منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة

شرح قانون الأحوال الشخصية السوري

الزواج والطلاق



الدكتور
محمد الحسن مصطفى البغا
أستاذ في قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

جامعة دمشق
١٤٤١ - ١٤٤٢ هـ
٢٠٢٠ - ٢٠٢١ م

شرح قانون
الأحوال الشخصية السوري
الزواج والطلاق

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة



شرح قانون الأحوال الشخصية السوري

الزواج والطلاق

تأليف
الدكتور محمد الحسن مصطفى البغا
أستاذ في قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

جامعة دمشق


بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس

الموضـوع	الصفحة
الفهرس	٥
المقدمة	٢٩
تمهيد: تطور الأحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا	٣٣
المطلب الأول: معنى الأحوال الشخصية	٣٥
المطلب الثاني: لمحة تاريخية في تدوين القوانين	٣٧
المطلب الثالث: الأحوال الشخصية في مصر	٤٠
المطلب الرابع: الأحوال الشخصية في العراق	٤٢
المطلب الخامس: الأحوال الشخصية في سوريا	٤٣
القسم الأول: الزواج وآثاره	٤٧
الباب الأول: الخطبة عند المسلمين وغيرهم	٤٧
الفصل الأول: الخطبة عند المسلمين	٤٩
المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها	٥١
تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً	٥١
حكم الخطبة ومشروعيتها	٥١
المبحث الثاني: أحكام النظر إلى المخطوبة	٥٣
رضا المخطوبة بالنظر	٥٣
حكم النظر	٥٥
مقدار النظر	٥٥
تكرار النظر	٥٦
السؤال عن الخاطب والمخطوبة	٥٧
الخُطبة في الخِطبة	٥٨
المبحث الثالث: ألفاظ الخطبة	٥٩
المبحث الرابع: شروط الخطبة	٦١

المبحث الخامس: حالات الخطبة وأحكامها ٦٣
عقد الثاني بعد خطبة الأول ٦٣
المبحث السادس: المهر والهدايا في الخطبة وفي عقد الزواج ٦٦
المبحث السابع: تكييف الخطبة وفسخها وأثر العدول عنها
والتعويض عن فسخ الخطبة ٦٨
آراء الفقهاء في تكييف الخطبة ٦٨
أثر العدول عن الخطبة في الأدلة الشرعية ٦٨
التعويض عن فسخ الخطبة ٦٩
المبحث الثامن: أحكام الخطبة في قانون الأحوال الشخصية السوري ٧٣
الفصل الثاني: الخطبة عند غير المسلمين ومصادر شرائعهم ٧٧
المبحث الأول: مصادر شرائع غير المسلمين ٧٩
أولا: مصادر شرائع المسيحيين ٧٩
أ ـ المصادر المشتركة للشرائع المسيحية ٧٩
ب ـ مصادر شريعة الكاثوليك ٨٠
جـ ـ مصادر شريعة البروتستانت ٨٠
د ـ مصادر شريعة الأرثوذكس ٨٠
ثانياً – مصادر شرائع اليهود ٨١
المبحث الثاني: الخطبة عند المسيحيين واليهود ٨٢
تعريفها ٨٢
أولاً: الخطبة في الشرائع المسيحية ٨٢
رد المهر و الهدايا بعد انقضاء الخطبة عند الكاثوليك والبروتستانت والأرثوذكس ٨٤
ثانياً: الخطبة عند اليهود ٨٥
تنظيم الخطبة عند الربانيين ٨٥
الخطبة عند القرائين ٨٦
الباب الثاني: أحكام عقد الزواج ٨٧
الفصل الأول: تعريف الزواج ومشروعيته
وحكمه من حيث الوصف الشرعي وشروطه العامة ٨٩
المبحث الأول: تعريف النكاح (الزواج) وأدلة مشروعيته ٩١

المطلب الأول: تعريف النكاح (الزواج) ٩١
المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد الزواج ٩٣
بعض المستحبات في الزوجة والزواج ٩٤
المبحث الثاني: حكم الزواج من حيث الوصف الشرعي ٩٦
المبحث الثالث: أركان الزواج العامة وشروطه ١٠١
المطلب الأول: أركان انعقاد الزواج ١٠١
المطلب الثاني: شروط صحة عقد الزواج ١٠١
المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد ١٠١
المطلب الرابع: شروط لزوم عقد الزواج ١٠٢
الفصل الثاني: أركان انعقاد الزواج ١٠٣
المبحث الأول: آراء الفقهاء في أركان الانعقاد ١٠٥
نكاح المكره ١٠٥
المبحث الثاني: الألفاظ الدالة على الإيجاب و القبول في عقد الزواج ١٠٩
المبحث الثالث: صورة الإيجاب و القبول في عقد الزواج ١١٢
المبحث الرابع: شروط الإيجاب و القبول ١١٤
المبحث الخامس: انعقاد العقد بالكتابة والرسالة والإشارة ١١٧
انعقاد العقد بالكتابة ١١٧
انعقاد العقد بالإشارة ١١٧
انعقاد العقد من الأخرس بالكتابة ١١٨
عدم انعقاد العقد بالفعل ١١٩
إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة ١١٩
المبحث السادس: الألفاظ العامية و المصحفة ١٢٠
المبحث السابع: الألفاظ غير العربية في الإيجاب والقبول ١٢١
المبحث الثامن: إطلاق صيغة العقد وتقيدها ١٢٢
أولا: العقد المنجز ١٢٢
ثانياً: العقد المضاف إلى المستقبل ١٢٢
ثالثاً: العقد المعلق على الشرط ١٢٢
رابعاً: اقتران العقد بالشرط ١٢٣

نكاح الشغار ١٢٣
صور الشغار ١٢٤
أثر نكاح الشغار ١٢٤
الفصل الثالث: شروط صحة عقد الزواج ١٢٧
المبحث الأول: الشهادة على عقد الزواج ١٢٩
تعريف الشهادة ١٢٩
مذاهب الفقهاء فيها ١٢٩
دليل مشروعية الإشهاد على عقد الزواج ١٣٠
أثر عدم وجود الشهود ١٣١
الزواج المدني وعدم الشهود ١٣٢
شروط الشهود في عقد الزواج ١٣٣
إعلان النكاح وكتمانه ١٣٤
شهادة الأصول والفروع والإخوة في عقد الزواج ١٣٥
ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في الشهادة على عقد الزواج ١٣٦
المبحث الثاني: التأبيد وعدم تأقيت عقد الزواج ١٣٧
النكاح الموقت ونكاح المتعة ١٣٧
المتعة لغة واصطلاحاً ١٣٧
أدلة القائلين بالتحريم ١٣٨
أحكام نكاح المتعة عند الشيعة الجعفرية ١٤١
المبحث الثالث: عدم المانع من حلية الزواج ١٤٤
المطلب الأول: المحرمات المؤبدة من النساء ١٤٤
الفرع الأول: المحرمات بسبب القرابة ١٤٤
النوع الأول: أصول الشخص وإن علون ١٤٤
النوع الثاني: فروع الشخص وفروع فروعه ١٤٥
بنات الرجل من الزنا ١٤٥
حكم البنت المنفية بلعان ١٤٥
النوع الثالث: فروع الأبوين وفروع فروعهم ١٤٦

النوع الرابع: فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة ١٤٦
الفرع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة ١٤٧
النوع الأول: زوجة أصل الشخص ١٤٧
النوع الثاني: أصول الزوجة ١٤٧
النوع الثالث: فروع زوجة الشخص ١٤٨
الاختلاف حول الدخول والتمتع ١٤٨
النوع الرابع: زوجة فرع الشخص ١٤٨
الفرع الثالث: المحرمات بسبب الرضاع ١٥٠
النوع الأول: أصول الشخص من الرضاع ١٥٠
النوع الثاني: فروع الشخص من الرضاع ١٥١
النوع الثالث: فروع الأبوين من الرضاع ١٥١
النوع الرابع: الفرع المباشرة للجد و الجدة من الرضاع ١٥١
النوع الخامس: أصول زوجة الشخص من الرضاع ١٥١
النوع السادس: فروع زوجة الشخص من الرضاع ١٥١
النوع السابع: زوجة أحد أصوله من الرضاع ١٥٢
النوع الثامن: زوجة أحد فروعه من الرضاع ١٥٢
لبن الفحل ١٥٢
الاستثناءات التي تحرم بالنسب ولا تحرم بالرضاع ١٥٣
حكمة التحريم بالرضاع ١٥٤
الفرع الرابع: المحرمة بسبب اللعان ١٥٥
الفرع الخامس: ما أضافه الفقهاء على تلك المحرمات ١٥٥
المطلب الثاني: المحرمات من النساء حرمة مؤقتة ١٥٦
أولاً: زوجة الغير أو معتدته ١٥٦
نكاح الزانية ١٥٦
نكاح الحامل من الزنا ١٥٧
ثانياً: المطلقة ثلاثاً ١٥٨
نكاح التحليل ١٥٨

ثالثاً: الجمع بين الأختين أو من في حكمهما ١٦٠
رابعاً: الخامسة لمن كان متزوجاً أربع ١٦٢
خامساً: المرأة التي لا تدين بدين سماوي ١٦٦
سادساً: المرأة المفارقة باللعان ١٦٦
الفصل الرابع: شروط نفاذ العقد ١٦٩
المبحث الأول: مباشرة عقد الزواج ١٧١
عقد المجنون و الصغير غير المميز ١٧٣
عقد الصغير المميز ١٧٣
المبحث الثاني: الوكالة في عقد الزواج ١٧٥
المطلب الأول: تعريف الوكالة ومشروعيتها وشروطها ١٧٥
المطلب الثاني: نوعا الوكالة ١٧٦
أ- الوكالة المطلقة ١٧٦
ب- الوكالة المقيدة ١٧٧
المطلب الثالث: ألفاظ الوكيل في عقد النكاح ١٧٩
المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج ١٨٠
المطلب الأول: تعريف الولاية ١٨٠
المطلب الثاني: شروط الأولياء ١٨٠
المطلب الثالث: ولاية الإجبار ١٨٢
الفرع الأول: من تثبت عليه ولاية الإجبار ١٨٢
الفرع الثاني: أولياء الإجبار وشروط ثبوت ولاية الإجبار لهم ١٨٨
ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في أولياء الإجبار ١٩١
الفرع الثالث: ترتيب الأولياء عند الحنفية ١٩١
الفرع الرابع: أنواع الأولياء عند الحنفية ١٩٢
المطلب الرابع: ولاية الاختيار في عقد الزواج ١٩٢
الفرع الأول: آراء الفقهاء ١٩٢
الفرع الثاني: الأدلة و المناقشة ١٩٣
الفرع الثالث: محل ثبوت ولاية الاختيار ١٩٥
الفرع الرابع: الأولياء في ولاية الشركة والاختيار ١٩٦

الفرع الخامس: ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية في تحديد الأولياء .. ١٩٦
الفرع السادس: الولاية عند تعدد الأولياء من جهة واحدة ١٩٧
المطلب الخامس: غياب الولي ١٩٨
المطلب السادس: عضل المرأة ١٩٩
المطلب السابع: العقد بعبارة المرأة ٢٠٠
المبحث الرابع: تولي طرفي عقد الزواج ٢٠٥
المطلب الأول: تولي طرفي العقد أو أحدهما ولاية أو وكالة ٢٠٥
المطلب الثاني: عقد الفضولي ٢٠٥
الفصل الخامس: شروط لزوم عقد الزواج ٢٠٧
المبحث الأول: خيار البلوغ والإفاقة ٢١٠
المبحث الثاني: التغرير في عقد الزواج. ٢١١
المبحث الثالث: تزوج البالغة العاقلة بغير الكفؤ ٢١٣
تعريف الكفاءة ٢١٣
أقوال العلماء في اشتراط الكفاءة وأدلتهم ٢١٣
تحديد عناصر الكفاءة ٢١٥
آراء الفقهاء في عناصر الكفاءة ٢١٦
صاحب الحق في الكفاءة ٢١٩
هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟ ٢٢٠
وقت الاعتراض لحق الكفاءة ٢٢٢
الفصل السادس: معاملات الزواج الإدارية ٢٢٣
المبحث الأول: النصوص القانونية في معاملات الزواج الإدارية
وقرارات محكمة النقض ٢٢٥
أ ـ المعاملات التي تسبق العقد ٢٢٥
ب ـ معاملات العقد ٢٢٥
قرارات محكمة النقض ٢٢٦
المبحث الثاني: المواد القانونية المتعلقة بإجراء عقد الزواج من قانون العقوبات وقانون خدمة العلم والزواج العرفي ومعاملات العقد ٢٢٨
المطلب الأول: إجراء عقد الزواج وقانون العقوبات المعدّل ٢٢٨

المطلب الثاني: إجراء عقد الزواج وقانون خدمة العلم ٢٢٩
المطلب الثالث: إجراء عقد الزواج وقانون الأحول المدنية المعدلة ٢٣٠
المطلب الرابع: الزواج العرفي ومعاملات العقد ٢٣٠
الفصل السابع: أحكام الزواج لدى غير المسلمين ٢٣١
المبحث الأول: الزواج في شرائع غير المسلمين ٢٣٣
المبحث الثاني: شروط الزواج الموضوعية ٢٣٥
المبحث الثالث: الشروط الشكلية للزواج ٢٤٧
المبحث الرابع: إثبات الزواج ٢٥٠
المبحث الخامس: جزاء الشروط الموضوعية و الشكلية في الزواج ٢٥١
الباب الثالث: آثار الزواج ٢٥٣
الفصل الأول: حقوق الزوجين ٢٥٥
المبحث الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين. ٢٥٧
المبحث الثاني: حقوق الزوجة ٢٦٢
المبحث الثالث: حقوق الزوج ٢٦٧
الفصل الثاني: الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج وآثارها ٢٧٧
المبحث الأول: العقد الصحيح النافذ اللازم وآثاره ٢٧٩
المبحث الثاني: العقد غير اللازم وآثاره ٢٨٠
المبحث الثالث: العقد الموقوف وآثاره ٢٨١
المبحث الرابع: العقد الفاسد وآثاره ٢٨٢
المبحث الخامس: العقد الباطل ٢٨٥
الفصل الثالث: أحكام المهر ٢٨٧
المبحث الأول: تعريف المهر وحكمه وتكييفه وأدلة مشروعيته وضوابطه ومقداره ٢٨٩
المطلب الأول: تعريف المهر وحكمة وتكييفه ٢٨٩
المطلب الثاني: أدلة مشروعية المهر ٢٩٠
المطلب الثالث: ضوابط مشروعية المهر ٢٩١
المطلب الرابع: مقدار المهر ٢٩٢
المبحث الثاني: صور الاتفاق على المهر ٢٩٨
المطلب الأول: المهر المسمى ومهر المثل ٢٩٨

المطلب الثاني: المهر المعجل والمهر المؤجل ٣٠١
التقادم و المهر ٣٠٣
المطلب الثالث: مهر السر ومهر العلن ٣٠٤
المطلب الرابع: الزيادة في المهر والحط منه وإبراء الولي ٣٠٥
المطلب الخامس: نكاح التفويض ٣٠٨
المبحث الثالث: وجوب كامل المهر وبعضه وسقوطهما ٣٠٩
المطلب الأول: وجوب نصف المهر ٣٠٩
المطلب الثاني: وجوب المهر بأكمله ٣٠٩
المطلب الثالث: أحكام الخلوة الصحيحة ٣١١
المطلب الرابع: سقوط المهر كاملاً ٣١٧
المبحث الرابع: ضمان المهر وقبضه وتجهيز الأب ابنته ٣٢٠
المطلب الأول: ضمان الولي المهر ٣٢٠
المطلب الثاني: ضمان المهر عند هلاكه واستهلاكه ٣٢٠
المطلب الثالث: قبض المهر ٣٢١
المطلب الرابع: تجهيز الأب ابنته ٣٢٢٠
المبحث الخامس: الشروط في المهر ٣٢٤
المبحث السادس: الإعسار في المهر ٣٢٦
المبحث السابع: الاختلاف في المهر وما يمكن أن يكون مهراً ٣٢٧
المطلب الأول: الاختلاف حال قيام الزوجية ٣٢٧
المطلب الثاني: الاختلاف حال الطلاق و المهر دين ٣٢٨
المطلب الثالث: الاختلاف حال الطلاق و المهر عين ٣٢٨
المطلب الرابع: الاختلاف بين المهر و الهدايا ٣٢٩
المطلب الخامس: التنازع في متاع البيت ٣٢٩
الفصل الرابع: النفقة الزوجية ٣٣١
المبحث الأول: تعريف النفقة ومشروعيتها ٣٣٣
المطلب الأول: تعريف النفقة الزوجية ٣٣٣
المطلب الثاني: مشروعية النفقة الزوجية ٣٣٣
المبحث الثاني: سبب وجوب النفقة وشروطها ووقت وجوبها ٣٣٥

المطلب الأول: سبب وجوب النفقة ٣٣٥
المطلب الثاني: شروط النفقة ٣٣٦
المطلب الثالث: وقت وجوب النفقة ٣٣٨
المطلب الرابع: وجوب النفقة مع عدم التمكين أو الحبس لاستلام المهر المعجل .٣٣٩
المبحث الثالث: تقدير النفقة وأنواعها ٣٤٠
المطلب الأول: تقدير نفقة الزوجة ٣٤٠
تقدير النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري ٣٤١
المطلب الثاني: أنواع النفقة الواجبة ٣٤٣
أنواع النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري ٣٤٥
المسكن في قانون الأحوال الشخصية السوري ٣٤٥
قرارات محكمة النقض ٣٤٦
المبحث الرابع: معاملات النفقة ٣٤٩
المطلب الأول: نفقة زوجة الغائب أو الذي سيغيب وأخذ الكفيل منه ومنها ..٣٤٩
المطلب الثاني: تلف النفقة ٣٥٠
المطلب الثالث: إسلاف النفقة ٣٥٠
المطلب الرابع: المقاصة بدين النفقة ٣٥١
المبحث الخامس: أحوال الزوجة والنفقة ٣٥٢
المطلب الأول: الزوجة المسافرة ٣٥٢
المطلب الثاني: نفقة المريضة ٣٥٢
المطلب الثالث: نفقة المحبوسة ٣٥٢
المطلب الرابع: صوم الزوجة ٣٥٢
المطلب الخامس: الإحرام بالحج و العمر ٣٥٣
المطلب السادس: زيارتها للآخرين ٣٥٣
المطلب السابع: عمل الزوجة والنفقة ٣٥٤
المبحث السادس: دين النفقة ومسقطاتها والقضاء بها ٣٥٦
المطلب الأول: دين النفقة ٣٥٦
المطلب الثاني: مسقطات النفقة ٣٥٨

المطلب الثالث: شروط القضاء بالنفقة ٣٥٩

الفصل الخامس: الشروط في العقد ٣٦١
المبحث الأول: أقسام الشروط وحكمها وأثرها على عقد الزواج ٣٦٣
١ ـ أن يكون الشرط مناقضاً لمقصود العقد ٣٦٣
نكاح المسيار ٣٦٣
نكاح الأصدقاء ٣٦٣
آراء الفقهاء في العقد مع الشرط المناقض لمقصود العقد ٣٦٤
٢ ـ أن يكون الشرط مكروهاً ٣٦٥
٣ ـ أن يكون الشرط جائزاً ٣٦٦
٤ ـ أن يكون الشرط باطلاً مبطلاً ٣٦٧
المبحث الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والشروط ٣٦٨
الفصل السادس: آثار الزواج لدى غير المسلمين ٣٧١
المبحث الأول: السكنى ٣٧٣
المبحث الثاني: العفة و الحشمة ٣٧٥
المبحث الثالث: النفقة ٣٧٦
المبحث الرابع: مساعدة الزوج وعونه ٣٧٨
المبحث الخامس: حق الطاعة للزوج ٣٧٩
المبحث السادس: المهر ٣٨١

القسم الثاني: الطلاق وآثاره ٣٨٣
مقدمة في الطلاق ٣٨٥
الباب الأول: أحكام الطلاق ٣٨٩
الفصل الأول: الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق ٣٩١
المبحث الأول: تعريف الطلاق والفسخ وحكم الطلاق
من حيث الوصف الشرعي ٣٩٣
المطلب الأول: تعريف الطلاق والفسخ ٣٩٣
المطلب الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق ٣٩٤
المطلب الثالث: حكم الطلاق ٣٩٥

المبحث الثاني: أنواع الطلاق ٣٩٧
المطلب الأول: الطلاق السني والبدعي ٣٩٧
المطلب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن ٣٩٩
حكمة مشروعية الطلاق الرجعي والبائن ٤٠٠
حالات الطلاق الرجعي ٤٠١
حالات الطلاق البائن بينونة صغرى ٤٠١
حالات الطلاق البائن بينونة كبرى ٤٠٢
قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الرجعي والبائن ٤٠٣
المطلب الثالث: الطلاق الثلاث ٤٠٤
الفرع الأول: حكم الطلاق الثلاث المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ونية ٤٠٤
الفرع الثاني: حكم الطلاق المكرر ٤٠٩
الفرع الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الثلاث ٤٠٩
الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة ٤١٣
المبحث الأول: صيغ الطلاق ٤١٥
المطلب الأول: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي ٤١٥
أحكام اللفظ الصريح ٤١٦
اللفظ الكنائي ٤١٦
قانون الأحوال الشخصية السوري ومحكمة النقض والطلاق الصريح والكنائي ٤١٧.
المطلب الثاني: الطلاق بالكتابة والإسارة وغيرهما ٤١٨
أولاً: الطلاق بالكتابة ٤١٨
ثانياً: الطلاق بالإشارة ٤١٨
ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية السوري والكتابة والإشارة ٤١٩
رابعاً: الطلاق بالمُرْسَل ٤٢٠
خامساً: الطلاق بمجرد النية (الكلام النفسي) ٤٢١
المطلب الثالث: الطلاق المنجز والمضاف إلى الزمن والطلاق المعلق على شرط ..٤٢٢
أولاً: الطلاق المنجز ٤٢٢
الفرق بين المنجز والمضاف والمعلق ٤٢٢

ثانياً: الطلاق المضاف إلى الزمن ٤٢٣
ثالثاً: الطلاق المعلق ٤٢٤
شروط الطلاق المعلق ٤٢٩
قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق المنجز والمضاف والمعلق ٤٢٩
المبحث الثاني: القصد في الطلاق ٤٣٢
المطلب الأول: طلاق الهازل ٤٣٢
المطلب الثاني: طلاق السكران ٤٣٣
المطلب الثالث: طلاق المدهوش والغضبان ٤٣٤
المطلب الرابع: طلاق المكره ٤٣٧
تعريف الإكراه ٤٣٧
آراء الفقهاء في طلاق المكره ٤٣٧
أدلة الجمهور على عدم وقوع طلاق المكره ٤٣٧
أدلة الحنفية على وقوع طلاق المكره ٤٣٨
شروط الإكراه التي لا يقع معها الطلاق ٤٣٩
المطلب الخامس: طلاق المخطئ ٤٤١
المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والقصد في الطلاق ٤٤٢
المبحث الثالث: شروط المطلق والمطلقة والتفويض والنيابة في الطلاق ٤٤٥
المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة ٤٤٧
الفرع الأول: شروط المطلق ٤٤٧
قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلق ٤٤٨
الفرع الثاني: شروط المطلقة ٤٤٩
قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلقة ٤٥٠
المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته بالطلاق كناية أو تصريحاً ٤٥١
الفرع الأول: تعريف طلاق التفويض لغة واصطلاحاً وشموله ٤٥٢
الفرع الثاني: تكييف التفويض وشموله ٤٥٢
الفرع الثالث: حكم التفويض من حيث الوصف الشرعي ٤٥٤
الفرع الرابع: حكم التفويض من حيث الأثر النوعي ٤٥٤

الفرع الخامس: الواقع بهذه الألفاظ ٤٥٥
الفرع السادس: ملك التفويض ٤٥٥
الفرع السابع: التنجيز والتعليق والإضافة في التفويض ٤٥٦
الفرع الثامن: شروط التفويض ٤٥٦
الفرع التاسع: ما يصلح من الألفاظ جواباً من الزوجة
في جعل الأمر بيدها ٤٥٧
المطلب الثالث: التوكيل بالطلاق ٤٥٨
الفرع الأول: التعريف بالتوكيل وحكمه وتكييفه ٤٥٨
الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتوكيل من حيث الأثر النوعي ٤٥٩
الفرع الثالث: توكيل المرأة والذمي والحربي بالطلاق ٤٥٩
الفرع الرابع: الوكالة المطلقة والمقيدة في الطلاق ٤٦٠
الفرع الخامس: انتهاء التوكيل ٤٦١
الفرع السادس: الإكراه في التوكيل ٤٦٢
الفرع السابع: الطلاق البدعي والوكالة ٤٦٢
الفرع الثامن: الرجوع عن الوكالة ٤٦٢
الفرع التاسع: ألفاظ الطلاق في الوكالة لأجنبي ٤٦٣
المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة ٤٦٤
الفرع الأول: التعريف بالرسالة ٤٦٤
الفرع الثاني: آراء الفقهاء في وقوع الطلاق بالرسالة ٤٦٤
المطلب الخامس: طلاق الولي والفضولي ٤٦٥
الفرع الأول: طلاق الولي ٤٦٥
الفرع الثاني: طلاق الفضولي ٤٦٦
المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني
وشروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق ٤٦٦
المطلب السابع: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ٤٦٧
المطلب الثامن: اقتراحات في شروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق ٤٧٠
المطلب التاسع: الطلاق التعسفي (الطلاق بلا سبب) ٤٧١

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في الطلاق بلا سبب ٤٧١
الفرع الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق التعسفي ٤٧٣
المطلب العاشر: طلاق المريض مرض الموت ٤٧٦
تعريف المطلق المريض ومن في حكمه ٤٧٦
أحكام المريض مرض الموت المطلق لزوجته ٤٧٧
قانون الأحوال الشخصية السوري وطلاق المريض ٤٧٨
الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة) ٤٧٩
المبحث الأول: تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه ٤٨١
المطلب الأول: تعريف الخلع لغة واصطلاحاً ٤٨١
المطلب الثاني: الأدلة على جواز الخلع ٤٨١
المطلب الثالث: حكم الخلع (الوصف الشرعي) ٤٨٢
المبحث الثاني: أركان الخلع ٤٨٣
أ- الزوج المكلف ٤٨٣
ب- الزوجة المكلفة المطلقة التصرف في المال ٤٨٣
ج- عوض الخلع ٤٨٤
المخالعة على حقوق الزوجية وقانون الأحوال الشخصية السوري ٤٨٥
د- الصيغة في الخلع (الفرقة بعوض) ٤٨٨
التعليق في الصيغة ٤٨٩
الإضافة في الصيغة ٤٩٠
اشتراط قبول الزوجة لفظاً ٤٩٠
توافق القبول مع الإيجاب ٤٩١
المبحث الثالث: تكييف الخلع في أنه طلاق أو فسخ وآراء الفقهاء فيه ٤٩٢
المطلب الأول: تكييف الخلع ٤٩٢
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في عد الخلع طلاقاً أو فسخاً ٤٩٢
المبحث الرابع: حالات الخلع والاختلاف فيه ٤٩٤
المطلب الأول: التوكيل في الخلع ٤٩٤
المطلب الثاني: الوكيل في الخلع ٤٩٥

المطلب الثالث: خلع السفيهة ٤٩٥
المطلب الرابع: خلع المريضة مرض الموت ٤٩٥
المطلب الخامس: خلع الفضولي (الأجنبي) ٤٩٦
المطلب السادس: الاختلاف في الخلع ٤٩٧
الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي ٤٩٩
المبحث الأول: الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض ٥٠١
المطلب الأول: تعريف العيوب التي يفسخ بها ٥٠١
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في ثبوت الخيار بالعيوب ٥٠٢
المطلب الثالث: الأدلة ومناقشتها في ثبوت الخيار بالعيوب ٥٠٤
المطلب الرابع: الرأي المختار في الخيار للعيوب ٥٠٨
المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والعيوب ٥٠٩
المطلب السادس: آثار ثبوت خيار العيب ٥١٢
المطلب السابع: كيفية ثبوت العيب ٥١٦
المطلب الثامن: العيوب التي لا يثبت بها الخيار ٥١٧
المطلب التاسع: الأمراض الحديثة والخيار بها في عقد الزواج ٥١٨
الفرع الأول: التعريف بالأمراض الجسمية والجنسية ٥١٨
الفرع الثاني: الرأي المختار في الأمراض الحديثة ٥١٩
المبحث الثاني: التفريق للغيبة والفقد ٥٢٢
المطلب الأول: تعريف الغائب ٥٢٢
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والفقد ٥٢٢
المطلب الثالث: الأدلة والمناقشة على اعتبار الفقد والغيبة أو لا ٥٢٤
المطلب الرابع: الحكم بالفسخ وأثره ٥٢٤
المطلب الخامس: التفريق للسجن ٥٢٥
المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للغيبة ٥٢٥
المبحث الثالث: التفريق للإعسار بالنفقة ولعدم الإنفاق ٥٢٧
المطلب الأول: آراء الفقهاء في الفسخ بالإعسار بالنفقة وأدلتهم ٥٢٧
المطلب الثاني: التفريق للإعسار طلاق أو فسخ ٥٢٧

المطلب الثالث: سقوط حق التفريق بالعلم بإعساره ٥٢٨
المطلب الرابع: التفريق مع العجز أو اليسر مع الامتناع عن الإنفاق ٥٢٨
المطلب الخامس: حد النفقة اللازمة لنفي الإعسار الموجب للفسخ ٥٢٩
المطلب السادس: الاختلاف في اليسار والإعسار ٥٣٠
المطلب السابع: الاختلاف في سداد النفقة ٥٣٠
المبحث الرابع: الطلاق للشقاق والضرر ٥٣١
المطلب الأول: التعريف بالشقاق والضرر ٥٣١
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في الشقاق والضرر وأدلتهم ٥٣١
المطالب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للشقاق
والضرر بين الزوجين ٥٣٣
المطلب الرابع: بعض قرارات محكمة النقض اللازمة في تفسير المواد السابقة ... ٥٣٧
أحكام عامة في التفريق للشقاق ٥٣٧
شروط التفريق للشقاق ٥٣٧
إجراءات التفريق للشقاق، والتحكيم ٥٣٨
آثار التفريق للشقاق ٥٣٩
الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون ٥٤١
المبحث الأول: الإيلاء ٥٤٣
المطلب الأول: تعريف الإيلاء وألفاظه وحكمه ٥٤٣
المطلب الثاني: أركان الإيلاء وشروطه ٥٤٤
المطلب الثالث: آثار الإيلاء ٥٤٤
المطلب الرابع: قانون الأحوال الشخصية السوري والإيلاء ٥٤٥
المبحث الثاني: الظهار ٥٤٦
المطلب الأول: تعريف الظهار وحكمه ٥٤٦
المطلب الثاني: أركان الظهار وشروطه ٥٤٦
المطلب الثالث: التوقيت والتأبيد في الظهار ٥٤٨
المطلب الرابع: آثار الظهار ٥٤٩
المطلب الخامس: وقت وجوب الكفارة ٥٤٩

المطلب السادس: أنواع كفارة الظهار ٥٥٠
المطلب السابع: قانون الأحوال الشخصية السوري والظهار ٥٥٠
المبحث الثالث: اللعان ٥٥١
المطلب الأول: تعريف اللعان ٥٥١
المطلب الثاني: أدلة مشروعية اللعان ٥٥١
المطلب الثالث: أركان اللعان وسببه ٥٥٢
المطلب الرابع: أداء اللعان ٥٥٢
المطلب الخامس: حكم اللعان ٥٥٣
المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري واللعان ٥٥٣
المطلب السابع: قانون الأحوال الشخصية الموحد واللعان ٥٥٥
المبحث الرابع: التفريق لتغيير الدين ٥٥٦
المطلب الأول: التفريق للردة ٥٥٦
الفرع الأول: تعريف الردة لغة واصطلاحاً ٥٥٦
الفرع الثاني: شروط المرتد ٥٥٧
الفرع الثالث: آراء الفقهاء في عقد زواج المرتد وأدلتهم ٥٥٧
الفرع الرابع: ردة الزوجين وعودهما إلى الإسلام ٥٥٨
الفرع الخامس: آثار الردة ٥٥٨
المطلب الثاني: التفريق لإسلام أحد الزوجين أو عدمه ٥٥٩
الفرع الأول: إسلام الزوجين معاً ٥٥٩
الفرع الثاني: إسلام أحد الزوجين ٥٥٩
الفرع الثالث: تكييف التفريق لإسلام أحد الزوجين ٥٦٠
المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق لتغيير الدين ٥٦٠
الباب الثاني: آثار الطلاق ٥٦٣
الفصل الأول: آثار انحلال عقد الزواج ٥٦٣
المبحث الأول: آثار الطلاق بحسب أنواعه ٥٦٥
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الطلاق الرجعي ٥٦٥
المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى ٥٦٦

المطلب الثالث: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى ٥٦٧
المطلب الرابع: الهدم للطلاق بالزواج من آخر ٥٦٨
المبحث الثاني: الرجعة وأحكامها ٥٧٠
المطلب الأول: تعريف الرجعة ومشروعيتها ٥٧٠
المطلب الثاني: أركان الرجعة وسببها ٥٧١
المطلب الثالث: شروط الرجعة ٥٧٣
المطلب الرابع: الاختلاف في الرجعة ٥٧٤
المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والرجعة ٥٧٥
الفصل الثاني: العدة وأحكامها ٥٧٧
المبحث الأول: تعريف العدة وأدلتها وحكمة مشروعيتها وسببها وبدؤها ٥٧٩
المطلب الأول: تعريف العدة لغةً واصطلاحاً وحكمها وأدلتها ٥٧٩
حكم العدة وأدلة مشروعيتها ٥٧٩
المطلب الثاني: حكمة مشروعية العدة ٥٨١
المطلب الثالث: سبب وجوب العدة ٥٨٢
المطلب الرابع: بدء العدة ٥٨٣
المبحث الثاني: أنواع العدة ٥٨٥
المطلب الأول: العدة بوضع الحمل ٥٨٥
المطلب الثاني: العدة بالأقراء ٥٨٦
المطلب الثالث: العدة بالأشهر ٥٨٨
المطلب الرابع: عدة ممتدة الطهر ٥٨٩
المطلب الخامس: عدة طلاق الفرار ٥٩٢
المطلب السادس: الاختلاف والتواطو في الطلاق والعدة ٥٩٣
المبحث الثالث: تحول العدة وأحكامها ٥٩٥
المطلب الأول: تحولات العدة من الأشهر إلى الأقراء وبخلافه ٥٩٥
المطلب الثاني: أحكام العدة ووقوع الطلاق في العدة ٥٩٦
المبحث الرابع: نفقة العدة والمتعة الزوجية (متعة الطلاق) ٥٩٨
المطلب الأول: نفقة معتدة الطلاق الرجعي ٥٩٨

المطلب الثاني: نفقة معتدة الطلاق البائن ٥٩٨
المطلب الثالث: نفقة معتدة الوفاة ٦٠١
المطلب الرابع: نفقة معتدة النكاح الفاسد والوطء بشبهة ٦٠٣
المطلب الخامس: المتعة الزوجية (متعة الطلاق) ٦٠٤
المطلب السادس: نفقة المعتدات في قانون الأحوال الشخصية السوري ٦٠٥
المبحث الخامس: الحداد ٦٠٨
المطلب الأول: تعريف الحداد لغة واصطلاحاً ٦٠٨
المطلب الثاني: وجوب الحداد على المتوفى عنها والبائن ولبس السواد ٦٠٨
الباب الثالث: انحلال الزواج لدى غير المسلمين وآثاره ٦١١
الفصل الأول: الطلاق وأسبابه وآثاره ٦١٥
المبحث الأول: أسباب الطلاق عند المسيحيين ٦١٦
المبحث الثاني: أسباب الطلاق عند اليهود ٦١٧
المبحث الثالث: آثار الطلاق ٦٢٠
المطلب الأول: الآثار الشخصية للطلاق ٦٢٠
المطلب الثاني: الآثار المالية للطلاق ٦٢٢
الفصل الثاني: الانفصال الجسماني ٦٢٧
المبحث الأول: أسباب الانفصال الجسماني ٦٢٨
المبحث الثاني: آثار الانفصال الجسماني وانتهاؤه ٦٢٩
القسم الثالث: الولادة ونتائجها ٦٣١
الباب الأول: النسب ٦٣٣
الفصل الأول: إثبات النسب ٦٣٥
تعريف النسب ودليله ٦٣٥
المبحث الأول: ثبوت النسب بالعقد الصحيح ٦٣٦
المبحث الثاني: إثبات النسب بوجود مدة الحمل ٦٣٩
المبحث الثالث: إثبات النسب في العقد الفاسد والوطء بشبهة ٦٤٢
المطلب الأول: النسب في النكاح الفاسد ٦٤٢
المطلب الثاني: إثبات النسب في الوطء بشبهة ٦٤٣
الفصل الثاني: وسائل إثبات النسب ٦٤٥

المبحث الأول: إثبات النسب بالبينة ٦٤٥
المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار ٦٤٨
القسم الأول: الإقرار بالنسب على نفس المقر ٦٤٨
القسم الثاني: الإقرار بنسب محمول على الغير ٦٥٠
المبحث الثالث: إثبات النسب بالقيافة ٦٥٢
المطلب الأول: التعريف بالقيافة ٦٥٢
المطلب الثاني: آراء العلماء في القيافة وأدلتهم ٦٥٢
الفصل الثالث: ثبوت النسب في العدة ٦٥٥
المبحث الأول: ثبوت نسب حمل معتدة الطلاق ٦٥٥
المطلب الأول: حمل معتدة الطلاق قبل إقرارها بانتهاء عدتها ٦٥٥
المطلب الثاني: حمل معتدة الطلاق المقرة بانتهاء عدتها ٦٥٦
المطلب الثالث: الإقرار بانقضاء العدة وانقضاء مدة عدتها ٦٥٧
المطلب الرابع: نسب حمل الآيسة والصغيرة ٦٥٧
المطلب الخامس: نسب حمل امرأة مطلقة لا تلزمها العدة ٦٥٨
المبحث الثاني: ثبوت نسب حمل معتدة الوفاة ٦٥٩
المطلب الأول: معتدة الوفاة التي من ذوات الأقراء ٦٥٩
المطلب الثاني: معتدة الوفاة الآيسة والصغيرة ٦٦٠
المبحث الثالث: ثبوت نسب حمل المعتدة الصغيرة ٦٦١
المبحث الرابع: ثبوت نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر ٦٦٢
الفصل الرابع: حالات نفي النسب ٦٦٣
الحالة الأولى: نفي النسب بإنكار ولادة الولد ٦٦٣
الحالة الثانية: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب ٦٦٤
الحالة الثالثة: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين ٦٦٤
الحالة الرابعة: نفي النسب لعدم مضي الفترة المحددة لأقل مدة للحمل
أو لمضي أقصاها ٦٦٥
الحالة الخامسة: نفي النسب عن طريق اللعان ٦٦٥
الفصل الخامس: أحكام اللقيط والتبني ٦٦٧
المبحث الأول: أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ٦٦٧

المبحث الثاني: أحكام اللقيط في التشريع السوري ٦٧١
المبحث الثالث: إبطال التبني ٦٧٢
الباب الثاني: الرضاع ٦٧٥
الفصل الأول: تعريف الرضاع ومقداره ومدته ٦٧٧
المبحث الأول: تعريف الرضاع وحكمه ٦٧٧
المبحث الثاني: مقدار الرضاع المحرم ٦٧٨
المبحث الثالث: اختلاط لبن المرضع بغيره ٦٨٠
المبحث الرابع: مدة الرضاع المحرم ٦٨١
الفصل الثاني: نفقة الرضاع ٦٨٣
المبحث الأول: أجرة الرضاع وإجبار الأم على الرضاع ٦٨٣
المبحث الثاني: التبرع بالرضاع أو الأجرة أقل من أجرة رضاع الأم ٦٨٦
الفصل الثالث: إثبات الرضاع ٦٨٩
المبحث الأول: ثبوت الرضاع بالشهادة ٦٨٩
المبحث الثاني: الإقرار بالرضاع ٦٩١
الباب الثالث: الحضانة ٦٩٣
الفصل الأول: تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة
ونفقة المحضون والإجبار عليها ٦٩٥
المبحث الأول: تعريف الحضانة وحكمها وأدلتها ٦٩٥
المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً ٦٩٥
المطلب الثاني: حكم الحضانة وأدلتها ٦٩٦
المبحث الثاني: الأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها ٦٩٨
المطلب الأول: الأجرة على الحضانة ٦٩٨
المطلب الثاني: نفقة المحضون ٧٠٠
المطلب الثالث: الإجبار على الحضانة ٧٠٠
الفصل الثاني: الحاضن من النساء والرجال وشروطهم ٧٠١
المبحث الأول: الحاضن من النساء والرجال ٧٠١

المبحث الثاني: شروط الحاضن من النساء والرجال ٧٠٣
الفصل الثالث: وقت الحضانة ٧٠٧
المبحث الأول: حضانة النساء والرجال ٧٠٧
المبحث الثاني: وقت حضانة الرجال وتخيير المحضون بين أبويه ٧١٢
المبحث الثالث: رأي قانون الأحوال الشخصية السوري في وقت الحضانة ٧١٧
الفصل الرابع: مكان الحضانة ٧٢١
الفصل الخامس: رؤية المحضون والسفر به ٧٢٥
المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في رؤية المحضون ٧٢٥
المبحث الثاني: حق الإراءة في قانون الأحوال الشخصية السوري ٧٢٩
المبحث الثالث: السفر بالمحضون ٧٣٥
المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في السفر بالمحضون ٧٣٥
المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والسفر بالمحضون ٧٣٧
المطلب الثالث: مرض المحضون وتجهيزه ٧٤٠
المطلب الرابع: تعليم المحضون ٧٤٠
الفصل السادس: سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة ٧٤١
المبحث الأول: سقوط الحضانة ٧٤١
المبحث الثاني: سقوط حضانة الأم عند زواجها ٧٤٤
المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في حضانة الأم عند زواجها ٧٤٤
المطلب الثاني: أدلة المذاهب على سقوط حضانة الأم عند زواجها أو لا ٧٤٥
المبحث الثالث: بعض الحالات التي لا تسقط فيها الحضانة بتزوج الأم ٧٥٢
المبحث الرابع: قانون الأحوال الشخصية السوري وسقوط الحضانة
لتزوج الأم بغير الأب ٧٥٤
المبحث الخامس: الحضانة وعمل المرأة ٧٥٧
المبحث السادس: الحضانة ونشوز المرأة ٧٥٨
المبحث السابع: إقامة البالغ بعد الحضانة (وهل ينفرد بالسكنى) ٧٥٩
الباب الرابع: نفقة الأقارب ٧٦١
الفصل الأول: مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم ٧٦٣

المبحث الأول: آراء الفقهاء في نفقة الأقارب ٧٦٣
المبحث الثاني: الأدلة على ثبوت نفقة الأقارب ٧٦٤
الفصل الثاني: شروط ثبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها ٧٦٥
المبحث الأول: شروط ثبوت النفقة على الأقارب وسببها ٧٦٥
المبحث الثاني: حد اليسار اللازم لثبوت وجوب النفقة ٧٦٨
المبحث الثالث: كيفية وجوب النفقة على الأقارب ٧٦٩
الفصل الثالث: مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها ٧٧١
المبحث الأول: مقدار الواجب في نفقة الأقارب ٧٧١
المبحث الثاني: استحقاق النفقة وسقوطها ٧٧٢
فهرس المصادر والمراجع ٧٧٥

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد المرسلين وعلى آله وأصحابه الأطهار المكرمين، وبعد:

فإن الزواج سنة الله تعالى في خلقه أن فطرهم بميل الرجل والمرأة كليهما للآخر، فشرع لهم الزواج، فكانت سنة الرسل والأنبياء عليهم صلوات الله تعالى وسلامه، وقد كانت الأمم والجماعات قاطبة تعد الزواج أمراً خطيراً ومهماً وقد نظمته كل أمة بحسب ما يناسبها وفق تشريعاتها وأعرافها، وكان العرب قبل الإسلام ينظمون حياتهم الزوجية وفق صور عدة، منها: عقد الزواج المشروع، ومنها: ذوات الرايات واللواتي كن يجلسن في خيمة ذات راية يصيبها الرجال فإذا وضعت اختارت أباً منهم، ومنها: الاستبضاع وهو أن يجعل امرأته يأتيها رجل بوصف يرغبه زوجها في ولده ثم يأتيها زوجها، ومنها: أن يرث الرجال نساء أبيهم أو قريبهم إذا أغلق عليها بابها بعد وفاة قريبهم، وغير ذلك..، ولم تكن للمرأة أية حقوق تذكر، فلما جاء الإسلام منع كل تلك الصور إلا الزواج المشروع ومنح المرأة حقوقها وعاملها إنساناً كامل الأوصاف، في حين أن كثيراً من الأمم في تلك الحقبة كانت تفكر في إنسانية المرأة مترددة في ذلك، بل كانت بعض الأمم تسمح للزوج ببيع زوجته، أو لا تسمح للمرأة بأن تتملك أو تتصرف، وبعضهم وإلى هذا الوقت يملك ما تملكه زوجته ولا يسمح لها بالتصرف في مالها، بينما عد الإسلام المرأة أحدَ فردي المجتمع وهما سواء في التكليف إجمالاً إلا ما يناسب ظروفهن لئلا يثقل عليهن، فكرم المرأة وعاملها بكل لطف وتقدير وحب حقيقي، تنعم فيه وما تزال في المجتمعات الإسلامية بكل الاحترام، وبكل قداسة وتبجيل.

ومباحث الأسرة بأحكامها الفقهية الآمرة منها أو المندوبة وغيرها تصون ذلك وتوضحه، والناس عامةً يعلمون ذلك في خطوطه العريضة دون تفصيلاته ليترك هذا لطلبة العلم، هذا مع اختلاف الناس في تطبيق ما يعلمون في حياتهم الخاصة تبعاً لاستمساكهم، وربما بعضهم تناسى أو نسي قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُوا۟ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝٣﴾ [الصف: ٢ ـ ٣].

وأول ما ينبغي الحرص عليه هذه الأسرة التي هي الظلال الوارفة التي يمكن أن ينعم فيها الفرد بحياة رغيدة وإلا كان الشقاء والتعاسة والضنك.

وقد حاولت جهدي أن آتي بالخلاصات غير المملة في عامة أحكام الزواج سالكاً منهجاً استقرائياً موضوعياً مقارناً ما أمكن خشية الإطالة، ولأنه كتاب جامعي دراسي لم أتوسع أو أسهب فيه، ولكنني في ذات اللحظة وضحت عامة الآراء والأقوال والأدلة ليستفيد الطالب من قراءة ما كتبت من المادة العلمية في ذلك، إضافة إلى القارئ والمطلع حتّى المتخصص، وذلك أنني شرحت المواد القانونية في قانون الأحوال الشخصية السوري مع تعديلاته، وبينت اجتهادات محكمة النقض في قراراتها معلقاً ومبيناً وشارحاً ومنسقاً ومرتباً ومرجحاً في أكثر الأحكام، ومناقشاً وذاكراً رأيي لما أراه من ضرورة في ذلك بحسب جهدي المتواضع وسع اطلاعي، سائلاً المولى عز وجل السداد والتوفيق، كما أنني رجعت إلى الكتب المعاصرة في الأحوال الشخصية لأستفيد منها تنظيمها، واتبعت ترتيب قانون الأحوال الشخصية السوري في الأعم والأغلب، مستعيناً قليلاً بكتاب الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في الترتيب والتبويب.

وأما المادة العلمية فقد رجعت في الجانب الفقهي فيها إلى المصادر الأمهات، محاولاً جهدي أن يكون ذلك في المذاهب الفقهية كلها حيث كانت علاقة وثيقة لذلك مقتصراً على المذاهب الأربعة حيث وقفت المذاهب الأخرى أحد المذاهب الأربعة، مبيناً وجهات نظر كلٍّ بحسب ما

ذهبوا هم بأنفسهم دون ما قاله مخالفوهم، ثم بينت بعد ذلك ما اهتديت إليه مما رأيته أكثر صواباً، ورجعت إلى كتب التفسير والحديث واللغة وغيرها، وأربط ذلك كله بما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلاته، مبيناً ما ذهب إليه القانون ومستنده في ذلك إلى أي المذاهب، وما حرص عليه المشرع.

كما رجعت إلى مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد وما نحا إليه في بعض المسائل رجعت إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني ورجعت إلى كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا ـ وهو من مصادر هذا القانون ـ كما سأبينه، ولم آل جهداً أن أرجع إلى المرشد في قانون الأحوال الشخصية، وإلى المذكرات التي وضحته، مع إمعاني النظر فيما يمكن أن تحتويه ألفاظ القانون من معاني من خلال علم الدلالات والألفاظ الأصولية.

ورجعت في تبيان الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلى بعض المصادر المتخصصة في ذلك، وهي:

١ ـ موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان ـ نبيل الصائغ.

٢ ـ أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ د.جميل الشرقاوي.

٣ ـ الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ـ د.أحمد سلامة.

٤ ـ أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ د.توفيق فرج.

وقد وضحت أحكام الأحوال الشخصية عند الأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت (الإنجيليين) مقتصراً على بيانها وتسهيلها لإعطاء كفاية للطالب فيها بمعرفته بتفصيلاتها اللازمة.

كما وأنني سأقدّم في الجزء الثاني من الكتاب مقدمة أخرى تتعلق به.

على الله توكلت فإن كنت مصيباً فبمحض النعمة من الله تعالى والتوفيق والسداد منه وبه تعالى.

وإن كنت مخطئاً فرحم الله امرأ أهدى إليَّ عيوبي.. راجياً الله منه أن يدعو لي بالتوفيق والحفظ، ومزيد الرقي في العلم، غاضاً الطرف عن زلاتي، مهدياً بها إلي .. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت، وإليه أنيب، وإلى الله ترجع الأمور وإليه المصير ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

تمهيد

تطور الأحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا

المطلب الأول: معنى الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: لمحة تاريخية في تدوين القوانين

المطلب الثالث: الأحوال الشخصية في مصر

المطلب الرابع: الأحوال الشخصية في العراق

المطلب الخامس: الأحوال الشخصية في سوريا

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

تمهيد

تطور الأحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا

المطلب الأول: معنى الأحوال الشخصية

هي الأمور التي تتعلق بالشخص ذاته بمعنى المركز القانوني للأشخاص، وهي المسائل التي يحكمها القانون الشخصي، مما يتعلق بأحكام الأسرة، وأول من نُقل استعماله لهذا المصطلح هو العلامة محمد قدري باشا في كتابه: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية

وقد حددت ذلك المادة ١٣ في نظام القضاء المصري رقم ١٤٧ عام ١٩٤٩ فقالت: «تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني، والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة، والغيبة واعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت»[1].

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٩/ ٦٤٨٧، الأحوال الشخصية: د. الصابوني: ١١ ـ ١٣، أحكام الأحوال الشخصية، توفيق فرج: ٢١ ـ ٢٢ الأحوال الشخصية: أحمد سلامة: ١٨ ـ ٢١. والدوطة ـ وتسمى الباتنة ـ: مبلغ من المال تدفعه الزوجة مساهمةً منها في أعباء الحياة الزوجية أو وليها، ويدخل فيه الجهاز عند السريان الأرثوذكس. الأحوال الشخصية: أحمد سلامة: ٦٣٤ ـ ٦٣٥.

ولم يعرّف قانون الأحوال الشخصية السوري الأحوال الشخصية..ولكن حدد الاختصاص القضائي للمحاكم الشرعية قانون أصول المحاكمات السوري في المادة ٥٣٦ : «تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وتشمل:

أ ـ الزواج، ب ـ انحلال الزواج، ج ـ المهر والجهاز، د ـ الحضانة والرضاع، هـ ـ النفقة بين الزوجين والأولاد والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه»[1].

(١) قانون أصول المحاكمات: ١٤٣.

المطلب الثاني: لمحة تاريخية في تدوين القوانين

إن أول محاولة لتقنين الفقه الإسلامي جرت على يد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز حيث أرسل إلى عمرو بن حزم «أن اكتب إلي بما ثبت عندك من الحديث عن رسول الله ﷺ فإني قد خشيت درس العلم وذهابه»[1].

وقد أرسل عبد الله بن المقفع إلى أبي جعفر المنصور رسالة الصحابة وفيها: «ومما ينظر أمير المؤمنين فيه اختلاف هذه الأحكام المتناقضة. . فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية. . فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم ننظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزماً لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً...»[2].

ولهذا طلب أبو جعفر من الإمام مالك أن يضع كتاباً، فأبى الإمام مالك ليترك الناس وأقوالهم واجتهاداتهم، ووضع الإمام مالك كتابه في الموطأ على نسق يمكن اعتماده في أمور الناس المختلفة[3].

وقام الملك محمد أورنك زيب (ت١٠٢٧هـ) حاكم الهند في عصره بجمع فقهاء الحنفية ليجمعوا كتاب الفتاوى الهندية مختارين من أقوال الحنفية قولاً واحداً في المسألة، هو قريب من كتب الفقه[4].

وأود الإشارة إلى أن مصطلح القانون قد استعمله العرب الأوائل كالماوردي (ت٤٥٠هـ) وابن الجوزي (ت ٥٩٧ هـ) والرازي (ت٦٠٦هـ) وابن تيمية (ت٧٢٨ هـ) وابن فرحون (ت٧٩٩ هـ) وابن خلدون (ت ٨٠٨هـ)

---

(١) سنن الدارمي: ١/ ١٣٣، رقم: ٤٩٣.

(٢) جمهرة رسائل العرب: ٣/ ٣٧ ـ ٣٨.

(٣) الزرقاني على الموطأ: ١/ ٧.

(٤) المدخل الفقهي العام: ١/ ١٩٠هامش١، حركة التقنين الوضعي: ٢ ـ ٥.

حتى كان عنوان كتاب في الفقه المالكي: القوانين الفقهية لابن جزي (ت٧٤١هـ)، وللماوردي كتاب بعنوان قوانين الوزارة وسياسة الملك، وللغزالي (ت٥٠٥هـ) كتاب بعنوان قانون التأويل، مما يدل على أن هذا المصطلح قد وجد عند المسلمين وعرفوه وإن لم يشع استعماله كثيراً[١].

وفي أواخر الدولة العثمانية نشأت ضرورة تقنين الفقه الإسلامي لينبثق القانون عن فكر الأمة وثقافتها وسيادتها فوجدت مجلة الأحكام العدلية عام (١٢٩٣هـ/ ١٨٧٦م) بعد سبع سنوات من العمل، وهي في القانون المدني والقضاء وأصول المحاكمات، وخلت من أحكام العبادات والأحوال الشخصية والعقوبات.

وكان للمجلة محاسنها في إيجاد مرجع قضائي تشريعي منبثق عن الفقه الحنفي، وقد حسمت النزاع حول عدم إعمال القوانين الغربية المتعلقة بموضوعات المجلة، ولكنها اقتصرت على المذهب الحنفي وكثرت فيها الأمثلة.. وكان الأولى عدم التزامها بمذهب فقهي واحد وخلوها من الأمثلة.. لأنها أمور واضحة لا ينبغي توضيحها فيها وإنما بشروحها وبمذكراتها الإيضاحية لها، وقد عدلت تعديلات طفيفة عديدة.

ولما انتهت الدولة العثمانية بظلم الاتحاد والترقي اليهود الخفيين فكان أول من ترك المجلة الأتراك، وبقيت مطبقة في لبنان إلى عام ١٩٤٧، وفي سوريا إلى ١٩٤٩، وفي العراق إلى ١٩٥٢، وفي الأردن إلى ١٩٧٦، وآخرهم الكويت إلى ١٩٩٠، ولكن بقيت المجلة مصدراً من المصادر يرجع إليه[٢].

وأما في الأحوال الشخصية فوضع قانون حقوق العائلة العثماني عام١٩١٧، وهو أول تقنين لأحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي، ولم يقتصر على المذهب الحنفي، وجاء فيه ما يخص المسيحيين واليهود.

---

(١) حركة التقنين: ٦.

(٢) حركة التقنين: ٤٢ ـ ٥٨.

وكان من جملة ما فيه مما خرج عن المذهب الحنفي:

عدم وقوع طلاق المكره، وهو رأي جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية، وعدم وقوع طلاق السكران، أخذاً بآراء عديدة في المذاهب عامة مخالفة للمعتمد في كل مذهب من وقوعه حالة الاعتداء بالسكر، وجواز التفريق للشقاق والضرر وهو رأي المالكية، وحق زوجة المفقود بطلب الطلاق بعد أربع سنوات، ومنع تزويج الصغار، أخذاً من رأي بعض الفقهاء، ومنع تزويج المجانين وهو رأي الشافعية.

ولهذا يعد قانون العائلة العثماني من مصادر قوانين الأحوال الشخصية عامة[1].

(١) التقنين الوضعي: ٦٢ ـ ٦٤.

المطلب الثالث: الأحوال الشخصية في مصر

أصدرت مصر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعد تأليف لجنة لهذا الغرض عام ١٩١٥ من كبار العلماء من المذاهب الأربعة، ونشرت مشروعها بين رجال القضاء والمحاماة، فثار الجدال والنقاش فنام هذا المشروع، ثم أحيي من جديد عام ١٩٢٠ مع تعديلات طفيفة، فكان فيه عدة نفقة الزوجية ديناً من وقت الامتناع، وأجاز التفريق للإعسار والعيب، وعد المفقود ميتاً بمضي أربع سنوات، ثم صدر قانون رقم ٥٦ عام ١٩٢٦ فحدد السن في دعوى الزوجية بـ ١٦للفتاة و١٨ للفتى وجعله سناً للزواج أو المصادقة على الزواج المنعقد قبل ذلك.

وأثيرت حول القانون مشاكل كثيرة فألفت لجنة عام ١٩٢٦، وخلاصة ما أوردته اللجنة:

تقييد رغبة الرجل في التعدد بإذن القاضي الشرعي مع القدرة على الإنفاق وحسن العشرة، وعدم وقوع طلاق المكره والسكران والمعلق المقصود به غير الطلاق، ووقوع الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة واحداً، ووقوع طلاق الكناية بالنية فقط، وتحديد الطلاق البائن بالمكمل للثلاث وبالطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص القانون على أنه بائن، إذ الأصل في الطلاق كونه رجعياً، وقبول العقد لشروط الزوجة ذات المنفعة لها مما لا ينافي مقاصد العقد، ومنحها حق الفسخ عند المخالفة لشرطها، والتفريق بائناً لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة، والتفريق للغيبة بعد سنة، وعدم سماع دعوى النسب عند ثبوت عدم التلاقي بين الزوجين من حين العقد، وتقدير النفقة بحسب حال الزوج، وإذن القاضي بحضانة الصغير بعد سبع إلى تسع والصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة.

وقامت ضجة شديدة ونقاشات كبيرة أصبح بها هذا المشروع على الرفوف إلى صدور مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقتصراً على المذاهب الأربعة، وترك منه تقييد تعدد الزوجات، وترك إلزام شرط الزوجة لما قد يؤدي إليه من فضح أمور الزوجية والعبث بها.

وألغى القانون رقم ٤٦٢ عام ١٩٥٥ المحاكم الشرعية والملية، ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم العادية، وأوجب عليها في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين والمُتَّحِدِيّ الطائفة تطبيق شرائعهم الخاصة في نطاق النظام العام، وفي حال الاختلاف تطبق أحكام الشريعة[1].

(١) الأحوال الشخصية: أبو زهرة: ١٢ ـ ١٨، موسوعة الأحوال الشخصية: ٢٧.

المطلب الرابع: الأحوال الشخصية في العراق

صدر في العراق قانون للأحوال الشخصية برقم /١٨٨/ ١٩٥٩ ثم عدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ الذي رجع بالميراث إلى أحكام الشرع الإسلامي. ويتألف هذا القانون من /٩٤/ مادة وهو يطبق على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص، وهم المسيحيون والموسويون، وهو «قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية» رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧.

وجاء في المادة /٢٠/ منه:

«فيما عدا الطوائف التي تنشأ لها محاكم ومجالس وفقاً لنصوص هذا القانون، تبقى المحاكم المدنية مختصة بالنظر في دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالمنتمين إلى سائر الطوائف غير الإسلامية وفقاً للأحكام المقررة في بيان المحاكم».

ويوجد قانون آخر خاص بطائفة الأرمن الأرثوذكس هو القانون رقم /٧٠/ لسنة ١٩٣١ الذي عدل بالقانونين: رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٤ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٦٠.

ويوجد قانون آخر هو قانون الطائفة الإسرائيلية رقم /٧٧/ لسنة ١٩٣١ وهو خاص بتنظيم المجلس الجسماني.

وفي سنة ١٩٤٩، صدر بيان الأحكام الفقهية للموسويين، وفي سنة ١٩٥٠ صدر بيان الأحكام الفقهية للسريان الأرثوذكس.

ثم صدر بيان بإلغاء المحاكم الموسوية في الموصل، وهو برقم /١٥٥/ لعام ١٩٥١، وفي نفس السنة، صدر منشور بإناطة الدعاوى الموسوية بالمحاكم العادية.

وأما الدعاوى الأخرى كالوصية والإرث التي لم يرد فيها نص خاص فللمحكمة الشخصية أن تطبق في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الخامس: الأحوال الشخصية في سوريا

إن المذكرة الإيضاحية للمرسوم التشريعي رقم ٥٩ لعام ١٩٥٣ تبين مسوغات القانون ومصادره ومزاياه، وهي توضح أن اعتماد مذهب الحنفية فقط ضيّق من دائرة التشريع مما اضطر إلى الأخذ بالمذاهب الباقية، كما أن لاختلاف الأعراف أثراً في الأحكام الشرعية مما يستدعي تغير بعض الأحكام، وقد خضعت لهذه التجارب مصر وخرجت بعدة قوانين، وكذلك في سوريا حيث ألفت وزارة العدل لجنة من القضاء الشرعي وكلية الحقوق لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والمواريث.

وكانت مصادر هذا القانون:

١ ـ قانون حق العائلة والذي كان معمولاً به.

٢ ـ القوانين المصرية وفق ما ترتئيه المصلحة.

٣ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.

٤ ـ ما ترى اللجنة ضرورة الأخذ به من غير مذهب الحنفية مما لا ينافي الأحكام الشرعية.

٥ ـ مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ علي الطنطاوي.

وأما التعديلات التي تمت على قانون حق العائلة وقدري باشا فمنها ما يأتي:

أولاً: في الزواج:

١ ـ إعمال كتابة الأخرس عند قدرته عليها مقدماً للكتابة على الإشارة وهو قول للحنفية.

٢ ـ مراعاة شروط الزوجة وفق مذهب الحنابلة.

٣ ـ تعديل سن أهلية الزواج لحفظ المصلحة.

٤ ـ السلطة التقديرية للقاضي في فرق السن بين الزوجين.

٥ ـ اشتراط القدرة على النفقة لإباحة تعدد الزوجات.

٦ ـ عدم تحديد أقل المهر، وتبعية النفقة لحال الزوج من مذهب الشافعية .

٧ ـ تقدير النفقة للقاضي وإسلاف الزوجة النفقة حفظاً للمصلحة.

ثانياً: في الطلاق:

أكدت المذكرة على أهمية مراعاة شرعية الطلاق في كونه حلاً وعلاجاً لا انتقاماً وتشفياً وتهديداً مما يتنافى مع استقرار الحياة الزوجية ومقاصد الشرع فيها، ومن السياسة الشرعية إيجاد حلول للمتهورين من الأزواج في استخدامهم الطلاق لسلعهم وأمزجتهم، وذلك فتحاً لباب الرحمة من الشريعة نفسها أخذاً بأصل مشروعية الطلاق مما فيه جلب المصلحة ودرء المفسدة.

وفيه من التعديلات:

١ ـ عدم وقوع طلاق المدهوش من مذهب الحنفية.

٢ـ جعل الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة واحداً من مذهب ابن تيمية .

٣ ـ عدم وقوع الطلاق غير المنجز إلا بالنية وبهذا أخذ بإلغاء اليمين بالطلاق وإلغاء الطلاق المعلق الذي يقصد به غير الطلاق من حث على فعل أو اجتنابه آخذاً برأي ابن تيمية وابن حزم.

٤ ـ يعد كل طلاق رجعياً إلا الطلاق على مال والمتمم للثلاث، وهو مذهب مالك والشافعي.

٥ ـ غيبة الزوج عن زوجته عذر يبيح فسخ العقد من مذهب الإمام مالك.

٦ ـ التفريق لعدم الإنفاق من مذهب الشافعية والحنابلة.

٧ ـ التعويض في الطلاق التعسفي للمرأة المتضررة منه.

ثالثاً: في النسب:

بنى أقصى مدة الحمل على استقراء أقوال الأطباء الشرعيين في أنها سنة شمسية احتياطاً لا تزيد عنها، وهو رأي للمالكية.

رابعاً: في النفقة:

نفقة الأقارب بحسب قاعدة (الغُرْم بالغُنم) من مذهب أحمد فالنفقة بالإرث.

خامساً في الأهلية:

انبثق القانون عن القانون المصري المنبثق عن الفقه الإسلامي وفق قواعد الاستصلاح.

سادساً: في الوصية:

١ ـ تنفيذ قسمة أعيان التركة بين الورثة من مذهب بعض الشافعية والحنابلة.

٢ ـ صحة الوصية للمعدوم من مذهب مالك.

٣ ـ القول بالوصية الواجبة أخذاً من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] وأخذاً من قول ابن حزم بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين.

سابعاً في الإرث:

١ ـ أعمل في المسألة المشتركة مذهب مالك والشافعي.

٢ ـ أخذ بمذهب زيد وابن مسعود في ميراث الجد والإخوة.

٣ ـ الرد على أحد الزوجين أخذاً من مذهب سيدنا عثمان رضي الله عنه.

٤ ـ توريث الحمل بولادة أكثره أخذاً بخلاف الحنفية.

وفي ختام هذا المشروع نصوص استثنت الأحكام الخاصة بالطوائف الدرزية والمسيحية واليهودية مراعاة بما لدى كل طائفة[1].

القانون رقم ٣٤ الصادر بتاريخ ٢٨/ ١٢/ ١٣٩٥هـ و٣١/ ١٢/ ١٩٧٥ المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية.

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري: ١٠ ـ ١٦.

إن تنظيم روابط الأسرة هو غاية الشريعة الإسلامية بما يحقق مقاصد الشريعة ومصالحها بما يسهم في تطور حياة المواطنين.

مع الاهتمام بشأن أولاد الشهداء والمفقودين، وعدلت المواد المتعلقة بالتعدد م١٧، وبإجراءات تثبيت الزواج. م٤٥، وبالمهر م٥٤ ـ ٥٧ ـ ٦٠، وبالنفقة م٧٣ ـ ٧٦ ـ ٨١ ـ ١١٧ ـ ١٦١، وبكتابة طلاق الأخرس ولفظه، والتفويض بالطلاق م٨٧، وبمعاملة الطلاق م٨٨، وببدل الخلع م١٠٢، وبالضرر والمشاقة م١١٢ ـ ١١٤ ـ ١١٥، وبالحضانة م١٣٩ ـ ١٤٢ ـ ١٤٦ ـ ١٤٧ ـ ١٧٠، وبالسفر بالمحضون والإراءة م١٤٨، وبالرضاع م١٥٢، وبالولاية على مال القاصر للحاضنة م١٧٣، وبالوصاية م١٧٦، وبعقار القاصر م١٨٢، وبمدير الأيتام م١٩١، وبالمفقود م٢٠٥.

القسم الأول

الزواج وآثاره

الباب الأول

الخِطْبةُ عند المسلمين وغيرهم

الفصل الأول: الخطبة عند المسلمين وآثارها.

الفصل الثاني: الخطبة عند غير المسلمين وآثارها.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول
الخطبة عند المسلمين

المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها.

المبحث الثاني: أحكام النظر إلى المخطوبة.

المبحث الثالث: ألفاظ الخطبة.

المبحث الرابع: شروط الخطبة.

المبحث الخامس: حالات الخطبة وأحكامها.

المبحث السادس: المهر والهدايا في الخطبة

المبحث السابع: تكييف الخطبة وفسخها وأثر العدول عنها والتعويض عن فسخ الخطبة.

المبحث الثامن: أحكام الخطبة في قانون الأحوال الشخصية السوري.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول

الخطبة عند المسلمين

المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها

تعريف الخطبة لغة: خطب يخطُب خَطْباً وخِطبة، والخطيب والخاطب، والخِطب: الذي يخطب المرأة، والمرأة المخطوبة.

والخُطبة: من خطب على المنبر، خَطابة وخُطبة، الكلام الفصيح لإقناع الناس[1].

اصطلاحاً: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة، أوهي طلب الرجل التزوج من امرأة تحل له شرعاً، وقد يكون ذلك مباشرة بنفسه أو من وليه أو من أهله[2].

حكم الخطبة ومشروعيتها: تعتبر الخطبة من الأمور الجائزة المشروعة المستحبة، وذهب آخرون إلى أن حكمها كالنكاح؛ إذ للوسائل حكم المقاصد، وقد دل على ذلك أدلة كثيرة فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وذلك بعد قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وجه الاستدلال: جواز التعريض بخطبة معتدة الوفاة وهي في العدة، ومن باب أولى جواز الخطبة تصريحاً لغيرها ممن لا مانع من خطبتها كالعدة[3].

---

(١) القاموس المحيط: ٧٦، لسان العرب: ٥/ ٩٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٢، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥، الشرح الصغير: ١/ ٣٧٦، وفي المغني: ٧/ ٥٢٠: خطبة الرجل المرأة لينكحها.ور: روح المعاني للآلوسي: ٢/ ١٥٠.

(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٢٤، الآلوسي: روح المعاني: ٢/ ١٥٠، ابن الجوزي: زاد المسير: ١٠/ ٢٧٦، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥، بلغة السالك: ١/ ٣٧٦.

ومن السنة: ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خِطْبةِ أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[1].

ووجه الاستدلال: حرمة خطبة الفتاة التي خطبت من آخر ورضيت به إلا إذا أذن له ـ للثاني ـ بخطبتها أو أنه ترك خطبتها[2]، مما يدل مشروعية الخطبة إذ اعتبرت خطبة الأول أمراً مصوناً لا يجوز الاعتداء عليه.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي ﷺ، فأتاه رجل فأخبره: أنه تزوج امرأة من الأنصار. فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها». قال: لا. قال: «فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً»[3].

ومن الإجماع: أجمعت الأمة المسلمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على اعتبار الزواج أمراً لازماً بل فيه عبادة، إذ فيه بقاء النوع الإنساني، وإلا لا نقرض الإنسان[4].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ٣/ ١٨٤٩، رقم: ٤٨٤٨، واللفظ له. ومسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يدع، ٣/ ١٤٣٩، رقم: ١٤١٢.

(٢) ابن حجر: فتح الباري: ٩/ ٢٥٠، عمدة القاري: ٢٠/ ١٣٢.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، ٣/ ١٤٤٨، رقم: ١٤٢٤

(٤) رَ: ابن المنذر: الإجماع: ٧٦وما بعدها.

المبحث الثاني:
أحكام النظر إلى المخطوبة

النظر إلى المخطوبة ومقداره: إذا أراد خطبة امرأة فيستحب له أن ينظر إلى وجهها وكفيها لحديث الرسول ﷺ للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه، وقد خطب امرأة: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[1].

ووجه الاستدلال:

أن النظر إلى المرأة قبل العقد لمعرفة مصلحة الزوجين في الإقدام على هذا العقد أو لا، وكما جاء الحديث معللاً بـ «أحرى أن يؤدم»، أي أجدر وأقرب إلى حسن العشرة ودوام الألفة والاتفاق، وإقامة السُّنَّة لا قضاء الشهوة[2]، أي يطيب به لأن الطعام يطيب بالإدام، أو يدوم فقدم الواو على الدال[3]، ويقال: أدم الله بينهما، أي: أصلح وألف[4].

رضا المخطوبة بالنظر:

مذهب جماهير العلماء عدم اشتراط رضاها، أو تقدم إعلامها دون نظره إلى ما عدا الوجه والكفين، وذلك لئلا يغرر بها بإعلامها؛ فربما رآها فلم تعجبه فتنكسر وتتأذى، ولئلا تتزين فتريه غير مافيها، ولهذا استحب نظره إليها قبل خطبتها إن علم أنه يجاب إلى طلبه، فإذا كرهها تركها دون إيذاء، بخلاف تركها بعد الخطبة، وإلا أرسل امرأة يثق بها قبل الخطبة تنظر إليها وتخبره عنها[5].

---

(١) أخرجه الترمذي وحسنه: ٣/ ٣٩٧، رقم: ١٠٨٧. ور: إتحاف الألمعي باختصار وشرح سنن الترمذي لوالدي العلامة التقي الأستاذ الدكتور مصطفى البغا ـ حفظه الله تعالى ـ : ١٤٢.

(٢) ابن حجر: فتح الباري: ٩/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨.

(٤) مختار الصحاح: ١٥.

(٥) شرح النووي: ٣/ ١٤٤٨، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٢ و٢٣٧، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ١٦٢.

وذهب المالكية إلى كراهة استغفالها في النظر حتى لا يجرؤ أهل الفساد للنظر إلى النساء مدعين الخطبة، وهذا مع علمه أنه يجاب في خطبتها أو جهل الحال مع خلوها عن النكاح والخطبة، فإذا علم أنه لا يجاب حرم نظره إن وجدت الفتنة، وإلا كره، لأن النظر في معرض الزواج مظنة قصد اللذة به[1].

ويشترط عزمه حقاً على خطبتها لقوله ﷺ: «إذا ألقي في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها»[2].

وإن لم يتيسر له النظر إليها بعث امرأة تتأملها وتصفها له، ويستفيد الباعث بما يمكن أن يبينه له المبعوث بما يزيد على نظره فيما نظر بنفسه، وقد صح أن رسول الله ﷺ بعث أم سليم إلى امرأة وقال: «شمي عوارضها وانظري إلى عرقوبيها»[3].

ويستحب نظر المرأة إلى الرجل فيما عدا ما بين السرة والركبة كذلك، فإنهن يعجبهن من الرجال ما يعجب الرجال منهن، ويمكن وصف الرجل لها. . وكل ما مر يكون لهما، لأن المقصود إقامة السنة وهو لهما لا له فقط، فاستويا علة وحكماً[4].

ولا شك أن المس أبلغ من النظر في اللذة وإثارة الشهوة فلا يجوز ولا حاجة له.

وإذا لم يعجب أحدهما الآخر سكت ولم يقل شيئاً، لأن القول إيذاء ولا يجوز[5].

---

(١) بلغة السالك مع الشرح الصغير: ١/ ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ١/ ٥٩٩ رقم: ١٨٦٤وابن حبان في النكاح ٩/ ٣٥٠، رقم: ٤٠٤٢، والحاكم في المستدرك: ٣/ ٤٩٣ .

(٣) أخرجه ابو داود في المراسيل، باب: النظر عند التزويج: ١٨٦، رقم: ٢١٦.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣٧.

(٥) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨و١٣٢، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣٧.

حكم النظر: إذا كان النظر جائزاً لمن علم جواز خطبتها وغلب على ظنه إجابته فما هو حكمه، هل الوجوب أم الاستحباب أم الجواز؟.

ذهب جماهير العلماء إلى استحبابه أخذاً بظاهر الحديث، وقد أجمعت الأمة على جوازه وجواز ما يشبهه مما فيه حاجة كالشهادة . .[1].

وذهب بعض العلماء إلى إباحته ـ وهو المذهب عند الحنابلة ـ للحديث «انظر» ولأن الأمر بعد الحظر للإباحة [2].

ويحرم نظره بشهوة عند الجمهور، ويجوز مع الشهوة عند الشافعية، وقيده ابن عابدين بما إذا علم أنه يجاب في طلبه تزوجها[3]، وهو ما أراه راجحاً، إذ لا حاجة للنظر إذا غلب على ظنه عدم الإجابة.

وهذا مما يؤكد حرمة المس ولو أمن الشهوة، لأن المس أغلظ من النظر[4].

مقدار النظر: إذا جاز النظر، فإلى أي شيء ينظر؟.

يباح له النظر إلى وجهها وكفيها، ولا يزيد على ذلك، إذ يستدل بالوجه على الجمال، وبالكفين على هيئة البدن وخصوبته، وهو رأي جماهير العلماء، وذهب آخرون إلى غير ذلك، فنقل جواز النظر إلى قدميها عن أبي حنيفة، وإلى ذراعيها عن أبي يوسف، والراجح عنهما ماسبق، وذهب الأوزاعي إلى نظره إلى مواضع اللحم، دون العورة، وفي رواية عن أحمد ما يظهر منها غالباً، وغير ذلك مما لا دليل له أصلاً[5].

---

(١) النووي: شرح صحيح مسلم (المنهاج): ٣/ ١٤٤٨، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣٧، بلغة السالك: ١/ ٣٧٦.

(٢) كشاف القناع: ٥/ ١٠.

(٣) رد المحتار: ٥/ ٢٣٧، بلغة السالك: ١/ ٣٧٦، مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨، المغني: ١/ ٤٥٣.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٢و٥/ ٢٣٧.

(٥) النووي: المنهاج شرح الجامع الصحيح: ٣/ ١٤٤٨، ابن حجر: فتح الباري: ٩/ ١٨٢، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣، بلغة السالك: ١/ ٣٧٦.الهداية: ٤/ ٤١٨.

استدل الجمهور:

بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[النور: ٣١] وذلك لأن الوجه والكفين هما مواضع ظهور الزينة، فالوجه يستدل به على الجمال، والكفان على خصوبة البدن[١].

كما أن له أن يرسل من ينظرها له ويصفها له، ولو تجاوز الوصف الوجه والكفين[٢].

وإذا كان النظر محدداً، فالخلوة بالمخطوبة لا تجوز إلا إذا كان معها محرم لها[٣].

وإن المعاملة الحاصلة أثناء الخطبة لا تحقق الغرض المقصود، لإظهار كلٍّ خلاف حقيقته، وقد يستجيب الخاطب لغريزته، وقد تنفسخ الخطوبة، ويلحق الضرر المخطوبة[٤].

تكرار النظر:

يجوز تكرار النظر ويمكن أن يضبط ذلك بمدى الحاجة إليه، أو بثلاث مرات، وذلك ليتبين هيئتها فلا يداخله الندم؛ إذ ربما لا يحصل غرضه بأول نظرة[٥].

وقد ورد في حديث عائشة رضي الله عنها: «أُريتُك في المنام ثلاث ليال»[٦]. والأولى ضبطه بالحاجة والضرورة إذ أبيح لأجل ذلك فيتقيد به[٧].

---

(١) مغني المحتاج: ١/ ١٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣٧.

(٣) شرح الأحكام الشرعية: ١/ ٨.

(٤) ر: الفقه الإسلامي وأدلته: ٩/ ٦٥٠٨.

(٥) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨.

(٦) أخرجه مسلم: في فضائل الصحابة، باب: في فضل عائشة رضي الله عنها، ٥/ ٢٤٢٠، رقم ٢٤٣٨.

(٧) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٧٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٢٨ و١٣٤.

السؤال عن الخاطب والمخطوبة[1]:

يستشار في معرفة الخاطب والمخطوبة، فيجوز له ذكر عيوبه لكن بصدق ويقين دون افتراء وظنة وتهمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (ذُكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال لي: «يا ابن عباس لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس» وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس)[2]. بذلاً للنصيحة لا للإيذاء، كما فعل رسول الله ﷺ مع فاطمة بنت قيس، حيث ذكر لها وصف كل خاطب لها، حين قالت: (إن معاوية بن أبي سفيان وأبا جَهمٌ خطباني، فقال رسول الله ﷺ: «أما معاوية فرجل لا مال له، وأما أبو جهم فرجل شديد على النساء»، قالت: (فخطبني أسامة بن زيد رضي الله عنه فتزوجني، فبارك الله لي في أسامة)[3].

ووجه الاستدلال: جواز ذكر ما في الخاطب من الأوصاف نصيحةً وتنبيهاً[4]، وعليه فلا يذكر ما كان يعلمه إذا لم يستشر وإلا كان مستغيباً والغيبة كبيرة من الكبائر.

ولا يذكر المساوئ والعيوب إلا عند الحاجة الحقيقية، وإلا بأن كان يندفع بغير ذكر المساوئ، كأن يقول له: لا يناسبك ولا يصلح، فلا يجوز ذكر العيوب وحرُم عليه ذكر ذلك.. وإن كانت الغيبة تجوز في مواضع، ولكن تمتنع دون حاجة ماسة، كما تمتنع غيبة العالم لأنه يُقتدى به، ويمتنع غيبة الذمي لئلا ينفر، بخلاف المحارب فيجوز.

ولو استشير في حق نفسه فيجب ذكر ما فيه من العيوب إن كانت تثبت

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٧ .

(٢) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. المستدرك كتاب الأحكام: ٤/ ١١٠، رقم: ٧٠٤٥.

(٣) أخرجه الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، رقم: ١١٣٥، واللفظ له.

(٤) المنهاج شرح الجامع الصحيح (شرح النووي): ٣/ ١٥٢٨ ـ ١٥٢٩

للزوجة الخيار، وأما العيوب المقللة للرغبة فيه فيستحب ذكرها من سوء الخلق والبخل، ورجح الشربيني عن شيخه الإجمال بقوله: لا أصلح لكم.

وأما المعاصي فينبغي ستر نفسه وتوبته في الحال.

الخُطبة في الخِطبة: يسن تقديم خُطبة بين يدي الخطبة الجائزة تصريحاً مبتدأة بالحمد لله تعالى والصلاة على رسول الله ﷺ مختتمة بالوصية والدعاء، ويقوم بها الخاطب أو نائبه ويطلب يد كريمتهم ثم يخطب الولي مجيباً بنحو ذلك.

ويستحب خُطبة أخرى قبل العقد وهي آكد من الأولى.

ويستحب للولي خِطبة أهل الصلاح: كما فعل شعيب بموسى عليهما الصلاة والسلام، وسيدنا عمر بعرضه حفصة على عثمان ثم على أبي بكر وسكوتهما رضي الله عنهم لعلمهما بطلبها من رسول الله ﷺ.

كما يستحب حسن اختيار المخطوبة: لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»[1]. أي: نلت الفوز في الحياة الدنيا والآخرة. وقد سئل رسول الله ﷺ أي النساء خير؟ قال: «التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه فيما يكره في نفسها وماله»[2].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين: ٣/ ١٨٣٢، رقم: ٤٨٠٢، ومسلم في الرضاع: باب: استحباب نكاح ذات الدين: ٣/ ١٤٩٩، رقم: ١٤٦٦.

(٢) رواه الإمام أحمد في المسند ٧/ ٢٢٤، رقم: ٧٤١٥.

المبحث الثالث:

ألفـاظ الخطبة

يمكن أن تكون الخطبة تصريحاً وتعريضاً، وألفاظ التصريح هي: الألفاظ الدالة على إرادة النكاح غير المحتملة لمعنى آخر غير عقد النكاح مما يقطع بالرغبة فيه، ولا يتعين لها ألفاظ مخصوصة[1].

وأما التعريض فهي الألفاظ المحتملة للرغبة في النكاح وعدمها.

ولا يدخل الزوج المطلق صاحب العدة، إذ يجوز له التصريح والتعريض، وأما غيره: فقد ذهب عامة الفقهاء بالإجماع إلى حرمة خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت بائناً أو رجعياً من طلاق أو موت ومن فسخ أو انفساخ ومن شبهة أو غيرها ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] إذ تدل الآية على جواز التعريض وهو دون التصريح مما يدل بالمفهوم المخالف على حرمة التصريح.

وأما التعريض: كقوله: من يجد مثلك، ورب راغب فيك، ولست بمرغوب عنك..

وقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة فقال: «لقد علمت أني رسول الله وخيرته وموضعي من قومي»[2].

فقد اتفق الفقهاء على حرمة التعريض للرجعية وذلك لكونها زوجة. وفيها معنى الزوجية، وقد تود الانتقام فتكذب في انقضاء العدة.

واتفق الفقهاء على جواز التعريض ـ مع تمييزهم بين التعريض والتصريح ـ لمعتدة الوفاة.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٢.

(٢) أخرجه الدار قطني في كتاب النكاح: ٣/ ٢٢٤، رقم: ١٨.

وأما البائن بينونة كبرى فقد ذهب الحنفية إلى حرمة التعريض مطلقاً لأن النكاح قائم من وجه لبقاء العدة، والثابت من وجه كالثابت من كل وجه.

وذهب الجمهور وهو الأظهر عند الشافعية إلى جواز التعريض لكل بائن دون التصريح، وكذلك يجوز للبائن أن تعرض بالجواب دون التصريح.

وفي قول آخر يمنع من التعريض في البائن بينونة صغرى دون الكبرى[1].

وذهب المالكية إلى أنه إن خطب معتدة وعقد عليها في العدة وكان الدخول بعد العدة أو حصلت مقدمات الدخول في العدة فرق بينهما على التأبيد[2].

وحكم جواب المرأة في التصريح والتعريض حكم الخطبة.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢١٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦، كشاف القناع: ٥/ ١٨، شرح الأحكام الشرعية: ١/ ٦، المغني: ٧/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٢١٧ ـ ٢١٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦.

المبحث الرابع:

شـــروط الخطبة

١ ـ الخلو عن النكاح والعدة فيحرم خطبة المنكوحة «المتزوجة»والمعتدة من الغير إلا المعتدة من وطء الشبهة فيجوز خطبتها ممن له العدة أثناءها، لكن لو كانت الموطوءة بشبهة قبل وطئها مطلقة بائناً أو رجعياً ثم وطئت بشبهة في العدة وحملت فلا يحل لواطئها أن يخطبها إذ لا يجوز له العقد حينئذ لانشغالها بعدة الأول، كما أنه تقدم عدة الحمل[١].

ولا شك أن الخطبة المحرمة ليس لها اعتبار كما لو خطب صريحاً في عدة الغير.

٢ ـ جواز نكاح المخطوبة: بمعنى أن لا يوجد مانع من موانع الزواج بأن تكون من المحارم المؤبدة أو المؤقتة كما لايحل له خطبة المطلقة ثلاثاً منه ولا يحل خطبة الخامسة إذا كان تحته أربع، ويحرم خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجته كأخت زوجته. . كما يحرم خطبة السفيه للثانية[٢].

٣ ـ الخلو عن الخطبة: تحرم الخطبة على خطبة الخاطب إلا بإذنه ورضاه دون تركه حياءً ونحوه لحديث رسول الله ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[٣].

وذلك لما في خطبة الثاني من إيذاء وقطيعة ولو غيرَ مسلم، وخطبا

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥.

(٣) سبق تخريجه في ص٢٩.

كتابيةً، وسمي أخاً تنبيهاً لقوة الامتثال، وذهب المالكية إلى أن الخاطب الفاسق لا تحترم خطبته، فيجوز تجاوزه والخطبة على خطبته.

والإعراض وطول الزمان من المجيب يعد إعراضاً يتيح للثاني الخطبة[1].

وهذا النهي للتحريم لا للبطلان بالإجماع[2]، وذلك وفقاً للحالات التالية:

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦.

(٢) عمدة القاري: ٢٠/ ١٣٢، فتح الباري: ٩/ ٢٥١.

المبحث الخامس:
حالات الخطبة وأحكامها

أ ـ أن تتم الخطبة للأول وتكون جائزة صحيحة فتكون من الثاني محرمة، وتكون جائزة إذا تمت شروطها الخاصة في الخطبة إضافة إلى الشرطين العامين الأولين: الخلو عن النكاح والعدة وجواز نكاح المخطوبة، وسواء كان مسلماً أو لا.

وهذه الشروط هي:

١ ـ إجابة المرأة ووليها: وذلك بإجابة المرأة إن اعتبر إذنها، أو إجابة الولي وحده إن كان الإذن له، أو بإجابتهما معاً إذا كان الخاطب غير كفء.

٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ العلم بالخطبة والعلم بالإجابة والعلم بحرمة الخطبة على الخطبة.

٥ ـ أن تكون الإجابة بالصريح مع ركون المرأة إلى الخاطب، وأدخل الحنابلة إجابتها بالتعريض.

٦ ـ ٧ ـ عدم إعراض الخاطب الأول وأن تكون خطبته جائزة.

٨ ـ وتفرد المالكية أنه إن كان فاسقاً فلا حرمة لخطبته إن كان الثاني عفيفاً صالحاً أو مجهول الحال[1].

عقد الثاني بعد خطبة الأول:

إذا تمت خطبة الأول ثم خطب الثاني وعقد عليها فهل يصح هذا العقد؟

ذهب الجمهور إلى صحة عقد الثاني رغم ارتكابه للمحرم، لأن المنهي عنه هو الخطبة، والنهي عنها لا يبطل النكاح ولا يوجب فسخه، لأنها ليست شرطاً في صحته.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥ ـ ١٣٦.

وذهب المالكية إلى فسخ النكاح قبل البناء أخذاً بأن النهي للتحريم والبطلان، ولو لم يطلب الأول الفسخ، أو لم يعلم الثاني بخطبة الأول، فإن دخل الثاني مضى النكاح ولم يفسخ[1].

ب ـ أن يرفض أهل المخطوبة الخاطب الأول أو يأذن للثاني[2].

وهنا يجوز للخاطب الثاني أن يخطبها مع ترك الأول أو إذنه أو رفضه منها ومن وليها وحالة إذنه لابد من كونه راضياً لا عن حياء وخوف وما أشبهه لقوله ﷺ: «حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[3].

جـ ـ أن يسكت أهل المخطوبة عن التصريح بالرد أو الإجابة، فإن كان السكوت يحتمل الرضا بأن كان فيه ما يشعر بالرضا ولكن الساكت غير بكر لم تحرم خطبة الثاني عند الحنفية وفي الأظهر عند الشافعية وذلك لأن السكوت لا يبطل شيئاً أي حق الآخرين، وطول الزمان من المجيب ممكن عده إعراضاً. ودليل ذلك: أن فاطمة بنت قيس خطبت فقالت للنبي ﷺ: «أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ: «أما معاوية فرجل لا مال له، وأما أبو جهم فرجل شديد على النساء» قالت: فخطبني أسامة بن زيد»[4].

ووجه الاستدلال: جواز خطبة الثاني لأنها لم تكن قد أجابت واحداً منهما، ولهذا خطبها النبي ﷺ لأسامة رضي الله عنهم جميعاً، وكذلك تجوز خطبة الثاني، لاحتمال خطبتهما معاً، أو مع عدم علم الثاني بخطبة

---

(١) فتح الباري: ٩/ ٢٥٠، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢١٧، المغني: ٧/ ٥٢٠ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥ ـ ١٣٦.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦، فتح الباري: ٩/ ٢٥١، المغني: ٧/ ٥٢٠وما بعدها، والحديث سبق تخريجه ص٥٢.

(٤) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها: ٣/ ١٥٢٦ رقم: ١٤٨٠، وأخرجه الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، رقم: ١١٣٥، واللفظ له.

الأول، وعدم العلم بركون المرأة إليه، إذ لم تخبر فاطمة النبي ﷺ بركونها إلى أحدهما[1].

وكذلك لا تجوز خطبة المرأة على المرأة إذا كان الرجل من أهل الفضل والعلم واستحب خطبته وعدم الجواز إذا كان يعلم أنه لا يريد التزوج إلا بواحدة وقد تزوج، أو قبل وأجاب وكان بها يكمل العدد الشرعي فلا تجوز خطبته بعد ذلك[2].

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٧، عمدة القاري: ٢٠/ ١٣٢.

المبحث السادس: المهر والهدايا في الخطبة وفي عقد الزواج[1]

إن المهر يلزم في عقد الزواج لا الخطبة، ولهذا لو دفع مالاً على أنه مهر لها فلم يتم العقد استرده الزوج بعينه أو بقيمته إن كان متلفاً، وهو بالاتفاق.

وأما الهدايا: فإذا أهدى إليها وأراد أن لا يتم العقد، فإن له استرداد الهدايا القائمة غير المستهلكة قضاء أو مراضاة، وجواز الاسترداد لغلبة الظن أن الهدايا لإتمام الخطبة بالعقد، ولم تتم، وكذلك إذا مات أحدهما فللآخر الرجوع، بينما الاستهلاك يمنع الرجوع بالهبة، وكذلك ما كان من موانع الرجوع بالهبة، من تغير العين المهداة بخياطة. . وما أشبهه، وهو مذهب الحنفية والشافعية.

وفرق المالكية والحنابلة بين الرجوع من جهتها فله الرجوع في الأوجه عندهم إلا لعرف أو شرط، وأما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع بالهدية مطلقاً، فإذا مات أحدهما فلا رجوع بالهبة.

وذهب بعض الشافعية إلى جواز الرجوع بما أنفقه الخاطب على المخطوبة لأن قصده التزوج بها ولم يحصل، دون التعرض للهبة، وسواء كان الإعراض منهما أو من أحدهما، بل وله الرجوع بعد العقد وقبل الدخول أو بموته قبل الدخول، بخلاف ما لو ماتت هي فلا رجوع[2].

فإذا تم العقد فإن حكم الهبة على التفصيل الآتي[3]:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لو أهدى لزوجته شيئاً ـ لا مخطوبته ـ فطلقها بعد العقد فلا يرجع عليها بما أهداه إذا كانت الهدية مطلقة إلا إذا

---

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٣٦٤ ـ ٣٦٥، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٩، إعانة الطالبين: ٣/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦ور منه: ١٤٤، الإنصاف في مسائل الخلاف: ٨/ ٢٩٦، منار السبيل: ١/ ١٩٨، شرح الأحكام الشرعية: ١/ ١٦٨ ـ ١٧٠.

(٢) حاشية الجمل: ٤/ ١٢٩.

(٣) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٣٦٣ ـ ٣٦٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٣١٩ ٣٢٠ ، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٤، روضة الطالبين: ٥/ ٣٧٨ و٣٨٥، إعانة الطالبين: ٣/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦، كشاف القناع: ٥/ ١٥٣ .

قيدها بالإثابة فيرجع. فلو بعث إلى زوجته شيئاً ـ من النقود أو العروض أو الطعام ـ ولم يحدد قصده في دفعه، ثم ادّعى أنه من المهر، وادّعت أنه هدية، كان مهراً بيمينه والبينة عليها وهو مذهب الحنفية والشافعية؛ لأنه المُمَلّك ولا شيء يخالف دعواه، ويكون القول له في القائم وتطلب منه مهرها ونفقتها، وأما الهالك فالقول لها فيه، لأن الظاهر يصدقها فيه، ولئلا يضيع حقها في النفقة الواجبة عليه، والنفقة تسقط بمضي المدة، وأما القائم فلا ضرر عليها بادعائه مهراً لمطالبتها بنفقتها.

ولو بعث هدية لأمرٍ ذكره كحِنّاء.. ثم ادعى أنه مهر لم يُقبل قوله والبيّنة عليه.

فإذا كان هديةً فلا رجوع إذا كان المدفوع إليها على غير جهة التعويض والإثابة، ويعتبر العرف في قصد التعويض والإثابة فيكون كالملفوظ.

ورجح ابن عابدين أن ما يبعث إليها من ثياب وحُلي ونقود.. يعد من الهدايا لا من المهر، وتقوم الزوجة بتعويضه وإثابته عنها.

وذهب المالكية إلى تشطير الهدية المشترطة لها في العقد أو قبله إن طُلّقت قبل الدخول فتأخذ حكم المهر، وإذا كانت بعد العقد قبل الدخول ولم تُشترط صراحةً فكذلك تشطر في رواية، وفي أخرى لا تشطر، أما إذا طُلّقت بعد الدخول فلا يرجع عليها بشيء من الهدية ولو كانت قائمة غير مستهلكة.

وذهب الحنابلة إلى أن ما قبض بسبب النكاح فكالمهر في الثبوت لكله أو لنصفه أو لسقوطه، فهو ينطبق على الهدية، فإن سقط المهر كله سقطت وأرجعت الهدية لهما، فإذا تقرر كل المهر أو نصفه لزمت الهدية كلها، لأن زوال العقد ليس من قبلها.

وإني أرى اعتبار الهدايا النفيسة كالمجوهرات (التلبيس) والحُلي من المهر إن تمت الفرقة بعد العقد قبل الدخول فتتشطر احتجاجاً بما ذكره ابن عابدين من لزوم تعويض الزوجة وإثابتها الزوج على هداياه، فإن أثابته فلا تعد من المهر ولا رجوع بها، ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه المالكية من تشطير الهدايا، وهذا يعني إلحاقها بحكم المهر وعدّها منه.

المبحث السابع: تكييف الخطبة وفسخها وأثر العدول عنها والتعويض عن فسخ الخطبة

آراء الفقهاء في تكييف الخطبة:

قال السيوطي: من العقود ما يحتاج إلى التلفظ بالإيجاب والقبول: ـ وذكر منها ـ الخطبة، بدليل حرمة الخطبة من الثاني عند التصريح بإجابة الأول[1].

ويقول العلامة سليمان الجمل: « والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقداً فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعاً[2].

ولهذا جاز فسخ الخطبة لأنها إذا كانت من العقود الجائزة فيجوز فسخها وإذا لم تكن عقداً بل وعداً، فالوعد غير ملزم قضاء عند الجمهور، ورد الخطبة بعد تمامها ليست ممنوعاً شرعاً، وأما غيرهم فيقولون: إن الوفاء بالوعد أمر مطلوب شرعاً، وهو ما يذكره المالكية القائلون بالإلزام بالوعد، ويترتب على عدم الوفاء به سوء الصلات بين الناس واختلالها ولذلك كرهوا الرجوع دون غرض لإخلاف الوعد[3].

أثر العدول عن الخطبة في الأدلة الشرعية:

إذا عدل الخاطب عن خطبته فإنه يسبب إيذاءً للمخطوبة وأهلها، ولهذا فإن سيدنا عمر لمّا عرض حفصة على أبي بكر وعثمان حزن لإعراضهما، وكان حزنه أشد من سيدنا أبي بكر رضي الله عنهم، فاعتذر أبو بكر بأن رسول الله ﷺ قد ذكرها في حديث طويل: «يقول عمر: أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنظر في أمري فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا. قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق.

---

(١) الأشباه والنظائر: ٢٧٨ ـ ٢٧٩.

(٢) الحاشية على شرح المنهج: ٤/ ١٢٩.

(٣) ر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٢١٧، المغني: ٧/ ٥٢٤، شرح الأحكام الشرعية: ١/ ١٠.

فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر، فصمت أبو بكر. . . ثم خطبها رسول الله ﷺ فأنكحتها إياه فلقيني أبو بكر فقال: لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيئاً. قال عمر: قلت نعم. قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أني كنت علمت أن رسول الله ﷺ قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ ولو تركها رسول الله ﷺ قبلتها»[1].

ويتضح تماماً كيف قبل عثمان خطبته حفصة واستنظر للروية ثم اعتذر بعد ذلك فكان سنة في الاعتذار عن الخطبة بعد الإقدام عليها وكذلك اعتذار أبي بكر لعمر يؤكد هذا [2].

وهذا في كلام بخطبة لم يقترن ببذل نفقات ولا بأوقات تطول يفوت فيها على المخطوبة الخُطاب أو أنها قد تتعلق بخاطبها. . .

وقد درسنا حكم المهر والهدايا في الخطبة لنستبين بعد ذلك التعويض عن العدول.

التعويض عن فسخ الخطبة: باعتبار أن الخطبة ليست عقداً ملزماً، فقد يوجد الفسخ من أحد الطرفين أو كليهما، وقد تستمر الخطبة ـ مع تراجع الثقة بين الناس ـ لفترة طويلة يترتب عليها الإيذاء للمخطوبة، ولا تتعرض المراجع القديمة لدراسة هذا، إذ كانت الخطبة لا يتأخر اقترانها عن عقد الزواج، ولهذا بحثها المعاصرون.

فذهب الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية إلى عدم التعويض، باعتبارها حق اختيار فلا تناقض أصل مشروعيتها.

وناقش هذه المسألة أبو زهرة وبين أن العدول عن الخطبة حق، ولا يترتب عن استعمال الحق تعويض إلا إذا اقترن بالتغرير إلحاق الضرر من

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير: ٣/ ١٨٤٣ رقم: ٤٨٣٠.

(٢) ر: عمدة القاري: ٢٠/ ١١٥.

الخاطب بالطرف الآخر أو تسببه به، فيكون التعويض بسبب فعل التغرير لا بسبب الخطبة والعدول وحق الاختيار، كأن يطلب نوعاً من اللباس والجهاز.. أو تطلب تجهيز المسكن. . ، فيعوض عن هذا الضرر لأن للخاطب تدخلاً في إحداثه غير الخطبة والعدول. .

وركون أحد الطرفين للآخر وثقته به وظنه عدم افتراض العدول لا يعني ترتب التعويض لأنه اغترار لا تغرير، والتغرير موجب للضمان[1].

بينما ذهب الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر إلى التعويض مطلقاً وهو ماذهب إليه الدكتور مصطفى السباعي لكن وفق شروط ثلاثة هي:

أ ـ أن يكون العدول دون سبب من المخطوبة.

ب ـ أن يلحق العدول الضرر المادي أو المعنوي بالمخطوبة غير الاستهواء الجنسي.

ج ـ أن يؤكد الخاطب رغبته عرفاً وعقلاً في الزواج.

وقد قررت محكمة النقض المدنية في عام ١٩٣٩مايلي:

١- الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢- مجرد العدول لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

٣- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وتبين المحكمة قرارها بأنه ينبغي التعويض في الضرر الأدبي والمادي باعتبار أنهما أفعال ضارة موجبة للتعويض[2].

ولكن إذا حصل الفسخ فالذي أراه لزوم التعويض لا لأجل مخض العدول عن الخطبة ولكن إذا اقترنت هذه الخطبة بالمسوغات التالية:

١ ـ حصول الفسخ دون تسبب المخطوبة به.

---

(١) عقد الزواج وآثاره: ٧٣ ـ ٧٤.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١/ ٦٩.

٢ ـ إطالة أمد الخطوبة بعذر أو لا، ويعتبر وحده كافياً للتعويض مع السبب الأول.

٣ ـ حصول الضرر المادي والأدبي ـ مما لا يخالف الشرع ـ بالمخطوبة.

٤ ـ لا تعويض حالة الاغترار، ويعتبر ما مضى من التغرير.

فإن الخطبة إن اعتبرت عقداً جائزاً ـ كما مر ـ فإنه يجوز فسخه من الجانبين وهذا مما يؤكد صلة الخطبة بالوعد، والوعد لا إلزام فيه، إلا ما ذهب إليه المالكية من لزوم الوفاء به إن اقترن الوعد بشرط مع استثنائهم الوعد بالزواج فيما يفهمه كلامهم، كما أن الخطبة تبقى حق اختيار لا يمكن سلبه من أحد الخاطبين، وعليه لا يمكن القول بالتعويض لما فيه من منع فسخ الخطبة، لأن القول بالتعويض يؤدي ضمناً إلى القول بالإكراه على عقد الزواج خوفاً من التعويض، وهو منافٍ لمبدأ حرية التعاقد.

ولكن لو تسببت الخطبة بإلحاق ضرر مادي كبير كاتفاقهم على إجراء العقد بعد أربع سنوات من سفر لعمل أو لدراسة. . ، وهو مصر على هذه الخطبة بإرساله الرسائل والهدايا مما يؤكد تصميمه على إجراء عقد الزواج، ثم فجأة أعلن فسخه للخطوبة! ألا يترتب على ذلك كبير ضرر؟ وإذا كانت خطبة الثاني على الأول محرمة، وكان العقد واجب الفسخ عند المالكية ألا يمكن أن يلزم بالتعويض؟ وكذلك ما يمكن أن يسيء لسمعة الفتاة أو بتركها لوظيفتها. . .

إن الله تعالى قد قال: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

وإن الوفاء بالوعد أمر مطلوب شرعاً، واعتبر رسول الله ﷺ إخلاف الوعد خصلة من النفاق، وإن الخطبة تفوت الخطاب الآخرين وخاصة إذا طالت، ولذلك يندب ألا تفسخ الخطبة إلا بمسوغ شرعي قوي مقبول مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة المخطوبة، ولهذا يندب ويتأكد التعجيل بالعدول إذا بدا له سبب للعدول، كما أنه كذلك يتأكد لمحاذير كثيرة مثل ما سبق

تعجيل العقد وعدم تطويل الخطبة[1] .

وهذا يوضح أنه لا تعويض في حالة الاستهواء الجنسي والأضرار الناشئة عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرمات. . مما تستلزم العقوبة لا التعويض. ولا تعويض في الاغترار بحصول محض العدول دون إلحاق الضرر من جانب العادل[2] .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٩/ ٦٥١٠.

(٢) عقد الزواج: أبو زهرة: ٧٤ ـ ٧٥.

المبحث الثامن:

أحكام الخطبة في قانون الأحوال الشخصية السوري

المادة٢ : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً.

المادة٣: لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

المادة١ : ٤ ـ إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

٢ ـ إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

٣ ـ تجري على الهدايا أحكام الهبة.

ولا بد لاستكمال تطبيق هذه المواد من المادة ٥٣٦/ أصول: تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل: أ ـ الزواج ب ـ انحلال الزواج جـ ـ المهر والجهاز د ـ الحضانة والرضاع هـ ـ النفقة بين الزوجين والأولاد و ـ الوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه.

شرح المواد:

المادة ٢و٣: إن المادة الثانية تذكر صور الخطوبة، وفيها تصريح بالوعد، مما يبين أن الخطبة وعد لا عقد، ولهذا تبعتها المادة الثالثة لتنص على ما يؤكدها من حق العدول لكلا الخاطبين.

المادة ٤ : وميزت المادة الرابعة الفقرة الأولى بين عدول الخاطب أو المخطوبة من حيث رد عين المهر أو قيمته وهو تطبيق لمذهب الفقهاء في المهر من حيث الرجوع أما التمييز بين عدوله وعدولها من حيث أصل الرجوع في المهر بالعين أو بالقيمة فهو رأي المالكية والحنابلة في الهدايا في جزء منه، وإن كان رأيهم من حيث الرجوع وعدمه، ومنحت الفقرة الثانية الخيار للزوجة وإن عدلت هي تنبيهاً إليها، لما يمكن أن ينشأ من ضرر عن

العدول قد يلحق بها.

وفي هذا إشارة إلى لزوم التعويض عن فسخ الخطبة في أقل قدر دون التصريح بهذا.

ولكنها إشارة كافية إلى لزوم التعويض، وهو ماذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرارها(رقم ٢٥١٩أساس ١٩تاريخ٢٤/ ١٢/ ١٩٨٣)حيث قالت: «إن فسخ الخطبة وما يستتبع من رد الهدايا إلى الواهب ليس من شأنه أن يحجب الحق في التداعي لاقتضاء التعويض عن الضرر لمن أصابه إن كان لذلك وجه على مقتضى أحكام المسؤولية الخطئية».

وهذا صريح في التعويض عن فسخ الخطبة لأجل الضرر الواقع غير محض ضرر العدول باعتبار استناد الضرر إلى المسؤولية التقصيرية في الفعل الضار.

وقد صرحت الفقرة الثالثة بسريان القانون المدني في الهبات، والأولى أن يسري فيها قانون الأحوال الشخصية لتعلقها المباشر بموضوعات الخطبة والزواج، إذ الهبة أمر لا ينفك عنهما، بل يمكن أن تتداخل مع المهر لجريان العرف باشتراط التلبيس (الحلي) والملبوس. . . وهو معنى المهر وإن لم تذكر أنها من المهر، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والشرط كالنص من المتعاقدين وهو حقيقة المهر فيما يقدمه الزوج للزوجة شرطاً.

فقد قررت محكمة النقض(رقم ٣١٢قرار ٣٠٩٠تاريخ٣٠/ ١٢/ ١٩٦٥): «الرجوع في الهبة بين الخاطبين بعد فسخ الخطبة يرجع فيه إلى القانون المدني».

وقد نص القانون المدني(مادة ٤٦٩)على جواز الرجوع في حالة الجحود الكبير من الموهوب إليه تجاه الواهب، أو فقر الواهب وعجزه عن النفقة على الغير، ويمتنع الرجوع (مادة ٤٧٠) بزيادة متصلة وبتصرف الموهوب إليه وفيما بين الزوجين وإلى ذي رحم محرم وبهلاك الموهوب وبإثابة الواهب، أو الهبة صدقة وعمل خير.

وعليه فإن الهدية إلى المخطوبة لا تدخل في موانع الرجوع بالهبة، فيمكن للخاطبين الرجوع بالهبة وهو مذهب الحنفية والشافعية إلا إذا هلكت الهبة. . أو وجد مانع من الموانع المشار إليها، بينما رأي المالكية والحنابلة في التمييز بين رجوعيهما فإن عدلت هي رجع، وإلا إن عدل هو لم يرجع.

ولذلك ذهبت محكمة النقض (قرار ٦٠٧ تاريخ ٥/ ١٢/ ١٩٦٧) إلى جواز استرداد الهدايا إذا لم يكن للفاسخ خطأ، لتعذر تحقق هدف مقدم الهدايا في تمتين أواصر المحبة بين الزوجين بقصد تمام الزواج.

وصرحت محكمة النقض في قرار آخر(٢٨٦تاريخ ١٢/ ٦/ ١٩٦٨) قائلة: «يجوز الرجوع في الهدايا المقدمة أثناء الخطبة إذا رفضت المخطوبة إتمام الزواج». ويُبين في شرح القرار أن لا خطأ ولا تعسف من الخاطب في فسخه الخطوبة[1].

(١) المرشد: ١/ ٤٥ ـ ٥٩.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني
الخطبة عند غير المسلمين ومصادر شرائعهم

المبحث الأول: مصادر شرائع غير المسلمين.
المبحث الثاني: الخطبة عند المسيحيين واليهود.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني

الخطبة عند غير المسلمين ومصادر شرائعهم

المبحث الأول: مصادر شرائع غير المسلمين

مصادر الشرائع الطائفية لغير المسلمين هي المصادر الرسمية للقاعدة القانونية أي الطرق التي تأتي منها القاعدة مستكملة كل عناصرها، بحيث يكون لها قوة الإلزام.

أولاً: مصادر شرائع المسيحيين: منها ما هو مشترك، ومنها غير ذلك:

أ ـ المصادر المشتركة للشرائع المسيحية:

رغم تعدد الكنائس نجد بينها اتفاقاً على بعض ما يعتبر مصدراً للشريعة المسيحية.

أولا ـ الكتب الدينية الأولى، وهي:

١ ـ الكتاب المقدس: ويشمل العهدين القديم والجديد وكذا الأسفار التي كتبها أنبياء بني إسرائيل ممن خلفوا موسى.

ورسائل الرسل لم يرد فيها إلا قليل من القواعد المنظمة للمعاملات أو الأحوال الشخصية.

٢ ـ قوانين الرسل: وهي كتب تنسب إلى المسيحيين الأوائل وهي خمسة كتب قد جمعت (بالمراسيم الرسولية).

ثانياً ـ قرارات المجامع:

والمجامع هي اجتماعات بين جميع رجال الكنيسة(المطارنة)لبحث شؤون الكنيسة وإصدار القرارات فيها.

ثالثاً ـ العرف: وهو ما يجري عليه المسيحيون من قواعد تنظيم شؤونهم باطراد.

ويضاف إلى هذه المصادر:

أ ـ أوامر الرؤساء الدينيين، ب ـ فقه آباء الكنيسة.

ب ـ مصادر شريعة الكاثوليك:

هي نفس مصادر شريعة الأرثوذكس، أي الكتاب المقدس وأعمال الرسل وقوانينهم وقرارات المجامع وأوامر البطاركة، والعرف، بجانب فقه آباء الكنيسة، مع ملاحظة أن قرارات المجامع التي تعد أكثر عددا، يخضعون لقرارات مجمعي خلقدونية (٤٥١) وترنت (١٥٦٣)، أو المجامع المحلية التي دعت إليها الكنائس الكاثوليكية في الشرق.

على أن القانون الكنسي الكاثوليكي الغربي قنن في تجميع شامل منذ سنة ١٩١٧، وهو المصدر الرسمي لقواعد القانون إضافة إلى العرف.

أما الطوائف الشرقية فلم تقنن شرائعها، وإنما جمعت القواعد المنظمة. وصدرت بها إرادة رسولية من بابا روما سنة ١٩٤٩.

ج ـ مصادر شريعة البروتستانت:

يقتصر المذهب البروتستانتي على الكتاب المقدس وتعد كتابات الفقه مورداً هاماً للقواعد، وكذلك العرف، كما صدر تقنين لمسائل الأحوال الشخصية لهذه الطائفة أقرته الحكومة.

د ـ مصادر شريعة الأرثوذكس:

لا تعد قرارات المجامع جميعها مصدراً لشريعة الأرثوذكس، إذ لا تعترف الكنيسة المصرية إلا بالمجامع الثلاثة الأولى، وأوامر الرؤساء الدينيين التي تعتبر مصدرا لقواعد شريعة هذه الطائفة، هي أوامر مطارنة وبطاركة كنيسة الإسكندرية دون غيرهم.

وكذلك فقه آباء الكنائس المسيحية، فهو الفقه السابق على استقلال الكنيسة المصرية، أما بعد ذلك فلا يعتبر من مصادر قواعد شريعتها سوى فقه كهنتها ورهبانها دون غيرهم، وذلك أن هذه القواعد قننت في مجموعات أصدرتها السلطات الدينية في عصور مختلفة؛ فهناك مجموعة وضعها البطريك كيرلس الثالث المعروف بابن لقلق منذ سنة ١٢٣٧ميلادية بناء على

طلب أساقفة الكنيسة، وهناك مجموعة أخرى أحدث من هذه بكثير وضعتها لجنة من المجلس الملي لطائفة الأرثوذكس، وأخيرا هناك المجموعة الجديدة لقوانين الأحوال الشخصية للأرثوذكس، في سنة ١٩٥٥ .

ولكنَّ كلاً من المجموعتين السابقتين لا تعد تشريعاً تتوافر لقواعده قوة الإلزام.

وبالإضافة إلى ذلك هناك مؤلف ابن العسال ويسمى (المجموع الصفوي)، ويعد المدونة الشرعية شبه الرسمية للفقه المسيحي القبطي حتى الوقت الحالي، وأيضاً مجموعة الايغومانوس فليثاوس عوض التي ظهرت سنة ١٨٩٦.

ثانياً: مصادر شرائع اليهود:

ينقسم اليهود إلى ربانيين وقرائين، فالربانيون يعتبرون التلمود كتاباً مقدساً مع التوراة؛ فهم يقولون: إن هناك توراة ثانية (مشنا) وأن الله لم ينزل على موسى تلك التوراة المعروفة وحدها، ولكنه أمره ألا يكتبه وإنما يبلغه شفاها، وأن اليهود قد اضطروا إلى كتابة هذه التوراة، ثم أضافوا التعليقات والشروح (الجمرا)، فتكوّن من كل هذا (التلمود)، إضافة إلى العرف غير المخالف للتوراة والتلمود.

أما القراؤون فيعترفون بالتوراة فقط، وأما التلمود فلا يتضمن قواعد ملزمة لهم، ويستخلصون شريعتهم من تفسير التوراة وشرحها بالأدلة العقلية والقواعد العلمية مع استعمال القياس واتباع الإجماع.

مصادر شريعة اليهود القرائين:

والقراؤون لا يؤمنون بالتلمود بأنه سماوي بل هو شرح للتوراة ينقلون منه على ما وافق طريقتهم، كما أن كتب القرائين تجعل الإجماع والعرف مصدرين لهم .

المبحث الثاني:
الخطبة عند المسيحيين واليهود

تعريفها: هي وعد للطرف الآخر بإتمام الزواج في المستقبل، وهي فترة اختبار، فطبيعة الخطبة تستلزم أن يكون من حق كل من الخطيبين العدول عن إتمام ما وعد به من الزواج.

وهذه الأحكام التي تبنى على طبيعة الخطبة ذاتها يجب أن تكون مسلمة في جميع الشرائع.

أولاً: الخطبة في الشرائع المسيحية:

أ ـ الخطبة عند الكاثوليك:

تستلزم أن تحصل الخطبة أمام أحد رجال الدين، وإلا كانت باطلة، وأن يثبت رجل الدين حصول الوعد في السجل.

أما أثر الخطبة فقد نص م٦ ف٣ من الإرادة الرسولية(لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به، بل لتعويض الأضرار إن وجب) فيما إذا اقترن قيام الخطبة والعدول عنها بما يعد خطأ تقصيرياً فيجوز إلزامه التعويض.

ب ـ الخطبة عند البروتستانت:

هي (طلب التزوج وتتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة في باب عقد الزواج. وتثبت الخطبة بكتابة محضر ممضى بشهادة شاهدين على الأقل). م٢ قانون الإنجليين (وإذا عدل أحد الخطيبين عن عقد الزواج بعد الخطبة بدون سبب كاف حكمت عليه السلطة المختصة للآخر بالتعويضات، ويخصم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع نقدا من أحد الخطيبين، وأما الهدايا العينية فتضيع على الناكث وتبقى للآخر). م ٣ قانون الإنجليين ويجب ألا يقترن العدول بخطأ من العادل وإلا حكم بتعويض الضرر.

وسن الرشد في المادة ٢ من مجموعة الإنجيليين هي سن الزواج (١٨للولد و١٦ للبنت) وتنتهي الخطبة بوفاة أحد الخطيبين.

٣ ـ عند الأرثوذكس:

وهي اتفاق غير لازم على إتمام الزواج في المستقبل، وتفترق عن الإملاك وهو تعاهد على الزواج يتم بمراسيم دينية معينة، دون المخالطة الجسدية إذ لابد من التكليل بإجراء ديني فيمتنع عليه أنه يتزوج بأخرى ويصطحب بتحديد وقت الزواج وإلا فهي سنتان من البلوغ أو ثلاث سنوات في السفر، فإذا تأخر التكليل جاز الفسخ، ويجوز التحلل من الإملاك قبل انتهاء مدته بسبب مسوغ، وإلا وقعت عليه جزاءات في فقد الحق فيما قد يكون قد اشترط عند الإملاك من مهر.

وتستلزم مجموعة الخطبة عند الأرثوذكس توافر شروط موضوعية وشروط شكلية:

أما الشروط الموضوعية، فأن لا يقوم سبب لتحريم الزواج بينهما، وأن يبلغ الخطيبان سنا معينة ١٧للولد و١٥ للبنت كما يلزم أن يتم التراضي بينهما وأن يوافق ولي من يكون قاصرا منهما على الخطبة.

أما الشروط الشكلية فلا بد من إثبات الاتفاق على الخطبة في وثيقة يحررها الكاهن.

ورغم كل هذه الشروط فإن الخطبة اتفاق غير لازم، إذ يحق لكل من الخطيبين أن يعدل دون موافقة من الطرف الآخر، وتنص المادة ١١ من مجموعة الأحوال الشخصية للأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٥٥ على حق العدول، ، فتقضي بأنه (يجوز لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة. ويثبت العدول في محضر يحرره الكاهن ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة. وعلى الكاهن إخطار الطرف الآخر بهذا العدول)، فلا تجوز مطالبته بالتعويض.

واعتبار الخطيب غير ملتزم بمقتضى الخطبة بإتمام الزواج أمر تفرضه

ضرورة توفير الحرية الكاملة لمن يقدم على الزواج، وتعد لذلك من النظام العام.

وتتناول المادة ١٣ فرض العدول بغير مقتض مما يجعل صاحبه مخطئا، وترتب التعويض جزاء على الخطأ، لأن الحق في العدول لا بد من منع التعسف فيه.

وبهذا يبدو أن واضعي مجموعات قوانين الأحوال الشخصية للأرثوذكس قد تأثروا بالقوانين التي أقرت مبدأ التعسف.

رد المهر والهدايا بعد انقضاء الخطبة عند الكاثوليك والبروتستانت والأرثوذكس:

إن مجموعة الأرثوذكس تسقط حق الرجل فيما قدمه من المهر إذا كان عدوله عن إتمام الزواج بلا مسوغ، ولكن طبيعة الخطبة تجعل العدول حقا لكل من الخاطبين، وأنه لا يجوز أن يسأل من يعدل عن التعويض إلا إذا ثبت في حقه خطأ تقصيري، وفق قواعد تقدير التعويض في القانون المدني، وعلى ذلك فالمهر المقدم عند الخطبة يجب على المرأة رده إذا ما وقع العدول عن إتمام الزواج.

أما إذا كان انقضاء الخطبة بالوفاة فلورثة الرجل أن يستردوا ما قدم من المهر، وإذا توفيت المرأة يكون للخاطب أن يسترد ما دفع.

وأما الهدايا فيسوى بينها وبين المهر في حال العدول عن الزواج بغير مقتض فيسقط حق الرجل في مطالبة المرأة بردها إن كان هذا العدول من جانبه، وتجعل على المرأة رد الهدايا المستهلكة. أما اذا انقضت الخطبة بالوفاة فإن الهدايا لا ترد.

أ ـ عند الكاثوليك:

لم تنظم الإرادة الرسولية آثار انقضاء الخطبة بالنسبة للمهر أو الهدايافينطبق عليهم الأحكام العامة للهبات في القانون المدني، وليست الخطبة مانعة من الرجوع ولا يلتزم المهر ابتداء كالأرثوذكس.

٢ ـ عند الإنجيليين:

المادة ٣ تنص على أن الهدايا العينية التي يقدمها من يعدل عن إتمام الزواج لغير سبب كاف، تضيع عليه، ولكن المادة الخامسة من مجموعة الإنجيليين تبين حكم رد المهر والهدايا عند وفاة أحد الخطيبين، ولكن النص يقضي كذلك بأنه يحق للخطيب أن يسترد ما قدمه من هدايا عدا ما استهلك، مع رد ما تلقاه من هدايا، وهو حكم يخالف قواعد رد الهبات في القانون المدني.

ثانياً: الخطبة عند اليهود:

- تنظيم الخطبة عند الربانيين:

الخطبة هي (عقد يتفق به الخاطبان على أن يتزوجا ببعضهما شرعا في أجل مسمى بمهر مقدر بشروط يتفقان عليها) المادة الأولى من كتاب الأحكام الشرعية لابن شمعون، وهي اتفاق غير لازم، فقد جاء في المادة الخامسة أنه (يصح فسخ الخطبة بإرادة الاثنين (أي الخطيبين) أو إبطالها بإرادة أحدهما) ولذا يجوز لأي منهما العدول، وهذه الحرية تفصل بالنظام العام، ولذا تبطل الشروط أي تقيد حق العدول.

ويجوز اشتراط (غرامة يلتزم بها من يعدل عن الخطبة من المتعاقدين) (المادة٧) والتزام العادل بالتعويض طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ويوجد شروط شكلية لإتمام الخطبة.

وتتفق قواعد شريعة الربانيين، الى حد كبير، مع القواعد العامة فيما يتعلق برد ما يكون قد دفعه أحد الخطيبين من المهر أو الهدايا للآخر دون المستهلكات إذا ما انتهت الخطبة بالعدول أو بالوفاة، على اعتبار أن هذه المسألة محكومة تبعاً بالأحوال العينية لا الأحوال الشخصية، وأن هذا يعني ألا تطبق فيها القواعد الدينية.

الخطبة عند القرائين:

لا يوجد فيما بين أيدينا في كتب القرائين أي تنظيم للخطبة، وإن تعرضت (للخطبة) أحيانا، أي أن الخطبة لديهم تشبه الإملاك لدى الأرثوذكس.

والخطبة بمعناها الحقيقي جائزة عند القرائين فيترتب الحق في التعويض عند العدول ويطبق على المهر والهدايا القانون المدني.

Damascus University

الباب الثاني

أحكام عقد الزواج

الفصل الأول: تعريف الزواج ومشروعيته وحكمه من حيث الوصف الشرعي وشروطه العامة.

الفصل الثاني: أركان انعقاد الزواج.

الفصل الثالث: شروط صحة الزواج.

الفصل الرابع: شروط نفاذ الزواج.

الفصل الخامس: شروط لزوم الزواج.

الفصل السادس: الإجراءات القانونية لعقد الزواج.

الفصل السابع: أحكام الزواج لدى غير المسلمين.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول

تعريف الزواج (النكاح)

ومشروعيته وحكمه

من حيث الوصف الشرعي وشروطه العامة

المبحث الأول: تعريف النكاح (الزواج)

وأدلة مشروعية عقد الزواج.

المبحث الثاني: حكم الزواج من حيث الوصف الشرعي.

المبحث الثالث: أركان الزواج العامة وشروطه.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول

تعريف النكاح (الزواج) ومشروعيته وحكمه وشروطه العامة

المبحث الأول: تعريف النكاح (الزواج) وأدلة مشروعيته

المطلب الأول: تعريف النكاح (الزواج)

لغة: الضم والجمع، ومنه نكح المطرُ الأرض إذا اعتمد عليها، والوطء والعقد[1] وهو مرادف للزواج.

واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه عقد يفيد حل استمتاع بين رجل وامرأة دون مانع شرعي، فهو إيجاب وقبول من طرفين، ويفيد حل الاستمتاع شرعاً على سبيل الاختصاص بالزوج من امرأة محققة الأنوثة وليست من المحارم المؤبدة أو المؤقتة.

وقال الشافعية هو: «عقد يتضمن إباحة وطء».

ويمكن أن يراد به في الاستعمال اللغوي العقد كقولهم: نكح فلان فلانة أي عقد عليها، ونكح زوجته أي وطئها.

ومعناه في الشرع عند الجمهور العقد وهو الأقرب للشرع، وهو مجاز في الوطء، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] يراد به العقد، والوطء من قوله ﷺ: «حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[2]. وذهب الحنفية إلى أنه للوطء ومجاز في العقد وهو الأقرب للغة، لأن معنى الوطء من باب التصريح، والمماسة والملامسة كناية عنه.

ورد عليه الراغب الأصفهاني بأن أسماء الجماع كنايات يستقبح ذكرها دون العقد، ويبعد استعمال القبيح لما يستحسن[3].

---

(١) القاموس المحيط: ٢٢٣، لسان العرب: ١٤/ ٣٥٠، معجم مقاييس اللغة: ٥/ ٤٧٥.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث ٣/ ١٨٨٨ ـ رقم: ٤٩٦٠.

(٣) المفردات: ٥٠٥.

وذهب آخرون إلى الاشتراك ودلالته على كليهما، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] فيراد النهي عن العقد على المشركة، والنهي عن الوطء في الأمة المشركة المملوكة[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١: إلى تعريف الزواج: «الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل» ولهذا التعريف معان عديدة، في تحديد العلاقة بأنها بين رجل وامرأة بشرط كونها حلاً له فليست من المحارم المؤبدة والمؤقتة، وغاية هذه العلاقة الحياة المشتركة الدائمة لا قضاء الوطر وحسب، وهذه الحياة المشتركة التي يعمرها الدفء وحرارة العاطفة بالأولاد.

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٢٥٨ ـ ٢٦٠، الخرشي على شرح خليل: ٣/ ١٦٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٢٣، كشاف القناع: ٥/ ٥ .

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد الزواج

من القرآن: قول الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

ووجه الاستدلال: الأمر بالزواج والتزويج.

ومن السنة المشرفة:

قوله ﷺ: «من أحب فطرتي فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح»[١]، وقوله ﷺ: «تناكحوا تكثروا»[٢]، قوله ﷺ: «الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة»[٣]، قوله ﷺ: «من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتقِ الله في الشطر الثاني»[٤] فقد استوى الفرج واللسان في إفساد الدين فكان كل واحد منهما شطراً، لحديث رسول الله ﷺ: «من يضمن لي ما بين لحييه وما بين رجليه أضمن له الجنة»[٥] وما بين لحييه هو لسانه.

وأجمعت الأمة عامة على مشروعية الزواج وأهميته وضرورة تزوج الشباب والشابات والعزاب والعازبات. ولا يخفى ما في انتفاء العزوبة من مصالح، وما في انتشارها من مفاسد.

ومقاصد النكاح منها: حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضر احتباسه، ونيل اللذة، والأجر في الجنة أيضاً، وبقاء الذكر، ورفع الدرجات بدعاء الولد الصالح. والنكاح مشروع من عهد سيدنا آدم إلى وقتنا هذا وهو عقد

---

(١) سنن البيهقي: ٧/ ٧٧، رقم ١٣٢٢٩.

(٢) مصنف عبد الرزاق: ٥/ ٣٩١، رقم: ١٣٩١.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الرضاع، باب: خير متاع الدنيا المرأة الصالحة: ٣/ ١٥٠٢، رقم: ١٤٦٧.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ١٧٥، رقم: ٣٦٨١.

(٥) أخرجه البخاري في الرقاق، باب حفظ اللسان، رقم: ٦١٠٩، ٤/ ٢٢٤٣، واللحي: العظم في جانب الفم، من تعليق وشرح سيدي الوالد أطال الله تعالى في عمره.

تعبدي يلي الإيمان في الدرجة[1].

بعض المستحبات في الزوجة والزواج:

يستحب أن تكون الزوجة ذات دين بالاستمساك بالطاعات والأعمال الصالحات والعفة والورع عن المحرمات لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»[2]، أي استغنيت بحرصك على ذات الدين وإلا افتقرت.

والأولى كونها بكراً «هلا أخذت بكراً تداعبها وتداعبك»[3] وأن لا يزوجها وليها إلا بكراً لم يتزوج قط.

وأن تكون ذات نسب نسيبة طيبة الأصل لقوله ﷺ: «ولحسبها» و«تخيروا لنطفكم»[4]. وأن تكون أجنبية أو قريبة قرابة بعيدة، قال الشافعي: أيما أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم كان في أولادهم حمق[5]. وذلك لأنه من مقاصد النكاح اتصال الناس بالزواج للتعاضد والتعاون واجتماع الكلمة، وتزوجه ﷺ بزينب بنت عمه لبيان الجواز وكذلك تزوج سيدنا علي بفاطمة رضي الله عنهم يعتبر قرابة بعيدة إذ إنها بنت ابن عمه وللجواز.

وأن تكون ولوداً لقوله ﷺ: «تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم»[6]. وأن تكون جميلة واسعة العقل والنفس لقوله ﷺ: «سئل رسول الله ﷺ: أي النساء خير؟ قال: التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه فيما يكره

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٤ .

(٢) سبق تخريجه ص٥٨ .

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: تزويج الثيبات: ٣/ ١٨٢٨، رقم: ٤٧٩٢ ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح البكر: ٣/ ١٥٠٠، رقم ١٤٦٦ .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ١٧٦، رقم: ٢٦٨٧ .

(٥) تلخيص الحبير: ٣/ ١٤٦.

(٦) سنن النسائي كتاب النكاح، باب: على ما تنكح المرأة .٣/ ٣٧٦ ـ رقم: ٣٢٢٧ .

في نفسها وماله»[1]، وكرهوا ذات الجمال البارع إذا كانت تزهو بجمالها، إذ قل أن تسلم للمرء بعقلها.

وأن تكون خفيفة المهر يسيره لقوله ﷺ: «أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً»[2]. إذ قيل: أول شؤم المرأة كثرة صداقها.

وأن يتزوج امرأة واحدة إلا لحاجة ظاهرة واضحة معلومة، فإذا كانت عقيماً يستحب أن يضيف واحدة لا أن يطلقها.

وأن يعقد في المسجد أول النهار «اللهم بارك لأمتي في بكورها»[3].

وأن يكون دخوله في شوال[4].

---

(١) أخرجه الإمام أحمد: ٧/ ٢٢٤، رقم: ٧٤١٥ .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ١٩٤، رقم: ٢٧٣٢ .

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع، باب: ماجاء في التبكير في التجارة: ٣/ ٥١٧، رقم ١٢١٢.وأبو داود أيضاً. وذلك في شوال وأن يدخل فيه أيضاً. مغني المحتاج: ٣/ ١٢٧ ـ ١٢٨ .

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٧ ـ ١٢٨ .

المبحث الثاني: حكم الزواج من حيث الوصف الشرعي

إن الأصل في النكاح [illegible] عند الحاجة إليه بأن تتشوق نفسه إلى الجماع ولا يخشى الزنا مع قدرته على الوطء، ومع الأنس بالزوجة وعنايتها ولو كان خصياً، ومع عدم فتوره كالعنين، ومع وجود المؤنة من المهر والكسوة والنفقة ولو يوماً، والتزوج مع التعبد أحفظ للدين وهو حفظ للمصالح المختلفة من النسل والنسب. . . فإذا فعله بنية تحصينه وتحصينها أثيب، ويثاب كذلك بنية امتثال أمره ﷺ في قوله: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وِجاء»[1].

وجه الاستدلال: من استطاع الباءة ـ الجماع والنفقة ـ فليتزوج، ومن لم يستطع فإن الصوم المديد والكثير يضعف الجماع.

ومما يؤكد أنه سنة: الحديث السابق «تناكحوا تكاثروا»، وأن رسول الله ﷺ كان متزوجاً، وكذلك عامة الأنبياء وهم لايتركون الأفضل فكذلك في حق أتباعهم، وعن عِكاف بن وداعة أنه أتى النبي ﷺ فقال له: «ألك زوجة ياعكاف»، قال: لا، قال: «ولا جارية» قال: لا، قال: «وأنت صحيح موسر»قال: نعم والحمد لله، فقال: «فأنت إذاً من إخوان الشياطين. . .»[2].

والمرأة كالرجل في حال الحاجة وعدمها، ويشمل هذا حاجتها إلى النكاح والنفقة، مع الخوف من الفجرة أوعدم تعبدها لانشغالها به، تحصيناً لدينها وفرجها وترفهاً بالنفقة، فإن كانت تتعبد ولا تحتاجه كره لها أن تتزوج لانشغالها بالزوج عن العبادة.

---

(١) أخرجه البخاري كتاب الصوم ـ باب: الصوم لمن خاف على نفسه بالعزوبة رقم: ١٨٠٦ ـ ١/ ٦٣٤ ومسلم كتاب النكاح ـ باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه..واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم: ٣/ ١٤٢٢ ـ رقم: ١٤٠٠.

(٢) أخرجه أحمد ١٥/ ٥٣٠، رقم: ٢١٣٤٢، وأبو يعلى: ١٢/ ٢٦٠، رقم: ٦٨٥٦، واللفظ له.

ويندب له الاستدانة عند العجز عن المهر والنفقة لخوفه من الزنا فإن الله ضامن له عونه «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم: الناكح الذي يريد العفاف..»[1].

ويعد الزواج أفضل من طلب العلم والتعليم والتخلي للعبادة والنوافل، وهو الذي يتوصل به إلى صيانة النفس عن الفاحشة وسبب لحصول الولد الصالح الذي يدعو له بخير.

وقد صرف الأمر عن الوجوب في قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[النساء: ٣]لعدم تعلق الواجب بالاستطابة، ولعدم وجوب العدد أو سنيته بالإجماع[2].

وذهب البعض إلى أنه فرض أخذاً بالاحتياط واحترازاً عن الضرر ما أمكن، إذ الاشتغال به مع الفرائض والسنن أولى من النوافل مع ترك النكاح.

وذهب البعض إلى أنه فرض كفاية محافظة على النسل، إذ لو أعرض جماعة المسلمين عنه لانقطع النسل.

وذهب الظاهرية إلى فرضه عيناً على كل فرد لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ وهو أمر للوجوب، وقوله ﷺ: «تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم»[3] وهو أمر مطلق فيكون للفرضية قطعاً، والامتناع عن الزنا فرض، ولا يتم إلا بالزواج، وما لايتم الواجب إلا به فهو واجب[4].

وأجيب: تحمل الأدلة على الندب، لإقامة الصوم مقام الزواج عند العجز عن النكاح، والصوم مندوب فلا يقوم المندوب مقام الواجب، وكان

---

(١) سنن الترمذي كتاب فضائل الجهاد، باب: ما جاء في المجاهد والناكح..رقم: ١٦٥٥ ـ ص٢٢٩، وقال الترمذي: حسن صحيح وسنن النسائي في كتاب الجهاد، باب: فضل الرواحة في سبيل الله عز وجل ٣/ ٣١٥، رقم: ١٣٢٠.

(٢) تفسير الآلوسي (روح المعاني): ٤/ ١٩٠، الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٦٢.

(٣) سنن النسائي كتاب النكاح، باب: على ما تنكح المرأة ٣/ ٣٧٧ ـ رقم: ٣٢٢٧.

(٤) المحلى: ٩/ ٣ـ٤.

بعض الصحابة لا زوجة له ولم ينكر عليه.

ويمكن أن يكون فرضاً: وهذا إذا خاف على نفسه الزنا، أو إذا نذره مع التوقان إليه وملكه المهر والنفقة ولو بالاستدانة حال تمكنه من الوفاء وعدم خوفه من ظلم الزوجة، وكذلك إذا كان لا يستطيع منع نفسه النظر المحرم أو الاستمناء بالكف فيفرض في حقه الزواج، وذلك لأن ما يتوصل إلا به إلى ترك الحرام فهو فرض وهذا عند عدم قدرته على الصوم المانع من الوقوع في الزنا.

وإذا لم يغلب على ظنه ملك المهر والنفقة وعجز عن الوفاء وتيقن الزنا فرض عليه الزواج أيضاً.

ويكون مباحاً عند نيته قضاء الشهوة وحسب وليس فيه مانع مع كونه واجداً للمؤنة، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] بعد ذكر المحرمات والحلال والمباح من المترادف، وإيصال النفع للنفس كالأكل والشرب على سبيل الإباحة.

وهنا تصبح العبادة وطلب العلم أفضل.

ولكنه لو قصد ولداً صالحاً وإعفافاً كان مثاباً ويصبح من عمل الآخرة مندوباً إليه.

فإذا لم ينشغل بالعبادة فالنكاح أفضل في الأصح عند الشافعية، وذلك أن البطالة والفراغ والشباب معاً مؤدٍ إلى الفواحش ورجح ابن عابدين أن نيته قضاء الشهوة يقرب من المندوب لتمكنه من قضاء شهوته بطريق غير مشروع فآثر المشروع مع علمه بما يستلزمه النكاح من واجبات وأثقال، مما فيه قصد ترك المعصية.

وقد يصير مكروهاً لا يستحب له النكاح كما لو كان في دار الحرب للخوف على الولد من الكفر. أو تعارض لديه خوف الوقوع في الزنا وخوف الجور، باعتبار أن ظلم الزوجة حق للعباد فأولى من خوف الزنا لأن حفظ العرض من حق الله تعالى، وكذلك عند فقد المهر والنفقة وإن خاف الزنا.

ويقمع شهوته بالصوم المديد وإلا فالقليل يثيرها فإذا لم تنكسر حدة شهوته تزوج، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٣].

وهو ما يفيده مفهوم قوله ﷺ: «الباءة» ففاقد النفقة غير مستطيع يتوجب عليه الصوم المديد الكثير.

وأما تزوجه إذا لم تنكسر شهوته فهو أولى من وقوعه في الزنا مع فقره لقوله ﷺ: «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم: الناكح يريد أن يستعفف. .»[1] وتحمل الآية: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ﴾ على فاقد الزوجة التي تقبل به مع فقره .قال عمر: (ما رأيت مثل رجل لم يلتمس الفضل في الباه والله يقول: ﴿إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢][2] ويحرم عليه عندها كسر شهوته بدواء ككافور إذا أراد القطع لها مطلقاً، وإلا فإن رغب بتغيرها في الحال بأن يكسر حدة ذلك وحسب فيكون مكروهاً.

وكذلك يكون مكروهاً مع عدم الحاجة إليه بأن لم تتق نفسه إليه خِلقة أو مرضاً أو عجزاً أو أنساً أو خدمة مع فقده المؤنة (الأهبة) إذ لايقدر على القيام به إضافة إلى أنه لا يحتاجه. .

وكذلك يكون مكروهاً حالة وجود الأهبة (المؤنة) مع علته من هرم أو مرض أو عنة دائمين أو ممسوحاً.

ويكون مكروهاً تحريماً إن خاف الجور، أو لم يقدر على النفقة والمهر، أو خاف فوت الفرائض والسنن، أو لم يكن قادراً على الوطء ظناً ولم يخف الزنا والجور خوفاً راجحاً.

وقد يكون حراماً إذا تيقن الوقوع في الجور والظلم للزوجة، لأن النكاح

---

(١) سبق تخريجه في الصفحة ٩٧ .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٦/ ١٧٣، رقم: ١٠٣٩٣.

شرع لمصلحة تحصيل الثواب وتحصين النفس، فإذا وجد الجور أثم، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح، أو تيقن العجز عن المهر والنفقة بعدم قدرته على الوفاء[1].

ولم يتدخل المشرع في حكم الزواج ولم يتعرض له بنصه ومقتضى المادة ٣٠٥من قانون الأحوال الشخصية السوري والتي نصها: «كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي» وبهذا فلا بد من الرجوع إلى ما قاله الحنفية هنا وهو عروض الأحكام التكليفية الخمسة للزواج، وإن كان الراجح هو ندب التزوج إعماراً للمجتمع الإنساني في بقاء النسل ولما في الولد من مقاصد إن أحسن تربيته لا تعد ولا تحصر في الدنيا والآخرة.

وكان أولى الرجوع إلى عامة المذاهب ولكن وفقاً للأقوى دليلاً وللأكثر تحقيقاً للمصلحة المعتبرة شرعاً.

---

(١) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار: ٢/ ٢٦٠ ـ ٢٦١، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٢٥ ـ ١٢٦، الشرح الصغير: ١/ ٣٧٣، كشاف القناع: ٥/ ٦ ـ ٨.

المبحث الثالث:

أركان الزواج العامة وشروطه

المطلب الأول: أركان انعقاد الزواج

وهي التي لا بد من وجودها، فإذا انعدمت بطل العقد لأنها تعد من ماهية العقد، ولا يوجد الشيء دون ماهيته، وهي عند الجمهور:

١- العاقدان.

٢- محل العقد.

٣- الصيغة.

وعد المالكية الولي والمهر من الأركان على اختلاف، وعد الشافعية الشاهدين والولي من الأركان، ويأتي بيانه في محله.

المطلب الثاني: شروط صحة عقد الزواج

ونعني بها ما يلزم من الأمور والأوصاف لقيام العقد سليماً معتداً به، وإلا كان العقد فاسداً، وهذا الفساد في أوصاف العقد لا في أصله، وهذه التسمية جرياً على اصطلاح الحنفية في الفساد، وتتمثل هذه الشروط في:

١- الشهادة على عقد الزواج.

٢- التأبيد وعدم التأقيت.

٣- حلية المحل المختلف فيها.

المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد

ونعني بهذا الشروط اللازمة لتترتب ثمرات وآثار العقد، وإلا كان العقد موقوفاً يمكن فسخه، وتتمثل هذه الشروط في الأهلية المطلوبة لمباشرة عقد الزواج، ويتضح ذلك فيما يلي:

١ ـ مباشرة عقد الزواج.

٢ ـ الوكالة في عقد الزواج.

٣ ـ الولاية في عقد الزواج.

٤ ـ تولي طرفي عقد الزواج.

المطلب الرابع: شروط لزوم عقد الزواج

ويعني اللزوم ترتب آثار العقد وثمراته دون منح حق الخيار لأحد طرفي عقد الزواج، ولا يثبت حق الخيار في عقد الزواج إلا ما ذهب إليه المالكية في المجلس[١]، فإذا لم تتم شروط اللزوم كان لصاحب الشأن والمصلحة في عدم لزومه حق طلب فسخه ويتمثل هذا في:

١ ـ البلوغ والإفاقة وإلا ثبت الخيار.

٢ ـ عدم التغرير في عقد الزواج.

٣ ـ تزوج البالغة العاقلة نفسها عند الحنفية من الكفء وبمهر المثل.

٤ ـ خلو الزوج من العيوب.

٥ ـ عدم تمليك الزوجة الطلاق تفويضاً.

٦ ـ عدم الوفاء بشرط من الشروط.

ويفسخ هذه العقود في الأصل القاضي فلا تثبت الفرقة إلا بالقضاء لاختلاف الخصوم في أدلتهم وتشبثهم بها[٢].

---

(١) الشرح الصغير: ١/ ٣٩٢.

(٢) ر: رد المحتار: ٢/ ٢٩٧.

الفصل الثاني
أركان انعقاد الزواج

المبحث الأول: آراء الفقهاء في أركان الانعقاد.

المبحث الثاني : الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول.

المبحث الثالث: صورة الإيجاب والقبول.

المبحث الرابع: شروط الإيجاب والقبول.

المبحث الخامس: انعقاد العقد بالكتابة والرسالة والإشارة.

المبحث السادس: الألفاظ العامية والمصحفة.

المبحث السابع: الألفاظ غير العربية.

المبحث الثامن: إطلاق صيغة العقد وتقييدها.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني
أركان انعقاد الزواج

المبحث الأول: آراء الفقهاء في أركان الانعقاد

وهي أركان النكاح[1] التي لا بد من وجودها وتعد من ماهية العقد، وقد اختلف الفقهاء فيها:

ذهب الحنفية إلى أن ركن عقد الزواج هو الصيغة الإيجاب والقبول، لأن ربط أجزاء التصرف يتم بهما حكماً فيحصل عنهما معنى شرعي.

وذهب المالكية إلى عدها أربعاً وهي: الولي والمحل: الزوج والزوجة، والصداق والصيغة، وجعلها الدردير الولي والمحل والصيغة، والمهر من شروط الصحة.

وعدها الشافعية خمساً وهي: صيغة وشاهدان وزوجة وزوج وولي وعدها الحنابلة ثلاثة: الزوجان والإيجاب والقبول.

وبحسب رأي الجمهور أركان عقد النكاح هي: العاقدان والمحل والصيغة:

أولاً: أما العاقدان: فهما الزوج والزوجة أو وكيلهما أو وليهما، ويشترط فيهما أهلية الأداء الكاملة أو الناقصة، وهنا في الانعقاد يكتفى عند الجمهور بأهلية الأداء الناقصة ويشترط فيهما الرضا وعدم الإكراه كما سيأتي[2].

نكاح المكرَه:

الإكراه لغة: الإباء والمشقة، والكَره: ما أكرهك غيرك عليه، والكُره:

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٢٩، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٠، الشرح الصغير: ١/ ٣٧٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٩، كشاف القناع: ٥/ ٣٧.

(٢) ر: عقد الصغير والمجنون ص: ١١٨.

ما أكرهت نفسك عليه[1].

واصطلاحا: حمل الغير على الفعل بوسيلة مرهبة[2].

أقوال العلماء في نكاح المكره:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى صحته.

وذهب المالكية والشافعية إلى بطلانه.

استدل الأولون بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة»[3].

ودلالة الحديث واضحة على أن إجراء ألفاظ النكاح. يلتزم بآثارها:

واستدل الآخرون بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴿١٠٥﴾ مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾﴾ [النحل: ١٠٥ ـ ١٠٦] فالإكراه لا أثر له في جعل المؤمن كافراً، أو إن أجرى على لسانه مكرهاً ما لا يُرضي طالما كان قلبه بالإيمان مطمئناً.

وبحديث رسول الله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[4].

ودلالة الحديث واضحة أنه المؤاخذة مرفوعة بالإكراه عامة ومن عقد النكاح فلا يترتب عليه أثره[5].

---

(١) القاموس المحيط: ١١٢٧، المغرب: ٢/ ٢١٧.

(٢) طلبة الطلبة: ٣٢٦، رد المحتار: ٥/ ٨٠.

(٣) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: الطلاق على الهزل، رقم: ٢١٩٤.

(٤) أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: طلاق المكره، رقم: ٢٠٤٣.

(٥) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٨٦، مواهب الجليل: ٣/ ٤٥٣، الشرح الصغير مع بلغة السالك: ١/ ٣٨٨، الإقناع: ٤١١، المغني: ٧/ ٤٣١، غاية المنتهى: ٣/ ١٧.

ثانياً: محل العقد: يحتمل أن كليهما -الزوج والزوجة- محل للعقد أو المرأة فقط: في ذلك وجهان عند الشافعية، الأوجه فيهما أن المرأة هي المحل كما رجح الشربيني[1]. وصرح الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة أن المعقود عليه هو حل الاستمتاع الكائن منهما، وهو الذي أراه راجحاً، وكلاهما الزوج والزوجة طرف في العقد لا محل له.

