربع مرات فى مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ، ويبطل اللعان ولا يبطل من قذفها بعد هذا ، ولا ينتفى النسب لأنه انما ينتفى باللعان ولم يوجد (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٠٨) .

(ب) اذا تم اللعان بين الزوجين سقط الحد عنه وعنها ، ونفى القاضى نسب الولد عن الزوج وألحقه بها وفرق بينها ، غير أن الفرقة بين الزوجين لاتتم عند الحنفية ورواية عن أحمد الا بأمرين (١) تمام اللعان (٢) تفريق الحاكم وحجتهم فى ذلك قول ابن عباس ففرق رسول الله (ص) بينهما وهو يقتضى بأن الفرقة حصلت بعد اللعان ، وبأن الرسول هو الذى فرق ؛ ولما فى حديث سهل بن سعد فطلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله (ص) وهؤلاء يقولون ان لم يطلق الزوج طلق عنه الحاكم طلقة بائنة (زاد المعاد حـ ٤ ص ١٥١، ١٥٢ وفتح حـ ٣ ص ٢٥٣ و ٢٥٤) .

والرأى الثانى وهو قول أهل الظاهر ومالك وأحمد فى احدى روايتيه وقول زفران الفرقة تكون بمجرد تمام اللعان من غير حاجة الى حكم القاضى، لأن سبب الفرقة قد وجد وهو اللعان .

والرأى الثالث رأى الشافعى وتابعه وكنون من المالكية أن الفرقة تكون بمجرد لعان الزوج ، وان لم تلاعن المرأة ، لأن مجرد الرمى من غير بينة وتوثيقه بالحلف هو سبب الفرقة اذ الثقة من جانبه قد فقدت فوجب الفراق ، ولعان المرأة انما شرع لدفع الحد عنها بخلاف الرجل .

ثم ان الأئمة اختلفوا فى نوع هذه الفرقة أهى طلاق بائن أم فسخ ؟ .

قال الطرفان انها طلاق بائن ، لأن كل فرقة يقوم بها القاضى تعتبر طلاقا بائنا ولا يمكن الزوج من استئناف الحياة الزوجية الا فى حالتين : (١) أن يكذب نفسه لأن هذا رجوع عن الشهادة ولا حكم لها بعد الرجوع عنها

وحينئذ يحد حد القذف ويثبت نسب الولد منه ، واذا وجب عليه الحد بطلت أهلية اللعان ، واذا بطلت أهليته ارتفع حكمه ثم ان كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح .

(ب) أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة اذ بذلك ينتفى السبب الذى من أجله كان التفريق (فتح ٣٠ ــ ٢٥٦) .

وقال ابو يوسف اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا وتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع ، وبه قالت الأئمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة فلا يكون طلاقا بل فسخا ، ويلزم على قول أبى يوسف أنه لايتوقف على تفريق القاضى لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا ، وعلى هذا لو كذب نفسه ، أو صدقته أو خرج عن أهلية الشهادة فلا تحل له لأن رسول الله (ص) قال المتلاعنان لايجتمعان ، ان أثر التأبيد المنصوص عليه فى الحديث يقتضى التحريم المؤبد ، ولأن اللعان قد وجد وهو سبب التفريق وتكذيبه نفسه أو تصديقها اياه من بعد لاينفى وجود السبب فهو باق فيبقى حكمه ، ولان الثقة بين الزوجين قد فقدت (فتح ٣ ــ ٢٥٩) غير أن أبا يوسف يقول اذا كذب نفسه ثبت النسب ، ويزول كل أثر للعان بالنسبة للولد اتفاقا ، وانما ثبت نسب الولد مع أنه قرر أن التحريم لايزول لأن الحديث ورد فى التفريق ومحافظة على حق الولد يثبت نسبه من أبيه بعد التكذيب ، ولأن اللعان لا يقتضى نفى السبب دائما فلا مانع من تحققه مع ثبوت النسب .

هذا واذا كان موضوع اللعان نفى نسب الولد انتفى نسبه بالنسبة للاحكام التى تلزمه ، ويترتب على ذلك أنه لايرث منه ولا تلزمه نفقته ولكن بالنسبة للاحكام التى شرعها الله للكافة يعامل كابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ولو قتله لاقصاص عليه للشبهة كما لو قتل الأب ولده وتثبت المحرمية بينه وبين أولاده للاحتياط ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر ، ولا يعد مجهول النسب فلا يصح أن يدعيه غيره ، لجواز أن يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه له .

العـــدة

أثر من آثار الزواج ، وهى فى اللغة الاحصاء ، يقال عددت الشيء عدة أى أحصيته احصاء ، والجمع عدد مثل سدره وسدر .

وفى الشرع : التربص الذى يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت ، أو شبهتـــه ، ومعنى ذلك أن المرأة لايحل لها أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضى هذه المدة التى حددها الشارع لها ، أما الرجل فلا عدة عليه فله أن يتزوج بأية امرأة شاء بعـــد طلاق زوجته الا اذا قام مانع يمنعه من الزواج بامرأة معينة ، كأخت زوجته ومعتدة الغير فانه يجب عليه الانتظار حتى يزول المانع ، ولا يسمى انتظاره عدة اصلاحا ، وان وجد فيـــه معنى العدة ، وفى فتح القـــدير ما يفهم أن انتظار الرجل يسمى عدة ، ولكن الاصطلاح خص العدة بتربصها لا بتربصه .

سبب العدة : حصول فرقة بأى سبب كان بين الرجل «(١)» وزوجتـــه المدخول بها حقيقة فى نكاح صحيح أو فى نكاح فاسد (كالمنكوحة بغـــير شهود ، ونكاح امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة ، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عنده خلافا لهما ، وتزوج الاختين معا أو الأخت فى عدة الأخت ونكاح المعتدة ، والخامسة فى عدة الرابعة) أو بشبهة «(٢)» ، والمختلى

(١) امرأة المجبوب تعتد اذا كان ينزل فان كان لاينزل فلا عدة له كالصبى ، أما الخصى والعنين فتعتد زوجة كل ، فهما كالصحيح فى الولد والعدة كما نص فى البحر عن كافى الحاكم (ص ٨١٦ حـ ٢ من ابن عابدين) .

أما المالكية فلا يقولون بوجوب عدة على امرأة المجبوب ولو كان ينزل خلافا للقرافى القائل بأنه ان أنزل الخصى والمجبوب اعتدت زوجتهما بسبب خلوتهما وان لم ينزل فلا عدة على زوجتيهما .

(٢) كمن زفت الى غير بعلها ، وقد حكى فى المبسوط ان رجلا زوج ابنيه بنتين فأدخل النســـاء زوجة كل أخ على أخيه فأجاب العلماء بأن كل واحـــد يجتنب التى اصابها وتعتد لتعود الى زوجهـــا ، وأجاب أبو حنيفة رحمه الله بأنه اذا رضى كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد زوجته ويعقد على موطوءته ويدخل عليهـــا للحال ، لانه صـــاحب العدة ورجع العلمـــاء الى جوابه ا هـ

بها خلوة صحيحة أو فاسدة فى نكاح صحيح . أما غير المدخول بها فلا عدة عليها لقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ومحل هذا ما اذا لم يكن سبب الفرقة الوفاة ، فان كان سببها الوفاة والزواج صحيحا لزم أن تعتد أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » ذلك أن الآية الأولى نصت على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها ، وألحق بالطلاق سائر الفرق الأخرى ، والآية الثانية نصت على عدة المتوفى عنها زوجها ولم يخصص النص فيها ، فيتناول الحكم بعمومه كل زوجة سواء أدخل بها أم لم يدخل .

حكمة العدة : تختلف العدة باختلاف حال الزوجة أولا ، ثم باختلاف نوع الفرقة ، ونحن نذكر لك الحكم التى لوحظت فى شرعية العدة مجملة ، لتوزع كل حكمة على مايلائمها فنقول : من الحكم التى لوحظت :

(١) صون الانساب عن الاختلاط ، لأن عناية بنى الانسان بحفظ الأنساب لا تضاهيها عناية فشرعت هذه المدة لتعرف براءة الرحم .

(٢) التنويه بتنظيم شأن النكاح ، والأعلام بأنه جليل خطره لاينحل الا باتنظار يعلم به انحلاله ، كما لا ينعقد انعقادا صحيحا الا باجتماع قوم يشهدون بعقده ، ولولا هذان الأمران لانحل سريعا وانعقد كذلك وكان

وكالموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه ، ومن تزوج امراة غيره وهو لايعلم بحالها فانها تحرم على الاول حتى تنقضي العدة ولا نفقة لها على الاول ، لان وجوب العدة عليها من الثانى بعدها ناشزة ، ومحل ذلك ما اذا كانت عالمة راضية ، فان كانت جاهلة بأنه راجعها وهى لاتشعر أو اكرهها على النكاح لم تكن ناشزة لانها لم تقصد منع نفسها عن الاول .

أما اذا تزوج امراة غيره وهو يعلم أنها متزوجة ودخل بها فان ذلك يعد زنا ، والمزنى بها لاتحرم على زوجها وله وطؤها بلا استبراء عند الشيخين ، لان ماء الزنا لاحرمة له ، ولهذا يحد اذا دخل بها عالما بأنها زوجة غيره ، وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها بحيضة ، ونقل فى الدر عن شرح الوهبانية ولو زنت المراة لايقربها زوجها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا وضعفه ابن عابدين .

بلعب الصبيان أشبه ، وفى هـذا يقول صاحب الدر وابن عابدين : وحكم كونها ثلاثة اقراء أن مشروعية العدة لتعرف براءة الرحم وذلك يحصل بمرة لأن الثانية لاظهار حرمة النكاح واعتباره لم ينقطع أثره بحيضة واحدة فى الحرة والأمة والثالثة لفضيلة الحرية .

(٣) اعطاء فرصة للرجل يراجع فيها نفسه بعد أن تهدأ ثائرة غضبه وتسكن نفسه ، فقد يرى أن مراجعة زوجته أولى من المضى فى الانفصام لأمور عائلية تقتضى هـذه المراجعة ، كأن يكون له منها أولاد أو تكون صلته بها تحتم عليه الاحتفاظ بعلائق الزوجية ، حرصا على أواصر الرحم التى بينهما .

(٤) الحداد على الزوج ، وذلك فى عدة الوفاة من نكاح صحيح ، وقد جعل الله مدة العدة فى المتوفى عنها زوجها أطول من غيرها ، لأن ما يعترى الزوجة من الحزن والكآبة لوفاة زوجها عظيم يمتد أثره الى أكثر من ثلاثة قروء ، وهى المدة التى تعرف بها براءة الرحم ، اذ أن براءة النفس من كآبة الحزن تحتاج الى مدة أطول .

هذا الى أن التعجيل بالزواج مما يسىء الى أهل الزوج ، ويفضى الى الخوض فى المرأة بالنسبة الى ما ينبغى أن تكون عليه ، من عدم التهافت على الزواج بها من الوفاء للزوج والحزن عليه .

أنواع العدة : (١) حيض (٢) وأشهر (٣) ووضع حمل .

العدة بالحيض : قال تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» ومعنى التربص الا تتزوج المرأة حتى يمر عليها ثلاثة قروء ، والقرء عند الحنفية الحيض ، وهو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت ، لأن رسول الله (ص) يقول « عدة الأمة حيضتان » والأمة لاتخالف الحرة فى جنس ماتقع به العدة ، وانما تخالفها فى العدة ـ وعلى هـذا اذا حصلت فرقة لحرة بعد الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب غير

الوفاة ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدتها ثلاث حيضات كوامل ، ان كانت من ذوات الحيض . واذا وقع الطلاق فى أثناء الحيض فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة ، بل لابد من ثلاث حيضات كوامل ، لأن العدة مقدرة بها والحيضة لاتتجزأ فننتظر حتى تكمل الحيضة الثالثة ، والطلاق فى هذه الحالة بدعى يأثم الزوج به لتطويل العدة عليها .

وقال الشافعى ومالك ونقل عن عائشة وزيد بن ثابت أن القرء الطهر ، وهو مايكون بين الحيضات وسبب الخلاف أن القرء فى اللغة يطلق على الحيض والطهر ، فحمله الحنفية على الحيض لما قدمنا وحمله الشافعة على الطهر (يراجع الفتح ص ٢٧٠ ، ٢٧١) .

تنبيهان : (١) اذا استمر نزول الدم على امرأة بدون انقطاع ولم تكن لها عادة معروفة بالنسبة للطهر والحيض أو كان لها عادة ونسيتها ، أو اشتبه عليها الأمر ، فان عدتها على المفتى به تنقضى بمضى سبعة أشهر من وقت الطلاق أو الفسخ وتوجيه ذلك أن يعتبر لها ثلاث حيضات بثلاثين يوما باعتبار أقصى مدة لكل حيضة هى عشرة أيام ، وثلاثة أطهار لكل طهر شهران أى أربعة أمثال أقل مدة الطهر أخذا بالاحتياط ، وقيل تنقضى عدتها بثلاثة أشهر ونرى أن القول الثانى أظهر من الاول وان كان الاول هو الذى عليه الفتوى ، لأن العادة الغالبة أن المرأة تحيض فى كل شهر مرة ، وتسمى هذه المرأة بالمتحيرة .

(٢) اذا رأت المرأة دم الحيض ولو مرة بأن نزل عليها الدم ثلاثة أيام على الأقل ، ثم انقطع عنها لأى سبب كان ولم تعد تراه ، واستمر طهرها بعد ذلك ، فانها تعتد بالحيض لأنها من ذوات الاقراء ، فاذا لم تحض فلا تنقضى عدتها حتى تبلغ سن الاياس وتتربص بعد ذلك ثلاثة أشهر كاملة وتسمى هذه ممتدة الطهر .

أما المالكية فيقولون بأن من تأخر حيضها بلا سبب أو بسبب ، انها مرضت قبل الطلاق أو بعده فانقطع حيضها تتربص تسعة أشهر من يوم

الطلاق ـ كما فى المدونة ـ ثم تعتد بثلاثة أشهر ، وتنقضى عدتها وتحل للازواج ، ولو حاضت من تربصت سنة فى أثناء السنة ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء فان تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها وان رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء لادم فيها ، وتعتبر من تربصت سنة بيضاء ممن عدتهن بالأشهر فى مستقبل أيامها فتعتد بثلاثة أشهر الا اذا رأت الحيض .

وقد كانت المحاكم الشرعية فى مصر تجرى على الرأى الراجح فى مذهب الحنفية ولهذا كانت تقضى للمرأة بالنفقة طوال المدة مادامت لم تقر بانقضاء العدة ، وكان العمل بهذا الحكم مدعاة الى ارهاق الأزواج ، لكتمان الزوجات الحقيقة حتى يكدن لأزواجهن ويأخذن النفقة مدعيات بقاء العدة ، فكان على ولاة الأمور أن يعالجوا هذه الحال بدفع الضرر عن الأزواج فصدر قانون سنة ١٩٢٠ اقتبس من مذهب الامام مالك فنص على أن المعتدة بالاقراء اذا تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لاترى فيها الحيض ، فان ادعت أنها رأت الدم فى أثنائها أخرت الى أن ترى الدم مرة أخرى أو الى أن تمضى سنة بيضاء ، وفى الثالثة ان رأت الدم انقضت عدتها وان لم تره تنقضى العدة بانتهائها ، وهذا كله اذا كانت غير مرضع ، فان كانت مرضعا لاتحسب مدة الرضاع ان كانت لم تحض فى أثنائه ويكون الحكم فى تأخر حيضها هو ماتقدم ، وان حاضت فى أثناء الرضاع اعتدت بالاقراء على الوجه السابق ، ولكن هذا العلاج لم يكن شافيا ولم يقطع السبيل على الكاذبات ، لأنها فى حال الرضاع تستطيع استدرار النفقة بالكذب مدة خمس سنوات كاملة ، سنتان للرضاع وثلاث بعدها ، وفى غير حال الرضاع تستطيع ابتزازها ثلاث سنوات كاملة ، ولهذا رأى ولى الأمر أن يصدر قانونا جديدا سنة ١٩٢٩ عالج به هذه الحالة فجاء فى المادة ١٧ منه : لاتسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، والسنة ٣٦٥ يوما ، وبنى هذا القانون على أمرين : (١) ما لولى الأمر من حق

منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال .
(٢) على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى من أن أقصى مدة الحمل سنة .

هـــذا ويلاحظ أن القانون لم يتعرض للعدة ولا لانتهائها ولا لحل تزوجها بزوج آخر ، وانما كل ما فعله هو منع مطالبتها بالنفقة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، ووكل أمر المسائل الأخرى الى دين المرأة مع ملاحظة أن أقل مدة تصدق فيها المرأة أن عدتها انقضت بحيضها ثلاث حيضات كوامل هو ستون يوما من تاريخ الفرقة على الرأى المفتى به ، وقد قدمنا توجيـه ذلك فى باب الرجعة .

هذا هو الحال فى مصر ، أما فى السودان فقد صدرت :ـ

أولا تعليمات للمحاكم الشرعية تتعلق بالتنفيذ فى ٧ فبراير سنة ١٩١٦ جاء فيها :

بما أن المقرر فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن العدة للمطلقة التى رأت الحيض ولا حمـل بها ولم تصل سن اليأس لاتنقضى الا بثلاثة أقراء طالت المدة أو قصرت ، وبما أن بعض النساء يتخذن ذلك ذريعة الى تعمـد الكذب ، واخفاء انقضاء العدة توصلا الى الاستمرار على أخذ النفقـة ، وبما أن ذلك يؤدى الى اقتطاع المال بغير حق ، والى جراءة النساء على تعمد الكذب وتأدية الايمان الفاجرة ، وبما أن شرع العدة فى أكثر أحوالها لتعرف عدم الحمل ، وأقصى أمد الحمل عند الامام ابى حنيفة سنتان ، فقد رأيت أن تتبع المحاكم فى طلب تنفيـذ أحكام نفقات المعتـدات بالاقراء والحمل القاعدة الآتية : لاتطلب المحاكم تنفيذ أحكام نفقات المعتدات بالاقراء أو الحمل الا اذا كان الغرض الحصول على نفقة مستحقة عن سنتين أو بعضهما من تاريخ الطلاق ، أما ما زاد على المستحقين فى سنتين فلايطلب تنفيـــذه أما المعتدات بالاشهر فمعروف أنه لاينفذ لهن الا عن المدة المقررة لهن شرعا

ثانيا ـ صدر المنشور الشرعى رقم ٢٨ سنة ١٩٢٧ ألغت المادة الخامسة والسادسة منه الاحكام السابقة ولم تجعل لمعتدة حق المطالبة بنفقة عن مدة

أكثر من سنة الا المرضع ، جاء فى المادة الخامسة منه « المعتدة غير المرضع لاتسمع دعواها النفقة لاكثر من سنة واحدة من تاريخ الطلاق ، فان كانت مرضعا وادعت انقطاع حيضها للرضاع فلا تسمع دعواها النفقة لأكثر من ثلاثة أشهر بعد انقضاء مدة الرضاع »

وبموازنة ما جاء فى القانون السودانى بما حدث من تعديل فى القانون المصرى نلاحظ ما يأتى :

(١) أن القانون السودانى سبق القانون المصرى فى منع مطالبة المعتدة بنفقة عدة لأكثر من أقصى مدة الحمل أولا وهى سنتان .

(٢) أن التعديل الذى صدر للقانون السودانى فى سنة ١٩٢٧ يختلف فى بعض أحكامه عن القانون المصرى ، بالنسبة للمرضع حيث حدد القانون المصرى مدة النفقة لها بسنة كغيرها من سائر المطلقات سواء ادعت انقطاع الحيض عنها أو مجيئه لها فى مدة الرضاع ، فى حين أن القانون السودانى جعل لها الحق فى المطالبة بنفقة سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الوضع بالنسبة لها اذا ادعت انقطاع حيضها فى مدة الرضاع .

(٣) ان القانون السودانى أكثر انطباقا على الفقه وعلى الواقع من القانون المصرى وياحبذا لو أخذت به المحاكم الشرعية المصرية .

العدة بالأشهر : الأصل فيها (١) قوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » (٢) قوله « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

بينت الآية الكريمة الاولى أن المرأة التى انقطع حيضها لكبر سنها (وقدر على قول الجمهور بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى ص ٩٣٨ ابن عابدين) أو التى لم تحض لصغرها ويرى المالكية أن الصغيرة التى لاتطيق الوطء لاعدة عليها ، وعندهم رأى آخر وهو ان من لايمكن حملها

لصغر سواء اكانت بنت سبع أو أقل أو اكثر لاعدة عليها ولا على الكبيرة التى لايخشى حملهـا (ص ٥٤٨ حـ ٢ حاشيـة الدسوقى) أو التى لم تر الدم أصلا بعد بلوغها (وقدر بخمس عشرة سنة) أو رأته أقل من ثلاثة أيام لأن ذلك لايعد حيضا ــ قدرت الآية الكريمة عدة هؤلاء جميعا بثلاثة أشهر ما لم تكن الفرقة من وفاة فان كانت من وفاة فعدتها أربعة أشهروعشرة أيام كما بينت الآية الثانية ثم ان وقع الطلاق فى أول الشهر العربى اعتدت بالاشهر الهلالية اتفاقا وان وقع فى أثناء الشهر اعتبرت كلها بالايام فلاتنقضى الا بتسعين يوما عند أبى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهـر الاخير والشهران المتوسطان بالأهلة .

أما المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة مدخولا بها أم غير مدخول بها للنص القرآنى الذى أوردناه فى شأنها ولقوله عليه السلام : « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوجها اربعة أشهر وعشرا » الا فى حالتين (١) اذا وطىء رجل امرأة لشبهة بأن زفت اليه وقيل له هى زوجتك ولم تكن كذلك فدخل بها وقبل المتاركة أو التفريق توفى الرجل فان المرأة تعتد بالحيض فى هذه الحالة (٢) اذا كان زواجها فاسدا وقد دخل بها فان عدتها تكون بثلاث حيضات لابالأشهر لأن حكمة العـدة هنا تعرف براءة الرحم لا الحزن على الزوج اذ هو فى الوطء بشبهة ليس زوجا وفى النكاح الفاسد ليس زوجا شرعيا فلا يجب الحزن عليه وهذا اذا كانت تحت مسلم أو كانت تحت كافر يعتقد العدة ، أما اذا كانت تحت كافر لايعتقدها فلاتعتد .

تحول العدة من نوع الى نوع :

(١) اذا اعتـدت من لم تحض أصـلا بالأشهر بأن كانت مراهقـة أو ممتدة الطهر ثم حاضت قبل تمام أشهرها انتقض مامضى من عدتها ووجب عليها أن تستأنف العـدة بالحيض لأن رؤية الدم يبطـل الخلفية فلا تحل

للازواج الا بعد ثلاث حيضات كوامل . اما لو رأت الدم بعد تمام عدتها بالاشهر فلا تستأنف العدة بعد انقضائها لكنها اذا تزوجت بعد ذلك ثم طلقت اعتدت بالحيض لصيرورتها من ذوات الأقراء (ابن عابدين ص ٩٢٧ حـ ٢)

(٢) اذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهى فى العدة تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق سواء أكان وقوع الطلاق فى حال صحة الزوج أم فى مرض موته ، لأن الزوجية لاتزال قائمة ، فدخلت تحت عموم الآية « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » أما اذا طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها وهى فى العدة فلا تعتد عدة الوفاة ، بل تتم عدة طلاقها لأن الطلاق البائن قطع الزوجية من حين صدوره ، ومحل ذلك ما لم يكن فارا بتطليقها فى مرض موته ، فان تحققت الشروط التى يعد بها فارا بحيث ترثه اذا مات فانها تعتد بأبعد الاجلين ، من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فأيتهما كانت أطول فهى عدتها ، وذلك لأننا اذا راعينا أنها مبانة كانت زوجيتها غير قائمة وليس عليها عدة وفاة ، واذا راعينا أنها وارثة كانت زوجيتها قائمة وعليها عدة الوفاة ، فمراعاة للاعتبارين قلنا أنها تعتد العدتين : عدة الطلاق ، وعدة الوفاة على أن تتدخل أقلهما فى أطولهما ، وهذا معنى قولنا تعتد بأبعد الأجلين الطلاق أو الوفاة ، وقال أبو يوسف تعتد عدة الطلاق فقط ككل مبانة ، والفتوى على الأول .

العدة بوضع الحمل : عدة الحامل تنقضى بوضع الحمل اذا كانت معتدة من طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف ، وسواء أكان النكاح صحيحا أم فاسدا ، لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولو كان الوضع بعد الفرقة بلحظة بشرط أن يكون الحمل ظاهرا كل خلقه أو بعضه ، لأنه فى هذه الحالة يعتبر حملا ، أما لو أسقطت علقة أو مضغة فلا تنقضى عدتها لأنه اذا لم يستبن خلقه لم يعلم كونه ولدا بل يحتمل ويحتمل فيقع الشك ، وعن على رضى الله عنه : انه اذا مات المطلق وهى فى أثناء العدة كانت عدتها أبعد الأجلين ، لأن النصوص متعارضة ، فبعضها

يوجب ثلاثة قروء ، وبعضها أربعة أشهر وعشرا ، وبعضها بوضع الحمل ، فقلنا بوجوب الأبعد احتياطا .

والحنفية يقولون : ان آية الحمل متأخرة فيكون غيرها منسوخا بها أو مخصوصا ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لو وضعت وزوجها على سرير لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ، وهو قول ابن مسعود أيضا .

مبدأ العدة ، لما كان سبب العدة هو الطلاق أو المتاركة أو الوفاة كان ابتداؤها عقب ذلك لأن المسبب يعقب السبب ، ولذلك يكون مبدأ العدة بعد الفرقة فى النكاح الصحيح سواء أكان بموت أم بطلاق اذا كان الطلاق مشتهرا بين الناس ، أم بغيره ، لأن الله تعالى أوجبها على المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهما يتضعان بهما عقبهما ، ولا يتوقف ابتداؤها على علم الزوجة بسببها من طلاق وموت وغيرهما بل تنقضى وان كانت جاهلة حصول الفرقة وذلك لأن العدة أجل فلا يشترط العلم بمضيه .

وفى الزواج الفاسد يكون ابتداؤها من حين المتاركة بأن يقول لها تركتك أو تفريق القاضى ، والخلوة فى الزواج الفاسد لاتوجب العدة ولا المهر ، وانما يجبان بحقيقة الوطء ، ولا تعتد فى بيت الزوج لأنها فى حال قيام العقد لاحق له عليها فى احتباسها فى بيته فبعده أولى .

وقال زفر من آخر الوطآت ، لأن الوطء هو السبب الموجب ، ولنا أن السبب الموجب للعدة هو شبهة النكاح ، ورفع هذه الشبهة بالتفريق ، ألا ترى أنه لو وطئها قبل التفريق لا يجب الحد وبعده يجب ، فلا تصير شارعة فى العدة مالم ترتفع الشبهة بالتفريق ، قال ابن عابدين : ومبدأ العدة فى الوطء بشبهة بلا عقد ينبغى أن يكون من آخر الوطآت عند زوال الشبهة بأن علم أنها غير زوجته وأنها لاتحل له ، اذ لاعقد هنا فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور كما يعلم مما ذكرنا ، وتكون العدة عقب التفريق اذا كانت المرأة فى زمان يصلح لابتدائها ، فاذا فرق بينهما فى الحيض يعتبر ابتداؤها بعده .

هذا اذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها فى وقت معين وأنكر الزوج دعواها ، فأثبتت الزوجة بالبينة وحكم لها القاضى بما ادعت ثبت الطلاق الى الوقت المعين بدعواها ويكون ابتداء العدة من ذلك الوقت لا من وقت الحكم (ص ٩٤٣ حـ ٢ ابن عابدين)

واما اذا ادعت عليه أنه طلقها فى وقت معين فأقر بدعواها ، أو أقر هو ابتداء انه طلقها منذ كذا من الزمن سواء أصدقته أم كذبته فان العدة تبتدىء من وقت اقراره لا من الوقت المسند اليه الطلاق على ما اختاره المتأخرون ، وهو الذى عليه الفتوى فلا يحل له التزوج بأختها ولا بأربع سواها حيث كتم طلاقها غير أنها ان كذبته فى الاسناد أو قالت لا أدرى لزمه النفقة والسكنى فى مدة العدة ، وان صدقته فلا نفقة لها ولا كسوة اذا كان الزمن الماضى استغرق العدة ، لانها تصدق فى حقها ، أما فى حق الله وهو العدة والسكنى فلا أثر لتصديقها .

والخلاصة فى هذا الموضوع أنه ان كتم طلاقها ثم أخبر به بعد مدة فالفتوى على أنه لا يصدق فى الاسناد بل تجب العدة من وقت الاقرار سواء صدقته أم كذبته ، وان لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه ، فان لم يشتهر بين الناس فكذلك ، وان اشتهر بينهم بأن أقر به بينهم أو بين رجلين تجب العدة من وقت وقوعه ولو أقام معها ، وتنقضى وان كان زمانها مضى وهذا اذا لم يكن وطئها بشبهة ظن الحل والا وجبت بالوطء عدة أخرى وتدخلتا بخلاف ما اذا كان الوطء بلا شبهة فانه لا يوجب عدة لتمخضه زنا ، والزنا لا يوجب عدة (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٤١)

وقال فى البحر وظاهر كلام محمد فى المبسوط اعتبارها من وقت الطلاق ووفق السعدى بحمل كلام محمد على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند اليه الطلاق ، أما اذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الاسناد ، قال فى البحر وهذا هو التوفيق ان شاء الله .

وفى الفتح أن فتوى المتأخرين مخالفة للأئمة الاربعة وجمهور الصحابة

والتابعين ، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة فينبغى أن يتحرى بها محالهـا والناس الذين هم مظانها ، ولهذا فصل السعدى بما مر والفرق أنه لما ثبت بالبينة المتصل بها القضاء ، ان الطلاق وقع فى وقت معين كان ذلك الوقت هو وقت الفرقة حتما فتبتدىء منه العدة ، لكن لما كان فى الحالة الثانيـة سند الاضافة الى الوقت المعين هو مجرد الاقرار احتمل أن يكونا متواطئين على الاضافة الى زمن سابق لتقر بانقضاء عدتها حتى تصير أجنبية فتنفـذ وصيته لها ، أو يصح اقراره لها بالدين أو غير ذلك ، فلا جزم بحصـول الفرقة فى الوقت المسند اليه ، فتبتدىء العدة من الوقت المقطوع بحصول الفرقة فيه وهو وقت الاقرار (٩٤٣ ابن عابدين حـ ٢)

تتمة : لو طلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بينونة صغرى ثم تزوجها وهى فى العدة وطلقها قبل الدخول بها فعليها عدة مستقبلة وعليـه مهر كامل وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد لهـا نصف المهر أو المتعة وعليها تمام العدة الاولى .

وحجة الشيخين أنها لما عادت الى عصمته بالعقـد الجديد كأنها عادت الى حالها الاولى ، وحالها الاولى كانت مدخولا بها ، وكأنها بعـد العقد الثانى مدخول بها ، فاذا طلقت فعليها العدة ولها المهر الكامل وهـذا هو المفتى به ، وحجة محمـد أنها طلقت قبل الدخول حقيقة فلا عدة عليها من الزواج الثانى ، وأما عدة الزواج الاول فتستمر حتى تنقضى .

وهذا رأى ظاهر الوجاهة ولكن الفتوى على الاول .

مسائل منثورة :

(١) اذا وجب على المرأة عدتان ، فاما أن تكونا من رجلين أو من واحد، فاذا كانتا من رجل واحد تداخلت العدتان ، فاذا كانت وطئت بعد حيضة من الاولى فعليها حيضتان تكملة للاولى وتحتسبان للعدة الثانية ، فاذا حاضت واحدة بعد ذلك تمت العدة الثانية .

واذا كانتا لرجلين مختلفين ، فان كانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينها تداخلتا عندنا ، ويكون ماتراه من الحيض محتسبا منهما جميعا ، واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام الثانية هذا ويمكن تصور انقضاء العدتين معا كمعتدة بالاشهر لوفاة وطئت فيها بشبهة وحاضت فيها ثلاثا ، ويمكن تصور انقضاء الثانية قبل الأولى كما لو تمت الحيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر ويمكن تأخر الثانية عن الاولى كما لو حاضت بعد تمام الأشهر .

(٢) ذمية غير حامل طلقها ذمى أو مات عنها لاعدة لها عند أبى حنيفة . فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز وان كان لايباح له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة فى قول أبى حنيفة لأن العدة انما تجب حقا للزوج فاذا كان كافرا لايعتقدها لاتجب له فحيث لم يعتقدها حقا لانفسهم لانلزمهم بها لأنا أمرنا بتركهم ومايعتقدون ، ولو كانت الذمية حاملا تعتد بوضعه اتفاقا لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب .

أما لو كانت تحت مسلم ثم طلقها أو مات عنها فانها تعتد اتفاقا بين الامام وصاحبيه لأن العدة تجب لأجل حقه واعتقاده وان تزوجها ذمى مثلها وكان لايعتقدها .

(٣) أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق ، ان غلب على ظنها صدق ما أخبرت به وسعها أن تعتد وتتزوج ، والظاهر أن العدة تبدأ من وقت الطلاق لا من وقت الاخبار لانه غير مقيم معها فلا تهمة .

(٤) قالت امرأة لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى وسعه أن يصدقها ويعتمد على خبرها ويتزوجها .

(٥) اختلفت امرأة مع مطلقها فقال المطلق اخبرتنى أن عدتها انقضت ، فان كان فى مدة لاتنقضى فى مثلها لايقبل قوله ولا قولها الا أن تبين ما هو

محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ، ولو كان فى مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها ، وله أن يتزوج بأختهـــا لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه .

قال ابن عابدين : فالحاصل أن يعمل بخبريهما بقدر الامكان . بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها فى حقها من وجوب النفقة والسكنى .

هذا ولو ولدت التى أقرت بانقضاء عدتها وثبت نسب الولد يفســـد نكاح أختها لأنه صار مكذبا شرعا (ص ٩٥٢ حـ٢ ابن عابدين)

(٦) قالت مضت عدتى والمدة تحتمل هذا القول ، وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها ولو كانت مرضعا ، لانه يتصور من بعضهن ، أما اذا كانت المدة لاتحتمل انقضاء العدة فلاتصدق ، لان الامين انما يصدق فيما لايخالفه الظاهر ، وأقل مدة تصدق فيها على رأى الامام ٦٠ يوما وهو المفتى به ، فيجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها ، ويؤخـذ لها أقل الطهر وأكثر الحيض ليعتـدلا فطهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين يوما ، وكما يكون انقضاء العدة بالقول يكون بالفعل كما لوتزوجت بآخر بعـد مدة تنقضى فى مثلها العـدة ، فلو قالت بعده لم تنقض عدتى لاتصدق لأن الاقدام عليه دليل الاقرار .

واجب المعتدة : على المعتدة أمران :

(١) بقاؤها مدة العدة فى المنزل الذى كانت تسكنه حال قيام الزوجية لقوله تعالى : لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا أن يأتين بفاحشة «١»

(١) الفاحشة اختلف فى تفسيرها فقيل هى نفس الخروج وبه أخـذ أبو حنيفة الا أن يكون خروجها فاحشة كما يقـال لا يسب النبى (ص) الا كافر ولا يزنى أحـد الا أن يكون فاسـقا ، وقيل هى الزنا ويخرجن لاقامة الحـد وهو قول ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس هى نشوزها وان تكون بذيئة اللسان على احمائها .

هذا والمتوفى عنها زوجها نهارا لكسب عيشها فاذا كان لها قدر من المال يغنيها عن التكسب صارت كالمطلقة ، فلا يحل لهـا أن تخرج لزيارة ونحوها ، والمدار الا تصرف الزمان خارج بيتها الا بقدر ماتحتاج اليه .

مبينة » لتكون على مقربة من مطلقها يصونها حتى ينتهى ما بقى من آثار زوجيتها ، ولتكون الأرملة على ذكر من زوجها المتوفى فتقوم بواجب الوفاء له ، وليس للمعتدة من وفاة أو طلاق أن تسكن فى غير منزل العدة الا اذا وجد عذر يمنع من أقامتها فيه ، كأن ينهدم أو يخشى سقوطه أو تخاف فيه على نفسها أو مالها أو يخرجها الورثة منه ، أو لاتقدر على دفع أجرته وعندئذ يجوز لها أن تقضى عدتها فى غيره ، الا انها اذا كانت معتدة من وفاة فعليها أن تسكن فى أقرب منزل من منزلها القديم ، وان كانت معتدة من طلاق فتسكن حيث يسكنها مطلقها ، وان سكنت فى غير منزل العدة بلاعذر يبيح لها ذلك تعتبر ناشزا ولاتستحق نفقة العدة ، غير أن العرف جرى على أن المطلقة بمجرد طلاقها تنتقل الى منزل أهلها ولم يجر العرف ببقائها فى منزل الزوجية بل قد يعد الناس ذلك قبيحا وغير لائق واذا كان العرف فى الشرع له اعتبار فلا يكون خروج المطلقة من منزل الزوجية الى منزل أهلها مستوجبا حرمانها من النفقة الواجبة على المطلق فى مدة العدة ، وهذا رأينا يخالف ما تجرى عليه المحاكم الآن .

(٢) الأحداد «١» وهو ترك الزينة فلاتلبس حليا ولاحريرا بجميع أنواعه ولا ثوبا مصبوغا أو مضخما بما له رائحة طيبة ، وجملة القول أنه لا يجوز لها أن تلبس مايعد لبسه زينة فى العادة أبيض أو أسود أو غيرهما ولاتكتحل ولا تمس طيبا مادامت فى العدة ، وذلك فى المعتدة من طلاق بائن «٢» أو وفاة

---

(١) من أحدت المراة تحد احدادا تركت الزينة ، وهو واجب على غير الكافرة اما الكافرة فلا احداد عليها لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ، ولا على صغيرة ومجنونة ، لان الخطاب موضوع عنهما خلافا للشافعى ومالك حيث يجب الاحداد عندهما لموت الزوج فيعم النساء كالعدة .

(٢) وقال الشافعى ومالك لا احداد على المبتوتة لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعدها الى مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته .

والحنفية يرون أن حكمة الاحداد اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مئونتها فالحقت المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها لان فوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف (هداية وعناية ص ٢٩٣ حـ ٣) .

اظهار اللأسف على وفاة زوجها ، أو على انقطاع زوجيتها بهذه الأبانة ، وهذا واجب خلقى من باب الوفاء للعشير ، أما المعتدة من طلاق رجعى فلم تنقطع زوجيتها حتى تلبس الحداد على وفاة الزوج ، بل يستحب لهـا أن تتزين ليرجعها زوجها الى عصمته ، أما معتدة النكاح الفاسد فلا تمنع من الخروج ولا تعتد فى منزل الزوج لأنه لاملك له عليها فلا احداد عليها لذلك .

نفقة العدة : لاتجب للمعتدة نفقة فيما يأتى :

(١) اذا كانت العدة من نكاح فاسد أو مباشرة بشبـهة ، لأن النفقـة لاتكون الا لزوجة من نكاح صحيح أو معتدة «[1]» كذلك ، والموطوءةوطء شبهة انلم يكن لها زوج فان حملت فلها النفقة والسكنى على الغالط ، وان لم تحمل فالسكنى عليه والنفقة عليها ، وان كانت ذات زوج ولم يدخل بها ، فان حملت من الغالط فسكناها ونفقتها على الغالط ، وان لم تحمل فالسكنى على الغالط والنفقة عليها لا على الغالط على الراجح ، أما لو بنى بها زوجها فنفقتها وسكناها على زوجها حملت أم لا ، الا أن ينفى الزوج حملها بلعان فلا نفقة لها عليه ، ولها السكنى على الزوج ما لم يلتحق الولد بالغالط ، فان لحق به فالنفقة والسكنى حينئذ على الغالط

(٢) اذا كانت العدة من وفاة ولو حاملا ، لان ملك الزوج انتهى بموته فلا مال له بعد الوفاة ، ولا وجه لايجابها على الورثة أو غيرهم ، لأنها من آثار الزوجية ، وقد كان عقد الزوجية بينها وبين زوجها المتوفى ، ولا مسوغ لايجاب شىء من آثار هذا العقد الشخصى على غير العاقد الملتزم ، وقيل للحامل المتوفى عنها زوجها النفقة فى جميع المال .

---

(١) ووجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعى موضع اتفاق ، أما المعتدة من طلاق بائن أو مافى معناه فقد اتفقوا على أنها ان كانت حاملا فلها النفقة ، أما غير الحامل فقد قال الشافعى انه ليس لها الا السكنى لقوله تعالى «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقال ابن ابى ليلى ليس لها السكنى ولا أى نوع من أنواع النفقة لان وجوب النفقة بحق الزوجية وقد زالت ، ولكن الحنفيـة يعممون فى المعتدة لقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، وهو يشمل المطلقات جميعا سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا .

(٣) اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب هو معصية ، كردتها وفعلها بأصول زوجها أو فروعه مايوجب حرمة المصاهرة وهذه وان سقط طعامها وكسوتها يجب لها السكنى ، لأن النفقة حقها ، والسكنى فى بيت العدة حقها وحق الشرع ، واسقاط حقها لايعمل فى حق الشرع ، اذ الشرع أوجب عليها القرار فى منزل الزوج فلا يسقط بحال ، هذا اذا لم تخرج من بيته فان خرجت فلا سكنى لها .

ويلاحظ أن المرأة اذا نشزت بأن خرجت من بيت العدة فلا تستحق نفقة مدة نشوزها لفوت الاحتباس بسبب من جهتها ، فان عادت الى بيت العدة عادت لها النفقة ، لأن النشوز انما يمنع المرأة الناشزة من أخذ النفقة مدة نشوزها .

ومن عدا من تقدم من المعتدات تستحق النفقة ، وهما المعتدة لفرقة من قبل الزوج سواء أكانت طلاقا أم فسخا بسبب محظور أو غير محظور ، والمعتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور كأن اختارت نفسها عند البلوغ ، أو فسخ النكاح لنقصان المهر عن مهر المثل ، والفرقة التى تحصل من القاضى فى الاحوال التى يطلق فيها أو يفسخ العقد فيها تعتبر من قبل الزوج ، لأنه فى الحقيقة ينوب عنه فى تطليق زوجته ، ومن ذلك اذا ما وقع الطلاق وكيله أو امرأته بطريق التفويض اليها .

ويراعى فى تقدير نفقة المعتدة يسر الزوج وعسره ، كما روعى ذلك حال قيام الزوجية ، لأنها فى الحقيقة نفقة زوجة على زوجها ، كما يراعى فى كل موضع تستحق فيها النفقة ألا تكون ناشزا بأن تخرج من مسكن العدة بدون عذر .

