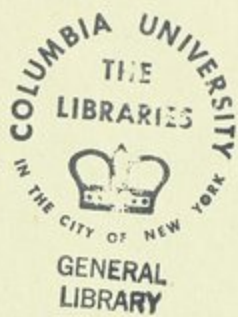




8421



JAP-8421. Abd Allah.

المكتبة
القانونية

أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية

في الأحوال الشخصية

تأليف

عمر عبد الله

رئيس القسم الشرعي ووكيل كلية الحقوق
بجامعة الاسكندرية سابقاً

الطبعة الخامسة

مزيدة ومنقحة

١٩٦٥



دارالمهارف

الحكام في الشرع عند الأئمة الأربعة

في الأحوال الشخصية

تأليف

عمر عبد الله

رئيس القسم الشرعي ووكيل كلية الحقوق
بجامعة الاسكندرية سابقاً

الطبعة الخامسة

مزيادة ومنقحة

١٩٦٥



دار المعارف

KBL

.A263

MS 916-72046

مقدمة الطبعة الثانية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين . والصلاة والسلام على أشرف المرسلين . وبعد .
فقد دعت الحاجة الملحة إلى أن نعيد طبع كتابنا « أحكام الأحوال الشخصية
في الشريعة الإسلامية » . حيث نفذت نسخة الطبعة الأولى في زمن وجيز .
وهذه الطبعة الثانية، تضمنت زيادات وتوسعات لم تكن في الطبعة الأولى .
ومن أهم تلك الزيادات : الحجر ، والولاية على المال ، والمسائل المتعلقة بهما .
والله المسئول أن يلقى هذه الطبعة الثانية ما لقي الطبعة الأولى من الرواج
والقبول ، وأن يلهمنا الصواب والتوفيق بفضلله وكرمه . إنه أكرم مسئول
وأعظم مأمول .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله شرع لعباده الأحكام لمصالح وحكم، وبين في كتابه المحكم أصول دين الاسلام، وثبت قواعده بسنة نبيه الكريم. والصلاة والسلام على رسوله محمد الأمين خاتم الأنبياء والمرسلين، وحكيم المشرعين، وعلى آله وصحبه ومن تبعه من الأئمة المجتهدين الذين لم يألوا جهداً في الإحاطة بأحكام الشريعة، وتحرير قواعدها، واستنباط فروعها من أصولها.

وبعد. فهذا كتاب «أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية» جمعت فيه المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية شارحاً أحكامها الشرعية مع أدلتها، وحكمة تشريعها.

وذكرت آراء فقهاء المذهب الحنفي المعمول به من زمن بعيد أمام المحاكم الشرعية بمصر. عند اختلافهم في حكم مسألة من المسائل الفقهية. معينا من تلك الآراء الرأي الراجح الذي عليه العمل والفتوى. مع بيان دليل كل رأى. كما ذكرت آراء فقهاء المذاهب الاسلامية الأخرى. لاسيما مذاهب الأئمة: «مالك، والشافعي، وأحمد». في كثير من المسائل. مع بيان ما يستندون إليه من الأدلة. وأشرت في كثير من المواضع إلى المراجع الفقهية. ليسهل على الباحث الرجوع إليها، والاستزادة منها.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أنوه بفضل من سبقوني في التأليف. وهم يستحقون عظيم التقدير، وجزيل الشكر. على ما بذلوا من مجهود محمود مشكور. كما قال ابن مالك في ألفيته لمن سبقه في ألفيته:

وهو بسبق حائز تفضيلاً . . . مستوجب ثنائى الحميلاً

وفقنى الله بفضلله وكرمه إلى خدمة الدين والشريعة الاسلامية. إنه نعم

المعين، ونعم المستعان.

نبذة تاريخية مختصرة

عن التشريع والقضاء في الاسلام

كان الناس يسألون الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويستفتونه في معرفة الحكم الشرعى للمسائل والحوادث ، فيجيبهم عن الحكم بطريق الوحي ، أو الاجتهاد الذى يعتمد الالهام من الله سبحانه وتعالى . « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى (١) » . قال تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها اثم كبير (٢) » . وقال عز وجل : « ويسألونك عن المخيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء فى المخيض ولا تقربوهن حتى يطهرن (٣) » . وقال جل شأنه « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلاله (٤) » .

وكان فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم يرجعون فى قضائهم وفى فتاويهم إلى الكتاب العزيز . لمعرفة الحكم واستنباطه . فان لم يجدوا فيه الحكم رجعوا إلى السنة ، فان لم يجدوا فيها الحكم اجتهدوا وبذلوا الجهد لمعرفة حكم المسأله التى عرضت ، والحادثه التى وقعت . فكانوا يقيسون الأشباه على الأشباه ، ويلحقون الأمثال بالأمثال . مراعين فى ذلك ما راعته الشريعة الاسلاميه فى الأحكام ، وما يتفق ومقاصدها ، فى التشريع ، من جلب المصالح للعباد أو تكميلها ، ودرء المفاسد عنهم أو تقايلها ، وما يخفق ما يتوخاه الدين الاسلامى فى سن القوانين من اليسر على الناس ، ورفع الحرج والعسر عنهم .

(١) الآيتان : ٣ ، ٤ من سورة النجم .

(٢) الآية ٢١٩ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) الآية ١٧٦ من سورة النساء .

ويدل على أن هذا كان نهجهم في القضاء ، وفي معرفة أحكام المسائل والوقائع : ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث «معاذ بن جبل» من كبار الصحابة إلى اليمن قاضياً . قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ . قال : أقضى بكتاب الله . قال : فان لم تجد في كتاب الله . قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : فان لم تجد في سنة ولا في كتاب الله . قال : اجتهد رأيي ولا آلو . قال «معاذ بن جبل» رضى الله عنه : فضرب رسول الله صدرى . ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله . فقد أقر الرسول عليه الصلاة والسلام «معاذ بن جبل» على هذا النهج في القضاء ، وفي معرفة الأحكام الشرعية .

ومما جاء في الكتاب الذى كتبه «عمر بن الخطاب» إلى «أبي موسى الأشعري» رضى الله عنهما لما ولاه قضاء البصرة : ما نصه : «القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة... الفهم الفهم فيما تلجج في صدرك ما ليس في كتاب ولا سنة . ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق» (١) .

وقال «عمر بن الخطاب» «لشريح» حينما ولاه قضاء الكوفة : «أنظر ماتبين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً، وما لم يتبين لك في كتاب الله فاتبع

(١) وكتاب «عمر بن الخطاب» المذكور رواه أحمد والدارقطنى كما في شرح بلوغ المرام «لحسن صديق خان». وقد تضمن الكتاب المذكور جمل الأحكام في طريقة الفصل في القضايا والخصومات بين الناس ، وأحاط بقواعد القضاء في أحواله العامة ، واشتمل على آداب القضاء في الحكم ، وقد اتخذ قضاء المسلمين في كل العصور دستوراً لهم في القضاء بين الخصوم ، والفصل في منازعاتهم .

وفي كتاب «اعلام الموقعين» لابن القيم الجوزية : « هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتى أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه » . وقد ذكرنا نص كتاب عمر بن الخطاب في بحثنا « القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشرعية» المنشور بمجلة الحقوق : السنة الثالثة . العدد الرابع .

فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما لم يقين لك في السنة . فاجتهد فيه رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح .

ولم يزل الفقهاء والقضاة من الصحابة والتابعين ، ومن جاء بعدهم يسلكون هذا الطريق في القضاء ، وفي استنباط الأحكام الشرعية ومعرفتها .

ولما اتسعت رقعة البلاد الإسلامية ، وامتدت مشرقة ومغربة ، وانتشر الدين الاسلامي في شتى الأقطار ، وتفرق العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم ، وتوزع رواة الأحاديث النبوية في مختلف البلدان . اختلفت أحكام القضاة ، وتناقضت في كثير من القضايا المتشابهة المتماثلة . تبعاً لاختلاف مدارك القضاة ، ومقدراتهم في معرفة الأحكام ، واستنباطها من النصوص الشرعية ، وتفاوتهم فيما حفظوه من الأحاديث والآثار . حيث إنهم لم يكونوا يلتزمون بالعمل بأحكام قانون مسطور .

فدعا ذلك «عبد الله بن المقفع» الكاتب والأديب الشهير (١) إلى أن يقترح على «أبي جعفر المنصور» ثاني خلفاء العباسيين . وضع قانون عام . يلزم بأحكامه القضاة في الأمصار والأقطار الإسلامية ، تستمد أحكامه من الكتاب والسنة ، ومن القياس والاجتهاد عند عدم وجود نص من الكتاب ولا من السنة . حتى يقضى بذلك على فوضى الاجتهاد ، وعلى اختلاف أحكام القضاة فيما يصدرونه من الأحكام .

ومما جاء في «رسالة الصحابة» التي كتبها «ابن المقفع» إلى «أبي جعفر المنصور» بهذا الشأن :

«وما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هاتين المصرتين - البصرة والكوفة - وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً ... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية

(١) فارسي الأصل . وتوفى سنة ١٤٤ هجرية .

فترفع إليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتاج به قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه . ونهى القضاة عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً ، رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ . حكماً واحداً صواباً .

وقد هم « أبو جعفر المنصور » بالعمل بهذا الاقتراح وتنفيذه . فقد روى أنه لما حج سنة ١٤٨ هجرية طلب إلى الامام « مالك بن أنس » إمام دار الهجرة . أن يحمل الناس على العمل بمذهبه . فأبى الامام « مالك » ذلك ، وقال : إن لكل قوم سلفاً وأئمة . فان رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل . وقيل إنه طلب من الإمام « مالك » أن يؤلف كتاباً يتجنب فيه شذائد « عبد الله بن عمر » ، ورخص « عبد الله بن عباس » ، وشوارد « عبد الله بن مسعود » ، وأن يقصد إلى أوساط الأمور ، وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة . فوضع الامام « مالك » كتابه المشهور : « الموطأ » . ولما عزم « أبو جعفر المنصور » أن يحمل الناس والقضاة في البلاد المختلفة على العمل بما جاء في الكتاب المذكور من الأحكام . أبى الإمام « مالك » ذلك قائلا : لا تفعل يا أمير المؤمنين . فقد سبقت إلى الناس أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم . فدع الناس وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم .

فعدل « المنصور » عما هم به ولم ينفذه . فبقى الأمر كما كان . يحكم كل قاض بما أدى إليه اجتهاده .

ولما تولى « أبو يوسف » تلميذ الامام الأعظم « أبي حنيفة النعمان » منصب قاضى القضاة في الدولة العباسية في زمن « هارون الرشيد » . كان يحكم منصبه يولى القضاة في الأقطار الاسلامية الخاضعة لسلطان الدولة العباسية . ومنها القطر المصرى ، وكان يختارهم من فقهاء المذهب الحنفى .

وفي عهد الدولتين « الطولونية » و« الأنشيدية » بمصر كان القضاة من فقهاء المذاهب الثلاثة : « الحنفية » ، و« المالكية » ، و« الشافعية » . ولما آل أمر مصر إلى

الدولة الفاطمية . كان القضاة من مذهب « الشيعة الاسماعيلية » المذهب الرسمي للفاطميين . وفي عصر « الدولة الأيوبية » كان القضاة من أتباع مذهبي الأمامين : « مالك ، والشافعي » وجعل الظاهر « بيبرس » أحد ملوك المماليك القضاة من فقهاء المذاهب الأربعة ، وكانت الرئاسة للقاضي الشافعي . واستمر الأمر على هذا . إلى أن فتح الأتراك العثمانيون القطر المصري . فجعلوا قاضي القضاة حنفياً . وفي كل هذه العهود كان المرجع في القضاء . متون كتب الفقه المتعددة ، والشروح والحواشي ، وكتب الفتاوى الكثيرة . بدون أن يتقيدوا بقانون على نمط القوانين الحديثة .

(وفي أوائل حكم محمد علي « باشا » وإلى مصر صدر له من الدولة العثمانية « فرمان شاهاني » (١) تتضمن تخصيص القضاء والافتاء بمذهب أبي حنيفة . كما صدرت له في آخر أيام حكمه إرادة سنية . تؤكد العمل بذلك الفرمان .

وجرى العمل من ذلك الحين طبقاً لما تضمنه هذا الفرمان ، وتلك الإرادة . وتقرر بشكل واضح فيما صدر من القوانين للمحاكم الشرعية . وفي آخر القرن الماضي ، وأوائل القرن الحاضر اتجه أولو الأمر إلى اصلاح المحاكم الشرعية إصلاحاً شاملاً . كما طالبت بذلك الأمة ، والهيئات النيابية في أوقات مختلفة .

ومن مجموع البحوث التي أجريت بهذا الصدد . تبين أن في الاقتصار على القضاء بأرجح الأقوال من مذهب الإمام « أبي حنيفة » . وهو ما عليه العمل بالمحاكم الشرعية مشقة . للأسباب الآتية :

اولاً - كثير من المسائل الخلافية في هذا المذهب وقع فيه اختلاف في

(١) « فرمان » كلمة فارسية . معناها : أمر . براءة سلطانية . وكلمة « شاه » فارسية أيضاً . معناها : ملك . رئيس . وشاهاني منسوب إلى شاهانه بمعنى سلطاني .

ترجيح الأقوال ، أو لم ينص فيه على ترجيح . ولذلك كان الاختلاف بين آراء القضاة ، وأحكامهم كثيراً .

ثانياً - كثير من الحوادث نظراً لما لابسها من تغير الظروف ، واختلاف الأحوال الاجتماعية . تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من مذهب الخنفية ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . رفعاً للمشقة ، ودفعاً للحرص عن المتقاضين .

ثالثاً - أحكام هذا المذهب متفرقة في كتبه المختلفة . بحيث لا يسهل على الجمهور الرجوع إليها . ومن الحق والعدل أن تكون الأمة على بيئة من الأحكام التي تتقاضى على أساسها .

وبالرغم من أن الإصلاح بالحاكم الشرعية قد تناول أكثر النواحي . فإنه لم يتناول قانون الموضوع . إلا ابتداء من سنة ١٩٢٠ . ولم يتناول إلا بعض مسائل خاصة صدر بها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وفي القرن الحادى عشر الهجرى (السابع عشر الميلادى) أمر السلطان « محمد بهادر عالميكر » أحد ملوك الهند بتأليف لجنة علمية من علماء الهند المشهود لهم بالتبحر فى الفقه الإسلامى والعلوم الشرعية : « ليؤلفوا كتاباً جامعاً لظاهر الروايات فى المذهب الخنفي التي اتفق عليها وأفتى بها العلماء . ويجمعوا فيه من النوادر ما تلقاها العلماء بالقبول » .

فقامت اللجنة المذكورة بجمع ما ذكر فى كتاب اشهر « بالفتاوى الهندية » نسبة إلى الهند . كما عرف أيضاً « بالفتاوى العالمية » نسبة إلى السلطان الذى أمر بجمع الفتاوى فى كتاب واحد . ولم تكن صياغته فى مواد على شاكلة

(١) ما بين القوسين منقول من نص مقدمة المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الموارث وقانون الوصية .

القوانين : بل روعى في ترتيبه ترتيب كتاب « الهداية » من أشهر كتب
فقه الحنفية .

ويمكن القول بأن هذا الكتاب أول جمع رسمى لأحكام الفقه فى المذهب
الحنفى . ومع هذا لم يحمل القضاة على العمل بما جاء فيه من الأحكام .

ورأت الدولة العثمانية أن الضرورة تقضى بأن تصاغ أحكام المعاملات
المدينة فى مواد على نمط القوانين الوضعية . فعينت « لجنة علمية » سميت
« مجلة جمعيتى » . كان أعضاؤها من مشاهير علماء الدولة العثمانية . برئاسة
أحمد جودت « باشا » العالم الكبير والمؤرخ الشهير وزير العدل وقت ذلك .
وباشرت اللجنة عملها سنة ١٢٨٥ هجرية (١٨٦٩ ميلادية) وأتمت عملها
سنة ١٢٩٣ هـ (١٨٧٦ م) .

ومما جاء فى تقرير اللجنة المذكورة الذى رفعته إلى على « باشا »
الصدر الأعظم فى شهر محرم سنة ١٢٨٦ هـ : « أن علم الفقه بحرلاً ساحل له .
واستنباط درر المسائل اللازمة فيه لحل المشكلات ، يتوقف على مهارة علمية
وملكة كلية . وعلى الخصوص مذهب الحنفية . لأنه قام فيه مجتهدون كثيرون
متفاوتون فى الطبقة ، ووقع فيه اختلافات كثيرة . ومع ذلك فلم يحصل فيه
تنقيح . كما حصل فى فقه الشافعية ، بل لم تزل مسائله اشتاتاً متشعبة . فتميز
القول الصحيح من بين تلك المسائل والأقوال المختلفة ، وتطبيق الحوادث
عليها عسير جداً . وعدا ذلك فإنه يتبدل الأعصار يتبدل المسائل التى يلزم
بناؤها على العرف والعادة » .

وكانت الغاية التى أرادت اللجنة تحقيقها : « تأليف كتاب فى المعاملات
الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ عارياً من الاختلافات ، حاوياً للأقوال
المختارة سهل المطالعة على كل أحد » .

وقد نشر بارادة سنية من السلطان ما جمعه اللجنة المذكورة من الأحكام في مواد على أسلوب القوانين باسم « مجلة الأحكام العدلية » . وعدد موادها (١٨٥١) مادة . وقد صار العمل بهذا القانون في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هجرية . وطبق في تركيا ، وفي معظم البلاد التي كانت خاضعة لسلطان الأتراك في ذلك الوقت . ولم يعمل في مصر بمجلة الأحكام العدلية المذكورة . حيث استملت مصر قضائياً وإدارياً سنة ١٢٩١ هـ (١٨٧٤) .

ولم تتعرض الخلة للوقف ، والميراث ، والوصية ، وسائر مواد الأحوال الشخصية . إلا ما جاء عرضاً في كتاب « الحجر » .

وفي سنة ١٩١٧ سنت الدولة التركية قانوناً للزواج والفرقة بين الزوجين وعدل القانون المذكور في بعض المسائل عن مذهب الحنفية ، وأخذ بما في المذاهب الاسلامية الأخرى . مثل التفريق بين الزوجين عند حصول شقاق ونزاع ، وخيف ألا يقيما حدود الله ، وعدم وقوع طلاق المكره والسكران وفساد عقد زواج المكره .

وقد صدرت عدة لوائح بمصر في أزمنة مختلفة بترتيب المحاكم الشرعية ، وتقلص ظلها بعد إنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، والمحاكم الأهلية في سنة ١٨٨٣ . وحصر اختصاصها في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للرعايا المصريين المسلمين بصفة عامة . بعد أن كانت المحاكم الشرعية هي صاحبة الولاية العامة ، والجهة القضائية المختصة بالنظر في جميع المسائل من مدنية ، وجنائية ، وأحوال شخصية .

وألف المرحوم محمد قدرى « باشا » كتاب « مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان » في المعاملات المدنية على غرار القوانين الوضعية في مواد . اشتمل على (٩٤١) مادة . وكل أحكام الكتاب المذكور مأخوذة من مذهب الإمام أبي حنيفة . وقررت نظارة المعارف بتاريخ ١٠ سبتمبر سنة

١٨٩٠ طبع الكتاب على نفقتها مع جدول يبين مأخذ كل مادة من كتب
فقه الحنفية مع تعيين الصفحات .

وألف كتاب « قانون العدل والانصاف في مشكلات الأوقاف »
اشتمل على (٦٤٦) مادة . وقد بين مأخذ كل مادة من كتب فقه الحنفية .
وصدر قرار من ناظر المعارف في ١٧ سبتمبر سنة ١٨٩٣ بطبعه على نفقة
نظارة المعارف .

وألف كتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » واشتمل
على (٦٤٧) مادة . والأحكام التي تضمنها مأخوذة أيضاً من مذهب
الامام أبي حنيفة ، وقد تناول الكتاب . أحكام الهبة ، والحجر ، والايضاء ،
والوصية ، والميراث ، وسائر مسائل الأحوال الشخصية .

وفي سنة ١٩١٥ ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحفانية (العدل)
لوضع قانون لمسائل الأحوال الشخصية . فأعدت اللجنة مشروع قانون
للزواج ، والطلاق ، والمسائل المتعلقة بهما . استمدت أحكامه من المذاهب
الأربعة . وطبع المشروع سنة ١٩١٦ ، وأعيد طبعه بعد تنقيحه في سنة
١٩١٧ . ولكن المشروع لم يأخذ طريقه في التنفيذ ، ولا يزال مهملاً
ومتروكاً في زوايا النسيان لغاية الآن .

وصدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والمرسوم بقانون رقم
٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وقد عدل فيهما عن مذهب الحنفية المعمول به أمام
المحاكم الشرعية ، وأخذ بما في المذاهب الاسلامية الأخرى في بعض المسائل
المتعلقة بالنفقة ، والعدة ، والطلاق ، والفرقة بين الزوجين . للاعسار ،
وعدم الانفاق ، ولغيبية الزوج ، وللاضرار بالزوجة بما لا يستطاع معه
دوام العشرة .

وفي سنة ١٩٣٦ ألفت وزارة العدل لجنة من كبار العلماء برئاسة الأستاذ
الأكبر شيخ الجامع الأزهر في ذلك الوقت للنظر في أحكام الأحوال

الشخصية ، فأتمت اللجنة المذكورة إعداد مشروعات قوانين للمواريث ، والوصية ، والوقف . فعرضت الحكومة تلك المشروعات على البرلمان ، وتمت الموافقة عليها بعد ادخال تعديلات في بعض موادها ، وصدر بها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

وقد خولف في تلك القوانين مذهب الحنفية ، وعدل عنه في كثير من المسائل ، وأخذ بما في المذاهب الأخرى . بدون أن يتقيد برأى إمام معين من الأئمة المجتهدين ، ولا بمذهب دون مذهب . تحميماً للعدالة والمصلحة العامة ، ورفعاً للمشقة ، ودفعاً للحرج الذي كان يلحق الناس من إلزام المحاكم الشرعية التقيد بمذهب واحد . وهو مذهب الحنفية ، والتزام أحكامه الفقهية في القضاء بين الناس ، والفصل في الخصومات والمنازعات . فما استحدثت في تلك القوانين من تعديل ، وخولف فيها مذهب الحنفية . روعى في ذلك الأخذ بأيسر الأحكام الفقهية من المذاهب الاسلامية الأخرى ، وأقر بها إلى ما تنطوى عليه الشريعة الاسلامية السمحة من يسر على الناس ، ورفع الحرج والعسر عنهم .

وصدر القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، والقانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالنظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها . وأخيراً صدر القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية .

وما ذكرناه وإن كان عرضاً موجزاً أشد الإيجاز . لتاريخ التشريع والقضاء في الاسلام . فقد اشتمل على معلومات تكفي لتكوين فكرة عامة عنه لدى القارئ الكريم .

مقدمة

في التعريف بـ «الأحوال الشخصية»

الأحكام التكليفية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قسماً :

أمرهما : ما يتعلق بالعقائد . كالإيمان بالله تعالى ، وبرسله ، وكتبه ، وملائكته ، وباليوم الآخر ، وما فيه من ثواب أو عقاب . ويسمى هذا القسم من الأحكام في الاصطلاح أحكاماً اعتقادية . كما يسمى أحكاماً أصلية . والمتصود من هذه الأحكام : اعتقادها ، والتصديق بها . وهذا النوع من الأحكام موضوع علم الكلام (التوحيد) .

والآخر : ما يتعلق بأعمال الإنسان أفراداً وجماعات . وكل مكلف لا تخلو أفعاله التي تصدر منه عن حكم شرعى لله تعالى . من وجوب ، وندب ، وحرمة ، وكراهة . ويسمى هذا القسم من الأحكام الشرعية أحكاماً عملية . لتعلقها بأعمال المكلفين . كما يسمى أحكاماً فرعية . لأنها فرع الأحكام الاعتقادية . إذ أدلة الأحكام الفرعية تنوقف صحتها على معرفة الله ، ومعرفة صفاته ، وعلى صدق المبلغ عنه الوحي . وهو الرسول صلى الله عليه وسلم . وهذا القسم موضوع علم الفقه .

وتنقسم أفعال المكلفين إلى عبادات ومعاملات .

فأما العبادات فهي عبارة عن الأعمال التي يتقرب بها إلى الله تعالى . من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج . لبراء ذمة المكلف في الدنيا ، ونيل الثواب والنجاة من العذاب والعقاب في الآخرة .

وأما المعاملات فهي التي تنظم علاقة الإنسان بغيره من الخلق . وتشمل أعماله وأفعاله سوى العبادات .

فهى تعم جميع عقود و تصرفاته . سواء أكانت متعلقة بتكوين الأسرة وتنظيمها . من خطبة ، وزواج ، وفرقة ، ونفقة ، ورضاع ، وحضانة ، ونسب وميراث ، وما إلى ذلك من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين ، أو بين الأقارب . أم كانت متعلقة بالأموال . من بيع ، واجارة ، وهبة ، ووصية . وأشباه ما ذكر . أم كانت متعلقة بأنواع الجرائم وما يترتب عليها من العقوبات المختلفة . أم كانت متعلقة بطرق رفع الدعوى بالمال أو بغيره ، وبطرق اثباتها والحكم فيها . أم كانت متعلقة بتنظيم العلاقات بين الدول والحكومات بعضها مع بعض في حالي الحرب والسلام .

فيؤخذ مما تقدم أن المسائل التي تسمى الآن بالأحوال الشخصية تندرج عند فقهاء الاسلام في قسم المعاملات .

ولفظ « الأحوال الشخصية » إصطلاح قانوني غير معروف عند الفقهاء ، ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه الاسلامي إلا فيما ألف منها حديثاً . ولقد حدد حكم محكمة النقض الوطنية الصادر في ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ مدلول هذه العبارة في الاصطلاح القانوني . فقد جاء فيه ما نصه :

« والمقصود بالأحوال الشخصية . هي مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره . من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . ككون الانسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً ، أو أملاً ، أو مطلقاً ، أو أباً ، أو ابناً شرعياً ، وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها . لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، أو كون مطلق الأهلية ، أو مقيدها ، بسبب من أسبابها (١) . »

وبينت المادتان (١٣ ، ١٤) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ الصادر في ٢٨ سنة أغسطس ١٩٤٩ الأمور التي تعتبر من الأحوال الشخصية . .

(١) راجع الحكم المذكور في مجلة « الحمامة الأهلية » س ١٥ ص ٨٧ .

فنصت المادة (١٣) : على أن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات، والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة ، كاخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب ، والتبني ، والولاية ، والوصاية ، والقيامة ، والحجر ، والاذن بالادارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات، والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (١) .

وقالت المادة (١٤) : « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصرين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » .

واعتبار الأمور المتعلقة بحالة الشخص الطبيعية أو العائلية . مثل كون الانسان ذكراً أو أنثى ، أو تام الأهلية، أو فاقدتها ، أو ناقصها ، أو كونه أباً ، أو ابناً، أو زوجاً، أو مطلقاً . من مسائل الأحوال الشخصية واضح . لا يحتاج إلى بيان . وأما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، كالنهر، والدوطة، والوقف والوصية، والنفقات على اختلاف أنواعها بين الزوجين أو بين الأقارب . فهي بحسب أصلها من الأحوال العينية ، لا من الأحوال الشخصية ، وإنما اعتبر المشرع هذه الأمور من مسائل الأحوال الشخصية . لأن بعضها . كالنهر بالنسبة للمسلمين ، والدوطة . بالنسبة لغيرهم . وكذلك النفقة الزوجية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالأحكام الدينية . للزواج الذي هو عقد شخصي محض . فاستحقاق الزوجة المهر، وعدم استحقاقها له . عند حصول الفرقة بينهما . وكذا استحقاق الزوجة نفقتها على زوجها ، وعدم استحقاقها وقت قيام

(١) نص هذه المادة منقول من نص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة اللغاة . إذ لا تختلف هذه المادة عن تلك في شيء .

الزوجية بينهما ، واستحقاق المعتمدة نفقة عدتها ، وعدم استحقاقها . إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو فسخ . من الأحكام الدينية التي لها صلة وثيقة بعقد الزواج . والبعض الآخر من هذه الأمور . كالوقف والوصية تصرفات من قبيل التبرعات . يقصد بها في الأعم الأغلب من الحالات البر والتقرب إلى الله تعالى ، والتصديق المستحب ديانة . فهذه الاعتبارات السابقة حملت المشرع على اعتبار هذه الأمور المتعلقة بالمسائل المالية من الأحوال الشخصية . وإن كانت هذه الأمور . بحسب أصلها من الأحوال العينية .

وقانون تنظيم القضاء السالف الذكر لم يعد الهبة بالنسبة للمصريين من مسائل الأحوال الشخصية ، وعدها منها بالنسبة للاجانب . إذا كانت شريعتهم تعتبرها كذلك . للسبب الذي أوردته المذكرة الايضاحية . فقد جاء فيها ما نصه : « حتى لا يكون خلاف في مفهوم عبارة الأحوال الشخصية قد حذا المشروع حذو لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة (١) فنقل عنها بما أورده من الأمثلة بياناً للدلول هذه العبارة . غير أنه لوحظ في شأن الهبة ما صار أمرها في حكم القانون المدني الجديد . حيث اعتبرت عقداً مدنياً خالصاً . ومن ثم فقد اقتضى التناسق في التشريع ألا تعتبر في

(١) وكانت المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة تنص على ما يأتي :

« تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والأصهار ، وتصحيح النسب ، والتبني والوصاية والقيامه والحجر والاذن بالادارة ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبية وباعتبار المفقود ميتاً » ا . ه .

مشروع القانون المرافق من قبيل الأحوال الشخصية . بيد أنه لما كان من الأجنبي من تعتبر شريعته الهبة مسألة أحوال شخصية ، فقد رُئى أن تكون الهبة بالنسبة لهؤلاء وحدهم مسألة شخصية . وهذا حاصل مما نصت عليه المادة الرابعة عشرة « ١٥ » .

الزواج

- المعنى اللغوي ، والمعنى الشرعي للزواج . أهمية عقد الزواج .
- حكمه مشروعيته . صفته الشرعية . الرغبة في الزواج . مقدماته .

من معاني « الزواج » في اللغة العربية : اقتران أحد الشئين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر . يقال في اللغة : زوج الشيء بالشيء . قرنه به ، ومن ذلك قوله تعالى : « وزوجناهم بحور عين » (١) أى وقرناهم بهن ، وقوله تعالى : « وإذا النفوس زوجت » (٢) أى قرنت بإبدانها أو بأعمالها ، وقوله تعالى : « أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم » (٣) أى وقرنائهم الذين كانوا يزينون للظالمين ظلمهم .

ومنه قول الشاعر .

ولا يلبث الفتيان أن يتفرقوا .. إذا لم يزوج روح شكل بشكل

ثم ذاع استعمال كلمة « الزواج » في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار . لتكوين الأسرة . بحيث إذا أطلق « الزواج » لا يقصد منه إلا هذا المعنى .

(١) الآية رقم ٥٤ من سورة الدخان .

(٢) الآية ٧ من سورة التكاوير .

(٣) الآية ٢٢ من سورة الصافات .

وأما معنى « الزواج » شرعاً فهو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . وكما يطلق على هذا العقد لفظ « الزواج » يطلق عليه لفظ « النكاح » . بل استعمال الشارع ، والفقهاء لمادة « النكاح » في هذا المعنى أكثر شيوفاً من استعمالهم لفظ « الزواج » . فيكون مدلول الزواج والنكاح في الاصطلاح الفقهي واحداً (١) .

ويحل بمجرد تمام العقد الزواج لكل من الزوجين . الاستمتاع بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً . وقد كان ذلك محرماً عليهما قبل عقد الزواج بينهما .

واستمتاع الزوجة مقصور على زوجها ، وأما استمتاع الزوج فلا يكون مقصوراً عليها . إذ له أن يستمتع بغيرها من زوجاته ، لأن الشارع أباح للرجل تعدد الزوجات . فله أن يجتمع في عصمته أربع زوجات ، ومنع تعدد الأزواج للمرأة حتى لا تختلط الأنساب .

وإذا انعقد الزواج صحيحاً بتحقق أركانه وشروطه الشرعية . ترتب عليه آثاره في الحال بمجرد تمامه ، وثبت لكل من الزوجين قبل الآخر

(١) وتطلق كلمة النكاح في اللغة على الوطء ، وعلى العقد ، وعلى الضم حسيماً كان أو معنويماً . كضم الجسم إلى الجسم ، والقول إلى القول ، فمن الأول قوله عليه الصلاة والسلام « يحل للرجل من امرأته الخائض كل شيء إلا النكاح » أي الوطء . ومن الثاني قول الأعشى :

ولا تقرين جارة إن سرها . . . عليك حرام فانكحن أو تأبدا
ومن الثالث قول الشاعر :

ضمنت إلى صدرى معطر صدرها . . . كما نكحت أم الغلام صبيها

ولما ورد في اللغة استعمال النكاح في هذه المعاني . ذهب «الحنفية» إلى أنه حقيقة في الوطء ، وبجاز في العقد . وذهب «الشافعية» إلى العكس . وإذا ورد لفظ النكاح في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرينة يراد به الوطء عند «الحنفية» . ويراد به عقد الزواج عند «الشافعية» (يراجع فتح القدير على الهداية للكامل بن الهام في أول «كتاب النكاح») .

حقوق وواجبات مشتركة بينهما، أو خاصة بأحدهما . سيرد بيانها التفصيلي في المباحث الآتية .

أهمية عقد الزواج وعناية الشارع به

عقد الزواج أهم العقود التي ينشئها الانسان في حياته ، وأعظمها أثراً وأعلاها قدراً . إذ هو في الأعم الأغلب من الحالات لا يتكرر . بل يجريه الشخص مرة واحدة، وتعلق به أحكام وآثار من نسب، وحرمة مصاهرة ، وميراث تبقى بقاء الدهر . وقد شرع الزواج على أن يكون مستمراً مدة حياة الزوجين غير مقيد بزمان . لأن المقصود به ليس مجرد الاستمتاع . بل المقصود منه تكوين الأسرة والتوالد والتناسل، ودوام العشرة بين الزوجين ، واشتراكهما وتعاونهما في المعيشة وفي تربية أولادهما . فكانت لهذا العقد أهمية خاصة ، وأثر كبير في حياة كل شخص ، وفي المجتمع الانساني .

وعقد الزواج أسمى وأجل من أن يكون مجرد عقد تملك لعين أو لمنفعة . كعقد البيع ، وعقد الاجارة . بل هو عهد وميثاق بين الزوجين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً ومدى الحياة ، ويندمج كل منهما في الآخر اندماجاً كلياً . كما يرشد إلى ذلك قول الله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » (١) وقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً . فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثمناً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض . وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » (٢) .

ويتضح مما سبق أن أهمية عقد الزواج ترجع إلى طبيعته ، وإلى الآثار المترتبة عليه ، وإلى الغاية والمقصد الأصلي منه .

ولما لهذا العقد من الخطورة والأهمية عنى المشرع الاسلامي به عناية

(١) الآية ١٨٧ من سورة البقرة .

(٢) الآيتان ٢٠ و ٢١ من سورة النساء .

خاصة لا توجد في غيره من العقود والتصرفات ، فأحاطه برعايته وعنايته في جميع أحواله من وقت التفكير فيه ، وحين إنشائه وبقائه وانتهائه ، فتولى بنفسه تنظيم أموره ، وبيان أحكامه ، ووضع قواعده .

ويظهر بوضوح مقدار اعتناء الشارع بهذا العقد ، واهتمامه به ، من النصوص الواردة في الكتاب العزيز ، وفي السنة النبوية بشأن الزواج ، وبشأن ما يتعلق به من المسائل . ومن أدلة اهتمام الشارع ، ومظاهر عنايته بالزواج الأمور الآتية :

- (١) جعل الشارع للزواج مقدمات لها أحكامها الشرعية .
- (٢) خص الشارع عقد الزواج من بين العقود بأشراط حضور شاهدين لصحته .
- (٣) بين الشارع المحرمات من النساء ، ومن يحل ومن لا يحل الزوج بهن
- (٤) أباح تعدد الزوجات للرجل ، وحدد بأربع زوجات .
- (٥) أوجب الشارع للزوجة المهر والنفقة على زوجها .
- (٦) جعل الله الزواج من آياته ، وعده من نعمه على خلقه . قال تعالى :
« ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم ينفكرون » (١) . وقال تعالى :
« والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يأمنون وبنعمة الله هم يكفرون » (٢) .
- (٧) أمر الشارع بحسن المعاشرة بين الزوجين .
- (٨) بين حقوق كل من الزوجين ، وواجباته في المعاشرة الزوجية .

(١) الآية ٢١ من سورة الروم .

(٢) الآية ٧٢ من سورة النحل .

- (٩) شرع الله الطلاق للخلاص من زوجية لا خير في بقائها .
(١٠) بين الشارع الأحكام المترتبة على الفرقة بين الزوجين . لأى سبب من أسباب الفرقة .

وتكفى بهذ القدر من المسائل المتعلقة بالزواج . لاعطاء فكرة عامة عن عناية الشريعة الاسلامية ، واهتمامها بعقد الزواج ، وقد سردنا هذه المسائل بدون أن نعرض لتفصيلاتها التي سترد في أثناء الكتاب .

حكمة مشروعية الزواج

يراد من كلمة « الحكمة » : ما يقصد من تشريع الحكم تحقيقه .
لمصلحة العباد من جلب منفعة لهم أو تكميلها ، ومن دفع مفسدة عنهم أو تقليلها . وليبيان حكمة تشريع الزواج نقول :

قضت سنة الله في خلقه ، والفطرة التي جبل عليها الانسان بضرورة اجتماع الذكور والإناث . للتوالد والتناسل . حتى يتحقق بقاء النوع البشرى الذي جعله الله خليفة في الأرض . لعبارتها واستثمارها إلى الأجل الذي قدر لبقائه قال تعالى : « وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون » (١) .

وقال تعالى : « وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات » (٢) .

ومن البين أن بقاء النوع الانساني يتحقق باجتماع الرجل بالمرأة للاتصال

(١) الآية ٣ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٦٥ من سورة الأنعام .

الجنسى . على أى وجه من وجوه الاجتماع . ولما كان اجتماعهما وتناسلهما على أية صورة من الصور لا يليق بكرامة الانسان الذى كرمه الله وفضله على سائر مخلوقاته . قال تعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً » (١) .

شرع الله الزواج منذ الخليقة، وجعله أساساً فى اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً على السنة أنبيائه ورسله . قال تعالى : « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » (٢) حتى يكون بقاء النوع الانسانى على أكمل وجه وأتم نظام ، وتكوين الأسرة وتنظيمها بصورة تحفظ الأنساب وتصون الأعراض ، لأن بالزواج الذى شرعه الله لعباده تكون الزوجة مقصورة على زوجها ، ليس لغيره حق الاستمتاع بها . وبذلك يكون للأولاد أب معروف ينتسبون إليه . يتعهدهم برعايته الخاصة ، ويشملهم بعطفه الأبوى، ويتكفل بتربيتهم ، ويقوم بشؤونهم وبالحفاضة عليهم . إلى أن يستغنوا عن مساعدته ورعايته .

ولو ترك الله الناس لطبايعهم وشهواتهم ، وأباح للجنسين - الرجل والمرأة - أن يجتمعا . لاشباع ميولهما الجنسية ، وقضاء شهواتهما . بدون أن يتقيدا بالزواج الذى جعله طريقاً للاتصال الجنسى بين الذكر والأنثى . لسادت الفوضى بين الناس، ولنشأت ضروب من المضار والمفاسد الاجتماعية . تأتى على النسل والنزوية . إذ تقل عناية الانسان بالنسل . حيث يولد الولد . وليس له أب معلوم ينتسب إليه ، ويعتنى به ، ويخصه برعايته وعطفه الأبوى . فهو إن نجا من الهلاك قلما ينجو من الاهمال . ولا يخفى ما يترتب على هذا الاهمال من المضار الاجتماعية التى تلحق الأفراد، والجماعات البشرية .

وبصاف إلى ما تقدم أن فى الزواج الشرعى اشباعاً لشهوات النفس .

(١) الآية ٧٠ من سورة الأسراء .

(٢) الآية ٣٨ من سورة الرعد .

وقضاء لحاجاتها الجنسية على الوجه الذى رسمه الشارع وأباحه للانسان . وفى اتباع ما رسمه الشارع ، والتزام حدوده . تحصيل للنفوس ، وحفظ للأنسب ، وصون للأعراض ، وبعد عن انتهاك الحرمات ، واقتحام المهلكات والموبقات ، ودفع لكثير من المفاسد الاجتماعية التى تترتب على إباحة الاختلاط بين الرجال والنساء . بطريق الاشتراك والشيوخ .

ثم إن الشارع حينما وضع نظام الزواج للناس حدد العلاقات بين الزوجين ، وبين حقوق كل منهما ، وما عليه من واجبات ومسئوليات . وجعل لكل واحد منهما حدوداً لا يجوز له أن يتعداها فى المعاشرة الزوجية . فاذا عرف كل منهما ما له وما عليه . من حقوق وواجبات ، أمن كل منهما عدوان الآخر وسكن إليه ، فتسود بينهما المودة والرحمة . قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » . فتشمر المعاشرة الزوجية ثمارها المطلوبة من الزواج شرعاً .

وبالمجمل : فالزواج نظام إلهى شرعه الله لخير الانسانية ولمصلحة المجتمع البشرى . فى إقامة دعائم الأسرة التى هى عماد الأمة على أكمل وجه ، وأحسن نظام .

ولهذه المعانى السابقة وغيرها جعل الله الزواج من آياته ، وعده من نعمه على عباده . حيث قال تعالى فى كتابه العزيز : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (١) وقال تعالى « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون » (٢) .

(١) الآية ٢١ من سورة الروم .

(٢) الآية ٧٢ من سورة النحل .

صفة الزواج شرعاً

والمراد بصفة الزواج الشرعية : ما يعترى عقد الزواج من الأحكام الشرعية . كالوجوب ، والحرمه ، والاباحه ، وغير ذلك من الأحكام الشرعية . واكل عقد من العقود وصف شرعى يسمى بالحكم . فيقال حكم الزواج : الوجوب ، وحكم الربا : الحرمه ، وحكم البيع : الاباحه .

وحكم الزواج يختلف باختلاف الناس وتفاوتهم . من حيث مقدارهم المالية ، واستعدادهم الجسمى والخلقى . فليس للزواج صفة واحدة ، وبعبارة أخرى ليس له حكم واحد يعم جميع المكلفين . بل تعبره جملة أحكام حسب التفصيل الآتى :-

١ - يكون الزواج فرضاً - أى مطلوباً من الشخص فعله على سبيل الحزم والحتم ، بحيث يثاب على فعله ، ويعاقب على تركه - على الشخص القادر على مطالب الزواج المالية من مهر ونفقة ، الواثق من القيام بحقوق الزوجية وواجباتها ، بدون أن يظلم زوجته فى المعاشرة الزوجية ، إذا تحقق لديه الوقوع فى معصية الزنى . لو لم يتزوج . وإنما كان الزواج فرضاً فى هذه الحالة . لأن الزنى حرام ، ولا يتوصل إلى تركه فى هذه الحالة إلا بالزواج . ومن القواعد المقررة فى الشريعة الاسلامية : أن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضاً . فيكون الزواج فرضاً فى هذه الحالة لا لذاته . بل لغيره . من حيث إنه لا يتوصل إلى ترك الحرام . وهو الزنى إلا بالزواج . فيؤخذ مما تقدم أنه يشترط لكون الزواج فرضاً على الشخص ثلاثة شروط :

(أ) القدرة على تكاليف الزواج المالية .

(ب) عدم الخوف من أن يظلم زوجته . إذا تزوج .

(ج) التيقن من الوقوع فى معصية الزنى . إن لم يتزوج .

فاذا فقد شرط من هذه الشروط . فلا يكون الزواج فرضاً .

٢ - ويكون واجباً. إذا خاف الشخص الوقوع في الزنى. لو لم يتزوج. بحيث لا يصل خوفه إلى مرتبة اليقين. مع توافر باقي الشروط السابقة. والواجب أقل درجة من الفرض عند فقهاء الحنفية (١).

٣ - ويكون سنة مؤكدة. (أى مطلوباً فعله على سبيل الترجيح لا الاكراه). إذا كان الشخص معتدل الطبيعة. بحيث لا يخشى الوقوع في الزنى. لو لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته. لو تزوج (٢).

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الفرض والواجب إلا في الحج. فاطلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الاكراه يسمى واجباً أو فرضاً. و«الحنفية» يفرقون بينهما، ويقولون: الفرض ما طلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الاكراه بدليل قطعي الثبوت وقطعي الدلالة. فيكفر جاحده. والواجب ما طلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الاكراه بدليل ظني الثبوت أو ظني الدلالة. فلا يكفر جاحده. وكثيراً ما يطلق الواجب ويراد به ما يشمل الفرض.

(٢) وحالة الاعتدال هي الأصل والأمر الأعم الأغلب في أحوال الناس. أما الحالات الأخرى فهي أمور طارئة عارضة لبعض الأشخاص. ولهذا اعتبر الفقهاء حالة الاعتدال أصلاً في موضوع حكم الزواج شرعاً. ووجدت للفقهاء جملة مذاهب في الحكم الشرعي للزواج في هذه الحالة. وأصح هذه المذاهب هو مذهب «الجمهور» القائلين بأن الزواج في هذه الحالة سنة مؤكدة. والسنة المؤكدة هي ما واطب على فعله النبي صلى الله عليه وسلم من الأمور الدينية، ولم يتركه إلا نادراً ولم يلزم المكلفين بفعله. ومن قال: إن الزواج في هذه الحالة مستحب أو مندوب. أراد بذلك أنه سنة. لأن الفقهاء كثيراً ما يتساهلون في التعبير. فيطلقون المستحب، أو المندوب. على السنة. وكذا يطلقون السنة، ويريدون بها المستحب أو المندوب. لأن معاني هذه الكلمات متقاربة.

وقيل إن الزواج في هذه الحالة: فرض كفاية. وقيل: إنه واجب على الكفاية. ومذهب داود بن علي «الاصفهاني» إمام الظاهرية (وهم الذين يأخذون بظواهر النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، ولا يقولون بالقياس والرأى. فسوموا بأهل الظاهر): أن الزواج في هذه الحالة فرض عين على القادر على الانفاق على زوجته مستدلاً ومتمسكاً بظواهر النصوص الشرعية الواردة في الزواج بصيغة الأمر. مثل قوله تعالى: « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »، وقوله تعالى: « وأنكحوا الأيامى منكم » وقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: « من استطاع منكم البائة فليتزوج ». والأصل في صيغة الأمر أنها للوجوب. أى تنفيذ أن المأمور بها واجب شرعاً. والجمهور يحملون هذه الأوامر على أنها تطلب على سبيل الترجيح لا على =

٤ - ويكون حراماً (أى مطلوباً تركه على سبيل الحزم . بحيث يعاقب على فعله) إذا تيقن الشخص أنه سيظلم زوجته ، ولا يقوم بالحقوق والواجبات الزوجية . لو تزوج . وإنما كان الزواج حراماً في هذه الحالة . لأن في الزواج في هذه الحالة اضراراً بالزوجة ، والاضرار بالغير حرام شرعاً ، فما يؤدي إليه . وهو الزواج يكون حراماً . فحرمة الزواج في هذه الحالة لغيره . لا لذاته . أى من حيث كونه مؤدياً إلى الحرام الذى هو ظلم الغير والاضرار به .

٥ - ويكون مكروهاً (أى مطلوباً تركه على سبيل الترجيح لا الالزام) إذا خشى الشخص أنه سيظلم زوجته في المعاشرة الزوجية . لو تزوج .

بقيت هالة ما إذا تعارض ما يجعل الزواج فرضاً ، وما يجعله حراماً . كما إذا تيقن شخص أنه سيرتكب معصية الزنى إن لم يتزوج . وتيقن أيضاً أنه سيظلم زوجته ، ويحور في معاملته لها في المعاشرة الزوجية . إن تزوج . والحكم في هذه الحالة : أنه يجب على هذا الشخص أن يجاهد نفسه ، ولا يندخر وسعاً في تهذيب نفسه وإصلاحها وتقويم أخلاقه . حتى لا يظلم زوجته . لو تزوج ، وأن يحارب نزعات نفسه الأمارة بالسوء ، ويقاوم شهواته ، ويعمل لضعافها والحد منها بالصوم وغيره . حتى لا يقع في معصية الزنى . إن لم يتزوج . ويدل على هذا الحكم قول الله تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » (١) وقوله تعالى : « وليستعفف » معناه : فليجهد في العفة وقمع الشهوة . حتى لا يرتكب الفاحشة . وقول الرسول

=سبيل الالزام والتحتيم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحتم الزواج، ولم يلزم به الناس . كما ألزمهم بالفرائض والواجبات . ونقل عن «الشافعي» : أن الزواج في هذه الحالة مباح . أى فعله وتركه سواء . وأن التخلي لنوافل العبادة أفضل من الزواج (راجع كتاب فتح التقدير على الهداية للكامل بن المهام ج ٢ ص ١٠٠ وما بعدها طبع الحلبي) .

صلى الله عليه وسلم : « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة - مشونة الزواج وتكاليفه - فليتزوج . فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج . ومن لم يستطع منكم فعليه بالصوم . فإنه له وجاء - وقاية - » فقد بين الحديث أن طريق . العلاج في هذه الحالة . هو الصوم الذى يهذب النفوس ، ويضعف الشهوات .

الترغيب في الزواج

حث الاسلام الناس على الزواج ورغبهم فيه . وقد وردت في هذا المعنى آيات من الكتاب العزيز ، وأحاديث كثيرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

فمن الآيات القرآنية الواردة في الحث على الزواج والترغيب فيه :

١ - قول الله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » . (١)

٢ - وقوله تعالى : « وأنكحوا الأباى منكم » (٢) . والأباى جمع مفردة : أيم ، والأيم في اللغة : العزب ذكراً كان أو أنثى ، بكراً كان أو ثيباً . أى من لا زوجة له من الرجال ، ومن لا زوج لها من النساء . وهو يطلق على الرجل ، والمرأة . على حد سواء .

ومن الأحاديث الواردة في هذا الباب :

١ - قوله عليه الصلاة والسلام مخاطباً شباب الأمة الاسلامية : « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة - من يقتدر به على مؤن الزواج وتكاليفه

(١) الآية ٣ من سورة النساء .

(٢) الآية ٣٢ من سورة النور .

من مهر، ونفقة زوجية - فليتزوج. فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج. ومن لم يستطع منكم. فعليه بالصوم. فإنه له وجاء. « . يقال في اللغة: وجاء فلان فلاناً باليد أو السكين وجاء. إذا ضربه في موضع من جسمه. والاسم منه: الوجاء. والمراد بكون الصوم وجاء للانسان: أنه مضعف للشهوة. فيقى الانسان من الوقوع في الزنى المحرم. شبه الصوم بالوجاء بجامع أن كلا منهما مضعف لقوة الانسان الجسمية وقاطع للشهوة.

٢ - ماروى عن « ابن عباس » رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء: « المرأة الصالحة. إذا نظر إليها سرته، وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته » .

٣ - قول النبي عليه الصلاة والسلام: « تزوجوا الودود الولود. فإني مكاثر بكم الأمم » .

وغير ذلك من الأحاديث النبوية الكثيرة الواردة في الترغيب في الزواج والحث عليه. والشريعة الاسلامية بحضها الناس على الزواج تريد تحقيق أمرين. لها أثر فعال في حياة الأمة وكيانها القومى.

أولهما: تحصين النفوس بالخلال، وإبعادها عن الفاحشة. حتى لا يشيع الفسق، ولا ينتشر الفساد في الأمة بإعراض أفرادها. لا سيما شبابها عن الزواج. لأن من أهم أسباب ضعف الأمة، ومن أكبر العوامل في انحلالها، وذهاب قوتها وسلطانها. انتشار الفسق والفجور بين أبنائها. كما شهدت بذلك حوادث تواريخ الأمم والشعوب قديماً وحديثاً. ويشير إلى هذا الأمر قول الله تعالى بعد بيان المحرمات من النساء: « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين (١) » ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « من استطاع منكم الباءة فليتزوج. فإنه أغض للبصر، واحفظ للفرج » .

(١) الآية ٢٤ من سورة النساء.

وتأثيرهما : الاستكثار من النسل . لأن عزة الأمة وقوتها تتوقفان إلى حد كبير على كثرة أفرادها ونمو عددها ، إذ الأمة الكثيرة العدد الآخذة بأسباب العلم والرقى والتقدم تكون مرهوبة الجانب مسموعة الكلمة بين الأمم والشعوب . فتعيش معتزة بكثرة عددها ، وبقوتها المادية والعلمية . وقد قيل قديماً : « وانما العزة للكثير » . ويرشد إلى هذا الأمر الثاني قول النبي عليه الصلاة والسلام : « تزوجوا الودود الولود . فاني مكاثر بكم الأمم » .

مقدمات الزواج

شأن كل عقد له خطر وأهمية أن تسبقه تمهيدات ومقدمات لاتمامه .
وعقد الزواج أهم العقود، وأعظمها شأنًا، وأبعدها أثرًا. في حياة الإنسان .
للمعاني التي ذكرناها عند بيان أهمية عقد الزواج وعناية الشارع به .

ومن مظاهر أهميته ، ودلائل اهتمام الدين الإسلامي به : أن الشريعة الإسلامية جعلت له مقدمات لها أحكام تخصها . فإذا تم عقد الزواج بين الرجل والمرأة بعد تلك المقدمات . كان ذلك أدعى إلى الوفاق ودوام العشرة بينهما . ومن هذه المقدمات : الخطبة (١) . وهي طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم عليه أن يتزوجها . وبعبارة أخرى . هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية . فإذا أجيبت هذه الرغبة بقبول من المرأة ، أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها . تمت الخطبة بينهما . وإذا ما تمت الخطبة . فإنها لاتعدو أن تكون تواعداً متبادلاً بين الرجل والمرأة بعقد زواجهما في المستقبل .

والخطبة قد تكون بعبارة صريحة في طلب التزوج بالمرأة وإظهار الرغبة في ذلك . بحيث لا تحتل غيره . كما إذا قال الخاطب لمن يريد التزوج بها : « أريد أن أتزوجك ، أو أطلب أن تكوني زوجة لي ، أو أرغب التزوج بك » . وأمثال ما ذكر .

(١) كلمة « خطب » من باب « نصر » يقال لغة : خطب الرجل المرأة خطبا (بفتح الخاء وسكون الطاء) وخطبة (بكسر الخاء) . إذا طلبها للتزوج بها . ويقال أيضاً : خطب الرجل خطبة (بضم الخاء) وخطابة (بالفتح) . إذا وعظ الناس ، أو وجه كلاما إلى جماعة في أمر من الأمور ، ويسمى نفس الكلام خطبة . فيقال : « ألقى فلان خطبة » .

وقد تكون الخطبة بطريق التعريض لا التصريح ، وهو أن يذكر الخاطب كلاماً يحتمل معنيين . أحدهما معنى ظاهر غير مقصود بالكلام . والآخر معنى مقصود - وهو الخطبة - غير ظاهر . ولكن يفهم من الكلام بدلالة الأحوال والقرائن . ومن أمثلة ذلك قول الخاطب للمرأة : «أرغب في الزواج من امرأة جميلة ، أو أريد أن أتزوج بأمرأة صالحة ، أو عزمت على الزواج ، أو وددت لو يسرت لي زوجة تناسبني» . ونحو ذلك من الكلمات والحمل التي يفهم قصد الخطبة من عرضها وجانبها بالقرائن والأحوال .

وإذا تقدم بخطبة امرأة من يريد الزواج بها ، أو من يندب عنه من أهله ، أو من غيرهم . فلا يخلو الأمر من إحدى ثلاث صور :

١ - قبول الخطبة من المخطوبة ، أو من أهلها .

٢ - رفض الخطبة ممن ذكر .

٣ - السكوت عن قبولها ، أو رفضها .

فإذا قبلت الخطبة فقد تمت الخطبة بين الخاطب والمخطوبة . فلا يجوز لغيره أن يخطبها ما دام عالماً بهذه الخطبة ، ومادام لم يعدل عنها الطرفان أو أحدهما . لورود النهي عن ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه (١) ، ولا يخطب على خطبة أخيه . حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له » . ولأن في خطبة الغير اعتداء على حق الخاطب الأول . والله لا يحب المعتدين . وإذا فسخت الخطبة بينهما بعدول الطرفين أو أحدهما عنها . فإنه يجوز لمن يريد التزوج أن يخطبها . كما يجوز له ذلك إذا رفضت خطبة الخاطب الأول . لأن برفضها لم تتم الخطبة ، وبالتالي لم يترتب على هذه الخطبة المرفوضة أى حق للخاطب . فلا يمكن اعتبار خطبة الثاني إعتداء على حقه .

(١) وفي كتاب «فتح القدير» للكامل بن الهمام : وصورة البيع على بيع أخيه : أن يتراضيا على سلعة ، فيجىء آخر فيقول : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن . فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد . ولا بأس به . وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة » . ج ٦ ص ١٠٧ وما بعده .

وأما حالة السكوت وعدم وجود إجابة صريحة بقبول الخطبة الأولى أو بردها . فقد اختلفت آراء الفقهاء في أنه يجوز لغير الخاطب الأول أن يخطبها ، أولاً يجوز له ذلك شرعاً قبل أن يبت في الأمر بإجابة صريحة عن الخطبة بقبولها أو بردها . فقيل : يجوز للغير أن يخطبها في هذه الحالة . لأن السكوت يعتبر رفضاً ضمنياً للخطبة الأولى ، ولأنه مع التردد بين قبول الخطبة ورفضها لم يثبت للخاطب الأول أى حق . حتى تعد خطبة الثانى اعتداء على حق الأول . وهذا رأى أحد قولين للإمام «الشافعى» . كما ذكره «الفخر الرازى» في تفسيره «مفاتيح الغيب» . وقيل : لا يجوز لغير خاطبها الأول أن يخطبها في هذه الحالة . حتى يبت في الأمر بإجابة صريحة عن الخطبة بقبولها أو برفضها . وهذا مذهب «الحنفية» والإمام «مالك» . لأن السكوت وعدم البت في الخطبة بقبولها أو رفضها . لأجل التحرى عن الخاطب والتثبت من حاله . فلا يدل السكوت على الرضا بالخطبة ، ولا على عدمه . فيكون هناك احتمال قبولها . فإذا أبيع لغير الخاطب الأول أن يخطبها قبل أن يفصل في شأن الخطبة الأولى ، وتقدم بخطبتها . فقد يترتب على ذلك قطع الخطبة الأولى ورفضها صراحة . وفي هذا اعتداء على حق الأول الذى يتوقع قبول خطبته . ولو بطريق الاحتمال . وهذا الرأى هو الرأى الراجح .

وإذا أراد الشخص أن يتزوج من امرأة غير محرمة عليه . فإنه يستحسن شرعاً أن يتعرف كل منهما بالآخر ، وأن يعلم من أحوال الآخر وصفاته وأخلاقه ما يصلح أن يتخذ أساساً للاقدام على الزواج واتمامه ، ليكون كل منهما بقدر الامكان على بينة من أمر الآخر . قبل عقد الزواج بينهما ، حتى إذا ماتم الزواج بينهما بعد ذلك . فإن زواجهما في الأعم الأغلب يثمر الثمرة المطلوبة منه شرعاً .

طريقة المعرفة

تختلف طريقة المعرفة باختلاف ما يراد معرفتها . فمن الأمور ما لا يعرف . إلا بالنظر والمشاهدة . لكونه أمراً حسيّاً يدرك بالبصر . مثل جمال الخلقّة ، وحال الجسم من الامتلاء والنحافة ، وطول القامة وقصرها ، وكون المرأة سمراء أو شقراء . والجمال أمر نسبيّ يختلف باختلاف أذواق الناس وميولهم . وامتلاء الجسم ونحافته من الصفات التي تختلف فيها رغبات الناس ، وكذا طول القامة وقصرها . ومنها ما لا يعرف إلا بالتحريّ والبحث ، ولا يكفي في معرفته النظر والرؤية . لكونه من الأمور المعنوية التي لا تدرك بالحواس . كالدين وحسن السيرة . ولذا يستحسن شرعاً أن يرى الرجل بنفسه من يريد التزوج بها . ليتمكن من معرفة ما يريد معرفته من الأمور التي لا تعرف إلا بالنظر والرؤية . ويباح له أن يجتمع بها ، ويتحدث إليها . بشرط أن يوجد معها محرماً لها من أقاربها . كأخيها وعمها . وقد اختلف الفقهاء فيما يباح للخاطب النظر إليه من مخطوبته شرعاً . فتنبئ : يباح له النظر إلى وجهها وكفها فقط . وهذا رأى أكثر أهل العلم . وإنما خص الوجه والكفان بإباحة رؤيتهما . لأن الوجه يدل على ما لصاحبه من جمال الخلقّة . وتتم ملامحه عن حالته النفسية والصحية . ولأن الكفين تدلان على خصوبة اليدين أو عدمها ، وعلى حال الجسم من النحافة والامتلاء ، وأجاز بعض فقهاء « الحنفية » أن ينظر الخاطب إلى قدميها أيضاً زيادة في المعرفة . والمشهور من مذهب الإمام « أحمد » : أنه يجوز له النظر إلى ما يظهر من الجسم غالباً . كالوجه ، والرقبة ، والكفين ، والقدمين . والذي تدل عليه الأحاديث الواردة في هذا الباب أن الخاطب يجوز له أن يرى ممن يريد التزوج بها ما يدعوّه إلى التزوج بها . فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر (١) منها ما يدعوّه إلى زواجها فليفعل » . فالحديث لم يقيّد النظر بشيء

(١) يقال في اللغة : نظره ونظر إليه : أبصره وتأمله بعينه . وقال بعضهم : أن نظر يتعدى إلى البصائر بنفسه ، ويتعدى إلى المعاني بفي . وقولهم نظرت إلى الكتاب . هو على حذف معمول . والتقدير : نظرت المكتوب في الكتاب « المصباح » .

معين من أجزاء الحسم . كالوجه والكفين . ويرشد إلى هذا المعنى قول « جابر »
راوى الحديث السابق عن النبي صلى الله عليه وسلم : « خطبت جارية -
الحرارية الفتية من النساء . وسميت بذلك لخصتها وجريها - فكنت أتخبأ لها .
حتى رأيت منها ما دعانى إلى التزوج بها . فتزوجتها » .

ويجوز للمخاطب أن يكرر النظر إلى مخطوبته ، والاجتماع بها مع حضور
محرم لها من أقاربها . كأخوها وعمها . حتى تنطبع في نفسه صورتها الحسية
والمعنوية ، وحتى يتأكد من أنها تتصف بما يريد أن تكون عليه شريكة حياته
وأم أولاده في المستقبل . ويستطيع أن يعرف الكثير من صفاتها الحسية والمعنوية
وكما يجوز للمخاطب أن ينظر إلى مخطوبته يجوز لها أن تنظر إلى خاطبها .
بل هي أولى بذلك . إذ لو عقدت زواجها به بدون أن تراه . ثم رأته ولم يعمل
إليه قلبها . ولم يقع في نظرها موقع القبول . لا يمكنها التخلص منه . إذ ليس
بيدها الطلاق . بخلاف الخاطب . فان في استطاعته إنهاء الزواج والتخلص منها
بالطلاق .

والحكمة في إباحة الشارع النظر إلى المخطوبة ، ولو كانت أجنبية عن
الخاطب : أن كل منهما إذا رأى الآخر ، واجتمع به مع حضور المحرم لها
من أقاربها . فاما أن يطمئن كل واحد منهما إلى الآخر ، ويميل إليه ، ويقع لديه
موقع القبول . فتصح رغبتهما في الزواج . فاذا أتما عقد الزواج بينهما كان
أدعى إلى الوفاق ودوام العشرة بينهما ، وإلى تحقيق الغرض الأسمى من الزواج .
ولما أن يحصل عكس ما ذكر . فيعدلان عن الخطبة ، ويمتنعان عن الزواج .
وقد أشار الحديث إلى هذه الحكمة . وهو ما روى أن « المغيرة بن شعبه » خطب
امرأة ، وأخبر بذلك النبي عليه الصلاة والسلام . فقال له النبي صلى الله عليه
وسلم « أنظرت إليها ؟ » فقال « لا » . فقال له النبي : « أنظر إليها . فإنه أحرى
أن يؤدم بينكما » أى أجدر أن تحصل الموافقة والملائمة بينكما . إذا تزوجتما بعد
رويتها والنظر إليها . يقال : « آدم بين القوم والجماعة أدماً » . كما يقال :
« آدم بينهم إيداماً » . إذا ألف ووفق بينهم .

وإنما نص الحديث صراحة على نظر الخاطب إلى مخطوبته ، ولم ينص على نظرها إليه . لأن حياة الرجل مبناها على الظهور والبروز في الأسواق . والأماكن العامة في المجتمعات المختلفة . فمن السهل على المرأة رؤيته والنظر إليه . بخلاف المرأة . فإن حياتها مبنية على العزلة والاستقرار في البيت ، ويعد التطلع إليها ومحاوله رؤيتها ، والنظر إليها ، أو محاولة تعرف أمر من شئونها هتكا للستر ، وانتهاكاً للحرمة ، واعتداء على كرامتها ، وعلى شرف أسرتها . كما جرت بذلك التقاليد والعادات المرعية في الأمم الشرقية بوجه عام . فنص الحديث على إباحة النظر إليها . بل حث الخاطب على أن ينظر بنفسه إلى مخطوبته إن استطاع ذلك . وإن لم يستطع ذلك بنفسه ، لفقدان بصره . فإنه بعث لمرأة يثق بها ، فتخبره بأوصاف مخطوبته بعد رؤيتها ونظرها إليها .

وعلم مما سبق أن الدين الاسلامي لم يمنع اجتماع الخاطب بمخطوبته ، والجلوس إليها ، والتحدث معها ، وأباح تكرار ذلك . بشرط أن يوجد معها في كل مرة محرم لها من أقاربها . فيستطيع كل منهما أن يتعرف كثيراً من صفات الآخر الحسية ، والمعنوية .

وأما الأمور التي لا سبيل إلى معرفتها بالنظر والرؤية . كالأخلاق ، والتدين ، وحسن السيرة . فيمكن معرفة ذلك بالبحث والتحري ، وبسؤال الذين يخاطبونهم والواقفين على دنائهم ، ويعتبر عادات وتقاليد أسرتهما . لأن المرء يتطبع بطباع بيئته التي نشأ منها ، ويتخلق بأخلاق أسرته التي تربى وعاش فيها . وقد أحسن الدهلوي مؤلف كتاب « حجة الله البالغة » في قوله : « ويستحب أن تكون المرأة من كورة وقبيلة . عادات نساها صالحة . فإن الناس معادن . كعادن الذهب والفضة ، وعادات التوم ورسومهم غالبية على الانسان بمنزلة الأمر الجبول عليه » ا هـ .

الخلوة بالمخطوبة

ولما كانت المخطوبة قبل العقد عليها لا تزال أجنبية عن الخاطب ، فإنه لا يجوز شرعاً الخلوة بينهما على انفراد. بدون أن يوجد معهما عند اجتماعها أحد من أقاربها المحارم . لأن الدين الاسلامي نهى عن ذلك . ولم يبيح الخلوة . إلا بين الزوجين ، أو بين المحرمين . فقد قال عليه الصلاة والسلام : « لا يخلو أحد بامرأة . إلا مع ذى محرم » ، وروى عنه أنه قال : لا يخلون رجل بامرأة . إلا كان ثالثهما الشيطان . واشترط وجود محرم لها عند اختلاء الرجل الخاطب بمخطوبته اقتضاه الاحتياط للمحافظة على السمعة ، وللمنع مقالة السوء . لا سيما إذا فسخت الخطبة ولم يتم الزواج بينهما .

معاشرة المخطوبة

وهذه الطريقة التي اتبعها الدين الاسلامي في الخطبة . هي الطريقة المثلى التي تقتضيها الفطرة السليمة . لأنها الطريقة المعتدلة التي لا إفراط ولا تفريط فيها ، فلا غلو في الحجاب ، ولا اسراف في الاختلاط . ولم تجز الشريعة الإسلامية أن يختلي الخاطب بمخطوبته ، أو أن يخرج معها أثناء الخطبة منفردين ، ولا معاشرتها قبل الزواج مدة من الزمن . كشهري مثلاً . بدعوى إتاحة الفرص لكل منهما . ليدرس أخلاق الآخر عن كثب ، وليختبره وليتقف على أحواله وصفاته أثناء تلك المدة . لأن عاقبة هذا الاختلاط والمعاشرة مدة من الزمن . بدعوى ما ذكر غير مأمونة . إذ الانسان بحسب طبيعته البشرية قلما يقوى على مقاومة دواعي الشهوة ، ودوافع النفس الأمارة بالسوء إلى قضاء حاجتها الجنسية ، لا سيما إذا كان في مقتبل العمر وعنفوان الشباب ، مع تهيئة الأسباب وتوافر الدواعي . كما هو الشأن بالنسبة للخاطبين في الأعم الأغلب من الحالات . ويعظم الضرر الناشئ عن هذا الاختلاط بدون رقابة - كما دلت الوقائع والحوادث الكثيرة - إذا فسخت الخطبة بينهما . وعلى الأخص

بالنسبة للفتاة المخطوبة.

ويضاف الى ما تقدم أن اختلاطهما مسددة من الزمن

ليختبر كل منهما أخلاق الآخر ، وليدرس أحواله وصفاته لا يؤدي إلى النتيجة المرجوة ، لأن كلا منهما لا يظهر بمظهره الحقيقي في تلك المدة . بل يتصنع من الأخلاق والصفات ما ليس فيه . حتى يروق في نظر صاحبه . ومصداق هذا ما جاء في الأمثال : « كل خاطب كاذب » فإذا تم الزواج بينهما ظهر كل منهما على حقيقته المخردة عن التصنع . وبمظهره الحقيقي . حيث يتعسر أو يتعذر انفصام عرى الزوجية .

اختيار الزوجة

ينبغي لمن يريد التزوج أن يدقق فيمن يقع اختياره عليها . لتكون زوجته التي ستصبح شريكة حياته ، وأم أولاده في المستقبل . تقاسمه المعيشة في السراء والضراء ، وأن يحسن الاختيار . حتى يكون أولاده منها أقوياء خلقياً وخلقياً . إذ من الثابت علمياً أن الانسان يكتسب بطريق الوراثة عن والديه معظم صفاتها وأخلاقها ، ويتطبع بطباعها .

ولهذا فقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم الناس على أن يعنوا باختيار زوجاتهم ، وأن يحسنوا الاختيار . فقال عليه الصلاة والسلام : « تخبروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » وروى عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تزوجوا في الحجر (١) الصالح . فان العرق دساس » (٢) . وقد أرشد النبي عليه الصلاة والسلام إلى ما ينبغي أن يراعى

(١) الحجر بكسر الحاء وسكون الجيم : النسب والقراءة . قال ذو الرمة .

فأخفيت ما بي من صديقي وإنه . . . لذنو نسب دان إلى وذو حجر

(٢) وفي تفسير جزء «تبارك» للمرحوم الشيخ عبد القادر المغربي : وما يحسن إيراد هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نبهنا إلى تأثير ناسوس الوراثة ، وأشار إليه أن في اصلاحه اصلاحاً للنسل والذرية . قد قال عليه الصلاة والسلام : « تخبروا لنطفكم . فان العرق نزاع » .

يريد تزوجوا كرام النساء . فإن أولادكم من زوجاتكم يرجعون في طيب الأخلاق وقبحها إلى أجدادهم من أمهاتهم . أما رجوعهم في أخلاقهم إلى أجدادهم من جهة أبيهم فبالطريق الأولى » ص ٩٨ .

في اختيار الزوجة بقوله : « لا تتزوجوا النساء الحسنهن . فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تتزوجوهن لأموالهن . فعسى أموالهن أن تطغيهن . ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء ذات دين أفضل » . وبقوله « تنكح المرأة لأربع : مالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها . فاظفر بذات الدين تربت يداك (١) » وقول الرسول في الحديث : مالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها . بيان لما يقصده الناس عادة من الزواج . ثم بين ما ينبغى أن يقصد من الزواج بقوله : فاظفر بذات الدين . فمن يطلب الحياة الزوجية السعيدة مع من ستكون شريكة حياته وأم أولاده يتخير ذات الدين . عملاً بما جاء في الأحاديث النبوية ، ولا يجعل همه الأول جمال المرأة ، ولا مالها ، ولا حسبها . وإن اجتمع مع الدين واحد فأكثر من هذه الأوصاف المذكورة كان ذلك زيادة في الخير والسعادة .

من تجوز خطبتها من النساء

القاعدة العامة فيمن تجوز خطبتها ، وفيمن لا تجوز خطبتها من النساء . هي : « أنه يجوز لمن يريد الزواج أن يخطب أية امرأة يحل له شرعاً أن يتزوجها في الحال ، ولا يجوز له أن يخطب المرأة التي يحرم عليه شرعاً أن يتزوجها تحريماً مؤبدًا ، أو تحريماً مؤقتاً » . وأساس هذه القاعدة التي قررها الفقهاء : أن الخطبة

— قال أبو الأسود الدؤلي في هذا المعنى مخاطباً أولاده :

وأول احسانى اليكم تحسيري . . . لما جده الاعراق بادعافها

وقال لهم أيضاً في معرض الامتنان عليهم ، حيث أختار أمهم من أصل كريم : « لقد أحسنت اليكم صغاراً وكباراً ، وقيل أن تولدوا » . فقال أولاده له . « وكيف أحسنت الينا قبل أن نولد ؟ » . فقال : « اخترت لكم من الأمهات من لا تسبون بها » . (١) تربت يداك . من الكلمات التي جاءت عن العرب . صورتها : الدعاء . والمراد بها : الحث والتحريض . يقال : « ترب الشيء » . إذا أصابه التراب . وهو من الفاظ الأضداد . يقال : « ترب الرجل » . إذا قل ماله ، واقتقر . كأنه لصق بالتراب لشدة الفقر . كما يقال : « ترب الرجل » . إذا كثر ماله واستغنى . كأنه صار له من المال بقدر التراب . ويقال « ترب بعد أن أترب » . أى اقتقر بعد الغنى .

مقدمة للزواج، ووسيلة إليه . وليست مقصودة لذاتها . بل المقصود منها الزواج . فتي جاز للشخص أن يتزوج المرأة في الحال جاز له بالضرورة أن يخطبها ، ومتى كان الزواج حراماً كانت الخطبة التي هي وسيلة إليه حراماً .

ويؤخذ مما سبق أن معرفة من تجوز خطبتها من النساء بالتفصيل متوقفة على معرفة المحرمات تحريماً مؤبداً، أو تحريماً مؤقتاً بالتفصيل . ولذلك مبحث خاص سيأتي قريباً . فنكتفي هنا بأن نقول : إذا كانت المرأة محرمة تحريماً مؤبداً على من يريد التزوج بها . كعمته ، وخالته ، وأخته من النسب ، أو الرضاع . فإن خطبتها محرمة عليه تحريماً مؤبداً ، فلا يجوز له أن يخطبها في أي وقت من الأوقات . وإذا كانت المرأة محرمة عليه تحريماً مؤقتاً . كالمشركة ، وكزوجة الغير ، ومعتده ، فإن خطبتها محرمة عليه تحريماً مؤقتاً ، فلا يجوز له أن يخطبها ما دام سبب التحريم باقياً . فإذا ما زال سبب التحريم المؤقت . بأن أسلمت المرأة المشركة ، أو اعتنقت أي دين سماوى ، أو طلق الغير زوجته ، وانقضت عدتها منه . فإنه يجوز لمن يريد التزوج بها أن يخطبها . إذ يجوز له في هذه الحالة أن يتزوجها .

والمعتدة . هي المرأة التي تربص المدة التي حددها الشرع لانظارها . بدون زواج بعد الفرقة بينها وبين زوجها . فإن كانت الفرقة بسبب وفاة زوجها . فهي معتدة وفاة . وإن كانت الفرقة بينهما بسبب الطلاق . فهي معتدة طلاق . سواء كان الطلاق رجعياً ، أو بائناً بينونة صغرى ، أو بائناً بينونة كبرى . وسيأتي بيان أنواع الطلاق ، وأحكام كل نوع منها بالتفصيل في مبحث الطلاق . والذي يعيننا هنا معرفته أن معتدة الطلاق مطلقاً لا تجوز خطبتها . ما دامت في العدة لا بطريق التصريح ، ولا بطريق التعريض . فحكمها في هذا حكم زوجة الغير . فكما لا تجوز خطبة زوجة الغير . لما في ذلك من اعتداء على حق

زوجها ، وابداء له . فكذلك لا تجوز خطبة المطلقة التي لا تزال في العدة . لبقاء الزوجية من كل الوجوه في الطلاق الرجعي . ولذا كان لمطلقها الحق في أن يراجعها ويعيدها إلى عصمته ما دامت في العدة ، بدون رضاها وبدون مهر وعقد جديدين ، ولبقاء بعض آثار الزوجية في الطلاق البائن بنوعيه . حرمت خطبة المعتدة مادامت في العدة . رعاية لحق المطلق ، ودفعاً لما عساه يقع بين المطلق وبين الخاطب من الشر والبغضاء والشحناء . ولما في خطبة المعتدة من إغراء على أن تقر بانقضاء عدتها قبل انتهائها . إذا كانت راغبة في الزواج بالخطاب . حتى لا يفوتها التزوج به . والقول في انقضاء عدتها بالحيف قولها ما دامت المدة بين طلاقها وإقرارها بانقضاء العدة تحتمل ذلك . حيث لا يعلم انقضاؤها بالحيف . إلا منها إذا كانت معتدة بالحيف .

واستق من قاعدة : أن الشخص لا يجوز له أن يخاطب المرأة التي يحرم عليه أن يتزوجها تحريمًا موبدأً أو تحريمًا مؤقتًا . صورة واحدة . وهي : معتدة الوفاة . فتجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً مع عدم جواز العقد عليها وقت الخطبة . والدليل على ذلك قول الله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم (١) » . والمراد بالنساء في الآية الكريمة : المعتدات لوفاة أزواجهن . بدليل الآية السابقة على هذه الآية . وهي قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » . ولما نفت الآية الأولى الجناح والإثم في التعريض بخطبة معتدات الوفاة . دل ذلك على جواز خطبتهن بطريق التعريض . ويفهم من تخصيص التعريض في الخطبة بعدم الجناح والإثم . أن التصريح بالخطبة فيه جناح وإثم . فلا تجوز خطبة معتدة الوفاة تصريحاً . ولأن الأصل في معتدة الغير عدم جواز خطبتها ما دامت في العدة ، فيعمل بهذا الأصل ما دام لم يرد نص بخلافه .

(١) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة .

ولم يرد نص بجواز خطبة معتدة الوفاة بطريق التصريح ، فتكون خطبتها صراحة غير جائزة شرعاً . بخلاف خطبتها تعريضاً ، فقد ورد النص بجوازها استثناء من القاعدة العامة .

والحكمة في جواز خطبة معتدة الوفاة بطريق التعريض مع . أنه لا يحل تزوجها في الحال : هي أن الزوجية التي كانت بينها وبين زوجها قد انقطعت بوفاة زوجها انقطاعاً باتاً لا يتصور عودتها مرة أخرى . وبالتالي لا يتصور حصول نزاع وشقاق بين الزوج المتوفى وبين الخاطب ، فلا اعتداء على حق الزوج ، ولا اضرار به في إباحة خطبة معتدته . بخلاف المعتدة من طلاق بائن . فلا يجوز خطبتها أصلاً مادامت في العدة - وإن كانت الزوجية انقطعت بين الزوجين بالطلاق البائن - دفعاً لما عساه يقع من النزاع والبغضاء بين مطلقتها وبين خاطبها . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فالمطلقة طلاقاً بائناً تعتد بالحيض في أغلب الحالات . فلو أجزيت خطبتها ، وهي لا تزال في العدة . ورغبت في الزواج بمن خطبها . كان ذلك داعياً إلى أن تقر بانقضاء عدتها بالحيض ثلاث مرات . وهي لم تنته بعد . حتى لا يفوتها الزواج . ومن المقرر أن القول في انقضاء عدتها بالحيض قولها . مادامت المدة بين طلاقها وقرارها بانقضاء العدة تحتل ذلك . ولما كانت المتوفى عنها زوجها تعتد بوضع الحمل إن كانت حاملاً ، وإلا تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام . فلا سبيل إلى أن تقر بانقضاء عدتها قبل وضعها حملها ، أو قبل مضي المدة المذكورة المعينة المعلومة .

والحكمة في عدم جواز خطبة معتدة الوفاة تصريحاً : مراعاة حالتها من الحزن والحداد على وفاة زوجها ، ومراعاة جانب أقارب المتوفى . حتى لا يتأذوا بخطبة زوجة مورثهم التي لا تزال في العدة بطريق التصريح .

وقر استثنى من قاعدة : أن للشخص أن يخطب أية امرأة يحل له شرعاً أن يتزوجها في الحال . صورة واحدة . وهي مخطوبة الغير . فاذا خطب

شخص امرأة، ورضيت بالخطبة . فلا يحل لغيره أن يخطبها ما دامت الخطبة الأولى قائمة لم يعدل عنها . وإن كان له أن يعقد عليها شرعاً، ويتزوجها في الحال . والأصل الذي بنى عليه هذا الحكم : قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « المؤمن أخو المؤمن . فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » . وقد سبق شرح ما يتعلق بهذه الصورة المستثناة .

وجملة القول فيمن تجوز خطبتها ، ومن لا تجوز خطبتها من النساء : أنه تجوز خطبة أية امرأة يحل للخاطب أن يتزوجها في الحال . ويستثنى من ذلك صورة واحدة . وهي مخطوبة الغير . فلا تجوز خطبتها ما دامت الخطبة قائمة لم يعدل عنها ، وإن جاز لغير خاطبها الأول أن يتزوجها في الحال . وأنه لا تجوز خطبة لإمرأة يحرم شرعاً على الخاطب أن يتزوجها تحريماً موبداً أو تحريماً مؤقتاً ، ويستثنى من ذلك . معتدة الوفاة . فأجيزت خطبتها تعريضاً لا تصريحاً ، وإن لم يجز تزوجها في الحال .

أثر الخطبة المحرمة في العقد

إذا خطب من يريد التزوج لإمرأة لا يجوز له شرعاً أن يخطبها . فهذه الخطبة محرمة شرعاً . ويكون من يرتكبها آثماً ديانة . فيستحق العقاب على ذلك في الآخرة . ولكن لا أثر لهذه الخطبة المحرمة قضاء . فإذا ما خطب شخص مخطوبة غيره . ثم تزوجها بناء على هذه الخطبة المحرمة ، أو خطب معتدة غيره . وهي لا تزال في العدة ، وبعد انقضاء عدتها عقد زواجه عليها بناء على خطبتها . وهي في العدة . صح الزواج ، وتم العقد ما دام مستكملاً لأركانه ، ومستوفياً لشرائطه الشرعية ، وترتب عليه جميع آثاره وأحكامه . وهذا رأى جمهور الفقهاء . وهو ما عليه العمل في المحاكم بمصر (١) .

(١) ومذهب «داود» الظاهري وأتباعه: أن هذا العقد باطل يجب فسخه. =

قراءة الفاتحة والوعد بالزواج

ومن مقدمات الزواج التي جرت العادة بها عند كثير من الناس: قراءة الفاتحة. علامة على رضا الطرفين أو رضا وليهما بالزواج في المستقبل، وكذا الوعد بالزواج، وتبادل الهدايا بينهما، وتقديم الخاطب المهر كله أو بعضه. أثناء الخطبة إلى مخطوبته أو إلى وليها.

أثر الخطبة في عقد الزواج

من المعلوم أن الزواج - كغيره من العقود - لا يكون له وجود شرعاً بحيث يستتبع آثاره، ويستتبع أحكامه. إلا إذا أنشئ العقد مستوفياً لأركانه ومستكماً لشروطه الشرعية. والزواج لا يوجد رلاً يتحقق بمجرد الخطبة. وأن الخطبة - وغيرها من مقدمات الزواج - إذا تمت لا تعدو أن تكون وعداً متبادلاً بين الطرفين بالزواج في المستقبل. وليس لها أثر أكثر من ذلك. وهذا الوعد ليست له قوة الالتزام والالتزام. فلا يلزم الطرفين بالزواج بينهما. إذ لو ألزمهما على ذلك لم تكن لها الحرية الكاملة المطلقة التي يجب توافرها في إنشاء عقد الزواج، وعدم إنشائه. وهذا لا يتفق وطبيعة الخطبة التي هي من الأمور التمهيدية التي تسبق عقد الزواج، ولا مع اعتبارها مقدمة للزواج ووعداً به. كما لا يتفق وما يجب أن يكون لكل من الطرفين من حرية كاملة في

= سواء دخل الزوج بمن عقد عليها. أو لم يدخل بها. ويوجد للمالكية في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

(١) العقد باطل. فيفسخ قبل الدخول وبعده. وهذا الرأي يوافق مذهب «الظاهرية».

(٢) العقد صحيح. فلا يفسخ مطلقاً. وهذا الرأي موافق لمذهب «جمهور الفقهاء».

(٣) التفصيل. أي يفسخ العقد إن لم يكن الزوج قد دخل بمن عقد عليها، ولا يفسخ إن كان قد دخل بها. لتأكده بالدخول. وأن كان آثماً.

إنشاء عقد الزواج وعدم انشائه . ولهذا يجوز لكل منهما العدول عن الخطبة ، والرجوع عن الوعد في أي وقت . هذا من الوجهة الفقهية القانونية . ولكن من الوجهة الأدبية الأخلاقية لا ينبغي أن يعدل المرء عن الخطبة . وعن الوفاء بالوعد . إلا إذا وجد سبب قوى يستدعى فسخ الخطبة ، وخلف الوعد . لما يترتب على العدول عن الخطبة والرجوع عن الوعد بالزواج من إلحاق الأذى بالغير ، وتفويت الفرص عليه .

حكم ما قدم من المهر والهدايا

جرت العادة بين الناس بأن الخاطب يقدم إلى خطيبته بعض الهدايا أثناء الخطبة . كما جرت عادة البعض في أن يقدم إليها أو إلى وليها المهر كله أو بعضه . فإذا حصل شيء من ذلك خلال الخطبة . ثم فسخت بعدول الطرفين . أو بعدول أحدهما . فللخاطب باتفاق العلماء أن يسترد ما دفعه إليها من المهر . إذ لا تستحقه المرأة . إلا بعقد الزواج . لكونه حكماً من أحكامه . ولا يترتب على الشيء حكمه إلا بعد وجوده . وحيث لم يوجد عقد الزواج . فهو حق خالص للخاطب . فإذا كان ما دفعه إليها أو إلى وليها من المهر أثناء الخطبة موجوداً في يدها . يجب رده إليه بعينه . وإن كان هالكاً أو مستهلكاً . أخذ مثله إن كان مثلياً . وأخذ قيمته إن كان قيمياً . وأما ما قدمه إليها من الهدايا فيعتبر هبة . وللواهب أن يرجع عن هبته . فيستردها من الموهوب له ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة (١) . فإذا كان ما أهدها إليها موجوداً في يدها ، ولم يوجد ما يمنع من الرجوع . كخاتم ، وساعة ، وسوار .

(١) موانع الرجوع في الهبة سبعة هي : (١) زيادة الموهوب (٢) موت الواهب أو الموهوب له (٣) العوض عن الهبة (٤) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له (٥) الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة (٦) القرابة المحرمة بينهما (٧) هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له .

فللخاطب الحق في استرداده منها ، وإذا وجد مانع من الرجوع في الهبة . كالزيادة المتصلة . كما إذا كان ما أهداه إليها قماشاً ، فخيط ثوباً . أو أهدى إليها ثوباً أبيض ، فصبغ بلون أسود ، أو لم يكن ما قدمه إليها موجوداً في يدها بأن هلك ، أو استهلك ، أو خرج من يدها . فليس له أن يطالبها بذلك . وهذا مذاهب « الحنفية » المعمول به أمام المحاكم .

وذهب « المالكية » في استرداد الهدايا بعد فسخ الخطبة إلى التفصيل الآتي :

١ - إذا وجد شرط بين الطرفين ، أو عرف بين الناس ، عمل به .

٢ - إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب . فلا يسترد شيئاً مما أهداه إليها . ولو كان موجوداً في يدها . ما دام لا يوجد بينهما شرط ، أو لا يوجد عرف بين الناس يقضى بخلافه .

٣ - إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة . استرد الخاطب مادفعه إليها من الهدايا . فإن كان قائماً استرده بعينه . وإن كان هالكاً أو مستهلكاً رجع عليها بمثله أو بقيمته . ما لم يكن شرط أو عرف يقضى بغير ذلك ، فيتبع الشرط أو العرف . لأن المعروف عرفاً . كالمشروط شرطاً .

وهذا التفصيل الذي ذهب إليه المالكية هو المعقول والأقرب إلى العدالة (١) لأن في عدول الخاطب عن الخطبة ائذاء وإيلاًماً للمخطوبة . فلا ينبغي أن

= وقد جمعت حروف (دسع خزقه) هذه الموانع فكل حرف من حروف هذه الكلمة يرمز إلى مانع بالترتيب المذكور .

وقد قيل في موانع الرجوع عن الهبة بيت شعر . وهو قول الشاعر :

ومانع من الرجوع في الهبة ياصاحبي حروف «دسع خزقه»

(١) وقد أخذت بمذهب المالكية « اللجنة » التي ألفت في سنة ١٩١٠ من كبار علماء المذاهب الأربعة لوضع قانون الأحوال الشخصية تكون أحكامه مستمدة من =

يضاعف ذلك بالجمع بين العدول عنها ، واسترداد الهدية منها . وفي ترك الهدايا لها جبر لخاطرها ، وتخفيف من ألم العدول عنها ، وإن كان العدول عن الخطبة منها ، ولم يثبت للخاطب حق الرجوع عليها بما قدمه من الهدايا عند وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة ، كما يقول « الحنفية » . كان ذلك تغريراً بالناس ، وأخذاً لأموالهم بلا مقابل . فضلاً عما لحق الخاطب من الأذى والألم بسبب عدولها عن الخطبة .

الاختلاف فيما قدم للمخطوبة

إذا اختلف الطرفان بعد فسخ الخطبة بينهما . فيما قدمه الخاطب إليها وقت قيام الخطبة . أهو من المهر أم هدية ؟ فادعى الخاطب أنه من المهر . ليثبت له حق الرجوع عليها في جميع الأحوال . وأدعت المخطوبة أنه هدية . حتى لا يحق له الرجوع عليها . إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة . اعتبر كل منهما مدعياً ومنكراً . فأيهما أقام بيته على دعواه حكم له ، لأنه أثبت دعواه بالحجة والبينة بدون معارض . وإن أقام كل منهما بيته على ما أدعاه . رجحت بينها وحكم لها ، لأن بيتهما أثبتت خلاف الظاهر . والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر هنا مع الخاطب . وهو أن المرء يسعى أولاً في أداء الواجب عليه لبراء ذمته منه - والواجب هنا المهر - ثم يهدى ويتبرع (١) . وإن

= تلك المذاهب . فوضعت اللجنة المذكورة مشروع قانون للزواج والطلاق ، وما يتعلق بهما من المسائل . ولكن المشروع أهمل .

والمادة الثانية من هذا المشروع بينت أحكام الرجوع في الهدية على مذهب الامام مالك . ونصها :

مادة ٢ - إذا كان العدول من جهة الزوج . فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه إليها ، ولا أن يرجع بشيء مما انفق ، وإن كان من جهة الزوجة فللزوج أن يرجع بما انفق ، وأن يسترد الهدية إن كانت قائمة ، وقيمتها إن استهلكت أو هلكت ما لم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع (١) . هـ .

(١) وقد يقال : لا يجب على الخاطب المهر بمجرد الخطبة . وإنما يجب عليه =

عجز كل منهما عن إقامة البيعة . حكمنا العرف . فمن شهد له العرف فالتقول قوله بيمينه ، وحكم له إذا حلف اليمين . وان نكل عن اليمين حكم للآخر بدعواه . لأن النكاح عن اليمين إقرار بدعوى الخصم . وإذا لم يوجد عرف ، أو وجد عرف مشترك . بأن كان عرف بعض الناس سجا على أن ما قدمه إليها أثناء الخطبة يعتبر من المهر ، وعرف البعض الآخر يعتبر هدية . فالتقول للخاطب بيمينه . لكونه المعطى . فهو أدرى بما أعطاه إن كان مهراً أو هدية . إلا إذا كان ما قدمه إليها مما يستنكر في العرف أن يكون مهراً . كالطعام المهيأ للأكل . فلا يكون القول قوله . بل قولها . لأن الظاهر في هذه الحالة أن ما قدمه إليها هدية لا مهر ، والتقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه .

هل يحكم بالتعويض إذا فسخت الخطبة؟

إذا فسخت الخطبة بعدول أحد الطرفين عنها ، وحصل بسبب ذلك ضرر للطرف الآخر . كما إذا قام الخاطب بنفقات إعداد مسكن الزوجية للمخطوبة ، فعدلت عن الخطبة بدون مبرر . أو أعدت المخطوبة جهازها . أو تركت عملها الذي تكتسب منه ، كما إذا كانت موظفة . فاستقالت من وظيفتها بعد الخطبة . استعداداً للزواج بخاطبها . ثم عدلت عن الخطبة بدون مسوغ . فهل يحكم بالتعويض لمن لحقه الضرر بسبب هذا العدول عن الخطبة عما أصابه من الضرر ؟ لا يوجد نص في كتب الفقه على هذه الحالة . حيث إن الفقهاء لم يتعرضوا لحكم هذه المسألة بالذات - فيما أعلم - ولكنهم تعرضوا لحكم فسخ الخطبة والعدول عنها ، وقرروا أن لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها في أى وقت ، وذكروا أن من التواعد الشرعية المقررة : الجواز الشرعى يناق الضمان . وأن لا ضرر ولا ضرار ، وأن الضرر يزال . وبيننا فيما سبق

= بعد عقد الزواج . لكون المهر حكماً من أحكامه . ولا يترتب على الشيء حكمه إلا بعد وجوده . والزواج لا يوجد ولا يتحقق بمجرد الخطبة . فلا يكون الظاهر مع الخاطب .

طبيعة الخطبة ، وحكمها في نظر الشريعة الإسلامية ، وذكرنا أن الخطبة إذا تمت لا تعدو أن تكون وعداً بالزواج في المستقبل ، وليس لها أثر أكثر من ذلك ، وأنه يجوز لكل من الطرفين فسخها والعدول عنها ، وبناء على ما تقدم . فإذا ما عدل أحدهما عن الخطبة . فقد استعمل حقه الشرعي ، ومن المقرر فقهها وقانوناً : أن من استعمل حقه الشرعي غير ضامن ولا مطالب بالتعويض عما نشأ عن هذا الاستعمال من الضرر .

وقررته من أهم المحاكم الوطنية في هذه المسألة : فرأت المحاكم

الإستئنافية : أنه لا مسوغ للحكم بالتعويض فيما عرض عليها من الدعاوى في هذه المسألة . لأن العدول عن الخطبة حق ثابت مقرر شرعاً للخطاب والمخطوبة في أي وقت بدون قيد ولا شرط . فإذا عدل أحدهما عن الخطبة . فقد استعمل حقه الشرعي الذي منحه الشارع إياه ، ولا ضمان على من استعمل حقه فقهها ولا قانوناً ، ولأن من أصابه الضرر من الطرفين بسبب فسخ الخطبة . كان عالماً بأن للطرف الآخر الحق المطلق في العدول عن الخطبة في أي وقت . فإذا ما أقدم على شيء بناء على الخطبة . كأعداد المسكن أو الجهاز . فهو الذي قصر ولم يحتط لنفسه ولما عساه يلحقه من الضرر . إذا فسخت الخطبة بعدول الآخر عنها . إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب البت في الخطبة والزواج . قبل اقدمه على القيام بأي عمل يترتب عليه حصول ضرر له . إذا ما فسخت الخطبة ، فيجب أن يتحمل هو وحده نتيجة عمله ، ومغبة تقصيره ، وعدم احتياظه . وفضلاً عن ذلك . فلو حكم على من عدل عن الخطبة بالتعويض عما لحقه الآخر من الضرر ، لكان في ذلك ما يشبه الإلحاح والاكراه على الزواج . وهذا لا يتفق وما يجب أن يكون لكل منهما من رضا تام ، وحرية كاملة مطلقة . في انشاء عقد الزواج وعدم انشائه .

ومكنت بعض المحاكم الوطنية الوطنية بتعويض من أصابه ضرر .

بسبب العدول عن الخطبة ، وبنت حكمها على سوء استعمال الحق ، وترتب

الضرر على ذلك ، إذ من القواعد الشرعية المقررة : « أن لا ضرر ولا ضرار ،
وان الضرر يزال » . وإزالته هنا بتعويض من لحته الضرر بسبب فسخ الخطبة .
فيجب على من عدل عنها . بدون مبرر . تعويض الضرر الناشئ عن عدوله .
وإن كان استعمل حقه الشرعي في العدول .

والذي يظهر أن الضرر الذي أصاب أحد الطرفين . إذا كان لمن عدل عن
الخطبة دخل فيه غير عدوله عنها . كما إذا طلبت الخطوبة من الخاطب لإعداد
مسكن لها ، فأعده الخاطب . ثم عدلت عن الخطبة ، أو طلب منها أن تعد
جهازها ، فأعدته ، ثم عدل عن الخطبة . فانه في هذه الحالة يحكم بالتعويض
لمن أصابه الضرر بسبب عدول الآخر عن الخطبة . وأما إذا كان الضرر ناشئاً
عن مجرد العدول عن الخطبة . بدون أن يكون لمن عدل عنها دخل فيه غير
مجرد عدوله عنها . فلا وجه للحكم عليه بالتعويض .

اركان عقد الزواج، وشروطه، وأحكامه

ركن الشيء لغة : بجانبه القوى . وفي الاصطلاح : ما به قوام الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به . لكونه جزءاً منه . كالركوع ، والسجود . بالنسبة للصلاة . وكالورق . بالنسبة للكتاب . والشرط لغة : العلامة . ومنه أشرط الساعة . أى علاماتها (١) . وفي الاصطلاح : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، وكان خارجاً عن حقيقته . كالوضوء . بالنسبة للصلاة . والكاتب بالنسبة للكتاب . فكل من الركن والشرط يتوقف عليه وجود الشيء شرعاً . بحيث يستعقب أحكامه . إلا أن الركن جزء من حقيقة الشيء ، والشرط خارج عنها

وأركان عقد الزواج . كغيره من العقود : الإيجاب ، والقبول . إذ يتكون من مجموعهما العقد الذي هو عبارة عن ربط الإيجاب والقبول على وجه ينشأ عنه التزام مطلوب ، وأثره : الانعقاد . وهو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يستتبع الأحكام . وذلك بوقوع الكلام الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام الأول .

ولابد لأى عقد . من صيغة ، وعاقدين — وفي بعض الصور يكفى عاقد واحد — ومعتود عليه . وصيغة العقد : الإيجاب ، والقبول . والعاقد : من يباشر العقد لنفسه أو لغيره . والمعتود عليه : محل العقد . وقد يكون المعتود عليه أحد العاقدين في الزواج . فان الزوجة تعتبر عاقدة بانشائها العقد . إذا باشرته بنفسها ، ومعتوداً عليها — محلاً للعقد — باعتبار أن حكم العقد يظهر فيها .

(١) وسنه : الشرط : بضم الشين المشددة وفتح الراء . أى رجال البوليس . سموا بذلك ، لأنهم أعلموا أنفسهم بعلامات يعرفون بها ويمتازون بها عن غيرهم . ويقال للواحد : « شرطى » « بضم الشين وسكون الراء . وفتحها خطأ .

والإيجاب في عقد الزواج وغيره من العقود : ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على إرادته إنشاء العقد ورضاه به . سواء أكان ما صدر منه كلاماً أم غيره . كالكتابة ، وإشارة الأخرس . والقبول ما صدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته وعلى رضاه بما أوجبه الأول . بقصد اتمام العقد . سواء ما صدر منه كلاماً أم غيره . ومن صدر منه الإيجاب يسمى في الاصطلاح : موجباً . ومن صدر القبول يسمى في الاصطلاح : قابلاً . والموجب في عقد الزواج إما الزوج ، أو وكيله . إذا كان الزوج أهلاً لمباشرة العقد بنفسه . بأن كان بالغاً عاقلاً ، وإما وليه إذا لم يكن أهلاً لمباشرة العقد بنفسه ، والقابل إما الزوجة ، أو وكيلها . إذا كانت أهلاً لأن تتولى العقد بنفسها . لكونها بالغة عاقلة . وإما وليها إذا لم تكن أهلاً لذلك . وقد يكون الأمر بالعكس .

والأصل في كل عقد : أن يتولاه اثنان . أحدهما موجب ، والآخر قابل . ويصح في عقد الزواج دون غيره من العقود الأخرى (١) أن يتولاه واحد إذا كان له حق تمثيل الطرفين . إما بصفة واحدة . كما إذا كان ولياً على الزوجين . كالخالد إذا تولى نزويج ابن ابنته من بنت ابنه الآخر بولاية عليهما . لعدم أهليتهما ، ولو وفاة أبيهما ، أو لفقده الأهلية . أو كان وكيلاً عن الزوجين فزوج موكلته من موكله بوكالته عنهما في الزواج . وإما بصفتين . كما إذا كان أصيلاً عن طرف ، ووكيلاً عن الطرف الآخر . كشخص زوج نفسه من موكلته ، أو أصيلاً عن جانب ، ووليّاً على الجانب الآخر . كما إذا زوج الرجل نفسه من بنت عمه التي في ولايته ، أو ولياً على أحد الزوجين ، ووكيلاً عن الآخر . كما إذا زوج بنته المشمولة بولاية عليها من موكله .

ومتي بجاز للواحد أن يتولى الإيجاب والقبول في عقد الزواج . تكفي عبارته الواحدة . مثل قوله : « زوجت فلانة من فلان » . لأن الواحد لما قام مقام

(١) ويستثنى من ذلك ما إذا تولى الولي على فاقد الأهلية أو ناقصها عقد البيع . كما إذا باع شيئاً من ماله لمن في ولايته من أولاده ، أو اشترى لنفسه شيئاً من أموالهم . فإن البيع ينعقد بعبارته الواحدة التي تقوم مقام العبارتين وذلك للضرورة .

الطرفين. لكونه يملك شرعاً حق تمثيلهما، قامت عبارته الواحدة مقام العبارتين. وقد دل الحديث على أن الواحد يصح أن يتولى عقد الزواج. وهو ما روى عن «عقبة بن عامر» أن النبي صلى الله عليه وسلم. قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة. قال: نعم. وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً. قالت: نعم. فزوج أحدهما بالآخر. فقد تولى عليه الصلاة والسلام عقد الزواج بصفته وكيلًا عن الطرفين. وأيضاً دل الأثر الذي رواه البخارى. وهو أن عبد الرحمن بن عوف. قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلى؟ قالت: نعم. قال: تزوجتك «فعمدت زواجه بها بقوله: «تزوجتك»». فقد تولى الواحد عقد الزواج.

وانما جاز للواحد أن يتولى عقد الزواج دون سائر العقود. لأن حقوق عقد الزواج ترجع إلى من يعقد الزواج عنه. فيطالب الزوج بدفع المهر، وتطالب الزوجة بالطاعة وتسليم نفسها إلى زوجها، ولا يطالب بذلك من باشر العقد. إذ لا ترجع إليه حقوق العقد. لكونه سفيراً ومعبراً عن من يمثله في عقد الزواج. ولذا لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الأصيل الذى يعبر عنه. بخلاف العقود الأخرى. فان الحقوق ترجع إلى من يباشر العقد. فيطالب بها. فلو صح أن يتولى الواحد عقد البيع لكان مطالباً بتسليم المبيع إلى المشتري، وبتسليم الثمن إلى البائع. فيكون مملكاً، ومتملكاً. فى آن واحد. ولا يصح أن يكون الواحد مملكاً، ومتملكاً. فى آن واحد. لتنافى حكمى التمليك والتملك (١).

ما يتحقق به الإيجاب والقبول فى الزواج

الأصل فى العقود: أنها تنعقد بكل ما يدل على توافق ارادتي العاقدين. فى إنشاء العقد ورضاهما به. بدون تقييد بألفاظ مخصوصة معينة، ولا بلغة دون

(١) يراجع فتح القدير للكمال بن الهمام على الهداية ص ١٩٧ ج ٢ «طبع الحلبي»

لغة : لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني . فكل لفظ يظهر ما في نفس العاقدين من انشاء العقد ، ويدل على هذا المعنى . بدون احتمال لمعنى آخر . يتحقق به الإيجاب والقبول ، ويتم به العقد . ولكن الفقهاء لخطورة عقد الزواج وعظم شأنه ، ولوجوب الاحتياط في أمره ، إذ بالزواج تكون المرأة محللة لمن تزوجها . بعد أن كانت محرمة عليه ، وثبتت به الانساب ، وتعلقت به حرمة المصاهرة . قد تعرضوا لبيان ما ينعقد به الزواج ، وما لا ينعقد به . حتى لا يقع العاقد في الخطأ . إذ لا يعلم كل أحد الألفاظ التي تحقق انشاء الزواج . حتى يكون للزواج وجود شرعي يستتبع حقوقه ، ويستتبع أحكامه وآثاره .

والكلام فيما يتحقق به الإيجاب والقبول في عقد الزواج يتناول ناحيتين :

(الأولى) من حيث صيغتهما ، وصورتها اللفظية .

(والثانية) من حيث جوهرهما ، ومادتهما .

وخلاصة ما ذكره الفقهاء فيما يتعلق بالناحية الأولى ما يلي :

أولاً - يتحقق الإيجاب والقبول في الزواج . إذا كان كل منهما بصيغة الماضي . كما إذا قالت المرأة للحاطبها : « زوجتك نفسي » . وقال لها : « قبلت أو رضيت » . لأن العقد عبارة عن إنشاء تصرف لم يكن موجوداً . وهذا المعنى لم يوضع له في اللغة لفظ خاص يدل عليه . فاستعملت في انشاء العقد صيغة الماضي الموضوع لغة للاخبار . عما وقع وحدث قبل التكلم بها . لأنها أدل على انشاء العقد وإيجاده في الحال . بدون احتمال الوعد بانثائه في المستقبل ، أو المساومة فيه . واستعمال صيغة الماضي في انشاء العقود والتصرفات على اختلاف أنواعها . هو الأصل الذي جرى به عمل الناس . وقد أقر ذلك الشرع .

ثانياً - يتحقق الإيجاب والقبول . إذا كان أحدهما بصيغة الأمر ، والآخر بصيغة الماضي . ومن أمثلة ذلك . ما إذا قال الحاطب لخطوبته : « زوجيني

نفسك ، أو كونى زوجتى » . فقالت له : « زوجتك نفسى ، أو قبلت ، أو أجزت » . انعقد الزواج وتم العتد بينهما مادام مستكملاً شروطه الشرعية . ولما كانت صيغة الأمر فى أصل وضعها اللغوى لطلب تحصيل الفعل المأمور به فى المستقبل . فقد وجه فقهاء « الحنفية » انعقاد الزواج فى هذه الصورة بتوجيهين :

أمرهما - أن صيغة الأمر فى الزواج إيجاب للعتد . إذ لا يقصد بها إلا تحقيق المعنى المقصود من الإيجاب . لأن عقد الزواج لا يكون فى الأعم الأغلب من الحالات . إلا بعد مراجعات ومقدمات . فلا يقصد بصيغة الأمر فى الزواج معناها الأصلى الذى وضعت له لغة . وهو تحصيل الفعل المأمور به فى المستقبل ، ولا يراد بها الوعد بالزواج ، وانشاؤه فى المستقبل ، أو المساومة فيه . بل يقصد بها تحقيق الزواج فى الحال . فتكون إيجاباً . بخلاف عقد البيع . لأن المساومة فيه تقرن العتد عادة . فينصرف الأمر فيه إلى المساومة ، لا إلى إنشاء عقد البيع . ولهذا لا ينعتد البيع شرعاً بصيغتين : احدهما للأمر ، والأخرى للماضى . وعلى هذا التوجيه يكون تمام عقد الزواج قائماً بالموجب والقبيل . فيكون هناك عاقدان لا عاقد واحد قام مقام العاقدين .

تأثيرها - أن صيغة الأمر . مثل قول الرجل للمرأة : « زوجينى نفسك أو كونى زوجة لى » . تعتبر توكيلاً ضمناً بالزواج . فكأنه قال لها : (وكلتك فى أن تزوجينى نفسك) . فإذا قالت له : « زوجتك نفسى ، أو قبلت » . تم العتد بعبارتها الواحدة ، وتكون هى وحدها تولت إنشاء العتد بصفتها أصيلة عن نفسها ، ووكيلة عن الزوج . لما علم أن الواحد يصح أن يتولى عقد الزواج . فتقوم عبارتها التى هى على صيغة الماضى مقام العبارتين . فعلى هذا التوجيه يكون تمام العتد قائماً بطرف واحد (١) .

(١) والتوجيه الأول اختاره الكمال بن الهمام . ونص على أنه أحسن من التوجيه الثانى . لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولاً . وهذا صادق على صيغة الأمر فيمكن إيجاباً (فتح القدير على الهداية ج ٢ ص ١٠٤) طبع الحلبي بمصر .

ثامناً - يتحقق الإيجاب والقبول . إذا كان أحدهما بصيغة المضارع ،
والآخر بصيغة الماضي . ومن أمثلة ذلك : أن يقول الرجل للمرأة : «أتزوجك
أو تزوجيني نفسك» . فتقول له : (قبلت) . انعقد الزواج بينهما عند انتهاء احتمال
الوعد بالزواج . بأن قامت قرينة على أن المقصود من صيغة المضارع التي
وضعت في الأصل للدلالة على حصول الفعل في الحال أو في الاستقبال . هو
انشاء العقد وتحقيقه . وينعقد الزواج أيضاً بلفظين . أحدهما اسم فاعل ،
والآخر فعل ماضى . كقول الرجل لها : «أنا متزوجك» ، وقولها : «قبلت زواجك»
لأن الملاحظ من جهة الشارع في انشاء العقد ، ولزوم حكمه : بجانب الرضا
من العاقدين . كما يشير إلى ذلك قول الله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» (١) . فكل
لفظ يفيد ذلك . بدون احتمال الوعد بانعقد به الزواج ، وكل لفظ لا ينتفى معه
احتمال الوعد لا ينعقد به الزواج . إذ يجب أن يصرح عقد الزواج عن مواطن
الاحتمالات . لرفعة قدره وعلو شأنه (٢) .

ما تقدم هو ما يتعلق بالإيجاب والقبول في عقد الزواج . من ناحية صيغتهما
وهيئتهما الشكلية . وأما ما يتعلق بهما من ناحية مادتهما وحروفهما . فالقبول
يتحقق بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثاني ورضاه بما أوجبه الأول
لاتمام العقد . مثل : قبلت ، ورضيت ، وأجزت ، ووافقت . وما إلى ذلك .
بدون اشتراط لفظ معين ولا مادة مخصوصة . وأما الإيجاب فقد اتفق
الفقهاء قاطبة على أنه يتحقق بلفظي الزواج ، والنكاح ، وبالألفاظ المشتقة منهما .
لأن هذين اللفظين يدلان على المعنى المقصود بعقد الزواج حقيقة . بطريق
الوضع لغة ، وقد ورد عن الشارع استعمالهما في هذا المعنى . واختلفوا فيما
عدا ذلك من الألفاظ ، فذهب (الشافعي) ، وبعض علماء (المالكية ، والحنابلة)

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٢) يراجع في هذا الموضوع (فتح القدير على الهداية ج ٢ ص ١٠٣ وما

إلى أن الإيجاب لا يتحقق بغير مادتي الزواج ، والنكاح ، ومشتقاتهما بالنسبة لمن يعرف اللغة العربية . لأن عقد الزواج لأهميته وخطره وعظم شأنه . حيث تترتب عليه أحكام تبقى بقاء الزمان . كثبوت النسب ، وحرمة المصاهرة . خصص بأنه لا يعتمد إلا باللفظ الذي لا شبهة في دلالة عليه ، كما خصص بوجود الأشهاد عليه . لصحته . دون سائر العقود والتصرفات . وأما فقهاء (الحنفية) فقد قسموا الألفاظ بالنسبة لتحقق الإيجاب بها من أول الأمر إلى قسمين :

الأول : ألفاظ صريحة في دلالتها على معنى الزواج بطريق الوضع اللغوي ، وقد ورد عن الشارع استعمالها في انشاء عقد الزواج . وهي الزواج والنكاح ، ومشتقاتهما . وهذا القسم . كما سبق . انعقد الإجماع على انعقاد الزواج به .

الثاني : ألفاظ مجازية لم توضع لافادة معنى الزواج . ولكنها تدل عليه بطريق المجاز لا الحقيقة . لوجود العلاقة بين المعاني الحقيقية التي وضعت لها هذه الألفاظ ، وبين المعنى المجازي . وهو الزواج . عند وجود قرينة على أن المقصود بهذه الألفاظ انشاء العقد وتحقيقه لا المعاني الحقيقية لها .

وهذا القسم ينقسم عند فقهاء الحنفية إلى أربعة أقسام .

١ - قسم لا خلاف في تحقق الإيجاب به . وبالتالي في انعقاد الزواج به عند الحنفية . بل الخلاف خارج مذهبهم . وهو كل لفظ يدل لغة على ملك العين في الحال بدون عرض . مثل الهبة ، والصدقة ، والتملك والحل . وإنما انعقد الزواج بهذه الألفاظ . لأنها تفيد ملك العين . وهو المعنى الحقيقي الذي وضعت له هذه الألفاظ . ومن ضرورات ملك العين : ملك الانتفاع بها . فإذا استعملت هذه الألفاظ في الإيجاب . ودلت القرائن على أن المقصود بها انشاء عقد الزواج تحقق الإيجاب بها ، فينعقد الزواج . لأن ملك العين

سبب في تملك الانتفاع بها . والسببية طريق من طرق الحجاز . فيجوز التجوز بهذه الألفاظ عن الزواج . لوجود العلاقة السببية بين المعنى الحقيقي ، والمعنى المجازي . فاذا قالت امرأة لرجل : « وهبتك نفسى » . وقال : (قبلت) . انعقد الزواج بينهما . إذا قامت قرينة على أنها أرادت بقولها عقد الزواج . وكذا لو قالت له : « ملكتك نفسى » . وقال : « رضيت » .

والكتاب والسنة يؤيدان « الحنفية » فيما ذهبوا إليه من انعقاد الزواج بغير لفظي الزواج والنكاح . حيث ورد في الكتاب العزيز لفظ « الهبة » بمعنى الزواج . قال تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن ينكحها خالصة لك من دون المؤمنين (١) » عطفاً على قوله تعالى : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك » .

وقد ورد في السنة لفظ « الملك » في الزواج . فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل من الصحابة لم يجد مالا يتزوج به : « ملكتكها بما معك من القرآن » . فهذا الحديث صريح بأن عقد الزواج ينعقد بلفظ الملك . فثبت من هذا أن الشارع استعمل لفظ الهبة والملك في الزواج . فيكون حكم غيرهما من الألفاظ التي تفيد ملك العين بدون عوض . كالصدقة ، والجعل . مثل حكمهما في تحقق الإيجاب وفي انعقاد الزواج .

٢ - قسم فيه خلاف بين علماء المذهب الحنفى . والصحيح القول بانعقاد الزواج به . وهو كل لفظ يدل لغة على ملك العين في الحال بعوض . كلفظ

(١) الآية رقم ٥٠ من سورة الأحزاب . وما قد يقال : إن انعقاد الزواج بلفظ الهبة من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم بدليل قوله تعالى : « خالصة لك من دون المؤمنين » مردود بأن الخصوصية في تزوجه عليه الصلاة والسلام بغير مهر . لأن الله تعالى قال بعد ذلك : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت إيمانهم لكيلا يكون عليك حرج » ولا حرج على أفصح العرب في ترك لفظ إلى غيره . وإنما الحرج فيما يجب من المال . وهو مهر الزوجة الواجب بسبب عقد الزواج .

البيع ، والشراء . فاذا قالت امرأة لرجل : (بعث نفسك لك) . وقال : (قبلت) ، أو قال لها : «اشتريتك لنفسى» . وقالت «أجزت» . انعقد الزواج بينهما . إذا كان مستكملا لشروطه الشرعية . لوجوب طريق المحازة ، وهو السببية بين المعنى الحقيقي . وهو ملك العين . والمعنى المحازى . وهو ملك المتعة . وقد قامت القرينة على إرادة المعنى المحازى - الزواج - وهى عدم قابلية المحل للمعنى الحقيقي . إذ لا يكون الشخص الحر محلا للبيع والشراء . لكونه غير مال .

٣ - قسم فيه خلاف فى مذهب الحنفية . والصحيح القول بعدم الانعقاد . وهو لفظ الاجارة ، والوصية . لأن الاجارة تفيد ملك المنفعة على وجه التوقيت ، والزواج يفيد ملك المتعة على وجه التأييد ، ويبطله التوقيت . فحكم كل واحد منهما ينافى حكم الآخر . فلا سبيل إلى التجوز بلفظ الاجارة عن الزواج . وأما الوصية فهى لا تفيد الملك إلا بعد الموت ، والزواج يفيد الملك فى الحال ، وتبطله الاضافة إلى المستقبل . فوجب كل منهما ينافى موجب الآخر . فلا يتجوز بلفظ الوصية عن الزواج .

٤ - قسم اتفق فتمهأ الحنفية على عدم انعقاد الزواج به . وبالتالى على عدم تحقق الإيجاب به ، وهو كل لفظ لا يفيد ملك العين ، ولا ملك المنفعة لا فى الحال ولا فى الاستقبال . وذلك كألفاظ الاباحة ، والاحلال ، والرهن . فلا يصح التجوز بها عن الزواج . لعدم وجود العلاقة بين المعانى الحقيقية لهذه الألفاظ ، وبين المعنى المحازى . وهو الزواج . ولا بد فى استعمال اللفظ فى المعنى المحازى من وجود علاقة بين معناه الحقيقي والمعنى المحازى .

انعقاد الزواج بالألفاظ العامة

ولا يشترط في الصيغة التي ينعقد بها الزواج أن تكون من الألفاظ الفصيحة .
فينعقد الزواج بالألفاظ العامة المحرفة ، إذا أصبحت لغة يتفاهم الناس ،
ويتخاطبون بها . ويستعملونها للدلالة على الزواج . فإذا قال ولي الزوجة
لرجل : « جوزتك أو زوزتك بنتي » قاصداً بذلك الزواج . وقال الرجل :
« أبلت أو جبلت » انعقد الزواج (١) .

وكما ينعقد الزواج باللغة العربية . فإنه ينعقد بأية لغة ، ولو كان العاقدان
يعرفان اللغة العربية . متى كانت العبارات التي استعملها العاقدان تدل على
انشاء عقد الزواج . إذ العقود لا تتقيد بلغة دون لغة . وذهب (الشافعي) إلى
عدم انعقاده بغير اللغة العربية . بالنسبة لمن يعرفها . وأما من يجهلها فيصح
عقد زواجه باللغة التي يعرفها ويفهمها .

انعقاد الزواج بالإشارة أو بالكتابة

إذا كان أحد العاقدين عاجزاً عن العبارة والكتابة . بأن كان معتملاً للسان
لا يقدر على النطق ، ولا يعرف الكتابة ، أو كان أخرس لا يعرف الكتابة ،
يكون إيجابه وقبوله في العقود والتصرفات بإشارته المعهودة المفهومة ، لأنها
الطريقة الوحيدة لفهم مراده ، ولاظهار ما في نفسه من المعاني . فتكون
إشارة العاجز عن العبارة والكتابة كالبيان باللسان (٢) . وأما إذا كان
يعرف الكتابة . ففنى المذهب روايتان :

(١) يراجع كتاب «رد المختار» لابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها (طبع
الخليج) .

(٢) تقول المادة . من مجلة «الأحكام العدلية» : «الإشارات المعهودة للأخرس
كالبيان باللسان» .

الأولى : أن الإشارة لا تغنى عن الكتابة . فتكون جميع عقودهم وتصرفاته بالكتابة ، ولا تكفى الإشارة . لأن الكتابة أدل على المراد ، وأبعد عن الاحتمال . فلا يعدل عنها إذا أمكن العمل بها .

الثانية : أن العقد ينعقد بالإشارة . كما ينعقد بالكتابة . لأن العبرة بحصول الافهام . وهو حاصل بالإشارة المفهمة . كما هو حاصل بالكتابة . فله أن ينشئ العقد بالإشارة ، أو بالكتابة . وقد رجح كثير من علماء «الحنفية» الرواية الأولى ، وقد أخذ بها « قانون لأئحة المحاكم الشرعية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » المعمول به لغاية الآن . إذ نصت المادة ١٢٨ منه على أن « إقرار الأخرس بإشارته المعهودة . ولا يعتبر إقراره بالإشارة . إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » . كما أخذ بها « قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ » . إذ تقول المادة الثانية منه : « تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة . فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » ا هـ .

ولا ينعقد الزواج بالكتابة مع القدرة على العبارة . إذا كان العاقدان حاضرين مجلس العقد . لأن العبارة - اللفظ - هي الأصل في الإفصاح عما في النفس من المعاني . وهي أقوى طرق الدلالة على المقصود للشخص من إنشاء العقود ، وغير ذلك من الأغراض . فلا يعدل عنها إلى الكتابة . ويضاف إلى ذلك أنه يشترط لصحة عقد الزواج أن يسمع الشاهدان كلام العاقدين . فإذا كتب الإيجاب والقبول . فلا بد من قراءتهما لسماع الشاهدين . فإذا قرئت عبارة كل منهما . فالعقد حاصل بالعبارة لا بالكتابة . وأما إذا كان أحد العاقدين غائباً عن المجلس . فإن الزواج ينعقد بالكتابة . لتعذر المشافهة . وصورة ذلك : أن يكتب الخاطب إلى مخطوبته كتاباً ، يقول فيه : « تزوجتك » . فإذا بلغها الكتاب ، وأحضرت شاهدين ، وقرأت عليهما الكتاب ، أو أعلمتهما بمضمونه . وقبلت الزواج في المجلس ، وأشهدت على ذلك . تم عقد الزواج .

بينهما . ولا يشترط أن يكون من كتب الكتاب إليها قد أشهد هذين الشاهدين أو غيرهما على الكتاب . والمجلس الذى حصل فيه قبول المرأة التى كتب إليها . هو مجلس عقد الزواج . ويعتبر الايجاب من صاحب الكتاب كأنه حاصل فى مجلس القبول . وإذا أنكر صاحب الكتاب أن الكتاب منه ، وأنكر زواجه من المكتوب إليها ، فدعوى الزوجية فى هذه الحالة . كما فى غيرها . لا تسمع عند الانكار . إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية . على ما عليه العمل الآن فى المحاكم .

وإرسال الرسول مثل الكتابة فى أنه يتعقد به الزواج . فإذا أرسل الخاطب إلى مخطوبته رسولا بايجابه ، فنقل الرسول إليها ذلك ، وأجابت بالقبول ، وكان ذلك بحضور شاهدين سمعاً كلام الرسول وإيجابها بالقبول . تم عقد الزواج . لوجود الايجاب من الرسول ، والقبول من المرأة المرسل إليها ، ويعتبر الايجاب كأنه حاصل من المرسل فى مجلس القبول الذى هو مجلس العقد (١) .

(١) وفى كتاب «المعاملات» لفضيلة الأستاذ الجليل الشيخ على الخفيف : وإذا استعملا التليفون فى التعاقد كانا حاضرين . فيدوم مجلس العقد مادامت محادثتهما فى شأنه . فإذا انتقلا منه إلى حديث فى موضوع آخر انتهى مجلس العقد ، ويبطل بذلك الايجاب» ص ١٧٧ .

لا يتعقد الزواج بالتعاطى . كما يتعقد البيع به . فإذا قالت امرأة لرجل بحضور شاهدين : زوجتك نفسى بمائة جنيه . فدفع لها المبلغ فى المجلس بدون أن يقول شيئاً يدل على قبوله الزواج بها فلا يتعقد الزواج .

شروط عقد الزواج شرعا

الشروط الشرعية التي تشترط في عقد الزواج تنقسم إلى الأقسام التالية :

(١) شروط لانعقاده .

(٢) شروط لصحته .

(٣) شروط إنفاذه .

(٤) شروط للزومه (١)

وسنبين كل قسم من هذه الأقسام بحسب الترتيب السابق . وهو الترتيب الطبيعي في اشتراط هذه الشروط في الزواج .

شروط انعقاد الزواج

والشروط التي تشترط لانعقاد الزواج . هي الشروط التي إذا فقد واحد منها لا يكون للعقد وجود شرعي . فلا يترتب عليه أى حكم من أحكام العقد . وقد تقرر أنه لا بد في كل عقد زواجاً كان أو غيره من وجود عاقلين ، ومعقود عليه ، وصيغة للعقد .

وشروط انعقاد الزواج . منها ما يشترط في العاقلين . ومنها ما يشترط في المعقود عليه ، ومنها ما يشترط في صيغته . ولذا شرع في بيان ذلك بالتفصيل .

(١) الانعقاد : ارتباط أجزاء التصرف - العقد - شرعاً : فالبيع الفاسد منعقد صحيح . وصحة العقد أو التصرف : عبارة عن كونه موصلاً إلى المقصود منه . وكونه بحيث لا يوصل إليه أصلاً يسمى بطلاناً . وكونه بحيث تقتضى أركانه وشروطه الايصال إليه ، لا أوصافه الخارجية يسمى فساداً . ونفذ العقد : ترتب الأثر عليه . كالملك في البيع . فبيع الفضولى منعقد لا نافذ . ولزوم العقد : كون العقد والتصرف بحيث لا يمكن رفعه (راجع التوضيح ج ٢ ص ١٢٣) .

ما يشترط في العاقدين

يشترط فيمن يتولى عقد الزواج . سواء كان العاقد يعقد الزواج لنفسه أو لغيره شرطان :

(١) أن يكون كل من العاقدين مميزاً . فإن كان أحدهما غير مميز . بأن كان مجنوناً ، أو معتوهاً غير مميز . أو صديقاً غير مميز لا ينعقد الزواج بعبارته . كما لا ينعقد بها أى تصرف . لأن العقد وكذا التصرف يعتمد الإرادة والرضا من العاقد والمتصرف . وهذا غير متحقق من الشخص غير المميز . وهو المجنون ، ومن ألحق به في الحكم . لفقدان أصل الأهلية . وهو التمييز

(٢) أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر مع فهمه المراد به إجمالاً ، وإن لم يفهم بالتفصيل معانى الفردات التى يتألف منها كلامهما . فيكفى أن يعلم القابل أن قصد الموجب بعبارته : انشاء عقد الزواج ، وأن يعلم الموجب أن قصد القابل بعبارته : الموافقة والقبول لما أوجبه . لاتمام عقد الزواج . حتى يتحقق الارتباط بين عبارتهما المكونتين للعقد . إذ لا يحصل الارتباط بينهما المسمى انعقاداً . إذ لم يسمع أحدهما كلام الآخر ، أو إذ لم يفهم المراد منه .

ما يشترط في المعقود عليه

يشترط في كل عقد أن يكون المعقود عليه محلاً لورود العقد عليه .

ومحل العقد يختلف باختلاف نوع العقد وطبيعته ، وباختلاف الغاية من العقد . ومحل العقد في الزواج : المرأة . وإنما اعتبرت المرأة محلاً للزواج ، ولم يعتبر الرجل محلاً له . مع أن الزواج مبناه على الزوجين وقائم بهما . لظهور

أكثر أحكام الزواج في المرأة (١) ، ويشترط في الزواج أن تكون المعقود عليها - محل العقد - امرأة محققة الأنوثة .

ما يشترط في صيغة العقد

يشترط شرعاً في صيغة عقد الزواج الشروط الآتية :

١ - أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول . بأن يكون المجلس الذي حصل فيه الإيجاب . هو بعينه المجلس الذي حصل فيه القبول . وليس المراد باتحاد مجلسيهما : أن يحصل القبول عقب الإيجاب مباشرة بدون فاصل بينهما . بل المراد أنه إذا صدر الإيجاب من أحد العاقدين : لا يوجد منهما أو من أحدهما ما يدل على الإعراض عن الإيجاب . حتى يوجد القبول من الآخر . مهما طال مجلس عقد الزواج . ولا يعتبر المجلس متحداً إذا حدث قبل القبول ما يدل على الإعراض عن الإيجاب . لأن الإعراض عن الإيجاب قاطع له . فاذا ما وجد القبول بعد ذلك فلا يلاقى الإيجاب . فلم يرتبط القبول بالإيجاب

(١) ويمكن تقريب هذا المعنى بالبيع . وبيان ذلك : أن البيع سبناه على البدلين . لأنه مبادلة مال بمال عن تراض . لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن . وذلك لأن المقصود من شرعية البيع : الوصول إلى ما يحتاج إليه الانسان من الانتفاع بالأعيان . فان من احتاج إلى طعام أو شراب مثلاً . وليس عنده ذلك لا تندفع حاجته . إلا بالظفر على مقصوده . فشرع البيع وسيلة إلى حصول المقصود . ولما كان الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان . إذ ليس في ذوات الأثمان نفع إلا من حيث الوسيلة إلى المقاصد . كانت الأعيان أصولاً في البيوع ، وكانت الأثمان اتباعاً لها بمنزلة الأوصاف (راجع كتاب « كشف الأسرار » لعبد العزيز البخاري ج ١ ص ٢٨) .

الارتباط الذى يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستتبع أحكامه .

والإعراض عن الإيجاب قبل القبول قد يكون بالقول . كالحوض فى حديث
لا علاقة له بالعقد، وإن لم يفترق العاقدان بأبدانها . وقد يكون بالفعل . كالقيام
من المجلس . لقضاء مصلحة لا صلة ولا ارتباط بها بالعقد . والمرجع فيما
يعد إعراضاً عن الإيجاب قبل القبول . هو عرف الناس . فما يعد بحسب
العرف إعراضاً . يمنع انعقاد الزواج . إذا حصل بعد الإيجاب وقبل القبول ،
وما لا يعد إعراضاً . لا يمنع من انعقاده إذا حدث فوجد القبول .

ب - أن يكون القبول موافقاً للإيجاب صراحة أو ضمناً . ومن صورة
الموافقة الصريحة : ما إذا قالت امرأة لرجل : « زوجتك نفسى بمائة جنيه » .
فقال لها : « قبلت زواجك بمائة جنيه » . وإذا خالف القبول الإيجاب ، وكانت
المخالفة لخير الموجب ومصلحته وجدت الموافقة ضمناً . وصورة ذلك :
ما إذا قال لها : « تزوجتك بمائة جنيه » . فقالت : « قبلت بثمانين جنيهها » . انعقد
العقد . لتحقق الموافقة الضمنية . لأن من يرضى بأن يدفع مائة جنيه مهراً
يرضى بطريق الأولى بأن يدفع الأقل ، وتعتبر كأنها قبلت الزواج بالمهر
المسمى . وهو المائة . ثم أسقطت عنه عشرين جنيهها . فلا يحتاج ذلك إلى
القبول منه . لأنه إسقاط وإبراء . ومن صور الموافقة الضمنية : ما إذا قالت
لمرأة لرجل : « زوجتك نفسى بمائة جنيه » ، فقال : « قبلت زواجك بمائة وخمسين
جنيها » . حيث إن المخالفة لخير الموجب . لأن من ترضى بالمهر القليل ترضى
بالمهر الكثير بالضرورة . ولا يلزم الزواج بهذه الزيادة التى زادها فى المهر
الذى عينته . إلا إذا رضيت بأخذ هذه الزيادة : إذ لا يدخل شىء فى ملك
شخص بلون رضاه .

وإذا خالف القبول الإيجاب . فلا ينعقد الزواج . لأن العقد عبارة عن
إجماع إرادتين وتوافقهما على شىء واحد ، ولا يتحقق ذلك مع المخالفة .

كما إذا قال الأب رلى المخطوبة للخاطب: «زوجتك بنتى ليلى». فقال الخاطب: «قبلت زواج أختها هدى»، وكما إذا قال وليها: «زوجتك بنتى فلانة بألف جنيه». فقال الخاطب: «قبلت زواجها بخمسمائة جنيه». فالعقد لا ينعقد فى هذين المثالين. لمخالفة القبول الإيجاب، ولا يقال: إن المخالفة فى المثال الثانى وقعت فى المهر. وهو ليس من أركان العقد ولا من شروطه. وإنما هو من أحكامه المترتبة عليه بعد تمامه. ولذا يكون عقد الزواج صحيحاً، وإن لم يسم المهر فيه. بل وإن اشترط أن لا مهر لها. فلا تضر هذه المخالفة - لا يقال ذلك - لأن الإيجاب إذا اقترن بذكر المهر معه إلتحق المهر بالإيجاب، واعتبر جزءاً منه. فلا ينعقد الزواج. إلا إذا كان القبول على وفق جميع أجزاء الإيجاب. حتى يتحقق شرط موافقة القبول للإيجاب.

ج - أن تكون الصيغة التى استعملت فى الزواج من الألفاظ الدالة على انشاء عقد الزواج. وقد سبق ما يتعلق بهذا. من حيث شكل الصيغة ومادتها. ويضاف هنا أنه يشترط لانعقاد الزواج أن تكون صيغته منجزة غير مضافة إلى زمن مستقبل، ولا معلقة على شرط معين غير موجود وقت العقد. وبيان ذلك أن العقد بالنظر إلى صيغته: ينقسم إلى ثلاثة أقسام: منجز، ومضاف إلى زمن مستقبل، ومعلق على شرط. وسنشرح هذه الأقسام الثلاثة للعقد بالنظر إلى صيغته بغاية الإيجاز فيما يلى:

العقد المنجز

هو ما كانت صيغته مطلقة غير مقيدة بشيء، ويقصد إيجاده، وترتب آثاره عليه فى الحال. كما إذا قال رجل لامرأة: «تزوجتك». وقبلت منه ذلك. وحكم العقد المنجز: أنه ينعقد بمجرد التلفظ بالإيجاب والقبول

وتترتب عليه أحكامه في الحال . ما دام مستوفياً لشرائطه الشرعية . لأن هذا ما قصده العاقدان بتنجز العقد ، ويدل عليه اللفظ - الصيغة - سواء أذكر المهر في العقد ، أم لم يذكر فيه .

والأصل في العقود: أن تكون منجزة . عدا الوصية، والايضاء . فأنهما بطبيعتهما لا يكونان إلا مضافين إلى ما بعد الموت .

العقد المضاف

هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل . كما إذا قال رجل لإمرأة : « تزوجتك غدا ، أو بعد غد ، أو بعد شهر ، أو في آخر هذا العام » وقبلت منه ذلك . وحكم العقد المضاف : أنه لا ينعقد لا في الحال ولا في الزمن المضاف إليه العقد . لأن إضافة العقد إلى زمن مستقبل تمنع من ترتب أحكامه عليه في الحال . وهذا ينافي موجب عقد الزواج . وهو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر . بعد تمام العقد مباشرة ، وترتب سائر أحكامه عليه فوراً . كما هو الشأن في عقود التملك . ومنها عقد الزواج . ومن القواعد المقررة فقها : أن كل عقد يفيد التملك في الحال لا تجوز اضافته إلى المستقبل . لمنافاة ذلك طبيعة عقد التملك ومقتضاه . فاذا ما أضيف إليه لم ينعقد أصلاً . إذ الشيء لا يتحقق بما ينافيه .

العقد المعلق

هو ما علق حصوله على حصول شيء آخر في المستقبل . بأداة من أدوات التعليق . كإن ، وإذا . كما لو قال رجل لإمرأة : « تزوجتك إن نجحت

في امتحان آخر هذا العام» . فقد علق تزوجه بها على نجاحه في الإمتحان .
وحكمه على التفصيل الآتي :

إن كان الشيء الذي علق عليه الزواج غير موجود وقت العقد . فلا ينعقد
الزواج . لأن وجود الإيجاب معلق على شيء غير موجود حال العقد ،
والمعلق على الشيء غير الموجود لا يكون موجوداً ، سواء أكان الشيء
الذي علق عليه الزواج محقق الوقوع في المستقبل . كما إذا قال لها : «تزوجتك
إن جاء فصل الشتاء» ، أم محتمل الوقوع في المستقبل . كما إذا قال لها :
تزوجتك إن قدم أبي من سفره» . أو مستحيل الوقوع . كما إذا قال لها :
«تزوجتك إذا دخل الحمل في سم الحياط» . وقبلت منه ذلك .

وإن كان الشيء الذي علق عليه الزواج موجوداً حال العقد . سواء
أكان موجوداً وقت صدور الإيجاب والقبول . أم في مجلس العقد بعد
صدور الإيجاب والقبول ، انعقد الزواج في هاتين الصورتين . كما إذا
قال لها : «إن كنت بلغت سن الزواج القانونية تزوجتك» ، وقبلت منه ذلك ،
وواقع أنها بلغت السن . أو قال لها : «تزوجتك على مهر قدره مائة جنيه» .
وقالت : «قبلت إن رضى أبي بهذا المهر» . ورضى أبوها الحاضر في مجلس العقد .
لأن التعليق في هاتين الصورتين صوري لا حقيقي . فكان العقد منجرأ في
الواقع . لوجود الشيء المعلق عليه حال العقد . وتسمية ذلك تعليقاً من حيث
الصورة اللفظية ، لا من حيث الحقيقة الواقعية .

وأما إذا كانت صيغة العقد منجزة . ولكنها اقترنت بشرط . كما إذا
وجد الإيجاب ، وقد صاحبه شرط فيه منفعة لأحد العاقدين . فهو العقد
المقترن بالشرط . ومن أمثله : ما إذا قال رجل لامرأة : «تزوجتك على أن
لا مهر لك ، أو تزوجتك بشرط ألا أنفق عليك» . وقبلت . وما إذا قالت
له : «زوجتك نفسي بشرط أن تطلق زوجتك فلانة ، أو على ألا تنقلني من

بلدى». وقبل ذلك . وحكم العقد المقترن بالشرط . كحكم العقد المنجز غير المقترن بشرط في انعقاده صحيحاً مستعقباً لأحكامه . مادام مستكملاً لشرائطه الشرعية (١) . وأما الشرط الذى اقترن بالعقد . فان كان صحيحاً يجب الوفاء به والعمل بمقتضاه . وان كان غير صحيح فهو لغو لا يعمل به ، ويعتبر كأنه لم يشترط فى العقد . والشرط الصحيح . هو ما يقتضيه العقد . مثل اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، واشتراطه عليها أن تدخل فى طاعته . أو يلائم العقد ويؤكد مقتضاه . كاشتراطها أن يكتمل أبوه بنفقها ، أو بمهرها ، أو بهما معا أو ورد به الشرع . كاشتراطه أن يطلقها . أو جرى به العرف . كاشتراطها أن يعجل لها كل مهرها أو بعضه . إن جرى بذلك عرف البلد الذى حصل فيه عقد الزواج . والشرط غير الصحيح ما ليس من مقتضيات العقد ، ولا من ملائماته ، ولا مما ورد به الشرع ، ولا مما جرى به العرف . ومن أمثله : اشتراط الزوجة على زوجها أن يسكنها فى بيت أهلها ، أو أن لا ينقلها من بلدها ، أو ألا يتزوج عليها . واشتراطه أن تنفق هى على نفسها ، أو أن لا يدفع لها مهرأ . واشتراطهما النوارث بينهما مع اختلافهما فى الدين . بأن يكون الزوج مسلماً . والزوجة كتابية .

(١) الفرق بين العقد المقترن بشرط ، والعقد المعلق على شرط من جهتين : (الأولى) من حيث الصورة . فان العقد المقترن بشرط يكون خالياً من أداة الشرط . كان ، وإذا . ويسمى الشرط التقييدى . بخلاف المعلق على شرط . فانه يكون بأداة من أدوات الشرط . ويسمى الشرط التعليقى .

(الثانية) من حيث المعنى . إذا المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه . وبعبارة أخرى أن الصيغة فى العقد المعلق لا تكون منشئة للعقد فى الحال . بل عند وجود الشيء المعلق عليه — إذا كان العقد بما يقبل التعليق — أما المقترن بشرط فالعقد منجز حاصل فى الحال . ولكن أعقب بشرط .

زواج الشغار

ومن صور عقد الزواج المقترن بشرط غير صحيح : زواج الشغار (١) . وهو أن يزوج رجل من له الولاية عليها . كبنته ، وأخته . لآخر في مقابل أن يزوجه الآخر موليته . بحيث تكون كل واحدة منهما مهراً للأخرى ، كأن يقول رجل لآخر : « زوجتك أختي على أن تزوجني أختك ولا مهر لها » ، وقبل الآخر . واختلفت آراء الفقهاء في صحة هذا العقد ، وعدم صحته . فذهب « الحنفية » إلى أن هذا العقد صحيح ، وإلى إيجاب مهر المثل لكل واحدة منهما . لخلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة . ولذا سمي العقد شغاراً . وهو الخلو . وإنما صح زواج الشغار عندهم ، لكونه عقداً إقترن بشرط غير صحيح . وهو جعل كل من المرأتين مهراً للأخرى . فيكون الشرط لاغياً . والعقد صحيحاً . كما هو الشأن في كل عقد زواج إقترن بشرط غير صحيح . وإنما وجب مهر المثل : لخلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة . والقاعدة العامة : أن كل عقد زواج خلا من تسمية المهر يجب فيه مهر المثل .

وذهب « جمهور الفقهاء » إلى أن زواج الشغار غير صحيح . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم : نهى عن الشغار . ونهى الشارع عن الشيء يقتضى فساده وعدم صحته . وأجاب « الحنفية » عن هذا الاستدلال بأن المنهى عنه بالحديث . هو زواج الشغار الذي كان متبعاً في الجاهلية . وهو الاكتفاء بجعل كل من المرأتين مهراً للأخرى بدون إيجاب مهر لها . فإذا أوجبنا مهر المثل

(١) الشغار في الأصل : مصدر . ومعناه : الخلو . ويقال : شغرت الأرض شغوراً . إذا خلت من يحييها ، ولم يبق من يضبطها . فهي شاغرة . ومن هذا قولهم : وقف شاغر . أى ليس للوقف ناظر يتولى شؤونه وإدارته ، وقولهم : وظيفة شاغرة . أى خالية .

لكل منهما بهذا العقد - كما هو مذهب الحنفية - لم تكن كل من المرأتين مهراً للأخرى . وبالتالي فلم يكن هذا الزواج زوج الشغار الذي كان معروفاً في الجاهلية ، وورد الحديث بالنهي عنه . فيكون صحيحاً . لأنه غير المنهي عنه بالحديث .

اقتران العقد بخيار الشرط

لا يثبت أى نوع من أنواع الخيارات فى عقد الزواج عند «الحنفية» . فلو عقد الزواج واشترط بخيار الشرط لأحد الزوجين مدة ثلاثة أيام ، صح الزواج لازماً ما دام مستوفياً للشروط الشرعية ، وبطل خيار الشرط . وإذا اشترط أحد الزوجين سلامة صاحبه من العيوب والعاهات ، فوجده على خلاف ذلك صح العقد ، ولا يثبت له خيار فسخه . وإذا اشترط الزوج فى العقد جمال المرأة أو بكارتها ، فوجدها على خلاف ما اشترط . فلا يكون له الحق فى فسخه .

وليبيان وجهة «الحنفية» فى ثبوت الخيارات فى الزواج ننقل خلاصة ما كتبه «الكهال بن الهمام» فى هذه المسألة :

« إن اشترط الخيار فى الزواج . كالهزل فيه . فاذا كان الهزل فى عقد الزواج لا يمنع انعقاده للحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح والطلاق ، والرجعة » . فشرط الخيار فيه أولى أن لا يمنعه . لأن الهازل قاصد العقد غير راض بحكمه فى جميع الأوقات ، ومشرط الخيار غير راض بحكمه فى وقت مخصوص . وإذا لم يمنع خيار الشرط ثبوت حكمه كان اشتراطه شرطاً فاسداً ، فيصح العقد ، ويبطل الشرط . كما هو الشأن فى عقد الزواج

المقترن بشرط غير صحيح . وان الزواج ينعقد بلا رؤية اجماعاً . فلا يتصور ثبوت خيار الرؤية فيه . فلو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطاً فاسداً فيبطل . وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما . إذا وجد الآخر معيباً بأى عيب . سوى عيب الحب ، والعنة ، والحصاء ، لقول « ابن مسعود » : « لا ترد الحرة عن عيب » ، ولقول « على ابن أبي طالب » : « إذا وجد بامرأة شيئاً من هذه العيوب فالزواج لازم له . إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك » . والمسألة تختلف فيها بين الصحابة رضى الله عنهم (١) .

والحنفية مع قولهم بعدم ثبوت الخيارات بأنواعها في عقد الزواج . فانهم يثبتون للزوجة خيار فسخه بشروطه . إذا ما وجدت زوجها عنيماً ، أو مجبوراً ، أو خصياً (٢) ولا يثبتونه للزوج إذا وجد زوجته غير سليمة من العيوب والأمراض والعاهات . لأن الزوج في استطاعته أن يدفع الضرر عن نفسه . فيتخلص من زوجته بالطلاق (٣) . بخلاف الزوجة فليس في إمكانها

(١) فتح القدير على الهداية ج ٣ ص ١٥٢ وما بعدها (طبع الحلبي).

وقد أطل الامام « السرخسي » في كتابه « المبسوط » الكلام في توجيه رأى الحنفية في عدم ثبوت الخيارات في عقد الزواج . وكلام ابن المهام الذى نقلنا خلاصته تلخيص لما كتبه الامام « السرخسي » في هذه المسألة (راجع كتاب « المبسوط » ج ٥ ص ٤ وما بعدها) .

وما ذكره صاحب الفتح دليلاً على الدعوى أخص من الدعوى . فلا يدل على كل الدعوى . وهى قوله : « أما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما — أحد الزوجين — إذا وجد الآخر معيباً بأى عيب » بل على بعضها . وهو أنه لا يثبت للزوج حق الفسخ إذا وجد بالمرأة عيباً . وأما إذا وجدت المرأة عيباً بالزوج غير العيوب الثلاثة : الحب ، والحصاء ، والعنة . فلا يدل عليه ما ذكره الفتح . ولا يتعين أن تقاس الزوجة على الزوج . لأنها لا تملك الطلاق . وهو يملكها .

(٢) العنين : من لا يصل إلى النساء . والمجبوب : من قطع منه عضو التناسل . والخصى : من نزعت خصيتاه .

(٣) وقد يقال : ان الزوج وإن كان في إمكانه التخلص من زوجته بالطلاق =

التخلص من زوجها بالطلاق . حيث إن الطلاق ليس بيدها ، ولهذا أثبت لها خيار الفسخ بشروطه . إذا وجدت بزوجها أحد العيوب الثلاثة : الحب ، والعتة ، والخصاء ، وسيأتي في مبحث الفرقة بسبب العيب بيان بالتفصيل .

ولما كان مذهب « الحنابلة » في الشروط التي يشترطها الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج أعدل المذاهب ، وأقربها إلى قواعد الشريعة الإسلامية . وأكثرها انطباقاً لمقاصدها ، وأدعاها إلى تحقيق أغراض الزوجين . رأينا أن نذكر خلاصة مذهبهم . وهي : كل شرط يشترطه الزوجان أو أحدهما شفاهاً أو كتابة في عقد الزواج يجب الوفاء والعمل به ، ويثبت لمن اشترط الشرط لنفسه عند فواته حق فسخ العقد ما لم يدل على بطلانه دليل شرعي . لقوله تعالى : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » (١) . ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » . فيصح في مذهبهم أن تشترط الزوجة في العقد أن لا يخرجها زوجها من بلدتها . وأن لا يتزوج عليها ، وأن تشترط سلامة زوجها من العيوب والعاهات . كما يصح له أن يشترط بكارتها ، وجمالها ، وسلامتها من الأمراض والعيوب . وغير ذلك من الصفات المرغوب فيها . فإذا فات الشرط ثبت لمن اشترطه حق فسخ العقد (٢) .

— إلا أنه في حاجة إلى اثبات خيار الفسخ له . ليسقط به المهر عن نفسه . كما في الصغير الذي زوجه وليه غير الأب والجد . إذا بلغ ورغب في فسخ العقد . فإنه يثبت له الخيار ، وإن كان متمكناً من طلاق زوجته .

(١) الآية ٣٤ من سورة الاسراء .

(٢) قال ابن القيم الجوزي في كتابه « زاد المعاد » : « إن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع . وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غربه أو غبن به . ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره ، وموارده ، وعدله =

لأن عند فوات الشرط وعدم تحققه انعدم الرضا بالعقد . ولا خير في بقاء عقد بجانبه الرضا من الحائنين أو من أحدهما . وأما إذا قام الدليل الشرعي على بطلان الشرط الذي اشترط في العقد . فلا يصح اشتراطه ولا يعمل به . كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها: أن يطلق امرأته . لورود النهي عن ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : « لا تسأل المرأة طلاق أختها » فكل شرط ورد النهي عنه من الشارع ، وكذا كل شرط مخالف لمقتضى العقد . كأن يشترط عليها أن لا ينفق عليها ، أو أن لا مهر لها يكون باطلاً ، ويصح العقد (١) .

= وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول ، وقربه من قواعد الشريعة . وإذا اشترط سلامتها من العيوب ، أو اشترط الجمال . فبانت شوهاء ، أو اشترط أن تكون شابة حديثة السن . فبانت عجوزاً شمطاء ، أو اشترط أن تكون بيضاء . فبانت سوداء . أو بكرأ . فبانت ثيبأ . فله الفسخ في ذلك . فان كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر . والذي يقتضيه مذهب الامام «أحمد» وقواعده: أنه لا فرق بين اشتراطه هو واشتراطها . بل اثبات الخيار لها إذا فات ما اشترطته أولى . لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق . فإذا جاز له الفسخ مع تمكنه من الفراق بغيره . فلان يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى . وإذا جاز لها أن تفسخ العقد إذا ظهر الزوج ذا صناعة دينية لا تشينه في دينه ولا في عرضه . وانما تمنع كمال لذتها واستمتاعها به . فإذا اشترطت أن يكون شاباً جميلاً . فبان شيخاً مشوهاً أعمى أطرش أخرس أسود . فكيف يلزم به . وتمنع من فسخ العقد؟ هذا في غاية الامتناع والتناقض والبعد عن القياس وقواعد الشرع » .

(١) وكانت اللجنة التي ألفت سنة ١٩١٥ لوضع قانون الأحوال الشخصية قد اختارت في مشروعها مذهب الحنابلة فيما تشترطه الزوجة من الشروط في عقد الزواج . ولم تتعرض لحكم ما يشترطه الزوج من الشروط في عقد الزواج شفاهاً أو كتاباً .

شروط صحة الزواج

شروط صحة عقد الزواج . هي ما يجب توافره في العقد . بعد تحقق أركانه وتوافر شروط انعقاده . والشروط العامة لصحة عقد الزواج ثلاثة أمور :

الاول : أن تكون المرأة محلاً للزواج بالنسبة للعاقده المعين الذي يريد التزوج بها . وذلك بأن يحل له أن يتزوجها في الحال . فإذا كانت محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا . كأخته ، وعمته ، وخالته من النسب ، أو من الرضاع ، أو كانت محرمة عليه مؤقتًا . كزوجة الغير ، ومعتدته ، وعقد عليها الزواج فإن هذا العقد غير صحيح (١) ، ولا يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر ، ويجب عليهما أن يفرقا من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق القاضى بينهما . ولكل أحد من المسلمين أن يرفع دعوى حسة أمام القضاء بطلب التفريق بينهما .

الثاني : أن يكون عقد الزواج بحضور شاهدين رجلين ، أو رجل وامرأتين والدليل على هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بشهود » .

(١) يلاحظ انه ذكر من شروط انعقاد الزواج : أن تكون المرأة المعقود عليها محلاً لورود عقد الزواج عليها . وهنا ذكر أن من شروط صحة عقد الزواج : أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج . بالنسبة لمن يريد أن يتزوجها . فهذا تهافت يجعل الكلام غير مستقيم . ولتوضيح الأمر نقول : إن محلية العقد في الزواج تتنوع إلى نوعين :

(الاول) المحلية المطلقة . وبعبارة أخرى المحلية الطبيعية . وهي كون المعقود عليها امرأة محقة الأنوثة . وهذه المحلية هي التي تعتبر شرطاً لانعقاد .
(الثاني) المحلية النسبية . وبعبارة أخرى المحلية الاضافية . وهي كون المرأة المعينة محلاً للعقد بالنسبة والاضافة لهذا العاقده المعين الذي يريد أن يتزوجها . وهذه المحلية . هي التي اعتبرت شرطاً لصحة عقد الزواج . وبهذا البيان يتضح أن الكلام مستقيم لا تهافت فيه .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل . فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه «ابن حبان» عن حديث «عائشة» . وقال ابن حبان : « لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا » .

وقد امتاز عقد الزواج بين العمود باسْتِراط الاشهاد عليه لصحته . إذ لا يوجد في الشريعة الاسلامية عقد يشترط لصحته الاشهاد عليه سوى عقد الزواج (١) . وانما خص الزواج بذلك . لشرف محله . ولعظم شأنه . إذ يتعلق بالأعراض والأنساب ، وتبنى عليه أحكام باقية بقاء الزمان ذات أثر كبير في حياة الشخص وأسرته . كحرمة المصاهرة ، وثبوت النسب ، والارث .

والحكمة في اشترط الشهادة على عقد الزواج - علاوة على ما تقدم - : إعلان هذا العقد ، وإظهار أمره بين الناس . حتى تنتفى الريب ، وتمنع مقالات السوء ، وتدفع الشبهات عن الزوجين . إذا ما رأى الناس الزوج يتردد على زوجته ، ويقوم معها في مسكن واحد، ويعاشرها معاشرة الأزواج . ولم يكن عقد الزواج بينهما . قد أعلن وأذيع بين الناس . ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإعلان النكاح . فقال : « اعلنوا النكاح ولو بالدف » . وفي حديث آخر : « اعلنوا النكاح » . ولأن الفرق بين النكاح والسفاح . هو الاعلان وعدمه . وإعلان عقد الزواج يتحقق بحضور الشاهدين مع العاقدين

(١) والأمر بالاشهاد على التداين ، وكذا الأمر بالاشهاد على البيع في آية المداينة . وهي قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وقوله تعالى « واشهدوا إذا تبايعتم » عند جمهور العلماء . للاستحباب والندب، لا للوجوب . كالأمر بكتابة المداينة في قوله تعالى أول الآية : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » فلا يفيد الأمر اشترط الشهادة لصحة البيع والمداينة .

ولو اتفقوا على كتمان أمر الزواج . لأن السر لا يكون بين أربعة أشخاص .
قال الشاعر :

وسرك ما كان عند امرئ . . . وسر الثلاثة غير الخسفي

ما يشترط في الشاهدين

يشترط في الشاهدين على عقد الزواج ما يأتي :

أولاً — أن يكونا بالغين عاقلين حريين . فإذا كان أحد الشاهدين صغيراً ، أو مجنوناً ، أو رقيقاً . لا يصح عقد الزواج . لأن الشهادة تعتبر من باب الولاية . من حيث إنها تنفذ على المشهود عليه . ولا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه . فلا نكون له ولاية على غيره بطريق الأولى . إذ الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة . ولأن عادة الناس قديماً وحديثاً تقضى بأن الزواج إنما ينعقد في محافل الرجال . لإعلاء شأنه ، وإعلان خطره . فلا يلائم شرف هذا العقد ومكانته الاجتماعية ، ولا يحصل الغاية من الاشهاد عليه . إذا عقد بحضرة المحانين ، والصبيان ، والعبيد .

ثانياً — أن يكونا رجلين ، أو رجلاً وأمرأتين — وتعتبر المرأتان مثل رجل واحد في الشهادة — لأن هذا أقل نصاب الشهادة المعهودة في الشرع بصفة عامة . قال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم . فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى (١) » . فلا يصح عقد الزواج بشهادة رجل واحد ، ولا

(١) آية المداينة رقم ٢٨٢ من سورة البقرة . وقوله تعالى : أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى « يشير إلى علة اعتبار المرأتين كشاهد واحد . والمعنى : إذا نسيت إحداهما ذكرتها الأخرى . حيث يغلب على النساء النسيان .

بشهادة رجل وامرأة . لعدم تحقق نصاب الشهادة شرعاً . كما لا يصح بشهادة النساء وحدهن . مهما كثر عددهن . لأن شهادة النساء بدون الرجال لا تقبل ولا تجوز . إلا في مسائل معينة مستثناة خاصة بشئون النساء التي لا يطلع عليها الرجال عادة . وليس منها عقد الزواج . ولأن الغرض من الشهادة على الزواج . وهو إعلانه ، لا يتحقق بشهادة النساء وحدهن . إذ الشأن في المرأة المسلمة أنها تلازم البيت ، ولا تغشى مجالس الرجال ، والمجتمعات العامة عادة .

ثالثاً - : أن يسمع الشاهدان معاً كلام العاقدين مع فهمهما المراد منه ، ولو فهمها إجمالاً . فلا يصح الزواج بحضور شاهدين لم يسمعا كلام العاقدين . بأن سمعا كلام أحد العاقدين دون كلام العاقد الآخر . أو سمع أحدهما الإيجاب ، وسمع الآخر القبول ، أو سمعا كلام أحد العاقدين ، وسمع شاهدان آخران كلام العاقد الآخر . إذ لم يتحقق في كل هذه الصور شرط الشهادة . وهو سماع الشاهدين معاً مجموع الإيجاب والقبول في العقد . فلو كان أحد الشاهدين أصم ، أو نائماً ، أو سكران ، لا يعي ما يسمع ، ولا يتذكر بعد إفاقة ما سمع لم يصح الزواج . لعدم تحقق الغاية من الشهادة ، ولفقد شرطها . وهو سماع الشاهدين معاً كلام العاقدين مع الفهم إجمالاً .

ولا يشترط في الشاهدين أن يكونا مبصرين . كما لا يشترط فيهما العدالة (١)

(١) العدالة شرعاً : الاستقامة على اجتناب الكبائر وما يخل بالروعة ، وعدم الاصرار على الصغائر . وذهب «الشافعية والحنابلة» إلى اشتراط العدالة في الشاهدين . فلو كان أحد الشاهدين على الزواج فاسقاً . لم يصح العقد عندهم . ويكفي في عدالة الشاهد : أن يكون مستور الحال غير معروف بالفسق . واستدلوا على اشتراط العدالة في الشاهدين بدليل ثقل . وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل . وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل » وبدليل عقل . وهو أن الشهادة على الزواج من باب الكرامة . لأنها شرطت إظهاراً لخطره وعظم شأنه . والفاسق أهل للاهانة . فقبول شهادته لا يلائم ما لهذا العقد من الشأن والتعظيم . وأيضا فآيات الزوجية عند انكارها بشهادة الشهود لا يتحقق . إلا إذا كان الشاهد

أو إنتفاء النهمة عنهما . فيصح عقد الزواج بحضور شاهدين أعميين ، أو فاسقين ، وبحضور ابني الزوجين ، أو ابني أحدهما . لتحقق الغرض المقصود من الشهادة على العقد بشهادة هؤلاء على العقد . وهو إعلان بين الناس . وإن كانت لا تقبل شهادتهم أمام القضاء لاثبات الزوجية عند انكارها . لأنهم ليسوا أهلاً لأداء الشهادة . لوجود الشبهة في شهادة الأعميين . حيث انهما لا يتمكنان من تمييز الخصوم بالمعينة والمشاهدة . وإنما يميزان بالنغمة والصوت . والنغمت والأصوات متشابهة . فأورثت شهادتهما أمام القضاء شبهة تمنع من قبولها وسماعها . ولانتفاء العدالة في الفاسقين ، ولوجود النهمة في ابني الزوجين ، أو في ابني أحدهما . إذا شهدا في صالح أبيهما ، أو أمهما .

رابعاً - : أن يكونا مسلمين . إذا كان كل من الزوجين مسلماً ، وهذا باتفاق العلماء . لما تقرر أن الشهادة من باب الولاية . ولا ولاية لغير المسلم على المسلم . ويصح عند الشيخين «أبي حنيفة» و«أبي يوسف» أن يتزوج المسلم امرأة = عدلاً مقبول الشهادة أمام القضاء . والفاسق لا تقبل شهادته أمام القضاء . لكونه غير أهل لأداء الشهادة بالاتفاق .

ورد «الحنفية» هذه الأدلة بما يلي :

أولاً - ادعى «الحنفية» أن الحديث المذكور ضعيف . فلا يصلح أن يكون دليلاً ، وعلى تسليم أنه حديث صحيح يحمل على أن معناه : الارشاد إلى ما هو الأفضل والأولى في الشاهد على عقد الزواج . فلا يدل على أن العدالة شرط في شاهد عقد الزواج . ولا يخفى ما في هذا الكلام من تكلف ومخالفة لما يدل عليه آخر الحديث . وادعاء أن الحديث ضعيف مردود بما قال عنه ابن حبان - وهو من أئمة الحديث - : إنه لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا .

ثانياً - لا تنافي بين ما لهذا العقد من الشأن ، وبين فسق الشاهد . لأن كثيراً من الناس يعظمون الفاسق ويحترمون . إذا كان ذا مال ، أو منصب ، أو جاه . فشهادته على العقد تلائم ماله من الشأن والتكريم .

ثالثاً - الغرض من الشهادة على عقد الزواج : إنما هو إعلانه واطهاره بين الناس لإثباته . والإعلان يحصل بالفاسق . كما يحصل بالعدل . فتقبل شهادته . لتحقق الغرض بشهادته . وإثبات الزوجية إنما يحتاج إليه عند انكارها أمام القضاء .

كتابية . بشهادة كتابيين ، ولو كانا مخالفين لها في الدين . لأنهما يعتبران الشهادة في هذه الحالة شهادة على المرأة . وهي كتابية . وشهادة الكتابي على مثله مقبولة . وأيضاً فإن الكتابي إذا كان ولياً على المرأة الكتابية يصح له أن يتولى عقد زواجها بولايته عليها . فيصح أن يكون شاهداً في عقد زواجها بطريق الأولى . لأن الإيجاب والقبول ركن في الزواج ، والشهادة شرط لصحته . فإذا جاز أن يقوم بركنه الذي هو أقوى من الشرط . فن باب أولى أن يجوز قيامه بشرطه . وهو الشهادة . والأصل : أن كل من صلح أن يكون ولياً في العقد بولاية نفسه صح أن يكون شاهداً فيه (١) . ولا تصح شهادة الكتابيين في زواج المسلم بالكتابية عند «محمد وزفر والشافعي» . لأن الشهادة على العقد الذي وجد بين الزوج المسلم ، وزوجته الكتابية معاً . فلو جازت هذه الشهادة لكانت شهادة على المسلم وغيره . ولا يجوز شهادة غير المسلم على المسلم . لما تقرر أن الشهادة من باب الولاية ، وأنه لا ولاية لغير المسلم عن المسلم . قال تعالى : « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين » (٢) وقال تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » (٣) .

وفي بعض صور الزواج يبدو من أول الأمر : أن عقد الزواج صحيح بحضور شاهد واحد ، ولكن عند التأمل يتبين وجود شاهدين على العقد .

فمن هذه الصور : ما إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة باذنها ورضاها . سواء أكانت بكرأ ، أم ثيباً بحضور شاهد واحد (رجل واحد أو امرأتين) وكانت البنت حاضرة مجلس العقد . فالعقد صحيح . لوجود شاهدين . لأن

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٧ (طبعة الحلبي) .

(٢) الآية ٢٨ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ٧٣ من سورة الانفال .

الأب يعتبر شاهداً مع الشاهد الآخر . فوجد نصاب الشهادة ، وتعتبر البنت مباشرة لعقد زواجها . لأن الأصيل في العقد . متى كان حاضراً اعتبر هو المباشر له . وإذا كانت غائبة عن مجلس العقد ، وتولى أبوها تزويجها بحضور شاهد واحد لم يقع العقد صحيحاً . لعدم وجود شاهدين على العقد . إذ لا يمكن اعتبار البنت مباشرة للعقد بنفسها مع غيابها عن المجلس . كما لا يمكن اعتبار الأب شاهداً . فلا يوجد إلا شاهد واحد ، وبه لا يصح العقد . لعدم تحقق نصاب الشهادة . ولو زوج الأب ابنته فاقدة الأهلية بحضور شاهد واحد لم يصح الزواج . سواء كانت البنت حاضرة مجلس العقد ، أو غائبة عنه . لأنها ليست أهلاً لمباشرة العقد . فلا يمكن اعتبارها مباشرة للعقد . وبالتالي فلا يعتبر الأب شاهداً . فلم يتحقق نصاب الشهادة على الزواج .

ومنها: ما إذا تولى الوكيل في الزواج تزويج موكله أو موكلته بحضور شاهد واحد . فإن كان الأصيل حاضراً مجلس العقد وقع العقد صحيحاً . باعتباره مباشراً للعقد ، واعتبار الوكيل شاهداً مع الشاهد الآخر . وإن كان الأصيل غائباً عن المجلس لم يكن العقد صحيحاً . إذ لم يحضره إلا شاهد واحد . حيث لا يمكن جعله مباشراً للعقد مع غيابه عن المجلس . كما لا يمكن جعل الوكيل شاهداً . فلم يتحقق العدد في الشهادة . وهو رجلان ، أو رجل وامرأتان .

ولا يشترط عند «الحنفية» لصحة عقد الزواج : أن يتولاه ولى الزوجة . لأن المرأة البالغة العاقلة بكرراً كانت أو ثيباً يجوز لها شرعاً عند «الحنفية» : أن تباشر بنفسها عقد زواجها . كما يجوز لها أن تباشر أى عقد من العقود ، أو أى تصرف من التصرفات . واشترط «جمهور الفقهاء» لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولى الزوجة ولو كانت كاملة الأهلية . لأنهم يرون أن الزواج لا يصح شرعاً بعبارة النساء . وسيأتى تفصيل هذه المسألة في مبحث الولاية في الزواج .

ويبقى أن يحتاط في أمر الزواج . لتعلقه بالأعراض والأنساب ، وبالخل والحرمة . فيراعى أن يكون عقد الزواج بحضور شاهدين عدلين من الرجال . وأن يتولى ولى الزوجة مباشرة العقد . حتى يقع الزواج صحيحاً عند من يشترط من الفقهاء : أن يكون الشاهدان عدلين من الرجال . كالإمام «الشافعى» ، وعند من يشترط - وهم «الجمهور» - أن يتولى ولى الزوجة مباشرة عقد زواجها .

الشرط الثالث لصحة عقد الزواج : أن تكون الصيغة التى استعملت فى انشاء العقد غير دالة على توقيته بمدة معينة ، أو غير معينة ، طالبت المدة أو قصرت . فان دلت على ذلك كان العقد باطلاً عند «جمهور» الفقهاء . مثل ما إذا قال رجل لامرأة خالية من الموانع بحضور شاهدين : « تزوجتك شهراً أو سنة » . أو قال لها وهو غريب عن البلد : « تزوجتك مدة اقامتى بهذا البلد » . وقبلت منه ذلك . لأن الصيغة غير صالحة لانشاء عقد الزواج الذى يعقد على التأبيد والدوام . حيث وقع التوقيت جزءاً من الصيغة .

ويضاف إلى ما تقدم أن ما يقصد بالزواج من التناسل ، واستمرار المعاشرة الزوجية بين الزوجين ، وإقامة الأسرة ، والقيام بتربية الأولاد ، لا يتحقق إذا كان العقد مؤقتاً . لأن ما يقصد به - بدلالة توقيته - : الاستمتاع الوقى ، وقضاء الشهوة مدة من الزمن .

« وفى فتح القدير » للكمال بن الهمام : « وفى رواية «الحسن بن زياد» عن «أبي حنيفة» : أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان فيها عادة صح العقد . لكونه تأبيداً معنى : قلنا : ليس هذا تأبيداً معنى . بل توقيت بمدة طويلة . والمبطل هو التوقيت » (١) .

وخالف « زفر » جمهور الفقهاء ، وانفرد بالقول بأن الزواج المؤقت صحيح على التأييد . اكونه عقد زواج اقترن بشرط فاسد . والزواج لا تفسده الشروط الفاسدة . فيصح العقد مؤبداً ، ويبطل الشرط . كما هو الشأن في كل عقد زواج مقترن بشرط غير صحيح .

ورجح « الكمال بن الهمام » رأى « زفر » (١) ، وعد « ابن عابدين » مسألة الزواج المؤقت من المسائل التي ينفي فيها بقول « زفر » (٢) .

ولا يعد من صور الزواج المؤقت : ما إذا اقترنت صيغته باسقاط الزوج أن يطلقها بعد مدة . كما إذا قال لها : « تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر » . وقبلت . لأن الزواج عقد مؤبداً ، واشترط فيه قطعه وانهاؤه بالطلاق . ألا ترى أن الزوج إذا لم يطلقها بعد ، كان الزواج باقياً . والشرط فاسد . فيبطل . ويجوز العقد مؤبداً (٣) . فاشترط الطلاق بعد مدة التقاطع للزواج دليل على أنهما عقدا العقد مؤبداً . وأما إذا اقترنت صيغة الزواج باسقاط الزوج أن يطلقها . فهو شرط صحيح . إذ له شرعاً أن يطلقها . فالشرط الفاسد هو أن يشترط الطلاق بعد مدة لا أن يشترط الطلاق المطلق .

زواج المتعة

ومما له صلة وثيقة بالزواج المؤقت : زواج المتعة . وقد عرفت المادة (١٤) من كتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » زواج المتعة ، وبينت حكمه . ونصها : « نكاح المتعة . هو أن يعقد الرجل عقداً على المرأة

(١) راجع الفتح على الهداية ج ٣ ص ١٥٢ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٢ ص ٧٢٥ (طبعة الحلبي) .

(٣) راجع كتاب « أحكام القرآن » للجصاص ج ٢ ص ١٥٤ وما بعدهما

وكتاب « المبسوط » .

بلفظ المتعة . وهو باطل لا ينعقد أصلاً وإن حضره الشهود ، ولا يتوارث به الزوجان « ١ هـ .

وصورة زواج المتعة : أن يقول رجل لامرأة خالية من الموانع الشرعية : « أتمتع بك أياماً أو مدة شهر » ، أو يقول لها : « استمتع بك مدة اقامتي في هذا البلد - وهو غريب عن البلد - في مقابل مبلغ معين من المال » . فتقول المرأة : « قبلت » . حتى إذا انتهت المدة المعينة ، أو انصرف عنها عند عدم تعيين المدة . فلا عقد بينهما . ويؤخذ مما ذكر : أن زواج المتعة قد تكون مدته محددة معينة ، وقد تكون مدته غير محددة وغير معينة . فاذا حصل هذا بين رجل وامرأة فالعقد باطل غير منعقد أصلاً ، وإن حضره شهود . ولا يترتب عليه أى حكم من أحكام الزوجية ، ولا أى أثر من آثارها . لأن المقصود من زواج المتعة : قضاء الشهوة ، والتمتع الوقتي . وهذا ينافى ما يقصد بالزواج الشرعي من الاستقرار ، ودوام العشرة ، وتكوين الأسرة ، وتربية الأولاد . وحكم من يستمتع بامرأة ويعاشرها بناء على عقد زواج المتعة بينهما . كحكم من يزني بامرأة ويدفع لها أجراً على ذلك . وسئل « عبد الله بن عمر » رضى الله عنهما عن المتعة . فقال : « ذلك السفاح » . ولا خلاف بين الأئمة وعلماء الأمصار في بطلان زواج المتعة ، وعدم انعقاده أصلاً . وقد انفردت الشيعة الإمامية من بين سائر فرق المسلمين بالقول بجواز زواج المتعة ، وبقاء مشروعيتها إلى الآن . ومذهب « الشيعة الإمامية » هو المذهب السائد المعمول به في إيران . واستدل « الشيعة » على مذهبهم في زواج المتعة . بقول الله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن » وبأن المتعة قد شرعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأباحها وعمل بها الصحابة في حياته . ويقولون : إن حكمها لا يزال قائماً غير منسوخ لأن (١) .

(١) راجع كتاب « أصل الشيعة وأصولها » لمؤلفه العلامة الكبير الحجة في مذهب الشيعة الإمامية المرحوم محمد الحسين آل كاشف الغطاء .

وما استدلل به « الشيعة الإمامية » مردود بأنه لا خلاف بأن المتعة كان النبي صلى الله عليه وسلم أباحها في بعض الغزوات . لضرورة قاهرة طارئة من ضرورات الحرب . ثم نهى عنها النبي عليه الصلاة والسلام ، وأخبر أن الله حرمها إلى يوم القيامة . بقوله صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة . وهو يخطب الناس : « يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة . فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيلها » وقد تأكد هذا التحريم . بما روى في حجة الوداع : أنه نهى عن نكاح المتعة .

وأما الآية التي استدلل بها « الشيعة الإمامية » على مذهبهم من جواز المتعة وبقاء حكمها للآن غير منسوخ . فلا تدل على ذلك . لأنها لم ترد في المتعة التي يقولون بها ، وإنما وردت في الزواج الشرعي ، بدليل ما قبل هذه الآية ، وما بعدها في سورة النساء . حيث إن الكلام في الزواج الشرعي المعروف المعهود . قال تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » ولا يدل التعبير في الآية بالاستمتاع في قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن » على أن المراد به : المتعة التي يقول بها الشيعة الإمامية . كما لا يدل التعبير في الآية بالأجور على ذلك . لأن معنى قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن » : الاستمتاع منهن بالزواج الشرعي ، ومعنى الأجور في قوله تعالى « فآتوهن أجورهن » : المهور . فقد ورد في القرآن التعبير عن المهور بالأجور في جملة مواضع . من ذلك عقب هذه الآية في سورة النساء . قول الله تعالى : « فأنكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف ومحصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان » . وقوله تعالى في سورة المائدة : « إذا آتيتموهن أجورهن » أي أحل لكم المحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب إذا آتيتموهن مهورهن . قال تعالى : « أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن

محصنين غير مسافحين» وإنما سمي المهر أجراً. لأنه بدل عن المنافع ، وليس
ببدل عن الأعيان . كما سمي بدل منافع الدار والدابة أجراً .

وقد صح رجوع «ابن عباس» عن قوله باباحة المتعة . عند وجود ضرورة
مثل الضرورة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم أباح المتعة بسببها . فيكون
الاجماع منعقداً على بطلان نكاح المتعة باستثناء « الشيعة الامامية » .

الفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت

يذكر فقهاء «الحنفية» فروقاً ثلاثة بينهما . وهي :

١ - الزواج المؤقت يكون بلفظ الزواج أو النكاح ومشتقاتهما . بخلاف
زواج المتعة . فيكون بلفظ مشتق من مادة « المتعة » مثل أتمتع واستمتع .

٢ ، ٣ - اشتراط الشهادة ، واشتراط تعيين المدة في الزواج المؤقت
وعدم اشتراط ما ذكر في زواج المتعة .

والذي حققه «الكمال بن الهمام» : أن الزواج المؤقت يندرج في زواج المتعة .
لأن زواج المتعة معناه : أن يوجد الرجل على المرأة عقداً لا يراد به مقاصد
عقد الزواج الشرعي . من القرار ، وتربية الأولاد ، والتعاون بين الزوجين على المعيشة
الزوجية . بل المقصود من زواج المتعة : قضاء الشهوة ، والاستمتاع الوقي .
فزواج المتعة عقد مؤقت ينتهي بانتهاء وقته . سواء كان الوقت معيناً . كشهري
أو غير معين . كما إذا قال لها : إن العقد باق ما دمت معك . فاذا انصرف
عنهما فلا عقد بينهما . فيندرج في زواج المتعة الزواج المؤقت ، وإن عقد بلفظ

الزواج أو النكاح . كما يندرج فيه ما كان بلفظ المتعة بحضور الشهود أو بغير حضورهم (١) . وهذا التحقيق الذي قال به «الكامل بن المهام» . هو الصحيح . لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني . ولذا نص الفقهاء على أن الشخص إذا قال لآخر : «جعلتك وكيلا بعد موتي» . انعقد وكالة . وقد سبقه إلى هذا التحقيق «الإمام أبو بكر الرازي» المشهور بالخصاص مؤلف كتاب «أحكام القرآن» المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية (٢) .

شروط نفاذ عقد الزواج

والمراد بشروط نفاذ عقد الزواج : ما يتوقف عليه ترتب آثاره عليه بالفعل بعد انعقاده صحيحاً . لتوافر شروط انعقاده وصحته . ويشترط لنفاذ عقد الزواج . إذا كان الزوجان قد باشرا عقد زواجهما بأنفسهما : أن يكون كل منهما ذا أهلية كاملة . بالبلوغ ، والعقل ، والحرية . ومتى كان كل منهما ذا أهلية كاملة كان العقد نافذاً بدون توقف على إجازة أحد . لأن بكمال الأهلية تثبت ولاية تامة على شئون نفسه ، وتكون له سلطة شرعية في مباشرة عقود وتصرفاته على اختلاف أنواعها . فكل عقد أو تصرف يصدره بنفسه يكون نافذاً .

وإذا كان أحد الزوجين ، أو كلاهما فاقد الأهلية . بأن كان مجنوناً أو معتوهاً أو صبيهاً . غير مميزين ، وتولى بنفسه عقد زواجه . فالعقد باطل غير منعقد أصلاً ، ولو أجازته من له حق إجازته . لأن الإجازة لا تجعل العقد الباطل صحيحاً ، وإنما تجعل العقد الموقوف نافذاً .

(١) راجع فتح القدير على الهداية ج ٣ ص ١٤٩ وما بعدها .

(٢) راجع الكتاب المذكور ٢ ص ١٥٣ وما بعدها .

وإذا كان أحد الزوجين ، أو كلاهما ناقص الأهلية ، بأن كان معتمداً مميّزاً أو صبيهاً مميّزاً . وتولى عقد زواجه بنفسه . فالعقد صحيح . إلا أنه موقوف نفاذه على إجازة من له الحق في إجازته . فان إجازته نفذ ، وإن لم يجزه اعتبر باطلاً من أول الأمر . لأن عقد الزواج من التصرفات المترددة بين النفع والضرر . فاذا تولاه ناقص الأهلية انعقد صحيحاً . لوجوب التمييز : أصل الأهلية ، وتوقف نفاذه على إجازة من له ولاية تزويجه . ليتدارك بأجازته نقصان أهليته .

وسياتى في مبحث الولاية على الزواج بيان من يتولى تزويج فاقد الأهلية أو ناقصها .

وأما إذا تولى غير الزوجين عقد زواجهما . فإنه يشترط لنفاذه : أن يكون لكل من العاقدين سلطة شرعية في مباشرة عقد الزواج . بأن يكون ولياً ، أو وكيلًا في الزواج . فاذا كان كلا العاقدين أو أحدهما فضولياً . فالعقد صحيح . إن كان مستوفياً لشروط انعقاده وشروط صحته . ولكن نفاذه موقوف على إجازة صاحب الشأن في العقد . فان إجازته نفذ ، وإلا اعتبر باطلاً .

ويعتبر الوكيل في الزواج الذي خالف موكله فضولياً . كما إذا كان وكيلًا في أن يزوجه بامرأة معينة . فزوجه بغيرها . وكذا الولي البعيد مع وجود الولي الأقرب المستكمل لشروط الولاية على التزويج . كما إذا زوج الأخ أخته الصغيرة . مع وجود أبيها المستكمل لشروط الولاية . فان أجاز الموكل في الصورة الأولى ، والأب في الصورة الثانية . نفذ العقد . وإن رده كل منهما اعتبر العقد باطلاً غير منعقد من أول الأمر .