حجة الشربيني: أن بقاء المعقود شرط في بقاء العقد بمنزلة العوضين في البيع، ولكن العوض من جهة الزوج هو المهر لا نفسه، ولو كان هو المعقود عليه لما جاز له أن يعقد على ثانية معها، وبالتالي يكون المعقود عليه هو المرأة نفسها.

وحجة أنهما محل للعقد أنه لو قال الخاطب للولي: زوجت نفسي ابنتك ورد الولي بالقبول صح العقد إذا قلنا: إن كل واحد من الزوجين معقود عليه، وإلا لم يصح على القول بأن المعقود عليه هو المرأة، ولأن قوله: زوجت. . إنما يستقيم من الولي دون الزوج[2].

ووجه ما رجحته من أن المحل هو حل الاستمتاع بينهما لأنه مقصود العاقدين وغرضهما، إضافة إلى غيره مما يتبعه من التناسل والمودة والرحمة.

ثالثاً: وأما الصيغة: فيشترط لانعقاد الزواج الإيجاب والقبول، ولاعتبار أصلهما لابد من الاتفاق، ويتم ذلك بالإيجاب والقبول، وهما صيغة النكاح، وهذا يعني اشتراط التخاطب فيهما، أو وجود الإيجاب والقبول مرتبطين.

ولا يشترط لدى الجمهور تقدم كلام الولي على الزوج وفي مذهب الشافعية وخالف فيه بعض الشافعية والحنابلة فاشترطوا تقدم إيجاب الولي،

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٢٤.

(٢) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٢٥٨، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١، إعانة الطالبين: ٣/ ٢٥٥، كشاف القناع: ٥/ ٥ ـ ٦

وعد الجمهور الإيجاب من الولي والقبول من الزوج تقدم أو تأخر، بل واشترط الحنابلة تقدم الإيجاب، دون الحنفية الذين عدوا الإيجاب بأنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة العقد أولاً، والقبول: إصدار. . . ثانياً، سواء كان ذلك من الولي أو الزوجة أو الزوج.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥): (ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر).

ولو توسط ثالث مع ارتباط الإيجاب والقبول بأن يقول للولي[١]: زوجتَ ابنتك فلاناً فقال: زوجتها لفلان ثم قال للزوج قبلت نكاحها فقال: قبلت نكاحها، انعقد العقد لكون الإيجاب والقبول مرتبطين، وأما لو قالا: نعم، أو أحدهما قال: نعم، فلا يتم العقد وكذلك لوقال الولي: زوجتها مقتصراً عليه لم يصح فلا بد من قوله زوجتها لفلان[٢].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٩.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠.

المبحث الثاني:

الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول في عقد الزواج

أولاً: ألفاظ الإيجاب والقبول الصريحة في عقد الزواج:

ذهب جماهير العلماء إلى انعقاد العقد بلفظي التزويج والنكاح أو ما اشتق منهما لقوله ﷺ: «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»[1] ويراد بكلمة الله التزويج والنكاح لاقتصار القرآن على ذكر هذين اللفظين، ولذا يتوقف عندهما تعبداً واحتياطاً عند الشافعية خلافاً للجمهور، إذ فيه شبه العبادة لاعتباره مندوباً، وإنما تتلقى العبادات من الشرع، وقد ورد في الشرع هذان اللفظان، ويحمل اللفظ في قوله ﷺ: «ملكتكها بما معك من القرآن»[2] على رواية الجمهور «زوجتكها»[3].

ويشترط في القبول التصريح بالتزويج أو النكاح ولا يكتفى بقوله: قبلت، ولا تفيد نيته وهو المذهب المعتمد عند الشافعية والحنابلة وذلك لأن النكاح لا ينعقد بالكناية وإن انصرف القبول إلى ما أوجبه الموجب وفي قول يصح هذا القبول ويحمل على الإيجاب ويعتبر كالمعاد لفظاً كما هو الأصح في البيع، وفي قول: يمتنع القبول دون صراحة التزويج قطعاً، وفي قول آخر بخلافه قطعاً[4].

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ ٣/ ١٢٦٠، رقم: ١٢١٨.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: تزويج المعسر ٣/ ١٨٣٠.رقم: ٤٧٩٩واللفظ له، ومسلم: كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ٣/ ١٤٤٩، رقم ١٤٢٥.

(٣) هذه الرواية أخرجها البخاري: كتاب الوكالة، باب: وكالة المرأة الإمام في النكاح ٢/ ٧٥٧، رقم: ٢١٨٦، ومسلم: كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه ...٣/ ١٤٥١ ـ رقم: ١٤٢٥، واللفظ له، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١.

ثانياً: الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال دون عوض كالهبة والصدقة:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد إلى انعقاد العقد بهما بشرط ذكر المهر وحجة الجماهير أن نكاح رسول الله ﷺ انعقد به فينعقد به نكاح أمته قال تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وما كان مشروعاً في حقه ﷺ فهو مشروع في حقنا.

وذهب الشافعية إلى منع الانعقاد بهذا اللفظ وقالوا: إن هذا اللفظ خاص بالنبي عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾، ولأنه لفظ ينعقد به غيره فلم ينعقد به النكاح كالإجارة والإباحة ولأنه ينبغي الاحتياط في الأبضاع لأن الأصل الاحتياط في الأبضاع وأجاب الحنفية بأن سياق الآية فيه: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ مما يدل على عدم تخصيصها بالرسول ﷺ، وإنما أريد خصوص المرأة في تزوجك بها.

وأما الحديث المستدل به على أن الكلمة خاصة. . فيجاب بأن الكلمة هي حكم الله تعالى ولا يقتصر به على لفظ ما، فكل لفظ دل على حكم شرعي ومن ذلك النكاح كان بكلمة الله تعالى.

ثالثاً: الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان بعوض كالبيع إذا قصد به معنى الزواج وكانت القرينة دالة على المجاز.

فذهب الحنفية إلى جوازه بها. ومنع غيرهم من الشافعية والحنابلة، وتردد المالكية ورجح الدردير منهم عدم الجواز وحجة المجيزين أن اللفظ إذا اقترن به ما يدل على إرادة الزواج وهويفيد الملك للعين الذي يقتضي حل المتعة كان مستعملاً في حقيقة معنى الزواج فيجوز، وأما حجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج فلا يشتمل لفظه عليه.

رابعاً: الألفاظ الدالة على تمليك المنفعة بعوض أو لا كألفاظ الإجارة والإعارة، فمذهب الجماهير أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج من التأبيد بخلاف المنفعة المبينة على التأقيت، إذ لا ينعقد إلا بما يدل على تمليك العين والرقبة.

خامساً: الألفاظ الدالة على الإباحة والاستمتاع:

ذهب الجماهير إلى عدم الانعقاد بألفاظ الإباحة والإحلال والمتعة لخلوها عن معنى الملك، إذ متناول الطعام يتناوله على حكم ملك المبيح وللمبيح المنع والحجر، فلابد في لفظ النكاح من لفظ تمليك الرقبة.

وما عدا ذلك من الألفاظ كالقرض والصرف والسلم والوصية ففيها أقوال بين الانعقاد وعدمه عند الحنفية والأوجه عدم انعقاده بها[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٢٩ ـ ٢٣١، فتح القدير: ٣/ ١٠٥ ـ ١٠٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٧٢ ـ ١٧٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠، كشاف القناع: ٥/ ٣٧ ـ ٤١.

المبحث الثالث:

صورة الإيجاب والقبول في عقد الزواج

هل يشترط اللفظ الماضي فلا يكتفى بسواه أم أنه ينعقد بالفعل المضارع وفعل الأمر، إن الفقهاء متفقون على انعقاده بالفعل الماضي كقول الولي: زوجتك وقول الزوج قبلت، لأن الماضي أدل على التحقيق ولكن الشافعية يشترطون أيضاً في القبول التصريح بالتزويج أو النكاح. .

ولو استعمل الفعل المضارع المبدوء بهمزة أتزوجَكِ أو بالنون أو بالتاء ولم ينو الاستقبال والوعد فإنه يصح لأن كل لفظ يفيد ثبوت الانعقاد والرضا يصح استعماله، ولا يصح حمله على الوعد إذا وجَدت القرينة الدالة على الحال، ويكون القبول بالماضي بخلاف ما كان بحرف التاء لكثرة الاستقبال فيه.

أما الفعل المضارع والأمر معاً الجازم وغير المحتمل كما لو قال الخاطب: زوجني ابنتك موجهاً الكلام للولي فأجابه الولي زوجتك كان العقد صحيحاً لوجود استدعاء الزوج الجازم، ولا حاجة لقبول جديد.

وكذلك قول الولي: تزوجها فأجاب الخاطب تزوجت ابنتك لا حاجة إلى قبول جديد من الولي لاستدعاء الولي الجازم.

وذلك لقول النبي ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن»[1] بعد أن قال الأعرابي: زوجنيها.

وأما المضارع المحتمل: كما لو قال الزوج: زوجتني ابنتك أو تزوجنيها أو قال الولي: أتتزوج ابنتي فلا يعتبر ذلك عقداً تاماً صحيحاً لأن معنى هذه الألفاظ الاستفهام لا الجزم بإرادة العقد، إذ المراد هنا الوعد لا العقد.

---

(١) سبق تخريجه ص ١٠٩.

وكذلك فعل الأمر والماضي: فإذا عُبر بهما فأحدهما عن المستقبل والآخر عن الماضي انعقد العقد مثل أن يقول: زوجني فيجيب زوجتك[1].

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم (٦): (يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً) وهذا يشمل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول، وهو توسع فيها وفقاً لمذهب الحنفية بقبول كل لفظ دال لغة وعرفاً، ولا شك من أنه لابد من دلالته على إفادة معناه جازماً.

(١) فتح القدير: ٣/ ١٠٣ ـ ١٠٥، حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣١، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢١ والخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٧٣، روضة الطالبين: ٧/ ٣٧ ـ ٣٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١، كشاف القناع: ٥/ ٣٨.

المبحث الرابع:

شروط الإيجاب والقبول

يشترط في الإيجاب والقبول أربعة شروط بالاتفاق وهي:

أ ـ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول: يشترط هذا الشرط ليرتبط إيجاب الولي بقبول الزوج فيرتبط الكلامان بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق، فينعقد العقد، فإذا قالت المرأة: زوجتك نفسي، أو قال الولي: زوجتك ابنتي، فقام الآخر من المجلس قبل القبول واشتغل بعمل يفيد انصرافه عن المجلس، ثم قال: قبلت، بعد ذلك فإنه لا ينعقد، لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان، فجعل المجلس جامعاً تيسيراً، فلو قال في مجلس آخر: قبلت لم ينعقد، لأن الكلام لما لم يتم تلاشى، بخلاف الكتاب.

لكن لا يشترط الفور في القبول عند الحنفية والحنابلة وفي قول عند المالكية فينعقد العقد وإن طال المجلس. بخلاف الجمهور إذ يشترط الفور.

ولو أجريا العقد ماشيين أو سائرين لم ينعقد بخلاف السفينة السائرة فيجوز، لأن السفينة كمكان واحد.

ويشترط الفور عند المالكية والشافعية بألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير، والفصل الطويل هو ما أشعر بإعراضه عن القبول، ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول، ولا يضر أيضاً ما كان جزءاً من العقد أو لمصلحته كوصيته له بابنته خيراً أو كخطبة خفيفة، والإعراض هو ما دل العرف عليه وأشعر به، ككلام أجنبي عن العقد[1].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٦، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، حاشية العدوي على الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٧٤، مغني المحتاج: ٢/ ٦و٣/ ١٣٨، روضة الطالبين: ٧/ ٣٩، إعانة الطالبين: ٣/ ٢٧٥، كشاف القناع: ٥/ ٤١و٣/ ١٤٧ ـ ١٤٨.

٢ ـ التوافق والمطابقة بين القبول والإيجاب:

فيشترط أن لا يخالف القبولُ الإيجابَ، فإذا قال شخص لامرأة: تزوجتك بألف، فقالت المرأة: قبلت النكاح ولا أقبل المهر، لا ينعقد النكاح، لأنه إنما أوجب بهذا القدر المسمى من المهر، ولو صححنا القبول لزمه مهر المثل ولم يرض به، ولو قبلت ولم تزد على ذلك صح بما ذكر، لأن القبول منزل على الإيجاب عند الحنفية.

أما الشافعية فقالوا: لا يلزم إلا إذا صرح الزوج في العقد بالتزامه، فلو أوجب الولي بألف، وقال الزوج: قبلت صح العقد، ولزم مهر المثل لا المسمى، مما يدل على صحة العقد عند الشافعية هنا مع عدم الموافقة بين الإيجاب والقبول، ولكنه ليس مطلقاً إذ لو قال شخص: زوّجتكَ ابنتي خديجة، فقال الرجل: قبلت زواج فاطمة، فلا ينعقد الزواج.

ولو قال: زوجتك ابنتي على ألف درهم، فقال الزوج: قبلت الزواج بخمسمائة لا ينعقد العقد إلا إذا كانت المخالفة لخير، بأن قال الزوج: قبلت بألف وخمسمائة فيصح العقد.

ولا يشترط توافق الولي والزوج في اللفظ، فلو قال الولي: زوجتك ابنتي. فقال الزوج: قبلت نكاحها. ولم يقل(زواجها)، صحّ ذلك، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1].

٣ ـ بقاء الموجب على إيجابه وإصراره عليه إلى قبول القابل:

يشترط عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر، فإن رجع بطل الإيجاب، ولم يجد القبول شيئاً يوافقه، وكذلك بقاء الموجب على أهليته فطروء الجنون أو الإغماء. . مبطل للإيجاب إذا لم يصدر القبول بعد، ويصبح الإيجاب كأن لم يكن، وكذلك لو رجعت الزوجة عن إذنها قبل

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣، حاشية ابن عابدين: ٢/٢٦٧، مغني المحتاج: ٣/١٣٩ ـ ١٤٠و٦/٢، كشاف القناع: ٥/٤١و٣/١٤٦.

قبول الزوج أو جنت أو أغمي عليها، لم يصح القبول[1].

٤ ـ سماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهم المراد منه:

لا يتم الإيجاب والقبول إلا بسماع كليهما القابل والموجب للآخر وفهم كلاميهما، لأن اللفظ هو أداة الارتباط بين إرادة المتعاقدين والتي تعبر عن رضاهما في هذا العقد فلا بد من أن يسمع كل منهما كلام الآخر ويفهم مراده ليصدر منهما ما يدل على الرضا.

وانعقاده من الأخرس إنما هو للضرورة، والغائب لا بد من سماع الكتاب مع سماع الشهود[2].

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم (١١):

١ ـ يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفاهماً أن المقصود به الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

٢ ـ ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين.

وهذا يعني اشتراط تحقق الشروط الأربعة السابقة إلى تمام العقد، وإذا تم التعاقد بهذه الشروط لم يقبل الادعاء بصورية العقد (نقض٥٩٨ ـ ٦٤٣ ـ ٢١/ ٧/ ٨١).

(١) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار: ٤/ ٢٠، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠ ـ ١٤١ ، كشاف القناع: ٥/ ٤٠.

(٢) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار: ٢/ ٢٧١، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠ ـ ١٤١.

المبحث الخامس:

انعقاد العقد بالكتابة والرسالة والإشارة

انعقاد العقد بالكتابة:

قال الجمهور: إن عقد الزواج ميثاق غليظ لا يقوى على عقده غير اللفظ، وهذا مما يرجح وجه التعبد في إجرائه بألفاظ محددة، ولا يتم هذا بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أو غائبين.

فلو قال الولي: زوجتها من فلان وكتب ذلك، فلما وصل الزوج الكتاب قال: قبلت. . لم يصح.

وقال الحنفية: الكتابة فقط دون لفظ بين حاضرين باطلة، **وأما الغائبان:** فلو أرسل الزوج كتاباً بالإيجاب لعقد الزواج فسمع شاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب فقبلت جاز لاتحاد المجلس معنى، والكتاب كالخطاب، وكلام الرسول كلام المرسل.

ولو لم يسمع الشاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما بخلاف أبي يوسف إذا سمعا قولها: زوجت نفسي، واحتجا بأن قولهما: شطر العقد، ولا تتم الشهادة إلا بشطري العقد، وعند أبي يوسف قول الزوج بانفراده عقد عنده، ثم يلحق به القبول فيتم[1].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم (٧): يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.

وهو واضح أنه ترجيح لمذهب الحنفية.

انعقاد العقد بالإشارة:

تعد إشارة الأخرس الدالة على انعقاد العقد صحيحة في انعقاد عقد

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٣، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٥ ـ ٢٦٧، فتح القدير: ٣/ ١٠٢، حاشية العدوي على الخرشي شرح مختصر خليل: ٣/ ١٧٤، مواهب الجليل: ٣/ ٤١٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١، كشاف القناع: ٥/ ٣٧ و٣٩.

الزواج، واشترط الشافعية عدم اختصاص الإشارة بالفطنين، وإلا إن كانت خاصة بالفطنين فلا ينعقد بها العقد، لأنها تعد حينها كناية ولا ينعقد بالكناية، إذ ينبغي شيوع الإشارة وانتشارها بين الفطنين وغيرهم من الخرس، وينعقد بإشارته المختصة بالفطن إذا لم يكن له إشارة مفهمة أخرى وتعذر توكيله، إذ ينعقد توكيله بالكناية دون النكاح فلا ينعقد به، وتعتبر الإشارة المختصة كناية.

ولا شك أن العقد من المتكلم لا ينعقد بالإشارة مطلقاً[1].

انعقاد العقد من الأخرس بالكتابة:

ويصح عقد الأخرس بكتابته بلا خلاف إذا لم تكن له إشارة مفهمة وتعذر توكيله بالتزويج لآخر سواء لنفسه أو لموليته، فإن كان له إشارة مفهمة فهي مقدمة على كتابته عند الشافعية إذ تعد كتابته كناية بخلاف إشارته المعهودة فلا تعد كناية، فإذا اختصت الإشارة كانت كناية، وذلك أن الإشارة إلى الكلام أقرب لاتصالها بالمتكلم وهو إشارته بيده. . فلذلك كانت أقرب إلى النطق من آثار الأقلام.

وعد الحنابلة الكتابة هنا أولى لأنها بمنزلة الصريح، والإشارة دلالة، ونقل هذا عن بعض الحنفية أيضاً، والذي يترجح عندهم التسوية بينهما[2].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٠): يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٧١، حاشية العدوي على الخرشي: ٣/ ١٧٤، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١، وتحفة المحتاج وحاشية الشرواني: ٧/ ٢٢١.، كشاف القناع: ٥/ ٣٩.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٤١، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: ٧/ ٢٢١، كشاف القناع: ٥/ ٣٩، شرح المجلة للأتاسي: ١/ ١٩٤ ـ ١٩٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ١٦.

وهو يدل على تقديم كتابة الأخرس، وهو ما نقل عن الحنابلة وبعض الحنفية، وإلاَّ انعقد بالإشارة الدالة على إرادة الأخرس عرفاً بشيوعها وانتشارها.

عدم انعقاد العقد بالفعل: إن خطر أمر الزواج وتعلقه بالفروج والأبضاع كبير جداً، ولذلك كان التحريم المتعلق بها شديداً. . لهذا كله كان عقد الزواج لايتم إلا بالألفاظ في رأي عامة العلماء. . فلا يقبل فيه التعاطي والفعل. . وهو فرق النكاح عن السفاح[1].

وذهبت محكمة النقض إلى أنه يعتد في العقد بشروط الانعقاد السابقة فلا يجري فيه التعاطي(نقض ٦٣ ـ ٥٢ ـ ١/ ٣/ ٧٣).

إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة:

يعد العقد بوسائل الاتصال الحديثة وسيلة التعاقد الممكنة بين غائبين عن محل التعاقد، ويمكن أن يتم التواصل عبر الهاتف والرسائل الورقية (الفاكس) وشبكة المعلومات (الإنترنيت).

وإذا نظرنا إلى اختلاف الفقهاء في انعقاد العقد بالكتابة: فإن الحنفية يجيزونه مع وجود الشهود على كلام العاقدين، ولكن الإشكال الخطير في تزييف وتزوير كل هذه الوسائل، وإن كان ذلك يتعلق بالإثبات، ولكنني أرى جواز هذا العقد بشروطه مع التوثق من عدم التزوير.

---

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٢٦٥و٢٧١، ور: الخرشي: ٣/ ١٧٤ ـ ١٧٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠، كشاف القناع: ٥/ ٣٧ ـ ٣٩.

المبحث السادس:

الألفاظ العامية والمصحفة

وهو تغيير الألفاظ الصحيحة إلى غيرها على خلاف ما اصطلح عليه.

ذهب جماهير العلماء المتأخرين والمعاصرين إلى صحة عقد الزواج بالألفاظ العامية بفتح تاء المتكلم في تزوجت، أو بإبدال الجيم زايا زوزتك أو العكس: جوجتك، لأن المدار في الصيغة على المتعارف من محاورات الناس، ولكن اشترط الشافعية في القبول التصريح بالنكاح. . وذلك لصدورها عن قصد صحيح باتفاق أهل جهة ما على التلفظ به فكأنه وضع جديد لمعاني الزواج فأشبه الحقائق اللفظية العرفية وخاصة عند تلقينهم الألفاظ الصحيحة لغة وذهب البعض بأنها ليست حقيقة لعدم الوضع ولا مجازاً لعدم العلاقة فهي باطلة ولا يصح العقد بها.

والراجح انعقاده بها، ولكن دون العارف باللغة فلا بد من اللفظ الصحيح وكذلك فتوى المجيزين، وهذا للضرورة في العامي دون العارف[1].

والخطأ في الصيغة لغة إذا لم يخل بالمعنى يصح كقوله: زوجت لك أو إليك بدل زوجتك وهو كالخطأ في الإعراب[2].

وقد دلت المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري على جواز انعقاده بالألفاظ العامية لاعتبارها ودلالتها عرفاً، ولكن الأولى التمسك باللفظ الفصيح وهو ما يحرص عامة الناس عليه احتياطاً.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٩ ـ ٢٧١، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٩، إعانة الطالبين: ٣/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٣٩ ـ ٤٠.

(٢) فتح القدير: ٣/ ١٠٢، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، الخرشي: ٣/ ١٧٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٩ ـ ١٤٠، كشاف القناع: ٥/ ٣٧.

المبحث السابع:

الألفاظ غير العربية في الإيجاب والقبول

ذهب الحنفية والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة إلى صحتهما بغير العربية من اللغات جميعها وإن كان العاقد يعلم العربية، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، ولأن الإعجاز غير متعلق بهذا اللفظ فيكتفى بترجمته.

وفي وجه لا يصح إلا بالعربية لأنها الألفاظ المشروعة المنقولة الواردة، وفي وجه إن كان عاجزاً عن العربية صح بغيرها من الألفاظ وإلا لم يصح وهو مذهب الحنابلة ولو أتى كل واحد بلغته التي يحسنها، وترجم بينهما وأفهمهما ثالث معنى كلاميهما قبل التعاقد أو أثناءه صح ذلك ـ مالم يطل الفصل ـ أما لو كان بعد التعاقد فلا يصح في الراجح بأن يتلفظ باللفظ دون معرفة معناه[1].

ويدخل هذا في دلالة عبارة المادة (٦) لعموم عبارة الألفاظ الدالة لغة إذ لم تقيد بالعربية.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٤٠ ـ ١٤١، كشاف القناع: ٥/ ٣٩، فتح القدير: ٣/ ١٠٢.

المبحث الثامن:
إطلاق صيغة العقد وتقييدها:

أولاً: العقد المنجز:

إن طبيعة وقداسة عقد الزواج تستلزم كون عقد الزواج منجزاً، فلا بد من كون الصيغة منجزة مطلقة لا تعليق ولا شرط ولا إضافة فيها.

ثانياً: العقد المضاف إلى المستقبل:

فلا يصح التعليق بالإضافة إلى الوقت في عقد الزواج مطلقاً، كما هو سائر المعاوضات وهنا هو أولى، زيادة في الاحتياط فيه.

فلو قال: إذا طلعت الشمس زوجتك ابنتي لم يصح، بل لو قال: زوجتك إن شاء الله لم يصح سواء أطلق أو قصد التعليق، بخلاف قصده التبرك أو حقيقة كل شيء بمشيئة الله فإنه يصح.

ثالثاً: العقد المعلق على شرط:

والتعليق على شرط محتمل الوجود لا يصح كذلك في عقد الزواج، كما لو قال: (إن نجحت في الامتحان زوجتك ابنتي) فلا يصح أبداً، ويلاحظ دخول الشرط على الصيغة فيعلق انعقاد العقد بخلاف ما دخل على الآثار وهي الشروط في العقد، لأن التعليق المانع من صحة العقد هو المنافي لإطلاق العقد وتنجيزه، وإلا انعقد.

ولو علق على شرط محتمل الوجود ولكنه موجود للحال:

ذهب الشافعية إلى عدم الصحة أيضاً لوجود صورة التعليق، وبالتالي تفسد الصيغة: كما لو قال: إن طُلقت ابنتي واعتدت فقد زوجتكها، وأخبر بعد هذا بطلاق ابنته وانتهاء عدتها، وذهب الحنابلة إلى صحة العقد لأنه ليس بتعليق حقيقة.

أما لو علق على أمر محقق أو شرط حاضر أو ماض كقوله: إن صدق المخبر بأنها أنثى فقد زوجتكها، وعلم كلاهما أنها أنثى، فإنه يصح وتكون إن بمعنى إذ، وقال النووي والرملي: يصح ولكن ينبغي الجزم به.

فإذا كان يتيقن الحال واستعمل (إن) بما ينافي الإطلاق الذي فيه معنى التنجيز لم ينعقد.

وكذلك لو قال: (زوجتك ابنتي إن كانت حية) وهي غائبة وتُحدث بمرضها وموتها دون ثبوت ذلك كان العقد صحيحاً مع هذا التعليق، لأنه تعليق على أمر لايحد من إطلاق العقد، إذ يعتبر مانعاً إذا تنافى مع إطلاق العقد.

وإن أضاف الشربيني أن هذا تعليق وفق كلام الأصحاب[1].

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٣): لاينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق.

وإن عقد الزواج لا يناسبه إلا الإطلاق نظراً لقداسته وخطورته، ويراد بالشرط هنا ما تعلق بإنشاء العقد، ويأتي دراسة هذا.

رابعاً: اقتران العقد بالشرط:

إن الشروط التي تدخل على عقد الزواج إما أن تكون على سبيل التعليق - ومن في حكمه - أوعلى سبيل التقييد وهي تتعلق بإنشائه أو بآثاره - وهذه - ما تعلق بآثاره - ستأتي في آثار العقد - ، وما يتعلق بإنشائه وصيغته مما قد يبطل العقد ويفسده، هما:

١ - نكاح الشِّغار وتعلقه بإنشائه يعني كونه ثابتاً في أصل العقد فيبطل العقد عند الجمهور، وكذلك نكاح المتعة.

١ - نكاح الشِّغار[2]:

تعريف الشِّغار: الخلو عن المهر بجعل بضع إحداهما مقابل مهر الأخرى وهو قول الولي: (زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك دونما

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٤١ - ١٤٢، كشاف القناع: ٥/ ٤٠ - ٤١.

(٢) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢/ ٣٣٢ - ٣٣٣، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٨، ، الشرح الكبير: ٢/ ٣٠٧ - ٣٠٨، روضة الطالبين: ٧/ ٤٠ - ٤١، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٢ - ١٤٣، كشاف القناع: ٥/ ٩٢ - ٩٣.

مهر)، أي: جعل مهر المرأتين ساقطاً بمقابل الأخرى دون أدائه لكلٍّ منهما، فلا بد من ذكر هذا، وأسماه المالكية الشِّغار الصريح ولم يشترط الحنابلة هذا، بل عدّوا مطلق اشتراط تزوج إحداهما لتزوج الأخرى شغاراً ولو لم يتعرض للمهر.

صور الشِّغار:

١ ـ الشِّغار الصريح: إن الصورة المتفق عليها في الشِّغار هي نفي المهر أو المعاوضة في البضع، وهو الذي أسماه المالكية الشِّغار الصريح.

٢ ـ وجه الشِّغار: أما إذا كان الشرط التزويج وحسب دون ذكر للصداق بأن قال: (أزوجك ابنتي على أن تزوجني ابنتك) فكلا العقدين صحيح، ويجب مهر المثل عند الحنفية والشافعية ولا يعد شغاراً، بينما عده الحنابلة شغاراً ولو لم يتعرض للمهر، وعده المالكية شِغاراً ولو اقترن بذكر الصداق وهم الذين أسموه وجه الشغار.

ولو كان الشرط في جعل المهر مقابل بضع إحداهما فيبطل في جهة من أُنيط ببضعها العقد، كما لو قال: (زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع ابنتك صداق لابنتي) صح الأول وبطل الثاني، لجعل بضع بنت الثاني صداقاً لبنت الأول، وبالعكس.

ولم يجعله الحنفية شغاراً إلا بقيد البُضع مقابل المهر في كليهما، وفي المثال المذكور لا يُعدُّ شغاراً بل صحيحاً مع وجوب مهر المثل؛ لأن الشغار هو المعاوضة في البضع.

٣ ـ الشغار المركب: وعند المالكية صورة ثالثة للشغار أسموها: المركب منهما أي من النوعين السابقين، وذلك بأن يسمي لواحدة منهما المهر دون الأخرى.

أثر نكاح الشغار:

ذهب الجمهور إلى بطلان الشغار مطلقاً فيما عدوه شغاراً بحسب آرائهم، وفصل المالكية فذهبوا إلى بطلان الشغار الصريح ولو بعد الدخول

مع لزوم مهر المثل.

وأما وجه الشغار فيفسخ قبل الدخول، ويجب الأكثر من المسمى ومهر المثل بعد الدخول.

وأما المركب منهما فالمسمى لها يفسخ قبل الدخول، ويجب الأكثر من المسمى ومهر المثل بعد الدخول، وغير المسمى لها يفسخ عقدها ولو بعد الدخول مع مهر المثل.

وذهب الحنفية إلى صحة العقد مع الكراهة ولزوم مهر المثل.

الأدلة ومناقشتها: ودليل بطلانه من السنة: ما ورد عن سيدنا ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه ابنته، وليس بينهما صداق»[1].

والبطلان إنما هو لأنه: جعل مورد النكاح امرأة وصداقاً للأخرى فكأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج، فجعل تزويجه إياها مهراً للأخرى فكأنه ملكه إياها بشرط انتزاعها منه وقيل: لما فيه من تعليق زواج إحداهما على الأخرى، وقيل لخلو عقد المرأتين من المهر، والأولى الالتفات إلى النهي الوارد في قول الرسول ﷺ وأما تعليله فظاهر لما فيه مخالفة عمومات القرآن والسنة في وجوب المهر ولزومه، وفي الشغار تعهد بإسقاط المهر.

واستدل الحنفية بأن متعلق النهي مسمى الشغار المنفي فيه المهر مع جعل البضع صداقاً فتنتفي هذه الماهية وتبطل، بينما يبقى النكاح المسمى فيه ما لا يصلح مهراً فينعقد موجباً لمهر المثل، والنهي على معنى الكراهة فلا توجب الفساد، ومع إيجاب مهر المثل لم يبق شغاراً؛ لأن الشرع دل على أن ما سمي فيه ما لا يصلح مهراً انعقد موجباً لمهر المثل، وهذا دليل على حمل النهي على الكراهة لا الفساد.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة(٥٣) إلى أنه:

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه: ٣/ ١٤٤١ ـ رقم: ١٤١٥.

«يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمي عند العقد أو لم يسم أو نفي أصلاً».

ووضحت المادة (٦١) ما الذي يجب من المهر فقالت: «١ ـ يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية».

ويعد هذا إعمالاً لرأي الحنفية في صحة العقد حالة الشغار مع لزوم مهر المثل، وهو ما صرحت به محكمة النقض (٣٦٤ ـ ٣٦١ ـ ١٩/ ١٠/ ٦٤) إذ قالت: نكاح الشغار ينعقد صحيحاً ويجب فيه مهر المثل، وهو مضمون المادة (١٥) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا، إذ نصت: «نكاح الشغار ـ وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهراً للأخرى ـ ينعقد صحيحاً ويجب بالعقد مهر المثل لكل منهما»[1].

٢ ـ النكاح الموقت ونكاح المتعة: **وسيأتي بحثه لاحقاً في شروط الصحة.**

---

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ١٩٥ وقبلها وبعدها، شرح الأحكام الشرعية للأبياني: ١/ ٣٠.

الفصل الثالث

شروط صحة عقد الزواج

المبحث الأول: الشهادة على عقد الزواج.

المبحث الثاني: التأبيد وعدم تأقيت عقد الزواج.

المبحث الثالث: حلية المحل المختلف فيها.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث

شروط صحة عقد الزواج

وتعني شروط الصحة: الأمور والأوصاف التي يتوجب وجودها ليسلم العقد في وجوده، فإذا انتفت كان العقد فاسداً غير معتدٌ به، وهذا الفساد في أوصاف العقد لا في أصله جرياً على طريقة الحنفية في التفريق بين الفاسد والباطل[1]، وتتمثل هذه الشروط في الشهادة على عقد الزواج، وتأبيد عقد الزواج، وحلّية المحل المختلف فيها.

المبحث الأول: الشهادة على عقد الزواج

تعريف الشهادة لغة: خبر قاطع، وشَهِدَ بكذا شهادةً أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد[2].

وشرعاً: «إخبار صدق لإثبات حق، بلفظ الشهادة في مجلس القاضي»[3].

وأما مذاهب الفقهاء فيها: فذهب الجمهور ـ ومنهم المالكية والغزالي من الشافعية ـ إلى عد الشهادة شرط صحة لا ركناً، وذهب الشافعية إلى عد الشهادة ركناً من أركان العقد، وكذلك بعض المالكية، ولكن عامة المالكية عدوا الشهادة شرطاً لصحة العقد سواء حدثت عنده أو قبل الدخول، فإن دخلا دون شهود حُدا، ولهذا ندبوا الشهادة عند العقد، وإذا لم تحدث عنده فلا بد منها قبل الدخول، مع ندب الإعلان له اتفاقاً[4].

---

(١) لمزيد من التفصيل ينظر: مفهوم الفساد عند الفقهاء من أطروحة الدكتوراه: درء المفسدة في الفقه الإسلامي: ٥٩.

(٢) القاموس المحيط: ٢٦٤.

(٣) فتح القدير: ٦/ ٢، القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب: ٢٠٣.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢/ ١٩٥، مجمع الأنهر: ١/ ٣٢٠، المبسوط: ٥/ ١٦، الهداية: ١/ ٢٠٦، بلغة السالك: ١/ ٣٧٥ـ٣٧٦، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٦، المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣١٣،=

دليل مشروعية الإشهاد على عقد النكاح:

استدل الجمهور بالأحاديث الآتية الظاهرة في اشتراط الشهود:

١ ـ قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[(١)].

٢ ـ قوله ﷺ: «البغايا اللاتي يُنكحن أنفسهن بغير بينة»[(٢)].

واستدل المالكية بحديث أنس رضي الله عنه أنه قال: أقام النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثاً يُبنى عليه بصفية بنت حيي، فدعوت الناس إلى وليمته، فما كان فيها خبز ولا لحم، أُمر بالأنطاع فألقي فيها التمر والأَقِط والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه، فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وَطّى لها خلفه ومدَّ الحجاب بينها وبين المسلمين[(٣)]» وهذا إشارة إلى عدم الشهود عند العقد.

= مغني المحتاج: ٣/ ١٤٤، نهاية المحتاج: ٦/ ٢١٣، كشاف القناع: ٥/ ٦٥، منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ١٤٥.

(١) صحيح ابن حبان: كتاب النكاح، ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل٩/ ٣٨٦ رقم ٤٠٧٥، البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين٧/ ١٢٥، الدار قطني: ٣/ ٢٢٥ رقم: ٢٣، ورواية البيهقي والدار قطني ليس فيها (وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل) وله هذه الشواهد: ١ ـ قوله ﷺ: «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل».رواه البيهقي: كتاب النكاح: ٧/ ١٢٥، والدارقطني: كتاب النكاح: ٣/ ٢٢٥رقم: ٢١، والحديث يقوى بالشواهد المذكورة، ٢ ـ قوله ﷺ: «لابد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين» سنن الدارقطني: كتاب النكاح٣/ ٢٢٥، رقم: ١٩ ، ٣ ـ قوله ﷺ: «لانكاح إلا بشهود»، رواه البيهقي: كتاب النكاح ، ٧/ ١١١.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ماجاء لا نكاح إلا ببينة، ٣/ ٤١١، رقم: ١١٠٣.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: اتخاذ السراري ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ٣/ ١٨٣٠، رقم: ٤٧٩٧ .

الأقط. لبن مجفف يابس، والأنطاع: جمع نِطْع ما يوضع عليه الطعام من جلد، والسراري جمع سرية وهي الأمة، النهاية: ١/ ٦٨، القاموس المحيط: ٦٩٠، فتح الباري: ٩/ ١٢٦ ـ ١٢٨.

إذ لو كان أشهد على نكاحها لعلم ذلك[1].

وقد رده ابن حجر بأنه لا دلالة فيه لاحتمال أن الذين حضروا التزويج غير الذين ترددوا، مع صراحة الأحاديث المبطلة لعقد الزواج دون شهود[2].

ودلالة حديث «البغايا.» واضحة على اشتراط الشهود، وهي نص في المسألة[3]

ولا يظنن ظان دَعِيٌّ أن المالكية لا يشترطون الشهود بل يفصلون بين العقد وبين الدخول، فلا بد من الشهود وهو واجب في أصل النكاح، ولكن إحضارهما عند العقد مستحب، يقول العدوي في حاشيته على شرح مختصر خليل: «الحاصل أن أصل الإشهاد على النكاح واجب وأما إحضارهما عند العقد فمستحب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمران الاستحباب والوجوب، وإن فقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات الاستحباب، وإن لم يوجد إشهاد عند العقد والدخول ولكن وجدت الشهود عند واحد منهما فالصحة قطعاً»[4].

والحكمة من اشتراط الشهادة: الاحتياط للأبضاع وصيانة الأنكحة عن الجحود، وتمييزه عن السفاح، وصيانة حق الولد؛ لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه[5].

أثر عدم وجود الشهود:

لو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح؛ لأن الشرط هو الإشهاد على العقد ولم يوجد.

---

(١) المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣١٣.

(٢) فتح الباري: ٩/ ١٢٩.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٢، تحفة الأحوذي: ٤/ ١٩٧ ـ ١٩٨، البغايا جمع بغي وهي الأمة أو الحرة الفاجرة، القاموس المحيط: ١١٣٧.

(٤) حاشية العدوي على الخرشي: ٣/ ١٦٧.

(٥) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٤.

وهو باطل عند الشافعية والحنابلة وفاسد عند الحنفية، وطروء الإشهاد على العقد الفاسد لا يقلبه صحيحاً.

أما عند المالكية فقد نصوا على أنه إذا دخل الزوجان بلا إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة؛ لصحة العقد لأنه فسخ جبري من الحاكم، ويحدان حد الزنا إذا أقرا بالوطء أو ثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا.

وهذا إن لم يظهر وينتشر، أما إن فشا النكاح بوليمة، أو ضرب دف، أو كان على العقد أو الدخول شاهد واحد غير الولي فلا حد عليهما ويدرأ للشبهة، لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»[1].

الزواج المدني وعدم الشهود:

ومما لا يشترط فيه الشهادة ما يسمى «الزواج المدني» وهو «توافق إرادتي رجل وامرأة لإقامة حياة مشتركة وفقاً لقانون ما» وأول ما ظهر هذا الزواج في أوروبا ولا يعتد فيه بحرمة الرضاع ولا باختلاف الدين، ويؤخذ بالتبني كحرمة النسب، ولا يثبت نسب ولد الثانية إلا بموافقة الأولى، ولا تعدد للزوجات، والعدة (٣٠٠) يوم، ولا يقع الطلاق إلا قضاء، وتلزم الزوجة فيه بالنفقة.

ولا يكون هذا الزواج مشروعاً بهذه الأوصاف، إلا إن وجدت حالات منه يتحقق فيها أركان العقد وشروطه، إذ إجراء العقد مع وجود الشهود مع انتفاء حرمة الرضاع والدين.. مما يكون العقد معها مشروعاً، وإلا كان باطلاً[2].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٦ ـ ٢١٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٤، كشاف القناع: ٥/ ٦٥و٤١، المغني: ٧/ ٣٣٧ ـ ٣٤٢ والحديث أخرجه الترمذي: كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود٤/ ٣٣، رقم: ١٤٢٤ والحاكم في المستدرك: كتاب الحدود، ٤/ ٤٢٦وقال: حديث صحيح الإسناد.

(٢) انظر: الأنكحة المنهي عنها: ٣٥٧ ـ ٣٧٠.

شروط الشهود في عقد الزواج:

١ ـ الإسلام: لأن الشهادة ولاية، وهو بالاتفاق إلا إذا كانت الزوجة كتابية فيجوز أن يكون الشهود من غير المسلمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً للجمهور ومحمد وزفر من الحنفية، وهذا الخلاف في العقد دون الإثبات.

٢ ـ التكليف: أي البلوغ والعقل؛ لأن الصغير والمجنون ليسا أهلاً للشهادة.

٣ ـ العدد: شهادة رجلين، وعند الحنفية شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

٤ ـ الذكورة: لا ينعقد النكاح بشهادة النساء ولا برجل وامرأتين عند الجمهور، وينعقد بشهادة رجل وامرأتين عند الحنفية.

٥ ـ العدالة: وينعقد بمستوري الحال عند الشافعية والحنابلة؛ لصعوبة الاطلاع عليهم لأنها من الأمور الباطنة.

أما عند المالكية فشهادة مستور الحال كالعدم عندهم.

وخالف الحنفية فقبلوا شهادة الفاسقين ولم يشترطوا العدالة؛ لأن الفاسق يصلح ولياً في النكاح فيصلح شاهداً فيه؛ لأن الشهادة نوع ولاية.

٦ـ السمع: فلا ينعقد بحضور أصمين؛ لأن الأصم لا يسمع العقد ليشهد به.

٧ ـ النطق: فلا ينعقد بحضور أخرسين؛ لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة، فوجوده كعدمه.

٨ ـ البصر: وهو شرط انفرد به الشافعية، فلا تكفي عندهم شهادة الأعمى؛ لأنه يشهد على إيقاع الصيغة، وهو لا يعرف الموجب من القابل، ومثله من كان بظلمة شديدة، ولم يشترط الجمهور هذا الشرط؛ لأن الأعمى من أهل الشهادة، ويمكن أن يتيقن من الصوت على وجه لا يشك فيه.

٩ ـ معرفة لسان المتعاقدين: فلا بد من فهم كلام المتعاقدين، وسماع الصيغة بشكل جيد.

١٠ـ أن لا يكون محجوراً عليه بسفه وهو شرط عند الشافعية، كما اشترطوا عدم

اختلاط ضبطه لغفلة أو نسيان، فلا بد أن يكون ضابطاً جيد الحفظ[1].

إعلان النكاح وكتمانه:

يستحب إظهار النكاح بالدف ليشتهر ويعرف، كما يستحب إطعام الطعام عليه، باتفاق الفقهاء الأربعة، وعليه فيكره كتمان العقد أو التواصي بذلك عند جمهور الفقهاء، ولا يبطل العقد لأنه مع الشهادة لا يكون مكتوماً.

وذهب المالكية إلى فسخ العقد الموصى بكتمه، وأسموه نكاح السر، ونكاح السر: ما أوصى به الزوج أو الشهود أو الزوجة بإخفاء عقد زواجه، فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده ما لم يطل عرفاً مما يجعله مشهوراً[2].

الأدلة:

١ ـ **أدلة الجمهور:** استدل الجمهور على استحباب الإشهار والإعلان بأحاديث هي:

قوله ﷺ: «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[3].

قوله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»[4].

قوله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح»[5].

---

(١) تحفة الفقهاء: ٢/ ١٩٥ ـ ١٩٧، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٣ ـ ٢٥٦، المبسوط: ٥/ ١٦و٣١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٢١٦، روضة الطالبين: ٧/ ٤٥ ـ ٤٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٤ ـ ١٤٦، حاشية الشرقاوي: ٢/ ٢٣١، كشاف القناع: ٥/ ٦٥ ـ ٦٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٦و٢٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٤، روضة الطالبين: ٧/ ٣٦، المغني: ٧/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥، كشاف القناع: ٥/ ٦٦.

(٣) تقدم تخريج الحديث ص١٣٠.

(٤) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب ماجاء في إعلان النكاح٣/ ٣٩٩، رقم ١٠٨٩.

(٥) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ماجاء في إعلان النكاح٣/ ٣٩٨، رقم١٠٨٨ وقال: حديث حسن، والنسائي: كتاب النكاح: باب إعلان النكاح بالصوت، ٣/ ٤٥٨، رقم: ٣٣٦٩. واللفظ له.

ولما روي: «أن النبي ﷺ كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال: أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم»[1].

وبناء على الحديث الأول لا يبطل عقد الزواج بالكتمان؛ لأنه لا يكون مع الشهادة مكتوماً، وتحمل الأحاديث الأخرى على الاستحباب وكراهة الكتمان، وما حضره شاهدان لم يعد نكاح سر؛ لظهوره بالشاهدين وذيوعه[2].

أدلة المالكية: استدلوا بالأحاديث المتقدمة التي استدل بها الجمهور[3]، كما استدلوا بما روي: أن عمر رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: (هذا نكاح السر ولا أجيزه ولوكنت تقدمت فيه لرجمت)[4].

والمالكية يتفقون مع الجمهور في ندب إعلان النكاح، ولكنهم يشترطون ترك التواطو على الكتمان، مستدلين بقول عمر لتمييز العقدعن السفاح[5]، وواضح عدم الاعتداد به إذ لابد في الشهادة على الأقل من رجل وامرأتين.

شهادة الأصول والفروع والإخوة في عقد الزواج:

ميز الحنفية بين الشهادة لانعقاد العقد وبين الشهادة لإثبات العقد عند التجاحد فلا تقبل فيه إلا شهادة من تقبل شهادته في سائر الأحكام، فقالوا:

---

(١) مسند أحمد: ١٣/ ١٢٩، رقم: ١٦٦٥٨.

(٢) تحفة الأحوذي: ٤/ ١٧٨.

(٣) الشرح الصغير وبلغة السالك: ١/ ٣٩١ ـ ٣٩٢، حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير: ٢/ ٢١٦ و٢٣٦.

(٤) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، ٧/ ١٢٦، الموطأ: كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح٣٨٨، رقم: ٢٦.

(٥) المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣١٣، المدونه للامام مالك: ٢/ ١٢٨، كتاب النكاح الأول النكاح بغير بينة، ملحق المدونة لابن رشد: ٥/ ٢٦٤.

إن العقد ينعقد ويصح بالابنين لكليهما أو من أحدهما دون الإثبات، ولكنها تصح مع الإثبات شهادة الأب والأخ، لأن الأصل أن كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد العقد بحضرته، وكذلك عند الشافعية في الفروع والإخوة والأعمام إذا كان الولي غيرهم، لكن مع الإثبات فتثبت شهادتهم أيضاً، وأما الأب فولي عاقد لا يكون شاهداً، ولو وكل وحضر لم ينعقد بحضوره العقد؛ لأن الوكيل نائبه.

ولا شهادة للولي مطلقاً أصلاً وفرعاً وحواشي ولا لوكيله عند المالكية والحنابلة لأن له ولاية العقد فلا يشهد على فعل نفسه، كما أنه لا شهادة للولي الأبعد على فعل الأقرب، ولا للولي مع عقد الوكيل العقد[1].

ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في الشهادة على عقد الزواج:

م١٢ ـ يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما.

ويوافق هذا النص مذهب الحنفية في قبول شهادة الرجل مع المرأتين، ولكنه يوافق مذهب الجمهور في اشتراط كون الشاهد مسلماً في زواج المسلم من الكتابية ويوافق مذهب عامة الفقهاء في قبول شهادة الكتابيين فيما بينهم وما سكت عنه النص في شهادة الأصول والفروع. . يرجع فيه إلى (م٣٠٥) من المذهب الحنفي وهو يثبت الصحة للعقد وكذلك عند الشافعية.

---

(١) الخرشي: ٢/ ١٦٧و١٨٠، الشرح الصغير وبلغة السالك: ١/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٦، كشاف القناع: ٥/ ٦٦.

المبحث الثاني:

التأبيد وعدم تأقيت عقد الزواج

إن عقد الزواج هو عقد الحياة، ومقاصده لا تستقيم ولا تقوم إلا إذا كان القصد منه الاستدامة لضرورة استقرار الحياة الزوجية لاستقرار الأسرة، وليس القصد قضاء الشهوة والوطر، ولهذا كان التأبيد شرط صحة العقد، ولهذا ندرس هنا

النكاح الموقت ونكاح المتعة:

والمتعة: لغة[1]: مادة متع، والمتاع هو: المنفعة والسلعة وكل ما انتفع به، والمُتْعَةُ بالضم والكسر: اسم للتمتيع، كالمتاع بها أياماً.

واصطلاحاً: وهو أن يتزوج امرأة إلى مدة علمت أو لا، كالموسم أو قدوم الحاج، كانت المدة معلومة أو مجهولة، كأن يقول لها: (أمتعيني نفسك) فتقول: (أمتعتك نفسي)، بلا ولي ولا بشاهدين.

وأما النكاح المؤقت: فهو ما كانت صيغته بلفظ الزواج وما أشبهه مقترناً بما يدل على التأقيت مع وجود شاهدين.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التفرقة بين النكاح الموقت ونكاح المتعة، والذين فرقوا بينهما ـ وهم الحنفية ـ قالوا: ما كان بلفظ الزواج مع التأقيت فهو نكاح مؤقت، وما كان بلفظ التمتع فهو نكاح المتعة، إضافة إلى أنه لا إشهاد في المتعة، ويوجد في المؤقت الشهادة، ولهذا فسد المؤقت وبطلت المتعة.

وقد اتفق الأئمة الأربعة على تحريم نكاح المتعة والنكاح الموقت، وذلك للأخبار المتواترة التي نقلت إلينا عن رسول الله ﷺ في النهي عن المتعة.

---

(١) القاموس المحيط: ٦٨٦، المغرب: ٢/٢٥٦، الزاهر: ٢١٤.

وخالف زُفر من الحنفية في النكاح المؤقت، فقال: يجوز النكاح ويبطل الشرط، وذلك أنه قد ذكر النكاح مع شرطٍ فاسد، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً.

ورد جمهور الحنفية على زفر فقالوا: إنه لو عد موقتاً فهو نكاح المتعة وهو حرام، ولاسبيل إلى كونه مؤبداً لأنها لم ترضه[1].

وذهب الشيعة الجعفرية إلى جواز النكاح المنقطع مطلقاً ومنه نكاح المتعة[2].

أدلة القائلين بالتحريم:

وقد استدل جمهور الفقهاء على تحريم نكاح المتعة بأدلة كثيرة منها:

من الكتاب الكريم:

أ ـ فقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦﴾ [المؤمنون: ٥و٦] حرم الله عز وجل جميع الأبضاع إلا ما أحله سبحانه بعقد الزواج الشرعي أو بملك اليمين يقول ابن عباس: (فكل فرج سواهما حرام)[3] والمتمتع بها ليست واحدة من هذين، فلا هي زوجة ولا هي مملوكة رقيقة، أما أنها ليست بزوجة، لأنه ليس لها حقوق الزوجة، وليست برقيقة. فالمنكوحة نكاح متعة محرمة بنص الآية المذكورة ويؤيده قوله تعالى في آخر الآية: ﴿فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧] فالله عز وجل قد سمى مبتغي وراء ماذكره عادياً فدل على حرمة الوطء دون هذين الشيئين.

ب ـ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ﴾ [النور: ٣٣] إذ كانوا يكرهون الإماء على الزنا بالأجرة فنهوا عن ذلك وسماه تعالى بغاء أي زنا،

---

(١) الهداية: ١/ ٢١٢، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٢، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٢، بلغة السالك: ١/ ٣٩٣، كشاف القناع: ٥/ ٩٦.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٥/ ٢٤٥.

(٣) رواه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في تحريم نكاح المتعة، ٣/ ٤٣٠، رقم: ١١٢٢.

فنكاح المتعة حرام[1].

من السنة الشريفة:

أ ـ ماروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «نهى عن نكاح المتعة يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأنسية[2].

ب ـ وعن ربيع بن سبرة، عن أبيه رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «يا أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخلِّ سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»[3].

ج ـ روى إياس بن سلمة عن أبيه قال: «رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى عنها»[4]

أقوال الصحابة في ذلك

أ ـ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لما ولي عمر بن الخطاب، خطب الناس فقال: «إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً، ثم حرمها والله لا أعلم أحد يتمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة إلا أن يأتيني بأربعة يشهدون أن رسول الله ﷺ أحلها بعد إذ حرمها»[5].

ب ـ وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول المتعة منسوخة نسخها الطلاق

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٥٥٦ ـ ٥٥٧.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيراً: ٣/ ١٨٤١، رقم: ٤٨٢٥، و مسلم: كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ٣/ ١٤٣٤، رقم: ١٤٠٧.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ: ٣/ ١٤٣١، رقم ١٤٠٦.

(٤) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ـ ٣/ ١٤٢٩، رقم: ١٤٠٥، وعام أوطاس هو عام فتح مكة.

(٥) سنن ابن ماجه: ـ كتاب النكاح باب: النهي في نكاح المتعة١/ ٦٣١، رقم: ١٩٦٣.

والصداق والعدة والميراث[1].

٣ ـ ولما سئلت السيدة عائشة رضي الله عنها عن متعة النساء فقالت: بيني وبينكم كتاب الله تعالى، وقرأت هذه الآية: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ۝٧﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٧] فمن ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا[2].

٤ ـ وقد قال سعيد بن جبير لابن عباس: قد سارت بفتياك الركبان، وقالت فيه الشعراء فقال: سبحان الله والله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا لمضطر[3].

٥ ـ قال الحافظ ابن حجر: وأما ابن عباس فروي عنه أنه أباحها، وروي عنه أنه رجع عن ذلك[4]. وهذا يبين قطعاً تحريم نكاح المتعة ونسخ الترخيص بها.

المعقول: إن مقاصد عقد الزواج من المودة والسكن والرحمة والعطف والحنان والرفق واللين والأنس، وقبل ذلك كله الولد والأسرة، كل ذلك ينفي نكاح المتعة، إذ لا نفقة ولا نسب ولا إرث ولا طلاق ولا شهود. إلا إذا اشترط ذلك، وقد كان مجتمع الجاهلية ذا فنون عجيبة في الزنا، فشاء التشريع أخذ الناس بالتدرج، ولهذا قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: «لونزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً. »[5] ثم لما استقر التشريع حرمت المتعة تأبيداً.

---

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ٧/ ٢٠٧.

(٢) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة٧/ ٢٠٦.

(٣) نصب الراية: ٣/ ١٨٠، سنن البيهقي: كتاب النكاح٧/ ٢٠٧.

(٤) فتح الباري: كتاب النكاح٩/ ٢١٦.

(٥) أخرجه البخاري: كتاب فضائل القرآن، باب: تأليف القرآن٣/ ١٨٠٣، رقم: ٤٧٠٧.

أحكام نكاح المتعة عند الشيعة الجعفرية:

١ ـ الانقطاع والانتهاء بانتهاء المدة المتفق عليها أو قبلها أو بعدها بحسب الاتفاق، ولكن يحسم أو يزاد في الأجر، وإذا انتهى الأجل ولم يمدداه ولم يفترقا انقلبت المتعة إلى زواج صحيح دون إشهاد.

٢ ـ لا يشترط في الأجل كثرة أو قلة ولو قل أو كثر.

٣ ـ يشترط المهر ولا حد لأقله أو لأكثره.

٤ ـ لانفقة في المتعة، لأن شرط وجوب النفقة العقد الدائم.

٥ ـ لايشترط وجود الشهود فيه، وإن استحب في قول.

٦ ـ يجوز العزل دون شرط؛ لأن الغرض الاستمتاع لا النسل والولد.

٧ ـ يجوز نفي الولد فيه دون لعان، كما يمكنه إلحاقه به.

٨ ـ يجوز اشتراط إتيانها في وقت ما دون غيره ليلاً أو نهاراً أو ساعة. . لأن الغرض الاستمتاع.

٩ ـ لا يقع الطلاق، وكذلك الإيلاء إذ ليس لها المطالبة بالوطء، ولا حاجة للطلاق لانتهاء المتعة بانتهاء أجلها.

١٠ ـ لا إرث بينهما إلا بشرطه.

١١ ـ العدة كعدة الأمة بقرئين، وفي الوفاة بشهرين وخمسة أيام.

١٢ ـ لا حصر لعدد النساء اللواتي يتمتع بهن[١].

الأدلة التي ذكرها الشيعة الجعفرية ومناقشتها[٢]:

استدل الإمامية على مشروعية النكاح الموقت بما يلي:

أ ـ بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤] والاستمتاع دون الزواج وهو المذكور والأجور دون المهور مما يدل

---

(١) اللمعة الدمشقية: ٥/ ١١٢و٢٤٥ ـ ٣٠٨و٤٦٥، الاستبصار: ٣/ ١٤٨، التهذيب: ٢/ ١٩٠، الروضة البهية: ٢/ ١٠٤.

(٢) المرجع السابق.

على جواز المتعة.

ويرد هذا: بأن المراد بالاستمتاع النكاح؛ لأنه المذكور في سياق الآيات. ففي سياق المحرمات نكاحاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢] وبعدها مباشرة قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] أما قوله الأجر: فإن المهر في العقد الدائم يسمى أجراً، لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥]. أي مهورهن وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وقطعاً يراد المهر مقابل الزواج.

٢ ـ ثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عام أوطاس في فتح مكة، وفي عمرة القضاء، وفي خيبر، وفي تبوك. قال ابن مسعود: «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس لنا نساء، فقلنا، ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله بن مسعود: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧]»[(١)].

وفي صحيح مسلم عن جابر: «كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد النبي ﷺ. . وأبي بكر حتى نهى عنه عمر»[(٢)].

وقد أجاب النووي على هذا الحديث: أنه محمول على الذي استمتع في عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يبلغه النسخ[(٣)].

٤ ـ عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب التفسير، باب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ ٣/ ١٥٨، رقم: ٤٣٣٩ ومسلم: كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة ٣/ ١٤٢٩، رقم: ١٤٠٤. واللفظ له.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة رقم: ٣/ ١٤٣٠، رقم: ١٤٠٥.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ٣/ ١٤٣٠.

لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر[1].

ولم تنقل إلينا الأخبار التي تفيد حل المتعة زمن سيدنا أبي بكر أو عمر رضي الله عنه، حتى يأتي عمر فيحرمها.

ـ أما ابن عباس فكان يجيز المتعة للمضطر فقط، ومع ذلك فقد أنكر عليه الصحابة ذلك مما يجعل رأيه شاذاً تفرد به.

ثم نقل المحدّثون عن ابن عباس[2] أنه رجع عن قوله، كل ذلك يدل على نسخ إباحة المتعة.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح ، باب: نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة ٣/ ١٨٤٠، رقم: ٤٨٢٥.ومسلم كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة ٣/ ١٤٣٠، رقم: ١٤٠٦.

(٢) الاختيار لتعليل المحتار ٣/ ١٢٧، الشرح الكبير: ٧/ ٧٥٢.

المبحث الثالث:

عدم المانع من حلية الزواج

وذلك بأن يكون التزوج بالمرأة المرادة جائزاً شرعاً لا يمنع منه مانع مؤبد متفق عليه، كالمحرمات المؤبدة وأكثر المؤقتة، والتي إن انتفت بطل العقد فلم يترتب عليه أثر، أو موانع مختلف فيها ولكن وجودها يفسد العقد، ولهذا درست كل الموانع هنا، وإلا فبعضها يتبع شروط الانعقاد، والآخر شروط الصحة مما اختلف فيه، ولكن توحيداً لهذا المبحث موانع الزواج، درس المتفق عليه والمختلف فيه معاً.

المطلب الأول: المحرمات المؤبدة من النساء:

حرم الله تعالى التزوج بالنساء المذكورات في هذا البحث على التأبيد، فلا يجوز العقد عليهن ولا خطبتهن، وذلك بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣].

وهن ثلاثة أقسام هي:

الفرع الأول: المحرمات بسبب القرابة (النسب): وهنّ أربعة أنواع:

النوع الأول: أصول الشخص وإن علون كالأمهات والجدات: وكانت الأم أول المحرمات لأنها أغلظ حرمة فحرمها بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾.

وضابط الأم: كل من لها عليك وِلاد، أي ولدتك فهي أمك أو ولدت من ولدك أي بواسطة أو لا، ذكراً كان أو أنثى كأم الأب وإن علت، وأم الأم كذلك، فهي أمك مجازاً.

النوع الثاني: فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن كالبنات وبنات الأولاد فالبنات جمع بنت وضابطها: هو كل من ولدتها فبنتك حقيقة أو ولدت من ولدها ذكراً كان أو أنثى، كبنت ابن وإن نزلت، وبنت بنت وإن نزلت فبنتك مجازاً، أو هي كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة بواسطة أو بغيرها[1].

وحرمت لقوله عز وجل ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ وكذلك بنات البنات والأبناء وإن سفلن، لأن كلاً منهن يسمى بنتاً أو بمعنى الاسم في وجود الولادة والبعضية[2].

بنات الرجل من الزنا: اختلف الفقهاء في اعتبار الزنى يحرم أو لا؟ وهل البنت من الزنا تحرم حرمة مؤبدة أو لا. ؟.

فذهب الجمهور إلى أن من زنى بامرأة حرمت عليه بنته منها حيث هي بنته من النكاح أو من السفاح لدخولها في عموم اللفظ، ولأن بنته من الزنى خلقت من مائه فحرمت عليه كتحريم الزانية على ولدها من الزنى، وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً[3].

أما الشافعية فذهبوا إلى أن المخلوقة من زناه تحل له لأنها أجنبية عنه، إذ لا حرمة لماء الزنى بدليل عدم ثبوت سائر أحكام النسب لها منه.

أما أم الولد الزانية فإنها تحرم على ابنها وكذلك سائر محارمها ويرثها وترثه، والفرق هنا: أن الولد كالعضو منها وقد انفصل منها إنساناً[4].

حكم البنت المنفية بلعان:

اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن البنت المنفية بلعان لا تحل لنافيها ولولم يدخل بأمها، لأنها لا تنتفي عنه قطعاً، بدليل لحوقها به لو أكذب

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٥.

(٢) الحاوي الكبير: ٩/ ١٩٧.

(٣) اللباب: ٤/ ٦، مطالب أولي النهى: ٥/ ٨٨، بلغة السالك: ١/ ٣٧٢.

(٤) نهاية المحتاج: ٦/ ٢٦٦، مغني المحتاج: ٣/ ١٧٥.

نفسه، ولا يسقط احتمال كونها خلقت من مائه، ويكفي في التحريم أن يعلم أنها بنته ظاهراً.

النوع الثالث: فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث وإن نزلن كالأخوات وبناتهن.

الأخوات جمع أخت وضابط الأخت: كل من ولدها أبواك أو أحدهما فأختك أي سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾[1] أو هي كل امرأة شاركتك في رحم أو صلب أو فيهما معاً[2] وكذلك بنات كل أخ وبنات كل أخت مهما نزلن، فيشمل التحريم فروع الأخ والأخت لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾.

والضابط لبنات الأخ هي كل امرأة لأخيك عليها ولادة، فهي بنت أخيك سواء كان الأخ شقيقاً أو لأخ أو لأم.

وضابط بنات الأخت هي كل امرأة لأختك عليها ولادة، فهي بنت أختك سواء كانت الأخت شقيقة أو لأب أو لأم[3].

النوع الرابع: فروع الأجداد والجدَّات لطبقة واحدة فقط وهنّ العمَّات والخالات دون فروعهم.

فالعمات جمع عمة وضابطها: كل امرأة اجتمعت مع أبيك في رحم أو صلب أو فيهما معاً، فهذه عمة بلا واسطة حقيقية، أو بواسطة: كعمة أبيك فعمتك مجازاً أي عمة أصلك هي عمتك.

والخالات جمع خالة وضابطها: وهي كل امرأة اجتمعت مع أمك في رحم أو صلب أو فيهما معاً، فهي خالتك حقيقة أو بواسطة، كخالة أمك خالتك مجازاً، وكل خالة لأصلك من الإناث هي خالتك[4].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٥.

(٢) حاشية العدوي: ٢/ ٥١.

(٣) كشاف القناع: ٥/ ٦٩.

(٤) حاشية العدوي: ٢/ ٥١.، مغني المحتاج: ٣/ ١٧٦.

فتحرم عليه العمة وكل من يدلي إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾ ويراد بقولنا لطبقة واحدة حرمة فرع كل جد فقط دون فرع فرع كل جد فهن بنات العمات وبنات الخالات فلا يدخلن في التحريم[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٣) إلى أنه: يحرم على الشخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده.

وقد شملت هذه المادة الأنواع الأربعة.

الفرع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة:

النوع الأول: زوجة أصل الشخص: فتحرم منكوحة الأب وأجداده من جهة الأب أو من جهة الأم، فمنكوحة الأب تحرم بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾﴾ [النساء: ٢٢].

والنكاح يذكر ويراد به العقد، وسواء كان الأب دخل بها أولا، ولا يدخل في التحريم أصول زوجة الأصل ولا فروعها لأنهن غير محرمات على الفرع.

النوع الثاني: أصول الزوجة:

وهن كل امرأة لها على زوجتك ولادة فهي أم امرأتك[2] فيحرم عليه كل من يدلي إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب أو الأم من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٢].

وتحرم بمجرد العقد دخل بها أو لم يدخل بالإجماع[3].

هذا، ولابد من العقد الصحيح إذ لا تثبت الحرمة بالعقد الفاسد إلا إذا

---

(١) المهذب: ٢/ ٤٢.

(٢) حاشية العدوي: ٢/ ٥١.

(٣) نهاية المحتاج: ٦/ ٢٦٨.

اقترن بالدخول أو بما أشبهه كلمس بشهوة[1].

النوع الثالث: فروع زوجة الشخص أي الربائب:

الربائب: جمع ربيبة، وهي بنت الزوجة[2]، ويحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن نزلن.

فبنت المرأة تحرم بالدخول بأمها، فإن دخل حرمت عليه بنتها على التأبيد لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٢][3].

وعدوا الموت بمنزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم[4].

الاختلاف حول الدخول والتمتع:

اختلف الفقهاء في معنى الدخول: فذهب مالك وأبو حنيفة ـ رحمهما الله ـ إلى أن التمتع باللمس والقبلة بالأم يحرم البنت، فإن الجماع هو الأصل، وحمل عليه اللمس لأنه استمتاع مثله، ويدخل في عمومه، فإن لم يقع شيء من ذلك فالربيبة حلال إذا لم يدخل بأمها ولا تلذذ منها بمقدمات الوطء[5].

وذهب السادة الشافعية والحنابلة إلى أن الدخول هو الجماع لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[النساء: ٢٣] ويراد بالدخول الوطء[6].

النوع الرابع: زوجة فرع الشخص:

فزوجة الابن محرمة على الأب تأبيداً لعقد الابن عليها سواء دخل بها الابن أو لا لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾[النساء: ٢٢] والزوجة هي

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٨.

(٢) حاشية العدوي: ٢/ ٥١.

(٣) المغني لابن قدامة: ٦/ ٥٦٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٧٧.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٨.

(٥) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٧٢.

(٦) حاشية العدوي: ٢/ ٥٢، الهداية: ١/ ٢٠٩، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦١.

الحليلة وإذا حرمت حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الابن وإن نزل تحرم على الأب وإن علا[1].

اختلف الفقهاء في حرمة المصاهرة بالزنا: فذهب جمهور الفقهاء على أنه من زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ولم تحرم عليه بنتها ولا أمها ولا تحرم هي على أبيه أو ابنه[2]

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[النساء: ٢٤]فهذا بيانٌ لِما يحل من النساء بعد بيان ماحرم منهن ولم تذكر الآية الزنى كسبب للتحريم، ما استدلوا بما روت السيدة عائشة عن النبي ﷺ أنه سئل عن رجل زنى بامرأة وأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال: «لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ماكان بنكاح»[3].

وخالف الحنفية فقالوا: من زنى بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إلى فرجها بشهوة حُرِّم عليه أصولها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه[4].

وسبب الخلاف: الاشتراك في لفظ النكاح من حيث دلالته على المعنى اللغوي والشرعي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا﴾ قال: الزنى يحرم، ومن راعى الدلالة الشرعية قال: الزنى لا يحرم[5].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٤) إلى أنه:

يحرم على الرجل:

١ ـ زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما.

٢ ـ أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته.

---

(١) الحاوي الكبير: ٩/ ٢٠٠.

(٢) المهذب: ٢/ ٤٣.

(٣) رواه الدار قطني: كتاب النكاح٣/ ٢٦٨، رقم: ٩٠، والبيهقي: كتاب النكاح، باب: الزنا لا يحرم الحلال.٧/ ١٦٨ وزاد: «بنكاح حلال».

(٤) الهداية: ١/ ٢٠٩، تحفة الفقهاء: ٢/ ١٢٤.

(٥) انظر بداية المجتهد: ٢/ ٣٤.

وهو كما يتضح ترجيح لمذهب الحنفية دون الجمهور في اعتبار الوطء المحرم مؤثراً.

الفرع الثالث: المحرمات بسبب الرضاع:

المحرمات بسبب الرضاع هن المحرمات بسبب النسب والمحرمات بسبب المصاهرة ودليل ذلك: قوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٢]. وكذلك قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١].

ولو حصل الإرضاع بالإكراه كمن أكره امرأة على إرضاع طفله فأرضعته فتحرم عليه لوجود سبب التحريم وهو الإرضاع[٢].

ـ إذن فالمحرمات بسبب الرضاع ثمانية أنواع أربعة محرمة من النسب وأربعة محرمة من المصاهرة وهن:..

النوع الأول: أصول الشخص من الرضَّاع مهما علوا.

أي الأمهات اللاتي أرضعن وأمهاتهن نسباً أو رضاعة[٣].

وضابطها: كل من أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من ولدتك بواسطة أو غيرها، أو ولدت مرضعتك بواسطة أو غيرها، أو ولدت صاحب لبنها وهو الفحل بواسطة أو غيرها، حيث إن المرأة إذا أرضعت ولداً بلبن من زوج فالولد الرضيع ابن لها وللزوج، لأن اللبن حادث عنه فينسب إلى الزوج، فاقتضى أن يكون الرضيع ابناً لهما، كالمولود منهما، وإذا كان كذلك كانت المرضعة أماً له، وكانت أمهاتها جداته من أم وآباؤها أجداده من أم[٤].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب: ٢/ ٨٧٥، رقم: ٢٥٠٢.

(٢) مطالب أولي النهى: ٥/ ٨٩.

(٣) الحاوي الكبير: ٩/ ١٩٨.

(٤) الحاوي الكبير: ٩/ ١٩٨، مغني المحتاج: ٣/ ١٧٦.

النوع الثاني: فروع الشخص من الرضاع مهما نزلوا كالبنت من الرضاع.

ضابطها: هو كل امرأة ارتضعت من لبن الشخص أو لبن ولد الشخص بواسطة أو غيرها، أي وبناتها من نسب أو رضاع وإن نزلن[1].

النوع الثالث: فروع الأبوين من الرضاع أي الأخوات من الرضاع.

ضابط أخت الرضاع: هو: كل من أرضعتها أمك، أو ارتضعت من لبن أبيك، أو ولدتها مرضعتك، أو ولدها الفحل، ويحرم عليه بنات أخوته وأخواته رضاعاً مهما نزلن.

النوع الرابع: الفروع المباشرة للجد والجَّدة من الرَّضاع:

وهن العمات والخالات من الرضاع مهما علا الجد أو الجدة.

ضابط عمة الرضاع: هو: كل أخت للفحل من نسب أو رضاع فتكون أخت الأب من الرضاع عمته، سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع، وكذا أخت الجد من الرضاع وأخت آبائه محرمة كالعمة سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع.

ضابط خالة الرضاع: أخت الأم من الرضاع خالة محرمة سواء كانت أختاً بنسب أو رضاع وكذلك أخت الجدة وأمها كالخالة في التحريم.

أما فروع العمات والخالات من الرضاع فلا يحرمن لأنه يحل الزواج بهن نسباً فلا حرمة بهن رضاعاً[2].

النوع الخامس: أصول زوجة الشخص من الرَّضاع:

أي أم الزوجة وجداتها من الرضاع وإن علون.

النوع السادس: فروع زوجة الشخص من الرَّضاع:

أي بنت الزوجة من الرضاع إلا أن الأم تحرم بالعقد نفسه والبنت لا

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٦.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٦.

تحرم إلا بالدخول وكذا يحرم بنات بناتها وأبنائها وإن نزلن من الرضاع.

النوع السابع: زوجة أحد أصوله من الرَّضاع:

فتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وإن علا على ابن الرضاع، وابن ابنه وإن نزل سواء دخل الأب أو الجد بها أو لم يدخل[1].

النوع الثامن: زوجة أحد فروعه من الرَّضاع: فتحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن نزلن على أب الرضاع وأب أبيه وإن علا[2].

لبن الفحل:

إن الحرمة بالرضاع تثبت من جانب الآباء كما تثبت من جانب الأمهات وهو الزوج، الذي نزل اللبن بوطئه، فإن رسول الله ﷺ شبهه بالنسب في التحريم، والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع[3].

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأحد قولي الشافعية، وسموه بلبن الفحل، لأن سبب اللبن هو الفحل عند الجمهور، فأي امرأة أرضعت طفلاً من وطء رجل حرم الطفل على أقارب الرجل الإناث كما يحرم ولده من النسب؛ لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة، فيصير الطفل ولد الرجل، والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته، سواء كانوا من تلك المرأة أو غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل، وعماته وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته[4].

وكل طفل رضع ثدياً رضعته طفلة حرمت عليه، سواء كان رضاعهما في زمن واحد، أوكان بينهما سنون، وكذا إن رضعا لبن امرأتين زوجتين لرجل واحد[5].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٢.

(٢) مطالب أولي النهى: ٥/ ٩١.

(٣) المبسوط: ٣/ ١٣٢.

(٤) المغني: ٦/ ٥٧٢.

(٥) القوانين الفقهية: ـ ١٧٨.

الاستثناءات التي تحرم بالنسب ولا تحرم بالرَّضاع:

استثنى الحنفية حالتين من التحريم بالنسب لا تحرم فيها من جهة الرضاع وهما:

١ ـ أم أخته وأخيه من الرضاع فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته أو أخيه من الرضاع ولا يجوزله أن يتزوج أم أخته الشقيقة أو لأب أو أخيه الشقيق أو لأب من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع.

٢ ـ أخت ابنه من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز له أن يتزوج أخت ابنه من النسب لأنها تكون بنته أو ربيبته بخلاف الرضاع[1].

وقد أضاف السادة الشافعية ـ رحمهم الله ـ حالتين إلى تلك الحالتين من المحرمات اللاتي يحرمن من جهة النسب ولا يحرمن من جهة الرضاع وهما:

أ ـ لا يحرم من أرضعت ولد ولدك ولو كانت أم نسب حرمت عليك لأنها بنتك أو موطوءة ابنك.

ب ـ ولا تحرم أم مرضعة ولدك أي جدة الابن أو جدة الابنة رضاعاً، فيجوز للشخص أن يتزوج جدة ابنه أو ابنته رضاعاً، ولا يجوز له أن يتزوج جدة ابنه أو ابنته نسباً لأنهن أمهات زوجته.

وزادوا على ذلك أم العم والعمة وأم الخال والخالة وأخو الابن فإنهن يحرمن من النسب لا من الرضاع[2].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٥) إلى أنه: «١ ـ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه».

ويدخل في التحريم ما يحرم من المصاهرة إعمالاً للمادة (٣٠٥) في المسكوت عنه إذ يؤخذ بالراجح من مذهب الحنفية، وهو ما رجحه أبو زهرة

---

(١) اللباب: ٣٦/٤.

(٢) مغني المحتاج: ١٧٦/٣، نهاية المحتاج: ٢٦٨/٦.

والسباعي وقدري باشا، ويبدو أن سكوت النص اكتفاء بنص الحديث، ولا يراد الأخذ بما ذهب إليه ابن تيمية من أن المحرمات بالمصاهرة لا يدخلن في المحرمات بالرضاع.

ولكن ذهب مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد بالنص على عدم دخول المحرمات بالمصاهرة في المحرمات بالرضاع (م١٣/ب) فقالت: «ب ـ لا تثبت حرمات المصاهرة عن طريق الرضاع» وهو الذي ذهب إليه وأيده الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني من عدم شمولهم بأن القانون لم يسكت هنا وإنما أراد الأخذ برأي ابن تيمية، لأنه اقتصر على ذكر المحرمات بالنسب في الرضاع ومفهوم النص القانوني يدل على عدم دخولهم، بحسب المصدر التاريخي للقانون في المسائل التي لها أصل فيه، لأنه استقى هذه الأحكام من هذه المذاهب لامن مذهب الحنفية، فيرجع في تكملتها أو تفسيرها إليها، وبالتالي هو اختيار لرأي لا سكوت[1].

والذي أراه أن النص ساكت عن الأخذ بهما، والمادة(٣٠٥) أمرت بالأخذ بمذهب الحنفية وهو مذهب الأئمة الأربعة، ولا عبرة للمفهوم مع النص، ولأن الأصل في الأبضاع التحريم والاحتياط، والمصدر التاريخي يرجع إليه وحده فيما لو اقتصر القانون عليه في هذا الموضوع.

والذي أراه في المستثنيات أيضاً أنه لا استثناء، وإنما يدخل الرضيع وحده في أسرة من أرضعه، أما بقيةأفراد الأسرة التي أرضعت فلا علاقة لها رضاعاً بأسرة هذا الرضيع.

حكمة التحريم بالرضاع:

لأن الرضاع بمنزلة النسب في ثبوت الحرمة لأن الحرمة بالنسب لحقيقة

---

(١) شرح قانون الأحوال للسباعي: ١/ ١٦١، شرح الأحكام الشرعية للأبياني: ١/ ٤٨، الأحوال الشخصية أبو زهرة: ٧٤، شرح قانون الأحوال للدكتور الصابوني: ١/ ١٤٨ ـ ١٤٩، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ٥٧.

البعضية أو شبهة البعضية وفي الرضاع شبهة البعضية بما يحصل باللبن الذي هو جزء الآدمية من إنبات اللحم وإنشاز العظم وإليه أشار رسول الله ﷺ فقال: «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[1].

الفرع الرابع: المحرمة بسبب اللعان: ويأتي بحثه في المحرمات المؤقتة، مع عدّ الجمهور لها من المحرمات المؤبدة.

الفرع الخامس: ما أضافه الفقهاء على تلك المحرمات:

لقد أضاف الفقهاء إلى تلك المحرمات أنواعاً من المحرمات على الأبد ألا وهي:

أولاً: مرتدة لا تقبل توبتها كما لو كان ارتدادها بسبب سب نبي من الأنبياء عليهم السلام أو ملك من الملائكة الكرام ونحو ذلك.

ثانياً: قاتل رجل ليتزوج امرأته فهذه لا تحل له أبداً عقوبة له بنقيض قصده المحرم كحرمان القاتل الميراث[2].

ثالثاً: من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها[3].

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير٢/ ٢٢٢، رقم: ٢٠٥٩ ـ ٢٠٦٠، والإمام أحمد في المسند ٤/ ١٤٧، رقم: ٤١١٤.، المبسوط: ٣/ ١٣٢.

(٢) القوانين الفقهية: ١٧٧.

(٣) مطالب أولي النهى: ٥/ ٩٦، كشاف القناع: ٥/ ٧٣.

المطلب الثاني: المحرمات من النساء حرمة مؤقتة:

وهن المحرمات اللواتي يحرمن لمدة قد تطول ولا تنتهي كالمتزوجة من آخر إذا لم يطلقها. .، وقد تنتهي كمعتدة الغير. . وبيانهن:

أولاً: زوجة الغير أو معتدته:

اتفق العلماء على حرمة التزوج بزوجة الغير لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]عطفاً على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

والمحصنات مسلمات أو كتابيات هن ذوات الأزواج، مسلماً كان الزوج أو كتابياً بالنسبة للكتابية.

كما اتفق العلماء على حرمة الزواج من المعتدة سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة أو فسخ، ودليل المنع من التزوج بالمعتدة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] أي حتى ينتهي وقت عدتها؛ وذلك لأن بعض آثار عقد النكاح لا تزال باقية من وجه، والثابت من وجه ثابت من كل وجه في المحرمات، ولم يكن التصريح بالخطبة جائزاً فأولى حرمة العقد عليهن، والعدة لحفظ الأنساب وإلا اختلطت الأنساب، عدا معناها التعبدي والاجتماعي إلا إذا كان المطلق هو الزوج، ولم يكن الطلاق بائناً بينونة كبرى وهنا للزوج أن يعقد عليها ولو في العدة[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٨) إلى أنه:

لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته.

نكاح الزانية: ذهب الجمهور إلى كراهة نكاح الزانية المتربصة من الوطء المحرم، فأشبهت المعتدة، وذلك لقول الله تعالى بعد ذكر

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩، المهذب: ٢/ ٤٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٣٥، بلغة السالك: ١/ ٣٨٨، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٨.

المحرمات: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]فتدخل الزانية.

ولحديثه ﷺ أن رجلاً قال للنبي ﷺ في زوجته: إنها لا ترد يد لامس، فقال له النبي ﷺ: «طلقها»فقال له: إني لا أصبر عنها. فقال له: «فأمسكها»[١].

وآية: ﴿لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ [النور: ٣]، أي في حال زناها.

وذهب الحنابلة إلى عدم جواز نكاحها حتى تتوب وتنقضي عدتها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[النور: ٣].

نكاح الحامل من الزنا:

ذهب أبو حنيفة ومحمد والمالكية والشافعية إلى كراهة نكاح الحامل من الزنى دون وطئها حتى تضع، لأنه لا حرمة لماء الزنى إذ لا يثبت به نسب لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٢] فلا يمنع جواز النكاح، كعارض الحيض والنفاس.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض(٨١ ـ ٧٩ ـ ٢٠/ ٢/ ٦٠) إذ قالت: يجوز أن يتزوج الرجل امرأة حاملاً من الزنى.

ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها(نقض١٥ ـ ٥٨ ـ ٢٢/ ٢/ ٧٢).

وذهب أبو يوسف وزفر والحنابلة إلى حرمة نكاحها، لأن حملها يمنع وطأها فيمنع العقد عليها، ولأن المقصود من العقد الوطء فلا يجوز العقد وقد قال ﷺ: «لاتوطأ حامل حتى تضع»[٣].

---

(١) أخرجه النسائي: كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع٣/ ٥١٢، رقم: ٣٤٦٥.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب: شراء المملوك من الحربي وهبته ٢/ ٧٢١، رقم: ٢١٠٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٩، بلغة السالك: ١/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠، المهذب: ٢٢/ ٤٣، روضة الطالبين: ٧/ ٤٣، كشاف القناع: ٥/ ٨٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٦٥ ـ ٣٦٦.والحديث أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في وطء السبايا٢/ ٢٤٨، رقم: ٢١٥٧والحاكم في المستدرك ٢/ ٢١٢وقال: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

ثانياً: المطلقة ثلاثاً:

لا يحل للزوج أن يعقد على مطلقته البائن بينونة كبرى إلى أن تنكح زوجاً آخر غيره، وذلك لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة: ٢٣٠] فإذا أراد الزوج أن يعقد عليها ثانية لزمه مايلي:

١ ـ دخول الزوج الثاني دخولاً حقيقياً لما أخرج عن عائشة رضي الله عنها: «أن رفاعة القُرَظي طلق امرأته فبتَّ طلاقها، فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت النبي ﷺ فقالت: يارسول الله إن رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القُرَظي، وإنما معه مثل الْهُدبة، قال رسول الله ﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رِفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[1]. أي حتى يحصل الدخول تماماً.

٢ ـ حصول الوطء المباح، فلو حصل في حيض أو نفاس أو من زنى أو إحرام لم تحل، وفي زواج صحيح لا فاسد لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

نكاح التحليل:

اختلف الفقهاء في الزوج الثاني المتواطئ لأجل إحلالها لزوجها الأول على الأقوال التالية ووفق الحالات الآتية:

أولاً: أن تكون النية التحليل دون شرط ذلك في العقد: فذهب الحنفية والشافعية إلى صحة العقد وكراهته، وحلها للأول، وذلك لأن مجرد النية المخالفة لا يؤثر، وكراهته لانعدام مقاصد الزواج وحدوث ما تنفر منه الطباع من مضاجعتها غيره وعودها إليه.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث٣/ ١٨٨٨، رقم: ٤٩٦٠.

وذهب المالكية والحنابلة إلى بطلان العقد، هذا مع اعتبار نية الزوج دون الزوجة ولو قرنها بالاستمرار في العقد مع الإيجاب فرّق بينهما، وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا: بلى يا رسول الله. قال: هو المحلِّل، لعن الله المحلِّل والمحلَّل له»[1].

وعن ابن عمر: «أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال: لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها. قال: وإن كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سِفاحاً وقال: لا يزالان زانيين، وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها»[2].

٢ ـ أن يشترط في العقد الطلاق لها:

وذلك بأن يشترط الإحلال بالقول في العقد، فذهب الجمهور وأبو يوسف إلى بطلان العقد، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد ويمنع دوام النكاح وقد أشبه التأقيت في العقد، وهو ممنوع فيه، كما مر من الأدلة وهو هنا أولى.

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى صحة العقد وحصول التحليل مع الكراهة، مستدلين بعمومات أدلة النكاح المقتضية للجواز دون تفصيل، وكراهته لمنافاته مقصود النكاح.

وذهب محمد إلى صحة العقد دون حصول التحليل وبطلان الشرط؛ لأن قصد المُحِل استعجال ما أخره الله تعالى بفرض الحل، فيبطل الشرط دون العقد، ولا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه لا يرثه[3]

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٦) إلى: ف١ ـ

---

(١) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له ١/ ٦٢٣، رقم: ١٩٣٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/ ١٨٧ ـ ١٨٨، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩، المهذب: ٢/ ٤٦ ـ ٤٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٨٣، المغني: ٧/ ٥٧٤ ـ ٥٧٥، وذكر الحديث في المغني فقال: رواه نافع عن ابن عمر.

(٣) المراجع السابقة

لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً.

وذهبت محكمة النقض إلى الحكم بالطلاق حالة ثبوته(٣٨١ ـ ٣٨٣ ـ ٣٠/ ١٠/ ٦٣) ويلاحظ كيف أخذ القانون برأي أبي حنيفة وزفر في صحة نكاح التحليل أخذاً من إطلاق المادة.

ثالثاً: الجمع بين الأختين أو من في حكمهما:

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[النساء: ٢٣]عطفاً على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[النساء: ٢٣]فلا يجوز الجمع بين الأختين من زوج واحد، ويعد محرماً على التأقيت، إذ ليس له أن يعقد على الثانية إذا كانت الأولى في عصمة عقد نكاحه ما لم يطلقها بائناً، وليس له العقد على الثانية في عدة الأولى، وهو رأي الحنفية والحنابلة بخلاف المالكية والشافعية فذهبوا إلى الجواز في البينونة مع استحباب الشافعية انتهاء عدتها.

وفي حكم الأختين يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أي بين المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أخيها، ويحرم الجمع بين المرأة وخالتها، أي بين المرأة وبنت أختها وبنات أولاد أختها، سواء كان ذلك من جهة النسب أو الرضاع.

وذلك لقوله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»[1].

وذلك لأنه يؤدي إلى قطيعة الأرحام القريبة لما بين الضرائر من التنافس والغيرة.

وضابط ذلك: كل امرأتين إذا افترض إحداهما ذكراً، فلم يجزله التزوج بالأخرى منهما حرم الجمع بينهما من رجل واحد.

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها٣/ ١٤٣٥ رقم: ١٤٠٨.

وأرادوا الاحتراز عن الجمع الجائز بين المرأة وأم زوجها أو بنت زوجها، هذا مع حرمة تزوج إحداهما فيما لو كان ذكراً من الأخرى، وهذا من المصاهرة لا من القرابة أو الرضاع، ولكنه لا رحم يحذر من قطعها فيما لو جمع بينهما.

وذهب زفر إلى عدم جوازه، لأن البنت لو كانت ذكراً لم يجز أن يتزوج من الأخرى لأنها في الأولى تكون أم الزوج أب الزوج فليس له التزوج بمنكوحة ابنه بخلاف لعكس، وفي الثانية لو افترضت بنت الزوج ذكراً كانت المرأة منكوحة أبيه فلا يجوز بخلاف العكس.

وذهب الجمهور إلى الجواز لأن الحرمة ليست ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما؛ لأن التحريم ليس موجوداً حالة العكس، إذ تكون المرأة المفترضة ذكراً غريبة عندئذ فيجوز مطلقاً[1].

وصور الجمع بين الأختين ومن في حكمهما تكون بحسب الآتي:

١ ـ أن يعقد على الأختين معاً: فيفسد عقدهما، إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى بفساد العقد.

٢ ـ أن يعقد على الأولى ثم الثانية، فيفسد نكاح الثانية دون الأولى، ويقتصر في الفساد على الثانية لحصول الجمع بها، ويفرق بينه وبين الثانية، وحكم الوطء أنه لا يطأ الأولى حتى تنقضي عدة الثانية.

٣ ـ أن يجهل أيتهما كانت الأولى في العقد ولم يجز التحري وفرق بينه وبينهما، لفساد نكاح إحداهما بيقين وهي مجهول، فلا بد من فساد الآخر.

٤ ـ وأضاف المالكية إلى أن حصول الدخول بهما موجب لحرمة التأبيد بينه وبينهما[2].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣، بلغة السالك: ١/ ٤٠١، روضة الطالبين: ٧/ ١١٧ ـ ١١٨، المغني مع الشرح الكبير: ٧/ ٤٧٨ ـ ٤٧٩، الشرح الكبير المغني: ٧/ ٤٨٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٣، بلغة السالك: ١/ ٤٠٠ ـ ٤٠١، مغني المحتاج: ٣/ ١٨٠، المغني: ٧/ ٤٨٩.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٩) إلى أنه:

لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما.

وهو ترجيح لمذهب الجمهور دون زفر في ثبوت حرمة الجمع بوجود الحرمة من الطرفين، وإلا بأن اقترنا كان العقد فاسداً ويجب التفريق بينهما(نقض ٢٤٦ ـ ٢٤٣ ـ ٦/ ٧/ ٥٩).

رابعاً: الخامسة لمن كان متزوجاً من أربع: لقد اتفق الفقهاء على حرمة الجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

ويراد التخيير بين الثنتين أو الثلاث أو الأربع ولو أريد الجمع لقال تسع.

ومن السنة: «أن غيلان الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهن»[1].

وللزوج أن يعقد على الخامسة بدل الرابعة التي بانت منه في مذهب المالكية والشافعية، بخلاف الحنفية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أنه ليس للزوج إضافة واحدة بدل التي طلقها من الأربع حتى تنتهي عدتها، لأن العدة أثر النكاح، والمعتدة لا تزال في حكم الزوجية، بخلاف موت واحدة منهن فله إضافة واحدة بدلها في الحال.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٧) إلى أنه: لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها.

وهو وفق ما ذهب إليه الحنفية، رغم أنه لا علاقة للزوج بالزوجة في عدة البائنة.

---

(١) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة٣/ ٤٣٥، رقم: ١١٢٨، وابن ماجه: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع ١/ ٦٢٨، رقم: ١٩٥٣.

ولو نكح خمساً معاً فسد عقدهن جميعاً، بخلاف الخامسة مرتباً فيفسد فيها فقط[1].

إن عامة الفقهاء رجحوا التزوج بالواحدة دون غيرها، ولهذا قالوا: تحرم خطبة المرأة على المرأة ـ مع أنه يجوز التعدد ـ إذا كان لا يرغب الرجل بأكثر من واحدة، ولكن التعدد أمر مشروع لمن شاءه على وجه الإباحة وقد قال تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣] وجريان الشرط لا يعني أن الأصل التعدد، ولكن الأصل في المكلَّف العدالة على أي وجه كان، وفي التعدد ينبغي تحققه بالعدل أكثر مما هي العادة، فإن ظن عدم العدل فالأولى له عدم التعدد.

وقد حددت الشريعة الإسلامية التعدد بأربع نساء وقد كان قبل ذلك غير محدد، وما يزال لدى كثير من الأمم غير محدد، والأمم التي حددته، تكثر في مجتمعاتهم الخدائن، وقد نهى تعالى عن اتخاذ الخدائن فقال تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾ [النساء: ٢٥] لما في ذلك من إنكار حقوق الزوجة مطلقاً مما يقتصر على قضاء الوطر وحسب، ولهذا كره جمهور العلماء نكاح السر بل منعه المالكية، ولا يخفى ما في هذا النكاح من ظلم شديد للمرأة وإنكار لحقوقها..

وقد تقوم ظروف عديدة تسوغ التعدد، كأن تكون المرأة عقيماً أو لا يحبها زوجها، أو تكثر النساء في المجتمع ولا أزواج لهن لأسباب عديدة ككثرة الحروب وموت الرجال، وهن لا شك ـ أنهن بشر ـ يحتجن قضاء الوطر، أو يكون الرجل محتاجاً لامرأة أخرى إضافة إلى امرأته، ولا يود ولا يرغب التخلي عن امرأته الأولى، أو يكون الرجل ذا شبق ـ شهوة ـ شديدة، أو ترغب الأسرة بكثرة النسل والولد، والعلاقة بين الزوجين علاقة

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٦٣، بلغة السالك: ١/ ٤٠١، الشرح الكبير: ٢/ ٢٥٥، روضة الطالبين: ٧/ ١٢١، مغني المحتاج: ٣/ ١٨١ ـ ١٨٢، ، كشاف القناع: ٥/ ٨١ ـ ٨٢.

أسرية بالمقام الأول وليست علاقة غرامية صرفة، إذ الزواج أمر وظيفي إضافة إلى كونه أمراً شخصياً، ولو قامت صور التعدد كما أرادت الشريعة لما حارب الناس التعدد ولما كثرت العوانس، ولما سعى كثيرون ممن يقدرون على التعدد ـ والأمر إنما يتعلق بذوي القدرة على النفقة، ومن لا يستطيع النفقة على الثانية لا ينبغي له التزوج وإلا وقع في الإثم وغيره ـ إلى قضاء شهوتهم على أحسن تقدير بنكاح سري يتنكر فيه كلية لحقوق الزوجة الثانية، أو يقر لها ولكنه دون أن يعاملها إسوة بزوجته الأولى، أو العكس، وقد نهى الله تعالى عن هذا فقال: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: ١٢٩] لا هي متزوجة ولا هي غير ذات زوج.

وأول المشكلة في نظرة الناس غير السوية للمرأة التي تزوج زوجها بثانية. . ، مما يجعل هذه المرأة تحارب بكل قواها حصول مثل ذلك، ثم سعي الثانية لتحل محل الأولى وإلغائها. . ، أو العكس، وهكذا يحمل التعدد تقصير الناس وبعدهم وعدم تطبيقهم لقواعد العدالة في التعدد، ومع أن التعدد أمر قليل فليس النساء مثلي الرجال، ولكنهم ـ النساء ـ يزيدون قليلاً، والتعدد في هذه النسبة القليلة.

وفي قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧): للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان الزوج قادراً على نفقتهما.

ومضمون هذه المادة شرطان:

١- اشتراط القدرة على النفقة: وهو أمر مطلوب للتزوج الأول، ومن باب أولى يطلب للتزوج الثاني، وفسرت هذا محكمة النقض بقولها: الزواج من ثانية بحد ذاته قرينة على قدرة الزوج المادية على إعالة زوجته، وقد مر ذلك في حكم الزواج من حيث الوصف الشرعي، وإن كان لا يمكن بالضبط تحديد حد واضح لهذه القدرة، مما يتيح للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وهو مما ينافي أصل العقد في إباحته وعدم تقييده، وذلك أن الناس متفاوتون

في النفقة، وفي تبعاتها.

٢- وجود المسوغ الشرعي وإن البحث عنه أمر قد يؤدي إلى كشف حرمات البيوت وأسرار الأسر، مما لا يتناسب مع خصوصيات الأسرة وأسرارها، إضافة إلى أن اشتراط المسوغ أمر يتنافى مع مبدأ حرية التعاقد، وعلى كلٍّ للحاكم تقييد المباح بما يحفظ المصلحة الشرعية، ولكن كان الأولى في رأيي أن يلتفت إلى ما يعالج ويكبح مشاكل التعدد في ظلم زوجة من الزوجات وهضم حقوقها وتسلط أخرى فيما يمكن التسلط عليه فلو قيدت هذه المادة بالعدل كما قيده النص الشرعي، والعدل كلمة واسعة لو تتبعت تماماً لقضي على الكثير من مشاكل التعدد ولتغيرت وجهة النظر في ذلك، ولا يعني ذلك أن يصبح كل الرجال معددين، فلا تكفيهم النساء، ولكن يعني ترك المباح يحقق أغراضه الشرعية ورعايته بما يحقق الأغراض والمقاصد الشرعية التي قصدها الشارع.

وقد ذهب فقهاء الحنابلة إلى أنه إن كانت العادة عند قوم أن لا يتزوجوا على نسائهم كان بمنزلة الشرط بأن لا يتزوج عليها، لذلك أرى أنه يستحسن موافقتها لا أن يشترط هذا لأجل تعدده ليبقى المباح مباحاً، إلا إن تعينت المصلحة وخشي ى نفسه الوقوع في الحرام فالأولى أن يعدد ولو دون موافقتها، وهنا يقف التشريع موقفاً سامياً بمنعه المحرم مع الوصول إلى قضاء هذه الرغبة بطريق مشروع، بخلاف غيره من النظم، إذ تفتح كل سبل العيش المشترك غير المشروع أو المشروع بأوصاف مخترعة مع عدم الاعتراف بآثار هذه التصرفات، مما يعني كثرة الأولاد غير الشرعيين، بل ووجود اللقطاء، ثم يغلق هذا الباب لئلا تنعم الثانية بشرعية مقبولة مع أولادها، ويفضل أن يقال: خديته، وابنه أو ابنته من خديته[1].

---

(١) ر: كشاف القناع: ٥/ ٣٨، تعدد الزوجات: عبد الناصر العطار، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ١٤١ وما بعدها.

خامساً: المرأة التي لا تدين بدين سماوي:

وهي المرأة التي تعبد الوثن أو النار أو الأشجار أو الحيوان. . باتفاق جماهير علماء الأمة، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وذهب البعض إلى استحباب التزوج بالكتابية لرجاء إسلامها بميلها إلى دين زوجها، لأن الغالب على الزوجة الميل إلى الزوج ودينه وإيثاره على أهلها، وتأكدت كراهية التزوج بهن في دار الحرب لذهاب ولده، وخشية تربيتها له بما يخالفه، ولهذا لا يجوز للمسلمة التزوج بغير المسلم بأي حال خوف ظلم المرأة من غير المسلم[1].

سادساً: المرأة المفارقة باللعان:

إن اتهام الزوج زوجته بالزنى أو بنفي نسبة ولدها إليه يستوجب اللعان إذا لم تعترف الزوجة بالزنى، وهو شهادات مؤكدة بالأيمان واللعن بدل حدي القذف والزنى[2]، هذا مع عدم وجود الشهود على ما قذفها به، والقاذف بأدنى ما يدل على الزنى من قول أو فعل يجب فيه الحد، وهو ثمانون جلدة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] ولكن حصل في عهد رسول الله ﷺ أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله أم كيف يفعل؟ فأنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين فقال النبي ﷺ: «قد قضى الله فيك وفي امرأتك»فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد، فلما فرغا، قال: كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً. . فكان ذلك تفريقاً بين كل متلاعنين[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٠، الشرح الكبير: ٢/ ٢٦٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٨٧، ، كشاف القناع: ٥/ ٨٤، المغني: ٧/ ٥٠٢ ـ ٥٠٣.

(٢) انظر: ٢/ ١٨٩ من هذا الكتاب.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: التلاعن في المسجد٣/ ١٩٠٧، رقم ٥٠٠٣، واللفظ له.ومسلم: كتاب اللعان. ٣/ ١٥٤٣، رقم: ١٤٩٢.

وذلك بنزول قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۝٦ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۝٨ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝٩﴾ [النور: ٦ ـ ٩].

قال الحنفية (الثلاثة منهم) يفرق بينهما القاضي بطلقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد، لأن ملك النكاح ثابت قبل اللعان، وليس في اللعان إزالة ملك فلا يزول إلا بإزالته، فإن أكذب الزوج نفسه حد وأمكن اجتماعهما، أو إن أكذبت المرأة نفسها وأمكن اجتماعهما[1]، وذلك لأن تفريق النبي ﷺ أقر فرقة الصحابي المار حديثه، فصار الطلاق سنة متبعة.

فإذا تم لعان الزوج ولو وحده عند الشافعية فرّق بينهما على التأبيد ولو أكذب نفسه، ولكن المالكية والحنابلة قالوا: يفرق بتمام لعانهما تأبيداً، أما الحد والنسب فإن أكذب نفسه ثبتا عليه وسقط حدها.

وتأبيد الحرمة بينهما لقوله ﷺ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً»[2] وذهب أبو يوسف وزفر إلى أنها فرقة على التأبيد[3].

ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لهذه المسألة، وعليه فإنها تكون مسألة مسكوتاً عنها تدخل في المادة (٣٠٥) والتي تقضي بتطبيق الراجح من مذهب الحنفية عند السكوت، وهو المذكور آنفاً من أنها فرقة مؤقتة.

---

(١) كأن أقرت بحدوث ما لا يوجب الحد، أو لم يقم الحد لعذر أو مانع ما. انظر بحثي مسقطات الحد الطارئة.

(٢) رواه الدار قطني: كتاب النكاح٣/ ٢٧٦، رقم: ١١٦، والبيهقي في السنن: كتاب اللعان، باب: ما يكون بعد التعان الزوج٧/ ٤٠٩.

(٣) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٤٥، بلغة السالك: ١/ ٤٩٦، الشرح الكبير: ٢/ ٤٦٧، ، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٠، كشاف القناع: ٥/ ٤٠٢.

سابعاً[1]: وقد نصت المادة (٤٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي:

«زواج المسلمة بغير المسلم باطل» قال تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١] وهو باتفاق العلماء، ونصت محكمة النقض فقالت: إبطال الزواج الباطل يعدُّ من النظام العام، ولا يترتب على الزواج الباطل شيء من آثار الزواج الصحيح وإن حصل فيه دخول، وعلى وجوب التفريق بين الطرفين في النكاح الباطل ولو بلا طلب منهما. (٦٢ ـ ١٥ ـ ١٢/ ١/ ٥٤).

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ١٢٨ ـ ١٣١، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور الصابوني: ١/ ١٥٦.

الفصل الرابع
شروط نفاذ العقد

المبحث الأول: مباشـــرة عقد الزواج

المبحث الثاني: الوكالة في عقد الزواج

المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج

المبحث الرابع: تولي طرفي عقد الزواج

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الرابع
شروط نفاذ عقد الزواج

ونعني بها الشروط التي يلزم وجودها لتترتب ثمرات العقد وآثاره، وإلا كان العقد موقوفاً محتاجاً لإجازة صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ، وإلا أبطله بعدم إجازته، ما لم يقم محذور ما.

وتعد شروط النفاذ سياجاً لعقد الزواج يصونه ويقومه بما يحفظ مقاصد الزواج، وتتمثل هذه الشروط في الأهلية المطلوبة لإجراء عقد الزواج، والصور التي يمكن أن يتم بها وفقاً لهذه الأهلية، ولذلك فهي:

١- مباشرة عقد الزواج.

٢- الوكالة في عقد الزواج.

٣- الولاية في عقد الزواج.

٤- تولي طرفي عقد الزواج.

المبحث الأول: مباشرة عقد الزواج[1]

إن حالات العاقدين الزوج والزوجة لا تخلو إما أن يكونا بالغين أو صغيرين وعاقلين أو قد يكونا مجنونين، وأوضح كلاً على حدة:

اتفق الفقهاء على أن الزوج البالغ العاقل يباشر عقد زواجه بنفسه، دون توقف على إرادة أحد، ودون شرطي الكفاءة ومهر المثل، كما لا يحق لأحد إجباره على الزواج لاشتراط رضاه وقبوله في صحة النكاح.

وأما المرأة البالغة العاقلة البكر فقد ذهب الجمهور إلى أنها لا تباشر عقد زواجها لغلبة حياتها، وعدم خبرتها بمداخل الرجال وما ينطوون عليه،

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١٥٧، الهداية: ١/ ٢١٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢١٤ ـ ٢١٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧ و١٥٧، روضة الطالبين: ٧/ ٥٠ و٩٤، منار السبيل: ٢/ ١٤٦ ـ ١٤٧.

كما أنه لا يليق مع شدة حيائها أن تباشر عقد زواجها.

وذهب الحنفية إلى انعقاد نكاح المرأة البالغة العاقلة بمباشرتها، وإن لم يعقد لها ولي، لقوله ﷺ: «البكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[1] ولأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد، فإن أرادت باشرته بشرطي الكفاءة ومهر المثل، وإلا أذنت لوليها بمباشرته.

واشترط الحنفية أن يكون الزوج كُفُواً للزوجة والمهر مهر المثل وإلا كان لأوليائها حق طلب الفسخ ما لم يظهر حبلها.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم (١٦): تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

وهو تحديد للسن الذي يمكن معه مباشرة عقد الزواج، ولم تقتصر المادة على المباشرة بل شملت الولاية، إذ مفهومها يدل على أن من لم يبلغ هذه السن ليس أهلاً لمباشرته أو لتزويجه، إلا ما نصت عليه المادة (١٨) من جواز إذن القاضي للبالغ في الخامسة عشرة، وللبالغة في الثالثة عشرة، ولكن هذه تتعلق بمباشرة العقد لا بإجراء العقد ولاية، مما يقصر ولاية الإجبار بل يلغيها، لأنه إذا كان لا يتم التزويج إلا بإذن القاضي للفتى في الخامسة عشرة، وللفتاة في الثالثة عشرة بشرط احتمال جسميهما مع صدق دعواهما البلوغ (م١٨ ـ ١)، وهذا في مباشرتهما مع اشتراط موافقة الأب أو الجد (م١٨ ـ ٢)، مع أنه لا حاجة لموافقتهما إذا وجدت الكفاءة (م٢٦)، وكذلك إذا كانت تكمل أهلية التزويج مباشرة ولاية قاصرة أو متعدية بالثامنة عشر للفتى وبالسابعة عشرة للفتاة (م١٦)، فأين تبقى ولاية الإجبار؟!!

وهذا يخالف المذاهب الأربعة في صحة الإجبار، وإن كان الأولى اليوم

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت٣/ ١٤٤٣، رقم: ١٤٢١. وله أكثر من سياق.

أن لا يتم هذا إلا بعد استئذانهما لحديث رسول الله ﷺ «البكر تستأذن. .»[1].

وأما عقد المجنون والصغير غير المميز: فذهب جماهير العلماء إلى أن عقد نكاح المجنون وغير المميز منهما باطل لا ينعقد بالاتفاق، لأنه لا يتأتى منهما إنشاء العقد إذ ليسا أهلاً للتصرف؛ وذلك لأن أهلية الأداء مناط انعقاد التصرفات، والعقل مناط ثبوت أهلية الأداء، وهما (الصغير والمجنون) منعدما الأهلية فيبطل تصرفهما.

وأما عقد الصغير المميز: فقد اختلف الفقهاء في قبول عقد نكاح الصغير المميز بنفسه على أقوال:

ذهب الجمهور إلى صحة نكاح الصبي العاقل منه لنفسه، لأنه من أهل العبارة، لكن عقده موقوف على إجازة وليه.

لأن نفاذه يشتمل على وجه مصلحة، والصبي لقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك، فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على إجازة وليه.

فالبلوغ عندهم من شرائط النفاذ لا من شرائط الانعقاد.

وذهب الشافعية: إلى عدم صحة عقد النكاح من الصبي مطلقاً، لأنه عقد معاوضة، فلا يصح إلا من جائز التصرف، وليس بأهل للتصرف.

أدلة الفريقين ومناقشتها: استدل الجمهور بأن التمييز يدل على أهلية الصبي للعبارة، ولكن لعدم اكتمال أهلية أدائه يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه، فإذا أذن له وليه بالتصرف انعقد تصرفه موقوفاً.

أما الشافعية فعقد النكاح عندهم عقد معاوضة ولا يدرك الصبي ذلك، فليس بأهل للعبارة وألا يجوز تصرفه[2]، وهذه ما أراه راجحاً وهو أقرب

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت٣/ ١٤٤٣، رقم: ١٤٢١.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٣و٢٣٧و٥/ ١٣٥، المبسوط: ٤/ ٢٢٦، الشرح الكبير: ٢/ ٢٤١، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤١، المهذب: ٢/ ٣٣، المغني مع الشرح الكبير: ٧/ ٣٩٣ـ ٣٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٤.

للواقع وللمصلحة المعتبرة شرعاً، وهو ما اتجه إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم (١٥):

ـ يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحكام عديدة، وهو ماذهب إليه الشافعية لاعتماد تصرفه حينه.

ولكن ذهبت المادة (١٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري إلى:

«١ ـ إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما».

وهذا يعني أن القانون قد أقر رأي عامة الفقهاء في جواز عقد البالغ والبالغة بعد التوثق من وجود ذلك، وهذا يتعلق بمباشرة العقد منهما، وهو هنا في البالغة أخذاً برأي الحنفية دون الجمهور في صحة العقد بعبارتها.

المبحث الثاني: الوكالة في عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف الوكالة ومشروعيتها وشروطها

لغة: الاعتماد على الغير.

واصطلاحاً: الإذن للغير بالتصرف[1].

ومشروعيتها من القرآن الكريم: ﴿فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: ٣٥] فكل حَكَم وكيل ممن بعثه وأرسله.

ومن السنة: توكيله ﷺ أبا رافع في قبول نكاح السيدة ميمونة[2].

ولابد من أركان الوكالة: الموكِّل والوكيل والموكَّل فيه والصيغة.

وشروط الوكالة: صحة مباشرة الموكِّل ما وكَّلَ به، والوكيل ما وِكِّل به: فلا يوكِّل صبي ولا مجنون اتفاقاً، ولا فاسق في نكاح ابنته إيجاباً عند الشافعية مع جوازه في القبول، ولا يصح توكيل المرأة عند الجمهور؛ لأنها لا تزوج نفسها فلا يصح توكيلها.

والوكالة تصح عند الشافعية في حق الولي قله توكيل غيره بعقد النكاح في حق المولى عليه. وليس للولي غير المجبِر حق الوكالة إلا بإذنها، رغم أنها لا تباشر التصرف بنفسها في رأي الجمهور دون الحنفية.

ويشترط في الموكَّل فيه ملكه من الموكل عين التوكيل، وقبول النيابة فيه.

ويشترط حصول الوكالة بصيغة صريحة أو كناية تعلم رضا الموكل، ولا حاجة لقبول الوكيل لفظاً، ولابد على الوكيل من تصرفه بما فيه مصلحة الموكل، وقد تكون مطلقة أو مقيدة، وقد تكون بأجرة أو لا، فإذا كانت بأجرة فهي عقد لازم، وإلا فهي عقد جائز[3].

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢١٧، مختار الصحاح: ٦٦٢.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب الحج، باب: ماجاء في كراهية تزويج المحرم، ٣/ ٢٠٠، رقم: ٨٤١.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢١٧ ـ ٢٣٧، المهذب: ١/ ٣٤٨ ـ ٣٤٩.

ولا تشترط الشهادة أو الكتابة في الوكالة، ويصح شفاهاً، وإنما يستحب الإشهاد خشية الإنكار عند النزاع (م٥٨ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ـ قدري باشا).

المطلب الثاني: نوعا الوكالة

أ ـ الوكالة المطلقة: وهي مالا يذكر فيها قيد ما من شخص أو مهر أو وصف، فيجوز التوكيل بالزواج من الولي والزوج عند عامة الفقهاء، ويجوز توكيل الولي دون إذن المرأة إن كان الولي مجبراً، واشترط الشافعية تعيين الزوج له في أحد القولين، ويجوز توكيل المرأة عند الحنفية والمالكية دون الشافعية والحنابلة لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[1]، وقوله ﷺ: «لاتزوج المرأة المرأة ولا نزوج المرأة نفسها»[2].

فلا يشترط تعيين الزوج أو الزوجة، ولا ذكر المهر، ولكن اللازم بالنسبة لوكيل الزوج مهر المثل فما دون، وعند الحنفية كذلك بالنسبة للزوجة مهر المثل فما زاد، وإلا فالخيار، ولو زوجها أو زوجه بما يتغابن الناس فيه عادة صح في مذهب أبي حنيفة وللأولياء حق الاعتراض، دون الصاحبين.

وأما الثيب أو البكر في غير المجبر ففيه القولان عند الشافعية في اشتراط التعيين، وينبغي تعيينه لها عند المالكية، وعلى الوكيل رعاية النظر، فلا يزوج من غير الكفء.

فلو زوج من غير الكفء لم يصح في مذهب الجمهور (الصاحبين والشافعي والحنابلة) بخلاف أبي حنيفة فيصح حيث لا تهمة، وقد اشترط المالكية تعيينه لها وإخبارها به.

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الولي، ٢/٢٢٩ رقم: ٢٠٨٥، والترمذي: كتاب النكاح، باب: ماجاء لا نكاح إلا بولي، ٣/٤٠٧، رقم: ١١٠١.وابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، ١/٦٠٥، رقم: ١٨٨٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ١/٦٠٦، رقم: ١٨٨٢، والدار قطني: كتاب النكاح: ٣/٢٢٧، رقم: ٢٥.

ودليل الجمهور أن المطلق ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف الكفء، وهو الاستحسان عندهما، ووجهه الاستعانة بالوكيل للتزوج بالكفء، وهو ما رجحه النووي.

واستدل أبو حنيفة باشتراك العرف بتزوج المرء من الكفء وغيرها لتخفيف المؤنة فلا يتقيد ولا يلغو إطلاقه، إلا إذا وجدت التهمة فلا ينفذ.

ولو أذنت له بالتزوج من غير الكفء وكان الولي مجبراً صح عند الجمهور وفي الأصح عند الشافعية.

وإذا كان الولي غير مجبر، فبحسب ما توَكِّل به أو تأذن به.

فلو وكلته - وكان قريباً أو أجنبياً - بتزويجها مطلقاً فزوجها من نفسه لم يجز عند جمهور الفقهاء إلا في وجه هو الأصح عند الشافعية ذكره النووي في الروضة، وعدم الجواز بمعنى عدم النفاذ، وأنه موقوف، وذلك لأن إطلاق الإذن يقتضي غيره، ولأن المصالح بين طرفي العقد مختلفة، ولا ضرورة له إذ يمكنه أن يزوجها من ابن عم آخر لها، وكذلك لو كان وكيلاً لا حاجة لعقده لنفسه عليها، باعتبار التهمة عند أبي حنيفة والاستحسان عند الصاحبين وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٥) إلى: «ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه».

وهو إعمال لرأي الجمهور دون الشافعية[1].

ولو وكل رجل امرأة فزوجته نفسها لم يجز لأنه يمكنه أن يتزوجها لا أن يوكلها. وكذلك إذا زوجها غير كفء بالاتفاق لتعيير المرأة بعدم الكفء عند أبي حنيفة، وعندهما لوجه الاستحسان المذكور.

٢ - الوكالة المقيدة: وذلك بأن يعين زوجة أو زوجاً أو وصفاً. . ، فيلزم الولي والوكيل ما عينه أو عينته، وإلا لم يصح.

---

(١) ر: الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٣٢٧.

ولو حدد له امرأة فزوجها له بغبن يسير جاز اتفاقاً، أو بغبن فاحش لم يجز عندهما للتقييد بالعرف بخلاف أبي حنيفة؛ لعدم التهمة لأنه لا يستطيع أن يستغني عن إضافته لموكله.

وكذلك إذا كان الولي غير مجبر أو كانت لا ولاية إجبار عليها فبحسب ما توكل به أو تأذن به.

ولو وكلته بأن يزوجها من نفسه، ، اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلى جوازه، وذلك لإذنها له أن يتزوجها، فقد أخرج البخاري عن عبد الرحمن بن عوف« أنه قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟. قالت: نعم. فقال: قد تزوجتك»[1] فعقد بلفظ واحد؛ وذلك لملكه الإيجاب والقبول فجاز توليه لهما، ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي صحيح الولاية، والقبول من زوج أهل للقبول، فكان العقد صحيحاً كما لو وجد من اثنين.

وذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلى لزوم تنحيه، وكذلك زفر من الحنفية، ويعقد له ابن عم آخر، لأنه عقد ملكه بالإذن فلا يجوز توليه طرفي العقد.

وذهب أبو يوسف إلى أنه إن عقد عليها ابن عم لها لنفسه دون إذنها صح العقد موقوفاً على رضاها وقبولها.

وقال المالكية: الدنية التي ليست بذات حسب ولا بجمال ولا بمال فلها أن تولي أجنبياً[2].

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب: إذا كان الولي هو الخاطب٣/ ١٨٤٦.

(٢) الهداية: ١/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٢٥ ـ ٣٢٨، فتح القدير: ٣/ ١٩٦ ـ ١٩٧، كنز الدقائق: ٢/ ١٣٢ ـ ١٣٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٣١ ـ ٢٣٣، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٩٠، الثمر الداني: ٤٣٦ ـ ٤٤٠، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٢، المهذب: ٢/ ٣٨، روضة الطالبين: ٧/ ٧٢ ـ ٧٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧و١٥٧ ـ ١٥٩ و١٦٣، كشاف القناع: ٥/ ٥٦ ـ ٥٨، المغني: ٧/ ٣٥٤ و٣٦١.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨) إلى:

١ ـ يجوز التوكيل في عقد النكاح.

٢ ـ ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة.

وكما يلحظ رجح القانون جواز التزويج من نفسه على سبيل الإذن، وهو موافق لرأي الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية عدم جواز تزويجها من نفسه إلا بإذنها.

كما ذهبت المادة (٩) إلى لزوم امتثال الوكيل مضمون الوكالة.

المطلب الثالث: ألفاظ الوكيل في عقد النكاح

ينبغي على الوكيل أن ينسب قبول العقد لمن ناب عنه ووكله لا لنفسه.

وأن يوجب الموجب الولي للزوج مع وكيله، فيقول الولي: زوجتك بنتي فلانة، ويقول وكيل الزوج: قبلت نكاحها له، فلو قال: . . لك، فقال الوكيل: قبلتها لفلان لم ينعقد، ولو قال: قبلت وقع العقد على الوكيل دون الأصيل.

ولو جرى العقد بين وكيلين فقال وكيل الولي: زوجت فلانة فلاناً، وقال وكيل الزوج: قبلت نكاحها لفلان، صح[1].

---

(١) روضة الطالبين: ٧/ ٧٤ ـ ٧٥.

المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف الولاية

تعريف الولاية:

لغة: التولي: القُرْب، أو الدنو، والمطر بعد المطر، وجمعه أولياء.

والوليُّ: هو المحب والصديق والنصير ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾ [البقرة: ٢٥٧].

والولاية: بالفتح والكسر النصرة، وبالكسر السلطان[١]

اصطلاحاً[٢]: هي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى.

والمقصود بولاية الإجبار: أن يباشر الولي عقد الزواج فينَفِّذه على متوليّه دون استشارته ورأيه.

ولا شك أن كثيرين يرجون أنهم قد زوجهم أولياؤهم مع حسن اختيار ولكن دون تسلط أو إكراه.

المطلب الثاني: شروط الأولياء

١ ـ العقل: فلا ولاية للمجنون والمعتوه للحجر عليهما وعدم الاعتداد بتصرفاتهما، فأولى عدم الاعتداد بتصرفاته على المولى عليها.

٢ ـ البلوغ: فلا ولاية للصبي لأنه إما غير مميز أو مميز، فلا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا ولاية له على غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٣ ـ القرابة والذكورة: فلا بد من وجود القرابة وإلا بأن كان غير قريب فلا ولاية له على اختلاف في كون الولاية محصورة بالعصبات وهو رأي الجمهور، وتنتقل إلى ذوي الأرحام ولو إناثاً كالأم عند أبي حنيفة، ثم تنتقل إلى الحاكم فلا ولاية للأوصياء.

---

(١) القاموس المحيط: ١٢٠٩، مختار الصحاح: ٤٦٣.

(٢) القاموس الفقهي: ٣٩.

٤ ـ الرشد: وهو كيفية معرفة الكفء ومصالح النكاح، واشترط هذا الشافعية والحنابلة فلا ولاية للسفيه وكذلك مختل النظر لهرم وخبل لعجزه عن اختيار الكفء، ولم يشترطه الحنفية ولكن قيدوه بالكفاءة ومهر المثل، وهذا في الفاسق المتهتك الذي يهتك ستره ولا يبالي بافتضاح أمره، وكذلك عند المالكية مشترطين أن يكون ذا رأي.

٥ ـ اتحاد الدين: فلا ولاية للمسلم على غير المسلمة في مذهب الحنفية وكذلك لا ولاية لغير المسلم على المسلمة.

٦ ـ العدالة وعدم الفسق: لحديث«لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد»[١] والفاسق من لم تغلب طاعاته على معاصيه، وهو شرط عند الشافعية والحنابلة وخالف فيه المالكية، وقيده الحنفية بأنه لا ولاية له، فإن زوج بشرطي الكفاءة ومهر المثل جاز موقوفاً على إجازتها.

٧ ـ عدم الإحرام: فلا يجوز العقد من الولي والوكيل والزوج المحرم عند الجمهور وذلك لحديث رسول الله (: «لا يَنْكِحُ المحرمُ ولا يُنكَح»[٢]، وذهب الحنفية إلى جواز العقد مع الإحرام دون الدخول[٣].

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٢): ف١ ـ يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً.

وقد اقتصرت هذه المادة على شرطين، وبحسب المادة (٣٠٥) في الرجوع إلى مذهب الحنفية فيما سكت عنه النص تعتبر بقية الشروط.

---

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي مرشد، ٧/ ١٢٤.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ٣/ ١٤٣٦، رقم: ١٤٠٩.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٩، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٢٩٥و٣٠٤ ـ ٣٠٦، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٥٤ ـ ١٥٦، كشاف القناع: ٥/ ٥٣ ـ ٥٤.

المطلب الثالث: ولاية الإجبار

الفرع الأول: من تثبت عليه ولاية الإجبار:

إن ولاية الإجبار تثبت على القاصرين باتفاق الفقهاء. فتلزم كُلّاً من:

١ ـ المجنون والمجنونة: باتفاق إن كان هناك مصلحة لتزويجهم فتلزم ولاية الإجبار عليهم، وقيد ذلك المالكية والشافعية بغير المطبق وبأن توجد مصلحة في تزويجه وبتوقع شفاء المجنون بتزويجه، وباكتساب المجنونة النفقة بتزوجها، ويلحق بهم المعاتيه، لأنهم غير مكلفين فأشبهوا الصغير في ذلك، وثبت عجزهم فتثبت الولاية عليهم[١].

وهو ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥) ف٢: للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

والمجنون لا يصدق اليوم إلا على المطبق، لأن المجنون المتقطع جنونه ليس مجنوناً وإنما هو مريض يمكن شفاؤه، والتذكير والتأنيث لا دلالة له، فيشمل النص الذكور والإناث، كما أن ما ذهب إليه القانون ينسجم مع رأي المالكية والشافعية في وجود مصلحة في تزوجه لشفائه.

٢ ـ الصغير: وتثبت عليه باتفاق الفقهاء ولاية الإجبار[٢].

وذلك لأنه غير مكلف، ولا يفهم المصلحة في ذلك، وقد يكون في تزويجه مصلحة غالبة، لما روي أن ابن عمر زوّج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد بن ثابت فأجازه[٣].

وخالف ابن حزم فقال ببطلان العقد للصغير لأنه لا حاجة له به.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤١و٢٤٥، الشرح الصغير: ١/ ٣٨١ ـ ٣٨٢، روضة الطالبين: ٧/ ٧٧و٩٤ ـ ٩٦، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٥/ ٥٥.

(٢) المبسوط: ٤/ ٢١٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٩، المحلى: ٩/ ٥٦٠.

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني: ٧/ ٣٩٣.

٣ ـ أما الصغيرة فاختلف الفقهاء فيها بناءً على اختلافهم في علة إجبارها:

١ ـ قال الحنفية: يعد الصغر هو علّة الإجبار في الصغيرة؛ لأن الأصل في هذه الولاية أنها تدور مع الصغر وجوداً وعدماً، فتثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها، ولقصور العقل، واستدلوا على ما قالوا:

أ ـ بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] والمقصود باللائي لم يحضن: يعني الصغيرة، فجعل الشارع لها عدة وهي ثلاثة أشهر[١].

وسبب العدة شرعاً هو النكاح، وهذا دليل جواز نكاح الصغيرة[٢].

ب ـ يعد النكاح من جملة المصالح لما فيه من أغراض ومقاصد لا تتوفر إلا بين الأكفاء، والكفء قد لا يوجد في كل وقت، فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها، لأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء، وهذا العقد عقد العمر فتتحقق الحاجة لإثبات الولاية للولي[٣].

ووافق ابن حزم على جواز تزويج الصغيرات، للحاجة إليه ولوروده نقلاً عن الصحابة رضوان الله عليهم.

٢ ـ وقال المالكية والحنابلة: علة ولاية الإجبار البكارة والصغر على الصغيرة، كما يثبت على البكر، فأيهما وجد في الفتاة صحت الولاية[٤].

وأضاف المالكية أن الولي إنْ عامَلَ البكرَ كرشيدة وأطلق الحجر عنها فلا إجبار عليها[٥].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٨/١٤٨.

(٢) المبسوط: ٤/٢١٢ ـ ٢١٣.

(٣) المبسوط: ٤/٢١٢ ـ ٢١٣.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٩، المنتقى شرح الموطأ: ٣/٢٧٢.

(٥) الشرح الصغير: ٢/٣٥٣.

واستدلوا بما استدل به الحنفية في اعتبار الصغر، وبما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأُدخلت عليه وهي بنت تسع[1]

وهذا صريح في جواز تزويج الأب البكر الصغيرة بغير إذنها، لأنه لا إذن لها[2]

واستدلوا بحديث ابن عباس فيما يرويه عن رسول الله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[3].

فقالوا: لما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما، دل على نفيه عن الآخر وهي البكر[4].

ووجه تقييد الحنابلة الصغيرة الثيب بتسع سنين: ماروته السيدة عائشة أنها قالت: «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة»[5] فالسيدة عائشة تؤكد أن الجارية إذا بلغت تسع سنين فهي في حكم المرأة البالغة، لأنه يحصل لها حينئذ ما تعرف به ضررها ونفعها، فتكون قبل ذلك في حكم الصغيرة التي يثبت عليها الإجبار لعلة قصورها[6].

ولأنها قد تصلح للنكاح وتحتاج إليه فأشبهت البالغة[7].

٣ ـ وقال الشافعية: تثبت ولاية الإجبار على البكر سواء كانت صغيرة أو

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: إنكاح الرجل ولده الصغير، ٣/ ١٨٤٧، رقم: ٤٨٤٠ومسلم: كتاب النكاح، باب: تزويج الأب البكر الصغيرة٣/ ٤٤٥، رقم: ١٤٢٢.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: ٣/ ١٤٤٥.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت٣/ ١٤٤٣، رقم: ١٤٢١

(٤) كشاف القناع: ٥/ ٤٣.

(٥) سنن الترمذي كتاب النكاح، باب: ماجاء في إكراه اليتيمة على التزويج٣/ ٤١٧.

(٦) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي: ٤/ ٢٤٨.

(٧) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٥/ ٥٣، المبدع في شرح المقنع: ٧/ ٢٣، كشاف القناع: ٥/ ٤٢ ـ ٤٥.

كبيرة لأن علة الإجبار عندهم هي البكارة، فأينما وجدت وجد الإجبار معه[1].

ويسن في الصغيرة أن لا يزوجها حتى تبلغ إذا كانت بكراً، وأما إن كانت ثيباً وصغيرة فلا ولاية ولا إجبار عليها، ولا تزوَّج حتى تبلغ وتستأذن، لأنه بان عدم حسن تصرف الولي بتزويجها ثم تطليقها، وأدلتهم:

قول النبي ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»[2].

ويراد بالحديث أن الثيب أحق بنفسها من وليها بالرضا، فلا تزوج حتى تنطق بالإذن، وهذا خلافاً للبكر، فالاستئذان للبكر مأمور به، لكنه في حقها مندوب إليه تطييباً لخاطرها كما دل مفهوم قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها» أن ولي البكر أحق بها.

فلو زوجها بغير استئذانها صح لكمال شفقته عليها، وهذا معنى ولاية الإجبار عليها[3].

مناقشة الأدلة والترجيح:

بعد عرض آراء العلماء وأدلتهم في ذلك، أرى أن دليل المالكية يتفق مع الحنفية في اعتبار الصغر، كما يتفقون مع الجمهور في عدِّ البكارة، إذ العلة عندهم وصفاً الصغر والبكارة، فقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على عد البكارة.

وقد أجاب الحنفية عن أدلتهم في عد البكارة هي علة الإجبار، بأمور منها[4]:

---

(١) روضة الطالبين: ٥/ ٤٠١، المجموع شرح المهذّب: ١٥/ ٣٢١.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت: ٣٥/ ١٤٤٣، رقم: ١٤٢١.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ٣/ ١٤٤٤، سنن النسائي بشرح السيوطي: ٦/ ٨٦.

(٤) فتح القدير: ٢/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

أ - مارواه ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكراً أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيّرها النبي ﷺ [1].

ففي هذا الحديث دلالة على تحريم الإجبار للأب لابنته البكر على النكاح[2].

ب ـ مارواه جابر أن رجلاً زوّج ابنته بكراً ولم يستأذنها، فأتت النبي ﷺ فرد نكاحها[3]. وتشهد له أحاديث أخرى تقويه[4].

وقد أجابوا عن حديث: «الثيب أحق بنفسها من وليها. . »بأن مفهوم الحديث -أحقية الولي بالبكر ـ المستدل به ليس حجة عند الحنفية، ومعارض بماورد من أحاديث ترد نكاح البكر وهي كارهة، ومعارض كذلك بباقي الحديث: «والبكر يستأمرها أبوها»[5].

إذ وجوب الاستئمار منافٍ للإجبار، لأنه طلب الأمر أو الإذن، وذلك ليعلم رضاها ويتصرف بناء عليه، ولفظ الخبر مفيد للوجوب.

وغاية ما في الحديث إثبات الأحقية للثيب بنفسها وللبكر بلفظ يخصها، لأن العادة أن البكر لا تخطب مباشرة بل من وليها بخلاف الثيب فلهذا صرح بإيجاب استئمار الولي إياها، فلا يزوجها دون رضاها، كما دلت عليه الأحاديث الأخرى.

والذي أراه أن الأب الشفوق المربي الفاضل الحريص على ولده لا

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ٢/ ٢٣٢، رقم: ٢٠٩٦، وابن ماجه: كتاب النكاح، باب: من زوج ابنته وهي كارهة: ١/ ٦٠٢، رقم: ١٨٧٥.

(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود: ٤/ ٢٠١.

(٣) سنن الدار قطني: كتاب النكاح ٣/ ٢٣٣، رقم: ٤٨.

(٤) رَ: سنن الدار قطني: ٣/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الثيب٢/ ٢٣٢، رقم: ٢٠٩٩، والنسائي: كتاب النكاح، باب: استئمار الأب البكر في نفسها: ٣/ ٤٠١، رقم: ٣٢٦٤.

يلقي به إلى أي تهلكة، ولو كان في ذلك روحه، فإذا أحسن التربية وخشي الله تعالى أحسن اختيار الزوج واستشار ابنته فيه وتداول معها أمرها، فكان الإجبار لا يتصور إلا إذا ساءت أخلاق الولي أو المولى عليها، وعندئذ ربما كان الإجبار حلاً في بعضٍ من الحالات.

ولقد عضّد الحنفية قولهم بأن الولي لا يملك أن يتصرف في مال البكر البالغة إلا بإذنها، فكيف يملك أن يخرجها إلى من لا تريده مما يخرج عن قواعد الشرع، كما أن مقصود العقد هو انتظام المصالح بين الزوجين، ولا يتحقق هذا مع النفرة، فإذا انتفى مقصود الشرع في ذلك وجب أن لا يجوز، لأنه عقد لا يترتب عليه فائدته[1].

ماذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري فيمن تثبت عليه ولاية الإجبار:

إن قانون الأحوال الشخصية السوري لم يتعرض إلى من تثبت عليه ولاية الإجبار، وإنما ذكر القانون من يمكنه مباشرة التصرف، فجاء في المادة (١٨) إذن القاضي للمراهق البالغ والمراهقة البالغة بمباشرة التصرف. . ، وجاء في المادة (٢٠) مباشرة الكبيرة لعقد الزواج هي التي أتمت السابعة عشرة، ويعني هذا أن من دونها سناً لا تباشر العقد، وجاء في المادة (٢٦) اشتراط الكفاءة في الزوج للزوم عقد الزواج ممن باشرته، مما يدل على عدم ثبوت ولاية الإجبار على الصغار والصغيرات وهو مخالف لرأي الحنفية والمالكية، ولا تثبت على الكبار من باب أولى ولو أبكاراً، وهو مخالف لرأي الشافعية، وبهذا يكون القانون قد ألغى ولاية الإجبار، ولم يبقها إلا قليلاً في اللذين بلغا الخامسة عشرة في الذكر والثالثة عشرة في الأنثى (م١٨/ ١) مع أنهما يمكنهما مباشرة العقد بنفسيهما.

وهكذا جاءت قرارات محكمة النقض والتي تؤكد إمكان فسخ العقد قبل البلوغ ما لم تصدر به إجازة استئنافية (٤١٦ ـ ٣٠٤ ـ ٢٥/ ٩/ ١٩٥٨).

---

(١) فتح القدير: ٢/ ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

هذا وإن الواقع الذي نعيشه اليوم ألا تتزوج الصغيرات ولا الصغار، ولربما لو بقيت ولاية الإجبار لكان فيه عبء ثقيل على الأولياء، ولاستراح المولى عليهم من كثير من الأعباء وربما حلموا بأن تتم وتجري عليهم ولاية الإجبار ليؤمَّن لهم كل شيء، وإن كان الأولى تحمل المسؤوليات والتكاليف لما في ذلك من التشريف والثواب والبناء.

الفرع الثاني: أولياء الإجبار وشروط ثبوت ولاية الإجبار لهم:

اختلف العلماء في تحديد من له الحق في ولاية الإجبار على أقوال:

قال الحنفية: تثبت الولاية لجميع العصبات[1]، وهم: الأقارب من الذكور الذين ليس بينهم وبين الشخص أنثى، ولم يقصروا الولاية على الأب، لكنهم قالوا:

إذا زوّج الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة، فلا خيار لهما بعد بلوغهما، لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة، فيلزم العقد بمباشرتهما، وكذلك لا يشترط مهر المثل والكفء عند الإمام أبي حنيفة، وذهب الصاحبان إلى اشتراطهما طالما لم يُعرفا بسوء الاختيار.

أما إذا زوّجهما غير الأب والجد من الأولياء، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام وإن شاء فسخ، فيكون العقد موقوفاً على إجازتهما، ولا بد من شرطي الكفاءة ومهر المثل، ولو كان المزوج وكيل الأب أو الجد، وثبت الخيار لتدارك النقصان والخلل بقصور شفقتهم.

واستدلوا على ذلك بما يلي[2]:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] دلت الآية على جواز نكاح اليتيمة إذا أقسط الولي في صداقها، والأولياء هم العصبات فثبتت لهم الولاية في ذلك.

---

(١) فتح القدير: ٢/ ٤٠٥ ـ ٤٠٧، المبسوط: ٤/ ٢١٣ ـ ٢١٥، رد المحتار: ٢/ ٣٠٤ ـ ٣٠٦، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤٥.

(٢) فتح القدير: ٢/ ٤٠٦ ـ ٤٠٧، المبسوط: ٤/ ٢١٤.

ويثبت خيار البلوغ للصغار في غير الأب والجد؛ لأن القرابة هنا ناقصة، والنقصان يشعر بقصور الشفقة، ويمكن تدارك النقصان بالخيار.

وقال المالكية والحنابلة[1]: لا تثبت ولاية الإجبار إلا للأب ووصيّه فقط، وليس لأحد من الأولياء غيرهم ولاية الإجبار، كما تثبت عند الحنابلة للحاكم بعدهما إذا وجدت الحاجة.

فللأب الرشيد وكذلك السفيه - من يسوء تصرفه في ماله ولكنه ذو عقل ودين - جبر ابنته الصغيرة أو البكر، ولو دون صداق المثل، ولو لشخص أقل حالاً منها، لما في التزويج من مصالح جمة.

واستدلوا على ثبوت ولاية الإجبار للأب فقط بقوله ﷺ: «والبكر تستأمر وإذنها سكوتها»[2] فدل على أن للأب تزويج البكر بالإجماع، وخُصّ الأب بذلك لما فيه من وافر الشفقة والرحمة، ويقوم الوصي مقامه نيابة.

وللأب تنصيب الوصي في ولاية الإجبار ولكن بشروط:

١- أن يعين له الأب الزوج، أو يطلب منه تزويج بناته، فإن له ولاية التزويج.

٢- أن يزوجها بمهر لا يقل عن مهر المثل.

٣- أن لا يكون الزوج فاسقاً.

٤- ويجوز لغير الأب ووصيه التزويج ليتيمة خيف عليها مع اشتراط الكفاءة ومهر المثل، ومشورة القاضي، ورضا اليتيمة، وبلوغها سناً توطأ فيه.

وقال الشافعية: تثبت ولاية الإجبار على البكر للأب والجد فقط دون غيرهما من الأولياء، فللأب تزويج ابنته البكر ثم للجد ذلك عند عدم أهليته أو موته، ولكن بشروط هي:

أ - عدم العداوة بين الأب وابنته.

---

(١) الشرح الصغير: ١/ ٣٨١ - ٣٨٢، المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٢٧٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٥ - ٤٦.

(٢) سبق تخريجه ص ١٧٣.

٢ ـ وتزويجها من كفء.

٣ ـ وعدم إعسار الزوج بالمهر.

٤ ـ كون المهر مهر المثل.

٥ ـ وبنقد البلد.

٦ ـ وأن لا تتضرر بتزويجها من هذا الزوج كأعمى وهرم.

٧ ـ وليس عليها واجب الحج حتى لا يلزمها زوجها بتركه.

ووافق في هذه الشروط الحنابلة لصحة الإجبار، وإن قصروه على الأب ووصيه.

أما إجبار المجانين فتثبت للأب ثم للجد ثم للسلطان على الترتيب دون سائر العصبات[1].

استدل الشافعية على ثبوت ولاية الإجبار للأب:

أ ـ بقوله ﷺ فيما رواه ابن عباس: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها»[2] فدل الحديث بصريح لفظه على ولاية الأب على البكر.

ب ـ بأن الأب والجد عندهما من وفور الشفقة والرأفة والرحمة ما ليس عند غيرهما من الأولياء[3].

المناقشة وتحرير محل النزاع:

بعد عرض آراء الفقهاء نجد أن جميع الفقهاء بالإجماع متفقون على ثبوت ولاية الإجبار للأب، ولذلك: فإن القول بثبوت الولاية له فيه حرص واحتياط لمصلحة المولى عليهم، بل إن ذلك يكلفه الكثير من المال ليزوج أبناءه وإذا لم يقترن ذلك بظلم وحيف فهو الأكثر تحقيقاً لمصلحة هؤلاء.

---

(١) روضة الطالبين: ٥/ ٤٣٦، كشاف القناع: ٥/ ٤٤.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح: باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت٣/ ١٤٤٣، رقم: ١٤٢١.

(٣) المجموع شرح المهذب: ١٥/ ٣٢١.

الفرع الرابع: أنواع الأولياء عند الحنفية:

الأولياء درجات أولها:

إن الولي المعروف بصلاحه وتقواه ومواظبته على الطاعات واجتنابه للمعاصي غير المنهمك في الشهوات واللذات، يعد ولياً يقبل تزويجه ولو بغبن فاحش أو بغير كفء عند الإمام دون الصاحبين فلا بد من الكفاءة ومهر المثل، وهذا الاختلاف عند الحنفية في الأب والجد.

والولي المستور الحال كذلك يقبل تزويجه.

وأما الولي المعروف بسوء الاختيار المتهتك الفاسق فتسقط ولايته وليس له التزويج، فإذا زوجها صح ولكن يمكنها إبطاله[1].

المطلب الرابع: ولاية الاختيار في عقد الزواج

وهي إما ولاية ندب واستحباب وإما ولاية شركة:

أما ولاية الندب والاستحباب: فهي الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكراً كانت أم ثيباً إذا رضيت بها.

وأما ولاية الشركة فهي الولاية على المولى عليه مع رضا المولى عليه.

الفرع الأول: آراء الفقهاء:

وقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى قسمين: ذهب جمهور الفقهاء والإمام محمد من الحنفية إلى أنها ولاية شركة، فلا بد من اشتراك الولي مع المرأة البالغة الثيب في أمر زواجها، ووافقهم أبو يوسف في قول آخر له[2] مع انعقاده بعبارتها عند الصاحبين دون الجمهور، فلا عبرة لعقدها لأن الولي ركن في العقد.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٩، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٢٩٥و٣٠٤ ـ ٣٠٦، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٥٤ ـ ١٥٦، كشاف القناع: ٥/ ٥٣ ـ ٥٤.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٢٩٧، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣، المهذب: ٢/ ٣٦، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٦/ ٢٢٣، المغني: ٦/ ٤٩١.

وذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في قوله الأول إلى أنها ولاية ندب واستحباب، إذ ذهب الحنفية إلى أنه للمرأة الحرة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وحدها دون وليها، بمن أرادت، وسواء زوّجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر المثل أو لا، غير أنها إن زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء حق الاعتراض ما لم يظهر حبلها، والفتوى على عدم جوازه لأنه لا يمكن تداركه، وكذلك لو زوجت نفسها دون مهر المثل فللأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة لاستكمال المهر، خلافاً لصاحبيه.

ويستحسن منها أن تستشير وليها، على سبيل الندب والاختيار، ويقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن العرف العام، ولذلك سميت بولاية الاختيار.

الفرع الثاني: الأدلة والمناقشة:

واحتج الحنفية من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] لأن الخطاب موجه للمرأة فيقتضي تصور إنشاء عقد النكاح منها، إذ جعل عقد نكاح المرأة على غيره ثم إنهائه غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها [(١)].

وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤] المراد بفعلهن هنا هو عقد الزواج [(٢)]

وقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِىُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠] فهذه الآية الشريفة تنص على انعقاد النكاح بعبارة المرأة وانعقادها هنا بلفظ الهبة.

ومن السنة النبوية:

قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في نفسها

---

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

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ١١، بدائع الصنائع: ٢/ ٥١٦.

ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في أولياء الإجبار:

ذهب القانون في المادة (١٨/ ٢) إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته.

وفي هذا إشارة إلى ضرورة موافقتهما دون سواهما، وفي هذا إشارة إلى ملكهما ولاية الإجبار بشرط الكفاءة (م٢٦) ومهر المثل بمقتضى المادة (٣٠٥).

الفرع الثالث: ترتيب الأولياء عند الحنفية:

يرتب الأولياء في ولاية النكاح عند الحنفية كترتيبهم في الإرث[١]:

١- الابن مهما سفل ويصدق في المعتوهة.

٢- ثم الأب ثم الجد مهما علا

٣- الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، وابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب

٤- العم الشقيق ثم العم لأب وأبنائهما، ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب وهذا عند أبي حنيفة.

أما عند الصاحبين فإن الجد والأخ يستويان في درجة واحدة؛ لأن من أصلهما أن الأخ يزاحم وتثبت الولاية بالترتيب الأقوى فالأقوى.

ثم إذا عُدمَ هؤلاء فإنها تثبت لذوي الأرحام عند أبي حنيفة، خلافاً للصاحبين فتثبت للحاكم بعدهم مباشرة[٢]، وذلك لقوله ﷺ فيما روته السيدة عائشة رضي الله عنها: «السلطان ولي من لا ولي له»[٣].

---

(١) فتح القدير: ٢/ ٤٠٧، المبسوط: ٤/ ٢١٩، البحر الرائق: ٣/ ١٢٧.

(٢) فتح القدير: ٢/ ٤١٣ ـ ٤١٤.

(٣) جزء من حديث أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الولي: ٢/ ٢٢٩، رقم: ٢٠٨٣، واللفظ له، والترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي: ٣/ ٤٠٧، رقم: ١١٠٢، وقال: حسن. وهو: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

وإذنُها صُماتها»[1].

فأمر زواج البالغة متروك لها، وإذا كان لوليها هذا الحق أيضاً فهو من قبيل المشاركة بالرأي.

والأيم: اسم المرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أم ثيباً.

وإذا فرضنا أن المراد بالأيم الثيب، فيكون الشطر الثاني من الحديث مفيداً للمعنى المطلوب وهو أنه يلزم استئذان البكر وإذنها صماتها، أي: سكوتها للدلالة على رضاها لغلبة الحياء عليها[2].

وإذا زوّج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل، ودليلهم ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[3]. ولأنَّ الخنساء بنت خذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها[4]، ولأنها رشيدة وعالمة بالمقصود من النكاح.

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ﴾ [النور: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١] فنسب العقد إلى الأولياء، وبقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[5] وبقوله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[6] وهذا صريح في أن الولي هو عاقد الزواج لها، وقوله ﷺ: «البكر تستأمر وإذنها

---

(١) سبق تخريجه ص١٨٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢/ ١٠٦، بداية المجتهد: ٢/ ١١.

(٣) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الثيب، ٢/ ٢٣٣، رقم: ٢١٠٠، والنسائي: كتاب النكاح، باب: استئذان البكر، ٣/ ٤٠٠، رقم: ٣٢٦٣.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، ٣/ ١٨٤٨، رقم: ٤٨٤٥.

(٥) سبق تخريجه ص١٣٠.

(٦) سبق تخريجه ص١٣٠.

سكوتها»[1] يحمل على الندب لأنها لم تمارس الرجال بالوطء، فهي شديدة الحياء[2].

وتثبت ولاية الاختيار للثيب البالغ، فليس لوليها الحق في أن يجبرها على الزواج، بل لابد من موافقتها ورضاها على أن يقوم هو بإنشاء العقد لذلك تدعى عندهم بولاية الشركة، لحديث «الأيّم أحق بنفسها».

والإذن منها معتبر وذلك إما بسكوتها الدال على الموافقة بالقرائن الظاهرة الواضحة من حيائها وخجلها دون نفورها وإعراضها، أو بصراحة قولها في القبول، وإلا بأن ردت صراحة بقولها أو بإعراضها ونفرتها.

والسكوت معتبر بالنسبة للبكر قبولاً ورداً، وأما الثيب فلا بد من صريح قبولها بلفظها أو بفعلها وإعراضها.

الفرع الثالث: محل ثبوت ولاية الاختيار[3]:

ذهب المالكية والشافعية إلى ثبوت ولاية الاختيار للثيب البالغ، فليس لوليها الحق في أن يجبرها على الزواج، بل لابد من موافقتها ورضاها على أن يقوم هو بإنشاء العقد.

وذهب أبو حنيفة إلى ثبوت ولاية الاختيار للفتاة البالغة، كما تملك عقد زواجها بنفسها بشرط الكفاءة ومهر المثل، بكراً كانت أو ثيبا مع ندب استشارة وليها.

وذهب الإمام محمد إلى لزوم إذن الولي، وإلا كان العقد موقوفاً على إجازته.

وللإمام أبي يوسف روايتان: إحداهما: مماثلة لرواية الإمام أبي حنيفة، والأقوى مع الإمام محمد.

---

(١) سبق تخريجه ص١٧٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد: ٢/ ٥، نهاية المحتاج: ٦/ ٢٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٩، المهذب: / ٣٧.

وعند الحنابلة: ثلاث روايات:

١ ـ عدم صحة عقد الزواج: لعدم وجود شرطه ولأنها غير مأمونة على البضع لنقص عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال.