والذى يسقط حين النشوز هو نفقة الطعام والكسوة ، وأما السكنى فى مسكن العدة فهو حق الشرع لايسقط بأى حال الا لعذر يتعذر معه السكنى فيه ولهذا لو أبرأت مطلقها من نفقة عدتها صح عن طعامها وكسوتها

لأنهما حقهـــا تتصرف فيهما ، ولا يشمل السكنى لانها حق الشرع فلا تملك اسقاطه .

وتعتبر نفقة العدة دينا صحيحا ثابتا فى ذمة الزوج لايسقط الا بالاداء أو الأبراء . هـذا ويلاحظ أن النفقة تجب من عدة الايلاء واللعان ، واباء الزوج الاسلام ، وارتداد الزوج وغير ذلك .

النسب

لعل الهدف الاول الذى ترمى اليه الشريعة الاسلاميـة من الرابطـة الزوجية هو النسل ، فقـــد جاء فى صحيح الاحاديث « تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى مباه بكم الأمم يوم القيامة » فالنسل هو الثمرة لهـذه العلاقة الزوجية ، وهو المودة والرحمة اللتان ورد ذكرهما فى الآية الكريمة ، « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعـل بينكم مودة ورحمة » والبيت الذى يخلو من الاولاد مقفر لاحياة فيـه ولا حركة ولا ايناس ، ولا يشعر الزوجان فيه ببهجة الحياة الصحيحة « المال والبنون زينة الحياة الدنيا » ولا بقيمتها فى هـذا الوجود الذى يتطلب منهما أن يضعا لبنات فى تكوينه وبنائه ، والأولاد هم اللبنات التى يقوم عليها هذا الوجود، ولهـذا غرس الله فى النفوس البشرية حب التناسل مهمـا كان الوالدان فى شظف من العيش وضيق الحياة ، كما وضع الله فى الطبائع الانسانية الحرص على تربية الاولاد والعناية بشأنهم حتى يستقيم نظام الوجود ويبقى كاملا ولما يعلمه الحق سبحانه من الحرص على الولد والمشغولية به حـذرنا من الاسترسال وراء هذه العاطفة فان الاسترسال فى كل شىء يؤدى الى الانحراف عن الجادة فقال «يأيها الذين آمنوا لاتلهكم أموالكم ولا أولادكم عن ذكر الله»

من أجل ذلك عنى الفقهـاء عناية كبيرة بثبوت نسب الاولاد ، وحرص الكثيرون منهم على عدم ضياع الولد الذى يعـد كما قلنا ثمرة الوجـود والهدف الاول للانسان فيه ، فاذا رأينا بعض الاحكام فى هذا الباب لاتتفق

كثيرا مع مجارى العادات ، فمرجع هذا جميعه هو الرغبة الصادقة فى الحرص على الولد وعدم ضياعه ، وكثيرون ممن لم يعقبوا يحاولون أن يتبنوا من اللقطاء أولادا ليشبعوا غريزة حب النسل فى نفوسهم ، وليشعر كل منهم نفسه بأنه انسان منتج فى هذا الوجود .

ومما تجدر ملاحظته فى هذا الباب : (١) أن أكثر أحكامه استقرائى لم يبن على أساس علمى قاطع ، وقد يكون الاستقراء غير تام ، كما أن الاستنباط من هذا الاستقراء قد يكون غير صحيح فاذا رأى مالك مثلا أن أكثر مدة الحمل أربع سنوات لأن جارة له أخبرته بأنها وضعت ثلاثة أولاد فى اثنى عشر عاما كان هذا الاستنتاج غير سليم ، لأنه ليس من المعقول أن تحمل المرأة يوم تضع حملها فيحتسب من حين وضع الحمل الى الولادة الثانية وهكذا ، لم لا تكون ممتدة الطهر كما تحمل الغالبية العظمى من النساء . (٢) ان بعض أحكامه مبنى على فروض بعيدة الحصول ، ومبنى هذا كما قلت هو الحرص على الولد وعدم ضياعه ، هدما لنفس انسانية قد يكون لها خطرها ونفعها ان حيطت بالعناية والرعاية وخطرها وضررها ان أهملت .

(٣) ان الزنا لا يثبت نسبا لقوله عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر » أى أن الولد ينسب الى صاحب الفراش وللعاهر الذى لا يطلب النسل المشروع الخيبة والخسران ، ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا توجب النعمة بل يستحق صاحبها النقمة ، والزنا الذى لا يثبت نسبا هو الفعل الخالى من أى شبهة مسقطة للحد ، أما اذا كانت هناك شبهة تسقط الحد أو تمحو وصف الجريمة فانه يثبت النسب على ما هو الراجح فى المذهب .

(٤) نرى الحنفية أحرص على عدم ضياع الولد من غيرهم فهم يثبتون النسب بالدعوة متى كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله ولم يقل أنه من الزنا ، حين نرى أن المالكية يشترطون الى جانب ذلك الا يظهر كذب المدعى بأن يكون الولد لقيطا ، ولم يبين مدعى النسب وجها معقولا للاعتراف به ، أو يكون ذلك الغلام محمولا من أرض ولم يعرف أن المدعى

دخل هذه الأرض ، ونحن نؤيد الحنفية فى اتجاههم ولكن المفكرين يميلون الآن الى الأخذ برأى المالكية .

ثبوت النسب . يثبت النسب بواحد من ثلاثة :

(١) الفراش وهو النكاح الصحيح وقد يتناول الفاسد .

(٢) الاقرار به أى دعوة النسب .

(٣) البينة .

الفراش : يراد من الفراش «١» أن تكون الزوجية قائمة بين الرجل وامرأته حين ابتداء الحمل وفى هذه الحال يثبت النسب بشروط :

(ا) أن تجىء به الزوجة لتمام ستة أشهر فصاعدا من تاريخ العقد الصحيح عليها ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، لقوله تعالى فى سورة الأحقاف « ووصينا الانسان بوالديه احسانا ، حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » وقال فى سورة لقمان « ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين » دلت الآية الأولى على أن الحمل والفصال أى الرضاع معا ثلاثون شهرا ، ودلت الآية الثانية على أن الفصال وحده فى عامين فيستنتج من هذا أن الحمل وحده فى ستة أشهر ، فهى أقل مدة يتكون فيها الجنين حتى يولد حيا .

ويتفرع على ذلك (ا) أن الولد يثبت نسبه من أبيه اذا جاءت به لتمام ستة أشهر فصاعدا ما لم ينفه عن نفسه ، فان نفاه انتفى بشروط معروفة .

(ب) انها اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه ، لأنها لم تكن فراشا وقت حملها بهذا المولود ، الا اذا دعاه ولم يقل

(١) يقسم الحنفية الفراش الى أربع مراتب (ا) فراش ضعيف وهو فراش الأمة لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة (ب) متوسط وهو فراش أم الولد فانه يثبت فيه بلا دعوة لكنه ينتفى بالنفى (حـ) قوى وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فانه فيه لا ينتفى الا باللعان (ء) وأقوى وهو معتدة البائن فان الولد لا ينتفى فيه أصلا لان نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية ا . هـ (ص ٨٦٧ حـ ٢ ابن عابدين طبع دار سعادت) .

انه من الزنا ، ويحمل على أن المرأة حملت به فى فراش سابق سواء أكان بعقد صحيح أم فاسد أم دخول بشبهة ، مراعاة لمصلحة الولد وتصحيحا لكلام العاقل ما أمكن ، وحملا لحال الناس على الاصلاح وسترا على الأعراض .

(٢) أنهما لو اختلفا فى المدة بعد الولادة فقالت المرأة تزوجنى منذ أكثر من ستة أشهر ، وادعى الزوج الأقل كان القول لها بلا يمين . وقالا تحلف وبه يفتى لأن الفتوى على قولهما بالتحليف فى المسائل الستة . ويثبت نسب الولد لأن الظاهر شاهد لها بالولادة من نكاح حملا لها على الصلاح ، وهو له ظاهر يشهد له أيضا وهو اضافة الحادث الى أقرب أوقاته لكن ترجح ظاهرها بأن النسب يحتاط فى اثباته ولا تسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لأنها شهادة على النفى معنى فلا تقبل والنسب يحتال لاثباته ما أمكن ، والامكان هنا بأن يكون تزوجه بها سرا بمهر يسير وجهرا بأكثر منه ، أو لظروف خاصة يخشاها كما يقع من بعض الذين يتزوجون على زوجاتهم ويخشون اعلان هذا الزواج (ابن عابدين حـ ٢ ص ٩٧٤) .

(٣) ألا يكون الزوج صغيرا بحيث لايتصور عادة أن يكون الحمل منه ، فان جاءت زوجة الصغير الذى لايتصور الحمل منه بمولود لايثبت نسبه منه لأنه ليس أهلا لأن تحمل زوجته منه ، فلا تعتبر زوجيته فراشا يثبت به النسب .

(٤) ألا ينفيه فاذا نفاه نفيا معتبرا فان عليه أن يلاعن ، والنفى المعتبر هو الا يسبق منه مايدل على الاقرار بالولد ، فاذا صدر عنه ما يدل على الاقرار الصريح أو الضمنى بالنسب فان النفى بعد ذلك لايعتبر لأن النسب اذا ثبت بالاقرار لايقبل النفى بعد ذلك ، ومن الاقرار الصريح اعداده معدات الولادة وقبوله التهنئة ونحو ذلك ، ومن الاقرار الصريح أن يقر بأن الحمل منه قبل ولادتها اذا كانت المدة بين الاقرار والولادة أقل من

ستة أشهر ، فاذا تم اللعان انتفى نسب الولد عنه . (ص ٣٨٦ كتاب عقد الزواج) .

(٥) أن يتصور امكان مجيء الولد منه ولو كان التصور بعيد الوقوع فى مجارى العادات ولذا لايثبت النسب من طفل لايتصور منه الوقاع ولا ممن ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الزواج (مقتبس من حـ ٢ ص ٨٦٧ من ابن عابدين) .

هذا مايشترطه الحنفية لاثبات النسب حين قيام الزوجية الصحيحة ، ولا يشترطون تلاقى الزوج بزوجته بل متى جاءت بالولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر ثبت النسب ، سواء ثبت تلاقى الزوج بزوجته أم لم يثبت . ولذلك يقولون ، لو تزوج مشرقى بمغربية بينهما مسافة سنة فولدت لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب لامكان تصور مجيء الولد منه لاحتمال تلاقيهما ـ كما يقولون ـ بطى المسافات البعيدة ، وذكروا أن النسفى قال فى عقائده : وكرامات الأولياء حق فتظهر الكرامة على طريق نقض العادة للولى من قطع المسافة البعيدة فى المدة القليلة ، وظهور الطعام والشراب واللباس عند الحاجة والمشى على الماء والهواء ، وكلام الجماد والعجماء وغير ذلك من الأشياء . (ص ٨٦٧ ابن عابدين حـ ٢ طبع دار سعادت) .

أما فى عصرنا الحاضر فقد أمكن قطع المسافات فى أوجز الأوقات بفضل الطائرات النفاثة وغير النفاثة فاحتمال التلاقى ممكن ، وذلك كاف فى ثبوت النسب فى نظر الفقهاء صيانة للولد من الضياع . وقال أحمد فى قول والشافعى ومالك أن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب ما تأتى به فى أثناء قيام الزوجية أو العدة اذا كان الدخول ممكنا ، فاذا ثبت أنه غير ممكن أو أنهما لم يتلاقيا قط ولم يكن فى الامكان تلاقيهما فان النسب لايثبت ، وقد اختار شيخ الاسلام ابن تيميه أن النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقى ، ورجح هذا الرأى ابن القيم اذ يقول (والا فكيف تصير المرأة فراشا قبل البناء بها ، وكيف تأتى الشريعة بالحاق نسب من لم

يبن بامرأته ، وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة فلا تصير المرأة فراشا الا بدخول محقق) (زاد المعاد حـ ٤ ص ١٦٦) .

هذا وقد رأى المشرع الحديث أن الجرى على مذهب الحنفية يؤدى الى أن يثبت نسب أولاد لغير آبائهم فاحتاط لذلك بأن أصدر فى مصر قانونا سنة ١٩٢٩ يمنع قضاته عند الانكار من سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد الى حين الولادة ، كما منع قضاته من سماع مثل هذه الدعوى لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها .

وحدد المشروع الغيبة بسنة لأن أقصى مدة الحمل فى نظره كما قرر الأطباء فى العصر الحديث أن الحمل لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنة ، وعلى هذا الأساس جرى فيما أصدره من قوانين تتعلق بهذا الموضوع .

كما أصدرت محكمة عموم السودان الشرعية منشورا رقم ٤١ فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٥ جاء فى المادة الثامنة منه : « لاتسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها » وهو نص القانون المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٩ .

وكلا القانونين لم يتعرضا الى أصل الموضوع فى ذاته من حيث صحة ثبوت النسب أو بطلانه ، بل كل ما تضمناه هو أن القضاة ممنوعون من سماع مثل هذه الدعوى اذا أنكر الزوج ، لأنها تحمل فى ظاهرها الكذب ، ولولى الأمر أن يخصص قضاته ببعض القضايا ويمنعهم من نظر بعضها ، وان كان الفقهاء يلزمون ولى الأمر أن يقيم قضاة يفصلون فيما منع غيرهم من النظر فيه ، حتى لاتبقى حوادث فى الدولة لاتجد من ينظرها ويفصل فى شئونها ، وهو مطالب بالفصل فى جميع الخصومات والمنازعات .

وظاهر القانونين أنه ما لم يثبت عدم التلاقى كان للمحكمة أن تسمع الدعوى وتسير فيها ، فاذا لم يقم الزوج الدليل على أنه تزوجها بالمراسلة

أو بالتوكيل مثلا وأنه منذ تزوجها على هذا النحو لم يحصل لقاء حتى اذا لم يثبت ذلك سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

ونحن نلاحظ على صياغة القانون أنها صياغة غير محكمة ولا متفقة مع القواعد الفقهية التى تقول بعدم صحة الشهادة على النفى لأنه يقول « ما لم يثبت عدم تلاقيهما » ومعنى ذلك أن يطالب الزوج باثبات عدم التلاقى وهذا غير ممكن لأن عدم التلاقى لايحيط به علم الشاهد ولا سيما بعد أن أصبحت وسائل النقل متعددة كما أصبح قطع المسافات البعيدة لايتطلب زمانا طويلا بفضل المخترعات الحديثة ، وكان الأولى أن يقول :

« ترفض دعوى الزوجة اذا أنكر الزوج تلاقيه بامرأته منذ تزوجها حتى ولدت ، وعجزت المرأة عن اثبات التلاقى بينها وبينه » فيكون عبء الاثبات ملقى على عاتقها لا على عاتقه .

والواقع أنه حين يثبت عدم التلاقى بين الزوجين ولم تستطع الزوجة نقض ماادعاه الزوج كان من الواجب أن يفصل القانون فى الامر فيحكم بعدم ثبوت نسبه لقيام الدليل الظاهر على نفيه ، ويعتمد فى ذلك على ما اختاره ابن تيمية الذى يشترط لثبوت النسب الدخول الحقيقى ، أو على قول الشافعى ومالك الذى يشترط امكان التلاقى ، فاذا ثبت عدم التلاقى لا يثبت النسب .

ولعله لم يفعل ذلك ليمكن الزوج من ادعائه ان أراد ادعاءه فى مستقبل الأيام ولكن هذا لايصلح تعليلا أيضا لأن حكم القاضى بنفى نسبه لايحول دون ادعائه كما فى اللعان ، فان الزوج اذا أكذب نفسه بعد اللعان ثبت نسب الولد منه .

ونعتقد أن حرص فقهائنا على عدم ضياع الولد هو الذى دفعهم الى مثل هذه الأحكام وهى نظرة جديرة بالتقدير لا بالتشهير .

أما المولود من زواج فاسد كالمنكوحة بغير شهود وتزوج الاختين معا

والاخت فى عدة الاخت ونكاح المعتدة والخامسة فى عدة الرابعة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحرمة فيثبت نسبه اذا جاءت به لتمام ستة أشهر فصاعدا من حين الدخول الحقيقى بها عند محمد وعليه الفتوى ، وعندهما ابتداء المدة من وقت العقد قياسا على الصحيح ، والمشايخ أفتوا بقول محمد لعدم صحة القياس لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول، ولا يمكنه أن ينفى نسب هذا الولد عنه ، لأن النفى فى حالة قيام الزواج الصحيح انما كان بعد اللعان ، ولا لعان بين الزوجين بزواج فاسد ، لأن الآية واردة فى الذين يرمون أزواجهم ، والزواج عند اطلاق الشارع لاينصرف الا الى الزواج بعقد صحيح ، أما ان ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقى فلا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها ، لأنها حملت به قبل أن تكون فراشا بالدخول بها . ومن هذا يتبين :ـ

(١) أن الفراش فى الزواج الصحيح يتحقق بنفس العقد ، وفى الزواج الفاسد لايتحقق الا بالدخول الحقيقى ، ولذلك احتسبت مدة الحمل فى الزوجية الصحيحة من تاريخ العقد وفى الزوجية الفاسدة من تاريخ الدخول الحقيقى .

(٢) ان الفراش الثابت بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بنفس العقد فى الزواج الصحيح ، من جهة أن النسب الثابت بالفراش الأول لايمكن نفيه أصلا وأن النسب الثابت بالفراش الثانى يمكن نفيه بالشروط المعروفة .

أما المدخول بها بشبهة : كما اذا زفت الى الرجل امرأة على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته والموجودة ليلا على فراشه وادعى الاشتباه فهذه يثبت نسب المولود منها اذا ادعاه الزوج ، والواقع أن ثبوت النسب فى هذه الحالة يرجع الى اقراره به لا الى الفراش ، فهو نسب ثابت بالاقرار لا بالفراش .

ثبوت نسبة ولد المطلقة «١» الكبيرة والمتوفى عنها زوجها «٢»

ينبنى ثبوت النسب من المطلق أو المتوفى على معرفة أقصى مدة الحمل ، وهى عند الحنفية سنتان ، وعلى هذا (ا) اذا كان الطلاق بعد الدخول فولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها فى وقت يحتمل ذلك فان نسب الولد يثبت من مطلقها سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا ، لاحتمال أنها علقت به قبل الطلاق فيثبت النسب بالفراش ، واذا جاءت به لأكثر من سنتين ، فان كان الطلاق رجعيا يثبت النسب من

---

(١) أما الصغيرة المراهقة التى يجامع مثلها اذا طلقت (أ) فان كان الطلاق قبل الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق ، وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لايثبت لان الفرض الا عدة عليها ، وماجاءت به لايستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق ، وكل امرأة لم تجب عليها العدة فان نسب ولدها لايثبت من الزوج الا اذا علم يقينا أنه منه وهو أن تجىء به لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، وكل امرأة وجبت عليها العدة فان نسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا أنه ليس منه (ب) وان طلقها بعد الدخول وأقرت بانقضاء عدتها بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه لظهور بطلان الاقرار فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر أو اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها ، وماجاءت به لايلزم كونه قبلها حتى يتيقن بكذبها ، وان لم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه والا فلا يثبت ، وعند أبى يوسف يثبت الى سنتين من الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا من الطلاق الرجعى لاحتمال أنه وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت ، وتوجيه رأى أبى يوسف انها معتدة ويحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق ، لانها فى سن يجوز فيها بلوغها ، وهى لم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة فيثبت نسب ما تأتى به الى سنتين .

وحجتهما ، أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهى الاشهر ، لانا عرفناها صغيرة بيقين ، وما عرف كذلك لايحكم بزواله بالاحتمال ، فبمضى هذه الاشهر يحكم الشرع بالانقضاء أقرت بانقضاء العدة أم لم تقر ، وحكم الشرع فى الدلالة فوق اقرارها وهى لو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع فلزم الا يثبت حتى تأتى به لاقل من تسعة أشهر ، لان عدتها ثلاثة أشهر وأدنى مدة الحمل ستة أشهر فاذا ولدته لأقل من تسعة أشهر منذ طلقها تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة ، أما اذا ادعت الصغيرة الحبل كانت كالكبيرة ، لأنها باقرارها بالحبل حكم ببلوغها (فتح حـ ٣ ص ٣١٥ وهداية وعناية وابن عابدين ٩٦٦ حـ ٢) .

مطلقها ، ولو ولدت بعد الطلاق بمدة طويلة ، ويحمل ذلك على أن زوجها باشرها بعد الطلاق وهذا جائز له وبه تثبت الرجعة ، ويحمل حالها على أنها ممتدة الطهر ، وان كان الطلاق بائنا فجاءت به لسنتين فأكثر فلا يثبت نسبه الا بدعوة من الزوج لأن حملها به تبين أنه بعد زواح الفراش ولكن اذا ادعاه يحمل على أنه باشرها بشبهه .

والمتوفى عنها زوجها مثل المطلقة طلاقا بائنا فى ذلك ، غير أن الذى يدعى الولد ورثة المتوفى .

والمتزوجة زواجا فاسدا يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت المتاركة ، فان جاءت به لسنتين فأكثر فلا يثبت النسب .

(ب) اذا أقرت الكبيرة المطلقة رجعيا أو بائنا أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء العدة فى مدة تحتمله (بأن تكون ستين يوما على رأى الامام و٣٩ يوما على رأيهما) فان اقرارها يكون معتبرا ، لأنها لما أقرت بانقضاء العدة والقول قولها فى ذلك زال العقد أصلا وحكم الشرع بحلها للأزواج ما لم يوجد ما يبطل اقرارها ويتيقن بكذبها ، وعند الاطلاق لم يوجد ذلك ، وعلى هذا ان ولدت بعد مضى ستة أشهر من وقت الاقرار أو أكثر فلا يثبت نسب ولدها من مطلقها أو زوجها المتوفى ، لأننا لم نعلم ببطلان الاقرار ، اذ المدة بين الاقرار ووضع الحمل تكفى لتكوين الجنين ، فيحمل الأمر على أنها حملت به بعد الاقرار فلا يثبت نسبه ، وان جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ، وكانت المدة بين الفرقة والولادة أقل من سنتين ثبت

---

(٢) المتوفى عنها زوجها يرى زفر أنها اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه ، ولستة أشهر لا يثبت نسبه ووجه ذلك عنده كوجه الطرفين فى الصغيرة المراهقة وهو أن لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها ، فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه ، بخلاف ما اذا جاءت به لاقل .

هذا وكل حكم عرف فى المعتدة من طلاق يثبت للمعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة كالفرقة بردة أو بخيار بلوغ أو بعتق أو بعدم كفاءة أو لعدم تمام مهر المثل (ص ٩٦٥ حـ ٢ ابن عابدين) .

نسبه ، ويبطل اقرارها لظهور كذبها فيه ، اذ كانت حاملا به وقت الاقرار قطعا ، وتنتهى العدة بوضع الحمل ، وان كانت المدة بين الفرقة والولادة سنتين فأكثر فلا يثبت النسب الا فى الطلاق الرجعى لأن الولد لايمكث فى البطن أكثر من سنتين .

هذا هو مذهب الحنفية الذى كان معمولا به الى سنة ١٩٢٩ ، غير أن القانون الذى صدر فى سنة ١٩٢٩ منع بمادته الخامسة عشرة سماع الدعوى عند الانكار لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة ، وكذلك المنشور الشرعى الذى صدر من عموم محكمة السودان رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ منع فى مادته الثامنة سماع دعوى النسب عند الانكار لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة ، ثم حدد القانون فى مادته التاسعة السنة بأن عدد أيامها ٣٦٥ يوما ، وانبنى على ذلك أنه اذا وقعت الفرقة بين الزوجين سواء أكانت بالوفاة أو الطلاق أو الفسخ ، وسواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا ثم ولدت الزوجة بعد الفرقة ولدا لسنة أو أقل من تاريخ الفرقة ثبت نسب ولدها من زوجها ، سواء كانت بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ ، وسواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا ، ثم ولدت الزوجة لاكثر من سنة من وقت الفرقة وأنكر زوجها الذى وقعت الفرقة بينها وبينه أو ورثته انه ابنه فلا تسمع عليه دعوى نسبه ، لأن ولادتها لأكثر من سنة من تاريخ الفرقة دليل على أنها حملت به بعد الفرقة ، بناء على أن أقصى مدة الحمل سنة ، فدعواها على من فارقها أو على ورثته أنه ابنه دعوى يكذبها الظاهر فلا تسمع عند الانكار ، والقانون المصرى والمنشور السودانى لم يتعرضا لثبوت النسب أو نفيه ، بل كل مافعلاه هو منع المحاكم من سماع دعوى النسب فقط ، وقد تحقق بذلك رغبة الأب من عدم الحاق الولد به كما تجنبت المحاكم الحكم بنفيه عن أبيه ، لأن ذلك يترتب عليه اتهام الأم بالزنا .

هذه هى أحكام ثبوت النسب بالفراش على ما عليه العمل بالمحاكم

الشرعية ، وهى مبينة على ماقرره الشرع من تحديد أقل مدة المحل بستة أشهر ، وما قدره الطب الشرعى من تحديد أقصى مدته بسنة ، وما تقرر شرعا من جواز تخصيص القاضى بالحادثة والزمان والمكان ومادعا الى هذا التخصيص من شيوع فساد الذمم والجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وهى أحكام كما ترى تخالف مذهب أبى حنيفة فى عدة مواضع .

الاقرار

كما يثبت النسب بالفراش يثبت بالاقرار ، ويسمى ثبوت النسب بالاقرار وحده ثبوت النسب بالدعوة ، ومن القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى ان الاقرار حجة قاصرة على المقر لاتتعداه الى غيره ، فاذا كان الاقرار يتعدى غير المقر فلا يقبل بالنسبة لذلك الغير ، الا اذا قامت البينة على صحة اقراره أو صادق المقر عليه المقر على ما أقر به ، اذا عرفنا ذلك أمكننا أن نقسم الاقرار بالنسب قسمين :

(ا) قسم لايكون فيه تحميل النسب على الغير ، وانما يثبت أولا فى حق المقر ثم يسرى منه الى غيره كالاقرار بالأبوة المباشرة ، أو الأمومة المباشرة ، أو البنوة المباشرة ، كأن يقر بأن هذا الشخص والده أو هذه المرأة والدته أو هذا الولد ابنه .

(ب) وقسم يكون فيه تحميل النسب على الغير ، بأن يقتضى اقراره ثبوت نسب المقر له من غيره ابتداء ثم يتفرع عنه ثبوت نسبه من المقر كالاقرار بغير الأبوة أو البنوة ، كأن يقر بأخوة فلان أو عمومته ، فانمعنى الاقرار بالأخوة أن هذا المقر له ابن لأبيه أولا ثم يتفرع من نسبته الى أبيه أخوته له ، كما أن معنى الاقرار بالعمومة أن هذا المقر له ابن لجد المقر أولا ثم يتفرع من نسبته الى جده عمومته له وهكذا .

ولكل قسم من هذين القسمين أحكام تخصه .

فأما القسم الأول : فانه يثبت النسب فيه باقرار المقر اذا توافرت شروط أربعة : ـ

(١) أن يولد مثله لمثل المقر حتى لايكون مكذبا فى اقراره ، فان كان المقر له أكبر من المقر أو مساويا له فى السن كان الحس مكذبا للمقر فى اقراره فلا يقبل قوله .

(٢) أن يكون مجهول النسب ، (ويراد بمجهول النسب من لايعلم له أب فى بلد هو فيه لا فى البلد الذى هو مسقط رأسه لأن المغربى اذا انتقل الى المشرق وادعاه شخص والتزمنا التفتيش عن نسبه فى بلده لأدى ذلك الى الحرج ، ولايمكن الوقوف عليه) (ابن عابدين حـ ٤ ص ٦٤٢) لأنه ان كان ثابت النسب من غير المقر لايقبل اقراره اذا النسب الثابت لايحتمل الفسخ ، ولأنه لايمكن ثبوت نسب ولد من رجلين ، ويلتحق بالولد ثابت النسب ولد اللعان بعد القضاء بنفيه لأن الملاعن يجوز أن يكذب نفسه بعد النفى فيثبت الولد منه .

(٣) ألا يذكر أنه ولده من الزنى ، لأن الزنى لايصلح سببا للنسب كما ذكرنا سابقا ، اذ النسب نعمة وهى لاتنال بالمحظور .

(٤) أن يصدق المقر بنسبه المقر اذا كان مميزا ، لأن معنى الاقرار بالبنوة مثلا أنه يدعى عليه بأنه ابنه ، ودعوى الانسان على غيره لاتثبت الا ببينة أو مصادقة ، فاذا كان المقر بنسبه غير مميز فلا تعتبر مصادقته ، لأن مصلحته فى أن يكون ثابتا نسبه والشأن فيه أن يصادق . هذا واذا كان للولدالمقر بنسبه أم مشهورة بأنها أمه ، وهى حرة مسلمةوادعت أنها زوجة المقر ولم يكن من المقر فى حياته ما يكذبها ، فقد قال فى البدائع حـ٣ص٢١٨ أنها ترثه استحسانا كما جاء فىالنوادر والقياس ألا ترث ، ووجهالاستحسان أن سبب الاستحقاق للارث فى حقها يثبت بنسب الولد وهو بسبب النكاح الصحيح لأن المرأة اذا كانت معروفة بأنها أم الولد فالأصل فى ثبوت نسبه أن يكون بفراش ، والأصل فى الفراش هو النكاح الصحيح فكانت دعوى

النسب اقرارا منه أنه من نكاح صحيح ، واذا لم تكن معروفة أنها أمه فلا ترث الا بحجة ، فمتى توافرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر ، وأصبح يشارك الورثة فيما لهم من حقوق ، وليس معنى ذلك الاعتراف بنظام التبنى ، لأن الفرق بين التبنى وثبوت النسب بالدعوة أن النسب الذى يثبت بالدعوة يكون اقرارا بنسب حقيقى وان لم يذكر طريقه وسببه ، أما التبنى فهو أن يذكر أنه يلحقه به وان لم يكن ابنا طبيعيا ، وهذا الالحاق باطل .

أما القسم الثانى : وهو ماكان النسب فيه محملا على غير المقر ، كالاقرار بالأخ والعم والجد وابن الابن «١» فلا يثبت النسب الا بأحد أمرين :

(١) البينة .

(٢) أو بتصديق المقر عليه أو الورثة وهم من أهل التصديق .

وعلى هذا فمن أقر لآخر بأنه أخوه مثلا فلا تثبت بنوته لأبيه بهذا الاقرار حتى يصبح أخا له ، وانما يعامل المقر بهذا الاقرار فى حق نفسه فقط ، بحيث لايكون لهذه المعاملة أثر فى حق غيره ، فاذا كان المقر له فقيرا والمقر غنيا تفرض عليه نفقة الأخ على أخيه ، واذا مات المقر وليس له ورثة أصلا أو له ورثة هى زوجته فقط ، استحق المقر له كل التركة فى الحالة الأولى وما بقى بعد نصيب الزوجة فى الحالة الثانية كما كان يجرى العمل قديما قبل تعديل نظام التوريث الذى أجاز الرد على أحد الزوجين بعد ذوى الأرحام ، هذا وللمقر أن يرجع عن اقراره وان صدقه المقر له ، لأنه وصية من وجه وبالاقرار لم يثبت النسب ، اما ان صدقه المقر عليه فلا يصح رجوعه لأنه بعد ثبوته .

هذا ما كان عليه العمل قديما أما الآن فالزوجة يرد عليها ولا يستحق المقر له بالنسب شيئا ، وأما اذا مات أبو المقر فان مايرثه المقر من تركة أبيه يشاركه فيه المقر له اما مناصفة ، أو للذكر مثل حظ الانثيين ، وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل اقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه مايخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر ثلث ما فى يده ، لأن المقر قد أقر له بثلث

شائع فى النصيبين فنفذ اقراره فى حصته ، وبطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال ، والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل اقراره فيه لأن الاقرار حجة قاصرة ومعنى ذلك أن تقسم التركة قسمتين احداهما على فرض عدم وجود المقر له بينهم ، فاذا كانوا ثلاثة والتركة ٦٠٠ ج أخذ كل منهم ٢٠٠ ج والثانية على فرض وجود المقر له معهم فتقسم على أربعة ويخص كل واحد ١٥٠ ج فيأخذ المنكرون أنصبتهم كاملة على القسمة الأولى أى يأخذ كل منهم ٢٠٠ ج ويأخذ المقر نصيبه على القسمة الثانية ويأخذ المقر له خمسين جنيها وهى فرق الأنصبة ، وأئمتنا يقولون ان المقر له فى زعم المقر يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده وعندهما خمسة هذا ولو أقر أخ بابن للميت صح اقراره بالأخ وثبت اقراره فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما قالوا ان الاقرار بنسب على غيره يصح فى حق نفسه حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره . والشافعية يخالفوننا فى ذلك فلا يصححون الاقرار ولا يورثون الابن وان كانوا يقولون أنه يجب على المقر باطنا أن يدفع للابن التركه اذا كان صادقا فى اقراره (ص ٦٤٥ حـ ٤ ابن عابدين) .

البينة : عرفنا فيما سبق أن النسب يثبت حال قيام الزوجية اذا جاءت بالمولود فى دائرة المدة المقررة فى الفقه الحنفى ، الا اذا نفاه ولاعن زوجته كما يثبت اذا جاءت المعتدة من طلاق أو وفاة أو فسخ فى أثناء المدة المقررة فى الفقه التى بيناها فيما سبق ، يثبت النسب فى كل ذلك من غير اقرار ولا دعوة ، ولا تسمع دعوى النسب من امرأة ثبت عدم تلاقيها من حين العقد الى الولادة ، أو غاب عنها زوجها سنة كاملة أو ولدته بعد الطلاق أو الوفاة لأكثر من سنة حسب القانون المصرى الصادر فى ١٩٢٩ والمنشور السودانى الصادر فى سنة ١٩٣٥ .

والآن نريد أن نعرف الحكم عند نزاع الزوجين واختلافهما فى أصل الولادة أو فى تعيين المولود أتحتاج المدعية الى بينة كاملة أم يكتفى فى

الدعوى بشهادة القابلة ؟ هذا ما نريد بيانه والافصاح عنه .

اذا كان النزاع بين الزوج وزوجته فى تعيين المولود بأن يقول أنها ولدت بنتا وهذا غلام أو كان النزاع فى أصل الولادة كأن يقول أنها ما ولدت وهذا الولد لقيط ، فى هاتين الحالتين لا تحتاج الى بينة كاملة بل يكتفى بشهادة امرأة حرة مسلمة معروفة بالعدالة لأن تعيين المولود أو اثبات أصل الولادة من الأمور التى لايطلع عليها الا النساء ، فاشتراط الشهادة الكاملة فيه حرج على الوالدات ، والحرج مدفوع شرعا ، وقد أجاز رسول الله شهادة القابلة وقال ابن شهاب الزهرى « مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » وكذلك لها أن تثبت ما أنكره بشهادة الطبيب الذى باشر ولادتها أو أى رجل آخر شاهد ولادتها غير متعمد ، أما اذا كان النزاع بين الزوج ومعتدته فى أصل الولادة ، فاذا ادعت المعتدة الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وأنكرها الزوج فان كان قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا يعرفه كل من يراه فالولادة تثبت بمجرد دعوة المعتدة من غير حاجة الى شهادة أصلا ، لأن الحبل المفضى الى الولادة ثابت بظهوره أو بالاعتراف به ، فيثبت مايفضى اليه وهو الولادة ــ وهذا قول الامام ــ وقال الصاحبان لاتثبت الا بشهادة القابلة لأن دعواها أنكرها الزوج فلا بد من اثبات ما أنكره ، اما ان كان الزوج لم يقر بالحبل وليس حبلها ظاهرا فلا تثبت الولادة التى أنكرها الزوج الا ببينة كاملة وذلك لانقطاع الزواج بسبب انقضاء العدة بالولادة فصارت المرأة أجنبية ، وثبوت النسب من الاجنبية لا يكفى الا بالبينة الكاملة ــ وهذا قول الامام .

وقال الصاحبان تكفى شهادة القابلة فى هذه الحالة ، لأن الفراش قائم بقيام العدة فالنسب ثابت به ، والمحتاج الى اثباته هو الولادة ويكفى فى اثباتها شهادة القابلة . ومثل المعتدة من الطلاق فى هذه الأحكام معتدة الوفاة ، اذا نازعها الورثة وأنكروا ما ادعته من الولادة لأقل من سنتين من حين الوفاة .

وأما اذا ادعت المعتدة من طلاق أو وفاة الولادة لأقل من سنتين ولم

ينكر المطلق ولا الورثة نفس الولادة ، وانما أنكروا أن هذا هو المولود بعينه فهذا التعيين يثبت بشهادة القابلة .

فروع :

(أ) غاب الزوج عن زوجته فتزوجت بغيره وولدت ولدا ، ثم جاء الزوج الأول أو بلغها موته أو طلاقه فاعتدت وتزوجت وولدت ولدا ثم بان خلافه ، فمن يثبت نسب هذا الولد ؟ أمن الأول أم من الثانى ؟ تذكر كتب الفقه أقوالا أربعة فى هذا الموضوع :

١ فعن أبى حنيفة أنه للاول سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أولا ، لأن نكاح الأول صحيح فاعتباره أولى .

٢ ــ وعنه رواية ثانية أنه للثانى ، لأن الولد للفراش وان كان فاسدا وعليه الفتوى .

٣ ــ وعن أبى يوسف هو للأول ان أتت به لأقل من ستة أشهر من العقد الثانى ، لتيقن العلوق من الأول وان لأكثر فللثانى .

٤ ــ وعن محمد للأول ان كان بين وطء الأول والولادة أقل من سنتين فلو لأكثر منهما فللثانى لتيقن أنه ليس من الأول ، والنكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه أولى بالاعتبار .

وترى أن رأى أبى يوسف هو أصح الاقوال وأعدلها ، وهو الذى يجب المصير اليه لأنه متفق مع القواعد السابقة .

أما المرأة فهى للزوج الأول بالاجماع لتبين بطلان الزواج الثانى .

(ب) تزوجت معتدة بائن فولدت لأقل سنتين منذ بانت ولأقل من الأقل منذ تزوجت فالولد للأول لعدم امكان جعله من الثانى لعدم أقل مدة الحمل

وان ولدته لأكثر من سنتين منذ بانت ولستة أشهر فأكثر منذ تزوجت فالولد للثانى لامكانه مع تعذر كونه من الأول وان ولدته لأقل من ستة أشهر من زواجها بالثانى ولأكثر من سنتين منذ بانت من الأول لم يلزم الأول ولا الثانى

لأن النساء لايلدن لأكثر من سنتين ولا لأقل من ستة أشهر ، والنكاح صحيح عندهما وعند أبى يوسف فاسد لانه اذا لم يثبت من الثانى كان من الزنا ونكاح الحامل من الزنا صحيح عندهما لاعنده .

ولو ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق ولنصف حول من وقت تزوج الثانى فقد أمكن جعله من الأول ومن الثانى ، وذكر صاحب البدائع أنه للثانى لأن اقدامها على التزوج دليل على انقضاء عدتها ، فكانت بمنزلة ما اذا أقرت بانقضائها ، أما لو تزوجها وهو يعلم أنها فى العدة فالنكاح فاسد وولدها للأول ان امكن اثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين منذ طلق أو مات .

(حـ) جاء فى مجمع الفتاوى نكح كافر مسلمة فولدت منه لايثبت النسب منه ، ولاتجب العدة لأنه نكاح باطل ، فالوطء فيه زنا لايثبت به النسب ، بخلاف الفاسد فانه وطء بشبهة ويثبت به النسب ، ولذا تكون بالفاسد فراشا لا بالباطل (اهـ من الدر المختار ورد المختار ص ٩٧٨ حـ ٢ من ابن عابدين)

اللقيط

تنبنى أحكام هذا الباب على تكريم النفس البشرية ، والعناية بها والمحافظة عليها من الضياع ، فلقد كرم الله بنى آدم وفضله على سائر المخلوقات كما وردت بذلك النصوص القرآنية ، والاحاديث النبوية ، كما تبتنى أحكامه على الرحمة التى كتبها الله على نفسه ، وطلبها من خلقه فأمرهم أن يكونوا رحماء فيما بينهم .

واللقيط مولود ضعيف لاجناية منه حتى يستحق الاهمال ، ويعرفه الفقهاء بأنه مولود نبذه أهله عقب ولادته ، اما فرارا من العار أو خوفا من الفقر ، أو لغير ذلك من الاسباب القاهرة التى تهون على أهله القاءه وطرحه .

أحكامه : أولا : من وجد لقيطا فى محلة كان التقاطه وأخذه فرضا عليه ان غلب على ظنه هلاكه ان تركه فى مكانه ، محافظة على هذه النفس البشرية

الضعيفة التى لم ترتكب جناية ولا اثما تستحق لاجلهما الاهمال والضياع، وان لم يغلب على ظنه هلاكه كان التقاطه منـدوبا اليه ، فمن أحيا نفسا فكأنما أحيا الناس جميعا ، وفى التقاطه وايوائه احياؤه .

ثانيا : ان وجد فى محلة مسلمة أو التقطه مسلم كان مسلما ، فان وجده غير مسلم فى محلة أهل الـذمة كان على دين من التقطـه ، ثم هو حر لأن الأصل فى الانسان الحرية .

ثالثا : يكون ملتقطه أحق بامساكه من غيره ، لأنه هو الذى أحياه ولا يملك أحد أن ينزعه منه الا اذا تبين أنه غير صالح لحفظه ، كأن يكون ملتقطه مجنونا أو معتوها ، واذا وجـده اثنان فأكثر كان الترجيح بين المتنازعين بالدين ، فالمسلم منهما أولى ، فان استويا فى الدين كان الرأى للقـاضى يضعه حيث يرى المصلحة فى وضعه عند أيهما .

والذى يجرى عليه العمل الآن فى مصر ان من يجد لقيطا ــ ان لم يرغب فى تربيته ــ يسلمه الى رجال الشرطة وهم يبعثـون به الى ملجأ اللقطاء ، وهناك يربى تربية حسنة ، ومن أراد أن يأخذ لقيطا من هؤلاء ليتولى تربيته لوجه الله أو ليشبع رغبة من رغباته الانسانية التى تدعوه الى حب النوع فانه يجاب الى طلبـه اذا أونس منه القدرة على ذلك ، وتعهد بالقيام بمـا تفرضه عليه قوانين اللقطاء لمصلحة اللقيط، ولاشك أن اقامة الملاجىء لهؤلاء الضعاف الوافدين على الحياة أمر جميل تدعو اليه الديانات على اختلافها .