وبالمنتهى يشترط لنفاذ عقد الزواج : أن يكون لكل من العاقدين صفة شرعية في تولى عقد الزواج . وتثبت هذه الصفة للزوجين إذا كان

كل منهما كامل الأهلية ، وثبتت لغيرهما . إذا كان وكيلاً في الزواج عنهما ، أو عن أحدهما ، أو إذا كان ولياً عليهما ، أو على أحدهما .

ويعد المحجور عايه للسفه أو للغفلة : كامل الأهلية . بالنسبة لعقد الزواج . فإذا تولى عقد زواجه كان العقد صحيحاً نافذاً . بدون توقف على إجازة أحد متى كان مستوفياً لأركانه وشروطه الشرعية . لأن عقد الزواج تصرف شخصي . ولا أثر للمحجور في التصرفات الشخصية . لأنها ليست موضع حجر ، وإنما موضعه : التصرفات المالية . فإذا كان المحجور عليه للسفه . هو الزوج لا يثبت للزوجة أكثر من مهر مثلها ، ولو رضى الزوج بأكثر من مهر مثلها ، وإذا كانت الزوجة . هي المحجور عليها ثبت لها مهر مثلها ، ولو رضيت بالأقل .

شروط لزوم عقد الزواج

معنى لزوم عقد الزواج : دوامه واستمراره بدون أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه . ويشترط في عقد الزواج للزومه بعد انعقاده صحيحاً نافذاً شرط واحد . وهو ألا يثبت لأحد الزوجين ، أو لغيرهما حق فسخه . فإذا كان لأحد حق فسخه . فلا يكون لازماً . ولمعرفة متى يثبت حق فسخه ، ومتى لا يثبت يلزم التفصيل الآتي :

أولاً : إذا تولى الزوج الكامل الأهلية عقد زواجه بنفسه أو بوكيله . فالعقد لازم ، ما دام مستوفياً لأركانه ولشروطه ، وليس لأحد حق الفسخ ولا حق الاعتراض عليه . سواء تزوج بامرأة مكافئة له ، أو غير مكافئة له . وسواء كان المهر مساوياً لمهر المثل ، أو أقل ، أو أكثر .

ثانياً : إذا تولت الزوجة الكاملة الأهلية بكرراً كانت أو ثيباً عقد زواجها بنفسها أو بوكيلها . ولم يكن لها ولي عاصب . فالعقد لازم . سواء تزوجت

من كفاء، أو من غير كفاء لها. وسواء كان المهر مساوياً للمهر مثلها، أو أقل، أو أكثر. وإن كان لها ولي عاصب، وتزوجت من كفاء وبمهر المثل فالعقد لازم. ليس لأحد حق فسخه والاعتراض عليه، وإن تزوجت من غير كفاء بمهر المثل، أو من كفاء لها على مهر أقل من مهر مثلها، ولم يكن وليها العاصب قد رضى بذلك. فالعقد غير لازم بالنسبة لوليها. إذ له حق الاعتراض على الزواج، وطلب فسخه أمام القضاء. فإذا أثبت أن زوجها ليس كفاءً لها فيما تعتبر فيه الكفاءة في الزواج، أو أثبت أن مهرها ينقص عن مهر مثلها بما لا يتغابن فيه. حكم القاضي بفسخ العقد مراعاة لحق الولى العاصب في الكفاءة والمهر، على ما سيأتى بيان ذلك في موضعه. وإذا سكت الولى عن الاعتراض. حتى ظهر على الزوجة الحمل، أو ولدت بالفعل. سقط حقه في الاعتراض. لأجل المحافظة على الولد. وكذا إذا أكمل الزوج الكفاء مهرها إلى مهر المثل بعد العقد. لا يكون له حق الاعتراض (١).

ثالثاً : إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما فاقد الأهلية أو ناقصها، وتولى عقد زواجه من له الولاية على تزويجه. فإن كان الولى الذى باشر العقد بنفسه

(١) واعتبار الكفاءة شرط لزوم في الزواج. هو ظاهر المذهب. فإذا لم تتحقق كان للولى العاصب حق الاعتراض على العقد وطلب فسخه. لأن الكفاءة كما هي حق للمرأة حق لوليها. فبإسقاطها حقها لا يسقط حقه. وأما على رواية (الحسن بن زياد) عن (أبي حنيفة). وهى التى اختيرت للفتوى. فهى شرط لصحة الزواج. فلا يجوز العقد إذا لم تتحقق. وإنما اختيرت هذه الرواية للفتوى. لأن كل واقع لا يمكن رفعه، وليس كل ولى يحسن المرافعة والمخاصمة. ولا كل قاض يعدل. ولو أحسن الولى المناظرة وعدل القاضى فى حكمه. فقد يترك الولى التقاضى استنكافاً عن التردد على أبواب المحاكم، واستقلالاً للخصومات والمنازعات. فيتقرر الضرر إذا انعقد الزواج صحيحاً عند عدم الكفاءة فى الزواج. فكان اعتبارها شرط صحة رفعاً للضرر. وفى رواية أنها شرط نفاذ. فإذا لم يتحقق كان العقد موقوفاً على إجازة الولى. فإن أجازته نفذ. وإلا كان باطلاً (راجع الفتح على الهداية ج ٣ ص ١٥٧).

أو بوكيله. هو الابن، أو الأب، أو الخد. ولم يعرف أى واحد منهم بسوء الاختيار فالعقد لازم، ولا يثبت خيار الفسخ لفاقد الأهلية أو ناقصا. عند زوال سبب الولاية عليه من صغر، وجنون، وعته. وإن كان الولي غير هؤلاء المذكورين. لعدم وجودهم، أو لعدم أهليتهم، ووجدت الكفاءة بين الزوجين، وكان مهر الزوجة مهر المثل. فالعقد صحيح نافذ غير لازم. ولفاقد الأهلية أو ناقصها: حق فسخه بشروطه. عند زوال سبب الولاية عليه.

وسنذكر بالتفصيل فى الولاية على الزواج الأحكام المتعلقة بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها.

رابعاً : إذا صاحب العقد تحرير بالزوجة فيما يتعلق بكفاءة الزوج لها. كما إذا انتسب إلى غير نسبه، فتزوجته بناء على هذا الانتساب. ثم تبين حقيقة نسبه. فظهر أنه دونها نسباً. وأنه ليس كفتناً لها من جهة النسب. فالعقد غير لازم. فلها حق الفسخ. لدفع الضرر من نفسها. كما أن لأولياؤها ذلك. لأنهم يتعبرون بأن ينتسب إليهم بالمصاهرة. من لا يساويهم نسباً. وإن كان كفتناً لها بعد أن تبين نسبه الحقيقي، فلها حق الفسخ. لأنه غيرها. فلم يكن الرضا من جانبها على أساس صحيح. لأن الاستفراش نوع ذل فى جانبها. كما يشير إلى هذا قول الرسول عليه الصلاه والسلام: «النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته». فقد ترضى بمن هو أفضل منها نسباً، ولا ترضى بمن هو مثلها. فإذا ظهر بخلافه. فقد غيرها، وتبين عدم رضاها بالعقد. فيثبت لها خيار الفسخ. ولا يثبت لأولياؤها ذلك. إذ لم يلحقهم ضرر بانتسابه إليهم بالمصاهرة فى هذه الحالة. لأنه يساويهم نسباً (١).

ويتلخص مما سبق: أن عقد الزواج يكون لازماً متى تحقق الرضا الكامل من الطرفين بالزواج. ولم يلحق ضرر بأولياء الزوجة بتزوجها من ليس

(١) راجع «المبسوط» فى «باب الأكفاء» ج ٥ وراجع الفتح ج ٣ ص ١٨٨.

كفنا لها، أو بمهر أقل من مهر مثلها. لأن الأصل في عقد الزواج. اللزوم والدوام.
لكونه عقداً يعقد للعمر .

ولا يقال : « للزوج أن يطلق زوجته في أى وقت . ولا يتفق هذا مع
القول بلزوم الزواج بالمعنى السابق » . لأن الطلاق ليس فسخاً . بل هو انتهاء
للعقد .

الشروط القانونية

لعقد الزواج رسمياً ولسماع دعوى الزوجية

إذا كان عقد الزواج مستكملاً لأركانها ، ومستوفياً لشروطه الشرعية التي سبق شرحها . فإنه يكون شرعاً . بل وقانوناً . صحيحاً نافذاً لازماً . سواء كان الزوجان بالغين ، أو صغيرين ، أو كان أحدهما بالغاً ، والآخر صغيراً لم يبلغ الحلم . وسواء كتب عقد الزواج في ورقة رسمية ، أو غير رسمية ، أو لم يكتب في ورقة أصلاً . حيث لم تشترط الشريعة الإسلامية ، ولا القانون . في صحة عقد الزواج : بلوغ الزوجين ، أو كتابة عقد الزواج في ورقة رسمية ، أو غير رسمية .

ولما كان الناس أقدموا بكثرة على تزويج أولادهم : قبل أن يبلغوا حد النسيء والاستعداد . لتحمل أعباء المعيشة الزوجية ، ولحسن القيام بمسئولياتها وواجباتها . وقد لا يوجد بالنسبة لهؤلاء الأولاد من الضروريات الطبيعية . ما يدعو إلى التعجيل والمبادرة إلى تزويجهم في سن مبكرة . (ولما كان عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى . من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقاءها ، والعناية بالنسل أو إهماله . وقد تطورت الحال . بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً كبيراً لحسن القيام بها ، ولا تستأهل الزوجية أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالى (١) . فقد وضع

(١) ما بين القوسين عبارة المذكرة الايضاحية بشأن الفقرة الخاصة التي حددت أقصى سن الزواج القانونية . ويلاحظ أن سن الرشد المالى وقت صدور القانون الذى حدد أقصى السن القانونية (سنة ١٩٣١) كانت ١٨ سنة ورفعت سن الرشد إلى ٢١ سنة بمقتضى المادة الأولى من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ . ونصها : « القاصر هو الذى لم يبلغ سن الرشد . وهى احدى وعشرون سنة » . ونصت المادة ١١٧ من القانون المذكور على أنه تحسب جميع المدد المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم اليلادى .

المشروع بعض القيود القانونية . لعقد الزواج رسمياً . كما وضع بعض القيود القانونية . لسماع دعوى الزوجية . وذلك . لحفظ حقوق الزوجين ، ولصيانة مصالحهما في زمن كثير فيه ادعاء الزوجية زوراً وبهتاناً . لجر مغنم ، أو لرغبة النكاحية أو التشهير .

واستكمالاً للمسائل المتعلقة بشروط الزواج ، وتبياناً لما عليه العمل الآن في المحاكم . سنذكر الشروط القانونية . لاجراء عقد الزواج رسمياً ، ولسماع دعوى الزوجية .

ما يشترط قانوناً لعقد الزواج رسمياً

واشترط القانون لمباشرة عقد الزواج رسمياً لدى الموظف المختص : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، وألا تقل سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة **وقت العقر** . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون « رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » المعمول بها أمام المحاكم على الآتى : « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ، ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون . ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة ، وسن الزوج ثمانى عشرة سنة **وقت العقر** » وبناء على هذا النص لا يجوز للموظف الرسمى المختص بمباشرة عقود الزواج . كالقاضى ، والمأذون . فى داخل القطر ، وكالقنصل . فى خارجه : أن يقوم بتحرير عقد زواج رسمى بين اثنين . إذا كانت سنهما ، أو سن أحدهما أقل من السن المحددة للزواج قانوناً وقت عقد الزواج (١) . كما لا يجوز له أن يصادق على عقد زواج بين زوجين

= والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من القانون المدنى تقول : « وسن الرشد . هى احدى وعشرون سنة سيلادية كاملة » .

(١) نصت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ على الآتى : يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين ، أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى =

مسند إلى ما قبل صدور القانون المذكور . إلا إذا كان الزوجان قد بلغا وقت العقد بينهما . السن القانونية المحددة للزواج .

ومعنى المصادقة على عقد الزواج : أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص . بأنهما قد عقدا زواجهما في تاريخ سابق ، ويطلبان الآن تسجيله في وثيقة رسمية .

وعلت المذكورة الايضاحية التفرقة بين الزوجين في الحد الأدنى لسن الزواج القانونية بقولها : « لما كانت بنية الأثني تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي . وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية . يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي . كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة ، وللفتاة ١٦ سنة » .

الشروط القانونية لسماع دعوى الزوجية

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمرين :

الأمر الأول : ألا تقل سن الزوجين ، أو سن أحدهما وقت رفع

الدعوى عن السن القانونية . سواء أكان النزاع في الزوجية نفسها ، أم فيما يترتب عليها . من الأحكام والآثار . كالنفقة ، والطاعة ، والمهر . وسواء أنكر المدعى عليه الزوجية ، أو اعترف بها . وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من لأئحة المحاكم الشرعية . حيث تقول : « لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة . إلا بأمرنا » ا هـ .

= أمام السلطة المختصة بقصد اثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقولاً يعلم أنها غير صحيحة ، أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك . حتى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط الزواج . إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة قانوناً .

وعملاً بهذا النص تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم سماع دعوى الزوجية .
إذا كانت سن الزوجين ، أو سن أحدهما وقت رفع الدعوى أقل من السن
المحددة قانوناً للزواج .

وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الجدول العمومي
طبقاً للمادة ٥٩ من لأئحة المحاكم الشرعية (١) .

والمنع من سماع دعوى الزوجية في الفقرة السالف ذكرها : مطلق . يشمل
ما إذا كان النزاع في ذات الزوجية ، أو فيما يترتب عليها من الأحكام والآثار .
مثل النفقة ، والطاعة ، والمهر .

وبناءً في المذكرة التفسيرية بخصوص الفقرة المذكورة ما نصه :
« كانت دعوى الزوجية لا تسمع . إذا كانت سن الزوجين ، أو سن أحدهما
وقت العقد أقل من ١٦ سنة للزوجة و ١٨ سنة للزوج . سواء أكانت سنهما
كذلك وقت الدعوى ، أم تجاوزت هذا الحد (٢) . فرئى تيسيراً على الناس ،
وصيانة للحقوق ، واحتراماً لآثار الزوجية : أن يقصر المنع على حالة واحدة .
وهي : ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .
فيجوز للمحاكم بعد القانون « رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » أن تسمع دعوى الزوجية
إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج . وإن
لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت عقد زواجهما .

ويلاحظ : أن القانون ، وإن كان يسر على الناس بتجويزه سماع دعوى
الزوجية . إذا كانت سن الزوجين قد بلغت السن القانونية للزواج وقت رفع
الدعوى . فإنه ضيق عليهم من جهة أخرى ، بمنعه المحاكم من سماع دعوى
الزوجية عند انكارها . إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة زواج رسمية في

(١) ونصها : « تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الجدول
العمومي مع عدم الاخلال بالحقوق التي تترتب على اعلائها » هـ .

(٢) بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ .

الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، وبمنعه الموظف المختص بتحرير عقود الزواج. من مباشرة عقد الزواج ، أو المصادقة عليه . إذا كانت سن الزوجين ، أو سن أحدهما وقت العقد أقل من السن المحددة قانوناً للزواج.

المسوغ الثاني: وجود مسوغ كتابي لسماع دعوى الزوجية . وذلك عند انكارها . وأما عند الإقرار والإعتراف بها . فلا يشترط لسماعها وجود المسوغ الكتابي . إذ المقر يعامل باقراره في الزواج وغيره .

وقد جعل القانون المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزوجية عند انكارها ثلاثة أنواع :

(١) أوراق خالية من شبهة التزوير .

(٢) أوراق رسمية ، أو مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها امضاؤه كذلك .

(٣) وثيقة زواج رسمية .

وقد راعى القانون في هذا التنوع : أن يكون المسوغ الكتابي ملائماً للتدرج التشريعي ، ومنتظماً مع ما أدخل على لأئحة المحاكم الشرعية . من تعديلات في أزمنة مختلفة . من سنة ١٨٨٠ إلى سنة ١٩٣١ . إذ كان كل تعديل يتضمن قيوداً جديدة تسير مقتضيات الأحوال الاجتماعية ، وتلائم الحوادث الواقعة .

وتفصيل المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزوجية عند انكارها على ما نصت عليه فقرات المادة ٩٩ من لأئحة المحاكم الشرعية . هو الآتي :

١ - : لا تسمع دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين . عند انكارها في الحوادث الواقعة من سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩١١ . سواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، أو من غيره . إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية

من شبهة تزويرالر. تدل على صحتها (الفقرة الأولى من المادة المذكورة) . ولا يلزم أن يكون هذه الأوراق صادرة من المتوفى. ولم يحدد القانون ماهية هذه الأوراق. فأمر تقديرها متروك للمحكمة .

وأما في دعاوى الزوجية في الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فلا يشترط وجود المسوغ الكتابي. لسماحها عند انكارها . بل تسمع دعوى الزوجية في هذه الحالة بشهادة الشهود . إذا تحقق أمران :

أمرهما: أن تكون دعوى الزوجية مقامة من أحد الزوجين . فإذا رفع دعوى الزوجية وارث لمن توفي منهما . فلا تسمع منه هذه الدعوى بشهادة الشهود .

وتأثيرهما: أن تكون الزوجية المدعاة معروفة بالشهرة العامة. وذلك بأن يشتهر أمر زواجهما لدى جمع كبير من الناس ، ويعرف عنهما أنهما يتعاشران معاشرة الزوجية . بظهورهما أمام الخاص والعام بمظهر يدل على معاشرة : أساسها الرابطة الزوجية .

ب - : لا تسمع دعوى الزوجية. عند انكارها. بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ لغاية آخر يوليو ١٩٣١ . إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بأوراق رسمية ، أو مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها إمضاءه كذلك . سواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، أو من غيره (فقرة ٣ من المادة المذكورة) .

ج - : لا تسمع عند الانكار . دعوى الزوجية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ . إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية . سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين ، أو بعد وفاتهما ، أو بعد وفاة أحدهما ، وسواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، أو من غيره (فقرة ٤ من المادة ٩٩) .

وبقوة الزوج : كما عرفتها المذكورة الايضاحية . هي : التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقاً للمادة ١٣٢ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . كالقاضي ، والمأذون في داخل القطر . وكالتنصل في خارجه (١) .

وبموظف : أن القانون اشترط المسوغ الكتابي . لسماح دعوى الزوجية عند انكارها . في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٤١ . سواء أكانت الدعوى في حياة الزوجين ، أم بعد وفاتهما ، أم بعد وفاة أحدهما . ولم يشترط المسوغ الكتابي عند انكارها في الحوادث السابقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ . إلا بعد وفاة أحد الزوجين . وأما عند حياتهما . فلا يشترط المسوغ الكتابي لسماحها . بل تكون دعوى الزوجية في حال حياتهما خاضعة لطرق الاثبات المقررة بصفة عامة .

ومما يحسن الإشارة إليه هنا أنه هذه الشروط القانونية لسماح دعوى الزواج ، وللمباشرة عقده رسمياً أمام الموظف المختص ، لا أثر لها في صحة عقد الزواج ، ونفاذه ، ولزومه . شرعاً . ولا قانوناً . لأن عقد الزواج متى كان مستكملاً لأركانه وشروطه الشرعية . فهو صحيح نافذ لازم ، ويترتب عليه آثاره وأحكامه . ولو لم يبلغ الزوجان ، أو أحدهما . الحد الأدنى لسن الزواج قانوناً ، وإن لم توجد أية ورقة رسمية ، أو غير رسمية بعقد الزواج . لأن صحة عقود الزواج لا تتوقف شرعاً . ولا قانوناً على بلوغ الزوجين السن القانونية للزواج ، ولا على كتابتها في ورقة رسمية ، أو غير رسمية .

(١) ونص المادة المذكورة : « الأوراق الرسمية . هي كل ورقة تصدر من موظف في إحدى المصالح العمومية مختص بمقتضى وظيفته باصدارها . ويدخل في ذلك وثائق الزواج ، والطلاق . والأوراق غير الرسمية . هي ما عدا ذلك » ا هـ

وإفائته لم ينم عن لحواز الزواج بين صغار السن ، ولا لعدم جوازه . كما أنه لم يشترط في صحة عقد الزواج : أن يكون بوثيقة زواج رسمية - وما كان له أن يتعرض لشيء من ذلك - . بل ترك الناس أحراراً في زيجاتهم الشرعية . ما دامت في الحدود التي حددها الدين ، ومتى كانت على الأوضاع التي وضعها الشرع . وغاية ما صنعه القانون : أنه منع الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج . من أن يباشروا عقد الزواج بين زوجين لم يبلغ أحدهما وقت العقد السن المحددة قانوناً للزواج ، ومنع القضاة من سماع دعوى الزوجية . ممن لم يبلغوا هذه السن وقت رفع الدعوى ، ولو كانت الزوجية معترفاً بها . كما منعهم من سماع دعوى الزوجية عند انكارها . إذا لم يوجد المسوغ الكتابي . لسماعها على التفصيل الذي سبق بيانه .

وقد اتبع المشرع في وضع القيود والشروط القانونية - كما جاء في المذكورة الايضاحية - : المبدأ العام المقرر في الشريعة الاسلامية . وهو : أن القضاء يتخصص . بالزمان ، والمكان ، والحوادث ، والأشخاص ، وأن لولى الأمر : أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى ، وأن يقيد سماعها بما يراه من القيود . تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس ، وصيانة للحقوق من العبث والضياع .

وقد قصد المشرع . من وضع هذه القيود والشروط القانونية : أن يحقق ثلاثة أغراض أساسية ذات أثر كبير في الحياة الاجتماعية للأمة :

أول : حفظ حقوق الزوجين ، وحماية مصالحهما الناشئة عن الزواج ، بصيانة عقد الزواج الذي هو أساس رابطة الأسرة . عن العبث والضياع بالحدود والانكار ، إذا ما عقد اثنان زواجهما بدون وثيقة رسمية . ثم أنكره أحدهما ، وعجز الآخر عن الاثبات . فلو كان عقد زواجهما بوثيقة رسمية لم يكن هناك مجال لانكاره .

الثاني : منع ذوى الأغراض السيئة. من أن يرفعوا دعاوى الزوجية أمام القضاء زوراً وبهتاناً . فقد أثبتت الحوادث الكثيرة السابقة على وضع هذه الشروط والقيود القانونية: أن بعض من لا خلاق لهم ، كانوا يرفعون قضايا زوجية أمام المحاكم لا أساس لها من الصحة ، للنكايه والكيد بالمدعى عليه ، أو التشهير به ، أو لغير ذلك من الأغراض السيئة . إعماداً على سهولة إثبات الزوجية بشهادة الشهود .

الثالث : رفع الأضرار الاجتماعية ، والصحية المترتبة على تزويج صغار السن ، إذ قلما يحسن صغار السن القيام بما يتطلبه تكوين الأسرة ، والمعيشة الزوجية ، وتربية الأولاد . حيث لا يوجد لديهم في الأعم الأغلب من الحالات : الاستعداد الكافي للقيام بالحقوق ، والواجبات الزوجية ، وتحمل أعبائها على الوجه المطلوب شرعاً . كما تنقصهم القدرة على العناية بالنسل ، والقيام بتربية الأولاد ، ورعايتهم على الوجه الأكمل .

أحكام الزواج

إذا أطلقت كلمة « حكم العقد » يراد بها عند الفقهاء . سواء أكان العقد زواجاً ، أم غيره : أحد معان ثلاثة :

الاول : الحكم الشرعى الذى يعترى العقد . من حيث طلب الشارع فعله أو تركه على سبيل الإلزام ، أو الترجيح ، أو من حيث التخيير بين فعله وتركه . أى التسوية بينهما على حد سواء بدون ترجيح أحدهما على الآخر . كالوجوب ، والحرمه ، والكراهه ، والاباحه . فيقال : حكم الزواج : الوجوب ، أو الحرمه ، أو الكراهه ، بحسب اختلاف أحوال من يريد التزوج ، وحكم الربا : الحرمه ، وحكم البيع : الاباحه .

ويسمى الحكم فى الاصطلاح . إذا أريد به هذا المعنى : « حكماً تكليفاً » نسبة إلى تكليف الشارع المكلف بفعل الشئ ، أو تركه على سبيل الحزم أو الترجيح ، أو التخيير . وإن شئت قلت فى التعبير عن الحكم بهذا المعنى : « الصفة الشرعية » . فان الفقهاء كثيراً ما يطلقون كلمة « الصفة الشرعية » على الحكم . إذا قصد به هذا المعنى .

الثانى : الوصف الشرعى الذى يوصف به العقد . من حيث اعتداد الشارع به ، وترتب آثاره عليه ، وعدم ذلك . بسبب استيفاء العقد لأركائه ، وشروطه الشرعية ، وعدم استيفائه .

والحكم بهذا المعنى . يسمى فى الاصطلاح : « حكماً وضعياً » نسبة إلى وضع الشارع أركان الشئ ، وشروطه ، وجعلها مفيدة للآثار المترتبة عليه . فيتناول الحكم بهذا المعنى : الصحة ، والنفاذ ، واللزوم ، والوقف - كون العقد موقوفاً - ، والفساد ، والبطلان . فيقال : حكم هذا الزواج : أنه صحيح نافذ لازم ، أو أنه صحيح نافذ غير لازم ، أو أنه موقوف ، أو أنه غير صحيح .

الثالث : الأثر المترتب على العقد شرعاً . وهذا المعنى . هو المراد من الحكم هنا . فيقال : «حكم الزواج : حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وحكم البيع : نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكية الثمن إلى البائع» .

وحكم عقد الزواج بالمعنى الأول . سبق شرحه عقب بيان حكمة مشروعية الزواج . وأما حكم الزواج بالمعنى الثاني . فهو إما صحيح ، أو غير صحيح . والصحيح . إما موقوف ، أو نافذ . والنافذ . إما لازم ، أو غير لازم . وغير الصحيح . إما فاسد ، أو باطل . وهذه الأنواع لعقد الزواج . منشؤها استيفاؤه أركانه ، وشروطه الشرعية ، وعدم استيفائه ذلك كلاً أو بعضاً .

وأما حكم الزواج بالمعنى الثالث . أى الأثر المترتب عليه - وهو المقصود هنا - فإنه يختلف باختلاف أنواعه . وهى : كونه صحيحاً نافذاً . أو صحيحاً موقوفاً ، أو فاسداً ، أو باطلاً . إذ لبعض هذه الأنواع آثار تخصه وترتب عليه بمجرد انشاء العقد ، ولا يترتب على بعضها الآخر أى أثر من آثار الزواج . إلا إذا وجد دخول المرأة المعقود عليها . كما سيعلم ذلك من بيان كل نوع ، وحكمه . بالتفصيل الآتى :

حكم الزواج الصحيح النافذ

الزواج الصحيح النافذ ، هو الذى استوفى أركانه ، وجميع شروط انعقاده ، وصحته ، ونفاذه . وترتب عليه جملة آثار . سواء أكان لازماً ، أم غير لازم . وعدم لزوم العقد لا يستدعى أن لا يترتب عليه آثاره . لأن غاية ما يفيد عدم لزومه بجواز فسخه لمن له حق الفسخ . وهذا لا يمنع من أن يترتب عليه آثاره قبل فسخه . لكونه صحيحاً نافذاً . فالفرق بين العقد

اللازم ، وغير اللازم : أن الأول ليس لأحد الحق في فسخه ، أو في الاعتراض عليه . بخلاف الثاني . فقد يثبت فيه هذا الحق . على التفصيل الذى سبق بيانه عند ذكر شرط لزوم عقد الزواج .

وتنقسم الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح النافذ إلى ثلاثة أقسام :

(١) حقوق واجبة للزوجة على زوجها .

(٢) حقوق واجبة للزوج على زوجته .

(٣) حقوق مشتركة بين الزوجين . أى تجب لكل منهما على الآخر .

وسنبين الآن إجمالاً هذه الحقوق المترتبة على الزواج الصحيح النافذ .

ونترك تفصيلات بعضها إلى مواضعها . فى المباحث الخاصة بهذا البعض

من الحقوق السالفة الذكر :

حقوق الزوجة على زوجها

تجب للزوجة على زوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح النافذ : أربعة

أمور . وهى :

١ - : المهر . فإذا تم عقد الزواج وجب للزوجة على زوجها المهر وجوباً

غير مستقر . حتى يوجد ما يؤكده . لأن المهر الواجب بالعقد يجوز أن يسقط

كله أو بعضه ، قبل أن يوجد أحد الأمور المؤكده لوجوبه بتمامه . وسيتبين

فى مبحث المهر سبب وجوب المهر ، ومقداره ، ونوعه ، ومتى يسقط

كله أو بعضه ، والأمور التى تؤكد وجوبه بتمامه . بحيث لا يسقط شىء منه ،

وسائر المسائل المتعلقة به .

ب - : النفقة . فتجب نفقة الزوجة على زوجها بجميع أنواعها بعد عقد الزواج بينهما . ما لم تمتنع عن طاعته بغير حق . وسيأتى بيانها التفصيلي في بحث النفقة الزوجية .

ج - : أن يعامل الزوج زوجته بالمعروف ، ولا يلحق بها ضرراً ولا يظلمها في المعاشرة الزوجية . قال تعالى « وعاشروهن بالمعروف » (١) فلا يؤذيها بقول ، أو فعل . إلا حيث أباح له الشرع ذلك . لأجل اصلاحها ، وتأديبها وتهذيب أخلاقها .

د - : أن يعدل الزوج بين زوجاته . إذا كان متزوجاً أكثر من واحدة . والمراد بذلك : أن يسوى بينهن في المعاملة ، والنفقة ، والمبيت ، وفي كل ما يمكن المساواة فيه . وأما المساواة بينهن في المحبة ، وميل القلب . فلا يكلف الزوج بها . لأنها ليست في مقدوره . إذ لا اختيار للمرأة في الحب والميل القلبي . حتى تكون هناك مساواة فيه . ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وقد روى عن «عائشة» أم المؤمنين رضی الله عنها أنها قالت : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين زوجاته . فيعدل ، ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك ») . يعنى رسول الله عليه الصلاة والسلام بقوله : « فيما تملك ولا أملك » : المحبة والميل القلبي . لأن ذلك ليس في مقدور الانسان . فلا يطالب به شرعاً .

وروى أن «عمر بن الخطاب» كان يقسم بين زوجاته ، ويقول : « اللهم قلبي فلا أملكه ، وأما ما سوى ذلك فأرجو أن أعدل فيه » .

ولا حق للزوجات في القسم في حالة السفر . إذ ليست كل واحدة منهن صالحة لمصاحبة زوجها ، ولمعاونته أثناء سفره ، وقد يشق السفر على إحداهن

(١) الآية ١٩ من سورة النساء .

أكثر من غيرها . ولا سيما إذا كان لها أولاد صغار في حاجة إلى عنايتها ورعايتها .
فاذا ما تركتهم لغيرها ، أو أخذتهم معها في سفرها مع زوجها . قد لا يجدون
العناية الكافية . فضلا عما في سفرهم من متاعب ونفقات . ولهذا المعنى كان
للزوج أن يصطحب في سفره من يشاء من زوجته . والأولى أن يختار واحدة
منهن بالاقتراع بينهما . حتى لا يثير الغيرة والحسد بينهما بإثاره احداهن في
السفر . ويؤخذ من المعنى السابق : أنه لا يتعين أن يعمل بنتيجة القرعة .

والدليل على وجوب العدل بين الزوجات . فيما يقدر عليه الزوج أن
يسوى بينهما : قول الله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى
وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة» (١) فقد أوجب الله تعالى
الاقتصار على الواحدة عند خوف الجور . فيعلم من ذلك وجوب العدل
عند التعدد . وأما قوله تعالى : «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو
حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» (٢) . فالمراد بالعدل غير
المستطاع في هذه الآية : هو التسوية بين الزوجات في المحبة ، والميول القلبية ،
وهذا لا يكلف به الانسان ، ولا تناط به الأحكام . لكونه غير مستطاع .
وشرط التكليف : أن يكون الفعل المكلف به مقدورا للمكلف . وفي امكانه
أن يفعله وألا يفعله . قال تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » . فالعدل
الواجب بين الزوجات ، هو العدل الذي يستطيع الانسان أن يحققه . وهو
التسوية في المعاملة ، وفي الحقوق والواجبات الزوجية . وهذا يجعله الله
شرطا في جواز التعدد . فاذا اعتقد الشخص ، أو غلب على ظنه أنه لا يعدل
إذا تزوج بأكثر من واحدة . وجب عليه أن يقتصر على زوجة واحدة . ومعنى
قوله تعالى : « كالمعلقة » غير مستقرة على حال . فلا هي زوجة تتمتع بحقوق
الزوجة ، وتعامل معاملتها ، ولا هي مطلقة غير مقيدة بأغلال الزوجية

(١) الآية ٣ من سورة النساء .

(٢) الآية ١٢٩ من سورة النساء .

حتى تتمكن من الزواج .

فطرهما مما نفهم أنه لا منافاة بين هذه الآية ، والآية الأولى التي أباحت تعدد الزوجات . فلا يصح القول بأن هذه الآية نصت على أن العدل بين النساء غير مستطاع ، والعدل بين الزوجات شرط لإباحة التعدد بنص الآية الأولى . وبذلك إنسد باب التعدد . فلا يجوز التزوج بأكثر من واحدة . لأن العدل الذي نفته الآية غير العدل الذي جعله الله شرطاً في التعدد بالآية الأولى .

حقوق الزوج على زوجته

من المسلم به : أنه لا يستقيم الأمر لأية جماعة، ولا يستقر حالها مهما صغرت ، ومهما قل عدد أفرادها . إلا إذا جعلت لأحد أفرادها الرئاسة عليهم يتولى تدبير أمور الجماعة، وتطيعه أفرادها فيما ينبغى أن يطاع فيه . بما له من الولاية والسلطان في إصلاحهم، وتهذيبهم، وتوجيه شؤونهم . إلى ما فيه المصلحة والخير لهم . ومن المعلوم : أن الأسرة . هي الجماعة الأولى في الحياة الانسانية . منذ خلق الله بنى البشر ، وجعلهم خلائف في الأرض ، ورفع بعضهم فوق بعض درجات . قال تعالى : « وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضهم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم » (١) وقال تعالى في كتابه العزيز : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » (٢) وقال تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وما انفقوا من أموالهم » (٣) . والفطرة التي فطر الله الناس عليها . قضت بأن تكون للرجال الرئاسة والقوامة على النساء . لصفات ومزايا في الرجال حبسهم الطبيعة بها دون النساء ، وقد روعيت هذه المعاني السابقة في اثبات الحقوق الواجبة للزوج على زوجته .

ونعود بعد هذه الكلمة إلى أصل الموضوع . فنقول : ومن الحقوق الواجبة للزوج على زوجته الحقوق الآتية :

(١) الآية ١٦٥ من سورة الأنعام .

(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٣٤ من سورة النساء .

(١) : أن تطيع الزوجة زوجها . فيما يتعلق بأمسور الزوجية . ويعد أثراً من آثاره . وأن تمثل أو امره فيما هو جائز شرعاً .

ومن ذلك دخولها في طاعته في المسكن الذي أعده لها ، متى كان مستوفياً لشرائطه الشرعية ، وكان الزوج أميناً على نفسها ومالها ، وقد أوفاهها مهرها ، أو ما تعرف تعجيله . كالنصف ، والثلاثين (١) . إذا لم يشترط في العقد تعجيل كله ، أو بعضه . فلو امتنعت الزوجة من الدخول في طاعته بغير حق . اعتبرت ناشزة . فلا تستحق نفقة زوجية على زوجها . مدة إمتناعها عن طاعته . ولو كان امتناعها عن الطاعة . بعذر شرعي . كما إذا كان المسكن المعد لسكنائها . غير لائق بحال زوجها المالية ، أو غير صالح للسكنى ، أو كان مشغولاً بسكنى الغير ، ولو كان من أهله ، ولم ترض بأن يشاركها في السكن . فلا تعد ناشزة . ويجب عليها أن تمثل أمر زوجها . فيما هو مباح شرعاً . فان أمرها بما نهى الله عنه ، ولم يبيحه لعباده . مثل شرب الخمر ، ولعب الميسر ، وترك الصلاة ، وغيرها من العبادات ، فلا يجب عليها الامتثال . بل يجب عليها أن تخالفه . لأن من القواعد المقررة في الاسلام : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » . وليس للزوج سلطان على زوجته في الشئون المالية ، وغيرها من المسائل الخاصة بها . فليس له حق التدخل في ذلك . لأن لها الولاية التامة على أموالها . تتصرف فيها بكافة التصرفات الجائزة للمالك في ملكه . ما دامت كاملة الأهلية . وإذا كانت قاصرة . فالولاية على مالها لوليها المالى ، وليست نزوجها . وإذا كانت محجوراً عليها للسفه ، أو للغفلة . فالولاية على مالها للقيم عليها .

والأحاديث النبوية الواردة في حث المرأة على طاعة زوجها . لاتعد كثرة . فن ذلك : ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه

(١) في بعض البلاد بمصر تعرف تعجيل نصف المهر ، وفي بعضها تعرف تعجل

وسلم . فقالت : إني رسول النساء إليك . وما منهن امرأة . إلا وهى تهوى
مخرجى إليك ، الله رب الرجال والنساء وإلخن ، وأنت رسول الله إلى
الرجال والنساء . كتب الله الجهاد على الرجال . فان أصابوا أثروا ، وإن
استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون . فما يعدل ذلك من أعمالهن من
الطاعة ؟ . قال لها الرسول عليه الصلاة والسلام : « طاعة أزواجهن ، والمعرفة
بمخوقهم . وقليل منكن من تفعله » .

(٢) : القرار فى بيت الزوجية . قضت سنة الله فى خلقه . بوجود فوارق
جنسية . بين الرجل والمرأة ، وباختلاف طبيعتهما . فاقتضى هذا اختلاف
وظيفة كل منهما فى الحياة . عن وظيفة الآخر ، وتوزيع الأعمال بينهما . يقوم
كل منهما . بما هو ميسر لما خلق له .

فالمرأة معدة بحسب طبيعتها للحمل ، والولادة ، والعناية بأطفالها
وأولادها الصغار ، والقيام بالشئون المنزلية . والرجل أعدته الفطرة للكفاح ،
وتحصيل الرزق ، والسعى للكسب خارج المنزل . ومسيرة لهذه الفطرة
والطبيعة . وجبت نفقة الزوجة على زوجها ، ووجب للزوج على زوجته
شرعاً القرار فى مسكن الزوجية . فلا تخرج منه . إلا باذن زوجها . ما دام
لا يوجد مسوغ شرعى لخروجها . ولها أن تخرج بدون إذن زوجها . إذا
وجد المسوغ لخروجها . كأداء فريضة الحج . بشرط أن يكون سفرها مع
ذى رحم محرم منها ، وكزيارة أقاربها المحارم . وقد نص الفقهاء على أن لها
أن تزور أبويها مرة كل أسبوع ، وسائر أقاربها مرة كل سنة . وينبغى أن
يترك تقدير مرات الزيارات والفترات بينهما ، لعرف الناس مع مراعاة
الظروف ، والأحوال لها ، ولأقاربها المحارم . ولا يجوز لها أن تبيت خارج
المنزل . إلا باذن زوجها . وإذا كان أحد أبويها مريضاً ، ولا يوجد غيرها
يعتنى به . فانه يجب عليها أن تقوم بخدمته والعناية به ، وإن لم يأذن لها بذلك
زوجها . لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج .

(٣) : التأديب . للزوج على زوجته ولاية تأديبها . قال تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا (١) » . جعل الله الرجل قима على المرأة . للمعنى الذي ذكرته الآية الكريمة : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم » دلت الآية على أن حق قوامة الرجال على المرأة مستمد من تفوقه الجنسي ، ومن إنفاقه عليها . فله بهذه الصفة ولاية تأديبها وإصلاحها وردها إلى الصواب ، إذا ما حادت عن الطريق السوى ، وابتعدت عن محجة الصواب ، ونشزت عن الطاعة . وقد جعل الله وسائل تأديب الزوج لزوجته . ثلاثة أنواع : الموعظة ، والهجر في المضاجع ، والضرب غير المبرح . لأن النساء بحسب بيئتهن وتربيتهم مختلفات . في الوسيلة التي تؤدي إلى تأديبهن . فمن النساء من تكفيها الإشارة ، أو الكلمة العابرة . لتأديبها . ومنهن من لا تصلح حالهن . إلا بالهجر ، أو بالضرب (٢) ولما كان الزوج أدرى من غيره بما يؤثر في تأديب زوجته ، وبما هو أدرى إلى كبح جماحها واعادتها

(١) الآية ٣٤ من سورة النساء .

(٢) الضرب الوسيلة الأخيرة التي يستعملها الزوج . لتأديب زوجته . حيث لا تجدى فيها موعظة ، ولا هجر . لما فيها من شراسة وشكاسة . فيتعين الضرب . لعلاجها وإصلاحها . وقد يستفزع بعض الناس : أن يكون الضرب من الأساليب والوسائل التي يتخذها الزوج . لتأديب زوجته . ولا شك أن من يستفزع ذلك جاهل بطباع الناس ، وبأحوال النساء ، وخلقهن ، وبتفاوت البيئات ، واختلاف درجاتها في التربية والتهذيب ، وجاهل بأن الناس معادن وأصناف ، وغاب عن ذهنه وتفكيره أن علاج كل صنف يختلف عن علاج الصنف الآخر ، وأن ما يتحقق به تأديب شخص وردعه . قد لا يؤثر في تأديب شخص آخر وردعه . والشريعة الإسلامية : شريعة عامة للناس كافة . ليست أحكامها مقصورة على من بلغ الذروة في الرقي والتهذيب والتربية . بل تضع من الأحكام ما يصح تطبيقها لكل طائفة من الناس . فأبيح الضرب . لأن من النساء من لا يجدي معها في التأديب غير هذا النوع من وسائل التأديب .

وربما كان الهجر في المضاجع أشد إيلاماً وإيذاء من الضرب . بالنسبة لبعض النساء . لما في الهجر من إهتان . لأنوثة المرأة ، واحتقار لجاذبيتها الجنسية .

إلى صوابها ، وأعلم من غيره بأخلاقها ، وبما ارتكبهت من ذنب ونشوز عن طاعته . فقد جعل الشارع أمر تأديب الزوجة إلى زوجها . فيتخذ لتأديبها واصلاحها من هذه الوسائل الثلاث . ما يلائم زوجته ، ويتفق مع الذنب الذي ارتكبهت . حتى لا تتمادى في غوايتها وتمردها ، وعدم اطاعتها لزوجها . ولم يجعل الشرع أمر تأديب الزوجة . لغير زوجها . ليحفظ نظام الأسرة ، وليبقى سرها مكتوماً . إذ لو جعل أمر تأديبها لغير زوجها . لكان في ذلك إذاعة لما لا يحسن اطلاع الناس عليه من الشئون ، والأسرار الخاصة بالزوجين وبالأسرة .

الحقوق المشتركة بين الزوجين

يشترك الزوجان في الحقوق الآتية :

١- استمتاع كل من الزوجين بالآخر . وإذا تم عقد الزواج بين الزوجين صحيحاً نافذاً . يحل لكل منهما : أن يستمتع بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً - وقد كان ذلك محرماً عليهما قبل الزواج - ما لم يوجد مانع شرعى من حيض ، ونفاس . قال تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تمربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » . وقال عليه الصلاة والسلام : « يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء . إلا النكاح » . أى إلا الاختلاط الجنسي . فإنه لا يحل له ما دامت امرأته حائضاً . كما لا يحل ذلك مدة النفاس .

٢- التوارث بين الزوجين . بسبب الزوجية القائمة بينهما حقيقة ،

أو حكماً . عند وفاة أحدهما . فإذا مات أحدهما بعد عقد الزواج بينهما . ورثه الآخر ، ولو لم تزف إليه . ولو لم يدخل بها . ما لم يوجد مانع من موانع الأثر . كاختلافهما في الدين . بأن يكون الزوج مسلماً ، والزوجة كتابية

٣-: **نبوت نسب أورورها** مش. (وله مبحث خاص سيأتي في موضعه) .

٤-: **مزمة المصاهرة** . فتحرم الزوجة بمجرد عقد الزواج بينهما ، وبين زوجها . على أصول زوجها ، وفروعه . سواء أدخل الزوج بها ، أم لم يدخل بها . وحرمت على الزوج أصولها بمجرد العقد ، ولو لم يدخل بزوجته . وأما فروعها . فلا تحرم عليه بمجرد العقد . وإنما تحرم عليه بالدخول بزوجته (وسيأتي تفصيل ذلك في المحرمات) .

٥-: **من المعاشرة** . فيجب على كل من الزوجين : أن يعاشر الآخر بالمعروف ، وأن يعامله بالاحسان . حتى يحصل التعاون ، ويسود الوفاق بينهما في حياتهما الزوجية . فيعيشان في وئام وسلام .

قال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » (١) وقال تعالى « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » (٢) وقال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (٣) .

(١) الآية ١٩ من سورة النساء .

(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٢١ من سورة الروم .

حكم الزواج غير الصحيح

الزواج غير الصحيح: يشمل الفاسد ، والباطل . وعقد الزواج الفاسد . هو ما استوفى أركانه ، وشروط انعقاده ، وفقد شرط من شروط صحته . كما إذا لم يحضر العقد شاهدان ، وكما إذا لم تكن المرأة المعقود عليها محلاً للزواج للعاقدة . بأن تكون محرمة على من تزوجها . بشرط ألا يعلم الزوجان وقت العقد : أنها محرمة عليه . كأن يتزوج رجل أخته من الرضاع ، وهما لا يعلمان بالتحريم . وأما إذا علما بذلك ، وعقدا زواجهما . فهذا العقد ملحق بالباطل . وعقد الزواج الباطل . هو ما حصل خلل في ركنه ، أو فقد شرط من شروط انعقاده . فإذا كانت صيغة الزواج لا تنفيذ انشاءه وإيجاده ، أو كان العاقدة فاقد الأهلية ، أو خالف القبول الإيجاب . فالعقد باطل . ويلحق بالعقد الباطل في الحكم : ما إذا كانت المرأة محرمة على من يريد التزوج بها . كأخته وعمته من الرضاع ، وعقدا زواجهما مع علمهما وقت العقد أنها محرمة عليه .

ولا فرق في الحكم بين الزواج الفاسد ، والزواج الباطل . قبل الدخول الحقيقي . حيث لا يترتب على العقد ذاته فاسداً أو باطلاً . أى أثر من آثار الزواج الصحيح ، ولو اختلى الزوج بزوجه التي تزوجها بعقد فاسد ، أو بعقد باطل . فلا نفقة ، ولا مهر ، ولا طاعة ، ولا توارث بينهما . ويحرم على كل من الزوجين اللذين تزوجا بعقد فاسد ، أو باطل : أن يستمتع بالآخر . ويجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما . لأن الشرع يوجب عدم المضي في العقد غير الصحيح . بل يعتبره غير موجود حكماً . وإن لم يفترقا فرق

القاضي بينهما دفعا للمعصية ، وإزالة للمنكر ، لأن القاضي عين للنظر في
المصالح الدينية والدنيوية (١) .

وأما إذ دخل الرجل يمن تزوجها بعقد فاسد، أو باطل. دخولا حقيقياً
- وإن كان لا يحل له شرعاً - فإنه يترتب على هذا الدخول في الزواج
الفاسد (لا على العقد ذاته) من آثار الزوجية الصحيحة . ما يلي :

١- : وجوب العرة على المرأة المرفول بها . وابتدائها من وقت

المشاركة . إذا افترقا من تلقاء أنفسهما ، ومن وقت تفريق القاضي بينهما .
إذا لم يتفارقا من تلقاء أنفسهما . حتى لا تمتلظ الأنساب . لاحتمال أنها حملت
من هذا الدخول المحرم . فلو لم تجب العدة عليها ، وتزوجت بغير من دخل
بها . بدون أن تعتد . لأدى إلى إختلاط الأنساب . والشريعة الاسلامية
تعنى أكبر عناية بحفظ الأنساب ، وإثبات النسب .

(١) ولكل واحد من المسلمين : أن يرفع دعوى حسبة . أمام القضاء يطلب
التفريق بين الزوجين اللذين تزوجا بعقد فاسد ، أو بعقد باطل . لأن هذا من باب
الأمر المعروف ، وإزالة المنكر . فهو فرض كفاية على الكافة . إذا قام به أحدهم
أو بعضهم ، سقط عن الباقي . وتراعى المحكمة تعليقات وزارة العدل . بشأن دعاوى
التفريق حسبة . وهي الواردة في منشورها رقم ٣٥ سنة ١٩١٨ ونصها :

« اعلانات التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة . يجب أن تحال بمجرد
تقديمها إلى المحكمة على وزارة الحقاينة - العدل - لتقوم بعمل التحريات التمهيدية
اللازمة في ذلك . ثم تعاد الاعلانات إلى المحكمة سرفقة بأوراق التحريات . لنستعين
بها المحكمة في تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره وفهمه على حقيقته . من أن
هذه الدعوى يراد بها حقيقة دفع المنكر ، أو لا يراد منها . إلا التشهير بالغير أو الانتقام منه
أو غير ذلك من المقاصد التي لا تتفق مع مشروعية الحسبة . كالتحليل لاعادة
النظر في قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين » هـ .

٢- ثبوت نسب الولد : من الرجل الذي دخل بمن تزوجها زواجاً فاسداً ، إذا حصل حمل من هذا الدخول ، متى توافرت فيه شروط ثبوت النسب . وذلك للاحتياط في إحياء الولد ، وعدم تضييعه .

٣- وجوب المهر : فإن لم يكن المهر مسمى في العقد الفاسد تسمية صحيحة . بأن لم يسم المهر فيه أصلاً ، أو سمي تسمية غير صحيحة . فالواجب مهر المثل بالغاً ما بلغ . لأن مهر المثل ، هو الموجب الأصلي للعقد ، ويقوم مقامه المهر المسمى في العقد تسمية صحيحة . وإن كان المهر سمي في العقد تسمية صحيحة . فالواجب هو الأقل من مهر المثل ، ومن المهر المسمى . وإنما وجب المهر بالدخول الحقيقي في العقد الفاسد . لأن الدخول بالمرأة يوجب أحد أمرين : إما المهر ، وإما الحد (١) . وقد سقط الحد بشبهة العقد . لأن المقرر شرعاً : أن الحدود تدرأ بالشبهات . لقوله عليه الصلاة والسلام «إدروا الحدود بالشبهات» والشبهة ما يشبه الثابت ، وليس بثابت . فيجب المهر .

٤- حرمة المصاهرة . فتحرم المرأة المدخول بها في العقد الفاسد . على أصول ، وفروع من دخل بها ، وتحرم عليه أصولها ، وفروعها . ويترتب على الدخول في الزواج الباطل أمران :

١- وجوب المهر . لما تقرّر فقهاً : أن الدخول بالمرأة لا يخلو من مهر ، أو حد . وقد سقط الحد . لشبهة العقد . فوجب المهر .

٢- حرمة المصاهرة ، لأن حرمة المصاهرة تثبت عند «الحنفية» بالزنى فأولى أن تثبت بالدخول في الزواج الباطل . لوجود العقد صورة .

(١) وهذا ما يعنيه الفقهاء من قولهم : الدخول بالمرأة لا يخلو من عقر ، أو عقر . الكلمة الأولى بضم العين ، وسكون القاف . معناها : المهر . والكلمة الثانية بفتح العين وسكون القاف . معناها : الحد .

وفي «فتح القدير» للكآمال بن المهام: أن من تزوج امرأة لا يحل نكاحها بأن كانت من محارمه بنسب . كأمه . وبنته . فدخل بها ، لم يجب عليه الحد ، وإن قال : « علمت أنها محرمة علي » . ولكن يجب عليه المهر ، ويعاقب تعزيراً أشد العقاب لاحقاً مقدراً (١) عند «أبي حنيفة» ، و«سفيان الثوري» ، و«زفر» ، وقال «الصاحبان» ، والأئمة الثلاثة: يجب عليه الحد . إذا كان عالماً بأنها محرمة عليه (٢) .

وحجة «أبي حنيفة» في سقوط الحد : أن المرأة من حيث إنها امرأة محل للزواج ، بقطع النظر إلى خصوص عاقد معين . فالعقد عليها يورث شبهة تسقط الحد . واختلف علماء «الحنفية» في وجوب العدة وثبوت النسب . في هذه الصورة عند الامام «أبي حنيفة» . فقيل بثبوتها . لسقوط الحد عنده ، وقيل بعدم ثبوتها ، لأن الدخول عند أبي «حنيفة» إذا كان العقد باطلاً زنى محض . إلا أن فيه شبهة أسقطت الحد . فلا يثبت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن

(١) العقوبات في التشريع الاسلامي نوعان :

(أ) : عقوبات مقدرة من الشارع . نص عليها الكتاب أو السنة . وهي القصاص . سواء كان في النفس أو في أعضاء الجسم . والحدود : حد السرقة ، وحد الزنى ، وحد القذف .

(ب) : عقوبات غير مقدرة من الشارع . بل فوض الأمر في تقديرها لأولى الأمر والحكام . بحسب نوع الجريمة وظروفها المحيطة من حيث مكانها ، وزمانها ، ومرتكبها ، والجنح عليه ، وضررها على الأفراد والجماعات . وغير ذلك من الأحوال والملابسات المحيطة بالجنائية وقت ارتكبا . وهذا النوع ما اصطاح عليه فقهاء الاسلام على تسميته بالتعزير (راجع بحثنا : العرف في الفقه الاسلامي) المنشور في مجلة الحقوق سنة ١٩٥٣ التي تصدرها «كلية الحقوق» بجامعة الاله ندرية .

(٢) يراجع «الفتح» في باب الحدود ح ٥ ص ٤ .

تزوجها بناء على العقد الباطل بينهما . إذا حملت به من هذا الدخول . كما لا يثبت نسب الولد من الزنى . ولا تجب عليها العدة بعد المتاركة ، أو التفريق بينهما . لأن وجوب العدة . للمحافظة على الأنساب . حتى لا تختلط ، وبما أنه لا يثبت النسب في هذه الحالة ، فلا تجب العدة .

ووجهة « الصحابين والأئمة الثلاثة » في وجوب الحد : أن المرأة من حيث إنها امرأة . وإن كانت محلا للزواج في الحمل . إلا أنها ليست محلا له بالنسبة لعقد هذا العاقد المعين . فعقده عليها لاغ . فلا يورث شبهة مستقطعة للحد . وبالتالي فلا يترتب على هذا الدخول وجوب المهر ، ولا ثبوت النسب ، ولا وجوب العدة .

وتبين مما سبق : أن وجوب المهر بالدخول الحقيقي في الزواج الباطل . إنما هو على رأى « أبى حنيفة » القائل بسقوط الحد . وأما على رأى « الصحابين والأئمة الثلاثة » فلا يجب المهر بالدخول الحقيقي . بل الواجب هو الحد . حيث لم توجد عندهم شبهة تسقطه .

وإذا دخل بمن تزوجها . وهى محرمة عليه . جاهلا بالحرمة . فلا حد باتفاق بين العلماء . فيجب المهر بهذا الدخول . حيث خلا عن الحد ، وقد علم مما سبق : أن الدخول بالمرأة لا يخلو من المهر ، أو الحد .

حكم الزواج الموقوف

عقد الزواج الموقوف . هو الذى استوفى أركانه ، وشروط انعقاده ، وصحته . وفقد شرط نفاذه . فيحتاج إلى نفاذه إلى إجازة من له الحق في إجازته . فان أجازته نفذ العقد ، وترتب عليه الأحكام ، والآثار المترتبة على العقد النافذ ابتداء ، وإن رده اعتبر العقد باطلا من وقت انشائه .

ولا يترتب على الزواج الموقوف قبل إجازته، وقبل الدخول. أى أثر من آثار الزوجية. وإذا حصل دخول في العقد الموقوف قبل إجازته، وقبل رده. فإن أجازته بعد الدخول من له حق إجازته. يكون دخولا في عقد صحيح نافذ. لما تقرر: أن الإجازة اللاحقة تجعل العقد الموقوف نافذاً من وقت انشائه، وإن لم يجزه بعد الدخول. تترتب على هذا الدخول. الأحكام المترتبة على الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد.

وأما إذا كان الدخول في العقد الموقوف. بعد رده، وبعد العلم بالرد، فإنه يترتب على هذا الدخول: ما تترتب على الدخول. في الزواج الباطل.

ولا توارث بين الزوجين في العقد الموقوف. إذا توفى أحدهما في مدة وقفه. كما لا يجب في تلك المدة نفقة زوجية، ولا طاعة الزوجة لزوجها.

المحرمات من النساء وأسباب تحريمهن

تقدم: أن من شروط الزواج: أن تكون المرأة المعتود عليها محلالاً للزواج. والمرأة بحسب طبيعتها وفطرتها، من حيث إنها إمراة محل لعقد الزواج. ولكن بالنسبة لعاقده معين. قد تكون محلاً لورد عقد الزواج عليها. وذلك إذا كان محل له شرعاً أن يتزوجها في الحال، وقد لا تكون محلاً للزواج. وذلك إذا كان يحرم عليه شرعاً أن يتزوجها تحريماً مؤبداً، أو تحريماً مؤقتاً. فالمرأة بالنسبة للشخص المعين الذي يريد التزوج بها. قد تكون محملة، أو محرمة. فهذا الاعتبار تنقسم النساء إلى محلات، وإلى محرمات. والنساء المحرمات معينات ومحددات. بالنصوص من الكتاب والسنة. فتي عرفن علمت بالضرورة المحلات. وهن من عدا المحرمات.

وأسباب تحريم النساء: إما مؤبدة، وإما مؤقتة. وينبني على ذلك: أن المحرمات ينقسمن أولاً إلى قسمين:

أ-: محرمات تحريماً مؤبداً. فلا تحل أية واحدة منهن في أي وقت من الأوقات. لمن حرمت عليه. لأن سبب التحريم مؤبد. لكونه صفة ملازمة للمرأة غير قابلة للزوال، فتي تحقق السبب في المرأة لا ينفك عنها، كالقربة الحرمية. مثل الأمومة، والبنوة، والأخوة.

ب-: محرمات تحريماً مؤقتاً. فلا تحل أية واحدة منهن. على من حرمت عليه. ما دامت على الحالة الخاصة التي وجد فيها سبب التحريم الوقتي. ومتى

تغيرت تلك الحالة، وزال سبب التحريم عن المرأة. وهو قابل للزوال. لكونه وصفاً طارئاً على المرأة. مثل كونها متزوجة، أو معتدة الغير، أو مشركة. أصبحت حلالاً. لمن كانت محرمة عليه. لارتفاع سبب التحريم الوقتي.

النساء المحرمات تحريماً مؤبداً

وأسباب تحريم المرأة على التأبيد ثلاثة. وهي :

١ - القرابة النسبية .

٢ - المصاهرة .

٣ - الرضاع .

فتي تحقق أى سبب من هذه الأسباب في امرأة ، صارت محرمة تحريماً مؤبداً على من تربطه بها صلة خاصة. من القرابة ، أو المصاهرة ، أو الرضاع .

وتنقسم النساء المحرمات تحريماً مؤبداً . إلى ثلاثة أقسام. تبعاً لأسباب التحريم .

١ - محرمات بسبب القرابة (١) .

(١) ولم يكن زواج المحارم محرماً عند كثير من الأمم والشعوب قديماً ، فكان المصريون القدامى وغيرهم لا يحرمون الزواج من المحارم . ولم يكن عرفهم ولا تقاليدهم يستتبع ، ولا يستنكر: أن يتزوج الأخ أخته ، والأب بنته ، وقد أثبت التاريخ أن كثيراً من الفراعنة تزوجوا بناتهم . وأن البطالسة كانوا يتزوجون بأخواتهم ، والملكة « كليوباترة » كانت زوجة لأخيها . فلما جاءت الشريعة الموسوية حرمت زواج المحارم مع استثناء بنت الأخ وبنت الأخت . ثم جاءت الشريعة الإسلامية بتحريم زواج المحارم على التفصيل الذي وردت به النصوص من الكتاب ، والسنة النبوية .

ولم يكن العرب في الجاهلية يستبيحون زواج المحارم من النسب . ومن تزوج منهم بالمحارم . ككليب بن زرارة الذي تزوج بنته . كان على دين الجوس . بسبب مجاورته لبلاد الفرس واختلاطه بهم .

ب-: محرمات بسبب المصاهرة .

ج-: محرمات بسبب الرضاع .

ولنشرع الآن في بيان هذه الأقسام تفصيلا بالترتيب المذكور .

المحرمات بسبب القرابة

والمراد بالقرابة : القرابة القريبة التي يسمى صاحبها : ذا رحم محرم .
وتحرم بسبب القرابة النسبية : أربعة أنواع من النساء . وهن المذكورات في
قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وإخواتكم وعماتكم وخالاتكم
وبنات الأخ وبنات الأخت » (١) .

وتفصيلها ما يلي :

النوع الأول : أصول الشخص . أى أمه وجدته . مهما بعدت درجة
الجدة ، ومن أية جهة كانت . أى سواء كانت الجدّة من جهة الأب .
كأم الأب . أو من جهة الأم . كأم الأم . والدليل على تحريم أصل الشخص

= وكان يوجد عند العرب نوع من الزواج . وهو زواج أكثر من رجل بأمرأة
واحدة في وقت واحد . ويقال ؛ إن هذا النوع من الزواج لا يزال حتى الآن موجوداً
في بلاد « التبت » ، وفي جزيرة « سيلان » ، وفي « البنجاب » بالهند . وفي الغالب
يكون أزواج المرأة الواحدة أخوة ، أو بينهم قرابة نسبية .

وشرائع الزواج في الأمم والشعوب . تختلف باختلاف العرف والعادات . بين أمة
وأخرى . بل باختلاف المذاهب الطائفية مع اتحاد الدين . فمثلاً : الأقباط
الأرثوذكس لا يرون بأساً في الزواج ببنات الأعمام ، في حين أن الأقباط الكاثوليك
لا يقدمون على مثل هذا الزواج .

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء .

قوله الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » . ودلالة الآية على تحريم الأم واضحة لا تحتاج إلى بيان . وأما الدليل على تحريم الجدات . فللعلماء ثلاثة مناهج في ذلك :

أ - : أن تحريمهن ثابت بعبارة النص المذكور . لأن كلمة « الأم » معناها في اللغة : الأصل . من ذلك قول الله تعالى « وعنده أم الكتاب » . أى أصل الكتاب ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « الخمر أم الخبائث » . أى أصلها . فعنى كلمة « أمهاتكم » في الآية : أصولكم من النساء . فتشمل الجدات . فيكون تحريمهن ثابتاً بعبارة النص . كتحرير الأمهات .

ب - : أن تحريم الجدات ثابت بدلالة النص الذي حرم العمات والحالات . وهو قوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » . فهذا النص يدل بعبارته على تحريم العمات والحالات ، ويدل بدلالته على تحريم الجدات . ومن المعلوم : أن العمات والحالات بنات الجدات . فاذا ثبت تحريمهن يثبت تحريم الجدات من باب أولى . لأنهن (الجدات) أقوى قرابة من بناتهن العمات ، والحالات . لأن الحكمة في تحريم النساء القريبات . هي تعظيم القرابة ، ورعاية كرامتها ، وعدم قطع صلة الرحم التي أمر الله برعايتها وحفظها . فكل من كانت أقرب قرابة للإنسان . فهي أولى بالتحريم . فيكون تحريم الجدات ثابتاً بدلالة النص : « وعماتكم وخالاتكم (١) » .

(١) للفظ عند علماء الأصول في دلالته على المعنى أربع طرق : عبارة النص ، وإشارة النص ، ودلالة النص ، واقتضاء النص . فدلالة عبارة النص . هي دلالة صيغة النص على المعنى المتبادر به منه المقصود من سياقها إصالة أو تبعاً . ومن أمثلة دلالة عبارة النص : قول الله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فان هذا النص يدل بعبارته على معنيين (أحدهما) مقصود أصالة من السياق . وهو التفرقة ، ونفى المماثلة بين البيع والربا رداً على من قالوا : إنما البيع مثل الربا . والمعنى الآخر . مقصود تبعاً من السياق . وهو أن حكم البيع : الحل ، وحكم الربا : الحرمة .

ج - : أن تحريم الجذات ثابت بالاجماع . والذي رجحه « الكمال بن الهمام »
أن تحريم الجذات . بعبارة نص قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .
لأن المراد بالأمهات : الأصول من النساء (١) .

الثاني : فروع الشخص . وهن بنات الشخص ، وبنات أولاده مهما
نزلن . لقوله تعالى « وبناتكم » . لأن المراد بالبنات : الفروع من النساء .
وكلمة « البنت » تطلق على كل فرع من النساء لغة . فيدل قوله تعالى :
« وبناتكم » بعبارته على تحريم بنات الشخص مباشرة ، وعلى تحريم بنات
أولاده . أو يقال على غرار ما قيل في تحريم الجذات : إن تحريم البنات
الصلبية ثابت بعبارة هذا النص ، وإن تحريم بنات الأولاد ثابت بدلالة النص

= فدلالة هذا الكلام - النص - على هذين المعنيين بعبارته . أى بصيغته .
ودلالة النص . هي دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه
لاشتراكهما في العلة التي يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم - علته - وتسمى
هذه الدلالة أيضاً : فحوى الخطاب ، ومفهوم الموافقة- . عند « الشافعية » . ومن أمثلة
ذلك : قول الله تعالى بشأن الوالدين والبر بهما : « فلا تقل لها أف » . فهذا النص دل
بعبارته على أنه يحرم على الولد أن يقول لوالديه : أف . ودل بدلالته على أنه يحرم
عليه شتمهما وضربهما . لأن المنطوق . وهو النهي عن قول : « أف » لها . مناطه كف
الأذى عنهما . وهذا يفهمه ويدركه كل من يعرف اللغة العربية من هذا الكلام .
وفهم منه النهي عن شتمهما أو ضربهما من باب أولى . لأنهما أبلغ في الأذى وأكثر
إيذاءً من قول : « أف » لها . وفي هذا المثال المسكوت عنه أعلى من المنطوق .
فيكون أولى بأن يثبت له حكم المنطوق . وقد يكون المسكوت عنه مساوياً في الحكم
للمنطوق . كقوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في
بطونهم نارا وسيصلون سعيراً » . فهذا النص دل بعبارته على تحريم أكل أموال
اليتامى ظلماً ، ودل بدلالته على تحريم اتلافها . بأى نوع من أنواع الاتلاف . كالأحراق
والاغراق والتبديد . لأن المناط في تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً . هو الاعتداء
على مال العاجز عن دفع الاعتداء . وهذا المعنى متحقق في الاتلاف . وفي هذا المثال
المسكوت عنه مساو للمنطوق في الحكم .

(١) راجع « الفتح على الهداية » ج ٣ ص ١١٨ (طبع الحلبي) .

المحرم لبنات الأخ ، ولبنات الأخت . وهو قوله تعالى : « وبنات الأخ وبنات الأخت » . واقتصر صاحب الهداية على أن تحريم بنات أولاد الشخص ثابت بالاجماع .

ويحرم على الرجل بنته من الزنى . بصريح النص المذكور . وهو قوله تعالى : « وبناتكم » . لأنها بنته حقيقة ، ولغة . وذهب « الشافعي » إلى أنها لا تحرم عليه . فله أن يتزوجها . وعلى هذا الخلاف : بنت ابنه من الزنى ، وكذا بنت بنته من الزنى . بأن زنى الأب ، أو زنت البنت . وسيأتي زيادة بيان لهذه المسألة قريباً .

وإذا نفى الزوج نسب بنته من زوجته ، وتوافرت شروط صحة نفى الولد وتلاعن (١) الزوجان أمام القاضي . فحكم بنفى نسبها منه ، وبالحاقها

(١) اللعان في اللغة : الطرد والابعاد . وفي اصطلاح الفقهاء : اسم لما يجري بين الزوجين أمام القضاء من الشهادات بألفاظ مخصوصة . سمي بذلك لوجود كلمة « اللعنة » في الخامسة بعد الأربع الشهادات . من باب تسمية الكل باسم الجزء . والأصل الذي بنى عليه اللعان : هو قول الله تعالى : « والذين يرسون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » (الآيات : ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ من سورة النور) .

وولد اللعان . هو الولد الذي ولدته الزوجة على فراش الزوجية . وهي في عصمة زوجها من زواج صحيح شرعاً . ونفى الزوج نسبه منه ، وأنكر بنوته له . وبيان ذلك : أن الزوج إذا نفى نسب الولد الذي ولدته زوجته أثناء قيام الزوجية الصحيحة بينهما ، ولم يكن للزوج بينة على ما اتهم به زوجته من الزنى — لأن نفى نسب الولد منه اتهام لها بالزنى — وتوافرت شروط اللعان المنصوص عليها في كتب الفقه . فان الزوجين يتلاعنان أمام القاضي . لدرء حد القذف عن الزوج ، وحد الزنى عن الزوجة على الوجه الآتي : — وهو أن يشهد الزوج أولاً أمام القاضي أربع شهادات . بقوله : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما ربيتها به من الزنى . ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رباها به من الزنى . ثم تشهد الزوجة أربع شهادات . بقولها : أشهد بالله إنه من الكاذبين فيما رباني به من الزنى ، — (٩)

بالأم . فهي محرمة عليه بسبب النسب والقرابة . مع أنه لا نسب ، ولا قرابة بينهما بحكم القضاء . لأنه بسبب من أن يكذب نفسه ويدعيها . فيثبت نسبها منه (١) . ومن جهة أخرى . هي بنت زوجته المدخول بها . فتحرم عليه بسبب المصاهرة .

الثالث : فرع أبوى الشخص ، أى اخواته ، وبنات اخوته و اخواته . مهما نزلت درجتهم . سواء أكان الأخوة والأخوات لأبوين ، أو لأب ، أو لأم . لقوله تعالى : « و اخواتكم » وقوله تعالى : « وبنات الأخ وبنات الأخت » .

الرابع : فروع أجداد الشخص ، وفروع جداته . بشرط . أن تنفصل الفروع بدرجة واحدة . وهن عمات الشخص ، وخالاته . لأبوين ، أو لأب ، أو لأم . وعمات أصله ، وخالاته . كذلك .

لقوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » . لأن هذا النص عام . فيشمل من ذكرن . وأما بنات الأعمام ، والأخوال ، وبنات العات ، وخالات ، وفروعهن . فأنهن غير محرمات على الشخص . لعدم ذكرهن فى المحرمات . حيث لم تقل الآية : وبنات العم ، وخال ، وبنات العمه ، وخاله . كما قالت : « وبنات الأخ وبنات الأخت » ويدخلن فى قوله تعالى بعد ذكر المحرمات من

= وتقول فى الخاسية : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رساها به من الزنى . وإذا تم التلاعن بين الزوجين أمام القضاء بالصفة المذكورة ، حكم القاضى بالفرقة بينهما ، وينفى نسب الولد من أبيه ، وبالحاقه بأمه . وحكم ولد اللعان فى الميراث : كحكم ولد الزنى . فيرث من أمه ، وأقاربها ، وترث منه أمه ، وأقاربها . ولا توارث بينه ، وبين أبيه ، وأقاربه . لعدم تحقق سبب الارث . وهو القرابة . لأن القاضى بعد اللعان نفى نسبه من أبيه ، وألحقه بأمه (راجع كتابنا « أحكام الموارث فى الشريعة الإسلامية ») .

النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . ولقوله تعالى : « يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ، وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ، وبنات عمك وبنات عماتك ، وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك » (١) والأصل المقرر في الشريعة الاسلامية : أن كل حكم ثابت للنبي عليه الصلاة والسلام : ثابت لأئمة . ما لم يقم دليل على أن الحكم خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم . كإباحة تزوجه بأكثر من أربع زوجات ، وقد أحلت الآية أن يتزوج النبي ببنات عمه ، وعماته ، وبنات خاله ، وخالاته . وما أحل للرسول يحل لأئمة . حيث لم يقم دليل على الخصوصية .

وخصوصة القول في المحرمات من النساء بسبب القرابة : أن المرأة متى كانت أصلاً ، أو فرعاً . للشخص . أو فرعاً لأحد أبويه ، أو جديه . حرمت عليه تحريماً موبداً .

حكمة تحريم هذه الأنواع الأربعة من النساء

إذا أمعنا النظر في كل نوع من هذه الأنواع المحرمة بسبب القرابة النسبية ، نجد أن صلة المرء وقرابته . بكل نوع منها من أقوى الصلات ، وأمتن القرابات

(١) الآية رقم ٥٥ من سورة الأحزاب . وفي كشف الأسرار : « والحل ثابت في اللاتي لم يهاجرن معه بالاتفاق . » ج ٢ ص ٣٥٨ . « وفي «البيضاوي» : «ويحتمل تقييد الحل بذلك في حقه خاصة» . ويعضده قول «أم هانئ بنت أبي طالب» . «وخطبني رسول الله صلى الله عليه وسلم . فاعتذرت إليه . فعذرتني . ثم أنزل الله هذه الآية . فلم أحل له . لأنني لم أهاجر معه . كنت من الطلقاء » .

ويلاحظ : أن الله أفرد العم ، والخال ، وجمع العمات ، والخالات . وذلك جرياً على المعروف الكثير عند العرب . فنجد ذلك في أشعارهم . كقول الشاعر : « قالت بنات العم ياسلمى » و « أن بنى عمك فيهم رماح » ولعل السبب في هذا تأثر العرب بالقرابة من جهة الذكور . فتعتبر تلك القرابة جهة واحدة ، ويعتبرون أولاد النساء أباعد عنهم . فيتعددون بتعدد آبائهم . (راجع « تيسير التفسير » لفضيلة الأستاذ الجليل الشيخ «عبد الجليل عيسى» عميد كلية اللغة العربية بالأزهر الشريف (سابقاً)

فالإنسان جزء من أمه . تكون في رحمها ، وتغذى من أجزائها جنيناً وطفلاً .
وبنت الشخص قطعة منه . قال عليه الصلاة والسلام بشأن بنته «فاطمة» : «فاطمة
بضعة (١) مني» أي قطعة وجزء مني . وقد قيل : إن أولادنا أكبادنا
تمشى على الأرض (٢) ، والأخ ، وأخته . فرعان انحدرتا من أصل واحد ، ومرتبطان
أشد الارتباط . من حيث منبتهما ومنشؤهما ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .
ممنزلة بنات الشخص ذاته ، وصلة المرء بعلمته ، وخالاته . كصلته بأصله :
أبيه ، وأمه . وقد ورد في الحديث : أن الحالة أم .

والدين أمر بصلة الرحم ، وحرص على أن تبقى العلاقات النسبية التي
تربط الأقارب بعضهم ببعض . بمنأى عما يعرضها للقطيعة ، والخصومة ،
والمنازعة . فحرمت الشريعة الإسلامية . كما حرمت الشرائع الأخرى
السموية . بوجه عام (٣) هذه الأنواع من النساء على من تربطه بهن قرابات ،
وصلات خاصة من النسب . كالأبوة ، والبنوة ، والأخوة . ولم تبح الشريعة
الإسلامية له : أن يتزوج بواحدة منهن . حتى لا تتعرض هذه الصلات إلى
القطيعة ، وهذه القرابات إلى المخاصمة والمنازعة . ويقول الكاساني مؤلف
كتاب : «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» : إن نكاح هؤلاء يفضى إلى
قطع الرحم . لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ،
وبسببها تجرى الحشونة بينهما أحياناً . وذلك يفضى إلى قطع الرحم التي أمر
الله بأن توصل . فكان النكاح سبباً لقطع الرحم مفضياً إليه . والمفضى إلى
الحرام حرام (٤) .

(١) البضعة (بفتح الباء وسكون الضاد) لغة : القطعة من اللحم .

(٢) قال الشاعر : فأنما أولادنا بيننا . . . أكبادنا تمشي على الأرض .

(٣) اقتضت الضرورة باباحة تزوج الأخ من أخته في شريعة «آدم» عليه السلام
ولما زالت الضرورة حرم تزوج الأخ

(٤) ج ٢ ص ٢٥٧ .

وأيضاً فإن حقوق القرابة . من توقير الصغير للكبير ، واحترامه ، وطاعته له ، وامتناله لأمره ، وشفقة الكبير للصغير ، ورياسته ، ونفاذ أمره عليه . لا تتفق وواجبات الزوجية ، وحتوقها المتبادلة بين الزوجين . بل تنقلب الأوضاع رأساً على عقب . وتنعكس الآية . إذا ما تصورنا شخصاً تزوج أمه . حيث يصبح رئيساً صاحب الأمر والنهي ، يجب عليها أن تطيعه ، وتخضع له ، وأن تمثل أوامره ، وتجتنب نواهيه ، وأن توقره وتعظمه . بعد أن كان الأمر بالعكس . إذ يجب على الابن احترام الأم وتعظيمها . فقد أمر الله تعالى الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وبالاحسان ، وخفض الجناح لهما ، والقول الكريم . ونهى عن أن يقول لهما « أف » . فلو أبيع للابن أن يتزوج أمه . لأدى إلى التناقض . لأن الحقوق الواجبة بالزواج لا تستقيم مع الحقوق المستحقة بالقرابة . وقد بلغ من اهتمام الدين الاسلامي بشأن الوالدين ، ورعايتهما ، والعناية بهما . أن الله سبحانه وتعالى قرن عبادته بالاحسان إليهما . فقال تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً . واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً » (١) .

ولم يكن من الحكمة منع الزواج بين الأقارب بتاتاً . بدون تفرقة بين القرابة القريبة ، والقرابة البعيدة . لأن القرابة كلما بعدت درجاتها ضعفت الرابطة ، وفترت العلاقة . ولذا كان التحريم بسبب القرابة في دائرة معينة محدودة . حتى لا يقع الناس في الحرج والضيق ، لو أطلق تحريم الزواج بين الأقارب . ومع هذا فالمستحسن : أن يتزوج الشخص في الغرائب . لأن الزواج بين الأقارب ينشأ عنه نسل ضعيف ، وأن الزواج بين المتباعدين يأتي بنسل

قوى . كما قرر ذلك علماء الحياة . ويشير إلى هذا المعنى الحديث . وهو قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « اغتربوا لا تزوجوا » (١) أى تزوجوا فى البعاد الأنساب لا فى الأقارب . لئلا تضوى أولادكم . وقيل معناه : تزوجوا فى الغرائب دون القرائب : فان ولد الغريبة أنجب وأقوى ، وولد القرائب أضعف وأضوى ، ومنه قول الشاعر :

فتى لم تلده بنت عم قريبة . . . فيضوى وقد يضى رديد الغرائب (٢)

كما يرشد إلى هذا المعنى قول «عمر بن الخطاب» رضى الله عنه لبنى السائب : « قد ضويتم (٣) فانكحوا فى الغرائب » : وقد قيل : « بنات العم أصبر ، والغرائب أنجب » . فضلا عما فى الزواج بين المتباعدين غير الأقارب . من إنشاء علاقات جديدة بين العائلات بالمصاهرة . فيحصل الارتباط والتعاون بين الأسر .

(١) يقال : ضوى الرجل . من باب علم : دق عظمه ، وهزل جسمه . والضوى بتشديد الياء : التحيف الضعيف الجسم خلقة أو هزالا .

(٢) لسان العرب ج ٦٢ ص ٤٨٩ طبع « دار صادر ببيروت » .

(٣) أى هزلتم وضعفتم .

القسم الثاني

المحرمات بسبب المصاهرة

يحرم على الشخص بسبب المصاهرة . أربعة أنواع من النساء . قال تعالى بياناً لها في سورة النساء : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف (١) إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » ، وقال تعال بعد هذه الآية عقب ذكر المحرمات من النساء بسبب القرابة : « وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » . أى حرمت عليكم أمهات نسائكم ... الخ . لأنها معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .

والبيان التفصيلي لكل نوع من هذه الأنواع الأربعة المحرمة بالمصاهرة مع دليل تحريم كل نوع ما يلي :

١ - : زوجة أصل الشخص ، أى زوجة أبيه وجده . مهما بعدت درجته . سواء كان الحد من جهة الأب . كأبي الأب . أو من جهة الأم . كأبي الأم . فإذا عقد الأب ، أو الحد زواجه على امرأة بعقد صحيح . فبمجرد العقد وإن لم يدخل بها حرمت على الفرع . أى الابن ، وابن الابن ، وابن البنت

(١) أى إلا ما كان في الجاهلية . فانكم لا تؤخذون عليه . ولكن لا يقر أحد بعد الاسلام على عقد زواج امرأة أبيه ، وإن كان العقد حصل في الجاهلية . وكان من عادات العرب في الجاهلية : زواجهم بأسرة الأب . إذا توفى عنها . فكان الابن أحق بها . فإن شاء تزوجها إن لم تكن أمه ، وإن شاء زوجها بغيره . وقد أبطل الاسلام هذه العادات القبيحة التي كانت فاشية بين العرب في عصر الجاهلية بهذه الآية .

مهما نزلت درجته تحريمياً مؤبداً. فلا يجوز له أن يتزوجها بعد أن فارقتها الأصل ، أو بعد أن مات عنها . لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » واكتفى سبحانه وتعالى بذكر الآباء . لأن اسم الآباء يشمل الأجداد مهما بعدوا . وإن كان للجد اسم خاص لا يشاركه فيه الأب الأدنى ، فان الاسم العام . وهو الأبوة ينتظمهم جميعاً . كما اكتفى في قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » بذكر الأمهات . لأن اسم الأمهات يتناول الجدات ، وإن بعدن (١) .

فالمراد بالآباء في الآية : الأصول من الذكور . فتدل الآية المذكورة على تحريم زوجة الجد . كما دلت على تحريم زوجة الأب . وقيل : « ان تحريم زوجة الجد ثابت بالاجماع » .

ومعنى النكاح في قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » : العقد . كما روى عن « ابن عباس » رضى الله عنهما : تفسيره بذلك . ومعنى الآية على هذا التفسير : لا تتزوجوا من تزوج آباؤكم . واختاره المرحوم الشيخ « محمد عبده » في تفسيره . حيث قال في تفسيره : « يطلق النكاح على العقد وحده . وهو الذى تمكن معرفته ، وتبنى عليه الأحكام فى الغالب . بخلاف ما قاله « الحنفية » : من أن حقيقة الوطاء « وعلى هذا تكون الآية دالة على تحريم زوجة الأصل بمجرد العقد ، وإن لم يوجد دخول بها . وأما إذا أريد من النكاح : الدخول . كما هو رأى « الحنفية » . فالدليل على تحريمها بمجرد العقد . هو الاجماع (٢) .

(١) « أحكام القرآن » للإمام « أبى بكر الرازى » المشهور بالخصاص ج ٢ ص ١٢ .
(٢) وفى « مجمع البيان » للطبرسى عند تفسير الآية : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » أى لا تتزوجوا ما تزوج آباؤكم . وقيل ما وطئ آباؤكم من النساء . وفى الآية دلالة على أن كل من عقد عليها الأب تحرم على الابن دخل بها ، أو لم يدخل . وهذا إجماع . فان دخل بها الأب على وجه السفاح . فهل تحرم على الابن . ففيه خلاف . وعموم الآية يقتضى أن تحرم عليه . لأن النكاح قد يعبر به عن الوطاء . وهو الأصل فيه .

وإذا تزوج الأصل امرأة زواجاً فاسداً. فإنها لا تحرم على الفرع . إلا إذا دخل الأصل بها . فيكون تحريمها بالدخول . لا بنفس العقد الفاسد . إذ لا يترتب عليه قبل الدخول أى أثر من آثار الزوجية . وإنما يترتب على الدخول بعض الآثار . ومنها : حرمة المصاهرة .

وأما أصول زوجة الأصل ، وكذا فروعها . فغير محرمات على الفرع . فللابن أن يتزوج بنت زوجة أصله ، أو بأمتها .

ب - : زوجة فرع الشخص ، أى زوجة ابنه ، أو ابن ابنه ، أو ابن بنته . مهما بعدت درجته . سواء دخل الفرع بزوجته ، أو لم يدخل بها . فإذا عقد الفرع زواجه على امرأة بعقد صحيح . حرمت على أصله . بمجرد تمام العقد . فلا يحل له أن يتزوجها . بعد أن فارقتها الفرع بالطلاق ، أو الموت . لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحلائل : جمع حليمة . وهى الزوجة ، واسم الأبناء يطلق على الفروع الذكور مباشرة أو بالواسطة . فيشمل الأبناء ، وأبناء الأولاد . وقيدت الآية بكونهم من الأصلاب . لاخراج الأبناء بالتبني . فلا تحرم زواجهم على من تبنوهم . لا لإخراج الأبناء من الرضاع . فان حليمة الابن من الرضاع محرمة على أبيه من الرضاع . ويؤيد « ابن القيم الجوزى » القول : بأن هذا القيد لاخراج كل من لم يتحقق فيه . كما هو الشأن فى القيود . ولما كان القيد غير متحقق فى المتبنى ، ولا فى الابن الرضاعى . فلا تكون حليمة كل منهما محرمة (١) .

= كما يعبر به عن العقد . فينبغى أن يحمل اللفظ فى الآية على الأسرين . واسرة الأب وإن علا تحرم على الابن وإن سفل بلا خلاف « (ج ٥ ص ٦٢) .

(١) راجع كتاب « زاد الميعاد » لابن القيم الجوزى ج ٤ ص ١٤ .

سميت الزوجة حليمة . لأنها حلت لزوجها . فكلمة حليمة من الحل . أو لأنها تحل فراشه ، وهو يحل فراشها . فاشتقاقها من الحلول . وقد يقال : ان ابن الابن ليس من صلب الشخص ، وكذا ابن البنت . فقيد الأبناء فى الآية الكريمة بكونهم من الأصلاب يقتضى

وقرأ بطل الإسلام نظام التبني الذي كان متبعاً وشائعاً بين العرب في الجاهلية . فكان الواحد منهم يتبنى ابن غيره المجهول النسب ، أو الثابت النسب من أبيه . فيلحق بمن تنبأه ، وينسب إليه دون أبيه من النسب ، وقد جرى العمل بنظام التبني الذي جرى به عرف العرب وعاداتهم . فترة من الزمن في صدر الإسلام . ثم نسخ حكم التبني ، وأبطل العمل به . قال تعالى : « وما جعل أديعائكم أبناءكم ذاكم قولاكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، أذعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم » (١) والأديعاء : جمع . مفردة : دعى . وهو الذي يدعيه الشخص ، وينسبه إلى نفسه من غير أن يكون ابنه حقيقة . وكما لا تحرم زوجة الدعى على من تنبأه . فكذلك لا تحرم زوجة المتبني على الدعى .

فاذا فارق كل منهما زوجته ، أو مات عنها يحل للآخر أن يتزوجها . وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم « زينب بنت جحش » مطلقة « زيد بن حارثة » الذي كان النبي عليه الصلاة والسلام قد تنبأه . قال تعالى : « فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أديعائهم » (٢) .

وإذا تزوج الفرع امرأة بعقد فاسد ، وفارقها قبل الدخول بها ، يجوز للأصل أن يتزوجها . لما علم أن الزواج الفاسد لا يستتبع أى حكم من أحكام الزوجية الصحيحة قبل الدخول .

= عدم تحريم زوجات أبناء الأبناء . وعدم تحريم زوجات أبناء البنات على الأجداد . أوجب أن مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار أن الأصل من صلبه . كقوله تعالى : « هو الذي خلقكم من تراب » والمخلوق من التراب هو الأصل . (راجع كتاب « الكفاية على الهداية » . ج ٢ ص ١٢١ وكتاب « المبسوط » للإمام السرخسي ج ٤ ص ٢٠١) .

(١) الآيتان رقم ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب .

(٢) الآية رقم ٣٧ من سورة الأحزاب .

وأما أصول زوجة الفرع ، وكذا فروعها فغير محرّمات على الأصل . فله أن يتزوج بأب زوجته فرعه ، أو ببناتها .

ج - : أصول زوجة الشخص . أى أمها وبناتها . مهما بعدت درجاتها . سواء كانت الحدة من جهة الأب . كأب أبي الزوجة ، أو من جهة الأم . كأب أم الزوجة . فإذا تزوج رجل امرأة زواجاً صحيحاً . حرمت عليه أصولها . بمجرد العقد عليها ، دخل بزوجته ، أو لم يدخل بها . وهذا معنى قول الفقهاء : « العقد على البنات يحرم الأمهات » والدليل على هذا : قول الله تعالى : « وأمّهات نسائكم » . أى حرمت عليكم أمهات نسائكم . ولم تقيد الآية بتحريم أمهات الزوجة بالدخول بها . فيحرم بنفس العقد على بناتها (١) . وأما إذا تزوج رجل امرأة زواجاً فاسداً . فلا تحرم عليه بهذا الزواج أصولها ، وإنما تحرم عليه . إذا دخل بمن تزوجها زواجاً فاسداً .

د - : فروع زوجة الشخص المدخول بها . أى بناتها ، وبنات بناتها ، وبنات ابنتها مهما نزلن . فإذا عقد رجل زواجه على امرأة ، ودخل بها

(١) وفي كتاب « تبين الحقائق » للزيلعي : وقال « محمد بن شجاع ، وبشر المريسي ، ومالك » : إن أم الزوجة لا تحرم حتى يدخل بها . وهو مروى عن « علي . وزيد بن ثابت ، وابن مسعود » . واحتجوا بقوله تعالى : « وأمّهات نسائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » . لأن الله ذكر أمهات النساء ، وعطف عليهن الرائب ، ثم أعقبهما ذكر الشرط . وهو الدخول . فينصرف الشرط إليها ، وهو الأصل في الشروط . فتقيدت حرمتها بالدخول . أو يقال : إن الموصول - اللاتي دخلتم بهن - وقع صفة لها فتقيداً بالدخول . ولنا إطلاق قوله تعالى : « وأمّهات نسائكم » من غير قيد بالدخول . وهو كلام تام منفصل عن الثاني . وبذهبننا : مذهب « عمر ، وابن عباس ، وعمران بن حصين » . وقولهم : ينصرف الشرط إليهما . وهو الأصل قلنا : ذلك في الشرط المصرح به . وأما في الصفة المذكورة في آخر الكلام فننصرف إلى ما يليها . فانك إذا قلت : جاء زيد وعمرو العالم « تقتصر الصفة على المذكور آخر (ج ٢ ص ١٠٢) .

حرمت عليه بهذا المدخول فرووعها، وإذا لم يدخل بها. فلا تحرم عليه فرووعها بمجرد العتد. فلو طلقها قبل أن يدخل بها، أو ماتت قبل أن يدخل بها. فله أن يتزوج بينها. وهذا معنى قول الفقهاء: «الدخول بالأمهات يحرم البنات». ولا فرق في كون المدخول بعتد صحيح، أو بعتد غير صحيح. والدليل على أن فروع الزوجة المدخول بها محرمة على الزوج: قول الله تعالى: «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم». والربائب: جمع ربيبة. بمعنى مربوبة. وهى بنت زوجة الرجل من غيره. سميت بذلك. لأن الرجل يربها، أى يربها. والحجور: جمع، مفردة حجر. بفتح الحاء وكسرها. يقال: «فلان فى حجر فلان». إذا كان فى تربته. فقوله تعالى: «فى حجوركم» معناه فى تربيتكم. وتقييد الربائب. بكونهن فى الحجر لوحظ فيه العادة الفاشية بين الناس. وهى أن تكون البنت مع الأم فى الأعم الأغلب من الحالات. فى حجر زوج أمها، ولم يقصد به: أنه شرط فى تحريمهن. فهو نظير قول الله تعالى: «ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم» (١). وهذا الكلام روعى فيه الأعم الأكثر. من أن قتلهم أولادهم كان مخافة الفقر، ولم يقصد بذكر خشية الإملاق: أن القتل منهى عنه فى هذه الحالة فقط، دون ما عداها من الحالات. فالربيبة محرمة مطلقاً على زوج أمها. سواء أكانت فى حجره أو لم تكن فى حجره. لأن هذا القيد فى الربائب لم يذكر على أنه شرط فى تحريمهن. ويدل على هذا: قول الله تعالى فى حالة إحلال التزوج بالربائب: «فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم». إذ لم يقل: فان لم تكونوا دخلتم بهن، ولم يكن فى حجوركم فلا جناح عليكم» فالإكتفاء فى حالة الإحلال والإباحة بنفى المدخول فقط. دليل على أن المناط فى التحريم. هو الدخول وحده (٢).

(١) الآية ٣١ من سورة الاسراء.

(٢) راجع كتاب «تبيين الحقائق» ج ٢ ص ١٠٢.

ومذهب « عمر » و « علي » : أن الربيبة لا تحرم على زوج أمها . إلا إذا كانت في حجره . تمسكاً بظاهر الآية .

ودلالة الآية على تحريم الرئائب واضحة . وأما دلالتها على تحريم بنات الربيبة ، وبنات الربيب : فمن جهة أن اسم الرئائب يشملهن . فيكون تحريمهن ثابتاً بنص الآية . أو يقال : إن تحريمهن ثابت بالإجماع .

وجملة القول في المحرمات بسبب المصاهرة : أن المرأة إذا كانت أصلاً ، أو فرعاً لزوجة الانسان ، أو كانت زوجة لأصله ، أو لفرعه . حرمت عليه تحريماً موبداً . وأن الحرمة ثابتة بنفس العقد . فيما عدا بنت الزوجة . فان حرمتها ثابتة بالدخول بأمرها ، لا بالعقد عليها .

حكمة تحريم المحرمات بالمصاهرة

الحكمة في تحريمهن : أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة . وقد ورد في الحديث « أن المصاهرة لحمة كلحمة النسب » . فالرجل بزواجه من قوم . أصبح كأحد أفرادهم . بعد أن كان أجنبياً عنهم . فيهمه من أمرهم ما يهمه لنفسه . ينصرهم وينصرونه . وتصير أم زوجته . كأمه من النسب في الرعاية والاحترام ، وبنت زوجته . كبنته من صلبه . يحنو عليها حنوه على بنته . وزوجة ابنه . بمنزلة ابنه . يعطف عليها ويرعاها عطفه ورعايته لابنه . وتعتبر زوجة أبيه . بمثابة أمه . فلهذه المعاني ، وغيرها . حرمت هذه الأنواع الأربعة من النساء بسبب المصاهرة (١) .

(١) وقد جاء في كتاب « حجة الله البالغة » في هذا الموضوع ما نصه : « لوجرت السنة بين الناس أن يكون للام رغبة في زوج بنتها ، وللرجال في حلائل الابناء ، وبنات نسايمهم . لأفضى إلى السعى في فك الربط ، أو قتل من يشح به . وإن انت سمعت إلى قصص الفارسيين ، واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الرشيدة . وجدت أسوأ عظماً ومهالك لا تحصى ، وأيضا فان الاصطحاب في هذه القرابة لازم ، والستر متعذر ، والتحاسد شنيع . فكان أسرها بمنزلة الأمهات والبنات أو بمنزلة الأختين » ١ هـ .

حرمة المصاهرة بالزنى

اتفق العلماء على أن حرمة المصاهرة . كما تثبت بنفس العقد الصحيح . كحرمة زوجة الأصل ، وزوجة الفرع ، أو بالدخول بعده . كحرمة الربائب . تثبت بالدخول في العقد الفاسد ، والدخول بشبهة : كما إذا عقد رجل زواجه على امرأة . ثم زفت إليه ، وقيل له : «إنها إمرأتك» . فدخل بها بناء على هذا الاخبار . ثم تبين أنها ليست امرأته . واختلف الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى . فرأى جماعة من الصحابة . منهم « عمر بن الخطاب » و « مسعود » ، و « ابن عباس » . ورأى « جمهور التابعين » : ثبوتها بالزنى . فاذا زنى رجل بامرأة حرمت على الزاني أصولها وفروعها . كما حرمت المرأة بها على أصول الزاني ، وفروعه . وهذا الرأي هو مذهب « الحنفية » ، ومذهب بعض الأئمة . « كسفيان الثوري » ، و « الأوزاعي » ، و « أحمد » . ومثل الزنى في ثبوت حرمة المصاهرة عند « الحنفية » : مقدماته ، ودواعيه . كالتقبيل . بشهوة ، وكاللمس ، والنظر . بشهوة إلى العضو المخصوص . فيقام عندهم السبب الداعي إلى الشيء مقامه في موضع الاحتياط ، ألا ترى أننا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع ، فقد أقام شبهة البضعية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة ، دون سائر الأحكام من التوارث ، ووجوب النفقة ، ومنع قبول الشهادة (١) .

وبناء على هذا الرأي . فلو زنى رجل بأم زوجته ، أو ببنتها . حرمت عليه زوجته تحريمًا مؤبدًا . ويجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما . وإلا فرق القاضي بينهما .

(١) راجع كتاب « العناية على الهداية » للبارقي ج ٣ ص ١٣٠ . (طبع الحلبي) .

وذهب «الامام الشافعي» إلى أن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة . فلا تحرم بالزنى عنده أصول المزني بها ، ولا فروعها على من زنى بها . كما لا تحرم المرأة المزني بها على أصول الزاني ، ولا على فروعه . ولو زنى رجل بأم زوجته ، أو ببنتها . لا تحرم عليه زوجته . واستدل «الشافعي» على مذهبه بجملة أدلة :

فمنها : ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : سئل عن رجل زنى بامرأة . فأراد أن يتزوج بنتها . فقال : « لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان من نكاح » .

ومنها : أن حرمة المصاهرة نعمة . لأنها تلحق الأجانب بالأقارب . فلا تنال بالزنى المحظور شرعاً .

واستدل «الحنفية» على مذهبهم بجملة أدلة .

فمنها : قول الله تعالى : «ولا تنحكوا ما نكح أبواكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً» بناء على أن المراد بالنكاح في الآية : الوطء . سواء كان الوطء حلالاً ، أو حراماً . لأن المعنى الحقيقي للفظ النكاح لغة : الوطء . أو يراد منه ذلك مجازاً بقريظة قول الله تعالى : «فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً» . لأن الفاحشة الوطء لا نفس العقد (١) .

ومنها : أن المناطق في التحريم عند «الحنفية» : الوطء حلالاً كان أو حراماً . فهم يرون لإلغاء وصف الحل في المناطق وعدم اعتباره ، «والشافعي» يعتبره في المناطق . وهذا منشأ الاختلاف . ويستدلون على إلغاء وصف الحل في المناطق ، وعدم اعتباره . بأن الزوج إذا دخل بامرأته . وهي حائض ، أو نفساء ، أو دخل بها . وهو صائم في رمضان . فهذا الدخول حرام . ومع

(١) الفتح على الهداية ج ٣ ص ٢٨ .

ذلك تثبت به حرمة المصاهرة . فيحرم عليه إذا فارق زوجته ، أو توفيت بعد هذا الدخول الحرام : أن يتزوج بفرعها . فعلم : أن المعتبر . هو ذات الوطاء من غير نظر إلى كونه حلالاً أو حراماً .

وأجاب « الحنفية » عن الحديث الذي استدل به « الشافعي » بأنه حديث ضعيف لا يصح التمسك ، والاستدلال به . فقد قال « البخاري » ، « والنسائي » ، « وأبو داود » بشأن الحديث المذكور : « إنه ليس بشيء » . وهم من أئمة الحديث وأعلامه (١) وأما ما استدل به « الشافعي » بأن حرمة المصاهرة نعمة والزنى محذور . فلا تنال النعمة بالخطور . فقد قال « الحنفية » في رد هذا الاستدلال : إن قول « الشافعي » : إن حرمة المصاهرة نعمة لا تنال بالخطور . مغلطة . لأن النعمة ليست التحريم من حيث إنه تحريم . لكونه تضييقاً . بل النعمة نفس المصاهرة التي يترتب عليها التحريم . لأنها هي التي تصير الأجنبي قريباً ، وعضداً ، وساعداً . يهيمه ما أهمك . ولا مصاهرة بالزنى . فالصهر زوج البنت مثلاً . لا من زنى ببنت الشخص . فانتفت الصهرية ، وفائدتها أيضاً . إذ الانسان ينفر من الزاني ببنته ، فلا يتعرف به . بل يعاديه . فضلاً عن أن يتخذ عضداً وساعداً له . فالتحريم بالزنى أشبه بالعقوبة . فلا مانع من ترتبه عليه (٢) .

ويقول « الكمال بن الهمام » في كتابه « فتح القدير » : « ولو ولدت الزانية من الزاني بنتاً . بأن زنى ببيكر وأمسكها . حتى ولدت بنتاً . حرمت عليه هذه

(١) وفي كتاب « فتح القدير » للكمال بن الهمام : والحديث المذكور غير مجرى على ظاهره ، رأيت لوبال ، أو صب خمراً في ماء قليل مملوك له . لم يكن حراماً مع أنه يحرم استعماله . فيجب كون المراد : أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراماً . وحينئذ نقول بموجبه . إذا لم نقل : باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنى . بل باعتباره وطاً ، هذا لوصح الحديث « (ج ٣ ص ١٢٨) .

(٢) راجع «الفتح» ج ٣ ص ١٢٨ - ١٢٩ . و« أحكام القرآن » ج ٢ ص ١١٣ وما بعدها .

البنات . لأنها بنته حقيقة . وإن لم ترثه ، ولم تجب عليه نفقتها ... والمخلوقة من مائه : بنته حقيقة ، ولغة ، والاتفاق بين العلماء على حرمة الابن من الزنى على أمه . فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه بجهة الحقيقة ، ثم هو الجارى على المعهود . من الاحتياط فى الفروج . وبحرمة البنات من الزنى قال « مالك » فى المشهور عنه ، و« أحمد » . خلافاً . « للشافعى » ، وعلى هذا الخلاف : أخته من الزنى ، وبنت أخيه ، وبنت أخته ، وبنت ابنه منه ، بأن زنى أبوه ، أو أخوه ، أو أخته ، أو ابنه ، فأولدوا بنتاً . فأنها تحرم على الأخ ، والعم ، والخال ، والجد » (١) .

ومن الواضح : أن رأى « الحنفية » والإمامين : « مالك » ، و « أحمد » : هو ما يقتضيه العقل ، والمنطق . والحدير بالأخذ ، والعمل به . فتكون بنت الزنى محرمة على أبيها الزانى . لأنها بنته فى الواقع ، والحقيقة ، وفى اللغة ، والعرف . فيجب القول بتحريمها . كبنات النسب . وآية التحريم . وهى قول الله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » تقناولها . لأن لفظ « وبناتكم » فى الآية الكريمة عام ، ولم يدخله تخصيص . فالبنوة فى الآية غير مقيدة بالصفة الشرعية . فتكون كلمة « بناتكم » شاملة لبنات النسب ، وبنات الزنى .

ويرى « الشافعى » أن البنات التى هى محرمة بالآية . هى البنات الشرعية التى ثبت نسبها من أبيها ، وتكون لها أحكام البنوة من التوارث ، ووجوب نفقتها على أبيها ، وثبوت ولايته عليها . وما إلى ذلك من الأحكام . وبنت الزنى ليست بهذه الصفة . فلا يثبت نسبها من الزانى . ولا توارث بينهما . لما تقرر شرعاً : أن الزنى مهمل ، وغير محترم . فتكون البنوة الناتجة منه غير محترمة . ولذا لم يرتب عليها الشارع الأحكام المترتبة على البنوة من النسب ، فتكون البنات

(١) (ج ٣ ص ١٢٦ - ١٢٧) .

أجنبية عن أبيها الزانى . فلا تحرم عليها . كما لا تحرم سائر الأجنبية (١) .

وأجيب عن استدلال « الشافعى » على رأيه . بأن ثبوت النسب بين الولد ووالده، وما يتبعه من الأحكام . قد قام الدليل على أن ذلك خاص بالبنوة الشرعية . وآية التحريم عامة . وردت فيها البنوة غير مقيمة بالصفة الشرعية . فتناولت بنت النسب، وبنت الزنى . وحينئذ يجب القول . بتحريم بنت الزنى مثل بنت النسب . إذ لا فرق بينهما في أن كل واحدة منهما بنته حقيقة . لأنها مخلوقة من مائه في الواقع ، ونفس الأمر .

(١) وفي « الكفاية على الهداية » : وهذه الأحكام إن لم تثبت أصلا فلا تدل على عدم الاضافة إليه . ألا ترى أن الابن الكافر لا يرث ، ولا يستحق النفقة على الأخ المسلم . ولا خلل في الاضافة . فدل على أن عدم هذه الأحكام . لا يدل على الاختلال في الاضافة . بل عدسها لعدم شرطها . على أن الحرمة مما يحتاط في اثباتها متى دارت بين الشبوت وعدمه « (ج ٣ ص ١٢٨ - ١٢٩) .

القسم الثالث

المحرمات بسبب الرضاع

الرضاع ، والرضاعة . لغة : مص اللبن من الثدي . وشرعاً : مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة . وهي العامان الأولان من عمره . وإنما اقتصر الفقهاء في تعريفهم الرضاع شرعاً على مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة ، مع أن الرضاع يتحقق أيضاً بشربه لبن المرأة ، في المدة المذكورة . لكونه الأمر الغالب فيه ، ولجريان العادة به .

يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب . من النساء . لأن الرضاع يجعل صلة الرضيع بمن أرضعته . كصلته بأمه التي ولدته . وقد اعتبر الدين الاسلامي المرأة التي أرضعت طفلاً ذكراً كان . أو أنثى . أمماً له من الرضاعة . وأنزلها منزلة أمه من النسب ، واعتبر زوج المرزعة الذي هو سبب في إدرار لبنها أباً له من الرضاعة . بمنزلة أبيه من النسب . فيكون الرضيع ابناً لها من الرضاعة . ويعد أولادهما ، أو أولاد أحدهما . أخوة ، أو أخوات له ، ويعتبر إخوة المرزعة ، وإخواتها ، وأخوالا ، وخالات له . ويكون أخوة زوج المرزعة ، وإخواتها . أعماماً ، وعمات له من الرضاعة .

والدليل على أنه يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب : قول الله تعالى عند بيان المحرمات . من النساء : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » (١) وقوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

(١) قال الامام «فخر الدين الرازي» في تفسيره الكبير مانصه: إن الله تعالى لما سمي المرزعة أما ، والمرزعة أختا. قد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب . وذلك لأنه حرم بسببه سبعاً . اثنتان منهما منسبتان بطريق الولادة . وهما الأمهات ، والبنات ، وخمس منها بطريق الأخوة ، وهن الأخوات ، والعمات =

وقد اتفق «جمهور» الفقهاء على أنه يحرم بالرضاع أيضاً : ما يحرم بالمصاهرة . لأن الشريعة الإسلامية لما اعتبرت المرضعة أما للرضيع . مثل أمه من النسب . واعتبرت البنت التي أرضعتها بنتاً لها من الرضاعة . مثل بنتها من النسب ، واعتبرت الرضيع ابناً للمرضعة . مثل ابنها من النسب ، كانت أم زوجة الرجل رضاعاً مثل أمها نسباً ، وبنت زوجته رضاعاً . مثل بنتها نسباً . ولما اعتبرت زوج المرضعة أباً للرضيع ، والرضيع ابناً له . كانت زوجة الأب الرضاعي . كزوجة الأب النسبي ، وزوجة الابن الرضاعي ، كزوجة الابن النسبي . ولهذا المعنى اتفق «الجمهور» من الفقهاء على أنه يحرم بالرضاع : كل ما يحرم بالمصاهرة ، وقرروا القاعدة العامة في التحريم بالرضاع . وهي : « كل من تحرم بالقرابة ، والمصاهرة . تحرم بالرضاع » . فتكون المحرمات بالرضاع ثمانية أنواع من النساء : الأربع المحرمات بالنسب ، والأربع المحرمات بالمصاهرة ، وتفصيل هذه الأنواع الثمانية المحرمة بالرضاع ما يلي :

(١) : أصول الشخص من الرضاع ، أي أمه ، وجدته ، رضاعاً . من أية جهة كانت الحدة . ومهما علت .

(٢) : فروع من الرضاع . أي بنته رضاعاً ، وبنت بنته ، وبنت ابنه رضاعاً ، مهما نزلت .

(٣) : فروع أبويه من الرضاع ، أي أخواته ، وبنات أخوته ، وأخواته رضاعاً . مهما نزلن . سواء اتحدن من الرضاعة أو لم يتحدن . فكل من رضع من امرأة صار أخاً لأولادها من النسب ، أو من الرضاع ، وإن اختلفت أوقات الرضاعة

= والحالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت . ثم إنه تعالى لما شرع بعد ذلك في أحوال الرضاع ذكر من هذين القسمين صورة واحدة . تنبيهاً بها على الباقي ، فذكر من قسم قرابة الولادة : الأمهات ، ومن قسم قرابة الأخوة : الأخوات . وبه يذكر هذين المثالين من هذين القسمين على أن الحال في باب الرضاع . كالحال في باب النسب . ثم إنه عليه الصلاة والسلام أكد هذا البيان بصريح قوله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب « فصار صريح السنة مطابقاً لفهوم الآية . وهذا بيان لطيف » .

(٤) : فروع الحد، والحد من الرضاع. بشرط انفصالهن بدرجة واحدة .
أى العمات ، والحالات رضاعاً .

(٥) : أصول زوجة الشخص من الرضاع . أى أمها، وجدتها من الرضاع .
مههما علت ومن أية جبهة كانت الحد . سواء أدخل بزوجه . أو لم يدخل بها .

(٦) : فروع زوجته من الرضاع ، أى بنتها ، وبنت بنتها ، وبنت ابنها
من الرضاع . مههما نزلت . إذا دخل بزوجه .

(٧) : زوجة أحد أصوله من الرضاع . أى زوجة أبيه ، أو جده رضاعاً .
وإن لم يدخل الأب ، أو الحد بزوجه .

(٨) : زوجة أحد فروعه من الرضاع . أى زوجة ابنه ، أو زوجة ابن
ابنه ، أو زوجة ابن بنته رضاعاً . وإن لم يدخل الفرع بزوجه .

فالأربع الأوليات من هذه الأنواع الثمانية : هن المحرمات بالنسب ،
والأربع الأخريات : هن المحرمات بالمصاهرة (١) .

(١) مذهب «جمهور» العلماء : أن الرضاع محرم بالنسبة للرجل الذى . هو سبب
فى إدرار لبن المرضعة . كما أنه محرم بالنسبة للمرضعة . فإذا أرضعت امرأة طفلاً
باللبن الذى نزل منها . بسبب حملها وولادتها من رجل حرمت هذه الطفلة بهذا الارضاع
على زوج المرضعة . لأنه أب لها من الرضاع . فلا تحل له ولا لأولاده ، لأنهم أخوتها
لأنها رضاعاً . ولا لأخوته . لأنهم أعمامها . ولا لأبائه . لأنهم أجدادها ، ولا لأعمامه .
لأنهم أعمام الأب رضاعاً . فإذا كانت لرجل زوجتان : فأرضعت إحداهما طفلاً
والأخرى طفلة : فهما أخوان من الرضاع . لأن زوج المرضعتين أب لها من الرضاعة .
فلا يحل لهذا الطفل : أن يتزوج بهذه الطفلة ، لأنها أخته من الرضاع لأب .

وقيل : « لا تثبت الحرمة من الزوج بالرضاع » . ونقل هذا الرأى عن بعض
الصحابية ، وبعض التابعين . وهو قول ضعيف للإمام «الشافعى» . واستدل على هذا
الرأى ، بأن علة التحريم بالرضاع : أن لبن المرضعة الذى تغذى به الرضيع جزء
منها . فأورث ذلك شبهة البعضية ، واعتباره كقطعة منها . وهذا المعنى غير موجود
بين الرضيع وبين من أرضعته زوجته ، وكون الرجل سبباً فى نزول اللبن من المرضعة
سبب بعيد . فلا توجد الجزئية بين الرضيع وبين أرضعته زوجته .

الرضاع المحرم

بشترط في كون الرضاع سبباً في التحريم ما يأتي :

(١) : أن يحصل الرضاع في مدة معينة . وهي مدة الرضاعة . وقدرها «الصاحبان» بالحولين الأولين . من حياة الرضيع . فان حصل الارضاع في تلك المدة . ولو بعد الفطام تعلق به التحريم ، وان حصل بعدها ، ولو قبل الفطام لم يثبت به التحريم . وهذا مذهب الأئمة : «مالك» ، و «الشافعي» ، و «أحمد» ، و «داود الظاهري» . لقوله تعالى : و «الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» (١) فقد جعل الله تعالى تمام الرضاعة بالحولين ، ولا مزيد على التمام ، ولقوله تعالى : «وفصاله في عامين» (٢) . وحدد «أبو حنيفة» مدة الرضاع . بثلاثين شهراً الأولى من حياة الرضيع . فاذا حصل الارضاع بعد هذه المدة لم يتعلق بالرضاع تحريم ، فطم الرضيع ، أو لم يفظم ، واستدل على مذهبه . بقوله تعالى : «حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً» (٣) .

= وحجة «جمهور» الفقهاء : هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وما روى عن «عائشة» أم المؤمنين في الصحيحين : «أن أفلح أخا أبي القعيس» استأذن على بعد أن نزل الحجاب . وقلت : والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأن أخا «أبي القعيس» ليس هو أرضعني ، وإنما أرضعني امرأة «أبي القعيس» . فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقلت : يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني . ولكن أرضعني إسرته . فقال : ائذني له فإنه عمك «راجع «الفتح» ج ٣ ص ٣١٣ وما بعدها .

وإذا نزل للبكر لبن . فأرضعت به صبياً تعلق بهذا الارضاع التحريم . لاطلاق النص المحرم بالرضاع ، ولأنه سبب النشور . فثبتت به شبهة البعضية . وإن كانت هذه الصورة نادرة الوجود . ولبن الميتة محرم عند «الحنفية» . وقال «الشافعي» لا يثبت بلبن الميتة حرمة (ج ٢ ص ١٨٥ ، الزيلعي) .

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٤ من سورة لقمان .

(٣) الآية ١٥ من سورة الأحقاف .

ووجه الاستدلال بهذه الآية على مذهب «أبي حنيفة» : أن الله سبحانه وتعالى ذكر شيئين : الحمل ، والفصال . وضرب لهما مدة . وهى ثلاثون شهراً . فكانت لكل واحد منهما بكاملها . نظير ذلك : الأجل المضروب للدينين على شخصين . كما إذا قال الدائن : أجلت الدين الذى لى على فلان ، والدين الذى على فلان : سنة . يفهم من ذلك أن السنة بكاملها أجل لكل الدينين . إلا أن الدليل قام على أن مدة الحمل أقل من ثلاثين شهراً . ولم يقم الدليل على أن مدة الفصال أقل من ذلك . فبقيت كاملة (١) . وأما قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فالمراد به : أن المدة التى تستحق المرصعة الأجرة على الإرضاع فيها . هى سنتان والمراد بالوالدات : المطلقات . ومعنى الآية : أن المطلقات يرضعن أولادهن حولين . لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة . وهذا لا يقتضى أن انتهاء مدة الرضاعة بالحولين .

وقيل : « لاحد لمدة الرضاعة » . فيتعلق التحريم برضاع الكبير . وهذا القول غير مقبول . لقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما الرضاعة من الحاجة » أى أن الرضاع المحرم . هو الذى يدفع الجوع . وهذا لا يكون . إلا فى الصغر .

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الأحقاف .

(٢) وقد يقال : إن قوله تعالى : « وقصاله فى عامين » يدل على أن مدة الفصال أقل من ثلاثين شهراً . فلا يصح القول بأنه لم يقم الدليل على أن الفصال أقل من ثلاثين شهراً . وفى الزيلى . « أن الفصال المذكور فى النص : فصال استحقاق الأجرة على الأب ، لا فصال مدة الرضاع . ولئن سلم أنه فصال مدة الرضاع يكون بياناً لأقل مدته . لا أنه لا يوجب الحرمة بعد ذلك . ثم قيل : « لا يباح الإرضاع بعد مدة الرضاع » . لأن اباحتها للضرورة ، لكونه جزء الآدمية . ولا حاجة بعد مدته » (ج ٢ ص ١٨٢ وما بعدها) .

لأن لبن المرأة لا يكون غذاء يدفع الجوع بالنسبة للكبير . ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا رضاع إلا ما انشز العظم ، وأنبت اللحم » (١) وانشاز العظم وإنبات اللحم بلبن المرأة لا يكون . إلا في حالة الصغر .

(٢) : أن يكون الرضاع من لبن امرأة . فلو ارتضع صغيران من لبن بهيمة . لا يتعلق بذلك تحريم بينهما . إذ لا جزئية بين الانسان ، والبهائم . والحرمة باعتبار البعضية والجزئية . بين الرضيع وبين من أرضعته .

(٣) : أن يتحقق من وصول اللبن إلى جوف الرضيع . بطريق الفم ، أو الأنف . فان لم يتحقق من ذلك . بأن يلتقم الطفل حلمة ثدى المرأة ، ولم يعلم وصول اللبن إلى جوفه . لا يثبت التحريم . للشك في وجود سببه . والأحكام لا تثبت بالشك . وكذا لا يثبت التحريم . إذا حقن باللبن ، أو قطر في الأذن . لأن اللبن بهذه الكيفية لا يكون مغذياً في العادة . والتغذى مناط التحريم .

ولا يشترط في التحريم بالرضاع : مقدار معين . فقليل اللبن ، وكثيره . سواء في ثبوت الحرمة بالرضاعة . متى تحققت الشروط التي ذكرناها . ولا فرق بين كون الارضاع مرة ، أو أكثر ، مشبعاً ، أو غير مشبع . لقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » ولقوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . حيث جعل الشارع الرضاع سبباً في التحريم من غير تمييز بعدد ، ولا بمقدار معين ، ولا بكونه مشبعاً ، أو غير مشبع ، ولا بالمرّة ، أو بالأكثر . فتنى حصل الرضاع : تعلق به التحريم . وهذا مذهب « الحنفية » ، و « المالكية » ، ورواية عن « أحمد » .

(١) وفي رواية : وانشر العظم . بالراء . يقال : أنشز الله العظام . أى رفعها إلى موضعها ، وركب بعضها على بعض . وفي التنزيل : « وأنظر إلى العظام كيف ننشزها ثم نكسوها لحماً » . وأنشر الله الشيء : أحياه . وأنشر العظم : قواه وشدهه كأنه أحياه . وفي التنزيل : « ثم أماته فأقبره . ثم إذا شاء أنشره » .

واشترط « الشافعي » ، و « أحمد » في ظاهر مذهبه ، و « ابن حزم الظاهري » :
في ثبوت التحريم بالرضاع : أن يكون خمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات
متفرقات . وما دون ذلك لا يتعلق به التحريم عندهم . واستدل على هذا الرأي
بما روى عن « عائشة » رضي الله عنها : أنها قالت : « خمس رضعات مشبعات
يحرمن » . وبأن علة التحريم بالرضاع : كونه منبئاً للحم ، ومنشزاً للعظم . وهذا
لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل . وذلك بخمس رضعات مشبعات .
وهذا الرأي فيه سعة للناس ، وتيسير لهم . بخلاف الرأي الأول . ففيه حرج
وضيق . لأن النساء يتساهلن في ارضاع الأطفال مرة ، أو مرتين ، ولا
يتحرجن عن ذلك عادة . وقد روى كل من هذين الرأيين . عن بعض
الصحابية ، والتابعين .

ولا يشترط في ثبوت الحرمة بالرضاع : أن يكون لإرضاع من رضعوا
من المرأة في زمن واحد . فتي وجد الرضاع منها ، ولو في أوقات متباعدة ،
ثبتت الحرمة بالرضاع . فمن رضع من امرأة صار أخاً لأولادها من النسب ،
أو من الرضاع . بدون فرق بين من والدوا لها قبل رضاعه منها ، أو بعده ،
وبدون فرق بين من رضعوا منها معه ، أو قبل رضاعه منها ، أو بعده .

اختلاط لبن المرضعة

وإذا اختلط لبن المرضعة بغيره . فالحكم على التفصيل الآتي :

١ - : إذا اختلط لبن المرضعة بسائل . كالماء ، و الدواء . فالعبرة بالغالب .
فاذا كان اللبن غالباً . يتعلق به التحريم ، وإن كان مغلوباً لم يتعلق به التحريم .
لأن المغلوب غير موجود حكماً ، بخلاف « للشافعي » . فعنده إذا كان اللبن
قدر خمس رضعات . وهو القدر المحرم عنده تثبت به الحرمة ، ولو كان الماء

هو الغالب . لأن اللبن موجود حقيقة ، فيستلزم حكمه . وهو التحريم . لأن الحرمة مبنية على الحقيقة ، وقد وجدت ، والموضع موضع احتياط . صيانة للأعراض . وأما إذا كان قدر اللبن أقل من خمس رضعات . فلا يحرم . لعدم تحقق القدر المحرم عنده .

وإن استوى اللبن مع السائل قدرا . فالحكم : التحريم . كما إذا كان اللبن غالباً .

ب - : إذا اختلط لبن امرأتين . فالحكم . للغالب منها عند « أبي يوسف » . وذلك يجعل الأقل تابعاً للأكثر . في بناء الحكم عليه . وعند « محمد » ، و« زفر » يتعلق التحريم . بلبن المرأتين . بدون اعتبار الأكثر ، أو الأقل . لأن الجنس لا يغلب الجنس . لأن الشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه . فاختلاط لبن المرأتين لا يصير الأقل تابعاً . للأكثر . ورأيهما : هو الظاهر . وعن « أبي حنيفة » روايتان في هذه المسألة . في رواية إعتبر الغالب « كأبي يوسف » ، وفي رواية أخرى تثبت الحرمة عنده بلبن المرأتين . وإذا تساوى لبن المرضعة مع لبن المرأة الأخرى في المقدار . تعلق التحريم . باتفاق الفقهاء .

ج - : وإذا اختلط اللبن بالطعام . من غير طبخ . فالحكم عند « الصاحبين » كالحكم . فيما إذا اختلط اللبن بالسائل . وأما عند « أبي حنيفة » فلا تثبت الحرمة في هذه الحالة ، ولو كان اللبن غالباً . وإذا طبخ الطعام باللبن . لم يتعلق به التحريم باتفاق « فقهاء الحنيفة » لأن اللبن تغير عن طبعه بالطبخ (١) .

ومما يجب أن يلاحظ : أنه يوجد بعض صور يبدو من أول الأمر . بحسب ظاهرها : أنها مستثناة . من عموم الحديث : « يحرم من الرضاع : ما يحرم من النسب » . حيث إن المرأة محرمة . من النسب في هذه الصور ، وغير محرمة . من الرضاع . ولكن عند التدقيق ، وإمعان النظر ، وإدراك المعنى الموجب للحرمة في النسب . نجد أن هذا المعنى غريب متحقق . في هذه الصور . بالنسبة للرضاع . فلم يتناولها لفظ الحديث . وبيان ذلك : أن علة التحريم بالنسب : هي كون المرأة أصلاً ، أو فرعاً للشخص ، أو فرعاً لأبويه ، أو جديه .

ولما كان هذا المعنى متحققاً بالنسبة للنسب ، وغير متحقق بالنسبة . للرضاع في أفراد تلك الصور التي يبدو من أول الأمر : أنها مستثناة . من القاعدة العامة . « يحرم من الرضاع : ما يحرم من النسب » . فان المرأة في تلك الصور غير محرمة . بالرضاع . وإن كانت محرمة . بالنسب . وبعبارة أخرى . فان القاعدة المذكورة لاتشمل تلك الصور . لأن الرضاع . إنما يحرم إذا أوجد صلة ورابطة . كصلة ورابطة النسب . والرضاع في تلك الصور لم يوجد هذه الصلة ، والرابطة .

ومن هذه الصور « أم الأخ من الرضاع » . إذ يحرم على الشخص : أن يتزوج بأم أخيه من النسب . ولا يحرم عليه : أن يتزوج بأم أخيه من الرضاع . فاذا أرضعت امرأة طفلاً ، وكان لها ابن من النسب ، فهما اخوان رضاعا . ويجوز لهذا الأبن : أن يتزوج بأم الطفل المذكور من النسب . اكونها أجنبية عنه ، مع أنها أم أخيه من الرضاع ، ولا يجوز للشخص : أن يتزوج بأم أخيه من النسب . لأنها أمه أيضا . إن كانا شقيقين ، أو أخوين لأم . أو زوجة أبيه . إن كانا أخوين لأب . وهذا المعنى غير موجود في أم أخيه من الرضاع . لأنها ليست أما له من النسب ، ولا من الرضاع ، ولا هي زوجة أبيه . فلم يوجد سبب التحريم . فلا تكون محرمة عليه .

وإذا لم توجد العلة التي من أجلها وجد التحريم . لا توجد الحرمة . حتى في النسب . كما في أخت الأخ نسباً . حيث يجوز في بعض الصور : أن يتزوج الشخص . أخت أخيه من النسب . كما إذا كان له أخ لأب نسباً . ولهذا الأخ أخت نسباً من الأم . فانه يجوز لأخيه لأب نسباً : أن يتزوجها . لأنها أجنبية بالنسبة إليه . فلا تحرم عليه . لعدم وجود سبب التحريم : وهو القرابة النسبية . مع أنها أخت أخيه من النسب .

ومثل أم الأخ رضاعاً في هذا الحكم : أم الأخت رضاعاً . فانها غير محرمة على الشخص . بخلاف أم أخته من النسب . فانها محرمة . لأنها أمه ،

أوزوجة أبيه . وهذا المعنى غير متحقق . في أم أخته من الرضاع . فلا تكون محرمة عليه .

ويمكن توضيح المسألة السابقة بمثلين آخرين :

(١) : إذا كان اثنان أخوين من النسب . ولدسيهما محمداً ، وأحمد . ورضع محمد . من امرأة أجنبية عنها . فهي أمه من الرضاع . فتكون محرمة عليه . ولكنها غير محرمة على أخيه أحمد ، لكونها أجنبية ، مع أنها أم رضاعية . لأخيه محمد . من النسب .

(٢) : إذا كان اثنان لا قرابة بينهما . ولكنها أخوان من الرضاع . بأن رضعا من امرأة أجنبية عنها . ثم رضع أحدهما من امرأة أخرى ، فإنها غير محرمة على الآخر . لأنها أجنبية عنه ، مع أنها أم أخيه رضاعاً .

ومن تلك الأمور : أخت الابن رضاعاً . فهي غير محرمة . على زوج المرضعة . بخلاف أخت الابن نسباً . فإذا رضعت لإمرأة طفلاً . وكانت له أخت من النسب . لم ترضع من هذه المرأة ، فإنه يجوز لزوج المرضعة الذي تسبب في نزول اللبن منها : أن يتزوجها ، مع أنها أخت ابنه من الرضاع . لأنها أجنبية عنه . بخلاف أخت ابنه من النسب . إذ لا يجوز له : أن يتزوجها لأنها إما بنته ، أو بنت زوجته المدخول بها . واعدت تحقق هذا المعنى . في أخت ابنه رضاعاً . لم تحرم عليه .

ومثل أخت الابن من الرضاع : أخت البنت من الرضاع . في عدم تحريمها . على زوج المرضعة .

ويمكن توضيح هذه المسألة بمثلين آخرين . على غرار ما قيل في المسألة الأولى :

(١) : إذا أرضعت امرأة طفلا . فهو ابنها ، وابن زوجها . من الرضاعة ثم ارتضع من امرأة أخرى لها بنت من النسب ، أو من الرضاعة . فإن هذه البنت أخته من الرضاعة . وهي غير محرمة على زوج المرضعة الأولى . لأنها أجنبية عنها ، ولا رابطة بينه وبينها ، مع أنها أخت ابنه رضاعا .

(٢) : إذا كان لشخص . ابن من النسب . رضع من امرأة لها بنت من الرضاعة ، أو من النسب . فهي أخته من الرضاع . ويجوز لأبيه من النسب : أن يتزوجها . لعدم الرابطة المحرمة ، مع أنها أخت من الرضاع . لابنه من النسب . وتوجد صور أخرى كثيرة شبيهة . بما سبق . تكون المرأة فيها محرمة بالنسب ، وغير محرمة بالرضاع . وقد اشتملت المسادة (٣٧٧) من كتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » على كثير من هذه الصور .

حكمة التحريم بالرضاع

من الواضح : أن لبن المرضعة . هو الغذاء الأساسي للطفل . في سن الرضاع والمادة الأصلية التي تحفظ بقاءه . في المرحلة الأولى . من حياته . بعد ولادته . وهذا اللبن الذي تغذى به الرضيع ، وكان العامل الأول في نموه ، وتكوين بنيته ، وتقويتها : جزء من المرأة التي أرضعته . فبذلك صار الرضيع . كقطعة منها ، ووجدت صلة ، ورابطة بين الطفل ، وبين من أرضعته . كصلة النسب ، ورابطة القرابة التي تربط بأمه التي ولدته . فهذه حملته في بطنها . حتى مرت به الأطوار المختلفة إلى حين ولادته . وهو يتغذى منها ، وتلك حفظت حياته . بعد ولادته . بلبنها الذي تغذى به . وهو طفل صغير . فصارت المرضعة . أما له من الرضاعة ، بمنزلة أمه من النسب ، وصار زوجها : أباً من الرضاع ، بمثابة أبيه من النسب ، واعتسب هو ولدا لها ، مثل ولدهما من النسب ،

وصارت صلة الرضيع بأقاربها . كصلته . بأقاربه . الذين تربطهم به رابطة النسب ، والقربة . فأعطى الرضاع : حكم النسب . في إثبات الحرمة ، دون سائر الأحكام . من التوارث ، ووجوب النفقة ، وغيرهما .

والشريعة الاسلامية بايجاد هذه الرابطة الوثيقة بين الرضيع وبين المرضعة وأقاربها ، وبجعلها هذه المكانة والقداسة للمرضعة : تقصد تشجيع الناس على إرضاع الأطفال . إذ لا تجد المرأة ، ولا من تنتسب إليهم بزواج ، أو قرابة : غضاضة ، وحرماً . من أن تقوم بارضاع طفل . فقد أمه ، أو عجزت أمه عن القيام بارضاعه . مادام لها هذه المكانة ، والاحترام في نظر الدين .

ما يثبت به الرضاع

يثبت الرضاع . بما تثبت به الحقوق المالية . وهي البينة ، والاقرار . فاما البينة : فهي شهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين عدول ، ولا يثبت الرضاع . بشهادة النساء وحدهن . عند « الحنيفة » . لأن ثبوت الحرمة بالرضاع بين الزوجين : يبطل ملك النكاح ، وابطال الملك لا يثبت بشهادتهن . بل بالشهادة المعتادة . وهي شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين :

ومذهب « الامام مالك » : أنه يكفي في ثبوت الرضاع شهادة امرأة معروفة بالعدالة . وقال « الشافعي » : يثبت الرضاع . بشهادة امرأتين . لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال . إذ لا يحل لهم النظر إلى ثدى المرأة الأجنبية . فيكون الرضاع من المسائل المستثناة التي تقبل فيها شهادة النساء وحدهن . ورد عليه « الحنيفة » بأن المحارم من الرجال يطلعون على الإرضاع . فلا يثبت إلا بالشهادة المعتادة .

وإذا ثبت الرضاع بين الزوجين . وجب عليها . أن يفترقا . من تلقاء أنفسهما . وإلا فرق القاضي بينهما . حيث تبين فساد العقد . ويجب شرعاً . عدم المضى ، وعدم الاستمرار . في العقد الفاسد . ثم إذا كانت الفرقة بينهما . قبل الدخول الحقيقي . فلا شيء للزوجة . لظهور فساد العقد . والشرع لا يرتب . أى أثر من آثار الزوجية الصحيحة . على الزواج الفاسد ، إذا لم يوجد دخول حقيقى . وإذا كانت الفرقة بينهما . بعد الدخول . فللزوجة مهر المثل ، إن لم يكونا سميا مهرا في العقد تسمية صحيحة ، وإن كانا سميا مهرا في العقد تسمية صحيحة فلها الأقل من مهر المثل ، ومن المهر المسمى . لأن المهر المسمى . إذا كان أقل من مهر المثل . فقد رضيت به الزوجة ، فلا يزداد على ما رضيت به ، وإن كان مهر المثل هو الأقل . فهو الواجب . لكون الزواج فاسدا . ولا تجب نفقة عدة .

ويثبت الرضاع . باقرار الرجل . فإذا أقر لامرأة . بأنها أخته . أو بنته من الرضاع . وأصر على إقراره . فإن كان الاقرار . قبل الزواج . يمنع من أن يتزوجها ، وإن كان الاقرار . بعد أن تزوجها . يجب عليها . أن يفترقا من تلقاء أنفسهما . وإلا فرق القاضي بينهما . معاملة له باقراره . حيث إنه غير متهم في هذا الاقرار . لأنه أقر بفساد الزواج . وهو يملك رفعه ، وإزالته . بالطلاق . سواء صدقته الزوجة ، أو كذبتة في إقراره ، غير أنها إذا صدقته فلا شيء لها . إن حصلت الفرقة بينهما . قبل الدخول . وإن حصلت الفرقة بينهما بعده . فلها كل المهر . لتأكده بالدخول . ولا تجب لها نفقة العدة . وإن كذبتة في إقراره . فلها نصف المهر . قبل الدخول . ولها كله بعده ، وتجب لها نفقة العدة . لأن إقراره لا يسرى عليها . فيما هو حقها . مادامت لم تصدقه في إقراره .

وإذا لم يصح الزوج على إقراره . بأن قال : «أخطأت» . ورجع عن إقراره ، قبل رجوعه ، ولا يفرق بينهما . لأن الرضاع مما يخفى . فلا يضره التناقض . إذ مبناه على السماع من الغير . فيجوز أنه لما تبين له كذب من أخبره بالرضاع . رجع عن إقراره .

وإذا أقرت الزوجة . بالرضاع بينها . فلا عبرة بهذا الاقرار . لكونها
متهمة . في هذا الاقرار . إذ ربما كان إقرارها بذلك . لكي تتخلص من هذا
الزواج . وهي لا تملك إزالته بالطلاق . هذا إذا كذبها الزوج في إقرارها ،
وأما إذا صادقها . فانه يعامل . بمتضى تصديقه ، وتعامل بمتضى إقرارها .
فيجب عليهما أن يترقا . وإلا فرق التراضى بينها .
إلى هنا إنتهى الكلام عن المحرمات من النساء . تحريما موبدا . وأسباب تحريمهن .

النساء المحرمات تحريماً مؤقتاً

علم مما تقدم في أول الكلام عن المحرمات : أن سبب التحريم المؤقت . أمر طارئ . على المرأة في حالة خاصة . قابل للزوال . فبقيت الحالة ، وزال سبب التحريم ، وارتفع المانع الذي كان قائماً بالمرأة المحرمة مؤقتاً . على من يريد التزوج بها ، صارت حلالاً . لمن كانت محرمة عليه ، فيجوز له أن يتزوجها .

والنساء المحرمات تحريماً مؤقتاً : أنواع معينة محددة ، نعرض عن تفصيل القليل النادر الوجود ، كالمحرمة بسبب اللعان بين الزوجين ، وعن الذي لا يوجد الآن . . كتزوج الأمة على الحرة . وتناول بالتفصيل أكثرها وجوداً . وهو الأنواع الآتية :

النوع الأول :

من تعلق بها حق الغير . بسبب زواج صحيح . لا يزال قائماً ، أو بسبب عدة من وفاة ، أو طلاق ، أو دخول في زواج فاسد ، أو دخول بشبهة . ويحرم على الشخص شرعاً : أن يتزوج بامرأة متزوجة زواجاً صحيحاً . لقوله تعالى في بيان المحرمات من النساء : « والمحصنات من النساء » والمراد بالمحصنات في الآية : ذوات الأزواج باجماع العلماء (١) . وهذه الآية معطوفة على قوله

(١) كلمة «المحصنات» وردت في الكتاب العزيز في عدة مواضع بمعاني مختلفة . إذ يطلق لفظ «المحصنة» في اللغة على المرأة المتزوجة ، وعلى العفيفة، وعلى الحرة . والمقام يعين المعنى المقصود من هذه المعاني . فمن إطلاقها على المرأة المتزوجة : هذه الآية . ومن إطلاقها على المرأة العفيفة : قول الله تعالى في سورة المائدة : « اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين » ، وقوله تعالى في سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم = (١١)

تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون المعنى : حرمت عليكم أمهاتكم ، وحرمت عليكم المتزوجات من النساء . في أية ملة . سواء كن مؤمنات ، أو غير مؤمنات . وهذا العموم المستفاد من صيغة الجمع المعروف بأل . قد أكد بقوله تعالى : « من النساء » .

ويحرم أيضا على الشخص : أن يتزوج بمن لا تزال في عدة غيره من طلاق رجعي ، أو بائن ، أو من وفاة زوجها . والدليل على أن معتدة الغير محرمة على غير زوجها مادامت في العدة : الآيات القرآنية التي أوجبت العدة على الزوجة . بعد أن فارقها زوجها ، لأي سبب من الأسباب . لأن العدة معناه : انتظار المرأة بعد الفرقة بينها ، وبين زوجها . حتى تنقضى المدة التي حددها الشارع لبقائها . بدون زواج بغير زوجها . وتحريم المعتدة من طلاق . ثبت بقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . ومعنى تربص المطلقة : انتظارها المدة المذكورة . بدون أن تتزوج بغير مطلقها . وبقوله تعالى : « واللائئ يئسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائئ لم يحضن » ومعنى الآية : إن شككتم في عدة المرأة الآيسة وجهلتم ذلك . فعدتها ثلاثة أشهر . ومثلها التي لم تحض . في أن عدتها : ثلاثة أشهر . وتحريم المعتدة من وفاة زوجها . ثبت بقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله تعالى :

= يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . ومن اطلاقها على الحرة : قول الله تعالى في سورة النساء : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما سلكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات » .

وقد أجمع العلماء على أن المراد بالمحصنات في آية التحريم : المتزوجات . حتى لا تتناقض مع آية التحليل . في سورة المائدة : « والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » حيث عدها الله في هذه الآية من النساء المحلات ، وفي آية التحريم . من النساء المحرمات . فيراد بها : المتزوجات في آية التحريم ، ويراد بها في آية التحليل : العفيفات . وهذا لا يوجد تناقض بين الآيتين .

« وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ». فان وضع الحمل ينهى العدة . سواء كانت العدة لوفاة ، أو طلاق . وورد النهى صراحة . عن تزوج المعتدة . بعد وفاة زوجها . قال تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » يعنى به سبحانه وتعالى : انقضاء العدة . أى لا تبرموا عقد الزواج . إلا بعد انتهاء ما كتب ، وفرض . من الأجل . وهو المدة المقررة شرعاً . لتربص المرأة . بعد الفرقة بينها ، وبين زوجها . وهذه الآية . وإن كانت واردة فى المعتدة . بسبب وفاة زوجها . فهى تشمل المعتدة من طلاق . إذ لا فرق بين المعتدة من وفاة ، وبين معتدة من فرقة ، لأى سبب من الأسباب . بل دلالة هذه الآية على تحريم الزواج بالمعتدة من طلاق . بالطريق الأولى . لأن بوفاة الزوج انقطعت الزوجية بين الزوجين انقطاعاً باتاً مؤبداً لا يتصور عودتها بينهما . ولهذا المعنى . أجاز الشارع خطبة من توفى عنها زوجها . وهى لاتزال فى العدة تعريضاً ، لا تصريحاً . بخلاف المعتدة من طلاق . فانها لا تزال الزوجية قائمة بينهما ، وبين مطلقها إن كان الطلاق رجعياً . ولذا جاز لمطلقها : أن يراجعها . بدون رضاها ، وبدون مهر ، وعقد . جديدين . ولا تكون الزوجية قائمة . إن كان الطلاق بائناً . ويمكن أن تعود الزوجية بينهما بعقد ، ومهر . جديدين .

والحكم فى تحريم الزواج بزوجة الغير ، أو بمعدته التى لا تزال فى العدة : منع اختلاط الأنساب . والشريعة الاسلامية تعنى أشد العناية . بحفظ الانساب ، وصونها . من الاختلاط ، ومراعاة حق الزوج على زوجته ، ومراعاة حق من فارق زوجته . بطلاق ، أو بغيره . مادامت لاتزال فى العدة ، وعدم الاعتداء على حق الغير . والله لا يحب المعتدين . فضلاً عما ينشأ عن الزواج بزوجة الغير ، أو بمعدته . من العداوة ، والبغضاء ، والشحناء . والدين الاسلامى حريص أشد الحرص . على أن يسود بين الناس المحبة ، والسلام ، وعلى منع أسباب الشقاق ، والعداوة . بينهم . ولما كان هذا المعنى غير موجود بالنسبة لمن فارق

زوجته . فان له أن يتزوجها . وهي في عدة منه . إذا لم تكن العدة من طلاق مكمل للثلاث . بل له أن يعيدها إلى عصمته . مادامت في العدة . بدون رضاها ، وبلا مهر ، وعقد . جديدين . إذا كان قد طلقها رجعيًا . وإذا انقضت عدتها من طلاق رجعي ، أو كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى . فله أن يتزوجها مرة أخرى . وهي في العدة أو بعد انتهائها . بمهر ، وعقد . جديدين (وسياق تفصيل ذلك في مبحث الطلاق) .

وقد ألحق « الفقهاء » بعدة الطلاق : عدة الدخول . في الزواج الفاسد ، وعدة الدخول بشبهة . فتحرم المعتدة على من يريد التزوج بها . ما دامت في العدة .

وإذا ارتكب الشخص الحرام ، وعقد زواجه على من لا تزال في عدة من غيره . فقد اتفق « الفقهاء » على أن الزواج فاسد ، ويحرم عليه أن يدخل بها . فاذا دخل بها بناء على هذا الزواج الفاسد . اختلف « الفقهاء » في الآثار المترتبة على هذا الدخول . فقد روى أن « عمر بن الخطاب » لما بلغه : أن امرأة تزوجها رجل . وهي لا تزال في العدة . ارسل إليها ، ففرق بينهما ، وعاقبها . وقال : « لا ينكحها أبداً » . وجعل الصداق في بيت المال ، وفشا ذلك بين الناس . فبلغ « عليا » . فقال : « رحم الله أمير المؤمنين ما بال الصداق ، وبيت المال . فهما جهلا . فينبغي للامام : أن يردهما إلى السنة » . فقيل : فما تقول أنت فيها (أى في المسألة) قال : « لها الصداق بما استحل من فرجها ، ويفرق بينهما ، ولا جلد عليهما ، وتكمل عدتها من الأول . ثم تكمل العدة من الآخر (١) ،

(١) وتداخلت العدتان . ومعنى التداخل : جعل ما تراه المرأة من الحيض — إذا كانت تعتد بالحيض — محتسباً من العدتين جميعاً . فاذا انقضت العدة الأولى ، ولم تكمل الثانية . فعليها اتمام العدة الثانية . فلو كان دخول الثاني بعد حيضة من العدة الأولى ، فعليها حيضتان تمام العد الأولى ، ويحتسب بهما من العدة الثانية . وإذا حاضت بعد ذلك انقضت الثانية أيضاً .

ومذهب « الشافعي » : عدم تداخل العدتين . (راجع شروح « الهداية » ج ٤ ص ١٥١ وما بعدها ، و « ابن عابدين » ج ٢ ص ٦٦١ « طبعة الحلبي ») .

ثم يكون خاطباً . فلما بلغ ذلك «عمر» قال : «يا أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة . فرجع «عمر» إلى رأى «على» رضى الله عنها .

وقد اختلف «فقهاء الأمصار» فى هذه المسألة . فذهب «الحنيفة» ، و«الامام الشافعى» إلى أنه يجب التفريق بينهما ، وإلى أنه يحل له أن يتزوجها . بعد انقضاء عدتها . من الأول ، بعقد جديد . وذهب الأئمة : «مالك» ، و«الأوزاعى» ، و«سعد ابن الليث» إلى أنه يفرق بينهما ، ولا تحل له أبداً (١) . ويظهر : أن هؤلاء الأئمة لم يبلغهم . قول «الامام على» فى المسألة ، ورجوع «عمر» إلى رأى «على» رضى الله عنها .

التزوج بالزانية

اتفق «جمهور الفقهاء» على جواز التزوج بالزانية . إذا لم يتعلق بها حق الغير . حيث إنها ليست زوجة ، ولا معتدة . كما اتفقوا على أن الزنى لا يحرم الزوجة على زوجها ، ولا يوجب الفرقة بينهما . وذهب «بعض العلماء» إلى أن الزنى يوجب فسخ عقد الزواج (٢) ، وإلى أن الزانية لا يجوز التزوج بها .

ثم أن التزوج بالزانية . يشمل أربع صور :

- (١) : أن يتزوج الزانية من زنى بها . قبل أن يظهر بها حمل من الزنى .
- (٢) : أن يتزوجها من زنى بها . وهى حامل منه بالزنى . وفى هاتين الصورتين يحل للزانى بها : أن يتزوجها فى الحال . كما يجوز له أن يدخل بها بعد العقد مباشرة باتفاق «جمهور الفقهاء» .

(١) راجع «أحكام القرآن» للإمام «أبى بكر الرازى» (ج ١ ص ٤٢٥) .

(٢) وعن «على» رضى الله عنه : إذا زنى الرجل فرق بينه ، وبين امرأته . وكذلك إذا زنت المرأة (أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٢٦٥) .

(٣) : أن يتزوجها غير من زنى بها . وهى حامل من الزنى . وقد اختلف العلماء فى هذه الصورة .

فذهب « أبى حنيفة » ، و« محمد » ، و« الامام الشافعى » : أنه يجوز له أن يتزوجها فى الحال . لأنها لم تذكر فى المحرمات . فتكون من المحلات بالنص ، وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . ولكن لا يجوز له أن يدخل بها . حتى تضع حملها . لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره » يعنى بهذا : الدخول بالحامل . وذهب « أبو يوسف » ، و« زفر » ، والامامان : « مالك » ، و« أحمد » . إلى أنه لا يصح العقد عليها فى هذه الصورة . احتراماً لحملها الذى لا جنابة منه . ولأن العقد على المرأة لأجل الدخول بها . وهو ممنوع بالاتفاق . فيكون العقد الذى هو وسيلة إليه ممنوعاً .

(٤) : أن يتزوجها غير من زنى بها . ولم يظهر بها حمل . وفى هذه الصورة يجوز له أن يعقد عليها ، وأن يدخل بها بعد العقد مباشرة . عند « أبى حنيفة » و« أبى يوسف » . وقال « محمد » : « يكره الدخول بها . ما لم يستبرئها بحبضة » . لاحتمال حملها من الزنى .

النوع الثانى من المحرمات تحريماً مؤقتاً :

المطلقة طلقة مكتملة للثلاث . بالنسبة لمطلقها . يملك الزوج على زوجته : أن يطلقها ثلاث طلقات . فإذا طلقها طلاقاً رجعياً مرة . أو مرتين . يجوز له شرعاً : أن يراجعها ، ويردها إلى عصمته . مادامت فى العدة ، بدون مهر ، ولا عقد جديدين . ولا يتوقف ذلك على رضاها ، وإذا انقضت عدتها منه ، فله أن يتزوجها ثانياً بمهر ، وعقد . جديدين . وإذا طلقها طلاقاً بائناً مرة ، أو مرتين ، فله أن يتزوجها مرة أخرى . بمهر ، وعقد . جديدين . سواء أكانت فى العدة ، أم خرجت منها . وأما إذا طلقها طلقة مكتملة للثلاث . سواء كانت مسبوقه

بطلقتين رجعتين ، أو بطلقتين بائنتين ، أو احداهما رجعية ، والأخرى بائنة . فقد حرمت عليه تحريماً مؤقتاً . فلا يحل له أن يتزوجها . بعد ذلك . إلا إذا تزوجت بغيره . بعد انقضاء عدتها منه . ثم يموت عنها زوجها الثاني ، أو يطلقها . لأى سبب من الأسباب . بعد دخوله بها دخولا حقيقياً ، وتنقضى عدتها منه . فاذا حصل كل هذا : يحل لمطلقها الأول : أن يتزوجها مرة أخرى . والدليل على ما ذكر : قول الله تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » وقوله تعالى بعد ذلك : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

ودلت الآية الأولى على أن للزوج . أن يراجع مطلقته . بعد الطلاق مرة ، أو مرتين ، وأنه بعد المرتين . فاما أن يمكس زوجته بمعروف . وذلك بأن يراجعها ، ويردها . إلى عصمته . من غير اضرار بها . وإمان أن يسرحها باحسان . وذلك بأن يتركها . بدون أن يردها إلى عصمته . حتى تنقضى عدتها منه .

ودلت الآية الثانية على أنه إذا طلقها بعد المرتين طلقة مكملة للثلاث . لا يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى ، حتى تنكح زوجا غيره . ومن المعلوم : أن زواجها بالثاني . لا يكون . إلا بعد انقضاء عدتها من الأول ، وأنها لا تحل لزوجها الأول . مادامت في عصمة زوجها الثاني ، أو في عدة منه ، فلا بد من أن يفارقها بطلاق ، أو بغيره ، ومن انقضاء عدتها منه . حتى تحل للأول .

ودلت الأحاديث على اشتراط دخول الزوج الثاني بها دخولا حقيقياً . فنها : قول الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة التي أرادت أن ترجع إلى زوجها الأول الذى طلقها ثلاث طلاقات . قبل أن يدخل بها زوجها الثاني : « لا . حتى تذوق عسيلته ، ويذوق عسيلتك » (١) . وهذا الكلام كناية عن

(١) روى « البخارى ومسلم » وغيرهما من أهل الحديث عن « عائشة » أم المؤمنين رضى الله عنها أنها قالت : جاءت امرأة « رفاعة القرظى » إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « إني كنت عند « رفاعة » فطلقتني فبت طلاقى - أى طلقها ثلاث طلاقات =

الدخول الحقيقي . « وجهور الفقهاء » على أنه يشترط : أن يدخل الزوج الثاني بها دخولا حقيقيا . حتى تحل لزوجها الأول . وروى عن « سعيد بن المسيب » و« سعيد بن جبير » من التابعين : أنهما لا يشترطان ذلك .

والحكمة في تحريم المطلقة ثلاثاً على مطلقها تحريماً مؤقتاً : أن الزوج إذا أوقع الطلاق على زوجته مرتين . لم تبق له من الطلقات التي يملكها . إلا طلقة واحدة . تنقطع بعدها رابطة الزوجية بينها انقطاعاً باتاً . بحيث لا تحل له : أن يتزوجها ثانياً . حتى تنكح زوجاً غيره ، فيدخل بها دخولا حقيقياً . ثم يطلقها ، أو يموت عنها ، وتنقض عدتها منه . وهذا يدعو كل من الزوجين إلى بذل الجهد ، لبقاء الزوجية بينهما ، وعدم التفريط فيها . فلا يقدم الزوج على إيقاع الطلقة الثالثة . إلا إذا لم يجد مندوحة عنها ، وتحرص الزوجة أشد الحرص على اجتناب ما يؤدي إلى طلاقها منه بعد الطلقتين . فإذا طلق الزوج زوجته المطلقة الثالثة ، مع كل هذا ، كان ذلك دليلاً على استحكام الخلاف بينهما ، وعلى أن الأمر يحتاج إلى علاج أكثر من الطلاق والمراجعة - وقد سبق لها تجربتهما - فتحرم عليه تحريماً مؤقتاً . ليكون العلاج أنجع .

ويضاف إلى ذلك : أن المرأة إذا عادت إلى زوجها الأول بعد أن

تزوجت غيره تكون قد خبرت الرجال ، وجربت الحياة الزوجية مع غيره . فتحاول ما استطاعت المحاولة : عدم إثارة الشقاق ، والتزاع الذي أدى إلى هذه النتيجة القاسية المؤلمة . فيسود الوئام . والوفاق . في حياتها الزوجية الجديدة . بعد أن مرت بها هذه التجربة القاسية التي قلما يرضى بعدها النفوس الكريمة الأبية . باعادة الزوجية .

= فتزوجني « عبد الرحمن بن الزبير » ، وما معه إلا مثل هدية الثوب ، فتبسم النبي عليه الصلاة والسلام . وقال : أتريدن أن ترجعي إلى « رفاعة » ؟ لا . حتى تذوق عسيلته ، ويزوق عسيلتك . والهدية : مفرد ، وجمعها : أهداب . وهي في الأصل : شعر اشفار العينين . وهدية الثوب : خمله وطرته . وفي « المصباح » : « شبهت ذكره في الاسترخاء ، وعدم الانتشار عند الافضاء بهدية الثوب » .

النوع الثالث من المحرمات محرماً مؤلفاً :

المرأة التي لا تدين بدين سماوى . وهى التى لا تؤمن بنبى ، ولا تقر بكتاب إلهى . وهذه تشمل : الملحدة . وهى التى تنكر الأديان ، ولا تعترف بوجود الله سبحانه وتعالى ، والوثنية . وهى التى تعبد الأصنام ، والأوثان . ويدخل فى عبدة الأوثان : عبدة الشمس ، والنجوم ، والصور . التى استحسناها ، والمحوسية . وهى التى تعبد النار .

ولا يجوز للمسلم : أن يتزوج . من لا تدين بدين سماوى . لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » (١) وكل من يعبد غير الله يطلق عليه : اسم المشرك . فى لغة القرآن ، وعرف الشارع ، ويصدق عليه : أنه لا يدين بدين سماوى ، وإن زعم : أنه يعبد الله تقرباً إليه سبحانه وتعالى . كما حكى القرآن عن عبدة الأوثان : « ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى » (٢) ولقوله صلى الله عليه وسلم . فى شأن الخوس عبدة النار : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب . غير ناكحى نسأهم ، ولا آكلى ذبائحهم » . ومعنى سنوا بهم سنة أهل الكتاب : أسلكوا بهم طريقهم . أى عاملوهم معاملة أهل الكتاب . غير ناكحى نسأهم ، ولا آكلى ذبائحهم . وكل . من عبد غير الله حكمه : حكم الخوس . لا شراكهم جميعاً . فى الإشراف بالله . وفى فتح القدير : يدخل فى عبدة الأوثان : الزنادقة ، والباطنية ، والاباحية ، وكل من اعتنق مذهباً يكفر به معتقده . لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً (٣) .

ويجوز للمسلم : أن يتزوج امرأة كتابية . وهى التى تؤمن برسول ، وتقر بكتاب سماوى . سواء أكانت يهودية ، أم نصرانية . وان اعتقدت

(١) الآية رقم ٢٢١ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٣ من سورة الزمر .

(٣) راجع (ج ٣ ص ٣٣٧) .

ان « عزيراً » ابن الله ، أو أن « المسيح » ابن الله . قال تعالى : « وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله » (١) أو إعتقدت أن الله ثالث ثلاثة . قال تعالى : « لقد كفر الذين قالوا ان الله ثالث ثلاثة ، وما من إله إلا إله واحد » (٢) والدليل على جواز تزوج المسلم من أهل الكتاب : قول الله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » (٣) والمراد بالمحصنات في الآية الكريمة : العفيفات . وليست عفة المرأة شرطاً للزواج بها . بالانفاق . فالمقصد من ذلك : حمل الناس على أن يتخيروا زوجاتهم . من البيئات الطيبة . فلا يتزوجوا . إلا العفاف من النساء . لتحافظ الزوجة على شرفها ، وشرف زوجها في الحياة الزوجية ، فيكون ذلك أدعى إلى السكون والاطمئنان . فتسود بينهما المودة والرحمة . وتحقق المقاصد من الزواج ، والمصالح المترتبة عليه .

وذهب بعض العلماء إلى أن الكتابية إن اعتقدت التثليث ، أو اعتقدت أن « عزيراً » ابن الله ، أو أن « المسيح » ابن الله . فلا يجوز للمسلم : أن يتزوجها . لأنها تدخل في عموم قوله تعالى : « ولا تنحكوا المشركات حتى يؤمن » . وقد قال تعالى في شأن أهل الكتاب الذين قالوا « إن عزيراً ابن الله وإن المسيح ابن الله » : « سبحانه عما يشركون » . فقد وصف قولهم بالشرك و« الجاهل » الذين ذهبوا إلى حل التزوج من نساء أهل الكتاب . سواء اعتقدوا ما ذكر ، أو لم يعتقدوه . يقولون : إن لفظ المشرك . إذا ذكر في لسان الشارع . لا ينصرف . إلى أهل الكتاب . إذ يراد به : من عبد مع الله غيره . ممن لا يدعى اتباع نبي ، ولا كتاب سماوي . ويؤيد هذا . عطف المشركين على أهل الكتاب . في عدة آيات . فمنها : قول الله تعالى : « لم يكن

(١) الآية رقم ٣ من سورة التوبة .

(٢) الآية رقم ٧٣ من سورة المائدة .

(٣) الآية رقم ٥ من سورة المائدة

الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين» (١) والأصل في العطف : أن يكون المعطوف مغايراً . للمعطوف عليه . فيكون المشركون غير أهل الكتاب . وقد نص الله سبحانه وتعالى . على حل التزوج . بالكتائيات . بآية التحليل . وهى قوله تعالى . فى سورة المائدة : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » . أو يقال : إن الآية : « ولا تنكحوا المشركات » نسخت فى حق أهل الكتاب المثليين ، وغيرهم . بآية التحليل فى سورة المائدة . وبقي من سواهم على التحريم (٢) .

ويدل أيضاً على جواز تزوج المسلم بالكتائيات : أن بعض الصحابة . « كطلحة بن عبيد الله » ، « وكعب بن مالك » قد تزوجوا الكتائيات . ولم ينكر عليهم ذلك أحد من الصحابة . فيكون هذا إجماعاً منهم . على جواز التزوج بهن .

والمسلمون فى جميع العصور . يتزوجون بالكتائيات . من غير نكير . فيكون ذلك إجماعاً عملياً من السلف ، والخلف . على جواز تزوج المسلم بالمرأة الكتائية .

والأولى للمسلم : ألا يتزوج الكتائية . إلا إذا دعت المصلحة . إلى الزواج بها . لما فى التزوج بالكتائيات . من اضرار اجتماعية . تلتحق بالمجتمع الإسلامى . وقد منعت الحكومة المصرية . موظفى السلك السياسى . من أن يتزوجوا بالأجنبيات . حتى لا تتسرب أسرار الدولة إلى الغير ، ولا تتعرض المصالح الوطنية ، والقومية . للخطر . وقد فطن إلى ما فى تزوج المسلمين بالكتائيات . من فتنة وخطورة ، « عمر بن الخطاب » الملهم الذى جعل الله الحق على لسانه ، وقلبه . كما ورد فى الحديث .. فقد روى عنه رضى الله عنه : أنه كان ينهى المسلمين . عن أن يتزوجوا بالكتائيات (٣) .

(١) الآية رقم ١ من سورة البينة .

(٢) راجع فتح القدير والكفاية (ج ٣ ص ١٣٥) وما بعدها طبع حلبى .

(٣) روى الامام « الطبرى » فى تاريخه (ج ٦ ص ١٤٧) : « أنه بعد أن انتصر

المسلمون على الفرس فى موقعة القادسية لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات =

واختلاف أئمة « الحنفية » في أنه يحل للمسلمين : أن يتزوجوا الصابئات ، أو لا يحل لهم ذلك . ولما اعتبر « أبو حنيفة » الصابئة . من أهل الكتاب . يؤمنون بدين نبي ، ويقرون بكتاب سماوى . وإن عظموا الكواكب والاجرام السماوية . كتعظيم المسلمين الكعبة المشرفة . قال : يحل تزوج المسلمين من نسائهم ، ويحل أكل ذبائحهم . كسائر أهل الكتاب . من اليهود والنصارى . ولما اعتبرهم « الصحابان » من عبدة الكواكب . لا يؤمنون بنبي ، ولا يقرون بكتاب . قالوا : بعدم جواز تزوج المسلمين من نسائهم ، وبعدم حل أكل ذبائحهم ، وأنهم مشركون . وهذا الخلاف بين فقهاء « الحنفية » : مبناه . على اشتباه مذهبهم ، وعقيدتهم . فكل أجاب على ما وقع عنده . فلو اتفق على حقيقة مذهبهم . اتفق على الحكم ، ولم يقع خلاف فيه (١) .

= للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية . فارغتهم الضرورة على الزواج من نساء كتائيات . وبعد حين كثرت النساء المسلمات ، وزالت تلك الضرورة . فبعث « عمر بن الخطاب » إلى « حذيفة بن اليمان » الذى كان والياً على « المدائن » في بلاد العجم رسالة يقول فيها : « بلغنى أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب . وذلك مالا أرضاه لك . فطلقتها ، ولا تبقها في عصمتك . وقد نظر « عمر » في طلبه هذا إلى الصالح العام » فكتب إليه « حذيفة » : « أحلال هذا الزواج أم حرام ، ولماذا تأمرنى بطلاق هذه المرأة الكتائية ؟ لن أطلقها . حتى تخبرنى » فكتب إليه « عمر ابن الخطاب » : « هذا الزواج حلال : ولكن في نساء الأعاجم خلافة وخداعاً ، وفى لأخشى عليكم منه » .

(١) راجع « الهداية » والفتح (ج ٣ ص ١٣٥) وما بعدها (طبع الحلبي) . ونقول هنا كلام الأمام «أبي بكر الرازى» في « أحكام القرآن » لأنه لخص مذهب الصابئة . وبين حقيقته . حيث قال : الصابئون الذين يعرفون بهذا الاسم . في هذا لوقت — وقد توفى أبو بكر الرازى سنة ٣٧ هجرية — أصل اعتقادهم : تعظيم الكواكب السبعة ، وعبادتها ، واتخاذها آلهة . وهم عبدة الأوثان في الأصل . منذ ظهر الفرس على إقليم العراق ، وأزالوا مملكة الصابئين . وكانوا نبطاً . لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً . لأنهم منعوهم من ذلك . وكذلك الروم ، وأهل الشام ، والحزيرة كانوا صابئين ... فلما تنصر « قسطنطين » حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية =

والأولاد الذين يولدون للمسلم . من زوجته الكتابية : يعتبرون مسلمين .
سواء كانوا ذكوراً . أو إناثاً . تبعاً لدينه . لأن القاعدة المقررة في الاسلام :
أن الأولاد يتبعون خير الأبوين ديناً . ولذا لو تزوج كتابي مشركة . اعتبر
أولادها كتابيين . تبعاً لدين أبيهم .

زواج المرتد والمرتدة

المرتد : من رجع عن دين الاسلام اختياراً . بدون اكراه على تركه .
وإذا ارتد المسلم عن دينه . بانت منه زوجته مسلمة كانت ، أو كتابية . ولا
يجوز له : أن يتزوج أثناء ارتداده . بمرتدة مثله . ولا بمسلمة . ولا بكافرة
أصلية . لأن الزواج يعتمد الملة . ولا ملة للمرتد . لأنه ترك دينه ، ولا يقر
على الدين الذي اعتنقه ، ولو كان ديناً سماوياً ، ولأنه بارتداده عن الاسلام
طوعاً واختياراً . ارتكب جريمة ، وصار حرباً على المسلمين . فاستحق عقوبة
القتل . ويمهل ثلاثة أيام . ليتوب . وتزال شبهته ، إن كانت له شبهة .
فيرجع إلى الاسلام . فان أبى . قتل . بعد مضي مدة الامهال . وأما المرتدة . فلا
يجوز : أن يتزوجها أحد مسلماً كان ، أو كتابياً ، أو مرتدأ ، أو مشركاً . لأنها

= يبقى كثير منهم . على تلك النحلة . مستخفين . بعبادة الأوثان . فلما ظهر الاسلام .
دخلوا في جملة النصارى . ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى . إذ كانوا
مستخفين بعبادة الأوثان كاتمين لأصل الاعتقاد . وهم أكم الناس لاعتقادهم ، ولم
أمور وحيل في صبيانهم إذا عقلوا في كتمان دينهم . وعينهم أخذت الاسماعيلية . كتمان
المذهب ... فالذى في ظني في قول «أبي حنيفة» في الصائين أنه شاهد قوماً منهم
يظهرون أنهم من النصارى ، ويقروون الانجيل ، وينتحلون دين المسيح تقية .
إلى أن قال : ومن كان اعتقاده من الصائين ما وصفنا . فلا خلاف بين الفقهاء
أنهم ليسوا أهل كتاب ، وأنه لا تؤكل ذبائحهم ، ولا تنكح نساؤهم « ا هـ (ج) ٣
ص (٣٢٨) .

تحبس . حتى تعود إلى الاسلام ، أو تموت . ولأنه لا تنتظم ، والحالة هذه .
المصالح الزوجية . والزواج لم يشرع لذاته . وإنما شرع لما يترتب عليه من
المصالح (١) . ولهذا يفسخ عقد الزواج . إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين
عن دين الاسلام . سواء الذي ارتد عن الاسلام : الزوج ، أو الزوجة .

زواج المسلمة بغير المسلم

أجمع علماء الاسلام على أنه لا يجوز للمسلمة : أن تتزوج بغير المسلم .
بدون فرق بين كتابي ، وغير كتابي . فلو تزوجت بغير المسلم . كان الزواج
باطلا ، غير منعقد أصلا ، ويجب التفريق ، والحيلولة بينهما . لقوله تعالى :
« ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ، وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا
إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن . الله أعلم بإيمانهن فإن علمتوهن
مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لا هن حل لهن ولا هم يحلون لهن » (٢) ،
ولفظ الكفار : عام . يشمل كل من عدا المسلمين . فيتناول أهل الكتاب ،
وغيرهم .

والحكمة في أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بكتابية . ولا يجوز له أن يتزوج
بمشركة : هي أن المعاني ، والمقاصد . من الزواج . والمصالح المترتبة عليه .
لا يمكن تحققها من زواج المسلم بالمشركة . لما بينهما من بون شائع في العقائد ،
وتفاوت كبير في المبادئ الأساسية الدينية . فهما على طرفي نقيض ، لا تجمعهما
كلمة التوحيد ، ولا إيمان بنبي ، ولا بكتاب سماوي . فلا يتم التماذج ، ولا
يثمر الزواج بين زوجين بلغ بهما التفاوت . هذا المبلغ في العقيدة . وأدى
تمسك كل منهما بعقيدته . إلى أن أحدهما . وهو المسلم يتقرب إلى الله تعالى
ويرجو الثواب . بذبح البقرة في الأعياد ، وتوزيع لحمها على الفقراء ،

(١) راجع كتاب «المبسوط» لشيخ الاسلام «السرخسي» ، (ج ٥ ، ص ٤٨)
وما بعدها .

(٢) الآية رقم ١٠ من سورة المتحنة .

والمساكين . على سبيل الصدقة . والآخر . وهو الهندوكية تعبد البقرة ، أو على الأقل تعظمها وتقديسها . وقد بلغ بهما التعصب الأعمى - كما هو حاصل في الهند - : إلى أن الهندوكي . لا يشرب من الوعاء الذي شرب منه المسلم . كما أن المسلم لا يشرب من الوعاء الذي شرب منه . الهندوكي . فلا يستطيع أن تكون الأسرة من زوج مسلم . وزوجة مشركة . مع هذا التنافر ، والبغض ، والكراهة المتأصلة بينهما ، ولا تؤسس بينهما الحياة الزوجية التي دعأتهما : المودة والألفة ، والهدوء ، والسكون ، واطمئنان كل واحد من الزوجين إلى الآخر . كما يشير إلى ذلك . قول الله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (١) ، وقد أرشد الله تعالى إلى حكمة تحريم زواج المسلم بالمشركة . بقوله في المشركين : « أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة باذنه » (٢) . بعد أن نهى عن زواج المسلمين بالمشركات . حتى يؤمن . وعن تزويج المشركين بالمسلمات . حتى يأمنوا .

ولما كانت الكتابية ، تعترف بالله ، وتؤمن به . كما تؤمن بنبي ، وباليوم الآخر ، وأنه دار العقاب ، والثواب ، وتقرب بكتاب سماوى . كان بينهما ، وبين المسلم ، تقارب في العقيدة : يمكن أن يتحقق معه مقاصد الزواج ، وأغراضه . من التعاون ، والتآلف ، وتبادل المودة ، والرحمة ، وسكون كل منهما إلى الآخر . لذلك أباح الاسلام للمسلم : أن يتزوج من أهل الكتاب ، وان كان من المستحسن : ألا يقدم المسلم على الزواج بالكتابية .

وقر بقال : إذا جاز للمسلم أن يتزوج كتابية . لما بين المسلمين ، وأهل الكتاب . من تقارب في العقيدة . يتحقق معه المقاصد من الزواج . فكان

(١) الآية ٢١ من سورة الروم .

(٢) الآية ٢٢١ من سورة البقرة .

مقتضى هذا : أن يجوز للمسلمة . أن تتزوج الكتابي . فلم حرمت الشريعة الاسلامية ذلك ؟؟ فيجاب عن هذا : بأن الله تعالى جعل الرجال قوامين على النساء . قال تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم » . واختلاف طبيعة كل من الرجل ، والمرأة . عن طبيعة الآخر ، واختلاف واجباتهما في الحياة . جعل الرجل . هو الجنس الأقوى المتحكم . في الجنس الآخر . وهذا : هو سنة الله في خلقه . ولا تبدل لسنته . فلم يكن من الحكمة والحالة ما ذكر : أن تتزوج المسلمة . بغير المسلم . ولو كان كتابياً . حتى لا يكون له عليها قوامة ، وسلطان . وحتى لا تقع تحت نفوذه ، وسلطته ، وتأثيره عليها . فتفارق دينها ، وتتبع دينه . لأن الكتابي لا يؤمن بنبوته محمد ، ولا يعتقد برسالته ، ولا يقر بالكتاب الذي أنزل عليه ، ولا يعترف بالدين الاسلامي . فهو لا يتخرج من سب دينها ، وتسفيه عقيدتها . فيؤذيها في شعورها ، وعقيدتها . ففسوء العشرة بينهما . بل لا يتورع من بذل جهده . في حملها . على ترك دينها . واعتناق دينه . وربما دفعها حبها له ، ورغبتها . في ارضائه . إلى نبذ الدين الاسلامي ، واتباع دين زوجها . بخلاف المسلم . إذا تزوج كتابية . فانه لا يتعرض في الغالب لعقيدتها ، ولا يحاول حملها على ترك دينها ، واعتناقها الدين الاسلامي ، لأنه يؤمن بنبوته موسى ، وعيسى . عليهما السلام ، ويحترمهما ، ويجلهما . بل يؤمن بجميع الأنبياء والرسل الذين ورد ذكرهم في القرآن ، ويعظمهم ، ويقدمهم . وفي التنزيل « آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لا نفرق بين أحد من رسله » (١) .

(١) الآية رقم ٢٨٥ من سورة البقرة .

الاجراءات المتبعة في زواج المسلم بالكتابية

ولما كان زواج المسلم بالكتابية . يختلف في بعض الأحكام . عن زواجه بالمسلمة ، كما أن في زواجه بالكتابية . اجراءات خاصة . لا يتم بدونها . سنبين كل ذلك باختصار .

لا فرق بين زواج المسلم بالمسلمة ، وزواجه بالكتابية . من حيث الشروط التي تشترط في انعقاد الزواج ، وصحته ، ونفاذه ، ولزومه ، ولا من حيث الأحكام ، والحقوق ، والواجبات المترتبة على الزواج . فيما عدا المسائل الآتية :

١ - : يجوز أن يكون شاهدا عقد زواج المسلم بالكتابية . من المسلمين ، ومن أهل الكتاب . ولو كانا مخالفين . لدين الزوجة ، ولمذهبها . وأما في زواج المسلم بالمسلمة . فيشترط لصحته : أن يكون الشاهدان مسلمين . فلو عقد بحضرة شاهدين . من غير المسلمين . لم يصح الزواج (١) .

ب - : الأولاد الذين يولدون بين المسلم ، وزوجته الكتابية . يعتبرون مسلمين تبعاً لأبيهم . سواء أكانوا ذكوراً ، أو إناثاً . وتستمر هذه التبعية . في الدين . ما دام الولد صغيراً . فاذا بلغ عاقلاً . انقطعت التبعية . وإذا بلغ غير عاقل . استمرت إلى أن يعقل . لأن القاعدة المقررة في الشريعة الاسلامية : أن الأولاد يتبعون خير الأبوين ديناً . ولذا نص الفقهاء ، على أن أولاد الكتابي من زوجته المشتركة يعتبرون كتائبين ، ويكونون تابعين . لأبيهم في الدين .

ج - : من الأحكام المترتبة على الزوجية الصحيحة : التوارث بين الزوجين . لأن الزوجية . من أسباب الارث . فيتوارث الزوجان المسلمان إذا مات أحدهما . مع قيام الزوجية الصحيحة بينهما . وقت الوفاة . ولكن

(١) راجع ص ٨٤ - ٨٥ من هذا الكتاب .

لا توارث بين المسلم ، وزوجته الكتابية . لوجود مانع ، من موانع الارث : وهو اختلاف الدين . إذ لا توارث بين المسلم ، وغير المسلم .

من يباشر عقد الزواج بين المسلم والكتابية

كانت المادة ٢٧ من لأئحة المأذونين التي أصدرتها وزارة العدل - الحفانية - في ١٩١٥/٢/٧ منعت الموثق المعين لمباشرة عقد الزواج . وهو المأذون . من اجراء عقد زواج المسلم بالكتابية ، وجعلت ذلك من اختصاص القاضي الشرعى . فقد جاء في المادة المذكورة ما نصه : « ليس للمأذون أن يباشر زواج من لا ولى له . من الأيتام ، ولا العقود التي يكون أحد طرفيها تابعاً . لدولة أجنبية ، أو كان غير مسلم ، وانما ذلك كله . من اختصاص القضاة »

وبعد صدور « القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ » الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية . صارت مكاتب التوثيق التابعة . لوزارة العدل . هي المختصة في مباشرة عقد زواج المسلم بغير المسلم . وبقي منع المأذون الشرعى . من مباشرة هذا العقد . كما كان قبل إلغاء المحاكم الشرعية . وذلك بمقتضى المادة ١٩ من لأئحة المأذونين الصادرة . بقرار وزير العدل . في يناير سنة ١٩٥٥ . ونصها : « لا يجوز للمأذون : أن يوثق عقد الزواج . إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم . أو أجنبي الجنسية » (١) .

(١) نشرت اللائحة المذكورة في العدد ٣ ملحق الوقائع المصرية في ١٠ يناير سنة ١٩٥٥ .

وقد ألغى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بنص المادة الثانية منه المواد من ٣٦٢ إلى ٣٧٣ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وهذه المواد الملغاة متعلقة بضبط الاشهادات بجميع أنواعها ، وكتابة سنداتنا ، وتسجيلها على حسب المدون باللائحة المذكورة

وقد وضعت وزارة العدل وثيقة خاصة . بزواج المسلم بالكتابة .
دونت فيها . بثلاث لغات : العربية ، والانجليزية ، والفرنسية : أهم الأحكام .

== وقد أُلغيت بنص المادة ٣ من القانون رقم ٦٢٩ السالف الذكر . أقلام التوثيق
بالمحاكم الشرعية ، كما أُلغيت عملية التوثيق . بالمجالس المليية ، وأُحيلت إلى مكتب
التوثيق . جميع المضايق ، والسجلات ، والدفاتر المتعلقة بها .

ونشر القانون المذكور في الوقائع المصرية في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ -
العدد ٩٩ مكرر .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية . بالقانون «رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥»
نقل اختصاصهما إلى المحاكم الوطنية . فقد نصت المادة الثالثة من القانون المذكور
على الآتي :

« ترفع الدعاوى التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، أو التي كانت
من اختصاص المجالس المليية . إلى المحاكم الوطنية . ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ »
ونصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون السالف الذكر على أنه : « تشكل
بالمحاكم الوطنية . دوائر جزئية ، واستثنائية . وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون نظام
القضاء . لنظر قضايا الأحوال الشخصية . والوقف . التي كانت من اختصاص
المحاكم الشرعية ، أو المجالس المليية » .

وقد بينت المادة السادسة من القانون المذكور الشريعة التي يجب تطبيقها
في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . ونصها :

« تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، والوقف . التي كانت
من اختصاص المحاكم الشرعية . طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب
المحاكم المذكورة .

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين . غير المسلمين
والمتحدى الطائفة والملة الذين لم يجهت مليية منظمة . وقت صدور هذا القانون .
فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم » .

وكان اختصاص المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - في المنازعات المتعلقة
بمسائل الأحوال الشخصية عاماً شاملاً إذا كان الخصوم من رعايا الحكومة المصرية
المسلمين .

وأما اختصاصها بالنسبة للرعايا غير المسلمين فكان على التفصيل الآتي :==

والحقوق، والواجبات المتعلقة بالزواج في الشريعة الاسلامية . من أن للزوج أن يتزوج أكثر من واحدة ، وأن له أن يطلق زوجته ، وأن أولاده من

١ = :- إذا لم تكن لغير المسلمين جهة قضائية مختصة بالنظر في أحوالهم الشخصية . كطائفة اللاتين الكاثوليك .

٢ :- إذا ترفع غير المسلمين لدى المحكمة الشرعية ، ولم يدفع أحد الخصوم بعدم الاختصاص إختياراً للتقاضى أمامها ، أو جهلاً بالقانون .

٣ :- إذا اختلفت ملة غير المسلمين .

٤ :- إذا أسلم أحد الزوجين غير المسلمين .

٥ :- في دعاوى الارث . إذا لم يتفق الخصوم كلهم على التقاضى أمام مجلسهم الملى المختص بالنظر في أحوالهم الشخصية عند اتحاد ملتهم ، أو أمام المجلس الملى لبعضهم عند اختلاف ملتهم . فاذا اتفقوا جميعاً على التقاضى أمام المجلس الملى نفذ اتفاقهم ، ولا تكون المحكمة الشرعية مختصة حينئذ بالنظر في الدعوى

وفي هذه الحالات المذكورة كانت المحاكم الشرعية تحكم بين الخصوم غير المسلمين . بما تحكم به لو كان الخصوم مسلمين . أى أنها كانت تطبق المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ونصها :

« تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب « أبى حنيفة» . ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة . فيجب عليها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد . »

واستثنت مما سبق حالة واحدة . وهى دعوى الطلاق . إذا كان الزوجان من غير المسلمين ، أو إذا كان أحدهما من طائفة لا تدين بوقوع الطلاق . فان المحاكم الشرعية كانت ممنوعة من سماع هذه الدعوى ، عملاً بالفقرة السابعة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ونصها :

« ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر . إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . »

والسبب في هذا المنع بينته المذكرة الايضاحية . فقد جاء فيها ما يلى :

« كانت المحاكم الشرعية عملاً بالمادة ٢٨٠ تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة في الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر . وكان في ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق . لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر . للتقاليد المتبعة في مثلها . فتبقى معلقة لاتتزوج ، وقد تحرم من =

زوجته الكتابية . يكونون مسلمين . مثل أبيهم ، وأنه لاتوارث بينه ، وبين زوجته الكتابية . وغير ذلك من الأحكام المدونة فيها .

ويجب على من يتولى عقد الزواج بين المسلم . والكتابية : أن يفهم الطرفين . الأحكام الشرعية المذكورة . في الوثيقة الخاصة بزواج المسلم بالكتابية . قبل أن يباشر عقد زواجهما ، حتى إذا قبلا المعاملة . بتلك الأحكام . أجرى عقد الزواج بينهما . وذلك بعد التحريات ، والاجراءات الخاصة . بمثل هذا الزواج ، وبعد التحقق . من عدم وجود مانع شرعى ، أو نظامى من عقد الزواج بينهما .

والحكم: في هذا : أن يكون كل من الزوجين عالماً . بما يترتب على هذا الزواج شرعاً . من الأحكام ، والحقوق ، والواجبات . لا سيما المرأة الكتابية . إذ ربما غرر بها الزوج ، وأفهمها . أشياء لا تقرها الشريعة الاسلامية . اعتماداً على جهلها الأحكام الشرعية ، وقد يكون الزوج المسلم غير عالم . بالأحكام المترتبة على زواجه بالكتابية . فإذا علم كل واحد منهما هذه الأحكام ، والحقوق ، والواجبات المترتبة ، على زواجهما . كان كل منهما على بينة من أمره . وبذلك

= النفقة . فلا تجد من ينفق عليها . فرئى معالجة هذه الحالة عملاً بمبدأ تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق .

وبما تحسن الإشارة إليه : أن رفع الدعاوى من غير المسلمين فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية . من زواج وغيره . أمام دوائر الأحوال الشخصية . بعد الغاء المحاكم الشرعية ، والمحلس المليية . لا يعتبر رضائهم بحكم الشريعة الاسلامية . فى منازعاتهم حتى تطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية . كما كان عليه العمل . قبل الغاء المحاكم الشرعية ، والمحلس المليية . إذ لا اختيار لهم فى التقاضى ، والترافع أمام تلك الدوائر ، وعدم التقاضى ، والترافع أمامها . فى خصوصياتهم ، ومنازعاتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية . بعد أن أصبحت دوائر الأحوال الشخصية . هى الجهة القضائية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المحلس المليية . فتطبق عليهم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم

يندفع ما قد عساه يقع بينهما . من المشاكل ، والمنازعات . لو لم يكونا قد علما
بهذه الأحكام ، والحقوق ، والواجبات .

النوع الرابع من المحرمات محرماً مؤقفاً :

الجمع بين امرأتين محرمين . أى بينهما قرابة محرمة ، أو ما أشبه القرابة
في الحرمة . كالرضاع .

وقد ورد في هذه المسألة : نصاب :

أمرهما : قول الله تعالى في عد المحرمات من النساء : « وان تجمعوا بين
الأختين إلا ما قد سلف » . فعناه حرم عليكم : أن تجمعوا بين الأختين .
لأنه معطوف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » . وقوله تعالى :
« إلا ما قد سلف » معناه : ما قد تقدم في الجاهلية . فانكم لا تؤخذون
بذلك . ولكن لا يقر أحد على الجمع بينهما . بعد العلم بالحرمة . فكما لا يحل
الجمع بين الأختين ابتداء . بعد نزول الحرمة . لا يحل امساك ما قد سلف
بعد نزول الحرمة . فلا يظن ظان : أن هذه الحرمة . تمنع ابتداء ، ولا تمنع بقاء .

وتأنيدهما : قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ولا تنكح المرأة على
عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة اختها . فانكم
إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » (١) .

(١) رأينا أن ننقل هنا ما قاله الامام « فخر الدين الرازى » في تفسيره المسمى
« مفاتيح الغيب » المشهور بالتفسير الكبير . عند تفسيره الآية سالفة الذكر .
لدقة كلامه ، ومدركه . قال رحمه الله رحمة واسعة : إن حرمة الجمع بين المرء وعمتها
أو خالتها : مذكورة في الآية بالمعنى ، وإن لم تذكر باللفظ . وبيان ذلك : أن الله تعالى
حرم الجمع بين الأختين ، وكونهما أختين يناسب هذه الحرمة . لأن الأختية قرابة
قريبة ، والقرابة القريبة تناسب مزيد الصلة ، والشفقة ، والكرامة . وكون أحدهما =

وقد استنبط الفقهاء من هذه النصين . قاعدة في تحريم الجمع بالزواج بين امرأتين : تربطهما علاقة محرمة . من النسب ، أو الرضاع . وقالوا : « يحرم الجمع بين كل امرأتين . أيتهما فرضت رجلا . لا يجوز له : أن يتزوج بالأخرى » . وذلك كالأختين نسباً ، أو رضاعاً . سواء كانتا لأبوين أو لأب ، أو لأم . إذ لو فرضت إحداهما رجلا . لم يحل له التزوج بالأخرى . لأنها أخته . وكالعمة ، وبنت أخيها ، وكالخالدة ، وبنت أخيها . إذ لو فرضت العمة رجلا . أي عما لم يجز له : أن يتزوج بنت أخيه ، ولو فرضت بنت الأخ رجلا . أي ابن أخ . لم يجز له : أن يتزوج بعمته ، ولو فرضت الخالدة رجلا . أي خالاً لم يجز له : أن يتزوج ببنت أخيه ، ولو فرضت بنت الأخت رجلا . أي ابن أخت لم يجز له : أن يتزوج بخالته .

فاذا كان الرجل متزوجاً بامرأة . حرم عليه التزوج ، بأختها ، أو عمته ، أو خالته . من النسب ، أو الرضاع . حال قيام الزوجية بينهما حقيقة . بأن لم تحصل بينهما فرقة أصلاً ، أو حكماً . كما إذا طلقها ، ولا تنزال في العدة . سواء كان الطلاق رجعيّاً ، أو بائناً بنوعيه . لبقاء آثار الزوجية في الطلاق الرجعي . لما تقرّر : أن الطلاق الرجعي . لا يزيل قيد الزواج .

= ضرة الأخرى . يوجب الوحشة العظيمة ، والنفرة الشديدة . وبين الخاليتين منافرة عظيمة . فثبت أن كونها أختاً لها يناسب حرمة الجمع بينهما . في النكاح وقد ثبت في أصول الفقه : أن ذكر الحكم مع الوصف المناسب له يدل بحسب اللفظ على كون ذلك الحكم . معللاً بذلك الوصف . فثبت أن قوله تعالى : « وان تجمعوا بين الأختين » يدل على كون القرابة القريبة مانعة من الجمع في النكاح . وهذا المعنى حاصل بين المرأة ، وعمتها ، وخالته . فكان الحكم المذكور في الأختين مذكوراً في العمة والخالدة . من طريق الدلالة . بل هنا أولى . وذلك لأن العمة والخالدة ، تشبهان الأم لبنت الأخ ، ولبنت الأخت . وهما تشبهان الولد للعمة ، والخالدة . واقتضاء مثل هذه القرابة لترك المضارة . أقوى من اقتضاء قرابة الأختية لمنعها . فكان قوله تعالى : « وان تجمعوا بين الأختين » مانعاً من العمة والخالدة . بطريق الأولى » ا هـ .

في الحال . بل في المآل . أى بانقضاء العدة ، ولبقاء بعض آثارها . بعد الطلاق البائن . كوجوب النفقة ، وقرارها . في مسكن الزوجية ، وثبوت النسب . إن جاءت بولد ، وتوافرت فيه شروط ثبوت النسب . فإن ماتت الزوجة ، أو فارقها زوجها ، وانتهت عدتها منه . جازله : أن يتزوج أختها ، أو عمها ، لزوال المانع ، وارتفاع سبب التحريم المؤقت . إذ لا يوجد حيثئذ جمع بين محرمين في عصمته .

وذهب الأئمة : «الشافعي» ، و«مالك» ، و«ابن أبي ليلى» . إلى أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً : يجوز له : أن يتزوج بمن لا يجوز الجمع بينها ، وبين زوجته التي طلقها . كأختها ، وعمتها . قبل أن تنقضى عدتها منه . لانقطاع الزوجية بينهما بالكلية . إعمالاً للقاطع . وهو الطلاق البائن الذي قطع رابطة الزوجية . ومما يدل على انقطاعها به : أن المطلق لا يستبد بمراجعتها ولو كانت في العدة ، ويحرم عليه : أن يجامعها . حتى لو جامعها . وهو عالم بالحرمة ، أقيم عليه حد الزنى . وانهما لا يتوارثان بسبب الزوجية ، لو توفي أحدهما . وهي لا تزال في العدة . لأن الزوجية التي هي سبب الارث بين الزوجين . قد زالت بالطلاق البائن .

ويقول «الحنفية» استدلالاً على مذهبهم : ليس معنى كون الزواج قائماً بين الزوجين حال قيام العصمة والزوجية : إلا قيام أحكامه ، وقد بقي بعض أحكامه قائماً . بعد الطلاق البائن . حتى تنقضى العدة . فيكون الزواج قائماً حكماً . لبقاء بعض آثاره . كوجوب النفقة ، ومنعها من الخروج . من مسكن الزوجية . حتى تنتهى العدة . فاذا كان الزواج قائماً بينهما بعد الطلاق : البائن من وجه ، حرم على المطلق : أن يتزوج أخت مطلقته . ما دامت في العدة . احتياطاً في التفادي من الجمع بين المحرمين . ومن الواضح : أن مسارعة المطلق . إلى التزوج بمن لا يجوز الجمع بينها ، وبين مطلقته . عقب طلاقها منه ، بدون أن ينتظر إنهاء عدتها منه . أكثر إيلاماً ، وإيذاء لها ، فينبغي : أن يتجنب ذلك . بعدم اباحة مثل هذا الزواج . كما هو رأى «الحنفية» . ثم

إن مذهب « الحنفية » : رأى « على » ، و« ابن مسعود » ، و« ابن عباس » ،
و« زيد بن ثابت » . وكفى بهم قدوة (١) .

ويشترط عند « جمهور الفقهاء » في حرمة الجمع بين امرأتين : أن تكون
الحرمة من الجانبين ، على معنى : أيهما فرضت رجلا . حرمت عليه الأخرى .
فلو كانت من جانب واحد فقط ، لا يحرم الجمع بينهما . فيجوز الجمع
بين امرأة ، وبنت زوج كان لها من قبل . لأن البنت لو فرضت رجلا لا
يحل له : أن يتزوج بالمرأة . لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضت المرأة رجلا حل
له : أن يتزوج بالبنت . لأنها أجنبية عنه . حيث إن فرضها رجلا يخرجها
عن كونها زوجة الأب . فلا علاقة بينهما . بل هو أجنبي عنها . وقد جمع « عبد الله
إبن جعفر » بين امرأة كانت زوجة « لعلی » ، وبنته من غيرها . ولم ينكر
عليه ذلك أحد من الصحابة ، والتابعين . الذين كانوا موجودين وقت ذلك
فكان ذلك : اجماعاً منهم . على جواز هذا الجمع . ويجوز الجمع بين أم
الرجل ، وامرأة كانت زوجة له . إذ لو فرضت الأم رجلا لم يجز له : أن
يتزوج زوجة ابنه ، ولو فرضت المرأة رجلا جاز له : أن يتزوج بالأم .
لكونه أجنبياً عنها . لأنها لو فرضت رجلا . لم تكن امرأة الابن .

وخالف « زفر » الجمهور . فقال بتحريم الجمع بين المرأتين . متى ثبت
الحرمة ، ولو من جانب واحد . وهو محجوج بعمل « عبد الله بن جعفر » من
جمعه بين بنت « على » ومطلقاته ، وعدم انكار ذلك من الصحابة ، والتابعين .

وذهب « الخوارج » ، و« عثمان البتي » ، و« داود الظاهري » . إلى جواز
الجمع بين غير الأختين . متمسكين بظاهر نص الآية : « وأن تجمعوا بين
الأختين » . وهم محجوجون بنفس الآية . لأنها دلت على تحريم الجمع بين

(١) راجع « الهداية والفتح والعناية » (ج ٣ ص ١٣٢) ، « والزيلعي » (ج ٢

الأختين بعبارة النص ، ودلت على تحريم الجمع بين كل امرأتين . تربطهما قرابة محرمية . مثل الأختين . بطريق دلالة النص . فتكون - كما قال « فخر الدين الرازي » عند تفسيره الآية - : حرمة الجمع بين الأختين المذكورة في الآية باللفظ ، وحرمة الجمع بين من في حكمهما المذكورة في الآية . بالمعنى (١) وقد بينت السنة المفسرة لآيات القرآن : أن هذا المعنى : هو المراد من الآية . فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا تنكح المرأة على عمها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها (٢) . فانكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » فيتعدى الحكم المذكور . وهو تحريم الجمع بين امرأتين إلى كل قرابة يجب شرعاً وصلها ، ولا يجوز قطعها .

(١) راجع صفحة ١٨٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) في الحديث: تكرر الحكم واحد . لأن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم: « لا تنكح المرأة على عمها : هو ألا يجمع بينهما في الزواج . ثم إن الجمع بين المرأة وعمتها: عين الجمع بينهما، وبين بنت أخيها . وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها : هو عين الجمع بينها وبنت أختها . وفائدة هذا التكرار: هو رفع ما يظن أن نكاح ابنة الأخ على العمّة: لا يجوز ، وكذا نكاح بنت الأخت: على الخالة ، وأن نكاح العمّة على ابنة أخيها ، وكذا نكاح الخالة على ابنة أختها جائز . لزيادة تكريم العمّة والخالة على البنت . فقد قال صلى الله عليه وسلم : « الخالة بمنزلة الأم » نظير هذا: زواج الأمة على الحرة . فانه غير جائز . بخلاف زواج الحرة على الأمة فانه جائز . فكان التكرار في الحديث . لدفع هذا التوهم . فبين الرسول عليه الصلاة والسلام: أن الجمع بين المرأة وعمتها ، وكذا بين المرأة وخالتها على أية صورة . لا يجوز شرعاً . (أنظر العناية والفتح) .

مكروه نهي عن الجمع بين المحرمين :

والحكمة في ذلك : هي المحافظة على صلة الرحم ، ورابطة القرابة . إذ العادة جرت بوقوع الخلاف ، والشقاق ، والنزاع . بين الضرائر . كما هو المشاهد . حتى قيل في الأمثال : « بينهم داء الضرائر » . أى الحسد ، والشقاق ، وبانتقال ذلك التشاجر ، والتعادى . إلى الأهل ، والأقارب . فلو أبيض الجمع بين المحرمين . لأدى ذلك إلى قطع صلة ذوى الأرحام . وقطع صلة الرحم : حرام شرعاً . فإيؤدى إليه . وهو الجمع بين محرمين من النساء : يكون حراماً وقد أرشد النبي صلى الله عليه وسلم . إلى هذه الحكمة بقوله في الحديث السابق « فأنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

وقد ألحق « الفقهاء » في الحكم المذكور : المحارم من الرضاع . بالمحارم . من النسب . لقوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع : ما يحرم من النسب » .

ولما كان المعنى الذى من أجله حرم الجمع بين المحرمين من النساء : وهو قطع صلة ذوى الأرحام . غير متحقق في الجمع بين المحرمين بالرضاع . إذ لا أرحام . بسبب الرضاع . حتى يخشى قطعها . بالجمع بين المحارم رضاعاً ، فقد خالف « ابن تيمية » ، وتلميذه « ابن القيم » . رأى « جمهور الفقهاء » وقالوا : « بجواز الجمع بين المحارم . من الرضاع » .

النوع الخامس من المحرمات نحر بما مؤقنا : الجمع بين أكثر من أربع زوجات :

يباح للرجل شرعا : أن يجمع في عصمته . أربع زوجات . ليس بينهن قرابة محرمة . ويحرم عليه : أن يجمع في عصمته أكثر من ذلك . فمن كان متزوجاً بأربع زوجات . يحرم عليه : أن يتزوج بخامسة . ما دامت في عصمته أربع سواها . إما حقيقة . بأن لم تقع فرقة بينه ، وبين احدها ، وإما حكماً . كما إذا طلق إحداهن ، ولا تزال في عدته ، ولو كان الطلاق بائناً بينونة كبرى . وأجاز « الشافعي » ، و« مالك » ، و« ابن أبي ليلى » . الزواج بخامسة إذا كان الرجل طلق لإحدى زوجاته الأربع طلاقاً بائناً ، ولو كانت المطلقة لا تزال في العدة . لأن بالطلاق البائن . انقطعت الزوجية . بين الزوجين . فلا يكون بتزوجه الخامسة . قد جمع بين أربع زوجات . في عصمته . على غرار ما قالوا في الجمع بين محرمين ، وكانت احدهما في عدة الطلاق البائن . ويرد على مذهب « الشافعي » ، و« مالك » ، و« ابن أبي ليلى » . بما قاله « الحنفية » استدلالاً على رأيهم في تحريم الجمع بين امرأتين محرمين ، ولو كانت احدهما مطلقة طلاقاً بائناً . ما دامت في العدة (١) .

والدليل على اباحة تعدد الزوجات ، وعلى وجوب الاقتصار على أربع منهن : الكتاب ، والسنة ، والاجماع . فأما الكتاب . فقول الله تعالى في سورة النساء : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » (٢)

(١) راجع صفحة ١٨٤ - ١٨٥ من هذا الكتاب .

(٢) وأجاز « الروافض » : أن يجمع الشخص في عصمته تسع زوجات ، ونقل ذلك عن النخعي ، وابن أبي ليلى . مستدلين بالآية المذكورة . ووجه الاستدلال بها على قولهم : أن الآية بينت العدد المحلل شرعاً بمثنى . وثلاث ، ورباع ، وعطف =

وأما السنة . فعدة أحاديث رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم . في هذا الموضوع :

= بينهن بالواو التي تفيد الجمع بين المعطوفات . فيكون المجموع تسعاً . وأجاز « الخوارج » أن يجمع المرء في عصمته ثمانى عشرة إسرأة . واستدلوا أيضاً بالآية على غرار استدلال «الروافض» بها ، وزادوا على ذلك : أن لفظ مشئى في اللغة العربية: معدول عن اثنين ، اثنتين . ولفظ ثلاث عن ثلاثة ثلاثة ، ولفظ رباع عن أربعة أربعة . فيكون الحاصل من مجموع هذه لأعداد : ثمانى عشرة . وحكى عن بعض الناس اباحة أى عدد من النساء بلا حصر . ووجههم أن كلمة مشئى ، وثلاث ، ورباع ، تدل كل منها على عدد مكرر لا يقف عند حد . وهذه الآراء كلها باطلة لم تبين على أساس صحيح علمى ، ومخالفة للأحاديث التي وردت بالتفريق بين الزوج وبين ما زاد على الأربع . من زوجاته . حينما دخل بعض الناس الاسلام ، ولم أكثر من أربع زوجات . كما أنها مخالفة لأجاء المسلمين . إذا لم ينقل عن أحد من السلف أو الخلف من عصر النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا : أنه جمع في عصمته أكثر من أربع زوجات (راجع الفتح والعناية على الهداية ج ٣ ص ١٤٣ وما بعدها) .

ولم يقصد من العطف بالواو بين هذه الأعداد: الجمع بينها . لأن معنى اباحة التعدد للناس : أن المتزوجين بأكثر من واحدة يجمعون بين اثنين ، أو بين ثلاث ، أو بين أربع . وإن من جمع بين اثنتين له أن يتزوج بثالثة أو برابعة ، وأن له أن يعود إلى الأثنين أو الثلاث . وهكذا ، وهذا هو المقصود بالآية ، فهي تبيح للناس تعدد الزوجات على هذا الوجه . فلا يصح القول بأن الله جمع بين الأعداد . بحرف الجمع . وهو الواو . ويكون المجموع تسعاً . فيباح للشخص أن يجمع في عصمته تسع زوجات . قال الفراء : « لاوجه لحمل هذا على الجمع . لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ . من العى . في الكلام . والكلام المجيد منزّه عن ذلك » .

ونظير هذه الآية : قول الشخص لجماعة : « خذوا من هذا المال مشئى ، وثلاث ورباع » . فان المعنى أنه يباح لكل منهم: أن يأخذ من وحدات هذا المال . إما اثنتين وإما ثلاثاً ، وإما أربعاً . ولم يقصد من ذلك: اباحة الأربع مضافة إلى الثلاث ، وإلى الأثنين . حتى يكون المجموع تسعاً . ويؤيد هذا . قول الله تعالى : « الحمد لله فاطر السموات والأرض جاعل الملائكة رسلا أولى أجنحة مشئى وثلاث ورباع » فان معنى هذه الآية : أن الله خلق الملائكة طوائف ، وجعل أجنحة طائفة منهم مشئى . فلكل واحد من أفراد هذه الطائفة: جناحان ، وجعل أجنحة طائفة أخرى =

فمنها : قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لغيلان الثقفي » حين أسلم ، وله عشر نسوة . أسلمن معه : « أمسك أربعا ، وفارق سواهن » .

ومنهما : ما روى عن « قيس بن الحارث » . قال . أسلمت . وعندى ثمان نسوة . فنجت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له . فقال : « اختر منهن أربعا » .

ومنهما : قوله عليه الصلاة والسلام « لنوفل بن معاوية » أسلم ، وله خمس نسوة : « امسك أربعا ، وفارق الأخرى » .

وأما الإجماع . فقد انعقد إجماع المسلمين على إباحة التعدد قولاً ، وعملاً في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وبعده إلى يومنا هذا . فقد جمع كبار الصحابة « كعمر بن الخطاب » ، و« علي ابن أبي طالب » ، و« معاوية ابن أبي سفيان » ، و« معاذ بن جبل » . بين أكثر من واحدة . وكذا فقهاء التابعين ، وغيرهم ممن لا يعد كثرة ، كما أقروا من جمع بالزواج بين أكثر من واحدة في عصمته . وقد جرى عمل السلف ، والخلف . من الأمة الإسلامية . على هذا . فكان ذلك إجماعاً . على التعدد قولاً ، وعملاً . وقال « ابن حزم » : في مراتب الإجماع : « اتفقوا على أن زواج المسلم أربع حرائر مسلمات . فأقل : حلال » . وفي « العناية على الهداية » « ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى

= ثلاث . فلكل واحد من أفرادها ثلاثة أجنحة ، وجعل أجنحة طائفة ثلاثة رباع . فلكل واحد منهم أربعة أجنحة . وليس معناها : أن الله تعالى جعل الملائكة بتسعة أجنحة . حتى يكون لكل واحد منهم تسعة أجنحة .

ولم يعطف الله تعالى بين هذه الأعداد « بأو » التي تفيد التخيير بين المعطوفات . إذ لو عطف بأو ، وقال : سثنى ، أو ثلاث ، أو رباع . لدل ذلك على أن إباحة التعدد مقتصر على أحد هذه الأعداد . بحيث يجب على الخطابين : أن يختاروا حالة واحدة من الجمع ، وأن من اختار منهم حالة واحدة من حالات الجمع التزمها ولا يعدل عنها . فان هذا غير مراد بالآية . بل المراد بها ما بيناه .

الله عليه وسلم ، ولا بعده إلى يومنا هذا : أنه جمع . بين أكثر من أربع زوجات .
في عصمته . » .

فوضح جلياً مما أسلفناه : أن الكتاب ، والسنة ، والعمل المتوارث من
فجر الإسلام إلى يومنا . قد تضافر كل ذلك . على أن من أراد . أن يتزوج
أكثر من واحدة إلى الأربع . فله ذلك .

ومما يحسن الإشارة إليه هنا : أن الأصل في الزواج في نظر الشريعة
الإسلامية : أن يقتصر المرء على زوجة واحدة . لأن هذا هو الزواج الطبيعي
الأمثل . وأن تعدد الزوجات ليس هو القاعدة ، وأن الدين الإسلامي مع
إباحته التعدد . لا يدعو الناس إلى تعدد الزوجات ، ولا يحثهم عليه . بل يمكن
القول بأن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام : أمر مضيق فيه أشد التضييق .
كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لاحتياجها ، بشرط الثقة بإقامة العدل
بين الزوجات ، والأمن من الحور . فتعدد الزوجات : نظير الطلاق الذي
لا يباح شرعاً . إلا عند الحاجة ، أو الضرورة . ولذا ورد في الحديث :
«أبغض الحلال إلى الله الطلاق» فينبغي عدم التوسع في التعدد ، وألا يقدم
عليه الشخص . إلا لضرورة ، أو لحاجة ملحة . مع وثوقه بالعدل بين
زوجاته .

ويشترط في إباحة التعدد : أمن العدل . بين الزوجات . كما هو صريح
الآية : «فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة» . فعند الخوف من عدم العدل . يحرم
التعدد تحريماً قاطعاً . والخوف من عدم العدل — كما يقول الامام «محمد عبده»
في تفسيره — : يصدق بالظن ، والشك فيه . بل يصدق بتوهمه أيضاً . والمراد
بالعدل الذي هو شرط في إباحة التعدد : العدل الذي . هو مقدر ، وميسور
للناس . أي التسوية في الأمور الظاهرة . مثل المعاملة ، والمبيت . والنفقة
وأما العدل الذي أخبر الله بأن الناس لا يستطيعونه . بقوله تعالى في آية أخرى
من سورة النساء نفسها : «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم»

فالمراد به : العدل في المحبة ، ومودة القلب . أي التسوية في الحب . كما قاله أئمة المفسرين . وهذا العدل ليس شرطاً في إباحة التعدد ، لكونه غير مقدر ، وغير مستطاع للانسان . لما تقرر في علم الأصول : أن التكاليف بما يقدر عليه المكلف . قال تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » (١) .

ولو كان العدل واحداً في الآيتين . لكان قول الله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » عبثاً . لكونه إباحة . لأمر مستحيل الوقوع ، وغير مستطاع . وهو التعدد مع العدل . ومثل هذا التشريع . لا يمكن أن يصدر من عاقل . فضلاً عن أن يصدر من الله العليم الحكيم ، لأن معنى هذا : أن الله يبيح للرجل تعدد الزوجات ، مع اشتراطه العدالة بينهن . ثم يقول : « إن هذه العدالة مستحيلة غير مستطاعة » .

والذي يدل على أن العدالة نوعان : عدل مستطاع . يجعله الله شرط في إباحة التعدد ، وعدل غير مستطاع . لم يجعله شرطاً ، في ذلك : ما رواه أهل الحديث عن « عائشة » أم المؤمنين رضي الله عنها . قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم . يقسم بين نسائه . فيعدل - وهو أعدل الخلق على الإطلاق - ثم يقول : اللهم هذا قسمي . فيما أملك . فلا تلمني . فيما تملك ، ولا أملك » يعني : المحبة ، وميل القلب . فان الحديث يفيد : أن هناك عدلين : عدلاً مستطاعاً ، وعدلاً غير مستطاع ، ويدل على ذلك أيضاً : ما روى « أن عمر بن الخطاب » كان يقسم بين نسائه ، ويقول : « اللهم قلبي . فلا أملكه ، وأما ما سوى ذلك . فأرجو أن أعدل فيه » .

وبعد أن وضع الأمر بهذا البيان ، فلا مجال لأن يقال : إن إباحة تعدد الزوجات مشروطة بالعدل بينهن . بدلالة الآية : « فان خفتم ألا تعدلوا

فواحدة» ، وان هذا العدل . غير مستطاع . بنص الآية الأخرى . في نفس السورة : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » . ومن المقرر فقها : أن الشيء لا يوجد بدون شرطه . فإذا انتفى الشرط . ينتفى المشروط . فلا يكون تعدد الزوجات مشروعاً . لاستحالة تحقق المشروط .

وما يشاهد في مصر . من ضروب المفاسد الاجتماعية ، والاقتصادية . الناشئة . عن انتشار تعدد الزوجات بين الأهالي ، بدون مبرر شرعي ، ولا مراعاة لضرورة ، أو مصلحة : غير قضاء الشهوة ، وما يرى من أن أهل البيت الذي فيه زوجتان . لرجل واحد . يعملون . لافساد البيت ، وهدمه . ويكيد بعضهم لبعض . بشئ الوسائل المشروعة ، وغير المشروعة . كأن كل واحد منهم عدو للآخر . لا تربطه به رابطة القرابة ، والرحم . حتى صار منزل الرجل المتزوج . بأكثر من واحدة . لا يعرف السكون والاطمئنان ، ولا يوجد بين أهله . تبادل المودة ، والرحمة . وقد قال تعالى في كتابه العزيز : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

ليس كل ذلك من عيب ، أو خطأ . في التشريع الذي أباح تعدد الزوجات وإنما العيب كل العيب ، والخطأ كل الخطأ . في التطبيق ، وفي سوء استعمال الحق ، وعدم التزام الناس حدود الله . في إباحة التعدد . فلو التزم الناس . تلك الحدود ، وفهموا : أن التعدد : خلاف الأصل . في الزواج ، وأن الاسلام جعل التعدد رخصة . لا واجباً ، ولا مستحباً ، وإنما أباحه . لبعض الحاجات ، أو الضرورات اللازمة للطبيعة البشرية ، وأدركوا أنه أمر مضيق فيه أشد التضيق . كأنه من الضرورات التي تباح للمحتاج ، بشرط الوثوق باقامة العدل بين الزوجات ، والأمن من الظلم . لما أقدم الناس

على التعدد . إلا في الحدود المشروعة ، ولما ترتب عليه ما نشاهد الآن . من المفساد الاجتماعية ، والاضرار الاقتصادية التي لا تقتصر على الأفراد ، والجماعات بل تتعدى إلى الأمة .

حكمة إباحة تعدد الزوجات . والاقتصار على الأربع

كان تعدد الزوجات شيئاً مألوفاً ، وعادة متبعة . عند العرب ، وعند كثير من الشعوب . ولا تزال هذه العادة موجودة ومنتشرة . إلى يومنا هذا . عند بعض الأقوام . وكان الناس لا يقفون عند حد . في التعدد . ينتهون إليه : إذ كان الواحد منهم يتزوج . عشر نسوة فأكثر . فلما جاء الاسلام ، والمجتمع العربي ، وغيره . على هذه الحال . توسط في الأمر . فلم يمنع تعدد الزوجات ، ولم يبحها على الاطلاق . بدون شرط ، ولا تحديد عدد ، يقف الناس عنده . في التعدد . فأباح التعدد ، ووقف به عند حد ينتهي اليه ، ولا يتعداه . وهو أربع من النساء ، واشترط في إباحة التعدد : العدل بين الزوجات . فيما يمكن المساواة فيه بينهن . من المعاملة ، والمييت ، والنفقة (١) .

(١) كثر الحديث في هذه الأيام « سنة ١٩٥٥ » تاريخ صدور الكتاب أول مرة . حول تعدد الزوجات . بمناسبة نشر حديث لشيخ الجامع الأزهر في جريدة « الأخبار الأسبوعية » بتاريخ ١١-٦-١٩٥٥ تعرض فيه لتعدد الزوجات ، وخاض الحديث فيه العالمون ، والمتعاملون . فرأينا أن نتناول هذا الموضوع . ببعض تفصيل :

وقد كان إباحة تعدد الزوجات والطلاق . في الشريعة الاسلامية : مشارق نقد ، وطعن . في الدين الاسلامي قديماً ، وحديثاً . من الأمم ، والشعوب غير الاسلامية ، وقد تعدى - ذلك في كثير من الأحيان . إلى من تأثروا بآراء الغربيين من المسلمين في مصر ، وفي سائر البلاد الاسلامية « وبأبي الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون » فيأتي اليوم الذي يتولى فيه . رئاسة الوزارة في إنجلترا الدولة الحافظة ، على الدين المسيحي ، والمتمسكة بالتقاليد . رجل طلق زوجته . وهو المستر « ايدن » رئيس وزراء إنجلترا حالياً وقبل بضع سنوات . لم يرضوا بتتويج الملك ادوارد الثامن . لأنه أراد أن يتزوج مملوكة أمريكية ، وحملوه على أن يترك عرش بريطانيا . فاعتزل الملك مكرهاً . وأصبح يدعى =

وهكم: إباحة تعدد الزوجات : عدة أمور نظراً لتعدد الأسباب المسوغة للتعدد . ويمكن تقسيم هذه الأسباب التي تسوغ تعدد الزوجات . إلى قسمين :

« دوق وندسور » ولاتزال الجرائد اليومية. تنشر البرقيات، والأخبار عن حوادث الطلاق التي تقع في أمريكا وأوروبا بكثرة. بين الطبقات المختلفة. وقد كان المؤلفون والكتاب وغيرهم من الأوربيين والأمريكيين . يستنكرون إباحة الدين الاسلامي الطلاق ، ويتخذون ذلك وسيلة للظعن، والتشجيع. على التشريع الاسلامي . وقد أصدرت الحكومة الأرجنتينية الكاثوليكية قانوناً بإباحة الطلاق . كما نشرت ذلك الجرائد في مصر بتاريخ ١٤-٧-١٩٥٥ « سترهيم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق ، أو لم يكف بربك أنه على كل شيء شهيد » صدق الله العظيم وهذا التشريع الذي أصدرته الحكومة الأرجنتينية أخيراً بإباحة الطلاق أول تشريع من نوعه - فيما نعلم - تصدره حكومة مسيحية ، وقد تتبعها حكومات أخرى غير اسلامية في هذا التشريع . ومن يدري فعلل التطورات في الأيام المقبلة تقضى أيضاً باصدار قانون بإباحة تعدد الزوجات .

ونشرت جريدة الأهرام في ٨ أبريل سنة ١٩٥٨ تحت عنوان « القسس الانجليز يؤيدون حركة تعدد الزوجات » ما نصه : « إذا نجحت الحركة التي يقوم بها رجال الدين في بريطانيا الآن . فان الرجال الانجليز يتمتعون قريباً بالزواج من أكثر من امرأة ، ففي المؤتمر الذي سيعقد في يونيو القادم سيجت تقيراً أعده (١٩) من كبار رجال الدين والباحثين الاجتماعيين ، وعلماء اللاهوت تحت اشراف الدكتور « جيفوري فيشر » أسقف « كاتر برى » - يدعون فيه إلى طلاق حرية الرجال في الزواج بأكثر من واحدة . أي إلى تعدد الزوجات . ودعوتهم تستند إلى أنه بات من الحماقة: تجاهل الغرض الذي حققه تعدد الزوجات في العصر الحديث ، وأصبح من الخطأ التمسك - تمسكاً قانونياً - بضرورة قصر زواج الرجل على امرأة واحدة وتهديد المخالفين بالحرمان من الكنيسة. خاصة. وأن بعض رجال الدين. يقرون تعدد الزوجات في المستعمرات الانجليزية بأفريقيا . لاعتبارات تتعلق بالتقاليد . ومن العجب العجيب: أن يرتفع بعض الأصوات من المسلمين يطلب منع تعدد الزوجات. في الوقت الذي يطالب فيه هؤلاء الرجال. من علماء الدين اللاهوت الغربيين بإباحة تعدد الزوجات .

والواقع الذي لا يمكن انكاره : أن تعدد الزوجات موجود بالفعل، لدى الشعوب والأمم غير الاسلامية في أوربا ، وفي أمريكا ، وفي غيرهما . لا بالزواج العلني . بل بطريق غير مشروع . وهو اتخاذ الخليلات في السر. ويحضرني بهذه المناسبة: أن مجلساً جمع جماعة من الأوربيين وأحد المسلمين. فسأله رجل منهم. يريد احراجه. عن =

- (١) : خصائص طبيعية . لكل من الرجل ، والمرأة .
(٢) : عوامل اجتماعية ، وأخلاقية .

= عدد المسلمين المتزوجين أكثر من زوجة واحدة . فقال له : أخبرني أولاً . عن عدد الأولاد غير الشرعيين عندكم ، فأخبركم عن عدد المسلمين المتزوجين بأكثر من زوجة واحدة . فالقمه حجراً .

وجاء في عدد شهر صفر سنة ١٣٤٤ هجرية من مجلة « العرب » الغراء - لسان حال إمارات الخليج الفارسي - ما نصه : وقال « شوبنهور » الفيلسوف : « ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات . لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الانسانية ، والعجيب أن الأوربيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ نظرياً . يتبعونه عملياً . فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح »

ورأينا أن ننقل هنا ما كتبه الأستاذ الباحثة « عباس محمود العقاد » في كتابه « الفلسفة القرآنية » تحت عنوان « الزواج » . فقد جلى مسألة تعدد الزوجات في الأديان السماوية تجلية لا مزيد عليها . ونص عبارته : « من الأوهام الشائعة بحكم العادة : أن الدين الاسلامي . هو الدين الوحيد الذي أباح تعدد الزوجات من الأديان الكتائية . وهذا وهم قد سرى إلى الاخلاذ بحكم العادة . كما أسلفنا . لأن الواقع الذي عليه كتب الاسرائيليين والمسيحيين : أن تعدد الزوجات لم يحرم في كتاب من كتب الأديان الثلاثة ، وكان عملاً مشروعاً عند أنبياء بني اسرائيل وملوكهم ، فتزوجوا بأكثر من واحدة ، وجمعوا بين عشرات الزوجات والجوارى في حرم واحد . وروى « وستر مارك Westermarck » العالم الحجة في شؤون الزواج على اختلاف النظم الانسانية : أن الكنيسة والدولة معاً كانتا تقران تعدد الزوجات إلى منتصف القرن السابع عشر ، وكان يقع غير نادر في الحالات التي لا تعنى بها الكنيسة عنايتها بزواج الأسر الكبيرة . وكل ما حدث في القرن الأول للمسيحية : أن الآباء كانوا يستحسنون من رجل الدين : أن يقتنع بزوجة واحدة . وخير من ذلك : أن يترهب ولا يتزوج بته . فكانت الفكرة التي دعت إلى استحسان الزواج الموحد . هي فكرة الاكتفاء بأقل الشرور . فان لم تتيسر الرهبانية فامرأة واحدة أهون شراً من امرأتين . وكانت المرأة على الاطلاق شراً محضاً ، وحبالة من حبال الشيطان بل أخطر هذه الحبال ، واستكثر أناس من آباء الكنيسة وفقهاؤها : أن تكون لها روح علوية ، فبحثوا في ذلك ، وأوشكوا أن يلحقوها بزمرة الحيوان الذي لا حياة له بعد فناء جسده .

فن القسم الأول ما يلي :

(١) : الرجل يؤدي وظيفة النسل طوال أيام السنة كلها ، وأما المرأة :

فأنها لا تؤديها مدة حملها . وهي زهاء تسعة أشهر . كما أنها غير صالحة . للاختلاط الجنسي . أيام الحيض ، ومدة النفاس . والمرأة تحيض مرة كل شهر ، وأكثر مدة الحيض : عشرة أيام . ومدة النفاس : أربعون يوماً .

(٢) : حياة المرأة التناسلية . في الأعم الأغلب من الحالات . تنتهي

بعد بلوغها سن اليأس . وهي ما بين الخامسة والأربعين ، والخمسين من عمرها . إذ قلما تلد المرأة ، بعد هذه السن . بخلاف الرجل . فإن حياته التناسلية لا حد لها . فهو صالح لانجاب الأولاد . حتى تنتهي حياته . كما أثبت ذلك البحوث العلمية الطبية . بالنسبة للرجل ، والمرأة . واختلاف هذه الخصائص الطبيعية : يقضى في بعض الحالات . بضرورة تعدد الزوجات . بالنسبة لبعض الأشخاص .

ومن القسم الثاني ما يأتي :

(١) : دلت الاحصاءات العامة التي تقوم بها الحكومات : أن عدد

النساء في معظم الأمم . أكثر من عدد الرجال ، وقد يزداد عددهن . على عدد الرجال . بشكل ملموس . في أعقاب الحروب الطاحنة ، وقد نشر أن نسبة عدد الرجال إلى عدد النساء في المانيا أصبحت عقب الحرب العالمية الأخيرة : (١) إلى (٩) . ولا يخفى ما ينتج عن قلة الرجال . وكثرة النساء .

من المشاكل الاجتماعية التي تتعرض لها حياة الأمة . وأحسن علاج لهذه الحالة ولإيجاد التوازن : إتباع نظام تعدد الزوجات الذي وضعته الشريعة الإسلامية (٢) : الغرض الأساسي من الزواج . هو التوالد ، والتناسل . وقد

= فكان تعدد الزوجات مباحاً في الأديان الكتابية جميعاً . ولم يحرم - حين حرم - إكباراً للمرأة . وتنزيهاً لها . عن قبول المشاركة في زوجها . بل كانت الفكرة الأولى في تحريمه : أن المرأة شر يكتفى منه بأقل ما يستطيع .

تكون الزوجة عقيماً ، ولا يرغب الزوج في مفارقتها ، ولا يرضى أن يبقى . بدون نسل . محروماً . من نعمة الأولاد ، والأبوة . فمن المصلحة : أن يباح له في هذه الحالة : التزوج بأخرى على زوجته .

(٣) : قد تصبح الزوجة غير صالحة . للاختلاط الجنسي . لاصابتها بمرض عضال . أذهب عنها المغريات الجنسية . ويرى زوجها من الوفاء : ألا يتركها وقت محنتها ، وأن يبقيا تحت رعايته مشمولة بعطفه . لأن طلاقها في هذه الحالة . يضرها . أضعاف ما تضرها المشاركة في زوجها . فمن الحكمة : أن نمكثه من هذا الوفاء . باباحة التزوج بأخرى .

(٤) : قد يهيم الزوج بامرأة ، وتهيم به حياً . بحيث يتعذر ، أو يتعسر : أن ينصرف ، ويتخلى عنها ، ويعيش بدونها ، ولا سلطان . للانسان على قلبه . ولا شك : أن المصلحة تقضى بأن يباح له : أن يتزوجها على زوجته . حتى لا يعاشرها معاشرة محرمة (١) ، وحتى لا يطلق زوجته . ليتزوجها .

(١) روى الدكتور « زكى نجيب محمود » أستاذ الفلسفة بجامعة القاهرة في كتابه « أيام في أمريكا » : أن الصحف الأمريكية شغلت بقصة اختفاء رجل من رجال الأعمال ٢٨ سنة . ثم ظهوره بعد أن تزوج بالفتاة التي تبادل معها الحب واختفت معه . ورزقا بستة أولاد . أحدهم ضابط في البحرية . وكان الرجل . قبل اختفائه متزوجاً بسيدة من الوسط الاجتماعي الراقى . ولما طالت غيبة الرجل أعتبر بحكم القانون . ميتاً . فوزعت ثروته على زوجته وأولاده . وقد سألت الصحف السيدة التي اختفت . معه بعد ظهورها . فقالت : لا يعنينى ماذا يعتبرنى القانون ، وكل ما أعرفه . أنني قضيت مع زوجى ٢٨ سنة في سعادة لا مثيل لها ، وما زلت سعيدة . وقد وجهت إلى الزوج تهمة تعدد الزوجات .

ويقول مؤلف الكتاب تعليقاً على هذه الحادثة التي رواها : ما هو الضرر من تعدد الزوجات في مثل هذه الحادثة ؟ كان هذا المسكن يستطيع بدل أن يختفى ٢٨ سنة ، ويترك اسمه ، وثورته ، وبلده : أن يتزوج الفتاة ، ويبقى زوجته الأولى إن أردت .

وهكذا جعل الشارع الأربع . حداً أقصى . لتعدد الزوجات : أن هذا العدد . أكبر عدد . يمكن معه . تحقيق العدل . بين الزوجات . في الحقوق الزوجية . بدون اجحاف بالمرأة . فيما لها من حق التمتع بزوجها . حتى لا ينقطع عنها الزوج في المبيت عندها . أكثر من ثلاث ليال . وهذه المدة تعتبر : الحد الأول للكثرة .

ولما كان من أهم المقاصد التي من أجلها شرع الزواج : حفظ الأنساب من الاختلاط ، لم تبيح الشريعة الاسلامية للمرأة : أن تتزوج بأكثر من زوج واحد . ولا يخفى : أن اباحة تعدد الأزواج لزوجة واحدة . تؤدي إلى تقليل النسل . لأن المرأة المتزوجة بزوج واحد ، أو بأزواج عديدين . لا تحمل إلا مرة واحدة . في السنة . وتقليل النسل يتنافى مع رغبة الشارع في الاكثار منه . فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . أنه قال : تزوجوا تكثروا . فاني أباهي بكم الأمم .

الولاية في الزواج

سبق : أن ذكر من شروط عقد الزواج : أن يكون للعاقد . سلطة شرعية في إنشائه . بأن يكون كامل الأهلية . إذا عقد الزواج لنفسه ، وبأن يكون ولياً على من يعقد الزواج له ، أو وكيلاً عليه . إذا عقد الزواج لغيره وسنين الآن . ما يتعلق بالولاية في الزواج . ثم نتكلم . بعد ذلك . عن الوكالة . في الزواج .

تعريف الولاية

الولاية . في اللغة . معناها : النصرة ، وقيام الشخص . بأمر غيره . يقال : « ولي فلان فلاناً ، وولى عليه » . إذ نصره ، وقام بأمره . فهو وليه . أى ناصره ، وقائم بأمره .

وأما الولاية . في اصطلاح الفقهاء . فقد عرفها « فقهاء الحنفية » بأنها تنفيذ القول على الغير شاء ، أو أبى . وإذا بحثنا هذا التعريف الذى ذكره فقهاء « الحنفية » للولاية فى الاصطلاح . نجد فيه قصوراً . من جملة نواح :

أولاً - : أن الولاية فى الفقه . عبارة عن صفة تقوم بالشخص . وأن التنفيذ المذكور : أثرها ، لا حقيقتها . ويجب عن هذا الاعتراض . بأن الفقهاء فى تعريفاتهم . يكتفون بما يصور المعرف ، ويتساهلون فى ذلك ، ولا يراعون ، الدقة الفلسفية للمناطقة . فى التعريفات . فيكتفون بأن يذكروا رسوماً شرعياً . يوقف بها على معنى اللفظ . كما هو اللائق بالفقه . ولا يذكرون الحدود عند المناطقة . وإنما يذكرون تعريفات ، يوقف على معنى اللفظ ، ويحصل بها التمييز (١) .

(١) راجع « كشف الأسرار » لعبد العزيز البخارى (ج ١ ، ص ٣٢) (طبعة

ثانياً - : أن هذا التعريف . لا يشمل كل أنواع الولاية . إذ لا يتناول ولاية الشخص على نفسه ، وماله . حيث لا يوجد « غير » في ولايته على نفسه ، أو ماله . حتى يقال : إن القول نفذ عليه . ومن القواعد المقررة : أن التعريف لا بد أن يشمل جميع أنواع المعرف . وقد يجاب على هذا . بأن الولاية التي عرفها الفقهاء . هي النوع الأهم . من أنواع الولاية . وهو الولاية المتعدية ، لا مطلق الولاية . الشاملة للولاية القاصرة ، والولاية المتعدية .

ثالثاً - : أن قولهم في التعريف « شاء أو أبنى » . يفيد : أن المراد بالغير . شخص . له مشيئة ، وإباء ، مع أن المولى عليه . قد يكون كذلك . كما في الصغير ، والمعتوه المميزين ، وقد لا يكون كذلك . كما في المجنون ، والصغير . غير المميز . وقد يجاب عن هذا الاعتراض . بأن مراد الفقهاء بقولهم : « شاء » أو « أبنى » : أن التنفيذ . يكون جبراً على المولى عليه ، بدون التفات . إلى مشيئته ، وإبائه . لو كانت له مشيئة ، وإباء . بالفعل .

فاذا أريد تعريف الولاية شرعاً . بحيث يشمل جميع أنواعها ، ولا يعترض عليه بشيء . مما سبق . قيل في تعريفها : « إنها سلطة شرعية ، تجعل لمن ثبتت له . القدرة . على انشاء العقود ، والتصرفات ، نافذة » .

أقسام الولاية

تنقسم الولاية : إلى أنواع كثيرة . باعتبارات مختلفة . فنقسم أولاً . إلى ولاية قاصرة ، وإلى ولاية متعدية .

فالأولى : ولاية الشخص على نفسه ، وماله . وتثبت هذه الولاية للشخص ، إذا كان كامل الأهلية . بالحرية ، والبلوغ ، والعقل . ويشترط : عدم الحجر عليه . في الولاية . على المال .

والثانية: ولاية الشخص على غيره . ومن الواضح : أن هذه الولاية . لا تثبت للشخص . إلا إذا ثبتت له الولاية على نفسه . ولذا تجد الفقهاء يقولون : الولاية المتعدية : فرع الولاية القاصرة .

وتنقسم الولاية المتعدية . من حيث من تثبت له :

إلى ولاية أصلية ، وهي الولاية الثابتة للشخص ابتداء . من غير أن تكون مستمدة من الغير . كولاية الأب ، والجد . ومعنى كونها أصلية : أنها ثابتة لها ابتداء . بسبب الأبوة . من غير أن تكون مستمدة . من غيرهما .

وإلى ولاية نيابية . وهي الولاية الثابتة للشخص مستمدة من الغير . كولاية القاضي ، والوصى . لأن ولايتهما مستمدة من غيرهما . فولاية القاضي مستمدة . من الامام - الحاكم العام - رئيس الدولة . فهو نائب عنه . فيما يتولاه . من الأمور . وولاية الوصى . مستمدة . ممن اقامه وصياً . فهو نائب عنه . في الوصاية ، وفيما يتولاه . من شئون القاصر . بوصايته عليه .

وتنقسم الولاية المتعدية . من حيث موضوعها ، إلى ثلاثة أنواع :

(١) : ولاية على النفس فقط . وهي التي تكون في الأمور المتعلقة . بشخص المولى عليه . كولاية الحضانة . والتعليم ، والتربية ، وكولاية الترويح ، وتجعل لمن تثبت له القدرة . على التصرف . في شئون المولى عليه . غير المالية . مثل انشاء عقد زواج المولى عليه ، وتنفيذه . كولاية الأخ الشقيق . على أخته . فاقدة الأهلية ، أو ناقصتها . في تزويجها . إذا لم يوجد الأب ، أو الجد ، أو وجد أحدهما ، ولكنه غير أهل للولاية .

(٢) : ولاية على المال فقط . وهي التي تكون في المسائل المالية الخاصة . بأموال المولى عليه . وهذه الولاية . تجعل لمن تثبت له القدرة . على انشاء العقود ، والتصرفات المتعلقة . بالأموال ، وتنفيذها . كولاية الوصى . على الموصى عليه .

(٣) : ولاية على النفس ، والمال معا . كولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية ، أو ناقصها .

وتنقسم أيضاً الولاية المتعدية :

إلى ولاية عامة . وهى الثابتة . لرئيس الدولة أصالة ، وللقضاة . بطريق النيابة عنه . بصفتهم حكاماً . لا بصفتهم الشخصية .

وإلى ولاية خاصة . وهى الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية ، لا بصفتهم حكاماً . والقاعدة المقررة فتها : أن الولاية الخاصة مقدمة . على الولاية العامة . إذا كان متعلقهما واحداً . فاذا وجد لفاقد الأهلية ، أو ناقصها ولى من أقاربه . فالولاية عليه فى التزويج وغيره . لوليه ، لا القاضى .

ولا يعيننا هنا . من أنواع الولاية . سوى الولاية المتعلقة بالزواج . وهى من أنواع الولاية على النفس . وجدت معها . ولاية على المال ، أو لم توجد . فنبدأ الآن بذكر الولاية على النفس . فى التزويج . ثم نذكر الولاية ، على المال فى موضعها . من الكتاب .

الولاية فى الزواج بالنظر للمولى عليه فسماه :

١ - : ولاية اجبار . وهى الولاية على فاقد الأهلية ، أو ناقصها . ومعنى الاجبار : أن المولى فى الزواج الذى ثبتت له هذه الولاية ، إذا عقد زواج من له الولاية عليه ، كان العقد نافذاً على المولى عليه ، بدون رضاه ، ولا موافقته عليه ، وبدون التفات إلى مشيئته ، أو إلى ابائه .

ب - : ولاية لإجبار فيها . وهى الولاية على المرأة الكاملة الأهلية . بكرة كانت ، أو ثيباً . فى مباشرة عقد زواجها . بالنيابة عنها . عند فقهاء «الحنفية» . ويسمونها : ولاية نذب ، أو ولاية استحباب . إذ يستحسن : أن يقوم وليها . بعقد زواجها . حتى لا توصف المرأة . بأنها خالفت التقاليد المرعية ، والعادات المتبعة . بحضورها . مجالس الرجال ، ومباشرتها . عقد زواجها بنفسها . إذا لم تجر العادة ، والعرف . بين الناس . على أن المرأة . تتولى تزويج نفسها

فاذا أقدمت على ذلك . استنكر الناس . إقدامها . بحكم العرف ، والعادة . وإن كانت المرأة تملك شرعاً : أن تتولى بنفسها . عقد زواجها . عند « الحنفية » . ويتبين من ذلك : أن هذه الولاية . في الحقيقة ، ونفس الأمر : توكليل . لأن الولي يباشر عقد زواج المرأة الكاملة الأهلية . باعتباره وكيلها عنها ، ومأذوناً له بذلك منها . وإنما سمي ولياً . لما له من القرابة .

وفقهاء بعض المذاهب الأخرى يسمون الولاية على المرأة الثيب الكاملة الأهلية : ولاية شركة . لاشتراك المرأة الثيب ، ووليها . في اختيار الزوج . ثم يتولى وليها مباشرة عقد زواجها ، وتسمى عندهم أيضاً لهذه المشاركة في اختيار الزوج : ولاية اختيار . وأما الولاية على البكر . فهي عند هؤلاء الفقهاء ولاية اجبار . ولو كانت كاملة الأهلية « وسيأتي تحقيق ذلك قريباً) .

ولا يصح عند « جمهور » الفقهاء : أن تباشر المرأة ، ولو كانت كاملة الأهلية . عقد الزواج . سواء كانت بكراً ، أو ثيباً ، وسواء أعقدت الزواج لنفسها . بالاصالة ، أم لغيرها . بالوكالة . ولذا اشترطوا في صحة عقد الزواج : وجود ولي . عن المرأة . يتولى صيغة العقد . خلافاً « للحنفية » . فإنهم لم يشترطوا ذلك . إلا في عقد زواج فاقدة الأهلية ، أو ناقصتها . (وسيأتي قريباً . مزيد بيان . لهذه المسألة) .

شروط الولي

يشترط في ثبوت الولاية المتعدية التي من أقسامها ولاية التزويج : أن يكون الشخص حراً ، بالغاً ، عاقلاً . فاذا كان عبداً ، أو صغيراً مميزاً ، أو غير مميز ، أو معتوها مميزاً كان ، أو غير مميز . أو مجنوناً . لا تثبت له ولاية على نفسه . فلا تثبت له ولاية على غيره . بطريق الأولى .

ويشترط : أن يكون الولي ، ومن في ولايته : متحدين في الدين . فاذا كان لصغيرة . أخوان شقيقان : أحدهما مسلم ، والآخر غير مسلم . فالولاية عليها . تثبت للمتحد معها في الدين . فان كانت مسلمة . فلائحتها المسلم ، وإن

كانت غير مسلمة، فلاخبيها الآخر. قال تعالى: « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين » (١) وقال تعالى . « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » (٢) .

ولا يشترط في ثبوت الولاية العامة للشخص . كولاية القاضي : الاتحاد في الدين ، لأن ولايته مستمدة . من ولاية رئيس الدولة الذى هو ولى من لا ولى له . من رعيته المسلمين ، وغيرهم .

ولا يشترط العدالة في الولى . بل يصح أن يكون فاسقاً . فيجوز للفاسق : أن يتولى تزويج من في ولايته . إذ الولاية على الغير مبنية على الشفقة ، وتقدير المصاحبة . وهما كما يكونان في العدل . يكونان في الفاسق .

من تثبت عليه ولاية الاجبار

إذا كان الشخص كامل الأهلية تثبت له الولاية على نفسه ، وماله . سواء كان رجلاً ، أو امرأة . فتصح عقوده وتصرفاته . ما دامت مستكملة للأركان والشروط الشرعية ، وتكون نافذة . بدون توقف على اجازة أحد . غير أن الرجل . إذا تولى بنفسه عقد زواجه . نفذ العقد، ولزم . ولو كانت من تزوجها غير مكافئة له ، أو دفع لها مهراً أكثر من مهر مثلها . وأما المرأة إذا تولت بنفسها عقد زواجها ، وكان لها ولى عاصب . فإنه يشترط لصحة هذا العقد ، ولزومه : أن يكون الزوج كفتاً لها ، وألا يقل مهرها . عن مهر مثلها . فان كان الزوج غير كفء ، ولم يكن وليها . قدرضى بغير الكفاء . فالرأى الذى اختير للفتوى عند علماء « الحنفية » : أن الزواج غير صحيح . لأن كثيراً من الأشياء لا يمكن رفعه . بعد وقوعه ، وليس كل ولى . يحسن المرافعة

(١) الآية ٢٨ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٧٣ من سورة الأنفال .

والخصومة ، ولا كل قاض يعدل في حكمه . ولو أحسن الولي : المرافعة ،
وعدل القاضى . فقد يترك الولي الخصومة . أنفة للتردد . على أبواب المحاكم ،
واستثقالا . لنفس الخصومات . فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعاً له (١)
وان كان الزوج كفوئاً ، وكان المهر أقل من مهر المثل بغين فاحش ،
ولم يرض وليها بهذا المهر ، فالعقد صحيح نافذ . لكنه غير لازم . إذ لوليها
حق الاعتراض ما دامت لم تلد ، أو لم يظهر بها حمل ، ولم يكمل الزوج
مهرها إلى مهر المثل . فله أن يرفع الأمر إلى القضاء طالباً فسخ العقد .

وإذا لم يوجد لها ولي عاصب . يكون عقد زواجها صحيحاً لازماً ، ولو
تزوجت بغير كفاء لها ، أو بمهر أقل من مهر مثلها . متى كانت بالغة
عاقلة . سواء كانت بكرأ ، أو ثيباً . لأن عدم صحة عقد الزواج . إذا انعدمت
الكفاءة ، وعدم لزومه . إذا كان المهر أقل من مهر مثلها ، إنما كان رعاية
لحق الولي العاصب في الكفاءة ، والمهر ، ودفع الضرر عنه . لأن الأولياء
يتعيرون . بانتساب غير الكفاء إليهم . بالمصاهرة . ويتضررون من نقصان
مهرها . عن مهر مثلها .

وذهب «جمهور الفقهاء» . ومنهم الأئمة : «مالك» ، و«الشافعى» ،
و«أحمد» : إلى أن عقد الزواج . لا ينعقد بعبارة النساء ، ولو كانت كاملة
الأهلية . ولذا اشترطوا في صحة الزواج : أن يتولى ولي المرأة . عقد زواجها ،
وإذا لم يكن لها ولي له الحق في تولى عقد زواجها . فان القاضى يتولى عقد
زواجها . وذلك بعد أن تشرك المرأة الكاملة الأهلية مع وليها في اختيار
الزوج ، إذا كانت ثيباً . إذ ليس لوليها اجبارها على الزواج . بخلاف البكر .
فلوليها أن يستبد بتزويجها . لأن الولاية عليها : ولاية اجبارية . عند «مالك»
و«الشافعى» ، (وسيأتى بيان ذلك قريباً) .

(١) «فتح القدير على الهداية» ج ٣ ص ١٥٧ .

ويقول «ابن رشد» في كتابه «بداية المجتهد» : « وسبب اختلافهم في هذه المسألة : أنه لم تأت آية ، ولا سنة . هي ظاهرة . في اشتراط الولاية . في النكاح . فضلا عن أن يكون في ذلك . نص ... ثم قال : إن الآيات ، والأحاديث التي يحتاج بها من يشترط الولاية في النكاح . تفيد ذلك . بطريق الاحتمال ، وكذلك الآيات ، والأحاديث التي يحتاج بها من لا يشترطها في النكاح . فهي محتملة لذلك » (١) .

استدل كل من أصحاب هذين الرأيين . بالقرآن ، والسنة ، والمعقول . فاستدل « الحنفية » على مذهبهم بآيات من الكتاب العزيز ، جاء فيها اسناد عقد الزواج إلى المرأة . والأصل في إسناد الشيء ، وإضافته إلى شخص : أن يكون مختصاً به ، ومالكاً له . إلا أن يقوم الدليل على خلافه . فمن هذه الآيات قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » (٢) . وقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » (٣) وقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف » (٤) والمراد بفعلهن : عقد الزواج . وفي هذه الآيات النكاح منسوب إلى المرأة . فقد أضاف الله تعالى النكاح إلى النساء . إضافة الفعل . إلى فاعله ، والتصرف إلى مباشره . وهذا صريح . بأن النكاح صادر منها (٥) . فلها شرعاً : أن تتولى بنفسها . عقد زواجها .

ومن الأحاديث التي يحتاج بها « الحنفية » على رأيهم : قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها . من وليها » والأيم : اسم لمرأة .

(١) راجع الكتاب المذكور ج ٢ ص ٧ وما بعدها .

(٢) الآية رقم ٢٣٢ من سورة البقرة .

(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

(٤) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة .

(٥) الزيلعي ج ٢ ص ١١٧ .

لا زوج لها . بكرأ كانت ، أو ثيباً (١) . وفي « الفتح » : وجه الاستدلال بالحديث على رأى « الحنفية » : أنه أثبت لكل منها ، ومن الولى . حقاً . فى ضمن قوله : « أحق » ، ومعلوم : أنه ليس للولى حق . سوى مباشرة العقد . إذا رضيت ، وقد جعلها أحق . منه به (٢) .

وأما الدليل العقلى الذى يستدل به « الحنفية » على مذهبهم . فهو : أن المرأة البالغة العاقلة . إذا زوجت نفسها . فقد تصرفت فى حق خالص لها . وهو نفسها . وهى من أهل التصرف . لأنها بالغة عاقلة . وكل تصرف هذا شأنه . فهو صحيح ، ولذا فإن لها أن تتصرف بنفسها فى مالها باتفاق . ولها حق اختيار زوجها . أما حق وليها العاصب فى المهر . فقد تدورك باشتراط : أن يكون مهرها . مهر المثل . للزوم عقد زواجها ، كما تدورك حتمه فى الكفاءة . باشتراط : أن يكون الزوج كفوئاً لها . إذا ما تولت المرأة بنفسها . عقد زواجها

واستدل أصحاب الرأى الثانى بآيات من القرآن . أضيف فيها عقد الزواج إلى الأولياء . كقوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » (٣) وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » (٤) واستدلوا أيضاً بقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » (٥) قالوا :

(١) المبسوط ج ٥ ص ١١ .

(٢) ج ٣ ص ١٦٠ .

(٣) الآية ٣٢ من سورة النور .

(٤) الآية ٢٢١ من سورة البقرة .

(٥) الآية ٢٣٢ من سورة البقرة .

وفى كتاب « بداية المجتهد » لابن رشد المالكى : « قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » أن يكون خطاباً لأولى الأمر من المسلمين ، ولجميع المسلمين . أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء . وبالجملة . فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء ، أو لأولى الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أنظر فى خطاب الأولياء منه فى أولى الأمر . فأما قوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » =

وهذا خطاب للأولياء . وقد نهوا عن العضل ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل . أى المنع من أن ينكحن أزواجهن . وقال الامام « الشافعى » : وهذه آية . فى كتاب الله . تدل على أن النكاح . لا يجوز بغير ولى . لأن الله نهى الأولياء عن أن يمنعوا النساء عن الزواج ممن يخترنه . وإنما يتحقق المنع . ممن فى يده . الشئ الممنوع . وهو الانكاح . ويقول « الزيلعى » : « واستدلالم بالهى عن العضل لا يستقيم . لأنه نهى عن المنع من مباشرتها العقد . فليس له : أن يمنعها . عن ذلك . بعد ما نهى عنه . وهذا . كمن يقول : نهيت عن قتل المسلم . بغير حق . فلو لم يكن لى حق القتل . لما نهيت عنه . وهذا ظاهر الفساد » (١) .

ومن الأحاديث التى يستدل بها أصحاب الرأى الثانى : قوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بولى ، وشاهدى عدل » . وهذا الحديث نص فى الموضوع . ولكنه معارض بالأحاديث الأخرى . كحديث : « أيا امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها . فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » . فإنه يدل على أنها . إذا أنكحت . نفسها . باذن وليها . فنكاحها صحيح ، وحديث « الأيم أحق بنفسها من وليها (٢) » .

وأما الدليل العقلى الذى استدلوا به . فهو : أن الزواج يعقد لمقاصد ، ومصالح . لا تتحقق . مع كل زوج . وهذا يستدعى العناية ، والدقة فى اختيار الزوج . واختياره . يحتاج إلى خبرة بأحوال الناس . ليست موجودة . لدى النساء . لأنهن قليلات الاختبار ، سيئات الاختيار ، سرعات الاغترار

= فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح . وليس نهيبهم عن العضل ، ما يفهم منه اشتراط إذنهم فى صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً . بل يمكن أن يفهم منه ضد هذا . وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلوئهم « (ج ٢ ص ٨) .

(١) (ج ٢ ص ١١٧) .

(٢) يراجع « فتح القدير » (ج ٣ ص ١٦٠) وما بعدها لمعرفة طريقة الترجيح ، وطريقة الجمع بين الأحاديث الروية فى هذا الباب .

يغرهن الشاء (١) ولا يحكم العقل . بل يغلبهن الهوى والعاطفة . فلا تتحقق مقاصد الزواج . إذا ما باشرت المرأة بنفسها عقد زواجها . فتمنع من ذلك شرعاً . ولا ينعقد الزواج بعبارتهم .

وللمناقشة في هذه الأدلة التي يتمسك بها كل من الفريقين المختلفين ، والترجيح بينها : مجال واسع . لا يتسع له المقام هنا (٢) . فنكتفي بأن نقول : هذه الآيات ، والأحاديث التي تمسك بها ، واستند إليها كل فريق . لإثبات رأيه لا تفيد ذلك . إلا احتمالاً . كما نص على ذلك «ابن رشد» . في كتابه «باية المحجد» . وقد اشتهر قولهم : «الدليل متى تطرق إليه الاحتمال ، سقط به الاستدلال» .

وقول «الحنفية» في الدليل العقلي : «إن المرأة إذا تولت بنفسها عقد زواجها قد تصرفت في حق خالص لها . كما تتصرف في مالها» : غير مسلم . فهو قياس مع الفارق . لأن لأوليائها حقاً . في دفع العار عنهم ، إذا زوجت نفسها من غير كفاءة لها ، وفي رفع الضرر عنهم . إذا كان مهرها أقل من مهر مثلهما . بما لا يتغابن فيه الناس . لأن الزواج أمره خطير . ليس كالنصرف في المال لما يترتب عليه . من آثار تبقى مدى الحياة . بل وبعد الحياة . كالتوارث بين الزوجين . والزواج يتعلق بشرف الأسرة بأسرها . لأنه يربط أسرتين . برابطة المصاهرة التي اعتبرت لحمة . كلحمه النسب ؛ وبالزواج يدخل عضو جديد في أسرة الزوجة . له حق الاختلاط بأفرادها ، والاطلاع على أسرارها ، وشؤونها . فعقد هذا خطره ، وشأنه . لا ينبغي : أن يهمل فيه رأى ولى المرأة . حتى لا تستبد المرأة به . بدون رضا وليها ، وبلا موافقته .

(١) «قال الشاعر :

خدعوها بقولهم حسناء . . . والغواني يغرهن الشاء

(٢) ومن أراد الوقوف على ذلك فليراجع كتاب «بداية المحجد» (ج ٢ ص ٧) وما بعدها . وكتاب «المبسوط» (ج ٥ ص ١) وما بعدها ، وكتاب «فتح القدير» (ج ٣ ص ١٥٧) وما بعدها .

كما أن قول غيرهم في الاستدلال العقلي : « إن المرأة قليلة الاختبار ، سيئة الاختيار ... الخ » : غير مسلم . لأن لها من علمها . بشئون الحياة ، وفهمها للمسائل الاجتماعية . وخصوصاً المتعلقة . بالزواج الخاص بها : ما يجعل لها رأياً . في أمر زواجها . ولم يعهد في الشريعة : أن الأئمة مانعة من مباشرة العقود . إذ لها شرعاً أن تتصرف . كما يتصرف الرجل ، وتعتد العقود . كما يعقدها ، ما دامت كاملة الأهلية .

ولعل أكثر المذاهب موافقة للنصوص الشرعية ، وأقربها للمصلحة والمعقول : هو . رأى الفقيه « أبي ثور » من مجتهدي مذهب « الشافعية » . حيث يقول : « لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة ، ووليها ، ومتى تحقق رضاها . فأيهما تولى العقد صح الزواج » . ولعل بهذا الرأي . يمكن التوفيق بين النصوص المتعارضة الواردة . في هذه المسألة .

وإذا كان الشخص فاقداً الأهلية ، أو ناقصها . تثبت عليه ولاية الاجبار لمن له الولاية عليه شرعاً . فوليه هو الذي يتولى مباشرة عقد زواجه . بدون توقف على رضاه ، ولا على موافقته .

ومع أن الولاية على فاقداً الأهلية ، أو ناقصها : ولاية اجبارية . وان وليها هو الذي يتولى تزويجها . فان حكم عقدهما مختلف . إذا باشر كل منهما بنفسه عقد الزواج .

فاذا باشره فاقداً الأهلية . وهو المجنون ، والصبي غير المميز ، ومن ألحق به . وهو المعتوه غير المميز . فالعقد باطل غير منعقد أصلاً . . إذ لا عبرة بعبارة . في انشاء العقود ، والتصرفات . لعدم تحقق أصل الأهلية . وهو التمييز . فلو أجاز وليه العقد . لا أثر لهذه الاجازة . لأن الاجازة اللاحقة . لا تجعل العقد الباطل صحيحاً . كالاجازة المقارنة له . وانما تجعل العقد الموقوف نافذاً . فأثرها في جعل العقد الموقوف : نافذاً . ولا أثر لها في العقد الباطل .

وإذا تولى ناقص الأهلية : الصبي ، والمعتوه . المميزان . بنفسه عقد زواجه . فهو صحيح موقوف على اجازة وليه . متى كان مستكتملاً لأركانه ،

وشروط انعقاده ، وصحته . فان أجازته نفذ ، وان رده اعتبر باطلا . من أول الأمر . وانما انعقد العقد في هذه الصورة . لوجود أصل الأهلية . وهو التمييز في العاقد . وانما توقف نفاذه على الاجازة . لنقصان أهلية العاقد . كمال عقله ، وادراكه . فاذا أجاز الولي العقد الموقوف ، تدورك باجازته . نقصان أهلية العاقد . والعقد الذي انعقد موقوفاً . أصبح نافذاً بهذه الاجازة من وقت انشائه ، لا من وقت الاجازة .

وانما كانت الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها . ولاية اجبارية . لأن كل واحد منهما . بسبب الجنون ، أو الصغر ، أو العته . عاجز عن النظر في شؤنه ، وغير مدرك للمصلحة . في العقود ، والتصرفات . والولاية . شرعت للنظر في مصالح المولى عليه . وقد تدعو الحاجة ، والمصلحة . إلى تزويجهما .

وقال « مالك » ، و« الشافعي » بثبوت الولاية الجبرية على البكر البالغة العاقلة . لأن العلة في ثبوتها على المرأة : البكارة عند « الشافعي » . لأن البكر تجهل شئون الزواج ، ولو كانت بالغة عاقلة . لعدم التجربة . فهي عاجزة عن إدراك المصلحة في الزواج . كما هي عاجزة عن اختيار الزوج الملائم . فتكون الولاية عليها اجبارية . وينبئ على مذهبه : أن الصغيرة . إذا زوجها أبوها . ثم فارقتها زوجها . بعد أن دخل بها ، امتنع تزويجها عنده مرة أخرى . حتى تبلغ ، وتشاور . في اختيار زوجها . لأن الثيب تشاور في اختيار زوجها . ومادامت صغيرة . فلا رأى لها . حتى تشاور . في اختيار زوجها . فينتظر بلوغها . والعلة في ثبوت الولاية على المرأة عند الامام « مالك » : إما الصغر ، وإما البكارة . ومن المعلوم : أن فقهاء « الحنفية » لا يثبتون الولاية الجبرية . على الشخص البالغ العاقل (١) .

(١) وفي بداية المجهد : اختلفوا في موجب الاجبار . هل هو البكارة ، أو الصغر . فمن قال : الصغر . قال : لا تجبر البكر البالغة . ومن قال : البكارة . قال : تجبر البكر البالغة . ولا تجبر الثيب الصغيرة . ومن قال : كل واحد منهما يوجب الاجبار إذا انفرد . قال : تجبر البكر البالغة ، والثيب غير البالغة . والتعليل الأول « لأبي حنيفة » ، والثاني لتعليل « الشافعي » ، والثالث لتعليل « مالك » . والأصول أكثر شهادة لتعليل « أبي حنيفة » (ج ٢ ص ٥) .

واتفق الجميع على أن العلة في ثبوت ولاية الاجبار على الصغير : هي الصغر . كما اتفقوا على أن العلة في ثبوتها على الجنون ، والجنونة البالغين : هي الجنون ، وعلى المعتوه ، والمعتوهه البالغين : العته ، لأن كل واحد من هؤلاء عاجز عن النظر في شأن نفسه .

واستدل الامامان : « مالك » ، و « الشافعي » . على مذهبهما . وهو ثبوت ولاية الاجبار . على البكر العاقلة البالغة ، بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها . من وليها . والبكر يستأذنها أبوها في نفسها » . حيث خص النبي صلى الله عليه وسلم . الثيب . بأنها أحق بنفسها من وليها . فدل ذلك على أن البكر . ليست أحق بنفسها . من وليها . فيكون وليها أحق منها . فتكون الولاية اجبارية . وقالوا : إن استئذنها لأجل استرضائها ، وتطيب نفسها ، وأيضاً فإن البكر صغيرة كانت ، أو كبيرة . تجهل أمر الزواج . لعدم التجربة . فهي عاجزة عن ادراك وجه المصلحة في الزواج ، وعن اختيار الزوج الملائم . فتكون الولاية عليها اجبارية .

واستدل « الحنفية » على مذهبهم بالأحاديث الواردة في وجوب استئذان البكر في زواجها . ومنها : الحديث السابق . ولا معنى لاستئذنها . لو كانت الولاية عليها اجبارية . لأن الاستئذان منها : طلب الأذن . ليستعلم رضاها ،

= وفي كتاب « البدائع » للكسائي : فشرط ثبوت الولاية الجبرية على أصل أصحابنا - الحنفية - : كون المولى عليه صغيراً ، أو صغيرة ، أو مجنوناً كبيراً ، أو مجنونة كبيرة . سواء كانت الصغيرة بكرًا ، أو ثيباً . فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ، ولا على العاقلة البالغة . وعلى أصل « الشافعي » شرط ثبوتها في الغلام : هو الصغر ، وفي الجارية : البكارة . سواء كانت صغيرة ، أو بالغة . فلا تثبت عنده هذه الولاية ، على الثيب . سواء كانت بالغة ، أو صغيرة . والأصل : أن هذه الولاية على أصل أصحابنا ، تدور مع الصغر وجوداً وهدماً في الصغير والصغيرة ، وعند في الصغير كذلك . أما في الصغيرة . فانها تدور مع البكارة . وجوداً وهدماً . وفي الكبير والكبيرة - عند الجميع - تدور مع الجنون . وجوداً وهدماً . سواء كان الجنون أصلياً . بأن بلغ مجنوناً ، أو عارضاً . بأن طرأ بعد البلوغ « (ج ٢ ص ٢٤١) .

أو عدم رضاها . فيعمل على وفقه . وليس من المعقول : أن يستصدر رضا انسان في صحة تصرف . ثم يحكم بطلانه . إذا ما باشره بنفسه . وأيضاً فان من المتفق عليه : أن الولي لا يملك : أن يتصرف في مال البكر البالغة العاقلة الرشيدة . إلا باذنها ، ورضاها ، وضياع جميع ما لها أهون عليها . من تزويجها قسراً ، وجبراً . بمن تكرهه . وهذا مما تنبو عنه : قواعد الشرع . فمنع ولها من التصرف في نفسها . بدون اذنها ، وبلا رضاها . أولى ، وأحق . فلا يثبت على البكر البالغة العاقلة ولاية الاجبار . كما لا يثبت ذلك على الثيب البالغة العاقلة . باتفاق بين فقهاء « الحنفية » ، و« المالكية » ، و« الشافعية » .

وهذه القول : ان ولاية الاجبار تثبت على الصغير ، والصغيرة البكر ، وعلى المعتوه ، والمعتوه بكراً أو ثيباً ، وعلى المخنون ، والمخنونة بكراً ، أو ثيباً . باتفاق بين فقهاء « الحنفية » ، و« المالكية » . و« الشافعية » . فيستبد الولي بتزويجهم . بدون رضاهم ، ولا تثبت على الثيب البالغة العاقلة ولاية الاجبار باتفاق أيضاً . وانما تثبت عليها ولاية الشركة ، وإن شئت فقل : ولاية الاختيار ، أو ولاية النذب ، أو ولاية الاستحباب . إلا أن عند « جمهور » الفقهاء لا يصح أن تباشر بنفسها . عقد الزواج . بل الذي يباشره ولها . لأن عقد الزواج لا ينعقد عندهم . بعبارة النساء أصلاً . سواء أكانت المرأة تعقد الزواج لنفسها ، أو لغيرها بالنيابة عنه . وتثبت عند غير « الحنفية » ولاية الاجبار على البكر البالغة العاقلة . فيستقل ولها بتزويجها ، وتثبت عليها عند « الحنفية » ولاية النذب . وأما الثيب الصغيرة . فتثبت عليها ولاية الاجبار عند « الحنفية » ، وعند « المالكية » ، ولا تثبت عليها ولاية الاجبار ، ولا ولاية الشركة . عند « الشافعي » . لأن علة الاجبار عنده : البكارة . فلا يمكن أن تتزوج . حتى تبلغ . وحينئذ تثبت عليها . ولاية الشركة .

ولما كانت المرأة البالغة العاقلة بكراً ، أو ثيباً . لها أن تتولى بنفسها عقد زواجها عند « الحنفية » ، وأن الولاية عليها . ولاية نذب ، لا ولاية اجبار .

فليس لأحد من الناس : أن يجبرها على الزواج . بمن لا تريد التزوج به . فإذا ما أراد أهلها أن يزوجوها من شخص ، فلا بد من استئذانها في ذلك ، ومن رضاها بالزواج . ممن يراد تزويجها به . حتى لو زوجها أبوها . بدون استئذانها . يعتبر فضولياً . فلا بد لنفاذ العقد عليها . من أن تجيزه . ويكون رضا المرأة بالقول الصريح ، وبما يدل على الرضا ، كطلبها المهر ، والنفقة . سواء أكانت المرأة بكرًا ، أم ثيبًا (١) .

ويعتبر سكوت البكر عند أخذ رأيها في الزواج : رضا به . لقوله صلى الله عليه وسلم : « والبكر تستأمر في نفسها . وإذنها صماتها » . والصمات بضم الصاد : الصمت ، والسكوت . ولأن البكر لا تمتنع عن رد الزواج صراحة . ولكن الحياء يمنعها من إظهار رغبتها في الزواج . صراحة . فاعتبر سكوتها رضا . وكذا تبسمها . وضحكها . بغير استهزاء ، وبكاؤها . بلا صوت . بخلاف الثيب . فلا يعتبر سكوتها رضا . لأنها لا تمتنع عن اظهار رغبتها في الزواج صراحة . لتجربتها المعاشرة الزوجية .

ويشترط لاعتبار سكوت البكر ، ومن ألحقت بها . وهي من زالت بكارتها بوثة ، أو عملية جراحية ، أو بنحو ما ذكر : رضا بالزواج : أن يكون الذي أخذ رأيها في الزواج . هو الولي القريب . وأما إذا استأذنها وليها البعيد . مع وجود من هو أقرب منه . فلا يعتبر سكوتها رضا . لأن سكوتها

(١) الثيب عند « الحنفية » : من زالت بكارتها بدخول في زواج صحيح ، أو فاسد ، أو بشبهة .

وإذا زالت بكاره المرأة بوثة ، أو بعملية جراحية ، فهي في حكم الابكار . وإذا تزوجت المرأة برجل زواجاً صحيحاً ، أو زواجاً فاسداً . فمات ، أو فارقتها . بعد الخلوة ، وقبل الدخول بها . فهي بكر . حقيقة .

في هذه الحالة . قد تكون لقلّة اهتمامها بكلامه . لوجود من هو أولى منه . فلا يدل سكوتها . على رضاها بالزواج . ويشترط أيضاً : أن يعين لها وليها . الزوج الذي يراد تزويجها به . فلو لم يعين الزوج ، ولم يكن قد وجد منها ما يدل على رضاها بأى زوج يختاره لها وليها ، لا يعتبر سكوتها رضا بالزواج .

فتلوهي : مما سبق : أن من تثبت عليه ولاية الاجبار عند « الحنفية » في الزواج : الصغيرة ، والصغير ، والمجنونة ، والمجنون ، والمعتوه ، والمعتوهة الكبار . وأما من عداهم فالولاية عليه : ولاية ندب ، واستحباب .

من تثبت لهم ولاية الاجبار

أسلفنا : أن الذى يتولى تزويج فاقد الأهلية ، أو ناقصها : هو من له الولاية عليهما في الزواج . وقد اختلف الفقهاء . فبين تثبت له هذه الولاية اختلافاً واسع المدى . فذهب « مالك » ، و « أحمد » . إلى أن الولاية على الصغير والصغيرة . تثبت للأب ، ولوصيه في التزويج فقط . فلا تثبت لأحد غيرهما . وذهب الامام « الشافعى » إلى أنها تثبت للأب ، وللجد . وأما الولاية على المجنون . والمجنونة ، والمعتوه ، والمعتوهة . فأنها تثبت أيضاً عندهم للحاكم . كما تثبت لهؤلاء المذكورين . واتفق فقهاء « الحنفية » على أن ولاية الاجبار على الصغار ، والمجانين ، والمعاتيه ، تثبت للعصبات النسبية . ثم للعصبات السببية ، واختلفوا . فيمن تثبت له . إذا لم يوجد أحد منهم ، أو وجد ، ولم يكن أهلاً للولاية ، على التفصيل الذى سنبيّنه قريباً .

وحجة الأمامين : « مالك » ، و « أحمد » على مذهبهما : أن ثبوت ولاية الشخص على الغير : خلاف الأصل ، والقياس . لأن الأصل في الانسان الحر

ألا يكون لغيره سلطة عليه - والولاية نوع من السلطة - . إلا لحاجة ، ولا حاجة . لكل من الصغير ، والصغيرة . إلى الزواج . لأن المقصود من الزواج : النسل ، وقضاء الشهوة . وكل من الصغير ، والصغيرة ، ليس في حاجة إلى ذلك . فكان يقتضى هذا : أن لا يثبت عليهما . ولاية الزواج أصلاً . إلا أن ولاية الأب ثبت بالنص من الشارع ، وبه يترك القياس . فيقتصر على مورد النص . وهو الأب . ويبقى من عدها على أصل القياس . وأما الوصى الذى عينه . الأب . فإنه يقوم مقام الأب بعد وفاته . فثبت له الولاية التى كانت ثابتة للأب فى حياته . والنص الذى أثبت الولاية للأب ، هو ما روى : أن «أبا بكر» رضى الله عنه زوج بنته «عائشة» . وهى صغيرة بالنبي صلى الله عليه وسلم . والحد ليس فى معنى الأب . حتى يلحق به . لقصور شفقتة بالنسبة إليه (١) .

(١) ويقول «الحنفية» رداً على الامام «مالك» : أن ثبوت الولاية على الصغيرة موافق للقياس . لأن الزواج ، وإن كان المقصود به : ما ذكر . فهو يشمل على مصالح ومقاصد . لا تتوافر إلا بين المتكافئين عادة ، والخطاب الكفء . لا يوجد فى كل زمان . فلو انتظرنا بلوغها . لقات الكفء ، وقد لا يوجد كفء مثله . فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية . للنولى احراراً للكفء الذى لا يوجد فى كل وقت . وهذه هى العلة فى ثبوت ولاية الأب بالنص . فيلحق به غيره .

ومذهب «ابن شبرمة» ، و «أبي بكر الأصم» : عدم ثبوت الولاية لأحد . على الصغير ، والصغيرة . لأن ثبوت الولاية للحاجة ، ولا حاجة لها إلى الزواج . لأن المقصود من الزواج : النسل ، وقضاء الشهوة . وكل من الصغير ، والصغيرة . ليس فى حاجة إلى ذلك . بل لا يتأتى منهما ذلك . إلا بعد البلوغ . وتزوج النبي عليه الصلاة والسلام «عائشة» وهى صغيرة : خصوصية للنبي صلى الله عليه وسلم . ومذهب «ابن حزم الظاهري» : عدم الولاية فى الزواج على الصغير ، ولا على المجنون ، ولا على المجنوننة . حيث إنهم ليسوا فى حاجة إلى الزواج . وإنما ثبتت الولاية فى الزواج على الصغيرة لورود النص . وهو أن «أبا بكر» رضى الله عنه زوج بنته «عائشة» . وهى صغيرة بالنبي صلى الله عليه وسلم .

وحجة « الشافعي » على ما ذهب إليه : أن الحد اعتبره الشارع . كالأب في كثير من الأحكام . وقد دل النص على ثبوت الولاية للأب ، فيلحق به الحد ، ويعطى له حكم الأب في الولاية ، لكونه بمنزلة الأب . ولما كان غير الأب ، والحد . من الأقارب ليسوا مثلهما . في وفور الشفقة . فلا تثبت لهم الولاية في الزواج . ولهذا المعنى انعقد الاجماع على أن الولاية في المال . لا تثبت لغيرهما من الأقارب . إلا بايضاء إليه ، والمال دون النفس . فعدم ثبوتها في النفس أولى ، وأخرى (١) .

واستدل « الحنفية » على مذهبهم بالحدِيث . وهو ما روى : « أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج « أمامة » بنت عمه « حمزة » وهن صغيرة ، وجعل لها الخيار إذا بلغت » . وإنما زوجها النبي صلى الله عليه وسلم . بصفته قريباً عاصباً لها ، لا بصفته نبياً . بدليل إثبات الخيار لها في امضاء العقد ، أو فسخه إذا بلغت . إذ لو كان تزويجه بالنبوة ، لا بالعصوبة . لم يثبت لها الخيار . إذا بلغت . قال تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » (٢) وبما روى عن « علي » رضي الله عنه . وهو : « النكاح إلى المصبات » . وقد روى هذا الحديث . موقوفاً مرة ، ومرفوعاً مرة أخرى .

(١) ويرد « الحنفية » على هذا . بأن الولاية شرحت للنظر في مصالح المولى عليه ، والقرابة داعية إلى النظر . كما في الأب ، والجد . وما في غيرهما . من قصور الشفقة . تدورك بجعل الخيار للمولى عليه . في امضاء عقد زواج الذي باشره غيرهما وفسخه . عند زوال سبب الولاية عنه . بخلاف التصرف في المال . فإنه لتكرره بتداول الأيدي . بأن باع المولى شيئاً من مال المولى عليه لآخر . ثم باع المشتري ، لا يمكن تدارك الخلل الواقع . من قصور المولى . غير الأب ، والجد . ولهذا لم تثبت بالاجماع لغيرهما من الأقارب . ولاية التصرف في المال .

ويقول « الزيلعي » ومذهبنا منقول عن « عمر » ، و« علي » ، والعبادة «
و« أبي هريرة » . وكفى بهم حجة (١) . وفي هذا الموضوع يقول الامام
« السرخسي » في « مبسوطه » : « والآثار في جواز ذلك مشهورة عن « عمر » ،
و« علي » ، و« عبد الله ابن مسعود » ، « وابن عمر » ، و« أبي هريرة » (٢) .

ترتيب الأولياء في الزواج

ثبت ولاية التزويج عند « الحنفية » من أول الأمر . للعصبات النسبية
بالنفس . وبيان ذلك : أن العصبية في الاصطلاح تنقسم أولاً إلى قسمين :

(١) : عصبية نسبية . أي آتية من القرابة ، والذنب .

(٢) : عصبية سببية . أي آتية . من السبب . وهو الاعتاق . فإذا أعتق
السيد مملوكه . اكتسب بذلك صلة ، ورابطة . تشبه صلة ، ورابطة
القرابة النسبية ، تسمى في اصطلاح الفقهاء : عصبوبة سببية ، ويسمى السيد :
عاصباً سببياً . كما تسمى : عصبية سببية .

وتنقسم العصبية النسبية الى ثلاثة انواع :

ا - عصبية بالنفس .

ب - عصبية الغير .

ج - عصبية مع الغير .

ولا يهمننا من هذه الأنواع . إلا العصبية النسبية بالنفس (٣) . لأنها هي

(١) ج ٢ ص ١٢١ .

(٢) ج ٤ ص ٢١٤ .

(٣) وتفصيل هذه الأقسام ، وبيان مدلول كلمة « العصبية » مذكورة في

كتابنا « أحكام الموارث » ص ٥٩ وص ٢١٦ وما بعدها (الطبعة الثالثة) .

التي تثبت لها ولاية التزويج بطريق العصوبة . دون غيرها . من الأنواع الأخرى .

والعصبة النسبية بالنفس ، أو العاصب النسبي بالنفس : هو كل قريب من الذكور . ينتسب إلى الشخص ، لا بواسطة الأنثى فقط . سواء انتسب إليه . بدارن واسطة ، كالابن ، والأب ، أو بواسطة الذكر فقط . كالأخ لأب ، أو بواسطة الذكر ، والأنثى . كالأخ الشقيق . ويؤخذ من هذا التعريف : أن العاصب النسبي بالنفس . لا يكون من الإناث ، كما أن من ينتسب إلى الشخص بالأنثى فقط . كالأخ لأم ، وكأبن البنت ، وأبي الأم . لا يكون عاصباً نسبياً بالنفس .

والعصبة بالنفس : لها أربع جهات مرتبة ، يقدم بعضها على بعض في ثبوت ولاية التزويج عند الاجتماع . كما في الإرث . وهذه الجهات الأربع هي :

١- : **البنوة** . وتشمل الابن ، وابن الابن . مهما نزل .

٢- : **الأبوة** . وتشمل الأب ، والجد الصحيح . مهما علا . وهو الذي لا يدخل في نسبه إلى الشخص . أنثى . مثل أبي الأب .

٣- : **الأخوة** . وتشمل الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وأبناهما ، وأبناء أبناهما .

٤- : **العمومة** . وتشمل أعمام الشخص ، وأعمام أبيه ، وأعمام جده الصحيح ، وأبناء هؤلاء الأعمام . سواء كان الأعمام ، لأبوين ، أو لأب . ناذا وجد لفاقد الأهلية ، أو ناقصها . واحد من هؤلاء العصبة . من أية جهة من هذه الجهات الأربع . تثبت له ولاية التزويج . إذا تحققت فيه شروط الولاية . حيث لا مزاحم له في الولاية .

وإذا وجد متعدد منهم . أى اثنان ، فأكثر . فإن كانوا من جهات مختلفة . فالترجيح بينهم بالجهة . فتقدم جهة البنوة على ما عداها من الجهات ، وتقدم جهة الأبوة على ما بعدها من الجهات . هكذا . فإذا وجد للمجنون ، أو للمجنونة : ابن ، وأب . فولاية التزويج : للابن ، لا للأب . على قول «الشيخين» المنتمى به . وقال «محمد» بتقديم الأب على الابن .

وان اتحدوا فى الجهة . فالترجيح بالدرجة . فمن كان أقرب درجة . رجح على من عداه . فإذا وجد أب ، وجد . فالولاية للأب . ما دام أهلاً للولاية .

وان اتحدوا فى الدرجة . فالترجيح . بقوة القرابة . أى من كان منتسباً إلى الشخص من جهتي الأب ، والأم . قدم على من كان منتسباً إليه . من جهة الأب فقط . كما إذا وجد أخ شقيق ، وأخ لأب . فالولاية للأخ الشقيق .

وإذا اتحدوا فى الجهة . والدرجة ، وقوة القرابة . فهم متساوون فى ثبوت الولاية لهم . إذ لا مرجح لأحدهم على الآخر . فتثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة . فإذا كان لصغيرة : اخوان شقيقان ، أو اخوان لأب ، فأيهما تولى عقد زواجها مستوفياً لأركانها ، وشروطه الشرعية . صح العقد . سواء أجازاه الآخر ، أو لم يجزه . لأن الولاية الثابتة لكل منهما . ولاية كاملة . وان زوج كل منهما الصغيرة . صح العقد السابق . وبطل العقد اللاحق . فان جهل السابق ، أو وقع العقادان فى وقت واحد . فهما باطلان . لعدم المرجح .

وإذا لم يوجد لفاقد الأهلية ، أو ناقصها . أحد من العصبات النسبية ، أو وجد ولم يكن أهلاً للولاية ، تنتقل ولاية التزويج إلى العصبية السببية . فتكون الولاية للمعتق ولو أنثى . ولعصبته النسبية ، أى لابن المعتق . ثم لأبيه . حسب البيان السابق فى ترتيب العصبات النسبية بالنفس (١) .

(١) ذكرنا العصبية السببية من تثبت لهم ولاية التزويج . لتتم سلسلة الترتيب بين الذين تثبت لهم الولاية عند علماء الحنفية . إذ لا يوجد الآن تزويج يتولاه عاصب سببى .

وإذا لم يوجد أحد . من العصبنة النسبية ، ولا السببية ، فقد اختلفت ترتيبها
« الحنفية » . فيمن تنتقل إليه ولاية التزويج . فذهب « الصحاحيان » إلى أن
ولاية التزويج لا تثبت لغير العصبان من الأقارب . فتكون الولاية . إذا
لم يوجد عاصب نسبي ، ولا سببي : لولى الأمر . ولما كان ولى الأمر لا يتولى
بنفسه عقود الزواج ، وأمثالها . فان القاضى يتولى ذلك بالنيابة عنه ، بشرط
أن يجعل له ذلك فى مرسوم تعيينه . وإذا تولى القاضى التزويج فى هذه الحالة ،
فالزواج صحيح نافذ غير لازم . لقصور شفقة القاضى .

وذهب « أبو حنيفة » إلى ان الولاية تثبت أيضاً للأقارب غير العصبان .
فاذا لم يوجد عاصب . انتقلت الولاية إلى الأصول من غير العصبان ، ما عدا
أبا الأم . مع ملاحظة الترجيح بينهم بدرجة القرابة . ثم بقوة القرابة . إذا
وجد متعدد منهم . فتقدم الأم ، ثم أم الأب ، ثم أم الأم . وانما قدمت أم
الأب على أم الأم . مع أنهما فى درجة واحدة . لقوة القرابة . لأنها تنتسب
بالعاصب . وهو الأب .

وإن لم يوجد أحد من الأصول ، أو وجد . ولم يكن أهلاً للولاية .
انتقلت الولاية . إلى الفروع غير العصبان . مع مراعاة الترجيح بينهم . بدرجة
القرابة . ثم بقوة القرابة . إذا وجد متعدد منهم . فتقدم البنت . ثم بنت الابن .
ثم بنت البنت .

وإن لم يوجد أحد من الفروع غير العصبان أو وجد . ولم يكن أهلاً
لولاية . فالولاية للجد غير الصحيح . كأبى الأم . وإن لم يوجد الجد غير
الصحيح ، أو وجد ، وكان غير أهل للولاية . فالولاية لفروع الأبوين غير
العصبان أى للأخوات مطلقاً ، والأخوة لأم . بتقديم الشقيقة ، ثم الأخت لأب .
ثم الأخت لأم . ثم لأولاد الأخوات على الترتيب السابق .

وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، أو وجد غير مستكمل لشروط الولى .
فالولاية للعمات مطلقاً ، والأعمام لأم - أخوة الأب من جهة أمه - ثم
للأخوال ، والحالات . ثم بنات الأعمام . ثم لأولادهم . بالترتيب السابق .

وإذا لم يوجد ولي أصلاً . لا من العصبات ، ولا من غيرهم ، أو وجد غير مستوف . لشروط الولى . انتقلت الولاية . إلى السلطان . لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان ولى من لا رى له » . ولما كان السلطان لا يتولى بنفسه عقود الزواج . فولاية التزويج للقاضى . بالنيابة عنه .

وقد نصت المادة ٢٨ من لأئحة المحاكم الشرعية على أن تزويج من لا ولى له من الأيتام ، وغيرهم . من اختصاص رؤساء المحاكم الشرعية ، والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم (١) .

وليس لأحد غير من ذكروا ولاية التزويج ، ولو كان وصياً . لأن ولايته على المال ، لا على النفس . فلا يملك الوصى من جهة كونه وصياً : أن يزوج من هو وصى عليه . من فاقدى الأهلية ، أو ناقصها . وإن أوصى إليه الأب بذلك . وأما إذا كان الوصى قريباً ، ولم يوجد ولى أقرب منه . فانه تثبت له ولاية التزويج باعتباره قريباً ، لا باعتباره وصياً . وكذا إذا كان الوصى حاكماً . ولم يوجد قريب . فان له ولاية التزويج بصفته حاكماً لا بصفته وصياً .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للقاضى . فليس له أن يزوج من له الولاية عليها . من نفسه ، ولا ممن لا تقبل شهادته لهم . وهم أصله ، وفرعه . لأن ما يصدر من القاضى بمقتضى وظيفته يعتبر حكماً ، ولا يصح للقاضى : أن يحكم لنفسه ، ولا لمن لا تقبل شهادته له .

واستدل « الصاحبان » على مذهبهما (٢) بما روى عن « على » رضى الله عنه . وهو « النكاح إلى العصبات » . وبأن الولاية فى الزواج إنما تثبت للقريب لحفظ القرابة عن أن ينتسب إليها غير الكفء بالمصاهرة . والذي يعبر بانتساب

(١) وبعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية بالتانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ نقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية .

(٢) وقيل : إن «أبا يوسف» مع «أبي حنيفة» . فى أن ولاية التزويج تثبت للاتارب غير العصبات ، وأن هذا هو الأصح . راجع «ابن عابدين» (ج ٢ ص ٣٣٩) (طبع الحلبي) .

غير الكفاء إلى الأسرة . هو العاصب . فلا تثبت ولاية التزويج لغير العصباء من الأقارب .

واستدل « أبو حنيفة » على مذهبه . بأن ثبوت الولاية في الزواج . شرعت لرعاية مصلحة المولى عليه . والباعث على هذه الرعاية : الشفقة . وهي متحققة في الأقارب غير العصباء . كما هي متحققة في الأقارب العصباء . والداعي إلى الشفقة : القرابة . فتثبت لهم ولاية التزويج ، ويقدمون على القاضي . لأنه مشغول بمصالح العامة . عن رعاية المولى عليه ، وليست له الشفقة الباعثة على اختيار الكفاء ، والاهتمام ، والاعتناء . بأمر الزواج . كما هو الحال في الأقارب غير العصباء . والأقارب غير العصباء يعيرون . كما يعير العصباء . بانتساب غير الكفاء إلى القرابة بالمصاهرة ، وربما كان العار اللاحق بذلك إلى الأقارب غير العصباء : أكثر ، وأشد . من العار اللاحق بالعصباء . لا سيما إن بعدت درجة قرابة العصباء ، مع قرب قرابة غير العصباء . فلا وجه لتخصيص ثبوت ولاية التزويج . بالعصباء . كما يقول « الصحابان » . والجواب عن استدلال « الصحابين » بالحديث : « النكاح للعصباء » : أن الحديث المذكور . إنما يفيد ثبوت الولاية للعصباء . حال وجودهم . فلا يدل على أن الولاية لا تثبت لغيرهم من الأقارب . إذا لم توجد العصباء . ورأى « الإمام » . هو المفتى به (١) ، وهو المعمول به أمام المحاكم .

غيبه الولي القريب وعضله

الأولياء مرتبون في ثبوت ولاية التزويج لهم على التفصيل الذي سبق بيانه . فلا ولاية للولي البعيد مع حضور الولي القريب المستكمل لشروط الولاية . وإلا لم يكن معنى للترتيب بين الأولياء . فلو اجتمع وليان غير متساويين . كأب ، والجد ، وكالأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وبأب والجد ، أو الأخ لأب . تزويج المولى عليها كان فضوليا . فيتوقف نفاذ العقد على اجازة الولي . وهو الأب . في الصورة الأولى ، والأخ الشقيق . في الصورة الثانية .

وأما إذا غاب الولى القريب . بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاء عودته ، أو استطلاع رأيه ، انتقلت الولاية إلى من يليه فى الرتبة . من الأولياء الأقارب . حتى لا يفوت الخاطب الكفاء . وليس للغائب إذا عاد . بعد أن عقد الولى البعيد الزواج الحق فى الاعتراض . لأن ولاية التزويج صارت حقاً لمن يليه ، واعتبر الغائب . كالمعدوم .

وإذا امتنع الولى الأقرب من تزويج من له الولاية عليها . فإن كان امتناعه لمبرر . كما إذا كان الخاطب غير كفاء ، أو لا يرضى بدفع مهر المثل ، لا تنتقل الولاية منه إلى غيره ، وإن كان امتناعه بغير مبرر . فهو ظلم ، ولا تنتقل الولاية إلى من يليه . من الأولياء الأقارب . بل يتولى القاضى تزويج من امتنع الولى الأقرب . من تزويجها . بطريق النيابة عنه . ولذا يأخذ تزويجه . حكم تزويج الولى الأقرب . من لزوم العقد ، وعدم لزومه . وإنما تولى القاضى التزويج فى هذه الحالة . لأن العضل (١) ظلم . حيث لا مبرر له ، والذى يتولى رفع الظلم . هو القاضى . بمقتضى وظيفته . ولأن عضل الولى أمر تقديرى . تختلف فيه الأنظار . فيحتاج إلى الالتجاء للقضاء . فإذا تبين للقاضى بعد رفع الأمر إليه : أن الولى ظالم بامتناعه عن التزويج . رفع الظلم . وتصوير المسألة فيما إذا دعت المصلحة ، والحاجة إلى الزواج . كما إذا كانت المولى عليها مجنونة ، وثبت طبيياً : أن حالها تتحسن . إذا تزوجت ، وامتنع الولى عن تزويجها . بدون سبب معقول . وهذا يخالف حالة غياب الولى القريب . فإن الغياب أمر حسى . لا تختلف فيه الأنظار . كما لا ظلم فى غيبته . فلا حاجة إلى القضاء .

وإذا ثبت ولاية التزويج لعدد من الأولياء . لتساويهم فى الدرجة ، وقوة القرابة . بعد اتحادهم فى الجهة . كالأخوة الأشقاء ، وتنازعا فى تزويج موليتهن ، وخيف أن يؤدى تنازعهم إلى فوات الخاطب الكفاء . انتقلت الولاية للقاضى . لقوله عليه الصلاة والسلام : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » .

(١) يقال : عضل الولى المرأة عضلاً : إذا حبسها ، ومنعها . من الزواج .

أحكام تزويج الأولياء

علم مما سبق: أن الولاية على الصغار ، والمجانين ، والمعانين الكبار : ولاية اجبار . فيستبد أولياؤهم بتزويجهم ، وأن الولاية شرعت ، للنظر في مصالح المولى عليهم ، وقد أثبت الشارع الولاية . للأقارب . دون الأجنبي ، ما عدا القاضى . لوجود الشفقة الباعثة على رعاية مصالح فاقدى الأهلية ، أو ناقصهم . لدى الأقارب العصبات ، وغير العصبات . وهذه الشفقة عند الأقارب ليست فى درجة واحدة . بل هى متفاوتة . كما هو المشاهد ، والواقع . فكلما كان الشخص أقرب قرابة . كان أشفق ، وكلما بعدت القرابة ، ضعفت الشفقة ، وفترت الصلة ، ووهنت رابطة القرابة . وأن النظر (١) فى مصالح المولى عليهم متفاوت أيضاً . تبعاً لتفاوت رأى المولى . كمالاً ، وقصوراً . فمثلاً الأم يتوفر فيها وفور الشفقة ، ولا يتوفر فيها كمال الرأى . كالأب . ولهذا المعنى السابق اختلفت أحكام تزويج الأولياء من يكونون فى ولايتهم . حسب التفصيل الآتى :

أولاً - : إذا زوج الأب ، أو الجد ، أو الابن . من له الولاية عليه ، وكان كل واحد منهم غير معروف . قبل العقد . بسوء الاختيار (٢) . فالعقد صحيح نافذ لازم ، لا يثبت خيار فسخه للمولى عليه . عند زوال سبب الولاية عليه . وذلك ببلوغ كل من الصغير ، والصغيرة . كامل العقل ، وإفاقة الحنون ، والمجنونة . من الحنون ، والمعتوه ، والمعتوهة . من العته ، ولو كان الزوج غير كفء للزوجة ، أو كان المهر بغبن فاحش نقصاً فى مهر الصغيرة

(١) يقال فى اللغة : نظرت فى الأمر نظراً . ومعناه : تدبره وفكر فيه بقدره ويقايسه .

(٢) وسوء الاختيار : أن يكون الشخص فاسقاً ، أو ماجناً مستهتراً . لا يبالى بما يفعل ، أو يكون سفيهاً طماعاً .

ومن في حكمها ، أو زيادة في المهر الذى دفعه الصغير ، ومن في حكمه .
ولوفور شفقة هؤلاء الأولياء ، وكمال عقلهم ، وشدة حرصهم . على مصلحة
من لهم الولاية عليهم . لم يتقيد تزويجهم بالكفاءة ، ولا بمهر المثل . هذا عند
« أبى حنيفة » . وأما عند « الصاحبين » فيشترط لجواز العقد : أن يكون الزوج
كفئاً ، وأن يكون المهر مهر المثل . فان كان التزويج بغير ذلك . يكون العقد
غير جائز عندهما . لعدم وجود مصلحة ظاهرة . في هذا الزواج . فاذا كان
الزوج كفئاً ، والمهر مهر المثل . وتولى أى واحد من هؤلاء الأولياء تزويج
من تكون في ولايته . فالزواج صحيح نافذ لازم . وإذا كان الزوج غير
كفء ، أو كان المهر أقل من مهر المثل . بما لا يتغابن فيه ، فالعقد غير صحيح
عند « الصاحبين » .

ولا يقال : كيف يكون العقد لازماً عند الامام « أبى حنيفة » ، مع أن
هذه الولاية . مبناها على مراعاة مصلحة المولى عليه ، ولا مصلحة للصغيرة ،
ومن في حكمها . إذا كان الزوج غير كفء ، أو كان المهر أقل من مهر المثل
بغبن فاحش . كما لا مصلحة للصغير ، ومن في حكمه . إذا كان المهر أكثر
من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس - لا يقال هذا - . لأن وراء الكفاءة ، أو
المهر : مقاصد أخرى في الزواج . هى أهم منهما ، وأكثر فائدة . مثل توافق
الأخلاق ، وحسن الصحبة ، وتوسيع النفقة ، والمعاشرة بالمعروف ،
والظاهر : أن كل واحد من هؤلاء الأولياء . لكونه وافر الشفقة ، كامل
الرأى ، إذ لم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد . ينظر إلى مصلحة من له
الولاية عليه ، ويهتم بأمره أكثر مما يهتم بأمر نفسه . انما زوج بدون مراعاة
الكفاءة ، ولا مهر المثل . لأجل توفير مصلحة للمولى عليه . هى أجدى
وأفنع من الكفاءة ، ومهر المثل . والمختار في المذهب : رأى الامام « أبى
حنيفة » ، وعليه العمل ، وبه الفتوى .

ثانياً - : إذا كان كل من الابن ، والأب ، والجد . معروفاً بسوء الاختيار ، قبل العقد ، وزوج من له الولاية عليها . فالعقد نافذ لازم . إذا كان الزوج كفتاً ، وكان المهر مهر المثل . فإن كان الزوج غير كفاء ، أو كان المهر أقل من مهر المثل للصغيرة ، ومن في حكمها . بما لا يتغابن فيه الناس ، أو كان المهر أكثر من مهر المثل . بما لا يتغابن فيه الناس في تزويج الصغير ، ومن في حكمه . لا يصح العقد . لأن كمال الرأى منتف في الولى . حيث إنه مشهور بسوء الاختيار . وإنما صح الزواج ، ولزم . إذا كان الزوج كفتاً ، والمهر مهر المثل . لوجود المصلحة الظاهرة .

ثالثاً - : إذا كان الولى غير هؤلاء ، وزوج من له الولاية عليها . بغير كفاء ، أو بما لا يتغابن فيه الناس . زيادة ، أو نقصاً . في المهر . فالزواج غير صحيح . ولو كان الولى الأم ، أو القاضى . لقصور الرأى في الأم . ونقصان الشفقة في القاضى . وإن كان التزويج من كفاء ، وبمهر المثل . فالزواج صحيح نافذ . ولكن غير لازم . فللمولى عليه الخيار . في امضاء هذا العقد ، وفسخه . متى زال عنه سبب الولاية عليه . والدليل على ثبوت هذا الخيار له : الحديث . وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم . حينما زوج «أمامة» بنت عمه «حمزة» . وهى صغيرة : «ولها الخيار . إذا بلغت» .

وإذا اختار المولى عليه . فسخ عقد الزواج . عند زوال سبب الولاية عليه بقوله : «فسخت العقد ، أو اخترت نفسى» . لا يتم الفسخ . بمجرد اختياره . بل لابد من أن يرفع الأمر إلى القضاء طالباً الحكم . بفسخ الزواج . لأنه غير لازم ، ولم يرض به . حين زوال الولاية عليه . لا صراحة ، ولا دلالة ، ويصدر القاضى حكماً بفسخه . وقبل صدور الحكم بالفسخ . لا تزال الزوجية قائمة بين الزوجين . بكل آثارها . حتى لو مات أحدهما ، ورثه الآخر ، وتأكد بموته وجوب المهر بتمامه . فتأخذة الزوجة . إن كانت على قيد الحياة ، ويأخذها ورثتها . إن كانت هى المتوفاة .

ويجب على الصغيرة . إذا بلغت . وهي بكر ، واعتزمت فسخ عقد زواجها الذي باشره غير الأب ، والحد : أن تبادر إلى ذلك . فتختار نفسها فور وقت بلوغها . إن كانت عالة بالزواج . قبل البلوغ ، أو عنده ، أو وقت علمها به . بعد البلوغ . إن كانت غير عالة به . ولا يمتد خيارها . إلى آخر مجلس بلوغها ، أو مجلس علمها بالزواج . فلو سكنت قليلاً . وهي غير مكرهة على السكوت . بطل خيارها . وذلك . لأن سكوتها يعتبر منها رضا بالزواج . فلا يقبل منها بعد ذلك دعوى الفسخ . لسقوط حقها في الخيار . وإن اعتذرت بأنها تجهل : أن لها حق الخيار . أو بأنها تجهل . وقت الخيار ، وشروطه . إذ لا يعذر الشخص . بعدم معرفته ، بالأحكام الشرعية .

ويجب أن تشهد شاهدين على اختيارها لنفسها . وقال « ابن عابدين » : « وهذا الاشهاد . ليس شرطاً . لاختيارها نفسها . بل هو شرط . لاثبات اختيارها بالبينة . ليسقط اليمين عنها ، وتحليفها . على اختيارها نفسها » (١) . وإذا تم لإختيارها لنفسها . لا يضر تأخير رفع دعوى الفسخ . أمام القضاء وقد علم مما تقدم : أن الاختيار وحده . ليس كافياً للفسخ . بل لابد من رفع الأمر إلى القاضي ، وصدور حكمه بالفسخ . وما دام القاضي لم يفسخ العقد . فالزوجية قائمة بين الزوجين . وقد علل الفقهاء . اشتراط القضاء في فسخ الزواج . بخيار البلوغ . بأن فسخ العقد . لدفع ضرر خفي . وهو تمكن الخلل في العقد . بسبب نقصان شفقة الولي الذي باشره . كما في الأخ ، والعم ، والقاضي . أو بسبب نقصان كمال الرأي . كما في الأم ، وإذا كان الضرر خفياً . لا يطلع عليه : احتيج في الفسخ . إلى القضاء .

وأما إذا بلغت الصغيرة . وهي ثيب . بأن دخل بها زوجها . قبل بلوغها وسكنت عن اختيار نفسها . وقت بلوغها . فإنه لا يسقط حقها في الخيار ، إذ لا يعتبر سكوت الثيب . رضا منها بالزواج . وإنما يبطل حقها في فسخ العقد برضاها . بالزواج . صراحة . كأن تقول : « رضيت بالزواج » ، أو دلالة . كأن تطلب المهر ، أو النفقة . ومثل الثيب في هذا الحكم : الفتى .

(١) راجع « رد المحتار » (ج ٢ ص ٣٣٦) « طبع الحلبي » .

الوكالة في الزواج

الوكالة ، والتوكيل . في الاصطلاح الفقهي . بمعنى واحد : وهو إقامة الانسان غيره مقام نفسه . لينوب عنه . حال حياته . في تصرف مملوك له . قابل للانابة .

وسنذكر هنا ما يتعلق بالتوكيل . في الزواج من المسائل . وأما شروطه وأحكامه العامة . فهي مبينة . في مبحث الوكالة . من قسم المعاملات .

والأصل العام المقرر في الفقه : أن من ملك بنفسه تصرفاً من التصرفات قابلاً للانابة ، فله أن يتولاه بنفسه ، وله أن يوكل به غيره ، وأن من لا يملك تصرفاً من التصرفات بنفسه ، فليس له أن يوكل به غيره . لأن فاقد الشيء لا يعطيه لغيره .

وبناء على هذا الأصل العام المقرر فقها . يجوز للشخص الكامل الأهلية سواء كان رجلاً ، أو امرأة : أن يوكل غيره . بعقد زواجه ، لأنه يملك أن يتولى عقد زواجه ، وهو من التصرفات القابلة للانابة .

ويجوز للولي في الزواج : أن يوكل غيره . بتزويج من له الولاية عليهم . لأنه يملك تزويجهم بمقتضى ولايته الشرعية عليهم .

ولا يجوز لفاقد الأهلية ، أو ناقصها : أن يوكل غيره . في الزواج . لأنه لا يملكه بنفسه .

وإذا كان الشخص يملك بنفسه التصرف . ولكن التصرف . لا يقبل الانابة . كالشهادة ، واليمين . لا يصح . أن يوكل غيره به . فيؤدى الشخص بنفسه الشهادة ، ويحلف اليمين .

ويصح التوكيل بالزواج . شفاها ، وكتابة . ولا يشترط لصحته . الاشهاد عليه . لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج الذى يشترط . لصحته : الاشهاد عليه . إلا أنه للاحتياط . ينبغى الاشهاد على التوكيل . خشية انكاره .

والوكيل بالزواج يتولى بنفسه . عقد زواج موكله ، ولا يملك أن يوكل غيره بذلك . بلا إذن موكله ، أو بغير تفويض الرأى إليه . لأن الموكل انما رضى برأيه ، لا برأى غيره . فان أذنه موكله فى ذلك . بأن قال له : « وكلتك فى أن تزوجنى ، وأذنت لك فى توكيل الغير » . أو فوض إليه الأمر بأن قال له : « وكلتك فى أن تزوجنى ، وفوضت إليك الأمر » . جاز للوكيل أن يوكل غيره . بعقد زواج موكله . ويكون الوكيل الثانى . وكيلا عن الموكل ، لا عن الوكيل الأول . حتى لو عزل الموكل . لا ينعزل الوكيل الثانى . بعزله .

تصرفات الوكيل بالزواج

من القواعد المقررة فى هذا الباب :

(٢) : أن الوكيل إذا التزم . فى تصرفه حدود التوكيل . يكون تصرفه نافذاً . على الموكل . بدون توقف على إجازته ، وإذا خرج عن حدود التوكيل وخالف الموكل . فيما وكله فيه ، اعتبر الوكيل فضولياً . فلا ينفذ تصرفه على موكله . إلا بإجازته ، لأن سلطة الوكيل . مستمدة من الموكل . فلا يملك إلا ما ملكه .

(٢) : المخالفة إلى خير مما عينه الموكل . لا تعد مخالفة .

ثم إن التوكيل بالزواج : إما مطلق ، وإما مقيد بقيد فى الشخص - الزوج والزوجة - وفى المهر معاً ، أو فى أحدهما ، وعلى كل الموكل : إما

الرجل ، أو المرأة . وتصرفات الوكيل بالزواج . منها : ما يكون صحيحاً نافذاً على الموكل . بدون توقف على إجازته ، ومنها : ما يصح موقوفاً على إجازته ، ومنها : ما لا يصح أصلاً . حسب التفصيل الآتى :

أولاً - : إذا وكل الرجل آخر . بأن يزوجه ، وكان التوكيل مطلقاً . أى لم يعين له امرأة ، ولم يسم مهراً . كما إذا قال له : « وكلتك فى أن تزوجنى » . فزوجه أية امرأة تحل له شرعاً . سواء كانت سليمة . من العاهات ، والعيوب ، والأمراض ، أو غير سليمة ، وسواء كانت كفثاً ، أو غير كفاء له . وبمهر المثل ، أو بأكثر منه بغبن يسير ، أو بغبن فاحش . فعقد الزواج صحيح نافذ على الموكل عند « أبى حنيفة » . لأن التوكيل مطلق غير مقيد . بأمرأة معينة ، ولا بمهر معين . والمطلق . يتناول أية امرأة ، ويشمل مهر المثل ، والأقل ، والأكثر منه ، ولو بغبن فاحش . فلم يخرج الوكيل . عن حدود التوكيل . فينعقد تصرفه على الموكل ، بدون توقف على إجازته . لعدم مخالفته .

ويشترط « الصحابان » لنهاذ العقد فى هذه الحالة على الموكل . بدون توقف على إجازته : أن تكون المرأة سليمة . من العاهات ، والعيوب ، والأمراض ومكافئة للموكل ، ولا يكون مهرها أكثر . من مهر مثلها . بغبن فاحش . لأن التوكيل وإن كان مطلقاً . بحسب اللفظ غير مقيد بأمرأة معينة ، أو بمهر معين . إلا أنه مقيد عرفاً ، بالمرأة المكافئة السليمة ، وبمهر المثل . إذ المتعارف بين الناس : أن طالب الزواج ، إنما يريد الزوج . بأمرأة سليمة . من العيوب ، والعاهات ، والأمراض ، مكافئة له ، وبمهر المثل ، لا بأكثر . ولما كان قد لا يتيسر للشخص : أن يحقق بنفسه . مثل هذا الزواج . فقد جرى العرف ، والعادة . على أن يوكل الإنسان غيره ، فى الزواج . للاستعانة به فى تحقيق رغبته المذكورة . فيكون التوكيل مقيداً . فى المعنى . بالكفاءة ، وبالسلامة . من العاهات ، والعيوب ، والأمراض . وبمهر المثل . حسب المتعارف بين الناس . قديماً ،

وحديثاً في الزواج. ومن القواعد المقررة فقها: أن المعروف عرفاً . كالمشروط شرطاً . ولو كان يقصد التزوج . بأية امرأة ، وعلى أى مهر . لما احتاج إلى الإستعانة بالوكيل . في تحقيق ذلك ، إذ قلما يعجز أحد عن مثل هذا الزواج . والمختار في المذهب : رأى « الصاحبين » ، وعليه العمل ، وبه الفتوى .

واتفق « الامام » و « صاحبه » على توقف نفاذ عقد الزواج . على اجازة الموكل ، إذا كان الوكيل متهما . في تزويج موكله . كما إذا زوجه بمن له الولاية عليها . لأنه يحابها ، ويراعى جانبها . وكذا إذا كان الوكيل امرأة . فزوجت نفسها من موكله . لا ينفذ الزواج عليه . بل يتوقف نفاذه على اجازته . لأن العادة جرت بأن من يوكل شخصاً . في عقد . لا يكون العقد معه . بل مع غيره (١) .

وأما إذا زوج الوكيل موكله . بمن ليست في ولايته . ممن لا تقبل شهادته لها . أى أصله وفرعه . فالعقد موقوف . على اجازة الموكل عند الامام « أبى حنيفة » ولو كانت مكافئة له ، وبمهر المثل . لكون الوكيل متهما في محاباتها . وعند « الصاحبين » العقد ناقد . متى كانت كفتناً ، وبمهر المثل . إذ لا محل للهمة عند توافر هذين الأمرين .

ثانياً - : إذا وكل الرجل غيره . بأن يزوجه ، وكان التوكيل مقيداً . بامرأة معينة ، وبمهر معلوم . أو مقيداً . بأحدهما . لا ينفذ العقد على الموكل بدون اجازته . إلا إذا كان الزواج موافقاً لما قيد به الوكيل . فلو وكله بأن

(١) وفي « الزيلعي » نقلاً عن « المنتقى » : وكل رجل امرأة أن تزوجه امرأة . فزوجته نفسها لم يبيح ، وكذا لو أسرت امرأة رجلاً أن يزوجه . فزوجها من نفسه لم يبيح « (ج ٢ ص ١٣٥) وعلق عليه « الشلبى » في حاشيته بقوله : « ينظر في هذا . وفي قصة « عبد الرحمن بن عوف » و بنت « قارظ » على ما وقع أول هذا الفصل » . أنظر صفحة ٥٧ من هذا الكتاب .

يزوجه امرأة معينة . بمهر معين . كمائة جنيه . فزوجه من غيرها . بالمهر المذكور ، أو زوجه من المرأة التي عينها . بمائة وعشرين جنيه . توقف نفاذ العقد على اجازة الموكل ، ولو التزم الوكيل بدفع الزيادة من ماله ، لأن صاحب المروءة . يستنكف عن قبول التبرع ، ولا يرضى بتحمل منة الغير عليه . خصوصاً في مهر زوجته . وان زوجه من المرأة المعينة . بأقل من المهر المسمى ، نفذ العقد على الموكل ، بدون حاجة ، إلى اجازته . لأن من يرضى بدفع الكثير ، يرضى بدفع الأقل . بطريق الأولى . فالتخالف إلى خير مما عينه الموكل . فلا تعد مخالفة .

ثالثاً :- إذا وكلت المرأة غيرها . بأن يزوجهها ، وكان الوكيل مطلقاً . بأن لم تعين له رجلاً ، ولم تسم مهرأ . كما إذا قالت له : « وكلتك في أن تزوجني » . فزوجها . من كفاء ، وبمهر المثل . نفذ العقد عليها ، بدون حاجة إلى اجازتها . سواء أكان لها ، ولى عاصب ، أم لم يكن ، وإن زوجها من غير كفاء ، وكان لها ولى عاصب لم يكن قدرضى . بغير الكفاء . قبل الزواج . فالعقد غير صحيح . لأنها لو باشرت هي بنفسها . عقدت زواجها . من غير كفاء . لا يصح العقد على الرأى المقتى به . في المذهب . فحكم عقد الوكيل : مثل حكم عقدها . لما علم : أن الوكيل . يستمد سلطته منها . وإن لم يكن لها ولى عاصب ، فالزواج موقوف على اجازتها . باتفاق بين « الامام » و « صاحبيه » فأما عند « الصاحبين » فواضح ، لأنهما يقولان . بأن العرف يقيد التوكيل المطلق . بالكفاءة . وأما عند « أبى حنيفة » فإنه يفرق بين الرجل والمرأة . بأن المرأة تعبر بالزواج . من غير الكفاء لها . فيتقيد التوكيل المطلق الصادر منها . بخلاف الرجل . فإنه لا يعبر بالزواج من غير الكفاء فلا يتقيد التوكيل المطلق الصادر منه . فلا تكون الكفاءة شرطاً . لنفاذ العقد . بدون توقف على اجازته . وإن زوجها من كفاء بمهر أقل من مهر مثلها . بغير فاحش . نفذ العقد عليها عند « الامام » . بدون توقف على اجازتها ؛ وتوقف نفاذه على اجازتها عند « الصاحبين » . وغير لازم بالنسبة . لوليها

العاصب . عند الجميع . فله أن يعترض على العقد ، ويطلب فسخه أمام القضاء . لأن حكم عقد وكيلها : مثل حكم عقدها . وهى إذا تولت بنفسها عقد زواجها ، وكان الزوج كفوئاً ، والمهر أقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه . فلوليها العاصب : الاعتراض ، وطلب فسخ العقد . مادام لم يظهر بها حمل ، أو لم تلد . لأن اسقاط حقها فى المهر . لا يسقط حق وليها . فان أتم الزوج مهر مثلها ، أو رضى الولي . بما دون مهر المثل . لزم العقد . وإلا حكم القاضى بفسخه . إذا طلب وليها ذلك .

رابعاً - إذا وكلت المرأة غيرها فى تزويجها ، وكان التوكيل مقيداً . بأن عينت له الزوج ، والمهر ، أو عينت أحدهما . فقام بتزويجها . فان كان الزواج موافقاً . لما جاء فى التوكيل ، نفذ العقد عليها . بدون توقف على اجازتها وليس لها أن ترده ، ولو كان الزوج غير كفاء ، أو كان المهر أقل من مهر مثلها . لأن الوكيل التزم . حدود التوكيل . وإن كان الزواج مخالفاً لما جاء فى التوكيل . توقف نفاذ العقد على اجازتها . إلا إذا كانت المخالفة إلى خير . كما إذا كان المهر فى عقد الزواج أكثر من المهر الذى عينته الموكلة فيكون العقد نافذاً . من غير حاجة إلى اجازتها . لأن هذه المخالفة لا تعتبر مخالفة . بل هى موافقة . لأن من ترضى بمهر أقل . ترضى بالمهر الأكثر . بطريق الأولى .

والحكم المتقدم . إذا لم يوجد للمرأة الموكلة ولي عاصب . فاما إذا وجد لها ولي عاصب ، وكان الزوج كفوئاً ، والمهر مهر المثل . فالزواج صحيح نافذ لازم ، وإن كان الزوج غير كفاء لم يصح العقد . كما إذا تولت هى بنفسها عقد زواجها ، على الرأى المفتى به . وإن كان الزوج كفوئاً . ولكن المهر أقل من مهر مثلها ، فالعقد صحيح نافذ . إلا أنه غير لازم بالنسبة للولى . إذ له أن يعترض عليه ، ويرفع الأمر إلى القضاء . طالباً بفسخه . ما لم يكمل الزوج مهر مثلها ، ومتى لم تكن الزوجة قد ولدت ، أو ظهر بها الحمل .

والولى فى الزواج . إذا وكل غيره . فى تزويج من له ولاية الاجبار عليه .
فحكم تزويج الوكيل : هو حكم تزويج الولى نفسه . وقد تقدم ذلك بالتفصيل
فى مبحث الولاية . فلا حاجة . إلى إعادته هنا .

والوكيل فى الزواج : سفير ، ومعبر . عن الموكل . فإذا أتم عقد الزواج
إنتهت وظيفته . ولا ترجع إليه حقوق العقد الذى باشره بالنيابة عن الموكل .
فلا يطالب الزوج وكيل الزوجة . بإدخالها فى طاعته ، كما لا تطالب الزوجة
وكيل الزوج بمهرها . إلا إذا كان قد ضمن لها مهرها ، فتطالبه به . بمقتضى
الضمان ، لا بمقتضى الوكالة عن الزوج .

الكفاءة في الزواج

الكفاءة لغة: المساواة، والمماثلة. ومن ذلك: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون متكافؤ دماؤهم». أي تتساوى دماؤهم في الدية، والقصاص. فيقتض من الشريف لأوضاع، ومن الغنى للفقير. والكفاء في اللغة: المثل، والنظير. يقال: «كافأ فلان فلاناً». إذا ماثله، وساواه، وصار نظيراً له. والكفو كالكفاء. في المعنى. قال تعالى: «ولم يكن له كفواً أحد».

والكفاءة بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء: مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة. بحيث لا تعير الزوجة، ولا أولياؤها بزوجه.

وقد اختلف فقهاء المسلمين في اعتبار الكفاءة في الزواج. بين الزوجين، وعدم اعتبارها. فذهب بعض الفقهاء. ومنهم «أبو الحسن الكرخي»، و«أبو بكر الرازي» المشهور بالخصاص. من «الحنفية». إلى عدم اعتبار الكفاءة أصلاً. في الزواج. مستندين في ذلك. إلى الكتاب، والسنة، وإلى بعض الزيجات التي وقعت. في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام.

فأما الكتاب. فهو: قوله تعالى: «إن أكرمكم عند الله اتقاكم» (١). وأما السنة. فقول النبي عليه الصلاة والسلام: «الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي. إلا بالتقوى». فقد اتفق الكتاب، والسنة. على أنه لا تفاضل بين الناس، وعلى أنه لا يفضل أحد على غيره. إلا بالتقوى (٢) وعلى أن التفاضل بالعمل، وأن من أبطأ به عمله. لم يسرع به نسبه.

(١) الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات.

(٢) وفي «التعريفات» للسيد الجرجاني؛ «التقوى في اللغة. بمعنى الاتقاء. وهي اتخاذ الوقاية، وعند أهل الحقيقة. هو الاحتراز بطاعة الله. عن عقوبته. وهو صيانة النفس. عما تستحق به العقوبة. من فعل، أو ترك».

وقد زوج « أبو حذيفة » بنت أخيه . وهى عربية حرة الأصل . من مولاه « سالم » . وتزوج « بلال » . وهو حبشى ، أخت « عبد الرحمن بن عوف » . وهى عربية حرة الأصل . وغير ذلك . من زيجات . حصلت بين غير الأكفاء . وكان ذلك بعلم الصحابة . وبعضها . بفعل الرسول صلى الله عليه وسلم .

وذهب « جمهور الفقهاء » إلى إعتبار الكفاءة شرطاً فى الزواج ، لأن الزواج يعقد للعمر . وهو أسمى من أن يكون مجرد عقد تملك لعين ، أو لمنفعة كعقد البيع ، والاجارة . بل هو عهد ، وميثاق . بين الزوجين . يرتبطان به . مدى الحياة . ويندمج به كل منهما فى صاحبه اندماجاً كلياً . كما يشير إليه قول الله تعالى : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » (١) ، وقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثمًا مبيناً . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » (٢) .

ويشتمل الزواج على أغراض ، ومقاصد . من العشرة ، والألفة ، وتأسيس القربات ، وانشاء علاقات المصاهرة بين الأسر . ولا ينتظم ذلك عادة . إلا بين المتكافئين . فعقد الزواج بين غير الأكفاء : قريب الشبه . بعقد لا ترتب عليه مقاصده . لأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين . يحول فى أغلب الحالات . دون التوافق ، والانسجام بينهما . فتكون النتيجة : الانفصال وانفصام عرى الزوجية . بين الزوجين . ولهذا المعنى الذى أسلفناه . اعتبرت الكفاءة فى الزواج . عند « جمهور الفقهاء » .

والجواب عما استند إليه القائلون بعدم إعتبار الكفاءة فى الزواج أصلاً : أن المراد بالآية ، والحديث : أحكام الآخرة ، لا أحكام الدنيا . ولا خلاف

(١) الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة .

(٢) الآيتان رقم ٢٠ ، ٢١ من سورة النساء .

بين العلماء في التفاضل . بين الناس . في دار الثواب ، والعقاب . بالتقوى ، والعمل الصالح ، وأن أكرم الناس عند الله منزلة : أتقاهم . إذ لا أنساب بينهم يومئذ . ولا ينفع مال ، ولا بنون . إلا من أتى الله . بقلب سليم . ولو لم يكن هذا المعنى هو المراد بالآية ، والحديث . لكان كل منهما دليلاً . على اعتبار الكفاءة . في التقوى . فلا يكون الرجل الفاسق . كفتناً للمرأة الصالحة التقية ، فلا يتم الاستدلال بهما . على عدم اعتبار الكفاءة . في الزواج أصلاً . ولا يخفى أن المعنى الواضح من قوله صلى الله عليه وسلم : أن الناس سواسية : أنهم متساوون في الحقوق ، والواجبات ، لا في المنازل ، والدرجات . لأن تفاوتهم في ذلك . مشاهد محسوس . فمتزلة الكناس ، وأمثاله عند الناس . ليس كمتزلة القاضي ، أو المستشار ، أو الأستاذ في كلية من الكليات . في إحدى الجامعات .

وأما التمسك بالزيجات التي وقعت بين غير المتكافئين . في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم . بعلمه ، وعلم الصحابة ، فلا يصح دليلاً على ما ذهبوا إليه . لأن الكفاءة عند « الجمهور » : حق للزوجة ، ولأولياء . ليس حقاً للشارع ، فلو تجاوز من لهم حق الكفاءة ، ورضوا بغير الكفاء زوجاً . كان العقد صحيحاً شرعاً . يترتب عليه . كل آثاره . كما تترتب عليه ، لو كان الزوج كفتناً . فصحت هذه الزيجات . بين غير المتكافئين . لاستقاط أصحاب الحق في الكفاءة . حقهم . فلا يصح الاستدلال بهذه الزيجات على عدم اعتبار الكفاءة . في الزواج أصلاً .

ثم إن « جمهور الفقهاء » القائلين بأن الكفاءة بين الزوجين معتبرة . في الزواج . اختلفوا اختلافاً واسع المدى . في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة . ومنشأ اختلافهم : عدم ورود نص في ذلك . لا من الكتاب ، ولا من السنة .

فاعتبر الامام « مالك » الكفاءة في الدين فقط . والمراد بذلك : التدين والتقوى . لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، ولقوله صلى الله

عليه وسلم : « لا فضل لعربي على عجمي . إلا بالتقوى » . ومذهبه : منقول عن « عمر » ، و « ابن مسعود » ، وغيرهما . وقد علمت معنى الآية ، والحديث . عند « الجمهور » .

وقال « ابن القيم » : « إن الذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم : اعتبار الدين . في الكفاءة أصلاً ، وكماً . فلا تزوج مسلمة . بغير مسلم ، ولا عفيفة بفاجر . ولم يعتبر القرآن ، والسنة . في الكفاءة أمراً . وراء ذلك » .

والامام « أحمد » لم يعتبر الكفاءة . إلا في الدين . كالامام « مالك » في رواية عنه . وقد رويت عنه . روايات أخرى . فيما تعتبر فيه الكفاءة .

ومذهب « الشافعي » : اعتبارها في خمسة أمور : الدين ، والنسب ، والحرية ، والحرفة ، والخلو من العيوب . وزاد عليها بعض المتأخرين . من علماء المذهب « الشافعي » : تقارب الزوجين في السن . بحيث لا يكون الشيخ الهرم . كفتناً . للفتاة الشابة .

وأما « الحنفية » فأهم اعتبروا الكفاءة . في ستة أمور : النسب ، والاسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة (١) . وتفصيل هذه الأمور كالآتي :

(١) ويرى مما تقدم : أن مذهب « الحنفية » أكثر المذاهب توسعاً . في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة ، بين الزوجين . ولعل ذلك راجع . إلى أنهم لما جعلوا للمرأة الحق في أن تتولى بنفسها . عقد زواجها . متى كانت كاملة الأهلية ، وأطلقوا لها الحرية . في ذلك . بدون أخذ رأى وليها . احتاطوا في الأمر . لحق الولي . فوسعوا دائرة الكفاءة . حتى يتسنى له . أن يعترض على الزواج ، إذا باشرت بنفسها . عقد زواجها ، وبتدارك ما عساه يلحقه ، ويلحق الأسرة . من ضرر انتساب . من لا يساويهم بالمصاهرة ، إذا ما أساءت المرأة . استعمال حقها . في مباشرة عقد زواجها . بنفسها . ولم تكن موقفة . إلى اختيار الزوج الصالح المناسب لها ، ولأسرتها . ثم الكفاءة قد تكون عند « الحنفية » شرطاً . لصحة الزواج . كما في الحالات التي يتولى فيها الأولياء . غير الابن ، والأب ، والجد . تزويج من في ولايتهم الاجبارية . حتى إذا لم توجد الكفاءة . بين الزوجين كان العقد غير صحيح . وقد تكون شرطاً =

١ - النسب

وهو صلة الإنسان بمن ينتمى إليهم بالولادة . والكفاءة في النسب على رأى «الحنفية» معتبرة في الزواج . بالنسبة للعرب . لا بالنسبة . لغيرهم . من الأعاجم . وعللوا ذلك . بأن العرب يتفاخرون . بالأنساب ، ويجعلونها موضع تفاضلهم وتعابيرهم ، ومحل هجوهم ومدحهم . فهم يحافظون على الأنساب ، ويعتزون بها . بخلاف الأعاجم . فإذا تزوجت المرأة العربية . بمن دونها في النسب لحقها ، ولحق أسرتها . العار ، والمنقصة . في عرف الأوساط والمجتمعات . والكفاءة بين الزوجين شرعت . لحفظ أسرة الزوجة . من أن ينتسب إليها بالمصاهرة . من لا يساويها في المكانة الاجتماعية . وهذه التفرقة بين العرب ، وغيرهم التي يقول بها فقهاء «الحنفية» في الكفاءة في النسب . ليست واضحة ، ولا هي معقولة . كما أن تعليلهم اعتبار الكفاءة في النسب بين العرب ، وعدم اعتبارها بين الأعاجم . بما ذكر محل نظر . إن لم نقل : إنه بعيد عن الصواب ، والواقع . فهو على الأقل ليس تعليلاً مقنعاً . لأن ملاك الأمر في الكفاءة . بين الزوجين . في النسب ، والأساس الذي بنى عليه اعتبارها : هو العرف إذ لم يثبت في اعتبار الكفاءة . في النسب نص من الشارع . لا من الكتاب ، ولا من السنة . كما صرح بذلك «الشوكاني» في «نيل الأوطار» . حينئذ . فلو وجد عند غير العرب . اعتزاز بالأنساب ، وتفاخر بها . مثل العرب ، ووجدت طبقات من الأشراف ، والنبلاء . ذوى الأسر العريقة في المخد .

= لنفاذ عقد الزواج . بدون توقف . على الاجازة . كما إذا زوج وكيل المرأة توكيلاً مطلقاً . سوكلته . من غير كفاء لها . فإن هذا الزواج انعقد صحيحاً موقوفاً . على اجازتها . فإن اجازته نفذ عليها ، وإن لم تجزه . اعتبر باطلاً . من وقت انشائه .

وقد تكون الكفاءة . شرطاً . للزوم الزواج ؛ بالنسبة . للولى . كما إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء . على ظاهر الرواية في المذهب . وأما على الرواية المختارة للفتوى . لا يصح العقد أصلاً . إذا كانت زوجت نفسها من غير كفاء ، ولم يرض وليها العاصب (فتح القدير ج ٣ ص ١٨٧) .

المحافظين . على التقاليد الذين يأنفون . من أن يصاهرهم . من دونهم في النسب ،
والمنزلة الاجتماعية - ويوجد كثيرون . من هؤلاء . في أكثر الأمم ،
والشعوب - ينبغي أن تعتبر الكفاءة . في النسب . بين الأعاجم . إذا جرى
عرفهم وعادتهم على الاعتزاز . بالأنساب ، والتفاخر بها . على غرار ما قيل
بالنسبة . للعرب . وفي «فتح القدير» : « فاذا ثبت اعتبار الكفاءة . بما قدمناه .
فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً . بالنظر . إلى عرف الناس . فيما يحقرونه ،
ويعيرون به » (١) وفي « المغنى » لابن قدامة من فقهاء « الحنابلة » : « فاذا
أطلقت الكفاءة يجب حملها على المتعارف » (٢) .

وقد اعتبرت الكفاءة في الزواج . بين الزوجين . لأن عدمها يستدعى
عاراً ونقصاً في العرف ، والغاية من الكفاءة : حفظ أسرة الزوجة . من
أن ينتسب إليها . بالمصاهرة . من لا يساويها . في المكانة الاجتماعية . فيلحق بها
عاراً ، ومنقصة في عرف الأوساط ، والبيئات ، والمجتمعات (٣) .

ثم إن العرب ليسوا متساوين من حيث الكفاءة . في النسب . بل بعضهم
أفضل من بعض . على ما ذكره فقهاء « الحنفية » . فقريش أكفأ بعضهم
لبعض ، وسائر العرب أكفأ بعضهم لبعض . مهما اختلفت قبائلهم . وليس
أحد من العرب كفتاً . لمرأة قرشية . كما أن أحداً من غير العرب . ليس كفتاً .
لمرأة عربية . من أية قبيلة . غير أن فقهاء « الحنفية » قالوا : إن العالم غير
العربي . يعتبر كفتاً . للمرأة العربية . بل للمرأة القرشية . لأن شرف العلم .
فوق شرف النسب . قال تعالى : « هل يستوى الذين يعلمون والذين

(١) (ج ٣ ص ١٨٩) .

(٢) (ج ٧ ص ٣٧٥) .

(٣) نقلنا هنا نص ما قلنا في بحثنا « العرف في الفقه الاسلامي » الذي نشر .

يعلمون» (١) وقال تعالى : « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (٢) .

٢ - الاسلام

لا تعتبر الكفاءة في الاسلام بالنسبة للعرب . بعد أن يكون الزوج مسلماً . في زواجه . بالمرأة المسلمة ، وإنما تعتبر بالنسبة للأعاجم . لأن تفاخر العرب بالأنساب . لا بالاسلام . بخلاف الأعاجم . فان تفاخرهم . بعد الاسلام . بالاسلام ، لا بالأنساب . ولا يقصد من اعتبار الاسلام في الكفاءة : أن يكون الزوج مسلماً . فان اسلامه شرط . لان عقاد زواجه بالمسلمة . بل يقصد منه : أن يكون أبوه مسلمين . وتحقق الكفاءة في الاسلام عند « الطرفين » . إذا وجد للزوج المسلم أب ، وجد . مسلمان . فانه يكون كفتناً . لمرأة مسلمة . لها أب ، وأجداد مسلمون . وعند « أبي يوسف » يكفي في تحقق الكفاءة في الاسلام : أن يكون له أب مسلم . فالزوج الذي له أب مسلم فقط . لا يكون كفتناً . لمرأة مسلمة لها أب ، وجد . مسلمان . عند « الطرفين » ، ويكون كفتناً لها عند « أبي يوسف » . وهذا الخلاف . مبني على خلاف آخر بينهم . فيما يكون به تعريف الشخص . في الدعوى ، ونحوها . كالشهادات . فعنده يكفي في ذلك . ذكر اسمه ، واسم أبيه ، وعندهما لا بد من ذكر . اسم جده أيضاً . حتى يكون تعريفاً كاملاً .

٣ - الحرية

والقول فيها . كالقول . في الاسلام . من حيث تحققها ، ومن حيث اعتبارها بالنسبة . للأعاجم . دون العرب . ونكتفي بهذا القدر . لأن اعتبار الكفاءة في الحرية . أصبح الآن نظرياً ، لا عملياً .

(١) الآية ٩ من سورة الزمر .

(٢) الآية ١١ من سورة المجادلة .

٤ - الحرفة

يراد بالحرفة : كل عمل يزاوله الانسان . لكسب رزقه من صناعة ، ووظيفة ، وتجارة ، وزراعة . ومعنى الكفاءة في الحرفة : أن الرجل . إذا كان صاحب حرفة خسيصة . لا يكون كفتاً . لامرأة . أبوها صاحب حرفة شريفة . ومردكون الحرفة شريفة ، أو غير شريفة : هو العرف . وهذا يختلف باختلاف الزمان ، والبلدان . فرب حرفة شريفة في بلد . تعد حرفة خسيصة . في بلد آخر . يعير بها صاحبها ، وقد تتغير صفة الحرفة . بتغير الزمان . فتصبح الصنعة النفيسة ، خسيصة . والخسيصة ، نفيسة ، وقد تعد دناءة الحرفة منقصة في عصر . فيعير بها صاحبها ، وقد لا تعد كذلك في عصر آخر . فلا يعير بها صاحبها . وقد علل الفقهاء . اعتبار الكفاءة في الحرفة . بأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ، ويعيرون بدناءتها .

وتتحقق الكفاءة في الحرفة . إذا كانت حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبي الزوجة . من حيث شرفها ، وضعتها ، وإن لم تكن حرفة أحدهما . متحدة . مع حرفة الآخر .

واعتبار الحرفة في الكفاءة بين الزوجين . هو الرأي الراجح في المذهب وهو رأى « الصاحبين » . ورأى « أبي حنيفة » : عدم اعتبارها . في الكفاءة . إلا إذا تناهت في الحقارة . كالدباغة ، والحجامة . في عصرهم ، ومثل كنس الشوارع . في عصرنا . ووجهته في عدم اعتبارها : أن الحرف أوصاف زائلة ، غير دائمة . فقد يتحول صاحب الحرفة الدنيئة . إلى حرفة شريفة ، وقد يصبح صاحب الحرفة الشريفة . صاحب حرفة خسيصة . والدهر قلب ، ودوام الحال . من الحال .

والمعول عليه في المذهب : اعتبار الكفاءة في الحرفة مطلقاً . لأن الناس يتفاخرون . بشرف الحرف ، ويعيرون بدناءتها . وإذا تحول المرء من حرفة دنيئة إلى حرفة شريفة ، يبقى عار الحرفة الأولى التي كان يزاولها لاحقاً به ، وملازماً له ، وقيل هذا اختلاف عادة . لا اختلاف حجة (١) .

والكفاءة في الحرفة معتبرة بالنسبة . للعرب . وغيرهم . من الأعاجم .

٥ - المال

وتعتبر الكفاءة في المال . بين الزوجين . في حق العرب ، وغيرهم . وتحقق الكفاءة في المال عند « أبي يوسف » . إذا كان الزوج قادراً على النفقة الزوجية ، وعلى المهر الذي تعورف تعجيله ، ولو كانت الزوجة ذات ثراء عريض ، وغنى فاحش . واختلف العلماء . في مقدار النفقة التي اشترطت القدرة عليها في الكفاءة . فقيل المعتبر : نفقة شهر ، وقيل : نفقة سنة ، وقيل : غير ذلك . والذي اختاره بعضهم : أن يكون الزوج مالكاً . لنفقة شهر ، إن لم يكن صاحب حرفة ، وأن يكون قادراً على كفاية نفقة الزوجة . بتكسبه كل يوم ، إن كان صاحب حرفة .

وإذا جرى العرف والعادة . بين الناس . بأن يتحمل الآباء . عن أبنائهم المقيمين معهم . مهور زوجاتهم ، ونفقاتهم . يعتبر الابن كفتناً في المال . بيسار أبيه ، ومثل الأب في هذا : الأم ، والحد . إذا جرت العادة بتحملهما ما ذكر (٢) .

(١) « الزيلعي » (ج ٢ ص ١٣٠) .

(٢) راجع « ابن عابدين » (ج ٣ ص ٣٥١ - ٣٤٢) (طبع الحلبي) .

واشترط « أبو حنيفة » و« محمد » لتحقق الكفاءة المالية: التقارب في الغنى . فلا يكون الزوج القادر على النفقة الزوجية ، وعلى المهر المتعارف تعجيله . كفتناً لأمرأة فائقة اليسار . لأن الناس يتفاخرون بالغنى ، ويتعرون بالفقر . بل التفاخر بالمال . أكثر . من التفاخر . بغيره . ورأى « أبو يوسف » هو المعول عليه في المذهب . لأن المال غاد ، ورائح . فلا فقر يدوم ، ولا غنى . فكم من فقير أصبح غنياً ، وكم من غنى أصبح فقيراً معدماً . بين يوم وليلة . بل . في لحظة .

٦ - الديانة

والمراد بها : الصلاح ، والاستقامة . فلا يكون الرجل الفاسق . كفتناً للمرأة الصالحة ، ولو كان أبوها فاسقاً . وإنما يكون كفتناً . لامرأة فاسقة ، ولو كان أبوها صالحاً . إذ لا يلحقه عار بهذا الزواج أكثر من العار الذي لحقه . من فسق بنته . واعتبار الكفاءة في الديانة . هو مذهب « أبي حنيفة » و« أبي يوسف » . لأن الصلاح ، والتقوى . من أعظم المفاخر . ويعبر الصالحون الأتقياء . بمصاهرة الفساق . وذهب « محمد » إلى عدم اعتبار الكفاءة في الديانة . لأن الصلاح والتقوى من المسائل الأخروية التي بين المرء وبين ربه . فلا تبني عليها الكفاءة التي . هي من أحكام الدنيا التي ترجع إلى علاقة الناس بعضهم ببعض . إلا إذا كان الفاسق مهتكباً . لا يبالي بفسقه . بحيث صار يهزأ به الناس ، ويسخرون منه . وقيل : إن الفتوى على قول « محمد » .

من تعتبر في جانبه الكفاءة

الأصل في الكفاءة : أن تعتبر من جانب الزوج فقط . فإذا لم يكن الزوج دون زوجته . في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة . وجد التكافؤ بينهما . ولا تشترط الكفاءة . في جانب الزوجة . حتى لو كانت دون زوجها . فيما تعتبر الكفاءة . فلا تعد الكفاءة . غير موجودة بينهما .

وانما اعتبرت الكفاءة من جانب الرجل ، ولم تعتبر من جانب المرأة للمعاني الآتية :

(١) : الرجال قوامون على النساء . ومقتضى قوامة الشخص على الآخر : ألا يكون أدنى حالا منه . بل ينبغي أن يكون على الأقل مائثلاً . لمن له حق القوامة عليه . في المنزلة ، والمكانة الاجتماعية . إن لم يفقه في ذلك . والزوجة تعد تابعة لزوجها ، وفي الزواج نوع من المذلة بالنسبة للزوجة . كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال : « النكاح رق . فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » (١) ومن المستهجن عادة : أن يكون الرفيع تابعاً . للوضيع ، وأن يتبع السيد . المسود .

(٢) : جرى عرف الناس المستمر على أن الزوج لا يعير . إذا كانت زوجته دونه . في المسكانة الاجتماعية . بل يرفع شأنها ، ويعلى من مقامها (٢) . بخلاف المرأة . فإنها تتعير هي ، وأولياؤها بالتزوج . ممن دونها . في المنزلة ، ولا ترفع زوجها إلى منزلتها الاجتماعية . بحسب جريان العرف ، والعادة . بين الناس . قديماً ، وحديثاً .

(١) « مبسوط » شيخ الاسلام « السرخسى » (ج ٥ ص ٢٣) .

(٢) ولهذا ورد في الأمثال العامية : زوجة الأمير أميرة ، ولو كانت حقيرة

(٣) : للرجل أن يتخلص من زوجته . بالطلاق . في أى وقت .
فيمكن من دفع الضرر عن نفسه . إذا وجد ، وليس لها ذلك ، وأكثر ما
تملك للتخلص من زوجها : أن ترفع الأمر إلى القضاء . طالبة التطلق من
زوجها . في الحالات الخاصة المحددة التي يجوز فيها للقاضي : أن يطلق الزوجة
على زوجها .

وفي اعتبار الكفاءة من جانب الرجل . حتى يكون مماثلاً ، ومساوياً
لزوجته ، ولا يكون أقل منها منزلة ، ومكانة . في الأوساط . والمجتمعات :
تقدير للمرأة ، ورفع لشأنها . حتى لا يتزوجها ، ولا يستمتع بها من دونها .

وبسببتي من الأصل العام في الكفاءة . وهو اعتبارها في الزوج دون
الزوجة : صورتان . تكون الكفاءة فيهما معتبرة . من جانب المرأة . فيشترط
أن تكون الزوجة مكافئة . لزوجها . في الصورتين التاليتين :

١ - : إذا كان الزوج فاقد الأهلية ، أو ناقصها ، وتولى تزويجه الابن ،
أو الأب ، أو الجلد الذي عرف بسوء الاختيار . قبل عقد الزواج ، أو تولى
تزويجه . غير هؤلاء من الأولياء . فإنه يشترط لصحة عقد الزواج : أن تكون
الزوجة كفوئاً له . فان لم تكن كذلك . فالزواج غير صحيح .

ب - : إذا وكل الرجل غيره . بأن يزوجه توكيلاً مطلقاً . غير مقيد .
بامرأة معينة ، ولا بمهر معلوم . فزوجه . لا ينفذ الزواج على الموكل . بدون
توقف . على اجازته . متى كانت المرأة غير مكافئة له ، وللموكل أن يرده .
فيعتبر باطلاً من وقت انشائه . على رأى « الصاحبين » المعول عليه في
المذهب .

وقد تبين من الصورة الأولى : أن الكفاءة . قد تكون شرطاً . لصحة
الزواج ، ومن الصورة الثانية : أنها تكون شرطاً . للنفاذ . بدون توقف . على
الاجازة . كما تبين منهما : أن قول الفقهاء : « الكفاءة تعتبر في جانب الزوج
دون الزوجة » . ليس على إطلاقه وعمومه .

وقت اعتبار الكفاءة

تعتبر الكفاءة . وقت انشاء عقد الزواج . فاذا كان الزوج كفوئاً . لزوجته . وقت تزوجه بها . حصل التكافؤ بينهما . فلا يضر زوال الكفاءة . بعد ذلك . لأنها شرط ابتداء ، لا بقاء . إذ لو اشترط استمرار الكفاءة في المستقبل . لأدى ذلك . إلى عدم استقرار الحياة الزوجية . بين الناس . في حالات كثيرة .

فلو كان الزوج وقت العقد . صاحب حرفة شريفة . ثم اتخذ حرفة خسيصة ، أو كان ذا دين ، وصالح ، واستقامة . ثم سلك طريق الفساد ، والغواية . وأصبح فاسقاً . أو كان غنياً ، وصار فقيراً . لا يجوز للزوجة ، ولا لأولياتها : طلب فسخ العقد . بدعوى عدم كفاءة الزوج . ولا يحكم القاضي . إذا رفع إليه الأمر بفسخه . لهذا السبب . حيث إن الكفاءة كانت متحققه . عند إنشاء العقد بين الزوجين . ولأن الزوجة في هذه الحالة . لا يلحقها العار . باستمرار الزوجية وبقائها بينها ، وبين زوجها . في عرف الناس ، وعاداتهم . بل تكون محل تقديرهم ، واعجابهم بها .

من له حق الكفاءة

الكفاءة : حق للمرأة ، ولأولياتها ، وتثبت لكل منهما هذا الحق على حدة . فلو أسقطت المرأة حقها في الكفاءة . لا يسقط حق أولياتها . وبالعكس . وحق الكفاءة ثابت لولى المرأة . في جميع الحالات بدون استثناء ، ولها أيضاً باستثناء حالة واحدة . لا يثبت فيها للمرأة حق الكفاءة . وهي ما إذا كانت فاقدة الأهلية أو ناقصتها ، وزوجها الأب ، أو الحد ، أو الابن الذي لم يعرف عنه سوء الاختيار . قبل العقد . من غير كفاء ، فان العقد في هذه الحالة صحيح نافذ لازم ، ولا خيار لها . إذا ما زال عنها سبب الولاية الجبرية عليها ، كما عرف ذلك في مبحث الولاية . وهذا عند الامام « أبي حنيفة » .

وأما عند «الصاحبين» فالعقد غير صحيح . إذ لا توجد مصلحة ظاهرة في هذا الزواج . لكون الزوج غير كفء . فحق الكفاءة ثابت للمرأة في جميع الحالات بدون استثناء عند «الصاحبين» . فلا فرق في ذلك بينها ، وبين الأولياء .

ويتفرع على أن الكفاءة حق . للمرأة ، ولأوليائها . المسائل الآتية :

١ - : إذا زوجت المرأة الكاملة الأهلية نفسها . من غير كفء . بدون رضا وليها العاصب . قبل العقد ، أو وقت انشائه . بغير الكفاء ، ولو كان الولي غير محرم لها . كابن العم . فله حق الاعتراض على هذا العقد ، وطلب التفريق بينهما . أمام القضاء . على ظاهر الرواية في المذهب . وهي أن الكفاءة شرط للزوم الزواج . فيكون هذا العقد صحيحاً نافذاً غير لازم بالنسبة . لوليها . وأما على رواية «الحسن بن زياد» . وهي أن الكفاءة شرط . لصحة الزواج . فيكون هذا العقد غير صحيح . وقد أسلفنا : أن هذه الرواية . اختيرت للفتوى .

والفرقة بين الزوجين . لعدم الكفاءة - على ظاهر الرواية في المذهب - لا تكون . إلا بقضاء القاضي . وما لم يصدر حكم القاضي بالفرقة بينهما . فالزوجية قائمة . يترتب عليها كل آثارها . حتى إذا مات أحد الزوجين أثناء نظر الدعوى بالتفريق بينهما . لعدم الكفاءة ورثه الآخر .

والفرقة بسبب عدم الكفاءة : فسخ للعقد . فلا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته . فإذا أعادها إلى عصمته بعقد ، ومهر . جديدين بعد حكم القاضي . بالفرقة بينهما . ملك عليها ثلاث طلقات . ولو كانت الفرقة طلاقاً . لم يملك عليها . إلا طلقتين .

والولي الذي له حق الاعتراض : هو الولي القريب . لأن الكفاءة حق له . دون الولي البعيد . فإذا لم يكن للمرأة . إلا ولي واحد . فالأمر واضح ، وإذا كان لها أكثر من ولي . ولكنهم غير متساوين . فحق الاعتراض . للولي

الأقرب . فان رضى بغير الكفء . فلا يثبت . لمن بعده من الأولياء . حق الاعتراض . ولا عبرة برضا غير الولى الأقرب . عند عدم رضائه . وإن كانوا متساويين كأخوة أشقاء ، ورضى بعضهم . قبل العقد ، أو وقت انشائه . بغير الكفء ، ولم يرض البعض الآخر . سقط حق من لم يرضوا فى الكفاءة . فليس لهم حق الاعتراض . ويكون العقد لازماً . ليس لأحد منهم طلب فسخه . وهذا مذهب « الطرفين » : « أبى حنيفة » ، و« محمد » . لأن الولاية حق لا يتجزأ . لكون سببها . وهو القرابة . غير متجزئة . فيثبت الحق فى الكفاءة . لكل واحد منهم على الكمال . نظير ذلك : حق العفو عن القصاص . فإنه ثابت لجميع الأولياء المتساويين ، فإذا عفى عن القصاص . أحد أولياء القتيل . سقط حق الباقيين فى المطالبة بالاعتصاص من القاتل . وذهب « أبو يوسف » و« زفر » إلى أن رضا بعض الأولياء المتساويين بغير الكفء . لا يسقط حق الآخرين . لأن الكفاءة حق لكل . فلا يسقط . إلا برضا الكل . نظيره : الدين المشترك بين جماعة . إذا تنازل أحد الدائنين عن حقه . لم يسقط . إلا حقه ، ويبقى حق الباقيين .

ورأى « الطرفين » هو الراجح ، لأن الزوجة . ما دامت رضيت بغير الكفء زوجاً لها . وهى صاحبة الشأن ، ورضى بعض أوليائها ، فالظاهر : أن التغاضى عن الكفاءة . لمصالح . هى أجدى ، وأنفع لها . من الكفاءة . وقياس الكفاءة على الدين المشترك : قياس مع الفارق . لأن اسقاط الدين . عمن عليه الدين : تمليك له ، ولا تمليك . فى اسقاط حق الكفاءة . ولا يصح التملك . إلا من صاحب المال .

ب - : إذا زوج الولى المرأة الكاملة الأهلية . من غير كفء . بدون اذنها ، ولا رضاها . فالعقد صحيح موقوف . توقف نفاذه على اجازتها . لأن باسقاط الولى حقه فى الكفاءة . لا يسقط حقها .

ج = : إذا زوج الولى المرأة البالغة العاقلة برضاها . من رجل . بدون أن يبحث فى كونه كفئاً ، أو غير كفء . ثم تبين أنه غير كفء . فليس

للولى ، ولا للمرأة . حق الفسخ . لعدم الكفاءة . لسقوط حقهما فى الكفاءة . بتقصيرهما فى البحث . فكأنهما رضيا بالزوج على كل حال . هذا إذا لم يشترط الولى : الكفاءة وقت العقد ، وإذا لم يخبره الزوج أنه كفاء . ثم ظهر أنه غير كفاء . وأما إذا اشترط عليه الكفاءة ، أو كان الزوج أخبره وقت العقد . أنه كفاء . بأن أدعى ما يثبت كفاءته للزوجة . ثم ظهر : أنه غير كفاء . يثبت للمرأة ، ولوليتها . خيار الفسخ . فى هاتين الصورتين . لأن رضاها بالزوج منه . إنما كان على اعتبار أنه كفاء ، فإذا تبين خلافه . لم يوجد رضا بالزوج منه .

وبعد أن تبين المقصود من اعتبار الكفاءة فى الزواج . ووضحت المعانى التى من أجلها رأى « جمهور » الفقهاء : اعتبار الكفاءة فى الزواج بين الزوجين وجعلها شرطاً : لا محل لأن يقال : ان اعتبارها . كما هو مذهب « الجمهور » ، يجعل الناس طبقات ، وطوائف . منهم الأكفاء ، وغير الأكفاء . وهذا لا يتفق ، وما قرره الاسلام . من المساواة . بين الناس . فى كل زمان ، ومكان . بدون فرق . بين شريف . ووضيع ، وغنى ، وفقير ، وعظيم ، وحقير . ومن أن التفاضل . بين الناس . بالأعمال ، لا بالأنساب ، وأنه لا فضل لعربى على عجمى . إلا بالتقوى .

لأن المساواة بين الناس كافة التى قررها الاسلام . هى المساواة بينهم . فى الحقوق ، والواجبات ، والعقوبات . لا المساواة فى الرزق ، والمال ، والدرجات ، والمنازل ، وإلا لكانت الشريعة الاسلامية . مخالفة للفطرة ، وللحقيقة الواقعة المحسوسة ، ولناقضت نفسها بنفسها . لأن الناس متفاوتون بالفطرة . قال عليه الصلاة والسلام : « الناس معادن ، كمعادن الذهب ، والفضة » . وقد رفع الله بعضهم فوق بعض درجات . كما فضل بعضهم على بعض فى الرزق . قال تعالى : « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق » (١) وقال تعالى : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق

بعض درجات « (١) . وقال تعالى : « قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعملون » (٢) . وقال تعالى : « يرفع الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (٣) .

فتفاوت الناس في المنازل ، والدرجات ، والرزق ، سنة الله في خلقه التي لا تبدل فيها . ومن الواضح : أن التسوية بين غير المتساويين : ظلم ، لا مساواة .

ولما كان المقصود من الكفاءة . في الزواج ، كما أسلفنا : حفظ أسرة الزوجة . من أن ينتسب إليها بالمصاهرة من لا يساويها في المكانة الاجتماعية . فيلحق بها عاراً ، ومنقصة . في عرف الأوساط . والبيئات . ورد النص مثبتاً أصل مشروعية الكفاءة . كقوله عليه الصلاة والسلام : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن . إلا من الأكفاء » وقوله : « تزوجوا في الحجر الصالح . فان العرق دساس » بدون تعرض لتفصيلاتها ، ولا تحديد للأمور التي تعتبر فيها الكفاءة . لأن مرد ذلك : ما يقضى به العرف المتبع . بين الناس في أي زمان ، أو مكان .

(١) الآية ٣٢ من سورة الزخرف .

(٢) الآية ٩ من سورة الزمر .

(٣) الآية ١١ من سورة المجادلة .

حقوق الزوجة

سبق : أن بينا اجمالاً حقوق الزوجين الناشئة عن عقد الزواج بينهما ، عند الكلام . على أحكام الزواج ، وآثاره . وقسمنا تلك الحقوق . إلى حقوق واجبة للزوجة على زوجها ، وإلى حقوق واجبة للزوج على زوجته ، وإلى حقوق مشتركة بينهما .

وقبل الشروع في البيان التفصيلي للأحكام المتعلقة . ببعض هذه الحقوق كالمهر ، والنفقة ، والطلاق ، وثبوت النسب . نقول :

إذا نظرنا إلى الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها . نجد أنها نوعان :

النوع الأول : حقوق مالية . كالمهر ، والنفقة .

النوع الثاني : حقوق غير مالية . كعدم الاضرار بالزوجة ، وكالعدل بين الزوجات فيما يستطيع المساواة فيه . إذا كان الزوج متزوجاً . أكثر من زوجة واحدة .

وإذا نظرنا إلى الحقوق الواجبة على الزوجة لزوجها . نجد أنها حقوق غير مالية .

والحكمة في أن الزوجة تستحق حقوقاً مالية على زوجها ، ولا يستحق الزوج على زوجته حقوقاً مالية : هي أن الفطرة التي فطر الله الناس عليها . أوجدت فوارق جسمية . بين الرجل ، والمرأة . وجعلت لكل منها . خصائص جنسية ، وقضت بتفاوتهما في الاستعداد الطبيعي . فكانت النتيجة الطبيعية . لاختلافهما ، في التكوين وتفاوتهما . في الاستعداد : أن اختلفت وظيفة الرجل ، عن وظيفة المرأة في الحياة ، وفي المجتمع الانساني . فوظيفة الرجل : الكفاح في معترك الحياة ، والعمل ، والجد . في تحصيل الرزق ، وكسب المال . خارج

المنزل ، حتى يستطيع القيام بالتكاليف المالية اللازمة للحياة المنزلية ، والنهوض بتأمين معاش من يعولهم . من أهله، وأولاده، وأقاربه . ووظيفة المرأة في البيئة الانسانية : العمل داخل المنزل . فتقوم بالواجبات المنزلية ، وتربية الأولاد ، وتوفير أسباب الراحة والسكينة اللازمة . للحياة الزوجية .

فقيام كل من الرجل والمرأة بوظيفته الطبيعية التي خلق لها : هو ما يحتمه توزيع العمل . في المجتمع الانساني . حتى تتيسر الأمور ، وينتظم العمل . إذ كل منها ميسر . لما خلق له .

فاقتضت حكمة الشارع العليم الحكيم : أن يلزم الرجل . دون المرأة . بالأموال المالية التي تتطلبها الحياة الزوجية . لكونه أقدر منها على القيام . بالواجبات المالية ، وتحمل أعبائها ، ويتسنى للزوجة : أن تفرغ للأعمال البيتية ، ووظيفتها الطبيعية . وهي مطبخة . لتأمين معاشها ، ونفقتها . وبهذا المنهج . في توزيع الأعمال ، والواجبات . بين الزوجين . تتيسر أسباب الراحة ، والسعادة ، والاطمئنان . في حياتهما الزوجية .

ويشير إلى ما تقدم : قول الله تعالى : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » (١) ولقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم » (٢) .

فحق قوامه الرجل على المرأة : مستمد . من تفوقه الطبيعي ، ومن إنفاقه عليها . ونهوضه بأعباء التكاليف المالية .

والآن نشرع في البيان التفصيلي . للأحكام الشرعية المتعلقة . بالحقوق المالية الواجبة للزوجة على زوجها .

(١) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٣٤ من سورة النساء .

المهر

ذهب فريق من الفقهاء . إلى أن المهر شرع . عوضا . عن ملك الزوج . الاستمتاع . بزوجه شرعا . مستدلين . بقول الله تعالى . بعد بيان المحرمات من النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » (١) . فيعرف المهر . في الاصطلاح عند هذا الفريق . بأنه المال الذي يجب للمرأة على الرجل . في مقابل ملكه الاستمتاع بها . بسبب عقد الزواج . وأما المال الذي يجب على الرجل للمرأة . بسبب دخوله بها في الزواج الفاسد ، أو بدخوله بشبهة . فهو أشبه من المهر . بعقوبة مالية تدفع جزاء عدوانه ، ومخالفته لأمر الشارع . لأن الدخول بالمرأة . لا يخلو من عقر ، أو عقر . أى حد ، أو مهر . فاذا سقط الحد . لشبهة العقد ، ونحوه . لأن الحدود تدرأ بالشبهات وجب المال . فوجوبه في هذه الحالة : نوع من العقوبة .

وذهب فريق آخر من الفقهاء . إلى أن المهر شرع . لإبانة شرف عقد الزواج وإظهار خطره ، لا عوضا . عن ملك الزوج الاستمتاع بزوجه . مستدلين بقوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٢) فيعرف المهر في الاصطلاح عند هؤلاء الفريق . بأنه ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة ، وعطاء واجب على الزوج . لزوجته .

قال : « الكمال بن الهمام » في كتابه « فتح القدير على الهداية » : « إن المهر شرع . إبانة . لشرف العقد ، وإظهار خطره . . . إذا لم يشرع بدلا . كالثمن ، والأجرة . وإلا لوجب تقديم تسميته . . . فتحصل أن المهر : حكم العقد ،

(١) الآية رقم ٢٤ من سورة النساء .

(٢) الآية رقم ٤ من سورة النساء .

ولا يشترط لصحة العقد: التنصيص على حكمه . كالمالك لا يشترط لصحة البيع ذكره « (١) .

والمهر ليس ركناً في الزواج ، ولا شرطاً من شروطه . بل هو : حكم من أحكامه المترتبة عليه بعد تمامه ، فيصبح عقد الزواج مستعقباً لآثاره ، وإن لم يسم مهر في العقد أصلاً ، أو سمي فيه تسمية غير صحيحة ، أو نفى الزوجان المهر . كما إذا اشترط ألا مهر للزوجة . فالعقد صحيح ، والشرط باطل . ويجب في كل هذه الصور مهر المثل الذي هو : الموجب الأصلي للعقد . لأنه القدر الملائم . والمهر المسمى في العقد تسمية صحيحة يقوم مقامه . بتراضى الطرفين ، واتفاقهما .

والدليل على أن المهر حكم من أحكام الزواج الصحيح ، وليس ركناً ولا شرطاً فيه : قول الله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (٢) . حيث إن الله نفى الإثم والجناح . عن يطلق زوجته قبل الدخول في عقد لم يسم ، ولم يفرض فيه المهر . ومن المقرر المعلوم : أن الطلاق لا يكون . إلا من زواج صحيح شرعاً ، فدل ذلك على أن عقد الزواج يصح . بدون تسمية المهر فيه . إذ لو كان المهر ركناً في الزواج ، أو شرطاً لصحته . لما صح بدون تسميته . لأن الشيء لا يوجد بدون ركنه ، أو بدون شرطه .

ويستدل أيضاً على أن المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج . بل هو : حكم يترتب عليه . كسائر أحكامه . بما روى أن « عبد الله بن مسعود » سئل

(١) (ج ٣ ص ٢٠٥) (الحلبي) .

(٢) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة . والفريضة : المهر . وقد ذكر العلماء للمهر عدة أسماء . جمعها بعضهم في قوله :

صداق وبهر نخله فريضة . . . حياء وأجر ثم عقر علائق

عن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض مهرأ لها ، ولا دخل بها ، قال : أقول فيها برأى . فان كان صواباً . فن الله ، وان كان خطأ . فنى ومن الشيطان : « أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط » (١) . فقام رجلان . وقالوا : « نشهد أن رسول الله قضى فى امرأة يقال لها : « بروع بنت واشق » . كما قضيت » . فسر « ابن مسعود » سرورا لم يسر مثله قط بعد إسلامه . موافقة قضائه قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم .

ووجوب المهر من أول الأمر . أى فى الابتداء حق للشرع . فلو اتفق الزوجان على إسقاطه . لا يصح هذا الاتفاق ، ولا يسقط المهر . لأن ذلك إسقاط لحق الشرع ، والمرء إنما يملك إسقاط حقه هو ، لا إسقاط حق غيره . ولو اصطاح الناس على أن المهر يجب على الزوجة لزوجها . فهو باطل . لأن ذلك تغيير للشرع ، وقلب للأوضاع التى وضعها الله . أما بعد تقرر المهر بقاء . فهو حق للمرأة . فلها أن تسقطه عن زوجها . بأن تبرئه منه .

والرأى على أن المهر واجب للزوجة على زوجها : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول .

فأما الكتاب : فقد وردت جملة آيات قرآنية تدل على ذلك . فمنها : قول الله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٢) وقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » (٣) .

أما السنة : فالأحاديث الواردة فى إيجاب المهر على الزوج لزوجته أكثر من يستقصى ويعد . وسيرد ذكر بعضها فيما بعد . وقد ثبت أن الرسول عليه

(١) الوكس : النقص . والشطط : الزيادة على قدر الحق .

(٢) الآية ٤ من سورة النساء .

(٣) الآية ٥ من سورة الأحزاب .

الصلاة والسلام لم يخل زواجاً من مهر. فلو كان غير واجب. لتركه ولو مرة .
ليدل على عدم وجوبه .

وأما الإجماع : فقد انعقد اجماع المسلمين من لدن عصر الرسول صلى الله
عليه وسلم إلى يومنا هذا على أن المهر واجب للزوجة على زوجها .

وأما المقول : فهو أن الزواج لو أبيع بدون أن يجب المهر على الزوج .
لأدى ذلك إلى ابتدال النساء ، والخط من قدرهن ، وإلى الاستهانة بأمر
الزواج ، فتنفصم عرى الزوجية بين الزوجين . لأتفه الأسباب . لأن الزواج
لا يكلف الزوج شيئاً من المهر . حيث لم يدفع مهراً في الزواج . ولن يدفع
شيئاً منه ، إذا ما طلق زوجته ، وأراد التزوج بأخرى .

وفي إيجاب الشارع المهر على الزوج لزوجته : تقدير للمرأة ، وصيانة
لكرامتها من الابتدال ، كما أن إيجابه على الزوج يدعو إلى استبقاء الزوجية
بقدر الامكان ، ويحملة على التآني في الطلاق . فلا يقدم عليه . إلا عند الحاجة
أو الضرورة . لما يتطلب الطلاق من نفقات يتحملها الزوج . كدفع مؤخر
الصداق إلى المطلقة ، ودفع المهر . إذا ما أراد الزواج مرة أخرى .

سبب وجوب المهر

سبب وجوبه أحد أمرين : إما العقد . وذلك . في الزواج الصحيح . وإما
الدخول بالمرأة ، وذلك . في الزواج الفاسد ، والدخول بشبهة

فاذا كان عقد الزواج صحيحاً . وجب المهر على الزوج بتمامه . سواء زفت
إليه زوجته ، أو لم ترف إليه ، وسواء دخل بها ، أو لم يدخل بها . حتى لو
مات أحد الزوجين بعد العقد . ولو قبل الزفاف ، وقبل الدخول ، وقبل

الخلوة بها . كان المهر حقاً للزوجة . فتأخذه كاملاً . إن كانت هي على قيد الحياة ، وإن كانت هي التي توفيت قبل زوجها يورث عنها . كما يورث سائر أموالها .

وإذا كان عقد الزواج فاسداً . كما إذا كان العقد لم يحضره شاهدان . لم يجب بنفس العقد شيء من المهر . كما لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج الصحيح . وإنما يجب المهر فى هذه الحالة بدخول الزوج دخولا حقيقياً بمن تزوجها زوجاً فاسداً . لما تقرّر: أن الدخول بالمرأة . لا يخالو من حد ، أو مهر . وقد سقط الحد . لشبهة العقد . فوجب المهر . وهو الأقل من المسمى ، ومن مهر المثل . إن وجدت تسمية صحيحة فى العقد للمهر . وإلا فالواجب هو مهر المثل بالغاً ما بلغ .

وإذا دخل رجل بامرأة بشبهة . فإنه يجب بهذا الدخول مهر المثل بالغاً ما بلغ . وإذا دخل رجل بامرأة . بدون عقد ، وبدون شبهة . لا يجب بهذا الدخول المهر . بل الواجب الحد .

مقدار المهر

من القواعد المقررة : أن المقادير الشرعية . كنصاب السرقة الموجب لقطع يد السارق ، ونصاب زكاة الأموال التى يجب فيها الزكاة ، ومقادير الزكوات الواجبة فى الأموال ، ومقدار المهر . لا مجال للعقل فى تقديرها ومعرفتها . إذا لا يتوصل العقل إلى إدراكها . وإنما السبيل فى معرفتها : النص من الشارع ، ولم يرد نص لافى الكتاب ، ولا فى السنة . فى تقدير حد أعلى للمهر . ولذا أجمع العلماء على أنه لا يوجد حد أعلى للمهر . يقف الناس عنده ، ولا يصح أن يتجاوزوه . وأما قول الله تعالى : « وآتيتم أحداهن قنطاراً

فلا تأخذوا منه شيئاً» (١) فالمراد به : المال الكثير ، لا تحديد المهر بهذا المقدار (٢). واختلف الفقهاء في مقدار الحد الأدنى للمهر اختلافاً واسع المدى. والسبب في اختلافهم : أن الكتاب لم يبين حداً أدنى للمهر ، كما أن الأحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب ، أغلبها ضعيف . لا يصح الاستدلال به ، أو لا يدل صراحة على تعيين مقدار معين حداً أدنى للمهر .

وسنكتفي ببيان مذهب «الحنفية» في مقدار الحد الأدنى للمهر. وهو المذهب المعمول به أمام المحاكم بمصر ، ولا نتعرض . لذكر آراء الفقهاء الكثيرة المتضاربة في هذه المسألة .

قدر فقهاء «الحنفية» مقدار الحد الأدنى للمهر بعشرة دراهم فضة ، وزن سبعة مثاقيل (٣) ، أو ما يساويها . سواء أكانت الدراهم مسكوكة ، أم غير

(١) الآية رقم ٢ . من سورة النساء .

(٢) روى أن أمير المؤمنين «عمر بن الخطاب» لما رأى مغالاة الناس في المهر ، وأراد أن يضع حداً أعلى للمهر . يقف الناس عنده ، ولا يتجاوزونه ، فخطب الناس في ذلك . ردت عليه امرأة . وقالت له : « ليس لك ذلك يا أمير المؤمنين » ، وتلت قول الله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً . أتأخذونه بهتانا وإثمًا مبيناً » فسكت «عمر بن الخطاب» وقال : « أخطأ عمر ، وأصابت امرأة » وفي رواية أنه قال : « خاصمت امرأة عمر فخصمته » . أي غلبته في الخصومة .

(٣) كانت الدراهم في عهد أمير المؤمنين «عمر بن الخطاب» ثلاثة أنواع :

(أ) دراهم . كل عشرة . منها : تزن عشرة مثاقيل .

(ب) دراهم . كل عشرة . منها : تزن ستة مثاقيل .

(ج) دراهم . كل عشرة . منها . تزن خمسة مثاقيل .

فاختلف عمال بيت المال . مع أرباب المال ، فأراد عمال بيت المال : أن يأخذوا الزكاة من النوع الأول ، وأراد أصحاب الأموال : دفع الزكاة من النوع الثاني . ولما رفع الأمر إلى «عمر» رضى الله عنه جمع الأنواع الثلاثة وأخذ المتوسط . وهو الثلث أي سبعة . فصار هذا المقدار — عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل — هو المعول عليه من ذلك الوقت في المقدرات الشرعية بالدراهم . كتنصاف السرقة .

مسكوكة . مستندين في هذا التقدير إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن . إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » .

وفي صحة الاستدلال بهذا الحديث كلام (١) ، والحديث وإن كان ضعيفاً . فقد وجد ما يعضده . وهو ما روى عن «علي» رضي الله عنه : أنه قال : « ولا يكون مهر أقل من عشرة دراهم » . وهذا التقدير لا يدرك بالعقل ، وإنما يدرك بالسمع من النبي عليه الصلاة والسلام . فيعتبر في حكم الحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

وأما الأحاديث التي تفيد بظاهرها : أن الحد الأدنى للمهر أقل من عشرة دراهم . فالحنفية يحملونها على أن المراد بذلك : ما يعجل للزوجة من المهر قبل الدخول بها . لأن العادة كانت عندهم تعجيل بعض المهر للزوجة . قبل الدخول بها .

وتساوى العشرة الدراهم بالعملة المصرية في الأحوال العادية : خمسة وعشرين قرشاً صاعاً .

ومع إتفاق العلماء على أنه لا حد لأكثر المهر . فإنه يستحسن شرعاً عدم التغالى في المهور . لما روى عن «عائشة» أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « ان أعظم النكاح بركة أيسره مرثة » ، وروى عنه أيضاً عليه الصلاة والسلام : أنه قال : « خير الصداق أيسره » . ولأن المغالاة في المهر من أهم الأسباب الداعية إلى إعراض الشباب عن الزواج في الوقت المناسب للزواج . ولا يخفى ما في هذا الإعراض من المفاسد الاجتماعية الأخلاقية .

(١) راجع فتح القدير (ج ٣ ص ١٨٥ ، ٢٠٦) .

ما يصلح أن يكون مهراً . وما لا يصلح

يصلح أن يكون مهراً : كل مال متقوم معلوم علمياً ليس فيه جهالة فاحشة . قيمته عشرة دراهم فأكثر . سواء كان عقاراً أو منقولاً . ويجوز أن تكون المنفعة مهراً ، إذا كانت من المنافع التي يستحق في مقابلها المال . كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، وركوب السيارة . فإذا أعطى الرجل سيارة لزوجته . لتستعملها وتركبها مدة معينة ، أو بيتاً . لتسكنه بنفسها مدة معلومة ، أو لتؤجره ، وتأخذ الأجرة ، وجعل ما ذكر مهراً لها ، صح ذلك . متى كانت المنفعة قيمتها عشرة دراهم على الأقل . وأما المنفعة التي لا يستحق في مقابلها المال . فإنها لا تصلح أن تكون مهراً . فلو جعل مهراً أن يطلق ضرته ، أو ألا يتزوج عليها ، أو لا يخرجها من بلدها . فلا تصح أية واحدة من هذه المنافع أن تكون مهراً . لأنها لا تقدر بمال ، وإن كانت منفعة للزوجة .