٢ ـ صحة نكاحها لنفسها: لأنه حق خالص فصح منها كبيع أمتها.

٣ ـ نفي الكمال: لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية أي لا نكاح شرعياً إلا بولي.

الفرع الرابع: الأولياء في ولاية الشركة والاختيار:

قال الحنفية والمالكية: إن الأولياء هم العصبات، ويرتبون حسب الإرث، وإذا لم يكن هناك عاصب انتقلت الولاية لذوي الأرحام عند أبي حنيفة فتثبت الولاية عنده لكل قريب يرث ثم انتقلت إلى الحاكم.

أما الجمهور ومنهم الصاحبان: فقد قالوا إن الأولياء هم العصبات، ثم للحاكم، وقال الشافعية: لا تنتقل للحاكم إلا بإذنها.

وذهب الشافعية: إلى أنه لا يعد الابن ولياً، فلا يزوج أمه بولاية البنوة، لأنها لا مشاركة بينه وبينها في النسب إذ انتسابها إلى أبيها، وانتسابه إلى أبيه إلا أن يكون الابن من أبناء العمومة لأمه، فإن كان ابن ابن عمها ولم يوجد ولي أقرب منه جاز له أن يزوجها، ولأن تزويج المعتوهين والمجانين لايجوز لديهم إلا لضرورة.

أما الحنابلة: فقدموا الأب على الابن لزيادة شفقته وفضيلة ولادته.

الفرع الخامس: ماذهب إليه قانون الأحوال الشخصية في تحديد الأولياء:

ذهبت المادة (٢١) منه إلى: الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً.

وهذا توسط في الأولياء بتحديدهم بجنس البنوة والأبوة والأخوة والأعمام دون أبناء الأعمام لأن هؤلاء هم المحارم.

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن الأولياء هم العصبات مما يشمل ابن العم، ووافق القانون مذهب الجمهور في عدم شمول الأولياء لذوي الأرحام واقتصاره على العصبات.

ونقل القانون الولاية إلى القاضي بعد العصبات وهو مذهب الجمهور.

الفرع السادس: الولاية عند تعدد الأولياء في جهة واحدة:

وإذا اجتمع الأخوان والعمان كانت الولاية لكلٍّ على انفراده، سخط الآخر أو رضي، فأيهما زوج جاز، وإن كان الأولى تقديم الأفضل، لأن الولاية لا تتجزأ لثبوتها بالقرابة وهي أمر لا يتجزأ، وما لا يتجزأ إذا وجد سببه وجد جميعه، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله.

فإذا وجد التنازع قدم الأسبق منهم، فإن جهل الأسبق بطل العقد عند الحنفية.

وذهب المالكية إلى فصل القاضي في هذا النزاع وإلا أقرع بينهم.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى الاقتراع فيما بينهم، ويجري القرعة القاضي، ويجوز من غيره[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٢/ ٢) إلى أنه: إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز.

وهو مذهب الحنفية، ويعني تقديم الأسبق منهم، وإلا إن جهل بطلت جميعها.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨، الهداية: ١/ ١٩١، البحر الرائق: ٣/ ١١٧، بداية المجتهد: ٢/ ٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٥٠ ـ ١٥١، كشاف القناع: ٥/ ٥٤.

المطلب الخامس: غياب الولي

قال الحنفية والحنابلة[1]: إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة ولم يوكل بتزويجها جاز للأبعد أن يزوجها، لأن هذه الولاية تثبت نظراً لليتيمة لحاجتها إليها، وذلك لأن التفويض إلى الأقرب لما في الأقربية من زيادة مظنة الحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمتولى عليه.

وقال زفر: لا يزوجها أحد إن غاب الولي الأقرب حتى تبلغ، وذلك لأن ولايته قائمة تثبت حقاً له صيانة للقرابة، فلا تبطل.

واختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة: والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتُظِرَ حضوره لاستطلاع رأيه يفوت الكفء الذي حضر لها.

وقال المالكية: إذا غاب الولي المجبر غيبه طويلة ولم يُرجَ قدومه، وكانت المسافة بعيدة كالشهرين، ودعت البنت البكر إلى التزويج، فإن كانت بالغة يزوجها القاضي دون غيره من الأولياء، لأنه نائب عن الغائب.

أما إذا كانت صغيرة غير بالغة، فتزوج إذا خيف عليها الفساد أو احتاجت إلى النفقة.

فإذا كانت غيبة الولي المجبر قريبة كعشرين يوماً مثلاً، وأمن الطريق وسلوكها فيه، لم يزوّج المجبرة حاكم ولا غيره، لأنه في حكم الحاضر، لإمكان إيصال الخبر إليه بلا كبير مشقة، إلا إذا خيفت الطريق بأن كان لا يمكن سلوكها لعدم الأمن، وخيف عليها من ضياع أو فساد، فإنه يزوجها الحاكم.

وقال الشافعية: إذا غاب الولي المجبر مسافة القَصر، يزوجها الحاكم إذا كانت بالغة عاقلة أو مجنونة، أما إذا كانت صغيرة غير بالغة، فلا تزوّج حتى تبلغ[2].

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥١، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤، مغني المحتاج: ٣/ ١٦٠ ـ ١٦١، كشاف القناع: ٥/ ٥٠ ـ ٥٢، المغني: ٧/ ٤٠٥.

(٢) فتح القدير: ٢/ ٤١٥و٤١٦، المبسوط: ٤/ ٢٢٠ ـ ٢٢٢، كشاف القناع: ٥/ ٥٤ ـ ٥٥.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٣): إذا غاب الولي الأقرب، ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج، انتقلت الولاية لمن يليه.

وجاء في قرارات محكمة النقض (٤١٣ ـ ٤٠٨ ـ ٢٨/ ١١/ ٦٤): «الولاية تنتقل إلى الحاكم في حال عدم وجود الأب أو الجد أو العصبة».

ويستبين تطبيق القانون ومحكمة النقض لمذهب الحنفية والحنابلة.

ويلحظ أن المادة(٢٤) أحوال جعلت الولاية للقاضي عند عدم وجود الولي، إذ نصت: «القاضي ولي من لا ولي له».

المطلب السادس: عضل المرأة[١]

تعريف العضل لغة واصطلاحاً[٢]:

لغة: أعضل الأمر: اشتد واستغلق، وأعضل المرأة يعضلها وعضّلها وعضل: ضيق ومنع التزوج ظلماً.

اصطلاحاً: هو منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]. ولقول معقل بن يسار: «زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه

---

(١) المبسوط: ٤/ ٢٢٢، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٥٠، مواهب الجليل: ٣/ ٤٢١، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٤ ـ ٣٨٥، مغني المحتاج: ٣/ ١٥٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤٧، المدونة الكبرى: ٢/ ١٤٤، مغني المحتاج: ٣/ ١٩٨ ـ ١٩٩، المغني: ٧/ ٣٦٨، منار السبيل: ٢/ ١٥٤.

(٣) القاموس المحيط: ٩٣٠، مختار الصحاح: ٢٨٤.

الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه»[1].

ولهذا ذهب عامة الفقهاء ـ ومنها رواية عن الإمام أحمد ـ إلى انتقال الولاية إلى القاضي، وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد ـ رجحها الخِرَقي ـ تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد.

ولو أرادت أن تزوج نفسها دون مهر المثل مع كونه كفواً:

فذهب الجمهور إلى أنه لا يمنعها وإلا عد عاضلاً، لأنه لا عار في نقص المهر.

وذهب الحنفية إلى جواز منعه ولا يعد عاضلاً لأن ما دون مهر المثل يلحق العار به بتعييره. ولو أرادت كفواً وأراد هو آخر ومنعها ممن أرادته عدّ عاضلاً عند الجمهور، دون الشافعية فلا يعد عاضلاً لكمال نظره.

المطلب السابع: العقد بعبارة المرأة[2]

ذهب الحنفية إلى انعقاد العقد بعبارة المرأة البالغة العاقلة الحرة، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠] فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارة المرأة، فكانت هذه

الآية حجة على المخالف، وبقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[البقرة: ٢٣٢] ووجه الدلالة في هذه الآية أنه أضاف النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، وأمر الأولياء أن لا يمنعهن من التزوج بأنفسهن.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: من قال: لا نكاح إلا بولي، ٣/ ١٨٤٦، رقم: ٤٨٣٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤٧ ـ ٢٤٩، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣، بلغة السالك مع الشرح الصغير: ١/ ٣٨١، روضة الطالبين: ٧/ ٥٤، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٨ ـ ٤٩.

ومن السنة النبوية قوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[1]، والأيم: هي المرأة التي لا زوج لها بكراً أو ثيباً.. فهذا الحديث يفيد أن أمر زواج البالغة متروك لها، وإذا كان لوليها هذا الحق أيضاً فهو من قبيل المشاركة بالرأي.

ومن المعقول: أن المرأة حين تزوج نفسها بعد بلوغها فإنما لكمال عقلها تصير وليَّة نفسها، كالصبي العاقل إذا بلغ، وما ورد من الآيات في خطاب الأولياء بالنكاح فهو على عادة العرب والناس في تولي الآباء عقد الزواج، فكان الخطاب للآباء على سبيل الندب، وعلى كلٍّ فإن الحنفية يشترطون تزويجها بالكفء، وإلا اعترض الأولياء لصيانتها عن الظلم، وصيانة أسرتهم عن إدخالها ما لا يريدون إدخاله مما يمكن أن يلحق بهم النقص.

كما يشترط أبو حنيفة مهر المثل في تزويجها، وإلا اعترض الولي، دون الصاحبين فيجوز عندهما بما دون مهر المثل إذا رضيته ولا يعترض عليها، لأنها تتصرف في حق خالص لها وهي كاملة الأهلية، فتصرفها صحيح نافذ كما تتصرف بسائر العقود المالية.

٢ ـ وذهب جمهور الفقهاء من المالكيةوالشافعية والحنابلة إلى أنه لايصح النكاح إلا بولي، ولا تملكُ المرأة تزويج نفسها ولا غيرها.

أدلة الجمهور: استدلوا من القرآن بقوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فهو أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا فلا معنى لعضله إذا كانت تعقده بعبارتها، إذ سياق الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فإن الله تعالى نهى الأولياء عن منعِ النساء النكاح عند بلوغ الأجل، فلولا أن الولاية للرجل في العقد لما صح العضل والمنع من النكاح، كما لا يصح منعهن من التصرف في أموالهن وإضافة النكاح إليهن لأنهن لا بد منهن في العقد، ولا تقاس هذه

---

(١) سبق تخريجه ص١٧٣.

الولاية على المال، لاختلاف المال عن التزويج.

وسبب نزول الآية يوضح معناها فقد نزلت في مَعْقِل بنِ يسار، قال: «زوّجت أختاً لي من رجلٍ فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يارسول الله. قال: فزوجها إياه[1]» مما يثبت حق الأولياء في التزويج، وإلا لم تحتج المرأة وهي تريدُ زوجها إلى عقد معقل لها.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] والخطاب موجه للأولياء وليس للمرأة الزوجة.

وأما السنةُ: فاستدلوا من السنةِ بحديث عائشة رضي الله عنها قالتْ:

قال النبيُّ ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثاً فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[2]، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[3] أي ليس للمرأة أن تنكح نفسها بغير إذن وليها.

وما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها»[4]، ولا يليق بمحاسن العادات استقلالها بالعقد لأن المرأة معروفةٌ بالحياء فلا يؤمن انخداعها، ولصيانتها عن مباشرة ما يُشْعِرُ برعونتها وترك حيائها.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: من قال لا نكاح إلا بولي٣/ ١٨٤٦، رقم: ٤٨٣٧.

(٢) سبق تخريجه ص١٩١.

(٣) سبق تخريجه ص١٧٦.

(٤) سنن الدار قطني: كتاب النكاح٣/ ٢٢٨، رقم: ٣٠.

وردّ الحنفية: بأن الخطاب بالإنكاح إنما هو بحسب العادة والعرف فيحمل على الندب والاستحباب وليس الحتم والإيجاب، والدليل على ذلك ما ذكر سبحانه وتعالى:

﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] فلم يكن الصلاح شرط الجواز.

وكذلك تحمل الأحاديث على الندب والاستحباب.

وأما حديث عائشة فقد قيل: إن مداره على الزهري فَعُرِضَ عليه فأنكره، وهذا يوجب ضِعفاً في الثبوت ويحقق هذا الضعف أن السيدة عائشة رضي الله عنها عملت بخلاف الحديث فزوجت بنتَ أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وذلك يدل على نسخ الحديث، ولأن ذلك معارض بقوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[1].

والذي يتحقق أن المرأة لا تباشر في بلادنا عقد زواجها بنفسها إلا في النادر، ولا تعلم خبايا الرجال وخفاياهم، فإن نظرنا إلى الأدلة فإنها محتملة لكلا الرأيين، وإذا نظرنا إلى أهلية المرأة فإنها تخولها مباشرة العقد وخاصة إذا كان الولي غير رشيد، وأما إذا نظرنا إلى ملابسات عقد الزواج وخطورته وأهميته وقداسته ترجح عدم مباشرتها وخاصة إذا كان الولي حسن التصرف أو مستور الحال موفور الشفقة.

ماذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري:

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦) إلى تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

وهو أخذ بمذهب الحنفية في صحة العقد بعبارة المرأة وبمباشرتها بنفسها ولكن حسناً ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت المادة (٢٠): «الكبيرة التي أتمَّت السابعة عشرة، إذا أرادت الزواج،

---

(١) سبق تخريجه ص ١٨٤.

يطلب القاضي من وليّها بيان رأيه خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة».

وهذا يلزم الفتاة بأخذ إذن وليها وبيان رأيه خلال المدة المحددة من القاضي قبل أن تقدم على عقد الزواج ومن ثم ليعترض عليه. . . ، ولكنه قد يعترض ولا يعده القاضي شيئاً وهنا ربما وقعت بعض الاضطرابات الأسرية إذ ربما لم ترغب أسرة ما أن تدخل هذا الفرد الزوج إلى أسرتها ومجموعها، ولهذا كان الأولى في رأيي تهذيب الأولياء وتقويمهم وتعليمهم ثم عقدهم بأنفسهم لبناتهم مع استئذانهن.

المبحث الرابع: تولي طرفي عقد الزواج[1]

المطلب الأول: تولي طرفي العقد أو أحدهما ولاية أو وكالة

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلىٰ صحة الوكالة والولاية من الجانبين أو أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً من آخر، أو يكون وكيلاً من جانب وأصيلاً من آخر إذا أذنت له أن يزوجها من نفسه، أو يكون ولياً من جانب وأصيلاً من آخر وأذنت له، ودون الإذن لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد واختلفوا في الفضولي فأجازه أبو يوسف دون غيره كما سيأتي.

وأبطل الشافعي وزفر الجميع إلا للضرورة كالجد واقتصر الشافعي عليه كأن يزوج ابن ابنه بنت ابنه الآخر إذ لا يوجد أحد في درجته ليزوجهما، بخلاف ابن العم إذ لا ضرورة له وكذلك الوكيل.

واحتج الأولون بأن كلام الواحد في عقد الزواج يقوم مقام الاثنين، لأن تأثير الإذن في نفوذ العقد لا في جعله عقداً إذا لم يكن عقداً، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

المطلب الثاني: عقد الفضولي

وهو أن يعقد شخص ما لشخص على امرأة بمحضر من الشهود دون إذنهما، أو بإذن أحدهما فيتولى طرفي العقد: وهو عقد صحيح موقوف في رأي أبي يوسف، وذهب أبو حنيفة ومحمد والمالكية والشافعية إلى بطلانه.

وذهب الحنفية إلى أنه إذا تولى فضوليان العقد صح موقوفاً.

وذهب المالكية إلى أنه إذا قام بالعقد فضولي عن الزوج فقط أو الولي

---

(١) الهداية: ١/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٢٥ ـ ٣٢٨، فتح القدير: ٣/ ١٩٦ ـ ١٩٧، كنز الدقائق: ٢/ ١٣٢ ـ ١٣٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٣١ ـ ٢٣٣، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٩٠، الثمر الداني: ٤٣٦ ـ ٤٤٠، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٢، المهذب: ٢/ ٣٨، روضة الطالبين: ٧/ ٧٢ـ٧٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧ و١٥٧ـ١٥٩ و١٦٣، كشاف القناع: ٥/ ٥٦ و٥٨، المغني: ٧/ ٣٥٤ و٣٦١.

غير المجبر عن الزوجة فقط دون إذنها فإنه يصح إن أذنت به، دون أن يتأخر إذنها عن اليوم وهي بالبلد.

أما الشافعية والحنابلة فيبطلون تصرف الفضولي مطلقاً.

وحجة القائلين به صدور العقد من أهله وفي محله، لاضرر في انعقاده، وقد يكون الكفء فيه مما لا يحصل كل وقت، ولا يمنع تصرف الفضولي من التصرف النافع لصاحبه، وهو كالبيع بشرط الخيار يتراخى حكم العقد عنه، ولهذا العقد مجيز في الحال فيمكنه إجازته أو إبطاله، وإلا لو لم يكن له مجيز بطل، وتأثير الإذن في النفاذ لا في جعل غير العقد عقداً، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وحجة الحنفية في جوازه من فضوليين بأن العقد ينعقد في حق المتعاقدين وتعلق بإجازتيهما لثبوت الحكم بالإجازة بالعقد السابق[1].

وحجة المبطلين له أنه لا يجوز عقد الزواج بعبارة واحدة من الجانبين إلا ضرورة كما في الجد، والصادر من الواحد شطر العقد وهو حالة الحضور كذلك فأولى حالة الغياب، بخلاف ولي الجانبين فالعقد تبع لحكم الولاية وحقها فلا يحتاج فيه إلى قبول، فيقدر على اعتبار وجود كلامين.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في ال[illegible] أنه:

«إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان عقده كعقد الفضولي [illegible]فاً على الإجازة».

وواضح ذهاب القانون إلى مذهب المصححين لعقد الفضولي موقوفاً على الإجازة، كما ذهب الحنفية والمالكية.

---

(١) كنز الدقائق: ٢/ ١٣٢ ـ ١٣٣، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣٣، حاشية ابن [illegible] ٣٠ ـ ٣٢٧، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧، روضة الطالبين: ٧ [illegible]. مغني المحتاج: ٣/ ١٦٣، كشاف القناع: ٥/ ٥٦و٢٣٧، ور منه: ٥/ ٥٠ [illegible]٦١.

الفصل الخامس
شروط لزوم عقد الزواج

المبحث الأول: خيار البلوغ والإفاقة.

المبحث الثاني: التغرير في عقد الزواج.

المبحث الثالث: تزوج البالغة العاقلة بغير الكفء.

Damascus University

وقل رب زدني علما
Damascus University

الفصل الخامس

شروط لزوم عقد الزواج

إن شرائط اللزوم هي:

١- أن يكون الولي في الصغير والصغيرة هو الأب أو الجد وإلا ثبت خيار البلوغ لهما عند أبي حنيفة ومحمد إذا كان الولي غيرهما، وعند أبي يوسف لا خيار لأنه لا ضرر عليهما به والخيار لدفع الضرر.

٢- كفاءة الزوج في نكاح الكبيرة نفسها بمهر المثل، وإلا فللأولياء حق الاعتراض إلى ظهور حبلها، وهذا عند الحنفية، والفتوى عدم صحة العقد لعدم الكفاءة فقط لأنه لا يمكن استدراكه بخلاف المهر فيمكن زيادته، وعند الجمهور لاينعقد أصلاً.

٣- كمال مهر المثل فيثبت للأولياء حق الاعتراض.

٤- خلو الزوج عن العيوب الجنسية كالجب والعنة بالاتفاق، وكذلك خلوه من العيوب الجسمية عند محمد دون الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يعد شرطاً.

٥- عدم الوفاء بشرط من الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها من أحد الزوجين.

٦- عدم تمليك الزوج الطلاق لزوجته أو لغيرها لبقاء عقد النكاح لازماً[1].

ويأتي بحث المهر والشروط والعيوب وتمليك الطلاق في مظانها من القسم الثاني من الكتاب، ويبقى خيار البلوغ والإفاقة والتغرير والكفاءة وبيانها:

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٥ ـ ٣٢٨، رد المحتار: ٢/ ٢٩٧و٣٢٤.

المبحث الأول:

خيار البلوغ والإفاقة

إن لكلا الزوجين الصغيرين أو المجنونين حق فسخ العقد قضاءً إذا زوجهما غير الأب والجد، وكذلك الابن في الجنون والعته، ولو كان المزوج وكيل الأب أو الأم أو القاضي فلهما حق خيار البلوغ، أي فسخ العقد عند البلوغ.

وكذلك إذا زوجهما الأب أو الجد وكان معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد فلهما إبطال هذا العقد فيثبت الخيار عند البلوغ، أو الإفاقة، ويثبت هذا الخيار ولو كان مع شرطي الكفاء، ومهر المثل، وذلك لقصور الشفقة وظن سوء الاختيار.

فإذا انعدمت الكفاءة ومهر المثل بطل العقد.

وذهب الجمهور إلى أن غير الولي المجبر ليس له ولاية التزويج مطلقاً على الصغيرة والبكر إلا بالإذن بعد البلوغ، ولهذا لم يقولوا بالخيار، ولكن الشافعية قالوا: إذا لم يلتزم الأب شرط الكفاءة بطل العقد في الأظهر، ومقابل الأظهر يصح ولها خيار البلوغ[1].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٠٤ـ٣٠٦، الشرح الصغير: ١/ ٣٨٢، مغني المحتاج: ٣/ ١٥٠و١٦٤ ـ ١٦٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٣ ـ ٤٦.

المبحث الثاني:

التغرير في عقد الزواج

لا بد حرصاً على التوازن بين الحقوق والواجبات بين الزوجين أن لا يرافق العقد أي غبن أو خداع أو غش بأوصاف الآخر، وإلا كان العقد عرضة للإبطال.

تعريف التغرير: لغة: غَرّ يغِر غرارة وغِرة: الغفلة، واغتر بالشيء: خدع به، والغرر: الخطر، والتغرير: حمل النفس على الغرر[1].

أقسام التغرير: للتغرير أقسام عدة، فمنها ما يشترطه في صلب العقد ويغر بوجوده ويوافق على العقد بجعله موجوداً كأن يشترط صفة من صفات الكمال: البكارة والشباب والجمال والنسب واليسار والاستقامة والخلق، ومنها ما لا يشترطه ولكن يظن وجوده.

آراء الفقهاء:

قال الحنفية: إن فات الوصف المقابل بالزيادة لغت هذه الزيادة، كأن يتزوجها بأكثر من مهر مثلها على أنها بكر فبانت ثيباً لم تجب الزيادة.

وذهبوا أيضاً إلى أنه إن تزوجته على أنه صالح فبان ماجناً أو مدمناً وكان أبوها صالحاً فلها الخيار عند أبي حنيفة؛ لأن الفاسق لا يعد كفواً للعدل.

وفصل الصاحبان أنه إذا كان يُسِرّ فسقه فلا خيار، وإلا بأن كان مجاهراً بفسقه وشربه المسكر فلها الخيار، ولها مهر المثل بعد الدخول.

وقال المالكية: إن فات الوصف المراد ـ بوجود العيب الظاهر لا ما يظن وجوده ففات فلا عبرة له ـ جاز الفسخ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لأنها غارة مدلِّسة، وإن كان بعده فلها المسمى ورجع الزوج بالمهر على من غره ولو عليها، ويرجع عليها ويبقي لها ربع دينار إن كان الولي بعيداً عنها،

---

(١) مختار الصحاح: ٣٠٣.

وإن ردته قبل الدخول لتدليسه فلا صداق، وإن ردته بعد الدخول فلها المسمى لتدليسه عليها.

وذهب الشافعية إلى قولين أصحهما: الصحة، والثاني: يبطل العقد.

والقول بالصحة مثبت للخيار، والقول بالبطلان مسقط للمهر قبل الدخول، وبعد الدخول يجب مهر المثل ولا نفقة ولا سكنى إن كانت غير حامل، وإن كانت حاملاً فالنفقة للحمل في الراجح.

ولا يرجع المغرور على الغار كما رجحه الشربيني، ورجح النووي رجوع المغرور على الغار إن كان عالماً بما غر به وإلا لم يرجع.

وقال الحنابلة قريباً من ذلك: إذا كان التغرير من الزوجة فلا شيء لها، وإلا رجع بالمهر على من غره وفي رواية لا خيار له[1]، وإن كان من الزوج كما لو غرها بنسب فإذا أخل بالكفاءة فلها ولأوليائها الاعتراض وإلا لم يكن لها خيار.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٢): إلى اعتبار التغرير من الزوج في الكفاءة دون غيرها من الأوصاف فنصت: «إذا اشترط الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ، ثم تبيّن أنه غير كفؤ، كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد».

ويلحظ عدم اعتبار التغرير من جانب الزوجة، وكان الأولى اعتبار جميع الأوصاف المغرور بها وكذلك من جانب الزوجة كالزوج.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٣٢١و٣٤٦، الشرح الصغير وبلغة السالك: ١/ ٤٢٥ ـ ٤٢٨، روضة الطالبين: ٧/ ١٨٣ ـ ١٨٨، مغني المحتاج: ٣/ ٢٠٧ ـ ٢٠٩، المغني: ٧/ ٤١٩ ـ ٤٢٣.

المبحث الثالث:

تزوج البالغة العاقلة بغير الكُفؤ

للفتاة البالغة العاقلة عقد زواجها عند الحنفية بنفسها وبعبارتها مع إمكان مباشرة وليها للعقد ندباً واختياراً عند الحنفية، وشركة عند الجمهور ـ كما مر ـ ولكنه قد لا يكون الزوج كفواً لهذه الفتاة، وهنا للأولياء حق الاعتراض لأنه لا يمكن أن تدخل عليهم من لا يرغبون بدخوله في أسرتهم، وهذا كما يلحظ إذا كان لها ولي، وإلا بأن لم يكن لها ولي فالعقد صحيح لازم؛ لأن وجه عدم اللزوم رفع الضرر عن الأولياء ولا وجود للأولياء، وقد رضيت هي بإسقاط حقها[1].

تعريف الكفاءة:

لغة: الكفء: المثيل والنظير، فالكفاءة: المماثلة، ومنه الكفاءة في الزواج: أن يكون الرجل مساوياً للمرأة في حسبها ودينها وغير ذلك[2].

شرعاً: المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، مما يوجب عدمها عاراً، فضابطها: مساواة الزوج للزوجة في الكمال أو النقص، إلا فيما يتعلق بالعيوب فكما سيأتي[3]، وجاء في قرارات محكمة النقض (ش٤٧١ ـ ٤٦١ ـ ٣١/ ١٠/ ٧١) أن تعريف الكفاءة يرجع فيه إلى العرف في بلد ما، ولا يرجع في ذلك إلى غير عرف البلد (م٢٨أحوال).

أقوال العلماء في اشتراط الكفاءة وأدلتهم:

أولاً: ذهب أكثر الفقهاء إلى اشتراط الكفاءة في عقد الزواج، وإن اختلفوا في تحديد عناصرها وصفاتها، وقالوا: لابد للزوج من أن يكون مكافئاً للزوجة، واستدلوا لذلك بالمنقول والمعقول.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٢) القاموس المحيط: ٤٨، المعرب: ٢/ ٢٢٢، المعجم الوسيط: ٢/ ٨٢٢.

(٣) إعانة الطالبين: ٣/ ٣٣٠، كتاب النكاح.فصل في الكفاءة.

قوله ﷺ: «يا علي ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كُفواً»[1].

وحديث عمر: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»[2].

وحديث عائشة: «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء»[3].

وقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد»[4].

٢ ـ المعقول:

إن دوام العشرة والاستقرار بين الزوجين ومصالح الزوجية تتوقف إلى حد كبير على تحقيق مساواة الزوج للزوجة، فإذا وجد التفاوت بينهما فلن يدوم النكاح، لأن التحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة، مما يجدر تلافي الأمر قبل وقوعه وذلك بأن يكون الزوج كفواً للزوجة[5].

ثانياً: وذهب الثوري والحسن البصري والكرخي من الحنفية: إلى أن الكفاءة ليست شرطاً أصلاً فالمسلمون والمسلمات أكفياء لبعضهم الآخر[6].

واستدلوا:

١ ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] فالعبرة في الكرامة في الدنيا والآخرة للتقوى وحسب.

---

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة ٧/ ١٣٣.

(٢) سنن الدار قطني: كتاب النكاح٣/ ٢٩٨، وسنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة٧/ ١٣٣.

(٣) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة٧/ ١٣٣.

(٤) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ماجاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣/ ٣٩٥، رقم: ١٠٨٥.

(٥) بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٧، رد المحتار: ٤٠/ ٢٠٩ ـ ٢١٥، بلغة السالك: ١/ ٣٩٨، مغني المحتاج: ٣/ ١٦٥ ـ ١٦٦، المغني: ٧/ ٣٧٥.

(٦) بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٧.

٢ ـ عن النبي ﷺ أنه زوج أبا هند وهو حجام فتاة من بني بياضة فقال «يابني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه»[١]. وحديث: «لافضل لعربي على أعجمي.... إلا بالتقوى»[٢].

و«أن النبيﷺ أرسل بلالاً إلى أهل بيت من الأنصار يخطب إليهم، فقالوا: عبدٌ حبشي، فقال بلال: لولا أن النبي ﷺأمرني أن آتيكم ما أتيتكم»[٣].

ولو كانت معتبرة لما أمر النبي ﷺ الأنصار بتزويج بلال، وقد كان حبشياً، لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به أيضاً.

٣ ـ الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح وهو الدماء فلأن لاتعتبر في النكاح أولى[٤].

تحديد عناصر الكفاءة:

اختلف الفقهاء في تحديد عناصر الكفاءة، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها: الدين والنسب والمال والحرفة[٥].

وعند المالكية:

التدين والسلامة من العيوب، أما باقي الشروط فتندب المماثلة فيها فقط[٦].

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الأكفاء ٢/ ٢٣٣، رقم: ٢١٠٢.

(٢) مسند الإمام أحمد: ١٧/ ١٢، رقم: ٢٣٣٨١.

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل.باب: ما جاء في تزويج الأكفاء، ص ١٩٣، رقم: ٢٢٦.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٧.

(٥) بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٨ ـ ٣١٩، رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٢٠٩ ـ ٢١٥، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢١٢ ـ ٢١٥، اللباب: ٣/ ١٣، كشاف القناع: ٥/ ٦٧ ـ ٦٨، الإنصاف: ٨/ ١٠٧ ـ ١١٠.

(٦) القوانين الفقهية: ٢٠٢، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٩ وما بعدها، بلغة السالك لأقرب المسالك مع الشرح الصغير: ١/ ٣٧٠ ـ ٣٧١.

وعند الشافعية:

الدين والعفة والنسب والحرفة والسلامة من العيوب المثبتة للخيار، والأصح أن اليسار غير معتبر[1].

وهنا نلحظ اتفاقهم جميعاً على اعتبار التدين، والجمهور عدا المالكية على اعتبار النسب والحرفة، واتفاق المالكية والشافعية على اعتبار السلامة من العيوب، واتفق الحنفية والحنابلة في المال.

آراء الفقهاء في عناصر الكفاءة:

١ ـ التدين والعفة:

اتفق الفقهاء على أن التدين شرط في الكفاءة ماعدا محمد بن الحسن، لأن هذه الصفة من أعلى الصفات التي تنعكس آثارها على جميع أفراد الأسرة.

فليس الفاجر والفاسق كُفواً لعفيفة أو صالحة سواء كان معلناً فسقه أو غير معلن، لأن اختلاف السلوك يؤدي إلى التباين في طرق التربية وتنشئة الأولاد مما يخالف سلوك الفاجر وتصرفاته وقد قال تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴿١٨﴾﴾ [السجدة: ١٨] وقال ﷺ: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»[2].

وقال محمد: لاتعتبر الديانة إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران[3]، ورجح جماعة من المالكية فسخ نكاح الفاسق[4].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٦٥ ـ ١٦٧، إعانة الطالبين: ٣/ ٣٣٠ ـ ٣٣١، المهذب: ٢/ ٣٩.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ٣/ ٣٩٥، رقم: ١٠٨٤.

(٣) رد المحتار: ٤/ ٢١٣، اللباب: ٣/ ١٣، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢١٢، بدائع الصنائع: ٢/ ٣١٨ ـ ٣٢٠.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٥١، بلغة السالك١/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩، القوانين الفقهية: ٢٠٢.

والذي أرجحه أن أهم ما في الزواج العيش المشترك، ولا يتم هذا إلا بخلق وعفة وورع وتقوى. . يدفع لصيانة الآخر ورعايته والحرص عليه، ولذا فإني أرجح فسخ نكاح الفاسق، كما ذهب إليه بعض من المالكية.

٢ ـ الإسلام:

المراد هنا إسلام الآباء والأجداد لا إسلام أحد الزوجين، وهذا خاص بغير العرب لأن أعرافهم تقتضي التفاخر بالأسبقية والأقدمية.

أما العرب فلا يعتبر فيهم التكافؤ في إسلام الآباء، لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم، وانفرد بذلك الحنفية[١]، ولا أرى ذلك موجوداً الآن، كما أنه لا يمكن وجوده.

٣ ـ النسب:

ذهب الجمهور إلى اعتبار النسب في الكفاءة دون المالكية، وإذا كانت الزوجة تنتسب إلى قبيلة عربية معروفة بنسب متصل معلوم فلا يكافؤها إلا رجل مثلها في النسب، وتكافؤ النسب خاص بالعرب لأنهم وحدهم حفظوا أنسابهم وتفاخروا بها، فالعرب بعضهم أكفاء بعض، والأعجمي ليس بكفء للعربية[٢]، لقوله ﷺ: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى بني هاشم من قريش واصطفاني من بني هاشم»[٣] ولقول عمر: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»[٤]. وذلك لأن العرب يعدونها شرطاً في عرفهم، وفقدها عاراً ونقصاً.

والحق أن اعتبار النسب دون التدين أبعد من مقاصد الزواج والشريعة في المساواة والمفاضلة في التقوى.

---

(١) المراجع السابقة للحنفية.

(٢) رد المحتار: ٤/ ٢٠٩ ـ ٢١٠، اللباب: ٣/ ١٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٦٥ ـ ١٦٦، المهذب: ٢/ ٣٩، المغني: ٧/ ٣٧٥، إعانة الطالبين: ٣/ ٣٣١، كشاف القناع: ٥/ ٦٨.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الفضائل، باب: فضل نسب النبي ﷺ ٥/ ٢٣٠٥، رقم: ٢٢٧٦.

(٤) سنن الدار قطني: كتاب النكاح ٣/ ٢٩٨.

٤ ـ المال:

ويراد قدرة الزوج على المهر والنفقة، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وحددها البعض بنفقة شهر.

واشترط اليسار في الكفاءة أبو حنيفة ومحمد وفي قول عند الشافعية والحنابلة.

ولم يشترط اليسار في الأصح عند المالكية والشافعية، لأن المال غادٍ ورائح، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[1]، وهو الراجح، لأنه كم من فقير صار غنياً، وكم من غني صار فقيراً، نسأل الله تعالى العافية.

٥ ـ الحرفة:

اشترط الجمهور غير المالكية الحرفة من خصال الكفاءة، أي بأن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبي الزوجة، ووقع خلاف بين الحنفية في الحرفة فلم يشترطها أبو حنيفة واشترطها الصاحبان، فلا يكون صاحب حرفة دنيئة كفواً لبنت صاحب صناعة جليلة.

ولم يعدها المالكية وفي رواية عن أبي حنيفة من خصال الكفاءة، لأنها ليست وصفاً لازماً للكمال فأشبه المرض والعافية.

٦ ـ السلامة من العيوب المثبتة للخيار في النكاح:

عدها المالكية والشافعية من خصال الكفاءة فمن كان به عيب ليس كفواً للسليم من العيوب، ولم يعدها الحنفية والحنابلة، ولكن يثبت الخيار للمرأة دون أوليائها، ولوليها منعها من نكاح الأبرص والمجنون، أما ماعداها من الجمال والسن. . . فغير معتبرة فكل منهم كفء للآخر[2].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٨) إلى: «العبرة في الكفاءة لعرف البلد». وقالت محكمة النقض: العبرة في الكفاءة لعرف البلد وتقديرها يعود لقاضي الموضوع (ش ـ ٣٢٦ ـ ٣٢٥ ـ ١٩/ ١١/ ١٩٥٦)

---

(١) (٢) المراجع السابقة.

وذكرت محكمة النقض أن التفاوت في السن كذلك يعود تقديره لقاضي الموضوع (ش ـ ٤٧١ ـ ٤٦١ ـ ٣١/ ١٠/ ١٩٧٠) وقد نصت المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي: «إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً ولم يكن مصلحة في هذا الزواج، فللقاضي أن لا يأذن به».

والذي أراه ما ذكرته القاعدة الفقهية: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً هو المعول عليه، فإذا جرى العرف باعتبار وصف السن كان هو المعتبر، وعليه المعول بشرط أن لا يخالف نصاً ولا قاعدة كلية معتبرة شرعياً، ورغب به أحد المتعاقدين.

ويمكن أن لا يعد التناسب في السن من شروط الكفاءة، لأن الكفاءة حق الزوجة والولي، بينما يعتد بالسن من الجانبين الزوج والزوجة، ويخضع ذلك لموافقة القاضي وإذنه[1].

صاحب الحق في الكفاءة:

تعد الكفاءة في جانب الزوج، فهي حق للزوجة وأوليائها، لأن المرأة وأولياءها يتعيرون إن تزوجت من هو أدنى منها ومن لايكافؤها، أما الرجل فلا يتعير أن تكون تحته من لاتكافؤه.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة(٢٩) على مايلي: الكفاءة حق خاص للمرأة والولي. ونصت محكمة النقض فقالت: الفقهاء متفقون على أن الكفاءة إنما تشترط لمصلحة المرأة لا لمصلحة الرجل (ش ـ ٢١٧ ـ ٣٨٣ ـ ١٥/ ٥/ ١٩٧٧).

وكذلك نصت المادة (٢٧) على أن الولي له حق التدخل لطلب فسخ العقد إذا لم يكن الزوج كفواً، ونصها: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفواً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح».

---

(١) من تعليقات الدكتور الصابوني على الكتاب: ص٥.

ويعتد بالكفاءة من جانب الزوجة أيضاً:

إذا وكل الرجل شخصاً وكالة مطلقة بتزويجه، فيشترط أن يزوجه بفتاة كفؤ له، وإلا كان العقد موقوفاً على إجازته عند الصاحبين من الحنفية[1].

هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟:

ذهب جمهور الحنفية في رواية والمالكية والشافعية في قول ورواية عن الإمام أحمد إلى أن الكفاءة شرط لزوم في عقد النكاح.

وفي رواية الحسن بن زياد من الحنفية، وقول عند الشافعية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد: الكفاءة شرط لصحة عقد النكاح.

أي إذا تزوجت المرأة من غير كفؤ فالنكاح باطل أو فاسد؛ لأن في التزويج من غير الكفء إلحاق العار بالمرأة وأوليائها، ولا مهر لها بتفريق الولي، ولو طلقها الزوج قبل الدخول فلها نصف المسمى[2]

واستدل الأولون على ذلك بما يلي:

١ ـ أن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد، فنكحته[3] وفاطمة قرشية، وأسامة مولى للنبي ﷺ.

٢ ـ ما روته السيدة عائشة: «أن أبا حذيفة بن عتبة تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار»[4].

٣ ـ أن ضُباعة بنت الزبير بن عبد المطلب كانت تحت المقداد بن الأسود

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٩، البدائع: ٢/ ٦٢٩، الهداية: ١/ ١٩٥، حاشية الدسوقي: ٣/ ٥٨، بلغة السالك: ١/ ٣٩٩ مغني المحتاج: ٣/ ١٦٤، المهذب: ٢/ ٣٨، المجموع: ١٧/ ٢٧٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٦٢٣، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٢٩٧و٣٣٤، المبسوط: ٥/ ٢٥، بلغة السالك: ١/ ٣٩٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٦٤، المهذب: ٢/ ٤٩، المجموع: ١٧/ ٢٧٥، المغني: ٦/ ٤٨٠ ـ ٤٨١.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها٣/ ١٥٢٦، رقم: ١٤٨٠.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب النكاح: باب الأكفاء في الدين: ٣/ ١٨٣١، رقم: ٤٨٠٠.

وكانت قرشية والمقداد ليس بقرشي[1].

٤ ـ بحديث رسول الله ﷺ عن أبي هند: «يابني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه»[2].

وعليه فإن تزوجت المرأة من غير الكفؤ برضاها ورضا سائر الأولياء صح النكاح، وقد تركوا حقاً لهم، وكان ذلك نقصاً على الزوجة وأوليائها كمن رضي بعيب المبيع.

وإن زوّج الولي المرأة من غير رضاها كان لها حق الفسخ بدليل أن جارية زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فخيرها النبي ﷺ، فعن بريدة: جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: (إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء: أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)[3].

وكذلك لو تزوجت هي من غير الكفؤ من غير رضا الأولياء كان لهم حق الفسخ على أن الفسخ لابد أن يكون بحكم القاضي وبناء على طلب الزوجة أو الولي[4].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٦) إلى ما ذهب إليه الجمهور، ونصها: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفواً للمرأة».

وبهذا حسم القانون الاختلاف باعتبار الكفاءة شرط لزوم لا صحة، وهو

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح: باب الأكفاء في الدين: ٣/ ١٨٣١، رقم: ٤٨٠١.

(٢) سبق تخريجه ص٢١٥.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح، باب: إذا زوج ابنته وفيه: أنها ثيب..٣/ ١٨٤٨، رقم: ٤٨٤٥، وأبو داود برقم: ٢٠٩٦، والنسائي: رقم: ٣٢٦٩، وأخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب: من زوج ابنته وهي كارهة: ١/ ٦٠٣، رقم: ١٨٧٤.واللفظ لابن ماجه.

(٤) المبسوط: ٥/ ٢٥ ـ ٢٦، البدائع: ٢/ ٦٢٤، حاشية الدسوقي: ٣/ ٥٨، بلغة السالك: ٢/ ٣٩٩، ، المجموع: ١٧/ ٢٧٥، الأم: ٥/ ١٥، المغني: ٦/ ٤٨١.

الذي أراه راجحاً حملاً للمسلم على الصلاح ما أمكن.

وقت الاعتراض لحق الكفاءة:

اتفق الشافعية والحنابلة: على أن حق الاعتراض على عدم الكفاءة عند ابتداء العقد فقط، فلو زالت الكفاءة بعد ذلك فلا حق للأولياء في الاعتراض.

وقال المالكية: للأولياء حق الاعتراض ما لم يدخل الزوج بزوجته، فإن دخل سقط حقهم ولا ينفسخ العقد.

وعند الحنفية: في الرواية بأن الكفاءة شرط صحة في عقد الزواج فإن العقد فاسد أصلاً إذا كانت زوجت نفسها من غير الكفؤ.

وأما على الرواية الثانية بأن الكفاءة شرط لزوم فيبقى حق الاعتراض إلى أن تلد المرأة، أو تحمل، فإذا سكت الولي حتى ولدت ثم اعترض فلا عبرة لاعتراضه[1].

وقد وافق القانون هذه الرواية الثانية عند الحنفية، وأرى هذا توسطاً بين رأي الصحة ورأي اللزوم من حيث النظر إلى وجود الكفاءة إذا أعطي الولي هذا الوقت الذي ليس بالقصير للنظر في وجود الكفاءة أو لا، حيث نصت المادة (٣٠) على أنه: «يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة».

كما وافق القانون رأي الجمهور في الوقت الذي يعتد فيه بوجود الكفاءة وهو عند التعاقد، إذ ربما تزوج الشخص وهو كفؤ ثم زالت كفاءته لعارض ما، وهذا الاعتبار عند التعاقد فقط فيه استقرار للأسرة، وإلا لتعرضت الأسر للاضطراب الشديد عند كل طارئ، وقد نصت المادة (٣١) على مايلي: «تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده».

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١٨٧، جواهر الإكليل: ١/ ٢٨٨، إعانة الطالبين: ٣/ ٥٥٤، منار السبيل: ٢/ ١٠٦.

الفصل السادس
معاملات الزواج الإدارية

المبحث الأول: النصوص القانونية في معاملات الزواج الإدارية وقرارات محكمة النقض

المبحث الثاني: المواد القانونية المتعلقة بإجراء عقد الزواج من قانون العقوبات وقانون خدمة العلم.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل السادس
معاملات الزواج الإدارية

المبحث الأول: النصوص القانونية في معاملات الزواج الإدارية وقرارات محكمة النقض

أ ـ المعاملات التي تسبق العقد:

مادة ٤٠ ـ ١ ـ يقدّم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

١- شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليّه وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي.

٢- صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.

٣- شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوّهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

٤- رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الإجبارية.

٥- موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً.

٢ ـ لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر، يثبّت الزواج دون هذه الإجراءات، ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

مادة ٤١ ـ يأذن القاضي بإجراء العقد فوراً بعد استكمال هذه الوثائق، وله عند الاشتباه تأخيره لإعلانه مدة عشرة أيام والقاضي يختار طريقة الإعلان.

مادة ٤٢ ـ إذا لم يُجر العقد خلال ستة أشهر يعد الإذن ملغى.

ب ـ معاملات العقد:

مادة ٤٣ ـ يقوم القاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة بإجراء العقد.

مادة ٤٤ ـ يجب أن يشمل صك الزواج:

أ ـ أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما.

ب ـ وقوع العقد وتاريخه ومكانه.

جـ ـ أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم.

د ـ مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قُبض المعجّل أو لا.

هـ ـ توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي.

مادة ٤٥ ـ (المعدلة بالمادة ٣ من القانون ٣٤ تا ٣١/ ١٢/ ١٩٧٥):

١) يسجل المساعد الزواج في سجله المخصوص ويبعث بصورة عنه لدائرة الأحوال المدنية خلال عشرة أيام من تاريخ الزواج.

٢) تغني هذه الصورة عن إخبار الطرفين دائرة الأحوال المدنية بالزواج، ويكون المساعد مسؤولاً عن إهمال إرسال الصورة.

٣) تطبق الطريقة نفسها في تسجيل الأحكام الصادرة بتثبيت الزواج والطلاق والنسب ووفاة المفقود ويقوم أمين السجل المدني بتدوين ذلك في السجلات المخصوصة دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

مادة ٤٦ ـ تعفى معاملات الزواج من كل رسم.

قرارات محكمة النقض

- تسجيل الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية في سجلات الأحوال المدنية يتم مباشرة إذا قُدمت هذه الأحكام إلى أمين السجل المدني ضمن مدة خمسة عشر يوماً، وبعد انقضاء المدة، لا يتم تسجيلها إلا بقرار من قاضي صلح المنطقة.

(م٢ ـ ٣٦٣ ـ ٦٣٢ ـ ٤/ ٤/ ١٩٦٣)

- الخطأ في تحرير صورة وثيقة الزواج المرسلة إلى مديرية الأحوال المدنية، وتدوين ذلك في سجلاتها، يستلزم إصدار قرار قضائي بالتصحيح.

(م٢ ـ ٣٦٤ ـ ٦٤٨ ـ ٦/ ٤/ ١٩٦٣)

- إن عدم تسجيل عقد الزواج أو عدم تثبيته لأسباب شكلية لا يمس جوهره ولا يؤثر في صحة العقد.

(ش٢٧٥ ـ ٢٩١ ـ ٢٨/ ٦/ ١٩٧١)

الأسباب الشكلية التي لا تمس جوهر العقد والتي تحول دون إمكان تثبيت الزوجة لا تحرم الزوجة حقها من الآثار الشرعية المترتبة.

(نقض ـ ش ـ ٢٧ ـ ١٢ ـ ٢٠/ ١/ ١٩٦٣).

- من مستلزمات دعوى إثبات الزواج تحديد المهر المعجل.

(نقض ـ ش ـ ٤٣ ـ ٣٨ ـ ٢٧/ ٢/ ١٩٦٥)

- وجود حكم سابق بالنفقة الزوجية يكفي لإثبات هذه الزوجية.

(ش٧٦٦ ـ ٦٧٤ ـ ٢٦/ ٦/ ١٩٨٠)

- القوانين تمنع زواج المجند من واحدة فكيف من اثنتين؟

(ش٢٩ ـ ١٤ ـ ٣٠/ ١/ ١٩٧٣)

- يجوز تثبيت الزواج الواقع خارج المحكمة بشكل مطلق طالما حصل من الزواج ولد.

(نقض ـ ش ـ ٧٩ ـ ٧١ ـ ٢٦/ ٢/ ١٩٧٠).

- إذا حصل حمل ظاهر يثبت الزواج دون الإجراءات ومنها رخصة الزواج من العسكريين.

(نقض ـ ش ـ ١١٨ ـ ١١٢ ـ ٣/ ٣/ ١٩٦٤).

المبحث الثاني: المواد القانونية المتعلقة بإجراء عقد الزواج من قانون العقوبات وقانون خدمة العلم والزواج العرفي ومعاملات العقد

وأتبع هذا البحث بعض المواد القانونية اللازمة والضرورية لاستكمال هذا البحث مما ينبغي معرفته وهي:

المطلب الأول: إجراء عقد الزواج وقانون العقوبات المعدل

المادة (٤٦٩): إذا عقد أحد رجال الدين زواج قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره دون أن يدون في العقد رضا من له ولاية على القاصر أو أن يستعاض عنه بإذن القاضي عوقب بالغرامة من مائة إلى مائتين وخمسين ليرة.

المادة (٤٧٠): يستحق العقوبة نفسها رجل الدين الذي يعقد زواجاً قبل أن يتم الإعلانات وسائر المعاملات التي ينص عليها القانون أو الأحوال الشخصية أو يتولى زواج امرأة قبل انقضاء عدتها.

المادة (٤٧١):

١- من تزوج بطريقة شرعية مع علمه ببطلان زواجه بسبب زواج سابق عوقب بالحبس من شهر إلى سنة.

٢- ويستهدف للعقوبة نفسها رجل الدين الذي يتولى عقد الزواج المذكور مع علمه بالرابطة الزوجية السابقة.

المادة (٤٧٢): ينزل منزلة رجال الدين لتطبيق الأحكام السابقة المتعاقدون وممثلوهم والشهود الذين حضروا الزواج بصفتهم هذه.

وبناء عليه أقول: إن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ليس عقداً شكلياً وإن اشترط فيه الشهود، فهم شروط صحة لا انعقاد، والذي أرجحه أن حضور رجل العلم الشرعي(لا رجل الدين فهي تسمية ليست دقيقة) العقود شيء حسن ليذكر المتعاقدين والشهود أهمية هذا الميثاق العظيم ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا

﴿أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾ [النساء: ٢٠ ـ ٢١] ولأجل الاستمساك بأحكام العقود، ولا ينبغي لأحد أن يخالف القانون ومنهم رجل العلم الشرعي، وخاصة أن يعلم أن لا خطورة طبية في هذا العقد على أحد المتعاقدين[1].

المطلب الثاني: إجراء عقد الزواج وقانون خدمة العلم

١ ـ المادة (٨٤): لا يسمح بزواج من سيكلف بخدمة العلم إلا إذا تم تسجيل عقد الزواج لدى دوائر الأحوال المدنية قبل ستة أشهر من تاريخ دخوله سن التكليف.

أما المكلفون فلا يسمح بزواجهم إلا في الحالات التالية:

أ ـ إذا أعفوا من خدمة العلم.

ب ـ إذا أتموا مدة الخدمة الإلزامية.

ج ـ إذا دفعوا البدل النقدي.

د ـ إذا كانوا من طلبة التحصيل العالي.

هـ ـ إذا كانوا من المؤجل سوقهم لأسباب قانونية.

و ـ إذا مضى على تأجيل خدمتهم لأسباب صحية مدة ثلاث سنوات متتالية.

ز ـ إذا استحصلوا على رخصة زواج لوجود ظروف أخلاقية استثنائية مثبتة تضطرهم للزواج.

- يشترط في إعطاء رخص زواج للمكلفين الوارد ذكرهم في الفقرات(د، هـ، و، ز) من هذه المادة تقديم كفالة قانونية بألفي ليرة سورية تأميناً للإعالة

---

(١) ر: درء المفسدة: ٣١١وما بعدها.

الناجمة عن هذا الزواج، وفي هذه الحال لا تحول الإعالة دون سوق المكلف لأداء الخدمة.

- تعطى رخص الزواج من قبل دوائر التجنيد المختصة ولا يسمح للمحاكم الشرعية أن تقوم بإجراء عقود زواج من تشملهم أحكام هذه المادة، ولا لدوائر الأحوال المدنية أن تسجل هذه العقود إلا بالاستناد للرخصة المنوه بها في هذه المادة.

المطلب الثالث: إجراء عقد الزواج وقانون الأحوال المدنية المعدلة

المادة (٣٩): ترسل السلطة المختصة التي عقدت الزواج أو حكمت بالطلاق إلى أمين السجل المدني في المكان الذي تم فيه العقد أو صدر فيه الحكم ضمن المهلة المنصوص عنها في المادة (٢٢) ثلاث نسخ عن عقد الزواج أو الفقرة الحكمية وذلك تحت طائلة غرامة قدرها خمسة وعشرون ليرة.

وإذا كان المقصر موظفاً تفرض عليه إحدى العقوبات الخفيفة من مرجعه المختص، وعلى أمين السجل المدني المختص تدوين الزواج والطلاق في السجل المدني فور استلام النسخ المذكورة[1].

المطلب الرابع: الزواج العرفي ومعاملات العقد

وهو «عقد زواج مستكمل لبعض شروطه دون توثيق» وأغلب الزواج العرفي عدم موافقته للشروط الشرعية بانتفاء الولي والشهود والمهر، وإذا وجدت كل هذه فيبقى عدم التوثيق أهم مزية له مما يعرض حقوق المرأة للضياع، وهو صورة من صور الصلات غير المشروعة إذا انتفى الولي الشهود[2].

---

(١) ر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ١/ ١٠٢ ـ ١٠٤ وما بعدها...

(٢) انظر: الأنكحة المنهي عنها: ٣٧٣ ـ ٣٨٠.

الفصل السابع
أحكام الزواج لدى غير المسلمين

المبحث الأول: الزواج في شرائع غير المسلمين.

المبحث الثاني: شروط الزواج الموضوعية.

المبحث الثالث: الشروط الشكلية للزواج.

المبحث الرابع: إثبات الزواج.

المبحث الخامس: جزاء الشروط الموضوعية والشكلية.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل السابع

أحكام الزواج لدى شرائع غير المسلمين

المبحث الأول: الزواج في شرائع غير المسلمين

الزواج هو ارتباط الرجل بالمرأة بقصد إنشاء الأسرة، فغاية الزواج في كل المجتمعات هي تنظيم علاقة الرجل بالمرأة وتكوين الأسرة لكفالة تربية ما ينتج عن هذه العلاقة من أولاد، وهذه الغاية تقتضي أن يكون الزواج رابطة دائمة مدى حياة الزوجين، ومحل عناية كل الأديان، ولكن الصفة الدينية للزواج لدى اليهود الربانيين لا تمانع التعدد والطلاق، وللمرأة طلب الطلاق من القضاء.

أما نظامية الزواج: فالمادة ٦٧ من كتاب ابن شمعون تنص على أن «عقد الزواج.. يجب أن يشتمل على ذكر المهر وحقوق وواجبات الزواج الشرعية، وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لا يخالف الأصول أو الشرع..» ويعتبر ذا صفة دينية، وإنشاؤه يستلزم اتباع شكلية خاصة وآثاره تترتب بحكم القانون، مما يعني أن له شروطاً موضوعية وأخرى شكلية.

المطلب الأول: تعريف الزواج وخصائصه عند المسيحيين

١ ـ في شريعة الكاثوليك والأرثوذكس:

يعرف في نصوص مجموعات الأحوال الشخصية للطائفة الأرثوذكسية بأنه سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية، ويرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شؤون الحياة، ويثبت بعقد يحرره الكاهن مما يجعله عقداً شكلياً لا يكفي فيه مجرد التراضي بين الزوجين، كما أن هذا التعريف يستلزم تدخل رجال الدين، كما يلاحظ فوق ذلك أن طبيعة الزواج تجعله علاقة دائمة بين الرجل والمرأة تستمر طوال الحياة، غير قابلة للانحلال بالطلاق وبأنه نظام وليس عقداً، ولكن الأرثوذكس يبيحون الحكم بالطلاق (التطليق) في بعض الأحوال.

٢ ـ في شريعة البروتستانت:

لا يعد لدى البروتستانت سراً مقدساً بل هو نظام مدني لا قدسية له وهو أفضل من البتولية، لكنه يكون على يد أحد رجال الدين مما يجعله عقد شكلياً.

المطلب الثاني: تعريف الزواج وخصائصه في شرائع اليهود

في شريعة الربانيين:

هو ارتباط الرجل والمرأة بقصد تكوين الأسرة، وهو عقد شكلي ذو طابع ديني ونظام لا عقد.

وشكلية الزواج نصت المادة ٥٦ و٥٨ و٦١ من كتاب الأحكام الشرعية لحاي بن شمعون، والتي تقضي بأن أركان عقد الزواج ثلاثة: تسمية المرأة على الرجل وتقديسها بقبولها الخاتم وكون العقد مكتوباً وبصلاة البركة (بحضرة عشرة رجال على الأقل) كما تظهر هذه الصفة من اعتبار الزواج فرضاً على كل إسرائيلي (م ١٦ من كتاب ابن شمعون).

في شريعة القرائين:

لا يختلف الزواج في معناه أو في خصائصه عن الزواج لدى الربانيين، وإن كان جمهورهم على أن الزواج ليس فرضاً كما هي الحال لدى الربانيين.

ويلاحظ أن إمكان انحلال الزواج بمسوغ شرعي لا يمنع من اعتبار الزواج نظاماً، وإن أجازت الاتفاق على الطلاق بين الزوجين دون اشتراط المسوغ.

المبحث الثاني:

شروط الزواج الموضوعية

الشرط الأول: قدرة الزوجين على الزواج:

عند المسيحيين

- عند الكاثوليك:

لايصح زواج الرجل قبل تمام السادسة عشرة من عمره ولا زواج المرأة قبل تمام الرابعة عشرة من عمرها (م ٥٨ف١) الإرادة الرسولية ويمكن أن يتجاوز عن سنتين (م٣٢) ويعد العجز الجنسي مبطلاً للزواج (م٥٨).

- عند البروتستانت:

يعقد الزواج بثماني عشرة سنة للشاب وللصبية بست عشرة سنة ويعد العجز الجنسي مانعاً للزواج.

- الأرثوذكس:

تستلزم نصوص المجموعات الحديثة للأرثوذكس النمو الجسمي للقدرة الطبيعية على الزوج، وتحدد هذه السن بثماني عشرة للولد وست عشرة للبنت، ولا تحدد حداً أقصى لا يجوز الزواج بعده، ولا يكتفى بمجرد السن لمعرفة ذلك بل لابد من تحقق ذلك فعلاً.

فيعد العجز الجنسي سبباً لانتفاء القدرة الطبيعية على الزواج (م٢٧) مجموعة عام ١٩٣٨ وكذلك الجنون والجذام والعنة والخصاء والسرطان.

عند اليهود

- عند الربانيين:

يعد سن الثالثة عشرة للرجل وللبنت بعد بلوغها سن الثانية عشرة والنصف (م٢٣) كتاب ابن شمعون.

فيشترط بلوغ هذه السن مع توافر بعض المظاهر الطبيعية للنضج بالنسبة للبنت .

ـ عند القرائين:

ليس هناك حد للسن خصوصاً للبنت فلأبيها تزويجها ولو صغيرة، ويلزم لزواج الولد أن يكون بالغاً.

الشرط الثاني ـ الرضا بالزواج:

انعقاد الزواج لا بد فيه من التقاء إرادة طرفيه بوجود الرضا والتعبير عنه دون ما يعيبه أو يفسده.

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

نص المادة ٧٢/ ١من الإرادة الرسولية: الزواج يقوم بالرضا، وأن يكون منجزاً غير مضاف أو معلق م٨٣، مع جواز التوكيل في الزواج م٧٩/ ١بإذن الرئيس الكنسي المحلي إذناً كتابياً م٨٠ إذا تعذر على الفريقين الحضور.

والمادة ٧٩/ ٢تنص «على الخطيبين أن يعبرا عن رضاهما بالألفاظ ولا يجوز لهما استعمال إشارات تعادلها إذا استطاعا النطق» ولا يعد الجنون مانعاً للزواج، وتنص الفقرة ٢/ ٧٧ على أنه «إذا نفى أحد الفريقين أو كلاهما الزواج نفسه أو كل حق (في) الفعل الزواجي أو إحدى خاصات الزواج الجوهرية، فالعقد لاغ فيمتنع إلغاء آثار الزواج.

ويمكن الطعن بصورية الزواج عند الكاثوليك.

ـ عند البروتستانت:

م٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للإنجيليين: «تقضي بأنه لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالإيجاب والقبول بين الزوجين» فلا تجوز الوكالة ولا يصح زواج المجنون، إلا عند إفاقته.

ـ عند الأرثوذكس:

«لا زواج إلا برضاء الزوجين» م١٧مجموعة ١٩٣٨مما فلا تجوز الوكالة فيه مما يستلزم حضور الزوجين نفسيهما، وأن الزواج يتم بالتكليل ويتم شفاهاً بعبارات يسمعها الكاهن، وإذا كان أحد الزوجين أخرس تحل إشارته

المعلومة محل الألفاظ إن كانت مودية إلى فهم مقصوده م١٧مجموعة ١٩٥٥، ولا يسمح بأن تكون الكتابة وسيلة للتعبير، وكذلك السكوت، وتعد حالة الجنون مانعاً من الزواج، ويقاس على الجنون فقد الإدراك لأي سبب آخر، وأن يكون الرضا منجزاً وبسيطاً دون أجل أو شرط.

عند اليهود

عند الربانيين:

لا يتضمن كتاب ابن شمعون نصاً على لزوم الرضاء وأن يكونا على قدر من الإدراك، ففي سن الثالثة عشرة للولد والثانية عشرة والنصف للبنت وهي سن الرشد فالمادة ٣٤ من كتاب ابن شمعون تقضي بأنه: «لا ولاية ولا سلطة لأحد على العاقدين في حال بلوغهما سن الرشد المنوه عنه بالمادة ٢٣».

وتنص المادة ٥٩: «التقديس من الصغير غير معتبر شرعاً»والتقديس هو المرحلة الأولى من مراحل عقد الزواج.

ويجيزون الزواج قبل بلوغ سن الرشد، أما الصغيرة فإن زواجها ينعقد برضاء أبيها، وينعقد زواج الصغير برضاء الولي ويتم الرضاء عند التقديس، وهو أولى مراحل الزواج، وباللغة العبرية، وبحضور شاهدين بتقديسها له، ويعد زواج المجنون غير جائز، ولو كان في فترة الإفاقة المادة ٤٧من كتاب ابن شمعون.

وتجيز المادة ٦٢ من كتاب ابن شمعون«للرجل أن يوكل غيره في التقديس إذا منعه مانع عن الحضور بشخصه» و«التقديس اتفاق يشبه الإملاك، ويتم بواسطة مأذون وإلا عد لاغياً» م٦٠ و٦٥ ابن شمعون وإذا توفي زوجها دون عقب فتكون لأخيه الشقيق أو لأب دون رضاها.

عند القرائين:

الرضاء من الزوجين لازم وإلا «فلا عقد ولا زوجية» وأن يكونا بالغي الحلم، ويتم الزواج عند التقديس بعبارات معينة.

ورضا المرأة: بتسلمها هدية الرجل ومهرها وهو رضا ضمني مقبول، ويتم

الزواج بوكيل كما يجوز للأب تزويج ابنته بالتوكيل وليس لغير الأب ولاية التزويج، ويجوز الشرط الواقف دون التعليق على شرط محرم فيبطل الشرط وينفذ العقد، ولا بد من رضاء المرأة بعد وفاة زوجها فلا تنتقل لأحد.

الشرط الثالث ـ موافقة الأهل عند القصر:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

يكفي مجرد بلوغ سن الزواج(١٦ للولد و١٤للبنت) وهو سن الرشد لعقد الزواج ولا حاجة لموافقة الأهل على زواج القصر استناداً لقرار مجمع ترنت الذي عقد سنة ١٥٦٣.

ـ عند البروتستانت:

سن الزواج (١٨للولد و١٦للبنت) ولا تشترط موافقة الأهل م٢ قانون الإنجيليين.

ـ عند الأرثوذكس:

يشترط لاستقلال الشخص بلوغه سن الواحدة والعشرين، أما قبل هذه السن فيلزم موافقة وليه الشرعي وقد قررت نصوص مجموعات الأحوال الشخصية: «للأب ثم من يوليه الأب بنفسه قبل موته، فإذا لم يول الأب أحداً فالولاية للجد الصحيح، ثم للأم ما دامت لم تتزوج، ثم للجد لأم، ثم للأرشد من الإخوة الأشقاء، ثم من الإخوة لأب، ثم من الإخوة لأم، ثم من الأعمام ثم من الأخوال ثم من أبناء الأعمام، ثم من أبناء الأخوال، ثم من أبناء العمات، ثم من أبناء الخالات، فإذا لم يوجد ولي من الأشخاص المتقدم ذكرهم (تعين المحكمة) ولياً من باقي الأقارب أو غيرهم».

ويستطيع القاصر أن يتظلم أمام القضاء من امتناع الولي عن الموافقة، وللرؤساء الروحيين أن يلزموهم بالتزويج.

عند اليهود

- عند الربانيين:

تقرر المادة (٣٤) من كتاب ابن شمعون أنه «لا ولاية ولا وساطة لأحد على العاقدين في حال بلوغهما سن الرشد المنوه عنه بالمادة ٢٣» وهو ثلاث عشرة للذكر واثنتا عشرة ونصف للبنت، وللأب ولاية إجبار في تزويج البنت دون الولد فلا بد من رضاهما.

- عند القرائين:

للأب ولاية إجبار قبل بلوغها، وبعد بلوغها بشرط رضاها، وليس لغير الأب ولاية تزويج الصغيرة.

أما الولد فلا ولاية عليه لأحد ويتزوج عند بلوغه ولا تحدد شريعة القرائين سناً معيناً للتزويج.

الشرط الرابع: عدم المانع لإبرام الزواج:

الموانع الشرعية للزواج هي: القرابة، واختلاف الدين، والارتباط بزوجية قائمة، وعدم انقضاء العدة، والمرض.

وتنفرد مجموعة سنة / ١٩٥٥/ بالنص على اعتبار الطلاق لعلة الزنى، والقتل، مانعين للزواج.

أولاً: القرابة

عند المسيحيين

- عند الكاثوليك:

القرابة من نسب أو مصاهرة أو قرابة حكمية تمنع الزواج، أما قرابة المصاهرة فتمنع الزواج بين الزوج وبين الأصول والفروع بغير تحديد للدرجة، وبينه وبين الحواشي حتى الدرجة الرابعة، وكذلك تقوم قرابة المصاهرة بين أقرباء النسب لأحد الزوجين وأقرباء الزوج الآخر حتى الدرجة الرابعة، وقالوا بالقرابة الفرعية، وهي القرابة التي تحدث على

التوالي بين قرابات الأول والثاني في عقد زواج ما ثم تحدث القرابة بينهما مع من يعقدون عليهم في العقد الثاني في الدرجة الأولى وتفصيل ذلك في المادتين (٦٧و٦٨) من الإرادة الرسولية، إذ يجوز للرؤساء الكنسيين العفو من مانع قرابة النسب بين الحواشي من الدرجة السادسة أو الخامسة، ومن مانع قرابة المصاهرة بين أحد الزوجين وحواشي الآخر من الدرجة الرابعة، ومن مانع قرابة المصاهرة بين أقارب كل من الزوجين وكذا في قرابة المصاهرة الفرعية (المادة ٣٢ من الإرادة الرسولية).

أما القرابة الحكمية فتنشأ إما عن العماد وإما عن التبني (م. ٧).

ـ عند البروتستانت:

هي قرابة النسب وقرابة المصاهرة، دون القرابة الحكمية، المادة (٧) من قانون الإنجليين الوطنيين.

ـ عند الأرثوذكس:

تعد القرابة مانعاً للزواج في كل الشرائع:

أولاً ـ القرابة والنسب: وهي التي تسمى قرابة الدم، وهي مباشرة بين الأصول والفروع فتحرم الزواج، وبين غير الأصول والفروع ممن يجمعهم أصل مشترك، قرابة حواش فيحرم عليه فروع أبويه، وفروع أجداده بدرجة واحدة، وبباقي أقاربه من الحواشي حتى الدرجة الثالثة.

ثانياً ـ قرابة المصاهرة:

وهي التي تقوم بالزواج مع أقارب الزوج الآخر وأزواج أقاربه.

ثالثاً ـ القرابة الحكمية:

وهي التبني أو العماد أو الرضاع.

والتبني جائز عندهم فيمنع الزواج بين الولد بالتبني ووالده أو من يتبناهم من أولاد آخرين والتعميد والرضاع.

عند اليهود

- عند الربانيين:

تنص المادة (٣٧) على أن «عقد الزواج لايصح مع وجود قرابة تحريم أو مانع شرعي» فالمادة (٣٨) تنص على أن «قرابة التحريم نوعان: نوع لا ينعقد فيه العقد ولا يحتاج إلى طلاق، والأولاد لا يعدون شرعيين، ونوع يكون العقد فيه باطلاً ويجبر الرجل على الطلاق، ولا يعد أولاده غير شرعيين» من ذلك تحريم امرأة العم ولو لأم، وامرأة الخال، وامرأة الأخ، وأخت الزوجة بعد طلاقها في الوقت الذي تحلل فيه، وتحل بنت الأخ أو بنت الأخت.

- عند القرائين:

يحرم زواج الرجل بأصوله وفروعه، وكذا بفروع أبويه، كالأخت وفروعها، وفروع الأخ، وفروع الأجداد بدرجة واحدة، وكذا زوجات الأصول والفروع وأصول الزوجة وفروعها وتتوسع في التحريم بسبب المصاهرة.

واتفق فقهاء القرائين أخيراً، على عدم تحريم أخت الزوجة بعد وفاتها، وكذا عدم تحريم الأختين لأخوين، بعد أن كن محرمات، فالخلاف كبير بين الشريعتين القرائين والربانيين.

ثانياً: اختلاف الدين

عند المسيحيين

- عند الكاثوليك:

تنص المادة ٦٠ من الإرادة الرسولية على أن «الزواج المعقود بين شخص غير معتمد وشخص معتمد باطل»والعماد سر من أسرار الكنيسة، فلا يبطل الزواج بالاختلاف في المذهب ولكنه منهي عنه شديداً.

- عند البروتستانت:

لا يقرون اختلاف الدين أو المذهب كمانع للزواج بين المسيحيين وغير المسيحيين.

ـ عند الأرثوذكس:

تمنع شريعة الأرثوذكس زواج المؤمن بغير المؤمن ويفرق بين الرجل والمرأة، فللرجل المؤمن أن يتزوج غير المؤمنات بشرط دخول الزوجة في الإيمان، أما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الإيمان، وإلا خرجت عن الجماعة. واشترطت المادة (٢٤) بصراحة الاتحاد في المذهب الأرثوذكسي وإلا عد هذا الزواج باطلاً.

عند اليهود

ـ عند الربانيين:

المادة (١٧) ابن شمعون: «الدين والمذهب شرط لصحة العقد (عقد الزواج) فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد وإلا كان باطلاً» أي تحرمه بين الرباني وغير الرباني من القرائين.

ـ في شريعة القرائين:

تبطل شريعة القرائين زواج غير اليهودي بيهودية.

ولكن هنا تسري أحكام الشريعة في جعل الزواج صحيحاً إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة وعليه ولو تزوج الرباني بقرائية فهو صحيح.

ثالثاً ـ العقد على زوجة ثانية:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

المادة (٥٩) من الإرادة الرسولية تنص على ماسبق في بطلان العقد الثاني، وتنص المادة (٥٩) على «مراعاة امتياز الإيمان» فمن يكون متزوجاً بغير مؤمن له أن يبرم زواجا ثانياً بشخص مؤمن وينحل به الزواج الأول.

ـ عند البروتستانت:

يحرم الزواج بثانية.

ـ عند الأرثوذكس:

الواحدية في المسيحية عماد الزواج فلا حق له بزوجة ثانية م ٢٥/ ٢٤. فإذا كان هناك زواج قائم لا يستطيع أن يعقد زواجاً جديداً إلا بالوفاة أو الطلاق.

ـ عند اليهود

ـ عند الربانيين:

للرجل أن يعدد (م٥٥) ابن شمعون «إذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز أن يتزوج بأخرى» وليس مستحباً (م٥٤).

ـ عند القرائين:

يجوز تعدد الزوجات، بشرط عدم الإضرار، والعدل بين الزوجات، وتحديد التعدد بأربع زوجات.

رابعاً: وجود العدة:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

ليس عندهم طلاق، ولا عدة إلزاماً بعد الوفاة، ولكن يمكن عد العدة من النظام العام فبحسب أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك بالنسبة للبروتستانت إلا التي بطل زواجها فتعتد إن دخل بها عندهما.

ـ عند الأرثوذكس:

المادة (٢٥ سنة ١٩٥٥) «ليس للمرأة التي مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ، وينقضي هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ عقد الزواج، ويجوز للمجلس الملي أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور» وذلك بقصد الاستيثاق من عدم وجود حمل تجنباً لاختلاط

الأنساب، كما أنه يجوز تنقيصها أو الإعفاء منها إذا كانت المعاشرة بين الزوجين قد انقطعت، وثبت انقطاعها بيقين مدة عشرة أشهر سابقة على الإعفاء.

وهو حكم جديد عرف في مجموعة سنة (١٩٣٨) وما سبق فهو بمعنى مدة الترمل، ولا يعد قيام العدة مانعاً بل يكون الزواج معها مكروهاً.

عند اليهود القرائين والربانيين

فالمادة (٤٩) من كتاب ابن شمعون تقول: «المطلقة أو الأرملة لا يجوز العقد عليها قبل انقضاء عدتها اثنين وتسعين يوماً يحسب فيها يوم الطلاق أو الوفاة، صبية كانت أو مسنة، ومقيمة مع زوجها أو بمعزل عنه حتى ولو لم يدخل عليها».

وتقول المادة (٥٠) ابن شمعون «الحامل وأم الرضيع لا يجوز العقد عليها قبل الوضع أو قبل بلوغ الرضيع أربعة وعشرين شهراً فطم أو لم يفطم».

خامساً ـ المرض:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك والبروتستانت:

يعد العجز الجنسي المؤبد والسابق على الزواج مانعاً(المادة ٥٨)، وعند البروتستانت بشرط تحققه.

ـ عند الأرثوذكس:

تقضي مجموعة الأحوال الشخصية سنة ١٩٣٨ م٢٧أنه «لا يجوز الزواج في الأحوال الآتية:

آ ـ إذا كان لدى أحد طالبي الزواج مانع طبيعي أو عرضي لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسي كالعنة والخنوثة والخصاء.

ب ـ إذا كان أحدهما مجنوناً.

ت ـ إذا كان مصاباً بمرض قتال كالسل المتقدم والسرطان والجذام».

والمادة (٢٨): بأنه «إذا كان طالب الزواج مصاباً بمرض قابل للشفاء ولكن يخشى منه على سلامة الزوج الآخر كالسل في بدايته والأمراض السارية، فلا يجوز الزواج حتى يشفى المريض».

ومجموعة سنة (١٩٥٥) اقتصرت على العجز الجنسي والجنون، ولا يعد القضاء هذا إلغاء لما ورد في مجموعة (١٩٣٨) بل يمكن تطبيقها، وعليه يعد المرض المانع للزواج العجز الجنسي والجنون، وكل مرض غير قابل للشفاء أو قابل للشفاء ولكنه معدٍ يخشى معه عدم سلامة الآخر.

ويفرق: فالمرض القاتل مانع للزواج، والذي يرجى معه الشفاء وعدم سلامة الآخر يتوقف معه العقد.

وإن كان ينبغي عدم النظر إلى المرض كذلك وإنما يكتفى بالمرض القاتل وحتى لا يحد من حرية الزواج.

عند اليهود

يعد العجز الجنسي لدى الرجل مانعاً للزواج، والجنون مانعاً لإتمام عقد الزواج.

سادساً ـ الزنى والقتل:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

تقول الإرادة الرسولية (م٦٥) «لا يصح عقد الزواج بين الأشخاص التالية:

من اقترف مع صاحبه زنى وقتل أحدهما زوجه وإذا ثبت تواعد الشريكين في الزنى على الزواج وقت وقوعه، أو إذا اقترن الزنى بقتل الزوج عد مانعاً.

ولا يعفى عن مانع الزواج لهذا إلا في حالة الزنا مع التواعد على الزواج».

ولا يوجد عند البروتستانت هذا.

ـ عند الأرثوذكس:

(لا يجوز زواج من طلق لعلة الزنى إلا بعد تصريح الرئيس الديني الذي صدر الحكم في دائرته، ولا يجوز زواج القاتل بزوج القتيل» (م ١٧ مجموعة ١٩٥٥).

عند اليهود

ـ عند الربانيين:

يجب طلاق الزانية (م١٨١) ابن شمعون وتحرم أيضاً على شريكها (م٣٤٧)، واختلاء الرجل بامرأة سبب في تحريمها عليه، فالمادة (م١٩٠) (المختلي تحرم على من اختلت به وإذا عقد عليها كلف بتطليقها)، ولا يوجد نص في القتل عندهم وعند القرائين.

ـ عند القرائين:

تحرم الزانية المتزوجة على زوجها وعلى الزاني بها.

المبحث الثالث:

الشروط الشكلية للزواج

تمهيد:

أشرنا من قبل إلى أن الزواج في كل الشرائع الطائفية التي نعرض أحكامه فيها، يتميز بشكليته، أي يستلزم لإنشائه إجراءات معينة لا يتم بغير وجودها، وبعض هذه الشرائع لا يقتصر في هذه الشكليات على ما يتم به عقد الزواج، أي مايسمى بمراسيم الزواج، بل ويتطلب إجراءات سابقة وفق مايلي:

المطلب الأول: إجراءات قبل الزواج عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك: يشهر الزواج قبل إجراء مراسيمه وقد بينت الإرادة الرسولية (م١٢) أن الإعلان يتم بإعلان شفوي من رجل الدين (الخوري) ويستعيض عن الإعلان الشفوي بعرض الأسماء على أبواب الكنيسة.

وبعد مرور ثلاثة أيام يمكن إتمام الزواج (م٢٠/ ٢).

ـ عند البروتستانت: ليس عندهم ما يأمر بشهر الزواج قبل مراسيمه.

ـ عند الأرثوذكس:

أولاً ـ شهر مشروع الزواج:

بعد الخطبة تتم بحضور أحد رجال الدين ويثبتها في وثيقة يحررها رجل الدين، ويضمنها بيانات تتعلق بالخطيبين وبنشر ملخص الوثيقة ليعلقه على باب الكنيسة عشرة أيام، ولا يتم الزواج خلالها م٨ مجموعة الأحوال، فإذا ما انتهت جاز إتمام مراسيمه، ويعفى من شهر الزواج لأسباب خطيرة، والغاية من شهر الزواج تمكين من يعلم بوجود ما يعوق إتمام هذا الزواج من الاعتراض عليه.

ثانياً ـ الإذن بالزواج:

المادة (٣٣/ ٣١) تقول: **(قبل مباشرة عقد الزواج** يستصدر الكاهن ترخيصاً بإتمام العقد من الرئيس **الديني** المختص بعد تقديم محضر الخطبة إليه).

عند اليهود: لا يوجد إجراءات شهر مشروع الزواج.

المطلب الثاني: إجراءات الزواج

إجراءات الزواج:

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

يجب حضور كلٌ من الزوجين إلى الكنيسة (م ٩٨ الإرادة الرسولية) وبحضور شاهدين.

(المادة ٨٤/ ١) مع سؤالهما عن رضاهما بالزواج (المادة٨٦/ ١ ـ ٣) يمنحهما الكاهن البركة (٩٥/ ٢) محافظاً على «الطقوس والرتب المرسومة في الكتب الطقسية» (المادة٩١) ورجل الدين المختص هو خوري محل إقامة أحد الزوجين، ويمكن أن يتم الزواج دون حضور رجل الدين لمشقة جسيمة، كخطر الموت(المادة ٨٩) وتوثيق زواج الكاثوليك والأرثوذكس يتم بمعرفة الموثقين المتدبين وهي التي تقدم لإثباته.

ويجوز عند الكاثوليك عقد الزواج سراً (م٩٣) «لسبب جسيم ومحرج للغاية» ويحضر إبرامه كاهن وشهود إلا أنهم يلتزمون بكتمان نبأ الزواج (م٩٤)ويدون في سجل خاص(م٩٦).

ـ عند البروتستانت:

(م١٢) «لا يعقد إكليل الزواج إلا القسس المرسومون قانوناً أو مرشدو الكنائس الإنجيلية الذين يَمنح لهم المجلس العمومي الرخصة بذلك» وحضور شاهدين لإتمام الخطبة وشاهدين في التراضي على الزواج وتحرر به وثائق بمعرفة الموثوق المتدب.

ـ عند الأرثوذكس:

يتم الإكليل وفق إجراءات الكنيسة وفي أثنائها يتم التراضي على الزواج، وهو الإملاك مع طقوس معينة، ومع المراسيم الدينية تتم مراسيم الزواج بحضور الزوجين شخصياً، وحضور أوليائهم إن كان أحد الزوجين قاصراً وحضور شهود على الزواج، ويتأكد الكاهن من حصول رضاء الزوجين بالألفاظ الصريحة، ويحرر العقد ويتلى على الجمهور، ثم يوقع من الكاهن.

عند اليهود

عند الربانيين:

يتم الزواج بثلاثة أمور: التقديس وكتابة العقد وصلاة البركة، فيعلن الرجل رغبته في الارتباط بامرأة ما، وتحضر المرأة ويقدم إليها هدية قائلاً بالعبرية: تقدست لي زوجة بهذا الخاتم.

كما يلزم ألا يكون بحجر (المادة٥٨ ابن شمعون) ولا تجوز شهادة المرأة عند الربانيين (م٨٠) ولابد من كتابة وثيقة الزواج (م٥٦) ويجب أن تشتمل على ذكر المهر (م٦٧من كتاب ابن شمعون) وتجب صلاة البركة بحضور عشرة شهود لحل العشرة بين الزوجين (م٥٦ و٦١).

ـ عند القرائين:

تبدأ الإجراءات بالتقديس في مجلس لا يجوز أن يقل عن عشرة رجال، ويسلم الرجل المهر كله أو بعضه نقداً أو عيناً ثم يثبت بوثيقة القنوان أو الخطبة، ثم يجب تحرير وثيقة بالزواج، وإتمام صلاة البركة لتحل المعاشرة بين الزوجين، ويوقع عليها الشهود «وبيان المهر معجلاً وموجلاً» ولا يفرق في الشهادة بين الرجال والنساء، وتتم صلاة البركة في احتفال علني بحضور عشرة رجال وإلا لم تحل المخالطة.

المبحث الرابع:
إثبـات الــزواج

عند المسيحيين

- عند الكاثوليك:

ليس في نصوص الإرادة الرسولية، قواعد لتنظيم إثبات الزواج.

- عند البروتستانت:

يجوز إثباته بكل وسائل الإثبات مع ضرورة إجراء التكليل.

- عند الأرثوذكس:

تقضي المادة (٤٣/ ٤١) من مجموعة الأحوال الشخصية لطائفة الأرثوذكس بأن «لايثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج، وفي حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتلافه، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة» فإن ثبت ضياع العقد أو إتلافه بقوة قاهرة لا دخل للمكلف بها، جاز إثبات الزواج بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن (الحالة الظاهرة).

عند اليهود

يلزم لوجود عقد الزواج كتابة وثيقة به، ومن ثم تقديمها للإثبات باعتبار الكتابة شكلاً للزواج.

تنظيم توثيق زواج مختلفي الطائفة من غير المسلمين:

أما زواج مختلفي الطائفة أو الملة فيخضع للشريعة الإسلامية وسائر الأحكام التي تنطبق على المسلمين فينطبق عليه قواعد المسلمين في إثبات الوثيقة الرسمية التي تحرر بمكتب الشهر العقاري.

المبحث الخامس:

جزاء الشروط الموضوعية والشكلية في الزواج

المطلب الأول: حق الاعتراض وآثاره عند المسيحيين الكاثوليك والأرثوذكس

لابد من شهر مشروع الزواج قبل إتمامه بعشرة أيام لتمكن من يعلم سبباً عائقاً للزواج من إخبار الخوري ليمنع الزواج، فالمادة (٢٩/ ٢٨) من مجموعة الأرثوذكس تقول: للأشخاص الآتي ذكرهم حق المعارضة:

آ ـ من يكون زوجاً لأحد المتعاقدين.

ب ـ الأب وعند عدمه أو عدم إمكانه إبداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ثم للجد لأم ثم لباقي الأقارب المنصوص عليهم في المادة (١٦٠/ ١٥٥ من مجموعة الأقباط) وتقبل المعارضة ولو تجاوز المتعاقدان سن الرشد.

ت ـ الولي الذي يعينه (القضاء) طبقاً للمادة (١٦٠/ ١٥٥).

والأسباب هي:

القرابة واختلاف الدين والزوجية القائمة وعدم انقضاء العدة والمرض والطلاق للزنى والقتل للسن والإكراه والغش وعدم موافقة الولي.

في شريعة الإنجيليين:

وليس عند البروتستانت نص خاص بشهر مشروع الزواج أو تنظيم الاعتراض عليه، وليس عند اليهود شيء من ذلك.

المطلب الثاني:

كما يتمثل جزاء الشروط في بطلان الزواج لعدم وجود الشروط الموضوعية والشكلية أو للإكراه أو للغلط أو التزويج القاصر.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الثالث

آثار الزواج

الفصل الأول: حقوق الزوجين.

الفصل الثاني: الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج.

الفصل الثالث: أحكام المهر.

الفصل الرابع: النفقة الزوجية.

الفصل الخامس: الشروط في عقد الزواج.

الفصل السادس: آثار الزواج لدى غير المسلمين.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول
حقوق الزوجين

المبحث الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

المبحث الثاني: حقوق الزوجة.

المبحث الثالث: حقوق الزوج.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول
حقوق الزوجين

أنزل الله تعالى في شرعه ما يكفل الحقوق ويحميها بعد بيانها وتوضيحها وفرضها والالتزام بها. . وكان من هذه الحقوق التي وضحها الله تعالى وبينها رسوله ﷺ حقوق الزوجين المشتركة والانفرادية، والتي تجب على كلِ واحد منهما تجاه الآخر سواء كان الحق نفسه واجباً على كليهما ـ مشتركة ـ أو كان واجباً على أحدهما للآخر ـ انفرادية ـ وهي آثار شرعية لازمة عن العقد الصحيح، تترتب عليه بمجرد انعقاده.

وهذه الحقوق والواجبات إن هي طبقت والتزمت كان في ذلك سعادة الزوجين وهناؤهما واستقرار الأسرة وتماسكها وإلا كان لهما الويل والثبور. . فهذا شرع الله تعالى وشرع الله تعالى عدل واتباعه عدل. .

وهي إما حقوق مشتركة أو انفرادية، والمشتركة واجب حق على كل زوج وزوجه، والانفرادية وهي التي تخص أحدهما وتجب على الآخر له.

المبحث الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين

أ ـ حق الاستمتاع (حِل الاستمتاع):

فلكل من الزوجين أن يستمتع بالآخر ضمن الحدود التي شرعها الله تعالى، وعلى كل واحد منهما أن يلبي رغبة الآخر مراعياً مستلزمات ذلك وآدابه، قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل، قلت: بلى يا رسول الله. قال: فلا تفعل، صم وأفطر وقم ونم، فإنّ لجسدك عليك حقاً وإنّ لعينك عليك حقاً وإنّ لزوجك عليك حقاً»[1].

---

(١) .أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: لزوجك عليك حق٣/ ١٨٦٩، رقم: ٤٩٠٣، فتح الباري: ٩/ ٢٩٩، ور: تفسير القرطبي: ٣/ ٨٠وما بعدها و٤٢٤وما بعدها..

وعن رسول الله ﷺ: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأتِهِ، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح»[1].

فإذا وجد مانعاً شرعياً يمنع منه كان معذوراً، كحيض أو نفاس، وكذلك المرض الشديد.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وكذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة: ٢٨٦].

فهذا الحق والواجب على كل من الزوجين، و دونه لا تستقر الحياة الزوجية، ولا تحصل مقاصد الزواج من السكن والمودة والرحمة إلا به.

وحل الاستمتاع إنما هو تحقيق لطبيعة الدافع الغريزي في الإنسان السوي، والمودة والرحمة والسكن لا تنتج عن حل الاستمتاع ـ مع تأثيره فيها ـ إذ قد يوجد الاستمتاع ولا يوجد السكن والطمأنينة وما أشبهه، ولو كانت المودة والرحمة نتيجة الاستمتاع لكان الزواج بأي رجل أو بأي امرأة أمراً مناسباً يتحصل منه السكن...

والواقع أن من آثار الزواج الشرعي السكن والمودة والرحمة، وكذلك الاستمتاع[2].

٢ ـ حسن المعاشرة:

يجب على كل من الزوجين أن يعامل الآخر معاملة حسنة طيبة تزرع الود والرحمة والحب والحنان والعطف، كلٌ في نفس الآخر بالتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يترتب عنه الشقاق والخلاف والنزاع. .

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها٣/ ١٨٦٨، رقم: ٤٨٩٧ومسلم في النكاح: باب تحريم امتناعها من فراش زوجها٣/ ١٤٧٠، رقم: ١٤٣٦، فتح الباري: ٩/ ٢٩٣ ـ ٢٩٩.

(٢) ر: المهذب: ٢/ ٣٥، الهداية: ١/ ٣٢٠ وما بعدها، الشرح الصغير: ١/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤، منار السبيل: ٢/ ١٤١، ور: التسهيل لعلوم التنزيل: ١/ ١٣٥، وعاشروهن بالمعروف: ٦٥.

امتثالاً لقوله تعالى:

﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] والأمر ـ الخطاب ـ عام فيشمل الرجال والنساء، وإن كان ظاهر الأمر للرجال، لكنه ذكر ذلك تغليباً، ولأنه قد تكون سوء العشرة من الرجل أكثر مما تكون من المرأة فجاء الأمر بحسنها للرجال ـ والله تعالى أعلم. . وكما قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي فيجب لهن وعليهن حسن المعاشرة.

فعلى كلٍ منهما أن يسعى إلى تحصيل السرور ودفع الهم والحزن عن الآخر، فقد قال أبو الدرداء لزوجته: (إذا رأيتني غضبت فرضني وإذا رأيتك غضبى رضيتك. . وإلا لم نصطحب)[1].

وكذلك أن يتعاونا على طاعة الله تعالى وأن يذكّر بعضهما الآخر بتقوى الله عز وجل فقد قال ﷺ: «رحم الله رجلاً قام من الليل فصلى وأيقظ امرأته، فإن أبت نضح في وجهها الماء، ورحم الله امرأة قامت من الليل فصلت وأيقظت زوجها، فإن أبى نضحت في وجهه الماء»[2]. هكذا بلطف ومودة وحب، لا بفظاظة وغلظة، وبحسب الحال.

وتنصح الزوجة زوجها وينصح الزوج زوجته في الالتزام بطاعة الله تعالى، فقد نقل عن السلف الصالح أن الزوجة كانت تقول لزوجها: (إياك وكسب الحرام فإنا نصبر على الجوع ولا نصبر على النار)[3].

وكذلك يجب على الزوج أن ينصح زوجته ويعظها بأدب ومودة ورحمة، يقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] فيجب عليه أن يعظها ويوجهها إلى ما فيه خير دنياها وأخراها.

---

(١) المراجع السابقة. حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ٣٤٦ ـ ٣٤٧.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الصلاة، باب: قيام الليل، ٢/ ٣٣، رقم: ١٣٠٨.

(٣) إحياء علوم الدين: حقوق الزوج على الزوجة٢/ ٥٨.

ومن حسن العشرة التعاون في بناء الأسرة ورعاية الأولاد واستشعار المسؤولية المشتركة، كما قال رسول الله ﷺ: «والرجل راع في أهله وهومسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها»[1].

ومن حسن العشرة: حفظ الأسرار وعدم ذكر الآخر بسوء، وأن يُحْفَظَ ما بين الزوجين فلا يفشى ذلك لأحد مهما كان شأنه، فقد قال ﷺ: «إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته، وتفضي إليه ثم ينشر سرها»[2].

ولهذا كله قال ﷺ: «... ألا أخبركم بنسائكم في الجنة؟ قلنا بلى يا رسول الله. قال: كل ودود ولود إذا غضبت أو أسيء إليها أو غضب زوجها قالت: هذي يدي في يدك لا أكتحل بغمض حتى ترضى»[3] أي لا أغمض عيني فلا يهنأ لي عيش حتى ترضى، أو لا سكن لي حتى تُسر.

وبالنسبة للرجل قال ﷺ: «...أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً، وخياركم خياركم لنسائهم»[4].

٣ ـ حرمة المصاهرة:

إذا تزوج الرجل من أسرة ما وكذلك المرأة نشأت من تلكم الرابطة التي شرعها الله تعالى وأمر بها محارم من هذا الزواج، وهذه المحارم هي محارم المصاهرة مما ليس بحثه هنا، بل في شروط الصحة.

٤ ـ الميراث:

فإن من آثار عقد الزواج الصحيح هو ثبوت الميراث لكل منهما، فإذا

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الجمعة، باب: الجمعة في القرى والمدن ١/ ٢٩٦، رقم: ٨٥٣.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم إفشاء سر المرأة ٣/ ١٤٧٠، رقم: ١٤٣٧.

(٣) رواه الطبراني في الأوسط ٢/ ٢٠٦، رقم: ١٧٤٣.

(٤) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ماجاء في حق المرأة على زوجها ٣/ ٤٦٦، رقم: ١١٦٢.

مات أحدهما قبل الآخر كان للحي الباقي منهما إرث الآخر، كما شرع الله تعالى. . سواء مات أحدهما قبل الدخول أو بعده، بل لو مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي فإن الآخر يرثه[1].

هـ ـ النسب:

فإذا تم عقد الزواج صحيحاً ثبت للولد النسب من الزوجين، هذا وإن كان حقاً للولد، ويثبت على الأم ـ واجباً ـ ضرورة لولادتها له، كما يثبت على الأب لأنه من فراشه بناء على العقد، كذلك فهو حق للزوجة وللزوج في كون الولد تابعاً لهما دون التفات إلى أي شيء آخر[2].. كما قال رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[3] إلا إذا وجد اللعان فشيء آخر[4].

وـ ـ الاهتمام بين الزوجين لئلا يلتفت قلب أحدهما عن الآخر.

---

(١) ر: حقوق الأسرة: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، أحكام الأسرة: ٣٤٧، حاشية ابن عابدين٣/ ٢٨، والهداية: ١/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩، الشرح الصغير: ١/ ٣٩٩، شرح المحلي: ٣/ ٢٤٣، المهذب٢/ ٢٥، منار السبيل: ٢/ ١٦٣ ـ ١٦٥، المحلى: ٩/ ٢٢٤.

(٢) ر: وعاشروهن بالمعروف: ٦٥.

(٣) خرجه البخاري: كتاب المغازي، باب: من شهد الفتح٣/ ١٤٥٩، رقم٤٠٥٢.

(٤) ر: الهداية: ١/ ٣١٤ وما بعدها، ٣٠٢، المهذب: ٢/ ١١٩.

المبحث الثاني:

حقــوق الزوجــة

أ ـ المهر:

هو المال الواجب على الزوج للزوجة في عقد الزواج، وهو هدية كما ذكر القرآن الكريم بأنه نِحْلة، والنِحلة هي الهدية، خلافاً لمن يقول بأنه ليس بنِحلة، بل مقابل المنفعة، إذ هذا الرأي مخالف لصريح الآية ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] كما أن منفعة المرأة يقابلها منفعة الرجل فكان المهر هدية خالصة، وتحمل الآيات الواردة بما يتفق مع هذه الآية وذلك ممكن، كما أن تعليل القوامة بأنها لسبب الإنفاق، والإنفاق شامل للمهر وغيره. .

وفي بذل المهر للزوجة احترام وتوقير لها وتكريم؛ لئلا تبتذل أو يستهان بها فيتمسك بها ولئلا تتعرض العلاقة الزوجية للانفصام لأوهى الأسباب وأتفهها[1] وبهذا يؤكد الخاطب ـ الزوج ـ بدفعه المهر حبه ومشاعره وصادق رغبته .

ب ـ النفقة:

وهي حق للزوجة على الزوج تثبت لها بالعقد الصحيح، وهي شاملة لما تحتاج إليه من مسكن وطعام وكسوة وخدمة إن كانت تحتاج للخدمة وكل ما يتعلق بذلك مما تفرضه ظروف وأعراف المجتمع المعاش فيه دون سرف أو تبذير[2].

---

(١) ر: حقوق الأسرة: ٢١٨، أحكام الأسرة: ٣٥٩ ـ ٣٦١، وعاشروهن بالمعروف: ٥٠ ـ ٥١، حقوق الزوجين: ٣٢ ـ ٣٤، رحمة الإسلام بالمرأة: ٤٣.

(٢) ر: الهداية: ٢/ ٢٢١ وما بعدها، المهذب: ٢/ ٥٥، روضة الطالبين: ٧/ ٢٤٩، الشرح الصغير: ١/ ٣٧٥، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٢، الروض المربع: ٤١١، منار السبيل: ٢/ ١٨٧.

وذلك لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾[الطلاق: ٧].

قوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١].

٣ ـ حسن معاملة الزوج للزوجة:

وهذا مما يطالب به الزوج زيادة على الزوجة، وذلك في الابتعاد عن كل ما يؤذيها أو يمس بها فيحافظ على حقوقها دون إفراط أو تفريط ولا يضار بها.

قال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: ٢٣١].

ومن السنة:

قوله ﷺ: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»[٢].

وحسن المعاملة ولطف المعشر والود والرحمة والرأفة والشفقة واجبة لا شك فيها، ويشمل عدم الإضرار والمعاشرة بالمعروف ما يأتي:

أ ـ التوسيع بالنفقة: لقوله ﷺ: «إذا أنفق المسلم نفقة على أهله وهو يحتسبها كانت له صدقة»[٣].

ب ـ استشارة الزوجة في أمور الأسرة والبيت من إدارة البيت إلى تربية الأولاد وتنشأتهم إلى تزويجهم.

فقد قال ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن»[٤] أي: استشيروهن.

ج ـ ممازحة المرأة وملاطفتها، فقد روى البخاري أنه ﷺ دخل على السيدة عائشة رضي الله عنها وأن أبا بكر دخل عليها والنبي ﷺ عندها، يوم فطر أو أضحى، وعندها قينتان تغنيان بما تقاذفت الأنصار يوم بُعاث، فقال

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة...، ٣/١٩٢٦، رقم: ٥٠٤٩.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب المناقب، باب: خلقه ﷺ وصبره٥/٧٠٩، رقم: ٣٨٩٥.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب: فضل النفقة على الأهل ٣/١٩٢١، رقم: ٥٠٣٦.

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في الاستئمار٢/٢٣١، رقم: ٢٠٩٥.

أبو بكر: مزمار الشيطان؟ مرتين، فقال ﷺ: «دعهما يا أبا بكر، إن لكل قوم عيداً، وإن عيدنا هذا اليوم»[1].

٤ ـ غض الطرف عن بعض أخطائها إذا كانت قليلة ومحاسنها كثيرة، فقد قال ﷺ: «لا يَفْرَك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر»[2] ويَفْرك بمعنى يبغض.

٥ ـ مساعدة الزوجة: وذلك بأن يعاون الرجل المرأة في أعمال البيت لاسيما عند الحاجة لذلك كوقت المرض وكثرة الأعمال، كما كان الرسول ﷺ يفعل فقد قالت السيدة عائشة رضي الله عنها عندما سئلت ما كان النبي يصنع في البيت؟

قالت: «كان عليه الصلاة والسلام يكون في مهنة أهله، فإذا سمع الأذان خرج»[3].

٦ ـ العدل في المعاملة عند تعدد الزوجات:

إذا اضطرت ظروف الزوج إلى التعدد فكان له أكثر من زوجة كان لابد عليه من أن يسوي بين زوجاته في المبيت والنفقة والمعاملة بالمعروف، إذ شرط التعدد العدل وإلا منع.

فلو أن واحدة تنازلت عن ليلتها ووهبتها لأخرى، فلا بأس بذلك ما لم يكن فيه إكراه أو ضغط من أحد، هذا من حيث الأمور الظاهرة، أما من حيث القلب والميل الداخلي فأمر لا يستطيعه البشر كما قال الرسول ﷺ: «اللهم هذا قَسْمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»[4].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب: فضائل الصحابة، باب: مقدم النبي ﷺ وأصحابه المدينة ٢/ ١٣٤١، رقم: ٣٧١٦.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب الرضاع، باب: الوصية بالنساء٣/ ١٥٠٤، رقم: ١٤٦٩.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب: خدمة الرجل في أهله ٣/ ١٩٢٦، رقم: ٥٠٤٨.

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء٢/ ٢٤٢، رقم: ٢١٣٤، حقوق الأسرة: ٢٥٥، أحكام الأسرة: ٣٥٤ ـ ٣٥٧، وعاشروهن بالمعروف: ٦١ ـ ٦٢.

ويستوي في هذا العدل: الشابة والعجوز، والأولى والأخيرة، والمريضة والصحيحة، بل المسلمة والكتابية؛ لأن عقد الزوجية واحد بالنسبة لهن جميعاً.

والمعتبر في المناوبة الليل لا النهار، إلا إذا كان يعمل ليلاً فالمعتبر عندئذ هو النهار، ويبدأ بمن يشاء، ويوفي في كل واحدة نوبتها كاملة دون زيادة لأخرى، إلا إذا أذنت صاحبة الحق، أو كان ضرورة لذلك، كأن مرضت واحدة وتحتاج لمن يقوم بها ولا أحد غيره، وإذا مرض فليس له أن يقيم عند واحدة لئلا يستوحش غيرها، إلا إذا أذن له.

فإذا سافر وجب عليه الإقراع بينهن، ولا يعوض غيرها بعد رجوعه، وإلا بأن اختار إحداهن فعليه أن يعوض، لئلا يشعرن بمرارة التفضيل وتطييباً لخاطرهن، وهذا عند الشافعية[1].

وعند الحنفية يختار أي واحدة منهن والأفضل أن يقرع بينهن، وليس عليه التعويض إن اختار إحداهن وذلك لأنه لا وجوب عليه في أن يصحب إحداهن.

ويجب عليه إذا تزوج ببكر المبيت عندها سبعاً وبثيب ثلاثاً.

ولا يجب على الزوج التسوية في الجماع لتعلق ذلك بالرغبة وإن كان الأرجح العدل فيه بحسب حديث رسول الله ﷺ: «إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط»[2] وكذلك لا يجوز ترك جماعها طويلاً، بل يستحب كل أربع ليال مرة، بل لو لم يجامعها فترة بلغت أربعة أشهر طلقت منه في بعض الآراء.

ولا يجوز أن يسكن نساءه في بيت واحد إلا إذا رضين، والذي أراه عدمه إلا لضرورة، لما في ذلك من إثارة للشحناء والبغضاء، ولا يعني ذلك

---

(١) روضة الطالبين: ٧/ ٣٦٢، حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٤٦.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء٢/ ٢٤٢، رقم: ٢١٣٣، وفيه: وشقه مائل.الترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في التسوية بين الضرائر٣/ ٤٤٧، رقم: ١١٤١.واللفظ له.

عدم الصلات والتدابر بين الزوجات[1].

٥ ـ حماية الزوجة ووقايتها من معصية الله تعالى:

هذا الحق للزوجة وواجب على الزوج امتثالاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارٗا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلۡحِجَارَةُ عَلَيۡهَا مَلَٰٓئِكَةٌ غِلَاظٞ شِدَادٞ لَّا يَعۡصُونَ ٱللَّهَ مَآ أَمَرَهُمۡ وَيَفۡعَلُونَ مَا يُؤۡمَرُونَ ۝٦﴾ [التحريم: ٦] وذلك بأن يحصنها كما تحصنه فلا يذرها معلقة بل يجامعها ليلبي شهوتها وينتظر قضاءها، وقال علي رضي الله عنه في تفسير الآية: علموهم وأدبوهم[2].

وعن عمر رضي الله عنه قال حين نزلت هذه الآية: يارسول الله نقي أنفسنا فكيف لنا بأهلينا ؟..

فقال ﷺ: «تنهونهم عما نهاكم الله وتأمرونهم بما أمر الله به»[3]، ونقل عن الآلوسي بأنه قد استدل بهذه الآية على وجوب تعليم الأهل ما يجب من الفرائض[4].

٦ ـ الغَيرة على الزوجة:

وذلك بأن يحفظ الزوجة في دينها وعرضها من نظرة أو كلمة أو مسّ..، فيأمرها بالحجاب والجلباب عند الخروج من بيتها وبغض بصرها وبعدم إبداء زينتها إلا لزوجها ولمحارمها، وأن لا تخالط الرجال الأجانب ـ وهو كل رجل يجوز أن تتزوج منه لو لم تكن متزوجة ـ وأن لا يعرضها للفتنة فلا يغيب عنها طويلاً، ولا يأتي لها بما فيه ذلك، لكن الغيرة لا تعني سوء الظن، وإلا كانت غيرة ذميمة منبعثة من التعنت والتجسس وتتبع الهفوات وابتغاء الزلات[5].

---

(١) الهداية: ١/ ٢٤١ ـ ٢٤٢، الشرح الكبير: ٢/ ٣٣٩ ـ ٣٤٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٥١ ـ ٢٥٦، كشاف القناع: ٥/ ١٩٨.

(٢) التفسير الطبري: ٢٨/ ١٦٥.

(٣) ر: الجامع لأحكام القرآن / القرطبي: ٩/ ١٢٨.

(٤) الآلوسي/ روح المعاني: ٢٨/ ١٥٦.

(٥) رحمة الإسلام بالنساء: ٤٩ ـ ٥٠.

المبحث الثالث:

حقـوق الـزوج

أ ـ حق الطاعة:

إذا تم عقد الزواج صحيحاً وجب على الزوجة أن تطيع زوجها طاعة مطلقة فيما لا معصية فيه.

ومما هو من آثار عقد الزواج، إذ «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»[1].

فمتى تم العقد صحيحاً وأدّى الزوج حقوق زوجته بأن دفع لها مهرها المعّجل ووفّر لها المسكن اللائق وكان أميناً عليها، عند ذلك يجب عليها الدخول في طاعته والعيش معه حيث يقيم والتمكين من نفسها، وإلا عدَّت ناشزة تسقط نفقتها لنشوزها. .

وهذه الطاعة حق للزوج مقابل ما يبذله من رزق الأسرة، عدا عن أن الأسرة لا بد لها من سائس يسوسها وقد خلق الله تعالى الرجل قواماً على الزوجة حتى تستقر الأسرة ويستقر التعاون فيما بينها، لأنه إذا سَلِمت الأسرة وصلحت صلح المجتمع كله. .

هذا وإن طبيعة الرجل التكوينية والجسمية تمنحه هذا الحق وإن الزوجة السليمة الطبع لتسعد أكثر بزوجها المتحقق برجولته وتسر به كذلك. . طالما لم يسيء استخدام هذا الحق.

وقد قال تعالى موضحاً ذلك: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ٣٤].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة: كتاب السير، باب: في إمام السرية يأمرهم بالمعصية ٦/ ٥٤٥، وجاء في سنن الترمذي: باب: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق٤/ ٢٠٩.

فلا وجود للقوامة إذا لم توجد الطاعة، وكذلك فإن المرأة القانتة هي المطيعة لربها ولزوجها عدا عن أن الطاعة للزوج أمر طبيعي تقتضيه الحياة المشتركة للزوجين وإلا ضاعت الأسرة[1].

وقد قال ﷺ: «إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها: ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت»[2].

وقال ﷺ: «أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة»[3].

وقال ﷺ: «والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها»[4].

هذا وإن حق الطاعة للزوج على الزوجة لا يتعلق بمال الزوجة فهي فقط صاحبة التصرف به دون غيرها ودون تدخل الزوج ما دامت رشيدة بالغة عاقلة، ويقتصر حق الطاعة على كل ما يتعلق بالحياة الزوجية[5].

وإن طاعة الزوجة لزوجها تبعث روح المحبة والود بين الزوج وزوجته وتعمق روابط الإلفة والمودة في الأسرة وتجنب روح الجدل والعناد المؤدي إلى الشقاق الذي لا يرضاه الله تعالى[6].

٢ ـ القرار في بيت الزوجية:

إذا تم عقد الزواج صحيحاً ودعاها إلى بيت الزوجية لزمها إجابته واستقرارها في بيت الزوجية الذي هيأه الزوج سكناً لهما، وعلى الزوجة أن

---

(١) ر: التسهيل: ١/ ١٤٠، فتح الباري: ٩/ ٣٠٠، ٣٠٤.

(٢) مسند الإمام أحمد ٢/ ٣٠٧، رقم: ١٦٦١.

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في حق الزوج على المرأة ٣/ ٤٦٦، رقم: ١١٦١.

(٤) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب: حق الزوج على المرأة ١/ ٥٩٥، رقم: ١٨٣٥.

(٥) أحكام الأسرة: ٣٤٧ ـ ٣٤٩، حقوق الأسرة: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، آداب الخطبة والزفاف: ١٢٦ ـ ١٢٨.

(٦) آداب الخطبة والزفاف: ١٢٧.

تشرف على هذا البيت إدارة وتنظيماً وترتيباً وجمالاً، ويقوم الزوج بكل ما يتطلبه ذلك من أمور النفقة وغيرها.

فإذا استقرت في بيت الزوجية لم يكن لها الخروج منه إلا بإذنه، هذا مع العلم بأن قرار المرأة في بيتها هو الحكم الشرعي الأصلي فلا تخرج إلا لضرورة أو حاجة سواء كانت زوجة أو لا[1]، قال تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ﴾[الأحزاب: ٣٣].

لكن إذا وجد مسوغ لخروجها وكان شرعياً فلا بأس بخروجها، كأن تزور والديها فلها ذلك كل جمعة مرة ولها زيارة محارمها. . وإذا احتاج أحد والديها لمن يطببه إذا مرض وليس له أحد يمرضه كان واجباً عليها رعايته والخروج لذلك. وهل له منعها من ذلك؟.

ذهب الشافعية إلى أنه يكره للزوج منعها من عيادة أبيها إذا أثقل عليه المرض، وكذلك من حضور موته؛ لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق[2] وذهب الحنفية إلى أنه إذا منعها فإنها تخرج بلا إذنه[3].

وتخرج من بيتها مستترة محتجبة تتجنب الأسواق وأماكن السوء غير متزينة ولا مبتذلة لا يسمع أجنبي صوتها إلا لحاجة أو يعرفها بشخصها ولا يعرفها صديق زوجها ولا تتعرف عليه ولا تتودد إليه ولا تأذن له بالدخول لئلا تقع الفتنة، فإن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم في العروق[4].

---

(١) أحكام الأسرة: ٣٤٩ ـ ٣٥٠ ـ حقوق الأسرة: ٢٠٩ ـ ٢١٠، رحمة الإسلام بالنساء: ٥٨ ـ ٦٠.

(٢) المهذب: ٢/٦٦.

(٣) رد المحتار: ٢/ ٣٥٩ قال في رد المحتار: «لو أرادت حج الفرض بمحرم أو كان أبوها زمناً مثلاً يحتاج إلى خدمتها ولو كان كافراً أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم فتخرج بلا إذنه في ذلك كله».

(٤) أحكام الأسرة: ٣٤٧ ـ ٣٤٩، حقوق الأسرة: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، آداب الخطبة والزفاف: ١٢٦ ـ ١٢٨.

٣ ـ رعاية الزوج والأولاد وشؤون البيت:

وهذا الواجب ـ والذي هو على المرأة، وحق للرجل ـ نابع من حق القرار ومبني عليه، إذا لم يجب القرار عليها إلا لأجل هذا الواجب، فليس القرار سجناً لها وإنما ذلك لأجل قيامها بوظيفتها، وليس منعها من الخروج حقاً لله تعالى، وإنما هو حق

له فله التنازل عنه ولها استئذانه، كل ذلك بما يحقق رعاية الأسرة واستقرارها، فالوظيفة الطبيعية للمرأة هي هذه المهمة لإنشاء أسرة هي لبنة لجيل مؤمن بالله تعالى عبد له في أرضه[1].

وقد ورد كثير من الأحاديث والآثار التي توضح كيف كانت الصحابيات والسلف الصالح، من ذلك: عن سيدنا علي رضي الله عنه أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي ﷺ تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحى وبلغها أنه جاءه، رقيق فلم تصادفه ـ أي لم تجد النبي ﷺ ـ فذكرت ذلك لعائشة فلما جاء النبي ﷺ أخبرته عائشة قال علي: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا، فذهبنا نقوم، فقال: «على مكانكما»، فجاء يقعد بيني وبينها، فقال ﷺ: «ألا أدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما أو أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثاً وثلاثين واحمدا ثلاثاً وثلاثين، وكبرا أربعاً وثلاثين فهو خير لكما من خادم»[2].

وقد روى البخاري عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت: «تزوجني الزبير، وماله في الأرض من مال ولا مملوك، ولا شيء، غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأستقي الماء وأخرز غَرْبَهُ، وأعجن. . . وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ

---

(١) حقوق الأسرة: ٢١١ ـ ٢١٢، آداب الخطبة والزفاف: ١٣٠ ـ ١٣١، رحمة الإسلام بالنساء: ٥٧ ـ ٥٨.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب: عمل المرأة في بيت زوجها٣/ ١٩٢٥، رقم: ٥٠٤٦ور: فتح الباري١١/ ١١٩.

على رأسي وهي مني على ثلثي فرسخ (حوالي ميلين) . . . حتى أرسل إليَّ أبو بكر بعد ذلك بخادم يكفيني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني. . »[1].

وعلى كلٍ قال الفقهاء: خدمة البيت ليس واجباً عليها وإنما تفعله متطوعة، وإذا كانت ممن تُخْدَم أو ممن أهلها يخدمون كان لازماً على الزوج أن يأتيها بخادم يخدمها ويعينها على أداء واجبها[2].

وعلى كلٍّ كما قال الرسول ﷺ: «والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها »[3].

٤ ـ الاغتسال من الحيض والنفاس:

وهذا الحق عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية حيث قالوا: للزوج إجبار الزوجة - مسلمة أو ذمّية ـ على الغسل من الحيض والنفاس؛ لأن الوطء يقف عليه، فيملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه، وكذلك له منعها من أكل مالَه رائحة كريهة، كالبصل والثوم؛ لأنه يمنع كمال الاستمتاع في وجه، وفي وجه آخر ليس له المنع لأنه لا يمنع الوطء[4].

٥ ـ حق القوامة والنصح والتوجيه والإرشاد:

وهو حق الأمر والنهي والتوجيه والتأديب[5]، ودليله من القرآن الكريم: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: الغيرة٣/ ١٨٧٧، رقم: ٤٩٢٦.

(٢) حقوق الأسرة ٢١٢، رحمة الإسلام بالنساء: ٥٧.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الجمعة، باب: الجمعة في القرى والمدن١/ ٢٩٦، رقم: ٨٥٣.ور: فتح الباري: ٢/ ٣٨٠ ـ ٣٨١.

(٤) المهذب: ٢/ ٦٥، المغني: ٨/ ١٢٨.

(٥) حقوق الأسرة: ٢١٢ ـ ٢١٣، أحكام الأسرة: ٣٥٠ ـ ٣٥١.

إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ [النساء: ٣٤][1].

فالزوجة الصالحة هي الزوجة المطيعة لزوجها لأمر الله بذلك إرضاء لله وحده عبوديةً وإرضاء لزوجها مودةً ورحمةً وحباً، ولا سبيل للزوج عليها بل يجب عليه أداء كامل حقوقها غير منقوصة ويعاملها ويعاشرها بالمعروف، أما الزوجة التي تعصي زوجها فقد وضح الله تعالى سبيل إرشادها ونصحها وتهذيبها وتقويمها من الوعظ فالمخاصمة والمقاطعة فالضرب آخر الوسائل استعمالاً عند عجز ما قبله عن تحقيق الغاية منهما، وتنوع الوسائل لتنوع الناس فكل يناسبه ما لا يناسب غيره.

فيعظ الزوج زوجته بأسلوب لين فيه الحب والمودة عندما يرى تقصيراً ما في أمور بيتها أو ما يختص بحقوقه أو بحقوق ربها فإن استجابت وإلا اشتد عليها بالقول وإلا عنفها بلفظ ليس فيه معصية من كذب أو افتراء أو جارح غير خارج عن حدود المشروعية، وإلا انتقل إلى الوسيلة الثانية.

فإذا وعظها وكرر عليها الوعظ محققاً لمراتبه وشروطه غير مقصر بواجباته كان له أن ينتقل إلى الوسيلة الثانية وهي الخصام والهجران والمقاطعة في منزل الزوجية، فلا يترك منزل الزوجية بأن يوليها ظهره إذا كانا على سرير واحد، أو على سرير آخر أو في حجرة أخرى، هذا هو العلاج الثاني للمرأة المعاندة التي عجز معها الوعظ والإرشاد[2].

قال القرطبي: إذا أعرض الزوج عنها فإنه يعرف بذلك مدى تعلقها بالزوج فيشق عليها فترجع إلى جادة الصواب والصلاح، وهذا إذا كانت محبة لزوجها، وإلا إن كانت مبغضة له نشزت، وعرف أن نشوزها بسببها لا بسببه ـ هذا إذا كان الزوج مؤدياً حقوقها ـ وقامت الحجة عليها أمام الله تعالى[3].

---

(١) ور: التسهيل: ١/ ١٤٠.

(٢) حقوق الأسرة: ٢١٤ ـ ٢١٦، أحكام الأسرة: ٣٥٠ ـ ٣٥٢.

(٣) تفسير القرطبي: ٣/ ١٧١.

ولا يهجرها خارج البيت لتقييد الهجر بالمضاجع فحسب، ولقول النبي ﷺ: «ولا تهجر إلا في البيت»[1].

ومن آداب الهجر أن لا يكون فيه غلظة وجفوة بل فيه المودة والحب والسكن، ولا يحل له أن يطيل الهجر عن أربعة أشهر ـ مدة الإيلاء ـ فإذا عجز الزوج كان له بعد ذلك أن ينتقل إلى وسيلة أخرى، ولا يهجرها في الكلام فوق ثلاث.

وهذه الوسيلة هي الضرب وهي الوسيلة الأخيرة في التأديب عند عجز الوسيلتين اللتين قبلها فلا يلجأ إليها إلا بعد استعمال الوسيلتين الأوليتين.

والضرب ليس مطلقاً بل محدداً: بأن يقصد به التأديب لا غيره وأن لا يوالي الضربات على مكان واحد، متقياً الوجه ـ مجمع المحاسن ـ والأماكن المؤذية دون سوط أو عصا، بحيث يكون بسيطاً خفيفاً لا يخلف ندباً أو أثراً غير معتاد، وأن يغلب على ظنه حصول التأديب به لا زيادة الشقاق.

هذا وإن ترك الضرب هو الأفضل إذ كرام الناس يتورعون عن استعمال هذه الوسيلة متهمين أنفسهم بالتقصير بحقوق الزوجة لكن دون استفحال معصية الزوجة ونشوزها، وإلا فكيف يفعلونه مع شقيقة حياتهم ورفيقة دربهم، وذلك اقتداء برسول الله ﷺ، فعن عائشة: «ما ضرب رسول الله ﷺ خادماً له، ولا امرأة ولا ضرب بيده شيئاً»[2].

وقد قال ﷺ عن الضرب: «ولا تجدون أولئك خياركم»[3].

فإذا تجاوز الزوج الحدود المشروعة لحقه وأساء استعماله، فللزوجة رفع أمرها للقاضي فيعزره بما يزجره عن ذلك، ولها إيقاع الطلاق للضرر عند البعض[4]، إذ هو أمر علاجي استثنائي حرام في الأصل عند البعض

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: في حق المرأة على زوجها٢/ ٢٤٥، رقم: ٢١٤٢.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب ضرب النساء١/ ٦٣٨، رقم: ١٩٨٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح، باب ضرب النساء١/ ٦٣٩، رقم: ١٩٨٥.

(٤) حقوق الأسرة: ٢١٤ـ٢١٦، أحكام الأسرة: ٣٥١ـ٣٥٢ ور: فتح الباري: ٩/ ٣٠٢ـ٣٠٤.

رخص للضرورة لا أصلي، ولا يصل إليه عامة الناس، بل ينبغي لعامتهم أن لا يصلوا إلى العتاب. . . فكيف بغيره؟!

٦ ـ السفر بالزوجة:

من حق الزوج السفر بالزوجة بعد قبضها مهرها إلى أين شاء لأن النبي ﷺ سافر بنسائه[١] وعند الحنفية إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأموناً سافر بها وإلا فلا، وفي قول الفقيهين أبي القاسم الصفار وأبي الليث أنه ليس له السفر مطلقاً بلا رضاها لفساد الزمان؛ لأنها لا تأمن على نفسها في منزلها فكيف إذا خرجت، وصرح في المختار بأن عليه الفتوى[٢]

٧ ـ المحافظة على عرضه وماله:

كما قال تعالى: ﴿فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ٣٤] وحفظ الغيب إنما يكون بحفظ ماله وعرضه إذا غاب عن منزل الزوجية فلا تأخذ شيئاً ولا تعطي أحداً إلا بإذنه وتربي أولادها على ذلك.

وأما المحافظة على عرضه فلا تنظر إلى غيره نظرة آثمة خائنة ولا بكلمة خبيثة ومن باب أولى ماكان أشد من ذلك وتنشئ أولادها على ذلك.

فقد قال ﷺ: «لا تعطى من بيته إلا بإذنه فإن فعلت ذلك كان له الأجر وعليها الوزر»[٣].

٨ ـ الحرص على كرامة الزوج وشعوره:

بحيث تحرص على حسن مظهرها فلا يرى منها إلا مايحب، وكذلك تحرص في كلامها أن يسمع منها ما يحب، حرصاً على زيادة المودة والرحمة والسكن.

قالت أسماء بنت خارجة الفَزَاري لابنتها وهي تزفها إلى بيت زوجها في ليلة عرسها: «إنك خرجت من العش الذي فيه درجت فصرت إلى فراش لم

---

(١) المهذب: ٢/ ٦٥.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٣٦٠.

(٣) رواه البيهقي في السنن: كتاب النكاح، باب: ماجاءفي بيان حقه عليها٧/ ٢٩٢.

تعرفيه، وقرين لم تألفيه، فكوني له أرضاً يكن لك سماء، وكوني له مهاداً يكن لك عماداً، وكوني له أمة يكن لك عبداً، لا تلحفي به فيقلاك (أي لا تلحي)، ولا تباعدي عنه فينساك، إن دنا منك فاقربي منه، وإن نأى فأبعدي عنه، واحفظي أنفه وسمعه وعينه. . فلا يَشمّنّ منكِ إلا طيباً، ولا يسمع إلا حسناً، ولا ينظر إلا جميلاً. . »[1].

٩ ـ بِرُّ أهل الزوج:

إن مما يقوي رابطة الزوجية ويزيد عراها متانة وقوة أن تحسن الزوجة معاملة أسرة الزوج من والدين وأخوات مما يؤنس الزوج ويزيد حبه لها ويجعلها سكناً على سكن فيصبح بيت الزوجية بيت محبة وود وسلام وأنس مما يزيد الزوجين حباً على حب ووداً على ود.

وقد قال ﷺ: «إنَّ من أبرِّ البرِّ صلة الرجل أهل ودِّ أبيه »[2]. فإذا كان واجباً عليه رعاية ود أبيه فمن باب أولى أن يجب عليها رعاية ود زوجها[3].

---

(١) إحياء علوم الدين: حقوق الزوج على الزوجة٢/ ٥٨.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب البر والصلة، باب: فضل صلة أصدقاء الأب والأم٥/ ٢٥٠٦، رقم: ٢٥٥٢.

(٣) آداب الخطبة والزفاف: ١٣٢.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني
الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج وآثارها

المبحث الأول: العقد الصحيح النافذ اللازم وآثاره.

المبحث الثاني : العقد غير اللازم وآثاره.

المبحث الثالث: العقد الموقوف وآثاره.

المبحث الرابع : العقد الفاسد وآثاره.

المبحث الخامس: العقد الباطل وآثاره.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني

الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج وآثارها[1]

إن للعقد أركاناً وشروطاً ينبغي وجودها ليتم عقد الزواج منعقداً صحيحاً نافذاً لازماً، فتنتج آثاره كلها وهو غير قابل للإبطال، ولهذا أبدأ بتبيان العقد الصحيح النافذ اللازم ثم غير اللازم، ثم الموقوف، ثم العقد الفاسد وأخيراً الباطل.

المبحث الأول: العقد الصحيح النافذ اللازم وآثاره[2]

وهو العقد الذي تترتب آثاره عليه دون توقف على إجازة أحد، وآثاره هي:

١- حل الوطء بين الزوجين إلا حالة الحيض والنفاس والظهار قبل التكفير، وله مطالبتها بالوطء ولها.

٢- حل النظر والمس في الحياة دون الموت خلافاً للشافعي.

٣- ملك الاحتباس لمنفعته.

٤- وجوب المهر.

٥- ثبوت النسب.

٦- ثبوت النفقة والسكنى.

٧- حرمة المصاهرة.

٨- الإرث من الجانبين.

٩- العدل في القسم للنساء إن كان له أكثر من واحدة وكذلك في النفقة والسكنى.

---

(١) في قانون الأحوال الشخصية السوري سمي هذا: أنواع الزواج وفضلت تسميته بهذا المذكور أعلاه، لأنه ليس للزواج أنواع وإنما هو شيء واحد، وما قصد بالأنواع إنما هو من الحكم الوضعي، وهو أوصاف للعقد.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٣٣٠ ـ ٣٣٤.

١٠- طاعة الزوج.

١١- ولاية التأديب على الترتيب من الوعظ والهجر والضرب.

١٢- المعاشرة بالمعروف.

وقد نصت المادة (٤٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: «إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً».

وكذلك نصت المادة (٤٩) منه على: «الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة». ولهذا نصت محكمة النقض على سريان الآثار المترتبة على عقد الزواج على كل مواطن سوري (ش - ٢١١ - ٢٠٩ - ٨/ ٥/ ١٩٧٣) وفقاً للمادة (١٤) من القانون المدني والتي نصت على سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج في الآثار المترتبة عن عقد الزواج.

وتسري هذه الآثار على المسلمين (نقض - ش - ٢٢٧ - ٢٠٥ - ٢١/ ٦/ ١٩٥٥) ولهذا يمكن قيام دعوة تفريق في زواج لم يسجل في السجل المدني (نقض - ش - ٣٥٩ - ٣٥٦ - ٢٥/ ٩/ ١٩٧٣).

المبحث الثاني: العقد غير اللازم وآثاره

فهو العقد المنعقد الصحيح النافذ ولكن انتفى فيه شرط من شروط لزومه مما يتعلق بتزويج غير الأب. . أو الأب المعلوم سوء التصرف والفسق، وبخيار البلوغ والإفاقة وبمهر المثل والكفاءة وانتفاء الشرط المعتد به أو وجود التفويض أو العيب أو التغرير، فيملك أحد الزوجين أو الولي فسخه، وهذا العقد يعد منعقداً صحيحاً نافذاً ولكنه غير لازم، فيسقط حق الفسخ فيه بظهور الحمل احتراماً لحق الولد، وعليه لو توفي أحدهما قبل الفسخ ثبتت آثار العقد الصحيح، وفسخه بعد الدخول لا يجعله كالموقوف، بل تترتب آثاره اللازمة عن الدخول ولما يوجد الحمل، وأما الموقوف فلا تترتب عليه آثار قبل الدخول بل هو كالفاسد بل كالباطل المنعدم.

المبحث الثالث:

العقـد الموقـوف وآثـاره

وهو العقد المنعقد الصحيح ولكن تخلف فيه شرط من شروط النفاذ ـ مما يتعلق بتمام الأهلية وصحة النيابة والكفاءة على قول ـ فيعد كالفاسد، وكذلك الدخول في الموقوف كالدخول في الفاسد، ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل، وتجب العدة، وكذلك كل نكاح اختلف في جوازه كان الدخول فيه موجباً للعدة مع وجوب التفريق بينهما.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (٥٢) إلى أن: «الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد».

المبحث الرابع:

العقد الفاسد وآثاره

وهو كل عقد فقد شرطاً من شروط صحته وهي الشهود والتزوج بغير الكفو والتزوج بأخت المطلقة وبالخامسة في عدة الأخرى، أو هو كل نكاح اختلف العلماء في جوازه، وهو كالباطل قبل الدخول، فإذا وجد فيه الدخول لزمت بعض الآثار، ولو وجدت الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا اعتبار لها، لأنه عقد باطل مقارن بشبهة.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (٤٨/ ١) إلى أن «كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد». وذكرت المادة (٥١/ ١) أن «الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل».

وأما الآثار المترتبة عن الدخول فهي:

١ ـ المهر: ويجب الأقل من المهر المسمى والمثل لرضاها بالأقل ولفساد التسمية، وذهب زُفَر إلى وجوب مهر المثل ويجب فسخ العقد منهما وإلا فرَّق بينهما القاضي.

وأضاف المالكية أنه إن نقص الصداق عن أقله فسد العقد، فعليه أن يتمه وإلا تعرض للفساد.

والهدية بعد الدخول لازمة، وقبله يرجع منها ما كان قائماً غير مستهلك[1].

٢ ـ النسب: ويثبت النسب على الاحتياط في مدته فلا بد من ستة أشهر فأكثر من وقت الوطء وإلا لم يثبت وهو قول محمد وعليه الفتوى، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف: بأن المدة يعتد بها من وقت العقد، احتياطاً للولد وإحياءً له.

٣ ـ العدة: وتجب العدة من وقت التفريق إن وجد الدخول، أو من

---

(١) الشرح الكبير: ٢/ ٣٠٢.

وقت المتاركة بينهما بالقول.

٤ ـ نفقة العدة: ذهب الجمهور إلى أنه لانفقة في عدة الفاسد، وكذلك الحنابلة ولكنهم قالوا: لا يرجع عليها، لأنه إما متطوع إن علم بعدم الوجوب، أو مفرط فلا يرجع بشيء.

٥ ـ عدم الإرث: إن الإرث أثر من آثار العقد الصحيح، وعليه فلا يثبت الإرث في الفاسد، وإنما تثبت الآثار اللازمة للوطء الحاصل احتياطاً.

٦ ـ حرمة المصاهرة: تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد بالدخول فيه في أصل الزوجة وفرعها، وتحرم على أصله وفرعه.

٧ ـ النفقة الزوجية: ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري مادة(٥١/ ٣) إلى أنه: «تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح». وهو رأي عند الحنابلة، يأتي توضيحه.

وقد نصت المادة (٥١/ ٢) على هذه الآثار، ونصها:

«٢ ـ ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية:

أ - المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

ب - نسب الأولاد بنتائجه المبيّنة في المادة (١٣٣) من هذا القانون.

ت - حرمة المصاهرة.

ث - عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين».

وقد يرتفع الفساد عن العقد في بعض الحالات نظراً لمصالح مقصودة معتبرة وقد سبق ذكرها في شروط الصحة والنفاذ واللزوم، إذ يمكن أن يصبح العقد فاسداً بتخلف الكفاءة وهي شرط لزوم وقد طلب الولي فسخ العقد ولا حمل، فإذا وجد الحمل انقلب صحيحاً، ولهذا ذكرت محكمة النقض أن العقد الفاسد ينقلب إلى عقد صحيح إذا زال سبب الفساد (نقض ـ ش ـ ٤٨١ ـ ٤٧٥ ـ ٢٦/ ١٠/ ١٩٦٧).

وقد ذهبت محكمة النقض (ش ـ ٤٥٠ ـ ٤٦١ ـ ١١/ ٥/ ١٩٧٦) إلى وجوب المتاركة في العقد الفاسد فنصت: «يجب على الزوجين في العقد الفاسد المتاركة ما لم يقوما بتجديد العقد المستوفي شروط صحته».

وكذلك نصت محكمة النقض على أن الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا مهر يجب بها(ش ـ ٤١ ـ ٢٥ ـ ٨/ ٢/ ١٩٧٣).

وكذلك ذكرت محكمة النقض (ش ـ ٨٣٥ ـ ١٣٤ ـ ٢٢/ ٣/ ١٩٨٣) أنه إذا تبين للمحكمة أن الزواج الثاني للمرأة قد وقع أثناء قيام الزوجية أو أثناء عدم الطلاق عليها فإن لها أن تقضي بفسخه، وأن تثير هذه النقطة من تلقاء نفسها لتعلق هذا بالنظام العام.

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن عقد زواج القاصرة قبل بلوغها الثالثة عشرة من العمر فاسد (ش ـ ١٥ ـ ١٤٩ ـ ٢٠/ ٤/ ١٩٦٨).

المبحث الخامس:

العقـد الباطـل

فهو العقد الذي انتفى فيه أحد شروط انعقاده، واتفق على بطلانه وعدم انعقاده، كنكاح المحارم، ويثبت فيه الحد بالوطء حالة ثبوته بالشهادة من أربعة، ولا يترتب على هذه الواقعة أي أثر، وتسميته بالعقد تجوزاً وإلا فلا يسمى عقداً، وتعد هذه الصلة بين الرجل والمرأة محرمة قطعاً مثبتة للحد بالوطء[1].

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٥٠ ـ ٣٥٣ و٦٠٧، بدائع الصنع: ٢/ ٣٣٥، الشرح الكبير: ٢/ ٣٠٢، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ٢٥٢ ومابعدها، بحث: «خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل» للشيخ مصطفى الزرقا مجلة أبحاث الجامعة الأردنية: ٢٩ ومابعدها.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث

أحكام المهر

المبحث الأول: تعريف المهر وحكمه وتكييفه وأدلة مشروعيته وضوابطه ومقداره.

المبحث الثاني: صور الاتفاق على المهر.

المبحث الثالث: وجوب كامل المهر وبعضه وسقوطهما.

المبحث الرابع: ضمان المهر وقبضه وتجهيز الأب ابنته.

المبحث الخامس: الشروط في المهر.

المبحث السادس: الإعسار في المهر.

المبحث السابع: الاختلاف في المهر وما يمكن أن يكون مهراً.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث

أحكام المهر

المبحث الأول: تعريف المهر وحكمه وتكييفه وأدلة مشروعيته وضوابطه ومقداره.

المطلب الأول: تعريف المهر وحكمه وتكييفه:

لغة: مَهَر المرأة وأمهرها: سمى لها مهراً وتزوجها به، والمهيرة: الغالية المهر، وهو صداق المرأة[1].

اصطلاحاً: مال يودى للزوجة لنكاح أو وطء أو تفويت بُضع قهراً، وهو نِحلة (هدية) لازمة إذ تستمتع المرأة كالرجل فكأنها دون مقابل[2].

حكم المهر وتكييفه الشرعي:

ذهب عامة الفقهاء إلى وجوب المهر للزوجة على الزوج بمجرد تمام العقد، وأما تكييفه الشرعي فذهب الجمهور إلى أنه ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج وإنما هو أثر من آثاره، إذ يصح العقد دون تسمية المهر مع الكراهة بل يصح مع نفي المهر، مما يدل على أنه ليس من ماهية عقد الزواج، إذ تستمتع المرأة كالرجل فكان المهر هدية لازمة دون مقابل، وفيه ثلاثة حقوق:

حق الشرع وحق الزوجة وحق الولي، فإذا تنازلت المرأة عن مهرها بقي حق الشرع في وجود مهر وحق الولي في وجود مهر المثل، ثم إن تنازل الولي بقي حق الشرع على الاختلاف في تقديره.

وقد ذكرت محكمة النقض أن المرأة وأولياءها لا يملكون إسقاط المهر جملة، وهو واجب في عقد النكاح سواء سمي في العقد أو لم يُسم، أو

---

(١) القاموس المحيط - ٤٣١، المغرب: ٢/ ٢٧٩، مختار الصحاح ـ ٤٠٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٢٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٤/ ٣٥، كشاف القناع: ٥/ ١٢٨.

نفي، سنداً للمادة (٧٤) من كتاب الأحوال لقدري باشا، المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية (ش ـ ١٨٦ ـ ١٧٣ ـ ١٢/ ٦/ ١٩٥٦).

وذهب المالكية إلى عده ركناً من أركان العقد، ولكنهم فسروا هذا بأنه لا يصح اشتراط إسقاطه، لا أنه يشترط تسميته عند العقد، لأن الله تعالى قال: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦][1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب الجمهور حيث نصت المادة (٥٣): يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح، سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أم نفي أصلاً.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية المهر

يجب المهر في عقد الزواج ولكنه لا يعد ركناً ولا شرطاً من شروط الزواج، وقد استدل الفقهاء على القول بوجوب المهر بالكتاب والسنة والإجماع[2].

أما الكتاب قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

وأما السنة: فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية المهر، كقوله ﷺ لمريد الزواج: «اذهب فاطلب ولو خاتماً من حديد»[3] وما روى أنس بن

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٤، فتح القدير: ٣/ ٢٠٤، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٠و٢٩٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠، كشاف القناع: ٥/ ١٢٩.

(٢) المغني لابن قدامة ـ ٨/ ٢ ـ ٣.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: التزويج على القرآن وبغير صداق، ٣/ ١٨٥١، رقم: ٤٨٥٤.

مالك أن عبد الرحمن بن عوف تزوج فسأله رسول الله ﷺ: «كم سقت إليها» قال: زنة نواة من ذهب. قال: «أولم ولو بشاة»[1].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية المهر في النكاح[2].

المطلب الثالث: ضوابط مشروعية المهر

أن يكون المهر مالاً متقوماً - معتداً به شرعاً ـ معلوماً، مقدوراً على تسليمه، فيصح كونه ذهباً أو فضة، نقداً أو حلياً، ديناً أو عيناً، مكيلاً أو موزوناً، حيواناً أو عقاراً أو عُروضاً تجارية.

ويصح أيضاً كونه منفعة لشخص أو عين يُستحق في مقابلتها المال: كسكنى الدار، وزراعة الأرض، ويصح على تعليم القرآن وما يشبهه عند الشافعية فقط، ويصح على عمل معلوم، كخياطة ثوب.

ولا يصح كون المهر غير متقوم شرعاً كالخمر والخنزير والميتة ونحوها، ولا يصح المهر على المعدوم، والمجهول، ولا يصح على ما لا يقدر على تسليمه كالطير[3].

ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة (٥٤) على ما يلي: «ف٢ ـ كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً».

ولهذا يلزم أداء الليرات الذهبية إن كان العقد بها قبل منع التعامل بها. (نقض ـ ش ـ ٤٢ ـ ١٥١ ـ ٢٨/ ٣/ ١٩٨٣) وبناء عليه: فإنه يصح المهر سواء كان عيناً أو ديناً، عقاراً أو منقولاً، منفعة أو عيناً، وهو مذهب الشافعية،

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: الصفرة للمتزوج، ٣/ ١٨٥٣، رقم: ٤٨٥٨، ومسلم: كتاب النكاح، باب: الصداق٣/ ١٤٥٣، رقم: ١٤٢٦.

(٢) المغني: ٨/ ٣، الإجماع لابن المنذر: ٧٦.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٧ وما بعدها، الشرح الكبير: ٢/ ٢٩٤، بلغة السالك: ١/ ٤٠٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، كشاف القناع: ٥/ ١٣٢ ـ ١٣٣.

ويفتى به عند الحنفية وإن كان مذهبهم بخلافه[1].

المطلب الرابع: مقدار المهر

يمكن أن يكون للمهر حد أقصى أو أقل(أدنى)، وبيانه:

الحد الأقصى[2]:

اتفق العلماء على أنه ليس لأكثر المهر حد يقف الناس عنده، لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحد أعلى، والدليل على ذلك:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] فالمراد به المال الكثير، فلما جاز أن يكون المهر قنطاراً، دل على أنه يجوز بأي مقدار مهما بلغ حداً من الكثرة[3].

٢ ـ ولقد أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحديد المهور، فقال: «ألا لا تغالوا بصُدُق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أُصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية»[4] مما يدل على أن المهر لا حد لأكثره، وندب سيدنا عمر رضي الله عنه إلى تحديده خشية التكاثر، فحاورته تلك المرأة فقال: أصابت امرأة وأخطأ رجل[5].

والحقيقة أن الراجح ما ندب إليه سيدنا عمر وإن حاورته تلك المرأة، لأنه لم يرد مخالفة القرآن، وإنما أراد عدم المغالاة.

وعبارة القرآن: لفت الانتباه إلى عدم أخذ الزوج من مهر المرأة شيئاً ولو

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٣٣٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٦٦ ـ ٦٧.

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: الصداق٢/ ٢٣٤، رقم: ٢١٠٥، واللفظ له. والترمذي: كتاب النكاح، باب: في جواز المهر القليل٣/ ٤٢٢، رقم: ١١١٤، وقال: حسن صحيح.

(٥) كشف الخفاء: ١/ ٣١٧.

كان مهرها كبيراً.

٣ ـ قد أثر عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم أصدقوا الكثير، فمن ذلك أن عمر أصدق أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه أربعين ألف درهم[١].

وإن لم يكن لأكثر المهر حد إلا أنه من المستحب تخفيف المهر وعدم المغالاة فيه، لقوله ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها «خير النكاح أيسره»[٢].

وفيه أفضلية النكاح مع قلة المهر، وهو مندوب إليه لأنه لا يستصعب معه النكاح لمريده، فيكثر الزواج المرغب فيه، ويقدر عليه الفقراء، ويتيسر الزواج للشباب حتى لا ينصرفوا عنه، فتقع مفاسد خلقية واجتماعية متعددة، فالزواج سنة رسول الله ﷺ.

قال النووي: يستحب أن لا يزيد في المهر على خمسمائة درهم، اقتداء برسول الله ﷺ كما ذكر في حديث السيدة عائشة رضي الله عنها: قالت: «كان صداقه ﷺ لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشّاً» قالت: أتدري ما النَّشُّ؟ قال: لا، قالت: نصف أوقية فتلك خمسمائة درهم[٣].

ويساوي الدرهم وزناً: ٣,٧٧ غرام[٤].

الحد الأدنى:

١ ـ قال الشافعية والحنابلة: لا حد لأقل المهر، فصح كون المهر مالاً قليلاً أو كثيراً، و ضابطه كل ما صح كونه مبيعاً أي له قيمة صح كونه صداقاً،

---

(١) رواه البيهقي في السنن: كتاب النكاح، باب: لا وقت في الصداق٧/ ٢٣٣، المغني لابن قدامة ٨/ ٥.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقاً ٢/ ٢٣٨، رقم: ٢١١٧.

(٣) الحديث: أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: الصداق..، ٣/ ١٤٥١، رقم: ١٤٢٥، مع المنهاج شرح الجامع الصحيح للنووي: ٣/ ١٤٥١.

(٤) المقادير الشرعية: ٦٥و٧٧و٨٢.

وما ليس له قيمة فلا يصح أن يكون صداقاً ما لم ينته إلى حد لا يتمول، وإلا فسدت التسمية، ووجب مهر المثل[1].

وقال النووي: يستحب أن لا يقل المهر عن عشرة دراهم للخروج من خلاف أبي حنيفة لأنه لا يجيزه فيما دون ذلك[2].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٤/ ١)إلى مذهب الشافعية والحنابلة فنصت:

«لا حد لأقل المهر ولا لأكثره».

٢ ـ وذهب الحنفية: إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو قيمتها، فإذا عقد بأقل من عشرة دراهم، صحت تسمية المهر ووجب إكمال المهر عشراً، وقال زفر: لها مهر المثل[3].

٣ ـ وقال المالكية: أقل المهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم فضة أو ما يساويهما قياساً على نصاب السرقة، وهو ما تقطع به يد السارق، فهو عندهم ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم فضة، ويساوي الدينار: ٤. ٢٥غ[4].

استدل الشافعية والحنابلة على أن المهر ليس له حد أدنى بعدة أدلة، منها:

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤]. وقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٢٥].

فهذه النصوص الكريمة ذكرت المهر دون تحديده مما يصلح للقليل والكثير[5].

---

(١) المراجع الفقهية السابقة.

(٢) روضة الطالبين، للنووي: ٧/ ٢٤٩.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٢٩.

(٤) الشرح الصغير: ١/ ٤٩، المقادير الشرعية: ٦٥و٧٧و٨٢.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٣٥و٥/ ٨٤ ـ ٨٥و٩٤.

ومن السنة:

ما روي عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي. . . فقال رجل: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: «فهل عندك من شيء» فقال: لا والله يا رسول الله، فقال «اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً». فذهب ثم رجع فقال لا والله ما وجدت شيئاً. فقال رسول الله ﷺ: «انظر ولو خاتماً من حديد»[1].

وهذا يدل على أنه ليس لأقل المهر قدر محدد، وإلا لبينه.

ويعد قوله ﷺ مبالغة في تقليل المهر، لأن الخاتم من الحديد أقل الأشياء قيمة[2].

وما روي أن رسول الله ﷺ سأل عبد الرحمن بن عوف وقد تزوج امرأة من الأنصار: «كم أصدقتها» قال: (وزن نواة من ذهب) يؤكد ندب قلة المهر، لأن وزن النواة خمسة دراهم[3].

والمهر حق للمرأة شرعه الله تعالى لها صيانة لها وإكراماً لها تأليفاً وإيناساً من وحشتها بانتقالها إلى بيت زوجها وتركها بيت أبيها، ولهذا كان هو خالص حقها وحق وليها، ولهذا فإن الراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة لأن أدلة المهر مع واقع مجتمع النبوة عدم التحديد، إضافة إلى ضعف حديث العشرة دراهم. .[4]، وإن استحب أن لا يكون أقل.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: النظر إلى المرأة قبل التزويج ٣/ ١٨٤٣، رقم: ٤٨٣٣، ومسلم: كتاب النكاح، باب الصداق ٣/ ١٤٤٩، رقم: ١٤٢٥.

(٢) المنهاج شرح الجامع الصحيح: ٣/ ١٤٤٩ ـ ١٤٥٠.

(٣) سبق تخريجه ص٢٩١ .

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٥ ـ ٢٧٧، فتح القدير: ٣/ ٢٠٤ ـ ٢٠٩، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠، الشرح الكبير: ٢/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤، الشرح الصغير: ١/ ٤٠٩ ـ ٤١٠، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠، كشاف القناع: ٥/ ١٢٩ ـ ١٣١.

واستدل الحنفية بالأدلة الآتية:

من القرآن الكريم: قال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] واسم المال لا يطلق على أقل من عشرة دراهم، فلم يصح أن يكون أقل من العشرة ابتغاء بمال[١].

وقد نوقش بـ ، ظاهر الآية متروك، لأن العقد صحيح دون ذكر مهر، والأقل من عشرة اهم يعد مالاً[٢].

ومن السنة: ى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «لا تُنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا وجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم»[٣] والحديث نص في سم صحة الزواج بأقل من عشرة دراهم من المهر.

وتحمل الأحاديث الأخرى على أنه بعض المهر المعجل، لأن العادة عندهم على تعجيل بعض المهر قبل الدخول[٤].

واستدل المالكية لمذهبهم بأن المهر في مقابلة بضع المرأة، فلا يستباح بأقل من ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة، قياساً على يد السارق فهو عضو آدمي محترم، ولا يستباح قطعه إلا بسرقة ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة[٥].

وقد أجاب الشافعية عن دليل المالكية بأن هذا قياس في مقابل النص، فالنص قد بين أن المهر يصح بأقل من ربع دينار، وهو حديث «انظر ولو خاتماً من حديد»[٦] وخاتم الحديد لا تصل قيمته إلى ربع دينار.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٨٤ ـ ٨٦.

(٢) المنهاج شرح الجامع الصحيح: ٣/ ١٤٤٩ ـ ١٤٥٠.

(٣) سنن الدار قطني: ٣/ ٢٤٥، قال الدار قطني: وفيه مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٧، وما بعدها، فتح القدير: ٣/ ٢٠٥ ـ ٢٠٨.