رابعا : من القواعد المقررة فى الفقه الاسـلامى ، أن القاضى ولى من لا ولى له واللقيط لاولاية لاحد عليه ، ولذلك كانت الولاية عليه للقاضى ، غير أن الملتقط له ولاية الحفظ يقبض ما يدفع اليه هبة أو صدقة ، ويشترى له ما لابد منه من طعام وكسوة ، ويدفعه الى من يعلمـه علما أو حرفة وينتقل معه حيث ينتقـل ، ولا ينفق عليه من المال الذى وجد معه الا بأذن القاضى ، فان أنفق بغير اذنه ولم يشهـد أنه انفق ليرجع كان متبرعا ، واذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من يتبرع بالانفاق عليه وبرهن الملتقط على أنه لقيط وانه ليس هناك من تجب نفقته عليه كانت نفقته واجبة فى بيت

مال المسلمين ، يرتب له منه مقدار حاجته من طعام وكسوة .

خامسا : بما أنه غير معروف النسب فمن الخير له أن يثبت نسبه ممن يدعيه ، فاذا ادعاه شخص ثبت نسبه منه مادامت شروط الاقرار مستوفاة ولو كان المقر غير مسلم ولكن اللقيط يستمر مسلما بحكم الالتقاط .

واذا تنازعه اثنان كل يدعيه لنفسه ، فأيهما أقام بينة كان أحق ، فان لم يقيما بينة قدم الملتقط اذا كان واحدا منهما ، والا قدم أسبقهما دعوى فان لم تسبق احداهما الاخرى قدم من يصفه بعلامة مميزة فان استويا من جميع الوجوه لم تسقط دعوى النسب بل يثبت نسبه من كل منهما خوفا عليه من الضياع وحرصا على صيانته وحفظه .

الرضاع

ذكرنا فى باب المحرمات أكثر الاحكام المتعلقة بهذا الباب ولم يبق من أحكامه الا القليل هو محل دراستنا وبحثنا :

(١) لاتجبر الأم فى القضاء على ارضاع الولد الا اذا تعينت للارضاع ، وتتعين للارضاع اذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال تستأجر به مرضعة أو كان له مال ولم توجد من تستأجر للارضاع ، أو وجدت ولم يقبل الرضيع ثديا غير ثدى أمه ، وذلك لان الارضاع حق لها ولا تجبر على استيفائها حقها الااذا وجد ما يستدعى هذا الاجبار ، وهو المحافظة على حياة الطفل كما مر فى الصور السابقة (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٦)

وظاهر الآية الكريمة التى وردت فى الارضاع وهى قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وجوب الارضاع عليها لانه خبر فى معنى الامر الا اذا كان فى الارضاع اضرار بها ، لقوله تعالى « لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فاذا قام بها مانع كمرض ونحوه جاز لها أن تمتنع عن الارضاع ، واذا كان على الأم أن ترضع ولدها اذا لم يكن ما يمنع من هذا الارضاع فانه يثبت لها هذا الحق ، وليس للوالد أن يمنعها منه لأن حق التربية ثابت لها (تفسير المنار حـ ٢ ص ٤١٠)

هذا والفقهاء الذين لايرون وجوب الارضاع على الأم الا اذا تعينت له يحملون الامر فى الآية على الندب .

وعلى هذا اذاأرادت أن ترضع ولدها ثبت لهاهذا الحق الا اذاطلبت أجرة على ارضاعها له مع وجود متبرعة بالارضاع ، أو طلبت فوق ما يطلب غيرها لقوله تعالى « ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » ومن الاضرار به أن نلزمه أجرة لأم الطفل مع وجود من يقوم بهذا العمل بطريق التبرع .

(٢) لاتجبر الام على الفطام قبل مضى الحولين ، لان الله تعالى أثبت لها حق الارضاع فى الحولين وهل تجبر على الفطام بعد مضيهما ؟ استظهر بعض الفقهاء أن له الحق فى ذلك لان الارضاع بعد مضى مدته حرام ، اذ هو جزء آدمى والانتفاع به لغير عذر حرام على الصحيح (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٥٥)

(٣) للوالدين صاحبى الحق المشترك فى الولد والغيرة الصحيحةعليه أن يفطماه قبل المدة التى حددتها الآية ، اذا اتفق رأيهما على ذلك بعد التشاور فيه . بحيث يكونان راضيين غير مضارين به « فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما »

(٤) الاصل أن نفقة الاولاد الصغار الفقراء على أبيهم لايشاركه غيره فيها (أ) لأن الآية الكريمة أوجبت على الأب رزق الوالدة بسبب الولد ، ومن وجبت عليك نفقة غيره بسبب كان وجوب نفقته عليك من باب أولى (ب) ولأن الولد جزء أبيه فكما تجب نفقة الانسان على نفسه تجب نفقة جزئه عليه ، ولما كان الارضاع يتوقف على ما يدر اللبن من طعام وشراب كان الانفاق على المرضع أمرا واجبا على الأب ، لأن نفقة الصغير واجبة عليه ، ونفقة الصغير هى رضاعه المتوقف على ما يدر اللبن من مرضعته ، ولهذا اذا كانت نفقة الام واجبة على الأب بان كانت زوجيتها بأبيه قائمة ، أو كانت فى عدة طلاقه الرجعى فلا تستحق على الارضاع أجرا لقيام الأب بما هو سبب ادرار اللبن وهو نفقة الزوجية أو العدة ـ هذا ولاتستحق أجرا ولو كان للصغير مال لأن ارضاع الولد على أمه مادام الأب ينفق

عليها ، فلايحل لها أخذ الأجرة مع وجوب نفقتها عليه ، وفى أخذها الأجرة من مال الصغير أخذ الأجرة على الواجب عليها مع استغنائها ، بخلاف أخذها على ولده من غيرها فان ارضاعه غير واجب عليها ، فهو كأخذها الاجرة على ارضاع ولد لغير زوجها فانه جائز وان كان زوجها ينفق عليها.

أما اذا كانت معتدة من طلاق بائن فقد اختلف فقهاؤنا فى وجوب الاجر لها ، فقيل تستحق لانقطاع الزوجية ، وقيل لاتستحق اكتفاء بما تأخذه من نفقة العدة وعمل المحاكم على عدم استحقاقها الاجر لعدم الفرق بين المعتدة من رجعى أو بائن لأنه فى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها بخلاف مابعدهما فيقوم بالاجر مقامه (ابن عابدين حـ ٢ ص ٩٣٠) وصدرت بذلك مذكرة قضائية فى ١٩٤١/١١/١٥ رقم ٢٦

أما اذا انقطعت زوجيتها بخروجها من العدة فانها تستحق الاجر على الارضاع قولا واحدا ، لأنها بانقطاع زوجيتها وآثارها لانفقة لها على أبيه ، والزامها بالارضاع مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الاب مضارة لها ، فساغ لها أخذ الأجرة لأنها لاتجبر على ارضاعه قضاء ، ولا يستغنى الأب عن ارضاعه عند غيرها فكونه عند أمه بالأجرة أنفع له ولها ، الا أن توجد متبرعة فتكون أولى دفعا للمضارة عن الأب (ابن عابدين حـ ٢ ص ٩٣٠)

هذا وفى الحالة التى تستحق فيها الام أجرة الرضاع تكون هذه الاجرة حقا لها من حين قيامها بالارضاع ، ولايتوقف استحقاقها لها على عقد اجارة مع الأب أو الوصى ، لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن » ولان الارضاع كان واجبا عليها اذا كانت نفقتها واجبة على الاب فاذا سقطت هذه النفقة لم يجب الارضاع الا بأجر يقوم مقامها (ص ٩٣١ ابن عابدين حـ ٢) وبعضهم يشترط العقد لاستحقاقها الاجر ، وهذه الاجرة التى تجب للام لاتعد نفقة تسقط بما تسقط به النفقات فى مذهب الحنفية ، بل هى من الديون الصحيحة لاتسقط الا بالأداء أو الابراء ، ولا تسقط بموت الرضيع ولا بموت الأب بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه فهى كغيرها من أصحاب ديونه ، هذا

ما استظهره ابن عابدين (المصدر السابق نفسه) .

اما اذا كانت المرضعة ليست أما له فانها تستحق الاجرة على ارضاعه فى كل حال .

قال فى البحر وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل حتى لاتستحق بعد الحولين اجماعا وتستحق فيهما اجماعا ، هذا واذا صالحت أم الرضيع زوجها عن أجرة الرضاع على شىء ان كان الصلح حال قيام النكاح ، أو فى عدة الرجعى لايجوز ، وان كان فى عدة البائن لواحد أو ثلاث جاز على احدى الروايتين .

(٥) أجرة الرضاع فى مال الصغير اذا كان له مال ، لأن نفقة الانسان تجب عليه فى مال نفسه ففى كل موضع تجب فيه أجرة الرضاع وللصغير مال كانت أجرته فى ماله ، فان لم يكن له مال فهى على الاب لايشاركه احد فيها ، فان لم يكن له أب اتبع فى وجوبها ومن تلزمه الاحكام التى ستأتى فى باب نفقة الاقارب .

(٦) الظئر : بالكسر الناقة تعطف على فصيل غيرها ، ثم اطلق على المرأة الاجنبية تحضن ولد غيرها وترضعه وعلى الرجل الحاضن أيضا وجمعه أظآر ، وقد نص الفقهاء على أنه يجوز للاب استئجار ظئر لارضاع ولده ، لقوله تعالى « وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » بل يجب عليه ذلك اذا امتنعت الأم عن الأرضاع مع عدم وجوبه عليها احياء للطفل وحرصا على حياته ، واذا انتهت مدة الاجارة فلا تجبر الظئر على مدها الا اذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها فانها تجبر حينئذ صيانة له عن الهلاك ، ولا تلزم الظئر بالمكث عند أم الصغير الا اذا اشترط عليها ذلك فى عقد الاجارة .

وبمناسبة الكلام على الظئر نرى أن الاوامر الالهية جاءت أولا بارضاع الامهات أولادهن لان أفضل اللبن للولد لبن أمه باتفاق الاطباء ، لأنه اللبن الذى يلائم حال الطفل بحسب درجات سنه ، ولذلك يشترط فى المرضع أن يكون سن ولدها كسن الطفل التى تتخذ مرضعا له ، ولما كان لبن المرضع

يؤثر فى جسم الطفل وفى أخلاقه وسجاياه وجب الاحتياط فى انتقاء المراضع فلا تتخذ المريضة والفاسدة الاخلاق والآداب مرضعا ، لأن تأثير الانفعالات والصفات النفسية من المرضع أشد من تأثير الصفات البدنية .

ومما يؤسف له أن نساء أغنيائنا فى هذا العصر يتهاون فى هذا الأمر تهاونا عجيبا فيكلن أمر أولادهن الى المراضع ترفعا وطمعا فى السمن وبقاء الجمال من غير حيطة ولا حذر فيمن يخترن لارضاع الاولاد والعناية بهم .

(٧) بم يثبت الرضاع :

(١) يثبت بالاقرار ، والاقرار تارة يكون من جانب الرجل بأن يقول لامرأة تزوجها هى اختى من الرضاع ، ويثبت على ذلك ويصر عليه بأن يشهد على نفسه بذلك أو يقول هو حق أو صدق أو صواب أو لاشك فيه عندى وحينئذ يفرق بينهما ، وكذلك اذا أقر بذلك قبل النكاح وأصر على ذلك ودام عليه لايجوز له أن يتزوجها ، ولا يملك أن يرجع عن اقراره فى مثل هذه الصورة ، أما اذا أقر دون أن يعقب اقراره بما يدل على الثبات عليه كان له أن يرجع عن اقراره ، لان الرضاع مما يخفى لأنه لايعلمه الا بالسماع من غيره فيغتفر فيه التناقض ، لاحتمال أنه لما اقر به بناء على ما أخبره به غيره تبين له كذبه فرجع عن اقراره ، ولافرق فى ذلك بين ما اذا أقر به مرة أو أكثر بخلاف ما اذا أشهد على اقراره أو قال هو حق أو نحوه فانه يدل على علمه بصدق المخبر وأنه جازم به فلا يقبل رجوعه بعده (ابن عابدين حـ ٢ ص ٥٦٧) قال فى الشرح الكبير ص ٩٥٣ وان ادعى الزوج الرضاع بعد العقد وقبل البناء فأنكرت أخذ باقراره بالنسبة للفراق لا بالنسبة للصداق فيفسخ نكاحها ولها النصف لاتهامه بأنه أقر ليفسخ بلا شىء .

أما ان أقرت المرأة بالرضاع سواء أقرت قبل العقد أو بعده وسواء أصرت على اقرارها أم لم تصر ، فانه لايفرق بينهما ان كانت الزوجية قائمة ، ولا يحرم عليه تزوجها ان حدث ذلك قبل العقد على المفتى به ، لأن الحرمة لم يجعلها الشارع لها فلا يعتبر اقرارها بها ، فلو قالت أن هذا أبى رضاعا أو أخى رضاعا وأصرت على قولها جاز له أن يتزوجها اذا كان

الزوج ينكره (المصدر السابق نفسه) قال فى الشرح الكبير وان ادعته فأنكر بعد العقد قبل البناء أو بعده فلا يفسخ النكاح ، لاتهامها فى هذه الدعوى التى قد يكون غرضها منها فراق الزوج ، ولامهر لها اذا طلقها الزوج قبل الدخول أو مات عنها لاقرارها بفساد العقد .

أما لو أقرا معا بالرضاع ولم يصر الرجل على اقراره ثم اكذبا انفسهما وقالا جميعا اخطأنا جاز له ان يتزوجها ، ان كان ذلك قبل التزوج ولا يفرق بينهما ان حدث ذلك والزوجية بينهما قائمة ، قال فى الدسوقى حـ ٢ ص٥٩٢ وفسخ نكاح الزوجين المكلفين المتصادقين على الرضاع بأخوة أو غيرها ولو سفيهين قبل الدخول أو بعده كقيام بينة يثبت بها الرضاع .

(٢) ويثبت أيضا بالبينة وهى رجلان عدلان أو رجل عدل وامرأتان عدلتان ، ولايثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا قبل العقد أو بعده على ما هو المعتمد فى المذهب (ص ٥٦٨ حـ ٢ ابن عابدين) ومذهب المالكية يثبت برجلين عدلين اتفاقا فاشيا أولا ، وغير العدلين لا يقبلان الا مع فشو قبله ، ويثبت برجل وامرأة أو بامرأتين ان فشا ذلك منهما قبل العقد ، ويرى سحنون قبول شهادة المرأتين مع عدم الفشو اذا كانتا عدلتين ولايثبت بامرأة أجنبية وان فشا ذلك منها على المشهور فى المذهب ص ٥٩٤ الشرح الكبير .

وتقبل شهادة المرضعة اذا كانت هى احدى الشاهدين ، ولايضركون شهادتها على فعل نفسها لانه لاتهمة فى ذلك ، كشهادة القاسم والوزان والكيال على رب الدين حيث كان حاضرا ، ولاتقع الفرقة الا بتفريق القاضى لتضمن الشهادة ابطال حق العبد وهو حل التمتع ولذلك كان لابد من قضاء القاضى اذا لم توجد المتاركة ، والاصل فى المذهب عندنا ان النكاح لايرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى ولو وطئها قبل التفريق لايجب عليه الحد ، اشتبه عليه الامر أو لم يشتبه ، وفى النكاح الفاسد لابد من تفريق القاضى أو المتاركة بالقول فى المدخول بها ، وفى غيرها يكتفى بالمفارقة بالابدان (ص ٦٥٩ حـ ٢ ابن عابدين)

هذا والرضاع مما تقبل الشهادة فيه حسبة فلا يتوقف على الدعوى ،

لانه يتضمن حرمة الفرج وهى من حقوقه سبحانه ، كما تقبل الشهادة على الطلاق حسبة دون تقدم دعوى (ص ٥٦٩ حـ ٢ ابن عابدين) .

الحضانة

تعريف الحضانة :

الحضانة بالفتح والكسر والفتح أشهر مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر ، تقول حضنت الطفل اذا ضممته الى صدرك .

والحضانة شرعا هى « القيام على تربيـة الطفل ورعايته وتعهده بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وجميع شئونه التى بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعا »

من يثبت له حق الحضانة :

اولى الناس بحضانة الصغير أمه ، وذلك للمنقول والمعقول :

أما المنقول فمـا روى عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جـده أن امرأة جاءت الى رسول الله (ص) فقالت يارسـول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء (الحواء البيت من الوبر) وثديى له سقاء، وان هذا يريد أن ينزعه منى فقال عليه السلام انت أحق به مالم تتزوجى (فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٤)

وأما المعقول فلأن الصغار لما عجزوا عن النظر فى مصالح انفسهم جعل الشرع الولاية عليهم لغيرهم ، فجعل الولاية على المال للآباء لأنهم أقوى رأيا مع الشفقة ، وأوجب النفقة عليهم لانهم أقدر عليهـا ، وجعل الحضانة الى الامهات ، لأنهن أشفق وأرفق وأقدر على تحمل مشاق الاولاد ، وأفرغ للقيام بخدمتهم فكان فى تفويض الحضانة اليهن مصلحة ونفع للصغير .

ولما كانت الحضانة حقا للأم دون الاب فقد اقتضى القياس أن تكون للنساء أولا دون الرجال ، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقـدمة على قرابة الأب ، وقد قيـدت القرابة بكونها قرابة محرمية ، لأنها أوثق وأعطف من القرابة غير المحرمية قال الكاسانى فى كتابه البدائع أن مبنى الحضانة على

الشفقة والرحم المحرمية هى المختصة بالشفقة .

وعلى هذا اذا ماتت الأم أو لم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة لأم الأم وان بعدت درجتها ، فان لم توجد أو وجدت ولكنها غير أهل للحضانة انتقلت الحضانة الى أم الأب لأنها أم ، ثم الى أخوات الصغير فانهن أحق بالحضانة من الخالات والعمات لأنهن بنات الأبوين ، وتقدم الشقيقة لانها أشفق ، ثم الأخت لأم لأن الحق لها من جهة الأم ، ثم الاخت لأب ، وقيل الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه السلام «الخالة أم» ، ثم بنت الاخت لأب ثم بنت الاخ الشقيق ثم بنت الاخ لأب ، ثم العمات بتقديم العمة الشقيقة ثم لأم ثم لأب ، ثم خالة الأم ثم خالة الأب ، ثم عمة الأم ثم عمة الأب بتقدم الشقيقة فى كل منهن فالتى لأم فالتى لأب (فتح القدير حـ ٣ ص ٣١٦)

فاذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت واحدة منهن ولم تكن اهلا للحضانة انتقلت الحضانة للعصبات الذكور المحارم على حسب ترتيبهم فى الارث ، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم عم الأب الشقيق ثم عم الأب لأب ، سواء كان الولد ذكرا أم أنثى ، أما اذا كان العصبات من غير المحارم كأبنام الأعمام فان الحضانة لاتثبت لهم بالنسبة للانثى وتثبت بالنسبة للذكر .

فان لم يوجد من العصبة المحارم احد أو وجد ولم يكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة الى محارمه من الرجال غير العصبة على الترتيب الآتى :ـ

الجد لأم فالأخ لأم فابن الاخت الشقيقة ثم لأب فابن الاخ لأم فابن الاخت لأم ثم العم لأم فالخال لأبوين فالخال لأب فالخال لأم .

ومن هذا يتبين أنه لاحق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور لعدم المحرمية ولهن الحق فى حضانة الاناث ولا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الاناث وانما لهم الحق فى حضانة الذكور فاذا لم يكن للانثى المحضونة الا ابن عم فالاختيار للحاكم ان رآه صالحا

ضمها اليه والا سلمها الى امرأة ثقة أمينة لانه نصب ناظرا للمصالح العامة.
واذا تعدد المستحقون للحضانة قدم اصلحهم ، فان تساووا فى الصلاح قدم أكبرهم سنا لان حقه أسبق ثبوتا (فتح حـ ٣ ص ٣١٦)

شروط الحضانة :

لما كانت تربية الطفل تتطلب كفاية خاصة فقد اشترط لها شروط باجتماعها يمكن الوصول الى التربية المطلوبة ، فان فقد بعض هذه الشروط تطرق الخلل الى تربية الصغير ، فاشترط فى الحاضنة :

(١) العقل : لأن المجنونة تحتاج الى من يقوم بأمرها ، فلا تستطيع القيام بأمر غيرها بل قد يخشى على المحضون منها .

(٢) البلوغ : فالصغيرة هى نفسها محتاجة لمن يحضنها فلا يتصور أن تحضن غيرها .

(٣) الحرية : فالأمة مشغولة بخدمة سيدها وله منعها من القيام بخدمة غيره .

(٤) ألا تكون مشغولة بما يحول بينها وبين القيام على تربية المحضون بأن كان يكثر خروجها من المنزل سواء كان ذلك بسبب حرفة كقابلة وماشطة أو بسبب فجور كزنا وغناء ورقص ، فالاساس هو الخوف على الولد من الضياع عند كثرة خروجها ومن هنا يعلم ان ناظرات المدارس والمعلمات والطبيبات اذا كان خروجهن لا يترتب عليه ضياع الولد ينبغى أن يبقى لهن هذا الحق ، لان المعلمة مثلا قبل أن تخرج الى عملها تعهد بطفلها الى مربية تلاحظه وتنفذ تعليماتها . وغير معقول أن يعهد الى هؤلاء تربية النشء ثم يحرمن القيام على تربية أولادهن «١» .

(١) وقد رفضت احدى المحاكم المصرية دعوى طالب فيها الأب بضم ولده اليه لان أم الولد موظفة فى احدى الشركات العامة وعللت ذلك الرفض بأن خروج الام بعض الوقت فى أثناء النهار لمباشرة أعمالها لايحول بينها وبين عنايتها بولدها ومحافظتها عليه ، والدليل على ذلك أن المدعى وهو والد الصغير لم يذكر حادثة واحدة ترتب عليها الحاق الأذى بالصغير ، أو لزم منها ضياعه وهذا هو مناط سقوط حق الحضانة ومع ذلك فان الام قد قررت أن أمها وهى التى لها حق حضانة هذا الصغير بعدها . تعيش معها وتقوم على رعايته والمحافظة عليه أثناء قيام أمه بأعباء الوظيفة « القضايا الزوجية الكبرى ٧ـ٩»

(٥) ان تكون أمينة على اخلاق المحضون : فان كانت زانية أو راقصة ولم يمنعها ذلك من القيام بأمر الصغير فانها تكون أهلا للحضانة الا اذا ثبت أن فى ذلك خطرا على أخلاق المحضون ولا يتأتى ذلك الا اذا عقل المحضون ما تمارسه حاضنته فينزع منها حينئذ لعدم امانتها على أخلاقه لا لفجورها وفسقها «١» .

(٦) ألا تمسكه فى بيت المبغضين له لان امساكها له عندهم يعرض الطفل للأذى والضياع لأنه ينشأ فى جو لايستقيم له فيه مزاج ولا طبع قويم والحضانة انما شرعت للتربية .

(٧) ألا تكون متزوجة بأجنبى من الصغير لأن وقت الزوجة لزوجها وله الحق فى منعها من القيام بشئون ذلك الطفل الذى لاصلة له به ، ثم أن الأجنبى يكره ابن زوجته ويمقته غالبا . أما ان كانت متزوجة بذى رحم محرم من الصغير كعمه مثلا فلايسقط حقها فى الحضانة ، لان مابين الزوج والصغير من أواصر القرابة يجعله يعطف عليه ، فلا خوف على الصغير منه

(٨) أن تكون قادرة على تربية المحضون وصيانته والمحافظة عليه فلو كانت مريضة مرضا يعجزها عن القيام بمصالح المحضون فلا حق لها فى الحضانة وكذلك لو كانت كبيرة مسنة بحيث تعجز عن القيام بشئون الطفل .

---

(١) وقد رأت محكمة الاستئناف الشرعية « أن احتراف المرأة للتمثيل والرقص على المسرح مسقط للحضانة شرعا وينهى عنه ديننا الحنيف فقد أمر الله تعالى النساء بالاقامة فى البيوت ونهاهن عن التبرج فالتمثيل والرقص يخالفان هذه التعاليم السامية والاداب الحكيمة العالية ، ثم ذكرت ان التمييز نوعان تمييز يدرك فيه الاشياء ويفهم أسبابها وعللها وهذا يكون فى سن السابعة وما فوقها ، وتمييز تنطبع فى نفس الصغير المرئيات وهذا فى سن الرابعة فما فوقها ، وان مدارس رياض الاطفال مليئة بالتلاميذ والتلميذات فى هذه السن منهم يتعلمون ويدركون وتنطبع فى نفوسهم صور مايحيط بهم من المرئيات وان لم يدركوا الاسباب والعلل ، والصغير يحاكى والديه ، وتنطبع فى ذاكرته حركاتهما وخاصة الام لملازمتها له فهو ينسج على منوالها ويشب على طبعها.
وانتهت من هذا البحث أن البنت المطلوب ضمها تجاوزت الخامسة من عمرها فهى مميزة من النوع الثانى وأمها محترفة للتمثيل والرقص فلا حق لها فى حضانة البنت .

وقد نص المنشور الشرعى نمرة ٢٨ الصادر فى ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ على أن مرض الحاضنة مرضا معديا يسقط حقها فى الحضانة وكذلك سكناها مع مريض مرضا معديا وترجع المحاكم فى فهم حالة المريض وتقدير مرضه الى رأى الاطباء .

والعمياء لاحق لها فى الحضانة اذا لم يكن معها من يحضن الطفل لعجزها عن القيام بمصالح الولد .

(٩) ألا تكون مرتدة لان المرتدة تحبس حتى تسلم ولا تتأتى تربية مع محبوس لا يملك من وقته شيئا .

ولما كانت الشفقة هى أساس الحق فى الحضانة والشفقة لاتكمل الا فى الرحم المحرم تنج من ذلك :

(أ) ان الصلة من الرضاع لاتعتبر فى حق الحضانة

(ب) ان اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لااعتبار له فان كانت الحاضنة كتابية أو مجوسية أو وثنية لايسقط حقها فى الحضانة لذلك ، مالم يتبين خطر على دين المحضون ، بأن بدأت هى تعلمه أو تقوم بأمور دينها أمامه وأصبح المحضون يعقل ذلك ، واتضح ان فيه خطرا على دينه فانه فى هذه الحالة يسقط حقها فى الحضانة .

وقد رفضت احدى المحاكم المصرية دعوى رفعها أب مسلم يطالب فيها بضم ولده البالغ من العمر أربع سنوات اليه لان أمه مسيحية وقالت المحكمة فى تعليل حكمها ما يأتى : —

« وللفقه أن ينظر الى هذا الولد الذى أسلم أحد أبويه دون الآخر فان كان فى سن يعقل معها الدين ويمكن أن تنطبع فى ذاكرته المرئيات فانه يؤخذ منها ، اذ لايؤمن عليه حينئذ من الفتنة ولما كان الولد فى الرابعة من عمره فلا يمكن لمثله وهو فى هذه السن أن يعقل معها الدين ، ولا يمكن أن ينطبع فى ذاكرته شىء من آثار تعبدها بالديانة غير الاسلامية وعلى ذلك فلا ضرر عليه مطلقا مع بقائه فى حضانتها » (القضايا الزوجية الكبرى ٧ — ٩)

مدة الحضانة :

تبتدىء مدة الحضانة بولادة الصغير ، أما انتهاؤها فهو على التفصيل الآتى :

(١) اذا كان المولود ذكرا فان حضانته تستمر حتى يستغنى عن خدمة النساء ويستطيع أن يقوم وحده بحاجاته الاولية ، من أكل ولبس ونظافة ، لانه بعد هذه المدة يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم ، والاب على ذلك أقدر ، اذ لو ترك الولد فى يد النساء بعد هذه السن لتخلق بأخلاقهن ولتعود شمائلهن ، وقد قدر الخصاف مدة الاستغناء بسبع سنين للغلام اعتبارا للغالب وعليه الفتوى .

والواقع أن التقدير بهذه السن فى هذا العصر موافق للمصلحة ، لأن الغلام منذ الخامسة يذهب الى المدارس التى أنشئت لتتولى تربيته ، فمن المعقول جدا أن يشرف الوالد على تربيته . وعند مالك تستمر حضانة الغلام حتى يبلغ .

(٢) أما اذا كان المحضون أنثى فعلى ظاهر الرواية تستمر حضانتها الى البلوغ اذا كانت الحاضنة هى الأم أو الجدة ، أما ان كانت الحاضنة غير الأم والجدة فان حضانتها تستمر حتى تبلغ المحضونة السن التى تشتهى فيها ، وقدرت بتسع سنين ، وقال محمد تستمر حضانة الصغيرة الى السن التى تشتهى فيها سواء أكانت الحاضنة هى الأم أو غيرها ، قال ابن عابدين والفتوى على رأى محمد لكثرة الفساد ، لأن البنت بعد هذه السن تحتاج الى الحفظ والصيانة والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وعند مالك تستمر حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها .

فالذى عليه الفتوى هو أن الحضانة تنتهى اذا أتم الغلام سبع سنين وأتمت الأنثى تسع سنين والعبرة بالسنين القمرية (ابن عابدين حـ٢ص ٨٨١) .

هذا ما كان عليه العمل الى أن صدر القانون المصرى رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ فأجاز للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع الى تسع ، وللصغيرة بعد تسع الى احدى عشرة سنة اذا تبين أن المصلحة تقتضى ذلك.

هذا فى مصر أما فى السودان فقد كان العمل جاريا على ما تقدم الى أن صدر المنشور الشرعى رقم ٣٤ فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ حيث نص فى المادة الأولى منه على ما يأتى : « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى البلوغ ، وللصغيرة بعد تسع سنين الى الدخول اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ، وللأب وسائر الأولياء تعهد المحضون عند الحاضنة وتأديبه وتعليمه » .

ثم نص المنشور بعد ذلك على أنه « لا أجرة للحاضنة بعد سبع سنين للصغير وبعد تسع سنين للصغيرة » ولعل السبب فى ذلك أن فرض أجرة الحضانة بعد هذه المدة فيه اضرار بالوالد الذى يقوم بالأنفاق على الولد وتوفيته حاجته اللازمة له .

ونص المنشور أيضا فى المادة الثالثة منه على أنه « لو زوج الأب المحضونة قاصدا بتزويجها اسقاط الحضانة فلا تسقط بالدخول حتى تطيق»

وقد شرحت النشرة العامة الصادرة فى ١٠/١٢/٤٢ ص ١٢٢ هذا المنشور فجاء فيها ماخلاصته :ـ

(١) ان هذا المنشور لم يغير أحكام مذهب الامام أبى حنيفة المعمول بها فى الحضانة الا فى حالة خاصة هى الحالة التى يتبين للقاضى فيها أن مصلحة المحضون تقتضى بقاءه بيد الحاضنة ، ففى هذه الحالة أبيح للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى البلوغ ، وللصغيرة بعد تسع سنين الى الدخول عملا بمذهب مالك .

(٢) لايمد القاضى فى مدة الحضانة الا اذا طلبت الحاضنة من المحكمة الاذن ببقاء المحضون بيدها ، أو مانعت فى تسليمه للعاصب ، لأن مصلحته

تقتضى ذلك مع بيان هذه المصلحة ، فاذا لم يوافق العاصب تكلف الحاضنة تقديم أدلتها ، أو تتولى المحكمة تحقيق وجه المصلحة للمحضون ، فاذا لم تقدم الحاضنة أدلة أو قدمت أدلة لاتكفى للاثبات ولم يتبين للمحكمة من التحقيق أن المصلحة تقتضى بقاء المحضون بيد الحاضنة ، فان المحكمة تحلف العاصب اليمين بطلب الحاضنة ، فان حلف على أن مصلحة المحضون لاتقتضى بقاءه بيد الحاضنة حكمت بتسليمه اليه وان نكل رفضت دعواه .

(٣) أما اذا لم تعارض الحاضنة فى ضم المحضون للعاصب أو لم تحضر أصلا ، فانه يجب تطبيق مذهب أبى حنيفة ، ويسلم المحضون الذى جاوز سن الحضانة للعاصب متى كان أهلا لذلك ولا يطالب باثبات أن مصلحة المحضون تقتضى ذلك .

(٤) اذا كانت الحاضنة غائبة عند طلب تسليم الصغير فلها أن تعارض فى الحكم ، وتطلب بقاء المحضون فى يدها وتتخذ المحكمة فى هذه الحالة نفس الاجراءات التى اتخذت مع الحاضنة الحاضرة .

(٥) اذا أذنت المحكمة ببقاء المحضون بيد النساء لمصلحة تقتضى ذلك ثم تغير وجه المصلحة وعرض عليها النزاع مرة أخرى جاز لها بعد أن تتحقق من أنه لم يبق للمحضون مصلحة تقتضى بقاءه بيد الحاضنة ، أن تقرر نزعه منها وتسليمه للعاصب .

(٦) والسبب فى مخالفة مذهب أبى حنيفة فى هذه الجزئية ، أن مصلحة الصغير أو الصغيرة قد تتعارض مع ضمه لأبيه أو غيره من العصبات ، لأنه لم يصل بعد الى سن تجعله فى مأمن من خطر الضم لعدم استغنائه عن النساء وخاصة من كان والده متزوجا بغير أمه أو كان والده يقيم فى جهة بعيدة عن المدارس ، وفى ضمه اليه خطر على مستقبله لذلك كان للقاضى أن يبقى الصغير عند حاضنته اذا كانت هناك مصلحة تقتضى ذلك ولايتوافر عند والده أو غيره من العصبات .

يظهر مما تقدم أن ماجرى عليه المنشور الشرعى السودانى يخالف

مايجرى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية من حيث المدة ومن حيث أن القانون المصرى لم ينص على حرمان الحاضنة من الأجرة فى هذه المدة فدل ذلك على أن الحاضنة اذا استمر الولد عندها تستحق أجرة عن هذه المدة .

أجرة الحضانة :

ما يدفع فى نظير الحضانة لايعتبر أجرة خالصة من كل وجه ، بل له شبهان شبه بالاجرة وشبه بالنفقة لانك اذا نظرت الى أن الحاضنة تقوم بتربية الطفل وتعهده قلت أن مايدفع لها نظير ذلك هو أجرة ، واذا نظرت الى أن نفقة الطفل واجبة عليه فى ماله ثم على أبيه ومن جملة نفقة الطفل الانفاق على حاضنته التى حبست نفسها لأجله قلت ان ما يدفع لها هو نفقة وعلى هذه القاعدة المتقدمة تنبنى أحكام أجرة الحضانة .

(١) فاذا كانت الحاضنة أم الولد والزوجية قائمة بينها وبين أبيه أو كانت معتدة لأب الطفل من طلاق رجعى أو بائن فانها لاتستحق أجرا على حضانتها ، لأن النفقة ثابتة لها بدونها ، فلا يجمع لها بين نفقتين لما فى أجرة الحضانة من شبه النفقة .

وعدم استحقاق المعتدة من طلاق بائن للاجرة هو أحد قولين فى المذهب وعليه العمل فى المحاكم الشرعية السودانية الآن بموجب المذكرة القضائية رقم ٢٦ الصادرة فى ١٥/١١/١٩٤١ من قاضى قضاة السودان وهذا نصها:

جرت المحاكم الشرعية فى أقضيتها على جواز أخذ معتدة البائن أجرة حضانة فيجمع لها بين نفقة العدة وأجرة الحضانة ، وذلك على مامشى عليه صاحب الدر وتبعه صاحب كتاب الأحوال الشخصية . ولما كان فى مذهب الامام أبى حنيفة روايتان فى هذه المسألة احداهما جواز أخذ أجرة الحضانة ونقلوا أن هذه الرواية هى الأصح ، والثانية المنع ونقل ابن عابدين أن صاحب الفتح قال ان هذه الرواية هى الأوجه ، فلا فرق بين عدة الرجعى والبائن وان فى كلام الهداية ايماء الى أنه المختار عنده وهو ظاهر اطلاق

القدورى فى المعتدة ، كما نقل ان خير الدين الرملى قال فى حاشيته على المنح نقلا عن التتارخانية أن المنع هى الفتوى ، وفى النهر انها رواية الحسن عن الامام وهى الاولى ومقتضى قواعد الحنفية فى الترجيح أن رواية المنع أرجح من رواية الأخذ ، فعملا بما تقضى به المادة ٥٣ من لائحة الترتيب والنظام نرى أن تسير المحاكم على رواية عدم جواز أخذ المعتدة من البائن أجرة حضانة مادامت فى العدة ومستحقة للنفقة فان ذلك أرفق بالناس وهو المتفق مع تعليل الفقهاء فى الزوجة والمعتدة من الرجعى .

ويترتب على تعليلهم السابق أن المعتدة التى لاتستحق نفقة تستحق أجرة حضانة فمعتدة الوفاة والمعتدة من طلاق على الابراء من نفقة العدة والمعتدة من فرقة جاءت من قبلها بسبب محظور أو من فرقة بعد زواج فاسد والتى منعت من المطالبة بنفقة عدتها لمضى سنة من تاريخ طلاقها أو مضى ثلاثة أشهر بعد انقضاء مدة الرضاع كما جاء فى المادة الخامسة من المنشور ٢٨ سنة ١٩٢٧ تستحق كل واحدة منهن أجرة الحضانة لعدم الجمع بين نفقتين .

فاذا انقضت عدة الام فلها الأجرة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة .

(٢) واذا كانت الحاضنة غير الأم فانها تستحق الأجر ما لم تتبرع بذلك .

هذا وأجرة الحضانة حق لمن تقوم به وتستحقها بدون توقف على قضاء ، لأنها جزاء على عمل وتكون دينا صحيحا لا يسقط الا بالاداء أو الابراء .

مسكن الحاضنة

ان كان للحاضنة مسكن فى غير مكان الحضانة أولها مسكن فيه ولا تسكنه فلها الحق فى أن تطلب من الأب اعداد مسكن لحضانة الطفل فيه ، أو فرض أجرة مسكن أما ان كان لها مسكن تسكنه بالفعل ، أو كانت متزوجة والصغير معها فلاحق لها فى طلب أجرة مسكن ، لأن حاجتها اندفعت بسكناها فى منزلها أو منزل زوجها .

الخادم

للحاضنة أن تطالب بخادم اذا احتاج الصغير اليه وكان الأب موسرا أو تطلب فرض أجرة خادم .

ومما تقدم يتبين أن أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة وغير نفقة الطفل وعلى هذا فقد يحكم للصغير الفقير على أبيه بنفقة لاصلاحه ، وأجرة لرضاعة وأجرة لحضانته وأجرة مسكن لحاضنته وأجرة خادم له وبدل فرش وغطاء .

وأجرة الحضانة تجب فى مال الصغير ان كان له مال والا فعلى من تلزمه نفقة الصغير (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٧٧) .

التبرع بالحضانة

اذا أبت من لها حق الحضانة أن تحضن الا بأجرة ووجدت متبرعة بحضانته فهل يعطى الصغير للمتبرعة ؟

(١) اذا كانت المتبرعة أجنبية وليست من محارم الطفل فلايدفع الصغير اليها ، لأن الأجنبية لاحق لها فى الحضانة أصلا فلا يعتبر تبرعها ، ولأن فى دفع الصغير اليها ضررا به فلا يعتبر معه الضرر فى المال ، بل يترك للحاضنة ولو كانت أجرة الحضانة واجبة فى مال الطفل .

(٢) اذا كانت المتبرعة من محارم الطفل وهى أهل للحضانة وكان للصغير مال سواء كان الأب موسرا أم معسرا فان الطفل يعطى للمتبرعة لأن فى هذا صيانة لمال الولد من غير اضرار به ، لأن المتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه .

وكذلك الحال اذا كان الأب معسرا والصغير لامال فان المتبرعة أحق به ، لأن الزام الأب بدفع الأجرة مع اعساره فيه ضرر عليه ، وقد وجد ما يزيل الضرر وهو وجود المتبرعة وليس على الصغير فى ذلك ضرر لأن المتبرعة ليست أجنبية عنه .

(٣) اذا كان الأب موسرا والصغير لامال له فالأم مقدمة على المتبرعة ، لأن حضانة الأم أصلح للصغير من حضانة غيرها لوفور شفقتها ، ولايلحق الصبى ضرر فى ماله لأن الأب هو الذى تجب عليه أجرة الحضانة فى هذه الحال وهو موسر ولا ضرر عليه .

وفى حال أخـذ الصغير من أمه ودفعه للمتبرعة لاتمنع الأم من رؤيته وتعهده (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٧٧ — ٨٧٨) .

ومن هذه الاحكام يتبين الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة حيث أن :

(١) المتبرعة بالحضانة اذا كانت أجنبية عن الولد لايعتبر تبرعها ، بل لابد فيها أن تكون من محارم الصغير وأن تكون أهلا للحضانة .

أما المتبرعة بالرضـاعة فتبرعها معتبر ولو كانت أجنبيـة عن الصغير ، والسر فى هذه التفرقة أن الغرض من الرضاعة هو تغذية الطفل لا أكثر ، وهذه التغذية كما تحصل من المحارم تحصل من الاجانب ، أما الغرض من الحضانة فهو تربية الطفل وتعهده بالرعاية والعناية وهذه تحتاج الى الشفقة والحنان والعطف وهى أمور قلما توجد فى البعيدات .

(٢) اذا وجدت متبرعة بالحضانة مستكملة للشروط فان الصغير ينزع من أمه فى حالتين (١) أن يكون أجر حضانته واجبا فى ماله (٢) أن يكون أجر حضانته واجبا فى مال أبيه وهو معسر ، ولا ينزع منها فى حالة واحدة وهى ما اذا كان الاجر واجبا فى مال أبيه الموسر .

أما المتبرعة بالرضاعة فيعطى لهـا الولد فى كل حال سواء كان للولد مال ، أو لم يكن وسواء كان الاب موسرا أم معسرا .

والحكمة فى هذا أن تربية الام لطفلها أحفظ له وأحمد عاقبة فلا يعدل عنها الا لضرورة ملجئة كعسر الاب أو عـدم اضـاعة مال الولد ، أما فى الرضاعة فان هـذا المعنى غير متحقق فلم يكن هناك مبرر لالزام الصغـير

أو أبيه بمال لاضرورة له .