ولا يصح أن يكون تعليم القرآن كله أو بعضه مهراً ، وكذلك تعليم أحكام الدين . عند القدامى من فقهاء « الحنفية » . وأما عند المتأخرين منهم . فيصلح أن يكون ما ذكر مهراً . وهذا الخلاف مبني على خلاف آخر . وهو جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ، وعلى تعليم أحكام الدين ، وعدم جوازه . اتفقت النقول عن « الامام وصاحبيه » : على أنه لا يجوز أخذ الأجر على تعليم القرآن ، ولا على الامامة ، والأذان . لأن هذه الأمور من العبادات والطاعات يقصد بها المثوبة عند الله ، والتقرب إليه . فيكون الشخص عاملاً لنفسه ، ولا يجوز أخذ أجر على ذلك . ولما تبدلت الأحوال ، وتغير الزمان ، وضعفت الروح الدينية ، وقطعت عن الذين يتولون تعليم القرآن عطاياهم من بيت المسال . أفنى من جاء بعدهم من أهل التخريج والترجيح

في المذهب . بصحة أخذ الأجر على تعليم القرآن . وعلى الامامة والأذان .
لحفظ القرآن ، وللمحافظة على شعائر الدين . وفي رسالة « رسم المفتي »
« لابن عابدين » . ما نصه : « وهذا - أي جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ،
وعلى الامامة والأذان - : ما أفتى به المتأخرون عن « أبي حنيفة » وأصحابه .
لعلمهم أن « أبا حنيفة » وأصحابه لو كانوا في عصرهم لقالوا بذلك ، ورجعوا عن
قولهم الأول » (١) .

فلما لم يصح عند القدامى من فقهاء « الحنفية » أخذ الأجر على تعليم
القرآن . لم يصلح أن يكون تعليمه مهراً للزوجه . لكونه منفعة لا يستحق في
مقابلها مال ، ولما قال المتأخرون من فقهاء « الحنفية » بجواز أخذ الأجر على
ذلك ، يصلح عندهم أن يكون تعليم القرآن ، أو تعليم مقدار معين منه مهراً
للمرأة . لأنه في هذه الحالة يعتبر منفعة يستحق في مقابلها مال .

وكل ما ليس بمال ، وكذا كل مال متقوم في ذاته . ولكنه غير
متقوم في حق المسلم . كالخمر ، والخنزير ، لا يصح أن يكون مهراً بالنسبة
للمسلم ، ولو كانت الزوجة كتابية .

ويكون المال معلوماً علماً تنتفي معه الجهالة . بالاشارة إليه ، وبتعيين جنسه
ونوعه ، ومقداره . إن كان مما يحتاج في تعيينه إلى بيان المقدار . فاذا
جعل مهراً فرساً ، أو ثوباً من الصوف ، أو الحرير ، أو القطن ، أو قنطاراً

(١) الرسالة المذكورة (ص ١٣ - ١٤) . وكتب الفقه تعبر عن الاختلاف في
مثل هذه المسائل . بأنه اختلاف عصر وزمان ، لا إختلاف حجة وبرهان ، أو بأنه
اختلاف عادة ، لا إختلاف حجة . لأن صاحب المذهب والقدامى من فقهاء
المذهب . لو وجدوا في الزمن الذي وجد فيه العلماء المتأخرون عن زمنهم . لقالوا بما
قاله المتأخرون . ولأفتوا بمثل فتواهم (راجع بحثنا « العرف في الفقه الاسلامي ») .

من القطن صحت التسمية . والواجب حينئذ على الزوج : النوع الوسط من المسمى ، أو قيمته ، ولا تضر الجهالة اليسيرة في المهر . لأن المال غير مقصود بالذات في الزواج . فيتسامح فيه بما لا يتسامح في العقود المالية . لأن المقصود بالعقود في المعاوضات المالية : المال أولاً ، وبالذات . وأما إذا كان المال مجهولاً جهالة فاحشة . كما إذا كان المهر حيواناً ، أو داراً ، أو ثوباً . فلا يصح أن يكون مهراً . لأن الجهالة فاحشة . فتؤدى إلى النزاع بين الزوجين .

وكل عقد زواج لم يكن المهر المسمى فيه يصلح أن يكون مهراً . فهو صحيح . متى كان مستكملاً لأركانه ، وشروطه الشرعية ، ويجب فيه مهر المثل .

تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه ، وليس ركناً ولا شرطاً فيه . فإنه يثبت وجوب كله . بمجرد حصول العقد الصحيح وجوباً غير مستقر . حتى يوجد ما يؤكد وجوب كله . بحيث لا يحتمل سقوط كله أو بعضه . ولكن لا يجب على الزوج أن يدفع لزوجه كل المهر ، أو أى مقدار منه . وقت إنشاء العقد ، أو قبل زفافها إليه ، أو قبل دخوله بها . بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان فى تعجيل المهر كله ، أو تأجيل كله ، أو تأجيل بعضه ، أو تعجيل بعضه ، وتأجيل بعضه الآخر إلى أجل قريب أو بعيد معين . كشهر ، وسنة . أو غير معين . كالتأجيل لأقرب الأجلين : الطلاق والموت . ويجوز أن يجعل المهر أفساطاً معلومة متساوية ، أو غير متساوية . كل قسط منها فى ميعاد معين . حسب اتفاق الطرفين .

وإن لم يوجد اتفاق على تعجيل المهر ، ، أو تأجيله كلاً أو بعضاً . أتبع فى ذلك عرف البلد الذى حصل فيه العقد . لأن المعروف عرفاً . كالمشروط شرطاً . وجرى العرف فى بعض البلاد المصرية على تعجيل نصف المهر ، وعلى تأجيل نصفه الآخر . لأقرب الأجلين : الطلاق ، والموت . وفى بعضها على تعجيل الثلثين من المهر ، وتأجيل الثلث . لأقرب الأجلين .

وإذا لم يوجد اتفاق ، أو عرف . على التعجيل ، أو التأجيل . فالأصل : هو التعجيل . لما علم : أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج . ولا تراخى أحكامه عنه إلا بالشرط . وحيث لا يوجد شرط متفق عليه ، أو عرف . يعمل بالأصل .

انواع المهر

ينقسم المهر إلى نوعين :

أمره : المهر المسمى . وهو : ما سمي في العقد تسمية صحيحة ، وانفق عليه الطرفان ، أو فرض للزوجة بالتراضي . بعد العقد الذي خلا من تسمية المهر .

نايبه : مهر المثل : وهو : مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها ، كأختها ، وعمتها ، وبنات عمها ، وبنات أخيها ، ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ، ولا خالتها ، إذا لم تكونا من قوم أبيها .

ويشترط في مهر المثل تساوى المرأتين - المقيسة ، والمقيس عليها - وقت العقد . سنا ، وجمالاً ، ومالاً ، وبلداً ، وعتلاً ، وعلماً ، وأدباً ، وبكارة ، وثبوبة ، وفي عدم الولد . لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف . فلا بد أن تكون المرأتان متماثلتين . أى متقاربتين في هذه الأوصاف . لاختلاف رغبات الناس فيها . حتى يقدر مهر إحداهما بمهر الأخرى ، عند عدم تسمية المهر في العقد تسمية صحيحة . وإذا لم توجد امرأة من أسرة أبيها تماثلها في بعض هذه الأوصاف ، اعتبر مهر مثل الزوجة : بمهر امرأة تماثلها في هذه الأوصاف من أسرة . كأسرة أبيها في المكانة ، والمنزلة الاجتماعية . وقيل : يعتبر في مهر المثل : حال الزوج أيضاً . بأن يكون الزوج مثل أزواج أمثالها من قومها . فان ذا الفضل يتسامح معه في المهر . بما لا يتسامح مع غيره . لأن الناس يرغبون في مصاهرته .

ثم إن اتفق الطرفان على أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً . فهو كما اتفقاً ، وان اختلفا . فادعت الزوجة أن مهر مثلها مائة جنيه ، وأدعى الزوج أن مهر مثلها سبعون جنيهاً ، اعتبر كل منهما مدعياً ، ومنكرآ . في آن واحد . باعتبارين مختلفين . وأيهما أقام بينة على دعواه حكم له . لأنه أثبت دعواه بدون مزاحم ، وإن أقام كل منهما بينة على دعواه ، رجحت بينها . لاثباتها الزيادة التي هي محل النزاع بينهما ، وحكم لها بدعواها . وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة على دعواه . فالقول : قول الزوج يمينه . لأنه ينكر الزيادة ، والقول : قول المنكر مع يمينه . عند العجز عن الاثبات ، فان حلف اليمين حكم له بدعواه ، وإن نكل عن اليمين . لزمه ما تدعيه الزوجة . لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم .

الحقوق المتعلقة بالمهر

للمهر حالتان : حالة ابتداء ، وحالة بقاء . وتتعلق بالمهر حال الابتداء ثلاثة حقوق :

أ - : حق الشرع .

ب - : حق أولياء الزوجة .

ج - : حق الزوجة .

فحق الشرع - حق الله تعالى - : ألا يقل المهر عن عشرة دراهم . لأن الشرع قدر الحد الأدنى للمهر بذلك عند « الحنفية » . فلا يملك أحد إسقاط وجوب المهر أصلاً ، ولا إنقاص مقداره عن قيمة عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل . لأن المرء إنما يملك إسقاط حقه ، لا إسقاط حق غيره .

وأما حق الزوجة ، وحق أوليائها في المهر حال الابتداء . فهو : ألا يقل مقدار المهر عن مهر المثل (١) . وينبئ على هذا :

(١) : ان المرأة الكاملة الأهلية بكرا كانت ، أو ثيباً . إذا زوجت نفسها من كفاء لها بمهر أقل من مهر مثلها ، كان لوليها العاصب أن يعترض على هذا العقد . ما دام لم يظهر بها حمل ، أو لم تلد . ويطلب فسخه أمام القضاء . لأن اسقاط حقها في المهر لا يسقط حق وليها ، فان أتم الزوج مهر مثلها ، أو رضى الولي بما دون مهر المثل . لزم العقد . وإلا حكم القاضي بفسخه . إذا طلب وليها ذلك .

(٢) : إذا زوج الولي المرأة البالغة العاقلة من كفاء لها ، وبمهر أقل من مهر مثلها . فلها حق الاعتراض على العقد . فاذا ردتته اعتبر باطلا . لأن رضا وليها بما دون مهر المثل لا يسقط حقها ، وإذا أجازته نفذ العقد عليها ولزم .

وأما في حالة البقاء . أي بعد وجوب المهر وتقرره في ذمة الزوج . وذلك بعد تمام الزواج مستكملاً لأركانها ، وشروطه الشرعية . فالمهر حق خالص للزوجة وحدها ، لا يشاركها فيه أحد . فتتصرف فيه ، كما تتصرف في أموالها الأخرى . كما تشاء . متى كانت بالغة عاقلة رشيدة . فلو أبرأت زوجها

(١) وهذا الحق ثابت للولياء في جميع الصور . بدون استثناء . وثابت أيضاً للمرأة في جميع الحالات . باستثناء حالة واحدة لا يثبت فيها هذا الحق للمرأة . وهذه الحالة المستثناة . هي : ما إذا كانت المرأة فاقدة الأهلية أو ناقصتها . وزوجها الأب ، أو الجد ، أو الابن الذي لم يعرف عنه سوء الاختيار قبل العقد ، على مهر أقل من مهر مثلها . فان العقد صحيح لازم ، ولا خيار للمرأة . إذا ما زال عنها سبب الولاية الجبرية عليها . وهذا عند الامام « أبي حنيفة » . وأما عند « الصاحبين » . فالعقد غير صحيح . (يراجع صفحة ٢٢٦ ، ٢٢٧ من هذا الكتاب) .

من مهرها كله، أو بعضه . بعد تقررہ، صح هذا الإبراء . ولا حق لأحد في الاعتراض . لأنها تصرفت في خالص حقها .

الواجب من أنواع المهر

علم مما تقدم : أن عقد الزواج يصح . سواء سمي المهر في العقد تسمية صحيحة ، أو لم يسم فيه أصلاً ، أو سمي فيه تسمية غير صحيحة ، أو نفى المهر في العقد ، كما علم : أن الحد الأدنى للمهر مقدر عند « الحنفية » بعشرة دراهم ، أو بما يساويها .

ويختلف نوع المهر الواجب . تبعاً لاختلاف هذه الأحوال . فقد يكون المهر الواجب بالعقد في الزواج الصحيح ، أو بالدخول الحقيقي في العقد الفاسد : إما الحد الأدنى للمهر ، أو مهر المثل ، أو المسمى في العقد ، أو الأقل من المسمى في العقد ، ومن مهر المثل .

وسنين الحالة ، أو الحالات التي يجب فيها أي نوع من هذه الأنواع للمهر .

الأحوال التي يجب فيها الحد الأدنى للمهر

لما كان من حق الشرع ألا يقل المهر عن عشرة دراهم في مذهب « الحنفية » ، ولا يملك أحد إسقاط هذا الحق ، أو انتقاصه . فإنه يتفرع على ذلك : أن الحد الأدنى للمهر يجب فيما يلي :

(١) : إذا سمي المهر في العقد ، وكان المسمى أقل من عشرة دراهم ، تكمل العشرة . قضاء لحق الشرع . وهو : ألا يقل المهر عن هذا القدر . ورضاً

العاقدين بما دون العشرة لا يسقط حق الشرع . إذا لا يملك ذلك . كما لا يملك جعل الزواج بدون مهر أصلاً (١) .

(٢) : إذا كان المسمى في العقد عشرة دراهم ، وقد تراضى الطرفان على هذا القدر .

وواضح : أن وجوب الحد الأدنى للمهر والاقتصار عليه في هاتين الحالتين . إذا لم يوجد للزوجة ولى عاصب اعترض على المسمى الأقل من مهر مثلها . وأما إذا اعترض وليها العاصب ، وطلب مهر المثل ، ولم يرض الزوج بأن يكمل مهر المثل . فللولى أن يرفع الأمر إلى القضاء طالباً فسخ العقد . لتقصان المهر عن مهر المثل ، ويحكم القاضي بفسخه ، إذا طلب الولى ذلك ، وأبى الزوج أن يدفع لها مهر المثل .

(١) وقال « زفر » : إذا سمي في العقد أقل من عشرة دراهم . فالواجب مهر المثل ، لا العشرة . لأن الأقل من عشرة دراهم لا يصلح مهراً ، وتسمية ما لا يصلح مهراً . كإعدام التسمية . كما في تسمية الخمر والخنزير . والواجب عند عدم تسمية المهر في العقد . هو : مهر المثل . ورأيه في هذه المسألة : مقتضى القياس ، والقول بأن الواجب في هذه الصورة . هو العشرة الدارهم الحد الأدنى : مقتضى الاستحسان . ويأنه من وجهين :

١ - : أن العشرة الدراهم في كونها مهراً لا تنجزاً شرعاً ، وذكر بعض ما لا يتجزأ . كذكر كله .

٢ - : يوجد في المهر حقان : حق الزوجة . وهو : ما زاد على العشرة إلى مهر المثل ، وحق الشرع . وهو : ألا يقل المهر عن عشرة دراهم . ولإنسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط ، دون حق غيره . فإذا رضيت الزوجة بما دون العشرة فقد أسقطت حقها ، وحق الشرع . وهي لا تملك إلا إسقاط حقها . فيجب تكميل العشرة مراعاة لحق الشرع . (راجع فتح القدير والعناية على الهداية) (ج ٣ ص ٢٠٨) « طبعة الحلبي » .

الأحوال التي يجب فيها مهر المثل

يجب مهر المثل . إذا لم يسم المهر في العقد تسمية صحيحة . وهذا يشمل الحالات الآتية :

١ - : إذا لم يسم المهر في العقد أصلاً .

ب - : إذا سمي المهر في العقد تسمية غير صحيحة . بأن كان المسمى لا يصلح أن يكون مهراً . إما لكون المسمى غير مال ، وإما لكونه مالا غير متقوم في حق المسلم ، أو منفعة لا تقابل بمال ، وإما لكونه مجهولاً جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع بين الزوجين .

وإذا جعل الزوج مهر زوجته : أن يخدمها مدة معينة . مثل سنة . فالتسمية غير صحيحة «عند الشيخين» . لما في ذلك من قلب الموضوع . لأن عقد الزواج يقتضى أن تخدم الزوجة زوجها ، لا أن يخدمها . فكان جعل خدمته لها مهراً على خلاف موضوع عقد الزواج . فلا تكون التسمية صحيحة ، فيجب مهر المثل . وقال «محمد» : التسمية صحيحة في ذاتها . ولكن لا يقوم الزوج بخدمتها للمعنى المذكور . ويجب عليه أن يدفع لها قيمة خدمته في المدة المعينة . ويكون ذلك مهراً لها . هذا إذا كانت الخدمة التي جعلها الزوج مهراً لزوجته . فيها تحقير للزوج . وأما إذا لم تكن كذلك . كما إذا جعل مهرها : أن يقوم بزراعة أرضها ، أو بإدارة أملاكها مدة معينة . صححت التسمية . لأن المسمى منفعة . يستحق في مقابلها المال ، وليس فيها امتهان ، ولا تحقير للزوج . فتكون الخدمة مهراً لها ، ويجب على الزوج أن يقوم بها . لأن هذا من باب القيام بأمر الزوجة ، وقضاء مصالحها .

ج - : إذا نفى المهر في العقد . بأن اتفق الزوجان على ألا مهر للزوجة . كما إذا قال لها الزوج : « تزوجتك على ألا مهر لك » . فقبلت . فهذا الاتفاق باطل لا يعمل به ، ويصح العقد ، ويجب لها مهر المثل .

والمرأة التي تزوجت بدون مهر ذكر لها في العقد : تسمى «المفوضة» - بكسر الواو وتشديدها . كما وقع به السماع - لأنها فوضت أمرها في مهرها للزوج ، أو للولي . ويجب لها في هذه الحالة مهر المثل . ولها أن تطالب زوجها بعد العقد ، وقبل الدخول بها . بأن يفرض لها مهرأ . ومتى طلبت منه ذلك وجب عليه : أن يفرض لها مهرأ . فان تراضيا على مهر . وجب ما تراضيا عليه ، ولو كان أقل من مهر المثل . إلا إذا كان لها ولي عاصب . فله حق الاعتراض . حتى يكمل الزوج مهر مثلها . فان لم يكمل . فله طلب فسخه أمام القضاء . وإذا امتنع الزوج عن أن يفرض لها مهرأ ، أو فرض لها مهرأ ، ولم ترض به . فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي . فاذا رفعته إليه . أمر القاضي زوجها بأن يفرض لها مهرأ . فان لم يمتثل أمره . حكم لها القاضي بمهر المثل . فان لم يتيسر له معرفة مهر مثلها ، قدر لها مهرأ على حسب ما يراه . وأما إذا لم تطالب الزوجة زوجها بفرض مهر لها . حتى دخل بها ، أو مات أحدهما . فإنه يجب لها مهر المثل .

د - : ويجب مهر المثل على من دخل بالمرأة بشبهة . لأن الدخول بالمرأة لا يخلو من مهر ، أو حد . وقد سقط الحد . فوجب المهر . وهو مهر المثل . إذ لا عقد هنا . حتى تتصور تسمية المهر في العقد تسمية صحيحة .

متى يجب المهر المسمى في العقد

إذا سمى المهر في العقد الصحيح تسمية صحيحة . بأن كان المهر المسمى في عقد الزواج . مالا متقوماً معلوماً ، قيمته عشرة دراهم فأكثر ، أو منفعة

تقابل بالمال . فالواجب هو المهر المسمى . سواء كان المسمى من النقود ، أو عقاراً ، أو منقولاً .

وإذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من كفاء . بمهر مسمى في العقد أقل من مهر أمثالها ، ولم يرض به وليها العاصب ، وأبى الزوج أن يكمل لها مهر المثل . فللولى فسخ العقد أمام القاضى . وقد مر هذا مراراً .

متى يجب الأقل من المسمى . ومن مهر المثل

يجب الأقل من المهر المسمى ، ومن مهر المثل . في حالة واحدة . وهى : إذا كانت التسمية صحيحة ، وكان العقد فاسداً ، وقد دخل الزوج بزوجه دخولا حقيقياً . فلو تزوج رجل امرأة زواجاً فاسداً ، وسميا في العقد مهراً قدره مائة جنيه . ومهر مثلها مائة وخمسون جنيهاً . لا يجب شيء من المهر بنفس العقد ، كما لا يترتب عليه أى حكم من أحكام الزواج الصحيح . لأن العقد الفاسد لا اعتبار له شرعاً . فلا يكون مستعقياً . لأى حكم من أحكام العقد الصحيح . فاذا دخل الزوج بمن تزوجها بعقد فاسد دخولا حقيقياً — مع أن هذا الدخول يحرم شرعاً — وجب بهذا الدخول : الأقل من المهر المسمى ، ومن مهر المثل ، ولما كان المسمى . وهو مائة جنيه أقل من مهر المثل . فهو الواجب ، ولو كان الأمر بالعكس ، فالواجب هو مهر المثل لا المسمى .

والنكاح : أن عقد الزواج إن كان صحيحاً ، ووجدت تسمية صحيحة

للمهر في العقد . فالمهر الواجب . هو المسمى في العقد . بمجرد العقد ، وإذا لم توجد في العقد تسمية أصلاً ، أو وجدت تسمية غير صحيحة ، أو نفى المهر في العقد . فالواجب بنفس العقد . هو مهر المثل . وإذا سمي أقل من عشرة دراهم . تكمل العشرة . وإذا كان العقد فاسداً ، ووجد دخول حقيقى . فالواجب هو الأقل من المهر المسمى ، ومن مهر المثل . إذا وجدت تسمية صحيحة ،

وإذا لم توجد تسمية أصلاً ، أو وجدت تسمية غير صحيحة ، فالواجب هو مهر المثل بالغاً ما بلغ . وإن لم يوجد هناك عقد أصلاً ، ودخل رجل بامرأة بشبهة . كما إذ كان قد تزوج بامرأة ، ولم يرها ، وزفت إليه امرأة . وقيل له : « إنها زوجتك » . فدخل بها بناء على هذا القول . ثم تبين أنها ليست زوجته . وجب لها مهر المثل بهذا الدخول .

الزيادة في المهر المسمى والحط منه

والمراد بالزيادة في المهر : أن يضاف إليه شيء . سواء أكان الشيء الذى أضيف إلى المهر من جنسه ، أم من غيره جنسه . والمراد بالحط منه : إسقاط بعض المهر ، أو إسقاط كله عن الزوج .

يجوز للزوج إذا كان بالغاً عاقلاً رشيداً . أى غير محجور عليه للسفه ، أو الغفلة : أن يزيد بعد اتمام عقد الزواج . فى المهر المسمى فى العقد الذى اتفق عليه الزوجان . لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم به من بعد الفريضة » (١) . ولأن له ولاية تامة على ماله . فله أن يتصرف فيه كما يشاء . فاذا ما زاد الزوج شيئاً فى المهر ، التحقت هذه الزيادة بأصل المهر المسمى فى العقد ، وأخذت هذه الزيادة حكم المهر المسمى . فى أغلب الأحوال . فللزوجة أن تطالب زوجها بهذه الزيادة . كما تطالبه بمهرها ، ويتأكد وجوبها مع أصل المهر . بأحد الأمور المؤكدة . لوجوب المهر بتمامه . وتخالف الزيادة أصل المهر . فى أنها لا تنتصف . كما ينتصف المهر المسمى . بالطلاق قبل الدخول . وسيأتى توضيح ذلك فى موضعه . ويلزم الزوج بهذه الزيادة بثلاثة شروط :

(١) الآية رقم ٢٤ من سورة النساء .

(١) : أن تكون الزيادة معلومة . فلو قال الزوج لزوجته . « زدت في مهرى » . بدون تعيين للزيادة لم تصح . للجهالة .

(٢) أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية بينهما حقيقة ، أو حكماً . وذلك بأن لم تقع بينهما فرقة أصلاً ، أو وقع بينهما طلاق رجعى . ولكنها لا تزال في العدة . وقت حصول الزيادة في مهرها المسمى . فان حصلت الزيادة بعد انقضاء عدة المطلقة طلاقاً رجعياً ، أو حصلت الزيادة بعد الطلاق البائن ، ولو كانت المطلقة بائناً لا تزال في العدة . لم تصح الزيادة . لحصولها بعد انتهاء الزوجية بينهما . فلا يمكن إلحاقها بالمهر المسمى . ومن المقرر : أن الزيادة تلتحق بالمهر المسمى . في أكثر أحكامه ، وتستند إلى العقد . فلا بد من أن يكون العقد باقياً ولو حكماً . حتى يمكن إلحاقها بالمهر ، واستنادها إلى العقد .

(٣) : أن تقبل الزوجة الزيادة في المجلس الذي حصلت فيه الزيادة ، أو يقبلها وليها . إذا لم تكن الزوجة أهلاً للقبول . كالمجنونة . لأن هذه الزيادة هبة ، وتمليك من الزوج لزوجته . وركن الهبة : الإيجاب من الواهب ، والقبول من الموهوب له . ولا يدخل في ملك الشخص شيء جبراً عنه .

ويجوز للزوجة إذا كانت كاملة الأهلية بالبلوغ ، والعقل ، والرشد : أن تحط عن زوجها بعد عقد الزواج . كل مهرها المسمى ، أو بعضه . لما علم : أن المهر بعد تقررره : ملك خالص لها . فلها أن تتصرف فيه . كما تتصرف في سائر أملاكها . بجميع أنواع التصرفات الشرعية الحائزة . من هبة ونحوها . ولا يخفى : أن الحط من مهرها عن زوجها لا يعدو أن يكون تبرعاً . فتملكه شرعاً متى كانت أهلاً للتبرع . وذلك بأن تبرئه من المهر كله ، أو بعضه . إن كان المهر مما لا يتعين بالتعيين . كالنقود ، والمكيات ، والموزونات . لأن المهر في هذه الحالة دين في ذمة الزوج . فالتنازل عنه يكون بالابراء . ولا يشترط

في صحة الابرء : قبول الزوج . بل الشرط : ألا يرفض الابرء . فاذا قبل الابرء ، أو سكت عن القبول ، والرد . صح الابرء . لكونه اسقاطاً يتم بارادة واحدة ، وإذا رد الابرء لا يصح الحط . لأنه يرتد بالرد . إذ أن من الناس من لا يرضى بتحمل مئة الغير . باسقاط ما عليه من دين ، خصوصاً دين المهر لزوجته . وإن كان المهر عيناً من الأعيان التي تتعين بالتعيين ، ولا تكون ديناً في الذمة . كقطعة أرض معينة محددة ، وكدار معلومة محددة : فالواجب على الزوج أن يسلم إليها العين بذاتها ، ولا يصح حط شيء منها . لما علم أن الحط إسقاط . والأعيان التي تتعين بالتعيين . لا تقبل الاسقاط . لأنها ليست ديوناً متعلقة بالذمة . كالنقود . فاذا أرادت الزوجة أن تملك مهرها لزوجها في هذه الحالة : فطريق ذلك الهبة لا الحط . ويصح لها أن تهب له كل مهرها ، أو أن تهب له بعضه . ويشترط في هذه الحالة قبول الزوج الهبة ، ولا يكتفى بسكوته عن القبول والرد . لأن ركن الهبة : الإيجاب من الواهب ، والقبول من المهوب له . وقبض الهبة باذن الواهب : يقوم مقام القبول .

وإذا كان الزوج صغيراً ، أو ملحقاً به في الحكم . نص فقهاء « الحنفية » على أن الزيادة بعد العقد في مهر زوجته المسمى يملكها الأب ، أو الجد الذي لم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد . لأن كلا منهما لوفور شفقتة ، وكمال رأيه . حيث لم يعرف بسوء الاختيار . لا بد من أن يكون ناظراً إلى مصلحة في الزيادة . تفوق مصلحة ابقاء الزيادة في مال من له الولاية الجبرية عليه في تزويجه . ومثل الأب والجد في هذا : الابن - وتصوير ولاية الابن في الكبير الملحق بالصغير - ومن عدا هؤلاء من الأولياء . لا يملك الزيادة في المهر المسمى لزوجة من في ولايته الجبرية . إما لقصور الشفقة . كما في العم الشقيق ، وإما لضعف الرأي . كما في الأم .

وقد نص فقهاء « الحنفية » على أنه لا يجوز لولي الصغيرة ، ومن في حكمها :

حط شيء بعد عقد الزواج من مهرها المسمى فيه ، ولو كان الولي الأب أو الحد اللذين لم يعرفا بسوء الاختيار .

وهذه التفرقة بين الزيادة في مهر زوجة الصغير ، ومن ألحق به ، والخط من مهر الصغيرة ، ومن ألحق بها . حيث أجزى الأول ، دون الثاني : تفرقة بين متساويين لا وجه لها . لأن ما يقال . لتبرير الزيادة في مهر زوجة الصغير ، يمكن أن يقال . لتبرير الخط من مهر الصغيرة . بعد العقد .

فالمعقول والذي يقضى به المنطق . وقد قال فقهاء « الحنفية » بالتسوية بين الصغير والصغيرة . عند انشاء عقد زواجهما ، وبالغاء اعتبار مهر المثل . بل بالغاء الكفاءة ، إذا زوجهما الأب ، أو الحد . غير المعروفين بسوء الاختيار : أن يسوى بينهما بعد العقد ، فأما أن يجوز لكل منهما : أن يحط من مهر الصغيرة . كما يجوز لكل منهما : أن يزيد في مهر الصغير . بعد العقد ، وإما ألا يجوز لها الزيادة في مهر زوجة الصغير ، كما لا يجوز لها الخط من مهر الصغيرة . ويؤيد عدم جواز الزيادة : ما قاله فقهاء « الحنفية » : إن هذه الزيادة في المهر المسمى تعتبر تبرعا . وكذا الخط منه . وقد نص هؤلاء الفقهاء أنفسهم على أنه لا يجوز للأب ، ولا لغيره من الأولياء : التبرع بشيء من مال الصغير ، والصغيرة وربما تعلل التفرقة بين الزيادة . في مهر زوجة الصغير ، ومن في حكمه ، والخط من مهر الصغيرة ، ومن في حكمها بوجهين :

أمرهما : أن العرف الغالب بين الناس . جرى بأن الزوج وأهله يقدمون الهدايا إلى الزوجة بعد العقد . وهذه الزيادة في مهرها تشبه الهدية . بخلاف الزوجة وأهلها . فإن العرف لم يجر بأن يقدموا هدايا للزوج . فلا يوجد هناك ما يبرر الخط من المهر .

مباينهما : توجد مصلحة في الزيادة في مهر زوجة الصغير ، ومن في حكمه . ولا توجد مصلحة في الحط من مهر الصغيرة ، ومن في حكمها . وبيان ذلك : أن العادة جرت بين الناس بأن مهر الزوجة كلما زاد ، وكثر . كان جهازها الذي يقوم أهلها باعداده : أنفس ، وأعلى قيمة ، وكلما نقص ، وقل . كانت قيمة الجهاز : أقل ، وأرخص .

وكل من الزيادة في المهر ، والحط منه . يعتبر تبرعاً . فإذا حصلت الزيادة أو الحط في حال الصحة ، واستوفى كل منهما شروط التبرع ، كان نافذاً بدون توقف على اجازة أحد . مهما بلغ مقدار الزيادة ، أو الحط . وإذا حصل ذلك في مرض الموت ، اتبعت أحكام التبرعات في مرض الموت . من حيث النفاذ ، ومقدار ما يكون فيه النفاذ . وهو الثلث وما دونه . بدون توقف على اجازة أحد .

الأمور المؤكدة لوجوب المهر بتامه

المهر قد يجب وجوباً مؤكداً مستقراً غير محتمل لسقوطه كلاً أو بعضاً . وذلك : إذا كان سبب وجوبه : الدخول الحقيقي ، لا نفس العقد . كما في الزواج الفاسد ، وكذا في الوطء بشبهة . لأن سبب وجوب المهر في الزواج الفاسد - وما ذكر معه - : دخول الرجل بمن تزوجها زوجاً فاسداً ، لا نفس العقد . والدخول المذكور . كما أنه سبب لوجوب المهر . فهو سبب أيضاً لتأكيده . سواء افرقا من تلقاء أنفسهما ، أو فرق القاضي بينهما بعد الدخول الحقيقي . وأما إذا وقعت المتاركة بين الزوجين في الزواج الفاسد ، أو التفريق بينهما . قبل الدخول حقيقة . فلا مهر للزوجة أصلاً ، ولو اختلى بها الزوج . لعدم تحقق سبب وجوب المهر في الزواج الفاسد . وهو : الدخول الحقيقي . والشئ لا يوجد بدون سببه .

والواقع : أن تسمية ما يجب بسبب الدخول في الزواج الفاسد مهراً :
ضرب من التساهل. لأن ما يجب به : أشبه من المهر بالعقوبة على ارتكاب هذا
الدخول الممنوع شرعاً. لأنه يجب . كتعويض يدفع جزاء مخالفة أمر الشارع .

وقد يجب المهر من أول الأمر وجوباً غير مستقر . بمعنى أنه معرض
لسقوطه كلاً أو بعضاً ، ما دام لم يوجد ما يؤكد وجوبه بتمامه . وذلك : إذا
كان سبب وجوبه نفس العقد . كما في الزواج الصحيح . إذ يحتمل أن يسقط
نصف المهر المسمى في العقد بالطلاق قبل الدخول ، وأن يسقط كله بالفرقة
من قبل الزوجة . قبل الدخول بها . وفي هذه الحالة يتأكد وجوب المهر بتمامه
بمجرد لا يحتمل أن يسقط كل المهر ، أو بعضه . سواء أكان المهر مسمى في
العقد . أم غير مسمى فيه ، وسواء فرض بعد العقد ، أو لم يفرض . بواحد
من ثلاثة أمور الآتية :

١ - : الدخول الحقيقي بالزوجة .

ب - : الخلو الصحيح بين الزوجين . وتسمى دخولا حكماً .

ج - : موت أحد الزوجين . قبل الدخول ، وقبل الخلو .

وهذه الأمور الثلاثة . هي التي تؤكد وجوب المهر بتمامه في الزواج
الصحيح . فإذا لم يوجد واحد منها لا يزال وجوب المهر غير مستقر .
فيحتمل أن يسقط كله ، أو بعضه . وإذا وجد واحد منها صار المهر الواجب
بالعقد حقاً مستقراً غير قابل لسقوط كله ، أو لسقوط بعضه . بأية فرقة من
قبل الزوج أو الزوجة . فلا تبرأ ذمة الزوج من المهر . إلا بالأداء أو بالابراء .

والعلة في استقرار المهر ، وتأكد الدخول الحقيقي : هي أن النصوص

الشرعية التي بينت الأمور المسقطه للمهر دلت على أن المسقط . إنما يعمل عمله

إذا وجد قبل الدخول . ولأن الزوج بدخوله بمن تزوجها دخولا حقيقياً . قد استوفى المقصود بالزواج . من الاستمتاع بزوجه المفضى إلى النسل . والشىء باستيفاء المقصود منه يأخذ حكمه كاملاً ، ويستعقب مواجبه . كما أن استيفاء المعقود عليه يقرر البذل ، ويؤكده . بحيث لا يحتمل سقوطه . كما فى الإجارة . فيتقرر وجوب المهر الذى اعتبر كالبذل عن استمتاع الزوج بزوجه . بحيث لا يحتمل السقوط بعد الدخول ، ولا تبرأ ذمة الزوج منه . إلا بالأداء ، والابراء .

والعلة فى تأكيد المهر بالخلوة الصحيحة - وسند ذكر قريباً تعريف الخلوة - : أن الزوجة مكنت زوجها من نفسها بالخلوة ، ولم يوجد منها ما يمنع من أن يستوفى الزوج التمتع بها كاملاً . وهو الذى اقتصر على الاستمتاع بالاختلاء بها . فأقيمت الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقى . لهذا المعنى ، وأخذت حكمه فى تأكيد المهر الواجب بالعقد .

وقد يستدل على أن الخلوة تؤكد وجوب المهر بقوله تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » (١) . وذلك بتفسير الافضاء بالاختلاء كما قاله علماء « الحنفية » . كما يستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال : « من كشف خمار امرأته ، ونظر إليها . وجب الصداق . دخل بها ، أو لم يدخل » .

والسبب فى أن المهر الواجب بالعقد يتأكد بموت أحد الزوجين قبل الدخول ، وقبل الخلوة : أن بموت أحدهما انتهى عقد الزواج بينهما . والشىء بانتهائه يتقرر ، ويتأكد . فيأخذ حكمه كاملاً ، ويستعقب مواجبه . وأيضاً . فبموت أحدهما قبل الدخول والخلوة . انقطع احتمال أن يوجد ما يسقط بعض

(١) الآية رقم ٢١ من سورة النساء .

المهر . وهو : الفرقة من قبل الزوج . حتى يتنصف المهر المسمى في العقد ، وأن يوجد ما يسقط كله . وهو الفرقة من قبل الزوجة . حتى يسقط كل المهر . فيتقرر وجوب المهر بتمامه على الزوج بالعقد .

ومذهب « جمهور فقهاء الحنفية » المعمول به : أن يموت أحد الزوجين قبل الدخول ، وقبل الخلوة . يتقرر المهر الواجب بالعقد ، ويتأكد وجوبه بتمامه . فلا يسقط . إلا بالاداء ، أو الابراء . مهما تنوعت أسباب الموت . أى سواء كان موت أحدهما موتاً طبيعياً ، أو كان موته بقتل نفسه ، أو بقتل أجنبي ، أو بقتل أحدهما الآخر .

والفحص : أن المهر يتقرر للزوجة ، ويجب أدائه بتمامه على الزوج بالدخول الحقيقي . سواء كان العقد صحيحاً ، أو فاسداً ، أو لم يوجد عقد . ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد . كما في الدخول بشبهة . وبالخلوة ، الصحيحة ، ويموت أحد الزوجين . إذا كان الزواج صحيحاً .

تعريف الخلوة الصحيحة

والخلوة الصحيحة التى تقوم مقام الدخول ، وتؤكد وجوب المهر بتمامه فى الزواج الصحيح . هى : أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزوج الصحيح بينهما منفردين فى مكان ، آمنين من دخول الغير عليهما . بدون اذن . وليس ثمة مانع حسى ، أو شرعى ، أو طبيعى . يمنع من مقاربة الزوج لزوجته . فلا بد لتحقيق الخلوة الصحيحة من توافر هذه الشروط جميعاً . فاذا فقد واحد من هذه الشروط . اعتبرت الخلوة فاسدة . فلا تؤكد وجوب المهر بتمامه . كما إذا كان الزواج بينهما فاسداً ، أو اجتمعا فى مكان لا يأمنان من اطلاق الغير

ودخوله عليهما ، أو وجد مانع حسي . كوجود ثالث معهما ، ولو كان أعمى أو نائماً . وإن كان الثالث صغيراً لا يعقل . فإنه لا يمنع من صحة الخلوة . لأن وجوده كعدمه . أو وجد مانع شرعى . كصوم رمضان ، والاحرام بالحج . سواء كان الحج فرضاً ، أو نفلاً . لأن اختلاط الرجل بزوجه . إذا كان أحدهما صائماً ، أو محرماً بالحج : محرم شرعاً . فيكون ذلك مانعاً شرعياً من صحة الخلوة . أو وجد مانع طبيعي . كمرض مانع من الاختلاط ، وكالصغير . كما إذا كانت الزوجة صغيرة ، أو كان الزوج صغيراً . بحيث لا يتوقع أن يتمكن من الاختلاط الجنسي . وكالحيض ، والنفاس . لأن الطبع السليم يمجج الاختلاط بالمرأة في حال الحيض ، أو النفاس ، وتنفر النفس من الاختلاط بها اختلاطاً جنسياً . ويصح اعتبار كل من الحيض ، والنفاس : مانعاً شرعياً من صحة الخلوة . لأن الشارع حرم مقاربة الزوجة . وهى حائض ، أو نفساء . قال تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » (١) . ومثل الحائض في هذا الحكم : النفساء . والخلوة الصحيحة . تشارك الدخول الحقيقي في أحكام ، وتخالفه في أحكام أخرى .

الأحكام التي يشتركان فيها

يشتركان في الأحكام الآتية :

- ١ - : في تأكد المهر الواجب بالعقد .
- ب - : في وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة .

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

ومن مستلزمات وجوب العدة على الزوجة إذا حصلت الفرقة بين الزوجين. بعد الخلوة الصحيحة : الأحكام التالية :

(١) : وجوب نفقة العدة لها .

(٢) : حرمة الجمع بينها، وبين أختها أو من في حكمها. من محارمها بالقرابة ، أو بالرضاع . ما دامت في العدة .

(٣) : حرمة الزواج بخامسة . ما دامت الزوجة المطلقة بعد الخلوة بها ، وقبل الدخول بها . لا تزال في العدة . إن كان مطلقها متزوجاً بأكثر من واحدة ، وكانت هي تكمل الأربع من الزوجات .

وهذه الأحكام الثلاثة من أحكام العدة ، وليست من أحكام الخلوة الصحيحة . كما أنها ليست من أحكام الدخول الحقيقي .

ج - : ثبوت نسب الولد من الزوج . فإذا اختلى الزوج بزوجه خلوة صحيحة . ثم جاءت بولد . ثبت نسبه منه ، ان توافرت فيه شروط ثبوت النسب . وثبوت النسب في هذه الحالة من أحكام الزواج الصحيح ، لا من أحكام الخلوة الصحيحة . كما سيتبين لنا ذلك في مبحث ثبوت النسب .

والخلوة الفاسدة بين الزوجين في الزواج الصحيح . لا يترتب عليها . أى حكم من الأحكام المترتبة على الخلوة الصحيحة ، مع استثناء حالة واحدة . يجب فيها العدة احتياطاً . للمحافظة على الأنساب . وهى : ما إذا كان يمكن حصول الاختلاط الجنسى ، مع فساد الخلوة . لوجود مانع شرعى . حيث يتمكن في هذه الحالة من الاختلاط .

وأما الخلوة بين الزوجين في الزواج الفاسد . فلا يترتب عليها أى حكم من أحكام الخلوة الصحيحة في الزواج الصحيح . لأن الخلوة في الزواج

الفاسد لا تعد تمكيناً من الاستمتاع بالزوجة . لأن فساد الزواج مانع شرعاً من الاستمتاع بها . وبالتالي . فلا تقوم الخلوة في الزواج الفاسد مقام الدخول الحقيقي ، ولا يعطى لها أى حكم من أحكامه .

الأحكام التى تختلف فيها الخلوة عن الدخول

والخلوة الصحيحة تخالف الدخول الحقيقي . فى المسائل الآتية :

(١) : دخول الزوج بزوجه يحرم : أن يتزوج باحدى فروعها . لأن الدخول بالأمهات يحرم البنات . بخلاف الخلوة بها خلوة صحيحة . فلا تحرم البنات . فمن اختلى بزوجه ، ولم يدخل بها . حتى ماتت زوجته ، أو طلقها ، وانقضت عدتها ، يحل له أن يتزوج باحدى فروعها .

(٢) الدخول بالمطلة طلاقاً رجعيّاً: يعد مراجعة لها. ما دامت فى العدة. بخلاف الخلوة بها . فلا تعد مراجعة .

(٣) : الطلاق بعد الدخول. قد يكون رجعيّاً ، وقد يكون بائناً . فان كان رجعيّاً ، فلمطلقها أن يراجعها ما دامت فى العدة ، بدون رضاها ، وبلا مهر ، وعقد. جديدين . وأما الطلاق بعد الخلوة . فلا يكون . إلا بائناً . فلا يملك مطلقها الحق فى مراجعتها ، ولو كانت فى العدة .

(٤) : المطلقة طلقة مكلمة للثلاث. لا تحل لزوجها الأول، إذا تزوجت بغيره ، واختلى بها . ثم مات عنها، أو طلقها ، وانقضت عدتها منه . وانما تحل له. إذا دخل بها الثانى دخولا حقيقياً . ثم انقضت عدتها . بعد أن فارقتها.

(٥) : الميراث . فمن طلق زوجته بعد الخلوة الصحيحة ، ومات أحدهما . وهى فى العدة لا توارث بينهما بسبب الزوجية . لانقطاع الزوجية

بينهما بالطلاق البائن . وإذا طلقها بعد الدخول بها طلاقاً رجعيّاً ، ومات أحدهما . وهى فى العدة ورثه الآخر بالزوجية . لبقائها بعد الطلاق الرجعى . كما كانت قبل الطلاق . ما دامت فى العدة . فموت أحدهما . وهى لا تزال فى العدة . كموته قبل حصول أية فرقة بينهما .

(٦) : الاحصان . ويثبت الاحصان بالدخول ، ولا يثبت بالخلوة . فمن زنى بعد الدخول بزوجه ، كان محصناً فيرجم . ومن زنى بعد أن اختلى بزوجه ، ولم يكن قد سبق له أن دخل بامرأة فى زواج صحيح . يجلد مائة جلدة . لكونه غير محصن ، ولا يرجم . إذ يشترط فى عقوبة الرجيم : أن يكون من ارتكب الفاحشة محصناً .

متى تستحق الزوجة نصف المهر

علم مما تقدم : أن المهر الواجب بعقد الزواج الصحيح . وجوبه غير مستقر ، وغير مؤكّد . لأنه معرض لأن يسقط كله ، أو بعضه . ما دام لم يوجد ما يؤكّد وجوبه . وقد سبق : أن بينا الأمور التى تؤكّد وجوب المهر بتمامه . وقد علم : أنه إذا وجد أى واحد منها . صار المهر الواجب بالعقد حقّاً مستقراً غير قابل . لسقوط كله ، أو لسقوط بعضه . بأية فرقة من قبل الزوج أو الزوجة . فلا تبرأ ذمة الزوج من المهر . بعد تأكّد وجوبه . إلا بالأداء ، أو الإبراء . وسنبين الآن متى يسقط نصفه ، ومتى يسقط كله ، وبعبارة أخرى . متى تستحق المرأة نصف مهرها ؟ ، ومتى لا تستحق شيئاً من مهرها ؟ ومتى تستحق المتعة ؟ .

إذا كان عقد الزواج صحيحاً ، وكان المهر مسمى فى العقد تسمية صحيحة . فوقعت الفرقة بين الزوجين . قبل الدخول حقيقة ، أو حكماً . بسبب من قبل الزوج . سواء كانت الفرقة طلاقاً ، أو فسحاً . لعقد الزواج . استحققت الزوجة نصف مهرها المسمى . لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن

تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» (١). دلت الآية الكريمة بصريح العبارة على وجوب نصف المهر المسمى للزوجة ، إذا طلقها زوجها قبل الدخول بها حقيقة ، أو حكماً . وألحقت بالطلاق : كل فرقة من قبل الزوج قبل الدخول . في هذا الحكم . سواء اعتبرت الفرقة طلاقاً ، أو فسخاً . كالفرقة بسبب ردة الزوج المسلم عن دين الاسلام ، ولو كانت زوجته كتابية (٢) . أو بسبب اباة الزوج غير المسلم الاسلام . بعد اسلام زوجته (٣) . وكالفرقة بسبب فعل الزوج بإحدى أصول زوجته ، أو فروعها : ما يوجب حرمة المصاهرة (٤) .

وقر استفتى مما تقدم : الفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو بسبب خيار الافاقة . من الجنون ، أو العته . فاذا كان للزوج خيار البلوغ . كما إذا زوجه . وهو صغير . غير الأب والجد . واختار نفسه بالبلوغ . قبل الدخول والخلوة ، وحكم القاضي بناء على طلبه . بالفرقة بينه ، وبين زوجته . فان الزوجة لا تستحق شيئاً من مهرها المسمى ، مادامت الفرقة قبل الدخول والخلوة . لأن هذه الفرقة فسخ للعقد من كل وجه . فيعتبر العقد كأن لم يكن ، وأيضاً لو وجب نصف المهر المسمى للزوجة في هذه الحالة : لما كان ثمة فائدة من اثبات حق خيار البلوغ للزوج . إذ له أن يطلق زوجته ، ويجب عليه نصف المهر . ولا يخلو إثبات الخيار له من فائدة . وإلا كان عبثاً يمان عنه التشريع . وليس هناك فائدة : سوى سقوط المهر عنه ، وعدم مطالبته بشيء منه ، إذا ما اختار الفسخ بالبلوغ . قبل الدخول . وقبل الخلوة .

(١) الآية رقم ٢٣٧ من سورة البقرة .

(٢) اعتبر « الشيخان » هذه الفرقة فسخاً ، واعتبرها « مجد » طلاقاً .

(٣) اعتبر « الطرفان » هذه الفرقة طلاقاً ، واعتبرها « أبو يوسف » فسخاً .

(٤) وهذه الفرقة فسخ لاطلاق باتفاق .

والمهر في صورة ما إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو بغيره من قبل الزوج قبل الدخول وقبل الخلوة : يتجاذبه وجهان من النظر متعارضان . يقتضى كل منهما . خلاف ما يقتضيه الآخر .

أمرهما : أن الزوج هو سبب الفرقة . من غير أن يكون للزوجة دخل فيها ، وأنه كان في إمكانه أن يستمتع بها ، ويستوفي حقه . ولكنه لم يفعل . فهو الذي فوت على نفسه ذلك طوعاً واختياراً . وهذا يقتضى : أن يجب المهر كله على الزوج لزوجته .

نائبهما : أن الزوج لم يستمتع بزوجه ، ولم يستوف شيئاً من حقه بمقتضى عقد زواجه عليها . وأن حال الزوجة بعد الفرقة . كحالها قبل عقد الزواج عليها . لأن المعقود عليه لا يزال سالماً لم يمس . وهذا يقتضى : ألا تستحق الزوجة شيئاً من المهر . نظيره : ما إذا فسخ المتبايعان عقد البيع ، ورد المبيع إلى البائع سالماً . كما كان قبل عقد البيع . فان البائع لا يستحق شيئاً من الثمن .

فاعتبر الشارع هاتين الوجهتين المتعارضتين ، ولم يبلغ اعتبار احدهما بالكلية . دون الأخرى . مراعاة للجانبين ، فتوسط في الأمر ، وأوجب نصف المهر المسمى على الزوج لزوجته ، وأسقط عنه النصف الآخر . وبهذه الطريقة العادلة . تجنب الشارع إلحاق الضرر بأحد الزوجين . فلم يلزم الزوج بكل المهر الذي وجب بالقد ، ولم يحرم الزوجة من كل حقتها في المهر .

ولما كان مدلول الآية : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » : أن المهر الذي يتنصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً . هو : المهر المفروض في عقد الزواج الصحيح فرضاً صحيحاً . فإنه ينبى على ذلك : ألا يتنصف بالفرقة قبل الدخول ، وقبل الخلوة : ما أتى :

ا - : المهر المسمى في عقد الزواج الفاسد . لأن الزواج متى كان فاسداً لا يجب فيه المهر بنفس العقد ، وإنما يجب بالدخول الحقيقي . والمهر بعد الدخول لا يتنصف . بل يجب كاملاً غير منقوص . فلا يتصور أن تستحق الزوجة نصف المهر المسمى في الزواج الفاسد .

ب - : الزيادة التي زيدت بعد العقد في المهر المسمى . لأن هذه الزيادة لم تفرض وقت انشاء العقد . فتسقط بالفرقة قبل الدخول ، وقبل الخلوة . فلا تستحق الزوجة شيئاً منها على زوجها . فلو كان المهر المسمى في العقد مائة جنيه ، وزيد فيه بعد العقد خمسون جنيهاً ، ثم وقعت الفرقة بين الزوجين . بسبب من قبل الزوج قبل الدخول ، والخلوة . لا تستحق الزوجة . إلا خمسين جنيهاً : نصف مهرها المسمى في العقد . ولا يجب لها على زوجها شيء من الزيادة .

ج - : مهر المثل . لأن النص إنما ورد بتنصيب المفروض وقت العقد . وفي الحالات التي يجب فيها مهر المثل . لا يوجد فرض صحيح للمهر وقت العقد . كما إذا تزوجها . ولم يسم لها مهرأ في العقد ، أو سماه تسمية غير صحيحة ، أو نفى المهر . فلا يتنصف مهر المثل ، إذا وقعت الفرقة من قبل الزواج ، قبل الدخول ، وقبل الخلوة . وإنما الواجب في هذه الحالة : المتعة . كما سيأتي .

د - : المهر المفروض للمفوضة بعد العقد . بتراضي الزوجين ، أو بأمر القاضي . لأنه لم يفرض وقت العقد ، وإنما فرض بعده . فلا يتناول قول الله « فنصف ما فرضتم » . لأن الظاهر المتبادر منه : المفروض حين العقد لا بعده . لأن المتعارف بين الناس : إطلاق لفظ المفروض على ما فرض في العقد ، لا على ما فرض بعده (١) .

(١) وذهب الامامان « مالك » ، و« الشافعي » . إلى أن المفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول . بدون فرق بين مفروض في العقد ، ومفروض بعده ، لأن =

والفرقة : أن الزوجة تستحق نصف مهرها المسمى فقط . إذا وقعت
الفرقة بينها وبين زوجها . بأربعة شروط :

- (١) : أن يكون عقد الزواج صحيحاً .
- (٢) : أن يكون المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة .
- (٣) : أن تقع الفرقة بينهما قبل الدخول ، وقبل الخلوة الصحيحة .
- (٤) : أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج . سواء كانت الفرقة طلاقاً ، أو فسخاً . ما عدا الفرقة بخيار البلوغ (١) .

عود نصف المهر إلى ملك الزوج

إذا كانت الزوجة لم تكن قبضت مهرها المسمى في العقد . حتى وقعت
الفرقة بينها وبين زوجها . بسبب من قبله . قبل وجود ما يؤكد وجوب المهر

== الفرض معناه : التقدير . وهو يشمل ما فرض في العقد ، وما فرض بعده . فتقول الله تعالى : « فنصف ما فرضتم » يتناول المفروض مطلقاً . وتقييد المفروض . بكونه في العقد لا وجه له . لأن اقتران الفرض بالعقد لا أثر له في الحكم . بدليل تساوى المفروض في العقد . والمفروض بعده . في سقوط الكل ، إذا وجد ما يقتضى سقوط المهر كله ، وفي تأكيد المهر وتقرره . إذا وجد أحد الأمور المؤكدة لوجوبه بتمامه .

« فالخفية » وغيرهم . يستندون في اثبات مذهبهم إلى الآية الكريمة . ولكل
وجهة .

(١) وهذه الشروط الأربعة تؤخذ من الآية : « وان طلقتموهن من قبل أن
تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » . لأن الطلاق من أحكام عقد الزواج
الصحيح . فلا بد من أن يكون عقد الزواج صحيحاً . وقيدت الآية الطلاق . بكونه
قبل المس . فلا بد من أن تقع الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكماً . وقوله تعالى :
« وقد فرضتم » يدل على أنه لا بد من أن يكون المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة .
وقد اسندت الآية الطلاق إلى الأزواج . فدل ذلك على أن تكون الفرقة من قبل
الزوج . حتى يجب نصف المهر المسمى . بالطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة .

بتمامه : استحقت الزوجة النصف فقط . وعاد النصف الآخر من المهر إلى ملك الزوج . بمجرد وقوع الفرقة ، من غير حاجة إلى رضا الزوجة ، وبدون توقف على قضاء القاضى . فللزوجة أن يتصرف فيه . بكافة التصرفات الحائزة شرعا . كما يتصرف فى سائر أملاكه . وينفذ تصرفه . لأن المهر إذا كان من المثليات : فهو : دين فى ذمة الزوج ، وما دامت الزوجة لم تقبضه حتى وقعت الفرقة . سقط نصف المهر عن الزوج ، ولا تكون ذمته مشغولة به ، وبالتالي ليس للزوجة أن تطالبه بكل المهر . بل بنصفه فقط الواجب لها . فيعود ملك النصف الآخر إلى الزوج . بمجرد الفرقة بينهما . وإذا كان من القيميات . فهو فى يده . فلا حاجة إلى القضاء . لتعود ملكيته للنصف . ومن الواضح : أن الحكم المذكور . لا يختلف إذا كانت الزوجة قد قبضت نصف مهرها المسمى . ثم وقعت الفرقة بين الزوجين . بسبب من قبل الزوج . قبل أن يوجد ما يؤكد وجوب المهر بتمامه .

إذا كانت الزوجة قد قبضت مهرها المسمى فى العقد . قبل الفرقة . لا يعود نصفه إلى ملك الزوج بمجرد الفرقة . وإنما يعود إليه بترضى الطرفين ، أو بقضاء القاضى برده إليه ، لأن الزوجة بقبضها المهر الواجب لها بالعقد : قوى ملكها له . فلا يزول ملكها عن نصفه . بمجرد الفرقة ، ولا يعود إلى مطلقها . حتى يسترده بالتراضى ، أو بالتقاضى . ويتفرع على ذلك : أن الزوج لو تصرف فى شىء من المهر المقبوض . قبل أن يسترد نصفه برضا الزوجة ، أو بقضاء القاضى . توقف نفاذ تصرفه على إجازة الزوجة . لأنه تصرف فى ملكها لا فى ملكه . فهو فضولى فى هذا التصرف .

هل تنصف الزيادة الحاصلة فى المهر ؟؟

قد يكون المهر المسمى فى العقد من الأشياء التى تحصل فيها زيادة . كما إذا كان المهر بستانا ، فأثمرت أشجاره ، أو أفراسا ، فولدن . فان حصلت

زيادة في المهر المسمى . ثم وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول ، والخلوة ، ووجب للزوجة نصف المهر المسمى . فهل تنصف هذه الزيادة التي حصلت في المهر؟ . كما يتنصف المهر ، أو لا يتنصف؟ . ففي المسألة التفصيل الآتي :

أولاً - : إن حصلت الزيادة في المهر المسمى . وهو في يد الزوج ، وقبل أن تقبضه الزوجة ، ووقعت الفرقة بينهما قبل الدخول ، وقبل الخلوة . فإن كانت الزيادة متولدة من المهر . تنصف الزيادة مع المهر . سواء أكانت الزيادة متصلة ، أو منفصلة . كما إذا كان المهر حديقة . فأثمرت أشجارها قطع الثمر ، أو لم يقطع . لأن هذه الزيادة : نماء ملكهما المشترك . فتكون مشتركة بين الزوجين مناصفة .

وإذا كانت الزيادة غير متولدة من المهر . فإن كانت متصلة به . كالبناء في الأرض التي جعلت مهرأ لها في العقد . فهي لمن أحدثها . وإن كانت منفصلة . كما إذا كان المهر مما يستغل بطريق الأيجار . كالدار المعدة للاستغلال . فأنت بغلة . فإنها تنصف . حيث إنها نماء ملكهما المشترك . لأن ملكية الزوجة لنصف المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة . وعادت ملكيته إلى الزوج . فتكون الغلة مشتركة بين الزوجين مناصفة . ولأن العين التي أغلت مملوكة لها مناصفة .

ثانياً - : إذا حصلت الزيادة في المهر . بعد أن قبضته الزوجة - أي أن الزيادة حصلت في المهر . وهو في يدها - قبل أن يسترد منها الزوج نصفه بالتراضي ، أو بالتقاضى . فهي للزوجة . سواء كانت الزيادة متولدة من المهر ، أو غير متولدة ، وسواء حصلت الزيادة قبل الطلاق ، أو بعده ، لأنها نماء ملكها بالقبض . ما عدا الزيادة التي ليست نماء للمهر ، ولا متولدة منه : كالبناء . فهي لمن أحدثها .

ثالثاً - : إذا حصلت الزيادة في المهر . وهو في يد الزوجة . بعد القضاء، أو التراضي . برد نصفه إلى الزوج . تنتصف الزيادة بينهما، لأنها نماء ملكهما . ما عدا الزيادة التي ليست نماء للمهر ، ولا متولدة منه : كالبناء . فهي لمن أحدثها .

متى تجب المتعة

المتعة ، والمتاع في اللغة : ما يتمتع به . أى ما ينتفع به انتفاعاً قليلاً غير باق . بل ينقضى عن قريب . يقال : « انما الحياة الدنيا متاع » . أى لابقاء لها . وفي التنزيل : « ولكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين » (١) . « وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور » (٢) .

وفي اصطلاح الفقهاء : ما وصلت به المرأة بعد طلاقها من ثياب ، ونحوها . سميت بذلك . لأن المطلقة تتمتع بها .

وتجب المتعة للزوجة على زوجها . إذا فارقتها بسبب من جهته . قبل الدخول وقبل الحلوة . في زواج صحيح لم يسم فيه المهر تسمية صحيحة . سواء أكانت الفرقة طلاقاً ، أو فسحاً . وتشمل هذه الحالة صورتين :

الأولى : الحالات التي يجب فيها مهر المثل بالعقد . بأن لم يسم مهر في العقد أصلاً ، أو سمي تسمية غير صحيحة ، أو نفى المهر .

الثانية : إذا لم يذكر في العقد مهر . ثم فرض بعد العقد . بتراضي الطرفين ، أو بقضاء القاضي .

ووجب المتعة شرعاً للمطلقة في هاتين الصورتين . حيث لا يجب لها شيء من المهر . إذا وقعت الفرقة فيهما . قبل الدخول ، وقبل الحلوة : كتعويض

(١) الآية رقم ٣٦ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ١٨٥ من سورة آل عمران .

لها. بسبب ما لحق الزوجة من الضرر والأذى. بالفرقة التي جاءت من قبل الزوج ، بدون أن يكون لها دخل فيها .

ولم يرد في الشرع مقدار معين للمتعة . لأن النص الذي أوجب المتعة . ورد مطلقاً بدون تقدير ، ومن غير تنصيص على مقدارها . وهو : قول الله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف » (١) فوجب المصير إلى عرف الناس . في مقدار المتعة (٢) . والمعتبر في تقديرها : عرف كل بلدة . ولهذا صرح الفقهاء . بأن المتعة عبارة عن الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند الخروج . حسب عرف بلدها . وبعد مراعاة عرف البلد في ذلك . اختلف الفقهاء . فيمن يراعى حاله في تقرير المتعة . فقيل : « يراعى في ذلك حال الزوجة فقط » . لأن المتعة قائمة مقام نصف مهر مثلها . وفي مهر المثل يراعى حالها . فكذا في المتعة . لكونها بدل نصف مهر المثل . وقيل : « يراعى حال الزوج فقط » عملاً بنص قوله تعالى : « ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » . أي متعهن على الغنى بقدر حاله ، وعلى الفقير بقدر حاله . وهذا الرأي صححه صاحب « الهداية » . لأن النص المذكور واضح في مراعاة حال الزوج فقط . عند تقدير المتعة . وقيل : « يراعى حال الزوجين معاً » . فإن كان أحدهما غنياً ، والآخر فقيراً . كان الواجب متعة المتوسطين ، وإن كان أحدهما متوسط الحال ، والآخر فقيراً . كان الواجب متعة بين متعة المتوسطين ، والفقراء . وإن كان أحدهما غنياً ، والآخر متوسطاً ، فالواجب متعة بين متعة الأغنياء ، والمتوسطين .

(١) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة .

(٢) وقال حجة الاسلام « أبو بكر الرازي » المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية في كتابه « أحكام القرآن » ولم يقدر أصحابنا لها - المتعة - مقداراً معلوماً لا يتجاوز به ولا يقصر عنه ، وقالوا : هي (المتعة) على قدر المتعارف في كل وقت « (ج ١ ص ٤٣٤) .

وقال « الكمال بن الهمام » : « وهذا الرأى الأخير . هو الأشبه بالفقه » .
لأن المتعة لو اعتبرت بحال الزوج فقط . للزم من ذلك : التسوية بين الغنية
والفقيرة . وهذا غير معروف بين الناس . بل هو : منكر عندهم . ولو اعتبرت
بحال الزوجة فقط . لكان فى ذلك ضرر بالزوج . إذا كان فقيراً . وهى غنية .
والآية لا تأبى اعتبار حال الزوجين معاً . بل يشير إليه قوله تعالى : « متاعاً
بالمعروف » . لأن الله تعالى شرط فى مقدار المتعة شيئين . أحدهما : اعتبارها
بيسار الرجل ، واعساره . والثانى : أن يكون بالمعروف مع ذلك . فوجب
اعتبار المعنيين . عند تقدير المتعة (١) .

ثم إن المتعة كما تكون بكسوة المرأة يصح أن تكون بقيمتها . فيخير الزوج
بين أن يعطيها الكسوة ، أو قيمتها . بشرط ألا تزيد عن نصف مهر مثلها . لأن
المتعة بدل عنه ، ولا ينقص عن خمسة دراهم التى هى نصف أقل حد المهر .

ونص فقهاء « الحنفية » على أن المتعة تستحب لكل مطلقة بعد الدخول ،

(١) وفى كتاب « أحكام القرآن » ج ١ ص ٤٣٣ : ولو اقتصر فى تقدير
المتعة على اعتبار حال الزوج فقط . لاستدعى ذلك : أن تتساوى المرأة الشريفة
الرفيعة ، والمرأة الوضيعة . فى المتعة . إذا كان الرجل متزوجاً بإسراطين مختلفتين
فى رفعة المقام ، وبعته . ثم طلقهما قبل الدخول ، ولم يكن قد سمى لها مهراً فى
العقد . وهذا : منكر فى عادات الناس ، وغير معروف . وأيضاً فلو تزوج رجل سوسر
عظيم الغنى والشأن . امرأة . مهر مثلها دينار ، ولم يسم لها مهراً فى العقد . ثم
طلقها بعد الدخول وجب لها مهر مثلها . وهو الدينار . ولو طلقها قبل الدخول
لزمته المتعة على قدر ماله . وقد يكون ذلك أضعاف مهر مثلها . فتستحق بالطلاق
قبل الدخول أكثر مما تستحق بالطلاق بعد الدخول : وهذا خلف من القول غير
معقول . لأن الله أوجب للمطلقة قبل الدخول نصف ما أوجبه بعد الدخول .
إن كان المهر مسمى فى العقد . فاذا كان القول باعتبار حال الرجل . دون المرأة
يؤدى إلى مخالفة معنى الكتاب ودلالته ، وإلى خلاف المعروف فى العادات . سقط .
وحيثئذ . يجب اعتبار حالها معه (راجع أحكام القرآن) .

وعلى أنه لا متعة واجبة ، ولا مستحبة . للمطلقة قبل الدخول بها التي استحقت نصف المهر في العقد ، ولا للمتوفى عنها زوجها .

متى يسقط المهر كله

يسقط كل المهر الواجب بالعقد ، ولا يجب شيء منه للزوجة على زوجها . سواء كان المهر الواجب : المسمى في العقد ، أو مهر المثل . إذا وقعت الفرقة بين الزوجين . قبل أن يوجد ما يؤكد وجوب المهر . في الحالتين الآتيتين :

(١) : إذا وقعت الفرقة من قبل الزوج قبل الدخول . والخلوة ، بسبب خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة . من العته ، أو الجنون . في الحالات التي يكون له شرعاً حق فسخ الزواج . بخيار البلوغ ، أو بخيار الافاقة . كما إذا زوج غير الأب والجد من له ولاية الاجبار عليه ، واختار نفسه قبل الدخول حقيقة أو حكماً . عند زوال سبب الولاية عليه . وهو الصغر ، أو العته ، أو الجنون . لما له من حق خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة . وطلب الفرقة بينه وبين زوجته أمام القضاء ، وحكم القاضي بما طلب . سقط عنه المهر كله ، ولا تستحق الزوجة شيئاً منه . لأن الفرقة في هذه الحالة : نقض للعقد من أصله . فيعتبر العقد كأنه لم يكن . وأيضاً لو أُلزم الزوج في هذه الحالة . بأن يدفع نصف المهر المسمى . لما كان هناك فائدة من اثبات خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة . لأن له أن يطلق زوجته . وإنما تظهر الثرة والفائدة من ثبوت الخيار له في عدم وجوب شيء من المهر عليه . إذا اختار الفرقة بخيار البلوغ ، أو بخيار الافاقة . ما دام لم يوجد ما يقرر المهر ، ويؤكد وجوبه .

(٢) : إذا وقعت الفرقة بين الزوجين . قبل الدخول حقيقة ، أو حكماً . بسبب من جهة الزوجة . سواء أكان السبب مشروعاً ، أو غير مشروع .

فالسبب المشروع في الفرقة الآتية من جهتها : أن تختار نفسها عند البلوغ ، أو الافاقة . من العته، أو الجنون. في الحالات التي يثبت لها شرعاً حق خيار فسخ الزواج . وكما إذا كانت العصمة في يدها ، فطلقت نفسها من زوجها قبل الدخول . والسبب غير المشروع في الفرقة التي جاءت من قبلها : ارتدادها عن الدين الاسلامي، وابطاؤها. وهي مشرقة : اعتناق الدين الاسلامي، أو أى دين كتابي . بعد اسلام زوجها . وارتكابها مع أحد أصول زوجها أو فروعه : ما يوجب حرمة المصاهرة. والعلة في أنه يسقط مهرها كله في هذه الحالة ، ولا يجب لها على زوجها شيء منه : أن الفرقة لما جاءت من جهتها . فقد حالت بين الزوج ، وبين أن يتمتع بها . من غير أن يكون للزوج أى دخل في ذلك . ففوتت على الزوج حقه في الاستمتاع الذى ملكه بالزواج . وإذا كان سبب الفرقة من جهتها معصية، فسقوط كل مهرها. أظهر وأوضح. لأن الإنسان يستحق العقاب على ارتكابه المعصية . ولا ينبغى أن يستفيد من المعصية : مرتكبها .

وإذا فسخ القاضى عقد الزواج . لتقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها . بناء على طلب وليها العاصب ، اعتبرت الفرقة من قبلها . لأن وليها من قبلها . فلا تستحق شيئاً عن مهرها ، إذا كان الفسخ قبل الدخول، والخلوة .

وإذا أبرأت الزوجة زوجها من مهرها ، أو وهبته له . سقط المهر عن الزوج لا بحكم الشارع . بل باسقاطها هي حقها . لأن المهر في حال البقاء : حق خالص لها . فلها أن تصرف فيه . بما تشاء من التصرفات ، وليس لأحد الحق في الاعتراض على تصرفها فيه بالابراء ، أو الهبة ، أو غيرهما . من التصرفات . متى كانت أهلاً للتبرع .

وإذا كان عقد الزواج فاسداً . كما إذا لم يحضره شاهدان ، وحصلت المتاركة بين الزوجين من تلقاء أنفسهما، أو فرق القاضى بينهما قبل الدخول

الحقيقي ، ولو بعد أن اختلى الزوج بمن تزوجها زواجاً فاسداً . فلا شيء
للزوجة . سواء أكان المهر مسمى في العقد ، أم غير مسمى فيه . لأن الزواج
لما كان غير صحيح . لم يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج الصحيح ، ولأن
سبب وجوب المهر في عقد الزواج الفاسد لم يتحقق . وهو : الدخول الحقيقي .
ولا يوجد المسبب بدون سببه .

اقتران المهر بشرط

المهر المسمى في العقد . إما أن يقترن بشرط ، أو لا يقترن به . فان لم يقترن بشرط . وجب المهر المسمى في العقد على التفصيل السابق . وإن اقترن بشرط . فلا يخلو الأمر من احدى ثلاث صور :

الصورة الأولى : أن يسمى الزوج لزوجته في العقد مهراً أقل من مهر مثلها ، ويشترط لها على نفسه في نظير نقص مهرها عن مهر مثلها : أن يحقق لها منفعة مباحة شرعاً ، أو لقربها المحرم . كأبيها ، وأخيها . كما إذا كان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهاً . وجعل لها مائة جنيه مهراً . على شرط ألا يخرجها من بلدها ، أو ألا يتزوج عليها ، أو على شرط أن يجد لأبيها مثلاً عملاً يرتزق منه . وتراضياً على ذلك . فان وفي الزوج بالشرط . فليس لها إلا المسمى . لرضاها به عند وفائه بالشرط ، وإن لم يف بالشرط . فلها مهر مثلها لا المهر المسمى . لأنها لم ترض بالمهر المسمى الذي هو دون مهر مثلها . إلا بناء على أن يحقق لها المنفعة المقصودة لها ، وقد فاتت تلك المنفعة . لعدم قيام الزوج بالشرط . فانعدم رضاها بالمهر المسمى ، فيجب لها مهر المثل الذي هو : الموجب الأصلي . لكل عقد لم يحصل فيه تراض على التسمية .

وأما إذا كانت المنفعة المشروطة غير مباحة شرعاً ، كاشتراط شربها الخمر ، أو ترك الصلاة ، أو خروجها إلى المراقص ، أو الملاهي . أو مجالستها مع الرجال الأجانب ، أو كانت المنفعة لأجنبي عنها . أى لغير ذى رحم محرم لها . فالواجب . هو : المهر المسمى . بشرط ألا ينقص عن الحد الأدنى للمهر . لأن المنفعة إذا كانت غير مباحة . لا يجوز الوفاء بهذا الشرط . كما لا يجوز للمسلم شرعاً : أن ينتفع بها . فلا يستحق عوضاً عن فوات الانتفاع بها . وإذا كانت المنفعة لأجنبي عنها . ليست منفعة مقصودة قصداً صحيحاً لأحد العاقدين . فيجب المهر المسمى في العقد .

الصورة الثانية: أن يسمى الزوج في العقد مهرأ أكثر من مهر مثلها . ويجعل تلك الزيادة في نظير أن يتحقق في الزوجة وصف مرغوب فيه . كأن يكون مهر مثلها مائة جنيه مثلا ، وسمى لها مائة وخمسين جنيها في العقد مهرأ . على شرط أنها بكر ، أو متعلمة ، أو سليمة من الأمراض . وتراضيا على ذلك . فان وجدها على الوصف المرغوب فيه . وجب لها المسمى ، وان وجدها على خلافه ، وجب لها مهر المثل ، لا المسمى . لأن الزوج لم يرض بالزيادة على مهر مثلها . إلا في نظير أن تكون الزوجة بالوصف المرغوب فيه . فاذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف . انعدم رضاه بما زاد على مهر المثل . فلا يجب عليه إلا مهر المثل .

الصورة الثالثة: أن يسمى لها مهرأ في العقد على تقدير ، ويسمى لها مهرأ آخر على تقدير آخر . كما إذا جعل مهرها مائة جنيه . إن كانت بكرأ ، أو متعلمة ، أو إن نقلها من بلدها ، أو تزوج عليها ، وجعل مهرها سبعين جنيها إن كانت غير بكر ، أو غير متعلمة ، أو إن لم ينقلها من بلدها ، أو إن لم يتزوج عليها . فالرأى الراجح في المذهب . وهو قول «الصاحبين» : أنه يصح كل من الشرطين ، والتسميتين . فاذا تحقق شرط التسمية الأولى . وجب المسمى الأول . وهو مائة جنيه ، وإذا تحقق شرط التسمية الثانية . وجب المسمى الثاني . وهو سبعون جنيها . لأن الزوجين رضيا بمهر مخصوص في حالة مخصوصة . فعند تحققها يجب المهر المسمى الخاص بها . لوجود الشرط .

وقال « زفر » : « ان التسميتين غير صحيحتين » . لأن المسمى مهرأ مجهول . لترديده بين شيئين . وهو يورث الجهالة . وتسمية المجهول مهرأ في العقد تسمية غير صحيحة ، فيجب مهر المثل : الموجب الأصلي لعقد الزواج . لكونه هو الملائم . إلا أنه لا يزيد عن مائة جنيه . لأن الزوجة رضيت بذلك عند تحقق شرط التسمية الأولى ، ولا ينقص عن سبعين جنيها . لأن الزوج رضى بذلك . عند تحقق شرط التسمية الثانية .

وقال « أبو حنيفة » : التسمية الأولى صحيحة. لأنها صادفت محلاً لوقوعها بدون أن يوجد ما يزاومها . فان تحقق شرطها وجب المسمى فيها . والتسمية الثانية غير صحيحة . لأنها لم تصادف محلاً. لوقوعها بعد التسمية الأولى الصحيحة . فان تحقق شرط التسمية الثانية وجب مهر المثل لا المسمى ، ولا يزيد عن المائة جنيه. لرضاها بها . عند تحقق التسمية الأولى . ولا ينقص عن السبعين جنيهها . لرضاها به . عند تحقق شرط التسمية الثانية .

وبينفي أنه يلازم في هذا المقام : أن هناك فرقا بين إقتران عقد الزواج ذاته بشرط ، وبين إقتران المهر بشرط . فالأحكام المذكورة هنا إنما هي في إقتران المهر بشرط . وأما إقتران عقد الزواج بشرط . فإنه لا أثر له في العقد ، ولا يترتب على عدم تحققه ، أو على عدم الوفاء به : أى أثر بالنسبة للعقد عند « الحنفية » . لأن عقد الزواج عندهم لا يدخله شرط . كما لا يدخله خيار عيب ، أو خيار رؤية . وبناء على ذلك . فلو اشترط في عقد الزواج شرط فيه منفعة للزوجة ، أو اشترط فيه وصف مرغوب فيه . ولم يجعل الشرط في نظير نقص المسمى عن مهر المثل ، أو في نظير زيادة المسمى على مهر المثل . بل جعل الشرط للزواج ، والرضا به . فالواجب . هو : المهر المسمى بالغاً ما بلغ . سواء وفي الزوج بالمنفعة المشروطة لها ، أو لم يف بها ، وسواء تحقق في الزوجة الوصف المرغوب فيه ، أو لم يتحقق .

فاذا تزوجها على أنها بكر . بمهر أكثر من مهر مثلها ، ولم يجعل الزيادة في مقابل البكارة . بل جعل الزيادة شرطاً للرضا بالزواج . وكذا لو تزوجها على أن يطلق ضرتها . بمهر أقل من مهر مثلها ، ولم يجعل النقص في مقابل طلاق ضرتها . بل جعل شرطاً للرضا بالزواج . فإنه يجب المسمى . سواء أكانت بكرًا ، أم ثيبًا ، وسواء طلق ضرتها ، أو لم يطلقها .

وكذا إذا تزوجها على أنها بكر ، أو على ألا يخرجها من بلدها . ولم يسم لها مهرًا . وجب عليه مهر المثل . سواء وجدها بكرًا ، أو ثيبًا ، وسواء أخرجها من بلدها ، أو لم يخرجها .

ففى اقتران الزواج بشرط . يكون الرضا بالزواج نفسه مشروطاً بشرط ،
وفى اقتران المهر بشرط . يكون الرضا بالمهر مشروطاً بشرط . وأما الزواج
نفسه فبخال عن الشرط .

من له ولاية قبض المهر

المهر بعد تمام عقد الزواج حق خالص للزوجة . لا يشاركها فيه أحد من
أقاربها ، ولا من غيرهم ، وتثبت ملكيتها للمهر . من غير توقف على القبض .
ولها وحدها : حق مطالبة الزوج به ، وولاية قبضه . متى كانت بالغة عاقلة
رشيدة . أى غير محجور عليها للسفه ، أو الغفلة . فان كانت الزوجة كاملة
الأهلية . فلها أن تتولى بنفسها قبض مهرها ، ولها أن توكل غيرها بقبض
مهرها . سواء أكانت بكرأ ، أو ثيبأ . وإذا كانت وكلت أباه ، أو جدها فى
قبض مهرها ، وكانت بكرأ . يكتفى منها بما يدل على رضاها بأن يتولى أبوها
أو جدها . قبض مهرها . بدون أن تعترض على ذلك ، ويعتبر سكوتها
رضا منها بذلك . وإن كانت ثيبأ يشترط أن يكون التوكيل منها ، ولو لأبيها ،
أو جدها : صريحأ . كأن تقول : « وكلت أبى فى قبض مهرى » . ووجه التفرقة
بين البكر ، والثيب . فيما ذكر : أن العادة جرت بين الناس . بأن الأب . هو
الذى يتولى تزويج بنته البكر ، وقبض مهرها ، والقيام بتجهيزها . ومثل الأب
فى هذا : الحد فى تزويج حفيده . فسكوت البكر . بدون أن يوجد منها
نهى صريح عن أن يقبض أبوها أو جدها مهرها : دليل على رضاها بما
جرت به العادة . بخلاف الثيب . فإنها عادة تتولى بنفسها شؤونها . فلا بد من
إذنها صراحة .

وأما إذا وكلت المرأة غير الأب ، والحد . فى قبض مهرها . فلا بد من
الاذن الصريح بالقبض ، بدون فرق بين ما إذا كانت بكرأ ، أو ثيبأ .

ويتفرع على ما تقدم :

(١) : أن الزوجة الكاملة الأهلية. إذا قبضت بنفسها ، أو بوكيلها . مهرها من زوجها . برئت ذمة الزوج من المهر .

(٢) : أن الزوج إذا سلم مهر زوجته إلى أبيها ، أو جدها . بغير توكيل صريح منها . إن كانت ثيباً ، أو مع نهيها أباهاً ، أو جدها . عن قبض مهرها ، ان كانت بكرأ : لم تبرأ ذمته من المهر . وكذا إذا دفع إلى غيرهما . بدون توكيل صريح منها ، ولو كانت بكرأ . لم تبرأ ذمته من المهر . فللزوجة أن تطالب زوجها بالمهر ، وله أن يرجع على من دفع إليه المهر .

وإذا كانت الزوجة صغيرة ، أو كانت كبيرة في حكم الصغيرة ، أو كانت بالغة عاقلة . ولكنها محجور عليها للسفه ، أو الغفلة . فالذي يملك قبض مهرها : من له الولاية على مالها . والذين لهم الولاية على المال : الأب ووصيه ، والجد الصحيح ، ووصيه ، والقاضي ، ووصيه . وليس لأحد غير هؤلاء ولاية على المال ، ولو كان ولياً في الزواج . كالأخ الشقيق ، وكالألم . وهؤلاء مرتبون في ثبوت ولاية المال لهم . بحسب الترتيب المذكور .

ثم من له الولاية على المال فقط . كالوصى . يملك قبض مهر من له الوصاية عليها ، ولا يملك تزويجها . إلا إذا كان ولياً ، ولا يوجد من هو أقرب منه . ومن له الولاية على النفس فقط . وهو : من عدا الأب ، والجد . من الأقارب . كالأخ ، والعم ، والألم . يملك تزويج من له الولاية عليها . ولا يملك قبض مهرها . إلا إذا كان وصياً عليها . ومن الواضح : أن من له الولاية على النفس ، وعلى المال . كالأب ، والجد . يملك تزويج من في ولايته ، وقبض مهرها .

وينبني على ما تقدم:

(١) : أن من له الولاية على مال فاقدة الأهلية، أو ناقصتها . إذا قبض مهرها من زوجها : برئت ذمته من المهر .

(٢) : وإذا قبض مهرها من لا ولاية له على مالها ، ولو كانت له ولاية على النفس . كالأخ الشقيق ، ولأخ لأب ، والعم الشقيق ، أو الأب ، وكالأم : لا تبرأ ذمة الزوج من المهر . وللمرأة فاقدة الأهلية، أو ناقصتها عند زوال سبب الولاية عليها : أن تطالب زوجها بمهرها . وهو يرجع على من دفع إليه مهرها .

ووكيل الزوجة بالزواج . لا يملك قبض مهرها ، لأنه سفير ، ومعبّر ، عنها في الزواج ، ولا يرجع إليه أي حق من الحقوق الزوجية ، ولا يملك تنفيذ أي حكم من أحكام الزواج . والمهر كما علم مراراً : حكم من أحكامه ، وليس ركناً ، ولا شرطاً فيه . وإذا كان وكيلها عنها أيضاً في قبض مهرها . فإنه يملك قبضه . بصفته وكيلها في القبض ، لا في الزواج . وهذا واضح .

تصرف الزوجة في مهرها

لما كان المهر بعد عقد الزواج ملكاً للزوجة . فلها وحدها . سواء أكانت بكرًا أم ثيباً : ولاية التصرف فيه . قبل قبضها المهر ، وبعده . ما دامت رشيدة . بكافة التصرفات الجائزة شرعاً . كما هو الشأن في تصرف كل مالك في ملكه . وللزوجة أن تملك مهرها ، أو منفعتة . لغيرها . بعوض ، أو بغير عوض . وليس لزوجها ، ولا لغيره . حق الاعتراض على تصرفها . ولا تجبر على ترك شيء من مهرها لزوجها ، ولا على إعطاء شيء منه . لأحد من أقاربها . لأن المالك لا يجبر على ترك شيء من ملكه . ولا على إعطائه لغيره .

وإذا استوفت الزوجة مهرها من زوجها . فالأمر واضح ، والا فلها حق مطالبته به . في أى وقت شاءت . إن لم يوجد بينهما اتفاق على تأجيله ، أو على تقسيطه على أقساط معلومة في مواعيد محددة ، أو لم يوجد عرف يقضى بتعجيل بعضه ، وتأجيل بعضه الآخر . فان وجد اتفاق بينهما ، أو عرف : اتبع ذلك .

ثم إن كان المهر مما يتعين بالتعيين . كما إذا كان مهرها قيمياً . كقطعة أرض محددة معينة ، وكدار محددة معينة . فهو في ضمان الزوج ، وأمانة في يده . حتى تقبضه الزوجة . وان كان مما لا يتعين بالتعيين . بأن كان مثلياً . كالنقود ، والمكيات ، والموزونات . فهو دين في ذمة الزوج . حتى يؤديه إليها .

ويورث عنها مهرها . كما يورث عنها سائر اموالها . فلو توفيت الزوجة قبل أن تستوفي جميع مهرها من زوجها ، فلورثتها ان يطالبوا زوجها . إن كان على قيد الحياة ، أو ورثته . إن كان ميتاً ، بما يكون باقياً من مهرها . بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل إليه من ميراثها . إن كانت الزوجة توفيت قبله فاذا كان مهرها أربعمائة جنيه ، وتوفيت عن زوجها ، وأبها ، وولدها - والولد يشمل الابن والبنت - . قبل ان تستوفي شيئاً من مهرها ، ولم تكن لها تركة . سوى مهرها المذكور ، طوب الزوج بثمائة جنيه . أى بالباقي من المهر . بعد استئصال نصيبه منه ميراثاً . وهو : الربع . لوجود ولد لها . وإن لم يكن لها ولد ، طوب بمائتي جنيه . أى الباقي من مهرها . بعد استئصال نصيب الزوج منه ميراثاً . وهو : النصف . لعدم وجود ولد لها .

هبة الزوجة مهرها لزوجها

هبة الزوجة مهرها لزوجها . لا تخرج عن كونها تصرفاً من تصرفات الزوجة في مهرها . ولكن لما كانت توجد أحكام خاصة بها . رأنا أن نخصها (٢٠)

بعنوان خاص بها . لبيان تلك الأحكام بإيجاز . من غير أن نتعرض . لعرض الآراء المختلفة . لفقهاء « الحنفية » .

علم مما تقدم غير مرة : أن الزوج إذا طلق زوجته . قبل الدخول ، وقبل الخلوة بها . يسقط عنه نصف المهر المسمى ، إن لم يكن قد سلمه إليها ، ورجع عليها بالنصف ، إن كان قد سلمه إليها ، ويكون النصف الآخر . لزوجته المطلقة .

فاذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها . فاما أن يكون ذلك قبل قبضها المهر ، أو بعده . وعلى كل حال . فاما أن يكون المهر . مما يتعين بالتعيين ، وإما أن يكون . مما لا يتعين بالتعيين . فان كان المهر من النوع الأول ، وهبت الزوجة لزوجها كل مهرها ، أو نصفه . قبل القبض ، أو بعده . ثم طلقها قبل الدخول حقيقة ، أو حكماً . فانه لا يرجع عليها بشيء من المهر . لأن نصف المهر الذى يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول الحقيقى ، والحكمى . قد عاد إليه بسبب غير موجب للضمان . أى بغير عوض . وهو الهبة . فلايبالى باختلاف السبب . عند حصول المقصود . وهو : وصول عين حقه إليه . وإذا وهبت له أقل من النصف . يرجع عليها . بما يتمم النصف استكمالاً لحقه . وهو : نصف المهر الذى يستحقه بالفرقة . قبل الدخول حقيقة ، أو حكماً .

وإن كان المهر من النوع الثانى . كما إذا كان مهرها مائة جنيه مثلاً . فوهبت له كل المهر ، أو نصفه . ثم طلقها قبل الدخول . فان كانت الهبة قبل قبضها مهرها . لا يرجع عليها بشيء . لأن ما يستوجب الفرقة قبل الدخول من قبله . ما دام لم يسلم لها مهرها . هو : براءة ذمته من نصف المهر ، وقد حصلت البراءة منه . فيكون قد استوفى حقه . فلا يرجع عليها بشيء . وإن كانت الهبة بعد القبض . ثم طلقها قبل الدخول بها . فانه فى هذه الحالة يرجع عليها بنصف المهر . لأن الذى ملكه بالهبة : غير الذى دفعه إليها مهرأ . حيث إن النقود لا تتعين بالتعيين . فلم يكن العائد إليه بالهبة . نفس ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول ، فكأنها وهبت الزوج مالا آخر غير مهرها . وهى

لو فعلت ذلك . لثبت له حق الرجوع عليها بالنصف . فيثبت له حق الرجوع .
إذا وهبت له مهرها الذى لا يتعين بالتعيين ، بعد أن قبضه .

ولا يخفى : ما فى هذا الحكم من ظلم ، واجحاف . بالزوجة . لأنها
اتما وهبت لزوجها مهرها . لاعتقادها بقاء الزوجية بينهما . إذ لو علمت : انه
سيطلقها ، ويرجع عليها بنصف المهر . لما أقدمت على الهبة ، ولما رضيت
بتحمل هذه الخسارة المالية . بدون فائدة تعود عليها . علاوة عما لحقتها من
الأذى ، والألم . بسبب الطلاق .

فالرأى المعقول الموافق للعدالة فى هذه المسألة : هو مذهب الامام
« مالك » الذى لا يجيز رجوع الزوج على زوجته بشىء من المهر . فى هذه
الحالة .

والمذهب المعمول به أمام المحاكم : هو مذهب « الحنفية » .

ضمان المهر

إذا قبضت الزوجة كل مهرها . عند انشاء العقد . استوفت حقها ،
وبرئت ذمة زوجها من مهرها . لأن ملكها مهرها . قد تم بالقبض . وإذا لم
تقبض وقت العقد . شيئاً من مهرها ، أو قبضت بعضه ، ولم تقبض
البعض الآخر . فالمهر بعضه ، أو كله . دين فى ذمة الزوج . إن كان مما لا
يتعين بالتعيين ، وفى ضمانه . إن كان مما يتعين بالتعيين ، ويجب عليه أن يسلمه
إليها . وفى هذه الحالة للزوجة . إذا كانت كاملة الأهلية ، ولو لها . إن كانت
فاقدة الأهلية ، أو ناقصتها : أن تأخذ من الزوج رهنا . للاستيثاق من
حصولها على حقها ، تستوفى منه مهرها . عند امتناعه عن دفع المهر لها ، وتعذر
الاستيفاء منه . وتكون هى أحق بالرهن من غيرها . حتى تستوفى منه مهرها

كما أن لها أن تأخذ من زوجها كفيلاً (١) - والأعم الأغلب : أخذ الكفيل ، لا الرهن - بمهرها . سواء كان مهرها . هو : المسمى في العقد ، أو مهر المثل . فإذا أخذت كفيلاً . فهي بالخيار . ان شاءت طالبت الزوج بأداء مهرها ، أو طالبت به الكفيل . فان أداه الزوج إليها . برئت ذمته منه . لأنه دفع المهر الواجب لها عليه ، وان أداه الكفيل . رجع به على الزوج المكفول عنه . إذا كانت الكفالة بأمره وإذنه . وإلا فلا يرجع عليه بشيء . لكون الكفيل في هذه الحالة متبرعاً ابتداءً ، وانتهاءً . وإذا مات الكفيل قبل أن يؤدي للزوجة مهرها . فلها أن تطالب في تركته بمهرها ، ويرجع به ورثته على زوجها .

والكفيل . قد يكون أجنبيّاً عن الزوجين ، أو ولياً عليهما ، أو قريباً لهما ، أو لأحدهما ، ومهما كان الأمر . فالكفالة في المهر ، وغيره : من عقود التبرعات . لأن الكفالة إذا كانت بغير أمر الأصيل : المكفول عنه . فالكفيل متبرع ابتداءً ، وانتهاءً . وليس له حق الرجوع عليه . بما أداه عنه . وإذا كانت بأمر الأصيل وإذنه . فهو متبرع ابتداءً . لأنها التزام الكفيل بأداء ما على غيره ابتداءً لا انتهاءً . فله الرجوع على الأصيل بما يؤديه عنه .

وعلى كل حال . تطبق أحكام التبرعات على الكفالة . وخلاصة تلك الأحكام : ان التبرع في حال صحة المتبرع . يكون نافذاً . لا يتوقف على اجازة أحد . سواء كان المال المتبرع به . يساوى ثلث مال المتبرع ، أو أكثر ، أو أقل ، ما دام المتبرع كامل الأهلية . بالبلوغ ، والعقل ، وعدم الحجر عليه . وأن التبرع في حال مرض الموت : يعتبر وصية . فيأخذ حكمها . فان كان المبلغ المتبرع به . يساوى ثلث المال ، أو أقل . نفذ التبرع . بدون توقف على اجازة أحد ، وان كان أكثر من الثلث . توقف نفاذه . فيما زاد عن الثلث . على اجازة الورثة . سواء كان المتبرع له وارثاً ، أو غير وارث

(١) في وثيقة الزواج الرسمية يوجد سطر خاص بالكفالة . يدون فيه المأذون ما إذا كفل عن الزوج أحد في مهر زوجته ، وفي نفقتها ، أو في أحدهما ، أو لم يتعرض للكفالة .

للمتبرع . على ما اختاره « قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ » من جواز الوصية للوارث وغيره ، ونفاذها في حدوث الثلث . بدون توقف على إجازة أحد (١) . ومن الواضح : أنه إذا لم يوجد للمتبرع وارث أصلا ، ولم يكن مديناً . جاز تبرعه . بكل ماله . ونفذ . بدون توقف على إجازة أحد .

ومذهب « الحنفية » الذي عدل عنه قانون الوصية ، والذي كان معمولاً به أمام المحاكم الشرعية . قبل صدور القانون المذكور : يجيز الوصية للوارث . ولكن يتوقف نفاذها . على إجازة باقى الورثة ، ولو كان المبلغ الموصى به أقل من ثلث مال الموصى .

ويتفرع على ما تقدم : أن الزوج إذا كفله أبوه في مهر زوجته ، فان كانت كفالته في حال صحته ، نفذت بدون توقف على إجازة أحد . مهما كان المبلغ المكفول به . وان كانت في حال مرض موته . توقف نفاذها . فيما زاد عن ثلث ماله . على إجازة الورثة . وإذا كفل بمهر الزوجة أبوها . فالحكم كما ذكر .

وإذا زوج الأب ابنه الصغير ، أو من في حكمه . طوّل بأن يدفع المهر من مال ابنه الصغير ، أو من مال من في حكمه . ان كان له مال ، ولو لم يكن الأب كفيلاً عن ابنه في مهر زوجته . لأن له ولاية التصرف في مال من له الولاية عليه من أولاده . وإن لم يكن لابن الصغير ، أو لمن في حكمه مال فلا يطالب الأب بأن يدفع المهر من ماله هو . إلا إذا كان كفل عن ابنه

(١) المادة ٣٧ من قانون الوصية . ونصها :

« تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح ، بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة ، إلا إذا أجازها الورثة . بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع . عالين بما يميزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ، ولا وارث له . بكل ماله أو بعضه . من غير توقف على إجازة الخزانة العامة . »

مهر زوجته. فاذا آداه من مال نفسه. لا يرجع به على ابنه الصغير ، ولا على من فى حكمه . لأن الأب يتحمل المهر عن ولده الصغير ، ومن فى حكمه . حسب المتعارف بين الناس ، من غير أن يطمع فى الرجوع عليه . والمتعارف عرفا : كالثابت نصا . إلا إذا أشهد عند الكفالة . على أنه كفل عنه . ليرجع عليه . أو عند الأداء . على أنه أدى عنه . ليرجع عليه . فله حينئذ : أن يرجع عليه . حيث لا يعمل بموجب العرف ، والمتعارف بين الناس . إذا نص على العمل بخلافه . وإذا مات الأب الكفيل . قبل أن يؤدى المهر الذى كفل بأدائه من ماله عن ابنه الصغير ، ومن فى حكمه . فللزوجة أن تطالب بمهرها فى تركته ، ويرجع به باقى الورثة فى مال الصغير ، ومن فى حكمه . سواء أكان الأب . قد أشهد على أنه يريد الرجوع على ابنه . بما يؤديه عنه ، أو لم يشهد . لأن اعتبار الأب متبرعا عند عدم الاشهاد على أنه سيرجع على ابنه إذا أدى بنفسه ، وأما إذا لم يؤد بنفسه . حتى مات . فلا يسرى ذلك على الورثة .

وان كان الكفيل عن الصغير ، ومن فى حكمه . بمهر زوجته : غير الأب . فله حق الرجوع عليه . بما آداه عنه . سواء أشهد عند الكفالة ، أو عند الأداء على أنه سيرجع عليه ، أو لم يشهد على ذلك ، إذ لم يجر العرف والعادة بأن غير الأب يتحمل مهر زوجة من فى ولايته .

هلاك المهر . واستهلاكه . واستحقاقه

هلاك الشئ : عبارة عن زواله . بدون أن يكون لأحد دخل فيه ، واستهلاكه : عبارة عن زواله بسبب التعدى عليه ، أو بسبب استعمال الغير له ، واستحقاقه : عبارة عن ظهور أنه مملوك لغير من ملكه بحسب الظاهر .

إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد أن قبضته ، أو استهلكته الزوجة . فلا ترجع بشئ على زوجها . لأن ذمته برئت من المهر بدفعه إليها ، وقد

تم ملكها له بالقبض . وإذا استهلكه غيرها . فضمانه على من استهلكه . سواء كان المستهلك . هو الزوج ، أم غيره .

وإذا هلك المهر ، أو استهلك في يد الزوج . قبل أن تقبضه الزوجة . فإن كان المهر مما لا يتعين بالتعيين . كما إذا جعل مهرها مائة جنيه ، أو عشرين قنطار من القطن الأشموني . فسرقة المبلغ ، أو احتراق القطن بالتعدي ، أو قضاء وقدر . لا يترتب على ذلك شيء من الأحكام بالنسبة للزوجة . لأن حقها لم يتعلق بشيء مخصوص معين بالذات . بل هو : دين في ذمة الزوج لا تبرأ ذمته . إلا بالأداء ، أو الإبراء . وإن كان مما يتعين بالتعيين . كما إذا جعل مهرها منزلاً معيناً بخدوده . أو حيواناً معلوماً معيناً بجنسه ، ونوعه ، وأوصافه وهلك ، أو استهلكه الزوج . وهو في يده قبل أن تقبضه الزوجة . فضمانه عليه ، وإن استهلكته الزوجة . فقد استوفت حقها باستهلاكها . فلا ترجع بشيء على زوجها ، وإن استهلكه أجنبي . فضمانه عليه . وفي هذه الحالة . فالزوجة بالخيار بين تضمين الزوج ، وبين تضمين الأجنبي المستهلك . فإن اختارت تضمين الزوج . رجعت على المستهلك بقيمة ما استهلكه .

وإذا استحق المهر . بأن تبين أن المهر المعين في العقد لم يكن ملكاً للزوج . فهو ضامن للمهر . سواء أكان الاستحقاق قبل القبض ، أم بعده . لأنه لما استحق تبين : أنه ملك لغيره من الأصل . ثم إذا استحق بعض المهر . كمنصفه مثلاً . فإذا كان المهر مثلياً . أخذت الزوجة الباقي منه ، ورجعت على الزوج . بمثل ما استحق منه ، وإن كان المهر قيمياً . فلها الخيار بين أن تأخذ الباقي . فتصير شريكة للمستحق في العين ، وترجع على الزوج بقيمة ما استحق . وبين أن تأخذ قيمة المهر المسمى كله من الزوج ، ويصير الزوج شريكاً للمستحق . وإنما كان لها الخيار في هذه الصورة . لأنها قد تتضرر بالشركة في القيمي . فثبت لها الخيار . لتتمكن من دفع الضرر عن نفسها . بخلاف المثلي . فلا ضرر

بالشركة فيه . ولذا لا يثبت لها الخيار ، إذا استحق بعض المهر ، وكان
مثلياً .

ومحل ثبوت الخيار لها : إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول ، وقبل الخلوة
وأما إذا طلقها قبل ذلك . فلا خيار لها ، وليس لها . إلا النصف الباقي غير
المستحق . لأن ضرر الشركة حاصل على كل حال . إذ لا تستحق إلا نصف
مهرها المسمى . والنصف الثاني . إما للزوج بسبب الطلاق قبل الدخول ،
والخلوة . وإما للمستحق . فلا مناص من الشركة .

قضايا المهر

المنازعات المتعلقة بالمهر ، والقضايا . بشأنه كثيرة متشعبة غير محصورة .
فلاحاطة بجميعها متعسرة . ولهذا عنى علماء المذهب . بأكثر القضايا وقوعاً
بين الناس . وهى قضايا المسائل الآتية :

- ١ - : الاختلاف فى أصل تسمية المهر فى العقد .
- ب - : الاختلاف فى مقدار المهر المسمى فى العقد .
- ج - : الاختلاف فى قبض شىء من المهر . بعد الاتفاق على مقدار
المهر المسمى فى العقد .

والاختلاف فيما ذكر قد يكون بين الزوجين فى حال حياتهما وقت قيام
الزوجية بينهما ، أو بعد الفرقة بينهما ، وقد يكون بين أحدهما ، وورثة
الآخر . بعد موته ، وقد يكون بين ورثتهما . بعد موتهما .

وسنبين أحكام القضايا التى تتعلق بهذه المسائل الثلاث . بالترتيب السالف
الذكر (١) .

(١) وقد قلت أهمية هذه القضايا . من الوجهة العملية . بعد أن منع المرسوم
بقانون «رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١» المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات
المتعلقة بها . بنص الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ المحاكم الشرعية من سماع دعوى
الزوجية ، أو دعوى ما يترتب عليها من الأحكام . كالمهر ، والنفقة ، والطاعة .
عند انكار الدعوى . إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج فى الحوادث الواقعة .
من أول أغسطس سنة ١٩٣١ . وقبلما يوجد . بعد صدور القانون المذكور ، والعمل به .
زواج فى البلاد المصرية . إلا بوثيقة رسمية يدون فيها : أن الطرفين سمياً المهر ،
ويدون فيها مقدار المهر المسمى ، وبمقدار المعجل المقبوض ، وبمقدار المؤجل غير
المقبوض ، مع بيان الأجل . فمن النادر : أن يحصل نزاع فيما ذكر بين الزوجين
بعد القانون المذكور . إذ قلما يقدمان على الزواج . بدون وثيقة رسمية ، بعد العمل
بالقانون السالف الذكر ، حرصاً على مصلحتهما ، وعلى حقوقهما الزوجية .

الاختلاف في أصل التسمية

إذا اختلف الزوجان في تسمية المهر في العقد ، وعدم تسميته . بأن ادعى أحدهما تسمية مقدار معلوم مهراً . كمائة جنيه مثلا ، وأنكر الآخر أصل التسمية . فالبينة على من ادعى التسمية ، واليمين على من أنكرها . عملاً بالقاعدة العامة المقررة : « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » . فان أقام مدعى التسمية البينة الشرعية على دعواه . حكم له بالمسمى . وان عجز عن إقامتها . وجهت اليمين بطلبه . إلى منكر التسمية ، فان نكل عن اليمين حكم بالمسمى . لأن نكوله عن اليمين : اقرار ضمنى بدعوى الخصم . لأن امتناعه عن اليمين بعد توجيهها إليه ، وعلمه بما يترتب على هذا الامتناع من إلزامه بالحق المدعى - المهر المسمى - : دليل على أنه كان كاذباً في انكاره التسمية . إذ لو كان صادقاً في انكاره . لما امتنع عن اليمين الصادقة . ليدفع الضرر عن نفسه . فيكون نكوله عن اليمين اقراراً بدعوى الخصم .

وان حلف أنه لم تحصل تسمية أصلاً . رفضت دعوى التسمية . لعدم ثبوتها . وحينئذ يحكم القاضي . بمهر المثل الذي هو الواجب الأصلي بعقد الزواج . عند عدم تسمية المهر في العقد . مع مراعاة ألا يزيد مهر المثل عما أدعته الزوجة . إن كانت هي مدعية التسمية . لرضاها بما ادعت تسميته . فتكون قابلة اسقاط ما زاد على ما ادعته . من مهر مثلها . وألا ينتقص عما ادعاه الزوج . ان كان هو مدعى التسمية . لرضاه بالمسمى الذي ادعاه ، ولاقراره بأنه التزمه فلا ينتقص ، ويكون الزوج قابلاً ما زاد على مهر مثلها . حيث رضى بالمهر الذي ادعى تسميته .

فاذا كانت الزوجة هي التي ادعت التسمية . بأن قالت : « سمينا المهر في العقد ، ومقداره مائة جنيه مثلاً » . فان كان مهر مثلها مساوياً لهذا المبلغ ، أو أقل منه : حكم بمهر المثل ، وان كان مهر مثلها أكثر من المبلغ المذكور . بأن كان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهاً . حكم لها بما ادعته . وهو المائة . بدون زيادة عليه .

وإذا كان الزوج هو الذي ادعى التسمية . بأن قال : « سمينا المهر في العقد ، ومقداره سبعون جنيهاً » . فان كان مهر مثلها مساوياً لهذا المبلغ ، أو كان أكثر منه . حكم بمهر المثل . وان كان أقل . حكم بالمسمى الذي ادعاه الزوج . لرضاه به ، واعترافه بأنه الواجب عليه . فلا ينقص منه شيء .

والاختلاف فيما ذكر بين أحد الزوجين ، وورثة الآخر . بعد موته ، وكذا الاختلاف بين ورثتهما : كالاختلاف بين الزوجين في حال حياتهما . ويقوم وريثة المتوفى منهما مقامه . فاذا قامت البينة الشرعية على التسمية حكم بمقتضاها . وإلا حلف منكر التسمية . والحلف يكون على نفى أصل التسمية ، ان كان المنكر أحد الزوجين ، وعلى نفى العلم بالتسمية ، إن كان المنكر أحد الورثة ، فان نكل عن اليمين . لزمه المسمى ، وإن حلف اليمين . حكم بمهر المثل على التفصيل السابق في الاختلاف بين الزوجين في حال حياتهما .

وواضح : أن الحكم بمهر المثل . عند عجز مدعى التسمية عن إقامة البينة ، وحلف المنكر اليمين ، إنما يكون عند الاختلاف في حالة ما إذا كانت الزوجة مستحقة لجميع مهرها . بأن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين . سواء أوجد دخول بالزوجة حقيقة ، أو حكماً . أو لم يوجد ، أو وقعت الفرقة بينهما . بعد أن وجد ما يؤكده وجوب المهر بتامه من دخول ، أو خلوة ، أو موت أحد الزوجين .

وأما إذا كان النزاع فيما ذكر: بعد الطلاق ، وقبل الدخول الحقيقي ، والحكمي ، وثبتت التسمية بالبينة ، أو بالنكول عن اليمين . عند العجز عن إقامة البينة . حكم القاضي بصحة التسمية ، وتستحق الزوجة نصف المهر المسمى . وإن حكم برفض دعوى التسمية . لعدم ثبوتها . فالواجب المتعة . لأنها هي الواجبة . بعد الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة . عند عدم تسمية المهر في العقد . إذ لا يتنصف المهر في هذه الحالة . حيث إن المهر لم تثبت تسميته في العقد . ويشترط حينئذ : ألا تزيد المتعة عن نصف المهر الذي تدعى الزوجة تسميته ، إن كانت هي التي تدعى التسمية ، ولا تنقص عن نصف ما يدعيه الزوج ، إن كان هو مدعى التسمية .

الاختلاف في مقدار المهر المسمى

إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية ، واختلفا في مقدار المهر المسمى . بأن أذعت الزوجة : أن المهر لمسمى مائة وخمسون جنيهاً ، وأدعى الزوج : أنه مائة جنيهاً . فقد اختلف فقهاء « الحنفية » في هذه المسألة . فذهب « أبي يوسف » : أن الزوجة مدعية الزيادة ، والزوج ينكرها . لأن المقدار المتفق عليه بينهما . وهو : المائة . غير منظور إليه في الدعوى . إذ لا نزاع فيه ، وإنما النزاع بينهما في الزيادة التي تدعيها الزوجة . فتكون البينة على الزوجة ، واليمين على الزوج . لكونه منكرها لها . عملاً بالقاعدة المقررة : « البينة على من أدعى ، واليمين على من أنكر » فإن أقامت البينة على دعواها الزيادة . حكم لها بمقتضاها ، وإن عجزت عن إقامتها . حلف اليمين بطلبها . فإن نكل عن اليمين . حكم لها بدعواها . لما علم : أن النكول عن اليمين : إقرار بالدعوى .

وان حلف الزوج اليمين حكم له . لأنه منكر . والقول قول المنكر مع يمينه عند عجز المدعى عن إقامة البينة . إلا إذا كان ما ادعاه الزوج لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عادة . كما إذا كانت الزوجة من أسرة ، مهر مثل نساها : مائة جنيه . فادعى هو : أن المسمى أربعون جنيهاً . فيحكم مهر المثل . فان كان مهر المثل أقل مما تدعيه الزوجة ، أو مساويا لما تدعيه . حكم لها بمهر المثل ، وإن كان أكثر مما تدعيه . حكم لها بما تدعيه . لأن الظاهر يؤيدها . ولا يلتفت إلى ما قاله الزوج وأدعاه . لكونه مستنكراً في العرف والعادة .

وقد يكون الزوج هو الذى يدعى الزيادة ، والزوجة تنكرها . عند اختلافهما في مقدار المهر المسمى في العقد . وذلك في حالة : ما إذا طلقها قبل الدخول ، وقبل الخلوة . وقد كان دفع لها كل مهرها المسمى . إذ يرجع عليها بنصف المهر . حيث إن المطلقة لا تستحق إلا نصف مهرها المسمى . فن مصلحة الزوج : أن يدعى الزيادة . لكي يسترد منها مبلغاً أكثر . وحينئذ تكون البينة على الزوج ، واليمين على الزوجة . لأنها تنكر الزيادة على غرار التفصيل السابق .

ومذهب « أبى يوسف » الذى بيناه . هو المعمول به أمام المحاكم بمصر طبقاً للمادة ١٩ من القانون « رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ » ونصها :

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى . فالبينة على الزوجة . فان عجزت كان القول للزوج بيمينه . إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها . فيحكم مهر المثل .

ولما كان مذهب « الطرفين » في هذه المسألة : غير معمول به لدى المحاكم . لم نر فائدة عملية من ذكره .

الاختلاف في قبض المهر

يجوز للزوجة شرعاً : أن تمتنع من أن تزف إلى زوجها، ومن الدخول في طاعته . حتى تستوفى منه معجل صداقها الذي اتفق على تعجيله ، أو الذي تعورف تعجيله من المهر ، عند عدم وجود اتفاق بينهما على المعجل والمؤجل منه . ولا تعتبر بهذا الامتناع ناشرة عن طاعته بغير حق . فتستحق عليه نفقتها . لأن امتناعها عن طاعته بمبرر شرعى .

وإذا اختلف الزوجان في قبض المعجل كله أو بعضه ، وفي عدمه . بأن ادعى الزوج : أنه أوفى لزوجته عاجل صداقها . حتى لو امتنعت عن طاعته تكون ناشرة . لا تستحق النفقة الزوجية ، وانكرت الزوجة ذلك ، وقالت : « إنها لم تقبض شيئاً من مهرها » . فلا تعد ناشرة . لو امتنعت عن طاعته ، والزفاف إليه . فإن كان الاختلاف بينهما قبل أن تزف إليه ، وقبل الدخول الحقيقي . طوبل الزوج باثبات ما يدعيه . لأن المهر ثبت في ذمته . بموجب عقد الزواج الصحيح ، ولا تبرأ ذمته . إلا بأدائه إليها . فلا بد من أن يقوم الدليل على الأداء . فإن أثبت دعواه بالبينة ، أو بنكول الزوجة عن اليمين . عند عجزه عن الاثبات . حكم له بما ادعاه . وإن عجز عن الاثبات وحلفت الزوجة اليمين . رفضت دعواه .

وإن كان الاختلاف بينهما . بعد الدخول الحقيقي . فإن كان العرف المطرد في البلد الذي حصل فيه الزواج : قد جرى بأن الزوجة لا تسلم نفسها إلى زوجها ، ولا تزف إليه . إلا بعد أن تستوفى معجل صداقها ، لا تصدق الزوجة في انكارها . لأن العرف المطرد بكذبها في دعواها عدم قبض شيء من المهر . ويقوم العرف في هذه الحالة مقام البينة للزوج . فتثبت دعواه بالعرف . من غير حاجة إلى اثبات آخر (١) .

(١) راجع « ابن عابدين » (ج ٢ ص ٢٩٤) (طبع الحلبي) .

وإن لم يوجد عرف مطرد . بدفع معجل صداقها . قبل الدخول بها .
كلف الزوج باثبات دعواه . فان أثبتها بالبينة ، أو بنكولها عن اليمين عند عجزه
عن إقامة البينة ، حكم بدعواه . وان عجز عن إقامة البينة ، وحلفت الزوجة
اليمين ، رفضت دعواه . لعدم ثبوتها .

والاختلاف فيما ذكر بين أحد الزوجين ، وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما
بعد موتهما : كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما .

الاختلاف فيما قدم للزوجة هل هو هدية أم من المهر

ومما يلحق بالاختلاف في المهر : ما إذا كان الزوج قد أعطى شيئاً لزوجته
بعد زواجهما . قبل الدخول بها ، أو بعده . كالحلى ، والنقود ، والثياب .
ونحو ذلك . ثم اختلفا . فقال الزوج : « إنه من المهر » حتى يحتسب ما قدمه
من مهرها . وقالت الزوجة : « إنه هدية » . حتى لا يرجع عليها بشيء مما قدمه
لها بعد زواجها . لأن الزوجية القائمة وقت الهبة : مانعة من موانع الرجوع
في الهبة .

فأيهما أقام بينة على دعواه حكم له بها . لثبوتها بالبينة . بدون أن تعارضها
بينة أخرى . وان أقام كل منهما بينة على دعواه ، رجحت بينها ، وحكم
لها بدعواها . لأن بينهما تثبت خلاف الظاهر . ومن المقرر فقها : أن
البيانات شرعت لاثبات خلاف الظاهر . لأن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات .
وهنا الظاهر مع الزوج . لأنه يسعى لاسقاط الواجب في ذمته . وهو المهر .
إذ العادة : أن الشخص يعمل أولاً لبراء ذمته من الواجب عليه . ثم بعد ذلك
يهدي ويتبرع . لأن أداء الواجب مقدم على الهدية والتبرع . وان عجز كل

منهما عن إقامة البينة. يرجع إلى العرف ، ويجعل حكماً للفصل بين المتنازعين ، ويكون القول . لمن يشهد له العرف يمينه . فان حلف اليمين حكم له بدعواه . وإن نكل عن اليمين . حكم للآخر بدعواه . لما تقرر : أن النكول عن اليمين : اقرار بدعوى الخصم . فان كان العرف يعتبر ما أعطاه لها من المهر . قضى للزوج . وإن كان العرف جارياً على أن ما قدمه إليها يعتبر هدية . حكم لها بدعواها . وإن لم يوجد عرف ، أو كان العرف مشتركاً لا يشهد لأحدهما . فالقول للزوج بيمينه ، لأن جهة الاعطاء تعلم منه ، لا من غيره . لكونه هو الذى أعطى الشيء المتنازع فيه . فهو أدرى بصفة الاعطاء . إلا إذا كان الشيء الذى أعطاه الزوج لزوجته . يستنكر عادة : أن يكون من المهر . كالطعام المعد للأكل . فيكون القول حينئذ قولها بيمينها . لأن الظاهر يؤيد الزوجة ، ويكذب الزوج . والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه . عند عدم وجود بينة على الدعوى .

ومتى ثبت أن ما قدمه الزوج لزوجته من المهر ، وكان قائماً بيدها . فهى بالخيار بين احتسابه من مهرها . فتستوفى بأق مبرها منه ، وبين رده اليه والرجوع عليه بكل مهرها . إن لم تكن قبضت منه شيئاً ، والرجوع عليه بباقي المهر . إن كانت قبضت منه شيئاً . وإن كان ما قدمه غير موجود فى يدها بأن هلك أو استهلك ، احتسب عليها من مهرها ، واستوفت الباقي لها فى المهر إذا بقى لها منه شيء .

ومتى ثبت أن ما قدمه الزوج لزوجته بعد زواجهما . هبة . لم يحتسب من المهر ، ولا يرجع عليها بشيء . لما تقرر فقها : أن الزوجية القائمة وقت الهبة : مانعة من الرجوع فى الهبة .

وإذا كانت الزوجة قد قدمت إلى زوجها هدية . أو كان أبوها أو أحد

أقاربها قد أهدى الزوج هدية من مالها باذنها . فان حصل الاهداء منها ، أو من أبيها . قبل أن يقدم الزوج إليها الشيء المتنازع في كونه هدية ، أو من مهرها ، فليس لها الحق في الرجوع على زوجها بشيء . لوجود مانع من موانع الرجوع في الهبة . وهو : الزوجية القائمة وقت الهبة . وان كان الاهداء المذكور قد حصل بعد أن قدم الزوج إليها الشيء المتنازع . في اعتباره هدية ، أو من المهر . فلها أن ترجع عليه بالهدية ، ان كانت قد ذكرت وقت الاهداء أنها عوض عما قدمه لها ، وظنته أنه هدية . أو كان العرف بين الناس جارياً باعتبار ما أهدته إليه على سبيل التعويض ، وتبادل الهدايا ، والهبات بين الزوجين . ولا تكون الزوجية في هذه الحالة مانعة من الرجوع في الهبة . لأن المقصود بها التعويض . والهبة إذا قصد منها العوض . كانت في حكم البيع (١) . وإن كانت الزوجة لم تذكر وقت الاهداء أنها تقصد تعويض الزوج عما قدمه إليها ، أو لم يتعارف بين الناس أن ذلك تعويض . فليس لها حق الرجوع عليه بشيء . لوجود المانع من الرجوع في الهبة . وهو الزوجية .

وأما إذا قدم أبو الزوجة إلى الزوج هدية من ماله هو ، لا من مال بنته . فله الحق في أن يرجع عليه في كل الصور ، إن كانت الهدية قائمة في يد الزوج ، وإن لم تكن قائمة في يده . فليس له حق الرجوع . لوجود مانع من الرجوع في الهبة . وهو هلاك العين الموهوبة ، أو استهلاكها . إلا إذا كان ما أهداه إليه تعويضاً عما قدمه الزوج لزوجته . فله حق الرجوع . ولا يكون الهلاك أو الاستهلاك مانعاً منه . لأن الهبة حينئذ في حكم البيع . إذا المقصود منها : العوض ، لا التبرع .

(١) وفي « ابن عابدين » نقلاً عن الخانية : « بعث إلى أسرته هدايا ، وعوضته المرأة ، وزفت إليه . ثم فارقها . فادعى الزوج : أن ما بعثه عارية ، وأراد أن يسترده ، وأرادت المرأة أن تسترد العوض . فالقول قول الزوج في متاعه . لأنه أنكر التمليك . وللمرأة أن تسترد ما بعثته . إذ تزعم أنه عوض للهبة . فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضاً . فلكل منهما استرداد متاعه » (ج ٤ ص ٥٧٦) .

الجهاز

أوجب الشارع المهر في الزواج على الزوج لزوجته . تعظيماً لشأن المرأة وصوناً لها من الابتذال ، ولاظهار شرف اخل . ولم يوجب الشارع في مقابل جهاز تعده الزوجة . لترف به إلى زوجها . فالمهر ملك خالص للزوجة . ليس لأحد حق فيه ، يستوى في ذلك زوجها وغيره . وهي التي تتصرف في مهرها كيف تشاء .

وإعداد البيت ليس واجباً على الزوجة . إذ لا يوجد نص من مصادر الشريعة يفيد أن الجهاز واجب على الزوجة ، كما أنه لا يوجد ما يدل على أن الجهاز واجب على أبيها ، ولو كانت مشمولة بولايته الاجبارية ، فلا تجبر الزوجة شرعاً على أن تجهز نفسها من مهرها ، ولا من غيره ، كما لا يجبر أبوها ، ولا أحد من أقاربها . على أن يقوم بتجهيزها من مهرها ، وما لها ، ولا من ماله هو . سواء أكانت بكرأ ، أم ثيبأ . وليس لزوجها أن يلزمها ، أو يلزم أباهما بالجهاز . فاذا قامت بالجهاز فهي متبرعة .

وإعداد البيت واجب على الزوج . فهو الذي يجب عليه أن يقوم بكل ما يلزم لاعداد مسكن الزوجية . من فرش ، ومتاع ، وأدوات منزلية ، وغير ذلك . مما يتطلبه استكمال حاجات المنزل . لأن ذلك من النفقة الزوجية الواجبة عليه شرعاً . مثل كسوتها ، وطعامها ، ومسكنها .

فلو زفت المرأة إلى زوجها بدون جهاز ، أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذي دفعه الزوج . فليس له أن يطالبها ، أو يطالب وليها بجهاز . كما أنه

ليس له أن يطالب أحدهما. بتنقيص شيء من المهر الذى دفعه ، ولو كان قد بالغ فى المهر. رغبة فى كثرة الجهاز ، أو جودته .

ومع أنه لا يجب شرعاً على الزوجة الجهاز ، ولا يلزمها زوجها بذلك . إلا أن العادة المستمرة قديماً ، وحديثاً . جرت بأن المرأة لا تزف إلى زوجها. بدون جهاز. بل المتعارف بين الناس : أن أقارب الزوجة ينفقون أكثر من مهرها. فى سبيل إعداد جهازها ، وفى شراء حلى وملابس لها .

والجهاز الذى تزف به المرأة إلى زوجها : ملك لها وحدها . ليس لزوجها ولا لغيره حق استعماله ، والانتفاع به . إلا بإذنها ، ورضاها . حتى إذا طالها زوجها باستعمال جهازها فى مسكن الزوجية . ولم ترض بذلك . فليس له إجبارها، والزامها بذلك . بل يجب على الزوج : أن يعد لها مسكناً سريعاً مستكماً لكل ما يلزم من أثاث ، وأدوات منزلية . لأن ذلك من نفقتها الواجبة عليه شرعاً . وإذا أخذ الزوج جهازها. بدون رضاها ، واستعمله من غير أن تأذن له بذلك . كان غاصباً لجهازها . فللزوجة استرداده ما دام موجوداً فى يده . ورجعت عليه بقيمة جهازها، أو بمثله. إن هلك ، أو استهلك . فى يد الزوج حال قيام الزوجية بينهما ، أو بعد الفرقة .

أما إذا دفع الزوج لزوجته مالا فى نظير اعداد الجهاز ، أو فى نظير إعداد نوع خاص من الجهاز . فان كان المال الذى دفعه فى نظير ما ذكر منفصلاً عن المهر . وقد اشترط صراحة ما ذكر ، أو جرى العرف . والعادة بذلك . فإنه يجب على الزوجة أن تقوم بالجهاز تنفيذاً للشرط ، أو لما جرى به العرف . لأن المتعارف عرفاً : كالمشروط نصاً . وإن لم تقم بالجهاز ، وزفت إلى زوجها بدون جهاز ، فللزوج أن يطالها بالمال الذى دفعه إليها . لأنه مقابل بالجهاز على ما يقتضيه الشرط ، أو العرف . فيكون هبة بعوض .

فله أن يرجع عليها ما دام العوض . وهو الجهاز : لم يتحقق . حتى لو سكت الزوج بعد الزفاف ، ولم يطلب جهازاً . علم أنه دفعه تبرعاً بلا عوض . فلا يرجع عليها بشيء (١) .

وإذا لم يكن المال منفصلاً عن المهر . بل زيد في المهر في نظير جهاز مخصوص ، أو رغبة في كثرة الجهاز . فقد اختلف فقهاء « الحنفية » . فقيل : إن لم تقم الزوجة بالجهاز ، أو الجهاز المخصوص . وجب مهر المثل ، ولا يزيد عن المسمى . لأن الزوج لم يرض بالزيادة في المهر . إلا في مقابل الجهاز . فإذا لم يتحقق الجهاز المطلوب . انعدم رضاه بالزيادة عن مهر المثل . نظير ذلك : ما إذا سمى الزوج في العقد مهراً أكثر من مهر مثلها ، ويجعل تلك الزيادة في مقابل أن يوجد في الزوجة وصف مرغوب فيه . كالبكارة . فإن تحقق الوصف فيها وجب المسمى . وإلا كان الواجب مهر المثل . وقيل : لا تلزم الزوجة بالجهاز ، ويجب المهر المسمى كله . بدون تنقيص شيء منه . لأن المهر مهما كثر : حق خالص لها ، وليس في نظير جهاز تعدده المرأة . قال تعالى : « وآتيم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » (٢) .

تجهيز الأب بنته

إذا أعد الأب جهاز بنته . فاما أن يجهزها من مهرها ، أو من ماله هو . فان جهزها من مهرها كله . فلا تطالبه بشيء . لأنها استوفت حقها كاملاً . فلم يبق من مهرها شيء . حتى تطالبه به . وإن جهزها ببعض مهرها . فلها أن تطالبه بما بقي منه . ويجبر الأب على دفعه لها . لأن المهر ملك خالص لها لاحق لأحد فيه بعد تقررهِ .

(١) « ابن عابدين » (ج ٢ ص ٢٩٩) (طبع الحلبي) .

(٢) الآية . ٢ من سورة النساء .

وان جهزها من ماله هو ، وصرح وقت شرائه الجهاز لبنته ، أو حين تسليمه إياها : أن الجهاز ملك لها ، فالأب متبرع بالجهاز . والتبرع لا يفيد ملك المتبرع له للمتبرع به . إلا بالقبض . فان كانت البنت بالغة لا تملك الجهاز الذي اشتراه الأب لها . إلا بالقبض . لأن الهبة لا تملك . إلا بالقبض . وإن كانت صغيرة ، أو في حكم الصغيرة . ملكته بمجرد شراء الأب الجهاز لها . لأن يده قائمة مقام يدها . لكونها مشمولة بولايته على النفس والمال .

ومتى ملكت البنت الجهاز بالقبض ، أو بمجرد الشراء . لا يجوز للأب ، ولا لأحد من ورثته بد موته : أن يسترد هذا الجهاز ، ولا أخذ شيء منه . إلا برضاها . لكونه هبة تمت بالقبض ، أو الشراء لها . لأن البنت ذات قرابة محرمة من أبيها . وهي تمنع من الرجوع في الهبة .

ولما كان تجهيز الأب من ماله تبرعاً منه ، تملك البنت الجهاز بالقبض . إن كانت بالغة عاقلة ، وبمجرد شراء الأب الجهاز . إن كانت صغيرة ، أو في حكم الصغيرة . فإنه تطبق على هذا الجهاز أحكام التبرعات . فان كان الأب في حال صحته . وقت ملك البنت الجهاز . نفذ تبرعه بالجهاز . بدون توقف على إجازة أحد . بقطع النظر عن كون الجهاز مساوياً لثلث ماله ، أو أكثر ، أو أقل . كما هو الشأن في كل تبرع صادر من المتبرع في حال صحته ، ما دام أهلاً للتبرع بالبلوغ ، والعقل ، وعدم الحجر عليه . لفسفه ، أو للغفلة . فلو بقي شيء من ثمن الجهاز على الأب لبائعه ؛ كان هذا الباقي ديناً في ذمة الأب . يطالب به في حياته ، ويستوفى من تركته . بعد وفاته . قبل قسمتها بين الورثة . كسائر ديونه . ثم يقسم الباقي من تركته على ورثته ، ولا يحتسب ذلك في نصيب البنت .

وإن كان الأب مريضاً مرض الموت. وقت تملك الجهاز للبننت . توقف نفاذ تبرعه بالجهاز . فيما زاد عن ثلث ماله . على اجازة باقى الورثة ، ولا يتوقف نفاذه على اجازتهم . فيما يعادل الثلث ، أو الأقل منه . لأن التبرع فى حال المرض مرض الموت . يأخذ حكم الوصية . والوصية بثلث المال فأقل نافذة . بدون توقف على اجازة أحد ، وفيما زاد على الثلث يتوقف نفاذها على اجازة الورثة . بدون فرق فى ذلك بين كون المتبرع له وارثاً للمتبرع ، أو غير وارث له . على ما درج عليه . « قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ » .

الاختلاف فى الجهاز بين الأب وبنته

إذا جهز الأب بنته من ماله، وزفت إلى زوجها بهذا الجهاز ، تم وقع النزاع بينهما . فى أن الجهاز ملك لها ، أو عارية . فادعى الأب حال حياته ، أو أحد ورثته بعد وفاته : أن الجهاز كله ، أو بعضه عارية . أى أن الجهاز أعطى لها على سبيل الانتفاع ، لا التملك . فيصح استرداده منها فى أى وقت ، وطالبها برده إليه ، وأنكرت الزوجة ذلك ، وأدعت حال حياتها ، أو أنكر زوجها ذلك ، وأدعى بعد وفاتها : ان الاعطاء كان على سبيل الهبة ، والتمليك . لا على سبيل الاعارة والانتفاع ، فليس له حق الرجوع ، والاسترداد : اعتبر كل من المتداعين مدعياً . فأيهما أقام بيئته على دعواه . حكم له بمقتضاها . لكونه أثبت دعواه بالبيئته . بدون مزاحم . حيث لم توجد بيئته أخرى تعارضها . وإن أقام كل منهما بيئته مقبولة على دعواه . رجحت بيئته من يثبت خلاف الظاهر ، وحكم له بدعواه . لما تقرر : أن البيانات شرعت لاثبات خلاف الظاهر . لأن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات . والظاهر هنا : العرف . فان كان العرف بين

الناس جارياً . بأن جهاز الأب لبنته من ماله : هبة ، وتمليك لها ، رجحت بينة مدعى الاعارة . وهو الأب . أو ورثته ، وحكم له برد الجهاز إليه . لأنها أثبتت خلاف الظاهر . وإن كان العرف جارياً بأن جهاز الأب لبنته : اعارة ، لا تمليك . رجحت بينة مدعى التمليك . وهو الزوجة حال حياتها ، أو زوجها . بعد وفاتها . وإن كان العرف مشتركاً . كما إذا كان عرف بعض أهل البلد يعتبر الجهاز في هذه الحالة : هبة ، وتمليكاً ، وعرف البعض الآخر يعتبره : اعارة . ولم يغلب أحد العرفين على الآخر ، سقطت البيتان ، لتعارضهما ، وعدم وجود مرجح لاحدهما على الأخرى . وحينئذ [فالقول قول الأب يمينه ، لأنه المعطى . فهو أدري من غيره . بأن الاعطاء كان على سبيل التمليك ، أو الانتفاع . ومثل الأب في هذا : ورثته . لأنهم خلفاؤه في ماله . بعد وفاته ، وهم أعلم من غيرهم . بنوع تصرفاته .

وان عجز كل منهما عن إقامة البينة . حكم العرف . فالقول قول من يشهد له العرف يمينه . فان حلف : حكم بدعواه له ، وان نكل عن اليمين . حكم للآخر بدعواه ، لما تقرر أن النكول عن اليمين : اقرار بدعوى الخصم . وان كان العرف مشتركاً . فالقول قول الأب يمينه .

والخلاف بين الأم وبنتها ، أو بين الحد ، وبنت ابنه . في الجهاز . هل هو تمليك ، أو اعارة : كالخلاف بين الأب ، وبنته . بدون فرق . في جميع الأحكام المتقدمة .

وفي « ابن عابدين » : « العادة الفاشية الغالبة في اشراف الناس ، وأوساطهم : دفع ما زاد على المهر من الجهاز تمليكاً . سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف . من الخلى والثياب . فان الكثير منه ، أو الأكثر عارية ،

فلومات ليلة الزفاف . لم يكن للرجل أن يدعى : أنه لها . بل القول فيه للأب ،
أو الأم . أنه عارية أو مستعار لها (١) .

وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابن ؛ « والعرف السائد أن الأب إذا
جهز بنته . فانه يدفع لها تملكاً . وكون الدفع عارية نادرة في الأوساط » (٢) .

الاختلاف في متاع البيت

المتاع في اللغة : كل ما ينتفع به انتفاعاً قليلاً غير باق ينقضى عن قريب .
والمراد بمتاع البيت : ما ينتفع به في بيت الزوجية ، ويشمل ذلك الجهاز وغيره
من أثاث البيت ، والأدوات المنزلية .

إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية ، أو بعد الفقرة بينهما في أثاث
المنزل الذي يسكنان فيه . سواء كان المنزل ملكاً لها ، أو لأحدهما ، أو
لغيرهما . وسواء كان الأثاث الذي يتنازعان في ملكيته . مما يصلح للرجال
والنساء . كالأواني ، والكراسي ، والأعيرة ، والمفروشات . أو مما يصلح
للرجال فقط ، كأدوات العيادة ، والزوج طيب . وآلات الرسم ، والزوج
مهندس . أو مما يصلح للنساء فقط . كالحلي ، وأدوات زينة النساء ، والثياب
الخاصة بهن . فأدعى كل من الزوجين : أن الأثاث ملكه . اعتبر كل منهما
مدعياً . وحيث إن كلا منهما يدعى ملكية أثاث البيت الذي يسكنان فيه . فاما
أن يقيم احدهما البيئة على دعواه دون الآخر ، وإما أن يقيم كل منهما البيئة
على دعواه ، وإما أن يعجز كل منهما عن إقامة البيئة .

(١) (ج ٢ ص ٣٩٨) (طبع الحلبي).

(٢) راجع بحثنا « العرف في الفقه الاسلامي » .

فان أقام أحدهما البيئة على دعواه . حكم له بمقتضاها . لأنه أثبت دعواه .
بدون معارضة بيئة أخرى .

وإن أقام كل منهما بيئة . رجحت بيئة من يثبت خلاف الظاهر . والظاهر
هنا : عبارة عن صلاحية الأثاث المتنازع فيه لأيهما ، فان كان يصلح للزوج
فقط . رجحت بيئة الزوجة ، لاثباتها خلاف الظاهر ، وحكم لها بدعواها .
وإن كان يصلح للزوجة . رجحت بيئة الزوج ، وحكم له بدعواه ، وإن كان
يصلح لها . سقطت البيتان . لتعارضهما ، وعدم وجود مرجح . لإحدى
البيتين على الأخرى . وحينئذ : فالقول فيه قول الزوج يمينه . لأنه صاحب
اليد على البيت وما فيه . وهذا ظاهر يؤيده ، ويشهد له . والقول لمن يشهد له
الظاهر يمينه ، فان حلف الزوج بأن الشيء المتنازع فيه ملكه ، وليس ملكاً
للزوجة . حكم له ، وان نكل عن اليمين . حكم للزوجة . لأن النكول عن
اليمين : اقرار بدعواها ، أو بذل لها .

وإذا لم يكن لأحدهما بيئة . فما يصلح للرجال فقط . حكم به للزوج
يمينه ، وما يصلح للنساء فقط . حكم به للزوجة يمينها (١) . ونكول أيهما
عن اليمين : اقرار بدعوى الآخر . فيحكم له . وان كان الشيء المتنازع فيه
يصلح للرجال والنساء . فقد اختلف فيه فقهاء المذهب . فرأى « الطرفين » :

(١) وفي كتاب « تبصرة الحكام » لابن فرحون المالكي بعد أن عدد أشياء تصلح
للنساء فقط . ما نصه : « وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين . فرب متاع
يشهد العرف في بلد وزمان : أنه للرجال ، ويشهد في بلد آخر ، أو زمن آخر : أنه
للنساء ، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد : أنه من متاع النساء بالنسبة لقوم ،
ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين . كالتحاس المصنوع في تونس ببلاد المغرب .
فأنه من متاع النساء . بالنسبة إلى جهاز الأندلس ، ومن متاع الرجال . بالنسبة
إلى جهاز الحضر » .

أن القول فيه للزوج يمينه . لأن المسكن مسكنه ، وكل مما فيه تحت يده المتصرفه ، وهذا ظاهر يؤيد الزوج ويشهد له . فيحكم له بالأشياء الصالحة لها .

وروي يقال : إن ما يصلح للزوجة فقط . تحت يد الزوج المتصرفه أيضاً . فالظاهر معه . وهو اليد المتصرفه ، فكان مقتضى هذا : أن يكون القول فيما إذا كان الشيء المتنازع فيه . مما يصلح للزوجة فقط : قول الزوج بيمينه - لا يقال ذلك - لأن هذا الظاهر عارضه ظاهر آخر أقوى منه . وهو صلاحية الشيء المتنازع فيه . وهي تدل على أن الزوجة هي التي تستعمله دون الزوج . فيكون خاصاً بها . ولهذا كان القول لها فيما يصلح لها فقط . عند العجز عن إقامة البينة .

ورأى «أبو يوسف» : ان القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها عادة من الأعيان الصالحة لها . عملاً بالعرف والعادة . إذ العرف الجارى بين الناس : أن الزوجة لا تنتقل في الأعم الإغلب من الحالات . إلى مسكن الزوجية بدون جهاز . وأما ما زاد عن مقدار ما تجهز به في العادة . فيكون القول فيه للزوج ، عملاً باليد المتصرفه . ولا يخفى : أن رأى «أبي يوسف» في هذه المسألة . هو الجدير بالأخذ والعمل به ، وتأييده العادة المستمرة بين الناس . في أن الزوجة لا تزف إلى زوجها ، ولا تدخل بيت الزوجية مجردة عما جرت العادة بتجهيز أمثاها . وأبو يوسف كان رئيس القضاة في عصره ، وقد خبر أحوال الناس وعاداتهم ، وهذا يجعل لرأيه في أمثال هذه المسألة : المكان الأول من الاعتبار .

والاختلاف في أثاث البيت بين ورثة الزوجين بعد وفاتهما : كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما . فيقوم ورثة كل منهما بقامه . وكذا الاختلاف بين أحد الزوجين ، وورثة الآخر . بعد وفاته : كالاختلاف بين الزوجين . سواء أكان الزوج هو الموجود على قيد الحياة ، أم الزوجة . عند «محمد»

و «أبي يوسف» فرأى كل منهما في هذا الاختلاف ، هو رأيه بعينه في الاختلاف بين الزوجين حال حياتهما . ولا يختلف الحكم أيضاً عند «أبي حنيفة» إذا كان الاختلاف بين الزوج وورثة الزوجة . وأما إذا كان الاختلاف بين الزوجة وورثة الزوج . في الأثاث الصالح للرجال والنساء . فالقول فيه عنده : قول الزوجة ، لا قول ورثة الزوج . فلا يقومون مقامه في هذه الصورة . لأن الظاهر يؤيد الزوجة ويشهد لها . وهو وضع يدها على الشئ المتنازع فيه . فيكون القول لها مع يمينها . فإذا حلفت اليمين . حكم لها ، وإن نكلت عن اليمين . حكم لورثة الزوج .

نفقة الزوجة

نفقة الزوجة: من الحقوق المالية الواجبة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج .

ومن معاني النفقة في اللغة : الصرف . يقال لغة : « أنفق ماله » . أى صرفه . وما ينفقه الانسان على غيره . من نقود ، ونحوها (١) .

وقال الفقهاء في تعريف النفقة اصطلاحاً : « أنها اسم لما يصرفه الانسان على زوجته ، وعياله ، وأقاربه ومماليكه . من طعام وكسوة ومسكن » . ويراد بنفقة الزوجة : ما تحتاج إليه لمعيشتها . من طعام ، وكسوة ، ومسكن ، وخدمة ، وما يلزمها من فرش وغطاء ، وسائر أدوات البيت ، بحسب المتعارف بين الناس .

أسباب النفقة

نص الفقهاء على أن الأسباب التي توجب النفقة على الانسان لغيره ثلاثة : الزوجية ، والقربة ، والملك . فالزوجية : سبب . في وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، والقربة : سبب . في وجوب النفقة على الشخص لأولاده والديه وأقاربه ، والملك : سبب . في وجوب النفقة على المالك لمملوكه .

(١) أصل مادة « النفقة » إما من النفوق . بمعنى الهلاك . يقال : « نفقت الدابة نفوقاً » . إذا هلكت . وإما من النفاق بمعنى الرواج . يقال : « نفقت السلعة ، والسوق » إذا راجت . هذا هو أصل مادة « النفقة » وأخذ اشتقاقها . ويسمى المسال الذي يصرفه الانسان على غيره : نفقة . لما في ذلك من هلاك المال ، ورواج الحال . وعند اطلاق كلمة النفقة . يراد بها : ما يصرفه الانسان على غيره من نقود ونحوها . (راجع « فتح القدير » في أول باب النفقة (ج ٤ وابن عابدين ج ٢) .

وموضوعنا الآن : نفقة الزوجة . وهى واجبة شرعاً على زوجها . ودليل وجوبها على الزوج : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول .

فأما الكتاب : فقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (١) فقد أوجب تعالى رزق الوالدات - الزوجات - وكسوتهن على المولود له . وهو الزوج . وسمى الزوج مولوداً له . لأن الولد ينسب إليه . وقول الله تعالى فى شأن المطلقات : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (٢) . فقد أمر الله تعالى الأزواج . بأن يسكنوا المطلقات . من حيث سكنوا من وسعهم ، وطاقتهم . والأمر للوجوب . والنفقة الشرعية للزوجة تشمل المسكن . سواء كان المسكن ملكاً ، أو اجارة . فاذا وجبت نفقة المطلقة على مطلقها ، فوجوب نفقة الزوجة التى لا تزال الزوجية بينها وبين زوجها قائمة حقيقة وحكماً على زوجها . بطريق الأولى . وقوله تعالى : « من وجدكم » (٣) معناه : من وسعكم ، وطاقتكم .

وأما السنة : فالأحاديث الواردة فى وجوب نفقة الزوجة على زوجها كثيرة .

فمنها : ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته فى حجة الوداع : « اتقوا الله فى النساء . فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحلتم

(١) الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق .

(٣) الوجد مثلثة الواو . معناه لغة : اليسار ، والقدرة ، والغنى ، والسعة .

ويقال : أنا وابد للشئ ، أى قادر عليه .

فزوجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف « (١) .

ومنها: ما روى أن « هند بنت عتبة » امرأة « أبي سفيان » جاءت إلى الرسول عليه الصلاة والسلام ، وقالت له : يا رسول الله إن « أبا سفيان » رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي ولدي . إلا ما آخذ من ماله . بغير علمه . فقال لها صلى الله عليه وسلم : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ، ويكفي ولدك » . ووجه دلالة هذا الحديث على وجوب نفقة الزوجة على زوجها : أنه لو لم تكن نفقتها واجبة على زوجها لما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم . بأن تأخذ من مال زوجها « أبي سفيان » بغير اذنه ، وبدون علمه . ما يكفيها لنفقتها بالمعروف . إذ لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون حق .

وأما الإجماع : فقد انعقد إجماع الأمة الإسلامية في كل العصور . من عصر الرسول عليه الصلاة والسلام ، إلى الآن : على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، وعلى أن الزوج إذا امتنع عن الانفاق على زوجته . بدون حق شرعي . كان ظالماً ، وفرض القاضي نفقتها عليه . إذا طلبت ذلك .

وأما المقبول : فإن الزوجة بموجب عقد الزواج محتبسة . لأجل الزوج ، ومتفرغة للحياة الزوجية ، وخصصت نفسها لمنفعة زوجها ، وفائدته . وكل من احتبس لحق مقصود لغيره ، والمنفعة عائدة إليه . فنفقته واجبة عليه . إذ الغرم بالغنم . ولهذا المعنى تجب شرعاً على الدولة نفقات موظفيها من بيت المال . لاحتباسهم ، وعملهم . لمصلحتها ، ومنفعتهم . بقدر كفايتهم ، وكفاية من يعولونهم .

(١) أساندة الله : ما فرضه الله على عباده ، وكلمة الله : هي كلمته التي أحل بها الفروج في كتابه الكريم . وهي لفظ الانكاح ، والتزويج . قال تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وقوله تعالى « زوجناكها » . أو حكم الله تعالى . قال تعالى : « ولولا كلمة سبقت من ربك ، « أي حكم من الله سبق (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ح ٢ ص ٢٢٩ وما بعدها) .

سبب وجوب نفقة الزوجة وشروطها

سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها : الزوجية الصحيحة بينهما .
لما يترتب على عقد الزواج . من حق الزوج في احتباس الزوجة . لأجله ،
ودخولها طاعته . ليتمكن من الاستمتاع بزوجته ، ويجنى ثمرات الزواج .
فعقد الزواج ليس هو السبب المباشر في وجوب نفقة الزوجة على زوجها .
كما هو الشأن في وجوب المهر . بل احتباسها المترتب على عقد الزواج لحق
الزوج ومنفعته . بحيث يؤدي الاحتباس من أجله إلى المقصود بالزواج
من استيفاء الزوج حقوقه الزوجية ، والتمكن من الاستمتاع بها . متى أرادته
وذلك بتسليم الزوجة نفسها . حقيقة ، أو حكماً . بأن تكون مستعدة للدخول في
طاعته ، وغير ممتنعة من الانتقال إليه ، ومن دخوله بها . بدون مبرر شرعي .
وإذا لم يتحقق هذا المعنى . فلا تستحق الزوجة النفقة الزوجية . لعدم تحقق
سبب وجوبها . وهو : الاحتباس المفضى إلى المقصود بالزواج . فلو كانت
الزوجة بحالة لا يمكن الاستمتاع بها . كما إذا كانت لا تصلح لأموال الزوجية ،
أو فوات الاحتباس المذكور . بأن كانت ناشرة عن طاعته . بدون حق . فلا
تستحق الزوجة على زوجها ، ولو كان الزواج بينهما صحيحاً شرعياً .
فعلم من هذا : أن سبب وجوب النفقة الزوجية . هو : الاحتباس المشروع
الذي يؤدي إلى تحقيق أغراض الزواج . ومتى وجد الاحتباس بهذه الصفة ،
ولو حكماً ، وجبت نفقة الزوجة على زوجها شرعاً . ولو كان الزوج فقيراً ،
أو مريضاً مرضاً يمنع من قربان زوجته ، أو كان مسافراً ، أو صغيراً لا يقدر
على المباشرة الجنسية . سواء أكانت الزوجة غنية ، أو فقيرة ، مسلمة ،
أو كتابية ، زفت إلى زوجها ، أو لم تزف إليه . ما دامت لم تمتنع من الدخول
في طاعته بغير وجه شرعي . وإذا طالب الزوج زوجته . بالانتقال إلى المسكن
الذي أعده لها . فامتنعت عن ذلك . فإن كان امتناعها لمبرر شرعي . كما إذا
إمتنعت عن ذلك . لعدم قبضها معجل صداقها . أو لعدم شرعية المسكن الذي
أعده لها . لكونه مشغولاً بسكنى الغير . تجب لها النفقة عليه ، وإن كان

امتناعها بغير حق . كما إذا لم ترض بالانتقال إليه . إلا إذا طلق زوجها
ضرتها . لا تجب لها النفقة مدة امتناعها . لكونها ناشئة عن طاعته .

ولما كان سبب استحقاق الزوجة نفقتها على زوجها . هو : الاحتباس
المشروع المؤدى إلى المقصود من المباشرة الزوجية ، ودواعيها . فإنه يشترط
في وجوبها على الزوج : ثلاثة شروط :

- ١ - : أن يكون عقد الزواج بين الزوجين صحيحاً شرعاً .
- ب - : أن تكون الزوجة سالحة لاستمتاع الزوج بها ، ولتحقيق أغراض
الزوجية . حتى يؤدي احتباس الزوجة المشروع . إلى المقصود بالزواج .
- ج - : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة . بغير مبرر شرعى ،
وبسبب ليس من جهته .

هذه هي الشروط التي تشترط في وجوب النفقة الزوجية إجمالاً . وأما
تفصيل هذه الشروط فسيعلم بعد . عند بيان من لا نفقة لها من الزوجات .
فاذا تحققت هذه الشروط استحققت الزوجة النفقة على زوجها . لتحقق سبب
وجوبها . وهو احتباسها المؤدى إلى المقصود بالزواج . لأن السبب متى وجد
يترتب عليه مسببه ، وإذ فقد شرط من هذه الشروط . فلا تستحق النفقة على
زوجها . لفوات الاحتباس للنفقة الزوجية .

من لا نفقة لها من الزوجات

يمكن معرفة من تستحق النفقة من الزوجات ، ومن لا تستحقها . بتطبيق
الشروط التي أسلفناها في استحقاق الزوجة لنفقتها على زوجها . فمتى تحققت
تلك الشروط في الزوجة ، وجبت نفقتها . ومتى لم يتحقق أى شرط
منها فلا تجب عليه نفقتها .

وسنذكر على سبيل المثال ، والايضاح . لا الحصر : طائفة من الزوجات
اللاتي لا يستحقن نفقات زوجية على أزواجهن .

١ - **المعقود عليها به مقر فاسد** ، وكذا المدخول بها بشبهة بغير عقد أصلاً .
لا نفقة لها . لعدم تحقق شرط من شروط وجوب النفقة الزوجية على الزوج .
وهو أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، وبالتالي لم يتحقق سبب وجوب النفقة .
وهو الاحتباس المشروع المؤدى إلى المقصود من الزواج . لأن من تزوج
امراً بعقد فاسد ، أو من دخل بامرأة بشبهة . لم يجز له احتباسها ، بل يجب
عليها أن يفترقا من تلقاء أنفسهما . وإلا فرق القاضى بينهما . ولا يجوز لها
أن يتعاشرا معاشرة الأزواج . ولكل واحد من المسلمين . إذا علم بفساد عقد
الزواج بين الزوجين : أن يرفع دعوى حسبة بالتفريق بينهما . أمام القضاء
فلو كان الزواج صحيحاً . بحسب الظاهر . ففرض القاضى النفقة للزوجة على
زوجها . بناء على طلبها . وأخذت منه نفقتها المفروضة مدة من الزمن . ثم
ظهر فساد الزواج . بأن شهد الشهود بأنها أخته من الرضاة . فرق القاضى
بينهما ، إن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما . ورجع الزوج عليها . بما أخذت من
نفقتها المفروضة عليه . لأنه مضطر إلى تنفيذ حكم القاضى . بخلاف ما إذا
انفق عليها . بدون فرض القاضى . فلا يرجع عليها بشيء (١) .

٢ - **الزوجة الصغيرة غير المستهارة** : أى غير الصالحة للمباشرة الجنسية
ودواعيها ، ولو كانت صالحة للخدمة ، أو الإستئناس بها ، واحتبسها
زوجها فى بيته بالفعل . لأن هذا الاحتباس لا يؤدى إلى المقصود من الزواج .

(١) ابن عابدين (ج ٢ ص ٦٩٩) .

ولا يظهر سبب معقول للترقية فى الحكم بين ما إذا قام الزوج بالانفاق عليها
بفرض القاضى النفقة ، أو بدون فرض القاضى . متى كان الزوجان لا يعلمان بفساد
الزواج بينهما وقت العقد . إلى حين أن تبين فساده . لأنها محتسبة من أجله . بموجب
عقد الزواج الصحيح . بحسب علمهما واعتقادهما . فيجب عليه أن ينفق عليها
قبل ظهور فساد العقد . سواء فرضت النفقة بالتقاضى ، أو بالتراضى . فالمعقول ألا
يرجع عليها بشيء . مما أنفق عليها قبل ظهور فساد الزواج ، بدون فرق بين ما إذا قام
الزوج بالانفاق عليها بالتراضى . أو بالتقاضى .

والاحتباس الموجب للنفقة : ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالزواج . ولم يوجد . وعدم استحقاق الصغيرة غير المشتهة نفقة زوجية . هو مذهب « الطرفين » وذهب « أبو يوسف » . إلى أن الصغيرة غير المشتهة (١) إذا احتبسها زوجها في بيته للاستئناس بها ، وجبت لها النفقة على زوجها . لأنه رضى بالاحتباس الناقص الذى لا يؤدى لموجب الزواج ومقاصده . وإذا لم يحتبسها . فلا نفقة لها عليه . والفتوى بقول « أبى يوسف » .

وأما إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنع من المباشرة الجنسية . سواء أكان مرضها بعد زفافها إلى زوجها ، أم قبله ، ولم تمتنع من الانتقال إليه بغير حق . فنفقتها واجبة على زوجها عند « الطرفين » . ورأيهما هو المعمول به . لأن الاحتباس الموجب للنفقة متحقق ، وكونه لا يؤدى إلى المقصود . لعارض وقته لا دخل لها فيه . فاشبهه الحيض والنفاس . وليس من المروءة ، ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين : أن يكون هذا المرض الطارئ حائلاً دون الانفاق عليها . إلا إذا كان مرضها قبل الزفاف ، ولم تستطع الانتقال إلى بيت الزوج فلا تجب لها النفقة . لعدم الاحتباس حقيقة ، ولا حكماً .

ولا يلزم الزوج بنفقات علاج زوجته المريضة . من أجرة الطبيب ، وثمان الأدوية اللازمة لعلاجها ، ولو مرضت في مسكن الزوجية . لأن ذلك ليس من النفقة الزوجية الواجبة عليه . ولكن المعاشرة بين الزوجين بالمعروف ، وحسن الصحبة والمعاملة بينهما ، تقضى بأن يقوم بالنفقات اللازمة . لعلاج زوجته . متى كانت فقيرة . بل تقضى المروءة بأن يدفع تلك النفقات من

(١) ولا يوجد تحديد لسن الصغيرة المشتهة ، وغير المشتهة ، لأن ذلك يختلف باختلاف البيئة ، والمعيشة ، ومواقع البلدان ، وباختلاف الجسم سناً ، وخافة ، وقوة وضعفاً . وصحة ، ومرضاً . وقد نص الفقهاء : على أن من كانت سنها دون السابعة لا تكون مشتهة .

ماله . متى كان قادراً على ذلك ، ولو كانت موسرة . حتى يشعرها في مرضها باهتمامها بها ، وتقديره لها . تطيباً لحاظرها .

٣ - الزوجه المحبوسه ولو ظلما : فاذا حكم على الزوجه بالحبس في جريمة ، أو دين . ولو كانت عاجزة عن أداء الدين . فلا نفقة لها . لفوات الاحتباس الموجب للنفقة بسبب لا دخل فيه للزوج . وأما إذا حبست في حق عليها للزوج . فلها النفقة . لأن فوات الاحتباس بسبب من جهة الزوج . فقد رضى بفوات حقه في احتباسها لأجله .

٤ - الزوجه المنصوبه : فاذا غضب رجل زوجه رجل آخر ، وحال بينها وبين زوجها . فلا نفقة لها مدة غضبها ، وبعدها عن زوجها . لفوات حقه في احتباسها . بسبب ليس من قبل الزوج .

٥ - الزوجه المافرة : بدون أن يكون معها زوجها . لا نفقة لها مدة سفرها . سواء سافرت وحدها ، أو مع محرم لها . لفوات الاحتباس . بسبب من جهتها . ولو كان سفرها لأداء فريضة الحج مع محرم لها . كأبيها ، وأخيها ، وعمها . وأما إذا سافرت مع زوجها . فلها نفقة الإقامة لا السفر ، إن كانت هي التي تريد السفر . وسافر معها زوجها من أجلها . وإن كان الزوج هو الذي أراد السفر ، وأخذ معه في السفر زوجته . فلها نفقة السفر - ونفقة السفر مثل أجره السفر والمصاريف الأخرى اللازمة للسفر - وقال «أبو يوسف» إذا سافرت الزوجه مع محرم لها لأداء فريضة الحج . فلها نفقة الحضر - الإقامة - لا نفقة السفر . لأنها معذورة في هذا السفر . لأداء الحج المفروض عليها .

٦ - الزوجه المحترفة : إذا كانت الزوجه صاحبة حرفة . كما لو كانت مدرسة ، أو محامية ، أو مولدة ، أو ممرضة . وتشغل بحرفتها خارج

البيت كل النهار أو بعضه . ثم تعود إلى بيت زوجها . فلا نفقة لها على زوجها . ان منعها زوجها عن الخروج ، والاشتغال بمهنتها ، ولم تمثل . لفوات الاحتباس الكامل ، ولخروجها عن طاعته بغير حق . وان لم يمنعها عن الاشتغال بصنعتها خارج المنزل . فلها النفقة الزوجية . لرضاه بالاحتباس الناقص ، ولعدم خروجها عن طاعته . حيث لم يأمرها بترك عملها . وإذا رضى باشتغالها خارج المنزل أول الأمر . ثم منعها من الاستمرار فيه . فلا نفقة لها . مادامت لم تمثل له في المنع . وليس للزوج أن يمنعها من الاشتغال في البيت بعمل . كالحياكة . والحياطة . ما دام ذلك لا يعوقها عن قيامها بحقوق الزوجية وواجباتها .

٧ - الزوجة الناشئة عن طاعة زوجها : لا نفقة لها مدة نشوزها . وإذا

عادت إلى طاعته . وجبت لها النفقة على زوجها . من حين عودتها إلى طاعته . لزوال المانع . وهو نشوزها عن طاعته . فلو كانت نفقتها مفروضة بالتراضي أو بالتقاضى . عاد حقها في نفقتها المفروضة من غير حاجة إلى فرض جديد لنفقتها ، ولا يعود ما سقط من نفقتها مدة نشوزها . لأن الساقط لا يعود .

والزوجة الناشئة . هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعى (١) ويشمل ذلك :

(١) : ما إذا امتنعت الزوجة . بدون حق عن الانتقال إلى منزل الزوج .

(٢) : ما إذا خرجت من بيت الزوج . بدون مبرر شرعى بعد انتقالها

إليه .

(١) المعنى الجامع للنشوز : ما تضمنته المادة ٩٩ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وضعته اللجنة العلمية الفقهية التى ألفت لذلك سنة ١٩١٥ . ونصها كما جاء فى الطبعة الثانية : « الناشئة . هى التى خرجت من بيت زوجها . بلا اذنه بغير وجه شرعى ، أو امتنعت عن النقلة إليه بغير حق ، أو منعت من الدخول عليها فى بيتها المقيمة معه فيه ، ولم تكن قد سألته النقلة فأبى . وإن منعت من الاستمتاع بها . وهى فى بيته فلا تكون ناشئة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة » ا . ه .

وكلمة « النقلة » بضم النون وسكون القاف الواردة فى المادة : اسم بمعنى الانتقال .

(٣) ما إذا منعت زوجها من دخوله عليها في بيتها المملوك لها الذي تقيم معه فيه . ولم تكن قد طلبت من زوجها: أن ينقلها منه ، فامتنع عن نقلها إلى بيت آخر .

فاذا كان امتناعها عن الانتقال إلى منزل الزوج بحق شرعى . كما إذا كان لم يدفع لها معجل صداقها الذى اتفق على تعجيله ، أو الذى تعورف تعجيله . أو كان خروجها من منزلها . بمبرر شرعى . كأن يكون المسكن غير شرعى . لعدم استيفائه الأدوات اللازمة ، أو لكونه مشغولاً بسكنى الغير . فلا تعد الزوجة ناشرة عن طاعته . فتجب لها النفقة الزوجية على زوجها ، وكذا إذا كانت قد طلبت من زوجها: أن ينقلها من بيتها الذى يقيم فيها إلى منزلها ، أو إلى منزل آخر يستأجره لها ، ومضت المدة الكافية للنقل إلى منزلها ، أو للبحث عن منزل يستأجره ، ولم ينقلها . فممنعته من الدخول عليها في بيتها ، لا تكون ناشرة عن طاعته . فلا تسقط نفقتها عليه . لأن للزوجة الحق في طلب نقلها من بيتها المملوك لها ، وفي أن يعد الزوج لها مسكناً . وأما إذا لم تكن قد طلبت منه: أن ينقلها من بيتها إلى بيت آخر ، وممنعته من الدخول عليها في بيتها الذى يقيم فيها . فانها تعد ناشرة نشوزاً موجباً سقوط نفقتها الواجبة عليه .

ولا تعد الزوجة ناشرة عن طاعة زوجها نشوزاً يوجب سقوط نفقتها الواجبة عليه . إذا منعت زوجها . وهى في بيته . من الاستمتاع بها - وإن كان لا يجوز لها ذلك شرعاً - لتحقيق الاحتباس الذى هو سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها . والزوج لا يعجز عن الوصول إليها ، والاستمتاع بها .

والفروصة : أن الزواج متى كان صحيحاً ، ولم يفت حق الزوج في

احتباس زوجته ، أو فات بسبب من جهته ، أو بسبب من جهتها . بحق شرعى فللزوجة النفقة الزوجية . وإذا فات الحق المذكور . بسبب من جهتها . بدون

حق ، أو بسبب ليس من جهتها ، ولا من جهته . كما إذا غضبها غاصب من زوجها . فلا نفقة لها على زوجها .

نقل الزوجة من بلد إلى آخر

إذا أراد الزوج نقل زوجته إلى بلد آخر غير البلد الذي كانا يقيان فيه ، وامتنعت عن ذلك . فمى يعد امتناعها نشوزاً يسقط نفقتها عليه ؟ ، ومى لا يعد كذلك ؟ ، تشعبت أقوال العلماء في هذه المسألة ، واختلفت عبارات كتب المذهب . في القول المقتى به من تلك الأقوال .

والذى استقر عليه عمل المحاكم بمصر : أن من حق الزوج أن ينقل زوجته من مكان إلى مكان آخر . سواء أكان ذلك المكان الآخر قريباً ، أم بعيداً عن المكان الأول ، وسواء كان البلد المنقول إليه . مثل البلد المنقول منه في كونه مصرأ أو قرية ، أو كان مخالفاً له . بشروط ثلاثة :

(١) : أن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها .

(٢) : ألا يكون قصده من نقلها : الاضرار بها والكيدها . وتقدير ذلك مفوض إلى رأى القاضى . فعليه أن يبحث ويقدر الظروف والأحوال ، وأن يتحقق من غرض الزوج فى نقل زوجته من بلد إلى آخر .

(٣) : أن يكون الزوج قد أوفاهما ما اتفقا على تعجيله من مهرها ، أو تعرف تعجيله منه بين الناس . عند عدم وجود اتفاق بينهما فى العقد على مقدار المعجل ، والمؤجل من مهرها . لأن المتعارف عرفاً كالمشروط نصاً . ومى تحققت هذه الشروط الثلاثة . فللزوج أن ينقل زوجته من البلد الذى كانا يقيان فيه إلى بلد آخر . حتى لو امتنعت عن الانتقال . كانت ناشرة عن طاعة زوجها ، وسقطت نفقتها عليه . ما دامت لا تزال ممتنعة عن الانتقال .

ولو فقد شرط من هذه الشروط . فلا حق للزوج في نقلها . حتى لو امتنعت عن الانتقال معه لا تعد ناشرة عن طاعته . فلا تسقط نفقتها عليه .

والأصل في هذه المسألة : قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » (١) أى لا تستعملوا معهن الضرر في المسكن والنفقة وغيرهما . لتضييقوا عليهن .

تقدير النفقة الزوجية

الأصل في الانفاق على الزوجة : أن الزوج هو الذى يتولى بنفسه الانفاق على زوجته . فيحضر لها ما تحتاج إليه . من طعام ، وكسوة . ويقدم لها ما فيه كفايتها من الأشياء اللازمة للمعيشة ، وأن يعد لها مسكناً شرعياً . وقد جرت العادة بين الناس قديماً ، وحديثاً . بأن تقيم الزوجة مع زوجها في مسكن واحد كما جرت عاداتهم المستمرة . بأن يشترك الزوجان ، وأولادهما . في تناول الطعام ، مما يوجد في بيت الزوج . من أصناف المأكولات . من غير فرض نفقة للزوجة على زوجها . لا بطريق التراضى ، ولا بطريق التقاضى . وهذا ما تقتضيه المعيشة المنزلية ، والمعاشرة الزوجية التى يتم بها الازدواج ، والتعاون ، والصحبة . بين الزوجين . وإذا ما طلبت أمام القاضى فرض نفقة على زوجها . في هذه الحالة . لا تجاب إلى طلبها . متى ثبت باعترافها ، أو بالبينة : أن زوجها قائم بالانفاق عليها .

وتسمى هذه الطريقة في الانفاق على الزوجة : طريقة التمكين . وهناك طريقة أخرى في الانفاق على الزوجة تسمى : طريقة التملك . وهى خلاف الأصل في النفقة الزوجية ، وخلاف المعتاد بين الناس في المعاشرة الزوجية

(١) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق .

وهذه الطريقة الثانية : عبارة عن فرض نفقة للزوجة على زوجها بقضاء أو بتراض . لتتولى هي الاتفاق على نفسها . فإذا ادعت الزوجة أمام القضاء : أن زوجها لا يقوم بالاتفاق عليها ، وأنه تاركها بلا نفقة . بدون حق شرعى ، وأنه ليس صاحب مائدة في بيته ، وطعام كثير . يمكنها أن تتناول منه مقدار كفايتها . وطلبت نفقة لها على زوجها . لتتولى هي الاتفاق على نفسها ، وأثبتت دعواها . بمصادقة الزوج على دعواها ، أو بالبينة الشرعية . حكم القاضى لها . بفرض نفقة على زوجها . بجميع أنواعها . من طعام ، وكسوة ، ومسكن .

والنفقة التي يقررها الزوج على نفسه لزوجته بتراضيهما ، واتفاقهما . أو يفرضها القاضى لها عليه : يصح أن تكون أصنافاً من جنس الطعام ، وأنواعاً من الثياب لكسوتها . على اعتبار أن لها كسوتين في السنة . احدهما للصيف ، والأخرى للشتاء . ويكلف الزوج باحضار ذلك إليها . ويصح أن يكون المفروض للزوجة على زوجها بالتراضى ، أو بالتقاضى : نقوداً . لتنفق منها على نفسها .

ويعتبر في فرض النفقة الزوجية : ما هو الأيسر ، والأسهل . على الزوج في الدفع . فان كان عاملاً يشتغل باليومية ، قدرت عليه نفقة يومية ، وان كان يأخذ أجرته كل أسبوع ، أو أسبوعين ، قدرت عليه النفقة لكل أسبوع ، أو أسبوعين . وإن كان تاجراً ، أو من أرباب المربيات الشهرية ، فرضت عليه النفقة مشاهرة . ومهما كان الأمر . فانه يجب على الزوج : أن يعطيها نفقتها مقدماً عن أية مدة . حتى تتمكن الزوجة من تدبير ما يلزمها في معيشتها ، وتستطيع الصرف في حاجاتها .

وعمل المحاكم بمصر في فرض النفقة : أن القاضى يفرض مبلغاً من النقود . لطعام الزوجة ، ومسكنها . كل شهر ، ومبلغاً آخر من النقود . لبدل كسوتها

كل ستة أشهر . لجميع الناس ، وفي جميع الحالات بدون فرق . ويحكم بعض القضاة . بفرض مبلغ شهري . لكل أنواع النفقة . من طعام ، وكسوة ، ومسكن .

ما يراعى فى تقدير النفقة الزوجية

يجب على القاضى فى تقدير النفقة الزوجية عندما يحكم بفرضها : أن يراعى أمرين :

الأول : حال الزوج المالية يسراً ، وعسراً ، وتوسطاً بينهما . بقطع النظر عن كون الزوجة موسرة ، أو معسرة . فان كان الزوج موسراً . فرض لها نفقة اليسار ، ولو كانت الزوجة فقيرة ، وإن كان معسراً . فرض لها نفقة الاعسار ، ولو كانت الزوجة غنية ، وان كان متوسط الحال . فرض لها نفقة الوسط بين اليسار والاعسار (١) . فلا ينظر عند تقدير النفقة الزوجية . إلى حال الزوجة فقط ، ولا إلى حال الزوجين ، وانما تقدر النفقة الزوجية . بمراعاة حال الزوج المالية فقط . مهما كانت حالة الزوجة من الغنى ، والفقر واعتبار حال الزوج وحده فى تقدير النفقة الزوجية : هو ما تدل عليه صراحة الآية الكريمة : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسراً » (٢) ، وما يدل عليه أيضاً قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » فالآيتان صريحتان فى اعتبار حال الزوج يساراً واعساراً فى الانفاق .

(١) واليسار والاعسار . مما يختلف باختلاف البلاد . فقد يعد رجل فى بلد ذا يسار ، ولا يعد فى بلد آخر كذلك . ولم يصرح الفقهاء ببيان اليسار والاعسار . فى باب النفقة الزوجية . وربما تركوا تقديرهما إلى العرف . وفى « رد المحتار » : صرحوا ببيان اليسار والاعسار . فى نفقة الأقارب . ولم أر من عرفهما فى النفقة الزوجية . ولعلمهم وكلوا ذلك إلى العرف » (ج ٢ ص ٧٠١) .

(٢) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق .

وأيضاً الزوجة بتزوجها المعسر. قد رضيت بالنفقة التي يقدر عليها. وهي نفقة الإعسار ، ولو كانت موسرة .

واعتبار حال الزوج وحده في تقدير النفقة الزوجية : هو ظاهر الرواية في المذهب « الحنفى » . وهو مذهب الامام « الشافعى » . وهذا هو المعمول به أمام المحاكم تطبيقاً للمادة ١٦ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » ونصها : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها . بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حال الزوجة » .

الثانى : حال الأسعار فى الأسواق ، ارتفاعاً ، وانخفاضاً . عند تقدير النفقة الزوجية . رعاية لحاجتي الزوج والزوجة . لأن النفقة تفرض لحاجيات الزوجة ، وكفايتها فى المعيشة . وأمان الأشياء تختلف باختلاف الأسعار صعوداً وهبوطاً (١) .

وكما يجب أن يراعى فى تقدير نفقة الزوجة وقت فرضها حال الزوج ، وحال أسعار الأشياء ، ولوازم ، المعيشة . فانه يراعى ذلك بعد فرض النفقة .

(١) النصوص الشرعية التى أوجبت نفقة الزوجة على زوجها من الكتاب ، أو من السنة . لم تتعرض لبيان مقدارها ، ولا لكيفية تقديرها . فيراعى فى ذلك : المتعارف بين الأزواج . فى الاتفاق على زوجاتهم . وهذا كما لا يخفى . يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية ، وطرق المعيشة ، وباختلاف الأشخاص ، والأزمان ، والأماكن .

وقد نص فقهاء « الحنفية » على أن النفقة الزوجية واجبة بطريق الكفاية . وما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً فى نفسه . لأنه يختلف باختلاف الطبائع ، وأحوال الناس وباختلاف الأوقات ، والأماكن . فيقدر بالمعروف بين الناس . وهو القدر الذى عرف بالعادة أنه الكفاية (المبسوط ج ٥ ص ١٨٢) .

وفى « الشرح الكبير » على متن « المتنع » من كتب « الخنابلة » فى الفقه : والصحيح رد النفقة المطلقة فى الشرع . إلى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم فى حق الموسر ، والمعسر ، والمتوسط (ج ٩ ص ٢٣٤) .

ويقول « الكمال بن الهمام » فى كتابه « فتح القدير على الهداية » : والحاصل : أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض - لنفقة الزوجة - فى كل وقت ، وباعتبار الحال من اليسار والإعسار « (ج ٤ ص ١٩٥) .

حتى لا تبقى النفقة المفروضة للزوجة على حالة واحدة . بدون تغيير . بل تتغير
زيادة ، وتخفيضاً . تبعاً لتغير حال الزوج المالية . عما كانت عليه وقت الفرض .
ولتغير الأسعار . بعد الفرض . فاذا زادت الأسعار . بعد فرض النفقة للزوجة ،
أو تحسنت حال الزوج المالية . عما كانت عليه وقت الفرض ، وطلبت الزوجة
زيادة النفقة المفروضة لها ، تزداد النفقة المقدرة لها . بما يتناسب مع الحالة
الجديدة . من ارتفاع الأسعار ، أو تحسن حال الزوج المالية . وإذا نقصت
الأسعار ، أو ساءت حال الزوج المالية بعد الفرض ، تنقص النفقة المفروضة
عليه لزوجته بما يتفق ، والحالة الجديدة ، إذا طلب الزوج تخفيضها . لأن
بقاء المقرر لنفقة الزوجة . بدون تغيير مع تغير الأسعار . أو تغير حال الزوج
بعد الفرض : اضرار بأحد الزوجين .

وإذا تبين بعد أن حكم القاضى بفرض نفقة الزوجة على زوجها : أن
تقديره كان خطأ ، وأن المفروض كثير ، أو قليل . بالنسبة لحال الزوج
المالية ، عدل القاضى المفروض . بما يتفق ، ويتناسب . مع حال الزوج ،
إذا طلب منه ذلك . من يعينه الأمر . من أحد الزوجين .

المسكن

علم مما تقدم : أن النفقة الزوجية تشمل المسكن . فيجب على الزوج أن
يعد لزوجته مسكناً شرعياً مستوفياً للشرائط الشرعية . وإذا أعد لها المسكن ،
وطالبها بأن تدخل في طاعته في المسكن الذى أعده لها . فامتنعت بغير وجه
شرعى ، أو خرجت عن طاعته في المسكن . بعد أن انتقلت إليه . بغير حق . كانت
ناشرة . فتسقط نفقتها عليه . مدة نشوزها . فلا تستحقها في تلك المدة .
وإذا عادت بعد نشوزها . تجب لها النفقة التى كانت مفروضة لها من وقت

عودتها . من غير حاجة إلى فرض جديد . لأن النشوز لا يسقط نفس الفرض بتراض ، أو تقاض . وإنما يسقط المفروض . فلا تستحقه مدة النشوز . وان لم يبيء الزوج لزوجته مسكناً شرعياً . فرض لها القاضى أجره مسكن . بناء على طلبها ذلك . بعد اثباتها الدعوى .

ويراعى القاضى فى فرض أجره المسكن : حال الزوج المالية ، وأجور المساكن . ولا يكون المسكن الذى أعده الزوج لزوجته مسكناً شرعياً . بحيث تعتبر الزوجة ناشرة بامتناعها عن طاعته فيه . إلا إذا تحققت فيه أمور أربعة :

(١) : أن يكون المسكن لائقاً بحال الزوج المالية . سواء كان منزلاً مستقلاً ، أو شقة ، أو غرفة فى منزل . بحسب يسار الزوج واعساره ، وعرف أمثاله فى المسكن .

(٢) : أن يكون المسكن خالياً من سكن الغير ، ولو كان الغير من أهل الزوج ، وأولاده من غيرها ، ما عدا ولده الصغير غير المميز .

(٣) : أن يكون المسكن مشتملاً على جميع المرافق المنزلية ، وعلى الأدوات اللازمة المناسبة . لحال الزوج المالية .

(٤) : أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ، وما لها .

وليس للزوج أن يجبر زوجته على أن تسكن أحداً معها فى المسكن الذى أعده لها ، سوى ولده الصغير غير المميز من غيرها . لأن سكن الغير معها يضايقها ، ويقيد حريتها ، ويمنعها من تمام المعاشرة مع زوجها . وقد لا تأمن على متاعها منه .

كما أنه ليس للزوجة : أن تسكن أحداً من أهلها ، وأولادها من غيره ، ولو كان ولدها صغيراً غير مميز . بدون اذن زوجها . وبغير رضاه . لأن المسكن له . فلا يشاركه فيه أحد . إلا إذا رضى هو بذلك .

وإذا كان المسكن الذى أعده الزوج لزوجته بيتاً من دار ، بها عدة بيوت ، أو شقة فى منزل ، به عدة شقق ، ويسكن فى أحد البيوت ، أو الشقق. أقارب الزوج . فليس للزوجة : أن تطالب نقلها إلى مسكن آخر. إلا إذا كان قريب الزوج يؤذيها بالقول ، أو الفعل . وأما إذا كانت ضررتها ساكنة فى أحد أحد تلك البيوت ، أو الشقق ، فللزوجة : أن تطالب من زوجها نقلها إلى مسكن آخر بعيد عن ضررتها . ويجبها القاضى إلى طلبها . إذا ما طلبت لديه نقلها ، وان كانت ضررتها لم يحصل منها إيذاء لها بالفعل . لأن قربها مظنة الإيذاء . بل قيل : إن مجرد وجود الضرة بالقرب منها إيذاء لها .

نفقة الخادم للزوجة

الزوج إما أن يكون معسراً ، أو موسراً . فان كان معسراً لا تجب عليه نفقة خادم لزوجته . لأن الواجب على الزوج المعسر : أدنى نفقة الكفاية ، والخادم من الأمور الكمالية ولزيادة التنعم (١) . وتخدم زوجته نفسها . وان كان موسراً. تجب عليه نفقة خادم ، أو أكثر . لزوجته . بحسب يساره ، وحاجة زوجته إلى الخدمة . لأن نفقة الخادم من توابع النفقة الزوجية . ويراعى فى ذلك : المتعارف بين الناس فى خدمة زوجات الموسرين . وهذا مذهب «أبى يوسف» . وقال «الطرفان» : لا تجب نفقة أكثر من خادم . لأن الخادم الواحد فيه الكفاية . والأكثر من خادم . من الكماليات غير الواجبة .

ولا يخفى أن رأى «أبى يوسف» هو الموافق للعرف السائد الآن بين الناس ، والفتوى على رأى «أبى يوسف» .

(١) الفتح على الهداية (ج ٤ ص ٢٠٤) (طبع الحلبي) .

وفي «فتح القدير» «للكمال بن الهمام»: ولو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تفرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقاً.

نفقة زوجة الغائب

تجب نفقة الزوجة على زوجها . متى تحققت شروط استحقاقها ، بدون حاجة إلى القضاء ، أو التراضي بين الطرفين . ولذا جاز شرعاً للزوجة أن: تأخذ من مال زوجها بدون علمه ، وبغير إذنه ، ما يكفيها لنفقتها . متى ظفرت بماله الذي من جنس ما تقدر به النفقة . كالنقود ، والغلال . لحديث «هند» امرأة «أبي سفيان» الذي سبق ذكره . عند بيان أدلة وجوب نفقة الزوجة على زوجها .

وقد نص علماء «الحنفية» على أن حكم القاضي على الغائب بنفقة زوجية: من باب إعانة صاحب الحق على الوصول إلى حقه ، لا من باب القضاء ، ولذا أجازوا للقاضي: أن يحكم عليه بنفقة زوجته . بناء على علمه . فيجوز له أن يفرض للزوجة النفقة على زوجها الغائب . ان علم بالزوجية بينهما . مع أن القاعدة المقررة فقها : أن القاضي لا يقضى بعلمه . وإنما يقضى بما ثبت لديه من الأدلة .

والمراد بالغائب : من لا يمكن احضاره إلى مجلس القضاء . لمقاضاته أمامه ، وسؤاله عن الدعوى . سواء كان غائباً عن البلد الذي توجد فيه زوجته ، أو متوارياً فيه ، وسواء كانت غيبته قريبة ، أو بعيدة . (ويعتبر الزوج غائباً غيبة قريبة . إذا كان في مكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه في مدة لا تتجاوز تسعة أيام . ومن ليس كذلك . فيعتبر غائباً غيبة بعيدة) .

وسنذكر أولاً بإيجاز . أحكام نفقة زوجة الغائب في المذهب « الحنفى »
ثم نعقب بما عليه العمل الآن في نفقة زوجة الغائب .

الزوج الذى غاب عن زوجته . إما أن يترك مالا ظاهراً ، أو لا يتركه .
فاذا ترك مالا ظاهراً . فاما أن يكون من جنس ما تقدر به النفقة . كالنقود ،
والغلال ، وإما أن يكون من غير جنسها . كالأراضي ، والدور ، والعربات ،
والحيوانات . فان كان المال الذى تركه من جنس النفقة . فاما أن يكون فى يد
الزوجة ، أو فى يد غيرها . كما إذا كان المال وديعة للغائب عند آخر ، أو دينا
له على آخر . والحكم ليس واحداً فى كل هذه الأحوال . بل لكل حال : حكم
يخصها :

فاذا غاب الزوج ، وكان له مال ظاهر - وسيأتى قريباً تعريف المال الظاهر
- من جنس ما تقدر به النفقة فى يد الزوجة . فلها أن تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها
بالمعروف بين الناس . من غير حاجة إلى قضاء القاضى . وإذا رفعت أمرها
إلى القضاء طالبة فرض نفقة على زوجها الغائب . من ماله الذى تحت يدها ،
واثبتت الزوجية ، أو علم بها القاضى . فرض لها النفقة ، وأمرها بأن تستوفى
ذلك من مال زوجها الذى فى يدها . وليس هذا فى الواقع قضاء على الغائب .
بل إعانة للزوجة على الوصول إلى حقتها . إذ لها شرعاً أن تأخذ من مال زوجها
ما يكفيها لنفقتها بالمعروف . بدون حاجة إلى القضاء . ولهذا المعنى . نص
الفقهاء على أنه يجوز للقاضى : أن يقضى بفرض نفقة زوجية لزوجة الغائب .
متى علم بالزوجية بينهما ، مع أن القاضى لا يقضى بعلمه . انما يقضى بما ثبت
له من الأدلة .