(٥) بداية المجتهد: ٢/ ٢١ ـ ٢٤.

(٦) سبق تخريجه ص ٢٩٠.

وأن المال في السرقة لا يستباح به العضو، وإنما يقطع به العضو، وعقد الزواج لا يختص باستباحة عضو بل يستباح به جميع البدن لكليهما وفي الجماع بالفرج فقط[1].

(١) المنهاج شرح الجامع الصحيح: ٣/١٤٤٩ ـ ١٤٥١.

المبحث الثاني:

صـور الاتفـاق على المـهر

قد يتفق على المهر بين أطراف العقد فيكون المهر هو المسمى، وقد يتفق الناس على مقدار المهر لفتاة بأوصاف ما فيكون المهر هو مهر المثل، وقد يتفق على تعجيل المهر أو تأجيله، وقد يكون الاتفاق على مهر سر وآخر في العلن، وقد يزاد المهر أو يحط منه، وبيان ذلك:

المطلب الأول: المهر المسمى ومهر المثل:

أولاً: المهر المسمى: ينبغي تسمية المهر في العقد فيعد هو المهر المسمى وإلا كره، سواء كان مالاً أو منفعة، واقتصر الحنفية على كونه مالاً، وهو إما أن يكون معيناً مشاراً إليه فتصح تسميته سواء كان يتعين بالتعيين من العَروض والعقار. . ويلزم تسليمه ولا يجوز تبديله إلا برضا المرأة، لأنه قد تعين للعقد فتعلق حقها به.

أو كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والليرات. . وهذا له حبسه ودفع مثله قدراً وجنساً وصفة. . لأن التعيين إذا لم يصح صار مجازاً عوضاً عن الجنس. .

وإلا بأن كان مجهولاً فيلزم مهر المثل بشرط أن تكون جهالة المسمى تزيد على جهالة مهر المثل، إذ يوجد في مهر المثل نوع جهالة فتحتمل هذه الجهالة في المسمى إن كانت أقل أو مثل جهالة مهر المثل ولا تمنع صحة التسمية.

وتجب التسمية للمهر: للصغيرة، وفي تزويج الولي أو وكيله دون تفويض منها بالمهر[1]

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٧٤و٢٧٧و٢٨٢ ـ ٢٨٣، الشرح الكبير: ٢/ ٢٩٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، كشاف القناع: ٥/ ١٤٠ ـ ١٤١.

ثانياً: مهر المثل وأسباب وجوبه:

مهر المثل: وهو المال الذي يرغب به في أمثالها، ومثيلاتها في الأوصاف أخواتها وقريباتها من العصبات كعماتها وإلا فبنت الشقيقة وبنت العم. .

وإلا فمن مثيلاتها غير الأقارب. . وتفرد الحنابلة باعتباره من جهة الأب والأم ابتداءً.

وتعد المشاركة في الأوصاف المرغبة كالدين والعفة والجمال والسن والعقل واليسار والبكارة والعلم والفصاحة والصراحة. . وكل وصف مرغوب إن اعتبر زيد في مهرها وإلا أنقص مهرها، وذلك إذا لم يتراضيا -هي والزوج - على المهر .

ولابد من الشهادة لإثبات المماثلة بين الفتاتين لإثبات المهر، وإلا قُبل قول الزوج مع يمينه.

ويعتد في تقديره بحال الزوج فالشاب والمتقي ليس كالفاني والفاسق[1].

ولهذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٤) إلى أنه: «إذا تزوج الرجل في مرض موته بمهرٍ أزيد من مهر المثل، يجري على الزيادة حكم الوصية».

وذلك لأن مرض موته مع زيادة المهر عن مهر المثل قرينة على إرادة الوصية، والتصرف بالمال في مرض الموت يأخذ حكم الوصية[2].

أسباب وجوب مهر المثل:

يجب مهر المثل في كل نكاح صحيح لم يسم فيه المهر وقت العقد، أو

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٤، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٥٤ ـ ٣٥٦، مواهب الجليل: ٣/ ٥١٧، والشرح الصغير وبلغة السالك: ١/ ٤١٨ ـ ٤١٩، روضة الطالبين: ٧/ ٢٨٦ ـ ٢٨٨، مغني المحتاج: ٣/ ٢٣١ ـ ٢٣٢، كشاف القناع: ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٢.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٣٥٦.

نفيت التسمية، ويجب حالاً دون تأجيل عند العقد من نقد البلد وإن رضيت بتأجيله ويستقر وجوبه بالدخول وبالاتفاق عليه، وكذلك يقدر مهر المثل عند الدخول في العقد الفاسد.

أو في نكاح التفويض حيث فوض المهر للولي أو للزوجة، أو كانت التسمية مجهولة، أو حراماً، وكذلك في الوطء بشبهة، وفي الإكراه على الزنى مع اشتراط أن لا يزيد مهر المثل على المسمى فيؤخذ الأقل فيهما، وذلك لرضاها بالأقل إن كان المسمى أقل، وإلا فإن التسمية الأكثر فاسدة فيؤخذ مهر المثل.

ولم يوجب الحنفية مهر المثل في الوطء بشبهة فينظر فيه إلى العرف في تقدير مهرها لا إلى مثيلاتها.

وأوجب الشافعية مهر المثل في الموت قبل الدخول والتسمية للمهر في الأظهر كما رجح النووي.

كما يجب مهر المثل في الطلاق بعد الوطء وكان المهر تعليماً ولم يقم بالتعليم في الأصح عند الشافعية عند تعذر التعليم[1].

ونصت المادة (٦١) من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي:

ف١ ـ يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية. والمادة (٦٣) إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر، فللمرأة مهر المثل، وإذا كان مُسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل.

ونصت محكمة النقض متى يجب مهر المثل فذكرت: «لا يجب مهر المثل إلا عند عدم تسمية المهر أو فساد التسمية، وإذا سمي مهر معجل ولم يسم مؤجل يكون المهر كله هو المسمى» (ش ـ ٣١٤ ـ ٣١٦ ـ ٢٩/ ٧/ ١٩٦٩).

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٧٤، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٥٤ ـ ٣٥٦، مواهب الجليل: ٣/ ٥١٧، والشرح الصغير بلغة السالك: ١/ ٤١٨ ـ ٤١٩، روضة الطالبين: ٧/ ٢٨٦ ـ ٢٨٨، مغني المحتاج: ٣/ ٢٣١ ـ ٢٣٢، كشاف القناع: ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٢..

المطلب الثاني: المهر المعجل والمهر المؤجل

إن عقد الزواج الصحيح يوجب المهر، فإذا طالبت الزوجة بتسليمه لزم الزوج تسليمه، وذلك ليتعين حقها فيه بالقبض، ولها منع زوجها من الدخول لتتسلم المهر وإن انتقلت إلى بيت زوجها قبل تسلُّم مهرها، فليس للزوج منعها من السفر، أو الخروج من منزله وزيارة أهلها إلى أن يسلمها المهر كاملاً.

وهذا إذا كان المهر معجلاً أو مسكوتاً عن تعجيله وتأجيله، وكذلك إذا كان كله مؤجلاً والأجل مجهول أو غير مذكور فلا يثبت الأجل ويجب تعجيله.

قال ﷺ: «من أصدق امرأة صداقاً وهو مجمع أن لا يوفيها إياه لقي الله عز وجل وهو زان»[1].

وأما المهر المؤجل: فهو إذا اتفقا على تأجيل نصفه وتعجيل نصفه: فذهب البعض من الحنفية إلى عدم جوازه ووجوبه حالاً، بل ذهب المالكية إلى ثبوت الفسخ قبل الدخول، وبعد البناء يثبت العقد بالأكثر من المسمى والمثل ما لم يجر العرف بالتأجيل فيصح، وإن كان الأصل كراهة الأجل لأدائه إلى النكاح دون مهر بإظهار الناس أن هناك مهراً ولا مهر.

وذهب الجمهور إلى جوازه ويحل أجله بالطلاق البائن أو الموت، وعليه عامة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ولا تمنع نفسها، إذ لم يرض الزوج بإسقاط حقه بدلالة تعجيل البعض.

وذهبت محكمة النقض إلى مذهب الجمهور فنصت: «المؤجل من المهر لا يتوجب في الطلاق الرجعي إلا بعد انقضاء العدة سنداً للمادة/ ٢٣٨/ من كتاب الأحوال لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون

---

(١) رواه الطبراني في الكبير: ٨/ ٣٥، رقم: ٧٣٠١، واللفظ له، والإمام أحمد نحوه: ١٤/ ٣٢٣، رقم: ١٨٨٣٤.

الأحوال الشخصية.

وكذلك ذكرت محكمة النقض أن مؤجل مهر الأرملة يستحق في تركة زوجها، والدعوى في هذه الحال يجب أن تقام على أحد ورثته إضافة للتركة. (ش٨٢٥ ـ ٧٩ ـ ٢٦/ ٢/ ١٩٨٣) ولو كان المهر كله مؤجلاً إلى وقت معلوم فلا تمنع نفسها، ويصح الأجل في قول أبي حنيفة ومحمد والشافعية والحنابلة، وقال المالكية: بل يفسخ قبل البناء وبعده ويجب الأكثر من المسمى ومهر المثل، ما لم يجر العرف بالتأجيل لأنها رضيت بتأجيل حقها فلا يسقط حق الزوج.

وذهب أبو يوسف إلى جواز منع نفسها إلى وقت أداء المهر لأنه حقها فلها الامتناع لأجله، بخلاف ما لو أجله كله بشرط الدخول فلا تمنع نفسها.

ولو رضيت الدخول دون قبض المعجل وهي مكلفة ثم أرادت منع نفسها للمهر ومنعه من إخراجها من بلدها، فلها ذلك في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد ليس لها ذلك لأنها رضيت بتسليم نفسها برضاها وأبطلت حقها في المنع، والساقط لا يعود.

وذهبت محكمة النقض إلى قول أبي حنيفة دون الصاحبين حيث نصت: «يحق للزوجة حبس نفسها والامتناع عن متابعة زوجها وتستحق النفقة حتى تستوفي معجل صداقها».

ولو كان المهر مؤجلاً إلى أجل معلوم ثم حل الأجل فذهب أبو حنيفة ومحمد والشافعي إلى أنه لا تمنع نفسها؛ لأنها قد أسقطت حقها بالتأجيل.

وذهب أبو يوسف إلى منع نفسها لأن لها المنع قبل حلول الأجل فكذلك بعده من باب أولى[1].

و ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٥) إلى أنه:

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩و٢٩٧ ـ ٢٩٨، الشرح الكبير: ٢/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤، بلغة السالك: ١/ ٤١٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣و٢٣٠و٢٩٧ ـ ٢٩٨، كشاف القناع: ٥/ ١٣٤ ـ ١٣٥.

«يجوز تعجيل المهر أو تأجيله، كلاً أو بعضاً، وعند عدم النص يتبع العرف».

ونصت المادة (٥٦): «التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر». وهو كما يلحظ ترجيح لرأي الجمهور في جواز التأجيل مع جريان العرف ولكن إلى البينونة أو الوفاة.

ونصت محكمة النقض على ما وافق هذا في قرارات عديدة تناسب هاتين المادتين، فذكرت:

- المؤجل من المهر يجعل الزوج مديناً للزوجة بذلك منذ تاريخ العقد (ش ـ ٤٦١ ـ ٤٦٠ ـ ٢٥/ ١١/ ١٩٦٥).

- إذا حرر سند في سبيل المهر على أن يدفع حين الطلب انصرف إلى المهر المعجل (ش ـ ٣٠٣ ـ ٢٩٥ ـ ٣/ ٩/ ١٩٦٤).

ـ عند عدم النص على تحديد المعجل والمؤجل من المهر يصار إلى تحكيم العرف، وتأخير المطالبة بالمهر المعجل لا يجعله مؤجلاً (ش٢٤٩ ـ ٢٤٩ ـ ٨/ ٩/ ١٩٦٢).

التقادم والمهر:

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٠/ ٢) إلى أنه: «لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة».

وقد توسط القانون فحدد مدة التقادم بانتهاء الزوجية، ومذهب الحنفية أن ترك المطالبة مدة طويلة بعد وجوبه بخمس عشرة سنة مسقط لدعواها، وهذا في المؤجل، فالمعجل أولى بالسقوط، فقالوا بالسقوط بالتقادم.

ولكن المالكية ذهبوا إلى عدم سقوط المطالبة بالتقادم[1].

---

(١) أحكام التقادم: ٧١و٩١.

المطلب الثالث: مهر السر ومهر العلن

قد يتواضع بعض الناس - يتفقون - على تسمية للمهر للسمعة والرياء فيتفق على مهر في السر يكون هو المهر الحقيقي، وفي العلن مهر آخر يظهرونه.

اختلف الفقهاء في ذلك، وبيانه:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول خلاف الأظهر إلى أن المهر هو مهر السر إن كانا من جنس واحد إن أشهدا أن الزيادة سمعة.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٤/ ٥٤)- حيث نصت: «لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً، فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي».

فإذا لم يشهدا كان المهر مهر السر عند الصاحبين لأن العقد الثاني لغو، وعند أبي حنيفة مهر العلن ولو من غير جنسه؛ لأن الثاني وإن لغا لا تلغو الزيادة، وهو الأظهر عند الشافعي.

فإذا لم يتفقا على المواضعة واختلف الجنس كان المهر هو المسمى في العقد، فإذا اتفقا على المواضعة وكان الجنس مختلفاً ولم يشهدا لزم مهر المثل عند الحنفية، وهذا ما ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري ما لم يثبت المسمى.

وذهب الحنابلة إلى لزوم المهر المعلن بالغاً مابلغ للحوق الزيادة بالصداق بعد العقد، وإن استحب ما وعدت به من مهر السر.

وفي قول عند الشافعية إن كان مهر السر شرطاً يسبق العقد صح العقد وفسد الشرط ولزم مهر المثل[1].

---

(١) رد المحتار مع الدر المختار: ٢/ ٣٣٧و٣٧٠، بدائع الصنائع: ٢/ ٢٨٦، الشرح الكبير: ٢/ ٣١٣، روضة الطالبين: ٧/ ٢٧٤ - ٢٧٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٨، كشاف القناع: ٥/ ١٥٥.

المطلب الرابع: الزيادة في المهر والحط منه وإبراء الولي

لا يجوز للولي العفو عن الصداق أو الحط منه لموليته وكذلك سائر ديونها، وإلا فسد الصداق.

وكذلك ليس للولي أن يفرط تجاه ولده الصغير. . . فيقبل نكاحه بأكثر من مهر المثل، وإلا فسد الصداق وفيما لو أصدق عن ابنه بأكثر من مهر المثل من مال نفسه جاز فيما قطع به الغزالي والبغوي من الشافعية.

وفي وجه عند الشافعية: يفسد المسمى لدخول المذكور في ملك الابن وتبرع الولي بالزيادة.

ولو أرادت الحط من مهرها جاز إن كانت كبيرة ولو حط أبوها عنها لم يجز إن كانت صغيرة، فلو كانت كبيرة كان حطه موقوفاً على إجازتها.

وكل هذا ما لم يرد الطرف الثاني، وكذلك لا يقبل الإسقاط في الأعيان لأنها لا تقبل الإسقاط فلها أن تسترده منه ما دام قائماً فإذا هلك سقط المهر عنه.

لو زاد الزوج أو وليه في مهر زوجته وقبلت زيادته المعروفة المقدرة في المجلس وقبضتها لزمته وهذا إن كانت كبيرة.

وكذلك إن كانت صغيرة وقبل وليها عنها.

بل ولو زاد لها بعد موتها أو طلاقها صحت الزيادة في مذهب أبي حنيفة موقوفة على قبول الورثة مراعاة للفضل بين الزوجين ولهذا شرعت المتعة الزوجية وهذا بخلاف الصاحبين[1].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٣٦ ـ ٣٣٨، الشرح الكبير: ٢/ ٣١٩، الشرح الصغير: ١/ ٤١٩، روضة الطالبين: ٧/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٤٠ ـ ٢٤١، كشاف القناع: ٥/ ١٤٦و١٥٥.

الزيادة والحط، والإبراء في المهر والصورية فيه في ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري:

وتدخل قانون الأحوال الشخصية السوري في الزيادة في المهر والحط والإبراء منه بما فيه مصلحة الزوجة إذ نصت المادة (٥٧): «لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق، وتعتبر باطلة ما لم تجر أمام القاضي ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر».

ويبدو واضحاً تدخل القانون لإثبات الزيادة.. عند القاضي والذي يثبت كل ما يجري في سجلات القضاء ووثائق الزواج، أما إذا لم يثبت لدى القضاء فإنه يكون عرضة للإنكار، لكن الذي يشكل إذا وجد الإبراء أو الحط أو الزيادة ولم يثبت أمام القضاء بإنكار فهل يعني عدم الثبوت؟

ولذا كان ما وضحته محكمة النقض: «إثبات الزيادة في المهر المدون في صك النكاح لا يقبل فيه إلا البينة الخطية أو طلب التحليف».

(ش ـ ٣٨٤ ـ ٤٧٦ ـ ٣/ ١٢/ ١٩٦٦) و(ش ـ ٤٧ ـ ٣٥ ـ ١٢/ ١٥/ ١٩٧٣)

كما أن للمادة (٥٤/ ٤) أثراً هنا من حيث التواطؤ والصورية باعتبار أن الفقرة السابقة من المادة نفسها (٥٤/ ٣) جعلت المهر ديناً ممتازاً حيث نصت:

٣ ـ «يعتبر مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليها في المادة (١١٢٠) من القانون.

٤ ـ لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً، فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي.

٥ ـ يعتبر كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة (٤٦٨) من قانون أصول

المحاكمات[1] الصادر بالمرسوم التشريعي رقم/ ٨٤/ لعام / ١٩٥٢/ ، ولا يعتبر المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة».

إذ قد تكون الزيادة صورية للتهرب من الديون العادية باعتبار أن الدين الممتاز يتمتع بحق الأولوية والامتياز على بقية الديون، فيقوم الزوج بزيادة المهر صورياً، واتفاقاً مع زوجته يقوم بطلاقها بائناً فيجب لها قطعاً هذا المهر امتيازاً فيهرب من ديون دائنيه، ولهذا اشترطت المادة (٥٧) إثبات هذه الزيادة أمام القاضي، واشترطت المادة (٥٤/ ٤) إثبات الصورية أو التواطو، وعندئذ يثبت مهر المثل فقط دون الزيادة.

ولهذا نصت محكمة النقض على ما يلي:

١ ـ إثبات الزيادة في المهر المدون في صك النكاح لا يقبل فيه إلا البينة الخطية أو طلب التحليف (ش ـ ٦٩ ـ ٥٤ ـ ١٦/ ٢/ ١٩٦٣).

٢ ـ لا يملك الزوج المدين التصرف في ماله تبرعاً بغير رضاء دائنه ولا تصح منه الزيادة في المهر ما دامت هذه الزيادة تمس حقوق دائنه (ش ـ ١٢ ـ ١٩ ـ ٢١/ ١/ ١٩٦٤).

وفي رأيي: فإن إمكان التهرب من ديون الدائنين بصورية الزيادة في المهر أمر وارد يمكن حله بأقل تقدير كما اقترح الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأن يكون نص المادة: «المهر المسمى أثناء العقد» فتكون الزيادة بعده تهرباً وكان يمكن أن يضاف إلى الصورية في المهر الصورية في الطلاق فإذا أثبتت كانت تهرباً أيضاً، ولكنني أرى التفرقة بين الدين الممتاز والعادي ليست دقيقة، وإنما الدقيق كما قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ

---

(١) ونصها ـ ٤٦٨ ـ : ف١ ـ للدائن بدين من النقود إذا كان دينه ثابتاً بسند عادي أو ورقة من الأوراق التجاري القابلة للتظهير أن يراجع دائرة التنفيذ ويطلب تحصيل دينه.

ف٢ ـ لا يجوز سلوك هذه الطريقة إلا إذا كان للمدين موطن مختار أو سكن بذات البلدة التي فيها مقر الدائرة وكان الدين حالا لأداء معين المقدار.

مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فإما أن يكون موسراً ويثبت هذا ويلتزم جبراً بأداء ما عليه، وإما معسراً ولا يستطيع سداد ما عليه ولو سجن، وهو ما يتنافى مع المبدأ القانوني؛ لأن الدين حق شخصي لا عيني فلا يمكن السجن بالمال، ولكنه إذا كان ديناً ممتازاً يسجن به، فأرى أن يسجن على كل حال إن كان موسراً لا لعدم سداد المال وحسب ولكن لظلمه وتهربه واحتياله بعدم سداد المال وهي أمور يعاقب عليها قانوناً، ثم لا يسجن بتاتاً إن كان معسراً بل يستحق الزكاة لأنه أحد مصارفها الثمانية وهو من الغارمين، فكيف بسجنه؟!

المطلب الخامس: نكاح التفويض

وهو عقد نكاح دون تسمية مهر مع تفويض نفسها أو مهرها للولي أو للزوج في المهر، وتسمى المرأة: مفوَّضة، وعليه فيفرض لها مهر المثل ويلزمها النكاح، أو يفرض لها الأقل من مهر المثل فهي بالخيار، فإن طلق فلا شيء لها أو زاد المهر فنفذ العقد، ، وإلا فرض القاضي مهر المثل.

وكره تمكينها من نفسها قبل فرضه، فإذا وجد الوطء استحقت مهر المثل.

واشترط المالكية عدم نفي المهر وإلا فسد وصححه الجمهور؛ لأن التفويض إخلاء النكاح عن المهر لإرادة الزوج. . ويصح بمهر المثل.

وإذا توفي أحد الزوجين لزم كامل المهر إلا المالكية قبل الفرض لها فلا يلزم شيء لعده فاسداً عندهم[1].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٣٥، الشرح الكبير: ٢/ ٣١٣، بلغة السالك مع الشرح الصغير: ١/ ٤١٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٨ ـ ٢٣٠، كشاف القناع: ٥/ ١٥٦ ـ ١٥٨.

المبحث الثالث:

وجوب كامل المهر وبعضه وسقوطهما

المطلب الأول: وجوب نصف المهر

وذلك في الطلاق قبل الدخول مع تسمية المهر عند العقد.

أو في الطلاق قبل الدخول مع التسمية للمهر بعد العقد في مذهب الجمهور دون الحنفية فتجب المتعة الزوجية.

وفي منزلة الطلاق: ردة الزوج واللعان والرضاع الطارئ قبل الدخول من أمهما، والعيب والإعسار أو في الطلاق قبل الفرض والوطء وكان المهر التعليم للقرآن أو الحديث أو الخط أو الشعر. . لزم نصف مهر المثل في مذهب الجمهور وفي الأصح عند الشافعية عند تعذر التعليم دون الحنفية فيفسد المهر وتجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وفي اللعان يسقط نصف المهر عند الشافعية ويسقط كله عند الحنابلة، وكذلك كل فرقة كانت بسببها[1].

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٨) إلى أنه: «إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة، وجب نصف المهر». وأكدت ذلك محكمة النقض (ش ـ ٣٦٤ ـ ٣٥٧ ـ ١٣/ ١٠/ ١٩٦٣).

المطلب الثاني: وجوب المهر بأكمله

يستقر وجوب المهر بأكمله سواء كان مهر مثل أو المسمى في العقد الصحيح في عدة حالات هي:

الدخول بالزوجة مطلقاً وسواء اتفق على المهر في العقد أو بعده ولو مع حرمة الوطء، لأنه بالوطء قد استوفى منفعة البضع، أو لعله قد تم العقد وتمت شروطه.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٩٦و٣٠٣، الشرح الصغير: ١/ ٤١٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٣٠ ـ ٢٣١و٢٣٤و٢٣٩، كشاف القناع: ٥/ ١٤٨ ـ ١٥١و١٥٧.

ويستقر كامل المهر بموت أحدهما ولو قبل الوطء في العقد الصحيح، إذ لا يبطل به النكاح لوجود التوارث، ونهاية العقد بمنزلة استيفاء المعقود فلزم كامل المهر، دون المفوضة بالمهر وقد مات أحدهما قبل الفرض لها فلا شيء لها عند المالكية فقط، وبعد الفرض كالمسمى، ويثبت كاملاً عند الجمهور قبل الفرض وبعده.

وكذلك يستقر وجوب كامل المهر بقتل أحدهما من الآخر أو بقتل الزوج لنفسه، أو بقتل الزوجة لنفسها عند الحنفية بخلاف مالك والشافعي في قتل الزوجة لزوجها فلا يجب لها المهر، وعند زفر يسقط مهرها فيما إذا قتلت نفسها؛ لأنها فوتت على الزوج حقه، والمثبتون للمهر لأنه ملك للورثة فلا يحتمل السقوط.

وأضاف المالكية ثبوته كاملاً بإقامة سنة بعد الدخول بلا وطء مع كونه بالغاً وهي مطيقة للوطء، وأضاف الحنابلة لمسه ونظره إلى فرجها بشهوة، وتقبيلها بحضرة الناس فيجب المهر كاملاً، وكذلك في الخلوة في النكاح الفاسد.

ويستقر بالخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة، وبإقامتها سنة عند الزوج دون الوطء وكذلك بخلوة الاهتداء ـ إغلاق الأبواب وإرخاء الستور ـ عند المالكية، وذلك كله دون الشافعية في الجديد، وأضاف الحنابلة لزومه في الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد[1]، وبيانه في أحكام الخلوة.

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٩١ ـ ٢٩٥، الشرح الكبير: ٢/ ٣٠٠ ـ ٣٠١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥ و٢٣١، كشاف القناع: ٢/ ١٥٠ ـ ١٥٣ و١٥٧ و١٦٠.

المطلب الثالث: أحكام الخلوة الصحيحة[1]

لغة: من خلا الشيء إذا سما، وخلوت به خَلوة وخَلاء وخلا إليه اجتمع معه في خلوة، ومن الخلي من الهم والبريء[2].

اصطلاحاً: ما يمكن الاستمتاع فيها مع انتفاء المانع، وذلك بأن يجتمع الزوجان في مكان ما يأمنان فيه من اطلاع غيرهما عليهما كالدار والبيت، إذا أرادا الوطء.

موانع الخلوة الصحيحة: والمانع إما: حقيقي أو شرعي أو طبيعي.

أما المانع الحقيقي: فهو مرض أحد الزوجين مرضاً يمنع الجماع، أو كون أحدهما صغيراً لا يمكنه الجماع، أو الزوجة رتقاء أو قرناء، لأن الرَّتق والقَرَن ـ وهما انسداد الفرج بلحم أو عظم ـ يمنعان الوطء، وقال الحنابلة: لا يعد الرتق مانعاً. . .

وتصح الخلوة مع العُنة والخِصاء ولا يمنعان الوطء.

وتصح خلوة المجبوب في قول أبي حنيفة والحنابلة خلافاً للصاحبين لأنه يتصور منه السَّحق والإيلاد بهذا الطريق.

والمانع الشرعي: هو أن يكون أحد الزوجين صائماً رمضان، أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة، أو أن تكون الزوجة حائضاً أو نفساء، لأن كل ذلك يحرم معه الوطء، إضافة إلى منع الطبع السليم من الحيض والنفاس، وقال الحنابلة في صوم رمضان والإحرام والحيض ثلاث روايات، إحداها: يعد مانعاً، والثانية: لا يعد مانعاً، والثالثة: صوم رمضان والإحرام يعد مانعاً.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٣٣٨ ـ ٣٤٢ وبدائع الصنائع: ٢/ ٢٩١ ـ ٢٩٣، فتح القدير ٢/ ٤٤٥ ـ ٤٤٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٠٠ ـ ٣٠١، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥، المغني: ٨/ ٦١ ـ ٦٦، كشاف القناع: ٥/ ١٥٢و١٦٠.

(٢) مختار الصحاح: ١٢٧ ـ ١٢٨.

المانع الطبيعي: هو أن يكون معهما ثالث، لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث، ويستحي فينقبض عن الوطء بمشهد منه، وسواء كان الثالث بصيراً أو أعمى يقظاناً أو نائماً بالغاً أو صبياً يفرق بين العورة وغيرها.

أحكام الخلوة الصحيحة:

أ ـ المهر: يتأكد المهر المسمى بالخلوة الصحيحة بين الزوجين، وهذا هو مذهب الحنفية والحنابلة وعند المالكية بإقامة سنة بعد الدخول دون وطء.

وذهب الإمام مالك والشافعي إلى أنه لا تقوم الخلوة مقام الدخول فلا يستقر بها كامل المهر.

استدل الأولون بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[النساء: ٢١] والإفضاء: هو الخلوة بين الزوجين كما قال الفرّاء، سواء دخل بها أو لم يدخل، ومعنى اللفظ دليل على أن المراد منه هو الخلوة الصحيحة لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء بالأرض وهو المكان الخالي، فيكون المعنى: وقد خلا بعضكم إلى بعض، فتستحق المرأة كامل المهر نصاً لتحقق الإفضاء وهو الخلوة الصحيحة بين الزوجين.

٢ ـ روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصَّداق ـ المهر ـ دخل بها أو لم يدخل»[(١)] وهذا نص واضح العبارة في وجوب الصداق بالنظر وكشف الغطاء الموصل للدخول.

٣ ـ روي عن زُرارة بن أوفى أنه قال: قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق باباً وأرخى سترا فقد وجب الصداق والعدة، [(٢)] وحكى

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى: ٧/ ٢٥٦ وقال: هذا منقطع، وبعض رواته غير محتج به وذكره أبو داود في المراسيل رقم: ٢١٤ ص١٨٥ بلفظ آخر: «من كشف المرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق» وقال ابن التركماني فيه: سنده على شرط الصحيح ليس فيه إلا الإرسال الجوهر النقي: ٢/ ٢٥٦.

(٢) رواه البيهقي في السنن: كتاب الصداق، باب: من قال: من أغلق باباً ٧/ ٢٥٥.

الطحاوي إجماع الصحابة على ذلك.

٤ ـ إن الزوجة سلّمت المُبدل إلى زوجها، فيجب على زوجها تسليم البدل إليها كما في البيع والإجارة، والدليل أنها سلّمت المُبدَل وهو ما يستوفى بالوطء، وقد حصل هذا منها بتسليم نفسها إليه، لأن التسليم هو التخلية وجعل الشيء سالماً للمُسَلَّم إليه ورفع الموانع، وقد حصل هذا في الخلوة الصحيحة، وهي عبارة عن التمكن من الانتفاع، فيجب على الزوج تسليم البدل، لأن في عقد النكاح شبهاً بعقد المعاوضة، وأنه يقتضي تسليماً بإزاء التسليم تحقيقاً للمساواة بين الطرفين.

٥ ـ وأما قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة: ٢٣٧]فيحتمل أنه كنّى بالمُسبَّب وهو المسيس عن السبب وهو الخلوة.

احتج النافون لثبوت المهر بالخلوة الصحيحة بالأدلة التالية:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة: ٢٣٧]أوجب الله تعالى عند عدم المس ـ الوطء ـ نصف المهر المفروض عند الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية للمهر، ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾ [النساء٢٠و٢١]، والإفضاء: الجماع، فلا يجب كل المهر إلا إذا تأكد بالجماع ـ أي الدخول.

٣ ـ إن تأكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد، وهو منافع البُضع، واستيفاء منافعه يكون بالوطء ـ أي الدخول ـ ولا يحصل هذا الاستيفاء بمجرد الخلوة الصحيحة بين الزوجين بلا دخول، فلا يتأكد المهر.

مناقشة الأدلة:

١ ـ إن الآية الكريمة المحتج بها على أن الخلوة ليست كالدخول في تأكد كامل المهر بها، هي قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ قال الإمام الجصاص في تفسيرها: «وقد اختلف في الخلوة: هل هي المسيس المراد بالآية أو المسيس الجماع؟ واللفظ محتمل للأمرين، لأن عمر وعلياً وغيرهما من الصحابة تأوّلوه عليها، وتأوله عبد الله بن مسعود على الجماع»[1].

إلا أن ابن العربي حكى الإجماع على هذا المعنى فقد قال: «المسيس هاهنا كناية عن الوطء بإجماع» فيكون الراجح أن المسيس في الآية كناية عن حقيقة الوطء أي الدخول.

٢ ـ إن القائلين بثبوت المهر بالخلوة احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ قال الرازي: «وللمفسرين في معنى الإفضاء في هذه الآية قولان: الأول: أن الإفضاء هاهنا كناية عن الجماع، وهو قول ابن عباس، ومجاهد والسدي، واختيار الزجاج، وابن قتيبة، ومذهب الشافعي رحمه الله.

والقول الثاني في الإفضاء هو أن يخلو بها وإن لم يجامعها، وهذا القول اختيار الفرّاء»[2].

٣ ـ احتج القائلون بثبوت المهر كاملاً بما صُرح فيه باعتبار الخلوة، فقد روى ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق»[3] وبما روي عن زرارة بن أوفى في قضاء الخلفاء الراشدين بالمهر في الخلوة[4]، وأما الترجيح الذي أراه فهو رأي وسط بين هذه

---

(١) أحكام القرآن للجصاص: ٢/ ١١٠

(٢) تفسير الرازي ٦/ ١٥١.

(٣) سبق تخريجه ص٣٦٢

(٤) سبق تخريجه ٣١٢

الآراء: بأن تطول الفترة بين العقد وبين الدخول كسنة فيجب كامل المهر، وهو قريب من رأي المالكية من أن الدخول دون الوطء سنة موجب للمهر، وهذا جانب، وجانب آخر بأن يحدث شيء ما قبل الدخول كالقبلة. . فهذا ليس كالدخول، فيكون رأي الشافعية في عدم لزوم المهر أولى، وإن كان التقوى والورع دفعه والتزامه.

٣ ـ ثبوت النسب: بالخلوة وإن كان عند أبي حنيفة يثبت النسب بالعقد أيضاً.

٣ ـ العدة: فهي من أحكام الخلوة وسواء أكانت الخلوة صحيحة أم فاسدة لمانع شرعي أو طبيعي. فتجب العدة عند من قال باعتبارها، لأن العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها.

وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٦).

٤ ـ النفقة والسكنى ويأتي تفصيل النسب والعدة والنفقة

٥ ـ حرمة نكاح أختها والرابعة سواها في عدتها: فلو خلا بها ثم طلقها فلا يصح نكاحه من أختها ولا الرابعة سواها حتى تنقضي عدتها.

٦ ـ مراعاة وقت الطلاق في حقها: فوقت طلاقها زمن الطهر الذي لم يجامعها فيه، فلا يجوز الطلاق في عدة الحيض.

٧ ـ ثبوت حق الرجعة للزوج أثناء عدتها، عند الحنابلة[1].

٨ ـ وقوع الطلاق البائن في العدة عند الحنفية.

الأحكام التي تختلف فيها الخلوة الصحيحة عن الوطء:

١. الغسل: فلا يجب الغسل على واحد منهما بمجرد الخلوة بخلاف الوطء.

٢. الإحصان: فلو زنى بعد الخلوة الصحيحة لا يلزمه الرجم لفقد شرط الإحصان وهو الوطء.

---

(١) كشاف القناع: ٥/ ١٥٢.

٣. في حرمة البنات فلم يقيموا الخلوة مقام الوطء في ذلك، فلو خلا بزوجته دون وطء ولامس بشهوة لم تحرم عليه بنتها بخلاف الوطء.

٤. الحل للأول أي لا تحل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد خلوة الثاني بل لابد من وطئه لحديث الرسول ﷺ: «لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[١].

٥. الخلوة وحدها لا تعد رجعة كما أنه لا رجعة له في الطلاق الصريح بعد الخلوة لوقوع الطلاق بائناً عند الجمهور بخلاف الحنابلة.

٦. الميراث وعدّها بكراً، أي لو طلقها ومات وهي في عدة الخلوة لا ترث منه، وكذا لو ماتت في العدة لا يرث منها للاحتياط الواجب في هذه الأحكام.

٧. تزويجها كالأبكار عند الحنفية فمن طلق امرأته بعد الخلوة فحكمها في الزواج كحكم الأبكار؛ لأنها بكر في الحقيقة، أما المدخول بها حقيقة فيكون تزوجها كتزوج الثيبات[٢].

---

(١) أخرجه البخاري كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث، ٣/١٨٨٨، رقم: ٤٩٦٠.

(٢) المراجع السابقة.

المطلب الرابع: سقوط المهر كاملاً

يسقط المهر كاملاً بالأسباب التالية:

١ ـ الفرقة بغير الطلاق وقبل الدخول والخلوة، لأن فسخ العقد رفع له من الأصل، وسواء كانت من قبل الزوج أو الزوجة.

٢ ـ الإبراء من كامل المهر قبل الدخول وبعده إذا كان الإبراء صحيحاً من أهله؛ لأن الإبراء إسقاط.

٣ ـ الخلع: قبل الدخول وبعده، فإذا كان بعد القبض ردته إلى الزوج، وكذلك إذا خالعها على مال آخر سقط عن الزوج كل حق وجب لها بالنكاح من المهر والنفقة الماضية عند أبي حنيفة، وبيانه في الخلع.

٤ ـ هبة المهر: قبل القبض وكان المهر عيناً أو ديناً، أوبعد القبض إذا كان المهر عيناً.

فلو وهبته كامل المهر قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لم يجب له أي شيء عليها عند جمهور الحنفية والشافعية وقال زفر: يرجع عليها بنصف المهر إن كان ديناً.

وقال المالكية: يجبر على دفع أقله إن أراد الدخول فإن طلق فلا شيء عليه.

احتج زفر بأنها بالهبة وهبت كامل المهر فكأنها ملكته ثم تصرفت به، ولكنه لم يستقر في ملكها إلا النصف، وقد وهبة كامل المهر فلزمها النصف الآخر.

واستدل الحنفية بأنه عاد إليه حقه وهو نصف المهر بالهبة، فلا يكون له حق الرجوع عليها.

واستدل الشافعية بأن الهبة باطلة قبل القبض، ولم تأخذ منه شيئاً حتى يرجع إليها فلا يرجع.

ولو وهبت بعد القبض قبل الدخول فإن كان عيناً أو عرضاً وحازه فلا يرجع بشيء عليها لأنه عاد إليه عين حقه. . وعند الشافعية والحنابلة يجب له نصف بدله لأنه ملك المهر قبل الطلاق من غير جهة الطلاق.

ولو كان ديناً فلوساً فقبضته ثم وهبته له فطلقها رجع عليها بنصف المهر عند الحنفية والشافعية والحنابلة لأن المستحق بالطلاق ليس هو الموهوب بعينه بل مثله، فلم يكن العائد إليه عين ما استحقه بالطلاق قبل الدخول.

وقال زفر: لا يعود عليها بشيء لتعين الفلوس بالعقد فتتعين بالفسخ.

وقال المالكية: إن وهبته بقصد دوام العشرة فطلقها يرده إليها كاملاً، وهو ما أراه راجحاً.

٥ ـ الطلاق أو الموت قبل الدخول والفرض فتجب المتعة دون المهر إذا لم يسمَّ.

ورجح النووي في الموت أن الأظهر لزوم مهر المثل لأن الموت بمنزلة الوطء في وجوب كامل المهر، قال عبد الله بن مسعود: «في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق، فقال: لها الصداق كاملاً وعليها العدة، ولها الميراث، فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بَرْوع بنت واشق»[1].

٦ ـ الفسخ قبل الدخول للعيب الكائن فيها مسقط للمهر وكذلك اللعان والعيب والإعسار قبل الدخول.

٧ ـ الفسخ للشرط عند عدم الوفاء به عند من قال بالإلزام به[2].

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسمِ صداقاً حتى مات٢/ ٢٣٧، رقم: ٢١١٤، والترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يتزوج...٣/ ٤٥٠، رقم: ١١٤٥وقال: حسن صحيح.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦، الشرح الكبير: ٢/ ٣٢٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٣١و٢٤٠و٢٤١، كشاف القناع: ٥/ ١٤٦ ـ ١٤٩.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٩) إلى أنه: «إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة، قبل الدخول والخلوة الصحيحة، سقط المهر كله».

وذهبت محكمة النقض إلى أنه إذا خالع الزوج زوجته على بعض المهر أو كله، ولم يكن المهر مقبوضاً، سقط عنه مطلقاً، سنداً للمادة (٢٨٣) من كتاب الأحوال لقدري باشا، المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الرابع:

ضمان المهر وقبضه وتجهيز الأب ابنته

المطلب الأول: ضمان الولي المهر

يصح ضمان الولي للمهر سواء كان ولي الزوج أو الزوجه وسواء كانا صغيرين أو كبيرين.

وضمان الولي للكبيرين صحيح ظاهر كالأجنبي إن ضمن أداء المهر، ولذا كان الضمان بطلب الكبير من الولي ورجع الولي عليه، وإلا كان تبرعاً.

وأما ولي الصغيرين فكذلك يصح ضمانه، وإذا مات رجعت إلى تركته ورجع الورثة على المكفول عنه في نصيبه.

وذهب زفر إلى أنه لا يرجع عليه في نصيبه.

ومن الواضح أنه إذا كان الولي مريضاً والمكفول وارثاً لا يصح هذا إلا بالرجوع على المكفول عنه في نصيبه وأما إذا كان المكفول غير وارث فيصح من الثلث[1].

المطلب الثاني: ضمان المهر عند هلاكه واستهلاكه

أ ـ أن يكون الهلاك بيد الزوج قبل القبض:

كان المهر مضموناً ضمان عقد بمعنى أن عليه مهر المثل، وهو ما رجحه الشافعية وفي قول ضمان يد بمعنى عليه مثل أو بدل الهالك أو قيمته وهو ما رجحه الجمهور.

ب ـ أن يكون الهلاك عند الزوج بآفة سماوية:

انفسخ الصداق ولزم مهر المثل عند الشافعية، وإلا فعليه بدله عند الشافعية في قول آخر وهو مارجحه الجمهور أو تأخذه عندهما كما هو بنقصه.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٣٥٦، منار السبيل: ٢/ ١٩١.

٣ ـ هلاك المهر بيد الزوجة:

تعد قابضة له ويهلك عليها عند الجميع إلا إن كانت صغيرة فلا عبرة لقبضها، وتغرم نصفه له بطلاقها قبل الدخول.

٤ ـ هلاكه بيد أجنبي:

فتتخير الزوجة بين فسخ الصداق فيلزم مهر المثل عند الشافعية وفي قول عندهم تأخذ بدله وهو ما رجحه الجمهور[١].

المطلب الثالث: قبض المهر

قال الجمهور:

للأب والجد والقاضي والوصي ولاية قبض مهر الصغيرة والكبيرة، وعند المالكية للأب ووصيه.

ولكن إذا نهت الكبيرة البالغة عن قبض مهرها فليس لأجد ولاية قبضه، فإن دفعه الزوج لأبيها دون إذنها ضمنه الزوج وللوصي ولاية قبض المهر لها دون غيرها[٢].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٠) إلى أن: «المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية، ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه».

فقد حدد القانون أن قبض المهر إنما هو حق للزوجة فلا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بأدائه إليها، أو توكل في العقد وكالة خاصة من يقبض المهر لها.

وذهبت محكمة النقض إلى أن حكم قبض المهر من قبل الولي، يختلف إذا كانت المرأة بكراً أو ثيباً، إذ إنه، سنداً للمادة (٩٥) من كتاب الأحوال

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٣٠١، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢١و٢٣٥ ـ ٢٣٦، كشاف القناع: ٥/ ١٤١.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٣٦٩، الشرح الصغير: ١/ ٤٢٣، روضة الطالبين: ٧/ ٣٣٠، منار السبيل: ٢/ ١٩١.

لقدري باشا ـ المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية ـ لا يجوز للولي قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها (ش٣٤٤ ـ ٣٣٠ ـ تا٢٦/٨/١٩٦٩) وكذلك ذكرت محكمة النقض أن: «قبض الولي معجل ابنته البكر، يُنفذ عليها مالم تنه الزوج عن الدفع إليه».

المطلب الرابع: تجهيز الأب ابنته

إذا جهز الأب ابنته وسلم إليها الجهاز وهو صحيح غير مريض لم يكن له الاسترداد منها ولا لورثته باعتبار أن العرف جارٍ بتمليكها الجهاز لا على أنه عاريَة، فإذا توفي لم يكن للورثة منازعتها في أنه هبة لوارث فتحتاج إجازتهم، فلا تحتاج.

وكذلك إذا جهزها واشتراه لها وهي صغيرة ولو كان مريضاً إذ تملكه بشراء الأب قبل التسليم، ولو لم يدفع الأب الثمن، فيرجع البائع على تركة المشتري لا عليها، إلا إذا أشهد الأب أنه إنما اشترى ليرجع عليها، وكذلك الحالة السابقة في الإشهاد.

وإذا ادعى الأب أو الورثة أن الجهاز عاريَة فالقول للزوج والزوجة إذا كان العرف جارياً بتجهيز الأب ابنته من ماله هبة لا عارية.

فإذا كان العرف مشتركاً بين الهبة والعارية. . فيكون القول للأب مع يمينه .

ويجري مثل ذلك فيما لو جهزها من مهرها بإذنها وزاد عليه، فيكون حكم الزائد كما مر[1].

ذكرت محكمة النقض (ش ـ ٤٣٦ ـ ٤٦٢ ـ ٢٤/ ٧/ ١٩٧٨) أن الاجتهاد مستقر على أن الجهاز هو ما تجلبه الزوجة أثناء انتقالها إلى دار الزوجية، وأن ما تملكه بعد ذلك فالبحث فيه يخرج عن ولاية المحكمة الشرعية ويعود إلى المحاكم الأخرى ذات الاختصاص.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٦٦، الشرح الكبير: ٢/ ٣٢٤.

ولكن عادت محكمة النقض فقررت: «يشمل الجهاز جميع الأشياء التي تحضرها الزوجة بدءاً من مناسبة الزواج وحتى مغادرتها دار الزوجية آخر مرة، مهما كان مصدر هذه الأشياء» (ش ـ١٨٣١ ـ ٣٠/ ١٢/ ١٩٩٥).

وحسب ما ذهب إليه الأستاذ القاضي سعدي أبو جيب من أن الصور للزوجين تعد من الجهاز، وهي حق مشترك للزوجين لهما الاحتفاظ بنسخة منها، فإذا افترقا فالشرع والشرف والمروءة تقضي بإتلاف الصور، لأنهما أصبحا أجنبيين عن بعضهما الآخر[1]

وذكرت: الأشياء الجهازية حق عيني للزوجة، وتكون يد الزوج عليها يد أمانة، فما تلف منها أو تعيّب دون تعدٍ أو تقصير فإنه يهلك من حساب السالك وتقدر قيمته في الوقت الحاضر.

(١) التذكرة في القضاء الشرعي: ١٩٢.

المبحث الخامس:

الشـروط في المـهر

إذا تزوج امرأة على طلاق امرأة أخرى لم يصح عند الحنفية؛ لأن الطلاق ليس بمال، ولزم مهر المثل.

وإذا تزوج امرأة على العفو عن القصاص لم يصح أيضاً لما سبق، ولزم مهر المثل.

وإذا تزوج امرأة على أن لا يخرجها من بلدها فلا يصح لأنه ليس بمال، وكذلك لو بألف فإن وفى صح لصحة المذكور مهراً، فإذا لم يوف انعدم رضاها فلها مهر المثل، وقال الشافعية: يلزم مهر المثل ابتداء وكذلك ما يأتي من الصور، وما سبق.

وإذا تزوجها على أن لا يتزوج عليها لم يصح لأنه ليس بمال، وكذلك إذا كان بألف وإلا بألفين فإن وفى صح وإلا فلها مهر المثل.

ولو تزوجها بألف إن أقام بها أو بألفين إن سافر بها وكذلك إذا تزوج عليها أو أن يطلق ضرتها فلها المثل لأنه سمى تسميتين، الثانية منهما غير صحيحة للجهالة بها فلزم مهر المثل دون زيادته على الألفين لرضاها به.

ولو تزوجها على ألف إن قبيحة وألفين إن جميلة صح الشرطان هنا، لأن المرأة على صفة واحدة من الحسن والقبح، لا تردد فيهما، وجهالة الزوج بوصفها لا محظور فيه لقلة الجهالة.

ولو تزوجها على ألفين بشرط البكارة وإلا بألف، فلو وجدها ثيباً لزمه الألف، فإن كانت بكراً لزمه مهر المثل دون زيادته على الألفين الأكثر أو نقصه عن الألف الأقل.

ولو اشترط البكارة فبانت ثيباً لزمه كامل المهر؛ لأن المهر مقابل الاستمتاع لا البكارة حملاً لأمرها على الصلاح ما أمكن بأن زالت بكارتها بوثبة.

وذهب المالكية إلى أنه إذا شكك في الصداق حال العقد، كإن كان متزوجاً بألفين وإلا فبألف فسخ العقد قبل الدخول وبعده يثبت بمهر المثل، أما إن تزوجها على أن لا يخرجها بألف أو لا يتزوج عليها وإلا فبألفين فلا تشكك في قدر الصداق عند العقد فيصح العقد ولا يلزم الشرط مع استحباب الوفاء به، والشك المتعلق بالزائد إنما هو في المستقبل فلا يؤثر فإن خالف لا يلزم الوفاء بالألف الثانية.

وعند الشافعية أن كل خيار في المهر يفسده ويلزم مهر المثل.

وذهب الحنابلة إلى صحة الشرط ولزومه استحباباً بمعنى ثبوت الخيار لها عند عدمه على التراضي، ويسقط برضاها بالقول والفعل[1].

(١) بدائع الصنائع: ٢/٢٧٨، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٣٤٥ ـ ٣٤٦، الشرح الكبير: ٢/٣٠٦، مغني المحتاج: ٣/٢٢٦ ـ ٢٢٧، كشاف القناع: ٥/٩١.

المبحث السادس:

الإعسار في المهر

ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الإعسار بالمهر يطلق فيه القاضي على الزوج، أو الزوج يطلق ويثبت نصف المهر، على قولين في انتظاره ليقوم بدفع المهر أو لا، وكلاهما بعد ثبوت عسره، مالم يوجد الدخول، وإلا فلا طلاق، وذلك التطليق لأنه منعها حقها.

ولكن الحنابلة قالوا يسقط مهرها كله، لأنها فرقة جاءت من قبلها.

وذهب الحنفية إلى عدم الفسخ بالإعسار بالمهر وإنما لها المنع لنفسها منه وتمنعه أن يسافر بها ولا يمنعها السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها متى شاءت ليؤدي إليها المهر كاملاً مالم يكن مؤجلاً.

وقال الصاحبان بخلاف أبي حنيفة: إن دخل بها سقط حقها في استعجال المهر والمنع. . بالدخول برضاها، وتستحق نفقتها لأنه قد حصل غرضه فيتأكد جميع المهر وليس لها حق الحبس.

ولأبي حنيفة أن لها منعه. . . لأن كل وطأة بمنزلة معقود عليه جديد فيتجدد حقها في المنع، لئلا يخلو من العوض إبانة لخطره.

وقال الشافعية: لها طلب الفسخ قبل الوطء من القاضي أو يأذن لها فيه مع قدرتها على الرفع إلى القاضي وإلا استقلت بالفسخ دون القاضي أو المحكم وكان نافذاً.

ولو رضيت بإعساره بالمهر سقط حقها في الفسخ لرضاها بإعساره، وضررها بالمهر لا يتجدد فيسقط حقها في الفسخ[1].

---

(١) الهداية: ١/ ٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣و٤٤٤ ـ ٤٤٥، روضة الطالبين: ٧/ ٢٥٩، كشاف القناع: ٥/ ١٤٨ ـ ١٥٠.

المبحث السابع:

الاختلاف في المهر وما يمكن أن يكون مهراً

لهذا صور عديدة بيانها مايأتي:

المطلب الأول: الاختلاف حال قيام الزوجية

آ ـ أن يختلف في مقدار المهر حال قيام الزوجية على أي صفة كان نقداً أو مكيلاً أو موزوناً أو عيناً أو ديناً فتقبل البينة إن وجدت، وإن أقاما البينة فتقبل بينة من شهد مهر المثل لبينته، لأن البينات لإثبات خلاف الظاهر، وإلا فيكون القول لها إن كان مهر المثل كما تدعي أو أكثر مما تدعي.

ويكون القول له إن كان مهر المثل كما يقول أو أقل، وإن كان مدعاهما لا يطابق مهر المثل وليس لأحدهما بينة تحالفا، ولزم مهر المثل، فإذا انعدم المثل كان القول للزوج لأنه منكر للزيادة، في مذهب الحنفية.

وذهب المالكية إلى فسخ العقد قبل الدخول إن وقع التنازع في جنس المهر مطلقاً، وبعد الدخول يرد الزوج إلى صداق المثل ما لم يزد عن دعواها أو ينقص عن دعواه، وأما في القدر والصفة فيتوقف الفسخ على القضاء، وكذلك إن نكلا أو تشابه ادعاؤهما أو حلفا وفسخ النكاح، أما إذا أشبه أحدهما المقر به منهما فالقول قوله، فإن كان بعد الدخول صدق الزوج بيمينه.

وقال الحنابلة: يقبل قول الزوج مع يمينه أو قول وليه.

ب ـ أن يختلف في أصل المهر بأن يدعي أحدهما تسمية المهر والآخر عدم التسمية، ولم يأتيا بالبينة على قولهما، حلف منكر التسمية، فإذا حلف لزم مهر المثل، وإلا بأن نكل ثبتت التسمية، وإذا كان مهر المثل بينهما تحالفا، فيقضى بالنكول على الناكل، وإلا قضي بمهر المثل، في مذهب الحنفية.

وعند الشافعية في الأصح يتحالفان ويجب مهر المثل.

وقال الحنابلة: القول للزوج مع يمينه في رواية، وفي أخرى القول للزوجة مع يمينها.

المطلب الثاني: الاختلاف حال الطلاق والمهر دين

فإذا اختلف في قدر المهر حال الطلاق وكان المهر ديناً قبل الوطء والخلوة فالقول لها إن كانت متعة المثل نصف ما تدعي أو أكثر.

ويكون القول له إن كانت المتعة نصف ما قال أو أقل.

فإن كانت المتعة بينهما تحالفا ولزمت المتعة، وهو مذهب الحنفية.

وذهب أبو يوسف إلى أن القول له قبل الدخول وبعده لأنه منكر للزيادة.

وأيده آخرون من الحنفية إلى أن القول للزوج في نصف المهر دون تحكيم المتعة، لأن المتعة تجب عند عدم التسمية، بينما هنا اتفقوا على التسمية، وهما متفقان على نصف ما أقر به الزوج، ثم يحلف على نصف دعواها الزائد.

وذهب الشافعية إلى أنهما يتحالفان ويلزم مهر المثل، لصيرورته بالتحالف مجهولاً.

المطلب الثالث: الاختلاف حال الطلاق والمهر عين

فإذا اختلف في قدر المهر حال الطلاق قبل الوطء والخلوة وكان المهر عيناً، فيكون لها المتعة دون تحكيم إلا إذا رضي الزوج بنصف المعين المشار إليه أياً كان كسيارة وبيت.

فإذا أقام أحدهما بينة قبلت منه، فإن أقاما كلاهما بينة كانت بينتها أولى إن شهدت له المتعة، وبينته أولى إن شهدت لها المتعة، وإلا لو كانت بينهما تحالفا، فإذا حلفا لزمت متعة المثل.

والحكم سواء فيما سبق حال الحياة والموت لأحدهما لعدم سقوطه بموت أحدهما، بخلاف موتهما، فالاختلاف في القدر: القول لورثته، وفي الاختلاف في أصل المهر: القول لمنكر التسمية في مذهب أبي حنيفة فلا شيء لورثتها.

وقال الصاحبان: بل يقضى بمهر المثل كما هو حال الحياة وعليه الفتوى.

المطلب الرابع: الاختلاف بين المهر والهدايا

إذا دفع الزوج مالاً وادعى كونه صداقاً وادعت الزوجة كونه هدية فالقول للزوج مع يمينه، ولو كان المدفوع من غير جنس المهر، لأن الزوج أعلم بكيفية إزالة ملكه، بخلاف الطعام إذا أرسله إليها إذ يكذبه الظاهر إن ادعاه مهراً فلا يبعث عادة للمهر.

وذهب المالكية إلى عد الهدية من المهر لأنها تعد مشترطة حكماً وعرفاً[1].

وذهبت محكمة النقض إلى ترجيح ما يعد هبة فذكرت: المبلغ المقدم للزوجة ثمناً للمصاغ بمناسبة الزواج، لا علاقة له بالمهر، ولا يسترد لأنه من قبيل الهبة (ص٥ ـ ١٩١٨ ـ ٥/ ٩/ ١٩٦٤).

والذي أرجحه عد المصاغ عند عدم الدخول من المهر وكذلك ملبوس البدن، أخذاً بمذهب المالكية، تقليلاً ما أمكن من النفقات غير الضرورية للزواج.

المطلب الخامس: التنازع في متاع البيت

إن تنازع الزوجان فيه قضي بالبينة لمن شهدت له وإلا يفرق في النزاع حال قيام الزوجية أو بعد زوالها.

أما في حال قيام الزوجية فينظر: ماكان يصلح للرجال من اللباس وما يشبهه فالقول فيه للزوج لشهادة ظاهر الحال له عند الحنفية. ووافق المالكية مع اشتراط اليمين.

وما كان يصلح للنساء من اللباس وما يشبهه فالقول فيه للزوجة لشهادة ظاهر الحال لها عند الحنفية، وكذلك عند المالكية مع يمينها.

وأما ما يصلح لكليهما من المال والعروض. . . فذهب أبو حنيفة ومحمد

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٣٦٥، بدائع الصنائع: ٢/ ٣٠٨، الشرح الكبير: ٢/ ٣١٩ ـ ٣٢٠، مغني المحتاج: ٣/ ٢٤٤.

والمالكية إلى أن القول للزوج.

وذهب أبو يوسف إلى أن القول للزوجة بما يساوي جهاز مثلها لشهادة الظاهر لها، والقول للزوج فيما زاد عن جهاز مثلها للظاهر أيضاً.

وعند زفر قولان أولهما: أن المشكل بينهما نصفان.

وثانيهما: أن الكل بينهما نصفان.

وأما اختلافهما بعد زوال الزوجية بطلاق. . فالقول قول الزوج وحده، لأنها بالطلاق صارت أجنبية فلا يد لها وقد زالت[1].

---

(١) الشرح الكبير: ٢/٣٣٦، بدائع الصنائع: ٢/٣٠٨.

الفصل الرابع
النفقة الزوجية

المبحث الأول : تعريف النفقة ومشروعيتها.

المبحث الثاني : سبب وجوب النفقة الزوجية وشروطها ووقتها.

المبحث الثالث: تقدير النفقة وأنواعها.

المبحث الرابع : معاملات النفقة.

المبحث الخامس: أحوال الزوجة والنفقة.

المبحث السادس: دين النفقة والقضاء بها ومسقطاتها.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الرابع
النفقة الزوجية[1]

المبحث الأول: تعريف النفقة ومشروعيتها:

المطلب الأول: تعريف النفقة الزوجية

لغة: نَفَقَ البيع: راج، وأنفق: ذهب ماله ومن النفقة[2].

واصطلاحاً: وهي كفاية الزوجة لاستقرار عيشها في كنف الزوجية، أي: طعاماً وأُدْماً وخبزاً وكُسوة ومسكناً وخادماً.

المطلب الثاني: مشروعية النفقة الزوجية

قامت الأدلة الكثيرة على وجوب نفقة الزوجةعلى الزوج، من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٣٣] والمولود له الزوج، وإنما نصَّ على وجوب نفقة الزوجات حال الولادة ليدلّ على أنَّ النفقة تجب لها حال اشتغالها بالولادة والرضاع عن الاستمتاع، لئلا يتوهم متوهم أنه لا تجب لها، لأنه اشتغال في مصالح الزوج[3].

وقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]

وهو دال على المتابعة الزوجية والقوامة مقابل النفقة[4]

ومن السنة قوله ﷺ: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك..»[5]

---

(١) الهداية: ١/ ٣٢٠بدائع الصنائع: ٤/ ١٥ ـ ١٦و٢٤، حاشية الدسوقي: ٣/ ٥٠٩و٥١٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤٢٥ ـ ٤٢٦، روضة الطالبين: ٩/ ٤٠ ـ ٤١، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٠.

(٢) مختار الصحاح: ٤٢٥.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٠٦، روح المعاني للآلوسي: ٢/ ١٤٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ١١١.

(٥) أخرجه مسلم: كتاب الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ٢/ ١٠٤٣، رقم: ٩٩٧.

فيه تقديم نفقة نفسه وعياله، لأنها منحصرة فيه بخلاف نفقة غيرهم، وفيه الابتداء بالأهم فالأهم في الأمور الشرعية.

وقوله ﷺ: «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1]

وروي أن معاوية القشيري، قال: يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟فقال(: «أن تطعمها إذا طعمتَ، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت»[2]

وقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على الزوج[3]، وقالت محكمة النقض: من المقرر فقهاً واجتهاداً أن نفقة الزوجة على زوجها، ويُلزم بها إذا امتنع عنها أو ثبت تقصيره ما لم تكن ناشزاً (ش ـ ٨٦٤ ـ ٨٨٠ ـ ٢٦/ ١٢/ ١٩٨٤).

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ ٣/ ١٢٦٩، رقم: ١٢١٨.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب: حق المرأة على زوجها ٢/ ٢٤٤، رقم: ٢١٤٢.

(٣) الإجماع: ٨٤.

المبحث الثاني:

سبب وجوب النفقة وشروطها ووقت وجوبها[1]

المطلب الأول: سبب وجوب النفقة

ذهب الجمهور إلى أن سبب النفقة العقد الصحيح.

وذهب الحنفية إلى أن سبب النفقة احتباس الزوجة لمصلحة الزوج، وهو الموجب للنفقة لأنه لا يصح الاحتباس دون كون العقد صحيحاً، ولم يعد الحنفية السبب هو العقد لمقابلته بالمهر، بينما عده الجمهور سبب النفقة، ومذهب الجمهور هو ما يرى راجحاً بدليل أنها لو طالبته بالنفقة فلم ينفقها وجبت نفقتها مع أنه لا احتباس ولا نفقة.

وعليه: فالعقد الفاسد لا نفقة فيه، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح، ولا يستحق ما في مقابلته، فلو أنفق الزوج ثم تبين له فساد العقد كان له الرجوع على زوجته في العقد الفاسد، ثم يرجع عليها بالنفقة إن كان الإنفاق بواسطة القضاء كما لو جهل سبب فساد العقد.

وذهب الحنابلة إلى عدم الرجوع عليها وسواء كانت النفقة قبل المفارقة أو بعدها، لأنه إما متطوع إذا علم بعدم الوجوب، أو مفرط فلا يرجع بشيء.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى ما ذهب إليه الجمهور من وجوب النفقة بالعقد، فذكرت المادة (٧٢) ف١ ـ تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها الزوج بالنقلة وامتنعت بغير حق.

---

(١) الهداية: ١/ ٣١٩ ـ ٣٢٢، رد المحتار: ٢/ ٣٦٥، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨ ـ ٥٠٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٥ ـ ٤٣٨، روضة الطالبين: ٩/ ٦١، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٥ ـ ٤٦٧و٤٧٠ ـ ٤٧١.

المطلب الثاني: شروط النفقة

الشرط الأول: ذهب الجمهور إلى أن الشرط الأول هو تمكين الزوجة الزوج من نفسها، بينما ذهب الحنفية إلى أن الشرط هو تسليم المرأة نفسها إلى زوجها بانتقالها إلى منزل الزوجية، ولا أرى فرقاً بينهما لأنهما بمعنى واحد.

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة كبيرة صالحة للمعاشرة الزوجية، ولكنها قد لا تكون كذلك كما يأتي:

أولاً: أن يكون الزوجة صغيرة ففيه قولان عند الشافعية أحدهما: تجب النفقة لها؛ لأن تعذر وطئها ليس بفعلها فلم تسقط لذلك نفقتها وهو قول أبي يوسف إن أمسكها لينتفع بها كخدمته فهو نوع استمتاع.

والآخر: لا تجب لها النفقة، وبه قال أبو حنيفة ومالك والحنابلة وهو الصحيح عند الشافعية؛ لتعذر الاستمتاع فلا تجب عليه النفقة.

ثانياً: أن يكون الزوج صغيراً والزوجة كبيرة وفيه قولان عند الشافعية أحدهما: لا تجب لها النفقة لأنها تجب بالتمكين والتسليم والصبي لا يتمكن فلا تجب لها النفقة.

والآخر: تجب لها النفقة إذا سلمت نفسها وهو الأصح؛ لأن التمكين والتسليم التام قد وجد منها وإنما تعذر من جهة الزوج فوجبت النفقة، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

وذهب المالكية إلى أنه يشترط البلوغ من كل منهما لوجوب النفقة لها، وتعد الزوجة المريضة صالحة للمعاشرة. وقد أكدت محكمة النقض ثبوت النفقة للزوجة المريضة بشرط إمكان انتقالها إلى منزل الزوجية وعدم تمنعها ولو حُملت حملاً.

(ش ـ ٣١٨ ـ ٣١٥ ـ ١٠/ ١١/ ١٩٥٦).

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة ناشزة: **وهي التي تعصي زوجها في الأمور التي أوجبها الشارع طاعتها فيها، كما لو امتنعت عن الانتقال إلى منزله بعد العقد الصحيح فلا نفقة لها لأنها ناشزة.**

ويثبت النشوز إذا وجد المسكن الشرعي ورفضت الانتقال إليه، ما لم يكن امتناعها لحق لها كمهرها المعجل، كما سيأتي.

ويعد امتناعها منه في منزلها نشوزاً عند المالكية والشافعية، **كما لو منعته** لمسها دون عذر، فتسقط نفقتها، ولا يعد هذا نشوزاً عند الحنفية **في رواية**، كما يعد بالاتفاق الخروج من منزل الزوجية دون إذنه نشوزاً.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧٥) **إلى أن**: «الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي».

ونصت المادة (٧٤) **من** قانون الأحوال الشخصية السوري: «**إذا نشزت** المرأة فعلاً فلا نفقة لها **مدة** النشوز».

وذكرت محكمة النقض (ش ـ ٤٠٥ ـ ٤٠١ ـ ٣٠/ ٩/ ١٩٦٧): نشوز المرأة يرتفع بمجرد مطالبتها الزوج بالنفقة.

وذكرت: لا يثبت النشوز إلا بعد دفع المعجل وتقديم المسكن الشرعي (ش ـ ٢٤٠ ـ ٢٣٢ ـ ٢٣/ ٦/ ١٩٦٤).

ولا يتحقق النشوز إلا بقرار من رئاسة التنفيذ (ش ـ ١١٤٧ ـ ٦٢٧ ـ ٢٣/ ١٠/ ١٩٨٤).

المطلب الثالث: وقت وجوب النفقة

وتجب من وقت طلبها نقلها إلى منزله، فإذا طلبت النفقة ولم ينقلها فرضها القاضي عليه من ماله الحاضر، وفرضها القاضي، وأخذ كفيلاً إذا كان غائباً لاحتمال موته أوطلاقه.

أما إذا كان حاضراً فلا يأخذ كفيلاً [1]

ونصت المادة (٧١ ـ ٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري: يُلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره.

كما نصت المادة (٧٨):

١ ـ يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه.

٢ ـ لا يُحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء.

وبينت محكمة النقض أن: تخلف الزوج عن دفع النفقة المتراكمة عليه لا يسوّغ حبس الزوجة نفسها عن زوجها ورفضها مساكنته (م١٠ ـ ١٢٠ ـ ١١٩ ـ ٢٠/ ٢/ ١٩٦٣) وذلك لثبوتها ديناً في ذمته، وإن كان ديناً ضعيفاً عند الحنفية، ولهذا اكتفت بنفقة أربعة أشهر.

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ١٦و١٨ ـ ١٩و٢٦و٢٩، رد المحتار: ٢/ ٦٥٠ وهو قول أبي يوسف، وقال أبو حنيفة: لا تعطى كفيلاً، الشرح الكبير: ٢/ ٥٠٨، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٥ ـ ٤٣٦، روضة الطالبين: ٩/ ٥٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٨ ـ ٤٧٠

المطلب الرابع: وجوب النفقة مع عدم التمكين أو الحبس لاستلام المهر المعجل

لها الحق في الامتناع عن التمكين لتستلم مهرها المعجل أو المعين ولها النفقة من حين الامتناع لهذا الحق بالاتفاق.

فإذا مكنته فلها الامتناع أيضاً لاستلام المهر عند أبي حنيفة لأنه منع بحق.

وذهب الصاحبان والشافعية والحنابلة إلى أنه لا نفقة لها لكونه منعاً بغير حق لتنازلها عن مهرها بتأجيله أو بتسليم نفسها إليه[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب أبي حنيفة فنصت المادة (٧٢ ـ ٢): يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيّىء المسكن الشرعي.

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ١٩، الهداية: ١/ ٣٢٠، روضة الطالبين: ٩/ ٥٨ ـ ٥٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٣و٤٣٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٢.

المبحث الثالث:

تقدير النفقة وأنواعها

المطلب الأول: تقدير نفقة الزوجة

اختلف الفقهاء في تقدير نفقة الزوجة على مذهبين:

فذهب الحنفية - في المفتى به - والمالكية والحنابلة إلى أنَّ نفقة الزوجات تعتبر بحال الزوجين كفاية، فيجب على الموسر للموسرة نفقة الموسرين، وعلى الفقير للفقيرة أقلّ الكفايات، وعلى الموسر للفقيرة متوسطة بين النفقتين، وعلى الفقير للموسرة أقل الكفايات، وقال الحنابلة: الاختلاف في الكفاية في جنس الجودة.

واستدلوا بما يلي:

أ - قول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧]. فلينفق بحسب الحالة من المنفق وحاجة المنفق عليه إن موسعاً عليه يوسع، وإن فقيراً فعلى قدر ذلك[1]

ب - قول النبي (لهند زوجة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدَكِ بالمعروف»[2] فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، وردّ الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أنَّ قدر كفايتها لا ينحصر في المدّين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص[3]

وذهب الحنفية في رواية والشافعية: إلى أن النفقة مقدّرة بحال الزوج، فعلى الزوج الموسر في كل يوم مدان وعلى المعسر مُدّ وعلى المتوسط مُدّ

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٨/١١٤.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النفقات: باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة...٣/١٩٢٦، رقم: ٥٠٤٩.

(٣) منار السبيل: ٢/٣٠١ - ٣٠٢.

ونصف، ويعرف ذلك بالعرف، أو الموسر من يزيد دخله على نفقاته، وبعكسه المعسر، والمتوسط من تساوى لديه الدخل والنفقات.

واستدلوا لمذهبهم بما يلي:

من القرآن الكريم: قول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] فالغني ينفق على حسب حاله والفقير على حسب حاله[١].

وقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وأراد بالمعروف: المعروف عند الناس، والعرف والعادة عند الناس: أنَّ نفقة الغني والفقير تختلف[٢].

ومن السنة: قوله ﷺ: «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله. . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[٣].

كما استدلوا بخبر هند زوجة أبي سفيان، من وجه آخر، فقالوا: إن قوله ﷺ: «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف»[٤] والمعروف عند الناس يسار الزوج وإعساره، ولم يقل خذي ما يكفيك بإطلاق.

تقدير النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة (٧٦) على: «تقدر النفقة للزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كانت حالة الزوجة، على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة».

وينبغي أن لا تقل النفقة عن حد الكفاية لأنه المكلف بالإنفاق شرعاً (ش ـ ٤٥٥ ـ ٤٤٠ ـ ١٦/ ٦/ ١٩٨٤).

وتعد قضايا النفقة من النظام العام، وكل اتفاق يخالف شروطها لا قيمة له (نقض ش ـ ١٤٨ ـ ١٤٣ ـ ١٠/ ٥/ ١٩٦٢).

---

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير: ٧/ ٤٤.

(٢) السابق: ١/ ٥٠٣.

(٣) سبق تخريجه ص٣٣٤.

(٤) سبق في الصفحة السابقة.

كما نصت المادة (٧٧)من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: ١ ـ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد.

٢ ـ لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية.

بما أن النفقة تقدر بالنقد وليس بالأعيان والعروض وكانت الأسعار عرضة للتغيير إضافة لإمكان تغيير حال الزوج كان لازماً تغيير النفقة كل ستة أشهر إن وجد موجب ذلك وإلا في الظروف الاستثنائية ككبر الأولاد وزيادة احتياجاتهم وارتفاع أسعار الضروريات، وتملك محكمة النقض حق تعديل مقدار النفقة بصورة مبرمة

(ش ـ ٧٢٥ ـ ٨٣٦ ـ ٢٨/ ١٢/ ١٩٨٢) و(ش ـ ٧٣٦ ـ ٧٣٨ ـ ٢٩/ ١٢/ ١٩٧٥) ولتقدير النفقة لا بد من التحقق من حال الزوج قبل فرضها(نقض ـ ش ـ ٧٠٠ ـ ٧٨٦ ـ ٦/ ١٢/ ١٩٨٢).

ونصت المادة (٨١) من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: يقدر القاضي النفقة، ويجب أن يكون تقديرها مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء وللقاضي عند تقدير النفقة لأولاد الشهداء ومن في حكمهم أن يستأنس برأي مكتب شؤون الشهداء في القيادة العامة للجيش والقوات المسلحة أو من يقوم مقامه ويكون تحديد الشهداء ومن في حكمهم وفق قوانين وزارة الدفاع وأنظمتها .

وأكدت محكمة النقض (ش ـ ٤٣٤ ـ ٤٢٠ ـ ١٣/ ٦/ ١٩٨٤) أن تقدير النفقة من الأمور الموضوعية التي يستقل بها القاضي على أن لا تقل عن حد الكفاية .

ولا يعني تقدير النفقة من القاضي للزوجة تقسيم دخل الزوج بينها وبين الزوج (نقض ش ـ ٢٥٣ ـ ٢٤٥ ـ ١٢/ ٦/ ١٩٦٦) ويمكن تقدير النفقة للزوجة بالذي كسبه ٢٠٠ليرة بتخصيص ٦٠ليرة لزوجته (ش ـ ٤٥٠ ـ ٤٤٦ ـ ٢٦/ ١١/ ١٩٦٨) وفي قرار آخر قدرت ب٣٠ليرة للزوجة لمن كان دخله١٥١ (١٤ ـ ٣٨ ـ ٥/ ٢/ ١٩٦٨).

المطلب الثاني: أنواع النفقة الواجبة

١ ـ **الإطعام**: ويراد به تمليك الخبز، وقدره الحنفية بالكفاية، بينما قدره الشافعية بمدين للموسر ومد ونصف للمتوسط ومد للمعسر ولها أخذ ما يقابل ذلك نقوداً، وأكلها معه مسقط لطلبها النفقة وفي القول القديم في المذهب الشافعي: تقدر بالكفاية لحديث رسول الله (: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1]

ويعتبر اليسار وغيره كل يوم.

٢ ـ الإدام: ويقصد به تمليكها ما جرت العادة بالاقتيات به من زيت ولحم وتمر وجبن. . . بحسب أيام السنة، ويتقدر ويزاد باجتهاد القاضي وبحسب عادة أهل البلد لأنه من المعاشرة بالمعروف ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾[المائدة: ٨٩].

وقال الشافعية: إذا كانت تأكل معه على العادة الجارية باكتفاء الزوجات به فهو الأحسن.

٣ ـ الكسوة: وتقدر الكسوة بكفايتها وبحسب اختلاف البلاد برداً وحراً، ويؤثر يسار الزوج وإعساره في الجودة والرداءة وحسب الآراء في تقديرها بحالهما أو بحاله، ولها الكسوة كل ستة أشهر ويدخل في ذلك الفراش بأنواعه، ويجدد، وكل ذلك بحسب العادة تمليكاً لها.

٤ ـ آلة التنظيف: فيجب لها ما تنظف به نفسها من آلات وأشياء مستعملة في ذلك بحسب عرف بلدها تمليكاً لها.

ولا يجب عليه نفقة الطبيب والدواء ولا نفقة الزينة إلا إن أتاها بها فتتزين بها له وجوباً لما روي أنه ﷺ قال: «إني لأكره المرهاء والسلتاء»[2]

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ذكره ابن أبي حاتم في العلل: وقال أبو حاتم: وهو حديث ضعيف.وفيه: المرأة المرهاء: التي لا كحل في عينيها، وأما السلتاء: التي لا خضاب في يديها.١/ ٤١٩.

أي: اللتان لاتتزينان.

قلت: وتعد هذه الأحكام في نفقة الطبيب. . من الأحكام التابعة للعرف والتي يمكن تغييرها بتغير الأعراف، فلذلك القول بوجوبها على الزوج اليوم هو الأولى طالما لا معصية ترتكب بها فتتزين له لا لغيره.

وقال المالكية: إنّ اعتادت الزينة لزمه نفقتها إن تضررت بتركها كحصول الشعث لها.

وهو ما أراه راجحاً بحسب عادة هذه الأيام.

٥ ـ متاع البيت: ويراد به ما يلزمها للأكل والشرب والغسل بحسب العرف ووفقاً لحال الزوج على جهة التمليك لها.

٦ ـ الخادم: وذلك في الزوجات اللواتي يخدمن في بيوت آبائهن لكونها لا يليق بها خدمة نفسها في عادتها وعرفها، وذلك من المعاشرة بالمعروف، وكذلك قضاء حوائجها خارج البيت ويستوي في هذا كله الموسر وغيره، فلا يجب عليها الطبخ والكنس والغسل بل هو على الزوج فإن يشاء فعله بنفسه أو بغيره.

وإن أسقطت حقها في الخادم فلا تطالبه ببدل النفقة وله أن لا يرضى حتى لا تبتذل فإذا اتفقا على الاعتياض عنها جاز [1]

٧ ـ السكنى[2]: يجب على الزوج تهيئة مسكن بحسب حالهما عند الجمهور، لأن قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] اعتبر حال الزوج، ولأن الحديث: «خذي ما يكفيك. . .» اعتبر حال الزوجة،

---

(١) الهداية: ٤/ ٣٢٠ ـ ٣٢٤، رد المحتار: ٢/ ٦٦٢، بدائع الصنائع: ٤/ ١٩ ـ ٢٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٩و٥١١ ـ ٥١٣، مواهب الجليل: ٥/ ٥٤١، روضة الطالبين: ٩/ ٤٠ ـ ٥٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤٢٦ ـ ٤٣٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٠ ـ ٤٦٨.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٦٢ ـ ٦٦٣، الشرح الصغير وبلغة السالك: ١/ ٥١٨، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٢، منار السبيل: ٢/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. وقد فرق المالكية بين المرأة ذات القدر فليس له إسكان أحد معها وإلا فله مواهب الجليل: ٥/ ٥٤١.

فيعتبر حالهما جمعاً بين الدليلين.

وذهب الشافعية إلى ما يليق بها عادة لا تبعاً لحال الزوج لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وهو في المطلقة فأولى به الزوجة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وينبغي أن تأمن الزوجة فيه إذا خرج وتركها فيه، وسواء كان المسكن ملكاً له أو لا، ولو كان ملكاً لها صح وسقط حق السكنى ولا تطالبه بالأجرة بإذنها له.

وقد نصت المادة (٧٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري: الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.

وليس للزوج أن يسكن معها أحداً إلا إن رضيت فلا يسكن معها ولده من غيرها إلا طفله غير المميز، ولا ضرتها، ولا أباه. . ، واشترط المالكية وجود حاضن له وإلا فلها المنع إذا كانت لا تعلم به حال البناء.

ويكره له منع أبويها من الدخول عليها وإن أمكنه المنع، وكذلك ولدها في مذهب الحنفية والشافعية، وقال المالكية: ليس له منع أبويها وولدها وإخوتها وأصولهم وفروعهم من زيارتها، وإن أقسم على هذا وحُنِّث، دون أقاربها رضاعاً فله منعهم.

أنواع النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري: م٧١ ـ ١ ـ النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم. ويدخل فيها نفقة الولادة ويعود تقديرها للقاضي. (ش ـ ٧٣٦ ـ ٧٣٨ ـ ٢٩/ ١٢/ ١٩٧٥).

المسكن في قانون الأحوال الشخصية السوري:

مادة ٦٥ ـ على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله.

وهذا قياساً على النفقة الزوجية (الطعام) عند الجمهور دون الشافعية ولكن هذا يخالف رأي الجميع، وإن كان الأولى أن المسكن بحسب حاله.

مادة ٦٦ ـ على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها.

وهو مطابق لمذهب أبي حنيفة.

مادة ٦٧ ـ ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها.

مادة ٦٨ ـ عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن.

وهذا قياساً على نفقة الطعام.

مادة ٦٩ ـ ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها.

وهو مقتضى مذهب الجمهور دون المالكية الذين اشترطوا وجود حاضن له.

مادة ٧٠ ـ تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً من السفر.

وهو إشارة إلى أنه شرط ملزم كما سيأتي ـ لأنه لا يمس حقوق الزوج ولا يمس حقوق الغير، كما أن فيه مصلحة معتبرة لها، وإلا فيلزمها المتابعة.

قرارات محكمة النقض

ـ لا تضارب في الحكم بين إلزام الزوجة بالمتابعة، وبين إلزام الزوج بنفقتها حتى تنفيذ المتابعة(ش٢٩١ ـ ٢٨٧ ـ ١٠/ ٨/ ١٩٦٤).

ـ تقدير شرعية المسكن وملاءمته لحال الزوج يعود إلى قضاة الحكم.

(ش٧٠٠ ـ ٧١٥ ـ ٢٨/ ١٢/ ١٩٧٥).

ـ الزوجة تستحق النفقة الزوجية في حال عدم توفر المسكن الشرعي وإن لم يثبت الطرد.

النشوز لا يتحقق إلى حين امتناع الزوجة عن المتابعة إلى المسكن الشرعي.

(ش٦٧٧ ـ ٦٥٢ ـ ٢٧/ ١١/ ١٩٧٥) و(ش٦٧٥ ـ ٦٥٠ ـ ٢٩/ ١١/ ١٩٧٥).

ـ على المرأة متابعة زوجها ما دام معجل مهرها مقبوضاً ومسكنه صالحاً.

(ش١٣٥ ـ ١٢٩ ـ ٣٠/ ٤/ ١٩٦٢).

ـ لا تُلزم الزوجة بمساكنة زوجها المصاب بمرض معد.

(ش١١٧ ـ ١٣٤ ـ ٢٤/ ٣/ ١٩٦٠).

ـ تخلف الزوج عن دفع النفقة الزوجية المتراكمة عليه، لا يؤثر في الحكم بالمتابعة.

(ش٢٣٤ ـ ٢٣٠ ـ ٧/ ٦/ ١٩٦٦).

ـ الزوج غير مكلف بأن يتابع زوجته إلى مسكن تعده هي ولو كان مجاناً.

(ش٨٠٨ ـ ٨٠٦ ـ ١٣/ ١١/ ١٩٧٧)

ـ عدم تحقق مبدأ المساواة في المسكن عند تعدد الزوجات ينفي عن المسكن شرعيته.

(ش٦٦٨ ـ ٦٦١ ـ ٢٤/ ٦/ ١٩٨٠).

ـ يؤخذ بعين الاعتبار، في شرعية المسكن، بيئة الزوج وحال أمثاله من أبناء هذه البيئة لا على مجرد الغنى.

(ش٣٥٠ ـ ٢٤٢ ـ ٢٩/ ٩/ ١٩٥٦).

ـ لكي يمكن اعتبار المسكن شرعياً، يجب أن تكون فيه غرفة واحدة على الأقل ذات غلق مستقل وبيت خلاء ومطبخ مشترك، وخلو المسكن منها ينفي عنه صفة المسكن الشرعي.

(ش٢٥٣ ـ ٢٣٦ ـ ١٣/ ٩/ ١٩٥٦).

ـ المطبخ والمنتفعات من مقومات المسكن الشرعي، ولا يعتبر المسكن شرعياً بدونها (كالمطبخ بلا سقف مثلاً).

(ش٥٣٣ ـ ٥٦٧ ـ ٢٦/ ١١/ ١٩٧٢).

ليس ما يمنع أن يكون المسكن المقدم ملكاً للزوج أو مستأجراً أو معاراً.

(ش٤٥٠ ـ ٤٤١ ـ ٣١/ ١٠/ ١٩٦٦).

ـ المسكن الشرعي للفقراء غرفة مستقلة مع مرافق مشتركة ومؤونة مستقلة .

(٢٨٣ ـ ٢٧٣ ـ ١٥/ ٦/ ١٩٦٩).

ـ يجب أن يكون المسكن بين جيران صالحين، وأن يوضح تقرير الكشف ذلك.

(ش٥٣١ ـ ٥٢٢ ـ ٣٠/ ١١/ ١٩٦٧).

ـ للزوج إسكان زوجته مع أهله إذا لم يثبت إيذاؤهم لها شريطة أن يكون لها غرفة مستقلة.

(ش٨٣ ـ ١٢٦ ـ ٢٨/ ٤/ ١٩٦٢).

ـ إقامة الحاجز بين الزوجين وأهل الزوج لا تدفع الإيذاء، إن صح وقوعه، إذا ظل الجميع يشتركون في المرافق والمنافع.

(ش٢٦٨ ـ ٢٦٦ ـ ٣٠/ ٦٠/ ١٩٥٦).

ـ من يبلغ العاشرة من العمر يعتبر مميزاً ويطعن بوجوده في شرعية المسكن إن كان منه إيذاء للزوجة.

(ش٢٢٧ ـ ٢٠٥ ـ ٢١/ ٦/ ١٩٥٥).

ـ الاجتهاد مستقر على أن الضرة ليست جاراً صالحاً.

(ش٨٠٤ ـ ٨٠٧ ـ ١٣/ ١١/ ١٩٧٧).

المبحث الرابع:

معـامـلات الـنـفـقـة

المطلب الأول: نفقة زوجة الغائب أو الذي سيغيب وأخذ الكفيل منه ومنها

للزوجة مطالبة الزوج بتعجيل نفقة المستقبل إلى حين قدومه في مذهب المالكية والشافعية دون الحنفية؛ لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال ولا يقضى على الغائب عندهم، أو تطالب الزوج بإقامة كفيل بالنفقة مدة غيابه عند الجمهور دون الحنفية، وإلا فرق بينهما عند الجمهور وزفر دون الحنفية.

وذهبت محكمة النقض إلى أنه: لا يحكم بنفقة سابقة للادعاء دون طلب (ش ـ ١١٣ ـ ١٣٣ ـ ٣٠/ ٤/ ١٩٦٢).

وذهب أبو يوسف إلى استحسان أخذ نفقة أشهر لها وبالاتفاق لو أعطاها كفيلاً جاز، أو يفرض القاضي لها النفقة من مال زوجها الغائب، ما لم يدَّع مسقطاً للنفقة، فإذا أثبته سقطت، ويشترط الحنفية كون المال المنفق منه من جنس النفقة وفي يدها، فإذا كان عقاراً لم يبع لأجل نفقتها، ويختلف في العروض بين الجواز وعدمه بين الإمام والصاحبين.

وذهب المالكية والحنابلة إلى بيع داره لنفقتها إن لزمت.

فإذا قضى القاضي بالنفقة حسن أخذ الكفيل بالنفقة المدفوعة إليها، لاحتمال تعجيل دفع النفقة من الزوج، أو أنه قد طلقها قبل ذلك فلا نفقة لها، فيستوثق القاضي بالكفيل لما يعطيها.

فإذا رجع الزوج وأقام البينة على تعجيله النفقة لها أو استحلفها فنكلت، كان بالخيار في الرجوع عليها أو على كفيلها. وذهبت محكمة النقض إلى فرض النفقة مع تغيب الزوج ووكلائه عن حضور الجلسة وسير الدعوى بحقه غياباً بمثابة الوجاهي يعتبر أن الزوج غير جاد في دفعه (ش ـ ١٢٩ ـ ١٢٠ ـ ١٦/ ٢/ ١٩٧٦).

ولو ادعى عسره حال غيبته اعتبر حال قدومه إن جهل حال خروجه، فإن قدم معسراً كان القول قوله مع يمينه، فإذ علم حال خروجه كان هو الأصل حتى يثبت خلافه[1].

المطلب الثاني: تلف النفقة

لو تلفت النفقة المدفوعة من الزوج بيد الزوجة لم يقدم لها غيرها، وكذلك لو أنفقتها قبل نهاية الشهر واحتاجت غيرها، وكانت تستلم نفقتها كل شهر، وكذلك يقال في الكسوة. . ، لأن وجوب النفقة مقابل الاحتباس لا لدفع الحاجة بدليل وجوبها للموسرة[2].

المطلب الثالث: إسلاف النفقة

للزوج تسليف النفقة إلى الزوجة، ولا يجبره القاضي عليها ولو أراد الغيبة، ولايجبره على الكفيل في مذهب الحنفية؛ لأن النفقة لم تجب عليه بعدُ في المستقبل.

وقال أبو يوسف: استحسن أخذ كفيل بنفقة أشهر.

مما يجعل أبا يوسف قائلاً بلزوم تسليف النفقة حين عروض خطر عدم الأداء عليها[3].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب أبي يوسف لكنه اقتصر على المشاهرة شهراً فشهر، فنصت المادة (٨٢): ١ ـ للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها، أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ويمكن تجديد الإسلاف بعده.

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٧، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢١، الشرح الصغير: ١/ ٥٢٤، روضة الطالبين: ٩/ ٥٧و٧٢ ـ ٧٣، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٩، منار السبيل: ٢/ ٣٠١ ـ ٣٠٢.

(٢) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٥، روضة الطالبين: ٩/ ٥٢، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٨.

(٣) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٨ ـ ٢٩.

المطلب الرابع: المقاصة بدين النفقة

إذا ثبتت النفقة في ذمة الزوج وكانت ديناً عليه، وكان له دين عليها من معاملة أخرى: كثمن شيء، جازت المقاصة عند الحنفية برضا الزوج وعند المالكية والحنابلة دون هذا الشرط بل بشرط ألا تتضرر الزوجة بهذه المقاصة بأن لا يكون لها مال تنفق منه على نفسها.

واحتج الحنفية بأن دين النفقة ضعيف ودين الزوج هو الأقوى وذلك لعدم سقوطه بالموت بينما يسقط دين النفقة بالموت[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٥١٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٨.

المبحث الخامس:

أحـوال الزوجـة والنفقـة

يعد من أحوال الزوجة التي تمر بها النشوز والصغر، ولكن غلبت ذكرهما في الشروط، وكذلك السفر والمرض والحبس والصوم والإحرام بالحج والعمرة والزيارة للآخرين، وبيانها:

المطلب الأول: الزوجة المسافرة

ولا يعد سفرها معه أو وحدها لحاجته مسقطاً للنفقة لوجود التمكين منها ولإسقاطه هو لحقه، بينما يعد سفرها لحاجتها وحدها مسقطاً للنفقة ولو بإذنه.

المطلب الثاني: نفقة المريضة

لا تسقط نفقتها مدة مرضها في مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، وذهب أبو يوسف إلى أنها إن مرضت ثم سلمت نفسها فلا نفقة لعدم صحة التسليم بخلاف ما لو تسلمت فمرضت فلها النفقة لحصول التسليم[1].

المطلب الثالث: نفقة المحبوسة

لو حُبست المرأة سقطت نفقتها ـ ولو ظلماً ـ في مذهب الحنفية المفتى به والشافعية والحنابلة، وذهب المالكية وأبو يوسف إلى ثبوت النفقة، لها وكذلك المحبوسة بدينه عليها لعنادها في عدم سداده سقطت نفقتها، أما لو أعسرت وحبسها فلم تسدد ما عليها فلا تسقط نفقتها[2]

المطلب الرابع: صوم الزوجة

لا يمنع الزوج الزوجة صوم رمضان، فإذا أرادت صوم النفل أو قضاء رمضان فلا تصوم دون إذنه، فإن طلب منها الفطر وأبت عدت ناشزة في الأظهر عند الشافعية لامتناع التمكين ووجود إعراضها عنه، فإذا تضيق وقت

---

(١) الهداية: ١/ ٣٢١، حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨ ـ ٥٠٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣١، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٣ ـ ٤٧٤

(٢) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٠، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٧.

قضاء رمضان ولم يبق من شعبان إلا ما يكفي لصومها فلا يمنعها وفي القول الثاني لا تعد ناشزة لأنه يستطيع إخراجها منه في أي وقت يشاؤه.

وأما الصوم المسنون كعرفة وعاشوراء فلا يمنعها ولا تسقط نفقتها إلا إن أبت الفطر.

وأما المنذور فله المنع منه إن نذرته بعد النكاح، ولم تستأذنه فإن كان قبل النكاح فلا منع.

وأما الصلوات المفروضة والمسنونة فلا يمنعها[1].

المطلب الخامس: الإحرام بالحج والعمرة

إذا خرجا لأداء الحج أو العمرة معاً فلها النفقة اتفاقاً.

أما إذا أحرمت الزوجة دون إذن الزوج فيعد نشوزاً من لحظة الإحرام إن لم يستطع تحليلها إذا كانت محرمة بالفريضة وهو مذهب الحنفية والشافعية.

ولو أحرمت بإذنه وحدها سقطت نفقتها ، فإن مدك تحليلها وهو الأظهر عند الشافعية ولو فريضة لم يعد إحرامها نشوزاً ، فإن لم يحللها عد مفوتاً لحقه وتستحق النفقة عند الشافعية.

وذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف إلى عدم سقوط نفقتها، لأن إقامة الفرض يعد عذراً مع وجوب نفقة الحضر لا السفر[2].

المطلب السادس: زيارتها للآخرين

يجوز لها الخروج لزيارة أقاربها من أبيها وغيره من محارمها سواء كان لزيارة أو عيادة أو تعزية فلا تسقط نفقتها إذ لا يعد ذلك نشوزاً عرفاً ، فإذا خاف فتنة فله منعها[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ١٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٩، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

(٢) بدائع الصنائع : ٤/ ٢٠ ، الهداية : ١/ ٣٢١ ، الشرح الكبير : ٢/ ٥١٧ ، روضة الطالبين : ٩/ ٦١ ـ ٦٢ ، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٣ ، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٨.

المطلب السابع: عمل الزوجة والنفقة

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه للزوج منعها من العمل للكسب لوجوب كفايتها عليه، ولكنها تخرج للكسب إن احتاجت إليه.

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كانت الزوجة تعمل مقابل أجرة فلا يمنعها الزوج منه إن كان قبل النكاح ولا نفقة عليه.

وقال ابن عابدين: والذي ينبغي تحريره جواز منعه من كل عمل ينقص حقه أو يضر به خروجها.

فإذا لم يتضرر بعملها وخاصة حال غيبته عن زوجته فينبغي عدم المنع لأن الفراغ مفسدة عظيمة يودي إلى الاشتغال بغير المفيد مع الأجانب والجيران.

ويتضح مما سبق اعتبار حق الزوج مع الاعتداد بحق الزوجة في العمل إذا كانت عاملة قبل الزواج أو احتاجت للعمل سواء احتاجت للنفقة أو لئلا تقع في الفراغ[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب الجمهور في المادة (٧٣) ونصها: يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها.

ذكرت محكمة النقض (ش ـ ٣٣١ ـ ٤٢ ـ ٣١/ ٥/ ١٩٨٣) أن عدم شرعية المسكن يخول الزوجة عدم الانصياع في ترك الوظيفة كما هو الاجتهاد.

وهذا يشير إلى ضرورة قيام الزوج بأعباء النفقة كلية مما ينعدم معه لزوم عمل الزوجة، إذ لا حاجة لها بتاتاً عندها به.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٦٥، فيض الإله المالك: ٢/ ٢٠٢، روضة الطالبين: ٩/ ٦٤.

وصرحت بهذا محكمة النقض في حكم قرار آخر لها (ش ـ ٢٥٣ ـ ٢٣١ ـ ٢٨/ ٣/ ١٩٨٤) إذ فصلت فذكرت: إن عمل الزوجة لا يحرمها من النفقة إلا بعد أن يقوم الزوج بكل ما أوجبه الشرع عليه من حق للزوجة، فإن تم له ذلك جاز له أن يمنع زوجته من العمل فإن رفضت سقط حقها بالنفقة، لأن في عملها خارج دار الزوجية افتئات على حق الزوج.

وفي قرار آخر لها: لايمنعها من العمل قبل تسديد كامل المعجل (ش ـ ٥١٩ ـ ٥١٤ ـ ٩/ ١٢/ ١٩٧٠).

وأرى هذا توسطاً وفيه حرصٌ شديدٌ على الأسرة وحقوق الزوجين لا الزوج فحسب؛ لأن الزوجة العاملة لا شك تحمل من الأعباء الكثير بين تدبير أمور العمل وأمور المنزل والأولاد والزوج. . والله المستعان، ولهذا عد منع الزوج لزوجته من العمل من النظام العام (نقض ـ ش ـ ٢٢١ ـ ٢١١ ـ ٢٣/ ٥/ ١٩٦٨) وإن أرقى الدول اليوم حيث تكون موظفة تقوم على حضانة أربعة أو ثلاثة أولاد للآخرين، بينما مجتمعنا يرعى الزوجة ويسعى أن لا يحملها فوق طاقتها لترعى مثل هذا العدد أو أكثر بكثير ولكنهم فلذات أكبادها لئلا تترك رعايتهم وتربيتهم لغيرها. .

المبحث السادس:

دين النفقة ومسقطاتها والقضاء بها

المطلب الأول: دين النفقة

ويشمل هذا الإعسار بالنفقة والكسوة والمسكن.

١ ـ تصير النفقة ديناً لها عند الحنفية بفرض القاضي أو بمصالحة الزوج، لأن النفقة صلة لا عوض فتكون ديناً على الزوج يرجع عليه الدائن بها وإلا سقطت بمضي الزمان.

فلو فرضها القاضي لها ولم تستهلكها وأنفقت نفقة أخرى لم تسقط نفقتها لتلك المدة.

٢ ـ وذهب المالكية إلى سقوط النفقة بالإعسار.

فلا ترجع الزوجة عليه بعد يسره إذا حكم بها قاض مالكي، فلو قضى بها حنفي لزمه.

وأما النفقة التي لم يدفعها لها وهو موسر فهي في ذمته تطالبه بها دون حكم قاضٍ به.

٣ ـ وعند الشافعية والحنابلة إذا أعسر الزوج حقيقة بنفقة الزوجة المستقبلة وصبرت أو أنفقت على نفسها أو اقترضت صارت النفقة ديناً عليه إذا لم تمنع نفسها منه فإن منعت نفسها منه للنفقة لم تكن ناشزة ولم تعد النفقة ديناً عليه[1].

وذلك لأن الأدلة المثبتة للنفقة مطلقة عن الزمان فلا تقيد به، وما وجب على الشخص لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، ودليل عدم سقوطها الإجبار على أدائها أو الحبس بها، وهو دليل الشافعية.

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٥ ـ ٢٦، الهداية: ١/ ٣٢٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٢، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٩.

واستدل الحنفية على سقوطها. . . بأنها نفقة صلة تسقط بمضي الزمان، وشبهها بالعوض عن ملك المتعة لا يصح لملكه المتعة بالعقد فيكون متصرفاً في ملك نفسه، فلا يلزمه عوض آخر، فلا تكون النفقة عوضاً بل صلة، والصلات لا تملك بنفسها وإنما بانضمام القبض إليها أو بقضاء القاضي لولاية الإلزام منه أو بالتراضي بولاية الإنسان على نفسه فإذا لم يوجد القبض. . سقطت.

فإذا استدانت قبل الفرض أو التراضي لا ترجع على الزوج بشيء ويرجع الغريم عليها بعد الفرض أو التراضي إن لم تكن استدانتها بإذن القاضي ورجعت هي على الزوج، فإن أذن رجع الغريم على الزوج دونها.

ولهذا لو أبرأت زوجها من النفقة لم يصح الإبراء منها قبل الفرض. . لأنها لم تثبت في ذمة الزوج بعد.

ولو صالحت زوجها على النفقة ثم فرض القاضي لها ما يكفيها بطلبها وكانت أكثر صح لأن الحط منها قبل ثبوت الوجوب باطل منها فصحت الزيادة.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٠) إلى:

١ ـ إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه، يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فُرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج.

٢ ـ إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها.

ووضحت محكمة النقض الوقت الذي يجب فيه أداء النفقة وفرضها على الزوج وذلك بتصريح الزوج بعدم رغبته بمتابعة زوجته إلى منزله، ولا حاجة إلى إثبات الطرد لها (نقض ـ ش ـ ٧٠٠ ـ ٢١٣ ـ ٣٠/ ٤/ ١٩٨٣)، وتعد النفقة السابقة ديناً ثابتاً في ذمته بالسكوت منه وبعدم الدفع (نقض ش ـ ٤٧٠ ـ ٥٥٦ ـ ٢١/ ٨/ ١٩٧٢) ولا تفرض النفقة إلا بالامتناع عن الإنفاق والتقصير

(نقض ش ـ ٨٦ ـ ٦١ ـ ٢٠/ ٢/ ١٩٦٣) ولا يعد نشوز الزوجة مانعاً من ثبوت النفقة المستحقة لها قبل النشوز (نقض ـ ش ـ ٢٦٥ ـ ٣٤٤ ـ ٢٣/ ٥/ ١٩٨٣). وبمقتضى المادة (٧١ ـ ٢أحوال) يلزم من يدفعها بامتناعه أو تقصيره في دفعها. ومن تاريخ امتناعه لأربعة أشهر سابقة عن الادعاء (م ٧٨).

المطلب الثاني: مسقطات النفقة

ذهب الجمهور ـ على التفصيل السابق ـ إلى ثبوت النفقة ولزومها على الزوج مطلقاً، ولم يقولوا: بسقوطها.

وذهب الحنفية خلافاً للجمهور إلى سقوط النفقة بمضي الزمان دون تراضٍ أو قضاء قاضٍ.

فإذا تم التراضي أو قضي بها فإنها تصير ديناً ثابتاً في الذمة، ولكن قد يعرض لها السقوط بأسباب عدة هي:

١ ـ الإبراء عن النفقة الماضية لاستقرارها ديناً في ذمة الزوج.

٢ ـ موت أحد الزوجين يسقط النفقة وليس للورثة أخذها من التركة أو الآخر، لأنها صلة تبطل بالموت قبل القبض.

فإذا استدانت بأمر القاضي فلا تسقط بالموت، لأن استدانتها عليه بأمر القاضي كاستدانته هو بنفسه[1].

وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧٩): النفقة المفروضة قضاءً أو رضاءً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

٣ ـ وأضافت محكمة النقض (ش ـ ١٤٧ ـ ١٦٨ ـ ٢٨/ ٧/ ١٩٧٢) سبباً ثالثاً في سقوط النفقة وهو: تقادم أحكام النفقة بخمس سنوات لأنها من الحقوق الدورية المتجددة، مما يستوجب إسقاط النفقة ومنع المطالبة بها.

ولا يقبل الادعاء بسقوط النفقة بالكامل قبل مرور ستة أشهر على فرضها (نقض ـ ش ـ ٤٩٥ ـ ٤٨٩ ـ ٤/ ١١/ ١٩٦٧).

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٩ ـ ٣٠، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٥٩ ـ ٦٦٠.

المطلب الثالث: شروط القضاء بالنفقة

١ ـ طلب الزوجة النفقة.

٢ ـ الامتناع عن الإنفاق أو التقصير في أدائها.

٣ ـ حضور الزوج مجلس القضاء وعدم غيبته.

وهذا عند الحنفية، ولا يرد هذا عند الجمهور لاعتبارها ديناً قوياً دون حاجة إلى قضاء القاضي، بل وتثبت عليه بغيبته[1].

(٢) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٦ ـ ٢٧.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الخامس
الشروط في العقد

المبحث الأول: أقسام الشروط وحكمها واثرها على عقد الزواج.

المبحث الثاني : قانون الأحوال الشخصية السوري والشروط.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الخامس

الشروط في العقد

المبحث الأول:

أقسام الشروط وحكمها وأثرها على عقد الزواج

إن الشروط التي تتعلق بآثار عقد الزواج تختلف أحكامها بحسب الشروط التي يطلبها أحد المتعاقدين، وهي:

أ ـ أن يكون الشرط مناقضاً لمقصود العقد:

وذلك إذا كان الشرط يتنافى مع أحكام العقد وآثاره التي يمكن ترتبها، كأن يشترط أن لا يأتيها إلا في وقت من النهار أو الليل.

أو كان الصداق فاسداً شرعاً لأنه لا يملكه كخمر أو خنزير أو على خطر الملك ولا يحوزه.

أو كأن يشترط أن لا يقسم لها في المبيت إذا كان متزوجاً من أخرى، أو يشترط لغيرها ليلتين ولها واحدة، أو اشترط عدم الإرث بينهما، أو اشترطت نفقة معينة أو هو اشترط، أو أن النفقة لا تلزمه، أو اشترطت النفقة على ولدها، أو كان الزوج سفيهاً أو صغيراً واشترطت النفقة على الولي. ، أو نكاح سر عند المالكية.

وكذلك نكاح النهاريات قديماً أو الليليات ، وهو يشبه **زواج المسيار** ـاليوم ـ وهو عقد زواج بشرط عدم المبيت، وأحياناً مع عدم النفقة وبالكتمان أو لا، وبالشهود غالباً.

وكذلك نكاح الأصدقاء (زواج الفرند) وهو عقد مستكمل لأركانه وشروطه إلا أنه لا منزل للزوجية فيه، ويتم الاستمتاع حسب ما تيسر إلى أن يمكن تيسر المنزل. وهذا يدخل في شرط عدم النفقة، لأن السكن من أنواع النفقة.

آراء الفقهاء في العقد مع الشرط المناقض لمقصود العقد:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى صحة العقد وبطلان الشرط لمنافاتها مقتضى العقد، ولإسقاطها حقوقاً تجب بالعقد فأسقطت قبل انعقاده فلم تصح، وأما العقد فيستمر صحيحاً، لأن هذه الشروط لا تؤثر في العقد لأنها زائدة على العقد ولو جهلت لا تؤثر فيه، فلو رضيت بها بطيب نفس منها فهو جائز، وإلا فلها المطالبة بحقها، وهذا إذا كان الشرط صحيحاً، وإلا فسد أيضاً كأن لا يكون لها مهر أو نفقة.

وقال القاضي: كرهه أحمد مع احتمال فساد العقد إذا شرط ترك الوطء، ويحتمل أن لايفسد لأن الوطء حقه عليها فلا تملكه عليه، وهو الصحيح عند الشافعية.

و ذهب المالكية إلى فسخ العقد قبل الدخول وجوباً، وأما بعد الدخول فإن العقد صحيح ولكن بمهر المثل ويلغو الشرط.

وذهب النووي والرافعي من الشافعية إلى بطلان العقد في عامة هذه الشروط ومنها: شرط النفقة على غيره إلا في شرطي عدم التزوج وعدم النفقة لها فيبطل الشرط دون العقد. وذهب النووي في الروضة إلى صحة هذه الشروط مع العقد لأنها من حقه فله تركها ورجحه الأذرعي. وذهبت محكمة النقض (ش ـ ١٤٨ ـ ١٤٣ ـ ١٠/ ٥/ ١٩٦٢) إلى أن قضايا النفقة من النظام العام وكل اتفاق يخالف شروطها لا قيمة له. وهذا موافق لرأي الجمهور في بطلان الشرط وصحة العقد.

وأما زواج المسيار فأرى كراهته لخطورته في إنكاره وآثاره، وإلا فلا كراهة ولو كان فيه كتمان، فهو كتمان لا يؤبه له لإمكان فشوه لتسجيله ووجود الشهود فيه، وإلا إذا انتفى الشهود كان باطلاً[1].

وكذلك زواج الأصدقاء أرى كراهته، لأن عدم الالتزام بالنفقات الأسرية

---

(١) انظر الأنكحة المنهي عنها: ٣٨١ ـ ٣٩٤.

ربما حمل البعض على التقصير في أداء الواجبات ، فإذا اتخذت الاحتياطات المانعة من تقصير الزوج فلا كراهة[1].

٢ ـ أن يكون الشرط مكروهاً غير مناقض لآثار العقد: وهو كل شرط ليس من مقتضى العقد ولكنه لا ينافيه أيضاً، واعتبر مكروهاً لأنه خلاف الأصل في حرية العاقدين في التصرف فيما وراء العقد، وذلك كأن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من بلدها أو من مكان ما.

قال الحنفية: إن كانت المنفعة لهما أو لأحدهما والشرط مباحاً لتوقفه على فعل الزوج ولا علاقة للشرط بالعقد، فإن وفى به فلا شيء، وإلا فلها مهر المثل.

وقال المالكية: يستحب الوفاء بهذه الشروط وما أشبهها، وإن كان لا يلزم الوفاء بها على سبيل الوجوب، ولهذا لا يفسخ العقد لا قبل الدخول ولا بعده.

وذهب الشافعية: إلى صحة العقد وبطلان الشرط مالم يخل بمقصوده الأصلي الوطء، وأما الشرط فيبطل لأنه ليس مشروعاً، ولقوله ﷺ «أيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[2].

وأما المهر: فلأنها لم ترضه إلا بشرطها وقد لغا، وكذلك الزوج لم يرض بالمسمى إلا بشرطه وقد لغا ففسد المهر، فيرجع إلى مهر المثل.

وذهب الحنابلة إلى لزوم الوفاء به وإلا كان لها خيار الفسخ، مستدلين على رأيهم بقول النبي ﷺ: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[3]، ولقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[4] وهو قول كثير

---

(١) انظر الأنكحة المنهي عنها: ٣٩٥ ـ ٣٩٩.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب العتق، باب: استعانة المكاتب وسؤاله الناس ٢/ ٨٤٦، رقم: ٢٤٢٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح ٢/ ٩٠٨ ، رقم: ٢٥٧٢ ومسلم في كتاب النكاح باب: الوفاء بالشروط في النكاح ٣/ ١٤٤٢، رقم: ١٤١٨.

(٤) أخرجه الترمذي: كتاب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح ٣/ ٦٣٤، رقم: ١٣٥٢. وذكره البخاري تعليقاً في كتاب الأجرة، باب: أجرة السمسرة: ٢/ ٧٤١.

من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً، وقد روي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر، فقال: لها دارها. فقال الرجل: إذاً يطلقنا. فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط[1].

وهو شرط ذو منفعة مقصودة لا تعارض مقصد عقد الزواج، ويراد بقوله ﷺ: «أيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[2] مما ليس في شرع الله تعالى وحكمه، وهو لا يحرم الحلال لأنه يثبت لها خيار الفسخ، وهو من مصلحة العقد لأنه ما كان من مصلحة العاقد ـ وهنا المرأة ـ كان من مصلحة العقد، كالرهن والكفيل في البيع.

ولكنها لو شرطت طلاق ضرتها لم يصح الشرط فلا يلزم الوفاء به لقول رسول الله ﷺ: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفيء إناءها»[3].

وذهب بعض الحنابلة إلى لزومه لفائدته لها ورجح ابن قدامة فساد شرطها.

٣ ـ أن يكون الشرط جائزاً: وهو الشرط الذي يقتضيه العقد أو يكون أثراً له، كحسن المعاشرة وعدم الإيذاء والضرب، وإجراء النفقة وعدم البخل بها، أو تشترط أن أمرها بيدها[4].

وهذا الشرط واجب الأداء ولو لم يشترط ولهذا كان جائزاً.

وعده الشافعية لغواً لأنه محصل بالعقد، إلا في مسألة التفويض الآتية، ومثله ما لا يوافق مقتضى العقد ولا يتعلق به غرض، كأن لا تأكل إلا كذا.

---

(١) أخرجه البيهقي في الصداق، باب: الشروط، ٧/ ٢٤٩.

(٢) سبق تخريجه ص٣٦٥.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الشروط، باب: ما لا يجوز من الشروط في النكاح ٢/ ٩٠٨، رقم: ٢٥٧٤، ومسلم: كتاب النكاح، ـ باب: تحريم الخطبة على الخطبة ٣/ ١٤٣٩، رقم: ١٤١٢.

(٤) ويأتي بيانه في الجزء الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق.

٤ ـ أن يكون الشرط باطلاً مبطلاً للعقد من أصله: وذلك كتأقيت عقد النكاح ونكاح المتعة، أو شرط طلاقها في وقت معين، أو تعليق العقد على شرط، كقوله: زوجتك إن رضيت أمك، أو بشرط الخيار، أو الشغار، فتبطل هذه الشروط ويبطل العقد بالاتفاق، إلا ما قاله طائفة من الشيعة في جواز المتعة والموقت وما قاله الحنفية في الشغار وفي شرط الخيار إن رضيت أمها وإن جاء بالمهر في وقت كذا روايتان في مذهب الحنابلة:

إحداهما: يصح النكاح ويبطل الشرط، وروي جواز هذا الشرط أيضاً، وذهب المالكية إلى صحة العقد مع الخيار، ولكن في المجلس فقط، وكذلك في شرط المهر.

والثانية: يبطل العقد والشرط، لأن عقد النكاح لازم، وهذا يبطله، كما أن هذه

الشروط تجعله موقوفاً ولا يجوز وقفه، وهو مذهب الحنفية والشافعية[1].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٩٣ ـ ٢٩٥و٣٤٤ ـ ٣٤٥، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٩٤ ـ ١٩٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٢٣٧ ـ ٢٣٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧، المغني: ٧/ ٤٤٨ ـ ٤٥٢، ور: كشاف القناع: ٥/ ٩٠ ـ ٩٨

المبحث الثاني:

قانون الأحوال الشخصية السوري والشروط

نصت المادة (١٤) من قانون الأحوال الشخصية السورية على ما يلي:

«١ ـ إذا قُيّد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

٢ ـ وإذا قُيّد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً ملزماً.

٣ ـ وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به، فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح».

فجعل القانون الشروط ثلاثة أقسام، هي[1]:

١ ـ الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد: وهي الشروط المنافية لمقصود العقد ولنظامه الشرعي أو يكون في التزامها محظور شرعي.

وأمثلة الشروط المنافية لمقصود العقد كأن يشترط عدم الولد أو عدم الاستمتاع.

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام وهو الأحكام التي أرادها الشارع من عقد الزواج، كعدم الإنفاق وعدم المهر أو شرط الإنفاق منها عليه، أو شرطت تربية الأولاد لها دونه، أو بشرط الشِّغار عند الجمهور دون الحنفية.

وأمثلة الشروط المحظورة المحرمة كمقاطعة الأرحام، أو السفر

---

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١١٧ ـ ١٢٢، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور الصابوني: ١/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧، المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ١/ ٢٧٦، والمراجع السابقة.

وحدها، أو أن تشترط عملاً منافياً للأخلاق والحشمة كمومسة وراقصة وبائعة هوى. .

وتعد هذه الشروط باطلة ويبقى العقد معها صحيحاً، وهذا كما مر معنا موافق لرأي جمهور الفقهاء ـ على تفصيل مر ـ دون الشافعية الذين أبطلوا العقد والشرط.

ويلحظ أن هذه الشروط لا تؤثر في إنشاء العقد وولادته وإلا لبطلا جميعاً اتفاقاً.

ويلحظ هنا أيضاً أن مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد أضاف إلى الشروط الباطلة ما يمس حقوق الغير.

٢ ـ الشروط الصحيحة الواجبة الوفاء:

وهي ـ بحسب الفقرة الثانية ـ شروط فيها مصلحة معتبرة شرعاً تلتزم للزوجة ولا تمس حرية الزوج في أعماله المشروعة ولا تمس حقوق الغير.

وأمثلة هذه الشروط: كأن تشترط أن لا يسافر بها أو أن يخرجها من دارها أو أن يسكنها في منزل موصوف في مكان ما، أو لا يمنعها من إتمام دراستها، أو لا يمنعها من العمل في وظيفة ما ابتداء أو استمراراً.

وتعد هذه الشروط صحيحة ملزمة يجبر الزوج على تنفيذها قضاءً، وهي تتردد بين الشروط الجائزة والمكروهة -السابق ذكرها ـ .

٣ ـ الشروط الصحيحة غير الملزمة:

وهي الشروط التي تمس حرية الزوج في أعماله المشروعة وتمس حقوق الغير.

وخالف هنا مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فاشترط لصحتها عدم المساس بحقوق الغير وإلا بطلت.

والشروط الماسة بحرية الزوج في أعماله المشروعة المقيدة له كأن لا يتزوج عليها وهو مخالف لحكم الإباحة في التعدد ، مخالف كذلك لحكم

الشارع في أصل الجواز أو لا يطلقها.

وأما الشروط الماسة بحقوق الغير كأن تشترط عليه أن يطلق ضرتها

وكما يلحظ من هذه الشروط أنها تخالف أحكام نظام الأسرة والنظام العام في حرية المتعاقدين وعدم تقييد إرادتيهما.

وهنا تفرد الحنابلة بلزوم الوفاء بهذا الشرط وإلا كان لها خيار الفسخ - كما مر - واقترب منهم المالكية باستحباب الوفاء به للحديث السابق: «المسلمون عند شروطهم» وغيره. . وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى صحة الشرط دون الإلزام به مع منح الزوجة خيار الفسخ تماماً كما ذهب الحنابلة إلا في شرط طلاق ضرتها فالراجح عند الحنابلة عدم الإلزام به، وإن ذهب البعض إلى صحته.

الفصل السادس
آثار الزواج لدى غير المسلمين

المبحث الأول: السكنى.

المبحث الثاني: العفة والحشمة.

المبحث الثالث : النفقة.

المبحث الرابع : مساعدة الزوج وعونه.

المبحث الخامس: حق الطاعة للزوج.

المبحث السادس: المهر.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل السادس
آثار الزواج لدى غير المسلمين

بتمام انعقاد العقد بين الزوجين تترتب الآثار التالية:

١- السكنى.

٢- العفة والحشمة.

٣- النفقة.

٤- مساعدة الزوج وعونه.

٥- حق الطاعة للزوج.

٦- المهر. وبيانها:

المبحث الأول:
السكنى

عند المسيحيين:

- عند الكاثوليك والبروتستانت:

تتضمن الإرادة الرسولية بأن «على الزوجين أن يلزما المعيشة الزواجية المشتركة ما لم يعذرهما سبب عادل» وكذلك عند البروتستانت.

- عند الأرثوذكس:

فالمادة ٤٧/ ٤٥تنص «أن تسكن مع زوجهاوأن تتبعه أينما سار لتقيم معه في أي محل لائق يختاره لإقامته». ويقيد بضرورة وجود شروط المسكن الشرعي فيه المادة ١٤٩/ ١٤٤«مسكن على حدته به المرافق الشرعية بحيث يكون متناسباً مع حالة الزوجين، ولا تجبر الزوجة على إسكان أحد معها من أهل زوجها سوى أولاده من غيرها».

ورضاء المرأة بالسكنى في منزل لا توجد فيه هذه الشروط لا يسقط حقها في المطالبة بتغييره، ويجب عليها ألا تترك منزل الزوجية إذا توافرت له

شروط المسكن الشرعي، فإذا تركت منزل الزوجية بسبب سوء معاملة زوجها أو تقصيره بالإنفاق أو لحاجتها إلى العلاج كان تركها للمنزل بعذر.

أما إن تركت منزل الزوجية بلا عذر كانت «ناشزاً» فيجوز امتناع الرجل عن القيام بالإنفاق عليها (المادة١٤٧/ ١٤٢من مجموعة الأقباط) ومن ذلك عملها.

عند اليهود

- عند الربانيين:

تنص م ١٢٢ ابن شمعون: «الحكم للزوجة بالنفقة والكسوة يعطي لها الحق أيضاً في طلب مسكن شرعي بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل»فعلى الزوج المسكن لتقوم الزوجة بمساكنته حيث يقيم، وتنص م ١٩٢ «إذا اختلفت جهة إقامة الزوجين ولم ينص في العقد على جهة منهما اتبعت جهة الزوج، وليس للزوجة أن تتوقف وإلا أضاعت مهرها وموجل صداقها».

وللزوج المسافَرَةُ بها م١٩٣«له أن ينتقل بها من مدينة إلى مدينة ومن قرية الى قرية بحيث يكون الموطن المراد الانتقال إليه لا أقل جودة من الأول ولا أقل يهودا». وليس له مساكنتها مع أهله إذا كانوا يؤذونها أو يكدرون عيشها (م١٩٦) (وتنص المادة ١٩٩) بأن لها منعهم من زيارتها إذا كانوا يؤذونها .

فإذا امتنعت عن المساكنة مع زوجها سقطت نفقتها ونشزت إذا لم يكن لها عذر، فإذا وجد عذر كأن كان المسكن غير مستوف لشروط المسكن الشرعي، أو كمعاملة زوجها معاملة قاسية، لم تسقط نفقتها فإذا نشزت فله طلاقها ويسقط حقها في المهر وموجله م١٩٢.

- عند القرائين:

لم نجد في شعار الخضر إشارات للالتزام بالمساكنة فالمرأة بعد طلاقها أو ترملها ترجع إلى بيت أبيها، مما يعني أنها تلتزم المساكنة في بيت زوجها وأن الرجل «إذا شاء النقلة بها فليس لها منعه ولو كان البيت لها».

المبحث الثاني:

العفـة والحشـمة

عند المسيحيين

عند الكاثوليك:

م١١٨ من الإرادة الرسولية: زنى أي من الزوجين سبب يسوغ طلب الزوج الآخر الانفصال.

عند البروتستانت:

م١٨ يجوز الطلاق «اذا زنى أحد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر».

عند الأرثوذكس: ويعني الامتناع عن العلاقات الجنسية مع غير زوجه بالزنى أو بما هو دونه م٤٥ «يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة والمعاونة الخ. . ».

فيجوز للرجل أو للمرأة طلب الحكم بالطلاق عند الزنى م٥٠أو الزنى الحكمي بتماديها بإفساد عفتها.

عند اليهود

عند الربانيين:

زنى الزوجة سبب يوجب على زوجها طلاقها وتحريمها عليه مع سقوط حقوقها(المواد ١٧٧و١٨١و١٨٣ من كتاب ابن شمعون) وكذلك خلوتها برجل أجنبي نهاها زوجها عنه م٨٨ أو بخروجها عن الحشمة م١٧٩ ـ ١٨٠.

واعتياد الرجل الزنى سبب للطلاق م٢١٩ فلا مجازاة إلا مع التكرار.

عند القرائين:

يجبر زوجها على طلاقها إن زنت وأخلت بإخلاصها له أو بابتذالها. وكذلك للمرأة هذا بالزنى أو ما يشبهه.

المبحث الثالث:

النفقة

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك:

لا تتضمن الإرادة الرسولية نصوصاً تنظم الالتزام بالإنفاق ويرجع في تحديد أحكامه إلى الشريعة الاسلامية.

وكذلك عند البروتستانت لايوجد.

ـ عند الأرثوذكس:

لا أصل لثبوت النفقة في كتبهم سوى إشارات تدل على الإلزام بها مما يدل عليه عرف الطائفة وقضاؤها قبل إلغائه، وهو على عاتق الرجل في الأصل وتلتزم المرأة بالإنفاق احتياطاً إذا أعسر الزوج م١٥١/ ١٤٦ «النفقة تجب على الزوجة لزوجها المعسر إذا لم يكن يستطيع الكسب وكانت هي قادرة على الإنفاق عليه» .

واستحقاق الزوجة النفقة من حين العقد الصحيح (م١٤٦/ ١٤١) أي التكليل «ويسقط حق الزوجة في النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعي أو أبت السفر معه إلى الجهة التي نقل إليها محل إقامته، بدون سبب معقول»م١٤٧.

و«للزوج أن يباشر الإنفاق بنفسه على زوجته حال قيام الزواج، فإذا اشتكت مطله في الإنفاق عليها وثبت ذلك تقدر النفقة وتعطى لها لتنفق على نفسها» م١٤٨/ ١٤٣ويراعى فيه حاجة الزوجة ويسار الزوج (م١٤٢).

وإذا كان غائباً فرضت النفقة من ماله إن كان له مال (م١٥٠/ ١٤٥).

ويمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تكميل وتفسير نصوص مجموعة الأرثوذكس.

وتجوز المطالبة بالنفقة عن أية مدة سابقة، في حدود مدة التقادم المسقط

لأكثر من ثلاث سنوات تحكمها قواعد الشريعة الاسلامية.

وللزوجة أن تمتنع عن مساكنة زوجها حتى يقوم بواجبه في الإنفاق.

وإذا امتنع المحكوم عليه القادر على القيام بالإنفاق حكمت بحبسه.

عند اليهود

- عند الربانيين:

م١٠٦ ابن شمعون التي تنص على أن «على الزوج للزوجة مهرها ومؤونتها وكسوتها. . » مع حقه فيما تكسبه (م٧٥و٧٦ من كتاب ابن شمعون) وفيما تعثر عليه (م٨٣) للرجل الانتفاع بكل أموال امرأته(م٨٦وما بعدها) وقيام المرأة بالإنفاق على نفسها يعفي الرجل من النفقة.

وتقدير النفقة تبعاً لحال الرجل وحال الزوجة.

فإن قصر الزوج لها أن تحصل على حكم بإلزامه بالإنفاق (م١٢٠) أو إذا كان غائباً فمن ماله (م١١٠) وإذا استدانت «الزوجة من أجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين م١١٣فإن تركت الزوجة المساكنة سقطت نفقتها إلا بمسوغ فلا تسقط .

للزوجة طلب الطلاق إذا بخل بالنفقة أو افتقر (م٢٢١) و(م٢١٥).

- عند القرائين:

الإنفاق على عاتق الرجل في الزواج والعدة للسكنى والمعيشة بحسب درجته.

لزوجة الغائب بيع ما له للإنفاق منه، وإخلاله بالإنفاق يجعل للمرأة طلب الطلاق وتنفيذ هذا الحكم بالإكراه البدني.

المبحث الرابع:

مساعدة الزوج وعونه

كل الشرائع لم تنص عليها ولكن يفرض ذلك طبيعة العلاقة بين الزوجين.

- عند الكاثوليك:

الإرادة الرسولية لا تتضمن نصاً خاصاً والمادة ١٢٠ التي تتناول أسباب الانفصال الجثماني «وتجعل المعيشة صعبة جداً سبباً للانفصال» فيجب التعاطف والتعاون بين الزوجين وكذلك عند البروتستانت وإن لم يوجد أي إشارة لهذا.

- وعند الأرثوذكس:

تنص م ٤٥/ ٤٣ «يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة والمعاونة على المعيشة والمواساة عند المرض» وإخلال أحد الزوجين يعد من صور الإيذاء التي تبيح لزوجه طلب الحكم بالطلاق.

- عند الربانيين:

على الزوجة خدمة زوجها بشخصها (م٧٤)، وخدمة بيتها وإرضاع الأولاد إن كانت هي وزوجها فقيرين (م٧٤) وللرجل الحق فيما تكسبه امرأته ويسلم له بحقه في معونتها دون أجر.

- عند القرائين:

على الرجل أن يعنى بعلاج امرأته وافتدائها من الأسر، وللرجل أن يستفيد من كد يدها، وعليه «إذا كان ميسوراً إعانتها بخادمة».

المبحث الخامس:

حـق الطاعـة للـزوج

عند المسيحيين

ـ عند الكاثوليك والبروتستانت:

حق الطاعة للزوج برئاسة الرجل للأسرة من التعاليم المسيحية.

ـ عند الأرثوذكس:

تقول رسالة بولس: «أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب» فعلى المرأة الخضوع التام لزوجها، مجموعة الأرثوذكس م٤٦/ ٤٤ وتقضي بأنه «يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى، ويجب على المرأة إطاعة زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية».

والرجل يحدد طريقة حياة الأسرة، وقراراته ملزمة للزوجة: كاختيار المسكن أو حقه في الاعتراض على عمل الزوجة، ويتمثل حق الطاعة للزوج فيما يلي:

١ ـ حق الرجل في طاعة امرأته:

وتلتزم امرأته أن تطيعه، ويحرم عليها الاختلاط بأشخاص معينين يقدرهم الزوج خطرين، كما تلتزم بأن تقوم على شؤون المنزل بنفسها، وإلا تغادر المنزل إلا للضرورة، وللرجل أن يؤدب امرأته بالمعروف.

٢ ـ مراقبة المهنة التي تباشرها الزوجة:

ولا يجوز للزوجة أن تعمل دون رضا زوجها وله حق الاعتراض في أي وقت يصدر وإلا نشزت.

٣ ـ حق الزوج في اختيار مكان الإقامة:

من التعاليم المسيحية رئاسة الرجل للأسرة وكذلك عند البروتستانت.

عند اليهود

عند الربانيين:

ينص كتاب ابن شمعون م٧٣: «متى زفت الزوجة إلى زوجها حقت عليها طاعته والامتثال لأوامره ونواهيه الشرعية» وتأديب الرجل لامرأته بغير الضرب (م١٤٦) وإلا طلبت الطلاق منه إذا ضربها«لباعث شرعي» فلا يكون لها طلب الطلاق (م٢١٦ ـ ٢١٨وليس للمرأة التصرف بمالها بما تكسبه بل هو للرجل م٧٥ ـ ٧٦ ـ ٨٥ ـ ٨٦ وله الاعتراض على عملها خارج المنزل إذا تعارض مع أداء واجبها في خدمة المنزل.

وعند القرائين كالربانيين، إلا التصرف بمالها فيكون لها حق التصرف دون إذن زوجها وإن كان يملك ما تكسبه.

المبحث السادس:

المهـــر

عند المسيحيين

ـ عند الأرثوذكس:

لا يجب المهر ولا يمتنع اشتراطه، وهو عقد ثانوي غير مسمى، وتنص م٧٥/ ٧٠ يجب المهر للزوجة بمجرد الإكليل والوفاء به تبعاً للاتفاق، وطلاق المرأة بسببها يسقط مهرها وبسببه لا يسقط م٧٩، وإذا مات الزوج أو الزوجة لا يسقط المهر ويمكن المطالبة به م٧٧ وهذا مأخوذ من أحكام زواج المسلمين.

ـ عند الكاثوليك والبروتستانت:

لا يوجد في الإرادة الرسولية قواعد خاصة بالمهر ولا يمكن القول ببطلانه وكذلك عند البروتستانت.

عند اليهود

ـ عند الربانيين:

تنص م٩٩ كتاب ابن شمعون «المهر الشرعي للبكر مائتا محبوب أو سبعة وثلاثون درهما فضة نقية، ولغير البكر النصف، غنية كانت الزوجة أو فقيرة»، فالمهر واجب للزوجة لديهم، وهو غير خاتم التقديس، أما القراءون فالمهر عند التقديس وما يستحق عند الطلاق أو الوفاة ويسمى عندهم مؤجل الصداق، وليس للمرأة التنازل عن المهر.

ـ عند القرائين:

وفي شعار الخضر: «يحرم الدخول بها (الزوجة) قبل قبضها المهر».

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

القسم الثاني

الطلاق وآثاره

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

مقدمة في الطلاق

إن الصلة الاجتماعية الرئيسة في المجتمع هي الزواج، وهي التي عدَّها الشارع ميثاقاً غليظاً لا يجوز التساهل فيه في حال من الأحوال، ذلك أن هذا الميثاق عماد الأسرة، ولا يخفى أن نقض هذا الميثاق هو هدم للأسرة مع ما يقترن بهذا من مفاسدَ ومخاطرَ؛ من تشرّد الأولاد وسوء شخصيتهم، وما يمكن أن يصحب ذلك من فضائح في الأغلب مبالغ فيها أو لا أصل لها بين الزوجين السابقين.

فالطلاق أمر ـ سنبين حكمه من خلال مباحث الكتاب ـ بغيضٌ مكروه.. ورغم كونه كذلك قد تتعذر الحياة الزوجية بين الزوجين ويأبى كل طرف أن يستمر في العيش المشترك مع الآخر.

فما الحل الأمثل؟

إن الحل الأمثل هو شرع الله تعالى ﴿إِنَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانَ يَهْدِى لِلَّتِى هِىَ أَقْوَمُ﴾ [الإسراء: ٩] وعندما شرع الشارع الطلاق شرعه على أن يلتزمه الزوج عبر مراحل عدة وبشروط لازمة ـ نبينها فيما يأتي ـ وإلا كان عاصياً مبتدعاً ليتأكد كلا الزوجين من إقدامهما على الطلاق.

وشرعت العدة كفترة انتقالية يستبين خلالها كلاهما مدى قدرته على فراق الآخر أو المتابعة معه ليقوما بعملية تقويمية لحياتهما من خلال أخطاء كليهما ومحاسنه ليراجع المقصّر تقصيره والمخطئ خطأه وليرجع الظالم عن ظلمه.

وهكذا عبر مرحلتين كاملتين أو تجربتين مكتملتين، فإذا أصرا على نزوعهما ونفورهما تصبَّر الزوج واعظاً وهاجراً في المضاجع، محسناً لزوجته خلقاً ومعاملة، لا يصفع الوجه، ولا يلكمه، وإلا جُرّ إلى القضاء، فإذا التزم الشرع لم يكن محتاجاً لإخراج سواكه ولم تحوجه امرأته إلى ذاك.

إذاً ثلاث مراتب في التعامل الحازم مع ثلاث دورات لفصم هذه العلاقة، وهو في كل ذلك قائم بحق زوجته مكرماً لها يرعى شعورها

وأحاسيسها ملتزماً وصية النبي ﷺ «استوصوا بالنساء خيراً»[1] وإلا كان لئيماً عاصياً ظالماً مستحقاً للعقوبة إن اجترأ على صفعة واحدة لزوجته شريكة حياته وضجيعة فراشه ومجمع لذته ونشوته..

وهكذا بمعصيته هذه يقال له يوم القيامة من الرسول الكريم: «سحقاً سحقاً لمن غَيَّر بعدي»[2] لأنه أعرض عن شرع الله تعالى فيما أمر حينما لم يقم به في جانب زوجته..

ومثل ذلك تماماً يوجَّه الكلام إلى الزوجة المؤمنة التقية النقية الورعة الحافظة لفراش زوجها الحريصة على لحظ لحاظ زوجها ورغباته وسروره وقرارة عينه...

فأنى لأسرة تحيا كذلك أن يقع الطلاق فيها..وهي أسرة تعيش من الكسب الحلال الصرف برضا الله تعالى ورضوانه، تتسربل من طاعة إلى طاعة بل من جنة إلى جنة..

أما إذا تعثَّرت الحياة الزوجية وادلهمَّت خطوبها فلا مناص من الطلاق... بعد المراحل والمراتب وحسن المعاملة ورقَّتها وطيبتها، وسداة ولحمة الحياة الزوجية المال الحلال وطاعة الله تعالى..

فكيف إذا انعدم كل ذلك؟ ! إنه البعد عن معرفة شرع الله تعالى ومن ثم عدم تطبيقه!!

وهنا أنجعل الطلاق بيد الزوج أم الزوجة؟ ! إن أقصى ما تملكه الزوجة إن هي ثارت ثائرتها أن تبادر إلى طلب طلاقها..

فإذا قام زوجها الهائج الأحمق ـ كما سماه ابن عباس: «يرتكب الحموقة»[3] الطلاق ـ بطلاقها انهارت أعصابها وانكبت ببكائها ودموعها..

---

(١) أخرجه الأربعة في السنن، الترمذي: ١١٦٣، ابن ماجه: ١٨٥١.

(٢) أخرجه البخاري في الرقاق، باب: في الحوضُ رقم: ٦٢١٢، ومسلم في الفضائل، برقم: ٢٢٩٠.

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: نسخ المراجعة.، رقم: ٢١٩٧.

ورغم ذلك شرعت الشريعة في بعض الحالات ملك الزوجة للطلاق بتفويضه إليها..

ولكن ذلك لا يتم إلا في حالات استثنائية قد لا يغلب عليها استقرار الحياة الزوجية ابتداء..

وعلى كلٍّ لو ملكت الزوجة الطلاق عموماً فما أسرعها إلى إيقاعه لأدنى مشكلة قد تقع بينهما... ولما بقيت امرأة عند زوجها إلا فيما ندر..

فهل يجعل الطلاق إلى الغير؟ ! إذا كان الزوجان يُخْشَى من طلاقهما فكيف بالأمر إن منح الغير هذا الحق؟ !.

أيجعل هذا للقضاء؟ لقد جعل الطلاق إلى القضاء في حالات محددة، ولكنَّ جعلَ الطلاق عموماً إلى القضاء يعني نشر الفضائح والشائعات والقيل والقال بل تثبيت ذلك في السجلات مما يهدم حياة هذين الفردين في حياتهما، الاجتماعية المستقبلة.. وليس لأحدهما أن ينشئ حياة زوجية جديدة إلا بعسر لا يطاق، أو يبقيا عانسين دون زواج.

وما كان المجتمع الإسلامي يوجد فيه العنوسة في الرجال والنساء، فما كانت توجد امرأة ليست بذات زوج، وكذلك لم يكن ليوجد رجل ليس له زوجة..

فهل الحل بمنع الطلاق كلية أو بوقوع عذر تستحيل معه الحياة الزوجية كالوقوع في الفاحشة ليسمح بالطلاق؟ ..

إن تعذر الحياة الزوجية بين هذين الشريكين يستحيل معه استمرارهما فيها.. وإذا منع ذلك أدى إلى جرائم واعتداءات كثيرة، واتهامات بالفاحشة والزنا.. ليصل كلاهما إلى الطلاق..

إن الحل الأمثل هو شرع الله تعالى في القرآن العظيم: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] فينتبه الزوجان أنهما يقومان بهدف سام في هذه الحياة بتربية الأطفال وتنشئتهم على حب الخير والفضيلة والصلاح والإصلاح ﴿وَمِنْ

مَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ [الروم: ٢١].

إن المودة مع الرحمة في أكناف الأسرة العالمة بشرع الله تعالى المتغذية بغذائه هي أسرة تعيش الجنة في هذه الدنيا..

وإلا فالضنك والشقاء والعذاب، والحلول للتقليل من ذلك ما أمكن، ومن ذلك الطلاق..

وفي هذا الجزء بحثت في الطلاق وآثاره والولادة ونتائجها ملتزماً منهجي السابق في الجزء الأول.

الباب الأول: أحكام الطلاق

الفصل الأول: الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق.

الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة.

الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة).

الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي.

الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون.

الباب الثاني: آثار الطلاق:

الفصل الأول: آثار انحلال عقد الزواج.

الفصل الثاني: العدة وأحكامها.

الباب الثالث: انحلال الزواج لدى غير المسلمين.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول:

الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق

المبحث الأول: تعريف الطلاق والفسخ وحكم الطلاق من حيث الوصف الشرعي:

المطلب الأول: تعريف الطلاق والفسخ.

المطلب الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق.

المطلب الثالث: حكم الطلاق.

المبحث الثاني: أنواع الطلاق:

المطلب الأول: الطلاق السني والبدعي.

المطلب الثاني: الطلاق الرجعي والبائن.

المطلب الثالث: الطلاق الثلاث.

Damascus University

وقل رب زدني علما
Damascus University

الفصل الأول:

الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق

المبحث الأول: تعريف الطلاق والفسخ وحكم الطلاق من حيث الوصف الشرعي

المطلب الأول: تعريف الطلاق والفسخ

الطلاق لغة: كنصر وكرُم، ويوم طَلْق: لا حرّ فيه ولا قرّ، وطلقت من زوجها، طَلاقاً: بانت فهي طالق وطالقة وجمعهما طُلَّق وطوالق، ومنه المطلاق، وهو عدم القيد والوثاق[1].

واصطلاحاً: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[2].

ويراد بالحال: الطلاق البائن، وبالمآل: الطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص: ألفاظ الطلاق الصريحة والكنائية فتخرج الفسوخ، وكل ذلك يأتي تفصيله.

الفسخ لغة: الضعف وإفساد الرأي والتفريق والنقض، يقال: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض[3].

الفسخ اصطلاحاً: عرفه الكاساني: (رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن)[4].

فالفسخ في الاصطلاح (حلٌّ لرابطة العقد)[5].

قلت في تعريفه: رفع قيد النكاح وإلغاء آثاره.

وأمثلة الفسخ: إباء الزوجة الإسلام، وردة أحد الزوجين، وتباين

---

(١) القاموس المحيط: ٨١٤.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٣) القاموس المحيط: ٢٣٤.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/ ٣٣٦.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ١٩٥.

الدارين حقيقة وحكماً، وخيار البلوغ، وعدم الكفاءة، ونقصان مهر المثل، أو العلم بوجود الرضاع بين الزوجين بعد العقد.

وقد ورد لفظ الفسخ في المادة (١٤ف٣ أحوال) وعرفه محمد محيي الدين عبد الحميد بأنه: «نقض عقد الزواج بسبب خلل فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع بقاءه واستمراره»[١].

المطلب الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق[٢]

أ ـ في اللغة:

كلاهما لفظان يدّلان على معنيين متقاربين، فالطلاق في اللغة هو رفع القيد، والفسخ قريب منه، لأنه نقض وتفريق، ولكن الفرق أن الفسخ إزالة تامة لأنه نقض، والطلاق رفع للقيد، مما يبقي بعض الآثار.

٢ ـ الطلاق إيقاف لامتداد آثار العقد وإنهاؤه.

أما الفسخ فهو حلٌّ ونقض للرابطة العقدية واعتبار العقد كأن لم يكن.

٣ ـ الفسخ يكون نتيجة قيام سبب داعٍ إليه، إما مرافقاً للعقد كما في العقد الفاسد أو خيار البلوغ، أو طارئاً إذا أرضعت إحدى الزوجتين ضرتها الصغيرة، فعندئذٍ يفسخ النكاح تلقائياً، أو يرفع أمره للقاضي ليفسخه، أما الطلاق فسببه صدور اللفظ الموقع له.

٤ ـ الفسخ قد يقع بمجرد قيام سببه، كما في حالات الانفساخ بالردة أو بالإباء عن الإسلام، وقد يقع بحكم القاضي كما في حالات الفسخ القضائي بسبب العيب وغيره.

أما الطلاق فلا يقع إلا بألفاظ مخصوصة صريحة أو كنائية.

---

(١) الأحوال الشخصية له: ٢٤٢.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦، بدائع الصنائع: ٢/ ٣٣٦ ـ ٣٣٨، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨و٤٧٣، مواهب الجليل: ٤/ ١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٠٤و٤٠٢، الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٨٧ ـ ٢٨٩ و٢٩٢، شرح قانون الأحوال الشخصية: ٢/ ١٤ ـ ١٥ ـ ٧١ و٧٨ ـ ٧٩ و٩٣ ـ ٩٤ و٩٦.

٥ ـ الطلاق أثر من آثار العقد الصحيح، فإذا كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الأثر.

أما الفسخ فهو نقض للعقد وهدم لآثاره.

٦ ـ الطلاق يرد على عقد النكاح الصحيح، أما الفسخ فيرد على عقد النكاح الصحيح والموقوف وغير اللازم، كما يرد على العقد الفاسد.

٧ ـ يملك الزوج في الطلاق ثلاث تطليقات، فإذا طلقها الثلاث لم تحل لهُ حتى تنكح زوجاً غيره.

أما الفسخ باعتباره نقضاً للعقد فلا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

٨ ـ الطلاق لا يكون إلا من الزوج حقيقة أو تقديراً، أما الفسخ فيكون من الزوج والزوجة، ومن غيرهما، ومن القاضي.

المطلب الثالث: حكم الطلاق

اختلف العلماء على أن الأصل في الطلاق الإباحة أو الكراهة أو الحرمة:

فذهب الجمهور إلى أن الأصل فيه عدم المنع أو خلاف الأولى.

وذهب الحنفية إلى أن الأصل حرمته إلا لِعارض.

والراجح أنه تتعلق به الأحكام التكليفية الخمسة:

فيكون مباحاً عند الحاجة إليه لسوء عشرتها ولضررها به دون انتفاعه منها ليدفع الضرر عن نفسه، وهو مادلت عليه الأدلة كقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] مما يدل على جواز الطلاق وعدم منعه، وكذلك إذا كان لا يهواها ولا يحبها ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها.

ويكون مكروهاً عند الجمهور عند عدم الحاجة إليه، بل يعد حمقاً وسفاهة وكفران نعمة وإيذاء شديداً لها ولأهلها، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنۡ

أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] أي لا تفارقوهن، وهن مستقيمات الحال.

ويحرم عند الحنفية الطلاق إن لم يكن له حاجة، وفيه يتحقق حديث رسول الله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»[(١)].

ويكون محرماً أيضاً بالاتفاق إن طلَّقها في الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه، مع وقوعه عليها إن طلَّقها وإثمه، ولزوم تعزيره لمخالفة أمر الله تعالى بقوله:

﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق: ١] أي في ابتداء عدتهن في طهر لم يقربها فيه، لئلا يطيل عليها عدتها، والحكمة التشريعية هي أن الطهر هو وقت إقبال الزوج عليها فإن طلَّقها فيه تأكد معه تصميمه على طلاقها لاستحالة الحياة بينهما لا بعبثه بها المحرم عليه شرعاً.

ويكون الطلاق واجباً إن تركها كالمعلقة لا يقربها، كما في الإيلاء، فإذا آلى منها أجبره القاضي على طلاقها، أو طُلقت منه لئلا يضارها، وكذلك إن تركت عفتها فيجب طلاقها وإلا كان ديوثاً، أو طلاق الحكَمين في الشقاق والضرر ورأى ـ الحكمان ـ الطلاق.

ويكون الطلاق مستحباً لتفريطها في حقوق الله تعالى في دينها ولقصور عفتها إذا كانت لا ترد يد لامس، فلا يأمن إفساد فراشه منها بإلحاقها ولداً إليه ليس منه ولشقاقها وضررها[(٢)].

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: في كراهية الطلاق، ٢/ ٢٥٤، رقم: ٢١٧٨، وابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: حدثنا سويد، ١/ ٦٥٠، رقم: ٢٠١٨.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٥ ـ ٤١٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٦١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩و ٣٠٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

المبحث الثاني:

أنـواع الطـلاق

المطلب الأول: الطلاق السُّنّي والبِدْعي

ينقسم الطلاق قسمين: سني وبدعي.

ومن الطلاق ما لا يكون كذلك: كطلاق الصغيرة والآيسة والمختلعة والحامل وغير المدخول بها.

والطلاق السّني: هو أن يطلّق الزوج زوجته المدخول بها طلقة رجعية واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض قبله ـ مع عدِّ الجماع في الحيض معصية ـ لتستعقب الشروع في العدة، وهو مذهب الجمهور، وهذا هو الأحسن عند الحنفية.

فإذا طلقها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فهو سني حسن عند الحنفية.

وينقسم السني إلى واجب أو مندوب أو خلاف الأولى وهو الجائز، ومن السني عند الشافعية جواز جمع الطلقات الثلاث طالما كانت في طهر لم يجامعها فيه، ولكن يستحب الاقتصار على طلقتين في طهر لم يجامعها فيه.

ودليل ذلك سنة رسول الله ﷺ، إذ أمر الرسول ﷺ ابن عمر بذلك لما طلق زوجته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً»[1]، قال ابن مسعود في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] قال: طاهراً من غير جماع[2].

و الطلاق البدعي بخلافه: إذ يكتفي في الطلاق بالواحدة وزمن الإقبال في الطهر، لا الإدبار في الحيض والنفاس..فإذا طلقها ندم، فبان أنه يعبث

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ٣/ ١٥٠٨، رقم: ١٤٧١.

(٢) سنن البيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب: ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة، ٧/ ٣٢٥.

بالطلاق، فيأثم ويقع عليه الطلاق، ويكون بدعياً.

وهو أنواع هي:

أ ـ الطلاق المنجز في الحيض أو النفاس: وهو حرام يجبر على الرجعة فيه لها ما دامت في العدة عند الحنفية والمالكية، دون الشافعية والحنابلة فيسن ولا يجب، ويستثنى طلاق الحامل إذا حاضت، والمتحيرة والحكمين والمولي.

ب ـ الطلاق في الطهر بعد حصول الوطء فيه ولم يظهر الحمل لحصول الندم مع ظهور الحمل لرغبة الزوج بطلاق الحائل دون الحامل فيظهر ندمه عند ظهور الحمل ولا يمكنه التدارك، وهذا مكروه.

ج ـ الطلاق الثلاث المتفرقة والمجتمعة أو الثنتان في طهر واحد للاكتفاء بالواحدة، وهذا مكروه أيضاً، ولا يجبر على الرجعة في المكروه وهذا عند الجمهور عدا الشافعية[1].