تعليق على ما تقدم :

ظاهر الكلام المتقدم خاص بالأم اذا طلبت أجرا على حضانتها ثم وجدت متبرعة من ذوات محارمه حيث يلزم الاب بالاجر اذا كان موسرا والولد لا مال له فهل يلزم الاب بالاجر اذا كانت من تطالب بالاجر غير الام والحالة كذلك ؟ يستظهر بعض الكتاب أن الحكم لايختلف ولكنا نخالفه فيما استظهره فان للأم معنى لايوجد فى غيرها من الحاضنات من وفور الشفقة والحنان والعطف والذى يظهر لنا أن صاحبة الحق فى الحضانة اذا كانت غير الام ثم طلبت أجرا ووجد غيرها من المحارم من يحضنه بدون أجر والاب موسر والولد لا مال له أنه يعطى للمتبرعة ، ويترتب على ذلك أنه لا فرق فى هذه الحالة بين المتبرعة بالحضانة والمتبرعة بالرضاعة ، الا أنه فى الحضانة يشترط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم ولا يشترط ذلك فى الرضاع .

مكان الحضانة :

(١) اذا كانت الحاضنة هى أم الولد وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبى الولد فمكان الحضانة هو مكان الزوجين ، وللزوج منعها من السفر والانتقال مطلقا لان قرارها فى المسكن الشرعى الذى أعده لها واجب عليها ، مادام قد أوفاها عاجل صداقها وتعتبر المرأة ناشزا اذا تركت بيت الزوجية بغير أذنه .

(٢) ان كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن فليس لها الخروج من بيت الزوجية قبل انقضاء العدة ، حتى لو أذنها المطلق بذلك لان اعتدادها فى مسكن العدة حق الشرع وهو واجب عليها ، فلايجوز لها السفر ولا الانتقال بالصغير مطلقا ولو أذنها الزوج لأنه لايصح اتفاقهما على ابطال حق الشرع .

(٣) ان كانت معتدة من وفاة فقد استظهر الرملى أنها ليس لها الخروج بالولد الا بأذن الاولياء لقيامهم مقام الأب ، ولكن قال الفقيه منلا الواقع

فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب ولم نر من أجراها فى غيرهما ومفاده ان الجد ليس له منعها وما قاله الخير الرملى لم يستند فيه الى نقل (ابن عابدين ٨٨٤)

(٤) اذا انقضت عدة المطلقة وأرادت ان تنتقل بولدها فى أثناء مدة الحضانة فلها أن تنتقل به الى : ـ

(١) أى مكان آخر فى نفس البلد .

(٢) أى بلد قريب بشرط ألايكون انتقالها من مصر الى قرية لأن فى اخلاق أهل القرى بعض الجفاء ، ففى خروجها بالولد الى القرية اضرار به ، لأنه يتخلق بأخلاقهم أما اذا انتقلت به من قرية الى قرية قريبة فلا تمنع من ذلك

ويعتبر البلد قريبا عند الفقهاء اذا كان بحيث يمكن الأب أن يرى ولده ويعود فى نهاره ، وما عداه فانه يكون بعيدا لايصح لها الانتقال اليه لما فيه من الاضرار بالأب بقطع ولده عنه .

ونرى أن أمر القرب والبعد يجب أن يرجع فيه الى العرف والى مقدرة الرجل على تحمل النفقات التى يتطلبها السفر لرؤية الولد كما نرى أن ذلك يختلف فى عصرنا الحاضر عما كان عليه الامر فى العصور السابقة اذ لم تكن وسائل المواصلات والسفر ممهدة هذا التمهيد الذى نراه فى عصرنا الحاضر وأقرب البلاد شبها بما وضعت له تلك الاحكام هى البلاد التى لم تنتظم فيها وسائل السفر على وجه مريح «[1]» .

---

(١) وهاهى قضية تتصل بهذا الموضوع جاءت فى كتاب القضايا الزوجية الكبرى ص ١٣٥ـ١٣٦ تتلخص فى أن جدة الولد لابيه ادعت أن ولدها المتوفى كان زوجا لابنة المدعى عليها وقد رزق منها ولدا ولما تزوجت أمه بأجنبى عنه انتقلت حضانته الى المدعى عليها وهو جدته لامه ولكنها ما لبثت أن انتقلت به من بلدته وهى فى أقاصى الصعيد الى مدينة الاسكندرية ولما كانت هذه المدينة تبعد كثيرا عن بلدة الحضانة فانها تطلب الى المحكمة أن تحكم لها على هذه الجدة المدعى عليها بأن تسلمها الولد المذكور .

وقد رفضت المحكمة هذه الدعوى وجاء فى حيثياتها « أن المحكمة ترى أن الانتقال بالولد الى مدينة الاسكندرية لايسقط حق المدعى عليها فى حضانة الولد المذكور لان القول بعدم جواز الانتقال بالصغير الى مكان بعيد انما هو خاص بالمطلقة والاب فقط ، وحتى على فرض التسليم بأن هذا الحكم عام وليس

(حـ) الى وطنها الذى عقد عليها فيه سواء كان بعيدا أم قريبا مصرا أم قرية وذلك لأن المانع من الانتقال هو ما يصيب الاب من ضرر التفريق بينه وبين ولده وفى هذه الحالة قد رضى الاب بالتفريق لوجود دليل الرضا وهو التزوج بهـا فى بلدها لان من تزوج امرأة فى وطنها فالظاهر أنه يقيم فيـه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد فى ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق ، ألا أن النكاح ما دام قائما فأنه يلزمهـا اتباع الزوج فاذا زال النكاح كان لها أن تعود الى وطنها بابنها لأن المقام فى الغربة فيه نوع ذل وقد كان الزوج هو السبب فى اخراجها الى دار الغربة .

ويترتب على ما تقدم :

أ ـ أنها لو أرادت الانتقال الى البـلد الذى عقد عليها فيه ولم يكن ذلك البلد وطنا لها كان للاب أن يمنعـــها من ذلك لانها تقصد الاضرار بالزوج لا دفع الوحشة عن نفسها بالخروج الى ذلك الموضع ولان الزوج ما اخرجها الى دار الغربة .

ب ـ اذا أرادت الخروج الى بلد بعيد لم يعقد عليها فيه ولكنه وطنها فلا تملك ذلك أيضا لفقد أحد الشرطين .

حـ ـ اذا أرادت الخروج الى بلد بعيد لم يعقد عليها فيه وليس وطنا لها فلا تملك ذلك أيضا لفقد الشرطين معا .

خاصا بالمطلقة والاب فان الاسكندرية لاتعتبر مكانا بعيدا ، وما ذكره الفقهـاء بصدد مسألة البعد وهو أن تكون المسافة بين البلدين بحيث لايتمكن المطالع للصغير من رؤيته والعودة نهارا لم يسقه الفقهاء مساق الحد الجامع المـانع لمسألة البعد ولم يجعلوا ذلك ضابطا ومعيارا وانما ساقوه مساق المثل للضرر الذى يصيب من له حق حضانة الصغير فى ذلكم الزمن الذى لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ولم يكن الامن فيه مستتبا باسطا رواقه وظله ، ولم يكن الليل فيه الا شيئا مرعبا مخيفا حيث ينتشر الظلام ويكثر اللصوص وقطـاع الطريق فبدهى أن يكون التأخير حتى يسدل الليل ستاره ضررا يجب أن يتقى .

أما الان وقد استتب الامن وسهلت المواصلات وانيرت الطرق والمسـالك وأصبح الليل قطعة من النهار لايشعر السائر فيه بوحشة ولا يخشى ضررا فليس معقولا أن يعتبر ذلك الان ضررا يجيز طلب الضم لطالبه .. الخ » .

هذا وليس للمرأة أن تنتقل بولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا لأن فى ذلك اضرارا بالصبى اذ أنه يتخلق باخلاق أهل الكفر ، أما اذا كان زوجها حربيا فلها الانتقال به .

(٥) وأما اذا كانت الحاضنة غير الام فليس لها الانتقال بالولد من مكان حضانته ، الا بأذن أبيه لأن جواز الانتقال للام الى بلدها الذى عقد عليها فيه لا يتحقق هنا لعدم العقد بينهما .

والحكمة فى هذه الاحكام مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه أو قريباته المحارم وبين اشراف أبيه عليه حتى لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير شفقة حاضنته ورعاية أبيه ولهذه الحكمة لايجوز للاب أن يخرج الصغير من البلد الذى تقيم فيه أمه ما دام فى حضانتها التى هى أهل لها لأن فى هذا الاخراج تفويت حقها وحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد بعيدا أم قريبا الا اذا سقط حق الام فى الحضانة بسبب من الاسباب ولم يكن فى البلد الذى هى فيه من ينتقل اليه حق حضانة الصغير فله أن ينقله من بلد أمه الى البلد الذى فيه من لها حق حضانته .

سفر الاب بالولد : أو بعبارة أخرى انتقال الاب بالصغير الى بلد آخر

(أ) اذا كان الولد فى يد أمه وهى أهل لحضانته وانتقل الاب الى بلد آخر فليس للأب أن يخرج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها سواء أكان البلد الذى يريد أن يخرجه اليه بعيدا أم قريبا لان فى اخراجه تفويتا لحق الأم فى الحضانة ولا يملك الأب ذلك (ابن عابدين ص ٨٨٥ حـ ٢)

(ب) اذا سقط حق الام فى الحضانة لتزوجها بأجنبى مثلا ولم يكن للولد من ينتقل الحق اليه بعدها فهل للأب أن يسافر بالولد ؟

اختلفت أقوال المشايخ فى الاجابة عن هذا السؤال ، فقيل :

(١) يجوز للأب السفر بالولد ما دامت الأم ليست أهلا للحضانة ، فأذا

عادت اليها أهليتها للحضانة رده اليها ، وهذا هو ما مشى عليه صاحب متن تنوير الابصار والسراجية وهو ما فهمه صاحب البحر من عبارة المجمع « ولايخرج الأب بولده قبل الاستغناء » وعلله فى شرحه بما فيه من الاضرار بالام بابطال حقها فى الحضانة ، فان هذه العبارة كما يقول صاحب البحر تدل على أن حضانة الام اذا سقطت جاز له السفر به (ابن عابدين ٨٨٥ حـ ١)

وهو متفق أيضا مع مافى فتاوى السراجية فقد جاء فيها : سئل اذا أخذ المطلق ولده من حاضنته لتزوجها هل له أن يسافر به ؟ فأجاب بأن له أن يسافر به الى أن يعود حق أمه ا هـ قال صاحب الفتاوى الأنقروية وهى حادثة الفتوى فى زماننا (ص ٩٩) وجاء فى هذه الفتاوى نفسها وأفتى المرحوم أنه اذا سقطت الحضانة بالتزوج بالأجنبى أو بالاستغناء فللعم أن يسافر بالولد .

(٢) يجوز للأب أن يخرجه الى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما هو الحال فى جانبها اذا كان الولد فى يد أمه اذ يجوز لها الانتقال الى بلد قريب يستطيع الاب أن يرى ابنه فى يومه ثم يرجع .

وهذا القول يتفق مع مافى الحاوى فقد جاء فيه « واذا تزوج امرأة فى قرية من رستاق لها قرى قريبة بعضها من بعض فأرادت أن تخرج بولدها من قرية الى قرية لها ذلك مالم تقطعه عن أبيه اذا أراد أن ينظر ولده كل يوم وكذا الأب اذا أراد أن يخرجه الى مثل ذلك ، وليس له أن يخرجه من المصر الى القرى بغير رضا أمه اذا كان صغيرا (الفتاوى الانقروية ص ٩٩) قال ابن عابدين وما فى الحاوى يشمل ما بعد الاستغناء وهذا هو الارفق بالأم ويؤيده ما فى التتار خانية « الولد متى كان عند أحد الأبوين فلايمنع الآخر عن النظر اليه وعن تعهده ولايخفى أن السفر أعظم مانع » (ابن عابدين ص ٨٨٥ حـ ٢)

ويظهر مما تقدم أن أكثر العلماء يقول بالرأى الأول وهو الذى يشبه أن يكون راجحا وان كان ابن عابدين لا يميل اليه ويرى الاخذ بالرأى الثانى .

والذى نراه أن الاخذ بالقول الاول فى جميع الاحوال قد يكون فيه اضرار بالأم كما أن الأخذ بالرأى الثانى قد يكون فيه اضرار بالأب أيضا لأن الزام الأب بالبقاء قريبا من الأم مع سقوط حقها فى حضانة الولد فيه تعطيل لمصالح الأب فقد يكون موظفا أو تاجرا أو ذا مصالح تتطلب منه السفر والاقامة بعيدا عن الأم فلو ألزمناه بالبقاء رفقا بالام لضاعت مصالح الاب ، وقد لايكون للولد فى بلد أمه من يقوم برعايته فيتعرض للضياع لهذا نرى أن يكون الحكم موكولا الى رأى القاضى وتحرياته ، فان رأى أنه لاغاية للأب من السفر الا الاضرار بالام لابعاد ولدها عنها لم يأذن له فى السفر والا أذنه بالسفر .

وتتميما للفائدة نعقب على هذا الموضوع برأى المالكية فيه ليستأنس به القاضى فى قضائه :

يرى المالكية أن من شروط ثبوت الحضانة للحاضن ألا يسافر الولى ستة برد سفر نقله ، فان سافر الى بلد بعيد يريد استيطانه والاقامة فيه قيل للحضانة أتبعى محضونك والا سقط حقك فى الحضانة ولو كان الولد رضيعا ما دام يقبل غير أمه ولم يخش عليه من السفر ، فان سافرت معه استمر حقها فى الحضانة ثابتا ، وان لم تسافر معه سقط حقها فى الحضانة ويأخذه وليه معه ولو كان رضيعا على المشهور ، وكذلك يسقط حقها فى الحضانة أن سافرت عن بلد الولى سفر نقلة وانقطاع وكان المكان المنتقل اليه بعيدا ويكون له حق أخذه منها .

أما ان كان السفر سفر تجارة أو نزهة أو زيارة فلا يأخذه منها ولا تسقط حضانتها بل تأخذه معها ان سافرت هى ، ويتركه الولى عندها ان سافر سفر تجارة أو نزهة أو زيارة .

أما ان كان المكان المنتقل اليه قريبا (بأن كان أقل من ستة برد) على ما هو المعتمد فى المذهب فلا يسقط حق الحاضنة فى الحضانة بل يبقى الولد فى حضانتها ولا يحق له أخذه منها ، وكذلك لا تمنع الحاضنة من أخذ ولدها معها والسفر به ان انتقلت الى مكان قريب (ص ٦٢٣ حـ ٢ الدسوقى

والشرح الكبير)

وترى من الموازنة بين المذهبين الحنفى والمالكى :

(١) ان الحنفية لايشترطون لثبوت حق الحاضنة فى الحضانة أن يبقى الوالد مقيما فى بلد الحاضنة بحيث اذا سافر الى مكان آخر بعيد عن الحاضنة ليتخذه موطنا له استمر حقها فى الحضانة ثابتا ولا يقال لها أتبعى محضونك الى البلد الذى سافر اليه الولى ليتخذه موطنا أما المالكية فيشترطون لثبوت حق الحاضنة فى الحضانة ألا ينتقل الولى الى بلد بعيد يتخذه موطنا له ، فان انتقل الى هذا المكان وكان مأمونا ولا يخشى على الولد من السفر ــ سقط حق الحاضنة فى الحضانة الا اذا رغبت فى الانتقال معه فان حقها يظل ثابتا ، فان لم تنتقل معه سقط حقها فى الحضانة وكان للولى أن يأخذه منها .

(٢) يؤخذ مما تقدم أن المالكية يرون أن حق الأب فى الاشراف على ولده وتعهده آكد من حق الأم فى حضانة ولدها ولذلك سقط حقها فى الحضانة اذا تعارض مع فوات اشراف الاب على ولده وان الحنفية يرون أن حق الأم فى الحضانة آكد من حق الأب فى الاشراف على ولده وتعهده ، ولذلك اذا انتقل الى بلد آخر غير البلد الذى فيه الحاضنة لايملك أخذ الولد منها ولا اخراجه معه لما فى ذلك من تفويت حق الحاضنة فى الحضانة.

(٣) ان المالكية يفرقون بين سفر الولى والحاضنة للانتقال والاقامة وبين سفرهما للنزهة أو الزيارة او التجارة فيسقطون حق الحضانة للحاضنة اذا كان السفر من النوع الأول وكان المكان المنتقل اليه بعيدا ، ولايسقطون حقها فى الحضانة اذا كان السفر من النوع الثانى ولو كان المكان المسافر اليه بعيدا، والحنفية وان لم نر لهم هذا التفصيل لكنه يؤخذ من الأحكام التى أوردوها فى جواز انتقال الحاضنة الى مكان آخر حيث يجوزونه اذا كان المكان المنتقل اليه قريبا وخيرا من المكان المنتقل منه الا اذا كان وطنها وقد عقد عليها فيه ، ولايجوزونه اذا كان المكان بعيدا الا بقيود مر ذكرها .

ويفهم من هذا التفصيل أن الخروج الذى لايراد منه الاقامة لايسقط حق الحاضنة فى الحضانة بل يبقى الولد فى يدها ولاينزع منها اذا سافرت لزيارة أو تجارة أو نزهة .

وغير الام من الحاضنات كالام فى ذلك ليس له أن يخرجه من بلدها ، واذا زال المانع من أهلية الام أو غيرها للحضانة وعاد اليها استحقاقها وجب على الاب أن يعيده اليها حيث تقيم .

وفى كل حـالة لايكون للحاضنة حق السفر بالصغـير اذا أبت الا أن تسافر سقط حقها فى حضانته وانتقل الحق الى من يليها من الحاضنات .

واذا سقطت حضانة الام وأخذ الولد أبوه لايجبر على أن يرسله اليها لتراه بل هى اذا أرادت رؤيته لاتمنع من ذلك وكذلك اذا كان الولد عندها وأراد أبوه أن يراه فلا تجبر على ارساله اليه بل تخرجه الى مكان يمكنه أن يبصره فيه كل يوم (ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٨٤ـ٨٨٦) .

هل الحضانة حق للحاضنة أم حق للمحضون ؟

يرى ابن عابدين ان لكل من الحاضنة والمحضون حقا فى الحضانة فهى ليست حقا خالصا للحاضنة كما أنها ليست حقا خالصا للمحضون ويرى أن الخلاف فى هذه المسـألة انما هو خلاف لفظى لايترتب عليـه اختلاف فى الأحكام .

وينبنى على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقافى الحضانة الاحـكام الآتية : ـ

(١) ان الحاضنة تجبر على الحضانة اذا تعينت عليها بأن لم يوجـد غيرها أو وجد وامتنع أو لم يكن للأب ولا للولد مال مراعاة لحق الطفل .

(٢) اذا لم تتعين الحضانة على الحاضنة فلاتجبر عليها بل لهااسقاط حقها وتصبح كأنها غير موجودة وتنتقل الحضانة الى من يليها .

(٣) أن للأم لو اختلعت من زوجهـا على أن تترك ولدها عنـد الزوج صح الخلع وبطل الشرط مراعاة لحق الولد فان كونه عندها أنفع له فليس

لها أن تبطل حقه بالشرط وكذلك ليس لها أن تصالح الاب على ترك الولد عنده للعلة المتقدمة .

(٤) ان الاب ليس له ان ينقل الطفل من البلد الذى تقيم فيه حاضنته لما فيه من تفويت حق الحاضنة .

(٥) ان المرضعة اذا كانت غير الحاضنة للولد فعليها أن ترضعه فى مكان الحضانة لئلا يضيع حق الحاضنة بانتقاله منها .

(٦) انه لايصح أن يؤخذ الطفل من حاضنته ويعطى لغيرها الا لمبرر شرعى .

انتهاء حضانة النساء وانتقال الحق للرجال

اذا انتهت مدة حضانة النساء فان الولد لايمكنه أن يستقل بنفسه فى هذا الطور من حياته بل هو مجتاج أيضا الى من يعينه على تحصيل العلوم والمعارف واكتساب الاخلاق الفاضلة والتخلق بأخلاق الرجال ان كان ذكرا وهو محتاج الى الحماية والصيانة ان كان أنثى ، ولما كان الرجال أقدر من النساء على معونة الولد فى هذه المرحلة جعل الشارع لهم الحق فى امساك الولد ، كما قدم النساء على الرجال فى المرحلة الاولى مراعاة لمصلحة الولد .

فعلى هذا اذا كان الولد ذكرا وأتم السابعة ولم يوجد ما يوجب بقاءه مع حاضنته ، فان أحق الناس بامساكه حينئذ أبوه ، ثم جده لأبيه ثم أقرب عصبته من الرجال ، سواء كانوا محارم كاخوته الاشقاء أم غير محارم كأبناء عمه ، ويجبر الاب أو أقرب عصبته على امساكه اذا امتنع من طلبه ، وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير فى أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ، وليس للغلام أن يختار غير ما رآه الشارع ، وليس لابيه أو عاصبه أن يمتنع عن القيام به ، لأن حق الشرع لايملك أحد تفويته .

واذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب يسلم الولد الى الرجال غير العصبة حسب الترتيب المذكور سابقا فان لم يوجد واحد من هؤلاء يبقى الغلام

وان لم يكن للبنت الا ابن عمها ورأى القاضى أنه أصلح أمسكهاعنده.

ولا خيار للبنت أو لعاصبها المحرم فى ذلك ، بل تجبر هى أن تكون عند عاصبها المحرم ويجبر عاصبها المحرم على امساكها اذا امتنع ، لان هذا حق الشرع فلا يملك أحد تفويته .

ويستمر هـذا الحق ثابتا على البنت لأبيهـا أو عاصبها المحرم الى أن تتزوج ، فان تزوجت صار حق امساكها لزوجها ، لكن اذا بلغت الحلم ولم تتزوج وكانت بكرا مسنة ، واجتمع لها رأى وعفة ، أو كانت ثيبا تؤمن على نفسها فان كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها ، وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الأقامة عنـده ، بل تكون فى هـذا كالغلام ، اذا بلغ الحلم عاقلا ذا رأى فأنه يكون أحق بنفسه .

يتبين من هذا أن الفرق بين الصغير والصغيرة فى موضعين :

(١) ان العاصب غير المحرم لا ينتقل اليه حق امساك الصغيرة ، بعد أن تنتهى مدة الحضانة ، وينتقل اليه حق امساك الصغير .

(٢) أن طور ما بعد الحضانة ينتهى ببلوغ الحلم بالنسبة للصغير اذا بلغ عاقلا ، ولاينتهى الا بالزواج بالنسبـة للصغيرة ، الا اذا أسنّت بغير زواج وكان لها مع السن رأى وعفة ، أو كانت ثيبا مأمونة على نفسها .

وفى كل موضع يكون للاب أو العاصب الحق فى امساك الغلام أو البنت انما يثبت له هذا الحق اذا توفرت فيه الشروط الآتية : —

(١) أن يكون عاقلا بالغا حرا .

(٢) أن يكون قادرا على تربية الولد ، فلو كان مريضا بمرض يمنعهمن رعاية الولد ، أو مريضا بمرض معـد أو يسكن مع مريض بمرض معـد لايعطى اليه .

(٣) أن يكون أمينا على الولد ، فلو كان فاسقا مفسدا الى حد يخشى فيه على الولد لم يكن له الحق فى امساكه .

(٤) أن يكون موافقا للولد فى الدين ، لأن حق الرجال فى الحضانة مبنى على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين ، فاذا كان للصبى اخوان أحدهما مسلم والآخر على دين الصبى فانه يسلم للذى يتحد معه فى الدين .

واذا اجتمع أكثر من مستحق للحضانة ، كأخوة أشقاء مثلا ، فأصلحهم دينا وورعا أحق من غيره ، لأن ضم الطفل اليه مصلحة له ، حيث يتخلق بأخلاقه فان تساووا فأكبرهم سنا لأن حقه أسبق ثبوتا (شرح العنلية حـ ٣/٣١٦)

نفقـة الأقارب

القرابة الموجبة للأنفاق :

اتفق الفقهاء على أن القرابة سبب لوجوب النفقة ، فيجب على القريب أن ينفق على قريبه ويجبر على ذلك ان لم يفعل ، ولكنهم اختلفوا فى تحديد القرابة الموجبة للانفاق على أربعة أقوال : ـ

(١) القول الاول : النفقة تجب على الولد ذكرا أو أنثى لأبيه وأمه الأدنين ، وتجب على الأب لولده ذكرا أو أنثى ، ولا تجب على الأم نفقة ولدها ، ولاتجب لغير من ذكرنا من الاقارب ، فالجد والجدة وابن الابن والاخ والاخت والعمة لاتجب نفقتهم على أحد من أقاربهم ـ وهذا هو مذهب مالك وهو أضيق المذاهب فى تحديد القرابة .

وحجته قوله تعالى « وبالوالدين احسانا » وقوله تعالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفا » وقوله (ص) «أنت ومالك لأبيك» وقوله (ص) «ان أطيب ماأكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا مريئا» فهذه أدلة وجوب نفقة الوالد على ولده .

والدليل على وجوب نفقة الولد على أبيه قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن

أجورهن » وقوله (ص) فى حديث هند «خذى مايكفيك وولدك بالمعروف»

وبما أن هذه النصوص قد دلت على وجوب النفقة على الاب والاولاد فقط فيقتصر فيها على مورد النص وليس غير هؤلاء من الاقارب فى قوة قرابة من ذكرهم النص فيقاسون عليهم (الخرشى جـ ٤ ص ٢٠٢ و٢٠٤)

(٢) القول الثانى : النفقة تجب على الاصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم من غير تقييد بدرجة ، لأن الاصول آباء والفروع أولاد فيدخلون فى عموم النصوص السابقة ـ وهذا مذهب الشافعى وهذا أوسع من مذهب مالك (نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٠٧)

(٣) القول الثالث : النفقة تجب على كل ذى رحم محرم لذى رحمه فيجب على الاصول لفروعهم وعلى الفروع لاصولهم وعلى سائر الاقارب لاقاربهم اذا كانوا من محارمهم ، أما القريب غير المحرم فلا تجب النفقة عليه . ـ وهذا مذهب ابى حنيفة وهو أوسع من مذهب الشافعى .

وحجته قوله تعالى « واعبدوا الله ولاتشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى » وقوله تعالى « فآت ذا القربى حقه » .ما أخرجه الترمذى عن معاوية القشيرى قال قلت يارسول الله من أبر قال أمك . قلت ثم من ؟ قال أمك . قلت ثم من ؟ قال أمك . قلت ثم من ؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب ـ فأخبر سبحانه أن لذى القربى حقا وأمر بأيتائه وجعله يلى حق الوالدين كما جاء قول النبى (ص) مؤكدا لهذا المعنى ، قال ابن القيم فان لم يكن ذلك حق النفقة فلا ندرى أى حق هو (زاد المعاد جـ ٣ ص ١٦٤ و١٦٦) .

واستدل الحنفية على تقييد القرابة بالمحرمية بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك . وقالوا انها بيان للقراءة المتواترة ، واستدلوا أيضا بأن التحريم فى النكاح أساسه ما قد يؤدى اليه العقد من قطع الرحم أحيانا فمحافظة عليها كان التحريم فاعتبر مقياسا للرحم الواجب

وصلها بالأنفاق والرحم التى لايجب وصلها بالأنفاق .

(٤) القول الرابع : النفقة تجب على الاصول لفروعهم وعلى الفروع لاصولهم كماتجب على سائر الاقارب لكن بشرط أن يكونوا وارثين ـ وهذا مذهب احمد وهو أوسع من مذهب الحنفيـــة من حيث أنه لم يشترط المحرمية فابن العم تجب عليه النفقة لابن عمه عند احمد لأنه وارث ولاتجب عليه عند أبى حنيفة لأنه غير محرم .

وحجة احمد قوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » فقد علق سبحانه وجوب النفقة بالوارث سواء كان محرما أو غير محرم فعلم من هـــذا أن القرابة الموجبة للانفاق هى ما كان فيها القريب الموسر وارثا للقريب المحتاج ان ترك مالا ، لأن القريب الوارث لما كان أحق بمال المورث من غيره كان من العدل أن يختص أيضا بوجوب نفقته عليه دون قريبه غير الوارث .

هـــذا وقد ذكر ابن القيم فى زاد المعاد رأيا يخالف هذه الآراء الأربعة المتقدمة ويذهب الى ان نفقة الاقارب انما هى من باب البر والصلة وأنه لايجبر أحد على نفقة أحد من أقاربه وهذا الرأى يعزى الى الشعبى فقـــد روى عنه قوله « ما رأيت أحدا أجبر أحدا على أحد ـ يعنى على نفقته ـ وقد عقب ابن القيم على هذا بقوله « وفى اثبات هذا المذهب بهذا الكلام نظر والشعبى أفقه من هذا والظاهر أنه أراد أن الناس كانوا أتقى لله من أن يحتاج الغنى أن يجبره الحاكم على الأنفاق على قريبه المحتاج فكان الناس يكتفون بايجاب الشرع عن ايجاب الحاكم واجباره (زاد المعاد حـ ٣ ص١٦٥)

ولعـــل هذا الرأى الاخير الذى ذكره ابن القيم ولم يرتضه هو أعدل الآراء اذا تغـــير النظام الاجتماعى وتكفلت الدولة بالانفاق على كل فقير محتاج كما يرمى الى ذلك نظام الضمان الاجتماعى الذى يراد تعميـــمه وتطبيقه فى القطر المصرى ، فان هذا النظام اذا عمم فى القطر وتحملت الدولة الانفاق على الفقير المحتاج لم يكن ثمة ضرورة الى الزام القريب بالانفاق على قريبه .

والمعمول به فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية مذهب أبى حنيفة الذى يقول بوجوبها فى قرابة الاصـول والفروع وكل ذى رحم محرم ، وقد ضبط أحكام هـذا الباب ابن عابدين فى قواعد استنبطها من فتاوى مشايخ المذهب وتتلخص هذه القواعد فيما يلى : —

الأقرباء الذين يتوافر فيهم شروط وجوب النفقـة :

١ — اما أن يكونوا أصولا فقط كالجـد والأب والام وأبى الام وأم الام ... الخ .

٢ — واما أن يكونوا فروعا فقط كالأبناء والبنات وأبناء الابناء وبنات الابناء وبنات البنات ... الخ .

٣ — واما أن يكونوا حواشى فقط كالاخوة والأخوات وأبنـاء الاخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

٤ — واما أن يكون بعضهم من الاصول وبعضهم من الفروع كأن يجتمع مع الأب أو الجد ابن أو بنت أو ابن ابن أو بنت بنت .

٥ — واما أن يكون بعضهم من الاصـول وبعضهم من الحواشى كأن يجتمع مع الجد أخ أو أخت .. الخ .

٦ — واما أن يكـون بعضهم من الفروع وبعضهم من الحـواشى كأن يجتمع مع الابن أو البنت أخ أو أخت .. الخ .

٧ — واما أن يكون بعضهم من الاصول وبعضهم من الحواشى وبعضهم من الفروع كأن يجتمع مع الجد مثلا ابن وأخ .

ولكل من هذه الاقسام حكم خاص

الأصـول : يشترط لايجاب نفقة الفرع على الاصل ما يأتى : —

(أ) أن يكون الفرع فقيرا لا مال له ينفق منه ، لأن نفقة المرء على نفسه فما دام يجد النفقة الضرورية فلا تجب نفقته على غيره ، لأن هذه

النفقة ما وجبت على القريب الا لدفع ضرر الهلاك عن القريب المحتاج ، فان كان للصغير مال فنفقته فى ماله ، وان كان أبوه غنيا ، فاذا كان المال فى يد الأب وأنفق على الصغير منه فعليه أن يشهد على ولده ليتمكن من اقامة الحجة اذا نازعه الصغير بعد وادعى أن النفقة كانت من مال الأب ، واذا كان مال الصغير غائبا وأنفق عليه الأب من ماله فله أن يرجع عليه اذا كان الانفاق باذن القاضى أو أشهد عند الأنفاق أنه أنفق ليرجع ، « وحد الفقر الموجب للانفاق هو أن يكون الشخص بحيث تحل له الصدقة ، وذلك بأن لايملك نصابا زائدا على حوائجه الاصلية اذا كان ما يملكه من غير جنس النفقة ، أما ان كان ما يملكه من جنس النفقة فالظاهر أنه لاتجب له النفقة وان كان ما عنده أقل من النصاب لأن النفقة معللة بالكفاية ، ومادام عنده ما يكفيه لا يلزم غيره كفايته .

ولو كان للقريب منزل محتاج اليه كله لايؤمر ببيعه ، أما لو كان يكفيه بعض المنزل أمر ببيع بعضه وانفاقه على نفسه ، وكذا لو كانت له دابة نفيسة يؤمر بشراء الأدنى وانفاق الفضل ، ومتاع البيت المحتاج اليه مثل للمنزل والدابة (ابن عابدين جـ ٢ ص ١٠٥٢ ، ١٠٥٥) .

(ب) أن يكون عاجزا عن الكسب لأنه ان كان قادرا على الكسب كان مستغنيا بكسبه ولم يكن فى حال ضرورة يتعرض فيها للهلاك ان لم ينفق عليه قريبه ، والعجز عن الكسب يكون (١) بالصغر ، والمراد به الصغر الذى لم يبلغ المتصف به حد الكسب فان بلغه وكان ذكرا فللأب أن يؤجره أو يعطيه لمن يعلمه حرفة يكتسب منها وينفق عليه من كسبه ، أما ان كانت أنثى فليس له أن يؤجرها للخدمة ولكن له أن يدفعها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة (ابن عابدين جـ ٢ ص ١٠٣٧) (٢) وبالأنوثة لأن الشأن

فى الانثى عدم التعرض لعناء العمل ، فاذا كانت الانثى تكتسب فعلا من وظيفة أو حرفة فان نفقتها تكون من كسبها ، فاذا لم يكفها كان على أبيها ما يفى حتى تتزوج ، كما يعد عاجزا عن الكسب المقعد الذى لايستطيع الكسب ، والأعمى ومن لايحسن صناعة (ويسمى الأخرق فى عرف الفقهاء) ومن هو من أبناء الأشراف الذين يلحقهم العار من التكسب ، وطلبة العلم الذين يشغلهم طلب العلم عن التفرغ للكسب بشرط أن يكون طالب علم ناجحا ، لأنه ان كان غير ناجح فلا جدوى فى طلبه العلم وعليه أن ينصرف لطلب القوت ولايكون كلا على الناس . (ابن عابدين حـ ٢ ص ١٠٥٤) .

(حـ) أن يكون الاصل قادرا على الكسب وان لم يكن غنيا ولا يسقط عنه الوجوب الا اذا كان عاجزا بحيث تكون نفقته على غيره من من الاصول والفروع لأنه فى هذه الحالة يعد فى حكم المعدوم ، لأنه ليس من المستساغ عقلا أن نوجب عليه الانفاق على غيره وهو يأخذ نفقته من غيره .

أما اذا كان الاب معسرا وليس له كسب فان النفقة تجب على الأب أيضا . ولكن يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجودا بالانفاق وتكون النفقة دينا على الأب يرجع عليه اذ أيسر ، فلو أنفقت الأم مثلا أو الجد أو غيرهما ممن يلزمه الانفاق اذالم يكن الاب موجودا كان لهؤلاء الرجوع على الأب اذا أيسر . واذا امتنع الأب عن الكسب مع قدرته أو امتنع عن الانفاق على ولده استعمل القاضى معه مايراه مؤديا لامتثاله حتى لو علم أن مثله لا يمتثل الا بالحبس حبسه ، وهذا هو الموضع الوحيد الذى يحبس فيه الوالد فى دين ولده لأن الامتناع فى هذه الحالة فيه اتلاف الصغير (ابن عابدين جـ ٢ ص ١٠٣٨)

هذا ولا يشترط اتحاد الدين فى نفقة الفروع لانها وجبت بقوله تعالى

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . ولا تفصيل فى هذه الآية ولأن الفرع جزء من الأصل ونفقة الجزء لاتمتنع بالكفر كنفقة نفسه ، لكن يشترط ألا يكون الفرع حربيا فلو كان حربيا لاتجب له النفقة بشهادة قوله تعالى : ـ « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين * انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم ... الآية » (ابن عابدين حـ ٢ ص ١٠٥٧)

على من تجب نفقة الفرع ؟ .

١ ـ اذا كان الأب موجودا قادرا على الكسب كانت النفقة عليه وحده لايشاركه أحد فيها لأنه جزء منه فالانفاق عليه كالأنفاق على نفسه واحياؤه كاحياء نفسه .

٢ ـ اذا كان الأب غير موجود أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب كانت نفقة الولد على من يوجد من أصوله ذكرا كان أو أنثى ، غير أن الموجود منهم ان كان أكثر من واحد فلا يخلو الحال مما يأتى

(أ) أن كانوا جميعا وارثين وجبت النفقة عليهم بنسبة مايستحقون من الميراث فاذا كان له أم وجد كان على الام ثلث النفقة وعلى الجد ثلثاها ولو كان له أم أم ، أب أب فعلى الجدة سدس النفقة وعلى الجد الباقى ، واذا كان له أم أم ، أم أب ، أب اب كان على الجدتين السدس تشتركان فيه وعليه خمسة اسداس .

(ب) وان كانوا جميعا غير وارثين فالنفقة على أقربهم درجة كما اذا اجتمع أب أم ، أم أب أم ، فان النفقة على اب الأم لقربه ، فان تساووا فى القرب وجبت عليهم النفقة جميعا بالسوية .

(حـ) وان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث فهى على الأقرب وان لم يكن وارثا فاذا اجتمع أب أب أم ، أم أب كانت النفقة على أم الأب لقربها ، وكما اذا اجتمع أب أب أب ، أب أم فان النفقة

على لب الأم وان لم يكن وارثا ، واذا تساووا فى القرب كان الترجيح بالارث على ما استظهره ابن عابدين فاذا اجتمع مع أبى الأب أبو الأم كانت النفقة على أبى الأب ، ويتفرع على ما قالوه أنه اذا كان للفقير أب أب أب ، أم أم كانت النفقة عليهما بحسب ميراثهما فاذا حل أبو الأم محل أم الأم فى هذه المسألة كانت النفقة عليه وحده، وهو غيروارث ولاشىء على أبى أب الأب وهو الوارث وحده . فترى من هذا أن القريب الوارث يعاون الأقرب الوارث ولا يعاون الأقرب غير الوارث ، فأبو أبى الأب اذا كانت معه أم الأم عاونها مع أنها وارثة واذا كان معه أبو الأم لم يعاونه مع انه غير وارث وهو حكم غير معقول .

ومرجع هذا الاضطراب أنهم لم يسيروا على وتيرة واحدة فى الترجيح فاعتبروا الارث حينا ، وقرب الدرجة حينا آخر تبعا لما أثر من الفروع عن المشايخ ، وكان الواجب أن يسيروا على وتيرة واحدة .

الفروع : ـ

اذا كان من تجب عليه النفقة فرعا لمستحقها اشترط لوجوبها : ـ

(١) أن يكون الاصل فقيرا لا مال له ينفق منه ولا يشترط عجزه عن الكسب بل متى كان محتاجا ولو كان قادرا على الكسب وجب على الفرع أن ينفق على أصله لأن الله تعالى نهى عن ايذاء الآباء وفى الزامهم بالاكتساب مع غناه ايذاء ، ولأن الشرع جعل مال الولد لآبائه فقال عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » .

(٢) أن يكون الفرع قادرا على الكسب ولا يشترط يساره فمتى كان فى كسب الفرع ما يزيد على حاجته وجبت عليه نفقة أصله المعسر وان كان قادرا على الكسب ولا يكلف السعى احتراما له وبرا به وبعدا عن ايذائه واذا لم يكن فى كسب الولد فضل عن حاجته ، فان كان له عيال ضم أصله

الى عياله لأن ما يكفيه وأولاده يكفيهم جميعا فلا يفرض القاضى عليه فى هذه الحال نفقة ولكن يأمره بضم أبويه اليه ، واذا كان للولد لاعيال له ويعيش وحده وليس له من كسبه فضل يزيد على حاجته فقد قال بعض المشايخ يجبر على ضم أحد أبويه الفقير اليه لأن طعام الواحد يكفى الاثنين .

وقال عامة العلماء انه فى هذه الحالة لايجبر الابن على ضم أحد أبويه الفقير اليه مادام لا عيال له ولا يفضل عن قوته الضرورى شىء لأن ضمه يؤدى الى عجز الابن عن الكسب اذ لايأكل ما يكفيه فلا تكون له القوة على الكسب فيعجز .

وهذا كله اذا كان الأب قادرا غير عاجز ، أما اذا كان عاجزا فيضم اليه باتفاق ولو كان الابن يأكل وحده ومثل ذلك الأم فانه يفرض عجزها دائما بسبب أنوثتها ، ولا يشترط اتحاد الدين كما تقدم فى نفقة الفرع على الاصل .

على من تجب نفقة الأصل اذا تعدد الفرع :ـ

اذا كان الأقرباء الذين توافرت فيهم شروط وجوب النفقة كلهم فروعا لقريبهم الفقير المستحق للنفقة كانت نفقة الأصل على الأقرب درجة ، سواء أكان ذلك الاقرب وارثا أم غير وارث ، وسواء أكان ذكرا أم أنثى ، وسواء أكان متحدا معه فى الدين أم مخالفا له لأن سبب الوجوب الجزئية أى كون الولد جزءا من أصله ، ومتى وجد السبب ترتب عليه الحكم ، واذا قوى السبب بالقرب كان مرجحا عند التعدد واختلاف الدرجة .

ويتفرع على ذلك أنه اذا اجتمع :ـ

١ ـ بنت ، ابن ابن كانت النفقة على البنت وحدها وان كان ابن الابن يأخذ مثلها فى الميراث .

٢ ـ ابن كافر ، ابن ابن مسلم ، كانت النفقة على الابن الكافر وان كان ابن الابن يأخذ الميراث .

٣ ــ بنت بنت ، بنت ابن ابن ابن . كانت النفقة على بنت البنت لقربها وان كانت بنت ابن الابن تأخذ كل الميراث .

هذا اذا كان فيهم أقرب وأبعد، أما اذا تساووا فى القرب بأن اتحدوا فى الدرجة فالنفقة عليهم بالسوية سواء أكانوا كلهم وارثين أم كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث وسواء تساووا فى الغنى أم تفاوتوا ، وقيل لو كان التفاوت فاحشا تقدر النفقة بحسبه ، ويتفرع على ذلك أنه اذا اجتمع ابن وبنت موسران فالنفقة عليهما بالسوية ولا ينظر الى أن الابن يأخذ ضعف البنت فى الميراث . قال ابن عابدين فى حاشيته هذا هو ظاهر الرواية وعليه الفتوى حـ ٣ ص ١٠٤٩ ، وجاء فى المبسوط روى الحسن عن أبى حنيفة أن النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الأرحام .

٤ ــ ابن كافر ، وبنت مسلمة كانت النفقة عليهما بالسوية وان كان الابن لا يرث .

٥ ــ ابن ابن ، وبنت بنت كانت النفقة عليهما بالسوية وان كانت بنت البنت لا ترث . قال ابن عابدين «وقول الرملى فى حاشية البحر فيمن له ابن ابن وبنت بنت أنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم » (ص ٨٣ رسائل) ، فيؤخذ من هذا أن النفقة على الفروع تكون على الاقرب فان تساووا فهى عليهم بالسوية .