وإن كان المال الذى من جنس النفقة ليس فى يد الزوجة . بل فى يد
غيرها . كما إذا كان فى ذمة مدين للغائب . أو فى يد المودع . ورفعت الزوجة
أمرها إلى القاضى . ليفرض لها النفقة فى هذا المال . فرض القاضى النفقة

لها في المال المذكور ، وأمر من بيده المال . بأن يؤدي إليها المفروض من مال الغائب الذي تحت يده . ان كان من عنده المال مقرابه ، ومعتزلاً بالزوجية : لأن اقراره بهما اعتراف منه . بأن للزوجة حق أخذ نفقتها من مال زوجها الذي تحت يده . حيث لها شرعاً أن تأخذ من مال الزوج ما يكفيها . بدون رضاها ، وبغير علمه .

وان كان من عنده المال منكراً له ، ولزوجية معاً ، أو منكراً لأحدهما . فان كان القاضى عالماً بما أنكره . فرض النفقة ، وأمر من بيده المال . بأدائها منه . لما تقرر : أن هذا من باب الاعانة لها على أخذ حقها ، وليس من باب القضاء على الغائب . وإذا حضر الزوج الغائب ، فللمنكر أن ينازعه في ثبوت المال وعدمه .

وان كان القاضى غير عالم بما أنكره . لا يفرض لها نفقة ، ولا تسمع منها الدعوى . عند « الامام » و « صاحبيه » . لأن من شروط صحة الدعوى وسماعها : وجود خصم فيها . ولا خصم هنا في هذه الحالة . حتى تسمع الدعوى ، والبيينة على اثباتها . لأن من بيده المال . إذا أنكر الزوجية . فخصم الزوجة : زوجها الغائب ، لا من عنده المال ، وإذا أنكر المال ، فخصمه : صاحب المال . وهو : الزوج الغائب لا زوجته . فلم يكن من بيده المال خصماً لها في الحالتين . فلا تسمع دعواها .

وقال « زفر » : تسمع هذه الدعوى من الزوجة . فاذا أثبتت ما أنكره من عنده المال . حكم لها القاضى . بالنفقة على زوجها الغائب ، وأمر من بيده المال . بأن يؤدي ذلك إليها من المال الذي تحت يده . ولا يحكم لها بزوجيتها للغائب . بل يكتفى بفرض النفقة لها . لأن ذلك قضاء على الغائب . وهو غير جائز . بخلاف الحكم بالنفقة . فإنه إعانة لها على الوصول إلى حقها ، وائس قضاء على الغائب .

والمفتى به: قول « زفر » . لأن الزوج كثيراً ما يغيب عن زوجته ، ويتركها بدون نفقة . وفي العمل بقول « زفر » محافظة على حق الزوجة ، وصيانة لها ، ولا ضرر في ذلك على الغائب . بسبب ما يتخذ القاضى من الاحتياط . لحفظ حقه . إذا ما عاد الزوج الغائب ، وظهر أنها لم تكن تستحق النفقة المفروضة لها عليه . من أخذ كفيل منها ، وحلفها المين بأنها تستحق النفقة عليه .

وإذا كان المال الظاهر الذى تركه الغائب . لبس من جنس النفقة ، فرض القاضى لها النفقة ، وأذن لها فى أن تستوفى ذلك من غلة ما يوجر من ممتلكات زوجها الغائب . كالأراضى ، والبيوت ، ولا يباع شىء منها . تنفيذاً لحكم نفقتها عليه . لأن مال المدين الحاضر لا يباع جبراً عنه . لسداد دينه . إذا امتنع عن أدائه عند الامام . بل يجبس . حتى يؤدي دينه . فمن باب أولى ألا يباع مال الغائب لسداد دينه .

وعند « الصاحبين » يجوز بيع مال المدين . إذا كان حاضراً ، وامتنع عن أداء دينه . وبما أن الغائب لا يعلم امتناعه عن أداء دينه . فلا يجوز عندهما أيضاً أن يباع ماله لسداد ديونه .

وإذا لم يكن للزوج الغائب مال ظاهر ، وطلبت زوجته أمام القضاء فرض نفقة لها عليه . مع أذنها بالاستدانة عليه . بما يفرض لها من النفقة ، واثبتت الزوجة دعواها ، أو كان القاضى عالماً بها . حكم لها القاضى بالنفقة . دون الزوجية ، وأذن لها بالاستدانة على زوجها . فان لم تجد من تستدين منه . أمر القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها ، لو لم تكن متروجة . بأدانتها ، وإذا امتنع عن إدانتها . حبسه القاضى . حتى يمثل لأمره بالإدانة . ويرجع بما يؤديه إليها على زوجها . لكونه ديناً عليه يجب أدائه .

وفي أية حالة من هذه الحالات . إذا فرض القاضى نفقة الزوجة على زوجها

الغائب . فانه يحتاط لحفظ حقه . فيأخذ منها كفيلاً يكون ضامناً . لما تأخذه من مال الغائب لنفقتها ، حتى إذا عاد زوجها، وتبين : أنها لم تكن مستحقة . لما أخذته من ماله ، رجع عليها ، أو على الكفيل . بما أخذته بدون حق . ولا يكتفى القاضي بأخذ الكفيل منها . بل يحلفها لزيادة الاستيثاق : أن زوجها الغائب لم يترك لها نفقة ، أو أنها ليست ناشرة ، ولا مطلقة . انقضت عدتها منه . وان امتنعت عن حلف اليمين التي تسمى بيمين الاستيثاق ، أو عن تقديم الكفيل . لا يحكم القاضي . بفرض نفقة لها على زوجها الغائب .

وإذا طلبت زوجة الغائب . أمام القضاء تطليقها من زوجها الغائب . لاعساره . وعجزه عن الانفاق عليها . فلا يجيب القاضي إلى طلبها . عند « الحنفية » . لأن إعسار الزوج ، وعجزه على النفقة . سواء كان غائباً ، أو حاضراً . ليس مسوغاً . لتطليق زوجته منه . في مذهب « الحنفية » . ويرى الأئمة « مالك » ، و« الشافعي » ، و« أحمد » : أن للزوجة أن تطلب تطليقها في هذه الحالة ، ولو كان حاضراً ، وأن القاضي يجيب إلى طلبها . فيفرق بينهما . وهذا التفريق فسخ للعقد . عند « الشافعي » ، و« أحمد . وطلاق . عند الامام « مالك » (١) . وسيأتي تفصيل هذه المسألة في مباحث الطلاق .

ما عليه العمل الآن في نفقة زوجة الغائب

ما تقدم من الأحكام في نفقة من غاب عنها زوجها: هو مذهب « الحنفية » الذي كان معمولاً به في المحاكم الشرعية . قبل صدور القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » . وأما بعد صدور هذا القانون . فقد وجب العمل بما جاء فيه . من أحكام نفقة زوجة الغائب . وقد بينها المادة الخامسة منه . وخلاصة تلك الأحكام التي تضمنتها المادة المذكورة :

ان الزوج الغائب إذا كان له مال ظاهر . من جنس النفقة ، أو من غير جنسها ، وطلبت زوجته فرض نفقة لها عليه ، وأثبتت دعواها ، حكم لها القاضي . بنفقتها على زوجها الغائب . ونفذ حكم النفقة في مال زوجها الغائب وان لم يكن له مال ظاهر ، وطلبت الزوجة تطليقها منه . فان القاضي يطلقها على التفصيل الذي سيذكر في تطليق القاضي الزوجة على زوجها . والمال الظاهر : هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة بمقتضى لائحة التنفيذ . والمراد بالطرق المعتادة : ما نص عليه في لائحة التنفيذ : من أنه يبدأ بالتنفيذ على النقود . إن كانت موجودة ، ثم على المنقولات ، ثم على العقار . عند عدم وجود منقولات . للمحكوم عليه ، أو عدم كفاية ثمنها في سداد المبلغ المطلوب منه .

متى تكون نفقة الزوجة ديناً على زوجها

إذا مضت مدة . لم ينفق فيها الزوج على زوجته ، مع وجوب نفقتها عليه ، وانفقت الزوجة على نفسها في تلك المدة من مالها ، أو من مال غيرها . بطريق

الاستدانة . فهل تكون النفقة ديناً على زوجها ؟ فترجع عليه . بما انفقت على نفسها في تلك المدة ، أو لا تكون ديناً عليه ؟ فلا ترجع عليه بشيء . مما أنفقتها على نفسها . ففي المسألة خلاف بين علماء الشريعة :

فذهب « الحنفية » : أن النفقة الزوجية لها ثلاث حالات :

(أ) : أنها لا تكون ديناً على الزوج .

(ب) : أنها تكون ديناً ضعيفاً .

(ج) : أنها تكون ديناً قوياً .

وبيان هذه الحالات كالآتي :

(١) : إذا لم تكن النفقة الزوجية مفروضة . بقضاء ، أو تراض ، وانفقت الزوجة على نفسها . مدة شهر فأكثر . من غير مال زوجها . سواء كان الاتفاق من مالها ، أو من مال غيرها . بطريق الاستدانة . فإن النفقة لا تكون ديناً على الزوج . فليس لها أن تطالبه بنفقة تلك المدة . وأما إذا كانت المدة التي أنفقت فيها على نفسها : أقل من شهر . فلها أن تطالب زوجها في تلك المدة . إذ لا بد من مضي مدة . لكي تتمكن الزوجة من مقاضاة زوجها في نفقتها ، أو التراضي معه على نفقتها ، واعتبرت المدة التي هي أقل من شهر فترة للتقاضي ، أو التراضي .

(٢) : إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضي ، أو بالتقاضي ، ولم تكن الزوجة مأذونة من زوجها ، أو من القاضي . بالاستدانة على زوجها بنفقتها المفروضة عليه ، أو كانت مأذونة بالاستدانة ، ولم تستدن بالفعل . وانفقت على نفسها . من غير مال زوجها . بعد فرض النفقة لها . تكون النفقة ديناً عليه . فلها أن تطالبه . بما تجمد لها من النفقة المفروضة . عن أية مدة . إلا أن هذا

الدين ضعيف . يسقط بأحد خمسة أمور : الأداء ، والإبراء ، والنشوز ، والطلاق ، وموت أحد الزوجين .

فاذا كان لها متجمد نفقة عن مدة ، ونشرت عن طاعته ، أو مات أحد الزوجين ، أو طلقها زوجها . سقط ما تجمد لها من النفقة المفروضة . عن أية مدة .

وفي سقوط متجمد نفقتها في هذه الحالة بالطلاق : خلاف بين فقهاء « الحنفية . فقيل : إن الطلاق غير مسقط لما تجمد لها من النفقة المفروضة . حتى لا يتخذ الأزواج الطلاق وسيلة . لاسقاط النفقة المتجمدة ، وقيل : إنه مسقط . والرأى الراجح في المذهب : أن الطلاق إذا كان بسبب من جهتها . كسوء خلقها . فهو مسقط لما تجمد لها من النفقة . وإلا لا يكون مسقطاً .

(٣) : إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضى ، أو بالتقاضى ، وأذنت الزوجة بالاستدانة على زوجها ، واستدانت بالفعل . للانفاق على نفسها ، كانت النفقة ديناً قوياً . فلا يسقط شيء منها عن الزوج . إلا بالأداء ، أو الإبراء . ومذهب الأئمة . « مالك » ، و « الشافعى » ، و « أحمد » : أن نفقة الزوجة متى وجبت على زوجها : لا تسقط عنه . إلا بالأداء ، أو الإبراء . كما هو الشأن في الديون عامة . وإن لم تكن مفروضة بقضاء ، أو بتراضى الزوجين . لأن النفقة حق للزوجة . فلا تسقط بعد وجوبها على الزوج . إلا بالأداء ، أو الإبراء .

ومذهب « الحنفية » في دين النفقة : غير معقول ، ولا متفق مع قولهم : « إن النفقة الزوجية سببها احتباس الزوجة بموجب عقد الزواج الصحيح من أجل زوجها » . لأنه متى تحقق الاحتباس الذى هو سبب النفقة للزوجة على زوجها . يجب أن ترتب عليه النفقة . بحيث لا تسقط عن الزوج .

إلا بالأداء ، أو الإبراء. سواء أكانت مفروضة ، أو غير مفروضة ، وسواء كانت الزوجة مأذونة بالاستدانة ، واستدانت بالفعل ، أو لم تكن كذلك . لأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعلماً . ولهذا عدل عن مذهب « الحنفية » ، وأخذ بمذهب غيرهم . كما سنبين ذلك .

المعمول به الآن في دين النفقة

عدل القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » عن مذهب « الحنفية » في دين النفقة الزوجية الذي كان معمولاً به أمام المحاكم الشرعية. قبل صدور القانون المذكور . وأخذ بمذهب الأئمة : « مالك » ، و« الشافعي » ، و« أحمد » . واعتبر القانون المذكور بنص المادة الأولى منه : نفقة الزوجة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج . من وقت امتناعه على الانفاق على زوجته مع وجوبه عليه . كما اعتبر بنص المادة الثانية : نفقة المطلقة ديناً صحيحاً لا يسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء .

نص المادتين المذكورتين :

- مادة ١ - : « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً . ديناً في ذمته ، من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه . بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ، ولا يسقط دينها . إلا بالأداء ، أو الإبراء » .
- مادة ٢ - : « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقها ديناً . كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » .

وهاتان المادتان . كما جاء في التعليمات التي أصدرتها وزارة العدل . بعد صدور القانون المذكور ، والعمل به . لتستعين بها المحاكم الشرعية في تطبيق نصوصه : اشتملتا على حكمين مخالفين لما كان العجل جارياً عليه قبل صدوره . وهما :

أولاً - : أن نفقة الزوجة ، أو المطلقة . لا يشترط في اعتبارها ديناً في ذمة الزوج : القضاء ، أو الرضا . بل يعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه .

ثانياً - : أن دين النفقة . من الديون الصحيحة . وهي التي لا تسقط : إلا بالأداء ، أو الإبراء .

ويترتب على هذين الحكمين ما يأتي :

١ - : أن للزوجة ، أو المطلقة : أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر . إذا ادعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوبها عليه في هذه المدة . طالت ، أو قصرت . ومتى أثبتت ذلك بطريق من طرق الإثبات ، حكم لها بما طلبت .

ب - : أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ، ولا بالطلاق ، فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة . حال قيام الزوجية . ما لم يكن ما تجمد لها عوضاً عن الطلاق . بأن خالعهما الزوج في نظير اسقاط ما تجمد لها عليه من النفقة .

ج - : أن النشوز الطارئ لا يسقط متجمداً النفقة ، وإنما يمنع النشوز من وجوبها . ما دامت الزوجة ، أو المعتدة ، ناشرة .

أقصى المدة السابقة على التقاضى بالنفقة

لما كان نص المادة الأولى من « القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » يبيح للزوجة : ان تطالب زوجها بنفقتها . عن مدة سابقة على التقاضى . من غير تحديد . طالت تلك المدة ، أو قصرت . ولما كانت الحوادث الواقعة بعد العمل بالقانون المذكور . قد أثبتت : أن بعض الزوجات أسأن استغلال نص المادة المذكورة . لارهاق أزواجهن . بقصد الكيد لهم ، والنكاية بهم . وذلك بأن يتركن المطالبة

بالنفقة مدة طويلة. حتى يتجمد منها مبلغ كبير . ثم يطالبن أزواجهن . بما
تجمد لهن . من النفقة في تلك المدة . وبعد اثبات الدعوى . بطريق من طرق الاثبات .
يحكم بالمتجمد لهن ، ويعجز الأزواج عن الأداء . فتكون النتيجة : رفع
دعوى حبس على الأزواج . لامتناعهم عن أداء المتجمد . من النفقة الزوجية ،
وصدور حكم بحبسهم . متى ثبت لدى المحكمة قدرتهم ، وامتناعهم عن الأداء .
فوضع المشرع لعلاج هذا الأمر . الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من « القانون
رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » . ونصها : « ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية
لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية ، نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة . من يوم قيدها في الجدول العمومي
بنص الماد ٥٩ من القانون السابق ذكره .

ولا يخفى : أن نص الفقرة المذكورة لا يؤدي إلى الغرض الذي قصده
المشرع . من منع الزوجات . عن ارهاق أزواجهن بمتجمد النفقة عن مدة سابقة
على الترافع . لأن مدة الثلاث سنوات كثيرة ، وقد يتجمد فيها مبلغ كبير .
لا سيما إذا كان مقدار النفقة المحكوم بها كبيراً . فلو كان المشرع قدر المدة
السابقة على الترافع والتقاضى التي يجوز للزوجة أن تطالب بنفقتها فيها .
بسنة ميلادية على الأكثر ، لكان هذا التقدير أدعى إلى تحقيق غرضه . ولا
ضرر في هذا التقدير على الزوجة . بل يدعوها إلى التعجيل بالمطالبة بحقتها .
ومن النادر : أن تترك الزوجة مطالبة زوجها . بنفقتها مدة طويلة . إلا إذا
كانت لها نية سيئة من هذا الترك . لأن الحاجة إلى النفقة الزوجية متجددة يوماً
فيوماً .

هذا ولم تبين المذكرة الإيضاحية المحكمة من تحديد المدة بثلاث سنوات .
في سماع دعوى النفقة عن مدة سابقة على الترافع . كما لم تذكر ما استند إليه
في هذا التحديد .

المقاصة بدين النفقة

إذا كانت الزوجة مدينة لزوجها . كما إذا أقرضها ، ولم ترجع إليه القرض ، أو باع لها شيئاً ، ولم تدفع له ثمنه . وكان الزوج مديناً لها . بمتجمد نفقتها عن مدة . لم يقم فيها بالانفاق عليها مع وجوبه عليه . وطلب أحدها ، أو كلاهما . المقاصة في الدينين . (ومعنى المقاصة : اسقاط ما على الشخص من دين لآخر . في نظير ما له من الدين على الآخر) . أوجب إلى طلبه . وليس للآخر الحق في الامتناع . لتساوى الدينين في القوة . ومن المقرر : أن الدينين إذا كانا متساويين في القوة ، تصح المقاصة فيهما . ودين النفقة الزوجية بنص القانون « رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ » من الديون الصحيحة التي لا تسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء . بدون توقف على قضاء أو تراض .

وأما على مذهب « الحنفية » الذي كان معمولاً به . قبل القانون المذكور ، فإن كانت الزوجة . هي التي طلبت المقاصة في الدينين . وكان دين نفقتها صحيحاً ، بأن كانت مفروضة بقضاء ، أو تراض ، ومأذونة بالاستدانة ، واستدانت بالفعل . فإنها تجاب إلى طلبها . لتساوى الدينين . وفيما عدا هذه الحالة . لا تجاب إلى طلبها المقاصة . إلا إذا رضى بها الزوج . لعدم تساوى الدينين في القوة . لأن دين نفقتها ضعيف . لجواز سقوطه بغير الأداء ، والإبراء عند « الحنفية » . كنشوزها ، وموت أحد الزوجين . وإذا كان الزوج . هو الذي طلب المقاصة يجاب إلى طلبه . لكونه قد رضى بذهاب دينه القوي في دينها الضعيف . وليس للزوجة حق الامتناع عن المقاصة .

وبرمط : أن في اجازة المقاصة في الدينين ، إذا كانت المقاصة بطلب

الزوج ، ولو لم ترض الزوجة بالمقاصة . تلحق الضرر بها . في حالة ما إذا

كانت فقيرة محتاجة إلى نفقتها . فليس من العدالة أن تجرى المقاصة بينهما . بدون رضاها في هذه الحالة . لأنها محتاجة إلى نفقتها . لتصرف منها على حاجاتها . متى كانت معسرة . ولأن دين نفقتها له امتياز على سائر الديون في التنفيذ . وهذا المعنى يدعو إلى الأخذ برأى « الحنابلة » : أن طلب المقاصة في الدينين . إن كان من الزوجة أجيبت إلى طلبها ، وإن كان من الزوج . فلا يجاب إلى طلبه . إلا إذا رضيت الزوجة بالمقاصة . متى كانت فقيرة محتاجة إلى نفقتها ، غير قادرة على أداء الدين من مالها (١) .

(١) وجاء في كتاب « المغنى » لابن قدامة الحنبلي . ما نصه : ﴿

ومن وجبت عليه نفقة أسرته ، وكان له عليها دين ، فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها . فإن كانت موسرة . فله ذلك . لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أسوالة شاء . وهذا من ماله . وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك . لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته . وهذا لا يفضل عنها ، ولأن الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » فيجب انظارها بما عليها « ١ هـ .

وقد كانت اللجنة التي ألفت سنة ١٩١٥ من كبار العلماء . لتقوم بوضع قانون للأحوال الشخصية . اختارت مذهب « الحنابلة » في المقاصة . وبينته المادة ١٤٢ من مشروع القانون الذي وضعته اللجنة المذكورة . ونص المادة :

« إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها . أجيبت إلى طلبها ، ولو لم يرض ، وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما له عليها . فلا يجاب إلى طلبه . إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها . فإن لم تكن كذلك . فلا يحتسب عليها بدينه شيء من نفقتها « ١ هـ .

تعجيل النفقة الزوجية

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة ، ودفع لها نفقتها عن مدة مستقبلية . كسنة مثلاً . فإن لم يحصل في أثناء تلك المدة . ما يسقط نفقتها عليه . حتى انتهت المدة . كنشوزها عن طاعته بغير حق . وكموت أحد الزوجين . خلال المدة . فالأمر واضح . لا يحتاج إلى بيان . وإن حصل قبل انقضاء المدة ما يوجب سقوط نفقتها عليه . كما إذا نشزت في أثناء المدة ، وخرجت عن طاعته بغير وجه شرعي ، أو توفي أحد الزوجين . فليس للزوج ، أو لورثته . بعد وفاته : أن يسترد شيئاً من النفقة المعجلة من الزوجة ، أو من ورثتها . لو كانت هي . التي توفيت في خلال المدة . عند « أبي حنيفة » ، و« أبي يوسف » . لأن النفقة الزوجية . وإن كانت جزاء الاحتباس . إلا أنها من قبيل الصلة والبر ، وقد تمت بالقبض . كما في الهبة . فلا يرجع فيها ، كما لا يرجع في الهبة المقبوضة . لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة .

وذهب « محمد » ، و« الشافعي » إلى أن للزوج ، أو لورثته . بعد وفاته : أن يسترد منها ، أو من ورثتها . نفقة المدة الباقية . بعد حصول ما يسقط استحقاقها لنفقتها . لأن الزوجة إنما استحققت النفقة بالاحتباس من أجل زوجها ، وقد فات الاحتباس في المدة الباقية . فيبطل حقها في النفقة . فيرجع عليها بما بقي من النفقة المعجلة لها ، ويجب عليها أن ترد ما لم تستحقه من نفقتها إلى زوجها . إن كان موجوداً على قيد الحياة ، وإلى ورثته . بعد وفاته ، ولا يخفى أن رأى « محمد » ، و« الشافعي » : هو الحدير بالأخذ والعمل به . لقوة دليله . ولا سيما بعد أن اعتبر القانون النفقة الزوجية : من الديون الصحيحة التي لا تسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء ، بدون توقف على قضاء ، أو تراض .

الحبس في دين النفقة

إذا امتنع المحكوم عليه بنفقة زوجته - أو نفقة أقارب - وما ألحق بها . من أجره الرضاع ، أو الحضانة . عن أدامها . فللمحكوم لها بذلك : أن ترفع الأمر . إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت حكم النفقة ، أو إلى المحكمة التي بدائلتها : محل التنفيذ . طالبة حبسه . ومتى كان حكم النفقة نهائياً ، وثبت لدى المحكمة : أن المحكوم عليه بالنفقة قادر على أدامها . أمرته بالأداء . فإن لم يمثل حكمت . بحبسه مدة . لا تزيد عن ثلاثين يوماً . بنص المادة ٣٤٧ من « المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » (١) .

فاذا أدى المحكوم عليه بالحبس . المبلغ المطلوب منه ، أو أحضر كفيلاً به أطلق سراحه . وإذا نفذ عليه حكم الحبس ، ولم يتم بدفع المبلغ الذي حبس من أجله . فلا يسقط المبلغ عنه بالحبس . فلصاحبه الحق في الحصول عليه بما يتيسر له من طرق التنفيذ الاعتيادية .

ولا يحبس الكفيل الذي قدمه المحكوم عليه . بل ينفذ حكم النفقة في ماله . بالطرق الاعتيادية . إذا امتنع عن أداء المبلغ الذي كفل به ، بدون حاجة . إلى الحكم عليه بالتنفيذ في ماله . متى كانت الكفالة صادرة أمام موظف رسمي .

(١) نص المادة المذكورة :

مادة ٣٤٧ - « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات ، أو في الحضانة ، أو الرضاعة ، أو المسكن . يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم ، أو التي بدائلتها محل التنفيذ . ومتى ثبت لديها : أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأسرته ، ولم يمثل حكمت بحبسه . ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس . عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً ، فإنه يخلى سبيله . وهذا . لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » ا هـ .

وإذا كان المحكوم عليه بالنفقة محجوراً عليه ، فالمطالب بأدائها من ماله
وليه في المال . فإذا امتنع عن الأداء حكم القاضي بحبسه ، لا بحبس المحجور
عليه . متى ثبت لديه : أن للمحجور عليه مالا يمكن استيفاء دين النفقة منه .
وذلك بطلب المحكوم لها بالنفقة على المحجور عليه .

وإذا كان الزوج فقيراً معسراً غير قادر على أداء النفقة المفروضة عليه
لزوجه ، وطلبت زوجته أمام المحكمة حبسه . لامتناعه عن أداء المفروض
لها . فالقاضي لا يحكم بحبسه . متى ثبت لديه اعساره ، وعدم قدرته . على
الأداء . لأن الحكم بالحبس . لدفع ظلمه بامتناعه عن أداء النفقة مع القدرة .
ولا ظلم من المعسر . في امتناعه عن الدفع لعجزه . وعدم قدرته على الأداء .
قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (١) . وحينئذ . تستدين
الزوجة على زوجها بأمر القاضي . فان لم تجد من تستدين منه . أمر القاضي
بادانتها . من تجب عليه نفقتها من أقاربها . كأبيها ، وأخيها . لو لم تكن متروجة .
ويرجع القريب بما يؤديه إليها على زوجها . إذا أيسر . وعند امتناعه عن
عنادانتها . يحبس القاضي . حتى يؤدي إليها ما تنفق منه على نفسها .
وسبأني في مبحث الطلاق . حكم تطليق الزوجة على زوجها لاعساره ،
وعجزه . عن الانفاق عليها .

أحكام زواج غير المسلمين

كل من لا يدين بدين الاسلام ، فهو غير مسلم . سواء كان من أهل الكتاب ، أو من غيرهم .

والأصل العام الذي بنيت عليه معاملة المسلمين لغيرهم في الزواج وغيره ممن يقيمون في بلاد الاسلام (١) : هو تركهم وما يدينون ، وان لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما على المسلمين . من حقوق ، وواجبات ، والتزامات بصفة عامة . فلا يتعرض الاسلام لهم . فيما يدينون به ، ويعتقدون . فلا تطبق عليهم أحكام الاسلام . في العبادات والعقائد . بل يتركون أحراراً في عقائدهم وعباداتهم . ولكنهم يلزمون بأحكام الاسلام في المعاملات . وتطبق عليهم

(١) غير المسلمين بالنسبة إلى العلاقة بينهم ، وبين المسلمين ، وبالنظر إلى مجال إقامتهم : أربعة أقسام . عند فقهاء الاسلام . وهي :

أ - « الذميون » : وهم الذين يقيمون في البلاد الاسلامية ، ويتمتعون بالرعية الاسلامية ، ويخضعون لقوانين البلاد الاسلامية التي يقيمون فيها ، ولنظمتها وأحكام محاكمها . لهم ما لنا ، وعليهم ما علينا . من واجبات ، والتزامات . ويتركون أحراراً في عقائدهم ، وعباداتهم . فلا يتعرض لهم الاسلام . فيما يتعلق بذلك .

ب - « المستأمنون » : وهم الذين يدخلون بلاد الاسلام بعقد الأمان لأجل التجارة وغيرها . كزيارة أقرابهم . على ألا يقيموا فيها . بل يعودون إلى بلادهم . متى انتهت المدة المحدودة الممنوحة ، لاقامتهم فيها ، ولا تزيد تلك المدة عن سنة . فهم غير خاضعين للرعية الاسلامية .

ج - « المعاهدون » : وهم الذين يقيمون في بلادهم التي بينها وبين المسلمين . اتفاق وعهد على السلم ، والموادعة .

د - « الحربيون » وهم الذين يقيمون في بلادهم التي لبس بينها وبين المسلمين . عهد واتفاق على السلم ، والموادعة ، وترك الحرب ، والقتال .

(هذا الماشئ منقول من كتابنا « أحكام الموارث »).

تلك الأحكام. بقطع النظر عن ديانتهم ومعتقداتهم . كما تطبق على المسلمين .
وفقهاء « الحنفية » يقررون : أن الزواج ، وإن كان فيه معنى العبادة والمعاملة ،
فهو أقرب إلى العبادات . ولذا كان الاشتغال عندهم بالزواج أفضل من
التخلي للعبادة المحضة (١) .

وبعد هذا التمهيد الوجيز أشد الإيجاز . نرجع إلى أصل الموضوع ، فنقول :
[أحكام زواج غير المسلمين . تنبئ على ثلاث قواعد عامة . وضعها الفقهاء ،
ونكتفي بذكر تلك القواعد . بدون تعرض للتفصيلات .

(١) كل زواج صحيح بين المسلمين . فهو صحيح بين غيرهم .
(٢) كل زواج حرم بين المسلمين . لفقد شرط من شروط صحته .
فهو صحيح في حق غيرهم ، إذا كان ذلك جائزاً في عقيدتهم ، ويقرون
عليه بعد الاسلام .

(٣) كل زواج حرم بين المسلمين . لحرمة العقود عليها . كالزواج
باحدى المحارم . كبنت الأخت ، وبنت الأخ . يعتبر صحيحاً عند غير
المسلمين . إذا كان ذلك جائزاً في ديانتهم . ولا يقرون عليه . إذا أسلم الزوجان
أو أسلم أحدهما .

ويجوز زواج غير المسلمين بعضهم ببعض . في نظر الاسلام . سواء كان
الزوجان متحدين في الدين ، والمذهب ، أو مختلفين فيهما ، أو في أحدهما ،
فيجوز للمسيحي الكاثوليكي : أن يتزوج امرأة مسيحية « كاثوليكية » ، أو
« أرثوذكسية » أو « بروتستانتية » . كما يجوز له : أن يتزوج بامرأة يهودية ، أو
بوذية ، أو ملحدة . وكذا يجوز لليهودي ، أو للوثني : أن يتزوج بأية امرأة

(١) الفتح على الهداية في أول باب النكاح (ج ٣٢ ص ٩٨) (طبع الحلبي) .

من ذكرن . ولا يتعرض الاسلام لزواج غير المسلمين بعضهم ببعض .
سواء كان زواجهم صحيحاً في نظر الاسلام ، أو غير صحيح .

فلو ترفع إلى القضاء الاسلامي الزوجان غير المسلمين . طالبين الحكم
في بعض الآثار المترتبة على زواجهما . كما إذا طلبت الزوجة الحكم لها بالنفقة
على زوجها ، أو طلب الزوج الحكم له عليها بطاعته . سمع القاضي المسلم
الدعوى ، وحكم بالنفقة ، أو الطاعة . من غير أن يتعرض لصحة زوجيتهما ،
أو لبطلانها . في نظر الشريعة الاسلامية ، ما دام لم يطلب الفصل في أصل
الزواج بينهما صحة ، أو فساداً .

وكتب « عمر بن عبد العزيز » إلى « الحسن البصرى » يسأله : « ما بال
الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذممة ، وما هم عليه . من نكاح المخارم .
واقْتناء الخنازير ، والحمور » . فأجاب « الحسن البصرى » عن السؤال بقوله :
« إنما بذلوا الجزية ليركوا وما يعتقدون . وإنما أنت متبع ، ولست بمتدع .
والسلام » .

ويستثنى من الأصل . وهو : تركهم وما يدينون : حالتان . نتعرض فيهما
لزواج غير المسلمين بعضهم ببعض .

الاولى : أن يكون في زواج غير المسلم اعتداء على حق المسلم .
كما إذا كانت امرأة كسائية متزوجة بمسلم . فطلقها ، أو توفي عنها ، وقبل
انقضاء عدتها . بعد الفرقة بينهما . تزوجها غير المسلم . فان القاضي متى علم
بذلك . فرق بينهما . محافظة على حق المسلم . لأنهما بزواجهما قبل انقضاء
عدتها من زوجها المسلم . اعتديا على حقه في مراجعة زوجته . ما دامت في العدة .
لو كان طلقها طلاقاً رجعيّاً . وفي المحافظة على نسب ولده منها .

التائبة: أن يترافع الزوجان غير المسلمين . إلى القضاء الاسلامي : طالبين الاحتكام إلى الشريعة الاسلامية . في أصل زواجهما . ففي هذه الحالة . يسمع القاضى المسلم الدعوى ، ويحكم في زوجيتهما . بأحكام الشريعة الاسلامية . كما يحكم بها لو كانا مسلمين . لقواه تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » (١) . ولأنهما يترافعهما أمام القضاء الاسلامي ، واحتكامهما إلى الشريعة الاسلامية . قد رضيا بحكم الاسلام .

وإذا ترافع أحد الزوجين غير المسلمين دون الآخر . طالباً الحكم في أصل الزوجية . فلا يسمع القاضى الدعوى ، ولا يتعرض لها عند « الامام » . ورأيه : هو المفتى به في المذهب . لأن الفصل في الدعوى في هذه الحالة . اعتداء على حق من أبى التقاضى . أمام القضاء الاسلامي .

تم إن الزواج المتنازع فيه بين الزوجين غير المسلمين . إن كان صحيحاً رقت عقده ، ولو على بعض المذاهب الاسلامية . حكم القاضى بصحته . إن كان عقد الزواج جائزاً في شريعتهم . لأنهما يترافعهما إلى القضاء الاسلامي لم يلتزما الحكم بمذهب معين من المذاهب الاسلامية . وان كان ذلك غير جائز بحسب ديانتهم . فرق القاضى بينهما .

وإن كان الزواج غير صحيح وقت انشائه . على أى مذهب من المذاهب الاسلامية . كما إذا كانت الزوجة بنت أخيه ، أو بنت أخته . أو كانت أخته من الرضاعة . فرق القاضى بينهما ، ولا يقرهما على هذا الزواج غير الصحيح بإجماع المسلمين ، ولو كان صحيحاً في شريعتهم .

حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين . أو اسلام احدهما

إذا أسلم الزوجان معاً . فإن كان عقد زواجهما قبل الاسلام . مما يقره الاسلام ، ولو على بعض المذاهب الاسلامية . بقيا على زواجهما . وان كان عقد زواجهما . مما لا يقره الاسلام . فرق القاضى بينهما . إن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما ، ولا يقران عليه .

وإذا أسلم الزوج وحده ، وكانت زوجته كتابية . بقى زواجهما على حاله . ما دامت زوجيتهما مما يقره الاسلام . لأن الزواج بين المسلم ، والكتابية . يصح ابتداء . فبطريق الأولى : أن يصح بقاء . وأما إذا كانت زوجته غير كتابية . يعرض عليها الاسلام . فإن أسلمت ، أو اعتنقت . ديناً سماوياً ، بقى زواجهما . وان أبت اعتناق الدين الاسلامى ، أو أى دين سماوى ، فرق القاضى بينهما . إذ لا يجوز للمسلم : أن يتزوج بغير كتابية ابتداء ، ولا بقاء . وهذا التفريق فسخ لعقد زواجهما ، وليس طلاقاً . فلا يترتب عليه نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج . حتى لو أسلمت بعد التفريق بينهما ، وتزوجها زوجها السابق الذى أسلم قبلها . لم يكن لهذا التفريق أثر فى عدد الطلقات التى يملكها عليها .

أما إذا كان زواجهما مما لا يقره الاسلام . كما إذا كانت الزوجة أخته من الرضاة ، أو بنت أخيه من النسب . فرق القاضى بينهما . لبطلان عقد زواجهما وقت انشائه . على جميع المذاهب الاسلامية .

وإذا أسلمت الزوجة وحدها . عرض الاسلام على زوجها فى جميع الصور . فإن أسلم بقى زواجهما على حاله . ما دام الاسلام يقره ، وأن أبى أن يسلم . فرق القاضى بينهما . إذ لا يجوز لغير المسلم : أن يتزوج بمسلمة

لا ابتداء ، ولا بقاء . ومحل عرض الاسلام عليه : إذا كان أهلاً لذلك . بأن كان ميراً . وإن كان غير أهل لعرض الاسلام عليه . لعدم تمييزه . فان كان عدم تمييزه . لصغره . ينتظر تمييزه . لعرض الاسلام عليه . لأن التمييز له وقت معلوم في هذه الحالة . وان كان عدم تمييزه . لخنونه . فلا ينتظر إفاقة منه . إذ ليس لذلك وقت معلوم . وحينئذ يعرض الاسلام على أبويه ، فان أسلما ، أو أسلم أحدهما . بقى زواجهما . لأن الزوج في هذه الحالة . يعتبر مسلماً تبعاً لاسلام أبويه ، أو أحدهما . وان لم يسلم أحد أبويه ، أو لم يكن له أب ، ولا أم . أقام القاضى وصياً عليه . وفرق بينهما في مواجهة وصيه .

وإذا أسلمت الزوجة . وكان زوجها غائباً غيبة منقطعة . لا يعرف مكانه . وطلبت التفريق بينهما . فقد جرت المحاكم على التفريق بينهما . بدون عرض الاسلام على زوجها . إذ لا ولاية للقاضى في هذه الحالة . في عرض الاسلام عليه . كما جرت المحاكم على التفريق بين الزوجة التي أسلمت ، وبين زوجها غير المسلم . إذا امتنع عن الحضور أمام المحكمة . لعرض الإسلام عليه . وتكرر منه ذلك . مع التحقق من وصول إعلان المحكمة بالحضور أمامها . لعرض الاسلام عليه . لأن تكرار امتناعه عن الحضور أمام المحكمة : يعتبر منه إباء للإسلام .

الفرقة بين الزوجين

الفرقة. في اللغة: « اسم للافتراق ». وهو ضد الاجتماع . والمراد بها : ما ينحل به عقد الزواج ، وينقطع به ما بين الزوجين . من رباط الزوجية . والفرقة . في الزواج . تنقسم إلى قسمين : « طلاق » ، « وفسخ » . وكل واحد من هذين القسمين . ينقسم إلى عدة أقسام . باعتبارات مختلفة . سنعرفها في مواضعها في الأبحاث الآتية :

ثم إن الفرقة بين الزوجين ، قد تكون على سبيل التأييد . فلا محل بعد حصول الفرقة بينهما : أن يتزوج زوجته مرة أخرى . في أى حال من الأحوال . وذلك إذا كانت الفرقة بينهما بسبب يوجب التحريم المؤبد . كالفرقة بما يوجب حرمة المصاهرة . كارتكاب أحد الزوجين مع أحد فروع الآخر ، أو مع أصوله . ما يوجب حرمة المصاهرة .

وقد تكون الفرقة بينهما على سبيل التوقيت . وذلك إذا كانت الفرقة بينهما بسبب يوجب التحريم المؤقت . كالفرقة بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الاسلام ، أو بسبب اباء الزوج غير المسلم . اعتناق الدين الاسلامي بعد اسلام زوجته . فانه يجوز للزوج : أن يعقد على زوجته مرة أخرى . بعد زوال سبب الفرقة المؤقت . بأن عاد من ارتد من الزوجين . إلى دين الاسلام ، أو اعتنق الزوج غير المسلم ، الاسلام بعد اسلام زوجته . لزوال السبب الذى أدى إلى الفرقة بينهما .

وكون الفرقة مؤبدة ، أو مؤقتة . لم تأت من الفسقة ذاتها . بل من كون سببها موجبا للتحريم المؤبد ، أو التحريم المؤقت . وقد تكون الفرقة نفسها موجبة للتحريم المؤقت كالطلاق المكمل للثلاث . فان المطلقة طلقه مكاملة للثلاث تحرم على مطلقها تحريما مؤقتا . فلا يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى . حتى تتزوج بأخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها الثانى دخولا حقيقيا .

ثم يفارقها وتنقض عدها منه . وقد لا يترتب على الفرقة بين الزوجين أى تحريم مؤقت أو مؤبد كالطلاق الرجعى أو الطلاق البائن بينونة صغرى .

وقد علم فى مبحث المهر : أن كل فرقة بين الزوجين . بعد تحقق أحد الأمور المؤكدة . لوجوب المهر بتمامه . لا تنقص شيئاً من المهر ، كما علم هناك : أن كل فرقة قبل ذلك . ان كانت بسبب من قبل الزوجة . هو مشروع أو معصية . يسقط بها المهر كله ، وان كانت بسبب من قبل الزوج . يسقط بها نصف المهر المسمى عن الزوج ، ويجب عليه النصف الآخر للزوجة . وان كان المهر لم يسم فى العقد تسمية صحيحة . وجبت المتعة .

الطلاق

الطلاق ، والاطلاق فى اللغة العربية: معناهما واحد . وهو : رفع القيد مطلقاً . سواء كان القيد حسياً ، أو معنوياً . يقال فى اللغة العربية : « طلق الرجل زوجته ، وأطلق زوجته » . إذا رفع قيد الزواج المعنوى . كما يقال : « أطلق الرجل الأسير ، وطاق الأسير » . إذا رفع القيد الحسى عن الأسير . ولكن العرف خصص استعمال « الطلاق » ، ومشتقاته . مثل مطلقة ، وطلقت . بتشديد اللام . فى رفع قيد الزواج المعنوى ، وخصص استعمال « الاطلاق » ، ومشتقاته . مثل مطلقة - بسكون الطاء وفتح اللام - ، وأطلقت فى رفع القيد الحسى .

ولهذا صرح الفقهاء . بأن الرجل إذا قال : « أطلقتك » ، أو قال لها : « أنت مطلقة » - بسكون الطاء - لا يقع الطلاق بهما . إلا بالنية . لأن هذا اللفظ . من كنايات الطلاق ، لا من صريحه . لكونه محتملاً لرفع قيد الزواج ، ورفع قيد آخر . فيحتاج إلى النية . لتعيين المعنى المراد منه .

وإذا قال الرجل لزوجته : « طلقتك » ، أو « أنت مطلقة » - بفتح الطاء وتشديد اللام فيها - وقع الطلاق . بدون حاجة إلى نيته . لأن هذا اللفظ لا يحتمل

غير الطلاق . لكونه من الالفاظ الصريحة . في رفع قيد الزواج . فلا يحتاج لوقوع الطلاق به إلى نيته .

وأما الطلاق في اصطلاح الفقهاء . فهو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المال بلفظ يفيد ذلك صراحة ، أو كناية ، أو بما يقوم مقام اللفظ . من الكتابة ، والاشارة .

والمراد برفع قيد الزواج : رفع أحكامه ، وعدم استمراره ، لأن عقد الزواج بعد وقوعه . لا يمكن رفعه . ورفع قيد الزواج غير الصحيح . لا يسمى في الاصطلاح الفقهي : طلاقاً . وإنما يسمى : فسخاً للعقد الذي وقع فاسداً . سواء كانت الفرقة في الزواج الفاسد . من تلقاء الطرفين ، أو بتفريق القاضى بينهما . قبل الدخول ، أو بعده . لأن الطلاق من أحكام الزواج الصحيح ، وأثر من آثاره المترتبة عليه .

ورفع قيد الزواج الصحيح في الحال : يكون بالطلاق البائن . لأن بمجرد حصول الطلاق البائن بين الزوجين لا يحل للمطلق : أن يستمتع بمطلقاته ، وليس له أن يراجعها ، ويعيدها إلى عصمته . إلا برضاها وبمهر ، وعقد . جديدين . وإن كانت المطلقة بائناً لا تزال في العدة .

ورفع قيد الزواج في المال : يكون بالطلاق الرجعي . فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً . فإن الزوجية لا تزال قائمة بينهما . كما كانت قبل وقوع الطلاق . مادامت المطلقة رجعياً لا تزال في العدة . ولذا يصح لمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً : أن يراجعها فيعيدها إلى عصمته ، ولا يتوقف ذلك على رضاها ، ولا يحتاج إلى مهر ، وعقد . جديدين . فإذا ما انقضت عدتها . بدون أن يراجعها ارتفع قيد الزواج ، وأصبح الطلاق الرجعي بائناً . فلا يصح لمطلقاتها : أن يراجعها بعد ذلك . إلا بمهر ، وعقد . جديدين . وبرضاها . كما هو الشأن في الطلاق البائن .

واللفظ الصريح في الطلاق : هو الذى لا يَحتمل غير الطلاق .
بحسب اللغة ، والعرف . فيقع الطلاق به . من غير حاجة إلى نيته . وأما
اللفظ الكنائى . فهو ما يَحتمل معنى الطلاق ، وغيره . فلا يقع به الطلاق .
على ما عليه العمل الآن . إلا بالنية .

فاذا لم ينو المتلفظ به الطلاق . فلا يقع به شىء . وسيأتى شرح كل ذلك
بالتفصيل فى موضعه ، وكذا الطلاق بالكتابة ، أو الإشارة . بالنسبة
للأخرس ، ومن فى حكمه .

حكمة مشروعية الطلاق

شرع عقد الزواج على سبيل الدوام والبقاء . ولهذا لا يصح عقد الزواج .
إذا كانت الصيغة التى أنشئ بها العقد : تدل على توقيته . لأن ذلك يناهى
أصل عقد الزواج . والشىء لا يوجد بما ينافيه . وقد أمر الله تعالى الزوجين
بالمعاشرة بالمعروف . قال تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال
عليهن درجة » . وقال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » ، وجعل بينهما
المودة والرحمة . قال : تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً
لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » . لتكون الزوجية صالحة . للبقاء
والدوام . حتى تثمر ثمرتها . من النسل ، وتربية الأطفال . ولكن فى بعض
الأحوال . تعرض للعلاقة الزوجية أمور . تجعل الحياة الزوجية مصدرأ
للشقاء ، والحصام المستمر بين الزوجين ، بدل أن تكون سبباً فى الائتلاف
والوئام ، وتبادل المودة والرحمة بينهما . فتصبح الزوجية جحيماً ونقمة ،
بعد أن كانت نعيماً وسعادة . فشرع الطلاق فى الاسلام . لتخلص من الزوجية
التى لا خير فى بقائها . وذلك إذا تبين : أن المعاشرة بين الزوجين بالمعروف

أصبحت غير مستطاعة، وأن قيام كل واحد منهما بالحقوق ، والواجبات الزوجية في الحدود التي رسمها الشارع : أصبح غير ميسور .

والأسباب التي تدعو الزوجين ، أو أحدهما . إلى فصح عرى الزوجية بينهما كثيرة، ليس من السهل عدّها، ولا حصرها. وسنذكر بعضاً منها فيما يلي :

ا - : وجود عيوب جسمية ، أو خلقية بالزوجين ، أو بأحدهما .

ب - : اختلاف طبائعها ، وتباين أخلاقها ، وميولها .

ج - : إلحاق الأذى من الزوج لزوجته بالقول ، أو بالفعل ، والكيد لها ، والاضرار بها .

د - : تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها . لغيابه ، أو حبسه .

هـ - : كون زوجيتها غير محققة . لأهم مقاصد الزواج ، وأغراضه . وهو

التوالد ، والتناسل .

فاذا وجد سبب من الأسباب الباعثة على الانفصال بين الزوجين . فان كان الزوج . هو الذي يريد التخلص من الزوجية . فله أن يطلق زوجته في أي وقت شاء . متى كان أهلاً لايقع الطلاق ، بدون توقف على رضاها ، ولا حاجة إلى قضاء القاضي .

وأما إذا كانت الزوجة . هي التي تريد التخلص من الزوجية التي لاخير في بقائها . فليس لها ذلك . إلا بواسطة القضاء ، إذا لم تكن العصمة في يدها ، فترفع إليه أمرها . طالبة تطليقها من زوجها . فاذا أثبتت لدى المحكمة بأي طريق من طرق الاثبات . مايسوغ تطليق القاضي الزوجة على زوجها . كما إذا غاب الزوج عن زوجته مدة سنة فأكثر ، بدون عذر مقبول ، أو كان

الزوج فقيراً معسراً غير قادر على الانفاق عليها . فان المحكمة تحكم بتطليقها من زوجها .

ومما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » بشأن الطلاق: « فالواقع : أن الدين الاسلامي مع إباحته الطلاق قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الاباحة مقصورة على الحالات التي لا يمكن فيها للزوجين ، أو لأحدهما ، إقامة حدود الله . ولو أن الناس لزموا حدود الله ، واتبعوا شريعته . لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الاسلامية متينة العرى . يرفرف عليها الهناء . ولكن ضعف الأخلاق ، وتراخي عرى المروءات . أوجد في العائلة الاسلامية وهنا ، وجعل ههناها يزول بنزقة من طيش ، ويمين يحلفها الأحق . في ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقفه . أمام دائن ، أو ظالم . »

حكمة جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة

يراعى الشارع في تشريعه الأحكام للعباد : الكثير الغالب . من أمور الناس ، وأحوالهم ، وما هو الشأن في المكلفين من الرجال ، والنساء . بحسب طبائعهم . ويجعل المناط في الأحكام : المظان الكلية . لا الحوادث الجزئية ، والوقائع الفردية التي لا تقف عند حد . وهذا الأصل ينطبق على تشريع الاسلام : الطلاق . حيث جعل الشارع الطلاق بيد الزوج . يستقل بايقاعه . دون الزوجة من غير توقف على رضاها به ، وبدون حاجة إلى قضاء القاضي ، ولم يجعله بيد الزوجة . لأن الشأن والأمر الغالب في النساء . بحسب طبيعتهن التي جبلن عليها : سرعة التأثر ، والانفعال ، والانقياد للعاطفة ، والخضوع لها . أكثر من انقيادها ، وخضوعها ، لما يقتضيه العقل ، والتفكير السليم . بخلاف الرجال . فان الأمر الغالب فيهم : الاناة ، وضبط النفس عند الغضب ، والتبصر

في عواقب الأمور . قبل الاقدام عليها . فلو جعل الطلاق بيد الزوجة . لكانت الحياة الزوجية غير مستقرة في أغلب الحالات . إذ تكون معرصة . لهدمها لأقل الأسباب . ولا محل بعد البيان الذي أسلفناه . لأن يقال : « من النساء من هن خير من الرجال ، وأكثر منهم إناة ، وضبطاً للنفس . عند الغضب ، وتبصراً في العواقب ، وان من الرجال من يغلب عليهم الطيش ، والغضب ، والانتقادي إلى الأهواء » - لا محل لهذا القول - لأن الشارع في تشريعه الأحكام لا يراعى الأفراد ، والحوادث الجزئية ، والحالات النادرة . وإنما يراعى المجموع ، والمظان الكلية ، والأمر الأعم الأغلب من الأحوال في دنيا الناس . كما أسلفنا (١) .

(١) رأينا أن نذكر القصة التالية . لما فيها من تصوير يطابق الواقع . لطبيعة كل من الرجل والمرأة ، وتحليل لنفسيتهما . بقطع النظر عن أنها حقيقية ، أو خيالية . وهذه القصة روتها المرحومة السيدة (زينب الفواز) في كتابها « الدر المشور في طبقات ربات الخدور » فيما نقلته . من مناقشات حول الطلاق . ولم جعل الطلاق في الاسلام بيد الرجل دون النساء ؟ جرت بين بعض السيدات الأوروبيات ، والمرحومة السيدة « فاطمة عليّة بنت العالم الكبير والمؤرخ الشهير جودت « باشا » الذي كان وزير العدلية في الدولة العثمانية . « جاء في الكتاب المذكور . ما يلي :

« إتفق أن اسرأة كانت في أثناء بحثها مع زوجها . عن محبتها له . تقول دائماً : « ياسيدي اننى أسأل الله أن يقبض روحى بين يديك . فاننى أفضل الموت على الانفصال عنك » . وكان الرجل نبيا واقفاً على أسرار العالم . وأما المرأة فكانت جاهلة لا تعرف القراءة والكتابة ، ولا تعلم شيئاً من أحوال الدنيا . ففي ذات يوم . عاد الرجل إلى بيته . وكان مغموماً جداً . بحيث إنه كان لا يقوى على فتح فيه ، والتلفظ بكلمة . فحملت زوجته ذلك على انحراف صحته ، وأخذت تسأله عن سبب حزنه وكدره . فأجابها أنه ليس منحرف الصحة ، وإنما طراً حادث عظيم . كان السبب في ألمه وحزنه ، وأن هذا الحادث سهم إلى حد أنه لا يقوى على بيانه . ويعد الحاح شديد من المرأة . قال لها : « يا زوجتى المحبوبة أنت تعلمين أنه لغاية الآن كان الرجال يطلقون نساءهم . ولكن وضعت الآن أصول جديدة من مقتضاها : أنه يجوز من الآن

ومن جهة أخرى : فان الرجل لما كان مطالباً بالحقوق المالية . فالطلاق يحمله أعباء مالية . إذ بالطلاق يحل المؤجل من المهر . فيطالب به الزوج ، وتجب عليه نفقة العدة لمطلقاته . ويلزمه أيضا بذل المال في سبيل الزواج بأخرى . بدل التي طلقها . وكل هذه النفقات التي سيتحملها . إذ طلق زوجته . تجعل الرجل لا يقدم على الطلاق . إلا عند الحاجة الماسة ، وبعد التروي ، والتفكير في عواقبه . بخلاف الزوجة . فإنها غير مطالبة بأى حق مالى . فليس لديها ما يحمله على التروي في الطلاق ، إذا كانت تملك الطلاق .

والاسلام . وإن لم يجعل الطلاق بيد النساء فهو لم يهمل جانب المرأة في مسألة الطلاق . فقد أثبت لها الحق في الطلاق . بواسطة القضاء . فلها أن ترفع دعوى أمام القضاء . طالبة تطليقها من زوجها . إذا وجد سبب يسوغ تطليق القاضى الزوجة على زوجها . كاعساره بنفقتها ، وغيباه عنها مدة سنة أو أكثر ، وكايدائه لها . بما لا يستطاع معه دوام المعاشرة بين أمثالها . حتى إذا أثبتت دعواها . حكم لها القاضى بتطليقها من زوجها .

= فصاعداً للنساء: أن يطلقن أزواجهن، فأنت لا تنكرين على محبتي لك، وتعلمين أنه لما كان أمر الانفصال عنك متعلقاً بي دون غيري. لم يكن لي أقل هم وكدر من هذا القبيل . أما الآن فاني أفكر فيما يحل بي من القهر والتكد لو قصدت أن تطلقيني « فأجابت قائلة « اقلع عن هذا الفكر ولا تهتم به فأنا لا أتركك ، ولا أطلقك بالكلية » وبعد أن مر على ذلك نصف ساعة . طلب الرجل منها شربة ماء . فالتفتت إليه قائلة: « عفواً أنا لست بقائمة . قم أنت واشرب » . فأجابها الرجل بقوله : « ياعزيزتي هل من العدل أن أقوم أنا . وأنت . لا تقومين ؟ اننى اشتغل من الصباح إلى المساء . لأجل القيام بجاركك ورجباتك . والله يعلم ما ألاقى من المتاعب . حتى إذا عدت إلى البيت . بعد تلك المتاعب ألا يلزم أن أرتاح فيه قليلا ؟ » فأجابه قائلة : « أن رجلك غير مكسورتين فقم واشرب » . وفي خلال هذه المحاورة غلبت الحدة على المرأة . فقالت له : « لا ترذني فوق طاقتي . فاننى اسمعك من فمى ما لا تحب » انتهى ببعض تصرف .

ولم يشترط في الطلاق : أن يكون برضا الزوجين ، واتفاقهما . كما في عقد الزواج الذي من أحكامه ، وآثاره المترتبة عليه : الطلاق . إذ لو اشترط ذلك في وقوع الطلاق . قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها . لأن الضرورة ، أو الحاجة التي تدعو أحد الزوجين إلى التخلص من الزوجية . قد تحمل الآخر على أن يتمسك ببقائها ، وألا يوافق على فسخ عرى الزوجية بينهما . كما إذا أرادت الزوجة الفرقة . لتضررها من المقام مع زوجها . لأنه مشلول لا يرجى شفاؤه . وكما إذا أراد الزوج التخلص من زوجته . لريبة في عفتها . وشك في سيرتها .

الحكمة في تعدد الطلاقات

جعل الشارع عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته : ثلاثة ، وشرع على أن يوقعه الزوج على دفعات لا دفعة واحدة . قال تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » . ثم قال تعالى بعد ذلك : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » . فاذا أوقع الرجل الطلاق على زوجته مرة أولى ، أو مرة ثانية ، وندم على ما فعل . أمكنه أن يتدارك الأمر بمراجعته لها . ما دامت في العدة . بدون مهر ، ولا عقد . جديدين ، ومن غير توقف على رضاها . إذا كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، ولا تزال في العدة . فاذا انقضت عدتها ، أو كانت مطلقة طلاقاً بائناً لا زالت في العدة ، أو انقضت عدتها ، فله أن يعيدها إلى عصمته . برضاها ، وبمهر ، وعقد . جديدين . وأما إذا طلقها طلاقاً مكملًا للثلاث . سواء كان مسبقاً بطلقتين رجعيتين ، أو بائنتين ، أو إحداهما رجعية ، والأخرى بائنة . فانها تحرم عليه تحريمًا مؤقتاً . فلا يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى . إلا بعد

أن تزوج بآخر ، ويدخل بها دخولا حقيقياً . ثم يطلقها لسبب من الأسباب ، أو يموت عنها . وتنقض عدتها منه . فاذا تحقق كل ماتقدم . جاز للزوج الأول : أن يعقد عليها الزواج . لزوال التحريم المؤقت . وإذا لم يتحقق أى واحد مما ذكر ، فلا يجوز له : أن يتزوجها مرة أخرى . لقيام سبب التحريم المؤقت .

الحكمة في تحديد عدد الطلقات بالثلاث

وبتحديد الشارع عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بالثلاث : وضع حداً للطلاق . يقف الزوج عنده ولا يتعداه ، وأبطل ما كان متبعاً عند العرب في الجاهلية . قبل مجيء الاسلام . من أن الواحد منهم كان يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها . ثم يراجعها في العدة . فتكون امرأته مهما كان عدد الطلقات التي أوقع عليها . وكان القصد بهذا : المضارة بالمرأة . حيث تبقى معلقة لم يبت في أمرها . فلا هي زوجة تتمتع بحقوقها الزوجية ، ولا هي خالصة من الزوج . حتى تملك التزوج من جديد . فقد روى عن « عائشة » رضی الله عنها أنها قالت : كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها . وهي امرأته إذا راجعها . وهي في العدة . وإن طلقها مائة مرة أو أكثر . حتى قال رجل لامرأته : « والله لا أطلقك فتيين عني ، ولا أوليك أبداً » . قالت : « وكيف ذلك ؟ » قال : « أطلقك ، فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك » . فذهبت المرأة . فدخلت على « عائشة » رضی الله عنها ، فأخبرتها بذلك ، فسكتت . حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم ، فأخبرته ، فسكت ، فنزل القرآن الكريم : «الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » إلى قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ولم يجعل الشارع الطلاق مرة واحدة . تنقطع به الرابطة الزوجية بالكلية بين الزوجين . بحيث لا يحل للزوج : أن يراجع مطلقته ، أو يعقد عليها الزوج

مرة أخرى. بعد انقضاء العدة ، إذ لو كان تشريع الطلاق بهذه الصفة . لكان في ذلك حرج ، وعسر. للناس. ولوقعوا في ضيق ، ومشقة . ولقوا شدة في حياتهم الزوجية . لأن الزوج في كثير من الحالات . يندم على تسرعه في ايقاع الطلاق على زوجته . في حالة غضب . لأمر قد لا يستدعى : أن يطلقها ، ويود لو أن الطلاق لم يكن قد صدر منه . فلكي يستطيع الزوج أن يتدارك بادرته وفرطه (١) في الزوجية . جعل الشارع عدد الطلاق ثلاثاً ، على أن يوقعه على دفعات (يجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضاً . حتى إذا لم تفد التجارب ، ووقعت الطلقة الثالثة . علم أنه ليس في البقاء خير ، وان الانفصال البات بينهما أحق وأولى) .

صفة الطلاق الشرعية

والمراد بصفة الطلاق الشرعية : ما يعتره من الأحكام الشرعية . والأصل في الطلاق : أنه ممنوع ، ومحذور . وإنما أبيض عند الحاجة ، ووجود سبب من الأسباب الباعثة . على الفرقة بين الزوجين . وقد ذكرنا بعض هذه الأسباب . عند بيان حكمة تشريع الطلاق ، كما ذكرنا هناك : أن الدين الاسلامي مع إباحتها الطلاق قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الاباحة مقصورة على الحالات التي لا يمكن فيها للزوجين ، أو لأحدهما . إقامة حدود الله . فاباحة الطلاق تشريع استثنائي . لا ينبغى أن يتوسع فيه ، ولا أن يلجأ إليه . إلا

(١) البادرة : ما ييدر من الانسان عند الحدة من خطأ وسقطات . ويقال : فرط - بثلاث فتحات - في الشيء فرطاً - بسكون الراء - اذا قصر فيه وضيعه حتى فات .

عند الضرورة ، أو الحاجة . فإذا كان الطلاق بلا سبب ، وبدون حاجة داعية إليه ، فهو محض كفران . لنعمة الزواج ، وسوء أدب ، وسفاهة ، وايداء للزوجة ، وأهلها ، وأولادها (١) . بغير حق . ومن المقرر في الشريعة الاسلامية : أن ايداء الغير بغير حق منهي عنه شرعاً . فما أدى إليه . وهو الطلاق بدون سبب . يكون منهيّاً عنه . وقد قرر « جمهور الفقهاء » أن الطلاق بغير سبب شرعى : حرام ، أو مكروه . ومع ذلك . فلو طلق الزوج زوجته . ولم يكن هناك ما يدعو إلى طلاقها . وقع الطلاق . وإن كان محظوراً .

واستدل على أن الأصل في الطلاق المنع ، والحظر . بقوله تعالى : « فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » (٢) . ولا شك : أن طلاق المرأة بدون سبب شرعى : بغير عليها . وبقوله عليه الصلاة والسلام : « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق » . وفي رواية عنه صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » .

وبالمعقول . وهو : أن الطلاق بدون سبب شرعى ، وبدون حاجة داعية إليه . ايداء للغير بغير حق ، وايداء الغير بغير حق ممنوع ، ومحظور . فيكون الطلاق بدون سبب شرعى محظوراً .

وقيل : إن الأصل في الطلاق : الإباحة ، بدون قيد الحاجة إليه . لقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتموا النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة » (٣) .

فقد نفى الله الأثم ، والجناح على الزوج ، إذا طلق امرأته . وهذا معنى الإباحة .

(١) راجع الفتح (ج ٣ ص ٣٢٧) . وابن عابدين (ج ٢ ص ٤٥١) .

(٢) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء .

(٣) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة .

ولإطلاق قوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (١) .

ولأن الكثيرين من الصحابة رضوان الله عليهم . قد طلقوا زوجاتهم . وأجيب عن هذه الأدلة . بأن المراد بالآيتين : الطلاق عند الحاجة المبيحة له ، وبأن طلاق بعض الصحابة زوجاتهم . إنما كان لوجود السبب الباعث عليه ثم إن الطلاق عند وجود السبب الذي يدعو إليه . قد يكون واجبا على الزوج شرعا . وذلك إذا فات الامساك بالمعروف . كما إذا كان الزوج عاجزا عن المباشرة الجنسية . وقد يكون مستحبا . وذلك إذا كانت الزوجة سيئة الخلق تؤذي زوجها ، أو غيره . بالقول ، أو الفعل . أو كانت تاركة للواجبات الدينية . كالصلاة . ولم يجد معها تأديب الزوج لها (٢) .

ركن الطلاق وشروطه

ركن الطلاق . هو: ما يدل عليه من لفظ ، وكتابة ، وإشارة . والشروط التي تشترط لوقوع الطلاق . تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

- ١- : ما يشترط فيمن يقع منه الطلاق .
 - ب- : ما يشترط فيمن يقع عليها الطلاق .
 - ج- : ما يشترط فيما يقع به الطلاق .
- ويكون بياننا لشروط الطلاق بالترتيب السابق .

(١) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .

(٢) الدر المختار (ج ٢ ص ٤٥١) (طبع الحلبي) .

شروط من يقع منه الطلاق

الزوج . هو الذى يملك الطلاق . وهذا هو الأصل . ويقع طلاقه . متى كان أهلا لايقاعه . بأن توافرت فيه الشروط التى سنينها . وفى حالات خاصة . يوقع القاضى الطلاق بالنيابة عن الزوج . وهى الحالات التى نص عليها القانونان «رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠» ، و« رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩» . وذلك بناء على طلب الزوجة تطليقها من زوجها . إذا وجد ما يسوغ تطليقها منه ، وأثبتت دعواها أمام القضاء . وقد توقع الزوجة طلاق نفسها من زوجها . وذلك إذا جعل الزوج لها الحق فى أن تطلق نفسها منه . وسيأتى تفصيل كل ذلك فى موضعه .

ويشترط فى الزوج لوقوع طلاقه زوجته على ما عليه العمل الآن فى المحاكم : أن يكون بالغا ، عاقلا ، مختاراً ، غير مكره على الطلاق ، واعيا لما يقول . سواء كان رشيدا ، أو محجورا عليه . للسفه ، أو الغفلة . فاذا توافرت هذه الشروط فى الزوج كان أهلا . لأن يوقع الطلاق على زوجته . وله أن يتولى بنفسه إيقاع الطلاق ، وله أن ينيب عنه غيره فى ذلك ، عملا بالقاعدة المقررة : « أن من ملك تصرفا قابلا للانابة فيه تولاه بنفسه ، أو تولاه غيره بالنيابة عنه » . والطلاق من التصرفات القابلة للإنابة فيها .

وإذا فقد شرط من هذه الشروط . فلا يكون الزوج أهلا . لايقاع الطلاق ، ولا يصح طلاقه . فلا يقع طلاق الآتى ذكرهم :

(١) : الخنون . إذا كان الزوج مجنوناً لا يقع طلاقه فى حالة جنونه . لأنه فاقد الأهلية ، وليس له قصد أصلا . والتصرفات من طلاق ، وغيره تعتمد القصد الصحيح ، ويلحق به فى الحكم : الصبى ، والمعتوه . غير المميزين ومن المقرر شرعا : أن الزوج . هو الذى يملك طلاق زوجته . فلا يملك الولي

أن يطلق زوجة من في ولايته . من أولاده فاقدى الأهلية ، أو ناقصها . وكذا الوصى . لا يملك أن يطلق زوجة من له الوصاية عليه . وعلى هذا إذا ارادت زوجة المخنون ، ومن ألحق به . التطليق من زوجها . رفعت الأمر إلى القضاء . وهو الذى يفصل فى أمرها بالتطليق ، أو بعده .

ولا شأن للولى ، أو الوصى . فى الطلاق . لأن أحكام الزواج . ومنها الطلاق ، وحقوقه راجعة ، إلى الزوجين ، لا إلى من تولى إنشاء عقد الزواج . وإذا طلق المخنون زوجته . أثناء إفاقة من الجنون . وكان إدراكه صحيحا . وقع طلاقه . وكذا المعتوه . إذا طلق زوجته . أثناء إفاقة من العته ، بشرط أن يكون إدراكه صحيحا .

ب-: الصبى ، والمعتوه . المميزان . لا يقع طلاقهما . لتقصان إدراكهما ، وعدم معرفتهما وجه المصلحة ، ولو أجازهم وليهما . لأن الطلاق من التصرفات الضارة . لأنه يزيل ملك الزوج حق الاستماع بزوجه .

ج-: النائم ، والمغمى عليه . (١) إذ لا قصد ، ولا إرادة . لهما أصلا .

د-: المدهوش . وهو الذى لا يدرى ما يقول ، ويفعل . لشدة انفعاله ، واضطرابه . حياء ، أو خوفا ، أو حزنا . وإنما لم يقع طلاقه . لانعدام الإدراك الذى عليه المعول . فى صحة التصرفات القولية .

ه-: من اختل عقله وإدراكه . لكبر السن ، أو لمرض ، أو لمصيبة فاجأتها . وما دام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال ، والأفعال . لا يعتد بأقواله ، وان كان يعلمها ، ويريدها . لأن هذه المعرفة ، والإرادة غير معتبرة . لعدم حصولها عن إدراك صحيح (٢) وتفكير سليم .

(١) وفى « ابن عابدين » نقلا عن « التحرير » : الانحاء آفة - عاهة وعلّة - تتعطل معها القوى المدركة والحركة ، مع بقاء العقل مغلوبا . وهو فوق النوم فلزمه ما لزمه .

(٢) ابن عابدين (ج ٢ ص ٤٦٣) .

وأما طلاق الغضبان ففي وقوعه ، وعدم وقوعه : التفصيل الآتي :

الغضب ليس في درجة واحدة . بل هي على درجات متفاوتة . فقد يكون الغضب مذهبا للعقل ، والإدراك الصحيح . حالة الغضب ، وقد يبقى معه الإدراك ناقصا غير كامل ، وقد لا يؤثر الغضب في العقل ، والإدراك الصحيح . وتبعاً لاختلاف حالات الغضب ، وتفاوت درجاته . اختلف طلاق الغضبان . وقوعاً ، وعدم وقوع .

فإن بلغ به الغضب حالة . بحيث لا يدري ما يقول ، ويفعل ، وينسى ما قاله ، ولا يتذكر . بعد ذهاب غضبه . فلا يقع طلاقه في حال غضبه . لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا طلاق في إغلاق » وقد فسر الإغلاق في الحديث : (بأن يغلط على الشخص باب الإرادة والقصد ، ويسد عليه طريق الوعي والإدراك) . ولأن الغضبان في هذه الحالة . مسلوب الإرادة ، والإدراك . لشدة انفعاله ، وهيجانه ، ويكون أشد من الخنون ، وأعلى منه مرتبة . وكذا إذا وصل به الغضب . إلى حالة هذيان . حتى غلب الاضطراب في أقواله وأفعاله . بحيث يحول غضبه . دون أن يدرك ما يصدر منه من الأقوال ، والأفعال . إدراكاً صحيحاً . فلا يقع طلاقه . لانعدام الإدراك منه . وأما إذا لم يصل به الغضب درجة تجعل حاله . كما ذكر . وطلق زوجته . فإنه يقع طلاقه .

طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة

ويقع طلاق المحجور عليه للسفه ، أو للغفلة . لأنه يملك إنشاء عقد الزواج . فيملك ما هو من أحكامه وآثاره . وهو الطلاق . بطريق الأولى . ولأن

موضوع الحجر : المسائل المالية . وليس منها الطلاق . فلا حجر على السفيه ، أو على ذى الغفلة . فى الطلاق . فيصح طلاق كل منها . كما يصح ممن لم يحجر عليه أصلا .

طلاق المكره . والسكران

اختلف العلماء فى وقوع طلاق المكره ، والسكران . وفى عدم وقوعه .

فذهب « جمهور العلماء » . . . ومنهم الأئمة : « مالك » . و« الشافعى » ، و« أحمد » : أن طلاق المكره غير واقع . واستدلوا بقوله صلى عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ، وبالمعتول . وهو أن الرضا الذى . هو الأساس الذى ينبى عليه اعتبار التصرف . سواء كان طلاقا ، أو غيره . لا يتحقق ، ولا يوجد . مع الاكراه .

ومذهب « الحنفية » : أن طلاق المكره واقع . فاذا أكره شخص الزوج على أن يطلق زوجته ، وهدده بأن يلحق به الضرر ، أو الأذى . ان لم يطلق زوجته . فطلقها وقع الطلاق . لأنه تلفظ بالطلاق قاصدا مختارا علما بما يقوله ، مفضلا الطلاق على أن يلحق به ضرر وأذى . وهذه أية اختياره ، وقصده : الطلاق . حيث اختار أهون الشرين : الطلاق ، أو وقوع ما هدد به من إلحاق الضرر ، والأذى . إلا أنه غير راض بالطلاق ، وعدم رضاه به . لا أثر له فى وقوع الطلاق (١) . ونظيره : طلاق الهازل . فانه واقع بالاتفاق بين « الحنفية » و« الجمهور » . مع أن الهازل يتلفظ بالطلاق . غير راض بوقوعه . فعلم من هذا : أن الرضا بالطلاق ليس شرطا فى وقوعه . وإلا لما وقع طلاق الهازل .

(١) الاختيار : القصد إلى الفعل الذى يقدر عليه الانسان ، والرضا : الارتياح إلى الفعل ، والرغبة فيه .

وأجاب « الحنيفة » عن الحديث الذى استدل به « الجمهور »: على مذهبهم .
بأن قول النبي صلى الله عليه وسلم: « رفع عن أمتي الخطأ الخ » معناه: رفع
الحكم الأخرى ، أى أن المكروه لا يعاقب فى الآخرة . على قول ، أو فعل
ما أكره عليه . وليس معناه : رفع نفس الخطأ ، والنسيان ، والإكراه .
ولا بد من هذا التأويل فى الحديث ، لأن الخطأ ، أو النسيان ، أو الإكراه
بعد وقوعه . لا يمكن رفعه . إذ الشئ بعد حدوثه ، ووقوعه . لا يرفع .
ولا يصح أن يراد منه : رفع الحكم الدينوى . لأن كثيرا من الأحكام
الدينوية تثبت فى حالة الخطأ ، أو النسيان ، أو الإكراه . باتفاق العلماء .
كالقتل الخطأ ، والقتل مع الإكراه ، وكاتلاف مال الغير نسيانا ، فتعين
أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي » : رفع
الاثم ، والعقاب الأخرى . فلا يصح التمسك ، والاستدلال . بالحديث . على
مذهب الجمهور . من عدم وقوع طلاق المكروه .

ويؤيد ما ذهب إليه « الجمهور »: أن المكروه على الطلاق . اختياره وقصده
لا عبرة بهما . لكونه مضطرا إلى ذلك ، ومحمولا عليه . ممن أكرهه ، ولأن
الله لما وضع الكفر عن تفلظ به . حال الإكراه بالآية : « من كفر بالله من
بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » (١) . فكذلك يسقط عن
المكروه . ما دون الكفر . فلا يقع طلاقه الذى أكره عليه .

وأما طلاق السكران . وهو الذى لا يعى ما يقول ، وما يفعل أثناء سكره ،
ولا يتذكر بعد صحوه من السكر . ما قاله ، وفعله . فى حال سكره ، فذهب
« جمهور العلماء » : القول بوقوعه . إذا كان سكره بشرب محرم . كالخمر .
كما إذا تناول الخمر . بدون عذر شرعى فسكر . ثم طلق زوجته حال سكره .

(١) الآية رقم ١٠٦ من سورة النحل .

وقع طلاقه عقابا ، وزجرا له ، وعبرة لغيره . وان كان سكره . بشرب مباح . كما إذا خاف الشخص على نفسه الهلاك . من العطش ، ولم يجد إلا خمرآ يذهب به عطشه . فشرب الخمر ، وسكر . فطلق زوجته ، فلا يقع طلاقه . وكما إذا تداوى بتعاطي الخمر ، فسكر ، وطلق امرأته . فان طلاقه غير واقع .

وذهب فريق من العلماء . ومنهم « زفر » ، و« أبو الحسن الكرخي » من فقهاء « الحنفية » إلى أن طلاق السكران غير واقع . لأن السكر مذهب للعقل . فلا إرادة ، ولا قصد له ، بغض النظر عن كون السكر . بسبب مباح ، أو محرم . وهذا الرأي هو المنطبق على الأصول ، والمتفق مع العقل . لأن أقل ما يصح معه التصرف من طلاق ، وغيره : القصد الصحيح ، أو مظنته وليس للسكران شيء من ذلك . وهو أسوأ حالا من النائم - الذي لا يقع طلاقه في حال نومه باتفاق - لأنه إذا أوقف استيقظ . بخلاف السكران .

وتفرقة « الجهور » بين السكر بتناول شيء محرم ، والسكر بتناول شيء مباح . في وقوع طلاق السكران ، وعدم وقوعه : تفرقة لم يقم عليها دليل من الشارع . إذ لا يوجد نص يفيد هذه التفرقة . وقول « الجهور » بوقوع طلاق السكران بشيء محرم عقوبة ، وزجرا له : غير مستساغ . لأن الشارع حدد عقوبة السكران . وليس لأحد أن يزيد عليها . فلا وجه لايجاد عقوبة أخرى عليه . بايقاع طلاقه . ولا سيما أن أثر هذه هذه العقوبة لا يقتصر على من ارتكب معصية السكر . بل يتعداه إلى زوجته ، وأولادها ، وأهلها . ويضاف إلى ما تقدم : أن الطلاق شرع عند الحاجة إليه ، وأن الأصل في الطلاق : المنع ، والحظر . فهو تشريع استثنائي . فلا يجب أن يتوسع فيه .

وكل مخدر محرم تناوله . كالحشيش . فحكمه حكم الخمر . قال « الكمال ابن الهمام » في الفتح على الهداية : « اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من « الشافعية » ،

و« الحنفية » بوقوع طلاق من غاب عقله . بأكل الخشيش . لفتواهم
بحرمته (١) .

ما عليه العمل الآن في طلاق المكره والسكران

والذى عليه عمل المحاكم بمصر : عدم وقوع طلاق المكره ، والسكران .
سواء سكر بسبب هو محذور ، أو غير محذور . تطبيقاً للمادة الأولى من
« القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » ونصها : « لا يقع طلاق السكران ، والمكره » .
ومما ورد في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة قولها : « طلاق
السكران لا يقع بناء على قول راجح » لأحمد بن حنبل ، وقول في « المذاهب
الثلاثة » ، ورأى كثير من التابعين ، وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه
بالوقوع . وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب « الشافعية » ، « المالكية » ،
و« أحمد » ، و« داود الظاهري » وكثير من الصحابة » .

طلاق الهازل

ويقع طلاق الهازل قضاء ، وديانة . وهو الذى ينطق باللفظ عن قصد على
سبيل اللهو ، واللعب . علماً بما يقول . غير مرید معناه ، ولا ما يترتب عليه
من الآثار . والدليل على وقوع طلاقه : قوله عليه الصلاة والسلام : « ثلاث
جدهن : جد ، وهزلن : جد . النكاح ، والطلاق ، والعقاق » . وفي رواية
الرجعة ، بدل العتاق .

والحكمة فى الحكم بوقوع طلاق الهازل قضاء ، وديانة : صون عقد
الزواج الذى عنى به الاسلام عناية لم تكن لأى عقد من العقود ، عن أن

يجعله الزوج من مواطن اللهو، واللعب . فيقع طلاقه عقوبة ، وزجرا له . وأيضا فر بما كان الشخص وقت تلفظه بالطلاق لم يكن هازلا ، ولما وصل الأمر إلى القضاء ادعى أنه كان هازلا . ليتخلص من تبعات وقوع الطلاق .

طلاق المخطيء

ويقع طلاق المخطيء قضاء لا ديانة . وهو الذى يريد أن يقول كلاما . فيسبق لسانه إلى غيره . كما إذا أراد الزوج أن يقول لامرأته : « أنت مريضة » مثلا . فجرى على لسانه بدون قصد : « أنت مطلقة » . وإنما وقع طلاقه قضاء . لأن القضاء مبناه على الظاهر ، والله يتولى السرائر . وقد يكون المطلق وقت تلفظه بالطلاق غير مخطيء ، وبعد أن أوقع الطلاق ، ورفع الأمر إلى القضاء ، ادعى أنه كان مخطئا غير قاصد الطلاق . ليتخلص من تبعات وقوع الطلاق . فلا يصدقه القاضي . بل يقضى عليه بوقوع الطلاق . وإذا لم يصل الأمر إلى القضاء ، وكان صادقا فى قوله : « إنه كان مخطئا » . فلا يقع طلاقه ديانة . أى بينه وبين ربه . فله أن يعاشر زوجته ، كما كان يعاشرها . قبل أن يصدر التلفظ بالطلاق خطأ . ولو استفتى المفتى ، فيفتيه بعدم وقوع الطلاق .

والفرق بين الهازل ، والمخطيء . حيث يقع طلاق الهازل قضاء ، وديانة ، ويقع طلاق المخطيء قضاء ، لا ديانة : أن الشارع جعل بنص الحديث السابق الهزل بالطلاق : جادا . فلا فرق فى الحكم بين من يتلفظ بالطلاق هازلا ، أو جادا ، ولأن الهازل تكلم بالطلاق قصدا . فيلزمه حكمه ، وإن لم يرض به . لأن الطلاق مما لا يحتمل النقص . بخلاف المخطيء . فانه لم يقصد التلفظ بالطلاق ، ولم يجعل عقد الزواج موضعا للهزل ، واللهو . حتى يقع طلاقه عقوبة ، وزجرا . كما فى طلاق الهازل .

ومثل طلاق المخطيء في كل ما ذكر : طلاق الساهي ، والناسي .
والأول . هو من غاب عن ذهنه ، وذاكرته . الشيء ، وإذا ذكر به يتذكر .
والثاني . هو من غاب الشيء عن ذهنه ، وذاكرته . وإذا ذكر به لا يتذكر .
فن علق طلاق زوجته على دخوله دار فلان . كما إذا قال الزوج : « ان
دخلت دار فلان . فامرأئي طالق » . ناويا بذلك وقوع الطلاق ، إن دخل
الدار . فدخلها ناسيا تعليقه الطلاق على دخوله الدار ، أو ساهيا عن ذلك ،
يقع طلاقه المعلق قضاء . لا ديانة .

شروط من يقع عليها الطلاق

يشترط لوقوع الطلاق على الزوجة : أن تكون محلا للطلاق . وذلك بأن
تكون زوجة حقيقة ، أو حكما . لمن يريد إيقاع الطلاق عليها . والزوجة
حقيقة . هي التي لم يطرأ على زواجها الصحيح . ما يرفع قيده في الحال ،
ولا في المآل . فإذا طلق الرجل زوجته حال قيام الزوجية بينها حقيقة . وقع طلاقه .
لأن الطلاق عبارة عن رفع قيد الزواج الصحيح في الحال ، أو المآل . والزوجة
حكما هي التي لا تزال في العدة . من طلاق رجعي ، أو من طلاق بائن
بينونة صغرى . فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا ، أو طلاقا بائنا . ثم
طلقها ثانيا . وهي في العدة من الطلاق الأول . وقع الطلاق الثاني . وإذا طلقها
ثالثا . وهي لا تزال في العدة . وقع الطلاق الثالث عليها . لأن المعتدة من الطلاق
غير المكمل للثلاث : تعتبر زوجة حكما . فتكون محلا قابلا لوقوع الطلاق .

فأما كون المطلقة طلاقا رجعيا زوجة حكما . متى كانت في العدة ،
فلبقاء كل آثار الزوجية . بعد الطلاق الرجعي . قبل انقضاء العدة . ولهذا

صح: لمطلقها أن يراجعها، ويعيدها إلى عصمته. من غير توقف على رضاها، وبدون مهر، وعقد. جديدين. ما دامت لا تزال في العدة. من الطلاق الرجعي.

وأما كون المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى زوجة حكماً. ما دامت في العدة، فلبقاء بعض آثار الزوجية. من وجوب النفقة لها على مطلقها، واستقرارها في مسكن الزوجية، وعدم جواز خروجها منه. حتى تنقضى عدتها. إلا لعذر شرعي، وعدم حلها لزواج آخر. ولأن الزوج لم يستنفد كل حقها في الطلاق. حيث له شرعاً أن يطلق زوجته ثلاث طلاقات. بخلاف المعتدة من طلاق مكمل للثلاث. فلا تكون محلاً لوقوع الطلاق. لأن الزوج استنفد ما يملكه من عدد الطلاقات. ولا نقطاع الزوجية بينها، وبين زوجها بالكلية. بل صارت محرمة عليه تحريماً مؤقتاً. بحيث لا يجوز له: أن يتزوجها مرة أخرى. إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره.

ومثل المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى في كونها محلاً لوقوع الطلاق: المعتدة من فرقة. هي فسخ لعقد الزواج. وذلك في صورتين الآتيتين:

- (١): الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين. عن دين الإسلام (١).
- (٢): الفسخ لامتناع الزوجة غير الكتابية عن أن تعتنق الإسلام، أو أى دين سماوى. بعد إسلام زوجها.

وأما الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد اعتناق زوجته الدين الإسلامى فالرأى الراجح فى المذهب. اعتبارها طلاقاً، لا فسخاً للعقد. حتى لو أسلم

(١) الفرقة بين الزوجين بسبب ارتداد الزوجة، وكذا بسبب إيمانها بالدخول فى الإسلام بعد إسلام زوجها. إن كانت غير كتابية. تعتبر فسخاً لعقد الزواج باتفاق فقهاء «الحنفية». والفرقة بينهما بسبب ردة الزوج عن الإسلام فسخ عند «أبي حنيفة» و«أبي يوسف»، وطلاق عند «مهد». والفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام فسخ عند «أبي يوسف»، وطلاق عند «الطرفين».

بعد ذلك ، وعقد زواجه عليها ، احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته .

وكل معتدة من فرقة . هي فسخ لعقد الزواج . لا تكون محلا . لوقوع الطلاق عليها . فلا يلحقها الطلاق . فيما عدا الصورتين السابقتين .

ولا تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها . في الحالات الآتية :

١ - : المرأة التي تزوجها الرجل بعقد فاسد . لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح .

٢ - : المرأة الأجنبية . فاذا قال رجل لامرأة أجنبية ليست بينها علاقة زوجية : « أنت طالق » . فكلامه لغو . وأما إذا علق الطلاق على تزوجه بها . كأن يقول لها : « إن تزوجتك . فانت طالق » . يقع الطلاق بمجرد زواجه بها . عند فقهاء « الحنفية » .

٣ - : المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

٤ - : المعتدة من فرقة . هي فسخ . فيما عدا الصورتين السابقتين . كالفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة من الخنون ، والعتة ، أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها .

٥ - : المعتدة التي انقضت عدتها . ولو كانت العدة من طلاق رجعي .

٦ - : المطلقة قبل الدخول ، وقبل الخلوة . إذ لا عدة لها ، فبمجرد طلاقها من زوجها . بانته منه من غير عدة . ولذا يصح لها : أن تتزوج غيره عقب الطلاق مباشرة . وأما المطلقة قبل الدخول ، وبعد الخلوة . فلا يلحقها الطلاق أيضا ، وإن كانت تجب عليها العدة ، لأن وجوب العدة في هذه الحالة للاحتياط فقط . محافظة على الأنساب .

وإذا تأملنا في هذه الحالات السابقة . نجد أن المرأة لم تكن في هذه الحالات محلا لوقوع الطلاق عليها . لكونها أجنبية ، أو لكونها كالأجنبية . لانقطاع الزوجية بين الزوجين .

شروط ما يقع به الطلاق

يقع الطلاق بكل ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح حالا ، أو مآلا . إذا صدر ممن يملك الطلاق ، وصادف محلا لوقوعه . لأن معنى الطلاق في الاصطلاح الفقهي : رفع هذا القيد بما يدل عليه . سواء كان لفظا ، أو كتابة ، أو إشارة . وسواء كانت دلالة اللفظ على الطلاق بصريح العبارة ، أو بطريق الكناية ، ولا يشترط في اللفظ الذي يقع به ، الطلاق : أن يكون باللغة العربية . كما لم يشترط ذلك في إنشاء عقد الزواج . إذ لم يعهد في الشريعة الاسلامية : أن يكون إنشاء العقود ، والتصرفات . بلغة ، دون لغة . فكل لفظ بأية لغة يدل على الطلاق . يقع به الطلاق .

ولا بد لوقوع الطلاق باللفظ . من أن يكون مضافا إلى الزوجة حقيقة ، أو حكما . بحيث يفهم من ذلك تطليقها في اللغة ، أو في متعارف الناس .

ومن أمثلة إضافة الطلاق إلى الزوجة حقيقة : قول الزوج لزوجته مخاطبا إياها : « أنت طالق ، أو أنت مطلقة ، أو طلقتك » ، وقوله : « طلقت زوجتي ، أو زوجتي مطلقة » . وأمثال ما ذكر من الألفاظ الدالة على الطلاق ، وأسند الطلاق إلى الزوجة .

ومن أمثلة إضافة الطلاق إلى الزوجة حكما : ما تعرف بين الناس في الحلف بالطلاق . كقولهم « الطلاق يلزمني لا أفعل كذا » . يريدون بذلك إن فعلت المحلوف عليه ، لزم الطلاق . فهو بمنزلة قول الرجل لزوجته :

« إن فعلت كذا فانت طالق » . فالطلاق وإن لم يكن مضافاً إلى الزوجة بحسب اللفظ . فهو مضاف إليها . من حيث المعنى .

وكذا قولهم : « على الطلاق ، أو على الحرام أن أفعل كذا ، أو لا أفعل كذا » . فان معناه : إن لم أفعل كذا ، أو فعلته . فإمرأى طالق ، أو محرمة . فكان الطلاق مضافاً إلى الزوجة حكماً ومعنى . وان لم يكن مضافاً إليها حقيقة ، ولفظاً .

ويشترط في اللفظ : ألا يكون معلقاً على مشيئة الله سبحانه وتعالى . فاذا قال الرجل لامرأته : « أنت مطلقة ، أو أنت طالق . ان شاء الله » . فلا يقع الطلاق . لأنه علق على شيء لا يعلم وجوده . إذ لا يعلم مشيئة الله . وتعليق صيغة الطلاق على مشيئة الله . يسمى عند الفقهاء : استثناء حكماً . ويشترط لعدم وقوع الطلاق في هذه الحالة : أن يكون الاستثناء متصلاً ، وأن يكون قوله : « ان شاء الله » مسموعاً . فلو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق » ثم سكت - بغير عذر - ثم قال : « ان شاء الله » . وقع الطلاق . وكذا إذا أسر في نفسه قوله : « ان شاء الله » . بدون أن يكون مسموعاً .

ويشترط أن يكون المطلق عالماً بمعنى صيغة الطلاق . فلو قال رجل أعجمي لا يعرف اللغة العربية لامرأته : « أنت طالق » . وهو لا يعلم معنى هذه الجملة لا يقع الطلاق .

تقسيم اللفظ إلى صريح وكناية

ينقسم اللفظ الذي يستعمل في إيقاع الطلاق إلى صريح ، وإلى كناية . فاللفظ الصريح : هو الذي لا يحتمل معنى غير معنى الطلاق لغة ، أو عرفاً . فكل لفظ من مادة الطلاق ، ومشتقاته ، وكل لفظ استعمله الناس للدلالة

على الطلاق بأية لغة من اللغات يكون صريحا . مثل أن يقول الرجل لامرأته : « أنت طالق ، أو أنت مطلقة ، أو طلقتك » ومثل أن يقول : « امرأتى مطلقة ، أو طلقت زوجتى » . وإذا قال لها : « أنت محرمة ، أو أنت على حرام » ، أو قال : « على الحرام » . فان كان عرف الناس جاريا على أنهم يستعملون هذه الألفاظ التي ليست من مادة الطلاق . للدلالة على ايقاع الطلاق . تكون هذه الألفاظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق . وإذ لم يجر عرفهم بذلك تكون هذه الألفاظ من قبيل الكنايات .

ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء ، وديانة بدون حاجة إلى نية الطلاق . لأن معنى الطلاق متعين من اللفظ إما لغة . وإما عرفا (١) .

(١) الألفاظ التي غلب استعمالها لانشاء الطلاق في متفاهم الناس ، وعرفهم . تكون صريحة في الطلاق ، ويقع بها الطلاق . بدلالة العرف ، بدون حاجة إلى نية الطلاق . فمن هذه الالفاظ : قول الرجل لامرأته : « أنت محرمة ، أو أنت على حرام ، أو حرمتك على نفسى » . فقد اتفق المتأخرون من فقهاء المذهب « الحنفى » بأنه يقع بهذه الألفاظ ، طلقة واحدة بائنة ، بدون حاجة إلى نية الطلاق . لأنها من صريح الطلاق بطريق العرف . حيث لا يقصد في متعارف الناس عند اطلاق هذه الألفاظ . إلا الطلاق . وانما وقع بهذه الألفاظ . الطلاق البائن . مع أن الناس في متعارفهم استعمال هذه الألفاظ في الطلاق . لا يميزون بين الطلاق الرجعى ، والطلاق البائن . لكون الطلاق البائن مقتضى لفظ «الحرام» وسوجبه ، وكذا مشتقاته . لأن الطلاق الرجعى لا يحرم الزوجة . ما دامت الزوجة في العدة . والطلاق الذى يفيد تحريمها - عدم استمتاع المطلق بالمطلقة - هو الطلاق البائن إذ هو الذى يزيل حل استمتاع الرجل بمن طلقها في الحال عقب الطلاق مباشرة . بخلاف الطلاق الرجعى . فان الزوجية لا تزال قائمة بعده . كما كانت قبل حصول الطلاق ، ما دامت المطلقة رجعيًا لا تزال في العدة .

وإذا لم يتعارف الناس استعمال هذه الألفاظ في الطلاق ، فلا يقع بها الطلاق ، إلا بالنية ، لأنها في هذه الحالة من كنايات الطلاق ، لا من صريحه . لكونها تحتمل الطلاق ، وغيره . فالعرف . هو المرجع . في وقوع الطلاق . بهذه الألفاظ ، وأمثالها =

واللفظ الكنائى : هو ما يحتمل معنى الطلاق وغيره . بحسب وضع اللغة ، ولم يخصصه عرف الناس للطلاق .

وألفاظ كنيات الطلاق كثيرة . لا تدخل تحت حصر ، ولا يمكن استقصاؤها . وسنذكر بعضاً منها على سبيل المثال :

فمنها : قول الرجل لزوجته : « أنت حرة » . فان هذا الكلام يحتمل الطلاق وغيره . إذ يحتمل أن يكون المعنى المراد : أنها أصبحت حرة غير مقيدة بقيد الزواج ، أو أنها حرة فى تصرفاتها .

منها : قوله لها : « اذهبي إلى أهلك » . فانه يحتمل أنه أمرها بذلك لأنه طلقها . فترجع إلى أهلها . كما كانت قبل أن يتزوجها ، أو أنه أمرها بذلك . لأنه يريد ابعادها عن بيته . بسبب غضبه . مع قيام الزوجية بينهما .

منها : قوله لها : « الحقى بأهلك » أو « اخرجى » . للمعنى الذى ذكر فى قوله لها : « اذهبي إلى أهلك » .

منها : « اعتدى » . فانه يحتمل أنه أمرها بذلك . لتعرف عدتها الشرعية . لأنه طلقها ، أو للاعتداد بما هى فيه من خير ، ونعمة . فى ظلال الزوجية القائمة بينهما .

بدون حاجة إلى نية الطلاق ، أو بشرط نيته . وإذا ما تغير العرف . اقتضى ذلك تغير الحكم .

= يقول « القرافي » فى « فروقه » : « الأحكام المترتبة على العوائد - العادات - تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ... وعلى هذه القاعدة : تتخرج إيمان الطلاق ، وصيغ الصرائح ، والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية . يفتقر إلى النية ، وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية » (ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها) .

وأمثال هذه الصيغ التي تحتمل إرادة الطلاق وغيره . وقد ذكر الفقهاء ألفاظا كثيرة أصبح أكثرها غير معروف للناس ، وغير مستعمل في الطلاق بطريق الكناية (١) .

وسميت هذه الألفاظ التي تحتمل معنى الطلاق وغيره : كنايات الطلاق لاستتار معانيها ، وعدم ظهور المقصود منها . للمتكلم بها . ولذلك لا يقع الطلاق بها . إلا بالنية . لأن اللفظ الكنائي لما كان محتملا لأكثر من معنى ، فإنه لا يعلم المقصود منه . إلا بالنية .

وعدم وقوع الطلاق بالألفاظ التي من قبيل الكناية . إلا بنية الطلاق . هو

(١) يقول « شهاب الدين القرافي » من علماء « المالكية » في كتابه « الأحكام » عند بيانه الأحكام التي مدرکہا العرف والعادة : « الحكم الثالث ما وقع في المدونة : إذا قال الرجل لامرأته : أنت على حرام ، أو خلية ، أو برية ، أو وهبتك لأهلك . يلزم الطلاق الثلاث . إذا كانت مدخولا بها . وهذا بناء على أن اللفظ في عرف الاستعمال إشتهر في ازالة العصمة ، واشتهر في العدد الذي هو الثلاث . ثم قال : فأنت تعلم لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة في ذلك . بل تسمى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد أن يطلقها : « أنت خلية ، ولا وهبتك لأهلك » ولا تستعمل هذه الألفاظ في ازالة العصمة ، ولا في عدد طلاقات . فالعرف حينئذ في هذه الألفاظ منفي قطعاً . وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة . ولم توضع هذه الألفاظ لغة لهذه المعاني التي قررها « مالك » في « المدونة » . وإذا لم تفد هذه الألفاظ لغة ، ولا عرفاً . هذه المعاني . فهذه الأحكام . حينئذ . بلا مستند . والفتوى بغير مستند باطلة اجماعاً . نعم لفظ « الحرام » في عرفنا اليوم لازالة العصمة دون عددها . وهي مشتهرة في ذلك « ا هـ .

والذي يؤخذ من النصوص الفقهية ، ومن أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية : أن المدار على العرف . فيما يقع به الطلاق من الألفاظ ، وفي عد هذه الألفاظ ، واعتبارها من صرائح الطلاق . فيقع بها الطلاق . بدون حاجة إلى نية الطلاق . بدلالة العرف والاستعمال . أو من كنيته . فلا يقع بها الطلاق . إلا بالنية . لكونها تحتمل الطلاق وغيره ، والذي يعين إرادة الطلاق منها مع الاحتمال . هو النية .

ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية بعد صدور القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » طبقاً للمادة الرابعة منه . ونصها : كنيات الطلاق . وهي ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

وقد أخذ القانون في هذه المادة بمذهب « المالكية » ، و « الشافعية » . وهو : أن الطلاق بالفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق . إلا بالنية . ولا يعتبر عندهم دلالة الحال على الطلاق . وعدل عن مذهب « الحنفية » الذي كان العمل عليه في المحاكم الشرعية . قبل صدور القانون المذكور . ومذهبهم يقضى بوقوع الطلاق بألفاظ الكناية ، إذ دلت الحال والقرينة على إرادة الطلاق منها . من غير حاجة إلى النية ، وان لم تدل الحال على إرادة الطلاق . فلا بد لوقوع الطلاق بها . من النية . على التفصيل المبين في كتب الحنفية .

وإذا اختلف الزوجان في أن الزوج نوى الطلاق باللفظ الكنائى الذى صدر منه ، أو لم ينوه . فادعت الزوجة عليه أمام القضاء : أن زوجها طلقها بلفظ من ألفاظ الكناية . لأنه نوى به الطلاق . واعترف الزوج بصدور اللفظ منه . ولكن أنكر أنه نوى الطلاق به . فاذا حلف أنه لم ينو الطلاق باللفظ الكنائى الذى صدر منه . ترفض دعواها . وان نكل عن اليمين . حكم لها بطلاقها منه . لما تقرر : أن النكول عن اليمين اقرار بالدعوى .

وقوع الطلاق بالكتابة أو بالإشارة

يقع الطلاق بالكتابة . ولو كان الزوج قادر على التلفظ . بما يفيد الطلاق .

وتقوم الكتابة المستبينة المرسومة مقام اللفظ الصريح . فيقع بها الطلاق . من غير توقف على نية الطلاق . إذا كان المكتوب صريحاً فى الطلاق . ومعنى الكتابة المستبينة : الظاهرة الواضحة . كالكتابة على الورقة ، ونحوها . إذا كانت مقروءة واضحة . ومعنى الكتابة المرسومة : المعنونة . بعنوان شخص

معين . فاذا كتب الزوج كتابا إلى زوجته بعنوانها . قائلًا فيه بعد الديباجة : « أنت طالق » وقع الطلاق بمجرد الكتابة . وأما إذا علق الطلاق على وصول الكتاب إليها . كما إذا قال : « إذا وصلت كتابي هذا فانت طالق » . يقع الطلاق بمجرد وصوله إليها . سواء قرأت الكتاب ، أو لم تقرأه ، ولا يقع قبل ذلك .

وتقوم الكتابة المستبينة غير المرسومة : مقام اللفظ الكنائى . فيقع بها الطلاق عند نيته ، ولا يقع الطلاق . إذا لم ينوه . كما إذا كتب الزوج على ورقة ونحوها . بدون عنوان : « زوجتي مطلقة » أو كتب : طلقت زوجتي » . وذلك لما قيل : إن المكتوب يحتمل الطلاق وغيره . كتجربة القلم ، أو المداد . فلا بد لوقوع الطلاق من نيته . حتى يتعين المعنى المقصود .

وأما الكتابة غير المستبينة . كالكتابة فى الهواء ، وعلى صفحة الماء . فلا يقع بها الطلاق ، ولو نوى بذلك الطلاق . إذ ليس هناك ما يدل على الطلاق . من لفظ ، أو كتابة مستبينة .

وإذا كان الزوج أخرس ، أو معتقل اللسان . لا يعرف الكتابة ، والقراءة ، يكون طلاقه . بإشارته المعهودة . لأن الإشارة فى هذه الحالة . هى الطريقة الوحيدة . للتعبير عن إرادته ، وقصده . واما إذا كان قادرا على الكتابة ، فالرأى الراجح : أن طلاقه يكون بالكتابة ، لا بالإشارة المفهمة . لأن الكتابة أدل على المقصود من الإشارة . فلا يعدل عنها عند امكانها .

هذا ولا يقع الطلاق بمجرد نية الطلاق . إذا لم يدل على ذلك لفظ ، أو كتابة ، أو إشارة ، لأن الشارع جعل الألفاظ ، وما يقوم مقامها . علامات على المقاصد ، وأسبابا ظاهرة . فى ابتناء الأحكام الشرعية عليها . فاذا لم يوجد ما يدل على النية من قول ، أو فعل . فلا عبرة بهذه النية المجردة فى وقوع الطلاق ، ولا فى انشاء أى تصرفات من التصرفات . وقد قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها . ما لم تعمل ، أو تتكلم به » .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد

حدد الاسلام عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بالثلاث . وقد أسلفنا ما يتعلق بذلك . عند بيان حكمة تعدد الطلقات . وهل للزوج أن يستنفد ما ملكه من عدد الطلقات دفعة واحدة ؟ ، أو ليس له ذلك ؟ فلا بد من أن تكون الطلقات على دفعات . مرة بعد المرة . وهذا ما سنبينه الآن .

اختلف العلماء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد . إما بتكرير الطلاق في الكلام الواحد . ثلاث مرات . كما إذا قال الرجل لامرأته : « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » ، أو باقتران الطلاق بعدد الثلاث ملفوظا به ، أو مدلولاً عليه بالإشارة . كما إذا قال لها : « أنت طالق ثلاثا » ، أو قال لها : « أنت طالق هكذا » ، وأشار بأصابعه الثلاث مرفوعة . واختلاف العلماء في هذه المسألة . عاصر جميع العصور . وطال الكلام ، وكثر النقاش فيها ، وألفت فيها كتب خاصة . ولا يتسع المجال هنا . لذكر كل التفاصيل الكثيرة التي أوردها العلماء . بخصوص هذه المسألة . ولذا سنذكر خلاصة وافية تغني عن التفاصيل . ثم نبين ما عليه العمل في المحاكم بمصر . في هذه المسألة .

مذهب « جمهور الفقهاء » من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم . ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة : وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد . فإذا قال الرجل لامرأته المدخول بها ، أو غير المدخول بها : « أنت طالق ثلاثا ، أو بالثلاث » ، أو قال لها « أنت طالق ، أو مطلقة هكذا » . وأشار إليها

بأصابعه الثلاث مرفوعة . وقع الطلاق الثلاث دفعة واحدة . وبانت منه بينونة كبرى . وكانت معصية .

وأما إذا قال لها : « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » . فإن كانت مدخولا بها وقع الثلاث . لأن الطلقة الأولى وقعت عليها . حال قيام الزوجية بينها حقيقة ، ووقعت الطلقتان الثانية ، والثالثة . حال قيام الزوجية بينها حكما . لأنها في العدة من الطلقة الأولى . فصادفت الطلقات الثلاث محلا لوقوعها . لأن كلا من الزوجة ، والمعتدة . من طلاق غير بائن بينونة كبرى : محل للطلاق . وإن كانت غير مدخول بها وقعت الطلقة الأولى فقط . لأنها وقعت حال قيام الزوجية بينها حقيقة . وأما الطلقتان الثانية ، والثالثة : غير واقعيتين . لأن غير المدخول بها بمجرد طلاقها . بانت من مطلقها لا إلى عدة . فلم يكن محلا لوقوعها عليها . حيث أنها ليست زوجة ولا معتدة . بل صارت أجنبية عن مطلقها . بمجرد وقوع الطلاق الأول عليها . ولذا يحل لها شرعا أن تتزوج غيره عقب الطلاق مباشرة .

وإذا طلق الرجل امرأته طلقتين اثنتين بلفظ واحد ، أو بتكرير الطلاق مرتين في كلام واحد ، فالحكم لا يختلف عن حكم الطلاق الثلاث في جميع ما ذكر ، مع ملاحظة : أن المطلقة طلقتين لا تبين من زوجها بينونة كبرى . كما في الطلاق الثلاث .

ومذهب جماعة من العلماء : ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، أو بتكرير الطلاق ثلاث مرات في كلام واحد . لا يقع إلا طلقة واحدة رجعية . ومنهم « ابن تيمية » وتلميذه « ابن القيم » . وهو مذهب « الشيعة الامامية » . وفي كتاب « أصل الشيعة وأصولها » : وقد اتفقت الامامية أيضا على أن طلاق الثلاث واحدة . فلو طلقها ثلاثاً لم تحرم عليه ، ويجوز مراجعتها .

وقال « ابن القيم » : وأفتى به « داود بن علي الظاهري » ، وأكثر الصحابة . كما أفتى به بعض أصحاب « مالك » ، وبعض « الحنفية » (١) .

أدلة الجمهور

ومن الأدلة التي استدلت بها جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

(١) : حديث الملاعنة الذي أخرجه البخاري في صحيحه . حيث قال : قال « عويمر العجلاني » في مجلس الملاعنة : « كذبت عليها ان امسكتها . بارسول الله . فطلقها ثلاثا . قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم » . وهذا يدل على وقوع الطلاق الثلاث مجموعة بلفظ واحد . ووجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليه الطلاق الثلاث بلفظ واحد . ولو لم يكن ذلك جائزا . لما سكت عليه الصلاة والسلام ، ولما تراءت الناس يفهمون وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد . لو لم يكن هذا الفهم صحيحا . فسكوتهم صلى الله عليه وسلم : تقرير . لوقوع الثلاث بلفظ واحد . فلا محل لما قد يقال : لا دلالة لهذا الحديث على مذهب الجمهور . لأن المرأة الملاعنة تبين من زوجها بنفس اللعان ، فالطلاق بعد الملاعنة بين الزوجين لا محل له . فهو طلاق على أجنبية .

(٢) : ما روى عن « عبد الله بن عمر » رضی الله عنهما أنه قال : فقلت : يارسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال لا : كانت تبين منك ، وتكون معصية » .

(١) وذهب بعض الشيعة الامامية إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد . لا يقع به شيء . لأن الطلاق بهذه الكيفية بدعة . جاء على خلاف السنة التي شرع الطلاق في حدودها . وكل ما جاء على خلاف السنة . فهو رد . فلا يقع به شيء .

(٣) : الأحاديث . عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والآثار الكثيرة . عن فقهاء الصحابة . والتابعين . فيمن طلق ألفاً ، أو مائة ، أو تسعا وتسعين ، أو عدد النجوم ، ونحوها . ومن ذلك ما أخرجه « الطبراني » عن « عبادة » عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجل طلق ألفاً : « وأما الثلاث فله . وأما تسعمائة وسبع وتسعون . فعدوان ، وظلم . ان شاء الله عذبه ، وان شاء الله غفر له » . ومن ذلك عن الامام « مالك » أنه بلغه أن رجلاً . قال لابن عباس . « انى طلقت امرأتى مائة تطليقة . فهاذا ترى على » . فقال « ابن عباس » : « طلقت منك بثلاث . وسبع وتسعون إتخذت بها آيات الله هزوا » . ومن ذلك : ما روى عن « ابن مسعود » : أنه قال لمن طلق امرأته مائة : « بانث بثلاث . وسائر ذلك عدوان » .

وجه دلالة هذه الآثار على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد : أن من البعد الباعد . أن يوجد بين الصحابة من لا يعلم . أن عدد الطلاق حدده الاسلام بالثلاث . حتى يظن أنه يقع على امرأته مرة بعد مرة . إلى أن يبلغ عدد الطلقات ألفاً ، أو مائة . وحينئذ تكون هذه الآثار الواردة عنهم ، والتي نقلنا بعضها . هي ألفاظ المطلقين عند تطليقهم زوجاتهم ، بأن قال أحدهم : « امرأتى طالق ألفاً » ، والآخر : « طلقت زوجتى مائة » . وهكذا . قصدا منهم إلى إيقاع ما به تكون بينونة المغلظة . وقال « الكمال بن الهمام » في « فتح القدير على الهداية » بعد أن بين عدد المجتهدين الفقهاء من الصحابة ، وذكر أسماء بعضهم ، وأن الباقيين يرجعون إليهم ويستفتونهم : « وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا . بايقاع الطلاق الثلاث ، ولم يظهر لهم مخالف . فإذا بعد الحق إلا الضلال . وعن هذا قلنا : لو حكم حاكم بأن الثلاث بلفظ واحد : واحدة . لم ينفذ لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه . فهو خلاف ، لا اختلاف » .

أدلة القائلين إنه لا يقع إلا واحدة

ومن أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به . إلا طلقة واحدة رجعية . الآتي :

(١) : قول الله تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » فانه يكاد يكون صريحا - على زعمهم - في أن الطلاق لا يكون إلا مرة ، بعد مرة ، وفي أن الطلاق الذي يملك الزوج بعده . أن يراجع مطلقته . هو طلقتان . على أن يكون ايقاعها مرة ، بعد مرة . فاذا أوقعها مرة واحدة . بلفظ واحد . فلا يقع إلا طلقة واحدة . نظير هذا : ما ورد من طلب تكرير التكبير ، وتكرير الشهادة . في الأذان . فاذا قال المؤذن : « الله أكبر مرتين ، أو أشهد أن لا إله إلا الله مرتين » . لا يحسب من ذلك . إلا مرة واحدة ، ولا يعد أنه كبر مرتين ، أو شهد مرتين . ومثله أيضا : ما ورد من طلب التسبيح ، والتحميد ، والتكبير . عقب كل صلاة . ثلاثا وثلاثين مرة . فاذا قال الشخص بعد الصلاة : « سبحان الله ثلاثة وثلاثين مرة » . فلا يكون مسبحا . إلا مرة واحدة . وكذا في التحميد . والتكبير .

وأجيب عن هذا الاستدلال . بأن الآية تدل على صحة الجمع بين الطلقتين بلفظ واحد . إذا حملت كلمة « مرتان » على الاثنتين . كما في قوله تعالى : « نوتها أجرها مرتين » . والقرآن يفسر بعضه بعضا . ويصح أن يكون المراد بالآية : طلقتين في دفعتين ، أو في دفعة واحدة . ومتى كانت الآية تحتل هذين المعنيين . فلا سبيل إلى القول بتعيين أحدهما ، دون الآخر . فلا يتم الاستدلال . بهذه الآية على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد . لا يقع به . إلا طلقة واحدة رجعية .

وقياس الطلاق على التكبير ، والشهادة في الأذان ، أو على التسبيح ،

والتحميد ، والتكبير . عقب كل صلاة : قياس مع الفارق . لأن هذه الأمور من العبادات . فيكون أجرها على قدر التعب . بخلاف الطلاق ليس من العبادات . بل الأصل فيه الحظر والمنع . وأيضا كيف يقاس عدد يصح أن يكتفى بأقل منه . بما لا يصح أن يكتفى . بأقل منه (١) .

(٢) ما روى عن « ابن عباس » قال : طلق « ركانة بن عبد زيد » امرأته ثلاثا في مجلس واحد . فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله النبي : كيف طلقها ؟ قال : « ثلاثا في مجلس واحد » . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إنما تلك واحدة . فارتجعها . ان شئت » . قال : فراجعها « ولا يخفى : أن هذا الحديث نص في المسألة لا يحتمل التأويل ، لو ثبت أنه حديث صحيح يصح الاستدلال به . وقال « الجمهور » في الرد على الاستدلال بهذا الحديث : إنه حديث منكر . لخالفته الثقات . كما يقول « أبو بكر الرازي » في « أحكام القرآن » ، « والكمال بن الهمام » في « الفتح على الهداية » . فلا يصح الاستدلال

(١) كتاب « الاشفاق على أحكام الطلاق » تأليف العلامة النقادة المرحوم الشيخ « محمد زاهد الكوثري » وكيل المشيخة الاسلامية بدار السلطنة العثمانية سابقا . وكان رحمه الله أعلم العلماء في عصره بتاريخ الفرق ، والمذاهب الاسلامية . وأكثرهم معرفة . بنشوتها ، وتطورها ، وبتاريخ أصحابها ، ورجال الحديث ، ومراجع العلوم الاسلامية . على اختلاف أنواعها ، وكان لا يجارى ، ولا يبارى في النقد العلمي . ويقول الأخ الصديق زميلنا الفاضل الدكتور « محمد يوسف موسى » في كتابه « الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي » : الشيخ « محمد زاهد الكوثري » التركي الأصل . ثم المصرى أخيراً . فهو من خير من عرفت من العلماء رواية ، ومن أبصرهم بالعلوم الاسلامية ومراجعها الأصلية ... وقد أربت مؤلفاته والكتب التي حققها أو اشترك فيها على المائة . عدا مقالاته وتعليقاته على ترجمة « دائرة المعارف الاسلامية » . وقول الدكتور : « إنه تركى الأصل » سبق قلم . فهو جركسى الأصل من قبيلة « شابسوغ » احدى القبائل « الجركسية » المعروفة التي موطنها الأصلى بلاد القوقاز .

والكتاب المذكور جمع من المعلومات العلمية الفقيهية في مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد : ما لا يستغنى عنها من يريد الاحاطة . بما قيل في هذه المسألة . لفحصها ومحصها .

به . وقد روى هذا الحديث بوجه آخر أقوى وأصح . وهو ما رواه « أبو داود » ، « والترمذى » ، و « ابن ماجة » : ان ركانة طلق زوجته البتة . فحلفه رسول الله ما أراد . إلا واحدة ، فردها إليه ، فطلقها الثانية . فى زمن « عمر » والثالثة . فى زمن « عثمان » . قال « أبو داود » : « حديث حسن صحيح » .

ما عليه العمل الآن

عدل القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » عن مذهب « الحنفية » و « الجمهور » الذى كان معمولا به قبل صدوره ، وأخذ بمذهب من يقول بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به . إلا طلقة واحدة رجعية . فقد نصت المادة الثالثة من القانون السالف الذكر على أن : « الطلاق المقترن بعدد لفظا ، أو إشارة . لا يقع به . إلا طلقة واحدة » .

ومن وقت العمل بهذا القانون تحكم المحاكم فى مصر بمقتضى هذا النص . فلو قال الرجل لامرأته : « أنت طالق ثلاثاً ، أو طلقك ثلاثاً » . لا يقع إلا طلقة واحدة ، على ما عليه العمل . بمقتضى نص المادة السالفة الذكر . لأن الطلاق مقترن بعدد ، وكذا لو قال لها : « أنت طالق ، أو مطلقة هكذا » ، وأشار بأصابعه الثلاث مرفوعة . لا يقع إلا طلقة واحدة . لأن العدد مدلول عليه بالإشارة . واما إذا قال لها : « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » . وقع ثلاث طلاقات . لأن الطلاق مكرر ، غير مقترن بعدد . لا لفظا ، ولا إشارة . فلا يشمل النص الحرفى للمادة المذكورة . فبقى الحكم . كما كان قبل صدور القانون . وهذا الحكم إذا تمسكنا بالنص الحرفى للمادة . ولكن إذا راعينا ما يهدف إليه المشرع ، ولا حظنا الغاية التى يتوخاها . من وضع هذه المادة ، والسبب الذى حمله على هذا التقنين . وفسرنا المادة بالمقصود منها

لا ينبغى القول بأنه لا يقع . إلا طلقة واحدة ، إذا أعقب المطلق الطلاق بطلاق في الكلام الواحد . لأن الطلاق المتتابع . طلاق متعدد . فهو في المعنى : طلاق مقترن بعدد . ويؤيد هذا المعنى . قول المذكرة الايضاحية بشأن المادة المذكورة : « الطلاق المتعدد لفظا ، أو إشارة لا يقع . إلا واحدة » . فقد فسرت المذكرة الايضاحية . الطلاق المقترن بعدد لفظا ، أو إشارة - أي نص المادة المذكورة - بأنه الطلاق المتعدد لفظا ، أو إشارة . وليس من شك في أن الطلاق المتتابع المتعاقب في الكلام الواحد : متعدد لفظا . فلا وجه للفرقة في الحكم بين الطلاق المقترن بعدد لفظا ، أو إشارة ، وبين الطلاق المتتابع . في الكلام الواحد .

ويضاف إلى ما تقدم : أنه لا فائدة من القول بأن الطلاق المقترن بعدد يقع واحدة ، مع القول بأن الطلاق المتتابع يقع ثلاث طلقات . إذ من السهل على المطلق : أن يعدل عن الطلاق المقترن بعدد إلى الطلاق المتعدد المتتابع . فلا يتحقق غرض المشرع من القانون . وهو أن يوقع الطلاق على دفعات متعددة ، لا دفعة واحدة . وان الزوج ليس له أن يطلق دفعة واحدة زوجته : طلقين ، أو ثلاث طلقات .

ومما يرجح ويؤيد فهم المادة المذكورة بروحها والغاية منها لا « بحرفيتها » . ليكون حكمها شاملا أيضا : الطلاق المتعدد المتتابع بكلام واحد في مجلس واحد . حتى لا يقع به إلا طلقة واحدة رجعية : أن مذهب بعض الفقهاء الذي أخذ به المشرع في وضع المادة المذكورة . لا يفرق في الحكم بين الطلاق المتعدد المتتابع . في كلام واحد ، وبين الطلاق الثلاث . بلفظ واحد ، وفي أنه لا يقع بكل منها . إلا طلقة واحدة رجعية . فالمعقول . وقد عدل المشرع عن المذهب الذي كان معمولا به ، وأخذ بمذهب هؤلاء البعض من العلماء : أن يأخذ بكل هذا المذهب . لأن هذا يحقق المصلحة التي توخاها المشرع في

هذا التشريع ، ويوافق الغاية الباعثة على أخذه بهذا المذهب ، وعدوله عن المذهب الذي كان متبعا، ومعمولا به . قبل وضع المادة السالفة الذكر . وليس من المعقول : أن يأخذ المشرع ببعض هذا المذهب ، ويترك البعض الآخر في هذه المسألة . لأن هذا يفضى - كما يؤخذ مما أسلفناه - إلى عدم تحقيق المصلحة . من التشريع . بل يقضى بعدم جدواه . فينبغي أن يسان التشريع عن مثل هذا التهافت في التقنين ، والخلف من القول غير المعقول .

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام . لاعتبارات مختلفة .

فينقسم أورو : إلى صريح ، وإلى كناية . بالنظر إلى دلالة العبارة ، أو الكتابة . على الطلاق صراحة ، أو كناية . فإذا كان اللفظ ، أو المكتوب يدل على الطلاق صراحة . فالطلاق الواقع به : صريح ، وإن كان يدل على الطلاق بطريق الكناية ، فالطلاق الواقع به : كناية . وقد سبق ما يتعلق بهذا القسم من الطلاق في مبحث شروط ما يقع به الطلاق .

وينقسم ثانيا : إلى طلاق السنة ، وطلاق البدعة . بالنظر إلى الطريقة التي سلكها المطلق في ايقاعه الطلاق . من حيث العدد ، والزمن الذي أوقع فيه .

وينقسم ثالثا : إلى منجز ، وإلى مضاف ، وإلى معلق ، وإلى يمين بالطلاق . بالنظر إلى اشتمال صيغة الطلاق على إضافة إلى زمن مستقبل ، أو على تعليق على شرط ، أو على يمين بالطلاق ، أو عدم اشتمال صيغته على شيء مما ذكر .

وينقسم رابعا : إلى طلاق رجعي ، وإلى طلاق بائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى ، بالنظر إلى الآثار المترتبة على الطلاق .

ولنشرح هذه الأقسام - عدا القسم الأول الذي سبق بيانه ، وشرحه .

- بالترتيب السالف الذكر :

طلاق السنة . وطلاق البدعة

علم مما تقدم أن الأصل في الطلاق : أنه ممنوع ومحظور . لكونه مخالفاً . لمقتضى عقد الزواج . فانه يعقد على سبيل الدوام ، والاستمرار . مدى حياة الزوجين ، ومخالفاً لرغبة الشارع في دوام المعاشرة بين الزوجين . ليثمر الزواج الثمرة المقصودة . من تكوين الأسرة ، وتربية الأولاد . مشمولين برعاية الوالدين وعنايتهما ، وانه إنما شرع عند الضرورة الباعثة على الطلاق ، أو الحاجة الملحة الداعية إليه . ولهذا المعنى . فإن الشارع لما جعل الطلاق بيد الزوج يستبد بايقاعه . لم يترك له الحرية في كيفية ايقاعه ، وفي الطريقة التي يتبعها في ذلك . بل سن الشارع سنة في كيفية الطلاق ، وبين الطريقة المشروعة في ايقاعه ، ورسم الحدود التي يجب ألا يخرج المطلق عن دائرتها . ولو اتبع الناس هذه الطريقة ، وتلك الكيفية ، والتزموا حدود الله . فإن الحياة الزوجية . قلما تعرضت إلى الزوال . لأنفه الأسباب ، ولكان الطلاق مأمون العاقبة . لانهاء الزوجية التي لا خير في بقائها . عندما يتبين : أن المعاشرة بين الزوجين بالمعروف ، أصبحت غير مستطاعة . فلا يورث الطلاق ندماً ، ولا يجلب مضرة .

والطلاق في الحدود التي وضعها الشارع يسمى : طلاق السنة . بمعنى الطريقة التي أمر الله سبحانه وتعالى باتباعها في ايقاع الطلاق . وليس معناها : السنة التي يثاب المرء على فعلها ، والتي هي حكم من الأحكام الشرعية التي تعترى أفعال المكلفين ، وتوصف بها : كما يقال : « الأذان : سنة ، والزواج : سنة » . لأن الطلاق ليس فعلاً . يثاب عليه المرء . بل الأصل في الطلاق : أنه محظور ، وممنوع . وأنه أبيض عند الحاجة إليه .

والطلاق في غير تلك الحدود يسمى : طلاق البدعة . بمعنى ما خالف الطريقة التي أمر الاسلام باتباعها في ايقاع الطلاق . لا بمعنى : ما أحدث ، وابتدع ، بعد عصر الرسول صلى الله عليه وسلم . لأن كلا من طلاق السنة وطلاق البدعة . وقع ، وحدث . في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام (١) .

والسنة في الطلاق تكون من جهتين مختلفتين : الوقت ، والعدد . فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها ، وغير المدخول بها . وهي ألا يكون الطلاق أكثر من طلقة واحدة . وأما السنة في الوقت . فهي خاصة بالمدخول بها . وهي أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه . إذا كانت غير حامل . وينقسم طلاق السنة عند الأحناف إلى قسمين : حسن ، وأحسن .

فالأحسن : هو أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها طلقة واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ، أو يطلق امرأته الحامل ، ولو بعد الوقاع مباشرة . طلقة واحدة رجعية ، أو يطلق زوجته غير المدخول بها في الطهر ، أو في الحيض . وإنما كان الطلاق في هذه الصور : طلاق السنة . لقيام الدليل على وجود الحاجة الباعثة على الطلاق . لأن الطلاق في وقت الطهر الذي لم يحصل فيه اختلاط بها . مع وجود الرغبة في الزوجة ، والاشتهاء إليها : دليل على استحكام الكراهية ، وشدة النفرة بينهما . بخلاف الطلاق في طهر حصل فيه اختلاط بها . إذ الرغبة في الزوجة تنقر بعد الاختلاط بها ، وبخلاف الطلاق في الحيض . فلا توجد تلك الرغبة . لكون الحيض منفراً بالطبع . وإقدام الزوج على تطليق زوجته الحامل . مع أن الحمل يدعو إلى بقاء الزوجية :

(١) البدعة كما في « التعريفات » للسيد الجرجاني : هي الأمر المحدث الذي لم يكن عليه الصحابة ، والتابعون ، ولم يكن مما اقتضاه الدليل الشرعي . وفيه أيضاً أن البدعة . هي الفعل المخالفة للسنة . سميت البدعة . لأن قائلها ابتدعها . من غير مقال إمام .

دليل ظاهر على مسيس الحاجة إلى الطلاق ، وكذا تطليقه قبل الدخول بها . مع كمال الرغبة ، ولو كان الطلاق في الحيض . إذ الشأن : أن غير المدخول بها مرغوب فيها .

واستدل على ما ذكر . بقوله تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » . أى أن الطلاق المشروع . هو الطلاق مرة بعد مرة . بحيث يستطيع الزوج أن يراجع مطلقته ، ويعيدها إلى عصمته . ما دامت في العدة . والامسك معناه : استدامة القائم ، لا إعادة الزائل . وذلك بالمراجعة ، وإعادة المعاشرة الزوجية . إلى الحالة الأولى . قبل وقوع الطلاق الرجعى . والتسريح معناه : أن يدع المطلق من طلقها . بدون أن يراجعها . حتى تنقضى عدتها . فتبين منه بانتهائها . وبقوله تعالى : « يأياها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » . أى فطلقوهن ، وهن مستقبلات مبدأ العدة . حتى يكون الطلاق متصلا بالعدة . وذلك بأن يكون طلاقهن في الطهر . إذ لا تحتسب من العدة : الحيضة التي وقع فيها الطلاق . فاذا ما طلق الرجل امرأته المدخول بها في الحيض . لكان في ذلك اطالة مدة عدتها . وأما غير المدخول بها . فلا عدة عليها . بطلاقها قبل الدخول بها .

كما استدل بما روى : أن « عبد الله ابن عمر » طلق امرأته . وهى حائض . ثم أراد أن يتبعها بطليقتين أخريين عند الطهرين . فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال : « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله . قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر . فتطلق لكل طهر » . فأمرنى فراجعته . فقال : « إذا هى طهرت فطلق عند ذلك ، أو أمسك » . فقلت : يا رسول الله : أرأيت لو طلقها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ فقال : « لا ، كانت تبين منك ، وكانت معصية » .

والحسب: أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها: ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة أطهار . إذا كانت من ذوات الأقراء - والقرء - عند « الحنفية » : الحيض - وإن لم تكن كذلك . كالصغيرة ، والآيسة ، ومن بلغت بدون أن ترى القرء . فرق الطلاقات الثلاث على ثلاثة أشهر .

ومذهب الامامين : « مالك » ، و« أحمد » : أن طلاق السنة لا يكون إلا بطلقة واحدة رجعية في طهر لم يدخل بها فيه ، واعتبر الطلاقات المتفرقات بدعة . لأن الطلاق للحاجة . لإنهاء زوجية لا خير في بقائها ، وقد اندفع ذلك بالطلقة الواحدة . فيكون ما زاد عليها بدعة . ورأيها : هو المعقول .

واستدل « الحنفية » على أن الطلاقات الثلاث في ثلاثة أطهار . ليست بدعة بحديث « ابن عمر » السالف الذكر . حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « السنة أن تستقبل الطهر . فتطلق لكل طهر » .

وطهر البرهة: ما خالف السنة . بأن يطلق الرجل امرأته المدخول بها ، أو غير المدخول بها . أكثر من واحدة . كما إذا طلقها بلفظ واحد ثلاث طلاقات مجموعة غير مفرقة - على رأى الجمهور القائلين بوقوع الثلاث دفعة واحدة - أو يطلق امرأته المدخول بها . طلقة واحدة . في الحيض ، أو في طهر جامعها فيه .

وفى وقوع طلاق البدعة . خلاف بين العلماء . مع اتفاقهم على أن المطلق يكون آثماً وعاصياً . بهذا النوع من الطلاق . فذهب الأئمة الأربعة : أن الطلاق البدعى واقع . إذ لا تنافي بين أن يكون الفعل سبياً في آثم فاعله ومعصيته ، وأن يكون أثره مترتباً عليه . كما في الظهار . فانه منكر من القول وزور ، ومع ذلك ترتب عليه أثره . قال تعالى في شأن الذين يظاهرون

من نسائهم : « وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون^١ لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن
يتأسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير (١) » .

ونظير هذا: البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة. فانه معصية،
ومنهى عنه . قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة
فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » (٢) ويكون كل من المتبايعين وقت أذان
الجمعة . آثما وعاصيا ، ومع ذلك يترتب على البيع . حكمه ، وأثره . فيتملك
المشترى المبيع ، ويتملك البائع الثمن . لما تقرر في علم الأصول : أن النهى
عن الشيء لا لذاته . بلى لأمر عارض مقارن ، لا يقتضى عدم صحته . وكذا
الصلاة في ثوب مغضوب . فان على المصلى إثم الغضب ، ومع ذلك صلاته
صحيحة مجزئة عن الفرض .

وبضاف إلى ما تقدم: أن القول بعدم وقوع الطلاق البدعى ، وببطلان
الطلاق في الحيض . لأنه طلاق بدعى : يؤدى إلى تحكم المرأة في الطلاق ،
وإلى جعله في يدها . إذ لا يعلم حيضها ، وطهرها ، إلا منها . فاذا طلق
الرجل امرأته . ، وقالت : « الطلاق كان في الحيض » . اضطر الرجل إلى
أن يعيد الطلاق ، وإلى أن يكرره في أوقات مختلفة . حتى تقر المرأة ،
وتعترف بأن الطلاق كان في وقت طهرها ، أو يسأم الزوج ، ويعاشر زوجته
معاشرة محرمة غير شرعية . وهو يعلم أنها أصبحت محرمة عليه تحريما
موقتا . لأنه طلقها ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة أطهار في الواقع ، ونفس
الأمر .

(١) الآيتان ٢ ، ٣ من سورة المجادلة .

(٢) الآية رقم ٩ من سورة الجمعة .

الطلاق المنجز . والمضاف إلى زمن . والمعلق على شرط .

القاعدة الفقهية المقررة : أن التصرفات التي من قبيل الاسقاطات لا التمليكات . كالإبراء من الدين . يجوز أن تكون منجزة ، أو مضافة إلى زمن مستقبل ، أو معلقة على شرط . ولما كان الطلاق اسقاطا ، لا تمليكا . إذ هو عبارة عن إزالة ملك النكاح ، ورفع تقييد حرية المرأة ، بما يدل على ذلك : فإنه يجوز أن يكون منجزا ، ومضافا إلى زمن مستقبل ، ومعلقا على شرط . سواء أكان باللفظ ، أو بالكتابة .

والطهر المنجز : هو ما قصد به إيقاع الطلاق فورا ، بأن كانت صيغة الطلاق غير مضافة إلى زمن مستقبل ، ولا معلقة على شرط . كقول الرجل لامرأته : « أنت طالق ، أو مطلقة ، أو طلقتك » أو كتب إليها بما ذكر كتابة مستبينة مرسومة .

ومكرم : وقوع الطلاق في الحال بمجرد التلفظ . بما يدل على الطلاق . متى كان صادرا ممن يملكه . وصادف محلا لوقوعه . بأن كانت المرأة زوجة حقيقة ، أو حكما . لمن صدر منه طلاقها . لأن هذا ما قصده المطلق ، ويدل عليه صيغة الطلاق التي صدرت منه .

والطهر المضاف : هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل ، وقصد به وقوع الطلاق . عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق . كما إذا قال الرجل لامرأته : « أنت طالق غدا ، أو بعد غد ، أو أول الشهر القادم » .

ومكرم : وقوع الطلاق عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق . وأما قبل ذلك . فلا يقع الطلاق . لأن المطلق إنما قصد وقوع الطلاق عند

مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق . فيعامل بقصده . فلا يقع شيء قبل ذلك .

ويشترط في وقوع الطلاق المضاف . عند حلول الوقت الذي أضيف إليه الطلاق : أن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها . عند حلول ذلك الوقت ، ولا يشترط أن يكون الزوج حين ذاك : أهلا للطلاق . بل الشرط أن يكون أهلا للطلاق . وقت صدور ما يدل عليه منه . فإذا قال الرجل لزوجته : « أنت طالق غدا » . ثم طلقها منجزا . فجاء الغد . فإن كانت الزوجة غير مدخول بها . فلا يقع عليها الطلاق المضاف . لأنها غير محل وقت ذاك . لوقوع الطلاق عليها . حيث أنها صارت أجنبية عن زوجها . بمجرد وقوع الطلاق المنجز . إذ لا تجب عليها العدة . ولهذا يصح لها : أن تتزوج من غير مطلقها . بعد وقوع الطلاق مباشرة .

وإن كانت مدخولا بها وقع عليها الطلاق المضاف مادامت في العدة من الطلاق المنجز ، ولو كان الطلاق المضاف مسبقا بطلقتين . لأنها محل لوقوع الطلاق عليها . لما تقرر فقها : أن المعتدة من طلاق غير مكمل للثلاث يلحقها الطلاق . وهي في العدة . ولو كانت المرأة المدخول بها حاملا ، ووضعت حملها بعد الطلاق . فجاء الغد لا يقع الطلاق المضاف ، لأنها ليست زوجة حقيقة ، أو حكما . وقت حلول الوقت الذي أضيف إليه طلقها . لأنها خرجت من العدة . بوضع حملها . فأصبحت أجنبية عن مطلقها . وكذلك إذا قال الرجل لزوجته المدخول بها : « أنت طالق غدا » . ثم طلقها منجزا ، وكان هذا الطلاق مكملا للثلاث . فلا يقع الطلاق المضاف عند مجيء الغد . لأن الزوج استنفد عدد الطلقات التي يملكها ، ولأن المطلقة أصبحت محرمة عليه تحريما مؤقتا . بمجرد وقوع الطلاق المكمل للثلاث . فلم يعد محلا للطلاق .

الطلاق المعلق . والحلف بالطلاق

ويحسن قبل بيان الطلاق المعلق : أن نبين الحلف بالطلاق - اليمين بالطلاق - وهو ما قصد به الحث ، وتقوية العزم . على فعل شئ في المستقبل ، أو تركه ، أو قصد به تصديق الخالف بالطلاق في اخباره عن شئ فعله ، أو لم يفعله ، ومن أمثلة اليمين بالطلاق : قول الرجل : « على الطلاق ، أو على الحرام ، أو الطلاق يلزمني لأسافرن اليوم ، أو لا أسافر غدا ، أو كلمت فلاناً في المسألة ، أو لم أكلمه ، أو أن ثمن هذا الشئ كذا ، أو اشترت هذا الشئ بكذا » . وقد اختلف آراء العلماء في الحلف بالطلاق . فذهب « جمهور الفقهاء » من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم . ومنهم الأئمة الأربعة : وقوع الطلاق به . إذا حث الخالف في يمينه . حيث يلتزم الطلاق . إذا حث في يمينه . فيلزمه ما التزمه ، لأن معنى قوله : « على الطلاق ، أو الطلاق يلزمني لا أسافر غدا » : أنه إذا سافر لزمه الطلاق فهو بمنزلة قوله : « إن سافرت غدا . فزوجتي طالق » . حيث يقع الطلاق المعلق ، عند حصول الأمر الذي علق عليه الطلاق . وهو السفر غدا . ومعنى قوله : « على الطلاق ، أو على الحرام ، أو الطلاق يلزمني لأسافرن اليوم » : أنه إذا لم يسافر اليوم . لزمه الطلاق . فهو بمنزلة قوله : « إن لم أسافر اليوم . فامرأتى طالق فعند عدم تحقق سفره اليوم . يقع الطلاق الذي علق عليه . ونقل كثير من العلماء . ومنهم الامام « الشافعي » ، و« ابن جرير الطبري » ، و« ابن رشد » في المقدمات . وغيرهم : الإجماع على ذلك . ورأى « داود الظاهري » وأصحابه ، وبعض علماء « الحنفية » ، و« المالكية » و« الشافعية » : إلغاء اليمين بالطلاق . وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » : (رأى متقدمي « الحنفية » وبعض متأخريهم : إلغاء اليمين بالطلاق . وهذا موافق لرأى الامام « على » ، و« شريح القاضي » ، و« داود الظاهري » وأصحابه وطائفة من « المالكية » و« الشافعية ») .

وفي « فتح القدير على الهداية » للكمال بن الهمام : ما نصه : وقد تعرف في زماننا في الحلف : الطلاق يلزمني لا أفعل كذا . يريدون إن فعلته لزم الطلاق . فيجب أن يجري عليهم . لأنه صار بمنزلة قوله : « ان فعلت كذا فانت طالق » . وكذا تعارف أهل الأرياف . الحلف بقولهم : « على الطلاق لا أفعل كذا » .

وهذا صريح في أن الحلف بالطلاق تعليق في المعنى . على فعل الخلوف عليه . في متعارف الناس ، ومتفاهمهم ، وان لم يكن فيه أداة تعليق (١) .

والطهر المعلق : هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط . مثل إن ، وإذا ، ونحوهما . سواء كان هذا الأمر الذي علق على حصوله الطلاق . فعلاً للزوج ، أو للزوجة ، أو لغيرهما ، أو أمراً من الأمور التي لا دخل فيه . لأحد من الناس . فإذا قال الرجل لامرأته : « إن خرجت من البيت بغير إذني . فانت طالق » . فقد علق الطلاق على خروجها من المنزل بدون إذنه . والخروج في هذا المثال : فعل للزوجة ، وإذا قال : « إن دخلت دار فلان . فزوجي طالق » . فقد علق طلاقها على دخوله الدار . وهو فعل للزوج . في هذا المثال . وإذا قال لشخص : « إن سافرت اليوم . فامرأتي طالق » . فقد علق طلاق زوجته على سفره .

(١) وفي « الدر المختار » : ومن الألفاظ المستعملة في الطلاق : على الطلاق ، على الحرام . فيقع بلانية للعرف . وفي « رد المختار » تعليقاً وشرحاً لكلام صاحب الدر المذكور : « وإنما كان ما ذكر صريحاً . لأنه صار فاشياً في العرف . في استعمال الطلاق... وهذا في عرف زماننا كذلك . فوجب اعتباره صريحاً . لما أفتى المتأخرون في : « أنت على حرام » بأنه طلاق بائن للعرف » (ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٩) .

وهو فعل لغير الزوجين. وإذا قال لها: « أنت طالق ان مات ابني ». فقد علق الطلاق على موت ابنه . والموت لا يدخل فيه . لأحد من الناس (١) .

ثم إن كان الأمر الذى علق عليه الطلاق متحققاً فى الحال ، أى عند النطق بالطلاق المعلق ، فهو تعليق فى اللفظ، لا فى المعنى . أى تعليق صورى، لا حقيقى . فيقع الطلاق منجزاً . كما إذا قال لها : « ان ولدت بنتاً . فانت طالق » . وكانت قد ولدت بنتاً، وقع الطلاق عقب التلفظ بالطلاق المعلق . وكما إذا قال لها : « ان كنت ذهبت أمس إلى مكان كذا . فانت طالق » . وهى قد ذهبت إليه أمس . كان الطلاق منجزاً . فيقع فى الحال عقب التلفظ بالطلاق المعلق .

وان كان الشئ الذى علق على حصوله الطلاق: أمراً يستحيل وقوعه فى المستقبل . كما إذا قال لها : « إن دخل الحمل فى سم الخياط . فانت طالق ، أو إن وقعت السماء على الأرض . فانت طالق » وأشبه ذلك . فهذا التعليق لغو لا يقع به الطلاق أصلاً . والغرض من أمثال هذا الكلام : نفي وقوع الطلاق . بل تأكيد عدم وقوعه .

وإن كان الأمر الذى علق عليه الطلاق : يحتمل وقوعه فى المستقبل ، وعدم وقوعه . أى يصح أن يوجد فى المستقبل وألا يوجد . فهو التعليق الحقيقى . كما إذا قال لها : « إن كلمت فلاناً فانت طالق » .

(١) سواء قدم الشرط على الجزاء . مثل أن يقول لزوجته . « ان كلمت فلاناً فانت طالق » أم أخر الشرط على الجزاء . مثل أن يقول لها : « أنت طالق إن كلمت فلاناً » .

والطلاق المعلق ينقسم بحسب المعنى إلى قسمين :

١- : طلاق معلق في معنى اليمين . وقد ذكرنا معنى اليمين بالطلاق وحكمه .

ب- : طلاق معلق على الصفة . وهو ما يراد إيقاع الطلاق على صفة مخصوصة . كما إذا كان الطلاق في نظير عوض . وتوضيح ما ذكره بالمثال . أن الزوجة إذا أرادت أن تخرج من المنزل ، وأراد الزوج منعها من الخروج ، وليس له وطرف في الطلاق ، ولا يريد . فقال لها يهددها بالطلاق . ليحملها على الامتناع من الخروج : « ان خرجت من المنزل . فانت طالق » . فهذا طلاق معلق في معنى اليمين . لما علم : أن اليمين : ما قصد بها أحد المعاني : الحث على فعل شيء ، أو على تركه ، أو تقوية تصديق الخالف بما أخبره عن شيء مضى . وأن الزوجة إذا طلبت من زوجها أن يطلقها . فقال لها : « إن أبرأتني من مؤخر صداقتك ، ومن متجمد نفقتك ، ومن نفقة عدتك ، أو إن أبرأته من واحد مما ذكر . فانت طالق » فهو النوع الثاني من الطلاق المعلق . وهو ما كان على الصفة .

ومذهب « جمهور الفقهاء » من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم . ومنهم الأئمة الأربعة : أن الطلاق المعلق بنوعيه واقع . عند حصول الأمر الذي علق عليه الطلاق . وقد نقل الاجماع على ذلك كثير من العلماء . منهم الامام « الشافعي » ، و « ابن جرير الطبري » ، و « ابن رشد » ، وغيرهم .

ومذهب « الروافض » ، وبعض « الظاهرية » . ومنهم « ابن حزم الظاهري » : أن الطلاق المعلق بنوعيه لا يقع به شيء .

ومذهب « ابن تيمية » ، وتلميذه « ابن القيم » : التفصيل . وهو أن

الطلاق المعلق الذي بمعنى اليمين : غير واقع ، وتجب كفارة اليمين (١) إذا حصل الخلوف عليه - المعلق عليه الطلاق - لحنثه في يمينه ، وان الطلاق المعلق الذي على الصفة : واقع . عند حصول الذي علق عليه الطلاق . فيرى من هذا أن « ابن تيمية » ومن نحاه يوافقون جمهور الفقهاء . في وقوع الطلاق الذي على الصفة . عند حصول الشيء المعلق عليه ، وانهم يوافقون « الروافض » وبعض « الظاهرية » في عدم وقوع الطلاق المعلق الذي بمعنى اليمين ، والخلف بالطلاق .

ومنشأ اختلاف الفقهاء في مسألة الطلاق المعلق بنوعيه : عدم ورود نص لا من الكتاب ، ولا من السنة . فكل فريق قال . بما أدى إليه اجتهاده معتمدا على القياس في الاستدلال . لكون المسألة من المسائل الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الشارع .

ويستدل لرأى « الجمهور » بأن الزوج يملك ايقاع الطلاق منجزا . فيملك تعليقه . لأن الطلاق من قبيل الاسقاطات . كالتعق ، والابراء عن الدين . فيصح منجزا ومعلقاً . كما يصح مضافا .

وما يقال نقضا لهذا الاستدلال : ان كثيرا من التصرفات يصح منجزا ، ولا يصح معلقاً . كالزواج ، والرجعة . يصح فيها التنجيز ، ولا يصح فيها التعليق . فلا يلزم من ملك الزوج ايقاع الطلاق منجزا : أن يملك ايقاعه معلقاً : مردود . بأن هذا النقض لا يرد . لأن الطلاق اسقاط ، لا تمليك . لأنه عبارة عن إزالة الزواج ، ورفع قيد الزوجية . والزواج تمليك ،

(١) وكفارة اليمين بينها الآية . وهي قول الله تعالى في سورة المائدة : « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان . فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة . فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، ذلك كفارة ايمانكم إذا حلفتم واحفظوا ايمانكم . »

لا اسقاط، والرجعة استدامة للملك . لأنها عبارة عن استدامة الزوجية التي لا تزال قائمة بعد الطلاق الرجعي . ما دامت المطلقة رجعيًا في العدة . فقياس ما يصح تعليقه على ما لا يصح تعليقه : قياس مع الفارق . فلا يصح ، ولا يقبل .

ويستدل للجمهور أيضا : بأن الزوج بتعليقه الطلاق على شرط ، التزم الطلاق عند حصول الشيء الذي علق عليه ، فيلزمه . ما التزمه . بدون فرق بين ما إذا كان التعليق من قبيل اليمين ، وما إذا كان التعليق في معنى اضافة الطلاق . وهو ما يسمى الطلاق على الصفة . قال « الكمال بن الهمام » في الفتح : « ان هذا تعليق ما يصح تعليقه . وهو الطلاق . فيلزم كالتتق ، والوكالة ، والابراء . وظاهر أن التعليق في عبارته عام . فيما يسمونه قسما ، وما يسمونه التعليق على الصفة » .

ما عليه العمل الآن في الطلاق المعاق

وحكم الطلاق المعلق على ما عليه العمل الآن في المحاكم : يختلف باختلاف غرض المتكلم وقصده . فان كان قصده من تعليق الطلاق على أمر مستقبل : وقوع الطلاق عند حدوث الشيء المعلق عليه . وقع الطلاق عند حصول ما علق عليه ، معاملة له بقصده . لأنه لا يريد المقام مع زوجته . عند حصول الشيء الذى علق عليه الطلاق . فلو قال الرجل لامرأته : « إن دخلت دار فلان . فانت طالق » مریدا بذلك وقوع الطلاق عند دخولها الدار فدخلت . وقع الطلاق بمجرد دخولها . وإن كان غرض المتكلم بالتعليق : التخويف ، والحمل على فعل شيء ، أو تركه . وهو يكره الطلاق ، ولا يريد . عند حصول الشيء المعلق عليه : فلا يقع الطلاق . عند حصوله . لأن التعليق في هذه الحالة . يكون في معنى اليمين بالطلاق . واليمين بالطلاق لغو . لا يقع به شيء ، وكذا الطلاق المعلق الذى في معنى اليمين بالطلاق . وهذا الحكم ما تضمنته المادة الثانية من القانون «رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩» ونصها :

« لا يقع الطلاق غير المنجز . إذا قصد به الحمل على فعل شيء ، أو تركه . لا غير » اهـ . ومما جاء في المذكرة الايضاحية بشأن هذه المادة : « ان المشرع أخذ في إلغاء اليمين بالطلاق . برأى بعض علماء « الحنفية » ، و« الشافعية » ، و« المالكية » . وأنه أخذ في إلغاء المعلق الذى في معنى اليمين برأى الامام « على ابن أبى طالب » و« شريح القاضى » ، « وداود الظاهرى » ، و« أصحابه » .

وكان الرأى المعمول به قبل صدور القانون السالف الذكر : هو رأى « جمهور الفقهاء » . ومنهم فقهاء « الحنفية » الذين يرون وقوع الطلاق المعلق عند حصول ما علق عليه ، وكذلك وقوع الطلاق الذى بصيغة اليمين . فعديل القانون عن رأيهم ، وأخذ برأى غيرهم . كما جاء في المذكرة الايضاحية

وإذا اختلف الزوجان في أن الزوج قصد الطلاق بالتعليق . أو أنه لم يقصده . وإنما قصد التهديد ، والتخويف ، والحمل ، على فعل شيء ، أو الامتناع عنه . فادعت الزوجة : أنه طلقها . بقوله لها : « ان خرجت من البيت . فأنت طالق » . لأنها خرجت من البيت . وأنه قصد بهذا الكلام : إيقاع الطلاق عليها . عند تحقق الشرط ، وأنكر الزوج : أنه طلقها . بهذا الكلام . حيث إنه لم يقصد من التعليق : وقوع الطلاق عليها . عند حصول الشرط ، وإنما قصد تخويفها ، وحملها على عدم الخروج ، فالقول قوله يمينه . فان حلف اليمين على أنه لم يقصد الطلاق ، وإنما قصد حملها على عدم الخروج . فلا يقع . وان نكل عن اليمين وقع الطلاق . لأن النكول عن اليمين اقرار بدعوى الخصم .

ما يشترط لوقوع الطلاق المعلق

يشترط لوقوع الطلاق المعلق عند حصول الأمر الذي علق عليه . إذا أراد الزوج بتعليقه الطلاق : وقوعه : أن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها . عند حصول ما علق عليه الطلاق . على غرار ما قيل في وقوع الطلاق المضاف . عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق . فان كانت المرأة عند حصول الشيء المعلق عليه الطلاق : زوجة حقيقة ، أو حكما . بأن كانت لا تزال في العدة من طلاق غير مكمل للثلاث ، وقع الطلاق . وان كانت غير محل لوقوع الطلاق عليها . كما إذا كان الزوج علق طلاقها على خروجها من المنزل بدون اذنه . ثم طلقها طلاقا منجزا . وهي غير مدخول بها . فخرجت من المنزل بغير اذنه ، لا يقع الطلاق المعلق . إذ لم يصادف محلا لوقوعه . حيث انقطعت الزوجية بينها بالطلاق المنجز ، وبانت منه لا إلى عدة .

والتفصيل الذى ذكر فى وقوع الطلاق المعلق ، وعدم وقوعه على ما عليه العمل الآن : محله . إذا كانت صيغة التعليق . تحتمل أن يقصد منها الطلاق ، وغيره . كما فى الأمثلة السابقة . وأما إذا كانت صيغة التعليق . لا تحتمل إلا نية الطلاق . فالطلاق يقع . إذا حدث الأمر المعلق عليه . ومن أمثلة هذا : ما لو قال الرجل لامرأته ، وقد سألته الطلاق : « إن أبرأتنى من مؤخر الصداق . فأنت طالق » ، فأبرأته . وقع الطلاق . وكذا إذا قال لها : « إن مات ابنى . فأنت طالق » . فمات الابن . وقع الطلاق . لأن الصيغة لا تحتمل . إلا نية الطلاق .

الطلاق الرجعى . والطلاق البائن

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الأثر المترتب عليه إلى طلاق رجعى ، وإلى طلاق بائن . والطلاق البائن نوعان : بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى .

والطلاق الرجعى : هو الذى يرفع قيد الزواج الصحيح فى المآل ، لا فى الحال . فتكون الزوجية قائمة بين الزوجين من كل وجه . بعد الطلاق الرجعى . كما كانت قبل الطلاق الرجعى ، مادامت المطلقة رجعيا لا تزال فى العدة . فيملك الزوج بعد ايقاعه الطلاق الرجعى : أن يراجع مطلقته . مادامت فى العدة . فيعيدها إلى عصمته . بدون رضاها ، ومن غير حاجة إلى مهر ، وعقد . جديدين والأصل فى الطلاق : أن يكون رجعيا . لقوله تبارك وتعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » . ولقوله جل شأنه فى المطلقات رجعيا . « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا (١) » وذلك بعد قوله عز وجل : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فقد جعل الله

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .

سبحانه وتعالى . الحق للزوج . بعد أن طلق زوجته . في أن يراجعها ، ويعيدها إلى عصمته . لأن قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك » معناه : أن أزواج المعتدات أحق بردهن إلى عصمتهم . وذلك إذا كانت المعتدة من طلاق رجعي . لا تزالي في العدة .

والطلاق البائن : هو الذي يرفع قيد الزواج في الحال . فلا يملك الزوج بعده : أن يراجع مطلقته ، ولو كانت في العدة . وليس له أن يعيدها إلى عصمته . إلا برضاها ، وإلا بعقد جديد ، ومهر جديد . هذا إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى . وأما كان الطلاق بائنا بينونة كبرى - وسيأتي متى يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى . أو بينونة كبرى قريبا - فإن المطلقة تحرم على مطلقها . بما مؤقتا . فلا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى . إلا بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيحا نافذا . ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم تحدث الفرقة بينها . لأي سبب من الأسباب . كأن يطلقها الزوج الثاني ، أو يموت عنها . وتنقضى عدتها منه . ثم بعد ذلك كله . فلزوجها الأول : أن يتزوجها مرة أخرى . إذا أراد .

متى يكون الطلاق رجعيا . ومتى يكون بائنا

سنقتصر الكلام في بيان متى يكون الطلاق رجعيا ، ومتى يكون بائنا على ما عليه العمل الآن في المحاكم . وهو أن الطلاق يكون بائنا بنص القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : الطلاق قبل الدخول الحقيقي . سواء اختلى الزوج بزوجه خلوة صحيحة . قبل أن يطلقها ، أو لم يختل بها . إلا أن المطلقة قبل الدخول بها وقبل الخلوة بها . لا عدة عليها أصلا . وأما المطلقة بعد الخلوة بها ، وقبل

الدخول بها . تجب عليها العدة . للاحتياط . محافظة على الأنساب ، لا المراجعة . والطلاق قبل الدخول الحقيقي . يكون باثنا في جميع الصور . سواء أوقع الطلاق بصريح اللفظ . أو بكناية من كناياته ، أو بما يقوم مقام اللفظ الصريح ، أو الكنائى . من الكتابة والاشارة . والدليل على هذا : قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » . حيث دلت الآية الكريمة صراحة على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . فلا يجوز مراجعتها . لأن المراجعة إنما تكون في العدة . فيكون الطلاق قبل الدخول باثنا ، لا رجعيًا . لأن الطلاق إذا كان رجعيًا ملك الزوج مراجعة مطلقة . متى كانت لا تزال في العدة . وأيضا فقوله عسر وجل في الآية السابقة : « فتمتعوهن وسرحوهن » يدل بوضوح على أن الواجب في هذه الحالة . هو التسريح . فلا يكون المطلق مخيرا بين أن يمسكها بمراجعتها لها ، وبين أن يتركها تنقضى عدتها بدون مراجعة .

الحالة الثانية : الطلاق على مال . فإذا طلق الرجل زوجته . ولو بعد أن دخل بها دخولا حقيقيا . في نظير مبلغ من المال تدفعه إليه ، أو في نظير أن تبرئه من مؤخر صداقها ، أو من متجمد نفقتها عليه ، أو من أجره ارضاع ولدها منه ، أو من أجره حضانتها ، أو من كل ذلك . فالطلاق يكون باثنا . والدليل على أن الطلاق على مال بائن ، ولو بعد الدخول الحقيقي : قول الله تعالى : « فان خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (٢) » . ووجه دلالة الآية الكريمة على أن الطلاق في نظير المال طلاق بائن :

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الأحزاب .

(٢) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة .

أن الله سبحانه وتعالى سمي ما تعطيه المرأة لزوجها من المال في نظير أن يطلقها : إفتداء . ولا يكون الافتداء . إلا بخلاصها من زوجها . بحيث لا يملك الحق في أن يراجعها ، ويردها إلى عصمته . ولا يتحقق ذلك . إلا بالطلاق البائن . لما تقرر : أن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزوج في الحال . فتكون الزوجية قائمة بين الزوجين من كل وجه . بعد الطلاق الرجعي ، ما دامت المطلقة رجعياً لا تزال في العدة . فللزواج الحق في أن يراجعها ، ويعيدها إلى عصمته . لاستدامة الزوجية القائمة التي تحدد انتهائها . بانقضاء العدة من الطلاق الرجعي . بخلاف الطلاق البائن . فانه يرفع قيد الزواج في الحال . فلا يملك الزوج الحق في أن يراجعها . ولو كانت لا تزال في العدة . بل لا بد إذا أراد أن يعيدها إلى عصمته من عقد جديد ، وبرضاها . فلو كان الطلاق على مال طلاقاً رجعياً . لا يكون هناك فائدة للزوجة . من أن تدفع لزوجها مالا ، أو من أن تبرئه من مؤخر صداقها . في نظير أن يطلقها . إذ له أن يراجعها بدون توقف على رضاها ، متى كانت لا تزال في العدة . من الطلاق الرجعي .

والطهرى في هاتين الحالتين : طلاق بائن بينونة صغرى ، إذا كان الطلاق . بما دون الثلاث .

الحالة الثانية : الطلاق المكمل للثلاث . سواء كان مسبوقاً بطلقتين رجعيتين ، أو بطلقتين بائنتين ، أو بطلقتين احدهما رجعية ، والأخرى بائنة . فإذا طلق الرجل زوجته المدخول بها حقيقة طلقة أولى . فراجعها . وهى في العدة . ثم طلقها طلقة ثانية . فراجعها ، وأعادها إلى عصمته . ثم طلقها طلقة ثالثة ، فالطلاق بائن بينونة كبرى . لقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . وذلك بعد قوله عز وجل : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » . وتصبح هذه المطلقة طلقة مكتملة للثلاث : محرمة على مطلقها تحريمًا مؤقتًا .

المادة الرابعة : الطلاق الذى نص على كونه بائنا فى القانونين « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » و « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . وهو طلاق القاضى الزوجة بناء على طلبها ، فى الحالات التى يجوز له أن يطلق الزوجة على زوجها . فانه يكون بائنا . ما عدا حالة واحدة . يكون فيها الطلاق رجعيا . وهى تطبيق القاضى . لعدم انفاق الزوج على زوجته . وسيأتى بيان الحالات التى يطلق فيها القاضى . الزوجة على زوجها بناء على طلبها .

وكل طلاق فى غير هذه الحالات الأربع المذكورة : يقع رجعيا على ما عليه العمل الآن بالمحاكم . بموجب المادة الخامسة من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . ونصها :

« كل طلاق يقع رجعيا . إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون ، والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٩ » .

والمراد بما نص على كونه بائنا فى هذين القانونين : هو تطبيق القاضى الزوجة على زوجها . بناء على طلبها . وقد علم : أن الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة عند وجود مسوغ للطلاق . يكون رجعيا فى حالة واحدة . وهى حالة امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته لاعساره ، وعجزه عن النفقة . وفيما عداها من الحالات التى يجوز فيها للقاضى أن يطلق الزوجة على زوجها . بموجب القانونين « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » و « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . يكون طلاقه بائنا . وسيأتى تفصيل القول فى ذلك فى موضعه .

وكون الطلاق رجعيا . إلا ما استثنى فى المادة المذكورة : هو مذهب الامامين : « مالك » ، « و « الشافعى » . وقد أخذ المشرع بمذهبها ، وعدل عن مذهب « الحنفية » الذى كان معمولا به . قبل صدور القانونين سالفى الذكر .

ومذهب « الحنفية » يوافق مذهب الامامين : « مالك » ، و« الشافعي » .
في أن طلاق الزوج في الحالات الثلاث : الأولى ، والثانية ، والثالثة . من
الحالات الأربع المذكورة : يكون بائنا . ويزيد على ذلك : أن طلاق الزوج
يكون بائنا أيضا . في الحالات الآتية :

ا - : إذا وصف الطلاق بما يفيد البينونة . كأن يقول الرجل لامرأته :
« أنت طالق طلقة شديدة ، أو أنت طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق طلقة
لا رجعة فيها » .

ب - : إذا اقترن الطلاق بصيغة أفعل تفضيل يدل على البينونة . مثل :
أنت طالق أشد الطلاق .

ج - : إذا شبه الطلاق بما يدل على البينونة . كأن يقول لها : « أنت
طالق طلقة . كالجلبل » .

د - : إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات ، واقترن به نية الطلاق
أو دلالة الحال ، أو القرينة . كما إذا قال لها : « أنت بائن ، أو أنت بته » .

ه - : أفنى المتأخرون . من فقهاء « الحنفية » في وقوع الطلاق البائن .
بقول الرجل لزوجته : « أنت على حرام » . بدلالة العرف بلا نية (١) .

وحجتهم في وقوع الطلاق البائن في هذه الحالات التي أسلفناها : أن المطلق
استعمل لإيقاع الطلاق صيغة تدل على أنه أراد الطلاق الذي لا يملك بعده
المراجعة ، وهو يملك البينونة الكبرى . بأن يطلق زوجته ثلاث طلقات دفعة
واحدة . فأولى أن يملك البينونة الصغرى ، وأن يصف طلاقه بها .

(١) ابن عابدين (ج ٤ ص ٣٧٣) .

ومما ورد في المذكرة الايضاحية بشأن المادة الخامسة من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » ما نصه :

« ومما تحسن الاشارة إليه هنا : أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان ، أو العنة ، أو اباة الزوج الإسلام عند اسلام زوجته ، يبقى الحكم فيه على مذهب الحنفية » .

والتفريق بين الزوجين في هذه الصور التي ذكرتها المذكرة الايضاحية : يكون طلاقا بائنا. عند « الحنفية » .

فإنه مما سبق : أن الطلاق على ما عليه العمل الآن في المحاكم بمصر : يكون بائنا في الحالات الأربع السابقة ، وفي حالة التفريق بين الزوجين بسبب اللعان ، أو بسبب العنة ، أو بسبب اباة الزوج اعتناق الدين الاسلامي بعد اسلام زوجته . وكل طلاق فيما عدا ذلك : يكون رجعيا .

أحكام الطلاق

حكم الطلاق . بمعنى أثره المترتب عليه ليس واحدا . بل يختلف باختلاف نوع الطلاق . من كونه رجعيا ، أو بائنا بينونة صغرى ، أو بائنا بينونة كبرى .

حكم الطلاق الرجعي : أنه لا يزيل الملك ولا الحل . ما دامت المطلقة طلاقا رجعيا لا تزال في العدة . لأن حقيقة الطلاق الرجعي . كما علمت من تعريفه : أنه لا يرفع قيد الزواج في الحال ، وإنما يرفعه ، ويزيله بعد انتهاء العدة ، وقبل ذلك . فالزوجية قائمة بين الزوجين : كما كانت قبل حصول

الطلاق الرجعى . فللزوج أن يراجعها أثناء العدة . فيعيدها إلى عصمته . بدون توقف على رضاها .

والمراد بالملك : ملك كل من الزوجين الاستمتاع بالآخر . بموجب الزوجية الصحيحة ، وسائر الحقوق الثابتة لكل منها المترتبة على عقد الزواج الصحيح . والمراد بالحل : أن المطلقة لا تزال حلالا غير محرمة على مطلقها . فلمطلقها أن يراجعها . إن كان له حق المراجعة ، والا فله أن يعقد عليها الزواج مرة أخرى .

ولما كانت أحكام الزواج ، وآثاره المترتبة عليه . لا تزال قائمة بعد الطلاق الرجعى ، وقبل انقضاء العدة . لقيام الزواج . فانه إذا توفى أحد الزوجين أثناء العدة . ورثه الآخر بالزوجية . لتحقق سبب الارث . وهو الزوجية . ما لم يوجد مانع من موانع الارث . كاختلاف الدين . بأن يكون الزوج مسلما ، والزوجة كتابية . سواء كان الطلاق الذى أوقعه الزوج فى حال الصحة ، أو فى حال المرض . وإذا كان بعض المهر مؤجلا . لأقرب الأجلين : الطلاق ، والموت . وطلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا . فهذا المؤجل من المهر لا يحل بالطلاق الرجعى . ما دامت فى العدة . فاذا ما انقضت . حل المؤجل من الصداق . لأن بانقضاء العدة انتهت الزوجية بين الزوجين ، وصار الطلاق الرجعى : طلاقا بائنا .

ويترتب على الطلاق الرجعى أمران

١ - : نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج . فاذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا . فان لم يكن هذا الطلاق مسبوقا بطلقة . بقيت له طلقتان ، وإن كان مسبوقا بطلاق . لم تبق له . إلا طلقة واحدة . تحرم المطلقة بعدها على مطلقها تحريما مؤقتا . حتى تنكح زوجا غيره ، وهذا الأثر لا تمحوه المراجعة .

ب-: تحديد لإنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين . بانقضاء العدة .
يعنى أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا . فإن هذا الطلاق حدد انتهاء
الزوجية بينهما . بانقضاء العدة . فإذا لم يراجعها . حتى انقضت العدة ، انقطعت
العلاقة الزوجية بينهما .

ومكتم الطلاق البائن بينونة صغرى: أنه يرفع أحكام الزواج الصحيح
في الحال . ولا يبقى من أحكامه . إلا العدة ، وما يتبعها . فهو يزيل الملك ،
ولا يزيل الحل ، وتنقطع الزوجية بين الزوجين . بمجرد وقوع الطلاق
البائن . فليس للمطلق: أن يراجع مطلقته طلاقا بائنا، ولو كانت لا تزال في
العدة . وله أن يتزوجها مرة أخرى بعقد ، ومهر . جديدين . وبرضاها .
لبقاء الحل .

وينقص بالطلاق البائن . عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، على غرار
ما سبق في الطلاق الرجعي .

وإذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا ، وتوفى أحدهما . وهي لا تزال
في العدة . فلا توارث بينها بسبب الزوجية . إذ لم تبقى قائمة بعد الطلاق البائن .
حتى يثبت الإرث بها . سواء كان الطلاق في حال الصحة ، أو في حال
المرض مرض الموت . إلا إذا كان المريض مرض الموت . قصد بطلاقه
زوجته . وهو مريض مرض الموت . حرمانها من أن ترث منه ، وتوافرت
الشروط . لاعتبار الزوج فارا من أن ترث منه . بطلاقه إياها . فإنه في هذه
الحالة . يعامل بضد قصده . فترث منه . ولو كانت هي التي توفيت . لا يرث
منها . على التفصيل المبين في الميراث .

ويحل بالطلاق البائن ما يكون مؤجلا من صداق الزوجة . لأقرب
الأجلين : الطلاق ، والموت .

ومكتم الطلاق البائن بينونه كبرى: أنه يزيل الملك ، والحل معا في الحال : وتترتب عليه الأحكام المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى . عدا نقص عدد الطلقات . لأن الزوج استنفد كل ما يملكه من الطلقات . بالطلاق البائن بينونة كبرى . فلا محل لوقوع طلاق آخر بعده . ويزيد عليه : أن المطلقة طلقة بائنة بينونة كبرى . تكون محرمة تحريما مؤقتا على مطلقها . حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا نافذا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا . ثم يفارقها لأى سبب من الأسباب ، وتنقض عدتها منه . لقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » بعد قوله عز وجل : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » .

واشترط دخول الزوج الثانى دخولا حقيقيا فى حل المطلقة ثلاثا لمطلقها زوجها الأول : ثبت بالكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى : « حتى تنكح زوجا غيره » . وذلك بأن يراد من النكاح فى الآية الكريمة : الوطء - الدخول الحقيقى - حملا للكلام على الافادة ، دون الاعادة . لأن العقد استفيد من قوله تعالى : « زوجا » . ومن المعلوم : أن الزوج لا يكون إلا فى عقد زواج . فلو أريد من النكاح : العقد لا الوطء . لكان فى الكلام إعادة للعقد ، لا افادة لمعنى جديد . وهو الوطء . قال صاحب « الهداية » : « وشرط الدخول ثبت بإشارة النص - حتى تنكح زوجا غيره - وهو : أن يحمل النكاح على الوطء . حملا للكلام على الافادة ، دون الاعادة . إذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج » . وقال « الزيلعى » شارح « الكتر » : « وفيه نظر . فان النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به : العقد . لتصوره منها ، دون الوطء . لاستحالة منها ، ويمكن أن يقال :

يجوز نسبته - النكاح بمعنى الوطاء - إليها مجازاً . كما تسمى زانية مجازاً بالتمكين منه . وهذا أقرب من حمله على العقد « (١) .

وأما السنة : فما روى عن « عائشة » رضى الله عنها: أن « رفاعة بن سمّال » القرظى طلق امرأته « تيممة بنت وهب » . فبنت طلاقها ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير . فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقالت : إنها كانت زوجة رفاعة . فطلقها ثلاث تطليقات . فتزوجت بعده « بعبد الرحمن بن الزبير » . وليس معه . إلا الهدية . فتبسم الرسول الله عليه الصلاة والسلام ، وقال : « لعلك تريدین أن ترجعی إلى رفاعة : لا . حتى يذوق عسيلتك ، وتذوق عسيلته » . والعسلية كناية عن الجماع .

أما الإجماع : فقد اجمعت الأمة الإسلامية على أن الدخول بها شرط الحل . لمن أبانها بينونة كبرى ، ولم يخالف في ذلك إلا « سعيد بن المسيب » ، و« الخوارج » ، و« الشيعة » ، و« داود الظاهري » ، و« بشر المريسي » . وذلك كما يقول الزيعلى . خلاف ، لا اختلاف . لعدم استناده إلى دليل . واستغرب هذا الرأي من « سعيد بن المسيب » . حتى قيل : لعل الحديث لم يبلغه (٢) .

وأما العقول : فهو ما ذكره « الكاساني » في بدائعه: أن الحرمة المغلظة إنما تثبت عقوبة للزوج بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى . هو مكروه شرعاً . زجراً ، ومنعاً له عن ذلك . لكن إذا تفكر في حرمتها عليه . إلا بزواج آخر الذى تنفر منه الطباع السليمة ، وتكرهه . إنزجر ، ومعلوم : أن العقد بنفسه لا تنفر منه الطباع السليمة ، ولا تكرهه . فكان الدخول شرطاً فيه . ليكون زجراً له ومنعاً عن ارتكابه « (٣) .

(١) راجع كتاب « تبين الحقائق » (ج ٢ ص ٢٥٨) .

(٢) الزيعلى (ج ٢ ص ٢٥٨) والفتح (ج ٤ ص ٣٢ - ٣٣) .

(٣) راجع كتاب « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » (ج ٣ ص ١٨٨) .

وبين من المفارقة بين أمم الطمى التى اسلفناها: أن الطلاق الرجعى

لا يزىل الملك ، ولا يزىل الحل . وان الطلاق البائن بينونة صغرى . يزىل الملك ، ولا يزىل الحل . وان الطلاق البائن بينونة كبرى يزىل الملك ، والحل . فتصبح المطلقة طلقة مكملة محرمة على مطلقها تحريمًا مؤقتًا .

حكم زواج المحلل

إذا تزوج رجل المطلقة ثلاثًا . بقصد تحليلها لزوجها الأول الذى طلقها طلقة مكملة للثلاث . فان كان اشترط ذلك فى العقد . كما إذا قال لها : « تزوجتك لأحلك لزوجك الأول » ، أو قالت هى له « ذلك » فقد اختلف فقهاء « الحنفية » فى هذا الزواج (١) ، فرأى « أبى حنيفة » . ، و« زفر » : ان هذا الزواج صحيح مادام مستكملًا لأركانه ، وشروطه الشرعية . لكونه عقد زواج اقترن بشرط فاسد . ومن المقرر فقهاء : أن عقد الزواج المقترن بشرط فاسد ينعقد صحيحًا ، ويبطل الشرط ، ولا يعمل به . فلا يجبر الزوج الثانى على أن يطلقها . فاذا طلقها بعد أن دخل بها دخولًا حقيقيًا ، وانقضت عدتها منه . حلت لزوجها الأول الذى كان قد طلقها ثلاث تطليقات . لوجود الدخول فى زواج صحيح . وان كان هذا الزواج مكروها كراهة تحريم . لقوله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » . ولا يلزم من كون الشيء مكروها كراهة تحريم : أن يكون غير صحيح لا يترتب عليه أثره . ونظير هذا : الصلاة فى أرض مغصوبة ، والبيع وقت النداء

(١) محل اختلافهم ما إذا شرط الاحلال منصوصا عليه فى صيغة العقد . فان لم يشترط الاحلال بالقول ، ونويا الاحلال . بدون ذكر ما يدل على ذلك . من لفظ . فلا اختلاف بينهم فى أن الزواج صحيح . ما دام مستكملًا لأركانه ، وشروطه الشرعية ، لما تقرر : أن مجرد النية غير معتبر .

للصلاة يوم الجمعة . والحديث المذكور يدل على صحة هذا الزواج . لأن الرسول عليه الصلاة والسلام . سمى الزوج الثاني : محملا ، ومعناه : المثبت للحل . فلو كان عقد الزواج فاسدا لم يكن محملا . لأن الحل للأول لا يثبت . إلا بالدخول الحقيقي في الزواج الصحيح .

ورأى « أبي يوسف » : أن الزواج فاسد . لكونه في معنى الزواج المؤقت . والزواج المؤقت في معنى المتعة ، أو هو المتعة . فيكون فاسدا غير منعقد أصلا . حتى لو دخل بها الزوج الثاني . بناء على هذا الزواج . ثم طلقها . فانها لا تحل بذلك . لزوجها الأول . لعدم وجود دخول الثاني في زواج صحيح شرعا . وتسميته في الحديث : محملا . لا يقتضى صحة الزواج . لجواز أن تكون هذه التسمية . من حيث اشتراط التحليل في العقد ، أو طلب الحل للأول . ويؤيد رأى « أبي يوسف » قول « عمر بن الخطاب » رضى الله عنه - كما ذكره « الزيلعي » شارح « الكنتز » - : « لا أوتى بمحلل . ولا بمحللة . الا رجمتها » ، وقول « عثمان بن عفان » رضى الله عنه : « ذلك السفاح . ولهذا لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم » (١) .

وقد يمنع أن يكون اقتران الزواج بشرط التحليل للأول في معنى الزواج المؤقت . حتى يعطى له حكمه . كما قال « أبو يوسف » . لأن الزواج المؤقت ما كانت صيغته التي استعملها العاقد . لانشاء عقد الزواج دالة على التأقيت . كأن يقول لها : « تزوجتك مدة شهر ، أو مدة سنة » . والزواج يعقد على سبيل الدوام ، والاستمرار . فلا يوجد بصيغة تفيد ما ينافيه . وهو التوقيت لأن الشيء لا يتحقق بما ينافيه . بخلاف الزواج المقترن بشرط فاسد . فيصح ، ويبطل الشرط ، ولا يعمل به .

(١) وقال « ابن تيمية » : « زواج المحلل حرام باجماع الصحابة » . وقال الاستاذ الشيخ محمد عبده : « زواج التحليل شر من زواج المتعة ، وأشد فسادا وعارا » .

ورأى « محمد » : أن هذا الزواج صحيح . ولكنها لا تحل للأول لو طلقها الثاني . بعد أن دخل بها حقيقة . وإنما كان العقد صحيحا . لأنه اقترن بشرط التحليل للأول ، وهذا شرط غير صحيح . فيصح العقد ، ويبطل الشرط ، ولا يعمل به . كما هو الشأن في كل عقد زواج اقترن بشرط غير صحيح . ولم يثبت حلها للأول . لأنه استعجل بالمحذور . وهو اشتراط التحليل في العقد : ما أخره الشرع . وهو : الحل للأول . حيث إن الزواج عقد العمر . فيقتضى حلها لزوجها الأول . بعد موت الثاني . فباشتراط التحليل للأول . يصير مستعجلا للحل . فيعاقب بمنع مقصوده . كالوارث . إذا قتل مورثه . فإنه يحرم من ميراثه عقابا له ، وقد استعجل الارث قبل أوانه بالقتل المحذور . فيعامل بضد قصده . ولا يخفى : أنه متى حكم بصحة الزواج . يلزم القول بأنها تحل للأول . إذا دخل بها الثاني . ثم فارقتها ، وانقضت عدتها منه . ولذا صرح بعض علماء « الحنفية » بأنه لا معنى لما ذكره « محمد » من عدم حلها للأول ، مع قوله بصحة عقد الزواج .

مسألة هدم الطلقات

إذا تزوج الرجل مرة ثانية مطلقته طلاقا ثلاثا . وذلك لا يكون . إلا بعد أن تزوجت بغيره ، وطلاقه اياها أو موته ، وانقضاء عدتها منه . فإنها تعود إلى زوجها الأول بحل جديد . فيملك عليها ثلاث طلقات . بمقتضى عقد الزواج الثاني .

وإذا تزوج مرة ثانية مطلقته . بما دون الثلاث . ولو في العدة ، أو بعد انتهاء العدة . ولكن قبل أن تتزوج زوجا آخر ، أو بعد أن تزوجت بآخر ، وقبل أن يدخل بها . فإنها تعود إلى الزوج الأول . بما بقي له من الطلقات . بمقتضى الزواج الأول ، لأن الحل الثابت بالزواج الأول لا يزال قائما .

وكل ما سبق محل اتفاق. بين فقهاء « الحنفية ». واما إذا تزوجها بعد أن زوجت بغيره، وبعد أن دخل بها الثاني . ففيه خلاف بين فقهاء « الحنفية » : فرأى « أبي حنيفة » و« أبي يوسف » : أن زواج الزوج الثاني يهدم ما دون الطلقات الثلاث . كما يهدم الطلقات الثلاث . فيملك عليها زوجها الأول ثلاث طلقات بمقتضى الزواج الثاني .

ورأى « محمد » و« زفر » : أن زواج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث . من الطلقات . فلا يملك عليها زوجها الأول بالزواج الثاني . إلا ما بقى له من الطلقات . بمقتضى الزواج الأول .

المراجعة

الرجعة والمراجعة . بمعنى واحد . وهى استدامة الزوجية القائمة بعد الطلاق الرجعى الذى حدد انتهاء الزوجية . بانقضاء العدة . بحيث إن المطلق إذا لم يراجع مطلقته . حتى انقضت العدة من الطلاق الرجعى . انتهت الزوجية بينها . وإذا راجعها أثناء العدة . لم يكن للطلاق الرجعى أى أثر . سوى نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته . وتعتبر الرجعة امتداداً للزوجية القائمة التى تحددانهاؤها . بعد الطلاق الرجعى . بانقضاء العدة . ولذا لم تتوقف على رضاها .

وقد أجمع العلماء على أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً . فله أن يراجعها ، ما دامت فى العدة ، لقوله تعالى فى المطلقات طلاقاً رجعياً : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك (١) » أى أزواج المطلقات رجعياً أحق

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة ، والبعولة : جمع بعل . والتاء لتأنيث الجمع . كالعمومة ، والحؤولة . والبعل : الزوج .

بردهن ومراجعتن في زمن التربص . وهو العدة (١) .

ولما كانت الرجعة استدامة للزوجية التي لا تزال قائمة بعد الطلاق الرجعي ، وليست انشاء لعقد زواج . فانها تصح بدون اشهاد عليها ، ولا تتوقف على رضا المطلقة ، ولا على علمها بالمراجعة . ولكن ينبغي الإشهاد على الرجعة . خوف الانكار . بعد انقضاء العدة . وقد يعجز الزوج عن اثباتها . ولهذا يستحسن الاشهاد عليها للاحتياط . وكذلك ينبغي للزوج : أن يعلم مطلقته بمراجعته لها . حتى لا تقدم على التزوج بغيره . بعد انقضاء عدتها . إذا لم تعلم أن مطلقها راجعها في العدة .