والحكمة من ذلك في جواز الطلاق السني دون البدعي ليكون ذلك عن قرار هادئ يدل على تمام الرغبة في إنهاء العلاقة الزوجية، حيث يمكن أن تكون الزوجة مهيئة للزوج، مما يستبين مع قرار طلاقها أن الحياة الزوجية غير ممكنة بينهما، وأما زمن الحيض وما أشبهه ـ حيث عد الطلاق عندئذ بدعياً ـ فلعل طلاق الزوج زوجته لأمر عارض وليس لقراره أن الحياة غير ممكنة بينهما.

وقد سكت قانون الأحوال الشخصية السوري عن ذكر هذا، فيرجع إلى المادة (٣٠٥ أحوال) وقد عد هذا الطلاق واقعاً كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

---

(١) الدر المختار: ٢/ ٤١٧ ـ ٤١٩، الشرح الكبير: ٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٤، مغني المحتاج: ٣/ ٣٠٧ ـ ٣٠٩ و٣١١، المغني: ٨/ ٢٣٥ ـ ٢٣٩، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٩. وذهب المالكية إلى إجباره على الرجعة بالسجن والضرب، وإلا راجع الحاكم بدله، ولو دون نية الزوج، ويحل للزوج بالرجعة هذه ما يحل بالزواج. الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٢ـ٣٦٣.

المطلب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن[1]

قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فيملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات، فإن طلقها للمرة الأولى ثم الثانية دون وصف البينونة كان الطلاق رجعياً، وإلا كان بائناً، وبيانه:

الطلاق الرجعي: هو الطلقة الأولى والثانية مع ملك الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية دون عقد جديد ما دامت في العدة، رضيت أو لا.

والطلاق البائن: إما بينونة صغرى أو كبرى، فأما البائن بينونة صُغرى: فهو الطلاق المُنْهِي لعقد الزواج في الحال أو بانتهاء العدة في الطلقة الأولى والثانية، وللزوج حق الرجعة إلى زوجته بعقد ومهر جديدين.

وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء ـ كما سنبين ـ.

وأما البائن بينونة كبرى: فهو الطلاق الثالث أو الثلاث المُنْهِي لعقد الزواج حالاً دون آثاره.

و لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر، زواجاً صحيحاً، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه.

وقد ثبتت مشروعية الطلاق الرجعي والبائن بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ثم قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] بيّن الله تعالى أن الطلاق الذي يجوز به الرجعة مرتان، فإن طلقها

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٣٠ ـ ٤٣١، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٩ ـ ١١١، الشرح الكبير: ٢/ ٣٥١ ـ ٣٥٣، روضة الطالبين: ٨/ ٧٦ ـ ٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٤٠ ـ ٢٤٢ و٢٥٨ و٣٤١.

الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج بعدُ بزوج آخر.

ومن السنة: «أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره: أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر لرسول الله ﷺ، فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال: «ليُراجعها، ثم يُمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها، فتلك العدة كما أمره الله»[1].

وأما الإجماع فقد اتفق العلماء على مشروعيته، ولم يخالف منهم أحد[2].

حكمة مشروعية الطلاق الرجعي والبائن: اقتضت حكمة الشارع أن يعطى الزوج حق الرجعة في الطلاق، فسمي طلاقاً رجعياً، وذلك لأن الزوج قد يطلق لوهم أو خطأ أو لعل الطلاق يصلح ما بينهما بأن يعدل كل منهما، وأن يصلح شيئاً مما اعتاد عليه ليقترب من الآخر أكثر، وهنا وخلال عدة الطلاق الرجعي يمكن أن يتراجعا ليستقر بهما المقام ويصلحا ما أفسداه، وليشعرا بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]. فإذا استحالت الحياة بينهما وكانت سبباً للشقاء والعذاب والخصام أمكنهما الفراق بالطلاق علاجاً، تجنباً لمخاطر أشد قد تقع بينهما وخاصة إذا بدا التقصير في الحقوق والواجبات بينهما، وعندئذ لا يراجعها، فيصبح الطلاق الرجعي بائناً، أو يراجعها ليتأكد بشكل أكبر من استحالة الحياة بينهما ثم ينتظرها لتحيض فإذا طهرت وما يزال الحال صعباً مستحيلاً أوقع عليها طلقة ثانية... وهكذا.. وقد قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب التفسير، باب: تفسير سورة الطلاق، ٣/ ١٧٥٧، رقم: ٤٦٢٥، وأخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ٣/ ١٥٠٨، رقم: ١٤٧١. واللفظ للبخاري.

(٢) الإجماع: ٨٨.

وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٣١﴾ [البقرة: ٢٣١]. وحذراً من عدم إقامة شرع الله تعالى فيما بينهما وحينها ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ [النساء: ١٣٠].

حالات الطلاق الرجعي:

١ ـ الطلاق بعد الدخول بلفظ صريح لمرة واحدة.

٢ ـ الطلاق دون مقابل المال.

٣ ـ الطلاق الأول والثاني غير المقترن بالبينونة أو بالثلاث لفظاً أو عدداً مقصوداً.

٤ ـ الطلاق للإعسار عند المالكية وللإيلاء عند الجمهور دون الحنفية[١].

حالات الطلاق البائن بينونة صغرى[٢]:

١ ـ الطلاق قبل الدخول حقيقة، ولا عدة عليها، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ﴾ [الأحزاب: ٤٩]. والأمر ظاهر لأنه مازال لم يعش معها وطلقها، فأحرى أن لا تعيش معه مستقبلاً لأنه لن يكون أحسن حالاً.

٢ ـ الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وتجب العدة احتياطاً لثبوت النسب، ولا داعي للرجعة لما سبق.

روي عن عمر أنه قال: إذا أغلق باباً وأرخى ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة[٣]. وقد تفرَّد الحنابلة بعدِّ الطلاق بعد الخلوة رجعياً.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٣٥١، المغني: ٧/ ٣١٩.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٤٦، كشاف القناع: ٥/ ١٥٢، المباحث في الكتاب.

(٣) سنن البيهقي: كتاب الصداق، باب: من قال: من أغلق باباً وأرخى ستراً، ٧/ ٢٥٥ .

٣ ـ الطلاق الرجعي بعد انقضاء العدة يصبح بائناً.

٤ ـ ألفاظ الكناية الدالة على تأكيد الطلاق وبينونته عند الحنفية.

٥ ـ الطلاق على مال يكون بائناً بينونة صغرى إن كان أول مرة، وهو المخالعة.

٦ ـ وصف الطلاق بما يدل على البينونة مثل قولِه: أنت طالق بائناً أو البتة أو طلقة شديدة أو إذا وصف بأفعل التفضيل الدال على الشدة في الوصف أو الكمية، مثل قوله: أنت طالق أعظمَ الطلاق أو أشدَّ الطلاق أو أنت طالق طلقةً كالجبل.

٧ ـ الفرقة بسبب الإيلاء ولم يفئ الزوج مدة الإيلاء طلقت زوجته فيه طلقة بائنة بينونة صغرى بمضي المدة. هذا ـ ذهب إليه الحنفية[١].

٨ ـ الفرقة بسبب اللعان في مذهب أبي حنيفة ورواية عن الإمام أحمد.

٩ ـ الفرقة بسبب الغَيبة والحبس عند المالكية.

١٠ ـ التفريق بسبب العيب عند الحنفية والمالكية.

١١ ـ التفريق بسبب الشقاق والنزاع عند المالكية.

١٢ ـ التفريق بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام عند إسلام زوجته عند أبي حنيفة ومحمد.

حالات الطلاق البائن بينونة كبرى[٢]:

١ ـ الطلاق المكمِّل للثلاث بأن تسبقه طلقتان ثم يوقع الثالثة.

لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. أي فإن طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج بعده بزوج آخر.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٥٤٦.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٣٠ ـ ٤٣١و٤٦٨ ـ ٤٦٩، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٢و٣٧٧ ـ ٣٨٤، روضة الطالبين: ٨/ ٢١٤ وما بعدها، كشاف القناع: ٥/ ٢٦٢و٣٣٢ ـ ٣٣٣و٣٤١ ـ ٣٤٣.

٢ ـ الطلاق المقترن بالثلاث لفظاً أو تكراراً أو إشارة.

٣ ـ الطلاق باللفظ الصريح المقترن بنية الثلاث عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية.

٤ ـ الطلاق على مال(المخالعة)في المرة الثالثة سواء سبقه طلاق أو مخالعة لمرتين.

٥ ـ طلاق الكناية عند المالكية والحنابلة يقع ثلاثاً ولو نواه واحداً.

قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الرجعي والبائن:

نصت المادة (٩٤): كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون.

ونصت المادة (١٠٨): التفريق للعلة طلاق بائن.

والمادة (١١٢ف٢)..إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويُعدُّ هذا التطليق طلقة بائنة.

وبهذا يكون القانون قد نص على خمس حالات للطلاق البائن، وما عداها يعد الطلاق رجعياً، وهي:

١ ـ الطلاق الثالث، وهذا يعد بائناً بينونة كبرى دون ما عداه (م٩١أحوال).

٢ ـ الطلاق قبل الدخول.

٣ ـ الطلاق على مال أو أي بدل مالي.

٤ ـ الطلاق للعلة والمرض.

٥ ـ الطلاق للشقاق والضرر.

ونصت محكمة النقض (ش ـ ٥٩ ـ ٨/ ١٦/ ١/ ١٩٥٤) على حالة سادسة، ونص قرارها: الطلاق الرجعي يصبح بائناً بانقضاء العدة.

المطلب الثالث: الطلاق الثلاث[1]

إن الزوج حينما يتزوج بزوجة يملك عليها في الأصل ثلاث فرص يعطاها، كما مر في الطلاق السني (م٩١)، فإذا طلقها ثلاثاً معاً، فهل يعد طلاقاً ثلاثاً أم واحداً؟ ... وطلاق الثلاث هو إما أن يقرن قوله: أنت طالق بالعدد ثلاثاً لفظاً أو إشارة، وإما أن يكرر قوله: طالق طالق طالق، ويختلف حكم هذا بين المدخول بها أو لا، وبيان ذلك:

الفرع الأول: حكم الطلاق الثلاث المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ونية:

وهو أن يطلق الزوج زوجته بقوله لها: أنت طالق ثلاثاً، أو يقول: أنت طالق هكذا، ويشير بأصابعه الثلاثة، سواء كانت مدخولاً بها أو لا.

أقوال الفقهاء:

اتفق عامة أهل العلم والمذاهب على وقوع الطلاق الثلاث على الزوجة وبينونتها بينونة كبرى.

وذهب ابن تيمية وابن قيِّم الجوزية إلى أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا يقع منها إلا واحدة رجعية، وهو رواية عن ابن عباس.

وذهب بعض الجعفرية إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث حرام فلا يقع.

استدل الجمهور بما يلي:

١ ـ حديث ابن عمر: «وأما أنْتَ طلقتها ثلاثاً، فقد عصيت ربك وبانت منك امرأتك»[2].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٩ ـ ٤٢١و٤٣٢، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٢و١٠٩ ـ ١١٣، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٧٨ ـ ٣٨١و٣٨٥، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٤٢ ـ ٥٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٤ ـ ٣٠١و٣٣٦ ـ ٣٣٨، روضة الطالبين: ٨/ ٧٥ ـ ٨٤، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٩ ـ ٢٦٢، المغني: ٨/ ٢٤٠ ـ ٢٤٤و٢٧٢ ـ ٢٧٤، منار السبيل: ٢/ ٢٤٢ ـ ٢٤٥، فتح الباري: ٩/ ٤٤٩ وما بعدها، زاد المعاد: ٥/ ٢٢٠و٢٤٨ وما بعدها، المحلى: ٩/ ٣٦٤ ـ ٤٠١، اللمعة الدمشقية: ٦/ ٣٠ ـ ٣١.

(٢) صحيح مسلم: كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ٣/ ١٥٠٨، رقم: ١٤٧١.

٢ ـ وعن مجاهد قال: (كنت عند ابن عباس فجاء رجل، فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه.ثم قال: ينطق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢]، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك وبانت منك امرأتك)[١].

٣ ـ وأن رجلاً قال لابن عباس: (إني طلقت امرأتي مئة تطليقة فماذا ترى عليّ؟ فقال له ابن عباس: طلقت منك لثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزواً)[٢].. (ورواية الناس عن ابن عباس أنها ثلاث)[٣].

٤ ـ وجاء رجل إلى ابن مسعود فقال: (إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات، فقال ابن مسعود: فماذا قيل لك؟ قال: قيل لي: إنها قد بانت مني، فقال ابن مسعود: صدقوا)[٤].

٥ ـ وأن عويمراً العجلاني لما لاعن زوجته وفرغ من لعانها قال: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»[٥].

ومن هذا يتضح أن عويمراً طلق امرأته ثلاثاً بحضرة رسول الله ﷺ ولو كان لا يقع لأنكره ﷺ عليه[٦].

٦ ـ وأن ركانة طلق امرأته البتة فأتى رسول الله ﷺ، فقال: «ما أردت»؟ قال: واحدة، قال: «آلله؟» قال: الله، قال: «هو على ما أردت»[٧].

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ٢/ ٢٦٠، رقم: ٢١٩٧.

(٢) أخرجه مالك: كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة ص٣٩٨.

(٣) المغني: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٤) أخرجه مالك: كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة ص٣٩٨.

(٥) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٣/ ١٩٠٧ رقم: ٥٠٠٢، ومسلم: كتاب اللعان: ٣/ ١٥٤٣، رقم: ١٤٩٢.

(٦) المجموع للنووي: ١٧/ ٨٧(باب الطلاق واحدة بعد واحدة).

(٧) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: في البتة: ٢/ ٢٦٣، رقم: ٢٢٠٨.

واستحلاف ركانة على عدم إرادة الثلاث دليل على إمكان إيقاع الثلاث بلفظ واحد، فكيف بالثلاث تكراراً وعدداً، كأي مِلْك يمكن إزالته متفرقاً أو مجتمعاً[1].

واستدل القائلون بأنه طلاق واحد رجعي:

١ ـ عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم»[2].

وجه الاستدلال:

أن الطلاق الثلاث كان واحداً على عهد رسول الله ﷺ، لكن عمر هو الذي جعله ثلاثاً عقوبة لهم لإكثارهم منه، فهو نوع تعزير واجتهاد من الأئمة، كالزيادة على الأربعين في حد الخمر لما أكثر الناس منها.

ورد هذا الاستدلال بأن ما فعله عمر إنما هو إمضاء النص التشريعي بعد أن كان الناس يكررون لفظ الطلاق قاصدين المرة الواحدة، وإنما يكررون للتأكيد على عهد النبي ﷺ مع سلامة قصدهم وطويتهم فيصدقون في إرادة الواحدة، فانتبه سيدنا عمر في زمانه إلى إرادتهم التكرار لا المرة فحملهم عليه، وهو ما روي عن الخلفاء الأربعة وابن عباس[3].

٢ ـ وعن ابن عباس قال: «طلق رُكانة امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله رسول الله ﷺ: «كيف طلقتها؟»، قال: طلقتها ثلاثاً، قال: فقال: «في مجلس واحد؟»، قال: نعم، قال: «فإنما تلك واحدة فارْجعها إن شئت»، قال: فراجعها»[4].

---

(١) زاد المعاد: ٥/ ٢٣١.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: طلاق الثلاث، ٣/ ١٥١٠، رقم: ١٤٧٢.

(٣) زاد المعاد: ٥/ ٢٢٧ ـ ٢٢٩و٢٣٤ ـ ٢٣٦.

(٤) أخرجه أحمد: ٣/ ٩١، رقم: ٢٣٨٧، وسنن البيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب: من جعل الثلاث واحدة، ٧/ ٣٣٩.

وأجيب عن هذا الحديث بأن الحديث السابق رواه أبو داود وغيره بسياق يوضح المراد، ونصه: «أن ركانة طلق امرأته البتة، فأتى رسول الله ﷺ فقال: «ما أردت؟ »قال: واحدة، قال: «آلله؟ » قال: الله، قال: «هو على ما أردت»[1].مما يدل على أن ما أجازه رسول الله ﷺ هو الواحد لا الثلاث.

٣ ـ «أن ابن عمر طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي حائض فأمره رسول الله ﷺ أن ينكحها ولا يعتد بالطلاق»[2].

وأجيب بأنه روي بطرق كثيرة ما يخالف هذا فتقدم على هذا الحديث.

٤ ـ ما روي أن ابن عباس قال: «إذا قال: أنت طالق ثلاثاً بفم واحد فهي واحدة»[3].

وأجيب بأنه يخالف الثابت عن ابن عباس، ولعله أراد من نوى بها الواحدة حقيقة بقرينة قوله: بفم واحد، إذ كل الكلام الواحد والأكثر من الفم.

واستدل القائلون بأنه لا يقع بما يلي:

١ـ الطلاق بدعة محرمة ومنهي عنه، والبدعة مردودة وغير مشروعة فلا يترتب عليها حكم.

أجيب بأن عويمراً طلق امرأته ثلاثاً[4] ولم ينكر عليه ﷺ ولو كان بدعة لأنكره[5].

---

(١) تقدم في الصحيفة السابقة.

(٢) ذكر هذا الحديث الطوسي في الاستبصار: ٣/ ٢٨٧، باب: ١٦٩، رواية: ٩و١٠، والتهذيب: ٨/ ٥٢، ٤٧، باب: ٣٦٠، رواية: ٨٧، ٦٥.

(٣) ذكره أبو داود: كتاب الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، بعد حديث ابن عباس: «عصيت ربك وبانت منك امرأتك»رقم: ٢١٩٧، ٢/ ٢٦٠.

(٤) حديث عويمر سبق تخريجه قبل صحيفتين.

(٥) مغني المحتاج: ٣/ ٣١١.

٢ـ إن الله جعل الإيقاع على وجه مخصوص، وهو المرة بعد المرة، كقدمت عليك مرتين، أي مرة بعد مرة، فلا يملك أحد إيقاعه على غير ذلك الوجه، كالوكيل بالطلاق على وجه السنة إذا طلقها للبدعة فلا يقع لما قلنا، فكذلك هذا الطلاق الثلاث.

وأجيب بقوله تعالى: ﴿نُؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] أي مضاعفاً[١].

المناقشة والترجيح:

١ ـ إن حديث ابن عمر الذي استدل به الجمهور له متابعات عديدة موقوفة[٢] على ابن عمر، منها: «أن ابن عمر كان يقول للرجل الذي يطلق زوجته ثلاثاً: أما أنت طلقتها ثلاثاً فقد عصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك وبانت منك»[٣].

وهذه المتابعات تجعل حديثه حجة فاصلة في النزاع.

٢ ـ كثرة الأحاديث عن الخلفاء والصحابة والتي تؤيد حديثي ابن عباس وابن مسعود، وكلها تأخذ حكم المرفوع، وذلك لكثرة تتابع هذه الأحاديث عن الصحابة، مما يدل على أن حكم الشرع هو وقوع الثلاث.

---

(١) المحلى: ٩/ ٣٨٨.

(٢) المتابعة: هي رواية غير الراوي للحديث عن شيخ الراوي لتقويته. بهجة النظر: ١٠٥، والموقوف ما يرويه الصحابي مما له حكم الرفع ولم يرفعه إلى رسول الله ﷺ. نزهة النظر: ١١٤.

(٣) صحيح مسلم: كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها: ٣/ ١٥٠٨، رقم: ١٤٧١.

الفرع الثاني: حكم الطلاق المكرر[1]:

وهو أن يطلق زوجته ثلاثاً بتكراره للفظ الطلاق، بقوله: أنت طالق أنت طالق أنت طالق.

فإن قصد بالتكرار الثلاث ـ التأسيس ـ وقعن ثلاثاً بالاتفاق.

وأما إن نوى التأكيد:

فذهب الجمهور إلى أنه واحدة لقبول الكلام التأكيد.

وذهب الحنفية: إلى أنه تقعن ثلاثاً نوى التأكيد أو لا، لأن كل جملة إيقاع تام مع قبول المحل للوقوع، ولو ادّعى التأكيد لم يصدق قضاءً، لأن هذه الألفاظ في استعمال اللغة والشرع لإنشاء الطلاق ولا يعدل عن هذا بإخباره، ولا يصدق، ولكنه يديّن ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لوجود الاحتمال.

أما إن أطلق ولم ينو شيئاً:

١ ـ فذهب الجمهور إلى أنه يقع ثلاثاً، لأن حمل التكرار على فائدة جديدة أولى من حمله على التأكيد، فليس فيه معنى جديد.

٢ ـ وذهب الحنابلة إلى أنه تقع واحدة لعدم المغايرة فيما بينها.

وما سبق من آراء الآخرين في المقترن كذلك في المكرر، وكذلك الأدلة والمناقشة والترجيح.

الفرع الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الثلاث:

نصت المادة (٩١): يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٢، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٩و٤٦٠، فتح القدير: ٣/ ٩٧، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٨٥، منح الجليل: ٤/ ٩٢ ـ ٩٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧، المغني: ٨/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤، منار السبيل: ٢/ ٢٤٢ ـ ٢٤٥.

نصت المادة (٩٢): الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً.

نصت المادة (٩٤): كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نُصَّ على كونه بائناً في هذا القانون.

وقد عدت محكمة النقض (ش ـ ١٢٩ ـ ١٢٠ ـ ١٤/ ٣/ ١٩٦٧) الطلاق من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافه، ومع هاتين المادتين يكون القانون قد أخذ برأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم تاركاً مذهب الجمهور، وكان الأولى لتقليل الطلاق الأخذ بمذهب الجمهور ـ في رأيي ـ طالما وصل الأمر إلى القضاء، فيعلم الناس ذلك فيقلّلون من الطلاق، ويتعافون فيما بينهم أمور الطلاق، ويترك أمر التخفيف إلى الفتوى، إذ للمفتي ما ليس للقاضي من تقدير ظروف الفتوى بشتى حالاتها مما لم ينصَّ عليه القانون.

ومع المادة (٩٤) التي حددت الطلاق البائن، ولم تذكر الثلاث المقترن بعدد أو المكرر يكون القانون قد أخذ بكامل رأي ابن تيمية في عده هذا الطلاق واحداً ورجعياً، وهو ما صرحت به محكمة النقض (ش ـ ١٠٣ ـ ٧٦ ـ ٧/ ٣/ ١٩٦٣) حيث نصت: الطلاق المقترن بالعدد يقع رجعياً.

ولكن النص القانوني لم يشر إلى الطلاق المكرر فهل مراده شموله بالطلاق المقترن بعدد..؟ أم أن مراده الرجوع إلى المادة (٣٠٥) حيث سكت القانون؟ .

ذهبت محكمة النقض (ش ـ ١١٠ ـ ١٣٢ ـ ١١/ ٤/ ١٩٥٧) إلى أنه غير بعيد شمول لفظ العدد للطلاق المكرر لما بين القوانين من تشابه في المعنى والقصد والغاية، لأنه ينبغي الرجوع إلى قصد واضعي القانون في شرح مواده، وأقوى مرجع في ذلك الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية السوري، ومنها في الفقرة (٧): أن الطلاق لم يشرع إيقاعه دفعة واحدة، وإنما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق، لأن الله

تعالى قال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. ولهذا نصت محكمة النقض في قرارها هذا على ما يلي:

الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد.ومثل هذا نصت في قرار آخر:

الطلاق المتعدد المضاف إلى زمن ماض يُعَدُّ طلاقاً واحداً بتاريخ الإخبار إن لم يثبت بالإضافة على الوجه الشرعي (نقض ـ ش ـ ٣٧٢ ـ ٣٦٦ ـ ٢٧/ ١٠/ ١٩٦٤).

وناقش الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني ما ذهبت إليه محكمة النقض وأنه ينبغي أن يعد القانون ساكتاً عن الطلاق المكرر فيرجع فيه إلى تطبيق الراجح من مذهب الحنفية بحسب ما تقضي به المادة (٣٠٥) وهو اعتبار الطلاق المكرر ثلاثاً، لأن اللفظ أقوى من القصد، والرجوع إلى المذكرة الإيضاحية إنما يكون عند غموض النص، وأما عند نقص النص فيرجع إلى المادة (٣٠٥)، ويؤيد هذا الرجوع مقتضى المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي».

ودلالة المادة واضحة على وقوع الطلاق في العدة وهو صورة من صور تكرار الطلاق إذ معناها أن من طلق امرأته ثم طلّقها بعد ساعة أو يوم أو أسبوع وهي في عدّتها فإن الطلاق واقع عليها، مما يدل على أن قصد المشرع وقوع الطلاق المكرر، لأن هذه المادة تَعُدُّ المكرر في المجالس أو المجلس في العدة واقعاً، وبالتالي يلزم وقوع الطلاق المكرر أكثر من طلقة بمقتضى النصوص القانونية وتفسيرها.

وعليه فإن التعارض الحاصل بين اجتهاد محكمة النقض في عدم وقوع الطلاق المكرر وبين دلالة المادة (٨٦ أحوال) الدالة على وقوع الطلاق في العدة، والعدة تبدأ من لحظة الطلاق فيمكن إيقاع الطلاق في اللحظة الثانية

وهكذا، فإذا قلنا المكرر لا يقع فلا يقع في العدة[1]!! وهو يخالف المادة (٨٦).

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على المكرر في المادة (٩٠): «الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بها إلا طلقة واحدة».

---

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني: ٢/ ١٩ ـ ٢٢، المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ١/ ٣٤٦ ـ ٣٤٨ وقد ذكر مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في المادة (٧٩):

أ ـ لا يقع طلاق إلا في حضرة الموثق المبين في الفقرة التالية:

ب ـ يسمع تقرير الطلاق ويوثقه: ١ ـ الكاتب بالعدل...

وهذا أمر في رأيي يرفض الأسرة للفضائح ولعدم تقويم الأسرة الذي يشكله رادع الطلاق ثم يجعل وقوع الطلاق بعد توثيقه أمراً محسوماً لا تردد في وقوعه، ولن يقصر الناس لأجل إيقاع الطلاق إلى المبادرة إلى الموثق، فربما هدمت الأسرة بدل أن يحافظ عليها.

الفصل الثاني:
الطلاق بالإرادة المنفردة

المبحث الأول صيغ الطلاق:

المطلب الأول: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي.

المطلب الثاني: الطلاق بالكتابة والإشارة وغيرهما.

المطلب الثالث: الطلاق المنجَّز والمضاف إلى الزمن والطلاق المعلّق على شرط.

المبحث الثاني: القصد في الطلاق:

المطلب الأول: طلاق الهازل.

المطلب الثاني: طلاق السكران.

المطلب الثالث: طلاق المدهوش والغضبان.

المطلب الرابع: طلاق المكره.

المطلب الخامس: طلاق المخطئ.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية والقصد في الطلاق.

المبحث الثالث: شروط المطلقَ والمطلَّقة والتفويض والنيابة في الطلاق:

المطلب الأول: شروط المطلِّق والمطلَّقة.

المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية وتصريحاً.

المطلب الثالث: التوكيل بالطلاق.

المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة.

المطلب الخامس: طلاق الولي والفضولي.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني وشروط المطلِّق والمطلَّقة والنيابة في الطلاق.

المطلب السابع: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد وشروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق.

المطلب الثامن: اقتراحات في شروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق.

المطلب التاسع: الطلاق التعسفي.

المطلب العاشر: طلاق المريض مرض الموت.

المبحث الأول:

صيـغ الطـلاق

إن الأصل وقوع الطلاق بكل ما يدل عليه لغة أو عرفاً احتياطاً للقاعدة الفقهية: الأصل في الأبضاع التحريم، وإذا اجتمع الحاظر والمبيح قدِّم الحاظر.

المطلب الأول: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي[1]

إن استعمال اللفظ في إيقاع الطلاق، إما أن يكون صريحاً، وإما أن يكون كناية.

فالصريح: هو الذي لا يحتمل ظاهره غير معنى الطلاق لغةً أو عرفاً.

ذهب الجمهور إلى أنه يقصر الصريح على لفظ الطلاق ومشتقاته، مثل: أنت طالق، أو أنت مطلقة، أو طلقتك، أو يقول: امرأتي مطلقة أو طلقتُ زوجتي، فلا يقبل منه ادعاؤه سبقَ لسانه إليه وعدمَ قصد الطلاق فيه، ووقعت عليه، ودين فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال الحنفية والشافعية: إذا قال لها: أنت محرمة أو أنت عليّ حرام ونحوها، فإن كان لفظ اشتهر بين الناس وجرى العرف على استعمال هذا اللفظ للدلالة على إيقاع الطلاق، كان اللفظ صريحاً وإلا فلا.

وذهب الشافعية إلى أن الصريح ثلاثة ألفاظ، وهي: الطلاق، والفراق، والسراح، وما اشتق منها.

وذلك لورود هذه الألفاظ في الشرع، وهي معروفة باستعمال الشرع واللغة للدلالة على ذلك، فقد وردت في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤٦٦، الهداية: ١/ ٢٥١ ـ ٢٥٣و٢٦٣ ـ ٢٦٥، بلغة السالك: ١/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧، تحفة المحتاج: ٨/ ٧، روضة الطالبين: ٨/ ٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٠ ـ ٢٨٣، كشاف القناع: ٥/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ و٢٥٠ ـ ٢٥٢.

وقال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]، وقال تعالى: ﴿وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

ولم يعد الجمهور الفراق والسراح من الصريح، لاستعمالهما في غير النكاح، إذ يقال: سرحت إبلي وفارقت صديقي، ولذلك عدُّوهما من الكناية.

وذهب المالكية إلى أن الكناية كالصريح وهي التي تستعمل في الطلاق وحل العصمة، مثل قوله: أنت بائن أو بتلة وما أشبه ذلك.

أحكام اللفظ الصريح:

أ ـ عدم حاجة اللفظ الصريح إلى النية: أي إنْ تلفظ الزوج بالطلاق تنحل به عقدة الزوجية سواء نوى حل عقد النكاح أو لم ينو ما دام قد قصد التلفُّظ بالطلاق.

ب ـ يقع الطلاق بها رجعياً وواحداً إن تكن مدخولاً بها، لاستعمالها ووضع الشارع لها للطلاق مع الرجعة، فلو نوى الإبانة ردَّت عليه في مذهب الحنفية والحنابلة دون الشافعية والمالكية فيقع بائناً بنيته وأكثر من واحدة بنيتها أيضاً[1].

أما اللفظ الكنائي:

هو ما يحتمل معنى الطلاق وغيره لغة وعرفاً.

وهي ألفاظ كثيرة، منها: أنت بائن، أمرك بيدك، الحقي بأهلك، اذهبي، اخرجي، قومي، خلية، بريّة، بتلة، اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة. فهذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، إذ يحتمل أنت بائن أنها مطلقة أو أنها جميلة، وكذا أمرك بيدك يحتمل أنه طلقها، أو أنها تتصرّف في أمرها كيفما شاءت.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٥١، بدائع الصنائع: ٣/ ١٦١، بلغة السالك: ١/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٧٨، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٠ ـ ٢٨٢، المغني: ٧/ ١٢١، كشاف القناع: ٥/ ٢٥١ ـ ٢٥٢.

وذهب عامة الفقهاء إلى وقوع الطلاق بالكناية بشرط اقترانها بالنية، وأضاف الحنفية والحنابلة دلالة الحال من خصومة وغضب، فإن دلّت على إرادة الطلاق وقع دون نية قضاءً، ودين بينه وبين الله تعالى فلم يقع إلا إن نواه فيقع.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يكون ثلاثاً بالكناية الظاهرة مع نية الطلاق ولو نواه واحداً، وذهب الآخرون إلى أنه بحسب ما ينويه.

وقال الحنفية: يكون الطلاق بائناً في الكنايات إن نوى الطلاق إلا في ثلاثة ألفاظ هي: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة.

وذهب الشافعية مطلقاً والحنابلة في الكناية الخفية إلى أن طلاق الكناية لا يكون إلا رجعياً، ولو وصفه بالبينونة، وكذلك المالكية فيما عدا الكنايات الظاهرة.

قانون الأحوال الشخصية السوري ومحكمة النقض والطلاق الصريح والكنائي:

نصت المادة (٩٣): يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية.

وتعد هذه المادة في مجملها إعمالاً لمذهب الشافعية في عد طلاق الكناية رجعياً، لأن الصريح يكون رجعياً إذا لم يقترن بالبينونة فمن باب أولى أن تكون الكناية ـ وهي خلفه ـ رجعياً، كما أن القانون لم يأخذ بمذهب الحنفية والحنابلة في اعتبار دلالة الحال.

كما لم يعد القانون طلاق الكناية ثلاثاً لأنه لم يعدُّ المقترن بالعدد والمكرر ثلاثاً فأولى عدم اعتبار غيرهما ثلاثاً، ولو نواه، وهذا لا يضعف مذهب الجمهور ولا يلغي إرادة المطلِّق، ولكن يمكن عد هذا من الفتوى، أو إذا وصل الأمر إلى القضاء، ولا يمكن الاطلاع على النوايا فلهذا لم تعتبر، إلا إذا دلت قرائن اللفظ على احتماله للطلاق عرفاً بما تجري به ألفاظ الناس، لأن العرف معتبر في الأحكام، مع نية المطلق إرادةَ الطلاق فيقع الطلاق عليه.

ولهذا نصت محكمة النقض (ش ـ ١٤٤ ـ ١٣٨ ـ ٣/ ٥/ ١٩٦٢): الطلاق

بالألفاظ الصريحة عرفاً يقع دون نية.

وفي قرار آخر (ش ـ ١٣٠ ـ ١٢٣ ـ ٦/ ٤/ ١٩٦٠): الطلاق بالألفاظ الكنائية لا يقع إلا بوجود النية.

المطلب الثاني: الطلاق بالكتابة والإشارة وغيرهما

ويمكن إيقاع الطلاق بالكتابة والإشارة وبالمُرْسَل، وبيانه:

أولاً: الطلاق بالكتابة[1]:

يقع الطلاق بالكتابة بشروط:

أ ـ أن تكون الكتابة مستبينة: وهي ما يكتب من الطلاق مما يمكن قراءته وفهمه على الصحيفة واللوح والحائط أو ما شابه ذلك، فيقع الطلاق مع نيته عند الجمهور، فإن نوى تجويد خطّه وإزعاج زوجته ولم ينوِ طلاقها لم يقع، وخالف الحنابلة فقالوا: إن كتب صريح طلاقها وقع ولو لم ينوه، وعليه ما يأتي في المرسومة يقع من باب أولى، وإلا بأن كانت غير مستبينة، كأن يكتب على الماء أو الهواء فلا يقع اتفاقاً.

ب ـ أن تكون الكتابة مرسومة: وهي بالكتاب المعنون والمصدّر باسم الزوجة والزوج، وهو أن يكتب الزوج: إلى زوجتي فلانة أما بعد: فأنت طالق، فيقع الطلاق نواه أو لا، وخالف المالكية والشافعية فلم يوقعوه إلا بنيته، وإلا بأن كانت غير مرسومة فلا يقع الطلاق بها إلا إن نواه.

كما ويمكن أن يقع الطلاق بمجرد كتابته إن أوقعه كما مضى إلا إذا علق الطلاق على وصول كتابه فتطلق عند وصوله.

ثانياً: الطلاق بالإشارة[2]:

يعد وقوع الطلاق بالإشارة المعهودة والمفهومة من الأخرس واقعاً

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤٢٨، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٩، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٨٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤٢٥، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٠، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٨٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٤، كشاف القناع: ٥/ ٢٤٩.

لاقترانها بتصويت منه دفعاً للحاجة، وتقوم مقام عبارة الناطق.

وفي ظاهر الرواية عند الحنفية: إذا كان الأخرس يجيد الكتابة، فلا يعتد بإشارته، لأن الكتابة أبلغ من الإشارة، وهذا خلافاً للجمهور، إلا الحنابلة فعدوها أولى وحسب.

أما إذا لم يكن كاتباً وليس له إشارة معهودة معروفة تدل على الطلاق فلا يقع الطلاق، وتعد إشارته باطلة عند الحنفية والمالكية، وقال الشافعية والحنابلة: تعد إن اقترنت بالنية.

أما القادر على النطق فلا يقع الطلاق بالإشارة الصادرة منه عند الجمهور إلا المالكية فيقع الطلاق بها إن كانت الإشارة مفهمة وتدل القرائن على إرادة الطلاق بها ولا تفتقر إلى نية.

ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية السوري والكتابة والإشارة:

نصت المادة (٨٧): ١ ـ يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ويتضح من نص هذه المادة التسوية بين اللفظ والكتابة في وقوع الطلاق، فلم تفرق المادة بين نية الطلاق في الكتابة أو لا، وهو كما ذهب إليه الحنابلة، وإطلاقها يجعل محض الكتابة إيقاعاً للطلاق دون حاجة إلى نية كما هو اللفظ، إلا إن ادعى أنه لم يرد الطلاق فيدين كما سبق في اللفظ، ولكن هذا يخالف رأي جمهور الفقهاء، وهو يخالف قصد المشرع في عدم التوسع في الطلاق.

وقد كانت المادة (٧٤) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد أكثر تحديداً إذ اشترطت العجز عن اللفظ لقبول الكتابة، فنصت:

ب ـ ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة.

ج ـ ويقع من العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهمة.

وذلك لأن الكتابة خلَف عن اللفظ فهي أدنى من اللفظ في التعبير عن الإرادة الإنشائية، كما هو الواقع، فقد تكون كتابته ليجرب خطه.

ويشترط للانتقال إلى الإشارة العجز عن اللفظ والكتابة.

ولابد من معرفة هذه الإشارة بكونها مفهمة المراد بمعنى أنها عادة سابقة تفهم معنى التطليق[1].

رابعاً: الطلاق بالمُرْسَل[2]:

يقع الطلاق بالرسول للمرأة الغائبة بمجرد إيقاعه بقوله: أخبرها بطلاقها، ولو لم يصل إليها، لأن كلام الرسول كلام المرسل، إلا إذا علق طلاقها على وصول الرسول إليها.

وهذا أمر إجرائي يتعلق بإثبات وقوع الطلاق وإيقاعه، وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري (م٨٥ف٢): يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

وهذا ما قضت به محكمة النقض(ش ـ ٨٠ ـ ٧٩٣ ـ ٢٠/ ٩/ ١٩٨٠): «تثبيت واقعة الطلاق هو من النظام العام».

وفي قرار لها (ش ـ ٨٥٧ ـ ٨٠٢ ـ ٣٠/ ٩/ ١٩٨٠):

«قد يقع الطلاق دون أن يسجل في سجلات الأحوال المدنية وعلى القاضي الاستيضاح عن هذه الناحية».

والذي أراه أن هذين القرارين قد ألغيا دور الإفتاء وأجازا لغير أصحاب العلاقة الإخبار عن الطلاق وبالتالي:

تقرير المتاركة والإجبار عليها، وأرجح أن يكون للإفتاء دوره المعتبر في هذه القرارات، مع الأخذ بعين الاعتبار أقوال الفقهاء ـ ولا شك الإفتاء المعتد به الصحيح الصادر من أهله ـ.

---

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١٣٢ ـ ١٣٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٩و١٢٦، الشرح الكبير: ٢/ ٣٨٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٩.

خامساً: الطلاق بمجرد النية (الكلام النفسي)[1]:

ذهب الجمهور إلى أنه لايقع الطلاق بمجرد النية والعزم أو بكلامه النفسي من غير لفظ، فلو نوى طلاق امرأته، لم تطلق، لأن التحريم في الشرع عُلِّق على الطلاق، ونية الطلاق ليست بطلاق، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حَدَّثَتْ به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم»[2].

ولأن الطلاق إزالة ملك فلا يزول بالنية كالبيع والهبة، ولأنه عقد فلا يصح بمجرد النية وإنما بالقول وما قام مقامه عند العجز عن الكلام ـ كما سبق ـ وهذا عند عامة الفقهاء وهو المعتمد عند المالكية.

وفي قول آخر عند المالكية: إن من طلق بالنية دون اللفظ ينفذ، وهذا خلاف المشهور، والاحتجاج على أنه تكفي النية بقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[3] لا يصلح، لأنه ليس يلزم من اشتراط النية في العمل ـ في هذا الحديث ـ أن تكون النية كافية بنفسها.

وإذا كان الطلاق الكنائي لا يقع إلا بالنية، فإذا افتقد التصرف ركنه المادي الدال عليه فلا يمكن إيقاعه، وهو دلالة المادة (٨٧ أحوال): «يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة».

أي: فلا يقع الطلاق بالكلام النفسي وما أشبهه في رأي القانون.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤١٧ ـ ٤١٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٨٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٠، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٩.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكره: ٣/ ١٨٩٤، رقم: ٤٩٦٨، ومسلم: كتاب الإيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس، ١/ ٢٧٩، رقم: ١٢٧.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب بدء الوحي، باب: كيف بدء الوحي، ١/ ٣، رقم: ١. ومسلم: كتاب الإمارة، باب: قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنية، ٤/ ١٩٨٨، رقم: ١٩٠٧.

المطلب الثالث: الطلاق المنجَّز والمضاف إلى الزمن والطلاق المعلَّق على شرط

يقسم الطلاق باعتبار صيغته إلى: المنجز والمضاف إلى المستقبل والمعلق على شرط.

أولاً: الطلاق المنجز[1]: هو حل عقد النكاح في الحال، كقوله: أنت طالق، أو اذهبي إلى بيت أهلك ينوي طلاقها، وأما الطلاق المضاف: فهو الطلاق المضاف إلى الزمن، وأما المعلق: فهو معلق على حدوث شرط ما.

واتفق الفقهاء على أن الأصل في الطلاق التنجيز وأنه يمكن وقوعه أيضاً بالإضافة والتعليق.

الفرق بين المنجز والمضاف والمعلق[2]:

ينعقد الطلاق المنجز سبباً في الحال ويعقبه حكمه مقارناً لصيغته.

وأما المضاف إلى المستقبل فينعقد سبباً في الحال لأن الإضافة ليست شرطاً لا يتأخر عنه فانعقدت سبباً للحال، ولكن لأن فيه معنى الشرط لا يقع في الحال فاختلف عن التنجيز فينعقد سبباً للحال كالمنجز، ويتأخر عنه حكمه على شرطه بعد شهرين مثلاً، فيكون صدور الطلاق في الحال ووقوعه في الوقت الذي أضيف إليه.

وأما المعلق على شرط فلا ينعقد سبباً إلا عند وجود شرطه عند الحنفية، و عند الشافعية يمنع الحكم لا السبب.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤١٤ ـ ٤١٥، بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦، فتح القدير: ٣/ ٣٢٥، إعانة الطالبين: ٤/ ٢٢ ـ ٢٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ٤٧٧.

(٢) البحر الرائق: ٤/ ٥ ـ ٦.

ثانياً: الطلاق المضاف إلى الزمن[1]:

وهو حل عقد النكاح في وقت ما، كقوله: أنت طالق آخر الشهر القادم أو أنت طالق أمس.

شروطه:

أ ـ أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق في الحال.

ب ـ أن تكون الزوجة صالحة لأن يقع عليها الطلاق في الزمن الذي أضيف إليه.

آراء الفقهاء في الطلاق المضاف:

ذهب الجمهور ـ وهو أحد قولين عن الإمام أحمد رجحه ابن تيمية ـ إلى أنه إن أضاف الطلاق إلى زمن المستقبل فإن الطلاق يقع عند حلول الأجل.

وقال المالكية: إن أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل مشكوك فيه أو غالب أو محقق الوقوع، فقال: أنت طالق بعد سنة طلقت منجزاً، فإذا كان ممكن الوقوع غير غالب انتظر: فإن حصل المعلق عليه لزمه الطلاق، فإن كان يريد الحنث بيمينه لزمه الطلاق كقوله: عليه الطلاق ليدخلن الدار.

فإن أضافه إلى زمن ماضٍ فقال عامة الفقهاء: يقع للحال منجزاً مقتصراً على وقت إيقاعه، سواء كان وقوعه للحال أو الإخبار عن نفسه بأنه طلقها في ذلك الزمن السابق، وصُدِّقَ بيمينه.

وإن كان التصديق مستحيلاً كأن يقول لها: أنت طالق منذ خمسين سنة، وعمرها أقل من ذلك كان لغواً عند الحنفية والمالكية وخالفهم الشافعية والحنابلة فقالوا: يقع للحال إن لم يكن له نية، أو نيته الإيقاع.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦ ـ ١٢٨، فتح القدير: ٣/ ٣٥٢ ـ ٣٥٣و٣٦٨ ـ ٣٧١، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٣٩ ـ ٤٤٠، الهداية: ١/ ٢٧٣، الشرح الكبير: ٢/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠، الشرح الصغير: ١/ ٤٦٢ ـ ٤٦٤، مغني المحتاج: ٣/ ٣١٣ ـ ٣١٥، المهذب: ٢/ ٩٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٧٢ ـ ٢٧٩، المغني: ٨/ ٣١٧ ـ ٣٢٨، دليل الطالب: ٢٧٣، منار السبيل: ٢/ ٢٤٧، مجموع الفتاوى: ٣٣/ ٤٦ ـ ٤٧، المحلى: ٩/ ٤٧٦.

وذهب الظاهرية والجعفرية إلى أن الطلاق المضاف لا يقع، لأنه لم يأت دليل على وقوع الطلاق المضاف، وكل طلاق لا يقع حين إيقاعه لا يقع بعد[1].

وذهب الحنابلة في القول الثاني عن الإمام أحمد إلى أنه لا يقع ويعد يميناً[2].

ثالثاً: الطلاق المعلق[3]:

هو ترتيب إيقاع الطلاق على شيء محتمل الوجود[4]، باستخدام إنْ وأخواتها من أدوات الشرط، سواء تقدم الشرط أو تأخر، بشرط اتصاله ونيته.

وسواء علقه بنفي فعل أو بطلب فعل، ويستوي أن يكون من فعل المطلق كقوله: أنت طالق إن دخلتُ دار فلان، أو من فعل المطلقة: كقوله: أنتِ طالق إن دخلتِ دار فلان، أو من فعل غيرها: إن زارك فلان فأنت طالق...فإنه يسمى عند الجمهور يميناً مجازاً، لما فيه من معنى القسم، الذي هو تقوية عزم الحالف أو عزم غيره على فعل شيء أو تركه.

ويقع منجزاً للحال إن قصده ولو أتى بالشرط، ومثله ما لو علقه على أمر كائن كإن دخلت الدار وهي فيها، وإذا كان الشرط يقتضي التكرار تكرر

---

(١) المحلى: ٩/ ٤٧٩، اللمعة الدمشقية: ٦/ ١٦.

(٢) مجموع الفتاوى: ٣٣/ ٤٧.

(٣) البحر الرائق: ٤/ ٢ ـ ٧، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥، بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦ ـ ١٢٨، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٩ ـ ٤٣١، الهداية: ١/ ٢٧٣ ـ ٢٧٥، الشرح الصغير: ١/ ٤٦٢ ـ ٤٦٥، الشرح الكبير: ٢/ ٣٨٩ ـ ٣٩٤، المهذب: ٢/ ٨٨ ـ ٨٩، مغني المحتاج: ٣/ ٣١٦ ـ ٣١٨، إعانة الطالبين: ٤/ ٢٢ ـ ٢٣، دليل الطالب: ٢٢٣، المغني: ٨/ ٣١١و٣٢٤ ـ ٣٤٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٨٤ ـ ٢٨٩، منار السبيل: ٢/ ٢٤٩ ـ ٢٥٢، المغني: ٨/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥، المحلى بالآثار: ٩/ ٤٧٦ ـ ٤٧٩، زاد المعاد: ٥/ ١٨٧ ـ ١٨٨، إعلام الموقعين: ٣/ ٦٩ ـ ٧١، اللمعة الدمشقية: ٦/ ١٦ ـ ١٧.

(٤) رد المحتار: ٢/ ٤٣٩، كشاف القناع: ٥/ ٢٨٤.

الطلاق، كقوله: كلما دخلت الدار فأنت طالق.

ولا يقع الطلاق المعلق مع النسيان والجهل بأنه المعلق عليه عند الشافعية، ويقع عند الحنابلة لأنه كالإتلاف لحق الآدمي.

حكم الطلاق المعلق وآراء الفقهاء فيه:

١ ـ اتفق العلماء على كراهته والأئمة الأربعة على وقوع الطلاق بتحقق الشرط المعلق عليه، وإلا لم يقع، سواء في ذلك أن يكون الشرط المعلق عليه من فعل الحالف، أو المحلوف عليها، أو غيرها أو لم يكن من فعل أحد.

وذلك لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[1] ولأن للطلاق قوة السراية عند حدوث شرطه.

ولكن المالكية ذهبوا إلى التفصيل:

١ ـ فالتعليق بالماضي الممتنع عقلاً أو عادة أو شرعاً يقع حالاً ناجزاً، كقوله: علي الطلاق لو جاء زيد أمس، علي الطلاق لوجاء أمس ليرفعنه إلى السماء، لوجاء أمس لزنى بامرأته.

٢ ـ التعليق بالماضي الجائز والواجب شرعاً كقوله: علي الطلاق لو جئتني أمس لقضيتك حقك يقع حالاً ناجزاً ويحنث للشك في فعله وعدمه، فيقع الطلاق ولا يجوز الجماع للفرج المشكوك في حليته.

ورجح الدردير عدم الحنث مع الجزم بالفعل دون الترديد فيه.

٣ ـ وأما التعليق بالمستحيل مستقبلاً فإنه لا يقع عليه.

٤ ـ وأما التعليق بالأمر المحتمل الوجود فإنه لا يقع الطلاق، وينتظر حصول المحلوف عليه، كقوله: إن دخلت الدار أو أكلت أو لبست... وهي يمين بر، وأما يمين الحنث (النفي) التي يعزم فيها على فعل كقوله: إن لم

---

(١) أخرجه الترمذي: كتاب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح، ٣/ ٦٣٤، رقم: ١٣٥٢، وذكره البخاري معلقاً في كتاب الإجارة، باب: أجرة السمسرة: ٢/ ٧٤١.

أدخل فطالق فيحنث، إلا إذا كانت مؤجلة فينتظر في يمين النفي(الحنث) فيما هو ممكن الوقوع، كقوله: إن لم أقم إن لم آكل، والتعليق بما لا يعلم حالاً ولا مآلا تَنجيز.

٢ ـ وذهب الجعفرية والظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق بالتعليق لأنه ليس من الطلاق المشروع، وإذا أتى به الشخص فهو ليس بطلاق، كما أنه ليس بيمين[١].

٣ ـ وفصل ابن تيمية ووافقه تلميذه ابن القيم بين حالتين: أن يقصد باليمين الحث على فعل أو المنع منه بالحلف بإيقاع الطلاق، فله حكم اليمين، وفيه عند الحنث كفارة اليمين ولا يقع الطلاق، وسماه صيغة القسم.

أو أن يقصد إيقاع الطلاق فينظر: إن كان الأمر المعلق عليه أشد كراهة عليه من الطلاق وقع الطلاق، وإلا بأن كان الطلاق أشد عليه لم يقع الطلاق، كقوله: إن زنيتِ فأنت طالق طلقت، وسماه: صيغة التعليق[٢].

ثانياً: الأدلة والمناقشة:

أولاً: أدلة القول الأول: استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول:

١ـ الكتاب: استدلوا بإطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج مثل قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]فهي لم تفرق بين منجز ومعلق ولم تقيد وقوعه بشيء، والمطلق يعمل به على إطلاقه، فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على وجه اليمين أو غيره.

٢ـ السنة: استدلوا بعدة أدلة من السنة:

قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[٣]، وهو شرط في الطلاق كغيره

---

(١) اللمعة الدمشقية: ٦/ ١٦، المحلى: ٩/ ٤٧٦.

(٢) غاية المنتهى: ٣/ ١٤٢ ـ ١٤٣، زاد المعاد: ٥/ ١٨٨، مجموع الفتاوى: ٣٣/ ٤٤ ـ ٤٥و٢٢٣.

(٣) تقدم في الصحيفة السابقة.

من التصرفات تلزم بوجود شرطها.

قال نافع: (طلق رجل امرأته البتة إن خرجت) فقال ابن عمر: «إن خرجت فقد بُتَّتْ منه، وإن لم تخرج فليس بشيء»[1].

و عن ابن مسعود رضي الله عنه في رجل قال لامرأته: «إن فعلت كذا وكذا فهي طالق فتفعله، فقال ابن مسعود: هي واحدة وهو أحق بها»[2].

و عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: «أيما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت حتى الليل، فخرجت امرأته قبل الليل بغير علمه طلقت امرأته»[3].

٣ ـ المعقول: إن الحاجة داعية إلى تعليق الطلاق كما هي في التنجيز زجراً للمرأة في حثها على فعل شيء أو منعها من فعل شيء، فإن خالفت كانت مريدة للطلاق موافقة لرغبة الزوج، ويقاس الطلاق المعلق على المداينة إلى أجل والعتق إلى أجل.

وهو ما أراه راجحاً مطابقاً للنصوص وواقع حال الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، وهو الذي ينبغي تعليمه للناس، لتكون علائقهم مع زوجاتهم وفق الأدلة الأقوى والأنقى، لا وفق أدلة ليست بالقوية.

ثانياً أدلة القول الثاني:

إن تعليق الطلاق صورة يمين كما أن اليمين بغير الله تعالى لا تجوز لقوله ﷺ: «ألا من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»[4] ثم قالوا: ولا طلاق إلا ما أمر الله، ولا يمين إلا ما سماه الله تعالى يميناً، أو على لسان رسول الله ﷺ، واليمين بالطلاق ليس يميناً بل هو معصية، والله تعالى يقول: ﴿وَمَن

---

(١) صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكره والسكران، ٣/ ١٨٩٣.

(٢) سنن البيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب: الطلاق بالوقت والفعل، ٧/ ٣٥٦.

(٣) المرجع السابق: ٧/ ٣٥٦.

(٤) أخرجه البخاري في فضائل الصحابة، باب أيام الجاهلية: ٢/ ١٣٠٥، رقم: ٣٦٢٤.

يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١].

اعترض: بأن تسمية الطلاق المعلق يميناً إنما هو على سبيل المجاز من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى، وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر فلا يكون الحديث المذكور متناوِلاً الطلاق المعلق، ثم إن السنة وردت بوقوع الطلاق المعلق.

وعن طاووس أنه كان يقول: «الحلف بالطلاق باطل ليس بشيء»[1].

ويقاس الطلاق على النكاح فكما لا يجوز تعليق النكاح كذلك لا يجوز تعليق الطلاق.

اعترض بأنه قياس مع الفارق لأن تعليق النكاح منافٍ للمقصود منه، أما الطلاق فإنه لا ينافيه.

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

إذا كان المقصود من التعليق الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر كان في معنى اليمين، فيكون داخلاً في أحكام اليمين، وقد قال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] فإذا لم يكن يميناً كان لغواً.

اعترض بأن الطلاق المعلق لا يعد يميناً شرعاً ولا لغة وإنما يعد يميناً على سبيل المجاز، وعليه: فليس له حكم اليمين بمعنى الحلف بالله أو بصفة من صفاته، وإنما له حكم آخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

وأخرج البخاري[2] عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «الطلاق عن وطر والعتاق ما أُريد به وجه الله» أي إن الطلاق يقع ممن غرضه إيقاعه لا ممن يكره وقوعه كحلف المكره.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: كتاب الطلاق، باب: طلاق الكره: ٦/ ٤٠٦.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكره والسكران، ٣/ ١٨٩٣.

اعترض بأن معنى الوطر أنه لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة، كالنشوز وليس ما ذكرتم.

ويستبين خلال عرض أدلة الفريقين الأخيرين ضعف أدلتهم وقوة أدلة الجمهور، والترجيح فيها تبعاً لمصلحة المجتمع، أن تتعافى الأحكام قبل الوصول إلى القضاء فإذا وصلت إلى القضاء فينبغي الأخذ بالراجح والقوي، ليعلم الناس ذلك فيجتنبون الوقوع فيما حرم الله تعالى.

شروط الطلاق المعلق:

١ ـ أن يكون الشرط المعلق عليه معدوماً عند التعليق وإلا كان تنجيزاً.

٢ ـ أن يكون الشرط محتمل الوقوع غير مستحيل، فإن كان مستحيلاً لم يقع الطلاق عند جمهور الفقهاء، وجعل المالكية التعليق بالماضي الممتنع المستحيل تنجيزاً.

٣ ـ اتصال فعل الشرط بجواب الشرط ووجود فاصل لا يعد معه فاصلاً عرفاً غير معتبر كإساغة لقمة.. وإلا بأن فصل بكلام آخر أجنبي أو بكلام غير مفيد وقع منجزاً ولغا التعليق.

٤ ـ ذكر المعلق عليه في صيغة التعليق وإلا لغا التعليق.

٥ ـ قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليه وهو مذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية دون جمهور الحنفية والمالكية فيصح[1].

رابعاً: قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق المنجز والمضاف والمعلق:

نصت المادة (٩٠): لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير.

---

(١) البحر الرائق: ٤/ ٢، بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦ ـ ١٣٣، رد المحتار: ٢/ ٤٣٩ ـ ٤٤٠، الشرح الكبير: ٢/ ٣٧٠ ـ ٣٧٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٨٤ ـ ٢٩٦.

ويعد الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني هذه المادة شاملة للطلاق المضاف والمعلق، وأنه لا يعد المضاف منجزاً، لأن المضاف يدخل في قصد المطلق لأنه من الطلاق غير المنجز.

ويلاحظ هنا أن القانون ذهب مذهب ابن تيمية والجعفرية والظاهرية في عدم وقوع الطلاق المعلق إلا إذا كان حقيقة قصد المكلَّف إرادة الطلاق، كما ذهب مذهب أحد القولين عن الإمام أحمد والظاهرية والجعفرية في عدم وقوع الطلاق المضاف.

وهذا الرأي الذي أخذ به القانون يعد أخذاً بما يناسب الواقع، وهو أقرب للفتيا منه للترجيح بين الأقوال، وذلك لقصد واضع القانون التقليل من الطلاق ما أمكن، وهو أمر مرغوب به شرعاً، ولكن ذلك لا يعني ضعف قول الجمهور بل هو الراجح، وكان الأولى الأخذ برأي الجمهور، ويترك أمر التخفيف والتيسير للإفتاء، كما هو وفق الأدلة في التفريق بين الحكم العام وبين الإفتاء الخاص.

وقد أدخل عامة الفقهاء الطلاق القسمي في الطلاق المعلق على فعل شيء، وفصّله ابن تيمية والجعفرية وكذلك فعل القانون.

وحجة القانون فيما ذهب إليه أن قصد المكلف المنع أو الحث أو القسم رغبة في أمر أو عن أمر وليس مراد المكلف إيقاع الطلاق، ولا يخفى أن المطلق حينما يقرن الطلاق بالإضافة والشرط والتعليق..إنما يدخل في الطلاق ما ليس منه، كما أنه يجري الطلاق دون تمسك بالطلاق السني أو اهتمام به..، وركن الطلاق صيغته الدالة على إيقاع الطلاق، وهنا الصيغة أضعف من أن تدل على الطلاق جزماً مع وجود التعليق والإضافة..إلا إذا كان هذا يمكن إهماله مما يتبين معه أن قصد المكلف إيقاع الطلاق، وهو ما فصله ابن تيمية، حيث كان الأمر المقابل للطلاق أكثر كراهية عنده من الطلاق مما يدل على إرادته للطلاق.

هذا ما نصت عليه محكمة النقض (ش ـ ٨٠ ـ ٧٥ ـ ١٠/ ٣/ ١٩٧٣): إذا

قال الزوج لزوجته: إن ذهبت مع أخيك فأنت طالق، ثم ذهبت، وكان الزوج ينوي الطلاق فعلاً في حال ذهاب الزوجة، فالطلاق في هذه الحالة يعدُّ ناجزاً، وعلى المحكمة التحقق من ذلك.

فنية الزوج إيقاع الطلاق لا حثها أو منعها فقط، ولذا وقع الطلاق عليها.

فإذا كان قصد المطلق الحث على فعل أو المنع من فعل، فنصت محكمة النقض(ش ـ ٣١١ ـ ٢٧٥ ـ ٨/ ١٠/ ١٩٦٠): «الطلاق غير المنجز لا يقع إذا كان يقصد به الحث على فعل أو المنع منه».

ثم أوضحت محكمة النقض كيفية معرفة هذا القصد فنصت (ش ـ ٢٤٦ ـ ٣٢٧ ـ ٢١/ ١١/ ١٩٥٦): «يشترط لعدم وقوع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق وأن يثبت ادعاءه بيمينه».

وحسناً ما ذهبت إليه محكمة النقض إذ اشترطت اليمين للتحقق من صحة قصده، وعلى القاضي التحقيق في ذلك لإعطاء النتيجة المشروعة عند اطلاعه برضا الطرفين أو لا (ش ـ ٣٨١ ـ ٣٨٣ ـ ٣٠/ ١٠/ ١٩٦٣).

المبحث الثاني:

القصـد في الطـلاق

إن اعتبار النية في التصرفات أصل معتبر شرعاً، وهذه القصود والنوايا لا تدرك إلا من خلال التصرف الظاهر، وهو الذي يدل عليها ويثبتها باعتبار أن التصرف هو الظاهر من المكلف فهو الذي يدل على نيته وقصده، وإذا اختلفت نيته مع تصرفه قدم اعتبار تصرفه، لأن تصرفه هو الدال على نيته، ولا سبيل لإدراكها بغير ذلك، ولهذا يقدم اعتبار التصرف في العديد من التصرفات دون النية، إلا إذا قامت الأدلة القوية والتي تدل على أن ظاهر التصرف لا عبرة به، فعندئذ يقدم اعتبار النية، وهكذا في الطلاق وما يعرض عليه في أمر القصد والنية، وبيانه في هذه المطالب:

المطلب الأول: طلاق الهازل[1]

الهزل لغة: ضد الجد، وشرعاً: قصد اللفظ دون إرادة معناه الحقيقي أو المجازي.

والهازل المطلق: هو الزوج الذي يطلق دون قصد الطلاق بإجراء ألفاظ الطلاق على لسانه مع قصدها دون قصد أثرها.

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاقه:

فذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق الهازل، لأنه لفظ صريح لا يحتاج إلى نية، واستدلوا بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»[2].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٣، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٣٢، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٨، منار السبيل: ٢/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل، ٢/ ٢٥٩، رقم: ٢١٩٤، والترمذي: كتاب الطلاق، باب: ماجاء في الجد والهزل في الطلاق، ٣/ ٤٩٠، رقم: ١١٨٤.

وذهب بعض المالكية إلى أن طلاق الهازل غير واقع، لأنه لا عزم له ولا إرادة، فهو لم ينو الطلاق بلفظه ولا يقصد إيقاعه.

ولكن يجب التفريق بين حالتين وهما: حالة اللعب واللهو إذ يعلم أنه لا يراد الطلاق، وحالة ادعاء الهزل في الطلاق، فلا يقع في الأولى ويقع في الثانية.

المطلب الثاني: طلاق السكران[1]

السكر: هو اختلال الوعي والإدراك مدة ما بسبب تناول المسكر حراماً أو حلالاً، وقد اختلف العلماء فيه:

فذهب جمهور الفقهاء الأربعة إلى أن طلاق السكران واقع إذا سكر بمحرم، أما لو سكر بغير محرم كما لو كان دواء فشرب منه وكان مسكراً فلا يقع طلاقه.

ووجد في مختلف المذاهب من عارض هذا الرأي وقال بعدم وقوع طلاق السكران لأنه فاقد الإرادة، وذهب إلى هذا الرأي الطحاوي والكرخي من الحنفية، وابن رشد من المالكية، والمزني وأبو ثور من الشافعية، وأبو بكر وابن عقيل من الحنابلة.

وذهب عثمان بن عفان إلى عدم وقوع طلاق السكران لأنه لا يجوز عقوبة السكران بإيقاع طلاقه لأن للسكر عقوبة مقدرة، ولا دخل لعقوبة أخرى، وهي إيقاع طلاقه لمجرد سكره، وغرض الفقهاء الترهيب من الإقدام على السكر.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٥٠ ـ ٢٥١، رد المحتار: ٢/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٣١ ـ ٣٢، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٠ ـ ٢٩١، الإنصاف: ٨/ ٥٣٣ ـ ٥٣٤، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٤.

المطلب الثالث: طلاق المدهوش والغضبان

المدهوش: من الدَّهَش، وهو ذهاب العقل من الذَّهَل والوَلَه والفزع.

والغضبان: وهو من الغضب، وهو نقيض الرضا.

والغضب من المخلوقين: شيء يداخل قلوبهم، وفلان غضبان إذا أردت الحال[1].

واصطلاحاً: المدهوش هو الذي يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد أو ظن الصلاح[2].

والغضب: اختلال العقل بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل[3].

ولا يشترط فيهما أن لا يعرفا ما يقولان، ولكن يكتفى بالهذيان، والغضب إن كان عارضاً لم يعتبر كالعته مع أن المعتوه قد يعلم ما يقول كالغضبان؛ إذ العته مستمر، ولهذا ينبغي إناطة الحكم في الدهش عند غلبة الخلل في الأقوال والأفعال الخارجة عن عادته، ويلحق بالدهش اختلال العقل لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته[4].

آراء الفقهاء في طلاق المدهوش والغضبان[5]:

ذهب الجمهور إلى وقوع طلاق المدهوش، وذهب الحنفية إلى عدم وقوع طلاق المدهوش وإذا نظرنا إلى كلام الجمهور مدققين فإننا نجدهم لا يوقعون طلاق زائل العقل، ولكن الخلاف هل يعد المدهوش زائل العقل؟ الجمهور قالوا: لا يعد، والحنفية قالوا: الدهش ذهاب العقل بغلبة الهذيان

---

(١) لسان العرب: ٥/ ٣١٦و١١/ ٥٤ ـ ٥٥.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٣٤٣.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٧.

(٤) ولو زال عقل الشخص بالصداع لا يقع طلاقه، لأنه لا يميز ما يقوم به الخطاب فلا يعتد بتصرفه، وكذلك المسحور.ر: رد المحتار: ٢/ ٤٢٤.

(٥) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٦ ـ ٤٢٧، فتح القدير: ٣/ ٣٤٣ ـ ٣٤٤، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٠، حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٦٦، روضة الطالبين: ٨/ ٥٤، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥، زاد المعاد: ٥/ ١٩٥.

واختلاط الجد بالهزل فأشبه المعتوهَ قليلُ الفهم، المختلط الكلام، الفاسد التدبير الذي لا يعلم ما يقول مما لا يريده، وهكذا الغضبان والمدهوش.

وأما الغضبان: فذهب عامة الفقهاء إلى وقوع طلاقه، وفي رواية عن الإمام أحمد أنه لا يقع، وعامة الفقهاء أن زائل العقل لا يقع طلاقه، فإذا كان الغضبان قد زال عقله بأن أغمي أو أغشي عليه فلا يقع طلاقه.

ولهذا فصل ابن القيم في الغضبان:

أحدها: ما يزيل العقل فلا يعرف ولا يشعر صاحبه ماذا قال؟ فلا يقع طلاقه.

والثاني: ما يبدو من مظاهر الغضب والشدة مما لا يمنع صاحبه من تصور ما يقصده ويقوله.. فيقع طلاقه.

والثالث: أن يستحكم الغضب ويشتد فلا يزول عقله، ولكنه لا ينويه ولا يريده، ولكنه يوقعه فإذا انتبه ندم فهذا الأولى والأقوى أن لا يقع طلاقه[1].

فالغضبان والمدهوش إذا غلب عليهما الهذيان لا يقع طلاقهما ـ عند من قال به ـ لأنهما ضربان من الجنون بالتحديد السابق لهما[2].

الأدلة:

استدل من قال بعدم وقوع طلاق المدهوش والغضبان بأن رسول الله ﷺ قال: «كلّ طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»[3] ولقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[4].

---

(١) زاد المعاد: ٥/ ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٤٢٧.

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق: باب: ما جاء في طلاق المعتوه، ٣/ ٤٩٦، رقم: ١١٩، وأخرجه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم: قال عثمان: «ليس لمجنون ولا لسكران طلاق»، وقال علي: «وكل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه». وهما مما لا يقال بالاجتهاد فلهما حكم الرفع: ٣/ ١٨٩٢ كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره، نصب الرّاية: ٣/ ٢٢١.

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، ٢/ ٢٥٩، رقم: ٢١٩٣، وابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي: ١/ ٦٦٠، رقم: ٢٠٤٦.

قال أحمد: الإغلاق: الغضب، إذ لا يلزم في المعتوه أن يصل إلى درجة لا يعلم فيها ما يقول ولا يريده. وكذلك المدهوش والغضبان البالغ غضبه، ولا يلزم فيهما عدم العلم بما يقولانه، بل يكتفى بغلبة الهذيان ـ كما قال ابن عابدين ـ لأن الجنون أنواع، وهذا منها لأنه اختلال العقل[1].

وكذلك لقول رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»[2] فكل زائل العقل لا يقع طلاقه ومن ذلك المدهوش وكذلك الغضبان أحياناً.

واستدل الجمهور على وقوع طلاق الغضبان بحديث خولة بنت الصامت وفيه: غضب زوجها فظاهر منها، فأتت النبي ﷺ، فأخبرته بذلك، وقالت: إنه لم يرد الطلاق، فقال النبي ﷺ: «ما أراك إلا حرمت عليه»[3] وكان الظهار كالطلاق، مما يدل على أن الطلاق مع الغضب واقع.

كما استدلوا بأن في تفسير الإغلاق بالغضب ضعفاً؛ لأن طلاق الناس لا يكون إلا في حالة الغضب، فلو جاز عدم وقوع طلاق الغضبان، لكان لكلّ أحد أن يقول كنت غضباناً، فلا يقع عليّ طلاق، وهو باطل، وقد صحّ عن ابن عباس وعائشة: أنه يقع طلاق الغضبان، وأفتى به جمع من الصحابة[4].

والذي يترجح لدي أن الغضب إن وصل إلى الهذيان فينبغي أن لا يقع الطلاق، لأنه ضرب من الجنون، ولا يقع طلاق المجنون بالاتفاق، وأما ما سواه فيقع طلاقه، لأنه ينزَّه كلام العاقل عن اللغو ما أمكن.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٤، زاد المعاد: ٥/ ١٩٥.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ٤/ ١٣٨، رقم: ٤٤٠٣، والترمذي: كتاب الحدود، ٤/ ٣٢، رقم: ١٤٢٣. والنسائي: كتاب الطلاق: باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ٣/ ٤٩٤، رقم: ٣٤٣٢.

(٣) رواه ابن رجب الحنبلي، في جامع العلوم والحكم: ١/ ٣٧٥.

(٤) كشاف القناع: ٥/ ٢٣٥.

المطلب الرابع: طلاق المكره

تعريف الإكراه:

الإكراه لغة: الكُرْهُ: الإباء والمشقة، والكُره: ما أكرهت نفسك عليه، والكَره: ما أكرهك غيرك عليه[1].

الإكراه شرعاً: عرفه الحنفية بقولهم: «حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه دون اختياره لكنه قد يفسده وقد لا يفسده»[2].

وعرفه الشافعية: «التصرفات القولية المحمول عليها بغير حق»[3].

آراء الفقهاء في طلاق المكره: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق المكره لا يقع لفقده الإرادة ولعدم النية والتصميم والاختيار، ومن شروط المطلق أن يكون مختاراً، فإذا أكرهه شخص بغير حق على طلاق زوجته فتلفظ بالطلاق وهو لا يقصده لم يقع طلاقه، أما إذا كان الإكراه بحق: كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يرجع فهو واقع.

وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره وصحته.

أدلة الجمهور على عدم وقوع طلاق المكره:

١ ـ قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] دلالة الآية واضحة على أن الله رفع عن الناس إثم الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم مطمئنة بالإيمان، وما هو أدنى من الكفر أولى بالسقوط، ومنها الطلاق[4].

٢ ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ «لا طلاق ولا

---

(١) القاموس المحيط: رقم ١١٣٧ ـ كره ـ

(٢) اللباب في شرح الكتاب: ٤/١٠٧.

(٣) روضة الطالبين: ٨/٥٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١٠/١١٨ ـ ١٢١.

عتاق في إغلاق»[1] والإغلاق: الإكراه لأن المكره مغلق عليه في أمره مضيق عليه في تصرفه، كما يغلق الباب على الإنسان.

٣ ـ ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2] ودلالة الحديث واضحة على أن لا حكم مع الإكراه، فإذا طلق الزوج وهو مكره فطلاقه غير واقع.

٤ ـ اتفق الصحابة على عدم وقوع طلاق المكره ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً[3].

٥ ـ ولأنه ـ الإكراه ـ قول حمل عليه بغير حق فلا يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها، ولأنه قول لم يصدر باختياره وأكره عليه باطلاً فيلغو[4].

أدلة الحنفية على وقوع طلاق المكره:

١ ـ إن عمومات القرآن الكريم في الطلاق لم تفرق بين طلاق المكره والمختار، فيعد واقعاً طلاق المكره كالمختار كقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]فلا إشارةَ إلى أن طلاق المكره يختلف عن طلاق غيره.

٢ ـ قوله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»[5] فدل على أن طلاق المكره جائز.

٣ ـ يعد طلاقاً من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره.

٤ ـ الفاسد بالإكراه هو الرضا طبعاً وهو ليس شرطاً لوقوع الطلاق، فإن طلاق الهازل واقع، وليس براضٍ به فكان الإكراه كالهزل.

---

(١) تقدم في ص٤٣٥.

(٢) سنن ابن ماجه ـ كتاب الطلاق ـ باب طلاق المكره والناسي: ١/ ٦٥٩. رقم: ٢٠٤٣.

(٣) مطالب أولي النهى: ٥/ ٣٢٥.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٩، المغني: ٧/ ١١٨.

(٥) تقدم تخريجه ص٤٣٥.

٥ ـ إن طلاق الهازل واقع والهازل هو من ينطق باللفظ دون أن يقصد أثره، والمكره ينطق باللفظ دون قصد الأثر وهو الطلاق.

٦ ـ إن المكره مختار فيما يتكلم به اختياراً كاملاً إلا أنه غير راض بالحكم فقد عرف الأمرين واختار أهونهما عليه فدل على أن إرادته صحيحة[١].

شروط الإكراه التي لا يقع معها الطلاق[٢]:

أ ـ قدرة المكرِه على تحقيق ما هدَّد به عاجلاً سواء أكانت قدرته عليه بولاية أو تغلب.

ب ـ عجز المكرَه عن الدفع بهرب أو مقاومة أو استغاثة بغيره.

ج ـ ظن المكرَه نزول الوعيد به(ما خوفه به وهدده به المكرِه) إن لم يجبه إلى طلبه وتقييده بالظن يقتضي أنه لا يشترط تحققه.

د ـ تخويف المكرَه بما يستضر به ضرراً شديداً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين وإتلاف المال، أما الشتم والسلب فليس بإكراه، وكذلك أخذ المال اليسير، والحبس في الوجيه إكراه وإن قل، والضرب اليسير في أهل المروءات إكراه.

هـ ـ عدم اختيار المكره، فإن أراد الطلاق وقع، كما إذا أكرهه أن يطلق زوجته ثلاثاً فطلق واحدة فإنه يقع، وكذا عكسه، وكذلك إن أكرهه على أن يطلق بصريح الطلاق فطلق بالكناية أو بصريح آخر وبالعكس، أو أكره على تنجيز الطلاق فعلقه، أو العكس، فلا عبرة بالإكراه في هذه الصور ويقع الطلاق لظهور اختياره، وكذلك إذا أكره على طلاق معينة من نسائه كدعد فطلق غيرها كهند وقع طلاقه، لأنه غير مكره على طلاقها ولظهور اختياره.

و ـ لا يشترط التورية في الإكراه لعدم وقوع الطلاق..كأن ينوي بقوله: طلقت

---

(١) الهداية: ١/ ٢٣٠فتح القدير: ٣/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥.

(٢) كشاف القناع: ٥/ ٢٣٦، المغني: ٧/ ١١٩، مطالب أولي النهى: ٥/ ٣٢٦، حاشية العدوي: ٢/ ٧٢، بلغة السالك: ١/ ٤١٩، القوانين الفقهية: ١٩٦، المهذب: ٢/ ٧٨، كفاية الأخيار: ٢/ ٦٦، نهاية المحتاج: ٦/ ٤٣٥.

هنداً مثلاً غيرها، أو ينوي بالطلاق حل الوثاق، أو يقول عقيب اللفظ: إن شاء الله سراً، وقيل: بوقوعه إذا ترك الاستثناء دون عذر، وهو مذهب الشافعية.

أما المالكية والحنابلة فقالوا: ينبغي أن ينوي بقلبه غير امرأته، كأن ينوي عملاً ما بطلاقه، وبثلاث ثلاثة أيام؛ خروجاً من خلاف من أوقع طلاق المكره إذا لم يتأول[1].

مناقشة أدلة الجمهور والحنفية في طلاق المكره:

١ ـ إن ما استدل به الحنفية من عموم قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] معارض لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتۡ قُلُوبُكُمۡ﴾ [البقرة: ٢٢٥] والمكره لم يطلق قط، واللفظ المطلق يقيد بالسنة فالحنفية قيدوا هذه العمومات فلم يوقعوا طلاق الصبي والمجنون مع أن الآيات مطلقة وقالوا لايقع طلاقهما لحديث رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل» ولحديث «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» والحديث يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» و«وإن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2] والآيات والأحاديث الدالة على عدم وقوع أثر الإكراه لا يمكن معارضتها.

وأجاب الحنفية بأن المرفوع من الإثم في الحديث مقتضى ـ المحذوف المقدر ـ ولا عموم له ويراد به حكم الآخرة في عدم المؤاخذة.

ورد بأنه يمكن حمله عليهما معاً أي المؤاخذة في الدنيا أيضاً.

٢ ـ وأما قولهم إن المكره مختار بدليل أنه اختار أهون الشرين فغير دقيق، لأنه لا خيار مع الإكراه، واختيار أحد الأمرين ليس دليلاً على حرية

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٠، حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٦٨، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٦.

(٢) هذه الأحاديث تقدم تخريجها.

الاختيار بل هو اختيار ضعيف لا عبرة به لأنه فاسد غير صحيح.

٣ ـ وقياس طلاق المكره على طلاق الهازل غير صحيح: لأنه قياس مع الفارق، فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر ولا يقصد الحكم، أما المكره فهو لا يقصد اللفظ ولا الحكم، لأنه لا إرادة له فيما يتكلم به، فاختلف الإكراه عن الهزل، والهازل قاصد إيقاع لفظ الطلاق والمكره غير راض ولا نية له في الطلاق، ولكل امرئ ما نوى[١].

ويتضح جلياً قوة أدلة الجمهور في عدم صحة طلاق المكره لأنه لا يقصد اللفظ ولا أثره، فالمكره فاقد الإرادة فكيف نحمله نتائج هذا التصرف وهو لم ينو الطلاق ولم يقصده.

المطلب الخامس: طلاق المخطئ[٢]

قد يكلم الزوج زوجته كلاماً فيسبق لسانه إلى لفظ الطلاق من غير قصد، أو يكون غافلاً أو ساهياً، أو أنه يقصد بقوله الطلاق معنى آخر غير معنى حل العقد، كأن يقول لزوجته الموثقة وهو يفكها: أنت طالق يقصد من القيد.

فذهب الأئمة الأربعة إلى أنه يدين بينه وبين الله فلا يقع الطلاق ديانة وفتوى.

وأما في حكم القضاء فإن الطلاق واقع، لأن ظاهر الكلام الطلاق، فلا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره لأن البالغ العاقل يتكلم بما يقصده إلا أن يثبت بالدليل ما يصرف كلامه عن إرادة الطلاق، كأن يثبت أنه قاله لها وهو يفكها من القيد، فعندئذ لا يقع ديانة ولا قضاء.

---

(١) فتح القدير: ٣/ ٣٩ ـ ٤٠، مواهب الجليل: ٤/ ٤٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٩، المغني: ٧/ ١١٨.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٥و٤٣١و٤٣١و٤/ ٤٦٢، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٠، بلغة السالك: ١/ ٤٢٤، مواهب الجليل: ٤/ ٤٤، الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٦، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٠و٢٨٧ ـ ٢٨٨، نهاية المحتاج: ٦/ ٤١٩، إعانة الطالبين: ٤/ ٩ ـ ١٠، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٤و٢٤٦..

ولكن صرح الحنابلة والكاساني بوقوع طلاق الخاطئ مميزين له عن سبق اللسان، لأن الفائت بالخطأ القصد، وليس بشرط، فيقع الطلاق.

والراجح عدم التفريق بين سبق اللسان والخطأ إذ إنهما يجتمعان في عدم قصد اللفظ والمعنى.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والقصد في الطلاق

نصت المادة (٨٩):

١ ـ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢ ـ المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول.

ويلحظ أن النص القانوني يشمل[١]:

١ـ المدهوش والغضبان:

جاء في قرار محكمة النقض(ش ـ ٣٧٢ ـ ٦٢٢ ـ ١٠/ ١٠/ ١٩٦١):

يتعين على القاضي أن يسأل بينة الطلاق عن زمانه ومكانه وصيغته والظروف التي وقع فيها، ومن سمعه من الشهود، وحالة الزوج في معرض التحقق من طلاق المدهوش.

وفي اجتهاد الغرفة الشرعية: «يتعين على المحكمة الشرعية استثبات حالة الزوج حين إيقاعه الطلاق، وفيما إذا كان بحالة الغضب الشديد الذي فقد وعيه معه، أم أنه كان يعي ما يقول حينذاك» (الاجتهاد ٦٢٢ت١٠/ ١٠/ ٨٢).

وفي اجتهاد آخر: «تذرع الزوجة بأن زوجها مدهوشٌ في طلاقه لا يعتد به ما دام الزوج الذي أوقع الطلاق لم يتذرع بذلك».

---

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧، التذكرة في القضاء الشرعي: ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

وبهذا يتضح في التثبت من وجود الدَّهَش والغضب الشديد بإثبات ذلك لثبوت أثره المقرر فقهاً عند من قال به وقانوناً، ويلحظ أنه لا بد من ادعاء الزوج الغضب والدهش دون غيره، كما أنه يمكن الاستعانة بالشهود لمعرفة ذلك.

٢ ـ الهازل والسكران والمكره والمخطئ:

ورد النص في السكران والمدهوش والمكره، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في السكران بمذهب بعض الفقهاء ـ وإن كانوا في كل المذاهب ـ بعدم وقوع طلاق السكران لفقده الإرادة والقصد للّفظ ولأثره.

وأما الهازل فإن النص لم يذكره صراحة ولكن بالقياس على المكره في أنه لا يريد اللفظ ولا أثره فإن الهازل مريد للفظ طالما كانت أهليته كاملة ـ م٨٥ف١ أحوال ـ فينبغي وقوع الطلاق منه كما اتفق عامة العلماء أو يؤخذ بمقتضى المادة (٣٠٥) عن سكوت النص فيقع طلاقه وفق مذهب الحنفية.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المكره بمذهب الجمهور في عدم وقوع طلاقه وهو أمر حسن يتفق مع الأدلة والواقع.

وأما المخطىء في طلاقه فينبغي عدم وقوعه إن دلت القرائن على عدم إرادته الطلاق كفكها من القيد، وإلاّ فينبغي وقوعه قضاء لا ديانة فيما بينه وبين الله تعالى، أخذاً بقول عامة الفقهاء.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثالث:

شروط المطلـــق والمطلَّقة والتفويض والنيابة في الطلاق

المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة.

المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية وتصريحاً.

المطلب الثالث: التوكيل بالطلاق.

المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة.

المطلب الخامس: طلاق الولي والفضولي.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني وشروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق.

المطلب السابع: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد وشروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق.

المطلب الثامن: اقتراحات في شروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق.

المطلب التاسع: الطلاق التعسفي.

المطلب العاشر: طلاق المريض مرض الموت.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثالث:

شروط المطلّق والمطلَّقة والتفويض والنيابة في الطلاق

المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة

الفرع الأول: شروط المطلق[1]:

١ ـ العقل: وهو أداة معرفة التصرف مصلحة أو لا، والطلاق إنما ينبغي أن يكون لأجل المصلحة، فلا يعد طلاق المجنون والنائم والمغمى عليه والمعتوه، ويلحق بهم المدهوش عند الحنفية والغضبان عند الحنابلة، وذلك لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»[2].

٢ ـ البلوغ: مناط التكليف لأنه دليل كمال العقل، فلا يقع طلاق الصبي غير المميز بالاتفاق، وكذلك المميز لا يقع طلاقه عند الجمهور، وذلك لأن الصبي يؤثر اللهو واللعب ولا يتأمل كثيراً في عواقب الأمور فلا يدري مصلحته.

وفي رواية عن الإمام أحمد مرجحة يقع طلاق المميز لقوله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»[3] فيدخل في عموم النص« كل طلاق» فيشمل طلاق المميز.

٣ ـ الاختيار: فلا يقع الطلاق دون رغبة المطلق كإكراهه عند الجمهور دون الحنفية، لقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[3] لغلق العقل بانعدام الاختيار والقصد، وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٧و٤٨١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٦٥ و٤١٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩و٢٨٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٣، المغني: ٨/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣، زاد المعاد: ٥/ ١٩٥.

(٢) تقدم تخريجه ص٤٣٦.

(٣) تقدم تخريجه ص٤٣٥.

وذهب عامة الفقهاء إلى وقوع طلاق الهازل لقصده اللفظ وإن لم ينو معناه، وكذلك السكران المعتدي بسكره زجراً له، وفي رواية عند الإمام أحمد وبعض الحنفية لا يقع.

وكذلك لا يقع طلاق المخطىء عند الجمهور، وقد سبق بيان ذلك.

٤ ـ ذهب الجمهور إلى عدم اشتراط الإسلام لوقوع الطلاق واشترطه المالكية.

قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلق:

نصت المادة (٨٥):

١ ـ يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢ ـ يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

وذهبت محكمة النقض إلى أنه إذا لم يأذن القاضي بالطلاق فلا يلزم، فذكرت: «لا تكمل أهلية الطلاق إلا بإكمال الثامنة عشرة»، وإذا لم تلحظ المحكمة هذه الناحية يكون حكمها معرضاً للنقض (ش ـ ٦٤٢ ـ ٧٠٧ ـ ٢/ ١٢/ ١٩٧٥)، وأكدت هذا بقرار آخر لها: «يمكن التوثق من أهلية المطلق بالخبرة» (ش ـ ٣٠٧ ـ ٢٩٦ ـ ١٠/ ٨/ ١٩٦٣)، وهذا يتفق مع قول جماهير العلماء، وأنه لا يشترط الإسلام لوقوع الطلاق من المطلق للاتفاق على أن أهل الذمة مكلفون بالتشريع كغيرهم من المسلمين.

ويلحظ هنا أن السن المحددة للطلاق إنما هو سن الرشد، وهو يتسق مع ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري من تحديد سن الزواج، وكما يمكن للقاضي أن يأذن بتزوج البالغ الخامسة عشرة والبالغة الثالثة عشرة (م١٦ ـ ١٧)، كذلك يمكنه أن يأذن بالطلاق، كما نصت هذه المادة، وهو أمر مستحسن لمراقبة تصرفات من بلغ هذه السن ولم يثبت بعدُ حسن تصرفه في معترك الحياة وبراثن الطفيليين فيها.

الفرع الثاني: شروط المطلقة[1]:

أولاً: أن تكون المرأة زوجة حقيقة: بأن تكون المطلقة زوجة للمطلق بعقد صحيح بعد الدخول أو قبله فيقع الطلاق عليها إن طلقها، وعليه فلا يقع الطلاق المنجز على الأجنبية بالاتفاق، وأما الطلاق المعلق على النكاح كأن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ففيها ثلاثة مذاهب:

١ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم وقوع الطلاق، لأنه لا ولاية له عليها وتعد يمينه لغواً، لقوله ﷺ: «لا طلاق إلا بنكاح»[2]، وفي رواية أخرى: «لا طلاق قبل النكاح»[3].

٢ ـ وذهب الحنفية إلى أن الطلاق المضاف إلى شرط التزويج يقع إن عممه في النساء أو خصصه، لأن الأصل عندهم أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك مطلقاً سواء عممه أو خصصه، ولأن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله تعالى، ولأن اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه، وأولوا حديث: «لا طلاق قبل النكاح» بما روي أنهم كانوا يطلقون في الجاهلية قبل التزوج تنجيزاً، ويعدون ذلك طلاقاً، فنفى رسول الله ﷺ ذلك بقوله: «لا طلاق قبل النكاح».

٣ ـ وذهب المالكية إلى أنه قسمان: الأول: يقع الطلاق إن خصه ببعض النساء، كقوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن تزوجت امرأة من البلد الفلاني فهي طالق، فإذا تزوجها لزمه الطلاق.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٧، اللباب في شرح الكتاب: ٢/ ١٧٤، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٣٦٧ ـ ٣٧٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤، كشاف القناع: ٥/ ٢٨٥.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ٢٥٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ١/ ٦٦٠، رقم: ٢٠٤٨، قال في الزوائد: إسناده حسن، وجعله البخاري عنواناً لباب، فقال: باب: لا طلاق قبل النكاح، وذكر فيه قول ابن عباس: جعل الله الطلاق بعد النكاح، كتاب الطلاق، ٣/ ١٨٩٣.

الثاني: لا يلزم الطلاق إن عمَّ جميع النساء، كقوله: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فهنا لا يقع الطلاق.

ثانياً: أن تكون المرأة زوجة حكماً:

وهي المعتدة من طلاق رجعي، فيقع الطلاق عليها في عدتها في مذهب الجمهور، والمعتدة البائن بينونة صغرى ليست محلاً للطلاق عند الجمهور بخلاف الحنفية ويقع الطلاق عليها لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة والسكنى...لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهو الخلع ثم قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا نصاً على وقوع الطلقة الثالثة بعد الخلع.

ثالثاً: أن تكون أهلاً ـ بأن تكون مكلفة ـ:

لإيقاع الطلاق على نفسها تفويضاً من الزوج وهو عند الشافعية والحنابلة في رواية، مستدلين بما روي عن الشعبي والحسن وإبراهيم أنهم قالوا: «لا يجوز طلاق الصبي ولا عتقه حتى يحتلم»[(١)].

وذهب الجمهور إلى صحة التفويض إلى الصغيرة المميزة وصحة طلاقها واختيارها لنفسها، قياساً على صحة التفويض المعلق على فعلها ولو كانت صغيرة[(٢)].

قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلقة:

نصت المادة (٨٦): محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقاً.

كما نصت محكمة النقض: الطلاق على بدل أو على سبيل المخالعة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب الخلع والطلاق، باب: لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ، ٧/ ٣٥٩.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٤٨١، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٥، المغني: ٨/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

مقابل الحقوق الزوجية بائن، ولا تكون المطلقة به محلاً لطلاق جديد (ش ـ ٦٤ ـ ٤٥ ـ ٢٨/ ٢/ ١٩٦٥) وهو مذهب الجمهور دون الحنفية، ويأتي في بحث الطلاق في العدة.

كما أن هذه المادة ذهبت إلى مذهب الشافعية والحنابلة في عدم وقوع الطلاق المعلق على تزوج امرأة فلا يقع عليها لأنه لا يملك عند التعليق هذا الحق.

المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية أو تصريحاً

إن الفقه الإسلامي أعطى المرأة وملكها حق الطلاق تبعاً لإرادتها وإرادة الزواج، إنْ في ابتداء عقد الزواج أو أثنائه، ووفقاً لما يملكها واحداً أو أكثر، مما يريح المرأة ويخلصها في ظروف خاصة من تبعات هذا الزواج، وغالباً ما يكون إذنُ الزوج بالتطليق في عقود لا يبدو الاستقرار فيها كبيراً مما يستدعي إذن الزوج، وإلا فغرض الشارع بقاء الطلاق أبغض الحلال.

كما أنه قد تقوم ظروف تستوجب هذا الإذن للوكيل وبالرسالة وفي ذلك رفع لإصر بعض الزيجات وظلمها مما يريح ويزيح عن كاهل هذه الزوجة أثقال هذا الزوج في بعض الأحيان وأحماله.. ولا ننسى أن نقول: إن هذا في زيجات لا تبدو كثيرة الاستقرار ورضي أصحابها بهذا وطلبوه، فسمح لهم الشارع استعمال هذا الحق، وإن كانت عامة الزيجات لا يوجد فيها هذا الاحتمال، ولكن يأبى الشرع الإلهي إلا أن يكون محيطاً بكل احتمال مما يعالج بعض المشاكل الاجتماعية المستغلة في بقاء بعض الزوجات معلقات ظلماً وزوراً وبهتاناً، ولا يعني هذا كله تشجيع الطلاق ولكنه هنا حل لمشكلة خاصة في ظرف خاص بحكم قد شرعه الله تعالى خلافاً للقاعدة العامة مناسباً لهذا الظرف الذي يطلب فيه.

وهذا مما يؤكد أن الشريعة تسعى جاهدة للمحافظة على كرامة المرأة وصيانة حقوقها، وتفصيل ذلك:

الفرع الأول: تعريف طلاق التفويض لغة واصطلاحاً وشموله:

أما الطلاق فهو لغة: طُلِقَتْ طلاقاً من زوجها بانت، كنصر وكرُم، وكل ما أرسل ويخلى، واصطلاحاً: حل النكاح بلفظ الطلاق[1].

وأما التفويض: فهو لغة: فوض إليه الأمر: رده إليه، ويتصرف فيما للآخر، والتفاوض: المساواة والمجاراة في الأمر[2].

اصطلاحاً: هو تمليك الطلاق الزوجة صريحاً أو كناية، مع كونهما مكلفين - بالغين عاقلين - في رأي الجمهور.

والصريح بقوله: ملكتك طلاقك، أو بجعله إلى مشيئتها بقوله: أنت طالق إن شئت، أو بقوله: طلقي نفسك.

وأما الكناية: فجعل الأمر بيدها بقوله لها: أمرك بيدك، أو أبيني نفسك، أو إلى اختيارها بقوله لها: اختاري، وإن كان الأصل في التفويض الكناية عند الحنفية خلافاً للجمهور، وإن صح التفويض بالصريح عند الحنفية أيضاً.

ولم يشترط الشافعية اتفاق اللفظين في الصريح وكذلك في الكناية، كأن قال: طلقي نفسك، فقالت: سرحتها، أو قال: أبيني، فقالت: اخترتها، لكن لو خالفت فعدلت إلى غير المأذون فيه لم يصح لمخالفتها صريح كلامه.

الفرع الثاني: تكييف التفويض وشموله:

ويعد التفويض تمليكاً عند الحنفية والشافعية في الجديد، بينما عده الشافعية في القديم توكيلاً.

كما عد الحنابلة التمليك في قوله: أمرك بيدك وقوله: طلقي نفسك توكيلاً، لأن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج، ولكن يمكن أن ينوب غيره عنه.

---

(١) القاموس المحيط: ٨١٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩.

(٢) القاموس المحيط: ٥٨٥ - فوض..

كما يعد التفويض عند الحنفية شاملاً للأمر باليد والتخيير للزوجة بالمشيئة بجعل الطلاق لمشيئتها، وكذلك يعد عند المالكية التفويض شاملاً للتوكيل والتخيير والتمليك[1].

ومستندهم في تقسيمهم هذا إنما هو العرف وما نشأ عنه، حيث كان هذا عادةً أهل زمان الإمام مالك مما أوجب نقل اللفظ من مسماه اللغوي إلى هذا المعنى الاصطلاحي؛ ولذلك هو من الصريح في عصره، ولكنه في عصرنا من الكنايات[2].

أما الشافعية فالتفويض عندهم يدخل فيه ما ملكه الزوجة فقط، وأما التوكيل فهو ما ملكه الزوج لأجنبي، أي غير زوجته، وإن عد ما ملكته الزوجة في القديم توكيلاً أيضاً.

ولا فرق عند الحنابلة إذ عدُّوا كل ذلك توكيلاً، كما وضح.

وبهذا يكون ما ملكه الزوج غير الزوجة تفويضاً عند المالكية فقط، وأما الجمهور فهو توكيل عندهم، إلا ما ذهب إليه الحنفية من أنه إن علقه بمشيئته كان تمليكاً أيضاً.

والأولى جعلُ ما فوض للزوجة تمليكاً فقط دون ما فوض لغيرها.

فخلاصة القول:

عد الحنفية التفويض شاملاً للأمر باليد والتخيير والمشيئة بالنسبة للزوجة، وكذلك للأجنبي إن ترك هذا لمشيئته واختياره فقط، أما امتثاله وتنفيذه لما أمر به كقول الزوج: طلق امرأتي فهو توكيل.

وعد المالكية كل ذلك تفويضاً.

وأما الشافعية فعدوا ما كان مملكاً للزوجة تفويضاً فقط.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١١٣ ـ ١١٥و١١٨، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٧٥، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٤٠٥و٤١٣، الشرح الصغير: ١/ ٤٦٨، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥و٣٠٩، المغني: ٨/ ٢٨٨.

(٢) الشرح الصغير: ١/ ٤٦٨.

وعد الحنابلة كل ذلك توكيلاً.

الفرع الثالث: حكم التفويض من حيث الوصف الشرعي:

وهو جائز بالإجماع[1]، والأصل فيه من القرآن: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] فجعل اختيارهن إليهن فأخبرهن ﷺ بذلك[2].

ودليله من السنة أنه ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها: «إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك» قالت: وما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة»، فندبها للمشورة ولم يعده طلاقاً، إذا كانت قد اختارته[3].

الفرع الرابع: حكم التفويض من حيث الأثر النوعي:

يصبح الأمر لاختيارها دون لزوم الطلاق وإنما هي بالخيار، فإما أن تشاء بقاء الزوجية أو أنْ تختار إنهاءها، وإذا خرج الأمر من يدها لم يعد، لأن اختيارها لمرة واحدة، إلا إذا قرنه بما يقتضي التكرار بقوله: أمرك بيدك كلما شئت، أو اليوم وغداً ثم طلقت ثم تزوجها، ففي كل مجلس تطلق نفسها لتجدد الملك لها، فإذا بانت بما دون الثلاث، عادت إلى الخيار في رأي الشيخين من الحنفية، ولم تعد في رأي محمد من الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة، لأن التفويض الثابت في عقد لا يثبت في آخر[4]، وهو

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) تفسير القرطبي: ١٤/١٠٦ ـ ١٠٧.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، ٣/ ١٥١٩، رقم: ١٤٧٨.

(٤) بدائع الصنائع: ٣/١١٦ ـ ١١٧، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/٤٠٦ ـ ٤٠٧، روضة الطالبين: ٨/٤٩، كشاف القناع: ٥/٢٥٦.

الراجح في رأيي لهدم البينونة للتفويض وبناء العقد الجديد لتمليك جديد.

الفرع الخامس: الواقع بهذه الألفاظ:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه بائن، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه رجعي إلا إن اقترن بما يدل على البينونة من عوض ولفظ.

وعدَّ الحنفية والشافعية والحنابلة التفويض المطلق إن لم ينوه ثلاثاً: واحداً، وهو ظاهر، لأنه لا وجود للعدد فيه.

وأما كونه بائناً ـ عند من جعله بائناً ـ فلأنه جواب كناية، ولأنه يملّكها، ولا تملك نفسها بغير البائن، بخلاف ما لو ملكها طلقة صريحة عند الجميع فيملك عليها الرجعة، فلم يكن تمليكاً لنفسها وإنما تمليكاً لطلقة واحدة.

الفرع السادس: ملك التفويض:

إذا فوض الزوج حق الطلاق وهي أهل لذلك لزمه ولم يمكنه عزلها عن الجواب عند الحنفية، لأنه قد ملكها حق الطلاق، ومضمون الملك لا يمكن للغير أن يتدخل فيه، ولا يحتمل الطلاق الرجوع والفسخ، ولوجود معنى التعليق فيه فلا يحتمل الرجوع عنه.

وفصل المالكية بين التفويض توكيلاً فله العزل، ووطؤها عزل لها مطلقاً، وهو رد دلالة وفعلاً، إلا إن كان معلقاً، أو أن يكون التفويض تخييراً أو تمليكاً فليس له العزل، كما أنه لا عزل لها إذا وكلها مشترطاً لها: كأن لا يتزوج عليها، أو أن أمر من يتزوجها بيدها، لأن الحق وهو رفع الضرر عنها قد تعلق لأجلها فليس له إبطاله.وإنما له العزل في التوكيل لأنه يجعلها نائبة عنه في إنشاه فله عزلها، وأما التخيير والتمليك فقد جعل لها ما يملكه، فيحال بينهما[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١١٢ ـ ١١٧، الشرح الكبير: ٢/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦و٤١١، الشرح الصغير: ١/ ٤٦٩، الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ٤١١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢١٧.

وذهب الشافعية على القولين والحنابلة إلى أن له الرجوع أي: ما لم تطلق وما لم يكن الفور في جوابها لازماً وإلا بطل تفويضها، أو كانت نيته عند الحنابلة إيقاع الطلاق فيقع حالاً ولا رجوع، أما إن أراد الوكالة، فيجوز الرجوع فيها، فكذلك هنا.

والأولى في رأيي جواز الرجوع تقليلاً من الطلاق ما أمكن طالما لم يصدر جوابها، ولم يكن إذنه مقيداً أو معلقاً، أما إذا كان مقيداً أو معلقاً فبحسب ما قيد وعلق.

الفرع السابع: التنجيز والتعليق والإضافة في التفويض:

ذهب الجمهور إلى صحته مطلقاً.

وذهب الشافعية إلى صحته منجزاً ومعلقاً على المشيئة بقوله: متى أو متى ما أو وكّلها بطلاق نفسها ولم يشترط الفور، ولا يصح إضافته إلى الوقت كإن جاء الغد، ونقل النووي عن إسماعيل البوشنجي من الشافعية صحته مضافاً أيضاً[1].

الفرع الثامن: شروط التفويض[2]:

١ ـ نيّة الزوج الطلاق في الكناية دون الصريح: وذلك أنه لا يمكنه إيقاع الطلاق الكنائي دون نية، وهذا من طلاق الكناية فاحتيج فيه إلى نيته، وعليه فلا يصح جعل أمرها إليها دون نيته، حتى لو ادعى غيره صُدِّق، إلا إذا كانت دلالة الحال تدل على إرادة الطلاق كغضب وخصومة وجدال في الطلاق نفسه، فلا يصدق قضاءً بإرادته غيره، لقيام ظاهر الحال في الدلالة على الطلاق.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١١٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤٠٦، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/ ١١٣، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار: ٢/ ٢٧٦و٤٨٥، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٢/ ٤٠٧و٤١٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢١٧.

وإن ادعت المرأة دلالة الحال وإرادة الطلاق وهو ينكر، فالقول قوله مع يمينه إن لم تكن بينة، وإلا قبلت البينة منها، لإمكان علم الشهود بهذه الحال، بينما لو أقامت البينة على نيته الطلاق لم تقبل؛ لأنه قلبي لا يعلمه الشهود.

٢ ـ أن تعلم المرأة جعل الأمر بيدها، فلو كانت حاضرة ولم تسمعه لم يصح، وكذلك لو كانت غائبة، مالم يصلها الخبر؛ لأن معنى جعل الأمر إليها ثبوت التخيير لها ولا يثبت هذا إلا بعلمها به، فإن علمته صار إليها، ولو كان التفويض مؤقتاً فعلمته بعد الوقت فات لانتهاء هذا التفويض، وصيرورة الأمر إليها من غير تفويض لا يصح.

٣ ـ إذا كان ذلك معلقاً فلا يظهر أثره إلا عند حدوث شرطه.

٤ ـ أن يكونا مكلفين عند الحنفية والشافعية وذهب المالكية إلى أنه إذا كان مكلفاً وهي مميزة يصح.

٥ ـ ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان التمليك في العقد فينبغي ابتداء المرأة به، فلو بدأ بتمليكه الرجل لم تملكه، لأنه تمليك للطلاق قبل النكاح، ولم يملكه بعد، فإذا ابتدأته ملكته، فلو قالت: تزوجتك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، أو على أني طالق فيقول: قبلت صح، ولم يتعرض الجمهور لهذا الشرط، وتبدو الموافقة فيه.

الفرع التاسع: ما يصلح من الألفاظ جواباً من الزوجة في جعل الأمر بيدها:

ذهب الفقهاء إلى أن ما كان صريحاً من الألفاظ في إرادة الطلاق من الزوج فإنه يصح من الزوجة، وكذلك الألفاظ الكنائية إلا لفظ الاختيار فيصح طلاقاً من الزوجة ولا يصح من الزوج، لأن التفويض تمليك الطلاق منها.

لكن لو قالت: أنت مني طالق لم يصح، لأنه لو قال هو ذلك لم يصح أيضاً دون ما كان خفياً من الكنايات فإنه يصح مع النية[1].

---

(١) المراجع السابقة.

المطلب الثالث: التوكيل بالطلاق

الفرع الأول: التعريف بالتوكيل وحكمه وتكييفه:

لغة: الوِكالة: ووكله توكيلاً[1]. واصطلاحاً: «جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقياً منع الزوج من إيقاعه»[2].

وحكم الوكالة: تصح وكالة الزوج بالطلاق لشخص ما غير الزوجة، ويعدُّه الجمهور وكالة لا تفويضاً.

كما يعد إنابة الزوجة بالطلاق توكيلاً عند الحنابلة وهو القول القديم عند الشافعية، كما مر.

وذهب الحنفية إلى ما ذهب إليه الجمهور، إلا أنهم قالوا إذا قيده بالمشيئة ـ كقوله: طلق امرأتي إن شئت ـ كان تمليكاً عند الإمام والصاحبين بخلاف زفر فهو توكيل أيضاً.

ووجه قول زفر أنه أطلق الكلام ـ دون إن شئت ـ يكون توكيلاً فكذلك إذا قيده بالمشيئة، إذ هما سواء بالتقييد والإطلاق وتطليقه إنما هو عن مشيئة.

اعترض: بالفرق بين الإطلاق فتصرفه برأي الغير ومشيئته، والتقييد فتصرفه بمحض مشيئته ورأيه.

ووجه قول الثلاثة من الحنفية أن تصرف الأجنبي المطلق إنما هو برأي الغير وتدبيره، فيكون توكيلاً، فإذا قيده بالمشيئة كان تصرفه برأي نفسه وتدبيره، فكان مالكاً، وهو المراد[3].

والأصل جريان أحكام كل ما مضى هنا أيضاً دون ما نص عليه.

---

(١) القاموس المحيط ـ وكل ـ ٩٦٣.

(٢) الشرح الكبير: ٢/ ٤٠٦.

(٣) بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٢، الشرح الكبير: ٢/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦و٤١٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتوكيل من حيث الأثر النوعي:

الأصل فيه كونه واحداً ورجعياً بعد الدخول إذا أطلق لفظ الطلاق ونوى الرجعية، أو أطلق نية الطلاق، لاحتماله فلا يحمل على أكثر من واحدة[1].

وقد ذهب الجماهير إلى أنه لا يطلق أكثر من واحدة في الوكالة المطلقة، لأن أقل ما يقع عليه اسم المطلق الطلقة الواحدة، وهو الطلاق السني، فإذا جعل له أكثر من واحدة وقعت، سواء قاله بلفظه أو بقصده، لاحتمال كلامه نيته، وتعرف نيته بقوله، ويقبل فيها لأنه أعلم بنيته.

ـ فإذا وكله بثلاث فطلق واحدة وقعت لدخولها ضمن المأذون فيه، ولو وكله بواحدة فطلق ثلاثة وقعت واحدة، لأنها ضمن الثلاث فتقع.

ـ ولو علق وكالته لم يطلق إلى حدوث المعلق.

ـ ولو وكل اثنين معاً لم يطلق أحدهما ـ باعتبار أن الموكل رضي بتصرفهما جميعاً ـ، إلا إذا أذن الموكل لأحدهما.

وإذا وكلهما بثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اتفقا عليه.

ـ لو وكله بلفظ: أمرها بيدك واختر ما شئت فيها وطلاقها بيدك كان ذلك للتراخي[2].

والأمر ظاهر في وقوعه واحداً ورجعياً، ووجه إعتباره كذلك واضح.

الفرع الثالث: توكيل المرأة والذمي والصبي بالطلاق:

يصح توكيل أي امرأة بطلاق زوجته..لصحة كونها وكيلة[3].

---

(١) كشاف القناع: ٥/٢٥٨، الشرح الكبير: ٤١٠.

(٢) بدائع الصنائع: ١٢٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨و٢٥٨.

(٣) ابن عابدين: ٢/ ٤٧٦، بلغة السالك: ١/ ٤٧١، مغني المحتاج: ٢/ ٢١٨ ـ ٢١٩، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨.

وللزوج أن يوكل بطلاق زوجته ذمياً، ولو لم يكن من شرعه طلاق النساء[1].

كما وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى صحة توكيل الصبي المميز العاقل بالطلاق، وذلك لصحة مباشرته بنفسه للطلاق فيصح بوكيله، مستدلين بعمومات آيات الطلاق والأحاديث، ومن الأحاديث: قوله ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[2] وقول علي رضي الله عنه: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»[3].

ووجه الاستدلال بالأحاديث أن الصبي المميز يمكنه أن يعقل النكاح وليس بمجنون أو بمعتوه، وعموم الحديث الثاني يشمله ولم يستثن إلا المعتوه والمجنون، مما يشير إلى قيام الطلاق منهم.

وذهب الشافعية إلى عدم صحته لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»[4] مشترطين التكليف وهو الذي أراه راجحاً لقوة أدلة الشافعية.

الفرع الرابع: الوكالة المطلقة والمقيدة في الطلاق:

ويمكن أن يكون التوكيل مطلقاً، فللوكيل أن يطلق متى شاء على التراخي باعتبار أن لفظ التوكيل مطلق، وهو الأصل، وكذلك لو قال له: أمرها بيدك أو اختر طلاقها أو طلقها.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤١٧، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٣، بلغة السالك: ١/ ٤٧١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩، المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٢٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٣و٣١٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: طلاق العبد، ١/ ٦٧٢، رقم: ٢٠٨١، وذكر في مصباح الزجاجة: في إسناده ضعف لضعف ابن لهيعة، وأخرجه الدار قطني: ٤/ ٣٧ من حديث ابن عباس، ولم ينفرد به ابن لهيعة، فقد أخرجه الحاكم من طريق بقية بن الوليد.مصباح الزجاجة: ٢/ ١٣١، السنن الكبرى: ٧/ ٣٧٠.

(٣) سبق تخريجه ص٤٣٥.

(٤) سبق تخريجه ص٤٣٦.

كما يمكن أن يكون مقيداً، بأن يحد له حداً، كاليوم أو نحوه؛ لأن ثبوت الوكالة بحسب لفظ الموكل[1].

وذهب المالكية إلى أن الزوج يمكنه أن يوكل شخصاً ما مقيِّداً له، بأن يفوض لزوجته أمرها تخييراً أو تمليكاً بقوله: وكلتك في تفويض زوجتي بأن تختار..، أوبأن تملك الطلاق فتقضي به أو ترده[2].

ولكن لا يملك الوكيل الطلاق تعليقاً على شرط مع إطلاق الوكالة، لأن مضمون الوكالة ومعناها ليس فيه معنى التعليق لفظاً ولا عرفاً[3].

والذي أراه حمل الوكالة على التقييد لا الإطلاق.

الفرع الخامس: انتهاء التوكيل[4]:

وينتهي هذا التوكيل بفسخه من الموكل، كما تنتهي هذه الوكالة بالوطء بدلالة الحال، ولو وكل اثنين بطلاقها فأذن له أحدهما بوطئها سقط التوكيل.

وقال الحنابلة: ولو أوقع الوكيل الطلاق وادعى الزوج رجوعه قبل الإيقاع قبلت دعواه، وفي رواية عن الإمام أحمد: لا يقبل إلا ببينة[5].

وذهب المالكية في الوكالة المقيدة في الراجح عندهم كذلك إلى انعزاله على كل حال لأنه إذا كان ينعزل بتوكيله بطلاقها فأولى انعزاله بتوكيله بتفويض ذلك إليها تمليكاً أو..[6].

وكذلك يعدُّ الوطء والتمكين منه مع الجهل بالحكم مسقطاً عند المالكية[7].

---

(١) كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨و٢٥٨.

(٢) الشرح الكبير: ٢/ ٤١٤.

(٣) كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٧٦، الشرح الكبير: ٢/ ٤٠٦و٤١٤، بلغة السالك: ١/ ٤٧١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٨.

(٥) كشاف القناع: ٥/ ٢٣٩.

(٦) الشرح الكبير: ٢/ ٤١٤.

(٧) بلغة السالك: ١/ ٤٦٩.

ولو غاب غيبة بعيدة انتقل ما جعل للوكيل إلى الزوجة.

وينبغي على الوكيل النظر في المصلحة، فإذا لم يفعل ذلك انتقل هذا إلى الحاكم لينظر المصلحة فيه[1].

الفرع السادس: الإكراه في التوكيل:

ذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق فيما لو أكره على التوكيل بالطلاق فوكل ثم طلق الوكيل، وكذلك يتفق الجمهور مع الحنفية في الإكراه بحق.

وهو بخلاف رأي الجمهور في عدم صحة الطلاق مع الإكراه إلا إذا كان إكراهاً بحق كالمولي، وذلك لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2] ولقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[3] وذلك أن لفظ الطلاق قول لم يصدر باختياره هنا لأنه مغلق ومضيق عليه في تصرفه كما يغلق الباب على الإنسان فلغا تصرفه[4].

الفرع السابع: الطلاق البدعي والوكالة:

يحرم على الوكيل الطلاق زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه، وإن كان الطلاق يقع فيهما[5].

الفرع الثامن: الرجوع عن الوكالة:

تقبل دعوى رجوعه عن الوكالة بعد إيقاع الوكيل الطلاق بدعواه رجوعه قبل الإيقاع، وفي رواية عن الإمام أحمد أنه لا يقبل رجوعه إلا ببينة[6].

---

(١) السابق: ١/ ٤٧١.

(٢) سبق تخريجه ص٤٣٨.

(٣) سبق تخريجه ص٤٣٥.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٢١، بدائع الصنائع: ٣/ ١٠٠، الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٩، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٥ ـ ٢٣٦، المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٦٠، النهاية في غريب الحديث والأثر: ٢/ ٣١٦.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤١٩و٤٢١، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٠٨، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٩.

(٦) مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٩.

الفرع التاسع: ألفاظ الطلاق في الوكالة لأجنبي:

يمكن استعمال الألفاظ الصريحة بقوله: هي طالق، كما يمكن استعمال ألفاظ الكناية المقترنة بنية الطلاق، أو بدلالة الحال، ولو كان توكيله إياه من الزوج بالصريح باعتبار أن وكيل كل إنسان يقوم مقامه فيجوز إيقاعه بالكناية ولو وكله بالصريح، لأن لفظ الكناية مع نية الطلاق يقوم مقامه[1].

(١) كشاف القناع: ٥/٢٥٨ ـ ٢٥٩.

المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة[1]

الفرع الأول: التعريف بالرسالة:

وهو أن يبعث الزوج طلاق زوجته الغائبة مع إنسان ليبلغها، فيقع الطلاق، لأن كلامه ككلامه.

ووقوع الطلاق بالرسالة بأن يقول: أعلمها بأني طلقتها، فيقع الطلاق ولو لم يخبرها؛ لأنه إخبار بوقوع الطلاق، فالطلاق واقع أخبر أو لا، ويمكن أن يكتب طلاقها ويبعث به، مع أنه يشترط لوقوع الطلاق النطق به.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في وقوع الطلاق بالرسالة:

ذهب الجمهور ـ الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية رجحها في الإنصاف ـ إلى اشتراط نيته فيما كتب ليقع طلاقه، وحجتهم أن الكتابة وسيلة مفهمة للمراد مقترنة بالنية، وهي أحد الخطابين إضافة إلى اللفظ فيقع بها، لكن باعتبار أنها كناية وغير صريحة احتيج إلى النية فيها، وإذا تكلم مع الكتابة كان صريحاً.

وذهب الشافعية في خلاف الأظهر إلى عدم وقوعه أيضاً للقدرة على القول فلا يقع الطلاق بالكتابة.

وذهب الحنابلة في رواية إلى أنه إن كتب صريح طلاقها كتابة مستبينة وقع الطلاق دون حاجة إلى نية، باعتبار أن الكتابة حروف تفهم الطلاق فأشبهت النطق، ولقيامها مقام قول الكاتب، وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة باللفظ تارة وبالكتابة أخرى، وبالرسول أيضاً.

وواضح صحة وقوع الطلاق بالكتابة.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٢٥، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٥، الشرح الصغير: ١/ ٤٦٨ ـ ٤٧١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩و٢٥٩، الإنصاف: ٨/ ٤٧٢.

المطلب الخامس: طلاق الولي والفضولي

وأتكلم في هذا المطلب عن تصرف الولي والفضولي لإذن الشرع للولي كما سيبين، وللفضولي بوجه ما في إيقاع الطلاق نيابة عن الزوج.

الفرع الأول: طلاق الولي:

ذهب المالكية والحنابلة في قول إلى أنه يمكن للولي أن يطلق نيابة عن الصغير والمجنون حرصاً على مصلحتهما ونظراً لهما.

لما روي أن ابن عمر طلق على ابن له معتوه[1]، وعن عبد الله بن عمرو: «أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه»[2] ولأنه يصح أن يزوجه فيصح أن يطلق عليه ما لم يتهم، دون السفيه والعبد فليس للولي هنا الطلاق بدلاً عنهما، وإنما هما اللذان يباشرانه.

بينما ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول وهو المذهب إلى اشتراط كونه زوجاً، فلا يصح طلاق ولي الصغير، وذلك لقوله ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[3] ولأن التطليق عليه إسقاط لحقه فلا يملكه غيره كالإبراء من الدين، كما أن طريقه الشهوة فلا يدخل في الولاية.ونقل توقف الإمام أحمد في هذا أيضاً[4].

وهذا الذي أراه راجحاً لأنه من الأمور المتعلقة بكيان المرء الشخصي

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغني(٨/ ٢٢١)، قال المباركفوري في تحفة الأحوذي (٤/ ٣١١): قال الحافظ في الفتح: وفيه خلاف قديم، ذكر ابن أبي شيبة من طريق نافع أن المحير بن عبد الرحمن طلق امرأته وكان معتوهاً فأمرها ابن عمر بالعدة، فقيل له: إنه معتوه، فقال: إني لم أسمع الله استثنى للمعتوه طلاقاً ولا غيره، وقد بحثت عنه طويلاً ولم أجده.

(٢) ذكره في المغني: ٨/ ٢٢١، ولم أعثر عليه.

(٣) سبق تخريجه ص٤٦٠.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤١٧، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٥، المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٢١، الإنصاف: ٨/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

والذي لا يمكن أن يتصرف فيه الغير إلا بإذن منه كما مر، ولا يصدق الإذن من الصغير.

الفرع الثاني: طلاق الفضولي:

يعدُّ طلاق الفضولي صحيحاً موقوفاً على إجازة الزوج بالقول أو بالفعل عند الجمهور[1].

ولم يعتد به الشافعية، قاصرين الطلاق على الزوج ووكيله[2]. وهو الصواب في رأيي إذ لا يليق تدخل الآخرين في شأن الزوجة.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني وشروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق

نصت المادة (٨٨ف ب سوري)[3]: «للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها».

وقد ذهبت محكمة النقض بقرارها (رقم ١١بتاريخ ١٠/ ١/ ١٩٦١) إلى عدِّ التفويض تمليكاً بقولها: «..إن هذا التفويض وكالة تنطبق عليه أحكامها غير صحيح..» وفي السياق نفسه: «..فوض إليها طلاق نفسها كلما شاءت وجعل هذا التمليك متمماً لعقد الزواج أي أنه ملكها حق الطلاق» وهذا يعني التمييز بين توكيل غير الزوجة فهو توكيل، وتفويض الزوجة فهو تمليك، وفرق بين الأمرين، وهو أولى لمصلحة الزوجة.

وكذلك ذكرت محكمة النقض أنه لا يملك الزوج الرجوع عن التفويض (قرار ١٠٠بتاريخ١٥/ ٣/ ١٩٦٩) وهو أولى مما ذهب القانون الموحد إليه، وإلا لم تتحقق مصلحة الزوجة في ملكها لنفسها.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٢٥، الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٥، بدائع الصنائع: ٣/ ١٢٦، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٣٢، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٧.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩.

(٣) رقمها في قانون الأحوال السوري ٨٧قبل تعديل القانون ٣٤تاريخ٣١/ ١٢/ ٧٥حيث دمجت المادتان السابقتان ٨٧ ـ ٨٨وجعلتا برقم ٨٨.

وأكدت محكمة النقض (الغرفة الشرعية أساس ٣٩قرار ٤٣ تاريخ ٦/ ٢/ ١٩٥٥) أن تطليق المرأة نفسها بعد التفويض يكون رجعياً إلا ما كان بائناً مما نص عليه القانون (المادة ٩٤)[١].

وما ذهب إليه القانون من كون الطلاق رجعياً يتناسب مع غرض المقنن في التقليل من الطلاق ما أمكن، ولكن غرض التفويض لا يتحقق هنا بجعله رجعياً، إذ غرضه تخلص المرأة مما قد يعرض لها من مخاطر في عقود زواج غير مستقرة، ولذا أقترح جعله بائناً، كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وما ذهب القانون السوري إليه ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إليه في المادة (٨٧) منه إلا أنه قيد التفويض بأن يكون بمستند خطي وهو أولى للتوثيق وحفظ الحقوق[٢].

كما ذهبت محكمة النقض السورية إلى تنظيم الوكالة لإيقاع الطلاق من أنه لابد من وكالة خاصة به، فلا تكفي الوكالة بالخصومة والمحاكمة ولا تشمل الطلاق (م٦٦٧ ـ ٦٦٨ مدني سوري ونقض سوري ـ الغرفة الشرعية ـ أساس ٣٩٥ قرار ٣٧٥ تاريخ ٣١/ ١٢/ ١٩٦٢).

المطلب السابع: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد

ذهب هذا القانون في المادة (٨١) إلى ما يلي:

(أ) للزوج أن يفوض زوجته بتطليق نفسها، فإذا فوضها كان لها أن تطلق نفسها متى شاءت ويعد هذا التفويض توكيلاً قابلاً للرجوع عنه، سواء أصدر بلفظ التفويض، أم بلفظ الأمر بالتطليق، أم بلفظ تمليك الطلاق، أم بجعل أمرها بيدها.

وبالنظر في هذه الفقرة: ذهب القانون إلى عدة أحكام جمعها وأخذها من عدة مذاهب، وهو أمر حسن يحتاجه عصرنا فيما ذهب إليه، فذهب إلى عدم تأقيت التفويض مطلقاً ما لم يرجع الزوج، مع تكييف التفويض بأنه

---

(١) المرشد: ١/ ٣٢٧.

(٢) نص القانون الأردني.

توكيل، دون تفريق بين الصيغ كلها، وهو كما أشار الشراح هنا إلى التباس مسائله على الباحث وصعوبة استيعابها، وأظن أنني ضبطت ما ذهبوا إليه وجمعت ما فصلوه، ويمكن أن يضبط هذا بحسب إطلاق التفويض وتقييده عند الحنفية على ما مر[1]، وهذه الفقرة جمع بين عدة آراء، فجعل التفويض مطلقاً دون تأقيت وأنه على التراخي هو رأي الحنابلة، والرجوع فيه بعدّه توكيلاً هو رأي الشافعية في القديم والحنابلة، وعدم قصره على لفظ ما كنائي ـ وهو الأصل في التفويض ـ أو صريح، هو الأولى، وهو رأي الجمهور.

(ب) إذا كان التفويض واقعاً في عقد الزواج لا يملك الزوج عزل الزوجة منه ولا الرجوع عنه كما أنه لا يبطل بزوال أهليته.

وتعدُّ هذه المادة عملاً برأي الحنفية والمالكية في لزوم التفويض، كما مر، وعملاً برأي الحنفية والمالكية والحنابلةفي لزوم الشرط الصحيح فلا يملك الزوج الرجوع عنه دون الشافعية الذين يبطلون هذا الشرط أصلاً[2].

(جـ) إذا طلقت الزوجة المفوضة نفسها وقع طلقة رجعية ما لم يوجد سبب من أسباب البينونة في هذا القانون.

وهو رأي الشافعية في كونه رجعياً، إلا ما كان بائناً منه كالطلاق قبل الدخول أو على مال والمكمل للثلاث، وما نص على كونه بائناً (م٨٤)، كما أن هذه المادة قد منعتها تطليق نفسها مرة أخرى، لأن الأصل في الزوج أنه يملك الرجعي فقط فلا يستطيع تمليكها أكثر مما يملك، بل ولو فوضها بقوله: كلما شاءت، لكونها قد أصبحت معتدة، فلا يلحقها طلاق في العدة (م٧٧)[3].

---

(١) ينظر أيضاً: بحثي بعنوان: إذن الزوج بإيقاع الطلاق من الغير.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٧٦و٤٨١و٤٨٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٠٩، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٩٦و٢٧٩و٤/ ٧٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧، كشاف القناع: ٥/ ٩٠ ـ ٩١.

(٣) انظر: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١٧٣ ـ ١٧٥.

كما ذهب القانون نفسه في المادة (٨٠) منه إلى ما يلي:

«أ ـ للزوج أن يوكل غيره بالطلاق، ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذنه.

ب ـ إذا عزل الموكل الوكيل انتهت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل».

وذلك لأن الطلاق من التصرفات التي تقبل الإنابة فللزوج أن ينيب عنه الوكيل في تطليق امرأته.

ونلحظ هنا اجتهاداً فيعدم سريان الوكالة من الوكيل إلى غيره وهو أولى لمصالح عقد الزواج.

كما نلحظ هنا اجتهاداً آخر، في ترجيح عدم استمرار الوكالة إلى علم الوكيل بانعزاله حرصاً على مصلحة عقد الزواج في التقليل من الطلاق ما أمكن[1].

---

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١٧٢.

المطلب الثامن: اقتراحات في شروط المطلق والمطلقة والنيابة في الطلاق

١ ـ جواز منح الزوجة حق الطلاق.

٢ ـ إن اشتراط أهلية التكليف في الطلاق مطلقاً إن في الزوج أو الزوجة أمر تمليه ضرورة المحافظة على عقد الزواج، وهو المتفق مع الأدلة.

٣ ـ يعدُّ التفويض للزوجة تمليكاً لا يمكن الرجوع فيه مع قبوله التقييد والتعليق، دون ما فوض لغيرها.

٤ ـ جعلُ التفويض لغير الزوجة توكيلاً مطلقاً يمكن الرجوع فيه.

٥ ـ الاكتفاء بملك طلقة واحدة واعتبار إذن الزوج بالطلاق للزوجة باثناً بكل وجوهه ـ إلا جعل الطلاق لمشيئتها، وقوله: طلقي نفسك، فأرى جعلهما طلاقاً رجعياً كالزوج إن طلقها فهو رجعي، فكذلك هي ـ لأنه لا تتحقق الغاية إلا بالبينونة، بكل وجوه الإذن.

٦ ـ بينونة المرأة بالتفويض تهدم ما سبق، ولا تعود إلى التفويض السابق إن بقي من الطلقات شيء.

٧ ـ إبطال الوطء للإذن المطلق ون المقيد.

٨ ـ قبول الإذن للتنجيز والتعليق والإضافة.

٩ ـ صحة الإذن صراحة وكناية مع دلالة ذلك.

١٠ ـ يعتبر المجلس في الإذن المطلق، كذلك في المشيئة المطلقة.

١١ ـ جواز الإذن بالطلاق المقترن بالبدل.

١٢ ـ صحة وقوع الطلاق بالوكالة وبالرسول وبالرسالة.

١٣ ـ عدم صحة طلاق الولي والفضولي.

المطلب التاسع: الطلاق التعسفي (الطلاق بلا سبب)

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في الطلاق بلا سبب:

ذهب الجمهور[1] وفي رواية عند الحنابلة إلى أنه مكروه، لأنه يزيل النكاح المندوب إليه المشتمل على المصالح.

وذهب الحنفية[2] إلى أن الأصل في الطلاق هو الإباحة، لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه كقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولطلاق الرسول ﷺ لحفصة، وقد فعله الصحابة، ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

وفي رواية عند الحنابلة يحرم لأنه ضرر بالزوج وبالزوجة، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما كإتلاف المال، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[3].

والثالثة من الروايات عند الحنابلة: مباح لقول النبي ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[4]، وفي لفظ: «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق»[5] وإنما يكون مبغوضاً إذا كان من غير حاجة، وقد سماه النبي حلالاً فدل على إباحته.

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية هذه فقالوا: الآية لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول، وقبل تسمية المهر، وطلاقه ﷺ لحفصة وطلاق الصحابة من بعده لم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه، والظاهر أنه كان

---

(١) المجموع: ١٧/ ٧٤.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٤١٦، فتح القدير: ٣/ ٢١ ـ ٢٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٢/ ٧٨٤، رقم: ٢٣٤، وأخرجه مالك: كتاب الأقضية، باب: القضاء في المرفق، ص٥٣١، رقم: ٣١.

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: كراهية الطلاق، ٢/ ٢٥٥، رقم: ٢١٧٨، وابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: حدثنا سويد: ١/ ٦٥٠، رقم: ٢٠١٨.

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: كراهية الطلاق، ٢/ ٢٥٥، رقم: ٢١٧٧.

لحاجة، لأن الطلاق لغير حاجة إنكار لنعمة الزواج وإيذاء لمشاعر الزوجة من غير ما سبب.

ويرجح ابن عابدين[1] في حاشيته أن الأصل هو الحرمة إلا لسبب كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً لما فيه من قطع الألفة وهدم سنة الاجتماع، والتعريض للفساد لذلك اتفق العلماء على أن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق بين الزوجين وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى.

ولهذا قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] أي لا تطلقوهن. وقال ﷺ: «أبغض الحلا ل إلى الله الطلاق»[2] وعلى ذلك يحمل ما وقع منه ﷺ ومن أصحابه صيانة لهم عن الإيذاء بلا سبب.

فإذا وقع الطلاق بلا سبب ولا حاجة هل تترتب عليه آثاره؟

إذا حدث الطلاق من غير حاجة إليه أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق[3]، وتترتب عليه آثاره كذلك.

وقد عالج الفقه الإسلامي الطلاق مجملاً من خلال تشريع المتعة الزوجية ـ مما مضى بحثه ـ ولكن ينبغي الحذر من الاعتداء فيه، وأكل أموال الناس بالباطل، وإنكار حق المرأة في المهر، وخاصة قبل الدخول، وليس منها غرر أو خداع أو تقصير.. وإن كان الأولى لها العفو ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٦.

(٢) تقدم تخريجه ص٣٩٦.

(٣) اللباب: ٢/ ٢١٩، بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٦٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩، المجموع: ١٧/ ٧٦.

الفرع الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق التعسفي:

نصت المادة ١١٧ (المعدلة بالمادة ١٦من القانون٣٤ لسنة ١٩٧٥):

إذا طلق الرجل الزوجة وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

وبالنظر في هذه المادة يتبين أنها اشترطت شروطاً لعدِّ الطلاق تعسفياً، وهو ما نصت عليه محكمة النقض:

ـ شروط عدِّ الطلاق تعسفياً:

أ ـ أن يكون بلا سبب معقول.

ب ـ أن يصيب الزوجة بسببه بؤس وفاقة (ش ـ ٥٣ ـ ٣٦ ـ ٣١/ ١/ ١٩٥٥).

وحسناً فعلت محكمة النقض حينما اكتفت بعدم بيان سبب الطلاق موجباً للحكم بالمتعة، وهو مذهب الشافعية في جعل الأصل وجوب المتعة ـ كما مر ـ فقد نصت: «عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً، ولا تكلف المطلقة إثبات عدم التعسف؛ لأنه نفي مطلق لا يمكن إثبات البينة عليه (ش ـ ١٩٤ ـ ١٩٥ ـ ٢٨/ ٥/ ١٩٦٠).

وكنت أود لو كانت المادة جريئة أكثر لتوجب المتعة الزوجية على الزوج المطلق على كل حال مع تقدير القاضي لحال المطلق في قدر المتعة، وجعل ذلك من النظام العام لا تحتاج فيه الزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، وذلك للنظر بأن الحكم الأصلي للطلاق الكراهة ـ كما يترجح ـ وإن كان للزوج المطلق سبب مسوغ كلف ببيانه طالما هو المطلق، وإذا لم يبينه كانت المتعة لازمة للزوجة وبان أن الطلاق تعسفي، وذلك ما نصت عليه محكمة النقض:

«إيقاع الطلاق مكروه إن لم يكن له سبب شرعي ويقع على الزوج عبء إثبات السبب» (م١٢٩٧ ـ ٣٨٢ ـ ١٦/ ١٢/ ١٩٦٧، ش ـ ٣٠٢ ـ ٢٩٤ ـ ٢٣/ ٧/ ١٩٦٨).

وإن كان الأولى من ذلك كله دفع المتعة وعدم بيان السبب ولو كان موجوداً ﴿إِنَّكَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [التوبة ١٢٠]، ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة ١٩٥].

ويبدو ترجيح محكمة النقض لرأي المالكية في بقاء إرث الفار لزوجته ولو تزوجت وهو أمر وجيه حين قضت: زواج المطلقة فيما بعد لا يسلبها حقوقها الناتجة عن الطلاق بما في ذلك التعويض عن الطلاق التعسفي متى تحقق فيه الشرطان التاليان:

١ ـ كون الطلاق غير مستند إلى سبب مشروع.

٢ ـ إصابة المطلقة ببؤس وفاقة (ش ـ ٧٧٦ ـ ٢٣ ـ ٢٤/ ١/ ١٩٨٣).

ووضحت محكمة النقض أن عقم الزوجة ليس سبباً مسوغاً للطلاق مما يسوغ وجوب الحكم بالتعويض ـ المتعة الزوجية ـ لها، بينما عدت مرضها عذراً يجعل طلاقها غير تعسفي، وهو أمر لا ينبغي إطلاقه رغم أنه من أحكام العدالة، ولكنه يتجافى مع مبدأ المعاشرة بالمعروف، وهذان قراراها:

ـ عقم الزوجة لا يبرر إيقاع الطلاق عليها، إذ باستطاعة الزوج أن يتزوج ولوداً ويُبقي قرينته الأولى على عصمته. (ش ـ ٤٩١ ـ ٤٨٣ ـ ٣٠/ ١١/ ١٩٦٩).

ـ عدم صلاح الزوجة للمعاشرة الزوجية بسبب مرضها، يجعل طلاقها غير تعسفي (ش ـ ١٢٣ ـ ١١٩ ـ ١٧/ ٣/ ١٩٦٩) كما أنه إذا وجد من يعيلها وينفق عليها يجعلها غير مستحقة لهذا التعويض: وهذا حرص من المشرع على بقاء حق الطلاق على سبيل الإباحة وإن إقترن بالكراهة، فنصت محكمة النقض: وجود معيل للزوجة قادر على الإنفاق عليها قضاءً أو رضاءً لا

يسمح لها بطلب التعويض عن الطلاق.

(ش ـ ١٧٣ ـ ١٦٦ ـ ٢٩/ ٤/ ١٩٦٨) و(ش ـ ٢٤ ـ٣٢ ـ ٢٩/ ١/ ١٩٧٥).

ونصت: ـ إذا ثبت في دعوى التفريق أن الزوج ظالم زوجته وأنه هو المسيء لها وللحياة الزوجية، عُدَّ الزوج متعسفاً ويطبق عليه، فيما يتعلق بالتعويض، ما ورد في المادة ١١٧أحوال.

(ش ـ ٦٤٢ ـ ٦١٩ ـ ١١/ ١٢/ ١٩٧٢).

ومن المؤكد أنه إذا طلبت الزوجة بنفسها الطلاق فإن الحكم لها بالتعويض والمتعة غير لازم إذ كل فرقة جاءت من قبلها لا تستحق فيها التعويض، ونصت محكمة النقض:

ـ ينتفي التعسف في حال ثبوت طلب الزوجة الطلاق.

(ش ـ ٣٦٦ ـ ٣٥٩ ـ ٩/ ٥/ ١٩٧٧).

المطلب العاشر: طلاق المريض مرض الموت

تتعلق هذه المسألة بأهلية المطلق ومدى اعتبارها في وقوع الطلاق وترتب آثاره، وكنت أود أن لا أفصل هذه المسألة هنا لأدخلها مختصرة وإشارة في شروط المطلق، ولكني وجدت قانون الأحوال الشخصية السوري قد بحثها في التفريق فبحثتها هنا كذلك، وبيان ذلك:

قد يلم المرض بشخص ما ولا يرغب أن ترثه زوجته فيقوم بتطليقها بائناً، أو بخلافه بأن يلم المرض به ويرغب بأن لا يرثه ورثته فيتزوج ليقلل من إرث ورثته، وأسمى الفقهاء ذلك: طلاق الفرار؛ لأن المطلق يقصد قصداً مخالفاً لقصد المشرع مما لا ينبغي أن يكون، إذ لا بد من أن يكون قصد المطلق في قصد الشارع حتى يحظى بالمصالح التي صانها له الشارع، وإلا لم يجن ثمرة التكاليف قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً﴾ [النحل: ٩٧].

تعريف المطلق المريض ومن في حكمه:

هو العاجز عن إقامة مصالحه خارج البيت لمرض متواصل الازدياد يغلب به الهلاك ويتصل به الموت خلال سنة فأقل.

ويستبين من التعريف شروط المطلق المريض مرض الموت، وهي:

١ ـ العجز عن القيام بأعماله ومصالحه المعتادة خارج البيت.

٢ ـ ازدياد المرض واتصاله بالموت.

٣ ـ عدم زيادة المرض عن سنة، وإلا كان ما قبل السنة مرضاً عادياً.

وكما يتحقق هذا في الرجل يتحقق في المرأة، لكن بعجزها عن القيام بمصالح بيتها، وذلك أنه إذا مرض فلا ينبغي أن يسعى في طلاق امرأته، وبمجرد مرضه المخوف تعلق بماله حق إرث زوجته منه، فلا ينبغي أن يسعى إلى نقض ما شرعه الشارع بقصده الفاسد هذا..

وينطبق مرض الموت على كل من أوشك على الهلاك بمبارزة من هو

أقوى منه، ومحكوم بحد قصاص ورجم، وإشراف سفينة على الغرق.

أحكام المريض مرض الموت المطلق لزوجته:

يصح طلاقه لزوجته، ولكن الزوجة تبقى وارثة له بطلاقها البائن عند المالكية والحنابلة، وأطلق المالكية الإرث لها طالما طلقها هرباً من حقها وإرثها فتبقى وارثة له ولو تزوجت من غيره، وقيده الحنابلة ببقاء إرثها ما لم تتزوج، معاملة له بنقيض قصده.

وذهب الحنفية والشافعية في القديم إلى إرثها ما لم تنته عدتها، لأنه في الأصل إن طلقها رجعياً ورثت في العدة، فإن طلقها بائناً فلا إرث لها، ولكنها هنا ترثه لفراره؛ لأن من أسباب الإرث الزوجية، فترثه.

وذهب الشافعية إلى عدم إرثها في الطلاق البائن مطلقاً؛ لانقطاع سبب الإرث ولا عبرة لقصده، وحسابه على الله تعالى.

هذا ولا بد أن يكون موته لسبب مرضه المخوف، لا لسبب آخر، فإذا مات لسبب آخر لم ترث منه.

ولو أنها ماتت وهي في العدة وقد طلقها بائناً فراراً لم يرث منها؛ وذلك لأنه بطلاقها قد رضي بإسقاط حقه.

ولا بد أن يكون هو الذي طلقها وأبانها وليست هي التي طلبت طلاقها، ولم تكن الفرقة بسببها، وإلا لم ترث[1].

وذهب المالكية إلى أنه إن تزوج امرأة في مرضه لم يرثها ولم ترثه[2].

وبالاتفاق لا بد من استمرار أهلية إرثها منه من وقت طلاقها إلى موته، وإلا لم تكن وارثة[3].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٥٢٠ ـ ٥٢٤، الشرح الصغير مع بلغة السالك: ١/ ٥٠١، الثمر الداني: ٦٤٢ ـ ٦٤٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٤، دليل الطالب: ١٠ ـ ١٩١.

(٢) الثمر الداني: ٦٤٣.

(٣) المراجع السابقة.

قانون الأحوال الشخصية السوري وطلاق المريض:

نصت المادة (١١٦): «من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب على مثلها الهلاكُ طائعاً بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.

ويتضح جلياً اعتماد هذه المادة على مذهب الحنفية واقتباسها منه باعتمادها مدة العدة لبقاء الإرث في الطلاق البائن من الفار، وتتفق المذاهب الثلاثة عدا الشافعية في بقية الشروط، والتي هي:

١ ـ المرض المخوف والهلاك الغالب.

٢ ـ عدم رضا الزوجة وتسببها في البينونة.

٣ ـ موت الزوج أثناء عدة الطلاق البائن.

٤ ـ استمرار أهلية الزوجة لاستحقاقها الإرث مدة العدة من طلاقها إلى موته.

٥ ـ عدم إكراه الزوج على طلاق زوجته[1].

(١) ر: رد المحتار: ٢/ ٥٢٠ ـ ٥٢٤، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢/ ٤٩ ـ ٥١.

الفصل الثالث:
الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة)

المبحث الأول: تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه.

المبحث الثاني: أركان الخلع.

المبحث الثالث: تكييف الخلع وآراء الفقهاء فيه.

المبحث الرابع: حالات الخلع والاختلاف فيه.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث:
الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة)[1]

المبحث الأول: تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه

المطلب الأول: تعريف الخلع لغة واصطلاحاً

لغة: الخَلع: النزع مع المهلة، الخُلع: طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها والمخالعة والتخالع والخُلْعة[2].

واصطلاحاً: فرقة بقبول زوجة على عوض بلفظ مخصوص.

فلا بد من وجود الزوجية بينهما، وقبول الزوجة للخلع، دون اقتصار الزوج عليه وإلا يصح دون قبولها إن نوى الطلاق ويكون طلاقاً بائناً لا خلعاً[3].

المطلب الثاني: الأدلة على جواز الخلع

من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ۝٢٢٩﴾ [البقرة: ٢٢٩] فلا بأس بالخُلع عند الشقاق والخوف من عدم إنصاف المرأة للرجل لخُلقه أو صورته.

ومن السنة: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال النبي: ﷺ «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم. قال: «اقبل

---

(١) الهداية: ١/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣، بدائع الصنائع: ٣/ ١٤٤وما بعدها، الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٩ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣و٢٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٢١٢ ـ ٢١٣و٢١٩.

(٢) القاموس المحيط: ٦٤٢.

(٣) الدر المختار: ٢/ ٥٥٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٢، كشاف القناع: ٥/ ٢١٢.

الحديقة وطلقها تطليقة»[1].

ومن الإجماع: أجمع المسلمون على جواز الخلع عند خوفهما ظلم الآخر منهما.

ومن المعقول: أن الزوج يملك الانتفاع بالبضع بعوض فله أن يزيله بعوض أيضاً؛ لأن الخلع فيه دفع الضرر عن المرأة غالباً فجاز لذلك.

المطلب الثالث: حكم الخلع (الوصف الشرعي)

الأصل فيه الكراهة لقوله ﷺ: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[2] وهو دونما سبب عبث ينزه عنه العاقل فيكون مكروهاً.

ويستثنى من ذلك: حالة الخوف من عدم إقامة شرع الله تعالى والتزامه فيما يطلبه الزوج، فإذا كان الغالب وجود الخوف، كان حال الرضا أولى، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فيجوز الخلع ويكره أخذ المال إن كان هو سبب النشوز أو منه.

وذهب الحنابلة إلى بطلان الخلع إن ضارها لأجله، وبقاء الزوجية بحالها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] ويكره له أخذ الزائد عن المهر في الخلع عامة.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه، ٣/ ١٨٩٥، رقم: ٤٩٧١.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب: كراهية الخلع للمرأة، ١/ ٦٦٢، رقم: ٢٠٥٥، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٢١٨.

المبحث الثاني:

أركان الخلع

أ ـ الزوج المكلف: فيشترط كونه بالغاً عاقلاً مختاراً.

والمحجور عليه بسفه يصح خلعه إذا كان المهر مهر المثل أو أقل لأن له الطلاق مجاناً فإذا كان بعوض كان أولى.

ويستلم المهر الولي أو القيم وإلا لم تبرأ منه، أو يبادر إلى استلامه منه إن سلمته إلى الزوج، وإذا تلف في يد السفيه ما استلمه من الزوجة لم يضمنه حالاً ولا بعد رشده.

وإذا لم يعلم الولي بتسليمها وتلف ما سلمته ضمنت مهر المثل دون قيمة العين المستلمة.

وذهب المالكية إلى جواز خلع الولي عن الصغير بشرط العوض له ليكون وجه المصلحة له ظاهراً.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٩٥/ ١): يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

وهذا صريح في اشتراط أهلية التكليف في الزوج لصحة مخالعته، وهذا إشارة أيضاً إلى لزوم كونه رشيداً غير سفيه، لأنه لا بد لانعقاد عقد زواجه من كونه أهلاً لعقد الزواج (م١٥ ـ ف١أحوال) ويمكن فهم ذلك من لفظ(أهلاً).

ب ـ الزوجة المكلفة المطلَقة التصرف في المال: بكونها بالغة عاقلة مختارة، فلا يصح خلع المميزة، إذ لا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة لانتفاء الأهلية للقبول، وأجاز الحنفية خلع الصغيرة بواسطة وليها دون التزامها بالمال لأنه تبرع فلا يلزمها، فإذا بلغت وأجازت جاز، وكذلك المالكية مع جواز إلزامها بالمال ولو صغيرة، لأنها لو مات زوجها وهي صغيرة فله عقد نكاحها فله مخالعتها من زوجها بالأولى.

وإذا كان قابل الخلع غير الزوجة اشترط أيضاً صحة تصرفه في المال.

ولابد من كونها زوجة يملك الزوج طلاقها فلو كانت رجعية صحت مخالعتها في الأظهر عند الشافعية لكونها زوجة يجري عليها ما يجري على الزوجات.

ومقابل الأظهر لا يصح لعدم الحاجة إليه بكونها رجعية يؤدي بها إلى البينونة.

ولو كانت بائنة؛ لم يصح لأنه لا تصرف له عليها.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٩٥):

١ ـ يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

فلا بد من كونها زوجة وإلا لم يصح.

٢ ـ المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

فلا تصح مخالعة الصغيرة وهو مذهب الجمهور، وهو ما أشارت إليه هذه المادة، وإذا تمت المخالعة وهو مذهب الحنفية فالتزامها بالمال لا يتم إلا بموافقة ولي المال، لأن المخالعة تعد ضرراً مالياً فاحشاً فلا يصح منها، وإنما يلتمسه وليها أو ينتظر بلوغها لتجيزه أو لا، ولهذا نصت محكمة النقض: إذا طلق الزوج زوجته الصغيرة المميزة على مهرها وقبلت تطلق ولا يسقط المهر (ش ـ ٢٣٥ ـ ٢٣٢ ـ ٩/٦/١٩٦٦).

٣ ـ عوض الخلع: فينبغي أن يكون مالاً متمولاً متقوماً معلوماً مقدوراً على تسليمه، ولا عبرة بالقلة والكثرة أو بالدين والعين أو بالمنفعة.. فيصح فيها مع شرط المنفعة، ويستثنى: الخلع على براءته من سكناها فلا يجوز، وله عليها مهر المثل لحرمة إخراجها من السكن.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٩٧): كل ما صح

التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

ولو طلب بدلاً لخلعها فرضيت بأكثر، أو عرضت بدلاً لخلعها فرضي بالأقل، كما لو طلبت طلقة بألف فقبل بمائة، وكذا في طلبه البدل كما لو قال: أنت طالق بألف فقبلت بألفين، لزمت الألف وصح الطلاق، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا اعتبار للزيادة.

وقد يقع التقاص بين دينيهما حال اتحاد الجنس والقدر والصفة.

فإذا كان بدل الخلع مجهولاً أو محرماً وقع الطلاق البائن وبطل العوض عند الحنفية إن كان بلفظ الخلع.

وقال المالكية: تجب القيمة ونفذ الخلع.

وأما الشافعية فقالوا: يلزم مهر المثل، وكذلك إذا علق على بدل مجهول يمكن بذله، أو جرت المخالعة دون ذكر العوض.

وقال الحنابلة: يبطل الخلع دون ذكر العوض أو بجهالته أو بحرمته إن علما تحريمه وإلا بأن جهلا فله بدله، ويصح خلع الكتابية على العوض الصحيح عندهم.