ويلاحظ على هذه الاحكام أنها لا تسير على وتيرة واحدة فحين تكلموا على النفقة الواجبة على الأصول اعتبروا الارث أحيانا وأهملوه أحيانا أخرى كما أنهم هنا أهملوا جانب الارث مطلقا مع أن العقل يقضى (١) بوجوب اعتباره فان الغرم بالغنم فان الذى يغنم من الأصل اذا مات عن تركة هو الفرع الوارث فيجب أن يغرم بمقدار ما لو ورث ، ولذلك خالف بعض الفقهاء فقال بوجوب النفقة على الفروع للأصول بمقدار الارث مستدلا بقوله

تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » .

(٢) كما يقضى بأن يسير الفقهاء على وتيرة واحـــدة فى القسم الاول والقسم الثانى لأنه لا معنى مطلقا للتفرقة فى الحكم بين النفقة الواجبة على الفروع والواجبة على الاصول اذ علة الوجوب فيها واحدة هى (الولاد) كما نص عليها فى البدائع ورسائل ابن عابدين .

اجتماع الفروع والاصول :ـ

اذا كان لمستحق النفقة أصـــول وفروع قد استوفوا شروط الوجوب كانت النفقة على الأقرب درجة ان تفاوتوا فى الدرجة سواء أكان وارثا أم غير وارث ، فاذا اجتمع مع الاب ابن ابن كانت النفقة على الاب لقربه وان كان نصيبه فى الميراث أقل من نصيب ابن الابن ، أو اجتمع أبو أم مع ابن ابن الابن كانت النفقة على أبى الام وان كان غير وارث . فان تســاووا فى الدرجة فهى على حسب ميراثهم الا اذا كان فيهم ابن فعليه وحده نفقــة والديه ولاشىء على الاب لأن للمرء شبهة حق وملك فى مال ابنه لقوله عليه الصلاة والسلام : « انت ومالك لأبيك » ، ولهذا قالوا انه لايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد كما لايشارك الاب فى نفقة أولاده أحد ، فاذا اجتمع أب وابن لمستحق النفقة أو أم وابن كانت النفقة على الابن فى المثالين ، والظاهر أن البنت مثل الابن ، أما ان تساوى الفرع والاصل فى القرب ولم يوجـد مرجح فالنفقة عليهم بنسبة ميراثهم كما قلنا .

ففى أب الأب وابن الابن على الجد السدس وعلى ابن الابن خمســة أســداس . وفى أبى أب وبنت بنت النفقــة على أبى الأب ولا شىء على بنت البنت .

هذا مامشى عليه ابن عابدين فى رسائله من أنه لايوجد مرجح بين أبى الأب وابن الابن ، ولكن جاء فى حاشـيته ، قال الرحمتى وينبغى فى جد وابن ابن وجوب النفقــة على ابن الابن لهــذا المرجح (يريد أنت ومالك لأبيك) فانهم جعلوه مطردا فى جميع الأصول والفروع .

ويلاحظ على أحكام هذا القسم .

(١) أنهم لم يعتبروا الارث عند الاختلاف فى الدرجة بل جعلوا النفقة على الأقرب ، وقد يؤدى ذلك الى وجوب النفقة فى بعض الصور على غير الوارث كما فى أب أم وابن ابن ابن .

(٢) بعض فروع هذه القاعدة يتعارض مع بعض فروع قاعدة تعدد الأصول فقط كما اذا اجتمع أم وجد لأب ، ابن ابن ، فان مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها الأقرب مع أنه تقدم فى تعدد الأصول أن الأم اذا اجتمع معها الجد كانت النفقة بينهما بنسبة ميراثهما فترى من هذا أن الأم لما كان معها الجد وحده عاونها بثلثى النفقة فلما كان معها الجد وابن الابن لم يعاونها واحد منهما ، وهذا منطق غريب منشؤه عدم السير على طريقة واحدة ، فعند عدم وجود ابن الابن قالوا المعتبر الارث وعند وجوده قالوا المعتبر القرب .

(٤) الحواشى : ــ

يراد بهم كل من ليس أصلا ولا فرعا من أقرباء المستحق للنفقة مع ملاحظة كونه ذا رحم محرم وكون المحرمية آتية من جهة القرابة ، فلو كان سبب المحرمية الرضاعة فلا تجب النفقة عليه ، لأن الذى يوجبها هو القرابة لا الرضاعة ، فيشمل الحواشى اذن الاخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات . فمن كان غير محرم كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة فلا نفقة له على رحمه ، ولو كان وارثا له . (ابن عابدين حـ ٢ ص ١٠٥٣) .

ويشترط لوجوب هذه النفقة : ــ

(١) أن يكون المنفق عليه فقيرا وعاجزا عن الكسب لأن القادر غنى بكسبه .

(٢) أن يكون المنفق موسرا لأن النفقة على ذى الرحم صلة وهى لا تجب

الا على الأغنياء .

وقد اختلفوا فى حد اليسار الموجب للانفاق على أقوال .

القول الأول : أن الموسر هو من يملك نصابا فاضلا عن حوائجه الأصلية ، وقيل من عنده فضل عن حاجته وحاجة عياله شهرا . وقيل أن يكون له كسب دائم فيه ما يفضل عن حاجته ، وحاجة عياله ويتسع لنفقة القريب ذى الرحم المحرم لأنها لدفع الهلاك ، ويجب على كل مسلم القيام بدفع الهلاك عمن له صلة به ما دام فى ماله فضل عن حاجة ، والرأى الأخير فى حد اليسار هو أوفق الآراء وأرفقها بالناس وهو الذى يجرى عليه العمل .

(٣) أن يكون المنفق متحدا مع المنفق عليه فى الدين لأن النفقة فى هذا القسم مبنية على أهلية الارث فى الجملة ، ولا توارث بين المختلفين دينا .

(٤) يشترط لوجوب أدائها قضاء القاضى بها أو التراضى عليها ولهذا لو ظفر الفقير بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذه قبل القضاء أو التراضى بخلاف نفقة الزوجة والأصول والفروع (ابن عابدين حـ ٢ ص ١٠٥٣ ، ١٠٥٩) .

ومتى تحققت هذه الشروط وجبت النفقة فاذا كان الموجود واحدا وجبت النفقة عليه واذا تعدد كانت النفقة عليهم بحسب الارث ، فاذا كان أحدهم وارثا والآخر غير وارث فالنفقة كلها على الوارث .

الأمثلة : ـ

(١) خال وعم ، النفقة على العم لأنه هو الوارث .

(٢) ابن أخ وابن أخت ، النفقة على ابن الأخ لأنه الوارث .

(٣) خال وابن عم ، النفقة على الخال وان كان غير وارث حقيقة لوجود ابن العم لكنه أهل للارث وهذه الأهلية هى المعتبرة هنا لا حقيقة الارث ،

أما ابن العم الوارث الحقيى فلا تجب عليه النفقة أصلا لفقدانه شرطا من شروط وجوبها وهو المحرمية .

واذا كانوا كلهم وارثين وجبت النفقة عليهم بنسبة ارثهم .

الأمثلة : ـ

(١) أخت شقيقة ، أخت لأب ، أخت لأم ، وجبت النفقة عليهم جميعا فعلى الأخت الشقيقة ٣/٥ والأخت لأب ١/٥ والأخت لأم ١/٥ .

(٢) أخ شقيق ، أخت لأم : على الأخت لأم ١/٦ وعلى الأخ الشقيق ٥/٦

والخلاصة أن النفقة على الحواشى تجب بنسبة ميراثهم ، وبمقارنة هذا القسم بالأقسام التى سبقته نرى أحكامه سليمة متمشية مع قاعدة الغرم بالغنم لأنهم جعلوا كل الاعتبار للارث وأهملوا قرب الدرجة .

(٥) فروع وحواشى : ـ

اذا كان من توافرت فيهم شروط وجوب النفقة بعضهم من الفروع وبعضهم من الحواشى .

فالنفقة واجبة على الفروع ولا شىء على الحواشى ، لأن العبرة هنا بالجزئية (أى كون المنفق جزءا من المنفق عليه) . ولا ينظر الى الارث ولا الى القرب ولهذا يسقط الحواشى بالفروع فى جميع الصور .

الأمثلة : ـ

(١) بنت ، أخت شقيقة ، على البنت فقط وان كانت الأخت ترث .

(٢) ابن نصرانى ، أخ مسلم : على الابن وان كان غير وارث .

(٣) ولد بنت ، أخ شقيق : على ولد البنت وان كان غير وارث .

فاذا سقط الحواشى وبقى فرع واحد وجبت عليه كلها كما فى الأمثلة المتقدمة ، وان بقى أكثر من فرع روعى فى ترتيبهم ما تقدم فى النفقة الواجبة

على الفروع .

القـاعدة :

النفقة عند اجتماع الفروع والحواشى تجب كلها على الفروع .

(٦) الأصول والحواشى :ـ

اذا كان للفقير أقارب موسرون من هذين النوعين ، فاذا كان الصنفان وارثين فالنفقة عليهم جميعا بنسبة ميراثهم .

(١) اذا كان للفقير أم وأخ شقيق أو لأب : على الأم ١/٣ النفقة وعلى الأخ الباقى .

(٢) اذا كان له أم أم ، وعم شقيق كانت النفقة عليهما أسداسا ، على أم الأم السدس وعلى العم الباقى .

(٣) اذا كان له أم أب ، وابن أخ شقيق كانت النفقة عليهما أسداسا على أم الأب السدس وعلى ابن الأخ ٥/٦ .

واذا كان أحد النوعين وارثا والآخر غير وارث فان اعتبار الارث يلغى وتكون النفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا هم غير الوارثين ، بل ولو كان الحواشى أقرب من الأصول ، وينبنى على ذلك أنه اذا اجتمع .

(ا) أبو أم ، أخ شقيق : فالنفقة كلها على أبى الأم لأن أحد النوعين وارث هو الأخ الشقيق والنوع الثانى غير وارث وهو أب الأم . وهو منطق غريب اذ أشرك الحواشى حين يكون كلاهما وارثا وأبعد الحواشى عن وجوب النفقة اذا انفردوا بالارث .

(ب) أب أب ، وعم شقيق : كانت النفقة كلها على أبى الأب لأن أحد الصنفين وهو أب الأب وارث ، والآخر غير وارث وهو العم الشقيق .

(حـ) أم أبى الأم ، أخ شقيق : كانت النفقة على أم أبى الأم للعلة السابقة

فى المثال الأول وفيه من الغرابة ماذكرنا ، بل يزيد الحكم غرابة بأن الأخ الشقيق أقرب الى مستحق النفقة من أم أبى الأم .

هذا اذا كان الموجود شخصا واحدا من كل صنف ، فاذا تعدد الأصول والحواشى عند اجتماعهما نظرنا الى كل صنف على حدة ورجحنا من ترجحه حسب القواعد الموضوعة لكل قسم ثم نطبق بعد ذلك قاعدة اجتماع الصنفين ونفرض على أحدهما أو عليهما النفقة ، ويتفرع على ذلك أنه اذا اجتمع :

(١) أم أم ، أم أب ، عم شقيق : كانت النفقة عليهم أسداسا ، على الجدتين السدس وعلى العم خمسة أسداس .

(٢) أم ، عم ، أب أم ، كانت النفقة على الأم والعم أثلاثا ، على الأم ١/٣ وعلى العم ٢/٣ ، أما أبو الأم فلا شىء عليه .

ذلك لأننا نظرنا الى الأصول وحدهم فوجدنا فيهم وارثا وهى الأم وعندئذ نطبق قاعدة اجتماع الأصول والحواشى ، فنجد أن الجميع وارثون وهى الأم والعم فتكون النفقة حسب الميراث .

(٣) أم ، أب أب أب ، أخ شقيق كانت النفقة على الجد وحده عند أبى حنيفة (وانما وجبت النفقة كلها على الجد وحده ، ولم تجب عليه وعلى الأم بنسبة ميراثهما كما هو مقتضى القاعدة المتقدمة من أنه اذا اجتمع أصول وحواشى وكان أحدهما وارثا والآخر غير وارث تسقط الحواشى وتجب على الأصول كما لو كانوا وحدهم : لأن الجد هنا ينزل منزلة الأب ولذلك حجب الأخ الشقيق ، فعومل معاملة الأب ، والأب لو كان موجودا بدله لوجبت عليه النفقة كلها ، وقد أطلق ابن عابدين القول فى ذلك فجعل الجد لأب فى منزلة الأب ، ولو كان معه عم أو ابن أخ شقيق فقدمه على كل من معه من الحواشى باعتباره قائما مقام الأب وهو لا يشاركه أحد فى نفقة ولده .

غير أن المسألة الأخيرة ، انما تتمشى على ماكان عليه العمل سابقا من أن الجد يحجب الأخوة ، وهو رأى أبى حنيفة ، أما الآن فان العمل جار على رأى الصاحبين فلا تحجب الجد الأخوة ، واذن تكون النفقة فى المثال الأخير بين الثلاثة بنسبة ميراثهم أثلاثا تطبيقا للقاعدة المتقدمة فى اجتماع الأصول والحواشى اذا كانوا كلهم وارثين .

ويلاحظ على أحكام هذا القسم :ـ

(١) ان اعتبارهم الارث عندما يكون كل من الصنفين وارثا وعدم اعتباره عندما يكون صنف وارثا وصنف غير وارث . يؤدى ذلك الى نتائج غير معقولة ويظهر ذلك بمقارنة هاتين المسألتين .

(ا) أم ، وعم . (ب) أب لأم ، عم :

فان العم يشارك الأم فى النفقة فى المسألة الأولى ، ولا يشارك أبا الأم فى المسألة الثانية مع أن العم فيها ينفرد بالميراث ، فالحواشى يعاونون الأصل الوارث معهم ولا يعاونون الأصل غير الوارث بل تفرض النفقة على الأصل غير الوارث وهو منطق غريب .

(٧) اجتماع الأصول والفروع والحواشى :ـ

عند اجتماع هؤلاء يسقط الحواشى بالفروع وتكون النفقة على الأصول والفروع على حسب الأحكام التى ذكرناها عند اجتماع الفروع والأصول .

طريقة تقسيم النفقة اذا كان فى الأقرباء موسر ومعسر :ـ

الأحكام التى مرت جميعها اذا كان من تجب عليهم النفقة جميعا موسرين ، أما اذا اجتمع فى قرابة من تجب عليه النفقة موسر ومعسر وكان المعسر هو الذى تجب عليه النفقة ، فاذا كان هو الأب والابن فلا يعفيان من الانفاق الا اذا كانا عاجزين عن الكسب فان كانا عاجزين يعتبر الأب

أو الابن فى حكم المعدوم وتجب النفقة على من سواه ويفرض أنه غير حى.

أما فيما عدا الأب والابن فان كان المعسر هو الذى يحوز كل الميراث يعتبر معدوما وتقسم النفقة على الباقين باعتبارهم هم الوارثين فاذا كان له أخ شقيق معسر وأخ وأخت لأب موسران يجعل الأخ الشقيق كالميت لأنه يستقل بالميراث دونهما وتقسم النفقة على ولدى الأب باعتبارهما الوارثين فيكون على الأخ لأب ثلثا النفقة وعلى الأخت لأب ثلثها كميراثهما اذ لو لم يفرض الأخ الشقيق ميتا لما أمكن أن يرث الباقون .

واذا كان المعسر الذى وجبت عليه النفقة كلهـا أو بعضها لايحرز كل الميراث فانه لايعتبر معدوما بل تبين أنصباؤهم جميعا فى الميراث ثم يحذف سهم المعسر وتجب النفقة كلها على الموسرين بنسبة سهامهم .

فاذا كان له أم وأخ شقيق موسرتان وأخت لأب وأخت لأم معسرتان قدرتا السهام فى الميراث مع وجود المعسرتين لأنهما لاتحرزان كل الميراث .

موسرتان		معسرتان		
أم	أخت شقيقة	أخت لأب	أخت لأم	
١/٦	١/٢	١/٦	١/٦	الأصل ٦
١	٣	١	١	

ثم يطرح سهام المعسرتين من الأصل فيكون الباقى ٤ وتكون النفقة كلهـا على الموسرتين بحسب سهامهما فيكون على الأم ١/٤ النفقة وعلى الشقيقة ٣/٤ أرباعها ، واذا كان للفقير أم وأخ شقيق معسر ، أخت شقيقة وأخت لأم ، أخ لأم ، فيفرض الأخ الشقيق موجودا وتبين سهام كل وارث فيكون للام سهم وللاخت لأم سهم وكذلك للاخ لأم وللاخ الشقيق سهمان وللاخت الشقيقة سهم ثم تطرح سهام الشقيق وتقسم النفقة على أربعة أسهم على كل من الباقين سهم ، وانما فعلنـا ذلك ليكون التوزيع على الأقرباء الموسرين بعد اخراج المعسر مناسبا للتوزيع عليهم قبل اخراجه ، ولو كان

الشخص له أم معسرة وأم أم ، وعم كانت النفقة كلهـا على العم لأن الأم تفرض موجودة وعلى فرضها موجودة تحجب الجدة فلا يكون لها سهم فى النفقة وتكون كلها على العم .

تقدير نفقة الأقارب : ـ

تقدر نفقة القريب المحتاج بما يكفيه ويسد حاجته من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومن أجرة رضاع وحضانة اذا كان رضيعا أو صغيرا ومن خادم اذا كان لايستغنى عنه لزمانة أو شيخوخة أو نحو ذلك اذا كان المنفق موسرا ، أما زوجة الفقير فلا تجب نفقتها على قريبـه الا زوجة الأب فان نفقتها تجب على الابن اذا كان فى حاجة اليها بأن كان مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة ، أما اذا كان صحيحا فلا تجب لأن هذه النفقة للحاجة ولا حاجة للزوجة اذا كان صحيحا لايحتاج الى خدمتها ولا تجب حينئـذ الا نفقة زوجة واحدة ، وقيل تجب نفقة زوجة الأب ولو لم يكن فى حاجة اليها لأن نفقة الأصول ليست لسد الحاجة والضرورة فقط بل للاحسـان الذى أمر به الله ، ومن الاحسان أن ينفق الفرع على زوجة أصله اذا كان الفرع فى يسر يسمح له بذلك والصحيح الأول .

أما غير الأصل فلا تفرض نفقة لزوجته بل تكون نفقتها على ذى رحم محرم منها وتكون دينا على زوجها . (ابن عابدين حـ ٢ ص ١٠٤١، ١٠٤٨)

ولاتعتبر نفقة الأقارب دينا فى ذمة المنفق الا اذا حكم بها القاضى ، ومع هذا فانه يسقط منها مامضى عليه شهر لأنها واجبة للحاجة ، وبمضى الشهر من غير أن يطالب بها يدل على أنه استطاع أن يسد حاجته فى هذا الشهر ، أما نفقة ما دون الشهر فانها تبقى رفقـا بالفقير وتمكينا له من المطالبـة ، واستثنى بعض الفقهاء من هذا الحكم نفقة الصغير على أبيـه اذ تكون فى حكم نفقة الزوجة فى الفقه الحنفى فلا تسقط بعد الفرض والتقـدير بمضى شهر اذ تكون كنفقة الزوجة وقد نقل ذلك الزيلعى عن الذخيرة ووافق من جاء بعده وجرى عليه عمل القضاة لأنه أرفق بالناس . واذا مات من يستحق

النفقة قبل أن يأخذها أو يستدينها فليس لورثته أن يطالبوا بهـا لأنها لم تثبت دينا فى ذمة المنفق ، أما اذا استدينت نفقة القريب الفقير باذن القاضى كانت دينا صحيحا لايسقط الا بالأداء أو الابراء وان طالت المدة .

وقد نبهت المادة ١٧ من المنشور رقم ٢٨ القضاة الى ملاحظة اتبـاع الحكم بالنفقة للقريب بالأذن بالاستدانة .

فرض النفقة على الغائب :

اذا كان من تجب عليه النفقة غائبا وكان فرعا أو أصلا فانه يتبع فى فرض النفقة عليه ما اتبع فى نفقة زوجة الغائب فيأمره القاضى بأن يأخذ من ماله الحاضر ان كان من جنس النفقة ، وان كان من غير جنسهـا جاز للاب أن يبيع عروض ابنه لينفق منها .

أما ان كان من تجب عليه النفقة من الحواشى فانه لاتفرض لهم نفقـة فى مال الغائب بل ينتقل الوجوب الى الحاضرين ولو كانوا أقل رتبة منـه ويفرض كأنه معسر وذلك لأن هذه النفقة للحاجة وتحتاج الى قضاء القاضى ، والقضاء على الغائب غير جائز فى مذهب أبى حنيفة ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب فكانت المصلحة قاضية بأن ينتقل الوجوب على غيره ويفرض أنه غير موسر .

الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب ، يفرق بينهما بما يأتى :

(١) نفقة الزوجة واجبة لها سواء كان الزوج عاجزا عن الكسب أو غير عاجز وسواء كانت موسرة أم فقيرة ، وسواء كانت متحدة معه فى الدين أم مخالفة ، ذلك لأنها وجبت جزاء الاحتباس أو الاستعداد له ، ويترتب على ذلك أن القدر المفروض للزوجة لو تسلمته ثم هلك فلا يلزم المنفق شىء لأنه عوض قد وصل لصاحبه فاذا هلك فليس عليه شىء .

أما نفقة الأقارب فسببها فى قرابة الولاد وفى غيرها الرحم المحرمية مع الأهلية للارث ، وشرعت صلة للرحم ودفعا للهلاك من القريب ولهذا لاتجب

الا عند الحاجة ، ويشترط فيها اعسار طالب النفقة وعجزه عن الكسب فى غير نفقة الأصول الواجبة على الفروع ولذلك اذا تسلم القريب النفقة عن مدة مستقبلة ثم هلكت هذه النفقة وجب أن يقدم قدر آخر لأن الغرض منها دفع الهلاك ولم يتحقق بما دفعه أولا .

(٢) للمرأة مطالبة الزوج بما مضى من النفقة المفروضة بالقضاء أو بالتراضى عليها ، ولا تسقط بمضى المدة لما فيه من شبه المعاوضة اذ هى جزاء الاحتباس ، وعلى حسب المعمول به تكون دينا من وقت الامتناع عنها مع وجوبها ، واذا كانت دينا فانها تكون دينا صحيحا لايسقط الا بالأداء أو الابراء ، أما نفقة الأقارب فلا تصير دينا فى الذمة أبدا ولو بقضاء القاضى ، فلو فرض القاضى للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ فليس له أن يطالب بها لأنها صلة فلا تتأكد الا بالقبض أو ما يقوم مقامه وهو الاستدانة بأمر القاضى فعندئذ تكون دينا لايسقط وتؤخذ من تركة من وجبت عليه اذا مات ، غير أن نفقة الصغير على أبيه على ما اختار القضاة العمل به تكون دينا متى كانت مفروضة الا أنها تفارق نفقة الزوجية حسب المعمول به فى أمرين :—

(ا) أن نفقة الزوجة تكون دينا من وقت الامتناع عنها لا تسقط الا بالأداء أو الابراء بينما نفقة الصغير لا تعتبر دينا فى ذمة المنفق الا من وقت الحكم بها .

(ب) أن دين نفقة الزوجة دين قوى لايسقط بغير الأداء أو الابراء ، أما نفقة الصغير بعد الحكم بها فانها تكون دينا غير قوى فيسقط بغير الأداء أو الابراء اذ تسقط بموت الصغير ، فلو تجمد للصغير مقدار من النفقة ثم مات ولم يكن القاضى أمر بالاستدانة فانه يسقط ، ولكن ان استدين فعلا فلا يسقط .

وقبل أن نختم الكلام على نفقة الأقارب يجب أن ننبه الى أن الفقير العاجز عن الكسب اذا لم يكن له ذو رحم محرم ينفق عليه فان نفقته تكون واجبة فى بيت المال .

وقد فهم بعض القضاة الشرعيين فى مصر أن القاضى له الحق أن يلزم بيت المال بالانفاق كما يلزم آحاد الناس فقضى على وزارة المالية بنفقة فقير عاجز ، ولكن وزارة العدل أصدرت المنشور رقم ٢٩ لسنة ١٩٢٢ منعت به القضاة من سماع مثل هذه الدعاوى ، واستندت فى هـذا الى ما قاله بعض القضاة : ان الامام غير ملزم باعطاء من له حق فى بيت المال بل يوكل أمر تعيين المصرف الى اجتهاده ورأيه ونحن نرى أن المنشور حين يستند الى الفقه انما يستند على حجة واهية ضعيفة لأن الفقه لايؤيده فحق الفقير العاجز عن الكسب ثابت فى بيت المال وعلى الوالى أن يسد حاجة الفقراء منه ، لذلك لايصح للقضاة أن يتقيدوا بهـذا المنشور المخالف للنصوص الفقهية ، فهذا عمر رضى الله عنه كان يرى أن بيت المال يجب عليه أن يسد حاجة الفقير ويدفع عنـه عوزه ، ألا تراه حين كان يعس بالليل وعثر على أسرة بائسة تشكو الجوع والحاجة سعى بنفسه ليحمل لهـذه الأسرة من بيت المال مايكفيها فلما شكرته أم الأولاد وقالت له : الله بيننا وبين عمر قال لها : ومن أعلم عمر بكم حتى يكون مسئولا عنكم ، وهذا يدل على أن الامام اذا نبهه قاض على ما يجب عليه وجب أن يؤدى هذا الحق لصاحبه .

الولاية على المال

تنقسم الولاية الى قسمين :

(١) ولاية قاصرة : وهى ولاية المرء على نفسه وهـذه الولاية تثبت للشخص عند كمال أهليته فيصبح بذلك له الولاية التامة على شئونه المالية فجميع عقوده وتصرفاته المالية نافذة فى حق نفسه ليس لأحد حق الاعتراض عليها الا اذا ترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد من تصرفاته بقـدر مايدفع ذلك الضرر كما اذا باع شيئا قد أجره أو رهنه للغير أو تبرع وهو مريض مرض الموت فانه يكون لذلك الغير الذى سيلحقـه الضرر حق الاعتراض على هذا التصرف فاذا أجاز المستأجر أو المرتهن العقد نفذ كما أنه فى حالة المريض مرض الموت يتوقف نفاذ تصرفه على اجازة من له حق الاعتراض من

دائن أو وارث أو على زوال الضرر بأى سبب من الأسباب كما اذا كان البيع بغبن فاحش لا يملكه المريض وأكمل المشترى الثمن فان البيع ينفذ.

وهذا القسم من قسمى الولاية على المال ليس محل بحثنا وانما محل بحثنا هو القسم الثانى وهو : —

(٢) الولاية المتعدية : أو ولاية المرء على الغير ويعرف الفقهاء هذه الولاية بأنها تنفيذ المرء قول نفسه على غيره ولو بلا رضاه .

وهذه الولاية قد تكون أصلية وقد تكون نيابية :

(ا) فالولاية الاصلية هى الولاية التى ثبتت للشخص بسبب الأبوة وهى ولاية الأب والجد فانها انما ثبتت لهما بسبب الولادة فهما يباشران أمور الصغير لهذه الصفة التى فيهما لانيابة عن غيرهما من قاض أو شخص آخر ولذا لايملك واحد منهما عزل نفسه منها لأنها سلطة منحها الشارع كلا منهما لمعان قامت به دون غيره فهى ولاية الزامية لاخيار لهما فيها .

هذا وقانون المحاكم الحسبية يوافق الفقه فى أن ولاية الأب والجد الزامية فقد جاء فى المادة ٧ منه « للاب ثم للجد الصحيح الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها الا باذن المحكمة » فهذه المادة صريحة فى أنه ليس للاب أو الجد أن يتنحى عن الولاية الا اذا أذنت المحكمة والمحكمة لاتأذن عادة الا اذا رأت فى اعفاء الأب أو الجد من الولاية مصلحة تعود على الصغير .

(ب) والولاية النيابية هى ماكانت مستمدة من شخص آخر كولاية الوصى ولذلك تختلف ولايته تبعا لمن يستمد الولاية منه كما سترى . أما القاضى فانه يستمد ولايته من المسلمين لأنه نائب عنهم .

من تثبت عليه الولاية

تثبت الولاية على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة .

من تثبت له الولاية

يختلف الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية باختلاف المولى عليه .

(١) فالولاية على الصغير تثبت لستة نفر على الترتيب الآتى : ـ

(١) الأب (٢) فوصى الأب ووصى وصيه وهكذا (٣) فالجد وأن علا، ويقدم الأقرب على الأبعد (٤) فوصى الجد ووصى وصيه وهكذا (٥) فالقاضى (٦) فوصى القاضى وهو من يعينه القاضى وسمى وصيا مع أن الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت ـ لانه يصير خليفة للأب فكان الأب جعله وصيا لأن فعل القاضى كفعل الأب (ابن عابدين ٥/١٢٠) .

وقال مالك وأحمد الولاية على الصغير تثبت : ـ

(١) للاب (٢) فوصيه ووصى وصيه وهكذا (٣) فالحاكم أو جماعة المسلمين (٤) فمن يقيمه الحاكم ويسميه المالكية المقدم (دسوقى ٣/٢٥٦) .

وقال الشافعى الولاية (١) للاب (٢) فالجد (٣) فوصيهما وهو وصى من تأخر موته منهما (٤) فالحاكم (٦) فقيمه (نهاية المحتاج ٤/٣٦٥) .

الوصى عند الشافعية ليس له حق الايصاء الى غيره استقلالا قطعا فان أذن له الموصى وعين له شخصا أو فوض ذلك لمشيئته جاز على الاظهر لان شرط الموصى عندهم أن تكون له ولاية مبتدأة من الشرع وهو الأب والجد فقط وعلى هذا فليس لوصى الوصى ولاية الا اذا أذن الأب أو الجد لوصيهما بالايصاء (نهاية المحتاج ٦/١٠٣) .

يتضح لك من آراء الأئمة فى ترتيب الأولياء أن الأب مقدم فى جميع المذاهب على غيره لأن الولاية انما ثبتت على الصغار نظرا لمصلحتهم فانهم لما كانوا عاجزين عن التصرف بأنفسهم كان من الضرورى أن يتولى أمورهم أشخاص آخرون ينوبون عنهم فى تصرفاتهم فروعى فى هؤلاء الأشخاص أن يكونوا مدفوعين بعوامل العطف والرحمة والشفقة الى احسان التصرف فى شئون هؤلاء العاجزين فمن كانت شفقته أعظم وعطفه أوفر قدم على غيره ، ومن هنا جاء تقديم الأب على غيره لأنه لانزاع فى أن شفقته فوق

شفقة الكل .

ثم تنتقل الولاية بعد الأب لوصيه المختار عند الحنفية والمالكية والحنابلة فهو مقدم على الجد عندهم لأن اختيار الأب له مع وجود الجد دليل على أن الأب يرى الوصى أصلح من الجد وأنه يريد أن ينيبه منابه ولما كان الأب مفضلا على الجد فكذا من ينوب عنه ولأن ولاية الأب تنتقل الى وصيه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى .

وقد خالف الشافعية فى هذا فقدموا الجد على الوصى المختار لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوفور شفقته مثله ولذلك تثبت له الولاية فى التزويج فتثبت له أيضا فى المال .

ثم تنتقل الولاية بعد وصى الأب الى الجد عند الحنفية لأنه أقرب الناس الى الصغير وأصلحهم للقيام بشئونه بعد الأب لأنه يشترك معه فى وفور الشفقة . وقد علمت أن الشافعية يقدمون الجد على الوصى المختار أما المالكية والحنابلة فأنهم لايثبتون للجد ولاية أصلا ويعللون ذلك بأنه لايدلى بنفسه وانما يدلى بالأب الأدنى فلم يل مال الصغير كالأخ .

تنتقل الولاية بعد الجد الى وصيه عند الحنفية ثم تنتهى بالقاضى عند جميع الأئمة لأنه ولى من لا ولى له والقاضى لا يلى أمور القاصر بنفسه ولكنه يكل أمورهم الى من يعينهم من الأوصياء .

يتضح من مقارنة آراء الأئمة الأربعة أن مذهب الحنفية وسط بين المذاهب فهو لم يلغ ولاية الجد كما فعل المالكية والحنابلة ولم يقدمها على ولاية الوصى المختار للأب كما فعل الشافعية .

هذا ولا ولاية لمن عدا هؤلاء مهما دنت قرابته من القاصر فالأم والأخ والعم لا ولاية لهم على مال القاصر الا بوصاية غير أن المذهب المالكى جعل كافل الصغير الذى جرى العرف بتوليه أمر اليتيم والنظر فى شأنه بمنزلة الوصى وان لم يكن وصيا بالنص اقامة للعرف مقام النص وهذا يقع كثيرا فى بعض القرى اذ يموت الأب ولا يوصى على أولاده اعتمادا على أخ أو عم ، أما اذا لم يكن هناك عرف فان تصرف الكافل يمضى فى القليل

لا الكثير على ما عليه العمل فى المذهب وتقدير القلة متروك للعرف ونقل ابن غازى رواية عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصى وان لم يجر عرف هذا ولا فرق بين أن يكون الكافل ذكرا أو أنثى قريبا أو أجنبيا (دسوقى ٣٠/٢٦٣) .

المعمول به فى مصر

تدل المادة ٧ و١٤ و١٥ من قانون المحاكم الحسبية الذى عليه العمل الآن بمصر على أن الولاية تثبت (١) للأب (٢) فوصيه (٣) فالجد الصحيح (٤) فمن تعينه المحكمة . فقد جاء فى المادة ٧ « للأب ثم للجد الصحيح الولاية على مال القاصر .. » .

وجاء فى المادة ١٤ « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر .. »

وجاء فى المادة ١٥ « اذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا » .

فالمادة (٧) أثبتت الولاية للأب والجد والمادة (١٤) أثبتها لوصى الأب والمادة (١٥) أثبتتها لمن تعينه المحكمة وصيا . فالقانون اذن قصر حق اقامة الوصى على الأب والمحكمة أما وصى الأب والجد فليس لهما حق اقامة وصى فهو بذلك قد أسقط وصى الوصى للأب ووصى الجد من الأولياء الذين اعتبرهما الفقه الحنفى وجعل الأول مقدما على الجد والثانى مقدما على وصى القاضى واسقاطه وصى وصى الأب يتفق مع مذهب الشافعى واسقاط وصى الجد يتفق مع مذهب مالك «[1]» .

هذا وليس من وظيفة المحكمة الحسبية ادارة أموال القصر بل وظيفتها قاصرة على تعيين أوصياء للقصر يقومون بهذه الادارة تحت رقابة المحكمة وتوجيهها .

---

(١) انظر الاحوال الشخصية للاستاذ أبو زهرة فانه يذهب الى أن المعمول به فى مصر هو مذهب الحنفية ص ٤٦٢

(٢) الولاية على المجنون والمعتوه :

أما الولاية على المجنون والمعتوه فانها تكون عند الحنفية لأولئك النفر الست على الترتيب المتقدم لكن بشرط أن يبلغ الصغير مجنونا أو معتوها ففى هذه الحالة تستمر الولاية التى كانت ثابتة عليه لأن العجز الذى أوجدها لايزال قائما ولأن هذه الولاية تسقط ببلوغه رشيدا وقد بلغ غير عاقل فلم يوجد ما يسقطها .

وهذا الحكم ـ أعنى استمرار الولاية لمن كانت له اذا بلغ الصغير مجنونا أو معتوها محل اتفاق بين الأئمة الأربعة وانما الخلاف فى الصغير الذى بلغ رشيدا ثم أصابه الجنون أو العته هل تعود ولاية الولى عليه أم لا تعود ؟ .

أما مذهب الحنفية ففيه قولا فى هذا الموضوع :

القول الأول : أن الولاية تكون للقاضى ولاتعود لمن كانت له من أب أو وجد لأن ولايته قد سقطت ببلوغ الصغير رشيدا والساقط لايعود وهذا القول هو الذى يوجبه القياس .

والقول الثانى أن الولاية تعود استحسانا ووجه الاستحسان هو وفور الشفقة فى الأب والجد ولأنه ليس من المعقول أن يعين القاضى أحدا مع وجود الأب الوافر الشفقة والحسن التدبير .

والراجح فى المذهب هو القول الثانى (الاستحسان) وقد اختلفت الأقوال فى نسبة هذين القولين للأئمة . ذكرت التترخانية أن الاستحسان رأى أبى حنيفة والصاحبين وأن القياس رأى زفر وقيل أن الاستحسان رأى محمد والقياس رأى أبى يوسف (ابن عابدين حـ ٥ ص ١٢٠) .

ومذهب المالكية والحنابلة أن الولاية تكون للقاضى ولاتعود للولى وفى مذهب الشافعى قولان كالحنفية والأصح عندهم عودها (نهاية المحتاج حـ ٤ ص ٣٥٤ ودسوقى حـ ٣ ص ٢٥٦) .

القانون

يتفق قانون المحاكم الحسبية مع الفقه الحنفى فى حالة ما اذا بلغ

القاصر مجنـــونا أو معتوها كما تفيـــد المادة ١٣ وهـــذا نصها : « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر الا اذا بلغهـــا معتوها أو مجنونا فان الولاية تستمر عليه حتى ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة » .

وهذه المادة من القانون خاصـــة بولاية الأب والجد ولا يدخل فيهـــا الوصى لأن المواد التى تقدمتها لم تتعرض لغير الأب والجد ولكن جاء مثل النص المتقـــدم فى استمرار وصاية الوصى بالمادة ٣٠ وهذا نصها : « تنتهى مهمة الوصى فى الأحوال الآتية :

(١) ....

(٢) ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة الااذا قررت المحكمة قبل بلوغه هذه السن استمرار الوصاية عليـــه ما لم يبلغ معتوها أو مجنونا فتستمر الوصاية عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرار الوصاية » .

فهاتان المادتان تفيدان أن الصغير اذا بلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها تستمر ولاية من له حق الولاية عليه من أب أو جد أو وصى ولا يحتـــاج استمرارها الى قضاء المحكمة . لكن مارأى القانون فيما اذا بلغ الصغير عاقلا ثم جن أو عته هل تعود ولاية الولى عليه أم لاتعود ؟.

ليس فى القانون نص فى هذا الموضوع ولكن الذى سار عليه القضاء هو الرأى القائل بعدم عودة الولاية للولى فقد صـــدر منشور من وزارة العـــدل رقم ٩ سنة ١٩٣٣ جاء فيه : « .. فاذا بلغ الشخص عاقلا ثم طرأ عليه العته والجنون فلا تعود الولاية عليـــه وقد أخذ بهذا الرأى المجلس الحسبى العالى بقراره الرقيم ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٣ لأن مصلحة المحجور عليه أن يكون التصرف على أمواله تحت سلطة المجلس الحسبى ومراقبته لذلك ترى الوزارة لفت المجالس الحسبية الى العمل بالقواعد المتقدمة »

(الموجز فى شرح قانون المحاكم الحسبية ص ٥٢ هامش) .

وفى هذه الحالة تعين المحكمة الحسبية الولى أو أى شخص آخر قيما على المجنون أو المعتوه بحسب ما يتراءى لها من مصلحة المحجور عليه ويكون هذا القيم خاضعا لسلطة المحكمة ورقابتها وفى هذا حيطة وضمان للمحافظة على أموال المحجور عليه بخلاف ما لو قررنا عودة الولاية للولى (المصدر السابق هامش) .

هذا ولا يبعد فهم هذا الحكم من المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية لأنها نصت على أن الولاية تنتهى ببلوغ القاصر ٢١ سنة واستثنت حالتين الأولى أن تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية ، والثانية أن يبلغ القاصر هذه السن مجنونا أو معتوها . ومعنى هذا أنه اذا بلغ عاقلا ولم يكن هناك حكم باستمرار الولاية فان الولاية تنتهى بنص القانون واذا كان الأمر كذلك فانها لاتعود الا بنص آخر وليس فى القانون نص بعودتها اذا جن القاصر أو عته . ولا يخفى أنه اذا لم تعد ولاية الأب والجدفأولى ألا تعود ولاية الوصى .

يتبين لك من هذا أن حكم القانون لايتفق مع الراجح فى مذهب الحنفيةوانما يتفق مع الرأى المتمشى مع القياس كما يتفق مع مذهب المالكية وأحد قولى الشافعية .

ونرى أن المشرع كان حكيما فى الأخذ بهذا الرأى لأن فيه تحقيقا لمصلحة المحجور عليه المحتاج للحماية وليس فيه أى ضرر على الأولياء الصالحين لأن المحكمة لايمكن أن تختار غيرهم للقوامة ما داموا صالحين وقد راعاهم المشرع فلم يشترط فى اختيارهم للقوامة ما اشترط فى غيرهم (أنظر المادة ٤٤) «١» .

(١) ذكر الاستاذ أبو زهرة فى كتاب الاحوال الشخصية ص ٤٦٣ أن قانون المحاكم الحسبية يصرح بأن الولاية تعود بالنسبة الجنون جنونا طارئا أو المعتوه عتها طارئا معتمدا على المادة ٤٤ من القانون وهذا نصها « يسرى حكم المادة ١٦ من هذا القانون على من يختار للقوامة ما عدا الولى فلا يحرم منها الا اذا قام

(٣) الولاية على السفيه وذى الغفلة

الولاية على السفيه اذا بلغ سفيها تكون للقاضى على القول المفتى به عند الحنفية وهو رأى أبى يوسف لأنه لابد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجورا عليه . وقال محمد ومالك والشافعى وأحمد تستمر الولاية عليه لمن كانت له .

أما اذا بلغ رشيدا ثم حجر عليه للسفه فان الولاية تكون للقاضى ولا تعود للاب ولا الجد وبالاولى لاتعود لوصيهما لأن الحجر عليه فى هذه الحالة ليس لنقص فى أهليته وانما هو للمحافظة على ماله مراعاة لمصلحته والنظر فى صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للقاضى لا لغيره .

وقال المالكية اذا عرض السفه بعد البلوغ بزمن قليل كعام فان الحجر عليه يكون من حقوق أبيه لأن ذلك الزمن قريب من البلوغ فكان فى حكم الصبى والحجر على الصبى من حقوق الأب أما اذا عرض له بعد البلوغ

به سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها او وقفها المنصوص عليه فى المادتين ١٠ و١١ من هذا القانون »

والواقع ان هذه المادة لا علاقة لها بالموضوع الذى نحن بصدده لأنها تبحث فى الشروط التى يجب توفرها فى القيم فاشترطت فيه نفس الشروط التى اشترطتها المادة ١٦ فى الوصى ولكنها استثنت الولى الطبيعى ـ الاب والجد ـ من توافر هذه الشروط فيه اذا اختير قيما لانه لايصح أن يعامل معاملة غيره لما يمتاز به من الشفقة والحنان والحرص على مال ولده .

