جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا - قسم الفقه وأصوله

إسقاط الحقوق الأسرية على مال في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالبـــة : سناء حسن هدلة

إشراف الدكتورة : غيداء المصري



الإهداء

إلى الرحمة المهداة .....إلى معلمنا الأول

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى نبض حياتي .....والديّ

إلى سندي وعزوتي .....إخوتي

أضع عملي هذا في درب عطائكم

ليكون شاهداً على إحسانكم وفضلكم فلكم جزيل امتناني

وخالص عرفاني

كلمة شكر

إلى أصحاب الأيدي البيضاء في مسيرتي العلمية :

إلى الكادر الإداري والتدريسي في كلية الشريعة التي شرفني الله تعالى بالجلوس على

مقاعدها ، والغرف من منهل عطائها ، حتى كان لي فيها خير الصحبة ، وجميل

الذكرى وعظيم الأثر

إليكم أساتذتي .... أوجه تقديري وأسأل الله تعالى أن يجعل جهدكم موفوراً وعملكم

مشكوراً ، وأن يديم عطاءكم لكل من داست خطاه هذه الرحاب

إلى الدكتورة المشرفة : غيداء المصري

جزاكِ الله خيراً على توجيهاتك وإرشاداتك القيّمة

إلى كل من كانت له يد في إتمام هذا البحث

تحية من صميم القلب

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــــــــــة :

الحمد لله الواسع في علمه بغير حدود ، المطلق في إرادته بغير قيود ، المتفرد بسطوته على كل شيء موجود ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد الأمين صاحب الدرجة الرفيعة والمقام المحمود ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

إن رابط الزواج هو الأساس الذي يبنى عليه كيان الأسرة ، والميثاق الذي يجعل منه منظومة اجتماعية متينة الأركان معضدة البنيان ، يعي كل فرد فيها ما له وما عليه ، ويحيط بمسؤولياته ويرتب أولوياته ، ويوازن بين مصالحه دون إفراط ولا تفريط ، ويتجه نحو بناء ذاته دون التقوقع حولها ، ويعمل لصالح المجموع دون إهمالٍ لمتطلباته الشخصية.

وبينما العلاقات الأسرية هي علاقات إنسانية تشوبها الرحمة والإحسان ، ويزداد تماسكها بالإيثار بغير أثرة ، والعدل بغير غبن ، والعطاء بغير امتنان ، فإنها تضمحلّ وتنفصم عراها حين تتبلور في أطر جامدة وقوانين مطلقة ، ينظمها مبدأ التقصير والمحاسبة والثواب والعقاب فحسب.

والمتتبع لأحكام الشرع الإسلامي الحنيف يقف على الاهتمام الملحوظ بسن التشريعات الكفيلة بحماية الرابطة الأسرية والمحافظة على تماسكها ، ودعم ثباتها ، وتنظيمها وفق ما يحقق التوازن بين المصالح الخاصة والعامة بمقتضى العدالة لا المساواة ، وهو أمر قد يرتب أعباء إضافية على أحد الزوجين تجاه الآخر ، أو يمنح الأولوية في أمر ما لأحدهما دون الآخر ، أو يقدم مصلحة طرف ثالث ، قد يجرّ التعنت أو التقصير من أحد الزوجين إلى إضاعة حقه والإضرار به.

ولكن وفي بعض الأحيان قد تعجز كل هذه الإجراءات الوقائية عن المحافظة على استقرار الأسرة واستمرارها ، ويشيع الخلاف بين الزوجين لأسباب سابقة أو لاحقة ، طارئة أو أصيلة متعلقة بأحد الزوجين أو بكليهما ، وتقف حائلاً دون استمرار الحياة الأسرية تحت مظلة المودة والرحمة ، ويصير كلا الزوجين إلى الخيار النهائي الذي فشلت أمامه كل أساليب التفاهم الشخصية ، ومحاولات الإصلاح الاجتماعية ، ويغدو انحلال الزواج أمراً لا مفر منه .

وأمام عظم الأعباء المالية التي قد تقع على عاتق الرجل تجاه زوجته وأولاده ، قد يندفع إلى استخدام سلطته الشرعية في إجبار زوجته على التنازل الجزئي أو الكلي عن بعض حقوقها المالية أو المعنوية ، إن كانت قد اختارت نفسها بعيداً عنه تعنتاً ونشوزاً عليه ، وقد يضارّها

ليذهب ببعض ما آتاها أو كلّه أو يزيد على ذلك ، بغياً عليها وأكلاً لمالها دون وجه حق ، إما طمعاً في الإثراء به إن كانت من أهل اليسار ، أو إمعاناً في عقوبتها وانتقاماً منها ، أو نشوزاً عليها وبغضاً لها .

ويحدث في بعض الأحيان أن يتنازل أحد الأطراف عن بعض حقوقه للآخر رغبة في استمرار الحياة الأسرية معه لاعتبارات شخصية أو اجتماعية ، فيسلك في سبيل ذلك طريق الصلح حرصاً على التراضي وبعداً عن المشاحنة والنزاع ، وقد يتفق الطرفان على إسقاط حق بعينه عن الآخر بطريق الاشتراط السابق على العقد ، وقد يتم هذا الإسقاط في مقابل الحصول على مال ، أو حق مالي أو غير مالي متعلق بالأموال أو المنافع ، وقد يكون في مقابل التزام عمل مأجور بحكم العادة دون بذل الأجرة عليه ، وكثيراً ما يجري التقاص بين الحقوق المالية الثابتة لكل منهما في ذمة الآخر ، ولكل صورة حكمها الخاص.

ووقوفاً منّي على أهمية ما سبق فقد رأيت دراسة الأحكام المتعلقة بإسقاط الحقوق الأسرية إذا تمّ ذلك مقابل المال ، وسواء تمّ ذلك بعد فسخ الزواج أو في سبيل بقائه واستمراره ، وذلك تحت عنوان :

إسقاط الحقوق الأسرية على مال في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة

أولاً : أهمية البحث : تكمن أهمية هذه الدراسة في النقاط الآتية :

١- يعتبر البحث في قضايا الأسرة وأحكامها من المواضيع الفقهية المتجددة ، والتي كثر فيها النقاش والجدل ، وانعقدت بشأنها الندوات والمؤتمرات الدولية في العديد من البلدان ، في حين لم تكن الدول الإسلامية بمنأى عن التأثر بواقع التحولات العالمية المختلفة في مجال نظام الأسرة ، والذي بدأ يخضع للتطورات الاجتماعية فعلياً وبشكل متسارع ، وهذا أمر يحتم تفعيل دور الاجتهاد في القضايا المتعلقة بالأسرة لضمان الحلول المثلى لمجمل المشكلات المستجدة بما يتماشى مع الواقع في ظل الأوضاع الجديدة .

٢- تتأتى أهمية هذه الدراسة من خلال إيضاح العلاقة بين الحقوق والواجبات الأسرية ، والتأكيد على أن رابط الزواج يقيد حقوق الزوجين لتحقيق مصلحة طرف ثالث فيه ، دون أن يجعل منها قيوداً لطرف وحرية لآخر ، أو امتيازاً لطرف وظلماً لآخر ، يأتي ذلك في ظلّ الهجمة الشرسة التي تتعرض لها الأسرة من قبل دعاة المدنية الذين ما آلوا جهداً ولا أضاعوا فرصة في سبيل تحقيق أهدافهم المسمومة في تفكيك الأسرة والمطالبة بحرية مطلقة للفرد في كل

ميدان ، وهذا ما بدأنا نلمس آثاره المدمرة على الأسرة في الواقع الاجتماعي بعد أن دخلت مساعيهم حيز التنفيذ مدعومة بقوة القانون والإشهار الإعلامي .

٣- يعتبر إنهاء المنازعات والخلافات الأسرية في مقدمة المصالح المعتبرة شرعاً ، ولعل إسقاط الحقوق أو معاوضتها بالمال بأي وجه من الوجوه من أهم الحلول التي توصد باب الخلاف ، وتسهم في رأب الصدع في العلاقات الأسرية ، وإعادة الحقوق إلى أصحابها ، وفيها صيانة للنفس من الابتذال الحاصل بسبب مباشرة القضايا وارتياد المحاكم ، وهذه الدراسة تعنى بتسليط الضوء على الحقوق الأسرية القابلة للإسقاط على مال ، وعرض الجوانب النظرية والعملية لها ، ودراسة ضوابط التعامل المالي في مقابلها ، والتي من شأنها أن تجعل التصرف صحيحاً ، وترتب عليه آثاره شرعاً وقانوناً .

٤- إن بذل المال في مقابل الحقوق الأسرية ليس غاية مقصودة بحد ذاتها ، ولكن وسيلة إلى غاية تتمثل في المحافظة على الأسرة وضمان استمرارها بما يصون حقوق كل طرف وواجباته تجاه الآخر ، فهو شبه معاوضة ، وليس معاوضة محضة تصور المرأة على أنها سلعة تباع وتشترى حسب ما يشيع في الفكر الاجتماعي المعاصر، لاسيما في ظل الدعوات المناهضة للتمييز بين الرجل والمرأة ، والتي لا تبرح تطالب بحقوق المرأة الموازية لحقوق الرجل تماماً حتى ضمن الأسرة وتكمن أهمية هذا البحث في إيضاح هذا النوع من المعاوضات ضمن نهجٍ وسطيٍ ينبثق من الأهداف العليا للشرع الإسلامي ، بعيداً عن التطرف أو التعسف السائدين اجتماعياً .

ثانياً : أهداف البحث : تأتي هذه الدراسة في ظل التغيراتِ المتسارعةِ التي بدأ يشهدُها نظامُ الأسرةِ ، تحقيقاً للجوانب الآتية :

١- استنتاجُ السماتِ العامةِ للحقوق الأسريةِ ، وإيضاحُ المنظورِ الإسلاميِ في فهمِ العلاقةِ بين الحقوق والواجبات الأسرية .

٢- دراسة ضوابط التعامل المالي في مقابل الحقوق الأسرية .

٣- تحقيقُ الاستقلالِ الموضوعيِ لمسائلَ عدةٍ ذكرهَا الفقهاءُ بشكلٍ مجملٍ من حيثُ الاستدلالِ والترجيحِ ، لا سيما إذا كان الإسقاطُ على مال شرطاً مقارناً لعقد الزواج.

٤- الاجتهادُ في تعليلِ الأحكامِ ، والتي تدورُ مع علّتها وجوداً وعدماً باعتبار الإسقاط على مال يستندُ في الكثير من مسائلهِ على القياسِ على المعاملات أو على الإسقاط المحض وهو المعول عليه في الاستنتاجِ والتعليلِ والترجيح ، وذلك بالنظر إلى كونه لم يحظَ بالاستقلاليةِ في الدراسةِ

والبحثِ لدى الفقهاء ، وهو ما يفقدُ الكثيرَ من مسائلهِ منهجيةَ الفقهِ المقارَنِ في عرضِ الأدلةِ ومناقشتِها.

٤- تقصي المسائل المتعلقة بإسقاط الحقوق الأسرية على مال بأي طرقها كانت ، وعرضها في حيز مستقل وتمحيصها والتفصيل في أحكامها جمعاً وتنظيماً ودراسة وتحقيقاً وتأصيلاً بما يجمع شتاتها ويشكل الإطار العام لها .

٥- التركيز على بعض الصور التطبيقية لإسقاط الحقوق الأسرية على مال ، كحق الحضانة والعصمة ، ورصد الوقائع العملية المتعلقة بها في التطبيق القضائي لقانون الأحوال الشخصية السوري ، وقراراته الصادرة عن محكمة النقض السورية ، وذلك بالنظر إلى كونها من أكثر القضايا التي يشيع فيها الخلاف وتعج بها محاكم الأحوال الشخصية .

٦- التأكيد على صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر ، وبيان مدى السبق والاستقلال التشريعي في هذا الموضوع .

٧- المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية في مجال قضاء الأسرة، حتى يتسنى الرجوع إليها بسهولة من طرف المعنيين بمثل هذه الأبحاث .

ثالثاً : الدراسات السابقة:

تعددت الدراسات الأكاديمية التي تناولت مفهوم الإسقاط عموماً ، وعرضت الإسقاط على أنه نظرية تتعلق بالفعل أو بما يقع عليه الفعل من الجزئيات التي يمكن تأصيلها وإدراجها تحت قواعد عامة دون الحاجة في الغالب إلى الخوض في التفصيلات التي قد تختلف أهميتها بالنظر إلى الحاجة الفعلية لها في مجالات الحياة ، ودرجة تأثيرها على العلاقات بين البشر ، ومن الدراسات التي وفقت إلى الاطلاع عليها في ذلك :

١- نظرية إسقاط الحق ، عبد الرحمن محمد ، جامعة الأزهر ١٩٧٧ ، وهي رسالة دكتوراه غير مطبوعة ، وهي على أهميتها جمعت بين الإسقاط من الشارع على سبيل التخفيف ورفع الحرج وبين التصرف بالحق الشخصي إسقاطاً ومعاوضة ، كما أن الصور التطبيقية التي تعرضت لذكرها محدودة ، جلّها في العبادات والمعاملات المالية .

أما هذه الأطروحة فتهتم بالإسقاط من الشخص وليس من الشارع ، وتعنى ببيان الصور التطبيقية بعد التأصيل والتنظير .

٢- أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي ، أحمد الصويعي شلبيك ، الأردن ، وهي رسالة دكتوراه ، ط١(١٤١٩هـ) ، وقد انطوت على عرض للأركان العامة للإسقاط والأحكام المتعلقة به ، بينما لم يحظ الجانب التطبيقي فيها على اهتمام يذكر ، بخلاف هذه الأطروحة التي حاولت إغناءها بالمسائل الفرعية والصور التطبيقية لإسقاط الحقوق الأسرية على مال .

٣- إسقاط الحقوق في الشريعة الإسلامية ، عبد الله عادل الكرش ، السعودية لعام ١٤٠٩ وهذه الرسالة بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن ، وهي كغيرها من الدراسات انصب الاهتمام الأكبر فيها على الأطر العامة للإسقاط والدراسة السطحية للجزئيات دون تفصيل ، أما الهدف من هذه الأطروحة فهو استنباط الأطر العامة للإسقاط على مال من مسائلها الفرعية المتخصصة بحقوق الأسرة على وجه الخصوص .

٤- نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي ، صايل يونس ، جامعة النجاح فلسطين وهي رسالة ماجستير لعام ٢٠٠٠ ، وقد تناولت أحكام الإبراء عموماً ، وكان ذكر الإسقاط فيها عرضياً ، ولم يحظ باهتمام ملحوظ ، فضلاً عن أن تختص بإسقاط الحقوق ، كما هو الشأن في هذه الأطروحة التي تناولت فيها الحقوق الأسرية فقط واقتصرت على دراسة الأحكام المتعلقة بإسقاطها على مال ، دون التعرض لعموم أحكام الإبراء.

٥- إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي ، خالد الجار لله ، السعودية لعام ٢٠٠٤ ، وهي بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ، وقد اقتصر ذكر الإسقاط فيها على فصل واحد بينما توجه جلّ اهتمام الباحث نحو دراسة أثر الإسقاط في العقوبات (القتل والحدود والعقوبات التعزيرية) ، بخلاف هذه الأطروحة التي عنيت بدراسة أثر الإسقاط على مال في قضايا الأحوال الشخصية .

وبالجملة فإن هذه الأطروحة تتلاقى مع الدراسات السابقة في المسار العام للإسقاط إلا أنها تفترق عنها في التفصيلات ونقاط البحث ، وتتناول وبشكل متخصص شقاً هاماً جداً في الإسقاط ، وهو ما كان منه في مقابل عوض مالي ، كما تتناول حيزاً محدداً من الحقوق ، وهي حقوق الأسرة ، والتي يأتي التفصيل فيها على وجه الأصالة لا التبعية ، خلافاً لما عليه الحال في جلّ الدراسات السابقة .

رابعاً : صعوبات البحث : يمكن تلخيص الصعوبات التي مررت بها أثناء هذه الدراسة في الجوانب التالية:

١- تفرّق جزئيات هذا الموضوع في أبواب الفقه المختلفة ، واندراج جزئياتها تحت فروع متعددة تتطلب جهداً كبيراً في استقرائها وجمع شتاتها تحت عناوين عامة ، والصعوبة البالغة في تطابقها في حكم واحد مع اختلاف طرق الإسقاط وفق الأصول الفقهية لكل مذهب.

٢- صعوبة الحصول على الدراسات الميدانية والإحصائيات الجاهزة التي تتعلق بموضوع الدراسة والمجهود الذي يتطلبه الرجوع إلى سجلات المحاكم الشرعية في القضايا المتفرقة .

٣- التباين والاختلاف في قرارات محكمة النقض السورية بشأن القضايا المتشابهة مع وجود الفارق الزمني ، الأمر الذي يتطلب توفيقاً بينها وفق الثوابت المعروفة .

خامساً : منهج البحث :

١- اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن من خلال تتبع آراء الفقهاء فيها وتبيين وجوه الاتفاق والاختلاف ، مع ذكر الأدلة وبيان وجوه الاستدلال ثم مناقشتها وترجيح ما تبدو قوته ، واقتصرت في ذلك على المذاهب الأربعة ، مع بيان اختيارات قانون الأحوال الشخصية السوري المعمول به في المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالمسائل المعروضة ، والله ولي التوفيق .

وقد عملت على استقراء مجمل الصور التي ذكرها الفقهاء في مواضع متفرقة وجمعها في مواضعها إغناء للبحث وإظهاراً لمدى الشمول الذي يتسم به الفقه الإسلامي ومدى ملاءمته لكل التغيرات الزمانية والمكانية ، واكتفيت بعرض آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة في المسائل ذات الصلة المعرفية بالموضوع والتي لا تندرج تحت الإسقاط على مال بخصوصه ، ولكنها ترتبط بالموضوع عموماً.

٢- اتبعت المنهج الاستنباطي لاسيما فيما يتعلق بالتعامل المالي ، لاستجلاء حكم الجزئيات التي تنبثق عن البحث ، مرتكزة بذلك على الأصول والقواعد الثابتة المتفق عليها لدى الفقهاء والاجتهادات الفقهية والقضائية الخاصة .

٣- الرجوع إلى المحاكم الشرعية والاستعانة بالملفات القضائية للاطلاع على دعاوى تخص موضوع الدراسة وكيفية التطبيق .

٤- المنهج العملي : في التوثيق اعتمدت أسلوب الجمع في الحواشي للآراء المتفق عليها بين مذهبين أو أكثر دون توثيق كل مذهب منها على حدة في حاشية مستقلة ، وكنت أوثق الكتاب كاملاً لدى ذكره لأول مرة ، واقتصر على ذكر الكتاب واسم المؤلف فيما سوى ذلك.

أما تخريج الأحاديث فما كان منها في الصحيحين لم أخرجه من سواهما ، إلا أن يكون اللفظ بحرفه في سواهما ، وما لم يكن فيهما خرجته من السنن الأربعة ، واقتصرت عليها ، مع تبيين درجة الحديث ، وما لم يكن فيها خرجته من بقية السنن والمسانيد .

أما في ترجمة الأعلام فقد اقتصرت فيها على ترجمة الأعلام غير المعروفين عند ورودهم لأول مرة فيما سوى مشاهير الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة وتلامذتهم .

أما الفهارس فجاءت متنوعة ، حيث أوردت فهرساً للقواعد والضوابط الفقهية المستنتجة من الإسقاط على مال ، وفهرساً للآيات القرآنية ، وفهرساً للأحاديث الشريفة ، وفهرساً للآثار وفهرساً للأعلام المترجمين ، وفهرساً للمراجع والمصادر مرتباً حسب الترتيب الهجائي لأسماء الكتب ، وفهرساً للموضوعات .

خامساً : خطة البحث :

قسمت هذه الأطروحة إلى ستة فصول ، كان الفصل التمهيدي أولها ، وقد ضمنته نظرة موجزة للحقوق الأسرية (تعريفها وسماتها وأسباب ترتبها) وطبيعة علاقتها بالواجبات ، وأردفت ذلك بعرض سريع للحقوق الأسرية مدرجة إياها تحت تقسيماتها المعتادة ، وأعقبت ذلك بالكلام عن انقضاء الحقوق الأسرية والتي كان إسقاط الحق من أحد أسبابها .

وفي الفصل الأول أفضت في الكلام عن الإسقاط على مال حيث قمت بتعريفه لغة واصطلاحا وبينت صلته بعدد من الألفاظ ذات الصلة به ، ثم بينت بشيء من التفصيل الطرق التي يمكن أن يجري وفقها والتي تكاملت لدي في أربعة وجوه هي : (المعاوضة والمصالحة والإشراط والمقاصة) ، وقمت بتبيين الحكم التكليفي للإسقاط على مال والبواعث الكامنة وراءه.

وفي الفصل الثاني درست أركان الإسقاط والشروط الواجب توافرها في كل ركن والضوابط المتعلقة بكل منها.

وكان الفصل الثالث عن الحقوق التي يمتنع فيها الإسقاط على مال ، حيث أوضحتها في مباحث ثلاثة ، كان أولها عن الحقوق التي داخلها حق الغير والثاني عما ثبت من الحقوق لاعتبارات شرعية في الحكم أو في الشخص ، أما الثالث فكان حول الحقوق التي لم تثبت بعد.

وأخذ الفصل الرابع طابعاً تطبيقياً في هذه الدراسة حيث سقت فيه عدداً من الحقوق الأسرية ودرست حكم إسقاطها مقابل مال ، ابتداء من إسقاط حق الحضانة ، مروراً بإسقاط العصمة مقابل مال ، ثم إسقاط حق الدعوى في الحقوق الأسرية ، وأنهيت الفصل بتبين الحكم في إسقاط بعض الحقوق الزوجية مقابل مال .

وفي الفصل الخامس والأخير تحدثت عن مؤيدات الإلزام في الإسقاط على مال باعتباره أحد التصرفات الاتفاقية بين طرفين ، والتي يتوجب أن تكون ملزمة لكليهما ، فبينت الحكم فيما لو داخلها خيار الشرط ، وذكرت المؤيدات القانونية للالتزام بهذا الاتفاق ، وأوضحت الحالات التي يفتقر فيها هذا الاتفاق إلى الإلزام في إسقاط أو في الالتزام بالعوض ، وأنهيت هذا الفصل بالحديث عن أسباب بطلان الإسقاط على مال أو فسخه فيما لو كان على هيئة التعاقد ، وأشرت إلى الآثار المادية المترتبة على ذلك .

وختمت هذا البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج والمقترحات ، وقد قمت بوضع فهرس ضمنته أهم القواعد والضوابط المستنتجة من البحث ، والله الموفق .

الفصل التمهيدي : الحقوق الأسرية وأنواعها وأسباب انقضائها في الفقه الإسلامي :

المبحث الأول : مفهوم الحق الأسري وعلاقته بالواجب ضمن إطار الأسرة :

المطلب الأول : تعريف الحقوق الأسرية وأركانها وسماتها .

المطلب الثاني : ترتب الحقوق الأسرية .

المطلب الثالث : العلاقة بين الحقوق والواجبات الأسرية .

المبحث الثاني : أنواع الحقوق ضمن العلاقات الأسرية :

المطلب الأول : أنواع الحقوق الأسرية تبعاً لجهة الاختصاص وطبيعته .

المطلب الثاني : أنواع الحقوق الأسرية تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأفراد .

المطلب الثالث : أنواع الحقوق الأسرية تبعاً لاعتبار المالية فيها من عدمه .

المبحث الثالث : أسباب انقضاء الحقوق الأسرية :

المطلب الأول : انتهاء عقد الزواج .

المطلب الثاني : انتهاء سبب الاستحقاق .

المطلب الثالث : إسقاط الحق أو أدائه أو الإبراء منه .

الحقوق الأسرية وأنواعها في الفقه الإسلامي :

تعتبر الأسرة الركيزة الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع ، وهي عَصَبُه الذي يبعث فيه النشاط والحيوية ، والمحضَنُ الذي يتولى رعاية الأطفال وتربيتهم في جو تسوده المحبة والمودة والرحمة والسكينة .

وتتبلور مسؤولية أفراد الأسرة ضمن إطار من الحقوق والواجبات المتبادلة ، وتنتظم العلاقات بينهم ضمن مؤسسة اجتماعية يدرك كل فرد فيها ما له وما عليه ، ويتم ذلك في إطار من الروابط الإنسانية التي تدفع إلى الالتزام بتأثير الفطرة أو الحب أو الإحسان أو الرحمة ، قال تعالى : ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم:٢١] .

المبحث الأول : مفهوم الحق الأسري وعلاقته بالواجب ضمن إطار الأسرة :

قبل الخوض في بيان الحقوق الأسرية لابد لنا من تعريفها، وبيان خصائصها العامة ، بهدف إيضاح طبيعة العلاقة التي تربطها بالواجبات الأسرية .

المطلب الأول : تعريف الحقوق الأسرية وأركانها ومقوماتها :

ترتبط الحقوق الأسرية بالأسرة ارتباطاً وثيقاً، لأنها إنما تنبثق عنها وتستحق لأفرادها، ويختلف المنظور الاجتماعي للأسرة ضيقاً واتساعاً تبعاً لنوع القرابة والصلة بين أفرادها، وهذا يقتضي إيضاح مفهوم الأسرة وحدودها في المنظور الاجتماعي تجنباً للدخول في حقوق القرابة على مختلف درجاتها.

الفرع الأول : تعريف الأسرة :

لغة : من أَسَرَ، وهي مأخوذةٌ من الأسْر بمعنى الشِّدة والقوّة والتجمُّع والاتِّحاد، والجمع أُسرٌ[1] والأسرة أيضاً هي الدِّرعُ الحصِينَة ، وتطلقُ على أهلِ الرّجُلِ وعشيرَتِهِ ، والأسرة من الرجل هي الرَّهطُ الأدنَون وعشيرَتُهُ ، لأنّه يتقوّى بهم ، يقال شدَّ الله أَسْرَ فلانٍ أي قوّاهُ وأحْكَمَ خَلْقَهُ وهيّأ له الأعوانَ لنصرتِهِ وتأييدِهِ .

١- تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى الزبيدي ، تحقيق : إبراهيم الترزى ، مطبعة حكومة الكويت ، ط(١٣٩٢هـ -١٩٧٢م) ، مادة أسر: ٤٨/١٠- لسان العرب لابن منظور ، تحقيق : عبد الله علي الكبير، محمد حسب الله ، هاشم الشاذلي ، دار المعارف- القاهرة ، مادة أسر: ٧٧/١.

ومنه قوله تعالى: ﴿نَحْنُ خَلَقْنَاهُمْ وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ﴾[الإنسان:٢٨] ، وذكر أبو جعفر النّحاس[١] أن الأسرة هم أقارب الرجل من قِبَلِ أبيه [٢].

اصطلاحاً : لم يرد ذكر الأسرة في القرآن الكريم ، ولم يستعمله الفقهاء الأقدمون في عباراتهم لكنهم عبّروا عن القرابة بمصطلحات عدة ، مثل : الآل والأهل والعيال والرهط [٣].

ولا يخرج المقصود الشرعي عن التعبير اللغوي في المعنى الاصطلاحي للأسرة ، فالأسرة هي أهل الرجل وعشيرته ممن يتقوى بهم ، وهي تشمل الزوجين والأولاد الذين هم ثمرة الزواج وفروعهم ، كما تشمل الأصول من الآباء والأمهات ، وفروعهم من الأخوة والأخوات وأولادهم ، ويدخل فيها أيضاً الأجداد والجدات ، وفروعهم كالعمّ وفروعه ، والخال والخالة وفروعها ، وتسمى الأسرة وفق هذا العموم بالعائلة ، وهي تشمل ثلاثة أجيال على الأقل[٤].

لكن المتعارف عليه استخدام لفظ الأسرة في الدّلالة على الرجل ومن يعولهم من زوجته وأصوله وفروعه ، وبذلك نقلص المقصود بالأسرة من عموم الأقارب إلى خصوص المقربين الناشئين عن رابطة واحدة ، والمتمثلة بالزوج والزوجة وأولادهما من غير المتزوجين ، والذين يعيشون معاً في سكن واحد [٥]، وهو ما عبر عنه القانون المدني السوري بالأصل المشترك ، حيث جاء في المادة (٣٦) منه :(١- تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه -٢- ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك)[٦].

١- أبو جعفر النحاس : أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي المصري ، مفسر وأديب ، ولد في مصر وتوفي فيها ، كان من نظراء نفطويه وابن الأنباري ، زار العراق ، واجتمع بعلمائه ، وصنف : تفسير القرآن ، وإعراب القرآن ، وتفسير أبيات سيبويه ، وناسخ القرآن ومنسوخه ، ومعاني القرآن ، وشرح المعلقات السبع . الأعلام ، خير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين – بيروت ، ط١٥(٢٠٠٢) : ٢٠٨/١.

٢- تاج العروس للزبيدي: ٥١/١٠ – لسان العرب لابن منظور:٧٨/١- معجم المقاييس في اللغة لأبى الحسين أحمد بن فارس ، دار الجليل – بيروت ، ط (١٤٤١ هـ-١٩٩١ م)/٣٩٥.

٣- معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم ، شيرين أبو عبدو ، ط(١٤٣١هـ- ٢٠١٠م)/١٥.

٤- علم النفس الاجتماعي ، مهدي محمد القصاص – جامعة المنصورة لعام ١١٢/٢٠٠٨- مقدمة في علم الاجتماع ، إبراهيم عثمان ، ط١(١٩٩٩) ، دار الشروق – الأردن /٢٢٤- علم الاجتماع العائلي ، بهاء الدين تركية ، ط١(٢٠٠٤) ، دار الأهالي – دمشق /١٧.

٥- مقدمة في علم الاجتماع ، إبراهيم عثمان /٢٢٤.

٦- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي ، ط١(١٩٩٨) : ١٤٥/١.

والأسرة أيضاً لونٌ من ألوان الأسر والقيد ، إلا أنه أسر اختياري يتم بسعي الإنسان وإرادته ويجد فيه الدِّرع الحصينة والمصلحة المشتركة التي لا يجنيها إلا أن يضع نفسه في هذا الأسر باختياره ، ويتم الزواج بالتوافق والرضا ، لكنّه في الوقت نفسه يكون قيداً قسرياً يلزم كل طرف من أطرافه بالتزامات محمية تجاه الآخر ، ويحدُّ من حريته المطلقة باعتباره جزءاً من كيان الأسرة لا تستغني عن وجوده في استمرارها واستقرارها ، وفي ضوء ذلك نجد اتجاهات المعاصرين في تعريف الأسرة تدور حول ما ترتبه على كلا الطرفين من المسؤوليات وما تمنحه من الحقوق ، ومن هنا عرفوا الأسرة بأنها : الجماعة التي ارتبط ركناها بالزواج الشرعي وما نتج عنهما من ذرية وما اتصل بهما من أقارب وما ترتب على أطرافها من حقوق وواجبات [١] .

فالأسرة إذن هي أبسط وحدة اجتماعية لها خصوصية تتمثل في نوع القرابة وقداسة الرباط والتزامات محمية تنظم العلاقات بين أفرادها في مختلف مراحلها ابتداء بالتكوين والنشأة وانتهاء بالتفكك والانفصام ، وهي تعبر عن الوحدة الأولى للمجتمع ، وأولى مؤسساته التي تتكون العلاقات فيها مباشرة ، وتتم في داخلها تنشئة الفرد اجتماعياً ، وفيها يكتسب الكثير من المعارف والمهارات والميول والعواطف والاتجاهات الحياتية ، ويتحقق له فيها الأمن والسكن [٢] .

وهي تتكون في أبسط صورها من رجل وامرأة تربط بينهما علاقة زواج شرعي وما ينتج عن هذا الزواج من ذرية [٣] ، وهو ما اختاره مساراً لهذه الدراسة .

١- موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، عطية صقر، مكتبة وهبة- القاهرة ، ط١(١٤٣٧هـ-٢٠٠٦م): ٣٨/١- سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية ، صالح أبو جادو، دار المسيرة – عمان ، ط١(١٤١٨هـ-٢٠٠٠م)/٢١٨.

٢- نظام الأسرة في الإسلام ، محمد عقلة ، مكتبة الرسالة – عمان ، ط ٢(١٩٨٩م) : ١٩/١- علم النفس الاجتماعي ، عبد الفتاح محمد دويدار، دار النهضة العربية – بيروت، ط(١٩٩٤) /١٠٠.

٣- تربية الناشئ المسلم ، علي عبد الحليم محمود ، دار الوفاء ، ط٢(١٩٩٢)/١٨.

الفرع الثاني : تعريف الحق الأسري :

الحق لغة : من حقَّ الأمر بمعنى ثبت ووجب ، والجمع حُقوقٌ وحِقَاقٌ ، والحقُّ نقيض الباطل ، يقالُ حقَّ الأمرُ حقاً وحقوقاً إذا صحّ وثبت وصدق ، وحَقَّهُ يَحُقُّهُ حقّاً وأحقَّهُ أي أثبته وصار عنده حقاً لا يُشك فيه ، والحقُّ هو الحكم المطابق للواقع ، والثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، ويستعمل في الصدق والصواب[١] .

ولا يخرج الحق في معناه الاصطلاحي عمّا ذكره اللغويون، لكن الكثير من الفقهاء المعاصرين تسارعوا في محاولات عدة لوضع تعريف جامع مانع له، بينما أفاض الأقدمون في دراساتهم لمتعلقات الحق دون اهتمام يذكر بتعريفه .

ولعل من أشمل تعريفات المعاصرين له ما ذكره الدّريني[٢] بأنه **:** اختصاصٌ يقرُّ به الشَّرعُ ، سلطة على شيءٍ أو اقتضاءَ أداءٍ من آخرَ تحقيقاً لمصلحةٍ معينة [٣] ، وهذا يندرج تحت المنظور العام للحق ، أما عند تصويب النظر إلى مجال الدراسة بخصوصيته فنجد أن حدود الحق تضيق لتقتصر على ما كان خاصاً بأفراد الأسرة ومحصوراً بهم .

وفي ضوء ما ذكر يمكن تعريفُ **الحق الأسريّ بأنه : اختصاصٌ أسريٌّ يقرُّ به الشَّرعُ ، سلطةً على شيءٍ أو اقتضاءَ أداءٍ من آخرَ تحقيقاً لمصلحةٍ معينة .**

والاختصاص في الحق الأسري فيه إشارة إلى علاقة محضة بين المختص والمختص به مبناها رابطة الدم أو المصاهرة ، وتدور معها وجوداً وعدماً ، فالحق الأسري يصدق عليه أن يكون

١- لسان العرب لابن منظور ، مادة حقق : ٩٤٠/١١- تاج العروس للزبيدي : ١٧٠/٢٥ ، التعريفات للجرجاني، أبي الحسن علي بن محمد ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م)/٩٤.

٢- الدكتور فتحي عبد القادر الدريني فقيه أصولي من فلسطين ، ولد في مدينة الناصرة عام ١٩٢٣، تخرج من الأزهر عام ١٩٤٧، سافر إلى دمشقُ وعين معيداً في كلية الشريعة في جامعة دمشق حتى عام ١٩٦٠ حيث أرسلته الجامعة في بعثة دراسية إلى مصر وحصل على الدكتوراه عام ١٩٦٥، وعين أستاذاً في كلية الشريعة في جامعة دمشق ، وأستاذاً للدراسات المقارنة في كلية الحقوق ، ثم أصبح عميداً لكلية الشريعة في جامعة دمشق ، توفي في بدمشق سنة ٢٠١٣م .العلماء العرب المعاصرون ، أحمد العلاونة ، دار البشائر الإسلامية – بيروت ، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١١م)/١٥٧.

٣- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٣(١٤٠٤هـ-١٩٨٤م)/١٩٤.

حقاً شخصياً يخوّل صاحبه مطالبة الشخص الآخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[١].

والحق الأسري **سلطة** : تتم في حدود ما أقر به الشرع ومنحه ، وتحظى بوصاية القانون وحمايته وقد جاء في المادة ٨٩ من القانون المدني السوري : (الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة)[٢].

والحقوق الأسرية تخضع في تنظيمها لقانون خاص هو قانون الأحوال الشخصية السوري ، باستثناء بعض الصور المالية فيها ، والتي تردُّ إلى ما ورد بشأنها في القانون المدني [٣].

والحق الأسري قد يتعلق بالأشياء والأعيان مثل حق المهر ومتعة الطلاق ، وقد يتعلق بالأشخاص كحق الحضانة والنسب ، وقد يكون الأداء المنوط بالشخص التزاماً بأمر ، كالتزام الزوج بأجرة الرضاعة أو سكنى الحاضنة ، وقد يكون امتناعاً عن عمل ، كامتناع الزوج عن الزواج بأخرى أو امتناعه عن السفر من بلد الزوجة [٤].

أما **غاية الحق** فهي ما يمكن أن يحققه من مصلحة معتبرة للأشخاص بخصوصهم أو لعموم الأسرة بصورة مادية أو معنوية [٥].

١- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١/١١٥- نظرية الحق ، محمد المعداوي- كلية الحقوق- جامعة بنها/١٦.

٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ١/٢٢١.

٣- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي : ١/٢٢١- النظرية العامة للعقد ، على فيلالي ، موفم للنشر – الجزائر ، ط٢(٢٠٠٥) /٥١.

٤- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١/١١٥- نظرية الحق للمعداوى /٢٩.

٥- المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ، مصطفى الزرقا ، دار القلم – دمشق/٩.

الفرع الثالث : السمات العامة للحقوق الأسرية :

١- تتسم الحقوق الأسرية بسمة الاستئثار والتخصيص ، فالشخص بعينه حرٌّ في الاستئثار بحق معين دون منازعة أحد ، تحقيقاً لمصلحةٍ أو دفعاً لضرر ، لكن الحرية في استعمال الحق فيها مرهونة بوجود سبب محدّد لاعتبارات أو فوارق بين الأشخاص ، أما الحرية في الحقوق العامة فتعود إلى الإذن العام من المشرع ، ولا اعتبار للتفاوت بين الأشخاص فيها ، فجميعهم بالنظر إلى التمتع باستعمال الحق سواء[١].

٢- إن الحقوق الأسرية كغيرها من الحقوق تحظى بالحماية القانونية حيث يتيح القانون لصاحب الحق أن يتصرف فيه كيف يشاء ، ويمنع الغير من التعدّي عليه ، ويرتب العقوبة القانونية جراء ذلك إن حصل ، فالنصوص التشريعية كفيلة بإثبات الحقوق الأسرية ، كالنكاح واللعان والرجعة والطلاق بالإعسار والشقاق ونحوه ، وكفيلة أيضاً بتأمين الحماية القانونية لممارستها.

٣- إن الصفة الغالبة على الحقوق الأسرية أنها حقوق غير مالية ، كحق الحضانة ، وحق النسب وحق الرجعة وحق القسم ، ولكن هذا لا ينفي وجود حقوق مالية ، كنفقة المحضون وأجرة الرضاعة وحق الإرث[٢].

٤- تتسم الحقوق الأسرية بأنها حقوق من وجه وواجبات من وجه آخر، لأنها مقررة لصالح الأسرة والشخص معاً ، وتبدو فيها مصلحة الغير بقدر ما تبدو مصلحة صاحب الحق نفسه[٣]، فحق الحضانة يرعى حقوق الأولاد بما لا يلغي حق الحاضن، وحق القسم إنما ثبت لدفع الضرر عن الزوجة.

٥- تتميز الحقوق الأسرية بأنها شخصية تتعلق بالذمة وليست عينية ، كثبوت النفقة المستحقة على الزوج في ذمته ، وهي بذلك غير قابلة للحيازة والانتقال للغير ، ولا يصحّ الحجز عليها .

٦- إن مصدر حقوق الأسرة هو الشرع ، وهي بذلك تشترك مع غيرها من الحقوق ، فالبعض منها قد يكون حقاً لله تعالى أو غالباً فيه ، يدور مع أوامر الله تعالى ونواهيه ، ويرتبط بالنفع العام للأسرة[٤]، كحق الرجعة وحق العدة ، وما كان هذا شأنه من الحقوق لا يورث ولا يقبل

١- أصول االشرعية الاسلامية ، علي جريشة ، دار غريب- القاهرة ، ط١(١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) /١٠٥.

٢- نظرية الحق للمعداوى/١٦.

٣- المرجع السابق /١٦.

٤- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١/١٦٠.

الإسقاط أو المعاوضة ، وإنما الواجب فيها الاستيفاء فقط ، والبعض الآخر قد يكون حقاً للعبد أو غالباً فيه ، بحيث يحقق للفرد مصلحة خاصة ومنفعة مقصودة ، كحق المهر ، وحق اشتراط المرأة لمصلحتها ، وتقبل هذه الحقوق الإسقاط في الغالب ، لأنها موضوع التصرف[١] .

٧- إن الحقوق الأسرية من حيث منشؤها جملة من الالتزامات الاجتماعية التي حددتها التشريعات والقوانين والأعراف المعتبرة شرعاً ، لكنها في الوقت نفسه طبيعية لا تتعارض مع الفطرة والطبيعة البشرية ، فحق القوامة الممنوح للرجل التزام يتناسب مع طبيعته وفطرته وكذلك التعدد .

٨- تنقسم الحقوق الأسرية إلى هي حقوق عينية كحق المهر والسكنى ، وحقوق محضة كحق الولاية وحق الإرث ، وحقوق مجرّدة عن المحل غير متقررة فيه ، وبالتالي فلا تحدث أثراً بالتنازل عنها أو إسقاطها ، ولا يغير ذلك من حكم محلها [٢] ، ومنها حق الزوجة في القسم ، وحق الخيار بالنسبة للمخيرة ، وهذه الحقوق تقبل الإسقاط ولا تقبل المعاوضة [٣].

٩- إن الحقوق الأسرية إما أن تقرر شرعاً ، أو يتم الاتفاق عليها بالتراضي بين أطراف العلاقة ولا تحتاج في تحصيلها إلى قضاء أو رفع دعوى غالباً ، لاسيما مع استدامة الحياة الزوجية ، إلا أن يقع فيها نزاع ، ومن ذلك تحصيل الزوجة من زوجها الشحيح ما يكفيها وولدها من النفقة بالمعروف ، بدلالة حديث هند بنت عتبة[٤] امرأة أبي سفيان رضي الله عنه [٥] .

١- الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي، سامي حبيلي ، رسالة ماجستير في الجامعة الاردنية لعام ٢٠٠٥/٢٩.

٢- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الجيل – بيروت ، ط١(١٤١١-١٩٩١): ٣/٢٢٨.

٣- الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي، سامي حبيلي/٢٩.

٤- هند بنت عتبة بن ربيعة سيد من سادات قريش ، وزوجة أبي سفيان بن حرب، وأم الخليفة الأموي معاوية بن أبي سفيان ، شهدت أحداً كافرة مع المشركين، ومثلت بحمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه ، وكانت من النسوة الأربع اللواتي أهدر الرسول ﷺ دماءهن يوم فتح مكة، لكنّه عفا وصفح عنها حينما جاءته مسلمة يوم فتح مكة بعد إسلام زوجها أبي سفيان ، وتوفيت في بداية عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه. الإصابة في تمييز الصحابة ، لابن حجر العسقلاني ، دار إحياء التراث العربي – بيروت ط١(١٣٢٨): ٨/٢٩.

٥- عنْ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالَتْ: دَخَلَتْ هِنْدُ بنتُ عُتبةَ على رسولِ اللَّهِ ﷺ فقالَتْ : يا رسولَ اللَّهِ ، إنَّ أبا سُفيانَ رَجُلٌ شَحيحٌ ، لا يُعْطِينِي مِن النَّفَقَةِ ما يَكفينِي ويَكْفِي بَنِيّ ، إلَّا ما أَخَذْتُ مِنْ مالِهِ بغيرِ عِلْمِهِ، فهلْ عَلَيَّ في ذلكَ مِنْ جُنَاحٍ؟ فقالَ: ((خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ)) ، أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النفقات ، باب : نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد دار ابن كثير – دمشق : ٥/ ر٢٠٥١/٥٠٤٤- وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الأقضية، باب قضية هند ، بيت الأفكار الدولية – الرياض ، ط(١٤١٩هـ-١٩٩٨م) : ر٤٤٦/١٧١٤.

ومنه أيضاً تحصيل العين المستحقة إن وجدت عند الآخر بدلالة ظاهر حديث رسول الله ﷺ : " مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ " [١].

وصورة ذلك أن يكون المهر عيناً موجودة لدى الزوج فتأخذها الزوجة تحصيلاً لحقها دون الادعاء أو التقاضي.

١٠- تعتبر الحقوق والواجبات الأسرية من النظام العام ما لم تكن حقوقاً مالية محضة ، وبالتالي فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والقوامة الزوجية ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها في النفقة والرعاية ، كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام ، فللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربيته لأولاده أو يلزمه مقدماً باختيار دين الأم بأن كانت على غير دينه ، وكذلك النفقات بمختلف أنواعها من نفقة الزوجة ونفقة الصغير ، والنفقة ما بين الأصول والفروع ، والنفقة ما بين ذوي الأرحام تعتبر كلها من النظام العام فلا يجوز تنازل الشخص ابتداءً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة الماضية بعد تجمدها [٢].

١- أخرجه البخاري ، كتاب الاستقراض ، باب : إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به : ر ٢٢٧٢/٢/٨٤٦.

٢- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ٤٤٧/١.

المطلب الثاني : أسباب ترتب الحقوق الأسرية ودرجات استحقاقها :

تعتبر القرابات أساس تكوين المجتمعات ، وكلما كانت روابطها أكثر متانة انعكس ذلك على المجتمع قوة وتماسكاً ، وقد خصت توجيهات الشارع الحكيم القرابة بمزيد من الرعاية والبر والإحسان ، وحذرت من القطيعة والخصام في حقها .

والقرابة لغة : من قَرُبَ بمعنى دَنَا ، والقُرب أي الدنو في النسب ، أو الدنو في المكان [1]. وانطلاقاً من المعنى اللغوي فقد استعمل الفقهاء هذا المصطلح بنطاقه الواسع ، أما الأحكام فكانت تبعاً لجهتها ودرجتها ، فما يثبت لقريب النسب من أحكام غير ما يثبت للقريب من الرضاع ، وما يوجب حرمة المصاهرة من القرابة غير ما يوجب الميراث [2]، وفيما يأتي بيان لأسباب ترتب الحقوق الأسرية ودرجاتها .

الفرع الأول : أسباب ترتب الحقوق الأسرية :

إن القرابة الحقيقية هي أحد الأسباب التي رتب الشرع عليها الأحكام ، ومنها الحقوق الأسرية وهذه الأسباب هي : قرابة الدم ، قرابة المصاهرة ، قرابة الرضاع [3].

١- لسان العرب لابن منظور، مادة قرب : ١١/٧٨٠-٧٨١- تاج العروس للزبيدي : ٨/٥- تهذيب اللغة – أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري ، تحقيق : عبد السلام هارون ، الدار المصرية – مصر: ١٢٧/٩.

٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله المعروف ب داماد أفندي ، دار التراث العربي – بيروت ، ط(١٣١٧هـ) : ٣٢٣/١- القوانين الفقهية لابن جزي الكلبي ، محمد بن أحمد ، دار الكتب العلمية – بيروت ط١(٢٠٠٦)/١٣٧- نهاية الزين في إرشاد المبتدئين شرح محلى قرة العين ، لأبي المعطي محمد الجاوي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢٢- ٢٠٠٢م)/٢٩٨ – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد ، علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن ، تحقيق د. عبد الفتاح الحلو – عبد الله التركي ، ط(١٩٩٤)، هجر- الجيزة : ٣٩٧/٢٤.

٣- شرح فتح القدير، عبد الواحد ابن الهمام ، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق مصر المحمية ، ط(١٣١٦هـ) : ٣٥٧/٢- الكافي في فقه أهل المدينة ، لابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النميري ، تحقيق محمد الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة : الرياض : ٥٣٥/٢- المهذب لأبي إسحق ابراهيم بن علي الشيرازي ، تحقيق : محمد الزحيلي، دار القلم- دمشق، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٦م) : ١٤٤/٤- كشاف القناع عن متن الإقناع منصور البهوتي ، تحقيق محمد الضناوي ، عالم الكتب- بيروت ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م) : ٦٣/٤-٦٤.

أولاً : قرابة الدم : تعني الرابطة الدموية التي أساسها عمود النسب وحاشيته ، وهي أصل القرابات وغيرها تبعٌ لها ، ودلالاتها على القرب دلالة ظاهرة [١]، وهذا النوع من القرابة على قسمين :

١- قرابة النسب : يقال للرجل : استنسب لنا ، أي اذكر أقاربك الذين تنتمي إليهم ، وقال تعالى ﴿فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلاَ أَنسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلاَ يَتَسَاءلُونَ﴾[المؤمنون:١٠١] ، أي لا قرابات بينهم لزوال التراحم والتعاطف بينهم يومئذ [٢] .

وتشتمل قرابة النسب على ثلاثة أنواع : الأصول والفروع والحواشي ، فأصول الإنسان من جهة أبيه وأمه وإن علا ، وفروعه من تفرع منه ذكوراً وإناثاً ، والحواشي فروع الأب والجد ، كالأخوة والأعمام[٣].

٢- ذوو الأرحام : والرحم هو الوعاء الذي يثبت فيه الولد في داخل الأم ، أي موضع تكوين الجنين[٤] ، وقرابة ذوي الرحم هي قرابة الشخص ممن ليسوا أصحاب فروض ولا عصبات[٥] ، وهؤلاء هم : الجد أبو الأم ، وكل جدة أدلت بأب بين أمّين، أو بأب أعلى من الجد ، وأولاد

١- مقدمة ابن خلدون ، عبد الرحمن بن نحمد الحضرمي ، تحقيق : عبد الله الدرويش ، ط١(١٤٢٥-٢٠٠٤) دار يعرب- دمشق: ٢٥٦/١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ابن نجيم ، دار المعرفة - بيروت: ٩٨/٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، تحقيق أبو أوس البكري ، بيت الأفكار الدولية- لبنان ، ط(٢٠٠٧)/٥٥٨.

٢- المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني ، الحسين بن محمد- مكتبة نزار مصطفى الباز/٥١٦.

٣- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي ، دار المعرفة - لبنان ، ط٣(١٩٧٥-١٣٩٥هـ): ٢٥/٤- المهذب للشيرازي: ١٤٤/٤- التلقين في الفقه المالكي، أبي عبد الوهاب بن نصر البغدادي ومعه تحصيل ثلج اليقين في حل معقدات التلقين للتيجلماسي ، تحقيق : أويس بو خيرة بدر العمراني ، دار الكنب العلمية - بيروت ، ط١(٢٠٠٤م-١٤٢٥هـ)/١١٩- الإنصاف للمرداوي : ٣٩٩/٢٤.

٤- لسان العرب لابن منظور ، مادة رحم : ١٣٠/٥- مفردات غريب القران للأصبهاني/١٩١.

٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار- محمد بن علي الشوكاني ، تحقيق : أنور الباز، دار الوفاء ، ط ١(١٤٢١هـ-٢٠٠١م): ٦/٦٤- الهداية المرغناني: ٥٣/٢- بداية المجتهد لابن رشد /٥٥٨ المهذب للشيرازي : ١٤٥/٤.

البنات ، وبنات الإخوة ، وأولاد الأخوات ، وبنو الإخوة لأم ، والعم لأم ، وبنات الأعمام ، والعمات ، والأخوال ، والخالات[١].

وقد جاء في المادة ٣٧ من القانون المدني السوري : ١- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع – ٢- وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر[٢] ، وقد أخذ القانون المدني السوري بذلك في الفقرة ٢ من المادة ٣٦ ، والتي جاء فيها : (فيعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك)[٣].

ثانياً : قرابة المصاهرة : المصاهرة لغة مأخوذة من الصِّهْرِ، وأصهَرَ الرجلُ بقوم فلانٍ قرب منهم والأصهار هم أهل المرأة ، والصهر أبو الزوجة وأخوها [٤] ، وهو اصطلاحاً اسم لما بين المرء وبين قرابة زوجه وأقاربه من العلاقة ، فصهرُ الرجل قرابة امرأته ، وصهر المرأة قرابة زوجها ، ولذلك يقال : صاهر فلانٌ فلاناً [٥].

وقرابة المصاهرة يحدثها الزواج ، فيحرم نكاح أصول الزوجة المصاهر بها وفروعها ، ويحرم نكاح زوجة الفرع وإن نزل ، وزوجة الأصل وإن علا[٦] ، وقد جاء في المادة ٣٩ من القانون المدني السوري : (أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر)[٧].

١- مجموعة رسائل ابن عابدين ، محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين: ٢٨٥/١- المهذب للشيرازي: ١٤٤/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (شمس الدين أبي الفرج) ، تحقيق : عبد الفتاح الحلو – عبد الله التركي ، هجر- الجيزة ، ط(١٩٩٤) : ٣٩٨/٢٤- كشاف القناع للبهوتي : ٦٤/٤.

٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استنبولي:١٤٦/١.

٣- المرجع السابق :١٤٥/١.

٤- لسان العرب لابن منظور، مادة صهر: ٢٩٧/٨.

٥- تفسير التحرير والتنوير للإمام محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية – تونس : ٥٤/٩-٥٧، تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل ، محمد القاسمي ، تحقيق : محمد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، ط١(١٣٧٦هـ- ١٩٥٧م) : ٣٢٩/١٩.

٦- أحكام القرآن ، أبو بكر االرازي الجصاص، تحقيق محمد قمحاوي – دار إحياء التراث العربي – بيروت ، (١٤١٢هـ- ١٩٩٢م) : ١٢٧/٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٢٤/١- بداية المجتهد لابن رشد /٥٥٩- التلقين للبغدادي /١٢٠ – المهذب للشيرازي: ١٤٥/٤-كشاف القناع للبهوتي: ٦٥/٤.

٧- شرح القانون المدني السوري ، استنبولي : ١٤٨/١

ثالثاً : قرابة الرضاع : الرَّضاع لغة بفتح الراء ويجوز كسرها ، هي مَصُّ اللبن من الثّدي أو شربه[١] ، وهو شرعاً: مصّ طفل دون الحولين لبناً ثاب[٢] عن حمل أو شربه أو نحو ذلك [٣].

والقرابة التي تكون بطريق الرضاع توجب ما توجبه رابطة النسب من تحريم المناكحة بين الأقارب وإباحة الخلوة والنظر ، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾[النساء:٢٣] [٤].

ويشترط لتحقق ذلك شرطان هما : ١- أن يكون الإرضاع خلال السنتين الأوليين من عمر الرضيع ، ٢- وأن ترضعه خمس رضعات مشبعات فأكثر وهذا عند الشافعية والحنابلة [٥]، ويحرم بقليله وكثيره عند الحنفية والمالكية[٦].

والرضاع لا يثبت بقية أحكام النسب من النفقة والإرث ، لأن النسب أقوى من الرضاع فلا يساويه إلا فيما ورد فيه النص وهو التحريم [٧]، وعليه فإن قرابة الرضاع ليست سبباً لترتب الحقوق الأسرية واستحقاقها.

ومن الجدير بالذكر أن الرابطة الأسرية في الشريعة الإسلامية هي رابطة طبيعية ، أما الرابطة الصناعية أو رابطة التبني فليست من روابط الأسرة في الإسلام ، بخلاف ما جاء في المواثيق

١- معجم المقاييس في اللغة – أبو الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق : شهاب الدين أبو عمرو ، دار الفكر– بيروت ، ط١(١٤١٥هـ- ١٩٩٤م)/١٠٣٥.

٢- الصحاح ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين – بيروت ط٢(١٣٩٩هـ-١٩٥٦م): ١١٦/١.

٣- التوقيف على مهمات التعاريف ، محمد المناوي ، تحقيق : محمد الداية ، دار الفكر المعاصر– لبنان ، ط(١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م)/٣٦٦.

٤- شرح فتح القدير لابن الهمام : ٣٦٠/٢- بداية المجتهد لابن رشد /٢٦١- المهذب للشيرازي : ١٤٩/٤ الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢١٤/٢٤- نيل الأوطار الشوكاني: ١٣٢/٥.

٥- المهذب للشيرازي : ٥٨١/٤ – مختصر المزني في فروع الشافعية لأبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط١(١٤١٩هـ-١٩٩٨م)/٣٠٣ – كشاف القناع للبهوتي : ٤/ ٣٨٥ .

٦- مجمع الأنهر لداماد أفندي: /٣٧٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- لأبي بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني– دار الكتب العلمية – بيروت ، ط٢(١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ٧/٤- بداية المجتهد لابن رشد /٢٦١- حاشية الدسوقي لابن عرفة على الشرح الكبير ابن عرفة ، دار إحياء الكتب العلمية ، مؤسسة عيسى البابا: ٥٠٢/٢.

٧- التلقين للبغدادي / ١١٩- كشاف القناع للبهوتي : ٤/ ٣٨٥.

الدولية التي نظرت إلى الأسرة على أنها نظام قانوني تقوم على قرابة طبيعية أو قرابة صناعية أو قرابة تبني [1].

إن الصيغ القديمة والمستحدثة لتعريف الأسرة في التشريعات والمجتمعات الإسلامية تقتصر على التركيز على الأسرة ذات النمط الطبيعي الشرعي ، في حين تتكاثف الجهود في المؤتمرات الدولية للأمم المتحدة إلى الترويج لفكرة تعدد أنماط الأسرة ، مخالفة بذلك الرسالات السماوية جميعها ، لذلك رفضت كل مصطلح من شأنه أن يقيد الأسرة بنمط معين ، كإقرار ضمني بأنماط جديدة قائمة على السفاح أو الشذوذ الجنسي ، تمهيداً للاعتراف بحقوق هؤلاء ، والذي تمّ فعلياً في مؤتمر القاهرة للسكان ، وفي مؤتمر إسطنبول للمستوطنات البشرية عام ٩٦ ، وقد أصرت كندا ودول الاتحاد الأوربي على نشر الإباحية الجنسية ، فرفضت أن تكون الأسرة هي الخلية الاجتماعية الأساسية التي ينبغي تدعيمها ، ولكن خلية اجتماعية ، ونصوا على أن للأسرة أنماطاً مختلفة ، وصرّحوا في مؤتمر بكين بذلك ، فاستخدموا مصطلح (حرية الحياة غير النمطية كحق من حقوق الإنسان ، وقد أقروه بعد ذلك بشكل علني في مؤتمر لاهاي عام ٩٩.

الفرع الثاني : درجات القرابة من حيث استحقاق الحقوق الأسرية :

تقوم الأسرة على أسس تتمثل في الارتباط بين رجل وامرأة قرّرا إنشاء رابطة لأسرة جديدة ثمرتها الأساسية الولد بالنسب ، وتعتبر رابطة الأبوة من أقوى الروابط الأسرية من حيث ترتّب الحقوق الأسرية عليها ، ثم الأخوة ، فالعمومة ، كذلك سلطة الأب تفوق سلطة الغير على ولده ، لغلبة الشفقة والرحمة بينهما ، وتنقسم القرابات وفق ما سبق إلى الجهات التالية: ١- قرابة ذوي الرّحم من الولادة (الأصل والفرع) ، ٢- قرابة المحارم غير العموديين كالأخوة والأخوات وأولادهما والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم ، ٣- قرابة ذوي الرحم غير المحرم ، كأولاد الأعمام والأخوال [2].

أما ضابط وجوب الحقوق الأسرية للقرابة فهو ذاته موجب النفقة لكونها من أهم الحقوق الأسرية وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأقارب الذين يجب الإنفاق عليهم على أقوال :

القول الأول : النفقة واجبة بسبب الولادة والمحرمية التي يحرم الزواج بسببها ، وطبقاً لهذا المعيار فإن النفقة تجب للأصول على الفروع وإن نزلوا ، وللفروع على الأصول وإن علوا ،

١- سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية ، صالح أبو جادو /٢١٨.

٢- مغني المحتاج للشربيني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دار نيل المآرب- مصر : ٤٢٦/٣.

وكذا لباقي الأقارب من ذوي الرحم المحرم ، كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، وكذلك أولاد الأخوة والأخوات ، لأن قرابتهم محرمية مانعة من الزواج ، وأساسها القرب والجزئية ، وليس الإرث ، أما قرابة غير المحارم ، كأولاد العم والخالة ، فلا تستوجب الإنفاق لعدم المحرمية ، ولقوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ " [البقرة : ٢٣٣]، والوارث هنا هو القريب ذي الرحم المحرم بدليل قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : " وعلى الوارث ذي الرحم المحرم " وهو قول الحنفية[١].

القول الثاني : وهذا الرأي يجعل النفقة محصورة في حدود ضيقة جداً هي قرابة الولادة ، وتختص بالأصل والفرع المباشر فقط ، وهما الأب والأم المباشران ، والابن والابنة الصلبيان مادام الصبي دون سن البلوغ ، والفتاة ما لم تتزوج ، قال تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٣٣]، فضابط الوجوب هو الجزئية ، وهو ما عليه المالكية [٢].

القول الثالث : يقتصر وجوب النفقة على الأصول والفروع فحسب، فالأصل وإن علا ينفق على فرعه وإن نزل ، والفرع مهما نزل في الدرجة ينفق على أصله وإن علا، قال تعالى : ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج : ٧٨] ، فالجد وإن علا يعتبر أباً ، وابن الابن مهما نزل يسمى ابناً ، وهو رأي الشافعية [٣].

القول الرابع : ذهب الحنابلة إلى أن ضابط النفقة هو الإرث ، وهي تشمل القرابة المحرمية وغير المحرمية لقوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة : ٢٣٣] ، حيث أوجب نفقة الولد على الوالد ثم عطف الوارث عليه ، فأوجب على الوارث ما أوجب على الوالد [٤] .

وقد بين القانون المدني السوري أن القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع ، وأن قرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

١- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٧٨/١-٢٧٩ - شرح فتح القدير لابن الهمام : ٣٥٠/٣- بدائع الصنائع للكاساني:٣١/٤.

٢- القوانين الفقهية لابن جزي /٢٢٢

٣- المهذب للشيرازي : ١٥٦/٢

٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٨٩/٢٤- المغني لابن قدامة ، تحقيق: عبد الله التركي ، عبد الفتاح الحلو ، هجر للطباعة – مصر، ط١(١٤٠٦) : ٥٨٣/٧- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ، تحقيق: عبد القادر أرناؤوط ، مؤسسة الرسالة– بيروت ، ط٣(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) :٢٧٧/٤.

وقد جاء في المادة ٣٨ من القانون المدني السوري : (يراعى في حساب درجة القرابة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه للفرع الآخر، وكل فرع ، فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة) [١] .

أما بالنسبة لقرابة المصاهرة فهي قرابة الزوجية ، حيث يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر ، وعائلة الزوج كما تشمل أصوله وفروعه وحواشيه ، تشمل أيضاً أصول زوجته وفروعها وحواشيها ، فهو يرتبط مع أقاربه برابطة النسب ، ومع أقارب زوجته برابطة المصاهرة [٢] .

والذي يترجح لديّ أن السبب في ترتب الحقوق الأسرية وفي مقدمتها النفقة هي الجزئية وفق ما ذهب إليه المالكية ، فتكون مشتركة ما بين الأبوين المباشرين والأبناء الصلبيين وذلك في ضوء ما تعين عندي من اقتصار الأسرة عليهم بخصوصهم ، أما الحقوق الزوجية فهي منصوص عليها وقاصرة على الزوجين بخصوصهما ، لكونها من مقتضيات عقد النكاح ومستلزماته .

١- شرح القانون المدني السوري ، أديب استنبولي : ١٤٦/١

٢- المبسوط للسرخسي شمس الدين محمد بن أحمد ، دار المعرفة – بيروت ، ط٢(١٤٠٦-١٩٨٦) : ١٨٠/٥ مجمع الأنهر لداماد أفندي :٣٢٤/١ – بداية المجتهد لابن رشد/٥٥٩– المهذب للشيرازي: ١٤٥/٤– كشاف القناع للبهوتي : ٦٥/٤.

المطلب الثالث : العلاقة بين الحقوق والواجبات الأسرية :

إن المتتبع للتوجيهات الإلهية يقف على علاقة وثيقة بين الحق والواجب ، فالإنسان مطالب بالقيام بواجباته قبل المطالبة بحقوقه ، وقد قال تعالى : ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾[الفاتحة:٥] وفي الآية تقديم للعبادة على طلب الإعانة ، وهذا يعني أن الإنسان حين يقوم بواجب العبادة لله وحده من الخضوع وموافقة الأمر والوقوف عند حدود الشرع ، سوف ينال حق الإعانة من عنده سبحانه وتعالى ، فالعبادة تشير إلى بذل الجهد والمنّة ، والاستعانة تخبر عن استجلاب الطَّول والمنة ، والواجب أداء والحق طلب [١].

والواجب لغةً : من وجب الشيء يجب وجوباً أي لزم لزوماً وثبت [٢]، وهو شرعاً : ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتمياً [٣].

أما الواجب في المنظور الاجتماعي فتختلف درجة الطلب فيه تبعاً لطبيعة الواجب ومصدره فقد يكون حتمياً ، وقد يكون أدبياً ، وقد يكون أخلاقياً ، يلتزمه الشخص بإرادته ، ويكون حياله راغباً حراً مسؤولاً، وقد يكون اجتماعياً عرفياً تصدره الجماعة ، وتحتم على الفرد الالتزام به وافق إرادته أم خالفها مادام يحقق مصلحة الجميع ، وقد تكون له مؤيدات قانونية ، وقد لا تكون ، وقد اتجه علماء التربية والاجتماع في فهم العلاقة بين الحق والواجب نحو منحيين هما :

أولاً : تقديم الواجب على الحق : يرى هذا الاتجاه التعارض مطلقاً بين الحق والواجب ، فالبشر يطالبون بحقوقهم ، ويتناسون ما يجب عليهم القيام به ، وهذا يؤدي إلى خلل في توازن المجتمع ، وسيطرة للنزوات الأنانية على الفرد ، وكون الحق لا يتحقق إلا بقيام الناس بواجباتهم فلابد من القضاء على فكرة الحق والإبقاء على الواجبات فقط ، لأن ذلك سيؤدي آلياً إلى حصول الناس على حقوقهم دون المطالبة بها دوماً [٤].

١- لطائف الاشارات (تفسير القشيري)، عبد الكريم بن هوازن ، تحقيق : إبراهيم بسيوني ، الهيئة المصرية العامة للكتاب- القاهرة ، ط٣(٢٠٠٠) :٤٨/١- تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) ، تحقيق : عبد الرحمن اللويحق ، مكتبة العبيكان – الرياض، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)/٣٩.

٢- لسان العرب لابن منظور، مادة وجب : ٤٧٦٦/٥٥.

٣- الإحكام في أصول الأحكام ، علي الآمدي ، دار الصميعي – الرياض ، ط١(١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م) : ١٠٠/١.

٤- الحقوق والواجبات ، الديوان الوطني للتعليم والتكوين عن بعد ، http://www.onefd.edu.dz /٧.

ثانياً : التلازم بين الحق والواجب : يرى علماء المسلمين أن الواجب يلازم الحق ولا يعارضه ، أما تقديم الواجب مطلقاً فهو ذريعة لانتشار المظالم واستغلال الإنسان لأخيه الإنسان ، فلابد من أن يكون أداء أحدهما مشروطاً باستحقاق الآخر، فإذا كان الحق تعبيراً عما هو لك ، فالواجب يعبر عما هو عليك ، وتنظيم علاقة الحق الشخصي بالواجب يتم في إطار المصلحة الاجتماعية العامة ، فالمصالح الفردية لا يمكن أن تتحقق بعيداً عن الوسط الاجتماعي .

وتكمن المشكلة في كثير من المجتمعات الإنسانية أنها قلبت المعادلة رأساً على عقب ، واعتمدت سياسة المطالبة بالحق وإغفال الواجب ، حتى أصبحنا لا نتكلم إلا عن حقوقنا المهضومة ، ونسينا واجباتنا [١].

فالحق ليس هدية تعطى ولا غنيمة تغتصب ، ولكن نتيجة حتمية للقيام بالواجب ، والحق والواجب متلازمان ، والواجبات تقابلها الحقوق ، كما أن الحقوق تقابلها الواجبات ، ويكون الواجب أولاً ، والحق ثانياً ، ولا ينبغي للمرء أن يطالب بحقوقه ما لم يؤدِّ ما عليه من واجبات [٢].

ولا بد من إعادة التوازن بين الحق والواجب عند التعارض لإخراج الناس من ثقافة الحق المطلق إلى الحق المقيد بأداء الواجب ، فالجميع لهم حقوق معترف بها ، لكن الوصول إلى هذه الحقوق منهج له طرق ووسائل وأدوات ومصادر وموارد تؤثر في عمليات الوصول إلى هذه الحقوق ، والله تعالى أوجد ترابطاً وتلازماً شديدين بين أداء الواجب والحصول على الحق ، لذلك ربط نعيم الآخرة وعذابها بالعمل الصالح على وجه الجزاء ، أما طغيان ثقافة الحق فقد يؤدي إلى الاستهتار بثقافة الواجب نحو الله ، ونحو الأمة والمجتمع [٣].

ولعل هذا المنحى هو الأقرب إلى المنظور الإسلامي لطبيعة العلاقة بين الحق والواجب ، والتي تقوم على مبادئ عدة أهمها:

١- ما من حق إلا ويقابله واجب .
٢- الواجب أولاً والحق ثانياً .
٣- الواجب لازم ، والحق مضمون.

١- شروط النهضة ، مالك بن نبي ، ترجمة : عمر مسقاوي وعبد الصبور شاهين ، دار الفكر- دمشق/٣٤.
٢- شروط النهضة ، مالك بن نبي/٣٢.
٣- مقال للدكتور طه جابر العلواني بعنوان : كيف نحقق التوازن بين ثقافة الحق والواجب.

ومن الملاحظ أن علاقة الحق بالواجب في الحياة الأسرية تتسم بسمات عامة يمكن إجمالها بما يأتي :

١- ضمن إطار الأسرة لا نملك في الغالب حداً فاصلاً بين ما هو للزوج وما عليه نحو زوجته وما هو للزوجة وما عليها تجاه زوجها ، وكذلك في علاقة الآباء بأبنائهم ، ولكن ثمة خطوطٌ عريضة ترتكز على القوامة ، وتنظم العلاقة بين الأطراف المختلفة .

٢- إن عقد الزواج ليس مسألة حسابية على مبدأ ما هو لي وما يترتب عليّ ، ولكن أساسها ماذا بإمكان كل طرف فعله للآخر .

٣- يترتب على عقد الزواج مسائل كثيرة مالية عاطفية وخلقية ونفسية غاية في الحساسية والتعقيد ، ومن هنا نجد أن الإسلام أرشد إلى الإحسان والبر ، وهي منزلة متقدمة على الحقوق والواجبات ، وحض الأطراف على تحريها والتسابق في الفضل دون الاكتفاء بحدود الحق والواجب [١].

١- الزواج في ظل الاسلام ، عبد الرحمن عبد الخالق ، الكويت ط(١٩٣٣هـ)/ ٤٢.

المبحث الثاني : أنواع الحقوق ضمن العلاقات الأسرية :

إن الحقوق الأسرية هي تلك القيم التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، وهذه الحقوق هي حقوق كل زوج قِبَل الآخر ، وحقوقهما معاً قِبَلَ الأولاد، وحقوق الأولاد قِبَلَهُمَا، وتتنوع الحقوق الممنوحة ضمن الأسرة تبعاً لطبيعة العلاقة الأسرية القائمة ، والمرحلة التي تمر بها والشخص الملزم تجاهه ، كما تختلف الحقوق تبعاً للطابع الذي يميزها والسمة الغالبة فيها، والذي يغلب على الحقوق الأسرية هي أنها معنوية لا تنطبق عليها السمة المادية إلا في بعض معين منها ويمكن تقسيم الحقوق الأسرية وفقاً لاعتبارات عدة :

المطلب الأول : أنواع الحقوق تبعاً لجهة الاختصاص وطبيعته :

إن الحقوق الأسرية الممنوحة لأفراد الأسرة تجاه بعضهم البعض قد تكون ذات صفة مطلقة أو مقيدة ، وقد تكون متناظرة بما يفيد التماثل أو بما يفيد التقابل ومن أمثلة هذه الحقوق ما يأتي :

الفرع الأول : الحقوق الأسرية المتماثلة :

إن التماثل في الحقوق الأسرية صفة عامة يندرج تحتها الكثير من التفصيلات ، والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وجه الاستدلال: تقرر الآية للنساء حقوقاً مماثلة لحقوق الرجل ، فكل حق للمرأة يقابله حق للرجل[١].

وقد اجتهد المفسرون في تفسير معنى التماثل في الآية المذكورة ، وذكروا لذلك صوراً لا تخصص العموم في الآية كالمعاشرة بالمعروف ، وحسن الصحبة مع أزواجهم ، وما يتوجب عليهن بالمقابل من الطاعة فيما أوجبه الله تعالى عليهن تجاه أزواجهنّ ، وأمرهم بتقوى الله فيهن ، كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وحضّهم على أن يتصنّع الزوج لزوجته ويتزين لها ، كما يحبّ أن تتزين له ، وأوجب عليهم أن يترك كل طرف مضارّة الآخر[٢].

١- أحكام القرآن للجصاص : ٦٨/٢- تفسير الثعلبي (الكشف والبيان) لأبي اسحق أحمد الثعلبي ، تحقيق : سيد كسروي ، دار الكتب العلمية- بيروت :٣٦٠/١.

٢- تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، إسماعيل الدمشقي ، ط١(١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ، دار إحياء التراث العربي- بيروت :٧٣٥/١- تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، تحقيق : عبد الله التركي ، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، دار هجر- القاهرة : ١٢١/٨.

والآية عامة يدخل فيها حقوق كل طرفٍ ومسؤولياته تجاه الآخر بالمعروف ، والمعروف هو ما يجري عليه عرف الناس ، ويكون تابعاً لشرائعهم وعقائدهم وآدابهم ، وميزاناً للتعامل فيما بينم بحيث يعلم كل منهم أنه إذا طلب من الآخر أمراً وجب عليه مثله في حقه ، وليس المراد التماثل في عين الحق ، إذ التبادل بينهما يكون بحقوق متشابهة تضمن تحقيق التكافؤ والعدل[1] .

أما المراد بالدرجة في قوله تعالى : ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ، فهي درجة الميراث والجهاد ، وذكر ابن عباس رضي الله عنه أن المقصود بالدرجة تفضّله عليها بالتنازل عن بعض حقوقه لحقوقها ، وصفحه عن بعض الواجب له عليها أو كلّه ، وهو أولى الأقوال ، لأن الشارع ذكر التماثل ثم ندب الرجال إلى الأخذ على النساء بالفضل إذا تركن أداء بعض ما أوجب الله لهم عليهن ، ليكون لهم عليهن فضل درجة في العفو عن بعض حقوقهم الواجبة عليهن بالقوامة[2].

وإذا كانت رابطة الزواج تقوم على مبدأ تقرير حقوق متماثلة لكلا الطرفين ، لكنها غير محكومة بعلاقات رياضية بحته ، وإنما تتم بجو تسوده المودة والرحمة ، ويسعى كل طرف فيها إلى رعاية الآخر والإحسان إليه على أكمل وجه ، ومن أمثلة الحقوق الأسرية المتماثلة : المعاشرة بالمعروف- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحق الاستمتاع وحق الخيار .

أولاً : المعاشرة بالمعروف :

جاء الشرع بوصايا متكافئة لكلا الزوجين ، فوصى الرجال بالنساء وحضّهم على إكرامهن والإحسان إليهن ، فقال تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩] وورد عن النبيﷺ في حجة الوداع أنه قال " استَوصُوا بِالنِّسَاءِ خَيراً " [3] ،

١- الزواج في ظل الإسلام ، عبد الرحمن عبد الخالق/ ٤٢

٢- تفسير القرآن العظيم لابن كثير :١/٧٣٥- تفسير الطبري: ٨/١٢١- تفسير الثعلبي: ١/٣٦١.

٣- أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب : الوصية بالنساء ، وأخرجه الترمذي بهذا اللفظ ، كتاب الرضاع ، باب : ما جاء في حق المرأة على زوجها ، وقال : حديث حسن صحيح، ط١ ، مكتبة المعارف- الرياض : ٣/ر١١٦٣/٤٥٨.

وقال : " خَيرُكُم خَيرُكم لأَهلِهِ وَأَنَا خَيرُكُم لأَهلِي" [١] ، كما أوصى بمداراتهن والحلم عليهن عند الطيش والغضب ، فقال ﷺ : " لا يَفرِكُ [٢] مُؤمِنٌ مُؤمِنَةً إنْ كَرِهَ مِنهَا خُلُقاً رَضِيَ آخَر " [٣].

والمعاشرة تشمل طيب القول وحسن الفعل وحسن الهيئة حسب القدرة ، وإظهار المودة ، والانبساط في الخلوة ، والتغافل عن الزلة ، وإقالة العثرة ، وتعمّد المزاح والمداعبة حتى يطيب قلبها ، وتقرّ عينها [٤].

كذلك وصّى النّساء بالرجال ، فقال ﷺ :" لا تُؤَدِّي المَرأَةُ حَقَّ رَبِّهَا حَتّى تُؤَدِّي حَقَّ زَوجِهَا" [٥] ومن حسن المعاشرة أن تشكر فضل زوجها وتوقره وتحترمه ، فلا تجترئ عليه بلسانها ، ولا تتفاخر عليه بمالها ، ولا تعيره أمام الغير بل ترفع من شأنه وتدعوه بما يحب، وتلتزم الأدب معه ، والإحسان إلى والديه وذويه ، وتتجنب إيذائه ، فلا تقع عينيه على قبيح، ولا يشمّ منها إلا أطيب ريح ، وتتزين له ، وتطلب مسرته ، وتحفظ سره [٦].

١- أخرجه الترمذي ، كتاب المناقب ، باب : فضل أزواج النبي ﷺ : ر٣٨٩٥/٥/٧٠٩ ، وقال : حديث حسن غريب صحيح من حديث الثوري وروي عن أبيه مرسلاً – وأخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح ، باب : حسن معاشرة النساء ، مكتبة المعارف– الرياض ، ط١: ر١٩٧٧/٣٤٢– وقال في مشكل الآثار : حديث حسن لغيره ، في سنده جعفر بن يحيى بن ثوبان وعمه ، ولم يوثقهما غير ابن حبان وباقي رجاله ثقات ، ينظر: شرح مشكل الآثار لأبي جعفر الطحاوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط١ (١٤١٥هـ– ١٩٩٤م) : ٣٤٣/٦.

٢- الفرك بكسر الفاء هو البغض . غريب الحديث ، القاسم بن سلام الهروي ، تحقيق : حسين شرف ، ط(١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م) ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية – مصر: ١٠٥/٥.

٣- صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب : الوصية بالنساء : ر٥٨٦/١٤٦٩.

٤- تفسير القرآن العظيم لابن كثير:٧٣٥/١– تفسير الطبري: ١٢١/٨– إحياء علوم الدين ، أبو حامد الغزالي ، ط١(١٩٩٨) ، مكتبة مصر: ٥٧/٣–٥٨ ، تفسير القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، تحقيق : محمد بيومي– عبد الله المنشاوي ، مكتبة الإيمان– مصر: ٢٦٦/٥– البحر الرائق لابن نجيم : ٢٣٦/٥– الأدب في الدين والرسالة الوعظية ورسالة الطير للغزالي ، تقديم محمد أديب ككل/٣٠.

٥- أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، باب حق الزوج على المرأة : ر٣٢٣/١٨٥٣، وقال الألباني : حسن صحيح ، وأخرجه ابن حبان في باب ذكر استحباب الاجتهاد للمرأة في قضاء حقوق زوجها ر٤١٧١، وقال المحقق : إسناده حسن ورجاله ثقات رجال الشيخين وأخرجه ابن ماجه من طريق حماد بن زيد بهذا الإسناد.

٦- تحفة العروس ، محمد الدرديري ، دار الإيمان– الإسكندرية/٣٦٢ – إحياء علوم الدين للغزالي: ٧٩/٣– بريقة محمودية ، محمد بن محمد الخادمي ، وبهامشه الوسيلة الأحمدية في شرح الطريقة المحمدية ، رجب بن أحمد ، مطبعة مصطفى البابي– مصر، ط(١٣٤٨):١٥٤/٤–أسهل المدراك: ١٢٣/٢.

ومن جماع المعروف بين الزوجين كفّ المكروه والأذى عن الآخر ، وإعفاء صاحب المؤونة في طلبه ، فلا يحوج أحدهما الآخر إلى القاضي في طلب حقه ، ولا يتبرم بأداء حق الآخر وهو كاره [١].

وقد نهى رسول الله ﷺ عن ضرب النِّساء إيذاءً لهنّ ، فقال : " لا تَضرِبُوا إِمَاءَ اللهِ " [٢] ، ونهى النساء عن إيذاء أزواجهن ، فقال رسول الله ﷺ : " لَا تُؤْذِي امْرَأَةٌ زَوْجَهَا فِي الدُّنْيَا إِلَّا قَالَتْ زَوْجَتُهُ مِنَ الْحُورِ الْعِينِ : لَا تُؤْذِيهِ قَاتَلَكِ اللهُ فَإِنَّمَا هُوَ عِنْدَكِ دَخِيلٌ يُوشِكُ أَنْ يُفَارِقَكِ إِلَيْنَا " [٣] ، والأحاديث ظاهرة الدلالة في أمر كل منهما بالإحسان للآخر وعدم إيذائه.

والإحسان درجة فوق العدل والإنصاف ، لأنه يكون عند إعطاء ما ليس بواجب والتسامح في الحقوق ، والتغافل والغض مما في النفس ، لاسيما مع من تكثر مخالطتهم [٤] ، وهو لا يقتصر على الحياة الزوجية بل يتعداها إلى الفرقة والتسريح ، فيتجلى إحسان الرجل بأن لا يطلق ثلاثاً في مجلس واحد ، وأن يعفو عن نصف المهر إن طلق قبل الدخول ، وأن يمتعها مهما كان حالها ، وألا يزيد في خلعها عما أخذت منه ، وأن يؤدي حقها عليه من غير مطل [٥] ، أما إحسان المرأة فيكون بتنازلها عن شطر المهر الواجب لها إن فارقها قبل الدخول ، وعن بعضه أو كلّه إن كان بعد الدخول .

١- المجموع شرح المهذب ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، بقلم محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الارشاد- جدة : ٩٨/١٨- العزيز شرح الوجيز لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي، تحقيق: علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٧هـ – ١٩٩٧): ٨/ ٣٥٩.

٢- السنن الكبرى للنسائي ، كتاب عشرة النساء ، باب : ضرب الرجل زوجته ، تحقيق : حسن شلبي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط١(١٤٢١هـ-٢٠٠١م): ٨/ر٢٦٣/٩١٢٢، وأخرجه أبو داوود في كتاب النكاح، باب: ضرب النساء:٢/ر٤٢٠/٢١٤٦- ابن ماجة، كتاب النكاح ، باب: ضرب النساء: ر٣٤٣/١٩٨٥ ، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين للحاكم ، تحقيق: مصطفى عطا ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط٢(٢٠٠٢): ٢/ر٢٢٧/٢٨٣٣ ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب : معاشرة الزوجين ، علي بن بلبان الفارسي ، تحقيق : شعيب أرناؤوط ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٢(١٤١٤هـ- ١٩٩٣م): ر٤٩٩/٩/٤١٨٩.

٣- سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح ، باب : في المرأة تؤذي زوجها : ر٣٤٨/٢٠١٣ ، وقال الألباني : حديث صحيح ، وأخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع : ر٢٧٨/١١٧٤، وقال : عنه حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وقال الذهبي في سير أعلام النبلاء : " إسناده صحيح متصل : ٤٧/٤.

٤- تفسير السعدي/١٠٥.

٥- المجموع للنووي: ٩٦/١٨.

ثانياً : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

إن المعروف هو كل ما أمر الله ورسوله به من فعل أو قول أو قصد حسن شرعاً ، والمنكر: كل ما نهى الله ورسوله عنه من فعل أو قول أو قصد قبيح شرعاً [١] ، ولكل من الزوجين الحق في أمر الآخر بالمعروف ونهيه عن المنكر ، والأصل في هذا الحق قوله تعالى : ﴿وَلْتَكُن مِنكُمْ أُمَّةٌ يَدعُونَ إِلَى الخَيرِ وَيَأْمُرُونَ بِالمَعرُوفِ وَيَنهَونَ عَنِ المُنكَرِ﴾ [آل عمران : ١٠٤] ، وتقدير المعنى : كونوا أمة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر فيتوجه الخطاب إلى كلٍ عيناً [٢].

ولكل منهما الحق في الاحتساب على الآخر عند التلبس بالمعصية بطريق التعريف والوعظ بلطف والنصح والتخويف بالله تعالى المقرون بالشفقة والرحمة من غير عنف ولا ضرب ولا تهديد [٣] ، لأنه متطوع فلا يكون متمكناً شرعاً من الأمر والنهي باليد ، ويكتفي بالإنكار باللسان والقلب [٤].

ثالثاً : حق الاستمتاع :

وهو حق مشترك بين كلا الزوجين ، فيحق لها مطالبة زوجها بالوطء كما يحق له مطالبتها بالتمكين ، قال تعالى : ﴿هُنَّ لباسٌ لكم وأنتم لباسٌ لهنَّ﴾ [البقرة : ١٨٧]، وقال ﷺ : إِذَا جَامَعَ أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَصْدُقْهَا ، ثُمَّ إِذَا قَضَى حَاجَتَهُ قَبْلَ أَنْ تَقْضِيَ حَاجَتَهَا فَلا يُعْجِلْهَا حَتَّى تَقْضِيَ حَاجَتَهَا " [٥] ، وأحاط ذلك بحسن العشرة وطيبتها ، فقال ﷺ : " وفي بُضْعِ أَحَدِكُم صَدَقَةٌ "[٦].

١- بريقة محمودية للخادمي: ٣/ ٢٤٤.

٢- إحياء علوم الدين للغزالي : ٣٩٥/٣- بريقة محمودية للخادمي: ٢٤٤/٣.

٣- الفواكه الدواني شرح لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي ، المكتبة الثقافية بيروت:٣٩٣/٢- معالم القربة في معالم الحسبة ، محمد بن الأخوة ، تحقيق : محمد شعبان – صديق المطيعي، ط (١٩٧٦) ، الهيئة المصرية العامة للكتاب/٥١.

٤- البناية شرح الهداية ، للعيني: محمود بن أحمد ، دار الفكر– بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ-١٩٨٠م): ٦٧/٥.

٥- كنز العمال كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ، علي المتقي بن حسام الدين الهندي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٥ (١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م) ، كتاب النكاح ، ١٦/ ر٤٤٨٣٧/ ٣٤٤ ، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده ، وقال عنه المحقق حسين سليم أسود : إسناده ضعيف ، دار المأمون للتراث– دمشق ط٢(١٤١٠هـ-١٩٨٩م).

٦- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة ، باب : بيان إن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف: ر١٠٠٦/ ٣٨٩ .

وقد جاءت أحكام الشرع بآداب المباضعة ، فنهت عن إتيان النساء في الحيض ، وعن إفشاء أسرار الجماع ونشر أخباره [١].

رابعاً : حق الخيار :

إذا تم عقد النكاح صحيحاً ثم تبين وجود عيب في أحد العاقدين فهل يحق للعاقد أن يفسخ العقد أم يبقى ملزماً في حقّه ؟ ، اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين :

القول الأول : يكون العقد ملزماً ، ولا حقّ لأحدهما بالفسخ سواء كان العيب سابقاً للعقد أم طارئاً عليه ، قبل الدخول أم بعده ، وإلى ذلك ذهب الحنفية ، لأن المستَحَق بالعقد هو الوطء والعيب لا يفوته ، وفوت الاستيفاء بموت أحد الزوجين لم يوجب الفسخ ولا إسقاط المهر فهذا أولى ، كما أن الاستيفاء بالوطء من ثمرات النكاح ، ولا يؤثر على العقد ، وهذا في حق الرجل ، أما المرأة فلها الحق في طلب التفريق من زوجها لعيب الجَبِّ أو العُنّة أو الخِصَاء اتفاقاً لأن هذه العلل تؤدي إلى فوات المقصود من النكاح [٢]، أما ما سوى ذلك من الأمراض كالبرص والجُذام والجنون فكذلك الأمر عند محمد من الحنفية لدفع الضرر عن نفسها ، ولا خيار لها في الفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطالٍ لحق الزوج [٣].

القول الثاني : ذهب الجمهور إلى جواز فسخ عقد النكاح بالعيب ، يستوي في هذا الحق الزوج والزوجة ، لأن العقد ورد على المحل سليماً ، فإذا ظهر معيباً تبين أن الإرادة العقدية المنصبَّة على المحل منتفية ومعيبة من الأصل، فيخير من عيبت إرادته أو انتفت دفعاً لما لحقه من ضرر أو غبن ، والعيوب المتفق عليها هي الجنون والجذام والبرص وعيوب الفرج [٤] .

١- المجموع للنووي: ٩٣/١٨- النجم الوهاج في شرح المنهاج ، لأبي البقاء الدميري ، دار المنهاج – السعودية ط١(١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) : ٤٧/٧.

٢- البناية للعيني: ٣٩٨/٥- ٤٠٠.

٣- البناية للعيني: ٤٠١/٥- المبسوط للسرخسي: ١٠١/٥.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط١(١٤١٥هـ- ١٩٩٤م):١٤٢/٢- التلقين للبغدادي/١١٧- النجم الوهاج للدميري:٢٣٠/٧- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٣٢/٨- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك ، أبو بكر بن حسن الكشناوي ، دار الفكر- لبنان ، ط١(١٤٢٠): ٩٣/٢- كشاف القناع للبهوتي:٩٦/٤- العدة في شرح العمدة ، عبد الرحمن المقدسي، دار الفكر- بيروت ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)/٣٨٨.

فإذا كان الزوج عنيناً أجّله الحاكم سنة بعد طلبها للتفريق ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن اختارت نفسها [١].

ولو طلب من القاضي أن يؤجله سنة أخرى أو شهراً أو أكثر لم يفعل إلا برضاها [٢]، وتقع هذه التطليقة بائنة ، وبه قال الحنفية والمالكية ، لأن الفرقة من جهته ، وفعل القاضي أضيف إليه ، كما أن النكاح بعد تمام العقد لا يقبل الفسخ ، بخلاف الفسخ بخيار البلوغ الذي يكون قبل تمامه فيمنعه ، وإنما وقع بائناً رفعاً للظلم عنها ، إذ الرجعي لا يقطع الصلة[٣]، ووافقه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٠٨[٤].

وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه فسخ لأن الفرقة من جانبها [٥].

ويترتب على الخلاف السابق وجوب تمام المهر بالفرقة بعد الدخول ، ونصفه إن كانت قبله عند الحنفية والمالكية ، أما الشافعية والحنابلة فلم يوجبوا لها شيئاً إن كان قبل الدخول ، لأنه فسخ للنكاح ، وقد جاء من قبلها سواء كان العيب فيها أم في الزوج ، وإن كان الفسخ قد حصل بعد الدخول فلها مهر المثل ، ولا تجب عليها العدة إن كان الفسخ قبل الدخول وتجب بعد الدخول عليها اتفاقاً [٦].

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل لعام ١٩٧٥في المادة ١٠٥ إلى أن : (للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين : ١- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها، ٢- إذ جن الزوج بعد العقد) [٧].

١- البناية للعيني: ٣٩١/٥- ٣٩٢- المبسوط للسرخسي: ١٠١/٥- أسهل المدارك للكشناوي: ٩٣/٢- المغني لابن قدامة ١٤٤/٧- كشاف القناع للبهوتي: ٩٦/٤

٢- البناية للعيني: ٣٩٤/٥- أسهل المدارك للكشناوي : ٩٧/٢- كشاف القناع للبهوتي : ٩٦/٤.

٣- البناية للعيني: ٣٩٤/٥ - المبسوط للسرخسي : ١٠١/٥- أسهل المدارك للكشناوي: ٩٨/٢.

٤- شرح قانون الأحوال الشخصية ، مصطفى السباعي ، دار الوراق – بيروت ، دار النيربين- دمشق ، ط٩(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) :٢٣٥/١.

٥- النجم الوهاج للدميري:٢٣٠/٧-العزيز في شرح الوجيز للرافعي:١٣٧/٨- كشاف القناع للبهوتي:٩٦/٤- العدة شرح العمدة للمقدسي/ ٣٨٩.

٦- البناية للعيني: ٣٩٥/٥- النجم الوهاج للدميري: ٢٣٠/٧- أسهل المدارك للكشناوي: ٩٣/٢- كشاف القناع للبهوتي:٩٦/٤.