والرجعة حق ثابت للزوج شرعا . حتى لو أسقط هذا الحق . بأن قال لها بعد أن طلقها طلاقا رجعيا : « لا حق لي في مراجعتك ، أو أسقطت حق في المراجعة » . فان حقه في المراجعة لا يسقط . لأن ذلك تغيير لما شرعه الله ، ولا يملك أحد تغيير ما شرعه سبحانه وتعالى .

وتكونه المراجعة بأمر أمرين :

١- : بالقول الدال على المراجعة . كأن يقول لها : « راجعتك » ، أو يقول : « راجعت زوجتي » . ويشترط في صيغة الرجعة : أن تكون منجزة ولا يصح تعليقها على شرط . كما لا تصح اضافتها إلى زمن مستقبل . فتحكمها في ذلك : حكم عقد الزواج .

ب- : بالفعل الموجب لحرمة المصاهرة . كالدخول بها ، ومقدماته . كالتقبيل ، واللمس بشهوة .

(١) وفي (مجمع البيان في تفسير القرآن » : وفي هذا ما يدل على أن الزوج ينفرد بالمراجعة . ولا يحتاج في ذلك إلى رضا المرأة ، ولا إلى عقد جديد واشهاد .

بشُرط الصحة المراجعة: أمراره :

(١) : أن يكون الطلاق رجعيا . فلو كان بائنا . فليس للزوج أن يراجعها .

(٢) : أن تحصل الرجعة أثناء العدة . فلو انقضت العدة . بدون أن يراجعها الزوج . فلا يملك أن يراجعها بعد ذلك . لأن الرجعة عبارة عن استدامة الزوجية التي لاتزال قائمة بعد الطلاق الرجعي . وبانقضاء العدة انقطعت الزوجية ، وانتهت . فلا تكون قائمة ، ولا تتصور استدامتها . فاذا أراد أن يردها إليه ، وأن يعيدها إلى عصمته . فلا يكون ذلك . إلا بعقد جديد ، وبمهر جديد ، وبرضاها .

الاختلاف في الرجعة

الخلافا بين الزوجين بشأن الرجعة لا ينحصر . في مسائل معينة . وقد ذكر الفقهاء حكم الخلاف بين الزوجين في مسألتين :

١ - : الاختلاف بينهما في حصول الرجعة ، وعدم حصولها .

ب- : الاختلاف بينهما في صحة الرجعة ، وعدم صحتها . مع اتفاقهما على حصولها . وبيان حكم النزاع بين الزوجين . في هاتين المسألتين . ما يأتي :

أولاً : إذا ادعى الزوج : أنه راجع زوجته التي طلقها رجعيا ، وأنكرت هي ذلك ، وقالت : « لم يراجعني » . فان كانت العدة لا تزال قائمة عند حصول الخلاف بينهما فيما ذكر . فالقول للزوج . لأنه يجبر عن شيء يملك انشاءه في الحال ، والقاعدة : أن من أجبر بشيء يملك انشاءه : صدق بما أخبره . إذ لو لم يصدق . ينشئه في الحال . وان كانت العدة منتهية وقت حصول الخلاف

بينهما في وقوع الرجعة ، وعدم وقوعها . فالبينة على الزوج . لأنه يدعى حصول الرجعة . والمقرر : أن البينة على من ادعى . فان أثبت الرجعة حكم له بدعواه ، وثبتت الزوجية بينهما . حتى لو كانت المطلقة رجعيا قد تزوجت زوجا غيره بعد انقضاء عدتها . لا اعتقادها أن مطلقها لم يراجعها في العدة . ففسخ عقد الزواج الثاني . لكونه عقدا فاسدا .

وإذا عجز الزوج عن الاثبات . فالقول للزوجة بغير يمين . عند الامام « أبي حنيفة » . لأن فائدة اليمين : النكول . وهو عند الامام بذل للحق المدعى . والبذل لا يجرى في مسائل معينة . منها الرجعة . وعند « الصاحبين » القول قولها بيمينها . لأن النكول عن اليمين . يعتبر عندهما اقرارا بالحق المدعى ، ويصح الاقرار بالرجعة .

ثانيا - : إن ادعى الزوج صحة مراجعته لها . لكونها وقعت في العدة ، وأنكرت المطلقة ذلك . لوقوعها بعد انقضاء العدة . فالقول قولها . ان كانت المدة بين الطلاق ، وبين الوقت الذي تدعى انقضاء العدة . تحتل ذلك ، وكانت العدة بالحيض . لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم . إلا من جهتها . فيكون القول : قولها بيمينها . فان حلفت . رفضت دعواه ، وإن نكلت . حكم له بدعواه ، لأن نكولها اقرار بدعواه . على رأى « الصاحبين » المعمول به . والظاهر يؤيدها أيضا . حيث إن المدة بعد الطلاق . تكفي لانقضاء العدة بالحيض . وإما إذا كانت المدة لا تحتل إنقضاء العدة . بأن كانت لا تكفي لانقضائها بالحيض . اعتبرت الرجعة صحيحة . ولا يكون القول قولها . لأن القرينة الشرعية تكذبها في ادعائها إنقضاء العدة . حيث إن المدة اقل من المدة التي قدرت لأقل مدة تنهى فيها العدة بالحيض . وأقل مدة للعدة بالحيض

عند الامام « أبي حنيفة » : ستون يوماً . وبيان ذلك : أن العدة بالحيض مقدره شرعاً . بثلاث حيضات . قال تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ومدة كل حيضة : عشرة أيام . اعتباراً بأكثر مدة الحيض إحتياطاً ، والثلاث الحيضات يتخللها طهران ، وأقل مدة الطهر : خمس عشرة يوماً . فيكون مجموع ذلك كله : ستين يوماً .

طلاق المريض مرض الموت

يقع طلاق المريض مرض الموت . كما يقع طلاق الصحيح ، ما دام المريض لم يؤثر في عقله ، وما دام أهلا لإيقاعه . ولا فرق بين الصحيح والمريض مرض الموت . في وقوع طلاق كل منهما . وقد عقد الفقهاء بابا خاصا بطلاق المريض . لأن حكم طلاقه في الميراث . يختلف في بعض الصور . عن حكم طلاق الصحيح .

تعريف مرض الموت

وأرجح ما قيل في تعريف مرض الموت : إنه المرض الذي يكون المريض به عاجزا عن القيام بمصالحه ، وقضاء حاجاته . خارج المنزل . ان كان رجلا ، ودخل المنزل ، ان كان امرأة ، ويغلب فيه الهلاك ، ويتصل به الموت ، ولو بسبب آخر غير المرض . سواء ألزمه الفراش ، أو لم يلزمه . فلا بد لاعتبار المرض مرض موت . من أن يعجز المريض من القيام بمصالحه ، وأن يغلب فيه الهلاك عادة . وأن يتصل به الموت . ولو كان سبب الموت غير المرض . كما إذا قتل في أثناء المرض . فاذا كان المرض لا يعجز صاحبه عن قضاء حاجاته بنفسه . كالمغص البسيط ، والزكام الخفيف ، أو كان يجعله عاجزا عن ذلك ، ولا يغلب فيه الهلاك عادة . كالرمد . ولو اتصل به الموت ، أو يجعله عاجزا ، ويغلب فيه الهلاك . ولكن لم يتصل به الموت . بأن شفى منه . لا يكون المرض مرض موت ، وتعتبر تصرفات المريض أثناء مرضه في هذه الحالات . كتصرفات الصحيح .

ويلحق بالمريض مرض الموت : كل شخص وجد في حالة . يغلب فيها خوف الهلاك ، واتصل بها الموت . ولو كان الشخص معافي ليس به أى مرض . كمن وجد في المعركة وقت إلتحام المقاتلة . وقتل . بالفعل ،

وكن وجد في سفينة خيف عليها الغرق . لهماج البحر ، واشتداد العاصفة . أو لإصابتها بقنبلة أو « طوريبد » . وغرق الشخص . وكن يقدم ليقتل قصاصا ، وقتل بالفعل . فكل واحد من هؤلاء وأمثالهم . وان كان صحيحا لا مرض به . فهو في حكم المريض مرض الموت . حال الخطر المحدق به ، إذا اتصل به الموت في تلك الحالة . فلو تصرف في أثناء ذلك . أعطى تصرفه حكم تصرف المريض مرض الموت .

وإذا طلق المريض مرض الموت ، أو من ألحق به في الحكم . زوجته طلاقا رجعيا ، ومات أحدهما ، والمطلقة لا تزال في العدة . ورثه الآخر بسبب الزوجية . لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية ، ولا يقطعها . ما دامت المطلقة في العدة ، فتبقى أحكام الزواج وآثاره . كما كانت قبل وقوع الطلاق الرجعي ومنها التوارث بين الزوجين . ولبقاء الزوجية بعد الطلاق الرجعي ، وقبل انتهاء العدة : ملك الزوج أن يراجعها بدون توقف على رضاها . ومن غير حاجة إلى عقد جديد .

وإذا طلقها طلاقا بائنا بدون رضاها ، ومات في مرضه ، أو في حالة الخطر ، والمطلقة لا تزال في العدة . ورثت منه . إذا توافرت الشروط التي سندكرها قريبا ، لا اعتبره فارا بطلاقه إياها من أن ترث منه . معاملة له بنقيض قصده السوء ، وهو حرمانها من ميراثه . ولا يرث هو منها . إذا ماتت قبله . وهي في العدة . وهذا بخلاف ما إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا في حال صحته . فإنه لا توارث بينهما بسبب الزوجية ، ولو توفي أحدهما . وهي في العدة . لأن ميراث الزوجين سببه : الزوجية . وهي غير قائمة وقت الوفاة الذي هو وقت استحقاق الارث . لأن الطلاق البائن بمجرد وقوعه . أزال الزوجية . فلم يوجد سبب الارث بين الزوجين . وإنما ورثت المطلقة طلاقا بائنا . ممن طلقها . وهو مريض مرض الموت . لأنه لما طلقها بائنا في مرضه : اعتبر ولو بحسب الظاهر قاصداً حرمانها من ميراثه . فيعامل بنقيض قصده السوء .

فترث منه بالشروط الآتية بعد، ويعتبر الزواج قائماً حكماً بينهما في حق الارث . متى أمكن اعتباره كذلك .

وإذا ماتت هي قبله في هذه الحالة . فلا يرث منها . ولو كانت عند موتها لا تزال في العدة . لأن بطلانه اياها بائناً . أسقط حقه في الارث منها .

وإذا حصلت الفرقة بينها بسبب من جهتها . وهي مريضة مرض الموت . كما إذا كان لها خيار الفسخ بالبلوغ . فاختارت نفسها . وحكم القاضي بفسخ عقد الزواج ، أو ارتكبت مع أحد أصول زوجها ، أو مع أحد فروعها : ما يوجب حرمة المصاهرة . ثم ماتت . وهي في العدة . ورثها زوجها . لأنها تعتبر قاصدة حرمانه من أن يرث منها . فيرد عليها هذا القصد السيء . وإذا مات الزوج في هذه الحالة . فلا ترث منه . لاسقاطها حقها في الارث منه . لأن الزوجية التي هي سبب التوارث بين الزوجين انقطعت . بسبب من جهتها . ولكي يعتبر المريض مرض الموت ، أو من أُلحق به . فاراً من أن ترث زوجته منه . بطلانه اياها : لا بد من تحقق الشروط الآتية :

١ - أن يكون الطلاق البائن بغير رضاها . فلو كان برضاها . كما إذا طلبت من زوجها أن يطلقها ، أو قبلت أن يطلقها على مال تدفعه له . فطلقها لا يعتبر فاراً من أن ترث منه بهذا الطلاق ، لأنها رضيت بهذا الطلاق . فلا ترث منه . لاسقاطها حقها في الارث منه .

ب - أن يموت في مرضه الذي حصل فيه الطلاق . قبل انقضاء عدة المطلقة منه . فلو مات بعد انقضائها . فلا ترث منه . إذ لم يبق أى أثر للزوجية بينهما . فلا يمكن اعتبارها قائمة وقت الوفاة . وبالتالي لم يوجد سبب التوارث بين الزوجين . وهو : الزواج الصحيح القائم بينهما ، ولو حكماً عند وفاة أحدهما . وكذا إذا طلقها قبل الدخول بها . لأن بمجرد طلاقها بانت منه لا إلى عدة . وإذا شغى من مرضه . ثم توفى . وهي لا تزال في العدة . لا ترث منه . لأن

وفاته لما لم تكن في مرضه . تبين أن مرضه لم يكن مرض موت . فلا يعتبر قاصداً حرمانها . من أن ترث منه بطلاقه إياها .

ج - : أن تكون المطلقة طلاقاً بائناً مستحقة للميراث وقت الطلاق ، وتستمر أهليتها لذلك . إلى حين وفاة مطلقها . فإن كانت غير مستحقة . لأن ترث منه وقت الطلاق . كما إذا كانت كتابية حين طلاقها . ثم أسلمت . فلا ترث من مطلقها المسلم . إذ لا يعتبر في هذه الحالة هارباً . من أن ترث منه . حيث لا حق لها في الارث . لوجود المانع من الارث . وهو اختلاف الدين وقت الطلاق . إذ لا توارث بين المسلم ، وغير المسلم . فلا يمكن أن يقال : « إنه قصد بطلاقها حرمانها من ميراثه » . وإذا كانت المطلقة مستحقة للارث وقت الطلاق ، ولم تستمر أهليتها للارث . إلى وقت وفاة مطلقها . كما إذا طلقها . وهى مسلمة . ثم ارتدت عن دين الاسلام ، فتابت ، وعادت . إلى دين الاسلام . لا ترث منه . لأن بردتها عن الاسلام . أسقطت حقها في الارث . فلا يعود باسلامها بعد ذلك .

وتوريث المطلقة في مرض الموت من مطلقها على الوجه الذى سبق شرحه : هو مذهب « الحنفية » المعمول به في المحاكم بمصر (١) .

(١) ونقل هنا ما كتبناه في كتابنا « أحكام الموارث » بيانا لمذاهب الأئمة الثلاثة في هذه المسألة :

وأما مذاهب الأئمة الثلاثة . فإنها مخالفة لمذهب « الحنفية » . وسنلخص تلك المذاهب فيما يلي :

(١) : مذهب الامام « احمد بن حنبل » : ان الزوجة التى طلقها زوجها طلاقاً بائناً . وهو مريض مرض الموت ، ترث منه . إذا مات في مرضه . ما لم تتزوج بغيره . سواء أكانت في عدة مطلقها ، أم خرجت منها وقت وفاة مطلقها . وهذا مذهب « ابن أبى ليلى » أيضاً . ويلزم على هذا المذهب : توريث أكثر من أربع زوجات من زوج واحد . كما إذا طلق المريض مرض الموت احدى زوجاته الأربع ، وبعد انتهاء عدتها منه تزوج بأخرى . ثم توفى قبل أن تتزوج بمطلقة بغيره .

الخلع

الخلع أمة : الترع ، والازالة . يقال : خلع الرجل ثوبه . مثل نزع . إلا أن في الخلع مهلة . وخلع الرجل زوجته . إذا أزال زوجيتها ، وخالعت

(٢) : مذهب الامام « مالك » : أنها ترث منه إذا مات في مرضه ، ولو تزوجت غيره . بعد انقضاء عدتها من مطلقها . وترتب على مذهبه : توريث هذه المطلقة من زوجين في وقت واحد . إذا كانت تزوجت بزواج آخر . بعد انقضاء عدتها من مطلقها . وهو مريض مرض الموت ، ومات الآخر أيضا . فانها ترث منه . فقد ورثت من زوجين لما : أحدهما الذي أبانها في مرض موته . والآخر من تزوجت به بعد انقضاء عدتها من مطلقها . كما يلزم توريث أكثر من أربع زوجات من رجل واحد . فيما إذا كان الرجل متزوجا أربع زوجات . ثم طلق احداهن طلاقا بائنا في مرضه مرض الموت ، وتزوج بغيرها بعد انقضاء عدتها منه . ثم مات في مرضه .

(٣) : مذهب الامام « الشافعي » : أنها لا ترث منه . كما لا ترث منه . إذا طلقها طلاقا بائنا . وهو صحيح سالم لا مرض به . ومذهبه هو ما يقتضيه الأصل ، والقياس . لأن سبب التوارث بين الزوجين : الزوجية القائمة بينها وقت وفاة أحدهما . والزوجية غير قائمة وقت وفاة المطلق بائنا ، سواء أكان الطلاق في الصحة ، أم في المرض . حيث إنها انقطعت بالطلاق البائن الذي وقع قبل الوفاة . فلا تكون الزوجية موجودة . وقت استحقاق الارث . فلو ورثت منه لكان ذلك توريثا بدون سبب . ومن العلوم : أن الارث لا يثبت للشخص . إلا إذا تحقق فيه سبب من أسبابه .

ومذهب غيره من الأئمة : مقتضى الاستحسان : وهو أن المطلق قصد بطلاقها ابطال حقها في الميراث ، وحرمانها منه . فيرد عليه هذا القصد السيء ، ويعامل بنقيضه ، فترث منه . فمنهم من بالغ في ذلك ، وذهب إلى توريثها منه . ولو تزوجت بزواج آخر . كالامام « مالك » : ومنهم من توسط في الأمر ، وذهب إلى توريثها منه ما لم تتزوج . كالامام « أحمد » . ومنهم من اقتصد في الأمر ، ورأى توريثها منه . ما دامت في العدة من الطلاق الذي أوقعه عليها زوجها في مرضه مرض الموت . وهم « الأحناف » . وقد قال بكل رأى من هذه الآراء لأئمة المذاهب الأربعة في هذه المسألة : جماعة من فقهاء الصحابة ، والتابعين .

ولا يعترض بأنه لا حق للمطلقة طلاقا بائنا في الميراث . قبل وفاة مطلقها ، حتى يكون قاصدا لإبطال حقها في الميراث بطلاقها في مرضه مرض الموت . لأن بمجرد مرض الموت . تعلق حق الورثة بمال المريض ، وثبت حقهم فيه من وقت مرضه =

المرأة زوجها ، واختلعت من زوجها : إذا افتدت منه بمال ، وبذلت له مالا .
ليطلقها . فإذا فعل ذلك فهو الخلع - بضم الخاء وسكون اللام - .

والخلع . في اصطلاح الفقهاء : عبارة عن إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ
الخلع ، أو بما في معناه . كالمبارأة . في مقابل بدل مع قبول الزوجة .

الذي أدى إلى وفاته . ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث . (يراجع كتاب
« المبسوط » للامام « السرخسي » . ج ٦ ص ١٥٥ وما بعدها) .

وكان مشروع قانون الموارث . قد أخذ بمذهب الامام « أحمد بن حنبل »
في توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت من مطلقها ، وخالف مذهب « الحنفية »
الذي كان العمل به أمام المحاكم الشرعية . حيث قالت الفقرة الأخيرة من المادة
(١١) التي بينت ميراث الزوجين : « وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم
الزوجة ، إذا لم ترض به ، ومات المطلق في ذلك المرض ، ولم تتزوج قبل موته » . اهـ .

وقد علقت المذكرة الايضاحية على هذه الفترة بقولها : « الحكم الذي أخذ به
المشروع قول (لأحمد بن حنبل) وتفصيله : ان المطلقة قبل الدخول والخلوة ترث
مطلقها في مرض الموت . إذا مات في مرضه ما لم تتزوج . ولا عدة عليها ، والمطلقة
بعد الخلوة ترثه أيضا . ما لم تتزوج ، وعليها عدة الوفاة . والمطلقة بعد الدخول
ترث مطلقها . سواء أقيمت في عدته ، أو خرجت منها ، ما لم تتزوج . وهذا القول
يخالف مذهب « الحنفية » . وقد أخذ به المشروع . لأنه يتفق وحكمة توريث
المطلقة بائناً في مرض الموت . وهو معاملة المطلق بنقيض ما قصد إليه . وهو
حرمانها من الارث » اهـ . .

ولما عرض المشروع على مجلس النواب ، فأحيل على لجنة « الشؤون التشريعية »
رأت اللجنة باجاء الآراء الأخذ بمذهب « الحنفية » ، وعدم العدول عنه إلى مذهب
« الحنابلة » ، وقررت أن تستبدل بعبارة « ولم تتزوج قبل موته » الواردة في آخر
المادة (١١) من مشروع قانون الموارث : عبارة « وهي في عدته » . وقالت في
تقريرها « حتى يصبح النص غير متعارض مع نص المادة (٤٣) من مشروع القانون
الحالي التي تقضى بتوريث الحمل . إذا ولد حيا لسنة شمسية على الأكثر من
تاريخ الفرقة . ولو بقي نص المادة على أصله . دون تعديل . لادى ذلك إلى توريث
المطلقة بائناً . حتى لو وضعت بعد مضي أكثر من سنة من طلاقها . أي أنه في
الوقت الذي لا ينسب ابنها إلى مطلقها . ترث هي في تركة هذا الأخير . رغم ما في
هذا من شذوذ . يجب أن ينزه عنه الشارع » اهـ .

وقد صدر قانون الموارث وصيغة الفقرة الأخيرة من المادة (١١) معدلة
بالتعديل الذي قرره اللجنة باجاء الآراء .

ولا بد لتحقق الخلع شرعا من ثلاثة أمور:

(١) : أن يكون الصيغة بلفظ الخلع ، أو بما اشتق منه . كالاختلاع ، والمخالعة . كأن يقول الرجل لزوجته : « خالعتك على مائة جنيه » مثلا ، أو تقول له : « اختلعت منك على مبلغ كذا » . أو بلفظ يؤدى معنى لفظ الخلع . كالمبارأة—من بارأ المرء شريكه : إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه—كأن يقول الرجل لامرأته : « بارأتك على مبلغ خمسين جنيها » .

(٢) : أن يكون إزالة الملك الصحيح . بلفظ الخلع ، أو بما فى معناه . فى مقابل بدل .

(٣) : أن تقبل الزوجة دفع البذل إلى زوجها فى نظير الخلع .

فاذا لم يوجد لفظ الخلع ، ولا ما فى معناه . كما لو قال لها : « أنت طالق فى نظير مبلغ مائة جنيه » ، وقبلت ذلك . كان طلاقا على مال ، ولم يكن خلعاً . وإذا لم يوجد البذل . كما إذا قال لها : « خلعتك » بدون ذكر الخلع . كان ذلك كناية عن الطلاق . لأنه يحتمل الطلاق ، وغيره . وهو الانحلاع عن الثوب ، أو عن الخير . فان نوى به الطلاق وقع به طلاق رجعى . على ما عليه العمل الآن فى المحاكم — ووقع به طلاق بائن على مذهب « الحنفية » الذى كان العمل به قبل صدور القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » — وإن لم ينوبه الطلاق لا يقع به شىء . ولو قال لها : « خلعتك على مائة جنيه » ، ولم تقبل الزوجية . فلا يتحقق الخلع ، لأن الزوجة لم تقبل أن تدفع لزوجها بدل الخلع .

التكليف الفقهي للخلع

طبيعة الخلع ، وبعبارة أخرى : صفته . ليست واحدة . بالنسبة للزوجين . وبيان ذلك : أن الفقهاء اعتبروا الخلع بالنسبة . للزوج يمينا . فتراعى فيه أحكام اليمين . واعتبروه بالنسبة . للزوجة . معاوضة . لها شبه بالتبرعات . فتراعى فيه أحكام المعاوضات ، والتبرعات .

وإنما اعتبر الفقهاء الخلع يمينا بالنسبة للزوج . لأن الخلع في الواقع ، ونفس الأمر بالنسبة له : تعليق الطلاق على قبول الزوجة دفع العوض إليه في مقابل طلاقها منه . فإذا قال الرجل لامرأته « خلعتك على أن تدفعي لي مبلغ مائة جنيه » مثلا . فكأنه قال لها : « ان قبلت دفع هذا المبلغ لي . فأنت طالق » . فهو علق الطلاق على دفع المبلغ إليه . وتعليق الطلاق على شرط : في معنى اليمين . فيكون الخلع من جانب الزوج : في معنى اليمين .

وإنما اعتبر الخلع معاوضة . لها شبه بالتبرع . من جانب الزوجة . لأنها تدفع مالا لزوجها تفتدي به نفسها . ولكنه ليس معاوضة من كل الوجوه . بل له شبه بالتبرع . لأن البذل الذي تدفعه الزوجة لا يقابله مال . ولا منفعة متقومة . لما يقرره الفقهاء : من أن البضع غير متقوم حالة الخروج ، ومتقوم حالة الدخول (١) .

ويتفرع عن اعتبار الخلع في معنى اليمين . من جانب الزوج ما يأتي :

١- : إذا أوجب الزوج الخلع . بأن قال لامرأته : « خلعتك على أن تدفعي لي مائة جنيه ، أو على أن تبرئيني من مؤخر صداقك » . فسكنت مترددة بين القبول والرد ، بدون أن تقوم من المجلس الذي حصل فيه الإيجاب من الزوج فليس للزوج : أن يرجع عن إيجابه في هذه الفترة . لأن الخلع من جانب الزوج في معنى تعليق الطلاق الذي في معنى اليمين . ولا يملك المرء أن يرجع عن يمينه ، ولا عما في معناها . ولو كان معاوضة من قبله . لحاز له الرجوع .

ب- : إذا قام الزوج عن المجلس . بعد إيجابه . لا يبطل إيجابه ، لأنه لا يملك الرجوع عنه صراحة ، فأولى ألا يملكه دلالة . وإنما يبطل إيجابه . بردها هي ، أو بتمامها من المجلس . بدون رفض ، أو قبول . لكونه معاوضة من جانبها . والإيجاب في المعاوضات المالية يبطل . بتفرق المتعاقدين عن مجلس الإيجاب .

(١) راجع كتاب البحر لابن نجيم (ج ٤ ص ٨٣) .

من غير أن يوجد قبول من الآخر ، وكذا إذا وجد منه رفض ، وعدم قبول .
الايحساب .

ح - : يجوز للزوج أن يعلق الخلع على شرط . كما يجوز له أن يضيفه إلى زمن مستقبل . فلو قال لزوجته : « خلعتك على مبلغ كذا . ان تزوجت عليك » . أو قال لها : « خلعتك غداً أو أول الشهر القادم على كذا » . وقبلت الزوجة ذلك (١) كان الخلع صحيحاً ، وترتب عليه آثاره ، وتلزم الزوجة بأن يدفع له بدل الخلع . متى تحقق الشرط الذي علق عليه الخلع ، أو متى جاء الوقت الذي أضيف إليه الخلع .

د - : لا يملك الزوج أن يشترط لنفسه خيار الشرط في الخلع . فلو قال لها : « خلعتك على أن تبرئني من مؤخر صداقتك ، ولى الخيار ثلاثة أيام » وقبلت . تم الخلع ، وترتب عليه آثاره في الحال . لأن خيار الشرط لا يكون في اليمين ، وما في معناها ، والخلع من جانب الزوج : في معنى اليمين .

ويتفرع على اعتبار الخلع من جانب الزوجة معاوضة ما يأتي :

١ - : إذا أوجبت الزوجة . بأن قالت لزوجها : « خلعت نفسي منك على مبلغ كذا » . فلها أن ترجع عن ايجابها . قبل قبول الزوج . كما هو الشأن في المعاوضات .

(١) ويقول علماء « الحنفية » : ان قبول الزوجة في صورة تعليق الخلع على شرط ، أو في صورة اضافته إلى زمن مستقبل . لا يكون معتبراً . إلا إذا حصل عند تحقق الشرط الذي علق عليه الخلع ، أو عند مجيء الوقت المضاف إليه الخلع . ولا يكون قبولها قبل ذلك معتبراً . لأن ايجاب الخلع معلق على الشرط . أو مضاف إلى زمن مستقبل . فهو غير متحقق قبل تحقق الشرط ، أو قبل مجيء الوقت . فلو قبلت الزوجة قبل ذلك . لا يصادف قبولها ايجاباً . لكون الايجاب غير موجود بعد . ونقل صاحب « البحر » عن « التجنيس » : صحة قبولها قبل تحقق الشرط . (يراجع « البدائع » للكاساني . « والبحر » لابن نجيم) .

- ٢ - : يبطل إيجابها بقيامها من المجلس . قبل قبوله ، وكذا بقيامه .
- ٣ - : يجوز لها أن تشرط في إيجابها ، أو في قبولها الخلع : خيار الشرط . فلو قال لها : « خلعتك على مبلغ كذا » : فقالت « قبلت » ، ولي الخيار ثلاثة أيام « أو قالت ، له : « اختلعت نفسي منك على مبلغ كذا ، ولي الخيار مدة كذا » . فلها أن تقبل الخلع ، أو ترده ، في مدة خيار الشرط .
- وأما ما يتفرغ عن كون الخلع معاوضة من جانبها . لها شبه بالتبرعات . سيأتي بعد .

ما يصح أن يكون بدلا في الخلع

القاعدة الفقهية المقررة : أن كل ما جاز : أن يكون مهرا . جاز : أن يكون بدل خلع . ولا تنعكس هذه القاعدة . فلا يصح أن يقال : « كل ما لا يجوز أن يكون مهرا . لا يجوز أن يكون بدل خلع » . ولهذا يصح أن يكون أقل من عشرة دراهم بدلا للخلع . ولا يصح أن يكون مهرا . ويصح كما في المهر أن يكون بدل الخلع معجلا ، أو مؤجلا كلا أو بعضا . كما يصح أن يكون مقسما على أقساط معلومة في مواعيد معينة . حسب اتفاق الطرفين .

الخلع على ارضاع الولد الصغير . وخصانته . ونفقتة

يجوز الخلع على أن تقوم الزوجة بارضاع ولدهما الصغير . مدة الرضاعة بلا أجر ، وعلى أن تحضنه مدة معينة معلومة بدون أجر . فاذا لم تقم بما التزم القيام به . لوفاة الولد الصغير ، أو لوفاة أمه ، أو لخروجها عن أهلية الحضانة ، أو لامتناعها عن الرضاع والحضانة . كان لزوجها الذي خالعهما أن يرجع عليها ، أو على ورثتها . بقيمة أجره الرضاع ، أو بقيمة أجره الحضانة عن المدة كلها ، أو عما بقي منها حسب الأحوال . إلا إذا كانت قد شرطت عند الخلع : ألا يرجع عليها بشيء ، إذا مات الصغير أثناء مدة الرضاعة ، أو الحضانة .

ويصح الخلع على أن تنفق الزوجة على ولدهما الصغير . مدة معلومة .
كخمس سنوات . ومتى قبلت الخلع على أن تقوم بالانفاق عليه مدة معلومة
تتزم بالانفاق عليه في تلك المدة . حتى إذا لم تقم بذلك . لوفاة الولد ، أو
لوفاؤها ، أو لامتناعها عن ذلك . فللزوج أن يرجع عليها ، أو على ورثتها بقيمة
نفقته في المدة كلها ، أو فيما بقي منها .

الخلع على إبقاء الصغير أو الصغيرة في يدها

وإذا خالعتها على إبقاء الصغير ، أو الصغيرة . في يدها بعد تجاوزهما مدة
حضانة النساء لها . أو على أن يأخذها الأب ، ويقيمها في يده . مدة حضانة
النساء لها . صح الخلع ، دون الشرط . لأن الحضانة حق للصغير ، وللصغيرة .
وحقها : أن يبقيا في يد الحاضنة . حتى يبلغا السن التي تكون حضانتها بعدها
للرجال . فلا يملك الزوجان إسقاط هذا الحق الثابت شرعا . لكل من الصغير
والصغيرة . وعدم التفرقة فيما ذكر بين الصغير ، والصغيرة : هو ما يقتضيه
الدليل . ولكن فقهاء « الحنفية » فرقوا بينها . فجعلوا كلا من الأم ، والخلدة
أحق بالصغيرة . حتى تبلغ بالسن ، أو بأية علامة من علامات البلوغ ، وأجازوا
أن تبقى الصغيرة في يدهما . بعد تجاوزها سن حضانة النساء لها . بخلاف
الصغير . حيث لا ضرر في إبقائها في يد أمها الحاضنة ، أو في يد جدتها .
لأنها تحتاج بعد هذا السن إلى أن تعرف آداب النساء ، وأن تتعلم شؤونهن ،
وتتخلق بأخلاقهن . والنساء أقدر على ذلك من الأب .

وأما الصغير . فإنه بعد تجاوزه سن حضانة النساء في حاجة إلى التخلق بأخلاق
الرجال ، وإلى التربية ، واكتساب العلوم . فلا يجوز أن يبقى في يد أمه ، أو
جدته الحاضنة . بعد تجاوزه السن المقررة لحضانة النساء . لأن الأب أقدر على
مأذكر من النساء (١)

(١) الدر المختار وابن عابدين (ج ٤ ص ٦٩٥) (طبع الحلبي).

وقد يقال رداً على هذه التفرقة : ان البنت بعد تجاوزها السن المقررة لحضانة النساء ، ولو كانت في حاجة إلى أن تتعلم أمور النساء . فهي في حاجة إلى صيانتها، وحفظها . وهذا من أهم الحقوق الثابتة لها . والأب أقدر على حفظها ، وصيانتها . من الأم ، والخلدة . فينبغي أن تسلم إليه بعد بلوغها السن المقررة لحضانة النساء . كما يسلم الابن إليه . بعد بلوغه سن حضانة الرجال للصغير .

حكم أخذ بدل الخلع

إذا حصل شقاق بين الزوجين وخافا: ألا يقيما حدود الله. وهي ما حدده الله من المواجه التي أمر ألا تتجاوز، ومنع المكلفين عن التخطي إلى ما وراءها. قال تعالى : « تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » . وأدى شقاقهما على اتفاقهما على الخلع في نظير مبلغ معين . تدفعه الزوجة لزوجها. فان الزوجة تلزم قضاء . بدفع المبلغ الذي التزمت دفعه إليه . سواء كان سبب الشقاق بين الزوجين . من جانب الزوج ، أو من جانب الزوجة ، أو من جانبها معا ، وسواء كان بدل الخلع الذي اتفقا عليه مساويا للمهر ، أو أقل منه ، أو أكثر . لأن الزوج لم يرض باسقاط حقه ، وبازالة قيد الزواج الصحيح . إلا في نظير استحقاقه . لبذل الخلع . هذا من جهة القضاء . وأما من جهة الديانة . فان كان الزوج . هو السبب في الشقاق ، وكان نافرا من معاشرته لها ، ويريد مفارقتها . فلا يطيب له : أن يأخذ شيئا من زوجته في نظير طلاقه لها . حتى لو أخذ بدل الخلع منها في هذه الحالة . كان ما أخذه منها كسبا خبيثا . يجب عليه أن يتبرع به . لقوله تعالى : « وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا ، فلا تأخذوا منه شيئا . أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم

ميثاقا غليظا» (١) فقد نهى الله سبحانه وتعالى الأزواج عن أن يأخذوا شيئا من المهر. عند إرادتهم تطليق زوجة ، وتزوج أخرى ، وأكد هذا النهى بالاستفهام الانكارى التوبيخى. لاسترداد المهر من الزوجة. وهو قوله تعالى: «أتأخذونه بهتانا (٢) وإثما مبينا، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظا». والحق كما قال «صاحب البحر»: أن أخذ البذل فى هذه الحالة حرام قطعا. بنص الآية. ولا يقال: «إن بذلها بدل الخلع يدل على رضاها بدفعه». لأنها مكروهة تقريبا على هذا البذل. حتى تتخلص من هذه الزوجية. متى كانت الاساءة من جهة الزوج. فلا يحل أخذ ما التزمت بدفعه إليه.

وأما إذا كانت الزوجة. هى سبب الشقاق بينها، وان الاساءة والنفور من جانبها. لأنها لا تريد المقام مع زوجها. واستمرار المعيشة الزوجية بينها. حيث إنها تكرهه ، وتبغضه ، وتسعى إلى مفارقتها. فانه يجوز فى هذه الحالة باتفاق العلماء: أن يأخذ الزوج منها بدل الخلع. إذا كان البذل مساويا للمهر الذى دفعه إليها ، أو كان أقل منه. لقوله سبحانه وتعالى: «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» (٣). فقد نى الله جل وعز الأثم والجناح عن الزوجين. فيما افتدت به الزوجة عن نفسها ، لأجل خلاصها من زوجها ، وانهاء زوجيتها. فيكون أخذ بدل الخلع مباحا شرعا. ومن المعلوم المقرر فقها: أنه لا إثم ولا جناح على فعل المباح. وان كان بدل الخلع أكثر من المهر. فقد اختلفت آراء الفقهاء فيما زاد عن المهر. فقيل:

(١) الآيتان رقم ٢٠ ، ٢١ من سورة النساء .

(٢) البهتان والبهيتة : الكذب الذى يبهت المكذوب عليه ، والباطل الذى يتحير من بطلانه .

(٣) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة .

يجوز للزوج : أن يأخذ الزيادة أيضاً « استنادا إلى الآية المذكورة، وإلى أن الزوجة قد رضيت بدفعها في نظير الخلع . وقيل : « لا يجوز له أن يأخذ ما زاد على المهر الذى دفعه لها » . لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة « قيس بن ثابت » حينما شكت إليه عليه الصلاة والسلام زوجها . وقالت : انها لا تطيقه بغضا : « أتردين عليه حديقته ؟ » — وكان قد أصدقها حديقة — . فقالت : « نعم وزيادة » . فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته » فلم يرض النبي عليه الصلاة والسلام . بأن تدفع الزوجة أكثر من مهرها في نظير خلعها . وخالصها من زوجها . وهى الكارهة لزوجها ، ولا تريد المقام معه . لأنها لا تطيقه بغضا . فدل ذلك على أنه لا يجوز للزوج : أن يأخذ ما زاد عن المهر الذى دفعه لها .

ولا يقال : بين الآيتين المذكورتين تعارض . لأن الآية الأولى دلت صراحة على أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ شيئا من المهر ، ان أراد أن يفارق زوجته ، وان يتزوج بأخرى . والآية الثانية دلت صراحة على أنه يجوز له أن يأخذ بدل الخلع ، ان خيف ألا يقيما حدود الله — لا يقال ما ذكر — لأن محمل الآية الأولى : على ما إذا كان الزوج هو سبب الشقاق بينهما . لأن الإساءة والنفور من جانبه . حيث يكره معاشرتها ، ولا يريد استمرار الزوجية بينهما ، ومحمل الآية الثانية : على ما إذا كانت الزوجة . هى سبب الشقاق بينهما . حيث إنها تكره زوجها ، وتبغضه ، وتريد أن تفارقه ، وأن تتخلص منه . فمورد الآيتين ليس واحدا . حتى يقال « هناك تعارض ، أو تناقض بين مدلولي الآيتين » .

والحكم فيما إذا كان سبب الشقاق بين الزوجين من جهتها معا . كالحكم فيما إذا كان سبب الشقاق من جهتها فقط . فى كل ما ذكر .

ما يشترط في الزوجة لالزامها بالبدل

لما كان الخلع معتبراً معاوضة. لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة . فان الفقهاء اعتبروا الزوجة كالمتبرعة ، إذا قبلت الخلع في نظير مال تدفعه لزوجها ، أو في نظير الابراء من مؤخر الصداق ، أو من متجمد النفقة ، أو من نفقة العدة . واعتبروا دفعها بدل الخلع . بمنزلة التبرع ، فاشترطوا في الزوجة : أن تكون أهلاً للتبرع . حتى تلزم بالبدل ، ويجب عليها أن تدفعه إلى الزوج . وذلك بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها للسفه ، أو الغفلة . فاذا خالع الزوج زوجته . وهي صغيرة ، أو في حكم الصغيرة ، على مبلغ من المال ، وقبلت ذلك . فلا عبرة بقبولها ، لأن عبارتها ملغاة لا يعتد بها . فلا يتم الخلع . ولو خالعه على مال . وهي محجور عليها للسفه ، أو للغفلة ، وقبلت . وقع طلاق رجعي على ما عليه العمل الآن . بمقتضى القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . ووقع طلاق بائن على المذهب « الحنفى » الذى كان معمولاً به . قبل صدور القانون السالف الذكر . ولا تلزم الزوجة بالبدل . وإنما وقع الطلاق في هذه الحالة . لما تقرر فقها : أن الخلع في معنى تعليق الطلاق على قبولها ، وقد وجد المعلق عليه . وهو القبول ، ممن هى أهل له . حيث إن الزوجة بالغة عاقلة . فيقع الطلاق . وإن لم تلزم ببديل الخلع . لكونها ليست أهلاً للتبرع . وبديل الخلع بالنسبة للزوجة : يعتبر معاوضة . لها شبه بالتبرع . وهى ليست أهلاً في هذه الصورة . لكونها محجوراً عليها للسفه ، أو الغفلة . والشخص المحجور عليه ليس أهلاً للتبرع . هذا رأى السابق . هو الرأى المقتضى به ، وعليه العمل في المحاكم . وهناك رأى آخر يقول : إن الطلاق غير واقع في هذه الحالة . لأن الخلع . وإن كان تعليقاً للطلاق على قبولها . فهو ليس تعليقاً على مجرد قبولها . بل هو تعليق على قبول يجب به بدل الخلع . وقبولها

ليس بهذه المثابة . فلم يوجد الشيء الذى علق عليه الطلاق . فلا يقع الطلاق المعلق . لعدم تحقق الشرط الذى علق عليه وقوعه .

ومع وضوح هذا الرأى ، وقوة مدركه . فقد نص فقهاء « الحنفية » على أن الفتوى بالرأى الأول . وهو وقوع الطلاق بدون عوض . وقد يقال تأييدا للرأى المقتضى به : لأنه ينبغى أن يعلم الزوج : أن التبرع من الشخص المحجور عليه للسفه . أو للغفلة . غير مقبول ، وان الزوج إذا كان يجهل ذلك ، فإنه لا يعذر بجعله . لأن المبدأ العام المقرر : أن الشخص لا يعذر بجعله الأحكام الفقهية . فاقدامه على خلع زوجته المحجور عليها للسفه ، أو الغفلة . دليل على رضاه بالطلاق بدون عوض ، ومن غير بدل .

ولا يخفى ما فى هذا القول من التكلف البعيد الذى لا يتلاقى مع غرض الزوج من الخلع . إذ لو كان الزوج راضيا بالطلاق . بدون مقابل . لأوقع الطلاق على زوجته بغير صيغة الخلع . ولم يكن هناك ما يدعو إلى الخلع فى نظير مال تدفعه زوجته المحجور عليها إليه .

حكم خلع الزوجة المريضة مرض الموت

إذا خلع الزوج زوجته المريضة مرض الموت فى أثناء مرضها فى نظير مبلغ من المال تدفعه له . وقبلت منه ذلك ، صح الخلع ، ووقع عليها طلاق بائن . كما لو كان الخلع فى حال صحتها . ولكن فى استحقاق الزوج بدل الخلع التفصيل الآتى :

١ - : إذا توفيت الزوجة المخالعة قبل شفائها من مرضها . وهى لا تزال فى العدة . فلزوج الأقل من ثلاثه أمور : بدل الخلع ، ونصيبه من ميراثها ، وثالث مالها . أى ثلث تركتها بعد اخراج ما يجب أدائه منها . من الحقوق

المتعلقة بتركها . قبل تقسيمها وتوزيعها على ورثتها . وانما وجب له الأقل من هذه الأمور الثلاثة . للاحتياط ، والمحافظة على حقوق ورثتها . إذ يجوز أن الزوجين قد تواطأ على الخلع . ليتسنى للزوجة أن تعطى لزوجها بطريق الخلع أكثر مما يستحقه بطريق الارث منها . لو كانت الزوجية قائمة بينها عند وفاتها ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع . لأن التبرع في حال المرض مرض الموت . يعتبر وصية . ولا يجوز الوصية للوارث عند « جمهور الفقهاء » ، وتجاوز عند « الحنفية » . ولكن نفاذها يتوقف على إجازة باقى الورثة . أو يتسنى للزوجة أن تعطى بطريق الخلع أكثر مما تستطيع أن تعطيه بطريق الوصية ، لو كان غير وارث لها بالزوجية . بأن توفيت بعد انقطاع الزوجية بينها . حيث إن الوصية بما زاد على ثلث مالها يتوقف نفاذها على إجازة الورثة . فلاجل المحافظة على حقوق الورثة . لا يستحق الزوج . إلا الأقل من بدل الخلع ، ومن نصيب الزوج في تركتها ميراثا . لو كان وارثا لها ، ومن ثلث تركتها بطريق الوصية له . لو لم يكن وارثا لها .

ب- : إذا توفيت الزوجة في مرضها . بعد انقضاء عدتها ممن خالعتها . فللمخالع الأقل من بدل الخلع ، ومن ثلث مالها . ولا ينظر في هذه الحالة إلى مقدار نصيبه من تركتها ميراثا . لأن سبب الارث بين الزوجين غير قائم من كل وجه عند وفاتها . حيث إنها توفيت بعد انقطاع كل أثر من آثار الزوجية التي هي سبب التوارث بين الزوجين . فلا يمكن اعتبار المخالع في هذه الحالة وارثا منها .

ج- : إذا توفيت الزوجة . بعد أن برئت من مرضها الذي حصل فيه الخلع . استحق الزوج بدل الخلع . لظهور أن مرضها لم يكن مرض الموت . فيكون تصرفها في مرضها ، كتصرفها في حال صحتها . ولو حصل خلعتها في حال صحتها . لاستحق زوجها بدل الخلع . فكذا إذا حصل الخلع في حال مرضها . مادام مرضها لم يكن مرض موت .

وهذا التفصيل الذى أسلفناه فى استحقاق الزوج بدل الخلع فسيما إذا خالغ زوجته المريضة مرض الموت . هو ما كان عليه العمل فى المحاكم قبل صدور « قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ » . وبعد العمل بهذا القانون يستحق الأقل من بدل الخلع . ومن ثلث مال زوجته التى خالغها . بقطع النظر عما كان يستحقه من تركتها ميراثا . سواء توفيت . وهى فى العدة ، أو بعد انتهاء العدة ، لأن قانون الوصية أجاز الوصية للوارث ، وغير الوارث ، ونص على أنها تكون نافذة فى الحد الذى تنفذ فيه ، وهو الثلث . بدون توقف على إجازة أحد . فللمورث أن يجابى أحد ورثته بمقدار ثلث ماله ، وليس لأحد حق الاعتراض على ذلك . وحينئذ لا داعى إلى أن يلاحظ نصيب الزوج فى تركة زوجته . إذا خلع زوجته المريضة مرض الموت . فيستحق الأقل من بدل الخلع ، ومن ثلث مالها . بقطع النظر عما كان يستحقه ميراثا فى تركتها .

الآثار المترتبة على الخلع

يترتب على الخلع فى نظير بدل تقبله الزوجة ، وتلتزم بدفعه لزوجها . سواء كان الخلع بمادة الخلع ، أو بمادة المبرأة : ثلاثة أمور عند الإمام « أبى حنيفة » .

١ - وقوع الطلاق البائن . لأن الزوجة إنما قبلت دفع البذل . لتملك عصمتها ، ولتخلص من زوجها الذى خالغها . ولا يتحقق ذلك . إذا كان الطلاق رجعيا .

٢ - استحقاق الزوج بدل الخلع . لأن رضاه باسقاط حقه . لكى يستحق البذل . وإذا وجد ثمة سبب شرعى يمنع من أن يأخذ البذل ديانة لا قضاء ، يحرم عليه أخذه على التفصيل الذى سبق فى حكم أخذ بدل الخلع . (٣٠)

٣ - : سقوط كل حق مالى ثابت . لكل من الزوجين وقت الخلع . بمقتضى الزواج الذى حصل الخلع منه . سواء أكان الخلع بلفظ الخلع ، أم بلفظ المبرأة ، ومشتقاتها . فاذا حصل الخلع بين الزوجين بعد الدخول ، وكان بعض المهر ، أو كله مؤجلا . سقط المهر عن الزوج . فلا تطالبه الزوجة به . وسقط ما قدمه إليها . من نفقة عجلها ، ولم تمض مدتها . وسقط متجمدا نفقتها عليه التى لم تستوفها من زوجها . وأما الحقوق الثابتة لكل واحد من الزوجين على الآخر . بسبب غير الزواج الذى حصل الخلع منه . كالديون العادية ، وكالحقوق الزوجية الثابتة . بمقتضى زواج سابق بينهما . على الزواج الذى حصل فيه الخلع . فإنها لا تسقط بالخلع . كما لا تسقط الحقوق التى لم تكن ثابتة وقت الخلع . كنفقة العدة . إلا إذا نص فى الخلع على سقوط ما ذكر . فيسقط بالنص . لا بنفس الخلع .

ويستدل على رأى « الامام » فى ترتيب هذه الآثار السابق ذكرها على الخلع . بأن لفظ الخلع يبنى لغة . عن الانفصال الكامل بين الزوجين ، وعن الانحلال عن كل حق ثابت بالزوجية التى حصل الخلع منها ، كما أن لفظ المبرأة يبنى عن براءة كل من الزوجين مما عليه للآخر . وعند إطلاقها بدون قيد . ينصرف كل منها إلى هذا المعنى . وهو الانفصال ، والبراءة ، التامان . ولا يتم ذلك . إلا بسقوط ما لكل منها على الآخر من الحقوق الثابتة . بموجب الزواج الذى حصل الخلع منه .

وبضاف إلى ما تقدم : أن الخلع فى معنى الصلح . حيث يؤدي إلى

قطع أسباب الشقاق ، والنزاع بين الزوجين . ولا يتحقق هذا . إلا بسقوط ما لكل منها على الآخر من الحقوق الثابتة . بموجب الزواج الذى وقع الانحلال منه . والفتوى والعمل على رأى « الامام » .

وذهب « محمد » إلى أن الخلع لا يترتب عليه من الآثار . إلا وقوع الطلاق

البائن . ووجوب البذل الذى اتفق الزوجان عليه فى نظير الخلع . سواء أكان بلفظ الخلع ، أم بلفظ المبارأة . فالخلع . مثل الطلاق على المال . لا يسقط أى حق . من الحقوق الزوجية الثابتة لكل من الزوجين على الآخر ، بموجب الزواج الذى حصل الخلع منه . فأثر كل من الخلع ، والطلاق على مال : واحد . وهو وقوع الطلاق البائن ، ووجوب البذل المتفق عليه ، ولا يتعدى أثرهما إلى ما عدا ذلك . لأن لفظ الخلع . وكذا لفظ المبارأة . ليس صريحا فى إسقاط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر . بموجب الزواج الذى حصل الانحلال منه . ولم يعهد سقوط الحقوق . إلا بما يدل على سقوطها دلالة صريحة **وبضاف إلى ذلك** : أن الخلع اعتبره الفقهاء معاوضة من جانب الزوجة . ومن المقرر المعلوم : أن المعاوضات لا يتعدى أثرها إلى غير ما تراضى عليه المتعاقدان . ومن الواضح أن رأى « محمد » هو الأقرب إلى المعقول . لأن سقوط الحق الثابت بموجب الزواج . بلفظ يفيد سقوطه احتمالا : غير منطقي . لأن الشيء الثابت يقينا لا يزول بالشك ، والاحتمال .

ورأى « أبى يوسف » : كراى « أبى حنيفة » . إذا كان الخلع . بلفظ المبارأة ، وكراى « محمد » إذا كان . بلفظ الخلع . ووجه التفرقة بينهما عند « أبى يوسف » : أن لفظ المبارأة صريح فى أن كلا من الزوجين أبرأ الآخر مما له عليه . بخلاف الخلع . فانه لا يفيد ذلك صراحة .

ومما يحسب الإشارة إليه هنا : أن المعمول به الآن فى المحاكم : أن النفقة المتجمدة لا تسقط . إلا بالأداء ، أو لبراء . كما هو نص المادة الأولى من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » . وبناء على هذا لا يترتب على الخلع سقوط النفقة المتجمدة للزوجة على زوجها وقت الخلع . إلا إذا اتفق الطرفان على إسقاطها . فيعتبر ذلك من بدل الخلع .

ومما تحسن الإشارة إليه أيضا: أن الفقهاء نصوا على أن الزوجين لو اتفقا في الخلع على اسقاط السكنى . فإنها لا تسقط . وعللوا ذلك . بأن سكنى المطلقة في المسكن الذي كانت فيه وقت الطلاق . حتى تنقضى عدتها من مطلقها : حق الشرع ، وأن خروجها منه ، بدون عذر مقبول شرعا : يعد معصية . لقوله تعالى في المطلقات : « لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه (١) » فلو اختلعت الزوجة على الابراء من نفقة العدة ، والسكنى . سقطت نفقة العدة . وكان لها السكنى في البيت الذي تسكن فيه حين الطلاق . لأن خروجها من قبل انقضاء عدتها : معصية ، ما لم يكن هناك عذر شرعى ، يبيح خروجها . ولو أبرأته عن مؤنة المسكن . بأن التزمت الإقامة في ذلك البيت . حتى تنقضى عدتها ، وتقوم بدفع الأجرة من مالها . أو كان البيت ملكا لها صحح الابراء . حيث لم يفت حق الشرع (٢) .

الفرق بين الخلع . والطلاق على مال

يشارك كل من الخلع ، والطلاق على مال . في أمور . ومن ذلك وقوع الطلاق البائن . بكل منهما . فيزول بها قيد الزواج الصحيح في الحال ، ووجوب العوض الذي اتفق عليه الطرفان في نظير الخلع ، أو الطلاق ، وتلزم به الزوجة . ما دامت أهلا للتبرع .

ويختلفان في أمور . وهى :

١ - : اختلفت آراء الفقهاء في الخلع . فاعتبره بعضهم « كالحنابلة » :

(١) سورة الطلاق الآية رقم ١ .

(٢) يراجع الزيلعي والتعليقات عليه (ج ٢ ص ٢٧٢ - ٢٧٣) .

فسخا لعقد الزواج لا طلاقا. فلا ينقص به عدد الطلاق الذي يملكه الزوج. حتى لو أعاد الزوج زوجته التي خالها إلى عصمته - ولا يكون ذلك إلا بعقد جديد - عادت إليه. بما كان يملك عليها من الطلقات قبل الخلع، من غير أن يحتسب الخلع من الطلقات المملوكة له عليها.

واعتبره « الحنفية » : طلاقا بائنا. فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج. فلو أعاد زوجته بعد الخلع إلى عصمته. فإنه لا يملك عليها من الطلقات الثلاث. إلا ما بقي له منها. بعد احتساب الخلع من ذلك.

وقيد « الظاهرية ». كما في « فتح القدير » للكمال بن الهمام. صحة الخلع. بما إذا كرهت الزوجة زوجها، وخاف الزوج ألا يفيا حقها، وخافت الزوجة: ألا توفيها حقه (١).

وأما الطلاق على مال. فقد اتفق الفقهاء. على أنه يقع به طلاق بائن. فينقص به عدد الطلاق الذي يملكه الزوج على زوجته.

ب- الخلع. صيغته: لفظ الخلع، أو ما في معناه. كالمبارأة. بخلاف الطلاق على مال. فإن صيغته. لفظ الطلاق، أو ما في معناه، كقول الرجل لامرأته: « طلقتك على مبلغ كذا، أو أبنتك في مقابل كذا ». وأمثال ما ذكر.

ج- أجمع فقهاء « الحنفية » على أن الطلاق على مال لا يسقط أى حق، من الحقوق الثابتة. لأحد الزوجين على الآخر. بموجب عقد الزواج الذي حصل فيه الطلاق على مال. إلا بالنص على إسقاطه. بخلاف الخلع. ففسد اختلاف فقهاء « الحنفية » في أنه يترتب عليه سقوط تلك الحقوق، وعدم سقوطها. على التفصيل السابق ذكره.

(١) يراجع « فتح القدير على الهداية » (ج ٤ ص ٥٨) وما بعدها فقد بين ابن الهمام الآراء الأخرى في الخلع، وذكر دليل كل رأى.

د - : إذا بطل بدل الخلع . كما إذا خالع الزوج المسلم زوجته ، ولو كانت كتابية . على خمر ، أو خنزير . وقبلت منه ذلك . وقع طلاق بائن عند «الحنفية» لأن لفظ الخلع ، وما في معناه . من كنايات الطلاق . والطلاق الواقع باللفظ الكنائى : طلاق بائن . فى مذهبهم . ولا يجب شىء للزوج على زوجته . فى نظير هذا الطلاق . ويكون الطلاق رجعيا على ما عليه العمل الآن فى المحاكم من أن الطلاق الواقع بكناياته : رجعى . لا بائن . بنص المادة الرابعة من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . وأما الطلاق على مال . فانه إذا بطل العوض . وقع به طلاق رجعى . لكونه صريحا فى الطلاق ، ولا يجب شىء للزوج على زوجته فى مقابل هذا الطلاق .

إلى هنا انتهى الكلام فى بيان الطلاق . من الزوج نفسه ، وسنشرع فى بيان الطلاق بالنيابة عن الزوج . وذلك قد يكون بتفويض الطلاق إلى زوجته أو إلى غيرها ، وقد يكون بتطبيق القاضى الزوجة على زوجها ، فى الحالات التى يجوز للقاضى : أن يطلق المرأة على زوجها .

تفويض الطلاق إلى الزوجة

لما كان الزوج هو الذى يملك طلاق زوجته ، والطلاق من التصرفات القابلة للانابة فيها . فله أن يباشر بنفسه ايقاع الطلاق عليها ، وله أن ينيب عنه غيره فى ذلك . فاذا كان الغير الذى أنابه الزوج عنه فى ايقاع الطلاق : هى الزوجة . لتطلق نفسها منه . سميت هذه الانابة : تفويضا . لا توكيلا . لأن الوكيل ينفذ مشيئة موكله . فهو يعمل بارادة ، ومشيئة موكله . لا بمشيئته هو ، وبعبارة أخرى . فهو لا يعمل لنفسه . بل لموكله . بخلاف الزوجة المفوض إليها أن تطلق نفسها . فانها تعمل لنفسها . بمشيئتها ، لا بمشيئة زوجها الذى فوض إليها الطلاق . ولهذا المعنى نص الفقهاء . على أن الزوج . إذا أناب عنه زوجته فى ايقاع الطلاق عليها ، وعلى ضررتها . كانت هذه الانابة تفويضا بالنسبة ، لها هى ، وتوكيلا . بالنسبة لضررتها : الزوجة الأخرى .

وتفويض الزوج إلى زوجته الطلاق : عبارة عن أن يملكها تطليق نفسها منه ولكنه ليس تمليكا . كسائر التمليكات . لأن التفويض نوع من التصرفات وسط بين التمليك ، والتوكيل . فليس تمليكا محضا ، ولا توكيلا محضا . إذ التفويض يختلف عنها فى أمور . ومما يختلف التفويض عن التمليك الآتى :

١ - : التفويض . يتم بمجرد الايجاب من المفوض . لأن التفويض بالطلاق فى المعنى : تعليق الطلاق على مشيئة من فوض إليه ، والتعليق يتم بمجرد الايجاب . بخلاف التمليك . فانه لا يتم . إلا بمجموع الايجاب ، والقبول . كما فى الزواج ، والبيع ، وغيرهما . من عقود التمليك . ويتفرع عن هذا : أن المفوض ليس له حق الرجوع . عن التفويض بعد الايجاب . لأن التفويض فى الواقع ، ونفس الأمر : تعليق الطلاق على مشيئتها . بخلاف المملك . فله أن يرجع عن ايجابه . قبل قبول التصرف فى المجلس .

ب- : المفوض يملك التصرف في الأمر الذي فوضه إلى الغير . فلو قال الزوج لزوجته : « جعلت أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت » . فله أن يطلقها بعد ذلك . وأما المملك . فليس له أن يتصرف فيها ملكه للغير . لانقطاع ملكه عنه . كما إذا باع الشخص شيئاً من ماله لآخر ، وقبض الثمن . فليس له حق التصرف في الشيء الذي باعه . لانتهاء ملكه عنه .

ويختلف التفويض عن التوكيل في الآتي :

١ - : أن الموكل يملك الرجوع عن التوكيل ، وعزل الوكيل متى شاء ، بخلاف المفوض . فلا يملك الرجوع عن التفويض ، ولا عزل زوجته عن التفويض إليها بالطلاق .

٢ - : التوكيل المطلق غير المقيد بزمن معين ، ولا عام في جميع الأوقات . لا يتقيد بالمجلس . فلو وكيل : أن يتصرف فيها وكل فيه أثناء المجلس ، وبعده . فلو وكل الزوج غيره في تطبيق زوجته . بأن قال له : « وكلتك في أن تطلق زوجتي فلانة » ، فلو وكيل : أن يطلقها في مجلس الوكالة ، وبعده . بخلاف التفويض المطلق ، فان الزوجة إذا فوض إليها زوجها : أن تطلق نفسها تفويضاً مطلقاً . كما إذا قال لها : « طلقي نفسك » . اقتصر ذلك على مجلس التفويض . فليس لها : أن تطلق نفسها بعد انتهاء المجلس بالذهاب عنه ، باشتغالها بعمل آخر لعلاقة له بالتفويض ، لتبدل مجلس التفويض وانتهائه . وكون التفويض المطلق مقيداً بالمجلس . ثابت باجماع الصحابة .

وقت التفويض

تفويض الزوج إلى زوجته : أن تطلق نفسها منه ، قد يكون مقترناً بعقد الزواج ، وقد يكون بعد تمام العقد . ويصح التفويض في كل الأوقات بعد عقد الزواج الصحيح . وفي صحة التفويض المقترن بالعقد : التفصيل الآتي :

فان كان الزوج هو البادىء بالايجاب المقترن بالتفويض . كما إذا قال لها : « تزوجتك ، وجعلت عصمتك بيدك تطلقين نفسك . متى شئت ، وكلما أردت » . وقالت : « قبلت » . صح الزواج ، ولم يصح التفويض . فلا تكون العصمة بيدها ، وبالتالي فلا تملك : أن تطلق نفسها منه . لأن الزوج ملكها الطلاق قبل أن يملكه هو . إذ الطلاق لا يملكه الزوج . إلا بعد تمام عقد الزواج . لكونه أثراً من آثاره . وعقد الزواج لا يتم بمجرد ايجابه . وإنما يتم بمجموع الايجاب ، والقبول . وأثر الشيء لا يوجد . إلا بعد وجود الشيء وتحققه ، فقد ملك الزوج الطلاق قبل أن يملكه . ومن لا يملك تصرفاً من التصرفات . لا يملكه للغير . لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، ولا يملكه لغيره .

وإن كانت الزوجة هي البادئة بالايجاب . بأن قالت له : « زوجتك نفسى وجعلت عصمتى بيدى . أطلق نفسى منك متى شئت » . وقبل الزوج . صح الزواج ، وتم التفويض . لأن قبوله ينصرف إلى الزواج أولاً . فيتم الزواج . ثم إلى التفويض ، فيكون قد ملكها الطلاق . بعد أن ملكه هو ، ومن ملك شيئاً . فله أن يملكه لغيره .

صيغة التفويض

تفويض الزوج إلى زوجته الطلاق : يصح بكل لفظ يدل على ذلك . إذ لم يعهد أن تنشأ العقود ، والتصرفات . بألفاظ معينة محددة . لأن العبرة في انشاء العقود والتصرفات . للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني . وقد ذكر فقهاء « الحنفية » ثلاثة ألفاظ في تفويض الطلاق إلى الزوجة . وهى : طلقى نفسك ، واختارى نفسك ، وأمرك بيدك . فالأول من صريح الطلاق . فيثبت به التفويض . من غير حاجة إلى نيته ، والثانى ، والثالث . من كنيته .

فلا يثبت بها التفويض . إلا بالنية . ومهما كانت صيغة التفويض . فهو إما أن يكون مقترنا بمدة معينة ، أو بما يدل على التعميم في جميع الأوقات ، أو مطلقاً غير مقيد بشيء مما ذكر .

فإن كان التفويض مقيداً بمدة معينة . كما إذا قال الرجل لامرأته : « لك أن تطلقى نفسك منى . فى مدة شهر ابتداء من اليوم » . فلها أن تطلق نفسها تطليقة واحدة . بموجب هذا التفويض خلال المدة المذكورة ، وليس لها أن تطلق نفسها بعد مضى المدة . عملاً بقصد المفوض ، وبما دل عليه كلامه صراحة . إذ لو كان لها أن تطلق نفسها بعد انتهاء المدة التى عينها الزوج . لما كان هناك معنى لتقييد التفويض بوقت معين . ولو قال الزوج ، وزوجته غائبة عن مجلس التفويض : « جعلت لزوجتى أن تطلق نفسها فى مدة شهر من اليوم » . ومضت المدة بدون أن تعلم بالتفويض ، فليس لها أن تطلق نفسها منه بعد علمها بذلك . لانقضاء مدة التفويض .

وإن كان التفويض مقترناً بما يدل على التعميم فى كل الأوقات . كما إذا قال لها : « طلقى نفسك متى شئت » . فلها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء . وليس لها أن تكرر الطلاق . إلا إذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار . كأن يقول لها : « طلقى نفسك متى شئت ، وكلما شئت » . فى هذه الحالة لها أن تكرر الطلاق . فتطلق نفسها مرة بعد مرة .

وإن كان التفويض مطلقاً . أى ليس مقيداً بزمن معين ، ولا مقترناً بما يدل على التعميم . فإن التفويض فى هذه الحالة يكون مقيداً بالمجلس . فلها أن تطلق نفسها . ما دام المجلس لم يتبدل مهما طال المجلس . وأما إذا تبدل بانصراف أحدهما له ، أو بالشروع فى عمل ليس له صلة بالتفويض . فليس لها أن تطلق نفسها منه . وكون التفويض المطلق مقيداً بالمجلس : ثابت باجماع الصحابة . وإذا كانت الزوجة غائبة وقت صدور صيغة التفويض من الزوج فمجلس التفويض : هو مجلس علمها به .

نوع الطلاق بالتفويض

والطلاق الذى يصدر من الزوجة بمقتضى تفويض الطلاق إليها . لا يختلف عن الطلاق الذى يوقعه الزوج عليها . لأنها ملكت بالتفويض ما ملك الزوج من الطلقات . فقد يكون تطليق نفسها منه رجعيا ، وقد يكون بائنا بينونة صغرى ، أو بائنا بينونة كبرى . فاذا طلقت نفسها قبل الدخول بها : فالطلاق بائن ، وإذا طلقت نفسها بعد الدخول بها حقيقة : فالطلاق رجعى . ما لم يكن الطلاق مكملا للثلاث . فان كان مكملا للثلاث . فالطلاق بائن بينونة كبرى .

تطبيق القاضى الزوجة على زوجها

إذا لقيت الزوجة رهقاً وعتناً (١) من المعاشرة الزوجية ، وتضررت من بقاء الزوجية ، واستمرارها بينها وبين زوجها . لأن زوجها لا يقوم بمواجب الزواج ، ولا يوفىها حقوقها الزوجية . جعلت لها الشريعة الاسلامية الحق فى أن ترفع أمرها إلى القضاء . طالبة تطليقها من زوجها . لكى تتمكن من دفع الضرر عن نفسها . لأنها لا تملك الطلاق ، وقد فات امساكها بالمعروف ، وصارت المعاشرة بينها وبين زوجها بالمعروف : غير ميسور . حتى إذا أثبتت بأى طريق من طرق الاثبات ما يسوغ شرعاً تطليقها من زوجها . حكم لها القاضى بتطليقها منه . بناء على طلبها . وذلك فى الحالات التى نص عليها القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » . والقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . ويكون القاضى فى تطليقه الزوجة من زوجها : نائباً عن الزوج الذى امتنع عن أن يطلقها فى تلك الحالات . لأن امتناعه عن الطلاق فى تلك الحالات : ظلم . والذى يرفع الظلم عن الناس . هو القاضى . لأنه عين لرفع الظلم ، واحقاق الحق ، وللنظر فى مصالح الناس الدينية ، والدينية .

والحالات التى يجوز للقاضى فيها أن يطلق الزوجة على زوجها بناء على طلبها . بمقتضى القانونين سالى الذكر : خمس حالات . وهى :

(١) الرهق - بفتحات - : اسم من الارهاق . وهو حمل الانسان على ما لا يطيقه . والعتن مصدر لفعل : عنت . يقال عنت فلان عنتاً : دخل عليه المشقة ، ولقى شدة ، ووقع فى أمر شاق . وعتته : شدد عليه ، والزمه ما يصعب عليه أداءه ، ويشق عليه تحمله .

- ١ - : التطليق لعدم الانفاق .
- ب- : التطليق لعيب بالزوج .
- ج- : التطليق للضرر .
- د - : التطليق لغيبه الزوج عن زوجته بلا عذر مقبول .
- هـ - : التطليق لحبس الزوج .

وقد تضمن القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » الأحكام المتعلقة بالحالتين : الأولى ، والثانية ، وبين القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » الأحكام المتعلقة بسائر الحالات الأخرى. وسنشرح هذه الحالات ، وسنبين الأحكام المتعلقة بكل حالة منها بالتفصيل ، حسب الترتيب السابق .

التطليق لعدم الانفاق

إذا طلبت الزوجة أمام القضاء تطليقها من زوجها ، لعدم إنفاقه عليها بغير حق . فالزوج . إما أن يكون له مال ظاهر . يمكن تنفيذ النفقة فيه . بالطرق المعتادة التي نصت عليها لأئحة التنفيذ ، وإما ألا يكون له مال ظاهر . يمكن التنفيذ فيه .

فإن كان للزوج مال ظاهر . من جنس النفقة ، أو من غير جنسها . سواء كان الزوج حاضرا ، أو غائبا . فليس للزوجة أن تطلب تطليقها منه . لعدم إنفاقه عليها . وإذا طلبت ذلك أمام القضاء ، فلا يحكم لها بالطلاق . لأن حصولها على نفقتها ممكن بالتنفيذ في ماله الظاهر . وبهذا يندفع ظلم الزوج في امتناعه ، عن الانفاق عليها ، مع وجوبه عليه .

وإن لم يكن للزوج مال ظاهر ، فاما أن يكون حاضرا ، أو غائبا غيبة قريبة ، أو غيبة بعيدة . ونصت تعليقات وزارة العدل على أن الزوج يعتبر

غائبا غيبة قريبة . إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة . بضرِب الأجل إليه في مدة . لا تتجاوز تسعة أيام ، ويعتبر غائبا غيبة بعيدة من ليس كذلك . ويلحق بالغائب غيبة قريبة : المسجون ، ويلحق بالغائب غيبة بعيدة : المفقود . وهو الغائب الذي لا يدري مكانه ، ولا يعلم حياته ولا موته ، وكذا من جهل محل إقامته .

فان كان الزوج حاضراً ، وطلبت زوجته تطبيقها منه أمام القضاء . لأن زوجها تاركها بلا نفقة . وليس له مال ظاهر . تستوفى منه نفقتها بالتنفيذ فيه . سواء أكانت الزوجة فقيرة محتاجة . إلى النفقة الزوجية ، أم غنية موسرة ، فان ادعى الزوج : أنه معسر ، وثبت اعساره بالبينة ، أو بمصادقة الزوجة . أمهله القاضي . للانفاق عليها مدة لا تزيد عن شهر ، فان أنفق عليها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه . فلا يحكم القاضي بتطبيقها منه . وإن لم يقم بالانفاق أمره القاضي . بأن يطلقها . فان أبى أن يطلقها . حكم القاضي بتطبيقها منه . وإنما أمهله القاضي في هذه الحالة . لكونه معذورا في عدم انفاقه عليها . لثبوت اعساره . فلم يكن متعنتا في عدم الانفاق عليها .

وإن ادعى الزوج في هذه الحالة : أنه موسر ، أو ادعى أنه معسر ، ولم يثبت اعساره أمام القضاء ، أو سكت عن بيان حاله . فلم يقل إنه موسر ، أو معسر . وأصر على عدم الانفاق على زوجته ، وأصرت على التطبيق منه . طلقها القاضي في الحال بدون امهال . لأن الزوج متعنت في عدم انفاقه عليها في هذه الصور الثلاث .

وان كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، أو كان محبوسا ، وطلبت زوجته تطبيقها منه ، لعدم انفاقه عليها - لا لغيبته - ، وعدم وجود مال ظاهر له ، وأثبتت دعواه . ضرب القاضي للزوج أجلا بحسب ما يراه ، وأعدره

أنه إذا لم يرسل إليها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه ، أو لم يحضر للانفاق عليها . طلق عليه زوجته . ويقوم قلم الكتاب . باعلان الغائب بصورة الاعذار ، والأجل المضروب له . فان مضت المدة المضروبة له ، ولم يرسل الغائب إلى زوجته ما تنفق منه على نفسها ، ولم يحضر للانفاق عليها . طلقها القاضى على زوجها . وذلك بعد التحقق من وصول الاعلان إليه . وإعذار الزوج الغائب فى هذه الحالة : للاحتياط . ولا يلحق ضرر بذلك للزوجة .

وإن كان الزوج غائبا غيبة بعيدة ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا . وطلبت زوجته تطليقها . لعدم انفاقه عليها - لا لغيبته - ، وأثبتت دعواها ، طلقها القاضى منه . بدون ضرب أجل له ، ولا إعذار إليه . لأن الاعذار فى هذه الحالة . اما متعذر . كما إذا كان الزوج الغائب مفقودا ، أو مجهولا محله ، واما ممكن . ولكنه يحتاج إلى مدة طويلة . لبعده محل إقامته . فتتضرر الزوجة . ولهذا يطلق القاضى الزوجة على زوجها الغائب فى هذه الحالة . بدون إعذار إليه .

وتطليق القاضى الزوجة على زوجها ، لعدم انفاقه عليها : طلاق رجعى (١) إذا كانت الزوجة مدخولا بها ، ولم يكن التطليق مكتملا للثلاث . سواء أكان الزوج حاضرا ، أم غائبا غيبة قريبة ، أو غيبة بعيدة ، فللزوج أن يراجعها ما دامت فى العدة . بشرطين :

(١) : أن يثبت الزوج يساره .

(٢) : أن يستعد للانفاق عليها فى أثناء العدة . وقد جرى عرف القضاء .

(١) وهو مذهب الامام « مالك » وقد أخذ به القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .
وذهب الامامان « الشافعى » ، وأحمد : إلى أنه فسخ . لعقد الزواج .

وعمل القضاة . على عدم الاكتفاء بمجرد استعداد الزوج بالانفاق عليها . بل لابد من أن يدفع لها في الحال النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه . إذا ما أراد أن يراجعها ، ويعيدها إلى عصمته . فإذا لم يثبت يساره ، أو لم يستعد للانفاق عليها ، فإن الرجعة غير صحيحة .

وتطبيق القاضى الزوجة على زوجها . لعدم انفاقه عليها : مذهب «جمهور الفقهاء» . ومنهم الأئمة : « مالك » ، و« الشافعى » ، و« أحمد » . مع اختلافات بينهم فى بعض التفصيلات .

وقد أخذ به القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » . وعدل عن مذهب « الحنفية » الذى كان معمولاً به قبل صدوره . ومذهبهم لا يجيز تطبيق الزوجة على زوجها . لعدم الانفاق عليها عجزاً . أو تعتياً . فان كان امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته . لاعساره ، وعجزه عن الانفاق عليها . تفرض عليه النفقة ، وتؤمر الزوجة بالاستدانة عليه . ويلزم بادانها من تجب عليه نفقتها من أقاربها . لو لم تكن متزوجة . ثم يرجع من أداها على زوجها إذا أسر . وإذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته ، مع يساره وقدرته على الانفاق حكم القاضى بحبسه ، حتى يقوم بالانفاق عليها ، ولا تلجأ إلى الطلاق ، حتى لو طلبت الزوجة من القاضى تطبيقها لعدم الانفاق عليها . فلا يجيبها إلى طلبها .

أدلة الجمهور

استدل « الجمهور » على مذهبهم بجملة أدلة :

فمنها : قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل

ذلك فقد ظلم نفسه « (١) . وهذه الآية . وإن كانت واردة في المطلقات . فإنها تدل على أن الامسك بالمعروف . إذا فات وقت قيام الزوجية بين الزوجين حقيقة . لعدم انفاق الزوج على زوجته . إما لعجزه عن الانفاق ، أو لامتناعه عن الانفاق مع يساره : يجب على الزوج أن يطلقها . لأن في بقاء الزوجية ، واستمرارها . مع عدم انفاقه على زوجته : اضراراً بها . فإن أبي الزوج ذلك . ناب القاضى عنه في الطلاق . إذا طلبت الزوجة تطليقها من زوجها دفعا لظلمه ، ومنعا للاضرار بها .

ومنها : أن القاعدة العامة المقررة في الشريعة الاسلامية : لا ضرر ، ولا ضرار . كما ورد بذلك الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم . وإمسك الزوج زوجته . من غير أن يقوم بالانفاق عليها : ضرر بها . فيزال هذا الضرر . بأن يطلقها القاضى من زوجها . ان أبي هو أن يطلقها .

ومنها : اتفاق الفقهاء على أن القاضى يطلق الزوجة على زوجها . إذا طلبت ذلك . بسبب العيوب المانعة من المباشرة الجنسية . كما إذا كان الزوج عينا ، أو مجنونا ، أو خصيا . فبطريق الأولى : أن يطلقها بسبب عجز الزوج عن الانفاق عليها ، أو بسبب امتناعه عن ذلك . مع يساره وقدرته على الانفاق عليها . لأن الحاجة إلى النفقة متجددة كل يوم ، ويتوقف بقاء الانسان وحياته على النفقة ، وليس الأمر كذلك في المباشرة الجنسية .

(١) الآية ٣٣١ من سورة البقرة . ومعنى قوله تعالى . فبلغن أجلهن : الدنو من آخر عدتهن . والأجل يطلق على المدة ، وعلى منتهائها . والبلوغ : الوصول إلى الشيء . وقد يقال للدنونه على الاتساع . وهذا هو المراد في الآية . ليصح أن يرتب عليه قوله : فامسكوهن . إذ لا أمسك بعد إنقضاء العدة . (راجع تفسير البيضاوى) .

أدلة الحنفية

واستدل « الحنفية » على مذهبهم بجملة أدلة :

فمنها : قول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه الله سيجعل الله بعد عسر يسرا (١) وقوله تعالى : « وان كان ذو عسره فنظرة إلى ميسرة (٢) » .

ومنها : أنه لم ينقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم : أنه طلق الزوجة على زوجها . لاعساره ، أو امتناعه عن الانفاق على زوجته ، مع العلم أن أكثر الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين . كانوا فقراء معسرين . كما لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام : أن التفريق حق للزوجة في هذه الحالة . فدل ذلك على عدم جواز التفريق . للاعسار ، وعدم الانفاق .

ومنها : أن عدم انفاق الزوج على زوجته . ان كان لفقره ، وعجزه عن الانفاق عليها . فهو معذور . فلا ظلم منه لزوجته . ويجب انتظار ميسرته . وتفرض عليه النفقة ، وتستدين عليه الزوجة ، ويرجع من يدينها على زوجها إذا أيسر . فيكون تطليق زوجته عليه ظلما في هذه الحالة . وإن كان عدم انفاقه عليها تعتنا مع يساره ، يحبسها القاضي . حتى ينفق عليها . وبذلك تتمكن من الحصول على نفقتها .

وأجاب « الحنفية » عما استدل به « الجمهور » على مذهبهم : بأن الطلاق غير متعين . لدفع الضرر عن الزوجة . إذا فات الامساك بالمعروف . لامتناع

(١) الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٢) الآية ٢٨٠ من سورة البقرة .

الزوج عن الانفاق عليها عجزاً ، أو تعنتاً . فلا يلجأ إلى الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى الله تعالى . بل يوجد هناك طرق أخرى . لرفع الظلم عن الزوجة ، ودفع الضرر عنها . وهى : أن امتناع الزوج عن الانفاق عليها . إذا كان لفقره ، وإعساره . تفرض عليه النفقة ، وتستدين عليه بأمر القاضى ، وان كان امتناعه تعنتاً مع يساره . يحكم القاضى بحبسه . حتى ينفق عليها وبذلك تتمكن من الحصول على نفقتها منه . فلم يتعين تطليقها منه طريقتاً . لدفع الظلم ، والضرر عن الزوجة . إذا امتنع عن الانفاق عليها .

وقياس « الجمهور » التطليق بسبب عدم الانفاق . على التطليق بسبب عيب الحب ، أو العنة ، أو الخصاء : قياس مع الفارق . فلا يصح . لأن هذه العيوب تخل بالمقصود الأول من الزواج . وهو التناسل . ولأن هذه العيوب أوصاف دائمة ملازمة غير زائلة . بخلاف الفقر ، والعجز . عن الانفاق . فانه أمر طارئ زائل لا دوام له . إذ لا غنى يدوم ، ولا فقر . ولا سبيل إلى دفع الضرر اللاحق بالزوجة . بسبب هذه العيوب . بغير الطلاق . فوجب المصير إليه . بخلاف عدم الانفاق اعساراً ، أو تعنتاً . إذ يمكن دفع الضرر الناشئ عن ذلك . بغير الطلاق . وقد أحسن « ابن القيم » القول . حيث قال فى كتابه « زاد المعاد » : « قد جعل الله الفقر ، والغنى ، مطيبتين للعباد . فيفتقر الرجل فى الوقت ، ويستغنى فى الوقت . فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته . نعم البلاء ، وتفاقم الشر . وفسخت أنكحة كثيرة ، وكان الفراق بيد أكثر النساء . فمن ذا الذى لم تصبه عسرة ، ولم تعوزه النفقة أحياناً » .

وأحكام تطليق القاضى الزوجة على زوجها . بناء على طلبها . لعدم انفاقه

عليها . قد نصت عليها المواد : (٤ ، ٥ ، ٦ ،) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (١) .

(١) نصوص المواد المذكورة :

مادة ٤ :- إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته . فإن كان له مال ظاهر . نفذ الحكم عليه . بالنفقة في ماله . فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر ، أو موسر . ولكن أصر على عدم الانفاق . طلق عليه القاضى فى الحال . وإن ادعى العجز . فإن لم يثبت . طلق عليه حالا . وإن أثبت أهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق . طلق عليه بعد ذلك .

مادة ٥ :- إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وان لم يكن له مال ظاهر . أعذر لإيه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها . طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه زوجته . طلق عليه القاضى . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة ٦ :- تطبيق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت إيساره ، واستعد للانفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للانفاق . لم تصح الرجعة .

وجاء فى تعليقات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة المذكورة ما نصه :

« تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه . وهى :

(١) : إذا تصادق الطرفان على الاعسار ، أو أنكرته الزوجة ، وأثبتته الزوج . وفى هذه الحالة يمهل مدة . لاتزيد على شهر ، فإن أنفق فلا تطبيق ، وإلا طلق عليه القاضى . بقوله : « فسخت نكاحك منه ، أو طلقته منه » .

(٢) : إذا ادعى الاعسار ، ولم يثبت . لا بمصادقة ، ولا ببينة .

(٣) إذا سكت ، ولم يقل : إنى معسر ، أو موسر . وأصر على عدم الانفاق . وبالأولى إذا قال : « إنى موسر » وأصر على عدم الانفاق .

التطليق بسبب العيب

سند ذكر أولا خلاصة آراء الفقهاء في العيوب المسوغة للفرقة بين الزوجين .
ثم نعقبها ببيان ما عليه العمل الآن في المحاكم . بعد القانون « رقم ٢٥ لسنة

وفي هاتين الحالتين الأخيرتين . يطلق عليه القاضي بدون اسهال . باحدى الصيغتين السابق ذكرهما . وفي كل الأحوال . لا بد من طلب الزوجة التطليق .
وسلخص التعليقات الخاصة بالمادة الخامسة ما يأتي :

(١) : إذا غاب الزوج غيبة قريبة ، ولم يترك لزوجه نفقة ، ورفعت أمرها إلى القضاء ، فإن كان له مال ظاهر . وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة . نفذ حكم النفقة فيه .

(٢) : وإذا لم يكن له مال ظاهر ، ورفعت أمرها للقضاء طالبة التطليق . لعدم الانفاق . فبعد أن يثبت لدى المحكمة غيبته ، وزوجيتها ، وتركها بلا نفقة ، وعدم وجود مال ظاهر له . ضرب القاضي أجلا للغائب . بحسب ما يراه ، واعذر إليه : أنه إذا لم يرسل في تلك المدة للزوجة . ما تنفق منه على نفسها ، أو إذا لم يحضر للانفاق يطلق عليه زوجته . وتقرر المحكمة تكليف قلم الكتاب . باعلانه بصورة الاعذار . فإن مضى الأجل المضروب له ، ولم يرسل لزوجه ما تنفق منه ، ولم يحضر للانفاق عليها ، وتحققت المحكمة من وصول الاعلان إليه ، طلقها القاضي .

(٣) : إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ، ولم يكن له مال ظاهر ، وثبتت دعواها . طلقها القاضي عليه . بدون ضرب أجل له ، ولا اعذار إليه .

(٤) : إذا غاب الزوج ، ولم يدر مكانه ، ورفعت زوجته أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة . لعدم الانفاق ، ولعدم وجود مال ظاهر له . طلقها المحكمة بدون ضرب أجل ، ولا اعذار . متى أثبتت دعواها .

(٥) : ومثل الغائب غيبة بعيدة : المفقود .

(٦) : إذا كان الزوج مسجوناً ، ولم يكن له مال ظاهر ، ورفعت الزوجة الأمر إلى القضاء طالبة الفرقة . لاعساره . وأثبتت ذلك . طلقها المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والاعذار . كما في الحالة الثانية .

(ملحوظة) يعتبر الزوج غائباً غيبة قريبة . إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل إليه في مدة لا تتجاوز تسعة أيام . ويعتبر غائباً غيبة بعيدة من ليس كذلك .

١٩٢٠ . وخلاصة تلك الآراء : أن العيوب إما عيوب تناسلية خاصة بالرجال . وهى العنة ، والحب ، والخصاء .

(والعنة) بضم العين ، وتشديد النون المفتوحة : عجز الرجل عن الوصول إلى النساء . ويسمى الرجل عنيئا .

(والحب) بفتح الجيم : استئصال عضو التناسل . ويسمى الرجل مجبوبا .

(والخصاء) : سل الخصيتين - بضم الخاء - ونزعها . ويقال للرجل : مخصى ، وخصى .

وإما عيوب تناسلية خاصة بالنساء . كالرتق ، والقرن . (والرتق بفتحات : انسداد المحل . والقرن بفتحات : غدة فى المحل تمنع الاختلاط الجنسى . ويقال للمرأة : رتقاء ، وقرناء) .

وإما عيوب مشتركة بين الرجال والنساء . كالجنون ، والحذام ، والبرص ، والحذام مرض يتقطع ويتساقط اللحم به . والبرص من الأمراض الجلدية المزمنة . وهو بياض يظهر فى الجسم ، وهو غير البهق . وقيل : « إنها واحد » وسائر الأمراض التى تنفر ، وتشمئز منها النفس ، أو تعدى إلى الشخص بالمخالطة .

وقد اتفق فقهاء « الحنفية » على أن الزوج إذا وجد زوجته معيبة بأى عيب تناسلى ، أو غير تناسلى . فليس له خيار الفسخ ، وبعبارة أخرى ليس له الحق . فى أن يرفع الأمر إلى القضاء طالبا الفرقة بينه وبينها . وان طلب ذلك رفض طلبه . لأن الزوج إذا تضرر من عيب بزوجه ، فله أن يتخلص منها ، وأن ينهى الزوجية بينها بالطلاق . حيث إن الشارع جعل الطلاق بيده . يستبد بايقاع الطلاق على زوجته . فى أى وقت شاء . بدون توقف على

رضاها ، ومن غير حاجة إلى قضاء القاضى . وذهب سائر الأئمة : « مالك » ، و « الشافعى » ، و « أحمد » إلى أن الزوج له خيار الفسخ . إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب : الرتق ، والقرن ، والجنون ، والحذام ، والبرص . لأن هذه العيوب تمنع من المباشرة الجنسية . إما حساً ، وإما طبعاً .

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة . على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب التناسلية الثلاثة : العنة ، والحب ، والخصاء . فلها خيار الفسخ بشرطه ، أو بعبارة أخرى فلها الحق فى أن ترفع أمرها إلى القضاء . طالبة الفرقة بينها وبين زوجها . حتى إذا ما ثبتت دعواها . بأى طريق من طرق الإثبات . حكم لها القاضى بالتفريق بينهما . بناء على طلبها . لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد ، والتناسل . لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب لما كانت غير قابلة للزوال . فلا يمكن تلافى الضرر الناشئ عنها . إلا بالفرقة بين الزوجين . والزوجة ليس بيدها الطلاق . حتى تدفع عن نفسها الضرر . بأن تطلق نفسها منه . ولهذا جعل لها خيار الفسخ ، وطلب الفرقة بينها وبين زوجها . بواسطة القضاء . لكى تتخلص من زوجها ، وتمكن من إنهاء الزوجية التى لا خير فى بقائها . فيفترق القاضى بينهما . إذا أبى الزوج : أن يطلقها . دفعا لظلمه . حيث فات الامساك بالمعروف . لأنه لا يوفىها حقها ، ورفعا للضرر الذى يلحق الزوجة . من دوام العشرة بينهما . وهذا الحكم متفق عليه بين الأئمة الأربعة .

وتفريق القاضى بين الزوجين فى هذه الحالة : طلاق بائن . عند « الحنفية » ، و « المالكية » . فينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج : وفسخ لعقد الزواج عند « الشافعية » ، و « الحنابلة » . فلا يترتب عليه نقص عدد الطلاق .

وأما إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً ليس أحد هذه العيوب التناسلية

الثلاثة المذكورة . كالجنون ، والحذام ، والبرص . فليس لها خيار الفسخ ، وبالتالي ليس لها الحق في أن تطلب أمام المحكمة التفريق بينها وبين زوجها بسبب هذا العيب . حتى إذا ما طلبت ذلك مدى المحكمة . فإنها تحكم برفض دعواها . عند الشيخين : « أبي حنيفة » ، و « وأبي يوسف » . لأن هذه العيوب غير التناسلية ، وان كانت تنفر منها النفس ، فهي غير مانعة من حصول مقاصد الزواج ولو في الحمل ، فلا تتنافى مع تلك المقاصد . بخلاف العيوب التناسلية الثلاثة . فهي منافية لتلك المقاصد . ورأيها . هو : المفتى به في المذهب « الحنفى » وكان العمل جاريا به أمام المحاكم . قبل صدور القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

ورأى « محمد » من الحنفية ، ورأى الأئمة الثلاثة : « مالك » ، و « الشافعى » و « أحمد » : أن للزوجة الحق في أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجد بزوجها أحد العيوب الثلاثة : الجنون ، والحذام ، والبرص . لأنها تنضرر من المقام مع الزوج في هذه الحالة . ولا تتمكن من المفارقة بالطلاق . إذ الطلاق ليس بيدها .

وذهب « ابن القيم » إلى القول : إن مقتضى القياس : أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة : يوجب خيار الفسخ . بدون حصر للعيوب .

ومذهب « الظاهرية » : أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين . بأى عيب بأحدهما . سواء كان العيب بالزوج ، أو بالزوجة .

المعمول به الآن

الذى عليه العمل فى المحاكم بمصر : أن عيوب الزوج التى تسوغ للزوجة طلب تطليقها من زوجها : غير محصورة حسب التشريع القائم الآن ، فقد نصت المادة التاسعة من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » على أن : « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ، إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه . إلا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص . سواء أكان هذا 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 » هـ.

ويرى من هذا النص . أن عيوب الزوج المسوغة للتفريق بينه وبين زوجته بطلبها . غير محصورة . وذكر الجنون ، والجذام ، والبرص . فى المادة المذكورة : على سبيل المثال . لالحصر للعيب الذى يسوغ التفريق بين الزوجين عند وجوده بالزوج . فكل عيب توافرت فيه الشروط التى تضمنتها هذه المادة . إذا وجد بالزوج . فلزوجته أن تطلب بسببه التفريق بينها ، وبين زوجها . أمام القضاء . وبعد ثبوته . يحكم القاضى بالتفريق بينها بناء على طلبها . وهذا التفريق : طلاق بائن . بنص المادة العاشرة من القانون سالف الذكر .

والشروط التى اشترطها القانون فى العيب المسوغ للتفريق بين الزوجين .

بطلب الزوجة : ثلاثة شروط . وهى :

١- : أن يكون العيب مستحكما . لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه . ولكن بعد زمن طويل . فإن كان العيب قريب الزوال . فلا يفرق بين الزوجين بسببه .

ب- : ألا يمكن المقام مع العيب الذى فى الزوج . إلا بضرر يلحق الزوجة .

ولما كانت معرفة أن العيب الذى تطلب الزوجة التفريق من أجله بالصفة التى نص عليها القانون : قد لا تتيسر للقضاة . فقد نصت المادة (١١) من القانون سالف الذكر على أنه : « يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها » . فاذا قرأ أهل الخبرة من الأطباء بعد أخذ رأيهم : أن العيب الذى تطلب الزوجة من أجله التفريق بينها وبين زوجها . ينطبق عليه ما نص فى القانون . حكمت المحكمة بالفرقة بينهما .

ج- : ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج . مع علمها بعيبه . صراحة . أو دلالة . كما إذا طالبت الزوجة زوجها بنفقة زوجية . بعد أن حدث العيب به . فإن هذه المطالبة دليل على رضاها به . وإنما اشترط هذا الشرط . لأن الزوجة برضاها بزوجها مع علمها بعيبه . سواء أكان العيب قبل الزواج ، أم حدث بعده : قد أسقطت حقها فى الفرقة بينها من أجله . وإما إذا تركت المخاصمة مدة من الزمن . بدون رضاها به . لا صراحة . ولا دلالة . فلا يسقط حقها فى التفريق بينها . إذ لا يلزم من ذلك أنها رضيت بالمقام معه .

تم إن الزوجة إذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها . لوجود عيب به . من العيوب المسوغة للتفريق بينها . فإن كان العيب الذى تطلب من أجله الفرقة بينها : غير العنة ، والخصاص . وأثبتت دعواها ، بأى طريق من طرق الإثبات . فرق بينها فى الحال . بدون امهال ، ولا انتظار .

وأما إذا طلبت التفريق بسبب العنة ، أو الخصاء ، وادعت : أن زوجها لم يصل إليها . لأنه عنين ، أو خصى . فإن اعترف الزوج بدعواها ، وأقر أنه لم يصل إليها . فالقاضي لا يفرق بينهما في الحال . بل يؤجل سنة . سواء أكانت الزوجة بكرا ، أو ثيبا . حين العقد عليها . فإذا عادت الزوجة بعد انتهاء السنة ، وأصرت على تطليقها من زوجها . لأنه لم يصل إليها في خلال السنة . أمر القاضي الزوج بأن يطلقها . فإن أبي فرق القاضي بينهما . وهذا التفريق : طلاق بائن .

وان أنكر الزوج دعواها ، وقال : « انه وصل إليها » . فان كانت الزوجة ثيباً . وقت عقد زواجها عليها ، فالقول قوله يمينه . لأنه ينكر عليها استحقاق الفرقة ، وان كان مدعياً الوصول إليها . والظاهر يشهد له . وهو أن الأصل في الانسان : السلامة . والقول لمن يشهد له الظاهر يمينه . فان حلف اليمين رفضت دعواها ، وان نكل عن اليمين اعتبر مصدقاً لها ، وأجل القاضي سنة . كما في حالة ما إذا اعترف بدعواها ، وأقر بأنه لم يصل إليها ، وان كانت الزوجة بكرا . حين العقد عليها . عين القاضي امرأتين يثق بهما . للكشف عليها . فان قررتا : أنها لا تزال بكرا . أجل القاضي سنة . فإذا عادت بعد انتهاء السنة . أعيد عليها الكشف مرة ثانية . فان تبين بعد الكشف عليها : أنها لا تزال بكرا ، وأصرت على الفرقة ، أمر القاضي زوجها بأن يطلقها . فان لم يفعل طلقها القاضي طلقة بائنة . وان تبين : أنها ثيب . فالقول قول الزوج يمينه . فان حلف اليمين . رفضت دعواها ، وان نكل عن اليمين ، وصممت هي على الفرقة بينهما ، وأبى الزوج أن يطلقها . طلقها القاضي بالنيابة عنه . وإذا قالت الزوجة في هذه الحالة : « إن زوجها أزال بكارتها بغير الوقاع » . فالقول للزوج يمينه . في أنه أزال بكارتها بالمباشرة الحسنية .

والسبب في أن القاضي يؤجل الزوج سنة . إذا ما طلبت الزوجة الفرقة بسبب العنة ، أو الخصاء . دون غيرهما من العيوب المسوغة للفرقة : هو أنه لا يتيسر الوقوف على الحقيقة في العنة ، والخصاء في الحال . إذ قد يحتمل أن يكون عجز الزوج . عن الوصول إلى زوجته . لأمر عارض وقتي يزول سريعا . لكونه غير مستحکم . فلا يكون من العيوب المسوغة للفرقة بين الزوجين ، ويحتمل أن يكون لعيب مستحکم . بأن كانت العنة من أصل الحلقة ، لا لأمر عارض زائل . وليس لأهل الخبرة من الأطباء . رأى قاطع في هذه المسألة . حتى يستعان برأيهم . لهذا يؤجل القاضي الزوج سنة ، عساه أن يتمكن في خلالها من الوصول إلى زوجته ، وتبين حقيقة الأمر بمرور الفصول الأربعة التي تشتمل عليها السنة . حتى يكون حكم القضاة بالتفريق بين الزوجين من أجل عيب العنة ، أو الخصاء . إذا حكم بذلك . مبنيًا على العيب المستحکم المسوغ للفرقة بينهما ، لا على عيب عارض غير مستحکم . لا يلبث أن يزول سريعا .

والتأجيل سنة (١) رأى « عمر » ، و« علي » ، و« ابن مسعود » . رضی الله عنهم . وهو مذهب الأئمة الأربعة .

(١) وابتداء السنة من يوم الخصومة . إلا إذا وجد يومئذ مانع بالزوج يمنعه من المباشرة الجنسية . كالمرض الذي لا يستطيع معه الاختلاط الجنسي . فيكون ابتداءها . بعد زوال ذلك المانع . ويحتسب من السنة . غيبة الزوج . ولو كانت غيبته . لأداء فريضة الحج . ولا يحتسب من السنة . مدة غيبة الزوجة . لأن المانع حينئذ من جهتها . ولا يحتسب أيضا منها أيام مرضها ، أو مرضه ، إن كان المرض بحيث لا يستطيع معه الاختلاط الجنسي .

اختلف فقهاء « الحنفية » في أن السنة تعتبر قمرية ، أو شمسية . فروى « الحسن بن زياد » عن الامام « أبي حنيفة » : أن السنة تعتبر شمسية . واختار كثير من فقهاء الحنفية هذه الرواية . لأن السنة الشمسية . هي التي تشتمل على الفصول الأربعة الكاملة . وبعضهم اعتبر السنة قمرية . لأن هذا هو المعهود المعروف لدى الصحابة . وقد روى أن « عمر بن الخطاب » أجل الزوج سنة .

وإذا حكم القاضى بالتفريق بين الزوجين بسبب العنة ، والخصاء .
وكان التفريق بعد الخلوة بين الزوجين . تجب على الزوجة العدة احتياطاً .
وتستحق كل مهرها . لوجود ما يؤكده وجوبه بتمامه . وهو الخلوة الصحيحة .
إذ كون الزوج عتيقاً . أو خصياً . لا يمنع من اختلاءه بزوجه خلوة صحيحة .
وإذا فرق القاضى بينهما . لكون الزوج محبوباً ، وكان التفريق بعد الخلوة .
تجب عليها العدة احتياطاً بالاتفاق ، وتستحق كل مهرها عند « الامام » ،
وتستحق نصف المهر المسمى عند « الصاحبين » .

وأحكام تطليق القاضى الزوجة على زوجها لعيب به نصت عليها المواد
(٩ ، ١٠ ، ١١) (١) من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

ومما يحسن الإشارة إليه : أن القانون المذكور لم يتعرض ، وكذا
القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » للحكم فيما إذا وجد الزوج زوجته معيبة بعيب
تناسلى ، أو غير تناسلى . فبقى الحكم على مذهب « الحنفية » الذين لا يجعلون
للزوج خيار الفسخ . إذا ما وجد بزوجه أى عيب من العيوب . لأن فى إمكانه
أن يتخلص منها بالطلاق .

(١) نصوص المواد المذكورة :

مادة ٩ - : للزوجة أن تطلب التفريق بينها ، وبين زوجها . إذا وجدت به
عيباً مستحكماً . لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه .
إلا بضرر . كالجنون ، والحزام ، والبرص . سواء كان 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 .

مادة ١٠ - : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١١ - : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يظلم فسخ الزواج من

أجلها .

التطليق للضرر

جعل للزوج الحق في تأديب زوجته ، واعتبر ذلك من الحقوق الثابتة للزوج على زوجته . بموجب عقد الزواج بينهما . فله ولاية تأديبها . إذا خالفته ، ولم تطعه ، فيما تجب عليها طاعته فيه شرعاً . والأصل في هذا : قول الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً (١) » .

وقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز للزوج : أن يضرب زوجته ضرباً مبرحاً . يقال : « برح به الأمر » جهده ، وآذاه أذى شديداً . فهو مبرح . ولو لأجل تأديبها . كما أجمعوا على أنه لا يجوز : أن يسيء إليها في المعاملة ، ولا أن يؤذيها بالقول . قال تعالى : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة (٢) » . وقال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف (٣) » .

وإذا حصل شقاق بين الزوجين ، وكان الزوج يسيء إلى زوجته في المعاملة ، ويؤذيها في المعاشرة . بالقول ، أو الفعل . كأن يضربها ضرباً مبرحاً . أو يشتمها شتماً مفرعاً ، أو يحملها على فعل ما لا يباح فعله شرعاً . فهل للزوجة في هذه الحالة . أن تطلب من المحكمة التفريق بينها ، وبين زوجها ؟ أم ليس لها ذلك ؟ فذهب « الحنفية » . وكذا « الشافعية » ، و« الظاهرية » ، و« الشيعة الامامية » : أنها ليس لها ذلك . حتى لو طلبت أمام القضاء تطليقها من زوجها لأنه يضارها ، ويؤذيها بالقول ، أو الفعل ، ويعاملها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها . فالتقاضى لا يجيبها إلى طلبها . ويرفض دعواها التفريق

(١) الآية ٣٤ من سورة النساء .

(٢) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٣) الآية ١٩ من سورة النساء .

بينهما . لأن رفع الضرر عنها ، ومنع ايداء الزوج لها ، واساءته في معاملته لها : ممكن بغير الطلاق . فلا يلجأ إليه . وذلك بأن يأمر القاضى الزوج بحسن المعاشرة والاحسان في المعاملة . فان لم يمثثل عاقبه القاضى تعزيراً . بحسب ما يراه القاضى : كفيلاً لزوجره ، وكافياً لردعه . حتى يمسكها بالمعروف .

ومذهب الامام « مالك » : أن للزوجة في هذه الحالة أن تطلب أمام القضاء التفريق بينها ، وبين زوجها . والعمل الآن في المحاكم بمذهب الامام « مالك » . وقد أخذ به القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . وعدل عن مذهب « الحنفية » الذى كان معمولاً به . حيث نصت المادة السادسة من القانون المذكور على : أن الزوجة إذا ادعت اضرار الزوج بها . بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها : يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق . وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بائنة . إذا ثبت الضرر ، وعجز القاضى عن الاصلاح بينهما . وإذا عجزت عن اثبات الضرر . رفض طلبها التفريق بينها ، وبين زوجها .

ثم إذا تكررت الشكوى من الزوجة ، بعد رفض طلبها التفريق . ولم يثبت الضرر . بعث القاضى حكيمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد (من ٧ إلى ١١) . ولما كانت هذه المواد بينت ما يشترط فى الحكيمين ، وما يجب عليها ، وما يحكم به القاضى . رأينا الاكتفاء بايراد نصوص هذه المواد . لأن ما تضمنته من الأحكام واضحة ، لا تحتاج إلى بيان :

مادة ٧- يشترط فى الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين . من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما .

مادة ٨ - : على الحكيمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبدلا جهدهما فى الاصلاح . فان أمكن على طريقة معينة قرراها

مادة ٩ - : إذا عجز الحكمان عن الاصلاح . وكانت الاساءة من الزوج .
أو منها ، أو جهل الحال . قررا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ - : إذا اختلف الحكمان . أمرهما القاضي بمعاودة البحث . فان
استمر الخلاف بينهما ، حكم غيرهما .

مادة ١١ - : على الحكيم أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه ، وعلى القاضي
أن يحكم بمقتضاه .

والأصل الذى بنى عليه التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق بينهما واضرار
الزوج بزوجته : قول الله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من
أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما
خبيرا (١) » .

وقد استدل بهذه الآية من يرى من العلماء كالامام : « مالك » ، و«أحمد»
فى احدى الروايتين عنه : التفريق بين الزوجين . إذا ادعت الزوجة اضرار
الزوج بها . بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وطلبت من القاضي
التفريق من أجل ذلك . كما استدل بها من يرى من العلماء : عدم التفريق من
أجل ما ذكر . « كالحنفية » ، و« الشافعية » ، و« الظاهرية » ، و« الشيعة
الامامية » .

ووجه الاستدلال بالآية على الرأى القائل بعدم التفريق : ان الآية الكريمة
تكاد تكون صريحة . فى أن عمل الحكيم . قاصر على أن يبذلا الجهد
فى الاصلاح بين الزوجين ، وفى أن التفريق بين الزوجين . ليس من عملهما .
حيث لم تتعرض الآية للتفريق بينهما ، فلا يملك الحكمان التفريق بين

الزوجين . إلا باذنها . وذلك بتفويض من الزوج ، وتوكيل من الزوجة .
إذا احتاج الأمر إلى الخلع . والطلاق على مال .

ويضاف إلى ما تقدم : أن اضرار الزوج بزوجه يمكن تدراكه ، وإزالته
بتعزير الزوج ، وعدم اجبار الزوجة على طاعته ، فلم يتعين الطلاق الذي هو :
أبغض الحلال إلى الله تعالى طريقا . لازالة الاضرار بها . فلا يلجأ إليه .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة على الرأى القائل بالتفريق : أن سلطة
الحكمين ، ومهمتها . ليست قاصرة على الاصلاح بين الزوجين . بل لها سلطة
التفريق بينهما . ان لم يوفقا إلى الاصلاح بينهما . لأن الله سماهما حكمين . والحكم ،
والحاكم : معناهما واحد . فيكون لها سلطة الحكم . ويؤيد فهم الآية على هذا
قول الله تعالى : « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإذا فات الامسك
بالمعروف . لاضرار الزوج بزوجه في المعاشرة الزوجية . وجب على الزوج
أن يطلق زوجته . فان لم يفعل . طلقها القاضى بالنيابة عنه . رفعا لظلمه ،
ودفعا لاضراره بها . وقد قال عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

وبموظف : أن القانون لم يأخذ بنظام الحكمين . إلا في حالة ما إذا عجزت
الزوجة عن اثبات الاضرار بها ، ورفض طلبها التطلق . ثم كررت الشكوى
طالبة التفريق . وتكرر عجزها . وقد سار القانون في هذا على مذهب
« المالكية » . مع أن الآية الكريمة لم تقيد نظام التحكيم بهذه الحالة . بل هي
صريحة في ابعث الحكمين . عند حصول شقاق بين الزوجين . فكان الأخذ بما
دلت عليه الآية صراحة أولى . لأن في هذا إبقاء على الزوجية بالقدر المستطاع .

ومما جاء في المذكرة الايضاحية . بشأن الشقاق بين الزوجين ، والتطبيق
للضرر : ما نصه : « الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة . لا يقتصر
أثرها على الزوجين . بل يتعداها إلى ما خلق الله بينها من ذرية ، وإلى كل من
له بها علاقة قرابة ، أو مصاهرة . وليس في أحكام مذهب « أبي حنيفة »
(٣٢)

ما يمكن الزوجة من التخلص ، ولا يرجع الزوج عن غيه . فيحتال كل إلى ابناء الآخر قصد الانتقام.... فرئى : أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب « مالك » فى أحكام الشقاق بين الزوجين . عدا الحالة التى يتبين للحكمين : أن الاساءة من الزوجة دون الزوج . فلا يكون ذلك داعياً لاغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر .

ومن الواضح : أن هذا التعليل الذى ذكرته المذكرة الايضاحية . . لتبرير عدم الأخذ بمذهب الامام « مالك » . إذا كانت الاساءة من الزوجة دون الزوج . وبالتالي لعدم التفريق بين الزوجين . إذ تبين للحكمين أن الاساءة من جانب الزوجة فقط : تعليل غير سليم ، ولا يتفق مع المنطق . لأن مذهب الامام « مالك » الذى يقضى بجواز التفريق بين الزوجين . إذا كانت الاساءة من الزوجة فقط : يقضى أيضاً فى هذه الحالة . بأن الزوجة ملزمة . بأن تدفع لزوجها تعويضاً . بحسب ما يراه الحكمان . فليس هناك حينئذ إغراء للزوجة المشاكسة . على فصم عرى الزوجية بين الزوجين . إذا أخذ بمذهب الامام « مالك » ، وعمل به فى هذه الحالة . بل الاغراء فيما ذهب إليه واضعو القانون . لأن الزوجة المشاكسة تتخذ اساءتها وسيلة إلى تطليقها من زوجها . بدون مقابل ، ومن غير عوض . إذ لا خير فى بقاء زوجية مع زوجة مشاكسة تنغص الحياة على زوجها ، وتضايقه باستمرار . فيضطر فى آخر الأمر إلى التخلص منها ، وإلى انهاء الزوجية بينهما . بأن يطلقها بدون عوض .

التطابق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته سنة (١) فأكثر . فان كانت غيبته عنها بعذر مقبول . كطلب العلم ، والتجارة . ونحوهما . مثل انقطاع المواصلات .

(١) المراد بالسنة : السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً . فقد نصت المادة ٢٣ من القانون «رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » على أن المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ٢٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

فليس للزوجة أن تطلب الفرقة بينها وبين زوجها الغائب ، وان تطلب ذلك أمام القضاء رفض طلبها . لكونه معذورا في غيبته .

وان كانت غيبته عنها بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته : أن تطلب إلى القاضى تطليقها منه طلاقه بائنة . إذا تضررت من بعده عنها ، وخشيت على نفسها الفتنة ، والوقوع فى المعصية ، ولو كان لزوجها الغائب مال ظاهر . تستطيع أن تنفق منه على نفسها . فاذا رفعت دعوى أمام القضاء طالبة الفرقة بينها . لتضررها من بعده عنها . بعد أن مضت سنة فأكثر على غيبته ، وثبتت دعواها لدى المحكمة - ويثبت تضررها بقولها . إذ لا يعلم ذلك إلا منها - طلقها القاضى من زوجها الغائب طلاقه بائنة . بدون امهال ، ولا ضرب أجل له . إن لم يمكن وصول الرسائل إليه . بأن جهل محل إقامته ، أو كان مفقودا لا يدري مكانه ، ولا يعلم حياته ولا موته . ولو كان للغائب مال ظاهر . تستطيع زوجته أن تنفق منه على نفسها . لأن الطلاق هنا . لتضررها من بعده عنها سنة فأكثر . بدون عذر مقبول ، لا لعدم الانفاق عليها . وان أمكن وصول الرسائل إليه . ضرب له القاضى أجلا ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه . إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها . فاذا انقضى الأجل المضروب له ، ولم يبد عذرا مقبولا ، ولم يفعل شيئا . مما أعذره به إليه . فرق القاضى بينها بطلاقه بائنة . وذلك بعد التحقق من وصول صورة الاعذار إليه .

وأحكام تطليق القاضى الزوجة على زوجها للغيبة نصت عليها المادتان :
(١٢ ، ١٣) من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » (١) ، وهذه الأحكام

(١) نص المادتين المذكورتين :

مادة ١٢ - : إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول . جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا . إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

مأخوذة من مذهب الامام « مالك » عدا اعتبار الغيبة بعذر مقبول غير مسوغة للفرقة. فانه مأخوذ من مذهب الامام « أحمد » . لأن مذهب الامام « مالك » : عدم التفرقة بين الغيبة بعذر ، وبين الغيبة بغير عذر ، في أنها تسوغ الفرقة بين الزوجين . إذا كانت الغيبة سنة فأكثر ، وطلبت الزوجة التفريق بينهما . لتضررها من بعده عنها هذه المدة .

وواضح كما ذكرته المذكورة الايضاحية : أن المراد بغيبة الزوج هنا : غيبته عن الزوجة . بالاقامة في بلد آخر غير بلدها . وأما الغيبة عن بيت الزوجة مع الاقامة في بلد واحد . فهي من الأحوال التي يتناولها التطبيق للضرر .

والحكمة في تطبيق القاضى زوجة الغائب : هي ما ذكرته المذكورة الايضاحية : أن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمنا طويلا . مع محافظتها على العفة والشرف : أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية . في الأعم الأغلب . وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع منه الانفاق » .

وهذه الحكمة التي ذكرتها المذكورة الايضاحية متحققة في الغيبة بعذر ، وبغير عذر . فكان مقتضى هذا : أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر بعذر ، وبغير عذر . مسوغة للفرقة بين الزوجين . كما هو مذهب الامام « مالك » . ولكن القانون أخذ بمذهب الامام « أحمد » . وهو أن القاضى انما يفرق بين الزوجين للغيبة . إذا كانت بلا عذر مقبول . فعلم من هذا : أن المشرع حينما أخذ

= مادة ١٣ - : إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب . ضرب له القاضى أجلا ، وأعذر إليه . بأنه يطلقها عليه . إن لم يحضر للاقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها فاذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا . فرق القاضى بينها بتطبيقه بآئنة .

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب . طلقها القاضى عليه . بلا إعدار ، وضرب أجل .

بمذهب الامام « مالك » في أحكام التطلاق للغيبة لم يأخذ به كاملا . بل عدل عن بعضه . إلى مذهب الامام « أحمد » فلفق بين المذهبين .

التطلاق لحبس الزوج

لا يوجد في مذهب الامام « مالك » الذى أخذ منه المشرع أحكام التطلاق للضرر ، أو لغيبة الزوج : نص صريح فى أن القاضى يطلق زوجة المحبوس إذا طلبت إليه ذلك . وإنما توجد نصوص على تطلاق القاضى زوجة الغائب . إذا تضررت من بعده عنها سنة فأكثر . وكذا زوجة الأسير . ولا دخل فى التطلاق . لكون بعد الزوج عنها باختياره ، أو قهرا عنه . كما فى الأسير . ولما كان المناط فى تطلاق القاضى لغيبة الزوج سنة فأكثر عن زوجته : هو تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها . وهذا المعنى متحقق . فى زوجة المحبوس . لأن الزوج الذى حكم عليه نهائيا بسجنه ثلاث سنوات فأكثر ، بعد مضى سنة فأكثر عن تنفيذ حكم الحبس : يساوى الغائب فأكثر . فلا تختلف حال زوجة المحبوس . عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر . فى أن مقامها وزوجها بعيد عنها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف . مما تأباه الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب من الحالات . ولهذا نصت المادة ١٤ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » على : « أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا . بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر : أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة . من حبسه . التطلاق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

فاذا تحققت ما تضمنته المادة المذكورة من الشروط ، وهى :

أ - أن يصدر حكم بحبس الزوج مدة ثلاث سنوات على الأقل .

ب - أن يكون الحكم نهائيا .

ج- : أن ينفذ الحكم على الزوج .

د - : أن تضى سنة على الأقل . من تاريخ تنفيذ حكم الحبس .

فلزوجة المحكوم عليه بالحبس : أن تطلب إلى القاضى الفرقة بينها . وبين زوجها . لتضررها من بعده عنها هذه المدة ، ولو كان له مال تستطيع الزوجة أن تنفق منه على نفسها . فاذا رفعت دعوى بذلك أمام القضاء ، وأثبتت دعواها . طلقها القاضى على زوجها طليقة بائنة ، ولو كان قد ترك لها مالا نستطيع الانفاق منه على نفسها . لأن تطليقها فى هذه الحالة . لتضررها من بعد زوجها عنها المدة الطويلة ، لا لعدم انفاقه عليها .

ولم تبين المذكرة الايضاحية : الحكمة ، ولا ما استند إليه القانون فى تحديده اذنى مدة الحبس بثلاث سنوات . وربما يقال فى تعليل هذا التحديد : ان مدة ثلاث سنوات مدة طويلة . لاتطبق الزوجة مع محافظتها على العفة والشرف . انتظر كل هذه المدة . وهى تترقب عودة زوجها إليها بعد انقضائها .

وإنما اشترط القانون مضى سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ حكم الحبس . لئبى تطليق الزوجة على زوجها على التضرر الواقع بالفعل ، لا على التضرر المتوقع حصوله فى المستقبل .

وبموظ : أن المحبوس غائب فى الواقع ونفس الأمر ، وان غيبته فى الأعم الأغلب من الحالات . فى بلد غير البلد الذى تقيم فيه زوجته ، وان غيبته هذه بعذر . لكونه مضطرا لا اختيار له . ومع ذلك فان القانون اعتبر هذه الغيبة بعد مضى سنة من حبسه : مسوغة للفرقة بين الزوجين . إذا ما أدعت الزوجة تضررها من بعده عنها . وهذا يخالف ما أخذ به القانون فى التطليق لغيبة الزوج سنة فأكثر . حيث لم يعتبر القانون غيبته بعذر : مسوغة للفرقة بينها . ولعل السر فى هذا : أن المحكوم عليه بالسجن لا يستحق أن

يستعمل معه الرحمة والرفقة. بل الواجب: أن يعامله القانون بما يستحقه من الشدة. ردعا، وزجرا له. عن ارتكابه ما استوجب عقابه بالحبس، وليكون ذلك عظة، وعبرة. لغيره. بخلاف الغائب بعذر. فإنه يستحق: أن يعامل بالرفقة، والرحمة. حيث لم يفعل شيئا يؤاخذ، أو يعاقب عليه.

والمقرب إلى المقبول: مادام القانون سار على رأى من يقول بالفرقة بين الزوجين. إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر: أن تكون الغيبة بعذر، وبلا عذر: مسوغة. ما دام السبب، والحكمة - كما جاء في المذكرة الايضاحية - في هذه الفرقة: تضرر الزوجة من بعده عنها، وأن مقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف: أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب. فان هذا المعنى حاصل. فيما إذا كانت غيبة زوجها عنها بعذر، أو بغير عذر. فلا وجه للفرقة بين غيبة بعذر، وغيبة بلا عذر. وعدم الفرقة. هو مذهب الامام «مالك» الذي أخذ به القانون في معظم أحكام التطلاق للغيبة. كما سبقت الاشارة إليه في مبحث تطليق القاضى الزوجة على زوجها. لغيبته عنها مدة سنة فأكثر.

فسخ عقد الزواج

سبق : أن أشرنا عند الكلام عن الفرقة بين الزوجين . إلى أن الفرقة بينهما قسمان : فرقة هي : طلاق ، وفرقة هي : فسخ . لعقد الزواج . وقد انتهى بيان المسائل المتعلقة بالفرقة التي هي طلاق ، وشرح أحكامها . والآن سنبين الفرقة التي هي : فسخ . وسنشرح الأحكام المتعلقة بها :

من معاني كلمة « الفسخ » اللغوية : النقص ، والرفع . يقال في اللغة : « فسخ فلان الأمر » . إذا نقضه ، ورفعه . وفسخ عقد الزواج ، وكذا فسخ أى عقد من العقود : عبارة عن نقضه ورفعه . وإزالة ما يترتب عليه من الأحكام في الحال . وأما الطلاق . فهو قاطع لعقد الزواج ، ومنه له ، ولأحكامه . على التفصيل الذى سبق بيانه ، وشرحه . فى الأبحاث التى أسلفناه .

سبب فسخ عقد الزواج

سبب فسخته : إما خلل قارن العقد وقت انشائه . جعله غير لازم بالنسبة للزوجين ، أو لأحدهما ، أو للولى العاصب . وذلك فى الحالات التى يثبت لها أو لأحدهما خيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة . من الجنون ، والعتة ، وفى حالة ما إذا تولت المرأة الكاملة الأهلية بنفسها عقد زوجها من كفاء على مهر أقل من مهر مثلها ، ولم يرض بذلك وليها العاصب . فان من له خيار البلوغ : الحق فى فسخ عقد الزواج عند بلوغه . ولمن له خيار الإفاقة من الجنون والعتة : الحق فى فسخته . إذا ما أفاق من الجنون ، والعتة . وكذا للولى العاصب الذى لم يرض بنقصان المهر عن مهر المثل : الحق فى الاعتراض على العقد .

وطلب فسخه بالتقاضي . ما دامت الزوجة لم تلد . أو لم يكن بها حمل ظاهر .
متى كان الزوج لم يرض بأن يكمل لها مهر مثلها .

وإما خلل طراً على العقد بعد تمامه . يمنع بقاءه ، واستمراره .

وفسخ العقد بسبب الخلل المقارن للعقد يكون في حالات . نذكر منها الآتي :

أ- : الفسخ لظهور أن العقد كان فاسداً . كما إذا تبين بعد العقد : أن
المرأة المعقود عليها ليست محلاً للعقد بالنسبة لمن تزوجها . بأن ظهر أنها أخته من
الرضاع ، أو أنها كانت زوجة الغير ، أو معدته . وقت انشاء العقد .

ب- : الفسخ بسبب نقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها . إذا باشرت
المرأة الكاملة الأهلية بنفسها عقد زواجها . من كفاء لها على مهر أقل من
مهر مثلها ، ولم يرض بذلك وليها العاصب . فإن له حق الاعتراض على
الزواج ، وطلب فسخه . أمام القضاء .

ج- : الفسخ بخيار البلوغ ، أو بخيار الافاقة . في الحالات التي يثبت فيها
خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة ، لأحد الزوجين . فإن من له خيار البلوغ ،
أو خيار الافاقة : أن يطلب عند بلوغه ، أو عند إفاقته من الحنون ، أو العتة .
فسخ العقد . بشروطه .

وفسخ العقد بسبب خلل طارئ على العقد بعد تمامه . يكون في حالات
أيضا . نذكر منها الآتي :

١ - : الفسخ بسبب ارتداد أحد الزوجين المسلمين عن دين الاسلام .
سواء كان الذي ارتد عن الاسلام الزوج ، أو الزوجة . وهذا رأى « الشيخين »
ورأى « محمد » : أن الفرقة بسبب رده : طلاق ، وبسبب ردها : فسخ .

٢ - : الفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر ،
أو مع أحد فرعه . ما يوجب حرمة المصاهرة .

٣ - : الفسخ بسبب اباة الزوجة المشركة الاسلام ، أو اعتناق أى دين سماوى . بعد اسلام زوجها (١) .

وقد ذكر فقهاء « الحنفية » ضابطا عاما لمعرفة الفرقة التى . هى : طلاق ، والفرقة التى . هى : فسخ . وهو: أن كل فرقة يملك الزوج ايقاعها ، ولا تملك الزوجة ايقاع مثلها . إلا بتملك الزوج . تكون طلاقا . وذلك . كالفرقة بصريح الطلاق ، وكناياته . وكل فرقة بسبب من قبل الزوجة ، أو من قبل الزوج ، وتملك الزوجة مثلها . بدون أن يملكها الزوج إياها . فهى : فسخ كالفرقة . بسبب اعتراض وليها العاصب على نقصان مهرها عن مهر المثل ، وكالفرقة . بسبب الردة عن دين الاسلام . أو بسبب الامتناع عن اعتناق الاسلام .

والفرقة بين الزوجين . سواء اعتبرت طلاقا . أو فسخا . تنقسم إلى قسمين :

١ - : فرقة تتوقف على قضاء القاضى . فإدام لم يصدر حكم القاضى بالفرقة بين الزوجين . فالزوجية قائمة بين الزوجين . حتى لو توفى أحدهما أثناء نظر دعوى التفريق أمام القضاء . ورثه الآخر . مادام لم يوجد مانع من موانع الإرث . كالاختلاف . فى الدين . ومثل الفرقة . لعيب بالزوج ، أو لغيبته ، أو لعدم إنفاقه على زوجته ، أو للاضرار بها . والفرقة لما ذكر : طلاق . وكالفرقة . بسبب خيار البلوغ ، أو لنقصان المهر عن مهر المثل ، أو لآباء الزوجة المشركة الاسلام ، أو اعتناق أى دين سماوى بعد اسلام زوجها . والفرقة لما ذكر : فسخ .

ب- : فرقة لا تتوقف على قضاء القاضى . كالفرقة بألفاظ الطلاق الصريحة ، أو بكناياته . ومن هذا ما إذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته .

(١) والفرقة بسبب اباة الزوج الاسلام . بعد اسلام زوجته : فسخ عند « أبى يوسف » وطلاق عند « أبى حنيفة » .

فطلقت نفسها منه . لأن التطلق بتمليك من الزوج . والفرقة لما ذكر : طلاق . وكالفرقة . بسبب فعل أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر ، أو مع أحد فروعها : ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو بسبب ردة أحد الزوجين عن دين الاسلام . والفرقة لما ذكر : فسخ . لعقد الزواج .

وبالمجمل : فكل فرقة تستند إلى سبب غير جلي ، ويحتاج الأمر في ذلك إلى بحث ، وتقدير : تتوقف على قضاء القاضي . فما دام القاضي لم يصدر حكمه بالفرقة بين الزوجين . فالزوجية قائمة بينها بكل أحكامها ، وآثارها المترتبة عليها . وكل فرقة بنيت على سبب ظاهر جلي . فإنها لا تتوقف على قضاء القاضي .

مقارنة بين الطلاق والفسخ

تختلف الفرقة التي هي طلاق عن الفرقة التي هي فسخ . في الأمور الآتية :

١ - : الفرقة التي هي فسخ . تنقطع بها الرابطة الزوجية في الحال دائما . وأما الفرقة التي هي طلاق . فقد تكون كذلك . كما في الطلاق البائن - بنوعيه - . وقد لا يترتب على الفرقة بالطلاق . انقطاع الزوجية في الحال . بل يكون ذلك في المآل . كما إذا كان الطلاق رجعيا .

ب- : الفرقة التي هي فسخ للعقد . لا يترتب عليها نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج . بخلاف الفرقة التي هي طلاق . فإنه يترتب عليها نقص عدد الطلقات . سواء أكان رجعيا ، أم بائنا . فاذا فسخ عقد الزواج بين الزوجين . لنقصان مهرها عن مهر المثل مثلا . ثم تزوجها بعد ذلك . وهي لا تنزال في العدة ، أو بعد انقضاء العدة . فإنه يملك عليها ثلاث طلقات . بخلاف ما لو طلقها ثم أعادها إلى عصمتها . فإنها تعود إليه بما بقي له من الطلقات . بموجب عقد الزواج الذي حصل فيه الطلاق .

ج- : الفرقة التي هي فسخ . تكون في عقد الزواج الصحيح . وفي عقد الزواج الفاسد . وأما الفرقة التي هي طلاق ، فلا تكون إلا في عقد الزواج الصحيح . لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح ، ومن الحقوق التي يملكها الزوج . بموجب عقد الزواج الصحيح .

د- : الفرقة التي هي طلاق . إذا وقعت من قبل الزوج . قبل الدخول حقيقة أو حكما . يترتب عليها وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة ، ووجوب المتعة لها . إن لم يكن المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة . واما فسخ العقد قبل الدخول ، وقبل الخلوة . إن كان الأمر متصلا بإنشاء العقد . كالفسخ بخيار البلوغ ، أو لنقصان المهر عن مهر المثل ، فلا يترتب على هذه الفرقة شيء من المهر . لأن الفرقة في هذه الحالة تعتبر نقضا لأصل العقد . فكأنه لم يوجد . ومن المقرر : أن المهر حكم من أحكام العقد الصحيح . وحيث رفع العقد من أصله ، واعتبر كأن لم يكن . فلا شيء من المهر يجب للزوجة على زوجها . وأيضا فلو وجب نصف المهر المسمى عند تسمية المهر في العقد تسمية صحيحة ، أو المتعة عند عدم تسمية المهر في العقد . إذا فسخ العقد قبل أن يوجد أي مؤكد من مؤكداته . بخيار البلوغ ، أو الافاقة . لما كان هناك فائدة ، ولا معنى . لاثبات خيار البلوغ ، أو خيار الافاقة . للزوج . إذ له أن يطلق زوجته ، ويجب عليه نصف المهر المسمى ، أو المتعة . إذا كان الطلاق قبل الدخول حقيقة ، أو حكما .

واقعة: : أن حقيقة كل من الفسخ والطلاق ، وطبيعة كل منهما . تخالف عن حقيقة الآخر ، وطبيعته ، وان الأثر المترتب على كل منهما . يختلف عن الأثر المترتب على الآخر بصفة عامة ، وأن الأسباب التي يستند إليها كل منهما . تغاير الأسباب التي يستند إليها الآخر .

العدة

العدة في اللغة : الاحصاء . يقال « عدت الشيء عدة » . أى أحصيته احصاء . وقد يطلق العدة على الشيء المعدود . ومن هذا : عدة المرأة . أى أيام اقراها ، وأيام احداها . على زوجها .

والعدة في الشرع : عبارة عن مدة حددها الشارع . لتربص الزوجة بعد الفرقة بينها ، وبين زوجها . بدون زواج . حتى ينقضى ما بقى من آثار الزواج . فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين . لأى سبب من أسباب الفرقة . سواء أكانت الفرقة طلاقاً ، أو فسخاً . وكانت الزوجة مدخولاً بها حقيقة ، أو حكماً ، أو توفى عنها زوجها ، ولو لم يكن قد دخل بها . تجب عليها العدة . فلا تجوز خطبتها ، ولا يجوز لها أن تتزوج بغير زوجها . ما دامت في العدة . وأما الزوج فلا يجب عليه الانتظار . فيجوز له أن يتزوج بغيرها . بعد الطلاق مباشرة . إذ له أن يتزوج بغير زوجته . وهى فى عصمته . فبطريق الأولى له أن يتزوج بغيرها بعد طلاقها . إلا إذا أراد أن يتزوج بمن لا يحل له أن يجمع بينها ، وبين مطلقتها . كأختها ، وعمتها . أو إلا إذا طلق إحدى زوجاته الأربع ، وأراد التزوج بخامسة . فانه فى هاتين الحالتين . يجب عليه الانتظار . حتى تنهى عدة مطلقتها . لئلا يجمع بين محرمين فى عصمته . ولئلا يجمع فى عصمته أكثر من أربع زوجات .

سبب وجوب العدة

وسبب وجوبها على المرأة : الفرقة بينها ، وبين زوجها . فان كانت الفرقة بينها . لوفاة زوجها . فان العدة تجب عليها ، ولو لم تكن مدخولاً بها . لقول الله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن

أربعة أشهر وعشرا (١) . فقد أوجبت الآية الكريمة على الزوجات اللاتي توفى أزواجهن : أن يتربصن بأنفسهن المدة المذكورة في الآية الكريمة . بدون تفرقة بين المدخول بها ، وغير المدخول بها منهن . وقد انعقد الأجماع على أن الآية . وردت في الذين يتوفون عن زوجات من نكاح صحيح . فلا تشمل الزوجة من نكاح فاسد . فلا تعتد عند الوفاة .

وإن كانت الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح . لسبب غير الوفاة . وكانت الزوجة مدخولا بها حقيقة ، أو حكما . وجبت عليها العدة . لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء (٢) » . فالآية دلت بعبارة النص على أن المطلقة تجب عليها العدة . ودلت بدلالة النص . على أن العدة واجبة على من فارقتها زوجها بغير الطلاق . كما إذا حصلت الفرقة بينها بسبب خيار البلوغ ، أو لنقصان المهر عن مهر المثل . وغير ذلك من الحالات التي تكون الفرقة فيها فسخا للعقد ، لا طلاقا . لأن الفرقة التي هي فسخ . كالطلاق من حيث وجوب العدة . لأن تعرف براءة رحم الزوجة التي فارقتها زوجها . وهو المقصود من وجوب العدة عليها . لا يختلف في ذلك عن الفرقة التي . هي طلاق . والفرقة التي . هي فسخ .

وأما إذا كانت الزوجة غير مدخول بها . فلا عدة عليها . لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدونها (٣) » .

(١) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٣) الآية رقم ٤٩ من سورة الأحزاب .

وفي تفسير «البيضاوي» عند تفسير هذه الآية «معنى تعتدونها : تستوفون عددها ، من عددت الدراهم . فاعتدها . كقولك : كلفته . فاكلته . أو تعدونها . والاسناد إلى الرجال . للدلالة على أن العدة حق الأزواج . وتخصيص المؤمنات ، مع أن الحكم عام . للتنبيه على أن شأن المؤمن أن لا يتزوج . إلا مؤمنة : تخيرا لنطفته » .

وأما المرأة في الزواج الفاسد . فلا تجب عليها العدة . بعد المتاركة ، أو التفريق بينها ، وبين من عقد عليها الزواج الفاسد . إلا إذا كان قد دخل بها دخولا حقيقيا .
ولا فرق في الأحكام السابقة . بين المرأة المسلمة ، والمرأة الكتابية . متى كان الزوج مسلما .

حكمة العدة

أوجبت الشريعة الاسلامية العدة على الزوجة بعد الفرقة بينها وبين زوجها . للأمور الآتية :

١ - : تعرف براءة رحم المرأة من الحمل . إذ تبرئها المدة المحدودة لعدتها . يتبين ما إذا كان بها حمل . أو لم يكن بها حمل . وبذلك تصان الأنساب من الاختلاط .

ب- : إتاحة الفرصة للزوج في أن يراجع زوجته . فقد يرى أن الخير في أن يراجع زوجته ، ويعيدها إلى عصمته . فتعود الحياة الزوجية بينهما . كما كانت قبل الفرقة بينهما .

ح- : إظهار الحزن ، والأسف . على فوات نعمة الزوجية ، أو على وفاة الزوج .

وفي أية عدة . يتحقق معها واحد أو أكثر من هذه الأمور .

أنواع العدة

تنقسم العدة إلى ثلاثة أنواع :

١ - : عدة بالحيض .

٢ - : عدة بالأشهر .

٣ - : عدة بوضع الحمل .

والبيان التفصيلي لهذه الأنواع ، ولمن تعتد بأى نوع منها : الآتى :

المرءة بالحيض : إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول حقيقية ، أو حكما . بسبب غير وفاة الزوج ، وكانت الزوجة من ذوات الحيض ، ولم تكن حاملا وقت الفرقة . فانها تعتد بالحيض . وتنقضى عدتها بثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة . لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . والقروء : جمع ، ومفرده : القراء . والقراء . فى اللغة العربية . يطلق على الحيض ، وعلى الطهر الذى يتخلل بين الحيضات . واختلف فقهاء الصحابة فى معنى كلمة « القروء » فى الآية الكريمة . فذهب جماعة منهم إلى أن معناها : الحيضات . وبهذا أخذ « الحنفية » ، وذهب جماعة آخرون منهم أن معناها : الأطهار . وبهذا أخذ « الشافعية » ، و« المالكية » (١) .

وإذا طلق الرجل امرأته أثناء الحيض فلا تحسب هذه الحيضة التى وقع فيها الطلاق . لأن العدة بالحيض مقدرة شرعا . بثلاث حيضات كوامل . فلا ينقص عنها .

وأقل مدة لانتهاء العدة بالحيض : ستون يوما عند الامام « أبى حنيفة » ورأيه هو المعمول به . وبيان ذلك أن المعتدة بالحيض تحتاج إلى ثلاث حيضات لانقضاء عدتها بالحيض ، يتخللها طهران بالضرورة . وتقدر كل حيضة . بأقصى مدة الحيض . وهى عشرة أيام . للاحتياط . ومقدار أقل الطهر : خمسة

(١) وفى « الكفاية على الهداية » : وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا طلق الرجل امرأته فى طهر لم يجامعها فيه لا تنقضى العدة (عند الحنفية) ما لم تطهر من الحيضة الثالثة . وعند « الشافعية » كما شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها (ج . ٤ ص

عشر يوماً ، ولا حد لأكثره . فيكون مجموع الأيام : ستة من يوم (١) . وبناء على رأى الامام المفتى به . إذا ادعت المعتدة بالحيض . انتهاء عدتها بالحيض ثلاث مرات بعد الطلاق . فان كان قد مضى ستون يوماً فأكثر من تاريخ الطلاق . صدقت . فى قولها بيمينها ، وتكون العدة منتهية . فلا تصح مراجعتها بعد ذلك . وان كانت العدة من تاريخ الطلاق أقل من ستين يوماً . فلا تصدق فى ادعائها انتهاء عدتها بالحيض ثلاث مرات . لأن المدة لا تحتمل انقضاء العدة . فيصح لمطلقها أن يراجعها . لو كانت مطلقة رجعيًا . لأنها لا تزال فى العدة .

العدة بالأشهر

يعتد بالأشهر نوعان من النساء :

النوع الأول : من ليست من ذوات الحيض . بأن كانت صغيرة دون البلوغ ، أو بلغت . بالسن ، وهى ١٥ سنة . ولم تحض بعد . أو كانت آيسة ، أى بلغت سن اليأس . وهى ٥٥ سنة على المفتى به ، وانقطع عنها الدم .

وسن اليأس للمرأة . هى : السن التى تنقطع « العادة الشهرية » عن النساء . واختلف العلماء فى تقديرها . فقدرها « الجمهور » بخمس وخمسين سنة . وعليه الفتوى . والمعول عليه علمياً : أن حياة المرأة التناسلية لا تنهى فى سن معينة بالنسبة . لجميع النساء . لأن سن اليأس . تختلف باختلاف النساء . صحة ، ومرضا ، وقوة ، وضعفاً . فليس هناك سن مقدرة محدودة ، لسن

(١) وأقل مدة لانتهاء العدة بالحيض : تسعة وثلاثون يوماً . عند « الصحابين » . لأنها يقدران كل حيضة . بأقل مدة الحيض . وهى ثلاثة أيام . فيكون مجموع الأيام : تسعة وثلاثين يوماً .

اليأس . بالنسبة لكل النساء . وقد دلت البحوث العلمية ، والاحصائيات الطبية على أن الغالب في النساء انقطاع « العادة الشهرية » عنهن عند الخامسة والأربعين ، وقد تستمر عادة بعض النساء منتظمة . إلى ما بعد الستين . ولكن ذلك أمر نادر . فالمرأة التي من هذا النوع . إذا لم تكن حاملا وقت الفرقة . فإنها تعتد بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة . بغير وفاة زوجها . والدليل على هذا : قول الله تعالى : « واللاتي يؤسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن (١) » . ومعنى الآية : ان شككتم في عدة المرأة الآيسة ، وجهلتم . فعدتها ثلاثة أشهر ، ومثلها التي لم تحض . في أن عدتها ثلاثة أشهر . والمرأة التي لم تحض أصلا تشمل الصغيرة التي لم تبلغ ، والتي بلغت بالسن . ولكنها لم تحض بعد .

النوع الثاني : المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح . فان عدتها متى كانت غير حامل وقت وفاة زوجها : أربعة أشهر وعشرة أيام ، ولو كانت من ذوات الحيض . لقول الله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

وأما إذا توفى عنها زوجها في زواج فاسد قبل المتاركة بينهما ، وبعد أن دخل بها دخولا حقيقياً ، فعدتها ثلاثة قروء ، ان كانت من ذوات الحيض وثلاثة أشهر ، ان لم تكن من ذوات الحيض . ولا تعتد عدة الوفاة . لأن المراد من قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم » : الأزواج في النكاح الصحيح بالاجماع . ولأن العدة في حقها . لتعرف براءة رحمها من الحمل ، لا لإظهار الحزن على وفاة زوجها . حيث إن الزواج غير صحيح شرعا .

وإذا وجبت العدة على أحد هذين النوعين من النساء . تعتبر الأشهر بالأهلة . إذا وجبت العدة في أول الشهر ، ولو نقص عدد أيام بعض الأشهر عن ثلاثين يوما ، وتعتبر الأشهر بالأيام . إذا وجبت العدة أثناء

الشهر . فلا تنتهى العدة . إلا بعد تسعين يوما . إذا كانت الفرقة لغير وفاة الزوج . ولا تنتهى إلا بعد ١٣٠ يوما ، إذا كانت الفرقة لوفاة الزوج .

العدة بوضع الحمل

إذا كانت المرأة حاملا وقت الفرقة . من زواج صحيح ، أو فاسد ، أو من دخول بشبهة . تنقضى عدتها بوضع الحمل . بعد الفرقة ، ولو بلحظة . سواء كانت الفرقة . بسبب وفاة الزوج ، أو غيرها . لقوله عز وجل : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن (١) » . وهذا النص عام . يشمل من توفى عنها زوجها ، وغيرها . ويشترط فى الحمل : أن ينفصل ظاهرا كل خلقه ، أو بعضه (٢) . وإن لم يكن كذلك . فلا تنقضى العدة . إذ لا يصدق عليها حينئذ : أنها وضعت حملها . فتعتد بالحيض ، أو بالأشهر . حسب الأحوال .

وغيرها ما نقرم : أن الزوجة إذا كانت حاملا وقت الفرقة بوفاة ، أو غيرها . فعدتها : وضع حملها ، وإن لم تكن حاملا . وكانت الفرقة بسبب الوفاة . فعدتها : أربعة أشهر وعشرة أيام . ولو كانت من ذوات الحيض . وإذا كانت الفرقة بغير الوفاة . فعدتها : ثلاث حيضات ، إن كانت من ذوات الحيض . وإلا فعدتها : ثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة .

وإن المرأة فى الزواج الفاسد . تختلف عن الزوجة فى الزواج الصحيح . فى أنها لا تعتد عدة الوفاة . لو توفى من تزوجها زواجا فاسدا قبل المتاركة ، وفى أن العدة لا تجب عليها . إلا إذا كانت مدخولا بها حقيقة .

(١) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق .

(٢) وإن وضعت توأمين ، فأكثر . فانتهاه عدتها . بوضع آخر التوأمين ، أو التوائم .

تحول العدة من نوع إلى آخر

علمت مما سبق : أنواع العدة ، ومن تعتد بكل نوع منها . وقد يحدث في بعض الأحوال : أن الزوجة تفارق زوجها . وهي ليست من ذوات الحيض ؛ فتبدأ العدة بالأشهر . ثم يجيئها الحيض أثناء العدة بالأشهر . وقد تكون وقت الفرقة من ذوات الحيض . فتبدأ العدة بالحيض ، وقبل انتهاء العدة بالحيض ينقطع عنها الدم ، أو يستمر بدون انقطاع ، وقد تكون الفرقة بالطلاق . فتعتد عدة الطلاق ، وفي أثناء العدة يتوفى عنها زوجها . فاذا حدث شيء مما ذكر . فإن ذلك يستدعي تحول العدة . من نوع إلى آخر من أنواع العدة .

تحول العدة من الأشهر إلى الحيض

من تعتد بالأشهر لفرقة بسبب غير وفاة الزوج ، إذا جاءها الحيض . قبل انتهاء العدة بالأشهر . فإنه يلغى ما مضى من عدتها بالأشهر ، وتستأنف عدتها بالحيض ، وتنتظر . حتى تنتهي عدتها بثلاث حيضات كوامل . بعد مجيئها الحيض أثناء العدة . وأما إذا رأت الدم بعد انقضاء عدتها بالأشهر ، فلا تستأنف العدة بالأشهر . لانقطاع آثار الزوجية بينها .

تحول العدة من الحيض إلى الأشهر

إذا كانت المرأة ممن تعتد بالحيض ، وبدأت عدتها بالحيض ، واستمر نزول الدم قبل انقضاء عدتها بثلاث حيضات . بدون انقطاع : حتى لا تتمكن

من أن تميز أيام حيضها عن أيام طهرها . فان كانت لها عادة معروفة لأيام
حيضها وطهرها ، إتبعت عاداتها في ذلك . فتنهى عدتها بمضى مدة كافية .
لثلاث حيضات . بحسب عاداتها المعروفة لها . وإن لم تكن لها عادة معروفة ،
أو كانت لها ، ونسيت عاداتها . فالرأى المقتى به في المذهب « الحنفى » :
أن عدتها تنهى . بسبعة أشهر من تاريخ الفرقة . وبيان ذلك : أن يعتبر لها
ثلاث حيضات . تقدر بثلاثين يوما . أى يقدر لكل حيضة أقصى مدة لحيض .
وهى عشرة أيام . ويعتبر لها ثلاثة أطهار . يقدر كل طهر بشهرين . أى
بأربعة أمثال أقل مدة الطهر . وذلك كله للاحتياط .

وهناك رأى آخر يقول : إن عدتها في هذه الحالة تقدر بثلاثة أشهر .
من تاريخ الفرقة . اعتبارا بالأمر الغالب . لأن المرأة في الأعم الأغلب من
الحالات . تحيض مرة كل شهر . فتكون الثلاثة الأشهر مشتملة على ثلاث
حيضات . وواضح : أن هذا الرأى . هو : المعقول . فضلا عما في الأخذ
والعمل به من يسر . على الأزواج ، والزوجات . فلا تنتظر الزوجة مدة طويلة
لانقضاء عدتها ، ولا يلزم الزوج بالانفاق على معتدته مدة طويلة . وتسمى
المرأة في هذه الحالة . بالمتحيرة . لتحيرها في أمر طهرها ، وحيضها .

وأما إذا انقطع الدم عنها أثناء العدة ، واستمر طهرها . فإنها تعتد بالحيض ،
وتظل معتدة . حتى تحيض ثلاث حيضات . لأنها من ذوات الحيض . فاذا لم
تحض . فلا تنقضى عدتها ، حتى تبلغ سن اليأس . فتعتد بثلاثة أشهر . لأنها
أصبحت يبلوغها سن اليأس . ممن تعتد بالأشهر .

ولما كان في العمل بهذا الرأى ضرر عظيم للأزواج ، لأن الزوج ملزم
بالانفاق على معتدته . ما دامت في العدة . ومن السهل على المعتدة : أن
تدعى انقطاع الدم عنها . واستمرار طهرها . ليتسنى لها بذلك : أن تأخذ من
مطلقها نفقة عدتها عدة سنوات . فقد تدارك المشرع ذلك وعالجها بما جاء في
المادة ١٧ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » ونصها :

« لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة . من تاريخ الطلاق »
وبهذا النص الصريح . وضع المشرع حدا لتلاعب المعتدات ، واحتياهن . في
أخذ نفقة عدتهن بغير حق . ولم يتعرض المشرع للعدة ذاتها . فبقى الأمر بالنسبة
لانتهاؤها . كما كان قبل صدور القانون المذكور . فالمطلقة التي تدعى انقطاع
الدم عنها أثناء العدة ، واستمرار طهرها ، ليس لها : أن تطالب مطلقها بنفقة
عدة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، وان كانت لا تزال في العدة .
حتى تحيض ثلاث حيضات ، أو تبلغ سن اليأس . فتعتد بالأشهر ، وتنتهي عدتها
بثلاثة أشهر . ابتداء من تاريخ بلوغها سن اليأس .

تحول عدة الطلاق إلى عدة وفاة

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا . ثم توفى ومطلقته لا تزال في العدة .
فإنها لا تكمل عدة الطلاق . بل تعتد عدة الوفاة . ابتداء من وقت وفاة زوجها .
لأن المطلقة رجعيا زوجة من كل وجه . ما دامت في العدة . ولذا يتوارثان .
إذا توفى أحدهما . وهي في العدة . فينطبق عليها قول الله تعالى : « والذين
يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا ، ثم توفى . وهي في العدة . فإنها تكمل
عدة الطلاق ، ولا تعتد عدة الوفاة . إذ لا يصدق عليها : أنها زوجة وقت وفاة
مطلقها . فلا تنطبق عليها الآية . وذلك لانقطاع الزوجية بينها ، وبين مطلقها .
من وقت الطلاق . ولذلك لا توارث بينهما . إذا توفى أحدهما ، وهي في العدة .
لعدم وجود سبب الارث بينهما . وهو الزوجية وقت الوفاة . إلا إذا كان
قد طلقها . وهو مريض مرض الموت ، وتحققت شروط الفرار من الإرث .
وورثت منه بالفعل . فإنها في هذه الحالة . تعتد بأبعد الأجلين : من عدة الطلاق ،
وعدة الوفاة . وهذا ما سنبينه في الحلال .

العدة بأبعد الأجلين

وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً . وهو مريض مرض الموت . ثم توفى في مرضه ، وهي لا تزال في العدة . وتحققت شروط الفرار من الارث . فإنها تعتد بأبعد الأجلين : من عدة الطلاق . وعدة الوفاة ، وذلك أننا لما جعلنا المعتدة وارثة من زوجها المتوفى . وهي في العدة . فقد اعتبرنا الزوجية التي هي سبب الارث : قائمة عند وفاته . حتى ورثت منه بها ، فهي حينئذ زوجة توفى عنها زوجها . فتعتد عدة الوفاة . لهذا الاعتبار . وإذا لاحظنا أن بالطلاق البائن تكون الزوجية قد انقطعت . من وقت حصول الطلاق . فتعتد عدة الطلاق . لهذا الاعتبار . فإعادة للاعتبارين ، وعملاهما ، أوجبنا عليهما أبعد الأجلين : من عدة الطلاق ، وعدة الوفاة .

وعدة الطلاق تبتدىء من تاريخ الطلاق ، وعدة الوفاة من وقت الوفاة . فلو فرضنا أنها حاضت قبل الوفاة حيضتين ، ولم تحض الثالثة بعد الوفاة ، حتى انتهت عدة الوفاة . فإنها تكمل عدة الطلاق . وإذا حاضت الحيضة الثالثة بعد الوفاة ، ولم تكن عدة الوفاة قد انتهت . فإنها تكملها .

وهذا ما سبق : أنها تعتد بعدة الطلاق ، وعدة الوفاة . لأن أقصرهما داخل في أبعدهما .

وأما إذا توفى المطلق في مرض موته . بعد انتهاء عدة من طلقها بائناً . وهو مريض مرض الموت . فإنها لا تعتد عدة الوفاة . لانقطاع الزوجية بينها من كل وجه وقت وفاته ، بانتهاء عدتها منه . ولذلك لا ترث منه في هذه الحالة ، ولو كان قصده من تطليقها . حرمانها من أن ترث منه . إذ لا يمكن في هذه الصورة : أن تعتبر الزوجية التي هي سبب الارث قائمة وقت استحقاق الارث . وهو وقت الوفاة . لانقطاعها وقتئذ ، وعدم بقاء أى أثر من آثارها . بانتهاء عدتها منه .

مبدأ العدة ونهايتها

تبتدىء العدة بعد الفرقة مباشرة . فى الزواج الصحيح . سواء كانت الفرقة بطلاق ، أو فسخ ، أو بموت الزوج . لأن العدة سببها : الفرقة ، ومتى وجد السبب وجد المسبب . وتبتدىء من وقت المتاركة ، أو التفريق ، أو موت الزوج . فى الزواج الفاسد . ولا يشترط فى ابتداء العدة : أن تعلم الزوجة بالفرقة بينها ، وبين زوجها . بل تبتدىء العدة بمجرد وجود سببها . وهو الفرقة . وتنتهى بانتهاء أجل العدة . ولو لم تعلم الزوجة حصول سبب العدة . لأن العدة عبارة عن مدة حددها الشارع . لانتظار المرأة . فلا يشترط العلم بابتدائها ، ولا بمضيها ، ولا بسببها .

نفقة العدة

يراعى فى تقرير نفقة العدة : ما يراعى فى تقدير النفقة الزوجية . وتعتبر النفقة التى تستحقها المطلقة من تاريخ الطلاق : ديناً صحيحاً . من غير توقف على قضاء القاضى ، أو تراضى الطرفين . فلا يسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء . كما فى النفقة الزوجية . وهذا ما عليه عمل المحاكم .

وليس للمعتدة أن تأخذ نفقة عدة . لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . على ما عليه العمل فى المحاكم . ولا يجوز لها أن تنفذ بحكم نفقتها . لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . فقد نصت المادة ١٧ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » على أنه : « لاتسمع الدعوى لِنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » كما نصت المادة ١٨ من القانون المذكور على أنه : « لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون . لمدة تزيد على سنة . من تاريخ الطلاق » .

فاذا صدر للمطلقة على مطلقها حكم بنفقة . فله أن يطلب بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق : ابطال الحكم ، وأمرها بالكف عن مطالبته بالمفروض لها عليه . وتحكم له المحكمة بذلك . بناء على طلبه . بعد اثبات دعواه .

من لا نفقه لها من المعتدات

لا تستحق المعتدات الآتية نفقة عدة شرعا :

١ - المتوفى عنها زوجها . لا نفقة عدة لها على زوجها المتوفى ، ولا على غيره من ورثته . إذ لا سبيل إلى إيجاب نفقتها على زوجها المتوفى . لانتهاء ملكه بالوفاة (١) . كما لا سبيل إلى إيجابها على غيره . من ورثته . لأن النفقة حق شخصي مترتب على عقد الزواج الذي هو عقد شخصي محض . فكل ما يترتب عليه . من الحقوق : يكون حقاً شخصياً . فلا مسوغ لإيجابه على غير الزوج (٢) .

ب- المعتدة لفرقة من قبل الزوجة : بسبب هو معصية . كردتها عن دين الاسلام طوعا ، واختيارا . وفعالها مع أحد أصول زوجها ، أو مع أحد

(١) يقول «أبو بكر الرازي» في كتابه القيم «أحكام القرآن»: «وقد اختلف أهل العلم في نفقة المتوفى عنها زوجها . ونقل أقوالا عن علماء السلف . ومن تلك الأقوال : ما روى عن «علي» رضي الله عنه : أنه قال : الحامل إذا مات عنها زوجها . فنفقة عدتها من جميع التركة ، وقال ابن أبي ليلى : نفقتها في مال الزوج . بمنزلة الدين على الميت . إذا كانت حاملا» ٥١ . راجع الكتاب المذكور ج ١ ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

(٢) والقول بأنه لا سبيل إلى إيجاب نفقة المتوفى عنها زوجها على زوجها المتوفى . لانتهاء ملكه بالوفاة : غير مسلم . لأن الفقهاء نضوا على أن التركة تبقى على حكم ملك المورث . حتى تستوفى الحقوق الواجبة المتعلقة بها . كالديون ، والوصايا . فتعتبر نفقة عدة زوجته من تلك الحقوق المتعلقة بالتركة . فتؤدي منها . كما تؤدي منها الديون ، والوصايا .

فروعه : ما يوجب حرمة المصاهرة . لأنها في هذه الحالة تستحق العقاب على ارتكابها الفعل المحرم . فلا تجب النفقة التي هي من باب التقدير ، والاحترام .

ج - المعتدة لفرقة من زواج غير صحيح ، أو من دخول بشبهة . لا نفقة لها . لأن عقد الزواج الفاسد لا يترتب عليه . أى حق من حقوق الزوجية ، ولا تجب للمرأة في عقد الزواج الفاسد النفقة على من تزوجها ، فبطريق الأولى لا تجب لها نفقة . بعد المتاركة ، أو التفريق بينهما .

وعدم استحقاق المرأة المدخول بها بشبهة النفقة : واضح . إذ لا يوجد عقد أصلاً في المدخول بها بشبهة :

وكل معتدة ليست داخلة في الأنواع الثلاثة المتقدمة . فإنها تستحق نفقة عدة ، وهذه تشمل نوعين من المعتدات :

١ - : كل معتدة لفرقة من قبل الزوج . سواء أكانت الفرقة طلاقاً ، أو فسحاً ؛ وسواء كان سبب الفرقة محظوراً ، أو غير محظور .

٢ - : كل معتدة لفرقة من قبل الزوجة . بسبب غير محظور . كما إذا كانت العصمة بيدها . فطلقت نفسها من زوجها ، و كما إذا اختارت نفسها عند بلوغها ، وفسخ العقد . وكذا إذا فسخ عقد زواجها ، لنقصان مهرها عن مهر المثل . بطلب وليها العاصب . لأن وليها يعتبر من قبلها .

والفرقة بسبب تطليق القاضى الزوجة على زوجها . بناء على طلبها . في الحالات التي يجوز للقاضى أن يطلقها من زوجها : تعتبر من قبل الزوج . فتستحق نفقة عدتها عليه . لأن القاضى ناب عن الزوج في التطليق . فكأن الزوج هو الذى طلق زوجته .

ما يجب على المعتدة

يجب على المعتدة في أثناء العدة أمران : أحدهما عام . في كل معتدة ، والآخر خاص . ببعض المعتدات .

الأمر الأول : يجب على كل معتدة أن تعتد في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة . سواء كانت الفرقة طلاقا ، أو فسحا ، وسواء كان سببها : موت زوجها ، أو غيره . حتى لو وقعت الفرقة ، أو حصل موت زوجها . وهي غير موجودة في بيتها ، وجب عليها أن تعود إليه فوراً . والدليل على أن المعتدة يجب عليها أن تمكث في بيتها . حتى تنتهي عدتها : قول الله تعالى في المعتدات : « لا تخرجوهن من بيوتهن (١) » .

والحكمة في هذا : أن تكون المطلقة قريبة من مطلقها . ليتمكن من مراقبة أعمالها ، وأحوالها ، وليقوم بصيانتها . مدة بقاء آثار الزوجية بينها ، ولعله يرى من أخلاقها ، وعفافها : ما يعيد إليها الحياة الزوجية . قال تعالى : « لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » .

وان تكون المتوفى عنها زوجها قريبة من المعالم ، والأمكنة . التي كانا يعيشان فيها . فيحملها ذلك على القيام بواجب الوفاء . حتى تنقضى عسدة الوفاة .

وإذا تركت المعتدة مسكن العدة ، بدون عذر مقبول ، وسكنت في منزل آخر . اعتبرت ناشزة . فتسقط نفقة عدتها . ان كانت لها نفقة . حتى تعود إلى مسكن العدة . وإذا اضطرت المعتدة إلى ترك مسكن العدة ، والانتقال إلى مسكن آخر . لعذر مقبول . جاز لها ذلك ، ولا تعد ناشزة . لأن الضرورات تبيح المحظورات .

ومن الأعدار المقبولة : أن يكون مسكن العدة آيلاً للسقوط ، أو بعيداً عن العمران . تخاف من السكنى فيه . على نفسها ، أو مالها . أو أن يخرجها منه الورثة ، أو صاحب المنزل قهراً عنها ، وغير ذلك من الأعدار المقبولة التي تبيح انتقالها إلى مسكن آخر .

وقد نص الفقهاء على أن معتدة الطلاق لا تخرج من بيتها . لقضاء مصالحها . لأن مطلقها متكفل بما يلزمها . لأن نفقتها واجبة عليه . فقضاء مصالحها ليس عذرا مقبولا لخروجها . بخلاف معتدة الوفاة . فلها أن تخرج لقضاء مصالحها . إذ ليست لها نفقة عدة . ولكنها لا تبيت خارج منزلها . لأن الضرورة تقدر بقدرها .

الرُّومُ الثَّانِي : الحداد في مدة العدة . وهو واجب على المتوفى عنها زوجها من زواج صحيح ، وعلى المطلقة طلاقا بائنا . والحداد (والإحداد) . عبارة عن ترك الزينة . فلا تترين المعتدة ، ولا تلبس الثياب الحريرية ، ولا تطيب ما دامت في العدة .

والحكمة في ذلك : إظهار الحزن ، والأسف . على وفاة زوجها ، ان كانت المرأة تعتد عدة وفاة ، وإظهار الحزن على فوات نعمة الزواج الذي هو سبب لصيانتها ، وكفاية موثنتها ، ان كانت معتدة طلاق بائن . وقال « الشافعي » : لا يجب الإحداد على المطلقة طلاقا بائنا . لأن الزوج آذاها بهذا الطلاق . فكيف تأسف على فراقه .

ولما كان الطلاق الرجعي لا يقطع الرابطة الزوجية . ما دامت المطلقة في العدة . فالمطلوب من المطلقة رجعيا : أن تترين ، وتتجمل ، أثناء العدة . حتى يرغب زوجها . في ارجاعها إلى عصمته . لتعود الحياة الزوجية بينها إلى ما كانت عليه قبل الطلاق .

ثبوت النسب

من أهم الحقوق المترتبة على الزواج : ثبوت نسب الأولاد الذين هم ثمرة الزوجية بين الزوجين .

ويثبت نسب الولد من أمه . بمجرد ولادته . في جميع الحالات ، بدون توقف على شيء آخر ، ومن غير حاجة إلى إثبات . سواء كانت الولادة من زواج صحيح ، أو من زواج فاسد ، أو من غير زواج أصلاً ، كالسفاح ، والدخول بالمرأة بشبهة .

ويثبت نسب الولد من أبيه . بواحد من ثلاثة أمور :

أ - : الفراش .

ب - : الاقرار .

ج - : البيينة .

وإذا ما ثبت نسب الولد من أبويه ، فانه تثبت له عليها حقوق أخرى ، مثل حفظه ، وتربيته . والقيام بكل ما يلزمه من رضاع ، وحضانة ، ونفقة . وتعليم ، وغير ذلك . مما هو في حاجة إليه . لأن الطفل بعد ولادته عاجز عجزاً كلياً . فهو في حاجة إلى من يعتنى به . وإلى من يقوم بكل ما يلزمه . لحفظه ، وتغذيته ، وتربيته . ولما كان أبواه أقرب الناس إليه ، فهما أحق الناس ، وأولاهم . بالقيام بشئونه . فيقوم كل واحد منهما . بما هو أقدر عليه من الآخر . مراعاة لمصلحة الولد على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد .

ويترتب أيضاً على ثبوت النسب : حقوق القرابة . كصلة الرحم ، والانفاق . على من يستحق النفقة . من الأقارب . وسنين حقوق الأولاد

على الآباء والأمهات . والحقوق الثابتة لبعض الأقارب على البعض . في الأبحاث الآتية . بعد الانتهاء من بيان طرق ثبوت النسب الثلاث : الفراش ، والإقرار ، والبينة .

ثبوت النسب بالفراش

الفراش : كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد (١) . ويتحقق الفراش الذي يثبت به النسب ، بدون حاجة إلى شيء آخر في الزواج الصحيح : بنفس العقد . ولهذا تحتسب مدة الحمل في الزواج الصحيح . من وقت العقد ، لامن وقت الدخول الحقيقي بالزوجة . ويتحقق الفراش في الزواج الفاسد : بالدخول الحقيقي ، لا بنفس العقد الفاسد . ولهذا تحتسب مدة الحمل في الزواج الفاسد . من وقت الدخول الحقيقي ، لا من وقت العقد .

والفراش في الزواج الصحيح : عبارة عن الزوجية القائمة بين الرجل ، والمرأة . وقت ابتداء الحمل . فإذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية الصحيحة بينها ، وبين زوجها . يثبت بالفراش - الزوجية الصحيحة - نسب ولدها منه . إذا توافرت شروط ثبوت النسب . بنفس الفراش ، بدون حاجة إلى بيعة ، ولا إلى إقرار الزوج بالبنوة . لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش (٢) ، وللعاهر الحجر » . ومعنى الحديث : أن الولد ثمرة الفراش - الزوجية - . فينسب إلى الزوج : صاحب الفراش ، ويثبت نسبه منه ، وللعاهر

(١) هكذا عرف « السيد الجرجاني » في كتابه « التعريفات » الفراش . وفسره « أبو الحسن الكرخي » بالعقد . وقال « شهاب الدين أحمد الشلبي » في حاشيته على « الزيلعي » : إن الفراش : كون المرأة بحال لوجاءت بولد ، يثبت نسبه منه (ج ٣ ص ٣٩) .

(٢) أى الولد لصاحب الفراش على حذف المضاف . كذا قال « المطرزي » . (راجع حاشية « شهاب الدين الشلبي » على « الزيلعي » ج ٣ ص ٣٩) .

الذى لا يطلب النسل من طريقه المشروع : الخيبة ، والحسران . يقال للشخص الذى خاب ، ولم يجن ثمرة من فعله : « له الحجر » .

وإنما ثبت النسب بالفراش من غير حاجة إلى شىء آخر . لأن الزوجة مقصورة على زوجها . ليس لغيره حق التمتع بها ، ولا يحل لها : أن تتمكن غير زوجها من الاستمتاع بها . فيقتضى ذلك اعتبار حمل الزوجة من زوجها ، ولا يلتفت إلى احتمال أن يكون حملها من غير زوجها ، سراً للأعراض ، وحفظاً للأنسب ، وإحياء للولد من الضياع . ولأن الأصل فى الناس الصلاح والاستقامة ، وأن يلزموا حدود الله . فلا ينتهكوا حرمانه .

ما يراعى فى ثبوت النسب بالفراش

يجب فى ثبوت النسب بالفراش : أن تراعى الأمور الآتية :

١ - : إمكان حمل الزوجة من زوجها .

ب- : أقل مدة الحمل .

ج- : أقصى مدة الحمل .

فإمكان حمل الزوجة من زوجها يتحقق . بأن يتأتى الحمل من الزوج . بأن يكون بالغاً ، أو مراهقاً . أى قريباً من البلوغ ، ولم تظهر عليه بعد امارات البلوغ ، وبألا يثبت عدم التلاقى بين الزوجين . من حين عقد الزواج بينهما .

وقد نص الفقهاء على أن مبدأ الفراش فى الزواج الصحيح . من حين العقد ، وفى الزواج الفاسد . من حين الدخول الحقيقى ، لا من وقت العقد .

أقل مدة الحمل

لا خلاف بين علماء الشريعة الاسلامية . في أن أقل مدة الحمل . حتى يولد حيا : هي ستة أشهر . واستدلوا على ذلك بمجموع آيتين . من الكتاب العزيز : الآية الأولى : ووصينا الانسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها . وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (١) .

والآية الثانية : قول الله تعالى : « ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين (٢) » . والفصال : الفطام .

دلت الآية الأولى على مدة الحمل ، والفصال معا . ودلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده . وبإسقاط مدة الفصال التي . هي أربعة وعشرون شهرا . من ثلاثين شهرا : مدة الحمل ، والفصال معا . تكون مدة الحمل : ستة أشهر . ولا يمكن أن تكون هذه المدة : أقصى مدة الحمل . لأن المشاهد في كل العصور ، والأحوال يخالف ذلك . فاعتبرت الستة الأشهر أقل مدة للحمل . لكي يولد حيا .

أقصى مدة الحمل

اختلفت المذاهب الاسلامية اختلافا واسعا المدى . في تقدير أقصى مدة الحمل . لعدم وجود نص لا من الكتاب ، ولا من السنة . يدل على أقصى مدة الحمل . فقدره « الحنفية » بستين ، والامام « مالك » بخمس سنوات ، والامام « الشافعي » بأربع سنوات ، و « داود الظاهري » بتسعة أشهر ، و « محمد بن عبد الحكم » من فقهاء المالكية . بسنة هلالية . ويقول « ابن رشد » في هذه المسألة :

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الأحقاف .

(٢) الآية رقم ١٤ من سورة لقمان .

« وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة ، والتجربة . وقول ابن عبد الحكم والظاهرية : هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب : أن يكون بالمعتاد ، لا بالنادر » (١) .

وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » بشأن تحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية : ما نصه :

« ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيًا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل . ولم يبين أغلبهم رأيه فى ذلك . إلا على إخبار بعض النساء . بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر . « كأبى حنيفة » . بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة « عائشة » يتضمن أن أقصى مدة الحمل : سنتان . وليس فى أقصى مدة الحمل . كتاب ، ولا سنة . فلم تر الوزارة ما نعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعى : بأنه يرى عند التشريع . أن يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما . حتى يشمل جميع الأحوال النادرة » اهـ .

وبناء على هذا الرأى الذى أبداه أهل الخبرة من الأطباء . وضعت المادة ١٥ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . ونصها :

« لا تسمع 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 ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها . إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » اهـ .

والمعمول به بعد صدور القانون السالف الذكر : أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوما . فتحديد أدنى مدة الحمل بستة أشهر ثابت بالشرع ، وتحديد أقصاها بسنة عدد أيامها ٣٦٥ قرره التشريع الوضعى بناء على رأى الطبيب الشرعى .

(١) كتاب « بداية المجتهد » (ج ٢ ص ٣٠٠) .

وثبوت النسب ، وعدم ثبوته بالفراش حال قيام الزوجية بين الزوجين ، أو بعد انقطاع الزوجية بينهما . ينبنى على مراعاة هذه الأمور الثلاثة التي شرحناها . مع ملاحظة أن الفراش يبتدىء في الزواج الصحيح . من وقت العقد ، لا من وقت الدخول الحقيقي .

ويتفرع عن ذلك : المسائل الآتية المتعلقة . بثبوت النسب بالفراش في الزواج الصحيح .

أ - : إذا كان الزوج غير بالغ ، ولا مراهق . وجاءت زوجته بولد . فان نسب هذا الولد لا يثبت منه . لعدم إمكان الحمل منه . فلم يكن زواجهما فراشا يثبت به النسب .

ب - : إذا ثبت عدم التلاقى بين الزوجين . من حين العقد ، وجاءت الزوجة بولد . لا يثبت نسبه من زوجها ، ولا تسمع عند الإنكار دعوى نسبه منه . إذ لا يتصور : أن يكون الحمل منه في هذه الحالة .

ج - : إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر . بعد أن عاشها معايشرة الأزواج . فأنت زوجته بولد . فان كانت المدة بين غيبة الزوج والولادة سنة فأقل . ثبت بالفراش نسبه منه ، وان كانت المدة بينهما أكثر من سنة . فلا تسمع دعوى نسبه منه عند الإنكار . بنص المادة ١٥ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » - . لما عرف أن أقصى مدة الحمل سنة . فيكون : الحمل حدث . بعد أن غاب الزوج عنها . فلا يكون منه .

د - : إذا ولدت الزوجة ولدا . لأقل من ستة أشهر . من حين العقد الصحيح عليها . فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش . لأنهما حين حملت به لم تكن فراشا له . إذ الحمل سابق على الزواج بيقين . حيث لم يتحقق أدنى مدة الحمل . من بعد الزواج . ولكن إذا أقر الزوج بأنه ابنه ، ولم يصرح أنه من

الزنى ، ثبت نسبه منه باقراره . لا بالفراش . معاملة له باقراره . ويحمل اقراره على أنه كان تزوجها سرا . قبل الزواج العلني ، أو على أنه دخل بها بشبهة . فحملت منه . لأن النسب مما يحتاط في اثباته . بل يحتمل في اثباته . بقدر الامكان . ستر الأعراض . وإحياء للولد ، وصيانة له من الضياع .

وإذا جاءت الزوجة في الزواج الصحيح بولد لسته أشهر ، أو لأكثر من ستة أشهر . من حين العقد . ثبت نسبه من الزوج بالفراش . بدون حاجة إلى إثبات آخر . لمضى مدة كافية - وهي أقل مدة الحمل - لحصول الحمل بعد عقد الزواج . سواء أقر الزوج بالبنوة ، أو سكت عن الاقرار بها . ما دام لم يثبت عدم التلاقي بين الزوجين ، وما دام الزوج بالغا ، أو مراهماً . يمكن الحمل منه .

وإذا نفي الزوج نسب هذا الولد منه . فلا ينتفى نسبه منه . إلا بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون نفيه وقت الولادة ، أو وقت الاعداد لها

بشراء ما يحتاج إليه في الولادة ، أو في أيام التهنئة المعتادة بالولادة (١) . هذا إذا كان الزوج حاضرًا وقت الولادة ، وان كان غائبًا ، فوقت علمه بالولادة :

وإذا سكت الزوج عن نفي نسب الولد . إلى أن مضت مدة النفي . اعتبر

سكوته : إقرارا بنسبه منه . فلا يقبل بعد ذلك نفي نسبه منه ، كما لا يقبل منه ذلك . بعد أن يصرح بأن الولد منه .

الشرط الثاني : أن يلاعن زوجته .

واللعان . في اللغة : الطرد ، والابعاد . وفي الاصطلاح : شهادات

(١) وقدر « الصحابان » أيام التهنئة المعتادة بمدة النفاس . لأنها أثر الولادة . وهي أربعون يومًا بعد الولادة ، ولم يقدرها « أبو حنيفة » بمدة معينة . لأن أيام التهنئة تختلف باختلاف الناس . وروى عنه تقديرها بثلاثة أيام . كما روى عنه تقديرها بسبعة أيام .

مؤكدات بالإيمان مقرونة من جانب الزوج باللعنة ، وبالغضب من جانب الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنى في حقها ، يؤديها الزوجان أمام القاضي .

كيفية اللعان

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى (١) ، أو بنى نسب ولدها منه ، أو بها معا ، ولم يثبت ذلك بأربعة شهود ، وطلب إقامة حد الزنى عليها ، وطلبت هي إقامة حد القذف عليه . فالواجب حينئذ: اللعان . فيأمر القاضي الزوج بأن يلاعن زوجته . فيشهد أربع مرات . يقول في كل مرة : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به . من الزنى ، أو من نفي الولد - حسب ما كان منه من القذف - ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، أو من نفي الولد .

ثم تشهد الزوجة أربع شهادات ، تقول في كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى ، أو من نفي الولد . وتقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى ، أو من نفي الولد (٢) .

(١) وأما إذا قذف الرجل امرأة ليست زوجته بالزنى ، ولم يثبت ذلك بأربعة شهود . فإنه يحد حد القذف . وهو ثمانون جلدة . لقول الله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون » (الآية رقم ٤ من سورة النور) .

(٢) والسر في أن المرأة تقول في الخامسة : غضب الله عليها . وفي أن الرجل يقول في الخامسة : لعنة الله عليه : أن النساء يستعملن كلمة « اللعان » في كلامهن كثيراً . بدون مبالاة . فساھن يبتئن ، ولا يتحرجن عن كلمة اللعنة . لكثرة =

وإذا تم اللعان بين الزوجين بالكيفية المذكورة ، فرق القاضى بينهما بتطبيقه بائنة ، ونفى نسب الولد من الزوج (١) . ومادام القاضى لم يفرق

جريان اللعن على السننهن . فاستبدل بها الدعاء على نفسها فى مقام اللعن . بكلمة « الغضب » التى يتخرجن عنها عادة . ليكون ذلك أدمى إلى ردعهن (راجع العناية على الهداية ج ٤ ص ١١٣) .

وتسمية هذه الشهادات المؤكدات بالأيمان : « لعانا » . لوجود كلمة اللعنة فى الخامسة بعد الأربع الشهادات من الزوج . من باب تسمية الكل باسم الجزء .

(٢) وقد نص الفقهاء على أن الولد يكون أجنبيا عن الملائع . فى النفقة . فلا تحب نفقة أحدهما على الآخر ، وفى الارث . فلا توارث بينهما . كما لا توارث بين هذا الولد وبين أقارب الملائع .

وذكر الفقهاء أن الولد لا يكون أجنبيا عن الملائع فى الأمور الآتية :

١ - : الشهادة . فلا تجوز شهادة أحدهما للآخر .

٢ - : الزكاة . فلا تجوز صرف زكاة مال الملائع إليه .

٣ - : لا يقتص من الملائع إذا قتل هذا الولد .

٤ - : المحرمية : فلو أراد الملائع أن يزوج بنته من امرأة أخرى غير الملائع لمن نهى نسبه منه . فلا يحل ذلك . لاحتمال أن يكون ابنه . لأن الفراش كان موجسوداً (يراجع الفتح على الهداية ج ٤ ص ١٢٧) .

وتفريق القاضى بين الزوجين المتلاعنين يوجب حرمة مؤبدة . إلا إذا كذب الرجل نفسه بعد اللعان . وحينئذ يحل حد القذف ، ويثبت نسب الولد ، ويجوز له أن يتزوج من لاعنها مرة أخرى . بعقد جديد . وهذا مذهب « الطرفين » . وذهب « أبو يوسف » والأئمة الثلاث : « مالك » ، و « الشافعى » ، و « أحمد » . إلى أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً . لأن الحرمة بينهما مؤبدة . كحرمة الرضاع . لقوله عليه الصلاة والسلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » . وقال فى الفتح : « وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقاً . بل فسحاً » .

وقيل فى تأويل الحديث على مذهب « الطرفين » : أنها لا يجتمعان أبداً ، مادام متلاعنين . كقول الله تعالى : « ولا تصل على أحد منهم مات أبداً » . أى مادام منافقاً . وبعد اكذاب الرجل نفسه لم يبق التلاعن ولا حكمه . فيجتمعان . ولا يخفى ما فى هذا التأويل من التكلف البعيد . عما يدل عليه الحديث بظاهره (يراجع الهداية والفتح ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها ، والزيلعى ج ٣ ص ١٩) .

بينها بعد اللعان . فالزوجية قائمة بينها . حتى لو مات أحدهما بعد اللعان ، وقبل التفريق . ورثه الآخر . ما لم يوجد مانع من الارث . كاختلاف الدين . بأن كان الزوج مسلماً ، والزوجة كتائية .

والأصل الذى بنى عليه اللعان : قول الله تعالى : « والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات إنه من الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (١) » .

واتفق الفقهاء على أن اللعان لا يكون . إلا بين الزوجين في زواج صحيح شرعاً . مع قيام الزوجية بينها حقيقة ، أو حكماً . كما في عدة الطلاق الرجعى . فلا لعان بين الزوجين في زواج فاسد . وبناء على ذلك . فلا سبيل إلى نفي نسب

(١) الآيات ٦ ، ٧ ، ٨ من سورة النور .

روى عن « عبد الله بن مسعود » في سبب نزول هذه الآيات : أنه قال : كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة . إذ دخل علينا انصارى . فقال : يا رسول الله أرايتم الرجل يجد مع زوجته رجلاً . فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلمم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، ثم قال : « اللهم افتح » فنزلت آية اللعان .

وكان موجب القذف بالزنى . قبل نزول آية اللعان : حد القذف . سواء قذف الرجل زوجته ، أو امرأة أجنبية ليست زوجته .

والحكمة في وجوب أربع شهادات في اللعان : هي أن الزنى لا يثبت عند الإنكار . إلا بشهادة أربعة من الرجال . فإذا قذف الرجل امرأة أجنبية . فرماها بالزنى ، ولم يستطع اثبات ذلك . يجد حد القذف . وهو ثمانون جلدة ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » ولما كان من المتعسر اثبات ما رمى به الزوج زوجته . من الزنى ، أو نفي نسب الولد . اكتفى الشارع بأن يشهد أربع شهداء بالصفة المذكورة . وتقوم هذه الشهادات مقام أربعة شهود من الرجال على الزنى . فإذا شهدها الزوج . سقط عنه حد القذف ، وإذا شهدت الزوجة أربع شهادات بالصفة المبينة ، سقط عنها حد الزنى .

الولد الثابت بالفراش في الزواج الفاسد . لعدم تحقق أحد شرطي صحة نفي النسب . وهو التلاعن بين الزوجين .

ثبوت النسب بالفراش في الزواج الفاسد

تعتبر مدة الحمل في الزواج الفاسد من وقت الدخول الحقيقي ، لا من وقت العقد . كما في الزواج الصحيح . إذ لا فراش . في الزواج الفاسد . إلا بالدخول الحقيقي . فيراعى هذا في ثبوت النسب بالفراش في الزواج الفاسد . مع مراعاة الأمور التي تراعى في ثبوت النسب بالفراش . في الزواج الصحيح . ويتفرع على ذلك ما يأتي :

١ - : إذا ولدت المرأة المدخول بها في زواج فاسد . قبل المتاركة ، أو قبل التفريق بينهما . فان كانت الولادة لمدة ستة أشهر فأكثر من حين الدخول . ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش . لاعتبار الحمل حاصلًا بعد الدخول . بناء على أن أقل مدة الحمل : ستة أشهر . ولا ينتفى نسب هذا الولد أصلاً . لأن من شروط نفي الولد : اللعان بين الزوجين . واللعان لا يكون إلا بين الزوجين في الزواج الصحيح القائم بينهما . حقيقة ، أو حكماً . كما في عدة الطلاق الرجعي . ولهذا المعنى يقول الفقهاء : « الفراش في الزواج الفاسد أقوى من الفراش في الزواج الصحيح » .