وعلى ذلك فلا يحرم الولى الطبيعى من اختياره قيما الا بسبب من الاسباب المذكورة بالمادة ١٠ ، ١١ أما فقدان شرط من الشروط المذكورة فى المادة ١٦ فلا يمنع من اختياره قيما كما أنه لا يحرمه من الاستمرار بعد أن يختار قيما وهذا لايقتضى عود ولاية الاب والجد على من طرأ عليه الجنون والعته ـ صحيح أن المحكمة يبعد جدا ان تعين فى حالة وجود الاب أو الجد غيرهما للقيام بشئون المجنون أو المعتوه اذا كانا صالحين للقيام بهذه المهمة ولكن تعيين المحكمة لهما شىء وعودة الولاية الطبيعية لهما شىء آخر .

ثم ان النصوص التى قدمناها لك صريحة فى عدم عود الولاية الطبيعية الى الاب والجد وقد قلنا لك ان المشرع اخذ بهذا الرأى ليخضع الآباء والأجداد لاحكام القوامة ولتحاسبهما المحكمة على ادارة شئون المحجور عليه بعكس ما لو عادت اليهما الولاية الطبيعية فانهما لايخضعان لرقابة المحكمة الا فيما نص عليه فى باب الولاية .

بزمن أكثر من عام فان الحجر عليه لايكون الا بحكم القاضى (دسوقى حـ ٣ ص ٣٦٠)

ومثل السفيه ذو الغفلة فى جميع الاحكام المتقدمة .

القانون

الولاية على السفيه وذى الغفلة تكون للقاضى سواء بلغ الشخص سفيها أو طرأ عليه السفه بعد البلوغ رشيدا . ومعنى هذا أن الولاية لاتعود للولى اذا بلغ الصغير رشيدا ثم سفه وهذا الحكم متفق مع الفقه كما أن الولاية لاتستمر على المولى عليه اذا بلغ سفيها وهذا متفق مع رأى أبى يوسف الذى عليه الفتوى غير أن القانون استثنى حالة واحدة تستمر فيها الولاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد هذه الحالة هى اذا ماحكمت المحكمة قبل بلوغ القاصر احدى وعشرين سنة باستمرار الولاية عليه بسبب من أسباب الحجر غير الجنون والعته أى بسبب السفه أو الغفلة مادة ١٣و٢١و٣٠ .

الأولياء وسلطتهم

الأب أ

شروط ولاية الأب :

تثبت الولاية للاب على أولاده الصغار ومن فى حكمهم اذا توافرت فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون كامل الاهلية أى عاقلا بالغا حرا ، وذلك لأن من فقد واحدا من هذه الأشياء الثلاثة كان فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يكون أهلا للولاية على مال ولده لأنه غير أهل للولاية على مال نفسه والولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة .

(٢) ألا يكون سفيها يخشى على مال القاصر منه فلو كان سفيهامحجورا عليه بالفعل للسفه فالأمر ظاهر لأنه لايلى أمور نفسه فأولى ألا يلى أمور

غيره وإن لم يكن محجورا عليه ولكنه سفيه مبذر يخاف على ضياع مال ابنه الصغير منه لاتكون له الولاية أيضا فقد جاء فى كتاب جامع أحكام الصغار « ان الابن اذا آل اليه ميراث من أقاربه مثلا وأبوه حى موجود فلو كان أبوه مبذرا ومستحقا للحجر على رأى من يرى الحجر لاتثبت الولاية لهذا الأب مطلقا » فالتبذير وحده كاف لمنع الأب من الولاية وليس من الضرورى أن يصدر منه اتلاف بالفعل لمال الصغير كما أنه ليس من الضرورى أن يحجر على الأب بالفعل .

وهذا الشرط يتمشى مع رأى الصاحبين القائلين بالحجر على السفيه وهو القول المفتى به أما الامام الذى لايرى الحجر على السفيه فانه لايعتبر السفه مانعا من الولاية فتبقى ولاية الأب السفيه قائمة عنده ولكنه قيد تصرفاته بقيود ستعرفها عند الكلام على سلطة الآباء .

(٣) أن يتحد مع الصغير فى الدين فلا تثبت الولاية لمسلم على كافر ولا لكافر على مسلم لقوله تعالى فى سورة النساء (١٤) « ولن يجعل من للكافرين على المؤمنين سبيلا » وقوله تعالى فى سورة المائدة (١٥) « يأيها الذين آمنوا لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض » وقوله تعالى فى سورة الانفال (٧٣) « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض »

سلطة الأب

الآباء أربعة أنواع :

(١) أب مبذر متلف لمال ولده غير أمين عليه :

هذا لا ولاية له على مال ابنه عند الصاحبين كما تقدم أما الامام فقال تبقى ولايته قائمة ولكن تقييد تصرفاته بما قيدت به تصرفات النوع الثانى من الآباء .

(٢) أب فاسد سيىء التدبير ولكنه أمين :

هذا له الولاية على مال ولده القاصر ولكنه لسوء تدبيره وفساد رأيه

قيدت تصرفاته بما يضمن النفع للمولى عليه فلا يجوز تصرفه فى مال ولده الا اذا تحققت الخيرية . والخيرية تتحقق فى حال البيع بأن يبيع العقار بضعف قيمته والمنقول بزيادة تساوى نصف قيمته (زيادة ٥٠ ٪ من القيمة) فله أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر .

والخيرية فى حال الشراء تتحقق بأن يشترى العقار بنصف القيمة والمنقول بثلثى قيمته بأن يشترى ما يساوى خمسة عشر بعشرة .

وقد فسر بعض العلماء الخيرية بوجود النفع الظاهر من غير تقييد بالضعف ولا بالثلث .

وعلى هذا اذا تصرف الاب فى غير هذه الحدود لم ينفذ تصرفه فاذا رفعت المسألة الى القاضى قبل بلوغ الولد فله نقض العقد لما له من الولاية العامة واذا لم ترفع حتى بلغ الولد كان للولد نقض العقد .

والظاهر أن هذه الأحكام تسرى على باقى العقود الدائرة بين النفع والضرر كالأجارة وان كانت كتب الفقه لم تذكر غير البيع والشراء .

أما العقود النافعة نفعا محضا فلاشك أن له السلطة المطلقة فى مباشرتها كقبول الهبة والصدقة والوصية الى آخر ماسنفصله عند الكلام على تصرفات النوع الرابع من الآباء . كما أن التصرفات الضارة ضررا محضا لاشك فى أنه ليست له سلطة فى مباشرتها كهبة شىء من مال الصغير أو التصدق به الخ ما سنفصله عند الكلام على تصرفات النوع الرابع أيضا .

(٣) الاب المستور الذى لم يعرف منه سوء الاختيار ولا فساد الرأى

وهذه ولايته وتصرفاته كتصرفات النوع الرابع .

(٤) الأب الصائب الرأى الحسن التدبير

هذا النوع من الآباء والذى قبله له الولاية التامة على أموال أولاده الصغار ومن فى حكمهم ولو كانوا فى حضانة غيره .

والقاعدة العامة فى تصرفات الاب الحسن الرأى والمستور الحال انه تجوز له جميع التصرفات الا ما كان ظاهر الضرر ولا يشترط فى تصرفاته أن تكون ظاهرة النفع فى الحال لأنه لحسن تدبيره واصالة رأيه لا يقدم على عمل الا اذا نظر فى عاقبته .

ولنذكر لك ما يمكن أن يباشره الأب من تصرفات مبينين ما يجوز منها وما لا يجوز على ضوء هذه القاعدة العامة .

التصرفات ثلاثة أنواع تصرفات نافعة نفعا محضا وتصرفات ضارة ضررا محضا وتصرفات مترددة بين النفع والضرر .

فالتصرفات النافعة نفعا محضا للأب مطلق التصرف فيها لأن هذه التصرفات فائدتها محققة للصغير كقبول التبرعات عنه لأن المحور الذى تدور عليه ولاية الولى هو النظر فى مصلحة المولى عليه ولا جدال فى أن من حسن النظر أن يقبل عنه كافة التبرعات .

وأما التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يجوز له مباشرتها لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن »

وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجوز له مباشرتها الا اذا تمحضت عن ضرر ظاهر .

واليك بيان بعض التصرفات الجائزة والتصرفات غير الجائزة .

(١) قبول الصدقة والوصية والابراء كلها يجوز للأب مباشرتها لانها من التصرفات النافعة نفعا محضا .

أما التصدق بشىء من مال الصغير والوصية به والابراء من دين له على غيره فلا يجوز لانها تصرفات ضارة ضررا محضا .

(٢) الهبة يجوز للاب أن يقبل الهبة للصغير اذا كانت من غير عوض ولا يجوز له أن يهب شيئا من ماله بغير عوض لأن الاول نافع نفعا محضا

والثانى ضار ضررا محضا ـ أما الهبة بعوض فقال محمد تجوز وقال الامام وأبو يوسف لاتجوز • حجة محمد أن الهبة بعوض وان كانت تبرعا ابتداء هى معاوضة انتهاء فهى فى معنى البيع فتأخذ حكمه ولا عبرة باطلاق وصف الهبة عليها لانها لم تخرج عن كونها معاوضة فى حقيقتها •

وحجة الشيخين انها هبة ابتـداء ولاعبرة لما تقترن به من عوض لانه لا يغير من طبيعتها فتأخذ حكم التبرعات (أحكام الصغار ١/١٧٢ والبدائع ٦/١١٨) •

(٣) الوديعة :

تجوز لانها عبارة عن تسليط الغير على حفظ المال وهى بهـذا الوضع فيها منفعة محققة ولكن يشترط لجوازها ألا يخشى ضياع المال ولا اتلافه عند المودع وهى جائزة ولو كانت بأجر (احكام الصغار ١/١٦٩) •

(٤) الاستقراض :

يجوز للاب أن يستقرض لابنه الصغير اذا كان الاستقراض فى مصلحته

(٥) القرض :

ليس للاب أن يقرض مال ابنه على الاصح لان القرض ازالة للملك من غير عوض للمال وهذا معنى قولهم القرض تبرع والاب لا يملك التبرعات وفى القرض أيضا تعطيل للمال عن الاستثمار والولى مأمور بتنميته ولأن الأب قد لايتمكن من تحصيل المبلغ (أحكام الصغار ١/١٩٦) •

(٦) الاعارة :

اختلف الفقهاء فى اعارة مال الصغير، وعامتهم على أنه ليس للأب ذلك وهو القياس لما فى الاعارة من معنى التبرع اذ هى تمليك للمنفعة من غير عوض• وقال بعضهم للاب ذلك لكن بشرط ألا يخشى ضياع المال ولااتلافه عن المستعـير وألا يكون فى الاعارة تعطيل للاجارة أى ألا يجـد الاب من يملكه منفعة المال فى مقابل أجرة فان وجد فليس له اعارته لأن ذلك يكون

تصرفا ضارا ضررا محضا فيبطل أما اذا لم يكن فى الاعارة تعطيل للاجارة كحيوان غير معد للاستئجار أو اداة من أدوات الزراعة لم تعد للاستئجار فانه يجوز للاب اعارتها . وانما جازت الاعارة فى هذه الحالة مع أنها تبرع لجريان العرف بها ولأن تبادل المنافع بين الناس يتطلبها ولانه لاضرر منها فى هذه الحالة والتصرف الذى يمنع منه الاب هو ما يثبت ضرره .

(٧) البيع والشراء :

البيع والشراء فى أموال القاصر سواء كانت عقارا أو منقولا بمثل القيمة أو بغبن يسير صحيح وليس لاحد نقضه لا القاضى ولا الصغير اذا بلغ لصدوره عن ولاية تامة ولعدم وجود ما يوجب النقض وهذا ظاهر فى حالة البيع والشراء بمثل القيمة أما فى حالة الغبن اليسير فلانه لابد من حصوله فى المعاملات فاذا لم تغتفر كان فى ذلك سد لباب التصرفات .

واذا كان البيع أو الشراء بغبن فاحش فان العقد يبطل غير أنه فى حالة الشراء ينفذ على الولى لانه وجد نفاذا على العاقد فينفذ بخلاف البيع فأنه لا يجد نفاذا لأن فى نفاذه تمليك مال الولد للغير ولا يملك الولى ذلك مادام العقد ظاهر الضرر ولو بلغ الولد وأجاز البيع لاتعتبر اجازته لأن الاجازة تلحق العقد الصحيح الموقوف وهذا قد وقع باطلا .

والغبن اليسير : هو ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش مالايدخل تحت تقويم المقومين وبعضهم قدره بغير ذلك .

هذا ولا يتقيد الاب فى بيعه مال الصغير بشىء سوى ماذكر على ماعليه الفتوى ولكن فى المذهب رأى يقول ان الأب لايجوز له بيع العقار الا بمسوغ شرعى كأن يكون الصغير فى حاجة الى ثمنه وجاء فى كتاب جامع أحكام الصغار جـ ١/١٩٢ ان الاب أ والوصى اذا باع عقار اليتيم فرأى القاضى نقض البيع أصلح للصغير كان له نقضه .

(٨) الاجارة :

للأب أن يؤجر مال الصغير وأن يستأجر له بأجر المثل وبالغبن اليسير أما الغبن الفاحش فلا واذا وقع كان باطلا الا اذا وجد نفاذا على الأب فينفذ غير أن الأب مقيد بألا يؤجر مال الصغير لمدة طويلة وهى ما زادت على ثلاث سنين فى الأراضى الزراعية والبساتين وعلى سنة فى الدور والحوانيت واذا بلغ الصغير أثناء المدة فليس له فسخ الاجارة ، لأن المستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة ما دامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية، ولأنه لامصلحة للولد فى فسخ العقد بحسب الظاهر .

ايجار خدمات الصغير : للأب أن يؤجر نفس الصغير للغير لكن ليس له أن يؤجر الأنثى لرجل صيانة لها عن الخلوة بالمستأجر ويثبت للولد حق الفسخ عند بلوغ رشده لارتباط هذا العقد بشخصه ومساسه بحريته .

(٩) الحوالة :

اذا باشر الأب عقدا من عقود المعاوضات الجائزة له فترتب عليه وجود دين للصبى صح للأب أن يقبل احالة المدين على غيره ولو كان ذلك الغير أقل من المحيل لكن بشرط أن يكون قادرا على دفع الدين وذلك لأن الأب له أن يعقد العقد مع المحال عليه ابتداء فله أن يقبل الاحالة عليه .

أما اذا كان للصبى دين لم يباشر الأب سببه كما اذا ورث الصغير دينا عن أمه بسبب تصرفها فى حياتها فللأب أن يقبل الحوالة به لكن بشرط أن يكون المحال عليه أملأ من المحيل أما اذا كان أقل منه فلايجوز قبول الحوالة لأنه لانظر فى هذا التصرف .

واذا كان المحال عليه مساويا فقد اختلف فى الجواز وعدمه والأظهر الجواز لأنه قد يكون المحال عليه أقل مطلا وأسهل قضاء .

(١٠) تأجيل الدين : للأب أن يؤجل الدين الذى باشر سببه ولكن ليس له أن يؤجل دينا لم يباشر سببه .

(١١) الرهن :

للأب أن يرهن مال الولد عند أجنبى له على الولد دين فاذا اتجر الأب

فى مال الصغير أو أذن له بالتجارة فركبته ديون أو اشترى له شيئا نسيئة ورهن شيئا من مال الولد صح لأنه مأمور باستثمار ماله وذلك يستوجب رهنا وارتهانا .

أما اذا رهن الأب شيئا من مال ولده فى دين نفسه فقال الطرفان الرهن صحيح لأنه أنظر من الأيداع الذى يملكه الأب اذ الرهن مضمون والوديعة غير مضمونة لأن الرهن اذا هلك عند المرتهن بدون تعد أو تقصير يهلك بالاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ومعنى هذا أن الرهن لو كانت قيمته وقت التسليم الى المرتهن مساوية لقيمة دين الأب سقط الدين بهلاكه وان كانت أقل سقط من الدين بقدرها وكان للمرتهن أن يطالب الأب بما بقى وان كانت أكثر سقط بهلاكه الدين كله ولم يكن للأب أن يطالب المرتهن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة فى يده فتهلك بالمجان لأن الأمانات لاتضمن الا بالتعدى وعلى هذا يعطى الأب ولده قيمة الرهن فى الحالة الأولى والثانية ومقدار الدين فقط فى الحالة الثالثة (بدائع ٦/١٣٥) .

ولو بلغ الولد والرهن عند المرتهن فليس له أن يسترده لأن الرهن وقع صحيحا فلا يملك الولد نقضه ولكن يأمر القاضى الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ (بدائع ٦/١٣٦) .

وقال أبو يوسف لايصح لأن فى ذلك ايفاء الأب دينه من مال الصغير والأب لايملك ذلك لأنه ضرر محض وفى الرهن أيضا تعطيل لمنفعة المال اذ يبقى محبوسا الى أن يسدد الدين وربما طال الزمن لعدم قدرة الأب على السداد بخلاف الايداع فان الأب يملك استرداد الوديعة فى أى وقت ـ وقول أبى يوسف هو القياس وقول الطرفين استحسان .

(١٢) العقود التى يعقدها الأب بينه وبين ولده

للأب أن يعقد عقود المعاوضات بينه وبين ولده ويتولى هو طرفى العقد وتكون عبارته قائمة مقام الايجاب والقبول وهذا استثناء من القاعدة العامة التى تمنع أن يتولى طرفى العقد شخص واحد فى العقود المالية، وسبب

الاستثناء أن الأب لوفور شفقته لايقدم على مافيه ضرر لولده وربما كان فى العقد الذى يتولاه مصلحة وايثار للصغير واليك بعض هذه العقود : ـ

(ا) البيع : للأب أن يبيع مال نفسه لولده بالشروط المتقدمة فيما لو كان المال لغيره ـ ويتم العقد بمجرد قول الأب بعت هـذا المال لولدى ولكن لايعتبر الولد قابضا للمبيع بمجرد البيع بل لابد من القبض الفعلى وذلك بأن يقيم القاضى وصيا يقبض المبيع من الأب ثم يسلمه اياه وعلى هذا فاذا هلك المبيع قبل التمكن من القبض هلك على الأب لا على الولد .

والظاهر أن الحكمة فى هذا منفعة الصغير بتقليل الأخطار التى قد تطرأ على ماله بقدر الامكان .

(ب) الشراء : وكذلك للأب أن يشترى مال ولده لنفسه ويتم الشراء أيضا بمجرد قول الأب اشتريت ولكن يجب أن يعين القـاضى وصيا على الصغير يقبض الثمن المدفوع من الأب ثم يرده ثانيا للأب ولا يعتبر قبضه من نفسه قبضا دفعا للتهمة عنه بأنه لم يضم ذلك الثمن الى مال ولده ولذا يكون الثمن فى ضمان الأب حتى يقبضه الوصى وبعد أن يقبضه الأب معه يصير أمانة فى يده بعد أن كان مضمونا باعتباره ثمنا .

(حـ) الرهن : للأب أن يرهن شيئا من ماله عند ولده بثمن ما اشتراه من ولده مثلا أو بدين للصغير عليه كما له أن يرتهن أى يأخذ شيئا من مال ولده رهنا عنده بثمن ماباعه لولده مثلا واذا رهن الأب ماله عنـد ولده فهلك يهلك بالاقل من القيمة أو الدين اذا كان الأب أشهد عليه قبل الهلاك أما ان لم يشهد عليه فلايصدق الا اذا صدقه الولد بعد البلوغ (بدائع ٦/١٣٦)

(د) استقراض الأب مال ابنه

لايجوز للأب أن يقترض من مال ولده لنفسـه لأن فى ذلك تعطيـلا للأموال بدون استثمار والأب مأمور بتنمية أموال ولده بقدر الامكان . وقيل يجوز له ذلك والقول بالجواز ذكره صاحب جامع أحكام الصغار من

غير أن يذكر خلافا فى الموضوع (حـ ١ / ١٩٧) .

(هـ) سداد الأب دينه من مال الصغير

لايجوز للأب أن يؤدى دينه الشخصى من مال الصغير لأنه تصرف ضار ضررا محضا وقيل يجوز له ذلك على أن يكون ضامنا لادائه بعد ذلك وعلة الجواز ـ كما قالوا ـ أن الأب يملك شراء مال الصغير بمثل القيمة (أحكام الصغار ١/١٤٥٠) وهذه علة عجيبة لأن قياس سداد الدين من مال القاصر على شراء ماله قياس غير سليم والتصرف الأول ضار بماله ضررا محضا وأما التصرف الثانى فمتردد بين النفع والضرر والقاصر يفيد من ورائه ثمن ماله الذى باعه .

تصرفات الأب فى قانون المحاكم الحسبية

جاء فى المادة العاشرة من قانون المحاكم الحسبية « اذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر أو خيف عليها منه فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها » .

مدلول هذه المادة ينطبق على حكم تصرفات النوع الأول والثانى من الآباء المنصوص عليهما فى الفقه أى الأب المبذر المتلف لمال ولده غير الأمين عليه والأب الفاسد الرأى السىء التدبير وقد تقدم أن الأول لا ولاية له فى نظر الفقه والثانى له الولاية ولكنها مقيدة بالقيود التى ذكرناها لك . وما جاء فى هذه المادة لايختلف فى جوهره عما فى الفقه فقد أعطت هذه المادة المحكمة الحق فى سلب ولاية الأب أو الحد منها والمادة وان لم تذكر متى تسلب ومتى تحد الا أنه من الواضح أن سلب الولاية يكون فى حالة لحوق الضرر بأموال القاصر من تصرفات الأب أو الخوف عليها بسبب عدم أمانته أو تبذيره لأموال القاصر أو أى سبب آخر قريب من هذا والحد منها يكون فى حالة سوء تدبيره وفساد رأيه مع كونه أمينا أو أى سبب آخر قريب من هذا .

وقد أعطى القانون المحكمة مطلق الحرية فى تقدير سبب سلب الولاية أو الحد منها بحسب ماترى فى تقدير ظروف الولى وتقدير تصرفاته ومدى تأثير ذلك على أموال القاصر وما الى ذلك مما يرجع الى تقدير القاضى .

أما من لايدخل تحت هذه المادة من الآباء وهم النوع الثالث والرابع حسب المنصوص عليه فى الفقه أى الأب المستور الحال والأب الأمين الكامل الرأى والتدبير فان القانون لم يتعرض الى تصرفاتهم وعلى هذا تكون لهم كل التصرفات التى سوغها لهم الفقه . ولكن القانون مع سكوته عن تصرفات هذا النوع من الآباء فقد نصت المادة ٩ منه على ما يأتى : ـ

« تصرف الولى فى أموال القاصر بطريق التبرع باطل الا اذا كان التبرع لأداء واجب عائلى أو انسانى وأذنت الملحكمة » فهذه المادة منعت الولى من التبرع بشىء من مال القاصر ـ كما نص عليه الفقهاء ـ ولكنها خالفت الفقه فى أنها استثنت حالتى التبرع لأداء واجب انسانى أو واجب عائلى واشترطت لصحة هذا التبرع اذن المحكمة فاذا تبرع الولى بغير اذن المحكمة بطل تبرعه وألزم بدفع ماتبرع به من ماله الخاص وللمحكمة مطلق الحرية فى تقدير ظروف التبرع والدافع اليه وتقدير مال الصغير وما اذا كان يتحمل التبرع أم لا .

وسبب هذا الاستثناء أنه فى كثير من الأحيان يفتح باب التبرعات لمصالح اجتماعية كانشاء ملجأ أو مستشفى ويكون من الخير أن يتبرع له من أموال القاصر اذا كان غنيا وكذلك اذا كان ثمة واجب فى الأسرة كالتبرع بهدية لمتزوج أو مواساة مريض أو معاونة معوز فان هذه كلها واجبات اجتماعية أو متبادلة بين الأسر ولا تعد من الاتلاف للمال طالما كانت لخدمة المجتمع والأسرة .

وهناك مسألة أخرى نص عليها القانون لا بأس بذكرها هى ما جاء فى المادة ٨ منه وهذا نصها « لايدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر بطريق التبرع متى اشترط المتبرع ذلك وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصيا على هذا المال »

فهذه المادة تدل على أن ولاية الولى ليست عامة فى كل الأحوال لأنها تنص على أنه اذا تبرع متبرع للقاصر واشترط ذلك المتبرع ألا يتولى الأب التصرف فى أموال القاصر التى تبرع بها له كأن توصى الأم المختلفة مع الأب مثلا لولدها وتشترط ألا يتولى أبوه أمر ذلك المال الذى توصى به فان ذلك المال لا يدخل تحت ولاية الأب وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصيا خاصا لادارة هذا المال الذى آل الى القاصر بطريق التبرع ولا تتعدى وصايته هذه الحدود . والسبب فى هذا أن من مصلحة القاصر أن ينفذ التبرع ومن العدالة أن ينفذ الشرط .

ومقتضى مذهب الحنفية أن هذا الشرط غير صحيح والشرط غير الصحيح عندهم لا يؤثر فى عقود التبرع فيصح العقد ويلغو الشرط .

تصرفات الأب فى المحاكم السودانية

صدر منشور شرعى رقم ٤٨ فى يوم السبت ٢ جمادى الأولى سنة ١٣٥٦ الموافق ١٠ يوليو سنة ١٩٣٧ يمنع الآباء من بيع عقار القصر الا بعد اذن القاضى الشرعى ويتطلب المنشور من المحكمة عندما يتقدم اليها الأب طالبا الاذن أن تتحرى عن حاله وعن المصلحة فى بيع عقار القاصر بجميع الوسائل الممكنة ولا تأذن بالبيع الا اذا ثبت لديها من التحرى أحد أمرين .

(١) أن فى البيع مصلحة للقاصر وأن الأب عدل محمود السيرة أو مستور الحال .

(٢) أن هناك مسوغا من مسوغات بيع الوصى للعقار .

فان لم يظهر للمحكمة من التحرى واحد من هذين الأمرين منعت البيع وأخطرت مكتب التسجيلات بهذا المنع .

وظاهر من المنشور أن على المحكمة أن تأذن بالبيع متى وجد مسوغ من المسوغات التى يبيح للوصى أن يبيع العقار من غير أن تنظر الى حال الأب أما اذا لم يكن هناك مسوغ ولكن رأت المحكمة أن فى البيع مصلحة

فانها لاتأذن بالبيع الا اذا كان الأب عدلا محمود السيرة أو مستور الحال فالمصلحة وحدها لاتخول للمحكمة الاذن بالبيع وكذلك كون الأب محمود السيرة أو مستور الحال لايكفى وحده للاذن بالبيع .

وقد نصت النشرة العامة رقم ٨/١/١٩٣٨ الصادرة فى ١٧/١/١٩٣٨ أن مايملكه القاصر من بناء على أرض غير مملوكة له أو نخيل مغروس على أرض الغير يسرى عليه الحكم الذى نص عليه فى المنشور ٤٨ لأن الغرض المحافظة على أموال القاصر والبناء والغراس على أرض الغير لايقل أهمية عما اذا كانت الأرض مملوكة للبانى أو الغارس .

وذكر المنشور أن الباعث على اصدار هذا التشريع هو أنه وقعت بعض حوادث دلت على أن بعض آباء القصر يتصرفون فى أموال أبنائهم العقارية بالبيع اضرارا بهم .

واليك نص المنشور ٤٨ ونص النشرة ٨/١/٣٨ .

المنشور ٤٨ « قد وقعت حوادث دلت على أن بعض آباء الأولاد القصر يتصرفون فى أموال أبنائهم العقارية بالبيع اضرارا بهم بغير اذن القاضى الشرعى .

وبما أن المنصوص شرعا أن الأب فى بعض الأحوال لايجوز تصرفه فى عقار ولده الذى تحت ولايته وفى بعضها يجوز ولا يعلم ذلك الا القاضى الصرعى .

لهذا نرى منع الآباء من التصرف فى العقار الا بعد اذن من القاضى الشرعى بعد تحقق المصلحة ومثل الأب فى ذلك الجد فيكونان فى ذلك كالوصى لايجوز له بيع العقار الا بعد اذن من القاضى الشرعى ونلفت نظر المحاكم الشرعية الى وجوب التحرى عن حال الأب أو الجد والمصلحة فى البيع بأى الوسائل الممكنة متى طلب اليها ذلك حتى اذا ظهر من التحرى أن فى البيع مصلحة للقاصر وأن الأب أو الجد عدل محمود السيرة أو

مستور الحال أو كان هناك مسوغ من مسوغات بيع الوصى للعقار أذنت المحكمة بالبيع والا منعته وأخطرت مكتب التسجيلات بهـذا المنع فعلى المحاكم العمل بهذا من تاريخ نشره » .

النشرة ١٨/١/٣٨

اشتبه على بعض القضاة الأمر فيما يملك القصر من بنـاء على أرض غير مملوكة لهم أو نخيل مغروس على أرض الغير هل يطبق عليه مابالنشرة رقم ١٨/١٧/١٩٣٤ أو ما بالتعليمات رقم ٣٢ وحيث أن النشرة انما هى خاصة بالرسوم وأن البناء على أرض محكورة والغراس على أرض الغـير لايقل أهمية عما اذا كانت الأرض مملوكة للبانى أو الغارس والمحافظة على أموال القصر من أوجب الواجبات .

لهذا رأينا أن يكون حكمها فى حالة البيع بواسطة الأب أو الجد حكم الحالة التى نص عليهـا المنشور الشرعى رقم ٤٨ فلا بد من اذن القـاضى بالبيع بعد أن يتحقق أن المصلحة فى ذلك .

محاسبة الأب

تبين لك مما تقـدم أن الأب له سلطـة الادارة والتصرف فى أموال الصغير بما يكفل له المصلحة وطبيعى أن هذه التصرفات التى جعلها الشارع للاب تجعل مال الصغير معرضا للزيادة والنقصان . فاذا بلغ الصغير رشده وأراد أبوه أن يسلمه أمواله فاذا لم ينازعه الولد فى المال المدفوع اليه ولم يشـأ محاسبته وأقره على تصرفاته فى ماله ابان ولايته كان اقراره هـذا صحيحا لأنه أصبح كامل الأهلية وهو صاحب الحق فى اعتماد الحساب . أما اذا نازع الولد أباه فى مقدار المال فله أن يحاسبه وفى هذه الحال يصدق الأب بيمينه فى كل ما لايكذبه الظاهر فيه فاذا ادعى الأب مثلا أنه أنفق على الولد مقدارا من المال فى مدة ولايته عليه ولم يصدقه الولد فان كان المال المدعى انفاقه تحتمله المدة التى أنفق فيها مع مراعاة البيئة التى يعيش فيها وقياس نفقته بنفقة أمثاله اكتفينا بتوجيه اليمين اليه فان حلفها صدق وان

لم يحلفها ألزم به . أما اذا كان الظاهر يكذبه بأن كان المبلغ جسيما يزيد على حاجيات الولد ولوازمه فى تلك المدة وكان من غير المعقول انفاق مثل هذا المبلغ عليه فان ذكر سببا معقولا بأن قال مثلا أنه اشترى طعاما فتلف أو كسوة فسرقت أو احترقت فاشترى غيرها صدق بيمينه ان لم يدع تكرار ذلك أما اذا لم يبين سببا معقولا أو تكرر ادعاؤه فلا يصدق قوله بل يحاسب على نفقة المثل ويلزم بدفع الزائد .

وفاة الأب قبل بلوغ القاصر

محاسبة الأب انما تتأتى فيما اذا بقى الأب الى أن بلغ الولد واستلم أمواله أما اذا مات الأب قبل بلوغ الولد رشده فهناك احتمالان (الأول) أن يبين الأب قبل موته أموال ولده وفى هذه الحال يتسلم من يلى الأب على أموال الولد ما بينه الأب ان وجد بعينه وان لم يوجد بعينه أخذ بدله من تركة الأب قبل القسمة .

والاحتمال الثانى أن يموت الأب مجهلا : أى يموت من غير :ن يبين ما للصغير عنده من مال وفى هذه الحال لايكون للصغير شىء من تركةالأب الا اذا وجد شىء وكان معروفا أنه للقاصر، وهذا الحكم مستثنى استحسانا من القاعدة العامة القائلة أن الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة لأن التجهيل نوع من التعدى ومعنى هذه القاعدة أنه اذا أودع شخص آخر مالا ومات المودع الذى عنده المال من غير أن يعين الوديعة ولم توجد فى تركته فانه يكون مضمونا فى تركة المودع فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة .ووجه الاستحسان فى استثناء حالة موت الأب مجهلا ـ وان اشترك مع المودع فى أن كلا منهما أمين ـ أن هناك فرقا بينهما هو أن الأب له ولاية التصرف فى أموال القاصر بخلاف المودع فيحمل على أنه تصرف فى الأشياء التى لم توجد وضاع الثمن أو اتجر وخسر فى التجارة أو أنفقها على الصغير .

هل يرجع الأب على ابنه بما اشتراه له أو أنفقه عليه من ماله الخاص ؟

اذا كان الولد لامال له وكان الشىء المشترى مما يجب على الأب شراؤه

كالطعام والكسوة والسكنى وأجرة الحضانة والتعليم فليس له الرجوع على ولده بشيء منها اذا أيسر ولو أشهد عند انفاقه أنه أنفق ليرجع لأن ذلك كله واجب عليه مادام الولد لامال له .

أما اذا كان للولد مال فللأب أن يرجع بما أنفق عليه لكن بشرط أن يشهد فان لم يشهد سقط حقه (أحكام الصغار ١/١٩٤) .

واذا كان الشيء المشترى غير واجب على الأب كأن يشترى له عقارا أو دارا فله أن يرجع عليه اذا أشهد على نية الرجوع ، سواء كان للولد عند الشراء مال أم ليس له مال ،أما اذا لم يشهد فلا رجوع له ، لأن العادة جرت أن الآباء يقصدون بالانفاق على أولادهم البر والصلة ولاينوون الرجوع ، فما لم يشهد الأب يبقى الحكم على أصل العادة .

وقت الاشهاد هو وقت نقد الثمن على الراجح (أحكام الصغار١/١٩٤ و٢/٣٤و٣٥ ، جامع الفصولين ٢/٢٢ والفتاوى الهندية) .

هذا والمحاكم المصرية والسودانية ليس لها سلطة محاسبة الأب فهى لاتطالبه بتقديم حساب سنوى مثلا بما أنفق على أولاده كما أنها لاتتدخل فى تصرفاته الا فى الحالات اليسيرة التى ذكرناها لك .

وصى الأب

وصى الأب ــ ويسمى الوصى المختار ــ هو الشخص الذى يقيمه الأب خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر بعد وفاته .

عقد الايصاء : تكون اقامة الوصى المختار بعقد الايصاء ، وينشأ هذا العقد بايجاب من الموصى وقبول من الموصى اليه (الوصى) .

فالايجاب يكون بكل لفظ يدل على تفويض الأمر الى الوصى بعد موت الموصى ، نحو أنت وصيى أو أنت وصى فى مالى أو أسلمت اليك أولادى بعد موتى أو تعهد أولادى أو قم بلوازمهم بعد موتى ، أو ما يجرى مجرى ذلك نحو أنت وكيلى بعد موتى لأن فى هذا معنى الايصاء .

والقبول يكون بالقول حال حياة الموصى أو بعدها ، كأن يقول الوصى قبلت ويكون بالفعل بعد الموت ، كأن يبيع الوصى شيئا من تركة الموصى بعد موته أو يشترى للورثة شيئا من لوازمهم أو يقضى دينا على الميت من تركته أو يقتضى دينا كان للميت على غيره ، فاذا حصل شيء من هذه الأفعال اعتبر الوصى قابلا للايصاء وان لم يعلم بالوصاية اليه وقت تصرفه ثم علم بعد ذلك ، وعلة ذلك أن الفقهاء يرون أن الايصاء من قبيل الخلافة كالوراثة فلا يتوقف على العلم كما لا تتوقف الوراثة عليه. (ابن عابدين حـ ٥ ص٦١٣)

فيتبين لك من هذا أن القبول بالقول ليس بشرط لصحة الايصاء كما أن الفورية ليست بشرط ، فيجوز أن يكون القبول متراخيا الى ما بعد الوفاة ، لأن الايجاب فى الايصاء مضاف الى مابعد الموت ، وثمرات هذا العقد لاتظهر الا بعد الوفاة ، فكان القبول ممتدا الى ما بعدها .

فاذا أوصى شخص لآخر وقبل الوصى الايصاء فى حياة الموصى وعلم الموصى بقبوله واستمر هذا الايجاب والقبول حتى مات الموصى لزمت الوصى هذه الوصاية ، فلا يصح منه الرد بعد موت الموصى ، الا اذا كان هناك شرط يجوز له ذلك كما اذا أقامه وصيا على أن يخرج نفسه منها متى شاء أو قبل هو على هذا الشرط ورضى به الموصى ، أو أخرجه القاضى بسبب رده هذا والقاضى لايخرجه الا اذا رأى فى ذلك مصلحة لليتيم .

والسبب فى هذا أن الوصى اذا قبل فى حياة الموصى واستمر على هذا القبول الى أن مات الموصى فان الموصى يكون فارق الحياة وهو معتمد على الوصى ، فاخراج نفسه بعد ذلك يكون فيه تغرير بالموصى وبورثته ، ولكن لو كان هناك شرط يبيح له الخروج فان التغرير لايكون حاصلا لعلم الموصى بأن اخراج الوصى نفسه محتمل وجائز فى أى وقت بمقتضى الشرط ، فكان عليه أن يحتاط ويقيم غيره اقامة خالية من الشرط .

أما اذا رد الوصى الوصاية فى حياة الموصى وعلم الموصى بذلك ولو بكتاب أو رسول صح الرد سواء كان قبل أن يقبل أو بعد أن قبل ،

ولا يلزم الوصى بالوصاية بعد الموت لانتفاء التغرير ، اذ يمكن الموصى فى هذه الحالة أن يوصى لغيره ، كما أنه ليس للوصى فى هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصى لأنه بالرد مع علم الموصى لم يبق للايجاب أثر ، فلا يصح ترتب القبول على غير موجود .

واذا رد الموصى له بغير علم الموصى حال حياته بعد ما قبل بعلمه فلا يصح ، بل يكون الوصى ملزما بتأدية وظيفته بعد موت الموصى للتغرير من جهة الوصى اذ كان يلزمه فى هذه الحال أن يخبر الموصى أنه رجع عن قبول الوصاية ليعين غيره .

أما اذا رد بغير علم الموجب قبل أن يقبل صح الرد ، ولا يبطل الايجاب برده هذا مادام الموصى لم يعلم به ، حتى اذا قبل بعد ذلك الرد وقبل أن يعلم به الموصى صح القبول .

واذا سكت الموصى له فلم يصرح بالقبول ولا بالرد الى أن مات الموصى أو رد بغير علم الموصى فانه يكون مخيرا بين أن يقبل الوصاية أو يردها ، ولا يلزم بقبولها لأنه لم يحصل منه مايلزمه بالوصاية لانتفاء التغرير اذ كان فى امكان الموصى قبل وفاته أن يتثبت من الموصى له بأخذ رأيه فى القبول وعدمه ، فاذا لم يفعل ولم يوص الى غيره اعتمادا على قبوله بعد الوفاة فانه يكون مقصرا فى أمره غير مغرور من جهة الوصى .

فاذا قبل بعد الوفاة ولو ضمنا ، كأن يتصرف فى تركة الميت فليس له أن يرد بعد ذلك الا اذا أخرجه القاضى بسبب رده كما تقدم فى حالة القبول حال الحياة والرد بعدها .

أما اذا رد بعد الوفاة وقبل القبول فان أخرجه القاضى بسبب الرد صح رده ، ولم يكن له أن يقبل بعد ذلك لبطلان الايجاب بالرد مع اقرار القاضى ، وان لم يخرجه القاضى بسبب الرد فان الرد يصح ولكن لايبطل الايجاب ، فله أن يقبل بعد ذلك طالما أن القاضى لم يخرجه ويقره على رده عند الأئمة الثلاثة ، وقال زفر يبطل الايجاب بالرد وان لم يقره القاضى

فلا يجوز له القبول ، وحجته أن الايصاء لايتم بايجاب الموصى وحده ولو مات على ذلك ، فاذا رد الوصى بعد وفاة الموصى بطل الايجاب ، كما اذا رد فى حياته فاذا قبل بعد الرد فان قبوله لايصادف محلا .

وحجة الأئمة الثلاثة أن الموصى مات معتمدا على الموصى اليه فاذا رد واعتبر رده من غير اقرار القاضى كان فى ذلك ضرر بالميت وبالقاصر ، اذ يكون المال من غير وال عليه الى أن يعين القاضى وصيا ، وقد يضيع المال فى هـذه الفترة ، ولأن الرد كان لايعتبر فى حيـاة الموصى الا اذا كان فى حضرته وبعد وفاته يقوم القاضى مقامه .

هذا والايصاء عقد غير لازم مادام الموصى حيا ، فللموصى اليه أن يرد بعد قبوله فى أى وقت شاء بشرط اعلام الموصى برده كما تقدم ، وللموصى أن يرجع عن الايصاء فى أى وقت شاء ، ويعزل الوصى سـواء كان قبل قبوله أو بعده ، وسواء أكان الموصى اليه حاضرا أم غائبـا وان لم يعلم ، وهذا هو قول الامام وقال أبو يوسف يبقى الوصى وصيـا فتنفذ تصرفاته الا اذا علم بالعزل ، وينبنى على هذا الخلاف أن الموصى اذا عزل الوصى حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصى بذلك وتصرف قبل علمه فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الامام نافذة على قول أبى يوسف . وقول أبى يوسف هو الظاهر ، لأنه يترتب على قول الامام ان الوصى ينعزل وان لم يعلم ، وفى ذلك من التغرير ما لايخفى ، اذ الناس عرفوه وصيا وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ماينفى هذا الوصف ، فاذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الامام فيتضرر هو ومن يعامله ، وهذا الضرر منتف على قول أبى يوسف لنفـاذ تصرف الوصى قبل علمه بالعزل .

ولأن الايصاء تصرف غير لازم قالوا انه يشترط لاستمراره صحيحا أن يستمـر الموصى عـاقلا الى وقت وفاته ، فاذا جـن الموصى أو عته ولو بعد قبول الموصى اليه فان الايصاء يبطل ، ولو استفاق بعـد

ذلك فانه لابد من ايجاب جديد لأن التصرفات غير اللازمة يشترط فى بقائها ما يشترط فى انشائها من الأهلية الكاملة لمنشئها

شروط الوصى

يشترط فى الوصى أن يكون (١) بالغا (٢) عاقلا (٣) حرا (٤) أمينا (٥) رشيدا (٦) متحدا مع المولى عليه فى الدين .