ولو تلفت عين بدل الخلع قبل القبض أو استحقت أو كانت معيبة..فردها فعليها القيمة أو المثل عند الجمهور، وعند الشافعية يلزم مهر المثل عليها، وإن خالعها على البراءة من مهرها المعلوم أو من دين عليه معلوماً وقع الطلاق، وذلك لمآل الخلع إلى المعاوضة اتفاقاً[1].

المخالعة على حقوق الزوجية وقانون الأحوال الشخصية السوري:

تجوز المخالعة على حقوق الزوجية والتي تتناول المهر والنفقة المفروضة والماضية والكسوة والمتعة، ونفقة الولد وحضانته والرضاع.. فإذا

---

(١) الهداية: ١/ ٢٩٣ ـ ٢٩٦، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٦٨ و٥٧٠، الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٨ و٣٥٢، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦ و٢٦٨ ـ ٢٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٢١٤ و٢١٩.

مات الولد لزمها بدل نفقته.. فإذا أعسرت أجبر على نفقته.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

١ ـ إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد، يرجع الزوج على الزوجة، بما يعادل أجرة إرضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

٢ ـ إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد، يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم.

ولذا نصت محكمة النقض: إذا خالعت الزوجة زوجها على حضانة ولدها والإنفاق عليه من حسابها، تلزم بما خالعت به طالما هي قادرة على ذلك(ش ـ ٥٧٥ ـ ٥٦٩ ـ ٢١/ ١٢/ ١٩٦٧).

وإذا اتفقا على المخالعة أو المبارأة أو أمرها بالمخالعة التي تتوقف على قبول الزوجة كان الخلع معاوضة من جانبها.

ذكر بدل المخالعة وحده وقانون الأحوال الشخصية السوري:

فإذا ذكرا بدلاً للمخالعة سقطت كل الحقوق عند الإمام أبي حنيفة ولزم العوض على الزوجة بقبولها.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٩٨): إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية.

وقال محمد: يسقط ما سمياه فقط، وهو مذهب الجمهور، ولأبي يوسف قولان في لفظ المبارأة مع الإمام فتسقط كل الحقوق، وفي الخلع مع محمد في سقوط ما سمياه فقط.

ولها شرط الخيار ما شاءت عند الإمام على أن تقبل بالخلع في المجلس، وخالف الصاحبان فأبطلا الخيار.

عدم ذكر بدل المخالعة وقانون الأحوال الشخصية السوري:

فإذا كان مسكوتاً عنه: ففيه روايتان عند الحنفية، أصحهما: برىء كل منهما من الآخر، فلا ترد عليه شيئاً إن قبضت من مهرها شيئاً ولا يطالبها بما بقي، فإذا كانت قد قبضت كل المهر فأصح الروايات لا يطالبها بشيء أيضاً، وهو ما نصت عليه المادة (٩٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري: إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

نفي بدل المخالعة: فإذا كان البدل منفياً فلا يسقط شيء من الحقوق وكان الخلع رجعياً.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري: إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية.

وتفرد الحنابلة فقالوا: إن سكت عن البدل أو نفاه لم يصح الخلع، إلا إذا كان بلفظ الطلاق فيكون رجعياً.

ولا تسقط نفقة العدة وسكناها دون تسمية، فإذا اتفقا على البدل لم يسقطا، فإذا نص على النفقة سقطت دون السكنى فلا تسقط ولو نص عليها عند الحنفية والمالكية وبانت منه.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

وكذلك لا يسقط حق الغير كحضانة الولد من أبيه بدل أمه فإذا عده بدلاً صح الخلع وبطل الشرط[1].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٥٥٧و٥٦٥ ـ ٥٦٦و٥٦٨ ـ ٥٧٠و٥٧٢ ـ ٥٧٣، الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٩ ـ ٣٥٠و٣٥٦ ـ ٣٥٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٢، كشاف القناع: ٥/ ٢١٨ و٢٢٠ ـ ٢٢١ و٢٣٠.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويُلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان الولد فقيراً».

٤ ـ الصيغة في الخلع:

يمكن أن تكون الصيغة صريحة وذلك بلفظ الخلع والمفاداة عند الحنفية وفي الأصح عند الشافعية وعند الحنابلة وأضافوا الفسخ إذا ذكر معه المال، وذلك أن لفظ الخلع قد تكرر استعماله على لسان أهل الشرع لإرادة الفراق فلا يحتاج إلى نية، وكذلك لفظ المفاداة والمبارأة لوروده في القرآن في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ومن الصريح: اقتران لفظ الخلع بلفظ الطلاق على مال، أو جرى لفظ الطلاق وحده على مال عند الشافعية والمالكية دون الحنفية.

ونصت محكمة النقض السورية: الطلاق مقابل مال هو مخالعة لا تُسمع فيها دعوى الرجعة (ش ـ ٢٠٢ ـ ٢٣٦ ـ ٢١/ ٩/ ١٩٦٠).

وأما الكناية كقوله: فسخت نكاحه بكذا إذا اعتبرنا لفظ الخلع صريحاً، فيكون فسخت وما أشبهه من كل لفظ يراد به الخلع كناية عن الفرقة بعوض مع كون هذا اللفظ وغيره من الألفاظ الكنائية في الطلاق محتاجاً للنية.

وفي قول: الخلع والمفاداة كناية فيحتاج لنية الطلاق باعتبار أن الألفاظ الصريحة في الطلاق ليست منها الخلع والمفاداة، كما أن المفاداة لم تشتهر في عرف أهل الشرع..

ولا يعد تخلل الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول فاصلاً مبطلاً للإيجاب بخلاف ما إذا كثر فإنه يضر[1].

---

(١) الدر المختار: ٢/ ٥٥٧، الشرح الكبير ٢/ ٣٤٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٨ ـ ٢٧١.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٩٦): «الكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

ونصت محكمة النقض: شرائط المخالعة وأركانها:

١ ـ لا يشترط أن تجري المخالعة أمام القاضي.

٢ ـ لا تتم إلا بالإيجاب والقبول.

٣ ـ يشترط فيها ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما(ش ـ ٤٦ ـ ٤٦ ـ ٧/ ٢/ ١٩٧٠).

التعليق في الصيغة:

يمكن أن يتم الخلع بصيغة متى أو متى ما أو أي وقت أعطيتني فأنت طالق، فتعدُّ صيغة تعليق محض صريح من جانبه وليس بمعاوضة، فيقع الطلاق عند تحقق الشرط كأي تعليق، ولا حاجة فيه للقبول لفظاً لأن الصيغة لا تقتضيه، ولا يصح فيه الرجوع قبل الإعطاء كالتعليق الخالي عن العوض، ولا يلزم الإعطاء فوراً لدلالة اللفظ على عموم الزمان في سائر الأوقات.

وكذلك لو قال: إذا أو إن أعطيتني كذا فأنت طالق فمثل ما سبق ولكن يشترط الإعطاء فوراً.

وكذلك لو علق الطلاق بصفة كدخول الدار..بقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق بألف فقبلت ودخلت بعد قبولها بزمن طلقت لاعتبار وجود المعلق عليه والقبول، ويلزم المسمى ويجب في الحال.

ولو بدأت الزوجة بطلب الطلاق تعليقاً بإن ومتى... كطلقني على كذا فأجابها فوراً كانت معاوضة من جانبه جعالة من جانبها لبذلها المال مقابلة ما يستقل به الزوج، ولها الرجوع قبل جوابه مع اشتراط فور جوابه، إلا إن صرحت بالتراخي فلا يشترط[1].

ولم ينص القانون على هذا ولكن أشارت محكمة النقض: يشترط فيها

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠و٢٧٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٢٨.

ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما، مما يعني صحة التعليق فيها.

الإضافة في الصيغة:

وذلك إذا طلبت الطلاق وأضافته إلى زمن مستقبل كغد..بانت بمهر المثل، وفسد بدل الخلع لدخول شرط تأخير الطلاق وهو أمر فاسد لايسوغ، فيفسد ما يقابله وهو البدل فتعين الرجوع فيه إلى مهر المثل.

وقيل: بل بانت بالمسمى[1].

جواز الرجوع قبل القبول: ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم جواز الرجوع إلى جواب الزوجة، بينما يجوز رجوعها هي إذ يعد معاوضة من جانبها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز رجوع الزوج عن إيجابه قبل قبول الزوجة باعتبار تكييف الخلع بأنه معاوضة، وفي المعاوضة يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول.

وهو مانصت عليه المادة (٩٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري: لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

أخذاً بمذهب الشافعية والحنابلة في جواز الرجوع قبل قبول الزوجة.

اشتراط قبول الزوجة لفظاً:

لابد من قبول الزوجة باللفظ إذا كانت ناطقة فلا يتم بالفعل، ولابد من اتصاله بالإيجاب دون أن يفصله كلام أجنبي عنه أو زمن طويل.

وأما الخرساء فتعد إشارتها المفهمة كافية[2].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٥.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٥٥٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٤٧و٣٥١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٩، كشاف القناع: ٥/ ٢٢٧.

توافق القبول مع الإيجاب:

لايجوز اختلاف القبول عن الإيجاب زيادة أو نقصاناً، كقوله طلقتك بألف فقبلت بألفين وعكسه، وعد ذلك لغواً، للمخالفة في المعنى فلم يكن جواباً، بخلاف قوله: إن أعطيتني ألفاً فأعطته ألفين، وذلك أن القبول جواب الإيجاب فإذا خالفه في المعنى لم يعتد به، ويعد الإعطاء فعلاً لا جواباً، فالألف داخل بالألفين، فقد أتت بألف ولا يعتد بالزيادة[1].

(١) مغني المحتاج: ٣/٢٦٩.

المبحث الثالث:

تكييف الخلع وآراء الفقهاء فيه

المطلب الأول: تكييف الخلع

يتوقف تحديد تكييف الخلع على عده طلاقاً أو فسخاً.

فإن عد طلاقاً كان معاوضة وذلك لأن فيه صيغة المعاوضة، كما في قوله: طلقتك أو خالعتك بألف فأجابت بالقبول.

ووجه كونه معاوضة أخذ العوض مقابل الملك بإخراجه عن اختصاصه به.

ولكن تبقى معاوضة مشوبة بالتعليق لأن الطلاق لا يقع إلا بقبول دفع المال.

وكذلك إن عد الخلع فسخاً ولكنه معاوضة محضة لا يؤثر التعليق فيها كابتداء البيع[1].

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في عد الخلع طلاقاً أو فسخاً[2]

إذا كان الخلع بلفظ الخلع: فذهب الجمهور إلى أن الخلع طلاق بائن ينقص عدد الطلقات، وذلك لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين، وذلك بعد قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] مما يدل على إلحاقه بالطلاق، وعند الحنفية لأنه كناية مقترنة مما أغنى عن النية، ولتسلم لها نفسها بالبينونة.

كما أنه لو كان فسخاً لصح بالصداق فقط، لأنه يجب في الفسخ بذل البدل، وهو يصح بكل بدل، وعدَّ بائناً لأنها بذلت المال لتملك نفسها ولا تملكها مع الرجعة، ولهذا إذا نفي البدل كان طلاقاً رجعياً.

ونصت محكمة النقض على عده طلاقاً بائناً فذكرت: المخالعة هي طلاق بائن لا تؤثر فيه الرجعة الوحيدة الطرف (ش ـ ٣٦٤ ـ ٣٤١ ـ ١٨/ ٩/ ١٩٦٦).

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٩.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٥٥٩، الشرح الكبير: ٢/ ٣٥١، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٨و٢٧١، كشاف القناع: ٥/ ٢١٦.

وذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى أنه فسخ لا ينقص عدد الطلاق، ويجدد عقد النكاح بتكرره دون حصر، لأنها فرقة بمعاوضة فتكون فسخاً، واشترط الحنابلة وقوعه بلفظ الخلع والفسخ والمفاداة ليكون فسخاً مع عدم نية الطلاق، واستدلوا بالآية: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وذلك أن الله تعالى ذكر تطليقتين ثم الخلع ثم تطليقة بعده، ولو كان الخلع طلاقاً لكان عدد الطلقات أربعاً، ولجريانه بغير ألفاظ الطلاق ونيته فيكون فسخاً.

وهذا مخرج يمكن الأخذ به لمن كثر طلاقه بدل اللجوء إلى نكاح التحليل القبيح.

المبحث الرابع:

حالات الخلع والاختلاف فيه

الأصل أن يباشره الزوجان، ولكن قد يباشرانه بأنفسهما أو بوكيليهما أو يكون أحدهما سفيهاً، أو يختلف فيه، وبيانه:

المطلب الأول: التوكيل في الخلع

يعد الخلع عقد معاوضة، وعليه يجوز التوكيل فيه لمسلم أو ذمي.

وليس لوكيل الزوج أن ينقص من بدل الخلع المحدد له شيئاً لأنه لم يأذن له به بخلاف الزيادة.

فإن أطلق لوكيله الإذن، كأن قال له: خالعها بمال، أو سكت عن البدل فقال: خالعها لم يوافق على أقل من مهر المثل، بل له الزيادة عليه.

فإن خالف الوكيل الإذن أو أنقص عن مهر المثل نقصاً فاحشاً لم تلزم المخالعة ولم تطلق.

ورجح النووي وقوع الطلاق بمهر المثل إن أنقص عنه دون مخالفته لما وكله به فلا يقع الطلاق.

وأما وكيل الزوجة فكذلك ينفذ تصرفه بمثل ما أمرته وبأقل، وأما مازاد فلا ينفذ عليها مع وقوع الطلاق البائن ولزوم مهر المثل.

وفي قول يلزم الأكثر من المسمى ومن مهر المثل لرضاها بما سمته، ولأن المرجوع إليه عند فساد المسمى هو مهر المثل[1].

وعلى الوكيل أن يضيف الخلع إليها وإليه وأنها قد وكلته أو وكله وإلا فهو خلع فضولي صحيح وهو إعراض عن التوكيل، ويلزم ماسماه لالتزامه بعقده، ويطالبها بما سماه، ولا يزيد على مهر المثل، طالما أطلق التوكيل، لأن إطلاق التوكيل تقدير لمهر المثل فلا يزيد عليه[2].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٦.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٧، كشاف القناع: ٥/ ٢١٣.

المطلب الثاني: الوكيل في الخلع

يصح التوكيل مطلقاً في عقد المخالعة سواء كان الوكيل مسلماً أو ذمياً أو محجوراً عليه دون توكيله بالقبض فلا يصح لعدم أهليته لقبضه.

كما يصح توكيل الزوج والزوجة امرأة بخلع زوجه، ويعد إما وكالة كما هو ظاهر، أو تمليكاً، وكلاهما صحيح، لصحة الوكالة، كما أنه إذا صح تمليكاً صح وكالة من باب أولى..وهذا عند الحنفية وفي الأصح عند الشافعية والحنابلة[1].

المطلب الثالث: خلع السفيهة

ذهب الجمهور إلى أنه إذا طلق السفيهة بلفظ الخلع وقبلت به وكان بعد الدخول كان طلاقاً رجعياً، ولا عبرة بذكر المال ولو أذن الولي، ولا يصرف مالها في مثل ذلك، فلو كان قبل الدخول كان بائناً ولم يجب المال، وهذا إذا لم يكن الطلاق معلقاً على دفع المال.

ويشترط كونها محجوراً عليها، فلو كانت رشيدة ثم سفهت ولم يحجر عليها بعدُ صح تصرفها. وقال المالكية: اختلف في جوازه بغير إذنها، وأما مع إذنها فيجوز ولو من مالها[2].

المطلب الرابع: خلع المريضة مرض الموت

ذهب الحنفية إلى صحته واعتباره بالثلث لأنه تبرع، وله الأقل من الإرث وعوض الخلع والثلث إن ماتت في العدة، فإن ماتت بعد انتهاء العدة فيأخذ الأقل من البدل أو الثلث، ولا ينتظر إلى الإرث لعدمه بموتها بعد العدة، وكذلك لو كان قبل الدخول لبينونتها.

وذهب المالكية والحنابلة إلى اعتباره بإرثه منها فإن نقص عنه فلا بأس،

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٥٦٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨و٢٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٢٢٩.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٥٦٩، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٤، كشاف القناع: ٥/ ٢١٥.

وإن زاد فله الأقل من بدل الخلع أو الميراث لعدم التهمة فيه بخلاف غيره، وإن شفيت من مرضها فله جميع البدل.

وذهب المالكية إلى حرمة هذا الخلع ونفاذ الطلاق وعدم التوارث بينهما، وفي طلاقها بائناً.

وذهب الشافعية إلى أنه يصح خلع المريضة لأن لها التصرف بمالها في أغراضها، ولا يحتسب عليها بدل الخلع من الثلث إلا ما زاد على مهر المثل، ولا يعد بدل الخلع كالوصية للوارث، لأن الخلع يخرج البدل عن الإرث إلا إذا كان الزوج وارثاً بغير سبب الزوجية ككونه ابن عم لها.

وأما المريض مرض الموت فيصح خلعه مطلقاً ولو دون مهر المثل باعتبار أن البضع لا يورث ولو لم يخالع[1].

المطلب الخامس: خلع الفضولي (الأجنبي)

يعد الزوج مستقلاً ابتداء بالطلاق، ولكن في بعض الظروف قد يسمح فيها للأجنبي (أباً أو غيره) أن يتدخل لإيقاع الطلاق لغرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله تعالى أو خلع على محرم..أو لغرض دنيوي مباح..

كما أن للأجنبي بذل المال والتزامه فداء وإن التزمه لزمه، وإلا بأن أطلق فعلى الزوجة.

ويعد تصرفه معاوضة فيها شوب جعالة..ولكليهما الرجوع قبل إجابة الزوج أو الأجنبي إن ابتدأت المخالعة من الزوج إلى الأجنبي، وعند الحنابلة يعد تصرف الأجنبي مقابل المهر مع الزوج لا يبرئ الزوج من المهر إلا إن كان يجهل أن إبراء الأب من المهر لا يصح فيكون الزوج مغروراً ويقع الطلاق رجعياً[2].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٥٧٠، الشرح الكبير: ٢/ ٣٥٤ ـ ٣٥٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥و٢٧٦، كشاف القناع: ٥/ ٢٢٨.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٥٦٩، الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧، كشاف القناع: ٥/ ٢١٤و٢٢٨.

المطلب السادس: الاختلاف في الخلع

لو ادعت الزوجة المخالعة ولا بينة لها وأنكر الزوج صُدِّق بيمينه، وذلك لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع.

فإذا أقامت الزوجة البينة ـ وكانت رجلين ـ لم يطالبها بالمال لإنكاره إلا إن أقر فيستحق البدل.

ولو ادعى طلاقها ببدل فأنكرت البدل وادعت الطلاق مجاناً أو عدم الطلاق وقعت طلقة بائنة دون ثبوت البدل ولكن مع يمينها على نفي البدل.

ووقوع البينونة لقوله بها، وأما عدم ثبوت البدل؛ لأن الأصل براءة الذمة وذمتها بريئة حتى يثبت انشغالها بالبدل.

فإن أقام البينة أو حلف على ثبوت البدل أو اعترفت بعد يمينها لزمها البدل.

ولو اختلفا في جنس البدل: ليرات سورية أو أردنية أو صفته[1] أو قدره أو في عدد الطلاق، ولا بينة لكليهما، تحالفا ولزم مهر المثل مع بينونتها، وفسخ العوض منهما أو من أحدهما أو القاضي، وإلا بأن كان لأحدهما بينة عمل بها[2].

ولو نويا نوعاً لزم المنوي إلحاقاً له بالملفوظ، وقيل: يفسد المنوي ويلزم مهر المثل، ولا عبرة للنية ولو اختلفت نياتهما بأن أراد كل منهما جنساً وتصادقا فلا فرقة، فإن تكاذبا بأن قال: أردت دنانير، وقالت: بل دراهم أو فلوساً، تحالفا وبانت بمهر المثل؛ لرجوع ذلك إلى الاختلاف في الجنس[3].

---

(١) قديماً يصدق على دنانير مكسرة أو صحيحة، وحديثاً يصدق على ذهب مصوغ أو غير مصوغ.ر.مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٨.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

(٣) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٦٣ ـ ٥٦٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٨، كشاف القناع: ٥/ ٢٣٠.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الرابع:
الطلاق بحكم القاضي

المبحث الأول: الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض

المبحث الثاني: التفريق للغيبة.

المبحث الثالث: التفريق للإعسار بالنفقة.

المبحث الرابع: التفريق للشقاق والضرر.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الرابع:
الطلاق بحكم القاضي

المبحث الأول: الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض

إن الأصل في عقد الزواج خلوه عن كل ما يعكر صفوه شعوراً وحساً، ولا يستقيم ذلك لما قد يطرأ من عيوب تَحُولُ دون استقرار هذا العقد، وسوف أذكر هذه العيوب ثم آراء الفقهاء في ثبوت الخيار وحق الفسخ بها ثم أذكر العيوب الحديثة وما يمكن أن يكون حكمها ثم أبين رأي القانون.

المطلب الأول: تعريف العيوب التي يفسخ بها

ونبدأ بتعريف العيوب الجنسية ثم الجسمية، وسأكتفي بالتعريفات الاصطلاحية اختصاراً.

١ ـ العيوب الجنسية:

الرتق: انسداد مسلك الذكر بعظم أو لحم بحيث يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه.

القَرَن: لحم أو عظم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر.

الإفضاء: اختلاط مسلك البول بمسلك الجماع وصيررتهما مسلكاً واحداً[1].

العُنَّة: والعِنِّين ـ كسكين ـ: من لا يأتي النساء عجزاً، فيعن يميناً وشمالاً، ولا يقصد المأتى منهما.

ويلحق عند الشافعية بالعنين قياساً: كبير الآلة بحيث لا تسع حشفته امرأة، ويفضي كل امرأة وتسمى عَبَالة الزوج[2].

---

(١) القاموس المحيط: ١١٨٩، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٧٨، ينظر بحث لي بعنوان: فسخ النكاح بالعيوب.

(٢) المجموع١٥/ ٤٣٥ ـ مغني المحتاج٣/ ٢٠٢ ـ البهجة١/ ٣١٢ ـ حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٧٨، حاشية الطحطاوي: ٢/ ٢٠٩، ابن عابدين٣/ ٦١٣، القاموس المحيط٩٢٦.

الجب: هو مقطوع الذكر والخصيتين، ويلحق به الخصي: وهو مجبوب الخصيتين.

٢ ـ العيوب الجسمية:

الجنون: استتار العقل بعلة دائمة أو متقطعة، والعته والصرع والخبل والوسواس درجات من الجنون.

الجذام: علة يحمر منها الجلد أو العضو، ثم يسود ثم يتشقق وينتن ويتقطع ويتناثر.

البرص: بياض شديد مبقع إذا نخس بإبرة خرج منه ماء لا دم، وهو أبيض، أو أسود، وهو أردأ من الأبيض وهو مقدمة للجذام.

الباسور: داء في المقعدة، ومنه ما هو ناتىء ومنه ماهو غائر، وهو إما سائلاً أو غير سائل.

الناسور: هو قروح غائرة تحدث في المقعدة يسيل منها الصديد وقد تكون نافذة أو لا[1].

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في ثبوت الخيار بالعيوب

يثبت الخيار للزوج، عند جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة ومحمد من الحنفية بعيب الزوجة بشرط أن لا يعلم بمرضها ولا يرضى به.

وأما الحنفية: فلا يثبت للزوج عندهم خيار بعيب الزوجة مطلقاً، لأن انقطاع الزوجية كلها بالموت لم يوجب الفسخ مع أن المقصود من النكاح لم يحصل، فاختلال المقصود بالعيوب من باب أولى لا يثبت الخيار، ولأن المستحق عليها هو التمكين، وهو حاصل، واستيفاؤه من الثمرات، وهي ليست بواجبة.

ويثبت الخيار للزوجة بعيب الزوج بإجماع الأئمة الأربعة، إلا عند ابن حزم، فلا يثبت الخيار لها مطلقاً، وتفصيل رأي الأئمة على حالتين قبل

---

(١) مطالب أولي النهى: ٥/ ١٤١، المغني: ٧/ ٥٨١، الشرح الكبير: ٧/ ٥٦٧.

الدخول وبعده، وهذا عند الشيخين ـ أبي حنيفة وأبي يوسف ـ في العيوب الجنسية دون الجسمية ومحمد مع الجمهور.

ـ أما قبل الدخول: فيثبت لها الخيار بشرط عدم علمها بعيبه عند الحنفية والحنابلة بخلاف الشافعية، فلو علمت بعيبه كعنّته لم يسقط خيارها، لأن العنة تثبت في حق امرأة دون أخرى، وإذا ثبت لها الخيار، فالفرقة تكون بعد التأجيل لسنة كاملة إن احتيج للتأجيل وإلا ثبتت الفرقة لها، وذلك لأن الحق ثابت لها في الوطء، فلم يتحقق مقصود النكاح، ولأن الضرر يزال، فيزال الضرر[1].

وأما بعد الدخول: فلا يثبت لها الخيار عند الحنفية والمالكية والشافعية، لأن حقها في الوطء قد استوفته ولو حصل مرة واحدة، وما زاد على المرة فهو مستحق ديانة لا قضاء، وعند الشافعية لأنها عرفت قدرته على الوطء مع رجاء زوال عنته، وقال المالكية: إنما هي مصيبة نزلت بهما وقد استوفت حقها بالوطء.

وأما الحنابلة: فقالوا في العيوب بشكل عام: إذا حدث العيب بعد الدخول ففيه وجهان:

أولهما: يثبت الخيار لهما، لأنه كما ثبت قبل الدخول يثبت طارئاً على العقد، كالإعسار بالنفقة، ولأنه عقد على منفعة، فحدوث العيب به يثبت لها الخيار.

والثاني: لا يثبت الخيار، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، قياساً على العيب الحادث بالمبيع بعد القبض.

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٦١٠، الهداية ٤: /١٢٨، حاشية الدسوقي٢/ ٢٧٤، البهجة ١/ ٣١٤، كفاية الأخيار٢/ ٣٧، المجموع: ١٥/ ٤٣٩، فتح الوهاب: ٢/ ٤٩، مدى حرية الزوجين في الطلاق: ٢/ ٦٤٩، فسخ الزواج: ٢٨٥، الطلاق ومذاهبه: ٧٠، المحلى: ١٠/ ١٠٩.

المطلب الثالث: الأدلة ومناقشتها في ثبوت الخيار بالعيوب

١ ـ أدلة الحنفية على ثبوت الخيار للمرأة:

١ ـ من السنة: أخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن امرأة رِفاعة القُرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يارسول الله، إن رفاعة طلقني فبتَّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القُرظي، وإنما معه مثل الهُدْبة.قال: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[1].

وجه الدلالة: أنها ادعت عليه العنة، فرد الرسول ﷺ كلامها بقرينة التحليل للرجوع إلى زوجها، فلم يثبت لها الخيار، لأن النكاح لازم، ولأن المستحق بالعقد لم يفت[2]، ولولا قرينة التحليل لأثبت لها الخيار.

وعلى كل حال لم يستقم توجيه الاستدلال بهذا الحديث، والأولى الاستدلال بآثار الصحابة أو بحديث الجونية، وعند ذاك يلزمون برأي الجمهور، للأدلة نفسها التي سيذكرونها في المعقول.

٢ ـ إجماع الصحابة: روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في العنين أن يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً.

وعن ابن مسعود مثله، وعن علي رضي الله عنهم مثله، وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة، ولم ينكر أحد منهم فكان إجماعاً، وهذا ما نقله ابن المنذر، من إجماع السلف الصالح على القول بذلك[3].

٣ ـ المعقول: يثبت الخيار للمرأة بتعنين الزوج، لأن الوطء مرة واحدة مستحق بالعقد على الزوج للمرأة، والالتزام بالعقد عند تحقق العجز عن الجماع ظلم وضرر يجب رفعه، لأن العجز يمنع المستحق بالعقد، وقد قال

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث، ٣/ ١٨٨٨، رقم: ٤٩٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/ ١٥٢٧.

(٣) الإجماع: ٧٧، نصب الراية: ٣/ ٢٥٤، بدائع الصنائع: ٣/ ١٥٢٧.

تعالى: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٤٩] وقال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

أدلة الإمام محمد على ثبوت الخيار في العيوب الجسمية للمرأة:

يثبت الخيار للمرأة في العيوب الجسمية، لأن هذه العيوب خطيرة وموذية، ولا يمكن المرأة المقام مع الزوج مع وجود هذه العيوب، لذا كان خلوه منها، شرطاً للزوم عقد النكاح.

وإنما ثبت لها الخيار هنا لرفع الضرر عنها، ولأن هذه الأمراض ضررها عليها أكثر من العيوب الجنسية، لحصول الضرر والأذى منها عادة، من عدوى البرص والجذام، وحصول الأذى من المجنون.

وإنما لم يجب للرجل الخيار بهذه العيوب مع أنه يتضرر بها، لتمكنه من رفع الضرر عنه بالطلاق، وليس مع المرأة طلاق، فتعين الفسخ لحق المرأة لا له[2].

وتفريق الإمام محمد عجيب هنا، فلِمَ أثبت الخيار للمرأة ولم يثبته للرجل؟! والضرر مشترك بينهما، وإذا بيَّن وجه التفريق بينهما، فهو وجه لا معنى له، إذ بإثبات الخيار للمرأة يقع الطلاق عليها أيضاً، على تفصيل سيأتي ويحسب عليها، فكأن الزوج طلقها، وعلى كل حال: ألا تملك المرأة الخلع إذا كان الزوج يملك الطلاق، كما أنه يجب عدم جعل الفسخ طلاقاً يحتسب من الطلقات، وسيأتي ذلك مفصلاً وإلا فلا فائدة للخيار أيضاً.

٢ ـ أدلة الجمهور على ثبوت الخيار للزوج وللزوجة:

آ ـ من السنة:

١ ـ أخرج الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال: «صحبت شيخاً من الأنصار، ذكر أنه كانت له صحبة يقال له: كعب بن زيد، أو زيد بن كعب فحدثني: أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها،

---

(١) سبق تخريجه ص٤٧١.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/١٥٣٧.

وضع ثوبه، وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً، فانحاز عن الفراش، ثم قال: «خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً»[1].

وقد طعن الحديث بأنه ضعيف، إذ اضطرب جميل بن زيد في روايته، فتارة رواه عن زيد بن كعب بن عجرة، وتارة عن كعب بن زيد، فلذلك ضعفه الطبراني والبيهقي والبغوي وأبو حاتم، وقال الهيتمي: رجاله رجال الصحيح خلا حسين بن قبيصة وهو ثقة.

ورواه الشافعي وصحح ابن حجر روايته من طريق مالك، وروي الحديث بأسانيد أخرى، ذكرها البيهقي عن عمر وابن عمر.

وأما اضطراب جميل بن زيد: فقد جاء من رواية أخرى في سنن سعيد بن منصور عن زيد بن كعب بن عجره دون شك[2].

وجه الدلالة: ثبت الرد بعيب البرص بالحديث، فيثبت في سائر العيوب قياساً على البرص، بجامع علة منع الاستمتاع وعدم تحقق مقصود النكاح[3].

٢ ـ وأخرج البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد»[4].

قال ابن حجر نقلاً عن الشافعي: «إنه يعدي الزوج كثيراً ـ أي الجذام ـ وهو مانع للجماع، لا تكاد نفس أحد تطيب بمجامعة الآخر، والنسل قلما يسلم، وإذا سلم أدرك ولده»[5].

---

(١) المسند: ١٢/ ٤٢٣، رقم: ١٥٩٧٤، الفتح الرباني الساعاتي: ١٩/ ١٩٨ ـ المرأة قيل: اسمها العالية، وقيل: أسماء بنت النعمان، قال الحاكم: هي الجونية، وقال ابن حجر: الحق غيرها/ الفتح الرباني.

(٢) سنن البيهقي: ٧/ ٢١٣، الفتح الرباني: ١٩/ ١٩٨، المجموع: ١/ ٤٢٢.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الطب، باب: الجذام، ٤/ ٢٠٢٨، رقم: ٥٣٨٠.

(٥) فتح الباري: ١/ ١٦١.

٣ ـ قال عمر: «إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها، وهو له على الولي»[١].

وهذا الحديث الموقوف مما له حكم المرفوع، لأنه قول صحابي لا يعقل أنه اجتهد به من نفسه.

٤ ـ وعن علي رضي الله عنه: «أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار مالم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها»[٢].

وهذا الحديث أيضاً مثل الذي قبله مما له حكم المرفوع، وقد شمل نوعي العيوب، وهو قول صحابي ليس فيه مجال للاجتهاد فله حكم المرفوع المنقول عن رسول الله ﷺ.

٥ ـ وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها، فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها»[٣].

٦ ـ وعن عمر أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولاً، فلما انقض حول ولم يصل إليها خيرها، فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر، وجعلها تطليقة بائنة[٤].

٧ ـ عن عمر بن الخطاب أنه قال في العنين: يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما ولها المهر وعليها العدة[٥].

ج ـ الإجماع: عمل الصحابة رضوان الله عليهم، فعن عمر وابن عمر

---

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: ما يرد به النكاح من العيوب: ٧/ ٢١٥.

(٢) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: ما يرد به النكاح من العيوب، ٧/ ٢١٥.وزر: المجموع: ١٥/ ٤٢٥.

(٣) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: ما يرد به النكاح من العيوب: ٧/ ٢١٤.

(٤) قال في نصب الراية: رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار: ٣/ ٢٥٤.

(٥) سنن البيهقي: كتاب النكاح، باب: أجل العنين: ٧/ ٢٢٦.

وعلي وابن مسعود، العمل بفسخ النكاح بالعيوب.

وقال ابن المنذر: «وأجمعوا أن المجبوب إذا نكح امرأة ولم تعلم ثم علمت أن لها الخيار»[1].

د ـ القياس: ثبت الرد بالبرص بالحديث، فيثبت في سائر العيوب بجامع علة منع الاستمتاع، وعدم تحقق مقصود النكاح.وأيضاً بما أن البرص نص عليه فيلحق به الجذام والجنون، بجامع نفرة الطبع، وعدم تحقق مقصود النكاح، وحصول الضرر.و نفرة الطبع وصف اعتبره الشارع في الفرقة، فدل الشارع على اعتباره في جنس العلل، وهو المباعدة والفرار وهذا جنس الفسخ لحديث: «فر من المجذوم..».

المطلب الرابع: الرأي المختار في الخيار للعيوب

إن الناظر في أدلة الحنفية يجدهم: يقفون على النص الذي ورد به ادعاء العنة على الزوج ولا يبرحونه، حتى قالوا بعدم القياس، ثم إنهم فوق ذلك أثبتوا الخيار للزوجة في العيوب الجنسية ولم يثبتوه للرجل، وكان الأولى المساواة للازدواج الحكمي الذي قالوا به، وإذا قالوا بثبوت الخيار بالعيوب الجنسية للمرأة، فأولى أن يقولوا بالخيار في العيوب الجسمية لتفويتها المقصود من العقد، ولخطرها وضررها، والإسلام قد رفع الضرر والحرج.

وإذا ارتأيت رأي الجمهور ـ وأرجو الله التوفيق ـ فإنما ذلك بقيود واقتراحات على التفصيل الآتي:

أ ـ إثبات الفرقة بالعيوب، التي تستحيل معها الحياة الزوجية، والتي تفوت مقصود العقد، ولا أراها تتمثل في عصرنا الحالي، إلا في الإيدز وما أشبهه بالدرجة الأولى، ثم الجنون والجب، وأما ماعداها فهو قابل للشفاء، وسيأتي الكلام مفصلاً في الأمراض الحديثة، وتثبت هذه الفرقة قبل العقد أو حال العقد قبل الدخول.

---

(١) الإجماع: ٧٧، الفتح الرباني: ١٩/ ١٩٩، بدائع الصنائع: ٣/ ١٥٢٧، المغني: ٧/ ٥٧٩.

٢ ـ عدم إثبات الفرقة بالعيوب الحادثة بعد الدخول، حفاظاً على قدسية عقد الزواج واستقراره، ولأن مبناه على المكارمة والمودة والرحمة والسكن، وفي حال المرض تكون هذه المعاني ضرورية، وأكثر ظهوراً من حال الصحة، إذ الحياة الزوجية هي التي تنبني على تحمل السراء والضراء، لا على التنعم في السراء، والنكران عند الضراء.

وتبرز المودة والرحمة حال الظروف القاسية، لا حال الصفاء فحسب، وإلا كانت الحياة مادية قاتمة لا معنى لها.

٣ ـ إذا حدث العيب ولم تثبت الفسخ، فإنما هذا بشرط الحجر الصحي على ما قرره بعض الفقهاء، من وجوب اعتزاله الجماع حتى لا يسري المرض، أو اعتزال المريض، ليتجنب أذاه حتى يبرأ، هذا عند فقهاء المالكية.

وأرى أن عيب الجب يستثنى من ذلك، فإن حدث، وأرادت الزوجة التفريق، فلها ذلك نظراً لتعذر الشفاء منه، وعدم تحقق حكم العقد قط في المستقبل.

المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والعيوب:

نصت المادة (١٠٥): للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١ ـ إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

٢ ـ إذا جن الزوج بعد العقد.

أعطى القانون حق الخيار للزوجة دون الزوج وهو مذهب الحنفية دون الجمهور وكان الأولى إعمال رأي الجمهور وإعطاء الخيار لكليهما تسوية بينهما في وجود الضرر والإيذاء.

كما أن القانون قد أثبت الخيار في العيوب المانعة من الدخول وهو العيب الجنسي، وهو ما قاله الحنفية دون الجمهور، واشترط القانون سلامة المرأة من العيب المانع من الدخول لطلبها التفريق وهو مذهب الجمهور في

اشتراط سلامتها لثبوت الخيار لها في العيب المشترك فخص بعدم وجود ذات العيب المنفِّر فيها، والأولى هو ثبوت الخيار بمطلق العلة لأن نفس الإنسان تعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه، وهو وجه عند الشافعية.

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور ومحمد من الحنفية في الجنون دون الحنفية الذين لم يعدوه موجباً للفسخ.

ويلحظ هنا أن الجمهور أثبتوا الخيار لكليهما بالعيوب الجسمية، والجنون منها، فحبذا لو أخذ المشرع بمذهب الجمهور كاملاً، لأن أمراضاً أخرى غير الجنون أشد خطورة منه وأدعى لطلب الفسخ لهذا العقد.

ونصت المادة (١٠٦) على شروط حق التفريق للعلة، فذكرت:

١ ـ يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢ ـ على أن حق التفريق بالعنة لا يسقط بحال.

وهذه المادة في فقرتها الأولى مأخوذة من رأي الجمهور ومحمد من الحنفية في جانب منها وهو الجنون، ومذهب الحنفية أنها لا يفوت بها مقصود النكاح وهو الوطء، مع أنه يفوت بهذه العلل مقاصد مهمة أخرى من السكن والمودة..

ومن تمام رأي الجمهور ثبوت الخيار بشرطي عدم العلم وعدم الرضا، ثم أثبت لها الشافعية الخيار بعد العقد بشرط عدم العلم، والمالكية ومحمد وقول عند الحنابلة أثبتوا الخيار بعد العقد مطلقاً، وهذا يشير إلى أن هذه المادة قد أخذت بمذهب الشافعية هنا، لأن الساقط لا يعود، طالما علمت بالمرض ورضيت به فلا يمكن بعد ذلك أن تطالب به، رغم أنني أرجح مذهب الجمهور القائلين بالفسخ مطلقاً، لأن نفس الإنسان قد لا تصبر على ما وافقت على تحمله ابتداء، ولا يجبر أحد على تحمل ما لا يريده.

وأما التفريق بالعنة فقد قال به عامة الفقهاء، وتفرد الشافعية بأن علم الزوجة بوجوده لا يسقط خيارها، وقد أخذ القانون بهذا الرأي، ولكن

المادة مُطْلَقة لم تفرق بين حصول الوطء ولو لمرة واحدة وهو مذهب عامة الفقهاء، وبين عدم حصوله، وهو أمر لم يخرج به القانون عن مذاهب الفقهاء، ولكن يمكن القول إن القانون قد أخذ بالإطلاق، وذلك أن الوطء حق لها بعد العقد كما هو قبل العقد أخذاً من الإيلاء وبرأي عند الحنفية بأن الامتناع عن الوطء أربعة أشهر يعد طلاقاً.

ولكن محكمة النقض فسرت الإطلاق بما ذهب إليه عامة الفقهاء من أن العنة تسقط بالوطء ولو لمرة واحدة فنصت:

«إن الضعف الجنسي الذي يصيب الزوج في فترة لاحقة للزواج لا يبرر للزوجة طلب التفريق للعنة، لأن هذا السبب ينتفي بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة».

كما نصت محكمة النقض على أنه لا بد من التأكد من رضا الزوجة بالعلة أو لا، فذكرت: «انتظار الزوجة مدة طويلة غير كافية في الدلالة على رضاها بعلة الزوج».

بل ونصت في قرارها هذا: «تقاضي الزوجة النفقة لا يعد رضاء منها بعلة الزوج (ش ـ ٤٩ ـ ٢٠٧ ـ ٢٩/ ٤/ ١٩٦٧).

وهذا يدل على غاية التأكد من رضا الزوجة بعيبه بعد التعاقد، وإلا لم يعتبر، وهذا يعني أن لها حق الفسخ بعد العقد إذا لم ترض به، ولكن بقيدي عدم العلم وعدم الرضا، وهو مذهب الجمهور في العلل عامة وليس في الجنون فقط كما ذهب إليه القانون.

وقد حددت المادة (١٠٧) الوقت للفسخ الذي يمكن أن يؤجل إليه أو لا، فنصت:

«إذا كانت العلل المذكورة في المادة (١٠٥) غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما».

وتعد هذه المادة تمييزاً بين الأمراض القابلة للزوال والشفاء وبين

الأمراض المستعصية المزمنة التي لا يمكن زوالها.

فعدت الفسخ ممكناً للحال في الأمراض التي لا تزول وقصر هذا في المادة (١٠٥) على الأمراض المانعة من الدخول فتدخل الأمراض الجنسية والجسمية الحديثة والخطيرة والتي تمنع من الدخول كأمراض القلب المميتة.

وأما الأمراض التي يمكن زوالها فيؤجل فيها لسنة وهو أجل العنين بالاتفاق، وعمم القانون هذا في الأمراض التي تمنع الدخول وهي الجنسية وما يشبهها، ولكن في جانب المرأة، وأضاف إليها الجنون.

ولتمام الأجل وضحت محكمة النقض هذا فنصت: يتوجب على الزوجة مساكنة زوجها خلال المدة الممنوحة بموجب المادة (١٠٧ أحوال) (ش ـ ٤٥٧ ـ ٤٥٠ ـ ٢٧/ ١٠/ ١٩٧٠).

وباعتبار اشتراط سلامة المرأة من العيب لمنحها الخيار، فلا بد من التأكد من سلامتها من المرض المانع من الدخول ولو لم يكن عينه، ولكيفية التأكد نصّت محكمة النقض: «يتوجب على المحكمة الاستجابة لطلب الزوج وعرض الزوجة على لجنة طبية لإثبات وجود المانع من الدخول قبل عرض الأمر على الحكمين».

ولا بد من الجزم من أن العلة التي أصيب بها الزوج المانعة من الدخول غير قابلة للزوال حتى يصح التفريق بينهما، فنصت محكمة النقض: «إذا كان التقرير الطبي لم يجزم بأن الزوج مصاب بعلة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري».

المطلب السادس: آثار ثبوت خيار العيب

١ ـ الفسخ: إذا ثبت الخيار على الخلاف المتقدم، كان أول أثر من آثار ثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ لأحد الزوجين أو لكليهما.

٢ ـ التأجيل: وإذا ثبت الخيار فقط فقد لا يثبت حق الفسخ في بعض العيوب، إلا بعد التأجيل، فيؤجل العنين سنة عند أئمة المذاهب الأربعة، وذلك بعد ثبوت العيب، وعلة التأجيل إنما هو لمعرفة حقيقة العنة، هل هي

بسبب عجز خلقي أم بسبب عارض؟ فيمر في السنة بالفصول الأربعة، فيعرف العارض بضده ويشفى به، من عارض برودة وحرارة ويبوسة ورطوبة، ومن الممكن أن نقول حتى يتعالج من علته.

٣ ـ المهر:

إذا ثبت الخيار، على الخلاف المتقدم، في **حالات ثبوت** الخيار، وحالات عدم ثبوته، كان حكم المهر بحسب **وقت الفرقة** على التفصيل الآتي:

فإن كان قبل الدخول ووقعت الفرقة فلا مهر عند الجمهور عدا الحنفية، سواء كانت الفرقة منها أو منه.

لأن الفرقة إن كانت بطلبه، فالفرقة لعدم سلامة الأصل المعقود عليه، ولعدم تحقق المقصود من العقد، لتدليسها أو تدليس وليها، فكأن الفرقة كانت بطلبها فلا مهر لها.

أما إن كانت الفرقة بطلبها، فالفرقة من جهتها، واختارت فراقه قبل أن يستوفي المقصود منها، فلا مهر لها أيضاً وعند الحنفية باتفاقهم: قبل الخلوة، لها نصف المهر[1].

وأما بعد الدخول:

فيجب كامل المهر المسمى عند أبي حنيفة والمالكية فيما إذا ردته هي لتعيبه بعد الدخول أو ما يقوم مقامه، لأن المهر صحيح، وقد وجب بالعقد الصحيح واستقر بالدخول، فلا يسقط بما يستجد بعده، وإلا ضاع حق المهر.

ولأن العقد لو كان فاسدا، لما جاز بناؤه فيما إذا رضيت ببقائه، وتعين فسخه، ولأنه وقع صحيحاً، وجب المهر، وما وقع على صفة يستحيل أن يقع على غيرها.

---

(١) الشرح الصغير: ٢/ ٤٧٥و٤٧٧، الفتح الرباني٢: / ٤٢، فتح القدير: ٤/ ١٢٨، بدائع الصنائع: ٣/ ١٥٣٦، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩.

وهناك قول عند الحنابلة: بوجوب مهر المثل، وهو ضعيف عندهم، ويرجع في هذا على الولي أو المرأة[1].

ورأي الصاحبين، أنه يجب بعد الخلوة نصف المهر بسبب العيب.

وعند المالكية تفصيل: فيجب كامل المهر فيما أجل فيه الزوج، لأنها بذلت نفسها واستمتع بها، وأقامت معه، فإن طلق قبل انتهاء الأجل، ولم يطل مقامها عنده فلها النصف، وإلا فلها كامل المهر، وأما إن ردها الزوج بعد الدخول لعيبها فلا صداق لها[2].

وأما عند الشافعية: فإذا حصل الفسخ بين الزوجين لعيب بطل المهر المسمى، ووجب لها مهر المثل، لأن الفسخ يستند إلى سبب قبل العقد، فيصير كالوطء الحاصل في نكاح فاسد فيجب مهر المثل، ولأنه تمتع بمعيبة على خلاف ما ظنه من السلامة، فكأن العقد جرى بلا تسمية للمهر، والفسخ إنما هو رجوع كل منهما إلى عين حقه، أو إلى بدله إن تلف، فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المسمى بالعقد، وترجع الزوجة إلى بدل الوطء وهو مهر المثل، ولا يرجع به على الولي على الجديد، لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء، فلا يرجع به على غيره.

وهناك قول آخر للشافعية بوجوب المسمى مطلقاً، لأن حدوث العيب طارئ طرأ على العقد، ولو كان موجوداً قبله لرفعه، ولم يكن في ذات العقد ما يبطله فوجب المسمى فيه.

ورده السبكي: بأن رفع العقد من حين حدوث سببه، لا من أصل العقد، ولا من حين الفسخ، فوجب المثل لا المسمى[3]. وهذا حكم المهر حال ثبوت الخيار وحصول الفسخ.

---

(١) الشرح الكبير: ٧/ ٥٨١، المغني٧/ ٥٨٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٨٥، الشرح الصغير: ٢/ ٤٧٥شرح منح الجليل: ٢/ ٧٩.

(٣) المجموع: ١٥/ ٤٢٩ ـ ٤٣١، المنهاج: ١٠٠، فتح الوهاب: ٢/ ٤٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٠٢ وما بعدها.

أما لو طلق الزوج زوجته أو مات مع وجود العيب:

فيجب نصف المهر فيما إذا طلق الزوج زوجته المعيبة قبل الدخول، أو قبل الخلوة، ثم علم بعيبها، وكذلك إذا مات أحدهما، وذلك لأنه رضي بالتزام نصف الصداق فلا يسقط عنه، وهذا فيما إذا طلقها.

أما إذا مات أحدهما فيستقر نصف الصداق أيضاً، وهذا عند الأئمة الأربعة عدا المالكية، وأما المالكية: فأوجبوا بموت أحدهما كامل الصداق، ولو كان معيباً.

وأما بعد الدخول: فيجب كامل المهر بموت أحدهما، أو بطلاقه، وهذا عند الأئمة الأربعة[1].

٤ ـ تكييف الفسخ: وهذا يعني أنه هل يحتسب التفريق من الطلقات الثلاث فينقصها، أو لا؟

قال الحنفية والمالكية: تقع الفرقة بين الزوجين طلاقاً بائناً يحسب من الطلقات الثلاث.

وقال الشافعية والحنابلة: تقع الفرقة فسخاً لا طلاقاً، فلا تحسب من الطلقات الثلاث.

وقد نصت المادة (١٠٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «التفريق للعلة طلاق بائن».

فوافقت مذهب الحنفية والمالكية، والذي أرجحه عدُّ هذا التفريق فسخاً لا طلاقاً، لأنه لا يتوفر فيه معنى الطلاق وأحكامه وحِكمه، وإن لم أعرض أدلة اعتباره فسخاً أو لا[2].

---

(١) المنهاج: ١٠٠، المجموع: ١٥/ ٤٣٢، ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩، المغني٧/ ٥٨٨، الشرح الكبير: ٧/ ٥٨٤، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٨٣و٣٠٠.

(٢) تراجع أدلة ذلك ومناقشتها والترجيح فيها في بحثي فسخ الزواج بالعيوب: أدلة الفقهاء في تكييف الفسخ.

المطلب السابع: كيفية ثبوت العيب

العيب إما أن يكون ظاهراً فلا يحتاج إلى بينة، وإما أن يكون غير ظاهر فيحتاج إلى بينة، فإن ظهر بها ثبت عندئذ عند القاضي وحكم به، وهذا عند الأئمة الأربعة.

أو أن يقر على نفسه عند شاهدين، ويشهدا عند القاضي عند الشافعية، أو بالتراضي عند المالكية.

فإن لم يكن العيب ظاهراً، فإما أن يقر ويثبت عند القاضي أو غيره كما ذكرت.

وإما أن ينكر، فإن أنكر:

ففي عيب العنة ـ وهو أهمها ـ:

إذا ادَّعت المرأة على زوجها العنة، فأقر، ترتبت الأحكام على ذلك. أما إن أنكر: فتطلب يمينه عند الحنابلة والمالكية والشافعية، فإن حلف صُدِّق بيمينه.

فإن لم يحلف ولم يدع الوطء ترتبت أحكامه عند الحنابلة والمالكية.

وعند الشافعية: ترد اليمين إلى الزوجة لإمكان اطّلاعها على العنة من خلال قرائن المعاشرة وعدم تحقق المباشرة، ولا يتصور عند الشافعية ثبوت العنة بالبينة، لأنه لا يمكن اطّلاع الشهود عليها[1].

فإن ادّعى الوطء وأنكرته فعند الحنفية والحنابلة: إما أن تكون بكراً أو ثيباً:

فإن كانت بكراً نظرنها النساء، وعلى النصاب المقدر في ذلك[2] فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها من غير يمين، لأن البكارة فيها أصل، وقد تقوَّتْ شهادتهن بشهادة الأصل، فإذا تم ذلك أُجل.

---

(١) فتح الوهاب: ٢/ ٤٩، المجموع شرح المهذب: ١٥/ ٤٣٣.

(٢) النصاب من النساء منفردات هو: الواحدة عند الحنابلة وكذلك الحنفية، ولكن اثنتان عند الحنفية أحوط وسائل الإثبات: ٢١١.

أما إن كانت ثيباً، فالقول قوله، ويستحلف دفعاً للتهمة، لأن الثيوبة دليل على الوصول جملة، والذي منعه إنما هو عارض على سلامته من العيوب، والأصل السلامة من العيوب وهو الظاهر، لأن هذا الأمر لا يعرف إلا من جهته[1].

وإذا أجل الزوج، فإذا جامعها وأقرت سقط الخيار لأنه لا مبرر له، ويقي العقد لازماً، ومقدار الوصول إليها يكفي فيه تغييب الحشفة.

وعند المالكية يصدق الزوج مع يمينه مطلقاً[2].

المطلب الثامن: العيوب التي لا يثبت بها الخيار

وهي كل عيب لا ينافي مقصود العقد ـ النكاح ـ ولا يخل به، وهو مما يمكن للإنسان تحمله عادة، ولا يمنع الاستمتاع، ولا يخشى عدواها منه ولا تعافه النفوس.

وهذه العيوب يصعب تحديدها لذلك سرد الأئمة الفقهاء أمثلة لها لا على سبيل الحصر.

وقد اتفق الفقهاء على عدم الرد بهذه العيوب، والحنفية موافقون للجمهور هنا بداهة بالأولى، إذ لا يثبتون الرد بالعيوب الأهم من هذه، فكان عدم إثباتهم الخيار هنا من باب أولى.

وهي: العمى والعقم وقطع الطرف وتشوه الصورة، والعور والشلل والعرج والقرع والبخر والصنان والاستحاضة، والقروح السيالة والزمانة، والإفضاء، وضيق المنفذ، إذا لم يكن متعذراً الوصول إليها، والخنوثة الواضحة، ويتغوطه عند الجماع، لأن هذه الأمراض لا تفوت مقصود النكاح[3].

---

(١) الشرح الكبير: ٧/ ٥٧٠ ـ ٥٧٤، الدسوقي: ٢/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤، بدائع: ٣/ ١٥٢٨، ابن عابدين: ٣/ ٦١٢ ـ ٦١٣، الهداية: ٤/ ١٢٨، المجموع: ١٥/ ٤٣٤.

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٥٧٤ و٢٨٢.

(٣) البهجة: ٣١٧، الشرح الصغير: ٢/ ٤٨٢، إعانة الطالبين: ٣/ ٣٣٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٠٢، فتح الوهاب: ٢/ ٤٩، المغني: ٧/ ٥٨٢.

المطلب التاسع: الأمراض الحديثة والخيار بها في عقد الزواج

الفرع الأول: التعريف بالأمراض الجسمية والجنسية:

إن الأمراض الحديثة تكاد تكون فوق الحصر، بل هي كذلك، ومنها ما هو خطر يؤدي إلى الموت، ومنها ما يؤدي إلى العدوى، ومنها ما يؤدي إلى الضرر والألم، ومن خلال موضوعنا يهمنا من الأمراض الحديثة ما يقع على الجسم، فيؤدي إلى تعذر قيام الحياة الزوجية، بحصول الضرر والعدوى، وما يحصل نتيجة أسباب جنسية.

أ ـ منها ما يقع على الجسم ويؤدي إلى الموت، كأمراض السرطان والقلب والأمراض المزمنة.

ب ـ وأما ما يحصل من الأمراض بأسباب جنسية يستحيل بوجودها الاتصال الجنسي أو لا يمكن تحقيق تمامه، وهي:

الإيدز: من أخطر الأمراض المعاصرة التي لم يُكشف لها علاج بعد، وتؤدي إلى الموت خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات، وهو مرض فقدان المناعة المكتسبة من الله عز وجل، الموجودة في الخلايا المدافعة عن الجسم، فتصاب هذه الخلايا بالموت، مما يؤدي إلى أن يصبح الجسم دون مقاومة لأية جراثيم مهاجمة، مهما كانت بسيطة.

السيلان: وهو أول ما يظهر على شكل حرقة في مجرى البول ثم تظهر إفرازات ثخينة مخاطية لزجة مليئة بالقيح والصديد.

الزهري: ويسمى السيفلس، ويبدو على شكل ندبة أو قرحة قاسية على الجلد، ويسبب تورمات ثؤلولية وخاصة في الفرج والشرج ويصاحب هذا الدور بنوع من الصلع، وهنا يكون المرض معدياً بمجرد اللمس ثم يختفي المرض ويبقى معدياً عند خفائه في الدور الأول والثاني عن طريق الاتصال الجنسي والدم والولادة ثم يعاود ظهوره بالشكل العام الخطر فتصاب كل أعضاء الجسم به فيصيب القلب ويؤدي إلى الموت أو الجهاز العصبي من السحايا إلى الدماغ إلى النخاع الشوكي فيؤدي إلى الشلل العام.

الهربس: هو مرض تآكل الأعصاب، ويصيب منطقة في الجسم حسب العصب المغذي لها، وعادة ما تكون في الجنب على هيئة بثور تخرج في الجسم بالتهاب واحتراق ثم يلتئم مكانها لتتابع البثور سيرها إلى موضع آخر قريب من البثرة الأولى على حسب سير العصب المغذي لتلك المنطقة من الجلد، وسماه المسلمون داء النملة.

وقد يتحول هذا المرض إلى ورم خبيث قاتل وهو من أسباب السرطان الرئيسية.

وأنواعه: فمنه ما يصيب الشفاه أو قرنية العين أو السحايا والدماغ أو الأعضاء التناسلية ويصيب المواليد بسبب الأم المصابة بالهربس في رحمها أو فرجها وقد يصيب أي منطقة في الجسم من الوجه والصدر والظهر حتى البلعوم واللسان.

ويعرف هذا المرض عن طريق فحص الدم[1].

الأمراض الفيروسية: وهي نتوءات لحمية قرمزية تظهر على أعضاء التناسل وهي شائعة جداً وتبدأ الثآليل دقيقة ثم تنمو إلى حليمات على شكل القرنبيط وتتوضع على الأجهزة التناسلية والشرج والفم وربما تكبر وتنتشر وقد تنمو داخل الأجهزة التناسلية[2].

الفرع الثاني: الرأي المختار في الأمراض الحديثة:

إن الأمراض منها ما ليس له ضرر يذكر، وهذه لا حكم لها إما لأنها يمكن علاجها أو لأنه لا يطول أجلها.

ومنها ما خطره شديد ويؤدي إلى الموت: وهذه أرى فيها ثبوت الخيار إذا كانت قبل العقد واكتشفت قبل العقد، فيثبت الخيار فيها قبل العقد،

---

(١) الأمراض الجنسية/ البار: ١٤٩ ـ مكافحة الأمراض: ٣٩ ـ الأمراض الجنسية عقوبة إلاهية: ٨٩.

(٢) مكافحة الأمراض: ٣٩.

وكذلك إذا لم تكن مميتة ولكنها تؤدي إلى الموت إن لم تعالج أو تكتشف، كما إذا كانت من الأمراض الخطيرة ـ التي سلفت ـ في أدوارها الأولى.

أما بعد العقد فلا وجه لثبوت الخيار، لأن الحياة الزوجية مبنية على حسن المعاشرة ويكون استمرارها حينئذ أكثر لزوماً من قبل، وهذا من حيث المآل، أما من حيث حكم العقد فكان يلزم الفسخ بها ولكن يقدم المآل على حكم العقد لوجود الضرر المترتب على الفسخ، إذ بالفسخ نزيد استفحال المرض ونهدم معايير إنسانية مختلفة يكون عندئذ أحوج مانكون إلى وجود العلاقة الزوجية، ولكن ذلك بشروط:

١ ـ وجوب التوقف عن الجماع واللمس المباشر أو غير المباشر إذا كان المرض معدياً.

٢ ـ أن لا يطول زمن المرض فإن طال كان لكلا الزوجين الخيار لتعذر وجود الحياة الزوجية وأرى تحديد الزمن بسنة إن رغب أحدهما بذلك.

وإضافة لذلك أرى أن تتخذ الإجراءات الآتية للحيلولة دون انتشار المرض:

١ ـ أن يسن تشريع يفرض على الزوجين التأكد من سلامة كل منهما قبل العقد كشهادة طبية.

٢ ـ فرض الحجر الصحي التام على المريض بمرض لا يمكن الشفاء منه وهذا أفضل من إنهاء العلاقة الزوجية.

٣ ـ أن يسن أو يشرع مويد جزائي على عدم تنفيذ الإجراء الأول ـ إبراز شهادة طبية ـ وأن يشرع عقوبة أو مويد جزائي على الذي تزوج وهو مصاب على أساس المسؤولية التقصيرية لتسببه بإصابة الطرف الآخر السليم، وذلك إذا كان المرض قبل العقد.

وإنما لم أر ثبوت الخيار بالأمراض المميتة بعد العقد لأن هذا الإنسان آيل إلى الموت، فلا داعي لإثبات الخيار للطرف الآخر، وطالما حدد زمن المرض بأن لا يتجاوز السنة كما حدد الفقهاء مدة تأجيل العنين وما أشبهه.

أما الجب فلا أرى وجهاً لبقاء عقد الزواج قبل العقد وبعده، إذ تنعدم مصالح عقد الزواج كلها، ولا تتحقق جل مقاصده من إعفاف وسكن وولد، ومن مودة ورحمة، وهذا طبعاً إن طلبت الزوجة التفريق.

وأما الجنون فإني أرى أنه إن حدث بعد العقد وطلبت الزوجة الفسخ فلا وجه لبقائه أيضاً لعدم التكليف من المجنون، ولخوف الضرر، وخاصة إذا كان مرضه شديداً.

وأما الجنون المتناوب الخفيف: كالصرع فإني أرى تحمله لأنه ليس مستمراً، ومن الممكن استمرار الحياة الزوجية معه، وإذا استفحل أعطي حكم الجنون الشديد المطبق.

وإن كنت أرجح أن لا يعقد لمجنون ابتداءً مطلقاً.

المبحث الثاني:

التفريق للغيبة والفقد

إذا غاب الزوج عن زوجته لحق الضرر بالزوجة وعرضها بذلك للخطوب المختلفة من فتنة وعدم نفقة.

المطلب الأول: تعريف الغائب

اختلف الفقهاء في تحديد الغائب:

ذهب الشافعية إلى أنه ما كان على مسافة مسيرة يوم كامل من طلوع الشمس إلى الليل، ومثل ذلك عند الحنابلة لكن على مسافة القصر.

وذهب الحنفية إلى أنه هو الغائب عن المجلس أو البلد ولا يعلم موضعه.

وذهب المالكية إلى عد الغائب الذي يقضى عليه هو الذي على مسيرة عشرة أيام وأكثر.

هذا والمفقود يدخل في هذا إلا أنه أعم إذ لا تعلم حياته من موته ولا يعلم مكانه[1].

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والفقد

ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز التفريق للغيبة طالت المدة أو قصرت إلى أن يعود أو يحكم القاضي بموته بعد الثمانين.

وعند الشافعية لا يفرق ما دام الزوج موسراً ولو تعذر أخذ النفقة منه.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق للغيبة على تفصيل:

قال المالكية: ينظر أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة فالغائب المفقود في دار الإسلام يؤجل.

---

(١) تبيين الحقائق: ٣/ ٣١٠، الشرح الكبير: ٤/ ١٦٢، مغني المحتاج: ٤/ ٤٠٧، كشاف القناع: ٦/ ٣٥٣.

وأما مفقود الأسر وأرض الشرك فإلى الثمانين ثم تعتد عدة الوفاة.

وفي الحرب بين المسلمين بعد انفصال الصفين ثم تعتد عدة الوفاة.

وأما في الحرب مع الكفار فتتربص سنة ثم تعتد عدة الوفاة.

وأما الغائب المعلوم المكان فيكتب إليه ليأتي أو لينقل امرأته إليه أو يفارقها أو يطلق عليه.

فإن بعث إليها بنفقة انتظرت سنتين أو ثلاث سنين ثم طلقت، وإن لم يبعث أعذر إليه وطلقت طلقة رجعية، فإذا أيسر فله مراجعتها وإلا بانت.

وأما الحنابلة فقالوا: تتربص امرأة المفقود في الغيبة التي ظاهرها عدم السلامة أربع سنين ثم تعتد عدة وفاة.

وأما المفقود في الغيبة التي ظاهرها السلامة كتجارة وطلب العلم وسجن فإلى التسعين ثم تعتد عدة الوفاة.

وأما الغائب المعروف المكان القاصد للإضرار بها فلها الفسخ بعد أربعة أشهر، وغير القاصد للإضرار بعد ستة أشهر إذا لم تكن غيبته في حج أو رزق أو جهاد وطلبت قدومه ولم يأت[1].

وإذا عاد قبل انتهاء عدتها فهي زوجته، وكذلك قبل تزوجها بعد انتهاء عدتها، وأما إذا عاد بعد تزوجها وقبل دخول الثاني فهي زوجته اتفاقاً بين المالكية والحنابلة، فإذا دخل بها فاتت منه عند المالكية. وعند الحنابلة كان الأول بالخيار بين عودتها إليه بالعقد السابق أو يأخذ المهر الذي دفعه من الثاني.

ولو تبين موته أثناء العدة أو بعدها فسخ نكاح الثاني ما لم يتلذذ بها ولم يعلم بحال الأول.

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٨ ـ ٢٩، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٦٥ ـ ٦٦٧، مواهب الجليل: ٤/ ١٥٥ ـ ١٥٦، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٣، المنتقى: ٤/ ١٣٢، المدونة الكبرى: ٢/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٢ ـ ٤٤٣، كشاف القناع: ٥/ ٤٢١ ـ ٤٢٤.

المطلب الثالث: الأدلة والمناقشة على اعتبار الفقد والغيبة أو لا

استدل الحنفية والشافعية بما رواه المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر»[1] وعن علي موقوفاً: «امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته»[2].

واستدل المالكية والحنابلة بما روي عن عمر في امرأة غاب عنها زوجها فسأل حفصة فقال: يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك! فقالت: خمسة أشهر ستة أشهر.

فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين.

وهذا الرجوع إلى الأول بعد استبيان بقاء عقدها كما قال الإمام مالك: ليس استحلال الفروج بعد إعذار السلطان كعقد النكاح بعد مجيء وهو لم يطلقها ولم يمت[3].

المطلب الرابع: الحكم بالفسخ وأثره

ذهب المالكية إلى حاجتها في الطلاق للقاضي، فيضرب القاضي الأجل، وبانتهاء الأجل تعتد عدة الوفاة دون إذن منه، فإذا ما شرعت بعدتها لم يكن لها الرجوع إليه، وقدر وقوع الطلاق عليها بشروعها بالعدة ويتحقق بدخول الثاني بها.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا حاجة للقاضي لحصول الفسخ أو لتحديد بدء الغيبة أو بالتفريق والعدة، فإذا مضت المدة والعدة فإن لها أن تتزوج[4].

---

(١) سنن الدار قطني: باب المهر، ٣/ ٣١٢، رقم: ٢٥٥.

(٢) سنن البيهقي: كتاب العدد، باب: من قال بتخيير المفقود إذا قدم، ٧/ ٤٤٥.

(٣) المدونة: ٢/ ٤٤٩، المغني: ٨/ ١٤٣.

(٤) كشاف القناع: ٥/ ٤٢١ ـ ٤٢٢.

وجعل المالكية هذا التفريق طلاقاً رجعياً تتحقق بينونته بدخول الثاني، وبالنسبة لها بدخولها في العدة، بينما عده الحنابلة فسخاً[1].

المطلب الخامس: التفريق للسجن

يعد السجن غياباً فهو نوع غيبة، فتأتي الآراء السابقة فيه، ولا فرقة فيه عند الحنفية والشافعية إلا للإعسار عند الشافعية.

وكذلك لا فرقة عند المالكية وعند الحنابلة مقيداً بأن الغالب عدم قتله، فإلى موت أقرانه وإلا فهو عند الحنابلة بعد أربع سنين كالغيبة التي ظاهرها عدم السلامة[2].

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للغيبة

نصت المادة (١٠٩):

١ ـ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢ ـ هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

ويلحظ نص المادة: جاز لزوجته..وهذا يعني الجواز لا الوجوب ولا الوقوع بمجرد الغيبة، وإنما لها هذا الحق بالخيار بين إعماله أو لا، فإن اختارت المقام والصبر فلها النفقة ما دام حياً، فإذا بان موته رجع الورثة عليها بما أنفق بعد موته[3].

ويلاحظ أن القانون أخذ بالتفريق لأجل السجن إن كان مستحقاً لهذا السجن لأنه يعدُّ نوع إضرار منه بها، ولأن لها حق الفسخ إن غاب دون قصد

---

(١) الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠، دليل الطالب: ٢٢١.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) كشاف القناع: ٥/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

الإضرار في غير حج وعمل وجهاد، فمن باب أولى ثبوته لها في سجنه لأكثر من سنة... ولكن لا شك أن من سجن مظلوماً ينبغي اختلاف حكمه.

والذي أراه ترجح دليل الجمهور على هذا الرأي؛ لأن استقرار العقد أكثر أهمية من عروضه للظروف المختلفة التي لا يكاد يخلو منها عقد.

وقد عد القانون الطلاق رجعياً قبل انتهاء العدة استناداً إلى مذهب المالكية، ولكن لو عاد الزوج ولم تتزوج بعد وأراد زوجها استبقاءها، فهل يمنع من ذلك؟ لم يقل المالكية بهذا وإنما قالوا: إن شرعت في العدة لم يكن لها الرجوع ولكن له حق استبقائها.

وحق الرجعة إنما يستحقه إذا أمكنه أن ينفق عليها نفقة مثلها لا دونها، وعليه نفقة العدة إن أيسر ولم يرجعها[1].

(١) ر: الشرح الكبير: ٢/ ٥١٩.

المبحث الثالث:

التفريق للإعسار بالنفقة ولعدم الإنفاق[1]

المطلب الأول: آراء الفقهاء في الفسخ للإعسار بالنفقة وأدلتهم:

إذا أعسر الزوج بالنفقة (الطعام وإدامه والكسوة والمسكن) فللزوجة فسخ النكاح على مذهب المالكية والحنابلة والأظهر عند الشافعية ولابد أن تقيم البينة على إعساره أو أن يقر بإعساره بالنفقة، ويثبت ذلك عند القاضي أو الحكم، لأن الفسخ محل اجتهاد فلا بد فيه من القاضي.

فإذا لم تستطع رفع أمرها إلى القاضي فإنها تستقل بالفسخ للضرورة.

وقال الحنفية: لا يفرق بينهما ترجيحاً لبقاء عقد الزوجية، ويجوز تأخير حقها، وتستدين عليه بأمر القاضي فيكون ديناً عليه ليعود الدائن على الزوج لا عليها.

المطلب الثاني: التفريق للإعسار طلاق أو فسخ

ولا يعد الفسخ للإعسار طلاقاً في مذهب الشافعية والحنابلة إلا عند المالكية فيعد طلاقاً رجعياً إن وجد يساره في العدة، ولابد للقاضي من إمهاله ثلاثة أيام وإلا فسخ العقد، ولها الخروج من بيتها زمن المهلة لتحصيل النفقة وليس له منعها.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١١١): «تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق».

وتعد هذه المادة إعمالاً لمذهب المالكية، إلا في شيء واحد وهو أنها إن رضيت وعلمت بإعساره عند العقد يسقط حقها، وهو الأولى في رأيي ترجيحاً لمصلحة بقاء العقد.

---

(١) الهداية: ١/ ٣٢٢، بدائع الصنائع: ٤/ ٢٨، الشرح الكبير: ٢/ ٥١٩، روضة الطالبين: ٩/ ٢٧ و٧٥ ـ ٧٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٢ ـ ٤٤٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٠.

ويلحظ خلال هذه المادة ثلاثة شروط:

١ ـ مراجعة الزوجة في العدة، لأن الطلاق رجعي تجوز فيه الرجعة، ولكنها لا تتم هنا بمجرد الرجعة ـ كما سيأتي بيانها ـ بل لا بد من كونه موسراً، وهو مذهب المالكية.

٢ ـ إثبات يسره فلا يكتفى بنفقة الكفاية والعسر.

٣ ـ الشروع بالإنفاق فعلاً وهو معنى الاستعداد.

المطلب الثالث: سقوط حق التفريق بالعلم بإعساره

ويسقط حقها بالفسخ إن علمت بإعساره ورضيت به عند العقد عند المالكية، ولا يسقط حقها بالفسخ للإعسار عند الشافعية ولو علمته قبل الزواج ورضيت به، وذلك لتجدد ضررها بإعساره، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقد عجز عن الأول فلزم الثاني.

ولقول سعيد بن المسيب في رجل لا يجد ما ينفق على أهله فقال: (يفرق بينهما، فقيل له: سنة. فقال: نعم سنة) وذلك لأن البدن لا يقوم دون النفقة.

المطلب الرابع: التفريق مع العجز أو اليسر مع الامتناع عن الإنفاق:

ذهب المالكية إلى أن لها الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلة إن أعسر بها بعد أن يتلوم أي يُنتظر بما يراه الحاكم من يوم أو أكثر، وإذا لم يجب بشيء طلق عليه، فإن ادعى اليسر وأراد عدم الإنفاق: فعندهم قولان: يطلق عليه أو يحبس، فإن لم ينفق طلق عليه وهو المعتمد، فيما لو ليس له مال ظاهر يمكن الوصول إليه فيؤخذ منه جبراً، ومثل ذلك عند الحنابلة[1].

وفي الأصح عند الشافعية: الموسر الممتنع عن النفقة والغائب المجهول الحال يساراً أو إعساراً لا فسخ فيهما.

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/٥١٨، كشاف القناع: ٥/٤٧٩ ـ ٤٨٠.

وعند الحنابلة: إذا لم تقدر أن تصل إلى نفقتها فلها الفسخ، وإن كان له مال أجبر على الإنفاق أو أخذها الحاكم منه فإن تعذر عليه هذا فلها الفسخ، وهذا يعني أنه إذا امتنع عن الإنفاق وتعذر الوصول إلى نفقتها فلها الفسخ[1].

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١١٠):

١ ـ يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.

وهو كما يُرى: اجتهاد المالكية في الإلزام بالنفقة، فإذا لم يثبت عجزه ولم يُجب بشيء طلق عليه.

٢ ـ إن أثبت عجزه أو كان غائباً، أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

وقد جاء في تلوم الحاكم ـ أي إنظار القاضي للزوج عند المالكية ـ يتبع اجتهاده، واجتهاده منوط بالعرف في تحديد المدة، ولهذا جعل القانون هذه المدة ثلاثة أشهر جرياً مع العرف في إمكان تغير عسره وتبين حاله.

وهو ما قررته محكمة النقض (ش ـ ٤٤٢ ـ ٤٣٤ ـ ٦/ ١١/ ١٩٦٥): «إذا ثبت العجز عن الإنفاق يتوجب على القاضي أن يمهل الزوج للإنفاق قبل التفريق».

المطلب الخامس: حد النفقة اللازمة لنفي الإعسار الموجب للفسخ

ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنه إذا أمكن الزوج أن يقدم للزوجة نفقة المعسر لفقره فلا فسخ، لأن النفقة اللازمة عليه هي نفقة الفقير المعسر، ولا تصير النفقة الزائدة عن هذا الحد ديناً عليه، بخلاف الموسر والمتوسط إذا أنفقا أقل من حد نفقتهما فلا فسخ ويثبت الباقي في ذمتهما لها.

فإذا عجز عن هذا الحد فقد أثبت الجمهور لها طلب الفسخ، فإن أراد

---

(١) كشاف القناع: ٥/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠.

رجعتها عند المالكية فليس له ذلك إلا بقدرته على نفقتها وليس دونها، فلو قدر على ما دون نفقتها فليس له الرجعة[1]، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١١١).

بينما قال الحنفية: تطلب النفقة من القاضي فيفرضها عليه إذا كان حاضراً، فإن عجز استدانت عليه، لأن الإعسار لا يمنع النفقة، فإذا كان موسراً فلها حبسه بعد عظته وإمهاله مرتين أو ثلاث مرات، ثم دفع القاضي إلى الزوجة من مال الزوج ما كان من جنس النفقة دون رضا الزوج، وما كان من غير جنس النفقة لا يباع عليه في رأي أبي حنيفة، وذهب الصاحبان إلى بيعه عليه جبراً.

المطلب السادس: الاختلاف في اليسار والإعسار

ذهب الفقهاء إلى أن الاختلاف في اليسر والعسر بالنفقة بجعل القول فيها للمطلوب منه النفقة ـ الزوج ـ.

وذهب آخرون إلى جعل القول فيها للزوجة، وعده الحنابلة لها إن عرف له مال لأن الأصل بقاؤه، فإذا أقامت المرأة البينة على يساره قبلت، ولو أقاما معاً البينة قدمت بينة الزوجة لأنها مثبتة على بينة الزوج لأنها نافية[2].

المطلب السابع: الاختلاف في سداد النفقة

إذا اختلف الزوجان في أداء النفقة فادعى الزوج دفعها وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها، لادعاء الزوج قضاء الدين مع إنكارها ولا بينة للزوج.

ولو اختلفا في أنه من المهر أو من النفقة فيكون القول للزوج لأنه أعرف بجهة التمليك لأنه ماله[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٤و٢٨ ـ ٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٥٠٩و٥١٩، روضة الطالبين: ٩/ ٧٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٣، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٥، روضة الطالبين: ٩/ ٥٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٧٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٤/ ٢٩.

المبحث الرابع:

الطلاق للشقاق والضرر[1]

المطلب الأول: التعريف بالشقاق والضرر

والضرر: إما أن يكون منه، ومثاله: أن لا يتكلم معها، أو يدير بوجهه عنها، أو يسبها وأباها أو يطأها في دبرها أو يضربها ضرباً مؤلماً، ويؤدب على هذا.

وإما أن يكون منها: كإعراضها وعبوسها وتكلمها بكلام خشن منها بعد لين، وخروجها من المنزل لا لحاجة لها، وإما يكون منهما.

أما إذا منعها الحمام أو أدبها على ترك الصلاة وتزوجه بغيرها فليس بضرر.

وإذا أقامت معه على ضرره فللحاكم تأديبه وزجره.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في الشقاق والضرر وأدلتهم:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إن كان الشقاق من الزوج عزره وأدبه، كأن يضربها بلا سبب، مقتصراً في البداية على النهي، لعله يلتئم الحال بينهما فلا يستوحشا بتعزيره من القاضي، وإلا عزره وأسكنه قرب ثقة يمنعه من التعدي عليها، وإلا حال بينهما حتى يظن أنه عدل، فإن اشتد الشقاق بعث القاضي الحكمين بوكالتهما وإذنهما بالطلاق أو بالخلع، وإن لم يرضيا بالحكمين ولم يتفقا بحث القاضي عن الظالم منهما وأدبه.

وذهب المالكية إلى أن للزوجة الخيار بين الإقامة مع ظلمه أو تطليق نفسها طلقة بائنة برفع أمرها إلى القاضي إذا أثبتت الضرر مرة واحدة، كأن

---

(١) الهداية: ١/ ٢٩٢، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٨٨، الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٣ ـ ٣٤٧، والخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٨ ـ ١٠، مغني المحتاج: ٣/ ٢٥٩ ـ ٢٦١، كشاف القناع: ٥/ ٢١٠ ـ ٢١١، المغني: ٨/ ١٦٦ ـ ١٧١، روح المعاني: ٥/ ٢٦ ـ ٢٧، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١١٤ ـ ١١٦.

يكون ضربها ضرباً مبرحاً كما أن لها القصاص، وفي قول عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد، والحكمان موليان، بمعنى لهما الطلاق إن قرراه.

وإذا ادعى كل منهما الضرر بعث القاضي الحكمين العدلين من أقاربهما وجيرانهما إن أمكن، يحاولان الإصلاح بينهما وإلا بأن كان الزوج مسيئاً طلقا عليه دون مخالعة، أو أوصياه بحسن المعاشرة أو بالمخالعة على المال منها بحسب الأصلح، فإذا كانت الإساءة منها: فإما الطلاق بلا مال أو المخالعة رضي الزوجان والقاضي أو لا، وطلاقهما بائن على كل حال وهو ما عليه أكثر الأشياخ من المالكية.

استدل القائلون بالتفريق بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾[النساء: ٣٥] فيحكم الحكمان بما يريانه من المصلحة إما بالإصلاح وإما بالتفريق فهما موليان حكمان وليسا بوكيلين.

واستدل القائلون بعدم التفريق بأن مهمة الحكمين الإصلاح أو التفريق بوكالة الزوجين لما روي عن سيدنا علي أنه قال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ثم أقبل على المرأة، وقال: أرضيت بما حكما؟ . قالت: نعم، قد رضيت بكتاب الله علي ولي، ثم أقبل على الرجل فقال: قد رضيت بما حكما؟ قال: لا، ولكني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا. فقال له: كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رضيت به»[1] وهذا يدل على أن حكم الحكمين بالطلاق لا يكون إلا برضا الزوجين، وفعل سيدنا علي من باب الإمامة، إذ للإمام أن يفعل ما يرى فيه المصلحة، ورغم ذلك فإن سيدنا علياً لم يمضه عليهما إلا بموافقة الزوج وإقراره بظلمه الذي يمكن أداؤه للطلاق.

---

(١) سنن الدار قطني: باب المهر، ٣/ ٢٩٥، رقم: ١٨٩.

المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

أولاً: نصوص القانون:

مادة (١١٢):

١ ـ إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

وهذا ما عليه الذاهبون إلى التفريق للشقاق على اعتبار الضرر منهما مشتركين أو مستقلين، ولكن تقييد الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة فيه إشارة للتكرار وللمبالغة في الإضرار، وهذا اقتراب من مذهب الجمهور القائلين بعدم التفريق للشقاق؛ لأنها مصيبة والأولى الصبر عليها حماية للأسرة إلا إن أذن الزوجان بالطلاق..وهو ما ذهبت إليه هذه المادة من إذن أحد الزوجين بالطلاق للحكمين لأنهما وكيلان، ولكن المالكية أثبتوا حقها في التفريق للضرر ولو لمرة واحدة منه، كأن يضربها ضرباً مبرحاً ـ كصفعها ـ ولو لمشاقتها بل ويمكن القصاص منه.

وقد أكدت محكمة النقض مقدار الضرر بأنه لا يستطاع معه استمرار الحياة الزوجية، إذ قضت:

«يشترط لجواز التفريق من القاضي مباشرة ثبوت الضرر الذي لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية وعجز القاضي عن الإصلاح» (نقض ـ ش ـ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ ـ ٥/ ٤/ ١٩٧٧)، وهذا تأكيد على الأخذ بمذهب الجمهور دون المالكية، فالذي أراه أن ما ذهب إليه القانون في التفريق إعمال لمذهب الجمهور دون المالكية، وذلك أن اشتراط الإذن من الزوجين بالطلاق لم يقل به المالكية، وإنما قال المالكية: يطلق الحكمان بحكم ولا يتهما لأنهما موليان دون إذن الزوجين بالطلاق إن رأياه.

٢ ـ إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعد هذا التطليق طلقة بائنة.

وتوضح هذه الفقرة لزوم إثبات الضرر، ولكن لا مانع من التحكيم مع عدم إثباته، إذ نصت محكمة النقض: «عدم إمكان الزوجة من إثبات الضرر لا يستلزم رد الادّعاء بل يستوجب إمهال الطرفين للمصالحة» (نقض ـ ش ـ ٢٤٣ ـ ٢٣٥ ـ ٩/ ٦/ ١٩٦٦).

وتقرر هذه الفقرة التفريق بثبوت الضرر بطلقة بائنة وهو مذهب المالكية وقول للشافعية ورواية عند الحنابلة، وذلك بعد العجز عن الإصلاح.

٣ ـ إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر كامل أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

إن تأجيل المحاكمة عند عدم ثبوت الضرر لشهر كامل رجاء الإصلاح بينهما، فنصت محكمة النقض على لزوم التأجيل لصحة التحكيم (ش ـ ٩٦٥ ـ ٥٧ ـ ١٣/ ١/ ١٩٨٢) وعد ذلك من النظام العام، وهذا تفسير لمذهب المالكية فيما يمليه ضرورة الإصلاح بين الزوجين.

ويفترض بالحكمين كونهما عدلين، واجتهاد القانون بتحليفهما احتياط واقعي يمكن قبوله، ولهذا عدت محكمة النقض هذا من النظام العام (ش ـ ١٩٣ ـ ٢٧١ ـ ٢٤/ ٤/ ١٩٨٤) نسأل الله العافية، وأن يكثر العدول ويقل الطفيليون الأدعياء.

وقد ذهبت محكمة النقض أيضاً إلى أنه: عند إصرار الزوج على طلب التفريق وعدم ثبوت الإضرار يجب على القاضي اللجوء إلى التحكيم (ش ـ ٦٢٧ ـ ٦٥٧ ـ ٣١/ ١٠/ ١٩٨٤).

مادة (١١٣):

١ ـ على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

وقد نصت محكمة النقض: «إن الاجتهاد استقر على أن المحكمة لا تكلف أحداً بتحديد سبب الشقاق ولا بإثباته لأن ذلك سيعرض مفصلاً على الحكمين» (١١٦٨ ـ ٦٠٤ ـ ١٤/ ١٠/ ١٩٨٤).

٢ ـ امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

إن بدء الحكمين بالتحكيم مع غياب أحد الزوجين بعد ثبوت الإضرار أو التأجيل ومع إصرار الزوجين على دعوى التفريق يعد مقبولاً، ولا يعد هذا قضاء على الغائب لتبليغه[1].

مادة (١١٤):

١ ـ يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج، قررا التفريق بطلقة بائنة.

فمهمة الحكمين الأولى الرئيسية الإصلاح مع المدة الكافية، وهذا ما تمليه ضرورة العرف، فنصت محكمة النقض: «لابد أن تستغرق إجراءات التحكيم فترة كافية يتسنى فيها للحكمين القيام بمهمتهما الإنسانية ويتفهما أسباب الخلاف على الوجه الأكمل ويعملا على الإصلاح ورأب الصدع والسير على خلاف ذلك يعرض القرار للنقض» (ش ـ ٤٨٦ ـ ٥٦٣ ـ ٦/١٦/ ١٩٨١).

٢ ـ وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة، أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

ويناط بالحكمين تقدير الإساءة، وحسناً ما ذهب إليه القانون من تحليفهما احتياطاً لمصلحة الزوجين، فقد نصت محكمة النقض: «إن تقدير الإساءة وانعكاس أثرها على المهر منوط بقناعة الحكمين» (ش ـ ٢٥٧ ـ

---

(١) ر: المغني: ٨/ ١٧١.

٣٧٥ ـ ٢٣/ ٥/ ١٩٨٣).

٣ ـ للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.

ويعد التنازل عن قسم من حقوق الزوجة هو المخالعة بذاتها(نقض ش ـ ٢٢٩ ـ ١٨٠ ـ ٢٩/ ٤/ ١٩٥٤).

٤ ـ إذا اختلف الحكمان، حكَّم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

وقضت محكمة النقض بتحديد سلطة المرجح إذ نصت: «في حال ضم مرجح للحكمين يصار إلى عقد مجلس جديد يضم الحكمين والمرجح والزوجين، وليس للمرجح أن ينشئ حكماً جديداً، وعلى ذلك استقر الاجتهاد» (ش ـ ١١١ ـ ١٠٤ ـ ٢٨/ ٢/ ١٩٦٧).

مادة (١١٥):

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين.

ولهذا قررت محكمة النقض أنه يمكن اطّلاع الزوجين على تقرير الحكمين ليناقشاه على هدى ونور، ولتستمع المحكمة إلى كلاميهما الحر الصريح وأن تفسح صدرها لهذا (ش ـ ٨١٣ ـ ٤١٦ ـ ١٢/ ٦/ ١٩٨٤).

وإن تعيين حكمين جديدين يلغي تقرير الحكمين السابقين (نقض ش ـ ١١١ ـ ١٠٤ ـ ٢٨/ ٢/ ١٩٦٧).

كما أنه لا خيار للقاضي في تقرير الحكمين بمعنى تعديله وإنما له قبوله أو رفضه (نقض ـ ش ـ ٣١٣ ـ ٦٩٤ ـ ٤/ ١١/ ١٩٨٢).

ويمكن للقاضي رفض تقرير الحكمين إذا جهلا قواعد التحكيم فقضت محكمة النقض: إن تقرير الحكمين: «نرى وجوب إصدار قرار بالتفريق طلقة

رجعية واحدة..» هذه العبارة تكفي دليلاً على جهل الحكمين..لأن من شرائط المحكم أن يكون قادراً على القيام بهذه المهمة السامية، وأن يكون فاهماً لتلك المهمة على النحو الذي حددته الشريعة (ش ـ ٤٦٨ ـ ٥٥٥ ـ ٢١/ ٨/ ١٩٨٢).

ولا يكلف الحكمان تعليل تقريرهما صيانة لأسرار الأسرة وهو أولى(نقض ـ ش ـ ٧٦٢ ـ ١٦ ـ ٢٤/ ١/ ١٩٨٣).

المطلب الرابع: بعض قرارات محكمة النقض اللازمة في تفسير المواد السابقة:

أحكام عامة في التفريق للشقاق:

١ ـ لا يجوز إحالة القضية إلى التحكيم قبل التثبت من وقوع الخلوة.
(ش ٤٨٠ ـ ٤٧٤ ـ ٣٠/ ١١/ ١٩٦٦)

٢ ـ للمدعية تجديد دعواها المشطوبة لوقوع المصالحة إذا تجدد الشقاق.
(ش ٤٣٩ ـ ٤٣٤ ـ ٣١/ ١١/ ١٩٦٦)

٣ ـ استقر الاجتهاد على جواز الجمع بين تثبيت الزواج والنفقة والتفريق في دعوى واحدة.
(ش ٧٨٣ ـ ٢٩ ـ ٣٠/ ١/ ١٩٨٣)

شروط التفريق للشقاق:

١ ـ على المحكمة أن تفسح المجال للزوجة لإثبات الإيذاء الواقع عليها من قبل زوجها.
(ش ٢٠٢ ـ ١٩٥ ـ ٢٢/ ٤/ ١٩٦٧)

٢ ـ يشترط للتفريق من قبل القاضي مباشرة، شرطان: ثبوت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح.
(ش ١١٨ ـ ١٠٧ ـ ٢٤/ ٣/ ١٩٦٥)

٣ ـ لا يشترط في الإيذاء أن يشكل جرماً معاقباً عليه.

(ش ٢٧٩ ـ ٢٧٨ ـ ١١/ ٩/ ١٩٥٨)

٤ ـ ضرب الزوج زوجته ضرباً عادياً لا يحتم كون الزوج هو المسيء.

(ش ١٨ ـ ٩ ـ ٧/ ١/ ١٩٦٩)

٥ ـ على القاضي أن يفسح المجال للطاعن لإثبات شبهة التزاني بزوجته، وإن صدر عن القاضي الجزائي قرار يمنع محاكمة الزوجة، عن جرم التزاني.

(ش ٤٠٠ ـ ٣٩٨ ـ ٢٠/ ١٠/ ١٩٦٨)

٦ ـ ليس كل ضرب من الزوج لزوجته يستوجب التفريق من قبل القاضي، بل لا بد من أن يكون هذا الضرب مما لا يُستطاع معه دوام العشرة وبقاء الزوجية.

(ش ٣١١ ـ ٣٠٨ ـ ٢٩/ ٧/ ١٩٦٨) و(ش ١٤٦ ـ ١٤٨ ـ ٢٦/ ٤/ ١٩٦٥)

وهذا مذهب المالكية إن ضربها ضرباً مبرحاً ولو تسببت به كان لها طلب التفريق.

٧ ـ المعاشرة الزوجية الشاذة، تعد من الإضرار الموجب للتفريق.

(ش ٢٧٤ ـ ٢٦٤ ـ ٢٨/ ٨/ ١٩٥٨)

إجراءات التفريق للشقاق، والتحكيم:

١ ـ لا يصلح التحكيم من الأباعد إلا عند عدم وجود من يصلح لذلك من الأقارب.

(ش ١٦٣ ـ ١٤٢ ـ ٢٧/ ٤/ ١٩٦١) و (ش ٧ ـ ٨٤ ـ ١٢/ ٣/ ١٩٧٥)

٢ ـ لا تجوز إقالة حكم بعد تعيينه إلا بمسوغ.

(ش ٥٨ ـ ٥٦ ـ ٢٤/ ٢/ ١٩٦٨)

٣ ـ من أولى واجبات مساعي الصلح، دعوة الزوجين لمجلس عائلي، وإن تخلفا عن الجلسة الأولى للتحكيم.

(ش ٣٨٣ ـ ٣٧٦ ـ ٣/ ١٠/ ١٩٦٨)

٤ ـ تقرير الحكمين هو من الأسناد الرسمية التي لا يطعن فيها إلا بالتزوير.
(ش ٦٩٠ ـ ٦٩٣ ـ ٩/ ١٢/ ١٩٧٥)

٥ ـ استقر اجتهاد محكمة النقض على عدم جواز حكم الأصل للفرع بالتفريق.
(ش ٨٤٣ ـ ٨٣٩ ـ ٢٨/ ١١/ ١٩٧٧)

آثار التفريق للشقاق:

١ ـ لا يملك القاضي إيقاع الطلاق إذا لم يقرر الحكمان التفريق.
(ش ٣٩٤ ـ ٣٩١ ـ ٢٥/ ١٠/ ١٩٦٥)

٢ ـ لا تثريب في تبديل المحكمة للفظ الوارد في تقرير الحكمين إن لم يختلف المعنى.
(ش ٨ ـ ٣٢ ـ ٢٧/ ١/ ١٩٦٩)

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الخامس:
الطلاق بحكم الشرع والقانون

المبحث الأول: الإيلاء.

المبحث الثاني: الظهار.

المبحث الثالث: اللعان.

المبحث الرابع: التفريق لتغيير الدين.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الأول:

الإيـــلاء

المطلب الأول: تعريف الإيلاء وألفاظه وحكمه

الإيلاء لغة: آلى يُؤلي، وتألى أتَلَى إيلاءً أي حلف، والألِيّة اليمين وجمعها ألايا[1].

وشرعاً: الحلف بالله على ترك وطء الزوجة فوق أربعة أشهر.

وألفاظ الإيلاء هي:

١ ـ الألفاظ الصريحة كقوله: لا أجامعك، لا أطوك...مع الحلف، وللبكر: لا افتضضتك فلا تحتمل إلا الإيلاء، ولا يصدق بحملها على غير الإيلاء، لاستعمالها في الوطء عرفاً.

٢ ـ الألفاظ الكنائية: ويفتقر فيها إلى نية عدم الوطء، كقوله: لا ألامسك، لا أباشرك، لا آتيك، لا أغشاك في فراشك، فهذه الألفاظ إن نوى بها ألا يطأها كان مولياً.

حكم الإيلاء:

والإيلاء حرام، لأن فيه ترك واجب، وكان أهل الجاهلية يحلفون ألا يقربوا الزوجة لسنة وأكثر فيدعها كالمعلقة غير ذات زوج ولا ذات زوج فلما جاء الإسلام وقته الله تعالى بأربعة أشهر، والأصل في حكم الإيلاء: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٦و٢٢٧].

---

(١) مختار الصحاح: ٢٣.

المطلب الثاني: أركان الإيلاء وشروطه:

أركان **الإيلاء** خمسة هي:

١) **الحالف**: ويشترط أن يكون زوجاً بالغاً عاقلاً يتصور منه الجماع، ومختاراً عند الجمهور خلافاً للحنفية، ومسلماً عند المالكية والصاحبين خلافاً للجمهور فيصح إيلاء الذمي عندهم.

٢) المحلوف به: يشترط في المحلوف به أن يكون اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته.

٣) المحلوف عليه: وهو ترك جماع الزوجة.

٤) المدة: الإيلاء على ترك الجماع لأكثر من أربعة أشهر فلو حلف على ما دون أربعة أشهر لم يصح ولم يكن مولياً، ولو حلف على أربعة أشهر كان مولياً أيضاً عند الحنفية دون الجمهور.

٥) الصيغة: أن يكون بلفظ دال على الإيلاء صريحاً كان أو كناية.

المطلب الثالث: آثار الإيلاء

١ ـ الحنث باليمين قبل مضي أربعة أشهر فتلزمه كفارة اليمين.

٢ ـ البر باليمين والإمهال لأربعة أشهر فيأمره القاضي بالفيئة والكفارة أو بالطلاق.

٣ ـ إيقاع الطلاق من القاضي إن أبى الفيئة أو الطلاق، وهذا عند الجمهور والمشهور عن مالك، وفي قول عند المالكية: توقعه الزوجة، مستدلين بدلالة الفاء ﴿فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦] تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها فيطالب بالفيئة أيضاً بعد أربعة أشهر، ولا يقع الطلاق بمجرد مضي المدة.

وقال الحنفية ـ وفي رواية عن مالك ـ: يقع الطلاق بمضي أربعة أشهر لم يقربها فيها دون قضاء، وحملوا الفاء على السببية، فلا يتأخر المسبب عن سببه بل الغالب المقارنة.

قلت: والراجح مذهب الجمهور لأن الفاء للتعقيب، والتعقيب محتمل للمهلة بُعيد السبب والمسبب.

٤ ـ وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق الواقع رجعي سواء طلق المولي أو الحاكم، لأن الأصل في الطلاق: أنه رجعي، مالم يدل على البينونة دليل، ككونه مكملاً للثلاث أو قبل الدخول.

وذهب الحنفية وفي رواية عند الحنابلة: إلى أنه بائن، لأنه دفع للظلم ورفع للضرر ولا يندفع إلا بالبائن[1].

المطلب الرابع: قانون الأحوال الشخصية السوري والإيلاء

لم ينص القانون على أحكام الإيلاء، وبدلالة عبارة المادة (٣٠٥) يرجع إلى المذهب الحنفي عند السكوت، وقد ذهب الحنفية إلى عد الإيلاء طلاقاً بائناً بمضي مدته أربعة أشهر، ولكن صريح القانون(م٩٤): كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون.

فقول واضع القانون: كل طلاق يقع رجعياً، فيه صراحة نص بأن الأصل: الطلاق الرجعي، ثم جاء الاستثناء ليؤكد هذا بأن البائن هو مانص عليه بأنه بائن، أي: وما سواه يقع رجعياً، ولكن المادة بطرفيها لا تدل على أن الإيلاء يقع رجعياً، كما هو مذهب الجمهور، لأن دلالتها على أنه رجعي إنما هي بدلالة المسكوت عنه، وهو دلالة النص ودلالة المسكوت عنه لا عبرة لها مع دلالة العبارة الواردة في المادة (٣٠٥) لتعارض اللفظ مع المسكوت فيقدم اللفظ، ولهذا لا بد من النص على حكم الطلاق في الإيلاء بأنه رجعي ليؤخذ بمذهب الجمهور بكونه رجعياً.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٩٠ ـ ٢٩١، الشرح الكبير: ٢/ ٤٢٦ ـ ٤٣٨، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٨٨ ـ ٩٨، مغني المحتاج: ٣/ ٣٤٣ ـ ٣٥١، المغني: ٨/ ٥٠٢ ـ ٥٤٣.

المبحث الثاني:

الظهـــار

المطلب الأول: تعريف الظهار وحكمه:

الظهار لغة: ظَهَر الشيء: تبين، وأظهره: بينه، وأظهر: سار في وقت الظُهر، والظَهر ضد البطن، وهو الركاب[1].

اصطلاحاً: هو أن يشبه الرجل امرأته أو عضواً منها بمن تحرم عليه صراحة بلفظ لا يحتمل غير الظهار، أو كناية بلفظ يحمل على الظهار بالنية[2].

حكمه الشرعي:

اتفق جمهور الفقهاء[3] على أن الظهار محرم، وعده بعضهم من الكبائر، وذلك لأنه منكر من القول وزور استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝٢﴾ [المجادلة: ٢].

المطلب الثاني: أركان الظهار وشروطه:

لا بد في الظهار من توافر الأركان التالية:

١ ـ مُظاهِر ٢ ـ مُظاهَر منها ٣ ـ صيغة ٤ ـ مشبه به، وبيانها:

أ ـ المظاهر:

اختلف جمهور الفقهاء في شروط المظاهر:

ـ فقال الحنفية والمالكية[4]: يشترط في المظاهر أن يكون مسلماً، فلا

---

(١) مختار الصحاح: ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٢٢٥، حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣٩، مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٢، الروض المربع: ٤١٥.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٣٠، القوانين الفقهية: ٢٤٠.

يصح ظهار الذمي، كما لا يصح ظهار المجنون والصبي لانعدام شرط التكليف وهو العقل، كما أن الظهار تصرف ضار لا يملكه منعدم الأهلية (الصبي والمجنون).

واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ [المجادلة: ٢] فقوله منكم: يعني من المسلمين المكلفين الذين يصح تصرفهم[١].

وقال الشافعية والحنابلة:

يصح الظهار من كل زوج مكلف أي بالغ عاقل سواء كان مسلماً أو ذمياً. واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فهو قول يجري في النكاح فصح من كل زوج مكلف كالطلاق، وعلى هذا يصح ظهار الذمي، والظهار لا يرفع الزوجية وإنما يلزم فيه الكفارة[٢].

٢ـ المظاهَر منها: اشترط الحنفية والشافعية أن تكون المظاهر منها زوجة.

وقال المالكية والحنابلة يصح الظهار من الأجنبية أيضاً[٣].

٣ـ الصيغة:

إن صيغة الظهار منها الصريح ومنها الكناية:

فأما الصريح: فهو اللفظ الذي ينصرف إلى الظهار مباشرة دون النظر إلى النية.

كقوله: أنت علي كظهر أمي، والأصل فيه: إتيانك علي (مني، معي، عندي) كركوب ظهر أمي بحذف المضاف: إتيان.

وأما الكناية: فهو بحسب نيته، فإذا كان قد أراد باللفظ الظهار انصرف إلى الظهار، وإذا لم ينو الظهار لا يكون ظهاراً، لأنه قد يراد باللفظ الكرامة

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٧/ ١٧٩.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٢، المغني: ٨/ ٥٥٣.

(٣) الهداية: ١/ ٢٩٨، الشرح الكبير: ٢/ ٤٤٤ ـ ٤٤٥، مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٤، المغني: ٨/ ٥٧٧.

والاحترام، ومن ألفاظ الكناية:

قوله: أنت مثل أمي أو كأمي أو كوجهها أو كروحها.

٤ ـ المشبه به:

اشترط الفقهاء أن تكون من جنس النساء اللواتي يحرمن عليه على التأبيد من النسب والمصاهرة والرضاع، واللواتي لم يطرأ تحريمهن، أي كأمه وبنته وأخته..فلو شبهها بظهر رجل لايصح الظهار[1]، أو شبهها بزوجة ابنه فيحتمل أنه أراد قبل أن تصير زوجة ابنه.

المطلب الثالث: التوقيت والتابيد في الظهار

يصح أنْ يكون مؤبداًفلا يذكر مدة، ويصح أن يكون مؤقتاً بمدة معينة عند الجمهور، كأن يقول الرجل لزوجته: أنتِ عليَّ كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة، فإذا قال لها ذلك كان مظاهراً منها في تلك المدة، فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلّت المرأة بلا كفارة، ودليلهم في ذلك ماروى سلمة بن صخر قال: ظاهرتُ من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينا هي تخدمني ذات ليلة، إذ تكشف لي منها شيء، فلم ألبث أن نزوت عليها...، فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته...، فقال: «حرر رقبة»[2].

ولأنه يمين مكفرة فصح توقيتها، كاليمين بالله تعالى، واليمين يصح فيه التأبيد والتأقيت، فإذا مضى الوقت مضى حكم الظهار.

وذهب المالكية وهو قول للشافعية: لا يصح الظهار إلا مؤبداً، وذكر الوقت لغو، ودليلهم بأن الظهار يشبه الطلاق، والطلاق لا يصح أن يكون مؤقتاً[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٣١، المهذب: ٢/ ١١٢، القوانين الفقهية: ٢٤٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٣ـ٣٥٤، المغني: ٨/ ٥٥٤ ـ ٥٥٥.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: في الظهار، ٢/ ٢٦٥، رقم: ٢٢١٣.

(٣) المراجع السابقة.

المطلب الرابع: آثار الظهار[1]

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يحرم على المظاهر وطء زوجته قبل التكفير، وكذلك يحرم عليه دواعي الجماع من مس وقبلة ونظرة بشهوة وما إلى ذلك عند جمهور الفقهاء، خلافاً للشافعية.

واستدل جمهور الفقهاء على تحريم الوطء بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وبقوله ﷺ لمن ظاهر من زوجته: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به»[2] وإن مطلق النهي للتحريم فيدل هذا على حرمة الجماع قبل الكفارة.

وتحرم دواعي الجماع بقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ والتماس: المباشرة وما دونها، وحمله الشافعية على الجماع والمباشرة.

المطلب الخامس: وقت وجوب الكفارة[3]

اتفق الفقهاء على أن كفارة الظهار تجب قبل المسيس، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣﴾ وقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المجادلة: ٣ ـ ٤] والنص ظاهر في وجوب الكفارة قبل المسيس (الوطء)..

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٣٤، المهذب: ٢/ ١١٤، مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٧، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٤٤٥، الروض المربع: ٤١٦، المغني: ٨/ ٥٥٣ وما بعدها.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الظهار يواقع قبل أن يكفر، رقم: ١١٩٩، وقال حسن صحيح، والنسائي: كتاب الطلاق، باب: في الظهار ٣/ ٥٠٨، رقم: ٣٤٥٧.

(٣) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٣٥، الشرح الصغير: ٢/ ٦٤٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤٤٦، مغني المحتاج: ٣٥٥، المغني: ٨/ ٥٦٦ ـ ٥٦٧ و٥٧٤.

المطلب السادس: أنواع كفارة الظهار[1]

وكما نصَّت الآية السابقة على وقت وجوب الكفارة نصَّت على أنواعها، وهي: ١ ـ عتق رقبة ٢ ـ صيام شهرين متتابعين ٣ ـ إطعام ستين مسكيناً.

وهي واجبة على الترتيب لصراحة الآية في اشتراط الترتيب والعجز، ولحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ قال له عندما ظاهر من امرأته: «حرر رقبة»، فقلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتي، قال: «فصم شهرين متتابعين» قال: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: «فأطعم وَسْقاً من تمر بين ستين مسكيناً»[2].

وينتقل إلى الصوم في أيامنا هذه لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤] والتتابع شرط في الصوم. فإذا وطئ أثناء الشهرين استأنف الصوم.

وإذا عجز عن الصوم ينتقل إلى الإطعام وهو إطعام ستين مسكيناً وجبة واحدة.

المطلب السابع: قانون الأحوال الشخصية السوري والظهار

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على حكم الظهار فيكون مشمولاً حكمه بدلالة المادة (٣٠٥) أحوال، والتي تقضي بالرجوع إلى مذهب الحنفية فيما سكت عنه القانون، والظهار كما مرت أحكامه في المطالب الستة السابقة بحسب اختلاف وجهات الفقهاء، وهو ليس بطلاق ولكن يلزم فيه الكفارة والعود وعدم إيذاء الزوجة.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٩٨، الشرح الكبير: ٢/ ٤٤٧ ـ ٤٤٨، الثمر الداني: ٤٧٦ ـ ٤٧٧، مغني المحتاج: ٣/ ٣٥٩ ـ ٣٦٦، المغني: ٨/ ٥٨٤ ـ ٥٩٥.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: في الظهار٢/ ٢٦٥، رقم: ٢٢١٣، الوَسْق: ستون صاعاً، والصاع أربعة أمداد، والمد: ٦٠٠غ، وقد اختلف في قدر الكفارة، فقال الحنفية: لكل مسكين نصف صاع من بر، والمالكية: مدان، والشافعية والحنابلة: مد.المراجع السابقة.

المبحث الثالث: اللعـــان[1]

المطلب الأول: تعريف اللعان

اللعان لغة: اللعن: الطرد والإبعاد من الخير، وبابه: قطع، والاسم والجمع: لعان، ولعنات، واللُّعْنة: من يلعنه الناس، ولُعُنَة: كثير اللعن، والرجل لعين وملعون، والمرأة لعين وملاعنة، واللعان: المباهلة[2]: أي الحلف مع اللعان للكاذب.

اصطلاحاً: شهادات مؤكدة بالأيمان واللعن بدل حدي القذف والزنا[3].

إذ تدفع عن نفسها بالأيمان حد الزنا، ويدفع عن نفسه بالأيمان حد القذف عندما يرميها بالزنا دون شهود، ويقترن ذلك بغضب ولعن الله تعالى لهما، كما جاء في الآية.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية اللعان

من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩﴾ [النور: ٦ ـ ٩] ودلالة الآية واضحة على أن من رمى زوجته بالزنا وليس معه شهود يكملون أربعة بشروطهم فإنه يلاعن زوجته كما نصت الآية.

ومن السنة: وهو سبب نزول الآية المذكورة: «أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سَحْماء، فقال النبي ﷺ: «البينة أو حدٌّ في ظهرك»، فقال يا رسول الله: إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢٣٧ ـ ٢٤٩، الهداية: ١/ ٣٠٢ ـ ٣٠٤، مواهب الجليل: ٤/ ١٣٢ ـ ١٤٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٦٧ ـ ٣٨٣، كشاف القناع: ٥/ ٣٨٩ ـ ٤٠٥.

(٢) القاموس المحيط: ١١٠٩، مختار الصحاح: ٣٨٠ ـ لعن ـ

(٣) الهداية: ١/ ٣٠٢.

البينة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: «البينة وإلا حدٌّ في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، فليتزلن الله ما يبرىء ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ﴾[1].

والإجماع: منعقد على الأخذ باللعان فيما يجري بين الأزواج[2].

المطلب الثالث: أركان اللعان وسببه

أركانه أربعة هي:

الملتلاعنان والصيغة والسبب وهذا عند الجمهور، وعند الحنفية للعان ركن واحد وهو الشهادة المؤكدة باليمين.

وأما سببه فهو أحد أمرين:

الأول: قذف الزوج زوجته بما يوجب حد الزنا: بأن يقول لزوجته: يازانية أو زنيت أو رأيتك تزنين، أو الادعاء عند القاضي أنه رآها تفعل الزنا ولا شهود له، وهي منكرة للزنا.

الثاني: نفي النسب ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد، بأن يقول: هذا الولد ليس مني أو من الزنا، إما عقيب الولادة أو في أيام التهنئة، وأما بعد ذلك فلا يصح النفي ويصح اللعان.

المطلب الرابع: أداء اللعان

اتفق الفقهاء على أن اللعان بحضور القاضي وجمع من الناس، فيحلف الرجل أربع شهادات فيقول: أشهد بالله رأيتها تزني، أربعاً، وفي الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقول الزوجة بعده لتدرأ عنها الحد: أشهد بالله ما رآني أزني، أربعاً، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب التفسير، باب: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ٣/ ١٦٦٥، رقم: ٤٤٧٠، ومسلم: كتاب اللعان٣/ ١٥٤٩، رقم: ١٤٩٦، مغني المحتاج: ٣/ ٣٦٧.

(٢) الإجماع: ٩٤.

المطلب الخامس: حكم اللعان

١ ـ إن حكم اللعان هو التفريق بين الزوجين دون خلاف لقوله ﷺ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً»[1].

٢ ـ وقت التفريق: وقال الحنفية تقع الفرقة بتفريق القاضي بعد لعانهما.

أما المالكية والحنابلة وزفر فقالوا: تقع الفرقة بإتمام اللعان.

وذهب الشافعية إلى حصولها بلعان الزوج وحده.

٣ ـ نوع الفرقة: وهذه الفرقة مؤبدة عند الجمهور فقالوا: هي فرقة مؤبدة فلا تحل له بعد ذلك لأنها فسخ لا طلاق.

وهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد، فإن كذب الزوج نفسه فجلد الحد أو كذبت المرأة نفسها وصدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية السوري واللعان

إن اللعان ـ وإن قل في المجتمعات الإسلامية كثيراً ـ هو أمر خطير في الأسرة، ينبغي معالجته بتلافي أسبابه، وقد تعرض له قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٩) حيث نصت: «١ ـ ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ ـ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

ب ـ أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد معين أكثر من مدة الحمل.

٢ ـ إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه.

---

(١) أخرجه الدار قطني: كتاب النكاح، ٣/٢٧٦، رقم: ١١٦، البيهقي في السنن: كتاب اللعان الزوج، ٧/٤٠٩.

٣ ـ إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان».

إن هذه المادة قد اشترطت لثبوت النسب ثلاثة شروط:

١ ـ النكاح الصحيح.

٢ ـ مضي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

٣ ـ ثبوت التلاقي حساً بين الزوجين.

فإذا ثبتت هذه الشروط لا ينفى الولد إلا باللعان، ويفهم من هذا أن القانون نص على اللعان لنفي النسب بهذه الشروط، وسكت عن اللعان لرمي الزوج زوجته بالزنا، السبب الثاني للعان، كما سكت عن التفريق وحكم التفريق، وبمقتضى المادة (٣٠٥/ أحوال) يكون القذف للزوجة سبباً للعان وهو باتفاق الفقهاء.

كما يمكن التفريق بين الزوجين لكلا السببين، نفي النسب واتهام الزوجة بالزنا، وكلاهما ساكت عنهما القانون ـ وهما باتفاق الفقهاء ـ ويمكن أن يرفع إلى القاضي ليقرر هذا التفريق بحسب مذهب الحنفية بعد لعانهما.

ويعد هذا التفريق طلاقاً بائناً عند الحنفية، فيمكنه العود إليها بشرط أن يكذب نفسه فيستوجب حد القذف، ويعود إليها بعقد ومهر جديدين ـ إن لم يكن طلاقاً ثالثاً ـ.

وهذا خلافاً لجمهور الفقهاء الذين يعدون هذه الفرقة مؤبدة.

هذا ولا ينسى أن جريمة الزنا تعد جرماً يعاقب عليه القانون، ومن الظروف المشددة للعقوبة الخيانة الزوجية.

وإذا رفضت الزوجة اللعان فإن الحنفية يقررون حبس الزوجة حتى تلاعن أو تصدق الزوج في دعواه فتحد، ولا يملك القاضي الشرعي حبسها بحسب اختصاص القضاء الشرعي فترد الدعوى، ولا يستطيع الزوج نفي الولد مع توفر شروط اللعان.

ويقترح الدكتور عبد الرحمن الصابوني اللجوء إلى مذهب الشافعية بتمام للعان بمجرد لعان الزوج، وعليه فالأولى إما تعديل النص القانوني، أو أن يعطى القاضي حق فسخ العقد، لأن الحبس من اختصاص المحاكم الجزائية ولا يصح التفريق في اللعان في مذهب الحنفية إلا بتمام اللعان منهما وبتفريق القاضي[1].

المطلب السابع: قانون الأحوال الشخصية الموحد واللعان

نصت المادة (١٥١) ب ـ:

«ويجب لنفي النسب إجراء اللعان أمام القاضي بين الرجل والمرأة بطلب أحدهما، ويشترط لقبول الطلب تقديمه خلال عشرة أيام من تاريخ الولادة أو علمه بها».

وقد وضحت هذه المادة كيفية اللعان في إجرائه أمام القاضي وبين الزوجين، وأضافت أن اللعان يتم بطلب أحدهما، وهو اجتهاد قضائي لإنهاء هذه الخصومة، ولم تقصره على طلب الزوج.

ونصت المادة (١٥٢): إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة قضى القاضي بنفي نسب الولد عن الرجل، من حيث وجوب النفقة والحقوق الإرثية دون غيرهما من حقوق النسب، ويلحق نسبه بأمه.

وقد بينت هذه المادة حكم اللعان ولكنها اقتصرت على نفي نسب الولد وما يتبع ذلك من الحقوق المالية، ولم تبين أهم شيء في اللعان وهو التفريق بين الزوجين وحكم هذا التفريق[2].

---

(١) من تعليقات الدكتور الصابوني: ص٤.

(٢) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ٢٨٣ ـ ٢٨٧.

المبحث الرابع:

التفريـق لتغـيـيـر الديـن[1]

إن التفريق بين المرتد وزوجته يقوم على أساس أن العقد مبني على القيام بالواجبات واكتساب الحقوق، وقد أباحت الشريعة تزوج المسلم بالكتابية وأمرته أن يعدل فيها ويحسن إليها ويحترم دينها، والمرتد ليس لديه ما يقدر به هذه المرأة ويحترمها، إضافة إلى تربية الأولاد ورعايتهم وتنشئتهم تنشئة سليمة، وهذا ينعدم مع تنافي الأفكار وتنافرها، ولهذا يفرق بين المرتدة وزوجها وبين المرتد وزوجته.

المطلب الأول: التفريق للردة

الفرع الأول: تعريف الردة لغة:

رد: رد إليه جواباً: رجع، ورده عن وجهه: صرفه، ورد عليه الشيء إذا لم يقبله، وخطأه[2].

اصطلاحاً: هي ترك دين الإسلام إلى غيره اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً، كمنكر الخالق ومستهتر بشعار من شعارات المسلمين أو المستهزىء، ثم عرض الحاكم عليه الإسلام، وكشف شبهته وأجّله ليستبين شبهته ويكشفها له، وحبس مع المهلة، وإلا قتله الحاكم، دون المرأة فلا تقتل عند الحنفية وتقتل عند الجمهور[3].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٣/ ٣٩٢ ـ ٣٩٤و٢٩٩و٣٠٣ ـ ٣٠٤، البحر الرائق: ٣/ ٢٣٠ ـ ٢٣٣، الشرح الكبير: ٤/ ٢٧٠و٣٠١ ـ ٣٠٨، الشرح الصغير: ٢/ ٤١٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٠١ ـ ٢٠٢و٢٣٤و٤/ ١٤٢ ـ ١٤٣، المهذب: ٢/ ٢٢١، المغني: ٧/ ١٧٧ ـ ١٧٨، كشاف القناع: ٥/ ١٢١ ـ ١٢٢، فسخ النكاح: ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) مختار الصحاح: ١٦٠.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٢٨٣و٢٩٨، الشرح الكبير: ٤/ ٣٠٤، المهذب: ٢/ ٢٢٢، المغني: ١٠/ ٧٤.

الفرع الثاني: شروط المرتد:

ويشترط شرطان في الردة:

١ ـ العقل: فلا يعتد بردة المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن العقل من شرائط الأهلية في الاعتقادات.

والسكران لا تصح ردته لأنه زائل العقل وغير مكلف فلا تصح ردته كالنائم والمجنون، واستتيب ثلاثة أيام.

٢ ـ الاختيار والطواعية: فلا يعتد بردة المكره اتفاقاً إذا كان قلبه مطمئناً بالايمان[1].

الفرع الثالث: آراء الفقهاء في عقد زواج المرتد وأدلتهم:

ذهب الجمهور إلى فسخ عقد الزواج بردة أحد الزوجين ودون حاجةٍ لقضاء قاضٍ قبل الدخول أو بعده.

وذهب الشافعية والحنابلة في أصح الروايتين إلى أن ردة أحد الزوجين قبل الدخول توقع الفرقة على الفور، وأما بعد الدخول فتقع الفرقة موقوفة غير منجزة، فإن عاد المرتد منهما أثناء العدة دام النكاح بينهما بسبب تأكد عقد الزواج بالدخول، وإن لم يَعُد حتى انتهت العدة فالفرقة واقعة من حين الردة.

استدل الجمهور بأن الردة بمنزلة الموت فيستوي فيها ما قبل الدخول وما بعده، والحرمة موجودة قبل الدخول وبعده.

و استدل الشافعية والحنابلة بأن الردة بعد الدخول لا توجب تعجيل الفسخ قياساً على إسلام أحد الزوجين، وأيضاً لأنها ردة طارئة على نكاح مدخول بها، فلا تقع الفرقة فوراً قياساً على ارتدادهما معاً.

وعد الشافعية قياس ما قبل الدخول على ما بعده فاسداً لوجوب العدة بخلاف ما قبل الدخول، ولا تقاس الردة على الرضاع المحرم لإمكان ارتفاع حكم الردة بالرجوع عنها، ولا يرتفع الرضاع المحرم.

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ١/ ٦٨٠، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ٢٨٥.

ونص المالكية على انه إذا ارتدت الزوجة بقصد فسخ النكاح لم يعتد بردتها وتبقى على عصمته.

الفرع الرابع: ردة الزوجين وعودهما إلى الإسلام:

ذهب جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية إلى أن ارتداد الزوجين ثم عودهما إلى دين الإسلام يجعل الفرقة حاصلة بينهما، وهي موقوفة عند الشافعية والحنابلة إن كانت الردة بعد الدخول حتى انقضاء العدة كما تقدم.

وذهب الحنفية إلى أن ردة الزوجين معاً ثم عودتهما إلى الإسلام لا يفسخ عقد الزواج استحساناً، حيث إن المرتدين رجعوا إلى الإسلام ولم يفرق بينهم، قياساً على إسلامهما معاً.

استدل الجمهور بأن الأحكام المنوطة بردة أحدهما لا تزال قائمة بردتهما كاستباحة المال والدم وإحباط العمل.

وأجاب الجمهور على دليل الحنفية برجوع المرتدين إلى الإسلام دون تفريق بينهم: بأن المرتدين أسلموا قبل انقضاء العدة.

الفرع الخامس: آثار الردة:

١ ـ التفريق وتكييفه: ذهب الجمهور إلى عد التفريق فسخاً، وهو قول للمالكية. وذهب الإمام محمد والمالكية إلى أن ردة الزوج طلاق بائن.

ويختلف ارتداد الزوج عن ارتداد الزوجة من نواح أخرى.

٢ ـ المهر: اتفق جمهور الفقهاء على أن ردة الزوجة قبل الدخول يسقط مهرها كاملاً، وأن ردة الزوج قبل الدخول توجب للزوجة نصف المهر، وإذا ارتد الزوج أو الزوجة بعد الدخول فللزوجة المهر كاملاً.

٣ ـ النفقة: إذا ارتدت الزوجة فلا نفقة لها أثناء العدة، وإذا ارتد الزوج فلها النفقة.

٤ ـ العدة: اتفق الفقهاء على لزوم العدة على الزوجة المدخول بها، وذهب المالكية إلى أن عدة المرأة المرتدة حيضة واحدة، لاستبراء الرحم لأنها ليست أهلا للتعبد. أما إذا كان الزوج هو المرتد فإنها تعتد عدة كاملة.

المطلب الثاني: التفريق لإسلام أحد الزوجين أو عدمه

الفرع الأول: إسلام الزوجين معاً:

إذا أسلم الزوجان معاً أقرا على عقد زواجهما ولو كانا قد أجريا عقدهما دون شهود، أو كان العقد أثناء العدة من زوج غير مسلم عند الجمهور، وعند الصاحبين لا يوافقان عليه وإنما يجددانه.

وبالاتفاق يقران على عقدهما إذا أسلما وقد انتهت عدتها.

وهذا بشرط أن لا يكونا مَحْرمين كأخته وبنته... بالاتفاق.

وأما الدخول في الإسلام فيكون بالشهادتين واستقبال القبلة والقيام بالفرائض الشرعية وتحريم المحرمات والقيام بحقوق المسلمين وواجباتهم[1].

الفرع الثاني: إسلام أحد الزوجين:

ذهب الجمهور إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين وكانا غير كتابيين أو أسلمت امرأة الكتابي عرض الإسلام على الآخر منهما فإن أسلم استمرا على عقدهما.

فإذا أبى الآخر فرق بينهما إذا كانت مدخولاً بها وإلا بانت مباشرة لعدم العدة.

وذهب الحنفية إلى أنه يعرض على الآخر منهما الإسلام فإن أبى فرق بينهما ولو لسلم الزوج وكانت مجوسية فصارت كتابية استمر نكاحهما.

ولو كانا في دار الحرب وأسلم أحدهما انتظر انتهاء عدتها فتبين منه فيما لو كان أحدهما مجوسياً، أو أسلمت امرأة الكتابي بالاتفاق، وكذلك لو ترك أحد الزوجين دار الحرب بانت زوجته بشرط أن تكون غير حامل، ومن هاجرت إلينا بانت دون عدة إن كانت حائلاً، أي: غير حامل[2].

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٣٨٧، الشرح الكبير: ٢/ ٢٦٨ ـ ٢٧٠، مغني المحتاج: ٣/ ١٩١و٢٠١، المهذب: ٢/ ٢٢٣، كشاف القناع: ٥/ ١١٨ ـ ١١٩.

(٢) الدر المختار مع رد المحتار: ٢/ ٣٨٨ ـ ٣٩٢، الشرح الكبير: ٢/ ٢٦٧ ـ ٢٦٩، المهذب: ٢/ ٢٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ١٩١، كشاف القناع: ٥/ ١١٩.

الفرع الثالث: تكييف التفريق لإسلام أحد الزوجين:

ذهب الجمهور وأبو يوسف إلى أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام فرق بينهما، وكان التفريق بينهما فسْخاً قبل الدخول أو بعده، لأنه فرقة ليس فيها لفظ الطلاق ولا نيته فكانت فسخاً.

وقال الحنفية: يعد طلاقاً بائناً، ولو أسلم بعد التفريق بينهما ثم عقد عليها بقي له طلقتان، ولو أبت هي الدخول في الإسلام ولم تكن كتابية فرق بينهما، وكانت الفرقة فسخاً بالاتفاق مع الحنفية.

ودليل التفريق قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿١٠﴾﴾ [الممتحنة: ١٠] وهو بإجماع المسلمين[1].

المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق لتغيير الدين

جاء في المادة (٤٨) أحوال ف٢: زواج المسلمة بغير المسلم باطل.

وهذا يعني اشتراط أن يكون الزوج مسلماً ليتم استقرار زواجه وإلا كان عقده باطلاً، فإذا كان الزوج مسلماً ثم ارتد فصار غير مسلم فسخ عقد زواجه.

وقد جاء في قرار محكمة النقض: عقد الزواج الجاري عقب النطق بالشهادتين من الزوج عقد صحيح ومنتج لآثاره طالما توافرت فيه أركانه وشرائط صحته، ولا يؤثر في ثبوت حق الغير الناشئ عن الإسلام وعن عقد

---

(١) البحر الرائق: ٣/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠، الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ٢٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٢٦٩، المهذب: ٢/ ٥٢، كشاف القناع: ٥/ ١١٩.

الزواج حدوثُ الردة بعد ذلك (ش ـ ١٧٠ ـ ٢٠٠ ـ ١١/ ٣/ ١٩٨١).

و في قرار آخر: بطلان الزواج الباطل من النظام العام ولا يترتب على الزواج الباطل شيء من آثار الزواج الصحيح وإن حصل فيه دخول.

وفي مداولات القرار وحيثياته: إن مفهوم المادة (١٣١) من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا المعمول بها ينص المادة (٣٠٥/أحوال) ينص على وجوب التفريق بين الطرفين في النكاح الباطل ولو بلا طلب منهما (ش ـ ٦٢ ـ ١٥ ـ ١٢/ ١/ ١٩٥٤).

وفي قرار آخر: إن المادة (١٢٩) لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥/أحوال)تنص على أن الزوجين إذا كانا غير مسلمين فأسلمت الزوجة يعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم يقرّان على نكاحهما وإن أبى فرق القاضي بينهما، وما لم يفرق بينهما فالزوجية باقية، وإن مرجع النظر في ذلك المحاكم الشرعية دون المحاكم الصلحية (ش ـ ١٤٧٢ ـ ١١٠١ ـ ١٢/ ٥/ ١٩٦٥).

ويلحظ إعمال محكمة النقض في قراراتها لمذهب الحنفية وهو إعمال للمادة(٣٠٥/ أحوال) في المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية السوري، بينما ذهب الجمهور إلى التفريق ما بين الدخول وقبل الدخول فينتظر انتهاء عدتها فيما بعد الدخول[1].

وقد فصل مشروع قانون الأحوال الشخصية في الفصل السابع منه: التفريق لاختلاف الديانة في المادة (١٠٩) بفقراتها الخمس، وهي بأغلبها من المذهب الحنفي، غير أنها فرقت بين الزوج غير الأهل فينتظر إلى انتهاء عدة الزوجة، وهذا إذا أسلمت الزوجة دونه، وهو مذهب الجمهور، وإلا لم ينتظر وهو مذهب الحنفية، واقتصرت هذه المادة على إسلامهما أو إسلام أحدهما، بينما فصلت المادة (١١٠) أثر الردة على عقد الزواج وقد اقتبست

---

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/ ١٢٨ ـ ١٣٧.

من مذهب الجمهور دون الحنفية في انتهاء عدة الزوجة، كما ذهبت هذه المادة في الفقرة /ب/ إلى أن ردة الزوجة وحدها لا توجب فسخ الزواج، إعمالاً لأقوال في المذهب الحنفي والمالكي لأنها تسعى بردتها للتخلص من زوجها لا لأنها تريد الردة، فتعامل بنقيض قصدها[1].

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ٢٢٣، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٣٩٢، الشرح الكبير: ٢/ ٢٧٠.

الباب الثاني:

آثـــار الطـــلاق

الفصل الأول: آثار انحلال عقد الزواج:

المبحث الأول: آثار الطلاق بحسب أنواعه.

المبحث الثاني: الرجعة وأحكامها.

الفصل الثاني: العدة وأحكامها.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الأول:

آثار الطلاق بحسب أنواعه

المطلب الأول: الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي:

١ ـ للزوج حق الرجعة بعد طلاق امرأته في الطلقة الأولى والثانية دون عقد ومهر جديدين في العقد الصحيح، ودون رضا الزوجة ما دامت المرأة في العدة، وإلا بأن لم يراجعها في العدة بانت منه بانتهاء العدة.

٢ ـ يثبت لها النفقة والسكنى ما دامت في العدة، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

٣ ـ ثبوت الإرث بينهما بموت أحدهما أثناء العدة.

٤ ـ حرمة الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها أثناء العدة.

٥ ـ ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على الزوجة.

٦ ـ الطلاق الرجعي لا يرفع الملك ولا الحل ولكنه لا يستمتع بها مطلقاً عند المالكية والشافعية وفي رواية عن أحمد، فلا يجامعها ما لم يراجعها بالقول[1].

وقد نصت المادة (١١٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي:

١ ـ الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلّقته أثناء العدة...

٢ ـ تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي.

وجاء في قرار محكمة النقض: «الإقرار بالرجعة لا بد فيه من توكيل خاص، ويكلف الزوج إثبات أنه أرجع زوجته أثناء العدة» (ش ـ ٣٧٠ ـ ٣٦٤ ـ ٢٢/ ١٠/ ١٩٦٤).

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٢٨٤و٤٢١و٤٤٩و٤٥٠و٤٥٧و٤٦٨و٤٧٣ ـ ٤٧٤ و٥٣٠ و٥٣٦، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٦ ـ ٤٢٢، روضة الطالبين: ٨/ ٢١٤ و٢٢٧، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٧ ـ ٣٤٠ و١٨٠ ـ ١٨٢ و٣٩٤، كفاية الأخيار: ٤٩٠، كشاف القناع: ٥/ ٣٤١ ـ ٣٤٣.

وفي قرار آخر: «يمكن اعتبار تنفيذ حكم المتابعة إعادة للحياة الزوجية إن وقع ضمن مدة العدة» (ش ـ ١٨٥ ـ ١٧٤ ـ ٢٥/ ٤/ ١٩٦٦).

وفي قرار آخر يبين ثبوت الرجعة: «وجود حكم مبرم بين الطرفين بعد تاريخ الطلاق ينص على قيام الزوجية بينهما يحتم بحجية اعتبار الزوج الذي اعترف بقيام الزوجية بعد الطلاق مراجعاً زوجته قولاً (ش ـ ٢٩٨ ـ ٢٩٤ ـ ٢٥/ ٦/ ١٩٧٠).

المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

١ ـ زوال ملك الاستمتاع بالمرأة في الحال بمجرد وقوعه، فليس له الخلوة بها، وعليها الاستتار منه.

٢ ـ بقاء حل العقد عليها عقداً جديداً مع مهر جديد.

٣ ـ نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

٤ ـ يحل مؤجل الصداق إن كان مؤجلاً كله أو بعضه.

٥ ـ عدم التوارث بينهما بموت أحدهما في عدة الطلاق البائن؛ لانقطاع الحياة الزوجية فيزول سبب الإرث سواء كان الطلاق في حال الصحة أو في حال المرض، إلاّ إذا كان الطلاق في حال مرض الموت فعلى تفصيل، فترث عند الحنفية أثناء العدة، وعند المالكية ولو تزوجت من الغير، وعند الحنابلة تبقى وارثة ما لم تتزوج، ولا ترث شيئاً عند الشافعية.

٦ ـ وجوب النفقة للبائنة إن كانت حاملاً، وإن كانت غير حامل فلها النفقة والسكنى عند الحنفية.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه إلى أن لها السكنى فقط. وعن أحمد في رواية أخرى ليس لها نفقة ولا سكنى[1].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٥٣٧، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٦ ـ ٤١٧، روضة الطالبين: ٨/ ٢١٤، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٧، كفاية الأخيار: ٤٩٠، كشاف القناع: ٥/ ٣٤٠ و٣٤٨ ـ ٣٥٠.

وقد نصت المادة (١١٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: «الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج».

وقد نصت محكمة النقض أنه: «لا تحل الزوجة لزوجها بعد البينونة الصغرى إلا بعقد جديد ولا تلزم بمتابعة زوجها» (ش ـ ٢٦٠ ـ ٢٤٩ ـ ٣٠/ ٠ / ١٩٦٢)

وفي قرار آخر:

تبدأ البينونة بين الزوجين من تاريخ الحكم لا من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية.

(ش ـ ٥٦٠ ـ ٤٧ ـ ٩/ ٧/ ١٩٥٣)

وفي قرار آخر:

الرجعة بعد انقضاء العدة بالـ لادة لا تنتج زواجاً بل تحتاج إلى عقد جديد.

(ش ـ ١٦٤ ـ ١٦٠ ـ ٣٠/ ٤/ ١٩٦٣)

المطلب الثالث: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى

إن آثار الطلاق البائن بينونة صغرى تترتب هنا في الطلاق البائن بينونة كبرى ولكنه يفترق عنه في أنها لا تحل للزوج إلا بعد أن تتزوج بآخر دون قصد التحليل ثم يطلقها وتمضي عدتها فتعود للأول بعقد ومهر جديدين، إذ لا تنتهي الطلقات إلا بعد هدمها من الآخر[1].

ونصت المادة (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشرائط المبينة في المادة (٣٦) من هذا القانون».

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٣٧، الشرح الكبير: ٢/ ٢٥٧و٣٥٢ ـ ٣٥٣و٣٧٦، كفاية الأخيار: ٤٩٠ ـ ٤٩١، كشاف القناع: ٥/ ٣٤٩ ـ ٣٥٢.

وهذا إشارة إلى المحرمات المؤقتة فإذا تزوجت من غيره جاز (٣٦/ ١)

ونصت المادة (٣٦):

١ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل فيها فعلاً.

المطلب الرابع: الهدم للطلاق بالزواج من آخر[1]

وهي إذا طلقت المرأة من الثاني بعد طلاقها من الأول مرة أو مرتين ثم عادت إلى الأول فهل تعود إليه بحل جديد بثلاث طلقات أم تعود إليه بما بقي من الطلقات؟.

ذهب الجمهور والإمام محمد من الحنفية ورواية راجحة عن الإمام أحمد يعود إليها بما بقي له من طلقات لأن الله تعالى في قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] جعل التزوج بآخر غاية لانتهاء الحرمة الغليظة فيهدمها، بخلاف ما لم تصل إلى الحرمة الغليظة فلا يهدمها الآخر. ولأن هذا الدخول من الآخر ليس شرطاً لإباحتها للأول، لأنها ما تزال حلالاً له فلا يؤثر في هدم ما كان.

وذهب الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف وفي رواية عن الإمام أحمد: إلى عودتها إليه بحل جديد بثلاث طلقات، وذلك لأن الثلاث يهدمن بتزويجها من آخر ثم طلاقها وعودها إلى الأول، وما دون الثلاث أولى بالهدم من الثلاث.

ونصت المادة (٣٦/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة».

ويلحظ أن القانون قد أخذ بمذهب شيخي الحنفية ـ وهو المعتمد عند

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٥٤٢، الشرح الكبير: ٢/ ٣٧٦، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٣، كشاف القناع: ٥/ ٣٥٠، المغني: ٨/ ٤٤٢ ـ ٤٤٣، والمراجع السابقة.

الحنفية ـ ورواية عن الإمام أحمد في هدم زواج الثاني لطلقات الأول، فإذ طلقها الثاني عادت إلى الأول بحل جديد.

هذا ولا طلاق ولا آثار للطلاق في النكاح الفاسد لوجوب المتاركة فيه. فلا يؤثر في عدد الطلقات، ولا يترتب عليه أثر إلا من حيث واقعة الدخول الفعلي وثبوت النسب.

المبحث الثاني:

الرجعة وأحكامها

المطلب الأول: تعريف الرجعة ومشروعيتها

لغة: رجع يرجع رجوعاً ورجعي ورُجعاناً: انصرف، وإليه رجْعاً ومرجعاً، والرجعة ـ بالكسر والفتح والفتح أفصح ـ: عود المطلق إلى مطلقته، والرجيع من الكلام: المردود إلى صاحبه[1].

اصطلاحاً: رد الزوجة إلى عصمة النكاح قبل زوالها.

وذلك في العدة، لأن عصمة النكاح تتعرض للزوال بإنشاء الطلاق غير البائن ـ الرجعي ـ إلى انتهاء العدة، فإذا راجع الزوج زوجته خلال العدة في الطلقة الأولى أو في الثانية.عادت إلى عصمة نكاحه دون عقد ومهر جديدين[2].

مشروعية الرجعة:

وقد ثبتت مشروعية الرجعة بالأدلة:

١) القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[البقرة: ٢٢٨] أي في العدة ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي إن أردتم الرجعة[3].

وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والردّ والإمساك هما الرجعة.

٢) من السنة المشرفة: قوله ﷺ للسيدة حفصة: «قال لي جبريل: راجع حفصة، فإنها صوّامة قوّامة، وإنها زوجتك في الجنة»[4].

---

(١) القاموس المحيط: ٦٤٨ ـ ٦٤٩.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦، كشاف القناع: ٥/ ٣٤١ ـ ٣٤٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ٨٠.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٤/ ١٦.

وأخرج الشيخان عن ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها»[1].

٣) الإجماع: وقد أجمعت الأمة على مشروعية رجعة الزوج إلى زوجته في العدة في الطلاق الأول والثاني مالم تنته العدة[2].

٤) المعقول: جعل الله تعالى حكم الطلاق متأخراً ليجرب الزوج والزوجة الفرقة ليعرفا مدى الحاجة إلى عيشهما المشترك لدورتين فيمكن تدارك العيش المشترك فيهما، فإن لم يفلحا كان الفراق أولى[3].

المطلب الثاني: أركان الرجعة وسببها

أولاً: سببها: يعد سبب الرجعة إيقاع الطلاق الرجعي الأول أو الثاني على الزوجة، فيحق للزوج مراجعة الزوجة خلال العدة.

ثانياً: أركان الرجعة:

١ ـ الزوج المرتجع:

يشترط فيه أهلية النكاح: البلوغ والعقل، و أن يكون مختاراً غير مرتد؛ لأن الرجعة كإنشاء النكاح، فلا تصح مع الردة ولا تصح من مكره أو مجنون، ويراجع الولي بدلاً عن المجنون.

٢ ـ الصيغة: وقد تكون صريحة أو كناية، ويحصل الصريح: براجعتك ورجعتك واسترجعتك ورددتك وأمسكتك وما اشتق منها، وما في معانيها، مع الإضافة إلى الصيغة، باسم ظاهر: كراجعت فلانة، أو مضمر: كراجعتك، أو يشير إليها: أرجعت هذه.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، ٣/ ١٨٨٥، ومسلم: كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ٣ / ١٥٠٥، رقم: ١٤٧١.

(٢) الإجماع: ٨٧.

(٣) تبيين الحقائق: ٢ /١٨٠و٢٥١.

وأما الكنائي: مثل النكاح والتزويج، كما وتصح بالإشارة المفهمة من الأخرس.

وتفرد المالكية بصحة الرجعة بالنية فقط، والصحيح أنها لا تصح إلا إذا اقترنت بالفعل.

ولا تحصل بالفعل وحده دون نية الارتجاع عند المالكية، ودون النية تحصل الرجعة بالفعل عند الحنفية والحنابلة وابن وهب من المالكية، وقصر الحنابلة الفعل على الوطء دون ما سواه.

ولا تحصل الرجعة بالفعل أبداً عند الشافعية؛ لأن الوطء لا يدل على الرجعة، لأنه لا يحصل به النكاح، والوطء يوجب العدة فلا يقطعها، لكنهم قالوا: المخالطة للزوجة بالخلوة بها والأكل معها دون وطء يعد مستفرشاً لها، فلا يحسب هذا الزمن من العدة.

واستدل الجمهور بأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ويبقى المحل قائماً ما لم تنقض العدة.

وتفرد الحنفية بصحة الرجعة بنظره بشهوة وبفعل الزوجة بشرط تصديقه لها، وهو وجه عند الحنابلة في صحة رجعته بنظره بشهوة.

٣ ـ الزوجة المرتجعة:

فيجب عند الجمهور أن تكون مطلقة طلاقاً رجعياً غير بائن، ولم تستوف بعدُ عدد طلاقها، فلا تجوز الرجعة للمطلقة قبل الدخول والمخالعة والمختلى بها، ولا يشترط رضاها بالرجعه ولا علمها بها، ولها النفقة والكسوة والسكنى، ويصح عليها ظهاره وإيلاؤه ولعانه وطلاقه[1].

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٢٩ ـ ٥٣٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٥ ـ ٤١٩، روضة الطالبين: ٨/ ٢١٤ ـ ٢١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٥ ـ ٣٣٧و٣٩٣ ـ ٣٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٣٤١ ـ ٣٤٤، المغني: ٨/ ٤٧٠ ـ ٤٨٥، وينبغي تزينها له وتعرضها ليراجعها.

المطلب الثالث: شروط الرجعة:

١ ـ ألا يكون الطلاق ثلاثاً ولا بائناً ولا مخالعة.

٢ ـ اشتراط الدخول بها قبل طلاقها باتفاق الفقهاء، وتفرد الحنابلة بالاكتفاء بالخلوة بها، لأن عليها العدة فيمكن مراجعتها، ويقع الطلاق عليها بالخلوة رجعياً، وإن تعلق هذا الشرط بما سبقه من حيث عدم البينونة.

٣ ـ قيام العدة بعد الطلاق في عقد النكاح الصحيح فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة؛ لأن الرجعة استدامة الملك ويزول الملك بانقضاء العدة فلا تمكن الاستدامة ولا تنتهي العدة عند الحنابلة إلا باغتسالها بعد انتهاء حيضها..بخلاف الجمهور.

٤ ـ عدم التعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل، فلو قال: إن دخلت دار فلان فقد راجعتك، أو إذا جاء غد أو على رأس الشهر، لم تصح الرجعة؛ لأن الرجعة استيفاء الملك فلم تحتمل التعليق بشرط أو الإضافة إلى المستقبل، ولأن الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده سبباً لزوال الملك، فإذا علقها فقد بقي الطلاق إلى غاية فتبطل الغاية ويكون الطلاق مؤبداً.

٥ ـ لا يشترط الإشهاد، لأن الرجعة استدامة النكاح لا إنشاؤه، ولهذا لا تحتاج لرضا الزوجة أو وليها، وفي المذهب القديم عند الشافعية والحنابلة في رواية يشترط الإشهاد لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] أي فأشهدوهما على الرجعة وجوباً، وحمله الجمهور على الاستحباب خوف جحودها وعدم علمها.

٦ ـ عدم جواز الخيار في الرجعة، ولو شرطه لم يصح، لأنها استيفاء النكاح، فلا تحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل إنشاء عقد الزواج الخيار. ورجح الشافعية صحة الخيار في الرجعة على أنه تعليل لا تعليق.

٧ ـ أن تكون الرجعة منه لا منها، لأن الشارع خص الأزواج بهذا في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وتفرد الحنفية بصحة الرجعة بفعلها مع مصادقته لها.

٨ ـ لا يسقط هذا الحق بالإسقاط في ما لو قال: أبطلت رجعتي، أو لا رجعة لي، فله الرجعة لأنه حكم أثبته الشارع كالميراث فلا يسقط[1].

المطلب الرابع: الاختلاف في الرجعة

١ ـ إن اختلف الزوجان في حصول الرجعة: فإن ادَّعاها الزوج فقال: راجعتك وأنكرت المرأة، فإن كان ذلك قبل انقضاء العدة، فالقول قول الزوج اتفاقاً، لأنه يملك الرجعة، فقُبِل إقراره فيها، كما يُقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق.

و إن كان بعد انقضاء العدة، فإن أثبت الرجل دعواه بالبينة أو صدقته المرأة، وعند المالكية إذا قامت معاينة من تصرف أو مبيت ثبتت الرجعة، وإن عجز الرجل عن الإثبات، أو كذبته المرأة، فالقول قولها بيمينها عند الجمهور، لأنه ادعى الرجعة في زمن لا يملكها، والأصل عدمها وحصول البينونة.

وقال الشافعية: القول قوله بيمينه، لاتفاقهما على الرجعة واختلافهما في الانقضاء، وتأكد قوله بالاتفاق.

و إن اختلفا في الوطء فقال الزوج: أصبتك وأنكرت المرأة، فالقول أيضاً قولها بيمينها؛ لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة، فهي منكرة واليمين على من أنكر.

٢ ـ وإن اختلف الزوجان في وقت انقضاء العدة بأن قال الزوج: راجعتك في العدة فالرجعة صحيحة، فقالت الزوجة: الرجعة باطلة لوقوعها بعد انقضاء العدة فإن كانت العدة بالأقراء: قال الحنفية والمالكية والحنابلة

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٢٩ ـ ٥٣٢، الشرح الكبير: ٤١٦ ـ ٤١٨و٤٢٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧، كشاف القناع: ٥/ ٣٤٢ ـ ٣٤٤، المغني: ٨/ ٤٨١ ـ ٤٨٢.

في وجه: القول قولها ما ادعت ذلك ممكناً، أي إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي المرأة انقضاء العدة فيه كافية لانقضاء العدة قُبل قولها بيمينها.

و علل الحنفية ذلك بأن العدة بالحيض لا يعرف انقضاؤها إلا من جهتها.

وقال الشافعية: القول قوله بيمينه، لأن الأصل عدم انقضائها، لبقاء العدة والرجعة، والورع تركها.

والحنابلة يفرقون فيقولون: إن بدأت بادعاء انتهاء عدتها فالقول قولها، وإن ادَّعى رجعتها فادَّعت انتهاء عدتها فالقول قوله، لأن دعواه قبل الحكم بانقضاء عدتها، فلا يقبل قولها في إبطاله، وإن وقع قولهما معاً فلا رجعة، لأن خبرها بانقضاء عدتها يجعل رجعته بمنزلة رجعته بعد انتهاء عدتها.

وإن كانت المدة التي انقضت لا تكفي للعدة بأن كانت أقل مدة تنتهي فيها العدة شرعاً فلا يؤبه بقولها وتصح الرجعة لظهور قرينة تكذب ما ادَّعته.

وإن كانت تنقضي عدتها بوضع الحمل: فيقبل قولها مع يمينها فيما زاد عن ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد عقد الزوج، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلا يقبل قولها بالأقل لانتهاء عدتها، و إن كانت عدتها بالشهور بأن كانت صغيرة أو آيسة فلا يقبل قولها فيه، وإنما القول قول الزوج لأنه يؤخذ قوله في وقت الطلاق، فيكون القول قوله مع يمينه لرجوع ذلك إلى الاختلاف في وقت طلاقه، والقول قوله في إيقاعه ووقته، لأن القاعدة: «من قبل قوله في شيء قبل قوله في صفته»[1].

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٣٢ ـ ٥٣٥، الشرح الكبير: ٢/ ٤١٨ ـ ٤٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٨ ـ ٣٤١، المغني: ٨/ ٤٨٦ ـ ٤٩١.

المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والرجعة

نصت المادة (١١٨) على الرجعة: ف١ ـ الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

ويتبين أن القانون قد أخذ برأي الجمهور وخاصة الحنفية والحنابلة في صحة الرجعة بالفعل، ويشمل الفعل النظر بشهوة كما ذهب إليه الحنفية، ولم تفرق المادة بين فعل الزوج أو فعل الزوجة مع إناطة الرجعة بالزوج. وهو مذهب الحنفية في صحة الرجعة بفعلها مع موافقته لها.

ونصت الفقرة الثانية على انتهاء الرجعة بانتهاء العدة فذكرت

٢ ـ تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي.