٧- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي : ٢٣٥/١.

الفرع الثاني : الحقوق الأسرية المتقابلة :

يختلف التقابل عن التماثل في الحقوق الأسرية من جهة صورة الحق ، فالتقابل يعطي لكل طرف حقاً شبيهاً وبنفس الصلاحيات بحيث يشترك الطرفان في مضمون الحق لا في صورته ، وهذا من شأنه أن يعزز العدل للأطراف جميعاً ، فالشارع أعطى للرجل حق الطلاق متى شاء ، ولو من غير سبب معتبر ، وقابل ذلك بالخلع كحق للزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية ، ولو من غير سبب، وفيما يأتي إيضاح لحقي الطلاق والخلع :

أولاً : حق الطلاق :

الطلاق في اللغة بمعنى الترك والفراق والتخلية [١] ، أما في الاصطلاح فقد عرّفه الحنفية بأنه : رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح [٢] ، وعرفه المالكية بأنه : صفة حكمية ترفع حِلّيّة متعة الزوج بزوجته [٣] ، وعند الشافعية هو: حَلُّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه [٤]، أما الحنابلة فعرفوه بأنه : حلّ قيد النكاح أو بعضه ، وبعض قيد النكاح إذا طلقها طلقة رجعية[٥] ، ومن التعريفات الجامعة التي ذكرها المعاصرون للطلاق بأنه الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو في المآل الصادرة من أهله في محله قاصداً لمعناه أمام الشهود [٦].

والطلاق وإن كان يهدم الرابطة الزوجية لكنه لا يزيل الروابط الأسرية بل ينظمها بما يتلاءم مع الوضع الجديد لكلا الزوجين ، وهو حقّ الرجل بحكم الشرع ، ولا يتوقف على إذن الغير أو موافقته، وقد تملكه المرأة بتفويض من زوجها أو باشتراط من قِبَلِها عند إنشاء العقد ، وقد يتمّ من قبل القاضي بناء على دعوى من الزوجة [٧].

١- لسان العرب لابن منظور ، مادة طلق : ٢٢٥/١٠.

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٣٨٠/١- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، تحقيق : عادل عبد الموجود وعلى معوض ، دار عالم الكتب الرياض، ط(١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م):٢٢٧/٣- البناية للعيني:٦٨/٥.

٣- مواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي، ط: دار الفكر، بيروت ، ط٢(١٣٩٨هـ):١٨/٤- الخرشي على مختصر خليل ، المطبعة الأميرية- بولاق مصر، ط٢(١٣١٧هـ) : ١١/٤.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٣٦٨/٣.

٥- كشاف القناع للبهوتي: ٢٣٢/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٢٩/٢٢.

٦- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، عبد الرحمن الصابوني ، دار الفكر- بيروت ، ط(١٩٦٨م) /٧٤.

٧- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق ، ط١(١٩٨٠) : ٣٦٠/٧.

وإنما أجيز للرجل من غير حاجة إلى القضاء ، وأجيز للمرأة بشرط القضاء بسبب الفوارق الطبيعية بينهما ، فالمرأة تحكمها العاطفة ، وهي ميزة فيها وفضيلة لها ، لكنها إذا سيطرت عليها في الأمور الخطيرة وعمّ تأثرها بضائقة ما قد تدفعها إلى إنهاء الزواج لأي سبب كان إذا ما جعل الطلاق في يدها ، أما الرجل فهو الأقدر على ضبط عواطفه وانفعالاته عند الغضب ، كما أن الطلاق يحمّله أعباء مالية تدفعه إلى التأني في إيقاعه ، وهو أحرص على أولاده الذين ينسبون إليه بما يجعله أقدر على موازنة الأمور قبل الإقدام على الفعل[١].

ويجب أن يقترن الطلاق باللفظ المعبر عن إرادة الزوج للطلاق أو الكتابة المبينة المعبرة عن رغبة الزوج وانصراف إرادته إلى طلاق زوجته[٢].

وقد ضبط الإسلام الطلاق بما يمنع التعسف فيه أو حجره وتقييده ، وجعل منه حلاً يصار إليه إذا ما استحكم الخلاف وعمّ النفور بين الزوجين ، واستحال الزواج من نعمة إلى نقمة ، ومن مصلحة إلى مفسدة.

ومن الضوابط الشرعية لمنع التعسف في إيقاع الطلاق :١- أن لا يتمّ إيقاعه في الحيض أو في طهر مسها فيه ٢- لا يجوز إخراجها في عدة طلاقها ولا ينبغي لها الخروج ، ٣- إذا بلغ الطلاق الثلاث لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره[٣].

ثانياً : حق الخلع : لم تهمل الشريعة الإسلامية جانب المرأة ، فمنحتها الحق في طلب الطلاق بطريق التقاضي إذا رفض الزوج طلبها ، وكان لها أسبابها المعتبرة شرعاً وقانوناً ، أما إن أرادت إنهاء الرابطة الزوجية لكراهيتها للزوج أو لأسباب خاصة بها غير متعلقة بالزوج فلها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه للزوج ، وهو ما يسمى بالخلع .

والخلع لغة من خَلَعَ الشَّيءَ أي نزعه ، يقال : خَلَعَ الرجلُ ثوبَهُ ونعلَهُ وخلع امرأتَهُ خُلعَاً وخِلاعَاً فاختَلَعَت ، وخَالَعَتهُ اختِلَاعَاً فهي مُختَلِعَةٌ إذا افتدت منه بمال وطلقها وأبانها من نفسه ، وقد تَخَالَعَا أي تفرّقا ، وسمي خُلْعَاً لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال ، وهم لباس لهنّ[٤]، وقد عرفه الحنفية في الاصطلاح الشرعي بأنه : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ

١- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /٢٨٣.

٢- الغرفة الشرعية قرار ١٣٣٨ لعام ٢٠٠٠، أساس ٩٩٢، مجلة المحامون العددان ٣ ، ٤ لعام ٢٨١/٢٠٠٢.

٣- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٣٠/٢٢.

٤- تاج العروس:٥١٦/٢٠.

الخلع أو ما في معناه، ويشترط فيه أن يذكر المال صريحاً أو يذكر لفظاً يتضمن المال[١]، وعرّفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض[٢]، أما عند الشافعية فهو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض ، كذلك عند الحنابلة هو فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة[٣]، والأصل فيه حديث امرأة[٤] ثابت بن قيس بن شِماس[٥]، فقال ﷺ لثابت: " خُذْ بعضَ مالِها وفارِقْها " ، ففعل[٦].

يدل الحديث على أن المرأة لا تجبر على العيش مع رجل تبغضه حتى لو كان على خلق ودين ولم يفرط بشيء من حقوقها ، وللزوج في هذه الحالة أن يسترد من المرأة ما أعطاها من صداق. وقد اتجهت أغلب القوانين الحالية إلى جعل الخلع حقاً أصيلاً للزوجة في مقابلة حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة ، وبالتالي فلا يتوقف على قبوله أو رفضه ، فإذا رفض فرض عليه فرضاً ، ويكون الزوج ملزماً لا خيار لديه إذا ما تقدمت الزوجة إلى القضاء مطالبة بالخلع ، وسيأتي بيان ذلك في موضعه إن شاء الله[٧] .

١- شرح فتح القدير لابن همام: ١٩٩/٣- رد المحتار لابن عابدين: ٤٣٩/٣.

٢- الشرح الكبير على مختصر خليل للشيخ أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العلمية ، مؤسسة عيسى البابا: ٣٤٧/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٧/٢.

٣- مغني المحتاج للشربيني : ٣٤٧/٣- شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، منصور البهوتي تحقيق: عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة- بيروت ، ط١(١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م) :٣٣٥/٥- الشرح الكبير لابن قدامة ٣٤٧/٢.

٤- هي حبيبة بنت سهل على أصح الروايات ، وقيل بأنها جميلة بنت عبد الله بن أبي بن سلول الإصابة لابن حجر العسقلاني: ٥١١/١.

٥- ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري، أبو محمد المبشَّر بالجنة، خطيب الأنصار، وخطيب النبي ﷺ شهد أحداً وبيعة الرضوان والمشاهد بعدها مع رسول الله ﷺ ، واستشهد في معركة اليمامة في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه . الإصابة لابن حجر العسقلاني: ٥١١/١.

٦- سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب الخلع ، تحقيق عبد الرحمن عثمان ، مكتبة ابن تيمية القاهرة ، ط٣(١٤٠٧) : ٥١٦/١ ، وقال الألباني : صحيح ، وقال ابن عبد البر في التمهيد : هو حديث صحيح ثابت مسند متصل : ٣٦٧/٢٣.

٧- ينظر ص ١٣٢.

الفرع الثالث : الحقوق الأسرية المشتركة :

تتعدد الحقوق التي يشترك فيها الزوجان معاً أو الآباء مع أبنائهم، وتختلف درجة أولوية أحدهما على الآخر لاعتبارات عدة فطرية أو شخصية ، لكن أولوية أحدهما لا تلغي حق الآخر في الاستحقاق، ومن هذه الحقوق المشتركة :

أولاً : النسب :

يعبر النسب عن الرابطة الدموية بين الولد ووالديه ، وهو يشبع الحاجة الفطرية لديه إلى الانتماء ، وله أهمية كبيرة في استقرار الحياة الأسرية وثبات الأنساب وحمايتها من الاختلاط وحفظها من التلاعب وصيانتها من التأثر بالأهواء والنزوات ، كما أنه ضمان لحقوق الولد الشرعية والقانونية .

وعقد الزواج هو الوثيقة التي تثبت صحة نسب المولود لرجل معين ولزوجة الفراش ما دام ولد بعد ستة أشهر من عقد النكاح ، ومادام الرجل قد دخل بزوجته أو خلا بها ، وهذا عند جمهور الفقهاء ، ولم يشترط أبو حنيفة الدخول لإثبات النسب حتى إذا عقد رجل في المشرق على امرأة في المغرب ثم جاءت بولد نسب إليه[1].

وجعل قانون الأحوال الشخصية السوري مدة الحمل لإثبات النسب سنة شمسية احتياطاً وشمولاً للأحوال النادرة[2].

١- البناية للعيني: ٤٥٢/٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقرطبي محمد بن رشد ، تحقيق: محمد حلاق ، مكتبة ابن تيمية- القاهرة ، ط١(١٤١٥): ٢١٩/٣- حاشيتا قليوبي وعميرة لأحمد القليوبي ، وأحمد البرلسي الملقب بعميرة على شرح محمد المحلى على منهاج الطالبين للنووي ، شركة مصطفى البابي- مصر، ط٣(١٣٧٥هـ-١٩٥٦م) : ١٦/٣- المهذب للشيرازي : ٤٤٧/٤- الشرح الكبير لابن قدامة :٤٦٥/٢٣.

٢- قانون الأحوال الشخصية السوري، أديب استانبولي ، دار الفكر القضائي- دمشق ، ط(٢٠٠٠) :٢٦/١

ثانياً : الولاية : لغة من وَلِيَ الرَّجُلَ يَلِيْهِ إذا نصره وأعانه، ووُلِّيَ عليه إذا قام بأمره وتولى شؤونه[١] ، وهي اصطلاحاً : سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة عقود أو تصرفات تترتب عليها آثارها لنفسه أو لغيره جبراً أو اختياراً [٢].

والولاية على الصغير تستمر حتى يبلغ رشيداً ، وتشمل الولاية على نفس المولى عليه والإشراف على شؤونه الشخصية ، نحو التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة كسبية والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر ، كما تشمل الولاية على مال الصغير وما يتعلق به من حقوق[٣] .

والولاية تفارق الوصاية والقوامة والوكالة القضائية وفق ما نصت عليه المادة ١٦٣من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والتي جاء فيها : (٢ـ الولاية للأقارب من أب أو غيره ، والوصاية على الأيتام ، والقوامة على المجانين والمعتوهين والمغفلين والسفهاء ، والوكالة القضائية عن المفقودين)[٤] .

وتقتصر الولاية على المال على الأب ثم الجد العصبي ، فلهما وحدهما إجازة تصرفاته المالية ما لم يكن فيها ضرر محض عليه[٥] ، ووافق ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٧٠ منه ، والتي جاء فيها: للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله ، وهما ملتزمان بالقيام بها[٦] .

١- تاج العروس للزبيدي:٤٠/٢٤١.

٢- الولاية في الزواج ، أحمد الصويعي، مجلة الشارقة: المجلد٤، العدد١ لعام٢٠٠٧/٣٩ – الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، بدران أبو العينين ، دار النهضة العربية– بيروت ، ط١(١٣٨٧هـ–١٩٦٧م)/١٣٤، الزواج في الشريعة الإسلامية، علي حسب الله ، دار الفكر العربي– القاهرة ، ط(١٩٧١)/١٢٦ ، نظام الأسرة في الإسلام، محمد عقلة، مكتبة الرسالة الحديثة– عمان، ط١(١٩٨٣):١/٢٨١– الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ، دار الكتاب العربي– القاهرة، ط٢(١٩٥٧م)/١٠٩.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٥٠– المهذب للشيرازي : ٤/١٢٠.

٤- موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والاديان ، نبيل الصائغ ، ط٢(١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م)/١٦٦– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سورية مع الأصول والبينات ، محمد فهر شقفة ، مؤسسة النوري – دمشق ، ط(١٩٩٦م)/٤٩.

٥- بدائع الصنائع للكاساني : ٧/١٧٠ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٤/٣٩٦

٦- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٥١.

وعلى الولي استنماء مال الصبي بحيث لا تأكله النفقة ، ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب الزيادة ، وعليه أن يتحرى في بيعه وشرائه ما فيه محض مصلحة له [١] ، وقد جاء في الفقرة ١من المادة ١٧٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية مال القاصر أو الحمل حفظاً وتصرفاً واستثماراً) [٢].

وفي المادة ١١٢ من القانون المدني : ١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً -٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة، بحسب الأحوال وفقاً للقانون [٣].

ثالثاً: الحضانة : لغة : مأخوذة من الحَضْنِ، وهو الجنب أو الصدر، فَحَضَنَ الطائرُ بيضَهُ إذا ضَمّهُ إلى نفسِهِ تحت جناحيه ، وحَضَنَتِ الأمُّ وَلَدَهَا إذا ضَمَّته إلى صدرها، وقامت بتربيته وصيانته ، وتسمى حينئذ حاضِنَتُهُ [٤].

والحضانة اصطلاحاً : هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، ويكون ذلك برعاية شؤونه ، وتدبير طعامه وملبسه ونومه ، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها [٥].

١- خبايا الزوايا للزركشي ، محمد بن بهادر ، تحقيق عبد القادر العاني ، ط١(١٤٠٢هـ-١٩٨٢م)/٢٧٥-٢٧٦

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /١٣١

٣- شرح القانون المدني السوري ، استنبولي : ٣٥٣/١

٤- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس ومجموعة من المؤلفين ، ط٢ ، دار الفكر- بيروت ، مادة حضن /١٢٨- المنجد في اللغة والأدب والعلوم، لويس معلوف، المكتبة الكاثوليكية، بيروت، ط(١٩٦٠) /١٣٩- لسان العرب لابن منظور ، مادة حضن : ٩١١/١- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٤/١.

٥- حاشية ابن عابدين: ٥٥٥/٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٤ ، - المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٥٨/٢ شرح حدود ابن عرفة ، لأبي عبد الله الرصاع ، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١(١٩٩٣)/٣٢٤ ، مغني المحتاج للشربيني: ٥٩٢/٣ ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، تحقيق : علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط٢(١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م) : ١٩٣/٢- ابن قدامة ٤١٢/١١- زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن القيم الجوزية ، دار الكتاب العربي - بيروت ، ط١(١٩٢٨) : ١٢٣/٢ ، الروض المربع شرح زاد المستنقع ، منصور بن يونس البهوتي ، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد /٦٢٧، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٥٥/٢٤.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في السن الذي تنتهي فيه الحضانة : فذهب الحنفية إلى أنها للفتى في التاسعة وللفتاة حتى البلوغ ، وضابطها عند الشافعية والحنابلة هو التمييز ، بينما حددها المالكية بالبلوغ للفتى وبالزواج للفتاة [١] ، وقد جاء في المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره والبنت الخامسة عشرة من عمرها)[٢].

وتثبت الحضانة لمن كان أهلاً لها من الحواضن ، والحاضن يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ، ذكراً كان أم أنثى ، وتقدم فيها النساء على الرجال عند حدوث الفرقة بين الزوجين بحكم الفطرة لكونها أصلح من الأب في ذلك ، وهي أرفق بالصغير وأعرف بتربيته ، وحمله وتنويمه ، وأصبر عليه وأرحم به [٣].

والأصل في ذلك : ما روي أن امرأةً جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له : يا رسولَ الله إنَّ ابني هذا كان بَطني لهُ وِعاءً ، و ثَديي له سِقَاءً ، وحِجْرِي لهُ حِواءً ، و إنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وأرادَ أن يَنتَزِعَهُ مِنّي ، فقال ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي " [٤].

فإذا سقطت حضانة الأم لسبب ما ، آلت الحضانة إلى أمها ، لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها ثم لأمها ، فإن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم لانتفاء الشروط فيهن أو وفاتهن انتقلت الحضانة إلى جهة الأب[٥].

١- البناية شرح الهداية ، للعيني ، محمود بن أحمد ، دار الفكر – بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ-١٩٨٠م) : ٤٧١/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٧/٥- – تبيين الحقائق الزيلعي- المطبعة الأميرية- ط (١٣١٣): ٤٨/٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٨/٥- دار السعادة- القاهرة ط(١٣٢٣) ، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٨٦/٢- الأم للشافعي المطبعة الاميرية- القاهرة : ٢٧٤/١٠- زاد المعاد : ١٣٥/٤.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٤.

٣- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٧/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٨/٢- البجيرمي على الشربيني: ٤٧٥/٤، الروض المربع للبهوتي/٦٢٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٥٥/٢٤.

٤- أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب : من أحق بالولد: ر٢٢٧٦/١/٥٢٩- سنن البيهقي ، أبواب النفقة على الأقارب، باب : الأبوين إذا افترقا : ٤/٨ ، وقال عنه الذهبي صحيح ، وقال الهيثمي : رجاله ثقات ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، علي الهيثمي ، تحقيق: حسام الدين القدسي ، دار الكتاب العربي- بيروت : ٢٣٢/٤، وقال الحاكم في المستدرك صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، كتاب الطلاق : ٢٢٥/٢.

٥- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٧/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٨٦/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك:٢٥٨/٢- التلقين للبغدادي/١٣٨- مغني المحتاج للشربيني: ١٩٢/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٥٥/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٢٨-.

وأساس ترتيب مستحقي الحضانة هو الميراث وولاية النكاح ، وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء[١] ، ووافقهم قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٣٩ الفقرة الأولى منها " حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت، 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 " [٢].

واختلف الفقهاء في صاحب الحق في الحضانة على قولين :

القول الأول : الحضانة حق الأم ، وإليه ذهب الحنفية في الراجح عندهم ، وهو ما عليه الفتوى والمشهور عند المالكية [٣].

القول الثاني : الحضانة حق الولد ، وبه قال محمد من الحنفية ورواية عن مالك ، وهو قول الشافعية والحنابلة [٤].

القول الثالث : يرى بأن الحضانة حق مشترك بين الأم والمحضون ، فهي حق الأم ، لأنه ليس للأب أن يأخذ الولد منها ولا من كان أبعد منها من الحواضن ، وهي للمحضون ، لأنها إذا تعينت عليها لم يكن لها الامتناع ، وهو قول للحنفية [٥].

عرض الأدلة : استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

١- حديث المرأة التي جاءت إلى النبي ﷺ ، وقالت : يا رسول الله : إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي "[٦].

١- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٨٦/٢- البجيرمي على الشربيني: ٤٧٥/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٥٥/٢٤.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، عبد الرحمن الصابوني ، ط ٨ (٢٠٠١) - منشورات جامعة دمشق: ٢٢٢/٢.

٣- مجموعة رسائل ابن عابدين:٢٦٤/١- المبسوط للسرخسي:٢٠٧/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك:٢٦٢/٢.

٤- مجموعة رسائل ابن عابدين:٢٦٤/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢- مغني المحتاج للشربيني: ١٩٣/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٥٥/٢٤.

٥- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٥/١

٦- سبق تخريجه ٤٥.

وجه الاستدلال : يدل الحديث بظاهره على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة [١].

٢- قضاء أبي بكر رضي الله عنه بعاصم[٢] بن عمر لأمه ، حيث قال لعمر رضي الله عنه : " خَلِّ بينَها وبينَهُ ، فإنَّ مَسحَهَا وحِجْرَهَا وريحَهَا خَيرٌ لَهُ مِنكَ ، حَتَّى يَشِبَّ الصَّبِيُّ " [٣].

وجه الاستدلال : حكم أبو بكر بالصبي لأمه فدلّ على أنها صاحبة الحق ، والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون من غير منكر ، فكان إجماعاً سكوتياً على ذلك [٤].

٣- إن النساء أقدر على الحضانة من الرجال لوفور شفقتهن ، وهذا يقتضي أن يكنَّ أولى الناس بالحق عند الاختلاف [٥].

استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

١- قال تعالى : ﴿والوالداتُ يُرضِعنَ أولادَهُنَّ حَولَينِ كَامِلَينِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

وجه الاستدلال : في الآية توجيه الأمهات نحو إرضاع أولادهن ، فيقاس عليها الحضانة ، وتجبر الأم عليها لمصلحة الصغير ، ولولا أن الحضانة حق الصغير ما أجبرت عليها [٦].

٢- إن الحضانة جعلت للنساء بالنظر إلى أنهن الأقدر على تحقيق منافع الصغير ، كما أوسدت شؤونه المالية إلى الأب باعتبار الأصلح ، فدل على أن الحضانة حقه[٧].

١- المبسوط للسرخسي: ٢٠٧/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٥٧/٢٤.

٢- عاصم بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، أمه جميلة بنت ثابت، ولد في عهد الرسول ﷺ ، ويعد من كبار التابعين، بنته ليلى تزوجها عبد العزيز بن مروان ، كان من عقلاء قريش وعباد التابعين، ومن أحسن الناس خُلقاً ، وكان شاعراً بليغاً ، وعابداً فقيهاً ، مات في الربذة سنة ٧٠هـ. الإصابة للعسقلاني: ٣/٥.

٣- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ط١(١٣٨٤هـ- ١٩٦٤م): ١١/٤.

٤- المبسوط للسرخسي: ٢٠٧/٥- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٥٧/٢٤.

٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٥٧/٢٤

٦- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٥٧/٢٤

٧- البناية للعيني: ٣٢٢/٥ - حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٨٦/٢- مغني المحتاج للشربيني: ١٩٢/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٥٧/٢٤.

٣- إن المرأة إن اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج صحّ الخلع وبطل الشرط ، فذلك يدل على أن الحضانة حق الولد [١].

وبالنظر إلى أدلة الفريقين نجد أنها لا تدل دلالة قطعية على نفي حق أحدهما وإثباته للآخر، وهذا يرجح كون الحضانة حقاً مشتركاً بين المحضون وحاضنه (أماً كان أو أباً) ، فالطفل صاحب حق لضعفه وحاجته ، والأم صاحبة حق لوفور شفقتها ، والأب صاحب حق لنسبة الولد إليه وإنفاقه عليه ، أما عند التعارض فيقدم حقُّ الأم على حقِّ الأب ، ويقدم حق الصغير عليهما مراعاة للأصلح له وفق ما ذهب إليه الفريق الثاني ، نظراً لضعفه وحاجته ولعظم الأثر النَّفسي الذي يخلِّفه الإخلال بهذا الواجب تجاهه ، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في ١٩٦٣/٩/٥ والذي جاء فيه : (الحضانة حقٌّ للصغير من وجه وللحاضنة من وجه، وإن حقَّ الصغير فيها أظهر) [٢].

هذا ويتحمل الأب مسؤولية الضرر الذي يتسبب به الصغير حتى لو كانت الحضانة لأمه ، ويلزم بالتعويض الناشيء عن الضرر الواقع منه على الغير، وفقا للمادة ١٧٤ من القانون المدني السوري : (كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص بحاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز) [٣].

١- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٤/١

٢- الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية في القضية رقم (١٠٩) ، مجلة المحامين عدد٨/٥٤

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري/٣٥.

الفرع الرابع : الحقوق الأسرية المطلقة :

تنشأ عن الأسرة علاقات اجتماعية تربط الأفراد ببعضهم على أساس التبادل بين الحقوق والواجبات ، فكل حق في الغالب يقابله واجب تجاه الآخر ، وهذه السمة هي الغالبة على الحقوق الأسرية ، لكن هذا لا يمنع أن الشارع أعطى بعض الأفراد حقوقاً مطلقة لأحدهما على الآخر، بحيث لا يكرس هيمنة أحدهما على الآخر ، وإنما يحقق المصلحة العامة للأسرة باعتبارها أساس المجتمع وبصلاحها وتماسكها صلاحه وتماسكه ككل .

ومن هنا نجد أن الشارع الحكيم أعطى للرجل حقوقاً مطلقة بالنظر إلى مصلحة الأسرة، كما أعطى الزوجة حقوقاً مطلقة بما يحقق مصلحتها الشخصية، ويضمن حقوقها التي قد تهدر لأتفه الأسباب باعتبارها الطرف الأضعف في الأسرة.

وبالجملة فإن الإطلاق والتقييد يهدف إلى تحقيق العدل بين الأشخاص ، بما يضمن عدم طغيان أحدهما على الآخر ، وتحقيق مصلحة جميع الأطراف ، بعيداً عن الأنانية التي إذا استحكمت الأفراد أدت إلى تفكيك الأسرة والفتك بروابطها دون مراعاة لمصلحة الغير ، ومن الحقوق المطلقة للرجل : القوامة ، ومن حقوق المرأة المطلَقة : المهر.

أولاً : القوامة :

القِوَامَةُ لغة هي القِيَامُ على الأمرِ، والقوّامُ على وزن فَعّال، وهي مبالغةٌ من القيامِ بالشيءِ، والنَّظَرِ فيه والاجتهادِ في حفظِهِ، وقيامُ الرجالِ على النساءِ من هذا القبيل [1]. والقوامة في حقيقتها الشرعية : تعبيرٌ عن جملة المهام الملقاة على عاتق الرجل تجاه بيته وزوجته وأولاده في التدبير، والتأديب، والحفظ والحماية [2].

والقوامة ولاية تنطوي على إشراف ورعاية ، وسلطان فيه معنى الكفالة ، والكفيل أمين وغارم وتعود القوامة في أصلها إلى اختصاص الرجل بعدد من الفضائل لا إلى انتقاص في حق المرأة ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعضَهُم عَلَى بَعض﴾

١- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس: ٧٦٧/٢- تفسير القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري: ٣٢١/٥.

٢- نظام الحياة في الإسلام ، أبو الأعلى المودودي ، نقله إلى العربية : محمد عاصم حداد ، دار الفكر- دمشق ، ط٤(١٤٨٥هـ-١٩٦٥م)/٣٩ -إعلام الموقعين عن رب العالمين ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية ، دار ابن الجوزي – الدمام ، ط(١٩٧٣م):١٠٦/٢، إحياء علوم الدين للغزالي: ٧٦/٣.

[النساء : ٣٤] ، والضمير في بعضهم تغليب للذكر على الأنثى[١]، وكونها للرجل دون المرأة مردّه إلى عدة أمور فطرية تتمثل في الجوانب التالية:

١- إن الشخصية الإدارية لابد أن تتصف بمقومات شخصية وقدرات قيادية ، حتى تتمكن من تحقيق الانضباط وفرض النظام ، والأسرة مؤسسة تربوية لها نظامها وضوابطها ، ولابد لها من قيّم واحد يدير شؤونها ، لأنّ التنازع على السلطة أمر لا تحمد عواقبه ، وما من شكّ في أنّ الرّجل أقدر من المرأة على ذلك ، وهي شرع الله تعالى ، وهو أعلم بمن خلق وما يصلح لهم وما لا يصلح.

٢- إنَّ الله تعالى قد خصّ الرجال بأمور خلقية ليست من شأن المرأة ، ولا تمتلك القدرة على القيام بها ، فالرّجل يمتاز بقوة في النّفس والطبع ، وتغلب عليه الحرارة واليبوسة ، وهذا بدوره يؤهله للقيام بأمور لا تطيقها المرأة في الغالب ، لما يغلب عليها من الرّطوبة والبرودة ، والميل إلى اللين والضعف وغلبة العاطفة وسرعة الانفعال ، ثم إنّها حتى لو تطلّعت إلى السّيادة بادئ الأمر فلا تلبث أن تنشغل عنها في إدارة شؤون بيتها وأولادها [٢] ، كما أن السلطة القوية والحازمة للأب تصب في مصلحة الأبناء ، وهو ما تفتقده النساء عموماً ، لأنهن بطبيعتهن أقرب إلى اللين والعطف والحنان منهن إلى القوة والحزم .

٤- اختصاص الرّجل بالنّبوة والإمامة والولاية العامة والخطابة وإقامة الشعائر الدينية والجهاد وغيره ، وما يلزمه في العُقل والدية دون المرأة، ومقابل التكليف لابد من امتياز[٣].

وفي الجانب الآخر هيَّأ الله تعالى الإناث فطرياً للقبول بهذه القوامة ، والاستمتاع بالحماية الاجتماعية والاقتصادية التي تؤمنها لها .

فالقوامة ليست سيفاً مسلطاً على المرأة ولا امتهاناً لكرامتها ، لكنها إشارة إلى واجب يقع على عاتق الرجل تجاه المرأة عموماً ، يتمثل بوظيفة القيام بكل شؤونهن وتحرّي الأصلح لهن ، وامتياز الرجل بها لا ينبغي أن يكون دافعاً له إلى الظلم والتعالي ، فسيد القوم خادمهم ، ومن يفهم أن القوامة سلطان فقط يسهم في إنشاء جيل أَلِفَ العبودية والاستكانة اجتماعياً.

١- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، محمود الألوسي أبو الفضل ، دار إحياء التراث العربي- بيروت ، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م):٢٣/٥- تفسير البحر المحيط ، أبو حيان الأندلسي، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١(١٤١٣هـ-١٩٩٣م): ٢٤٩/٣.

٢- شبهات حول الإسلام ، محمد قطب /١٠٢

٣- الكشاف للزمخشري ، تحقيق : عادل عبد الموجود وعلي معوض ، ط١(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) ، مكتبة العبيكان – الرياض: ٦٧/٢- تفسير القرطبي: ٣٢/٥.

ثانياً : المهر:

يُقالُ مَهَرَ المرأة مَهْراً ، وَأَمْهَرَهَا : أي جَعَلَ لهَا مَهراً وأعطَاهَا وسَمَّي لَهَا ، والجمعُ مُهُورٌ وَمُهُورَةٌ والمَهرُ صَداقُ المرأة ، وهو مشتقٌ من الصِّدقِ ، لبيَان صِدقِ الرّغبةِ لدى الرجل في النِّكاح ، ولكونه من أشد الأعراض ثبوتاً[١] ، أما شرعاً فهو المال الواجب للمرأة على الرَّجُل بالنِّكاح أو الوطء [٢] ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] ، وللمهر سبعة أسماء : الصداق والصدقة والنحلة والفريضة والأجر والعلائق والحباء[٣]

وأسباب وجوبه أمران : العقد الصحيح والدخول [٤] .

وقد شرّع لإبانة شرف العقد وإظهار خطره ، فهو نحلة أوجبها الله تعالى للمرأة ، وعطية بغير مثامنة ، وليس عوضاً عن ملك البضع وإلى ذلك ذهب الحنفية ومالك في أصح الأقوال وأحمد في رواية [٥] ، لقوله تعالى : ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء : ٤] ، وذهب مالك في قول والشافعي وأحمد في رواية إلى أن المهر عوض عن الاستمتاع بين الزوجين[٦] ، لكونه ورد في القرآن الكريم بمسمى الأجر ، قال تعالى : ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[النساء : ٢٤] ، والأجر يفيد المعاوضة ، والمراد بالنِّحْلة في الآية الإنحال أي التدين ، ونِحْلَةً تديناً[٧].

والمهر ليس عطية محضة ، ولكنه شبه عطية ، لما أنه يحصل للمرأة من اللذة في النكاح ما يحصل للرجل ، كما أنه أصبح عطية للنساء بعد أن كان في شرع من قبلنا للأولياء[٨]، وهو

١- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس: ٨٨٩/٢

٢- الذخيرة للقرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق: .محمد حجي ، دار الغرب الاسلامي- بيروت ، ط١(١٩٩٤):٣٤٩/٤ – المجموع للنووي:٢٠/١٨– الإنصاف للمرداوي:٨٣/٢١.

٣- البناية للعيني:٦٤٦/٤– المجموع للنووي: ٥/١٨ – الإنصاف للمرداوي: ٧٩/٢١ – كشاف القناع للبهوتي: ١١٥/٤.

٤- المجموع للنووي: ٦/١٨ – عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، عبد الله بن نجم بن شاس ، تحقيق عبد الحفيظ منصور ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ط١(١٤١٥) : ٤٧١/٢.

٥- البناية للعيني: ٦٤٧/٤ – الذخيرة للقرافي: ١٩٩/٨– البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لابن رشد القرطبي ومعه المستخرجة من السمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبى القرطبي ، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي- بيروت ، ط١(١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م): ٢٦٣/٤ – الإنصاف للمرداوي: ٨٣/٢١.

٦- – الذخيرة للقرافي: ٣٥٦/٤– المجموع للنووي : ٥/١٨ – الإنصاف للمرداوي :٨٣/٢١.

٧- المجموع للنووي : ٥/١٨–٦ ، الشرح الكبير /ابن قدامة ٨٠/٢١ .

٨- مغني المحتاج للشربيني: ٣٦٧/٤– المجموع للنووي : ٥/١٨–٦.

أيضاً شبه معاوضة وليس معاوضة محضة ، لما أن محلها الإنسان ، ولا مجال للحديث عن العوضية في عقود محلها الإنسان بنفسه، ولكونها تفارق عقود بالمعاوضات بأن مقصود عقد النكاح أعيان الزوجين ، ويأت المهر تبعاً فيه ، بينما مقصود البيع العوض ، وليس العاقدين[١]، وعندئذ يكون المهر عوضاً زائداً وجب لها مقابل احتباسها ، وليس عوضاً أصلياً[٢].

وبناءً عليه فلا يقال إن في بذل المهر للمرأة امتهاناً لكرامتها لما فيه من معنى الثمنية ، إذ المال في هذا المورد من شأنه أن ينظم العلاقات الأسرية ، لاسيما في حال الانفصال ، وما قد يرافق ذلك من فوضى وضياع للحقوق ، وكذلك فيه معنى التعويض للضرر الاجتماعي اللاحق بالمرأة نتيجة الزواج أو فرقه ، وربما جَمَالاً لها بالمال وجبراً للنقص اللاحق بها .

١- المجموع للنووي: ١٨/٥-٦ .

٢- المبسوط للسرخسي : ٦٣/٥.

الفرع الرابع : الحقوق الأسرية المقيدة :

التقييدُ لغة المنعُ وهو مصدر من قَيَدَ ، وفعلُ المطاوعةِ منهُ تَقَيَّدَ ، يقالُ قَيَّدَ الشَّيءَ أي منعه من التصرف، والقَيدُ حبلٌ يُجعلُ في رِجلِ الدَّابَّةِ فَيُمسِكُهَا ، وقَيَّدَ دابَّتَهُ أيْ عَقَلَهَا، والجمعُ قُيُودٌ[1]، ومنه يكون التقيدُ للحقِّ بوضع قيود على أخذه واستعماله ، أو بربطه بواجب يلازمه ، وسلطان الإرادة المنفردة في الحقوق الأسرية محدود جداً، وهي تخضع في تنظيم آثارها إلى القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع[2]، وتختلف القيود التي تلازم الحقوق أو تقترن بها وفقاً لاعتبارات عدة ويمكن إجمالها في الأنواع الآتية : القيود الشرعية ، والقيود العقدية ، والقيود العرفية والقيود القانونية .

أولاً : القيود الشرعية :

وهي قيود ورد النص عليها في كتاب الله أو في سنّة رسول الله ﷺ أو جرى الإجماع عليها، ومن المعلوم أن ما كان هذا شأنه يكسب العقد والحق صفة الإلزام.

والقيود الشرعية الملازمة للحقوق الأسرية تأخذ صوراً عدة تختلف باختلاف سبب القيد ومبرره : إما بوضع شروط معينة أو بتعليق القيام أو الإخلال به على واجب يترتب على الطرف الآخر ، ومن أمثلتها تقييد حق التعدد بالعدل ، وحق طاعة الزوج بالنفس على تعجيل المهر، وتعليق التأديب على النشوز.

١- تقييد الطاعة بتعجيل المهر: اتفق الفقهاء على أن للمرأة الامتناع عن تسليم نفسها للزوج بعد العقد ما لم يسلمها معجل مهرها ، واختلفوا فيما لو أرادت منع نفسها عن زوجها بعدما سلمتها حتى تستوفي معجل مهرها أيكون لها الحق في ذلك أم تكون ناشزة ؟ فذهب المالكية والشافعية والصاحبان من الحنفية والمذهب عند الحنابلة إلى القول بنشوزها ، ويكون لها المطالبة بمعجل مهرها دون منع نفسها ، وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية إلى القول بعدم نشوزها ولها الامتناع ولو بعدما سلمت نفسها حتى تستوفي مهرها[3]، وبقوله أخذ قانون

١- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس : ٢/ ٧٦٥.

٢- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١٦٠/١.

٣- الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي محمد بن علي ، دار الكتب العربية – بيروت ، ط١(١٤١٩هـ-١٩٩٨م):٤٨٩/١- البناية للعيني:٤٩٧/٥- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ، أحمد الصاوي ، ط١(١٤١٥هـ-١٩٩٢م) ، دار الكتب العلمية – بيروت:٣٨٢/١- المجموع للنووي: ٢٣/١٨ مختصر المزني/٣٠٧- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢٨٣/٥.

الأحوال الشخصية السوري حيث ورد في المادة (٧٢) منه ما نصّه : (يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجّل المهر أو لم يهيئ المسكن الشرعي) [١] ، وجاء في قرار محكمة النقض السورية رقم (١٣٣٦) : (طلب المتابعة الزوجية غير مسموع مادامت ذمة الزوج مشغولة بكامل المهر المعجل أو بجزء منه) [٢].

وبالتالي فليس للرجل على زوجته حق الطاعة بالنفس إلا إذا أداها حقوقها المالية المترتبة لها في ذمته ، ولا يتوجب عليها أن تسلم نفسها إلا أن تستلم مهرها ، فإن سلمها معجل مهرها سقط حقها في الامتناع عنه ، ويجب على المرأة تسليم نفسها في بلد العقد ، فإن انتقل الزوج إلى بلد آخر فالواجب هو التمكين فقط [٣].

٢- تقييد ولاية التأديب بنشوز الزوجة :

التأديب حق يتوقف على الإخلال بواجب الطاعة في النفس ، أرشد الشارع الرجال إليه لتقويم الزوجة عند نشوزها :

والنشوز لغة : من نَشَزَ الشيء يَنشِزُ نُشُوزاً إذا ارتفع ، وتلٌّ ناشِزٌ أي مرتفع ، والنَّشْزُ هو المتن المرتفع من الأرض ، أو هو ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض ، والجمع أنشازٌ ونُشُوز ، ونَشَزَ الرجلُ يَنْشِزُ إذا كان قاعداً فقام ، ومنه قوله تعالى : ﴿وإذا قِيلَ انْشُزُوا فانشُزُوا﴾[المجادلة :١١] : بمعنى إذا قيل انهضوا فانهضوا وقوموا ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَانظُر إلى العِظَامِ كَيفَ نُنْشِزُهَا﴾ [البقرة : ٢٥٩] : بمعنى نرفعها إلى موضعها ، ونركّب بعضها على بعض ، ونَشَزَتِ المرأة على زوجها تنشُزُ وتنشِزُ نُشُوزاً فهي نَاشِز أي ارتفعت عليه ، واستعصت ، وأبغضته ، وخرجت عن طاعته ، وفركته [٤].

ولا يخرج النشوز في معناه الشرعي عن المعنى اللغوي لكونه يعبر عن التعالي والإعراض الذي قد يكون من أحد الزوجين تجاه الآخر، فنشوز المرأة يكون بتعاليها على زوجها وإساءة معاملته

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٠.

٢- الغرفة الشرعية قرار ١٣٣٦ لعام٢٠٠٠ أساس ٩٨٦ ، مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٢٧٩/٢٠٠٢.

٣- خبايا الزوايا للزركشي/٣٩٦.

٤- الصحاح للجوهري : ٨٩٩/٣ - مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي ، دار الفيحاء - بيروت /٦٦٠- تاج العروس للزبيدي: ٣٥٤/١٥.

وتركها لبيت الزوجية من غير مبرر شرعي[١]، ويكون نشوز الزوج بظهور علامات الإعراض عن زوجته، والتبرم عليها، وسوء عشرتها ببغض وخشونة بعد لين[٢].

ومن هنا عرفه الفقهاء بأنه : كراهية كل من الزوجين صاحبه وسوء عشرته[٣] ، وهو تعريف يعمّ بشموله كلا الزوجين ، وهو أقرب ما يكون إلى المعنى اللغوي ، غير أنه يعبر عن أحد الدوافع النفسية للنشوز ، وهو كراهية أحدهما للآخر ، لكن بالتأكيد ليس هو الدافع الوحيد .

وقد تمحور مفهوم النشوز عند جمهور الفقهاء حول ما يختص منه بشؤون النساء ، فعرفوه بأنه : الخروج عن الطاعة الواجبة[٤]، وهذا التعريف يعكس كل أشكال التعالي من الزوجة على زوجها ، وما يترتب على ذلك من أحكام ، أما الناشزة عند الحنفية : فهي من تتغيب عن زوجها أو تأبى أن تتحول معه إلى منزله بعد استيفائها مهرها[٥].

وقد تابعهم قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٧٥ حيث اعتبر الناشزة : (هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي ، أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر)[٦].

والنشوز كما أسلفت لا يقتصر على جانب الزوجة ، بل يكون من الزوج أيضاً ، إذا امتنع عن أداء ما يترتب عليه من واجبات تجاه زوجته ، ومنه كان طلب الخلع نشوزاً من قبل المرأة ، والإيلاء نشوزاً من قبل الرجل[٧] ، فالنشوز يشمل كل أشكال الخروج عن الواجبات المنوطة بكلٍ من الزوجين ضمن إطار الأسرة .

١- معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعه جي ، دار النفائس – الأردن ، ط١(١٩٨٥) /٤٨٠.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة :٣٤٣/٢ – المجموع للنووي : ١٤١/١٨- المغني لابن قدامة : ٧٤٢/٩

٣- كشاف القناع للبهوتي : ١٨٣/٤

٤- بدائع الصنائع للكاساني : ٣٣٤/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة :٣٤٣/٢- بلغة السالك للصاوي : ٤٧/١، حاشية إعانة الطالبين للسيد البكري ، دار الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه : ٤٢٧/٣ ، حاشيتا قليوبي وعميرة : ٢٩٩/٣- المغني لابن قدامة : ٧٤٢/٩.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٨٦/٥

٦- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي:٢٠٤/١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد شقفه /٣٠.

٧- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٧٥٩/١.

ومن أمارات النشوز ترك بيت الزوجية والخروج عن الطاعة والامتناع من الانتقال إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعي ، والامتناع عن تمكينه من نفسها ولو لغير جماع ، وترك الزينة الشرعية [١].

وقد اتفق الفقهاء على جواز تأديب الزوج لزوجته إذا نشزت عليه وخرجت عن طاعته فيما يجب له عليها من حقوق ، وفي ذلك ضمان لاستقرار الأسرة وحفظ لتماسكها ، لاسيما إذا تمّ علاج المشكلة في بوادرها الأولى ، وقبل أن تستفحل فيعم البلاء وتتضعضع أركان الأسرة وتختلّ العلاقات بين أفرادها [٢].

ووسائل التأديب المباحة هي : الوعظ والهجر في المضاجع والضرب ، ولكل وسيلة ضوابطها والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿واللاتِي تَخَافونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ وَاضرِبُوهُنَّ فَإِن أَطَعنَكُم فَلا تَبغُوا عَلَيهِنَّ سَبِيلا﴾. [النساء : ٣٤]

ثانياً : القيود العقدية : وهي قيود ينص عليها أحد العاقدين أو كلاهما ، باعتبار عقد الزواج كغيره من العقود ، ويجري عليه ما يجري على سائر العقود ، والقاعدة في ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلكل طرف الاشتراط في هذا العقد بما يضمن حقه أو يحقق له مصلحة مقصودة شرط ألا ينافي مقتضى العقد أو تدخل الطرف الآخر في حرج ومشقة ظاهرة [٣].

وقد تماشى قانون الأحوال الشخصية السوري في ذلك مع مذهب الحنابلة الذي توسع في إقرار هذه الشروط والقيود حسب ما يأتي في مواضعه إن شاء الله [٤].

١- الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي:٤٨٩/١- البناية للعيني: ٤٩٧/٥- بلغة السالك للصاوي: ٣٨٢/١ المجموع للنووي: ٢٣/١٨- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢٨٣/٥.

٢- حاشية الطحاوي على الدر المختار ، أحمد الطحاوي الحنفي، ط(١٣٩٥هـ- ١٩٧٥م) : ٢٧٥/٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٣/٢ - الأم للشافعي محمد بن إدرس ، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلب دار الوفاء ، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): ٢٠٠/٦ - منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، إبراهيم صفويان ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط(١٤١٨هـ- ١٩٩٧م): ١٤٨/٢.

٣- البحر الرائق لابن نجيم:١٦١/٣- بداية المجتهد لابن رشد:٤٨/٢- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد ، تحقيق عبد السلام الشريف ،دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٤هـ-١٩٨٤م)/ ٣٢٧- المجموع للنووي : ١٦٥/١٨-١٦٧- المغني لابن قدامة : ٤٨٦/٩.

٤- موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان ، نبيل الصائغ /٣٣ ، وينظر ص ١٨٥ من هذه الرسالة .

ثالثاً : القيود العرفية : وهي القيود التي أوجدها العرف في مكان وزمان محدد ، ويندرج تحتها كل ما تعارف عليه الناس فيما يخص الحقوق الأسرية وتقييدها بما لا يخالف الشرع ، كالأحكام التي قيدها العلماء بالعرف سداً لباب الاختلاف ، أو رفعاً للحرج والمشقة عنهم ، والضابط في ذلك هو العرف الصحيح ، ومن الحقوق الأسرية التي تتبع تغير الأعراف : خدمة المرأة لزوجها وأسرتها في بيته ، من خلال وضع حدودها وضوابطها ، كذلك تقسيم المهر إلى معجّل ومؤجّل .

١- خدمة المرأة لزوجها في بيته : ذهب الجمهور إلى عدم وجوب ذلك في حقها ، نحو الخَبز والطبخ والغسل وغيرها ، لأن المعقود عليه هو الاستمتاع ، وقيامها بذلك من قبيل ردّ الإحسان بمثله ، فالرجل مأمور بالإحسان إليها ، وهي مأمورة تجاهه بالطاعة ، وقد كانت الصحابيات بمن فيهن السيدة فاطمة رضي الله عنها يخدمن أزواجهن مع وجود التعب والعنت[١] .

وأوجب عليها المالكية خدمة المنزل ، وعليه بالمقابل أن يساعدها بنفسه في أوقات فراغه من عمله[٢] .

وقد أرجعه العلماء المعاصرون إلى العرف ، ومن المتعارف عليه وجوب خدمة الزوجة لزوجها وتأمين الراحة له في بيتها ، وتدبير شؤون منزلها وتربية أولادها ، وهي قاصرة على الزوج دون أهله ، إلا أن تتطوع تقرباً إلى زوجها[٣].

واختلف الجمهور بعد ذلك في وجوب نفقة الخادم عليه : فذهب الحنفية إلى عدم وجوب ذلك ، لأنه لا يكلّف إلا بما هو ضروري ، وألزمه الشافعية نفقة الخادم إن كان موسراً إلا أن تكون مريضة أو هرمة فتجب ولو كان معسراً ، وربط المالكية والحنابلة وجوب الأمر بحال الزوجة ، فإن كانت ممن تخدم نفسها فلا تجب عليه وإن تبرّع بها فَحَسَنٌ ، وإن كانت ممن لا تخدم وجب على الزوج نفقة الخادم كما يتبع حال الزوج عسراً أو يسراً أو قدراً بأن كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامرأته أن تخدم نفسها ، أما إذا كان الزوج موسراً والزوجة ممن لا يخدمن

١- بدائع الصنائع للكاساني : ٢٤/٤- أسهل المدارك للكشناوي : ١٢٣/٢- المهذب للشيرازي : ٦١١/٤- زاد المعاد : ٤٨/٤.

٢- الفواكه الدواني للنفراوي : ٤٨/٢.

٣- الفقه الإسلامي للزحيلي: ٣٣٤/٧- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /١٩١- الفقه المقارن لبدران أبي العينين/٢٨١.

أنفسهن فعليه إحضار خادم ويلزم بنفقته ، لأن نفقة الخادم حينئذ من مكملات نفقات الزوجية فإن امتنع عن ذلك فرض القاضي لها أجراً لخادمها [١].

والراجح فيما يبدو لي القول بوجوب نفقة الخادم ، ويغني عن ذلك قيام الزوج بتوفير وسائل الخدمة التي باتت من الضروريات في بيت الزوجية وهي من شأنها أن تخفف عن المرأة الكثير من أعباء الخدمة .

فإن أسقطت حقها على مال بأن قالت : أنا أخدم نفسي وآخذ ما يلزمك لخادمي ، لم يلزمه ولم يكن لها ذلك ، لأن الأجر إليه ، ولأن في خدمة غيرها إياه توفيرها على حقوقه وترفيها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها ، ولو قال لها الزوج أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها قبول ذلك ، لأنها تحتشمه ، وفي كونه خادماً لها غضاضة عليها ، ولأحمد رواية أخرى أنه يلزمها الرضا به ، لأن الكفاية تحصل به [٢].

٢- تقسيم المهر إلى معجّل ومؤجّل : اتفق الفقهاء على جواز جعل المهر معجلاً ومؤجلاً في كلّه أو بعضه ، لأن المهر عوض في عقد معاوضة ، فجاز تأجيله قياساً على الثمن في البيع ، بشرط أن يكون الأجل معلوماً حسب ما جرت عليه عادات الناس وأعرافهم ، فإن كان الأجل طويلاً أو مجهولاً صحّ كذلك عند الحنابلة وما عليه الفتوى عند الحنفية ، لأن الغاية معلومة في نفسها ، وهي الطلاق أو الموت[٣] ، ويصح النكاح ويثبت لها مهر المثل عند الشافعية [٤] ، ويفسخ قبل البناء عند المالكية ، ويثبت بعده بالأكثر من المهر المسمى ومهر المثل [٥] .

وقد وافق قانون الأحوال الشخصية السوري الرأي الأول في صحة التأجيل إلى الطلاق أو الموت فقط ، حيث جاء في المادة ٥٥ منه : (يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف) ، وفي المادة ٥٦ : (التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر) [٦].

١- بدائع الصنائع للكاساني : ٢٤/٤- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢١/٢- المجموع للنووي: ١١٠/١٨- ١١٢- مختصر المزني/٣٠٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٣٠٤/٢٤.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٠٧/٢٤.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٨٨/٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي:٣٥٩/١- كشاف القناع للبهوتي:١٧٨/٥.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٢٢/٣- المجموع للنووي: ٣٢٨/١٦.

٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة:٢٩٧/٢- الخرشي على مختصر خليل : ٢٦٣/٣.

٦- المرشد في قانون الاحوال الشخصية ، أديب استانبولي ، ط١(١٩٨٥)/٤٣.

رابعاً : القيود القانونية : تخضع القيود القانونية لسلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، وهو أمر مرتبط بتحقيق المصلحة الشرعية مآلاً ، فإن أدى إلى مفسدة وجب الكفّ عنه ، وهي سلطة مقصورة على أولي الأمر [١].

وولي الأمر من وَلِيَ الشيءَ وَوُلِّيَ عَلَيهِ ، والمصدر ولاية ، وهي الخطة والإمارة والسلطان ، أي اسم لما توليته وقمت به ، ويقال تولى الأمر أو العمل إذا تقلده ، والأمر يأتي بمعنى الشأن والحال ، وولي الأمر من يتولى أمر الأمة كافة ويقوم بتدبير شؤون المجتمع ، وولايته تكون ولاية عامة [٢].

وقد قرر الفقهاء حدود سلطة ولي الأمر ، فلا يجوز له الحكم بما يخالف الشرع ، وله التدخل في تقييد بعض المباح إذا وجدت المصلحة في ذلك على أن يكون بشكل مؤقت ، فاشتمال القوانين على هذا القيد بشكل دائم نوع عقوبة وزجر بتقييد حق مطلق وهو أمر مخالف للشريعة ، إذ لو كان التقييد يحقق مصلحة عامة لورد النص مع التقييد ابتداء ، والله تعالى أعلم .

وتقييد المباح كذلك إما أن يكون بالمنع أو بالإلزام ، ويكون ذلك رهيناً بالظرف ، وليس إنكاراً للحكم الذي يبقى على أصله [٣].

وقد تجلت هذه السلطة في مجال الحقوق الأسرية ببعض الصور التي سيأتي بيان ما كان متعلقاً منها بمجال الدراسة ، ومنها التعويض في الطلاق التعسفي ، والخلع الإلزامي بإسقاط الحقوق المالية وإمضاء الخلع دون موافقة الزوج ، ومنها تقييد حق التعدد وتقييد النكاح بجنسية معينة[٤] ، أو بسن معينة [٥] ، أو بإجراء فحص طبي قبل الزواج.

١- أصول الشرعية الإسلامية : علي جرشة /٢٧.

٢- تاج العروس للزبيدي ، مادة ولي : ١٣/١.

٣- الموافقات للشاطبي ابراهيم بن موسى اللخمي ، وزارة الشؤون الاسلامية ، السعودية: ٨١/١.

٤- جاء في اللائحة الصادرة عن وزارة العدل في السعودية : عدم السماح لتزويج السعودي من غير السعودية إذا كان من العاملين في بعض الجهات الرسمية ، وتقييد الزواج بغير السعوديين أو بغير السعوديات بموافقة وزير الداخلية . الأنظمة واللوائح ، وزارة العدل في السعودية ، ط٢(١٤٢٠هـ) /١٨٥.

٥- تم تحديد سن الزواج ببلوغ سن السابعة عشرة للزوجة، والثامنة عشرة للزوج ، وتعد دعوى النكاح وأهلية الطلاق قبلها لاغية ، وهذا في القانون السوري . مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، عبد الرحمن الصابوني ، دار الفكر:٣٥٠/١

ويستأنس لذلك باجتهاد أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في إمضاء الطلاق الثلاث في مجلس واحد [١].

أولاً : الفحص الطبي قبل الزواج : هو دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين ، والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك [٢].

ويقتصر الفحص قبل الزواج عادة على الكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثية المنتشرة والأمراض المانعة من الزواج ، ويمتنع تحرير عقد الزواج ما لم يتم تقديم الشهادة الطبية من أحدهما أو كليهما ، والتي تثبت فحصهما وخلوهما من أي مرض يشكل خطراً على الزواج ، وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٤٠ على طلب شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ، ومن الموانع الصحية للزواج ، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره [٣].

والفحص الطبي وسيلة وقائية فعالة للحدّ من الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة ، وإنجاب أطفال أصحاء عقلياً وجسدياً ، مما يحدّ من نسبة المعوقين في المجتمع ، ويحدد أيضاً قابلية الزوجين للإنجاب من عدمه ، ويكشف عن الأمراض الجنسية ، إلا أنه في الوقت نفسه قد يؤدي إلى الإحباط الاجتماعي بفوات فرصة الزواج أو الإساءة إلى الأشخاص بإفشاء معلومات الفحص واستخدامها بشكل ضار ، ولاسيما أن مصداقية الفحوصات تبقى تحت الاحتمال [٤]،

١- روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنه طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر رضي الله عنه : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم ، أخرجه الحاكم في المستدرك ، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه:٢/ر٢٧٩٣/٢١٤، ينظر: مجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، جمع عبد الرحمن النجدي ، مطابع الرياض ، ط١(١٤٠٥) : ١٦/٣٣.

٢- ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، تحرير فاروق بدران وآخرون، جمعية العفاف الأردنية، ط ٣(١٩٩٤) /٨٤.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية، محمد شقفه/٢٤- المرشد في قانون الأحوال الشخصية ، سعدي أبو جيب وأديب استانبولي ، المكتبة القانونية – دمشق ، ط٢(١٩٩٠)/٣٨- قانون الأحوال الشخصية السوري ، عبد الرحمن الصابوني ، ط(١٩٧٩)، مديرية الكتب الجامعية- دمشق/٢١٤.

٤- مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، أسامة عمر الأشقر –دار النفائس – الأردن – ط١(١٤٢٠-٢٠٠) /٨٧- ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، تحرير فاروق بدران وآخرون/٨٤.

ولا يحق للطبيب إبراز معايب وأسرار أحد الزوجين للآخر إلا بموافقته ، وبجب عليه بيان مدى إمكانية كل منهما للإقدام على الارتباط بالآخر[١].

وقد انقسم الفقهاء المعاصرون في حكم تقييد عقد الزواج بالفحص الطبي إلى رأيين : الرأي الأول : يرى جوازه ، لأنه يعطي صورة واضحة لكل من راغبي الزواج عن شريك حياته المقبل ، والشريعة الإسلامية تتقبل كل ما هو مفيد للفرد والأسرة فيما لا نص فيه ما دام لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج[٢].

الرأي الثاني : يرى عدم الحاجة للكشف الطبي، لأنه قد يعطي نتائج غير صحيحة ، كما أنه يفتح باب الزيادة على ما جاء في الشرع ، وهو أمر غير جائز[٣].

والراجح في هذه المسألة على ما يبدو هو القول بالجواز للاعتبارات التالية :

١- إن عقد النكاح يدخله خيار العيب كغيره من العقود المدنية، وهذا يعني أن من الواجب على الخاطبين معرفة عيوب الآخر الجسدية حتى لا يحدث الفسخ ، والفحص الطبي قبل الزواج يحقق ذلك .
٢- هناك من الأمراض ما يعد مخيفاً، ويخشى على الزوجين منه ، وفي الإقدام على الزواج دون معرفة من الآخر ضرر، والقاعدة الفقهية في ذلك " لا ضَرَرَ ولا ضِرَار"[٤].
٣- كما أن هناك نصوصاً في اجتناب المصابين بالأمراض المعدية أو الوراثية ، قال ﷺ :" لَا تُورِدُوا الْمُمْرِضَ عَلَى الْمُصِحِّ "[٥].

١- الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، عارف علي عارف ، مجلة التجديد، تصدر عن الجامعية الإسلامية العالمية بماليزيا، العدد الخامس، السنة الثالثة ، ١٣/١٩٩٩.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج) ، عبد الرحمن الصابوني/٢٣٧- موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ، محمد عثمان شبير، مجلة الحكمة- لندن ، العدد السادس، (١٤١٦- ١٩٩٥)/٢١٠- الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي ، عارف علي عارف/١٢٤.

٣- صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، أبو مالك كمال بن السيد سالم ، المكتبة التوفيقية- القاهرة: ١٣٠/٣، فقه النوازل ، محمد الجيزاني ، دار ابن الجوزي- السعودية/٣٤٦.

٤- الاستذكار لابن عبد البر، دار قتيبة – بيروت ، ط١(١٤١٤-١٩٩٤)/٩٣/١٦-١٠٠- روضة الطالبين للنووي أبو زكريا يحيى بن شرف الدين ، المكتب الإسلامي – بيروت ، ط(١٤٠٥هـ): ٥١٠/٥- الاختيار للموصلي: ١١٥/٣ ، هو حديث شريف ينظر تخريجه ص١٤٦.

٥- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطب ، باب لا عدوى : ر٢١٧٨/٥٤٣٩.

٤- إن الفحص الطبي نوع من التحري لصلاح النسل مستقبلاً ، وهو من تمام دعاء المؤمنين : " رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ " [الفرقان : ٧٤] [١].

ثانياً : التعويض في الطلاق التعسفي :

التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير ، ويكون في مجال الحقوق الأسرية باستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من تشريع الحق [٢].

أما التعسف في الطلاق فيكون بالخروج عن الحكمة التي اقتضت تشريعه ، ومناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص[٣] ، ويتمثل مبدأ التعسف في الطلاق شرعاً في الصور الآتية :

١- الطلاق البدعي : وهو ما كان مخالفاً لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ [٤] ، ويكون ذلك إذا طلّق الرجل امرأته في الحيض أو في طهر مسّها فيه ، وهو بذلك آثم ، وقد اختلف الفقهاء في وقوع هذا الطلاق على قولين : ا- اتفق أئمة المذاهب الأربعة على وقوع طلاق البدعة [٥] ، وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق لا يقع في الحيض ، لأن الأصل بقاء النكاح ، ولا يقوم دليل شرعي على زواله بالطلاق المحرم ، بل النصوص والأصول تقتضي خلاف ذلك [٦].

٢- الطلاق الثلاث بلفظ واحد : وذلك حين يصدر الرجل الطلاق مقترناً بلفظ الثلاث كقول الزوج لامرأته: أنت طالق ثلاثاً ، أو قوله في مجلس واحد : أنت طالق ، أنت طالق ،

١- مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، أسامة الأشقر/٩٥.

٢- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، محمد سراج ، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية/٢٧٤.

٣- التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، جميل فخري محمد ، دار الحامد – الأردن، ط(٢٠٠٩) /١٢٣.

٤- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مصطفى العدوي ، مكتبة ابن تيمية – القاهرة ، ط١(١٩٨٨)/١٣- محاضرات في الفقه المقارن ، محمد سعيد البوطي ، دار الفكر المعاصر- بيروت ط(١٩٨١)/١٠٠ .

٥- بدائع الصنائع للكاساني:٣/٩٣- – بداية المجتهد لابن رشد: ٢/٦٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٣- الأم للشافعي:٦/٤٦١- المجموع للنووي: ١٨/٢١٦- النجم الوهاج للدميري : ٧/٥٤٩- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٢/١٧٢.

٦- الإنصاف للمرداوي : ٢٢/١٧٢.

أنت طالق ، وقد اختلف الفقهاء في وقوعه ثلاثاً أم واحدة : فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً ، وتحرم عليه امرأته حتى تنكح زوجاً غيره ، سواء كان قبل الدخول أم بعده [١] ، وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية ، ولا عبرة للتكرار [٢].

٣- الطلاق في مرض الموت : إذا طلق الزوج زوجته في مرض موته بغير رضاها ، فيعامل بنقيض قصده إذا ثبت أنه إنما أراد إبطال حقها ، فترث منه إن مات وهي ماتزال معتدة ولو من طلاق بائن ، وبه قال الحنفية والشافعية في القديم [٣] ، وقول أحمد أنها ترث ما لم تتزوج [٤]، وذهب مالك إلى أنها ترث مطلقاً في العدة أو بعدها ، تزوجت أم لم تتزوج [٥] ، ولا ترث على قول الشافعي في الجديد [٦].

فإن كان الطلاق برضاها ترثه مادامت في عدّة الطلاق الرجعي فقط لبقاء آثار الزوجية ، إلا أن يمتنع الميراث لسبب آخر معتبر كاختلاف دين [٧] ، وقد جاء في المادة ١١٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والزوجة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت) [٨].

٤- الهزل في الطلاق : وهو التلفظ بالطلاق دون قصد إيقاعه ، ويستوي جِدّ الطلاق وهزله [٩] . لأن الهازل معتدٍ على أحكام الله مستهزئ بآياته ، فوجب أن يعاقب ، ويترتب

١- بدائع الصنائع للكاساني: ١٣٧/٣- مواهب الجليل للمغربي: ٣٩/٤- المجموع للنووي: ٢٢٩/١٨- نهاية المحتاج للرملي ، مطبعة بولاق – مصر ، ط(١٢٩٢هـ) : ٤٥٥/٦- النجم الوهاج للدميري: ٥٥٥/٧- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٨٧/٢٢.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٨٧/٢٢.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٩٣/٦- مختصر المزني/٢٩٧.

٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٠٢/٢٢

٥- بداية المجتهد لابن رشد : ٨٢/٢.

٦- المجموع للنووي: ١٧٩/١٨ .

٧- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي:٢٦٦/١- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، أحمد إبراهيم بك ، المكتبة الأزهرية – مصر ، ط٥(٢٠٠٣) : ٣٣٢.

٨- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد شقفة /٣٨- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٢٤٣/١.

٩- بدائع الصنائع للكاساني: ١٠٠/٣- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٨- مواهب الجليل للمغربي : ٤٤/٤.

أثر عبارته عليها ، إغلاقاً لباب العبث بأحكام الشرع [١].

أما الطلاق التعسفي فهو مصطلح حديث لم يأت الفقهاء القدامى على ذكره ، ويكون بإيقاع الرجل للطلاق من غير سبب معقول وبشكل تعسفي ، وإذا ثبت ذلك لدى القاضي حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وضابطا الطلاق التعسفي هما : ١- ثبوت تعسف الزوج في الطلاق ، وإصراره على الطلاق مقابل إصرارها على الاستمرار بالحياة الزوجية -٢- تحقق وقوع الضرر على المطلقة [٢] .

وقد انقسم الفقهاء في حكمه بناء على اختلافهم في أصل الطلاق أهو الإباحة أم الحظر على قولين :

القول الأول : الأصل في الطلاق الإباحة ، فلا تعسف في الطلاق ، فالله تعالى منح الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة ، فيكون حرّ التصرف فيه [٣].

القول الثاني : إن الزوج إذا طلق زوجته بغير مسوغ شرعي كان متعسفاً بذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الحظر ، يستوي أن يكون حظراً دينياً أو حظراً قضائياً [٤].

وقد جاء في المادة ١١٧من قانون الأحوال الشخصية السوري : (إذا طلّق الرجل زوجته وتبيّن للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال) [٥] ، وأوضحت محكمة النقض : (أن تقدير التعويض بالطلاق تستقل به محكمة الموضوع ، وأن أمر التثبت من الطلاق من النظام العام لتعلقه بحق الله تعالى ، والمحكمة ملزمة أن تبحث به إن طلبت الزوجة اعتبار الطلاق تعسفياً ، وبينة

١- المبسوط للسرخسي:١٧٨/٦- مدى حرية الزوجين في الطلاق، عبد الرحمن صابوني: ٣١٧/١-عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية محمد حسب الله ، مطبعة العلوم- القاهرة ، ط(١٩٤٨)/١٦٦.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٢٦٧/١.

٣- البناية للعيني:٤٩/٥ - فتاوى ابن تيمية : ٢١/٣٣، الموافقات للشاطبي :٩١/١، أبغض الحلال- دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القديم والحديث واصطلاحات الإسلام وحكمته في تشريعه ، د. نور الدين عتر، ط (١٩٨٣) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت / ١٥٦- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /٢٨٤.

٤- مدى حرية الزوجين في الطلاق، الصابوني/١٠١- الأحوال الشخصية، أبو زهرة/ ٢٨٤.

٥- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي : ٢٤٣/١.

إثبات إصابتها بالبؤس والفاقة يمكن اعتباره طلباً بالتعويض)[١]، و(لا يمكن اعتبار الطلاق تعسفياً قبل التثبت من إعسار الزوجة وأن الطلاق يسبب لها البؤس والفاقة) [٢] ، (ويعتبر وجود معيل للمطلقة قادر على الإنفاق عليها رضاء أو قضاء يمنع الحكم لها بالتعويض عن الطلاق التعسفي)[٣]، (ولا تطالب بالتعويض إلا بعد انقضاء العدة الشرعية) [٤].

ويأتي موقف القانون في فرض التعويض في حالة الطلاق التعسفي قياساً على حق المرأة في متعة الطلاق باعتبار أن كليهما يترتّبان على الطلاق البائن ، ويجبان جبراً للمرأة ومقدارهما اتفاقي[٥].

واختلفوا فيما إذا كانت المتعة تغني عن التعويض أم لا على قولين :

القول الأول : المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي بصورة أشد وأقوى[٦]، لأنها أحفظ لكرامة المرأة وأرفق بها ، حيث أوجبت لها التعويض تحت مسمى المتعة ، دون التقيد بحدوث الإساءة أو الضرر ، لما في الطلاق من إيحاش لها [٧].

القول الثاني : المتعة لا تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي ، لأن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول ، والتي لم يسمّ لها مهر، وهي لغيرها مستحبة ، بينما التعويض يكون لكل مطلقة لا يد لها في طلاقها ، فحالات التعويض مغايرة لحالات المتعة[٨].

والذي يبدو لي أن المتعة تشريع متكامل لا ترد مورد التعويض إلا بالنظر إلى مقصود الشارع وضمن حالتها الضيقة التي أجمع عليها الفقهاء ، وهي حالة الطلاق قبل الدخول إن لم يسمّ لها مهراً

١- محكمة النقض السورية ، الغرفة الشرعية ، أساس٦٨٥ قرار ٧٠٧ لعام١٩٨٤، قاعدة ٧١٦.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي:١/٦٥٧- محكمة النقض السورية ، الغرفة الشرعية ، أساس٤٦٥ ، قرار٤٤٧ لعام ١٩٥٤ ، قاعدة ٧٤٢.

٣- محكمة النقض السورية ، القضية ٥٤١ أساس لعام ١٩٩٤، قرار ١٤٠.

٤- محكمة النقض السورية ، القضية ٢٠١٠ أساس لعام ١٩٩٤- قرار ١٩٧٠ .

٥- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي:١/٢٥-مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني/١٠٩

٦- مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني/١١- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /٢٨٥.

٧- الفرقة بين الزوجين ، علي حسب الله ، دار الفكر- مصر، ط١(١٩٦٨)/٦١٣- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، محمد علي السرطاوي – منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط(١٩٩٥)/٤٥.

٨- التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبير القدومي ، الجامعة الأردنية ، ط(١٩٩٦)/١٧٢ – متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، توفيق أبو هاشم ، الجامعة الأردنية ، ط(١٩٩٠)/١٢٤- التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، جميل فخري /٣٦٠

وهي حقيقة أحفظ لأسرار البيوت ، وأنأى عن تراشق التهم والتشهير والتعريض ، لأنها تكون جبراً للضرر دون حاجة إلى إثباته ، أما التعسف في الطلاق فلا ينتفي إلا ببيان المطلّق سبباً مشروعاً للطلاق وإثباته [1].

ومن جهة أخرى فإن ضابط التعويض الذي نص عليه القانون هو الضرر الواقع على المرأة ، ولا ينبغي ربطه بممارسة حق الطلاق ، لأن فيه تقييداً لأمر مشروع على الدوام ، ولكن ينبغي النظر في الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر المترتب على الطلاق ، وهو أمر يخضع للقانون المدني ، وليس للأحوال الشخصية ، والتعويض ينبغي أن يتناسب مع الضرر لا أن يكون مقداراً ثابتاً ، لما في ذلك من ظلم ، والله تعالى أعلم .

١- الغرفة الشرعية قرار ١٦٩ لعام ٢٠٠٠ أساس ١٠٥ ، مجلة المحامون العددان ٧ – ٨ /٦٩٥.

المطلب الثاني : أنواع الحقوق تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأفراد :

تنقسم الحقوق الأسرية تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأفراد إلى الحقوق الزوجية والحقوق الوالدية:

الفرع الأول : الحقوق الزوجية :

إن رابطة الزواج من شأنها أن تنشئ حقوقاً وواجبات متبادلة بين كلا الزوجين ، فترتب حقوقاً مشتركة لكليهما ، أو حقوقاً يتفرد بها كل طرف على حدى ، فيكون للمرأة على زوجها حقوقاً خاصة بها ، ويختص الزوج بحقوق أخرى عنها ، وتأخذ هذه الحقوق في الغالب صورة الواجب بالنسبة للآخر ، أذكر من هذه الحقوق على سبيل التمثيل لا الحصر :

أولاً : حقوق الزوج على زوجته : يشترك الزوجان في عدد من الحقوق المتماثلة ، وبالمقابل يستقل كل واحد منهما بحقوق خاصة، ولا يصدق على هذه الحقوق صفة الإطلاق دائماً ، فبعضها مقيد بأداء واجب ، وبعضها مقيد بالإتيان بفعل مخلّ ، ونحو ذلك ، ومن حقوق الزوج على زوجته :

١- **طاعة الزوج في نفسها :** إن مقصود النكاح حلّ الاستمتاع ، فيجب على الزوجة إجابة زوجها إلى الفراش إذا دعاها ، ولا يحق لها الامتناع عن تمكينه من نفسها ولو لغير جماع [(١)]، إلا أن تكون صغيرة لا تحتمل الوطء ، أو مجنونة ، أو معتدة من شبهة ، أو متلبسة بحيض أو نفاس أو صوم فرض[(٢)] ، ولا تعذر بامتناعها لإزالة رائحة كريهة أو استحداد أو نحوه ، وله جبرها على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس ، ويلزمها التنظيف والاستحداد ، كما أن له الحق في منعها مما يتأذى برائحته [(٣)].

٢- قرار الزوجة في بيت زوجها وعدم الخروج منه بغير إذنه : وهو استقرار المرأة في بيتها فلا تخرج إلا بإذن زوجها حتى تتمكن من إدارة شؤون الأولاد وتدبير شؤون المنزل ، والأمر بهذا الحق جاء في منصوص القرآن الكريم في قوله تعالى : " وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ " [الأحزاب:٣٣] ،

١- رد المحتار لابن عابدين : ١٨٩/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٣/٢- حاشية إعانة الطالبين للسيد البكري:٤٢٧/٣- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في فقه أحمد بن حنبل ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق عبد الله الجبرين ، . مكتبة العبيكان . الرياض ، ط١(١٤١٣هـ-١٩٩٣م) : ٣٥٠/٥.

٢- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٣٧/٥- الفواكه الدواني للنفراوي: ٣٧٤/٢ - المجموع للنووي: ٩٣،٩٤/١٨- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣١٠/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٤٣/٢٤.

٣- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٣٧/٥- مغني المحتاج للشربيني: ٢٥٩/٣- حاشيتا قليوبي وعميرة :٣٠٠/٣ - شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣٠٣/٥ - الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٣٥٠/٢٤.

فلا يجوز للمرأة أن تخرج من منزل زوجها دون إذنه لغير عذر ودون وجه حق [1]، فإن كان خروجها لعذر كأن خرجت إلى القاضي لطلب حقها منه ، أو لأجل اكتساب نفقتها التي أعسر الزوج بها ، أو لأجل الاستفتاء عن حكم شرعي ، ولم يكن الزوج فقيهاً ، ولم يستفت لها من غيره ، ويحقّ لها الخروج من بيته بغير إذنه إن لم يكن قد أعطاها مهرها المعجل قبل الدخول ، كما يحق لها الخروج إن كان المسكن مغصوباً [2]، وله منعها من زيارة والديها ومن عيادتهما أو من شهود جنازتهما ، لكن لا يمنعها من كلام أبويها ، ولا يمنعهما من زيارتها ، وذلك عند الشافعية والحنابلة ، خلافاً للمالكية ، وما عليه الفتوى عند الحنفية أن لها الخروج لزيارة أبويها ، وليس له منعها من ذلك ، بل لها الخروج لزيارة أبويها مرة في الأسبوع وعيادتهما في مرضهما ، لأن برهما واجب ، وعقوقهما معصية ، ولا طاعة في معصية [3] ، ويجب عليه منعها من زيارة الأجانب وعيادتهم ، ومن حضور الولائم وإلا كانا عاصيين ، فله أيضاً منعها من الخروج إلى المساجد وإلى طلب العلم ، لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، وهذا على رأي الجمهور خلافاً للمالكية الذين نصّوا على أنه ليس له منعها من الخروج إلى المساجد ، ويباح لها الخروج حسب ما تعرف عدم غضبه له بحكم العادة ، كما يحق لها الخروج إلى عملها إن أذن الزوج به ، مادام لا يضر ذلك بمصلحة الأسرة ، ويحق له منعها إن شاء [4] .

ثانياً : حقوق الزوجة على زوجها : تختص المرأة عن الرجل في الأسرة بحقوق منها :

١- النفقة الزوجية : النَّفَقَةُ لغة اسمٌ لِمَا يصرِفُهُ الإنسَانُ علَى عِيَالِهِ ، وجَمعُهَا (نِفَاقٌ) وَ(نَفَقَاتٌ) ويقَالُ : نَفَقت الدَّرَاهمُ إذَا فَنِيت ، ونَفَقَت السِّلعَةُ نِفَاقاً ، وكذلِك المَرأَةُ : إذَا كَثُرَ طُلَّابُهَا وخُطَّابهَا [5].

١- روح المعاني للألوسي: ٢٣/٥- تفسير البحر المحيط ، أبي حيان الأندلسي: ٢٤٩/٣

٢- إحياء علوم الدين للغزالي : ٧٦/٣ ، إعلام الموقعين ، ابن القيم ، ط (١٩٧٣) ، بيروت : ١٠٦/٢ ، نظام الحياة في الإسلام ، أبي الأعلى المودودي/٣٩.

٣- البناية للعيني: ٥/- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٦١٢/١ ٤٨٩- بلغة السالك للصاوي: ٤٠٧/١ - مغني المحتاج للشربيني: ٢٦٠/٣ - شرح الزركشي: ٣٥٠/٥.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٨١/٥- الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي: ٤٨٨/١ - مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٩٣/١ - حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥١٣/٢ - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، ط١(١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م) ، دار الكتب العلمية- بيروت: ١٠٨/٢- المجموع للنووي : ٩٧/١٨- مختصر المزني /٣٠٦- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣١٦/٥.

٥- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس، مادة نفق : ٩٤٢/٢ - لسان العرب لابن منظور، مادة نفق : ٦٩٣/٣.

وتعني في الاصطلاح : إخراج الشخص مؤنة من تجب عليه نفقته من طعامٍ كالخبز والأدم والشرب ، وكسوةٍ نحو السترة والغطاء ، ومسكنٍ يشمل ثمن البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء ودهن المصباح وآلة التنظيف والخدمة ونحو ذلك[١] ، وتشتمل أيضاً على أجرة الحضانة ، ونفقة السكنى لقوله تعالى : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦][٢].

ونفقة الزوجة واجبة على زوجها ولو كانت غنية ، وتكون تبعاً لحاله يساراً أو إعساراً ، قال تعالى : ﴿لينفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلينفِق مِمَّا آتَاهُ اللهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفساً إِلّا مّا آتَاْهَا﴾ [الطلاق : ٧][٣] ، وقد جاء في المادة ١٥٤من قانون الأحوال الشخصية : (نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها)[٤]، أما تقدير النفقة بما يتجاوز حدَّ الكفاية فيحتاج إلى بينة على يسار الزوج[٥] ، وقد جاء في المادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم ٢- يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته ولو كانت موسرة الحال ، إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره)[٦].

وشروط وجوبها هي :١- أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعاً -٢- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية حتى تحقق المقصود من الزواج شرعاً ، ولا تسقط نفقة المتحيرة وإن حرم وطؤها ، ولا خيار للزوج في فسخ نكاحها ، لأن جماعها متوقع بخلاف الرتقاء[٧] ، ولا

١- حاشية ابن عابدين: ٥٧٢/٣- عمدة السالك لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب ، ط(١٣٧٤هـ-١٩٥٥م)، المكتبة التجارية الكبرى- مصر/٣٢٧- خبايا الزوايا للزركشي/٣٩٤- المغني لابن قدامة:٣٤٧/١١- الفقه الإسلامي للزحيلي: ٧٦٥/٧- ٧٨٦ ، الزواج والطلاق بدران أبو العينين: ٢٣٢/١.

٢- فتح القدير لابن همام : ٤٣٣/٣-٣٤٥، تحرير الكلام للحطاب/٧٦- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢٣/٢- خبايا الزوايا للزركشي- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٩٣/٢٤-٣٩٥/٣٠٢.

٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، عثمان بن علي ، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، دار الكتاب الاسلامي – بيروت ، ط ٢: ٥٠/٣- حاشية ابن عابدين : ٥٧٢/٣ – التلقين للبغدادي/١١٩- خبايا الزوايا للزركشي /٣٩٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٩١/٢٤- المغني لابن قدامة : ٣٤٧/١١.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٧.

٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي/٤٨٤-المبسوط للسرخسي: ١٨٢/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٩١/٢٤.

٦- شرح قانون الأحوال الشخصية ، مصطفى السباعي/٢٠٤- الغرفة الشرعية قرار ٢٦٠٤ لعام ٢٠٠٠ أساس ٢٦٥٦ ، مجلة المحامون العددان ٣ – ٤ / ٣١٢.

٧- رَتِقَت المَرْأَةُ رَتَقاً فهي امْرَأَةٌ رَتْقاءُ بَيِّنَةُ الرَّتَقِ الْتَصَق خِتانُها فلم تُثَلْ لارْتِتاقِ ذلك المَوْضِع مِنها فهي لا يُسْتَطاعُ جماعُها أَو هي الَّتِي لا خَرْقَ لَها إِلاّ المَبالُ خاصَّةً قالَهُ اللَّيْث وقالَ أَبو الهَيْثَم : الرَّتقاءُ : المَرأَةُ المُنْضَمَّةُ الفَرْج الَّتِي لا يَكادُ الذَّكَرُ يَجوزُ فَرْجَها لشِدَّةِ انْضِمامه ، لسان العرب لابن منظور: ٩٥/٦.

باحتباس الزوجة وتمنعها لعذر شرعي ، كما لو امتنعت عن تسليم نفسها لعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداده المسكن الشرعي لها ، أو بسبب ليس من جهتها ، كما لو كان الزوج صغيراً أو مريضاً أو معيباً [١] .

وينبغي عليه الاعتدال في النفقة ، فلا يسرف ولا يقتر ، ولا يستأثر عن أهله بمأكول طيب فذلك مما يوغر الصدر ويجافي القلوب ، وعليه تحرّي الحلال في المطعم والمشرب[٢].

٢- الإحسان إليها : حسن الخلق معها ، واحتمال الأذى منها ، والحلم عند طيشها وغضبها ، فقد قال تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعرُوفِ﴾ [النساء:١٩].

والمعاشرة تشمل طيب القول ، وحسن الفعل والهيئة حسب القدرة ، فيظهر المودة ، وينبسط في الخلوة ، ويتغافل عن الزلة ، ويقيل العثرة ، ولا يستغني عن المزاح والمداعبة ليطيّب قلبها وتقرّ عينها [٣].

٣- الاعتدال في الغيرة : فلا يتغافل عما تخشى غوائله ، ولا يبالغ في إساءة الظن والتعنت والمباغتة [٤].

٤- التعليم : ينبغي للزوج تعليم زوجته أحكام الحيض ، وما يتعلق به من عبادات ، وليس له منعها من الخروج للتعليم إن قصّر في ذلك[٥].

٥- العدل عند تعدد الزوجات : ويكون ذلك فيما هو ظاهر كالنفقة والسكنى والمبيت[٦].

١- المبسوط للسرخسي:١٨١/١- تبيين الحقائق للزيلعي: ٥٠/٣- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢١/٢- خبايا الزوايا للزركشي /٣٩٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٩١/٢٤.

٢- إحياء علوم الدين للغزالي:٦٤/٣ ، وينظر: بداية المجتهد لابن رشد: ٦٦/٢- الكشاف للزمخشري:٤٤٢/١.

٣- تفسير القرآن العظيم لابن كثير:٧٣٥/١- تفسير الطبري: ١٢١/٨- تفسير القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري:٢٦٦/٥- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٣٦/٥- إحياء علوم الدين للغزالي:٥٧/٣، ٥٨ - الأدب في الدين والرسالة الوعظية للغزالي/٣٠.

٤- إحياء علوم الدين للغزالي : ٦١/٣.

٥- الفتاوى الهندية ، الشيخ نظام، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م): ٣٧٥/١ - إحياء علوم الدين للغزالي: ٦٤/٣- بريقة محمودية للخادمي: ١٠٤/٦، حاشيتا قليوبي وعميرة: ١١٠/١.

٦- المبسوط للسرخسي: ٢١٧/٥- اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الغنيمي ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية – بيروت: ١٦٢/٢- بلغة السالك للصاوي : ٤٠٥/١- مغني المحتاج للشربيني: ٢٥١/٣-٢٥٢- المغني لابن قدامة:٢٣٥/١٠.

قال ﷺ : " مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وأَحَدُ شِقَّيْهِ سَاقِطٌ"[1].

٦- التطبيب : اختلف الفقهاء في إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته المريضة على قولين :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور الشافعية والحنابلة إلى أن تطبيب الزوجة ليس من النفقة الزوجية ، فلا يلزم الزوج أجرة الطبيب ، ولا قيمة الدواء ، ولا أجرة العمليات الجراحية ، لأن الواجب عليه هو النفقة العادية ، فإن كان لها مال وجب في مالها ، وفي مال من تلزمه نفقتها من أقاربها إن كانت فقيرة كابنها أو أبيها ، لأن إصلاح جسمها ليس واجباً على زوجها [2]، وذهب المالكية في قول إلى أن عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها وهي سليمة من المرض [3].

وقد نص الفقهاء على إلزام الزوج أجرة القابلة ونفقات الولادة ، لأنه نوع من العلاج المعتاد ، فيقاس عليه العلاج الذي يحتاجه الإنسان غالباً [4] ، ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الأولى من المادة /٧١/ منه على أن النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم [5].

والذي يبدو لي أن الزوج تلزمه نفقة العلاج بالقدر المتعارف عليه مادام قادراً على الإنفاق ، أما ما كانت نفقات علاجها باهظة فتجب في مالها إن كان لها مال ، فإن لم يكن لزمت زوجها إن كان مقتدراً ، والله تعالى أعلم .

١- أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر : ر(١١٤١) /٢٧٠، وقال في علل الترمذي الكبير : قال أبو عيسى : وحديث همام أشبه وهو ثقة حافظ /١٦٦، أخرجه ابن ماجة : كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء : ر١٩٦٩/٣٤١ ، وقال الحاكم في المستدرك : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه :ر٢٧٦٠/٢/٢٠٣.

٢- بدائع الصنائع للكاساني:٤/٤/٢٠- بلغة السالك للصاوي: ٢/٢/٧٣٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣/٤٣١- مختصر المزني /٣٠٥- المغني لابن قدامة: ٩/٢٣٥.

٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢/٢/٥١١.

٤- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:١/٥٤٩- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢/٥١٠- المغني لابن قدامة: ٩/٢٣٥.

٥- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٢٩.

الفرع الثاني : الحقوق الوالدية :

تنقسم الحقوق وفقاً لصفة الأبوة والبنوة إلى حقوق مشتركة وقد سبقت ، وأخرى يختص بها الآباء وثالثة يختص بها الأبناء أذكر هنا بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر :

أولاً : حقوق الآباء : أوصى الله تعالى الولد بطاعة والديه وتوقيرهما ومحبتهما والإعلاء من شأنهما وقد شغل هذا الجانب محور الاهتمام في تعاليم الشرع الحنيف ، وفي ما يلي عرض لبعض الحقوق الواجبة تجاه الوالدين :

١- البر والطاعة والتزام الأدب : يجب على الولد بر والديه وطاعتهما حتى لو كانا مشركين أو فاسقين ، إذ الحقوق لا تسقط بالفسق أو المخالفة في الدين ، فيبرهما بالقول والفعل ، في الظاهر والباطن ، ويطيعهما في غير معصية ، ويقدم أمرهما على فعل النوافل والسنن والمندوبات ، وإن أمراه بفعل مكروه فعليه الطاعة ، ويلتزم الأدب في حضرتهما ، ويقف لهما ، ويقبل عليهما ، ويصغي لقولهما ، ويخاطبهما بلباقة وأدب ، ولا يرفع صوته فوق صوتهما ، ولا يمدّ رجليه في حضرتهما ، ولا يتناول طعاماً قبلهما ، ولا يدخل عليهما إلا بإذن خصوصاً وقت النوم ، ولا ينصرف إلا بعد استئمارهما واستئذانهما [١] ، ويقدم المساعدة لهما ، ويعتني بهما عند الشدة والكبر والمرض ، دون ضجر ولا ملل ولا إيذاء ، ولا يستقبح منهما نحو البول وغير [٢] ، ويتجنب نسب الجهل لهما أو الاستهزاء بحديثهما مهما آنس في نفسه من علم أو معرفة ، بل عليه تعليمهما ما يحتاجان إليه ، وإن رآهما على خطأ ناقشهما بلطف دون تجريح ولا تكدير ، فإن كرها سكت عنهما ، واشتغل بالدعاء والاستغفار لهما [٣] ، ويحفظ وصاياهما في حضورهما وفي غيابهما ويعمل بها في كل ما ينفعه من التعليم والمدارسة والنظافة وآداب المعاملة [٤].

٢- الإنفاق عليهما : يجب على الولد إن كان له مال الإنفاق على والديه إن كانا معسرين ، وتلزم النفقة للوالدين على الولد ولو كانا كافرين [٥] ، وسواء كان صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ولو

١- آداب الفتى ، علي الفكري ، مطبعة أمين هندية – مصر ، ط٥ (١٣٣٨هـ-١٩٢٠م)/١٣ ، وينظر: الفوائد الفكرية ، عبد الله الفكري ، تحقيق : محمود نصار ، دار الجيل- بيروت ، ط١(١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م) /٤٢- الفواكه الدواني للنفراوي : ٣٨٣/٢.

٢- الفواكه الدواني للنفراوي :٣٨٣/٢- الفوائد الفكرية ، عبد الله الفكري/٣٦- رد المحتار لابن عابدين: ٩٦/٦.

٣- الفوائد الفكرية ، عبد الله الفكري/٣٦

٤- سياسة الصبيان وتدبيرهم لابن الجزار القيرواني ، تحقيق : محمد الهيلة ، الدار التونسية -تونس/١٣٤.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٤/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٨٨/٢٤.

متزوجة ، ولا يعتبر ما أنفق ديناً في ذمة الوالدين إذا أيسرا ، فإن كان معسراً لم يجبر على النفقة ، كما لا يجبر الوالدين على الإنفاق عليه إن كانا معسرين ، قال تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [الإسراء : ٢٣]، والإنفاق عليهما في حال فقرهما من أحسن الإحسان ، وقال تعالى : ﴿أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾ [لقمان :١٤] ، والشكر للوالدين هو مكافأتهما ومجازاتهما عن بعض ما كان منهما من التربية والعطف والوقاية ، والإنفاق عليهما عند عجزهما شكراً ، والا بأن لم تثبت له حقيقة الملك في مال ولده فلا أقلّ من أن يثبت له حق التملك عند الحاجة [١].

ثانياً : حقوق الأبناء : يمكن إجمال الحقوق المترتبة للأبناء تجاه والديهم بما يأتي :

١- الرعاية والتربية : إنَّ من حقِّ الولد على والده عند ولادته أن يؤذِّن في أذنه ، ويلقنه كلمة التوحيد لتكون أول حديثه ، ويختنه ، ويسميه اسماً حسناً ، ويعقَّ عنه ، ويحنِّكه بتمرة[٢]، ويميط عنه الأذى[٣]، ويراقبه ويتابعه ، ولا يستعمل في رضاعه وحضانته إلا امرأة صالحة متدينة[٤] ، ويأمره بالصلاة إذا بلغ السابعة ، ويأخذه بالفضائل وبسائر الآداب الجميلة ، متّبعاً في ذلك ضروب السياسات ، ويتفقد حاله في كلامه وقعوده بين الناس ، وحركاته ونومه وقيامه ومطعمه ومشربه ، ويقوِّم سلوكه في ذلك كله ، وعليه أن يعوّده الصمت وقلّة الكلام والإنصات في مجلس من هو أكبر منه ، كما عليه أن يمنعه ذكر الأشياء القبيحة والشتم واللعن ، ويحظر عليه سماعها ، ويعوّده طيب الكلام وحسن اللقاء ، ويجنّبه قرناء السوء ، فهم أشد ضرراً ، والطباع إنما تكتسب منهم [٥].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٣٠/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٤/٢- المهذب للشيرازي ، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم دمشق ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٦م):٦٢٦/٤- مختصر المزني/٣٠٨- كشاف القناع للبهوتي:٤١٨/٤-٤١٩.

٢- إحياء علوم الدين للغزالي: ٧٢/٣-٧٣.