فلا يصح الايصاء للصغير والمجنون والمعتوه والمملوك ومن لا يحسن التصرف ، لأنه لا ولاية لهؤلاء على مال أنفسهم فلا يكون لهم حق التصرف فى مال غيرهم ، وكذلك لايصح الايصاء للمخالف للقاصر فى الدين ، لأن الايصاء من باب الولاية وقد تقدم أن الاتحاد فى الدين شرط لصحة ولاية الأب للمعانى التى ذكرناها هناك .

والعبرة باستيفاء هذه الشروط بعد الوفاة ، لأن هذا هو وقت تنفيذ الايصاء ، فهذه الشروط ليست شروطا للانشاء بل هى شروط للنفاذ ، فان لم يكن الوصى مستوفيا لهذه الشروط عند الوفاة فان القاضى يبدله بغيره ، لأنه نصب ناظرا للمصالح العامة ، ومصلحة الموصى عليهم تقتضى تولية من يصلح — ومتى استوفى الوصى الشروط عندا لوفاة صحت اقامته ، سواء كان ذكرا أو أنثى وارثا أم غير وارث ، فللأب أن يقيم أجنبيا عنه كما له أن يقيم زوجته أو أحد أولاده الكبار من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه ، مادام الوصى مستوفيا للشروط المذكورة .

القانون : شروط الوصى فى القانون

نصت المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية على أنه يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة من طائفة القاصر فان لم يكن فمن أهل مذهبه والا فمن أهل دينه .

ونصت المادة ١٦ أيضا على أنه لايجوز بوجه خاص أن يعين وصيا :—

(١) المحكوم عليه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير أو

فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو غير ذلك من الجرائم العامة الماسة بالشرف والنزاهة .

(٢) المحكوم بافلاسه الى أن يحكم برد اعتباره .

(٣) من قرر الأب حرمانه من التعيين قبل وفاته وثبت ذلك بورقة رسمية أو عرفية مصدق على امضائه فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه وهذا الشرط لايتصور فى الوصى المختار فهو اذن خاص بالوصى الذى يعينه القاضى .

(٤) من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه ، وبين القاصر نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر .

والظاهر أن هذه الشروط يشترط توافرها فى كل وصى سواء كان وصيا مختارا أو وصيا معينا من المحكمة ، وعلى هذا فالمحكمة لاتثبت الوصاية اذا لم تتوافر فى الوصى المختار الشروط المتقدمة .

تخصيص الوصى المختار

اذا كانت الوصية غير مقيدة بشىء مخصوص بأن قال الموصى أقمتك وصيا فى جميع شئون التركة ، أو أقمتك وصيا أو أنت وصيى فلا خلاف فى أن الموصى له يتصرف فى جميع أموال التركة بما يخوله له حق الايصاء، أما ان كانت الوصية مقيدة بزمان أو مكان أو حادثة فقد اختلف فى هل يتخصص الوصى فلا يجوز له أن يباشر غير ماذكره الموصى أم لا يتخصص ويكون وصيا عاما يباشر كل التصرفات ؟ .

فقال أبو حنيفة الوصى المختار لايقبل التخصيص ، فاذا قال الأب لرجل أنت وصيى فى مالى الذى فى الخرطوم كان وصيا فى كل ماله وكذلك اذا جعله وصيا فيما له على الناس ولم يجعله وصيا فيما للناس عليه فانه يصير وصيا عاما أو جعله وصيا فى أمور التجارة أو الصناعة كان وصيا فى الكل لأن الموصى رضيه متصرفا فى بعض الأمور ، ولم يرض بتصرف غيره

فى شيء أصلا فيكون من يرضى بتصرفه فى البعض أولى من غيره ، على أن الوصى قائم مقام الموصى فيتصرف تصرفه فالوصاية خلافه تثبت كاملة لاتتجزأ .

وقال أبو يوسف يتخصص الوصى المختار بما خصص به ، لأن الموصى قد يكون له غرض صحيح فى تخصيص الوصى ، لأن الناس يختلفون فى التصرفات فقد تكون لبعضهم دراية فى شيء ولا يدرى غيره ، كالتاجر والمزارع فيكون الموصى قد أقام التاجر مثلا وصيا فى شئون التجارة وأراد اختيار غيره لأمور الزراعة فأدركته منيته قبل الاختيار ، وقول أبى يوسف هو الظاهر ولكن الفتوى على قول الامام (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٣٢) .

القانون : لم يتعرض القانون لهذه المسألة .

تعدد الأوصياء : ٥/٦١٥ ابن عابدين .

يصح أن يوصى الأب الى أكثر من واحد ، فاذا أوصى الى شخصين مثلا فهل يجوز لكل منهما أن ينفرد بالتصرف أم لابد من اجتماع رأيهما ؟

اذا نص الموصى على الانفراد بأن قال أقمتكما وصيين ولكل منكما أن ينفرد بالتصرف اتبع مانص عليه ، واذا نص على أنه لابد من اجتماعهما بأن قال أقمتكما وصيين ولا يتصرف أحدكما وحده اتبع ما نص عليه أيضا ، ولم يكن لواحد منهما أن ينفرد بعمل ما . واذا أطلق فلم ينص على الانفراد ولا على الاجتماع فقال أبو يوسف ينفرد أحدهما بالتصرف وينفذ تصرفه بدون رأى الآخر ، وقال الطرفان لاينفرد واحد بالتصرف فاذا تصرف منفردا كان تصرفه موقوفا على اجازة الآخر ، والمختار أن هذا الخلاف جار بينهم سواء كان الايصاء بعقد واحد كما اذا قال أقمتكما وصيين أو بعقدين كما اذا قال لواحد قم بلوازم أولادى بعد موتى مثلا وقال للآخر بعد ذلك أقمتك وصيا (حـ ٥ ص ٦١٥ ابن عابدين) .

حجة أبى يوسف أن الايصاء من باب الولاية ، وهى اذا ثبتت لاثنين

شرعا ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد ، كالأخوين فى مسألة الزواج فان لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقا ، وسبب ذلك أن الايصاء خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ــ ولأن اختيار الأب لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما .

وحجة الطرفين أن الولاية ثبتت للوصيين عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد ، اذ رأى الواحد لايكون كرأى الاثنين ، ولم يرض الموصى الا بالاثنين فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة ، وهو لايثبت به الحكم فكان باطلا ، بخلاف الأخوين فى النكاح ، لأن السبب هناك القرابة ، وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد ــ ولأنه ماضم أحدهما الى الآخر الا لأنه لاحظ أن الأول يعجز منفردا عن ادارة أموال القاصر ، فكان لابد أن يتصرف كلاهما برأى صاحبه ، ولأنه لو أجيز لكل واحد منهما أن يتصرف من غير رأى الآخر لتعارضت التصرفات ، وقد استثنى الطرفان من قولهما هذا مسائل لو باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذا بلا توقف على اجازة الآخر ، ومن تتبع هذه المسائل وجدها لاتخرج عن أصلين :

(١) المسائل التى يخشى من تأخيرها الضرر

(٢) المسائل التى لايحتاج فيها للرأى .

فمن هذه المسائل المستثناة : ــ

(١) تجهيز الميت ، لأن فى التأخير ضررا ولا يحتاج فيه الى رأى ، لأن الكفن المسنون والأمور الجائزة شرعا فى هذه الحالة معلومة ، بل عند التأمل نجد أن التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصى ، ولذا يملكه الجيران فى الحضر والرفقة فى السفر .

(٢) شراء ما لابد منه للموصى عليهم ، كالطعام والكسوة لما فى تأخير ذلك من ضرر عليهم .

(٣) قبول الهبة للموصى عليهم ، لأن فى تأخيره خشية الفوات ولعدم

الاحتياج الى الرأى ، على أن هذا يملكه كل من كان الصبى فى حجره ولم يكن وليا ولا وصيا .

(٤) تنفيذ وصية معينة لموصى له معين ، كما اذا قال أوصيت بمنزلى هذا لفلان بن فلان صح لكل من الأوصيـاء أن يدفع الموصى به الى الموصى له لعدم الاحتياج الى الرأى .

(٥) قضاء الديون الثابتة على الموصى ، لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ما عليه ، بأن تكون عليه مائة جنيه مثلا فيدفع للدائن مثلها ، فلو أراد أن يعطيه شيـئا آخر فى مقابل الدين فلا بد من أخـذ رأى شريكه فى الولاية ، لعدم احتياج الاول الى الرأى واحتياج الثانى اليه .

(٦) طلب الديون التى للموصى ، لأنه غير محتاج الى الرأى ، ولـكن لايجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعد القبض الى الحفظ وهو محتاج الى الرأى ، وقـد يقال اذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب ؟ يصح أن يجاب على هـذا بأن فائدته الاتفاق مع المدين على احضار الدين فى وقت معين ويخبر صاحبه ليشترك معه فى استلامه .

(٧) رد الأمانات التى كانت عند الوصى ، كالعارية والوديعة اذا كانت معينة لعدم الاحتياج الى الرأى فاذا كانت الأمانة غير معينة لزم الاجتمـاع لاحتياجه الى الرأى .

(٨) رد ما اغتصبه الموصى وما اشتراه شراء فاسدا ، لأن كلا منهما غير محتاج الى الرأى .

(٩) قسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى لعدم احتياجه للرأى لاتحاد آحادها ، أما القيميات فلا ينفرد واحـد بقسمتها ، لاحتياجها للرأى لتفاوت آحادها .

(١٠) بيع ما يخشى عليه من التلف ، لأنه قد يكون فى انتظـار الوصى الآخر تلف الأموال وضياعها على الورثة .

(١١) اجارة ماله . والاجارة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن ربما

يكون فى تأخيرها خشيـة الفوات ولحوق الضرر والظاهر عد الأجارة من المسائل التى لاينفرد بها أحدهما لأنها يحتاج فيها للرأى .

(١٢) الخصـومة فى حقوق الموصى ، ومعنى ذلك الحضور فى مجلس القاضى والتكلم على وجه لايفوت فائدة التعدد ، بأن يتناولوا الأمر برأيهم ثم ينفرد أحدهم بالتكلم لان الاجتماع عليه متعذر صيانته للقضاء عن الشغب .

بقى أن يقال اذا نص على الاجتماع فهل لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فى المسـائل التى لايحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخـيرها الضرر ؟ استظـهر بعض العلماء أن له ذلك لأن مواضع الضرورة مستـثناة ، ولأن الشرط لايعمل به الا اذا كان مفيدا ومراعاته ممكنة .

ومادام الأوصياء أحياء فأنهم يتصرفون فى تركة الموصى مجتمعين ، أو متفرقين على الخلاف السابق ، فاذامات أحدهم فان أوصى الى شريكه الآخر فله التصرف فى التركة وحده ولاينصب القاضى وصيـا آخر ، لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وان أوصى الى غير شريكه صح وانضم الى الحى ، وان لم يوص الى أحـد نظر القاضى فى المسألة لما له من الولاية العامة فان وجد الحى قادرا على ادارة شئون التركة فوض اليه النظر كله ولا يضم اليه آخر للاستغناء عنه بقدرة الباقى ، خصوصا اذا كان يترتب على اقامة الآخر زيادة الاجر نظرا لحق الورثة . أما اذا رآه القاضى محتاجا الى من يعـاونه ضم اليه آخر . وهذا هو المعقول وان كان كثير من العلماء يرى أن يضم اليه القاضى آخر (راجع ابن عابدين ٥/٦١٧)

واذا أوصى الأب الى اثنين مثلا ومات فقبـل أحدهما ولم يقبل الآخر نظر القاضى فان رأى أن القـابل كاف وحـده أطلق له التصرف والا ضم اليه غيره .

أقامة مشرف : ابن عابدين ٥/٦١٨ و ٦٣٥.

كما يجوز للأب أن يعدد الأوصياء يجوز له أن يقيم مشرفا يشرف على أعمال الوصى فلا يتصرف الوصى الا بعلمه أما امساك المال وحفظه فيستقل به الوصى ولا يكون المشرف وصيا على ماعليه الفتوى (ابن عابدين ٥/٦١٨

ولا يتقيد الموصى فى اختيار المشرف كما لم يتقيد فى اختيار الوصى فيصح أن يكون المشرف الأم أو غيرها ــ ولو أوصى الى واحد وأمره أن يعمل برأى فلان فهو الوصى وله العمل بلا رأيه ولو قال لاتعمل الا برأيه فهما وصيان لأن الأول مشورة والثانى نهى ٥/٦١٨ ابن عابدين

القانون : تعرض قانون المحاكم الحسبية للمشرف وواجباته فنصت المادة ٣٨ منه على أنه يجوز تعيين مشرف مع الوصى المختار أو مع وصى القاضى ، وظاهر من المادة أنه لافرق بين الوصى المختار ووصى القاضى ، من حيث جواز تعيين مشرف معهما فللأب أن يعين مع الوصى المختار مشرفا كما للقاضى أن يعين مع الوصى مشرفا .

ونصت المادة ٣٩ على ما يأتى « يتولى المشرف مراقبة الوصى فى ادارة شئون القاصر ، وعليه ابلاغ المحكمة أو النيابة عن كل أمر تقتضى مصلحة القاصر رفعه اليهما ، وعلى الوصى اجابة المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الاوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال » .

فهذه المادة تحصر وظيفة المشرف فى مراقبة الوصى فى ادارة شئون القاصر والاطلاع على الدفاتر والحسابات والمستندات المؤيدة لهذه الحسابات ، وابلاغ المحكمة أو النيابة عما لايوافق عليه من تصرفات الوصى ــ ولا يكون المشرف وصيا فليس له أن يحل محل الوصى فى تنفيذ عقد ، أو أى تصرف من تصرفات الوصاية الا اذا خلت الوصاية ، فيجب عليه فى هذه الحالة أن يباشر الاعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر فى الفترة بين انتهاء الوصاية واقامة وصى جديد ، كما جاء فى المادة ٤٠ « اذا خلت الوصاية وجب على

المشرف أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد والى أن يباشر الوصى الجديد عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالاعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر » .

تصرفات وصى الأب :

أول واجب على الوصى اذا كانت تركة الأب مشغولة بدين أو وصية أن يقضى الدين وينفذ الوصية ، فاذا كان الوفاء بالدين يقتضى بيع التركة كلها فله أن يبيعها من منقول وعقار بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقا ، لأنه لايمكن قضاء الدين الا بالبيع ، فكان مأمورا به من جهة الموصى ، ولأنه لاتركة الا بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية الجائزة

واذا كان الدين لايستغرق التركة سدد بما فيها من النقود ان وفت ، والا باع من المنقول بقدر الدين فقط ، فان لم يف المنقول باع من العقار بقدر ما يفى ، ولايبيع مازاد على وفاء الدين الا اذا كان فى التركة وصية مرسلة «١» فانه يبيع من المنقول والعقار بقدر الوصية فان كانت الوصية مقدرة بجزء من المال فليس له ولاية بيع العقار لأن الموصى له فى هذه الحالة شريك الورثة والوصى هو المتصرف فيقاسمه فى أعيان التركة ويعطيه مايستحقه منها سواء كان أقل من الثلث أو الثلث وهذا الحق ثابت للوصى سواء كان الورثة صغارا أم كبارا .

التصرفات فى التركة بعد الدين والوصية :

اذا كانت التركة خالية من الدين والوصية ، أو بقى منها شىء بعد اداء الديون وتنفيذ الوصية ، فان كان الورثة كلهم كبارا حاضرين فليس للوصى المختار ولاية عليهم ، وكل ما يملكه بمقتضى الوصاية أن يقضى ديون الميت ، ويقبض حقوقه ويدفعها للورثة .

وان كانوا كلهم كبارا غير حاضرين ، فله مع ذلك أن يبيع المنقولات فقط اذا رأى أن أثمانها أبقى منها لأن هذا من باب الحفظ

(١) الوصية المرسلة هى المطلقة التى لم تقيد بشىء من المال كالربع والثلث مثلا بأن يقول شخص اوصيت لفلان بألف جنيه من مالى

واذا كان الورثة كلهم صغارا فللوصى الولاية المالية عليهم ، وله بمقتضى هذه الولاية أن يتصرف فى أموالهم بما فيه حفظها واستثمارها ، ويملك كل التصرفات التى للأب لأنه قائم مقامه ، الا فى مسائل خاصة يخالف الوصى فيها الأب هى : —

(١) بيع العقار : ابن عابدين ٥/٦٢٢ تقدم أن الأب له بيع منقولات أولاده القصر وعقاراتهم بمثل القيمة أو بغبن يسير أما وصية المختار فله بيع منقولاتهم فقط بثمن المثل أو بغبن يسير أما عقاراتهم فليس له بيعها الا بمسوغ شرعى ، والمسوغات ترجع الى قسمين :

(الاول) أن يتعلق بالتركة حقوق لايمكن ايفاؤها الا ببيع العقار ، كأن يكون على المتوفى دين أو فى التركة وصية مرسلة ولايفى بذلك بيع المنقولات ومثل هذه الحالة ما اذا كان الدين على القاصر (الثانى) أن يكون بيع العقار خيرا للصغير من بقائه وذلك يكون فى الحالات الآتية : —

(أ) اذا رغب شخص فى شرائه بضعف قيمته أو أكثر ، لان الوصى فى هذه الحال يمكنه أن يشترى للصغير بالثمن عقارا أنفع من الذى باعه .

(ب) أن تكون ضريبة العقار ومايصرف عليه للصيانة أو الزراعة تزيد على غلاته .

(حـ) أن يكون العقار مبنيا وبناؤه آيل الى السقوط ولا نقود عند الوصى لترميمه وتلافى سقوطه .

(د) أن يكون القاصر فى حاجة الى النفقة ، وليس فى التركة نقود ولا منقول ينفق عليه منها ولا سبيل الى تدبير النفقة الا ببيع عقاره ، فيسوغ للوصى أن يبيع منه بقدر النفقة ويتكرر البيع بتجدد الحاجة .

(هـ) اذا خشى على العقار من متسلط يغصبه ظلما ولا يمكن دفعه عنه ولا استرداده منه بعد غصبه ، أو كان العقار فى يد متغلب ولا يمكن استخلاصه منه ورضى بدفع الثمن .

(و) اذا خشى عليه النقصان بأن كان بجوار البحر وأكله البحر عاما بعد عام فأنه يجوز بيعه .

فاذا باع الوصى عقار الصغير بدون مسوغ فالبيع باطل فاذا بلغ الصبى وأجازه لاتصح هذه الأجازة .

والسبب فى منع الوصى من التصرف فى العقار الا بهذه القيود وتسويغ ذلك للأب ، هو أن الأب وافر الشفقة فاكتفى من جانبه ألا يكون التصرف واضح الضرر فى العقار والمنقول أما الوصى فلأنه غير وافر الشفقة كان الاعتبار الأول فى ولايته هو حفظ المال وصونه والتصرف الذى لايعرض رأس المال للخطر ، والعقار مصون بنفسه محفوظ فلا يصح بيعه مادام لا خطر عليه .

(٢) بيع الوصى مال نفسه لليتيم وشراؤه مال اليتيم لنفسه :

للوصى أن يبيع مال نفسه لليتيم ويشترى مال اليتيم لنفسه ويتولى هو طرفى العقد ، ولكن يشترط فى هاتين الحالتين أن يكون فى البيع والشراء نفع ظاهر للقاصر ، ـ وتتحقق الخيرية ـ بأن يبيع للقاصر العقار بنصف قيمته ، ويشترى منه العقار بضعف قيمته ، وفى غير العقار يبيع له مايساوى خمسة عشر بعشرة ، ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر ، وهذا هو القول المفتى به وهو رأى الامام وقال محمد وزفر لا يجوز للوصى هذا التصرف لعدم وفور شفقته ولأنه متهم فى هذا التصرف ابن عابدين ٥/٦٢٠

وقد تقدم لك أن الاب اذا تولى طرفى العقد لايشترط لصحة عقده تحقق النفع الظاهر بالمعنى الذى بيناه ، بل يكفى أن لايكون فى المبايعة غبن فاحش ، وعلة التفريق واضحة لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لاحاجة منهما الى ضمان آخر ، ولا كذلك الوصى فانه قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر .

(٣) بيع الوصى مال القاصر لمن لاتقبل شهادته له .

اذا باع الوصى شيئا من مال الصغير لمن لاتقبل شهادته له ، كأحد

أصوله أو فروعه أو لوارث الموصي فقال الامام لايصح هذا البيع الا بالخيرية ، فلو كان بمثل القيمة لايصح وقال الصاحبان يصح البيع اذا كان بمثل القيمة لأن الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهي تنتفي بما ذكر فالغبن اليسير لايغتفر هنا اتفاقا ، وهذا بالنسبة للمنقول ، وأما العقار فلابد فيه من المسوغ كما رأيت .

ومثل البيع الشراء فعند الامام لايصح الا بتحقق الخيرية ، وعندهما يصح اذا كان بمثل القيمة ـ وقد عرفت أن البيع والشراء من الأب لمن لاتقبل شهادتهم له جائز من غير قيد الا قيدا واحدا هو ألا يكون ثمنه بغبن فاحش .

رهن الوصى شيئا من أموال نفسه عند اليتيم وارتهانه شيئا من أموال اليتيم عند نفسه

اذا كان على الوصى دين لليتيم بأن اشترى شيئا من أموال اليتيم لنفسه وكان فى هذا الشراء نفع للصغير فلا يصح أن يرهن شيئا من أموال نفسه عند اليتيم بالدين الذى عليه ، وينبنى على ذلك أنه لو فعل وهلك الشيء الذى رهنه لم يسقط شيء من ذلك الدين .

ومثل هذا ما اذا كان على اليتيم دين للوصى ، بأن باع له الوصى شيئا من أملاكه وكان فى البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه فلا يصح أن يأخذ شيئا من أموال اليتيم يرتهنه عنده بهذا الدين .

وقد تقدم لك أن الأب له أن يرهن ماله عند ولده بدين عليه له ، وله أن يرتهن مال ولده فى دين له عليه ، وسبب هذه التفرقة هو أن الوصى قاصر الشفقة فلا يلحق بالأب الموفور الشفقة الذى نزل من أجل شفقته منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين (أدب الأوصياء حـ ٢ ص ٢١٩) . ولا يمكن أن يفعل هنا ما فعلنا فى حالة البيع والشراء لأن تحقق الخيرية فى الرهن والارتهان غير متأت .

هذه هى أهم الأمور التى يفترق فيها الوصى المختار عن الأب فى تصرفاته

وفيما عدا هـــذه الأمور فانه يجوز له أن يتصرف كل التصرفات التى يملكها الأب .

تصرفات الوصى فى القانون :

الوصى المختار فى قانون المحاكم الحسبية خاضع فى تصرفاته لمراقبة المحكمة خضوعا تاما شأنه فى ذلك شأن الوصى المقام من قبل القاضى الحسبى . وقد تعرضت المادة ١٨و١٩و٢٠ الى حكم تصرفات الوصى ، فنصت المادة ١٨ على أن تصرف الوصى فى مال القاصر بطريق التبرع باطل «١» .

ويلاحظ أن نص القانون لم يستثن للوصى ما استثناه للولى فى المادة ٩ وهو التبرع لواجب انسانى أو واجب عائلى بعد اذن المحكمة ، وهذه التفرقة بين الوصى والولى فى هذه المسألة ليس لها مبرر فى نظرى لأن الغرض الذى من أجله أباح القانون للاب أن يتبرع بأذن المحكمة فى هاتين الحالتين متحقق فيما اذا كان الوصى هو الذى يريد التبرع ، وطالما اشترط القانون لصحة التبرع من الأب اذن المحكمة فان وفور الشفقة فى الأب لا يمكن أن يكون فارقا بين الأب والوصى لأن الأمر فى النهاية الى المحكمة لا الى الأب ولا الى الوصى .

ونصت المادة ١٩و٢٠ على تصرفات لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة وهى : —

(١) اجراء القسمة بالتراضى مع باقى الشركاء فيما اذا كان للصغير حصة شائعة فى مال ثابت مملوك أو موقوف مادة ١٩ .

---

(١) ومعنى هذا أن التصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة والاقراض والتنازل عن حق ثابت وكل ما فيه اخراج من ملك القاصر بغير عوض أوتعريض ماله أو حقه للضياع ليس للوصى أن يباشر شيئا منها فاذا باشره كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا لاتلحقه اجازة المحكمة الحسبية لو أجازته ولا اجازة القاصر بعد بلوغه .

وهذا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

(٢) التصرف فى أموال القاصر بالبيع أو الشراء ، أو المقايضة أو الشركة أو الاقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية، والمرتبة لحق عينى .

(٣) تحويل الديون التى تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه .

(٤) استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر .

(٥) ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

(٦) ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

(٧) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

(٨) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم الا اذا كانت النفقة مقضيا بها من جهة مختصة .

(٩) الصلح والتحكيم .

(١٠) الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ، مالم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ .

(١١) رفع الدعاوى الا مايكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

(١٢) التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

(١٣) التنازل عن التأمينات أو اضعافها .

(١٤) ايجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لأحد أقاربه أو أصهاره أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

(١٥) ما يصرف فى تزويج القاصر .

هذه هى التصرفات التى نص القانون على أنه لايجوز للوصى مباشرتها الا بعد اذن المحكمة فاذا باشرها من غير أن يأخذ اذن المحكمة كان تصرفه باطلا ، ولكنه بطلان نسبى تلحقه الاجازة فتصححه ، فللقاضى أن يجيز

التصرف الذى يباشره الوصى دون اذن المحكمة اذا رأى فى ذلك مصلحة للقاصر ، فيصبح التصرف صحيحا كما للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يجيز هذا التصرف أو لايجيزه اذا كانت المحكمة الحسبية لم توافق عليه ولم تأذن به .

ووجوب حصول الوصى على اذن خاص لمباشرة هذه التصرفات ـ التى يتبين من طبيعتها أنها كلها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ـ يخالف ما تقدم من الحكم الشرعى الذى يسوغ هذه التصرفات للوصى المختار بمقتضى الايصاء بدون توقف على اذن المحكمة ، ولكن اذا روعى أن الشارع أباح التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مع ايجاب احتياطات خاصة فى التصرفات ، وأن الغرض من توقف التصرف على اذن المحكمة هو التحقق من رعاية هذه الاحتياطات وتحقيق مصلحة الصغير يتبين أن توقف هذه التصرفات على الاذن لايخرج عن حدود ماقررته الشريعة من اتخاذ الاحتياط لمصلحة القاصر وأن لايقرب ماله الا بالتى هى أحسن .

فعلى هذا الأساس من الاحتياط نص القانون على ما لايجوز للوصى من التصرفات مطلقا فى المادة ١٨ وعلى ما يجوز له باذن خاص فى المادة ١٩و٢٠ ومفهومه أن ماعدا المنصوص عليه فى المواد المذكورة يجوز للوصى مباشرته بدون اذن خاص وهى التصرفات النافعة نفعا محضا مثل قبول الهبات والوصايا له وما يقتضيه استثمار الأعيان وصيانتها وحفظها مثل التأجير للمدة القصيرة التى تقل عن ثلاث سنوات وتحصيل الايراد ، ودفع الضرائب والديون الثابتة وترميم البناء .

نصرفات الوصى فى المحاكم السودانية :

لم تذكر المنشورات السودانية تصرفات لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة الا ما جاء عرضا فى المنشور ٤٨ سنة ١٩٣٧ الذى يمنع الآباء من التصرف فى عقار القصر الا بعد اذن من القاضى الشرعى فقد جاء فيه : « لهذا نرى منع الآباء من التصرف فى العقار الا بعد اذن من القاضى الشرعى

بعد تحقق المصلحة ، ومثل الأب فى ذلك الجد فيكونان فى ذلك كالوصى لايجوز له بيع العقار الا بعد اذن من القاضى الشرعى » .

ومعنى هذا أن الوصى له أن يتصرف فى غير العقار كل التصرفات التى تسوغها له الشريعة فى مال القاصر من غير أن يستأذن القاضى واذا تبين للقاضى عند محاسبة الوصى أنه صرف شيئا من مال القاصر فى غير وجهه الشرعى قرر الزامه به مادة ٢ من المنشور ٢٧ سنة ١٩٣٦ . انظر النشرة ١٨ / ٤ / ٣٣ الخاصة باقراض الوصى لمال القاصر .

الانفاق على القاصر وهل يرجع الوصى بما أنفق عليه ؟ (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٢٧) .

الوصى هو الذى ينفق على اليتيم بما يناسب حاله وماله من غير اسراف ولا تقتير وهذا الانفاق يكون من مال القاصر اذا كان له مال حاضر ، فان كان للقاصر مال غائب وأنفق عليه الوصى من مال نفسه فى ضروراته كالطعام والكسوة رجع عليه ان أشهد أنه أنفق ليرجع ، فان لم يشهد فقيل يكون متطوعا فلا يرجع ، وقيل لايكون متطوعا فله أن يرجع على الصغير وان كان لم يشهد .

أما ان كان الشىء الذى اشتراه للصغير غير ضرورى كبيت أو فرس مثلا ثبت له الرجوع أشهد أو لم يشهد .

واذا لم يكن للصغير مال أصلا ، فان كانت نفقة الصغير واجبة على الوصى كأن يكون عما مثلا للصغير واشترى له شيئا من لوازمه الضرورية كالطعام والكسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد أن يصير ذا مال ، لأن مافعله الوصى كان واجبا عليه وان لم تكن نفقة الصغير واجبة على الوصى ففيه الخلاف المتقدم فيما اذا كان للصغير مال غائب .

أما اذا كان الشىء الذى اشتراه الوصى للصغير ليس ضروريا كعشرة أفدنة مثلا ثبت له الرجوع على الصغير مطلقا ، سواء كانت نفقته واجبة

عليه أو غير واجبة .

فالفرق بين الوصى والأب فى الرجوع وعدمه هو :

أن الأب اذا أنفق على الصغير فى غير الواجب عليه لا يرجع الا اذا أشهد أما الوصى اذا أنفق على الصغير فى غير الواجب عليه فانه يرجع وان لم يشهد .

وسبب هذه التفرقة : أن الغالب فى شفقة الأب الانفاق على أولاده وتمليكهم شيئا للبر والصلة لا للرجوع ، بخلاف الوصى الأجنبى فلا يحتاج فى الرجوع الى الاشهاد .

أجرة الوصى :

اختلف فقهاء الحنفية فيما اذا كان الوصى يستحق أجرا على ما يبذله من جهد فى ادارة أموال القاصر ، فقالت طائفة الغنى لا يستحق أجرا والفقير له أجر مثل عمله لقوله تعالى : « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » فان هذه الآية طالبت الغنى بالاستعفاف وسوغت للفقير أن يأكل بالمعروف . وهذا هو الاستحسان والمقرر فى مذهب الحنفية أن الاستحسان هو المأخوذ به الا فى مسائل خاصة ليست هذه منها (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٢٤) .

وطائفة أخرى قالت لا يجوز أن يؤجر الوصى سواء غنيا أم فقيرا لأن الآية المتقدمة طالبت الغنى بالاستعفاف وسوغت للفقير أن يأكل بالمعروف وليس الأكل بالمعروف أجرا ولأن الوصاية الأصل فيها التبرع ممن يقوم بها وهذا هو القياس ، وهذا هو مامشى عليه صاحب الدر فقد جاء فيه : وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح حـ ٥/ ٦٢٤ (أدب الأوصياء حـ ٢ ص ٢٨٣ ، ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٢٤) .

وطائفة ثالثة ترى أن الوصى له أن يأخذ أجرا غنيا كان أو فقيرا لأنه يضيع جزءا من زمنه فى العمل لليتيم لو أضاعه فى شئون نفسه لزادت

ثروته ، والآية تفيد استحباب التبرع من الوصى اذا كان غير محتاج ولا تفيد الزامه بذلك فله أن يطلب الأجر اذا شاء (بدائع حـ ٥ ص ١٦٧) اذ لايمكن الزام شخص بأن يؤدى عملا بغير مقابل .

القانون المصرى

الأصل فى القانون المصرى أن تكون الوصاية بغير أجر ، الا اذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تحدد له أجرا ثابتا أو مكافأة على عمل معين (مادة ٢٨) وما مشى عليه القانون يتفق مع رأى الطائفة الثالثة .

وتقدير أجرة الوصى متروك للمحكمة الحسبية .

المنشورات السودانية لم تتعرض لهذه المسألة .

محاسبة الوصى

اذا بلغ القاصر رشيدا وسلمت اليه أمواله فله أن يحاسب الوصى عن ادارته فى مدة وصايته ، ومصروفات المحاسبة على القاصر لأنها فى مصلحته .

وكل شىء يدعيه الوصى عند المحاسبة يحسب من مال القاصر ان صدقه ، لأن المال ملكه فله أن يقر مايدعيه الوصى ، وان كذبه ورفع الأمر الى القاضى أحضره القاضى وسأله عن مقدار ماصرفه على القاصر فى صغره ، فاذا أجمل الوصى فى البيان بأن قال صرفت عليه مائة جنيه مثلا ، فان كان الوصى معروفا بالأمانة وكان الظاهر لايكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه واكتفى منه بالحساب الاجمالى وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعيه يزيد عن لوازم الصغير فى تلك المدة فلا يصدق بيمينه بل لابد من البينة ، الا اذا بين سببا مقبولا لمخالفة الظاهر بأن قال مثلا أن ثيابه سرقت وجدد بدلها أو احتاج الى علاج استنفد مبالغ كبيرة ، أو غير ذلك مما يحتمل أن يصرف فيه هذا القدر .

وان كان الوصى غير معروف بالامانة فلا يكتفى منه بالاجمال ، بل يجبر على التفصيل بالطرق التى يراها القاضى مؤدية لذلك ، ولكن لايحبسه

فان بين لكل جهة مقدارا من المال صدق بيمينه فيما لايكذبه فيه الظاهر من كل تصرف مسلط عليه شرعا ، كما اذا قال صرفت فى سنة كذا مائةجنيه ثمانون منها للنفقة وعشرة للتعليم وعشرة للعوائد وكان الظاهر لايكذبه .

أما اذا ادعى شيئا لم يكن مسلطا عليه شرعا فلا يقبل قوله ولو حلف الا اذا أقام بينة وهذا يتحقق فى مسائل كثيرة منها :ـ

(١) منها ما اذا ادعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاض فانه يضمن ، الا اذا أقام بينة على أن الدين ثابت وأنه دفعه من مال اليتيم .

(٢) ومنها ما اذا ادعى أنه قضى دينا على اليتيم من مال نفسه فلايصدق فى ذلك الا اذا أقام بينة على أدائه من ماله ليرجع به فى مال الصغير .

(٣) ومنها ما لو ادعى الوصى أن اليتيم استهلك مالا لآخر فى صغره وأدى بدل ما استهلك وأنكر القاصر فلا يصدق الوصى الا اذا أقام بينة على استهلاك القاصر للمال ودفع بدله لمالكه .

(٤) ومنها ما اذا ادعى أنه أنفق على ذى رحم محرم منه كأخيه الذى يستحق عليه النفقة فلا بد من اقامة بينة على فرض القاضى وعلى اعطاء المفروض لمستحقه .

(٥) من هذا النوع فروع كثيرة يرجع اليها من أراد فى الدر المختار حـ ٥ ص ٦٢٩ .

موت الوصى مجهلا :

اذا مات الوصى من غير أن يبين ما للقاصر من عقار ومنقول وديون ونقود بيانا يجعل كل شىء للقاصر معروفا فان حكم أموال اليتيم من حيث الضمان وعدمه هو نفس الحكم الذى قلناه فيما اذا مات الأب مجهلا تلك الأموال .

محاسبة الوصى فى قانون المحاكم الحسبية

قررت المادة ٢٤ من قانون المحاكم الحسبية أن على الوصى أن يقدم حسابا سنويا مؤيدا بالمستندات وفقا للاوضاع المقررة فى القانون .

وقررت نفس المادة أن الوصى يعفى من تقديم الحساب اذا كانت أموال القاصر لاتزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وتقديم الحساب كما تنص المادة ٧٨ يكون قبل أول يناير من كل سنة ما لم تر المحكمة تجديد ميعاد آخر لذلك وعلى النيابة العمومية أن تعرض الحساب على المحكمة الحسبية مشفوعا برأيها فيه قبل الجلسة المحددة لنظره .

وتنص المادة ٢٥ على أن الوصى اذا قصر فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون ، أو فى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لاتتجاوز مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات .

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها ، كما يجوز اعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه اذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذارا تقبلها المحكمة .

وتطالب المادة ٣٢ الوصى الذى انتهت وصايته أن يسلم فى خلال ثلاثين يوما فى انتهائها الأموال التى فى عهدته ، ويقدم عنها حسابا مؤيدا بالمستندات الى من يخلفه أو الى القاصر متى بلغ سن الرشد أو الى ورثته ، وعليه أيضا أن يقدم صورة من كشف الحساب الى المشرف ان وجد وأن يودع صورة أخرى قلم الكتاب فى الميعاد المذكور .

فاذا توفى الوصى أو حجر عليه أو غاب غيبة منقطعة قام مقامه ورثته أو من يمثله فى تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب .

ظاهر مما تقدم أن الوصى ملزم بأن يقدم حسابا تفصيليا فى آخر كل سنة الى المحكمة مؤيدا بالمستندات ، وملزم أيضا بأن يقدم الحساب النهائى الى المستحق أو الذى يتولى ادارة التركة بدله ، وأنه فى حالة موت الوصى يقوم ورثته مقامه ويبدو لى أن القاعدة التى وضعها الفقهاء فى «موت الوصى مجهلا» لاتتمشى مع القانون لأنه زيادة على أنه يقضى بضرورة تقديم حساب سنوى والزام الوصى بأن يودع باسم القاصر احدى خزائن الحكومة

أو أحد المصارف التى تشير بهـا المحكمة كل ما يحصله من نقود ، بعـد استبعاد مصاريف الادارة والنفقة المقررة فى خلال خمسـة عشر يوما من تاريخ تسلمها ، وكذلك عليه أن يودع باسم القـاصر أحد المصارف التى تشـير به المحكمة ماترى لزوما لايداعه من أوراق ماليـة ومجوهرات ومصوغات وغيره وذلك فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها .

وليس للوصى أن يسحب شيئا مما تقدم الا بأذن المحكمة مادة ٢٢و٢٣

محاسبة الوصى المختار فى المحاكم السودانية :

تعرض المنشور رقم ١ (١٩٣٣) والمنشور رقم ٢٧ الصادر فى مارس سنة ١٩٣٦ والنشرة ١٨ / ٦ / ٤٥ الصادرة فى ٢٧ / ٩ / ١٩٤٥ والنشرة ١٧/٢/٤٦ الصادرة فى ١٦/٣/١٩٤٦ الى محاسبة الاوصياء .

وقبل أن نذكر لك ماجاء فى المنشورات نريد أن ننبهك الى أن المنشورات ولم تذكر أحكاما خاصـة بالوصى المختار وانما ذكرت كلمة وصى مجردة والظاهر أنها تشمل الوصى المختار ووصى القـاضى . وخلاصة ماجاء فى المنشورات والنشرات : ـ

(١) قضاة المحاكم الشرعية لهم واسع السلطة فى محاسبة الأوصـياء على القصر المقيمين بدائرة اختصاصهم ولهم أن يحاسبوهم على كل ما بأيديهم من أموال القصر ونمائها ، وما أنفقوه عليهم منها وكل مايرتبط بذلك ١/٣٧

ويجب على القـاضى أن يستعين بمحاسب من محاسبى الحكومة أو موظف من مصلحة المراجعة اذا كانت الحسابات معقدة ٣/٢٧ .

وللقاضى أن يقرر اعتماد مايراه سائغا من تصرفات الوصى ونماء تلك الأموال وله أن يلزم الوصى بما صرفه فى غير وجهه الشرعى ٢/٢٧ .

وتكون المحاسبة فى كل سنة مرة (منشور ١) ومصاريف المحاسبة من نحو ثمن الدفاتر لحفظ الحساب تكون من مال القاصر ٤/٢٧ .

وقد بينت الفقرة ٥ الى ٨ من المنشور ٢٧ الاجراءات التى تتخذ عندما يظهر الحساب أن على الوصى مالا للقاصر فليرجع اليها من أراد .

عزل الوصى :

الأوصياء أربعة عدل كاف وعدل غير كاف وعدل عاجز أصلا وفاسق يخاف منه على المال .

فاذا كان الوصى الذى اختاره الأب عدلا كافيا بأن كان قادرا على القيام بالوصاية فليس للقاضى عزله ، فان عزله قال بعضهم ينعزل ويكون لقاضى جائرا ، وقال بعضهم لاينعزل لأنه متى كان أمينا قادرا على التصرف فان ابقاءه يكون فيه مصلحة الموصى عليهم ومراعاة رغبة الأب وحق الوصى . واختلفت عبارة الفقهاء فى المختار من هذين القولين والظاهر الثانى لأن سطوة القاضى وولايته لايستعملهما فى الجور وفى ابن عابدين أنه مختار كثير من السلف والخلف . قال صاحب الدر وينبغى أن يفتى به لفساد قضاة الزمان ٥/٦٩٥ .

واذا كان الوصى عدلا غير كاف بأن كان مأمونا على الأموال ولكنه لايمكنه القيام بجميع شئون التركة وحده فلا يعزله القاضى بل يضم اليه غيره لأن فى ابقائه مراعاة لحقه ولرغبة الموصى وفى ضم غيره اليه مراعاة لمصلحة الموصى عليهم .

والعجز عن القيام بكل شئون التركة لايثبت بمجرد اخبار الوصى بل لابد من أن يثبت ذلك بالبينة ، لأنه قد يخبر بذلك ليخفف عن نفسه فيكون فى ضم غيره اليه ضرر بالورثة ، لزيادة الأجر عليهم ولذلك اذا وجد متبرع فلا يشترط ثبوت العجز بالبينة .

وان كان الوصى عدلا عاجزا ، بأن كان لايمكنه أن يقوم بشىء من شئون التركة أصلا ، استبدله القاضى بغيره ، لأن المصلحة فى ذلك ، فان عادت قدرته على القيام بشئون الموصى عليهم أعاده القاضى مراعاة لحق الميت

وان كان الوصى الذى اختاره الأب فاسقا يخاف منه على المال عزله القاضى ونصب آخر بدله ، لأن فى ابقائه ضررا بالموصى عليهم والأب لايقدر على عزله فيقوم القاضى مقامه . واذا شكا الورثة أو بعضهم الوصى الى

القاضى فلا يعزله بمجرد الشكاية ، بل لابد أن يتثبت القاضى من صحة الشكوى ، فاذا ظهر له خيانته عزله ، وذلك لأن الوصى استفاد الوصاية من الأب غير أنه اذا ظهرت خيانته يعزل تنفيذا لارادة الموصى ، اذ لو كان حيا لعزله لفوات الوصف الذى نصبه من أجله وهو الأمانة (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٩٤) .