وان كانت المدة بين الدخول والولادة أقل من ستة أشهر . لا يثبت نسب الولد من الزوج . في الزواج الفاسد بالفراش ، ولو مضى أكثر من ستة أشهر من حين العقد . لأن الحمل سابق على الدخول بيقين . لعدم مضى أقل مدة الحمل من وقت الدخول . فلم تكن المرأة فراشاً له وقت الحمل . وإذا أقر من دخل بالمرأة . في الزواج الفاسد : أن الولد إبنه ، ولم يصرح أنه من

الزنى ثبت نسبه منه باقراره لا بالفراش . ويحمل اقراره حتى يصح على أن المرأة حملت به من دخول بعقد سابق ، أو بوطء بشبهة .

ب - : وإذا ولدت المرأة المدخول بها في زواج فاسد . بعد فسخ عقد الزواج الفاسد . فان لم تزد المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل . وهي : سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوما . ثبت النسب بالفراش ، وان زادت لا تسمع دعوى النسب عند الانكار . على ما عليه العمل الآن .

ثبوت النسب بالوطء بشبهة

إذا لم يوجد عقد زواج صحيح ، ولا فاسد ، ووجد دخول بالمرأة . فان كان الدخول بشبهة . كما إذا زفت امرأة إلى رجل على أنها زوجته . فدخل بها بناء على هذا . ثم تبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها الزواج . وجاءت المرأة بولد من هذا الدخول ، لا تثبت نسبه من الرجل الذي دخل بها ، إلا إذا ادعاه . فيثبت نسبه منه بالاقرار ، لا بالفراش . لأن المسرأة لا تكون فراشا لمن دخل بها بشبهة .

وإذا لم يكن الدخول بالمرأة بناء على شبهة . كان محض زنى . لا يعتمد به في ثبوت النسب . حتى لو تزوج الرجل من زنى بها ، وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر . من حين العقد عليها . لا يثبت نسبه منه بالفراش . وان مضى أكثر من ستة أشهر . من وقت الزنى بها . لأن الحمل حاصل قبل العقد . فلم يكن هناك فراش وقت الحمل . وإذا أقر بأنه ابنه . ثبت النسب بالاقرار ، بشرط ألا يصرح أنه من الزنى . فاذا صرح أنه من الزنى . فلا يثبت النسب . لأن الزنى لا يثبت نسبا . لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » ، ولأن ثبوت النسب نعمة . فلا تنال بالمحظور .

ثبوت النسب بالفراش بعد الفرقة

إذا جاءت المرأة بولد بعد الفرقة بينها وبين زوجها . سواء كانت الفرقة بينها بالطلاق ، أو بالفسخ ، أو بوفاة زوجها ، وسواء كان الطلاق رجعيا . أو بائنا . فإن كانت المدة بين الفرقة والولادة : سنة فأقل . ثبت بالفراش نسب المولود من الزوج . ويعتبر الحمل حاصلًا وقت قيام الزوجية ، بناء على أن أقصى مدة الحمل سنة عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

وان كانت المدة بين الفرقة والولادة أكثر من سنة ، وأنكر الزوج بنوة الولد له ، ان كان حيا ، أو أنكر ورثته في حال وفاته : أن الولد ابنه . فلا تسمع دعوى نسبه . على ما عليه العمل الآن بمقتضى المادة ١٥ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . لأن الحمل في هذه الحالة حاصل بعد الفرقة . بناء على أن أقصى مدة الحمل : سنة . فدعوى نسبه يكذبها الظاهر . فلا تسمع عند الإنكار .

وإذا أقرت المعتدة بالحيض . بانقضاء العدة ، وكانت المدة تحتمله . فإقرارها صحيح ، وتنتهى العدة . فان جاءت بولد بعد ذلك . لأقل من ستة أشهر . من حين الاقرار بانقضاء العدة ، وكانت المدة بين الفرقة والولادة سنة فأقل . ثبت نسب الولد من زوجها بالفراش . ويبطل إقرارها بانقضاء العدة . لظهور كذبها في هذا الاقرار . لكونها حاملا وقت الاقرار ، وتنتهى العدة بوضع حملها . وان كانت المدة بين الفرقة والولادة أكثر من سنة . فلا تسمع دعوى نسبه . عند الإنكار .

وان ولدت بعد مضي ستة أشهر فأكثر . من حين الاقرار بانقضاء العدة ، لا يثبت النسب من زوجها بالفراش . لأن المدة بين الاقرار بانقضاء العدة وبين الولادة : كافية لحدوث الحمل . فتكون قد حملت به بعد انقضاء

العدة . فلا يثبت نسبه ممن فارقتها ، ولو كانت المدة بين الولادة والفرقة أقل من سنة (١) .

الخلاف في أصل الولادة وتعيين المولود

إذا ادعت الزوجة الولادة ، وصادقها الزوج على أنها ولدت الولد الذي تدعى : أنها ولدته . فالأمر واضح . ويثبت نسبه منه . وإن لم يصادقها ، وحصل خلاف بينهما في نفس الولادة . فادعت الزوجة : الولادة ، وأنكر الزوج حدوثها ، وقال : « ان زوجي لم تلد ، وهذا الولد الذي تدعى ولادته لقيط » أو حصل خلاف بينهما على تعيين الولد . بعد اتفاقها على نفس الولادة . فادعت الزوجة : أن الذي ولدته . هو هذا الطفل ، وأنكر . هو أن هذا الطفل . هو الذي ولدته . بأن قال : « إنها ولدت بنتا . وهذا غلام » . فان كانت الزوجية قائمة بينهما حقيقة . فالنسب ثابت بالفراش . على التفصيل الذي أسلفناه . عند تحقق شروط ثبوت النسب بالفراش . فيكون النزاع بينهما في أصل الولادة ، أو في تعيين المولود . وتكفي في إثبات كل منهما : شهادة امرأة مسلمة عدلة . لأن أصل الولادة . وتعيين المولود من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة . والمقرر فقها : أن تقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال من المسائل . كالبيكاراة ، والثبوبة ، وولادة النساء ،

(١) وفي ابن عابدين : لا يقال : إن النسب يثبت عند الاطلاق . لأنه حق الولد . فيحتاج في اثباته نظرا للولد . لأننا نقول : إن ذلك . عند قيام العقد . أما بعد زواله أصلا فلا . وهنا لما أقرت بانقضاء العدة . والقول قولها في ذلك . زال العقد أصلا ، وحكم الشارع مجلها للزوج . ما لم يوجد ما يبطل اقرارها ، ويتيقن بكنهها . وعند الاطلاق لم يوجد ذلك ، وإلا لزم أن يثبت النسب ، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار . مع أنهم أطبقوا على خلافه . لاحتمال حدوثه — أي الحمل — بعد اقرارها بانقضاء العدة . (ج ٢ ص ٦٧٩ ل بعدا) .

وعيوبهن . فلو اشترط في اثبات ذلك : نصاب الشهادة الكاملة المعتادة . لأدى ذلك إلى الحرج بالنسبة للوالدات . والحرج مرفوع شرعا . قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج (١) » وقال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (٢) » . ولهذا المعنى يثبت ما ذكر . بشهادة القابلة ، وكذا بشهادة الطيب الذي باشر ولادتها . فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه أجاز شهادة القابلة - الداية - وروى « ابن أبي شيبه » عن « ابن شهاب الزهري » مراسلا : « قضت السنة بجواز شهادة النساء . فيما لا يطلع عليه غيره . من ولادة النساء ، وعيوبهن » .

والاكتفاء في إثبات ما ذكر . بشهادة امرأة واحدة : هو مذهب « الحنفية » ، واشترط الامام « مالك » ، و « ابن أبي ليلى » . شهادة امرأتين ، واشترط « الشافعي » شهادة أربع من النساء . ولا بد من العدالة عند الكل .

وان كان النزاع بين الزوج ومعتدته . من طلاق رجعي ، أو بائن . أو بين المعتدة لوفاة زوجها ، وبين ورثته . في أصل الولادة ، وكانت الولادة في المدة التي يثبت نسب الولد بالفراش بولادته فيها ، وأنكرت ولادتها . فالولادة التي أنكرها الزوج في حال حياته ، أو ورثته بعد وفاته ، تثبت بشهادة القابلة ، وبشهادة أية امرأة مسلمة عدلة . لأن النسب ثابت بالفراش . لكونه قائما بقيام العدة . فلا حاجة إلى إثباته . وإنما مست الحاجة إلى اثبات نفس الولادة ، وتكفي في اثباتها شهادة المرأة الواحدة المتصفة بالعدالة . كما في حال قيام الزوجية بينها . وهذا رأى « الصاحبين » . وهو واضح وأما عند الامام « أبي حنيفة » فلا تثبت الولادة التي أنكرها الزوج أو ورثته . إلا بالشهادة الكاملة . وهي شهادة رجلين عدلين . أو شهادة رجل وامرأتين عدول . لأن العدة انتهت باقرارها بوضع الحمل . فصارت المعتدة أجنبية .

(١) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج .

(٢) الآية رقم ١٨٥ من سورة البقرة .

فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء . لانقضاء الفراش . بانقضاء العدة . فلا يكون الفراش قائماً . فلا يثبت به النسب . فيشترط فيه كمال الحجّة . لأن ثبوت النسب من الأجنبية لا يكون إلا بالبينة الكاملة .

وإذا كان الزوج - أو ورثته - قد اعترف بالحمل ، أو كان الحمل ظاهراً . بحيث يغلب على ظن من رآها : أنها حامل . تثبت الولادة عند «الامام» بمجرد دعوى المعتدة : الولادة . من غير حاجة إلى إثبات آخر . لأن الحمل ثابت بظهوره ، أو بالاعتراف به . فيثبت ما أفضى إليه . وهو الولادة . وعند «الصاحبين» لا تثبت الولادة التي أنكرها الزوج أو ورثته ، ولو كان الحمل بها ظاهراً . إلا بشهادة القابلة . لكون الولادة قد أنكرت . فلا بد من اثباتها . وتكفي شهادة من ذكر في اثباتها .

وإذا حصل نزاع في هذه الحالة . في تعيين المولود ، فانه تكفي في اثباته شهادة امرأة مسلمة معروفة بالعدالة . باتفاق بين الامام وصاحبيه (١) .

(١) يراجع في هذا الموضوع كتاب «الهداية والفتح» (ج ٤ ص ١٧٦) وما بعدها وكتاب «الزيلعي» (ج ٣ ص ٤٣) وما بعدها .

ثبوت النسب بالاقرار (١)

اقرار بالنسب نوهامه :

النوع الأول : إقرار بنسب على المقر . وهو الاقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له . وهي البنوة ، والأبوة ، والأمومة . مباشرة . وينحصر في الاقرار بالابن ، والبنات ، والأب ، والأم .

ويثبت بهذا النوع من الاقرار : نسب المقر له من المقر أولا ، ويستتبع ذلك : ثبوت نسب المقر له من غير المقر . ممن لهم صلوات نسبية بالمقر . متى توافرت في هذا الاقرار : الشروط لصحته . فاذا أقر شخص لآخر : أنه أبه ثبت نسبه - بنوته - من المقر أولا ، واستتبع ذلك : أن المقر له : أخ لأولاد المقر ، وأن أباه : جد له ، وان اخوته وأخواته : أعمام : وعمات . للمقر له . ومثل هذا في الحكم : ما إذا أقر فتى - أو فتاة - لرجل أنه : أبوه ، ولامرأة : أنها أمه . وما إذا أقرت امرأة لولد - والولد اسم للمولود ذكرا كان أو أنثى - : أنه ابنها ، أو بنتها (٣) .

(١) وفي الزيلعي : الاقرار في اللغة : الثبوت . يقال : قر الشيء . إذا ثبت ، وأقره غيره . إذا أثبته . وفي الشرع . عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق . وهو ضد الجحود . وشرط صحته : أن يكون المقر بالغا عاقلا طائعا .

(٢) وفي الزيلعي : « يقبل إقرار المرأة بالولد ان شهدت قابلة ، أو صدقتها الزوج . لأن قول القابلة حجة في تعيين الولد . والنسب يثبت بالفراش . والزوج هو صاحب الحق . فاذا صدقتها . فقد أقر به . فلزمها بالاقرار له . هذا إذا كانت المرأة ذات زوج ، أو معتدة . وادعت : أن الولد منه . لأن فيه تحميل النسب عليه . فلا يلزمه بقولها . أما إذا لم تكن ذات زوج ، ولا هي معتدة ، أو كان لها زوج . وأدعت : أن الولد من غيره . صح اقرارها . لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها . فينفذ عليها . فصار كما إذا ادعى هو الولد . فانه لو ادعى أنه ولده من امرأته لا يصدق في حقها إلا بتصديقها » (ج ٥ ص ٢٧) .

شروط صحة الاقرار بالنسب

ويشترط لصحة الاقرار بالنسب . حتى يثبت النسب . بهذا النوع من
الاقرار : ثلاثة شروط :

أ- : أن يكون المقر له بالبنوة : مجهول النسب . فلو كان معروف النسب
غير المقر . لا يصح الاقرار بغير هذا النسب المعروف . لأن نسب المقر له
ثابت ، والنسب متى ثبت لا يقبل التحويل ، والابطال ، وصحة الاقرار
تقتضى ابطال نسبه المعروف . إذ لا يمكن ثبوت بنوة شخص من رجلين .

ب- : أن يكون المقر له بالبنوة : ممن يولد مثله لمثل المقر . فان لم يكن
كذلك . كما إذا كانا متساويين ، أو متقاربين في السن . لا يصح الاقرار .
لأن المقر كاذب في اقراره . بحسب الواقع ، وشهادة العقل .

ج- : أن يصادق المقر له المقر على اقراره بالنسب . إذا كان أهلا
للمصادقة . بأن يكون مميزا . لأن الاقرار بالبنوة مثلا يتضمن أن المقر يدعى
على المقر له : أنه ابنه . ودعوى الانسان على الغير لا تثبت . إلا بالبينة ، أو
المصادقة . فإذا لم يصادقه لم يصح الاقرار . فلا يستتبع أثره . وان كان
المقر له غير مميز اعتبر مصادقا . لأن فائدة ثبوت نسبه من المقر . تعود عليه
في الأعم الأغلب . من الوجهة المادية . وأما من الوجهة الأدبية . فالمصلحة
متحققة للمقر له غير المميز . وهي أن يثبت نسبه . إذ المفروض : أنه لا يعرف
له نسب . لكونه مجهول النسب .

فاذا تحققت هذه الشروط في الاقرار بنسب على نفس المقر . ثبت بهذا
الاقرار النسب ، معاملة للمقر باقراره . وللمصادق بمصادقته . ولا يجوز
الرجوع عن هذا الاقرار . بعد صحته . ويترتب على هذا الاقرار بعد صحته :

جميع الحقوق ، والأحكام الثابتة . بين الأبناء والآباء ، وبين الأبناء والأمهات . ولا يترتب على ثبوت بنوة المقر له للمقر . بناء على إقراره أنه ابنه : ثبوت زوجية المقر بأم المقر له . لاحتمال أن يكون الولد من دخول بها بشبهة ، أو من دخول بها في عقد زواج فاسد ، ولا يثبت الزوجية مع هذا الاحتمال .

النوع الثاني : إقرار بنسب على غير المقر . وهو الاقرار بقراءة يكون فيها واسطة بين المقر ، والمقر له . كما إذا أقر شخص لآخر : أنه أخوه ، أو عمه ، أو جده ، أو ابن ابنه ، أو بنت ابنه . وهذا النوع من الاقرار فيه تحميل النسب على غير المقر أولاً . ثم يسرى منه تحميل النسب على المقر . فاذا أقر شخص لآخر : أنه أخوه ، اقتضى هذا الاقرار أولاً : أن المقر له ابن لأبي المقر ، ويستتبع ذلك : أنه أخ للمقر . وهذا النوع من الاقرار لا يثبت به النسب . ويجوز الرجوع عنه . ولكن يعامل المقر . بمقتضى اقراره . فيصح في حق نفسه . متى تحققت شروط صحته . لأن هذا الاقرار لا تتضمن أمرين : اقرار بنسب على الغير ، واقرار بأن المقر له يستحق على المقر حقوق القرابة . فيرد إقراره بالنسب على الغير . لكونه إقراراً على غيره . لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر . ويقبل اقراره باستحقاقه عليه حقوق القرابة ، فيعامل المقر . بمقتضى اقراره في الحقوق المالية . حيث لا يلحق الضرر بالغير . حتى لو كان المقر له بالأخوة مثلاً فقيراً عاجزاً عن الكسب ، وجبت نفقته على المقر ، ولو ورث المقر شيئاً بسبب القرابة ، شاركه المقر له فيما ورث .

وإذا مات المقر بنسب على غيره ، ولم يوجد له وارث أصلاً . بسبب من أسباب الارث . استحق المقر له تركته . بغير الارث . على ما اختاره ، «قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ » . بالشروط الآتية :

(١) : أن يكون المقر له مجهول النسب .

(٢) : ألا يثبت نسب المقر له من الغير الذى نسبه إليه المقر . بأى طريق من طرق الاثبات الشرعية . كمصادقة الغير على هذا الاقرار ، والبينة الشرعية . إذ لو ثبت نسب المقر له . بتصديق المقر عليه ، أو بأى دليل مثبت للنسب : يكون المقر له وارثاً للمقر . كباقى ورثته من النسب .

(٣) : أن يصادق المقر له على اقراره . فلو كذبه لم يصح الاقرار .

(٤) : أن يموت المقر مصراً على اقراره . إذ لو رجع عن اقراره . صح رجوعه ، وبطل اقراره - ولو صدقه المقر له فى اقراره - . لأن هذا الاقرار فى الواقع ونفس الأمر : وصية بصيغة الاقرار بالنسب . ويصح للموصى : أن يرجع عن وصيته . قبل وفاته .

(٥) : أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل من نسبه إليه المقر ، فان لم يكن كذلك لم يصح الاقرار . لأن الواقع يخالف اقراره .

(٦) : ألا يوجد مانع من موانع الارث . فاذا قتل المقر له المقر عمداً عدواناً . فلا يستحق شيئاً من تركته .

وإذا أقر رجل لآخر بأنه أخوه ، وصادق الأب على ذلك . ثبت نسبه من الأب بالمصادقة . فيكون أخاً للمقر .

التبني

التبني غير الاقرار بالبنوة . إذ التبني معناه : أن يتخذ الانسان ابن غيره المعروف نسبه : ابنا له ، أو يستحلق مجهول النسب ، ويتخذه كولده . وقد كان التبني معروفا في الجاهلية . فكان الرجل يجعل ابن غيره ابنا له . فيضمه إليه ، ويلحقه بنسبه . فينسب إليه دون أبيه . أو يستلحق مجهول النسب ، ويتخذه كولده ، وليس بولد حقيق له . ويرثه كأحد أبنائه من النسب . واستمر نظام التبني مدة من الزمن في صدر الاسلام ، إلى أن نزل قول الله تعالى : « وما جعل أديعاءكم ابناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم (١) » .

وبهذا النص نسخ نظام التبني الذي كان متبعا . فلا يسكون المتبني - ويسمى الدعى - ابنا لمن تبناه . بل هو أجنبي عنه . لأن الدعى ثابت النسب من أبيه . من النسب الثابت ، والنسب متى ثبت لا يقبل التحويل ، والابطال . أو غير ثابت النسب ، ويصرح المتبني أنه يتخذه ولدا ، وليس بولده الحقيقي . فلا يترتب على التبني أى حق من الحقوق الثابتة . بين الأبناء والآباء ، فلا يلزم أحدهما بنفقة الآخر ، ولا بأى حق من حقوق البنوة والأبوة . فلا يتوارثان ، ولا تحرم مطلقة أحدهما على الآخر . ومن تبني فتاة . فله أن يتزوجها . ما لم يوجد هناك مانع من موانع الزواج ، كما يصح للمتبني أن يتزوج المرأة التي تبنته .

(١) الآيتان رقم ٥ ، ٤ من سورة الأحزاب .

ثبوت النسب بالبينة

البينة : عبارة عن شهادة رجلين عدلين ، أو شهادة رجل ، وامرأتين عدول ، ويثبت بالبينة النسب . كما يثبت بالفراش . وبالأقرار . سواء كان النسب المدعى نسبا أصليا . وهو البنوة ، والأبوة ، والأمومة ، في الدرجة الأولى . أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية . كالأخوة ، والعمومة .

فاذا ادعى شخص على آخر : أنه ابنه ، أو أبوه ، أو أخوه ، أو عمه ، وكانت الدعوى مستوفية شروطها الشرعية ، وأنكرها المدعى عليه ، وأثبتها المدعى بالبينة ، وحكم له القاضي بدعواه . بناء على البينة . ثبت نسبه من المدعى عليه ، وترتبت عليه كل الحقوق ، والأحكام المترتبة . على قرابة النسب ، ثم إن كانت دعوى النسب بالأبوة ، أو البنوة . حال حياة الأب . أو الابن المدعى عليه . تسمع الدعوى . ولو كانت مجردة من أى حق آخر . كالارث ، والنفقة . لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد لذاته .

وان كانت دعوى النسب بما ذكر . بعد وفاة الابن ، أو الأب المدعى الانتساب إليه ، أو كانت دعوى النسب بغير البنوة ، والأبوة ، كالأخوة ، والعمومة . مطلقا . أى سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه ، أو بعد وفاته . فإن الدعوى لا تسمع شرعا . إلا في ضمن دعوى بحق آخر . لأن النسب حينئذ . غير مقصود لذاته بالدعوى . وإنما المقصود بالذات . هو ما يترتب عليه . من حقوق . كالنفقة ، والارث ، فيجب على المدعى أن يدعى بالحق المقصود له بالذات ، وفي ضمنه النسب . حتى إذا ما ثبت الحق المدعى قصدا . ثبت النسب ضمنا .

الرضاع

من الحقوق المترتبة على ثبوت النسب : الرضاع . وللرضاع أحكام من حيث إنه سبب من أسباب تحريم الزواج تحريماً مؤكداً ، وقد سبق بيان تلك الأحكام . في المحرمات بسبب الرضاع . كما تقدم هناك تعريف الرضاع لغة ، واصطلاحاً . وأحكام من حيث إنه حق واجب للطفل . وسنبينها الآن .

ولما كانت الأم أقرب الناس إلى ولدها ، وأشفق عليه من سواها . فهي أحق من غيرها . بأن تقوم بارضاعه . متى أرادت ذلك ، ومن الخير والمصلحة للطفل : أن ترضعه أمه بنفسها . لكونها أكثر الناس حناناً ، ورفقاً ، واهتماماً به . فليس للأب أن يمنعها من ذلك . لأن حق التربية والعناية به ثابت لها . وفي انتزاعه منها . واعطائه لمرضعة غيرها مضار لها . ما دامت تريد ارضاعه بنفسها . قال تعالى : « لا تضار والدة بولدها (١) » .

إجبار الأم على ارضاع ابنها

يجب على الأم ديانة أن ترضع ولدها . سواء كانت متزوجة بأبي الولد ، أو مطلقة لا تزال في العدة ، أو منقضية العدة . لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة (٢) » والآية وإن كانت خبراً . إلا أنها في معنى الأمر . وهذا أكد في الوجوب . وإذا امتنعت الأم عن ارضاع ولدها . فلا تجبر على ذلك . لأن امتناعها عن ذلك ،

(١) الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

مع أنها أقرب الناس إليه ، وأكثرهم حنانا وشفقة عليه ، : دليل على أنها عاجزة ، وغير قادرة على ارضاعه . وفي إلزامها بارضاعها . عند امتناعها من ذلك ضرر لها . ووجوب الارضاع عليها مقيد بعدم الاضرار بها . بصريح الآية . وهي قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها » .

ولكن إذا تعينت الأم لارضاع ولدها . أجزرت عليه إحياء للرضيع ، ومحافظة على حياته . وتعين الأم للارضاع في الحالات الآتية :

١ - : إذ لم توجد امرأة أخرى سواها تقوم بارضاعه .

ب- : إذا كان الرضيع لا يقبل ثدى غير الأم .

ج- : إذا لم يكن للأب ، ولا للرضيع مال تستأجر به مرضعة له ، ولم

توجد من تبرع بارضاعه .

وفي هذه الحالات السابقة تجبر الأم على ارضاع ولدها ، ولا تجبر فيما عداها من الحالات . لأن الارضاع حق لها . ولا يجبر الشخص على استيفاء حقه . وفي الحالات التي تجبر الأم على الارضاع . لها الأجر على الارضاع . ان كانت تستحق أجرا على ذلك - وسيأتي بيان متى تستحق أجراً على الارضاع ، ومتى لا تستحقه - فان كان سبب اجبارها : عدم وجود مال للأب تستأجر به مرضعة . فللأم أجرة الارضاع . إن كانت تستحق أجراً على الارضاع . وتكون ديناً على الأب . يجب عليه أدائه إليها . متى أيسر .

استئجار مرضعة للرضيع

إذا كانت الأم غير متعينة لارضاع ولدها ، وامتنعت عن ارضاعه ، أو كانت الأم متوفاة . ولم توجد امرأة متبرعة بارضاعه ، يجب على الأب أن يستأجر ظئراً . أى مرضعة ترضعه . ولا تلزم المرضعة بالاقامة عند

الحاضنة المدة المتفق عليها . لارضاع الصغير ، أو الصغيرة فيها . إلا إذا اشترط ذلك في عقد الاجارة . وإذا لم يوجد اتفاق على طريقة معينة في الارضاع . كأن يحمل الرضيع إليها . لترضعه في بيتها . كلما احتاج إلى الرضاع . ثم يرد إلى منزل الحاضنة . وكأن تقوم بارضاعه عند الحاضنة . في الأوقات التي يحتاج الصغير إلى الارضاع . ثم ترجع إلى منزلها : فإنه يجب عليها أن تقوم بارضاعه عند حاضنته الأم أو غيرها من الحاضنات . لتتمكن الحاضنة من رعايته . لما لها من حق الحضانة .

وإذا انتهت مدة الاجارة للارضاع . قبل أن يستغنى الرضيع عن الرضاع ، أجبرت المرزعة على أن تمد المدة . إذا كان الرضيع لا يقبل ثدى غيرها . حتى يستغنى الرضيع عن الرضاع ، أو يقبل ثدى غيرها . رعاية لمصلحة الرضيع ، ولدفع الضرر عنه .

استحقاق أجرة الرضاع

إذا أرضعت الصغير غير أمه ، ولم تكن متبرعة بالارضاع ، استحققت الأجرة . سواء كانت قريبة للرضيع ، أو أجنبية عنه . وإن قامت الأم بارضاعه . فإنها لا تستحق الأجرة على الارضاع . إذا كانت مستحقة النفقة على زوجها أبي الرضيع . بأن كان الارضاع حال قيام الزوجية بينهما ، أو في عدة الطلاق الرجعي ، أو البائن . وذلك اكتفاء بما تأخذه من النفقة . فلا تجمع بين نفقتها على زوجها ، وأجر ارضاع ولدها منه . وإذا كانت غير مستحقة النفقة على زوجها أبي الرضيع . بأن كان الارضاع بعد انقطاع الزوجية بينهما ، بانقضاء العدة . استحققت الأجرة على الارضاع ، ولو كانت متعينة لارضاع ولدها . ولا تكون في هذه الحالة قد جمعت بين نفقتها على

زوجها ، وبين أجره ارضاع ولدها منه . حيث لا نفقة لها على أبيه في هذه الحالة . والدليل على ما ذكر : قول الله تعالى في المطلقات : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن (١) » . حيث أوجبت الآية على الأزواج : أن يعطوا مطلقاتهم أجره الارضاع . إن أرضعن بعد العدة . ومن المعلوم : أن المطلقة لا نفقة لها على مطلقها بعد انقضاء عدتها منه .

والمعتدة التي أمرت بالكف عن المطالبة بالمفروض لنفقة عدتها . لمضي سنة من تاريخ الفرقة : في حكم التي انقضت عدتها . حيث لا نفقة لها على أبي الرضيع . فتستحق أجره الرضاع .

وفي الحالة التي يجوز للأم أخذ أجره على الارضاع . فإنها تستحق الأجره في مدة الرضاع فقط . بدون عقد اجارة . من حين قيامها بالارضاع ، ومن غير توقف على قضاء القاضى . وتكون الأجره ديناً صحيحاً على أبي الرضيع لا يسقط إلا بالأداء ، أو الإبراء . لأنها في نظير عمل قامت به . وهو الارضاع . فان ماتت الأم . قبل أن تأخذ الأجره التي استحققتها . فلورثتها : أن يطالبوا الأب بذلك ، وان مات الأب . قبل أن يدفع لها الأجره . فهي دين عليه . تأخذها الأم ، أو ورثتها . من تركته . أسوة بسائر الغرماء .

والأجره التي تستحق للأم . إذا لم يكن ثمة اتفاق : هي أجره المثل . والدليل على أن الأم تستحق الأجره على الإرضاع في الحالة التي يجوز لها أن تأخذ أجراً عليه . ولو لم يكن هناك اتفاق على الأجره : قوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » . حيث إن الله سبحانه وتعالى جعل استحقاقها للأجر مترتباً على الارضاع ، لا على الاتفاق . ولأن ارضاعها وان لم يوجد اتفاق على الأجره . ليس دليلاً على تبرعها بالإرضاع . لأن حنانها يدفعها إلى إرضاع

(١) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق .

ولدها ، ولا تتركه جائعا ، وان كانت تريد الأجرة على الارضاع . بخلاف غيرها . فليس عندها ما للأم من الشفقة والحنان . فيجعل ارضاعها قبل الاتفاق على أنها متبرعة بالارضاع . فلو ارضعت غير الأم . قبل الاتفاق على الأجرة ، فإنها لا تستحقها .

وقد اتفق فقهاء « الحنفية » على أن مدة الارضاع بالنظر إلى إستحقاق الأجرة . هي الحولان الأولان من حياة الرضيع . فلا تستحق الأم الأجرة على ارضاعها بعد الحولين . لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فقد جعل الله تعالى تمام الرضاعة حولين كاملين .

وإذا لم يستغن الصغير عن الإرضاع . بعد الحولين الكاملين ، فانه يحل ارضاعه عند « الجهور » . حتى يستغنى بالطعام عن الإرضاع .

من يجب عليه أجرة الرضاع

أجرة الرضاع تعتبر من ضمن نفقة الصغير . ونفقته واجبة في ماله . ان كان له مال ، فتجب في ماله أجرة الرضاع . كسائر نفقته . من طعام وكسوة وان لم يكن له مال . فنفقته واجبة على أبيه . بقدر ما تندفع به حاجته ، وتقوم بكفايته . ولا يشارك الأب أحد . في نفقة أولاده ، فتجب عليه أجرة ارضاعه . إذا كان قادرا بيساره ، أو بكسبه . وإذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب ، أو كان الأب ميتا . فأجرة ارضاع الصغير . تجب على من يجب نفقته عليه . من أقاربه ، لو لم يكن موجودا .

التبرع بالرضاع

الأم أحق من غيرها بارضاع ولدها . فإذا امتنعت عن الارضاع . إلا بأجر ، ولم تكن متعينة لارضاعه ، ووجدت امرأة متبرعة بالارضاع ، أو راضية بأقل من الأجر الذى تطلبه الأم . ولو كان ما تطلبه أجر المثل . فهذه المرأة أحق . من الأم بالارضاع . سواء كانت قريبة للرضيع ، أو أجنبية عنه . فتقوم بارضاع الصغيرة ، والصغير . لأن المقصود من الرضاع . وهو تغذية الطفل : متحقق بدون ضرر للرضيع . وفى اعتبار الأم أحق فى هاتين الحالتين : إضرار بالأب . لالزامه بالأجر الذى تطلبه الأم ، بدون مبرر . قال تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » . والمراد بالمولود له : الأب ، وسمى مولودا له . لانتساب الولد إليه .

وما دامت الأم لا تقبل الارضاع . إلا بالأجر الذى تطلبه . تقدم المتبرعة ، أو التى رضيت بالأقل من الأجر الذى تطلبه الأم ، وتقوم بارضاع الطفل عند أمه . حتى لا تضار الأم الحاضنة ، بأخذ الولد منها ، وحتى لا يفوت عليها حقها فى الحضانة .

الحضانة

الحضانة بكسر الحاء ، وفتحها . في اللغة : مصدر لفعل حضن . يقال : « حضن فلان الصبي يحضنه حضناً » . بفتح الحاء ، وحضانة . فهو حاضن ، والصبي : محضون . إذا جعله في حضنه بكسر الحاء . والحضن : صدر الانسان ، أو عضداه وما بينهما ، أو ما دون الإبط إلى الكشح . وتقول : « حضنت الطفل » . إذا جعلته في هذا الموضع ، ويقال : « حضنت المرأة ولدها » . إذا ضمته إلى نفسها ، وقامت بتربيته . وتسمى : حاضنة .

والحضانة في الاصطلاح الشرعي : تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شئونه في سن معينة ، ممن له الحق في ذلك من أقاربه المحارم .

وقد أشرنا عند الكلام في ثبوت النسب إلى أن الانسان بعد ولادته . في حاجة إلى من يعتنى به . وإلى من يقوم بأمره حفظاً وتربية ، وبكل ما يلزمه في حياته ومعيشته . لكونه عاجزاً ، وغير مدرك لمصلحته . فكان لا مندوحة عن اسناد مصالحه ، والنظر في أموره . إلى غيره . ولما كان أبواه أقرب الناس إليه ، وأكثرهم شفقة عليه ورعاية لمصالحه ، فقد جعل الشارع ولاية مصالحه إليهما . وقد راعى الشارع : ما هو الأصلح ، والأنظر . للصغير في رعاية مصالحه . فجعل الشارع أمر تربيته ، والعناية به في المرحلة الأولى من حياته . إلى الأم . وفوض حضانته إليها . لأنها أشفق ، وأرفق به . من غيرها ، وأقدر ، وأصبر على تحمل المشاق في سبيل حضانته ، وتربيته في هذه المرحلة . من حياة الطفل . وأفرغ للقيام بخدمته . وجعل ولاية التصرف في نفسه وماله إلى الأب . لأنه أصلح لهذه الولاية من الأم . لكمال رأيه ، وحسن تصرفه . مع الشفقة الكاملة . وأوجب عليه نفقته لا يشاركه فيها أحد من الناس . لكونه أقدر عليها من النساء .

وقد راعى الشارع ما هو الأنظر والأنفع . لتحقيق مصالح الصغير . فى توزيع هذه الحقوق الواجبة له على أبويه ، وفى اسناد ولاية مصالحه إليها بهذه الطريقة . حتى يقوم كل منها . بما هو أقدر عليه من الآخر .

ولهذا المعنى جعل الشارع حق حضانة الصغير ، والصغيرة أولاً . لمحارمه من النساء . من جهة النسب . ثم لمحارمه من العصبية . ثم لمحارمه من غير العصبية (١) .

لأن فى تقديم النساء على الرجال فى الحضانة : مراعاة لمصلحة الصغير . لكونهن أقدر منهم . على القيام بما يحتاج إليه الصغير ، وعلى العناية به فى المرحلة الأولى من حياته .

ويدل على تقديم النساء على الرجال فى الحضانة : ما روى أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم . فقالت : « يا رسول الله إن ابني هذا كان بطنى له وعاء . وحجرى له حواء (٢) ، وثدى له سقاء . وإن أباه طلقنى ، وأراد أن ينزعه منى » . فقال لها رسول الله عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به . ما لم تتزوجى » . أى بغير محرم للصغير . وأما إذا تزوجت بمحرم منه . كعمه . فلا يسقط حقها فى الحضانة . وما روى : أن « عمر بن الخطاب » فارق امرأته : أم ابنه « عاصم » . فخاصمها بين يدى « أبى بكر » رضى الله عنه . وهو خليفة المسلمين . لياخذ ابنه « عاصم » منها . فقال له « أبوبكر » : « خل بينه وبينها ، ربحها ، ومسها ، ومسحها ، وريقها : خير

(١) العاصب والعصبية : كل قريب للشخص من الذكور ينتسب إليه لا بواسطة الأنثى فقط . سواء انتسب إليه بدون واسطة . كالأب ، والابن ، مباشرة . أو بواسطة الذكر فقط . كابن الأبن ، والأخ لأب ، أو بواسطة الذكر والأنثى . كالأخ الشقيق . والعم الشقيق .

(٢) الحجر : حزن الانسان . والحواء بكسر الحاء : البيت من الوبر . وهو صوف الابل ، ويجمع على أحوية . كخباء ، وأخبية .

له من الشهد عندك » وكان ذلك بمحضر الصحابة . فلم ينكر عليه أحد ذلك . فكان اجماعاً منهم على تقديم النساء على الرجال . في حضانة الصغير ، والصغيرة في المرحلة الأولى . من حياتهما .

ترتيب الحاضنات من النساء

النساء اللاتي يثبت لهن حق الحضانة لسن في درجة واحدة . بل هن مرتبات ، وعلى درجات متفاوتة . في ثبوت حق الحضانة لهن . يقدم بعضهن على بعض في الحضانة عند الاجتماع . والسبب في هذا : تفاوت النساء اللاتي لهن حق الحضانة . في الشفقة على الصغير . والعطف عليه ، والرفق والعناية به . لاختلافهن في قرب القرابة ، وبعدها . وكون القرابة مستفادة من جهة الأم ، أو من جهة الأب ، أو من الجهتين .

وأحق النساء وأولاهن بحضانة الولد : أمه . إذا طلبت أن تحضنه . سواء كانت زوجة لأبيه ، أو معتدته ، أو منقضية العدة منه ، ما دامت أهلاً للحضانة . وإذا لم توجد الأم ، أو كانت غير أهل للحضانة ، أو كانت أهلاً للحضانة . ولكن أسقطت حقها في الحضانة . انتقل حق الحضانة إلى أم الأم ، مهما علت . ثم إلى أم الأب ، وإن علت . وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة ، مع تساويهما في درجة القرابة . لأن قرابة الأولى من جهة الأم ، وقرابة الثانية من جهة الأب ، وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم . فالمنتسبة بها تكون أولى . من المنتسبة بالأب . ثم لأخوات الصغير والصغيرة ، بتقديم الأخت الشقيقة . فالأخت لأم . فالأخت لأب . ثم بنت الأخت الشقيقة . فبنت الأخت لأم ، ثم الحالات بتقديم الحالة الشقيقة . فالحالة لأم . فالحالة لأب . ثم بنت الأخت لأب . وقيل : « إن بنت الأخت مقدمة على الحالات » . والصحيح : أن الحالات مقدمات عليها . ثم بنات

الأخوة . بتقديم بنت الأخ الشقيق . فبنت الأخ لأم ، فبنت الأخ لأب . وإنما قدمت بنات الأخوات على بنات الاخوة في الحضانة . لأن الأخت مقدمة في الحضانة على الأخ . فكان المدلى بها أولى من المدلى به . ثم العمت بتقديم العممة الشقيقة . فالعممة لأم . فالعممة لأب . ثم خالة الأم . فخالة الأب ، ثم عممة الأم . فعممة الأب . بتقديم الشقيقة في كل منهن . ثم التي لأم . ثم التي لأب .

والقاعدة عند تساوى النساء في درجة القرابة للصغير ، وللصغيرة : أن تقدم ذات القرابتين . أى المنتسبة من جهتي الأب والأم . على ذات القرابة الواحدة ، وأن تقدم ذات القرابة الواحدة من جهة الأم . على ذات القرابة الواحدة من جهة الأب . لأن حق الحضانة مستفاد من قبل الأم . فتقدم المنتسبة بالأم على المنتسبة بالأب . عند اتحاد الدرجة ، وعند عدم وجود ذات القرابتين .

ما يشترط في الحضانة

لما كانت حضانة الصغير من الأمور التي يجب أن يعنى بها . ليتحقق المقصود من الحضانة . وهو القيام بشئون المحضون خير قيام ، وتربيته على الوجه الأكمل بقدر الامكان والاستطاعة . اشترطت في الحاضنة بعد أن تكون ذات قرابة محرمة (١) للمحضون شروط . أما كانت أو غيرها . إذا تحققت فيها كانت أهلا للحضانة ، وإذا فقد شرط منها لم تكن أهلا لها . وهذه الشروط . هي :

(١) لهذا لا يثبت حق الحضانة لغير القرينة . ولو كانت محرما للمحضون ، كأمه . وأخته من الرضاع ، ولا لقرينة غير محرم له مثل بنت عمه ، وبنت عمته ، وبنت خاله ، وبنت خالته . (راجع « الزيلعي » ج ٣ ص ٤٧) .

(١) : أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة . لأن كلا من الصغيرة والمجنونة ، وكذا المعتوهة في حاجة إلى عناية الغير . إذ أنها عاجزة لا تستطيع القيام بشئون نفسها . فأولى ألا تستطيع القيام بشئون غيرها .

(٢) : أن تكون أمينة على المحضون ، وتربيته . فلر كانت الحاضنة تكثر الخروج من منزلها إلى حد يترتب عليه إهمال الصغير ، أو كانت سيئة السيرة بحيث لا تؤمن على أخلاق المحضون . فلا تكون أهلاً للحضانة ، وكان الصغير أو الصغيرة في سن تنطبع في نفسه صور ما يحيط به ، ويقلد حركات من يلازمه ، وينسج على منواله . فله أن ينزع منها . حتى لا يشب على أخلاقها وطبعها ، وحتى لا يتأثر بفعلها (١) .

(٣) : أن تكون قادرة على تربيته . فلو كان بها من العاهات ، والأمراض ما يعجزها عن القيام بشئونه ، وعن صيانتها ، وحفظه . كما لو كانت مريضة مرضاً يمنعها من العناية بالصغير ، وتربيته . على الوجه المطلوب . أو كانت مسنة . بحيث لا تستطيع القيام بأمر الصغير ، ورعايته . فلا تكون أهلاً للحضانة .

(٤) : ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم للصغير . بأن تكون خالية من الأزواج ، أو تكون متزوجة بذى رحم محرم للصغير . فان كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير ، أو بقريب غير محرم له . كابن عمه ، أو بمحرم غير قريب . كعمه من الرضاعة . فليس لها حق حضانة الطفل . لأن الزوج الذى ليس ذا رحم محرم للصغير . لا يعطف عليه فى الأعم الأغلب ، ولا يمكن زوجته من القيام بشئون الصغير ، والعناية به . لكى تتفرغ لخدمته هو ، ولخدمة أولاده . وأما إذا كان زوجها ذا رحم محرم من الصغير .

(١) وفى « ابن عابدين » : والحاصل : أن الحضنة . إن كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها . سقط حقها فى الحضانة ، وإلا فهى أحق إلى أن يعقل فينزع منها . كالكتابية .

كعمه . بأن طلقت أمه من أبيه ، فتزوجها عمه ، وكما إذا كانت الحاضنة الجدة لأم ، وزوجها جده لأم . فلا يسقط حق الحاضنة في الحضانة ، وكما إذا كانت الحالة هي الحاضنة ، وزوجها عم الصغير ، أو كانت الحاضنة عمته ، وزوجها خاله . لأن القريب المحرم يعطف على الصغير ، ولا يمنع زوجته الحاضنة من العناية والقيام بشئون المحضون .

(٥) : ألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغضونه ، ويكرهونه . لما في ذلك من تعريضه للضرر ، ولو كان من يبغضه قريباً للصغير . وربما كان الضرر الذي يلحق الصغير من إقامته في بيت واحد . مع قريبه الذي يكرهه ، ويبغضه : أشد من الضرر الذي يصيبه من إقامته . مع الأجنبي عنه . لاسيما إذا كان ثمة نزاع في مسائل مالية . كالميراث . فان هذا القريب يتمنى موته . حتى يستأثر بكل الميراث ، أو النصيب الأوفر منه .

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط في الحاضنة ، فانها لا تكون أهلاً للحضانة ، وينتقل حق الحضانة إلى من تليها في الرتبة من الحاضنات .

وإذا زال المانع . كما إذا كانت الأم متزوجة بغير ذى رحم من الصغير . فطلقت منه . عاد إليها حق الحضانة .

وإذا كانت الحاضنة مستوفية لجميع هذه الشروط ، وثبت لها حق ، الحضانة . ثم طرأ ما يوجب عدم أهليتها للحضانة . سقط حقها في الحضانة ، وانتقل إلى من يليها في الرتبة من الحاضنات .

ولا يشترط في الحاضنة أمماً كانت ، أو غيرها : اتحادها مع الصغير في الدين . لأن الحضانة : مبناها على الشفقة والحنان . ولذا اشترط في الحاضنة : أن تكون ذات قرابة محرمة للمحضون . لكونها أكثر شفقة ، ورفقاً بالصغير من ذات القرابة غير المحرمة . ولا يؤثر في الشفقة والحنان اختلاف الدين . فتكون الأم الكتابية أحق من غيرها بحضانة ولدها الصغير المسلم من زوجها

المسلم تبعا لدين أبيه المسلم . ما لم يخش عليه الفتنة في حضانتها . كما إذا كان الصغير في سن يعقل معها الدين ، ويدرك ما يراه ، ويستنتج ما وراءه ، وتنطبع في نفسه المرئيات . وحينئذ ينزع منها الصغير . حتى لا تنطبع في ذاكرته الطقوس الدينية الخاصة بدينها ، وآثار تعبدها بديانتها . لأن الصغير يقلد حركات ، وسكنات من يلازمه . وخصوصا الأم الحاضنة . فيحاكيها في عبادتها ، ويشب على عاداتها في التعبد ، ناسجا على منوالها ، فيألف غير دين الاسلام . وكذا إذا ثبت أنها تحاول أن تعلمه ديانتها ، وتنشئه عليها . فانه يُوخذ منها . حتى لا يتأثر بما تلقنه من الأشياء الخاصة بدينها . فيصبح ذلك مألوفا لديه ، ويشب على دين حاضنته المخالف لدينه .

وقد نص الفقهاء على أن المرتدة - من تركت دين الاسلام طوعا و اختيارا - لا تكون أهلا للحضانة . إذ أنها تحبس . حتى ترجع إلى دين الاسلام ، أو تموت . فلا تستطيع العناية والقيام بشئون المحضون : على الوجه المطلوب شرعا .

حضانة الرجال

إذا لم توجد حاضنة من النساء ، أو وجدت ، ولم تكن أهلا للحضانة ، أو كانت أهلا لها ، وانتهت مدة حضانة النساء للصغير ، والصغيرة . انتقل حق الحضانة إلى العصابات من المحارم . بترتيب الارث . فيقدم الأب . ثم الجد الصحيح مهما علا . ثم الأخ الشقيق . فالأخ لأب . ثم ابن الأخ الشقيق فابن الأخ لأب . ثم العم الشقيق . فالعم لأب .

ما يشترط في الحاضن

ويشترط في الحاضن من العصبات المحارم : ما يأتي :

١ - : أن يكون قادراً على تربية الصغير .

ب- : أن يكون أميناً على أخلاق المحضون . فلو كان فاسقاً مفسداً إلى حد يخشى منه على أخلاق المحضون . فلا يكون أهلاً للحضانة .

ج - : أن يكون موافقاً للمحضون في الدين . لأن ثبوت الحضانة للعاصب ينبنى على الارث . ولا ارث مع اختلاف الدين . لأنه مانع من موانع الارث .

فاذا وجد للصغير غير المسلم أخوان شقيقان : أحدهما مسلم ، والآخر غير مسلم . فحضانته لشقيقه غير المسلم .

وإذا لم يوجد للصغير عاصب ذو رحم محرم ، أو وجد ، ولم يكن أهلاً للحضانة . انتقلت الحضانة إلى أقاربه من الرجال ذوى الرحم المحرم . من غير العصبات . فيقدم الجد لأم . ثم الأخ لأم . ثم ابن الأخت الشقيقة . فابن الأخت لأب . ثم ابن الأخ لأم . وابن الأخت لأم . ثم العم لأم . ثم الخال الشقيق . فالخال لأب . فالخال لأم .

وفي هذه الحالة لا يشترط في الحاضن : أن يكون متحداً مع الصغير في الدين . لأن مبنى الحضانة في هذه الحالة : القرابة المحرمية ، لا الارث . ويشترط فيه باقى الشروط التى تشترط في الحاضن . من العصبات المحارم .

وإذا لم يوجد للصغير والصغيرة . إلا أقارب غير محارم . كأولاد العم

والعمة، وأولاد الخال والحالة . فللذكور منهم حق حضانة الذكور ، وللإناث منهم حق حضانة الإناث (١) .

وإذا لم يوجد للصغير من يحضنه من الأقارب . وضعه القاضى عند من يثق به : من النساء ، أو الرجال .

وإذا وجد متعدد ممن لهم حق الحضانة ، وكانوا أهلاً لها ، وتساووا في درجة القرابة ، وكانوا في مرتبة واحدة . كأخوات شقيقات ، أو أخوة لأب . يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فان تساوا في الأصلحية ، فالأمر موكل إلى القاضى . يختار منهم من يشاء ، لحضانة الصغير ، والصغيرة .

مدة الحضانة

تبتدىء مدة حضانة النساء للصغير ، والصغيرة بالولادة، وتنتهى باستغناء كل منهما عن خدمتهن ، وذلك بأن يقدر كل منهما على القيام بحاجاته الأولية . فياًكل ، ويلبس وحده . بدون حاجة إلى الاستعانة بغيره . وقدرت سن الاستغناء بالنسبة للصغير . بسبع سنوات ، وبالنسبة للصغيرة . بتسع سنوات . والمعول عليه في مذهب « الحنفية » : أن الصغير يسلم إلى أبيه . متى استغنى عن خدمة النساء . وقدر بعض فقهاء « الحنفية » سن الاستغناء . بسبع سنين ، وقدرها بعضهم . بتسع سنين . وان الصغيرة تسلم إلى أبيها إذا بلغت حد الشهوة ، وقدر بعض فقهاء « الحنفية » بلوغ حد الشهوة . بتسع سنين ، وقدره بعضهم باحدى عشرة سنة . ومن المعلوم : أن السنة المعهودة عند الفقهاء : هى السنة القمرية .

ولم يرد من الشارع نص في تقدير سن الاستغناء ، ولا في تحديد بلوغ حد الشهوة . لأن ذلك مما يختلف باختلاف مواقع البلدان ، وباختلاف البيئة

(١) راجع المادة (٣٨٦) من « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية »

للمرحوم (محمد قدرى « باشا ») .

والمعيشة ، وباختلاف الجسم قوة ، وضعفا ، وصحة ، ومرضا . ولما كان كل من الصغير ، والصغيرة . قد لا يستغنى عن خدمة النساء . في هذه السن التي قدرها الفقهاء للاستغناء ، وقد يتضرران من ضمهما إلى غير النساء . لاسيما إذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما . فقد أباح القانون للقاضي : أن يقرر بقاء الصغير في يد الحاضنة أمّا كانت ، أو غيرها . إلى أن يتم تسع سنين ، وبقاء الصغيرة إلى أن تتم إحدى عشرة سنة . إذا رأى أن مصلحتها في هذا البقاء . وإلا قرر ضمها إلى غير النساء . فتقدير مصلحة الصغير . بعد سبع سنين ، والصغيرة بعد تسع سنين في بقائها في يد الحاضنة ، أو في عدم بقائها في يدها : متروك لرأى القاضي . عملا بالمادة ٢٠ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » . ونصها :

« للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير . بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة . بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة . إذا تبين : أن مصلحتها تقتضى ذلك » هـ . (١) .

(١) وجاء في المذكرة الايضاحية بشأن المادة المذكورة ما يأتي :

جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين ، وبلوغ الصغيرة تسعا . وهي سن دات التجارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير ، والصغيرة . عن الحضانة . فيكونان في خطر من ضمها إلى غير النساء . خصوصا . إذا كان والدهما متزوجا بغير أسهما . ولذلك كثرت شكاوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت .

ولما كان المعول عليه في مذهب « الحنفية » : أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء . عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم إليه . عند بلوغ حد الشهوة . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير . فقدرها بعضهم . بسبع سنين ، وبعضهم قدرها . بتسع . وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة . بتسع سنين ، وبعضهم قدرها . بإحدى عشرة . رأت الوزارة : أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير . بعد سبع ، والصغيرة . بعد تسع . فان رأى مصلحتها في بقائها تحت حضانة النساء ، قضى بذلك إلى تسع في الصغير ، وإحدى عشرة في الصغيرة . وان رأى مصلحتها في غير ذلك . قضى بضمها إلى غير النساء .

ولا يؤخذ في ذلك رأى الصغير، والصغيرة، ولا يخيران. لأنها لا يدركان
مصلحتها، ويختاران عادة من يجدان عنده الراحة المؤقتة، والمتعة الحاضرة
الزائلة. بدون تقدير للعواقب. ولا يختاران من هو أنفع، وأصلح. لتربيتها.
وأقدر على القيام بشؤونها. لقصور إدراكهما.

انتقال الحاضنة بالصغير

الحاضنة للصغير: إما أمه، وإما غيرها. فان كانت الحاضنة له غير الأم
من الحاضنات. كالجدة لأم. أو لأب، والأخت، والحالة. فليس لها: أن
تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه. إلا باذنه. فلو انتقلت به إلى بلد آخر بغير
إذنه. فانها تؤمر بأن تعود إلى محل الحضانة.

وان كانت الأم، هي الحاضنة لولدها، فلها ثلاث حالات:

- ١- : أن تكون زوجيتها لأبي الصغير قائمة وقت حضانتها لولدها.
- ب- : أن تكون معتدة لا تزال في العدة.
- ج- : أن تكون منقضية العدة.

فان كانت الزوجية قائمة بينها، فكان الحضانة: مسكن الزوجية،
وقرارها فيه: حق للزوج لا تبرحه. إلا باذنه - حتى لو تركت مسكن الزوجية
بغير إذنه اعتبرت ناشزة عن طاعته - فلا تملك الانتقال إليه. إلا باذن الزوج.

وإن قامت بحضنته. وهي لا تزال في العدة، بعد أن فارقتها زوجها.
فكان الحضانة: مسكن العدة. وليس لها: أن تخرج منه. حتى تنقضى عدتها
منه، ولو أذنها مطلقها. إلا بعذر مبيح للخروج منه. لأن الاعتداد فيه حق
للشرع أيضا. كما أنه حق لمطلقها. قال تعالى في شأن المطلقات: «يا أيها

النبي إذا طلقت النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم ،
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » (١) فلا يجوز
لها الانتقال بالصغير . ما دامت في العدة . فإذا انتهت عدتها . يجوز لها : أن
تنتقل بالصغير من غير إذن مطلقها . في أثناء مدة الحضانة ، إلى بلدها الأصلي
الذي تزوجها فيه أبو الصغير . سواء كان بلدها الأصلي قريبا من مسكن
العدة الذي اعتدت فيه ، أو بعيداً عنه ، وسواء كان بلدها قرية ، أو
مصرأ . لأن الظاهر . كما قال الفقهاء : أن من يتزوج بامرأة في بلدها أنه
يرضى بإقامتها فيه ، ولأن في إقامتها ببلدها بعد انقضاء عدتها : مصلحة لها .
حيث توجد بين أهلها وذويها ، وتعيش في البيئة التي نشأت فيها ، وتكون
تحت رعايتهم ورقابتهم : ومصلحة للصغير أيضا . وتغلب هذه المصلحة على
ما عساه يلحق الأب من بعده عن ولده ، لو كان ببلدها الأصلي الذي
تزوجها فيه بعيدا عن محل إقامته . وإذا انتفى الأمران - البلد الأصلي ،
والتزوج فيه - أو انتفى أحدهما . فليس لها : أن تنتقل بالصغير من مكان
الحضانة . إلا إلى بلد قريب . بشرط ألا يكون انتقالها من مصر إلى قرية .
لأن في أخلاق أهل القرى جفاء . فيخشى : أن يتخلق الصغير بأخلاقهم .
ويجوز لها الانتقال به من قرية إلى قرية ، ومن مصر إلى مصر ، ومن قرية إلى
مصر . إذا كان البلد الذي انتقلت إليه بالصغير قريبا من البلد الذي انتقلت منه .
ويعتبر البلد قريبا على ما نص عليه الفقهاء . إذا كان بحيث يستطيع الأب
أن يذهب لرؤية ولده الصغير . ويعود إلى محل إقامته قبل الليل ، وإن لم
يكن كذلك يعد بعيدا . فلا يجوز لها الانتقال بالصغير . لما في ذلك من
الأضرار بالأب (٢) .

(١) الآية رقم (١) من سورة الطلاق .

(٢) من الواضح : أن الفقهاء حينما قدروا قرب المسافة بين بلدين ، وبعدها . بما =

والظاهر : أن مسألة انتقال الحاضنة بالمخضون إلى مكان غير محل
الحضانة ، والقول بعدم انتقالها به إلى مكان بعيد عن مكان الحضانة :

== ذكر . فانهم راعوا الصعوبات، والمتاعب التي كان الناس يلاقونها في السفر، والانتقال من بلد إلى آخر . حيث لم تكن المواصلات ميسرة ، والطرق معبدة . ولم تكن وسائل السفر سهلة ميسورة منظمة في عصرهم . كما هو الحال الآن . كما راعوا : أن السفر ليلا لم يكن مأمون العاقبة في زمنهم . لكثرة اللصوص ، وقطاع الطرق . إذ لم يكن الأمن مستتباً في عهدهم . كما هو الشأن الآن . فينبغي : أن نلاحظ الآن في تقدير قرب المسافة وبعدها . بين بلدة وأخرى : التطور الحديث في وسائل الانتقال ، والسفر، وسهولة المواصلات ، وأنه لا خوف من السفر ليلا . وقد يستأنس لهذا . بما جاء في حيثيات حكم في قضية . تلتخص في أن جدة الصغير لأب . رفعت دعوى على حاضنته جدته لأم . طالبة أن تسلمها الصغير . لأنها انتقلت به من بلده . وهي من أقاصي الصعيد إلى مدينة «الاسكندرية» . وهي تبعد كثيراً عن بلدة الحاضنة ، وقد رفضت المحكمة هذه الدعوى . وبما جاء في حيثيات حكمها :

« ان الانتقال بالصغير إلى مدينة «الاسكندرية» لا يسقط حق المدعى عليها في حضانة الولد الصغير المذكور . لأن القول بعدم جواز الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد . إنما هو خاص بالمطلقة والأب فقط ، وحتى على فرض التسليم بأن هذا الحكم عام ، وليس خاصاً بالمطلقة والأب . فان « الاسكندرية » لا تعتبر مكاناً بعيداً . وما ذكره الفقهاء بصدد مسألة البعد . وهو : أن تكون المسافة بين البلدين . بحيث لا يتمكن المطال للصغير من رؤيته ، والعودة نهاراً . لم يسقه الفقهاء مساق الحد الجامع المانع لمسألة البعد ، ولم يجعلوا ذلك ضابطاً له ومعياراً، وإنما ساقوه مساق المثل للضرر الذي يصيب من له حق حضانة الصغير في ذلك الزمان الذي لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ، ولم يكن الأمن فيه مستتباً باسطة رواقه وظله ، ولم يكن الليل فيه إلا شيئاً سريعاً خفيفاً . حيث ينتشر الظلام ، ويكثر اللصوص ، وقطاع الطريق . فبدهى أن يكون التأخير . حتى يسدل الليل ستاره : ضرراً يجب أن يتقى . وأما الآن فقد استتب الأمن ، وسهلت المواصلات ، وأزيرت الطرق والمسالك . وأصبح الليل قطعة من النهار لا يشعر السائر فيه بوحشة ، ولا يخشى ضرراً . فليس معقولاً : أن يعتبر ذلك الآن ضرراً يبيح طلب الضم لطالبه . إلى آخر ما جاء في حيثيات الحكم برفض الدعوى . أي بقاء الصغير في حضانة جدته لأمه (راجع كتاب «القضايا الزوجية الكبرى» ص ١٣٥ - ١٣٦) .

خاص بالمطلقة والأب فقط . فقد جاء في «رد المختار» لابن عابدين : « سئل شيخ مشايخنا العلامة ملا (١) « على التركماني » : عن يتيم في حضانة أمه ، وله جد لأب ، تريد أمه السفر من بلدها التي تزوجت فيها إلى بلدة أخرى . فهل لحده منعها ؟ . فأجاب بأن الواقع في كتب المذهب متونا وشروحا : تقييد المسألة بالمطلقة ، والأب . ولم نجد من اجراها في غيرهما . ومفاده : أن الحد ليس له منعها » (٢) اهـ .

والسر في عدم جواز انتقال الحضانة بالصغير على التفصيل الذي ذكر : مراعاة مصلحة الصغير . ومراعاة حق الوالدين ، وألا تضار الودة بولدها ، ولا مولد له بولده . وذلك بالجمع بين حضانة الأم لولدها . ما دامت أهلا للحضانة ، ورعاية أبيه وإشرافه عليه ، فلا يحرم من حضانة أمه ، وشفقتها عليه ، ولا من رعاية أبيه ، وعطفه عليه . ولهذا المعنى لا يجوز للأب : أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه الحضانة . ما دام في حضانتها . متى كانت أهلا لها . لما في هذا الإخراج من تفويت حقها في الحضانة ، وحق الصغير في أن يكون بيد أمه الحضانة في المدة المقررة . لحضانة النساء للصغير ، والصغيرة .

ولا يجوز شرعا للحضانة : أن تمنع الأب من رؤية ولده . إذا كان الولد عندها . كما لا يجوز للأب : أن يمنع الأم من رؤيته . إذا صار الولد في يده بعد سقوط حقها في الحضانة ، أو بعد انتهاء مدة حضانة النساء .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا : أن الفقهاء لم ينصوا على أن انتقال الحضانة من مكان الحضانة إلى مكان آخر : مسقط لحقها في الحضانة ، مع نصهم على

(١) «سلا» كلمة تركية . معناها : عالم ، قاضى .

(٢) راجع ابن عابدين (ج ٢ ص ٦٩٧) (طبع الحلبي) .

وجوب إقامتها بالصغير في مكان الحضانة . فإذا ما انتقلت به إلى مكان لا يجوز لها الانتقال به : يجب أمرها بأن تعود بالصغير إلى مكان الحضانة .

صاحب الحق في الحضانة

اختلف الفقهاء في أن الحضانة هل هي حق الحضانة؟ أو هي حق الولد؟ فقيل : « إنها حق الحضانة » . فإذا امتنعت عن الحضانة فلا تجبر عليها . لأن بامتناعها أسقطت حقها ، ولا يجبر صاحب الحق على استيفاء حقه . وقيل : « إن الحضانة حق للصغير » . فإذا امتنعت من لها حق حضانتها . أجبرت عليها . لأنها واجبة عليها ، وحق للصغير عليها . فلا تملك اسقاطها . لأن الانسان إنما يملك اسقاط حقه ، لا اسقاط حق غيره .

وتحرير المسألة : أن الحضانة حق للصغير ، وللحاضنة معا ، وأن أقوى الحقيقتين في الحضانة . هو حق الصغير ، وأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه . وأنه يجب العمل بما هو الأصح ، والأأنفع . للصغير في باب الحضانة . وإن الحضانة أمماً كانت أو غيرها . إذا تعينت للحضانة . أجبرت عليها . محافظة على الصغير . كما إذا لم توجد له سوى أمها ، أو جدتها ، أو عمتها . من ذوات المحارم (١) . وأما إذا لم تتعين . فلا تجبر على الحضانة ، ولا تلزم بها . كما إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة . مثل الأم ، والجدة ، والحالة ، والعمة . فإن حقه في هذه الحالة : أن تحضنه واحدة . من هؤلاء . فلا تجبر الأم على أن تقوم بحضانه ولدها . لأن حقه في الحضانة لم يتعلق بها على التعيين . متى أمكن أن تحضنه غيرها من الحاضنات اللاتي هن أهل للحضانة .

(١) ويجبر الأب على أخذ ولده . بعد استغنائه ، عن حضانه النساء . راجع

فاذا امتنع عن حضانته . اجبرت الأم عليها . لأنها تعينت لحضانته . حيث لا توجد غيرها تقوم بحضانته .

ويتفرع على أن في الحضانة حقاً للصغير : المسائل الآتية :

١ - : ليس لأم الصغير : أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانته . فتركه عنده مدة حضانة النساء ، في مقابل عوض تأخذه منه . فلو وقع هذا الصلح بينهما . فهو باطل . لما في ذلك من تفويت حق الصغير في الحضانة وإسقاطه . والإنسان لا يملك إسقاط حق غيره . وإنما يملك إسقاط حقه .

ب - : إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدتهما الصغير الذي في سن حضانة النساء في المدة المقررة لحضانة النساء . فالخلع صحيح ، والشرط باطل . لا يعمل به . لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء : حق له . فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق .

ج - : إذا تعينت امرأة للحضانة الصغير . بأن لم توجد حاضنة سواها من محارمه ، وامتنعت عن حضانته . أجبرت عليها محافظة على الصغير ، ومراعاة لحقه . وإذا لم تتعين للحضانة . فلا تجبر عليها . فلو امتنعت عن حضانته . اعتبرت كأنها غير موجودة . ويثبت حق الحضانة . لمن تليها في الرتبة . من الحاضنات .

وتنبئ على أن في الحضانة حقاً للحاضنة : المسائل الآتية :

١ - : ليس للأب : أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ، ويعطيه لمن دونها في الرتبة . لما في ذلك من تفويت حقها . إلا بمبرر شرعي . كما إذا كانت من دونها متبرعة بالحضانة ، وصاحبة الحق تأتي الحضانة بدون أجر ، أو ترضى من دونها في الرتبة بأجر أقل مما تطلبه صاحبة الحق في الحضانة ، ولو كان ما تطلبه أجر المثل (وسأتي قريباً مزيد بيان للتبرع بالحضانة) .

٢ - : ليس للأب : أن ينقل الصغير من البلد : مكان الحضانة الذي تقيم فيه صاحبة الحق في الحضانة . لما يترتب على ذلك من تفويت حتمها في الحضانة .

٣ - : لو كانت للصغير مرضعة غير حاضنته . يجب عليها : أن ترضعه عندها في مكان الحضانة . حتى لا يفوت حتمها في الحضانة .

استحقاق الحاضنة أجره الحضانة

إذا كانت الحاضنة غير الأم . فلها أجره الحضانة . ما لم تكن متبرعة بالحضانة ، وإذا كانت الأم ، هي الحاضنة لولدها . فلا تستحق الأجره حال قيام الزوجية بينها ، وبين أبي الصغير . وكذا إذا كانت لا تزال في العدة بعد أن فارقتها زوجها . لأنها تستحق نفقة عدتها عليه . فلا تجمع بين نفقتها عليه وأجره حضانتها لولدها منه . لأن ما تأخذه الحاضنة في نظير الحضانة ليس أجرا خالصا . بل له شبهان : شبه بالأجره ، وشبه بالنفقة . فمن جهة أن الحاضنة تقوم بخدمة الصغير وتربيته . فان ما تأخذه في نظير ذلك يعتبر أجره على عملها ، ومن جهة أن أجره حضانة الصغير من نفقته ، وان نفقته واجبة في ماله إن كان له مال ، وإلا فهي واجبة على من تجب عليه نفقته . يعتبر ما تأخذه في نظير حضانتها . من نفقته . فلو حظ هذا المعنى في استحقاق الحاضنة . لأجره الحضانة . وإذا كانت المعتدة الحاضنة غير مستحقة نفقة عدة . كما إذا كانت معتدة لوفاة . فانها تستحق أجره حضانة ولدها الصغير . إذ لا تكون حينئذ قد جمعت بين نفقة عدتها ، وأجره حضانتها . والمعتدة التي أمرت بالكف عن المطالبة بنفقة عدتها . لمضى سنة من تاريخ طلاقها . تستحق أجره الحضانة . إذ لانفقة لها على أبي الصغير . وإذا انتهت عدة الأم . فانها تستحق أجره حضانة ، ولو كانت بعد انتهاء عدتها قد تزوجت بذي

رحم محرّم للصغير . كعمه . وأما إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير . فلا حق لها في الحضانة .

ولما كانت أجرة الحضانة في نظير عمل تقوم به الحضانة . فهي تستحقه من وقت قيامها بالحضانة ، بدون توقف على قضاء القاضى ، وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء .

من تجب عليه أجرة الحضانة

أجرة الحضانة : مثل أجرة الارضاع : تعتبر من نفقة الصغير . فيجب على من تجب عليه نفقته . فإن كان للصغير مال . فهي واجبة في ماله . كما يجب فيه نفقته . من طعام ، وكسوة ، وغير ذلك . مما هو في حاجة إليه . ولو كان أبوه موسراً . وإن لم يكن للصغير مال . فأجرة حضانته واجبة على من تجب عليه نفقته . فتجب على الأب . إذا كان قادراً بيساره ، أو بكسبه ، وإن كان أبوه ميتاً ، أو كان فقيراً معسراً عاجزاً عن الكسب . تجب أجرة حضانة الصغير على من تجب عليه نفقته . من أقاربه .

أجرة مسكن الحضانة

إذا كان للحاضنة مسكن مملوك لها ، كانت تسكنه قبل الحضانة ، أو كانت متزوجة بذي رحم محرّم للصغير . فلا حق لها في طلب أجرة مسكن للحضانة . لأنها تسكن في منزلها المملوك لها ، أو في منزل زوجها ، وإقامة المحضون معها في مسكنها : لا تستدعى زيادة على ما كانت تنفقه من قبل . وإن لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه ، أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرّم ، وطلبت

أجرة مسكن للحضانة تحضن فيه الصغير . فإنها تجب على من تجب عليه أجرة الحضانة . على التفصيل السابق . فيمن تجب عليه أجرة حضانة الصغير ، وكذا أجرة خادم للصغير . إن احتاج إلى خادم .

التبرع بالحضانة

إذا طلبت الأم : أن تحضن ولدها الصغير . وهي أهل للحضانة ، وكانت متبرعة بحضانته . فلا يسلم إلى غيرها . من الحضانات اللاتي هن أهل للحضانة لأن الأم أولى النساء ، وأحقهن . بحضانة ولدها . متى كانت أهلا للحضانة . وفي قيامها بحضانته : مصلحة للصغير . لأنها أقدر ، وأصبر ، وأشفق عليه . من سواها . في خدمته ، وتربيته ، وتعهد شئونه . وإذا أبت الأم : أن تحضن ولدها . بدون أجر في الحالة التي تستحق الأم أن تأخذ أجرا على حضانة ولدها ، ووجدت حاضنة متبرعة من مكارمه . كالخدة لأب ، أو لأم ، والحسالة ، والعمة . وكانت أهلا للحضانة . فإن كانت أجرة حضانته واجبة على أبيه ، وكان موسرا . تقوم الأم بحضانة ولدها بأجر المثل - ولو طلبت أكثر من أجر المثل - ولا يسلم إلى المتبرعة بحضانته ، مراعاة لما هو الأنفع للصغير . حيث إن الأم أصلح من غيرها في حضانته . وفي باب الحضانة تراعى مصلحة الصغير . فتقدم مصلحته على مصلحة أبويه . ولا ضرر على الأب في إلزامه بأجرة الحضانة . لكونه موسرا .

وفيما عدا هذه الصورة . يُوخذ الصغير من أمه ، ويسلم إلى الحاضنة المتبرعة بحضانته . فتقوم بحضانته . ويشمل ذلك حالتين :

١ - : أن تكون أجرة الحضانة واجبة في مال الصغير . بأن كان له مال وفي هذه الحالة يسلم الصغير إلى المتبرعة بحضانته ، محافظة على مال الصغير

بقدر الامكان . وقد أمكن ذلك بقيام المتبرعة بحضانته ، ولا ضرر على الصغير في ذلك . لكونها من محارمه . وإن كانت أقل شفقة ، ورعاية من الأم .

ب - : أن تكون الأجرة واجبة على الأب مع فقره ، واعساره . بأن كان قادراً بكسبه . وفي هذه الحالة . يسلم الصغير إلى المتبرعة بحضانته . إذ لو قامت الأم بحضانته ، مع إباؤها أن تحضنه بغير أجر . لكان في ذلك اضرار بالأب . حيث يلزم بالأجرة ، مع كونه فقيراً معسراً . وقد قال تعالى في كتابه العزيز : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » .

وإذا لم توجد متبرعة بالحضانة . من محارم الصغير ، وأبت الأم أن تحضنه بالحضانة ، وكان الأب والصغير فقيرين . أجبرت الأم على الحضانة . وتفرض الأجرة على الأب ، ويؤديها عنه من تجب عليه نفقة الصغير . بعد الأب ، على أنها دين على الأب يؤخذ منه إذا أيسر .

هذا إذا كان الأب فقيراً قادراً على الكسب . ولكنه لا يكسب بالفعل . وأما إذا كان عاجزاً عن الكسب . فانه يعتبر كالميت . فتكون أجرة حضانة الصغير واجبة على من تجب عليه نفقته . من أقاربه ، لو كان أبوه ميتاً .

الفرق بين التبرع بالحضانة . والتبرع بالرضاع

الفرق بينها في أمرين :

أول - : يشترط في المتبرعة بالحضانة لتقدم على الأم غير المتبرعة (في بعض الصور) : أن تكون ذات قرابة محرمة . كالخلة ، والعمة ، والحالة ، والأخت . بعد أن تتوافر فيها الشروط اللازمة في الحضانة . فلو كانت المتبرعة أجنبية عن الصغير ، أو كانت قريبة غير محرم له ، كبنت

الحالة ، وبنت العمه . فلا يسلم إليها . لتحضنه . بل تقوم الأم بحضانهه بأجر المثل ، ولو من مال الصغير . لأن الأجنبية ، أو القريبة غير المحرم للمحزون . لا حق لها في الحضانهه أصلا . فلا عبرة بترعها بالحضانهه . بخلاف المتبرعه بالارضاع . فلا يشترط فيها : أن تكون من محارم الرضيع ، ويسلم إليها لارضاعه ، ولو كانت أجنبية عنه ، لا قرابة لها به .

الثاني - : أن الصغير لا يؤخذ من أمه التي تأتي حضانهه بدون أجر ، إذا وجدت حاضنهه متبرعه من محارمه . إلا في الحالتين السابقتين . بخلاف الارضاع . فان المتبرعه بالارضاع تقدم على الأم غير المتبرعه بالارضاع . في كل الأحوال . أي سواء كانت أجرة الارضاع واجبهه في مال الصغير ، أو واجبهه على الأب . موسرا كان ، أو معسرا قادرا على الكسب :

والسبب في هذه التفريقه : أن الغرض من ارضاع الطفل : تغذيته . وهذه تتحقق من المرصعه . سواء أكانت ذات قرابه محرميسه للرضيع ، أم أجنبية عنه . بدون ضرر يلحق الطفل . فليس ثمة ما يدعو إلى إلزام الزوج بأجرة الارضاع ، أو إلى دفعها من مال الصغير للأم التي تأتي الارضاع بلا أجر - في الحالة التي تستحق الأم أن تأخذ أجرا على ارضاع ولدها - مع وجود المتبرعه بالارضاع .

وأما الغرض من الحضانهه . فهو تربية الطفل ، واحاطته بالرعايه والعنايه ، وخدمته ، وتعهد شؤنه على الوجه الأكمل . بقدر الامكان . وقلما يتحقق ذلك إذا كانت الحاضنهه أجنبية عن الصغير . ولهذا المعنى لا يثبت حق الحضانهه إلا للمحارم من القرابه النسبيه . وقيام الأم بالحضانهه أصلح ، وأنفع . للصغير . لكونها أكثر شفقه ، وأشد حنانا عليه ، ورعايه له . فلا يعدل عنها إلى غيرها . إلا لضرورة . كالمحافظه على مال الصغير ، وكاعسار الأب .

من يضم إليه الصغير . والصغيرة . بعد انتهاء مدة الحضانة

إذا انتهت مدة حضانة النساء للصغير والصغيرة . فأحق الناس بامسакهما وضمهما إليه : أبوهما . متى كان متوافرا فيه الشروط في حضانة العاصب . فان لم يوجد الأب ، أو لم يكن أهلا لضمهما إليه . فحق ضمهما وإمساکهما للأقرب ، فالأقرب . من العصبات . بحسب الترتيب السابق في حضانة الرجال . بشرط أن يكون محرما للصغيرة ، وأما الصغير . فيضم إلى العاصب . وإن كان غير محرم له . كابن العم . فان لم يوجد قريب عاصب . يضم الولد إلى أقاربه من الرجال ذوى الرحم المحرم . من غير العصبات . بالترتيب السالف ذكره . في حضانة الرجال للصغير .

لأن الصغير في هذه المرحلة من حياته . يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال . وإلى التعليم ، وإلى التثقيف . كما أن الصغيرة في هذه الفترة من حياتها في حاجة إلى حفظها ، وصيانتها . وعصبتها أقلدر من النساء على القيام بهذه الأمور . ولا خيار في هذا للصغير ، ولا للصغيرة . ولا لمن له حق امساکهما ، وضمهما إليه . حتى لو امتنع عن امساکهما . من له الحق في ضمهما ، وامساکهما ، أجبر على ذلك . رعاية لمصلحة الصغير ، والصغيرة . ولأن هذا حقها الثابت لها شرعا . فلا يملك أحد تفويت حقها ، واسقاطه .

وإذا لم يوجد أحد من الأقارب العصبات ، أو الأقارب المحارم . ولا وصى . يترك الصغير . عند حاضنته من النساء المحارم . إلا إذا رأى القاضى : أن مصلحة في أخذه منها ، وجعله في يد غيرها . والقاضى مطالب شرعا برعاية مصلحة الصغير ، وحياتها .

وإذا لم يكن للصغيرة قريب محرم . يضعها القاضى عند امرأة أمينة قادرة

على صيانتها والحفاظة عليها ، أو يبقيا عند حاضنتها . -إذا رأى مصلحتها في ذلك .

ويبقى الصغير في يد من له حق ضمه إليه ، وامساكه ، إلى أن يبلغ خمس عشرة سنة ، أو إلى أن يرى إحدى علامات البلوغ . وإذا بلغ مأمونا على نفسه ، فله أن يقيم مع من شاء ، وله أن يتفرد باقامته . وإذا بلغ غير مأمون على نفسه ، فانه يبقى عند من له حق امساكه . حتى يصير مأمونا على نفسه .

وتبقى الصغيرة في يد من له حق امساكها . إلى أن تتزوج ، أو إلى أن تصير مسنة مأمونة على نفسها . وحينئذ تكون أحق بنفسها ، وليس لعاصمها المحرم : الحق في اجبارها على الإقامة معه . وإذا طلقت من زوجها ، أو توفي عنها زوجها ، وكانت مأمونة على نفسها ، فانها أحق بنفسها . فلها أن تتفرد باقامتها .

نفقة الاولاد والاقارب

من الحقوق المترتبة على ثبوت النسب : نفقة الأولاد ، والاقارب .
بالتفصيل الذى سنبينه .

تجب النفقة بالقرابة . كما تجب بالزوجية . إلا أن وجوب النفقة بالقرابة .
لحاجة القريب ، وفقره ، وعجزه . ووجوب النفقة للزوجة . من أجل
احتباسها . لحق الزوج . ولذا تجب لها النفقة . ما دامت محتبسة لأجله ، ولو
كانت موسرة .

وقبل الشروع فى البيان التفصيلى لنفقة الأولاد ، ونفقة الأقبارب . رأينا
أن نمهد له بذكر القواعد الآتية :

١ - : الأصل : أن نفقة الانسان تجب فى ماله . صغيراً كان ، أو كبيراً
ذكراً كان ، أو أنثى . فمن كان له مال . فلا يجب على أحد الانفاق عليه .
ويستثنى من هذه القاعدة : الزوجة . فان نفقتها واجبة على زوجها ، ولو
كانت موسرة لها أموال طائلة . على التفصيل الذى أسلفناه . فى النفقة
الزوجية .

٢ - : لا تجب نفقة الشخص على آخر . مع اختلافهما فى الدين .
ويستثنى من ذلك : نفقة الزوجة ، ونفقة الفروع ، والأصول . فتجب نفقة
هؤلاء ، ولو مع عدم اتحاد الدين .

٣ - : لا يشارك الأب أحد فى نفقة أولاده .

٤ - : لا يشارك الولد - ابناً أو بنتاً - أحد فى نفقة أبويه ، ويشترك
الأولاد فى نفقة أبويهم . بالتساوى ، بدون فرق بين الوارث ، وغير الوارث
وبدون فرق بين الذكر ، والأنثى .

وإذا اجتمع الأب ، والإبن ، أى إذا كان للفقير الذى تجب نفقته على الغير : أب ، وابن . فإن نفقته على الابن ، لا على الأب . لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » .

٥ - : لا تجب نفقة القريب على قريبه . إلا إذا كان ذا رحم محرم منه .

٦ - : نفقة الفروع ، والأصول واجبة ، بدون توقف على قضاء القاضى . مثل نفقة الزوجة على زوجها . ونفقة غيرهم من الأقارب . لا تجب إلا بقضاء القاضى . أى أن نفقة غيرهم من الأقارب . متى وجبت شرعا . لا يجبر على الأداء . إلا بالقضاء . بخلاف نفقة الزوجة ، ونفقة الفروع ، والأصول . وبناء على ذلك . فالقريب غير هؤلاء المحتاج إلى النفقة . ليس له أن يأخذ بنفسه شيئا من مال قريبه . لنفقته . لو ظفر بجنس نفقته . قبل القضاء ، أو الرضا . بخلاف الزوجة ، والفروع ، والأصول . فإن لهم الأخذ قبل ذلك .

٧ - : نفقة الأقارب تجب بقدر الكفاية . لأن نفقتهم . لدفع حاجتهم . وكذلك نفقة الأولاد على الآباء . إلا إذا كان الأب موسرا . فيقدر القاضى نفقة أولاده عليه . بحسب ما يراه ، لا بقدر الكفاية .

٨ - : لا يحكم بنفقة أقارب عن مدة سابقة . على تاريخ الحكم . لأن نفقة الأقارب . لدفع حاجتهم . وقد اندفعت الحاجة بالفعل . فى المدة السابقة بمضيها . وقد جرى العمل فى المحاكم على أن تفرض نفقة الصغير . من تاريخ رفع الدعوى ، لا من تاريخ الحكم .

٩ - : نفقة الأقارب . بما فى ذلك : نفقة الأصول ، والفروع . تسقط بمضى المدة . ما لم تكن مستدانة . باذن من وجبت عليه ، أو باذن القاضى . فإذا مضت مدة شهر فأكثر . بدون أن يأخذ نفقته المفروضة له على قريبه ، سقطت نفقة المدة الماضية ، ولا تصير دينا على من حكم عليه

بها . إلا إذا كان المحكوم له بالنفقة مأذوناً بالاستدانة ، واستدان فعلاً . لأن نفقة الأقارب وجبت لدفع الحاجة . وقد اندفعت الحاجة في المدة الماضية . وإذا كانت المدة التي مضت . بدون أن يأخذ القريب نفقته المفروضة له . أقل من شهر . فلا تسقط النفقة فيها . إذ لا بد من مضي مثل هذه المدة . حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة .

وقيل : يستثنى من هذه القاعدة : نفقة الصغير . فلا تسقط بعد الحكم بها بمضي المدة ، ولو لم يكن الحكم مشمولاً بالأمر بالاستدانة (١) . وهذا أرفق بالناس .

١٠ - : إذا امتنع الأب عن الانفاق على أولاده مع قدرته ، فإنه يحبس إذا تعين حبسه طريقاً . لحمله على الانفاق عليهم . لأن في النفقة حياة الانسان . وفي الامتناع عن الانفاق : تعريض النفس إلى التلف ، والضياع . ومثل الأب في هذا : كل من وجبت عليه نفقة الغير ، وامتنع عن الانفاق عليه .

أنواع القرابة

تنقسم القرابة إلى نوعين :

١ - قرابة الولاد . وهي قرابة الأصول ، والفروع . أي القرابة الحزئية إما مباشرة ، وإما بالواسطة . فالانسان جزء من أصله : أبيه ، وأمه ، وجدته ، وجدته . وفروعه جزء منه . وهم أولاده ، وأولاد أولاده ذكورا كانوا ، أو إناثا . وهذا النوع من القرابة : قرابة محرمية . أي قرابة موجبة لتحريم الزواج بينهم .

(١) وفي « الزيلعي » : قال في « الحاوي » : نفقة الصغير تصير ديناً . بالقضاء . دون غيره . (ج ٣ ص ٦٥) .

ب- : قرابة غير الولاد . وهى قرابة غير الجزئية . أى قرابة غير الأصول ، والفروع ، ويعبر عن هذا النوع من القرابة : بقرابة الحواشى ، والمراد بالحواشى : من ليس من عمود النسب . أى من ليس أصلاً ، ولا فرعاً . للشخص مباشرة ، أو بالواسطة . وتنقسم إلى قسمين :

(١) : قرابة محرمة . وهى قرابة ذوى الرحم المحرم . وهم الاخوة ، والأخوات ، وأولادهم ، والأعمام ، والعمت ، والأخوال ، والحالات .

(٢) : قرابة غير محرمة . وهى قرابة ذوى الرحم غير المحرم . وهم أولاد الأعمام ، والعمت ، وأولاد الأخوال ، والحالات .

ولما كانت القرابة الموجبة للنفقة : هى القرابة المحرمة . فان النفقة بالقرابة لا تثبت للأقارب ذوى الرحم غير المحرم ، كأولاد العم ، والعمة ، وأولاد الخال ، والحالة .

نفقة الفروع على الأصول

يشترط لوجوب نفقة الفروع على الأصول : شرطان :

أمرهما - : فى الفرع . وهو أن يكون فقيراً عاجزاً عن الكسب . وعجزه يتحقق بكونه أنثى ، ولو كانت قادرة على العمل . إذ الشأن فى الأنثى : ألا تعمل للكسب . ويتحقق فى الذكر . بكونه صغيراً لم يبلغ حد الكسب ، أو كبيراً عاجزاً عن الكسب . لكونه مريضاً مريضاً يمنع من الكسب ، أو ذا عاهة تمنعه من العمل ، والكسب .

الثانى - : فى الأصل . وهو أن يكون قادراً على الانفاق بيساره ، أو

ولا يشترط في نفقة الفروع على الأصول : الاتحاد في الدين . لأن العلة في وجوب نفقتهم على الأصول : الجزئية . أى كون الولد جزءاً من أصله .

وإذا تحقق هذان الشرطان : تجب نفقة الأولاد على أبيهم . لا يشاركه فيها أحد ولو الأم . فتجب عليه نفقة أبنه الصغير . بجميع أنواعها . من طعام ، وكسوة ، وأجرة رضاع ، وحضانة ، وغير ذلك . مما يحتاج إليه الصغير في معيشته . إلى أن يبلغ سناً يقدر معها على الكسب . فتكون نفقته في كسبه . إذا كان له كسب ، وإذا لم يف كسبه لنفقته . فعلى أبيه : أن يكمل نفقة الكفاية .

وإن كان الابن كبيراً عاجزاً عن الكسب . لمرض . أو عاهة . فهو في حكم الصغير ، ما دام عاجزاً . فتجب نفقته بأنواعها على أبيه .

وطلبة العلم يعتبرون عاجزين عن الكسب . إذا كان اشتغالهم بتحصيل العلم والدراسة . يشغلهم عن التكسب ، أو كانت طرق الكسب غير ميسرة لهم . فتجب نفقتهم على آبائهم . بما في ذلك : مصاريف التعليم . إذا كانوا فقراء .

وقد نص الفقهاء على أن طالب العلم يعتبر عاجزاً عن الكسب ، وإن نفقته متى كان فقيراً . تكون واجبة على من تجب عليه شرعاً . إذا كان ذا رشد ، ويتعلم العلوم التي ليس محظوراً تعلمها . وهي العلوم المشروعة غير الحرمية . سواء في ذلك العلوم الدينية بالمعنى الأخص ، والعلوم الأخرى . مثل الطبيعة ، والكيمياء ، والطب ، وغيرها .

وأما البنت . فنفقتهما على أبيها . إلى أن تتزوج ما دامت فقيرة . وغير مكتسبة بالفعل . وليس للأب : أن يحملها على التكسب والعمل ، ولو كانت قادرة على ذلك . بخلاف الابن . فإنه إذا بلغ حد الكسب ، وإن لم يبلغ الحلم ، وكان قادراً على الكسب . فلا لب أن يوجره ، أو يدفعه في حرفة . ليكتسب منها ، وينفق على نفسه مما يكتسبه . ويكمل الأب نفقة كفايته . إن لم يف ما يكسبه للاتفاق على نفسه .

وإذا اكتسبت الأثني بالفعل من وظيفة ، أو حرفة . كالحياطة . فنفقتهافي كسبها . وعلى الأب أن يكمل نفقة كفايتها . إذا كان كسبها لا يفي بحاجتها (١)

وإذا تزوجت البنت . فنفقتها واجبة على زوجها . وان حصلت فرقة بينها . وصارت لا نفقة لها على زوجها . فنفقتها واجبة على أبيها . وكذا إذا سقطت نفقتها عن زوجها أثناء قيام الزوجية . لذشوزها عن طاعته . بدون حق . تجب نفقتها مدة نشوزها على أبيها .

وإذا كان الأب فقيرا . فان كان قادرا على الكسب . ولكنه لا يكسب بالفعل ، لعدم وجود عمل له ، أو يكسب ما لا يكفي بنفقته ، ونفقة أولاده ، فنفقتهم واجبة عليه . ولكن لا يؤمر بالأداء . لعجزه عن الأداء . وتوهم أهمهم بالأداء . إن كانت موسرة . فان لم توجد الأم ، أو كانت غير موسرة أمر بالأداء من تجب نفقتهم . بعد الأب من الأقارب . كالجدة . ومهما كان الأمر فان ما يؤدي من نفقتهم : دين على الأب يدفعه ، إذا أيسر ، لمن قام بالانفاق على أولاده .

وإذا كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب ، لمرض ، أو كبر سن ، وغير ذلك ، أو كان ميتا . فنفقة الفرع واجبة على من يوجد من أصوله ذكراً كان ، أو أنثى . وسواء كان من جهة الأب ، أو من جهة الأم .

(١) وفي « ابن عابدين » : « قال « الخير الربلي » : لو استغنت الأثني بنحو خياطة ، وغزل . يجب أن تكون نفقتها في كسبها . إلا إذا كان ما تكسبه لا يكفيها . فيجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه . قال : « ولم أره لأصحابنا . ولا ينافيه قولهم : بخلاف الأثني . لأن الممنوع إيجارها ، ولا يلزم منه . عدم إلزامها بحرفة تتعلمها أي الممنوع إيجارها . للخدمة ونحوها ، مما فيه تسليمها للمستأجر . بدليل قولهم : لأن المستأجر يخلو بها . ولذا لا يجوز شرعا . وعليه دفعها لاسرأة تعلمها حرفة . كتطريز ، وخياطة مثلا » (ج ٢ ص ٧٢٨ - ٧٢٩) .

فان لم يوجد من أصوله . إلا واحد فالأمر واضح . وان كان الموجود منهم أكثر من واحد ، فنفقة الفرع واجبة عليهم . بحسب التفصيل الآتي :

١ - : إذا كان الأصول وارثين . أى عصابات ، أو أصحاب فروض . تجب عليهم نفقة الفرع . بنسبة إرثهم ، بقطع النظر عن تساويهم ، أو اختلافهم . في درجة قرابتهم للفرع .

فاذا وجد للفرع : أم ، وأبو أب . فعلى الأم ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثاها . بنسبة استحقاقها في الميراث . ولو كانت في المثال المذكور : أم أم . بدل الأم . يجب عليها سدس النفقة ، ويجب على الجد الباقي بقدر استحقاقها في الارث . ومن له : أبو أب ، وأم أم ، وأم أب . فعلى الجديتين السدس مناصفة بينهما ، بنسبة ميراثهما ، وعلى الجد الباقي . ومن له : أبو أبي الأب ، وأم الأم . فالنفقة عليها أساسا ، بمقدار نصيبها في الارث . فعلى الجدة السدس ، والباقي على الجد .

وقد نص فقهاء « الحنفية » على أن نفقة الفرع تجب على الجد وحده . إذا حل محل الأب . بأن حجب من الورثة العصابة من يحجبه الأب . كما لو كان للفرع : أم ، أو جدة ، وأبو أب ، وعم شقيق ، أو لأب . فان نفقة الفرع على الجد وحده . كالأب . لأن الجد لما حجب العم عن الميراث . نزل منزلة الأب .

ب- : إذا كان الأصول غير وارثين . أى ليسوا عصابات ، ولا أصحاب فروض ، وان كانوا أهلا للميراث . لأنهم من ذوى الأرحام . فنفقة الفرع واجبة عليهم بالسوية . ان اتحدت درجة قرابتهم للفرع . ومن أمثلة ذلك : ما إذا وجد للفرع : أبو أبي الأم ، وأم أبي الأم . فالنفقة واجبة عليها مناصفة . وعند اختلافهم في درجة القرابة . تجب النفقة على أقربهم درجة . فاذا وجد للفرع : أبو الأم ، وأبو أبي الأم . فنفقته على أبي الأم وحده .

ج - : إذا كان بعض الأصول وارثاً ، والبعض الآخر . غير وارث . فإن تساوا في الدرجة . فالنفقة واجبة على الوارث فقط . ولو تعدد الوارث . تجب النفقة عليهم . بقدر استحقاقهم في الميراث . فمن له : أبو أب ، وأبو أم . فنفته واجبة على أبي الأب . لأنه الوارث . ولو وجدت في هذا المثال : أم الأم . يجب عليها سدس النفقة ، ويجب الباقي على أبي الأب . بنسبة لإرثها . وان اختلفوا في درجة القرابة للفرع . وجبت النفقة على أقربهم درجة ، ولو كان غير وارث . ومن أمثلة ذلك : أبو الأم مع أبي أبي الأب . فيلزم أبو الأم بنفقة الفرع . لكونه أقرب درجة . وان كان غير وارث .

نفقة الأصول على الفروع

يشترط لوجوب نفقة الأصل على الفرع : أن يكون الأصل فقيراً ، ولا يشترط : أن يكون عاجزاً عن الكسب . سواء كان الأصل أباً ، أو أمماً ، أو جدّاً ، أو جدة .

ويشترط في الفرع : أن يكون قادراً على الكسب ، ولا يشترط : أن يكون موسراً . فتجب على الفرع الموسر ، أو القادر على الكسب . متى كان في كسبه ما يزيد عن حاجته : نفقة أصله المعسر ، وان كان قادراً على الكسب ، ولا يكلف بالسعى والعمل للتكسب ، وتحصيل رزقه برأبه ، واحتراماً له ، قال تعالى : « وبالوالدين احساناً » . وقال تعالى : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » . وقال عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » . والأصول من الذكور مهما علوا : يعتبرون آباء . والفروع وإن نزلوا : يعتبرون أولاداً . وإذا لم يكن في كسب الفرع ما يزيد عن حاجته . فإنه لا يجبر على أن يعطى أصله شيئاً على حدة . بل الواجب عليه : أن يضم

أصله إلى من ينفق عليهم من عياله . فيشاركهم في طعامهم ، وإن لم يكن له عيال : يؤمر بمواساة أصله ديانة . ولا يشاركه في قوته . إلا الأم المعسرة ، والأب العاجز عن الكسب . فإنها يشارك الولد في قوته . إحياء لها .

ثم إذا كان الفرع متعدداً وجبت نفقة الأصل على أقربهم درجة عند اختلافها ، ووجبت عليهم جميعا بالتساوي . عند اتحادهم في الدرجة ، بدون فرق في الحالين بين الوارث ، وغير الوارث ، وبين الذكر ، والأنثى .

فمن له : بنت ، وابن . فنفقته عليها بالتساوي بينهما ، بدون نظر إلى نسبة أرثها .

ومن له ابنان : أحدهما مسلم . والآخر غير مسلم . فنفقته - أى الأصل المسلم المسلم - عليها بالسوية . مع أن الفرع غير المسلم : غير وارث .

ومن له : بنت بنت ، وابن ابن . فنفقته واجبة عليها بالتساوي ، مع أن بنت البنت غير وارثة مع ابن الابن . لأنها من ذوى الأرحام . ومن المقرر المعلوم : أن إرث ذوى الأرحام متأخر عن إرث أصحاب الفروض . وعن إرث العصابات . كما هو مبين في الميراث .

ومن له : بنت ، وابن ابن . فنفقته على البنت وحدها ، مع أنهما وارثان . لأنها أقرب من ابن الابن . ومن له : بنت بنت ، وابن ابن ابن . فنفقته على بنت البنت ، وإن لم تكن وارثة . لأنها أقرب قرابة .

وقال الفقهاء في تعليل عدم التفرقة بين الوارث وغير الوارث ، وفي ترجيح بالدرجة عند اختلافها : إن سبب وجوب نفقة الأصول على الفروع : الحزئية . أى كون الفرع جزءاً من أصله . ومتى وجد السبب ترتب عليه المسبب . وهو وجوب النفقة . بقطع النظر عن الارث ، وعند تعدد الفرع ، واختلاف الدرجة . اختلف السبب قوة ، وضعفاً . فيترجح الأقرب درجة . لقوة السبب .

ولا يخفى : أن الجزئية التي هي السبب في وجوب النفقة مشتركة . بين الأصل ، والفرع . وكان مقتضى هذا : أن تكون نفقة الأصل على الفرع ، ونفقة الفرع على الأصل . على وتيرة واحدة . مع أن الأمر ليس كذلك . حيث اعتبر الارث مرجحا . في وجوب نفقة الفرع على الأصل . في بعض الأحوال ، ولم يعتبر مرجحا في وجوب نفقة الأصل على الفرع . في أى حال من الأحوال . مع أن النفقة في الحالين بين الأصول ، والفروع . وهذه تفرقة لا يوجد ما يبررها .

اجتماع الأصول . والفروع

إذا وجد للقریب الفقير الذى يستحق النفقة على غيره : أصول ، وفروع موسرون . فنفقته واجبة على أقربهم درجة . سواء أكان وارثا أم غير وارث . فمن له : أبو أم ، وابن ابن ابن ، فنفقته على الجدة . وان كان الجدة غير وارث . لكونه أقرب درجة . ومن له : ابن بنت ، وأبو أبى الأب . فنفقته على ابن البنت . لكونه أقرب درجة . وان كان غير وارث . ومن له : ابن ابن ، وأبو أبى الأب . فنفقته على ابن الابن . لكونه أقرب درجة . وكلاهما وارث . وإن اتحدت درجاتهم ، وكان الكل وارثين . كابن الابن ، وأم الأم . وكبنت الابن ، وأبو الأب . فالنفقة واجبة عليهم . بنسبة ارثهم . إلا إذا وجد معهم ابن ، أو بنت . فان النفقة للأبوين واجبة على الموجود منها . لا يشاركه فيها أحد .

فمن له : أب ، وابن . موسران . فنفقته على الابن وحده . لأن للأب شبهة ملك في مال ابنته . لقول الرسول عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » . فلا يشارك الولد أحد في نفقة أبويه . ومن له : أم ، وابن . موسران . فنفقته على الابن . إذ لا يشارك الولد أحد في نفقة أبويه .

فمن له : أب ، وابن ابن . فنفقته على الأب وحده . لكونه أقرب درجة .

ومن كان له : أبو أب ، وابن ابن . فنفقته واجبة عليها . بحسب الميراث فيجب على الحد سدس النفقة . وعلى ابن الابن الباقي . بقدر نصيبها في الميراث . وان اتحدت درجاتهم ، وكان البعض وارثاً ، والبعض غير وارث . فالنفقة واجبة على الوارث . فمن كان له : أبو أب ، وبنت بنت . فالنفقة كلها واجبة على أبي الأب ، ولا يجب شيء منها على بنت البنت . لأن أبا الأب ينفرد بالميراث ، ولا ميراث لبنت البنت . لأنها من ذوى الأرحام .

اجتماع الأصول . والحواشي

وإذا كان للقريب المستحق النفقة على غيره : أقارب من الأصول ، والحواشي تجب نفقته عليهم جميعاً . بنسبة الارث ، إن كان الجميع وارثين . فمن له : أم ، وأخ شقيق . فنفقته عليها . بحسب ميراثها ، فيجب على الأم ثلث النفقة ، وعلى الأخ الثلثان . فمن له : أم أم (أو أم أب) ، وعم شقيق (أو لأب) فالنفقة عليها أسداساً . فعلى الحدة السدس ، وعلى العم الباقي . بنسبة ميراثها . ومن له : أم أم ، وأم أب ، وأخ شقيق . فعلى الحدين سدس النفقة تشارك فيه بالسوية بينهما ، والباقي على الأخ الشقيق .

وإن كان أحد الصنفين : غير وارث ، تجب النفقة على الأصول فقط . وإن كانوا غير وارثين ، فمن له : أبو أم ، وعم شقيق . فالنفقة واجبة على الحد وحده . مع كونه غير وارث . ولا يخفى : ما في هذه الصورة من منطوق عجيب غير مستساغ . حيث إن الحواشي انفردوا بالارث ، ولم يجب عليهم شيء من النفقة . مع اشتراكهم في النفقة مع الأصول . إذا كان الجميع وارثين بقدر ميراثهم .

ومن له : أبو أب ، وأخ لأم . فالنفقة واجبة على الحد فقط . وهو الوارث دون الأخ لأم .

اجتماع الفروع . والحواشى

وإذا وجد للقريب المستحق النفقة على غيره : أقارب من الفروع ،
والحواشى . فلا عبرة بوجود الحواشى . ولو كانوا وارثين . فتكون النفقة
واجبة على الفروع وحدهم . بحسب التفصيل السابق . فى نفقة الأصل على
الفروع .

فن له : ابن بنت ، وأخت شقيقة . فنفته واجبة على ابن البنت وحده .
مع أنه غير وارث . ومن له : بنت ابن ، وأخ شقيق . فنفته على بنت الابن
وحدها ، ولا شىء على الأخ الشقيق ، مع أن الميراث بينهما بالمناصفة .

وإذا وجد للقريب الفقير : فروع ، وأصول ، وحواشى . فلا عبرة
بوجود الحواشى . فالحكم فى هذه الحالة ، كما إذا اجتمع الفروع ، والأصول .
لسقوط الحواشى . لأن الجزئية مقدمة على غيرها .

نفقة الحواشى

إذا لم يوجد للفقير العاجز عن الكسب أحد من أصوله ، ولا من فروعه ،
فنفته واجبة على من يوجد من الأقارب الحواشى ذوى الرحم المحرم . وهم
الأخوة ، والأخوات ، وأولادهم ، والأعمام ، والعمات . والأخوال ،
والحالات .

فان كان الموجود منهم أكثر من واحد . تجب النفقة على الوارثين منهم بنسبة
ارثهم ، ولا يجب شىء من النفقة على غير الوارثين ، عملاً بقاعدة « الغرم
بالغرم » .

فن له : أخ شقيق ، وأخ لأب . تجب النفقة على الأخ الشقيق ، ولا شىء
على الأخ لأب . إذ لا يرث شيئاً من التركة مع الأخ الشقيق . لكونه محجوباً
به حجب حرمان .

ومن له : أخ شقيق (أو أخ لأب) ، وأخ لأم ، يجب على الأخ لأم سدس النفقة ، والباقي على الأخ الشقيق (أو الأخ لأب) ، بنسبة ميراثها .

ومن له : عم شقيق ، وعمة شقيقة . تجب النفقة على العم فقط . لأنه الوارث دون العممة . ومن له : عمة ، وخالة . تجب النفقة عليهما أثلاثاً ، على العممة الثلثان ، وعلى الخالة الثلث . بنسبة ميراثها .

ومن له : ابن أخ شقيق ، وبنت أخ شقيق . فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده . إذ لا يرث معه بنت الأخ .

ومن له : ابن أخ ، وخال . فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده . لكونه الوارث دون الخال . ومن له عم ، وخال . فالنفقة على العم . لكونه هو الوارث .

ومن له : أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخت لأم (أو أخ لأم) . فالنفقة واجبة عليهن أحماًسا . فعلى الشقيقة $\frac{3}{4}$ ، وعلى الأخت لأب $\frac{1}{4}$. وعلى الأخت لأم $\frac{1}{4}$ بحسب ميراثهم فرضاً ورداً .

فالأساس في وجوب النفقة على الحواشي : هو الميراث .

ويشترط في وجوب النفقة بين الحواشي ما يأتي :

أ - : الاتحاد في الدين . لأن مبنى وجوب النفقة بين الحواشي : الارث . ولا توارث بين المسلم ، وغير المسلم . لما تقرر : ان اختلاف الدين يمنع من التوارث بين المسلم ، وغير المسلم .

ب - : أن يكون المنفق موسراً . فلا يكتفى بكونه قادراً على الكسب .

ج - : أن يكون المنفق عليه فقيراً عاجزاً عن الكسب . فلو كان قادراً على الكسب . لا تجب له النفقة على قريبه . من الحواشي .

واختلف فقهاء « الحنفية » في تفسير الموسر في نفقة الأقارب . والذي عليه العمل : أن الموسر من كان في كسبه فضل عن نفقته ، ونفقة عياله . يكفي للانفاق على قريبه . وهذا رأى « محمد » .

ولا تجب النفقة بسبب القرابة . بين الحواشي ذوى الرحم غير المحرم :
فلا تجب النفقة بين أولاد الأعمام ، والعمات ، والأخوال ، والحالات . ولو كان
ابن العم ، أو ابن الخال . محرما بسبب الرضاة . فن له : ابن عم ، هوأخوه .
من الرضاة . فلا تجب عليه النفقة . لأن المحرمية بسبب الرضاة . لا بسبب
القرابة ، والرضاة ليس من أسباب وجوب النفقة على الشخص لغيره .
وإذا لم يوجد للفقير الذى يستحق النفقة - على غيره : قريب تجب عليه
نفقته . فان نفقته واجبة شرعا فى بيت المال - الخزانة العامة للدولة - عملا
بقاعدة : « الغرم بالغنم » . لأن بيت المال يستحق تركة من يتوفى . إذا لم يوجد
من يستحقها ، ويؤول إليه كل مال لا يعرف صاحبه .

وقد أصدرت وزارة العدل منشورا - رقم ٣٦ سنة ١٩٢٢ - توجه
فيه نظر المحاكم إلى عدم سماع الدعاوى على وزارة المالية - بيت المال -
بطلب فرض نفقة لفقير المدعين ، وعجزهم عن الكسب ، وعدم وجود من
تجب نفقتهم عليه . حيث إن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعا . لأنها غير
ملزمة . ومن شروط سماع الدعوى : أن تكون ملزمة . ثم ذكر المنشور
الأوجه التى استند إليها . فى أن هذه الدعاوى غير ملزمة . ومن ذلك أن الامام -
ولى الأمر - ليس بملزم قضاء . باعطاء من له حظ فى بيت المال . بل له
الخيار فى المنع والاعطاء .

نفقة زوجة القريب

القريب المستحق للنفقة لا تجب نفقة زوجته على من تجب عليه نفقته
بسبب القرابة . بل تجب نفقتها على زوجها . فيحكم عليه بنفقة زوجته .
ويؤمر بالاستدانة عليه . ويجب على من تجب عليه نفقتها ، لو لم تكن متروجة :

أن يدينها . حتى لو امتنع عن ادائها حبسه القاضي إلى أن يدينها . ويكون ذلك دينا على الزوج ، يرجع عليه به . إذا أيسر ، ويستثنى مما سبق نفقة زوجة الأب . فإنها واجبة أيضا على ولده . بشرط أن يكون الأب في حاجة إلى الزوجة ، ولا يمكنه الاستغناء عنها الممرض ، أو عاهة ، وإذا كان الأب غير محتاج إلى خدمتها ، فلا تجب نفقتها على الولد .

ويعتبر من النفقة الواجبة للقريب على قريبه : أجره الخادم . ان كان ضروريا . للقريب المستحق النفقة . لشيخوخة ، أو لمرض ، أو نحوهما . بشرط أن يكون من تجب عليه النفقة موسرا .

دين نفقة الأقارب

لا يحكم بنفقة أقارب عن مدة سابقة عن تاريخ الحكم . لأن نفقة الأقارب للحاجة ، وقد اندفعت الحاجة بالفعل . في المدة السابقة بمضيها (١) . وتكون نفقة الصغير دينا صحيحا من تاريخ الحكم . ولكن يسقط المتجمد منها بموت الصغير . لأن نفقة الأقارب من باب الصلة والبر . والصلة تسقط بالموت .

وأما نفقة غير الصغير من الأقارب . فلا تكون دينا على المحكوم عليه بها . إلا إذا أذن القاضي ، أو المنفق . بالاستدانة ، واستدان بالفعل . وفي هذه الحالة تكون النفقة من أول الأمر . دينا على من وجبت عليه ، لا يسقط عنه . إلا بالأداء . أو الإبراء . مهما طال المدة . فان مضت مدة شهر أو أكثر لم يأخذ فيها النفقة المفروضة . فليس له أن يطالب بنفقة تلك المدة الماضية . إلا إذا استدان فعلا ، وكان مأذونا بالاستدانة . لأن نفقة القريب بسبب القرابة وجبت لسد حاجته . ومضى المدة من غير أن يأخذ فيها نفقته المفروضة : دليل

(١) وقد ذكرنا في صفحة ٥٧٧ : أنه قد جرى العمل في المحاكم على أن تفرض نفقة الصغير من تاريخ رفع الدعوى ، لا من تاريخ الحكم .

على أن الحاجة إلى النفقة . قد اندفعت في تلك المدة . وانما يثبت له حق المطالبة بنفقة الشهر الحاضر .

وأما نفقة الصغير . فلا تسقط بعد الفرض . فهي في حكم النفقة الزوجية . وهذا ما عليه عمل القضاة . وتفترق نفقة الصغير . عن نفقة الزوجة من وجهين :

١ - : نفقة الزوجة تكون صحيحا من وقت وجوبها على الزوج من غير توقف على قضاء القاضى ، أو على تراضى الطرفين . بخلاف نفقة الصغير . فلا تكون ديناً إلا من وقت الحكم بها .

ب- : نفقة الزوجة دين قوى من وقت وجوبها على الزوج . لا يسقط . إلا بالأداء ، أو الإبراء . بخلاف نفقة الصغير . فانها دين غير قوى . فيسقط بما يسقط به الدين القوى . وبموت الصغير . حتى لو مات الصغير ، وقد تجمد من نفقته المفروضة مبلغ . فانه يسقط . ما دامت النفقة غير مستدانة فعلا بالإذن .

ومما نحن ابصاره إليه هنا : أنه إذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة موسر ، ومعسر . وكان الأساس في النفقة . هو الميراث . كما في وجوب النفقة على الحواشي . فان كان المعسر يحرز كل الميراث يعتبر كأنه غير موجود ، وتجعل النفقة على الباقيين الموسرين . بقدر ميراثهم . إذ لو لم يعتبر المعسر في هذه الحالة كأنه غير موجود . يتعذر إيجاب النفقة على الباقيين . إذ لا يرثون شيئا . مع اعتبار المعسر موجودا . لأنه يستقل بكل التركة . فن كان له : أخ شقيق معسر ، وأخ لأب ، وأخت لأب . موسران . يعتبر الأخ الشقيق غير موجود . كأنه ميت ، لأنه يستحق الميراث كله . دون من معه ، وتجب النفقة على الأخ لأب ، والأخت لأب . بنسبة ميراثهما . فيكون ثلثا النفقة على الأخ لأب ، والثلث على الأخت . بقدر نصيبهما في الميراث .

وان كان المعسر لا يحرز كل الميراث ، فلا يعتبر غير موجود . بل تبين سهام كل منهم في الميراث . لمعرفة ما يجب على الموسرين من النفقة . ثم يحذف سهم المعسر ، ويجعل كل النفقة على الموسرين ، بقدر سهامهم . ومن أمثلة ذلك : ما إذا كانت لمن تجب له النفقة : أم ، وأخت شقيقة . موسرتان ، وأخت لأب ، وأخت لأم (أو أخ لأم) معسرتان . قدرت سهام كل واحدة منهن في الميراث . فللأم سهم . من ستة أسهم . تنقسم إليها التركة ، وللأخت الشقيقة ، ثلاثة أسهم ، ولكل من الأخت لأب ، والأخت لأم (أو الأخ لأم) . سهم . فيكون مجموع السهام : ستة أسهم ، وبعد طرح سهمي المعسرتين ، من مجموع السهام ، يكون الباقي : أربعة أسهم . هي سهام الموسرتين : الأم ، والأخت الشقيقة . ويجب كل النفقة عليهما بقدر سهامها . في الميراث . فيجب على الأم ربع النفقة ، وعلى الشقيقة ثلاثة أرباعها ، بنسبة ميراثها .

وإذا كانت لمن تجب له النفقة : أم معسرة ، وأم أب موسرة ، وعم شقيق ، أو لأب موسر . تجب النفقة كلها على العم . لأن الأم تعتبر موجودة ، وباعتبارها كذلك تجب الحدة حجب حرمان عن الميراث . فللميراث لها . وبالتالي فلا سهم لها في النفقة . فتكون النتيجة : أن النفقة كلها واجبة على العم الموسر (١) .

(١) ما ذكرناه في نفقة الأقارب : تلخيص لمذهب « الحنفية » الجارى به العمل أمام المحاكم بمصر . ومن يريد الاطّاسة تفصيلا بهذا الموضوع . فليراجع رسالة « ابن عابدين » المسماة « تحرير النقول في نفقة الفروع ، والأصول » . وما كتبه في باب النفقة ، من كتابه « رد المحتار » المشهور بمجاشية « ابن عابدين » — الجزء الثاني — ، فانه ذكر ضوابط عامة ، وقواعد جامعة . لمسائل هذا الباب ، وأطال الكلام في تطبيق هذه الضوابط ، والقواعد ، على الفروع الكثيرة التي أبي بعضها أن تنطبق عليه تلك الضوابط .

الولاية على المال - الحجر

سبق : أن بينا المعنى اللغوي ، والمعنى الاصطلاحي الفقهي . لكلمة «الولاية» عند الكلام عن الولاية في الزواج التي هي من أنواع الولاية على النفس . كما بينا هناك : أقسامها ، ومن تثبت لهم ، ومن تثبت عليهم الولاية في الزواج . والآن سنتكلم عن الولاية في المال . وسنبين من تثبت لهم ، ومن تثبت عليهم هذه الولاية . وسنذكر المسائل المتعلقة . بالولاية على المال . ولما كانت الولاية على المال . تثبت بوجه عام على المحجور عليهم . كما تثبت لمن لهم الولاية ، أو القوامة ، أو الوصاية على هؤلاء . فقد اقتضى ذلك : أن نبين قبل التعرض لمباحث الولاية على المال : معنى الحجر . لغة ، واصطلاحاً ، وأسبابه وأحكامه . وأن نذكر الأشخاص الذين يحجر عليهم ، ونبين سائر المسائل المتعلقة بالحجر . تمهيدا لدراسة المسائل المتعلقة بالولاية على المال .

تعريف الحجر

الحجر لغة : المنع مطلقاً . أى سواء كان منعا من التصرفات القولية ، أو من غيرها . يقال في اللغة : «حجر القاضى على فلان في ماله» . إذا منعه من التصرف فيه . كما يقال : «حجر على فلان في خروجه من بيته» . إذا حدد إقامته فيه ، ومنعه من الخروج منه . فهو حاجر ، وذلك محجور عليه . وقد يقال . توسعا واختصارا : «محجور» بدون ذكر الصلة ، أى كلمة «عليه» . كما يقال : «المشرك ، والمأذون ، والمندوب» . والمعنى : المشترك فيه ، والمأذون له ، والمندوب إليه . ومن هذا المعنى اللغوي للحجر سمى العقل : «حجرا» بكسر الحاء . لأن العقل يمنع صاحبه . عما لا ينبغي (٣٨)

قوله ، أو فعله : قال تعالى : « هل فى ذلك قسم لذى حجر » (١) . أى لذى عقل .

وأما الحجر فى الاصطلاح الفقهى . فقد اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريفه . وقد اخترنا من التعريفات التى ذكرها الفقهاء . التعريف الآتى : وهو أن الحجر فى الاصطلاح : منع شخص مخصوص . عن تصرفه القولى ، أو عن نفاذه . وسيرد ذكر بعض تلك التعريفات فى أثناء الكلام . والمراد بالشخص المخصوص : من يستحق الحجر عليه . وهو : من قام به سبب من أسباب الحجر التى سنبينها . فيما بعد . فنعم الشخص عن التصرف فى مال الغير . لا يسمى حجراً فى الاصطلاح .

ويؤخذ من التعريف المذكور : أن الحجر تارة يكون منعاً عن أصل العقود ، والتصرفات ، وتارة أخرى يكون منعاً عن نفاذها . وبيان ذلك : أن آثار الحجر ، وأحكامه . تختلف باختلاف المتصرف . من المحجور عليهم ، وباختلاف العقود التى يباشرها ، والتصرفات التى تصدر منه . فقد يكون الحجر على الشخص الذى قام به سبب من أسباب الحجر : منعاً عن أصل التصرفات كلها . كما فى الخنون ، والصبي غير المميز ، وقد يكون : منعاً عن أصل بعض التصرفات ، وعن نفاذ بعضها . كما فى سائر المحجور عليهم ، وسيوضح كل ذلك جلياً . بعد بيان أحكام تصرفات . كل من المحجورين .

ثم إن العلماء قالوا : إن الحجر يكون فى الأقوال ، دون الأفعال . أى أن محل الحجر : التصرفات القولية . لا التصرفات الفعلية . حتى عرف بعض الفقهاء الحجر : بأنه المنع من التصرفات القولية ، لا الفعلية . وعللوا ذلك بأن التصرفات القولية . هى التى يمكن منعها . بعد وقوعها : بخلاف التصرفات الفعلية . وذلك بمنع ترتب الأحكام على التصرفات القولية ، أو بمنع نفاذها .

(١) الآية رقم ٥ من سورة الفجر .

لأن أثر العقود ، والتصرفات القولية . غير مرئي ، وغير موجود حساً في الخارج . بل هو أمر معنوي اعتباري قدره الشارع ، ورتبه على العقود ، والتصرفات . فاذا منع ترتب أثر التصرف القولي . بعد وقوعه . فلا يكون ذلك إنكاراً . لشيء محسوس موجود في الخارج حقيقة . فمثلا الملكية المترتبة على البيع . والهبة : أمر تقديري اعتباري ، لا وجود له حساً في الخارج ، وغير مشاهد ، ولا مدرك بالحس . وكذا الحرمة المترتبة على الطلاق . فيمكن منع كل من البيع ، والهبة ، والطلاق بعد وقوعه . بأن يمنع ترتب أثره عليه .

وأما التصرفات الفعلية الصادرة من الجوارح . فإن أثرها مرئي مشاهد ، وموجود محسوس في الخارج . فلا يمكن اعتباره منعداً . كأن لم يكن . بعد وقوع التصرف الفعلي . ولا يتصور رفعه بعد وقوعه . فاذا أتلّف الصغير ، أو المجنون . مال غيره . فلا يمكن عد المال الذي أتلّفه غير متلف . ولا يتصور رفع الاتلاف بعد وقوعه ، وإلا كان ذلك إنكاراً . لأمر محسوس مشاهد في الخارج ، وهذا غير مقبول ، ولا مستساغ عقلاً .

وبضاف إلى ما تقدم : أن صحة الأفعال ، وترتب آثارها عليها . لا تعتمد القصد . بخلاف الأقوال . ألا ترى أن النائم في حالة نومه ، والمعنى عليه في حالة إنعماثه . إذا صدرت منه أقوال تدل على إنشاء العقود ، والتصرفات . كالبيع ، والطلاق . فإن عبارتهما لاغية ، لا قيمة لها ، ولا عبرة بها . فلا بيع ، ولا طلاق . وإذا أتلّف كل منهما مال الغير في حالة النوم ، والانعماث . فأنهما يؤخذان بذلك ، ويجب عليهما الضمان في مالهما .

وبقبي على عدم الحجر في الأفعال : أن الحجر عليه مؤاخذ بأفعاله . فاذا أتلّف الصغير ، أو المجنون . مال غيره يجب عليه الضمان في الحال . فيؤمر وليه بأداء الضمان من مال المتلف . إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال . فلا يطالب بالأداء في الحال . بل ينتظر إلى الميسرة ، والمقدرة .

كالمدين المعسر . لا يطالب بأداء الدين . ما دام معسراً ، غير قادر على أدائه .
فيمهل إلى حين ميسرته ، وقدرته . قال تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة
إلى ميسرة » ، (١) . ولا يجبر الولى ، أو الوصى . على ضمانه من ماله . هو .

وليس معنى منع المحجور عليه من التصرف القولى : منعه من صدور
التصرف القولى . لأن منعه من ذلك غير ممكن . إذ قد يقدم المحجور عليه
في أحيان كثيرة على التصرف القولى . بالرغم من منعه عن ذلك . بل معناه
كما يؤخذ مما تقدم : منع حكم التصرف القولى من الثبوت ، أو منع نفاذه .
أى إذا تصرف . فلا حكم يترتب على تصرفه . وقد يعترض . فيقال : وإذا
كان المراد بمنع المحجور عليه من التصرف القولى : المنع من ثبوت حكمه ،
وترتب أثره عليه . فهذا يتحقق أيضا في بعض الأفعال . فلا معنى لتقييد
التصرف بالقول . وبالتالي . فلا معنى . لأن يجعل محل الحجر : التصرفات
القولية ، دون التصرفات الفعلية . لأن الحجر بهذا المعنى يتحقق في بعض
الأفعال . كالزنى ، والقتل . فاذا زنى المحنون ، أو قتل الصغير . فلا يترتب
على الزنى حكمه . وهو الحد - جلد الزانى مائة جلدة - ولا يترتب على
القتل . حكمه . وهو القصاص . وأيضا فإنه كما لا أثر للحجر في بعض
الأفعال . كاتلاف مال الغير . فإنه لا أثر للحجر في بعض الأقوال . كقبول
الصغير المميز الهبة ، والهدية . فلا فرق حينئذ في الحجر بين الأقوال ،
والأفعال .

وأجيب . عما ذكر : بأن في تقييد التصرف بالقول . روعيت فيه الكثرة ،
والقلة . لأن الأفعال التى لا يجوز منع ثبوت حكمها . بعد وقوعها : كثيرة ،
والأفعال التى يجوز منع ثبوت حكمها . بعد وقوعها : قليلة نادرة . بخلاف
الأقوال . فإنها بالعكس . حيث إن الأقوال التى يجوز منع ثبوت حكمها
بعد وقوعها : كثيرة ، والأقوال التى لا يجوز منع ثبوت حكمها . بعد وقوعها :
قليلة نادرة . ولا اعتبار للقليل النادر .

على أن بعض العلماء يعرف الحجر . بأنه المنع من ثبوت حكم التصرف مطلقاً . أى سواء كان التصرف قولاً ، أو فعلاً . لأن التصرف القولى . كالتصرف الفعلى ، فى أنه لا يمكن رفعه ، ومنعه . بعد وقوعه . وإنما الذى يمكن رفعه ، ومنعه . هو ترتب حكمه ، وأثره عليه . وذلك باعتباره غير نافذ فى حالات ، أو غير منعقد فى حالات أخرى .

أسباب الحجر . ومن يحجر عليهم

أسباب الحجر قسمان :

(أ) : قسم متفق عليه بين العلماء .

(ب) : قسم مختلف فيه بين العلماء .

فالأسباب المتفق عليها هى : (١) الصغر (٢) الجنون (٣) العته .

فن قام به سبب من هذه الأسباب الثلاثة . يحجر عليه . باتفاق الفقهاء . وهو الصغير ، والجنون ، والمعتوه . لفقدهم الأهلية . كما فى الجنون ، والصغير ، والمعتوه غير المميزين ، أو لنقص الأهلية ، وقصورها . كما فى الصغير ، والمعتوه المميزين .

وأسباب الحجر المختلف فيها ثلاثة . وهى : (١) السفه (٢) الغفلة (٣) الدين .

فذهب « جمهور الفقهاء » ، ومنهم « الصحابان » من « الحنفية » ، والأئمة « مالك » ، و« الشافعى » ، و« أحمد » : أن هذه الأسباب موجبة للحجر . فن قام به أى سبب من هذه الأسباب . يحجر عليه شرعاً . فيحجر عندهم على السفه ، وذى الغفلة ، والمدين . ومذهب الامام « أبى حنيفة » ، و« زفر » ، و« محمد بن سيرين » ، و« الظاهرية » : أن هذه الأسباب لا توجب الحجر . فلا يحجر عندهم على هؤلاء المذكورين شرعاً .

والأشخاص الذين يحجر عليهم هم :

(١) الصغير (٢) المجنون (٣) المعتوه . والحجر على هؤلاء متفق عليه بين العلماء . (٤) السفية (٥) ذو الغفلة (٦) المدمن . والحجر عليهم عند « جمهور » الفقهاء .

تصرفات المحجور عليهم

سنين باختصار أحكام تصرفات المحجور عليهم . بالترتيب السالف الذكر .

تصرفات الصغير :

الصغير . إما أن يكون مميزاً ، وإما أن يكون غير مميز . والصغير غير المميز . هو الذي يبلغ السابعة من عمره (١) ، ولا يفهم معاني ألفاظ العقود والتصرفات ، ولا يدرك أغراض الناس منها . وتصرفاته كلها : باطلة ، وعباراته لاغية لا عبرة بها . في إنشاء أى عقد ، أو تصرف . لأنه فاقد الأهلية وعدم التمييز . فلا يكون أهلاً . لأى عقد ، أو تصرف . حتى النافع من التصرفات نفعاً محضاً . كقبول الهبة . ولو أجازته من له الولاية عليه . لأن جميع عقود ، وتصرفاته باطلة ، غير منعقدة أصلاً . فلا تلحقها الإجازة . ولا أثر لها . لما تقرّر فقها : أن الإجازة اللاحقة . كالإجازة المقارنة . لا تجعل العقد ، أو التصرف الباطل : صحيحاً . وإنما تجعل نافذاً ما أنعقد موقفاً .

ونصت المادة (١١٠) من القانون المدنى على . أن جميع تصرفات الصغير

(١) وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدنى : « وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز » .

غير المميز تكون باطلة (١) . وهذا الحكم الذي قرره المادة المذكورة .
موافق لما قرره الفقه الاسلامي .

والصغير المميز . هو من بلغ السابعة من عمره ، ويفهم بصفة عامة
اجالية معاني العقود ، والتصرفات ، ويميز بينها بوجه عام . ولا اعتبار
الصغير مميزا لا بد من هذين الأمرين : بلوغ السابعة من العمر ، وإدراك
هذه الأمور . فمن لم يبلغ السابعة من العمر ، ويميز بين معاني العقود ، والتصرفات
في الجملة ، ويعرف أن البيع سالب لملك المبيع ، وجالب لملك الثمن . بالنسبة
للبنات ، وأن الأمر بالعكس . بالنسبة للمشتري . لا يعتبر صغيرا مميزا . لأن
هذا نادر . والنادر لا عبء به . إذ مناط الأحكام في الشريعة : المظان الكلية ،
والأمر الأعم الأغلب من أحوال الناس ، ومن جاوز السابعة ، ولم يدرك
معاني العقود والتصرفات ، ولو بوجه عام لا يكون مميزا . فالسابعة هي
الحد الأدنى . لسن التمييز .

فالصغير المميز ناقص الأهلية ، وناقص العقل . لوجود أصل التمييز ،
وعدم كمال العقل ، والادراك . فعبارته في حد ذاتها صالحة . لانشاء
العقود والتصرفات . وحكم تصرفاته على التفصيل التالي :

(١) : إذا كان تصرفه نافعا له نفعا محضا . بحيث يكون من أثره : الزيادة ،
لا النقص في ماله . كقبول الهبة ، والوصية ، صح و نفذ . بدون توقف
على إجازة وليه ، أو وصيه . بل ولو لم يجزه من له الولاية ، أو الوصاية
عليه . لأن كلا من الولاية ، والوصاية . لأجل النظر في صالح المولى عليه ،
والموصى عليه ، ولرعاية مصلحتها . وليس من النظر ، ولا من المصلحة
للصغير : إبطال مثل هذا التصرف . بل فيه ضرر بالنسبة له .

(١) نص المادة المذكورة : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ،
وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

(٢) : إن كان التصرف ضارا بالصغير ضررا محضا . بحيث يكون من أثره النقص ، لا الزيادة في ماله . كالتبرع بجميع أنواعه . من هبة ، ووصية ، ووقف . فلا يصح ، ولا يتعقد أصلا . وبما أن وليه ، أو الوصى عليه : لا يملك مثل هذا التصرف عن الصغير ابتداء . فلا يملك اجازته انتهاء . إذا باشره الصغير بنفسه . فلا ينقلب صحيحا باجازته . لأن الاجازة اللاحقة كالاجازة المقارنة : لا تأثير لها في التصرفات الباطلة . وإنما تأثيرها فيما انعقد موقوفا . لأجل نفاذه .

(٣) : إن كان تصرفه من التصرفات الدائرة بين النفع ، والضرر . كالبيع ، والشراء ، والاجارة ، وسائر المعاوضات ، والمبادلات المالية ، وكالزواج . إنعقد موقوفا . فان أجازه من له الولاية ، أو الوصاية عليه إجازة معتبرة . بأن لا يكون في التصرف غبن فاحش ، نفذ التصرف ، ولزم . من وقت انشائه . وان لم يجزه ، أو أجازه إجازة غير معتبرة . بأن كان فيه غبن فاحش ، اعتبر التصرف باطلا . غير منعقد أصلا . من أول الأمر .

وانما توقف نفاذ هذا النوع من التصرفات على اجازة الولي ، أو الوصى . لأنه يحتمل أن يكون فيه مصلحة للصغير ، كما يحتمل أن يكون فيه مضرة . والذي يرجح أحد الأمرين . هو الولي ، أو الوصى . لكونه كامل الأهلية مدركا . لما فيه مصلحة الصغير . فيجبر برأيه ، وتقديره . ما نقص من أهلية الصبي المميز الذي تولى مباشرة التصرف الذي بهذا الصفة .

وما قرره القانون المدني من أحكام تصرفات الصغير المميز في المسادة (١١١) : موافق . لما قرره الفقهاء من الأحكام (١) .

(١) نص المادة المذكورة :

١ - إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة . متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة . متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

ومما تحمى الإشارة إليه هنا : أن الصغير المميز إذا باع شيئاً من ماله ، بضعف قيمته . أو اشترى شيئاً . بنصف قيمته . توقف نفاذ التصرف على إجازة من له الولاية ، أو الوصاية عليه . ولا يعد هذا التصرف من التصرف النافع نفعاً محضاً . إذ العبرة بكون التصرف نافعا ، أو ضاراً ، أو متردداً . بين النفع ، والضرر : كونه كذلك . بأصل وضعه . فلا اعتبار لما يعرض لتصرف جزئي معين . من النفع المحض اتفاقاً ، ومصادفة .

الاذن للصغير بالتجارة

ومن له ولاية التصرف في مال الصغير يملك شرعاً : أن يأذن له في التجارة . متى كان مميزاً . فاذا أذن له في التجارة . متى أنس منه معرفة بأعمال التجارة ، وأساليب التجار . كانت عقودهم ، وتصرفاته التجارية ، صحيحة نافذة ، وكذا كل ما هو من أعمال التجارة ، وتوابعها . وكل ما كان من صنيع التجار ، وعاداتهم . بدون حاجة . إلى إجازة من له ولاية التصرف في ماله ، لأن الإذن السابق على التصرف ، كالأجازة اللاحقة بعده . فيملك تنزيل ثمن المبيع . إذا ظهر عيب قديم في المبيع ، وأراد المشتري رده عليه ، لأن الحط من الثمن عند ظهور عيب في المبيع . من أعمال التجارة . بشرط أن يكون التنزيل بمثل المتعارف بين التجار . في هذه الحالة . لا أزيد منه . وله أن يوجل دينه المستحق الدفع في الحال . لأن تأجيل الدين من عادة التجار .

وأما تصرفاته التي لا علاقة لها بالتجارة . فتحكمها : حكم تصرفات

= ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالإبطال . إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه ، أو من المحكمة . بحسب الأحوال . وفقاً للقانون .

الصبي غير المأذون له بالتجارة . فقد تكون باطلة غير منعقدة . وذلك إذا كانت ضارة ضرراً محضاً . كالهبة بلا عوض ، وسائر التبرعات ، وكالطلاق . وقد تكون موقوفة على إجازة من له الولاية عليه . وذلك إذا كانت مترددة بين النفع والضرر . كالزواج .

والمادة ٦٤ من المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » الخاص بأحكام الولاية على المال . إعتبرت القاصر المأذون له كامل الأهلية . فيما أذن له فيه ، وفي التقاضى فيه .

ونصت المادة (٥٧) من التسانون السالف الذكر على أنه : « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية ، أو الوصاية أن يتجسس . إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره ، وأذنت المحكمة في ذلك اذنًا مطلقاً ، أو مقيداً » . والأحكام التي تضمنتها المادة المذكورة تخالف ما قرره الفقهاء في الاذن للقاصر بالتجارة . فقد قرروا أن من له ولاية التصرف في ماله . يملك الاذن للقاصر بالتجارة . متى كان مميزاً عارفاً بأعمال التجارة ، وأساليب التجار . فاذا ما أذن له يثبت له حق مزاولة التجارة ، وتكون عقود ، وتصرفاته التجارية . صحيحة نافذة . في حين أن المادة المذكورة اشترطت إذن المحكمة للقاصر بالتجارة ، وبلوغه الثامنة عشرة من عمره ، وممسا جاء في المذكرة التفسيرية بشأن هذه المادة : « ان مزاولة التجارة تستتبع مسئوليات جسيمة . قد تودى بالمال بأسره . ولذلك نصت المادة على أنه لا يجوز للقاصر أن يتجر . إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره ، وأذنت المحكمة اذنًا مطلقاً أو مقيداً » .

انتهاء دور الصغر - وزوال الحجر عن الصغير

ينتهي دور الصغر بالنسبة . لكل من الصغير ، والصغيرة . بالبلوغ . ويعرف ذلك بظهور أمارات البلوغ . كالانزال ، والاحبال . بالنسبة

للصغير . والحيض ، والحبل . بالنسبة . للصغيرة . والاحتلام . - وهو ما يراه النائم من الاختلاط الجنسي - بالنسبة لهما . والواقع : أن الإنزال . هو الأمانة الحقيقية للبلوغ . بالنسبة للصغير . وأما الإحبال والاحتلام . فن صور الإنزال . إذ الاحبال لا يتأتى إلا به ، والاحتلام لا يعتبر إلا معه .

فاذا دعى كل من الصغير ، والصغيرة : البلوغ ، بظهور أمانة البلوغ ، وكانت سنهما تحتمل ذلك . بأن يكون كل منهما في سن المراهقة - المقاربة للبلوغ - وهي اثنتا عشرة . بالنسبة للفتى ، وتسع سنوات . بالنسبة للفتاة . وكان جسمهما . بحيث يحتمل البلوغ . قبل قولها ، واعتبرا بالعين . لأن الظاهر في هذه الحالة يؤيد إدعاءهما البلوغ ، ولا يكذبهما في هذا الادعاء .

وإذا كانت سنهما أقل مما ذكر ، أو كان جسمهما ضعيفاً . لا يحتمل البلوغ مع هذا الضعف الجسماني . فلا يقبل ادعاءهما البلوغ . لأن الظاهر يكذبهما في هذا الادعاء .

وإذا لم يظهر عليهما شيء من علامات البلوغ . إتفق العلماء على أن بلوغهما لا يكون . إلا بالنسبة . ولكنهم اختلفوا في مقدار الحد الأدنى . لسن البلوغ . فقدر أكثر العلماء الحد الأدنى لسن البلوغ . بخمس عشرة سنة للفتى ، والفتاة . وهذا مذهب « الصحابين » المقتضى به . وقدره « أبو حنيفة » بسبع عشرة سنة ، بالنسبة للفتاة ، وبثمان عشرة سنة ، بالنسبة للغلام . وسبب التفرقة بينهما في هذا التقدير : أن نمو جسم الفتاة ، وإدراكها البلوغ . أسرع من الفتى . وقدره بعض العلماء . باثنتين وعشرين سنة ، وبعضهم بخمس وعشرين سنة . وهذا الاختلاف بين العلماء في مقدار الحد الأدنى لسن البلوغ : مبناه عدم وجود نص صريح من الشارع . في تحديد سن البلوغ . فالاختلاف بين العلماء في هذه المسألة . ليس مبناه على الأدلة الشرعية . بل مبناه على الرأي والاجتهاد . فكل قال بما أدى إليه اجتهاده . ومن المعلوم : أن البلوغ

بالسن . يختلف باختلاف الأشخاص . من حيث الصحة ، والمرض ، وقوة الجسم ، وضعفه . وباختلاف بيئتهم ، وطرق معيشتهم . وباختلاف البلدان فالأشخاص الأقوياء جسماً المستكملون للصحة . أسرع في البلوغ من الأشخاص الضعفاء ، والمرضى ، كما أن الذين يعيشون في البلاد الحارة . أسرع في البلوغ من الذين يعيشون في المناطق الباردة . كما هو المشاهد .

وإذا بلغ الصغير . سواء كان بلوغه بالسن ، أو بظهور علامة من علامات البلوغ . فقد زال عنه الصغر الذي هو سبب الحجر عليه . فيرتفع الحجر عنه بدون حاجة . إلى حكم القاضي برفعه . إذا كان قد بلغ عاقلاً رشيداً ، أى محسناً في إدارة أمواله ، وفي تصرفاته . لمسا تقرر : أن الحكم يدور مع علته وجوداً ، وعدمها . وأما إذا بلغ غير عاقل . فإن الولاية تكون ثابتة عليه في نفسه ، وماله . بسبب الجنون . وتستمر ولاية من كان ولياً عليه . قبل بلوغه . من أب ، أو جد ، أو وصى . وإذا بلغ عاقلاً غير رشيد . تزول عنه الولاية في النفس . من حيث الزواج ، والطلاق . على التفصيل المبين في باب الزواج ، والطلاق . وأما الولاية عليه في ماله . فقد قال « محمد » باستمرارها . بدون حاجة . إلى حجر القاضي . بسبب السفه . إذ لا يزول الحجر عنه بالبلوغ سفيهاً غير رشيد ، وتكون الولاية عليه بعد بلوغه . لمن كانت له في حال صغره . وقال « أبو يوسف » : الحجر عليه بسبب الصغر يزول ببلوغه ، ويحجر عليه القاضي بسبب السفه . فالصغير إذا بلغ غير رشيد . بلغ محجوراً عليه للسفه عند « محمد » ، ولا يحتاج إلى حجر القاضي عليه للسفه ، وعند « أبي يوسف » بلغ غير محجور عليه ، ويحتاج إلى حجر القاضي عليه للسفه (١) وتكون الولاية عليه في ماله . لمن يقيمه القاضي فيما عليه ، لا لمن كانت له الولاية عليه في حال صغره ، ثم إن الولاية عليه تبقى مستمرة عند « الصاحبين » إلى أن يونس منه الرشد ، وتظهر علامة من

(١) راجع حاشية « الشلبي » على شرح « الزيلعي » (ج ٥ ص ١٩٤) .

علاماته . مهها بلغ من العمر . وعند « الإمام » تستمر الولاية عليه في ماله . إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة . ما لم يعلم رشده قبل ذلك . لأنه يرى ألا فائدة من منع ماله عنه ، وإن لم يرشد بعد بلوغه هذه السن التي يتصور أن يكون جدا . ومنع ماله عنه . قبل بلوغه هذه السن عند « أبي حنيفة » : كان على سبيل التهذيب والتأديب ، لا على سبيل الحجر . إذ لا يرى الحجر على السفيه ، ولا على ذى الغفلة . ولا يرجى بعد بلوغه هذه السن فائدة . من تأخير دفع ماله إليه . فلا معنى لمنعه عنه . حيث تجاوز سن التأديب ، والتريسة . وقد روى عن « عمر » رضي الله عنه أنه قال : « ينتهى لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة » (١) . فجرد بلوغ الصغير ليس كافياً . ليسلم إليه ماله . باتفاق بين « الامام » و « صاحبيه » . بل لابد من إيناس الرشد منه . قال تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم (٢) » . إلا أن « الصحابين » يقولان : لا يسلم إليه المال ما دام غير رشيد ، ولو بلغ من العمر مهها بلغ . ويرى « أبوحنيفة » أن يسلم إليه ماله متى بلغ خمساً وعشرين سنة ، وإن لم يكن رشيداً . فالغاية لدفع ماله إليه عند « الامام » : إما الرشد ، وإما بلوغه الخامسة والعشرين من العمر . وعند « الصحابين » : الرشد فقط .

ولم يقدر الفقهاء سناً معينة للرشد . بل تركوا ذلك للتجربة ، والخبرة ، والمعاملة . فان كان من بلغ محسناً في التصرفات ، وفي إدارة الأموال ، فهو رشيد ، وإلا فهو غير رشيد . إلا أنهم لم يعتبروا الرشد قبل البلوغ . فاذا رُشد الصغير . قبل أن يبلغ . استمرت الولاية عليه في النفس ، والمال . بسبب الصغر الموجب . للحجر على الصغير .

(١) راجع « الزيلعي » (ج ٥ ص ١٩٥) .

(٢) الآية رقم ٦ من سورة النساء .

وقدرت الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من القانون المدنى سن الرشد باحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة . ويعتبر في نظر القانون . كل من لم يبلغ هذه السن قاصرا .

ونصت المادة ١٨ من المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » على أن الولاية تنتهى ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن . باستمرار الولاية عليه .

بقيت حالة ما إذا بلغ الصغير عاقلا رشيداً ، وارتفع عنه الحجر ، وزالت ولاية من كان وليا عليه . ثم طرأ عليه الجنون ، أو العته . فانه يكون محجورا عليه . للجنون ، أو العته . وتعود ولاية من كان وليا عليه قبل بلوغه . على الرأى الراجح فى مذهب « الحنفية » . لأن سقوط ولايته ، وانقطاعها عند بلوغ الصغير . كان بسبب بلوغه عاقلا رشيداً . فاذا ما زال عقله ، أو نقص . عادت إلى الأب ، أو الجد . ولايته عليه استحسنانا . لوفور شفقتها ، وكمال رأبها . فهما أولى من القاضى ، ومن وصيه ، مادام كل منها أهلا للولاية . وقيل : تكون الولاية فى هذه الحالة للقاضى . ومن يقيمه قيا . ولا تعود الولاية إلى من كانت له الولاية عليه . وهذا مقتضى القياس . لأن ولايته زالت ، وسقطت . ببلوغ الصغير عاقلا رشيداً . والقاعدة الفقهية : « أن الساقط لا يعود » .

تصرفات المجنون والحجر عليه

عرف صدر الشريعة فى كتابه « التوضيح » الجنون . بأنه اختلال العقل . بحيث يمنع جريان الأفعال ، والأقوال . على نهج العقل . إلا نادراً .
والجنون : إما أصلى . بأن يبلغ الشخص مجنوناً . وإما طارىء . بأن يبلغ عاقلاً . فيطرأ عليه الجنون . بعد بلوغه .

والجنون قد يكون جنونه مطبقاً ، وقد يكون جنونه متقطعاً .

(فالأول) : هو الذى فقد عقله ، واستوعب جنونه كل الأوقات . بحيث لا توجد فترة من الزمن يعود إليه عقله فيها . فهو عديم الأهلية فى جميع الأوقات . وكل تصرفاته ، وجميع عقوده باطلة غير منعقدة أصلاً . لا يترتب عليها أى حكم . ولو أجازها من له الولاية عليه . لأن عبارته ملغاة لاعتبرها . لعدم التمييز (١) . وحكمه : حكم الصغير غير المميز .

(والثانى) : هو الذى يذهب عقله فى بعض الأوقات ، ويعود إليه فى بعضها . فتصرفاته فى حالة ذهاب عقله . كتصرفات الجنون الذى جنونه مطبق . لأنه فى هذه الحالة فاقده التمييز ، وعديم الأهلية . وتصرفاته فى حالة إفاقته من الجنون ، وعود عقله إليه : صحيحة نافذة . ما دامت مستكملة لأركانها ، وشروطها الشرعية . فهى كتصرفات العاقل . لصدورها من كامل الأهلية . بشرط أن يكون عقله طبيعياً . بعد عوده إليه ، وبعد إفاقته من الجنون . لأن الجنون المانع من صحة التصرف قد زال عنه ، فيعود الممنوع ، وإذا بقى ناقص العقل . فى حالة إفاقته من الجنون . فتحكمه : حكم الصغير المميز . إن عرف ما يعرفه ، وإلا اعتبر مجنوناً جنوناً مطبقاً .

والفقه الاسلامى . يقضى بأن الجنون بمجرد ظهوره . بدون فرق بين جنون أصلى ، وجنون طارىء . يترتب عليه أثره . فيكون الجنون محجوراً عليه . من غير حاجة إلى حكم بالحجر عليه . فتكون عبارته ملغاة . وتكون جميع تصرفاته على اختلاف أنواعها باطلة . غير منعقدة أصلاً . فلا تستعقب آثارها . وإن أجازها من له الولاية عليه .

(١) والمادة ٣٥ من القانون المدنى تقول فى فقرتها الأولى : « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز . لصغر فى السن ، أو عته ، أو جنون .

كما يقضى بزوال أثر الحنون عن الحنون . بمجرد زوال الحنون عنه ، وعود عقله إليه كاملاً ، بدون حاجة إلى حكم . برفع الحجر عن الحنون . فتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة ، مادامت مستكملة للأركان ، والشروط الشرعية . من حين زوال الحنون عنه . وعود عقله إليه كاملاً . لأن الحنون . هو سبب الحجر عليه ، فإذا زال السبب ارتفع المسبب . لأن القاعدة الفقهية المقررة : « أن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعلماً » .

وأما القوانين الوضعية . فإنها تقضى بأن الحجر على الحنون ، ورفع الغفلة لا يكونان . إلا بحكم من المحكمة ، وكذا الحجر على المعتوه ، والسفيه ، وذو الغفلة . ورفع عنهم . فنصت المادة (٦٥) من المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » الخاص بأحكام الولاية على المال على أنه : « يحكم بالحجر على البالغ للجنون ، أو العته ، أو السفه ، أو الغفلة . ولا يرفع الحجر . إلا بحكم » . وقالت المادة (١١٣) من القانون المدني : « الحنون ، والمعتوه ، والسفيه ، وذو الغفلة . تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم . وفقاً للتواعد ، وللإجراءات المقررة في القانون » .

ويتبين مما سبق : أن ما قرره القانون الوضعي . من أن الحجر على الحنون ، ورفع عنه . لا يكونان . إلا بحكم من المحكمة . يخالف ما قرره الفقه الإسلامي . من أن الحجر عليه ، ورفع عنه . لا يحتاجان إلى حكم المحكمة .

هذا فيما يتعلق بالحجر على الحنون ، ورفع عنه . وأما تصرفاته في نظر القانون . فقد جعلها القانون المدني نوعين بنص المادة (١١٤) (١) .

(١) نص المادة المذكورة :

١ - يقع باطلا تصرف الحنون ، والمعتوه . إذا صدر التصرف . بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا . إلا إذا كانت حالة الجنون ، أو العته ، شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

١ - : تصرفه الصادر منه بعد تسجيل قرار الحجر عليه . وقرر القانون المذكور: أن هذا التصرف يقع باطلا بنص الفقرة الأولى . من المادة المذكورة وهذا الحكم الذي قرره القانون متفق . مع أحكام الفقه الاسلامى .

ب - : تصرفه الصادر منه قبل تسجيل قرار الحجر عليه . قرر القانون بنص الفقرة الثانية . من المادة المذكورة : أن هذا التصرف لا يكون باطلا . إلا إذا كانت حالة الخنون شائعة . وقت التعاقد . أو كان الطرف الآخر على بينة منها . وهذا الأصل الذى قرره القانون غير متفق . مع أحكام الفقه الاسلامى فى تصرفات الخنون ، وإن كانت المستثنيات متفقة . مع تلك الأحكام .

والقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » الخاص بأحكام الولاية على المال لم يتعرض لحكم تصرفات الخنون . كما أن قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ لم ينص صراحة على حكم تصرفات الخنون . ولكن يلاحظ : أن المادة (١٠٨) من قانون المحاكم الحسبية التى حددت الوقت الذى يبدأ فيه الاحتجاج . على الغير وعديمى الأهلية . بالأحكام ، والقرارات الواجبة التسجيل . نصت على أن « القرارات والأحكام المبينة . تحت كلمة « ثانيا » من الفقرة الأولى من المادة (٧٩) - ومنها توقيع الحجر على الخنون - لا تكون حجة على الغير حسن النية . إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها . فان لم يسجل الطلب . فن تاريخ تسجيل الحكم . وفيما عدا ذلك من الأحكام ، والقرارات . فلا يحتج بها . إلا من تاريخ تسجيلها . بعد صيرورتها نهائية » انتهت المادة .

وبمقتضى هذه المادة . يكون قانون المحاكم الحسبية . قد قرر صراحة صحة تصرفات الخنون . قبل تسجيل طلب الحجر عليه . بل بعد توقيع الحجر عليه . إلى وقت تسجيل الحكم بالحجر عليه . متى كان طلب الحجر عليه لم يكن مسجلا . وذلك بالنسبة للغير حسن النية . فالغير حسن النية . أن يتمسك

بصحة تصرف المحنون ، ولو كان هذا التصرف صدر منه . بعد الحكم بالحجر عليه . إلى وقت تسجيل الحكم . متى كان طلب الحجر عليه لم يسجل . وكل ذلك مخالف لأحكام الفقه الاسلامي .

والمادة (٨٩) التي أشارت إليها المادة (١٠٨) بينت الأحكام ، والقرارات التي تكون نافذة ، ولو لم تصبح نهائية . ومنها : توقيع الحجر ، وأوردت الأحكام والقرارات التي لا تنفذ ، إلا إذا أصبحت نهائية . ومنها : رفع الحجر (١) .

وعددت المادة (١٠٥) من قانون المحاكم الحسينية : الأحكام ، والقرارات التي يجب تسجيلها . ومنها الحكم بتوقيع الحجر ، أو رفعه .

وحددت المادة (١٠٦) من القانون المذكور : الطلبات التي يجب تسجيلها . ومنها : طلب الحجر .

وأوجبت المادة (١٠٧) تسجيل تلك الأحكام ، والطلبات . في ميعاد لا يتجاوز ثمانى وأربعين ساعة . من تاريخ صدور الأحكام ، أو تقديم الطلبات

(١) والمادة (٨٩) خاصة بآثار الأحكام ، والقرارات . التي تصدرها المحاكم الحسينية . ونصها :

- ١ - تكون نافذة من تاريخ صدور الأحكام ، والقرارات الصادرة . بما يأتي :
- ٢ - تثبيت الأوصياء المختارين ، وتعيين الأوصياء ، والقاسة ، والمشرفين ، والوكلاء عن الغائبين ، والمساعدين القضائيين ، والمديرين المؤقتين ، وعزلهم .
- ٣ - توقيع الحجر ، ولسبب الولاية ، أو الحد منها ، أو وقفها ، أو سلب الاذن للقاصر ، أو المحجور عليه لسفه ، أو غفلة ، أو الحد منه ، واستمرار الولاية ، أو الوصاية عليه ، وتقرير المساعدة القضائية ، واثبات الغيبة .

وأما الأحكام والقرارات الآتية . فلا تنفذ . إلا إذا صارت نهائية :

رفع الحجر ، ورفع المساعدة القضائية ، ورد الولاية ، ورد الاذن . للقاصر ، أو المحجور عليه . لسفه ، أو غفلة ، وثبوت الرشد بعد الحكم . باستمرار الوصاية .

تصرفات المعتوه . والحجر عليه

وفي كتاب « التعريفات » للسيد الشريف الجرجاني : « العته عبارة عن آفة توجب خللا في العقل . فيصير صاحبه مختلط الكلام . فيشبه بعض كلامه : كلام العقلاء ، وبعض كلامه : كلام المجانين » وهذا الكلام الذي نقلناه عن السيد الجرجاني : تعريف للعته . وللمعتوه .

ولما كان إدراك المعتوه ليس في درجة واحدة ، بل هو على درجات متفاوتة . إذ المعتوه قد يكون مميزاً . وقد يكون فاقد التمييز . كالصغير . فقد اختلف حكم تصرفه . فان كان عديم العقل ، والتمييز ، فحكم تصرف المعتوه البالغ : حكم تصرف الصغير غير المميز ، وإن كان المعتوه البالغ مميزاً ، فحكمه : حكم الصغير المميز .

وقد أسلفنا : بيان أحكام تصرفات الصغير بقسميه . فتطبق تلك الأحكام على تصرفات المعتوه البالغ . بمراعاة حاله في الإدراك . من العقل ، والتمييز ، وعدم ذلك . والحجر على المعتوه ، ورفع عنه . لا يحتاجان إلى حكم المحكمة . عند فقهاء الاسلام . لأن الفقه الاسلامي يقضى بأن الحجر على الصغير ، والمجنون ، والمعتوه : حجر أصلي . أي أنهم محجورون أصلاً ، بدون حاجة إلى حكم بالحجر عليهم . كما أن الحجر عليهم يزول . بمجرد زوال أسباب الحجر عليهم ، بدون حاجة إلى حكم القاضي . برفع الحجر عنهم . وأما القانون الوضعي . فقد نص صراحة على أن الحجر على المجنون ، والمعتوه ورفع عنها . لا يكونان . إلا بحكم . وقد سبق : أن أوردنا نصوص المواد القانونية التي تقضى بذلك .

الحجر على السفية . وتصرفاته

السفيه . هو : من يبذر ماله وينفقه . فيما لا مصلحة له فيه . على خلاف مقتضى العقل ، والشرع . والسفه : خفة تعثرى الشخص . فتحمله على التصرف في ماله على خلاف ما يقتضيه العقل . مع كمال العقل ، وعدم اختلاله . والمراد به هنا : عدم الاحسان في التصرف .

اتفق الفقهاء على أن السفية كامل الأهلية ، ومخاطب بجميع التكاليف الشرعية . شأنه في ذلك : شأن الرشيد . فتجب عليه العبادات . سواء أكانت بدنية محضة . كالصلوات الخمس المفروضة . وصوم شهر رمضان . أم مالية صرفة . كالزكاة . أم مركبة منها . كالحج . ويؤاخذ باقراره في العقوبات كما يؤاخذ بأفعاله . من غير فرق بينه ، وبين الرشيد . وانما يظهر أثر السفه في التصرفات المالية . عند من يرون الحجر على السفية .

وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفية . وعدم الحجر عليه ، فذهب « أبوحنيفة » ، و« زفر » ، و« محمد بن سيرين » ، و« الظاهرية » . إلى عدم الحجر على السفية . بسبب السفه . مستدلين بأن الحجر على السفية : إهدار لانسانيته ، وإلحاق بالعجاوات ، محافظة على ثروته ، وأمواله . وهذا ضرر أشد من تبذير ماله ، وتبديد ثروته ، وضياعها . فلا يرتكب الضرر الأعلى . لدفع الضرر الأدنى . وضياع كل أموال الشخص أهون : عليه . من إلحاقه بالعجاوات ، وإهدار انسانيته ، وتقيد حريته . في أن يتصرف في أملاكه ، وأمواله . ويقضى العقل ، والمنطق السليم : أنه اذا وجد شران ، أو ضرران . باختيار أهون الشرين . وأخف الضررين .

وذهب « جمهور » الفقهاء . ومنهم « الصاحبان » إلى الحجر على السفية . بسبب السفه . مستدلين بأن الحجر عليه . لدفع الضرر عنه ، ولرعاية مصلحته .

ودفع الضرر عن الشخص ، ورعاية مصلحته : مطلوبان شرعا . وفي الحجر على السفية : مراعاة لمصلحته ، ودفع الضرر عنه . إذ بذلك يتحقق حفظ أمواله ، وصيانتها . من الضياع ، والتبذير . حتى لا يصبح عالة على غيره . وحتى لا يكون قدوة سيئة لغيره . وليس سبب الحجر على السفية عند « الجمهور » - الذين يرون الحجر عليه - : عدم أهليته ، أو قصورها ، ونقصها . إذ لا خلاف بين العلماء . في أنه كامل الأهلية . ولذا يتوجه إليه خطاب الشارع بحقوق الله ، وحقوق العباد . كما يتوجه إلى الرشيد . بدون فرق بين الرشيد ، والسفيه ، ويكون كل منهما مطالبا بكل التكاليف الشرعية . بدون فرق بينهما .

حكم تصرفات السفية

يختلف حكم تصرفات السفية المحجور عليه . باختلاف نوع التصرف الذى يصدر منه . فان كان التصرف مما يحتمل الفسخ ، ويبطله الهزل . كالبيع ، والاجارة ، وسائر المبادلات المالية . فحكم تصرفه : حكم تصرف الصغير المميز . وإن كان التصرف مما لا يحتمل الفسخ ، ولا يبطله الهزل . كالزواج . والطلاق . فهو صحيح نافذ . ما دام مستكملا لأركانها ، وشروطه الشرعية . سواء أجازاه القيم عليه ، أو لم يجزه . ولكن يلاحظ : أن المهر المسمى فى عقد الزواج . إذا كان أكثر من مهر المثل . فلا يجب عليه . إلا مهر المثل . وأما الزيادة . فلا يلزم بها ، ولو أذنه القيم عليه بذلك .

ومعنى كون العقد ، أو التصرف يحتمل الفسخ : أنه يمكن فسخه برضا العاقدين ، واتفاقهما بعد تمامه ، إن كان العقد ، أو التصرف . لازما . كالبيع الذى ليس فيه خيار . لأحد العاقدين . فاذا رضى المتبايعان . واتفقا ، على فسخ البيع بينهما . فلها ذلك . واعتبر البيع : كأن لم يكن . فيأخذ البائع المبيع

من المشتري ، ويسترد المشتري الثمن من البائع . وأما إذا كان التصرف غير لازم . كالكفالة . فإنه يستبد كل من الطرفين بفسخه . بدون توقف على رضا الآخر . وكالبيع إذا كان فيه خيار ، لأحد العاقدين . فالعقد غير لازم . بالنسبة له . فيستقل بفسخه . من غير توقف على رضا الآخر .

ومعنى كون العقد والتصرف لا يَحْتَمِلُ الفسخ : أنه لا يمكن للطرفين ، ولا لأحدهما فسخه . كالزواج ، والطلاق ، والإعتاق . فالطلاق ، وكذا الإعتاق . لا يمكن رفعه ، وفسخه بعد وقوعه . والزواج بعد انعقاده صحيحاً لازماً . لا يمكن فسخه للعاقدين ، ولا لأحدهما . وليس الطلاق فسخاً . لعقد الزواج . وإنما هو : إنهاء له . ولهذا لا يعتبر الزواج بعد الطلاق . كأن لم يكن .

والسفيه . ليس أهلاً للتبرع بأنواعه . ولكن الفقهاء أجازوا استحساناً : أن يوصى في وجوه الخير ، والبر . لأن في ذلك محافظة على ماله مدة حياته . فالغاية من الحجر عليه : متحققه . مع صحة تصرفه بالوصية . إذ الوصية : تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت . ومعنى إضافة التصرف إلى الموت : أن أثر التصرف الذي تم في حال حياة الموصى . لا يكون . إلا بعد موته . والشخص بعد وفاته . في حاجة إلى الثواب ، لا إلى المال . وأجاز الفقهاء أيضاً . وقفه على نفسه مدة حياته ، ومن بعد وفاته على ذريته ، أو على من يشاء . لأن في الوقف بهذه الصفة محافظة على ماله مدة حياته . فلا ينافي الغرض من الحجر عليه . بل الوقف بالصورة المذكورة . يحقق الغاية من الحجر عليه .

وتقول المادة (١١٦) من القانون المدني في فقرتها الأولى : « يكون تصرف المحجور عليه . لسفه ، أو غفلة . بالوقف ، أو بالوصية . صحيحاً . متى أذنت المحكمة في ذلك » .

وقد علم مما تقدم آنفاً : أن الفقهاء أجازوا استحساناً : تصرف المحجور عليه للسفه . بالوقف على الصفة التي بينها . كما أجازوا تصرفه بالوصية . ولم يشترطوا لصحة ذلك : إذن المحكمة له ، ولا إذن القيم عليه . ويرى من نص الفقرة المذكورة : أن القانون اشترط إذن المحكمة للمحجور عليه للسفه . في صحة تصرفه بالوقف ، أو بالوصية . وهذا الشرط الذي اشترطه القانون مع كونه مخالفاً لرأى الفقهاء . فان تقييد صحة وصيته . بذلك لا يتفق وطبيعة الوصية من ناحيتين :

الأولى : أن الوصية في كثير من الحالات تكون . لتدارك ما فات الموصى القيام به . من واجبات دينية ، وتكاليف شرعية . مثل أداء الزكاة التي وجبت عليه في أمواله ، ومن المتفق عليه بين العلماء : أن السفیه كامل الأهلية ، ومكلف . بجميع التكاليف الشرعية ، ومطالب بكل أنواع العبادات ، بدون فرق بينه ، وبين الرشيد . فليس من المستساغ شرعاً ، ولا عقلاً . والأمر كما ذكر : ألا يمكن السفیه من القيام . بأداء الواجبات الدينية ، ومن تدارك ما فاته من ذلك . إلا باذن من المحكمة .

الثانية : أن الوصية في كثير من الحالات . تكون في آخر عهد الموصى بالدنيا ، وفي أول عهده بالآخرة . أى في وقت لا يتسع المجال . للاستئذان بالوصية من المحكمة المختصة ، وصدور إذنها بذلك . فاشترط القانون الاذن من المحكمة . لصحة التصرف بالوصية . قد يحول بين الموصى ، وبين تحقيق رغبته . في أداء الواجبات الدينية ، وفي تدارك ما فاته من ذلك . وقد نص الفقهاء على أن الوصية تكون واجبة شرعاً . على الشخص المكلف . إذا كانت عليه ديون لله تعالى . أى ديون ليس لها مطالب من العباد . كما إذا وجبت عليه . زكاة في ماله . حال حياته ، ولم يؤدها ، أو كانت عليه ديون . من قبل العباد . كما إذا كان قد استدان من آخر ، ولا سند للدائن بدينه على المدين ، ولا

علم لوصى المدين ، أو لوارثه . بهذا الدين . فانه يجب عليه شرعا . ما دام
مدينا بالدينين - دين الله ودين العباد - ، أو بأحدهما : أن يوصى بالأداء
من تركته . حتى لو مات . ولم يوص بالأداء من تركته . كان مؤاخذاً ،
ومستولاً . أمام الله في دار الثواب ، والعقاب . فان شاء عاقبه بعدله ، وان
شاء عفى عنه . بكرمه ، ورحمته .

ابتداء الحجر على السفية . وانتهائها

ومع اتفاق « الصاحبين » على أنه يحجر على السفية بسبب السفه . فانها
اختلفا في مبدأ ثبوت الحجر عليه ، وفي وقت انتهائه ، ورفعته عنه . فذهب
« محمد » إلى أن الحجر عليه يثبت بمجرد ظهور أمارات السفه عليه . بدون
حاجة إلى حكم القاضي بالحجر عليه ، وإلى أن الحجر عليه ينتهى ، ويرتفع
عنه . بمجرد ظهور دلائل الرشده عليه . من غير حاجة إلى حكم برفع الحجر
عليه . فالحجر على السفية ، ورفعته . لا يحتاجان عند « محمسنس » إلى حكم
المحكمة بذلك .

واستدل « محمد » على مذهبه . بأن سبب الحجر على السفية . هو السفه . فتمى
تحقق هذا السبب . وجد المسبب ، وترتب عليه . وهو الحجر . ومتى ارتفع
السبب ، زال المسبب . ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضي . لأن المقرر فقها:
أن المسبب يدور مع سببه . وجوداً ، وعدمًا .

ونظير السفية في هذا الحكم : الصغير ، والجنون . فكما يثبت الحجر
عليها باتفاق الفقهاء . عند وجود الصغير ، والجنون ، ويزول عنها الحجر
بزوال الصغير ، والجنون . من غير حاجة إلى حكم بالحجر عليها ، أو برفعها
عنها : فكذلك السفية . لأن الحجر على كل واحد من هؤلاء . لمعنى
قائم به . وهو الصغير ، أو الجنون ، أو السفه . فتمى تحقق هذا المعنى . في

شخص . استعقب الحجر عليه ، ومتى ارتفع زال الحجر عنه . بدون أن يكون هناك دخل للقضاء .

وذهب « أبو يوسف » إلى أن الحجر على السفية ، ورفع الحجر عنه . لا يكونان . إلا بحكم القاضى . واستدل على مذهبه . بأن السفه الذى هو سبب الحجر على السفية . ليس أمراً محسوساً . وإنما يعرف ذلك . بأمارات ووقائع . وهذه تختلف فيها أنظار الناس ، وتقديرهم لها . فمنهم من يرى تصرفاً من التصرفات تبذيراً ، وإسرافاً ، ومنهم من لا يراه كذلك . وكذا الأمر فى وقائع الرشد ، وأماراته . والذى يقدر هذه الوقائع ، والأمارات ويحكم بأنها أمارات سفه ، أو رشد . هو القاضى . فلا يكون الحجر على السفية ، ورفعها عنه . إلا بحكم القاضى . ويضاف إلى ما تقدم : أن الحجر على السفية . يختلف فيه بين العلماء . والذى يرجح الحجر عليه ، ويرفع الخلاف بين العلماء : هو حكم القاضى . والعمل على مذهب « أبى يوسف » .

وما سار عليه القانون الوضعى . من أن الحجر على السفية ، ورفعها عنه . لا يكونان . إلا بحكم : موافق لمذهب « أبى يوسف » . وقد أوردنا النصوص القانونية الدالة على ذلك عند الكلام . عن تصرفات المحنون .

ومرة هذا المصنف بين « الصاحبين » فى وقت ابتداء الحجر على السفية . وفى وقت انتهائه ، ورفعها عنه : هى أن كل تصرفات السفية ، بعد ظهور السفه ، ودلائله ، وقبل صدور حكم المحكمة . بالحجر عليه . تكون مثل تصرفات الرشيد عند « أبى يوسف » ، وتكون مثل تصرفات المحجور عليه للسفه عند « محمد » . وأن كل تصرفاته بعد ظهور وقائع الرشد ، ودلائله ، وقبل صدور حكم القاضى . برفع الحجر عنه . تكون مثل تصرفات الرشيد عند « محمد » . وأما عند « أبى يوسف » فتكون تلك التصرفات : مثل تصرفات المحجور عليه للسفه . وبناء على ما تقدم . فإذا بلغ الصغير سفيهاً .

لا يكون محجوراً عليه للسفه عند «أبي يوسف» . فلا بد من حكم القاضى بالحجر عليه للسفه . فتكون تصرفاته بعد البلوغ ، وقبل الحجر للسفه : صحيحة نافذة ، مادامت مستكملة للأركان ، والشروط الشرعية . والحجر عليه للصغر قد زال . بمجرد بلوغه . وعند «محمد» يبلغ محجوراً عليه للسفه . فتصرفاته بعد بلوغه : كتصرفات المحجور عليه . وقد اتفق «الصاحبان» على أن الصغير إذا بلغ سفياً . لا يدفع إليه ماله . حتى يونس منه الرشد . وكذا عند «الامام» لا يدفع المال لمن بلغ سفياً . حتى يبلغ ٢٥ سنة . ما لم يعلم رشده قبل ذلك . وعدم دفع ماله إليه ليس بحجر عنده . وإنما هو للتأديب . إذ «الامام» لا يرى الحجر على السفه للسفه . كما أسلفنا ذلك .

الحجر على ذى الغفلة . وتصرفاته

ذو الغفلة . هو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الراجعة . فيغيب بسهولة في المبادلات المالية . لسلامة قلبه .

وذو الغفلة : كالسفيه . فى جميع الأحكام الثابتة للسفيه . من حيث الحجر عليه ، وحكم تصرفاته ، والخلاف فى الحجر ، وعدم الحجر عليه ، وفى مبدأ ثبوت الحجر عليه ، وفى وقت انتهائه ، ورفع عنه . فتطبق على ذى الغفلة . كل الأحكام التى تطبق على السفيه .

الحجر على المدين

المدين كامل الأهلية . ما دام بالغاً عاقلاً . إذ لا يؤثر الدين . فى إدراكه ، وأهليته . سواء أكانت ديونه مستغرقة . لجميع أمواله ، أم لم تكن مستغرقة لها

إلا أن الدين يوجب الحد . من تصرفات المدين . في ماله عند « جمهور » الفقهاء ومنهم « الصحابان » . لأجل المحافظة على حقوق الدائنين . حتى لا يلحق بهم ضرر . وذلك بالحجر على المدين .

والإمام « أبو حنيفة » لا يرى الحجر على المدين بسبب الدين ، لأن في الحجر عليه اهداراً لآدميته ، وتقييداً لحرية . محافظة على حقوق دائنيه . وهذا ضرر أشد . من الضرر الذي قد يلحق الدائنين في تأخير استيفاء ديونهم ، أو في عدم سدادها ، أو في عدم سداد بعضها . فلا يصح أن يرتكب الضرر الأعلى . لدفع الضرر الأدنى . ويمكن المحافظة على حقوق الغرماء . في استيفاء ديونهم ، بحبس المدين القادر على الدفع . حتى يؤدي ما عليه من ديون .

فاذا طلب الدائنون من القاضى . الحجر على مدينهم ، فلا يجيبهم إلى ذلك عند الامام « أبو حنيفة » . وإنما يأمره القاضى بقضاء ديونه . فان امتثل انتهى الأمر ، وان لم يمتثل مع قدرته على أداء ما عليه من ديون . كان ظلماً مماطلا . فيحبسه القاضى . حتى يؤدي ما عليه . من ديون . رفعا لظلمه ، وايصالا . للحقوق إلى أربابها .

وليس للقاضى في هذه الحالة . أن يبيع مال المدين جبراً عنه ، وبدون رضاه . لسداد دينه . لأن في بيع ماله سداداً لدينه . بدون رضاه : نوع حجر عليه ، و « الامام » لا يرى الحجر عليه .

وأما إذا كان المدين معسراً . فلا يحبسه القاضى . لكونه معذوراً . فهو غير ظالم . بل ينظره إلى الميسرة . قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (١) .

ويرى « الصحابان » ، و « جمهور » الفقهاء : الحجر على المدين بسبب الدين : محافظة على حقوق دائنيه . إذ لو ترك حر التصرف في أمواله ، ولم يحجر

(١) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

عليه . لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين ، وأخذ أموالهم بالباطل . فقد يبيع ماله بيعا صوريا ، أو يقر على نفسه . بمال لغير الدائنين ، أو يتصرف أى تصرف يضر الدائنين . والمحافظة على حقوق الناس ، وأموالها : مطلوبة شرعا ، والحجر على المدين . يحفظ حقوق الدائنين ، ويحول بينه ، وبين أكل أموال الناس . بدون حق .

ويشترط عند «الصاحبين» في الحجر على المدين شرطان :

أ - : أن يكون الدين مستغرقا لجميع مال المدين .

ب- : أن يطلب الدائن ، أو الدائنون . من القاضى الحجر عليه .

واتفق «الصاحبان» على أن الحجر على المدين . لا يكون إلا بحكم . فكل تصرفاته قبل الحكم بالحجر عليه : كتصرفات غير المدين .

وقد سار «أبو يوسف» على الأصل الذى قرره فى الحجر على السفية . والفرق عند «محمد» بين الحجر على السفية . حيث لا يتوقف عنده على قضاء القاضى . والحجر على المدين . حيث يتوقف عنده على قضاء القاضى : هو أن الحجر على السفية . لمصلحته ، والمعنى قائم به . وهو السفه . كالمصغر ، والحنون . فيثبت الحجر عليه من وقت السفه . بخلاف الحجر على المدين . فانه لمصلحة الدائنين . ولذلك اشترط فى الحجر عليه : أن يطلب الدائنون الحجر عليه من القاضى . والفصل فى هذا الطلب . لا يكون . إلا بحكم القاضى .

واتفق «الصاحبان» على أن المدين المحجور عليه ، إذا أدى الدين الذى حجر عليه من أجله ، أو أبرأه الدائن . ارتفع عنه الحجر . بدون حاجة . إلى حكم . برفع الحجر عنه .

وإذا تصرف المدين بعد الحجر عليه تصرفا ضارا . بحقوق الدائنين . كالتبرع بأنواعه ، وكالبيع بأقل من القيمة ، والشراء بأكثر من القيمة

بما لا يتغابن الناس فيه . كان تصرفه موقوفا . فان أجازة الدائنون . اعتبر صحيحا نافذاً لازماً . من وقت انشائه ، وان لم يجزوه . بطسل التصرف ، واعتبر غير منعقد أصلاً . من أول الأمر .

وبياع عند « الصاحبين » مال المدين جبراً عنه . بعد الحجر عليه . وفاء لما عليه من ديون . متى طلب الغرماء ذلك ، إن لم يمثل أمر القاضى بأداء ديونه . ويراعى في بيع أمواله . مصلحته . فيبدأ ببيع ما يتسارع إليه التلف ، والفساد . من أمواله المنقولة ، ثم يباع باقى أمواله المنقولة ، وان لم يف المنقول . لسداد الدين . بيع العقار .

ولا يباع كل أموال المدين . وفاء لما عليه من ديون ، ولو كانت الديون مستغرقة . لجميع أمواله . بل يترك له . ما يكفي لحاجاته الأصلية بالمعروف من طعام ، وكسوة ، ومسكن له ، ولمن تجب عليه شرعا نفقتهم .

ولا أثر للحجر على المدين . في أمواله التى اكتسبها . بعد توقيع الحجر عليه . فله الحرية فى التصرف فيها . بكافة أنواع التصرفات الجائزة شرعا . وإنما أثره فى أمواله المملوكة له عند الحجر . حيث إنها هى التى تعلق بها حق الغرماء .

الولاية على المال

موضوع الولاية على المال . من نثبت عليهم الولاية في المال .
ومن نثبت لهم الولاية في المال . سبب هذا النوع من الولاية . شروط
المولى . سلطة الأولياء وواجباتهم .

موضوع الولاية على المال بوجه عام : هو ما يتفق وطبيعة هذه الولاية
بوصفها سلطة ، مناطها النظر في مصلحة من لا يستطيع النظر بنفسه في شئونه ،
وإدارة أمواله . وموضوعها . ينتظم بصفة عامة الآتي :

حفظ أموال المولى عليهم ، وإدارتها ، واستثمارها . بالطرق المشروعة
التي رسمها الشارع ، وفي الحدود التي عينها ، واستيفاء ما لهم من حقوق
على الغير ، وإيفاء ما عليهم من حقوق الغير .

والولاية في المال تثبت على المحجور عليهم . وهم :

(١) الصغير . (٢) المجنون . (٣) المعتوه (٤) السفية . (٥) ذو الغفلة
(٦) المدين المفلس . وهو الذي استغرقت ديونه كل أمواله .

وتثبت عند « الحنفية » الولاية على أموال الصغير ، والمجنون ، والمعتوه
لستة أشخاص . وهم :

الأب . ثم وصيه . ثم الحد الصحيح . وهو أبو الأب مهما علا . ثم وصيه .
ثم القاضى . وأخيراً من يقيمه القاضى وصياً .

وهؤلاء الأشخاص الذين تكون لهم الولاية على أموال من ذكروا .
ليسوا في درجة واحدة ، في ثبوت الولاية لهم . بل هم " مرتبون . في ثبوتها
لهم . بالترتيب السالف الذكر . فلو وجد منهم أكثر من واحد . كانت الولاية

للسابق منهم في الترتيب ، دون من يليه في الترتيب . فاذا وجد الحد ، ووصى الأب . فالولاية على المال لوصى الأب ، لا للجد ، لأن ولاية الأب تنتقل إلى وصيه باختيار الأب اياه ، وإقامته وصيا على أولاده الصغار ، ومن في حكمهم . من أولاده الكبار . فهو بمنزلة ، ودرجته في الولاية . فتكون ولاية الأب قائمة معنى . لأن وصيه خلف عنه في الولاية ، وقام مقامه . حيث استفاد الولاية من جهته . فتعتبر ولاية وصى الأب امتدادا لولايته . ولهذا المعنى : يقدم وصى الأب على الحد . كما يقدم عليه الأب نفسه .

وبضاف إلى ما تقدم : أن إختيار الأب وصيا على أولاده فاقدى الأهلية ، أو ناقصيا . مع وجود الحد : دليل على أن الأب يرى أن من اختاره ، وأقامه وصيا على أولاده . أصلح من الحد . في إدارة أموره ، وحفظها ، واستثمارها وان تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الحد . والأب أعلم من غيره . بمصالح أولاده . وأدرى من غيره . بمن يصلح للوصاية ، والنظر في شئونهم . فيقدم وصيه الذي هو محل ثقته ، واطمئنانه . على الحد . عملا برأيه ، وتحقيقاً لرغبته . كما يقدم الأب نفسه على الحد . لو كان موجوداً .

وولاية الأب ، والحد . على أموال هؤلاء المذكورين : ولاية ذاتية أصلية . وإن شئت فقل : « إن ولايتهما : ولاية طبيعية » ثبتت لهما من الشارع ، ابتداء . بقرابة الأبوية . فلا يستمدان سلطانها في الولاية من الغير . ولهذا لا يملك كل منهما : أن يتنحى عن الولاية ، أو يعزل نفسه منها . لما في ذلك من مخالفة المشروع . لأن قرابة الأبوة التي هي سبب هذا النوع . من الولاية بالنسبة للأب ، والحد : صفة ذاتية لازمة للأب ، والحد . لا تنفك عنها ، ولا خيرة لهما فيها . وكون هذه القرابة سببا للولاية : حكم مشروع . لا إختيار فيه لكل منهما . فالولاية صفة ذاتية لهما ، وحق لهما ، وواجبة عليهما . فلا يمكنهما أن يتنحيا عن الولاية ، ويخرجا نفسها منها . إلا بقرار من المحكمة المختصة . فاذا تولى أيهما أمراً من أمور الصغير ، ومن في حكمه . يكون ذلك . بولايته الذاتية ، لا بالنيابة

عن غيره . استمد منه هذه الولاية ، ولو كان هذا الغير . هو القاضى . بخلاف ولاية وصيها . فانها ولاية نيابية . تثبت له . بطريق النيابة . عن الموصى . وهو الأب ، والجد . فالوصى قائم مقام الموصى ، ويستمد منه ولايته على أموال الموصى عليه . ولهذا اختلفت سلطة ، ومدى ولايته . تبعا لاختلاف سلطة ومدى ولاية من استفاد ، واستمد منه . الولاية .

وإذا لم يوجد أحد من الأب ، والجد الصحيح ، ووصى أحدهما ، انتقلت الولاية إلى الحاكم ، فلمن يقيمه وصيا على المال . ومتى أقام القاضى وصيا : اعتبر في حكم الوكيل عنه .

والسبب في ثبوت هذا النوع من الولاية لهؤلاء الأولياء المذكورين : أمران . أحدهما الأبوة ، والآخر القضاء . فالأبوة : سبب في ثبوت الولاية على المال للأب ، والجد ، ووصيها ، والقضاء : سبب في ثبوت الولاية للقاضى ، ووصيه . تم إن ثبوتها للأب ، والجد . بسبب الأبوة واضح . لأن اسم الأبوة يشملهما ، وأما ثبوتها لوصيها . فلكونه خلفاً عنها ، وقائماً مقامها . فتكون ولاية الأب ، والجد . قائمة معنى . بولاية وصيها الذى استفاد الولاية منها . فتعتبر ولايته امتدادا لولايتها . وثبوتها للقاضى . بسبب القضاء واضح أيضا . لا يحتاج إلى بيان . وأما ثبوتها لوصيه . بسبب القضاء . فن حيث إنه نائب عنه . يستمد الولاية منه . فتكون ولاية القاضى قائمة معنى .

وإنما كانت الأبوة سببا في الولاية على المال . لأنها داعية إلى كمال النظر . في شئون الصغير العاجز عن النظر بنفسه في شئونه ، ومن في حكم الصغير . من الكبار فاقدى الأهلية ، أو ناقصيها . وذلك لوفور شفقة الأب على أولاده ، وقدرته على النظر في أمورهم . لكمال رأيه ، وعقله . والجد : مثل الأب . فيما ذكر . إلا أن شفقته . دون شفقة الأب . ولهذا تأخرت ولايته عن ولاية الأب ، وعن ولاية وصيه الذى هو بمنزلة . لكونه خلفاً عنه .