٣- المرجع السابق: ٧٥/٣.

٤- إحياء علوم الدين للغزالي : ٨٩/٣ - سياسة الصبيان لابن الجزار/٥٩

٥- تهذيب الأخلاق وتطهير الأعراق لابن مسكويه ، تحقيق : ابن الخطاب ، ط١، مكتبة الثقافة الدينية/٤٥، بريقة محمودية للخادمي: ٥٩/٦- سياسة الصبيان لابن الجزار/١٣٨- تلقين الصبيان ما يلزم الإنسان، نور الدين السالمي ، ط١(١٤٠٦هـ-١٩٨٥م) ، دار إحياء العلوم- بيروت/٤- الفواكه الدواني للنفراوي: ٣٣/١.

فإذا بلغ عشر سنين عزل عن غيره في الفراش ، وينبغي على والده حينئذ توجيهه نحو طلب العلم ، وتعليمه الصنائع التي تليق به [١]، ويجوز للأب استخدام الصبي فيما ليس له أجرة، لعموم شفقته عليه ، وحرصه على نفعه وإصلاحه[٢].

٢- حق الولد في الاستقلال بنفسه بعد البلوغ : ميز الفقهاء بين الذكر والأنثى في منح هذا الحق : فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في المذهب والحنابلة إلى أنه يحق للغلام الاستقلال بنفسه والانفراد بسكنه إذا بلغ رشيداً ، وإن كان الأولى له الالتحاق بوالديه حتى يتمكن من برهما ، فإن افترقا كان عند أحدهما ، بخلاف ما لو كان غير مأمونٍ على نفسه أو دينه أو ماله ، ولا يهتدي إلى مصالحه لجنون فيه أو خبل فيكون للأب عندئذ ضمه إليه [٣].

أما الفتاة فاختلفوا فيها على قولين : القول الأول : ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية والشافعية في المذهب إلى أن الثيب إذا أمنت على نفسها فلها الحق في الاستقلال بنفسها ، لأنها صاحبة اختيار وممارسة وبعيدة عن الخديعة ، وكذلك البكر إذا أسنّت فلها الحق في الاستقلال بنفسها [٤].

أما البكر فلا تستقل بنفسها وإنما تلحق بوالديها إن كانا مجتمعين أو بأحدهما إن كانا مفترقين ، لفقد الخبرة وسرعة الانخداع بالآخرين ، ولأن للأب والجد إجبارها على النكاح وهو أعظم حبساً ، فلأن يجوز لهما الحبس في البيت أولى[٥].

١- بلغة السالك للصاوي: ٢/٢٥٤- الرسالة المفصلة للقابسي/٩٤- التاج والإكليل لأبي عبد الله العبدري دار الكتب العلمية – بيروت ، ط (١٤١٦هـ-١٩٩٥م):٥/٥٩٥ – فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك ، محمد أبي الدين بركات الشامي البقاعي ، وبهامشه متن عمدة السالك لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب المصري ابن لؤلؤة ، وبأسفل الهامش تقريرات للشيخ محمد علي بن حسن المالكي ، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ط(١٣٧٤هـ- ١٩٥٥م) : ٢/٢٢٣.

٢- تحرير المقال في أحكام وآداب وفوائد يحتاج إليها مؤدبو الأطفال شهاب الدين نحمد بن محمد الهيثمي الأنصاري ، تحقيق: مجد السيد إبراهيم ، مكتبة القرآن- القاهرة/٦٦- درر الحكام ، علي حيدر: ٢/٦٧١.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٤/٤٣- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ١/٤٨٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢/٥٣٤ – العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠/٩٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٤/٤٧٨.

٤- المبسوط للسرخسي: ٥/٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٤/٤٣- البناية للعيني: ٥/٤٧١ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/ ٢٥٨، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢/٥٣٤ الأم للشافعي: ١٠/٢٧٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠/٩٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٤/٤٧٨ زاد المعاد : ٤/١٣٥.

٥- المبسوط للسرخسي: ٥/٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠/٩٤-الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٤/٤٧٨

القول الثاني : ذهب الشافعية في المفتي به عندهم ورواية عند الحنابلة إلى أن البكر إن كانت راشدة وأمنت على نفسها فلها الاستقلال بسكنها ، والأولى التحاقها بوالديها أو بأحدهما [1].

٣- الاستئذان للبكر والإعلام بالزواج للثيب : إن مبنى الزواج يكمن في رضا المتعاقدين وتوافق إرادتهما على إنشاء حياة أسرية مشتركة ، لكن الرضا أمرٌ باطنيٌّ، يتم بيانه بالقول المعبّر عنه بالإيجاب والقبول ، ولا يتصور انتفاء هذا الركن لدى الزوج باعتباره المباشر لعقد الزواج ، أما المرأة فيزوجها وليها ، ومن هنا جاء التأكيد بصريح السنة على اعتبار رضاها بكراً كانت أم ثيباً ، وتجنّب إكراهها على الزواج بمن لا ترغب ، وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النبيَّ ﷺ قال: "لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ"، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: "أَنْ تَسْكُتَ" [2].

وقد اختلف الفقهاء في حقّ الوليّ في إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج على مذهبين : جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على جواز ذلك بمهر مثلها إن كان كفؤاً [3]، وذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى وجوب استئذان البكر البالغة ، وعدم جواز إجبارها ، فإن فعل كان النكاح موقوفاً على إجازتها ، فإن ردّته بطل [4].

وقد استدل الفريق الأول على قولهم بما يأتي :

١- من القرآن الكريم : قوله تعالى : ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص:٢٧]

وجه الاستدلال : لم يرد في الآية ذكر الاستئمار ، وشرع من قبلنا لازم لنا إن لم يكن في شرعنا ناسخ له [5].

وقال تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور : ٣٢].

وجه الاستدلال : يدل ظاهر الآية على وجوب إنكاح الأيامى من الأحرار والعبيد ، ولم يشر إلى استئمارهم من قبل آبائهم أو أوليائهم ، فخصصت السنة الأولياء غير الآباء في الاستئمار ،

١- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٩٤/١٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٧٨/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٧/٤.

٢- أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح: ر١٤١٩/٥٥٨.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ١٠٠/٢- بداية المجتهد لابن رشد: ٩/٢- مغني المحتاج للشربيني:٢٠٠/٣- مختصر المزني/٢٢٠- المغني لابن قدامة : ٣٤٥/٩.

٤- البناية للعيني: ٥٨٤/٤ – شرح منتهى الإرادات للبهوتي :١٢٤/٥.

٥- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦١/٤

بقوله ﷺ : " والأيم أحق بنفسها من وليها "، وخصص الإجماع الثيب في حال ولاية الأب ، فتبقى البكر على العموم السابق دون استئمار[١].

٢- من السنة : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " الأَيِّمُ أَحَقّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيّهَا والْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا" [٢].

حيث يدل الحديث بمفهوم المخالفة على أن ولي البكر أحق بها منها[٣].

يرد عليه : بأن الأيم امرأة لا زوج لها ، بكراً كانت أم ثيباً ، والدليل عام في ثبوت الحق لكلتيهما وزاد بتخصيص البكر بالاستئذان[٤].

٣- إن من المجمع عليه أن الأب يزوج ابنته البكر قبل بلوغها دون استئمار[٥].

يرد عليه بأن الصغيرة تخير بعد البلوغ وتستأمر[٦].

يجاب بأنه لا دليل على استئمارها بعد بلوغها ، والأصل استصحاب حال الإجماع[٧].

٤- القياس : إن علّة إجبار الصغيرة عند الشافعي هي البكارة، وعند المالكية الصغر أو البكارة فتقاس البكر البالغة عليها لاشتراكهما في علة الإجبار[٨].

ويرد بأنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية إجبار ولا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب، لأن الولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ ، بدليل توجه الخطاب إليها فصارت كالغلام ، ولو كان بقاء صفة البكارة في حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح ، والاتفاق معقود على اعتبار إقرارها[٩].

٥- المعقول : إن الولي أعلم بمصالح النكاح ، والعلم بها يتحقق للثيب بحكم التجربة والممارسة بخلاف البكر[١٠].

ويرد عليه بأن البالغة العاقلة البكر قلّما تجهل معنى عقد النكاح وحكمه[١١].

١- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/ ٢٦٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣/٢٠٠.

٢- صحيح مسلم، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت: ١/ر ١٤٢١/٦٤١.

٣- المنهاج في شرح صحيح مسلم للنووي ، بيت الأفكار الدولية – الرياض/٨٨٢.

٤- بدائع الصنائع للكاساني : ٢/٢٤٤.

٥- البيان والتحصيل للقرطبي : ٤/ ٢٦٢.

٦- بدائع الصنائع للكاساني : ٢/٢٤٤- المغني لابن قدامة : ٩/٣٤٥.

٧- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/ ٢٦٢.

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك:٢/٢٥٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣/٢٠٠.

٩- المبسوط للسرخسي: ٥/٣- بدائع الصنائع للكاساني : ٢/٢٤٥.

١٠- مغني المحتاج للشربيني: ٣/٢٠٠.

١١- البناية للعيني: ٤/٥٨٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٢٤٥.

استدل **الفريق الثاني** بما يأتي :

١- من السنة : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكراً أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ، فردَّ النبي ﷺ نكاحها [١].

يدل الحديث بظاهره على اعتبار إذن البكر البالغة العاقلة التي يراد تزويجها [٢].

ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث مختلف في وصله وإرساله ، ويحتمل ألا يكون الزوج كفؤاً لها لقول المرأة في رواية أخرى " ليرفع بي خسيسته " [٣].

يجاب عنه بأن قولها في الرواية نفسها :" لكني أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء" . ولم ينكر عليها رسول الله ﷺ مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أم ثيّب ، فدل على أن الحكم لا يختلف [٤] .

٢- القياس : من المعلوم أنه لا يحق للولي التصرف في مال موليته البكر البالغة العاقلة إلا بإذنها فكذا الأمر في زواجها [٥] .

٣- المعقول : إن مقصود الزواج وتحقق مصالحه لا يصار إليه إلا بالرضا التام للزوجين ، وإلا أضحى بغير فائدة [٦] .

والراجح على ما يبدو لي هو ما ذهب إليه الحنفية في وجوب رضاها وعدم صحة إجبارها ، لأن ذلك أحرى أن يؤدم بينهما ويكفل حسن العشرة ودوامها بينهما .

١- سنن ابن ماجه: كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة ، ر١٧٨٣ : ٤٢٣/٢- سنن النسائي: كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ، ط١ ، مكتبة المعارف – الرياض، ر٥٣٦٦ : ١٧٦/٥ .

٢- شرح فتح القدير لابن همام : ٢٥٢/٣.

٣- سنن ابن ماجه: كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة ، دار الكتب العلمية-بيروت ، ط١(١٤١٩هـ-١٩٨٩م) ، ر١١٨٧٤: ٦٠٢/١- وقال المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي : في الزوائد إسناده صحيح ، وقد رواه غير المصنف من حديث عائشة وغيرها ، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى: كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ، ر٥٣٦٦ : ١٧٦/٥.

٤- المبسوط للسرخسي: ٢/٥.

٥- المبسوط للسرخسي: ٢/٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٤٥/٢.

٦- المبسوط للسرخسي: ٢/٥- نيل الأوطار للشوكاني: ٨٧/١٢.

المطلب الثالث : أنواع الحقوق الأسرية تبعاً لاعتبار المالية فيها من عدمها :

الحقوق هي مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشرع لها ، وقد تكون متعلقة بمال كحق النفقة ، وقد لا تتعلق بالمال كحق الحضانة ، والحقوق الأسرية وفقاً لهذا الاعتبار نوعان :

الفرع الأول : الحقوق المالية : إن الصفة المالية للحقوق الأسرية تهدف إلى حفظ حقوق الطرف المستحق وضمانها في حال تقصير الطرف الآخر أو استنكافه ، وقد يكون فيها نوع تعويض لضرر معنوي أو مادي يلحق طرف المستحق عموماً في حال فشل العلاقة الزوجية ووصولها إلى خط النهاية ، والحقوق المالية تتعلق بالأموال ومنافعها وقيمتها، وتتميز عن الحقوق غير المالية بإمكانية معاوضتها بالمال ، ومن الحقوق الأسرية المالية :

١- نفقة الأولاد : أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الولد على والده ولو كان كافراً ، ما لم يكن له مال ، لأن الولد جزء الوالد ، وإحياء جزئه واجب كإحياء نفسه ويكون ذلك بالإنفاق، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٣٣] [(١)] ، وتشمل نفقة الصغير طعامه ولباسه ومسكنه وعلاجه وتعليمه ، وقد قال ﷺ : " أَفْضَلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ دِينَارٌ يُنْفِقُهُ عَلَى عِيَالِهِ " [(٢)] ، فإن امتنع الأب عن الإنفاق فللزوجة الأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف[(٣)].

أما الأولاد الواجب نفقتهم على الأب فهم الأولاد المباشرون وما تفرع عنهم عند الجمهور، وتكون النفقة عليهم واجبة بالإرث وليست بالجزئية[(٤)] ، ويرى الإمام مالك أن النفقة تجب على الأولاد المباشرين دون فروعهم، لأن النفقة تجب بالجزئية لا بالإرث عندهم [(٥)].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤/٣٠-٣١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٦٤- ٢٦٥- المهذب للشيرازي :٤/٦٢٦- مختصر المزني/٣٠٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة:٢٤/٣٨٧-٣٨٨.

٢- صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب فضل النفقة على العيال : ر ٩٩٤/٣٨٦ .

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام. محمد بن إسماعيل الأمير الحسني الصنعاني. ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط١(١٩٥٩م):٣/٢١٩ ، مختصر المزني/٣٠٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٢٤/٢٨٩.

٤- بدائع الصنائع للكاساني:٥/٣١- المهذب للشيرازي: ٤/٦٢٦- كشاف القناع للبهوتي: ٤/٤١٩

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٦٥- التلقين للبغدادي / ١٣٨.

وتبدأ النفقة على الأولاد من الحمل ، وتستمر النفقة على الذكر حتى يصل إلى السن التي يكتسب فيها أمثاله ، وتستمر أيضاً في حالة الولد العاجز لآفة عقلية ، لأنه يكون بحكم عديم الأهلية أو ناقصها ، كذلك إن كان ذا آفة بدنية لعجزه عن القيام بشؤونه المادية ، فإن كان فقيراً معسراً وأنفق عليه والده كان ديناً في ذمته حتى يوسر.

أما الأنثى فتسقط نفقتها بزواجها إن لم يكن لها كسب[١] ، فإن طلقت أو توفي عنها زوجها ولا مال لها عاد وجوب النفقة على أبيها عند الحنفية [٢].

وقد وافق ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٥) حيث جاء فيها : (١- إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية -٢- تعود النفقة على ولي الأنثى التي لا مال لها المتوفى عنها زوجها فور وفاته ، أو المطلقة رجعياً بعد انتهاء عدتها ما لم تتزوج)[٣].

ولا يجبر الأب على نفقة ابنته إن طلقها زوجها أو مات عنها بعد البناء عند مالك [٤]، وذهب الشافعية إلى انتهاء وجوب النفقة بالبلوغ للذكر والأنثى على حد سواء[٥]، أما الحنابلة فلم ينصوا على سن معينة ، لكنهم ألزموا الوالد بنفقة ولده الضعيف[٦]، وكذلك نصت المادة (١٥٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها ٢- يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر) [٧].

أما وقت ثبوت النفقة فقد جاء في المادة (١٦١) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (يقضي بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء ، ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز الستة أشهر) [٨].

١- بدائع الصنائع للكاساني:٤/٣٠-٣١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٦٥- مختصر المزني/٣٠٨.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٤/٣٠-٣١- شرح فتح القدير لابن الهمام:٣/٣٤٣

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد شقفه /٤٧.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٦٣-٣٦٥.

٥- المهذب للشيرازي: ٤/٦٢٦- مختصر المزني/٣٠٨ .

٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٢٤/٣٨٧.

٧- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٧.

٨- المرجع السابق/٤٨.

٢- العقيقة : هي الذبيحة التي تذبح عن المولود شكراً لله تعالى ، وهي سنة مؤكدة عند الجمهور[١] ، وتجوز على وجه الإباحة عند الحنفية [٢]، والأصل فيها حديث عائشة رضي الله عنها ، قالت : " أمرنا رسول الله ﷺ أن نَعُقّ عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " [٣] ، وهي مظهر من مظاهر حسن استقبال المولود وتكريم له ، وتستحب في حق الولي مع القدرة على ذلك [٤].

٣- أجرة الرضاع : اتفق الفقهاء على وجوب الإرضاع على الأم في ثلاث حالات : ا- ألا يقبل الطفل غير أمه - ب- ألا توجد مرضعة سواها - جـ - ألا يملك الولد مالاً، والوالد معسر يتعذر عليه استئجار مرضعة لولده ، فيتوجب على الأم عندئذ إرضاعه بغير أجرة [٥].

وقد جاء في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري : ١- يجب على الأم إرضاع طفلها إذا لم يمكن تغذيته من غير لبنها، أو كان الطفل لا يأخذ غير ثديها ، أو كان أبوه معسراً ولا يوجد من ينفق عليه) [٦].

واختلفوا في وجوبه عليها في غير ذلك من الحالات : فذهب الجمهور إلى أنه مندوب في حقها ولا تجبر عليه ولو كانت حاضنة له إلا لضرورة ، وتكون أجرة رضاعه على أبيه ، وليس له إجبار الأم على الإرضاع [٧]، وفرق مالك في المشهور بين الأم الشريفة وغيرها ، فلا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالإرضاع ، وتجبر التي هي ممن ترضع [٨] ، وذهب الشافعية في قول

١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ١٢٦/٢- منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي، زكريا الأنصاري ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م) /١٧٣- المغني لابن قدامة : ٦٤٣/٨

٢- بدائع الصنائع للكاساني:٢٠٣/٤، مختصر الطحاوي ، لأبي جعفر أحمد بن محمد ، تحقيق :أبي الوفا الأفغاني ، لجنة إحياء المعارف النعمانية – مصر/٢٩٩.

٣- سنن ابن ماجه كتاب الذبائح ، باب العقيقة /ر٣١٦٢/٥٣٥ ، وقال المحقق شعيب الأرناؤوط في شرح مشكل الآثار للطحاوي : إسناده صحيح على شرط مسلم ، ر١٠٤٤: ٦٩/٣.

٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ١٢٦/٢- منهج الطلاب للأنصاري/١٧٣- المغني لابن قدامة : ٦٤٣/٨

٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٦/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٩٠/١٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٣٠/٢٤.

٦- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦.

٧- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٦٦/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٠/١٠- مختصر المزني/ ٣٠٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة:٤٣٠/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٦/٢- التلقين للبغدادي /١٣٨.

إلى أنها تجبر لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها ، وتنتقل إلى مسكن الأم ، وهو ما عليه الفتوى عند الحنفية[1].

ويعود الخلاف في منشئه إلى الاختلاف في فهم قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة ٢٣٣] ، فالجمهور على أن في الآية إرشاد للوالدات إلى إرضاع أولادهن وندبهنّ على ذلك ، ويكون هذا إن لم يقبل غير أمه ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦] ، فالرضاع حق الأم وحق الرضيع معاً، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه ما لم توجد دواعي الإجبار[2].

أما استحقاقها للأجرة على الإرضاع : فإن كانت منكوحة أو رجعية فلا أجرة لها على إرضاع ولدها ، لأن الإرضاع مستحق عليها بالنص ، فإذا امتنعت عذرت لاحتمال عجزها ، فإن ظهرت قدرتها وجب عليها ، لورود النهي عن مضارة أحدهما للآخر في ذلك عند الطلاق ، بقوله تعالى : ﴿ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة :٢٣٣] ، وتجنباً لاجتماع أجرة الرضاع ونفقة النكاح في مال واحد ، أما لو استأجر منكوحته لإرضاع ولده من غيرها فلها الأجرة دون خلاف حتى لو اجتمعت لها أجرة الرضاع ونفقة النكاح لعدم وجوبه عليها ، كذلك فإن النفقة واجبة للمطلقة الرجعية مادامت في العدة لاستدامة النكاح ، دون أن تستوجب الأم زيادة في النفقة لأجل الإرضاع [3].

وقد جاء في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري: (٣- لا تستحق الأم أجرة الرضاعة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي -٥- إذا كانت المرضع ليست أماً فإنها تستحق الأجرة على الإرضاع في كل حال) [4].

أما استحقاق البائنة لأجرة الرضاع فاختلفوا فيه على قولين : فذهب الحنفية في الأصح المفتى به والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول باستحقاقها للأجرة ، بنص قوله تعالى : ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوْا أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوْفِ﴾ [البقرة :٢٣٣] ، ولزوال

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي:٩٠/١٠.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٢٥/٢٤.

٣- مجموعة رسائل ابن عابدين:٢٦٩/١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤١/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٦/٢- مختصر المزني/٣٠٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٢٧/٢٤.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦

النكاح وصيرورتها كالأجنبية [١]، وذهب الحنفية في الرواية الثانية عن الإمام إلى عدم استحقاقها للأجرة [٢]، وقد جاء في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (٤- تستحق المطلقة المرضع الأجرة بعد انتهاء العدة، أو في عدة الوفاة) [٣].

ويجب على الأم الإرضاع إن تعينت ولم يكن للولد مال وكان أبوه معسراً وفرضوا الأجرة للأم في مال الرضيع إن كان له مال ، فإن لم يكن وجب على المكلف بنفقته، وتراعى في ذلك مصلحة الرضيع[٤] ، وقد جاء في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (٢- أجرة رضاع الولد الذي لا مال له سواء أكان الرضاع طبيعياً أم اصطناعياً على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه)[٥].

فإن وجدت مرضعة متبرعة وكان الأب معسراً كانت المتبرعة أحق به من أمه إن طلبت أجرة ، فإن كان موسراً فالأفضل الأم ولو بأجرة [٦] ، وذهب الحنفية إلى أن المتبرعة إن كانت من أهل الحضانة سقطت حضانة الأم إن طلبت أجرة على ذلك ، أما لو طلبت الأم أجرة المثل والأجنبية متبرعة فالظاهر أنها للأم ، وهي أحق بها ما لم تطلب الزيادة على أجرة المثل [٧] ، وقد جاء في المادة (١٥٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (المتبرعة أحقُّ بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم) [٨].

وعند الحكم لها بأجرة الرضاع يكون ذلك لمدة سنتين فقط ، أما بعد تجاوز الطفل الحولين فلا أجرة لها [٩].

١- المدونة الكبرى للإمام مالك:٢٦٦/٢- مجموعة رسائل ابن عابدين:٢٦٩/١- مختصر المزني/٣٠٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي:٩٠/١٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة:٤٢٧/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٩/١.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦

٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٢٧/٢٤.

٥- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦.

٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٢٧/٢٤.

٧- مجموعة رسائل ابن عابدين:٢٦٩/١.

٨- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦

٩- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٠٥/٢-٣٠٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٣١/٢٤.

وإن مات الأب في المدة لم تسقط أجرتها بل تكون أسوة الغرماء[١]، وقد جاء في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (أجرة رضاع لمدة أقصاها سنتين من تاريخ الولادة)[٢] .

٤- حقُّ المطلقة في المتعة :

لم تغفل الشريعة الإسلامية الضرر الواقع على المرأة بسبب الطلاق ، كما لم تتجاهل سن التشريعات الكفيلة بتعويضها مادياً وبصور متعددة ، ومن ذلك استحقاق المرأة مهرها المسمى أو مهر مثلها كاملاً إن تم الطلاق أو الفسخ بعد الدخول ، واستحقاقها نصف المسمى إن طلقت قبل الدخول ، فإن لم يسم لها استحقت المتعة ، وهذا يعني أن المتعة إنما شرعت جبراً لها وتعويضاً عن الضرر اللاحق بها جراء مفارقة الزوج لها ، لما أنه قد لحقها بالنكاح ابتذال، وقلّت الرغبة فيها بالطلاق[٣].

والمتعة شرعاً : مال يجب على الزوج دفعه لامرأته التي فارقها بطلاق أو ما في معناه بشروط[٤] وقد اتفق الفقهاء على وجوبها للمطلقة قبل الدخول إن لم يسم لها مهراً [٥]، واختلفوا فيما عداها من الصور: فذهب الحنفية إلى استحباب المتعة لكل مطلقة عدا من سمى لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول[٦]، وذهب المالكية في المشهور والشافعية في القديم إلى استحباب المتعة لكل مطلقة[٧] ، وذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في رواية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر[٨].

١- أسوة الغرماء أي مساوٍ لهم وكواحد منهم يأخذ مثل ما يأخذون ، ويحرم مما يحرمون . مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٩/١.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٦.

٣- الذخيرة للقرافي: ٤٤٩/٤- تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، عبد العزيز الإحسائي ، بيروت – لبنان ، ط١(١٩٨٨) ١٦٠/٣- المجموع للنووي: ٧٠/١٨ .

٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٣٠/٨- مغني المحتاج للشربيني:٣١٧/٣.

٥- المبسوط للسرخسي:٦١/٦ – البناية للعيني: ٦٧٦/٤، الذخيرة للقرافي: ٤٤٨/٤- المجموع للنووي: ٧٠/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٣١٧/٣- المغني لابن قدامة: ١٣٩/١٠ .

٦- البناية للعيني: ٦٧٦/٤.

٧- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٣٨/٢- الذخيرة للقرافي: ٤٤٨/٤- مغني المحتاج للشربيني: ٣١٧/٣.

٨- المجموع للنووي: ٧٠/١٨ – مغني المحتاج للشربيني: ٣١٧/٣- المغني لابن قدامة:١٣٩/١٠.

٥- التعويض لضرر العدول عن الخطبة :

الخطبة ليست عقداً ملزماً ، ولكن وعد بالعقد ، وقد ينتج عن فسخها ضرر معنوي ، يتمثل بحبس المرأة عن الزواج لمصلحته ، وتفويت الفرص عليها ، وقد يصاحب ذلك الافتراء وتلفيق التهم والأكاذيب ، وفي ذلك ضرر بيّن ، وقد يكون الضرر مادياً كما لو قام أحد الطرفين بإعداد الجهاز وتكبد نتيجة الفسخ خسائر مادية بجريرة عدول الطرف الآخر ، فهل يستحق الطرف المتضرر تعويضاً أم لا سبيل للإلزام بالتعويض لانتفاء سببه ؟. انقسم الفقهاء المعاصرون في جواز ذلك إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : التعويض غير جائز، لأن ذلك منافٍ لحقيقة الخطبة التي هي مجرد وعد بالعقد وليست عقداً ملزماً ، والعدول من أي طرف من الأطراف حق ثابت لهما دون قيد أو شرط، فكيف يمنح الحق ثم يكلف بالضمان لدى ممارسته ؟! كما أن مثل هذا الإجراء سيدفع البعض إلى إتمام الزواج وهو كاره فيزيد من تفاقم المشكلات ، أما الضرر النفسي أو المادي الواقع على أحد الطرفين بالعدول فمنشؤه الاغترار من الشخص نفسه وليس التغرير من الطرف الآخر في الغالب ، فضلاً عن أن إقرار مبدأ التعويض يزيد الضرر ويفتح أبواباً مغلقة من الأسرار العائلية أمام القضاة والمحاكم [١].

وهذا الاتجاه هو ما اعتمده قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢و٣ حيث جاء فيها : (الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً) ، (لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة) [٢].

فالعدول حق لكلا الطرفين ولا ينبغي أن يترتب على ممارسة الحق تعويض ، لأن التعويض هو ما يلتزم به المسؤول مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر ، سواء كان هذا الضرر مادياً أم معنوياً [٣] ، وهو هنا لا يلزم لمجرد استخدام حق العدول ، ولكن للتعسف في استعماله [٤]،

١- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /٣٦.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /١٨

٣- التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، أحمد الصويعي، مجلة الشريعة والقانون- الشارقة/٦٤

٤- شرح مدونة قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي، دار الفكر- دمشق، ط٦(١٩٦٣م): ٦٨/١.

والأصل أن كل حق مقيد بمنع الضرر حالاً أو مآلاً ، والعدول إذا كان معيباً في باعثه أو في مآله يوجب المسؤولية التقصيرية وليس العقدية [١] ، وتقدير ذلك أمر يرجع إلى المحكمة المدنية ويخضع لنصوص القانون المدني ، وقد جاء في المادة ٥٣٦ من قانون أصول المحاكمات السوري : (قضايا الهدايا والتعويضات ليست من اختصاص المحاكم الشرعية) [٢]، وهو ما استقر عليه القضاء في محكمة النقض المدنية لعام ١٩٣٩حيث جاء فيها : ١- الخطبة ليست بعقد ملزم ، ٢- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض ، ٣- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت الضرر بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية) [٣] ، وقد جاء في المادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري : (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء) [٤].

الاتجاه الثاني : يرى جواز التعويض ، لكن هؤلاء منهم من جعل التعويض مطلقاً ، ومنهم من قيده بشروط ، ومنهم من قصره على الضرر المادي ، ومنهم من تجاوز المادي إلى الأدبي، ومن الشروط التي ذكرها هؤلاء لاستحقاق التعويض : ١- ألا يكون العدول بسبب من المخطوبة -٢- وقوع الضرر المادي أو المعنوي بها [٥].

والراجح على ما يبدو لي هو القول الأول بعدم جواز التعويض ، إذ لا تجاوز في استعمال الحق ما دام يستخدم في حدود الشريعة ، والمصلحة معتبرة في الأحكام الشرعية باعتبار غلبتها ، ولا ينفي ذلك وقوع بعض المفاسد الفردية ، لكنه لا ينافي صلاحية التشريع لكل زمان .

١- شرح مدونة قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي/٦٩، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، عبد الرحمن السيوطي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر ، ط(١٣١٨هـ-١٩٥٩م)/٨٣، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، محمد الدريني- ط١(١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، مؤسسة الرسالة- بيروت: ٥٢٣/٢- دراسات في الأحوال الشخصية ، محمد بلتاجي، دار السلام- القاهرة، ط١(٢٠٠٦)/١٠١.

٢- قانون أصول المحاكمات المدنية ، ممدوح عطري ، مؤسسة النوري- دمشق ، ط (١٩٩٨): ٣٦٧/٢

٣- شرح مدونة قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي/٦٩.

٤- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ١٦٦١/٢

٥- شرح مدونة قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي/٦٧-٦٨ ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، أسامة الأشقر/٦٤- الأحوال الشخصية لابي زهرة/٣٧.

الفرع الثاني : الحقوق غير المالية :

وهي الحقوق غير المالية لأحد الطرفين أو كليهما ، ومنها حق القسم بين الزوجات ، وحق الرجعة وحق الحضانة ، وحق الولاية على النفس ، وحق الإحداد ، أذكر بعضها في هذا الموضع ، وأرجئ البعض الآخر إلى مواضعه في البحث .

١- الرَّجعة : لغة بفتح الراء وكسرها ، والفتح أفصح ، وهي المرة من الرجوع ، وفعلها رجع ، يقال: رجعه إلى أهله وأرجعه إليهم ، بمعنى ردّه إليهم ، ويقال : ارتجع إلي الأمر أي ردّه إلي ، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعاً ، أي رجعها إلى نفسه بعد الطلاق ، والاسم (الرَّجعة) بتشديد الراء[١] أما الرجعة اصطلاحاً فهي استدامة الملك القائم من غير عوض يدفعه الزوج لزوجته ، وذلك قبل انتهاء العدة[٢].

وتتم الرجعة بالقول أو بالفعل ، ولا تصح بعد انقضاء العدة الشرعية ، وينبغي أن تكون منجزة ، فلا تصح الرجعة المضافة إلى زمن مستقبل ، أو المعلقة على شرط ، لأن الرجعة استدامة للنكاح، وهي وإن لم تكن إنشاء زواج جديد ، لكنها إنشاء لما يفيد دوامه ، ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة أو رضاها بذلك ، ولا رجعة في الخلع ، لأنه بائن ، ولا في الطلاق قبل الدخول لعدم وجوب العدة على غير المدخول بها[٣].

والإشهاد على الرجعة مستحب عند الجمهور ، وذهب الشافعي إلى القول بوجوبه في القديم ، وهو قول لأحمد[٤] ، وقد جاء في الفقرة الثالثة من قرار محكمة النقض السورية : (لا يصح أن تنسب المراجعة للزوجة ، لأن حق المراجعة للمطلقة رجعياً محصور بالزوج[٥] ، والرجعة تحتاج إلى إثبات ، وتوثق في حال توثيق الطلاق بالسجل الرسمي)[٦].

١- لسان العرب لابن منظور، مادة رجع : ١٠٩/٦.

٢- البناية للعيني:٢٢٦/٥ - بدائع الصنائع للكاساني: ١٨١/٣ ،المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٣٢/٢- الشرح الكبير للدردير: ٤١٥/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٤٣٩/٣ - شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٥٠٥/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٧٩/٢٣

٣- البناية للعيني: ٢٢٨/٥ - حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤١٦/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٧٩/٢- المهذب للشيرازي: ٣٧٤/٤- المغني لابن قدامة :٥٥٢/١٠.

٤- البناية للعيني: ٢٣٠/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤١٦/٢- المهذب للشيرازي: ٣٧٧/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٨٢/٢٣.

٥- مجلة المحامون العددان ٣،٤ لعام ٢٠٠٢ ، غرفة شرعية ، قرار ١٣٦٠ ، أساس ٢٨٥/١٠٧٤.

٦- مجلة المحامون العددان ٣،٤ لعام ٢٠٠٢ ، غرفة شرعية ، قرار ٢٧٧٦ ، أساس ٣٢٠/٣٣٨٥

٢- **العدة :**

هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق ، وأسباب العدة الدخول أو الخلوة أو الموت ، وحكمتها استبراء الرحم[١].

وتختلف العدة بين الطلاق والوفاة : فعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام قبل الدخول أو بعده تمكث المرأة فيها بعد وفاة زوجها لا تتزوج ، ولا تخطب خطبة صريحة ، ولا تتزين في غير حاجة ، وإن كانت حاملاً فعدتها حتى تضع حملها [٢].

أما عدة المطلقة فتختلف حسب حال المرأة : فإن كانت ممن تحيض فعدتها ثلاثة قروء ، وإن كانت ممن لا تحيض أو بلغت سن اليأس فعدتها ثلاثة أشهر ، وإن كانت حاملاً فعدتها حتى تضع حملها ، ولا عدة للمطلقة قبل الدخول.

ولا يجوز للمطلقة في طلاق رجعي أن تخرج من بيت زوجها لقوله تعالى : ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق :١] ، وتستحق النفقة أيضاً ، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع الزوجية ، بخلاف البائنة فلا نفقة لها ولا سكنى ، فإذا انقضت العدة أصبحت المرأة بحكم الأجنبية [٣].

والعدة عند أبي حنيفة من أحكام النكاح، ولذا لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة [٤] أختَها[٥]، أما عند الجمهور ، فالعدة من أحكام الطلاق فلا يلحق المعتدة من طلاق بائن طلاق[٦].

١- البناية للعيني: ٤٠٢/٥-٤٠٥ ، خبايا الزوايا للزركشي/٣٨٩ ، الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/٢٤.

٢- المهذب للشيرازي:٥٣٢/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١١/٢٤.

٣- البناية للعيني: ٤٠٢/٥- ٤٠٣- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٥/٢٤.

٤- هي المطلقة إذا بانت من خلع أو فسخ أو تفريق ، ولا يملك زوجها عليها الرجعة .

٥- البناية للعيني: ٢٣٠/٥

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥٠/٢- المهذب للشيرازي: ٦٦٧/٤- مغني المحتاج للشربيني: ٥٠٤/٣- الشرح الكبير لابن قدامة :٥/٢٤

وثمرة هذا الخلاف في وقوع الطلاق على المختلعة في عدتها : فعند أبي حنيفة يلحقها طلاق ، ولو على التراخي[1] ، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : " الْمُخْتَلِعَةُ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقِ ما دَامَتْ في الْعِدَّةِ) " [2] ، ووافق ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المواد ١٢١-١٢٧ [3].

أما عند مالك فلا يلحقها الطلاق إلا على الفور، فإن كان بينهما سكوت أو كلام انقطع لم يلحقها ، كذلك لا يلحقها الطلاق عند الشافعية والحنابلة ، لأنها لا تحلُّ للزوج دون عقد جديد ، فلم تكن محلاً لإيقاع الطلاق ، كالمطلقة قبل الدخول أو منقضية العدة ، ولأنه لا يقع بها الطلاق المرسل، ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح ، كما لو كان قبل الدخول ، ولا فرق بين أن يواجهها به أو لا [4].

٣- الإحداد : لغة الامتناع ، يقال: امرأة حادٌّ ومُحِدٌّ إذا تركت الزينة والطيب [5].

وهو شرعاً: ترك المرأة الزينةَ والطيب والخضاب وغير ذلك مما يُرَغِّبُ فيها ويدعو إلى جماعها[6].

والإحداد واجب على المرأة المتوفى عنها زوجها ، لحديث أم حبيبة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: " لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ على مَيْتٍ فَوقَ ثَلاَثِ لَيَالٍ، إلا علَى زَوْجٍ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وَعَشْرًا " [7]، وحديث أم عطية الأنصارية رضي الله عنها قالت: كُنَّا نُنهَى أنْ نَحُدَّ على مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وَعَشْراً ، ولَا نَكْتَحِلُ ، ولا نَتَطَيَّبُ ، ولا نلْبَسُ ثَوْباً مَصْبُوغاً إلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ" [8].

١- مجمع لداماد أفندي:٤٧٢/١- البناية للعيني: ٤٠٢/٥-٤٠٥

٢- أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، باب الطلاق بعد الفداء / كتاب الطلاق ، وقال : ذكرناه للثوري ، فقال : سألنا عنه ولم نجد له أصلاً ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي- بيروت ، ط٢(١٤٠٣هـ-١٩٨٣): ٤٨٩/٦ ، وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق: هذا حديث موضوع لا أصل له تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، محمد بن أحمد المقدسي أبو عبد الله ، تحقيق: سامي بن محمد - عبد العزيز الخباني ، دار أضواء السلف ، ط١: (٤١٧/٤) .

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٩.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٠/٢ - المهذب للشيرازي: ٥٦٧/٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٨/٢٢.

٥- تاج العروس : ١١/٨.

٦- البناية للعيني: ٤٣٤/٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٧٩/١- التلقين للبغدادي/١٣٧- المهذب للشيرازي : ٥٥٧/٤ - مختصر المزني/٢٩٧- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٣٢/٢٤

٧- صحيح مسلم ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة : ر٦٠١/١٤٨٦.

٨- صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تلبس الحادة ثياب العصب : ر٢٠٤٣/٥٠٢٨.

ويجب ذلك على المبتوتة عند الحنفية ، وهو أيضاً قول لأحمد ، خلافاً للشافعي في الجديد ، ومالك وأحمد في رواية ، لأن الإحداد إظهار للتأسف على فوت الزوج ، وقد أوحشها بالإبانة ، فلا تأسف بفوته ، ويتوجب على المحتدة الامتناع عن مظاهر الزينة والطيب، كالخضاب والاكتحال والحلي ، وعليها ملازمة بيتها الذي تعتد فيه فلا تخرج إلا لحاجة [١].

٤- حق القسم :

القسم : لغة قسم الشيء ، يقسمه قسماً بمعنى جزأه [٢]، واصطلاحاً: هو العدل بين الزوجات في المبيت ، قال تعالى ﴿فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: ١٢٩].

وقد اتفق الفقهاء على وجوب العدل بين الزوجات في القسم[٣] ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَة ﴾ [النساء :٣] ، فقد أرشدت الآية الكريمة إلى ترك التعدد عند خوف ترك العدل وإنما يخاف على ترك واجب ، فدلّ على أن العدل بينهن في القسم واجب [٤].

وقال تعالى: ﴿ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾ [النساء :٣] ، وتعولوا بمعنى تجوروا وتظلموا ، والظلم محرّم فالعدل واجب [٥] .

وقد ورد عن عائشة رضي الله عنها : أنّ النبيّ ﷺ كانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ فَيَعْدِلُ ويَقُولُ : اللّهُمّ! هذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ فلا تلُمْني فيما تملكُ ولا أملكُ " [٦].

يدل ظاهر الحديث على وجوب العدل بين الزوجات لفعل رسول الله ﷺ .

١- البناية للعيني:٥/٤٣٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/١٢-المهذب للشيرازي: ٤/٥٥٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٤/٥.

٢- لسان العرب لابن منظور، مادة قسم : ٣/ ٨٧-٨٨.

٣- الهداية للمرغيناني: ٣/ ٤٣٣ ، شرح منح الجليل شرح مختصر خليل ، محمد عليش ، دار الفكر- لبنان ط١(١٤٠٤هـ-١٩٨٤م):٣/٥٣٤- التاج والإكليل للعبدري:٥/٢٥٢ ، المنهاج للنووي: ٧/٤٣٩ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٤٨- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٢.

٤- بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٢٣٢ .

٥- المغني لابن قدامة: ٧/٢٢٩- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٣.

٦- سنن الترمذي : كتاب النكاح : باب ما جاء في التسوية بين الضرائر :٢/ر١١٤٠/٤٤٦ ، وقال عنه : حديث مرسل ، وقال في علل الترمذي الكبير : رواه حماد عن أبي أيوب عن أبي قلابة مرسلاً /١٦٥ وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه : ر ٢٧٦١/٢/٢٠٤.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : " مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ" [١].

يدلّ ظاهر الحديث على وجوب العدل بين الزوجات، والعدل متعلق بالمبيت ، ولا تشترط فيه التسوية في الجماع أو الاستمتاع ، لأن ذلك مرتبط بالنشاط والشهوة ، وإن كان الأفضل تحقيقه[٢].

والأصل في القسم أن يكون ليلاً إلا أن يكون الزوج ممن يعمل ليلاً فيتعلق القسم بالنهار[٣]، وموجب القسم التعدد لا فرق في ذلك بين شابة أو عجوز ، مسلمة أو كتابية ، حائض أو نفساء مُظاهر منها أو مآل منها أو محرمة [٤]، ولا فرق أيضاً بين زوج صحيح أو مريض ، فإن شقّ عليه استأذن زوجاته في المبيت عند إحداهن أو أقرع بينهن أو اعتزلهن جميعاً [٥].

والرجل إذا تزوج جديدة وعنده أخريات ، فإن كانت بكراً بات عندها سبعاً ثم رجع لقسمه بلا قضاء للباقيات ، وإن كانت ثيباً بات عندها ثلاثاً [٦]، لقوله ﷺ : " سَبْعٌ للبكرِ وثلاثٌ للثّيّبِ"[٧].

١- سبق تخريجه ص٧١.

٢- المبسوط للسرخسي: ٢١٨/٥- الهداية للمرغيناني : ٤٣٤/٣- شرح منح الجليل ، محمد عليش: ٥٣٥/٣ المجموع للنووي : ١١٧/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤١٤/٤ – المغني لابن قدامة : ٢٣٤/٧- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٤.

٣- المبسوط للسرخسي: ٢١٨/٥- شرح فتح القدير لابن همام: ٤٣٣/٣ – مغني المحتاج للشربيني : ٤١٤/٤- شرح تنتهي الإرادات :٤٨/٣- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٤.

٤- المبسوط للسرخسي : ٢١٨/٥ – بدائع الصنائع للكاساني: ٢٣٢/٢ – شرح منح الجليل ، محمد عليش : ٥٣٤/٣ – مغني المحتاج للشربيني: ٤١٤/٤- أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، زكريا بن محمد الأنصاري ، تحقيق : محمد الزهري الغمراوي المطبعة الميمنية ، ط١(١٣١٣) : ٢٣٠/٣

٥- المبسوط للسرخسي : ٢١٨/٥- بدائع الصنائع: ٢٣٣/٢- شرح فتح القدير لابن همام : ٤٣٤/٣ – شرح منح الجليل ، محمد عليش : ٥٣٤/٣ – المغني لابن قدامة : ٢٣٠/٧.

٦- حاشية الخرشي: ٤/٤- التلقين للبغدادي/١٢٢- المجموع للنووي: ١١٨/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢١/٤- المغني لابن قدامة : ٢٣٠/٧.

٧- رواه ابن حبان ، كتاب النكاح – باب ذكر الأمر للمرء اذا تزوج على امرأته بكراً أن يقسم لها سبعاً أو ثلاثاً ثم الاعتدال بينهما في القسمة :٨/١٠ ، وقال ابن بلبان في تقريب الإحسان : صحيح ، بيت الأفكار الدولية الامارات /٧٢٦ ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : فيه عبد الله بن عامر الأسلم ، وهو ضعيف : ٤٢١/٤.

يدلُّ ظاهر الحديث على إعطاء البكر حقاً يزيد على الثيب في المبيت ، باعتبار حالها ما دامت جديدة .

وخالف في ذلك الحنفية الذين لم يميزوا بين الجديدة والقديمة ، بكراً كانت أم ثيباً ، مستدلين بقوله ﷺ لأم سلمة رضي الله عنها :" إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ"[١] حيث ساوى النبي ﷺ بين أم سلمة رضي الله عنها وغيرها من النساء في القسم مع أنها الجديدة فعلم ألا فضل بين الجديدة والقديمة في القسم[٢].

وقد ردَّ الجمهور على كلام الحنفية بتتمة الحديث " وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ ، وَدُرْتُ "[٣] ، أي استأنف قسمه لنسائه كلهن دون أن يقضي لهن ، وقالوا إن أم سلمة رضي الله عنها حين دخل بها النبي ﷺ كانت ثيباً ، وحقها في البيات عندها ثلاثاً ، وأما قوله ﷺ لها : " إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ ، وَدُرْتُ"[٤] ، فهو لأنها طمعت في الحق المشروع لغيرها ، فبطل حقها وكان لهن القضاء[٥].

والراجح على ما أرى قول الجمهور لكثرة الآثار المرفوعة التي تفاضل بين البكر والثيب في القسم.

١- صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف : ر٥٨٢/١٤٦٠.

٢- العناية شرح الهداية ، محمد بن محمد ، أبو عبد الله البابرتي ، دار الفكر – بيروت : ٨٤/٦.

٣- صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف : ر٥٨٢/١٤٦٠.

٤- التخريج السابق.

٥- الذخيرة للقرافي: ٤٦٣/٤- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٢/٤ – المجموع للنووي : ١٢٣/١٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٧٦/٨.

المبحث الثالث : أسباب انقضاء الحقوق الأسرية :

تختلف أسباب انقضاء الحقوق الأسرية تبعاً للحق الأسري ، والطرف المتعلق به ، ويمكن إجمال الأسباب التي تؤدي إلى انتهائها في الأمور الآتية : انتهاء سببه بانتهاء عقد الزواج وسقوطه وإسقاطه بالأداء أو الإبراء أو الإسقاط .

المطلب الأول : انتهاء عقد الزواج :

إن انقضاء الحقوق الأسرية بانتهاء عقد الزواج ووقوع الفرقة بين الزوجين يختلف تبعاً للحق الأسري والطرف المتعلق به ، فما كان حقاً واجباً لأحد الزوجين تجاه الآخر ينتهي بانفصال الزوجين ووقوع الفرقة ، ويقتصر ذلك على الحقوق الزوجية ، أما ما يتعلق منها بالأولاد أو بما يجب عليهم تجاه آبائهم فلا تأثير للانفصال عليه ، كالنسب والحضانة ، وينفصل الأزواج بعضهم عن بعض بواحد من الأحوال الآتية :

أولاً : الفرقة بخلع أو طلاق : إن الرابطة الزوجية قد تصل إلى طريق مسدود ، ويستحكم الشقاق والقطيعة بين الزوجين على الرغم من كل مساعي الإصلاح ، فتؤول الأحوال إلى المضارة والإفساد ، وينحرف الزواج ليصير وسيلة إشقاء بعد أن كان وسيلة إسعاد ، فتحصل الفرقة ، ويقع الطلاق ، فإذا انقضت العدة أصبح الطلاق نافذاً ، والمرأة بالنسبة للرجل بحكم الأجنبية ، ويسقط حقها في النفقة والسكنى ، وتستحق كذلك كافة الحقوق المقررة لها والثابتة في ذمة الرجل ، كالمهر ونحوه .

أما في الخلع فيسترد الرجل ما أعطاه للمرأة من صداق أو تفتدي نفسها بالمال ما دامت لم تقم حدود الله مع زوجها بطاعته ومعاشرته بالمعروف ، لقوله تعالى : ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة : ٢٢٩] ، فإذا تمت المخالعة وقع الطلاق بائناً ، وليس للرجل حق الرجعة إلا بعقد ومهر جديدين[١] .

ثانياً : فسخ عقد النكاح وبطلانه : إن فسخ عقد النكاح قد يكون لسبب وجد في العقد لم يتفطن إليه أحد الطرفين ، وقد يتأتى باكتشاف عيوب في أحد الزوجين تلغي آثار النكاح . ومما يؤدي إلى بطلان العقد حرمة أحدهما على الآخر للرضاع مثلاً ، أو اكتشاف نهي الشرع

١- شرح فتح القدير لابن همام: ١٩٩/٣- رد المحتار لابن عابدين: ٤٣٩/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٧/٢ - مغني المحتاج للشربيني:٣٤٧/٣- الشرح الكبير لابن قدامة ٣٤٧/٢.

كالتحليل ونكاح المتعة ، أو فسخ النكاح باختيار الصغيرة بعد بلوغها ، أو بوجود عيب يوجب الفسخ في أحدهما ، كالجنون والعنة ، أو لسبب طارئ كالغيبة والإعسار[١].

ثالثاً : الردة : إن ردّة أحد الزوجين توجب فسخ النكاح إن كان قبل الدخول ، لأن النكاح نوع ولاية ، ولا ولاية لكافر على مسلمة ، ولا يرث أحدهما الآخر، قال تعالى : ﴿ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة:١٠]، وقال تعالى : ﴿فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إلى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة:١٠].

أما إن كان بعد الدخول : فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد في رواية إلى فسخ النكاح بالردّة على الفور ، ولا ينقص عدد الطلاق ، وذهب مالك ومحمد من الحنفية إلى فسخ النكاح بطلاق بائن ، وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى أنه يفرق بينهما حتى تنقضي العدة ، فإن رجع إلى الإسلام قبل انقضائها ، فالعصمة باقية وإلا انفسخ النكاح بغير طلاق[٢].

رابعاً : اللعان : إذا اتهم الرجل زوجته بالزنا ولم يستطع إثبات ذلك بالشهود فإن المرأة تُستدعى وتذكر بالله ، فإن أقرت أقيم عليها الحد ، وإن أنكرت تقسِم أربعة أقسام بالله إنه كاذب فيما رماها به من الزنا، ويميناً خامسة أن غضب الله عليها إن كان صادقاً ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ*وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ*وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ*وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[النور: ٦- ٩] ، ويفرق بين الزوجين فرقة أبدية لا رجعة فيها ، ولا بعقد جديد ولا يحلّ للرجل أن يسترد شيئاً مما أعطاه لزوجته مهراً أو غيره ، لقوله ﷺ :" حِسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ ، لا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا " ، قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَالِي؟ ، قَالَ : " لا مَالَ لَكَ ، إِنْ كُنْتَ صَدَقْتَ عَلَيْهَا فَهُوَ بِمَا اسْتَحْلَلْتَ مِنْ فَرْجِهَا ، وَإِنْ كُنْتَ كَذَبْتَ عَلَيْهَا فَذَلِكَ" [٣]، وليس للملاعنة نفقة ولا سكنى ولا ينسب الولد له بل لها[٤].

١- المبسوط للسرخسي : ١٧٢/٦.

٢- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:٣٣٩/١ ،حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٧٠/٢- المجموع للنووي: ١٧١/١٨- المغني لابن قدامة : ١٣٣/٧ ، "كشاف القناع للبهوتي: ١٢١/٥.

٣- صحيح مسلم ، كتاب اللعان : ر١٤٩٣/٦٠٥.

٤- المبسوط للسرخسي: ٤٤/٧- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٥٢/٢-٣٥٤- التلقين للبغدادي/١٣٥- مختصر المزني/ ٢٨٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٦٩/٢٣.

وقد نصت الفقرة (١) من المادة (٤٧٥) من قانون العقوبات السوري : (لا يجوز ملاحقة فعل الزنا إلا بشكوى الزوج واتخاذه صفة المدعي الشخصي)[١].

وقد أغفل قانون الأحوال الشخصية تفاصيل دعوى اللعان فيرجع في أحكامها إلى الراجح في المذهب الحنفي وفق نص المادة ٥٠٣ ، ويترتب على الملاعنة بين الزوجين حصول الفرقة بينهما بطلقة بائنة ، وانتفاء نسب الولد لأبيه ، وسقوط حق الولد في النفقة والإرث[٢] .

وقد جاء في المادة ١٢٩من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- 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 بعيد أكثر من مدة الحمل ، ٢- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان)[٣].

خامساً : الوفاة :

الموت أمر يفرق الأزواج ، لكنّه لا يهدم عقد الزواج بشكل نهائي فيبقى معه الميراث والعدة وتبقى الأسرار التي كانت بينهما في عهدة أحدهما بعد وفاة الآخر[٤] .

١- قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩، شفيق طعمة ، دار الصفدي- دمشق ، ط١(١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م)/٢٠٨

٢- الأحكام الشرعية على مذهب أبي حنيفة ، لقدري باشا ، مادة ٣٤٠.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤١

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٩/٢- تحرير الكلام للحطاب/١١٣- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨.

المطلب الثاني : سقوط الحق :

ليست كل الحقوق الأسرية ثبتت لأصحابها أصالة ، فثمة العديد من الحقوق التي يتوقف استحقاقها على سبب ما أو في وقت محدد ، فإذا زال السبب أو انقضى الوقت سقط الحق بنفسه دون إسقاط .

والسقوط مصدر من سَقَطَ ، يقال: سقط الشيء، وأَسقَطَهُ إسقاطاً فسقط إذا وقع[١]، ويكون ذلك عند زوال السبب الذي أوجد الحق بسببه ، فإذا زال السبب سقط الحق بنفسه دون أن تتدخل إرادة أحد العاقدين أو كليهما ، أما الإسقاط فيتم برضا الطرفين واتفاقهما ، سواء كان بعوض أو بغير عوض ، وعليه فيكون السقوط أثر الإسقاط .

وقد استعمل الفقهاء مصطلح السقوط في معانٍ ومجالات عدة ، يقال :(سقط الفرض) إذا سقط طلبه والأمر به ، ويقال: سقط الحدّ بالشبهة : إذا امتنعت إقامته بسبب الشبهة ، وسقط الدَّين بالإبراء أي زال [٢].

وسقوط الحق قد يكون لسبب عارضٍ مزامنٍ للاستحقاق أو لاحقٍ له ، ومن هذه الأسباب :

أولاً : الردة : إذا ارتد صاحب الاستحقاق عن الإسلام يسقط الحق تلقائياً ، مثاله سقوط حق الحضانة على قول الحنفية والمشهور عند المالكية ، لأن المرأة المرتدة تحبس وتضرب عند ردّتها ، فلا تتفرغ للحضانة [٣]، ومنه سقوط الميراث لقوله ﷺ " لا يَتَوَارَثُ أهلُ مِلّتَينِ " [٤].

وليست كل الحقوق تسقط باختلاف الدين فهناك من الحقوق ما لا يؤثر فيها ذلك ، مثل نفقة الأولاد فلا تسقط إذا اختلفا في الدين فتلزم النفقة للولد ولو كان كافراً ، كما تلزم النفقة للوالدين على الولد ولو كانا كافرين [٥].

١- لسان العرب لابن منظور، مادة سقط : ٢٠٣٨/٢٣ - تاج العروس للزبيدي ، مادة سقط : ٣٥٤/١٩-٣٦٥ ، الصحاح للجوهري ، مادة سقط : ١١٣٢/٣.

٢- البناية للعيني: ٢٢٢/٥.

٣- الهداية للمرغيناني ، دار الفكر- بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م) : ٣٧/٢.

٤- أخرجه الترمذي ، كتاب الفرائض ، كتاب لا يتوارث أهل ملتين : ر٤٧٦/٢١٠٨، وقال: هذا حديث غريب.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٤/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٨٨/٢٤.

جاء في المادة (١٦٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع)[١].

ثانياً : العجز أو التقصير في القيام بحق الغير إذا تعلّق الحق بهم : فيسقط حق الحضانة مثلاً عن العاجز لكبر سنّه ، أو عند إصابته بمرض يعوقه عن تمام الرعاية ، أو بعاهة كالعمى والخرس والصمم ، أو بمرض معدٍ ، أو لانشغاله بعمل يستغرق وقتاً طويلاً، وكذلك زواج الحاضنة من أجنبي عن المحضون[٢]، لأنها تكون مشغولة بحق الزوج ، ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأةً جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت له : يا رسولَ الله إنَّ ابني هذا كان بَطني لهُ وِعاءً ، و ثَديي له سِقَاءً ، وحِجْرِي لهُ حِواءً ، وإنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وأرادَ أن يَنتَزِعَهُ مِنّي ، فقال ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي "[٣].

ومنه سقوط الولاية والحضانة لامتناع الولي أو الحاضن عن تعليم الصغير ، وفق ما جاء في المادة ١٧٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري في فقرتها الرابعة : (يُعد امتناع الولي عن إتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط ولايته ، وتعتبر معارضة الحاضنة أو تقصيرهما في تنفيذ ذلك سبباً مسقطاً لحضانتهما)[٤].

ومنه سقوط نفقة الأولاد عن أبيهم إن عجز عن الإنفاق ، ووجوبها في حق الأم إن كانت قادرة، ويثبت لها حق العودة على الأب بما أنفقت إن أيسر[٥]، وهو أيضاً ما نصت عليه المادة (١٥٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة غير عاجز عن الكسب وكانت الأم معسرة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب ٢- تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٨.

٢- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- تبين الحقائق للزيلعي: ٤٨/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٨٦/٢- الأم للشافعي: ٢٧٤/١٠- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- الإنصاف للمرداوي: ٤٨٦/٢٤ .

٣- سبق تخريجه ص ٤٥.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٥١.

٥- رد المحتار لابن عابدين : ٦٧٢/٢-٦٧٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٥/٢- بداية المجتهد لابن رشد: ٦٦/٢- المجموع للنووي: ١٦٨/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٨٧/٢٤.

٣- تجب نفقة الولد على أمه الموسرة ، إذا فُقد الأب ولا مال له أو عجز عن الإنفاق ، وترجع على الأب فيما أنفقته حين يساره)[١].

ومنه إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها لتعذر الاحتباس، أما إذا كان المرض لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فتجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوجية أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه فعلاً ، لأن المرض طارئ يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للدوام فلا يسقط الحق الدائم بعارض من العوارض التي لا دخل للزوجة فيها ، هذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها به سواء بقيت في بيت الزوجية ، أو انتقلت إلى بيت أهلها ما دامت لا تمانع في الرجوع إليه ، لكنها إن امتنعت من العودة ، وهي تستطيع ذلك على أي وجه سقطت نفقتها لتحقق النشوز منها في هذه الحالة[٢].

ثالثاً : انتهاء سبب الاستحقاق : إن الحق يسقط بانتهاء سببه، فتسقط الحضانة بانتهاء مدتها ببلوغ الصبي أو رشده أو موت أحد الأطراف ونحو ذلك [٣] ، وتسقط نفقة العدة وحق المعتدة بالسكنى بانتهاء مدتها [٤]، وكذلك يسقط الميراث باللعان لانتفاء الزوجية ، ويسقط المهر بالفرقة الحاصلة قبل الدخول في الزواج الفاسد ، لأن سبب الاستحقاق هو الدخول ، ولم يوجد[٥] ، والتأديب حق متوقف على النشوز فإذا زال النشوز سقط الحق.

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٧.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٨١/١- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢١/٢- خبايا الزوايا للزركشي/٣٩٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٩١/٢٤.

٣- البناية شرح الهداية ، للعيني ، محمود بن أحمد ، دار الفكر- بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ-١٩٨٠م):٤٧١/٥، تبيين الحقائق الزيلعي: ٤٨/٣ ، المدونة الكبرى للإمام مالك:٢٥٨/٢، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٨٦/٢- الأم للشافعي المطبعة الأميرية- القاهرة :٢٧٤/١٠- زاد المعاد لابن القيم: ١٣٥/٤.

٤- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- تبيين الحقائق للزيلعي /١٠٩- المبسوط للسرخسي: ٢١٠/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٥٢/٢ ، مواهب الجليل للمغربي: ٢٠/٤- الأم للشافعي: ٢٣٨/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٤٦/٢٤.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٥٢/٢ -٣٥٤- كشاف القناع للبهوتي: ١٣٢/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٦٩/٢٣.

وتسقط الولاية على الصغير ببلوغه سن الرشد[١]، وفق ما جاء في المادة ١٦٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري في فقرتها الرابعة :(تنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم ، ويجب على الولي في هذه الحالة رفع الأمر للقاضي لاستمرار الولاية أو عدمها) [٢].

ويسقط حق الولد في النفقة ببلوغه أو كسبه أو يساره إن كان فقيراً ، وكذلك نفقة الأنثى بزواجها ، ولو وجبت النفقة للزوجة ثم تبين أن العقد باطل أو فاسد ، كما إذا دخل بامرأة بشبهة من غير عقد عليها ، أو عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين أنها أخته من الرضاع ، فيكون له الحق في استرداد النفقة ، لأنه تبين أن الاحتباس لم يكن مشروعاً فلا تستحق النفقة ، ولو أنفقت في غيبته من ماله فبان ميتاً فللورثة الرجوع عليها بما أنفقت [٣].

رابعاً : سقوط دعوى الحق بالتقادم : إن الحق في الشرع لا يقبل السقوط بمضي الزمان ، وهو وإن قدم لا يبطل إلا بالوفاء أو العدول ، لكن التقادم يمنع سماع دعوى المطالبة به[٤].

وقد جاء في المادة ٣٦٤ من القانون المدني السوري : (إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة) [٥].

والتقادم المقصود هنا ما كان بغير عذر ، فإن كان بعذر كأن مضى الزمن بسبب الصغر أو الجنون أو العته أو الغيبة فله المطالبة بالحق عندئذ[٦].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ١٧٠/٧، المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٩٦/٤، خبايا الزوايا للزركشي/٢٧٥-٢٧٦.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٩.

٣- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤١/٢٤.

٤- غمز عيون البصائر للحموي : ٣٣٧/٢-٣٣٨، شرح مجلة الأحكام العدلية ، علي حيدر ، مادة ١٦٧٤/٤/٣١٨-٣١٩ ، القواعد الفقهية مفهومها ونشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها، علي أحمد الندوي ، دار القلم – دمشق ، ط٣(١٤١٤- ١٩٩٣)/٣٤٧، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، محمد بكر إسماعيل ، دار المنار- ط١(١٩٩٧)/٣٠٦- مواهب الجليل للمغربي: ٢٨٩/٨.

٥- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :٢٩٢٢/٤.

٦- شرح مجلة الأحكام العدلية : ٣٠٥/٤.

فنفقة القريب تسقط بمضي الزمان أو بضيافة الغير[١]، ونفقة الزوجة تسقط إذا غاب عنها زوجها بمضي الزمان دون مطالبة ، فإن طالبت بها لم تسقط بمضي الزمان سواء حكم بها القاضي أم لم يحكم ، وذلك عند الجمهور خلافاً للحنفية الذين اشترطوا لاستحقاقها فرضها بطريق التقاضي أو التراضي[٢].

وقد نهج المشرع السوري نهجاً وسطاً بين مذهبي الجمهور والحنفية ، حيث قضى بسقوط دين النفقة عن الزوج بعد مرور أربعة أشهر فقط على وجوبه دون مطالبة من الزوجة به ، وذلك في المادة ٧٨ منه ، والتي جاء فيها : (١- يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه -٢- لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء)[٣].

فإن كانت النفقة مفروضة بالتقاضي أو التراضي بين الزوجين لم تسقط بحال حتى لو سكتت الزوجة عن المطالبة بها مدة من الزمان[٤]، وقد نص القانون في المادة ٧٩ منه : (إن النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء)[٥].

والتقادم قد يكون مبرراً لإسقاط دعاوى الحقوق الأسرية المالية التي تخضع في بعض تطبيقاتها للقانون المدني .

أما الحقوق الأسرية المعنوية التي تنطوي على التزامات تجاه الغير فلا تسقط بالتقادم ولا بترك المطالبة ، كالولاية والقوامة

وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ٢٤٤ لعام ١٩٦٦ : (لا يملك الولي التنازل عن ولايته على القاصر مادام أهلاً لها)[٦].

١- خبايا الزوايا للزركشي/٣١٥

٢- المبسوط للسرخسي:٥/١٨٤- البيان والتحصيل للقرطبي:٤/٣٤٦ – حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢/٥٢٤- مغني المحتاج للشربيني : ٥/ ١٥٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٢٤/٣٢٤.

٣- قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي :١/٤٤٤

٤- المبسوط للسرخسي: ٥/١٨٤- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/٣٤٦- مواهب الجليل للمغربي: ٨/ ٢٨٨- مغني المحتاج للشربيني: ٥/١٥٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٤/٣٤١.

٥- قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي : ١/٤٤٧

٦- قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي: ٢/٩٤٠- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٦٨.

خامساً : الظروف الطارئة :

قد يطرأ ظرف يمنع الاستحقاق ، كما لو كانت الحاضنة في مكان غير آمن يخشى على الصغير فيه[١] ، أو سقط حق الوارث في الميراث لقيامه بقتل المورث عمداً وقد قال ﷺ : " القاتل لا يرث "[٢] .

كذلك يسقط حق الزوجة في النفقة بتعذر احتباسها لسفر أو صغر يمنع الاستمتاع أو مرض يمنع من اللحاق بالزوج أو لحبسها بغير سبب من الزوج ولو ظلماً[٣] .

وإذا وهب الوالد لولده هبة وأراد الرجوع بها فمرض أحدهما بعد الهبة مرضاً مخوفاً سقط حق الوالد بالرجوع لتعلق حق الورثة بالموهوب ، كذلك إذا تغير حال الموهوب في يد الموهوب له أو كان قد تصرف به تصرفاً يخرجه عن ملكه ، أو كان الموهوب له قد دخل في تعامل مالي يرتب حقوقاً للغير ويوقعه في الضرر في حال رجوع الوالد في هبته[٤] .

فإذا زال الظرف الطارئ عاد الاستحقاق ، وفق القاعدة الفقهية في ذلك (إذا زال المانع عاد الممنوع)، فالحقوق الثابتة لأصحابها أصالة إذا امتنعت لمانع عارض ثم زال عاد الاستحقاق[٥] .

سادساً : سقوط الحق بإسقاط الطرف المقابل ما وجب عليه أو تقصيره فيه : فالنشوز يسقط حق النفقة والسكنى الواجبة للزوجة أو المعتدة من طلاق ولو بائن قبل طلاقها أو في

١- بدائع الصنائع للكاساني:٤٢/٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٨٦/٢- البجيرمي على الخطيب: ٤٧٥/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٤٦٩/٢٤.

٢- أخرجه الترمذي في كتاب الفرائض ، باب : إبطال ميراث القاتل ، وقال : هذا حديث لا يصح ولا يعرف إلا من هذا الوجه ، وإسحق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل العلم ومنهم أحمد بن حنبل ، والعمل على هذا عند أهل العلم ، أن القاتل لا يرث : ر ٤٧٦/٢١٠٩ .

٣- المبسوط للسرخسي:١٨١/١- أسهل المدارك للكشناوي:١٢١/٢- خبايا الزوايا للزركشي/٣٩٤- الشرح الكبير: ٢٩١/٢٤.

٤- المبسوط للسرخسي: ٥٥/١٢- التلقين للبغدادي/٢١٧- مغني المحتاج للشربيني: ٤٠١/٢- المغني لابن قدامة : ٢٦١/٨.

٥- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، إبراهيم الحريري ، دار عمار-عمان ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) /١٥٧- شرح مجلة الأحكام العدلية ، مادة٢٩/١٢٤- شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا، تحقيق : عبد الستار أبو غدة ، مصطفى الزرقا ، ط٢(١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) ، دار القلم- دمشق/١٩١.

أثناء العدة ، وكذلك يسقط حق القسم[١] ، وإذا ارتدت الزوجة وخرجت عن الإسلام سقطت نفقتها ، لأن ردتها ترتب عليها فرقة جاءت من قبلها فأبطلت نفقتها[٢].

وإذا تم إنكار الاستحقاق ضمنياً سقط، كاستحقاق المطلقة رجعياً للنفقة ، وصورة ذلك لو قال الزوج : طلقت بعد الولادة فلي الرجعة ، وقالت : بل قبلها وقد انقضت عدتي ، فالقول قوله في بقاء العدة وثبوت الرجعة ولا نفقة لها لزعمها[٣].

ويسقط المهر بحصول الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول حقيقة أو حكماً ، كما لو ارتدت أو كانت مخيرة فاختارت نفسها ، أو كانت أبرأت زوجها الصداق قبل الدخول أو بعده ، إذا كان ديناً في ذمته ، لأن الصداق حقها ولها التصرف به كيفما تشاء ، لقوله تعالى ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئاً مرِيئاً ﴾ [النساء : ٤] .

ويسقط كذلك إذا قتلت الزوجة نفسها أو زوجها ، لأنه قتل جناية ، وإنهاء للزواج بسبب منها فيسقط المهر كاملاً ، وإذا رفضت الزوجة متابعة زوجها وعدلت عن إتمام الزواج ، سقط حقها في المهر ، ولا يستحق لها كاملاً إلا بالدخول أو الموت فإن طلقها قبل الدخول سقط نصفه واستحقت النصف[٤] .

سابعاً : سقوط الحق بإسقاط القاضي : إذا أمضى القاضي الإسقاط على الشخص إما لغيبته أو لعدم رضاه سقط الحق بحكم ولايته العامة ، فيحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين إذا ثبتت مضارّة الزوج لزوجته أو استحكم الشقاق بينهما ولا سبيل للإصلاح ، أو ثبت لأحدهما خيار البلوغ أو الإفاقة ، لانتفاء أصل العقد ، كما يحكم بالخلع الإلزامي وإسقاط المهر إن لم يتفق الطرفان على بدلٍ محدد في الخلع[٥].

وتسقط الولاية عن ولي النفس أو المال بإسقاط القاضي إذا أضر بالصغير في نفسه أو في ماله ويسقطها القاضي كذلك إذا ثبت عضل الولي لموليته ، والعضل هو منع المرأة من التزويج بكفئها

١- اللباب في شرح الكتاب للغنيمي : ١٦٢/٢- بلغة السالك للصاوي : ٤٠٥/١- مغني المحتاج للشربيني: ٢٥١/٣-٢٥٢- المغني لابن قدامة : ٢٤٩/١٠.

٢- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٩٥.

٣- مغني المحتاج للشربيني: ١٧٣/٥.

٤- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٩٦.

٥- التعسف للصويعي/٦٤.

إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه ، وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي ومالك أحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية ، وقال أبو حنيفة : له منعها من التزويج بدون مهر مثلها [١] ، والأصل في حرمة العضل قوله تعالى : ﴿وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إذا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[البقرة:٢٣٢] .

فإذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم ، أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول ، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره ، واختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية :

فتنتقل إلى السلطان عند الحنفية والشافعية والمالكية وفي رواية عن أحمد[٢]، لقول النبي ﷺ: " فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَه " [٣]، ولأن الولي قد امتنع ظلماً عن حقٍّ توجه عليه فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم ، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه ، وقيده الشافعية بتكرار العضل ثلاث مرات لتبين فسقه بذلك [٤].

ونص أحمد في قول آخر وهو المذهب عندهم إلى أن الولي الأقرب إذا عضل انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جنّ ، وبالعضل يفسق الولي فتنتقل الولاية عنه ، فإن عضل الأولياء كلهم زوجها الحاكم ، وأما قول النبي ﷺ : " السلطان ولي من لا ولي له " [٥]، فيحمل على ما إذا عضل الكل ، لأن قوله : " فإن اشتجروا " ضمير جمع يتناول الكل[٦].

ثامناً : موت أحد الطرفين : ويسقط الحق بموت أحد الطرفين ، لزوال الذمة المشغولة بالحق كسقوط حق الزوجة بالنفقة لموت الزوج[٧].

١- البناية للعيني: ٦١٧/٤- التلقين للبغدادي/١١٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٠/٤- كشاف القناع للبهوتي : ٦١/٤-٦٢ - التعسف للصويعي/٦٤.

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٣٤٣/٨- أسهل المدارك للكشناوي: ٧٧/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٢/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٦٢/٤.

٣- صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب السلطان ولي ، ر(٤٨٤٢) : ١٩٧٣/٥.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٢/٤.

٥- صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب السلطان ولي ، ر(٤٨٤٢) : ١٩٧٣/٥.

٦- كشاف القناع للبهوتي: ٦٢/٤.

٧- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٩٥.

تاسعاً : سقوط الحق بثبوت حق آخر : إذا كان الحقان متنافيين ، إن وجد أحدهما انتفى الآخر أو سقط ، كالرجعة تسقط عن المختلعة أو المطلقة على مال ، لأن الزوج ملك المال بالخلع فلم تثبت له الرجعة [١].

ويسقط حق الطلاق بثبوت الخلع ، فلا يلحقها ما بقي من عدد الطلاق في العدة أو بعدها ، كناية أو تصريحاً ، لأنها لا تحلُّ له إلا بنكاح جديد ، ولأنه لا يملك رجعتها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ، وبه قال الشافعية والحنابلة [٢] ، وذهب الحنفية إلى أنه يلحقها الطلاق تصريحاً لا كناية مادامت في العدة[٣]، وذهب المالكية إلى أنه يلحقها الطلاق إذا اتصل بالخلع ، وكان في مجلسه ، ولا يلحقها بعد المجلس[٤].

١- المجموع للنووي: ١٨/١٧٤.

٢- المجموع للنووي: ١٨/١٧٣- المهذب للشيرازي : ٤/٥٦٧- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٧- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٣٨.

٣- مختصر القدوري لأبي الحسن أحمد بن محمد القدوري ، تحقيق كامل عويضة ، دار الكتب العلمية -بيروت ط١(١٤١٨هـ-١٩٩٧م)/١٦٣.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢/٢٥٠ .

المطلب الثالث : أداء الحق أو إسقاطه أو الإبراء منه :

حرص الإسلام بتعاليمه وتوجيهاته على براءة الذمم من حقوق العباد ومظالمهم ، فإذا ثبت الحق لأحد الزوجين تجاه الآخر أو لأحد الأولاد تجاه والديهم أو العكس ضمن إطار الأسرة ، وجب على من عليه الحق تأديته إلى صاحبه كاملاً غير منقوص ، ويتحقّق ذلك في الأعيان الشخصيّة بتمكين أصحابها منها بوضع اليد ، ويتحقق في غيرها من الأموال والحقوق المعنوية بالعزل والحيازة. ولا يجوز لمن عليه الحق الامتناع عن الأداء أو المماطلة في الوفاء عند المطالبة به من قبل صاحبه أو من ينوب عنه ويقوم مقامه شرعاً أو قانوناً، ويكون عندئذ في حكم الغاصب، والله تعالى يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[النساء : ٢٩] ، إلا أن يكون معسراً عاجزاً عن التسديد ، فيستحب إنظاره ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة :٢٨٠].

وقد ندب الشارع صاحب الحق إلى الإحسان عند استيفاء حقه كلّه أو بعضه ، لاسيما إذا كان المدين في ضائقة وإعسار ، ويجوز له التنازل عن حقه بملك إرادته ودون إجبار، إذا كان حقاً مالياً ثابتاً في الذمة ، وإبراء ذمة المدين من الانشغال به ، والعفو عنه ومسامحته ، كما يمكن إسقاط الحق جزئياً أو كلياً ، بعوض أو بغير عوض ، إذا اتفقت إرادة الطرفين على ذلك ، والإسقاط على مال هو ما سيتم إيضاح أحكامه في الفصول الآتية إن شاء الله تعالى .

الفصل الأول : مفهوم الإسقاط على مال وحكمه :

المبحث الأول : تعريف الإسقاط على مال والألفاظ ذات الصلة :

المبحث الثاني : طرق الإسقاط على مال .

المبحث الثالث : حكم الإسقاط على مال ودوافعه :

المبحث الرابع : شروط مشروعية إسقاط الحقوق الأسرية على مال .

مفهوم الإسقاط على مال وحكمه :

تتنوع التصرفات التي من شأنها أن تحقق منفعة مشروعة لأفراد الأسرة ، أو تمنع عنهم مفسدة غالبة ، ويعتبر إسقاط الحق مقابل منفعة مالية معتبرة أحد التصرفات التي قد يلجأ إليها أحد أفراد الأسرة ، تحقيقاً لنفعٍ أو دفعاً لضرٍ، ولابد في البداية من إيضاح المعنى العام للإسقاط ومدى مشابهته ومشاركته غيره من المصطلحات والألفاظ ذات الصلة به.

المبحث الأول : تعريف الإسقاط على مال والألفاظ ذات الصلة :

لابد قبل الخوض في دراسة الأحكام التي يتناولها الإسقاط من بيان لمفهوم الإسقاط ، بهدف تجريده عن مشابهاته ، لتحديد مسار البحث ، ويتمثل ذلك من خلال تعريف الإسقاط على مال لغة واصطلاحاً وإيضاح الألفاظ ذات الصلة بالبحث .

المطلب الأول : تعريف الإسقاط على مال :

لغةً من سقط سُقُوطاً ومسقَطاً بمعنى وقع ، وكل من وقع في مهواة يقال : وقع وسقط ، والسقوط : إخراج الشيء من مكان عال إلى منخفض ، كالسقوط من السطح ، وسقوط منتَصِبِ القامة ، ومنه قوله تعالى : ﴿تُساقِط عليك رُطَبَا جَنِيّاً ﴾ [مريم : ٢٥]، وسقط الولد من بطن أمه أي خرج قبل التمام ، وأسقط الشيء أي ألقاه ورماه ، ومصدره من أسقط يسقط إسقاطاً فهو مسقِط ، والمفعول مسقَط ، ومنه أسقط حقّه أي تنازل عنه ، وأسقط بمعنى رفع وأزال ، وسقط الفرض، أي سقط طلبه والأمر به[1].

اصطلاحاً : تناول الفقهاء الإسقاط تحت عدة مصطلحات ، كنوع من أنواع التصرف التي يمكن أن يكون لها مجالها في أبواب العبادات والمعاملات والحقوق والجنايات وغيرها ، لكنهم لم يجعلوا له حيزاً مستقلاً كغيره من المعاملات ، بينما حاول الباحثون المتأخرون استنباط المعنى الدقيق للإسقاط وتنقيته من مشابهاته من خلال النظر والتمحيص في أقوال المتقدمين وشروحهم ، ومن التعريفات التي وقفت عليها للإسقاط :

١- لسان العرب لابن منظور، مادة سقط: ٢٠٣٨/٢٣- تاج العروس للزبيدي: ٣٥٤/١٩- ٣٦٥- القاموس المحيط محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة ، ط٨(١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م) /٦٧١ – الصحاح للجوهري: ١١٣٢/٣.

١- إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقرّباً إلى الله بصيغة مخصوصة [١].
وفي الإسقاط على مال يكون الحطّ من الحق أو الملك مقابل وجود العوض المالي ، وبالتالي فالإسقاط على مال لا يكون تقرباً إلى الله تعالى في الغالب ، ولكن لتحقيق منفعة مادية لأحد الأطراف أو لكليهما .

٢- تلاشي الحق وزواله نهائياً ، وعدم نقله إلى غير المختص ، سواء كان هذا التلاشي بعوض أو بغير عوض [٢].

والتلاشي للحق يدخل فيه سقوط الحق بسبب أو بغير سبب ، مع وجود الإرادة أو عدمها ، فهو تعريف عام ، ولا يصلح أن يكون لفظ التلاشي تعبيراً عن تعريف نوع من أنواع التصرف المقصود ، والتي قد تأخذ شكلاً من أشكال المعاوضة في بعض الأحيان .

٣- هو التنازل عن حق ثابت في ذمة شخص أو قِبَله [٣].

قصر هذا التعريف مجال الإسقاط على دين أو حق ثابت في ذمة الشخص، وهذا ما قد يعبر عنه الإبراء أيضاً .

٤- إزالة الحق الثابت وتلاشيه نهائياً مع عدم نقله إلى غير المختص به سواء كانت هذه الإزالة بعوض أو بغير عوض [٤].

وبتعبير آخر هو : إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق [٥].

أوضح التعريف أن الإسقاط إزالة للحق الثابت ، وليس في الإسقاط إزالة للحق ، وإنما تنازل عن الاختصاص به إلى الغير ، إذ الحق باقٍ لم يزل ، غير أنه انتقل من شخص إلى آخر ، والتعبير بالإزالة عام ، وليس دقيقاً .

١- أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي- أحمد الصويعي ، دار النفائس- الأردن/ ١٨.

٢- التصرف الإسقاطي محمد زكريا البرديسي- مجلة إدارة قضايا الحكومة - العدد٣ /٥٥٧.

٣- قبل الشخص أي اتجاهه ، الهداية للمرغيناني : ٩٣/٢

٤- نظرية إسقاط الحق ، عبد الرحمن محمد ، جامعة الأزهر ١٩٧٧/٤.

٥- النظريه العامة للإبراء في الفقه الإسلامي ، ربيع دردير ، محمد علي ، رسالة دكتوراه مطبوعة ، جامعة أسيوط ١٩٩٠م/٢٣.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن القول بأن **الإسقاط : هو التنازل المقصود عن حق ثابت بعوض أو بغير عوض .**

قيود التعريف :

١- التنازل المقصود : إزالة الملك أو الاختصاص المقصود ، وليس إزالة العين ، ويخرج بذلك السقوط الذي يكون بسبب عارض أو أصيل ، ويكون الإسقاط كذلك بإرادة صاحب الحق وقصده وبتصرف منه .

٢- حق ثابت : وهو شرط في محل الإسقاط.

٣- بعوض أو بغير عوض : وبذلك شمل الإسقاط بنوعيه ما كان منه بعوض ، كالخلع والصلح على الدين والعفو مقابل مال ، وكذلك ما كان محضاً بغير عوض كالطلاق [١] .

وانطلاقاً من هذا التعريف يمكن القول بأن **الإسقاط على مال : هو التنازل عن الحق الثابت بعوض مالي .**

وهذا التعريف قاصر على الحق مراعاة لمجال الدراسة ، وأسقط منه قيد المقصود ، لأنه اقترن بالعوض المالي ، وهو بذلك يتوقف على اتفاق مشروط بين الطرفين ، بمعنى أنه تصرف رضائي وما كان الرضا أساساً فيه ، اعتبر القصد فيه دلالة ، ولو من غير نص ، وكان البدل المالي أحد أركانه التي لا يداخلها التأويل .

ويدخل فيه أيضاً الصور التي يكون فيها الإسقاط على مال إلزامياً بناء على طلب أحد الطرفين دون اعتبار رضا الآخر، كالخلع الإلزامي ، والمقاصة الجبرية لدين النفقة مقابل ما هو ثابت للزوج من دين في ذمة الزوجة.

١- الذخيرة للقرافي: ١٥٩/١.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة :

تتعدد الألفاظ التي تتداخل مع الإسقاط ، فيشترك معها في جوانب ، ويخالفها في أخرى، فالإبراء والمصالحة والمقاصة والعفو والحط والترك ، كلها مصطلحات تحمل معنى الإسقاط ، وتستقل عنه في جوانب أخرى ، كما أن هناك مصطلحات تتداخل مع الإسقاط على مال بشكل مباشر باعتباره مجال البحث ومداره ، بل وتعتبر إطاراً عاماً له في بعض صوره ، وطريقة من الطرق التي يجري وفقها ، كالصلح والمقاصة ، والتي يأتي بيانها في طرق الإسقاط على مال ، ومن المصطلحات التي تتداخل مع الإسقاط عموماً : الإبراء والعفو والترك .

فالإبراء : لغة من برئ أي خلص وخلا ، وأبرأ فلاناً أي خلّصه مما له عليه ، وبري فلان من الدين سقط عنه طلبه [١] .

أما اصطلاحاً : فلم يميز الفقهاء بين الإسقاط والإبراء ، لكن المتتبع لمسائلهم في ذلك يجد بين الإسقاط والإبراء عموماً وخصوصاً لفظياً ، فيشتركان في ما نسميه إبراء الإسقاط : وهو إنشاء فيه معنى التمليك ، وهو أن يبرئ أحد الآخر بإسقاط تمام حقه الذي في ذمته كلاً أو جزءاً منه[٢] ، ويكون ذلك بإلغاء شغل الذمة من الدين ، أو إنهاء الحق وتلاشيه بالتنازل عنه ، ويشتركان أيضاً في أنهما قد يجريان قبل النزاع أو بعده.

وينفرد الإبراء عن الإسقاط بإبراء الاستيفاء ، وهو إقرار صاحب الحق بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر [٣] .

والإبراء فيه معنى التمليك ، ويتوقف على القبول ، فهو يسقط الحق الثابت ، ولا ينقله إلى المسقط له إلا بالقبول ، وهذا عند الحنفية والمالكية [٤] ، خلافاً للشافعية والحنابلة الذين اعتبروا الإسقاط والإبراء شيئاً واحداً ، ولم يشترطوا القبول فيه [٥] .

١- المعجم الوسيط ، أنيس إبراهيم : ٤٦/١، المصباح المنير ، أحمد بن علي الفيومي ، مكتبة لبنان – بيروت ط(١٩٧٨)/١٨ ، مختار الصحاح للرازي/٧٣ ، مادة برئ .

٢- مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٩٨/١٥٣٦ ، البحر الرائق ، ابن نجيم:١٣١/٦.

٣- البحر الرائق لابن نجيم: ١٦١/٣.

٤- الهداية شرح بداية المبتدي ، للمرغيناني: ٢٣٠/٣- مواهب الجليل للمغربي: ٥١٦/٣.

٥- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني- دار الفكر- بيروت : ١٢٩/٢- العزيز شرح الوجيز للرافعي: ٩١/٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد ، علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن ، دار إحياء التراث العربي- لبنان : ١٢/٧

ولما كان في الإبراء تمليك يتمثل في هبة الدين بغير عوض لمن في يده ، فهو يجري في الأموال والحقوق الثابتة في الذمة ، أما ما لم يثبت في الذمة من الحقوق فيفتقر لمعنى التمليك ، كالحقوق الثابتة قِبَلَ الأشخاص، كالحضانة والكفالة والعصمة ، وبالتالي لا يجري فيها الإبراء ، لكن يجري فيها الإسقاط .

فالإسقاط إذن : من حيث مجال استخدامه أعمّ ، لشموله الحقوق الثابتة قِبَلَ الأشخاص ، لكن الإبراء من جهة أخرى استيفاء للأعيان في حين أن الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلو أبرأت المرأة زوجها من المهر بعد ثبوته برئت ذمته من المهر بشرط أن يكون المهر ديناً لا عيناً ، ويكون الإبراء هنا إسقاطاً [1] ، ويمكن أن يكون كل من الإبراء أو الإسقاط جزئياً أو كلياً .

وينفرد الإسقاط عن الإبراء بجواز المعاوضة فيه ، فقد يكون إسقاطا محضاً ، وهو بذلك يشترك مع الإبراء ، وقد يكون مقابل عوض مالي ، وبذلك يفارق الإبراء .

ومقصود البحث ومجاله هو الإسقاط الذي تجري فيه المعاوضة المالية بشكل جزئي أو كلي ، وبالتالي فلا يدخلها الإبراء إلا في صورة المبارأة (المقاصة) ، وهي صورة ما إذا ثبت لكل طرف في ذمة الآخر حق مالي ، وحصلت المبارأة من كلا الطرفين ، سواء تساوى الحقان أم تفاضلا.

فالإسقاط على مال هو تمليك للحق الثابت في الذمة مقابل بدلٍ مساوٍ له أو يفضله ، وهو تصرفٌ رضائيٌ ، يتوقف على شرط القبول ، لأنه يرتب على الأطراف أعباء مالية أو يسقطها عن أحد الطرفين أو كليهما [2] .

والعوض المالي هنا قد يكون مقابل حق مالي ثابت في ذمة الطرف الآخر، أو مقابل إسقاط المطالبة بالحق إن لم يكن مالياً، وهذا ما يغلب على الحقوق الأسرية، والله تعالى أعلم.

وفي معنى الإبراء **العفو** ، وهو لغة : قصد إزالة الذنب والتجافي عنه ، وعفا الله عنك أي محا ذنبك ، وعفوتُ عن الحق : أسقطته ومحوته عن الذي هو عليه ، قال تعالى : ﴿وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة ٢٣٧] [3].

١- البحر الرائق ، ابن نجيم : ١٦١/٣.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٦.

٣- المصباح المنير للفيومي: ١٥٩- المفردات في غريب القرآن للأصفهاني /٤٤١ ، مادة عفو.

اصطلاحاً : هو التجاوز عن الذنب وإسقاط الحق عن الغير[١] ، والعفو عند الإطلاق أعمّ إذ هو الإسقاط أو ترك المطالبة بالحق ، كما أن العفو يصدر من طرف واحد وبإرادة منفردة ، بينما الإسقاط على مال هو اتفاق بين طرفين[٢] .

أما الترك لغة : من ترك الشيء إذا أعرض عنه وخلّاه ، والمقصود هو الإعراض عن فعل مقدور عليه بقصد أو بغير قصد[٣] .

والترك عند المحققين فعل من الأفعال الداخلة تحت الاختيار[٤]، وترك الحق أي الامتناع عن استعمال الحق دون إسقاطه ، وترك الدعوى ، كترك الزوجة حقها في القسم لضرتها بإهمالها المطالبة به .

وترك الحق وإهماله لا إلى تصرّفٍ آخرَ يعد سكوتاً عنه ، فإن أبدى تصرفاً آخر حمل معنى الإبراء أو العفو أو الإسقاط المحض ،ويتجرد عن العوض المالي ، بخلاف ما عليه الإسقاط على مال ، لأن فيه شبه معاوضة .

ومن الملاحظ أن الإسقاط على مال يتصف بالمواصفات العامة لعقود المعاوضة، حيث تتجه إرادة العاقدين إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في التزام مالي لقاء إسقاط حق مستحق على المسقط عنه ، ويتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه [٥] ، لكنه أيضاً قد يكون فعلاً أو التزاماً معلقاً على شرط أو من قبيل المقاصّة أو الصلح على مال ومن هنا عبرت عنه بالتصرف حتى يتسع ليشمل العقد وغيره من الأفعال المعلقة على شرط مالي.

١- معجم لغة الفقهاء، قلعة جي /٣١٦.

٢- الذخيرة للقرافي: ٢٤٢/٦.

٣- تاج العروس للزبيدي : ٩١/٢٧، مادة ترك .

٤- الموافقات للشاطبي : ٧٨/١.

٥- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١٧٤/١.

المبحث الثاني : طرق الإسقاط على مال :

إن أهم ما يميز الإسقاط على مال ملازمته لمراحل الحياة الأسرية ككل ، بدءاً من مرحلة الإنشاء كإسقاط حق الكفاءة ، أو إنقاص الصداق عن مهر المثل ، مروراً بالحقوق الملازمة للحياة الأسرية ، والتي قد يكون في إسقاطها استمرار للحياة الأسرية كالتصالح في حال النشوز على إسقاط النفقة أو القسم ، وانتهاء بحلِّ الرابطة الزوجية بالخلع أو الطلاق على مال ، وما ينتج عن ذلك من آثار ، كالحضانة والرضاع والسكنى والعدة ونحو ذلك .

والإسقاط على مال هو تصرف يتم بطريق المعاوضة ، أو التعليق على شرط بذل العوض، وهذا لا يسمى معاوضة ، لكنه يدخل في باب الإسقاط على مال ، وكذلك يشمل المبارأة ، وهي نوع من المقاصة ، ويتم أحياناً بطريق المصالحة ، وفيما يأتي بيان موجز لهذه الطرق على أن يأتي تفصيل أحكامها في مواضعه من الدراسة إن شاء الله .

المطلب الأول : الإسقاط على مال بطريق المعاوضة :

يتداخل الإسقاط على مال مع بعض العقود بشكل جوهري ، وقد يكون موضوعاً للعديد منها مثل عقود المعاوضة ، وهي العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه [1] ، ويعتبر الخلع من أجلى الصور التطبيقية التي حظيت باهتمام الفقهاء ، وتعرضوا لتفاصيلها في مجال الحقوق الأسرية ، الأمر الذي يجعله أساساً تبنى عليه الصور المستجدة ، وفاصلاً فيما اختُلِفَ فيه ، بما لا يمنع ما تضيفه العقود الأخرى من صور تبقى على حكمها العام ، وتعطي للإسقاط على مال صورته الشاملة للخلع وغيره ، إلا أن الإسقاط على مال لا ينحصر بمرحلة بعينها من مراحل الحياة الأسرية ، كما هو شأن الخلع والطلاق على مال ، واللذان يلازمان مرحلة حلّ الرابطة الزوجية .