وقد تقدم لك أن الأب مادام حيا فله عزل الوصى متى شاء وينعزل الوصى ولو كان غائبا ولم يعلم بالعزل على قول الامام . كما تقدم لك الحالات التى يجوز للوصى أن يعزل نفسه فيها .

عزل الوصى فى قانون المحاكم الحسبية

ذكرت المادة ٣١ الأسباب المسوغة لعزل الوصى وهى : —

(١) اذا قام بالوصى سبب من أسباب الحرمان المبينة فى المادة ١٦ سواء كان هذا السبب قائما وقت تعيينه أم قام بعد ذلك .

والمادة ١٦ هى المادة التى نص فيها على شروط الوصى وقد فصلناها فى الكلام على شروط الوصى .

(٢) اذا أصبحت مصلحة القاصر فى خطر بسبب سوء ادارته ، أو أهماله أو لأى سبب آخر تراه المحكمة مسوغا للعزل .

ومعنى هذا أن المحكمة لها مطلق الحرية فى تقدير الأسباب المسوغة للعزل فقد قضى مثلا بأن امتناع الوصى عن دفع أتعاب الخبير لمراجعة الحسابات من الأسباب المسوغة لعزله اذا توافر لديه المال ولم يبد عذرا مقبولا يبرر تأخيره فى الدفع (الموجز فى شرح قانون المحاكم الحسبية ٩٤)

وقد نص القانون على أن العزل لايحكم به الا بعد تحقيق تقوم به النيابة أو المحكمة بعد أن تسمع أقوال الوصى وطالب العزل والمشرف ان كان .

وصى الموصى :

للوصى المختار أن يوصى الى غيره وذلك لأنه خليفة الأب فله أن ينقل هذه الخلافة الى غيره ، اذ الايصاء معناه نقل ماكان يملكه من ولاية ، وقد

كان يملك التصرف فى أموال القاصر ، ولأن رضا الأب برأى الوصى واعتماده عليه مع علمه أنه ليس دائم البقاء دلالة على رضاه باضافة ذلك التصرف الى غيره ، فله اذن أن يقيم وصيا يتصرف من بعده فى أموال القصر كما كان يتصرف هو تماما .

والوصى المختار عندما يوصى الى آخر قد يبهم فى ايصائه بأن يقول أقمتك وصيا ، وقد يبين بأن يقول أقمتك وصيا فى تركة موصى أو فى تركتى أو فى التركتين .

فان أبهم أو قال أقمتك وصيا فى التركتين فهو وصى فيهما اتفاقا ، وان قال أقمتك وصيا فى تركة موصى كان وصيا بالنسبة اليها اتفاقا وان قال أقمتك وصيا فى تركتى فقال أبو حنيفة فى الرواية الظاهرة عنه يكون وصيا فيهما لأن تركة موصيه تركته ، اذ هو يملك التصرف فيها كما يملك التصرف فى أمواله ، فالكل تركة له فاللفظ يتناول التركتين ، وقال الصاحبان فى أظهر الروايتين عنهما يكون وصيا فى تركته خاصة ، لأن تركة موصيه لا يملك فيها الا التصرف وقد انتهى بموته .

وقال الشافعى ليس للوصى المختار أن يوصى لغيره ، لأن الأب فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ، ولأنه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره فصار كوصى الوكيل فانه يكون وصيا فى مال الوكيل خاصة دون مال الموكل (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦١٨) .

وقد تقدم لك أن قانون المحاكم الحسبية بمصر لم يجعل للوصى المختار حق الايصاء فهو يتفق مع مذهب الشافعى فى هذه المسألة ، أما المحاكم الشرعية السودانية فان العمل فيها على مذهب أبى حنيفة لأن المنشورات لم تتعرض لهذا الموضوع .

ولاية الجد وما يملك من التصرفات

علمت أن الولاية المالية تنتقل بعد الأب ووصيه الى الجد الصحيح ، وهذا الترتيب لاخلاف فيه بين أئمة الحنفية ، وانما الخلاف بينهم فى قوة ولاية الجد ، هل هى فى قوة ولاية وصى الأب فيكون له ما للوصى من

تصرفات أم فى قوة ولاية الأب فيكون له ما للاب من التصرفات ؟ .

قال الامام الجد يملك كل التصرفات التى لوصى الأب الا أن الجد ليس له أن يبيع شيئا من التركة لا من عقارها ولا من منقولاتها لتسديد دين على المتوفى أو تنفيذ وصية له مع أن الوصى المختار له أن يبيع التركة كلها من عقار ومنقول اذا اقتضى ذلك ايفاء ما على المتوفى من ديون ، أو تنفيذ وصاياه الجائزة وبناء على هذا اذا كان على المتوفى دين ، أو فى تركته وصية فالدائن أو الموصى له لايطالب الجد ببيع شىء من التركة لسداد الدين أو تنفيذ الوصية ، وانما يرفع الأمر الى القاضى ليبيع من التركة بقدر وفاء الدين أو تنفيذ الوصية وهذا هو القول المفتى به (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٢٥) .

ووجه الفرق بين الجد والوصى ، أن وصى الأب ولايته مستمدة من الأب فيقوم مقامه فيما يتركه من أموال وأولاد ، فكان له بسبب ذلك ولاية على التركة فيبيعها لسداد ديونها وتنفيذ وصاياه ، كما له أيضا ولاية على مال الأولاد فاليه استثماره وتدبير شئونه ، وأما الجد فولايته أصلية على أولاد ابنه بحكم الولادة وليست مستمدة من غيره فهو يتولى شئون الأولاد بانابة من الشارع وليست له نيابة عن المتوفى لأنه لم يعطه النيابة ، ولذلك لم يكن للجد ولاية على تركة ابنه من ناحية أنها تركة ، وانما له الولاية عليها من ناحية أنها حق للصغار ولذلك كان له أن يبيع لسداد ما يخص الأيتام من الدين .

وقال محمد الجد يملك عند عدم الأب ووصيه كل مايملكه الأب من التصرفات ، لأن الجد ثبتت له هذه الولاية بوصف كونه أبا اذ الجد أب عند فقد الأب ومادمنا قد اعتبرناه أبا فيكون له ماكان للاب ، وتقديم وصى الأب عليه فى الترتيب لأن الأب أراد ذلك لا لأنه فى ذاته أقوى ولاية .

وحجة الرأى الأول أن الوصى مقدم فى الترتيب على الجد ، فيجب ألا تزيد قوة ولايته عليه لأنها ان زادت كان ذلك مناقضا للترتيب المتفق عليه .

تصرفات الجد فى القانون

لم يرد فى القانون المصرى حكم خاص بولاية الجد وماله من تصرفات وانما أثبتت المادة ٧ من القانون الولاية للاب وللجد فقد جاء فيها « للاب ثم للجد الصحيح الولاية على مال القاصر الخ » ثم أخذت جميع مواد القانون تذكر أحكام الولاية من غير أن تضيفها للاب أو الجد ، فيفهم من هذا أن كلمة ولاية حيثما أتت فى القانون فانها تشمل ولاية الأب وولاية الجد ، وعلى هذا يمكننا أن نحكم بأن القانون لايفرق فيما نص عليه من تصرفات الولى بين الأب والجد فالمادة ٩ مثلا التى تنص على أن « تصرف الولى فى أموال القاصر بطريق التبرع باطل الا اذا كان التبرع لأداء واجب انسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة » لانشك فى أنها تنطبق على الأب والجد ، ولكن موضع الشك هو فى التصرفات التى لم ينص عليها القانون وتركها للفقه هل يكون العمل فيها بمقتضى الراجح فى مذهب الحنفية وعلى هذا يعامل الجد معاملة الوصى أم يعامل معاملة الأب بناء على أن القانون عاملهما معاملة واحدة فيما نص فيه من أحكام ويكون قد أخذ فى هذا برأى محمد ؟ يرجح بعض الكتاب الرأى الثانى ويؤيد هذا الترجيح أن القانون قد اعتبر الوصى المختار فى مرتبة الوصى المقام من قبل القاضى وتكلم على أحكام الوصاية بوصفه يشملهما كما تكلم على أحكام الولاية بوصف يشمل الأب والجد فهو اذن يقصد الى وضع الجد فى مرتبة غير المرتبة التى وضع فيها الوصى .

أما المنشورات السودانية فلم يرد فيها نص صريح فى هذا الموضوع ولكن جاء فى المنشور ٤٨ الذى يمنع الآباء من التصرف فى عقار القصر بغير اذن المحكمة هذه العبارة « ومثل الأب فى ذلك الجد فيكونان فى ذلك كالوصى لايجوز له بيع العقار الا بعد اذن من القاضى الشرعى ... » فهذه العبارة توهم أن المشرع السودانى لايجعل تصرفات الجد كتصرفات الوصى اذ لو كان يعتبر تصرفاته كتصرفات الوصى لما كان لذكره ضرورة ولكن

هذه العبارة لاتكفى فى نظرى للعدول عن العمل بالراجح فى مذهب الحنفية حسب ما جاء فى اللائحة .

وصى الجد :

اذا اختار الجد وصيا على أولاد ابنه كان لهذا الوصى المختار الولاية المالية التى كانت للجد على أموال أولاد ابنه ، وملك من التصرفات مايملكه الجد (ابن عابدين حـ ٥ / ٦٢٦) . وهذا ظاهر على رأى الامام الذى يجعل تصرفات الجد كتصرفات وصى الأب ، أما على رأى محمد الذى يجعل تصرفات الجد كتصرفات الأب فالظاهر أن تصرفات وصى الجد تكون عنده كتصرفات وصى الأب . (راجع الفتاوى الهندية حـ ٣ ص ١٧٧ فقد جاء فيها أن تصرفات وصى الجد كتصرفات وصى الأب) .

هذا وقد تقدم لك أن القانون لم يجعل للجد حق الوصاية أما المنشورات السودانية فانها لم تسلب الجد هذا الحق ، وعلى هذا يكون العمل فى السودان جاريا على مذهب الحنفية .

ولاية القاضى ووصيه

اذا مات الأب أو الجد ولم يوص واحد منهما أو مات وصيهما ولم يوص أو فقد الموجود منهم أهلية الولاية انتقلت الولاية الى القاضى ، لما له من الولاية العامة فله أن يتصرف بنفسه فى أموال القاصر بما فيه المصلحة فجميع التصرفات السائغة للاب تسوغ للقاضى ، غير أن الفقهاء نصوا على أنه لايجوز له أن يعقد عقود المعاوضات بين الصغير وبين نفسه ، ولا بين الصغير وبين من لاتقبل شهادتهم له كابنه وأبيه ، ولو كانت الخيرية متوفرة فهو يخالف فى هذه المسألة الأب والوصى المختار وعلة ذلك كما قالوا أن فعل القاضى من باب القضاء وهو لايقضى لنفسه ولا لمن لاتقبل شهادتهم له دفعا للتهمة .

ويمتاز القاضى على سائر الأولياء ، بأنه يجوز له باتفاق أقراض مال

اليتيم اذا لم يجد طريقا لاستثماره ، وقد علمت أن الأب ليس له ذلك على الراجح وقالوا فى التفرقة بين الأب والقاضى أن القاضى قادر على استرداد المال متى أراد بخلاف الأب .

هذا والغالب أن القاضى لايكون متفرغا لادارة أموال القاصر بنفسه ، لذلك جعل له الحق فى اقامة وصى ينوب عنه فى مباشرة التصرف فى شئون القاصر ، فاذا أقام القاضى وصيا كان هو الولى ، ولا تكون للقاضى ولاية فيما جعله لوصيه لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة (الاشباه والنظائر حـ ١ ص ١٩٢) .

ووصى القاضى كالوصى المختار الا فى مسائل خاصة أهمها : ـ

(١) أن وصى القاضى يتخصص بما خصصه به القاضى ، أما الوصى المختار فلا يقبل التخصيص على المفتى به كما مر ، وسبب ذلك أن وصى القاضى كالوكيل ، أو لان نصب القاضى له قضاء والقضاء قابل للتخصص .

(٢) ليس لوصى القاضى عقد المعاوضة فى مال اليتيم مع نفسه ولا مع من لاتقبل شهادتهم لأنه نائب عن القاضى والقاضى لايملك ذلك فكذلك نائبه ، وقد علمت أن الوصى المختار له ذلك بشرط المنفعة الظاهرة .

هذا ويجوز لوصى القاضى أن يشترى من القاضى شيئا للصغير ويبيع له شيئا من مال الصغير (ابن عابدين حـ ٥/٦٣٢) .

(٣) الوصى المختار له أن يقيم وصيا بعد وفاته على مال الأولاد الذين تحت ولايته ، وليس ذلك لوصى القاضى الا اذا جعل القاضى له ذلك .

(٤) وصى القاضى قابل للعزل ولو كان عدلا كافيا ، لأنه وكيل القاضى وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصى المختار فلا يجوز للقاضى عزله اذا كان عدلا كافيا .

ذكر فى الدر المختار وحاشيته هذه المسائل الأربعة وستة غيرها فليراجعها من أراد فى حـ ٥ ص ٦٣١ ـ ٦٣٣ .

ولاية القاضى ووصيه فى القانون :

فى مصر تقوم الآن المحاكم الحسبية مقام القاضى ولكن ليس من وظيفة المحاكم الحسبية ادارة أموال القاصر بنفسها بل وظيفتها قاصرة على تعيين أوصياء للقصر يقومون بهذه الادارة تحت رقابة المحكمة، فقد نصت المادة ١٥ على أنه « اذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا » وهذا النص عام غير أن المادة ٧١ من القانون نصت على أنه « اذا كانت ثروة عديم الأهلية لاتتجاوز خمسين جنيها أو اذا كان عديم الأهلية أكثر من واحد وكانت ثروتهم لاتتجاوز مائة جنيه فلا حاجة لتعيين وصى ... الا اذا دعت الضرورة لذلك ويكتفى بتسليم المال الى من يقوم بشئون عديم الأهلية .. فاذا تجاوزت الثروة هذا النصاب فيما بعد رفع الأمر الى المحكمة للنظر فى تعيين الوصى ... »

ومفهوم هاتين المادتين أن المحكمة تعين وصيا فى كل الأحوال الا اذا كانت تركة القاصرة صغيرة ــ فى الحدود التى بينتها المادة ٧١ ــ ولم تدع ضرورة لتعيين وصى . أما اذا دعت ضرورة لذلك فعلى المحكمة أن تعين وصيا مهما كانت التركة صغيرة .

وكما أن المحكمة الحسبية مختصة بتعيين الأوصياء فهى أيضا مختصة بتثبيت الأوصياء المختارين ، ومراقبة تصرفات الأوصياء جميعا مختارين أو معينين .

وقد ذكرنا أحكام الولى المختار فى نظر القانون فما قلناه هناك هو بعينه ينطبق على الوصى المعين غير أن هناك مسألة واحدة نريد أن ننبه اليها هى أن المادة ٢٠ من القانون ذكرت من بين التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن المحكمة « ايجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لأحد أقاربه وأصهاره أو لمن يكون الوصى نائبا عنه » ومفهوم هذا أن المحكمة لها الحق أن تأذن للوصى باجراء عقد الايجار بينه وبين الصغير وقد تقدم لك أن الفقه الحنفى لايجيز للقاضى ووصيه المعاملة مع القاصر .

هذا فى مصر أما فى السودان فان المحاكم الشرعية هى التى لها النظر فى شئون القصر فقد نص المنشور رقم ١ على « أن أعمال المجالس الحسبية (الآن المحاكم الحسبية) تضاف على قضاة المحاكم الشرعية » كما نص المنشور نفسه أن « على كل قاض يبلغه أن هناك قاصرا يحتاج الى اقامة وصى أن يبادر الى البحث لانتخاب الوصى واقامته عليه ، متى كان مختصا باقامة ذلك الوصى ... » .

ولكن المنشورات السودانية لم تتعرض لتصرفات الأوصياء بالتفصيل كما فعل قانون المحاكم الحسبية وانما ألزمت القضاة بمحاسبة الأوصياء سواء كانوا مختارين أو معينين ، وجعلت لهم الحق فى اعتماد ما يرونه سائغا فى تصرفات الوصى ، ومن الزام الوصى بما صرفه من مال القاصر فى غير وجهه الشرعى .

الوصى الضعيف أو وصى الأم

يطلق الفقهاء على وصى الأب والجد والقاضى الوصى القوى وعلى الوصى الذى تنصبه الأم أو الأخ أو العم وسائر الأقارب الوصى الضعيف لان سلطته أقل سعة من سلطة الوصى القوى الذى تكلمنا عنه ويتحدثون عنه غالبا تحت عنوان « وصى الأم » .

لوصى الأم سلطة محدودة على أموال القاصر يملكها عند عدم الولى والوصى القوى وهذه السلطة خاصة بما يرثه القاصر عن أمه من أموال أما مايؤول للقاصر عن غير طريق الارث من أمه فلا سلطة لوصى الأم عليه ولو لم يكن هناك ولى أو وصى ، وعلة هذا أن وصى الأم يستمد ولايته من الأم وهى فى حال حياتها لم تكن لها الولاية على مال الصغير .

ثم أن سلطة وصى الأم على مال الصغير الموروث عنها عند عدم الولى والوصى القوى تنحصر فى ثلاثة أمور : —

(١) شراء ما لابد منه للصغير من الطعام والكسوة .

(٢) بيع المنقول لأن هذا من قبيل الحفظ ، وهو له ولاية الحفظ وحفظ الثمن قد يكون أيسر من حفظ العين .

(٣) بيع جميع التركة عقارها ومنقولها اذا كان على الأم دين أو أوصت بوصية ولم يمكن تسديد الدين وتنفيذ الوصية الا ببيع عقار التركة كله ، أما اذا أمكن ذلك بغير بيع العقار فلا يبيعه وكذلك اذا أمكن بيع جزء منه فانه يقتصر على بيع ذلك الجزء .

وانما جاز لوصى الأم هذا التصرف لأنه تصرف لازم لبراءة ذمة الموصية وتنفيذ وصاياها .

وكل ما قيل عن وصى الأم يقال عن وصى سائر الأقارب غير الأب والجد .

وهذه الأحكام بنيت على القاعدة القائلة « أضعف الوصيين فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين فى أضعف الحالين » وأضعف الوصيين وصى الأم ومن فى حكمها وأقوى الحالين حال صغر الورثة وأقوى الوصيين وصى الأب والجد والقاضى وأضعف الحالين حال كبر الورثة فوصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الاب فى حال كبرهم وغيبتهم (ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٢٥)

هذا ولم يتعرض قانون المحاكم الحسبية ولا المنشورات السودانية لوصى الأم .

وصلى الله على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبه وسلم ، والله الموفق والهادى الى سبيل الرشاد .

محتويات الكتاب

٣ ـ مقدمة الكتاب : وفاء الشريعة بحاجات المجتمع الانسانى ـ عرض مبادىء عامة فى الشريعة الاسلامية
ـ٩ـ عرض تاريخى خاطف لنشأة الفقه الاسلامى وتكوينه ـ ١١ ـ نبذة موجزة عن التطورات الحديثة لقوانين المحاكم الشرعية الموضوعية فى مصر والسودان : التطور التشريعى فى مصر ـ ١٢ ـ الانتقادات التى وجهت الى اقتصار المحاكم الشرعية على العمل بمذهب واحد ـ ١٣ ـ المحاولة الاولى لاصلاح المحاكم الشرعية وتأليف لجنة لذلك ، القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وخلاصة ما اشتمل عليه ، القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الخاص بسن الزواج ومالقيه من نقد ـ ١٤ ـ تأليف لجنة فى سنة ١٩٢٦ لوضع مقترحات خاصة بالاحوال الشخصية وخلاصة ما تقدمت به ـ ١٥ ـ الاقتصار فى الاخذ بمقترحاتها على ما جاء بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، تأليف لجنة لوضع قانون للاحوال الشخصية ـ ١٦ ـ قانون الميراث واهم التعديلات التى تضمنها ، قانون الوقف واهم التعديلات التى اشتمل عليها ـ ١٨ ـ قانون الوصية ودلالته على اتساع الخطوة التى خطاها التشريع الفقهى فى مصر ـ ١٩ ـ التطور التشريعى فى السودان : الطريقة المتبعة لاجراء التعديلات فى قانون المحاكم الشرعية ـ ٢٠ ـ ما سبق السودان فيه مصر من التعديلات ومصدر هذه الاحكام ـ ٢١ ـ ماحدث من تعديل فى نظام التوريث والوصية ـ ٢٢ ـ متابعة السودان لمصر فيما قامت به من تعديل فى قانونها الشرعى والموازنة بين مصر والسودان فى هذا الشأن ـ ٢٤ ـ تخلف السودان عن متابعة الحركة التجديدية الاخيرة فى مصر ـ ٢٥ ـ مرونة الفقه الاسلامى ومعاونته رجال الاصلاح الاجتماعى على ما يبغون من نظم واحكام ، واجب الفقهاء والعلماء فى هذا العصر نحو شريعتهم ـ ٢٦ ـ الزواج : خطورة هذا العقد ومظاهر هذه الخطورة ـ ٣٠ ـ بيان أن الحياة الزوجية هى الحياة الكاملة التى تليق بالانسان الكامل فى ارقى اطواره واحواله ـ ٣٢ ـ تعريف الزواج والنكاح لغة وشرعا ـ ٣٥ ـ الوصف الشرعى له ومتى يكون فرضا؟ ومتى يكون مندوبا اليه ومتى يكون مكروها ومتى يكون حراما ـ ٣٨ ـ الخطبة : معناها واثرها ـ ٣٩ ـ الحكمة فى جواز النظر الى المخطوبة ـ ٤٠ ـ نقد لما يجرى عليه بعض المتفرنجين فى خطبتهم ـ ٤٢ ـ من يباح خطبتها ـ ٤٤ ـ اثر الخطبة المحرمة

ـ ٤٥ ـ قراءة الفاتحة والهدايا ، الاثار المترتبة على فسخ الخطوبة واختلاف المحاكم بالنسبة للتعويض عنه واستقرارها عند الرأى الذى يتفق مع الفقه ـ ٤٨ ـ اركان الزواج فى نظر الحنفية والمالكية ـ ٤٩ ـ الايجاب والقبول والالفاظ التى ينعقد بها الزواج ـ ٥٠ ـ رأى الشافعية والمالكية والحنفية فى ذلك ـ ٥٢ ـ شكل الصيغة التى ينعقد بها العقد ـ ٥٤ ـ الزواج بالاشارة والكتابة ـ ٥٥ ـ شروط صيغة العقد ـ ٥٧ ـ العقد المضاف والمعلق ـ ٥٨ ـ اقتران العقد بشرط من الشروط ورأى الفقهاء فى ذلك ـ ٦٠ ـ زواج الشفار ـ ٦١ ـ زواج المتعة والزواج المؤقت والفرق بينهما ـ ٦٢ ـ زواج المحلل وآراء الائمة فيه ورأى ابن تيميه وابن القيم فى ذلك ـ ٦٤ ـ الشهادة فى النكاح وآراء الائمة فيها ـ ٦٦ ـ ما يشترط فى الشهود ـ ٦٩ ـ شهادة الفروع للاصول والعكس فى انشاء الزواج او اثباته ـ ٧٠ ـ خيار الشرط والرؤية فى عقد الزواج ـ مايشترط فى العاقدين لصحة العقد ـ ٧٢ ـ ما يشترط فى العاقدين لنفاذ العقد ـ ٧٤ ـ شروط اللزوم فيه ـ ٧٦ ـ ما وضعه المشرع المصرى من قيود لسماع دعوى الزوجية ـ ٧٩ ـ نكاح الهازل ـ ٨٠ نكاح المكره

ـ ٨١ ـ المحرمات من النساء

ماورد من النصوص فى هذا الموضوع والسر فى ورود هذه النصوص الوافية ـ ٨٤ ـ المحرمات على التابيد بسبب النسب ـ ٨٦ ـ حكمة تحريمهن ـ ٨٧ ـ المحرمات بسبب المصاهرة ـ ٩٣ ـ المحرمات بسبب الرضاع ـ ٩٦ ـ الرضاع المحرم وشروطه ـ ٩٧ ـ وقت الرضاع المحرم ـ ٩٩ ـ مقدار الرضاعة المحرمة والاختلاف فيها ـ ١٠١ ـ حكمة التحريم بالرضاع ، وما يثبت به الرضاع ـ ١٠٣ ـ المحرمات تحريما مؤقتا ـ ١٠٤ ـ معتدة الغير والحكمة فى تحريمها، زواج المزنى بها والحامل من زنا ـ ١٠٥ ـ زواج من لاملة لها ـ ١٠٧ ـ زواج الكتابية ـ ١٠٨ ـ الاجراءات المتبعة لزواج المسلم بالكتابية فى مصر والسودان ـ ١١٠ ـ الجمع بين محرمين فى عقد واحد ـ ١١٣ ـ المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجا غيره والحكمة فى تحريمها ـ ١١٤ ـ الجمع بين اكثر من أربع ودليل ذلك من القرآن والسنة ـ ١١٥ ـ رأى الروافض والخوارج ـ ١١٦ ـ بحث واف فى حكمة تعدد الزوجات ـ ١١٩ ـ قيود التعدد، واعتباره رخصة لا واجبا ولا مندوبا ـ ١٢٢ ـ الحكمة فى الاقتصار على أربع ـ ١٢٣ ـ زواج المحرم والمحرمه ، التزاوج بين غير المسلمين ـ ١٢٤ ـ قضاء القاضى بالنكاح ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابى حنيفة .

ـ ١٢٤ ـ الولاية فى الزواج ـ على المذهب المالكى

تمهيد ـ ١٢٥ ـ تعريف الولاية لغة واصطلاحا ـ الولاية فى الزواج

ـ ١٢٦ ـ حكمها عند المالكية ـ ١٢٧ ـ أسباب الولاية المتعدية . شروط الولى ـ ١٢٩ ـ ولاية الاجبار ومن تثبت له ـ ١٣١ ـ من تثبت عليه ـ ١٣٤ ـ غيبة الولى المجبر (ا) الغيبة القريبة ـ ١٣٥ ـ ب ـ الغيبة البعيدة (حـ) ـ ١٣٦ ـ الغائب الذى لايعلم له موضع كالاسير والمفقود ، جنون الاب أو حبسه وعضله موليته ـ ١٣٧ ـ ولاية الاختيار : تعريف الولى غير المجبر ، ترتيب الاولياء فى الاحقية ـ ١٣٩ ـ من تثبت عليها ولاية الاختيار ـ ١٤١ ـ أحكام تتعلق بولاية الاختيار : تزويج الولى الا بعد مع وجود الاقرب ، تزويجها نفسها مع وجود الولى غير المجبر ، غيبة الولى غير المجبر ، فقد الولى أو اسره عضل الولى وحكم العضل ـ ١٤٤ ـ ما يكون به الرضا والاذن من البكر والثيب ـ ١٤٦ ـ حكم زواج المفتات عليها .

ـ ١٤٧ ـ الولاية فى مذهب ابى حنيفة

الولاية القاصرة والولاية المتعدية ، أسباب الولاية ـ ١٤٨ ـ شروط الولى، الولاية على النفس : الولاية القاصرة وثبوتها للمراة وخلاف الائمة فيها ـ ١٥١ ـ الرأى الوسط بين هذه الاراء ـ ١٥٤ ـ الولاية المتعدية : من تثبت عليه وخلاف الائمة فى ذلك والعلة فى ولاية الاجبار ـ ١٥٦ ـ دليل الرضا من البكر والثيب ـ ١٥٨ ـ من تثبت له ولاية الاجبار ـ ترتيب درجات الاولياء على النفس ـ ١٥٩ ـ الحكم اذا اجتمع وليان ـ ١٦١ ـ أحكام تزويج الاولياء ـ ١٦٤ ـ زواج الصغار والمجانين فى القوانين المصرية والاساس الذى بنى عليه منع سماع الدعوى فى زواج الصغار .

ـ ١٦٦ ـ الكفاءة

تعريفها وآراء الائمة فيها والحكمة فى اشتراطها ـ ١٦٩ ـ الكفاءة فى النسب ـ ١٧٠ ـ الكفاءة فى الاسلام والحرية ـ ١٧١ ـ الكفاءة فى الحرفة ـ ١٧٢ ـ الكفاءة فى المال والديانة ـ ١٧٤ ـ متى تعتبر الكفاءة ؟ ومن له حق الكفاءة ؟ ـ ١٧٥ ـ فروع تطبيقية تبين من له حق الاعتراض عند تخلف شرط الكفاءة ـ ١٧٧ ـ من تعتبر الكفاءة من جهته .

ـ ١٧٧ ـ الوكالة فى الزواج

القاعدة العامة فى هذا الموضوع ـ ١٧٨ ـ الوكالة المقيدة والوكالة المطلقة ـ ١٨٠ ـ حكم الوكالة بالزواج ـ ١٨١ ـ عقد الفضولى وآراء الائمة فيه .

ـ ١٨٢ ـ المهر

تعريفه ، حكمه ـ ١٨٥ ـ انواع المهر ، ما يصلح ان يكون مهرا ـ ١٩٢ ـ اقل المهر واكثره ـ ١٩٤ ـ الحقوق المتعلقة بالمهر : حق الله تعالى ، وحق الاولياء ، وحق الزوجة ـ ١٩٦ ـ تعجيل المهر وتأجيله ـ ١٩٧ ـ الزيادة فى المهر والحط منه ـ ١٩٩ ـ أنواع المهور الواجبة للزوجة ـ ٢٠٠ ـ متى يجب مهر المثل ؟ ـ ٢٠٣ ـ متى يجب المسمى ـ مايجب به المهر ـ ٢٠٤ ـ مؤكدات المهر جميعه ـ الدخول : الخلوة الصحيحة وأحكامها ـ ٢٠٨ ـ الفرق بين الخلوة الصحيحة والدخول الحقيقى ـ ٢١٠ ـ متى تستحق الزوجة نصف المهر ، تصرف الزوج فيما يستحقه قبل الزوجة ـ ٢١٣ ـ نماء المهر فى يد الزوجة بعد ان قبضته ، وقت عودة النصف الى ملك الزوجة ـ ٢١٥ ـ متى تجب للزوجة المتعة ، وكيف تقدر وأحوال المتعة وحكمها فى كل حال ـ ٢١٧ ـ الدليل على وجوب المتعة ، ومتى يسقط كل المهر ـ ٢١٨ ـ قبض الزوجة المهر ومالها من التصرف فيه ـ ٢٢١ ـ حكم تأجيل المهر كله ـ ٢٢٢ ـ ضمان المهر ، ضمان الاب مهر ابنه من غير كفالة ـ ٢٢٤ ـ هلاك المهر واستهلاكه ـ ٢٢٥ ـ قضايا المهر . اختلاف الزوجين فى التسمية ـ ٢٢٦ ـ اختلافهما فى مقدار المسمى ـ ٢٢٧ ـ اختلافهما فى القبض ـ ٢٢٨ ـ اختلافهما فى وصف المقبوض ـ ٢٢٩ ـ حكم الانفاق على معتدة الغير او مخطوبته ـ ٢٣٠ ـ الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التى تقع بشأنهما ـ ٢٣٢ ـ الخلاف بين الاب وابنته فى الجهاز ـ ٢٣٣ ـ الاختلاف فى متاع البيت .

ـ ٢٣٤ ـ النفقة

تعريفها ـ ٢٣٥ ـ اسبابها ـ ٢٣٦ ـ شروط استحقاق النفقة ـ ٢٣٧ ـ ما يتفرع على هذه الشروط ـ ٢٤١ ـ سفر الزوج بزوجته ـ ٢٤٢ تقدير النفقة وما يراعى فى تقديرها ـ ٢٤٥ ـ المسكن الشرعى ـ ٢٤٦ الخادم ورأى الائمة فيه ـ ٢٥٠ ـ نفقة زوجة الغائب ـ ٢٥٤ ـ متى تعتبر النفقة دينا فى ذمة الزوج ورأى الشافعية فى ذلك ـ ٢٥٧ ـ الموازنة بين مذهب ابى حنيفة والمعمول به ـ ٢٦٠ ـ الابراء الذى يسقط النفقة والمقاصة بدين النفقة ـ ٢٦١ ـ الكفالة بالنفقة .

ـ ٢٦٣ ـ حقوق الزوج

الطاعة ـ القرار فى البيت ـ ولاية التأديب ـ ٢٦٧ ـ تزوج المسلم بالكتابية ـ ٢٦٩ ـ اسلام احد الزوجين او كليهما ـ ٢٧١ ـ مسائل شتى : ١ ـ الوطء

فى دار الاسلام وآثاره ـ ٢ ـ حكم ازالة البكارة بالتدافع ـ ٣ ـ حكم المهر المؤجل الى أجل معين ـ ٤ ـ اختلاف الزوجين فى الدخول بعد الفراق ـ ٧ ـ الولد يتبع خير الوالدين دينا ـ ٨ ـ الارتدار عن الاسلام ـ ٩ ـ تزوج الكافر بمسلمة ـ ١٠ ـ العزل واسقاط الحمل .

ـ ٢٧٥ ـ قضايا الزواج

الاجراءات التى تتبع اذا رفعت قضية زوجية أمام القاضى ـ ٢٧٦ ـ ماجاء باللائحة الشرعية من طرق اثبات الزواج ـ ٢٧٨ ـ أساس هذه التعديلات ـ ٢٧٩ ـ ما اشترطه المشرع لعقد الزواج بالسودان .

ـ ٢٨٢ ـ فرق النكاح

الفرق بين الفسخ والطلاق واقسام الفسخ والفسخ الذى يعد نقضا للعقد والذى لايعد نقضا ـ ٢٨٥ ـ الطلاق ـ تعريفه ـ حكمة تشريعه ـ ٢٩١ ـ من يقع طلاقه ـ ٢٩٦ ـ من يقع عليها الطلاق ـ ٢٩٧ ـ عدد الطلقات ـ ٣٠٢ ـ ما يقع به الطلاق ـ ٣٠٣ ـ الصريح والكناية ـ ٣٠٥ ـ صيغة الطلاق : المنجز وحكمه ـ ٣٠٦ ـ المعلق وحكمه ـ ٣٠٩ ـ الحلف بالطلاق ومذاهب المسلمين فى ذلك ـ ٣١١ ـ علاج ما فشا فى الناس من الحلف بالطلاق وتعليقه ـ ٣١٤ ـ متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بائنا ـ ٣١٥ ـ الطلاق البائن فى القانون وفى المذهب الحنفى ـ ٣١٨ ـ حكم الطلاق الرجعى : الرجعة واحكامها ـ ٣٢٠ ـ النزاع فى الرجعة ـ ٣٢١ ـ حكم الطلاق البائن وحكم البائن بينونة كبرى ـ ٣٢٥ ـ مسألة الهدم ـ ٣٢٧ ـ طلاق المريض مرض الموت ومتى يعتبر فارا ـ ٣٣٠ ـ رأى المالكية فيمن طلق امراته فى مرض موته ـ ٣٣٢ ـ التفويض : الفاظ التفويض واحكامه ـ ٣٣٤ ـ التفويض قبل عقد الزواج وعند انشائه ـ ٣٣٥ ـ الفرق بينه وبين التوكيل ـ ٣٣٧ ـ الاصل الشرعى فى التفويض .

ـ ٣٣٧ ـ الخلع

تعريفه ـ ٣٣٩ ـ شرعيته وآراء العلماء فيه ـ ٣٤٢ ـ بدل الخلع ـ ٣٤٥ ـ الخلع على ارضاع الصغير وحضانته والانفاق عليه مدة ـ ٣٤٦ ـ الخلع على نفقة العدة والمهر ـ ٣٤٧ ـ صفة الخلع ـ ٣٤٩ ـ خلع المحجور عليهن ـ ٣٥٠ ـ حكم خلع الولى ـ ٣٥١ ـ خلع الاجنبى ـ ٣٥٢ ـ خلع المريضة مرض الموت ـ ٣٥٢ ـ ما يترتب على الخلع من الاثار .

ـ ٣٥٧ ـ التفريق للعيب

فقه الموضوع من آراء الائمة ـ ٣٥٩ ـ اختلاف الائمة فى هل التفريق للعيب فسخ أم طلاق ـ ٣٦٠ ـ شروط التفريق بالجب والعنة والخصاء ـ ٣٦٢ ـ متى تبدأ السنة فى العنة واجراءات القاضى فى دعوى العنة ـ ٣٦٤ ـ توسيع دائرة التفريق للعيب فى القانونين المصرى والسودانى ـ ٣٦٦ ـ تعليق على القانونين المصرى والسودانى ـ ٣٦٨ ـ **التفريق لعدم الانفاق** ـ فقه الموضوع من آراء الائمة ـ الحكم اذا لم يكن للزوج مال ظاهر ـ ٣٧٣ ـ موازنة بين القانونين المصرى والسودانى لاحكام الفقير الحاضر ـ ٣٧٦ ـ موازنة بين القانونين المصرى والسودانى لاحكام الفقير الغائب .

ـ ٣٧٩ ـ التفريق لخوف الفتنة

ما تجرى عليه المحاكم المصرية والسودانية .

ـ ٣٨٤ ـ التفريق لسوء العشرة

الاجراءات التى تتبع اذا حصل الشقاق بين الزوجين ـ ٣٨٦ ـ التحكيم وشروط الحكمين وما جاء فى القانون المصرى والسودانى خاصا بهذا المشروع والموازنة بين القانونين السابقين وبين المذهب المالكى ـ ٣٩١ ـ **الايلاء** : تعريفه وركنه وشروطه وحكمه ـ ٣٩٤ ـ **اللعان** : تعريفه وحكم شرعيته وسببه وكيفيته ـ ٣٩٧ ـ من يصح منه اللعان ـ ٣٩٨ ـ الاحكام المتعلقة باللعان .

ـ ٤٠١ ـ العدة

تعريفها وسببها ـ حكمة العدة ـ ٤٠٣ ـ انواع العدة : العدة بالحيض وما يتعلق بذلك من الاحكام والتعديلات التى طرأت عليها فى مصر والسودان ـ ٤٠٧ ـ العدة بالاشهر ـ ٤٠٨ ـ تحول العدة من نوع الى نوع ـ ٤١٠ ـ مبدأ العدة فى الزواج الصحيح والفاسد ـ ٤١٢ ـ مسائل منثورة تتضمن طائفة من الاحكام ـ ٤١٤ ـ واجب المعتدة ـ ٤١٥ ـ نفقة العدة ـ ٤١٨ النسب ـ ٤١٩ ـ ما تجب ملاحظته فى هذا الباب ـ ٤٢٠ ـ ثبوت النسب بالفراش ـ ٤٢٦ ـ ثبوت نسب ولد المطلقة الكبيرة والمتوفى عنها زوجها ـ ٤٢٩ ـ ثبوت النسب بالاقرار ـ ٤٣٢ ـ ثبوت نسب بالبينة ـ ٤٣٤ ـ فروع ـ ٤٣٥ ـ اللقيط واحكامه ـ ٤٣٧ ـ الرضاع ـ ٤٤١ ـ مايثبت به الرضاع ـ ٤٤٣ ـ الحضانة

ومن تثبت له ـ ٤٤٥ ـ شروط الحضانة ـ ٤٤٨ ـ مدة الحضانة ـ ٤٥١ ـ أجرة الحضانة ـ ٤٥٢ ـ مسكن الحاضنة ـ ٤٥٣ ـ الخادم والتبرع بالحضانة ـ ٤٥٥ ـ مكان الحضانة ـ ٤٥٨ ـ سفر الاب بالولد ـ ٤٦٢ ـ هل الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون ـ ٤٦٣ ـ انتهاء حضانة النساء وانتقال الحق للرجال .

ـ ٤٦٥ ـ نفقة الأقارب

آراء الفقهاء فى تحديد القرابة الموجبة للانفاق ـ ٤٦٨ ـ الرأى المعمول به فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية ـ تقسيم الاقرباء ـ شروط وجوب نفقة الفرع على الاصل ـ ٤٧١ ـ على من تجب نفقة الفرع ـ ٤٧٣ ـ على من تجب نفقة الاصل اذا تعدد الفرع ـ ٤٧٥ ـ اجتماع الفروع والاصول ـ ٤٧٦ ـ الحواشى ـ ٤٧٨ ـ اجتماع الفروع والحواشى ـ ٤٧٩ ـ الاصول والحواشى ـ ٤٨١ ـ كيفية وجوب النفقة اذا اجتمع لمستحقها أصول وفروع وحواشى ، طريق تقسيم النفقة اذا كان فى الاقرباء موسر ومعسر ـ ٤٨٣ ـ تقدير نفقة الاقارب ، ومتى تعتبر نفقة الاقارب دينا فى ذمة المنفق ـ ٤٨٤ ـ فرض النفقة على الغائب ، الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الاقارب ، وجوب نفقة الفقير العاجز عن الكسب فى بيت المال اذا لم يكن له قريب تجب عليه نفقته .

ـ ٤٨٦ ـ الولاية على المال

تقسيم الولاية ـ ٤٨٨ ـ من تثبت له الولاية واختلاف الأئمة فى ذلك ـ ٤٩١ ـ الولاية على المجنون والمعتوه فى نظر الفقه والقانون ـ ٤٩٤ الولاية على السفيه وذى الغفلة ـ ٤٩٥ ـ الاولياء وسلطتهم وما يملكون من تصرفات ـ ٥٠٤ ـ تصرفات الاب فى قانون المحاكم الحسبية ـ ٥٠٦ ـ تصرفات الاب فى المحاكم السودانية ـ ٥٠٨ ـ محاسبة الاب ـ ٥١٠ ـ وصى الاب وشروط الايصاء فى الفقه والقانون ـ ٥١٥ ـ تخصيص الوصى المختار ـ ٥١٦ ـ تعدد الاوصياء ـ ٥٢٠ ـ اقامة مشرف ـ ٥٢١ ـ تصرفات وصى الاب ـ ٥٢٥ ـ تصرفات الوصى فى القانون ـ ٥٢٧ ـ تصرفات الوصى فى المحاكم السودانية ـ ٥٢٩ ـ أجرة الوصى ـ ٥٣٠ ـ محاسبة الوصى فى الفقه والقانون وفى المحاكم السودانية ـ ٥٣٤ ـ عزل الوصى فى الفقه والقانون ـ ٥٣٦ ـ ولاية الجد وما يملك من تصرفات ـ ٥٣٩ ـ وصى الجد ، ولاية القاضى ووصيه ـ ٥٤٢ ـ الوصى الضعيف أو وصى الأم .

AUC - LIBRARY

DATE DUE

A.U.C
- 7 JUN 1993

OCT 1973

K

S22
1953

The American University in Cairo
Library
April 27, 1993
0 0 0 0 0 2 7 9 3 6 2