وجعل القضاء سبباً في الولاية على الغير . لأن القاضي عين للنظر في مصالح الناس . وقد قال صلى الله عليه وسلم : « السلطان ولي من لا ولي له » ولما كان السلطان - رئيس الدولة - لا يباشر بنفسه شئون الولاية على الغير . فقد جرت العادة ، والعمل : على أن ينوب عنه قضاؤه . في تولى هذه الشئون ، وأمثالها ، وعلى أن ينوب عن القاضي . وصيه . إذ القاضي لا يمكنه أن يتولى بنفسه إدارة أموال من لا أولياء لهم . وجعلت ولاية القاضي على أموال المولى عليهم . بعد ولاية الأب ، والجد ، ووصيها . إذ لا يوجد للقاضي شفقة الأبوة الطبيعية الناشئة . عن لحمه النسب ، والقرابة . تلك الشفقة الباعثة على الاهتمام ، والاعتناء . بأمر المولى عليهم .

ويضاف الى ما تقدم : أن القاضي مشغول . بمصالح العامة . عن مصالح الخاصة . فلا يستطيع التفرغ للنظر في مصالح المولى عليهم . بخلاف الأب ، والجد ، ووصيها .

ويعلم مما تقدم : السبب في تفاوت ترتيب هؤلاء الأولياء . في ثبوت الولاية لهم . على المال .

ولا تثبت الولاية على المال لأحد . غير هؤلاء الأشخاص الستة المذكورين . ولو كان غيرهم . من الأقارب العصبات النسبية . كالابن ، والأخ لأبوين ، أو لأب ، وكالعم كذلك ، أو كان من الأقارب غير العصبات النسبية . كالأم ، وال بنت ، والأخت لأبوين ، أو لأب ، أو لأم .

ولو كان الأب اختار الأم . وصية على أولاده . أو أقامها القاضي ، وصية على أولادها . صح ذلك عند جميع الفقهاء . فتكون للأم في هاتين الحالتين الولاية على المال . بصفتها وصية مختارة . من قبل الأب ، أو وصية معينة بمن قبل القاضي . لا بصفتها أمماً . ومثل الأم في هذا : سائر الأقارب من العصبات النسبية ، أو من غيرها .

والولاية على أموال الصغير ، وعلى أموال من في حكم الصغير . من الكبار غير المكلفين : لجنون ، أو عته . تثبت للأب : باجماع فقهاء الإسلام . لكمال

رأيه، وعقله . من حيث إنه رجل ، ولكونه أقرب الناس . إلى أولاده وأشفقهم عليهم ، وأرعاهم لمصالحهم ، يهمله من أمرهم . أكثر ما يهمله من أمر نفسه . ولا تثبت هذه الولاية للأُم ، وإن كانت لا تقل قرابة ، ولا شفقة . ولا رعاية ، واهتماما . بأولادها . عن الأب . بل تفوقه في الشفقة ، والعطف ، والرعاية . لأولادهما . (١) . إلا أنه لا يوجد لديها . كمال الرأى ، وحسن التصرف . في إدارة الأموال ، وحفظها ، واستثمارها . فلم يكن من الحكمة . وشأن الأم ما ذكر : أن تكون لها الولاية الأصلية على المال . ولهذا لم تجعل لها الشريعة الاسلامية الولاية الذاتية على المال . بصفتها أما . وإنما تثبت لها الولاية النيابية . بصفتها وصية مختارة . من قبل الأب ، أو الحد ، أو وصية معينة . من قبل المحكمة المختصة .

واختلف الفقهاء . فيمن يكون وليا على المسال . بعد الأب . فذهب « الحنفية » ، و « المالكية » ، و « الحنابلة » : أن ولي المال بعد الأب : هو وصيه . لأن هذا الوصى . قائم مقام الأب . فكأن الأب . هو الولي حكما . وتعتبر ولايته ممتدة بولاية وصيه الذى اختاره في حياته . ومذهب « الشافعى » : أن الولي بعد الأب - لوفاته أو لعدم أهليته - هو الحد الصحيح . لأن ولايته أصلية ثابتة له من الشارع ابتداء ، لا استمدا من الغير . فهو كالأب . في ثبوت الولاية له على النفس ، والمال . فيقوم مقام الأب . عند عدمه حقيقة ، أو حكما . فاذا اختار الأب وصيا . مع وجود الحد الصالح للولاية . يكون اقتياتا على الشارع ، وتغييرا لحكمه . فلا يعتد به شرعا . بل يجب رفضه ، وعدم العمل بموجبه . إذ لا يملك أحد . تغيير حكم الشارع .

والولاية بعد الحد الصحيح . تكون عند « الشافعى » لوصى الأب . ثم لوصى الحد . ثم للحاكم ، ووصيه . وأما عند الامامين : « مالك » ، و « أحمد » فلا ولاية للجد على النفس ، ولا على المال . فلا يتصور عندهما : أن تكون

(١) وقال « شوقى » أمير الشعراء . فى مدحه . لسيد المرسلين :

وإذا رحمت فأنت أم أو أب . . . هذان فى الدنيا هما الرجاء .

لوصيه ولاية . لأن الوصى ولايته نيابية . أى بطريق النيابة عن الموصى . حيث يستمد الولاية من أوصى إليه ، ومن أقامه وصيا . ولا يعقل أن يستمد الشيء . ممن لا يملكه . وتكون الولاية عندهما . بعد وصى الأب . للمحاكم ، ووصيه . وقد علم مما أسلفنا : أن الولاية . بعد الحد . تثبت عند « الحنفية » لوصيه .

ونصت المادة الأولى من المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » الخاص بأحكام الولاية في المال . على الآتى :

« للأب . ثم الحد الصحيح . إذا لم يكن الأب . قد اختار وصيا . الولاية على مال القاصر . وعليه التيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها . إلا باذن المحكمة » وهذا النص صريح . فى أن القانون درج على مذهب « الحنفية » ، وأخذ به . فقد أثبت الولاية للمجد الصحيح ، وجعل ولايته فى الترتيب . بعد ولاية وصى الأب .

ومما تحسنه من ملاحظة : أن القانون . لم يرد فيه ذكر . لوصى الحد . فيؤخذ من هذا : أن القانون لا يعترف بوصى الحد فى الولاية . والقانون . وإن أخذ بمبدأ اعتبار الولاية للإزامية على الأب . كما تدل على ذلك عبارة المادة السالفة الذكر . فإنه أعطى للمحكمة . حق اعفاء الأب منها . إذا كانت ظروف جدية تراها المحكمة مبررة . لهذا الاعفاء . لما فى ذلك . من مصلحة القاصر نفسه . ويفهم بداهة من هذا : أن للمحكمة اعفاء . غير الأب . من الأولياء . بطريق الأولى من الولاية .

والولاية فى الأصل ، وان كانت واجبة على الولى ، مراعاة لمصلحة الصغير ، ومن فى حكمه . فإنه يجوز للولى أن يطلب اعفائه منها . إذا كانت أحواله ، وظروفه . تستدعى هذا الاعفاء . وقد نصت المادة المذكورة . على أن التنحى عن الولاية ، لا يجوز . إلا باذن من المحكمة . والحكمة فى هذا : مراعاة مصلحة المولى عليه . حتى تتخذ المحكمة فى هذه الحالة . من الاجراءات . ما يكفل حفظ مصالح من تشمله الولاية .

وأما الولاية على أموال المحجور عليهم. للسفه، أو للغفلة، أو للدين، فإنها تكون من أول الأمر للقاضي، ولمن يقيمه قيا عليهم. ويشترط في القيم: ما يشترط في الوصي. وسيأتي بيان شروط الوصي. في موضعه.

ولا تثبت للأب، ولا للجد، ولا لو صبيهما. من أول الأمر. الولاية على أموال هؤلاء المحجور عليهم. لأن الحجر على السفه، وذى الغفلة. مراعاة لمصالحهما ومحافظة على أموالهما. من التبذير، والضياع. والحجر على المدين. مراعاة لمصلحة الدائنين، ومحافظة على أموالهم. وليس الحجر على أى واحد منهم. لنقص أهليته. لأن كل واحد منهم: كامل الأهلية. ولهذا كان كل منهم مكلفا. بجميع التكاليف الشرعية. على اختلاف أنواعها. وإذا ثبتت الأهلية للشخص. ولكن قامت به صفات. أو طرأت عليه عوارض. كالسفه، والافلاس. اقتضت الحجر عليه. وتقييد حريته. في التصرفات المالية. مراعاة لمصلحته، أو لمصلحة غيره: يكون النظر فيما حجر عليه. للقاضي، ولمن يقيمه قيا بالنيابة عنه ولا يكون النظر. لغير القاضي ابتداء. ولو كان الغير من الأقارب الأقربين. كالأب. فاذا عينت المحكمة المختصة الأب. أو الحد الصحيح قيا. على أحد هؤلاء المذكورين. فهو لا يختلف عن غيره. من القوام فيستمد كل من الأب، والحد. القوامة، والولاية. من المحكمة، لا من حق شرعى ثابت لها ابتداء. بسبب الأبوة. بخلاف ولايتها على الصغير، والمجنون، والمعته. فإنها ولاية ذاتية أصلية. تثبت لها ابتداء من الشارع. بسبب القرابة وهي الأبوة، لا بطريق النيابة. عن الغير. من قاض، أو أى شخص آخر. استمدا منه ولايتها على أموال المذكورين.

وقالت المادة (٦٨) (١): « تكون القوامة للابن البالغ. ثم للأب. ثم للجد. ثم لمن تختاره المحكمة » وقد قصد من هذا الترتيب المذكور في المادة فيمن يكون قيا: تقييد المحكمة. فيمن تختاره. ليكون قيا. فعليا أن تبدأ

(١) إذا أطلقت كلمة « القانون » في مسائل الولاية على المال: يراد بذلك المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ». وكذا. إذا قيل: نصت المادة كذا. فإنه يراد بذلك: أنها من مواد هذا القانون.

بالابن . وعند التعدد تعين المحكمة أصلحهم . فلان لم يوجد بينهم . من يصلح للقوامة . جعلت القوامة للأب . فان لم يوجد الأب ، أو لم يكن أهلاً . لأن يكون قياً . عهدت بالقوامة إلى الحد . وإلا فالى من تتوافر فيه شروط القيم . ونصت المادة (٦٩) على أنه يشترط في القيم : ما يشترط في الوصى . وفقساً للمادة (٢٧) .

ما يشترط في ولى المال

يشترط في ثبوت الولاية على المال للشخص : أن يكون كامل الأهلية ، وأن يكون له الولاية على ماله هو . لأن من لا يصلح للتصرف في ماله . لا يصلح بطريق الأولى . للتصرف في مال غيره . وأن يكون متحداً مع المولى عليه في الدين . إذا كان الولى : غير القاضى . وأما إذا كان الولى : القاضى . فلا يشترط الاتحاد في الدين . لأن ولاية القاضى ولاية عامة مستمدة . من رئيس الدولة الذى هو ولى من لا ولى له من رعاياه المسلمين ، وغير المسلمين . ونصت المادة الثانية على أنه : « لا يجوز للولى . مباشرة حق من حقوق الولاية . إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة . لمباشرة هذا الحق . فيما يتعلق بما له هو » .

سلطة الأب . ومدى ولايته على المال

يختلف مدى ولاية الأب على أموال أولاده الصغار ، ومن في حكمهم من أولاده الكبار غير المكلفين . لجنون ، أو عته . باختلاف أحواله . من حيث درجة الثقة به ، والاطمئنان إلى تصرفاته ، وعدم الثقة به ، والاطمئنان إلى تصرفاته . لعوارض ، وصفات قامت به . وفيما يلي بيان أحوال الأب :

الأب . إما أن يكون معروفاً بالعدالة - الاستقامة - . وحسن التصرف ،
أو يكون معروفاً . بفساد الرأى . وسوء التدبير . أو معروفاً بالتبذير ،
والاسراف . أو يكون مستورا الحال . لا يعرف عنه شيء . مما ذكر .

فان كان الأب معروفاً بالعدالة ، وحسن التصرف . أو كان مستورا الحال .
فانه يملك كل التصرفات الشرعية المؤدية . إلى حفظ مال المولى عليه ، وتنميته
واستثماره . بالطرق ، والوسائل المشروعة . سواء أكان المال المتصرف
فيه . من المنقولات ، أو العقارات . وتكون جميع تصرفاته . صحيحة نافذة .
من بيع ، وشراء ، وإيجار ، واستئجار ، ورهن ، وارتهان . وأشبهه ماذكر .
من التصرفات . ما دام التصرف . بمثل القيمة ، أو بما يتغابن فيه الناس . إذ
لا يمكن الاحتراز عن الغبن اليسير . في المعاملات المالية ، وفي التصرفات المتعلقة
بالمسائل المالية . فيغتفر الغبن اليسير . إذالم تكن الأسعار محددة معلومة .

وللأب أن يبيع ماله لولده الصغير ، ولمن في حكمه . من أولاده الكبار ،
وأن يشتري مال ولده القاصر . لنفسه . منقولا . كان المال ، أو عقارا . مهما
كانت قيمته . وفي هذه الحالة . تقوم عبارته الواحدة . مقام العبارتين .
فيكفي : أن يقول : « بعت هذا لولدى فلان بكذا . أو اشتريت هذا منه بكذا »
ويتم العقد بيعا ، وشراء . بإيجابه فقط . فيكون قد تولى طرفي العقد . باعتبارين
مختلفين . أى باعتباره أصيلا عن نفسه ، وباعتباره وليا على ولده . فيعتبر
موجبا ، وقابلا . للعقد في آن واحد . وهذه الصورة : مستثناة . من القاعدة
العامة المقررة فقها في المبادلات المالية . وهى : أن الواحد لا يتولى طرفي العقد .
فلا يكون موجبا ، وقابلا . في آن واحد .

ولا يجوز فقها للأب . أن يتبرع بشيء من مال المولى عليه ، ولو كان
التبرع . لأداء واجب انساني ، أو عائلي . لكون التبرع ضررا محضاً .
بالنسبة للصغير . ومن ألحق به في الحكم . والولاية مناطها : المصلحة ،

والنظر . في صالح المولى عليه ، ولا مصاحبة له . في أن يتبرع المولى بشيء من ماله .

ونصت المادة (٥) على أنه : « لا يجوز للمولى التبرع بمال القاصر . إلا لأداء واجب انساني ، أو عائلي . وبأذن المحكمة » ، فأجاز القانون . بطريق الاستثناء للمولى . التبرع بمال القاصر . بشرطين : الأول أن يكون لأداء واجب انساني ، أو عائلي ، والثاني أن يكون بأذن المحكمة المختصة . وهذه الاجازة المستتناة ، وان كانت توحى بها المبادئ الانسانية ، والعدالة الاجتماعية . إلا أنها لا تتفق ، وما قرره الفقهاء . من أن المولى لا يملك التبرع . بشيء من مال المولى عليه . لكونه ضرراً محضاً .

ولا يجوز للأب : أن يقرض مال الصغير للغير ، ولا أن يقترضه لنفسه . على الرأي الراجح . في مذهب « الحنفية » ، لما في ذلك من تعريض مسال الصغير للضياع . إذ قد يكون المقرض مفلساً ، أو ماطلاً . في أداء ما عليه من دين . ولأن الاقراض من باب التبرع . لكونه إزالة للملك في الحساب بدون مقابل ، وان كان معاوضة انتهاء . لأن المقرض يرد مثل ما أقرضه . وهو خال من الفائدة المالية .

ونصت المادة التاسعة من القانون السالف الذكر . على أنه « لا يجوز للمولى بغير اذن المحكمة اقراض مال الصغير ، ولا اقراضه » .

وبالمجمل : فالأب المعروف بالاستقامة ، وحسن التصرف . يملك شرعاً التصرف . في مال الصغير ، ومن في حكمه . بكل التصرفات النافعة . كقبول الهبة ، والوصية لمن في ولايته ، وبكافة التصرفات المحتملة : للنفع والضرر . بمثل القيمة ، أو بالغبن اليسير . إذا لم تكن الأسعار محدودة معلومة . ولا يملك

التصرفات الضارة . كالتبرع بأنواعه . لأن ولايته للنظر . في مصلحة المولى عليه . ولا مصلحة له . في التصرفات الضارة به .

ولم يجز القانون للأب . أن يتصرف في العقار ، أو المحل التجارى . أو الأوراق المالية . إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيهه . إلا باذن المحكمة (م ٧) . ولا الاستمرار في تجارة آلت للقاصر . إلا باذن المحكمة . وفي حدود هذا الاذن . (م ١١) كما أنه لم يجز للمولى : أن يقبل هبة ، أو وصية ، للصغير محملة بالتزامات معينة . إلا باذن المحكمة (م ١٢) .

والأصل في الولاية : أن تكون شاملة لجميع مال الصغير . إلا أن المادة الثالثة من القانون . قضت باخراج ما يوول للقاصر . من مال بطريق التبرع من نطاق الولاية . إذا اشترط المتبرع ذلك . ومن الواضح : أن هذا الحكم يتفق مع إرادة المتبرع . فقد يرى أن يجعل المال الذى تبرع به . بمنأى عن ولاية المولى . لاعتبارات ، وظروف خاصة . وليس من المصلحة : أن يفرض سلطة المولى على نحو قد يحرم القاصر . من تلقى التبرعات له .

وإذا كان الأب معروفا بسوء التدبير ، وفساد الرأى . بحيث لا يصل . إلى حد السفه . فانه تنبت له الولاية على أموال أولاده الصغار ، ومن فى حكمهم . من أولاده الكبار . لأن فساد الرأى ، وسوء التدبير . لا ينقص شيئاً . مما للأب . من الشفقة ، والعطف . على أولاده ، ما دام لم يظهر منه اضرار بأموالهم . فلا وجه لسلب الولاية الطبيعية . من الأب . فى هذه الحالة . ولكن للاحتياط . محافظة على أموال المولى عليهم . يشترط فى هذه الحالة . لصحة تصرفه الدائر بين النفع ، والضرر . كالبيع ، والشراء : أن يكون فى تصرف منفعة ظاهرة . وفسرت المنفعة الظاهرة فى العقار . ببيعه بضعف قيمته ، وبشراؤه بنصف قيمته . وفى المنقول . بأن يباع بزيادة نصف قيمته ، وأن يشتري بنقص ثلث قيمته . وقيل فى تفسير المنفعة الظاهرة : « إنها كل

ما فيه خير للمولى عليه . قل ، أو أكثر . بدون فرق بين تصرف في عقار ،
وتصرف في منقول . بيعا ، وشراء « ولكن الفتوى على التفسير الأول .

والقاعدة: : أن تصرف الأب المعروف . بما ذكر آنفا . لا يصح في
المعاوضات المالية . إلا إذا تحققت في التصرف . المنفعة الظاهرة . بالمعنى
الأول . والنتيجة العملية لهذا الاشتراط : قصر تصرفه على التصرفات
النافعة للقاصر نفعاً محضاً . لأن من المتعسر ، ان لم يسكن من المتعذر .
تحقيق هذا الشرط في البيع والشراء .

وإذا كان الأب معروفاً بالتبذير ، والاسراف . فلا تكون له ولاية على
ماله هو ، فأولى ألا تكون له ولاية على مال غيره . لما تقرره فقها : أن
الولاية المتعدية : فرع الولاية القاصرة .

مسئولية الأب عن أعماله بمقتضى الولاية

قصرت المادة (٢٤) مسئولية الأب عن أعماله . بمقتضى ولايته على أموال
القاصر . على حالة واحدة . وهى الخطأ الجسيم . كأن يتصرف في مال من
له الولاية عليه بغبن فاحش . فيسكون مسئولاً عن ذلك ، ويجب عليه أن
يعوض القاصر . عما لحقه من الضرر . والسبب في هذا الحكم - كما جاء في
المذكرة التفسيرية - : أن الأب متبرع من ناحية . ومن ناحية أخرى أن ما
بينه ، وبين القاصر . من روابط القرابة القريبة . ينبغى أن يكون شفيعه في
الخطأ اليسير ، إبقاء على الرباط العائلي من أن يؤثر فيه الرجوع عليه . بناء على
الخطأ اليسير . وهو خطأ يغلب وقوعه . قلما يمكن الاحتراز منه . حتى في
مال الولي نفسه .

وأما الحد . فانه يعامل معاملة الوصى . في المسئولية . بنص المادة المذكورة
وسنذكر بالتفصيل . مسئولية الوصى . في موضعها .

سلب الولاية وقفها . الحد منها

إذا أصبحت أموال القاصر في خطر . بسبب سوء تصرف الولى ، أو لأى سبب آخر . فللمحكمة . أن تسلب ولايته ، أو أن تحد منها (م ٢٠)
وورد في المذكرة الايضاحية . بشأن هذا الموضوع . ما نصه : « فاذا اشتهر عن الولى سوء التدبير . أو الاهمال الجسيم . في رعاية أموال الصغير . كأن يترك الغير . يحوزها . بغير حق مثلا ، أو كان يدرج على التصرف . فى المنقول بفاحش الغبن ، أو كان يهمل فى إدارة الأموال إهمالا جسيما ، أو كان يعهد بالادارة . إلى من لا يؤتمن عليها : كان للمحكمة . أن تسلب ولايته ، أو أن تقر الحد منها . لأن الولاية منوطة بالمصلحة . فمضى انتفت المصلحة . وجب أن تزول الولاية » .

وتحكم المحكمة . بوقف الولاية . إذا اعتبر الولى غائبا ، أو اعتقل تنفيذها لحكم بعقوبة فى جناية ، أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١) .

لأن هذه الظروف . تحول دون قيام الولى . على أموال الصغير فعلا . ومن الواضح : أن سلب الولاية ، أو وقفها ، أو الحد منها . يستتبع تنصيب وصى مؤقت - إذا لم يكن للقاصر ولى آخر - يلى شئون الصغير . إلى أن ترد الولاية إلى الولى . بعد سلبها منه ، أو يتقرر إطلاقها . بعد الحد منها ، أو إعمالها ، بعد وقفها .

وإذا قررت المحكمة . سلب الولاية ، أو الحد منها ، أو وقفها . فإنها لا تعود إلى الولى . إلا بقرار من المحكمة . بعد التثبت . من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها منه ، أو وقفها ، أو الحد منها .

ولا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق أن رفضته المحكمة . إلا بعد انقضاء سنتين . من تاريخ الحكم . بالرفض .

الوصى . وشروطه

الوصى : هو من أقيم مقام غيره . للنظر في تركته ، وفي شئون أولاده الصغار ، ومن في حكمهم . من الكبار غير المكلفين . لجنون ، أو عته . فان كان الذى اختاره وصيا . هو المتوفى - الأب أو الجد - فى حال حياته . يسمى : وصى الأب ، أو وصى الجد . كما يسمى : وصيا مختاراً ، وان كان الذى أقامه وصيا . هو القاضى - المحكمة المختصة - يسمى : وصى القاضى . كما يسمى : وصيا معنا . لأن القاضى . هو الذى عينه ، وأقامه وصيا .

ويتم الايصاء . بايجاب . من الموصى ، وقبول . من الوصى ، ولا يشترط فى كل من الايجاب ، والقبول فى الوصاية : أن يكون بالفاظ مخصوصة معينة . بل يكون بكل لفظ يدل عليه . مثل أن يقول الموصى للوصى : « جعلتك وصيا ، أو أقمته ، أو اخترتك . وصيا على أولادى بعد وفاتى ، أو أنت وصى ، أو أنت وكيلى بعد موتى ، أو فوضت إليك أمر تركتى » . وأشبه ما ذكر . لما تقرر : أن العبرة فى العقود ، والتصرفات . بالمعنى ، والمقاصد . لا بالألفاظ ، والمعانى . ويكون القبول صراحة ، أو دلالة . فالقبول صراحة . يكون بكل لفظ يدل على قبول الوصى الايصاء . مثل قول الوصى : « قبلت ، أو رضيت ، أو وافقت » والقبول دلالة . يكون بفعل يدل على الرضا بالوصاية . كأن يباشر الوصى شأننا من شئون تركة الموصى . مثل قضاء ما عليها من الديون ، وشراء ما يحتاج إليه القصر . ومن الواضح : أن قبول الوصاية دلالة . لا يكون . إلا بعد وفاة الموصى . بخلاف قبول الوصاية صراحة . فقد يكون فى حياة الموصى ، وقد يكون بعد وفاته .

ولا يشترط فى القبول : أن يكون فى مجلس الايجاب . بل يمتد زمن

القبول . إلى ما بعد موت الموصى . لأن أثر عقد الايضاء بطبيعته . انما يظهر بعد موت الموصى .

وإذا صلب إيجاب من الموصى . سواء كان ذلك في حال صحته ، أو في حال مرضه . فقد تم الإيجاب . وحينئذ . فالوصى . إما أن يقبل الوصاية في حياة الموصى ، وإما أن يردها في حياته . بعلمه ، وإما أن يسكت . إلى أن يموت الموصى . بدون قبول ، ولا رد . في حياة الموصى . بعلمه . فان قبلها في حياة الموصى ، وعلم الموصى بقبوله : لزمته الوصاية . فليس له أن يخرج نفسه منها في حياة الموصى . بدون علمه ، ولا بعد وفاته . إلا إذا كان له حق عزل نفسه منها . متى شاء بمقتضى الايضاء . كما إذا نص الموصى في الايضاء . على أن للوصى : أن يخرج نفسه منها . متى شاء . أو اشترط الوصى ذلك ، ورضى به الموصى . إذ لو صح له ذلك ، وقد انتقل الموصى إلى جوار ربه اعتماداً على قبوله الوصاية . لكان ذلك تغريراً به ، لأنه لما قبل الوصاية في حياة الموصى . اكتفى به ، وترك الايضاء إلى غيره . اعتماداً على قبوله الوصاية . فلو ملك الوصى . بعد وفاة الموصى : أن يخرج نفسه . من الوصاية يصير الموصى مغروراً من جهته ، ويأحقه الضرر . والتغريير ممنوع ، والضرر مرفوع . شرعاً . فيرد رده الوصاية . إلا إذا كان رده . عند الحاكم ، وأجاز رده (١) .

وإذا رد الوصى الوصاية . في حياة الموصى ، وكان ذلك بعلم الموصى ، صح الرد ، إذ ليس للموصى . ولاية الزام الوصى . ولا تغريير في هذا الرد . لكونه بعلم الموصى في حياته . إذ يمكنه قبل وفاته : أن يوصى إلى شخص . أخسر .

وإذا سكت الوصى ، فلم يقبل الوصاية ، ولم يردها . حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبلها ، وإن شاء لم يقبلها . لأن سكوتها لا يدل على قبول ، ولا رد . للوصاية . فيكون مخيراً بين القبول ، والرد . ولا يقال :

(١) راجع « شرح الأشباه والنظائر » للحموى (ج ٢ ص ٢٥٦) .

يجب أن لا يكون للموصى الخيار . في هذه الحالة . لأن الوصى لما بلغه الايصاء ، ولم يرده في حياة الموصى . إعتد عليه الموصى . فلم يوص إلى غيره . فاذا رده بعد وفاته . يصير الموصى مغرورا من جهته - لا يقال ذلك - . لأن الموصى في هذه الحالة مغتر ، وليس بمغرور . إذ كان عليه قبل وفاته : أن يتحقق من قبول الوصى ، أو من رده . الوصاية . فاذا لم يفعل ذلك ، وبني الأمر على أن الوصى . يقبل الوصاية . بعد وفاته ، ولم يوص إلى غيره . فهو مغتر من جهة نفسه ، وليس مغرورا . من جهة الوصى (١) .

ومتى تم عقد الايصاء (٢) بإيجاب . من الموصى . وقبول . من الوصى على التفصيل السابق ، تثبت شرعا للموصى . ولاية مالية : على قصر الموصى . بمجرد وفاته ، وله حق التصرف في تركته ، وفي أموال القصر . بدون حاجة إلى أى اجراء آخر .

واشترطت المادة (٢٨) : أن يثبت اختيار الوصى . بورقة رسمية ، أو عرفية . مصدق على توقيع الموصى فيها ، أو مكتوبة بخطه ، وموقعة بمضائه . وذلك حسما للمنازعات الخاصة . باثبات الايصاء .

ونصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة . على أن الوصاية . تعرض على المحكمة لتبنيها . وبناء على هذا النص . إذا تبين للمحكمة : أن الوصى الذى

(١) راجع كتاب (الكفاية على الهداية) (ج ٩ ص ٤٢١) « طبعة الحلبي » .

(٢) يقال : أوصى الشخص إلى فلان . إذا أقامه وصيا ، وأوصى له بكذا . إذا جعل له شيئا في تركته . بعد وفاته . فالأول يتعدى بالى ، والثانى يتعدى باللام . ويسمى الايصاء : وصاية . ويسمى تملك عين من أعيان التركة أو تملك منفعتها بعد وفاة الموصى : وصية . (راجع كتابنا « أحكام الموارث » الطبعة الثالثة ص ٣٣ . لمعرفة ما تطلق عليه . كلمة « الوصية ، والايصاء » . لغة ، واصطلاحا) .

اختاره الموصى . حال حياته . غير صالح . لأن يكون وصيا . لعدم استيفائه الشروط الواجب توافرها في الوصى . اعتبر هذا الاختيار : كأن لم يكن . وحينئذ . تعين المحكمة وصيا . بدل الوصى المختار . كما إذا مات المورث . ولم يترك وصيا أصلا . وإذا تبين للمحكمة : أن الوصى المختار أهل للوصاية ، قررت تثبيت وصايته . وقد نص الفقهاء . على أن الوصى المختار . ما دام قادرا أمينا . ليس للقاضي اخراجه من الوصاية ، وتعيين غيره .

شروط الوصى

يشترط شرعا في الوصى . سواء كان وصيا مختارا ، أو وصيا معيناً : أن يكون كامل الأهلية . وأن يكون عدلا أمينا حسن التصرف قادرا على إدارة شئون من له الوصاية عليه ، وأن يكون متحدا مع الموصى عليه في الدين . وهذا الشرط الأخير . ليكون عطف الوصى . على من له الوصاية عليه . أكثر ، وعنايته به أتم . لأن المعادة الدينية . تكون باعثة في الأعم الأغلب من حالات الناس . على ترك الشخص النظر . في صالح من يخالفه ديناً .

ويجوز أن يسكون الوصى رجلا ، أو امرأة . من الأقارب ، أو من الأجانب .

وأوجب المادة (٢٧) : أن يكون الوصى . عدلا كفوئاً ذا أهلية كاملة ، وأن يكون من طائفة القاصر . كالأقباط الكاثوليك . فان لم يكن من طائفته من يصلح للوصاية . فن أهل مذهبه . كالكاثوليكية . وان لم تتوافر الصلاحية في أحد المنتمين إلى أهل مذهبه . فن أهل دينه . كالمسيحية . ولا يخفى ما في هذا الاشرط . من ضمان شفقة الوصى . على من له الوصاية عليه . وحسن عنايته به .

ونصت المادة المذكورة . على أنه لا يجوز أن يعين وصيا أحد . ممن يأتي :

(١) : المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأدب ، أو الماسة بالشرف والنزاهة (١) .

(٢) : من حكم عليه لجريمة . كانت تقتضى قانونا . سلب ولايته على نفس القاصر ، لو أنه كان في ولايته .

(٣) : من كان مشهورا بسوء السيرة ، أو من لم تسكن له . وسيلة مشروعة . للتعيش .

(٤) : المحكوم بافلاسه . إلى أن يحكم . برد اعتباره .

(٥) : من سبق أن سلبت ولايته ، أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

(٦) : من قرر الأب قبل وفاته . حرمانه من تعيينه وصيا . متى نبى هذا الحرمان . على أسباب قوية . ترى المحكمة بعد تحقيقها : أنها تبرر ذلك . ويثبت هذا الحرمان . بما يثبت به اختيار الوصى .

(٧) : من كان بينه هو ، أو أحد أصوله ، أو فروعه ، أو زوجته . وبين القاصر نزاع قضائي . أو من كان بينه ، وبين القاصر ، أو عائلته . عداوة . إذا كان يخشى من ذلك كله . على مصلحة القاصر (٢) .

(١) وإذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . جاز عند الضرورة . التجاوز . عن هذا الشرط .

(٢) وجاء في المذكرة الايضاحية . بشأن هذا الشرط « وعلة الحرمان في هذه الحالة . هي الاشفاق من تعريض مصلحة القاصر للخطر . بسبب تعارضها . مع مصالح من يرشح . للوصاية ، أو بسبب التثبث . من أن قيام العداوة . لا يؤمن معه رعاية هذه المصلحة . فان اتضح : أن النزاع القضائي . ليس من شأنه أن يعرض مصالح القاصر للخطر . وتوافرت فيمن يرشح للوصاية . سائر أسباب الصلاحية . جاز تعيينه وصيا ، مع نصب وصي آخر . للخصومة .

وهذه القيود التي زادها القانون . فيمن يعين وصيا : لا تعدو أن تكون بوجه عام تفصيلا . للشروط الشرعية التي نص عليها الفقهاء . فيمن يقام وصيا .

تصرفات وصي الأب

لما كانت ولاية وصي الأب في المال . مستمدة من الأب ، وثابتة له بطريق الخلافة عنه ، اعتبرت ولاية الأب . قد انتقلت إلى وصيه . بعد موت الأب . فيكون وصيه قائما مقامه ، وخلفا عنه . في الولاية المالية . فيملك شرعا . كل ما يملك الأب الموصى . من التصرفات المالية . باستثناء مسائل لا يكون فيها . وصي الأب . مثله في التصرف .

فمن تلك المسائل المستثناة :

أن الأب يجوز له شرعا : أن يبيع العقار بمثل القيمة ، أو الغبن اليسير . سواء وجد مسوغ للبيع ، أو لم يوجد . بخلاف وصيه . فلا يجوز له : أن يبيع العقار . إلا بمسوغ . من المسوغات الشرعية . كما إذا كان القاصر في حاجة إلى الانفاق عليه ، ولا سبيل إلى تدبير ذلك . إلا ببيع العقار المملوك له . فيجوز للوصي في هذه الحالة : أن يبيع من العقار قدر ما يكفي للانفاق على القاصر . وكما إذا كان على التركة دين ، أو توجد فيها وصية بمبلغ من النقود . ولا يفي ثمن المتقولات . لسداد الدين ، أو لتنفيذ الوصية . فللوصي أن يبيع من العقارات . ما يكفي لتسديد الدين ، أو لتنفيذ الوصية . وأشبه ما ذكر من المسوغات .

وأما إذا لم يوجد المسوغ لبيع العقار . فان وصي الأب . لا يملك بيعه . إلا إذا كان في بيعه منفعة ظاهرة . للصغير ، ولمن في حكمه .

ويكون التسليم بمحضر خاص . وعلى الوصى الذى انتهت وصايته :
أن يودع قلم الكتاب . صورة من الحساب ، ومحضر تسليم أموال القاصر .

وفي حالة وفاة الوصى ، أو الحجر عليه ، أو ثبوت غيبته . ينتقل بنص
المادة (٥١) الالتزام بتسليم أموال القاصر ، وتقديم الحساب عن الوصاية إلى
ورثة الوصى ، أو إلى من ينوب عنه حسب الأحوال (١) .

تعيين مشرف على الوصى

المشرف : هو الشخص الذى يعين لمراقبة أعمال الوصى ، وتصرفاته المتعلقة
بالوصاية . سواء كان الوصى وصيا مختارا ، أو وصيا معينا . بدون أن
يشترك معه فى تلك الأعمال ، والتصرفات . وذلك إذا احتاج الأمر إلى هذا
الإشراف . ضمانا لقيام الوصى بمهمته ، وعمله . على الوجه الأكمل .

فاذا أوصى الأب ، أو الحد إلى رجل ، وجعل شخصا آخر مشرفا عليه ،
كان للوصى : الولاية على المال ، والتصرف فيه ، ولا يكون المشرف وصيا ،
ولا يشترك مع الوصى فى الوصاية ، وأثر كونه مشرفا : انه لا يجوز للوصى :
أن يتصرف إلا بعلمه . (٢) .

(١) وفيما يلى ما جاء فى المذكرة الايضاحية بشأن هذه المسألة : « ويلاحظ فى
التزام وارث الوصى . التفريق بين ما يتصل منه بتسليم مال القاصر الذى كان فى
يد وصيه ، ووثائق الوصاية ، وما يتصل منه بالمسئولية عن عدم وجود هذا المال أو
عن الحساب . فوارث الوصى يلتزم التزاما مطلقا بتسليم ما يوجد من أموال القاصر ،
ووثائق الوصاية ، ويسأل مسئولية شخصية عن اتلافه ، أو تبديده ، أو ضياعه .
ولكنه لا يسأل عما يكون واجبا فى ذمة مورثه . من جراء مسئوليته عن التقصير ،
أو الخيانة ، أو الحساب . إلا فى حدود ما يؤول إليه من مال المسورث . دون
زيادة ، ولا يرجع إليه على أساس هذه المسئولية فى ماله الخاص » .هـ .

(٢) ابن عابدين (ج ٥ ص ٤٩٩) .

وجعل القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار ، أو المعين . وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب : أمر أجوازيا (م ٨٠) .

وبين القانون مهمة المشرف . وهي : أن يراقب الوصى ، أو القيم ، أو الوكيل عن الغائب في إدارته ، وأن يبلغ المحكمة ، أو النيابة . كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليها . وأن يطلب إلى المحكمة . إقامة وصى جديد ، أو قيم ، أو وكيل عن الغائب . إذا خلا مكان أى واحد منهم . وإلى أن يباشر هذا عمله . يقوم المشرف من تلقاء نفسه . بالأعمال العاجلة التى يكون فى تأجيلها ضرر . كبيع المحصول الذى يتبادر إليه التلف ، والفساد . وكالطعن فى الأحكام . قبل انقضاء المواعيد القانونية . للطعن فيها ، وكاتخاذ الاجراءات العاجلة الضرورية . لصيانة حق القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب . فهمة المشرف . تنحصر فى الرقابة ، والتوجيه . وليس له حق الاشتراك فى الإدارة ، ولا الانفراد بالتصرف . وقد خول القانون للمشرف بطريق الاستثناء : أن يقوم بالأعمال العاجلة التى يكون فى تأجيلها ضرر ، إذا خلا مكان النائب عن عديم الأهلية ، أو ناقصها ، أو عن الغائب . وذلك إلى حين أن يتسلم من حل محله . عمله . وأوجب القانون على كل من الوصى ، أو القيم ، أو الوكيل عن الغائب : اجابة المشرف إلى كل ما يطلبه . من إيضاح . عن إدارة الأموال ، وتمكينه من فحص الأوراق ، والمستندات الخاصة . بهذه الأموال (م ٨١) .

وقرر القانون : أن المشرف يسرى عليه . فيما يتعلق بتعيينه ، وعزله ، وقبول استقالته ، وأجره على عمله . ومسئوليته عن تقصيره : ما يسرى من أحكام . على الأوصياء ، والقامة ، والوكلاء عن الغائبين (م ٨٢) .

وتقرر المحكمة انتهاء الاشراف . إذا رأت زوال السبب الذى دعا إلى تعيين مشرف مع الوصى ، أو القيم ، أو الوكيل عن الغائب .

مسئولية الوصى في نظر القانون . ومعاقبته

إذا أخل الوصى بواجب من الواجبات المفروضة عليه . بمقتضى المرسوم بقانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » . إستتبع ذلك تطبيقاً للقواعد العامة القانونية : أنه يكون مسئولاً عما لحق عديم الأهلية ، أو ناقصها . من ضرر . بسبب هذا الإخلال . وتكون مسئوليته . كمسئولية الوكيل المأجور . بمقتضى المادة (٨٦) ولو لم يكن الوصى يتقاضى أجراً على الوصاية . إذ على الوصى . سواء كان مأجوراً ، أو غير مأجور : أن يبذل من العناية ، والرعاية ، لأموال القاصر ، والقيام بمصالحه . ما يطلب من الوكيل الأجير . وفقاً لأحكام القانون المدنى (م ٣٦) (١) .

ويجوز للمحكمة : أن تحكم على الوصى بغرامة . لا تزيد على مائة جنيهه . وبجرمانه من أجره كله ، أو بعضه ، وبعزله ، أو بأحد هذه الجزاءات . إذا قصر في الواجبات المفروضة عليه . بمقتضى القانون الخاص . بأحكام الولاية على المال . أو وقف القرارات التي تصدرها المحكمة .

ويجوز للمحكمة : أن تمنح القاصر . هذه الغرامة ، أو جزءاً منها . كما يجوز لها : أن تقرر إعفاء الوصى . من الجزاء المالى كله ، أو بعضه . ذلك إذا قام الوصى بتنفيذ الأمر الذى ترتب على عدم تنفيذه الحكم بالغرامة ، أو قدم أذاراً قبلها المحكمة (م ٨٤) .

ونصت المادة الأخيرة (٨٨) على أنه يعاقب بالحبس مدة . لا تتجاوز سنة ، وبغرامة لا تزيد عن مائة جنيه ، أو باحدى هاتين العقوبتين . كل وصى ، أو قيم ، أو وكيل عن الغائب . انتهت نيابته . إذا امتنع بقصد الاساءة عن تسليم أموال القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب ، أو عن تسليم أوراقه . لمن حل محله فى الوصاية ، أو القوامة ، أو الوكالة . وذلك ما لم ينص القانون . بعقوبة أشد .

وجلى : أن هذه العقوبة لا توقع . إلا إذا كان الامتناع عن تسليم ما ذكر .
بقصد الاساءة ، كما إذا كان الوصى قاصداً من عدم التسليم : تعويق عمل
من يخلفه فى الوصاية ، وعدم تمكينه من أداء مهمته . أو قاصداً الاضرار .
بمصالح القاصر .

أحكام المفقود

المفقود شرعا : هو الغائب الذي انقطعت أخباره ، ولا يعرف مكانه ، ولا تعلم حياته ، ولا موته .

ويعتبر المفقود حيا . باستصحاب الحال التي كان عليها . قبل فقده .

والاستصحاب : عند علماء الأصول : عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان من قبل . حتى يقوم الدليل على تغيره . ما دام القاضى لم يحكم بموت المفقود ، أو باعتباره ميتا . فانه يعتبر حيا . فتبقى أمواله على ملكه ، وتجب عليه في ماله النفقة . لزوجته مدة فقده ، ولكل من تجب عليه نفقتهم . من أقاربه . وتبقى زوجته على عصمته . ما لم يحكم القاضى بتطليقها منه . بناء على طلبها ، بعد مضى سنة فأكثر من غيبته . لتضررها من بعده عنها . أو لعدم إنفاقه عليها ، وعدم وجود مال ظاهر له . يمكنها أن تنفذ حكم نفقتها فيه .

وإذا كان للمفقود وكيل قبل فقده . يظل وكيلا عنه . في تولى شؤنه ، وفي إدارة أمواله ، ويقوم بكل تصرف يقتضيه حفظ أموال موكله الغائب ، واستثمارها . بكافة وجوه الاستثمار الحائزة شرعا .

وإذا لم يكن المفقود قد ترك . وكيلا عنه . أقامت المحكمة المختصة . بنظر المواد الحسبية ، وكيلا عنه . لأن تعيين وكيل عن المفقود . لإدارة أمواله ، والمحافظة على مصالحه ، وتثبيت وكيله الذى تركه ، وعزله وتعيين غيره . عند عدم صلاحيته ، وضم غيره إليه . إذا تبين أنه غير قادر وحده . من اختصاص محكمة المواد الحسبية .

ولما كانت حياة المفقود مدة فقده . غير محققة . كما يؤخذ ذلك من

تعريفه . بل هي : حياة اعتبارية . باستصحاب الحال التي كان عليها . قبل فقده . فلا يترتب على حياته . الأحكام التي يشترط فيها : تحقق حياة الشخص . كالارث من الغير ، وكاستحقاق الوصية . فلا يرث المفقود من غيره فعلا ، ولا يستحق فعلا . ما أوصى به له . حيث لم يتحقق فيه شرط الارث . وشرط استحقاق الوصية : وهو : تحقق حياة الوارث . وقت وفاة المورث ، وتحقق حياة الموصى له . وقت وفاة الموصى . ولكن للاحتياط . محافظة على حقوق المفقود . يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده ، وما أوصى به له . كما لو كان محقق الحياة . إلى أن يتبين حاله . فان ظهر حيا استحق بالفعل . نصيبه من تركة مورثه ، وما أوصى به له ، وان حكم القاضي بموته . فالأحكام المترتبة على ذلك : مبنية بعد .

متى يحكم القاضي بوفاة المفقود

ما عليه العمل الآن في المحاكم . بمقتضى المادة ٢١ من القانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » : ان المفقود إذا فقد في حالة . يغلب معها الظن بموته . كمن فقد أثر غارة جوية ، أو فقد في ميدان القتال ، وكن خرج . لقضاء حاجة قريبة ، وانقطعت أخباره ، ولم يعد : حكم القاضي بموته . بناء على طلب ذى الشأن في المفقود . وذلك بعد مضي أربع سنين من حين فقده . وبعد التحرى عنه . بجميع الوسائل الممكنة الموصلة . إلى معرفة حياته ، أو موته .

وإذا فقد في حالة يغلب معها . بقاؤه حيا ، حكم القاضي بموته . بعد البحث ، والتحرى عنه . بكافة الطرق الموصلة . إلى معرفة إن كان حيا ، أو ميتا . ولم يقدر القانون في هذه الحالة : المدة التي يحكم القاضي . بموت المفقود بعدها . بل ترك تقديرها إلى رأى القاضي . ويراعى القاضي في تقديرها : سن

المفقود حين فقده ، وحالته الصحية وقت ذاك ، والظروف ، والأحوال التي أحاطت بفقده . فقد تكون المدة التي يحكم القاضي بعدها بموت المفقود في هذه الحالة : أربع سنين ، أو أكثر ، أو أقل . بحسب تقدير القاضي . مع مراعاة ما ذكر في التقدير .

ونصت المذكرة الايضاحية على أن المشرع . أخذ بمذهب الامام « أحمد ابن حنبل » في الحالة الأولى ، وبقول صحيح في مذهبه ، ومذهب الامام « أبي حنيفة » في الحالة الثانية .

فاذا حكم القاضي بمقتضى المادة (٢١) المذكورة . حكما اجتهاديا . بموت المفقود في الحالتين السابقتين . بناء على ما ترجح لديه . من القرائن ، والظروف ، والأحوال المرجحة موته ، لا بناء على الأدلة ، والبينة المثبتة موته . اعتبر المفقود ميتا . من وقت صدور الحكم بموته . فيو، ث من هذا الوقت ، وتكون تركته . لورثته الشرعيين الموجودين . حين الحكم . وأما من مات منهم قبل ذلك . ولوى أثناء نظر الدعوى بفقده ، وطلب الحكم بوفاته . فلا يرث ، منه . وتعد زوجته عدة الوفاة . من هذا التاريخ . هذا بالنسبة لأمواله ، وإرث الغير منه . وأما بالنسبة لإرثه من الغير ، واستحقاقه ما أوصى به له . فإنه يعتبر ميتاً . من حين فقده (١) . فلا يرث نصيبه الذي حجز له . من تركته مررته المتوفى . أثناء فقده ، ولا يستحق ما أوصى به له .

(١) واعتبار المفقود ميتا من حين فقده بالنسبة لارثه من غيره . إذا حكم القاضي بوفاته على ما ترجح لديه من القرائن ، والظروف ، والأحوال المحيطة بالمفقود ، لا بناء على الأدلة المثبتة وفاته ، في تاريخ معين . واعتباره ميتا وقت صدور الحكم بوفاته ، لا من وقت فقده بالنسبة . لارث الغير منه : هو مذهب « الحنفية » و « المالكية » وهذا : ما اختاره قانون الموارث « رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ » .

ومذهب « الشافعية » ، و « الحنابلة » : اعتبار المفقود ميتا من وقت الحكم . بوفاته . بالنسبة لارثه من الغير ، ولارث الغير منه . لأن المفقود معتبر حياً مدة فقده ، =

فرد بعد الحكم بموته : ما كان محجوزاً له . من إرث ، أو وصية . إلى
ورثة مورثه . وقت وفاته ، أو إلى ورثة الموصى . وقت وفاته .

ما لم يتبين موته أثناءه ، وما دام القاضى لم يحكم بموته . ويلزم على الرأى الذى ذهب
إليه « الحنفية » ، و « المالكية » : القول بأن الشخص الواحد يكون حياً ، وميتاً
فى آن واحد . ولا يخفى ما فى ذلك من تهافت .

ويقول « الحنفية » ومن نحا منحهم : إن اعتبار حياة المفقود حال فقده . باستصحاب
الحال التى كان عليها وقت فقده . والاستصحاب المذكور . يصلح حجة . لبقاء أمواله
على ملكه ، ولدفع الغير عن أن يملكها بالارث ، ولا يصلح حجة ، لأن يستحق
المفقود مال غيره بالارث . ونحن حين اعتبرنا المفقود حياً بالنسبة لأمواله ، وحقوقه
الثابتة . لم نعتبره حياً حياة يقينية . وإلا لم يكن مفقوداً . بل حياته ظنية احتمالية .
وكذلك حينما اعتبرناه ميتاً بالنسبة . لارثه من الغير . لم نعتبره ميتاً بيقين . وإلا عاد
على الموضوع بالنقض . والحياة الاحتمالية كافية . لعدم ارث الغير منه . حيث
لا يتحقق شرط الارث منه . وهو تحقق وفاة المورث ، وغير كافية . لأن يرث
من غيره . لعدم تحقق الشرط . لكى يرث من غيره . وهو تحقق حياته وقت وفاة
المورث . فيكون حكم القاضى بوفاته . بناء على القرائن التى رجحت لديه موته :
مؤكدأً لاحتمال وفاته . فيتحقق شرط إرث الغير منه وقت الحكم بوفاته . لا قبل
ذلك ، ولا يتحقق شرط إرثه من غيره بالفعل قبل الحكم . ولهذا المعنى . اعتبرناه حياً
بالنسبة . لما له هو ، ولحقوقه الثابتة له . قبل الحكم بموته . فلا يرثه من مات
من ورثته قبل ذلك . ولا تزال زوجته على عصمته . قبل الحكم بموته ، واعتبرناه
ميتاً من وقت فقده بالنسبة . لمال غيره . فلا يرث من مورثه الذى توفى أثناء فقده ،
إذا حكم القاضى بوفاته . بناء على ما ترجح لديه من القرائن (راجع كتابنا « أحكام
الموارث ») .

ولما عرض مشروع قانون الموارث . على مجلس النواب ، وأحيل المشروع على
لجنة « الشؤون التشريعية » . انقسم أعضاء اللجنة . فيما إذا حكم القاضى بموت المفقود
بناء على ما ترجح لديه من القرائن . إلى فريقين :

فاتجه رأى فريق منهم . إلى عدم جواز اسناد الوفاة . إلى تاريخ سابق . على
صدور حكم القاضى بوفاة المفقود . بناء على ما ترجح اديه . من القرائن ، والأحوال .
لا بناء على الأدلة التى قاست على وفاته .

واتجه رأى فريق آخر منهم . إلى وجوب اجازة الاسناد إلى تاريخ سابق على الحكم .
واعتمد الفريق الأول فى تبرير رأيه إلى أن الموت . اما أن يكون حقيقية ، أو حكماً .
ففيما يتعلق بالموت الحقيقى للقاضى : أن يحكم بأن الوفاة وقعت فى تاريخ معين : كلما =

وإذا حكم القاضي بموت المفقود في تاريخ معين ، بناء على الأدلة التي أثبتت موته في الوقت المعين . اعتبر المفقود ميتا . من ذلك الوقت . لا من

توافرت لديه الأدلة المثبتة لذلك . وأما الموت الحكمي . فيحتاج بالضرورة . إلى حكم يصدر من القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكما . فحكم القاضي ينشئ الوفاة . في هذه الحالة ، ولكنه يقررها ، ويظهرها ، في حالة الوفاة حقيقة . ويعززون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء « الشريعة الاسلامية » وبالتالي فكل رأى يخالفه . يعوزه السند الشرعي ، وأنهم بهذا الرأي . يتمشون مع أحكام المرسوم بقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » الخاص بالمفقود ، ويضيفون إلى ما تقدم : أنه يصعب وضع ضابط محكم . يسترشد به القاضي . عند الوفاة . إلى تاريخ . دون تاريخ . إذ قد يترتب على هذا الاسناد : حرمان شخص من الارث ، أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها . بما يميله عليه تقديره . قد يوقعه في الحرج .

واعترض الفريق الآخر بأنه لا فرق بتاتا . في هذا الصدد . بين الموت الحقيقي ، والموت الحكمي . فقد تعرض على القاضي حالة مفقود لو كا حيا . لبلغ مائتي سنة مثلا . فكيف لا يباح للقاضي : أن يحكم باعتبار هذا المفقود ميتا . من تاريخ سابق . ويرون : أن التفرقة التي يتمسك بها أصحاب الرأي الأول . لا سند لها ، ولا حكمة تبررها ، ويضيفون إلى هذا : أن من الأمور الشرعية المتروكة إلى تقدير القاضي : ما هو أكبر خطرا ، وأجل شأنا . من الحكم بالاسناد ، ومع ذلك لم يقل أحد : إن هذا موقع له في الحرج . وإن الذي يوقعه في الحرج . هو تجريده من الحق في الحكم بالاسناد . لأنه في الوقت الذي يقتنع فيه . بوجود الحكم . باعتبار المفقود ميتا . في تاريخ معين . يمتنع عليه الحكم . بما اقتنع به ، وفضلا عن ذلك . فإن الأخذ بالرأى الأول : يجعل لطول مدة التقاضي ، وقصرها ، أثرا كبيرا في حقوق الورثة . فقد يموت أحدهم أثناء سير الدعوى وتقبل صدور الحكم . فيحرم من الارث . طبقاً للرأى المذكور . ومعلوم : أن تأجيل الحكم ليسور للمتقاضين ، ويسهل عليهم التحايل . للوصول إليه . وهذا باب يحسن سده . أما المرسوم بقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » فلا محل للاحتجاج به . لأنه يمكن في مقام التشريع . النص على إلغاء كل ما يخالف القانون الجديد . من الأحكام . وأما ما قيل : من أن هذا الرأي . يعوزه السند الشرعي . فضلا عن أنه غير متفق عليه ، فإن الأصل : هو الاباحة . والمنع ؛ هو الاستثناء . وما دام لا يوجد في الشريعة الاسلامية . نص مانع . من الأخذ . بهذا الرأي . فلا حرج من ترجيحه ، ولا مخالفة في ذلك للشريعة الاسلامية الغراء .

ويعد أن ناقشت اللجنة هذين الرأيين مناقشة طويلة ، واستعرضت وجهات كل =

قت صدور الحكم بموته . لأن حكم القاضى فى هذه الحالة : مظهر لموته الذى حصل قبل الحكم ، ومقرره ، وليس منشأ له . وقت صدور الحكم . فاذا كان الوقت المعين . لموته متأخراً . عن وقت وفاة مورثه الذى مات أثناء فقد المفقود ، أو عن وقت وفاة الموصى : استحق المحجوز له . من إرث ، ووصية . لتحقق شرط الإرث ، والوصية . وهو تحقق حياته وقت وفاة المورث أو الموصى . ويكون ذلك مثل سائر أمواله : ميراثاً لورثته الموجودين . فى الوقت المعين لموته . فى الحكم بموته .

وان كان تاريخ وفاته متقدماً على تاريخ وفاة مورثه ، أو على تاريخ وفاة الموصى . فلا يستحق ما حجز له من إرث ، ووصية . حيث تبين : أنه غير وارث لمورثه ، وغير مستحق للوصية . لعدم تحقق شرط الإرث . وشرط استحقاق الوصية . وهو تحقق حياته وقت وفاة مورثه ، ووقت وفاة الموصى . فيرد المحجوز له . من إرث . إلى ورثة مورثه المستحقين له . وقت موت المورث . ويرد ما حجز له . من وصية . إلى ورثة الموصى وقت وفاته .

وإذا ظهر المفقود حياً . بعد أن حكم القاضى بموته : فإنه يسترد الموجود . من أمواله . فى يد مورثه ، وكذا الموجود مما كان محجوزاً له من إرث ، ووصية ، ورد إلى ورثة المورث ، أو الموصى . بعد الحكم بموته . وما خرج من أيديهم ، وتصرفوا فيه بالبيع ونحوه ، وكذا ما هلك ، أو استهلك . فلا يرجع عليهم بذلك . لأن تصرفهم كان بناءً على حكم قضائى صحيح . فلا ضمان عليهم ، ولا على من تلقوا الملك عنهم .

من الرايين قررت ترجيح الرأى الأول ، والأخذ به عملاً بالأضبط ، والأحوط . انتهى تقرير « لجنة الشؤون التشريعية » . وقد نقلناه مع طولها . لما فيه من آراء فقهية قيمة جديرة بأن يحيط بها من يدرس المسائل الفقهية ، والعلوم القانونية . حتى تتكون لديه فكرة فقهية عن وجهات النظر المختلفة . فى المسائل الفقهية .

وأما زوجته . فإن كانت لم تتزوج بغيره . بعد الحكم بموته . فهي له من غير
حاجة . إلى عقد جديد ، وإن كانت قد تزوجت بغيره . بعد الحكم بموته .
ولا يكون ذلك . إلا بعد انقضاء عدتها منه ، فإن كان قد دخل بها . وهو غير
عالم بأن المفقود حي ، فهي للثاني ، وإن لم يكن الثاني قد دخل بها ، أو كان
قد دخل بها . وهو عالم بأن المفقود حي ، فهي للأول . دون الثاني .

قانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠

خاص بأحكام النفقة . وبعض مسائل الاحوال الشخصية

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

خاص بأحكام النفقة . وبعض مسائل الأحوال الشخصية

نحن سلطان مصر

بعد الاطلاع على لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والاجراءات المتعلقة
بها الصادر بها الأمران العاليان الرقيان ٢٧ ذى القعدة سنة ١٣٢٧ (١٠)
ديسمبر سنة ١٩٠٩) و ٢٦ جماد الثاني سنة ١٣٢٨ (٣) يوليه سنة ١٩١٠ ؛
وبعد الاطلاع على القانون نمرة ٢٤ الصادر فى هذا اليوم ؛

وبعد الاطلاع على ما اتفقت عليه اللجنة المولفة . من حضرات أصحاب
الفضيلة : شيخ الجامع الأزهر ، و شيخ المالكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ،
ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم . من العلماء ؛
وبناء على ما عرضه علينا وزير الحقانية . وبعد موافقة رأى مجلس الوزراء ؛

رسمنا بما هو آت ؛

الباب الأول - فى النفقة

الفصل الأول - فى النفقة والمرءة

مادة ١ - : 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 منها . ولا يسقط دينها . إلا بالأداء ، أو الإبراء .

مادة ٢ - : المطلقة التي تستحق النفقة . تعتبر نفقتها : دينا . كما في المادة السابقة . من تاريخ الطلاق .

مادة ٣ - : من تأخر حيضها . بغير رضاع . تعتبر عدتها بالنسبة . للنفقة بسنة بيضاء . لا ترى فيها الحيض . فان ادعت : أنها رأت الدم . في أثناءها . أخرت إلى أن ترى الدم . مرة أخرى ، أو إلى أن تمضي سنة بيضاء ، وفي الثالثة . إن رأت الدم . انقضت عدتها ، وان لم تره . تنقضي العدة . بانتهاء السنة .

فان كانت مرضعا . وحاضت في أثناء الرضاع اعتدت بالاقراء . وان تأخر حيضها . بعد انقضاء مدة الرضاع . كان الحكم . في تأخر حيضها . هو ما تقدم .

وفي الحالتين لا تسمع دعوى : أن لها عادة في الحيض . لأكثر من سنة (١)

الفصل الثاني - في العجز عن النفقة

مادة ٤ - : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته . فان كان له مال ظاهر . نفذ الحكم عليه . بالنفقة في ماله . فان لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل « إنه معسر أو موسر » ولكن أصر على عدم الانفاق ، طلق عليه القاضي في الحال . وان ادعى العجز . فان لم يثبت . طلق عليه حالا ، وان أثبتته أمهله مدة . لا تزيد على شهر . فان لم ينفق . طلق عليه بعد ذلك .

مادة ٥ - : إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة . فان كان له مال ظاهر . نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا . فان لم يرسل . ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها . طلق عليه القاضي . بعد مضي الأجل

(١) ألغيت هذه المادة . بالقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

ومنها : أن الوصى إذا باع ماله ، أو مال من لا تقبل شهادته لهم .
للصغير المشمول بوصايته . أو اشترى مال الصغير لنفسه ؛ أو لمن لا تقبل
شهادته لهم . فإنه يشترط : أن يكون في كل من البيع ، والشراء . منفعة
ظاهرة للصغير . بخلاف الأب . فله ما ذكر بمثل القيمة ، أو بالغيبين
البسير .

وهذا الشرط زوعى فيه الاحتياط ، ودفع التهمة عن الوصى . إذ قد
يوثر مصلحته ، أو مصلحة من لا تقبل شهادته لهم . على مصلحة من له
الوصاية عليه . وأما إذا كان يبيع مال الصغير لأجنبي ، أو الشراء للصغير من
الأجنبي . فلا يشترط هذا الشرط . لانتفاء التهمة عن الوصى .

والمادة (٣٩) منعت الوصى . من أن يباشر التصرفات المبينة بها . إلا
باذن من المحكمة . وفيما يلي بيان هذه التصرفات .

(١) : جميع التصرفات التي من شأنها . انشاء حق من الحقوق العينية
العقارية الأصلية . أو التبعية ، أو نقله ، أو تغييره ، أو زواله . وكذلك
جميع التصرفات المقررة . لحق من الحقوق المذكورة (كالتقسمة أو
الصلح . وقد رأت أن يكون النص عاما شاملا . للتصرفات المتقدم ذكرها .
نظرا لأهمية الثروة العقارية في مصر) .

(٢) : التصرف في المنقولات ، أو الحقوق الشخصية ، أو الأوراق
المالية . فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة (١) .

(١) (كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى . فمثل
هذه التصرفات . تستثنى من نطاق الأذن . وسعيار التفرقة . بين ما يعتبر من أعمال
التصرف . وما يعتبر من أعمال الإدارة : هو المساس برأس المال . ويقصد برأس
المال : أصل المال الذي آل إلى القاصر ، وما أضيف إليه . من ثماء . فكل تصرف
ينطوى على إخراج جزء من رأس المال . من الذمة أو على ترتيب حق عيني عليه .
يعتبر من أعمال التصرف . وما عدا ذلك . يعتبر من أعمال الإدارة . ما لم يقض
القانون ، أو العرف . بغير ذلك) « راجع المذكرة الايضاحية » .

(٣) : الصلح ، والتحكيم . إلا فيما قل عن مائة جنيه . مما يتصل بأعمال الإدارة .

(٤) : حوالة الحق ، والديون التي للقاصر ، وقبول الحوالة عليه .

(٥) : استثمار أموال القاصر ، وتصفيتها . (ويقصد بالاستثمار . كما جاء في المذكرة الايضاحية : توظيف المال بقصد الحصول على ربح . أيا كانت صورة هذا التوظيف . كشراء نوع من الأسهم ، والسندات . أو دفع جزء من المال . إلى أحد التجار . على سبيل الشركة ، أو لاستغلاله في عملية معينة) .

(٦) : إقراض المال ، وإقراضه .

(٧) : إيجار عقار القاصر . لمدة أكثر . من ثلاث سنوات . في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر . من سنة . في المباني .

(٨) : إيجار عقار القاصر . لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر . من سنة .

(٩) : قبول التبرعات المقترنة بشرط ، أو رفضها .

(١٠) : الانفاق من مال القاصر . على من تجب عليه نفقتهم . إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها . بحكم واجب التنفيذ .

(١١) : الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة ، أو على القاصر .

(وَأما الوفاء الذي يتم بناء على حكم ، أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ . فلا يحتاج إلى إذن المحكمة) .

(١٢) : رفع الدعاوى . إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر ، أو ضياع حق له .

(١٣) : التنازل عن الحقوق ، والدعاوى . وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون . بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام .

(١٤) : التنازل عن التأمينات ، أو اضعافها .

(١٥) : إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه ، أو لزوجته ، أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكن الوصى نائبا عنه .

(١٦) : ما يصرف في تزويج القاصر .

(١٧) : تعليم القاصر . إذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وأوجب المادة (٤٠) على الوصى : أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي . إذا كانت له مصلحة في ذلك . ونصت المادة على أنه يتعين على المحكمة . إذا أذنت له بالقسمة : أن تبين الأسس التي تجرى عليها القسمة ، والاجراءات التي يجب اتباعها . كما أوجب على الوصى : أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها .

تعدد الأوصياء

يجوز شرعا للموصى : أن يوصى إلى اثنين ، فأكثر . بعقد واحد ، أو بعقدين . كما يجوز للقاضي : أن يعين أكثر من وصى واحد . فإذا نص في الوصاية على أن كلا من الوصيين . ينفرد في التصرف . كما إذا أقام الموصى وصيين . ونص على أن ينفرد كل منهما بالتصرف ، أو نص على أن يشتركا

فى التصرف ، ولا ينفرد أحدهما بالتصرف دون الآخر : اتبع ما نص عليه . من الانفراد ، والاشراك . باتفاق فقهاء « الحنفية » (١)

وأما إذا أطلق الإيصاء ، ولم ينص ولا على الانفراد ، ولا على الاجتماع . كما إذا قال الموصى لاثنين : جعلتكما وصيين . ففيه خلاف بين فقهاء « الحنفية » . فذهب « أبو يوسف » إلى أنه يجوز لكل من الوصيين : أن ينفرد بالتصرف . لأن الوصاية . إنما تثبت . بطريق الولاية . وذلك بانتقال ولاية الموصى إلى الوصى . ومن المقرر المعلوم : أن الولاية إذا ثبتت شرعا . لاثنين ابتداء . تثبت لكل منهما كاملة على الانفراد . كوليدين فى الزواج متساويين فى الدرجة وقوة القرابة . مثل أخوين شقيقين . فلكل منهما أن يتولى التزويج بالانفراد . وكذا الأمر إذا ثبتت الولاية لاثنين . بطريق الخلافة عن الموصى . لأن الولاية لا تتجزأ . لكونها سلطة شرعية . تجعل لمن ثبتت له : القسرة على إنشاء العقود ، والتصرفات . نافذة . وهذه السلطة لا تتجزأ . فإذا ما ثبتت لشخص . تثبت له كاملة . ومن المقرر : أن الوصاية خلافة عن الموصى . إذ الوصى يتصرف . بولاية منتقلة إليه . من الموصى . وهذه الخلافة ، إنما تتحقق بانتقال الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى . وقد كان بوصف الكمال (١) .

وذهب « الطرفان » إلى أن الوصيين يشتركان فى التصرفات ، ولا يجوز لأحدهما : أن ينفرد بالتصرف . لأن الولاية للموصى . إنما تثبت له بطريق تفويض الموصى إليه ، ولم تثبت له ابتداء . من الشارع ، كما فى ولاية الأب والحد . وولاية الأخوين على التزويج . فيجب أن يراعى وصف التفويض . وهو وصف الاجتماع ، والاشراك . فى التصرف . لكونه شرطا مقيدا ، لأن رأى الواحد . لا يكون . كراى الاثنين . ولم يرض الموصى . إلا

(١) كتاب « الدر المختار » (ج ٥ ص ٤٩٨) .

(٢) كتاب « الهداية » وشروحه ، (ج ٩ ص ٤٢٥) .

بتصرف الإثنين ، واجتماعهما . في التصرف . بخلاف الأخوين في ولاية التزويج . لأن السبب هناك : القرابة . وقد قامت بكل منهما كمالا ، وثبتت لهما ولاية التزويج من الشارع . ابتداء . ولم يتلقيا الولاية من الغير . بطريق التفويض . كما هو الشأن في ولاية الوصي . فقياس ولاية الوصيين . على ولاية الوالدين المتساويين في درجة القرابة ، وقوتها : قياس مع الفارق . فلا يجوز .

ومن الواضح : أن وجهة رأى « الطرفين » أقوى ، فضلا عن أن العمل . يحقق غرض الموصى من إقامة وصيين فأكثر . إذ غرضه من تعدد الأوصياء : اجتماع رأيهم ، واشترائهم . في التصرفات . ولا يخفى : أن التصرف الذي يشتركون فيه ، ويجمعون عليه . يكون أنظر للمولى عليه . من التصرف الذي ينفرد به أحد الوصيين ، أو الأوصياء : ويضاف إلى ما تقدم : أنه لو أجزى لكل واحد من الوصيين ، أو الأوصياء : أن ينفرد بالتصرف . لأدى ذلك إلى اختلافهم في التصرفات ، وتزاحمهم عليها . فتكون النتيجة : معارضة التصرفات ، واختلال الإدارة . فيلحق الضرر بالقاصر ، ومن في حكمه .

وبنبي على هذا الخوف : أن أحد الوصيين . إذا انفرد بتصرف . كالبيع ، والشراء ، والاجارة . فإن تصرفه صحيح نافذ . بدون توقف على اجازة الوصي الآخر . عند « أبي يوسف » . ويتوقف نفاذه . عند « الطرفين » على اجازة الوصي الآخر ، وموافقته .

وترجم مسائل مستثناة : لا يشترط فيها عند « الطرفين » : اشتراك الوصيين ، واجتماع رأيهما . لنفاذ التصرف . حتى لو باشر مسألة . من تلك المسائل المستثناة . أحد الوصيين بالانفراد . كان تصرفه نافذا ، بدون توقف على اجازة الآخر . وهذه المسائل المستثناة : يمكن ارجاعها إلى قسمين :

أ - : مسائل : لا تحمل التأخير . حتى يؤخذ رأى الوصي الآخر . مثل تجهيز الميت ، وبيع ما يخشى عليه الفساد والتلف ، أو شراء حاجات الصغير

الضرورية . وقبول الهبة ، وسائر التبرعات للصغير . إذ في تأخير قبولها خوف فواتها .

ب - : مسائل : لا يحتاج فيها . إلى أخذ الرأى . مثل رد الودائع المعلومة المعينة إلى أصحابها ، وقضاء الديون الثابتة ، وتنفيذ الوصية النافذة المعينة .

ونصت المادة (٣٠) على أنه : يجوز عند الضرورة (١) تعيين أكثر من وصى واحد . وفي هذه الحالة . لا يجوز . لأحدهم : الانفراد ، إلا إذا كانت المحكمة . قد بينت اختصاصا . لكل منهم في قرار تعيينه ، أو في قرار لاحق . ومع ذلك لكل واحد من الأوصياء : اتخاذ الاجراءات الضرورية ، أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر .

قررت المادة : أن الأصل في حالة تعدد الأوصياء : إشراكهم في التصرف . فلا يجوز لأحدهم : الانفراد به . حتى لا يؤدي انفراد كل منهم بالتصرف . إلى اختلاف تصرفاتهم ، وتعارضها . راستثت المادة من هذا الأصل الذى قررته ، حالتين يجوز فيها لأحدهم : أن ينفرد بالتصرف :

١ - : حالة ما إذا عينت المحكمة اختصاصا . لكل من الأوصياء المتعددين : كما لو كانت المحكمة عهدت إلى أحدهم . القيام بشئون الأراضى الزراعية للقاصر ، وإلى آخر القيام . بشئون مصنع ، أو متجر للقاصر ، وإلى ثالث القيام . بشئون المباني والدور في المدن .

(١) وجاء في المذكرة التفسيرية بخصوص هذه المادة ما نصه : وبديهي أن المحكمة . هي المرجع الأخير . في تقدير هذه الضرورة في ضوء ظروف الصغير ، وظروف من يرشح للوصاية ، وتنوع المصالح التى يراد حمايتها . فمن الأوصياء من يكون أهلا للقيام على شئون الزراعة ، ومنهم من لا يحسن . إلا القيام على شئون استغلال صناعى أو تجارى . ومن المصالح . ما قد يتطلب تعدد القائميين عليه ، رغم تجانس خبرتهم وتقارب مؤهلاتهم ، ورغبة في توفير ضمانات الشورى .

ب- : حالة الاجراءات الضرورية ، أو العاجلة التي تتمحض لمصلحة القاصر ، ومنفعته . كالطعن في الأحكام . قبل انقضاء المواعيد القانونية . للطعن فيها ، وكاتخاذ الاجراءات العاجلة . لصيانة حق القاصر .

ومن الواضح : أن الأحكام التي تضمنها المادة المذكورة : موافقة لرأى « الطرفين » .

ولاية الجد على المال . وحدودها

أسلفنا أن فقهاء « الحنفية » أجمعوا على أن ولاية الجد في المال متأخرة . في الرتبة . عن ولاية وصى الأب . فلا يثبت للجد هذا النوع من الولاية . مع وجود وصى الأب . فاذا وجد الجد . ووصى الأب . تكون الولاية على المال لوصى الأب ، وتكون الولاية على النفس للجد .

وإذا آلت ولاية المال إلى الجد الصحيح - وهو أبو الأب مهما علا - لعدم وجود الأب ، أو وصيه ، أو لعدم أهليتهما للولاية . فلفقهاء « الحنفية » رأيان . فيما يملكه الجد من التصرفات . في أموال أحفاده الصغار ، ومن في حكمهم لجنون ، أو عتسه .

فراى « محمد » : أن الجد يملك كل تصرف يملكه الأب . لأن ولاية كل منهما في المال ، والنفس . ولاية أصلية طبيعية ثابتة لها ابتداء من الشارع ؛ تقرباً الأبوة . إذ الجد يعتبر أباً ، ويحل محله عند عدم وجوده ، ويأخذ حكمه في كثير من الأحكام ، ولأن الجد أشفق الناس باولاد ابنه ، وأكثرهم رعاية لمصالحهم ، واهتماماً بأمورهم بعد أبيهم . وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده ، تكون ولايته في المال : مثل ولاية الأب في القوة ، والشمول . فيملك ما يملكه الأب من التصرفات .

وأما تقديم وصى الأب على الجد في ثبوت ولاية المال له . فقد رعى فيه احترام رأى الأب ، والعمل به ، تحقيقاً لرغبته . فلم يكن تقديمه على الجد في هذا النوع من الولاية . لكون ولايته أقوى من ولاية الجد ، ولا لكونه أكثر من شفقة ، ورعاية لمصلحة الصغير ، ومن في حكمه .

ورأى « الشيخين » - وهو المفتي به في المذهب - : أن الجد يملك ما يملك وصى الأب من التصرفات . إذ من المتفق عليه عند « الأحناف » : أن وصى الأب مقدم على وصى الجد في الولاية على المال . فاو كانت ولاية الجد : مثل ولاية الأب في القوة ، والعموم . لوجب القول بتقديم الجد على وصى الأب في ولاية على المال . وهذا غير واقع . إذ لا قائل به من فقهاء « الحنفية » .

ومع اتفاق فقهاء « الحنفية » على أن ولاية الجد على المال عندما تثبت له الولاية على أولاد أبنه . لا تنقل قوة عن ولاية وصى الأب ، وعل أن الجد يملك من التصرفات : ما يملكه هذا الوصى . فانهم نصوا على أن الجد ليس له : أن يتصرف ببيع أعيان تركة الميت ابنه - الأب - لإيفاء ما عليها من ديون . لو مات الأب ، وعليه ديون . أو لتنفيذ ما يوجب فيها من وصايا . في حين أن وصى الأب يملك ذلك . وعللوا ما ذكر . بأن وصى الأب . يخلف الأب في الولاية . بإيصائه إليه . فيملك بمقتضى هذه الخلافة : أن يقوم بأداء ما عليه من حقوق . في تركته . بعد وفاته . بخلاف الجد . فلا يملك ذلك . لأن ولايته على المال ثابتة له ابتداء . بحق القرابة . وهي الأبوة لا بطريق الخلافة من الأب . بإيصائه إليه . والجد لا يملك بيع شيء من مال ابنه - الأب - عقاراً أو منقولاً في حياته . لإيفاء ما عليه من ديون ، أو من حقوق أخرى . فلا يملك ذلك . بعد وفاته . وحينئذ . فعلى الدائن . أو الموصى له بشيء من التركة : أن يرفع الأمر إلى القضاء . لإيفاء ما على التركة من دين ، أو لتنفيذ ما فيها من وصية . وليس لها الحق في مطالبة الجد . ببيع شيء من التركة . لأداء ما عليها من الديون ، أو لتنفيذ ما فيها من الوصايا .

وإذا كان كل من أداء الدين ، أو تنفيذ الوصية . لا يحتاج فيه إلى البيع ، فان الحد يملك ذلك .

تصرفات وصى الحد

ولاية وصى الحد على أموال أولاد أبنه : كولاية وصى الأب على أولاده . فكل تصرف يملكه وصى الأب : يملكه وصى الحد ، وكل تصرف يمنع منه وصى الأب : يمنع منه وصى الحد .

تخصيص الوصى المختار

إذا خصص الأب ، أو الحد . وصيه المختار . بنوع من التصرفات . كما إذا جعله وصياً في تأجير أملاكه ، أو تحصيل ديونه ، أو في إيفاء ما على التركة : من ديون ، أو في تنفيذ ما فيها . من وصايا . فذهب الإمام «أبي حنيفة» : أنه يكون وصياً عاماً . ولا يتقيد بنوع التصرف الذي خصصه له الموصى . فيملك كل أنواع التصرفات المالية الحائزة . للوصى العام شرعاً . لأن بالوصاية إليه ثبتت له ولاية مالية . والولاية لا تتجزأ . فمن ملك نوعاً من التصرفات . بطريق الولاية : كانت له ولاية كاملة في جميع التصرفات .

ورأى «أبي يوسف» : أنه يكون وصياً خاصاً . فيتقيد بنوع التصرف الذي خصصه به الموصى ، ولا يملك غيره من التصرفات . لأن الوصاية وإن كانت ولاية . إلا أن هذه الولاية مستفادة من الموصى بتفويضه ، وإذنه . في تصرف خاص . فتكون هذه الولاية الثابتة للموصى . بطريق الوصاية إليه من الموصى . على حسب ما فوضه إليه ، وإذنه فيه . وأيضاً . فان الموصى

لما خصص وصيه بنوع من التصرفات . كان ذلك دليلا على أنه لا يثق برأيه ، ولا يرضى بعمله ، فيما عداه من التصرفات . إذ الشخص يحسن تصرفا من التصرفات ، ولا يحسن غيره ، ويتقن عملا من الأعمال ، ولا يتقن غيره . فجعله وصيا عاما . مع تخصيص الموصى وصيه بنوع من التصرفات : إلقاء المعنى التخصيص ، ومخالف لغرضه . فتعين أن يتقيد بنوع التصرف الذى عينه الموصى ، وان لا يملك غيره من التصرفات . عملا بمقتضى تخصيصه .

ومع وضوح وجهة نظر « أبى يوسف » وقوة مدركه فى هذه المسألة . فالفتوى فى المذهب على رأى الامام « أبى حنيفة » (١) .

والخلاف المتقدم . إنما هو فى الوصى اختار . وأما الوصى المعين من قبل القاضى . فلا خلاف فى أن القاضى إذا خصص من عينه وصيا . بنوع من التصرفات . فانه يتخصص بما خصصه به ، ولا يملك غيره من التصرفات : لأن ولايته مستمدة من القاضى ، وولاية القاضى تخصص . فكذلك الولاية المستفادة من ولايته . وأيضا وصى القاضى بمنزلة الوكيل . ومن المقرر : أن الوكيل يتخصص بنوع التصرف الذى وكل فيه ، ولا يكون وكيلا عن الموكل . فيما عداه من التصرفات .

ولاية القاضى . وولاية وصيه

إذا انتقلت إلى القاضى الولاية على أموال من لا ولى لهم من الصغار ، ومن فى حكمهم . من البالغين لجنون ، أو عته . فقد جرى العمل على أن القاضى لا يقوم بنفسه بإدارة أموال كل من لا ولى لهم ، وبالنظر فى شؤونهم .

(١) ورأى « المالكية والشافعية ، والحنابلة ، والشيعة الامامية » . فى هذه المسألة : موافق لرأى « أبى يوسف »

إذ ليس ذلك بمستطاع له . بل يعين وصيا من قبله . وإذا تم تعيينه . يقوم بمستازمات الوصاية ، وليس للقاضي سوى الاشراف العام . ثم إن الوصى الذى يقيمه القاضي . قد تكون وصايته عامة . فيجوز له من التصرفات ما يجوز للقاضي . باعتباره وكيلاً عنه . وقد تكون وصايته خاصة . فيتخصص بما خصصه القاضي به . وقد تكون إقامته وصيا على سبيل التوقيت ، أو على سبيل الدوام .

ويملك شرعاً الوصى المعين من قبل القاضي - المحكمة المختصة - التصرفات التى يملكها الوصى المختار . ولكن تختلف ولاية الوصى المعين . عن ولاية الوصى المختار فى مسائل :

فمنها : الوصى المختار لا يقبل التخصيص . على رأى « الامام » المفتى به . بخلاف الوصى المعين . فانه يقبل التخصيص . (وقد شرحنا ذلك قريباً) .

ومنها : الوصى المختار له أن يبيع ماله هو ، ومال من لا تقبل شهادته لهم . لمن يكون مشمولاً بوصايته ، وله أن يشتري منه لنفسه ، أو لمن لا تقبل شهادته له . بشرط : أن تتحقق المنفعة الظاهرة . فى البيع ، والشراء . وليس للوصى المعين : ذلك . لأنه نائب عن القاضي ، ولا يملك القاضي : البيع ، والشراء المذكورين . اتقاء للشبهة ، ودفعاً للثمة ، وأبتعاداً عن مواضع الريبة ، وحفظاً ما للقضاء من مكانة وكرامة . ولأن ما يصدر من القاضي بمقتضى وظيفته : يعتبر حكماً ، ولا يصح للقاضي : أن يحكم لنفسه ، ولا لمن لا تقبل شهادته لهم . فمن استمد منه الولاية : مثله فى هذا الحكم .

ومنها : الوصى المختار له أن يوصى إلى غيره من بعده . ويكون من أوصى إليه وصياً فى الترتين : تركته هو ، وتركته موصيه (١) . بخلاف

(١) وصى الوصى المختار يكون وصياً من بعده فى الترتين : تركته هو ، وتركته موصيه . لأن الوصى الثانى ، أى وصى الوصى المختار يخلف الوصى الأول =

الوصى المعين . فانه لا يملك أن يوصى إلى غيره من بعده في التركة التي هو وصى فيها . إلا إذا جعل له هذا الحق . في قرار تعيينه . من قبل القاضي - المحكمة المختصة - .

أجرة الوصى

الوصاية : من أعمال الحسبة . يقوم بها الوصى . لاعانة العاجز . عن تدبير شؤنه . وإدارة أمواله بنفسه . فالأصل : أن يقوم الوصى بالوصاية متبرعا . بيتغى بها الثواب ، والأجر . عند الله . ولكن إذا أتى أن يعمل بدون أجر . فإن القاضي يقرر له أجر المثل على عمله . سواء كان فقيراً محتاجاً ، أو غنياً غير محتاج . وهذا : ما عليه العمل . لأن الوصى لو امتنع عن القيام بالوصاية ، فلا سبيل إلى إجباره . لكونه متبرعا . إذ لا يجبر المنبرع . قال تعالى « وما على المحسنين من سبيل » . وان كان أصل مذهب « الحنفية » : أن الوصى

= بايصائه إليه . فيملك ما كان يملكه الأول . حال حياته . وهو كان يملك . في حال حياته التصرف في ماله هو ، وفي تركة موصيه ، بوصايته فيها . إذ الإيصاء : عبارة عن إقامة الشخص غيره مقامه فيما له ولاية عليه ، والوصى المختار كانت له ولاية على ماله ، وعلى تركة موصيه . فيحل وصيه محله . في التركتين . بعد وفاته .

وهذا الحكم إذا كان الوصى المختار في ايصائه إلى غيره . قد قال له : « جعلتك وصياً من بعدى » . ولم يبين أنه وصيه في تركته هو ، أو في تركة موصيه . أو قال له : « جعلتك وصياً في التركتين » .

وأما إذا قال له في ايصائه إليه : « جعلتك وصياً في تركتي » . فظاهر الرواية عن الامام « أبي حنيفة » : أنه يكون وصياً في التركتين . لأن تركة موصيه : تركته بصفتها وصياً عليها . وأظهر الروايتين عن « الصحابين » ، أن يكون وصياً في تركته هو ، ولا يكون وصياً . في تركة موصيه . وإذا قال له « جعلتك وصياً في تركة موصى » . فهو كما قال ، ولا يكون وصياً في تركته هو « راجع « ابن عابدين » (ج ٥ ص ٤٩٩) .

لا أجر له ، إذا كان غنيا ، وله أجر مثل عمله ، إذا كان فقيراً محتاجاً . عملاً بقوله تعالى في شأن اليتامى ، والقائمين على شؤونهم : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا . ومن كان غنياً فليستعفف . ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف (١) » .

وقررت المادة (٤٦) : أن الوصاية تكون بغير أجر . إلا إذا رأت المحكمة . بناء على طاب الوصى : أن تعين له أجراً ، أو أن تمنحه مكافأة . عن عمل معين .

ومن الواضح : أن المكافأة . إنما تمنح للوصى الذى لم تعين له المحكمة أجراً على الوصاية . والذى جده له أثناء الوصاية عمل لم يكن متوقعا . يتطلب من الجهد والتفريغ : ما يبرر منح المكافأة له . بناء على طلبه .

الوصى الخاص . والوصى المؤقت

يتميز الوصى الخاص . عن غيره . من ناحية توفره على عمل معين ، أو على شأن معين . من شؤون القاصر ، ومن ناحية توقيت مهمته فى أغلب الأحيان (٢) . وقد نصت المادة (٣١) على أن المحكمة تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته . فى الحالات الآتية :

(١) : إذا تعارضت مصلحة القاصر . مع مصلحة الولى ، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته . وكذا إذا تعارضت (٣) مصلحة القاصر . مع

(١) الآية ٦ من سورة النساء .

(٢) المذكرة التفسيرية .

(٣) وفى المذكرة التفسيرية : « ورجع الفصل فى حقيقة التعارض : هو تقدير المحكمة . فى كل حالة بخصوصها فى ضوء الظروف ، والملابسات التى تتعلق بشئون القاصر » .

مصلحة زوجة الولى . أو مع مصلحة أحد أصوله ، وأحد فروعه ، أو مع من يمثله الوصى (وغنى عن البيان : أن المقصود بتعارض المصالح : هو التعارض الذى لا يبلغ حدا : يخشى معه على مصالح القاصر . لأن هذا النوع الأخير يعتبر سببا لسلب الولاية عن الولى ، ولغزل الوصى) .

(٢) : لإبرام عقد من عقود المعاوضة ، أو تعديله ، أو فسخه ، أو إبطاله أو إنعائه بين القاصر ، وبين الوصى ، أو أحد من المذكورين . فى البند السابق .

(٣) : إذا آل إلى القاصر مال . بطريق التبرع . واشترط المتبرع : ألا يتولى الولى إدارة هذا المال المتبرع به .

(٤) : إذا استلزم الظروف . دراية خاصة . لأداء بعض الأعمال المؤقتة كما هو الشأن فى تصفية بعض الأوراق المالية ، أو فى تدارك الأضطراب . فى الأمور المالية . لمحل من المحلات التجارية . فى فترة من فترات الأزمات .

(٥) : إذا كان الولى غير أهل . لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ونصت المادة (٣٢) على أن المحكمة تقيم وصيا مؤقتا ، إذا أوقف الولى عن الولاية ، ولم يكن للقاصر ولى آخر . وكذا إذا أوقف الوصى عن الوصاية أو حالت ظروف مؤقتة . دون أدائه لواجباته . كما لو أصيب بمرض شديد ورأت المحكمة : أن المصلحة تقتضى بقاءه . إلى أن يزول المانع .

وتسرى أحكام الوصاية . على الوصى الخاص ، والوصى المؤقت . مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة كل عمل منها . لاتحاد طبيعة مهمة الوصى ، وان تنوعت أوضاع الأوصياء .

انتهاء الولاية . والوصاية

تنتهى شرعا الولاية ، والوصاية . انهاء طبيعيا . فى الحالات الآتية :

(١) : إذا مات المشمول بالولاية ، أو بالوصاية . لأن كلا من الولاية والوصايا فى هذه لحالة : أصبحت غير ذات موضوع .

(٢) : إذا بلغ القاصر عاقلا رشيداً .

(٣) : إذا زال سبب الحجر عن المحجور عليه . كما إذا أفق المجنون من جنونه . وعاد إليه عقله . بشرط : أن يكون عقله كاملا غير ناقص ، وكما إذا صار السفه رشيداً محسناً . فى تصرفاته المالية .

وبالمجمل: فإن كلا من الولاية والوصاية على عديمى الأهلية ، أو ناقصها .

تنتهى بزوال سبب الولاية ، والوصاية عليه .

وقد تبقى الولاية ، أو الوصاية . على فاقد الأهلية ، أو ناقصها ، مادام سبب الولاية ، أو الوصاية عليه قائما . وتنتهى ولاية الولى الشرعى . أو وصاية الوصى المختار ، أو المعين . وذلك : إذا مات الولى ، أو الوصى ، أو إذا زالت أهلية أحدهما ، أو إذا سلبت الولاية من الولى ، أو أعنى منها . أو عزل الوصى ، أو قبالت استقالته من الوصاية .

وقررت المادة (١٨) : أن الولاية تنتهى ببلوغ القاصر احدى وعشرين

سنة (١) . ما لم تحكم المحكمة . قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه .

(١) والمراد بالسنة : السنة الشمسية التى أياها ٣٦٥ يوما . لأن المدد المنصوص عليها فى القانون « رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ » تحسب بالتقويم الميلادى . بنص المادة (٧٧) من القانون المذكور . تمشيا مع القاعدة العامة المقررة فى المادة الثالثة من القانون المدنى .

فتمى بلغ الصغير هذه السن رشيداً ، زالت عنه الولاية . بحكم القانون .
وجاء في المذكرة الايضاحية مانصه : « وطبيعي : أن الولاية تنقضى
كذلك بموت الولى . وبزوال أهليته . كما أنها تنتهى بموت الصغير . قبل بلوغه .
ولم ير محل للنص . على هذه الأحكام . لأنها مجرد تطبيق للتواعد العامة » اهـ .

وبلاحظ : أن المشرع ناقض نفسه ، ورأى محلاً للنص على هذه الأحكام .
حيث نص القانون على هذه الأحكام . عند بيان الأمور التى تنتهى بها الوصاية .
ولا فرق بين الولاية ، وبين الوصاية . فى هذه الأحكام .

وعددت المادة (٤٧) الأمور التى تنتهى بها الوصاية . وهى :

(١) : بلوغ القاصر احدى وعشرين سنة . إلا إذا قررت المحكمة . قبل
بلوغه هذه السن : استمرار الوصاية عاياه .

(٢) : عودة الولاية للولى . وذلك فى حالة ما إذا كان تعيين الوصى .
بسبب وقف ولاية الولى الشرعى .

(٣) : عزل الوصى من الوصاية . أو قبول استقائه منها .

(٤) : فقد أهليته . أو نبوت غيبته . أو موته ، أو موت القاصر .

وبلاحظ : أن فقد الأهلية . لا يستتبع انتهاء الوصاية . إلا إذا صدر
قرار بذلك من المحكمة ، ما لم يكن فقد الأهلية بسبب العته ، أو الجنون .
ففسرى أحكام القانون المدنى .

وأوجبت المادة (٥٠) على الوصى الذى انتهت وصايته . أيا كان سبب
انتهائها : أن يسلم خلال الثلاثين يوماً التالية . لانتهاه وصايته : جميع أموال
القاصر التى فى عهده إلى القاصر . متى كان قد بلغ سن الرشد . أو إلى ورثة
القاصر . فى حالة وفاته ، أو إلى وليه ، أو إلى وصيه الموقت . بحسب الأحوال .

فان كان بعد الغيبة . لايسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المخل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة . طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة . على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة ٦ - : تطليق القاضى . لعدم الانفاق . يقع رجعيًا ، وللزوج أن يراجع زوجته . إذا ثبت إيساره ، واستعد للانفاق فى أثناء العدة . فان لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للانفاق . لم تصح الرجعة .

الباب الثانى - فى المفقود

مادة ٧ - : إذا كان للمفقود . وهو : من انقطع خبره . مال تنفق منه زوجته . جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى ، وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ، ويمكن أن يكون موجوداً بها . وعلى القاضى : أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحفائية . لتجرى البحث عنه . بجميع الطرق الممكنة . فاذا مضت مدة أربع سنين . من حين رفع الأمر إلى القاضى ، ولم يعد الزوج ، ولم يظهر له خبر . يعلن القاضى الزوجة . فتعتد عدة وفاة : أربعة أشهر وعشرة أيام . وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره (١) .

مادة ٨ - : إذا جاء المفقود ، أو لم يجيء ، وتبين : أنه حى . فزوجته له . ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول . فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته . كانت للثانى . ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

الباب الثالث - فى التمريض بالعب

مادة ٩ - : للزوجة : أن تطلب التفريق بينها ، وبين زوجها . إذا وجدت به عيباً مستحكماً . لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ،

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون « رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

ولا يمكنها المقام معه . إلا بضرر . كالجنون ، والجذام ، والبرص . سواء كان 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 .

مادة ١٠ - : الفرقة بالعيب : طلاق بائن .

مادة ١١ - : يستعان بأهل الخبرة . في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

مادة ١٢ - : تسرى أحكام المادة الثالثة . من هذا القانون على المعتدات اللاتي . حكم لهن بنفقات عدة . بمقتضى أحكام نهائية صادرة . قبل تنفيذ هذا القانون (١) .

مادة ١٣ - : على وزير الحقانية : تنفيذ هذا القانون . ويسرى العمل به . من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

صدر بسرأى رأس التين في ٢٥ شوال سنة ١٣٣٨ (١٢ يوليه سنة ١٩٢٠) .

فؤاد

بأمر الحضرة السلطانية

رئيس مجلس الوزراء

محمد توفيق نسيم

وزير الحقانية

أحمد ذو الفقار

مرسوم بقانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩
خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

نحن فواد الأول ملك مصر ؛

بعد الاطلاع على أمرنا رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ ؛

وعلى لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والاجراءات المتعلقة بها الصادر بها
الأمران العاليان الرقيان ٢٧ ذى القعدة سنة ١٣٢٧ (١٠ ديسمبر ١٩٠٩)
و ٢٦ جمادى الثانية سنة ١٣٢٨ (٣ يوليه سنة ١٩١٠) .

وبعد الاطلاع على القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون نمرة ٢٤
الصادر فى هذا اليوم المعدل للمادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة ؛

رسمنا بما هو آت :

١ - الطلاق

مادة ١ - : لا يقع طلاق السكران ، والمكره .

مادة ٢ - : لا يقع الطلاق غير المنجز . إذا قصد به الحمل على فعل شىء ،
أو تركه لا غير :

مادة ٣ - : الطلاق المقترن بعدد لفظا ، أو إشارة . لا يقع . إلا واحدة .

مادة ٤ - : كنايات الطلاق . وهى ما تحمل الطلاق ، وغيره . لا يقع
بها الطلاق : إلا بالنسبة .

مادة ٥ - : كل طلاق يقع رجعيا . إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل

الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون ،
والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

٢ - الشقاق بين الزوجين والتطليح للضرر

مادة ٦ - : إذا ادعت الزوجة : اضرار الزوج بها . بما لا يستطاع معه
دوام العشرة . بين أمثالها . يجوز لها : أن تطلب من القاضي . التفريق . وحينئذ
يطلقها القاضي طليقة بائنة ، إذا ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما .
فاذا رفض الطلب . ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي
حكيمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

مادة ٧ - : يشترط في الحكيمين : أن يكونا رجلين عدلين : من أهل
الزوجين . إن أمكن . وإلا فمن غيرهم . ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على
الإصلاح بينهما .

مادة ٨ - : على الحكيمين : أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا
جهدهما في الإصلاح . فإن أمكن على طريقة معينة . قرراها .

مادة ٩ - : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح ، وكانت الاساءة من الزوج ،
أو منها ، أو جهل الحال . قررا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ - : إذا اختلف الحكمان . أمرهما القاضي بمعاودة البحث . فإن
استمر الخلاف بينهما . حكم غيرهما .

مادة ١١ - : على الحكيمين : أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه : وعلى
القاضي : أن يحكم بمقتضاه .

٣ - التطليح لفية الزوج أو لفية

مادة ١٢ - : إذا غاب الزوج سنة فأكثر . بلا عذر مقبول : جاز
لزوجته : أن تطلب إلى القاضي . تطليقها بائنا . إذا تضررت من بعده عنها :
ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

مادة ١٣ - : إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا ،
وأعذر إليه . بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه ، أو يطلقها .
فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا . فرق القاضى بينها
بتطبيقه بائنة .

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب : طلقها القاضى عليه . بلا إعذار
وضرب أجسل .

مادة ١٤ - : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية
مدة ثلاث سنين فأكثر : أن تطلب إلى القاضى . بعد مضي سنة من حبسه :
التطبيق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٤ - دعوى الفمب

١٥ - : لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ، ثبت عدم
التلاقي بينها ، وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به . بعد
سنة . من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة ، والمتوفى عنها زوجها ، إذا
أتت به . لأكثر من سنة . من وقت الطلاق ، أو الوفاة :

٥ - النفقة والعمرة

مادة ١٦ - : تقدر نفقة الزوجة على زوجها . بحسب حال الزوج يسراً .
وعسراً . مها كانت حالة الزوجة .

مادة ١٧ - : لا تسمع الدعوى لنفقة عدة . لمدة تزيد على سنة . من
تاريخ الطلاق .

كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث . بسبب الزوجية . المطلقة توفى زوجها . بعد سنة . من تاريخ الطلاق .

مادة ١٨ - : لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل . بهذا القانون . لمدة تزيد على سنة . من تاريخ الطلاق . ولا يجوز تنفيذ حكم صادر . قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره . إلا بمقدار ما يكمل سنة . من تاريخ الطلاق .

٦ - المهر

مادة ١٩ - : إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر . فالبينة على الزوجة . فان عجزت . كان القول للزوج بيمينه . إلا إذا ادعى ما لا يصح : أن يكون مهرا مثلها عرفا . فيحكم مهرا مثل .

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين ، وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

٧ - من الحضنة

مادة ٢٠ - : للقاضي : أن يأذن بحضانة النساء للصغير . بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة . بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة . إذا تبين : أن مصلحةها تقتضى ذلك .

٨ - المفقود

مادة ٢١ - : يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك . بعد أربع سنين . من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي . وذلك كله بعد التحرى عنه . بجميع الطرق الممكنة الموصلة . إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا .

مادة ٢٢ - : بعد الحكم بموت المفقود . بالصفة الميينة . في المادة السابقة
تعتد الزوجة عدة الوفاة ، وتقسم تركته . بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

٩- أمطام عام:

مادة ٢٣ - : المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) هي السنة التي
عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

مادة ٢٤ - : تلغى المواد (٣ ، ٧ ، ١٢) من القانون نمرة ٢٥ سنة
١٩٢٠ التي تتضمن أحكاما بشأن النفقة ، ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال
الشخصية .

مادة ٢٥ - : على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من
تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر في الجريدة الرسمية ،
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بسرأي عابدين في ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة
١٩٢٩) .

فواد

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزراء

محمد محمود

وزير الحقانية

أحمد محمد خشبة

مذكرة ايضاحية لمجلس الوزراء

لمشروع قانون خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

مذكرة أيضا حية لمجلس الوزراء

١. الطلاق

شرع الطلاق في الاسلام. ليستطيع الزوجان . التخلص من رابطة الزوجية ، إذا تحقق : أن المعاشرة بالمعروف ، والقيام بحقوق الزوجية . أصبح غير ميسور ، فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك . وللمرأة : أن تطلب إلى القاضى التطلق ، إذا علمت ذلك . بعد أن يلحقها الضرر ، لأى سبب من الأسباب الموجبة .

و« جمهور الفقهاء » على أن ايقاع الطلاق لغير سبب شرعى : حرام ، أو مكروه . يدل على ذلك : ما رواه « أبو داود » عن النبي صلى الله عليه وسلم (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق) وفي رواية عنه (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) .

وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة (الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا 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) .

فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة . فى أن الطلاق لا يكون . إلا مرة بعد مرة . وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا . ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال . ولتجرب المرأة نفسها أيضا . حتى إذا

لم تفد التجارب . ووقعت الطلقة الثالثة . علم : أنه ليس في البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينها . أحق ، وأولى .

فالواقع : أن الدين الاسلامي مع إباحته الطلاق . قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الاباحة مقصورة على الحالات التي لا يمكن فيها للزوجين ، أو أحدهما . إقامة حدود الله ، ولو أن الناس لزموا حدود الله ، واتبعوا شريعته . لما وقعت الشكوى . من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الاسلامية متينة العرى يرفرف عليها الهنساء . ولكن ضعف الأخلاق . وتراخي عرى المروءات . أوجد في العائلة الاسلامية . وهنا . وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش ، ويمين يخلفها الأحمق في ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقفه أمام دائن ، أو ظالم .

والمرأة المسلمة . مهددة على الدوام بالطلاق . لا تدرى متى يحصل ، وقد لا يدري الرجل نفسه . متى يحصل . فان الخالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التي يفعلها أجنبي . لا يدري . متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجين ، والأولاد ، والأسرة : قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة . وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا : سببه آراء « جمهور الفقهاء » الذين يوقعون الطلاق المعلق ، واليمين بالطلاق ، والطلاق الثلاث . بكلمة واحدة ، ويوقعون المعلق قبل الزواج . إذا علق على الزواج نفسه . كما هو رأى « الحنفية » .

وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سببا في تلمس الحيل ، وافتتان الفقهاء . في ابتداع أنواعها .

ومن الواجب : حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها . وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا ، وآخرة ، وأنها بأصولها تسع الأمم في جميع الأزمنة ، والأمكنة . متى فهمت على حقيقتها . وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية : أن يفتح للجمهور . باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء . لتعالج الأمراض الاجتماعية . كلما استعصى مرض منها . حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجا من الضيق ، وفرجا من الشدة .

لهذا فكرت الوزارة في تضييق دائرة الطلاق . بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ، ويوافق أقوال الأئمة ، وأهل الفقه فيه ، ولو من غير أهل المذاهب الأربعة . فوضعت مشروع القانون . بما يتفق مع ذلك .

وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء . من غير المذاهب الأربعة . خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم ، يؤدي إلى جلب صالح عام ، أو رفع ضرر عام . بناء على ما هو الحق . من آراء علماء أصول الفقه .

وقد بنى مشروع القانون في هذا الموضوع . على المبادئ الآتية :

١ - : طلاق السكران ، والمكره :

طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد ، وقول في المذاهب الثلاثة ، ورأى كثير من التابعين ، وأنه لا يعرف عن الصحابة : قول فيه بالوقوع .

وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب « الشافعية » ، و« المالكية » ، و« أحمد » . و« داود » ، وكثير من الصحابة .

٢ - : ينقسم الطلاق إلى منجز : وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فورا ، وإلى مضاف . كأنت طالق غداً . وإلى يمين . نحو على الطلاق لا أفعل كذا ، وإلى معلق . كأن فعلت كذا . فأنت طالق .

والمعلق إن كان غرض المتكلم به : التخويف ، أو الحمل على فعل الشيء أو تركه . وهو يكره حصول الطلاق ، ولا وطر له فيه . كان في معنى اليمين بالطلاق . وإن كان يقصد به : حصول الطلاق : عند حصول الشرط .

لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله : لم يكن في معنى اليمين . واليمين في الطلاق ، وما في معناه : لاغ . أما باقي الأقسام . فيقع فيها الطلاق .

وقد أخذ في إلغاء اليمين بالطلاق . برأى متقدمي « الحنفية » ، وبعض متأخريهم . وهذا موافق لرأى الامام « على » ، و « شريح » ، « داود » ، وأصحابه ، وطائفة من « الشافعية » ، و « المالكية » . وأخذ في إلغاء المعلق الذى في معنى اليمين . برأى الامام « على » ، و « شريح » ، و « عطاء » ، و « الحكم بن عتيبة » ، و « داود » ، وأصحابه ، و « ابن حزم » . وقد وضعت المادة (٢) من مشروع القانون : متضمنة أحكام هذه الأقسام .

٣ - : الطلاق المتعدد لفظا ، أو اشارة . لا يقع . إلا واحدة . وهو رأى « محمد بن اسحق » ، ونقل عن « على » ، و « ابن مسعود » ، و « عبد الرحمن بن عوف » ، و « الزبير » ، ونقل عن مشايخ « قرطبة » ، ومنهم « محمد بن تقي بن مخلد » ، و « محمد بن عبد السلام » ، ونقله « ابن المنذر » عن أصحاب « ابن عباس » . « كعطاء وطاووس وعمرو ابن دينار » ، وقد أفقئ به « عكرمة » و « داود » . وقال « ابن القيم » : إنه رأى أكثر الصحابة ، ورأى بعض أصحاب « مالك » ، ورأى بعض « الحنفية » ، ورأى بعض أصحاب « أحمد » (مادة ٣ من المشروع) .

٤ - : كنيات الطلاق . وهى ما تحتمل الطلاق وغيره . لا يقع بها الطلاق . إلا بالنية . دون دلالة الحال . كما هو مذهب « الشافعى » ، و « مالك » .

والمراد بالكناية هنا : ما كان كناية في مذهب « أبى حنيفة » (مادة ٤ من المشروع) .

٥ - : أخذ بمذهب الامام « مالك » ، و « الشافعى » في أن كل طلاق يقع رجعيا . ألا ما استثنى في المادة (٥) من المشروع .

ومما تحسن الاشارة إليه هنا : أن التفريق بالطلاق . بسبب اللعان ، أو

العنة ، أو إلباء الزوج عن الاسلام عند اسلام زوجته . يبنى الحكم فيه على مذهب « أبي حنيفة » .

٢- الشقاق بين الزوجين والتطبيق للضرر

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة . لا يقتصر أثرها على الزوجين . بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بها علاقة قرابة ، أو مصاهرة . وليس في أحكام مذهب « أبي حنيفة » ما يمكن الزوجة من التخلص ، ولا ما يرجع الزوج عن غيه . فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام .

تطالب الزوجة بالنفقة ، ولا غرض لها . إلا احراج الزوج . بتغريم المال . ويطلب الزوج بالطاعة ، ولا غرض له . إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها ، وأن تنالها يده . فيوقع بها ما شاء . من ضرر العسف ، والجور . هذا فضلا . عما يتولد عن ذلك . من اشكال في تنفيذ حكم الطاعة ، وتنفيذ بالحبس . لحكم النفقة ، وما قد يؤدي إليه استمرار الشقاق . من الجرائم ، والآثام . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية . مما تقدم إليها . من الشكايات . فرأت : أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الامام « مالك » في أحكام الشقاق بين الزوجين ، عدا الحالة التي يبين للمحكمين : أن الاساءة من الزوجة . دون الزوج . فلا يكون ذلك داعيا . لاغراء الزوجة المشاكسة . عل فصم عرى الزوجية . بلا مبرر (المواد من ٦ إلى ١١) .

٣- التطبيق لغيبة الزوج أو لحيه

كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة . بلا عذر مقبول . كطلب العلم ، أو التجارة . أو لانقطاع المواصلات . ثم لا هو يحمل زوجته إليه ، ولا هو يطلقها . لتتخذ لها زوجا غيره . ومقام الزوجة على هذا الحال زمن

طويلا . مع محافظتها على العفة ، والشرف . لا تحتمله الطبيعة . في الأعم الأغلب ، وان ترك لها الزوج مالا . تستطيع الانفاق منه .

وقد يقترف الزوج من الجرائم . ما يستحق عقوبة السجن الطويل . فتقع زوجته في مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب ، وليس في أحكام مذهب «أبي حنيفة» ما تعالج به هذه الحالة . ومعالجتها : واجب اجتماعي محتم . ومذهب الامام «مالك» : يجيز التطلق على الغائب الذي يترك لزوجته . ما تنفق منه على نفسها . إذا طالت غيبته سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة من بعده عنها . بعد أن يضرب له أجل ، ويعذر إليه . بأنه إما أن يحضر للاقامة معها . أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، وإلا طلقها عليه القاضي . هذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه ، وإلا فيطلق القاضي عليه ، بلا ضرب أجل ، ولا إعدار .

وواضح : أن المراد بغيبه الزوج هنا : غيبته عنها . بالاقامة في بلد آخر غير بلد الزوجة . أما الغيبة عن بيت الزوجة ، مع الاقامة في بلد واحد . فهي من الأحوال التي يتناولها التطلق للضرر .

والزوج الذي حكم عليه نهائيا بالسجن . ثلاث سنين فأكثر . يساوى الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر . في تضرر زوجته من بعده عنها . كما يساوى الأسير في ذلك . فيجوز لزوجته . طلب التطلق عليه بعد سنة من سجنه . إذا تضررت من بعده عنها . كزوجة الغائب ، والأسير . لأن المناط في ذلك : تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه . بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطلق ، إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد ١٢ إلى ١٤) .

٤ - دعوى النسب

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن . يثبت نسب ولد الزوجة في أى وقت أتت به . مهما تباعد الزوجان . فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية . من زوج مغربي . عقد الزواج بينهما ، مع إقامة كل في جهته . دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الحلوة . وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا . إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، ونسب ولد المتوفى عنها زوجها . إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة .

ويثبت نسب ولد المطلقة رجعيا . في أى وقت أتت به من وقت الطلاق ، ما لم تقر بانقضاء العدة . والعمل بهذه الأحكام . مع شيوع فساد الذمم . وسوء الأخلاق . أدى إلى الحرأة . على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين ، وتقدمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء في ثبوت النسب : مبنيًا على رأيهم في أقصى مدة الحمل ، ولم بين أغلبهم رأيه في ذلك . إلا على اخبار بعض النساء . بأن الحمل مكث كذا سنين . والبعض الآخر « كأبي حنيفة » بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة : يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان ، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ، ولا سنة . فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء . في المدة التي يمكنها الحمل . فأفاد الطيب الشرعي . بأنه يرى عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما . حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبما أنه يجوز شرعا لولى الأمر : أن يمنع قضائه . من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير ، والاحتيال . ودعوى نسب ولد . بعد مضي سنة من

تاريخ الطلاق . بين الزوجين ، أو وفاة الزوج ، وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته . في وقت ما : ظاهر فيها الاحتيال . والتزوير . لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون .

٥ - النفقة والعمرة

كان المتبع إلى الآن في نفقة الزوجة على زوجها : أن يراعى في ذلك . حال الزوجين معا يسارا ، واعسارا ، وتوسطا . فان اختلف حال الزوجين بأن كان أحدهما موسرا ، والآخر معسرا : قدر للزوجة نفقة المتوسطين . فاذا كان الزوج . هو الموسر : أمر بأداء ما فرض ، وإذا كان هو المعسر : أمر بأداء نفقة المعسرين . والباقي يكون دينا عليه يؤديه . إذا أيسر .

وبما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة . فذهب « الشافعي » ورأى صحيح في مذهب « أبي حنيفة » لا تقدر نفقة الزوجة . إلا باعتبار حال الزوج . مهما كانت حالة الزوجة . استنادا إلى صريح الكتاب الكريم (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاهما سيجعل الله بعد عسر يسرا - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) .

وبما أنه لا يجب : أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر . مما يقدر عليه . لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها . مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان ، والأحوال فكان من المصلحة الأخذ بمذهب « الشافعي » ، والرأى الآخر من مذهب « أبي حنيفة » في تقدير نفقة الزوجة على زوجها . ولهذا وضعت المادة (١٦) من المشروع .

كذلك بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة : أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة . بدون حق . فإنها إذا كانت مرضعة . قد تدعى : أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة .

وهي سنتان . ثم تدعى بعد ذلك : أنه لا يأتيها . إلا مرة واحدة . كل سنة .
وقولها مقبول في ذلك . وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين .
وإذا كانت غير مرضع قد تدعى : أن الحيض يأتيها مرة واحدة . في كل سنة .
فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة . مدة ثلاث سنين .

ولما كان هذا الادعاء : خلاف العادة الشائعة في النساء . كثرت شكوى
الأزواج من تلاعب المطلقات ، واحتياهن . لأخذ نفقة عدة . بدون حق .

فرأت الوزارة : أن المصلحة داعية . إلى تعديل هذا الحكم . بناء
على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي . وهو : أن أقصى مدة الحمل : سنة ،
وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة . من سماع بعض الدعاوى التي شاع فيها
التزوير ، والاحتيال . فوضعت الفقرة الأولى من المادة (١٧) من مشروع
القانون .

لاحظت الوزارة : أن وضع المادة (٥) من المشروع . قد يغرى بعض
النساء المطلقات على الدعاوى الباطلة . بعد وفاة أزواجهن . فيدعين كذبا :
أن عدتهن لم تنقض . من حين الطلاق إلى وقت الوفاة ، وأنهن وارثات .
وليس هناك من الأحكام الجارية عليها العمل الآن : ما يمنعهن من هذه الدعاوى .
ما دام كل طلاق يقع رجعيا . لأن الطلاق الرجعي لا يمنع الزوجة من الميراث .
إذا مات زوجها في العدة ، ومن السهل على فاسدات الذم : أن يدعين
كذبا . أنهن من ذوات الحيض . وأنهن لم يحضن ثلاث مرات ، ولو كانت
المدة بين الطلاق ، والوفاة : عدة سنين . وعسير على الورثة : أن يثبتوا
انقضاء عدتها . لأن الحيض لا يعلم . إلا من جهتها . ودعوى اقرارها
بانقضاء العدة لا تسمع . إلا طبق القيود المدونة بالمادة (١٢٩) من لأحة
ترتيب المحاكم الشرعية (القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠) وهيئات أن تحقق
هذه القيود . لهذا رئي منع سماع دعوى الوراثة . بسبب عدم انقضاء العدة .
إذا كانت المدة بين الطلاق ، والوفاة . أكثر من سنة . سواء أكانت الدعوى

من الزوجة ، أم من ورثتها من بعدها ، وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضائه . من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير . وبناء على ما سبق بيانه . من رأى الطبيب الشرعى . قد وضعت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من المشروع . وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا . بحالة الانكار . لأنه لا مانع شرعاً . من اقرار الورثة . بمن يشاركونهم فى الميراث .

ولما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة . روى من اللازم . وضع الفقرة الأولى من المادة (١٨) مكملة لحكم المادة (١٧) لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق .

غير أن هنالك من هذه الأحكام . ما صدر طبقاً للتشريع الحالى . فهل تنفذ هذه الأحكام . لمدة ثلاث سنين ، أو خمس سنين . طبقاً للتشريع الذى صدرت الاحكام بمقتضاه . مع سقوط التشريع . من يوم العمل . بالقانون الجديد ، أو يسرى حكم القانون الجديد على تلك الأحكام . بناء على أنه هو القانون الوحيد الذى يجب العمل به . لأنه حل محل القانون القديم . رأت الوزارة فى هذا الموضوع : أن تجعل مدة السنة . تبتدىء من تاريخ الطلاق . فوضعت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من المشروع . لكن إذا كان وقت العمل بهذا القانون قد مضى على تاريخ الطلاق أكثر من سنة . فلا تنفذ المطلقة . إلا بما يكون مستحقاً لها من النفقة . إلى حين العمل بهذا القانون . لأنه أصبح حقاً مكتسباً لها ، والحقوق المكتسبة لا تمس .

٦ - المهر

كانت المادة ٢٨٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠) نصها هكذا : « يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من

مذهب «أبي حنيفة» . وبما دون هذه اللائحة ، وبمذهب «أبي يوسف» عند اختلاف الزوجين . في مقدار المهر .

ولما صدر القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ وكان مشتملا على أحكام غير ما استثنى في المادة المذكورة ، زيد عليها الفقرة الآتية : «ومع ذلك فإن المسائل المنصوص عليها في القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ يكون الحكم فيها طبقاً لأحكام هذا القانون» .

والآن وقد وضع مشروع هذا القانون . وهو يشتمل على أحكام غير ما استثنى بالمادة المشار إليها . لم يكن بد من وضع استثناء آخر . وهذا ما دعا الوزارة إلى أن تفكر في وضع نص أعم . لهذه المادة يغنيها عن التعديل . كلما عن لها أن تضع أحكاما . لم ينص على استثناءها .

وفي الوقت نفسه لوحظ أن استثناء مذهب «أبي يوسف» عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر بالصيغة التي هو بها : لا محل له ، مع ادخال أحكام عديدة ليست من أرجح الأقوال في مذهب «أبي حنيفة» . بل ليست من مذهب «أبي حنيفة» نفسه . فلهذا رئي أن يوضع مذهب «أبي يوسف» عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر بنصه الفقهي اكتفاء بذلك . عن استثناءه بالصورة التي هو عليها في مادة ٢٨٠ أما وجه اختيار وجه مذهب «أبي يوسف» في هذا الباب فوارد بالمذكرة التفسيرية التي وضعت لمشروع القانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ (المادة ١٩ من مشروع القانون) .

٧ - من الحضانة

جرى العمل إلى الآن . على أن حق الحضانة . ينتهي . عند بلوغ الصغير . سبع سنين ، وبلوغ الصغيرة تسعا . وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير ، والصغيرة . عن الحضانة . فيكونان في خطر من ضمهما إلى

غير النساء . خصوصا . إذا كان والدهما متزوجا . بغير أمها ، ولذلك كثرت شكوى النساء . من انتزاع أولادهن منهن . في ذلك الوقت .

ولما كان المعول عليه في مذهب « الحنفية » : أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير . فقدرها بعضهم . بسبع سنين ، وبعضهم قدرها . بتسع . وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة . بتسع سنين . وبعضهم قدره . باحدى عشرة . رأت الوزارة : أن المصلحة داعية . إلى أن يكون للقاضي حرية النظر . في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع . فان رأى مصلحتها في بقائها تحت حضانة النساء : قضى بذلك إلى تسع في الصغير ، واحدى عشرة في الصغيرة . وإن رأى مصلحتها في غير ذلك : قضى بضمها إلى غير النساء (المادة ٢٠) .

٨ - المفقود

الحكم بموت المفقود . إذا مات أقرانه ، أو بلغ من العمر تسعين سنة . حسب أحكام مذهب « أبي حنيفة » الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لا يتفق الآن مع حالة الرقى التي وصلت إليها طرق المواصلات في العصر الحاضر . فان التخاطب بالبريد ، والتلغراف ، والتليفون ، وانتشار مفوضيات ، وقنصليات المملكة المصرية . في أنحاء العالم جعل من السهل : البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ، ومعرفة ان كانوا لا يزالون على قيد الحياة أو لا . في وقت قصير .

وقد عنيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود . فوضعت لها أحكاما في القانون نمره ٢٥ سنة ١٩٢٠ من مذهب الامام مالك (مادتي ٧ ، ٨) .

أما أمر ماله . فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل من قبل بالمحاكم . ولكن تبين من البحث . وجود قضايا كثيرة . بالمجالس الحسينية . تختص

بأموال المفقودين ، تستدعى الاهتمام والعناية بتصرف أمور هذه الأموال على وجه أصح . فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١٩٢٧ : ١١٦٦ قضية ، منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه ، أو مجهولة القيمة ، ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه ، والباقي قيمته بين هذين المقدارين ، لهذا رأت الوزارة : أن تضع أحكاما لأموال المفقود . تصلح من الحالة الموجودة الآن . وتناسب مع حالة العصر الحاضر . بقدر المستطاع . ولما كان بعض المفقودين يفقد في حالة . يظن معها موته . كمن يخرج . لقضاء حاجة قريبة . ثم لا يعود ، أو يفقد في ميدان القتال . والبعض الآخر يفقد في حالة يظن معها بقاؤه سالما . كمن يغيب للتجارة ، أو طلب العلم ، أو سياحة . ثم لا يعود . رأت الوزارة الأخذ بمذهب الامام « احمد بن حنبل » في الحالة الأولى ، ويقول صحيح في مذهبه ، ومذهب الامام « أبي حنيفة » . في الحالة الثانية - ففي الحالة الأولى ينتظر . إلى تمام أربع سنين . من حين فقده فإذا لم يعد . ويبحث عنه فلم يوجد . اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها ، وقسم ماله بين ورثته ، وفي الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التي يعيش بعدها المفقود . إلى القاضي . فإذا بحث في مظان وجوده . بكل الطرق الممكنة ، وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله . فلم يجده . وتبين : له أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت . حكم بموته .

ولما كان الراجح من مذهب الامام « أبي حنيفة » : أنه لا بد من حكم القاضي بموت المفقود ، وأنه من تاريخ الحكم بموته . تعتد زوجته عدة الوفاة ، ويستحق تركته ورثته الموجودون وقته ، رأى الأخذ بمذهبه في الحالتين . لأنه أضبط وأصلح . لنظام العمل في القضاء . لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون ، والثانية والعشرون . من هذا المشروع .

٩ - أمطام عام:

سبق : أن أوردنا في الباب الخاص بدعوى النسب : رأى الطبيب الشرعى فى مدة الحمل ، وأنه يرى عند التشريع اعتبار أقصاها ٣٦٥ يوما . حتى يشمل جميع الأحوال النادرة . فلهذا رأتى تحديد السنة التى تذكر فى معرض أحكام النسب ، والعدة ، والتطليق . لغيبة الزوج ، أو لحبسه . بما يتفق مع هذا الرأى . أما فيما عدا ذلك . فالمراد بالسنة : هو السنة الهجرية . ولهذا وضعت المادة الثالثة والعشرون .

وإذ قد أصبحت المواد ٣ ، ٧ ، ١٢ من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ لا ضرورة إليها . بعد الأخذ بأحكام المشروع الحالى . فقد تعين إلغاؤها ، ولزم النص على ذلك . فى المادة الرابعة والعشرين .

وقدرت من اللازم بمناسبة وضع هذا المشروع : تعديل نص المادة ٢٨٠ من لأئحة ترتيب واجراءات المحاكم الشرعية . بما يلزم القضاة . بالعمل بكل ما صدر ، أو يصدر من القوانين . فى مسائل الأحوال الشخصية . فناديا من الاضطرار . إلى تعديلها . كلما أريد إصدار قانون فى بعض تلك المسائل . ولذلك وضعت المادة ٢٨٠ بصيغتها الجديدة .

وبناء على ما تقدم . نتشرف . بأن نرفع إلى مجلس الوزراء مشروعى القانونين المرافقين لهذه المذكرة . ونرجو إذا وافق المجلس : أن يتكرم برفعها . لأعتاب حضرة صاحب الجلالة الملك . لإصدار المرسوم اللازم ،

القاهرة فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٩ .

وزير الحقانية

أضياء : أحمد محمد خشبة

القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥
الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية

القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية
وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية

باسم الأمة ؛

مجلس الوزراء ؛

بعد الاطلاع على الاعلان الدستوري الصادر في ١٠ من فبراير سنة
١٩٥٣ .

وعلى القرار الصادر في ١٧ من نوفمبر سنة ١٩٥٤ بتحويل مجلس الوزراء
سلطات رئيس الجمهورية .

وعلى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء ؛

وعلى ما ارتآه مجلس الدولة ؛

وبناء على ما عرضه وزير العدل ؛

أصدر القانون الآتي :

مادة ١ - : تلغى المحاكم الشرعية ، والمحاكم المليية . ابتداء من أول يناير
سنة ١٩٥٦ ، وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ .
إلى المحاكم الوطنية . لاستمرار النظر فيها . وفقاً لأحكام قانون المرافعات ،
وبدون رسوم جديدة ، مع مراعاة القواعد الآتية :

مادة ٢ - : تحال الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحكمة العليا الشرعية ،
أو أمام الدائرة الاستئنافية بالمجالس المليية . إلى محكمة الاستئناف الوطنية التي
تقع في دائرتها المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المستأنف .

وتحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم الكلية . إلى المحكمة الابتدائية الوطنية المختصة ، وتحال الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجزئية الشرعية ، أو المالية . إلى المحاكم الجزئية أو الابتدائية الوطنية المختصة .

مادة ٣ - : ترفع الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، أو التى كانت من اختصاص المجالس المالية . إلى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ .

مادة ٤ - : تشكل بالمحاكم الوطنية . دوائر جزئية ، وابتدائية ، واستئنافية . وفقاً لما هو منصوص عليه . فى قانون نظام القضاء . لنظر قضايا الأحوال الشخصية ، والوقف . التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، أو المجالس المالية .

وتصدر الأحكام من محكمة النقض . فى القضايا المذكورة . من دائرة الأحوال الشخصية ، ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بها .

وتصدر الأحكام من محاكم الاستئناف . فى القضايا المذكورة . من ثلاثة مستشارين . يجوز أن يكون أحدهم من رجال القضاء الشرعى المعين فى القضاء الوطنى . بمقتضى هذا القانون ، ويكون فى درجة نائب ، أو عضو بالمحكمة العليا الشرعية ، أو من فى درجته .

وتصدر الأحكام فى المحاكم الابتدائية . من ثلاثة قضاة . يجوز أن يكون أحدهم ، أو أثنان منهم . من درجة رئيس ، أو نائب ، أو قاض . من قضاة المحاكم الشرعية المعينين فى القضاء الوطنى . بمقتضى هذا القانون .

وجوز أن يتولى رئاسة المحكمة الجزئية عند نظر قضايا الأحوال الشخصية . قاض . من قضاة المحاكم الوطنية ، أو أحد القضاة . من رجال القضاء الشرعى المعينين فى القضاء الوطنى . بمقتضى هذا القانون .

مادة ٥ - : تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة . بمسائل الأحوال الشخصية ، والوقف . التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ،

أو المجالس المليية . عدا الأحوال التي وردت بشأنها . قواعد خاصة في لأحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أو القوانين الأخرى المكملة لها .

مادة ٦ - : تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة . بالأحوال الشخصية ، والوقف ، والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية . طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لأحة ترتيب المحاكم المذكورة .

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة . بالأحوال الشخصية . للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة . وقت صدور هذا القانون فتصدر لأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم .

مادة ٧ - : لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المقدمة : تغيير الطائفة ، أو الملة . بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية . إلى أخرى . أثناء سير الدعوى . إلا إذا كان التغيير إلى الاسلام . فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون .

مادة ٨ - : تختص المحاكم الجزئية الوطنية . بالمنازعات المتعلقة . بالأحوال الشخصية . طبقاً لما هو مبين في لأحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عدا دعوى النسب في غير الوقف ، والطلاق ، والخلع ، والمبارأة ، والفرقة . بين الزوجين . بجميع أسبابها ، والمشار إليها في المادة السادسة من اللأحة . فإنها تكون دائماً من اختصاص المحاكم الابتدائية .

وتختص المحاكم الابتدائية ، ومحاكم الاستئناف . وفقاً لما هو مبين في المواد ٨ ، ٩ ، ١٠ من اللأحة .

مادة ٩ - : ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ يلحق قضاة المحاكم

الشرعية على اختلاف درجاتهم. بالمحاكم الوطنية، أو نيابات الأحوال الشخصية، أو الإدارات الفنية بالوزارة. وذلك بقرار يصدر من وزير العدل.

ويصدر قانون خاص بتنظيم شئون رجال القضاء الشرعي المنقولين إلى المحاكم الوطنية.

مادة ١٠ - : استثناء من أحكام القانون رقم ٨٨ سنة ١٩٤٤ الخاص بالحاماة أمام المحاكم الوطنية. يجوز للمحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الشرعية: الحضور في الدعاوى التي كانت تدخل في اختصاص تلك المحاكم أمام المحاكم الوطنية - على أن يقتصر حضور كل منهم على الدرجة التي هو مقبول. للمرافعة أمامها في المحاكم الشرعية - وللمحامين المقبولين أمام المحكمة العليا الشرعية: المرافعة أمام محكمة النقض أيضا في الدعاوى المشار إليها. ويصدر قانون خاص بتنظيم قيدهم في الجدول، وحقوقهم، وتأديبهم، وما إلى ذلك.

مادة ١١ - : يطبق على الدعاوى التي ترفع إلى المحاكم الوطنية طبقاً لهذا القانون. ومن وقت العمل به. القانون رقم ٩٦ سنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم أمام المحاكم الشرعية.

مادة ١٢ - : تنفذ الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية: وفقاً لما هو مقرر في لأئحة الاجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة في ١٤ أبريل ١٩٠٧.

مادة ١٣ - : تلغى المادة ١٦ من قانون نظام القضاء والمواد ١ - ٤ ، ١١ - ١٩ ، ٢٩ - ٥١ ، ٥٣ - ٩٧ ، ١٠٠ ، ١٣٦ ، ١٣٨ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٢ - ٢٧٩ ، ٣٢٨ - ٣٤٢ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ويُلغى كل ما خالف هذا القانون. من أحكام الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٤ مايو

١٨٨٣ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٢٧ الخاص بلائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومي ، والأمر العالى الصادر فى أول مارس ١٩٠٢ بشأن الانجليين الوطنيين . والقانون رقم ٢٧ الصادر فى ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ بشأن الأرمن الكاثوليك . وكذلك يلقى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ وجميع الأوامر العالية ، والقرارات الأخرى المخالفة . لهذا القانون .

مادة ١٤ - : على الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به .
من تاريخ نشره . فى الجريدة الرسمية .

رئيس مجلس الوزراء

(جمال عبد الناصر حسين)

امضاءات السادة الوزراء

المذكرة الايضاحية

للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس البلدية

وإحالة الدعوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية

المذكرة الايضاحية

تفصى قواعد القانون العام : أن تكون سيادة الدولة تامة ، ومطلقة . داخل بلادها . كما تفصى . بأن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم . لقوانين البلاد ، ومحاكمها ، ولجهة قضائية واحدة . بصرف النظر عن نوع المسائل التى تناولها خصوماتهم ، أو القوانين التى تطبق عليها .

ولكن الحال فى مصر على عكس ذلك ، فجهات القضاء . فى مسائل الأحوال الشخصية . بالنسبة للمصريين أنفسهم . بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها ، وتتبع اجراءاتها الخاصة . بغير أن يكون هناك صلة تربطها ، أو هيئة عليا تشرف على قضائها - رغم أن الدولة قد استردت سلطانها القضائى بالنسبة . للأجانب . فأصبحت المحاكم الوطنية . هى التى تفصى فى جميع منازعاتهم . حتى ما تعلق منها بأحوالهم الشخصية .

ولقد وثت مصر نظام تعدد جهات القضاء . فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى . فقامت المحاكم الشرعية ، وقام إلى جانبها . القضاء الملى ، ثم تعددت جهات القضاء الملى ، فأصبح لكل طائفة . قضاؤها الخاص ، وقوانينها الموضوعية الخاصة ، واجراءاتها الخاصة . مما أدى إلى الفوضى ، والاضرار بالمتقاضين . حيث استتبع تعدد جهات القضاء . رغبة كل جهة فى توسيع دائرة اختصاصها . والاعتداء على سلطة غيرها ، خصوصا مع عدم وجود حدود دقيقة ، أو ثابتة . لاختصاص كل منها . فإن المرجع العام فى تحديد ولاية محاكم الطوائف . هو أحكام الخط « الهمايونى » (١) الصادر فى تركيا

(١) « الهمايونى » نسبة إلى «همايون» . وهمايون بضم الهاء : كلمة فارسية .

سنة ١٨٥٦ وأحكام بعض المنظمات، أو التحريرات السابقة، أو اللاحقة. وكلها آثار تشريعية عثمانية في مصر، ولم تكن هذه الآثار التشريعية في صياغتها، وتفسيرها. وليدة حرص على توخي الوضوح، والإحكام. وإنما كانت في حقيقتها: ثمرة تجهيل اقتضته ظروف السياسة.

وقد استتبع هذا التجهيل: تنازع المحاكم فيما بينها، وتعدد الأحكام التي تصدر في النزاع الواحد، وبقى المتقاضون يستعدون محكمة على أخرى، وظل مصر الحقوق رهينا بهوى الظروف يتحكم فيه. لدى الخصومة، وهكذا تكادست الأحكام المتناقضة بالنسبات تلتمس مخرجا إلى التنفيذ، ولا مخرج.

وقد كان من الطبيعي. بعد أن ألغيت الامتيازات التي كان يتمتع بها. بعض رعايا الدول الأجنبية، وبعد أن أصبح هؤلاء يخضعون. لنظم التقاضي العادية. أمام المحاكم الوطنية: ألا يبقى في البلاد أى أثر لنظام استثنائى. يحد من سلطان الحكومة، وسيادتها. بالنسبة لبعض الوطنيين.

ولأنه من الشذوذ بمكان: أن يظل الوطنيون من المتمين إلى الطوائف المالية غير الاسلامية. محتفظين باستثناءات قضائية. كانت في كثير من الحالات عنوانا على الفوضى، وعدم النظام.

والحق أن قضاء الأحوال الشخصية القائم الآن. يقصر عن الاستجابة لمطالب المتقاضين.

وليس يتفق مع السيادة القومية في شىء: أن تصدر أحكاما في الصق المسائل بذات الانسان. من جهات قضائية غير مسؤولة، ولا مختارة من جانب الحكومة، أو أن تكون تلك الجهات خاضعة. لهيئات أجنبية. تباشر أعمالها. خارج حدود البلاد، كما هو الحال بالنسبة. لبعض الطوائف التي يرفع الطعن في أحكامها إلى محكمة «روما» - وليس أقل من كل أولئك مساسا بالسيادة

أن يلي القضاء . في بعض المجالس الطائفية : أجنب لا يعرفون لغة المتقاضين ،
• يصدروا أحكامهم بين المصريين . بلغة غير لغتهم .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، فقد استفاضت الشكوى من حال قضاء
الأحوال الشخصية ، وندد بها المتقاضون منوهين بوجه خاص . بانتفاء الحد
الأدنى . من عوامل التيسير ، وضمانات التقاضى . فللطوائف غير الاسلامية :
أربعة عشر مجلسا . بعضها لا يعقد للقضاء . إلا في فترات متباعدة ، أو في
أمكنة بعيدة . عن محل إقامة المتقاضين ، وفي ذلك من العنت ، والارهاق .
بما يجعل التقاضى عسيرا على بعض الناس . والقواعد الموضوعية التي تطبقها
أكثر المجالس ، فيما يطرح عليها من الأفضية : غير مدونة ، وليس من
اليسير : أن يتهدى إليها ، عامة المتقاضين ، وهي مبعثرة في مظاهرها . بين متون
الكتب السماوية ، وشروح ، وتأويلات . لبعض المجتهدين . من رجال الكهنوت ،
ومبعثرة في كتب لا تينية ، أو يونانية ، أو عبرية ، أو سريانية ، أو أرمنية ،
وقبطية . لا يفهمها غالبية المتقاضين .

والقواعد المتعلقة بشكل المحاكم الطائفية ، واجراءات الرفع ، ونظر
الدعاوى ، وتحرير الأحكام ، وطرق الطعن فيها : لا تنتظمها وحدة ، ولا
يتوفر لها الاستقرار - ونفقات التقاضى لا تنهج فيها المجالس منهجا واحدا .
بل ان الكثير منها ليس له نظام ما . في هذا الشأن - وليس لأكثر هذه
المجالس . أقلام كتاب منظمة . تعيينها على أداء مهمتها ، وما من شك في
أن تلك الحال . تدعو إلى تزعزع الثقة بأحكام القضاء ، وارهاق المتقاضين .

أمام هذا الموقف الذى يكتنفه الشذوذ . من كل جانب . وأمام تلك
لفوضى التي استفحلت آثارها ، تعددت محاولات الإصلاح في الماضى .
درعم أنها كانت جزئية ، ومحدودة . إلا أنه لم يكتب لها النجاح ، بسبب ما
تام وقتئذ من عقبات - وبقيت هذه الحالة إلى اليوم ، وليس لها من ضحايا .
إلا المتقاضون أنفسهم ، وسيادة البلاد .

ولما كانت الثورة قد قامت . لتحقيق أهداف البلاد في الإصلاح ، والقضاء على الفساد . في شتى نواحيه . فان العقبان المتقدمة ما كانت . لترد الحكومة . عن أداء واجبها . في إقامة صرح القضاء . وهي مطالبة بتوفير سبل التقاضي . لجميع رعاياها . دون تفریق ، أو تحيز ، ولهم قبلها ما يقتضيها النهوض بأعباء الإصلاح ، ولو لم يصادف هوى البعض - وليس لحكومة : أن تسلم بوجود هيئات قضائية . داخل الدولة تملئ عليها إرادتها ، أو تناقض سياسة الإصلاح فيها ، أو تتحكم في طرق الإصلاح .

لذلك رأت الحكومة لزماً عليها إزاء ما هو مشهود . من عيوب نظام القضاء في مسائل الأحوال الشخصية : أن تعالج الأمر علاجاً . يحسم أسباب الشكوى ، ويبسط ظل الإصلاح . بتوحيد نظام القضاء ، والمحافظة على الحقوق ، وصيانتها ، وتوزيع العدالة توزيعاً . يظفر بثقة المتقاضين . ويضع حداً للحالة المتقدمة . وهي تمس الانسان في أدق المشاعر - والعائلات في أدق العلاقات - وتؤثر في أخلاق الأفراد ، والأداة الاجتماعية .

من أجل ذلك عنيت الحكومة . بوضع المشروع الحالي . لتنظيم الاختصاص القضائي . في مسائل الأحوال الشخصية . للمصريين على نحو يكفل توحيد جهة القضاء بالنسبة لهم جميعاً . يجعل هذه المنازعات من اختصاص القضاء الوطني كما أن المشروع يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق . حتى لا يكون هناك أى إخلال . بحق أى فريق من المصريين مسلمين ، أو غير مسلمين . في تطبيق شريعة كل منهم .

فقد نص المشروع على أن الأحكام في المنازعات التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية : تصدر طبقاً لأرجح الأقوال . من مذهب « أبي حنيفة » عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد الاختصاص . فانه يجب اتباع هذه القواعد وهي القاعدة المقررة الآن في المادة ٢٨٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية .

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمصريين غير المسلمين ، والمتحدى الطائفة والملة ، الذين لهم محاكم منتظمة . وقت العمل بهذا القانون . فقد نص المشروع على أن الأحكام تصدر فيها طبقاً . لشريعتهم .

كما نص المشروع على أنه لا يؤثر في تطبيق القاعدة المتقدمة . تغيير الطائفة ، أو الملة . بما يخرج أحد الخصوم عن وحده طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى . إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام . فانه في هذه الحالة تطبق أحكام الشريعة الاسلامية .

والفقرة الأخيرة ما هي إلا تطبيق لقاعدة مقررة . من أن تغيير الدين يترتب عليه : أن يستمتع الشخص بجميع الحقوق التي ينحوله له الدين الجديد - كما أن هذه القاعدة . هي بعينها المقررة . في حالة تغيير الجنسية ، وقد أخذ بها المشروع في المادة الثالثة عشرة فقرة ثانية من القانون المدني . حيث نصت على أن الطلاق يسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج . وقت الطلاق - ويسرى على التطلق ، والانفصال . قانون الزوج . وقت رفع الدعوى .

وقد نص المشروع على اتباع قانون المرافعات . فيما يتعلق بالاجراءات التي تتبع في قضايا الأحوال الشخصية . عدا الأحوال التي وردت بشأنها نصوص خاصة . في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وهي نصوص قصدها تيسير الاجراءات في هذا النوع من القضايا . ولذلك رأى من الخير الابقاء عليها .

ثم تناول المشروع أمر رجال القضاء الشرعي ، والمحامين ، أمام المحاكم الشرعية . بما يكفل المحافظة على حقوقهم . فنص المشروع على أن ينقل رجال القضاء الشرعي . على اختلاف درجاتهم . إلى القضاء الوطني في الدرجات المائلة ، ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بمحكمة النقض لدائرة لأحوال الشخصية ، وتضمن المشروع اشتراكهم في القضاء في درجاته جميعها

فنص على أن الأحكام في محكمة الاستئناف تصدر من ثلاثة مستشارين . يجوز أن يكون أحدهم من رجل القضاء الشرعي المعينين في القضاء الوطني . بمقتضى هذا القانون . يكون في درجة نائب ، أو عضو بالمحكمة العليا الشرعية ، أو من في درجته - ونص المشروع على أن المحاكم الابتدائية . تشكل . من ثلاثة قضاة . يجوز أن يكون أحدهم ، أو إثنان منهم . من رجال القضاء الشرعي من درجة رئيس ، أو نائب ، أو قاضي . من قضاة المحاكم الشرعية ، أما في القضاء الجزئي . فقد أجاز المشروع : أن برأسه في مسائل الأحوال الشخصية . أحد القضاة . في القضاء الوطني ، أو أحد قضاة المحاكم الشرعية . وبالنسبة للمحامين فقد قرر المشروع قبولهم للمرافعة . في قضايا الأحوال الشخصية . كل في الدرجة المقرر للمرافعة بها أمام المحاكم الشرعية . على أن يوضع لهم قانون خاص بتنظيم قيدهم في الجدول ، وحقوقهم ، وتأديبهم . إلى غير ذلك ، كما صرح المشروع للمحامين المقررين أمام المحكمة العليا الشرعية بالحضور أمام محكمة النقض . في القضايا التي كانت من اختصاص المحكمة المذكورة .

ونص المشروع على أن تطبق لأئحة الرسوم أمام المحاكم الشرعية . على القضايا التي ترفع إلى القضاء الوطني ، وعلى أن القضايا التي تحال من المحاكم الشرعية ، أو المحاكم المالية . إلى القضاء الوطني لاستمرار النظر فيها بعد ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ وهو الميعاد المحدد . لإلغاء تلك المحاكم لا تستحق عليها رسوم جديدة .

ونص المشروع على أن يستمر تنفيذ الأحكام التي تصدر في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . طبقاً للأئحة الاجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية . وهي تجيز تنفيذها بالطريق الإداري علاوة على الطريق المقرر للتنفيذ في قانون المرافعات . ولا شك أن الطريق الإداري

أيسر للمتقاضين ، ويكفل سرعة التنفيذ ، ويتلائم مع طبيعة الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية .

وقد عرض المشروع على مجلس الدولة ، فأقره ، بالصيغة المرافقة .
وتتشرف وزارة العدل . برفع المشروع المرافق . إلى مجلس الوزراء
حتى إذا ما وافق عليه . تفضل باتخاذ الاجراءات اللازمة . لاستصداره .

وزير العدل
(أ حمد حسنى)

تم الكتاب بعون الله وتوفيقه

تصويب الأخطاء المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣	٦	العقد	عقد	٢٣٣	١٥	ناقد	نافذ
٣٢	٣	فأنه	فإنه	٢٨١	٧	والابراء	أو الابراء
٤٨	٢٤	وأن	وإن	٣١٦	١٢	لمسمى	المسمى
٩٢	٣	بالألفظ	بالألفاظ	٣٢٢	١٨	زواجها	زوجها
١٠٣	١	تزويالر	التزوير	٣٣٠	١	وكل ممافيه	وكل مافيه
١١٥	٢٥	لا يجيذى	لا يجيذى	٣٥٢	٥	رضاها	رضاه
١١٩	١٩	لنستعين	لنستعين	٣٥٩	٦	على الانفاق	عن الانفاق
١١٩	٢٢	كالتحليل	كالتحليل	٣٦٢	٤	أحدها	أحدهما
١٢٧	١٦	تجريم	تحریم	٣٦٨	٢١	(ج ٣٢)	(ج ٣)
١٤٢	٥	زفت إليه	زفت إليه امرأة	٣٧٧	١٣	زجته	زوجته
١٤٢	٨	و«مسعود»	و«ابن مسعود»	٣٨٧	١٠	إدراكها	إدراكها
١٥٨	٥	تشجيع	تشجيع	٤٤٧	٦٥	خمس عشرة	خمسة عشر
١٦٥	١٥	ثم أن	ثم إن	٤٦٣	٥	إنه	إنه
١٦٦	٤	المحلات	المحلات	٤٨٨	٣	مدى	لدى
١٧٣	١٩	الصائبين	الصائبين	٥٠٠	٢	فإنه	فانه
١٧٣	٢١	الصائبين	الصائبين	٥١٠	١٤	عن الفرقة	الفرقة
١٧٩	١٤	واستثنائية	واستثنائية	٥٤٣	١٢	لا تتضمن	تضمن
١٨٢	١٤	ولا تنكح	لا تنكح	٥٦٨	٨	أن يبقى	أن يبقى عنده
١٩٠	٦	أسلم	حين أسلم	٥٩١	٥	تكون صحيحا	تكون ديناصحيحا
٢١٩	٢٠	مذكورة	مذكور	٦٠٣	٥	دعى	إدعى
				٦٨٦	٢٢	وهذ	وهدى

فهرس

صفحة

الموضوعات

- ١٦-١ مقدمة الطبعة الثانية خطبة الكتاب . نبذه تاريخية عن التشريع والقضاء في الاسلام . نهج فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم في القضاء ومعرفة الأحكام . أول من فكر في إلزام القضاة بأحكام قانون مسطور . عزم أبى جعفر المنصور أن يحمل القضاة على العمل بما جاء في كتاب « الموطأ » للإمام مالك وسبب عدوله عن عزمه . الحرج الذى لحق الناس من الاقتصار على القضاة بأرجح الأقوال من مذهب الحنيفة أول جمع رسمى لأحكام الفقه فى المذهب الحنفى . صياغة أحكام المعاملات المدنية على شاكلة القوانين الوضعية . اتجاه الرأى فى مصر إلى وضع قانون للاحوال الشخصية . عدم التقيد بمذهب الحنيفة فى الأحكام التى تضمنتها قوانين الموارث والوقف والوصية .
- بيان مدلول كلمة « الأحوال الشخصية » والاحكام التكليفية التى جاءت بها الشريعة الاسلامية .

٣٤-٢٢

الزواج

تعريف الزواج لغة وشرعا . أهمية عقد الزواج وعناية الشارع به . مظاهر هذه العناية . حكمة مشروعية الزواج . صفة الزواج الشرعية . الأحكام الشرعية التى تعترى عقد الزواج . الحكم فيما إذا تعارض ما يجعل الزواج فرضا وما يجعله حراما . الترغيب فى الزواج .

٥٤-٣٥

مقدمات الزواج

الخطبة وتعريفها . طريقة معرفة الخاطب والخطوبة . ما يباح النظر إليه من الخطوبة . الحكمة فى إباحة النظر إلى الخطوبة . الخاتمة بالخطوبة معاشرة الخطوبة مدة من الزمن . اختيار الزوجة . من تجوز خطبتها ومن لا تجوز خطبتها من النساء . أثر الخطبة المحرمة فى الزواج . قراءة الفاتحة والوعد بالزواج . الخطبة إذا تمت لا تعدو أن تكون وعدا بالزواج فى المستقبل . العدول عن الخطبة . حكم ما قدم من المهر

والهدية أثناء الخطبة بعد فسخها مذهب الحنفية والمالكية في استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة . الاختلاف بعد فسخ الخطبة فيما قدم للمخطوبة . هل هو هدية أم من المهر . هل يحكم بالتعويض لمن أصابه ضرر من الخطابين بسبب فسخ الخطبة .

٦٦-٥٥

أركان عقد الزواج وشروطه وأحكامه

معنى الركن والشرط لغة واصطلاحاً . الإيجاب والقبول . عقد الزواج قد يتولاه واحد . ما يتحقق به الإيجاب والقبول في عقد الزواج . مذهب الحنفية ومذهب غيرهم فيما يتحقق به الإيجاب . انعقاد الزواج بالألفاظ العاسية . انعقاد الزواج بالكتابة أو بالإشارة .

٧٩-٦٧

شروط عقد الزواج

شروط انعقاد الزواج . ما يشترط في العاقدين . ما يشترط في العقود عليه . ما يشترط في صيغة العقد . العقد المنجز . العقد المضاف . العقد المعلق . زواج الشغار . اقتران الزواج بخيار الشرط . وجهة فقهاء الحنفية في عدم ثبوت الخيارات في عقد الزواج . مذهب الحنابلة في الشروط التي يشترطها الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج .

٩٢-٨٠

شروط صحة الزواج

الشروط العامة لصحة عقد الزواج . ما يشترط في الشاهدين على عقد الزواج . الاختلاف في صحة زواج المسلم بكتاتبية بحضور شاهدين من أهل الكتاب . آراء الفقهاء في أنه يشترط أو لا يشترط لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولي الزوجة . زواج المتعة وحكمه . الرد على الشيعة الامامية القائلين بجواز زواج المتعة . الفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت .

٩٤-٩٢

شروط نفاذ عقد الزواج

معنى شرط النفاذ . حكم عقد الزواج إذا تولاه فاقد الأهلية أو ناقصها . اعتبار الحجر عليه للسفه أو للغفلة كامل الأهلية بالنسبة لعقد الزواج .

صفحة

الموضوعات

٩٧-٩٤

شروط لزوم عقد الزواج

معنى لزوم عقد الزواج . العقد الذى تولاه الزوج الكامل الأهلية . أو المرأة الكاملة الأهلية . تزويج الولي من له الولاية عليه . حكم العقد إذا صاحبه تغير .

الشروط القانونية

١٠٦-٩٨

لعقد الزواج رسمياً ولسماع دعوى الزوجية

ما يشترط قانوناً لعقد الزواج رسمياً . الشروط القانونية لسماع دعوى الزوجية . أنواع المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزوجية عند انكارها . وثيقة الزواج . أثر الشروط القانونية فى صحة عقد الزواج ونفاذه ولزومه . ما اتبعه المشرع فى وضع القيود والشروط القانونية . غرض المشرع من وضع هذه القيود والشروط القانونية .

١٢٣-١٠٧

أحكام الزواج

مدلول حكم العقد عند الفقهاء . حكم الزواج الصحيح النافذ . حقوق الزوجة على زوجها . حقوق الزوج على زوجته . الحقوق المشتركة بين الزوجين . حكم الزواج غير الصحيح . لا فسرق فى الحكم بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول . ما يترتب على الدخول فى الزواج الفاسد والزواج الباطل . وجهة الفقهاء فى وجوب الحد وعدمه على من دخل بمن عقد عليها زواجا باطلا . حكم الزواج الموقوف .

١٣٤-١٢٤

المحرمات من النساء

أسباب التحريم . المحرمات تحريماً مؤكداً وأنواعها . المحرمات بسبب القرابة وأصنافها . وبيان كل صنف بالتفصيل مع الدليل . حكمته تحريمهن .

١٤١-١٣٥

المحرمات بالمصاهرة

أنواع المحرمات بسبب المصاهرة . بيان كل منها بالتفصيل مع الدليل . حكمته تحريمهن .

الصفحة

الموضوعات

١٤٦-١٤٢

حرمة المصاهرة بالزنى

مذهب الحنفية في حرمة المصاهرة بالزنى . مذهب الشافعية

في ذلك . أدلة المذهبيين .

١٦٠-١٤٧

المحرمات بالرضاع

معنى الرضوع . أنواع المحرمات بالرضاع . القاعدة العامة في

التحريم بالرضاع . الرضاع المحرم . مدة الرضاع . ما يشترط في

الرضاع المحرم . اختلاط لبن المرضعة بغيره . بعض صور تبدو أنها

مستثناه من قاعدة « يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب » . حكمة التحريم

بالرضاع . ما يثبت به الرضاع عند الحنفية . وعند غيرهم .

١٧٦-١٦١

المحرمات تحريماً مؤقتاً

أنواع المحرمات تحريماً مؤقتاً . النوع الأول من المحرمات من

تعلق بها حق الغير . والدليل على تحريمها . الحكمة في تحريمها .

التزوج بالزانية .

النوع الثاني من المحرمات تحريماً مؤقتاً : المطلقة طلقاً مكتملة

للالثلاث بالنسبة لمطلقها .

الدليل على تحريمها . شروط حلها لزوجها الأول . الحكمة في

تحريمها .

النوع الثالث : من لا تدين بدين ساوى . الدليل على تحريمها .

الحكمة في تحريمها . جواز زواج المسلم بالكتانية . الأدلة على ذلك .

اختلاف فقهاء الحنفية في جواز تزوج المسلم بالصابئة .

زواج المرتد والمرتدة . زواج المسلمة بغير المسلم . الحكمة في جواز

تزوج المسلم بكتانية وفي عدم جواز تزوجه بالمشرقة . والسبب في

تحريم زواج المسلمة بغير المسلم .

١٨٢-١٧٧

الاجراءات في زواج المسلم بكتانية

المسائل التي يختلف فيها زواج المسلم بالمسلمة عن زواجه بالكتانية .

من يباشر عقد الزواج بين المسلم والكتانية .

الموضوعات الصفحة

النوع الرابع من المحرمات تحريمًا مؤقتًا ١٨٢-١٩٩

الجمع بين امرأتين محرمتين . القاعدة العامة في ذلك . الأدلة على تحريم الجمع بينها . ما يشترط في حرمة الجمع بينها . حكمة التحريم .

النوع الخامس من المحرمات تحريمًا مؤقتًا : الجمع بين أكثر من أربع زوجات . الأدلة على إباحة تعدد الزوجات والاقْتِصَار على أربع زوجات . الزواج الأمثل في نظر الإسلام : الاقتصار على زوجة واحدة . إباحة التعدد أمر مضيّق فيه . ما يشترط في إباحة التعدد . معنى العدل بين الزوجات . ما يشاهد في مصر من ضروب الفساد والأضرار الاجتماعية منشؤها الخطأ في التطبيق وعدم التزام الناس حدود الله في إباحة التعدد . حكمة إباحة التعدد . الأسباب الموجبة للتعدد . حكمة عدم إباحة تعدد الأزواج .

الطلاق وتعدد الزوجات لدى الأمم غير الإسلامية باتخاذ الخليلات . بيان أن تعدد الزوجات لم يحرم في أي دين سماوي « هاشم » .

الولاية في الزواج ٢٠٠-٢٢٩

تعريف الولاية . أقسام الولاية . شروط الولى . من تثبت عليه ولاية الاجبار . تولى المرأة بنفسها عقد زواجها . أقوال الفقهاء في ذلك . مذهب الحنفية وأدلتهم . مذهب الجمهور وأدلتهم . اعتبار سكوت البكر رضا . من تثبت لهم ولاية الاجبار . آراء الفقهاء في ذلك . ترتيب الأولياء في الزواج والترجيح بينهم . رأى الامام وصاحبيه في ثبوت الولاية للاقارب غير العصبات . غيبة الولى القريب وعضله . أحكام تزويج الأولياء .

الوكالة في الزواج ٢٣٠-٢٣٦

القواعد المقررة في هذا الباب . أحكام تصرفات الوكيل في الزواج بالتفصيل . الوكيل في الزواج سفير وسعبر عن الموكل .

الكفاءة في الزواج ٢٣٧-٢٥٣

معنى الكفاءة لغة واصطلاحاً . اختلاف فقهاء الإسلام في اعتبار الكفاءة وعدم اعتبارها في الزواج . الاستدلال لكل رأى . مذاهب

الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة . تفصيل ما يعتبر فيه الكفاءة عند الحنفية . من تعتبر في جانبه الكفاءة . وقت اعتبارها . من له حق الكفاءة . بيان أن اعتبار الكفاءة في الزواج لا يتناسى مع ما قرره الاسلام من المساواة بين الناس .

٢٥٤-٢٥٥

حقوق الزوجة

حقوق الزوجة على زوجها إما ماله أو غير مالية . حقوق الزوج على زوجته غير مالية . الحكمة في ذلك .

٢٥٦-٣١٢

المهر

تعريف المهر . المهر حكم من أحكام الزواج ليس ركنا ولا شرطا فيه . الدليل على ذلك . دليل وجوب المهر على الزوج . سبب وجوب المهر . مقدار المهر . ما يصلح وما لا يصلح أن يكون مهرا . تعجيل المهر وتأجيله . أنواع المهر . الحقوق المتعلقة بالمهر . الواجب من أنواع المهر . الأحوال التي يجب فيها الحد الأدنى للمهر . الأحوال التي يجب فيها مهر . المثل . وبيان مهر المثل . متى يجب المهر المسمى في العقد . ومتى يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل . ومتى يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل . الزيادة في المهر المسمى والحظ منه . شروط صحة الزيادة . الأمور المؤكدة لوجوب المهر بتمامه . تعريف الخلوة الصحيحة . الأحكام التي يشترك فيها الدخول والخلوة . والأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول . متى تستحق الزوجة نصف المهر . عود نصف المهر إلى ملك الزوج . تنصيف الزيادة الحاصلة في المهر .

تعريف المتعة ومتى يجب . المعتبر في تقديرها العرف . متى يسقط كل مهر .

اقتران المهر بشرط . من له ولاية قبض المهر . تصرف الزوجة في مهرها . هبة الزوجة مهرها لزوجها . ضمان المهر . هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه .

الموضوعات الصفحة

قضايا المهر ٣١٣-٣٢١

الاختلاف في أصل التسمية . الاختلاف في مقدار المهر المسمى .
الاختلاف في قبض المهر . الاختلاف فيما قدم للزوجة بعد العقد . هل
هو هدية أم من المهر .

الجهاز ٣٢٢-٣٢٨

ليس في المصادر التشريعية ما يوجب الجهاز على الزوجة ولا على
أبيها . اعداد البيت واجب على الزوج . جهاز المرأة ملك لها .
تجهيز الأب بنته من سهرها أو من ماله . الاختلاف في الجهاز بين
الأب وبنته .

الاختلاف في متاع البيت ٣٢٨-٣٣١

الاختلاف بين الزوجين في أثاث البيت . الاختلاف في ذلك بين
ورثة الزوجين .

نفقة الزوجة ٣٣٢-٣٦٦

معنى النفقة وأسبابها . الأدلة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها .
سبب وجوبها وشروط وجوبها . من لا نفقة لها من الزوجات . نقل الزوجة
من بلد إلى آخر . تقدير النفقة الزوجية وما يراعى في هذا التقدير .
المسكن . ما يشترط لشرعية المسكن . نفقة الخادم للزوجة . نفقة
زوجة الغائب . أحكامها في المذاهب الحنفي . ماعليه العمل الآن في
نفقة زوجة الغائب . متى تكون نفقة الزوجة دينا على زوجها . مذهب
الحنفية ومذهب غيرهم في دين النفقة . المعمول به الآن في دين
النفقة . النفقة عن المدة السابقة على التقاضى .
المقاصة بدين النفقة . تعجيل النفقة الزوجية . الحبس في دين
النفقة .

أحكام زواج غير المسلمين ٣٦٧-٣٧٢

الأصل في معاملة المسلمين لغيرهم ، أقسام غير المسلمين بالنسبة
إل العلاقة بينهم وبين المسلمين - هامش - . حكم زواج غير

الصفحة

الموضوعات

المسلمين في نظر الاسلام . حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين أو
اسلام أحدهما .

٤٠٤-٣٧٣

الفرقة بين الزوجين

معنى الفرقة . تقسيم الفرقة إلى طلاق وفسخ . معنى الطلاق اللغوي
والشرعي . شرح تعريف الطلاق الاصطلاحي . حكمة مشروعية
الطلاق . الأسباب الداعية إلى الطلاق . حكمة جعل الطلاق بيد الزوج
دون الزوجة . الحكمة في تعدد الطلقات . صفة الطلاق الشرعية .

ركن الطلاق وشروطه . شروط من يقع منه الطلاق . طلاق
المحجور عليه للسفه أو الغفلة . طلاق المكره والسكران . آراء الفقهاء
في ذلك . ما عليه العمل الآن في طلاق المكره والسكران . طلاق
المازل . طلاق المخطيء .

شروط من يقع عليها الطلاق . شروط ما يقع به الطلاق . تقسيم
لفظ الطلاق إلى صريح وكنائية . معنى الصريح والكنائية . ما عليه
العمل في كناية الطلاق . وقوع الطلاق بالكتابة والاشارة . لا يقع
الطلاق بمجرد نيته .

٤١٢-٤٠٤

الطلاق الثلاث بلفظ واحد

اختلاف العلماء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد . مذهب
الجمهور ومذهب غيرهم . أدلة الجمهور على وقوع الثلاث بلفظ
واحد . أدلة القائلين بأنه لا يقع إلا واحدة . ما عليه العمل
الآن .

٤٤٣-٤١٣

أقسام الطلاق

انقسام الطلاق إلى عدة أقسام : طلاق السنة وطلاق البدعة .
معنى ذلك . الطلاق المنجز والمضاف إلى زمن والمعلق على شرط .
تفصيل القول في الطلاق المعلق والحلف بالطلاق . المذاهب في الطلاق
المعلق . منشأ اختلاف الفقهاء في مسألة الطلاق المعلق . ما عليه
العمل في الطلاق المعلق . ما يشترط لوقوع الطلاق المعلق .

الصفحة

الموضوعات

الطلاق الرجعي والطلاق البائن . متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا . أحكام الطلاق . حكم الطلاق الرجعي . حكم الطلاق البائن بنوعيه . حكم زواج المحلل . مسألة هدم الطلقات .

٤٤٣-٤٤٧

المراجعة

معنى الرجعة والمراجعة . ما تكون به المراجعة . ما يشترط لصحة المراجعة . الاختلاف في المراجعة .

٤٤٧-٤٥١

طلاق المريض مرض الموت

تعريف مرض الموت . من يلحق بالمريض مرض الموت . متى تراث المطلقة بمن طلقها وهو مريض مرض الموت . شروط اعتبار المريض مرض الموت فارا من أن تراث منه من طلقها في مرضه - المذاهب في توريث المطلقة من طلقها وهو مريض مرض الموت (هاشم) .

٤٥٢-٤٧٠

الخلع

معنى الخلع لغة واصطلاحا . الأمور التي لا بد منها لتحقيق الخلع . التكيف الفقهي للخلع . اعتبار الخلع يمينا بالنسبة للزوج معاوضة لها شبه بالتبرع بالنسبة للزوجة . ما يتفرع على ذلك من المسائل . ما يصح أن يكون بدلا من الخلع . الخلع على ارضاع الصغير والصغيرة أو على حضانتها أو على الاتفاق عليها مدة معلومة . الخلع على ابقائهما في يد الأم أو الأب . حكم أخذ بدل الخلع . ما يشترط في الزوجة لالزامها بالبدل حكم خلع الزوجة المحجور عليها للسفسه والمريضة مرض الموت . الآثار المترتبة على الخلع . رأى فقهاء الحنفية في ذلك . الفرق بين الخلع والطلاق على مال .

٤٧١-٤٧٥

تفويض الطلاق إلى الزوجة

معنى التفويض . الفرق بين التفويض وبين التمليك والتوكيل وقت التفويض . صيغة التفويض . نوع الطلاق الواقع بالتفويض .

الصفحة

الموضوعات

٥٠٣-٤٧٦

تطبيق القاضى الزوجة على زوجها

الحالات التى يطلق فيها القاضى الزوجة على زوجها . التطلاق لعدم الانفاق . مذاهب الفقهاء فى ذلك . أدلة الجمهور . أدلة الحنفية . التطلاق بسبب العيب . خلاصة آراء الفقهاء فى العيوب المسوغة للفرقة بين الزوجين . المعمول به الآن . التطلاق للضرر . مذهب الحنفية والشافعية فى ذلك . ما عليه العمل الآن . شروط الحكيم وعملها . الأصل الذى بنى عليه التفريق بسبب الشقاق بين الزوجين . التطلاق لغيبه الزوج . الحكمة فى تطبيق القاضى زوجة الغائب . التطلاق لحبس الزوج وشروطه .

٥٠٨-٥٠٤

فسخ عقد الزواج

مدلول كلمة الفسخ . سبب الفسخ المتارن للعقد . السبب انطاريء على العقد . صور الفسخ . الفرقة التى تتوقف على قضاء القاضى والتى لا تتوقف عليه . مقارنة بين الطلاق والفسخ .

٥٢٤-٥٠٩

العدة

تعريف العدة لغة واصطلاحا . سبب وجوب العدة . حكمه . وجوبها . أنواع العدة . العدة بالحيض ومن تعقد به . العدة بالاشهر ومن تعقد بها . العدة بوضع الحمل . تحول العدة من نوع إلى آخر . تحولها من الأشهر إلى الحيض ومن الحيض إلى الأشهر . تحول عدة المطلقة إلى عدة الوفاة . العدة بأبعد الأجلين . ابتداء العدة ونهايتها . نفقة العدة . من لا نفقة لها من المعتدات . ما يجب على المعتدة .

٥٤٠-٥٢٥

ثبوت النسب

طرق ثبوت النسب . ثبوت النسب بالفراش . معنى الفراش الذى يثبت به النسب . والقواعد المتبعة فى ثبوت النسب بالفراش . أقل مدة الحمل . أقصى مدة الحمل . اختلاف المذاهب الاسلامية فى ذلك . ما عليه العمل فى أقصى مدة الحمل . المسائل المتفرعة على

الموضوعات الصفحة

مراعاة هذه القواعد الثلاث . شروط نفي النسب الثابت بالفراش .
معنى اللعان وكيفيةه . ثبوت النسب بالفراش في ازواج المناسد .
ثبوت النسب باوطء بشبهة . ثبوت النسب بالفراش بعد انفرة .
الخلافة في أصل اولادة أوفى تعيين الموود . ما يثبت به ذلك .

٥٤٤-٥٤١ ثبوت النسب بالإقرار

الإقرار بنسب على المقر . شروط صحة هذا الإقرار . ثبوت النسب
بهذا النوع من الإقرار . الإقرار بنسب على غير المقر . عدم ثبوت
النسب بهذا النوع من الإقرار . الشروط في إستحقاق المقر له تركة المقر
بغير إرث .

٥٤٦-٥٤٤ التبنى

معنى التبنى . نسخ نظام التبنى بعد أن عمل به فترة من الزمن .
ثبوت النسب بالبينة .

٤٥٢-٤٤٧ الرضاع

الأحكام المتعلقة بالرضاع من حيث إنه حق للطفل . اجبار الأم على
إرضاع ولدها . شرط الاجبار . استئجار مرضعة . استحقاق المرضعة
الاجر على الارضاع . متى تستحق الأم الأجرة على الارضاع ومتى
لا تستحقها . من يجب عليه أجرة الرضاع . التبرع بالرضاع .

٥٧٥-٤٥٣ الحضانة

معنى الحضانة لغة وشرعا . تقديم النساء على الرجال في الحضانة .
ترتيب الحضانات . ما يشترط في الحضانة . متى يؤخذ الصغير من امه
الكتابية الحضانة . حضانة الرجال . ما يشترط في الحاضن العاصب
انتقال الحضانة إلى الأقارب غير العصبات . مدة الحضانة . انتقال
الحضانة بالامحضون . صاحب الحق في الحضانة . المسائل المترتبة على
أن للصغير حقاً في الحضانة وأن فيها حقاً للحضانة . استحقاق الحضانة

أجرة الحضانة . من يجب عليه أجرة الحضانة . أجرة مسكن الحضانة
التبرع بالحضانة . متى تقدم المتبرعة بالحضانة على الأم التي تأتي
الحضانة إلا بأجر . الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع .
من يضم إليه كل من الصغير والصغيرة . بعد انتهاء مدة حضانة
النساء . بقاء الصغير في يد من له حق ضمه إليه إلى أن يبلغ والصغيره
إلى أن تتزوج .

٥٧٦-٥٩٢

نفقة الأولاد والأقارب

قواعد عامة في النفقة . أنواع القرابة : قرابة الولاد وقرابة غير
الولاد . نفقة الفروع على الأصول . ما يشترط لوجوب نفقة الفرع على
الأصل . وجوب نفقة طلبة العلم ومصاريف تعليمهم . نفقة الأصول
على الفروع . ما يشترط في وجوب نفقة الأصل على الفرع . اجتماع
الأصول والفروع . اجتماع الأصول والحواشي . اجتماع الفروع والحواشي .
نفقة الحواشي . الشروط في وجوب النفقة بين الحواشي . نفقة
زوجة القريب . دين نفقة الأقارب .

٥٩٣-٦٢١

الولاية على المال - الحجر

تعريف الحجر . قول العلماء إن الحجر يكون في الأقوال دون
الأفعال . أسباب الحجر . من يحجر عليهم . تصرفات المحجور عليهم .
تصرفات الصغير . الاذن للصغير بالتجارة . انتهاء دور الصغر . بلوغ
كل من الصغير والصغيرة . اختلاف الفقهاء في الحد الأدنى لسن البلوغ
ارتفاع الحجر عن الصغير إذا بلغ عاقلاً رشيداً . استمرار الولاية عليه
إذا بلغ غير عاقل . اختلاف الصاحبين في استمرار الولاية عليه
إذا بلغ عاقلاً غير رشيد . اختلاف الامام مع صاحبيه في تسليم المال لغير
الرشيد . الحجر على المجنون وتصرفاته في نظر الفقه والقانون . تصرفات
المعتوه . والحجر عليه .

الحجر على السفیه . اختلاف الفقهاء في ذلك تصرفات السفیه
المحجور عليه . ابتداء الحجر على السفیه وانتهائه . اختلاف الصاحبين
في مبدأ الحجر عليه وفي وقت انتهائه . ثمرة اختلافها . الحجر على ذی
الغفلة . تصرفاته . الحجر على المدين .

الصفحة	الموضوعات
٦٣٤-٦٢٢	الولاية على المال

موضوع الولاية على المال . من تثبت عليهم الولاية على المال . من تثبت لهم الولاية على أموال الصغير والمجنون والمعتوه عند الحنفية وعند غيرهم . ترتيب الأولياء في ثبوت ولاية المال لهم . ما يشترط في ولي المال . سلطة الأب ومدى ولايته على المال مسئولية الأب عن أعمال الولاية .

سلب الولاية . وقفها . الحد منها .

٦٤٧-٦٣٥	الوصى وشروطه
---------	--------------

تعريف الوصى . ما يتم به الايضاء . شروط الوصى من لا يجوز تعيينه وصيا بنص القانون .

تصرفات وصى الأب . التصرفات التي منع القانون الوصى من أن يباشرها بدون إذن المحكمة . تعدد الأوصياء . افراد كل من الوصيين أو الأوصياء في التصرف أو اشتراكهم فيه . اختلاف فقهاء الحنفية في ذلك .

٦٥٠-٦٤٧	ولاية الحد على المال وحدودها
---------	------------------------------

رأى مهد فيها يملكه الحد من التصرفات . رأى الشيخين في ذلك . تصرفات وصى الحد . تخصيص الوصى المختار .

٦٥٧-٦٥٠	ولاية القاضى
---------	--------------

ولاية وصيه . المسائل التي تختلف فيها ولاية الوصى المعين عن ولاية الوصى المختار .

أجرة الوصى . الوصى الخاص . الوصى المؤقت . انتهاء الولاية والوصاية .

٦٦٧-٦٥٧	تعيين مشرف على الوصى
---------	----------------------

عمل المشرف ومهمته . مسئولية الوصى في نظر القانون ومعاقبته .

الموضوع
أحكام المفقود

الصفحة
٦٦٧-٦٦١

تعريف المفقود . اعتباره حياً باستصحاب الحال . وجوب النفقة
لزوجته ولكل من يجب عايه نفقتهم من أقاربه في ماله مدة غيابه .
حجز نصيبه من تركته مورثه المتوفى أثناء فقده . متى يحكم القاضي بوفاة
المفقود . اعتبار المفقود ميتاً من وقت صدور الحكم بالنسبة لأمواله ومن
وقت فقده بالنسبة لارث المفقود من غيره . . واستحقاقه الوصية . الحكم
فيما إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته بالنسبة لأمواله وزوجته .

القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

٦٦٩

القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٦٧٥

المذكرة الايضاحية .

٦٨٣

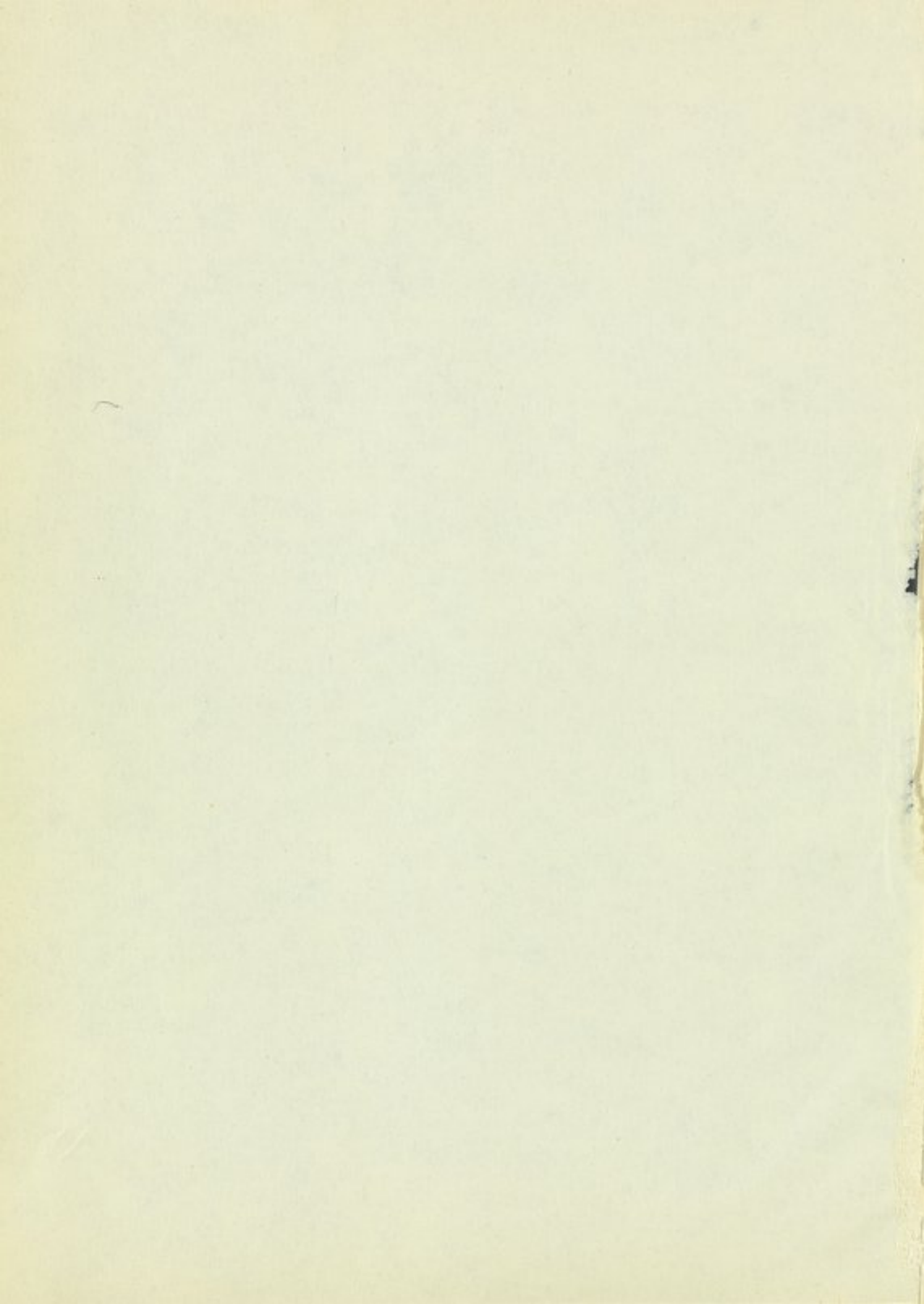
القانون رقم ٤٢٦ مجلسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية

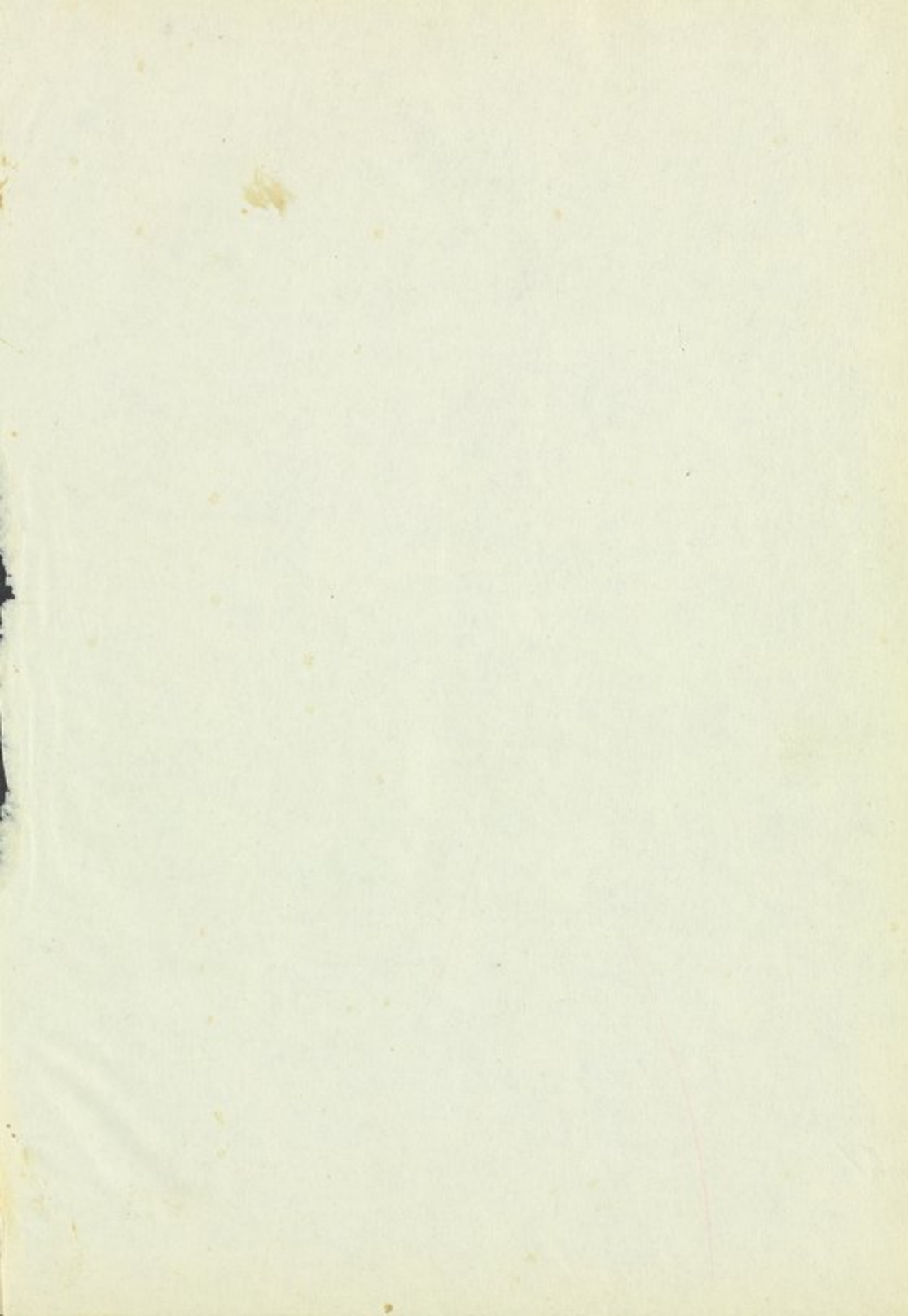
٦٩٩

والمجالس المالية .

٧٠٩

المذكرة التفسيرية .





٢/٠١/١/٠١

٢٢٠٠٠

ملتزم الطبع والنشر دار المعارف - ١١١٩ كورنيش النيل
فرع الاسكندرية ٤٢ شارع سعد زغلول - ٢ ميدان التحرير (المنشية)

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES



0044144628

DATE DUE

FEB 15 1999

MAY 24 1999

Printed
in USA

SEP 23 1976

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU70718423

KBL .A263

Ahkam al-shariah al-