وينطبق على الخلع الصفات العامة لعقود المعاوضة ، من خلال إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين ، يأخذ كل طرف فيها شيئاً ، ويعطي في مقابله شيئاً آخر [2] .

١- الوسيط في القانون المدني للسنهوري : ١/١٧٤.

٢- الوسيط في القانون المدني للسنهوري: ١/١٤٩- مجلة العدل ، بحث محكم بعنوان المعاوضة على الحقوق عبد الله الموسى ، العدد ٤٥، لسنة ١٤٣١/١٨١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٥٠.

والخلع هو إزالة ملك النكاح على بدل بلفظ الخلع ، والطلاق على مال في حكم الخلع ، وليس خلعاً ، ومن صيغه أن تقول لزوجها : خالعت نفسي منك بكذا ، أو يقول : طلقتك على ألف أو أنت طالق على ألف[١].

وقد ميز المالكية بين لفظ الخلع والمبارأة والمفاداة في المعنى ، فالمبارأة عند مالك تعني مبارأة الزوج قبل الدخول على ما أخذت منه ، والمختلعة تختلع من كل الذي لها ، أما المفتدية فتعطي بعض الذي لها ، وتمسك بعضه[٢].

والخلع طلاق بائن وليس فسخاً عند الحنفية والمالكية والشافعية في القول الراجح ، لأن الخلع يكون بعد تمام العقد ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه[٣] ، وذهب الحنابلة في الراجح عندهم والشافعية في قول إلى أن الخلع فسخ للنكاح وليس طلاقاً[٤].

ويترتب على الخلاف السابق اختلاف الفقهاء في الخلع هل هو معاوضة أم تعليق ؟ :

ذهب الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية في قول إلى أن الخلع معاوضة من الجانبين ، فيصح منجزاً بلفظ المعاوضة لوجود معناها، والحكم فيه كسائر المعاوضات[٥]،

وذهب أبو حنيفة إلى كونه معاوضة من جانب الزوجة ، لكنه ليس معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن بديل العوض فيه ليس مالاً شرعاً ، وإنما هو افتداء المرأة نفسها ، فلا يكون

١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٧٥٩/١- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٢٠/٩- رد المحتار لابن عابدين: ٤٤٠/١٨ ، وينظر في الفرق بين الخلع والطلاق على مال ص ٢٨٢.

٢- المدونة للإمام مالك :٢٤٩/٢.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٧١/٦- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٧٥٩/١- مواهب الجليل للمغربي: ١٩/٤- بداية المجتهد لابن رشد: ١٥١/٢- المجموع للنووي : ١٥٩/١٨

٤- المجموع للنووي: ١٥٩/١٨- مغني المحتاج للشربيني : ٣٤٢/٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٨٨/٤- المغني لابن قدامة: ٢٥٠/٧.

٥- الدرر في شرح المختصر (الشرح الصغير على مختصر خليل) ، بهرام الدميري ، تحقيق حافظ خير- أحمد نجيب ، دار النوادر -بيروت ، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١٤) /١٠٣٧- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٧/٢- الوسيط في المذهب ، محمد بن محمد الغزالي ، تحقيق : أحمد إبراهيم ، دار السلام- القاهرة ط١(١٤١٧هـ- ١٩٩٧م):١١٩/٥- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، تحقيق محمد الضناوي ، عالم الكتب- بيروت ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م) : ١٨٨/٤.

الخلع معاوضة محضة ، ويكون تعليقاً من جانب الرجل ، وذهب الصاحبان من الحنفية إلى كونه تعليقاً من الجانبين [١].

وذهب من قال بأن الخلع طلاق من الشافعية إلى كونه معاوضة فيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة ، ولا يعني ذلك أن الحكم الواحد يتركب من أصلين وإلا لوقع التناقض ، ولكن تجري بعض الأحكام على قاعدة التعليق ، وبعضها على قانون المعاوضة [٢].

والذي اتضح لي من كلام الشافعية وما عرضوه من صور أن الإيجاب إن كان من جهة صاحب الحق كان تعليقاً ، وإن كان من جهة صاحب المال كان معاوضة [٣].

ويترتب على كون الخلع عقد معاوضة الآثار الآتية :

١- يصح للزوجة الرجوع عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج ، وكذلك لو رجع قبل قبولها لم يقع الطلاق ، كما في عقود بالمعاوضات[٤] ، ولو قبض العوض قبل قبول الطرف الآخر، كأن قالت له : اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا ، فقبض العبد وجعل أمرها بيدها ، وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً ، فلها أن تختار متى شاءت ما لم يطأها ، وله الرجوع ما لم تطلّق ، فإن رجع رجعت عليه بالعوض[٥].
٢- يقتصر قبول الزوجة على المجلس إن كانت حاضرة فيه ، وعلى مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب كالبيع ، ولا يشترط حضور المرأة في المجلس ، بل يتوقف الإيجاب على ما وراء المجلس ، بعكس عقد الزواج ، فلو كانت غائبة فبلغها الخبر، فلها القبول في مجلس علمها به ، لأنه في جانبها معاوضة [٦] .
٣- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الردّ إذا ابتدأت الخلع ، كأن تقول لزوجها : خالعتكَ على ألف على أن لي الخيار ثلاثة أيام،

١- المبسوط للسرخسي: ١٧١/٦- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٧٥٩/١.

٢- المجموع للنووي : ١٥٩/١٨- الوسيط للغزالي : ١١٩/٥.

٣- المجموع للنووي: ١٥٩/١٨- الوسيط للغزالي ١١٩/٥- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٢/٣.

٤- المجموع للنووي:١٥٩/١-المرجع في قضاء الأحوال الشخصية ، أحمد الداغستاني، دار الأنوار- دمشق ط١(١٩٨٣) : ٥٤٢/١.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة :٤١/٢٢.

٦- رد المحتار لابن عابدين: ٤٣٩/٣- البناية للعيني: ٣١٢/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٢/٣ ، الإنصاف للمرداوي: ٨١/٢٢.

فإذا قبل الزوج صحّ الشرط ، ولها أن تقبل أو ترفض، لأن الخلع من جانبها معاوضة، والمعاوضات يصحّ فيها اشتراط الخيار، وهذا عند أبي حنيفة ، وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية إلى أنه لا يصحّ اشتراط الخيار للزوجة، لأن الفرقة وقعت بالتلفظ بالخلع، وما وقع لا سبيل إلى رفعه، فيصح الخلع ، ويبطل الشرط ، لأن الخلع لا يفسد بالعوض الفاسد ، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح [١].

٤- لا يصح للزوجة تعليق الخلع ولا إضافته إلى زمن المستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة [٢].

٥- لا تُلزَم الزوجة ببدل الخُلع إلا إذا كانت أهلاً للتبرع ، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة ففيه شَبَه بالتبرعات [٣].

٦- لا يشترط في صحته قبض العوض ، فلو تمَّ من قِبَل الزوج، فماتت المرأة أو أفلست، لزم العِوض في تَركَتها، وأُتبعت به [٤].

٧- ويجوز ردّ العوض فيه بالعيب ، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر [٥].

١- البناية للعيني:٥/٣١٤-٣١٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي:١/٧٦٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٤١- الفقه على المذاهب الأربعة ، عبد الرحمن الجزيري ، دار إحياء التراث العربي- بيروت ، ط٧(١٩٨٦): ٤/٤١٨.

٢- المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، لأبي المعالي محمود بن أحمد بن مازة البخاري ، تحقيق : عبدالكريم الجندي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢٤هـ-٢٠٠٤) :٣/٣٣٥- المجموع للنووي : ١٨/١٦٥-١٦٧- الشرح الكبير لابن قدامة :٢٢/٤١.

٣- البناية للعيني: ٥/٣٠١- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢/٣٤٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣/١٢٩.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣/٣٧٦ – المجموع للنووي : ١٨/٢٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/٧٥.

٥- المجموع للنووي: ١٨/١٩١- كشاف القناع للبهوتي: ٤/١٩٥.

المطلب الثاني : الإسقاط على مال بطريق التعليق على شرط :

وهو أن يعلق صاحب الحق إسقاطه على بذل مال أو إسقاط حق مالي ونحوه بطريق الإشراط بحيث لا يحتاج إلى قبول الطرف الآخر ، ولكن إلى وقوع الشرط ، والتعليق يمين اصطلاحاً ، ومنه ذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع يمين من جانب الزوج ، لأنه علق طلاقها على قبول المال ، فليس له الرجوع عنه ، ولا يحتمل الفسخ ، بخلاف الزوجة فإن الخلع معاوضة بمالٍ من جانبها وتحتمل الفسخ ، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج ، وذهب الصاحبان إلى أنه يمين من جانب الزوجين جميعاً [١].

ويكون التعليق باستخدام أسلوب من الأساليب التي تفيد الشرط ، نحو : على أو إن أو متى أو إذا أو من أو أي أو كلما ، وليس في هذه الأدوات ما يقتضي التكرار باستثناء كلما ، لأن موضعها للتكرار ، وهذا لا يتصور في الإسقاط على مال ، وكلها تكون على التراخي إذا تجردت عن لم ، فإن اتصلت بها صارت على الفور باستثناء (إن) فتبقى على التراخي ، لأنها لا تقتضي وقتاً ، فإن مات أحدهما قبل وجود الشرط سقطت اليمين [٢].

وإذا كان الإسقاط على مال بطريق التعليق على شرط فهذا يعني أن يتوقف وجوده على وجود الشرط ، فإن قال لامرأته : أنت طالق على أن عليك ألفاً ، فلا يقع الطلاق إلا بوقوع الشرط[٣].

ويترتَّب على اعتبار الإسقاط على مال في صورة الخلع يميناً من جانب الزوج الآثار التالية :

١- لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة ، لأنه يمين من جانبه ، واليمين لا يجوز الرجوع فيها ، وبناء على ذلك لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ، ثم قام منه قبل قبول الزوجة له لم يبطل الإيجاب بقيامه ، لأنه مقيد بمجلسها هي ، بحيث لو قبلت الزوجة بالخلع بعد قيام الزوج كان قبولها صحيحاً والخلع صحيح ، لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة ، والزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة ، فلا يملكه دلالة من باب أولى ، كذلك

١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٧٥٩/١- شرح فتح القدير لابن همام: ٢٠/٩- رد المحتار لابن عابدين: ٧٩/٥- النجم الوهاج للدميري : ٧/ ٥٦٢.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٤٦/٢٢-٢٤٨- العدة شرح العمدة للمقدسي /٤١٧.

٣- المجموع للنووي : ١٩٠/١٨.

في الطلاق على مال إذا قال لزوجته : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، أو متى ما أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، يكون تعليقاً محضاً من جانبه ، ولا يصح رجوعه ، ولا يفتقر إلى قبولها لفظاً[1] .

٣- لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة ، لأنه يمين من جانبه ، فلا يصح رجوعه عنه ، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلًا ، لأنه مخالف لمقتضى التصرف ، ولا يبطل الخلع به ، لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فلو خالع زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام وقبلت الزوجة ، وقع الخلع في الحال ، ولزمها المال المتفق عليه[2] .

٤- يجوز للزوج أن يعلّق الخلع بشرط ، وأن يضيفه إلى زمن مستقبل ، كما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله .

وسواء تمّ الخلع بطريق المعاوضة أو التعليق على الشرط ، فإنه صورة جلية في الإسقاط على مال.

١- البناية للعيني: ٣١٢/٥- المبسوط للسرخسي : ١٧٣/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥١/٢- الوسيط للغزالي: ٣١٧/٥- الإنصاف للمرداوي: ٨١/٢٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥١/٢- الوسيط للغزالي : ٣١٧/٥.

المطلب الثالث : الإسقاط على مال بطريق المصالحة :

الصلح : لغة من صَلَحَ يصلُحُ صلاحاً ، والصَّلاحُ ضدّ الفساد ، والصلحُ إنهاء الخصومة ، وهو السلم والمسالمة بعد المنازعة ، ويقال : اصطلحوا وصالحوا وتصالحوا واصَّالحوا [١] .

ولا يخرج الصلح شرعاً عن المعنى اللغوي ، ويتمثل في إزالة الشقاق ، وإنهاء الخصومة ، وإحلال السلام [٢]، ويعرف اصطلاحاً بأنه : معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين ، بعوض أو بغير عوض [٣] .

ويتضح أن بين الصلح والإسقاط عموماً وخصوصاً ، فالإسقاط صلح غالباً ، والصلح قد يكون بالإسقاط على مال ، وقد يكون بغيره .

والإسقاط على مال يشترك مع صلح المعاوضة في إحدى غاياته ، والتي تتمثل في التصالح وإنهاء الخصومة برضا الطرفين ، فكلاهما تصرف رضائي يرتفع به النزاع بين الخصوم [٤]، لكن الصلح يكون بعد النزاع غالباً ، وهو معاوضة على الدعوى ، والأصل فيه الإنكار، ولابد من قيام البينة على الإقرار [٥] .

وكذلك صلح الحطيطة ، وهو أن يقر لآخر بعين أو دين ، ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ويدفع إليه بعضه ، وهو جائز بلفظ الصّلح ، لأن الإنسان لا يُمنع من إسقاط بعض حقه ، كما لا يمنع من استيفائه [٦]، وأجازه الحنابلة بلفظ الإبراء للدين والهبة للعين ، فإن وقع بلفظ الصلح لم يصح ، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض ، فيكون هضماً للحق ، ويشبه من اشترط العوض وهو مقر بالحق أو امتنع عن الوفاء مقابل العوض ، أما الصلح فلا يكون إلا مع الإنكار ، لأن

١- تاج العروس للزبيدي ، مادة صلح : ٥٤٧/٦- لسان العرب لابن منظور، مادة صلح : ٥١٦/٢ - مختار الصحاح للرازي: ١٥٤/١.

٢- الذخيرة للقرافي: ٣٣٥/٥.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢٣/١٣- الروض المربع للبهوتي/٣٧٩ - المغني لابن قدامة: ٣٠٨/٤.

٤- البدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٦ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ٢٥٤/٢.

٥- الذخيرة للقرافي: ٣٤٧/٥، مواهب الجليل للمغربي: ٣/٧- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨٥/٥- المجموع للنووي: ٧٣/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢٨/١٣.

٦- تبيين الحقائق للزيلعي: ١٣/١٤- مواهب الجليل للمغربي: ٣/٧- المجموع للنووي: ٦٧/١٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨٦/٥.

استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه ، أما في حال الإقرار فصورة المعاوضة فيه أن يقضي الدين من غير جنسه[١] .

وقد جاء في المادة ٥١٧ من القانون المدني السوري أن : (الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)[٢] .

وجاء في الفقرة ٢ من المادة ٣٤٠ من القانون المدني السوري : (إذا كان الدين متنازعاً في جزء منه ، وقَبِلَ الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء)[٣] ، وفي المادة ٣٤٨ من القانون المدني السوري : (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء)[٤] .

والصلح عقد قائم بنفسه ، وليس فرعاً عن غيره عند الجمهور خلافاً للشافعي الذي اعتبره فرعاً عن خمسة من العقود هي البيع والإجارة والعارية والهبة والإبراء (الحطيطة)[٥] ، وهو قد يتم على إسقاط حق مقابل مال ، أما الإسقاط فهو تصرف يلحق أقرب العقود إليه ، ولا يشترط وجود النزاع ولا يغلب فيه .

ويجوز الصلح عن دين بغير جنسه مطلقاً ، ويحرم بجنسه بأكثر أو أقل على سبيل المعاوضة، ولو صالح بشيء في الذمة على شيء في الذمة (مؤجل بمؤجل) حرم التفرق قبل القبض ، لأنه بيع دين بدين ، وقد نهى الشارع عنه ، وليس له الخيار في ذلك[٦] .

فإن صالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة ، كما لو أقر أحدهما لآخر بعين في يده أو دين في ذمته ، ثم عوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به ، فإن كان نقداً ، فعوضه بنقد آخر فهو صرف،

١- الروض المربع للبهوتي /٣٧٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢٨/١٣.

٢- القانون المدني السوري ، ممدوح عطري ، مؤسسة النوري – دمشق ، ط١(١٤١٢هـ- ١٩٩٢م)/٩٣.

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري /٦٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ٢٨١٢/٤.

٤- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ٢٨٢٧/٤.

٥- المجموع للنووي : ٦٧/١٣.

٦- البناية للعيني : ٣/٩ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٩٧/٣- المجموع للنووي : ٦٧/١٣- الروض المربع للبهوتي /٣٧٩- الإنصاف للمرداوي: ١٤٠/١٣ – الشرح الكبير لابن قدامة : ١٤٣/١٣.

وإن كان عروضاً فصالحه على ثمنها فهو بيع ، وإن كان منفعة ، كسكنى دار أو خدمة أو عمل فهو إجارة [١] .

وقد يجري الإسقاط بطريق الجُعالة : كما لو جعل رجل لأخيه جُعلاً إن طلق امرأته ، بأن قال لأخيه : طلق زوجتك وأنا أكتب لك علي كتاباً بمائة دينار في نكاح امرأة أخرى إن بدا لك أن تتزوجها [٢]، وقد يكون معاوضة مع شوب جعالة ، كما لو قالت : خالعني ولك مني ألف ، فقبل ، لأنها تبذل المال في مقابل الطلاق الذي يستقل به الزوج ، فإذا أتى به حصل غرضها[٣].

ومن صور الإسقاط على مال بطريق الصلح :

أولاً : إسقاط بعض المؤجل مقابل تعجيل باقيه : إذا صالح عن ألف مؤجّلة على خمسمائة معجّلة ، كإسقاط المهر المؤجل أو دين النفقة المؤجل على مبلغ حالّ وأقل منه :

اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين : فذهب الجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في الصّحيح عندهم إلى عدم الجواز ، لأنّه تركٌ لبعض الحق ليحلّ الباقي ، فصار العوض مقابل الأجل ، وهو باطل ، وقد حرّم الشرع ربا النّسيئة ، لما فيه من شبهة مقابلة المال بالأجل ، فهذا في الحرمة أولى ، لأن الحطّ فيه مقابل الأجل حقيقة [٤].

وذهب أحمد في قول إلى جواز ذلك ، لأنّ التعجيل لوحده جائز ، والإسقاط لوحده جائز أيضاً ، فجاز الجمع بينهما، كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه ، وهو ما اختاره ابن تيميّة وتلميذه ابن قيّم الجوزيّة [٥].

وردّوا على استدلال الجمهور بأنّ الرّبا يتضمّن زّيادة أحد العوضين مقابل الأجل ، بينما هذا يتضمّن براءة ذمّته من بعض العوض مقابل سقوط الأجل ، وفي ذلك نفع لكليهما ، وليس فيه

١- الشرح الكبير لابن قدامة ١٣٩/١٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

٢- البيان والتحصيل للقرطبي : ٣٢٤/٤

٣- المجموع للنووي: ١٨٢/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٨٠/٢٢

٤- البناية للعيني: ٣٣/٩- الذخيرة للقرافي: ٣٥٣/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٩٣/٣- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٧٧/٤- المجموع للنووي: ٦٨/١٣ – العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٨/٥- حاشية البجيرمي على المنهج ، سليمان البجيرمي ، مطبعة مصطفى الحلبي واولاده – مصر ، ط(١٣٤٥) :٤/٣- الإنصاف للمرداوي: ١٣٠/١٣- الروض المربع للبهوتي/٣٨٠.

٥- الإنصاف للمرداوي: ١٣٠/١٣- الروض المربع للبهوتي/٣٨٠

رباً حقيقةً ولا لغةً ولا عرفاً ، إذ الرّبا زّيادة ، وهي منتفية في هذه الصورة ، وفي تحريمه قياس على الربا ، وهو قياس مع الفارق [١] .

وأجاب الجمهور عن قولهم بأن كل واحد منهما في غير المواطأة متبرع ببذل حقه من غير عوض، ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط [٢].

والذي يبدو لي أن الراجح هو القول الثاني للإمام أحمد في صحة ذلك ، لأن الحط فيه يتحصّل على أنه بدلٌ للصلح بعد النزاع ، لا على كونه نفعاً مقابل الأجل في الدين ، والله تعالى أعلم .

ثانياً : المصالحة على تأجيل الحالّ (التصالح على إسقاط الحق في الحلول) :

اختلف الفقهاء في ما لو صالح عن ألف درهم حالّة على ألف درهم مؤجّلة ، كما لو تصالحا على تأجيل النفقة الزوجية الحالّة : فذهب الحنفية إلى صحّة التّأجيل ، لأنّه إسقاط لوصف الحلول فقط ، وهو حقّ له فيصحّ ، ويكون من قبيل الإحسان ، وأمور المسلمين محمولة على الصّحّة وليس على المعاوضة ، إذ يلزم من حملها على المعاوضة بيع الدّراهم بالدّراهم نَسَاءً (بيع الدّين بالدّين) ، وذلك لا يجوز ، فيحمل على تّأخير المطالبة تصحيحاً للتّصرّف ، لكونه تصرّف في حقّ نفسه لا في حقّ غيره [٣]، وذهب المالكية إلى بطلان الصلح ، لأنه سلف للنفع [٤] ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بصحة الصلح وبطلان التّأجيل ، لأنه وعد من الدائن بإلحاق الأجل ، وصفة الحلول لا يصحّ إلحاقها ، فالوعد لا يلزم الوفاء به [٥] .

والراجح فيما يبدو لي قول الحنفية لما في ذلك من الإحسان بإسقاط حق الحلول مراعاة لأحوال المسلمين وتيسيرا لشؤونهم .

ثالثاً : المصالحة على إسقاط بعض الحال وتأجيل باقيه : إذا تصالحا عن ألف درهم حالّة على خمسمائة مؤجّلة ، كتأجيل النفقة الزوجية الحالة ، أو معجل المهر على مؤجل أقل : اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال : فذهب الحنفيّة والمالكيّة وابن تيميّة من الحنابلة إلى صحة الإسقاط

١- الإنصاف للمرداوي: ١٣٠/١٣- الروض المربع للبهوتي/٣٨٠- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣١/١٣

٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني : ٨٩/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣١/١٣

٣- البناية للعيني: ٣٢/٩

٤- الذخيرة للقرافي: ٣٥٣/٥- الكافي لابن عبد البر : ٨٨١/٢.

٥- المجموع للنووي: ٦٨/١٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٩/٥- حاشية البجيرمي:٤/٣- الإنصاف للمرداوي : ١٣٢/١٣.

والتّأجيل ، قياساً على صحّة تأجيل القرض والعاريّة [١]، وذهب الشافعية والحنابلة في الأصح إلى صحّة الإسقاط دون التّأجيل ، لأن الحالَّ لا يتأجل بالتأجيل ، ويصحّ الإسقاط ، لأنه تنازل عن بعض حقّه بطيب نفسٍ منه ، فيكون كما لو أسقطه كلّه مسامحة وليس معاوضة في مقابل التأجيل [٢] ، وذهب الحنابلة في قول إلى عدم صحة الإسقاط ولا التّأجيل ، بناءً على القول بعدم صحة الصّلح مع الإقرار، وأنّ الحالّ لا يتأجّل [٣].

والراجح فيما يبدو القول بصحة الإسقاط التأجيل ، لأنه إسقاط لحق الحلول وحط لبعض الحق .

رابعاً : المصالحة عن الأعيان ببعضها : إذا عاوض عن الشيء من الأعيان ببعضه ، وصورة ذلك في الحقوق الأسرية كما لو كان المهر داراً فصالحته على قسم منها ، أو اشترط للصلح إسقاط بعض الحق ، كقوله : على أن تعطيني كذا منه أو تعوّضيني منه بكذا ، وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين : فذهب المالكيّة والحنفية في ظاهر الرواية والشافعية في الأصح إلى جواز ذلك ، لأنّ الإبراء عن بعض العين المدّعى بها في الحقيقة إبراء عن الدعوى بذلك البعض ، واعتبره الشافعية من قبيل الهبة لبعض المدّعى به على أن تتم بلفظ الهبة ، وليس بلفظ الصلح [٤].

وذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في قول إلى عدم الجواز ، لأنّه يكون قد صالحه عن ملكه بملكه ، فهو هضم للحقّ ، كذلك الأمر إذا اشترط أن يعطيه بعضه ، لأنّه يقتضي المعاوضة عن بعض حقّه ببعضه ، والمعاوضة عن الشيء ببعضه محظورة [٥]، كما أنّ الصّلح إذا وقع على بعض المدّعى به يكون المدّعي قد استوفى بعض حقّه ، وأسقط البعض الآخر، وإسقاط الأعيان باطل ، فصار وجود الصلح وعدمه بمنزلة واحدة ، ومن جهة أخرى فإن الشيء لا

١- البناية للعيني: ٣٣/٩- الذخيرة للقرافي: ٣٥٣/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٩٣/٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣١/١٣.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣١/١٣- المجموع للنووي: ٦٨/١٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٨/٥- حاشية البجيرمي: ٤/٣- الإنصاف للمرداوي: ١٣٢/١٣.

٣- الإنصاف للمرداوي: ١٣٢/١٣.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٤٨/٢٠- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٩٣/٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني : ٨٩/٥- حاشية البجيرمي:٤/٣.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٤٨/٢٠- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٩/٥- حاشية البجيرمي:٤/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٤/١٣.

يكون عوضاً عن نفسه ، وبعض المدّعى به لا يكون عوضاً عن كلّه ، إذ البعض داخل ضمن الكلّ [1].

والراجح فيما يبدو القول بالجواز لأنه مادامت العين قابلة للتبعيض ، ويكون في ذلك إسقاط لحق المطالبة بذلك البعض ولا حرج في ذلك ما طابت نفسه بذلك .

خامساً : المصالحة عن الأعيان بمنفعتها : إذا عاوض عن الشيء من الأعيان بمنفعته ، كما لو كان المهر داراً فصالحته مقابل الانتفاع بها أو سكناها مدة معلومة ، فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين : فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح إلى القول بجوازه واعتباره إجارة أو إعارة تثبت فيه أحكامها [2].

وذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى عدم الجواز ، لأنّه صالحه عن ملكه بمنفعة ملكه كذلك ، فكأنّه ابتاع داره بمنفعتها فلم يجز ، وهو إن فعل ذلك كان متبرعاً متى شاء أخرجه ، وإن فعله على سبيل المصالحة معتقداً وجوبه عليه بالصلح رجع عليه بأجرة ما سكن ، واستردّ ما صالح عنه من الأعيان ، لأنه استحلها بعقد فاسد [3].

والراجح فيما يبدو هو القول بالجواز لإمكانية تصحيحه بطريق الإجارة وفق ما نص عليه الجمهور.

سادساً : المصالحة عن الأعيان بمال : لو عاوض عن الشيء من الأعيان بمال أو عين أخرى أو بمنفعة عين أخرى ، وصورة ذلك في الحقوق الأسرية ، ما لو كان المهر داراً فصالحها على دارٍ أخرى أو سكنى دارٍ أخرى ، أو ركوب دابّةٍ ، أو لبس ثوبٍ مدّةً معلومةً ، أو كانت النفقة طعاماً فعاوضها على نقد أو غيره ، أو كان صداقها عيناً فعاوضها عنه بنقد ، أو ادعى أذرعاً مسماة في هذه الدار فصالحه عليها مقابل دراهم مسماة .

وهو جائز باتّفاق الفقهاء ، ويكون من قبيل البيع إن كان العوض عيناً ، والإجارة إن كان منفعة وتجري عليهما جميع شروط البيع أو الإجارة ، فيشترط التقابض قبل التفرق ، والخلو عن الربا ،

١- الإنصاف للمرداوي: ١٢٥/١٣.

٢- المبسوط للسرخسي: ٢٠ /١٤٨- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٩٣/٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٩١/٥- حاشية البجيرمي: ٤/٣.

٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٩١/٥- حاشية البجيرمي: ٤/٣- الروض المربع للبهوتي/٣٨٠ – الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٤/١٣.

ويصح بلفظ الصّلح أو الإسقاط ، لأن العبرة للمعاني ، فيكون من قبيل مبادلة المال بمال أو تمليك المنافع بعوض [١] .

سابعاً : المصالحة على إسقاط بعض الحال : إذا صالح عن ألف درهم حالّة على خمسمائة حالة كما لو تصالحا عن دين النفقة الزوجية الحالّة أو معجل المهر بشطره أو جزء منه : فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

فذهب الحنفيّة والمالكيّة والشافعية في الأصح وأحمد في رواية إلى جواز ذلك ، لأنه أخذٌ لبعض حقّه ، وإسقاط لباقيه ، وهو ليس معاوضة بل إبراء للمدّعى عليه من بعض الدّين [٢] .

وذهب الشافعية في قول وأشهر الروايات عن أحمد إلى عدم جواز ذلك ، لأنّه صالح عن بعض ماله ببعضه ، فكان هضماً للحقّ ، أما لو تمّ بلفظ الإبراء ، وكان مطلقاً عن شرط إعطاء الباقي ، ولم يمتنع المدّعى عليه من إعطاء بعض حقّه إلاّ بإسقاط بعضه الآخر، فيجوز لأنه متطوع بإسقاط بعض حقّه بطيب نفسه منه [٣] .

والراجح ما عليه الجمهور، لأنه حط بعض الحق مقابل إنهاء الخصومة ، وفي ذلك مصلحة معتبرة.

هذا ومن الجدير بالذكر أن جميع الصور السابقة تخضع في تنظيمها للقانون المدني باعتبارها معاوضة مالية بحتة في كلا طرفيها ، وغالباً ما تكون لإنهاء النزاع ، أما لو كانت حقاً معنوياً في أحد طرفيها ، كالحقوق الأسرية ، فقد يجري الصلح فيها ، وتخضع حينها لقانون الأحوال الشخصية ، كالصلح في حال النشوز ، حيث تتنازل الزوجة عن بعض حقوقها لزوجها من أجل استدامة النكاح ، وتمسكاً بالرابطة الزوجية [٤] .

ثامناً : المصالحة عن الحق بأكثر منه من نفس جنسه : إذا صالح عن متلف بغير جنسه صح ، لأنه بيع ، ولو صالح عن قيمة متلف من جنسه بأكثر منه صح كذلك عند أبي حنيفة وابن تيمية من الحنابلة ، لأن ما أخذه عوضاً عن المتلف ، فله أخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك [٥] ، وذهب المالكية الشافعية والحنابلة إلى عدم صحته ، لأن القيمة تثبت في الذمة مقدرة ، فلم يجز

١- المبسوط للسرخسي:١٤٨/٢٠- تحفة الفقهاء ، علاء الدين السمرقندي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٠٥هـ-١٩٨٤م): ٢٥٣/٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٩٣/٣- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥- المجموع للنووي : ٦٧/١٣.

٢- البناية للعيني: ٣١/٩- الذخيرة للقرافي: ٣٥٣/٥- المجموع للنووي: ٦٨/١٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني : ٨٩/٥- حاشية البجيرمي:٥/٣- الإنصاف للمرداوي: ١٢٥/١٣.

٣- المجموع للنووي: ٦٨/١٣- الإنصاف للمرداوي: ١٢٥/١٣.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤١/٢

٥- البناية للعيني: ٣٣/٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٣/١٣.

أن يصالح عنها بأكثر منها ، وما زاده على قيمة المتلف لا مقابل له ، فيكون أكلاً لمال الغير دون وجه حق [١] وهو الراجح إلا أن تكون الزيادة مما يتسامح فيها عادة .

تاسعاً : المصالحة عن قيمة المتلف بقيمة مؤجلة : يصح ذلك عند أبي حنيفة وأحمد ، كما لو باعه إياه[٢] ، وذهب المالكية والشافعية إلى عدم صحة ذلك ، لأن استحقاق قيمة المتلف يكون حالاً، والحالّ لا يتأجّل[٣] ، وإذا اعتبرناه بيعاً يكون ديناً بدين ، وهو غير جائز [٤] .

والراجح فيما يبدو القول بالجواز ، لأن لصاحب الحق إسقاط حقه في الحلول ، تأجيل استيفائه إلى أجل محدد .

عاشراً : المصالحة على إسقاط الدين المؤجل مقابل دين مؤجل : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم صحة الإسقاط للدين المؤجل على دين مؤجل[٥] ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء [٦] ، وذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزية إلى تحريم التأجيل في كلا الدينين إذا كانا قد نشآ في مجلس الإسقاط ، أما لو أسقط ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المدين من قبل مقابل دين نشأ في مجلس الإسقاط صح ذلك [٧] .

والراجح هو القول بعدم الجواز لصريح النهي عن ذلك دون تقييد بمجلس الإنشاء .

١- المدونة للإمام مالك:٣/٣٩٥- مغني المحتاج للشربيني:٥/١٥٤- الشرح الكبير لابن قدامة:١٣/١٣٣.

٢- المبسوط للسرخسي: ٦/١٩١- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣/١٣٤.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣/٣٨٧.

٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥/٩٠- حاشية البجيرمي:٣/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣/١٣٤

٥- البناية للعيني : ٩/٣ – المجموع للنووي : ١٣/٦٧ – مغني المحتاج للشربيني: ٥/١٥٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣/٣٩٧- الإنصاف للمرداوي: ١٣/١٤٠.

٦- أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ، دار ابن حزم- بيروت، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١١م): ر٢٦٩/٦٥٦- والحاكم في المستدرك ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الكالئ بالكالئ : ٢/ ر٢٣٤٢/٦٥، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

٧- مجموع فتاوى ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمن العاصمي ، ط٢، مكتبة ابن تيمية : ٢٠/٥١٢- إعلام الموقعين لابن القيم : ١/٣٨٨.

المطلب الرابع : الإسقاط على مال بطريق المقاصة :

الفرع الأول : تعريف المقاصة : لغة مصدر من قَصَص ، وهي بمعنى المساواة والمقابلة في الحساب ، ومنه المِقَصُ أي المِقْراض وهو ما قَصصت به ، وسمي المقص لاستواء جانبيه واعتدال طرفيه ، وهو بذلك يتوافق مع المعنى الشرعي الآتي [١].

وقد عبر عنها الفقهاء في كثير من المواضع بلفظ الإسقاط والاستبدال ومعاوضة شيء بشيء ، أو بلفظ الإبراء بعوض[٢]، وعرفوها بأنها : إسقاط دين مطلوب لشخصٍ من غريمه في مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لعزيمه [٣].

والمقاصة وجه من وجوه الصلح ، كالإسقاط على مال ، وقد تكون جبرية يُكتفى فيها بطلب أحد الطرفين دون اشتراط رضا الطرف الآخر، كالمقاصة بين دين النفقة الزوجية وما للزوج على زوجته من ديون ، ويشترط فيها عندئذ أن يكون كلا الدينين حالين ، فإن كان أحدهما مؤجلاً فلا مقاصة لاختلال شرط تعجيل الدينين [٤].

وقد تكون اختيارية لا يجاب طلب أحدهما إلا برضا الآخر، وهي في هذا الوجه تتفق مع الإسقاط على مال في غالب صوره .

وقد تتم بين دين ودين ، أو بين دين وعين ، بمعنى أنها تجري في الحقوق المالية فقط ، كالمهر والنفقة الزوجية ونحوها ، ولا يمكن تصورها في الحقوق المعنوية ، وبذلك تخالف الإسقاط على مال الذي قد يكون لأحد طرفيه حقاً شخصياً معنوياً وليس مالياً ، ولا يشترط فيها التساوي بين الدينين بل التماثل ، لأنها اقتطاع دين من دين[٥] ، ويشترط فيها التراضي ، وتجنب المحظورات كالربا ، وهي بذلك تشترك مع الإسقاط على مال [٦].

والمعاملات التي تجري وفق المقاصة تخضع للقانون المدني ، وليس لقانون الأحوال الشخصية

١- تاج العروس للزبيدي ، مادة قصص :٤٠٧/١- لسان العرب لابن منظور، مادة قصص : ١٩٥/١١- القاموس المحيط: ٦٢٧- مختار الصحاح للرازي/٥٣٧.

٢- البناية للعيني: ٢٨٢/٨.

٣- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان ، محمد قدري باشا ، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية- ط٢(١٣٠٨هـ-١٨٩١م)/٥٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٢٧/٣، مغني المحتاج للشربيني: ٢٣٢/٢- إعلام الموقعين لابن القيم: ٨/٢.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة ٢٢٧/٣.

٥- القوانين الفقهية لابن جزي /٢٥١، الأم للشافعي ٢٢٧/٧-حاشيتا قليوبي وعميرة : ٣٠٨/٢

٦- مرشد الحيران لقدري باشا /٩٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٢٧/٣- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥

الفرع الثاني : ضوابط التعامل المالي بطريق المقاصّة :

١- إذا تساوى الدينان صفةً ومقداراً ، وحلّ الأجلان جازت المقاصة لانتفاء الفساد في هذه الصورة ، وإن اختلفا في الوزن امتنعت ، لتفاضل أحدهما على الآخر[١] .

٢- إذا اختلف الدينان في الصفة ، وكان النوع واحداً أو مختلفاً ، وحلّ الأجلان أو كانا حالَّين جازت المقاصّة ، وإن لم يحلّ الأجلان امتنعت [٢] .

٣- إذا اتفق الدينان في الصفة والمقدار ، وحلّا كلاهما أو حلّ أحدهما جاز ، فإن لم يحلّا كلاهما امتنعت المقاصة سواء اتفقا في الأجل أم اختلفا [٣] .

وقد جاء في المادة ٣٦٠ من القانون المدني السوري : (١- للمدين حق المقاصّة بين ما هو مستحق عليه لدائنه ، وما هو مستحق له قِبَل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء) [٤] .

والمقاصة طريقة من طرق الاستيفاء يسقط فيها الدائن دينه جزءاً أو كلاً مقابل ما للمدين من دين عليه ، أما الإسقاط فهو تنازل بمقابل مالي ، ففيه معنى المعاوضة على وجه يفوق المقاصة وكلاهما يجريان في ما ثبت في الذمة ، أما ما لم يثبت بعد فلا يجوز إسقاطه ، وتجوز المقاصة عليه[٥] .

الفرع الثالث : صور المقاصة الاختيارية في مجال حقوق الأسرة :

١- المبارأة : بفتح الهمزة مفاعلة من بارَأَ شريكَه : إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه ، وهو يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح ، لأن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين ، وتسقط بها حقوق النكاح لدلالة الغرض على ذلك ، كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة ، فلا تسقط نفقة العدة إلا بذكرها صراحةً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك ورواية لأحمد [٦] .

١- الذخيرة للقرافي: ٣٠٠/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة ٢٢٨/٣

٢- الذخيرة للقرافي: ٢٩٩/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة ٢٢٨/٣

٣- الذخيرة للقرافي: ٣٠٠/٥

٤- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :٢٨٨٧/٤

٥- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : ٢٧٢/٣- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، البوطي ، مؤسسة الرسالة- دمشق ، ط٢(١٣٩٧-١٩٧٧)/٨٤.

٦- البناية للعيني : ٣١٧/٥ – مختصر القدوري /١١٦٤- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٩/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة :١١٤/٢٢.

وذهب الشافعي وأحمد في الصحيح ومحمد من الحنفية إلى أنه لا يسقط في المبارأة إلا ما سمياه ، لأنها معاوضة ، وفي المعاوضات يعتبر المشروط دون غيره ، ولأن المهر حقٌّ لا يسقط بلفظ الطلاق ولا بلفظ الخلع كسائر الديون[١] .

وذهب محمد من الحنفية إلى أن لفظ المبارأة يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها[٢]، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا لم يسمّ المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية)[٣]، وقد استقر الاجتهاد القضائي في محكمة النقض السورية على إدخال المهر والنفقة الزوجية ومشتملاتها دون نص ودخول سواها بما تمّ النص عليه ، جاء في اجتهادات محكمة النقض في قرار ٨ لعام ١٩٦٨: (المخالعة على براءة ذمة الزوج من سائر الحقوق الزوجية تشمل كل حق للزوجة على الزوج) وفي قرار ٤٩١ لعام ١٩٧١: (الإبراء في المخالعة يشمل كل حق للزوجة حتى تاريخ المخالعة ومنها حقها بنفقات الولادة السابقة)[٤] ، وفي قرار ٢٠٠ لعام ١٩٥٥: (الأشياء الجهازية لا يتناولها الإبراء المسجل في وثيقة المخالعة الذي جاء قاصراً على الحقوق الزوجية)[٥].

كذلك لا يدخل فيها الدعاوى والحقوق المدنية ، جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ٦١ لعام ١٩٨٣: (إن ما يرد في صك المخالعة لجهة تنازل الفريقين عن كامل حقوقهما المترتبة في ذمة بعضهما البعض ، كل تجاه الآخر تنازلاً لا رجعة فيه ، يشمل الحقوق الزوجية التي نشأت بسبب عقد الزواج ، ولا يشمل الحقوق المدنية الأخرى ، فالإبراء من الحقوق الزوجية لا يشمل الأعيان الجهازية ، لأنها حقّ مستقل ، وحق الزوجة فيها حق عيني)[٦].

وفي حال إدخال حقٍّ آخر فلا بد من النص عليه ، فقد جاء في قرار ٣١٤ لعام ١٩٨٣: (يجب أن يحدد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي شملها ولا يصح استنتاج ذلك استنتاجاً)[٧].

١- البناية للعيني : ٣١٧/٥ – مختصر القدوري /١١٦٤- المجموع للنووي: ١٥٠/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة :١١٤/٢٢

٢- البناية للعيني : ٣١٧/٥ – مختصر القدوري /١١٦٤

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٤

٤- المرشد ، أديب استانبولي : ٣٧١/١- ٣٧٣.

٥- المرجع السابق : ٣٧١/١.

٦- المرشد لأديب استانبولي : ٣٧١/١.

٧- المرجع السابق : ٣٧٧/١-٣٧٨.

فإن كان معجل مهرها مقبوضاً فلا يستردّ منها شيئاً ، جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ١٧٢٦العام ١٩٩٥: (براءة ذمة الزوج من المهر ومن كل حق ودعوى بحق الزوجة لا يعني إلزام الزوجة بإعادة معجل المهر المدفوع من قبل زوجها) [١].

وإذا بارأها على مال مسمّى معلوم سوى المهر: فإن كان بعد الدخول وقبض المهر فلا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض فعليها بدل الخلع ، ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد [٢].

أما إن كان قبل الدخول بعد القبض فللزوج بدل الخلع ، ولا يرجع عليها الزوج بنصف المهر، وإن كان قبل القبض أخذ الزوج منها بدل الخلع ، وليس لها الرجوع عليه بنصف المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا للجمهور [٣]، وقد جاء في المادة ٩٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه ، وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية وما اتفقا على تسميته) [٤] موافقاً بذلك رأي أبي حنيفة رحمه الله .

والمبارأة لا توجب البراءة من سائر الديون سوى دين النكاح ، أما إن كان بلفظ الطلاق على مال فلا تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح في ظاهر الرواية عند الحنفية ، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة تقع البراءة لإتمام المقصود [٥].

٢- المقاصة بدين النفقة : اتفق الفقهاء على أن الدينين إذا تساويا وقعت المقاصة بينهما بطلب أحد الطرفين ، ولو لم يرض الآخر، أما إذا لم يتساويا فلا يجاب صاحب الدين الضعيف إلى طلبه إلا إذا رضي الطرف الآخر ، فإذا كان أحد الدينين نفقة متجمدة للزوجة ، وكان لزوجها عليها دين فهل يجوز لأحدهما إسقاط ما للآخر في ذمته بطريق المقاصة بين الدينين ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى وقوع المقاصة بدين النفقة مع الدين مطلقاً عند طلب أحد الزوجين ذلك لتساوي الدينين في القوة ، ولا يحقّ

١- المرشد لأديب استانبولي : ٣٧١/١

٢- البناية للعيني : ٣١٧/٥ – مختصر القدوري /١١٦٤

٣- العناية شرح الهداية : ٤٩٤/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢- المجموع للنووي: ٢٤٥/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١١٥/٢٢

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٤

٥- البناية للعيني: ٣١٨/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ١١٥/٢٢.

للطرف الآخر الامتناع ، واشترط الحنابلة ألا تكون الزوجة معسرة إذا كان الطلب من الزوج وإلا لم يجب إلى طلبه إلا أن ترضى هي بذلك [1].

القول الثاني : ذهب الحنفية إلى وقوع المقاصة من الجانبين إذا كانت النفقة ديناً قوياً ، بأن ثبتت بالتراضي أو بالتقاضي ، واستدانتها الزوجة فعلاً بإذن من القاضي ، ولا يحقّ للآخر الامتناع عندئذ وفي غير ذلك تكون النفقة الزوجية ديناً ضعيفاً ، ولا تجاب الزوجة لطلب المقاصّة إلا برضا الزوج ، بينما يجاب هو بغير رضاها ، لأن دينه أقوى من دينها على أن يكون حالاً ، وليس مؤجلاً [2].

استدل الجمهور على الإجبار بالمقاصة : بقوله تعالى : ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة :٢٨٠].

وجه الاستدلال : في الآية أمر بإنظار عموم المعسرِين ، فيكون كذلك للأزواج تجاه زوجاتهم إن كان لهم عليهن دين بطريق الأولى [3].

واستدلّ الحنفية على عدم إجبار الزوج بالمقاصة بأن دين النفقةِ دين ضعيفٌ يسقطُ بالموت أو النُّشوز ، بينما دين الزوج قوي ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وتجبر الزوجة ، لأن للزوج الحقُّ في المقاصة بالمهر ، فكذلك النفقة [4].

ناقش الجمهور بأن الدائن له الحقُّ في استردادِ ماله إذا تمكّن منه ولو كان مال النفقة ، إلا أن تكون الزوجة معسرة ، لأن الدين يقضى من ما يفضل عن قوت اليوم والليلة [5].

ولعل الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة من مراعاة حال المرأة في العسر واليسر إذا كانت المقاصة بطلب من الزوج ، أما إن طلبتها هي فيجبر الزوج على القبول ، لأن دين النفقة كغيره من الديون ، ولا وجه للتفريق ، والله تعالى أعلم .

١- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس: ٤٨٤/٢- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيي بن أبي الخير سالم العمراني دار المنهاج، اعتني به قاسم محمد النوري: ٢٢٧/١١- المغني لابن قدامة : ٢٢٢/١١.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٥.

٣- البيان للعمراني:٢٢٧/١١- المغني لابن قدامة : ٢٢٢/١١.

٤- المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة – بيروت، ط٢(١٤٠٦-١٩٨٦) : ١٩٤/٥- بدائع الصنائع للكاساني في ترتيب الشرائع، ط٢(١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) : ٢٩/٤.

٥- البيان للعمراني :٢٢٧/١١.

٣- المقاصة بين مهر المثل والدّية : إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ، ثم مات ، كان لها مهر المثل ، والدية دين ، وتكون على عاقلتها إن كان القتل خطأً ، وفي مالها إن كان عمداً ، فإذا وجب لها مهر المثل ، وعليها الدية ، وأرادا المقاصة ، فإن كان القتل خطأً فلا مقاصة لاختلاف الذمم ، لأن الدية على العاقلة في الخطأ ، والمهر لها ، فاختلفت ذمة من له وذمة من عليه ، وشرط التقاصّ اتحادهما ، وإن كان القتل عمداً فتقع المقاصة إن كانا الدينان على السواء وفي حال وجود الزيادة في مقدار الدين بينهما وبين الورثة يترادّان ، فيرد لها الورثة إن كانت الزيادة في مهر المثل على الدية ، وترد هي للورثة الزيادة في دية العمد على مهر المثل [١] .

٤- المقاصة بين المهر المسمى وبدل الخلع : إذا خالعت المرأة زوجها قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ، ولم تكن قبضت من مهرها شيئاً ، فيجب عليها خمسمائة للزوج قياساً ، لأن نصف المهر سقط بالطلاق قبل الدخول ، وهي التزمت ألفاً ، فسقط النصف بطريق المقاصة وبقي النصف في ذمتها للزوج ، ولا شيء عليها استحساناً ، لأن مقصود الزوج سقوط المهر من ذمته ، وقد حصل ، فلا يلزمها ما يزيد عليه ، أما إذا كان الخلع بعد القبض ، فتردّ الألف بدل الخلع ، ومعها خمسمائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول وهذا بالقياس ، أما استحساناً فتردّ الألف لا غير ، خمسمائة بدل الخلع ، وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول [٢] .

٥- المقاصة بين مهر المثل وبدل الخلع : لو خالعت المرأة زوجها في مرض موتها على أكثر من مهر مثلها بأن خالعته على مائة ومهر مثلها أربعون ، ثم عاد الزوج فتزوجها على ملك المائة في مرض موته وماتا ، فيكون قد أصدقها المائة ، وهو لا يملك منها غير أربعين ، فكأنه أصدقها ما يملك وما لا يملك ، فيبطل المسمى ، وترجع إلى مهر المثل ، وهي في خلعها لم يصح بأكثر من مهر مثلها ، فوجب لكل واحد منهما على الآخر مهر مثلها فيتقاصّان [٣] .

٦- المقاصة بين المهر ودين ثابت في ذمة الولي : وصورتها أن يكون لأحد على آخر ديناً ، فيخطب الدائن أخت المدين أو ابنته مقابل إسقاط الدين أو تأجيله ، فأما إسقاط الدين فجائز، ويثبت النكاح ، والدين للمرأة تتبع به وليها ، وأما إن كان مقابل التأجيل ، فذاك حرام،

١- البناية للعيني : ١٧٧/١٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ٦٥/٦- البناية للعيني : ٣٢١/٥ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٤/٢- عقد الجواهر الثمينة لابن شاس : ٤٨٤/٢- عيون المسائل لأبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي ، تحقيق : علي بورويبة ، دار ابن حزم – بيروت ، ط١(١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م) /٣٣٢.

٣- المجموع للنووي : ١٨١/١٨.

ويفسخ العقد إن كان قبل الدخول ، ويثبت لها مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ويردّ المال إلى أجله في قول عند المالكية ، وتأخذ الأكثر من المسمّى أو المثل على قياس المشهور [١] .

رابعاً : صور المقاصة الجبرية في مجال الحقوق الأسرية :

الخلع الإلزامي : إذا أرادت المرأة إنهاء الرابطة الزوجية لكراهيتها للزوج أو لأسباب خاصّة بها غير متعلقة بالزوج فلها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه للزوج ، وهو ما يسمى بالخلع ، وللزوج في هذه الحالة أن يسترد من المرأة ما أعطاها من صداق.

وقد اتجهت أغلب القوانين الحالية إلى جعل الخلع حقاً أصيلاً للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة ، وبالتالي فلا يتوقف على قبوله أو رفضه ، فإذا رفض فُرض عليه فرضاً ، ويكون الزوج ملزماً لا خيار لديه إذا ما تقدمت الزوجة إلى القضاء مطالبة بالخلع ، فما هو حكم الشرع في إلزام الزوج بالخلع ؟ :

أولاً : المنحى القضائي للخلع الإلزامي : اتجهت معظم قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية نحو القول بالإلزام في الخلع ، وعدلت قوانينها وفقاً لذلك :

ففي الجزائر : جاء في تعديل المادة ٥٤ من قانون الأسرة لعام ١٩٩٢: (١- يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي - ٢- إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم) [٢] .

وفي مصر : جاء القانون رقم١ لعام ٢٠٠٠ : (للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه ، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه) ، وقد جوبه هذا القرار بتنديد شديد وضجّة إعلامية كبيرة ، وتم الطعن به بدعوى عدم الدستورية ، فجاء الردّ أن المحكمة قد أخذت بمذهب المالكية في ذلك [٣].

وفي الأردن : جاء التعديل في القانون المؤقت رقم ٨٢ لعام ٢٠٠١ : (للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها ، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة

١- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/٢٧٧-٢٧٨.

٢- المجلة العربية للفقه والقضاء العدد ٢٣ ابريل لعام ١١٨/٢٠٠٠

٣- الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، منال المنشي ، دار الثقافة – الأردن ، ط(٢٠٠٨)/١٢٩.

الزوجية بينهما ، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية ، وخالعت زوجها وردّت عليه الصداق الذي استلمته منه ، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين ، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً)[١].

أما في سوريا : فقد تجاوز قانون الأحوال الشخصية بقية القوانين في ذلك فأعطى الحق للحكمين فضلاً عن القاضي بالتفريق مع الإسقاط أو الإلزام ببعض الحقوق ، فقد جاء في الفقرة ٣ من المادة ١١٤ منه : (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)[٢].

ثانياً : الحكم الشرعي للخلع الإلزامي : إذا كان رضا الزوج معتبراً في مقدار العوض المالي ، وليس في إسقاط الحق ، فهذا أمر يتمخض عن حالتين :**١**- أن يتفق الطرفان على مقدار معين فيتم الخلع ويلزم العوض. ٢- ألا يتم الاتفاق على العوض فينفذ الخلع ، ويحدد القاضي العوض بما لا يتجاوز الصداق ، فإن كان مقبوضاً رجع به عليها ، وإن كان غير مقبوض وقعت المقاصة ، وسقط حق الزوجة في ما لها من دين في ذمة الزوج ، وقد انقسمت أقوال الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوج لا يلزم على الخلع ، وإن كان يستحب له تلبية طلب الزوجة في ذلك ، ولكن لا ينبغي أن يجبر عليه لما في ذلك من انتفاء رضاه [٣].

القول الثاني : ذهب المالكية إلى القول بوجوب استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ولها الخلع بإجبار الزوج عليه [٤].

١- الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، منال المنشي /١٠٣.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد شقفه/٣٨

٣- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٧٥٩/١- المجموع للنووي: ١٥٠/١٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٩٠/٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٨٧/٤- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣٣٦/٥

٤- المقدمات الممهدات ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد ، تحقيق : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٨هـ- ١٩٩٨م):٥٥٧/١- بداية المجتهد لابن رشد: ١٨٥/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٦/٢- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٩/٥.

عرض الأدلة ومناقشتها : استدل الجمهور على قولهم بما يأتي :

١- قول النبي ﷺ لثابت بن قيس رضي الله عنه : " اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً " [١].
وجه الاستدلال : إن الأمر في الحديث للإصلاح والإرشاد إلى الخلع ، لا للإيجاب والحتم[٢].
ردّ المالكية بأن الأمر يفيد الإيجاب والإلزام ، ولا يصرف عن ذلك دون دليل[٣].

أجاب الجمهور عن ذلك بأن الأمر في الحديث للإرشاد والإصلاح لا للإيجاب ، ولا حجة فيه على إلزام الزوج على الخلع ، والقرينة التي صرفت الأمر عن الإيجاب إلى الإرشاد هي أن الخلع معاوضة يتوقف انعقادها على موافقة كلا الطرفين، فالرضا ركن فيه كما في عقود المعاوضات كافة كما أن حمله على الإلزام والإيجاب يجعل الطلاق بيد المرأة دون تفويض من الزوج ولا اشتراط له من قبلها ، وهو خلاف الأصل[٤] .

٢- قال ﷺ : " إِنَّمَا الطَّلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ "[٥].
وجه الاستدلال: يدل الحديث بظاهره على أن حلَّ الرابطة الزوجية إنما هو حق للزوج يستقل به دون المرأة ، ولا يكون بيدها إلا بتفويض من الزوج.

يرد عليه : إن الخلع من قبيل التفويض بفارق وجود الضرر على الزوجة في الخلع دون التفويض، والتفويض بيد المرأة ، فضلاً عن أن تعليق الخلع على موافقة الزوج يجعل حق الخلع للمرأة لا معنى له ولا مصلحة لها فيه ، ولا يرفع عنها الضرر ، لأن الزوج قد يتعسف في استعمال حقه في قبول الخلع وردّه ، فلابد من إسناد الأمر إلى القاضي عملاً بالقاعدة الفقهية (الضرر يزال) [٦].

١- صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخلع : ٥/ ر ٤٩٧١/ ٢٠٢١.

٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣٣٦/٥ .

٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٦/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢

٤- شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣٣٦/٥ .

٥- أخرجه ابن ماجة ، كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد: ر ٣٦٠/٢٠٨١، وقال في تلخيص الحبير: في إسناده بن لهيعة وهو ضعيف ، وله طريق أخرى عند الطبراني في الكبير، وفيه يحيى الحماني وهو حافظ إلا أنهم اتهموه بسرقة الحديث ، ورواه بن عدي والدارقطني من حديث عصمة بن مالك وإسناده ضعيف ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط١(١٤١٩هـ- ١٩٨٩م) :٤٧٣/٣-٤٧٤.

٦- بداية المجتهد لابن رشد : ١٨٦/٣

يجاب عليه بأن مصلحة المرأة في رفع الإثم عنها بطلبها الخلع ، إذ المسلمة حريصة على فعل ما ليس مكروهاً ولا محظوراً، والضرر المذكور حاصل بفعلها لا بفعل الزوج [١].

٣- إن في إباحة المخالعة دون رضا الزوج فتحٌ لأبواب جديدة من الفساد والتفكك الأسري.
يرد عليه بأن الإبقاء على زوجة مبغضة لزوجها من شأنه أن يؤدي إلى كثير من الانحرافات والآثام، ومنع المنكر واجب ، وفي الخلع منع له فكان واجباً [٢].

٤- إن القاضي يحكم بالحق الذي يملكه المرء إذا طلب ذلك منه ، والمرأة لا تملك خلع نفسها دون موافقة الزوج ، فلا تملك مطالبة القاضي بما ليس لها بحق .
يرد عليه : بأن الحكمين كالسلطان ، والسلطان يطلّق بالضرر إذا تبين له[٣].

استدل المالكية وفقهاء القانون بما يأتي :

١- قال تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افتدَت بِهِ﴾ [البقرة :٢٢٩] .
وجه الاستدلال : نسب الخوف إلى الولاة بتمكينهم من الخلع ، وتقدير الكلام : فإن خفتم يا ولاة الأمر أن لا يقيم الزوجان حدود الله فيما بينهما فلا جناح عليكم فيما أخذتم من مالها وفرقتم بينهما [٤].

٢- قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة : ٢٢٩].
وجه الاستدلال : إن المراد أنه يجب على الزوج أحد الأمرين ، إما الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان ، وقد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها الفراق وافتداء نفسها، فيتعين عليه التسريح بالإحسان ، والآية مصدر بمعنى الأمر ، والأمر يقتضي الوجوب[٥].

١- مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٣٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢/٢٢.

٢- إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، نجلاء محمد ، ماجستير لعام ٢٠٠٥ ، كلية دار العلوم- القاهرة:/٣٦٢ الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، سامح محمد ، دار أبو المجد - القاهرة ، ط٢(٢٠٠٥)/١١١.

٣- بداية المجتهد لابن رشد: ٣/١٣٣

٤- المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/٥٥٥

٥- المرجع السابق : ١/٥٥٤ .

٣- إن المفاداة في الخلع إنما جعلت في مقابلة ما في يد الرجل من الطلاق ، فيقاس هذا على ذاك بجامع مشترك وهو الكراهية الداعية إلى الفرقة وعدم الرغبة في استمرار الحياة الزوجية [١].

يرد عليه : إن الخلع إنهاء للحياة الزوجية ، يشترك فيه الزوجان ولا ينفرد به أحدهما كالطلاق أو التفويض ، لما يترتب عليه من سقوط حقوق متبادلة لكليهما، فلا ينبغي أن يستقل به أحدهما عن الآخر [٢].

الترجيح : يستند الترجيح في هذه المسألة إلى عدة جوانب :

النقطة الأولى : تحقيق قول المالكية : فالقانون أخذ برأي المالكية في هذه المسألة ملفّقاً معه آراء غيره من المذاهب ، ولم يأت به في المسألة على تمامها حتى ينسب الرأي فيها إلى المذهب المالكي ويستند القانون في إمضائه الخلع وجوباً في حق الزوج عند طلب الزوجة لذلك على رأي المالكية في اعتبار الحكمين في الصلح حاكمين وليسا وكيلين عن الزوجين ، وهذا يعني أن لهما الحق في التفريق إن تعذر عليهما الجمع ، غير أن المالكية لم يقولوا بإلزام الزوج مقدار العوض ، بل صرحوا بأن للزوج الزيادة على ما أعطاها ما دامت الإساءة منها والنشوز من قبلها ، وبينوا أن الحكمين يجبران الزوج على الخلع ، ويجبران الزوجة على إعطاء المال [٣]، وبالتالي فنسب الرأي القانوني إلى مذهب المالكية ليس دقيقاً .

أما النقطة الثانية : فهي تحديد العوض في الخلع بالمهر المسمى أو بمهر المثل إن لم يكن سمى ، فاختلف الفقهاء في ذلك وفق ما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله ، وحاصله أن الجمهور على جواز الزيادة في بدل الخلع على ما أعطاها ، وإن كره ذلك في حقه ، ولم يخالف فيه سوى الحنابلة والحنفية في أحد أقوالهم [٤]، ويتحصل من خلال ذلك أن القول بتحديد المهر المسمى أو المثل كبدل للخلع مطلقاً في حال الاختلاف عليه بين الزوجين قول مرجوح .

والذي أراه أن من حق الزوجة الانفراد بحق الخلع إذا كرهت الزوج دون إجباره على مقدار العوض المالي ، بحيث تقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة ، وليس من العدل إلزام القاضي الزوج بالخلع وبمقدار العوض المالي معاً ، إذ من المعلوم أن للقاضي التطليق جبراً عن

١- بداية المجتهد لابن رشد القرطبي: ١٣٣/٣.

٢- الأحوال الشخصية لابي زهرة /٢٨٣.

٣- المقدمات الممهدات لابن رشد: ٥٥٧/١- بداية المجتهد لابن رشد: ١٨٥/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٦/٢.

٤- االبناية للعيني: ٢٩٧/٥- ٢٩٨، المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤١/٢- بداية المجتهد لابن رشد: ١٣٣/٣- المجموع للنووي: ١٥٠/١٨ - كشاف القناع للبهوتي: ١٩٢/٤

الزوج لأسباب معتبرة ، وليس في الخلع سبب معتبر ، فلم يتأت من الزوج سوء عشرة أو تقصير ، وليس الزواج بالعقد الذي يسهل الخلاص من آثاره ، ولا سيما إن نتج عن هذه الرابطة حقوقٌ لأفراد آخرين ، فكما لا ينبغي الإضرار بالزوجة بإجبارها على البقاء مع من تبغض، فكذلك لا ينبغي إلحاق الضرر بالزوج بإنفاذ الخلع رغماً عنه على مهرها وبمجرد طلبها ، الأمر الذي قد يكون قاطعاً لكل محاولات الإصلاح والإنفاذ الفوري بإرادتها .

فمن العدل أن يلزم الزوج بالخلع ، لكن لا ينبغي إلزامه بعوضٍ محدد ، لأن الصداق أو مهر المثل قد لا يجبر الضرر الواقع على الزوج ، وقد لا يغطي النفقات والتكاليف التي تكبّدها الزوج دون أن يوثقها، ويستأنس لذلك بما ذكره الدكتور عبد العزيز سعد في كتابه : (بالنسبة لتدخل القاضي من أجل انحلال الزواج بالخلع في حالة كهذه دون موافقة الزوج ، فإنه بالإمكان أن نقول : إن مثل هذا الحكم يمكن أن يوصف بأنه تعسفي ومتحيز ولا أساس له في الشرع ولا في القانون ، ونعتقد أن الحكم بالخلع دون رضاء الزوج أو موافقته على مقدار أو مبلغ العوض عليه من الزوجة يعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطليق دون مبرر شرعي أو قانوني أو يعتبر خرقاً لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع ، ومخالفاً لمقاصد الشريعة الإسلامية من حيث منح الزوجة رخصة التطليق بواسطة الخلع ، ومن حيث أن الخلع في الواقع عقد رضائي بين الزوجين هدفه حلُّ الرابطة الزوجية بعوض وبإرادة متبادلة)[1].

١- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد ، ط٣(١٩٩٦)، دار هومة- الجزائر/٢٥.

المبحث الثالث : حكم الإسقاط على مال ودوافعه :

إن إسقاط الحقوق الأسرية وقابليتها للمعاوضة أمر يتبع في حكمه مدى مشروعية التصرف بالنظر إلى الخصوصية التي تمتاز بها هذه الحقوق، والسبب الذي شرعت من أجله، والدافع الذي يكمن وراءها، فليس كل حق قابلاً للإسقاط ، وليس كل ما كان قابلاً للإسقاط يقبل العوض المالي لقاءه ، وفي ما يأتي بيان لمشروعية الإسقاط على مال وحكمه التكليفي.

المطلب الأول : مشروعية الإسقاط على مال :

تتعدد الطرق التي يجري وفقها إسقاط الحقوق الأسرية على مال، كالمعاوضة والصلح والمقاصة والإشراط، وقد وردت الأدلة على مشروعية هذه الطرق في القرآن والسنة والإجماع والمعقول:

أولاً : من القرآن الكريم :

١- قال تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أو إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحا وَالصُّلْحُ خَيْر وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرا﴾ [النساء : ١٢٨]، وقوله تعالى: ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا ﴾[النساء:٣٥]، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إن أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة : ٢٢٨].

وجه الاستدلال: وردت الآيات في عموم الصلح وخصوص الإصلاح بين الزوجين، وفي التراضي وإنهاء المنازعات والخلافات يكمن عموم الخير على الأسرة والمجتمع ، وإسقاط الحق مقابل مال صورة من صور الصلح المشروعة [(١)].

وهذه الآيات هي الأصل في الصلح بين الزوجين ، وقد ورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية : " هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه ، كبراً أو غيره ، فيريد فراقها ، فتقول : أمسكني وأقسم لي ما شئت فلا بأس إذا تراضيا "[(٢)].

وفي رواية أخرى : هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها ، فيريد طلاقها ويتزوج غيرها ، تقول له : أمسكني ولا تطلقني ، ثم تزوج غيري ، فأنت في حل من النفقة عليّ والقسمة لي ، فذلك قوله تعالى في الآية : " والصلح خير " [(٣)].

١- المبسوط للسرخسي: ٢٠/١٣٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢/٢٤١- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٥.

٢- صحيح البخاري : كتاب الصلح ، باب : أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير: ر٢٥٤٨/٩٥٨.

٣- أخرجه البخاري ، كتاب النكاح، باب: "وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ":٥/ر ٤٩١٠/١٩٩٨.

٢- قال تعالى: ﴿ إِلّا أن يَعفُونَ أو يَعفُوَ الّذِي بِيَدِهِ عُقْدةُ النّكَاحِ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] .

وجه الاستدلال : أباح الشارع للمطلقة إسقاط حقها في نصف المهر بعد وجوبه ، وما جاز إسقاطه جازت المعاوضة عليه [١].

٣- قال تعالى : ﴿ فلا جُنَاحَ علَيهِمَا فِيمَا افتَدَت بِهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩].

وجه الاستدلال : الآية في مشروعية الخلع في الإسلام ، حيث تقوم المرأة بدفع مبلغ مالي تعويضاً للزوج مقابل إيقاع الطلاق ، ولا جناح عليه في أخذه ، وهذا من العوض عن الإسقاط ، والزوج أسقط حقه في العصمة مقابل عوض مالي [٢].

ثانياً : من السنة النبوية :

١- إسقاط أم المؤمنين سودة بنت زمعة رضي الله عنها [٣] حقها في المبيت لعائشة رضي الله عنها مقابل أن يبقي عليها النبي ﷺ زوجة له ولا يطلقها، فقد روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لا يُفَضِّلُ بَعْضَنَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْقَسْمِ، مِنْ مُكْثِهِ عِنْدَنَا ، وَكَانَ قَلَّ يَوْمٌ إلا وَهُوَ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امرأة مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتُ عِنْدَهَا ، وَلَقَدْ قَالَتْ سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ حِينَ أَسَنَّتْ وَفَرِقَتْ أن يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَوْمِي لِعَائِشَةَ . فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا[٤].

وجه الاستدلال : خشيت السيدة سودة رضي الله عنها أن يفارقها رسول الله ﷺ لكبر سنها، ووجدت أن مصلحتها في البقاء على عصمة رسول الله ﷺ ، فتنازلت عن يومها لعائشة رضي الله عنها ، ولولا مشروعية ذلك ما قبل به رسول الله ﷺ وإذا جاز الإسقاط بمقابل معنوي جاز بمقابل مالي .

١- تفسير الطبري : ٥٤٠/٢ – الجامع لأحكام القران للقرطبي ، مؤسسة مناهل الفرقان– بيروت :٢٠٥/٣.

٢- البناية للعيني: ٢٩٢/٥– حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٨/٢– بداية المجتهد لابن رشد: ١٣٠/٣.

٣- سودة بنت زمعة أم المؤمنين ، تزوجها النبي ﷺ في رمضان في السنة العاشرة من النبوة ، بعد وفاة السيدة خديجة رضي الله عنها ، وهاجر بها إلى المنورة ، خشيت أن يطلقها رسول الله ﷺ فوهبت يومها لعائشة ، روت خمسة أحاديث ، وروى لها أبو داود والنسائي وخرج لها البخاري، توفيت في آخر خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، سنة ٢٣هـ وقيل توفيت سنة ٥٤هـ ورجحه الواقدي . الإصابة: ١٩٦/٨.

٤- أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب : المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها:٥/ر ١٩٩٩/٤٩١٤، وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الرضاع ، باب : جواز هبتها نوبتها لضرتها: ر٥٨٣/١٤٣٦ ، وأخرجه أبو داود في كتاب النكاح ، باب: القسم بين النساء : ر٢٤٣/٢١٣٥، واللفظ له.

٢- وقد روي أن رافع بن خديج رضي الله عنه [١] تزوج جارية شابة ، وعنده بنت محمد بن سلمة ، وكانت جَلَت[٢] فآثر الشابة ، فأشارت عليه رسول الله ﷺ ، فقال: "يا رافع اعدل بينهما ولا تفارقها" فقال لها رافع في آخر ذلك" إن أحببت أن تقري على ما أنت عليه من الأثرة قررت ، وإن أحببت أن أفارقك فارقتك" قال : فرضيت بذلك الصلح وقرت معه[٣].

٣- وروي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن رجلاً كانت تحته امرأة قد طالت صحبتها ، وولدت منه أولاداً ، فأراد أن يستبدل بها، فراضته على أن تقيم عنده ولا يقسم لها[٤].

٤- ورد أن رسول الله ﷺ قال : " الصُّلحُ جائزٌ بينَ المسلمينَ إلّا صُلحاً حَرّمَ حَلالاً أو أحلَّ حَرَاماً " [٥].

١- رافع بن خديج بن رَافِع بن عَدِي الأنصاري الأوسي الحارثي، وأمه حليمة بنت مسعود بن سِنان ، كان قد عرض نفسه يوم بدر، فرده رسول الله ﷺ لصغره ، شهد أحداً والخندق وأكثر المشاهد، وأصابه يوم أحد سهم في ترقوته، فنزع السهم وبقي النصل ، وقال له رسول الله ﷺ : أنا أشهد لك يوم القيامة ، توفي أيام عبد الملك بن مروان سنة أربع وسبعين، وهو ابن ست وثمانين سنة، وكان عريف قومه، وقبر في مدينة البيضاء بليبيا. الإصابة في تمييز الصحابة : ٣٦٢/٢.

٢- جلت : جَلِيَ جلا فهو أجلى أي انحسر مقدم الشعر ، والأجلى الخفيف شعر ما بين النزعتين من الصدغين والذي انحسر الشعر عن جبهته ، لسان العرب ، مادة جلا : ١٨٩/٣.

٣- السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب القسم والنشوز ، باب ما جاء في قول الله عز وجل :" وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً ، تحقيق : محمد عطا ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط٣(٢٠٠٣) : ١٥/ر١١٩/١٥٠٩٨، وقال الحاكم في المستدرك : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه : ٢٠٣/٢.

٤- سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها لصاحبتها : ر٣٤١/١٩٧٤.

٥- أخرجه الترمذي في سننه بزيادة " والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " ، وقال : حديث حسن صحيح ، كتاب الأحكام ، باب : ما جاء عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس: ر٣١٨/١٣٥٢ ، وأخرجه ابن ماجة في سننه بهذا اللفظ ، كتاب الأحكام ، باب: الصلح: ر٤٠٢/٣٢٥٣، والحديث في إسناده ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه ، وهو ضعيف جداً ، قال فيه الشافعي وأبو داود : هو ركن من أركان الكذب، وقال النسائي: ليس بثقة ، وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذي في تصحيحه لهذا الحديث ، وقال الذهبي: فروى من حديثه " الصلح جائز بين المسلمين " وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه ، وقال ابن كثير في إرشاده: قد نوقش أبو عيسى الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله اه ، وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلاني فقال في بلوغ المرام: وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وقد صححه ابن حبان من طريق أبى هريرة، وقال في الفتح: وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وذلك لأنه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة . المجموع للنووي : ٦٤/١٣

وجه الاستدلال : نص الحديث على جواز الإصلاح ما لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً ، والإسقاط على مال من صور الصلح المعتبر[١].

٥- قال ﷺ : " المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ " [٢].

وجه الاستدلال : إن الإسقاط على مال قد يكون بطريق التعليق على شرط ، والشرط معتبر مادام لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً .

٦- عن أبي هريرة رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ : " من قُتِلَ له قتيلٌ فهو بخَيرِ النَّظَرَينِ : إمَّا أن يَقتل ، وإمّا أن يَفدِي " [٣].

وجه الاستدلال : أثبت الحديث حق القصاص للورثة في حال القتل العمد ، وأباح إسقاط هذا الحق بعوض (الدية) أو بغير عوض (العفو)، وهذا نص صريح في جواز إسقاط الحقوق مقابل مال .

٧- روي أن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عندما قتل أبوه شهيداً في أُحد وعليه دين، فاشتد الغرماء في حقوقهم ، قال : فأتيت رسول الله ﷺ ، فسألهم أن يقبلوا ثَمَرَ حَائِطِي ، وَيُحَلّلوا أبي فَأَبَوا " [٤].

وجه الاستدلال : أن الغرماء لو قبلوا ذلك لكان إسقاطاً لحق الدائن مقابل عوض مالي بمشورة رسول الله ﷺ فدلّ على مشروعيته .

٨- ورد في الأثر عن عمر رضي الله عنه قال : " رَدِّدُوا الْخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُوَرِّثُ بَيْنَ الْقَوْمِ الضَّغَائِنَ" [٥] .

١- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، محمد أبي يعلى المباركفوري ، دار الفكر- بيروت: ٤٨٧/٤- مواهب الصمد في حلّ ألفاظ الزبد ، أحمد بن حجازي الفشني ، الشؤون الدينية – قطر/٤٠١.

٢- أخرجه الترمذي في سننه ، بزيادة " والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " ، وقال : حديث حسن صحيح ، كتاب الأحكام ، باب : ما ذكر في الصلح: ٣/ر١٣٥٢/٦٣٤ .

٣- سنن ابن ماجه ، كتاب الديات ، باب : من قتل له قتيل ر ٢٦٢٤: ٨٧٦/٣.

٤- صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب: الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث: ر ٢٥٦٢/٩٦٤.

٥- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه باب في الصلح بين الخصوم ، تحقيق : حمدي الجمعة ، محمد اللحيدان، مكتبة الرشد- السعودية ، ط١ (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م): ٢١٣/٧//٢٣٣٤٩، مصنف عبد الرزاق ، باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصلحوا : ٣٠٣/٨/١٥٣٤.

فالقاضي إذا خشي تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بين الخصمين أو كان من أهل الفضل وبينهما رحم أو ولاء أقامهما وأمرهما بالصلح[1] .

ثالثاً : الإجماع :

أجمع العلماء على جواز الصلح والمقاصة بضوابطها الشرعية ، وكذلك على جواز المعاوضة والتعليق على شرط وفق الأحكام التي سيأتي بيانها في مواضعها ، وقد سبق أن هذه الطرق مما يجري وفقها الإسقاط على مال ، فيكون مجمعاً عليه ضمناً .

رابعاً : المعقول :

١- إن في الإسقاط على مال إنهاء للخصومة ، ورفعاً للشقاق الواقع بين أفراد الأسرة، وفيه أيضاً دفع المشقة عن النفس جراء الخوض في المحاكم وارتياد مجالس القضاء [2]، وهذه من المصالح المعتبرة شرعاً.

٢- إن الأموال والحقوق متى وجبت لأصحابها يجوز لهم استيفاؤها فكذلك الحطُّ منها والتنازل عنها وإسقاطها بعوض أو بغير عوض ، لأنها تثبت حقاً لأصحابها ، فلهم مطلق التصرف بها ما لم يترتب على هذا التصرف إبطالُ حكمٍ شرعيّ [3].

١- بدائع السلك في طبائع الملك ، أبو عبد الله محمد بن الأزرق الأندلسي ، تحقيق محمد بن عبد الكريم ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا: ٦٤٣/٢- مواهب الجليل للمغربي: ١٣٥/٨.

٢- المبسوط للسرخسي:١٣٤/٢٠-الحاوي الكبير لأبي الحسن الماوردي ، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط١(١٤١٤هـ-١٩٩٤م):٣٦٦/٦، المغني لابن قدامة: ٣٥٧/٤.

٣- أحكام الإبراء للصويعي/٢٣.

المطلب الثاني : حكم الإسقاط على مال :

لابد لنا قبل الخوض في تفصيل أحكام الإسقاط على مال من بيان لحكمه الشرعي :

الفرع الأول : الحكم التكليفي للإسقاط على مال :

إن حكم إسقاط الحقوق الأسرية ومعاوضتها على مال يخضع للأحكام التكليفية الخمسة :

١- والأصل فيه الإباحة إذا استوت فيه المصالح والمفاسد ، وهذا شأن عقود المعاوضة ، وهي إنما شرعت رحمة للعباد ، ولتعلق حاجة الإنسان بما في يد صاحبه [١].

ومنه طلب المرأة الخلع إذا خشيت ألا تقيم حدود الله مع زوجها ، أو أن تفَرّط في حقوقه بسبب كرهها له أو بغضها للمقام عنده لدمامة به أو كبر سن أو عجزٍ أو ضعفٍ في أداء ما يتوجب عليه من حقوق، فتأثم بذلك ، فيكون لها طلب الخلع لرفع الإثم عن نفسها[٢]، كذلك يباح إذا تراضيا على الخلع ، ولو من غير سبب عند الشافعية ، لأن الخلع شرع لدفع الضرر فجاز من غير ضرر ، كالإقالة في البيع[٣].

ومنه إلجاؤها إلى الخلع بمنع حقها والتضييق عليها إن ارتكبت فاحشة ، لقوله تعالى : ﴿ إلّا أن يأتينَ بفاحشةٍ مبينة﴾ والاستثناء من النهي إباحة [٤] ، ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه ، فلا تقيم حدود الله في حقه ، وتدخل في قوله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة :٢٢٩] [٥].

٢- ويكون مندوباً إذا كان نوع مساعدة أو رفعاً للحرج ، كإسقاط النفقة عن الزوج المعسر كلّاً أو جزءاً .

١- المعاوضة على الحقوق ، عبد الله الموسى/١٨١

٢- التلقين للبغدادي/١٣١- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٢٦/٣ – المجموع للنووي : ١٤٨/١٨ – المقنع لابن قدامة : ٥/٢٢

٣- المجموع للنووي: ١٤٨/١٨- زاد المحتاج في شرح المنهاج ، عبد الله الكوهجي ، تحقيق: عبد الله الأنصاري ط١ ، الشؤون الدينية- قطر: ٣٣٦/٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٤٠٢/٨، العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٦.

٤- المجموع للنووي: ١٤٩/١٨- الإنصاف للمرداوي: ١٤/٢٢.

٥- العزيز في شرح الوجيز: ٣٩٦/٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٤/٢٢.

كذلك إذا كان دفعاً للنّزاع ، ورفعاً للشقاق ، وإبقاء للرابطة الزوجية أو الأسرية ، لما في ذلك من مصلحة معتبرة ، كإسقاط بعض الحقوق الزوجية بهدف إنهاء الشقاق الواقع بين الزوجين ، ويندب الخلع في حال استمرار إيلاء الزوج وإصراره على عدم الفيء أو عند عجزه عن القيام بحقوق الزوجية ، لما في ذلك من إضرار بالمرأة [١] ، وكذلك يندب إذا كان على سبيل الإنكار لمنكر يقوم عليه ، كالتقصير في حقوق الله تعالى مع الإصرار [٢].

وقد يكون مندوباً ، كالصلح الذي يقع في الأموال ، لأن الشارع رغب فيه وحثّ عليه ، وهو يتضمن التنازل عن بعض الحق غالباً ، ولا يجبر الشخص على التنازل عن حقه ، ولكن يكون ذلك عن طواعية واختيار ، وعلى سبيل المسامحة [٣].

٣- ويكون الإسقاط على مال واجباً في حق الزوجة إذا فقد الزواج شرعيته ، بأن طلقها الزوج ثلاثاً ، ولا شهود على ذلك ولا إقرار من قبله ، فيتوجب عليها طلب الخلع تجنباً للوقوع في المحظور [٤] ، وكذلك ما لو ارتد الزوج مع الإصرار ولا شهود لديها أو كان القضاء في بلد لا يعترف بالردة كسببٍ لانفساخ العقد ، فيجب عليها طلب الخلع [٥].

٤- ويكون مكروهاً إذا استلزم مفسدة راجحة ، كإسقاط الزوجية بغير سبب يستدعي ذلك ، بأن خالعته لغير بغض ولا خشية من أن لا يقيما حدود الله تعالى ، فشأن المرأة المسلمة ألا تبذل مالها في مكروه [٦] ، لكنه جائز لعموم قوله تعالى : ف﴿إِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾ [النساء : ٤].

١- المجموع للنووي : ١٤٨/١٨.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة:٥/٢٢- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، مرعي بن يوسف الكرمي مؤسسة غراس- الكويت ، ط١(١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م): ١١٢/٣.

٣- الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، محمود عبد النور، دار الجيل- بيروت، ط١(١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م)/٥٧.

٤- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٨٠.

٥- مجلة المجمع الفقهي ، مدى حق الزوجة في إنهاء عقد النكاح بالخلع ، عبد الكريم زيدان ، العدد٢/٤٠

٦- بدائع الصنائع للكاساني:٦/٤٠- التلقين للبغدادي/١٣٠- مواهب الجليل للمغربي: ٥/٨٠- إعلام الموقعين لابن القيم: ٨٦/١.

وذهب أحمد في رواية إلى تحريم الخلع في هذه الحالة ، لقوله ﷺ : " المُختلعَاتِ هُنَّ المُنافِقاتِ"[1]، ولحديث ثوبان قال رسول الله ﷺ : " أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاقاً فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّة " [2].

والحديثان في ظاهرهما يدلان على تحريم المخالعة لغير حاجة ، وخصوص أدلة التحريم يجب تقديمها على عموم آية الجواز ، ولأنه إضرار بها وبزوجها [3]، كما أن الخلع مع استقامة الحال بين الزوجين نوع من العبث ، وفيه مناقضة لمقاصد الشرع من الزواج[4].

٥- ويحرم الإسقاط على مال إذا استلزم مفسدة واجبة الدرء[5] ، كما في خلع ولي الصغيرة لها على مال ، أو إذا تضمن الإسقاط شروطاً جائرة أو منافية للشرع ، أو كان يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً ، أو عند علم الزوج أن إسقاطه للعصمة سبب لوقوعه في الزنا أو لعدم قدرته على الزواج بغيرها .

ويكون محرماً في حق الزوج لو آذى زوجته وكارهها وضيّق عليها ليحملها على طلب الخلع ، أو كان لها عليه مهر، وهو كاره لها أو لصحبتها ، فضارّها لتفتدي به ، فلا يحلّ له أخذ شيء منها ، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة :٢٣١] ، وقوله تعالى: ﴿ولَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] ، والعضل يعني التضيق والمنع والإضرار[6] . وجه الاستدلال : يدل ظاهر الآيتين على تحريم المخالعة لغير حاجة ، ولأنه إضرار بها،

١- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم ٢٨٢/١١٨٦، وقال حديث غريب من هذا الوجه ، وليس إسناده بالقوي- وقال في علل الترمذي الكبير : سألت محمدا عن هذا الحديث فلم يعرفه /١٧٤، سنن النسائي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، بلفظ "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات" : ٥/ر ٢٧٦/٥٦٢٦.

٢- رواه الترمذي في كتاب الطلاق واللعان ، باب ما جاء في المختلعات ر(١١٨٧)/٢٨٢ ، وقال : حديث حسن ، أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب الخلع: ٥١٦/١، وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: ٢/ ر ٢١٨/٢٨٠٩.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/٢٢- الإنصاف للمرداوي: ١٠/٢٢

٤- مغني المحتاج للشربيني:٣٤٧/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٠/٢٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣٣٦/٥.

٥- مواهب الجليل للمغربي : ٨٠/٥.

٦- تفسير ابن كثير: ٤٦٥/١- التلقين للبغدادي/١٣٠.

والإضرار محرم[1] بقوله ﷺ : " لا ضَرَرَ ولا ضِرَار " [2] ، وهو عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق، كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة [3].

واختلفوا في صحة الخلع مع العضل على قولين :

فذهب جمهور الفقهاء خلافاً للحنابلة إلى أن خلع العاضل صحيح ، والعوض لازم ، وهو آثم وعاصٍ ، والواجب على الزوج ردُّ ما أخذه من بدل الخلع إن كان قد استلمه ، وعدم استحقاق أخذه إن لم يستلمه من الزوجة ، وأثبتت الزوجة عضل الزوج لها ، وهو مباح في حق الزوجة ، لأن عضله ظلم ، وليس من شرع الله منع المظلوم من رفع الظلم عن نفسه وهو قادر ، ويكون لها استرداد العوض[4] .

وذهب الحنابلة إلى بطلان الخلع ووجوب ردِّ العوض وبقاء الزوجية والحالة هذه ، بخلاف ما لو كان ناشزاً عليها دون قصد إلجائها إلى طلب الخلع ، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم ، وكذلك لو عضلها بسبب نشوزها هي فلا يحرم الخلع [5] ، لما روي في حديث حبيبة رضي الله عنها أنها كانت تحت ثابت بن قيس رضي الله عنه فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعا النبي ﷺ ثابت ، فقال : " خُذْ بعضَ مَالِهَا وَفارِقْهَا " ففعل[6] .

ويتفرع قول الحنابلة هنا عن قولهم بعدم وقوع الخلع بغير عوض في إحدى الروايتين عن أحمد ، لأنه إنما رضي بالفسخ بالعوض ، فإذا لم يحصل العوض لا يحصل المعوض[7] .

والصلح كذلك إذا ألجئ إليه المصالح إلجاء بسبب جحود الحق المستحق على أحدهم أو المماطلة في الوفاء به عسى أن يرضى بالقليل ، أو بما هو دون حقه ، عجزاً منه عن المطالبة بحقه ، وفي ذلك أكل لأموال الناس بالباطل.

١- الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/٢٢.

٢- أخرجه الحاكم في المستدرك ، كتاب البيوع : ٢/ر٦٦/٢٣٤٥، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ، وأخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الصلح ، باب: لا ضرر ولا ضرار:٦/ر٦٩/١١٦٦ .

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢/٢٢.

٤- البناية للعيني: ٢٩٦/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة:٣٤٧/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٠/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٩٦/٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٢٦/٣.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣/٢٢- المغني لابن قدامة: ١٧٦/٨- كشاف القناع للبهوتي : ١٢٦/٣.

٦- سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب الخلع : ٥١٦/١ .

٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣/٢٢

الفرع الثاني : حكم الزيادة على ما ساق للزوجة عند فرق الزواج :

اتفق الفقهاء على صحة الخلع وجواز أخذ البدل المتفق عليه إذا كان النشوز من الجانبين ، وخشيا التقصير أو التفريط في حقوق الزوجية ، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (البقرة: ٢٢٩) ، واختلفوا فيما لو كان النشوز من أحدهما تجاه الآخر على النحو التالي :

أولاً : أن يكون النشوز من جانب المرأة :

إذا كرهت الزوجة زوجها لقبح منظرٍ أو سوء عشرة ، وخشيت ألا تؤدي حقه ، جاز للزوج مخالعتها ، وأخذ ما ساق لها ، وله الزيادة على ذلك ، وتطيب له عند الجمهور[١] ، وذهب أحمد والحنفية في رواية إلى أنه يمتنع عليه الخلع بأكثر من المهر المسمى، ولا ينبغي له أن يأخذ أكثر مما أعطاها .

عرض الأدلة ومناقشتها : استدل الجمهور بالأدلة التالية :

١- قوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شيئاً إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة : ٢٢٩].

وجه الاستدلال : أنه تعالى نفى الإثم عن الرجل في حال أخذ من زوجته مقابلاً لطلاقها ، قليلًا كان أو كثيراً ، والفدية عوض مستفاد بعقد فلم يتقدر كالمهر والثمن[٢].

ردّ الحنفية بأن ما يأخذه الزوج من بدلٍ مقابل الفسخ ، فلم يزد على قدره عند ابتداء العقد كالعوض في الإقالة ، فهو لا يملّكها شيئاً ، وإنما يرفع العقد ، فيحل له أن يأخذ منها قدر ما ساق لها ، ولا تحلُّ له الزيادة على ذلك[٣].

١- المبسوط للسرخسي:١٨٣/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٥/٢- المجموع للنووي : ١٥٠/١٨_ العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٩٦/٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٥/٢٢

٢- المجموع للنووي: ١٥٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة :٤٦/٢٢

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٦/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٢/٤- أحكام القرآن للجصاص: ٩٦/٢- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٧.

٢- روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : " لَو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعِقَاصِ[١] رأسها كان ذلك جائزاً "[٢].

وقد روي أن امرأة جاءت إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تشتكي زوجها ، فحُبست في بيتٍ فيه زبلٌ ، فباتت فلما أصبحت ، بعث إليها فقال : كيف بتِّ فقالت : ما بتُّ ليلةً أكونُ فيها أقرَّ عيناً من الليلة ، فسألها عن زوجها ، فأثنت عليه خيراً ، وقالت : إنه وإنه ، ولكن لا أملك غير هذا ، فأذن لها عمر في الفداء[٣]، وروي أن مولاة لصفية اختلعت من زوجها بكل شيء لها ، فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر رضي الله عنه[٤].

أدلة القول الثاني :

١- قصة امرأة ثابت بن قيس، حيث قال النبي ﷺ : "" أتَرُدِّين إليه حَدِيقَتَهُ؟ "، قالت : نَعَم وَزِيَادَة ، فقال لها النبي ﷺ : " أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا"[٥] ، ويؤيد ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ أَمَرَهُ أَن يَأْخُذَ مِنْهَا وَلَا يَزْدَاد "[٦] ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يأخذ منها فوق ما أعطاها[٧] ، وهذه الروايات تنفي جواز أخذ الزيادة[٨].

١- العقاص هو: الخيط الذي تربط به المرأة أطراف شعرها.

٢- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق ، باب: الخلع على أكثر مما أعطاها: ٤/ر١٨٥٢٨/١٢٥ وعبد الرزاق في كتاب الطلاق ، باب: المفتدية بزيادة على صداقها: ٦/ر١١٨٥٤/٥٠٥ ، وفي البخاري عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها ، والأثر علقه البخاري مختصراً في كتاب الطلاق ، باب : الخلع وكيف الطلاق فيه: ٥/٢٠٢١.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢/٢٤٥، والأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٧/ر١٤٨٥٣/ ٥١٤.

٤- الموطأ للإمام مالك، تحقيق كلال حسن علي ، مؤسسة الرسالة ناشرون- دمشق ، ط١(١٤٣٤هـ-٢٠١٣م) /ر١٢٣٢/ ٤٣٥- الاستذكار لابن عبد البر : ١٧/ر١١٥٣/١٧٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢/٢٤٥

٥- أخرجه البيهقي بهذا اللفظ في السنن الكبير ، وفي رواية الثوري : " وكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى " (ر١٤٨٤٦) ، وقال : وصله الوليد عن ابن جريج عن ابن عباس ، وقال أبو الشيخ : هو غير محفوظ والصواب إرساله : ١٥/ر١٤٨٤٤/١٧٩٧ /٥١٣ .

٦- سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب : المختلعة تأخذ ما أعطاها : ر٢٠٥٦/٣٥٥.

٧- المصنف ، عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الفداء : ٦/ر١١٨٤٤/ ٥٠٥.