وقد ذكرت محكمة النقض قراراً لها ينبئ عن أن الأصل بقاء النكاح وقبول الرجعة حين الاختلاف في الرجعة، وهو مذهب الشافعية خلافاً للجمهور، فذكرت:

الإخبار بالرجعة المضافة إلى زمن ماضٍ لا يحكم بها إلا إذا أقيمت عليها البينة (ش ـ ٣٩٦ ـ ٤٠٠ ـ ٢٤/ ١٢/ ١٩٦٢).

ونصت محكمة النقض في قرار آخر على ما يؤكد هذا: «إقرار الزوج بإرجاع زوجته خلال مدة العدة كاف لإثباته» (ش ـ ١٥٢ ـ ١٤٢ ـ ٦/ ٤/ ١٩٦٦).

ويتضح من هذا القرار التوسعة في الرجعة والإقرار بأن الأصل بقاء النكاح، إذ الظاهر المراد إقراره: المُدَّعى في العدة ولكن بعد انتهاء العدة، لأنه قبل انتهاء العدة لا اختلاف فيه. وهذا يؤكد ما قلته من أن الأصل بقاء النكاح والتوسعة في الرجعة في قانون الأحوال الشخصية السوري، وهو مذهب الشافعية، ولكن مذهب الشافعية يشترط يمين الزوج وهو الأولى في رأيي. ولم تشترط محكمة النقض يمين الزوج، والأولى قبول قوله مع يمينه

الفصل الثاني
العدة وأحكامها

المبحث الأول: تعريف العدة وأدلتها وحكمة مشروعيتها وسببها وبدؤها.

المبحث الثاني: أنواع العدة.

المبحث الثالث: تحول العدة وأحكامها.

المبحث الرابع: نفقة العدة.

المبحث الخامس: الحِداد.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني:

العدة وأحكامها

إن بحث العدة واسع نعرض فيه لأهم موضوعاته بشيء من التفصيل والتدقيق وفق ماذهب إليه واضع قانون الأحوال الشخصية السوري مع تبيان آراء الفقهاء وأدلتهم.

المبحث الأول: تعريف العدة وأدلتها وحكمة مشروعيتها وسببها وبدؤها

المطلب الأول: تعريف العدة لغةً واصطلاحاً وحكمها وأدلتها

العدة لغة: الإحصاء، والاسم العدد والعديد، والماء العِد: الماء الجاري، والكثرة في الشيء، والعديدة: الحصة، وعدة المرأة: أيام أقرائها، وأيام حدادها على الزوج[1].

وفي الاصطلاح: تربص شرعي من طلاق أو موت أو فسخ أو وطء بشبهة[2].

وهذا التربص هو مدة محددة شرعاً تنتظر فيها المرأة حداداً وبراءة رحم تعبداً[3].

حكم العدة وأدلة مشروعيتها:

إن العدة واجبة شرعاً على المرأة المدخول بها، أو المختلى بها عند الجمهور دون الشافعية أو المتوفى عنها زوجها، وأدلة وجوبها هي:

١ ـ القرآن الكريم: ١ ـ قوله تعالى في عدة الطلاق: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ

---

(١) القاموس المحيط: ٢٧٠.

(٢) ر: رد المحتار: ٢/ ٥٩٨، حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٦٨، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٤.

(٣) رد المحتار: ٢/ ٥٩٨، وقد يكون للرجل عدة، وعد ابن عابدين عشرين موضعاً، وهن في الحقيقة من الجمع بين المرأة وأختها وعمتها وخالتها والخامسة، وقد مضى ذلك في المحرمات المؤقتة.

بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وقال تعالى في عدم العدة قبل الدخول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

٢ ـ وفي عدة الوفاة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

٣ ـ وفي عدة الصغيرة والآيسة والحامل: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

٢ ـ السنة المشرفة:

عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية رضي الله عنها: أنها طلقت على عهد رسول الله ﷺ ولم يكن للمطلقة عدة، فأنزل الله عز وجل حين طُلِّقت أسماء العدة للطلاق فكانت أول من أنزلت فيها العدة للمطلقات[(١)].

وهذا إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وأخرج البخاري أن سبيعة الأسلمية سئلت: «كيف أفتاها النبي ﷺ؟. فقالت: أفتاني إذا وضعت أن أنكح»[(٢)]. أي وضعت حملها.

وقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»[(٣)].

٣ ـ الإجماع: فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة على الزوجة

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: في عدة المطلقة، ٢/ ٢٨٥، رقم: ٢٢٨١.

(٢) في كتاب الطلاق، باب: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، ٣/ ١٩١١، رقم ٥٠١٣، ومسلم: كتاب الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها..، ٣/ ١٥٣٦، رقم: ١٤٨٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: الكحل للحادة، ٣/ ١٩١٧، رقم: ٥٠٢٥، ومسلم: كتاب الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة، ٣/ ١٥٣٧، رقم: ١٤٨٦.

المتوفى عنها والمطلقة، وانقضاء عدتها بمضي وقتها ولو دون علمها[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٦): «لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيح إلا للوفاة».

ويوضح هذا النص اشتراط الدخول لوجوب العدة وإلا لم تلزم العدة، كما يوضح أن الخلوة بمنزلة الدخول في وجوب العدة وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

وجاء في قرار محكمة النقض: «لا تلزم الزوجة بالعدة إذا صرحت بعدم الدخول والخلوة» (ش ـ ٨٦٣ ـ ٧٧٧ ـ ٢١/ ٩/ ١٩٨٠).

المطلب الثاني: حكمة مشروعية العدة[2]

١ ـ إن المقصد الأول من العدة هو التعبد المحض لله تعالى في امتثال أمره إذ يمكن استبراء الرحم بحيضة واحدة وإن كان لا يخفى ما في القروء الثلاثة من حكم كثيرة من تفجع وعدم إثارة للريبة.

وجاء في قرار لمحكمة النقض: «العدة حق للشرع على المعتدة، وليس للحاكم النص في الحكم على مقدار مدتها» (ش ـ ٤٣ ـ ٣٩ ـ ١٧/ ٢/ ١٩٦٢).

٢ ـ معرفة براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ببعضها، **وصيانة لها من** الضياع، وهو مما يحرص عليه الإنسان.

٣ ـ توطين نفسي للزوجين على إدامة العقد وعدم **تعريضه للاضطراب** ليحصّلا مصالح النكاح، حيث يجدا في العدة ما **يؤلمهما، وما يمكن أن** يعانيا منه، فيعودا عما وقعا فيه إن رأيا الخير في **العود.**

٤ ـ التنويه بعظم أمر الزواج، حيث لا ينتظم إلا **بجمع من الرجال، ولا ينفك** إلا بانتظار طويل، وإلا لكان بمنزلة لعب الصبيان **يعقده ثم يفكه لساعته.**

---

(١) الإجماع: ٩٤ ـ ٩٥.

(٢) حجة الله البالغة: ٢/ ١٤٢، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٤.

٥ ـ حسن وفاء الزوجة التي توفي عنها زوجها من الحداد عليه بترك الزينة حفظاً لحقه، وإظهاراً للأسف على فراقه، ولئلا تهتاج بزينتها...وغيرَها وفاءً لزوجها المتوفى.

المطلب الثالث: سبب وجوب العدة[1]

إن سبب وجوب العدة إما أن يكون:

١ ـ الفرقة بين الزوجين لطلاق أو فسخ بعد الدخول من زواجٍ صحيح أو فاسد أو وطء شبهة بالاتفاق، أو بعد الخلوة الصحيحة عند الجمهور خلافاً للشافعية.

٢ ـ وفاة الزوج في عقد نكاح صحيح سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة أو كان الزوج صغيراً.

٣ ـ الزنا يوجب العدة عند الحنابلة وكذلك المالكية ولكن بحيضة واحدة، ولا عدة عليها عند الحنفية والشافعية.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢١): عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

١ ـ ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض، ولا تُسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.

٢ ـ سنة كاملة لممتدة الطهر التي لم يجئها الحيض، أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس.

٣ ـ ثلاثة أشهر للآيسة.

وفي المادة (١٢٢): المعتدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٥٩٩وما بعدها، الشرح الكبير: ٢/ ٤٦٨ ـ ٤٧١، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٤و٣٨٨و٣٩٥، روضة الطالبين: ٨/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦، كشاف القناع: ٥/ ٤١١ ـ ٤١٣، المغني: ٩/ ٧٧ ـ ٧٩.

ذكرت المادة (١٢١) عدة ذوات الحيض وممتدة الطهر والآيسة، فكذلك تكون عدتهن في النكاح الفاسد بعد الدخول.

وقد وضحت المادة (١٢٢) أن العبرة للدخول ليس غير في النكاح الفاسد وإلا لم يكن له أثر.

المطلب الرابع: بدء العدة

ذهب عامة الفقهاء إلى أن مبدأ العدة الطلاق أو الفسخ أو الموت علمت المرأة به، أو لا، ولهذا إذا مضى وقت العدة ثم علمت بموته أو بطلاقه فقد انقضت عدتها.

وذلك لأن ركن العدة مضي الزمن، ولا يقف وجوبه على العلم به، كمضي سائر الأزمنة، وهو لا يقف على فعلها أصلاً وهو الكف ـ بدليل أنها ـ لو علمت ولم تجتنب ما تجتنبه المعتدة انقضت عدتها بانقضائها مع إثمها، وإذا لم يقف على فعلها فالأولى أن لا يقف على علمها به.

وجاء في قرار لمحكمة النقض: «تنقضي العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت، سنداً للمادة (٣٢١) من كتاب الأحوال لقدري باشا (ش ـ ٣٦ ـ ٢٦ ـ ٢٥/ ١/ ١٩٧٠)».

وروي عن الإمام أحمد أن عدتها من يوم وصولها الخبر إن لم يثبت موته ببينة، فتأخذ بالأحوط في حق العدة.

وأما في النكاح الفاسد فإن بدء العدة من وقت التفريق من القاضي أو من وقت المتاركة، بقوله بلسانه: تركتك، أو بطلاقه، أو بإنكار النكاح بحضرتها، وإلا اكتفي بتفرق الأبدان[1].

وقد نصت المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

---

(١) الهداية: ١/ ٣١٠، تحفة الفقهاء: ٢/ ٣٦٨، الدر المختار: ٢/ ٦١٠ ـ ٦١٢، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢، حاشية العدوي على الخرشي: ٤/ ١٤٦، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٧، مغني المحتاج: ٢/ ٣٩٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٢٤، الإنصاف: ٩/ ٢٩٤.

تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد.

وقضت محكمة النقض في قرارها (ش ـ ١٢٢ ـ ١١٠ ـ ٢٩/ ٣/ ١٩٦٥) بذلك، ونص قرارها: «مبدأ العدة بعد الطلاق في النكاح الصحيح وبعد تفريق الحاكم أو المتاركة في النكاح الفاسد، وبعد الموت فوراً، وتنقضي العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت، حتى لو بلغها الطلاق أو موت زوجها بعد مضي مدة العدتين فقد حلت للأزواج».

المبحث الثاني:
أنـواع العـدة

للعدة ثلاثة أقسام، هي:

١ ـ عدة بوضع الحمل.

٢ ـ عدة الأقراء.

٣ ـ عدة الأشهر.

ويتبعها: عدة ممتدة الطهر، وعدة طلاق الفرار.

المطلب الأول: العدة بوضع الحمل[1]

اتفق جمهور الفقهاء على أن المعتدة الحامل تنتهي عدتها بوضع الحمل بتمامه سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة ولو كان الوضع بعد الطلاق أو الوفاة بلحظة، وذهب البعض إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين من الوفاة أو الطلاق، إعمالاً لكلا الدليلين.

ودليل وجوب هذه العدة:

قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] أي انقضاء عدتهن بوضع حملهن، لحصول براءة الرحم بالوضع.

وهذه الآية مخصصة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ومخصصة لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، إذ أخرجت الحامل، فجعلت عدتها بوضع حملها دون تربصها للعدة المحددة للمتوفى عنها أو المطلقة.

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٠٣ ـ ٦٠٤، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٤، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٣ ـ ٣٧٥، مغني المحتاج: ٢/ ٣٨٨، كشاف القناع: ٥/ ٤١٣، المغني: ٩/ ٧٩و١١٠ ـ ١١١، وقد روي عن ابن عباس وسيدنا علي رضي الله عنهم أن عدتها أبعد الأجلين، وروي رجوعهما إلى قول الجماعة، ولذا قال كثيرون بالإجماع على المذكور.

ودليلها من السنة ما مضى في حديث سبيعة الأسلمية، وما أمرها به النبي ﷺ.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٤): «عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستبيناً بعض الأعضاء»[١].

المطلب الثاني: العدة بالأقراء[٢]

والقَرء: الحيض أو الطُّهر، وقرأ الكتاب قراءة، وقرأ الشيء قرآناً جمعه، وقرأ عليك السلام[٣].

والعدة بالأقراء: إنما هي للمعتدات ذوات القَرْء المطلقات طلاقاً رجعياً أو بائناً، أو فسخاً، كالفرقة بسبب خيار البلوغ أو عدم الكفاءة....وهي ثلاثة قروء[٤]، بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير القَرْء، ففسره الحنفية والحنابلة بأنه الحيض، وفسره المالكية والشافعية بأنه الطهر.

واستدل القائلون بأن المراد هو الحيض:

بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] دلت الآية أن الآيسة والصغيرة تعتدان

---

(١) وهذا الرأي هو رأي الحنفية والحنابلة الذين اشترطوا استبانة بعض خلقه كيده ورجله، بينما اكتفى المالكية بكونه قطعة دم لا تذوب بالماء الحار، وذكر الشافعية أنها تنتهي بوضع مضغة فيها صورة آدمي تخفى على غير القوابل أعضاؤها، وأرى رجحان مذهب الشافعية طالما يصدق عليه اسم الحمل.المراجع السابقة.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٥٩٩ ـ ٦٠١، بدائع الصنائع: ٣/ ١٩٣ ـ ١٩٥، الشرح الكبير: ٢/ ٤٦٩ ـ ٤٧٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٤ ـ ٣٨٦، روضة الطالبين: ٨/ ٣٦٦ ـ ٣٧٠، المغني: ٩/ ٨٠ ـ ٨٥، كشاف القناع: ٥/ ٤١٧ ـ ٤١٨.

(٣) مختار الصحاح: ٣٣٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ٧٥.

بالأشهر لعدم الحيض بالنص، مما يدل على أن العدة بالحيضات لا بالأطهار، والصلاة إنما تترك في الحيض لا في الطهر[1].

واستدلوا بقوله ﷺ: «إذا أتى قروك فلا تصلي»[2].

وبراءه الرحم في العدة تعرف بالحيض لا بالطهر.

وفسروا المراد بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] مستقبلات عدتهن، فيطلقها في الطهر لتستقبل عدتها بالحيض[3].

واستدل القائلون بأن المراد بالقرء الطهر: بالقرآن الكريم مع تفسير السنة له بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] فطلقوهن في الوقت الذي يحل التطليق فيه وهو الطهر[4]، ولأن الرسول ﷺ فسر القرء بالطهر في حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر ذلك لرسول الله ﷺ، فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال: «ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها، فتلك العدة كما أمره الله»[5]، والحديث صحيح لا ريب فيه مما يؤكد أن المراد الطهر صراحة، وهو الذي أراه راجحاً منسجماً مع الأدلة.

واستدلوا من اللغة بتأنيث لفظ العدد في (ثلاثة قروء) فالعدد ثلاثة مؤنث مما يدُل على أن المعدود قروء مذكر، والطهر هو المذكر وأما لفظ الحيض فهو مؤنث.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٨/ ١٠٧ ـ ١٠٨.

(٢) وتمامه: أن فاطمة بنت حبيش رضي الله عنها سألت رسول الله فشكت إليه الدم، فقال لها رسول الله ﷺ: «إنما ذلك عِرْق، فانظري إذا أتى قَرْؤك فلا تصلي، فإذا مر قَرؤك فتطهري، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء» أخرجه أبو داود: كتاب الطهارة، باب: في المرأة تستحاض، ١/ ٧١، رقم: ، ٢٨٠، والنسائي: كتاب الطلاق، باب الأقراء، ٣/ ٥٦٠، رقم: ٣٥٥٥.

(٣) روح المعاني للآلوسي: ٢٨/ ١٢٩.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١٨/ ١٠١.

(٥) أخرجه البخاري: كتاب التفسير، باب: تفسير سورة الطلاق٣/ ١٧٥٧، رقم: ٤٦٢٥.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢١): عدة المرأةغير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

١ ـ ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض...

وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

وأضافت المادة ١٢١ف١ ـ.. ولا تُسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.

إذ هو الغالب أن للمرأة في كل شهر حيضة، ولا عبرة للنادر.

وذكرت محكمة النقض: أن انتهاء العدة لا يعرف إلا من جهة المعتدة التي تصدق بيمينها ما لم تجاوز المدة القصوى، سنداً للمادة (٣١٤) من كتاب الأحوال لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.

وحسناً ما فعلته محكمة النقض إذ طلبت يمين المعتدة حين الاشتباه بانتهاء عدتها لما لذلك من أهمية واحتياط للأنساب وغيرها.

المطلب الثالث: العدة بالأشهر

والمعتدات بالأشهر قسمان من النساء: قسم تجب عليهن العدة بالأشهر بدلاً عن الحيض، وقسم تجب عليهن العدة بالأشهر ابتداءً.

أما القسم الأول: الصغيرة والآيسة: فهي عدة من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة دون البلوغ، أو بلغت ولم تحض بعد، أو كانت آيسة لا تحيض لكبر سنها، فتعتدان بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة.

لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]. فشملت الآية اليائسة الكبيرة والصغيرة المطيقة للوطء.

وقد نصت المادة (١٢١) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي: ٣ ـ ثلاثة أشهر للآيسة».

وهذا يشمل الصغيرة التي لم تحض، وإن كان القانون لم يسمح بزواجها ما لم يكن جسمها صالحاً (م١٥و١٦و١٨).

ونصت محكمة النقض أن سن اليأس هو خمس وخمسون سنة وهو رأي الحنفية[١] (ش ـ ٣١٦ ـ ٣١٣ ـ ٨/ ١١/ ١٩٥٦).

القسم الثاني: عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل[٢]:

إن عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل، أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة، مدخولاً بها أو لا، آيسة من الحيض أو من ذوات الحيض، وليس هناك أدنى ريبة بحملها، فلا عبرة للحيض في عدتها، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام».

وتخرج الحامل المتوفى عنها زوجها بالمادة (١٢٤).

وتلزم العدة قبل الدخول للوفاة، فنصت المادة (١٢٦): «لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة».

المطلب الرابع: عدة ممتدة الطهر[٣]

ممتدة الطهر وهي التي يتأخر حيضها كثيراً ولا تدري إلى متى يمتد طهرها، أو التي لا تميز بين دمي الحيض والاستحاضة، لمرض أو لغير سبب.

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٦٠٦، وعند الشافعية أقصى سن اليأس: اثنان وستون سنة، مغني المحتاج: / ٣٨٧.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٦٠٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٥ ـ ٤٧٦، روضة الطالبين: ٨/ ٣٩٨، المغني: ٨/ ١٠٦ ـ ١٠٨.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٠١ ـ ٦٠٢، البحر الرائق: ٤/ ١٤٢، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٩، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٧، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧١، المغني: ٩/ ٩٧، كشاف القناع: ٥/ ٤١٩ ـ ٤٢١، روح المعاني: ٢٨/ ١٣٦ ـ ١٣٧، الجامع لأحكام القرآن: ١٨/ ١٠٨.

اختلف الفقهاء على التفصيل الآتي:

الفريق الأول: ذهب المالكية والحنابلة إلى أنها إن لم تعرف سبب ارتفاع الحيض تعتد تسعة أشهر أولاً، وهي لزوال الريبة باحتمال وجود الحمل، لأنها غالب مدة الحمل، وثانياً ثلاثة أشهر كعدة اليائسة من الحيض، فإذا حاضت قبل نهاية السنة بيوم استأنفت ما سبق أو انتظرت الحيضة الثانية.وفي القول القديم عند الشافعي تتربص تسعة أشهر.

الفريق الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن ممتدة الطهر تعتد بالقروء بالغاً ما بلغت، أو تبلغ سن اليأس وهو خمس وخمسون أو ستون سنة، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة الآيسة، وكذلك عند الحنابلة إن عرفت سبب ارتفاع الحيض.

الأدلة والرأي الراجح:

استدل الأولون:

١ ـ من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] فقد جعل الله العدة عند عدم الحيض بالشهور، والريبة واقعة بانتظار الحيض تسعة أشهر استبراءً، وهي غالب مدة الحمل، ثم تعتد ثلاثة أشهر كما ذكرت الآية بعد انتهاء مدة الريبة.

٢ ـ ومن السنة المشرفة عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (أيما امرأة طُلِّقت فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها حمل، فذلك، وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر، ثم حَلَّت)[1].

٣ ـ وإن براءة الرحم تعرف بالانتظار مدة الحمل، ثم تعتد عدة الآيسة تعبداً.

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الطلاق، باب: جامع عدة الطلاق، رقم: ٧٠، ص٤١٩.ور: سنن الدارمي: ١/ ٢٣٦.

أدلة الفريق الثاني:

١ ـ من القرآن الكريم: وهو أن الآيات السابقة جعلت الاعتداد بالأشهر بعد الإياس فلا يجوز قبله لإمكان عودة الدم.

٢ ـ ومن السنة المشرفة: أن حَبان بن منقذ طلق امرأته وهو صحيح، وهي ترضع ابنته، فمكثت سبعة أشهر لا تحيض يمنعها الرضاع أن تحيض، ثم مرِض حبان... فقيل له: إن امرأتك تريد أن ترث، فقال لأهله: احملوني إلى عثمان رضي الله عنه، فحملوه إليه، فذكر له شأن امرأته، وعنده سيدنا علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، فقال لهما عثمان رضي الله عنه: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها ترثه إن مات، ويرثها إن ماتت، فإنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض، وليست من الأبكار اللائي لم يبلغن الحيض، ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير...»[1]. والحديث واضح الدلالة على ضرورة تربصها لمجيء حيضها أو تبلغ سن اليأس.

والذي أراه رجحان رأي اعتدادها سنة وحسب، وخاصة في هذه الأزمان إذ يمكن معرفة براءة الرحم إن كان هو المراد، فيبقى معنى التعبد في العدتين الحمل والإياس. ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه، وقال ابن عباس: «لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر، وتكون الأشهر الثلاثة امتثالاً كعدة الآيسة والصغيرة».

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢١): عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

٣ ـ سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع، ولم تبلغ سن اليأس.

وهو إعمال لمذهب المالكية والحنابلة، وحسناً ما ذهب إليه القانون في

---

(١) سنن البيهقي: كتاب الطلاق، باب: عدة من تباعد حيضها: ٧/ ٤١٩.

ذلك لعسر الأخذ بمذهب الحنفية والشافعية في أن تنتظر حيضاتها الثلاث بالغة ما بلغت أو تبلغ الخامسة والخمسين أو الستين سن اليأس.

وخالفت محكمة النقض النص القانوني صراحة في قرارها (ش ـ ٥١٣ ـ ٥١٤ ـ ٢٢/ ١٢/ ١٩٦٩) حين نصت: المرأة التي رأت الدم أياماً ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره، واستمر طهرها سنة فأكثر، تعتد بالحيض ولا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الإياس، وتتربص بعده ثلاثة أشهر كاملة، وسن الإياس خمس وخمسون سنة.

المطلب الخامس: عدة طلاق الفار

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ثم قبل أن تنتهي عدتها توفي الزوج، اتفق الفقهاء:

أن عدتها تنتقل إلى عدة الوفاة مستأنفة لها.

أما إذا طلقها وهو في مرضه باتاً بغير رضاها ثم توفي في عدتها عُدَّ فاراً من إرثها في مذهب الجمهور دون الشافعية وكانت عدتها وفق الآراء التالية:

ذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد في رواية وأصحاب مالك إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة احتياطاً، فتتربص أربعة أشهر وعشراً بعد الموت، وتتابع عدة الأقراء إن لم تكن قد انتهت في تلك المدة.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه: إلى أنها لا تنتقل إلى **عدة الوفاة بل تكمل عدة الأقراء**، وذلك لأنه مات عنها وهي ليست زوجة له **ببينونتها من النكاح**، ولأنها خرجت عن معنى حكم الزوجة بالبينونة، ولو ماتت قبله لم يرثها.

وفي رواية ثالثة عن الإمام أحمد أنها تعتد للوفاة لأنها وارثة فأشبهت الرجعية[1].

---

(١) الهداية: ١/ ٣٠٨، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٠٥، البحر الرائق: ٤/ ١٤٨، المدونة الكبرى: ٣/ ٣٤ ـ ٣٥، مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٤و٣٩٦، الإنصاف: ٩/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧، غاية المنتهى: ٣/ ٢١٠ ـ ٢١١.

المطلب السادس: الاختلاف والتواطؤ في الطلاق والعدة[1]

ـ لو طلق الزوج زوجته ثم أنكر طلاقها، فأقامت المرأة البينة على طلاقها كانت العدة من يوم طلاقها الذي أثبتته البينة لا من يوم القضاء، وسواء كان صحيحاً أو مريضاً.

ـ ولو ادعى طلاق زوجته وهو صحيح في زمن ماضٍ وأقام البينة على ذلك فالعبرة لما أثبتته البينة.

ولو أقر بطلاقها في زمن ماضٍ ولا بينة وكانا مجتمعين:

قال الحنفية والمالكية ـ وقيده الحنابلة بكونه مجهولَ الحال أو فاسقاً ـ: «إن العدة من وقت الإقرار نفياً لاحتمال تهمة المواضعة، فإن كذبته في ادعائه فكذلك العدة من وقت الإقرار مع ثبوت النفقة والسكنى لها والإرث ولو كان الطلاق بائناً إن كان مريضاً».

وأما إن صدقته في ادعائه الزمن الماضي فالعدة من وقت الإقرار ولا نفقة ولا سكنى لها لقبول قولها في حق نفسها، ولا إرث إذا انقضت العدة فيما لو كان الطلاق رجعياً وهو ـ الزوج ـ صحيح، وذلك لأن اجتماعهما قرينة ظاهرة على كذبهما وتواطئهما لإسقاط العدة، أو للاحتيال على الآخرين بسلب أموالهم، بادعائها مهراً كبيراً تستحقه بطلاقها، وقد أبرم بانتهاء عدتها.

أما لو أقر بطلاقها وهما مفترقان فبدء عدتها من وقت الطلاق.

وقال الحنابلة: يقبل إقرار الزوج بالطلاق وانقضاء العدة إن كان عدلاً غير متهم فعدتها من حين الطلاق.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦١١ ـ ٦١٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٣٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٧، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٦، كشاف القناع: ٥/ ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

وقد قضت محكمة النقض (ش ـ ١٢٢ ـ ١١٠ ـ ٢٩/ ٣/ ١٩٦٥): إذا أقر الزوج بطلاق منذ زمن ماض، ولم تصدقه الزوجة ولم تقم عليه بينة، فالعدة تبدأ من تاريخ الإقرار، وللزوجة النفقة إن كذبته، وإذا صدقته فلها النفقة عن المدة الباقية من العدة إن لم تنقض استناداً للمادة (٣٢١) من كتاب الأحوال لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الثالث:

تحول العدة وأحكامها

المطلب الأول: تحولات العدة من الأشهر إلى الأقراء وعكسه

أولاً: إذا كانت المرأة عند الفرقة صغيرة لا تحيض أو يائسة ثم حاضت قبل نهاية عدتها بالأشهر لغا ما مضى من عدتها ثم اعتدت بالأقراء ثلاثة قروء.

ثانياً: إذا كانت المرأة عند الفرقة من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها، فهذه ممتدة الطهر وعليها انتظار الحيض عند الحنفية والشافعية إلى سن اليأس، أو تعتد سنة عند المالكية والحنابلة كما مر تفصيله.

ثالثاً: إذا كانت المرأة مطلقة طلاقاً رجعياً ثم توفي عنها زوجها انتقلت إلى عدة الوفاة بالاتفاق، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وفي الطلاق البائن مع موت الزوج لا تتحول العدة إلا في طلاق الفرار إلى أبعد الأجلين عند أبي حنيفة ومحمد ورواية عن الإمام أحمد كما مر.

وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٧):

١ ـ إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي، تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى.

٢ ـ إذا توفي وهي في عدة البينونة، تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة.

ويلحظ أن القانون ذهب إلى افتراض الفرار على كل حال بالطلاق البائن ثم الموت أثناء العدة، لأن حدوث الموت أثناء العدة قرينة على توقعه، وذلك أن الحنفية أقاموا كل ما هدد الحياة مقام الموت كإشراف سفينة على الغرق أو حكم بالقصاص..وما أشبه ذلك.

رابعاً: ظهور الحمل أثناء العدة بالأشهر أو بالأقراء يحول العدة إلى

وضع الحمل[1].

ويلحظ أن هذا الأخير يمكن تحديده وضبطه هذه الأيام بالتحليلات المخبرية.

المطلب الثاني: أحكام العدة ووقوع الطلاق في العدة[2]:

١ ـ حرمة العقد عليها من غير زوجها إن لم تكن مطلقة ثلاثاً أثناء العدة، وحرمة العقد عليها مطلقاً إن كانت مطلقة ثلاثاً، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

٢ ـ منع خطبة المعتدة صراحة سواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة وجواز التعريض بخطبة المعتدة من الوفاة.

٣ ـ وجوب النفقة للمطلقة الرجعية، ويأتي تفصيله في نفقة العدة.

٤ ـ عدم مغادرة المعتدة مُطْلَقاً منزل الزوجية إلا لحاجة.

٥ ـ وقوع الطلاق في العدة على معتدة البائن عند الحنفية، وبيانه:

اتفق العلماء على وقوع الطلاق في عدة الطلاق الرجعي، واختلفوا في وقوعه في عدة الطلاق البائن:

فذهب الجمهور إلى أن شرط وقوع الطلاق كونها زوجة أو مطلقة طلاقاً رجعياً وإلا بأن بانت فلا يلحقها طلاق في عدتها، وهو كذلك عند الحنابلة لأنها إما رجعية فكما سبق، أو بائنة ثلاثاً، فلا تبين بالواحدة عندهم، فلو قال: واحدة بائنة كانت رجعية[3].

---

(١) الهداية: ١/ ٣٠٨ ـ ٣١٠، الدر المختار: ٢/ ٦٠٠ ـ ٦١١، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٠ ـ ٤٧٧، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٦ ـ ٣٩٦، الإنصاف: ٩/ ٢٧٥ ـ ٢٧٧و٢٨٤ ـ ٢٨٧.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦١٦ ـ ٦٢٢.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤و٢٩٧، الشرح الكبير: ٢/ ٣٦٥و٣٧٠و٣٧٥، كشاف القناع: ٥/ ٢٥٩ ـ ٢٦٣و٢٦٦، المغني: ٨/ ٤٠٠ ـ ٤٠١، منار السبيل: ٢/ ٢٤٠ ـ ٢٤١، دليل الطالب: ٢٢١، غاية المنتهى: ٣/ ١٢٧ ـ ١٢٨.

وذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق في العدة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ولو من خلوة دون الفسخ، إذ الفسخ لا يقع في عدته الطلاق إلا في حالات هي:

إذا أسلم الزوج وطلقها وقع عليها وإن كانت الفرقة في الأصل بينهما فسخاً.

وكذلك إذا ارتد الزوج وقع طلاقه خلافاً لأبي يوسف فهو فسخ.

وكذلك إذا ارتدت كان طلاقاً اتفاقاً، فقالوا: يلحق الطلاق عدة طلاق أو إباء أو ردة مع لحاق بدار الحرب[1].

٦ ـ ثبوت النسب أثناء العدة، وسيأتي في النسب.

٧ ـ الحداد ويأتي تفصيله.

(١) الدر المختار ورد على المحتار: ٢/ ٤٦٩ ـ ٤٧٤و٣٤١ ـ ٣٤٢.

المبحث الرابع:

نفقة العدة والمتعة الزوجية (متعة الطلاق)

المطلب الأول: نفقة معتدة الطلاق الرجعي[1]

تعد المعتدة من طلاق رجعي زوجة، لقيام عقد النكاح أثناء العدة، فتبقى نفقتها كما هي قبل الطلاق باتفاق أهل العلم، فلها السكنى والنفقة، وكل ما يلزمها لمعيشتها، سواء أكانت حاملاً أم لا، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

المطلب الثاني: نفقة معتدة الطلاق البائن[2]

إن المعتدة من طلاق بائن قد تكون حاملاً أو غير حامل: فإن كانت حاملاً فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى لها، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾، ولقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً»[3] ولأن الحمل ولد له، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب.

فإذا كانت المعتدة من طلاق بائن حائلاً غيرَ حاملٍ وكذلك المعتدة من فسخ والمختلعة، فقد اختلف الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى لها على

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٦٩، الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٢، الشرح الكبير: ٢/ ٥١٤ ـ ٥١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٠، روضة الطالبين: ٩/ ٦٤ ـ ٦٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٤، المغني: ٩/ ٢٩٢.

(٢) ويشمل البائن: الصغرى والكبرى، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٦٩ ـ ٦٧٠، بدائع الصنائع: ٣/ ٢٠٩ ـ ٢١٠و٤/ ١٦، الشرح الكبير: ٢/ ٥١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٠١ ـ ٤٠٢ و٤٤٠ ـ ٤٤١، روضة الطالبين: ٩/ ٦٦، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٥ ـ ٤٦٦، المغني: ٩/ ٢٨٨ ـ ٢٩٠.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب: في نفقة المبتوتة، ٢/ ٢٨٥، رقم: ٢٢٩٠.

ثلاثة مذاهب:

الأول: مالك والشافعي وأحمد في رواية: لها السكنى، وليس لها النفقة إلا المختلعة إذا كانت المخالعة على السكنى فلا شيء لها.

الثاني: أبو حنيفة وصاحباه: لها النفقة والسكنى، ولا تجري المخالعة على السكنى عندهم لأنها حق الشرع.

الثالث: مذهب أحمد في رواية ظاهر المذهب: ليس لها سكنى ولا نفقة، إلا إذا شاء تحصين فراشه فأسكنها ودون محذور من خلوة..فيجب عليها، ولها النفقة.

الأدلة والمناقشة:

استدل الجمهور القائلون بلزوم السكنى فقط:

أ) من القرآن الكريم: بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] قد أوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقة، وقيد النفقة بالحمل، فدل على أنه لا نفقة للحائل البائن، ويبقى لها السكنى فقط.

ب) من السنة المشرفة:

١ ـ ماروي عن فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته.فقال لها: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: «ليس لك عليه نفقة»[1].

٢ ـ وفي رواية: «إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة»[2].

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ٣/ ١٥٢٦، رقم: ١٤٨٠.

(٢) أخرجه النسائي: كتاب الطلاق، باب: الرخصة في ذلك، ٣/ ٤٧٩، رقم: ٣٤٠٢واللفظ له، والإمام أحمد: ٦/ ٤١٧.

٣) ومن المعقول: إن الزوجية قد زالت فوجب أن تسقط النفقة بزوالها كالوفاة والنفقة في مقابلة التمكين وقد زال فتسقط النفقة.

وإن الله تعالى قد أوجب السكنى لكل مطلقة من غير تقييد، ولو أراد غير ذلك لقيّد، كما فعل تعالى في النفقة إذ قيدها بالحمل في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] بعد ما قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ ولا يخفى رجحان هذا القول على غيره لقيد قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾، والأولى مع الطلاق البائن التخفيف من الالتزامات فيكتفى بالسكنى احترازاً واحتياطاً للنسب.

واستدل الحنفية على وجوب النفقة والسكنى للمعتدة البائن الحائل بما يلي:

أ ـ من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والامتناع عن النفقة إضرار بهن وقد نهي عنه مما يدل على وجوبها لها[١].

٢ ـ من السنة المشرفة: ماروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما بلغه أن فاطمة بنت قيس قالت: ماجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، قال عمر: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة، لاندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة[٢].

وهذا نص في المسألة، وقد وجبت النفقة للرجعية مع كونها معتدة من طلاق فوجب أن تكون النفقة أيضاً للبائن، ولأنها محبوسة عن الزواج لحقه، ولأنه حق يتكرر وجوبه في حال الزوجية، فوجب أن لا يسقط بالبينونة كالسكنى.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٨/ ١١٠ ـ ١١١.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ٣/ ١٥٣٢، رقم: ١٤٨٠.

واستدل الإمام أحمد:

من السنة المشرفة: بحديث فاطمة بنت قيس ـ السابق ـ أن زوجها طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: والله ما لَكِ علينا من شيء. فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: «ليس لَكِ عليه نفقة» فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك[1].

وفي حديث آخر: يقول رسول الله ﷺ: «انظري يا ابنة آل قيس، إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة لها ولا سكنى»[2].

المطلب الثالث: نفقة معتدة الوفاة[3]

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من وفاة لا نفقة لها، لأن النفقة إنما تجب إما للتمكين أو للعقد، وقد زالا بالموت، وإما بسبب الحمل، وبالموت قد زالت هذه الحقوق، لأن الميت لا يتحمل شيئاً.

واختلفوا في سكنى المعتدة عن وفاة وفق مايلي:

ذهب الحنفية والشافعية في قول وفي الأصح مما روي عن الحنابلة: إلى أنه لا سكنى لها ولانفقة.

وذهب المالكية والشافعية في الأظهر إلى أن لها السكنى، واشترطوا لهذا شرطين: دخول الزوج بها، ووجود المسكن، والبائن المتوفى عنها زوجها لها السكنى مطلقاً دون شرط.

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً، ١/ ١٥٢٦، رقم: ١٤٨٠واللفظ له، والنسائي وتقدم حديثه في الصحيفة السابقة.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند: ٦/ ٤١٧، والنسائي في الطلاق، باب الرخصة في ذلك ٣٦/ ٤٧٩، رقم: ٣٤٠٢.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٧٠، بدائع الصنائع: ٣/ ٢١١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٤و٥١٤ ـ ٥١٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٠١ ـ ٤٠٢و٤٤١، كشاف القناع: ٥/ ٤٦٧، المغني: ٩/ ٢٩١.

وذهب الحنابلة في رواية خلاف الأصح عن الإمام أحمد إلى أنه يثبت لمعتدة الوفاة النفقة والسكنى.

الأدلة:

استدل القائلون بأنه لا نفقة ولا سكنى بما يلي:

١ ـ استدلوا بحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال: «إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة»[(١)].

٢ ـ ويقول ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠] نسخ متاعهن إلى الحول بآية المواريث بما فرض الله لهن من الربع والثمن ونسخ التربص إلى الحول بأن جعل أجلهما أربعة أشهر وعشراً.

٣ ـ وإن المنزل الذي تركه الميت ملك لغيره، وإن كان ملكاً للميت فقد صار للغرماء أو للورثة أو للموصى لهم، ولا يحل للمتوفى عنها زوجها مال الغرماء والورثة والموصى لهم للحديث الذي تقدم...

وعلى ذلك فليس لها إلا مقدار ميراثها إن كانت وارثة فقط.

و استدل المالكية والشافعية للزوم السكنى: بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾﴾ [البقرة: ٢٣٤] والتربص للعدة إنما يكون في منزل الزوجية، وإلا فلا معنى له في محل آخر، ويسع الورثة الانتظار لانتهاء العدة.

وبقوله ﷺ للفُريعة بنت مالك: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»[(٢)].

---

(١) سبق تخريجه ص٦٠١ .

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب المتوفى عنها تنتقل، ٢/ ٢٩١، رقم: ٢٣٠٠، والترمذي، كتاب الطلاق، باب ماجاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٣/ ٥٠٨، رقم: ١٢٠٤.

وإن المتوفى عنها زوجها إنما هي معتدة من عقد صحيح فأشبهت المطلقة فلزمت لها السكنى.

ويتضح رجحان هذا القول للأحاديث المذكورة.

المطلب الرابع: نفقة معتدة النكاح الفاسد والوطء بشبهة

ذهب الجمهور إلى أن المعتدة عن فسخ من نكاح فاسد بعد الدخول دون حملها لا نفقة لها ولا سكنى، لأنها لا تستحق النفقة حال الاجتماع، فأولى أن لا تستحقها بعد الافتراق.

وذهب المالكية إلى إثبات السكنى فقط.

فإذا كانت حاملاً عند الفسخ، فوجهان عند الشافعية:

الأصح لا نفقة لها، وهو الأظهرمن الروايتين عند الحنابلة، وبالقول بلزومها تكون النفقة للحمل لا لها وهو بالاتفاق[1].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٦٩، بدائع الصنائع: ٣/٢١١، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/٤٨٤و٥١٤ ـ ٥١٥، مغني المحتاج: ٣/٤٤١، روضة الطالبين: ٩/ ٦٧، المغني: ٩/٢٩٣، كشاف القناع: ٥/٤٦٦.

المطلب الخامس: المتعة الزوجية (متعة الطلاق)

وهي المال المدفوع للزوجة المفارقة في الحياة.

مذاهب الفقهاء في المتعة: ذهب الجمهور إلى استحبابها لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها المهر فتجب لها المتعة.

وذهب الشافعية إلى وجوب المتعة لكل مدخول بها، وكذلك المفوضة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها المهر، فإذا فرض لها فلا متعة لها.

وبالاتفاق: مالم تكن الفرقة بسببها فلا متعة لها.

استدل الشافعية بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] وقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ودلالة الآيتين واضحة في وجوب المتعة لأن الأمر للوجوب، ولم تجب للمطلقة المفوضة التي فرض لها لأن الله تعالى قال: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فاشترط عدم الفرض لوجوب المتعة.

وحمل الجمهور الأدلة المذكورة على الاستحباب لقرينة: حقاً على المحسنين، على المتقين، فإن شاؤوا اتقوا فدفعوا ومتعوا وإلا فلا، والآية صريحة في وجوب المتعة للمطلقة المفوضة التي لم يسم لها المهر.

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦١):

«١ ـ يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية.

٢ ـ إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة».

وهذا النص موافق لرأي الجمهور دون الشافعية في وجوب المتعة للمطلقة التي لم يسم لها المهر أو لفساد تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة.

قدر المتعة: يجوز أن تبلغ في حدها الأعلى مايشاء المطلق، وذهب

البعض: إلى وجوب أن لا تزيد عن مهر المثل

ويستحب أن لا تنقص عن نصف مهر المثل عند الحنفية والشافعية وقدرها الشافعية بأن لا تنقص عن ثلاثين درهماً، أو مايساوي ذلك، وثمن الشاة درهمان، فتقدر بما يعادل هذا في زماننا وهو أقل المستحب، أو ثوب وما يشبهه من الكسوة وقريباً من ذلك الحنابلة، وقدر الحنفية أقلها بخمسة دراهم أي ما يعادلها ولو كان الزوج فقيراً.

وإذا وقع التنازع في قدرها: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن القاضي يقدرها معتبراً حال الزوجين في اليسار والإعسار والصفات لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ مع قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾.

وذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبارها بحال الزوج للآية[1].

وقدرت المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري المتعة فنصت: «المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل».

وهو إعمال لمذهب الحنفية والشافعية في عدم نقصها عن نصف مهر المثل، وإعمال لمذهب المالكية والحنابلة في اعتبارها بحال الزوج.

المطلب السادس: نفقة المعتدات في قانون الأحوال الشخصية السوري

مادة ٨٣ ـ تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو فسخ.

وهذا النص يشمل كل المعتدات: الرجعية والبائن والوفاة، وقد خالفه قراران لمحكمة النقض، فذهبت:

ـ لا نفقة للمتوفى عنها زوجها، سنداً للمادة (٣٣١) من كتاب الأحوال

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦، المدونة الكبرى: ٣٣١ ـ ٣٣٢، الثمر الداني: ٤٦٩، روضة الطالبين: ٧/ ٣٢٢، مغني المحتاج: ٣/ ٢٤١ ـ ٢٤٢، كشاف القناع: ٥/ ١٥٧ ـ ١٥٨.

لقدري باشا، المعمول بها بدلالة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.(ش ـ ١٧٣ ـ ١٦٣ ـ ٢٩/ ٤/ ١٩٦٥).

وفيما يلي نص المادة (٣٣١) من كتاب الأحوال لقدري باشا: «لا تجب النفقة بأنواعها للحرة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلاً أو حاملاً».

وهذا القرار كما يرى مخالف لإطلاق المادة (٨٣).

بينما ذهب قرار آخر إلى أن: «النفقة واجبة للمعتدة إطلاقاً» (ش ـ ٤٦٥ ـ ٤٤٧ ـ ٢٨/ ١٢/ ١٩٥٤).

والذي أرجحه ثبوت نفقة السكنى لعامة المعتدات طالما بقيت في سكنى الزوجية دون محذور الخلوة إلا معتدة الوفاة فلا محذور من هذا لموت الزوج، لأنه لا يعقل إخراجها من سكناها لمجرد وفاة زوجها، ويمكن للورثة انتظار انتهاء عدتها.

وأما نفقة الزوجية في الإطعام...فالذي أرجحه كما ذهبت محكمة النقض في قرارها المذكور الأول إلى سقوط نفقة المتوفى عنها زوجها باعتبارها وارثة تنفق من إرثها، ويحمل القرار الثاني على الأول حملاً للمطلق على المقيد، وأما المعتدة الرجعية والبائن فالذي أرجحه بقاء النفقة لهما وكذلك المختلعة والمفارقة من فسخ إلا إذا كانت المخالعة على سقوط النفقة، وهو مذهب الحنفية.

وأما معتدة النكاح الفاسد والوطء بشبهة فأرى ثبوت النفقة لهما إن كانت إحداهما حاملاً، وهو أحد قولي الشافعية، والنفقة على كلٍّ للحمل لا لها، لأن منفعة النفقة عليها تعود إلى الحمل.

ويبقى إشكال في تحديد مدة العدة، وقد ذكرت المادة (٨٤) المدة الأقصى للنفقة في العدة وهي تسعة أشهر، ونصها: «نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر».

ولكن قد تكون أقل من ذلك، فذهبت محكمة النقض في قرارها (ش ـ ١٦٣ ـ ١١٢ ـ ٢٢/ ٢/ ١٩٨٤): على القاضي أن يوجه اليمين للمعتدة على أنها لا تزال في العدة؛ لأن هذا الأمر لا يعلم إلا من قبلها، وهي مصدقة فيه بيمينها كما هو الفقه والاجتهاد.

ويمكن أن تكون العدة أطول من تسعة أشهر، وقد أخذ القانون بمذهب المالكية والحنابلة فحدد العدة لممتدة الطهر بسنة (م١٢١/ ٢) فتبقى هذه المعتدة دون نفقة ثلاثة أشهر مع احتباسها في سكنى الزوجية، فلا بد من تعديل هذه المادة (٨٤) ليقضى بها إلى سنة.

وإذا حكم بنفقة الزوجية ثم وقعت الفرقة فتقدر النفقة في العدة كما كانت حال الزوجية دون حكم مستقل بها(ش ـ ٥١٨ ـ ٥٠٥ ـ ١٤/ ١٢/ ١٩٦٦).

وهذه النفقة ـ كخلَفها نفقة الزوجية ـ يمكن أن تسقط بمضي المدة، ولهذا حددت محكمة النقض أربعة أشهر سابقة للادّعاء بالنفقة دون ما زاد على ذلك (ش ـ ٢٨٤ ـ ٢٧٥ ـ ٢٦/ ٦/ ١٩٦٦) فنصت: «لا تصح المطالبة بنفقة العدة لأكثر من أربعة أشهر سابقة للادعاء».

وتجبر المعتدة على قضاء عدتها في منزل الزوجية (نقض ـ ش ـ ٣٩٩ ـ ٣٨٨ ـ ٣١/ ١٠/ ١٩٥٤) وهو مذهب الحنابلة في البائن الحائل من وجه في وجوب السكنى عليها إن شاء تحصين فراشه في استبراء رحمها وتأكده من عدم حملها فلا بد حينئذ من النفقة لها.

ولكن محكمة النقض جعلت ذلك حكماً آمراً وهو أولى صيانة للأنساب واحتياطاً لها.

وتسقط هذه النفقة بانقضاء العدة ولا يمكن المطالبة بها بعدها، وحددت محكمة النقض المطالبة خلال مدة أربعة أشهر (ش ـ ٦٣٤ ـ ٦٣٨ ـ ٢٥/ ١١/ ١٩٧٥).

المبحث الخامس:

الحِـداد[1]

المطلب الأول: تعريف الحداد لغة واصطلاحاً:

لغة: الحد: المنع والحاجز، ويقال: أحدَّت المرأة على زوجها حِدَاداً فهي حادة، وأحدَّت فهي مُحِدٌّ وحاد، إذا امتنعت عن الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها[2].

واصطلاحاً: ترك الزينة والطيب للمعتدة من الوفاة والبائن[3].

المطلب الثاني: وجوب الحداد على المتوفى عنها والبائن ولبس السواد:

فيجب الحداد على المتوفى عنها زوجها بالاتفاق، قياماً بحق الشرع، ويلزم هذا جميع الزوجات، واستثنى الحنفية الصغيرة، وذهب الجمهور إلى لزوم الولي تجنيبها الزينة إلا المطلقة رجعياً فالمستحسن أن تتزين ليراجعها زوجها.

أما المعتدة البائن فعليها الحداد عند الحنفية وفي القول القديم عند الشافعية وفي الجديد يستحب، وجعله الحنابلة للبائن على سبيل الإباحة، ولم يقل به المالكية مطلقاً لأنه يدفع عن نفسه ما يضره، وقد أوحشها.

واستدل العلماء للحداد بحديث رسول الله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[4] وفي رواية الصحيحين: «فإنها لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغاً

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢/٦١٦ ـ ٦١٨، بدائع الصنائع: ٣/٢٠٨ ـ ٢١٠، الخرشي على مختصر خليل: ٤/١٤٧ ـ ١٤٨، الشرح الكبير: ٢/٤٧٨ ـ ٤٧٩، مغني المحتاج: ٣/٣٩٨ ـ ٤٠١، كشاف القناع: ٥/٤٢٨ ـ ٤٣٠.

(٢) مختار الصحاح: ٨٩.

(٣) الدر المختار: ٢/٦١٦، مغني المحتاج: ٣/٣٩٩.

(٤) سبق تخريجه ص٥٨٠.

إلا ثوب عصب». وفي رواية: «ولا تمس طيباً»[1].

واستدل الحنفية للبائن بأن فوات النكاح فوات لنعم كثيرة تستحق إظهار الحداد تأسفاً وتندماً، لما في النكاح من عفة وقضاء شهوة وصيانة عن المحرمات ودرور النفقة عليها من زوجها فيلزمها الحداد إظهاراً للمصيبة والحزن.. وقال الشافعية: يستحب للبائنة الحداد لئلا تدعو الزينة للفساد.

وذهب الحنفية إلى إثم لابسة السواد إظهاراً للحزن، إلا للمتوفى عنها زوجها فلثلاثة أيام فقط، وأما الجمهور فقالوا: لا يمتنع اللباس بأي لون كان، والذي يبدو لي أن تخصيصه باللبس فيه نوع ابتداع، كما ذهب إليه الحنفية، وتخصيصها بالأيام الثلاثة لإخراج هذه المرأة من مصيبتها بعدها، ولا تترك المرأة نظافتها ولا البياض من الثياب.

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب: تلبس الحادة ثياب العصب، ٣/ ١٩١٧، رقم: ٥٠٢٨.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الثالث

انحلال الزواج لدى غير المسلمين وآثاره

الفصل الأول: الطلاق وأسبابه وآثاره:

المبحث الأول: أسباب الطلاق عند المسيحيين.

المبحث الثاني: أسباب الطلاق عند اليهود.

المبحث الثالث: آثار الطلاق.

الفصل الثاني: الانفصال الجسماني:

المبحث الأول: أسباب الانفصال الجسماني.

المبحث الثاني: آثار الانفصال الجسماني وانتهاؤه.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

انحلال الزواج لدى غير المسلمين وآثاره

وهو إنهاء عقد الزواج، إما لسبب حتمي كموت أحد الزوجين حقيقة أو حكماً بالفقد، أو بفعل إنساني باتفاق الزوجين أو بإرادة أحدهما، ويسمى طلاقاً، أو تتدخل سلطة قضائية لإيقاعه، ويسمى تطليقاً، وقد يكون ناقصاً بوقف المعيشة المشتركة فيسمى انفصالاً جثمانياً.

وشريعة الكاثوليك وحدها لا تسمح بالطلاق لأي سبب من الأسباب، وإن سمحت فبالصورة الناقصة وهي الانفصال الجثماني بين الزوجين دون فصم الرابطة الزوجية

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول:

الطلاق وأسبابه وآثاره

موقف الشرائع المختلفة من انحلال الزواج بالطلاق:

كان مبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال مما التزمته الكنيسة الكاثوليكية فمنعت الطلاق، بينما سمحت به كنائس أخرى أرثوذكسية وبروتستانتية دون تسليم وقوعه بعبارة أحد الزوجين وفق الشريعة اليهودية أو الرومانية وإنما بصدور حكم به من هيئة كنسية.

Damascus University

المبحث الأول:

أسباب الطلاق عند المسيحيين

١ ـ أسباب الطلاق في شريعة الأرثوذكس:

إن تحديد الأسباب المسوغة للطلاق ليس واحدا في كل من مجموعتي سنة ١٩٣٨ وسنة ١٩٥٥وكذلك في المراجع الفقهية.

ومع الرجوع إلى مجموعة قوانين ابن لقلق، والى كتب فقه الطائفة وهي لا تميز بين الفسخ والطلاق، وإنما يميز بوقت قيام السبب: فإن كان مقارناً للانعقاد فهو البطلان، وإن كان لاحقاً فهو الطلاق.

وتجعل قوانين ابن لقلق الأسباب هي: «ثبوت الزنا على المرأة، ورهبنة المتزوجين، وإفساد عفة زوجته، وإفساد أحدهما حياة الآخر، وما يمتنع معه الاجتماع ـ العجز الجنسي ـ ، ومن تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص أو وقع بعد زيجتها، وإذا أسر وغاب أحد الزوجين سبع سنين ولم تُعلم حياته».

ويضيف المجموع الصفوي سوء سلوك المرأة، والشر بين الزوجين، واعتياد الرجل الزنا، والحكم الجنائي على أحدهما، وخروج أحدهما عن الدين المسيحي، وهذا محكوم بقواعد الشريعة الإسلامية والتي تفرق بينهما بإسلام الزوجة.

٢ ـ أسباب الطلاق في شريعة البروتستانت

تنص المادة ١٨ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة ـ الإنجيلية بمصر:

لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومي وفي الحالتين التاليتين:

١ ـ إذا زنى أحد الزوجين وطلب الطلاق من الآخر.

٢ ـ إذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى وطلب الآخر الطلاق.

وتقضي المادة ١٩بأنه يحكم بالطلاق لصالح الزوج الذي بقي على دينه المسيحي.

المبحث الثاني:

أسباب الطلاق عند اليهود

١ ـ الطلاق عند الربانيين:

تجعل شريعة الربانيين الطلاق بيد الرجل وبعبارته ولا يجوز للسلطة الشرعية إيقاع الطلاق.

ويلزم لصحة الطلاق عقله وصحوه ولو كان في مرض الموت ويصح بإشارته المفهومة.

ويشترط لصحة الطلاق كون الزوجة كبيرة أو مميزة، وعاقلة ليست مجنونة، وحرة غير أسيرة، ولا يعد العقم عذراً إلا إذا استمر عشر سنين بالنسبة للبكر وخمس سنين للثيب.

ولابد من وجود مسوغ للطلاق، وهو بمعناه الواسع، كأن يجد امرأة أجمل من زوجته، أو لا يميل إليها، وهذا المسوغ بالنسبة للزوجة الأولى، إذ تقضي المادة ٣٢٨ من كتاب ابن شمعون بأنه «لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض».

ولا بد من شروط شكلية يمنع تخلفها وقوع الطلاق فلا يجوز الطلاق يوم السبت والأعياد الدينية، وكذلك يوم الجمعة ولا ليلاً إلا للضرورة، وبحضور شاهدين، وبوثيقة، ولا يلزم حضور الرجل إلى مجلس الطلاق فيمكنه أن يوكل عنه: « وإذا مات الرجل قبل تأدية الرسالة ـ الوثيقة ـ فالطلاق لم يكمل» ـ المواد٣٥٦وما بعدها من نصوص كتاب ابن شمعون ـ وللمرأة أن توكل من يقبل الطلاق عنها.

ويجوز إضافة الطلاق إلى الزمن(م٣٢٧ من كتاب ابن شمعون): «أنه يجوز تسويف أمر الطلاق سنة أو أقل يفرق فيها بين الزوجين في حالة كراهة الزوجة إياه أو حال المرض».

ويمتنع إيقاع الطلاق إذا كان الزوج قد غصب زوجته البكر إلا إذا زنت (م٤١٤).

وهناك حالات توجب شريعة الربانيين الطلاق فيها:

١ ـ تنص المادة (١٥٦): «إذا مر أول اختلاء بلا ظهور دم ثم تكرر الظهور فالطلاق واجب» وتنص المادة (١٥٥) أن ظهور دم الحيض ثلاث مرات يجعلها محرمة عليه.

٢ ـ وتنص المادة (٢٠٤) «إذا كان الطارئ (على الرجل) برصاً أو مرضاً معدياً كلف الرجل بالطلاق ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً أنها لا تختلي به» وتنص المادة (٢٠٥): «إصابة أحد الزوجين بالصرع توجب الطلاق على الرجل ولا تسقط حقوق الزوجة وإذا أعسر الرجل فنظرة إلى ميسرة».

٣ ـ عقم الرجل المحقق يجب معه الطلاق وللزوجة مهرها (م ٢٣٣ ابن شمعون).

٤ ـ وتنص المادة (٢١٥): «إذا أعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق، وبقيت حقوق الزوجة ديناً في ذمته».

ويستحسن الطلاق إذا كان لا يصلح للنساء ثلاث سنين، أو خرجت الزوجة عن الحشمة (م٣٢٩).

وللمرأة طلب الطلاق ويكلف الرجل بطلاقها وفق المسوغات التالية:

١ ـ المرض المانع من الواجب الشرعي تنص المادة (١٢٧): «إذا صبرت امرأته ستة أشهر فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها موجل الصداق».

٢ ـ «إذا كان بالرجل رائحة كريهة» (م٢٠٦ ابن شمعون).

٣ ـ عنة الرجل وعقمه (م١٢١ابن شمعون).

٤ ـ اعتياد الرجل الزنا أو ضرب زوجته دون باعث شرعي أو إطعامها غير الحلال (م٢١٦ ـ ٢١٧ ـ ٢١٨).

٢ ـ الطلاق عند القرائين:

يعد الطلاق بيد الرجل، لكن بشرط أن يكون طلاقه بمسوغ، وأن يكون المسوغ عيباً في المرأة، زيادة على ما ذهبت إليه شريعة الربانيين، والعيب

المسوغ إما أن يكون ماساً بالدين كابتذالها الأيام المقدسة، وأكلها النجس، أو ما لا يحل أو إخفائها الحيض وإما في الخَلْقِ أو الخُلُق: وهو كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها، وسب الوالدين، وسوء المعاملة، والابتذال في الطرق والأسواق بما يمس الشرف ويعود تقدير العيب إلى ما «يراه أولو الأمر من أهل الشرع، لا طالب الطلاق».

ولذا أخذ القضاء بعدم وقوع طلاق اليهودي القراء إذا أوقعه بغير إذن المحكمة ولو بعد تقريرها لمسوغ الطلاق، ويستثنى من هذا ما إذا تم الاتفاق عليه بين الزوجين، ويشترط في الرجل لقبول إيقاع طلاقه ألا يكون أخرس أو مجنوناً أو صغيراً، وفي عقد زواج صحيح، وقد وقع الخلاف بين القرائين في طلاق المخطوبة، ورجح صاحب الشعار جواز الطلاق، والطلاق للعقم جائز بعد عشر سنين.

ولا بد في الطلاق من وثيقة محررة به بالعبرية مع شاهدين، ويجب ألا يقترن الطلاق بأي شرط أو أجل، ومن ثم تسليم وثيقة الطلاق إلى المرأة، وتجب الشهادة على تسليم الوثيقة إلى المرأة أو بوضعها تحت تصرفها أو لوكيلها، ولا يجوز للرجل توكيل غيره بالطلاق، ولكن للمرأة أن توكل بقبولها.

والطلاق غير جائز في السبت وأيام الأعياد ما لم يكن باتفاق.

ويحرم الطلاق إذا ادعى الرجل أنها غير بكر وثبت كذب ادعائه فيجلد ويغرم«ويمنع من طلاقها عمره ولو وجد بها عيباً إلا إن كانت محرماً..أو أنها غير مؤمنة بالآخرة»، وكذلك يحرم طلاق المغصوبة من زوجها الغاصب ولو لمسوغ ما لم يكن ماساً بالدين.

أما المرأة فتطلب إلى القضاء أن يحكم لها بالطلاق إذا ما تزوج زوجها عليها غدراً، أو إذا قصر في واجباته الشرعية أو لمرض مزمن، أو كان عاقراً أو لبخر الفم والأنف أو للعنّة أكثر من ستة أشهر ويقدر هذا القضاء مع إمكان قيام السلطة الشرعية مقام الزوج في إيقاعه الطلاق.

المبحث الثالث:

آثـار الطـلاق

إن آثار الطلاق إنما تنتج عن الرابطة الشخصية بين الزوجين، وما يمكن أن يمس الأولاد وتسمى آثاراً شخصية للطلاق، والأخرى آثاراً مالية.

المطلب الأول: الآثار الشخصية للطلاق

١ ـ إنهاء عقد الزواج وآثاره:

عند المسيحيين:

١ ـ عند الأرثوذكس: تزول كل الالتزامات والحقوق بنهاية عقد الزواج «ولا يرث أحدهما الآخر عند موته» (م٦٨) ويرتفع مانع الزواج إذ تنص المادة ٦٩/ ٦٤: «يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر» باستثناء حالة ما «إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج» ولكنه غير جائز لأنه يخالف النظام العام، وصاحب الخلاصة القانونية يجعل الحق في الزواج مرة أخرى للزوج البريء من السبب الموجب للفسخ.

وتلتزم المرأة بالعدة، ويمكن لهما الزواج مرة ثانية (م٧٠) وإن كانت الشرائع المسيحية لا تعرف نظام الرجعة.

ويقول ابن العسال في المجموع الصفوي: يصح للرجال التزويج الثاني، أما الثالث فهو مكروه أما الرابع فهو محرم.

٢ ـ عند البروتستانت: تسقط الحقوق والالتزامات بالطلاق: من التوارث بين الزوجين، ولكل منهما العقد مجدداً مع آخر، وجواز عودة المطلقين للزواج ثانية، ولا يقبل القول بجواز منع الزواج بعد الطلاق، أو بوضع القيود على رجوع المطلقين لبعضهما أو تحديد عدد الزيجات الجائزة.

عند اليهود:

عند القرائين والربانيين:

ينقضي بالطلاق السكنى والنفقة والمعونة والمساعدة، ويزول خضوع المرأة لسلطة زوجها، ويمتنع عليها مساكنته(م٣٥٠)، وللمطلقة أن توكل عنها للمطالبة بما لها من الحقوق، ومخالفة الطلاق بالمخالطة الجسدية يلزم بتجديد الطلاق، وبانقضاء الزواج لكل من المطلقين عقد زواج آخر من ثالث إلا لمانع شرعي كما يجوز أن يعودا بتراضٍ جديد، ولا يجوز رجوع المطلقين إلى بعضهما بالزواج إذا كان سبب الطلاق ارتكاب المرأة الزنا (م٣٨٥) كما لا يجوز رجوع بعضهما للآخر إذا كان الطلاق لظهور دم الحيض ثلاث مرات متوالية(م٣٨٦).

٢ ـ حقوق الأولاد:

عند المسيحيين

عند الأرثوذكس والبروتستانت:

يثبت نسب الأولاد لوالديهم وحضانة الأولاد ذكوراً وإناثاً وتربيتهم هي للقرين البريء من سبب الافتراق، فإن كان الفسخ بغير خطأ من كل من الزوجين فالحضانة للأم والتربية للأب، فإن وجدت خطورة على الأولاد فيكون للرئيس الديني تدبير الأمر.

و تجعل الحضانة إلى سن السابعة للذكر والتاسعة للأنثى من حق الأم وأقربائها من النساء مفضلات على أقارب الأب، أما بعد هذه السن فضم الولد لأبيه.

عند اليهود:

عند الربانيين:

والحضانة للأم إلا إن كانت غير أهل، فتكون للرجل، ثم إلى أم الأب، ومدة الحضانة إلى بلوغ الذكر سن السادسة ثم لأبيه أخذه، والبنت إلى زواجها.

عند القرائين:

في شعار الخضر: التزام الأب بترك ولده الرضيع لدى مطلقته لإرضاعه، والتزام الأم بالرضاعة والحضانة حق للمرأة.

المطلب الثاني: الآثار المالية للطلاق

١ ـ المهر:

عند المسيحيين:

عند الأرثوذكس: «في حالة الحكم بالطلاق إذا كان سبب الفسخ قهرياً، أي لا دخل لإرادة أحد من الزوجين فيه يكون للمرأة حق الاستيلاء على مهرها، وإن كان آتياً من قبل المرأة فلا حق لها في المهر» (م٧٩ مجموعة الأقباط).

وفي الحالات التي يسقط فيها حق المرأة في المهر يسقط المهر بأكمله، فيترتب جواز مطالبة الرجل لها إن وفى لها به، فإذا ما وقع الطلاق فللمرأة أن تأخذ معها جهازها «وإذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج أو بعد الفسخ في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه: فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلى أن يقيم الزوج البينة على أنه له، وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة على أنه لها» (م٨٥مجموعة الأقباط الأرثوذكس).

عند البروتستانت: (إذا كانت علة المفارقة في الزوجة فلها متاعها (أي جهازها) فقط المزودة به من بيت أبيها خاصة، وإلا فلها متاعها ومهرها أيضاً» (م٦ قانون الإنجيليين).

عند اليهود

عند الربانيين:

إنما يجب هذا المهر للمرأة باشتراط الرجل على نفسه بإعطائها قدر ما تعطيه له المرأة من المال مضاعفاً أو نصف مضاعف حسب عرف البلد، والذي يستحق عند الوفاة أو الطلاق، وهو غير ما يستحق بمجرد العقد.

ويسقط حق المرأة في بعض أحوال الطلاق كعيبها أو ارتكابها جريمة خلقية أو دينية، أي: إذا كان سبب الطلاق يعزى إليها.

وتسترد المرأة ما دفعته للرجل من مال عند الزواج، وكذا جهازها الذي أحضرته إلى منزله.

عند القرائين:

يلتزم الرجل «مؤجل الصداق» للاحتراس من هوان المرأة في عين الرجل لئلا يطلقها، ولهذا يسقط حق المرأة فيما لها من مؤجل الصداق في كل حالة يكون مسوغ الطلاق معزواً إلى المرأة «وإذا كان المسوغ حادثاً بعد الزواج كالأمراض والعاهات فالمؤجل واجب، مالم يكن من فساد الأخلاق فالمؤجل لا يجب».

وأما إن كان الطلاق بحكم القضاء عند توافر مسوغ لها لطلبها فلاشك في استحقاقها لمؤجل صداقها، مع إمكان سقوط حقوق الزوجة إذا رمت نفسها بالفحشاء لتحمل زوجها على طلاقها ولم يصدقها زوجها، ولا يعارض هذا عدم سقوط حقها في الجهاز الذي دخلت به.

وتعد وفاة المرأة مسقطاً لحق ورثتها في مؤجل صداقها.

٢ ـ التعويض:

عند المسيحيين:

عند الأرثوذكس: تنص المادة ٧١: «يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق، على الزوج الآخر» وهذا لتعويض الأضرار الناتجة عن الطلاق، ويجعل ابن العسال للرجل الذي يطلق امرأته لعلة الزنا أن يأخذ ثلث مالها كما يجعل للمرأة بتكذيب ادعاء الزوج زناها أن تأخذ من أمواله بقدر هدية العرس، ونصت قوانين ابن لقلق على أخذ الرجل جهاز المرأة الزانية ومثل مهرها من مالها.

ولهذا يقترن الطلاق بتحديد المسؤول عن خطئه المؤدي إلى الطلاق، واعتبار التعويض يقتصر على حالات التطليق لأسباب تعد أخطاء من أحد الزوجين، دون الطلاق قهرياً ـ المرض ـ إذ لا يعزى إلى خطأ أي منهما، ويقدر التعويض بحيث يغطي كل ما ينتج عن انحلال الزواج من أضرار،

وللزوج البريء أن يطلب التعويض عن الضرر الأدبي بالإضافة إلى حق الزوج في الرجوع عن الأفعال الخاطئة التي ارتكبها ضده كإتلاف ممتلكات زوجه.

وإذا اتفق الزوجان على تقدير مبلغ من المال يستحقه أحدهما عند الطلاق فهو شرط يوافق النظام العام، ولا يخالف في هذا البروتستانت، إلا أن سبب الطلاق ـ عندهم ـ وهو الزنا ينطوي على جعل الزوج الثاني مخطئاً ومسؤولاً عن الطلاق يسوغ إلزامه بتعويض الزوج الآخر عن كل ضرر حل به.

عند اليهود

تستحق المرأة بالطلاق«موجل الصداق» ويسقط حقها في مهرها إذا كان الطلاق معزواً إليها، وكتب اليهود تشير إلى أن اشتراط المهر يقصد به الاحتراس من هوان المرأة لدى الرجل فيطلقها، مما يؤيد مانعزوه للمهر من التعويض وإن خلت كتبهم من ذلك.

٣ ـ النفقة:

عند المسيحين

عند الأرثوذكس:

تنص المادة٧١على أنه «يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر إذا فسخ الزواج، ويكون لها كل ما أمهرها الرجل، وكل ما تجهزت به هذا إذا كان (جهازها) لم يعدم أما إذا كان ذلك قد عدم فليعتزلها وينفق عليها».

وإيجاب العدة على المرأة يوجب لها على الرجل نفقة طول مدة عدتها، والحكم بالنفقة صورة من صور التعويض وهي أنسب هذه الصور لمواجهة الضرر الواقع، فلا يتصور القضاء بها إذا كان الطلاق لسبب قهري كالجنون أو المرض.

عند البروتستانت:

يحكم بالتعويض لمصلحة الزوج الذي زنا زوجه، ويتخذ هذا التعويض صورة نفقة ترتب لمصلحة البريء.

وأما نفقة العدة فهي واجبة كالعدة نفسها.

عند اليهود:

تجب النفقة في العدة، كما لو كانت الزوجية قائمة، فإذا ما انقضت العدة سقطت، مع استبعاد إمكان الحكم بالتعويض عن حصول الطلاق.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني

الانفصال الجسماني

وهو وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين، وهو نظام مسيحي كاثوليكي، وهو صورة الانحلال الجائزة، وقد نظمت الإرادة الرسولية بالمواد من ١١٧إلى ١٢١وكذلك قانون البروتستانت في المواد من ١٤ ـ ١٦ ويسمى «المفارقة».

Damascus University

المبحث الأول:

أسباب الانفصال الجسماني

١ ـ تدخّل القضاء في تقرير الانفصال:

لا يلزم للانفصال تدخل سلطة قضائية، ويقوم بمجرد ترك أحد الزوجين للآخر الذي ارتكب الزنا (م١١٩) وإذا ارتد الزوج عن الكاثوليكية أو سلك سلوكاً مجرماً وشائناً، أو وضع زوجه في خطر جسيم للنفس أو الجسد فللزوج الآخر حق الانفصال عنه، وأما الانفصال بسبب الهجر فلا يكون إلا بقرار الرئيس الكنسي.

وأما البروتستانت فلا يجعل الانفصال واقعاً إلا بحكم قضائي(م١٥) ولا بد لإتمام الانفصال من شروط معينة في حالة الزنا.

٢ ـ الأسباب المبررة للانفصال:

وتعد عند الكاثوليك

أسباب الانفصال الجسماني (م١١٨ ـ ١٢٠) هي: الزنا وانتماء الزوج إلى بدعة، أو سلوكه المجرم، أو خطورته على زوجه، أو جعله المعيشة المشتركة صعبة جداً، إلا إن وافق على جرم زوجه بالتصريح أو بالدلالة، أو اقترف هو نفسه الجرم عينه.

وأما البروتستانت:

فتعرف (م ١٤) الانفصال الجسماني بأنه تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب تنافر بينهما وتزول المفارقة بالمصالحة بينهما وتنص (م١٥) على أنه «إذا أصبحت عيشة أحد الزوجين منغصة ومرة فوق الاحتمال بسبب سوء معاملة الآخر المتواصلة، ولم تفلح المصالحة بينهما وطلب المفارقة جاز للسلطة المختصة أن تحكم له بها إلى أن يتصالحا».

مما يجعل سوء المعاملة الذي تستحيل معه الحياة الزوجية سبب الانفصال، ولا بد من صدور حكم بذلك من السلطة القضائية المختصة، وذلك بعد فشل محاولات المصالحة بين الزوجين.

المبحث الثاني:
آثار الانفصال الجسماني وانتهاؤه

آثار الانفصال في علاقة الزوجين:

١ـ عند الكاثوليك: تتضمن نصوص الإرادة الرسولية (م١٢١) مايلي: «عند الافتراق يجب أن يربى الأولاد لدى الزوج البريء، وإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكي فلدى الزوج الكاثوليكي ما لم يأبر الرئيس الكنسي بخلاف ذلك في كلتا الحالتين لخير البنين أنفسهم، على أن تضمن دوماً تربيتهما الكاثوليكية».

و الانفصال الجسماني هو مجرد افتراق في الفراش، ويعفى كلٌ منهما من التزامه بأعمال المساعدة ويبقى الالتزام بالنفقة.

٢ ـ عند البروتستانت: « إن كان الزوج سببها (سبب المفارقة)وجبت عليه النفقة لامرأته وأولاده الذين في رضاعتها أو حضانتها باتفاق الزوجين على تقديرها، أو بتقديرها من السلطة المختصة، وإن كانت الزوجة سبب المفارقة فلا تلزمه النفقة عليها إلا إذا كان له أولاد في رضاعتها» (م١٥)، وتبين المادة (١٦) «وإذا كانت علة المفارقة في الزوجة فلها متاعها (فقط) المزودة به من بيت أبيها خاصة، وإلا فلها متاعها ومهرها أيضاً».

ويسقط الالتزام بالمساكنة والمساعدة، والنفقة بعد الانفصال ليست حقاً للمرأة على الرجل إلا إذا كان هو سبب المفارقة، فإن كان له منها أولاد ترضعهم فلها النفقة، ولا يسقط حق المرأة في الجهاز ويسقط حقها في المهر.

انتهاء حالة الانفصال:

يمكن أن تنتهي هذه الحالة إما بعودة الزوجين إلى المعيشة المشتركة، أو إذا زال سبب الانفصال أو بانتهاء الزواج نفسه بوفاة أحد الزوجين عند الكاثوليك والبروتستانت.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

القسم الثالث: الولادة ونتائجها[1]:

الباب الأول: النسب.

الباب الثاني: الرضاع.

الباب الثالث: الحضانة.

الباب الرابع: نفقة الأقارب.

(١) ومن نتائج الولادة: الولاية على النفس أو المال، ولم أضمها هنا لأنها تدرس تفصيلاً في مباحث الأهلية مقرر السنة القادمة.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الأول: النسب

الفصل الأول: اثبات النسب

المبحث الأول: ثبوت النسب بالعقد الصحيح.

المبحث الثاني: ثبوت النسب بوجود مدة الحمل.

المبحث الثالث: ثبوت النسب في العقد الفاسد والوطء بشبهة.

الفصل الثاني: وسائل اثبات النسب:

المبحث الأول: إثبات النسب بالبينة.

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار.

المبحث الثالث: إثبات النسب بالقيافة.

الفصل الثالث: تبرت النسب في العدة:

المبحث الأول: ثبوت نسب حمل معتدة الطلاق.

المبحث الثاني: ثبوت نسب حمل معتدة الوفاة.

المبحث الثالث: ثبوت نسب حمل المعتدة الصغيرة.

المبحث الرابع: ثبوت نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر.

الفصل الرابع: حالات نفي النسب.

الفصل الخامس: أحكام اللقيط والتبني:

المبحث الأول: أحكام اللقيط.

المبحث الثاني: إبطال التبني.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول:

اثبات النسب

تعريف النسب ودليله:

النسب لغة: واحد الأنساب، وفلان يناسب فلاناً فهو نسيبه: قريبه، ونسبت الرجل: ذكرت نسبه، وانتسب إلى أبيه: اعتزى، والنِّسبة: القرابة، ونسبه ينسُبه نسباً ونسبة: ذكر نسبه[1].

النسب اصطلاحاً: قرابة ثابتة شرعاً إلى الأب ابتداء.

وذلك أن الله تعالى هو الذي قدر هذه العلاقة الشرعية للزواج فعدَّها قرابة ﴿أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النساء: ٨].

وأثبتها الله تعالى للأب ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وله: الضمير للأب وقد اعترف بهذه القرابة إذا كانت بوجهها الشرعي ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

وقد امتن الله تعالى على الإنسان بالنسب دون سائر المخلوقات تكريماً لهذا الإنسان، وربط الكثير من الأحكام بهذا الإقرار الشرعي[2].

---

(١) القاموس المحيط: ١٢٦، مختار الصحاح: ٤١٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ١٣/ ٤٠، وعرف النسب ابن العربي: خلط الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع. ور: زاد المسير: ٦/ ٩٧ .

المبحث الأول:

ثبوت النسب بالعقد الصحيح[1]

ذهب عامة الفقهاء إلى ثبوت النسب بالعقد، ولكن جمهور الفقهاء اشترطوا إمكان الدخول، لأن العقد سبب لوجود النسب، وشرطه الدخول، ولا يتبين ذلك إلا بإمكانه، فإذا انعدم الإمكان قطع بأن العقد لم يعد مظنة للدخول.

وذهب الحنفية إلى الاكتفاء بعقد النكاح دون اعتبار لإمكان الدخول لقيام العقد مقامه مع اشتراط تصور قيام الدخول، والتصور ممكن في تزوج المشرقي بالمغربية وبينهما أكثر من مسيرة ستة أشهر إثباتاً للكرامة أو المعونة أو الاستدراج. واستدل الحنفية بقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحَجر»[2]، وفي سبب ورود الحديث تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة فقال سعد: ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»[2].

وفي هذا الحديث نفي النسب عن الزاني مع تحقق وطئه، وإثبات النسب بالعقد مطلقاً.

وذهب ابن تيمية إلى اشتراط الدخول المحقق، وهو رواية حرب عن أحمد، وذلك لنص أحمد فيمن طلق قبل البناء، فأتت امرأته بولد، فأنكره، فينتفي عنه بغير لعان، وذلك لأنه لا يثبت النسب بمجرد إمكان العلوق إذا ما

---

(١) البحر الرائق: ٤/ ١٦٩، الهداية: ١/ ٣١٤، بدائع الصنائع: ٢/ ٣٣١ ـ ٣٣٢و٣/ ٢١١ ـ ٢١٢، الشرح الكبير: ٢/ ٤٦٠، بلغة السالك: ١/ ٤٩٣، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٤و٣٧٨، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٨، زاد المعاد: ٥/ ٣٧٢، المغني: ٩/ ٥٣ ـ ٥٥ و١١٥ ـ ١١٩و٧/ ٤٨٣.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب: تفسير المشبهات، رقم: ١٩٤٨، ومسلم في الرضاع، باب: الولد للفراش، رقم: ١٤٥٧، واللفظ للبخاري.

قطع بانتفائه عادة، ولا بد من الدخول المحقق لتكون المرأة فراشاً[1].

وهذا بشرط أن تأتي بالولد لأكثر من أقل مدة الحمل وهي في العقد، وكذلك بشرط أن تأتي به لأقل من أكثر مدة الحمل من تاريخ الطلاق إذا كانت قد طلقت.

وقد نصت محكمة النقض: «عند عدم ثبوت وقوع الطلاق يظل عقد الزواج الأول ممتداً، ويثبت نسب الأولاد من الزوج الأول». (ش ـ ٢٦٨ ـ ٣٨٥ ـ ٢٩/ ٩/ ١٩٦٦).

وهذا باتفاق الفقهاء إلا ما ذهب إليه أبو حنيفة في شبهة العقد، فيثبت النسب من الثاني، وعند الجمهور يثبت الحد للإجماع على التحريم، كمن يعقد على منكوحة الغير.

كما نصت محكمة النقض: «الزنا لا يمنع ثبوت النسب إذا اتصل بعقد صحيح، وولد الولد لأكثر من ستة أشهر من العقد» (ش ـ ١٦٥ ـ ١٦٠ ـ ٣٠/ ٤/ ١٩٦٣).

والذي أضيفه هنا ما صرحت به المادة (٣٣٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا: ثبت نسبه من الزوج..ولم يقل: إنه من الزنا، وقررت ذلك محكمة النقض (ش ـ ٣٧٧ ـ ٣٦٨ ـ ٢١/ ١٠/ ١٩٦٣)، فلا بد من أن لا يدعيه من الزنا.

هذا ويعتد بالعقد الفاسد إذا اقترن بالدخول، ولكن العبرة بتاريخ الدخول في حساب أقل مدة الحمل، وبتاريخ المفارقة في حساب أقصى مدة الحمل، وكذلك في الوطء بشبهة، كمن وطئ امرأة وظنها امرأته.

كما ويشترط أن يكون الزوج يتصور منه الإحبال عادة، فلا يثبت النسب من الزوج الصغير غير البالغ، ولا يثبت النسب من الممسوح والمجبوب.

---

(١) زاد المعاد: ٥/ ٣٧٢.

وصرح المالكية[1] بأن ستة أيام فرق ذو بال يعتد به، ومعناه: وما دونه قليل لا يعتبر كيوم أو يومين أو ثلاثة.

(١) الشرح الكبير: ٢/ ٤٦٠.

المبحث الثاني:

إثبات النسب بوجود مدة الحمل

المطلب الأول: مدة الحمل[1]

يثبت النسب إذا أتى الحمل في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أقل مدة الحمل: اتفق الفقهاء أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ثم اختلفوا في بداية مدة الحمل فذهب الجمهور إلى أنها من وقت الدخول وإمكان الوطء.

وذهب الحنفية إلى أنها من وقت العقد، لعموم قوله: ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحَجر» والفراش هو عقد الزواج.

ودليل الجمهور أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء، وهو مع الدخول.

وعدَّ الحنفية العقد قائماً مقام الدخول؛ لأن العقد مظنة الدخول، وهو الذي يمكن معرفته حساً للجميع أو للبعض.

ودليل الجماهير على أن أقل مدة الحمل هو ستة أشهر هو إجماع الصحابة، لما روي: «أن عمر رضي الله عنه أتي بامرأة قد ولدت لستة أشهر فهمَّ برجمها، فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه، فقال: ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه، فأرسل إليه، فسأله، فقال: قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال

---

(١) الهداية: ١/ ٣١٤ ـ ٣١٥، البحر الرائق: ٤/ ١٦٩و١٧٧، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٨ ـ ٣٩، بدائع الصنائع: ٣/ ٢١١، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٢٣، الشرح الكبير: ٢/ ٤٥٩و٤٠١/٣، بداية المجتهد: ٢/ ١١٠، بلغة السالك: ١/ ٥٠٠، مغني المحتاج: ٣/ ٣٣٨، المهذب: ٢/ ١٤٢، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٧، المغني: ٩/ ١١٥ ـ ١١٧، منار السبيل: ٢/ ٢٧٤، كشاف القناع: ٤٠٥و٤١٤، المحلى: ١٠/ ١٣١ ـ ١٣٣.

﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فستة أشهر حمله حولين تمام لا حدَّ عليها، أو قال: لا رجم عليها. قال: فخلى عنها»[١]. فأخذ عثمان بقوله ودرأ عنها الحد فكان إجماعاً.

وأما أقصى مدة الحمل: فقد اعتمد العلماء على استقراء أحوال الناس، ولو في القليل النادر، لعدم وجود نص في ذلك.

فقدرها الجمهور بأربع سنين، واستدلوا بحديث الوليد بن مسلم: «هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين»[٢].

وقدرها الحنفية بسنتين، واستدلوا بحديث عائشة: «ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل»[٣].

وقدرها المالكية في قول آخر بخمس سنين وفي آخر ستاً أو سبعاً، والمشهور: أربع.

وقدرها ابن حزم بتسعة أشهر لا تزيد عنها، واستدل بحديث عن سيدنا عمر قال: «أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبن حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن المحيض»[٤].

والواقع أن احتمالات طول مدة الحمل قوية لما يسمى بالحمل الكاذب، وبالحمل المتكلس[٥].

وقد نصت المادة (١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثره سنة شمسية.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن في كتاب العدد، باب ماجاء في أقل الحمل، ٧/ ٤٤٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، ٧/ ٤٤٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن، السابق: ٧/ ٤٤٣.

(٤) ذكره ابن حزم: ١٠/ ١٣٣.

(٥) انظر بحوث مؤتمر القضاء الشرعي في جامعة الشارقة ٢٠٠٦.

مادة ١٢٩ ـ ١ ـ ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ ـ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

ب ـ أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل».

وهذا ـ مضي أقل مدة الحمل ـ باتفاق الفقهاء، إلا ما استثنته الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة مما سيأتي في الإقرار بالنسب ونفيه، ويلحظ أن القانون ذهب مذهب الحنفية في بداية مدة الحمل وأنها من العقد، ولكنه ذهب مذهب الجمهور في اشتراط التلاقي وإمكانه في الفقرة (ب).

وقررت محكمة النقض: إذا ولدت الزوجة ولداً لأقل من ستة أشهر منذ زواجها، لا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا، سنداً للمادة (٣٣٣) من كتاب الأحوال لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية (ش ـ ٣٧٧ ـ ٣٦٨ ـ ٢١/ ١٠/ ١٩٦٣).

ونصُّ المادة (٣٣٣) من كتاب قدري باشا هو: إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل: إنه من الزنا.

ووضحت محكمة النقض الاختصاص في قضايا النسب، فنصت:

«قضايا النسب من اختصاص المحاكم الشرعية بصورة مطلقة». (ش ـ ١٤٣ ـ ١٢٦ ـ ٧/ ٤/ ١٩٦٤).

المبحث الثالث:

إثبات النسب في العقد الفاسد والوطء بشبهة

المطلب الأول: النسب في النكاح الفاسد:

إن النكاح الفاسد والنكاح المختلف في صحته هما كالنكاح الصحيح في إثبات النسب، لأن إثباته أمر مهم، ومهما أمكن إثباته في الفراش الصحيح فهو أولى، فإذا تعذر ذلك وأمكن إثباته في النكاح الفاسد فإنه يثبت، وأولى من كون الحمل من الزنا الذي لا قيمة فيه ولا نسب..

وذلك كما إذا تزوجت في عدتها من الثاني مع علمه بعدتها ثم جاءت بولد، فيثبت من الأول إن جاءت به لأقل من سنتين، أو من الثاني إن جاءت به لستة أشهر فأكثر، مع كون النكاح الثاني فاسداً، وذلك من تاريخ الوطء عند الجمهور وهو الأصح عند الشافعية، وفي وجه آخر من وقت العقد.

وقال الشافعية: دعوى الجهل بتحريم المعتدة لا يقبل ويعد زنا إلا من قريب عهد بالإسلام، وأما الجهل بكونها معتدة فيقبل مطلقاً[1].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة:

مادة ١٣٢ ـ ١ ـ المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول، ثبت نسبه من الزوج.

٢ ـ إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق.

مادة ١٣٣ ـ ١ ـ الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطىء.

٢ ـ متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة، ترتب عليه جميع نتائج القرابة ويمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢١٥، بلغة السالك: ١/ ٤٩٢، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٥و٣٨٢، مغني المحتاج: ٣/ ٣٩١و٣٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٤١٠ ـ ٤١١، المغني: ٩/ ٥٧.

المطلب الثاني: إثبات النسب في الوطء بشبهة:

ولبيان ثبوت النسب في الشبهة لابد من بيان الشبهة وثبوت النسب بحسب أنواعها:

والشبهة ثلاثة أنواع:

١ ـ شبهة في العقد: وهي ما وجد فيها العقد صورة لا حقيقة، ويثبت فيها النسب، من ذلك: كعقد مع وطء على خامسة، ومعتدة ثلاثاً، ومجوسية، ومنكوحة الغير، والنكاح بغير شهود، وتنتفي الشبهة عند الجمهور في المذكورات بالإجماع على التحريم فيجب الحد ولا نسب بخلاف أبي حنيفة فلا حد ويثبت النسب مع التعزير.

٢ ـ شبهة في الفعل: وهي الوطء المظنون حله بادعائه، كمن وطئ امرأة زفت إليه على أنها زوجة له، وقيل له: هي امرأتك، وتبين أنها ليست امرأته، أو وَطئ المعتدة ثلاثاً، أو المختلعة، ويثبت فيها النسب بشرط أن تأتي به لأقل من أقصى مدة الحمل، فإذا انتهت مدة الحمل فلا يثبت إلا إن ادعاه، وليس كل شبهة في الفعل تثبت النسب.

٣ ـ شبهة في المحل أي في الموطوءة وهي النظر إلى ذات الدليل مما ينفي الحرمة، ويثبت الحل مع قطع النظر عن المانع، فيوجد دليل مثبت للحل يعارضه مانع يورث شبهة في حلية المحل، كالمعتدة في طلاق الكناية بنيته ثلاثاً، فلا حد بوطئها في عدتها، ولو علم بحرمتها لتحقق الاختلاف في الحرمة وقيام دليل المخالف.

ولا يجب الحد في شبهة المحل ولو علم بالحرمة، لثبوت الملك فيها من وجه، فلم يبق معنى الزنا كاملاً، فلا يجب الحد مع الشبهة، كما يثبت النسب بادعائه.

فإن أتت المرأة بالحمل لدون ستة أشهر من وطئها بشبهة لم يلحق النسب الواطئ وإنما الزوج إن كانت متزوجة، وإن وقع التنازع بين الواطئ والزوج

مع إمكان كونه لهما كان الولد للزوج ترجيحاً للفراش عند الحنفية والشافعية في قول، وفي قول آخر عند الشافعية: يعرض الولد على القائف فيلحقه بمن يغلب على ظنه، أو ينتظر بلوغه وانتسابه بنفسه[1].

(١) رد المحتار: ٢/ ٦٢٤و٣/ ١٥٠ ـ ١٥٤، المهذب: ٢/ ١٤٥، روضة الطالبين: ٨/ ٣٣٥و٣٧٤ ـ ٣٧٥و٣٨٠ ـ ٣٨١، مغني المحتاج: ٣/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٣٩٧و٤٠٧، المغني: ٩/ ٥٧.

الفصل الثاني:

وسائل اثبات النسب

المبحث الأول: إثبات النسب بالبينة[1]

البينة لغة: هي الظهور والوضوح[2].

واصطلاحاً: الشهود الذين يشهدون على ثبوت شيء ما[3].

وإن الأصل في النسب الثبوت حيث توفر سببه وهو العقد الصحيح، وشرطه إمكان الدخول ـ على ما بينته ـ فإذا ادعى شخص نسبه من آخر، أو ادعت امرأة نسب ولدها من رجل لم يثبت النسب إلا بالبينة.

والبينة هنا هي رجلان عند الجمهور سوى الحنفية فهي رجل وامرأتان، أو رجلان، وهذا ما يسمى الاستلحاق.

وتصوير ذلك: بأن يشهد للابن اثنان.. على إقرار الأب بأنه ابنه واستلحاقه له ثم رجوعه، أو برؤية دخول امرأة وحدها دون ولد بيتاً ثم خروجها بعد زمن منه مع ولد وليس في البيت امرأة غيرها ويعلمون أنها ولدته، ولم يتعمدوا النظر إليها بل وقع اتفاقاً، لأن نظرهم إليها لا يجوز، وذلك كله لحمل حال المسلم على الصلاح ما أمكن.

فإذا شهدوا أو شهدا ثبت النسب.

---

(١) رد المحتار مع **الدر المختار**: ٢/ ٦٢٦ ـ ٦٢٨، بدائع الصنائع، ٣/ ٢١٦ ـ ٢١٧، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ٥٦، **الشرح** الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/ ١٨٦ و١٨٨ و٢١٥، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٩ و١١/ ٢٥٣ ـ ٢٥٤، المهذب: ٢/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤، نهاية المحتاج ٨/ ٣١١، مغني **المحتاج**: ٤/ ٣٣٧و٤٤٢ ـ ٤٤٣و٤٤٨، تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ٤٩٦، **منار السبيل**: ٢/ ٤٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٣٩٨.

(٢) مختار الصحاح: ٥٣.

(٣) مغني المحتاج: ٤/ ٤٦١.

وأما ثبوت النسب بالبينة على الولادة والاستهلال، فقد اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الحنفية والحنابلة إلى قبول شهادة المرأة الواحدة لتأيدها بمؤيد ظهور الحبل أو الاعتراف بالحبل مع إنكار الولادة ووجود الفراش أي العقد القائم أو آثاره، ويتعين الولد بشهادتها.

وذهب أبو حنيفة إلى اشتراط شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين إذا أنكر الزوج أو الورثة الحبل.

وكذلك ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهراً وأنكر الولادة فالقول قول الزوجة، ولا حاجة لشهادة القابلة.

وأما الصاحبان فذهبا إلى اشتراط شهادة القابلة في كل الصور، ويرجح الحنابلة أن الاحتياط شهادة امرأتين.

وذهب المالكية إلى اشتراط شهادة امرأتين عدلين.

وذهب الشافعية إلى اشتراط شهادة أربع نساء.

الأدلة والمناقشة والترجيح:

استدل الحنفية والحنابلة بما أخرجه البيهقي: « أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة القابلة ».

وقال الزهري: مضت السُّنَّة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن.

و استدل المالكية باشتراط امرأة ثانية في القرآن فكذلك يشترط هنا احتياطاً.

و استدل الشافعية بما روي عن عطاء: «لا يجوز إلا أربع نسوة في الاستهلال ». والذي أرجحه مذهب المالكية في اشتراط شهادة امرأتين على الولادة والاستهلال وهو أمر لا يعسر، فقلما يكون عند الولادة أقل من عدة نساء، إضافة إلى أمارات الحبل الدالة على الولد، فيثبت نسبه بشهادة اثنتين.

ونصت محكمة النقض (ش ـ ٧٥٢ ـ ٧٦٨ ـ ٣١/ ٨/ ١٩٨٠): «الشهادة على النسب مقبولة وإن جاءت عن طريق التسامع». ونصت في قرار آخر: «البينة الشخصية كافية للإثبات في دعاوى النسب». (ش ـ ١١٠ ـ ١٢٥ ـ ٩/ ٤/ ١٩٦٠).

ونصت في قرار آخر أيضاً: «لا يمكن التغيير من أمر ثبوت النسب متى قامت بينة صحيحة عليه، لأن أمر النسب من النظام العام». (ش ـ ٩ ـ ٦٤٥ ـ ٢٧/ ١٠/ ١٩٨٤).

المبحث الثاني:

إثبات النسب بالإقرار[1]

إن الإقرار حجة قاصرة، لا يمكن أن تتجاوز المُقِر إلى غيره، إلا إذا وافق ذلك الغير، ولهذا كان الإقرار بالنسب قسمين: إقرار على نفس المقِر، وإقرار بنسب محمول على الغير.

القسم الأول: الإقرار بالنسب على نفس المقر:

وهو أن يقر شخص ما لامرىء غير معروف النسب بأنه ابنه أو أبوه، ولصحة هذا الإقرار شروط، هي:

١ ـ أن يكون المقر له مجهول النسب فلو كان معروف النسب لا يصح، لأن فيه قطع نسبه الثابت لغيره، وهذا لا يجوز، لقوله ﷺ: «ملعون من انتسب إلى غير أبيه».

٢ ـ أن يقر بنسب المجهول نسبه وحده دون منازع له، وإلا تعارضت الإقرارات ثم تساقطت، أو الأسبق منها.

٣ ـ أن يكون صدقه راجحاً: وذلك بأن يولد مثله لمثله، بأن يكون الفرق بين سنيهما يحتمل فيه إنجاب ولد مثله لمثله.

٤ ـ تصديق المقَر له المقر بما أقر به من النسب إن كان يعتد بقوله، وإلا بأن كان صغيراً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقه، ويثبت النسب له، فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه قد ثبت.

٥ ـ ألا يدعيه المقر من الزنا لأنه لا يصلح مثبتاً للنسب، وإنما للعقوبة، إذ النسب نعمة ومنة من الله تعالى، فلا يصلح الزنا سبباً للنسب بل للعقوبة والإهانة.

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢١٧ ـ ٢١٨، الدر المختار مع رد المحتار: ٤/ ٤٤٦، بلغة السالك: ٢/ ١٩٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٤١٢ ـ ٤١٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠، المهذب: ٢/ ٣٥١، المغني: ٥/ ٣٢٧.

٦ ـ أن يثبت النسب على نفسه لا غير، فلو أقرت زوجة أو معتدة ببنوة غلام أو غيره لم يثبت نسبه من زوجها إلا بإقراره وموافقته لها، لأن إقرارها تحميل للنسب على الغير.

ولا يصح بحال إبطال النسب أو نقضه بعد ثبوته ولا باللعان.

و نصت المادة (١٢٩) ف٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادَّعاه».

وهذان الشرطان من ف١ هما:

١ ـ مضي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

٢ ـ حدوث اللقاء بين الزوجين وإمكانه.

وجاءت الفقرة الثانية لتقيد هذين الشرطين الواردين في الفقرة الأولى بإقرار الزوج بثبوت النسب وادعائه لثبوته، وهو مذهب الجمهور دون المالكية بثبوت النسب بمجرد الإقرار به أو الادعاء به.

و يعد هذا ترجيحاً لإثبات النسب لشرفه وخطورته وأهميته ودون تبيان سببه، إذ لعله التقى بها بعقد صحيح غير مسجل...، فلهذا يثبت النسب.

و نصت المادة ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

١ ـ الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب، يثبت به النسب من المُقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة.

٢ ـ إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة.

القسم الثاني: الإقرار بنسب محمول على الغير[1]:

وذلك بأن يقر الورثة ـ إخوة أو غيرهم لشخص ما مجهول النسب وليس منفياً باللعان ـ بأبوة أبيهم أو قريبهم لهذا الشخص... وهذا إذا كانوا ورثة، وإلا بأن لم يكونوا من الورثة كانوا شهوداً على إثبات النسب.

و لا يشترط بلوغ المقرّين نصاب الشهادة ـ في رواية الجامع الصغير ـ عند الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن تصديق الورثة يعد إقراراً لا شهادة، والشهادة لا تسمى تصديقاً عرفاً، وإنما يحتاج للشهادة عند المنازعة، ولا منازعة في هذه المسألة، ويجب تصديقهم جميعاً.

فإذا كان ذلك شهادة فيشترط فيها شروط الشهادة من نصاب الشهادة ولفظها ومجلس الحكم ثم يثبت الحكم على الجميع، وهو الراجح عند الحنفية والمالكية.

وأما الإقرار فلابد من مصادقة جميع الورثة للمقرين فيثبت النسب ويشاركهم جميعاً في الإرث، ولا يشترط تعددهم وهذا مارجحه الكرخي عند الحنفية جميعهم، وهو ما رجحه الشافعية، ورجح الطحاوي عند أبي حنيفة ومحمد أنه شهادة فلا يثبت النسب بالواحد، وعند أبي يوسف بل هو إقرار فيثبت بالواحد.

أما إذا صدق البعض وجحد آخرون ولم يبلغوا النصاب في الشهادة على الاختلاف فيثبت نسبه في حق البعض ويشاركهم حصتهم الإرثية دون غيرهم؛ وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة عليهم فلا تشمل سواهم.

وقال الشافعية: لا يشاركه في الإرث، لأن الإرث فرع النسب، ولا يثبت النسب.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٢٧ ـ ٦٢٩، بدائع الصنائع: ٣/ ٢١٧ ـ ٢١٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٨/ ٤١٧، المهذب: ٢/ ٣٥١، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠، كشاف القناع: ٥/ ٤٠٥، المغني: ٥/ ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

وإذا لم يصدق الورثة زوجة أبيهم في بنوة ابنها من أبيهم أو ما أشبههم فيكون الأمر كما في ثبوت النسب بالبينة.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٣٤/ ٢): «إذا كان المُقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبيّنة».

ونصّت المادة (١٣٥): «إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك».

ونصّت المادة (١٣٦): «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

ويلحظ قصر الإقرار بالنسب على الغير على المذكورين، فيخرج ما عداهم كالعم (نقض ـ ش ـ ٣١٠ ـ ٢٩٨ ـ ١٩٥٨/٩/٢٥).

المبحث الثالث:

إثبات النسب بالقيافة

المطلب الأول: التعريف بالقيافة

القيافة لغة: من قوف، وقاف أثره: تبعه، وقفا أثره، والقائف: هو الذي يعرف الآثار[1].

اصطلاحاً: معرفة النسب بالشبه[2].

وذلك أن يختلف شخصان في نسب ولدين أو ولد واحد بأن يختلط لمن هو منهما بوطء شبهة أو بنكاح فاسد بعد أن طلقها الأول منهما.

المطلب الثاني: آراء العلماء في القيافة وأدلتهم:

ذهب الجمهور إلى إثبات النسب بالقيافة.

وذهب الحنفية إلى إنكار إثبات النسب بالقيافة.

استدل الجمهور بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ دخل عليها مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم تسمعي ما قال المدلجي لزيد وأسامة، ورأى أقدامهما: إن بعض هذه الأقدام من بعض»[3].

ووجه الدلالة: فرح الرسول ﷺ بقول القائف بإثبات نسب سيدنا أسامة من زيد أبيه، إذ كان أسامة أسود اللون، وكان زيد أبيض اللون، وكان بعض من الناس يشككون في نسب أسامة، فسر الرسول ﷺ بما أثبته القائف[4].

واستدل الحنفية بأن رسول الله ﷺ في حديث اختلاف سعد بن أبي وقاص مع عبد بن زمعة قد قال: «الولد للفراش وللعاهر الحَجر» ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ: «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة فما

---

(١) مختار الصحاح: ٣٥٢.

(٢) ر: الشرح الكبير: ٣/ ٤١٦، عمدة القاري: ١٦/ ٢٣٢.

(٣) أخرجه البخاري في المناقب، باب: صفة النبي ﷺ، رقم: ٣٣٦٢، ٢/ ١٢١٦.

(٤) فتح الباري: ١٢/ ٦٩ ـ ٧٠، عمدة القاري: ١٦/ ١١٠.

رآها حتى لقي الله[1]. فقد كان عتبة أخ سعد بن أبي وقاص، وكان زمعة زوج والدة الغلام، وكان عتبة في الجاهلية جامعها، وعهد إلى سيدنا سعد بهذا الغلام ورعايته، فلم يقره رسول الله ﷺ مع وجود الشبه لعتبة، مما يعني أن النسب لا يثبت بالشبه فلا يثبت بالقيافة.

وكذلك حديث الرجل الذي ولدت امرأته غلاماً أسود، فقال له رسول الله ﷺ: «هل لك من إبل؟»، قال: نعم، قال: «ما ألوانها».قال: حمْر، قال: «هل فيها من أورق؟» قال: نعم، قال: «فأنى ذلك».قال: لعله نزعه عرق، قال: «فلعل ابنك هذا نزعه»[2].

فإن الشبه يثبت بين الأباعد غير الأقارب، وينتفي بين الأقارب فلا عبرة له[3].

والذي أرجحه ثبوت النسب بالقيافة كآخر وسيلة لإثبات النسب، لأبني عليه إثبات النسب بحسب علم الصبغيات الوراثية والجينات والخلايا الجذعية المتفرعة عن خلايا الشخص، وهي عبارة عن الشبه التام، وذلك أن النسب يثبت بشهادة المرأة احتياطاً لإثباته؛ لأن الشهادة لا تتم إلا بالمعاينة، ولا يمكن هذا في النسب، إضافة إلى مصلحة إثبات نسب الولد فيكتفى بالقائف الواحد المسلم العدل عند المالكية والشافعية، ولا بد من اثنين عند الحنابلة[4].

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب: تفسير المشبهات، رقم: ١٩٤٨، واللفظ له، ومسلم في الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم: ١٤٥٧.

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: إذا عرض بنفي الولد، رقم: ٤٩٩٩، واللفظ له، ومسلم في اللعان، رقم: ١٥٠٠.

(٣) الشرح الكبير: ٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧، مغني المحتاج: ٤/ ٤٨٨ ـ ٤٩٠، المغني: ٦/ ٣٩٥ ـ ٤٠٠، عمدة القاري: ١٦/ ١٠٩ ـ ١١٠، زاد المعاد: ٥/ ٣٧٤.

(٤) الشرح الكبير: ٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧، مغني المحتاج: ٤/ ٤٨٨ ـ ٤٩٠، المغني: ٦/ ٣٩٥ ـ ٤٠٠، عمدة القاري: ١٦/ ١٠٩ ـ ١١٠، زاد المعاد: ٥/ ٣٧٤.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث:

ثبوت النسب في العدة

المبحث الأول: ثبوت نسب حمل معتدة الطلاق

المطلب الأول: حمل معتدة الطلاق قبل إقرارها بانتهاء عدتها:

إذا طلقت المرأة من ذوات الأقراء فجاءت بولد إلى أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق ثبت النسب إلى هذا المطلق وهو الأظهر عند الشافعية دون تفريق بين المطلقة الرجعية أو البائن.

لأن العلوق من وطئه، ولا يحتمل أن يكون من حادث بعد الطلاق، والولد يبقى إلى أقصى مدة الحمل في البطن، واحتمال علوقه وقيام الحمل قبل الطلاق هو الأرجح لحمل حال المسلم على الصلاح ما أمكن.

ولأن عقد النكاح موجود مع قيام الفراش يقيناً بوجود الوطء بالعقد، والثابت باليقين لا يزول إلا بيقين مثله، وإذا كان احتمال العلوق ثابتاً بيقين، فلا نستيقن انقضاء العدة وزوال النكاح بكل آثاره ما لم نستيقن زوال الفراش من كل وجه.

وأما إذا جاءت به لأكثر من أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق فلا يثبت النسب إن أنكره الزوج المطلّق؛ لليقين بأنه ليس له، لإمكان العلوق من غيره، إلا إذا ادعاه فيثبت، ويحمل على أن الوطء بشبهة كان خلال عدة الطلاق الثلاث مع ظنه حل الوطء، أو كان الطلاق رجعياً، ووطئها في عدتها مراجعاً لها، وربما كانت ممتدة الطهر فيثبت النسب طالما كان وطؤه في عدتها.

وفي قول آخر عند الشافعية تحسب العدة من وقت انصرام العدة، وعليه: يثبت النسب دون حاجة لادعائه.

وإذا لم يدعه، لم يثبت النسب إليه، وحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر وإرجاع نفقة الستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، لأن الولد بعد

مدة أقصى الحمل لابد من كونه من وطء حادث، فقد انقضت عدتها وتزوجت غيره فلزمها رد نفقة الأشهر الستة.

وذهب أبو يوسف إلى انقضاء عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيئاً من النفقة، لاحتمال وطئها بشبهة من الزوج نفسه أو من غيره بشبهة، ولا تسقط النفقة بالاحتمال.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٣٠): إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة.

ويلحظ أن القانون قد قيد مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة جرياً مع الواقع المعاش باعتبار أن ما قاله الفقهاء إنما بنوه على الاستقراء، ويمكن أن يرد الاحتمال في ذلك.

المطلب الثاني: حمل معتدة الطلاق المقرة بانتهاء عدتها:

فإذا طلقت المرأة فأقرت بانقضاء عدتها بعد أن مضت مدة معقولة لانقضائها، فجاءت بولد ولما تمض الستتان أو إلى سنتين من طلاقها، ينظر:

إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها ثبت النسب لهذا الزوج.

أما إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها لم يثبت نسبه إلى هذا الزوج، وذلك لأنها مصدقة بإقرارها بانقضاء عدتها، وقد مضت ستة أشهر، وهي كافية للعلوق من غيره، ما لم يظهر كذبها أو غلطها في إقرارها بيقين، كما لو جاءت بولدها لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها، ويكون إقرارها غلطاً وكذباً.

وقال الشافعية: ولو أقرت بانتهاء عدتها ولم تتزوج وجاءت بولد إلى ما قبل انتهاء أقصى مدة الحمل ثبت النسب إلى الزوج، أما إذا تزوجت وجاءت بولد بعد ستة أشهر فالحمل للثاني، وإلا فما دون فهو للأول.

المطلب الثالث: الإقرار بانقضاء العدة وانقضاء مدة عدتها

إذا أقرت بانتهاء عدتها وكانت عدتها بالأقراء ومضت مدة تكفي لانتهائها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من إقرارها ثبت النسب إليه، فإن كان أكثر من ستة أشهر لم يثبت النسب إليه.

ولذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٣١): المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من / ١٨٠/ يوماً من وقت الإقرار، وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت.

المطلب الرابع: نسب حمل الآيسة والصغيرة

إذا كانت عدتها بالأشهر وكانت آيسة ثم جاءت بولد ولما تقر بعدُ بانتهاء عدتها، فإذا جاءت بالولد إلى سنتين من وقت طلاقها ثبت نسبه إلى الزوج، لأنها بولادتها علم عدم إياسها وأنها من ذوات الأقراء.

فإذا أقرت بانتهاء عدتها بانتهاء ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد تبين عدم إياسها وأن إقرارها باطل غير صحيح بشرط أن تأتي به إلى سنتين من وقت طلاقها.

وأما إذا أقرت بانتهاء عدتها بعد مضي مدة كافية لانتهاء أقرائها دون تقييد بانتهاء الأشهر الثلاثة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا لم يثبت.

وذلك لحمل إقرارها على كونها من ذوات الأقراء وتنقضي عدتها بوضع حملها.

فإذا كانت صغيرة وأقرت بانقضاء عدتها بمضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ إقرارها ثبت النسب، وذلك لظهور كذبها بانقضاء عدتها، لأن الحمل لا تلده في أقل من ستة أشهر من زواج آخر.

وأما إن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب إلى زوجها، ويقبل إقرارها، لأنها أعرف بعدتها، ولجواز أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها.

فإذا لم تقر بانتهاء عدتها وأقرت بالحمل أثناء العدة فيثبت النسب إلى سنتين من وقت طلاقها البائن، ويثبت إلى سبعة وعشرين شهراً من وقت طلاقها الرجعي، لظهور أن العلوق كان في العدة، والعدة ثلاثة أشهر قبل حيضها، فإذا ولدت لأكثر من سبعة وعشرين شهراً تبين أن العلوق كان بعد مضي الثلاثة أشهر من غيره.

المطلب الخامس: نسب حمل امرأة مطلقة لا تلزمها العدة:

وإذا لم تجب العدة على المطلقة كالمطلقة قبل الدخول فنسب الولد لا يثبت من الزوج إلا إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، وبهذا يعلم يقيناً أنه من هذا الزوج الذي طلقها، وذلك لأن الطلاق قبل الدخول يقطع كل العلائق بالزوجة فتزول كل آثاره يقيناً إلا إذا ثبت يقيناً ثبوت بعض الآثار فتثبت حينئذ، إذ لا يحتمل أن يكون حملها الذي ولدته ـ لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق ـ من وطء بعد الطلاق، لعدم إمكان الولادة لما دون ستة أشهر، وبهذا يتيقن أن العلوق على فراش الزوج المطلق فيجب ثبوت النسب منه.

فإذا جاءت بولد لستة أشهر فأكثر لم نعلم يقيناً كونه مولوداً على فراشه لاحتمال انعقاده بعد زوال عقده، لزواله يقيناً، فلا يثبت النسب مع الشك[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢١١ ـ ٢١٤، رد المحتار: ٢/ ٦٢٣ ـ ٦٢٥، روضة الطالبين: ٨/ ٣٧٤ ـ ٣٧٨، مغني المحتاج: ٣/ ٣٩٠ ـ ٣٩١، كشاف القناع: ٥/ ٤٠٥ ـ ٤٠.

المبحث الثاني:

ثبوت نسب حمل معتدة الوفاة

المطلب الأول: معتدة الوفاة التي من ذوات الأقراء:

ذهب الحنفية إلى ثبوت النسب إذا جاءت المدخول بها المتوفى عنها زوجها بولد إلى سنتين فيثبت نسبه إذا لم تقر بانقضاء عدتها، لجواز وجود الحمل دون علمها فلا تنقضي عدتها بالأشهر، فإذا لم تقر بانتهاء عدتها لا يحكم بانقضائها كمعتدة الطلاق.

وقال زفر: إذا لم تدَّع الحمل أثناء العدة ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فلا يثبت النسب، لأن الأصل عدم الحمل، وقد مضت عدتها، ويمكن أن ينعقد حملها من آخر في ستة أشهر، ويعد عدم ادعائها للحمل ومضي العدة بمنزلة إقرارها بانتهاء عدتها.

فإذا أقرت بانتهاء عدتها ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر من إقرارها ثبت النسب، وإلا بأن زاد عن ستة أشهر لم يثبت، وكذلك لتمام ستة أشهر لا يثبت النسب.

وقال الشافعية: يثبت النسب ما لم تتزوج.

المطلب الثاني: معتدة الوفاة الآيسة والصغيرة:

ويأتي هنا ما مر في نسب حمل الآيسة..، فيشترط أن تأتي بالولد إلى سنتين من وفاة الزوج إذا لم تقر بانتهاء عدتها، ويتبين بوضعها لولدها أنها من ذوات الأقراء.

فإذا أقرت بانتهاء عدتها بمضيها ثم جاءت بولد تبين عدم إياسها أو صغرها وأن ادعاءها انتهاء عدتها غير صحيح وذلك ما لم تمض أقصى مدة الحمل.

أما إذا مضت مدة كافية لانتهاء عدتها وأقرت بانتهائها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من إقرارها ثبت نسبه وإلا لم يثبت من هذا الزوج الذي تعتد في عدته.

وأما الصغيرة فإذا مضت أشهرها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من إقرارها ثبت نسبه لكذبها بانقضاء عدتها، فإن زادت عن ستة أشهر أو لستة أشهر لم يثبت النسب إلى زوجها هذا لاحتمال تزوجها من آخر وإنجابها منه[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢١٤ ـ ٢١٥، رد المحتار: ٢/ ٦٢٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

المبحث الثالث:

ثبوت نسب حمل المعتدة الصغيرة

إذا جاءت الصغيرة بولد فلا يلزم الزوج نسبه إلا أن تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، وذلك لأن انقضاء عدتها بالأشهر لا غير، فإذا انقضت انتهت عدتها، وانقضاء عدتها أقوى دلالة من إقرارها، لاحتمال الكذب في إقرارها وليس كذلك مضي مدة عدتها.

وقال أبو يوسف: يثبت النسب في حمل الصغيرة إلى سنتين من وقت الفرقة، لأنها معتدة يحتمل كونها حاملاً طالما لم تقر بانتهاء عدتها.

فإذا كانت مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد إلى أقل من تسعة أشهر فيثبت نسبه وإلا فلا.

وأما عند أبي يوسف فيثبت نسبه إلى سبعة وعشرين شهراً، بجعله واطئاً أثناء العدة (الثلاثة أشهر) ثم تأتي به لأقصى مدة الحمل وهو سنتان.

وأما ادعاء الصغيرة الحبل فمثلها مثل نسب حمل المعتدات الأخريات[1].

---

(١) الهداية: ١/ ٣١٤ ـ ٣١٥، كشاف القناع: ٥/ ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

المبحث الرابع:

ثبوت نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر

إذا بلغ الزوجة موت الزوج أو طلاقه ثم اعتدت وتزوجت بآخر، أو ادعت ذلك وتزوجت بآخر، ثم جاء الزوج الأول، وقد ولدت من الثاني أولاداً، فيثبت نسبهم من الثاني لا من الأول وهو قول أبي يوسف.

وبيانه: أنه يكون للأول إن أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني ليقين علوقه من الأول، وإن كان ولد الحمل لأكثر من ستة أشهر فهو للثاني، وهذا هو الأول الذي عليه الفتوى، لأن الولد للفراش الحقيقي ولو كان فاسداً، وهو ما رجحه ابن عابدين، وهو ما رجع إليه الإمام.

وفي قول لأبي حنيفة: الأولاد للأول مطلقاً لأنه هو النكاح الصحيح واعتباره أولى.

وفي قول لمحمد إن جاءت بولد لأكثر من سنتين من وطء الثاني فهو للثاني، للتيقن بأنه ليس من الأول، وإن جاءت به لأقل من سنتين فهو للأول، وذلك للتيقن أنه ليس من الثاني، وللنكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه[1].

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٦٣١.

الفصل الرابع:

حالات نفي النسب[1]

الحالة الأولى: نفي النسب بإنكار ولادة الولد:

للزوج إنكار ولادة زوجته لنفي نسب الولد بشرط عدم علمه بحبلها، والحبل ليس ظاهراً، فللزوجة إثبات الولادة بشهادة القابلة أو غيرها في مذهب الصاحبين، لأن شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي.

وذهب أبو حنيفة إلى لزوم شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ويشترط لإنكار الولادة:

١ ـ لا يصح نفي الولادة بعد إقرار الزوج بها صراحة أو دلالة كما لو تقبل التهنئة بالمولود أو أحضر القابلة.

ونصت محكمة النقض: «يمكن إثبات إقرار الأب بالنسب..كأن يقال للأب: (مبارك ما إجاك) فيقول: (خير) فهذا القول لا يعني إنكار النسب». (ش ـ ٣١٩ ـ ٦٦ ـ ٢٣/ ٢/ ١٩٥٧).

٢ ـ وأن لا يؤخر نفي نسبه، فإن أخره عد إقراراً منه بنسبه.

ونصت محكمة النقض: «لا تسمع دعوى اللعان بعد مضي الموعد المحدد لها، إذ إن المادتين (٣٣٦ ـ ٣٣٧) من كتاب الأحوال لقدري باشا حددتا نفي النسب وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو أيام التهنئة، وإذا نفاه الزوج بعد مضي هذا الوقت فلا ينفى النسب ولا تسمع الدعوى به». (ش ـ ٤٧٦ ـ ٤٧٦ ـ ٧/ ١٢/ ١٩٦٥).

ونص المادتين (٣٣٦ ـ ٣٣٧) من كتاب الأحوال لقدري باشا:

---

(١) بدائع الصنائع: ٣/ ٢١١ ـ ٢١٧، الهداية: ١/ ٣٠٢ ـ ٣٠٦، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٢٣ ـ ٦٣٠، بلغة السالك: ١/ ٤٩٢ ـ ٤٩٣و٤٩٦، روضة الطالبين: ٨/ ٣٢٨ ـ ٣٣١و٣٥٦ ـ ٣٥٧و٣٥٩و٣٦١و٣٧٤، مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٠ ـ ٣٨١، كشاف القناع: ٥/ ٣٩٠و٣٩٧و٤٠١ ـ ٤٠٧.

«المادة ٣٣٦ ـ إنما يصح نفي الولد وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو أيام التهنئة المعتادة على حسب عرف أهل البلد.وإذا كان الزوج غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها».

«المادة ٣٣٧ ـ لا ينتفي نسب الولد في الصور الستة الآتية وإن تلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما :

الأولى : إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة في المادة السابقة.

الثانية : إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة.

الثالثة : إذا نزل الولد ميتاً ثم نفاه أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم.

الرابعة : إذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولداً آخر من بطن واحد، ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الأول.

الخامسة : إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعاً.

السادسة : إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق».

ونصت محكمة النقض: «يُشترط لصحة اللعان، ألا ينفي الزوج الولد بعد الإقرار به صراحة أو دلالة». (ش ـ ٤٤٣ ـ ٤٤٣ ـ ٣١/٨/ ١٩٧٢).

الحالة الثانية: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب:

إذا كان الزوج لا يتصور منه حدوث الحمل لصغره أو لعقمه أو لكونه ممسوحاً مما يحول دون التناسل فلا يثبت النسب؛ لأن من شروط النسب ولادة مثله لمثله..

الحالة الثالثة: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين:

ذهب الجمهور دون الحنفية إلى أنه يمكن نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.

الحالة الرابعة: نفي النسب لعدم مضي الفترة المحددة لأقل مدة للحمل أو لمضي أقصاها:

يمكن للزوج أن ينفي الولد إذا جاءت زوجته بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، أو لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق، ومع ذلك فإنه يمكن للزوج أن يقر بنسب الولد ما لم يدعه من الزنا.

الحالة الخامسة: نفي النسب عن طريق اللعان:

إن نفي نسب الولد قسم من قسمي اللعان، وذلك بأن يحلف كلا الزوجين أربعة أيمان فيقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين في نفي الولد، ويقول في الخامسة: وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به، وتقول الزوجة أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين في نمي الولد، ثم تقول في المرة الخامسة: وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به وحينئذ يحكم القاضي بنفي نسب الولد من أبيه[1].

وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩﴾ [النور: ٦ ـ ٩].

وذكر قانون الأحوال الشخصية السوري ذلك في المادة (١٢٩) ف٣:

إذا توافر هذان الشرطان ـ أقل مدة الحمل واللقاء بينهما ـ لا ينفى نسب الولد عن الزوج إلا باللعان.

ونصت محكمة النقض: «الخصومة في دعوى نفي النسب أو إثباته لا تصح إلا بحضور من يطلب نفي النسب عنه أو من يمثله قانوناً، وحضور من يطلب إلحاق النسب به أو من يمثله، وأن يمْثُل كلاهما في الدعوى ولا يكفي حضور أحدهما فقط». (ش ـ ٥٢ ـ ٣١/ ١/ ١٩٦١).

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ١٢١، المقنع: ٣/ ٢٥٧، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٨٠، زاد المحتاج بشرح المنهاج: ٣/ ٥٨٠.

الفصل الخامس:

أحكام اللقيط[1] والتبني

المبحث الأول: أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي

اللقيط: هو الطفل الذي لم يعلم أبواه[2].

واللقيط عند الجمهور: من يوجد على قارعة الطريق أو غيرها، وكذلك عند الحنابلة وأضافوا إليه الطفل الصغير والذي هو دون التمييز وقد ضل طريقه.

فيجب على المسلمين التقاطه إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولما رواه سعيد بن منصور في سننه عن سنين أبي جميلة، قال: وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر بن الخطاب، فقال عريفي: ياأمير المؤمنين، إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم.فقال: اذهب به فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته».

أحكام اللقيط:

١ ـ حضانة اللقيط: فيجب على المسلمين ـ فرض كفاية ـ حضانته ورعايته، والذي يجده ولا يلتقطه يعد آثماً، وإذا تلف ضمنه، إذا لم يكن المكان مطروقاً.

والذي يجده هو أحق به من سائر الناس، وهو الذي يتوجب عليه نفقته وحضانته إن لم يعط من بيت المال شيئاً لنفقته، ولا يرجع عليه عند قدرته، لأنه ألزم نفسه به بالتقاطه، إلا إن عجز فعلى المسلمين.

٢ ـ نسب اللقيط: فإذا ادعى أحدهم نسبه قُبل، وإن أبطل حق الملتقط في بقائه بيده ليتشرف بالنسب، وخاصة إن ادعاه بدليل وعلامة في جسده،

---

(١) الهداية: ١/ ٤٦٧ ـ ٤٦٩، الشرح الكبير: ٤/ ١٢٤ ـ ١٢٦، مغني المحتاج: ٢/ ٤٢٢ ـ ٤٢٤، كشاف القناع: ٤/ ٢٢٦، منار السبيل: ١/ ٤٦٥ ـ ٤٦٧.

(٢) الشرح الكبير: ٤/ ١٢٤.

أو كانت معه، لشهادة الظاهر له، فإن ادعاه آخر بعده لم يقبل، لأن النسب إذا ثبت لا يقبل النقض، إلا إذا أقام الآخر بينة على قوله، فيقدم اعتباره وهذا عند الحنفية، ولم يقبل المالكية الدعوى دون بينة، أو بقول سائغ له.

ولهذا لا يثبت نسب بالتبني، وإنما النسب حكم شرعي يقدر الشارع وجوده في الولد إن جاء عن طريق عقد صحيح، فالله تعالى هو الذي جعله نسباً وصهراً، وليس آحاد الناس، إذ قال: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤] ولهذا كان النسب لبني الإنسان بوجهه المشروع ولم يكن لغيره.

٣ ـ دين اللقيط: ويعد اللقيط مسلماً إن وجد في محال المسلمين، فإن ادعاه ذمي ثبت نسبه إليه، لشرف النسب، وبقي اللقيط مسلماً باعتبار التقاطه في المسلمين، فلا تبطل دعواه إسلامه، وقيد ذلك الشافعية باقتصاره على الدعوى دون البينة فيثبت النسب ويبقى مسلماً، فإن أقام البينة كان على دين الذمي.

ولو وجد في محال أهل الذمة، فادعاه ذمي كان ذمياً، أولم يدعه أحد فكذلك يكون ذمياً، إلا إن وجده المسلم في محال أهل الذمة: فروايتان عند الحنفية، ورجح المالكية أنه ذمي، وقيده المالكية والشافعية ـ في الأصح ـ والحنابلة بأن لا يسكن محال أهل الذمة مسلم، وإلا كان اللقيط مسلماً[1].

---

(١) إسلام الصبي المميز:

ذهب أئمة الحنفية الثلاثة والحنابلة ومقابل الصحيح عند الشافعية إلى أنه يصح إسلامه فيرث قريبه المسلم، ورجح في الهداية أنه الصبي الذي يعقل، وهو مذهب الحنابلة وقدره بعشر سنين ونفاه عامتهم، وإنما يكفي علمه بأن الله خلقه وأن محمداً ﷺ رسوله، واستدلوا بعمومات الأحاديث: كقوله ﷺ: «من قال لا إله إلا الله دخل الجنة». وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله». وقوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفوراً».

فدخل الصبي في عمومها والإسلام عبادة محضة فتصح من الصبي العاقل كالصلاة.. ولا =

= يمنع الصبي من إجابة الإسلام ولا يلزم بعذاب الله تعالى.

ولابد من تعقله عند من ذهب إليه ليتحقق اعتقاده الإسلام، ولا يشترط العشر لأن العبرة بحصول المقصود وذلك لأنه ﷺ دعا علياً رضي الله عنه إلى الإسلام قبل بلوغه، وسنه سبع سنين، ولا يلزم من عدم التكليف به عدم صحة الإسلام منه، كالصلاة والصيام تصحان منه وسائر العبادات دون تكليفه بها.

بل قال الحنفية يجب عليه ولو قبل البلوغ لسقوط الواجب به، واختيار صحبته لترتب الأحكام عليه الدنيوية والأخروية، ولما في ذلك من السعادة الأبدية والنجاة يوم القيامة وهو من أجل المنافع.

ثم يحال بينه وبين أبويه لئلا يفتنوه على سبيل الاستحباب، واختار السبكي وجوبها، والأصح أن أطفال غير المسلمين إذا ماتوا يدخلون الجنة لأن كل مولود يولد على الفطرة.

وذهب المالكية والشافعية في الصحيح وزفر من الحنفية إلى أنه لا يصح إسلام الصبي المميز وحده، وفصل المالكية بأنه يقبل إسلام المراهق كابن ثلاث عشرة سنة، وينتظر إلى بلوغه ليؤكد إسلامه في إرثه.

وذلك لأنه ليس مكلفاً ويشبه غير المميز والمجنون ولا يقبل إسلامهما اتفاقاً فكذلك المميز.

ولأن إسلامه ونطقه للشهادتين على سبيل الخبر لا يقبل لعدم قبول خبره، ولا يعد إنشاءً مقبولاً منه، وإسلام سيدنا علي رضي الله عنه كان مع بلوغه، أو أن الأحكام علقت بالبلوغ بعد الهجرة.

[الهداية: ١/ ٤٦٤، رد المحتار: ٣/ ٣٠٦-٣٠٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ٣٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٤٢، المغني: ١٠/ ٨٨-٩٠].

إسلام الصبي غير المميز:

يحكم بإسلام الصبي غير المميز بما يلي:

١ - تبعية الدار: يحكم بإسلام الصبي بإقامته في دار المسلمين عند عامة الفقهاء، وإذا ادعاه ذمي مع البينة كان ذمياً، فإذا لم يقم البينة كان مسلماً مع ثبوت نسبه إليه عند الحنفية والمالكية والشافعية في المذهب والحنابلة وفي قول عند الشافعية وعند المالكية إن كان مراهقاً: يكون ذمياً. =

٢ - الولادة: إذا كان أحد الوالدين مسلماً عند انعقاده في بطن أمه كان الولد مسلماً ولا يضره تغيير حال الوالدين بعد ذلك. وإذا كان والداه عند انعقاده ذميين فأسلم أحدهما ولو جداً عند الشافعية وفي رواية الحسن عند الحنفية بعد علوقه وقبل بلوغه فيعد مسلماً.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ فإذا كان أبواه يهوديين =

٤ ـ الولاية على اللقيط: ولا يجوز التصرف بنفس اللقيط بالتزويج لأنه لا ولاية نفس عليه، وكذلك لا يجوز التصرف بماله.

وللملتقط ولاية جزئية بنفس اللقيط فله أن يؤجره ويعلمه حرفة وما أشبه ذلك من تعليمه وتثقيفه وحفظ حاله.

٥ ـ مال اللقيط: لا يجوز التصرف بماله، ويعد المال الموجود مع اللقيط ملكاً له.

ويصرف على اللقيط بأمر القاضي، وقيل: دون أمره.

ويتملك اللقيط الهبة ويقبضها له الملتقط.

ويرجع الملتقط بالنفقة على أب اللقيط إن عرف، فيحلف الملتقط المنفق أنه أنفق ليرجع لاحسبة.

= أو نصرانيين كان مثلهما، وفي ظاهر الرواية لا يتبع الطفل جده لأنه لو صح تبعيته لجده لكان الناس تبعاً لآدم ولم يوجد في ذريتهما كافر أو مرتد.

ويضاف إلى تبعية الدار والولادة: السبي من المسلم للصبي من جيش الأعداء، إذا لم يكن معه أحد أبويه بحكم الولاية عليه، ولاوجود لولي أقرب منه إلى الصبي فيتبعه كالأب وأشبه تولده من الأبوين المسلمين، وإذا سباه الذمي كان ذمياً في الأصح عند الشافعية ولو حمله إلى دار الإسلام.

[رد المحتار: ٣/ ٢٥٢ ـ ٣٠٦، الشرح الكبير: ٤/ ١٢٤ـ ١٢٦، مغني المحتاج: ٢/ ٤٢٢ ـ ٤٢٤، كشاف القناع: ٤/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧].

المبحث الثاني:

أحكام اللقيط في التشريع السوري

نص المرسوم التشريعي رقم ١٠٧الصادر بتاريخ ٤/ ٥/ ١٩٧٠على مايلي:

المادة٢: على كل من يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه.

المادة٥: تتولى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رعاية اللقيط وكفالته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه.

المادة٦: تقوم وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمامه سن الثامنة عشرة.

المادة ٧: يعامل اللقيط القاصر معاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله، وتسري على الوصية أحكام الوصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية.

المادة١٣: يعد اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك.

المادة ١٤: تسري على كل من يدعي صلة نسب بلقيط الأحكام المتعلقة بالإقرار بالنسب الواردة في قانون الأحوال الشخصية[1].

---

(١) وهذا ما اختاره من هذا المرسوم الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية: ٢/ ١٩١، ولم أعثر على هذا المرسوم.

المبحث الثالث:

إبطال التبني

إن الله عز وجل هو الذي كرم هذا الإنسان، فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، فأنزل له التشريع والتكليف لتمام إكرامه: ﴿وَأَنَّ هَٰذَا صِرَٰطِي مُسْتَقِيمًا فَٱتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلسُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٥٣]، وهذا التشريع هو الذي شرع النسب﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾﴾ [الفرقان: ٥٤] وهذ التشريع نفسه هو الذي حرم التبني قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ۞ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤ ـ ٥].

وقد نزلت هذه الآية في زيد بن حارثة، وكان يدعى زيد بن محمد، نسبة إلى رسول الله محمد ﷺ، وقد سبي زيد من قبيلة من تهامة، وكان لخديجة رضي الله عنها، فوهبته لرسول الله ﷺ، ثم أعلنه رسول الله ﷺ ابناً له، وذلك قبل الإسلام، واستشهد سيدنا زيد في موتة قائداً لجيش المسلمين، رضي الله عنه وأرضاه، وقد نزل قول الله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ﴾ فنسخ ما كانت عليه الجاهلية، فأبطل حكم التبني إلى نسب الإخوة الإيمانية، مع أن زيداً كان يدعى زيد بن محمد بعد الإسلام إلى أن نسخ هذا، فكذلك يكون الأمر مع كل شخص لم يثبت نسبه إلى آخر، فلا يصح التبني بحال، بل فيه من المفاسد والمخاطر الكثير، لما فيه من جعل الحرام حلالاً، كزوجة مدعيه، تجعل أماً فيراها ويعاملها ولا يجوز، وله تزوجها فيحرم ادعاؤه، وينتج عن ذلك إرثه وهو ليس بوارث، ومنعه لغيره من الإرث وهم ورثة، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾ [النحل: ١١٦].

ولا يعني هذا ضياع اللقيط، بل ينبغي على المسلمين حضانته ورعايته وكفايته وعدم اللمز به لأنه ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، مع أن المجتمع الإسلامي يبقى رغم كل الهجمات مجتمعاً نظيفاً ليس فيه جيش لقطاء، كما هي حال المجتمعات الغربية حيث تنهار الأسرة والقيم..[1].

وقد قررت محكمة النقض (ش ـ ٦٩٦ ـ ٦٧٥ ـ ٢٦/ ٦/ ١٩٨٠): «النسب غير التبني».

فلا يثبت النسب تبنياً بحال من الأحوال.

(١) ر: الجامع لأحكام القرآن: ١٤/ ٧٩ ـ ٨٠.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الثاني: الرضاع

الفصل الأول: تعريف الرضاع ومقداره ومدته:

المبحث الأول: تعريف الرضاع وحكمه.

المبحث الثاني: مقدار الرضاع المحرم.

المبحث الثالث: اختلاط لبن المرضع بغيره.

المبحث الرابع: مدة الرضاع المحرم.

الفصل الثاني: نفقة الرضاع:

المبحث الأول: أجرة الرضاع وإجبار الأم على الرضاع.

المبحث الثاني: التبرع بالرضاع.

الفصل الثالث: اثبات الرضاع.

المبحث الأول: ثبوت الرضاع بالشهادة.

المبحث الثاني: الإقرار بالرضاع.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول:

تعريف الرضاع ومقداره ومدته

المبحث الأول:

تعريف الرضاع وحكمه

الرضاع لغة: رضع رِضاعاً، وأرضعت المرأة فهي مرضع وهو مرضع[1].

اصطلاحاً: وصول لبن إلى الجوف[2].

حكم الرضاع: إذا وجد الرضاع بشروطه كان مؤثراً في تحريم الزواج بمن صرن للرضيع قريبات، ويعد الرضيع وذريته وحدهما ـ دون إخوته وأصوله ومن يليهم ـ من الأسرة التي ارتضع منها، فيصبح زوج المرضع أباً، وهي ـ المرضع ـ أماً، وأبناؤهما إخوة له.. وهكذا تنتشر الحرمة في الأقارب، كما قال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[3] فتباح الخلوة والنظر إن أمنت الفتنة وفيما يجوز النظر إليه.

ولا تثبت النفقة والإرث بالرضاع وكذلك لا تثبت الولاية ولا عقل الدية[4].

---

(١) مختار الصحاح: ١٦٤، القاموس المحيط: ٦٥٠.

(٢) الشرح الكبير: ٢/ ٥٠٢.

(٣) سبق تخريجه: ص١٥٠ .

(٤) الهداية: ١/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٤٢ ـ ٤٤٣.

المبحث الثاني: مقدار
الرضاع المحرم[1]

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم:

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن مجرد الرضاع في وقته مفيد للتحريم، ولو كان مصة واحدة، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] فإنه علّق التحريم بمطلق الإرضاع من غير تقدير بقدر معين فيعمل بإطلاقه.

وبقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2] فذكر الحديث مطلق الرضاعة دون تقييد بعدد، فيثبت الحكم بمطلق الرضاعة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن التحريم بالرضاع يثبت بخمس رضعات مشبعات يضبطهن العرف.

واستدلوا بما ورد عن عائشة قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن»[3]. ودلالة الحديث واضحة في اشتراط خمس رضعات لوجود التحريم، وأما النسخ المذكور فهو واقع، وتأخر العلم بالنسخ هو سبب الظن بأنها من القرآن، ثم تم العلم اتفاقاً وإجماعاً مطلقاً بذلك، وهو يؤكد الحكم الذي ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وذهبوا إلى حمل المطلق على المقيد.

كما استدلوا بحديث: «لاتحرم المصة ولا المصتان»[4].

---

(١) الهداية: ١/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٢ ـ ٥٠٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧، ، كشاف القناع: ٥/ ٤٤٥ ـ ٤٤٦.

(٢) سبق تخريجه: ص١٥٠ .

(٣) أخرجه مسلم في الرضاع باب التحريم بخمس رضعات: ٢/ ١٠٧٥، برقم: ١٤٥٠.

(٤) أخرجه مسلم في الرضاع باب في المصة والمصتان: ٢/ ١٠٧٣، برقم: ١٤٥٢.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٥) إلى:

«٢ ـ يشترط في الرضات للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كلٍّ منها قل مقدارها أو كثر».

وهذه المادة موافقة لمذهب الشافعية والحنابلة في اشتراط خمس رضعات مشبعات عرفاً.

وقررت محكمة النقض (ش ـ ١٧٧ ـ ١٣٣ ـ ٢٨/ ٣/ ١٩٥٤): «فسخ النكاح لعلة وجود الرضاع بين الزوجين هو من النظام العام يملك كل مسلم الادعاء به».

المبحث الثالث:

اختلاط لبن المرضع بغيره[1]

يتعلق التحريم بشرب لبن المرضع الآدمية سواء حصل بالمص من الثدي أو الصب والإيجار في الفم أو الأنف بالاتفاق.

فإذا خلط لبن الآدمية بشيء آخر، فيختلف حكمه بحسب المخالط:

١ ـ فإن اختلط اللبن بالماء أو بمائع كشراب ما، وكان اللبن غالباً أو مساوياً حصل به التحريم اتفاقاً، وقال الشافعية: إن شرب الكل حرم ولو كان اللبن مغلوباً أقل، وفي الأظهر ولو شرب البعض.

٢ ـ فإن اختلط اللبن بالطعام:

فذهب الجمهور ـ والصاحبان من الحنفية ما لم تمسه النار ـ إلى التحريم به إن كان اللبن غالباً أو مساوياً، ولم يشترط الجمهور عدم مسيس النار للخليط.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التحريم لا يتعلق به إذا خلط بالطعام، ولو كان اللبن غالباً.

٣ ـ ولو خلط بلبن امرأة أخرى:

ذهب الجمهور ومحمد وزفر إلى تعلق التحريم بهما، وهو الأصح عند الحنفية، لأن الجنس لا يغلب الجنس، والشيء لا يستهلك بجنسه لاتحاد مقصودهما.

وذهب أبو يوسف إلى وقوع التحريم لمن غلب لبنها، لأن الكل صار كشيء واحد فيكون الأقل تابعاً للأكثر.

وعند الشافعية يدخل المغلوب من لبنيهما في المسألة السابقة.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٤٠٩.، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٢ ـ ٥٠٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤١٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧.

المبحث الرابع:

مدة الرضاع المحرم[1]

ذهب جمهور الفقهاء ومعهم الصاحبان من الحنفية وهو المفتى به عند الحنفية إلى أن مدة الرضاع المؤثر في التحريم هي حولان قمريان فلا يحرم ما بعد الحولين.

واشترط المالكية عدم استغناء الرضيع عن الرضاعة بالطعام، فإذا استغنى أثناء السنتين عن اللبن فلا تحريم بالرضاعة فيما بعد استغنائه، كما قبلوا الرضاعة فيما زاد عن السنتين بشهر أو شهرين.

وذهب أبو حنيفة إلى حصول التحريم بالرضاع إلى ثلاثين شهراً.

واستدل الجمهور من القرآن الكريم: بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والآية نص واضح في حصول التحريم بالرضاع إن تم في السنتين.

من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنهما: «ما كان في الحولين، وإن كان مصَّةً واحدةً فهو يحرم»[2]. ولحديث أم سلمة رضي الله عنها مرفوعاً: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام». وفتق الأمعاء: شق مجراها ووقع منها موقع الغذاء، وفي الثدي: زمن الرضاع المعروف[3].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٥/ ٢) إلى مذهب الجمهور في حصول الرضاع المحرم خلال السنتين الأولين من سن الطفل.

---

(١) الهداية: ١/ ٢٤٣، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: ٢/ ٥٠٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤١٦، كشاف القناع: ٥/ ٤٤٥.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في الرضاعُ باب: رضاعة الصغير، رقم: ٤ .

(٣) أخرج الحديث الترمذي في الرضاع، باب: ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر . . ، رقم: ١١٥٢، وشرح الألفاظ من تعليق سيدي الوالد حفظه الله تعالى على المسند.

واستدل أبو حنيفة: بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] فالآية مطلقة عن ذكر زمان التحريم، ثم حدد ذلك بقوله تعالى: ﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فمدة كلٌ منهما ثلاثون شهراً، وليست مدة الحمل ثلاثين لقيام الدليل على أنها ستتان عند الحنفية.

الفصل الثاني:

نفقة الرضاع

المبحث الأول:

أجرة الرضاع وإجبار الأم على الرضاع

ذهب الجمهور إلى أن أجرة الرضاع إنما تلزم الرضيع إن كان له مال، فإن لم يكن له مال: فالنفقة على من تجب عليه نفقته وهو الأب ابتداء.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٢): ١ ـ أجرة رضاع الولد سواء كان الرضاع طبيعياً أو اصطناعياً على المكلف بنفقته ويعد ذلك مقابل غذائه.

وهذا ما نصت عليه محكمة النقض (ش ـ ٣٩٧ ـ ٣٩٠ ـ ١٧/ ١٠/ ١٩٧٠): نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة.

وللأم طلب أجرة نفقة إرضاعها ولدها من أبيه، ولها الامتناع لأخذ الأجرة، وإن وجب عليها الرضاع ديانة لا قضاء.

وذهب المالكية إلى التفرقة بين المرأة الحسيبة فلا تجبر على الإرضاع، فلو أرضعت فلها الأجرة، وأما غيرها فترضع ولدها دون أجر.

كما وذهب الشافعية إلى إجبار الأم على إرضاع طفلها لبن اللبأ حتى يروى منه عرفاً،

وهي لبان الأيام الأولى من الولادة، كما تجبر على إرضاعه إن تعينت ولم يوجد غيرها، وتطلب أجرتها، وكذلك قال الحنابلة.

وذهب الحنفية إلى عدم وجوب نفقة الرضاع لها، ويجب عليها إرضاعه ديانة لا قضاء، فإذا قبلت إرضاعه بالأجرة بانت قدرتها على الإرضاع فيجب عليها إرضاعه قضاء، ولا نفقة لها على الرضاع، طالما كانت زوجة أو معتدة، لوجوب نفقة الزوجية أو العدة لها، وبعد البينونة وانتهاء العدة لها أجرة الرضاع.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٢): ٢ ـ لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي.

وهو ما ذهب إليه الحنفية.

الإجبار على الرضاع: وبناء على الأقوال السابقة: ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية ـ وخصه المالكية في المرأة ذات القدر ـ إلى أن الأم لا تجبر على الرضاع، واستثنى الشافعية لبن اللبأ لمنفعة هذا اللبن للطفل في أيامه الأولى.

وقال الحنفية: تجبر على إرضاعه ديانة، وخصه المالكية بالمرأة غير ذات القدر فتجبر على إرضاعه.

وإذا لم توجد من يرضع الطفل، أو رفض ثدي غيرها، أو ليس من مال يستأجر به مرضع تعينت الأم للرضاع وأجبرت عليه اتفاقاً.

واستدل الحنفية بأن النفقة على الأب بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. فقد أوجب تعالى بقوله: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ رضاعة الطفل على الأم مقيداً بوجوب نفقتها على الأب.

ولذلك حمل وجوب الرضاعة على الديانة في قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ الذي أوجب نفقة الأم على الأب.

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦] فإذا امتنعت الأم عن إرضاعه لم يكن له إكراهها على الرضاع، ومن له الامتناع كان من حقه أخذ الأجرة، فإن رضيت بالإرضاع أخذت الأجرة.

وإن قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ﴾ محمول على حالة الإنفاق وعدم التعاسر.

واستدل المالكية للتفريق بين الحسيبة وغيرها بأن العرف على أن ذات الشأن لا ترضع، فصار بمنزلة الشرط، وأن غيرها ترضع طفلها أثناء الزوجية

دون نفقة فكذلك صار شرطاً عليها[1].

والذي أراه أن العرف اليوم في عامة البلدان الإسلامية أن ترضع الأم طفلها، فلا وجه للتفرقة التي قالها المالكية.

(١) الهداية: ١/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٧٥، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٧، الجامع لأحكام القرآن: ١٨/ ١١١ ـ ١١٢، ٣/ ١٠٦ و١١٠.

المبحث الثاني:

التبرع بالرضاع أو الأجرة أقل من أجرة رضاع الأم

وإذا وجدت متبرعة بالرضاع أو دون الأجر الذي تأخذه الأم كانت أولى المتبرعة عند الحنفية وفي قول عند المالكية، والقول الأظهر عند الشافعية.

وذهب الشافعية في قول والحنابلة إلى أن الأم أحق برضاعه ما لم تطلب أكثر من أجر مثلها، وهو ما رجحه المرغيناني وابن عابدين من الحنفية.

وفصل المحكمةبين أن تأخذ مرضعة أجرة أقل وترضى الأم بأجر المثل فالقول للأم.

وبين أن تتبرع مرضعة وتطلب الأم أجرة المثل: فقولان: القول الراجح تجاب الأم وهي أحق برضاعه، والآخر: المتبرعة مجاناً أَوْلى.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٣): المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم.

وهو مذهب الجمهور في كون المتبرعة أولى، ولكن القانون قيد ذلك، وهو أخذ بالمذهب الآخر في كون الأم أولى فاشترط عسرَ الأب وطلبَ الأم الأجرة، إذ الغالب عدم طلب الأم الأجرة، وعلى كلٍّ فالأصل في رضاع المتبرعة كونه في منزل الأم؛ لأن لها الحضانة.

وقد نصت محكمة النقض: «إذا رضيت الأجنبية بإرضاع الولد مجاناً وطلبت الأم أجر المثل فالأجنبية أحق منها بالإرضاع» (ش ـ ٣٩٧ ـ ٣٩٠ ـ ١٧/ ١٠/ ١٩٧٠).

وذلك أنه لا يمكن أن يكلف الأب فوق النفقة التي يمكن أن يدفعها، وإلا أصبح من المضارة ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِۦ﴾.

استدل القائلون إن المتبرعة أولى بأن تكليف الأب الزيادة، أو الأجرة إضرار به، ولا يجوز، وقد قال تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ

بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣] بأن تمتنع عن إرضاعه مضارة بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، كما لا يحل للأب أن يضار بأمه فيمنعها رضاعه مع رغبتها.

وقد أجاز الشارع أن يسترضع الأب غير أمه فقال: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أي تسترضعوا غير الأمهات لأولادكم فلا حرج عليكم.. فلا يكلف الأب نفقة الرضاع.

واستدل الآخرون القائلون إن الأم أحق بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ﴾ويرضعن خبر يراد به الأمر، ويعم كل والدة، فتكون الأم أولى لما فطرت عليه من وفور شفقتها، ما لم يتمحض إضرارها بأن تطلب أكثر من أجر المثل[1].

---

(١) الهداية: ١/ ٣٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٧٥ ـ ٦٧٦،، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٥ ـ ٥٢٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٠، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٧، الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١١٣ ـ ١١٤.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث:

إثبات الرضاع

يثبت الرضاع بوسائل الإثبات العامة والتي يمكن أن يترتب عليها آثارها المعتبرة في الرضاع، ومن ذلكم الشهادة والإقرار واليمين.