٨- المبسوط للسرخسي: ٦/١٨٣- االبناية للعيني:٥/٢٩٧- ٢٩٨- مختصر القدوري/١٦٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٤٦- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٧.

وقد ردّ الجمهور بأنه في رواية أخرى لحديث ثابت بن قيس بن شماس أن النبي ﷺ قال : " رُدِّي عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَزِيدِيهِ" [(١)] ، والرواية صريحة في جواز أخذ الزيادة [(٢)].

٢- إن الشرع حظر على الزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً مما أعطاها إلا على الشرط ، فدلّ على حظر ما فوقه قياساً على قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء : ٢٣]، فذكر التأفيف دلَّ على حظر ما فوقه من ضرب أو شتم [(٣)].

ناقش الجمهور بأن الزيادة جائزة مع عدم لياقتها بمكارم الأخلاق، وجواز أخذ المال هنا بطريق الزجر لها عن النشوز [(٤)]، وأدلة المنع تحمل على الكراهة التنزيهية أو خلاف الأولى لا على منع وجوب أصل المال [(٥)].

والراجح على ما يبدو لي هو ما ذهب إليه الجمهور لكثرة الآثار الدالّة على ذلك ، ولأن النشوز من قبلها ، وقد لا تقتصر أضرار فرق الزواج على ما بذل لها من المهر في الغالب.

ثانياً : أن يكون النشوز من جانب الزوج :

يكون نشوز الزوج بظهور علامات الإعراض عن زوجته، والتبرم عليها، وسوء عشرتها ببغضٍ وخشونةٍ بعد لين [(٦)]، ويأخذ النشوز سلوكاً عملياً عندما يتلازم مع امتناع الزوج عن أداء الواجبات الزوجية المترتبة عليه تجاه زوجته.

ولا يمكن النظر إلى نشوز الزوج بمنظار واحد من حيث الحكم الشرعي ، وما يترتب عليه من آثار، فنشوز الزوج قد يكون من قبيل إساءة الخلق مع زوجته وعضلها ومكارهتها ليذهب بما آتاها ، وقد قال تعالى في النهي عن ذلك " يا أيها الذين آمنوا لا يحلُّ لكم أن ترِثُوا النِّسَاءَ كرهاً ولاتعضُلُوهُنَّ لتذهبُوا ببعضِ ما آتيتموهُنَّ " [النساء : ١٩] ، وقد يكون لسوء خلق فيه دون أن يقصد إلجاءها إلى طلب الخلع ، فلا حرمة في الخلع هنا ، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ، ولكن عليه إثم الظلم [(٧)] ، وقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أنه يصح الخلع ، ولا يحلُّ

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبير: ١٥/ر١٤٨٥٠/ ٥١٣ ، وقال : الحديث المرسل أصح .

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك:٢/٢٤٥- المجموع للنووي: ١٨/١٥٠- الشرح الكبير لابن قدامة :٢٢/٤٦.

٣- أحكام القرآن للجصاص: ٢/٨٩.

٤- المبسوط للسرخسي: ٦/١٨٣.

٥- المبسوط للسرخسي: ٦/١٨٣- المجموع للنووي : ١٨/١٥١- الشرح الكبير لابن قدامة :٢٢/٤٧.

٦- المجموع للنووي: ١٨/١٤١.

٧- المبسوط للسرخسي: ٦/١٨٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/١١- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/١٠.

للزوج أخذ العوض المالي ، ويجب عليه ردّه في حال أخذه ، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شيئاً ﴾ [النساء: ٢٠] [١].

وذهب الحنفية في رواية أخرى إلى أنه يجوز له أخذ ما ساق لها والزيادة عليه ، سواء كان النشوز منها أو منه ، لكن يكون مع الكراهة إن كان النشوز منه[٢] ، وذلك للأدلة التالية :

١- قال تعالى : ﴿ فِيمَا افتَدَت ﴾ [البقرة : ٢٢٩] [٣].

وجه الاستدلال : إن مقتضى الآية إما الجواز حكماً أو الإباحة ، وقد ترك العمل بالإباحة لمعارضته بحديث : " أمّا الزِّيادةُ فلا "، فبقي نص الآية معمولاً به في الثاني ، وهو الجواز حكماً لإطلاق الآية [٤].

ردَّ الجمهور على استدلال الحنفية بأن الجواز والإباحة لهما المعنى ذاته ، ولا يتصور وجود أحدهما مع انتفاء الآخر ، أما الحديث الذي فيه " أما الزيادة فلا " فهو حديث مرسل ، وأحاديث البخاري والصحاح لم ترد فيها هذه الزيادة ، ثم هو خبر واحد ، ولا يعارض عموم آية قطعية .

أجاب الحنفية بأن الإباحة تختلف عن الجواز ، فضدُّ الإباحة الكراهة ، وضدُّ الجواز الحرمة ، كما في البيع وقت النداء ، فهو جائزٌ مع الكراهة وليس بمباحٍ .

وأجابوا عن إرسال الحديث بأن النص إذا عورض بنص آخر خرج عن كونه قطعياً ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، وهذا الحديث وإن عارض هذا النص لكنّه يوافق نصاً آخر، وهو قوله تعالى : ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾[النساء: ٢٠]، فالحاصل معارضة نصٍّ لنصٍّ مثله ، وخبر الواحد موافق لأحد النصين فجاز التمسك به [٥].

٢- قال تعالى : ﴿فإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيءٍ مِنْهُ نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ [النساء : ٤].

وجه الاستدلال : الآية عامة في عدم جواز أكل شيء من ما أعطاه للمرأة إلا بطيب نفس منها.

ردّ الجمهور بأن الآية مخصصة بعدم إقامة حدود الله في قوله تعالى : ﴿ألا يقيما حدود الله﴾.

١- المبسوط للسرخسي:١٨٣/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٩٦/٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣/٢٢.

٢- مختصر القدوري/١٦٣.

٣- االبناية للعيني: ٢٩٧/٥- ٢٩٨.

٤- البناية للعيني: ٢٩٩/٥.

٥- البناية للعيني: ٢٩٩/٥- أحكام الجصاص: ٩٣/٢.

٣- يجوز للمرأة هبة زوجها من غير مقابل ، فيكون لها بذل مالها في الخلع مقابل ملك عصمتها بطريق الأولى [١].

ردّ الجمهور بأن الهبة لا تقاس على الفدية ، فالهبة تكون في حال قيام الرابطة الزوجية ، أما الفدية فتبذل للمفارقة [٢].

والراجح هو قول الجمهور ، لأن الزوج وإن لم يلجئها إلى الخلع بعضله لكنه ألجأها إليه بسوء خلقه.

الفرع الثالث : حكم التصالح على إسقاط بعض الحقوق الزوجية مقابل استدامة النكاح :

أرشد النص القرآني كلا الزوجين نحو اللجوء إلى الصّلح عند حصول النشوز من الزوج، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء : ١٢١] ، وخافت بمعنى توقعت ، وقال الزجاج[٣] : خافت من بعلها دوام النشوز، وفرق النحّاس[٤] بين النشوز وهو التباعد ، وبين الإعراض بمعنى ألا يكلمها ولا يأنس بها ، وقال الكلبيّ[٥] : نشوز الزوج بترك مُجَامَعَة الزوجة ، وإعراضه بوجْهه عَنْها ، وقلّة مُجَالَسَتِها [٦] ، وقال الطبري[٧] : هي المرأة تكون عند الرجل حتى

١- أحكام القرآن للجصاص: ٩٣/٢

٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/٢٢

٣- الزَجَّاج: أبو إسحاق إبراهيم البغدادي ، نحوي من العصر العباسي ، ولد في بغداد سنة ٢٤١هـ ، كان يعمل في صناعة الزجاج فتركه واشتغل بالأدب، كان من أهل العلم والدين ، صنف العديد من الكتب ، أشهرها كتاب معاني القرآن في التفسير، وكتاب ما ينصرف وما لا ينصرف وكتاب تفسير أسماء الله الحسنى، توفي سنة ٣١٠ ، وقد قارب الثمانين. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، أحمد بن محمد بن خلكان تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر– بيروت: ٤٩/١.

٤- سبقت ترجمته ص١٥.

٥- الكلبي: أبو المنذر هشام بن محمد بن السائب الكلبي ، ولد في مدينة الكوفة ، وعاش في القرن الثاني للهجرة ، وكان عالماً بالتفسير والأخبار وأيام العرب ، وصنف كتاباً في تفسير القرآن ، وتوفي في الكوفة سنة ٢٠٤هـ .الأعلام للزركلي: ٨٧/٨.

٦- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٦١/٧.

٧- الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير، وُلِد في طبَرِستان سنة ٢٢٤ هـ، ظهرت عليه في طفولته سمات النبوغ الفكري، فوجَّهه والده إلى العلماء ، حفظ القرآن وله سبع سنين، وكتب الحديث في التاسعة، كان من العباد الزهاد ، لا تأخذه في الحق لومة لائم ، وكان من كبار الصالحين، توفي سنة ٣١٠ هـ، عن عمر ناهز الثمانين بخمس سنين ، ودفن في داره في بغداد. الأعلام للزركلي : ٦٩/٦.

تكبر، فيريد أن يتزوج عليها، فيتصالحان بينهما صلحاً، على أن لها يوماً، ولهذه يومان أو ثلاث[1].

وقد جعل الله تعالى مبنى العلاقة بين الزوجين على الإحسان والمعاشرة بالمعروف ، ومقابلة ضعفهن الفطري بالإحسان إليهن والوصية بهن ، لا بظلمهن والحيف عليهن ، قال تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شيئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾ [النساء : ١٩] ، وقال ﷺ : " اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْراً " [2] ، وقال ﷺ : " لا يَفْرَكْ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقاً رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ " [3].

فالأصل هو الإحسان إذن، والنشوز طارئ ، فإن حصل وترفع الزوج عن زوجته ورغب عنها لأسبابٍ خارجةٍ عن نفسه ، كنشوزها أو بغضه لها أو كبر سنها أو دمامتها أو تقصيرها في واجباتها تجاهه ، فله تخييرها بين الفراق أو القيام معه على حاله صلحاً ، لرفع الظلم عنها وعن نفسه.

والصلح خيرٌ من الفراق لكليهما ، لقوله تعالى : ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرا﴾ [النساء:١٢١] " ، ويكون ذلك عندما يترجح لدى المرأة مصلحة الإبقاء على الرابطة الزوجية واستدامة النكاح والتمسك بعقدته ، واسترضاء الزوج ، مقابل تنازلها عن بعض حقوقها كلاً أو جزءاً ، كالنفقة أو الكسوة أو المسكن أو القسم[4]، وقد اتفق المفسرون والفقهاء على أن للمرأة أن تصالح زوجها على إسقاط بعض حقوقها كالنفقة والقسم[5].

والصلح في حقيقته وسيلة أمام الرجل حتى يبري ذمته من حقوق امرأته أمام الله تعالى ، ويرفع مذمة الظلم والحيف عن نفسه ، بأن قصرت حيلته عن أداء حقوقها بتمامها أو أصبح ذلك عبئاً

١- تفسير الطبري : ٢٨٠/٩.

٢- أخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع ، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها: ٣/ر٤٥٨/١١٦٣ ، وقال: حديث حسن صحيح .

٣- سبق تخريجه ص٣٤.

٤- جامع البيان للطبري : ٣٠٦/٥ – المهذب للشيرازي : ٤٨٧/٢– المغني لابن قدامة : ٢٦٢/١٠

٥- جامع البيان للطبري : ٢٦٩/٩ ، أحكام القرآن للجصاص : ٣٩٨/٢ ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير:٤٢٦/٢ ، الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٤٠٥ ، بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٣– المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/ ٢٤٢– الأم للشافعي: ٥/ ٢٠٣ ، كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٠٦.

لا يطيق احتماله ، كذلك الزوجة تسعى لمصالحة زوجها بتقديم ما يؤدم بينهما ، إن وجدت في أداء ما يجب عليها قصوراً إزاء ما يبذله الزوج من عطاء ، فترفع عنه بالصلح عبئاً دون أن تُذهِبَ مصالحها، وبذلك لا يكون الصلح وسيلة لهضم الحقوق ، ولا تبريراً لأكل أموال الناس بالباطل ، قال ﷺ : " الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً " [١] ، ويكون الصلح بين الزوجين بترك بعض الحق استدامة للحرمة ، واسترضاء للزوج ، وتمسكاً بعقدة النكاح[٢] ، ويأخذ إحدى هاتين الصورتين :

أولها : استرضاء الزوجة بالمال أو بالعوض النفعي إذا كان النشوز من قبل الزوج أو لأسباب خاصة به ، ودون أن يرافق ذلك تقصير من المرأة بنشوز أو بغيره[٣] .

الثاني : تنازل المرأة عن بعض حقوقها الزوجية كلاً أو جزءاً ، ويكون ذلك في حالة التقصير من الزوجة بنشوز أو نحوه ، أو التقصير من كليهما ، فترضى المرأة بأقل من الواجب لها في النفقة أو الكسوة أو المسكن أو القسم[٤] ، فإن حصل من الزوج ظلم وتعنت ورفض الصلح ، فلا يسوغ لها شرعاً النشوز عليه وترك طاعته أو ضربه أو التعدي عليه ، وعليها اتباع الخطوات الآتية :

١- وعظه وتذكيره بحقوقها وبأنّ ذمته مشغولة بها .

٢- توسيط رجل حكيم من أهل الخير ينصحه ويتوخى الإصلاح ما أمكن برفق ودون تشهير.

٣- ترفع أمرها للقاضي فينظر الأصلح لها من فسخ أو خلع أو طلاق[٥] .

١- سبق تخريجه ص١٤٠.

٢- جامع البيان للطبري: ٣٠٦/٥- المهذب للشيرازي: ٤٨٧/٢ - ١٠/٢٦٢- مواهب الصمد للفشني/٤٠١- المغني لابن قدامة: ١٦٢/١٠.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٢/٢.

٤- تفسير السعدي/٢٠٦.

٥- أحكام الطاعة والنشوز للمسلمين وغير المسلمين، ممدوح عزمي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط(١٩٩٩)/١١.

المطلب الثالث : دوافع إسقاط الحقوق الأسرية على مال :

يعتبر إسقاط الحقوق من التصرفات التي قد تشكل حلّاً للكثير من المشكلات الاجتماعية ، وهو إحدى السبل الهامة لفض النزاع ، وإنهاء الخلافات بين المتخاصمين ، وفي ذلك قوة للأمة قال تعالى : ﴿وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الفرقان : ٤٦] ، ومما يدفع إليه في الغالب الأسباب التالية [١] :

١- عجز القضـاء عن البت السريع في الخلافات بين الناس ، ولا سيما ذات الطابع الخاص ، أو التي تتعلق بالأعراض ، أو التي لا تحتمل التأجيل بسبب طول الأمد في القضاء ، فخلُّ الرابطة الزوجية بالتقاضي قد يترتب عليه إفشاء الأسرار والتشهير بأحد الزوجين ، والأمور المتعلقة بحق الحضانة لا تحتمل طول الأمد لتعلق مصلحة المحضون فيها .

٢- إن الإصلاح بين المتخاصمين من أهم الوسائل التي قد يعمد إليها ذوو الوجاهة من أهل الحلّ والعقد لحلّ الخلافات وفقاً لقيم المجتمع وأخلاقياته، وهي تعبر عن مرونة التشريع الإسلامي ، وتعدد وسائل الإصلاح وجهاته ، ومنه الصلح في حالات العدول عن الخطبة ، وما يتعلق بنفقات الجهاز ونحوه .

٤- عجز الكثير من الأسر الفقيرة عن تحمل نفقات القضاء الباهظة ، فيلجؤون إلى الحلول الودية فراراً من الأعباء المالية ، ومثاله حصول الزوجة على حقها في النفقة المستحقة مع حاجتها بطريق التراضي يوفر المال ويختصر الزمن .

٥- إن تسوية المنازعات الأسرية بطريق الإسقاط أو الصلح يسهم في الحفاظ على تماسك الأسر واستقرارها ، والحدّ من ظاهرة التفكك الأسري التي تهدد المجتمعات الراهنة ، ومن ذلك مصالحة الزوج عند النشوز على إسقاط بعض ما يترتب عليه ، كإبرائه من المهر أو جزءٍ منه ، أو مصالحة الزوجة في حالة الشّقاق على عطاءٍ ما أو اشتراط ما فيه منفعة معتبرة لها ، وذلك إبقاء للحياة الأسرية ، وصيانة للأولاد ، ومن صور ذلك أيضاً إبراء المفوضة زوجها من المهر ، إحساناً منها وزيادة في الود .

٦- ومن دوافع الإسقاط على مال دفع المحظور ، كمخالعة المطلقة ثلاثاً لزوجها المنكر للطلاق ولا بينة لديها.

١- اعلام الوقعين ١٠٨/١

٧- وقد يكون الدافع وراء الإسقاط على مال تحقيق النفع المادي المحض لأحد الأطراف ،كما لو أسقطت حقها في القسم مقابل عوض مالي تبذله لها ضرتها.

٨- تعويض الضرر المادي أو المعنوي الواقع على أحد الأطراف، كما في الطلاق على مال.

٩- والإسقاط على مال فيه صيانة للنفس عن الابتذال والتردد إلى مجالس القضاء، كإسقاط دعوى الزوجية أو الطلاق مقابل بذل عوض مالي.

١٠- وقد يكون الإسقاط على مال بهدف المعاقبة ، كما في خلع الزوجة المقصرة في حقوق الله تعالى ، أو الناشزة أو الزانية .

١١- وقد يكون رفعاً للعقوبة عن نفسه ، كما في المصالحة على إسقاط دعوى النسب مقابل مال ، لما أنه يدفع الحدّ عن نفسه ، دون أن يضيع حق الولد بالنسب .

١٢- وقد يكون الإسقاط من قبيل التعاون على البر والتقوى ، كما في إسقاط الدين عن الزوج أو الزوجة المعسرة ، أو الحط منه .

١٣- قطع الخصومة إذا وقعت المزاحمة إما في الأملاك أو في المشتركات، كما في مصالحة أحد الورثة عن حقه .

المبحث الرابع : شروط مشروعية إسقاط الحقوق الأسرية على مال :

ينبغي في الإسقاط على مال حتى يكتسب صفة المشروعية أن يحقق المقاصد التي يرنو إليها الشارع ، ويجري وفق الشروط والمعايير التي حددها ، ويمكن إجمال هذه الضوابط في النقاط الآتية :

أولاً : يعتبر " جلب المصلحة ودرء المفسدة " من قواعد الفقه الإسلامي ، وفي إسقاط الحق على مال تشريعٌ لمصلحة معتبرة عند كلا العاقدين ، تتمثل في درء مفسدة الشقاق ، وإنهاء الخصومة ، وهو استثناء من القاعدة الأساسية للحق المتمثلة في أن لكل صاحب حق أن يأخذ حقه كاملاً غير منقوص في الصفة والمقدار، والاستثناء رخصة له من الشارع بإسقاط الحق كلِّه أو جزئه ، بعوض أو بغير عوض ، لإزالة المشقة في تحقيق ما لا سبيل إلى تحقيقه من إثبات الحقوق بسبب الجهل أو انعدام البينة ونحو ذلك ، بناء على قاعدة " إن المشقة تجلب التيسير "[١].

وينبغي أن تكون هذه المصلحة موافقة لغايات الشرع من إباحتها ، أما إن أدى الإسقاط إلى مصلحة غير مشروعة لم يصح ، كما لو حطَّ الوالد من مهر ابنته البكر بعد تزويجها عند المالكية، إذ لا مصلحة مشروعة للبنت في ذلك [٢] ، كذلك لو زوجها الأب بأقلّ من مهر مثلها أو بغير كفء لها ، كأجذم أو أبرص أو مجنوناً لم يجز[٣].

ثانياً : تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة : بحيث تتناسب مصلحة المسقط له مع الضرر اللاحق بصاحب الحق ، فإن كان الضرر اللاحق بأحد الأطراف أعظم من المصلحة التي يحققها الإسقاط أو يساويها أو يقلُّ عنها وأمكن التوفيق أخذ به ، وإن كان الفارق شاسعاً بين كلا الأمرين درئ الضرر قدر الإمكان[٤].

فمصلحة المحضون قد تتعارض مع مصلحة حاضنته ، فإن أمكن التوفيق صير إليه ، وإن استحكم التعارض قدمت مصلحة المحضون على الحاضن ، ومنه لم يصح إسقاط الحضانة على

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء ، تحقيق: محمود الشنقيطي، دار المعارف بيروت- لبنان/٢٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٣٠/٢٢.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٢/٢- نظرية الحق للمعداوي/١٢٦.

٣- الأم للشافعي، دار المعرفة – بيروت ، ط٢(١٣٩٣هـ) :٢٠/٥.

٤- نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير ، بلحورابي سعاد (٢٠١٤)/٢٧- نظرية الحق للمعداوى /١٢٥.

أنها بدل للخلع ، لأن حق المحضون أولى من حق الحاضن ، فيصح الخلع ويبطل الشرط[١]، ومنه إجبار الزوج على الإنفاق على ولده عند إعسار زوجته التي خالعها مقابل التزامها بنفقة ولدها منه مدة معينة ، وذلك صيانة لحق الولد ودفعاً للضرر عنه ويرجع عليها عند يسارها[٢]، كذلك لو طلبت نفقة ولدها فادعى أن أباها التزم بنفقة الولد فطلبت الزوجة منه الإنفاق على ولده حتى تثبت له دعواه لزمه الإنفاق حتى يُثبت دعواه [٣].

ثالثاً : عدم التعسف في استعمال الحق : لا ينبغي التجاوز في استعمال الحق بما يرجح المصلحة لأحدهما على حساب الآخر .

ومن صور التعسف المنهي عنه طلب الزوجة الخلع من زوجها مع عدم خوفها ألا تقيم حدود الله تعالى في حق دينها وزوجها أو بقصد الإضرار بالزوج ، أو الإثراء على حسابه بالتنازل عن صداقها الذي قد لا يساوي جزءاً بسيطاً من المال الذي بذله الزوج لها عن حسن نية [٤]، ومن هنا نهى الشرع المرأة أن تطلب طلاقها بغير عذر ، قال ﷺ : " أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاَقاً فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ " [٥].

ومنه الخلع أو الطلاق عن الغير مقابل مال يلتزمه الأجنبي، كمن قال لرجل : طلق امرأتك ولك علي ألف درهم ففعل، لزمه ذلك بشرط ألا يكون القصد من ذلك الإضرار بالمرأة بإسقاط نفقة العدة [٦].

وإن تبرع أجنبي في مرضه بخلع امرأة من زوجها على مال ضمنه له فهو جائز من ثلثه إذا مات من ذلك المرض، لأن الأجنبي التزم المال في مرضه من غير عوض حصل له ، فكان معتبراً من ثلثه ، وإن كان الزوج مريضاً حين فعل الأجنبي بغير رضاها فلها الميراث إذا مات الزوج قبل انقضاء عدتها ، لأن الفرقة وقعت بغير رضاها ، فيكون الزوج فاراً في حقها [٧].

ولا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين ولده ذريعة للإضرار بالآخر، كأن تطلب منه ما يفوق طاقته من الرزق والكسوة مستغلة خشيته على صغيره ، أو بإلزامه الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية

١- أحكام الأحوال الشخصية ، أحمد إبراهيم بك/ ٣٦٩-٣٧٠

٢- رد المحتار لابن عابدين : ٤٥٥/٣ - ابن قدامة: ٢٨٤/١٠

٣- تحرير الكلام للحطاب / ١١٢.

٤- التعسف في استعمال الحق للصويعي/٢١-٢٢

٥- أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب الخلع: ٥١٦/١

٦- المبسوط للسرخسي : ١٩٣/٦.

٧- تحرير الكلام للحطاب / ٢٤٧.

من أجرة على الرضاع ، أو تدفع الولد عنها بعدما ألفها بقصد الإضرار بأبيه ، كذلك لا تضار أمٌّ بولدها بأن يمتنع عن الإنفاق الواجب لها ، أو ينزع منها ولدها وهي تريد إرضاعه ، قال تعالى : ﴿لَا تُضَارَّ والِدَةٌ بوَلَدِهَا ولامَولُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة : ٢٣٣] [١].

ومن صور التعسف في إسقاط الحقوق الأسرية إقرار الشخص في مرض الموت بدين لوارث أو الوصية بأكثر من الثلث بقصد حرمان الوارث أو نقصه بعض حقه ، والإضرار ممنوع [٢]، ومنه أيضاً خلع المريضة مرض الموت زوجها بقصد الإضرار بالورثة ، وقد اتفق الفقهاء على صحة الخلع لأنها معاوضة فتصح في المرض كالبيع[٣]، واختلفوا في المقدار الذي يجوز للزوج أخذه بحيث تنتفي معه شبهة الإضرار بالورثة وفق الآراء التالية :

القول الأول : ميّز الحنفية بين موت المريضة أثناء العدة أو بعدها ، فإن ماتت في أثناء العدة كان لزوجها الأقل من (بدل الخلع أو الميراث أو ثلث التركة) ، وذلك إبقاء للنكاح في حق الإرث ، إما دفعاً للضرر عنه أو رداً لقصدها في إبطال حقه ، وإن ماتت بعد انتهاء العدة ، أو قبل الدخول يعطى الأقل من (بدل الخلع أو ثلث التركة) لعدم إرثه بسبب انتهاء العدة أو بينونتها بلا عدة بالخلع قبل الدخول [٤].

القول الثاني : ذهب الشافعية إلى استحقاقه بدل الخلع من رأس المال إن كان أقل أو يساوي مهر المثل ، لأن الذي بذلته بقيمة ما تملكه كما لو اشترت به متاعاً بقيمته ، فإن زاد فإن الزيادة تكون تبرعاً ، لأنه لا يقابلها بدل فكانت محاباة ، كما لو اشترت متاعاً بأكثر من قيمته ، وتكون في ثلث التركة ، وتصحُّ بالثلث أو دونه ، وتتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث ، فإن لم يجيزوها فسخ العوض المسمى ، ورجع بمهر المثل فقط[٥].

القول الثالث : ذهب الحنابلة إلى استحقاقه الأقل من (بدل الخلع أو الإرث) ، فإن زاد عن الميراث صح الخلع وبطلت الزيادة وكان للورثة استرجاعها ، لأنها مع الزيادة متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها

١- حاشية ابن عابدين ٢٧٠/١

٢- الموافقات للشاطبي: ٢١٦/١

٣- المبسوط للسرخسي: ١٩٢/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٤/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٥٠/٣- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٢/ ١٠٢

٤- المبسوط للسرخسي: ١٩٢/٦- البناية للعيني: ٢١٠/٥

٥- حاشية البجيرمي: ٢٦٥/٤- المجموع للنووي: ١٧٩/١٨- مغني المحتاج للشربيني : ٣٥٠/٣.

فبطلت [١] ، وردّوا على الشافعية بأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، واعتبار مهر المثل تقويم له [٢].

القول الرابع : قال مالك بامتناع التوارث بينهما إن ماتت في عدتها ، ولا شيء للزوج ، ويقع الطلاق بائناً ، وقال ابن القاسم ونافع : إن خالعته على جميع مالها جاز له أخذ بدل الخلع صلحاً إن كان بقدر إرثه أو أقل ، وعليه ردّ ما زاد عليه في جميع الأحوال [٣].

وتوضيح ذلك من خلال الصورتين :

أولاً : امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين ، لا مال لها سواها ، ومهر مثلها اثنا عشر ، فله العشر عند الحنفية وهو ما يعادل ثلث التركة ، ولا شيء له على قول مالك ، وله ثمانية عشر عند الشافعية وهو ما يعادل مهر المثل مضافاً إليه ثلث الباقي محاباة [٤] ، وله خمسة عشر عند الحنابلة وهو ما يعادل ميراثه منها [٥].

ثانياً : تزوج مريض امرأة على مائة لا يملك غيرها ، ومهر مثلها عشرة ثم مرضت ، فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواه :

فعند أبي حنيفة : يرجع إلى ورثة الزوج ثلث العشرة وثلث شيء بالمحاباة ، فيصير معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء ، والشيء ثلاثة أثمانها، أي يعادل خمسة وثلاثون (٨/٩٣*٣=٣٥) ، يضاف إلى مهر مثلها فيكون معها ٤٥ ، يرجع الزوج منها بعد الخلع بثلثها (٣/٤٥=١٥) تضاف إلى ما لدى الورثة (٥٥+١٥=٧٠) للورثة ولها ٣٠ من أصل المائة[٦]،

وعند الشافعي : يرجع إلى الورثة مهر المثل وثلث شيء بالمحاباة ، والشيء ثلاثة أثمانها (ثلث التركة) من رأس المال (٨/١٠٠*٣=٣٧،٥) ، يضاف إليها مهر مثلها ، فيكون في يدها ٤٧،٥ يرجع الزوج منها بعد الخلع بمهر المثل وثلث الباقي محاباة (٣/٣٧،٥=١٢،٥+١٠=٢٢،٥) فيكون مجموع ما للورثة(٥٢،٥+٢٢،٥=٧٥) ، ولها ٢٥ من أصل المائة [٧].

١- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٢/٢٢، كشاف القناع للبهوتي: ٢٢٨/٥-٢٢٩.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٢/٢٢.

٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٥٤/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٤/٢- مواهب الجليل للمغربي:٢٨٩/٥.

٤- مسامحة وتساهل .

٥- المبسوط للسرخسي: ١٩٥/٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٤/٢٢.

٦- المبسوط للسرخسي: ١٩٥/٦.

٧- المجموع للنووي: ١٨ /١٨١.

وعند الحنابلة : لها مهر مثلها ولها شيءٌ بالمحاباة ثم يرجع الزوج بميراثه منها وهو نصف مهر المثل ونصف شيء (خمسة ونصف شيء) ويكون مع الورثة خمسة وتسعون إلا نصف شيء ، والشيء ثلث التركة من رأس المال (٣/١٠٠=٣٧،٥ تجبر ٣٨) فتكون مع الزوجة مضافاً إليها مهر المثل (٣٨+١٠=٤٨) ، يرجع الزوج منها بنصفها (ميراثه منها) (٢/٤٨=٢٤) فيصير مع الورثة (٥٢+٢٤=٧٦) ، وبقي للمرأة ٢٤ من أصل المائة [١].

فإن شفيت من مرضها ذلك صحّ الخلع وله جميع ما خالعها به ، لأنه تبين أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة [٢].

ومنع التعسف في استعمال الحق وتجنيب الغير وقوع الضرر أمر معتبر في القانون أيضاً ، فقد جاء في المادة ٣٦٥ من القانون المدني السوري : (١- لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز) ، وفي المادة ٣٦٧ منه أيضاً : (إذا وفّى المدين ديناً، وكان له أن يطلب المقاصّة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقّه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق)[٣].

رابعاً : رفع الضرر: فاستعمال الحق وإسقاطه ينبغي أن يحقق مقصود الشرع منه ، فإن خالف مقصوده انتفى الجواز ، وكل من ابتغى في الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل [٤].

فإسقاط العصمة بالخلع مقابل مال شرع لرفع الضرر عن المرأة ، وما شرع من الحقوق لإزالة الضرر لا يكون وسيلة لإيقاعه ، ومثاله أيضاً المعاوضة على حق القسم ، إذ من القواعد المقررة فقهاً أن الضرر لا يزال بمثله [٥].

وإذا صالح الرجل زوجته على ألا يتزوج عليها مقابل مال مثلاً ، فوقع في الحرج بعد ذلك ، لم يلزمه الشرط ، وبطل الإسقاط ، ولزمه ردّ العوض المالي ، ويكون ذلك من قبيل تقييد المباح الذي ينبغي أن يكون مؤقتاً وليس على الدوام تجنباً للوقوع في الحرج [٦].

١- المجموع للنووي: ١٨ /١٨١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/١٠٥- كشاف القناع للبهوتي: ٤/١٩٥.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٢/١٠٢

٣- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :٤/٢٩٣٨

٤- الموافقات للشاطبي: ٢/٣٣

٥- المنثور في القواعد للزركشي ، ط٣(١٤٠٥) ، وزارة الأوقاف الكويتية : ٢/٣٢١.

٦- أصول الفقه ، محمد أبو زهرة ، ط (١٣٩٤هـ-١٩٧٤م) ، دار الفكر العربي/٤٦.

خامساً : العدل : إذا تمّ الإسقاط على مال بطريق الصلح ، فلا يجوز أن يكون فيه محاباة للطرف الأقوى على حساب الطرف الأضعف ، كما لا ينبغي أن يكون في غير حق نفسه ، فلو أسقط حق الغير كان ظالماً [١].

ومقتضى ذلك أيضاً أن الإسقاط على مال إذا رتّب على أحد الأطراف ما يزيد على ما التزم به كان ذلك موقوفاً على قبوله ، فقد جاء في المادة ٢٩٤ من القانون المدني السوري : (إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه) [٢].

سادساً : ألا يكون في الإسقاط على مال تعدٍّ على حدود الله بإحلال الحرام وتحريم الحلال كالصلح الذي يتضمن تحريم بضعٍ حلالٍ ، كأن تشترط عليه أن لا يطأ أمته أو زوجته أو نحو ذلك ، أو إحلال بضعٍ حرام ، أو نقل نسب ، أو إسقاط واجب أو ظلم لثالث [٣]، قال ﷺ : " الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً " [٤].

وقد جاء في المادة ٥١٩ من القانون المدني السوري : (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم) [٥].

سابعاً : التراضي: وهو تطابق إرادة المتعاقدين على إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام [٦].

والتراضي من أهم مقومات نجاح الإسقاط على مال ، إذا كان بطريق الصلح أو المعاوضة ، لأنه يعبر عن استعداد الأطراف للتنازل والتغاضي عن بعض الحقوق المتنازع عليها [٧] ، وقد جاء

١- إعلام الموقعين ، لابن القيم : ١٠٩/١.

٢- القانون المدني ، ممدوح عطري/٥٥.

٣- مواهب الصمد للفشني/٤٠١- إعلام الموقعين لابن القيم:١٠٨/١- نيل الأوطار شرح منقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، محمد بن علي الشوكاني ، تحقيق الشيخ عز الدين خطاب ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م):٢٩٠/٥- القواعد والضوابط الفقهية للحريري/١٤٧.

٤- سبق تخريجه ص١٤٠.

٥- القانون المدني ، ممدوح عطري/٩٣.

٦- الوسيط في القانون المدني للسنهوري: ١٨٤/١.

٧- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥- إعلام الوقعين: ١٠٨/١.

في المادة ٣٤٠ من القانون المدني السوري : (لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)[١].

ثامناً : عدم سريان البطلان إلى جزء منه : لا يصح الإسقاط إذا بطل جزء منه ، وكان بطريق الصلح ، إلا أن يشترطه أحد العاقدين ، لأن الصلح لا يتجزأ ، وقد جاء في المادة ٥٢٥ من القانون المدني السوري : ١- الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله ، ٢- على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض) [٢].

وإنما أخص الصلح هنا بهذا الضابط لصحة الإسقاط بجزء منه في بعض الصور، كصحة الخلع ووقوع الطلاق على مال في حال بطلان العوض المالي ، أو فقدانه شرطاً من شروطه ، لأن الخلع والطلاق يقع ، ويصبح العوض ديناً في ذمة المرأة ، وللزوج أن يتبعها به ، بخلاف ما لو تم بطريق الصلح فلم تعطه بدل الصلح لم يلزمه الصلح أصلاً [٣].

تاسعاً : توافر شروط التعاقد وأركانه : الإسقاط على مال اتفاق رضائي لابد لصحته من توافر شروط وأركان عدة في كلا العاقدين أو محل التعاقد ، وفق ما سيأتي بيانه لاحقاً ، وهذا ما أكد عليه القانون المدني السوري في المادة ٣٤٩ حيث جاء فيها : (يسري على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وتسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات) [٤].

عاشراً : يجري الإسقاط على الحق المتنازع فيه دون غيره ، جاء في المادة ٥٢٣ من القانون المدني السوري : (يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح) [٥].

١- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ٢٨١٢/٤.

٢- القانون المدني ، ممدوح عطري/٩٤.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٩/٢.

٤- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٣.

٥- المرجع السابق/٩٣.

الفصل الثاني : أركان الإسقاط على مال وشروطها :

المبحث الأول : الطرفان وشروطها في الإسقاط على مال :

المطلب الأول : شروط المسقط.

المطلب الثاني : شروط المسقَط له.

المبحث الثاني : الصيغة وشروطها في الإسقاط على مال :

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول في الإسقاط.

المطلب الثاني : التعليق في الإسقاط على مال .

المطلب الثالث : التنجيز في الإسقاط على مال .

المطلب الرابع : تقييد الإسقاط بشرط.

المطلب الخامس : إضافة الإسقاط على مال إلى الزمن المستقبل في الحقوق الأسرية.

المبحث الثالث : الحق القابل للإسقاط على مال وشروطه :

المطلب الأول : شروط الحق القابل للإسقاط.

المطلب الثاني : قابلية الحق للتجزؤ في الإسقاط .

المبحث الرابع : صور العوض المالي في الإسقاط وشروطه :

المطلب الأول : صور العوض المالي في الإسقاط .

المطلب الثاني : شروط العوض المالي :

الفصل الثاني : أركان الإسقاط على مال وشروطها :

يعتبر الإسقاط على مال عقداً من العقود التي تتوقف على وجود أركان أساسية هي :

العاقدان(المسقِط والمسقَط له) ، ومحل التعاقد (الحقُّ المسقط والعوض المالي المتفق عليه مقابل الحق المسقط) ، والصيغة التي يتم وفقها الاتفاق ، والتي قد تكون أصيلة بلفظ الإسقاط أو تابعة لعقد آخر، لكن المضمون واحد يتمثل في المقايضة على حق ما ، وهو كسائر عقود المعاوضات ينبغي أن يتوفر في أركانه شروط لابد من بيانها .

المبحث الأول : الطرفان في الإسقاط على مال :

يتمثل طرفي الإسقاط على مال في المسقط والمسقط له، وفي كل طرف لابد من توافر شروط تتحدد وفقها صحة الإسقاط من عدمه :

المطلب الأول : شروط المسقِط (صاحب الحق) :

المسقط هو صاحب الحق، ويشترط فيه شروط أساسية حتى يكون صحيح التصرف، ومن هذه الشروط :

أولاً : التكليف وأهلية التصرف : وهو البلوغ والعقل ، والأصل في ذلك قوله ﷺ : " رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ " [١].

فإسقاط الصغير حقه على مال وكذلك المجنون لا يجوز إلا أن يكون لمصلحته ، ومن يقوم بذلك هو وليه ، لأنه عقد معاوضة، وقصده غير معتبر شرعاً خصوصاً فيما يضره ، ويلحق بهما المعتوه ومن اختلّ عقله لمرض أو كبر سن ، لأن اعتبار القصد ينبني على الخطاب ، والخطاب ينبني على اعتدال الحال [٢].

وخالف الحنابلة في قول والمالكية في غير المشهور عندهم فقالوا بصحة انعقاد خلع الصغير المميز بعوض قياساً على الطلاق ، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء ، فلأن يملكه بعوض أولى [٣] ، ويشترط كذلك ألا يكون محجوراً عليه لسفه[٤].

١- أخرجه أبو داوود: كتاب الحدود ، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حداً/ ر٤٣٩٨/٤٨١- وأخرجه الترمذي في الحدود ، باب : من لا يجب عليه الحد/ ر١٤٢٣/٣٣٦ ، وقال : حسن غريب من هذا الوجه- وأخرجه النسائي في كتاب الطلاق، باب : من لا يقع طلاقه من الأزواج: ر٣٤٣٢/٥٣١ ، وأخرجه ابن ماجة في الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم/ ر ٢٠٣١/٣٥٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ٦/١٧٨- زاد المحتاج للكوهجي: ٣/٣٣٦- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/١٧ .

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي ، دار الكتب الإسلامية – مصر: ٢/٩٦ ، المجموع للنووي: ١٨/١٥١- المغني لابن قدامة:٤/٣٧٥- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/١٧.

٤- الأم للشافعي: ٦/٦١- كشاف القناع للبهوتي: ٥/٥٣٤ – الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/١٥ .

ويصح خُلع المريض مرض الموت ، لأنه لو طلَّق بغير عِوَض لصح ، فلأن يَصحَّ بالعِوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ولا حق لهم في بضع امرأته ، واشترط الحنفية أن يتم ذلك برضاها فإن خلعها بغير رضاها ، ومات من مرضه ذلك ورثته مادامت في العدة، لأنه فارّ بخلعها[١].

وذهب المالكية إلى أنه إن خالعها أو خالعته أو جعل أمرها بيدها فاختارت نفسها في مرض موته ترثه ، لأنه فارٌّ بذلك ، ويكون المال موقوفاً حتى يصح أو يموت [٢].

وقد جاء في المادة ٥١٨ من القانون المدني السوري : (يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد للصلح) [٣] ، وفي المادة (٤٦) من القانون المدني السوري : (١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية- ٢- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة) [٤]، وفي المادة (٤٧) : (١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سن أو عته أو جنون ، ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز) ، وفي المادة (٤٩) : (يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط وفقاً للقواعد المقررة بالقانون)[٥] .

ثانياً : الرضا وعدم الإكراه : الإسقاط تصرف رضائي يتوقف على الإيجاب والقبول ، ولابد أن يصدر عن الشخص بإرادته التامة [٦]، والأصل في ذلك قوله ﷺ : " رفع عَنْ أُمَّتِي : الْخَطَأَ ، وَالنِّسْيَانَ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ " [٧] ، ولابد أن يكون السبب ملجئاً حقيقة، فليس من الإكراه المعتبر لو ادعت المرأة أن زوجها هدّدها بالطلاق أو بالزواج عليها إن لم تصالحه على مقدار من النفقة أو الصداق أو تبرئه منهما [٨] .

١- المبسوط للسرخسي:١٩٣/٦-المجموع للنووي: ١٨٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٠٣/٢٢.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥٤/٢- مواهب الجليل للمغربي : ٢٨٣/٥.

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري/٩٣

٤- القانون المدني ، ممدوح عطري/١٨- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :١٦٥/١

٥- القانون المدني ، ممدوح عطري/١٨- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :١٦٧/١

٦- المبسوط للسرخسي: ١٧٧/٦- زاد المحتاج للكوهجي: ٣٣٦/٣- إعلام الوقعين: ١٠٨/١- الإنصاف للمرداوي: ١٥/٢٢.

٧- المستدرك على الصحيحين للحاكم ، كتاب الطلاق ، وقال صحيح على شرط الشيخين: ٢١٦/٦.

٨- الفتاوى الهندية للشيخ نظام : ٩٢/٣- ٩٣.

ثالثاً : أن يكون المسقط مالكاً للحق المسقط : وذلك لقوله ﷺ : " وَلا طَلاقَ لَهُ فِيمَا لا يَمْلِكُ" [١] ، فلا يصح الإسقاط على مال إلا من مالك الحق أو وكيله أو وصيه أو من له ولاية عليه ، لأن إسقاط الحق ولا حق محال[٢]، فلو قالت الزوجة خالعتك بألف ، فقال الزوج قبلت لم يصح ، لأن الإيقاع إليه دونها ، وقوله قبلت ليس بإيقاع [٣].

ولو أسقط القاضي زوجية المحجور عليها لسفه بالخلع مقابل إسقاط حقها في المهر أو الدين لم يصح ، كذلك لو كان ذلك من الأب أو من الولي ، لأنه وقع ممن ليس له ولاية على الحق ولا يملكه [٤]، ولا يُلزم القاضي الخصمين على الصلح، ولا بأس بندبهما إليه، فإذا تبين أن الحق لأحدهما ، أو أباه أحدهما فلا يلحّ عليهما إلحاحاً يوهم الإلزام[٥].

ولا يصح للأب أن يطلق عن ولده الصغير بعوض أو بغير عوض عند الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب عندهم لقوله ﷺ : " إِنَّمَا الطَّلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ"[٦]، ولأن الطلاق إسقاط لحقه في النكاح فلم يصح من الأب ،كالإبراء من دينه ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، وإنما ثبتت الولاية لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه ، وليس هذا في الطلاق[٧] وذهب مالك إلى صحته منه بعوض[٨] ، وذهب أحمد في ظاهر المذهب إلى صحته من الأب بعوض أو بغير عوض ، لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع ، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهماً ،كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالإعسار ، ويملك تزويج الصغير[٩].

ولو طلب الأب من الزوج أن يطلق ابنته مقابل إبرائه من مهرها وقع الطلاق دون الإسقاط ، لأن الأب لا يملك مهر ابنته فلا يملك إسقاطه ، فإن كان الزوج عالماً بذلك فليس له شيءٌ ، وإن كان جاهلاً بذلك رجع على الأب بالعوض ويعتبر فضولياً [١٠] ، إلا أن يكون المال آيلاً

١- وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: ٢/ ر٢٢٢/٢٨١٩.

٢- بدائع الصنائع للكاساني:٢٤٦/٧ ، الذخيرة للقرافي:٣٨/٦.

٣- المجموع للنووي: ١٦١/١٨.

٤- الام للشافعي: ١٩٩/٥- المهذب للشيرازي: ٧١/٢ .

٥- البهجة في شرح التحفة المسمى شرح تحفة الحكام ، أبو الحسن التُّسُولي ، علي بن عبد السلام، ، تحقيق : محمد شاهين ، دار الكتب العلمية – لبنان ، ط١(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م):٣٥١/١.

٦- سبق تخريجه ص ١٣٤.

٧- المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٦- المجموع للنووي: ١٥٢/١٨- المهذب للشيرازي: ٢٥٥/٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٩/٢٢.

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك :٢٥٢/٢- التلقين للبغدادي / ١٣٨.

٩- الإنصاف للمرداوي: ١٨/٢٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٩/٢٢.

١٠-المجموع للنووي: ١٥٢/١٨، الإنصاف للمرداوي: ١٩/٢٢.

إليه فالإسقاط يقع والحالة هذه ، كمن أبرأ ديناً عن أبيه على اعتبار أنّ أباه حيٌّ ، والأب قد مات دون علم الابن ، والمال قد آل إليه ، وأصبح الحق ملكاً له ، عندئذ ينفذ الإسقاط [١].

ومن خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها لم يجز ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[٢] ، لأن الأب يملك التصرف بما لها الحظ فيه ، ولا نظر له في الخلع ، إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم ، والبدل مال متقوم ، ولا نظر في إلزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم[٣] ، وذهب إلى جوازه مالك وأحمد في رواية ، لأن ولايته نظرية ، وقد يكون في الخلع حظ لها بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها، فيجوز للأب بذل مالها لتحصيل حظها ولحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز له بذله في مداواتها وفكها من الأسر[٤].

وإن خالع الأب ابنته بشيء من ماله جاز، وإذا ضمنه كذلك يصحّ الخلع ويلزمه البدل ، لأنه يصح من الأجنبي باشتراطه عليه ، فعلى الأب أولى ، ولا يستحق مهرها ، لأنه لا يدخل تحت ولاية الأب ، فيكون لها مهرها كاملاً إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن كان قبلاً [٥]، والأخ في حكم الأب[٦] ، وذهب يحيى بن سعيد[٧] وعطاء بن أبي رباح[٨] إلى أنه لا يجوز أمر الأخ على أخته البكر إلا برضاها [٩].

ويصح من الفضولي بإجازة المالك إن أضاف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه ، كقوله : اخلعها بألف عليَّ أو على أنِّي ضامن، أو قال : طلقها ولك كذا وكذا ، ففعل

١- روضة الطالبين للنووي: ٢٠١/٤ – كشاف القناع للبهوتي: ٣٠٥/٤

٢- البناية للعيني: ٥/ ٣١٨- ٣١٩- المجموع للنووي: ١٥١/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٠/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٨٩/٤

٣- البناية للعيني : ٥/ ٣١٨- ٣١٩- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٠/٢٢

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٢/٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٠/٢٢-٢١، الاختيارات الفقهية لابن تيمية ، جمع سامي جاد الله ، دار عالم الفوائد – مكة ، ط١(١٤٣٥)/٧٣١.

٥- البناية للعيني: ٣١٩/٥-المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٣/٢- المجموع للنووي: ١٥٣/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢١/٢٢.

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٣/٢.

٧- يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري ، أبو سعيد المدني القاضي ، من رواة الحديث النبوي روى له الستة، وكان ثقة ثبتاً حافظاً فقيهاً حجة ، توفي سنة ١٤٤هـ في الأنبار. سير أعلام النبلاء: ٢١٣/٥.

٨- عطاء بن أبي رباح أبو محمد ، ولد في اليمن سنة ٢٧هـ ، وكان من أوعية العلم وكان فقيهاً وعالم حديث ، أخذ عن عائشة وأبي هريرة وأم سلمة وأم هانئ وابن عباس وغيرهم ، وحدث عنه مجاهد بن جبر وأبو إسحاق وأبو الزبير وعمرو بن دينار وغيرهم ، وتوفي في مكة سنة ١١٤هـ. سير أعلام النبلاء : ٢٩/٥.

٩- المدونة الكبرى للإمام مالك :٢٥٣/٢

صح الخلع والبدل عليه[١] ، أما إن لم يضمن الفضولي البدل وأرسل الكلام ، فقال: خالعتك على ألف ، فإن قبلت المرأة لزمها تسليم البدل ، وإن أضاف الفضولي البدل إلى غيره كفرس فلان مثلاً اعتُبِر قبول فلان هذا ، لأنه بذل المال مقابل إسقاط حقٍ عن غيره فصح ، كما لو قال : اعتق عبدك وعليّ ثمنه ، ولأنه لو قال : أسقط متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد فهنا أولى ، وعلى ذلك عامة الفقهاء وجمهور أهل العلم ، وخالف في ذلك أبو ثور فقال بوقوع الطلاق رجعياً ولا شيء على الفضولي ، لأن بذل الشخص ماله فيما لا منفعة له ولا ملك يحصل عليه سفهٌ ، فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيدٍ وعليَّ ثمنهُ [٢].

وقد أجاب الجمهور بأن بذل الأجنبي للمال ليس سفهاً بالضرورة ، لأن ذلك قد يكون لغرض تخلصيهما من النكاح طلباً للثواب مثلاً بأن علم أنهما على نكاح فاسد أو على شقاق دائم ، ولا يقاس على البيع الذي هو تمليك يفتقر إلى رضا المشتري ، فهو حقٌ على المرأة ، يجوز أن يسقط عنها بعوض ، فجاز لغيرها كالدين [٣] .

ويصح الإسقاط من الأجنبي كذلك على وجه الصلح إذا ضمن البدل، كالفضولي بالخلع ، ويكون متبرعاً على المدعى عليه ، ولا يرجع عليه بشيء بخلاف ما إذا كان بأمره [٤].

ومالك الحق يملك توكيل أحد الأشخاص لإيقاع الإسقاط على مال ، لأن كل عقد معاوضة جاز أن يعقده الإنسان بنفسه يملك توكيل غيره به [٥]، ويجوز أن يكون الوكيل مسلماً أو كافراً ، رشيداً أو محجوراً ، رجلاً أو امرأة ، صغيراً أو كبيراً ، ويجوز أن يلي الواحد طرفي العقد [٦].

وتصح الوكالة في الإسقاط على مال مطلقة أو مقيدة ، لأنه عقد معاوضة فصحّ كالبيع ، والمستحب أن يقدر الموكل منهما العوض لوكيله ، لأن ذلك أبعد عن الغرر ، وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد [٧].

١- الاختيار للموصلي: ١٧/٢- المبسوط للسرخسي: ١٤٢/٢٠- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٩/٢-الأم للشافعي: ٦١/٦- المجموع للنووي: ١٥١/١٨-الشرح الكبير لابن قدامة : ٢١/٢٢.

٢- المجموع للنووي : ١٥٤/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٢٢.

٣- المجموع للنووي: ١٥٢/١٨ - الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/٢٢.

٤- البناية للعيني: ٢٦/٩- ٢٧.

٥- البناية للعيني: ٢٧/٩- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٤/٢- المجموع للنووي: ١٧٦/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٨/٢٢.

٦- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٨- المجموع للنووي: ١٧٦/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٠٨/٢٢.

٧- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٢١/١-٢٢٢، المبسوط للسرخسي: ١٩٣/٦- المجموع للنووي: ١٧٦/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٨/٢٢.

ويلتزم الوكيل بنص الوكالة إذ الوكيل نائب عن صاحب الحق ، وملتزم بأمره ، وتصرفه مرهون بإرادته[١].

وإن كان التوكيل على إسقاط ما في الذمة جاز أن يضيفه الوكيل إلى نفسه ، كأن يقول : صالحتك على ما تدعيه على فلان ، أما إن كان عيناً أو منفعة فلا يضيفه إلى نفسه ، ولكن إلى الموكل[٢].

ولو زاد الوكيل على ما هو متفق عليه من العوض ، فإن كان على ضمان الوكيل لزمه الأداء لصاحب الحقّ ، ويرجع على الموكل بالعوض المتفق عليه ، ولا يرجع عليه بالزيادة ، لأنه وجب عليه بغير إذنه [٣] ، كذلك لو وكّل رجلاً بالصلح عنه فصالح ، لم يلزم الوكيل ما صالح عنه ، إلا أن يضمن الوكيل المال ، وإذا كان الصلح عن مال بمال رجع به على الوكيل ، وليس على الموكل [٤].

ولو خالع وكيل الزوج امرأته على ما دون العوض الذي قدره له فالطلاق لا يقع ، لأنه أذن له في إيقاعه على شيء مقدر ، فإذا أوقعه على شيء دونه لم يصح ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ووجه عند الحنابلة ، والوجه الثاني يصح ويرجع على الوكيل بالنقص ، لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع [٥].

أما لو أطلق له الوكالة فعليه الخلع على مهرها المسمى حالاً من جنس نقد البلد ، فإن خالع بذلك فما زاد صح ، وإن خالع على أقل من المسمى عند الحنابلة ، وعلى أقل من مهر المثل عند الشافعية فهي كسابقتها في الحكم ، فلا يقع الطلاق ، لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل ، كما أن الوكالة المقيدة تقتضي المنع من النقصان عن العوض المقيد وهو الأصح ، وفي قول ثان : يقع الطلاق بائناً ، ويلزمه مهر المثل ، وفي قول ثالث للزوج الخيار بين أن يرضى بالمسمى ويكون الطلاق بائناً ، أو لا يرضى به ، ويكون الطلاق رجعياً [٦].

١- الهداية للمرغيناني:١٥٩/٢- القوانين الفقهية لابن جزي/٢١٥، مختصر خليل ، للشيخ خليل بن اسحق تحقيق: أحمد حماد ، دار الحديث- القاهرة ، ط(١٤٢٦-٢٠٠٥)/٢١٨- روضة الطالبين للنووي: ٢٩٧/٤ منار السبيل لابن ضويات: ٣٦٦/١.

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٢١/١- ٢٢٢.

٣- المجموع للنووي: ١٧٧/١٨.

٤- البناية للعيني: ٢٦/٩- ٢٧.

٥- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٨٨- المجموع للنووي: ١٧٨/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة :١٠٩/٢٢

٦- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٨٨- المجموع للنووي: ١٧٨/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١١١/٢٢.

والحكمان كذلك وكيلان فليس لهما أن يجمعا أو يفرقا بغير أمر الزوجين ، فإن وكّل الزوج بالطلاق وقبول البدل ، أو وكلت الزوجة ببذل بدل الخلع ، فليس لهما تعدي ذلك ، وهذا قول الحنفية الشافعية في الأظهر والحنابلة في قول [1].

وذهب المالكية وهو قول عند الشافعية والحنابلة إلى أنهما حاكمان فلهما إن تعذر الإصلاح أن يفرقا بين الزوجين على مال أو غيره ، رضي الزوجان بذلك أم أبياه ، وعلى القاضي إمضاء ما توصلا إليه من رأي [2].

أولاً: استدل القائلون بمنع الحكمين من الإسقاط على مال :

١- قال تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء : ٢٩] .

وجه الاستدلال : منع الشارع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه ، يستوي في ذلك الحاكم وغيره فلا يكون للحكمين أن يجبرا الزوج على الخلع ويلزمانه القبول ببدل معين .

ويرد عليه : بأن الحكمين إنما يتقصيان مصلحة الزوجين فإن فشلا في الإصلاح فلهما التفريق على مال أو دونه ، وهذا المال الذي يأخذانه من المرأة إذا تبين أن الإساءة منها ليس أخذاً بغير وجه حق ، بل هي إنصاف للمظلوم من الغبن الذي لحق به ، وردّ بعض ماله أو كلّه إليه، طابت نفس الظالم بذلك أم لم تطب .

٢- روي أن علياً أتاه رجلٌ وامرأته مع كل واحد منهما فِئام [3] من الناس ، فقال علي رضي الله عنه : ما شأن هذين ؟ قالوا : بينهما شقاق ، قال : فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، فقال عَلِي لِلْحَكَمَيْنِ : " تَدْرِيَانِ مَا عَلَيْكُمَا ؟ عَلَيْكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا أَنْ تَجْمَعَا ، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا أَنْ تُفَرِّقَا " ، فقالت المرأة : " رَضِيتُ بِكتاب اللَّهِ ، وفقَالَ الرَّجُلُ : أَمَا الْفُرْقَةُ فَلا، فقال عَلِي "كَذَبتَ واللهِ لَا تَنْفِلِتُ حَتَّى تُقِرَّ كَمَا أَقَرَّت "[4] .

وجه الاستدلال : إن حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين ورضىً منهما ، لذلك أنكر على الزوج ترك التوكيل بالفرقة ، وألزمه الإقرار به ، ولو كان للحكمين سلطة مطلقة ما أمره

١- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٢٤- المهذب للشيرازي: ٧١/٢- المجموع للنووي: ١٤٢/١٨- الكافي لابن قدامة : ١٣٦/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨١/٢١.

٢- المجموع للنووي: ١٤٣/١٨ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٧/٢- التلقين للبغدادي/١٣١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨١/٢١- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٦.

٣- جماعة من الناس ، لسان العرب ، مادة فأم : ١١٨/١١.

٤- الموطأ للإمام مالك ، كتاب الطلاق ، باب : ماجاء في الحكمين :٥٨٤/٢ ، وقال ابن عبد البر : الخبر عن علي رضي الله عنه في ذلك مروي من وجوه ثابتة عن ابن سيرين ، عن عبيدة السلماني عن علي رضي الله عنه الاستذكار ١٨٢/٦، وأخرجه الصنعاني ، في كتاب الطلاق ، باب الحكمين : ٥١٢/٦.

بذلك.

يرد عليهم : بأن الرجل في هذا الأثر ألزم بالرضا بكتاب الله له أو عليه ، والحكم ليس وكيلاً ، وإلا لما احتاج أن يوضح لهما مهمتهما بجواز قولهما بين الرجل وامرأته بالفرقة والاجتماع [١].

ثانياً : استدل القائلون بجواز التفريق على مال:

١- قال تعالى : " فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾[النساء : ٣٥].

وجه الاستدلال : سمى الشارع المبعوثين حكمين لا وكيلين ولا شاهدين ، والحَكَم إنما يحكم بما يرى من مصلحة لكلا الزوجين [٢].

يرد عليه : بأن المبعوث وكيل ، وليس له التفريق والجمع إلا بأمر الزوجين ، لقوله تعالى : ﴿إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [النساء : ٣٥] ، أي يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الألفة وحسن العشرة ، وتكون إرادة الحكمين بخلوص نيتهما وصدق عزيمتهما في الإصلاح ، والزوجان إذا امتنعا عن التوكيل لم يجبرا عليه [٣].

وقد أجاب ابن القيم عن ذلك بأن المبعوثين حكمان وليسا وكيلين ، ولو كانا كذلك لقال في الآية فابعثوا وكيلاً ، والوكيل في لغة القرآن لا يسمى حكماً ، ولما اختص بالأهل ، لأن الموكل له أن يوكل من شاء .

٢- ما روي أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث عبد الله بن عباس حكماً من أهله ، ومعاوية حكماً من أهلها ، فقال ابن عباس :" لَأُفَرِّقَنَّ بَيْنَهُمَا " ، وقال معاوية :" مَاكُنْتُ لِأُفَرِّقَ بَيْنَ شَيْخَيْنِ مِنْ بَنِيْ مُنَاف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا [٤].

وجه الاستدلال : هو قول ابن عباس ومعاوية فلولا أن لهما سلطة التفريق والجمع ما قالا ذلك .

٣- إن للقاضي سلطة التفريق بين الرجل وامرأته إذا امتنع عن إيقاع الطلاق، والحكمان إنما يستمدان سلطتهما من القاضي وينوبان بفعلها عنه[٥].

وقد جاء في المادة (١١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين ، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة -٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق

١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨١/٢١.

٢- المجموع للنووي: ١٤٢/١٨.

٣- المجموع للنووي: ١٤٢/١٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٨٦/٤

٤- أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الطلاق ، باب الحكمين: ٦/ر ١١٨٨٧/٥١٣.

٥- الإنصاف للمرداوي: ٤٨١/٢١.

بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة -٣- 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) [١]، وقد نصت محكمة النقض السورية على أن : (مدى الإساءة التي يقررها الحكمان وآثارها تنطبق على المهر بشقيه المعجل والمؤجل) [٢].

والراجح فيما يبدو لي هو ما ذهب إليه الحنفية في الحد من سلطة الحكمين ، ولا سيما أن التحكيم لم يعد من الأهل ، ولا يخفي أنهما بهذه الصفة أحرص على الإصلاح مما لو كانا أجنبيين، كما هو الحال في القضاء في الوقت الحالي ، كما أن اختيار رجلين حكيمين من ذوي القربى يرجح أن لرأيهما موقعاً من الاعتبار في نفس كلا الزوجين ، وإن قضيا أمراً أطيع بخلاف ما لو كانا أجنبيين ، فالأولى حصر مهمتهما بمحاولات الإصلاح ، فإن باءت بالفشل رفع الأمر للقاضي ، والله تعالى أعلم .

وتنحصر مهمة الحكمين في إسقاط الحقوق أو الإبراء منها في حال الخلع فقط ، أما في غيره من وجوه الإصلاح فلا يحق لهما اشتراط ترك شيء من النفقة والقسم ، ولو شرطا لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضا الموكلين فبرضا الحكمين أولى ، ولو أبرآ الزوج من الصداق أو من دين له في ذمتها لم يبرأ الزوج ، وكذلك الزوجة ، لأنهما وكيلان في الإصلاح لا في إسقاط الحقوق [٣] .

وإن اختلعت منه بحكمه فيكون المعيار ما أعطاها ، ويصح خلعه لها على ما أعطاها أو أقل ، لأنه مسقط لبعض حقه ، وإن حكم بأكثر من ذلك لم يلزمها الزيادة إلا أن ترضى به ، وإن حكّمها الزوج بالخلع فحكمت بما أعطاها أو أكثر جاز، لأن ترفها على نفسها بالتزام الزيادة صحيح، وإن حكمت بأقل من ذلك لم يثبت النقصان إلا برضاه بذلك [٤].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٨.

٢- الغرفة الشرعية قرار ١٤١٨ لعام٢٠٠٠أساس ١٤٠٨، مجلة المحامون العددان ٣ – ٤ لعام ٢٠٠٢/٢٨٩.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢١/ ٤٨٤.

٤- المبسوط للسرخسي : ٦/ ١٨٨.

المطلب الثاني : شروط المسقَط له :

وهو أحد طرفي التعاقد، والذي تقرر الحق قِبَلَهُ، والجهة الملتزمة ببذل العوض المالي، ويشترط فيه عدة شروط :

أولاً : أهلية التصرف (التكليف) : يشترط أن يكون الباذل للعوض المالي مقابل إسقاط الحق بالغاً عاقلاً وإلا لم يصح تصرفه ، فلا يصح من الصبي والمجنون ، لأنه ليس من أهل التصرف والقبول ، وينوب عنه وليه في ذلك إن كان فيه نفع محض له ، كذلك لا يصح من الصبي المميز إلا أن يكون لمصلحته [١]، وإن كانت زوجة فينبغي أن تكون ممَّن يطلق تصرُّفها في المال بكونها بالغة عاقلة ، وإلا لم يصح خلعها ، ولم يلزمها ما بذلت من مال كعوض له[٢].

ثانياً : الرشد وأهلية التبرع : يشترط في الباذل للعوض أن يكون رشيداً غير محجور عليه لسفه لأنه يترتب على الإسقاط بذل عوض، فلابد أن يكون الملتزم به أهلاً لالتزامه ، كما في الخلع والطلاق على مال ، ولأن مقابل العوض غير مالي وهو العصمة ، فيكون من باب التبرعات، والتبرع إنما يلزم الرشيد ، لأنه تصرف في خالص حقه ، كذلك في حال الصلح مع الإنكار وعدم البينة [٣].

ولا يصح أيضاً من الفضولي إلا أن يجيزه المسقط له ، لأنه هو من سيبذل العوض المالي[٤].

والزوجة في الإسقاط على مال ينبغي أن تكون ممَّن يصحُّ تبرُّعها أو يطلق تصرُّفها في المال غير محجور عليها ، وإلا لم يصح التزامها للعوض[٥].

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد اعتبر الزوجية سبباً لأهلية التصرف ، ولو لم يبلغا سن الرشد القانوني ، جاء في قرار محكمة النقض لعام (٢٠٠٠): (يعتبر الزوجان من ذوي الأهلية الحقوقية الكاملة في كل ما يتصل بالحقوق الزوجية ، ولو لم يبلغا سن الرشد القانوني)[٦].

١- بدائع الصنائع للكاساني:١٥٣/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٨/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٢٤٩/٤- المغني لابن قدامة: ٦٤٧/٥

٢- المبسوط للسرخسي:١٧٥/٦- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٦٥/٢- المغني لابن قدامة:٣٠٧/١٠.

٣- البناية للعيني: ٣٠١/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٢٩/١٣.

٤- المبسوط للسرخسي:١٧٥/٦-حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٦٥/٢- المغني لابن قدامة: ٣٠٧/١٠.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٧٥/٦- مغي المحتاج للشربيني: ٢٦٥/٢- المغني لابن قدامة : ٣٠٧/١٠.

٦- الغرفة الشرعية قرار٥٣٦ لعام ٢٠٠٠أساس٣٤٣ ، مجلة المحامون العددان١ - ٢٦/٢.

ثالثاً : أهلية الاستحقاق : وذلك بأن يكون الملتزم بأداء العوض محلاً صالحاً لترتب أثر الإسقاط عليه ، لاسيما إن كان الحقّ قِبَلَ الغير ، كإسقاط الحضانة المستحقة للزوج لعجز الزوجة أو مرضها، فلا يصح ذلك ، لأنها ليست أهلاً للاستحقاق ، وهي عاجزة عن القيام بمصالح المحضون بخلاف ما لو كان سبب سقوط الحضانة عنها زواجها من أجنبي عن الصغير ، فإن الإسقاط يصح للتراضي بين الأبوين على ذلك ، ولا تثبت الحضانة لكافر حتى لا يشوش على المحضون دينه ، وفي ذلك ضرر عليه [١].

رابعاً : أن يكون الحق قبله أو ثابتاً عليه أو متعلقاً به : يشترط لصحة الإسقاط على مال أن يكون الحق ثابتاً قِبَل الطرف الملتزم بأداء العوض ، كالعصمة تكون ثابتة قِبَلَ الزوجة ، أو متعلقاً به ، كالحضانة فهي ليست حقاً خالصاً للمرأة ، لكنّها حقٌ متعلق بها لاشتراكها فيه مع الصغير ، أو ثابتاً عليه كالنفقة الماضية الثابتة في ذمة الزوج .

فلو كان الطرف الثاني هو الزوجة ، كما في الخلع ، فيشترط أن تكون محلاً للخلع بعقد زواج صحيح ، مدخولاً بها أم لا ، ولو مطلقة رجعيّاً ، ما دامت في العدة [٢] ، جاء في الفقرة الأولى من المادة ٩٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً له) [٣].

فلو كانت له زوجتان صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة ، ثم خالع الزوج الكبيرة لم يصح الخلع ، لأن النكاح انفسخ قبل الخلع ، بخلاف ما لو كان الخلع سابقاً للإرضاع أو أشكل عليه السابق منهما فيصح استصحاباً للأصل وهو بقاء العصمة [٤].

وكذلك لا تثبت الحقوق للولد على أبيه إذا نفى نسبه بأن كان ابن زنا، أو نفى نسبه باللعان فالولد يرث من أمه فقط ، وهي من تنفق عليه [٥].

خامساً : الرضا والقبول : إذ الإسقاط على مال عقد معاوضة يترتب عليه بذل عوض مالي أو إسقاط حق آخر في مقابله ، ولابد من رضاه دون إكراه [٦].

١- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٩/١- المبسوط للسرخسي: ٢١١/٥- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٧/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٩/٣- المجموع للنووي: ١٨٩/١٨.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٤.

٤- المجموع للنووي : ١٩٢/١٨- المدونة الكبرى للإمام مالك :٣٠٢/٢.

٥- المبسوط للسرخسي: ٤٤/٧.

٦- المبسوط للسرخسي: ١٧١/٦- الإنصاف للمرداوي: ١٥/٢٢- إعلام الوقعين: ١٠٨/١.

سادساً : أن يكون معلوماً : يشترط في المسقط له في الإسقاط بعوض أن يكون معلوماً معيناً، إذ الإسقاط على مال فيه معنى التمليك، والمجهول لا يمكن تمليكه ، وذلك كتعين الزوجة في الخلع أو في الطلاق على مال.

سابعاً : أن يكون موجوداً : إذ التمليك لا يجوز للمعدوم ، لأن الإسقاط فيه إزالة للملك ، والتمليك لا يجوز للمعدوم ، ولأن الإسقاط على مال عقد يفتقر إلى القبول ويرتب التزاماً مالياً على جهة المسقط له ولا يتصور ذلك من المعدوم .

المبحث الثاني : الصيغة وشروطها في الإسقاط على مال :

الصيغة : هي اللفظ الذي يعبر به المتعاقدان عن رغبتهما في إنشاء العقد ورضاهما بذلك ، وهي تتمثل بالإيجاب والقبول .

والإيجاب هو الكلام الصادر عن أحد المتعاقدين أولاً، والقبول هو الكلام الصادر عن أحد المتعاقدين ثانياً .

والإسقاط على مال قد يكون عقداً قائماً بذاته بلفظ الإسقاط وصيغته ، نحو أسقطت كذا مقابل مال أو بعت كذا بكذا ، وقد يكون تبعاً لغيره ، كأن يجري بلفظ الصلح بعوض أو الحطّ الجزئي لحق مالي مستحق للطرف الآخر ، أو يكون بلفظ المبارأة أو المقايضة إذا أسقط حقاً مقابل حق آخر ، كما يمكن أن يجري بلفظ الخلع والمفاداة أو الطلاق مقابل مال [١] .

ويكون بصريح القول وبدلالته ما دام يشير إلى المعنى المقصود ، ويجري بطريق المعاطاة كما لو أعطى المسقط له عوضاً عن الحق المسقط ، فقبل ذلك وقبضه ، ويتم أيضاً بالإشارة المفهمة والكتابة [٢].

وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ١٧٩٥لعام ١٩٩٤: (المخالعة لا تتم إلا بصيغة الإيجاب والقبول ، ولا يكتفى بالكتابة والتوقيع) [٣].

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول في الإسقاط على مال:

يمكن إجمال الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول في الاسقاط على مال بالأمور الآتية:

أولاً : اشتراط القبول : تنقسم التصرفات القابلة للإسقاط إلى تصرفات يجري فيها الإسقاط بغير نقل ، كالطلاق فإنه يسقط العصمة ولا ينقلها للمرأة ، وإلى تصرفات يكون أثر الإسقاط

١- البناية للعيني : ٣٠٧/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام ، المطبعة الأميرية – مصر، ط٢(١٢١٠هـ) : ٧٧/٣ المجموع للنووي : ١٦٥/٩ ، المهذب للشيرازي : ٢٥٧/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٤٠٢/٨- المغني لابن قدامة: ٥٦١/٣ – الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢/٢٢.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطي/٣١٢- المغني لابن قدامة ، دار الكتاب العربي: ٤١٣/٨.

٣- المرشد ، أديب استانبولي: ٣٧١/١.

فيها نقل الحق ، إما بعوض كالبيع ، أو بغير عوض كالهبة ونحوها ، فما كان إسقاطاً بغير نقل لا يفتقر إلى القبول ، وما كان نقلاً افتقر إلى القبول إجماعاً [١].

وبناء عليه فإن الإسقاط على عوض مالي قد يكون نقلاً للحق مقابل مال ، فيكون فيه معنى المعاوضة ويفتقر إلى قبول ، وقد يسقط الحق دون أن ينقله ولكن بمقابل عوض مالي ، وهو يفتقر إلى قبول أيضاً [٢].

فحق الطلاق يستبد به الزوج تخييراً وتعليقاً ، فإن علّقه على مال ، بأن قال لزوجته : طلقتك على ألف درهم مثلاً ، توقف ذلك على قبولها ، لأنه معاوضة من جانبها بدليل اقتصاره على المجلس وحق الرجوع ، والقبول شرط في المعاوضات ، فإن قبلت في المجلس وقع الطلاق ولزمها المال ، لأنها تملك التزام المال بولايتها على نفسها ، والمحل صالح للاعتياض ، لأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عليه وإن لم يكن مالاً ، ويجوز أخذ العوض عنه لوجود الالتزام من أهله ، ولا حجة لمن قال بعدم جوازه ، لكون البضع ليس بمتقوم في حالة الخروج [٣].

ثانياً : أن يكون القبول لفظياً :

يشترط في القبول أن يكون باللفظ ، فلا يحصل بدلالة الحال كبذل المال أو أدائه وقبوله من غير لفظ الزوج ، ولابد فيه من الإيجاب والقبول كليهما ، وهذا عند جمهور الفقهاء [٤].

١- البناية للعيني: ٣٠٠/٥- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٦- الذخيرة للقرافي: ٢٤٢/٦- المهذب للشيرازي: ٢٥٩/٤- الإنصاف للمرداوي: ٣٥/٢٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٦.

٣- البناية للعيني: ٣٠٠/٥ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٩/٢- الذخيرة للقرافي: ٢٤٢/٦- المهذب للشيرازي: ٢٥٩/٤.

٤- البناية للعيني: ٣٠٠/٥-المبسوط للسرخسي: ١٧٢/٦- الذخيرة للقرافي: ٢٤٢/٦- المهذب للشيرازي: ٢٥٨/٤- الإنصاف للمرداوي : ٣٥/٢٢.

وذهب أبو حفص العكبري[١] وابن شهاب[٢] إلى وقوعه بدلالة الحال وصحة تعليقه بالأداء[٣] .

استدل الجمهور بأن الخلع معاوضة لا يجب الأداء فيها إلا بالقبول [٤] ، وهو تصرف في البضع بعوض فلم يصح بغير اللفظ ، كالنكاح والطلاق ، كما أن أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب ، كقبض أحد العوضين في البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقاً فلا يقع بغير صريح القول أو كنايته ، وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد[٥] .
واحتج المخالفون بقوله ﷺ " أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقال : " خُذْ مَا أَعْطَيْتَهَا وَلَا تَزْدَدْ " [٦] .

وجه الاستدلال : تم الخلع دون أن يستدعي منه لفظاً ، لأن دلالة الحال تغني عن اللفظ ، كما لو دفع ثوبه إلى قصّار معروف بذلك فعمله ، استحق الأجر وإن لم يشترط عوضاً [٧] .
أجاب الجمهور عن هذا الدليل بأن حديث امرأة ثابت بن قيس قد رواه البخاري بلفظ : " اِقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيْقَة " [٨] ، وهو نص صريح في اعتبار اللفظ [٩] .

والقبول يكون من الزوجة إذا كان الخلع أو الطلاق من زوجها بطريق التعليق على شرط ، بأن قبلت شرطه والتزمت المال ، كذلك لو ابتدأ بصيغة تعليق في النفي ، كقوله متى لم تعطيني كذا فأنت طالق ، أما إذا ابتدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات ، مثلُ متى ما ، أو أي حين ، أو أي زمان أو وقت أعطيتني كذا فأنت طالق فلا يشترط القبول ، لأن الصيغة لا تقتضيه ،

١- العكبري أبو حفص عمر بن أحمد ، أحد المسندين ومن كبار علماء الحنابلة ومن الطبقة الثانية ، كان عابداً صالحاً ، سمع أبا جعفر محمد الطائي وأبا بكر النقاش وعلي بن صدقة ، وروى عنه أبو عبد الله بن بطة ، توفي سنة ٣٣٩هـ . طبقات الحنابلة لأبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، مطبعة السنة المحمدية – القاهرة : ٢/٥٦-٥٨.

٢- ابن شهاب: أبو علي الحسن بن شهاب الفقيه الحنبلي من الطبقة الثالثة ، ولد بعكبرا سنة ٣٣٥هـ ، وسمع الحديث على كبر سن ، له الفقه والأدب والإقراء والشعر والفتيا الواسعة ، توفي سنة ٤٢٨هـ. طبقات الحنابلة: ٢/١٨٦.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/٣٦-٣٧- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/٣٥.

٤- البناية للعيني: ٥/٣٠٠- المبسوط للسرخسي: ٦/١٧٢- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/٣٥.

٥- المهذب للشيرازي: ٤/٢٥٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/٣٦-٣٧.

٦- سبق تخريجه ١٤٨.

٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/٣٦-٣٧.

٨- سبق تخريجه ص١٣٤.

٩- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٣٧

ولابد من قبول الزوج إن كان الإيجاب منها ، بأن بدأت فقالت : طلقني على ألف درهم أو متى طلقتني فلك علي ألف أو خالعني ولك ألف درهم ، فقال : قد خالعتك ، وقع الخلع والطلاق وله الألف عليها ، ولا تحتاج لأن تقول شيئاً بعد ذلك [١].

ولا فرق بين (خالعتك) بلفظ المفاعلة و(خلعتك) في وقوع الطلاق ، لكنه بلفظ المفاعلة يتوقف على القبول لإسقاط المهر والحقوق الزوجية ، وكذلك في الطلاق على مال لا بد من القبول ، وإن لم يسم خلعاً [٢]، فليس كل ما توقف على القبول يسمى خلعاً ، ولا كل ما كان بلفظ الخلع يتوقف على القبول ويسقط الحقوق، والخلع الذي يدخل في الإسقاط على مال ما كان منه بلفظ المخالعة وإن لم يذكر العوض ، وما كان منه بلفظ الخلع إن اشترط العوض ، أما ما كان منه بلفظ الخلع دون اشتراط العوض فهو إسقاط للعصمة وإيقاع للطلاق دون الإلزام بالعوض ، فإن كان العوض غير مقدر كان القبول إيجاباً جديداً ، كما لو قال لها : اخلعي نفسك بمال دون أن يقدره ،أو بما شئت فتقول : خلعت نفسي بكذا ، فلا يتم الخلع ما لم يقبل بعده [٣].

كذلك لو تردد الإيجاب بين أمرين ، فله القبول بأحدهما ، مثل أن تقول المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً بألف درهم ، طلقني ثلاثاً بمئة دينار ، فيقول لها أنتِ طالق ثلاثاً بالجعل الأول، أو بالجعل الثاني ، فإن لم يحدد أحدهما حمل على الإيجاب الأخير منهما ، حتّى لو كان الكلام الأخير بغير جعل ، ويقع الطلاق ولا يلزمها شيء ، ولو كان الكلام الأول بغير جعل، والثاني بجعل ، لزمها الجعل .

وفرّق أبو يوسف من الحنفية بين أن يكون الإيجاب من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، فإن كان من جانب الزوجة ، فاختار الإيجاب الأول، توقف على قبولها ، بأن قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً بألف درهم طلقني ثلاثاً بمائة دينار ، فقال طلقتك بالجعل الأول، فلابد من قبولها لأن ذلك ابتداء إيجاب من الزوج ، وليس جواباً لإيجابها ، لكون الإيجاب الثاني رجوعاً عن الإيجاب الأول ، وإقامة للثاني مقام الأول ، وقد صحّ رجوعها ، إذ الإيجاب من جانبها غير لازم والطلاق على مال من جانبها معاوضة، والرجوع في المعاوضات قبل قبول الآخر صحيح . أما لو كان الإيجاب من جانب الزوج بأن قال لها : أنتِ طالق ثلاثاً بألف درهم أنتِ طالق ثلاثاً بمائة دينار، فقبلت بالجعل الأول أو بالجعل الثاني صحّ ، لأنَّ الطلاق على مال في جانب

١- رد المحتار لابن عابدين: ١٠٤/١٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٠/٢- المهذب للشيرازي:٢٥٩/٤.

٢- رد المحتار لابن عابدين: ١٠٤/١٢- المبسوط للسرخسي: ١٧٢/٦.

٣- رد المحتار لابن عابدين: ١٠٤/١٢

الزوج تعليق ، والتعليق يقع لازماً على وجه لا يصحّ الرجوع عنه ، فبقي الإيجاب الأول، وصحّ الإيجاب الثاني ، فأيّ ذلك اختارت ، فقد اختارت إيجاباً قائماً ، كذلك لو جعل لها الخيار بينهما، بأن قال طلقتك بالمالين ، توقّف على قبولها ، لأنَّ هذا ابتداء إيجاب في حقّها [١].

ثالثاً : اتحاد الإيجاب والقبول في المجلس : يشترط لصحة الإسقاط على مال القبول في المجلس الذي تمت فيه المشافهة بين المتعاقدين أو في مجلس علم أحد المتعاقدين بإيجاب الآخر إن كان غائباً [٢] ، فإن قام أحدهما من المجلس بعد إيجاب الآخر ، أو بعد علمه بذلك بطل الإيجاب ، فإن قبل بعد ذلك لا يصح الإسقاط ، لأن المعاوضة المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول [٣] ، كما لو قالت : طلقني ولك مني ألف ، فطلقها في المجلس وقع الطلاق ولزم العوض ، أما إن طلقها بعد انتهاء المجلس بطل الخلع والعوض معاً ، ووقع طلاقاً رجعياً ، لأنه طلّق متراخياً فكان مبتدئاً لا يستحق العوض ، هذا إن تمّ على وجه المعاوضة ، فإن كان تعليقاً على شرط قيّد بمجلسها هي بحيث لو قام من المجلس قبل قبولها لم يبطل إيجابه بهذا القيام ، لأن قيامه يعتبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة وهو لا يملك الرجوع صراحة فلا يملكه دلالة بطريق الأولى [٤].

وعليه فلو قال لها أنت طالق على ألف فقبلت في المجلس ، وقع الطلاق ولزمها الألف ، لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها ، والتملكيات تقتصر على المجلس [٥].

ولا يتقيد الوكيل بمجلس الموكل بخلاف النائب ، فلو وكل رجلاً ليخلع له امرأته فقام الوكيل من مجلسه قبل أن يخلعها فهو على وكالته ، لأن مطلق التوكيل لا يتأقت بالمجلس ، كما في سائر عقود المعاوضات ، وهذا بخلاف ما لو قال لها أمرك بيدك ، لأن ذلك تمليك للأمر منها وجواب التمليك مقتصر على المجلس ، وهو إنابة لها مناب نفسه [٦] .

١- المحيط البرهاني لابن مازة البخاري: ٣/٣٣٥.

٢- رد المحتار لابن عابدين: ٣/٤٣٩

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٤٥- مغني المحتاج للشربيني

٤- البناية للعيني: ٥/٣١٢- المبسوط للسرخسي: ٦/١٧٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٢٥١- الوسيط للغزالي: ٥/٣١٧- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/٨١.

٥- البناية للعيني: ٥/٣١٢- الإنصاف للمرداوي: ٢٢/٨١.

٦- المبسوط للسرخسي: ٦/١٩٣.

رابعاً : الارتباط اللفظي بين الحق المسقط والعوض المالي : لابد من الارتباط اللفظي بين الحق المسقط والعوض المالي في مقابله وإلا صحّ الإسقاط ولم يلزم العوض ، فلو قال لزوجته : أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة والشافعي ورواية لأحمد ، لأنها جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة الحال ، ولا دلالة هنا ، فيكون قوله أنت طالق ابتداء إيقاع للطلاق ، وقوله وعليك ألف استئناف كلام لعدم تعلقه بما تقدم ، ولأن الطلاق ينفك عن المال ، فليس معاوضة محضة ، كما هو الأمر في البيع والإجارة ، فيكون الطلاق رجعياً ، فإن ضمنت له الألف لم يلزمها الضمان ، وإن أعطته إياها كانت بحكم الهبة[١] . وذهب الصاحبان من الحنفية وأحمد إلى أنها إن قبلت وقع بائناً ولزمها الألف ، والكلام يستعمل للمعاوضة شرط أن يتم على الفور[٢] .

خامساً : توافق الإيجاب والقبول : لابد لصحة الإسقاط من توافق القبول مع الإيجاب في الصيغة لضمان الرضا في المعاقدة ، ولا خلاف في أنه إذا انتفى التوافق بين الإيجاب والقبول في الحق المسقط والعوض معاً لم يصح ، كما لو قال : طلقتك ثلاثاً على ألف ، فقالت : قبلت واحدة على ثلث الألف لم يقع[٣] .

أما لو خالف الإيجاب القبول في أحدهما فلا يخرج ذلك عن الحالات التالية :

١- مخالفة القبول للإيجاب في الإسقاط : إذا كان الحق المسقط مختلف عن الحق المقصود بالإسقاط كلاً أو جزءاً لم يصح الإسقاط ، كما لو قالت لزوجها : طلقني بألف ، فقال خالعتك بألف ، لم يصح ، لأنه لم ينو الطلاق ، وهي استدعت فرقة ينقص بها العدد ، ولم يجبها إلى ذلك ، وهذا عند من قال بأن الخلع فسخ من الفقهاء[٤] ، كذلك لو قال لها : طلّقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف ، فطلقت نفسها واحدة ، لم يقع شيء ، لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها [٥].

١- البناية للعيني: ٣١٤/٥- المجموع للنووي: ١٨٩/١٨- الإنصاف للمرداوي: ٩٤/٢٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٩٥/٢٢.

٢- البناية للعيني: ٣١٢/٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٨١/٢٢.

٣- الوسيط للغزالي: ١١٩/٥.

٤- المجموع للنووي: ١٨٢/١٨- المهذب للشيرازي: ٢٦٩/٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٠/٢٢ ، ينظر ص١١٣ من الرسالة .

٥- البناية للعيني: ٣١١/٥.

٢- مخالفة القبول للإيجاب في العوض : إذا خالف القبول الإيجاب في العوض المالي لم يصح الإسقاط لما في المخالفة من انتفاء الرضا لدى المتعاقدين بالعوض المبذول ، ولأنها معاوضة فيشترط فيها توافق الإيجاب والقبول ، كما لو قال لها : خالعتك على ألف ، فقالت : قبلت على ألفين لم يصح ، كذلك لو قالت : طلقني بألف فطلقها على ألفين لم يصح الإيجاب ولا القبول ، لأن الخلع من جهتها تعليق ، ولا يكتفى فيه بالموافقة الضمنية [١].

٣- مخالفة القبول للإيجاب بما لا يمنع الغرض المطلوب : إذا خالف القبول الإيجاب في الحق المسقط ، فإما أن يتحقق المقصود من الإسقاط أو لا يتحقق ، فإن تحقق صحّ الإسقاط ، كما لو قالت : اخلعني بألف ، فقال: أنت طالق على ألف ، وقع واستحقّ الألف ، لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد ، فأجاب إلى فرقة ينقص بها العدد ، فحصل لها ما طلبت وزيادة[٢]، فأشبه لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، صحّ لأنه فعل ما طلبته وزيادة ، كذلك لو قال : طلقتك ثلاثاً على ألف ، فقالت: قبلت واحدة على كمال الألف ، فله الألف ، لأنها وافقته في العوض ، وليس إليها عدد الطلاق ، وهذا عند الشافعية والحنابلة [٣] ، أما قياس قول الحنفية فلا يصح ، لأن الثلاث مخالفة للواحدة ، فلم يكن إيقاعاً لما استدعته ، بل هو إيقاع مبتدأ ، فلا يستحق شيئاً [٤].

وإن اختلفا في مقدار العوض ، فإن كان الإسقاط تعليقاً على شرط ، وشمل القبول ما تضمنه الشرط جاز ، ولا يلزمه ما زاد عليه ، ولا يكتفى بالموافقة الضمنية في هذه الحالة ، كما لو قال لها : خالعتك بألف ، فقالت : قبلت بألفين ، فلا يلزمها سوى الألف [٥].

أما إن كان الإسقاط من قبيل المعاوضة فيكتفى بالموافقة الضمنية ، كما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على خمسمائة ، فيقع الطلاق ويجب له خمسمائة فقط ، لأن ما طلبته من العوض داخل ضمن ما التزمت به ، ورضاها بألف رضىً بما دونه ، وقد زادها بذلك خيراً [٦].

٤- أن يكون القبول معاطاة وليس قولاً : يصح الإسقاط إذا كان القبول بالمعاطاة حالّاً ، ولو مع الزيادة ، لوجود الصفة ، بأن قال لها : إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ، فأعطته ألف

١- المجموع للنووي: ١٨٥/١٨.

٢- المجموع للنووي: ١٨٢/١٨- المهذب للشيرازي: ٤/ ٢٦٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٠/٢٢.

٣- الوسيط للغزالي: ١١٩/٥- المجموع للنووي: ١٨٤/١٨- الإنصاف للمرداوي:٨٤/٢٢.

٤- البناية للعيني: ٣١٢/٥.

٥- المجموع للنووي: ١٨٥/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٩٩/٢٢.

٦- المرجعين السابقين.

درهم في الحال ، بحيث يكون فعلها جواباً لكلامه ، فتصح مخالفة القبول للإيجاب عندئذ لوجود الصفة ، والزيادة لا تمنعها ، كما لو قال : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ثوبين بخلاف حالة القبول بالزيادة دون معاطاة فلا تصح ، والفرق بينهما أن القبول يقع بحكم الإيجاب في العقد ، فمتى خالفته لم يصح ، أما الإعطاء فالمغلب فيه الصفة [١].

سادساً : عدم الرجوع عن الإيجاب قبل القبول : إن الزوجة لو ابتدأت بالإسقاط على مال صح لها الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الزوج ، كذلك الزوج له الرجوع قبل قبول الزوجة ، لأنه من قبيل المعاوضات ، والمعاوضات يصحّ فيها الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول من الطرف الآخر، فلو قالت لزوجها : اختلعت نفسي منك بكذا ، كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبوله ، كذلك لو رجع هو قبل قبولها لم يقع الطلاق ، كما في عقود المعاوضات[٢].

أما لو كان الإسقاط على مال بطريق التعليق على شرط لم يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة ، لأنه تعليق ، ولا رجوع فيه ، وبناء على ذلك لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ثم قام منه قبل قبول الزوجة له لا يبطل الإيجاب بالخلع بقيامه بحيث لو قبلت الزوجة بالخلع بعد قيام الزوج كان قبولها صحيحاً ويقع به الخلع ، لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة ، والزوج لا يملك الرجوع عنه صراحة ، فلا يملكه دلالة بطريق الأولى ، كما سبق[٣].

وقد اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري الخلع معاوضة من الطرفين ، وأعطى لكل طرف الحق في الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، جاء في المادة ٩٦ منه : (لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر) [٤].

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٦- المجموع للنووي: ١٩١/١٨ -الشرح الكبير لابن قدامة :٧١/٢٢.

٢- المجموع للنووي: ١٥٩/١٨- الإنصاف للمرداوي: ٨١/٢٢.

٣- البناية للعيني: ٣١٢/٥- الإنصاف للمرداوي: ٨١/٢٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥١/٢- الوسيط للغزالي: ٣١٧/٥.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٤.

المطلب الثاني : التعليق في الإسقاط على مال :

التعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره ، ويستعمل فيه لفظ أداة الشرط بشكل صريح ، ويتوقف انعقاد الحكم على حصول الشرط [١].

والشرط أمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف بقيد مضافٍ إلى العقد ، وقد اتفق الفقهاء على أن الإسقاطات المحضة يجوز تعليقها على الشرط [٢].

أما الإسقاط على مال فيختلف حكم تعليقه على الشرط تبعاً للطريق الذي يجري بها ، فإن كان بطريق المعاوضة لم يصح تعليقه على الشرط قياساً على البيع ، يستثنى من ذلك الطلاق على مال فيجوز تعليقه باتفاق الفقهاء ، لأنه إسقاط محض ، والمعاوضة فيه معدول بها عن سائر المعاوضات ، وكذلك الخلع باعتباره طلاقاً عند الجمهور خلافاً للحنابلة الذين منعوه لما فيه من معنى المعاوضة ، فإن صدر الإيجاب في الخلع من المرأة مثلاً ، لم يجز أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور ، كذلك لو قال الزوج لزوجته : إن بذلت لي كذا فقد خلعتك لم يصح ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك مال فلا يقبل التعليق [٣].