المبحث الأول:

ثبوت الرضاع بالشهادة[1]

ذهب الحنفية والشافعية إلى ثبوت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعند الشافعية أو شهادة أربع نسوة.

ونصت محكمة النقض (ش ـ ١٢١ ـ ١٠٩ ـ ٢٨/ ٣/ ١٩٦٨): «إقرار المرضعة وحده لا يكفي لإثبات الرضاع، ولا بد فيه من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين».

وذلك أن إقرارها وحدها غير كاف للتهمة فيه.

ومحل شهادة الرجلين ما لم يتعمدوا النظر إلى ثدي المرأة فرد البعض شهادتيهما، ورجح النووي أنه صغيرة تقبل معها الشهادة مالم يصحبها الإصرار على النظر.

هذا مع كون الشهادة على الإرضاع من الثدي، أما إذا كانت الشهادة على الشرب والإيجار قلا تقبل شهادتهن إلا في أن لبن الإناء من فلانة.

وذهب المالكية إلى ثبوته بشهادة رجل وامرأة واحدة، أو بشهادة امرأتين مع اشتراط فشو ذلك وقبل العقد بين القريبين رضاعاً.

ويثبت مطلقاً بشهادة رجلين عدلين دون شرطي الفشو وقبل العقد.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٤١٣، فتح القدير: ٣/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥، الهداية: ١/ ٢٤٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٧ ـ ٥٠٨، مغني المحتاج: ٣/ ٤٢٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٥٦.

فإن كانا غير عدلين فلا بد من الشرطين.

وذهب الحنابلة إلى ثبوته بشهادة امرأة واحدة ولو كانت مرضعته أو لا، كما يثبت الرضاع بشهادة رجل واحد.

استدل الحنفية بأن ما يقبل في العقد يشترط لزواله بإثبات الرضاع، ويشترط فيه رجل وامرأتان فلا بد منهما.

واستدل الشافعية بأن ما يقبل فيه النساء وحدهن يقبل فيه النوعان الرجل والمرأتان...

واستدل المالكية بما رواه ابن عمر قال: سئل النبي ﷺ ما يجوز في الرضاع من الشهود فقال: «رجل أو امرأة».

واستدل الحنابلة بما أخرجاه في الصحيحين أن عقبة بن الحارث تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للرسول ﷺ قال: فأعرض عني، فتنحيت فذكرت ذلك له، قال: «وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما، دعها عنك».

والذي أرجحه إعمال رأي المالكية مطلقاً، لما فيه من اشتراط الرجلين عند عدالتهما فهو أثبت، ويرفع النزاع وتستقر به أحوال الناس.

أو يشترط الفشو وقبل العقد إن لم يكونا رجلين أو عدلين لما في ذلك من مشاق تقع فيما لوكان ذلك بعد العقد مع احتمال قصد إبطال العقد بعده، ولا بد للفرقة من تفريق القاضي بينهما إن لم توجد المتاركة.

المبحث الثاني:
الإقـرار بالرضاع

وهو الاعتراف بقرابة الرضاع لامرأة ما، بنتاً أو أختاً أو أماً.

فإذا أقر بأنها قريبته لا يقبل رجوعه بحال عن إقراره عند الجمهور، وإن كان صادقاً حرمت ظاهراً وباطناً، وإن كان كاذباً حرمت باطناً، ولا أثر له.

وذلك لأن المرء مؤاخذ بإقراره، فيحرم تناكحهما، ولو قال: أخطأت، لا يقبل، لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي.

واشترط الحنفية ثباته على إقراره، وثباته: أن يؤكد إقراره ثانية بأنه حق ونحوه بعد التروي، فيفسخ بينهما وإن دخل بها، وإلا لم يجز عقده عليها.

ولا يشترط تصديق الزوجة لزوجها المقر بأنها محرمة عليه، وإن أثر ذلك في وجوب المهر.

ولو تصادقا بيمينيهما لم يكن لهما الرجوع عند الجمهور، ولامهر لها؛ لأنه نكاح باطل، وقال الحنفية: إذا كذبا أنفسهما جاز تزوجهما، فإن ثبت فُرّق بينهما.

ويجب لها مهر المثل ـ عند الجمهور ـ إن ادّعى الزوج الرضاع ووافقته وكان قد دخل بها، وقال المالكية: لها المسمى، وإلا لزم نصف المهر عند الحنفية والحنابلة إن لم يدخل بها بعدُ، ولا يجوز له تزوجها، ولا يبطل حقها في المهر، وقال الشافعية: سقط المهر كله، فإن أنكرت الزوجة فرق بينهما ووجب لها المهر المسمى إن كان العقد صحيحاً وقد دخل بها وإلا فمهر المثل.

فإن لم يكن قد دخل بها كان لها نصف المسمى، ولا يقبل قوله عليها، لاتهامه بإقراره عليها ليسقط مهرها، وله تحليفها إذا كان المهر المسمى أكثر من مهر المثل، فإن نكلت فلا شيء لها قبل الدخول، وبعده لها مهر المثل.

أما إن ادعت الزوجة الرضاع فأنكره الزوج، صدق بيمينه إن تزوجته راضية، واستمرا على عقدهما.

وإن ادعت خطأها صدقت والنكاح باق، وكذا إن لم يكن نكاح فأقرت ثم ادعت خطأها جاز العقد عليها، وكذلك يجوز العقد عليها قبل أن تكذب نفسها، وإن أصرت على إقرارها، وذلك لأن الشارع لم يجعل التحريم إليها فلا يعتبر إقرارها بالحرمة، لاتهامها في إرادة فراقه، ولو طلقها الزوج لا مهر لها، لإقرارها بفساد العقد، بخلاف الرجل فإن إصراره مفيد للتحريم.

وقبل الدخول لا مهر لها، وإن قبضته لا ترده، لإقراره بأنه حق لها، وبعد الدخول لها إن لم تكن عالمة بقرابته وإلا فلا مهر لها.

ولابد من منعها نفسها منه إن علمت صدقها.

فإن تزوجت غير راضية فالأصح عند الشافعية تصديقها بيمينها ولم تمكنه من وطئها، فإن مكنته مختارة لم تصدق.

ولها مهر المثل إن دخل بها وهي التي ادعت الرضاع، وإلا لم يجب لها شيء.

ولو شك في كونها محرماً له رضاعاً فلا عبرة له، لأن اليقين لا يزول بالشك، والأصل الحل فهو اليقين.

ولا بد من تحقق شروط الإقرار بحيث يولد مثله لمثله... كالإقرار بالنسب[1].

---

(١) فتح القدير: ٣/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥، بدائع الصنائع: ٤/ ١٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧، مغني المحتاج: ٣/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٥٧ ـ ٤٥٩.

الباب الثالث: الحضانة

الفصل الأول: تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها.

الفصل الثاني: الحاضن من النساء والرجال وشروطهم.

الفصل الثالث: وقت الحضانة.

الفصل الرابع: مكان الحضانة.

الفصل الخامس: رؤية المحضون والسفر به ومرضه وتعليمه.

الفصل السادس: سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة.

Damascus University

إن الأسرة الإنسانية هي التي تحكم بناء المجتمع، فإذا كانت هذه الأسرة منسجمة مستقرة كان المجتمع مستقراً، وقد تطرأ بعض الظروف على الأسرة تتجافى فيها السعادة والاستقرار عنها، وترقد في ثنايا الاختلاف والاشتجار، وبين هذا وذاك الأطفال، ولابد من أن نقلل ما أمكن من المشاكل الخطيرة التي يمكن أن تؤثر في نفسية الطفل، وتجعله إنساناً غير سوي، إن في عاطفته أو في شخصيته أو في تفكيره، ولأجل ذلك لابد من أن يظهر الأبوان أمامه ـ ما أمكنهما ـ على مستوى من العقلانية ومن تفهم أحدهما الآخر، وإلا كان القانون ملجأ يسنده الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة لأجل حمل المخالف على امتثال أحكام الشرع، وإن الله ليزع بالسلطان ما لا يزع بغيره لبعض الناس، ونستعرض في بحث الحضانة ما يصون الأسرة ويحفظ حقوقها في الحضانة، سواء كانت الحقوق للزوج أو للزوجة أو للطفل.

الفصل الأول:

تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها.

المبحث الأول: تعريف الحضانة وحكمها وأدلتها

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً:

لغة: من الحِضْن، وهو ما دون الإبط إلى الكَشْح ـ الخَصْر ـ أي الصدر ما بين تحت الإبط إلى الخَصْر، ويقال: رجل حاضن وامرأة حاضنة، والاسم منه: الحِضانة[1].

وفي الحديث: «زحزح قدميك لا أنفذ الرمح حِضْنَيْك...» أي لخرقت جنبيك[2].

اصطلاحاً: عرفها ابن نجيم من الحنفية بأنها (تربية الولد) وأضاف ابن عابدين: (لمن له حق الحضانة) والدردير من المالكية بأنها (حفظ الولد والقيام بمصالحه) والنووي من الشافعية بأنها: (القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه) وعرفها صاحب الإقناع من الحنابلة بأنها: (حفظ صغير ومجنون ومعتوه مما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم)[3].

وبالنظر في هذه التعريفات نراها تتفق على أن الحضانة هي الحفظ، وأنه مناطها، وإن اختلفت الألفاظ والشروح لهذا الحفظ من تربية أو قيام بشأن..فهي حفظ، وهذا الحفظ لمن هو محتاج إليه ممن لا يستقل بشأنه من صغير ومجنون ومعتوه..، ويكون الحفظ في الجسم والمبيت والطعام..

---

(١) القاموس المحيط: ١٠٧٣، المصباح المنير: ٥٤، معجم مقاييس اللغة: ٢/ ٧٣.

(٢) المغرب٢١٠، والحديث أخرجه في الجامع معمر بن راشد١١/ ٥١، وهو من كلام أسيد ابن حضير لعامر بن الطفيل حين طلب أخذ الخلافة أو المال... بعد رسول الله ﷺ.

(٣) على الترتيب: البحر الرائق: ٤/ ١٧٩، رد المحتار: ٢/ ٦٣٣، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٦، روضة الطالبين: ٩/ ٩٨، الإقناع: ٥/ ٤٩٥ ـ ٤٩٦.

والتوجيه والتربية... بفعل مصالحهم وتَجْنيبهم مفاسدهم، وعليه يمكن أن نعرف الحضانة تعريفاً يجمع بين تعريف ابن نجيم والدردير والنووي - رحمهم الله تعالى جميعاً - بأنها: تربية الولد والقيام بمصالحه.

المطلب الثاني: حكم الحضانة وأدلتها

وهي حق للصغير ولقرابته لأجل حفظه ورعايته، وهي واجبة على الأمهات، لأن الأصل فيها الإناث - وأولهن الأم - لمزيد شفقتهن وصبرهن وحنانهن، كما وتجب على الأولياء العصبات[1].

ودليل ذلك:

من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولا بد لأجل ذلك من بقاء الطفل عند الأم؛ لما لها من حلم وأناة وشفقة وعطف على وليدها فكانت أحق بحضانته[2].

ومن السنة المشرفة: ما رواه أبو داود وأحمد عن عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سِقاء، وحِجْري له حِواء، وإن أباه طلقني، فأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق به مالم تنكحي»[3]. فهذا الكلام منها توسل إلى الرسول ﷺ باختصاصها بهذه الأمور الثلاثة التي ذكرتها من الحمل والرضاع وضم الأكناف..مما لم يشاركها فيه الأب لتختص بحضانة الولد، فأقر لها ذلك الرسول ﷺ[4].

---

(١) البحر الرائق: ٤/ ١٨٠، بدائع الصنائع: ٤/ ٤٠ - ٤١، مواهب الجليل: ٤/ ٢١٤، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٢، المغني: ٩/ ٢٩٧.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٠٦ - ١٠٩.

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق باب من أحق بالولد برقم: ٢٢٧٦، وأحمد في المسند برقم: ٦٧٠٧، ٦/ ٢٥٤، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٢٠٧، ووافقه الذهبي، والحِواء: أي كان يضمه ويجمعه ويحويه.القاموس المحيط: ١١٥٠.

(٤) زاد المعاد: ٥/ ٣٨٩ - ٣٩٠، الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٠٩.

والإجماع على ذلك لأنه مخلوق ضعيف مفتقر لكل أسباب الرعاية ولكافل يرعاه ويحضنه[1].

ونصت محكمة النقض أن الحضانة حق للأم لا واجب عليها أثناء الحياة الزوجية وبعدها فذكرت: «لا فرق في الحكم بين قيام الحياة الزوجية وانفصالها من جهة أحكام الحضانة وانتهائها سنداً للمادة (٣٨٠) من كتاب الأحوال لقدري باشا، المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية».

ويُعد قيد النفوس صالحاً لانتهاء الحضانة (ش ـ ٥٢٢ ـ ٥٠٤ ـ ٢٤/ ١٢/ ١٩٦٦) وفيما يلي نص المادة (٣٨٠) من كتاب الأحوال لقدري باشا:

«الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة».

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢، مواهب الجليل: ٤/ ٢١٤، الإجماع: ٨٥.

المبحث الثاني:

الأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها

المطلب الأول: الأجرة على الحضانة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لها الأجرة على الحضانة إذا لم تكن منكوحة أو معتدة ينفق عليها غير أجرة الرضاع، وهي على المكلف بنفقته، وعلى ذلك القانون، إذ

نصت المادة (١٤٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها».

وذهب المالكية إلى أنه لا أجرة لها على الحضانة مطلقاً، وإن كانت نفقة سكنى الطفل فبالمحاصة عليها وعليه أو على من تلزمه نفقته.

وذهب الشافعية إلى أنها إن طلبت أجرة لحضانتها ووجدت متبرعة أو من طلبت أجرة أقل منها لم تكن الأم هي الأولى.

وذهب الحنابلة إلى أحقية الأم مع الأجرة مطلقاً، لأن أباه لا يتولى حضانته بنفسه وإنما يدفع الطفل لامرأة ما، وأمه أحق به[1].

ونصت محكمة النقض: «حرية القاضي في تقدير أجرة الحضانة مقيدة بالحد القانوني (ش ـ ٢٦٧ ـ ٢٤٨ ـ ٦/ ٨/ ١٩٦١) ويحكم بها من تاريخ الادعاء» (ش ـ ١٨٩ ـ ١٨٨ ـ ٨/ ٦/ ١٩٥٥).

كما نصت المادة (١٤٣): «لا تستحق الأم أجره للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق».

وكلتا المادتين هما ما ذهب إليه الجمهور سوى المالكية، وكذلك النفقة

---

(١) البحر الرائق: ٤/ ١٨٠ ـ ١٨١و١٨٣، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٣٤ ـ ٦٣٥، بلغة السالك والشرح الصغير: ١/ ٥٣١، الشرح الكبير: ٢/ ٥٣٤، تحفة المحتاج مع الحواشي: ٨/ ٣٥١و٣٥٣و٣٥٩، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٦.

في عدة الطلاق فهو مذهب الحنفية إذ تجب لها النفقة في عدة البائن، وقد مر في النفقات نفقة العدة[1].

ولكن محكمة النقض لم تمنع المطالبة بالنفقة أثناء الزوجية إذا تبرع الأب بها (ش ـ ١٥٢ ـ ١٩٧ ـ ١/ ٦/ ١٩٦٠).

وقال الحنفية: إذا كان الأب معسراً وتبرع بالحضانة متبرع محرم كالعمة كانت له وإلا فلا، لأن الأم أولى إلا إذا رضيت مجاناً، وتجبر عليها إن لم يكن متبرع[2].

وهذا ما عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤٤): إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع.

ولم يُبقِ القانون المحضون بلا نفقة في حال عسر الأب فذهب في المادة (١٤٧/ ٢): وفي حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك.

ولا بد من الأخذ بعين الاعتبار المادة (١٤٢) من قانون الأحوال السوري في نصها من أن النفقة على من يكلف بها، فإذن نفقة الصغير عليها عند عجز المكلف بها أو عسره، وهو دلالة النص في المادة (١٤٤) في تقديم المتبرع بالحضانة عند عسر الأب على الأم ما لم تتبرع الأم بها، وهو ما ذكره الفقهاء[3]، وهو نص عبارة المادة (١٤٧/ ٢).

ومن مقتضى النفقة وأنواعها: السكنى للحاضنة والمحضون وهي لازمة على الأب، وهو مقتضى المادة (٣٨٩) من كتاب الأحوال لقدري باشا، ويعمل بها بمقتضى المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري، وهو ما قررته محكمة النقض: إذا لم يكن للحاضنة مسكن تُسكِن فيه الصغير

---

(١) ينظر مبحث نفقة العدة.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٦٣٤ ـ ٦٣٦.

(٣) ر: رد المحتار: ٢/ ٦٣٥ ـ ٦٣٦.

فعلى أبيه سكناهما جميعاً، سنداً للمادة (٣٨٩) من كتاب الأحوال لقدري باشا، المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.(ش ـ ٥ ـ ٢ ـ ٤/ ١/ ١٩٦٤).

وفيما يلي نص المادة المذكورة:

«إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعي، فلا أجر لها على الحضانة، وإن كانت مطلقة بائناً أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة له، فلها الأجرة، وإن أجبرت عليها، وإن لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير، فعلى أبيه سكناهما جميعاً، وإن احتاج المحضون إلى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به، وغير الأم من الحاضنات لها الأجرة». وتقيد هذه الفقرة بما سبق بحال الزوجية والعدة.

المطلب الثاني: نفقة المحضون

وقال عامة الفقهاء: نفقته على الأب، أو على من تلزمه نفقته[1] إن لم يكن له مال وإلا ففي ماله[2].

المطلب الثالث: الإجبار على الحضانة

ولو امتنعت الأم عن حضانته هل تجبر عليها؟ :

ذهب الفقهاء إلى عدم إجبارها لاحتمال عجزها، ولكونه حقاً لها فلا تجبر عليه، بينما تجبر إذا لم يوجد غيرها، أو وجد غيرها وامتنع الرضيع عن قبول ثدي غير أمه، أو كان أبوه معسراً لا يستطيع أن يستأجر مرضعاً ترضعه، فتلزمها نفقته[3].

---

(١) الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٦و٥٣٣.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٦٣٥ ـ ٦٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٨، المغني: ٩/ ٢٩٧.

(٣) البحر الرائق: ٤/ ١٨٠ ـ ١٨١، بدائع الصنائع: ٤/ ٤٠، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٣٤ ـ ٦٣٦، الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، مواهب الجليل: ٤/ ٢١٨ ـ ٢١٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٦، نهاية المحتاج: ٧/ ٢٣١، وذهب الشافعية في قول ثان إلى أن ولاية الحضانة تصبح للسلطان، ورُد بأن القريب أشفق، المغني: ٩/ ٢٩٧.

الفصل الثاني:

الحاضن من النساء والرجال وشروطهم

المبحث الأول: الحاضن من النساء والرجال

ذهب الجمهور إلى تقديم الأم وهي أحق النساء بالحضانة، ثم أم الأم، ثم أم الأب وأمهاتها المدليات بإناث، لأن الأصل فيها الأم وكل من يدلي بها، لزيادة شفقتها، وفي رواية عند الحنابلة تقدم أم الأب على أم الأم لإدلائها بعصبة، وعليه فيكون الأب بعد الأم وأمهاتها ثم أمهاته.

وذهب المالكية إلى تقديم الأمهات من جانب الأم مطلقاً، وهو رأي الشافعية في القديم، ثم الخالات، ثم الجدة من قبل الأب، ثم الأب، ثم الأخوات، ثم العمات.

أما الجمهور: فبعد الأم..: الأخوات، ثم الخالات، وفي رواية أخرى عند الحنفية: تقدم الخالة على الأخت لأب، لقوله ﷺ «الخالة بمنزلة الأم»[1]. ثم بنات الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم العمات، وهن آخر النساء حضانة، ثم تصرف إلى الرجال، وعند الحنفية: ثم تصرف إلى خالة الأم لأب وأم ثم لأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء.

وهنا تصرف الحضانة عند الحنفية إلى الرجال؛ لأنهم أقدر حماية وإقامة لمصالح الصغار، وذلك حين بلوغه السن التي تكون حضانته فيها للرجال، بحسب ما سنذكره، وهي ثابتة للعصبات بحسب قوتهم، ثم إلى القاضي.

وأما المالكية: فتصرف بعد النساء إلى وصي الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه، الأقرب فالأبعد[2].

وذهب قانون الأحوال السوري في المادة (١٣٩ف١) إلى رأي الحنفية حيث قال: حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت،

---

(١) أخرجه البخاري في الصلح، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان..رقم: ٢٥٥٢.

(٢) بدائع الصنائع: ٤/ ٤١ ـ ٤٢، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٥٢٧ ـ ٥٢٨، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٢ ـ ٤٥٣و٤٥٦، نهاية المحتاج: ٧/ ٢٢٦، المغني: ٩/ ٣٠٧و٣٠٩ ـ ٣١٠.

فللأخت الشقيقة، فللأخت لأم، فللأخت لأب، فلبنت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات، بهذا الترتيب، ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث.

وعلى الحاضنة طلب حضانتها فنصت المادة (١٣٩) ف٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري: للحاضن، أماً كانت أو جدة لأم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة، بعد التأكد من قرابتهما بوثيقة من أمانة السجل المدني، ويقرر أيضاً للصغير نفقة مؤقتة على من يراه مكلفاً بها، ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للتظلم من هذا القرار، وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم.

وبينت محكمة النقض (ش ـ ٤٢٤ ـ ٤٥٨ ـ ٢٩/ ١٠/ ١٩٧٠): «حضانة الطفل من قبل الجدة لأم لا تحتاج إلى حكم قضائي، وتستطيع الأم الحاضنة أن تسلمها الولد مباشرة».

فإذا تعدد الحضنة من جنس واحد: فذهب الحنفية إلى تقديم الأصلح فالأورع فالأكبر، والمالكية الأكثر شفقة، وإلا أقرع بينهم، والشافعية والحنابلة: يقرع بينهم[1].

وذهب قانون الأحوال السوري إلى أن القاضي هو الذي يختار مقيداً بالأصلح، حيث نصت المادة (١٤٠): «إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح».

فإذا لم يكن حاضن حضنه المسلمون وعليهم نفقته[2].

---

(١) الدر المختار: ٢/ ٦٣٨، البحر الرائق: ٤/ ١٨٢و١٨٤ ـ ١٨٥، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٨، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤و٤٥٦، المغني: ٩/ ٣١٠.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥.

المبحث الثاني:

شروط الحاضن من النساء والرجال

١ ـ العقل والبلوغ: لأنها نوع ولاية، ولتعهد الطفل، ولو جن نادراً فلا عبرة له، ويعد كالمرض.

وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري (م١٣٧) حيث نصت: «يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً».

٢ ـ العدالة وعدم الفسق: وذلك بعدم الوقوع في الكبائر كالزنا، مما يشغل الأم عن وليدها فيضيع، وتكفي العدالة الظاهرة، لأن الأصل العدالة والأمانة، فلو كانت سيئة السيرة فلا بأس ما لم يعقل وليدها ذلك ولم يتعرض للضياع ودون الكبائر، كما لو اشتهرت بذلك، وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية، فاشترط القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً (م١٣٧).

وذهب بعض من الفقهاء إلى عد كثرة الخروج وما أشبهه فسقاً مما فيه ضياع الولد.

وكذلك يعد ذلك في جانب الحاضن من الرجال بدءاً من الأب وغيره من العصبات، فالفاسق والمعتوه لا حضانة لهم، وعلى هذا نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤٧/ ٣): «إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة، يسلمان إلى من يليه في الولاية، وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة».

وذلك أن الفقرة الأولى نصت على سلطة القاضي التقديرية في اختيار الأصلح.

ووضحت محكمة النقض وجهة النظر في عدم العدالة والفسق، فنصت: الفجور المسقط للحضانة ينظر إليه من ناحيتين:

الأولى: إذا كان ينجم عنه ضياع المحضون وتركه مشرداً في الأزقة،

وهنا تسقط الحضانة إطلاقاً مهما كان سن الصغير.

الثانية: إذا كان ينجم عنه فساد أخلاق الصغير وسوء طبعه، وهنا لا تسقط الحضانة إلا ببلوغ المحضون سناً يعقل فيها تمييز الضار من النافع (ش ـ ٤٤٢ ـ ٤٣٥ ـ ١٥/ ١٢/ ١٩٦٣).

والذي أرجحه أن زنا الحاضنة مسقط مهما كانت سن المحضون، بخلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض (ش ـ ٩٨ ـ ٨٦ ـ ٢/ ٣/ ١٩٧٠) من عدم إسقاطه، وذلك إعمالاً للمواد والأحكام السابقة، فلا تعد الزانية قادرة خلقاً وقد اشترطت المادة (١٣٧) القدرة على صيانة خلقه، إذ لابد وأن يصحب الزنا مفاسد عديدة قد تصل إلى الاعتداء على الولد. ولما نصت عليه محكمة النقض في قرار آخر لها(ش ـ ٣٧٨ ـ ٣٧٥ ـ ١٢/ ١٢/ ١٩٦١): من انشغال الحاضنة خارج البيت يسلبها حقها في الحضانة ما دامت مستمرة فيه، و الزنا أشد سوءاً من الانشغال عن المحضون.

٣ ـ أن تكون ذات رحم محرم وأن يكون عصبة: فلا حضانة لبنت العم والخال وبنت العمة والخالة؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة والرحمة، والمحارم أكثر شفقة، مقدماً فيهن الأقرب فالأبعد.

ولا حضانة لابن العم إن كان المحضون بنتاً تشتهى، فلا تسلَّم إليه اتفاقاً، وحدد الحنابلة سنها وحضانته بسبع، لأنه ليس بمحرم، وله أن يتزوجها، ثم تنتقل الولاية إلى القاضي عند الحنابلة في رواية، وعند الشافعية إلى ثقة يعفها ابن عمها، وعند محمد: يجعلها عند الخال وهو أولى من ابن العم، وكلاهما لا بأس به.

ولو كان صبياً فلابن العم لأنه عصبته.

٤ ـ أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير: لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[1] ولقضاء أبي بكر بابن عمر ـ عاصم ـ لأمه رضي الله عنهم.

---

(١) سبق تخريجه ص٦٩٦.

١ ـ ضم الأم غير المسلمة إلى قوم المحضون وإبقاؤه عندها: لكونها أشفق، إن خيف عليه في رأي الحنفية والمالكية، وإلا فيجوز بقاؤه عندها إلى انتهاء حضانتها دون ضم، وأبطل الشافعية والحنابلة حضانتها مطلقاً، ليُنشأ على دين أبيه، ولا يعوّد ما حُرم عليه.

٦ ـ رشد الأب لحفظ مال المحضون.

٧ ـ القدرة على القيام بشؤون المحضون.

٨ ـ عدم المرض المعيق وعدم عاهته ولو بالولد مثلها.

٩ ـ عدم الخرس والصمم معاً.

١٠ ـ أمن المكان، والثلاثة الأخيرة عند المالكية، وإلا بأن استطاع بنظره تدبير الولد فلا بأس به عند الشافعية.

١١ ـ أن يكون لدى الأب وما أشبهه من يحضن من الإناث، من زوجته أو مستأجرة أو متبرعة، إذ لا صبر للرجال على أحوال الأطفال، وإلا لم يكن له حق[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٠ ـ ٤٣، البحر الرائق: ٤/ ١٨١ ـ ١٨٦، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٦ ـ ٥٣١، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٢ ـ ٤٥٦، المغني: ٩/ ٢٩٧ ـ ٣٠٩، واشترط الشافعية في الحاضنة أن لا تمتنع عن إرضاعه إن كان لها لبن فإن امتنعت ولها لبن سقطت حضانتها في الأصح.مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث:

وقت الحضانة

للحضانة مرحلتان: الأولى: للنساء، والثانية: للرجال، ويميز بين حضانة الغلام وبين حضانة الفتاة عند عامة الفقهاء، إضافة إلى أن الحنفية دون غيرهم من الفقهاء قد ميزوا بين حضانة الأم وإحدى الجدتين وبين حضانة غيرهن، وبيانه:

المبحث الأول: حضانة النساء والرجال

ويفرق فيها كما أشرنا بين الغلام والفتاة:

أما الغلام: فذهب الحنفية إلى أن حضانته للنساء إلى استغنائه، بحيث يأكل ويشرب..وحده، أو سبع سنين أو ثمان، ثم إلى أبيه..، فإذا بلغ خُيِّر.

وكذلك الشافعية والحنابلة إلا أنه يخير عندهما بعد التمييز، وهذا هو المشهور المختار عن الإمام أحمد، وفي رواية: الأب أحق به دون تخيير، فإذا بلغ تولى أمر نفسه، والأولى كونه عند الأب للمجانسة، وإن خيف عليه منع من مفارقة أبويه.

أما المالكية فقالوا: يبقى عند أمه إلى البلوغ، ثم إلى الأب، وهذا في رواية عن الإمام أحمد أيضاً.

وأما البنت: فعند الحنفية تبقى الحضانة لأمها حتى تحيض أو تشتهى، أو تبلغ إحدى عشرة سنة، لتتخلق بأخلاق النساء وأمورهن، ثم إلى الرجال حيث تحتاج لحمايتهم ورعايتهم لئلا يتجرأ عليها طامع.

وقال المالكية: تستمر حضانة الأم حتى يدخل الزوج فيها.

وقال الشافعية والحنابلة: تستمر إلى التمييز، ثم تخير عند الشافعية بين أبيها وأمها، وتكون للأب دون تخيير عند الحنابلة، وهذا هو المشهور، وفي رواية: الأم أحق بها حتى تبلغ ولو تزوجت الأم، وفي رواية ـ كالشافعية ـ تخير.

فإذا بلغت فعندهما إن مجتمعين، أو عند أحدهما، وللولي إجبارها على السكنى معه إن وجد ريبة.

وما سبق من آراء عند الحنفية إذا كانت الحاضِنة هي الأم أو إحدى الجدتين، فإذا كن غيرهن: فإن حضانة النساء تستمر عليهن إلى أن يقوما بشؤونهما، أي: إلى التمييز، أو يستغنيا، ثم تنتقل إلى الأب لئلا يُستخدما من غير الأمهات، ولا استخدام لغيرهن عليهما[1].

الأدلة ومناقشتها:

إن ثبوت الحضانة للأم أمر لا نزاع فيه ـ مما سبق ذكره ـ وإنما النزاع في الوقت الذي تستمر إليه حضانة الأم كما بينا.

وقد استدل جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين قالوا بحضانة الأم للصغير إلى التمييز بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأته الأنصارية ـ أم ابنه عاصم ـ فلقيها تحمله بمُحَسِّر، ولقيه قد فطم ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه، حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر، فقضى لها به، وقال: ريحها وحرّها، وفرشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه»[2].

وفي رواية أخرى قال له: «هي أعطف، وألطف، وأرحم، وأحنا، وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تزوَّج»[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢ ـ ٤٤، البحر الرائق: ٤/ ١٨٤، رد المحتار: ٢/ ٦٤١، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧و٤٥٩ ـ ٤٦٠، المغني: ٩/ ٢٩٩ ـ ٣٠٤، زاد المعاد: ٥/ ٤١٧.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب: أي الأبوين أحق بالولد؟: ٧/ ١٥٤، رقم: ١٢٦٠١، زاد المعاد: ٥/ ٣٩١. ومُحَسِّر: قرب المزدلفة.القاموس المحيط: ٣٣٩، معجم البلدان: ٥/ ٦٢.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب: أي الأبوين أحق بالولد؟٧/ ١٥٤، رقم: ١٢٦٠٠، زاد المعاد: ٥/ ٣٩١..مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٢.

ووجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ جعل الحضانة للأم في الحديث السابق، وقد عمل الصحابة به، وحكموا ببقاء الحضانة لها حتى يشب الغلام، أي: يعقل، وفي سن التمييز يكون عقله وجسمه قد استقاما واشتد عوده، وعندئذ ينقل إلى الرجال، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولا مخالف، فكان إجماعاً.

ولما كان النساء بالطفل أرفق وبتربيته أخبر، وعلى شؤونه وأحواله أصبر، كان الطفل لهن في صغره، ثم ينتقل إلى الرجال ليتخلق بأخلاقهم وطرائقهم، وليكتسب العلم أو الحرفة والصنعة، ولا حتياجه للتأديب، والرجال على ذلك أقدر..، مما يتعارف عليه ولا ينكر[1].

وأضاف الحنفية: أن العقل يقضي باستمرار الحضانة إلى البلوغ، لأنها ولاية ثابتة للأم وتنتهي بالبلوغ، وهو محتاج للرعاية..، لكن تركنا القياس في الغلام لما مر في حديث أبي بكر رضي الله عنه من قضائه بعاصم لأمه ما لم يشب، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم يخالف فيه أحد، فكان إجماعاً[2].

وتقييدها بالسبع أو بالثمان..فلأنه أول حال أمر الشرع حيث خوطب الصغير بالصلاة، ولشدة احتياجه إلى أمه قبل ذلك، فإذا استغنى بأن عرف كيف يتوضأ..ويأكل ويشرب..اشتدت حاجته إلى أبيه فكان له.

وأما الجارية فتبقى على أصل القياس، إذ تمس الحاجة إلى بقائها لدى أمها إلى بلوغها، لتتعلم آداب النساء وأخلاقهن، وأمور الأمومة وتربية الأطفال وإدارة المنزل، وهي مهمة عظيمة وخطيرة، تحتاج إلى التدريب والتعويد والمباشرة، فإذا ما بلغت الفتاة كانت أحوج إلى الحماية والحفظ،

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٢، المغني: ٩/ ٢٩٩، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٦، زاد المعاد: ٥/ ٣٩٣، الإجماع: ٨٥.

(٢) انظر: الإجماع: ٨٥.

ولا تستطيع ذلك الأم، بل يكون الأب على ذلك أقدر وأحفظ فكانت له[1].

والمهم كما قال ابن عابدين: المناط والعلة الحفظ وعدم التضييع[2].

وأما المالكية فقد استدلوا بحديث: «أنت أحق به...» وقد جعل الحضانة للأم دون تأقيت، فتكون كذلك، لكن عندما تنتهي الحاجة لها ببلوغ الغلام، فيكون للأب، وأما الأنثى فالحاجة قائمة حتى تُزوَّج، وحَسْب الأب حق الإراءة، بل عليه تعهدهما وزيارتهما، كما أن الأب يخرج كثيراً لتحصيل أمور معاشه، بينما تكون الأم في بيتها، فتكون أحفظ لابنتها ولابنها، كما أن الأب سوف يتركهما عند امرأته، والأم أولى منها لشفقتها، ولاحتياجها لها لتعلمها أمور النساء، ولو كانت امرأة أبيها تعلمها، فإن ذلك سوف يؤدي إلى ترددها بين أمها وأبيها، مما ينافي عدم بروزها، وضرورة تعويدها عدم الخروج إلا لحاجة[3].

ولهذا قال القرافي فيما نقله عنه الخرشي: «لما كانت الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال، ويزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالمحضون فرضت على النساء»[4] أي ولابد من بقاء الغلام إلى البلوغ، والغلامة إلى التزوج.

الترجيح:

إن الاختلاف بين الفقهاء منحصر في الغلام الذي لم يشب بعد، فالجمهور قالوا بانتهاء حضانته بتمييزه، والمالكية ببلوغه، وبشكل أضيق في الصبية فالجمهور بتمييزها أو باشتهائها أو حيضها والمالكية إلى تزوجها.

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤٢ ـ ٤٣.

(٢) رد المحتار ٢/ ٦٣٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٠٨ ـ ١٠٩، زاد المعاد: ٥/ ٤٠٢ و٤١٥.

(٤) شرح مختصر خليل ٤/ ٢١٠ ـ ٢١١. بتصرف. والخرشي: محمد بن عبد الله بن علي المالكي، ولد ببلدة أبو خراش في مصر، فقيه، شيخ الأزهر بمصر [١٠١٠ ـ ١١٠١هـ.] معجم المؤلفين ٣/ ٤٣١.

والذي يمعن النظر في الأدلة وإطلاقها يرى أرجحية رأي المالكية في استمرار الحضانة إلى البلوغ، لحديث: «أنت أحق به..» فهي أحق بالمحضون ولو بلغ ما لم تتزوج، فإذا بلغ تصرف وحده أو ضمه الأب إليه لئلا يضيع، وكذلك الفتاة ولكنها تبقى إلى تزوجها لاحتياجها، ويحصّل الأب حقه بالإراءة والتعهد بحسب آراء الفقهاء.

وكذلك لقضاء سيدنا أبي بكر وقوله: «حتى يشب ويختار لنفسه...» والبالغ هو صاحب الاختيار الصحيح، وسواه لااختيار له.

وإن كان واقعنا المعاصر يرجح ما ذهب إليه القانون، لأن الإراءة السليمة غير موجودة، والتعهد من الولي للمحضون يقرب أن يكون مستحيلاً، وإلى الله المشتكى.

المبحث الثاني:

وقت حضانة الرجال وتخيير المحضون بين أبويه

قد تبين لنا فيما سبق أن الحنفية والمالكية لم يقولوا بتخيير الولد عند بلوغه سن التمييز، وإنما قال به الشافعية لكليهما، والحنابلة في الغلام فقط، بينما ذهب الحنفية إلى تخيير الصبي عند بلوغه، إن بلغ عاقلاً واجتمع رأيه، وإلا ضمه إلى نفسه وهو مذهب الشافعية والحنابلة إذا بلغ، وعند المالكية مطلقاً هو إلى الأب.

وأما الفتاة البالغ فإنْ بكراً ضمها ولا تخيير لأنها مطمع ولم تختبر الرجال ولا يؤمن عليها الخداع، وإن كانت ثيباً مأمونة لم يضمها وتركها حيث أحبت واختارت، وإلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها ضمها إليه.

وأما أدلتهم: فقد استدلوا من السنة والمعقول على تخيير الغلام بما يلي:

من السنة: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ، فقالت: يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عِنَبة، وقد نفعني. فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه» فقال زوجها: من يحاقُّني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به[1].

ووجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ قد خير الولد بين أبويه، وبنى حق الحضانة على اختياره، وقد عمل الصحابة بذلك فخيروا جميعهم من بلغ التمييز[2].

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد؟ رقم: ٢٢٧٧، ٢/ ٧٠٨، واللفظ له، والنسائي في كتاب الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، ٦/ ١٨٥، بمثله، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام..، رقم: ١٣٥٧، ٥/ ٣٨، وابن ماجه في الأحكام، باب: تخيير الصبي، رقم: ٢٣٥١، ٢/ ٧٨٧.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦و٤٥٩ ـ ٤٦٠، المغني ٩/ ٢٩٨ ـ ٢٩٩، زاد المعاد ٥/ ٤١٥ ـ ٤١٩.

ومن المعقول: أن المميز أعرف بحظه، ويتساوى أمه وأبوه في رعايته، وسن التمييز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً، لأنه أول خطاب الشرع بالصلاة، ويكون فيه فاهماً مدركاً لأمره وتدبيره، هذا مع كون المميز عارفاً بأسباب الاختيار، وإلا أخر إلى حصول ذلك.

ويشار إلى أن الشافعية قد قالوا بالقرعة، ولكنهم قدموا التخيير عليها، لأن بعض الرواة ذكر القرعة، والبعض الآخر لم يذكرها[1].

واستدل الشافعية على تخيير الفتاة بما رواه رافع بن سنان رضي الله عنه أنه أسلم، وأبت امرأته أن تُسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم، وقال رافع: ابنتي، فقال النبي ﷺ لرافع: «اقعد ناحية» وقال لامرأته: «اقعدي ناحية» قال: وأقعد الصبية بينهما ثم قال «ادعواها»، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها، فأخذها رافع بن سنان[2].

وهذا دليل واضح على إثبات التخيير للصبية.

وقال الحنابلة في عدم تخيير الفتاة: إن الغرض من الحضانة الحفظ للفتاة، وهذا يكون بإقامتها عند أبيها بعد السبع، ولأنها قاربت صلاحية التزوج..، والولاية له، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر، ولا تقاس على الغلام، لتمييز الشرع ما يخص الذكر عن الأنثى من أحكام، ولأن التخيير عكس ما شرع للإناث من عدم البروز وكثرة الخروج، فلا يستحسن تمكينها من التنقل بين الأب والأم كلما تغير اختيارها.

إضافة إلى كون الرجل أشد غَيرة وحرصاً على ابنته من النساء، وكم من

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) ورافع بن سنان الأنصاري يكنى أبا الحكم، صحابي روى عن النبي ﷺ في تخيير الصغير بين أبويه. الاستيعاب ٢/ ٦١، والحديث أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: تخيير الصبي..، رقم: ٢٣٥١، ٢/ ٧٨٧، والبيهقي في النفقات، باب: الأبوين إذا افترقا..، ٨/ ٣، زاد المعاد: ٥/ ٤١٩، وانظر: نصب الراية للزيلعي: ٣/ ٢٧١.

الأمهات من تساعدن على هوى بناتهن، هذا مع مراعاة الصيانة والحفظ للولد مطلقاً فيما إذا كان الأب غير مرضي، وقد حدث أن تنازع أبوان طفلاً، فاختار أباه، فقالت الأم للقاضي: سَلْه، لِمَ اختار أباه؟ فقال: ترسلني أمي للكُتَّاب لأتعلم، وأبي يسمح لي باللعب، فقضى به للأم.

كما أنه إذا قُدِّر أن زوجة الأب سوف تظلم الفتاة، كانت للأم، لأن العلماء متفقون على عدم تعيين أحد الأبوين مطلقاً.

وإن بعض الآباء يقبلون على الأبناء دون البنات، وإذا ترددت البنت بين الأبوين في تنقل اختيارها، ضاعت البنت، فناسب إلزام الآباء حضانتها عند تمييزها دون تخيير، لأن الفقه إنما هو تنزيل المشروع على الواقع.

ويبقى التخيير في الغلام دونها عملاً بأحاديث التخيير، ولأن حديث التخيير الوارد كان المخير فيه غلاماً[1].

وعلى كلٍّ قال المرداوي من الحنابلة: «لا يقر الطفل بيد من لا يصونه ويصلحه»[2].

أما الحنفية فقد استدلوا على عدم التخيير مطلقاً، بأن أحاديث التخيير لم يرد فيها سن المخير، بل حديث بئر أبي عِنَبة يدل على أن المخير كان بالغاً، فقال الحنفية: التخيير إنما هو للبالغ، إذ لا يمكن للصغير الاستقاء من البئر.

وأيضاً: فإن التخيير لا حكمة فيه، لاختيار الصغير شر الأبوين، لغلبة هواه، وميله إلى اللذة الحاضرة، فيختار من يهمله ولا يؤدبه.

والذي يؤكد أن التخيير للبالغ ما روي عن عمارة بن ربيعة الجرمي قال:

---

(١) المغني: ٩/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣، كشاف القناع: ٥/ ٥٠٢، زاد المعاد: ٥/ ٤٢٠ ـ ٤٢٢ و٤٢٤ ـ ٤٢٥. وأخرج الحديث عبد الرزاق في مصنفه، رقم: ١٢٦١٦، ٧/ ١٦٠. وأخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٢) الإنصاف ٩/ ٤٣٢. والمرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الصالحي الحنبلي، فقيه، محدث، أصولي، ولد بفلسطين وتوفي في دمشق، له: الإنصاف، كنوز الحصون.. وغيرهما ﻫ[٨١٧ ـ ٨٨٥هـ]ﻫ شذرات الذهب: ٧/ ٣٤٠ ـ ٣٤٢.

خاصمتْ فيَّ أمي عمي من أهل البصرة إلى علي، قال: فجاء عمي وأمي فأرسلوني إلى علي، فدعوته فجاء، فقصوا عليه، فقال: أمك أحب إليك أم عمك؟ قال: قلت: بل أمي، ثلاث مرات، فقال لي: أنت مع أمك، وأخوك هذا إذا بلغ ما بلغت، خُيّر كما خُيّرت، قال: وأنا غلام.

وهذا واضح صريح في أن التحيير عند البلوغ[1].

وأما المالكية فاستدلوا على عدم التخيير بما ورد في حديث البراء رضي الله عنه قال: «خرج النبي ﷺ، فتبعتهم ابنة حمزة: يا عم يا عم، فتناولها علي، فأخذ بيدها، وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك احمليها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر، فقال علي: أنا أحق بها، وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم»[2].

ووجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ جعل الحضانة للخالة، وسمى الخالة أماً، أي في حكمها، ولم يقض بالتخيير، كما قال للأم في الحديث السابق: «أنت أحق...» فجعل الحضانة لها مطلقاً ودون تخيير[3].

المناقشة والترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة ماذا يمكن أن يكون الرأي في التخيير؟

إن التخيير الذي قال به الحنفية، صريح في تخيير البالغ، للنظر إلى مناط الحضانة الذي أشار إليه ابن عابدين، مع معلومية أسباب الاختيار الذي قال به الشافعية وأنه في مصلحته، وما ورد عن سيدنا علي رضي الله عنه يؤكد تخيير البالغ دون سواه، وما قضى به سيدنا أبو بكر بعاصم لأمه ما لم يشب، والبلوغ أول الشباب، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الصغير ربما يؤثر الدَّعة والكسل واللعب على الجدِّ والتحصيل والأخذ بأسباب العلم.. يجعل من

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤٤. والحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، رقم: ١٢٦٠٩.

(٢) انظر صحيفة ٧٠١.

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ١٠٩.

اللازم القول بأن التخيير إنما يكون عند البلوغ، وهذا بالنسبة للفتى، وخاصة كما قال الحنابلة: العبرة للصيانة والصلاح.

وأما الفتاة فإن ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من أنها للأب عند البلوغ، أو المالكية من أنها للأم..، وكذلك الشافعية في الأولى، مستدلين على ذلك بأدلتهم المذكورة، يجعل القول بعدم تخيير الأنثى أولى وأرجح، صيانة وحفظاً لئلا تعوّد البروز والخروج، ولئلا تضيع بين الطرفين، وخاصة أنها تكون في هذه السن مطمعاً لمرضى النفوس، فلابد من الاحتراز عن كل ما يمكن أن يضر بمصلحتها.

المبحث الثالث:

رأي قانون الأحوال الشخصية السوري في وقت الحضانة

لقد كان المرسوم التشريعي رقم (٥٩) بتاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ القاضي بتطبيق قانون الأحوال الشخصية السوري ينص على أن تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام السابعة من عمره والبنت التاسعة، فعدلت بالمادة (١٩) من القانون (٣٤) بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١، وصار نص المادة ١٤٦:

تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنت الحادية عشرة.

وهذا كما يرى هو تطبيق لمذهب الحنفية، وجاءت أحكام المحاكم الشرعية وفق ذلك، لأنه لا اجتهاد في مورد النص، وكذلك جاءت أحكام محكمة النقض، مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط العامة للحضانة.

ثم عدلت هذه المادة بالقانون رقم (١٨) تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٥ فصار نص المادة (١٤٦): «تنتهي مدة الحضانة بإكمال الفتى الثالثة عشرة من عمره والبنت الخامسة عشر من عمرها».

ثم جاءت المادة (١٤٧) في الفقرة الأولى لتقول:

إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد.

وهذه الفقرة هي تطبيق جزئي لرأي المالكية في بقاء المحضون إلى البلوغ عند أمه إن كان ذكراً، وهو مخالف لرأي المالكية في بقائه عند أبيه إلى البلوغ، وموافق لهم في بقاء البنت عند أمها إلى التزوج إن هي تزوجت، ومخالف لرأيهم في تأقيت حضانتها للأم إلى بلوغها سن الرشد وحسب، ومخالف لرأيهم في وضعها عند الأب، وكذلك مخالف لرأيهم في تأقيت ذلك بسن الرشد، إذ سن الرشد في تمام الثامنة عشرة (م١٦٢ أحوال).

وعلى كلٍّ فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الأصلح للمحضون، ولكن هذا كله بشرط أن لا يكون الولي هو الأب، وهو مخالف لرأي المالكية أيضاً، إذ لا يفرق المالكية بين الأب وغيره، كما مر في بحث الحاضن.

وهو كما يرى نظر واعتبار إلى ما فيه مصلحة المحضون وحفظه ورعايته عندما أشارت إلى الأصلح، وهو ما قاله الفقهاء من أن مناط الحضانة الحفظ والرعاية والقيام بشؤون المحضون، وهذا ما نصت عليه محكمة النقض(ش ـ ٥٥٥ ـ ٥٧٨ ـ ٣٠/ ١١/ ١٩٧٢): «يتوجب على القاضي النظر في تمديد مدة الحضانة على ضوء مصلحة المحضون».

ولكن هل انتهاء حضانة الأم ببلوغ الصبي تمام التاسعة محقق لمصلحته؟ وكذلك إكمال الفتاة الحادية عشرة محقق لمصلحتها؟ مع ما يوجد من سلطة واختيار في المادة (١٤٧ف١).

إن الواقع المشاهد أن الأب ـ إن أخذ طفله ـ فسوف يقوم برعايته زوجته، ولا يخفى ما تحمله زوجة الأب في غالب الأحيان من عواطف لا تحمد، إن لم تتجاوز ذلك إلى سيء القول والعمل والمكيدة والحيلة لطفل لما يبلغ الحُلُم بعد!.. وذلك أن الأب سوف ينطلق إلى عمله كل صباح لتدبير عيشه وأمور دنياه، ولا يقدر أن يجلس إلى جانب طفله ليرعاه ويحفظه، فأيهما أولى أن يترك الطفل عند أمه بشفقتها وحنانها ولطفها ومسّها.. ـ كما قال سيدنا أبو بكر ـ أم أن ينقل إلى زوجة أبيه ليلقى نكالاً، وقد قال الفقهاء: ولا يقر المحضون بيد من لا يصونه ولا يحفظه، والعبرة والمناط والعلة للحفظ وعدم التضييع، وإذا ظلمت زوجة الأب الطفل فلا يقر به للأب، والفقه تنزيل المشروع على الواقع، أي معالجته وإيجاد الحلول له، وإن لم يستطع التغيير كلية.

وإن قول المالكية ببقاء الطفل لدى أمه ولو كان الولي الأب أولى من قول الحنفية، وخاصة لواقعنا المعاصر، حيث يلقى الأطفال نكالاً إن افترق

أبواهما، ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط العامة للحضانة إذا هي حبست نفسها لتربية الأطفال وصيانتهم ولم تتزوج وكانت مأمونة. ولذا جاءت المادة (١٤٦) بتعديلها بالقانون (١٨) ٢٠٠٣ بنصها المعدل.

ويبقى هنا حق الأب في تعهد طفله وتعليمه وزيارته وتأديبه، بل قال البعض: يزوره كل يوم، أو عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً... مما سنبحثه وسنذكره مفصلاً في الكلام عن الإراءة فلا يضيع فيه حق الأب ولا يبتعد عن طفله، وإلا بأن لا يمكنه تعهده نهاراً فإنني أرى العودة إلى تحديد الحضانة بالسابعة للفتى والتاسعة للفتاة بشرط أن لا يضيعا كذلك عند الأب، أو يعطى للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٦٢) إلى قريب من ذلك فقال: «تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم» ولكن قصر هذا القانون الحق على الأم في امتداد الحضانة إلى بلوغهم، إذ صرحت المادة السابقة (١٦١) منه: «تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة» وهذا أمر مستحسن لا بأس به، ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الراهنة، ومناط الحضانة، وأن الطفل لا يقر بيد من لا يصونه، أو بيد من يظلمه كامرأة أبيه، وإلا بأن يعطى القاضي سلطة يتحقق فيها من مصلحة المحضون. كما ذهب إليه قانون الأحوال السوداني في المادة الأولى: «للقاضي أن يأذن بحضانة النساء بعد سبع سنين إلى البلوغ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى الدخول، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك، وللأب وسائر الأولياء تعهد المحضون عند الحاضنة وتأديبه وتعليمه»[1] فلم يميز بين الأم وسواها من الحاضنات، وهو أوفق مع رأي الفقهاء عموماً، ولا أرى أنْ يقتصر على الأم في امتداد الحضانة، إذ تكون أم الأم عادة في

---

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية ١/ ٥٥٢ ـ ٥٧٣، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢/ ٢٤٩ ـ ٢٥٧، قانون الأحوال الشخصية الأردني.

شقفتها لا تنقص عن الأم، بل ينطبق لغة على أم الأم أنها أم، وقد قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فدخلت عموم الأمهات، فينطبق على الأم أنها والدة، لأن لها وِلاداً[1]، وهكذا... فلِمَ يقتصر على الأم؟ !، بل ينبغي أن يبقى الأمر كما ذهب إليه قانون الأحوال السوري في المادة (١٣٩): حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت«٣»..

ولكن هل نقول ببقاء البنت لدى أمها إلى تزوجها كما ذهب إليه قانون الأحوال السوداني مع سلطة تقديرية للقاضي، أم يكتفى ببلوغها؟ .

فإذا بلغت كانت لأبيها؟. كما ذهب إليه قانون الأحوال الأردني (م١٦٢).

إن القول ببذاء حضانتها إلى تزوجها يعني استمرار رعاية أمها ونظرها لمصالحها، إذ الفتاة التي بلغت وصارت تشتهى ومن ذوات الحيض.. تبقى محاذير كثيرة في انتقالها إلى أبيها لتكون في كنف من قد يقصّر في جانبها كزوجة أبيها، ولا يعني هذا مسخ أو نقض حق الأب، مما سأذكره في الإراءة، ولكن يبقى له تعهدها ورعايتها وتأديبها.. فالقول ببقائها عند أمها إن هي حبست نفسها لرعايتها ولحفظها أكثر حرصاً على مصلحتها.

وحجة ذلك ما ذكرته في الأدلة عموماً، ومن أدلة المالكية خصوصاً، من قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ ..﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ .. [البقرة: ٢٣٣] وقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» وقضاء سيدنا أبي بكر وقوله: «خير له منك حتى يشب» وإذا شبت المرأة بلغت سن التزويج، وإذا تزوجت آل أمرها إلى زوجها، وجعل بينهما مودة ورحمة، وكُفيت أمرها.

ولا يُنسى أن للأب تعهدهما.. كما أنه لا ينسى كون الأم أهلاً لحضانة الطفل، وإلا بأن لم تتحقق الشروط فيها، كان الأب أفضل وأولى، وكان نزع الطفل أرحم له وأحسن.

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٧١، والأم: كل أنثى لها عليك ولادة، وأم الشيء أصله، مختار الصحاح: أمم.

الفصل الرابع:
مكان الحضانة

يختلف حكم مكان الحضانة بالنسبة إلى الأم أو إلى غيرها، فإن كانت الحضانة للأم فإن مكان الحضانة الأساسي هو مكان الزوجين حال قيام الزوجية، ولو أراد الخروج وأخذ ولده معه ليس له ذلك حتى يستغني عنها، وإذا أرادت هي الخروج فله منعها، فإذا كانت معتدة فكذلك لا تخرج لقوله تعالى: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ [الطلاق: ١].

فإذا انقضت العدة وأرادت الخروج إلى بلد آخر بينهما مسافة بعيدة فلابد من اعتبار شرطين: الانتقال إلى بلدها ووقوع النكاح فيه، إذ رضي بالتزوج بها في بلدها، فالظاهر إقامته فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الطفل فيه.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار مكان العقد فقط، ورجح الكاساني أن قول محمد هو السابق.

فإذا كانت المسافة قريبة بحيث يمكن للأب زيارة ولده والعودة قبل الليل فلها ذلك، وهو بمنزلة الانتقال من محلة إلى أخرى في بلدة واحدة.

والحكم سواء بالنسبة للقرية أو المدينة، إلا إذا كان العقد في غير قريتها وأرادت النقل إليها فليس لها ذلك ولو قريبة.

فإذا كانت الحضانة لغير الأم فليس لها الانتقال إلى بلد غير الأب[1].

وذهب المالكية[2] إلى أنه للولي نزع الصغير إذا أراد السفر ـ نقلة ـ ولم توافق الحاضنة على السفر معه، وهو أولى بحضانته لكن بشرط قبول

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٤ ـ ٤٥، البحر الرائق: ٤/ ١٨٧ ـ ١٨٨.

(٢) الشرح الكبير: ٢/ ٥٣١ ـ ٥٣٢.

المحضون ثدي آخر، وعدم الخوف عليه من السفر، والأمن في البلد المقصود.

ولو أرادت هي السفر لأكثر من ستة برد[1] فللولي نزعه، إلا إذا كان سفرها للتجارة فلا ينزعه بشرط أمن الطريق والبلد المسافر إليه، وعند الشافعية إذا كان سفرها نقلة أخذه الأب.

وعند الشافعية كالمالكية لكن في المميز وللأب والجد فقط، ذلك لأنهما أصلان في النسب واعتناؤهما أشد، وإن أقام غيرهما، وإلا فمكان الحضانة مكان الأم، وإذا أراد السفر أحد الأبوين فمكان الصغير المميز وغيره مكان المقيم منهما حتى يعود الآخر لما في السفر من المخاطرة.

ويضاف إلى أمن الطريق البرد والحر الشديدان إذا تضرر بهما وإلا بأن وقاه ذلك فلا. وللأب أن يسافر بالولد إذا كان في إقامته مع أمه مفسدة أو ضياع مصلحة من تعليم أو حرفة، وليس غير الأب يقوم مقامه.

ولو سافرا معاً كلٌّ في مقصد ولحاجة فالراجح دوام حق الأم.

وإذا عاد الأب من سفر النقلة عاد حقها إليها.

وليس للأب نقله إلى دار الحرب ولو وقت أمن.

ولا يشترط في السفر مسافة معتبرة في الأصح فلا فرق بين القريبة والبعيدة.

ولو ادعت عليه أنه لا يريد النقلة وإنما التجارة صدق بيمينه فإن نكل وحلفت أخذت الولد[2].

وعند الحنابلة الأولى هو المقيم، وإن انتقل ليقيم والطريق والبلد ليسا

---

(١) والبريد: أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل: ثلاثة آلاف ذراع، والذراع: ثنتان وثلاثون إصبعاً، والإصبع: ٢٠ملم، والذراع: ٤٨سنتمتر، والبرد الستة تقرب من ١٢٠كم.المقادير الشرعية: ٢٨٢ ـ ٣٠٠.

(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩.

آمنين فكذلك، فإذا كان البلد آمناً والطريق كذلك فالأب أحق به إلا إن كان البلدان قريبين بحيث يراه الأب كل يوم فالحضانة للأم، وإذا عاد الأب عادت الحضانة إليها[1].

وإذا كان الولي ابن عم وأراد الانتقال فله انتزاع الذكر دون الأنثى المشتهاة، وإلا بأن رافقته بنته سلمت الأنثى إليها لاله لأمن الخلوة، وإذا لم تكن مشتهاة سلمت إليه.

وأجاز القانون السفر للأم وللجدة لأم داخل القطر إلى مكان إقامتهما ولو لم يكن بلد نكاحهما السابقين، وللبلد الذي تعمل فيه موظفة بشرط وجود محرم لها فيه[2].

(١) المغني: ٩/ ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣، واقترح المؤلف اعتبار العرف وتغيره في المسافة القريبة والبعيدة..السابق: ٢/ ٢٧٠.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الخامس:

رؤية المحضون والسفر به

إن الفقهاء لم يغفلوا دور الوالد الآخر عندما تكلموا عن وقت الحضانة، ويتعلق بذلك: الرؤية والسفر.

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في رؤية المحضون

المطلب الأول: مذهب الحنفية:

قال الحَصْكفي من الحنفية: «وفي الحاوي القدسي: له إخراجه إلى مكان تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها فليحفظ» أي: كلا الأبوين ملزم بإخراج الولد كل يوم ليراه الآخر.. وليُعلم وليطبق وليحمى، ثم قال: «وفي السراجية: إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب لا يجبر على أن يرسله..».

قال ابن عابدين: «ولو كان لها الحضانة لا تمكنه من أخذه منها.. ويؤيده ما في التاتارخانية: الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده»[1].

أي إن الإراءة تتم في منزل الوالد الحاضن، دون ما ورد عن الحاوي القدسي، وفي هذا التفاتة وتنبيه لعدم إفساد الطفل على والده الحاضن، ولا ينفي هذا ضرورة متابعة المحضون ورعايته وتأديبه وتعليمه...

إذاً: يستخلص من رأي الحنفية في الإراءة ثلاثة أمور:

١ ـ ضرورة رؤية أحد الوالدين للمحضون الموجود عند الآخر منهما دورياً، بل كل يوم.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٤٣ والحصكفي هو: علاء الدين محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحصني الأصل الدمشقي الحنفي، الحَصْكفي، نسبة إلى حصن كيفا، شارك في العلوم، رحل للعلم، فقير الحال أول أمره، ولي إفتاء دمشق، له: شرح ملتقى الأبحر، شرح عل المنار، مختصر الفتاوى الصوفية.. وغيرها، توفي في دمشق [١٠٢٥ ـ ١٠٨٨هـ] خلاصة الأثر: ٤/ ٦٣ ـ ٦٥، كشف الظنون: ١٨١٥.

٢ ـ إذا كانت الحضانة للأم تتم الرؤية في كنفها، وكذلك إن كانت للأب تتم في كنفه، وفي رأي الحاوي بعكس ذلك على سبيل الإباحة، يُرسل الولد إلى مكان الآخر غير الحاضن ليراه.

٣ ـ تشمل الإراءة الرعاية والمتابعة (التعهد) والتعليم والتأديب، مما فيه حفظ الولد.

المطلب الثاني: مذهب المالكية:

قال الدردير: «وللأب وغيره من الأولياء تعهده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب»[١] وعلق الدسوقي فقال: «النظر في شأنه وقوله وأدبه...»[٢].

وفي الخِرشي: «للأب القيام بجميع أموره، وبختنه في داره، ويرسله للأم، وأن البنت تزف من بيت أمها، وإن لم يرض الأب بذلك»[٣].

ويقول الدردير في الشرح الصغير: «وعلى الأب النظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر أو أعيان أو أثمان وليس للأب أن يقول للحاضنة: ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك، لما فيه من الضرر بالطفل والإخلال بصيانته وليس لها موافقته على ذلك..»[٤].

ويستخلص من رأي المالكية ما يلي:

١ ـ تتم الإراءة دورياً بما يناسب شمول الإراءة للتأديب.. في كل يوم أو في كل أسبوع أو في كل شهر..

٢ ـ تتم الإراءة في منزل الأب بالنسبة للفتى، وكذلك جميع أموره، وأما

---

(١) الشرح الكبير ٢/ ٥٢٧.

(٢) حاشية على الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٧ والدسوقي هو محمد بن أحمد بن عرفة المالكي عالم في الفقه والكلام والنحو... ولد بدسوق من قرى مصر، درس في الأزهر، وتصدّر للإقراء والتدريس، له: حاشية على مغني اللبيب، حاشية على شرح الدردير...، توفي: ١٢٣٠ هجري. هدية العارفين: ٢/ ٣٥٧، معجم المؤلفين: ٣/ ٨٢.

(٣) شرح مختصر خليل ٤/ ٢٠٨.

(٤) ١/ ٥٣١.

البنت فيتم جميع ذلك في منزل الأم في رأي الخرشي فيما نقله عن أبي الحسن.

وأما في رأي الدردير: فيتم جميع ذلك في منزل الأم لكليهما، صيانة للولد وحفظاً.

٣ ـ شمول الإراءة للتأديب والتعليم والرعاية.. مما فيه حفظ الولد وصيانته وعدم الإضرار به.

المطلب الثالث: مذهب الشافعية والحنابلة

قال النووي رحمه الله تعالى: (إن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه (وجوباً) ويمنع أنثى، ولا يمنعها دخولاً عليهما زائرة (أن يمكنها من الدخول ولا يولهها على ولدها، لكن لاتطيل المكث..، وإلا أخرجه إليها) والزيارة مرة في أيام (في يومين فأكثر لا في كل يوم، نعم إن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يدخل كل يوم) وإن اختارها ذكر فعندها ليلاً وعند الأب نهاراً، ويؤدبه ويسلمه لمكتب أو حرفة، أو أنثى فعندها ليلاً أو نهاراً، ويزورها الأب على العادة (ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمُّل مؤنتها) وإن اختارهما أقرع بينهما)[1].

قال ابن قدامة: «إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً، لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الإخراج منه.

ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر، من غير أن يخلو الزوج بأمها، ولا يطيل ولا يتبسط؛ لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر..

وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلاً، ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة؛ لأن القصد حظ الغلام، وحظه فيما ذكرناه.

---

(١) ما بين القوسين الصغيرين: للنووي في المنهاج ٣/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨، وما بين الكبيرين للشربيني في مغني المحتاج ٣/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

وإن كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم..»[1].

ويستخلص من مذهب الشافعية والحنابلة ما يلي:

١ ـ تتم الإراءة دورياً في يومين فأكثر.. وإلا بأن قرُب المكان ففي كل يوم، وهذا قبل التمييز، أما بعده: فيخير الطفل، وإذا خُيّر، فاختار أحدهما، كان عند الآخر منهما إذا كان ذكراً، فإذا اختارها فعندها في الليل وعنده في النهار، وإذا اختاره وجب على الأب أن لا يمنعه زيارة أمه، ولا يمنعها زيارتهما.

٢ ـ تتم الإراءة للأنثى إن اختارت أحدهما، وقبل الاختيار في مكان الآخر منهما الذي اختارته، ولا تخرج من بيتها لئلا تألف كثرة الخروج والبروز. أما بالنسبة إلى الذكر، فإن الإراءة حاصلة بالنسبة للأب اختاره أو لا، لضرورة التناوب في الليل والنهار بينهما، وأما الأم إن اختار أباه فيخرج إليها زائراً، ولها زيارته في بيته إذا رضي به الأب، وإلا لزمه إخراجه إليها.

٣ ـ تشمل الإراءة التأديب والتعليم والرعاية بل وتعليم الحرفة والصنعة.

٤ ـ يجتنب في الإراءة أن لا يزعج الطرف الآخر بعدم إطالة المكث.

---

(١) المغني ٩/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤. وابن قدامة هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، عالم، فقيه، مجتهد، رحل في طلب العلم وهرباً من الصليبيين، إماماً في العلوم، ولد في أعيل بنابلس، وتوفي في دمشق، له: البرهان في علوم القرآن، والمغني شرح الخرقي، والروضة في الأصول.. وغيرها. [٥٤١ ـ ٦٢٠هـ] شذرات الذهب: ٥/ ٨٨ـ٩٢، سير أعلام النبلاء: ١٣/ ١٥٨ ـ ١٦٠.

المبحث الثاني:

حق الإراءة في قانون الأحوال الشخصية السوري

ذهب القانون إلى إثبات هذا الحق في الفقرة الخامسة من المادة (١٤٨) فقالت: «لكلٍّ من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون، وعند المعارضة في ذلك، فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً، دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس، وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقتها أن يراجع المحكمة، وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات».

ويستفاد من هذا النص ما يلي:

١ ـ رؤية الولد حق للوالد الآخر بشكل دوري.

٢ ـ تكون الرؤية في مكان وجود المحضون.

٣ ـ عند رفض الحاضن رؤية المحضون من قبل الطرف الآخر، يأمر القاضي بتأمين حق الرؤية ويحدد طريقة تنفيذه، دون حاجة إلى حكم.

٤ ـ عند الاعتراض في الإراءة وطريقتها تراجع المحكمة.

٥ ـ مخالفة أمر القاضي يستوجب عقوبة المخالف بحسب المادة (٤٨٢ عقوبات) وهي تنص على ما يلي: «الأب والأم وكل شخص آخر لا يمتثل أمر القاضي فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة عشر من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة مائة ليرة».

ويلاحظ على النص مايلي:

١ ـ لم يحدد مقدار الرؤية من ساعة أو ساعتين، من نهار أو ليل.. من يوم أو يومين في الأسبوع أو الشهر.. والأولى جعلها يوماً على الأقل كل أسبوع، ومع البيتوتة أيضاً، وأشارت إلى هذا محكمة النقض بقرارها رقم (٢٠٧ تاريخ ١٥/ ٥/ ١٩٧١).

٢ ـ لم يحدد مكان الرؤية بشكل دقيق، ولا يكفي قوله: «مكان وجود

المحضون» فيحتمل بلده.. قريته.. والمحضون صغير، فمكان وجوده ينبغي كونه منزل حاضنه أماً أو أباً.

٣ ـ رغم سعة سلطة القاضي التقديرية في تأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه وعلى الفور ووفق أوامره فإن القاضي أقصى ما يمكن أن يأمر به أن يُرى الطفل في دائرة التنفيذ التابع لها مكان الطفل (محكمة النقض قرار ٨٧٣ تاريخ ٧/ ١٢/ ١٩٧٧).

مع أن محكمة النقض في قرار آخر لها قد أشارت إلى ضرورة مراعاة مصلحة الولد حيث ذكرت: «وإذا لم يحدد الحكم يوماً لرؤية الولد يستطيع مأمور التنفيذ تحديده وفق مصلحة الولد» (قرار ٢٠٥ تاريخ ٢٧/ ٤/ ١٩٦٧).

ولننظر إلى بعض قرارات محكمة النقض في الإراءة:

١ ـ إذا وقع اتفاق بين الولي والحاضنة على الإراءة بشكل معين وسجل في المحكمة، فإنه لا شيء يمنع العدول عنه؛ لأن الإذن بالبيتوتة في دار الجدة من حقوق الولاية التي يملكها الأب، ويملك إنهاءها دون حاجة لإثبات الضرر. (قرار ٥٧٧ تاريخ ٢٣/ ١٢/ ١٩٧١).

وذلك أن عامة الفقهاء لم يقولوا بالبيتوتة ولكن الشافعية والحنابلة بالنسبة للغلام إن اختار الأم كان عندها في الليل، وعند أبيه عامة النهار، دون الفتاة فتُرى في منزل حاضنها.

ولكن ما مر معنا من أدلة لايدل ولا يشير إلى المنع من البيتوتة، ولو جعل هذا من حقوق الولاية، فللطرف الآخر نوع ولاية وهي الحضانة، مع أن هذا لم يذكر نصاً من حقوق الولاية (م١٧٠ ف٣). وإنما جاء فيها: «وسائر أمور العناية بشخص القاصر» ولربما تكون البيتوتة في دار الأم من أكثر ما يحقق العناية بشخصه.

وخاصة أن ما مر معنا من أن المناط حفظ المحضون ورعايته، والفقه تنزيل المشروع على الواقع، فما المانع من بيتوتة الطفل عند أمه؟ !

٢ ـ إذا لم يحدد يوم لرؤية الولد يستطيع مأمور التنفيذ تحديده. (قرار

٢٠٥، تاريخ ٢٧/ ٤/ ١٩٦٧) والواقع أن هذا القرار جاء نتيجة لنص المادة (١٤٨ ف٥) حيث قالت: «فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس، وعلى من يعارض..» حيث جعلت هذا للقاضي تخييراً. وفرق واسع بين أمر القاضي وبين أمر مأمور التنفيذ، إذ يستطيع القاضي أن يفرض رؤية الولد بشكل لائق ومريح لنفسية الطفل ولنفسية أبويه، بأن يُرى الطفل عند شخص ثالث مثلاً أو...، بينما لا يستطيع مأمور التنفيذ تحقيق ذلك إلا في دائرة التنفيذ وضمن دوامها الرسمي (نقض ـ قرار ٨٧٣ تاريخ ٧/ ١٢/ ١٩٧٧).

وهذا ما ينبغي التوقف عنده كثيراً وطويلاً، هل الإراءة والرؤية ليرى أحد الأبوين طفله في عجالة مع الزحام والضجيج، ليمتلىء قلب الطفل رعباً وخوفاً من مقدمات الرؤية، ثم ليرى الطرف الآخر طفله مع هذه الظروف من الأعصاب المشدودة والوجوه المكفهرة، فنزيد ما أصاب هذه الأسرة من تصدع وتفكك تفككاً وتصدعاً، ولتنشأ نفسية الطفل وقد ملئت بالعقد والصور المرعبة.

والعجيب أن ترى حدوث الرؤية على الأدراج وسط الزحمات، أو في مداخل دائرة التنفيذ مع ما يصحب ذلك من أمور مختلفة، يرغب الكبير الراشد أن لا يمكث فيها طويلاً.

٣ ـ والأعجب من ذلك أن يظن حق الرؤية مقصوراً على الرؤية المجردة (نقض قرار ٦٩٩ تاريخ ٢١/ ٧/ ١٩٨٠) مع أن الفقهاء لم يقولوا هذا أبداً، بل قالوا ما سقته من تعهد المحضون ورعايته وتعليمه وتأديبه... وهل يحدث هذا بالرؤية المجردة..

ثم إن القول بأن الرؤية تقطع حضانة الأم (نقض قرار ٦٩٩) إذا قام الأب ـ والحضانة للأم ـ باصطحاب أولاده في نزهة، أو إلى بيته ولو ليوم واحد...، لهو غريب كل الغرابة، ولم يقل به الفقهاء.

وهل الحضانة إلا لرعاية المحضون وتربيته، وهل تكون تربيته بأن يلحظه

أبوه للحظات عابرة في ظروف مزعجة؟! ولننظر ماذا قالت محكمة النقض: «لما كانت رؤية الأولاد من قبل أحد أبويهم حينما يكونون في رعاية الآخر هي من الحقوق المتجددة لاستمرار التعاطف بين الولد من ناحية وكلٌ من أبويه من ناحية ثانية، وتعد فرعاً عن حق الأب في الولاية النفسية على أولاده، وفرعاً عن حق الأم في حضانة أولادها، والتوازن في تأمين هذا الحق مستمد من قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقد تركت الفقرة الخامسة (من المادة ١٤٨ أحوال شخصية) للقاضي تحديد الكيفية التي يتم بها تأمين حق الرؤية، الأمر الذي يوجب أن تكون الرؤية في دائرة التنفيذ نفسها وبإشراف أحد موظفيها خلال أوقات الدوام الرسمي».

وإن المدقق فيما سقته يتوقع أن يوجد حلٌ عادل يحقق مقصد الحضانة وغايتها، ثم تقول: «ودائرة التنفيذ هي المرجع القانوني لتنفيذ الأحكام، وقد استقر الاجتهاد على أن الدائرة المشار إليها هي المحل الصالح لتنفيذ حكم رؤية الأولاد من قبل أحد أبويهم» (قرار ٦٩٩ تاريخ ٢١/ ٧/ ١٩٧٠).

وهنا أتساءل: إن المادة (٣٠٥ أحوال) أشارت إلى الرجوع إلى الراجح من المذهب الحنفي، وفي المذهب الحنفي ما سقته: «الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده» وقد قال ابن عابدين الحنفي: المناط والعلة الحفظ وعدم التضييع.

ولكن المادة (١٤٨/ ٥) قد نصت: «..وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقتها أن يراجع المحكمة وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات» ونص المادة (٤٨٢): «الأب والأم وكل شخص آخر لا يمتثل أمر القاضي فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة عشر من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة مائة ليرة».

فلا نرى في كل ذلك سعة في مجال الرؤيا ومكانها وظروفها مما لا يخرج عن دائرة التنفيذ، وإن كان نص الفقرة ذاتها في مطلعها أن الرؤية

تكون حيث مكان المحضون، وإذا لم يرض أحدهما بذلك عدنا إلى دائرة التنفيذ، ويبقى القاضي مخولاً بطريقة التنفيذ.

وبالنظر فيما استقر عليه الاجتهاد مما قالوه وفيما قاله الحنفية، هل تعد دائرة التنفيذ محققة لمناط الحضانة؟ وهل نمنع الوالد الآخر من النظر لولده أو من تعهده؟ وهل هذا مانص عليه المذهب الحنفي؟!! أم أننا خالفنا المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون، وفيما ألزمت بالرجوع إليه المادة (٣٠٥ أحوال) ومقتضى الكلام المسوق عن الحنفية أن الطرف الآخر الذي يريد الإراءة يتعهد الطفل وينظر في أحواله، ولا ينظر إليه مجرد الرؤية مما ظنته محكمة النقض حين قالت في مطالعتها: «ولما كان حق الرؤية لا يصلح أن يتجاوز الرؤية المجردة إلى أخذ الولد يوماً أو أكثر أو أقل..» (قرار ٦٩٩ تاريخ ٢١/ ٧/ ١٩٧٠)، وهذا هو إشارة الفقرة الخامسة (في مكان وجود المحضون) مما لا يمكنه اصطحاب المحضون إلى حيث إقامة الزائر.

إذن ما جاء في أحكام الإراءة إنما كان لظن الإراءة مقصورة في الفقه الإسلامي على مجرد الرؤية.. وليس كذلكم الأمر، وقد ذكرت مفصلاً آراء الفقهاء قبل قليل، مع أن محكمة النقض نفسها قالت بعكس ذلك في حكم آخر مما يوافق آراء الفقهاء حيث قالت: «متى كان الولد عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده، وهذا النص معمول به بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال شخصية» (قرار ١٩٩ تاريخ ٩/ ٥/ ١٩٦٦).

٤ ـ قد أشارت محكمة النقض إلى عدم الصلاحية الكاملة لدائرة التنفيذ لذلك قالت: «وإن اختلفا تعين اعتبار دائرة التنفيذ مكاناً للإراءة إلى أن يصار إلى إنشاء مكان أصلح» (قرار ٧٧٠ تاريخ ٢٨/ ١١/ ١٩٨٢).

وهذا إقرار سليم واقعي بضرورة إنشاء مكان أصلح لممارسة الإراءة كما إذا تمكن الاتفاق على اصطحاب الطفل إلى منزل غير الحاضن من الأبوين لأجل أن ينعم أو يشعر بعيش أسري مستقر ولو قليلاً.. وربما آل أمره إليه في مستقبل الأيام إذا كان الرائي أباه، وإلا فإنه سينتقل إليه وهو يحمل في

ذاكرته الكثير من الأحداث والصور التي لا يليق أن يكون الطفل قد مر بها وعايشها!!

.. لذلك أقترح أن تتم الإراءة بالاتفاق بين الطرفين، وإلا ففي بيت شخص ثالث (نقض قرار ٢١٦ تاريخ ٢٤/ ٣/ ١٩٨٤). وبتحكيمه وإشرافه، وإلا ففي دور الحضانة، أو أن يُنشأ أمكنة مناسبة ومريحة وهادئة لأجل نفسية الطفل، مرافقة لدور الحضانة يوجد فيها بعض أدوات الترفيه والتسلية من ألعاب أطفال وصور جميلة أو حيوانات أليفة وحدائق غَنَّاء.. مما يجعل الإراءة راحة للنفس ولجميع أفراد الأسرة.

ويمكن في الوقت الحاضر أن تتم الإراءة في دور الحضانة وبإشرافها وبحكم من القاضي إن لم يتفق الطرفان، وهذا في المدن متيسِّر إلى حد ما، وفي الأرياف يمكن أن تتم الإراءة في منزل المختار أو ما أشبه ذلك .كالوحدة الإرشادية.. وهكذا ننشىء الطفل تنشأة سليمة مع رعاية كريمة وحياة محترمة لأطفال الأسر التي أصيبت بالتفكك لا أن نزيدها تفككاً وكراهية وحقداً..

٥ ـ قالت محكمة النقض: «إن الإراءة للأم والأب في الأسبوع مرة، ولغيرهما من الأولياء في السنة مرة» (قرار ٢٠٧ تاريخ ١٥/ ٥/ ١٩٧١)

والجملة الأولى مستمدة من المذهب الحنفي في الأم والأب، ولكن المذهب الحنفي لم يميز غير الأم والأب في الإراءة والحفظ والتعهد، وإنما حكمهم قريب من ذلك، لتمييزه بينهما في سن الحضانة وحسب، وخاصة أقاربه من العصبات، إذ لا يجوز قطع علائق القرابات والرحم وأواصرها وقصر الإراءة على مرة في السنة، ولاشك أن قرابتهم أضعف، لكن لا تصل إلى هذا الحد.

المبحث الثالث:

السفر بالمحضون

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في السفر بالمحضون:

إذا أراد أحد الأبوين السفر، فما مصير المحضون؟ ومع من تكون إقامته؟ هل يقر بيد أمه؟ أم تنتقل حضانته إلى أبيه؟ وهل يسافر به أو لا؟

ذهب الجمهور إلى التفريق بين أنواع السفر: بين سفر الحاجة وسفر النقلة والسفر القريب، فذهبوا إلى أن سفر النقلة ينتقل به الأب بالمحضون إلى مكان آخر ليستقر فيه مسافة قصيرة أو أكثر، وقيده المالكية بستة برد[1]، وفي المدونة بريدان..، إلا إن انتقلت مع ابنها، وحلف أنه إنما أراد النقلة لا المضارة، حفظاً للنسب ورعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق، ولو عاد عاد حقها.

ولو كان البلد المنتقل إليه الأب قريباً كانت الأم أحق بالمحضون، لغلبة شفقتها وعطفها، وجعل السفر القريب كلا سفر.

كل ذلك بشرط أمن الطريق وأمن البلد المنتقَل إليه، لئلا يُضر بالمحضون، وبالوالد كفاية، للقيام بشؤون المحضون.

وليس له إخراجه إلى دار الحرب، ولا في الحر والبرد الشديدين، إلا إذا حمله فيما يقيه ذلك، وهذا في الأب والجد دون سواهما، لأنهما أصل في النسب، أما غيرهما: فإن أراد غيرهما السفر لم يسافر بالمحضون، وكان المقيم مكلفاً بحفظه وصيانته.

أما سفر الحاجة: كالسفر للتجارة أو للحج، طال السفر أو قصر، مكث المحضون عند المقيم من الأبوين، ولم يُسافرَ به عند الشافعية والحنابلة.

---

(١) البريد من مضاعفات الذراع، وهو (٤٢٠٠٠) ذراع، والذراع أربعة وعشرون أصبعاً معترضات، والأصبع ست شعيرات معتدلات معترضات، ويساوي البريد: ٢٠كم. المقادير الشرعية: ٢٤٤ و٢٥٠.

وقال الشافعية: إلا إذا كان في مُقامه مع الأم ضياع مصلحة من تعليم قرآن أو حِرْفة.. ولا يقوم غير الأب مقامه.. عندئذ يسافر به الأب.

وذهب المالكية إلى أنها إذا أرادت سفراً قريباً أخذته معها، دون الولي، لأن حق الحضانة لها.

ولو أراد كلاهما السفر لحاجة، واختلف طريقهما، فبيد من يقر؟ .

ذكر الرافعي من الشافعية وجهين: الأول: يدام حق الأم، والآخر: يكون مع من مدة سفره أقصر أو مقصده أقرب، والراجح استدامة حق الأم.

وذهب الحنفية إلى أنه ليس للأب السفر به حتى يستغني، لما فيه من إبطال حق الأم في الحضانة، وللأب منعها من السفر به إلا إن أرادت السفر إلى بلدها الذي وقع النكاح فيه فلها، لأنه قد رضي بضرر التفريق حين عقد عليها في بلدها، والولد من ثمرات النكاح، فعدَّ راضياً بحضانة الولد فيه، وإلا لم يكن لها نقله إلى بلدها أو إلى بلد وقع النكاح فيه، إلا إذا كانت المسافة قريبة، بحيث يستطيع الأب أن يزوره ويعود قبل الليل، لأنه لا يلحقه ضرر من ذلك.

وليس لها نقله إلى دار الحرب، لئلا يتخلق أخلاق الكفر.. وإذا لم تكن لها حضانة قبل استغنائه لم يسافر به، لاحتمال عودة حق الحضانة إليها، ونقل الحَصْكَفي جواز سفره إلى عودة حق أمه[1].

وقال ابن حزم: لم ينقل نص صحيح إلينا بسقوط حق الأم في الحضانة إن انتقل الأب عن ذلك البلد[2].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٤ ـ ٤٥، رد المحتار والدر المختار: ٢/ ٦٤٣، المدونة: ٢/ ٣٥٨، الخرشي: ٤/ ٢١٥ ـ ٢١٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩، كشاف القناع: ٥/ ٥٠٠. والرافعي: عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي، فقيه أصولي محدث مفسر مؤرخ، له: فتح العزيز شرح الوجيز، شرح المحرر [٥٥٥ ـ ٦٢٣هـ] سير أعلام النبلاء: ١٣/ ١٨٢.

(٢) المحلى بالآثار: ١٠/ ١٤٣. وانظر منه: ١٠/ ١٥٦.

المطلب الثاني:

قانون الأحوال الشخصية السوري والسفر بالمحضون

لما كان الإنسان لا يكون في حالة استقرار دائماً، وأنه قد تعروه ظروف تجعله مضطراً لمغادرة محل إقامته، كان لابد من معرفة مصير المحضون أيضاً، وقد جاء في المادة (١٤٨) ما يلي:

١ ـ ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه.

٢ ـ للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها.

٣ ـ ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة.

٤ ـ تملك الجدة الأم نفس الحق المعطى بالفقرتين ٢ و٣ السابقتين.

٥ ـ لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون..

ويتضح من هذه المادة أنها تطبيق لمذهب الحنفية دون الجمهور في السفر بالمحضون، إذ من المسلَّم فقهاً أن الزوجة لا تخرج هي دون إذن زوجها، فأولى مع ابنها..، وكذلك أيضاً عند الحنفية لها أن تسافر به إلى بلدها الذي تم فيه عقد نكاحها.

وقد أضافت المادة نفسها (ف٣) جواز السفر إلى بلدتها التي تقيم فيها، باعتبار رضاه الضمني حين أجرى العقد في بلدها بإقامتها فيه، أو إلى البلد التي تعمل فيها، إن كانت تعمل لدى جهة عامة، وبشرط وجود محرم لها في تلك البلدة..، ولامانع من ذلك، ولا يتناقض هذا مع ما سبق، لأن في ذلك مصلحة للحاضن لا تتناقض مع مصلحة المحضون، تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] طالما أن الحضانة لها، بأن كانت

الحاضنة الأم، وإلا كما نصت المادة (١٤٩):

«إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه».

فجاءت هذه المادة قيداً على المادة السابقة كلها، وبالأخص على الفقرة الرابعة، فلا بد من استئذان الجدة للولي في سفرها بالمحضون، سواء كالولي ليس له السفر إلا بإذن حاضنته.

وتعد الفقرة الرابعة من المادة (١٤٨) رأي الحنفية في إلحاق إحدى الجدتين بحكم الأم في وقت الحضانة، وإن كان رأي الحنفية أنها لا تستطيع السفر به إلا بإذنه[1]، لكن طالما كان سفرها به داخل القطر وإلى بلدها.. أو عملها.. وبشرطه، فلا مفسدة حقيقية تترتب على ذلك، وإلا منع هذا..، وذلك لئلا يسقط حق الأب في الإشراف على ولده، وهذا ما صرحت به المادة (١٤٩).

لكن يأتي إشكال أود طرحه لأعالج مشكلة حقيقية: وهي ما إذا انتهت حضانة الأم وأراد الأب السفر بالمحضون والإقامة به خارج القطر، فما الحكم الذي يمكن أن يكون؟ وخاصة إذا كان سفره سينقطع به عن الأم؟ .

لقد جاء في المادة (١٥٠): «ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته».

فيمنع السفر بالمحضون إذا كان دون سن الحضانة، فإذا تجاوزها فللأب أن يسافر به أنى شاء، ومعنى هذا أن الأب يستطيع السفر بالمحضون الذي تجاوز سن الحضانة (م١٤٦ التاسعة للغلام والحادية عشرة للبنت) ولو كان السفر إلى خارج القطر، وكأنه لم يعد من علاقة للأم بهذا المحضون، إذ ربما يكون سفره سفر نقلة وانقطاع، فما هو مصير الأم وحالها؟ .

لقد جاء في المادة (١٤٧): «إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى

---

(١) الدر المختار: ٢/ ٦٤٣.

تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد».

ولقد أُخذت هذه المادة من رأي المالكية في استمرار حضانة الأم على البنت إلى تزوجها وعلى الغلام إلى البلوغ، دون رأي الجمهور إلى التمييز.. أو ما أشبهه[1]، على تفصيل في هذا وتحديد هذه السن بالنسبة لكليهما.

بل تجاوزت هذه المادة رأي المالكية بجعل هذا بالنسبة للصبي إلى الرشد، حين يكون ذلك هو الأصلح له، بينما قصرها المالكية إلى البلوغ دون الرشد.

وعليه ألا يمكننا بناءً على الأصلح أن نمنع الولي من السفر بالمحضون سفر نقلة وانقطاع إلى أن يبلغ المحضون سن الرشد حيث كان هو الأصلح له، وعندما يشتد عوده، يمكنه أن ينتقل به حيث يشاء، ولا توله أمه عليه، ولا تحرم منه إلا إذا ثبت فسق أمه أو أن انتقال أبيه به هو الأصلح..، هذا ما قال ابن القيم بعد أن ذكر أقوال العلماء في السفر: «هذه أقوال كلها.. لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ، روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه»[2].

فكيف إذا انتقل الأب بالطفل إلى ما بعُد من الديار حيث يعسر كثيراً أن تتابع الأم ولدها، مع الكلفة والمشقة الكبيرتين؟!!..

وعليه: فإنني أرى مراعاة للأصلح وصيانة للولد وحفظه ومنعاً لمضارة أحد الوالدين بالآخر، أو التحيل لذلك.. أن نمنع سفر أحد الوالدين بالطفل سفر نقلة ينتقل به بالطفل إلى خارج القطرإذا لم يثبت أنه الأصلح له، إذ الطفل ولو بلغ سن التمييز ما يزال بحاجة للرعاية، وهو في هذه السن لا

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢ ـ ٤٤، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧، المغني: ٩/ ٢٩٩ ـ ٣٠٤.

(٢) زاد المعاد: ٥/ ٤١٤.

يستطيع أن يتصل بأمه إن سافر به وليه، ولا يجوز أن نقطع الطفل عن أمه ونولهها عليه، بل ربما فقدت عقلها، إلى أن يبلغ الطفل سن الرشد كما ذهبت إليه المادة (١٤٧).

وقد قال ﷺ: «أنت أحق به..»[١] فأثبت لها الأحقية، ولقول سيدنا أبي بكر: «...حتى يشب ويختار لنفسه»[٢]. والشباب أول تحققه هو سن الرشد وهو ثماني عشرة سنة كاملة (م١٦٢ أحوال) ثم عندئذ يختار لنفسه ما يشاء.

المطلب الثالث: مرض المحضون وتجهيز

إذا مرض المحضون كانت الأم أولى بتمريضه، لأنها أكثر رقة وخبرة وصبراً، فإذا رضي أن يكون في تمريضه في بيته فيجوز، وإلا بأن لم يرض ففي بيتها دون أن يختلي بها.

فإذا مات المحضون حضرت الأم تجهيزه ولو في بيته[٣].

المطلب الرابع: تعليم المحضون

وعلى الأب تعليم ابنه الكتابة والحرفة بما يليق بحال الولد ومصلحته، وبما فيه حظ له ولا يكله إلى أمه[٤]

ولذلك ذهب القانون إلى إلزام الولي تعليم ابنه المرحلة الإلزامية وإلا سقطت ولايته وكذلك معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تعليم ابنها يسقط حضانتها[٥].

وذهب القانون (م ١٧٣) إلى أنه للحاضنة رعاية مال القاصر إذا اقتضت مصلحته ذلك فتشارك الولي فيها[٦].

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: ٢٢٧٦، والحاكم في المستدرك ووافقه الذهبي: ٢/ ٢٠٧..

(٢) مصنف عبد الرزاق رقم: ١٢٦٠١، ٧/ ١٥٤.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨، المغني: ٩/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٨.

(٥) م.١٧ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢/ ٢٤٧.

(٦) السابق: ٢/ ٢٤٨.

الفصل السادس:

سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة

المبحث الأول: سقوط الحضانة

تسقط الحضانة بإسقاط من لها حق الحضانة أو بإسقاط الشارع ذلك وتنتقل حينئذ إلى من يليها.

وتسقط الحضانة بإسقاط الشارع إذا تزوجت بمجرد العقد، وقال بعض الحنفية: بل بالدخول.

وهذا ما لم يكن للزوج حضانة ـ كعمه أو خاله وعند الحنفية: وليس مبغضاً له ـ فلا تسقط لأنه محرم للمحضون عند الحنفية، وعند الجمهور ولو غير محرم إذا كانت له الحضانة كابن العم فلا تسقط.

وفي الصحيح ـ والسابق هو الأصح ـ عند الشافعية يبطل حقها لانشغالها بالزوج وليس له حق الحضانة الآن فكان كالأجنبي.

وفي رواية أخرى عند الحنابلة ـ والرواية الأولى مع الجمهور ـ تسقط حضانتها بتزوجها في الصغير دون الصغيرة فحتى تبلغ سبع سنين، وذلك لحديث اختصام سيدنا علي مع جعفر وزيد رضي الله عنهم في ابنه حمزة، فسلمها إلى جعفر وكان ابن عم لها وعنده خالتها وقال ﷺ: «الخالة بمنزلة الأم»[1].

فإذا طلقت عادت الحضانة إليها فلا شغل لها بالزوج بمجرد الطلاق، لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع، وكذلك كل مانع ـ مما مضى في الشروط ـ إذا زال عادت الحضانة، إلا المالكية فقالوا: تعود مطلقاً إذا سقطت بعذر لا تقدر معه على القيام بشؤون المحضون من مرض أو فقد لبن أو حج أو سفر ولي نقلة، ثم زال هذا العذر، ولا تعود إليها إذا تزوجت ثم طلقت إلا إذا كانت التي انتقلت إليها الحضانة قد سقطت حضانتها فتعود، وإذا قلنا: هي

---

(١) سبق تخريجه ص٧٠١.

حق للحاضن لا تعود بسقوطها أو بإسقاطها، وإذا قلنا: حق للمحضون فتعود.

وقد نصت المادة (١٤١) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه».

واشترط الحنفية كون الطلاق بائناً واكتفى الشافعية بالرجعي.

ويذهب المالكية إلى أنها وإن تزوجت فقد لا تسقط حضانتها، وذلك كما لو لم يقبل غير حاضنته، أو رفضت المرضعة إرضاعه إلا في بيت أمه، أولم يوجد من يحضنه، أو كون الأب عاجزاً أو غائباً أو غير مأمون[1].

وذهب الشافعية إلى أنها إن كانت ذات لبن وامتنعت عن إرضاعه ولها حق الحضانة سقط حقها في الصحيح عندهم، ومقابله: لا تسقط وعليه ـ الأب ـ أن يستأجر من ترضعه، ولا يأتي هذا إذا لم تكن ذات لبن.

وذلك لعسر استئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى منزل الحاضنة، ولمزيد شفقة الحاضنة، مع أنه لها أجرة الحضانة والرضاع.

وأما سقوطها بإسقاط من له حق الحضانة كالأم فإنها تسقط وتنتقل إلى من يليها، فإذا شاءت أن ترجع عن إسقاطها رجعت، لأنها من الحقوق المتجددة، كما أن الأم لا تملك إسقاط حق الولد في الحضانة، وهو مانصت عليه محكمة النقض في عدة قرارات:

- لا تملك الأم إسقاط حق الولد في الحضانة؛ لأن هذا الأمر يتعلق بحق الولد.

(ش ـ ٢٨٤ ـ ٢٨٠ ـ ١٠/ ٨/ ١٩٦٤)

ـ حق الحضانة من الحقوق المتجددة (ش ـ ٢٣ ـ ١٤ ـ ١٧/ ١/ ١٩٧٠).

---

(١) البحر الرائق: ٤/ ١٨٣، بدائع: ٤/ ٤٢، الشرح الكبير: ٢/ ٥٣٠ ـ ٥٣٣، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥و ٤٥٩، ونهاية المحتاج: ٧/ ٢٣٠ ـ ٢٣١، المغني: ٩٩/ ٣٠٦ ـ ٣١٠، ٣٠٧ ـ ٣١١.

ـ التنازل عن الحضانة لا يمنع من تجديد المطالبة به (ش ـ ٢٩ ـ ٢٠ ـ ١٩/ ١/ ١٩٧٠).

ـ حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط ولصاحبه أن يطالب به.

ـ حق حضانة الصغير بعد زواج أمه ينتقل إلى الجدة لأم وهي مقدمة على الجدة لأب (ش ـ ٢٦٠ ـ ٢٧٣ ـ ١٣/ ٦/ ١٩٧١).

ـ وقد ذهبت محكمة النقض أيضاً إلى أنه للأم إسقاط حقها (ش ـ ٢٨٢ ـ ٢٩٩ ـ ٢٥/ ٧/ ١٩٧١) ولكن إذا شاءت عاد إليها هذا الحق دون أن يعده واجباً عليها (ش ـ ٧٠ ـ ٧٠ ـ ٤/ ٣/ ١٩٦٣) وقررت: إذا زال المانع من الحضانة عاد الممنوع (ش ـ ٣٣٥ ـ ٣٢٧ ـ ٢٦/ ٨/ ١٩٧٠) مما يعني جعل الحضانة حقاً للحاضنة والمحضون.

المبحث الثاني:

سقوط حضانة الأم عند زواجها:

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في حضانة الأم عند زواجها:

ذهب عامة الفقهاء إلى سقوط حضانة الأم إذا هي تزوجت، وذهب الحنفية إلى عدم سقوطها إذا هي تزوجت بمن له حضانة من الرجال المحارم، وإلى هذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري (م١٣٨).

وقال المالكية: إذا تزوجت بمحرم ولو لم يكن له حضانة، كالجدة إذا تزوجت بالخال، لم تسقط حضانتها.

وقال الشافعية والحنابلة: إذا نكحت من له حق في الحضانة كعمه وابن عمه وابن أخيه لم تسقط حضانتها في الأصح محرماً كان أو لا.

وكذلك إذا تزوجت وكانت خالعت أباه مقابل الحضانة لم تسقط حضانتها، لكن ليس لاستحقاقها وإنما إجارة.

وذهب ابن حزم إلى عدم سقوطها بالتزويج إذا كانت مأمونة هي وزوجها، وهو رأي الحسن البصري.

وفي رواية عن الإمام أحمد تسقط حضانتها في الذكر، دون الأنثى فلا تسقط إلى سبع سنين[1].

وذهب ابن جرير الطبري إلى سقوط حضانتها بتزوجها، إن نازعها أب الطفل، أما غيرها إن تزوجت فلا تسقط ولو نازعها الأب، أو تزوجت الأم ونازعها غير الأب لم تسقط أيضاً[2].

ونصت محكمة النقض (ش ـ ٨١ ـ ٧٦ ـ ٢٩/ ٢/ ١٩٦٨): «إسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها من أجنبي يعد من النظام العام».

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٩ ـ ٥٣٠، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٦، المغني: ٩/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧، المحلى بالآثار: ١٠/ ١٤٦.

(٢) زاد المعاد: ٥/ ٤٣٣ نقلاً عن تهذيب الآثار للطبري.

المطلب الثاني: أدلة المذاهب على سقوط حضانة الأم عند زواجها أو لا:

وأما أدلتهم على سقوط حضانة الأم بتزوجها فهي ما يأتي:

١ ـ ذهبوا إلى سقوطها بالتزويج لحديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[(١)].

ووجه الاستدلال: أن تزوجها يؤدي إلى انشغالها عن طفلها لقيامها بحقوق الزوج، بل ويستطيع الزوج منعها من حضانته، وحينئذ يكون الأب أكثر حرصاً على مصالح طفله..، وقد يلحق الصغير الجفاء والمذلة من زوج أمه لغيرته منه، وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت، وينقص له من النفقة ويقتر عليه، فيتضرر، كما أن في مقامه مع زوج أمه عاراً على عصبته وأقاربه فلا يدخل عليهم الضرر بذلك وهم عصبته[(٢)].

ولما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل إلى أبيها، فأنكح الرجل وترك عم ولدها، فجاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: أنكحني أبي رجلاً لا أريده، وترك عم ولدي، فيوخذ مني ولدي، فدعا رسول الله ﷺ أباها، فقال: «أنكحت فلاناً فلانة؟» قال: نعم، قال: «أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك»[(٣)].

وجه الاستدلال: عدم إنكاره ﷺ أخذ الولد منها لتزوجها، وأنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة[(٤)].

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق باب من أحق بالولد برقم: ٢٢٧٦ وأحمد في المسند برقم: ٦٧٠٧، ٦/ ٢٥٤، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٢٠٧، ووافقه الذهبي، والحواء: أي كان يضمه ويجمعه ويحويه.القاموس المحيط: ١١٥٠.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) مصنف عبد الرزاق، رقم: ١٠٣٠٤، ٦/ ١٤٧.

(٤) زاد المعاد: ٥/ ٤٠٧.

ولما روي في الموطأ: كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها، فجاء عمر قُبَاء، فوجد ابنه عاصماً يلعب بفِنَاء المسجد، فأخذ بعضُدِه، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال عمر: ابني. وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر رضي الله عنه: خلِّ بينها وبينه، فماراجعه عمر الكلام، قال القاسم بن محمد: وسمعت مالكاً يقول: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك[1].

وفي رواية: «ريحها وحرها وفرشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه».

وفي رواية: «هي أعطف، وألطف، وأرحم، وأحنا، وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تزوج»[2].

وجه الاستدلال:

قضاء سيدنا أبي بكر بالولد لأمه مغياً إلى زواجها، فإذا هي تزوجت سقطت حضانتها[3].

وقد انعقد على ذلك الإجماع إذ كان هذا بمحضر من الصحابة، ولم يخالف منهم أحد فكان إجماعاً[4].

واعترض ابن حزم بأن حديث عمرو بن شعيب صحيفة لا يحتج به[5].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم: ١٤٥٨، ٢/ ٧٦٧ ـ ٧٦٨. والقاسم بن محمد بن أبي بكر رضي الله عنه، القدوة الحافظ الحجة، عالم وقته بالمدينة، ولد في خلافة الإمام علي رضي الله عنه، تفقه على السيدة عائشة رضي الله عنها، وربته، مات آخر سنة ست أو سبع ومائة، سير أعلام النبلاء ٥/ ٥٣ وما بعدها.

(٢) مصنف عبد الرزاق رقم: ١٢٦٠١ ـ ١٢٦٠٠، ٧/ ١٥٤.

(٣) زاد المعاد: ٥/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٤) الإجماع لابن المنذر: ٨٥.

(٥) المحلى بالآثار: ١٠/ ١٤٧.

ورد اعتراضه ابن القيم بأن حديث عمرو بن شعيب قد تلقاه العلماء بالقبول واحتجوا به وصححوه، ثم قال: «وإذا تعارض معنا في الاحتجاج برجل قول ابن حزم، وقول البخاري، وأحمد، وابن المديني، والحميدي، وإسحاق بن راهويه وأمثالهم، لم يلتفت إلى سواهم»[1].

واعترض ابن حزم أيضاً على حديث أبي سلمة بأنه مرسل، وأن فيه مجهولاً[2].

ورد اعتراضه ابن القيم: بأن أبا سلمة من كبار التابعين، وهو مرسل جيد له شواهد، والمجهول هو الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، ولا يتعرف بهذه الشهادة، ولكنه إذا عدل من الثقة ثبتت عدالته في أصح القولين[3].

واستدل ابن حزم لما ذهب إليه من عدم سقوطها بالتزويج بظواهر النصوص من القرآن الكريم والسنة والمعقول:

أما القرآن: فقد قال تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] والطفل في يد الأم لأنه في بطنها ثم في حِجْرها مدة الرضاع ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فلا ينقل أو تنقل عن موضع جعلهما الله تعالى فيه دون نص، ولم يأت نص بسقوط حقها إن هي تزوَّجت[4].

---

(١) زاد المعاد: ٥/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٢) المحلى بالآثار: ١٠/ ١٤٦.

(٣) زاد المعاد: ٥/ ٤٠٨. أبو الزبير محمد بن سليم المكي، ثقة، تكلم فيه شعبة، وقيل: يدلس. من تكلم فيه للذهبي: ١/ ١٧٠، وأبو سلمة بن عبد الرحمن الحافظ، قيل: اسمه عبد الله، وقيل: إسماعيل، ولد سنة بضع وعشرين، توفي بالمدينة سنة أربع وتسعين. سير أعلام النبلاء: ٤/ ٢٨٩. والمرسل: حديث التابعي الكبير الذي أدرك جماعة من الصحابة وجالسهم، إذا قال: قال رسول الله ﷺ. الباعث الحثيث ١/ ١٥٣.

(٤) المحلى: ١٠/ ١٤٣.

ومن السنة: ما رواه أبو هريرة قال: قال رجل: يا رسول الله ﷺ من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك». قال: ثم من؟ قال: «أمك». قال: ثم من؟ قال: «أبوك»[1].

قال ابن حزم: «وهذا نص جلي على إيجاب الحضانة، لأنها صحبة»[2].

ولما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن أنساً غلام كَيِّس فليخدمك. قال: فخدمته في السفر والحضر[3].

قال ابن حزم: «فهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ، ثم لا فرق في النظر والحياطة بين الربب زوج الأم والربيبة زوجة الأب، بل في الأغلب الربيب أشفق، وأقل ضرراً من الربيبة، وإنما يراعى في كل ذلك الدين، ثم صلاح الدنيا فقط»[4].

هذا: وإن الناظر في أدلة ابن حزم وأدلة الجمهور يدرك قوة أدلة الجمهور، وأن ما ذكره ابن حزم إنما هو أدلة عامة ليست في محل النزاع، وما استدل به الجمهور إنما هي أدلة خاصة بموضع النزاع، والخاص مقدم على العام عند التعارض، وعند عدم إمكان العمل بهما، والعبرة على كلٍّ - كما قال ابن حزم وغيره - للدين والدنيا وصلاحهما بالنسبة للمحضون، ولا يقارن الرسول ﷺ بأي ربيب - زوج الأم -.

واستدل للإمام أحمد فيما رواه عنه مهنا بن يحيى الشامي في كون الجارية عند أمها إلى سبع سنين بما روي أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب البر والصلة، رقم: ٥٦٢٦، ٥/ ٢٢٢٧، وأخرجه مسلم في البر والصلة، باب بر الوالدين، رقم: ٢٥٤٨، ٤/ ١٩٧٤.

(٢) المحلى: ١٠/ ١٤٤.

(٣) أخرجه البخاري في الوصايا، باب استخدام اليتيم، رقم: ٢٦١٦، ٣/ ١٠١٨، ومسلم في الفضائل، باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقاً برقم: ٢٣٠٩، ٤/ ١٨٠٤.

(٤) المحلى: ١٠/ ١٤٦.

تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي: أنا أخذتها، وهي ابنة عمي، وقال زيد: ابنة أخي، لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر: ابنة عمي، وخالتها عندي، فقال رسول الله ﷺ: «ادفعوها إلى خالتها، فإن الخالة أم» وسلمها إلى جعفر[1].

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ جعل الحضانة للخالة وهي متزوجة[2].

قال ابن قدامة: والرواية الأولى هي الصحيحة عن الإمام أحمد، وعليها العمل لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» واشتغالها بالزوج لا يخفى للزوم القيام بحقه، فكان الأب أولى بالحضانة وأنفع وأحظ.

وأما ابنة حمزة فقضى بها الرسول ﷺ لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة، وهي كذلك من أهل الحضانة، فزاد عن سيدنا علي وإن كان من أهل الحضانة، وذلك لمشاركة الحالة في الولادة، مع مالها من زيادة شفقة فأشبهت الأم[3].

واستدل الطبري لما ذهب إليه بأن خالة ابنة حمزة كانت متزوجة وقضى لها النبي ﷺ بالحضانة، وهذا دليل على أن قرابة المحضون من قبل الأم هن أولى ولو كن ذوات أزواج، فيما إذا نازعهن قرابة الأب أو الأب، ولم تكن الحضانة للأم فيما إذا تزوجت لحديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي» وهذا إذا نازعها الأب.

أما لو تزوجت الأم ونازعها غير الأب فهي أيضاً أولى بالمحضون لجعل

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك: ٣/ ١٣٠، وأبو داود في السنن برقم ٢٢٧٨، ومهنا بن يحيى الشامي السلمي أبو عبد الله من أكابر الحنابلة، صحب الإمام أحمد. المقصد الأرشد: ٣/ ٤٣.

(٢) المغني: ٩/ ٣٠٦.

(٣) السابق: ٩/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧.

النبي ﷺ الخالة أولى من عصبته ولو تزوجت لقربها من الأم، فكانت الأم أولى منها.

ورد ابن القيم استدلال الطبري بأن قصة ابنة حمزة رويت بطريق آخر قال فيها النبي ﷺ: «وأما الابنة فإني أقضي بها لجعفر» واللفظ الآخر: «فقضى بها لخالتها، وقال: هي أم» فليس فيه دليل مطلق على تقديم قرابة الأم على الأب، إذ أقر النبي ﷺ بحضانة سيدنا علي وجعفر، وذلك دليل على حضانة قرابة الأب، وإنما قدمت الخالة لكونها أنثى، وعلى أن الخالة المتزوجة بابن العم أولى من ابن العم الذي ليس تحته الخالة، وإن المعنى المسقط لحضانة الأم بتزوجها موجود في سائر النساء، ولا تكون الخالة أقوى من الأم[1].

هذا وإن والناظر في أدلة الآراء الواردة يطمئن قلبه إلى قوة أدلة الجمهور ودلالتها على سقوط حضانة الأم لتزوجها، نظراً لانشغالها عن حضانتها، والحكم ببقاء حضانتها قد يضيع معه الولد، ولابد من أن لا يضيع الولد سواء كان عند الأب أو الأم، ولو قدر ظلم زوجة أبيه له نُزع من أبيه أيضاً، لتنتقل الحضانة إما إلى الأم ـ ولو متزوجة ـ عملاً برأي الحسن البصري، إن أدرك القاضي والمفتي عدم ظلم الولد لدى زوج أمه، لأن المعول عليه حفظ الولد، أو إلى أم الأم[2].

وإن الرواية المنقولة عن الإمام أحمد في عدم سقوط الحضانة في الفتاة إلى بلوغها السابعة ولو تزوجت أمها يمكن أن تكون فيها مصلحة إن أدرك القاضي أن في بقائها لدى زوج أمها مصلحة تفوق لحوقها بأبيها.

وما ذهب إليه الطبري من التفرقة بين الأم المتزوجة وغيرها من الحواضن تجاه الأب ليست ظاهرة، لأن المعنى المحذور في تزوج الأم آكد في غيرها لبعدها، وإن كان الريب أشد غيرة في معاملته من زوج أم الأم وما

---

(١) زاد المعاد: ٥/ ٤٣٣ ـ ٤٣٦.

(٢) ر: رد المحتار: ٢/ ٥٦٥.

أشبهها عرفاً ومعنى، وما ذهب إليه ـ من عدم سقوط حضانتها لتزوجها إن نازعها غير الأب استدلالاً بحديث ابنة حمزة ـ فيه اقتراب من واقع عصرنا الذي نعيشه أن الأم إذا كانت أكثر التصاقاً بوليدها وطفلها تكون أكثر حرصاً عليه من أي شخص آخر، ولكن نتساءل هل يسمح لها زوجها بذلك؟ لذا أرى أن يكون الأمر للقاضي الذي يكون في الجنة عندما قال ﷺ: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار»[1] مع جعل الأصل سقوط الحضانة بتزوج الأم، واعتبار مصلحة المحضون في عدم لحوق أي ظلم به من سوء معاملة أو تقتير نفقة أو نظر مقت من زوجة أب أو غيرها.

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في القاضي يخطىء، رقم ٣٥٧٣، ٣/٢٩٩. وقال: وهذا أصح شيء فيه.وتكملة الحديث: «فأما الذي في الجنة: فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار» وأخرجه الترمذي وابن ماجه.

المبحث الثالث:

بعض الحالات التي لا تسقط فيها الحضانة بتزوج الأم

ذهب الحنفية إلى أن وفاة الأب وإرادة الأم المتزوجة تربية الطفل دون نفقة يثبت حضانتها، إذا أراد الوصي تربيته بنفقة مقدرة، ليُحافظ على مال الصغير، وفي ذلك رعاية لمصلحة الصغير في إبقاء ماله ولئلا يلحقه الضرر عند زوج أمه، إضافة إلى شفقة أمه وزيادة عطفها وحنوها، وهي أهل للحضانة في الجملة، بخلاف الوصي.

بل وذهب الحنفية إلى أن الوصي إذا تبرع بالنفقة، وأرادت الأم نفقة مقدرة دفع إليها المحضون.. إن لم يوجد متبرع من أهل الحضانة[1].

يقول ابن عابدين: «إن سقوط الحضانة بذلك ـ تزوجها ـ لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها، أو ليأكل من نفقته، أو نحو ذلك.

وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يُخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد ..إن الحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع..»[2].

وذهب المالكية إلى عدم سقوط الحضانة بتزوج الأم في حالات عدة، هي:

١ ـ إذا تزوجت الأم ودخل بها الزوج وسكت من تنتقل إليه الحضانة سنة كاملة، وهو عالم بتزوجها، فهنا لا تسقط حضانتها، والأمر فيه ظاهر إذ يعد من استحق الحضانة حينئذ ليس مهتماً بها، وبالتالي لن يهتم بهذا الطفل الوليد، ويكفيه سنة من التأجيل، لاستدراك أموره وإصلاحها إن

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٦٣٥.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٦٤٠.

احتاج لذلك، ليتهيأ لحضانة الطفل، ولو كان سكوته لعذر لم يسقط حقه.

٢ ـ أن لا يقبل الولد بحضانة غير أمه فلا يوله عليها، ولو تزوجت بغير أبيه، سواء كان المحضون رضيعاً أو غيره، وفي قول: يشترط كونه رضيعاً.

٣ ـ أن يقبل الولد الرضاعة من غير أمه، ولكن المرضعة تأبى أن ترضعه عند غير أمه ممن تنتقل إليه الحضانة لتزوج الأم، أو أبت المرضعة أن ترضعه في غير بيت الأم فلا تسقط حضانة الأم.

٤ ـ أن لا يوجد للصغير من يحضنه غير الأم.

٥ ـ أن يكون من انتقلت إليه الحضانة ليس جديراً بها، بأن كان غير مأمون لا يُطمئن إليه بترك الولد عنده، أو كان عاجزاً عن القيام بالحضانة لا يستطيع أن يدبر شؤون الطفل.

٦ ـ الوصاية على الطفل من قبل الأب للأم، فلا تسقط الحضانة ولو تزوجت الأم في رواية، إن جعلت لهم بيتاً يسكنون فيه، وفي أخرى تسقط إن هي تزوجت[١].

وأما الشافعية فلم يزيدوا على عدم سقوطها بتزوجها ممن له حق الحضانة، أو خالعها على حضانة طفلها إجارة كما مر، وكذلك الحنابلة، ولكن قال البهوتي منهم: «ولو اتفقا على أن يكون الولد في حضانتها، وهي مزوجة، ورضي زوجها، جاز ذلك، ولم يكن لازماً.. وإن أراد صلتها ما دامت حافظة لحرمة فراشه فلا حق لها، لأنها قد أزالت ذلك بتزويجها، وهذا إذا علمت إرادته واضح، فإن لم تعلم ما أراد: فقال ابن نصر الله: يحتمل وجهين للاحتمالين، وفي الإنصاف: قلت: يرجع في ذلك إلى حال الزوج عند الوقف، فإن دلت قرينة على أحدهما عمل به، وإلا فلا شيء لها»[٢].

إذن الحنابلة يقولون ببقاء الحضانة لها وإن تزوجت إن كان الزوج راضياً بذلك، وأظن أن عامة الفقهاء لا يخالفون هذا، وأنها تسقط إن لم يرده.

---

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٢/ ٥٢٩ ـ ٥٣٠، الخرشي شرح مختصر خليل: ٤/ ٢١٣.

(٢) كشاف القناع: ٥/ ٤٩٩. وابن نصر الله: هو أبو البركات عبد الله بن نصر بن موسى. تكملة الإكمال: ٣/ ٣٩٦.

المبحث الرابع:

قانون الأحوال الشخصية السوري

وسقوط الحضانة لتزوج الأم بغير الأب

ذهب قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٣٨) إلى ما يلي: زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها.

وهذه المادة صريحة في سقوط حق الحاضنة لتزوجها، ويشمل هذا ما إذا كان زوجها أجنبياً غير محرم أو قريباً غير محرم كابن العم، أما إذا كان قريباً ومحرماً فهنا لا تسقط حضانتها، كما لو تزوجت بعم المحضون، وهذا الرأي هو رأي الحنفية والحنابلة، بينما ذهب المالكية والشافعية في الأصح إلى عدم سقوطها إذا هي تزوجت بابن العم أو بابن أخيه[١]. وهنا مسألة دقيقة وهي:

سقوط الحضانة بمجرد العقد أو بالدخول؟ .

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن مجرد العقد يسقط الحضانة، بينما ذهب المالكية إلى اشتراط الدخول لسقوطها[٢].

وما رأي القانون في ذلك؟ هل تسقط حضانتها بمجرد العقد أم لابد من الدخول؟ .

إن مقتضى المادة (٣٠٥ أحوال) لزوم سقوط حضانتها بمجرد العقد، لأن ما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى المعتمد لدى المذهب الحنفي، وكان لفظ القانون بلفظ «زواج» محتملاً للعقد وللدخول، ولو نظرنا في معاجم اللغة لتحديد المراد بلفظ زواج لوجدنا أن الزوج: هو البعل[٣]،

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٢، الشرح الكبير: ٢/ ٥٣٠، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٩.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٦٣٩، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٩، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٥، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٩، المغني: ٩/ ٣٠٧.

ويصبح الرجل زوجاً بمجرد العقد، وهذا من حيث اللغة، أما من حيث المقصد التشريعي: وهو عدم انشغال الحاضنة عن المحضون، فلا يحصل ذلك بمجرد العقد، بل قد يحدث بالدخول، فالأولى حمل لفظ زواج على الدخول دون الاكتفاء بمجرد العقد، إذ قد لا يلحقه الدخول أبداً، وإن كان النص صريحاً في قانون الأحوال الأردني فقالت المادة (١٥٦): «عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها».فكلمة عقد صريح في سقوط الحضانة بالعقد لا بالدخول.

ويرد إشكال آخر وهو أن النص هنا (م ١٣٨) خاص في سقوط حق الحضانة بالتزوج، وعام في كون الولي هو الأب أو غيره من الأولياء، كما أن نص المادة (١٤٧ ف١) وهو: «إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو يبلغ الصبي سن الرشد» خاص في إعطاء القاضي سلطة تقديرية في اختيار الحاضن إذا لم يوجد الأب، وعام في كون الأم متزوجة أو لا.

فهل يحق هنا للأم المتزوجة حق الحضانة فيما إذا لم يكن الأب موجوداً؟ أم أنه يلزم تخصيص[1] المادة (١٤٧) بالمادة (١٣٨) ويكون الاختيار حالة عدم كون الأم متزوجة وعدم الأب، أم العكس ويحق للأم المتزوجة حق الحضانة طالما لم يكن الأب موجوداً؟ .

ذهبت محكمة النقض السورية (قرار ١٧٥ تاريخ ١٤/ ٥/ ١٩٦٣) إلى أن العم هو صاحب الولاية على الصغير المتزوجة أمه بأجنبي أي إنها رجحت كون الاختيار حالة عدم تزوج الأم عند عدم الأب، وهو يعني تخصيص مادة (١٤٧) بالمادة (١٣٨) وإن كان الأولى في رأيي أن يبقى للقاضي سلطة تقديرية حالة عدم وجود الأب بحسب مقتضى المادة (١٤٧) ولو كانت الأم متزوجة؛ لأن مقصد الحضانة رعاية المحضون، وقد يكون في نقله إلى غير أمه نقيض مصلحته ولو كانت أمه متزوجة، وحسناً ما ذهبت إليه الفقرة الثانية

---

(١) القاموس المحيط: ١٧٦، معجم مقاييس اللغة: ٣/ ٣٥، مختار الصحاح: ١٨٣.

(م١٤٧) حين قالت: «في حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك».

وذلك أنها إذا جعلت الحضانة لها ألزمتها بالنفقة حال قدرتها لئلا يضيع المحضون.

وأخيراً: فإنني أرى سقوط الحضانة لتزوج الأم نظراً للأدلة المؤيدة لذلك، ولكنني في الوقت نفسه أرى لزاماً أن يُتحقق من الظروف المحيطة بالمحضون في القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً ـ كما ذهبت المادة (١٣٧) ـ إن هو نقل إلى أبيه وإلى زوج أبيه، ليُنظر هل يَنْعُم بالراحة والطمأنينة ويحافظ على مصلحته؟ والذي لأجل ذلك نقلنا الحضانة وسلبناها من أمه إلى أبيه، وإلا أعدناها إلى أمه أو إلى أم أمه.. وقد تكون أمه غير المتزوجة مضيعة ومفسدة له!.. وهكذا.. بحسب ما ذهب إليه القانون (م١٤٧ و م١٣٩)، كما أرى ما ذكرته آنفاً عند عدم وجود الأب.. وتزوج الأم من إثبات سلطة تقديرية للقاضي.

المبحث الخامس:

الحضانة وعمل المرأة

وأذكر ما صرح به القانون في المادة (١٣٩/ ٢) من عدم سقوط الحضانة بعمل المرأة ونصه: «لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمّن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة».

وهذا مذهب الشافعية في عدم منع الزوج الزوجة العاملة قبل النكاح من العمل ـ كما مر في عمل الزوجة والنفقة ـ وهنا لا تسقط حضانتها بعملها، وقرارات محكمة النقض تؤكد هذه الرعاية: انشغال الحاضنة خارج البيت يسلبها حقها في الحضانة ما دامت مستمرة فيه (ش ـ ٣٧٨ ـ ٣٧٥ ـ ١٢/ ١٢/ ١٩٦١).

ـ وجود امرأة تقوم برعاية الولد أثناء غياب الحاضنة عن المنزل للعمل، لا يجعل الحاضنة أهلاً للحضانة (ش٢١٢ ـ ١٩٨ ـ ٢٠/ ٥/ ١٩٦٨).

ـ وظيفة المعلمة لا تمنعها من قيامها بالحضانة إذا كان مسموحاً لها بوضع ولدها مع الأولاد الذين تشرف عليهم وتعلمهم (ش ـ ١٥١ ـ ٩٦ ـ ١٦/ ٣/ ١٩٦٣).

مما يعني ضرورة التحقق من قيام الأم بتأمين رعاية أطفالها والعناية بهم.

المبحث السادس:

الحضانة ونشوز المرأة

نصت المادة (١٤٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا نشزت المرأة وكان الأولاد فوق الخامسة، كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب».

وقد مر في النشوز أن المرأة تسقط نفقتها بالنشوز لتركها دار الزوجية بلا مسوغ شرعي (م٧٤ ـ ٧٥أحوال).

وعليه: فإن موقف القانون في المادة (١٤٥) هو بإعطاء القاضي سلطة تقديرية في وضع الأولاد بحسب مصلحتهم المعتبرة عند أي من الزوجين.

المبحث السابع:

إقامة البالغ بعد الحضانة (وهل ينفرد بالسكنى)

إذا استغنى الصبي وعقل وبلغ فليس للأب ضمه إلا إذا لم يكن مأموناً على نفسه وليس عليه نفقته إلا أن يتبرع، وهو رأي جمهور الفقهاء وقيل عند الشافعية والحنابلة: تدوم حضانته لأجل دينه لا ماله، وكذلك إذا كان أمرد أو خيف عليه من انفراده.

ويستحب للولد أن لاينفرد عنهما في إقامته ولا يقطع بره عنهما.

وأما البنت فعند الحنفية والحنابلة إن كانت بكراً فعندهما إن مجتمعين، وإلا ضمها الأب إلى نفسه ولو لم يخف الفساد عليها، وإن ثيباً فليس له ذلك.

وإذا كانت ثيباً أو أسنت واجتمع رأيها ولا ريبة فلا تضم وتنزل حيث أحبت.

وإن ثيباً مخوفاً عليها فعند وليها، وإلا وضعها القاضي عند امرأة ثقة مأمونة فإن لم تكن ريبة خلاها[1].

وعند المالكية والشافعية تتخير بين أبويها حتى تتزوج وتسكن حيث تشاء، وإلا فتسكن عند أحد أبويها أو عصبتها، أو في موضع لائق بها منعاً لعار النسب ويمنعها غير الكفء، وإن كان ريبة ضمها إليه.

ونصت المادة (١٥١) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «الولي الأنثى المحرم ان يضمها إلى بيته إذا كانت دون الأربعين من العمر ولو كانت ثيباً، فإذا تمردت عن متابعته بغير حق فلا نفقة لها عليه».

---

(١) العام: اللفظ المستغرق جميع ما يصلح له وضعاً واحداً من غير حصر، والخاص: اللفظ المستغرق جميع ما يصلح له وضعاً واحداً مع الحصر.انظر فواتح الرحموت لابن نظام الدين ٢/ ١٩ ـ ٢٢، المناهج الأصولية للدكتور الدريني: ٣٧ و١٥٤.

(٢) البحر الرائق: ٤/ ١٨٦، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٥٢٧، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٩ ـ ٤٦٠، كشاف القناع: ٥/ ٤٩٩ ـ ٥٠٠.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الرابع:

نفقة الأقارب

الفصل الأول: مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم.

الفصل الثاني: شروط تبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها.

الفصل الثالث: مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول:

مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم

المبحث الأول:

مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب

ذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للأصول والفروع والحواشي من ذوي الأرحام المحارم كالإخوة والعمومة والخؤولة دون أبنائهم جميعاً.

وذهب قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٥٩) إلى أنه: تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية، على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية.

وهو موافق لرأي الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب النفقة للأصول والفروع فتجب على الموسر منهم، ونقل عن الحنابلة لزومها على الأخ الموسر لأخيه الصغير.

وذهب المالكية إلى وجوب النفقة للأبوين وخادمهما، وللأبناء فقط على الأب دون الأم[1].

---

(١) تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٤١، بدائع الصنائع: ٤/ ٣٠، بلغة السالك على الشرح الصغير: ١/ ٥٢٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧، المهذب: ٢/ ١٦٥ ـ ١٦٦، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٠ ـ ٤٨٢.

المبحث الثاني:

الأدلة على ثبوت نفقة الأقارب

ثبتت نفقة الوالدين بقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء: ٢٣]ولقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[لقمان: ١٥] وذلك بالإنفاق عليهم والقيام بكفايتهم عند فقرهم وهو أحسن الإحسان والمعروف.

ولحديث رسول الله ﷺ: «إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه»(١).

وثبتت نفقة الأولاد بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٢).

وثبتت نفقة ذوي الأرحام (الحواشي) عند القائل بها بقوله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ﴾ [الإسراء: ٢٦] وأهم حقوقه النفقة عليه.

وخصت بالمحارم لقراءة ابن مسعود في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، ولأنها صلة للرحم صيانة لها عن القطع فتخص القرابة الواجبة الوصل المحرمة القطع وهم ذوو الأرحام المحارم.

وأجمعت الأمة على لزوم نفقة الوالدين والأولاد، وألحق الشافعية والحنابلة الأجداد والجدات بالوالدين والأحفاد بالأولاد(٣).

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب البيوع، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، ٣/ ٢٨٨، رقم: ٣٥٢٨، والترمذي والنسائي وابن ماجه.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها، ٣/ ١٩٢٦، رقم: ٥٠٤٩.

(٣) بدائع الصنائع: ٤/ ٣٠ ـ ٣١، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٠ ـ ٤٨١.

الفصل الثاني:

شروط ثبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها

المبحث الأول: شروط ثبوت النفقة على الأقارب وسببها

أ ـ أن يكون قريباً فقيراً عاجزاً عن الكسب لصغر أو مرض..ولا يعد القريب الكبير غير العاجز مستحقاً للنفقة دون الوالدين فيجب لهم النفقة مطلقاً لئلا يلحقهم تعب الكسب فيلزمه نفقتهما مع قدرتهما على الكسب عند الحنفية والشافعية، واشترط المالكية عسر الوالدين وعجزهما، ويجبران على الكسب إن قدرا.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٨): يجب على الولد الموسر، ذكراً كان أو أنثى، كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب، ما لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلاً أو عناداً.

ويظهر توسط القانون بين الرأيين الفقهيين السابقين، فاكتفى لوجوب النفقة بفقر الوالدين دون اشتراط العجز عن الكسب أما إذا ظهر عنتهما في تكليفه فلا نفقة لهما، وهو مذهب المالكية.

وكذلك إن بلغ الولد الذكر قادراً ثم عجز فلا تجب نفقته على أبيه، والأنثى إلى دخول زوجها بها، فإن عادت الابنة إلى أبيها صغيرة أو بكراً أو مريضة دخل بها وهي كذلك عادت نفقتها على أبيها، وفي قول عند الشافعية: يلتحق الفرع بالأصل في لزوم النفقة للفرع إن لم يكتسب وكان الأصل واسع المال.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٤): نفقة كل إنسان في ماله، إلا الزوجة فنفقتها على زوجها.

والمادة (١٥٥): ١ ـ إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية.

٢ ـ تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله.

والمادة (١٥٦):

١ ـ إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة غير عاجز عن الكسب، يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب.

٢ ـ تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب، يرجع عليه بها إذا أيسر.

والمادة (١٥٧):

١ ـ لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها.

٢ ـ يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر.

وقضت محكمة النقض: لا تكلف الأنثى بالعمل ويكفي فقرها ويسار قريبها لفرض النفقة (ش ـ ٧١ ـ ٥٧ ـ ٢١/ ٢/ ١٩٦٢).

كما قضت محكمة النقض: نفقة الأولاد على أبيهم تستمر خلال مرحلة دراستهم حتى ثبوت تكسبهم الفعلي (ش ـ ١٩ ـ ١٢ ـ ١٥/ ١/ ١٩٦٨).

وقضت أيضاً: الولد الكبير الفقير الذي يطلب العلم يلحق بالعاجز عن الكسب (ش ـ ٣٦٤ ـ ٣٦٧ ـ ٣٠/ ٩/ ١٩٦٩).

٢ ـ اتحاد الدين مع المنفق: إذ لا توارث مع اختلاف الدين، وكذلك النفقة لأنها فرع الإرث، وهذا بالنسبة للحواشي دون الوالدين والجد والجدة والأولاد للجزئية والبعضية فيهما، وكذلك الزوجة.

ونصت المادة (١٦٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع».

٣ ـ إيسار القريب المنفق: لوجوبها على وجه الصلة اللازمة على الغني، وفي قرابة الولاد والمنفق هو الأب لا يشترط يساره وإنما يشترط

قدرته على الكسب، ووجوب نفقتهم عليه إحياء لنفسه.

ونصت محكمة النقض: «عدم قيام المحكمة بالتثبت من يسار المطالَب بالنفقة وإعسار طالبها يعرض حكمها للنقض» (ش ـ ٧٠٢ ـ ٧١٦ ـ ٢٨/ ١٢/ ١٩٧٥).

وكذلك نصت: «إعسار الأب لا يعفيه من نفقة ولده» (ش ـ ١٤٠ ـ ١١١ ـ ٢٣/ ٣/ ١٩٦٣).

كما وقضت: نفقة الأب على ابنه لا تجب إلا بثبوت عسر الأب ويسار الابن وقدرته على دفعها بعد تأمين نفقة نفسه وزوجته وأولاده (ش ـ ٢٢٩ ـ ٢٠٩ ـ ٨/ ٦/ ١٩٦٣.

وأما سببها: فهو القرابة المحرمة القطع، أو الولادة المثبتة للجزئية والبعضية ويجب على الإنسان إحياء كله وبعضه[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٣٥، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٤١ ـ ٢٤٥و٢٤٨، الشرح الصغير: ١/ ٥٢٥ ـ ٥٢٧، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

المبحث الثاني:

حد اليسار اللازم لثبوت وجوب النفقة

ذهب أبو يوسف إلى أن حد اليسار هو نصاب الزكاة وإلا فلا يجبر على نفقة أقاربه، لأن النفقة صلة على الأغنياء كالصدقة وحد الغنى النصاب.

وذهب محمد إلى أن حده ما فضل عن نفقة شهر له ولعياله فيجبر وإلا فلا، وأما المكتسب مياومة ويفضل عن نفقته شيء فيجبر على نفقته بما زاد وهو ما حدده الشافعية والحنابلة.

وذلك أن له كسباً مستمراً زائداً عن حاجته فيجب صرفه إلى أقاربه، ولا يعد بالنصاب لاعتباره في وجوب الزكاة حق الله تعالى، والنفقة حق العبد فيعتبر إمكان الأداء فيها.

واكتفى المالكية باليسار، فيرجع فيه إلى العرف[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٣٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٨١.

المبحث الثالث:

كيفية وجوب النفقة على الأقارب

ذهب الجمهور إلى توزيعها على النحو الآتي: تلزم النفقة الأب للفروع، وأما توزيعها على الفروع فبحسب مايلي:

أ ـ تلزم النفقة الأقرب من الأقارب درجة إذا اجتمع الأصول والفروع، مثل الأب وابن الابن فتلزم الأب.

ب ـ إذا اجتمع الأصول والحواشي كأم وأخ شقيق وأخ لأب كانت النفقة بحسب الإرث، وهو ما نصت عليه المادة (١٥٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

ج ـ إذا اجتمع الفروع والحواشي فالنفقة على الحواشي.

وذهب المالكية إلى أنها على الأولاد الموسرين بقدر اليسار، وقيل: بحسب الرؤوس، وقيل: بحسب الميراث[1].

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٣١ ـ ٣٤، تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦، الشرح الصغير: /٥٢٦، روضة الطالبين: ٩/ ٩٠ ـ ٩٤، كشاف القناع: ٥/ ٤٨٢ ـ ٤٨٤.


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث:

مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها

المبحث الأول: مقدار الواجب في نفقة الأقارب

وتشمل المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع والخادم المحتاج إليه وأجرة الطبيب وثمن الأدوية لقيام الكفاية بذلك.

ونصت محكمة النقض: «تشمل نفقة الأقارب الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بدلالة المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية السوري» (ش ـ ٢٨٠ ـ ٢٧١ ـ ٢٠/ ٢/ ١٩٦٦).

وقال الجمهور: تجب بتمام الكفاية، لقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

وقال الحنفية: تقدر بالحاجة، ولا يبعد هذا عن قول الجمهور، لأنهم عددوا أنواع النفقة كما ذكر[1].

وذهبت محكمة النقض (ش ـ ١٤٦ ـ ١٣٩ ـ ١٥/ ٤/ ١٩٦٨): «يجب أن تكون النفقة كافية ومتناسبة مع حال المنفق».

ونصت محكمة النقض لكفاية النفقة: «من أسباب زيادة النفقة تقدم الطفل بالسن ووقوعه في مرض...» (ش ـ ٣٣ ـ ٣٢٤ ـ ٢٦/ ٧/ ١٩٦٧).

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٣٨، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٢، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٧ ـ ٤٤٨، المهذب: ٢/ ١٦٧، كشاف القناع: ٥/ ٤٨١.

المبحث الثاني:

استحقاق النفقة وسقوطها

اتفق الفقهاء على سقوط النفقة بمضي المدة ولكنهم اختلفوا في سقوطها إذا قضى القاضي بها:

فقال الحنفية: تثبت نفقة الأقارب بالقضاء بها، وكذلك بالتراضي، وإذا لم تقبض فإنها تسقط أيضاً بمضي المدة، لأنها تجب لسد الحاجة، ولهذا لا تجب إلا مع الإيسار وإذن القاضي بالاستدانة على القريب واستدانته فعلاً.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦١): يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز الأربعة أشهر.

وهو نظر وجيه حسن للحاجة والفقر والعجز.

وللوالد والجد والولد أخذ النفقة مطلقاً، لنهي الشارع عن التأفف في حق الوالدين، فتركهما للكسب أشد من التأفيف، فلا تحتاج النفقة لقضاء قاضٍ لما فيها من معنى الإحياء بدفع الهلاك عنهم إذ يجب على الإنسان إحياء نفسه دون قضاء قاضٍ، ولهذا قررت المادة (١٠٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري: لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة.

وهذا يوضح معنى الإحياء في هذه النفقة لضرورتها للولد فلا تقبل بدين على آخر.

وذهب المالكية إلى عدم سقوطها بعد قضاء القاضي أو بإنفاق متبرع بشرط الرجوع، ولا تجب للمستقبل لأنه بحسب الوقت الذي تجب فيه.

وإلى هذا ذهب الشافعية مع إذن القاضي بالاقتراض أو بالإنفاق

ووجوبها في المستقبل أيضاً واقتراضه فعلاً، وإلا فله الإشهاد والاقتراض ليرجع على المنفق، كالجد ينفق على حفيده والأب غائب، وأما الأب فيأخذ نفقته من مال ابنه بحكم الولاية[1].

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٣٧ ـ ٣٨، بلغة السالك والشرح الصغير: ١/ ٥٢٧، الشرح الكبير: ٢/ ٥٢٤، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٩.


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

فهرس المصادر والمراجع

القرآن العظيم		
فهرس ألفاظ القرآن	محمد فؤاد عبد الباقي	المكتبة الإسلامية
كتب التفسير		
أحكام القرآن	الجصاص	دار الفكر
التسهيل لعلوم التنزيل	ابن جزي	
التفسير الكبير	الرازي	طبعة ايران
الجامع لأحكام القرآن	القرطبي	دار الكتب العلمية
تفسير القرآن العظيم	ابن كثير	دار الأندلس
روح المعاني	الآلوسي	دار إحياء التراث العربي
زاد المسير	ابن الجوزي	المكتبة الإسلامية
كتب السنة		
إتحاف الألمعي باختصار وشرح سنن الترمذي	د. مصطفى البغا	دار العلوم الإنسانية
إحياء علوم الدين	الغزالي	دار إحياء التراث العربي
الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان	ابن بلبان	مؤسسة الرسالة
الجامع	الترمذي	ط عزت عبيد الدعاس
الجامع الصحيح	الإمام مسلم	دار العلوم الإنسانية
الجامع الصحيح	الإمام البخاري	دار العلوم الإنسانية
السنن	النسائي	دار الحديث
السنن	أبو داود	دار الفكر
السنن	الدارقطني	عالم الكتب
السنن	ابن ماجه	دار إحياء التراث العربي
السنن الكبرى	البيهقي	دار المعرفة
العلل	ابن أبي الحاتم الرازي	الدار السلفية

الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد	الساعاتي	ط-١٣٧٢
المراسيل	أبو داود	مؤسسة الرسالة
المستدرك	الحاكم	مكتبة المطبوعات الإسلامية
المسند	الإمام أحمد	دار الحديث
المسند	أبو يعلى	
المصنف	ابن أبي شيبة	دار السلفية
المصنف	عبد الرزاق	المكتب الإسلامي
المعجم الأوسط	الطبري	دار الحديث
المعجم الكبير	الطبراني	مكتبة العلوم والحكم
المنتقى شرح الموطأ	الباجي	دار الكتاب العربي
الموطأ	مالك	دار الحديث
النهاية في غريب الحديث	ابن الأثير	دار المعرفة
تحفة الأحوذي	المباركفوري	
تلخيص الحبير	ابن حجر	الكليات الأزهرية
جامع العلوم والحكم	ابن رجب	مؤسسة الرسالة
سنن الدارمي	الدارمي	دار القلم
شرح الموطأ	الزرقاني	مصطفى البابي الحلبي
شرح النووي (المنهاج شرح صحيح مسلم)	النووي	دار العلوم الإنسانية
عمدة القاري	العيني	دار إحياء التراث العربي
عون المعبود شرح سنن أبي داود	الآبادي	دار الحديث
فتح الباري	ابن حجر	دار الفيحاء
كشف الخفاء	العجلوني	مؤسسة الرسالة
مصباح الزجاجة	البوصيري	دار المعرفة
نصب الراية	الزيلعي	دار إحياء التراث العربي

كتب المصادر الفقهية		
الاختيار	عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي	دار إحياء التراث العربي
الأنكحة المنهي عنها	تحسين بيرقدار	رسالة ماجستير
إعانة الطالبين	الدمياطي	دار الفكر
إعلام الموقعين	ابن القيم	دار إحياء التراث العربي
الإقناع	الشربيني	دار القلم العربي
الإنصاف في مسائل الخلاف	المرداوي	دار إحياء التراث العربي
البحر الرائق شرح كنز الدقائق	ابن نجيم	دار المعرفة
البهجة شرح التحفة	التسولي	مصطفى البابي الحلبي
الثمر الداني في تقريب المعاني	الأزهري	المكتبة الثقافية
الحاوي الكبير	للماوردي	
الشرح الصغير على مختصر خليل	الدردير	مصطفى البابي الحلبي
الشرح الكبير	ابن قدامة	دار الكتاب العربي
الشرح الكبير	الدردير	فيصل عيسى البابي الحلبي
العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية		
الفواكه الدواني	الأزهري	مصطفى البابي الحلبي
القوانين الفقهية	ابن جزي	الدار العربية للكتاب
اللباب شرح الكتاب	عبد الغني الغنيمي	دار الكتاب الميسر
اللمعة الدمشقية	محمد مكي العاملي	دار إحياء التراث العربي
المبدع شرح المقنع	ابن مفلح	المكتب الإسلامي
المبسوط	السرخسي	دار المعرفة
المجموع شرح المهذب	النووي	زكريا علي يوسف
المحلى	ابن حزم	مصطفى البابي الحلبي
المدونة الكبرى	الإمام مالك	دار صادر
المغني	ابن قدامة	دار الكتاب العربي

المهذب	الشيرازي	دار الفكر
الهداية	المرغيناني	دار الكتب العلمية
بدائع الصنائع	الكاساني	دار الكتب العلمية
بداية المجتهد	ابن رشد	دار الكتب الإسلامية
بلغة السالك	الصاوي	مصطفى البابي الحلبي
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق	الزيلعي	الأميرية
تحفة الفقهاء	السمرقندي	طبعة جامعة دمشق
تحفة المحتاج ومعه حاشية الشرواني	ابن حجر الهيتمي	دار صادر
جواهر الإكليل	صالح الأبي الأزهري	دار الفكر
حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربي
حاشية الجمل على شرح المنهج	المحلي	دار الفكر
حاشية الشرقاوي	الشرقاوي	دار إحياء التراث
حاشية الطحاوي على الدر المختار	الطحاوي	دار المعرفة
حاشية على الشرح الكبير	الدسوقي	فيصل عيسى البابي الحلبي
دليل الطالب	الشيخ مرعي الحنبلي	مؤسسة الكتب الثقافية
رسائل ابن عابدين (رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة)	ابن عابدين	
روضة الطالبين	النووي	المكتب الإسلامي
شرح الخرشي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي	الخرشي	دار صادر
غاية المنتهى	مرعي الحنبلي	نفقة الشيخ علي حاكم قطر
فتح الوهاب شرح المنهاج	زكريا الأنصاري	عيسى البابي الحلبي
فتح القدير	ابن الهمام	دار إحياء التراث العربي
فيض الإله المالك	بركات	المكتبة التجارية الكبرى
كشاف القناع	البهوتي	دار الفكر
كفاية الأخيار	تقي الدين الحصني	دار الخير

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر	داماد أفندي	دار إحياء التراث العربي
مجموع الفتاوى	ابن تيمية	السعودية
مطالب أولي النهي		دار الفكر
مغني المحتاج شرح المنهاج	الشربيني	دار إحياء التراث العربي
منار السبيل	ابن ضويان	المكتب الإسلامي
مواهب الجليل شرح مختصر خليل	الحطاب	دار الفكر
نهاية المحتاج	الرملي	دار الفكر
المنهاج	النووي	مصطفى البابي الحلبي

المصادر القانونية والفقهية المعاصرة

أحكام الأسرة في الفقة الإسلامي	محمد مصطفى شلبي	الدار الجامعية بيروت
أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين	د. توفيق فرج	الدار الجامعية
أحكام التقادم	صلاح أبو حشيش	رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية
آداب الخطبة والزفاف	عبد الله علوان	دار السلام
الأحوال الشخصية	أبو زهرة	دار الفكر العربي
الأحوال الشخصية لغير المسلمين	جميل شرقاوي	دار النهضة العربية
الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين	أحمد سلامة	دار الفكر العربي
الأمراض الجنسية عقوبة إلاهية عاجلة	عبد الحميد القضاة	
الأمراض الجنسية	البار	دار المنارة
التذكرة في القضاء الشرعي	سعدي أبو جيب	دار الفارابي
الفقه الإسلامي وأدلته	د. وهبة الزحيلي	دار الفكر
القانون الأردني للأحوال الشخصية		
المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقا	دار الفكر

المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري		
المرشد في قانون الأحوال الشخصية	أديب استانبولي	المكتبة القانونية
ر الشرعية	محمد نجم الدين الكردي	1984
[illegible]	عبد الناصر العطار	مؤسسة الرسالة
[illegible]	أحمد الدهلوي	دار المعرفة
حركة التقنين الوضعي	شحادة السويركي	رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية
حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي	يوسف قاسم	دار النهضة العربية
رحمة الإسلام بالنساء	محمد الحامد	مكتبة المنار
الطلاق ومذاهبه	د. فوزي فيض الله	مكتبة المنار
حقوق الزوجين	أبو الأعلى المودودي	الدار السعودية
خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل	بحث للشيخ مصطفى الزرقا	مجلة الجامعة الأردنية
درء المفسدة في الشريعة الإسلامية	د. محمد الحسن البغا	دار العلوم الإنسانية
شرح الأحكام الشرعية	الأيباني	مكتبة النهضة
شرح قانون الأحوال الشخصية السوري	د. عبد الرحمن الصابوني	جامعة دمشق
شرح مجلة الأحكام العدلية	الأتاسي	مطبعة حمص
عقد الزواج وآثاره	أبو زهرة	دار الفكر العربي
فسخ الزواج	د. أحمد الحجي الكردي	اليمامة
قانون أصول المحاكمات		
مجلة الأحكام العدلية		
مدى حرية الزوجين في الطلاق	د. عبد الرحمن الصابوني	دار الفكر

شرح قانون الأحوال الشخصية السوري	مصطفى السباعي	المكتب الإسلامي
مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد	لجنة خاصة	دار القلم
مكافحة الأمراض	ويلكوكس	منظمة الصحة العالمية
موسوعة الأحوال الشخصية	نبيل الظواهرة الصائغ	متري هاجي
وعاشروهن بالمعروف	أبو سريع محمد عبد الهادي	مكتبة التراث الإسلامي
كتب الأصول واللغة والتراجم والمصطلحات		
الإجماع	ابن المنذر	مؤسسة الكتب الثقافية
الإجماع	ابن المنذر	مؤسسة الكتب الثقافية
الأشباه والنظائر	ابن نجيم	دار الفكر
الأشباه والنظائر	السيوطي	دار الكتب العلمية
الاستيعاب	ابن عبد البر	دار الكتب العلمية
الباعث الحثيث	ابن كثير	دار العاصمة
الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي	الأزهري	طبعة بشير الإدلبي
القاموس الفقهي	أ. سعدي أبو جيب	دار الفكر
القاموس المحيط	الفيروزآبادي	دار الفكر
المغرب في ترتيب المعرب	المطرزي	مكتبة أسامة بن زيد
المقصد الأرشد	ابن مفلح	مكتبة الرشد
المناهج الأصولية	الدريني	مؤسسة الرسالة
خلاصة الأثر	المحبي	دار صادر
زاد المعاد	ابن القيم	مؤسسة الرسالة

سير أعلام النبلاء	الذهبي	مؤسسة الرسالة
شذرات الذهب	ابن العماد	دار الفكر
شرح جمع الجوامع	المحلي	مصطفى البابي الحلبي
طلبة الطلبة	النسفي	دار القلم
فواتح الرحموت	ابن نظام الدين	الأميرية
كشف الظنون	حاجي خليفة	مطبعة طهران
لسان العرب	ابن منظور	دار صادر
مختار الصحاح	الرازي	دار العلوم الإنسانية
معجم البلدان	ياقوت الحموي	دار صادر
معجم المؤلفين	محمد رضا كحالة	مؤسسة الرسالة
معجم لغة الفقهاء	رواس قلعه جي	دار الفكر
نزهة النظر	ابن حجر	مطبعة الصباح
معجم مقاييس اللغة	ابن فارس	دار الكتب العلمية
هدية العارفين	إسماعيل باشا	مطبعة طهران

اللجنة العلمية :

أ . د . عبد الرحمن الصابوني

أ . د . وهبة الزحيلي

أ . د . محمد سعيد رمضان البوطي



المدقق اللغوي :

د . أيمن الشوا

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University