وإن كان الإسقاط على مال بطريق التعليق جاز تعليقه على الشرط ، لأنه يمين ، والأيمان تقبل التعليق ، فلو قال : إن تزوجت عليك فقد خالعتك على كذا ، صحّ ولها القبول عند تحقق الشرط ، فإن قبلت قبل ذلك كان قبولها لغواً ، لأن التعليق بالشرط إيجاب عند وجود الشرط ، ولابد من وجود الشرط بتمامه ، وإلا فلا إسقاط ، كما لو أسقطت المبتوتة عن زوجها ديناً لها في ذمته بشرط تجديد عقد النكاح بمهر مثلها ، وكان مهر مثلها ألف دينار ، فجدد النكاح على مئة دينار فأبت ، فإن الزوج لا يبرأ من الدين دون تحقيق الشرط [٤].

وإذا صحّ تعليق الإسقاط على مال بالشرط ، فإن الشروط تنقسم تبعاً لمدى تأثيرها على العقد صحة أو فساداً أو بطلاناً ، إلى عدة أقسام :

١- الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية- الكويت ، ط٢(١٤٠٤هـ- ١٩٨٣): ٢٣٢/٤.

٢- البحر الرائق لابن نجيم: ١٦١/٣- المجموع للنووي: ١٦٥/١٨.

٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٩١/٤- الإنصاف للمرداوي: ٨٢/٢٢.

٤- البحر الرائق لابن نجيم: ١٦١/٣.

أولاً : الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء :

وهي الشروط الموافقة لمقتضى العقد ، وهي من موجبات العقد ولوازمه من غير اشتراط ، كما لو تزوجها بألف على أن يطأها ليلاً ونهاراً ، أو على أن ينفق عليها أو يكسوها أو يقسم لها أو يسافر بها صح الشرط ولزم الوفاء به ، لأنه مؤكد لمقتضى العقد [١] ، ومن صوره في الإسقاط على مال كما لو أسقط حقه في الحضانة مقابل مال شرط أن تعتني بالصغير .

ثانياً : الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء :

وهي الشروط المنافية لمقتضى العقد ، ولم يرد الشرع بجوازها ، ولم يجر العرف بها ، كأن تشترط على زوجها ألا يطأها أبداً ، أو ألا يطأها مدة سنة مثلاً ، أو يشترط الزوج على زوجته ألا يكون لها مهر ، أو ألا ينفق عليها ، أو ألا يعاشرها ، أو تشترط الزوجة حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه ، أو أن تكون لها القوامة عليه ، أو أنها غير ملزمة بطاعته ، أو أن يكون لها أكثر من ضرتها عند القسم [٢] .

ومن الشروط غير الصحيحة لورود النهي عنها أن يشترط الزوج أو الزوجة تأقيت النكاح ، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثاً بشرط إحلالها لزوجها ونحو ذلك ، وهي شروط باطلة لورود النهي عنها [٣] ، وقد جاء في المادة ١٣من قانون الأحوال الشخصية السوري : (لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق) ، وفي المادة ١٤منه : ١- إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويُلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً) [٤].

ثالثاً : الشروط المختلف فيها :

وهي ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر ، مما لا يكون موافقاً لمقتضى عقد الزواج ، ولا منافياً له ، ولم يرد دليل خاص على اعتباره أو عدم اعتباره شرعاً ، ويكون فيه منفعة للمشترط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو ألا يسافر بها إلى بلد

١- تحرير الكلام للحطاب/ ٣٢٧- المجموع للنووي: ١٨/١٨

٢- المجموع للنووي: ١٩/١٨- تحرير الكلام للحطاب/٣٢٧- الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، محمود بلال مهران ، دار الثقافة العربية – القاهرة ، ط١(١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) /٢٤

٣- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /١٥٨، الأحوال الشخصية ، عبد الرحمن الصابوني:١/ ٢١٢ .

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٢٠.

آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج ونحو ذلك ، وهذا النوع من الشروط اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول : الشرط صحيح لازم ، والوفاء به واجب ، فإن لم يف كان من حق المشترط فسخ العقد ، وهو قول الحنابلة [١] ، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ : " أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ بِهِ مِنْ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " [٢].

وجه الاستدلال : أوجب الشارع الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج ، ولو لم يكن له دليل خاص ، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به .

المذهب الثاني: العقد صحيح ، والشرط باطل ولا يلزم الوفاء به ، وهو مذهب الحنفية والشافعية وفقاً للقاعدة : " إن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ، ولا مؤكداً لمقتضاه ، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به يكون لاغياً ، ولا تأثير له في صحة العقد " [٣].

المذهب الثالث : الشرط مكروه ، والوفاء به غير لازم ، لكنه مستحب ما لم يقترن بما يستلزم الوفاء ، كاليمين بالطلاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه ، وهو مذهب المالكية ، فإن علقه على الطلاق ، كما لو قال : إن تزوجت عليها فهي طالق ، أو قالت : أسقطت عنك مئة من صداقي على أنك إن تزوجت عليّ فأنا طالق ، فالطلاق لازم وليس لها الرجوع بما حطت [٤].

ولعل الراجح في ذلك أن الشرط الذي لا يمس طبيعة العقد ، إن كان فيه مصلحة للمشترط ، وجب الالتزام به ديانة ، لعموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود ، لكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، فليس كل تقصير في الواجبات الزوجية مبرراً للفسخ [٥].

١- المغني لابن قدامة : ٤٨٦/٩- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٨٦.

٢- أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح: ر٢٥٧٢/٩٧٠- صحيح مسلم : كتاب النكاح ، باب الوفاء بالشروط في النكاح: ١/ر١٤١٨/٦٤١.

٣- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣١١/٦- المجموع للنووي: ١٨/١٨- الوسيط للغزالي:٢٢٩/٥.

٤- المنتقى شرح الموطأ ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي- القاهرة ، ط٢: ٦٧/٥- بداية المجتهد لابن رشد: ٥٩/٢ - تحرير الكلام للحطاب/٣٣٢- ٣٣٤.

٥- محاضرات في الفقه المقارن، محمد سعيد رمضان البوطي/٩٨.

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد ، والقاعدة المقررة في ذلك هي : أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها ، ولا تأثير له في غيرها.

أما قانوناً فقد جاء في المادة ١٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري : ١- إذا قيد بشرط يلتزم فيه للزوجة مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا تمسّ حقوق غيرها ، ولا تقيد حقوق الزوج في أعماله الخاصة المشروعة ، كان الشرط صحيحاً ملزماً ، ويجبر الملتزم به على التنفيذ قضاء. ٢- إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً، ولكنه ليس بملزم للزوج، فإن لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ الزواج) [١].

ويجوز تعليق الإسقاط على شرط أداء البعض عند المالكية والحنابلة والحنفية في الراجح عندهم وقالوا هو شرط متعارف عليه ، وتعليق الإسقاط على الشرط المتعارف عليه جائز [٢] ، أما عند المالكية فهو إبراء حقيقة ، والإسقاطات المحضة تقبل التعليق على شرط [٣] ، واشترط الشافعية لهذه الصورة أن تتم بلفظ الصلح[٤] ، وهذا التعليق يتوقف على القبول ، وذهب الحنابلة والحنفية في قول إلى عدم جواز هذا التعليق ، لأن الإبراء فيه معنى التمليك فينبغي أن يكون ناجزاً ، ولا يقبل التعليق ولا يحتمله ، ولأن فيه هضماً للحق بأي لفظ كان ، بخلاف ما لو تمّ عن طيب نفسٍ ودون اشتراط [٥].

ويصح الشرط كذلك إذا كان موجوداً عند التعاقد أو الاتفاق ، كما لو قال لامرأته : خالعتك إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا [٦] ، ويجوز التعليق على الشرط غير الملائم ، وهو ما لا منفعة فيه للطالب ، كالتعليق على دخول الدار أو مجيء الغد ونحوه [٧].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٢٠.

٢- البحر الرائق لابن نجيم : ١٦١/٣.

٣- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني: تأليف الشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي، بيروت، المكتبة الثقافية : ٣٣٢/٢.

٤- منهاج الطالبين وعمدة المتقين ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار المنهاج- بيروت ، ط١(١٤٢٦-٢٠٠٥) /٦٠ - مغني المحتاج للشربيني: ١٧٩/٢.

٥- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٦٠/٧، كشاف القناع للبهوتي: ٢٩٢/٣- المغني لابن قدامة: ٣١٢/٤.

٦- الموسوعة الفقهية : ٣٣٢/٤.

٧- شرح فتح القدير لابن الهمام:٣١١/٦.

ولا يصح تعليق الإسقاط على الصفات ، نحو قوله : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على الألف ، فقالت قبلت ، أو قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني فلك علي ألف ، فطلقها عند رأس الشهر فلا يصح ، لأن المعاوضة لا يصح تعليقها على الصفات ، فتسترد الألف ، ويرجع عليها بمهر المثل[1].

ويجوز تعليق الإسقاط على موت المسقط ويعتبر وصية [2].

١- المجموع للنووي: ١٨/١٦٥-١٦٧.

٢- الموسوعة الفقهية: ٤/٢٣٢.

المطلب الثالث : التنجيز في الإسقاط على مال :

يصح الإسقاط منجزاً على الفور إذا كان بطريق المعاوضة ، فإن قال : طلقتك أو أنت طالق أو خالعتك أو فاديتك بألف ، فقالت المرأة عقيب ذلك : قبلت ، أو قالت : طلقني بألف ، أو اخلعني أو خالعني ، فقال الزوج عقيب استدعائها : طلقتك أو خالعتك ، وقع بائناً ، ولزمها الألف ، وينبغي أن يكون الجواب فيه على الفور، فإن تأخر بطل الاستدعاء[١].

ومن عبارات التعليق التي تجري مجرى المعاوضة وتقتضي الفور أن تقول له : إن طلقتني أو إذا طلقتني فلك ألف ، و(إن وإذا) ، شرط يحتمل الفور والتراخي ، لكنه بذكر العوض صار تمليكاً ، فاقتضى الفور كالتمليك في المعاوضات[٢].

ويتم التنجيز بالمعاطاة فور الإيجاب ، كما لو قال لها : إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر الإعطاء لم يقع الطلاق ، لأن قبول المعاوضات يتم على الفور ، فإن خلا عن التصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات ، ويجزئ إحضار المال والإذن في قبضه أخذ أم لم يأخذ [٣].

وللحنابلة أنه علّق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق ، لأن تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى رفعه ، سواء كانت العطية على الفور أو التراخي، ولأنه لو علق الإسقاط بلفظ مقتضاه التراخي ، كان على التراخي ، كما لو خلا عن العوض، ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات، بدليل جواز تعليقها على الشروط ، فلا يصح قياسها على غيرها من المعاوضات ، ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى أو بأي ، وكذلك هنا[٤].

وتعليق الإسقاط على مال بالمشيئة يتم بلفظ المشيئة على الفور ، كما لو قالت : طلقني بألف، فقال: أنت طالق بألف إن شئت ، لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة ، ولا تصح المشيئة إلا بقولها شئتُ على الفور ، لأن المشيئة وإن كانت بالقلب إلا أنها لا تُعرف إلا بالقول ، فصار

١- المجموع للنووي : ١٨/١٦٠-١٦١- المهذب للشيرازي: ٤/٢٥٩.

٢- المجموع للنووي: ١٨/١٥٩-١٦١.

٣- المبسوط للسرخسي: ٦/١٨٤- المجموع للنووي: ١٨/١٦٠.

٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٢٢/٧٦- ٧٧.

تقديره : أنت طالق إن قلت شئتُ[1] ، وذهب الإمام أحمد في قول إلى أنه يكون على التراخي فمتى شاءت ، أي قالت : شئت ، طلقت ، كذلك لو علق الطلاق على شرط ضمان العوض، بأن قال : إن ضمنت لي ألفاً فطلقي نفسك ، فيكون على التراخي عند أحمد، أما عند الشافعي فيقتضي ضماناً وتطليقاً على الفور[2].

أما الإسقاط غير المنجز فيكون على التراخي إذا علّقه على شرط يفيد التراخي ، أو كانت صيغة التعليق الشرطية تقتضي التراخي أو أحد الحالين على السواء .

فلو علّق الإسقاط على ضمان مال أو على دفعه بصيغة متى أعطيتني ، أو متى ما أعطيتني، أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفاً ، أو ضمنت لي فأنت طالق ، كان على التراخي ، لأن فيه تصريحاً بالتراخي ونصاً فيه ، وهذا عند الحنابلة والشافعية في الأصح [3] ، وذهب المالكية والشافعية في قول إلى جواز الضمان على الفور أو على التراخي ، لأنه نص صريح بالمنع في كل واحد من الزمانين مع التعيين في أحد الزمانين [4]، وفرق الحنفية بين أن تكون صيغة التعليق في النفي أو الإثبات ، فإن ابتدأ بصيغة تعليق في النفي ، كقوله : متى لم تعطيني كذا فأنت طالق ، فيكون على الفور ، ويختص بمجلس التجاوب ، أما إن ابتدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات ، مثل متى ما أو أي حين أو أي زمان أو وقت أعطيتني كذا فأنت طالق ، فلا يشترط الإعطاء فوراً في مجلس التواجب [5].

١- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٩٣- ١٩٤- المجموع للنووي: ١٦٠/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٧٨/٢٢.

٢- المجموع للنووي: ١٦٤/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٧٨/٢٢- ٧٩.

٣- المجموع للنووي: ١٥٩/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٧٥/٢٢.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢، المجموع للنووي: ١٦٠/١٨ .

٥- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٦- رد المحتار لابن عابدين: ١٠٤/١٢.

المطلب الرابع : تقييد الإسقاط بشرط :

وهو الجزم بالإسقاط على مال وتقييده بشرط آخر ، وهو الأصل ، ولا تستعمل فيه أداة الشرط بشكلٍ صريح ، كأن يقول لزوجته : خالعتك على أن تفعلي كذا ، أمّا التعليق فلا يكون إلا بأداة شرط ، كقوله : إن فعلت كذا فقد خلعتك ، وهذا من حيث اللفظ [١]، أما من حيث المعنى فتقييد الإسقاط على مال بشرط يعني أن الحكم بالإسقاط ثابت في الحال على عرضية الزوال والفسخ إن لم يوجد الشرط ، أما في التعليق فالحكم غير ثابت في الحال وثبوته مرتبط بوجود الشرط [٢].

فالشرط في التقييد لا يوثر على أصل العقد بقاء وزوالاً ، ويقتصر تأثيره على آثار العقد الفرعية وليس الأصلية [٣] ، كتقييد إسقاط الأب للحضانة بعدم زواج الأم من أجنبي عن الصغير ، أو بعدم الانتقال بالصغير أو السفر به .

وقد اتفق الفقهاء على أن التصرف إذا كان مبادلة مال بمال (بيعاً) ، بأن كان الحقّان كلاهما مالاً ففساد الشرط يُفسد التصرف ، وبالتالي فلا يجوز تقييد الإسقاط على مال بالشرط إذا كان بطريق المعاوضة ، ويستثنى من ذلك الخلع إذا قيد بالشرط الفاسد ، وكذلك الطلاق على مال فلا يفسد بفساد الشرط ، ولعل ذلك لأن الحق في أحد طرفي المعاوضة غير مالي أو غير متقوم بالمال .

ويجوز تقييد الإسقاط على مال بالشروط ، ولا يقتضي من صحة التقييد لزوم الشرط ، فإن كان الشرط صحيحاً لزم ، وإن كان فاسداً صح الإسقاط وبطل الشرط .

وتكون المنفعة التي تحققها الشروط للمشترط معتبرة ما لم تمس بحقوق الآخرين أو بحريتهم أو تخلَّ بالنظام العام ، كتقييد حرية الزواج مثلاً ، فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً كان التعهد في أصله باطلاً ، لكن إذا كان للتعهد سبب مشروع يبرره كان صحيحاً ، كما لو تعهدت الزوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها ، وكان لها أولاد ، والرجل يريد أن يكفل رعاية أمهم لهم ، فيكون

١- الموسوعة الفقهية: ٤/ ٢٣٢.

٢- المرجع السابق: ١/١٦٥.

٣- أصول الفقه الإسلامي ، مصطفى الزلمي ، مكتب القبطان – بغداد ، ط٤(١٩٩٩): ٢/٤٣.

التعهد صحيحاً ، ويكون جزاء الإخلال حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية أو المقابل الذي أعطي له أو المعاش الذي رتب له ، وهذا في القانون[١].

وقد ذهب الإمام أحمد إلى صحة بذل المال من قبل أحد الزوجين للآخر على ألا يتزوج ، أما الزوج فمطلقاً ، وأما الزوجة فبعد موت زوجها ، ومن لم يف بالشرط لم يستحق العوض ، لأنها هبة مشروطة بشرط فتنتفي بانتفائه ، وفي رواية لو شرط أحد الزوجين على الآخر أن لا يتزوج بعده فالشرط باطل في قياس المذهب ، لكونه ليس فيه غرض صحيح بخلاف حال الحياة ، وكذلك الأمر لو أوصى لأم ولده بوصية على ألا تتزوج بعده[٢] ، وذهب مالك إلى جواز الشرط وصحته ولزومه ضمن حولي الرضاعة إذا خالعها على كفالة ولده أو حضانته مدة معينة وشرط عليها ألا تتزوج ، ولا تنكح حتى تفطم ولدها ، ولا يلزمها فيما زاد على الحولين سواء كان إلزاماً من جهته أو التزاماً من قبلها ، وفي قول آخر : إن مدار الحكم مع مصلحة الصغير ، فإن كان زواجها لا يضر بالصغير جاز ، وإلا لم يجز حتى تفطمه [٣] ، أما لو صالحت زوجها على أن تفارقه ، وأعطته مالاً على ألا ينكح أبداً ، فإن فعل ردّ إليها مالها ، فالشرط باطل ، وله ما أخذ من مالها ، بخلاف ما لو أعطاها شيئاً على ألا تتزوج فلا يلزمها ، ويرجع عليها بما أخذته [٤] ، وتردّه إلى ورثته إن مات[٥].

ومن أسند وصيته إلى أمّ ولده على ألا تتزوج جاز ، كما جاز لها أن توصي له مقابل ألا يتزوج لأنهما منعا أنفسهما من الحلال لمنفعة المال ، فمن رجع عن ذلك رجع على الآخر بما أخذ ، فإن كان عرضاً فباعته أو وهبته ثم تزوجت رجع بقيمته ، ويسقط إيصاء المرأة بالعقد لا بالدخول، كما هو الشأن في الحضانة [٦].

ولابد للتقييد في هذه الحالة أن يكون مؤقتاً وليس مؤبداً ، تجنباً للوقوع في ضرر أو غبن فاحش على المشروط عليه ، كما لو وهب الأب لولده مالاً ، واشترط عليه ألا يتزوج حتى يكمل دراسته الجامعية ، أو لحين الحصول على وظيفة أو موردٍ معيشي معين يؤهله لتحمل المسؤولية العائلية ، أو شرط على ابنته مقابل الهبة أو العطية ألا تتزوج إلا بكفؤ لها .

١- الوسيط في القانون المدني للسنهوري: ١/٤٣٩-٤٤٠.

٢- الإنصاف للمرداوي: ٢٠/٣٩١-٣٩٣.

٣- تحرير الكلام للحطاب/ ١٠٨-١٠٩ .

٤- تحرير الكلام للحطاب/ ١٠٩ .

٥- جامع الفقه لابن القيم ، ط١(١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، دار الوفاء – مصر : ٥/١٨٣ .

٦- تحرير الكلام للحطاب/١١١- ١١٢.

ولا يلزم من صحة التعليق بالشرط صحة التقييد به ، والعكس كذلك ، كمن خالع زوجته بشرط الرجعة ، فيصح الخلع ويبطل الشرط عند المالكية وأحمد في الراجح خلافاً للشافعية وأحمد في رواية [١] .

المطلب الخامس : إضافة الإسقاط على مال إلى الزمن المستقبل في الحقوق الأسرية :

الإضافة إلى الزمن المستقبل : هي تأخير أمر التّصرّف عن وقت التّكلّم إلى زمن مستقبل يحدّده المتصرّف بغير أداة شرط ، ويختلف حكم إضافة الإسقاط على مال إلى الزمن المستقبل تبعاً للطريق التي يجري بها ، فإن كان بطريق المعاوضة لم تصح إضافته قياساً على البيع ، وإن كان الإسقاط بطريق التعليق جازت إضافته إلى الوقت ، لأنه يمين ، والأيمان تقبل الإضافة ، فلو قال لزوجته : إذا قدِم فلان فقد خالعتك على كذا ، أو خالعتك على كذا غداً ، صح ولها القبول عند حلول الوقت المضاف ، فإن قبلت قبل ذلك كان قبولها لغواً ، لأن الإضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الوقت ، وله الرجوع قبل القبول ، كما لو قال لزوجته : إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك [٢] .

ويختلف كذلك تبعاً للحق الذي يتم إسقاطه ، فإن كان ديناً ثابتاً في الذمة جاز تأجيله إلى الزمن المستقبل قياساً على البيع ، وإن كان الحق متعلقاً بعين الشخص لم تصح إضافته ، والإضافة لا تمنع سببية اللفظ للحكم ، لكنها تجعل البدء بالحكم يتأخر إلى زمن مستقبل يحدده المتصرف[٣] .

وإن أضاف الإسقاط إلى أزمان متعددة ، فأيها قبلت لزمها العوض المالي في مقابل الإسقاط عند مصادفة الوقت المضاف إليه ، مثال ذلك لو قال لها أنتِ طالق بعد غدٍ على ألف درهم ، وغداً على ألف ، واليوم على ألف ، فقبلت اليوم بألف ، والباقي بغير شيء ، فإن تزوّجها قبل مجيء الغد ، ثمَّ جاء الغد يقع طلاق آخر بألف ، وإذا تزوّجها في الغد ثم جاء بعد الغد يقع طلاق آخر بألف [٤] .

ولا يصح تأجيل العوض في الطلاق على مال ولو أضافته إلى زمن معلوم ، عند الجمهور خلافاً للحنابلة ، كمن قالت لزوجها : طلقني بألف إلى شهر ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق

١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٥/٢ – مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٢/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٠/٢٢ – الإنصاف للمرداوي : ٣٩/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٩١/٤.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة :٤١/٢٢.

٣- الموسوعة الفقهية : ٤/ ٢٣٢.

٤- المحيط البرهاني لابن مازة البخاري: ٣٣٥/٣.

فيصح الطلاق ويفسد الشرط وله مهر المثل عند الشافعي ، لأنه سلف في الطلاق ، والطلاق لا يثبت في الذمة فلم يصح ، ولأنه عقد تعلّق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه[١] .

وذهب أحمد إلى صحَّته وله الألف ، لأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فيستحقه ، كما لو لم تضفه إلى الزمن ، وإن أضافته إلى زمن مجهول كذلك الأمر ، بأن قالت : لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن إلى شهر ، فيصح عند أحمد كما في الصورة السابقة ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق ، لأنه مما يصح تعليقه على الشرط فيصح بذل العوض فيه وهو مجهول الوقت كالجعالة [٢] ، ولا يصح عند الشافعي ، وله مهر المثل ، لأن زمن الطلاق مجهول[٣] .

١- المجموع للنووي ١٨/١٦٥-١٦٧.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٩١.

٣- المجموع للنووي: ١٨/١٦٥-١٦٧.

المبحث الثالث : شروط الحق المسقَط على مال وقابليته للتجزؤ :

وهو المحل الذي يظهر فيه أثر العقد ، ويتعلق به التصرف ، ويجري فيه الصلح والإسقاط والمعاوضة حسب قابليته لذلك ، وقد يكون حقاً مالياً (كنفقة المحضون ، وأجرة الرضاعة ، وحق الإرث) ، وقد يتجرد عن وصف المالية (كحق الحضانة والعصمة والرجعة والقسم والخيار) ، وقد يكون عيناً قائمة (كأن يكون المهر داراً أو عيناً قائمة) ، وقد يكون منفعة (كسكنى دار) ، وقد يكون ديناً ثابتاً في الذمة (كالمهر غير المقبوض، وحق النفقة الماضية المستحقة) ، وقد يكون حقاً في الدعوى للمطالبة بمنفعة أو مال[1] (كدعوى النسب والتصالح على دعوى النفقة) ، ولابد فيه من شروط أسردها فيما يأتي :

المطلب الأول : شروط الحق المسقَط على مال : إن الإسقاط على مال أياً كانت طريقته هو تصرف بحقٍ شخصي ، ولابد لصحة هذا التصرف من توافر شروط عدة منها :

أولاً : أن يكون الحق ثابتاً لمالكه : يتضمن الإسقاط على مال نقلاً للحق على سبيل التمليك كالمقاصة على الدين أو إسقاطاً للحق دون نقله كإسقاط العصمة في الطلاق على مال ، أو إسقاطاً للمطالبة بالحق .

وكل هذه التصرفات لا تكون إلا فيما يدخل في ملك الشخص ، إذ هي إسقاط للملكية أو للحيازة أو للاختصاص ، ولا يتصور ذلك من غير المالك أو وكيله أو وصيه أو من له ولاية عليه ، لأن إسقاط الحقّ ولا حقّ محالٌ [2].

وقد جاء في المادة ٣٦٢ من القانون المدني السوري : تقع المقاصة في الديون ، أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :١- إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده ،٢- إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده)[3].

والمقاصة من الطرق المعتبرة للإسقاط على مال ، وهي صحيحة في الديون عامة بشرط أن تكون الديون ثابتة لمالكها ، وفق ما بينته المادة السابقة .

ثانياً : أن لا يكون الحق مشتركاً مع الغير: إذا كان الحق مشتركاً وجب الاتفاق على إسقاطه من جميع المشتركين ، هذا إن كان من الحقوق المشتركة مع العباد ، أما ما كان مشتركاً مع حقوق الله تعالى ، أو كان حق الله غالباً فيه ، فلا يصحّ إسقاطه أصلاً، ولا التصرف فيه

١- البناية للعيني: ١١/٩- الذخيرة للقرافي: ٣٤٧/٥.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٤٦/٧- المبسوط للسرخسي: ١٤١/٢٠- الذخيرة للقرافي: ٢٤٢/٦.

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٦- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي:٢٩١٤/٤.

بمعاوضة ولا بصلح ، فلا تجوز مصالحة السارق لإطلاقه ، ولا مصالحة الشاهد ليكتم شهادته[١].

ومن أمثلة الحقوق الأسرية المشتركة مع الغير : حق الكفاءة ، وحق إنقاص المهر المسمى عن مهر المثل ، وهو حق مشترك بين المرأة وأوليائها ، فلو أسقطت حقها بمفردها دون وليها ، فزوجت نفسها من غير كفء ، أو زوجها أحد الأولياء المستحقين بغير كفء ، ورضيت بإسقاط الكفاءة ، كان للأولياء حقّ الاعتراض وفسخ العقد لعدم تحقق الكفاءة ، وهم يتعيرون بفقدها[٢].

ولو تزوجت امرأة بمهر مسمى لا يصل إلى مهر مثلها ، فللأولياء الحق في الاعتراض ، لأنهم يتعيرون بنقصان المهر ويفتخرون بغلائه ، فليس لها الحق في إسقاط هذا الامتياز، ولا تملك إسقاط جزء منه ابتداء بحيث يقلّ عن مهر مثلها إلا بإجازة أوليائها ورضاهم وهذا عند الحنفية خلافاً للجمهور[٣].

ومن الحقوق المشتركة ما أشركت نفسها أو غيرها به بطريق الاشتراط ، كمن اشترطت على زوجها ألا يخرج بها من بلدها إلا برضاها ورضا أبيها ، فلم يكن له إخراجها إلا برضاهما جميعاً ، ولو علقت ذلك على الطلاق لم يكن لأحدهما أن يقضي بالفراق دون صاحبه ، لأن الحق لكليهما فلا ينفرد أحدهما[٤].

وإن طلّق زوجتيه معاً بألف ، وعلّق طلاقهما على مشيئتهما ، أو قالتا : طلقنا بألف ، فقال : أنتما طالقان إن شئتما ، فقالتا : شئنا ، على التراخي ، لم يطلقا ، لأنه لم يوجد الشرط بخلاف ما لو حصلت المشيئة على الفور ، كذلك إن شاءت إحداهما على الفور ولم تشأ الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه علق طلاقهما بمشيئتهما ، ولم توجد مشيئتهما[٥].

١- المبسوط للسرخسي: ١٩٣/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٦٤/١٣.

٢- الاختيار للموصلي: ٩٩/٣- البيان والتحصيل للقرطبي: ٣٥٤/٤- الوسيط في المذهب للغزالي : ٦٦/٥ المبدع شرح المقنع لأبي اسحق ابراهيم بن مفلح ، تحقيق : محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٨هـ- ١٩٩٧م) : ٥١/٧.

٣- البناية للعيني: ٦٣١/٤-٦٣٢- الهداية للمرغيناني:٢٠٢/١- التلقين للبغدادي/١١٤-عيون المسائل للبغدادي/٣٠٣- الوسيط للغزالي: ٦٦/٥- المبدع لابن مفلح: ٥١/٧.

٤- البيان والتحصيل للقرطبي: ٢٩٥/٤.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٦- المجموع للنووي: ١٧٢/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٩٣/٢٢.

وإذا وكّل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يصح ، لأن الخلع عقد معاوضة يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير ، وهو إنما رضي برأي المثنى ، ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنى ، فلا يحصل مقصوده إذا انفرد أحدهما كما في البيع[١].

ثالثاً : ألا يتعلق به حق الغير أو يكون في إسقاطه ضررٌ بهم :

إن من الضوابط الأساسية لصحة الإسقاط ألا يكون في إسقاطه ضررٌ بالغير أو تعدٍ على حقوقهم ، فالزوجة إذا اشترطت على زوجها أن يطلّق إحدى زوجاته مقابل مال تبذله له ، أو اشترطت عليه ألا يقسم لضرتها في المبيت ، يبطل الشرط ، ويفسخ النكاح إن كان قبل الدخول ، ويلزمه مهر المثل إن كان بعد الدخول عند المالكية [٢].

وذهب الحنفية والشافعية في المشهور أيضاً إلى صحة النكاح وبطلان الشرط ، لأن الشرط مما يخالف مقتضى العقد ، لكنه لا يخلّ بالمقصود الأصلي للنكاح ، وفي قول آخر عند الشافعية يبطل النكاح [٣] ، وذهب الحنابلة إلى أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد ، ولها فيه منفعة فهو شرط صحيح لازم للزوج ، فإن لم يف به كان لها الخيار في الفسخ[٤].

ولا يجوز أيضاً الاعتياض عن حق الغير ، وعلى من فعل ذلك أن يردّ ما أخذه ، فلو ادّعت المرأة على رجل بأن الولد الذي في يدها ولده ، وأقر الرجل بطلاقها وبانت ، وصالح على إسقاط نسب الولد مقابل مائة ، فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي، وهو حق للشرع أيضاً ، وليس للأم إسقاطه بعوض أو بغير عوض [٥] .

رابعاً: أن يكون الحق معلوماً :

يختلف هذا الشرط تبعاً لطريقة الإسقاط على مال ، فإن كان بطريق المعاوضة فلا يصح مع الجهالة قياساً على البيع ، واختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط إن كان بطريق الصلح : فذهب الشافعية والحنابلة في أحد الأقوال إلى اشتراطه والقول بعدم صحة الإسقاط مع الجهالة في الحق المسقط [٦].

١- المبسوط للسرخسي: ١٩٣/٦.

٢- المنتقى للباجي: ٦٧/٥- بداية المجتهد لابن رشد: ٥٩/٢.

٣- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣١١/٦- الوسيط في المذهب للغزالي:٢٢٩/٥- المجموع للنووي: ١٥٥/١٨.

٤- المغني لابن قدامة: ٤٨٦/٩.

٥- البناية للعيني: ١٧/٩.

٦- المجموع للنووي : ٦٤/١٣-العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٤٠٢/٨-الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٥/١٣.

وذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة في الراجح من المذهب إلى صحة إسقاط المجهول بعوض[١] ، حتى لو قال سفراء الصلح بين المتخاصمين : كل دعوى لك على فلان قد صالحته عنها على هذا المقدار جاز[٢] ، كما يصح صلح الزوجة عن صداقها الذي لا بينة لها به ، ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه[٣].

استدل الجمهور بما روي عن النبي ﷺ : أنه قال في رجلين اختصما في مواريث دَرَسَت : اِستَهِمَا وَتوخّيَا وليُحلِلِ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ "[٤] ، وهذا صلح على المجهول ، وإذا صحّ الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصحّ مع الجهالة أولى ، لأنه إذا كان معلوماً كان لهما طريق إلى التخلص وبراءة ذمة أحدهما من دين صاحبه دون صلح ، أما مع الجهالة فلا يمكنه ذلك دون صلح ، فلو لم يجز أفضى ذلك إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه[٥].

استدل المخالفون بأن جهالة الحق المصالح عليه تفسد الصلح ، لأنه فرع البيع ، والبيع لا يصح على مجهول[٦].

يرد عليه : بأن الصلح ليس فرع البيع لكنه إبراء ، ولو سلّمنا كونه فرعاً عن البيع ، فإن البيع يصح في المجهول عند الحاجة كذلك هنا[٧] .

وهذا فيما تعذرت معرفة الحق فيه نحو مواريث دارسة أو حقوق سالفة ، أما ما أمكن معرفته كتركة موجودة أو معلومة ممن عليه الحق دون من له ، لم يصح الصلح مع الجهل ، كما إذا صولحت امرأة عن ثمنها قبل أن يتبين لها ما ترك زوجها ، لما في ذلك من الريبة[٨].

١- المبسوط للسرخسي: ١٤٣/٥- حاشية العدوي: ١١٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٥/١٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٥/٤.

٢- البناية للعيني: ٦/٩- مختصر خليل لابن اسحق/٢١٨- غاية المنتهى للكرمي: ٣٣٢/٢ - كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٠٤.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٥/١٣.

٤- أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الأقضية ، باب : قضاء القاضي إذا أخطأ : ر٣٥٨٤/٣٩٧ ، وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي ر٧٠٣٤ : ١٠٧/٤ .

٥- المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٤٣ - حاشية العدوي : ١١٨/٢الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٧/١٣ .

٦- المجموع للنووي: ٦٩/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٥/١٣.

٧- بدائع الصنائع للكاساني: ١٧٢/٥- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، أبو عمر يوسف بن عبد البر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب ، ط١(١٤١٢هـ): ٢٢٢/٢٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٧/١٣.

٨- المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٨/١٣.

والذي يبدو أن الإسقاط على مال شبه معاوضة ، ولابد في المعاوضة من أن يكون كلا العوضين معلوماً ، كما أن الحقوق الأسرية في الغالب معلومة ، وإسقاطها مقابل مال يحتاج إلى اتفاق ، يستثنى من ذلك ما لو كان الحق مالياً وتعذّر تقديره ، وكان الإسقاط على مال بطريق الصلح فحسب .

خامساً : أن يكون الحق موجوداً :

الحق الذي يجري عليه الإسقاط ينبغي أن يكون موجوداً، إذ لا يجوز إسقاط الحق قبل وجوده فإذا أسقط الحق قبل وجوده لم يسقط ، وكان له حق الرجوع فيه ، لأن ذلك تركٌ للحق حقيقة ، وليس إسقاطاً له ، لأن الساقط لا يعود ، كذلك لو كان بعض أجزاء الحق غير مستحق أو غير موجود ، كمن قالت له : طلقني ثلاثاً ولك ألف ، فطلقها واحدة وليس له عليها إلا طلقة واحدة باقية ، فالمنصوص عليه عند الشافعية والحنابلة أنه يستحق الألف ، ويكون تقدير كلامها : طلقني ثلاثاً أي كمّل لي الثلاث [١].

ولو قالت : طلقني عشراً بألف ، فطلقها واحدة ، فعند الشافعية وجهان : الأول يجب له عُشر الألف ، لأنها جعلت لكل طلقة عشر الألف ، والثاني : يجب له ثلث الألف ، لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم ، فإن طلقها ثلاثاً فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف ، وله على الوجه الثاني جميع الألف ، ولا شيء له عند الحنابلة ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت ، وإن بقيت له طلقة ، فقالت له : طلقني ثلاثاً على ألف ، طلقة أحرم بها عليك ، وطلقتان في نكاح آخر إذا نكحتني ، فطلقها ثلاثاً وقعت طلقة ، ولا يصح ما زاد، لأنه سلف في الطلاق ، ومعاوضة عليه قبل النكاح ، والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى ، وعندئذ فيسقط العوض ويجب مهر المثل عند الشافعية ، والمهر المسمى عند الحنابلة [٢].

ولو أسقطت الأم أجرة الرضاع في حال قيام الزوجية لم يصح ، لأنها غير مستحقة لها ، وهي تدخل في النفقة ، ومنافعها تعود عليها ، بخلاف ما لو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها وأسقطت أجرة الرضاع فتصح لأنها مستحقة لها [٣].

١- المجموع للنووي: ١٨٤/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٨٨/٢٢.

٢- المجموع للنووي: ١٨٤/١٨ - الشرح الكبير لابن قدامة : ٨٩/٢٢.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٤١/٤.

سادساً : ألا يكون الحقّ عيناً من الأعيان :

إن الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلا يسقط ملك الأعيان ولا حق المطالبة بها ولا البراءة عنها ، فإسقاط الأعيان باطل ، ولا أثر له في محله ، ولصاحب العين أخذها متى شاء ، وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية في الراجح عندهم والشافعية والحنابلة [١].

وذهب المالكية في قولهم الثاني إلى أن إسقاط الأعيان يصح، لأنه إسقاط لحق المطالبة بقيمتها إن تلفت ، وإسقاط حق المطالبة يكون برفع اليد عن العين إن كانت قائمة [٢].

وهذا الشرط يدخل في الحقوق الأسرية المالية حصراً ، كما لو كان المهر داراً أو عقاراً.

سابعاً : أن يكون الحق قابلاً للإسقاط والمعاوضة :

يشترط في الحق الذي يجري عليه الإسقاط على مال أن يكون قابلاً للإسقاط أولاً ثم للمعاوضة أو المصالحة مقابل مال ، فإن لم يكن مجالاً للإسقاط عموماً فلا تصح المعاوضة عليه ولا بذل المال في مقابل إسقاطه بأي طرقه كان ، والأصل أن كل صاحب حق لا يمنع من إسقاط حقه أو المعاوضة عنه إذا كان جائز التصرف .

وبين الإسقاط والمعاوضة عموم وخصوص ، فالحقُّ إن كان قابلاً للمعاوضة فهو قابل للإسقاط وإن لم يكن قابلاً للمعاوضة ، فقد يكون قابلاً للإسقاط وقد لا يقبله .

فإن كان حقاً لله تعالى أو كان حق الله غالباً فيه ، أو كان في إسقاطه تغييرٌ للأحكام الشرعية لم يسقط ، لأنها حقوق ثبتت لحكمة شرعية فلا تسقط بالإسقاط لعدم الولاية عليها ، فحق العدة والإحداد على سبيل المثال وجب على المرأة بحكم الشرع ، فلا يجوز إسقاطه فضلاً عن المعاوضة عليه[٣].

ولو ثبت لرفع ضرر ما جاز إسقاطه ، ولم تجز المعاوضة عليه ، كحق القسم فيجوز إسقاطه ، ولا تجوز المعاوضة عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية [٤].

١- البحر الرائق لابن نجيم: ١٧٩/٦_ مواهب الجليل للمغربي: ٢٣٣/٥- مغني المحتاج للشربيني: ٣٠٢/٢- نهاية المحتاج للرملي: ١٢٦/٨- الإنصاف للمرداوي: ٢٧٤/٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٢٩/٤.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤١١/٣- مواهب الجليل للمغربي: ٢٣٣/٥.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ١٥٢/٥ – الاختيار للموصلي: ١٥/٢ ، حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٥٠/٢ نهاية المحتاج للرملي: ١٥٣/٧- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ١٤٦/٢- المغني لابن قدامة: ٥٨١/٣.

٤- المبسوط للسرخسي: ٢١١/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ١٤٤/٢- المجموع للنووي: ١٣٠/١٨- المغني لابن قدامة: ٢٣٧/٧.

أما الإسقاط على مال فهو شبه معاوضة ، وقد يجري مجرى الصلح أو المقاصة ، ولابد من تلازم كلا الأمرين في الحق الخاضع للإسقاط على مال ، وهما القابلية للإسقاط والمعاوضة معاً ، وما جاز بيعه جاز الصلح عليه [١].

ثامناً : أن يكون الحق قابلاً للحجز : يشترط في الإسقاط على مال أن يكون كلا الحقين قابلاً للحجز إذا كان الإسقاط بطريق المقاصة ، وهذا لا يكون إلا في الحقوق المالية القابلة للحيازة بطرفيها [٢]، وقد جاء في الفقرة ٣ من المادة ٣٦٢ من القانون المدني السوري : (تقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز) [٣].

تاسعاً : يشترط إذا كان الإسقاط بطريق المقاصة أن يتساوى الدينان في الصفة والمقدار والحلول[٤] ، وقد سبق بيانه [٥].

١- البناية للعيني: ١١/٩ – الذخيرة للقرافي: ٣٤٧/٥.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٤٢/٣- الأم للشافعي : ١٦٠/٥- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢٤٨/٢.

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٦- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ٢٩١٤/٤.

٤- الذخيرة للقرافي: ٣٠٠/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٢٨/٣.

٥- سبق في ص ١٢٧ من هذه الرسالة .

المطلب الثاني : قابلية الحق للتجزؤ في الإسقاط :

إن الصفة الغالبة للحقوق الأسرية ألا تكون مالية ، وما كان هذا شأنه فلا يقبل التجزئة في الغالب ، أما الحقوق الأسرية المالية فهي قابلة للتجزؤ باعتبار ماليتها ، كالمهر والنفقة الزوجية المستحقة وأجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونحوها ، وتكون ديناً ثابتاً في الذمة ، ومالكها يملك إسقاطها أو تجزئتها أو معاوضتها صلحاً ، ويمكنه مقاصتها بغيرها أيضاً.

ومن الحقوق غير المالية التي يدخلها التجزئة الحقوق التي يداخلها العدد ، كالطلاق الثلاث على مال ، فإذا قالت له : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، فعليها ثلث الألف ، والطلاق بائن لوجوب المال ، لأنها لما طلبت الثلاث بالألف تبيّن أنها طلبت كل واحدة منهم بثلث الألف ، وحرف الباء يصحب الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض ، فيقابل كل طلقة بثلث الألف وبه قال الحنفية والشافعية [١] ، وعليها الألف عند مالك [٢] ، ولا شيء عليها عند أحمد ، لأنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه فلم يستحق شيئاً ، كما لو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فله ألف ، فسبق إلى بعضها ، أو قالت : بعني عبديك بألف ، فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة ، أو قال : بعتك ثلاثة عبيد بألف ، فقال : قبلت أحدهم بثلث الألف لم يجب اتفاقاً [٣] ، وردَّ الحنفية بأن ذلك بيع ، والطلاق لا يبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق بخلاف البيع [٤].

واختلف الحنفية فيما بينهم في صورة ما لو قالت له : طلقني ثلاثاً على ألف درهم فطلقها واحدة فقال الجمهور والصاحبان من الحنفية فيها كالصورة الأولى له ثلث الألف بطلاق بائن ، لأن على بمنزلة الباء في المعاوضات ، حتى إن قال : احمل هذا الطعام بدرهم ، وعلى درهم فهما سواء ، والباء قد تأتي للاستعلاء ، نحو قوله تعالى : ﴿مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ﴾ [آل عمران : ٧٥] [٥]، أما عند أبي حنيفة فيقع الطلاق رجعياً ولا شيء عليها ، لأن كلمة على للاستعلاء ، لكنها قد تستعمل للشرط مجازاً ، نحو قوله تعالى : ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئاً﴾ [الممتحنة:١٣] ، ووجود الشرط يستلزم وجود الجزاء ، والشرط يقابل المشروط جملة ، ولا يتوزع المشروط على أجزاء الشرط [٦].

١- البناية للعيني: ٣٠٩/٥- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٣- المجموع للنووي: ١٨٣/١٨ .

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٩/٢.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٦/٢٢.

٤- البناية للعيني: ٣٠٩/٥- المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٦.

٥- البناية للعيني: ٣٠٩/٥-٣١٠- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٦/٢٢.

٦- البناية للعيني: ٣٠٩/٥ -٣١٠- المبسوط للسرخسي: ١٨٠/٦.

ويرد على قوله ذلك من وجهين : أحدهما أن جعلها بمعنى الشرط لا يستقيم ، لأنها ليست من حروفه ، ولأن الشرط دخل على تمليك المال ، وهو أمر لا يقبل التعليق ، والثاني أن كلا القولين مبني على المجاز ، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر ، واللزوم بين الشرط والجزاء موجود ، كذلك بين العوض والمعوض [١].

يجاب عن الأول : بأن المال هنا تابع للطلاق ، والطلاق يقبل التعليق [٢].

ويجاب عن الثاني : إن اللزوم بين العوضين بالتضايف ، وبين الشرط والجزاء بالذات ، فكان جعله للشرط مجازاً أقرب منه إلى العوض [٣].

والواو لها حكم على ، ويجري فيها الخلاف السابق، كما لو قالت طلقني ولك ألف ، أو اخلعني ولك ألف ، فالطلاق واقع ولا شيء عليها عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين وفق الخلاف السابق [٤].

أما الحق الذي لا يقبل التجزئة ، فهذا لابد من استيفائه جميعاً أو إسقاطه جميعاً ، كما يمكن المعاوضة فيه على كامل الحق وليس على جزء منه ، ويدخل فيه ما لو كان الحق مشتركاً بين أكثر من طرف ، فلابد فيه من الاتفاق لإسقاطه ولا يسقط بإسقاط طرف دون آخر ، ومثاله إسقاط حق الكفاءة وحق الانقاص عن مهر المثل من قبل المرأة ، إذ الحق فيهما ليس ملكا للمرأة وحدها بل يشترك فيهما أولياؤها ، وهما لا يقبلان التجزئة ، ولا يسقطان إلا بالاتفاق .

ومن صوره أيضاً : إذا قال لامرأته : أنتِ طالق واحدة بألف درهم ، فقالت ، قبلت نصفها بخمسمائة ، كان باطلاً ، لأنّ قبول نصفها بخمسمائة كقبول كلّها بخمسمائة ، وذلك باطل ، لأنّه لم يرض به [٥].

١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٧/٢٢.

٢- البناية للعيني: ٣١٠/٥.

٣- العناية شرح الهداية: ٤٨٤/٥.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٨٠/٦.

٥- المحيط البرهاني لابن مازة البخاري : ٣٣١/٣.

وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت واحدة ، كذلك لو طلقها واحدة ونصفاً وقع عليها طلقتان ، لأن الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل ، وهو قول عامة العلماء ، وقال نفات القياس وربيعة الرأي[١] : لا يقع من الطلاق شيء بذلك ، وللشافعية فيما يستحق وجهان : الأول يستحق ثلثي الألف لأنها طلقت طلقتين ، والثاني يستحق نصف الألف ، لأنه أوقع نصف الثلاث [٢].

ومن صوره أيضاً : لو قالت : طلقني وضرتي بألف فطلقها ، وقع الطلاق بها بائناً ، واستحق الألف على باذلته ، لأن الخلع من الأجنبي جائز، وإن طلق إحداهما فإنها تطلق طلاقاً بائناً ، وتلتزم الباذلة بحصتها من الألف ، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان ، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر[٣].

وفي قول آخر لأحمد لا يلزم الباذلة شيء ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت ، فلم يجب عليها ما بذلت لأنه قد يكون غرضها في بينونتها جميعاً منه، فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها [٤].

ولو خالع نساءه بعوض واحد صح ، ويقسم بينهن على قدر مهورهن عند الحنفية ، وهو المذهب عند الحنابلة ، لأن البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فوجب المصير إلى أقرب الأشياء إليه ، وهو المهر الذي تزوجها عليه ، ويقسم بينهم بالتسوية عند الحنابلة في قول آخر [٥].

١- ربيعة بن فروخ التيمي ، المعروف بربيعة الرأي، إمام حافظ، وفقيه مجتهد ، ولد في القرن الأول الهجري في المدينة المنورة ، روى عن أنس بن مالك، والسائب بن يزيد، وسعيد بن المسيب وغيرهم ، وروى عنه: يحيى بن سعيد الأنصاري، وسليمان التيمي، وسهيل بن أبي صالح وغيرهم ، كان بصيرًا بالرأي من أصحاب القياس ، توفى في الأنبار سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط- بشار معروف ، مؤسسة الرسالة، ط١(١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م): ٢٣/٦.

٢- البناية للعيني: ٤٥/٥ – التلقين للبغدادي/١٢٩- المجموع للنووي: ١٨٣/١٨-الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٣٣/٢٢- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٢٠.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٦- المجموع للنووي: ١٥٤/١٨ الشرح الكبير لابن قدامة: ٨٧/٢٢.

٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٩/٢٢.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٦- الإنصاف للمرداوي: ١٠٦/٢١.

المبحث الرابع : صور العوض المالي في الإسقاط وشروطه :

العوض المالي هو ركن من أركان الإسقاط على مال على اختلاف الطريق التي يجري بها ، والمال لغةً : من مالَ الرَّجلُ يَمُولُ مَولاً إذا صار ذا مالٍ ، والأصل فيه ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يُقتنى ويُملك من الأعيان[١] ، فيكون اسماً لجميع ما يملكه الإنسان ويمكن ادخاره كالنقد وما يقوم مقامه مما ينتفع به [٢].

أما اصطلاحاً : فقد عرفه الحنفية بأنه ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره وقت الحاجة [٣] ، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٢٦ .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومتأخرو الحنفية إلى أن المال ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار ويلتزم متلفه بضمانه [٤] ، وهذا التعريف يلتقي مع القوانين الوضعية في تعريف المال ، ويشمل الأعيان والمنافع والحقوق .

والإسقاط على مال تصرف في الحق الشخصي في مقابل بدل مالي ، وكل إنسان ملك نفسه في التصرف في حقوقه ما دام لم يتجاوز حدود الشرع في ذلك .

ويأخذ العوض المالي في الإسقاط مفاهيم عدة تبعاً لصورة التصرف التي يجري وفقها ، فقد يكون بدلاً في الخلع ، وقد يكون بدلاً في الصلح ، وقد يكون عوضاً في مقابل البيع ، وقد يكون شرطاً علق على وجوده وقوع التصرف أو نفاده ، ويأخذ اعتباره عندئذ من موقعه بين الصحة والفساد ، والمهر هو الأساس الذي استند عليه الفقهاء في تحديد الصفات العامة للمال المبذول في مقابل الحقوق الأسرية ، فما جاز أن يكون مهراً ، جاز أن يكون بدل خلع [٥] ، وبالتالي يصح أن يكون عوضاً في الإسقاط ، لأن الخلع من صور الإسقاط التي يلزم في مقابلها

١- لسان العرب لابن منظور:٦٣٦/١١.

٢- معجم لغة الفقهاء ، قلعه جي/٣٦٦.

٣- رد المحتار على الدر المختار ، دار إحياء التراث العربي- بيروت ، ط٢٩(١٤٠٧هـ-١٩٨٧م): ٣/٤.

٤- الموافقات في أصول الشريعة ، أبو اسحق الشاطبي ، ط١(١٤١١هـ-١٩٩١م) ، دار الكتب العلمية- بيروت: ١٤/٢- المنثور في القواعد لأبي عبد الله بدر الدين الزركشي ، تحقيق محمد إسماعيل، ط١(١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، دار الكتب العلمية- بيروت:٣١٠/٢- المغني لابن قدامة: ٢٣/١١- الملكية في الشريعة الإسلامية ، عبد السلام العبادي ، مكتبة الأقصى- عمان ، ط(١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م): ١٧٩/١- الأم للشافعي ، دار المعرفة – بيروت ، ط١(١٣٩٣هـ): ١٦٠/٥-الإقناع في فقه الإمام أحمد ، لأبي النجا الحجاوي ، تحقيق : عبد اللطيف السبكي ، دار المعرفة – بيروت: ٥٩/٢.

٥- البناية للعيني: ٣٠٥/٥- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٨.

مال ، وهو عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض[١] ، والأولى والأعم الأخذ بما جاء في المادة ٩٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري : ١- كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع)[٢]، وبالتالي فكل ما صح الالتزام به شرعاً جاز أن يكون عوضاً في الإسقاط على مال.

وفيما يأتي بيان لصور العوض المالي وشروطه :

المطلب الأول : صور العوض المالي في الإسقاط:

إن الالتزام المالي تتعدد صوره في الإسقاط على مال ، فقد يكون مالاً عينياً ، وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة عين لمدة ، وقد يكون التزام عمل يمكن تقييمه بالمال ، وقد يكون حقاً مالياً وفيما يأتي بيان لذلك :

١- أن يكون العوض ديناً أو عيناً : يصح أن يكون العوض المالي ديناً أو عيناً ، فإذا كان ديناً صح أن يكون حالاً أو مؤجلاً ، ويحمل على الحلول عند الإطلاق [٣] ، كما لو خالع الوكيل عن المرأة وأطلق في العوض ، فيلزمها مهر المثل حالاً ، ويصح كذلك أن يخالع عنها على ما دون مهر مثلها أو دون نقد بلدها أو على مهر مثلها مؤجلاً ، لأنه زاد بذلك خيراً لها [٤] ، وإذا نويا في العوض المالي صنفاً معيناً من الدراهم حمل عليه ، وإن أطلقا حمل على نقد البلد الغالب فيه [٥] . والصلح كذلك إذا تمّ عن دعوى مال بمال بأن يدعي على آخر عيناً في يده ، فيقر له بها ، ثم يصالحه من ذلك على عين أو دين ، فله حكم البيع ، وتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ، ويردّ بالعيب ، ويثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط ، ويفسد بالجهالة [٦] .

٢- **أن يكون العوض منفعة :** يصح أن يكون العوض المالي منفعة ، كمنفعة البهائم وسكنى الدار وزراعة الأرض زمناً معلوماً ، لأنه أشبه العقد على منفعة فجاز [٧] .

١- البناية للعيني: ٣٠٨/٥.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٤.

٣- المجموع للنووي: ١٠/١٨.

٤- البناية للعيني: ٦/٩- المجموع للنووي ٦٤/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١١١/٢٢.

٥- المجموع للنووي: ١٩٠/١٨.

٦- المبسوط للسرخسي: ١٨٦/٦- المجموع للنووي: ١٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٩/١٣.

٧- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٠٩/٢- بلغة السالك للصاوي: ٢/ ٤٤٨- المجموع للنووي: ٦٧/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٩/١٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

ويصح بطريق الصلح كمن ادعى على آخر عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأقر له به ، ثم صالحه من ذلك على منفعة عين ، كسكنى داره شهراً ، أو استعمال سيارته مدة معلومة ، فيملك المقرُ ما ادعي عليه به ، ويملك المقَرُ له منفعة الدار والسيارة ، كما لو استأجر منه ذلك [١].

ويشترط في هذا النوع من الإسقاط ما يشترط في الإجارة ، كالتوقيت وتحديد مدة معلومة ، فإن جهلت المدة لم يصح الصلح ، وإن مات أحدهما في المدة بطل الصلح ، لأن الصلح عن مال بمنافع فيه معنى الإجارة ، ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما يستوفي من المنفعة [٢].

٣- **أن يكون العوض التزاماً بأمر أو بعمل :** يصحّ أن يكون العوض منفعة حرّ ، كالخياطة والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصحّ استئجاره عليه [٣]، ولا بد عندئذ من تحديد المدة وأن تكون كذلك متصلة بالعقد ، كما لو خالعها مقابل إمساك ولده مدة معلومة ، أو إرضاع ولدها أو حضانته ، أو الإنفاق عليه أو إرضاع ولده من غيرها ونحو ذلك [٤] ، ولا يصح أن يكون العوض خدمة الزوج لزوجته لما في ذلك من المهانة له [٥].

ولو خالعها على تأخير دين لها عليه صحّت البراءة والتأخير إلى أجل معلوم أو مجهول جهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس والقطاف ، أما إذا كانت الجهالة غير مستتمة لم يجز نحو تأخيره إلى هبوب الرياح ، أو إلى الميسرة ، أو إلى موت فلان ، أو إلى قدوم فلان ، ويكون المال عليها حالّاً ، لأن الأجل اسم لزمان منتظر ولم يصر مذكوراً بذكر هذه الألفاظ لجواز أن يتصل موت فلان أو قدومه بالعقد فبقي هذا شرطاً فاسداً والخلع لا يبطل به [٦].

٤- **أن يكون العوض حقاً :** وهذه الحقوق إما أن تكون مالية أو غير مالية ، فالحق المالي حقٌ ثابت يمكن تقييمه بالمال ويجوز الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، ويصحّ أن يكون عوضاً

١- البناية للعيني: ٧/٩- بلغة السالك للصاوي: ٤٤٨/٢- المجموع للنووي: ٦٧/١٣ – الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٩/١٣.

٢- البناية للعيني: ٧/٩- المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٢٧٧/٣- المجموع للنووي: ١٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣٩/١٣.

٣- بلغة السالك للصاوي: ٢/ ٤٤٨- الأم للشافعي: ٦٣/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٩/١٣.

٤- تحرير الكلام للحطاب/٩٣- المجموع للنووي: ١٢/١٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٢٩/٥- المغني لابن قدامة: ١٦٢/٧.

٥- حاشية ابن عابدين: ١٠٦/٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٢٩/٥.

٦- البناية للعيني: ٣٠٤/٥ – المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦.

مالياً في الإسقاط ، لأنه من قبيل إسقاط الدين الثابت في الذمة ، أما ما سواها من الحقوق فقد اختلف الفقهاء في ماليتها على قولين :

فالحنفية على عدم مالية الحقوق ، لأن الحقوق ليست أموالاً متقومة لكونها معدومة ، إذ الصفة المالية للشيء تثبت بالتمول ، والتمول يعني صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة ، كما أنها لا تضمن بالإتلاف[١].

وذهب الجمهور إلى القول بماليتها ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ، ولأن المراد منها ما تحققه من منافع وليس عين الحق ، وأجابوا عن استدلال الحنفية بأن القول بمعدومية الحقوق ليس مسلماً به ، إذ الحقوق مال عرفاً وشرعاً ، والعرف معتبر في الأحكام الشرعية ، ومن المعروف أن من وضع يده على دار وسكنها مدة من الزمن كان ذلك تفويتاً لمنفعتها بدليل كون المالك يعوّض[٢].

ومذهب الجمهور يتفق مع ما جاء به القانون المدني السوري في المادة ٩١١ والتي جاء فيها : (تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع الحق)[٣].

فالعصمة حق قد يسقط مقابل إعفاء الزوج من أجرة الرضاع ، أو مقابل براءتها من دين لها عليه غير المهر ، أو براءتها من كفالة نفس ، أو مقابل نفقة العدة أو نفقة الولد مدة معينة حتى ولو كانت حاملاً به أو مقابل التنازل عن حق الحضانة أو ونحو ذلك ، فالراجح على ما يبدو هو قول الجمهور[٤].

١- حاشية ابن عابدين: ١٠٠/٤.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٤٢/٣- الأم للشافعي: ١٦٠/٥- شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢٤٨/٢.

٣- القانون المدني السوري ، ممدوح عطري :/١٦٩.

٤- البناية للعيني : ٣٠٤/٥.

المطلب الثاني : شروط العوض المالي :

يشترط في العوض الذي يكون مقابل الحق في الإسقاط شروط عدة أجملها في ما يلي :

١- القبض إن كان نقداً بنقدٍ أو ديناً بدين أو عيناً بعين : إذا كان العوض المالي في مقابل حق مالي أيضاً ، بأن يكون كلاهما نقداً أو ديناً أو عيناً ، فلابد من التقابض في المجلس قبل أن يتفرقا ، فلو صالح بشيء في الذمة على شيء في الذمة (مؤجل بمؤجل) حرّم التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين ، وليس له الخيار في ذلك [١] ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء " [٢] .

فإن ادّعى عليه ديناً في ذمته فأقرّ له به ، ثم صالحه منه على ما في ذمته وتفرقا قبل القبض لم يصح الصلح ، كما لا يصح في بيع الدين بالدين [٣]، فإن كان الحق نقداً ، فعوضه بنقد آخر فهو صرف [٤].

ولو أسقطت عنه مهرها مقابل أن يحججها من ماله أو أن يحملها إلى أختها على نفقته ، أو ينفق عليها في شيء من سفرها سوى النفقة الواجبة عليه في مقامها لم يجز، لأنه فسخ دين بدين [٥].

وإن صالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة ، كما لو أقر أحدهما لآخر بعين في يده أو دين في ذمته ، ثم عوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به ، فإن كان عرضاً فصالحه على ثمنها فهو بيع ، وإن كان منفعة ، كسكنى دار أو خدمة أو عمل فهي إجارة [٦] .

ولا يحتاج الإسقاط عندئذ إلى قبض العِوض ، ويكفي التمكين من القبض ، فإن تعذر التقابض فلا إسقاط للحق إن كان يميناً معلقة على شرط ، وسواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو

١- البناية للعيني : ٣/٩ - المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٩٧/٣- المجموع للنووي: ٦٧/١٣- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥- الروض المربع للبهوتي/٣٧٩- الإنصاف للمرداوي: ١٤٠/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٣/١٣.

٢- سبق تخريجه ص١٢٥.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٧٦/٣- المجموع للنووي: ٢٥/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة :١٣٨/١٣.

٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٩/١٣.

٥- تحرير الكلام للحطاب/٢٤٧- ٢٤٨.

٦- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣٩/١٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

من جهة غيرهما لانتفاء الشرط ، كما لو هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها ، أو قالت يضمنه لك زيد أو أحالته به [١].

أما لو تم الإسقاط بصيغة المعاوضة ، أو تمَّ من قِبَل الزوج ، كما في الطلاق على مال ، فيقع الطلاق ، وتبين المرأة وإن لم يقبض، فإن ماتت المرأة أو أفلست أخذ العِوض من تَرِكَتِهَا وأُتبعت به ، وإن كانت المعاوضة على عين ، لم يصح التصرف فيها قبل القبض ، كما لو كان بدل الخلع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً ، فإن هلكت قبل ذلك كانت في ضمان من هلكت بيده ، ويسقط حق الآخر في العين وتجب له قيمتها ، لأنها تلفت فيضمن بدلها كالعين المغصوبة [٢] .

وإن كان الحق ديناً ثابتاً في الذمة فصالحه منه على عين ، وقبض العين قبل التفرق صح الصلح، إذا كان الدين مما يصح أخذ العوض عنه ، وإن افترقا عن المجلس قبل قبض العين ، فوجهان عند الشافعية : (أحدهما) لا يصح ، لأنهما افترقا والعوض في ضمان واحد ، فلم يصح ، كما لو صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض ، (والثاني) يصح كما يصح في بيع العين بالدين [٣].

٢- السلامة من العيوب : ويشترط في العوض السلامة من العيوب ، ويرد عند الحنفية بالفاحش دون اليسير، كأن يكون العوض عبداً حلال الدم عليه قصاص أو قطع في حد سرقة أو تكون الدراهم مزيفة ، لأن مطلق تسمية الدراهم يتناول الجياد ، ويردّ بالعيب الفاحش واليسير عند الشافعي ، لأن إطلاق العقد يقتضي السّلامة من العيب ، فإذا رُدَّ بالفاحش رُدَّ باليسير كالمبيع [٤] ، وله الخيار عند الحنابلة بين أخذ أرشه أو ردّه وأخذ قيمته ، لأنه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق [٥].

١- الشرح الكبير لابن قدامة : ٧٥/٢٢

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦- المجموع للنووي: ٢٥/١٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨/ ٣٢٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٧٥/٢٢.

٣- المجموع للنووي: ٦٧/١٣.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٩٤/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٣/٢- المجموع للنووي: ٢٠/١٨ - الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤١٨/٤.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٥١/٢٢.

وإن كان العوض موصوفاً في الذمة ، كما لو خالعها على عين ، كثوبٍ موصوفٍ في الذمة صحّ وعليها أن تعطيه إياه سالماً ، لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة من العيوب كما في البيع ، فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين إمساكه وردّه ، ويرجع عليها بمهر المثل في قول الشافعي في الجديد ، لأنه إنما وجب في الذمة سليماً تاماً ، وهي ما أعطته الذي وجب عليها ، أما إن أعطته إياه ناقصاً صفة فلا إسقاط ، لأنه ما وجد الشرط [١].

وإن وجدت به الصفة المطلوبة لكن به عيب آخر ، كمن قال : إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا فأنت طالق ، فأعطته ثوباً على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق لوجود شرطه ، ويتخير بين إمساكه أو ردّه والرجوع بقيمته عند أحمد ، وبمهر المثل على قول الشافعي [٢] .

وإن كان الإسقاط على عوض بعينه صلحاً أو معاوضة ، فوجد المسقط في العوض الذى قبضه عيباً ، كان له الردّ بالعيب ، ولا يرجع ببدله عليه وينفسخ الإسقاط ، ويرجع إلى خصومة المدّعى عليه إذا كان صلحاً ، كما لو ابتاع من رجل عيناً ، فوجد فيها عيباً فردّها ، فإنه لا يطالبه ببدلها [٣] .

وإن كان تعليقاً على عوض بعينه أو غير مقيد بصفة معينة ، بأن قال : إذا أعطيتني ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأنت طالق ، فأعطته إياه طلقت ، فإن خرج معيباً فلا شيء له ، لأنه شرط لوقوع الطلاق ، فأشبه ما لو قال : إن ملكتُهُ فأنت طالق ، ثم ملكَهُ ، وكذلك لو قال : إن أعطيتني هذا الألف فأنت طالق ، فأعطته إياه فوجده معيباً ، فليس له البدل ، لأن الإنسان لا يلزمه شيء إلا بإلزام أو التزام ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ، ولا هي التزمته له ، وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك الشيء ، فلا يلزمها شيء سواه [٤].

٣- أن يكون مالاً متقوماً : لا يصح أن يكون العوض في الإسقاط خمراً أو ميتة أو خنزيراً أو كلباً أو سرجيناً أو مالاً مغصوباً ، أو زيادة على دين أو تعجيلاً لدينٍ مؤجّل أو سلفاً ، لأنه

١- المبسوط للسرخسي: ١٠٥/٦- المجموع للنووي: ١٦٦/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٧٠/٢٢.

٢- المجموع للنووي: ١٦٦/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٧٠/٢٢.

٣- المجموع للنووي: ٧٥/١٣.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦- المجموع للنووي: ١٩٠/١٨ - الشرح الكبير لابن قدامة: ٦٩/٢٢.

عوض في عقد فلم يصح [١] ، ويبطل الشرط ويصح الإسقاط ، سواء تمّ ذلك بطريق المعاوضة[٢] ، أو الصلح [٣] ، أو التعليق [٤] ، ولا يصح كذلك في اليسير الذي لا قيمة له كحبة بر ونحو ذلك[٥] .

٤- أن يكون العوض معلوماً متعيناً موصوفاً في الذمة : وهو شرط متفق عليه ، إذا كان الإسقاط بطريق الصلح ، لأن جهالة البدل قد تفضي إلى المنازعة [٦] ، واستثنى الإمام أحمد حالة ما إذا كان العوض مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته فيصح الصلح مع الجهالة ، كذلك لو كانت الجهالة في الحق والعوض معاً ، كالمختصمين على مواريث دارسة وحقوق سالفة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه فيها ، أما إن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة ، ولا بد من العلم به ، لأن تسليمه واجب ، والجهالة تمنعه وتفضي إلى النزاع فلا يحصل مقصود الصلح [٧].

واختلفوا في صحة الإسقاط مع جهالة العوض إذا كان بطريق المعاوضة : فذهب الشافعية وأبو بكر[٨] من الحنابلة إلى أنه لا يصح في المجهول ولا في المعدوم الذي ينتظر وجوده ولا ما فيه غرر بجهالة البدل ، لأنها معاوضة فلا تصح في المجهول كالبيع[٩] ، وهو قياس قول أحمد ، وجزم به ابن الجوزي [١٠] .

١- البناية للعيني: ٣٠١/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- المجموع للنووي: ١٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٠٦/٢٢.

٢- البناية للعيني: ١٣/٩- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- المجموع للنووي: ١٧٠/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٧/٢٢.

٣- البناية للعيني: ١٣/٩- المجموع للنووي: ١٧٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٠٧/٢٢.

٤- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨/٢٢.

٥- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٦/٤.

٦- البناية للعيني: ٦/٩ – المجموع للنووي: ٦٤/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٨/١٣.

٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٨/١٣.

٨- أبو بكر هو عبد العزيز بن جعفر المعروف بغلام الخلال ، ولد في ٢٨٥هـ ، ويعتبر من أهم شيوخ الحنابلة ، كان أحد أهل الفهم موثوقا به في العلم ، متسع الرواية توفي سنة ٣٣٦هـ ، طبقات الحنابلة : ١١٩/٢.

٩- المبسوط للسرخسي: ١٩٠/٦- المجموع للنووي: ١٦٧/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٩/٢٢.

١٠- أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد القرشي التيمي البكري الحنبلي ، يعود نسبه إلى محمد بن أبي بكر الصديق ، ولد في بغداد سنة ٥١٠هـ ، حظي بمكانة كبيرة في الخطابة والوعظ والتصنيف ، بلغت مصنفاته نحو ثلاثمائة مصنف ، توفي في بغداد سنة ٥٩٧هـ ، سير أعلام النبلاء : ٤٥٥/١٥.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في ظاهر المذهب إلى صحة الإسقاط على المجهول والمعدوم الذي ينتظر وجوده ، كذلك على المجهول إلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة ، لأن الطلاق والخلع إسقاط يجوز تعليقه ، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، والخلع إسقاط لحقه في البضع ، وليس فيه تمليك شيء ، كما أن الإسقاط تدخله المسامحة ، لذلك يجوز خلوه عن العوض[١] .

وبناء عليه فيجوز أن يكون الإسقاط على موصوفٍ في الذمة أو غير موصوف ، كثوب وعرض وحيوان ونحوه ، ويجوز أن يكون على ما هو محدد المحل ، كالإسقاط على ما في هذا البيت ، أو على ما في شجرها أو نخلها ، ويصح على عمل أو منفعة ، كالإسقاط على زراعة أرضها وركوب دابتها ، وخدمتها له على وجه لا يلزم خلوته بها أو على خدمة الأجنبي ، ويصح بأجل مجهول أو على ما هو محتمل الوجود ، كالثمرة التي لم يبدُ صلاحها ، أو على ما في بطون غنمها أو ناقتها ، فإذا أنفش الحمل الذي وقع الخلع عليه فلا شيء للزوج عند مالك وأبي حنيفة ، لأنه مجوز لذلك والطلاق بائن[٢] ، وترضيه بشيء على سبيل الاستحباب عند أحمد ، لأنه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع إليه [٣] ، وتفسد التسمية وله مهر المثل عند الشافعية [٤].

فإذا كانت له امرأتان فقالتا : طلقنا على ألف درهم ، فطلقهما ، وقع الطلاق وفسد العوض ورجع على كل منهما بمهر مثلها عند الشافعية ، ويلزمهما ما التزمتا به عند الجمهور، ولا يلزمهما مهر المثل ، لأنهما لم تبذلاه ولا فوتتا عليه ما يوجبه ، وإن قالتا : طلقنا على ألف بيننا نصفين ، ففعل ، وقع الطلاق بائناً ولزم كل واحدة منهما خمسمائة قولاً واحداً ، لأن كل واحدة استدعت الطلاق بعوض معلوم [٥].

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٦/٦- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٨- الشرح الكبير لابن قدامة :٦٠/٢٢- كشاف القناع للبهوتي : ١٩٥/٤.

٢- البناية للعيني : ٣٠٥/٥- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٨٨- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٢/٢.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٦٢/٢٢.

٤- المجموع للنووي: ١٧١/١٨.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٦- الإكليل على مختصر خليل ، محمد الأمير الكبير، مكتبة القاهرة – مصر/٢١٩- المجموع للنووي: ١٧١/١٨- الحاوي الكبير للماوردي : ٨١/١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٦٠/٢٢.

وإن اختلعت على أن تزوجه امرأة وتمهر عنه فالخلع جائز ، والشرط باطل للجهالة في المسمى، وله المهر الذي أعطاها ، كذلك لو اختلعت منه على ثوب أو دار أو دابة غير موصوفة لم يصح للجهالة [١].

٥- القدرة على التسليم : وهو شرط عند الحنفية والشافعية [٢] ، فإن صالح أو خالع على عبد آبق أو شارد لم يصح ، لأنه عقد معاوضة فلا يجوز كالبيع والنكاح ، وتبين المرأة في الخلع بمهر المثل ، لأنه المراد عند فساد العوض ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم إلى المدعي فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي ، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى [٣].

وذهب المالكية إلى عدم اشتراط القدرة على التسليم ، فإذا خالعته على جمل شارد أو فرس تائه صح الخلع وعليها تسليم عينه إن قدرت وقيمته إن عجزت [٤] ، وذهب الحنابلة إلى اشتراط وجوب التسليم إن كان مما يحتاج إلى تسليمه ، أما إذا كان العوض مما لا يحتاج إلى تسليمه كالمواريث الدارسة والحقوق السالفة أو الأرض التي لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه فيها فلا تشترط القدرة على التسليم [٥].

٦- أن يكون بوجه حق : إذا انتفى الرضا في بذل العوض المالي كان بغير وجه حق ولزم ردّه ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة : ١٨٨] فمن أبرأ غريمه من الدين ليصلح له مهمته عند الحاكم كان ذلك رشوة ، ولا يبرأ من الدين [٦]، ومن ضارّ زوجته وحملها على الخلع كان ظالماً ، ولا يحلُّ له أخذ العوض إن كان النشوز من قبله [٧].

٧- أن يكون متحقق الوجود : وهو شرط عند الحنفية فلا يصح الخلع عن النفقة المستقبلة ولا على ما ستكسبه من مال هذا العام ، ولا على ما سترثه أو ما ستتزوج عليه أو ما ستحمله غنمها ، وإلا وجب لها مهر مثلها دون المسمى [٨].

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٩/٦- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١.

٢- البناية للعيني: ٦/٩- المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦- المجموع للنووي: ١٦٧/١٨.

٣- البناية للعيني: ٦/٩- ١٠.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٢/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٨/١٣.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٨/١٣.

٦- البحر الرائق لابن نجيم : ١٩٢/٣.

٧- المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٦.

٨- المرجع السابق : ١٨٨/٦- ١٨٩.

ولا يشترط أن يكون متحقق الوجود عند المالكية حتى لو خالعها على نفقتها مدة الحمل أو على إسقاط الحضانة جاز شرط ألا يضر بمصلحة المحضون ، وكذلك على إرضاع الحمل الذي في بطنها مدة رضاعته [١].

ولا يصح في المعدوم الذي لا ينتظر وجوده اتفاقاً ، وله مهر المثل عند الحنفية والشافعية ، وله ما تقع عليه التسمية عند المالكية والحنابلة ، لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به ، فكان له ما دلّ عليه لفظها ، كما لو قالت : خالعني على ما في يدي من دراهم ، ففعل فلم يكن في يدها شيء ، فعليها ثلاثة دراهم ، لأنها سمت الجمع ، وأقله ثلاثة ، ومن هنا للبيان ، وليست للتبعيض [٢].

وإن خالعها على ما في بيتها من المتاع ولم يكن فيه شيء ، فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع عند المالكية والحنابلة [٣] ، وله مهر المثل عند الشافعية ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد فوجب مهر المثل [٤]، وله المهر المسمى الذي أخذته منه عند الحنفية ، لأنها غرته بتسمية المتاع ، وهو اسم لما يكون متقوماً منتفعاً به ، فإن لم يوجد في البيت شيء كان مغروراً من جهتها ، وللمغرور دفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغارّ ، ولا يمكن إثبات الرجوع بقيمة المتاع لكونه مجهول الجنس والقدر، ولا بقيمة البضع ، لأنه ليس بمتقوم عند الخروج من ملك الزوج ، فهو لا يُملّكُها شيئاً بل يسقط حقه عنها ، فكان أولى الأشياء ما ساق إليها من صداق [٥].

٨- أن يكون مملوكاً :

فلا يصح التصرف في المال المغصوب ولا في ملك الغير إلا بإجازته ، وكذلك ما لم يتم ملكه عليه ، لأنه عقد معاوضة [٦] ، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق ، لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده ، وكذلك الخلع [٧]، ويرجع عليها بمهر المثل عند الشافعية [٨]، وبقيمته عند الحنفية والمالكية والحنابلة ، ولأنها عين وجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب

١- المبسوط للسرخسي : ١٨٧/٦- البناية للعيني : ٣٠٧/٥ مواهب الجليل للمغربي : ٢٧٦/٥- تحرير الكلام للحطاب/ ٣١٠- أسهل المدارك للكشناوي : ١٢١/٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٦١/٢٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٨٩/٦- البناية للعيني: ٣٠٧/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٦١/٢٢- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٧/٤.

٣- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٧/٤ - الشرح الكبير لابن قدامة: ٦٢/٢٢.

٤- المجموع للنووي: ١٧٠/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٤/٤.

٥- المبسوط للسرخسي: ١٨٦/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٩١/٢٢.

٦- المجموع للنووي: ١٦٧/١٨- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٧/٤.

٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٠/٢٢

٨- المجموع للنووي: ١٦٧/١٨.

الاستحقاق ، فوجب بدلها مقدار قيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار[1]، كما لو خالعته على عبد فبان حراً أو مستحقاً ، أو على خلّ فبان خمراً ، فالخلع صحيح ، وله مثله إن كان مثلياً كالخل ، وقيمته إن كان غير مثلي كالعبد [2] .

١- المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥١/٢٢- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٧/٤.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦- الإنصاف للمرداوي : ٥٠/٢٢- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤٠٧/٤- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

الفصل الثالث : الحقوق الأسرية التي يمتنع فيها الإسقاط على مال :

المبحث الأول : الحقوق التي تعلق بها حق الغير :

المطلب الأول : الحقوق التي تعلق بها حق الله تعالى أو كان غالبا فيها.

المطلب الثاني : الحقوق التي تعلق بها حق العبد أو كان غالبا فيها .

المبحث الثاني : الحقوق التي ثبتت لاعتبارات شرعية في الحكم أو الشخص:

المطلب الأول : الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية.

المطلب الثاني : الحقوق التي تعتبر وصفاً ذاتياً للشخص.

المطلب الثالث : الحقوق التي ثبتت لرفع الضرر عن النفس.

المبحث الثالث : الحقوق التي تُسقَط قبل وقت استحقاقها :

المطلب الأول : حقوق لم تجب ولم يوجد سببها .

المطلب الثاني : حقوق لم تجب ولكن وجد سببها .

المطلب الثالث : الحقوق التي تسقط شيئاً فشيئاً .

الفصل الثالث : الحقوق الأسرية التي يمتنع فيها الإسقاط على مال :

إن الحقوق الأسرية قد تقبل الإسقاط والمعاوضة معاً ، وقد تقبل الإسقاط دون المعاوضة ، وقد لا تقبل كليهما ، ويعود ذلك إلى أن الشارع لم يشأ أن يجعل منها محلاً للإسقاط أو للمعاوضة أو لكليهما ، بل أوجب استيفائها بصورتها ، لأن في إسقاطها أو معاوضتها منافاة لأحكام الشرع أو لما أراد تحقيقه من نتائج ، أو منافاة لمقتضى العقد ، أو لكون الاستيفاء ضرورة تتوقف عليها استقامة الحياة الإنسانية ، والقاعدة الأساسية في ذلك أن كلّ ما لا يقبل الإسقاط أصالة لا يقبل بذل العوض في مقابله .

وموانع الإسقاط تخالف البطلان في كونها سابقة للإسقاط مانعة لصحته ، أما البطلان فهو أمر لاحق أدى إلى انتهاء التعاقد بعد صحته ، والحقوق الأسرية التي يمتنع فيها الإسقاط عديدة أسردها فيما يأتي :

المبحث الأول : الحقوق التي تعلق بها حق الغير :

يشترط في الحق حتى يصح إسقاطه أن يكون مملوكاً لصاحبه ملكاً تاماً ، فإذا تعلّق الحق بالغير كلاً أو جزءاً لم يصح الإسقاط فضلاً عن المعاوضة ، والحقوق منها ما يكون متعلقاً بحق الله تعالى ، ومنها يكون متعلقاً بحقوق العباد ، ويختلف حكمها تبعاً لذلك وفق التفصيل الآتي :

المطلب الأول : الحقوق التي تعلّق بها حق الله تعالى أو كان غالباً فيها :

حقوق الله تعالى : هي ما تعلّق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، وينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه [1] ، وهي مما لا يُمَكّن العبد من إسقاطها بحال[2]، ولا يجوز الاعتياض عن إسقاطها ولا عليها ، ويكون الصلح فيها باطلاً كذلك ، ويجب على من أخذ عوضاً في مقابل ذلك ردّه ، لأنه أخذه بغير حق[3].

وحقوق الله تعالى عموماً كثيرة كحدوده التي شرعها ، والتي لا ينبغي إسقاطها أو المصالحة عليها كما لو صالح سارقاً أو زانياً على ألا يرفع أمره إلى السلطان ، أو صالح شاهداً على أن يكتم شهادته ، أو بذل لزوجته المال مقابل ارتكاب ما حرمه الله تعالى من ممارسات ، كالجماع في

١- القواعد والضوابط الفقهية للحريري/١٤٩.

٢- الذخيرة للقرافي: ٥/٣٤١.

٣- القواعد والضوابط الفقهية للحريري/١٥٠.

الحيض أو الدبر ، فما أخذه من العوض في مقابل ذلك ينبغي ردّه ، لأن ذلك ليس بحقه ، فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حقَّ له فيه [١] .

ولو زنى رجل بامرأة فعلم الزوج وأراد أحدهما الصلح ، فتصالحا معاً على بدل معلوم من أحدهما مقابل أن يعفو ، كان الصلح باطلاً ، سواء قبل رفع الدعوى أو بعده ، ولو قذف رجل امرأته المحصنة حتى وجب اللعان فأراد مصالحتها ، كان عفوها باطلاً ، كذلك لو ادعى رجل الزواج من امرأة متزوجة وأراد مصالحتها على شيء من المال لم يصح الصلح ، وتسقط دعواه ، وليس عليها عدة ، ولا تلتزم بتجديد عقد النكاح من زوجها لعدم تأتّي كونه خلعاً [٢] .

كذلك شأن الحقوق الأسرية التي شرعت حقاً لله تعالى لا يجوز إسقاطها ولا المعاوضة عليها بحال ، ومن ذلك :

١- حق الرجعة : لا يسقط حق الرجعة بالإسقاط ، ولا ببذل العوض في مقابله استيفاء ولا إسقاطاً [٣] ، وإلى ذلك ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١١٨، وتكون مراجعة الزوجة بطلب الزوج منها العودة إلى بيته في حال الطلاق [٤] .

٢- حق العدة وسكنى المعتدة : العدة حق الله تعالى فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على إسقاطها بعوض أو بغير عوض ، ويجب على المرأة أن تعتد في بيت الزوجية ، وسكناها حقٌ لله تعالى كذلك ، فليس له إخراجها ، وليس لهما التوافق على ذلك حتى لو خالعها على إسقاط حق السكنى والانتقال إلى بيت آخر لغير ضرورة لم يجز ، لأن سكنى المعتدة خارج بيت الزوجية معصية [٥] .

أما لو أسقطت عنه مؤونة السكن فجائز عند الجمهور ، لأنه حقها حتى لو كانت تسكن في بيتها أو تعطى الأجرة من مالها ، فيصح التزامها بذلك ، ولو خرجت من بيت زوجها لتعتد في غيره وطالبت زوجها بأجرة مسكنها لم تستحق من ذلك شيئاً ، لأنها لم تعتد في بيتها الذي كانت فيه

١- البناية للعيني: ١٧/٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٦٤/١٣-١٦٥.

٢- حاشية ابن عابدين: ٨/ ٢٢١.

٣- البناية للعيني: ٢٣٠/٥

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٩.

٥- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/٥- البحر الرائق لابن نجيم: ٩٧/٤ – شرح فتح القدير لابن الهمام: ٤٤٧/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- الأم للشافعي: ٥١٠/٦- مغني المحتاج للشربيني: ١٠٥/٥-١٠٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٢٠/٢٤.

فإن أخرجها أهل الدار لزمه كراء أخرى[1] ، وذهب الشافعية إلى عدم جواز إسقاط مؤونة السكن أيضاً ، لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب بعد [2].

ويلحق بهذا النوع ما اشترك فيه حق الله وحق العبد ، وكان حق الله تعالى غالباً فيه ، أو مختلفاً فيما يغلب فيه منهما ، ومن هذه الحقوق الأسرية :

٣- إسقاط المهر من العقد : اختلف الفقهاء في المهر هل هو حق خالص للمرأة وأوليائها ، أم يجب حقاً للشرع ، فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب على أن المهر يجب حقاً للشرع ابتداء ، ويصير حقاً للزوجة بعد ثبوته ، فهي لا تملك إسقاطه من عقد النكاح وتعرية العقد منه ، ولو فعلت لا يسقط ويثبت لها مهر المثل ، لأنه إسقاط للحق قبل وجوبه حتى وإن وجد سببه وهو العقد [3] ، ولا يلزم التصريح به ، لقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

وجه الاستدلال : نص الشارع على مشروعية الطلاق مع عدم فرض الصداق ، ولا يشرع الطلاق إلا في نكاح صحيح ، ولكونه حق الآدمي فيجوز إسقاطه بعد ثبوته والعفو عنه [4].

وذهب الشافعية والحنابلة في الراجح من المذهب إلى أن الصداق يجب حقاً للمرأة ، لذا فهي تملك إسقاطه ابتداء ، كما تملك ذلك بعد ثبوته ، بدليل اعتبار عقد النكاح دون تسمية المهر صحيحاً مع ثبوت مهر المثل ، ولقوله تعالى : ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٦] والطلاق لا يقع إلا إذا صادف محلاً وهو الزوجية [5] .

والراجح أن المهر حقٌّ للشرع ابتداءً وحق للمرأة بعد العقد حتى إذا أسقطته عن زوجها كلاً أو جزءاً بعد العقد ، أو وهبته له بعد قبضه جاز مادامت بالغة عاقلة راشدة ، لأن لها أهلية التصرف في أموالها ، أما إن أَعطَته حياءً أو خوفاً أو خديعةً فلا يحلّ أخذه [6] ، لقول الله

١- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٩/٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢٠/٢٤.

٢- مغني المحتاج للشربيني: ١٠٤/٥- مختصر المزني/٢٩٣.

٣- المبسوط للسرخسي: ٦٢/٥- الذخيرة للقرافي: ٣٤٩/٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢٩٤/٢- تحرير الكلام للحطاب/٣٠٤- التلقين للبغدادي/١١٤- المجموع للنووي : ٦/١٨- الإنصاف للمرداوي :٨٣/٢١- الروض المربع للبهوتي /٥٣٤- الاختيارات الفقهية لابن تيمية /٧٠٥.

٤- المجموع للنووي: ٦/١٨.

٥- مغني المحتاج للشربيني: ٤: ٣٨٠ – كشاف القناع للبهوتي : ١١٥/٤.

٦- الاحوال الشخصية لابي زهرة/١٨٥- فقه السنة ، سيد سابق : ١٠١/٢.

تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة:٢٣٧] ، وقوله تعالى : ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء:٤].

ولا يصح إسقاطه إلا بعد ثبوته ، والمهر لا يثبت إلا بعد العقد أو الدخول ، فإن نفيا المهر أو سكتا عنه وجب لها مهر المثل [١].

والحاصل أن المهر من الحقوق الأسرية التي لا يصح فيها الإسقاط المحض بغير عوض ابتداء ويصح ذلك إذا كان بطريق المعاوضة وقبل قبضه [٢]، ويكون هذا العوض المالي مهراً ، لأن مقصود الشرع حفظ حقوق العباد ، وهو حاصل هنا.

ومن صور المعاوضة المنهي عنها في المهر نكاح الشغار :

والشِّغَارُ لغة الرَّفعُ والخُلُو ، وشَغَرَ البلدُ عَن السُّلطانِ إذَا خَلَا عنه ، وشَغَرَ الكلبُ بِرِجْلِهِ أي رَفعها [٣]، وهو اصطلاحاً أن يزوج الرجل مُوَلِّيَتَهُ على أن يزوجه الآخر مُوَلِّيَتَهُ ليس بينهما صداق ، وهو معاوضة جماع بجماع ، وصور الشغار المنهي عنه أن يقول له : زوجني ابنتك على أزوجك ابنتي من غير صداق ، أو يقول له : زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة ، أو يسمي مهراً لإحداهما دون الأخرى ، وقد ميز الفقهاء في الحكم بين صورتين :

الأولى : ألا يسمي مهراً لكلتيهما بل يجعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى : ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة [٤]، وذهب الحنفية إلى صحة النكاح ووجوب مهر المثل لكل واحدة منهما [٥] :

استدل الجمهور بالسنة والمعقول :

١- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن الشغار" [٦].

وجه الاستدلال : يدل ظاهر الحديث على النهي عن الشغار وهو أمر يستوجب فساد المنهي عنه [٧].

١- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨/٢٧٥-٢٧٦ .

٢- مغني المحتاج للشربيني: ٥/١٥٤.

٣- لسان العرب ، مادة شغر : ٨/٩٧.

٤- الخرشي على مختصر خليل: ٣/٢٦٧- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٤٩٩/٧ – العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٨٧.

٥- المبسوط للسرخسي: ٥/١٠٥.

٦- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الشغار:٥/ر ٤٨٢٢/١٩٦٦، ومسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب : تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، ط(١٤١٩هـ-١٩٩٨م): ر١٤١٥/٥٥٨.

٧- الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ٢٦٧- الشرح الكبير على المقنع: ٢٠/ ٤٠١.

٢- روي عن النبي ﷺ أنه قال : " لا شغار في الإسلام " [١] ، والحديث إما أن يكون لنفي الوجود أو لنفي الصحة ، ووجوده محتوم فتعين نفي الصحة[٢] .

٣- المعقول : إن كل واحد جعل بضع من تحت ولايته موردا للنكاح وصداقا للأخرى ، وهو أمر يوجب فساد العقد، ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال: بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي[٣] .

يرد عليه بأن نكاح الشغار نكاح خالٍ عن العوض ، والنكاح هنا بعوض ، وهو مهر المثل[٤] .

أجيب عن ذلك بأن واقع العقد هو جعل بضع كل منهما في مقابلة بضع الأخرى ، والأصل في النهي أن يكون للتحريم لاسيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فرفع[٥] .

استدل الحنفية على قولهم بأن في جعل بضع كلٍ منهما صداق الأخرى تسمية ما لا يصلح صداقاً ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، ويجب لها مهر المثل ، لأن فساد المهر لا يوجب فساد العقد [٦] .

يردّ عليه بأن الفساد هنا مردّه إلى وجود الشرط الفاسد ، وهو التشريك في البضع ، وليس إلى جهة المهر ، فأشبه ما لو زوجها من رجلين وهو باطل [٧] .

والراجح على ما يبدو هو القول بصحة النكاح وثبوت مهر المثل لكل واحدة منهما ، لأن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة.

الثانية : إذا سمّيا لهما مهراً واحداً أو سمّى لإحداهما دون الأخرى فذهب المالكية والشافعية في الصحيح إلى فساد النكاح [٨] .

وذهب الحنابلة إلى صحة النكاح ووجوب مهر المثل ، لأن النكاح على المهر كان بشرط نكاح الأخرى فينقص المهر لهذا الشرط ، وضمان النقص يؤدي إلى جهالة المسمى فبطل ، وذهبوا في

١- أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب النكاح ، باب النهي عن الشغار: ر٣٢٨/١٨٨٥، والترمذي في كتاب النكاح ، باب : ما جاء في النهي عن نكاح الشغار: ر٢٦٦/١١٢٣، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥٠٢/٧ .

٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥٠٣/٧- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٨٧.

٤- المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٠٥.

٥- الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ٢٦٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٠٢/٢٠.

٦- المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٠٥.

٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٠٢/٢٠.

٨- الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ٢٦٧ – العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٧/ ٥٠٣- ٥٠٤.

رواية أخرى إلى وجوب المسمى ، لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصحّ ، فإن سمى لإحداهما وجب لمن لم يسمّ لها مهر المثل[١].

المطلب الثاني : الحقوق التي تعلق بها حق العبد أو كان غالباً فيها :

حق العبد هو ما تتعلق به مصلحة خاصة له ، وهو يقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها إذا كان صاحب الحق هو المنشيء للتصرف في حقه[٢]، أما لو كان الحق خاصاً بالغير أو مشتركاً معهم فلا إسقاط ولا معاوضة إلا بإجازة الغير إن كان ذلك الغير أهلاً للتصرف ، وكان إسقاط الحق غير ماسٍ بحدود الشرع ولا منافٍ لمقاصد العقد ، ولم يكن من النظام العام ، وإلا لم يقبل الإسقاط ولا المعاوضة حتى لو أجازه صاحب الحق ، ومن الحقوق المشتركة مع الغير :

١- إسقاط حق الكفاءة :

الكفاءة من شأنها أن تدعم مصالح الزواج وتحقق مقاصده من دوام العشرة والمسكن وحسن الصحبة والألفة والتناسل وتأسيس القرابات ، وغيابها يؤدي إلى التنافر وسوء العشرة[٣]، وهي لغة : المساواة والمماثلة ، وكَافَأَهُ أي سَاوَاهُ ، والكُفْءُ هو النظير والمثيل[٤]، ومنه الأكفاء في النكاح ، وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ونسبها ودينها وغير ذلك من اعتبارات الكفاءة الاجتماعية[٥] .

وهي معتبرة في جانب الرجل للمرأة وأوليائها ، وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة ، وذهب الصاحبان من الحنفية إلى اعتبارها في جانب المرأة استحساناً ، فلو تزوج امرأة قرشية فظهرت نبطية فله الخيار كذلك[٦].

وقد اختلفت آراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج من عدمه ، فذهب مالك والشافعية في قول وأحمد في رواية إلى أنها ليست بشرط في الزواج[٧].

١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٠٣/٢٠.

٢- القواعد والضوابط الفقهية للحريري/١٤٩.

٣- البناية للعيني: ٦١٩/٤.

٤- لسان العرب لابن منظور: ١١٧/٣- المصباح المنير للفيومي/٢٠٥.

٥- البناية للعيني: ٦١٧/٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٤٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ١٦٥/٣- نيل المآرب يشرح دليل الطالب، عبد القادر الشيباني المعروف بابن أبي تغلب ، تحقيق : محمد الأشقر، مكتبة الفلاح – الكويت ، ط١(١٤٠٣-١٩٨٣): ١٥٦/٢.

٦- البناية للعيني: ٦١٩/٤ – العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٥٧٩/٧ .

٧- بداية المجتهد لابن رشد: ٥٤٢/٢ – أسهل المدارك للكشناوي /٧٨- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٠/٤- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٥٧٩/٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٦٤/٦.

وذهب الجمهور إلى اشتراطها ، ثم اختلفوا هل هي شرط صحة أم شرط لزوم فذهب الحنفية في المفتى به والحنابلة في غير المشهور عندهم ، والشافعية في قول إلى أنها شرط صحة [١] ، وذهب الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة في المشهور عندهم إلى أنه شرط لزوم [٢] وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٦) ، حيث جاء فيه : (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة) [٣].

وتتجلى ثمرة هذا الخلاف في جواز الإسقاط من عدمه : فمن قال بأنها شرط صحة لم يجز إسقاطها ، وأبطل العقد ولو رضي به الأولياء ، لأنهم قد لا يحسنون الترافع لدى القضاء ، فكان من الأحوط إبطال العقد دون أن يتوقف ذلك على اعتراضهم [٤].

أما من جعلها شرطاً للزوم فقد أعطى المرأة أو أحد أوليائها حق الاعتراض وطلب الفسخ إذا تم العقد على غير كفء مع بقائه صحيحاً [٥] ، وهو ما أيده قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢٧ حيث جاء فيه: (إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح) ، وفي المادة ٣٢ أيضاً: (إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد) [٦].

أما وقت اعتبار الكفاءة فهو عند العقد ولا عبرة بزوالها بعده[٧] ، ويبقى للزوجة وأوليائها حق الاعتراض والفسخ ما لم يحصل الحمل[٨] ، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري حيث جاء في المادة ٣١ : (تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعدها) ، وفي

١- البناية للعيني: ٥٨٤/٤- تبين الحقائق للزيلعي ، تحقيق أحمد عناية ، ط ١، دار الكتب العلمية- بيروت: ١٢٨/٢- المهذب للشيرازي: ٥٠/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٠/٤- المغني لابن قدامة: ٤٨٠/٦.

٢- البناية للعيني: ٥٨٤/٤- تبين الحقائق للزيلعي: ١٢٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٠/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٦١/٤.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد شققه/٢٢- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي:١٤٩/١.

٤- البناية للعيني:٥٨٤/٤- المبسوط للسرخسي: ٢٦/٥- الأم للشافعي:١٣/٥- كشاف القناع للبهوتي:٧١/٥.

٥- البناية للعيني:٥٨٤/٤، الأم للشافعي:١٣/٥، مغني المحتاج للشربيني:٢٧٠/٤، كشاف القناع للبهوتي: ٧١/٥.

٦- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية، محمد شققه/٢٢- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي:١٤٩/١.

٧- البناية للعيني: ٥٨٤/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٦٢/٤.

٨- البناية للعيني: ٥٨٣/٤- المبسوط للسرخسي:٢٦/٥- الأم للشافعي:١٣/٥- كشاف القناع للبهوتي:.٧١/٥.

المادة٣٠ : (يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة ، أو إذا مضت سنة على الزواج) [١].

وتعتبر الكفاءة حقاً خالصاً للمرأة وأوليائها ، لأنهم هم المتضررون بفقدها ، لكن لو رضيت الفتاة بالزواج من غير كفء فقد أسقطت حقها في الكفاءة ، ولأوليائها الاعتراض وطلب الفسخ بالتقاضي [٢].

فإذا تعدد الأولياء كالأب مع الأخ ، فالكفاءة للولي الأقرب ، وللأب الاعتراض دون الأخ ، فإن كانوا في الولاية سواء ، فالاعتراض لأقواهم قرابة ، فيقدم الأخ الشقيق إذا اجتمع مع العم ، أما إن تساووا في درجة القرابة وقوتها كتعدد الإخوة الأشقاء ، فيعتبر الرضا من أحدهم إسقاطاً لحق الآخرين في الاعتراض ، لأن الولاية حق لا يتجزأ ، وسببها واحد لا يتجزأ وهو القرابة ، فيثبت هذا الحق لكل واحد بتمامه ، بحيث يقوم الواحد مقام الجميع في الإسقاط أو الاعتراض ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد من الحنفية ومالك وأحمد في رواية [٣] ، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢٢، والتي نصّت على أنه : (إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز) [٤].

وذهب الشافعي وأبو يوسف وزفر من الحنفية وأحمد في رواية إلى أن الكفاءة حق لجميعهم كالدين المشترك إذا أبرأ أحدهم فهو حق واحد لا يتجزأ ، وتصرف الواحد فيه باطل كتصرف الفضولي في حق غيره [٥].

استدل أصحاب القول الأول: ١- بما روي أن امرأة زوجها والدها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فخيرها رسول الله ﷺ بين الفسخ والإمضاء ، فأمضت فعل أبيها [٦].

وجه الاستدلال: لم يبطل النبي ﷺ العقد وانما أمضاه باختيار من المرأة ، ولأنه خيار لنقص في المعقود عليه فأشبه خيار البيع بحق الفسخ [٧].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية، محمد شققه/٢٢- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١٤٩/١.

٢- البناية للعيني: ٦٢٧/٤ - مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٠/٤.

٣- البناية للعيني: ٦٢٠/٤- بدائع الصنائع للكاساني : ٤٦١/٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٣٤٣/١- أسهل المدارك للكشناوي: ٧٦/٢- المغني لابن قدامة: ٤٧٨/٦.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد شققه/٢٠.

٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٣٤٣/١- البناية للعيني: ٦٢٠/٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٢/٤- حاشيتا قليوبي وعميرة : ٢٣٣/٣ ، أسهل المدارك للكشناوي: ٧٧/٢- المغني لابن قدامة : ٤٧٨/٦.

٦- تخريجه ص ٧٧.

٧- كشاف القناع للبهوتي: ٦٢/٤.

٢- إن الكفاءة حق واحد لا يتجزأ ، لأنه ثبت بسبب لا يتجزأ وهو الولاية والقرابة ، فيثبت للكلّ على الكمال كولاية الأمان [١].

واستدل أصحاب القول الثاني : إنّ رضا كل واحد من الأولياء لا يسقط برضا الآخر بخلاف القصاص لتعذر استيفائه بسقوط بعضه ، أما في الزواج فيلحق العار بأي من الأولياء عند فقد الكفاءة ، فلم يكن لأحد أن يسقط حق الآخر [٢].

والذي يبدو لي في هذه المسألة أن اعتبار رأي المرأة أمر لا مناص منه عند تساوي الأولياء في الدرجة ، فهي ترجح إسقاط الكفاءة من عدمها إن كانت أهلاً لذلك ، وليس من العدل حرمان المرأة حقها في الزواج بحجة ما يلحق أولياءها من العار ، والأولى في ذلك رفع أشد الضررين .

ويكون إسقاط المرأة لحقها في الكفاءة بما يدل على رضاها من قول أو فعل بأن مكنته من نفسها عالمة به ، أما الأولياء فلا يثبت رضاهم إلا بالقول ، بأن يقولوا : أسقطنا الكفاءة أو رضينا به غير كفؤ ونحوه ، وأما سكوتهم فليس برضا [٣].

والإسقاط المحض لحق الكفاءة جائز من المرأة وأوليائها بالتوافق عليه ، لأنه حق شخصي لكليهما، وإذا جاز محضاً جاز معاوضة ، كما لو كان الإسقاط مقابل زيادة في المهر ، أو كان مشروطاً ابتداءً في العقد ، كما لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت جميلة فيصح الشرطان ، لأن المرأة على صفة واحدة ، إلا أن الزوج يجهلها .

٢- تجزئة الحضانة بين المحضونين : إن الحضانة حق مشترك بين جميع المحضونين ، وإذا جاز إسقاط حق الحضانة بالجملة فلا تجوز تجزئة الحق بين المحضونين ، فإسناد الحضانة بتمامها من حق الأم ، وأي اجتهاد يقتضي إسقاط الحق أو تجزئته بغير مبرر لا يعتبر ، فلا يجوز إسقاط حضانة الأم عن بعض الأولاد دون البعض الآخر .

والذي يبدو أن مرد الحكم في ذلك إلى مصلحة المحضون أسوة بجميع الحقوق المتعلقة بالمحضون ، وقياس ذلك جواز إسقاط حضانة الأم عن البعض مادام الإسقاط لحاضن آخر من أهل الحضانة ، ولا يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون .

١- بدائع الصنائع للكاساني : ٤٦١/٢- المغني لابن قدامة: ٤٧٨/٦.

٢- البناية للعيني: ٦٢٠/٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٧٢/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٦٢/٤.

٣- كشاف القناع للبهوتي: ٦٣/٤.

المبحث الثاني : الحقوق التي ثبتت لاعتبارات شرعية في الحكم أو الشخص:

تتعدد الأسباب الكامنة وراء منح الحقوق الأسرية ، فقد تكون شخصية بحتة لتحقيق مصلحة صاحب الحق ، وقد تكون لحفظ حقوق الغير ، وكثيراً ما يكون السبب وراء منح الحق حفظ حدود الشرع وتحقيق مقاصده الآنية والمآلية ، وما كان هذا شأنه من الحقوق فلا يجوز إسقاطه ولا المعاوضة عليه ، لأن في ذلك تغييراً للأحكام الشرعية ومساساً بالنظام العام ، ثم إن هذه الاعتبارات الشرعية قد تكون لوصف موجود في الشخص بعينه ، أو لاعتبار متعلق بالحكم بخصوصه ، ومن هذه الحقوق التي يمتنع إسقاطها أو المعاوضة عليها :

المطلب الأول : الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية :

تنقسم الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية بالنظر إلى أثر الإسقاط عليها إلى قسمين :

الفرع الأول : ما كان في إسقاطه منافاة لمقتضى العقد : إن العقود شرعت ليظهر أثرها في المحل، فإن كان إسقاط أحد الحقوق يؤدي إلى تعذر الاستيفاء ويمنع تحقيق المصلحة التي من أجلها شرع التعاقد ، فيبطل الإسقاط والاشتراط به حينئذ ، ومن هذه الحقوق :

١- إسقاط حق الاستمتاع : إن ثمرة عقد الزواج ومقصوده هو حِلُّ الاستمتاع بين الزوجين فلو أسقط الزوج حقه من الاستمتاع فلا عبرة بذلك ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، وكذلك لو أسقطت الزوجة حقها في الوطء لا يلزمها ذلك [١]، يستوي في ذلك الإسقاط كلاً بأن شرط ألا يطأها الزوج مطلقاً ، أو جزءاً بأن شرط ألا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة ، فإن اشترط الزوج ألا يطأها ليلاً لم يبطل العقد ، لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً ، وله أن يترك حقه ، أما لو اشترطت المرأة أن يطأها ليلاً فقط أو نهاراً فقط ، فالشرط باطل ويستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً ، لأن في شرطها منع الزوج من حقه بما ينافي مقصود العقد فبطل[٢]،

١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٣٣١/١- مواهب الجليل للمغربي: ٨٢/٥- الفواكه الدواني للنفراوي: ٤٢/٢ – العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥٣/٨ – كشاف القناع للبهوتي: ٨٩/٤ .

٢- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢١/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٢٦/٣.

وكذلك لو نكح بشرط تأجيل الوطء مدة فالنكاح جائز ، والشرط باطل ، ويدخل متى شاء إلا أن يكون لعذر كصغرها [١].

ولا حدّ لأكثر الجماع إلا أن يضرها أو يشغلها عن الفرائض ، فإن زاد فلها مصالحته على قدر محدد ، وإن تنازعا في ذلك فللقاضي تقديره بعدد محدد كالنفقة ، ويقدره بأربع في الليلة وأربع في اليوم [٢].

٢- إسقاط حق القوامة : القوامة حقٌ للرجل وواجبٌ عليه في آن واحد ، وهي أقرب إلى وصف الوظيفة منها إلى وصف السلطة المطلقة ، وكل وظيفة لابد وأن تنبثق عنها سلطة ، أما حصرها في الرجل فبحكم الفوارق الفطرية بينه وبين المرأة وتفاضله عليها في بعض الجوانب ، وتكليفه بالإنفاق عليها بحكم أنه الأقدر به فطرة.

وقد اتفق الفقهاء على أن القوامة اختصاص الرجال على النساء، ولا يكون العكس بحال ، بحيث لو اشترطت المرأة عليه أن تكون القوامة لها لم يصح، لأن الشرط مناف لمقتضى العقد[٣]

كذلك إن كان الإسقاط بمقابل مالي ، كمن اشترطت على زوجها إسقاط قوامته مقابل توليها أمر الإنفاق ، أو أسقط الزوج قوامته مقابل تولي المرأة الإنفاق في بيته لم يصح ، ويبطل الشرط لمنافاته لمقتضى العقد ، إذ القوامة اختصاص الرجال على النساء ، كما أن الإنفاق اختصاص الرجال على النساء ، لكن لو اشترط إنفاق المرأة دون تعليقه على إسقاط القوامة :

فإن كان قبل الدخول صح العقد وبطل الشرط ، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة [٤] ، وذهب المالكية إلى أن هذا الشرط مخالف لسنة المسلمين في النكاح ، فيكون النكاح فاسداً ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده ويسقط الشرط ، ويكون للمرأة صداق مثلها إن كانت التسمية على الشرط [٥].

١- عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٤٧١/٢- مواهب الجليل للمغربي: ٨٢/٥- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥٣/٨ – كشاف القناع للبهوتي: ٨٩/٤ .

٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٦٦/٤، وينظر : مواهب الجليل للمغربي : ٢٥٥/٥.

٣- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/ ٢٨٠- الحاوي الكبير للماوردي:٤٨٠/١١-المغني لابن قدامة:٥٥٠/٦.

٤- رد المحتار لابن عابدين : ٢٥/٣- المجموع للنووي : ١٩/١٨- الأم للشافعي : ٧٩/٥ – لشرح الكبير لابن قدامة: ٣٩٣/٢٠- الإنصاف للمرداوي: ٣٩١/٢٠- المغني لابن قدامة: ٥٥٠/٦.

٥- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/ ٢٨٠- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٧٦/٢.

واستدلوا بقوله ﷺ : "كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ " [١].

وجه الاستدلال : كل شرط ينبغي عرضه على شرع الله ، وهذا الشرط ليس من شرع الله، فيُردُّ دون اعتبار [٢].

فإن كان الشرط لاحقاً للعقد على سبيل الصلح جاز قياساً على حق القسم دون خلاف[٣]، أما لو امتنع الزوج عن الإنفاق أو عجز عنه دون اشتراط من أحدهما فلا أثر لذلك على قوامته عند الحنفية والحنابلة [٤]، وهو مسقط لقوامته على زوجته ، ولها الحق في فسخ عقد النكاح عند المالكية والشافعية [٥].

٣- الزواج بشرط الطلاق : إذا شرطت المرأة على زوجها أن يطلقها بعد الوطء بطل النكاح، لأنه شرط ينافي مقصود العقد فأبطله ، وإذا نكحها بشرط أنه إذا وطأها بانت منه أو كان نكحها إلى أن يطأها أو على ألا نكاح بينهما إذا وطأها فهذا النكاح باطل ، لأنه ضرب من نكاح المتعة ، فإذا نكحها على شرط أنه إذا وطأها طلّقها ، أو على ألا يطأها إلا مرة واحدة فللفقهاء فيه ثلاثة أقوال :

الأول : النكاح باطل ، لأنه شرط يمنع من دوام النكاح فأشبه التأقيت ، وهو الأصح عند الشافعية وقول للحنابلة [٦].

١- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً : ٢/ر ٢٠٦٠/٧٥٩.

٢- المجموع للنووي: ١٩/١٨.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٣٣٣/٢ - المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٢/٢- الأم للشافعي: ٢٠٣/٥- كشاف القناع للبهوتي: ٢٠٦/٥.

٤- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:٥٤٨/١- ٥٥٠ ، بدائع الصنائع للكاساني:٢٩/٤، المغني لابن قدامة : ٣٦٧/١١.

٥- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/ ٢٨٠- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥١٧/٢ - أسهل المدارك للكشناوي: ١٢١/٢- روضة الطالبين للنووي: ٧٢/٩- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٦٩/٥.

٦- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٥٣/٨- العدة شرح العمدة للمقدسي /٣٨٧.

الثاني : يصح العقد ويفسد الشرط ، وهو قول الحنفية وقول للشافعي وأحمد في رواية ، وهو قياس ما لو اشترط لها ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها ، وعلى هذا القول يسقط المسمى ويجب مهر المثل [١].

الثالث : صحة العقد ولزوم الشرط ، لأن الطلاق حق لله تعالى لا يملك المطلق ردّه إن وقع ولو رضيت المرأة برده لم يرتد ، إذ ليس هو لها فلزم بعد النكاح كما ألزمه نفسه قبله ، وإليه ذهب المالكية [٢].

والأصح كما رجح الشافعية أن القول ببطلان النكاح محمول على حالة اشتراط الزوجة لذلك، ويصح في حالة اشتراط الزوج ألا يطأها ، لأن الوطء حق له فله تركه ، والتمكين حق عليها فليس لها تركه ، كذلك القول فيما لو تزوج امرأة على ألا تحل له [٣]، هذا إن كان الشرط في نفس العقد ، فإن تواطآ على شيء من ذلك قبل العقد وعقدا على ذلك القصد فالأصح عند الشافعية المنع [٤].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٧٨/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٥٣/٨- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٨٧.

٢- تحرير الكلام للحطاب/٢٧٤.

٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٥٣/٨.

٤- المرجع السابق: ٥٤/٨.

الفرع الثاني : ما يكون في إسقاطه تغيير للنظام العام :

النظام العام : هو جملة القواعد الأساسية التي تسير وفقها قوانين المجتمع الداخلية ، ولا ينبغي الاتفاق على مخالفتها من قبل الأفراد ، وبناء عليه فقد صنف قانون الأحوال الشخصية السوري عدداً من الحقوق ضمن هذا الإطار ، وجعل المساس بها أو مخالفتها من النظام العام الذي لا يخضع للتغيير .

وهذا النوع من الحقوق يمسّ مصالح الأفراد وحقوقهم الأساسية ، ويترتب على فتح المجال لإسقاطه أو معاوضته ضياع الحقوق والمساس بالمصلحة العامة للمجتمع بشكل كلي ، كحق النسب والحضانة والميراث والنفقة ونحوها ، فهذه الأحكام بعمومها تم تنظيمها وتحديد القواعد الأساسية التي لا ينبغي أن تكون معرضاً للتغيير والاجتهاد من قبل القانون ، فما تمّ استثناؤه فهو منصوص عليه ، وقد ورد النص على عدم جواز إسقاطه ، ومن هذه الحقوق :

١- إسقاط حق النسب : يثبت النسب في زواج صحيح بعد ثبوت التلاقي بين الزوجين ومرور أقل مدة حمل ، وهي ستة أشهر ، ويثبت كذلك بإقرار الزوج وادعائه لذلك ، فإذا ثبت النسب فلا ينتفى عن الزوج إلا باللعان ، كذلك في الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة [(١)]، ولا قيمة لمصادقة الأم للزوج على نفي نسب الولد منه ، لأن النسب من النظام العام من جهة ، ولأنه يمسّ مصلحة الولد من جهة أخرى [(٢)].

ولا يجوز للمرأة الاعتياض عن حق الولد في النسب ، كمن ادعت على رجل بأن الولد الذي في يدها ولده ، وأقرّ الرجل بطلاقها وبانت ، وصالح على إسقاط نسب الولد مقابل مائة ، فالصلح باطل ، لأن النّسب حقّ الصبي ، وليس للأم إسقاطه بعوض أو بغير عوض[(٣)].

وقد جاء في الفقرة ٢ من المادة ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين : ا- أن يمضي على عقد الزواج أقلّ مدة الحمل – ب- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة ، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر مدة الحمل -٢- إذا انتفى أحد الشرطين لا يثبت

١- المبسوط للسرخسي: ٤٥/٧- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣٠٠/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٤٦/٢٣

٢- غرفة شرعية أساس٨٥٢ لعام١٩٨٥ ، مجلة المحامون /٤٣٩ .

٣- البناية للعيني: ١٧/٩.

نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه -٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان)[١].

ثانياً : إسقاط حق الأولاد في النفقة : تكون نفقة الأولاد واجبة على الأب ، ولا تسقط بالإسقاط ، ولا يبرأ منها ، ولا تجري المقاصة فيها ، وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية : (١- قضايا النفقة من النظام العام ، وكل اتفاق يخالف شروطه لا قيمة له -٢- إن الحق في النفقة واجب لتعلقه بحق الحياة) [٢].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤١

٢- غرفة الشرعية ، قرار١٦٦ ، أساس ١٠١ ، لعام٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان ٧ – ٦٩٤/٨، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٥٦.

المطلب الثاني : الحقوق التي تعتبر وصفاً ذاتياً للشخص :

وهي ما ثبت من الحقوق لأصحابها أصالة ، كحق التمتع بالمرأة بإبقاء النكاح ، وحق الإرث الثابت للمورث بحكم القرابة ، وهذه الحقوق لا تقبل المعاوضة ولا المبادلة ولا الانتقال لشخصٍ آخر ، لأن الشرع أثبتها لرجل مخصوص بصفة مخصوصة ، فإذا انعدمت هذه الصفة انعدم الاستحقاق [١].

ويجوز التصرف في هذه الحقوق من قبل أصحابها بخصوصهم ، ولهم وحدهم المصالحة عليها ، ولا تجري فيها المعاوضة على سبيل البيع والشراء ، فليس من حق الزوج أن يبيع حق التمتع بزوجته لآخر، كذلك ليس للوارث أن يبيع حق إرثه لرجل آخر بحيث يرث عوضاً عنه ، وله إسقاط حقه بطريق الصلح ، ويكون بدل الصلح عندئذ لقاء إمساك صاحب الحق عن استيفاء حقه وإسقاطه لحق المطالبة به ، وليس عوضاً عن الحق ، أما الطرف الآخر فيبذل المال دفعاً للضرر عن نفسه.

وبناء عليه فيمكن للزوج الإمساك عن حقه في الاستمتاع والتمسك بعقدة النكاح مقابل مال تفتدي به المرأة بطريق الخلع ، كذلك يمكن للوارث إسقاط حقه في المطالبة بنصيبه من الميراث بطريق التخارج على ما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله ، ومن هذه الحقوق أيضاً :

١- إسقاط حق الولاية : لا يجوز الاتفاق على التنازل عن حق الولاية على الصغير في نفسه وماله ، كما لا يجوز للشخص إسقاط أهليته أو ولايته ، لأن قواعد الأهلية والولاية من النظام العام ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته [٢]، وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ٢٤٤ لعام ١٩٦٦: (لا يملك الولي التنازل عن ولايته على القاصر مادام أهلاً لها) [٣].

٢- إسقاط الحق في ولاية التزويج : اشترط جمهور الفقهاء وجود الولي في عقد النكاح ، فلو أسقط الولي حقه في ولاية النكاح للبنت لم يصح ذلك منه ، والعقد باطل لثبوته له في الشرع وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة ورواية لأبي يوسف من الحنفية [٤]، وذهب أبو حنيفة

١- معاوضة الحقوق ، مجلة العدل ، العدد ٤٥ لعام١٤٣١/١٩٨، بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ٧٨-٧٩.

٢- الوسيط للسنهوري: ١/٤٤٧.

٣- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٦٨.

٤- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٢/٣٩١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/١١٨- منهج الطلاب للأنصاري/ ١١١- مختصر المزني/٢٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤/٥٥- الإنصاف المرادي: ٧/١٤٨ .

ومحمد وزفر إلى صحة العقد بغير ولي إذا أنشأته المرأة البالغة العاقلة ، لكنهم بالمقابل جعلوا للولي الحق في فسخ العقد إن كان من غير كفء أو على أقل من مهر مثلها [١] .

ويترتب على الخلاف السابق أن المرأة البالغة العاقلة الحرة لو زوجت نفسها أو ولّت رجلاً غير وليها في تزويجها فزوجها ، فهذا الزواج صحيح عند أبي حنيفة وزفر ومحمد ، ويكون العقد موقوفاً على إجازة الولي عند أبي يوسف ، فإن أجازه ترتبت عليه جميع آثار الزواج ، وإن لم يجزه حرم على الزوج الخلوة بها ووطؤها ، ولم يقع عليها طلاقه ، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر، أما عند الجمهور فلا ينعقد هذا الزواج أصلاً ، ولا أثر له مطلقاً ولو أجازه الولي .

ويعود هذا الخلاف في أصله إلى اختلافهم في مناط الولاية وعلّتها ، فعند الحنفية علتها الصغر في ولاية الإجبار ، أما تزويج البالغة فمن ولاية الاختيار ، أما الشافعية فعللوا ولاية الإجبار بالصغر عند الذكر والبكارة عند الأنثى ، ولا تسقط عنها إلا بزواجها ، فولاية الاختيار تكون على الثيب عندهم وليست على البكر ، أما المالكية والحنابلة فاعتبرا العلة في ولاية الإجبار الصغر والبكارة معاً ، فتزول الولاية ببلوغ الصبي عاقلاً ، ولا تزول عن البكر حتى لو بلغت ، ولا عن الثيب إن كانت صغيرة [٢] .

وإذا استوى وليان أو أكثر لامرأة في الدرجة كأخوة لأبوين أو بني أخوة ، فإن أذنت لواحد منهم بعينه تعيّن ولم يصح نكاح غيره لعدم الإذن ، وإن أذنت لكل واحد منهم صحّ التزويج من كل واحد منهم ، لأن سبب الولاية موجود في كل واحد منهم ، فإن تشاحوا أقرع بينهم [٣] .

ولو أسقط الولي حقه في الولاية لأمها بمقابل ، كما لو التزمت الأم نفقة البنات على أن لها الأمر في تزويجهن ، فإن كان على أن تزوجهن بنفسها فهو فاسد ، وإن كان العاقد غيرها جاز ، ولا يلزمه ذلك ، وله عزلها ، فإن فعل رجع عليها بما بذلت من مقابل [٤] .

ولو قال أحدهم لرجل : ولّني نكاح ابنتك ولك كذا وكذا ، لم يجز لما فيه من الغرر ، إذ إن لصاحب الولاية عزله عما جعل إليه من ذلك [٥] ، ويُرَدّ الجعل على كل حال ، ويصحّ النكاح إن كانت المرأة مالكة أمر نفسها ورضيت بالزوج قبل العقد أو بعده ، ولا يقاس على البيع في

١- المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٠- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣٩١/٢.

٢- المبسوط للسرخسي:١١/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢٢٣/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٢٤٦/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٥/٤.

٣- كشاف القناع للبهوتي: ٥٥/٤.

٤- تحرير الكلام للحطاب/ ٢٠٩.

٥- المرجع السابق/ ٢١٢.

ذلك ، إذ لا رجوع للمجعول له في البيع بما أعطاه لعدم تعلق حق الغير فيه بخلاف النكاح الذي تعلق به حق للولية المتزوجة [1] .

المطلب الثالث : الحقوق التي ثبتت لرفع الضرر عن النفس :

وهي الحقوق التي لم تثبت لأصحابها أصالة ، ولكن ثبتت لدفع الضرر الواقع عليهم جراء عدم الاستحقاق ، والقاعدة أن الضرر يزال ، وهذه الحقوق لا تقبل الاعتياض عنها لا بطريق البيع ولا بطريق الصلح ولا بالتنازل ولا المبادلة ، لأن التنازل عنها دليل على انتفاء الضرر ، وإذا انتفى الضرر فليس ثمة حاجة للحق ، ويرجع إلى الأصل ، وهو عدم الاستحقاق [2]، ومن الحقوق التي تندرج تحت هذا الصنف : حق القسم ، وحق الخيار للأولياء في الفسخ لعدم الكفاءة ، وخيار العيب للعنّة في مدة حددها الفقهاء ونحو ذلك .

وبناء على ما سبق فليس للمرأة طلب العوض عن حق القسم ، كذلك زوجة العنين أعطاها الشرع حق فسخ النكاح من زوجها لدفع الضرر عنها ، فإذا اختارت البقاء معه ورضيت فليس لها أن تأخذ عوضاً مقابل ذلك ، إذ تبيّن أنه لا ضرر بهذا النكاح ، لأن هذه الحقوق شرعت على خلاف الأصل لدفع الضرر فإذا رضيت بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ، ولم يجز أخذ العوض عنها ، لأنها ليست بمال [3] ، وفي ما يأتي بيان لصورة الإسقاط في هذين الحقين :

أولاً : إسقاط حق القسم :

إن حق القسم قد يكون بطريق الاشراط ابتداء في عقد الزواج ، وقد يسقط بطريق الصلح بعد ذلك .

١- إسقاط حق القسم بطريق الإشراط : اتفق الفقهاء على أن إسقاط المرأة حقها في القسم ابتداء في عقد الزواج ينافي مقتضى العقد وهو شرط فاسد ، لا يؤثر على صحة عقد النكاح فيبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط ، وكذلك لو اشترطت ألا يأتيها في النهار ، أو ألا يأتيها بالليل ، أو شرطت ألا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة واحدة ، وكذلك الحكم لو تزوجها على

١- المرجع السابق/ ٢١٨- ٢١٩.

٢- شرح قواعد الزرقا مادة١٨٦/٢٠- شرح الكوكب المنير لأبي البقاء الفتوحي تقي الدين محمد بن أحمد المعروف بابن النجار، مطبعة السنة المحمدية/٥٩٨- درء المفسدة في الشريعة الإسلامية ، محمد الحسن البغا ، دار العلوم الإنسانية – دمشق ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م)/٢٩٠.

٣- رد المحتار لابن عابدين : ٣٦/٧- المدونة الكبرى للإمام مالك : ١٤٤/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ١٦٦/١٣.

إسقاط حقها في القسم ، أو على أن يوثر غيرها عليها في القسم ، ويفسخ العقد قبل الدخول عند المالكية [١] .

٢- التصالح على إسقاط حق القسم : إن إسقاط حق القسم قد يكون محضاً ، وقد يكون مقابل عوض مالي من الزوجة أو من ضرتها، ولكل حالة منها حكم مختلف :

الحالة الأولى : إسقاط الزوجة حقها في القسم بغير عوض :

اتفق الفقهاء على جواز هبة المرأة قسمها لضرّتها إذا رضي الزوج بذلك [٢] ، ومن أدلتهم على ذلك :

١- حديث ابن عباس رضي الله عنه أن سودة رضي الله عنها خشيت أن يطلقها النبي ﷺ فقالت : لا تطلقْني وأجعلُ يومي لعائشة ففعل[٣] ، وعن عائشة رضي الله قالت :كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لا يُفَضِّلُ بَعْضَنَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْقَسْمِ ، مِنْ مُكْثِهِ عِنْدَنَا ، وَكَانَ قَلَّ يَوْمٌ إلا وَهُوَ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امرأة مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتُ عِنْدَهَا ، وَلَقَدْ قَالَتْ سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ حِينَ أَسَنَّتْ وَفَرِقَتْ أن يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَوْمِي لِعَائِشَةَ . فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا [٤] .

٢- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ وَجِدَ على صفية بنت حيي أم المؤمنين رضي الله عنها في شيء ، فقالت صفية رضي الله عنها لعائشة رضي الله عنها : هل لك أن ترضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي ، فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ، ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : " إليك يا عائشة انه ليس يومك "، قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالأمر فرضي بها [٥] .

١- مواهب الجليل للمغربي: ٨٢/٥- كشاف القناع للبهوتي : ٨٩/٤.

٢- المبسوط للسرخسي: ٢١٨/٥- بدائع الصنائع : ٢٣٣/٢- التاج والإكليل للعبدري :٢٥٧/٥- الذخيرة للقرافي ٤٥٨/٤- المجموع للنووي: ١٢٩/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٤/٤- المغني لابن قدامة : ٢٣٧/٧.

٣- أخرجه الترمذي ، كتاب التفسير ، باب : ومن سورة النساء: ٢٤٩/٥- وأبو داود ، كتاب النكاح ، باب القسم بين النساء ، ر٢١٣٥: ٢/ ٢٤٢ ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد ووافقه الذهبي : ١٨٦/٢.

٤- سبق تخريجه ص١٣٩.

٥- مسند أحمد ، تحقيق : شعيب أرناؤوط وعادل مرشد ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط١(١٤١٦هـ- ١٩٩٥م) :٩٥/٦ ، وضعفه الشيخ شعيب الأرناؤوط ، وأخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب : المرأة تهب يومها لصاحبتها: ر١٩٧٣/٣٤١.

والمرأة إذا وهبت قسمها لكل ضرائرها قسم بين الجميع سواها [١]، وإن وهبت قسمها لزوجها فله خيار التخصيص بين واحدة أو أكثر ، فإن رجعت وطلبت قسمها فلها ذلك ، لأنه منها إباحة والإباحة غير لازمة [٢] ، ولا يلزم الزوج الرضا بالهبة ، لأنها إسقاط لحقه في الاستمتاع ، ولا يشترط رضا الموهوب لها ، لأن الحق مشترك بينها وبين الزوج فيكفي رضاه ، وحق الزوج ثابت على كل واحدة منهن في كل وقت ، وإنما منعته المزاحمة في حق صاحبتها ، فإن زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها وإن كرهت ، كما لو كانت منفردة [٣].

الحالة الثانية : إسقاط الزوجة حقها في القسم بعوض :

اتفق الفقهاء على أن المرأة لو حاولت إسقاط حق ضرتها في المبيت ببذل المال للزوج ، فلا يحلّ له فعل ذلك ، ويردُّ ما أخذه منها ، لأنه رشوة أخذت لمنع الحق عن المستحق ، كذلك لو جعلت له المرأة جعلاً على أن يزيدها في القسم يوماً أو حطّت له شيئاً من المهر على هذا الشرط ، لم يصح وترجع عليه بالمال ، لأنها رشته على أن يجور ويظلم ، والرشوة حرام ، وعليه التسوية في القسم [٤]، واختلفوا فيما لو بذل الزوج المال لزوجته مقابل قسمها ، أو عاوضتها ضرتها مقابل إسقاط حقها في القسم مقابل مال على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز إسقاط حق القسم على مال ، لأن حق المبيت ليس مالياً ، فلا يمكن مقابلته بمال ، فإن أخذت المرأة مالاً لإسقاط نوبتها ترد المال ويقضي لها نوبتها ، إذ الترك كان مشروطاً بالمال والعوض لا يصح لها ، لأنه رشوة في مقابل الرضا بالجور [٥]، وأجاز الحنابلة أن يكون الإسقاط بمقابل غير مالي ، كإرضاء الزوج أو إصلاح حالها معه لحديث صفية رضي الله عنها السابق [٦].

القول الثاني : ذهب المالكية إلى جواز إسقاط حق القسم على مال مع الكراهة ، إذ القسم حق الزوجة مطلقاً ، وما كان هذا حاله جازت معاوضته ، لكن يشترط رضا الزوج ، لأن في

١- المبسوط للسرخسي: ٢١٨/٥- شرح فتح القدير لابن الهمام : ٤٣٧/٣- مختصر خليل لابن إسحق: ٦/٤ – المجموع للنووي : ١٣٠/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٥/٤- المغني لابن قدامة : ٢٣٧/٧.

٢- المجموع للنووي : ١٣٠/١٨-١٣١- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن عمر بن علي الأنصاري، تحقيق : عبد الله اللحياني ، دار حراء- مكة ، ط١(١٤٠٦هـ-١٩٨٦) : ٤٥٣/٧.

٣- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٤/٤- كشاف القناع للبهوتي: ١٨١/٤.

٤- المبسوط للسرخسي: ٢٢١/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ١٤٤/٢- المجموع للنووي: ١٣٠/١٨- المغني لابن قدامة : ٢٣٧/٧.

٥- المبسوط للسرخسي : ٢٢٢/٥- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٥/٤- كشاف القناع للبهوتي : ١٨١/٤

٦- كشاف القناع للبهوتي : ١٨١/٤.

الإسقاط تفويتاً لحقه بالاستمتاع ، ويكون مؤقتاً تفادياً للغرر ، فلها الرجوع متى شاءت ، ويستوي في ذلك أن تدفع للزوج أو يدفع لها ، أو تدفع لها ضرتها ، لكن إن كان التصرف بين الزوج وزوجته جاز بيومها لمن يشاء ، لأن المرأة لا تدري ما يحصل لها بما أعطت من الاستمتاع بزوجها ، إذ قد يصيبها في تلك الليلة ، وقد لا يصيبها ، بخلاف الرجل فإنه يعلم ، لأن الأمر يرجع لإرادته إن شاء أصاب وإن شاء لم يصب [١].

أما لو دفعت المال لضرتها فهي معاوضة تتم بمجرد العقد وليست هبة على أن يكون مؤقتاً [٢] ، أما شراء المدة الطويلة كنحو شهر أو سنة مثلاً ، فالكراهة فيها بيّنة للغرر ، إذ لا يدري كل واحد منهما هل يعيش إلى تلك المدة هو أو الذي اشترى الاستمتاع به ، كما أنها مع طول المدة يتعذر عليها الوفاء [٣].

المناقشة والترجيح : من الملاحظ الإشكالات التالية :

١- درج الفقهاء على تسمية إسقاط المرأة لحقها في القسم بأنه هبة ، والمتتبع لوجوه الشبه والاختلاف بين كليهما يجد أن الهبة لا تتوقف على قبول الطرف الآخر (الموهوب له) ، بينما في إسقاط حق القسم لابد من موافقته ورضاه بالإسقاط ، لأن في ذلك تفويتاً لحقه في الاستمتاع ، وإذا تحقق سبب استحقاق القسم ، وهو العصمة جاز التصرف فيه ، وهو إلى الإسقاط أقرب منه إلى الهبة ، لأن الهبة تقتضي النقل وهو لا يتصور في القسم [٤].

٢- إن حق القسم يتجدد كل يوم ، والحاجة إليه متجددة ، لأنها حاجة تتعلق بالجسد ، وبالتالي فالإسقاط ينبغي أن يكون مؤقتاً وليس دائماً ، ويؤكد ذلك اتفاق الفقهاء على حقها في الرجوع عن الإسقاط إن شاءت ، وهذا لا يتنافى مع كون الإسقاطات لا تقبل الرجوع ، لأن المرأة تملك حق المطالبة بالوطء [٥].

٣- إن الأدلة التي استدل الفقهاء بها في جواز هبة حق القسم لا تنفي وجود العوض حتى لو لم يتصف هذا العوض بالمالية ، فالسيدة سودة رضي الله عنها استغنت عن حاجتها للرجال ، وفي القسم لها عبء على الرجل مع عدم حاجتها ، فاستغناؤها عنه مقابل مصلحة ، وهي بقاؤها مع رسول الله ﷺ مقابل ألا تبقى عبئاً عليه وتسترضيه بقسمها.

١- الذخيرة للقرافي: ٤/٤٥٨- البيان والتحصيل للقرطبي : ٤/٣٥٠- مواهب الجليل للمغربي: ٥/٢٥٩.

٢- الذخيرة للقرافي: ٤/٤٥٨- مواهب الجليل للمغربي: ٥/٢٥٩.

٣- البيان والتحصيل للقرطبي: ٤/٣٥٠- تحرير الكلام للحطاب/٢٩٧.

٤- الذخيرة للقرافي: ٤/٤٥٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨/٣٧٧.

٥- الذخيرة للقرافي: ٤/٤٥٨- كشاف القناع : ٤/١٨١.

أما في الثانية فالعوض الحقيقي منصوص عليه وإن لم يكن مالياً ، كما أن الإسقاط جاء مؤقتاً ، ومن يمتلك حقاً واستجمع أهلية التصرف فله صلاحية استعماله ، وبالتالي فله صلاحية إسقاطه ، وما كان له صلاحية إسقاطه فله صلاحية الاعتياض عليه ، أما الاحتجاج بأنه ليس حقاً مالياً ، فالملاحظ أن الحالات التي قبلت الإسقاط في الأدلة المذكورة قبلت العوض النفعي الذي يمكن أن يتم مقابل مال عادة ، وما يقبل العوض عموماً يقبل العوض المالي على وجه الخصوص .

٤- إن التعليل بأن الحق ليس مما يقابل بمال ، بينما يشترط في المعاوضات عموماً أن يكون المبيع فيها ذاتاً ، وليس هذا متحصلاً في القسم ، هو تعليل مردود بجواز معاوضة العصمة على مال ، كما في الخلع مع كونها ليست مما يتقوم بمال [١].

٥- إن حقّ القسم شرع لرفع الضرر عن الزوجة ، فإذا أسقطته بعوض لم يصح العوض ، ولها القضاء ، لكن إن أسقطته بغير عوض جاز ، مع أن الفارق بين كلتا الحالتين هو العوض الذي يحقق منفعة للزوجة .

وهنا يأتي التساؤل التالي : ألا يمكن للإنسان أن يتحمل الضيق والضرر على نفسه مقابل منفعة مالية يحصل عليها ؟! ، أليس تعويض الضرر بالمال أمراً معتبراً في الفقه والقانون ؟! ، أليس جبر الضرر الواقع على المرأة هو الدافع خلف تشريع المتعة وتنصيف المهر قبل الدخول ، والدافع ذاته لدى الفقهاء المعاصرين في تشريع التعويض في حال العدول عن الخطبة ، ولدى القانونيين في تشريعهم للتعويض في الطلاق التعسفي إذا ثبت وقوع الضرر على المرأة ؟.

لقد سبق من بيان كلا الحقين أن الدافع وراءهما هو دفع الضرر المتوقع ، ورفع الضرر الواقع على المرأة ، وهذا من قبيل تعويض الضرر بالمال ، وهو أمر معتبر شرعاً ، فكذلك الشأن في تحمّل الإنسان ضرراً غير راجح على نفسه مقابل منفعة مالية ، مادام الذي يحصل على الحق صاحبه وليس طرفاً آخر ، بخلاف ما لو كان الزوج هو من يأخذ المال من إحدى زوجتيه مقابل تفويت حق الأخرى .

٦- إن تأقيت الإسقاط لا يترافق بوقوع الضرر في الغالب ، لكن دوامه مع الحاجة يتلازم مع الضرر ، وقد كان إسقاط السيدة سودة رضي الله عنها لحقّها في المبيت بسبب عدم حاجتها مع كبر سنها وجاء ذلك برغبة منها ، وبالتالي فمفهوم المخالفة يقتضي ألا يجوز للزوج مصالحة المرأة على إسقاط نوبتها مطلقاً مقابل الإبقاء على عقد الزوجية ، لاسيما إن ترتب على ذلك وقوعها

١- كشاف القناع للبهوتي : ١٨١/٤.

في الضرر حتماً ، وهو ما يفهم من اتفاق الفقهاء على إعطائها حق الرجوع عن الإسقاط متى شاءت لترفع عن نفسها الضرر.

والراجح : فيما أرى هو ما ذهب إليه المالكية في المسألة من القول بجواز إسقاط المرأة حقها في القسم بعوض أو بغير عوض ، وسواء كان هذا العوض مالاً أو منفعة أو عملاً أو خدمة أو نحو ذلك ، ولكن على أن تتم مراعاة الشرطين التاليين :

١- اشتراط رضا الزوج لما في الإسقاط من تفويت حقّه في الاستمتاع ، وهو أمر متفق عليه بين الفقهاء .

٢- أن يكون الإسقاط أو المعاوضة فيما دخل وقته من الحقوق ، لأن الحق فيما استقبل من الزمان لم يثبت بعد ، وللمرأة عندئذ الرجوع في الإسقاط المحض ، وليس لها الرجوع فيما عاوضت عليه إلا أن تردّ ما قبضته.

ثانياً : إسقاط حق الخيار :

إذا تمّ عقد النكاح صحيحاً ثم تبين وجود عيب في أحد العاقدين فجمهور الفقهاء على جواز فسخ عقد النكاح بالعيب ، يستوي في هذا الحق الزوج والزوجة ، لأن العقد ورد على المحل سليماً ، فإذا ظهر معيباً تبين أن الإرادة العقدية المنصبَّة على المحل منتفية ومعيبة من الأصل ، فيخير من عيبت إرادته أو انتفت ، وذلك دفعاً لما لحقه من ضرر أو غبن [١].

فإذا كان الزوج عنيناً أجّله الحاكم سنة بعد طلبها للتفريق ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن اختارت نفسها ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار [٢] ، ولو طلب من القاضي أن يؤجل سنة أخرى أو شهراً أو أكثر لم يفعل إلا برضاها [٣] ، فإذا انقضى الأجل وثبت المرض عند الرجل ، فإنه يثبت لها الخيار بالبقاء معه أو الانفصال عنه ، لأنه إسقاط حق بعد ثبوته ، فإن اختارت الانفصال كان لها ذلك ، وإن اختارت البقاء معه وأسقطت حقها في الانفصال عنه فلها ذلك أيضاً ، ويلزمها الإسقاط ، ولا تستحق عوضاً مقابل إسقاطها لحقها ، لأنه إنما ثبت لرفع الضرر عنها ، فإذا أسقطته تبين ألا ضرر عليها فلا تستحق العوض [٤].

١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ١٤٢/٢.

٢- البناية للعيني: ٣٩١/٥- ٣٩٢.

٣- البناية للعيني: ٣٩٤/٥.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ١٤٤/٢- الهداية للمرغيناني: ٢٦/٢ ، التمهيد ابن عبد البر: ٢٢٥/١٣- المهذب للشيرازي: ٤٩/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٦٩/٢٤.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد أقر للمرأة بحق الخيار لأجل ، فإذا انقضى سقط حقها باستثناء العنّة فلا يسقط حقها في التفريق بسببها مطلقاً ، قد جاء في المادة ١٠٥: (للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين : ١- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها -٢- إذا جنّ الزوج بعد العقد) .

واستثنى العِنّة من سائر العيوب ، فلم يجعل إسقاط المرأة لحقها في التفريق بسببها باتاً ، وهو ما نصت عليه المادة ١٠٦ والتي جاء فيها: (١- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده -٢- على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال)[١].

وفي المادة ١٠٧: (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 ، فإن لم تزل العلة فرق بينهما)[٢].

وهل يحق له أو لها أن يأخذ المال مقابل الطلاق؟ ، نميز هنا بين حالتين :

١- أن يكون العيب في الزوجة : نحو جذام أو جنون أو برص فله أن يخالعها ، وله أخذ المال مقابل ذلك ، لأنه لو شاء أن يقيم على النكاح أقام عليه ، فكان خلعه ماضياً[٣].

٢- أن يكون العيب فيه فلا يحق له أخذ شيء منها ، لأن لها أن تخرج من يده بغير شيء فلا يكون قد أرسل مقابل بدل الخلع شيئاً[٤].

١- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي : ٢٣٥/١.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، فهر شقفة /٣٦- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٢٣٥/١.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٠/٢.

٤- المرجع السابق : ٢٥٠/٢.

المبحث الثالث : الحقوق التي تُسقَط قبل وقت استحقاقها :

إن الإسقاط على مال تصرف فيه معنى المعاوضة ، ولا يصح فيما لم يثبت بعد من الحقوق ، لأن الإسقاط لابد فيه من أن يصادف محلّاً ، وقبل ثبوت الحق لا محلّ ، فالطلاق إسقاط للعصمة ، فإن لم توجد العصمة فلا إسقاط ، وقد قال ﷺ : " لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ " [1].

والحقوق التي لم تثبت بعد تقسم إلى ثلاثة أقسام : ١- الحقوق التي لم تجب ولا وجد سببها ، ٢- الحقوق التي لم تجب لكن وجد سببها ، ٣- الحقوق التي تثبت شيئاً فشيئاً ، وفي ما يأتي بيان لكل منها :

المطلب الأول : حقوق لم تجب ولم يوجد سببها :

إن الحق هو محل الإسقاط فإذا لم يكن الحق موجوداً ولا وجد سببه فلا يصح إسقاطه ، لأن محل الإسقاط معدوم ، وقد سبق الكلام في إسقاط الحق المعدوم في أركان الإسقاط ، ومن صور ذلك :

إسقاط المرأة المهر قبل نكاحها إذ لا صداق لها [2]، لأن سبب وجوب المهر العقد الصحيح والدخول ولم يوجد أي منهما [3] ، وإسقاط العصمة بمخالعة البائن من طلاق أو غيره ، إذ لا يملك بضعها حتى يزيله [4]، أو إسقاط الزوجية قبل وجودها ، كما لو قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك ، أو أنت طالق أمس وقد نكحها اليوم ، فيلغو لإسناده إلى حالة منافية لمالكية الطلاق [5].

ومن ذلك إسقاط حق الحضانة قبل وجوبه أو استحقاقه ، كإسقاط الجدة حقها في الحضانة قبل استحقاقها أو وجود سبب الاستحقاق ، وصورة ذلك : لو اتفقت الزوجة مع زوجها على

١- سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب: الطلاق قبل النكاح: ر٢١٩٠/٢٤٩ – وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب الطلاق ، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح: ر١١٨١/٢٨١ ، وقال: حديث حسن صحيح ، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب .

٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٢٤/٣٦٩.

٣- المجموع للنووي: ١٨/٦ – حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢/٢٩٤– عقد الجواهر لابن شاس: ٢/٤٧١.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٣٥.

٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ١/٣٩٣.

الخلع مقابل إسقاط الحضانة ، فأسقطت الجدة حقها في الحضانة قبل حصول الخلع ، فإن الحق لا يسقط ، لأن ذلك إسقاط قبل حلول زمن الوجوب وهذا لا يصح [١] .

وإذا أسقط الوارث أو الموصي حقه في التركة المستقبلية في حياة المورّث أو الموصي لم يصح ذلك بمال ولا بغيره ، لأن هذا الحق ليس ثابتاً في حياة المورث إنما يثبت له بعد وفاته [٢] ، ولا عبرة برضى المورّث من عدمه ، فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته ، فإذا كان على قيد الحياة فهي بالنسبة للوارث تركة مستقبلة ، ولا يجوز له التصرف بها كلاً أو جزءاً ، وكذلك شأن الوصية المستقبلة ، فلا يجوز التصرف فيها من قبل الموصَى له ، كما لو باع نصيبه لأجنبي أو وارث آخر ، أو اتفق المورث مع الوارث على إعطائه أقلّ أو أكثر من نصيبه [٣] .

وإذا أسقطت المرأة حقها في متعة الطلاق قبل إيقاعه لم يصح ، لأنه إسقاط ما لم يثبت ، كمن أسقط الشفعة قبل البيع [٤] ، كذلك التعويض في الطلاق التعسفي إذا ثبت استحقاق المرأة له بتحقق شروطه وانقضاء عدتها مع تمسكها بالنكاح وثبوت الضرر عليها وقضى به القانون لها فيكون من الحقوق المالية المحضة لها والتي بإمكانها إسقاطها كيفما شاءت ، بطريق المصالحة أو المعاوضة أو المقاصة بغيرها من الديون الثابتة للزوج في ذمة المرأة ، فإن أسقطت حقها في التعويض قبل ثبوته لم يصح ذلك منها، كمن خالعت زوجها مقابل ما تستحقه من نفقة في الطلاق التعسفي [٥]، أو قاصّت خاطبها على دين له في ذمتها مقابل تعويض العدول عن الخطبة ولم يثبت لها بعد فلا إسقاط .

واختلف الفقهاء في صحة إسقاط نفقة العدة قبل الطلاق : فذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم صحة ذلك لعدم وجوبها أو وجود سببها ، وهي من قبيل إسقاط المعدوم ، وهذا محال [٦] .

١- حاشية دسوقي لابن عرفة: ١٠٠/٣- تحرير الكلام للحطاب/٢١٠.

٢- معاوضة الحقوق ، مجلة العدل ، العدد ٤٥ لعام١٤٣١/١٩٩.

٣- الوسيط في القانون المدني للسنهوري: ٤١٣/١- ٤١٥.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٢٣١/٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٣١/٤.

٥- شرح قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي: ٦٦٣/١.

٦- رد المحتار لابن عابدين: ٤٥٣/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٧/٢٢.

وذهب الشافعية والمالكية وهو قول عند الحنفية إلى صحة ذلك ، لأن سبب وجوبها هو العقد وإنما تأخر لتأخر وجوب ما يقابله وهو الطلاق ، والإسقاط بعد وجود السبب جائز[١] .

المطلب الثاني: حقوق لم تجب ولكن وجد سببها :

وهي الحقوق التي لم تثبت لصاحبها أو مستحقها بعد ، ولكن وجد سبب الاستحقاق ، وقد اتفق الفقهاء على صحة الإسقاط عند وجود سبب الاستحقاق وقبل ثبوته ، لأن سبب الحكم إذا تقدم على شرطه جاز ترتب الحكم عليه [٢].

فالعنين يُضرَب له أجل لمدة سنة في الإقامة مع زوجته للتأكد من عنّته أو عدمها ، لأن العجز قد يكون له علاقة بالفصول الأربعة ، فإذا مضت السنة بظروفها الجوية المختلفة ، تبين أن العنة عادته ، فإذا أسقطت الزوجة حقها قبل انقضاء الأجل واختارت البقاء معه ، فإن حقها في الخيار لا يسقط ، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته ، أما بعد انقضاء الأجل وثبوت هذا المرض في الرجل ، فيثبت لها الخيار بالبقاء معه أو الانفصال عنه ، لأنه إسقاط حق بعد ثبوته ، فإن اختارت الانفصال عنه كان لها ذلك ، وإن اختارت البقاء معه وأسقطت حقها في الانفصال فلها ذلك أيضاً ، ويلزمها الإسقاط[٣] ، أما في قانون الأحوال الشخصية السوري فيسقط حق المرأة في طلب التفريق إذا علمت بالعيب قبل العقد أو رضيت به بعده ، باستثناء حق التفريق للعنّة فلا يسقط بحال وذلك وفقاً للمادة ١٠٦[٤].

ولا يصحّ للحامل المخالعة على نفقة العدة عند الحنابلة والشافعية في قول ، لأنها لم تجب بعد ، وإنما تجب يوماً بيوم ، فلم يصح الخلع عليها ، كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها [٥]، ولأنها إنما تجب بعد الطلاق باعتبارها حق الحمل وليس حق الحامل[٦] .

١- بدائع الصنائع للكاساني: ١٥٢/٣- شرح منح الجليل ، محمد عليش: ٤٠٧/٤- المهذب للشيرازي : ٦٢١/٤.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٠٧/١١ حاشية الدسوقي لابن عرفة: ١٣٤/٢ ، روضة الطالبين للنووي: ٢٤٤/٩- الروض المربع للبهوتي/٥٣٤.

٣- الهداية للمرغنياني: ٢٦/٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ١٤٤/٢- التمهيد لابن عبد البر: ٢٢٥/١٣- التلقين للبغدادي/١١٧- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٦٤/٨- المهذب للشيرازي: ٤٩/٢- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٣٦٩/٢٤.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، فهر شقفة /٣٦- شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٢٣٥/١.

٥- المهذب للشيرازي: ٦٢١/٤- المغني لابن قدامة : ١٨٧/٨.

٦- الشرح الكبير لابن قدامة :٥٧/٢٢.

وذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية في قول إلى جواز ذلك باعتبارها إحدى النفقتين فصحّت المخالعة عليها ، كما تصح المخالعة على نفقة الصبي وكفالته وقتاً معلوماً [١]، ونفقة العدة وإن لم تكن واجبة لكن وجد سبب وجوبها وهو العقد ، فكانت كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه [٢] ، ويجري مجرى ذلك إسقاط الحامل حقها في الحضانة [٣] ، وإسقاط النفقة الزوجية المستقبلة عند المالكية [٤] ، أو قبل ثبوتها بطريق التقاضي أو التراضي عند الحنفية [٥] .

والمفوضة إذا أسقطت حقها في المهر مقابل الطلاق من زوجها صحّ ذلك قبل الدخول وبعده إذا تمّ التفويض من قبل القاضي ، أما لو أسقطت عنه المهر قبل فرضه لها ، فقد اختلف الفقهاء في صحة ذلك الإسقاط : فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم صحته ، لأنه إسقاط ما لم يجب بعد [٦] ، وذهب المالكية إلى صحته ، لأنه وإن لم يوجد الحق لكن وجد سببه وهو العقد[٧].

١- تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦١- تحرير الكلام للحطاب/٩٣- مواهب الجليل للمغربي : ٣٧٢/٢ – روضة الطالبين للنووي: ٩/ ٧٠/٩.

٢- البناية للعيني: ٣١٧/٥- مختصر القدوري/١١٦٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٩/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٢/ ٥٧- ١١٤.

٣- تحرير الكلام للحطاب/٢١٠.

٤- الفواكه الدواني للنفراوي: ٤٣/٢.

٥- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٠٣/٤.

٦- البحر الرائق لابن نجيم: ٣٤٥/٣- روضة الطالبين للنووي : ٧/ ٢٨٤- المغني لابن قدامة : ١٩٨/٧- كشاف القناع للبهوتي: ١٤٧/٥.

٧- فتح العلي المالك لعليش: ٣٢٠/١ .

المطلب الثالث : الحقوق التي تثبت شيئاً فشيئاً :

إن الحقوق من حيث ثبوتها قد تثبت مرة واحدة كحق المهر وحق المتعة ، وقد تثبت شيئاً فشيئاً وتتجدد بتجدد الزمان كالنفقة الزوجية ونفقة العدة وحق القسم ونحوه ، وهذه الحقوق قد تكون ماضية آلت إلى دين في ذمة من وجبت عليه ، وقد تكون مستقبلة لم يصدق عليها الثبوت في الذمة ، لأن وقت استحقاقها لم يحن بعد ، وقد اتفق الفقهاء على صحة إسقاط الحقوق المالية الثابتة في الذمة بمضي الزمن كسائر الديون أيا كان طريق هذا الإسقاط ، كما اتفقوا على عدم صحة إسقاط ما لم يثبت بعد من الحقوق المستقبلة ، واختلفوا في إسقاط الحقوق المستقبلة التي تثبت شيئاً فشيئاً ، والتي بدأ زمان استحقاقها لكنه لم يمض كاملاً ، فهل تسقط كلّها أم يسقط الجزء الثابت المستحق منها بدخول زمنه ؟ ، يستوي في ذلك أن يكون الإسقاط محضاً أم مقابل عوض مالي ، ويمكن إيضاح هذا الخلاف من خلال عدد من الحقوق، ومن ذلك اختلافهم في إسقاط النفقة الزوجية ونفقة العدة ، وإسقاط حق القسم وأجرة الرضاع والحضانة .

أولاً : إسقاط النفقة الزوجية المستقبلة :

اتفق الفقهاء على أن النفقة الماضية تكون ديناً ثابتاً في ذمة الزوج المعسر أو الغائب أو الممتنع وتستحق جملة واحدة ، ويجوز للزوجة إسقاطها لثبوتها لها ، وتثبت بالتراضي أو التقاضي عند الجمهور خلافاً للحنفية الذين نصّوا على أن النفقة لا تصير ديناً في ذمة الزّوج إلا بقضاء القاضي، وبالتالي فإذا أسقطت الزوجة حقها سقط عند الجمهور مباشرة ، بينما لا يسقط عند الحنفية إلا بعد أن يحكم القاضي بالنفقة [(١)].

أما النفقة المستقبلية : فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن إسقاطها لا يصحّ ، لأن ذلك لا يكون إلا بعد ثبوت الحق ، والحق هنا لم يثبت بعد ، فلم تصبح النفقة ديناً في الذمة [(٢)].

ولم يفرق المالكية بين النفقة الماضية والنفقة المستقبلية ، وصرّحوا بأن المرأة لو أسقطت النفقة عن زوجها في المستقبل سقطت عنه [(٣)].

وذهب الحنفية إلى جواز الإسقاط في أول المدة المقضيّ بها ، فإن فرض لها القاضي نفقة كل شهرٍ صحّ الإسقاط عن الشهر الذي جرى فيه الإسقاط ، لأن النفقة وجبت لها بدخول الشهر

١- البحر الرائق ابن نجيم: ٢٠٣/٤- الفواكه الدواني للنفراوي: ٤٣/٢ - الأم للشافعي: ٨٩/٥- المبدع لابن مفلح: ٢٠٧/٨.

٢- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٠٣/٤ - الأم للشافعي: ٨٩/٥- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥- المبدع لابن المفلح: ٨٩/٥.

٣- الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٢- مواهب الجليل للمغربي: ١٦٠/٤- تحرير الكلام للحطاب/٣٠٥.

ولا يصح الإسقاط عن الأشهر الأخرى ، لأنها لم يثبت في الذمة بعد ، وإذا أسقطت عنه نفقة السنة نفذ الإسقاط في الشهر الأول ، لأن القاضي عندما فرض لها النفقة فرضها لمعنى متجدد بتجدد الشهر لا بتجدد الفرض ، فلا يتجدد الفرض ما لم يتجدد الشهر ، والنفقة غير واجبة قبل تجدد الفرض.

وبناءً عليه فإذا أسقطت عنه النفقة الماضية والمستقبلية معاً ، تسقط عنه نفقة ما مضى ، لأنها وجبت عليه وأصبحت ديناً في ذمته ، أما المستقبلية فإنه يبرأ من نفقة الشهر الذي تمّ فيه الإسقاط دون الزيادة على ذلك ، والإسقاط يكون ناجزاً بدخول الشهر، أما في ما بعده فيكون مضافاً إلى المستقبل ، ولا يصح الإسقاط إلا ناجزاً عندهم [١].

كذلك شأن نفقة العدة عند الشافعية فإنها تثبت يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاطها للمستقبل ، ولها حكم النفقة الزوجية عند الجمهور [٢].

ثانياً : إسقاط حق القسم :

وهو حق لا يسقط إلا برضا الزوج ، لأنه حق ثابت في الاستمتاع بها ، فلا تملك الزوجة إسقاطه ونقله إلى غيرها دون رضاه .

وحق القسم حق متجدد يثبت شيئاً فشيئاً ، فلو أسقطت إحدى الزوجات حقها في القسم فهل يكون ذلك على سبيل التأييد أم في الأيام التي مرت فقط ، ويكون لها الرجوع عن الإسقاط في الأيام المستقبلية لعدم ثبوت الإسقاط فيها :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإسقاط لا يلزمها إلا بالليالي التي مرت بها وبالليلة التي اتصل الإسقاط بها ، أما ما يستقبل من الليالي فلها الرجوع عن هذا الإسقاط لعدم ثبوته ، ولما يدركها من الغيرة الشديدة ، فلا تملك القدرة على الوفاء [٣] .

وجه الحنفية والحنابلة بأن حق القسم يثبت شيئاً فشيئاً ، فالإسقاط في الليالي القادمة إسقاط قبل الوجوب فلا يلزم [٤].

أما الشافعية فموقفهم في ذلك متعلق بأحكام الهبة عندهم ، وهي لا تلزم إلا بالقبض ، فالليالي التي مضت من حقها ، فإن اتصل الإسقاط بها كان ذلك بمثابة القبض لذلك ، وليس لها

١- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٠٣/٤ ، بدائع الصنائع للكاساني: ١٦/٤.

٢- البناية للعيني : ٣١٧/٥- مختصر القدوري /١١٦٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٩/٢- المهذب للشيرازي : ٤٩/٢- الشرح الكبير لابن قدامة :١١٤/٢٢.

٣- الشرح الكبير للدردير: ٣٤٣/٢.

٤- الهدايه للمرغياني: ٣٢٢/١- الإنصاف للمرداوي: ٣٧٢/٨.

قضاؤها ، وكذلك الليلة التي دخلت ، وأما فيما يستقبل من الليالي فالإسقاط لم يتصل بها ، لذا فلها الرجوع [١].

أما إسقاط حق القسم على عوض مالي فقد سبق عدم جوازه عند الجمهور خلافاً للمالكية، والمالكية الذين أباحوا الإسقاط مقابل عوض مالي لم يفرقوا بين أن يكون الحق ماضياً أو مستقبلاً من حيث ثبوته ، وقد ترجح لدي سابقاً قول المالكية في الجواز وموقف الجمهور في التأقيت ، وبالتالي فللمرأة المعاوضة على يومها أو ليلتها التي بدأ زمانها فعلاً مقابل عوض مالي وليس لها ذلك على سبيل التأبيد ، والله تعالى أعلم .

ثالثاً : أجرة الرضاع والحضانة :

وهما من الحقوق المالية التي تتجدد شيئاً فشيئاً ، لأنهما حقّان نتجا عن عقد إجارة يتمثل في بيع المنافع بعوض لمدة معلومة ، وعقد الإجارة قد يرد على مدّة أو على عمل ، وبما أن المعقود عليه في كلتا الحالتين هو المنفعة ، وهي غير موجودة عند العقد ، ولا يمكن تسليمها دفعة واحدة ، بل تسلم شيئاً فشيئاً ، فإن إسقاطها يتبع في حكمه الزمن الذي تثبت فيه الأجرة : فإذا اشترط تعجيل الأجرة عند العقد وجبت معجلة وصحّ إسقاطها ، وإن كان العقد مطلقاً وخالياً من شرط التعجيل فقد اختلف الفقهاء في وقت وجوبها :

فذهب الحنفية إلى أن الأجرة لا تملك بالعقد ، ولكن تتملك على التراخي ، فالإسقاط إذا وقع على الأجرة بعد العقد وقبل استيفاء أي جزء من المنفعة يكون باطلاً ، لأنه وقع على حق لم يجب ، وإنما زمن الإسقاط يبدأ بعد وجوب الحق ، فإسقاط الأجرة بعد مضي شهر مثلاً يصحّ عن ذلك الشهر ، لأنها أصبحت ديناً في ذمته ، ولا يسقط عن الأشهر المستقبلية [٢]، وذهب المالكية أيضاً إلى أن الأجرة لا تتملك بالعقد إلا أن يجري العرف بذلك [٣]، وذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية إلى أن الأجرة تتملك بالعقد في هذه الصورة ، والإسقاط صحيح نافذ لأنه تمّ بعد وجود سبب الوجوب وهو عقد الإجارة ، والإسقاط بعد وجود سبب وجوب الحق جائز [٤].

١- المهذب للشيرازي: ٦٩/٢.

٢- البحر الرائق لابن نجيم : ٣٠٠/٧- بدائع الصنائع للكاساني :٤ /٢٠١- الاختيار للموصلي : ٥٥/٢

٣- مواهب الجليل للمغربي : ٣٩٤/٥

٤- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٠١/٤- البحر الرائق لابن نجيم: ٣٠٠/٧- كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني- تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وطالب عواد ، دار البشائر- دمشق ، ط١(١٤٢٢-٢٠٠١م):٣٥٥/١- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

فإن كان العقد على العمل فيستحق الشخص أجرة عمله إذا اشترط العامل تعجيل الأجرة وتصبح ملكاً له قبل الدخول في العمل ، أما إن أطلق : فقد ذهب الحنفية إلى أن الأجير يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه للمستأجر ، لأن منافعه صارت مستوفاة بتسليم نفسه ، فإن سلّم نفسه للمستأجر فقد استحق الأجرة ، ونفذ الإسقاط ، ويكون باطلاً إن كان بعد العقد قبل التسليم [١].

وذهب المالكية إلى أن عرف البلد هو الحكم في وقت وجوب الأجرة ، فإن جرى العرف باستحقاق الأجرة بمجرد العقد لزمت وصحّ إسقاطها [٢].

أما عند الشافعية والحنابلة فتجب الأجرة بانعقاد العقد ، ويصح إسقاطها بمجرد العقد ، ويبرأ المستأجر ، لأن الأجرة وجبت في ذمته ، وإن لم يتوجب عليه تسليمها بعد ، فالإسقاط وقع بعد وجوب الحق [٣].

واعتبر الحنابلة في قول أن حق الحضانة من الحقوق المتجددة الاستحقاق[٤].

وإذا أطلق الاستئجار في الحضانة دون ذكر الرضاع ، فلا يدخل الإرضاع إلا بحسب المتعارف عليه ، كذلك لو أطلق في ذكر الإرضاع دون ذكر الحضانة [٥].

وهذه الحقوق إذا سقطت لمانع تعود إلى صاحب الحق عند زوال المانع ، ويحقّ له إسقاطها بعد ذلك ، كذلك كلّ حقٍ متجدد يثبت شيئاً فشيئاً ، يكون للمسقط الحق في الرجوع عن إسقاطه في المستقبل .

١- الاختيار للموصلي: ٥٤/٢.

٢- التاج والإكليل للعبدري: ٣٩٣/٥.

٣- المهذب للشيرازي: ٤٠٩/١ – المغني لابن قدامة : ٣٠٥/٥.

٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٣/٤.

٥- المرجع السابق : ٤٣٤/٤.

الفصل الرابع : صور تطبيقية لإسقاط الحقوق الأسرية مقابل مال وحكمها :

المبحث الأول : إسقاط حق الحضانة على مال :

المطلب الأول : تحقيق مناط الحضانة من خلال حالات سقوطها.

المطلب الثاني : حكم إسقاط حق الحضانة مقابل مال وصورها.

المبحث الثاني : إسقاط العصمة مقابل مال :

المطلب الأول : تعريف الخلع والطلاق على مال والفارق بينهما .

المطلب الثاني : صور الإسقاط على مال في الخلع الاتفاقي.

المبحث الثالث : إسقاط الدعوى في الحقوق الأسرية على مال :

المطلب الأول : إسقاط الدعوى على مال في حال إنكار المدعى عليه الحق أو السكوت عنه .

المطلب الثاني : بعض الصور التطبيقية لإسقاط الدعوى على مال في الحقوق الأسرية.

المبحث الرابع : إسقاط حقوق الزوجية مقابل مال :

المطلب الأول : إسقاط حق الطلاق .

المطلب الثاني : إسقاط حق النقلة ومتابعة الزوج.

المطلب الثالث : إسقاط الزوجة حقها في الانفراد بالسكن.

المطلب الرابع : إسقاط المهر على مال .

المطلب الخامس : إسقاط حق النفقة الزوجية مقابل مال .

المطلب السادس : إسقاط حق الميراث .

المطلب السابع : إسقاط حق التعدد.

المطلب الثامن : إسقاط حق الرجوع في الهبة .

الفصل الرابع : صور تطبيقية لإسقاط الحقوق الأسرية مقابل مال وحكمها :

تختلف أهمية الحقوق الأسرية تبعاً لدرجة تأثيرها على أفراد الأسرة ، وقد كنت عرضت معظمها في درج الكلام ، وأفرد في هذا الفصل دراسة مفصلة لإسقاط البعض منها مقابل عوض مالي .

المبحث الأول : إسقاط حق الحضانة على مال :

تعد الحضانة من أعقد المسائل التي ينظر فيها القاضي ، وعليه أن يتعامل معها بكل دقة مراعياً مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها ، وهذا يقتضي أن المناط في إسناد الحضانة هو مقدار ما تحققه من مصلحة للمحضون ، وأي اتفاق بخلاف ذلك باطل لا أثر له .

المطلب الأول : تحقيق مناط الحضانة من خلال حالات سقوطها :

تدور الحضانة مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً ، وهذا يحتّم على القضاة أن يراعوا دائماً في باب الحضانة مصالح الطفل فحسب دون التفاتٍ إلى أي اعتبارٍ آخر[1] ، ولا يمكن تحقيق ذلك ما لم يكن الحاضن مؤهلاً للقيام بهذه المهمة على أتم وجه ، فإذا ما عرض للحاضن سبب معتبر يفقده أهلية الاستحقاق سقطت عنه الحضانة ، وآلت إلى من يليه في الدرجة من مستحقيها ، والمتتبع لاجتهادات الفقهاء في مسائل الحضانة وأحكامها يجد أنها برمتها تستند على مبدأ مصلحة المحضون ، وقد تجلّى ذلك في جوانب عدة ذكرها الفقهاء منها :

١- **اشتراط أهلية الحاضن :** فلا تصح الحضانة من المجنون أو المعتوه لحاجتهم للرعاية في أنفسهم، فيكونون أعجز عن تولي شؤون غيرهم ، وسواء كان الجنون مطبقاً أو منقطعاً إلا أن يكون الجنون نادراً ولا تطول مدته كيوم في سنين ، فلا يبطل الحق بل هو كمرض يطرأ ويزول[2] .

٢- **القدرة على القيام بشؤون المحضون** : فلا حضانة لمن يعجز عن القيام بشؤون الحضانة لمرض أو عجز كمرض السلّ والفالج إن كان يشغله بألمه عن كفالة الصغير، أو كان يؤدي إلى تعسر حركته ، وهو مباشر للأمور بنفسه وليس مدبراً لها ، وكذلك لا حضانة لمن يعاني من

١- منهاج المسلم ، أبو بكر الجزائري ، دار السلام- مصر ، ط(١٩٨١)/٤٣٠ - أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، محمد مصطفى شلبي، ط٤(١٩٨٣) ، الدار الجامعية، بيروت /٧٦٣.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٨/١٠ ، الأم للشافعي: ٢٧٤/١٠- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٦٩/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٣/٤.

الأمراض المعدية أو المنفرة كالجذام والبرص [١] ، جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ ١٩٥٤/٥/٣٠: (إنّ عجز الحاضنة عن القيام بالحضانة لوجود علة في جسمها يفقدها حق الحضانة) [٢].

وإذا كانت الحاضنة تخرج كثيراً ، ولو في مباح ، وتترك الولد ضائعاً ، فلا تكون مأمونةً عليه ، وليس لها حضانته ، لأنها لا تتمكن من إصلاح المحضون ومراقبته والقيام بشؤونه مما يؤدي إلى ضياعه وسوء أخلاقه[٣] ، والمرأة المحترفة أو العاملة كذلك إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بشأنه ، فلا حضانة لها [٤] .

والأم إن تزوجت بأجنبي عن الصغير سقطت حضانتها ، لاشتغالها بحق زوجها عنه [٥]، والأصل في ذلك : ما روي أن امرأةً جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له : يا رسولَ الله إنَّ ابني هذا كان بَطني لهُ وِعاءً ، و ثَديي له سِقَاءً ، وحِجْرِي لهُ حِواءً ، وإنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وأرادَ أن يَنتَزِعَهُ مِنّي ، فقال ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي " [٦].

أما لو تزوجت الأم بقريب محرم للصغير لم تسقط حضانتها ، لأن ذلك مظنة الشفقة بالصغير ورعاية حقه ، حيث تتعاون مع قريب الصغير على كفالته والعناية به ، بخلاف الأجنبي الذي قد يمسكه بغضاً لا عطفاً ، ويقسو عليه عنفاً لا تأديباً ، وقد لا يمكّن أمه من رعايته كما يجب ، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة [٧] ، وقد جاء في المادة ١٣٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري " زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط

١- تبين الحقائق للزيلعي: ٤٨/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٨/١٠- الإنصاف للمرداوي: ٤٨٦/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٢- محكمة النقض السورية ، عزة ضاحي/١٣٩.

٣- البجيرمي على الخطيب: ٤٧٥/٤ - الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- الأم للشافعي: ٢٧٤/١٠- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٧/٤- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩.

٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٢/٤- تبين الحقائق للزيلعي: ٤٨/٣- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٥/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٨/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٣/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩.

٦- سبق تخريجه ص٤٥.

٧- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٧٠/١- تبين الحقائق للزيلعي: ٤٨/٣ - حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠/ ٨٦- مغني المحتاج للشربيني: ١٩٦/٥ - الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

حضانتها " [1]، وجاء في قرار المحكمة الشرعية رقم (١٤٩٧) لعام ٢٠٠٠: (١- إسقاط حق الأم بالحضانة لزواجها من غير محرم على الصغير من النظام العام - ٢- الحضانة مقصورة على الأم المتفرغة للحضانة) [2].

٣- تأمين الحماية الأخلاقية للطفل : فلا حضانة لفاسقٍ معروفٍ بالفجور ، أو مشتهرٍ بالزنا أو الفسق أو اللهو الحرام خشيةً على الولد من الضياع ، وصوناً لأخلاقه من الفساد [3]. وقد يلجأ بعض الآباء إلى انتزاع حق الحضانة من الأمهات بطرق غير شرعية بهدف الانتقام من الزوجة واتهامها بالفساد لإكراهها على الاستغناء عن حضانة الأبناء ، والأمر عندئذ يتبع أصول الدعوى، وما ينبغي أن يتوافر فيها من وسائل الإثبات.

٤- المحرمية بين الأنثى المحضونة وبين الحاضن إن كان ذكراً : وذلك تفادياً للخلوة بها بعد بلوغها فلا حضانة لابن العم على ابنة عمه ، ولما في الحضانة من الاختلاط التام والاحتياج إلى معرفة بواطن الأمور[4]، وقد أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن عمها ، فيكون له إبقاؤها عنده بأمر من القاضي ، إذا كان مأموناً عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة منه [5].

٦- تأمين الحاجات العاطفية للطفل : وذلك من خلال جعل الحضانة في يد النساء ، لكونهنَّ أشفق عليه ، وأقدر على تأمين احتياجاته [6].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٣.

٢- المادة (١٤٧): (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). الغرفة الشرعية ، قرار١٤٩٧ ، أساس١١٧٤ – لعام٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان ٣ – ٤ لعام ٢٠٠٢/ ٢٩٦.

٣- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٥/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني:٨٩/١٠- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٦٩/٢٤.

٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة:٥٢٨/٢-العزيز شرح الوجيز للقزويني:١٠٣/١٠-الروض المربع للبهوتي/٦٢٩.

٥- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٥/١- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٥٤٢/١.

٦- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٦/١٠- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٢/٤.

٧- تجنب الإضرار بالغير : ولهذا الاعتبار لم يكن للحاضن الانتقال بالمحضون أو السفر به وتفويت حق الآخر بالزيارة والرؤيا [١].

٨- **حماية عقيدة المحضون ودينه :** ومن ذلك اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون حفاظاً على دين الصغير وحسن تنشئته [٢] ، وهو شرط عند الشافعية والحنابلة والمالكية في غير المشهور ، لأن الحضانة نوع ولاية ، ولا ولاية لكافر على مسلم خشية الفتنة على المحضون لكونه ينشأ على ما يألفه منها ، فلابد من أن يكون الحاضن مسلماً [٣].

وفرّق الحنفية والمالكية في المشهور عندهم بين الذكر والأنثى فاشترطوا الإسلام في الذكر دون الأنثى ، ولم يشترطوه في الحاضنة إلا أن تكون مرتدة ، لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة أما غير المسلمة فتثبت لها الحضانة ما لم يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها ، وذهب المالكية إلى أنه لا ينزع منها ، ولكن تضم الحاضنة إلى جيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها ، أما إن كان الحاضن رجلاً فلا بد من اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم [٤] .

فإذا استحقت الحضانة لصاحبها ، ثم سقط عنه الحق لسبب معتبر شرعاً وقانوناً جاز للحاضن الذي يليه في المرتبة أن يطالب بإسقاط الحضانة عن الحاضنة وإسنادها له [٥]، وتعتبر دعوى إسقاط الحضانة من الدعاوى التي يتم اللجوء إليها ابتداء ، بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالباً ما تكون تابعة لدعوى الطلاق.

١- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٥/١- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٥٤٢/١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤١/١٠- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢ - مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٦/٣- الاختيارات الفقهية لابن تيمية/٢٨٨ - الروض المربع للبهوتي/٦٢٩- كشاف القناع للبهوتي: ٣٣/٣.

٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ١٠/ ٨٨- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦١/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ١٠/ ٨٨- مغني المحتاج للشربيني: ١٩٦/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٦٩/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٢٩.

٤- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٢/٤- الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ٦/٤ - مجموعة رسائل ابن عابدين :٢٦٥/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦١/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٨٨/١٠- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٥- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨٦/١٠- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٢/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

وطلب إسقاط الحضانة أو إنهائها ينبغي أن يتوجه إلى القائم بالحضانة فعلياً ، وهذا ما نصت عليه المحكمة الشرعية في قرارها رقم (٦٦٩) لعام ٢٠٠٠ حيث جاء فيه : (يجب أن يوجه طلب إنهاء الحضانة إلى الحاضنة الفعلية [١] ، وعلى القاضي أن يجتهد في التحري عن مصلحة المحضون عند إثبات الحضانة أو إسقاطها ، وهذا ما قضت به محكمة النقض السورية في ١٩٥٨/١/٣٠ حيث جاء فيها : " يجب على القاضي التثبت من مصلحة الصغير المحضون، فالحضانة ليست من الحقوق الشخصية التي يكفي في إثباتها أو نفيها إقرار المتخاصمين) [٢].

المطلب الثاني : حكم إسقاط حق الحضانة مقابل مال وصوره :

إن إسقاط الحضانة قد يكون لسببٍ عارض يعيق أهلية الحاضن ، وقد يتمّ ذلك بإرادة تامة من الحاضن بأن يتخلى عن حضانته لشخص آخر بإرادته ، وقد يكون هذا الإسقاط محضاً أو مقابل عوض مالي ، ولكل حالة حكمها وفق ما يأتي بيانه .

الفرع الأول : الإسقاط الاتفاقي لحق الحضانة بعوض : إن الإسقاط على مال كغيره من العقود الرضائية يتم بإرادة العاقدين ، وهو ملزم من حيث نتائجه ، وهذه قاعدة عامة منصوص عليها في الفقه والقانون .

وقد يتفق الزوجان على حلِّ الرابطة الزوجية، ويسبق ذلك أو يعقبه اتفاقهما على التنازل عن الحضانة أو الامتناع عنها أو إسقاطها من قبل مستحقها بعوض أو بغير عوض، فما حكم ذلك؟.

ينبني حكم التنازل عن الحضانة أو إسقاطها في أصله على اختلاف سابق في المختص بحق الحضانة ، هل هي حق للحاضن أم للمحضون ؟ وبمعنى آخر هل هي حق للحاضن أم واجب عليه؟:

وقد رجح لديّ أن الحضانة حق مشترك بين المحضون وحاضنه ، فالطفل صاحب حقّ لضعفه وحاجته ، والأم صاحبة حقّ لوفور شفقتها ، والأب صاحب حقّ لنسبة الولد إليه وإنفاقه عليه أما عند التعارض فيقدم حقُّ الأم على حقِّ الأب ، ويقدم حق الصغير عليهما مراعاة للأصلح له وبناء عليه فقد اتفق الفقهاء على أن الأم إذا تعينت عليها الحضانة ولم يوجد غيرها أجبرت عليها ،

١- الغرفة الشرعية قرار ٦٦٩ ، أساس ٤٣٤ ، لعام ٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان٣ – ٤ لعام ٢٥٧/٢٠٠٢

٢- محكمة النقض السورية ، عزة ضاحي/١٣٩.

ولا يصح إسقاطها لحقها فيها [1] ، واختلفوا في حكم إسقاطها لحقها في الحضانة مع وجود غيرها من الحواضن على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية في الراجح ، وهو ما عليه الفتوى عندهم ، والمشهور عند المالكية إلى القول بجواز إسقاطها لحقها ، حتى لو قالت الأم : لا حاجة لي به ، وقالت الجدة : آخذه ، دفع إليها ، لأن الحضانة حقها ، فيصح الإسقاط منها [2].

وذهبت محكمة النقض إلى أن : (حق الحاضنة من الحقوق المستمرة ، فإن تنازلت عنه في زمن لا يؤثر على حقها في المستقبل) ، وجاء في القرار رقم ٢٠ لعام ١٩٧٠ : (التنازل عن الحضانة لا يمنع من تجديد المطالبة به) [3] ، والمفهوم الموافق لهذه النصوص اعتبار التنازل عن الإسقاط ذو أثر صحيح .

القول الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية ومالك في رواية إلى عدم جواز إسقاطها لحق الحضانة لما فيه من حظ الولد [4].

عرض الأدلة : استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

١- حديث المرأة التي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له : يا رسولَ الله إنَّ ابني هذا كان بَطني لهُ وِعاءً ، و ثَديي له سِقَاءً ، وحِجْرِي لهُ حِواءً ، و إنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي ، وأرادَ أن يَنتَزِعَهُ مِنِّي، فقال ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي " [5].

وجه الاستدلال : يدل الحديث بظاهره على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة ، وصاحب الحق له حرية التصرف فيه ما لم يعارض مصلحة الصغير ويؤدي إلى ضياعه [6] .

١- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٥/١- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٤- البجيرمي على الخطيب: ٤٧٥/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٦٦/٢٤.

٢- البناية للعيني : ٤٧٢/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- تحرير الكلام للحطاب/ ٢٠٨- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٢/٢.

٣- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٤٧.

٤- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٠/٤- المدونة للإمام مالك: ٢٦٢/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣٢/٢- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٨- البجيرمي على الخطيب : ٤٧٥/٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٣/٤.

٥- سبق تخريجه ٤٥.

٦- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٤/١- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

٢- قضاء أبي بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر لأمه ، حيث قال لعمر رضي الله عنه : "خَلِّ بينَها وبينَهُ ، فإنَّ مَسحَهَا وحِجْرَهَا وريحَهَا خَيرٌ لَهُ مِنكَ ، حَتَّى يَشِبَّ الصَّبِيُّ " [١].

وجه الاستدلال : حكم أبو بكرٍ رضي الله عنه بالصبي لأمه ، فدلّ على أنَّها صاحبة الحق، والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون من غير منكر ، فكان إجماعاً سكوتياً على ذلك ، وامتلاك الحق يقتضي حرية التصرف فيه[٢].

٣- قياس حق الحضانة على حق الشفعة في جواز بيعه على مال[٣] ، وهو في الحضانة صلح في غير مال كالخلع ، وليس مبايعة محضة حتى جاز مع الغرر كتركها للحضانة على ثمرة لم يبدُ صلاحها ونحو ذلك [٤].

استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

١- قال تعالى : ﴿والوالداتُ يُرضِعنَ أولادَهُنَّ حَولَينِ كَامِلَينِ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

وجه الاستدلال : الأمر في الآية للوجوب ، فتجبر الأم على الحضانة لمصلحة الصغير، ولولا أن الحضانة حق الصغير ما أجبرت عليها ، وإجبارها دليل على عدم حريتها في التصرف في الحق معاوضة أو إسقاطاً [٥].

٢- إن الحضانة جعلت للنساء بالنظر إلى الأقدر على تحقيق منافع الصغير ، وكذلك أوسدت شؤونه المالية إلى الأب باعتباره الأصلح ، فدلّ على أن الحضانة حق الصغير، حتى لو اختلعت على إسقاطها لم تسقط [٦].

١- سبق تخريجه ص٤٧.

٢- البناية للعيني: ٤٧٢/٥- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٣/٤.

٣- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٧.

٤- المرجع السابق/ ٢٠٨.

٥- البناية للعيني: ٤٧٢/٥.

٦- البناية للعيني : ٣٢٢/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢٨/٢.

الترجيح : اتضح من خلال آراء الفقهاء سابقاً أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون وليس خالصاً لأحدهما ، ومداره تحقيق ما هو أنفع للصغير وأصلح له [١].

وبناء عليه : يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه ، بشرط ألا يلحق الضرر بالمحضون ، وإلا فلا يسقط بالإسقاط ، والإسقاط ليس على إطلاقه ، لكنه متعلق بوجود حاضن آخر تتوافر فيه شروط الحضانة ، فإن لم يوجد بطل الإسقاط ، لأن المعتبر هنا وبشكل أولي هو مصلحة المحضون ، وفي إسقاط حقه زعزعة لاستقرار الطفل ، وله آثاره النفسية التي قد تنعكس على حياته كلها ، وقد تجعل منه فريسة الضياع والإهمال .

وإذا كان هذا حكم الإسقاط المحض لحق الحضانة ، فإن وجود البدل المالي لا يغير من الحكم شيئاً ، ويبقى الإسقاط والحالة هذه مرتبط بمصلحة المحضون ، يدور معها وجوداً وعدماً ، لكن مع ثبوت حق الآخر في استرداد العوض المالي المبذول لانعدام ما يقابله [٢].

وإذا اتفق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين ليتم إسناد الحضانة له ، أو امتنع عنها أو تنازل بعوض مالي أو بغير عوض ، وسواء كان فك الرابطة الزوجية بالتراضي أو بالإرادة المنفردة ، أو كان ذلك في حال قيام الزوجية وبقاء العصمة ، فالحكم مرتبط بوجود مصلحة المحضون[٣]، ولا أهمية لما قد يحققه الإسقاط من فائدة لأحد الحاضنين ، سواء كانت هذه الفائدة مادية أم معنوية ، يستوي في ذلك الأم وغيرها من الحواضن ، فإذا تمّ الاتفاق على إسناد الحضانة إلى من يلي مستحقها في المرتبة ، وكان ذلك مقابل عوض مالي لمنفعة المسقط أو المسقط له ، فيصح الإسقاط إن لم ينتج عنه ضرر بالصغير ، وكان له حاضن آخر فإن لم يوجد كان الإسقاط لاغياً ، كذلك لو سقطت الحضانة عن الحاضنة بزواجها أو غير ذلك ووجبت للأب فأعطته شيئاً على أن يتركه عندها أو التزمت نفقة البنات على ألا ينزعن منها فهو جائز لازم وعليها نفقة ولدها [٤].

١- زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن قيم الجوزية، ط١(١٩٢٨) : ٤٥٣/٥ - أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلبي/٧٥٤ - الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، بدران أبو العينين: ٥٤٣/١ - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني: ٢٣٩/٢- شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، رشدي أبو زيد، ط١(١٩٩٩) ، دار الفكر العربي، القاهرة/١٥٧.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣٢/٢- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٧.

٣- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٩-٣١٠، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية ، سعاد صالح ، دار تهامة - جدة ، ٩٨/١٩٧٩ .

٤- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٩.

وإذا اشترطت المرأة على زوجها في الطلاق بالتراضي أن يتولى حضانة ولده بما لا يضر بمصلحة الصغير، فهل ينتقل الحق إلى الأب أم إلى الجدة ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : تنتقل الحضانة إلى الجدة وتصير الأم بمنزلة الميتة أو المتزوجة ، لأن حق الولد لم يضع ، وقد وجد له من يحضنه غيرها ، وإنما وجبت الحضانة لما فيها من حظ الطفل وتفويضها إلى القريب الذي هو أشفق وأشد اهتماماً وأكرم إعالة أولى ، وإليه ذهب الحنفية والمالكية في المفتى به وما عليه العمل به عندهم والشافعية في الأصح والحنابلة [١].

القول الثاني : ذهب الشافعية في قول آخر إلى أنها تنتقل إلى الأب ، لأن أهليتها باقية وإن تركت حقها بخلاف ما إذا ماتت أو جنت ، فكانت كولاية التزويج إذا مات الأقرب أو جنّ ، يزوّج الأبعد ، فتكون الحضانة للأب وهو بمنزلة السلطان [٢].

ردّ الجمهور بأن قياس الحضانة على ولاية التزويج قياس مع الفارق ، لأن الغائب يمكنه التزويج في الغيبة فإذا لم يفعل ناب عنه السلطان ، ولا يمكنه الحضانة في الغيبة ، فصار كما إذا نكحت مستحقة الحضانة وتعذر عليها القيام بها ، فسقطت عنها وانتقل إلى من بعدها [٣].

ويجري الحكم ذاته فيما لو تصالح الزوجان على إسقاط الحضانة ، فلا يصح ذلك منها إلا لمصلحة الصغير ، لأن الحضانة ليست حقاً خالصاً لها .

ولو اتفقا على إسقاط الحضانة في حال العصمة بأن تزوجها بشرط ألا يكون الولد عندها صح ولغا الشرط بعد الدخول عند الجمهور ، لأن الحضانة واجبة للأم في حال العصمة ، ويفسخ النكاح قبل الدخول وهذا عند المالكية [٤].

١- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٥/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٠/٢- تحرير الكلام للحطاب /٣١٠- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠ /٩٢- كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٤/٤.

٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠ /٩٢.

٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠ /٩٢- كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٥/٤.

٤- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٥/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة:٥٣٢/٢- تحرير الكلام للحطاب/ ٢٠٩- ٣١٠- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٠ /٩٢- كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٥/٤.

أما قانوناً فقد اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري الحضانة من النظام العام ، ونص على عدم صحة إسقاط حق الحضانة بحال ، وقد قضت محكمة النقض في قرارها الصادر في١٠/٨/١٩٦٤ بأن : (إسقاط الأم حقها لحضانة ولدها غير معتبر لتعلقه بحق الولد)[١].

لكن ما استقر عليه الاجتهاد القضائي هو صحة التنازل عن الحضانة من قبل الحاضنة ، وهو ما يفهم من قرار محكمة النقض رقم ٢٠ لعام ١٩٧٠ والذي جاء فيه : لعام ١٩٧٠ : (التنازل عن الحضانة لا يمنع من تجديد المطالبة به)[٢].

ويمكن الجمع بين كلا القرارين بحمل القرار السابق على حالة ما إذا كان الإسقاط لا إلى أحد وهو ما أشار إليه في تعليل الحكم بتعلق الحضانة في حق الولد ، وهذا يعني أن الإسقاط لا أثر له إذا تعارض مع مصلحة الصغير ، فإن لم يكن التعارض حاصلاً فيصح الإسقاط وفقاً للقرار رقم ٢٠ السابق .

الفرع الثاني : إسقاط الحضانة على أنها بدل الخلع :

إن واقع الحياة الأسرية أن يلجأ الزوج للضغط على زوجته مقابل حضانة الأولاد ، وقد يحدث أن لا تجد الأم سبيلاً للخلاص من الرابطة الزوجية إلا بالتنازل عن حق أولادها في حضانتها، فهل هذا السبيل مفتوح لها مباح أمامها أم لا ؟ حظيت هذه المسألة باهتمام الفقهاء لأهميتها، واتجهوا فيها إلى قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوجة لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط [٣] ، فلا أثر لتنازل الأم عن حضانة ولدها مقابل خلع نفسها سواء كان ذلك بإنشائها أو باشتراط الزوج ، ويصح الخلع ، ويبطل بدله،

١- محكمة النقض السورية ، عزة ضاحي /١٢٨.

٢- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/ ١٤٧.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٦٩/٦- مغني المحتاج للشربيني: ٥٩٦/٣- المغني لابن قدامة: ١١/ ٤٢٧- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٤/٤.

وتبقى الحضانة لها لتعين مصلحة المحضون في ذلك [١] ، ويرى البعض من هؤلاء أن الخلع غير جائز بوجود هذا الشرط ، لما فيه من جعل حق الغير بدلاً في الخلع [٢] .

القول الثاني : ذهب المالكية إلى أن الحاضنة إذا أسقطت حقها في الحضانة دون عذر بعد وجوبها ، أو خالعت مقابل إسقاطها ، صح الخلع والشرط معاً ، وسقط حقها في الحضانة ، ولا يعود إليها بعد ذلك لو أرادت في غير المشهور ، ومقابل المشهور يعود إليها حقها بناء على أنها حق المحضون [٣] ، وكذلك الجدة أو الخالة يسقط حقها بالإسقاط بعد وجوبها لهما ، ولا يسقط قبل الوجوب على المعتمد ، وقد استدل المالكية على رأيهم بقوله ﷺ : " أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي " [٤].

وجه الاستدلال : ظاهر الحديث يدل على أن الحضانة حق الأم ، فيكون لها أن تتنازل عنه متى شاءت ذلك [٥].

وعندئذ يقع الخلع ، وتسقط الحضانة عن الأم ، وتنتقل إلى الأب ، ولكن بشرطين : ١- ألا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه ، ٢- وأن يكون الأب قادراً على حضانة الولد ، وإلا وقع الطلاق ولم تسقط الحضانة [٦].

أما موقف قانون الأحوال الشخصية السوري فقد جاء موافقاً لرأي الجمهور في صحة الخلع وإبطال الشرط ، وقد جاء في المادة ١٠٣ منه : (إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط ، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه) [٧] ، وإلى

١- آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، محمد البشير محمد الحاج الحجاز، كلية الشريعة والقانون ، ط١(١٤٠٠هـ) / ٣٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٩٦/٦- أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية تعليق على نصوص القانون ، ط١(١٩٨٧) ، المكتبة القانونية/٥٨٩.

٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٢/ ٥٣٢- مواهب الجليل للمغربي : ٢٧٦/٥- تحرير الكلام للحطاب /٣٠٩- الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي : ٥٠١/٧.

٤- سبق تخريجه ص ٤٥.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣٢/٢.

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥٩/٢ – المغني لابن قدامة : ٤٢٧/١١.

٧- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي : ٢٢٧/١- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٠٨

ذلك ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في ١٩٥٤/٥/١٦: (إن حق الحضانة من الحقوق المستمرة ، فإن تنازلت عنه في زمن ، لا يؤثر على حقها في المستقبل)[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن ما سوى الحضانة من الحقوق المالية المتعلقة بالطفل نحو أجرة الرضاع وأجرة الحضانة والسكن والنفقة ونحوها تبقى على عموم ما جاء به القانون في ما يمكن أن يكون بدل الخلع بنص المادة ٩٧ منه المادة ٩٧ : (كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع على أن لا يتجاوز مهر الزوجة) ، لكن بما لا يضر بالصغير .

ولا يخفى ما في هذا التشريع من حكمة تتمثل في سدّ أية ذريعة نحو المتاجرة بحقوق الأولاد والمساومة عليها من جانب الزوجين ، أما مفارقته للإسقاط الاتفاقي في الحكم فلما في التوافق ورضا الطرفين من ضمان لمصلحة المحضون بخلاف الخلع الذي لا يخلو في الغالب من نوع إجبار واضطرار للخلاص من عقدة النكاح مما يجعل الحضانة فيه اعتباراً تبعياً وليس أصيلاً بالنسبة لكلا الطرفين ، والله تعالى أعلم .

المطلب الثالث : حكم عودة الحق بعد إسقاطه :

إذا أسقطت الحاضنة حقها أو فعلت ما يوجب زوال استحقاقها ، أو سقطت حضانتها لمانع كزواجها من أجنبي عن الصغير سقط حقها في الحضانة عند جمهور الفقهاء ، فإن زال المانع بأن طلقت بعد ذلك أو مات عنها زوجها ، أو أسلمت بعد كفر أو صلحت بعد فسق ، فهل يعود لها حق الحضانة أم أن الساقط لا يعود ؟ ، اختلف جمهور الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في الأظهر إلى أنها إذا أسقطت حقها في الحضانة ثم أرادت العودة عادت مراعاة لحق المحضون ، لأن سقوط الحق كان لمانع ، فإن زال المانع زال المنع[٢] .

١- شرح قانون الأحوال الشخصية للصابوني: ٢٤٠/٢- المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣- ١٩٧٦ ، عزة ضاحي ، سلسلة الاجتهاد القضائي في ربع قرن المطبعة الجديدة - دمشق ، ط (١٩٧٨): ١٢٩/٦.

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٥/١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٦٧- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٩١/١٠- نهاية المحتاج للرملي: ٢١٨/٧- شرح منهى الإرادات للبهوتي: ١٣٩/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٦/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

ومن الأدلة على ذلك : قوله ﷺ : " ما لم تنكحي " [1] ، حيث علل زوال الاستحقاق بوجود السبب المانع ، فإن زالت العلة زال المعلول كما لو سقطت حضانتها بزواجها فطلقت ، لما كان من اشتغالها عن مصالح طفلها بحقوق الزوج ولما في نشأته في غير بيت أقاربه من منّة وغضاضة ، فإذا انقطع النكاح بموت أو فرقة زال المانع [2].

وهو ما يدل عليه عموم المادة (١٤١) من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والتي جاء فيها: " يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه " [3] ، وقد جاء في القرار رقم ٢٠ لعام ١٩٧٠: (التنازل عن الحضانة لا يمنع من تجديد المطالبة به) ، وأيضاً حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط ولصاحبه أن يطالب به) [4].

القول الثاني : ذهب المالكية في المشهور والحنابلة في قول إلى أن الأم إذا أسقطت حقها في الحضانة من غير عذر لا يعود ، فإذا تزوجت وسلّمت المحضون ثم طلقت أو مات زوجها ، فلا يرد إليها المحضون ، لأنها سلمته مرة فلم يعد لها به حق ، لقوله ﷺ : " ما لم تنكحي " [5]، حيث وقّت الحضانة بالنكاح ، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة فلا تعود ، كما لو بلغ الطفل أو استغنى عنها ، وإذا سلمته مرة فلا حقَّ لها فيه [6].

وقد ترجح لديّ سابقاً أن الحضانة حقٌّ مشتركٌ يتعلق بالحاضنة والمحضون معاً ، فإن امتنعت الأم عن الحضانة لم تجبر عليها ، ولو أسقطت حقّها فيها سقط ، فكذلك إن أرادت العودة إليها وكانت أهلاً لذلك عاد الحق وفقاً لما عليه الجمهور ، كما أن الحضانة حق يتجدد بتجدد الزمان ، وحاجة الولد إلى أمه متجددة أيضاً ، ومصلحته هي الفاصل بين الاستحقاق وعدمه ، ومدار الحكم مرتبط بوجودها ، فإن كان في عودته إلى حاضنته مصلحة صير إليها .

١- سبق تخريجه ص ٤٥.

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١ – نهاية المحتاج للرملي : ٢١٨/٧– كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٤.

٤- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٤٧.

٥- سبق تخريجه ص ٤٥.

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٨/٢– حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣١/٢ – المغني لابن قدامة: ٦٢٤/٧– الإنصاف للمرداوي: ٤٧٨/٢٤.

أما في ما يتعلق بإسقاط حق الحضانة بمقابلٍ مالي فيصح بناء على كون الحضانة حق الأم ، ولا تجبر عليها مادام لا ضرر قد يلحق بالمحضون ، وإذا تم الأمر باتفاق الطرفين ورضاهما فلا يحق للأم أن تطالب بالحق إلا عند بطلان الإسقاط على مال .

أما وقت عودة الحق عند القائلين بذلك فهو فور الطلاق أياً كان نوعه ، أثناء العدة أو بعد انتهائها ، لعدم انشغالها بحقوق الزوج بعدما عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ، وبه قال الشافعية والحنابلة في قول[1] ، وذهب الحنابلة والشافعية في قول آخر إلى أن للأب ألا يرضى دخول ولده إلى دار زوجها إن كانت ما تزال في مسكنه ، وقيده الحنفية بالطلاق البائن وانتهاء العدة ، لأن الرجعي لا يقطع الزوجية وتثبت لها النفقة [2].

والذي يبدو أن زوال علة المنع والإسقاط مرتبط بمغادرة المرأة بيت الزوجية ، وهو أمر لا يتحصل في الطلاق الرجعي ، إذ المرأة ممنوعة فيه من الخروج ، والزوجية غير منقطعة فلا تعود الحضانة ما لم تحصل الإبانة بينها وبين زوجها ، والله تعالى أعلم.

١- العزيز شرح الوجيز للقزويني : ٨٦/١٠ – كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٢/٤– المبسوط للسرخسي : ٢١١/٥– حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣١/٢ مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٥/٣– العزيز شرح الوجيز للقزويني: ٩١/١٠– حاشية البجيرمي: ١١٢/٤ كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤ .

المطلب الرابع : إسقاط الحقوق المتعلقة بحق الحضانة : تتعدد الحقوق التي تتفرع عن حق الحضانة ، ويمكن إجمالها بما يأتي :

الفرع الأول : إسقاط نفقة المحضون : النفقة اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ، وهي تعطى للكفاية وتشتمل الطعام والكسوة والمسكن [١] ، وهي واجبة تجاه الأصول ، وكذلك الفروع حسب القدرة والاحتياج لسبب الزواج أو القرابة ، فينفق الأب على ولده الصغير إن لم يكن له مال ، ويلحق بالصغير من ولده من كان عاجزاً عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية ، أو لاشتغال بدراسة ، ويسقط عنه الوجوب باستغناء الولد بعمل أو احتراف ، أما البنات فيستمر وجوب الإنفاق عليهن إلى زواجهن والدخول بهنّ ثم ينتقل إلى الزوج [٢] ، ويستوي الحكم أثناء قيام الزوجية ، وكذلك بعد انحلالها ، فإن كان الأب معسراً لم تجب النفقة في حقه وكلّف بها الجدّ أو العمّ أو غيره من الأقربين [٣] .

والأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة إلى القضاء ، فإن امتنع كان للحاضنة حق المطالبة بنفقة المحضون ، وإن كان الأب معسراً أنفقت عليه من مالها ، وكان لها الرجوع عليه إذا أيسر [٤] ، ولا يقع الإبراء عن نفقة الولد ومؤونة الإرضاع على أنها بدل الخلع إلا أن يكون الإسقاط لوقت محدد ، فلو خالعت الأم مقابل إسقاط نفقة المحضون أو سكناه ، وكانت معسرة صح الخلع ، ووجبت النفقة على الزوج ، وإن أعسرت بعد الإسقاط فلها الرجوع على الزوج بالنفقة ، ويحتفظ بحقه في الرجوع عليها بما أنفق إذا أيسرت ، وذلك بخلاف حقها الخالص ، كأجرة الرضاع وأجرة الحضانة فتسقط بالإسقاط ويلزمها لعدم تعلق الحق بسواها [٥] ، وإذا كان للأب دين على حاضنته فأراد مقاصّته بنفقة ولده لم يكن له ذلك ، وهذا أيضاً ما نص

١- الزواج والطلاق بدران أبو العينين بدران: ٢٣٢/١- الفقه الإسلامي للزحيلي: ٧٦٥/٧ .

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٤/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٣/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٢/٤.

٣- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٤/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٢/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨٧/١٠.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢ - كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٢/٤.

٥- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٤٨/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢١/٢- تحرير الكلام للحطاب/٩٩- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٧/٨ - الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٩/٢٢.

عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٠٤) : (لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة)[١].

والحكمة في ذلك ترجع إلى كون النفقة من حاجات الطفل المتجددة ، فإن كانت الأم عاجزة عن سداد دينها للأب فهي أعجز عن الإنفاق على ولده ، فتبقى النفقة واجبة في حقه على ولده ويبقى له حق المطالبة بدينه.

الفرع الثاني : إسقاط الحق في رؤية المحضون :

يعتبر حق الزيارة والرؤيا من الحقوق الملازمة لحق الحضانة يستوي فيه الأب والأم متى وجد الولد عند أحدهما .

والزيارة لغة هي الذهاب إلى شخص بقصد الالتقاء به [٢]، وهي في الاصطلاح : رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في مكان الحضانة[٣].

والحاضن أباً كان أو أماً لا يجبر على إرسال المحضون للطرف الآخر من أجل أن يراه ، لكنّه أيضاً لا يمنعه من رؤيته لو أراد ، لا فرق في ذلك بين سقوط الحضانة عنها أو انتهائها . وتزور الأم أولادها الصغار بشكل يومي إن شاءت ، والكبار كل أسبوع ، والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم ، أما بعد بلوغ سن التعليم فله رؤيته من آن لآخر ، وإن كان المحضون في بيت زوج الأم فلا يزوره الأب إلا أن يأذن زوجها بذلك ، فإن لم يأذن فعليها إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله [٤]، والذكر إن كان عند الأب خرج لزيارة أمه ، وتخرج الأم إلى الأنثى إن كانت عند الأب ، أما إن كانا عند الأم ، فالذكر يبقى عند الأم نهاراً ويعود إلى أبيه ليلاً ، وتبقى البنت عند أمها ليلاً ونهاراً ويزورها والدها حسب العرف ، وتمنع الخلوة بين الأم والأب عند زيارة كل منهما للصغير وكذلك الإطالة ، وتمنع كذلك من الخلوة

١- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي: ٢٢٨/١.

٢- المنجد في اللغة والأدب والعلوم، لويس معلوف/٣١٠.

٣- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد، دار البعث، قسنطينة، ط(١٩٨٩):٢٩٧/٢

٤- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٨/٣، العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩١/١٠- زاد المعاد: ١٣٨/٤- كشاف القناع للبهوتي :٤٣٧/٤.

بالصغير إن كانت تؤدي إلى إفساد قلبه ، والمسافة الفاصلة بين مكان سكن المحضون ومحل إقامة وليه لا يجب أن تتجاوز المسافة المقررة شرعاً ضماناً لهذا الحق [١].

أما قانوناً فينظر القاضي في شأن الرؤيا بعد الطلاق مباشرة وبشكل تلقائي ، ويحدد أوقاتها ومكانها ، وآلية تنفيذ ذلك ، دون الحاجة إلى محكمة مستقلة لتقرير هذا الحق ، ورد في الفقرة (٥) من المادة (١٤٨) من قانون الأحوال الشخصية : (لكل 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) [٢].

وحق الرؤيا من الحقوق التي تقتضيها مصلحة المحضون ، لأنه حق يمسّ بمصالحه الحالية والمآلية، وهو جزء لا يتجزأ من تربيته الاجتماعية ، وبالتالي إذا اتفق الوالدان على إسقاط هذا الحق بعوض أو بغير عوض فقياس الأمر أنه لا يصح ذلك بحال ، لأنه متعلق بحقوق الصغير ومصالحه مباشرة ، ومن هنا جاء موقف قانون الأحوال الشخصية السوري لتنظيم هذا الأمر قانوناً ، ورتّب العقوبة على الحاضنة إن امتنعت عن تسليم المحضون لأبيه ، أو حالت دون ممارسته حقه في زيارة ولده ، والرائي مسؤول عن إعادة الطفل إلى حاضنته بعد انتهاء مدة الزيارة ، وفق ما نصت عليه المادة ٤٢٨ من قانون العقوبات السوري ، ودون أن يترك ذلك لرغبة الوالدين أو الصغير .

ولا ينبغي إغفال أهمية هذا الحق ، وما يمكن أن يترتب على إهماله من آثار ، فالطفل بحاجة دائمة إلى متابعة أوضاعه المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية ، وتجاهل مثل هذا الأمر أو التخلي عنه من قبل أحد الوالدين قد يؤدي إلى رواسب لا تحمد عواقبها في نفسية الطفل ، فلا ينبغي لأب أو أم رفض زيارة ولدهما بتاتاً [٣].

١- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢٧/٢- المهذب للشيرازي: ١٧٢/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩١/١٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٨٧/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٢- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي ، ط(٢٠٠٠) ، الفكر القضائي للمعلوماتية- دمشق : ٨٣٥/٢- فهر شقفة /٤٥.

٣- الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ، محمد الكشبور، مطبعة النجاح – الدار البيضاء ، ط (١٩٩٩م) /٤٩١.

كما لا يجوز لكلا الوالدين منع الصغير من زيارة أرحام الآخر، كعماته وخالاته ، لما في ذلك من قطع لما أمر الله به من صلة الأرحام[1]، وقد قال تعالى : ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾[النساء:١].

الفرع الثالث : إسقاط حق الانتقال بالمحضون على مال :

قد يضطر الولي أو الحاضن إلى السفر من أجل الإقامة في بلد غير البلد التي يتواجد فيها الحاضن أو الولي ، وقد يكون هذا السفر لحاجة مؤقتة وليس بهدف النقلة ، وكذلك قد تكون النقلة لمسافة ليست بالبعيدة بحيث لا تحول دون زيارة المحضون ورؤيته ، فهل السفر يسقط حق الحضانة ، فيسمح للولي بانتزاع المحضون والانتقال به ؟

من المتفق عليه بين الفقهاء أن قيام الزوجية حقيقة أو حكماً مانع لسفر الزوجة أو الانتقال بأولادها دون إذن الزوج [2] ، وقد جاء في الفقرة ١ من المادة ١٤٨من قانون الأحوال الشخصية السوري : (ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه) [3].

أما إذا كانت الحضانة للأم ، وكانت مبتوتة قد انقضت عدتها ، وأرادت الخروج بولدها أو أراد الأب السفر للنقلة ، فهل له الحق في انتزاع المحضون منها ؟.

لابد للإجابة على هذا السؤال من ذكر نقاط الاختلاف والتمييز بين عدة حالات وفق ما يأتي بيانه :

أولاً : التفريق في هذا الحق بين الأبوين وغيرهما من الأولياء :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذا الحق ليس قاصراً على الأبوين فقط [4].

وذهب الحنفية إلى أنه ليس للحاضنة غير الأم الانتقال بالمحضون دون إذن أبيه ، وليس لغير الأب كذلك من الأولياء منع الأم من الانتقال بالولد عند فقد الأب ، لأن المنع مقيد بالأب

١- البيان والتحصيل للقرطبي: ٣٤٤/٤.

٢- رد المحتار لابن عابدين: ٣٦٨/٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٢/٣- مختصر المزني/٣٠٩- المغني لابن قدامة: ٦١٤/٧.

٣- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي: ٨٣٥/٢.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- مختصر المزني/٣١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٩/٢٤.

والأم المطلّقة فقط [١] ، وقد جاء في المادة ١٤٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري: (إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه) [٢] ، وفي المادة ١٥٠ : (ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته) [٣] ، وجاء في قرار محكمة النقض السورية الصادر في ١٩٦٦/٨/٢٦ : (ليس للحاضنة غير الأم أن تسافر بالولد بأي شكل كان) [٤] ، وفي قرار آخر صدر في ٣١ مارس ١٩٧٥ قررت المحكمة بأنه : (لا يحق للحاضنة حضانة ولدها في غير موطن وليه الذي جرى عقد زواجها فيه ، ولا يحق لأم الحاضنة ما لا يحق للأم) [٥].

ثانياً : التفريق بين السفر بقصد النقلة أو لحاجة مؤقتة :

ذهب المالكية إلى أن السفر المؤقت لحاجة لا يسقط حضانة الأم ، ولا يبيح انتزاع المحضون منها ، ولها أخذ ولدها معها [٦] ، وذهب الشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة إلى أن المقيم منهما هو الأحق بحضانة الولد مميزاً أو غير مميز ، لما في السفر من خطر وتغرير وضرر بالمحضون ، إلا أن يكون في بقائه مع المقيم مفسدة غالبة عليه ، فمدار الأمر مع مصلحة المحضون، ولم يتعرض الحنفية لذكر هذا الجانب [٧].

ثالثاً : ضوابط مكان النقلة من حيث البعد والقرب والأمان وعدمه :

١- أن تكون النقلة إلى البلد الذي تمّ فيه عقد النكاح : ذهب الحنفية إلى أن الأم إذا أرادت أن تخرج بالطفل إلى بلدها أو البلد الذي تم فيه عقد النكاح فلها ولاية النقل سواء كان بلدها مصراً أو قرية ، وليس للأب منعها ، وإذا أرادت الانتقال إلى بلد ليس ببلدها ، ولم يقع فيه عقد النكاح ، فليس لها ذلك دون إذن الأب [٨] ، وقد وافقهم قانون الأحوال الشخصية

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤/٤.

٢- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي: ٨٥٥/٢.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٥.

٤- محكمة النقض السورية ، عزة ضاحي ، قضية رقم ١٣٢/٤٢٧.

٥- محكمة النقض السورية، عزة ضاحي ، قضية رقم ١٢٤ / ١٣١

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣١/٢.

٧- بدائع الصنائع للكاساني : ٤٤/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٨/١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٠/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٧/٤.

٨- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤/٤

السوري في المادة (١٤٨) ، والتي جاء فيها : (للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد زواجها) [١].

٢- أن يكون مكان النقلة قريباً : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول إلى أن سفر النقلة إذا كان إلى مكان قريب فلا يسقط حق الحضانة ، وضابط القرب كما حدده الفقهاء بحيث يتمكن الأب من الذهاب لرؤية ولده والعودة قبل حلول الليل ، وهذا ما ذكره الحنفية والحنابلة [٢]، إذ الضرر على الأب منتف والحالة هذه ، وحدده الشافعية بما لا يساوي مسافة القصر في قول ، وذهبوا في الأصح إلى أن انتقال الحاضن يسقط الحضانة ولو لأقل من مسافة القصر لانقطاع مصلحة التعليم والتأديب [٣] ، أما المالكية فحددوه بأقل من ٦ برد ، أي ما يعادل (١٣٣) كم [٤].

واعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري النقلة ضمن القطر ليست سبباً مسقطاً للحضانة حيث جاء في المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري في فقرتها ٣ : (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) .

٣- أن يكون مكان النقلة آمناً : إن الأساس في الحضانة هو ما ينطوي عليه من مراعاة لمصلحة المحضون ، ومن هنا اتفق الفقهاء على اشتراط الأمن في طريق النقلة ومكانها ، والا لم تجز ، وكذلك إن كانت دار حرب وهو مسلم ، خشية على دين الولد وخلقه [٥].

وبناء على ما سبق : فإن الحاضنة إذا أرادت الخروج بولدها أو أراد الأب السفر للنقلة فهل له الحق في انتزاع المحضون منها ؟ ، اختلفت آراء الفقهاء في حق الانتقال بالمحضون تبعاً للطرف المنتقل بما يرعى مصلحة المحضون على أقوال :

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٥.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٥/٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣١/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٠/٢٤.

٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٨/١٠.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣١/٢.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٨/١٠ - الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٨٠/٢٤.

القول الأول : الحضانة حق الأم فالمحضون إذا كان في حضانة أمّه فلا يجوز للأب الانتقال به إلاّ برضاها ، لأنّ فترة الحضانة هذه من حقّها إلاّ أن تسقط حضانتها لسبب معتبر ، وتنتقل إلى الأب بالترتيب ، فله السفر بالمحضون عندئذ على أن يكون إلى بلد قريب من بلد الأم حتى تتمكن من رؤيته ، وإلاّ لم يجز ، وإليه ذهب الحنفية ورواية عن أحمد [١] ، وهو ما وافقه القضاء السوري في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٧/١١ حيث جاء فيها : (إن الأب لا يخرج بالطفل من محل إقامته لدى أمه قبل استغنائه عن الحضانة ما دام في بلد الأم حاضنة الطفل) [٢] .

القول الثاني : الحضانة حق الولي حيث يسقط حق الحاضنة بالحضانة إذا أرادت السفر للنقلة، وللولي انتزاع الولد منها عندئذ ، كما له الحق في الانتقال به ولو كان في حضانة أمه ، وتخير الأم بين اتباع ولدها أو البقاء حيث هي ، وذلك احتياطاً للنسب وتحقيقاً لمصلحة الصغير من تعليم وصيانة وسهولة إنفاق ، إضافة إلى أن طول المفارقة بينه وبين الولد قد تؤدي إلى جفاء النسب، وخفائه، فيلحق الضرر بالولد ، ولو رافقته الأم في السفر فإن حضانتها تستمر، وكذلك إن عاد الأب بالولد من سفر النقلة ، وإليه ذهب المالكية في المشهور والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة في المنصوص عن أحمد [٣] .

القول الثالث : الحضانة حق للمقيم منهما تكون الحضانة للمقيم من الوالدين وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون وصحته وأمنه ، وألا يكون الانتقال إلى دار حرب ، فالمسألة يرجع تقديرها إلى القاضي وهو قول للشافعية والحنابلة [٤] .

والراجح فيما يبدو هو التفريق في الحكم بين المنتقل إن كان أباً أو أماً ، فلو أرادت الأم الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد يعيق زيارة أبيه له فلا حق لها في ذلك وتؤول حضانته إلى التالي لها من المستحقين للحضانة ، لأن في ذلك مراعاة لمصالح الصغير بتأمين الحاضنة له وإبقائه تحت إشراف والده .

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤/٤- المبسوط للسرخسي: ٣/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٨١/٢٤.

٢- محكمة النقض السورية ، عزة ضاحي/١٣٣.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣١/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٨/١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٩/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٥/٤.

٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٨/١٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٤٧٩/٢٤.

أما إن كان الأب هو من أراد النقلة إلى بلد آخر فلا يحق له انتزاع الولد من أمه والسفر به ما دامت أهلاً للحضانة خالية عن الاشتغال بالزوج ، لأن بقاءه مع أمه أرعى لمصالحه مدة الحضانة.

فإن أسقطت الأم حقها بحضانة الصغير وقبلت انتقاله مع أبيه ، أو بذل الأب العوض للأم في مقابل ذلك فقياس الحكم أنه لا يحق لها ذلك إلا عند وجود مصلحة للصغير ، بأن تكون عاجزة عن الإنفاق على المحضون ، ويصعب على الأب إيصال النفقة إليه مع انتقاله ، أو يكون مكان وجود الأم غير آمن ونحو ذلك .

الفرع الرابع : إسقاط الحق في ولاية الضم : المقصود بها وجوب ضمّ الولد ذكراً كان أو أنثى بعد انتهاء حضانته إلى أحد والديه إن كانا مفترقين ، ومن المتفق عليه أن الولد ذكراً كان أو أنثى ولو ثيباً لا يستقل بنفسه إن كان غير مأمونٍ عليه أو على دينه أو على ماله [(١)] ، واختلف الفقهاء في أيّ الوالدين هو الأحق بضم الولد عند الافتراق بعد انتهاء حضانته على أقوال :

١- يخير الولد بين والديه بعد التمييز ، فإن اختار أباه لم يمنع من زيارة أمه ، وإن اختار أمه كان عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً ، وهو قول الشافعية والحنابلة [(٢)] .

٢- يلتحق الولد بأبيه ذكراً كان أم أنثى بعد انتهاء حضانة الأم ، وهو قول الحنفية ، وقول للحنابلة [(٣)].

٣- الذكر يلتحق بأبيه والأنثى بأمها لحاجتها للتأدب بآداب النساء ، وهو قول المالكية وقول للحنابلة [(٤)].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٣/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٦/٢ - العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٣/١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٨/٢٤.

٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٤/١٠- نهاية المحتاج للرملي: ٢٧٤/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٩٢/٢٢- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٣/٤- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٩٠/٢٤.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣٣/٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٨/٢٤ - كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٦/٤.

وقد جاء في قرار محكمة النقض رقم ٤٣٣ لعام ١٩٦٦: (يلزم الولي على النفس بضم القاصر إليه بمجرد انتهاء حضانته) ، وفي قرار ٤٨٠ لعام ١٩٧٠: (ولاية ضم الأنثى إلى أبيها تنتهي بزواجها) [١] ، موافقاً بذلك رأي الحنفية .

فإن التزمت الأم نفقة ولدها على ألا ينزع منها إلى البلوغ إن تزوجت أو سقطت حضانتها لسبب ما أو انتهت فلها ذلك ، وهو صحيح ولازم للطرفين [٢].

الفرع الخامس : إسقاط حق الطفل في اختيار حاضنه : اتفق الفقهاء على عدم جواز تخيير الطفل بين والديه قبل التمييز لعدم إدراكه ماهية الاختيار ، كذلك الأمر لو لم يكن أحدهما أهلاً للحضانة لسبب معتبر ، واختلفوا في تخيير المحضون المميز قبل البلوغ على أقوال :

١- يمنع التخيير مطلقاً ، ويجبر الأب أو الولي على أخذ الولد وضمّه ، لأن النفقة والصيانة واجبة عليه ، وهذا الرأي تمسك به الحنفية والمالكية ، باستثناء البنت عند المالكية ، فالأم أحق بها حتى تتزوج [٣].

٢- ذهب الشافعية والحنابلة في المذهب إلى تخيير الطفل بعد التمييز بين أبيه وأمه[٤].

٣- الأمر متروك إلى تقدير القاضي وفق ما تقضيه مصلحة المحضون ، وهو قول للمالكية [٥].
٤- تخيير الغلام دون الفتاة ، وهو قول للحنابلة [٦].

إن منح الطفل الحقَّ في اختيار حاضنه يعني إسقاط حق الآخر في الحضانة ، وهذا قد يؤدي إلى حرمان أحد الوالدين من التمتع بممارسة حضانة ولده ، والاستئثار بها من قبل الطرف الآخر ، إن لم يتم ضبط هذا الحق بضوابط تضمن تساوي المصالح بين جميع الأطراف ، وتراعي تأثير ذلك على علاقة الولد بوالديه ، وهي أمور أوضحها الفقهاء القائلون بالتخيير[٧].

١- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٦٧.

٢- تحرير الكلام للحطاب/٢١٠- كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٥/٤.

٣- الهداية للمرغيناني: ٤٨١/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٨/٥- الخرشي على مختصر خليل: ٢٠٧/٤ - عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٢٢٠/٢.

٤- نهاية المحتاج للرملي، مطبعة بولاق، (١٢٩٢هـ): ٢٧٤/٦- مختصر المزني/٣٠٩- الشرح الكبير لابن قدامة : ٩٢/٢٢- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٨/٢.

٦- المغني لابن قدامة: ٢٠٤/٩- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٧/٤.

٧- هم الشافعية والحنابلة.

فالحضانة حق الأم ، وما لم يصل الطفل إلى مرحلة التمييز ، فلا ينتزع منها بحال إلا أن يسقط عنها لمانع أو يسقط بالإسقاط ، فإذا صار الولد مميزاً ، ذكراً كان أو أنثى ، وانتهت مدة حضانة أمه ، فالمانعون للتخيير قالوا بوجوب التحاق الصبي بأبيه للمجانسة بينهما ، وتلتحق البنت بأبيها عند الحنفية [١] ، وبأمها حتى تتزوج عند المالكية [٢] .

أما عند المجيزين للتخيير فيحق للولد اختيار أحد والديه والالتحاق به ، ويجب عليه لزوماً الالتحاق بأحد والديه ، وليس له الاستقلال بنفسه عنهما اتفاقاً ، ويتوجب على الذي اختاره الصغير ضمُّه إليه [٣].

فإن اختار الصبي الأم كان عندها ليلاً ، وعند أبيه نهاراً لكي يتعلم الأدب والكتابة والصنعة ، وتبقى البنت عند من اختارته منهما ليلاً ونهاراً [٤] ، وإن اختار أحدهما ، ثم أراد الآخرَ رُدَّ إليه، فإن عاد فاختار الأوّلَ رُدَّ إليه ، وهكذا أبداً ، لأن اختياره شهوةٌ لحظ نفسه فاتُّبع ما يشتهيه، وقد يشتهي المُقامَ عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما، وعدم الانقطاع عنهما [٥].

ولا يمنع من اختاره المحضون من زيارة الثاني لئلا يؤدي ذلك إلى قطع الرحم ، ولا يمنعه من عيادته إن كان مريضاً ، وحضوره عند موته ، لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده ، فيكون مشيُ ولده إليه أولى [٦].

ويشترط في ذلك كله سلامة الاختيار، فإن كان في اختياره ضرر عليه لم يؤخذ به ، وإن عُلم أنه اختار أحدهما ليمكِّنَه من الفساد ، وكره الآخر كرهاً في الأدب لم يؤخذ باختياره ، ومعرفة مدى حسن الاختيار هي مسؤولية القاضي بالتحري وتتبع سيرة كل منهما ، فإن أخذ الصبي بالصالح منهما عرف حسن اختياره ، وإن كانا مستوري الحال أخذ باختياره [٧] ، وإن لم يختر

١- البناية للعيني: ٤٨٣/٥ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٦/٢.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٦/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٤- مختصر المزني/٣٠٩- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٨٦/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٥- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٣/١٠- مختصر المزني/٣٠٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٧/٢٤.

٦- المهذب للشيرازي: ١٧٢/٢- مختصر المزني/٣٠٩ – الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٧/٢٤- الروض المربع للبهوتي/٦٣٠.

٧- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٢/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٨/٣- زاد المعاد لابن القيم : ١٣٨/٤- كشاف القناع للبهوتي:٤٣٧/٤.

أياً منهما أو اختار الاثنين معاً أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم إن اختار غير من قُدِّمَ بالقرعة رُدَّ إليه ، وإن كانا ذكرين أو أنثيين مع استواء درجتهما قدّم أحدهما بالقرعة [١].

ومن الملاحظ أن الضوابط المذكورة لآلية الاختيار تعطي الطفل حق تغيير اختياره متى شاء ، لكنها لا تتيح لأحد الوالدين الاستئثار بالصغير مطلقاً ، ولا تفوّت على أحد الوالدين ممارسة واجبه تجاه الطفل من الإشراف والتوجيه الملائم لجنسه ، فالمعيار فيها يتبع مصلحة المحضون ، بما يضمن له علاقة سوية مع كلا والديه ، ولا يخلّف في نفسه عقداً نفسية قد تنجم عن الطلاق أو عن إكراهه على الالتحاق بأحد والديه مجبراً ، فإذا قلنا بجواز التخيير ، فلابد من التزام ضوابطه المذكورة ، لأن في ذلك سداً لذريعة استغلال الصغير والتأثير على اختياره ببذل المال له لاسترضائه بهدف إسقاط حق أحد والديه في الحضانة أو الرؤيا .

الفرع السادس : إسقاط أجرة الحضانة : تمتد الحضانة لسنوات بما تشمله من حفظ للولد ورعاية له ، وهذا أمر قد يرتب على الحاضن أعباء مادية وجهوداً جسدية جمة ، فهل تقع هذه الجهود تحت خانة الواجبات بالنسبة للحاضنة ، أم أنها تستحق في مقابلها الأجر المادي ؟ اتفق الفقهاء على الحالات التالية :

١- لا أجرة للأم في حال قيام الزوجية أو ما في حكمها ، بأن كانت معتدة من طلاق رجعي ، لأن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجيّة القائمة أو لوجود العدّة ، فلا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإنّ تعدّد السبب [٢] ، وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٤٣: (لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق)[٣].

٢- إن الولد إن كان له مال ، وكان أبوه معسراً وأمه فقيرة وجبت نفقته في ماله ، لأنّ الأم تستحق النفقة في أموال أولادها الموسرين ولو لم تحضنهم ، كذلك المتوفى عنها زوجها لا أجرة لها ، فإن كانت محتاجة وكان لولدها مال ، أكلت منه بالمعروف لحاجتها لا لاستحقاقها[٤].

١- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٣/١٠- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٨٧/٢٤.

٢- حاشية ابن عابدين: ٢٧٣/١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٦/٢ كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٤/٤.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٤.

٤- مجموعة رسائل ابن عابدين :٢٦٨/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٦/٢.

٣- إذا كانت الأم موسرة ومات الأب أو كان معسراً تعيّنت عليها الحضانة تجنباً لضياع الصغير، ولا أجرة لها على الحضانة ، فإن أيسر بعد ذلك رجعت عليه بالأجرة [١].

٤- إن الأم إذا سكتت عن المطالبة بأجرة الحضانة لم تجب لها ، ولا تعود على الأب بها .

أما لو طالبت الأم بأجرة الحضانة في غير ما سبق من الحالات فهل تستحقها؟، اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال :

القول الأول : لا أجرة للحاضنة على حضانتها لولدها لوجوب ذلك عليها ديانة ، وليس لها أن تأخذ من نفقة الولد لتنفق على نفسها ، وما يجب في حق الأب من أشياء الحضانة يدخل في نفقة المحضون نحو طعامه وكسوته وغطائه وفراشه ، والحضانة حق لها ، والشخص لا يستحق أجرة على استيفاء حقه ، وإليه ذهب المالكية في المشهور عندهم والحنفية في قول سواء كانت منكوحة أم مطلقة رجعياً أو بائناً [٢].

القول الثاني : تجب أجرة الحضانة للأم الحاضنة مقابل ما تقوم به من رعاية لشؤون المحضون وهي غير نفقته وأجرة رضاعته ، لأنها بعد الطلاق وانقضاء العدة تنقطع نفقتها عن الأب ، وتكون محبوسة لحضانة ولده ، فيلزمه أن يدفع لها أجرة تقابل عملها ذلك لعجزها عن الإنفاق على نفسها غالباً ، مع علمها أنها لو تزوجت بزوج لينفق عليها سقطت حضانتها ، وشفقتها على ولدها تحملها على حبس نفسها عن الزواج لتربية الولد ، فيكون لها على أبيه أجرة الحضانة ، وكذلك أجرة الرضاع ، وهذا هو السبب في تقييد استحقاقها للأجرة بعدم كونها منكوحة أو معتدة من طلاق رجعي ، ولو كان سبب استحقاقها وجوب الحضانة عليها ديانة لما استحقت الأجرة في حال أجبرت عليها لتعينها في حقها ، فتبين أن سبب الاستحقاق ما ذكر آنفاً ، ويلزمه عندئذ أجرة الحضانة والرضاع ونفقة الصغير على الوجه الشرعي ، وهذا قول فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة وخلاف المشهور عند المالكية [٣].

١- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٨٩/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٦/٢.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٦٠/٢- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٧٣/١.

٣- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٦/١- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/ ٢٦٠ - حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢٦/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٣/٤.

واختلف هؤلاء في الجهة التي تجب فيها أجرة الحضانة : هل تجب على الأب ؟ أم تجب في مال الصغير؟ على قولين :

القول الأول : تجب على الأب إن كان موسراً حتى لو كان للصغير مال ، لأنها من أسباب الكفاية للطفل فتقاس على النفقة ، وهو قول الحنابلة وأحد القولين للشافعية [١].

القول الثاني : تجب أجرة الحضانة في مال الصغير ، فإن لم يكن له مال وجبت على الأب ، وللأم الامتناع عن حضانته ، فيستأجر له حاضنة من ماله ، وهو قول الحنفية والمالكية وقول للشافعية [٢]،

والقول الأول هو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤٢) : (أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف) [٣] وذلك إن لم يكن له مال وفق ما نصت عليه المادة ١٥٥، والتي جاء فيها : (إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه) .

وبناء عليه : تقدم المتبرعة من الحاضنات على المؤجرة إذا كانت أجرة الحضانة في مال الصغير أو كان الأب معسراً ، فإن أبت الأم حضانته إلا بأجرة ، ووُجدت متبرّعة فإنّ الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب وكان موسراً ، أو كانت المتبرّعة ليست من الحاضنات ، فإن كانت من الحاضنات قدمت المتبرعة على الأم إن كانت الأجرة في مال الصغير أو كان الأب معسراً لأنّ الحضانة لمصلحة الولد ، ومن مصلحته المحافظة على ماله ، مادامت الحاضنة من رحمه المحرم وهي حريصة على نفعه ، أما إلزام الأب المعسر أجرة الحضانة مع وجود المتبرع ففيه مضارّة به ، والله تعالى يقول : ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة :٢٣٣].

والحكم ذاته في غير الأم من الحاضنات ، إذا تبرّعت هي وتمسّكت من هي أقرب منها بالأجرة.

والفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة أن المتبرعة في الرضاعة تُقدَّم في كل الأحوال قريبة كانت أم أجنبية ، سواء كانت النفقة على الأم أم كانت على الأب ، وسواء كان الأب موسراً أم معسراً ، أما في الحضانة فلابدّ من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ، ولابدّ من أن يكون الأب غير موسر ، أو تكون الأجرة من مال الولد [٤] ، جاء في قانون الأحوال الشخصية

١- كشاف القناع للبهوتي: ٤/٤٣٣-٤٣٤.

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين: ١/٢٧٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٢/ ٥٢٦.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٤.

٤- مجموعة رسائل ابن عابدين : ١/ ٢٦٩.

السوري في المادة ١٤٤: (إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجره أو تسليمه لمن تبرع) [١].

أما إذا طالبت الأم بالأجرة ، وكان الأب معسراً ولا مال للولد ولا متبرع بحضانته ، فحضانته لأمه وأجرتها على من يلي الأب في نفقة الولد ، لكنّه يؤديها على أنّها دين في ذمة الأب يستوفيه إذا أيسر ، فإن كان الأب عاجزاً ، فلا يجب عليه شيء ، وتتعين الأجرة على من يليه في الإنفاق ، وتستحقها من تاريخ طلبها لها برفع الدعوى للحاكم عند المالكية والشافعية والحنابلة ومن وقت ثبوتها بانتقال الحضانة إليها عند الحنفية [٢].

وتقدر أجرة الحضانة على المكلف بها حسب حال المكلف بها يساراً أو إعساراً ، وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة ، ويلزم بها أب المحضون إن لم يكن له مال خاص ، وتبدأ من يوم انتهاء العدة دون حاجة إلى القضاء ، ولا تسقط بمضي المدة ، ولا تبرأ إلا بالأداء ، أما المتوفى عنها زوجها فلا أجرة لحضانتها ، فإن كانت محتاجة ، وكان للولد مال فلها أن تأكل منه بالمعروف[٣].

والذي يبدو أن أجرة الحضانة ليست عِوَضاً خالصاً مقابل ما تقوم به الحاضنة من عمل ، ولا هي نفقة خالصة ، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة ، ففيها شبه نفقة ، وهي من الحقوق الأسرية القابلة للتجزؤ ، وبالتالي فإن مالك هذا الحق يملك إسقاطه ، كما يملك حق المعاوضة عليه بطريق الصلح أو المقاصة ، وإذا جاز إسقاطه لم يقع عما استقبل من الزمان ، لأنه حق يتجدد بشكل دوري ، وقد جاء في أحكام النقض الصادرة عن المحكمة الشرعية السورية : (نفقة الصغيرة وأجر حضانتها من الحقوق الدورية المتجددة)[٤].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٤.

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٧٤/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢١/٢- كشاف القناع للبهوتي : ٤٣٥/٤.

٣- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٨/١- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٦٢/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢٤/٢.

٤- الغرفة الشرعية، قرار ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ ، أساس ١٠٥٣ ، مجلة المحامون ، عدد ٣-٢٨٣/٤.

الفرع السابع : إسقاط حق الحاضنة في السَّكن : إن رعاية الصغير والقيام بشؤونه يتطلب تأمين جو من الاستقرار ينعم به هذا الصغير في حضانة من تشرف عليه ، وفي سكن يجمعه بها، والسكنى من مستلزمات المحضون ، وهي تدخل في عموم نفقته ، فإن حصل خلاف بين الزوجين على السكنى بخصوصها ، فقد اتفق الفقهاء على أن الحاضنة إن كان مسكن أو كان لها ولي يقبل استقبال الصغير فلا يلزم الأب نفقة السكنى، واختلفوا في إلزام الأب بالمسكن أو أجرته إن لم يكن لها مسكن على أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية في الأظهر والمالكية في المشهور والشافعية في قول والحنابلة إلى أن مسكن الحضانة يجب على الأب إن كان له أكثر من سكن، لأنها من جملة كفاية المحضون الواجبة عليه ، فإن لم يكن له سكن لزمته أجرته إن كان موسراً أو كان متوسط الحال ، فإن كان معسراً ، وكان للصبي مال لزمت الأجرة في مال الصبي ، وإلا بأن لم يكن له مال فتجب على من تلزمه نفقته لكيلا يضيع الولد [١].

القول الثاني : ذهب المالكية في قول إلى أن الأجرة تقسم بين الحاضن وأب المحضون باجتهاد الحاكم ، فيجعل نصفها على الأب ، والنصف الآخر على الحاضن ، أو ثلثها على أب المحضون والثلثان على الحاضن أو العكس ، أو تقسم على عدد الأفراد الذين يسكنون المنزل ومن بينهم المحضون [٢] .

القول الثالث : تجب أجرة السكنى على الموسر منهما ، وهو قول للمالكية [٣].

القول الرابع : يجب المسكن ولا تلزم أجرة المسكن الذي تحضن فيه الصبي ، لأنه لا يلزم من وجوب الأجرة وجوب المسكن بخلاف النفقة ، وهو قول عند الحنفية [٤].

ويعود الخلاف في أصله إلى اختلافهم في صاحب الحق في الحضانة : هل هو الحاضن أم المحضون ؟ فمن رأى أنها حق للحاضن لم يجعل لها أجرة ولا سكنى ، لأنه لا يتصور أن تكون من حقه ، ثم يأخذ أجرة على ذلك الحق ، فهؤلاء حاولوا فرز ما يستحقه المحضون ، وإلزام الأب به ، بينما تتحمل الحاضنة أجرة سكنها ، ومن رأى أنها حق للمحضون ، أوجب له

١- مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢٦٨/١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٣/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٤٣٦/٤.

٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٣٣/٢.

٣- المرجع السابق.

٤- مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢٦٨/١- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٤٨٢/١.

الأجرة على السكن بشكل كامل ، لأنه يقع في مصالحه على اختلافهم في جهة اقتطاعها ابتداء من مال الولد أم من مال أبيه إن كان موسراً .

أما قانوناً فقد استقر اجتهاد محكمة النقض السورية على إلزام الأب مسكن الحاضنة أو أجرته وفق ما جاء نصه : (إذا لم يكن للحاضنة مسكن تُسكِن فيه الصغير فعلى أبيه سكناهما جميعاً)[1].

والسكنى من الحقوق المالية التي يمكن للحاضنة إسقاطها بطريق الصلح أو المقاصة على ألا تضر بالمحضون قياساً على النفقة ، وهو أمر يتبع حال الحاضنة يسراً أو عسراً ، فإن كانت موسرة جاز لها إسقاطها وتحملها عن الأب بمقابل متفق عليه ، وإن كانت معسرة فلا تسقط حتى لو كانت بدل خلع أو مقاصة بدين ، لأن مصلحة الصغير تقدم والحالة هذه .

١- المرشد في قانون الاحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي/٥٤٠.

المبحث الثاني : إسقاط العصمة مقابل مال :

عبر الفقهاء في مواقع عدة عن الطلاق بلفظ الإسقاط بالنظر إلى التصرف الذي ينتج عنه، والذي يتمثل في إسقاط العصمة أو الزوجية باعتبارها في يد الرجل ، وهي حق من حقوقه ، وقد صنفه الفقهاء في الإسقاطات المحضة التي لا تتوقف على رضا الزوجة إلا أن يجري على صورة المعاوضة من قبلها أو يقوم الزوج بتعليقه على مال تبذله الزوجة في مقابل إسقاطه لعقدة النكاح ، فيما يسمى الخلع أو الطلاق على مال ، وعندئذ فلابد من رضا الطرفين كليهما [١]، وهذه من أجلى الصور التي تعبر عن الإسقاط على مال.

المطلب الأول : تعريف الخلع والطلاق على مال والفارق بينهما :

الخلع : وهو أن تفتدي الزوجة نفسها ببذل مال للزوج في مقابل خلاصها من عقدة النكاح ، وهو يعتبر معاوضة من جانبها ، ويميناً من جانب الزوج ، لأنه معلق على بذل العوض [٢]، والخلع إيجاب وقبول يتم بالتراضي دون إكراه ، ويصح بلفظ المبارأة والمفاداة ، والمبارأة تعني إبراء الزوجة زوجها قبل الدخول من كل ما أخذته منه ، والمختلعة تختلع من كل الذي لها ، أما المفتدية فتعطي بعض الذي لها وتمسك بعضه ، وقد يحصل المقصود بلفظ الطلاق المعلق على أخذ العوض والصادر عن الزوج [٣] ، ويتفق الخلع والطلاق على مال في كون كل منهما يزيل ملك النكاح مقابل عوض مالي تلتزم به الزوجة ما دامت أهلاً للالتزام والتبرع ، ويختلفان من وجوه ثلاثة [٤] :

الأول : إذا بطل العوض في الخلع ، بأن وقع على ما ليس بمال متقوَّم ، كخمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج ويقع الطلاق بائناً ، لأن الخلع كناية ، والكنايات توقع الفرقة دائماً حتى لو خلعها بغير مال لم يكن له مراجعتها دون رضاها [٥].

أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال بأن سمَّيا ما ليس بمال متقوَّم ، فإن الطلاق يقع رجعياً، لأنه لفظ صريح في الطلاق ، فصحة العوض توقعه بائناً وبطلانه يعيده رجعياً، أما كونه يقع بائناً ، فلأنه معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج المال فتملك هي خلاصها ،

١- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٧/٢ – بلغة الصاوي: ٢/ ٣١٣ – المجموع للنووي: ١٥٢/١٨.

٢- الأحوال الشخصية لأبي زهرة/٣٣٠.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٧٢/٦- المدونة للإمام مالك: ٢٤٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٤٧/٢.

٤- الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي: ٥٠٤/٧.

٥- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٨/٥- تحرير الكلام للحطاب/٣٣٧- الشرح الكبير لابن قدامة:٤٨/٢٢.

ولا يتحصل ذلك إلا بالطلاق البائن ، لأن الرجعي لا يقطع الزوجية ، وإلا ذهب مالها بغير عوض[١] ، وخالف أبو ثور عامة الفقهاء فنصّ على أن إسقاط العصمة بلفظ الطلاق المعلق على مال يوجب الرجعة ، لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض ، كالولاء في العتق في ملازمة أحدهما للآخر[٢].

وأجاب الجمهور عن ذلك بأن الفداء في الآية يعني أنها خرجت عن سلطانه ، وفي حق الرجعة بقاؤها تحت حكمه ، كما أن المقصود من الخلع إزالة الضرر الواقع عليها ، وفي جواز ارتجاعها استمرار للضرر ، أما القياس على الولاء فهو مع الفارق ، لأن العتق لا ينفك عن الولاء ، أما الطلاق فينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وكذلك إذا أكمل العدد [٣].

الثاني : يسقط بالخلع كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر بسبب الزواج ، كالمهر والنفقة الماضية والمتجمّدة أثناء الزواج دون نفقة العدة ، لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع ، فلا يتصور إسقاطها به ، أمَّا الطلاق على مال ، فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين ، ويجب به المال المتفق عليه فقط [٤].

وقد جاء في المادة ٩٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية وما اتفق على تسميته) [٥] ، وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (إذا لم يسمّ المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية) [٦]، وجاء في المادة ١٠١ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نصّ عليها صراحة في عقد المخالعة) [٧].

الثالث : الخُلع طلاق بائن وليس فسخاً عند الحنفية والمالكية والشافعية في أظهر القولين ورواية عن الإمام أحمد ، فيُحتسب من عدد الطلقات ، لأنها بذلت العوض من أجل الفرقة ،

١- البناية للعيني: ٣٠١/٥.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٩/٢٢.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٩/٢٢.

٤- ينظر في تفصيل المسألة ص١٢٧ من الرسالة .

٥- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي: ٥٦٢/١.

٦- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٤

٧- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٣٤

والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها ، فكان طلاقاً كغير الخلع [1].

وذهب الحنابلة في الأصح وهو قول الشافعي في القديم إلى أنه فسخ إذا وقع بلفظ الفسخ أو المفاداة ولم ينو به الطلاق ، ولا ينقص من عدد الطلقات ، لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة:٢٣٠] ، حيث ذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ [2].

أما الطلاق على مال فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات[3].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ١٤٤/٣- المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٧٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٧٥٩/١- مواهب الجليل للمغربي: ١٩/٤- بداية المجتهد لابن رشد: ١٥١/٢- المجموع للنووي : ١٥٩/١٨- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨/ ٣٩٧- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣١/٢٢.

٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٨/ ٣٩٧- المجموع للنووي: ١٥٩/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٢/٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٨٨/٤- المغني لابن قدامة :٢٥٠/٧- الشرح الكبير لابن قدامة والإنصاف: ٢٩/٢٢ - ٣٠

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ١٤٤/٣- بداية المجتهد لابن رشد: ١٥١/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٨/ ٣٩٧- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢/٢٢.

المطلب الثاني : صور الإسقاط على مال في الخلع الاتفاقي :

تتعدد صور الخلع الاتفاقي تبعاً لتنوع البدل المالي المقابل لإسقاط العصمة ، وقد استفاض الفقهاء في ذكر الصور المتوقعة لذلك في الحقوق الأسرية أعرض ما وفقت إلى إحصائه هنا :

الفرع الأول : الخلع مقابل الإرضاع :

يصح الخلع إذا كان على إرضاع الأم لولدها مدة معلومة ، لأن الرضاع ممَّا تصح المعاوضة عنه في غير الخلع ، وكذلك تجوز الإجارة عليه لوقت معلوم ، ففي الخُلع أولى ، ومدة الإرضاع الواجب سنتان ، فإذا كان الاتفاق مطلقاً عن المدة انصرف إلى ما بقي من الحولين [١] ، فإن ماتت المرضعة أو جفَّ لبنها ، أو هربت منه حتى مضى الرضاع ، أو لم ترضعه حتى مات فلا شيء له عليها عند مالك [٢] ، ويرجع عليها بمهر مثلها لِما بقي من المدة عند الشافعية [٣] ، وعليها أجر المثل لما بقي من المدة عند الحنفية والحنابلة ، وذلك ما لم تشترط عليه ألا شيء عليها إن ماتت أو مات الصبي [٤] .

وإن مات الولد انفسخ الاتفاق بتلفه ، كما لو ماتت الدابّة المستأجرة ، ولم يرجع الأب عليها بشيء عند مالك [٥] .

ويرجع عليها بأجرة مثله عن باقي المدة عند الحنفية والحنابلة والشافعية في القديم[٦] ، لأنه عقد على فعل معين فينفسخ بتلفها ، ولأن ما يستوفيه من اللبن يقدّر بحاجة الصبي، وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط، فلم يجز أن يقوم غيره مكانه في حياته ، فكذلك بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، ولأنه عقد على إيقاع منفعة في عين ، فإذا تلفت تلك العين لم يقم مقامها غيرها [٧] .

١- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١-المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب/٣١٠- الأم للشافعي: ٥١٠/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٢/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٢/٥.

٣- الأم للشافعي: ٥١٠/٦.

٤- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:٤٩٠/١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٤/٢٢ ، كشاف القناع للبهوتي: ١٩٠/٤.

٥- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٥/٥- تحرير الكلام للحطاب/٩٦.

٦- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١ - المجموع للنووي: ١٦٩/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٢/٢٢.

٧- المجموع للنووي: ١٦٩/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٥/٢٢.

ويرجع بقسطه من مهر المثل في قول الشافعي في الجديد حيث يقسم مهر المثل على أجرة الرضاع في الحولين ، فما قابل أجرة الحول الثاني أخذه ، وما قابل غيره لم يستحقه [١].

وذهب الشافعية في قول إلى أن الاتفاق لا ينفسخ بل يأتيها بصبي آخر ، لأن الصبي الميت مستوفى به لا معقوداً عليه فلم تبطل الإجارة بموته ، كما لو اكترى دابة ليركبها إلى بلد فماتت قبل استيفاء الركوب [٢]، فإن لم يأت بالصبي حتى مضت المدة لم يرجع عليها بشيء ، لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه ما إذا أجرته داراً وسلّمتها إليه فلم يسكنها ، ويرجع عليها بمهر المثل في قول آخر، لأن المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها ، كما لو باعت منه شيئاً وتلف قبل التسليم [٣].

وقد أخذ القانون بقول الحنفية والحنابلة والشافعي في القديم ، فقد جاء في المادة ١٠٢ من قانون الأحوال : (إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع على الزوجة بما يعادل أجرة إرضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية) [٤].

الفرع الثاني : الخلع مقابل الحضانة :

اتفق الفقهاء على صحة الخُلع مقابل أن تحضن الأم ولدها مدة معلومة بلا أجر، ولا يشترط تعيين الأجرة وتحديد قدرها عند الجمهور لتعارف الناس على ذلك واستحسانهم له [٥]، وذهب الشافعي إلى عدم صحة الاتفاق مالم تحدد مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدْر الإدام وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلَم فيه [٦].

وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم ٥٦٩ لعام ١٩٦٧: (المخالعة على حضانة الولد والإنفاق عليه ملزم للمطلقة) [٧].

١- المجموع للنووي: ١٦٩/١٨.

٢- الام للشافعي: ٥١٠/٦ – المجموع للنووي : ١٦٩/١٨–الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٤/٢٢.

٣- المجموع للنووي: ١٦٦/١٨.

٤- المرشد ، أديب استانبولي: ٥٧٣/١.

٥- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤٨٢/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٤٨/٢ حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٢١/٢- تحرير الكلام للحطاب /٩٩- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٩/٢٢.

٦- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٣٢٧/٨- المهذب للشيرازي: ٢٦١/٤.

٧- غرفة شرعية ، أساس٥٧٥ ، قرار ٥٦٩ ، المرشد : أديب استانبولي: ٥٧٤/١.

الفرع الثالث : الخلع على بقاء الولد إلى البلوغ :

إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن يبقى ابنها عندها إلى البلوغ ، صح الخلع وبطل الشرط عند الحنفية ، لأن الحق في الابن بعد انتهاء مدة الحضانة للأب لا للأم ، ولأن الابن أحوج لأبيه بعد الحضانة ، وهو أقدر على تربيته من الأم ، أما إن خالعت على إبقاء ابنتها منه إلى البلوغ ، صح الخلع والشرط معاً ، لأن البنت أحوج إلى تدريب أمها وتعليمها ، والأم أقدر على ذلك من الأب[١].

أما الجمهور فصححوا الشرط في كلتا الحالتين دون التفريق بين الابن أو الابنة ، إلا أن يكون على الصبي ضرر في ذلك ، وفي كلتا الحالتين تسقط مؤونة الولد عن الأب ، وتلتزم الأم بالإنفاق عليه [٢].

الفرع الرابع : الخلع على نفقة الصغير:

اتفق الفقهاء على جواز الخلع على نفقة الصغير ضمن حولي الرضاعة إلى الفطام ، كذلك نفقة الحمل[٣] ، لأنها في حكم المالكة لها ، ولا تدخل فيها النفقة الزائدة من كسوة الطفل ودهنه ونحوه فلا يصح أن تعاوض بها ، لأنها ليست لها ولا في حكم ما هو لها [٤]، ويكون ذلك ضمن الحولين ، أما ما زاد عليهما فقد اختلف الفقهاء في جواز الخلع على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية والشافعية وهو قول للمالكية إلى جواز الخلع على نفقة الصغير فيما زاد على حولي الرضاعة ، فإذا خالع الزوج امرأته على أن تنفق على ابنه الصغير مدة معلومة حتى لو كانت حاملاً به ، صح الخلع ولزمها الإنفاق في تلك المدة [٥].

١- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١-٤٩١، المبسوط للسرخسي: ٣/٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٤٣/٤.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٧/٢- تحرير الكلام للحطاب/٢١٠- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٤/٢ المهذب للشيرازي: ٢٦١/٤- الأم للشافعي:٢٧٤/١٠- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٨/٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٧٨/٢٤- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤ .

٣- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام : ٤٩٠/١ - المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢ - تحرير الكلام للحطاب/٩٣-٩٤-الأم للشافعي: ٥١٠/٦- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٩/٢٢ كشاف القناع للبهوتي: ١٩٤/٤.

٤- الفتاوى الهندية للشيخ نظام : ٤٩٠/١- الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٩/٢٢.

٥- البناية للعيني:٣٢٢/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب/٩٣-حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٤/٢- المهذب للشيرازي: ٢٦١/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٨/٨ .

القول الثاني : ذهب مالك وابن القاسم وأحمد إلى عدم الجواز فيما زاد على حولي الرضاعة ، فإن وقع ، صح الخلع وسقط الزائد على الحولين ، فإن خالعها بشرط النفقة على ولده بعد انقضاء حولي الرضاع مدة أربع سنين أو ثلاث لم يصح ، لأن الإنفاق على الأم في الرضاع وفي الحمل وفي الحولين ، فأما بعد الحول والحولين فذلك موضوع عن المرأة ، ولا يعتبر ملكها ولا في حكم ما هو لها ، فلا يصح أن تعاوض عليها ، وإن اشترطه الزوج عليها لغا ولا شيء عليها [١] .

وإن خالع امرأته على أن تتحمل نفقة نفسها مدة حملها لا تسقط نفقة الحمل[٢] ، وإن خالعها على أن تنفق على ابنه منها ثم راجعها بنكاح جديد سقط عنها ما تحمّلت به [٣].

فإن ماتت كانت النفقة في مالها ، وإن مات الغلام فلا شيء للزوج عليها عند المالكية في المشهور[٤]، وتجب عليها نفقة المثل في باقي المدة إن امتنعت أو ماتت أو مات الولد عند الحنفية والحنابلة والشافعية ، وتؤخذ من تركَتِها بعد موتها ، وإن أعسرت أنفق الزوج عليها ، ويرجع بالنفقة إذا أيسرت[٥].

والحيلة حتى لا يرجع إليها أن يقول الزوج : خالعتك على أني بريء من نفقة ولدك فإن مات فلا رجوع لي عليك [٦].

الفرع الخامس : الخلع على نفقة العدة :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في قول إلى جواز الخلع على نفقة العدة[٧]، وذهب الحنابلة في الأصح والشافعية في قول إلى عدم صحة الخلع على نفقة العدة لعدم استحقاق

١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٤/٢- تحرير الكلام للحطاب/٩٣-٩٤، الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٩/٢٢- كشاف القناع للبهوتي : ١٩٣/٤

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٥/٥.

٣- تحرير الكلام للحطاب /٩٣-٩٤.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب /٩٣-٩٤.

٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:٤٩٠/١ - المجموع للنووي : ١٦٩/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٢/٢٢.

٦- البناية للعيني : ٣٢٢/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١ الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٤/٢٢.

٧- تبيين الحقائق للزيلعي: ٦١/٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب/٩٣، مواهب الجليل للمغربي: ٣٧٢/٢ - روضة الطالبين للنووي: ٩/ ٧٠/٩.

المعتدة للنفقة على زوجها إلا أن تكون حاملاً فتصح عندئذ باعتبارها حق الحمل ، وليست حقاً للحامل[1].

ولا يصحّ للحامل كذلك المخالعة على نفقة عدتها ، لأنها لم تجب بعد ، إذ إنها تستحق بعد الطلاق ، وتجب يوماً بيوم ، فيكون كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها [2].

ولايصح إسقاط نفقة العدة في الخلع إلا بالشرط اتفاقاً عند من قال بجواز إسقاطها ، بمعنى أنها لا تدخل في الحقوق الزوجية التي تسقط بمجرد الخلع عند الإطلاق ، كالمهر والنفقة الزوجية ، فإن قال : خلعتك بكل حق لك عليّ ، لم تدخل نفقة العدة إلا بالتصريح باشتمالها في الإسقاط، لأنها لم تكن حقاً عليه عند الخلع [3].

فإن اختلعت على نفقة عدتها فلا يحقّ لها الخروج نهاراً لطلب المعاش في إحدى الروايتين عند الحنفية ، لأنها أسقطت حقها في النفقة ، فلا تبطل به حقاً عليها في الامتناع عن الخروج، ولها الخروج في رواية أخرى [4].

الفرع السادس : الخلع على مؤونة السكنى :

اتفق الفقهاء على أنه لا يصح للمعتدة إسقاط حقها في السكنى بحال ، لأن مبيتها في غير بيت الطلاق معصية ، وسكنى المعتدة حق لله تعالى ، ولا بدل له حتى لو تراضيا على ذلك ، فلو شرط عليها الخروج من منزله الذي تعتد فيه لم يصح ، وتسكن بغير شيء ، والخلع ماض ، أما لو أبرأته من مؤنة السكنى ، بأن كانت في بيتها أو كانت تعطي الأجرة من مالها أو كانت أسقطتها عنه صحّ التزامها بذلك عند جمهور الفقهاء [5].

وإن خالعها على أجرة السكن ، وكانت في مسكن الزوج ، فجعل عليها كراء المسكن كذا وكذا درهماً كل شهر ، صحّ الخلع وعليها أجرة المسكن ، كذلك لو اشترط البراءة من مؤنة السكنى

١- المهذب للشيرازي: ٦٢١/٤- الشرح الكبير لابن قدامة :٥٧/٢٢ - الإنصاف للمرداوي: ٣٢٤/٢٤.

٢- المهذب للشيرازي: ٦٢١/٤- المغني لابن قدامة : ١٨٧/٨.

٣- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/٥- مواهب الجليل للمغربي: ٣٧٢/٢- المهذب للشيرازي: ٦٢١/٤- المغني لابن قدامة : ١٨٧/٨.

٤- البناية للعيني: ٤٤٦/٥.

٥- لبناية للعيني: ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢، مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٧/٥- تحرير الكلام للحطاب/٣٣٧ - مغني المحتاج للشربيني: ١٠٤/٥- الأم ٥١٠/٦ - الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢٠/٢٤.

بأن كانت في بيت نفسها وتلتزم مؤنة السكنى من مالها مقابل الخلع ، سقطت بلا خلاف ، لأن ذلك حقها [١] ، وذهب الشافعية في قول إلى أن المعتدة لو أسقطت مؤونة السكن لم تسقط ، لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب بعد [٢].

الفرع السابع : الخلع على بذل مال من الزوج : إذا خالع زوجته على مال ، أو على ما في ذمته من المهر ، وشرط على نفسه لها مالاً ، يجعل ذلك استثناء من بدل الخلع ، فإن زاد عليه أو لم يكن بدل النفقة ، يجعل تقديراً لنفقة العدة ، إلا إذا كانت النفقة مخالعاً عليها أيضاً فلا يجب الزائد ، على أن المختار عند الحنفية وقول المالكية جواز البدل عليه ، وطريقه بالحمل على الاستثناء من المهر إن كان عليه مهر ، وإلا فهو استثناء من النفقة ، فإن زاد عليها يجعل كأنه زاد على مهرها ذلك القدر قبل الخلع ثم خالع تصحيحاً للخلع قدر الإمكان [٣].

الفرع الثامن : الخلع مقابل المهر: إذا اشترط الزوج على زوجته أن تبرئه من مهرها الذي في ذمته مقابل طلاقها صح اتفاقاً ، لأن الخلع يسقط جميع الحقوق الزوجية وفي مقدمتها المهر [٤]، ويجوز ذلك من قبل المرأة أو من قبل وليها ، إن كانت صغيرة أو بكراً في حجر أبيها بحكم ولايته عليها عند المالكية والحنابلة في قول خلافاً للجمهور [٥] ، فإن كانت ثيباً فللأب أن يخلعها على أن يضمن صداقها للزوج ، وللبنت أن تتبع أباها به بعد ذلك ، ولها أيضاً أن تتبع الزوج وتأخذ صداقها منه ، ويكون للزوج على الأب ديناً يأخذه من الأب [٦] ، فإن كان الزوج جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح ، فيكون له الرجوع ، لأنه غره ، كذلك إن كان الأب قد ضمنه له ضمان الدرك ، كما لو قال الأب : طلقها على ألف من مالها وعليّ الدرك ، فطلقها لزمه العوض ، وهو

١- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب/٣٣٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٢٠/٢٤.

٢- مغني المحتاج للشربيني: ١٠٤/٥.

٣- رد المحتار لابن عابدين: ١٢٣/٥- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٩/٥.

٤- العناية شرح الهداية : ٤٩٤/٥- تبيين الحقائق للزيلعي: ٢٥٣/٢- المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٦ - المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٣/٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٧/٨- الفروع، أبي عبد الله بن مفلح المقدسي ، تحقيق : عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة- بيروت ، ط١(١٤١٥هـ-٢٠٠٣م):٢٧٠/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٠٠/٢٢.

٥- البناية للعيني: ٣١٨/٥- المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٢/٢- المجموع للنووي: ١٥١/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٠/٢٢.

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٣/٢.

ما التزمه الأب بضمانه ، وليست الألف من مالها ، لأنه لا يملكها [١] ، وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية: (إذا طلق الزوج زوجته الصغيرة المميزة على مهرها وقبلت تطلق ولا يسقط المهر)[٢].

الفرع التاسع : الخلع على مال أو منفعة سوى المهر : إذا خالع امرأته على مال مسمى معلوم سوى المهر، فإن كان بعد الدخول وقبض المهر سلمت للزوج ما اتفقا عليه ، ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض سلمت المرأة للزوج بدل الخلع ، ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند أبي حنيفة ، وترجع عليه بصداقها وله بدل الخلع عند الجمهور والصاحبين من الحنفية ، وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول ، وإن لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع ، وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة ، وترجع عليه بنصف المهر إن لم يكن مقبوضاً ، وذلك في المشهور عن مالك والشافعية والحنابلة وقول الصاحبين من الحنفية ، ولو خالعها قبل الدخول ولم يسمّ لها مهراً سقط حقها في المتعة[٣].

كذلك لو قال : إن أبرأتني من دينك فأنت طالق فأبرأته ، صح ووقع الطلاق بائناً [٤] ، ولو خالعها على سكنى دار أو ركوب دابة مدة معينة صح ، فإن خربت الدار أو ماتت الدابة رجع بأجرة باقي المدة على نحو القول في الرضاع [٥] ، ولو خالعها واشترط عليها نفقة نفسه لسنة تم الخلع ولم يلزمها ما شرط الزوج[٦] ، وإن قال : إن أبرأت فلاناً فأنت طالق فأبرأته لم يصح ، ووقع الطلاق رجعياً [٧] ، وإذا خالعته على إبرائه من مهرها ونفقتها ولها ولد ، فلها النفقة عليه إذا فطمته ، لأنها أبرأته مما يجب لها من النفقة ، فإذا فطمته طالبته بنفقته[٨].

١- المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٦- تحرير الكلام للحطاب/١٠٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٠٠/٢٢.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي:٥٥٢/١.

٣- العناية شرح الهداية: ٤٩٤/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١- تحرير الكلام للحطاب/١٠٢- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٧/٨- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤ .

٤- خبايا الزوايا للزركشي/٣٦٥- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٠/٤.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٢/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

٦- تحرير الكلام للحطاب/٩٥.

٧- خبايا الزوايا للزركشي/٣٦٥.

٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٩/٢٢.

الفرع العاشر : الخلع على كفالة ولده مدة معلومة :

إذا خالع امرأته على كفالة ولده مدة معلومة (جمع بين الإرضاع والنفقة) ، وبيّن مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها ، وبيّن مدة الكفالة بعد الرضاع صح ذلك عند الحنفية والشافعية في المنصوص عليه والحنابلة في قول ، لأن الحاجة تدعو إلى الجمع بين النفقة والإرضاع ، وإذا أفرد أحدهما لم يتمكن من المخالعة على الآخر[١] ، وقيد المالكية جوازه بحولي الرضاعة[٢] ، وذهب الشافعية في غير المنصوص عليه والحنابلة في قول آخر إلى عدم صحتها ، لأنها صفقة جمعت بيعاً وإجارة (ابتياعاً للنفقة وإجارة الرضاع) ، كما أن فيه سلماً على شيئين مختلفين ، وفيه السّلم على النفقة إلى آجال[٣].

أجاب الجمهور بأن أمر السلم على شيئين مختلفين مرده إلى أن المقصود هنا هو الإرضاع ، والباقي تبع له ، ويجوز في التابع ما لا يجوز في غيره ، كذلك فإن السّلم على شيء إلى آجال لم يصح لعدم الحاجة إليه ، وهنا ثمة حاجة ، إذ من غير الممكن أن يخالع مرتين[٤].

ويصح ذلك عند الحنابلة ولو لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والأدم ، ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، لأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهي غير مقدرة ، كذا ههنا[٥].

فإن استكمل الولد مدة الرضاع ، وحلّ وقت النفقة ، فللأب أن يأخذ كل يوم قدر ما يحل عليها من النفقة ، فإن شاء أخذه لنفسه وأنفق على ولده من ماله ، وإن شاء أنفقه على ولده ، فإن كانت النفقة أكثر من كفاية الولد كانت للأب ، وإن كانت أقل من كفاية الولد كان على الأب تمام النفقة[٦].

١- البناية للعيني: ٣٢٢/٥- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١- المهذب للشيرازي: ٢٦١/٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٢٨/٨- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٥/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ١٩٤/٤.

٢- تحرير الكلام للحطاب/٩٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥٣٤/٢ مواهب الجليل للمغربي: ٢٧١/٥.

٣- المجموع للنووي: ١٦٥/١٨-١٦٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٥/٢٢.

٤- المجموع للنووي: ١٦٧/١٨.

٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٥/٢٢-٥٦.

٦- الفتاوى الهندية للشيخ نظام:٤٩٠/١، المجموع للنووي: ١٦٦/١٨-١٦٧، الشرح الكبير لابن قدامة:٥٦/٢٢

فإن مات الولد بعد الرضاع لم يرجع الأب عليها بشيء عند مالك [١]، وللأب تقدير النفقة وأخذها عند الجمهور[٢] ، وفي حلول النفقة عليها وجهان : أحدهما تجب له حالّة ، لأنها تأجلت لحاجة الولد إليها متفرقة ، وقد مات ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة ، والثاني : وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة تبقى مؤجلة منجمة ، لأن الدين إنما يحلّ بموت من عليه دون من له ، ولأنه إنما وجب عليها مؤجّلاً فلا يستحقه معجلاً ، كما لو أسلم إليه في خبز يأخذ منه كل يوم أرطالاً معلومة ، فمات المستحق له ، كذلك القول لو ماتت هي [٣].

الفرع الحادي عشر : الخلع على حلول الدين المؤجل : إذا كان للرجل على امرأته دين إلى أجل أو كان للمرأة على زوجها دين إلى أجل ، فخالعها على أن يعجّل الذي عليه الدين لمن له ، فإذا كان الدين عرضاً أو طعاماً مما لا يجري قبضه إلا برضا المدين ، فالخلع واقع ، ويردُّ الدين إلى أجله ، ولا يعجّل ، لأن طلاقه إياها كان على تعجيل الدين ، وهو إنما طلّق على أن يحط عنه الضمان الذي كان عليه إلى أجل ، فأعطاها الطلاق لأخذ ما لا يجوز له أخذه ، فألزم الطلاق ، كذلك الأمر لو طلقها على أن تقرضه قرضاً ففعلت لزمه الطلاق وردّ السلف ، لأنه قرض جرّ نفعاً[٤].

أما إذا كان الدين عيناً فللزوج أن يعجّله قبل حلوله ، ولا يجري مجرى الخلع ولكن من قبل الإعطاء ثم الطلاق ، فيقع الطلاق واحدة ، وله الرجعة [٥].

والجدير بالذكر هنا أن الطلاق على مال أو الخلع لابد وأن يتلازم مع وقوع الطلاق وإسقاط العصمة ، أما لو نويا مجرد بيع الطلاق أو شرائه من غير إيقاع الطلاق منها أو من غير نية الطلاق منه فالتصرف فاسد والنكاح باق بحاله [٦].

١- تحرير الكلام للحطاب/٩٦.

٢- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١ – المجموع للنووي: ١٦٩/١٨، الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٢/٢٢.

٣- المجموع للنووي: ١٦٦/١٨-١٦٧، الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٦/٢٢، كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢- مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٦/٥.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٨/٢

٦- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٤٠٢/٨.

الفرع الثاني عشر : الخلع على حصته من الميراث :

المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض هو الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً ، لأنها معاوضة فتصح في المرض كالبيع ، فإذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح بقدر الميراث ، لأنه لا تهمة فيه ، وهي لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة عند الحنابلة وابن القاسم ونافع من المالكية ، لأنها متهمة في أنها خالعته لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه ، وهو وارث لها فبطل ، كما لو أوصت له ، وتصح الزيادة من ثلث التركة عند أبي حنيفة ، ويصح الخلع ولا يرجع عليها بشيء عند مالك ، ويصح الخلع بما يعادل مهر مثلها عند الشافعي ، وتتوقف الزيادة على إجازة الورثة ، فإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع ، وله جميع ما خالعها به ، لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة [1] .

١- المبسوط للسرخسي: ١٩٣/٦- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣٥٤/٢- المجموع للنووي: ١٨٠/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠٢/٢٢- كشاف القناع للبهوتي: ٢٠٠/٤.

المبحث الثالث : إسقاط الدعوى في الحقوق الأسرية على مال :

الدعوى لغة : مشتقة من الدعاء أو الادعاء وهو الطلب ، والدعوى اسم لما يدعيه الإنسان[١]، وهي في الشرع : قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفسه [٢]، ولابد أن تكون الدعوى مؤيدة بالأدلة القطعية والبينات الصادقة حتى تكون كفيلة بإظهار صدق المدعي ، والكشف عن الحق ، وتتمثل البينات غالباً بإقرار المدعى عليه أو شهادة العدول أو الوثائق الصكوك الرسمية أو اليمين [٣].

والحق عندئذ قد يكون حقاً معنوياً أو عقوبة أو مالاً ، فإن كان عقوبة أو حقاً معنوياً ، كما هو الحال في غالب الحقوق الأسرية ، فلابد للمطالبة به واستيفائه من رفع الأمر إلى القاضي ، وإن كان الحق مالاً ، فإما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان عيناً وأمكن استردادها دون فتنة ، فله ذلك ، وإلا فلابد من رفع الأمر إلى القاضي ، وإن كان ديناً مقرّاً به طالب به ، وليس له الظفر بغير الدين من ماله ، فإن أخذ شيئاً غيره وجب رده ، وعليه ضمانه إن تلف ، وإن تراضيا بعد ذلك حصل التقاص بينهما ، وإلا رفع الأمر إلى القاضي إن أمكن من تحصيله ، فإن لم يمكّنه بأن كان منكراً للدين ولا بينة له فله الظفر بجنس حقه إن وجد ، وإلا ظفر به كيفما تمكن [٤].

وإسقاط الدعوى يعني أن يدعي شخص على آخر عيناً أو ديناً في ذمته أو حقاً عليه ، فيقرّ عليه المدعي ، أو ينكره وله فيه بينة ، ثم يسقط حق الدعوى مقابل مالٍ حالٍّ أو مؤجّل.

وتتعدد الدعاوى في إثبات الحقوق الأسرية أو في نفيها ، وقد تكون مع الإقرار بالحق ، وقد تحصل عند إنكار الحق أو السكوت عنه ، وهي تأخذ صوراً عدّة تنأى عن الحصر ، أعرض بعضها على سبيل التمثيل في هذا الموضع .

١- معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعه جي /٢٠٩.

٢- الاختيار لتعليل المختار للموصلي عبد الله بن محمود بن مودود ، ط٣(١٩٧٥-١٣٩٥هـ) ، دار المعرفة لبنان: ٢/ ١٠٩- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٣/١٤٤- حاشيتا قليوبي وعميرة: ٤/٣٣٤.

٣- الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ٢/١٠٩.

٤- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٣/١٤٦ – وينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/٢٥١.

المطلب الأول : إسقاط الدعوى على مال في حال إنكار المدعى عليه الحق أو السكوت عنه :

اتفق الفقهاء على جواز الإسقاط على مال بطريق الصلح إن كان المدّعى عليه مُقرّاً بالحقّ ، واختلفوا في الإسقاط على مال في حال السكوت عن الحق أو إنكاره ، ولم تكن له بينة أو لايعلم بوجودها ، فذهب الجمهور إلى جواز الصلح في هذه الحال ، فإن علم بالبينة بعد المصالحة عاد ببقية حقه ، فإن كان يعلم بها أو كانت بينته غائبة ، كالشهود إن خشي موتهم فصالح ، فلما قدموا أقام بينته لم تسمع[١] ، وذهب الشافعية إلى عدم جواز الإسقاط إن كان ساكتاً عن الحق أو منكراً له ، والتصالح على إسقاط الدعوى هو من قبيل الصلح على الإنكار ، وهو باطل[٢] .

الأدلة ومناقشتها : استدل الجمهور على قولهم بالأدلة التالية :

١- قال تعالى : ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء : ١٢٨] .

وجه الاستدلال : الآية عامة في الصلح دون تخصيص فتشمل الصلح في حال الإقرار أو الإنكار على حد سواء[٣] .

يرد عليه بأن التخصيص منصوص عليه بقوله ﷺ : " إلّا صُلحاً حَرّمَ حَلالاً أو أحلَّ حَرَاماً "[٤] والصلح مع الإنكار فيه أكل لأموال الناس بالباطل ، كما أن سياق الآية للصلح بين الزوجين ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ﴾ [النساء : ١٢٨].

ناقش الجمهور بأن النكرة (صلحاً) إذا أعيدت معرفة (الصلح)كان الثاني غير الأول ، وقوله " وَالصُّلْحُ خَيْرٌ" كلام مستقل بذاته فلا يربط بسببه[٥] .

٢- إن الصّلح مع الإنكار صلح بعد دعوى صحيحة ، وفيه تحقيق لمقصود الصلح في دفع الخصومة وقطع النزاع ، فالمدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع ، والمدعى

١- المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢٠، الذخيرة للقرافي: ٣٥١/٥، المدونة الكبرى للإمام مالك: ٣٨٧/٣، المجموع للنووي: ٦٤/١٣، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٥٠/١٣.

٢- مغني المحتاج للشربيني: ٤٠٨/٦ ، المجموع للنووي: ٦٤/١٣.

٣- البناية للعيني: ٤/٩ ، الشرح الكبير لابن قدامة : ١٥٠/١٣.

٤- سبق تخريجه ص١٤٠.

٥- البناية للعيني: ٥/٩.

عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال بذل لوقاية الأنفس وصيانتها عن التبذل وحضور مجلس الحاكم ، وهو ما قد يأنفه ذوو الأنفس الشريفة [١].

٣- إن البدل المالي في حقيقته عوضٌ عن الإسقاط ، وليس لتملك الحق ، وقد يكون بدل المدّعَى به ، لأن المدعى عليه بقبوله للصلح يكون كالمقرّ بما ادعى به المدعي ، فيكون إقراراً ضمنياً بذلك [٢].

أدلّة المانعين : استدلّ الشافعية على بطلان الصلح في حال الإنكار بما يأتي :

١- قال ﷺ : " الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً " [٣].

وجه الاستدلال : إن الصلح مع الإنكار يجعل البدل حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ ، لأن المدعي إن كان صادقاً ، فإنكار المدّعى عليه يجعل الصلح معاوضة على ما لم يثبت له من حقّ زيادةً على أنّه خَلا من العوَض في جانبه الآخر ، وإذا كان كاذباً ، فقد أكل مال أخيه بالباطل، وفي كلتا الحالتَين صار الصلح وسيلةً لأكل أموال الناس بالباطل [٤].

ويرد عليه : إن المقصود بالحديث ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه ، لأنه حرام بعينه كالخمر ، أو لأن فيه تحريماً للحلال ، كمن صالح امرأته على ألا يطأ ضرتها ، فهذا باطل [٥].

٢- إن المدعي يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ، وقد لعن الله تعالى الراشي والمرتشي [٦].

ويرد عليه بأن دفع الرشوة لرفع الظلم أمر جائز، وإنما جعل المال لصيانة الأنفس [٧].

والراجح فيما أرى هو قول الجمهور بصحة الصلح إذا تحتم وسيلة لدفع الخصومة أو الحصول على الحق أو على جزءٍ منه ، على أن لمن بذل البدل المالي العودة إلى المطالبة بحقه إن تمكن من إثبات عدم أحقية المسقط بما أسقط .

١- البناية للعيني: ٥/٩ ، المبسوط للسرخسي:١٣٤/٢٠، الذخيرة للقرافي:٣٥٢/٥، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٥٣/١٣

٢- المبسوط للسرخسي: ١٤٢/٢٠.

٣- سبق تخريجه ١٤٠.

٤- المجموع للنووي: ٦٤/١٣-٧١، مواهب الصمد للفشني/٤٠١.

٥- البناية للعيني: ٥/٩ ، المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٥١/١٣.

٦- المجموع للنووي: ٦٤/١٣- ٧١ ، العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩٠/٥.

٧- البناية للعيني: ٥/٩.

هذا إن سكت أو لم تكن له بينة ، فإن أسقطت الدعوى بيمين أحدهما ثم جاء الآخر ببينة لإثبات حقه فهل يسمع في دعواه ويرجع إليه حقه ، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

ذهب الجمهور إلى أن المدعي إن أحضر بينة على حقه بعد إحلاف خصمه سُمِعَ وحُكِمَ له بها ، لأن اليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا البراءة من الحق[1]، وخالف مالك فيما سوى الطلاق والنسب فلم يجز سماع الدعوى لانفصال الحكم باليمين ، ولأن سقوط الدعوى بها موجب لسقوط الحق [2] .

وردّ الجمهور بأن البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة ، لأن في اليمين إثباتاً ، وفي البينة نفياً ، فإذا وجدت البينة سقط حكم اليمين ، وليس سقوط الدعوى موجباً لسقوط الحق ، لأن الحقوق لا تسقط إلا بالقبض أو الإبراء ، واليمين ليست قبضاً ولا إبراء [3].

والراجح في هذه المسألة قول الجمهور لأن إثبات الحق مرهون بوجود البينة ، وقد وجدت فلا مبرر للسكوت عن الحق .

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٦/٧ ، حاشيتا قليوبي وعميرة : ٣٤١/٤، كشاف القناع للبهوتي: ٣٨٦/٥.

٢- مواهب الجليل للمغربي ، دار عالم الكتب: ٢٧٣/٨، حاشية الدسوقي لابن عرفة: ١٥١/٤- مختصر خليل لابن اسحق/٢١٨.

٣- الحاوي الكبير للماوردي: ٣١٤/١٦ .

المطلب الثاني : بعض الصور التطبيقية لإسقاط الدعوى على مال في الحقوق الأسرية :

ذكر الفقهاء عدداً من الصور لإسقاط دعوى الحقوق الأسرية على مال ، وهي تتنوع تبعاً لتنوع الحقوق الأسرية وتعددها ، أقتصر على ذكر بعض ما ذكره الفقهاء من صور لذلك على سبيل التمثيل لا الحصر .

الفرع الأول : إسقاط دعوى الزوجية على مال : ينقسم الإسقاط لدعوى الزوجية على مال بطريق الصلح تبعاً لطرف المدعي ، فإما أن تكون من المرأة أو من الرجل وفق الآتي :

الصورة الأولى : ادعاء الرجل الزوجية :

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا ادعى على امرأة نكاحاً سمعت دعواه [١]، ونص الحنفية والحنابلة في الصحيح على أن الرجل إذا ادعى على امرأة نكاحاً ، وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز الصلح ، فإن كان صادقاً حلَّ له أخذه ، وكان في معنى الخلع ، لأن له أن يفارق امرأته بعوض ، والمدعي يأخذ عوضاً عن حقه في النكاح فجاز كبدل الخلع ، وأمكن تصحيحه خلعاً من جانبه بناء على زعمه ، والمرأة تبذله لدفع خصومته وإزالة شره في جانبها فصح ولو أقام البينة على تزويجه بعد الصلح لم يقبل منه ، لأنّ ذلك لا يفيد بعد تقرر معنى الخلع في حقه[٢] ، وذهب الحنابلة في قول آخر إلى عدم الجواز ، لأن الصلح مع الإنكار إنما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين وهذه لا يمين عليها ، ويكون في حق المدعي لأخذ العوض مقابل حقه الذي يدعيه ، وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وإنما أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها[٣]، فلا يحلّ له أخذ المال إن كان مبطلاً وعلم بكذب دعواه ، لأنه أكل لمال الغير بالباطل[٤].

وذهب المالكية إلى عدم ثبوت دعوى الزوجية إلا بالبينة ، وهي شهادة الشهود ، ولا مدخل للأيمان فيها ، بخلاف الدعوى التي ترد على المال كالدعوى في الصداق أو مبلغه أو أجله أو

١- البناية للعيني: ١٩/٩، عيون المسائل للبغدادي/٥٢٨ ، العزيز شرح الوجيز للقزويني: ١٦٦/١٣، مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٤٠٧، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٦/١٣.

٢- تبيين الحقائق للزيلعي: ٣٧/٥.

٣- البناية للعيني: ١٩/٩، الهداية للمرغيناني: ٢١٧/٣، الروض المربع للبهوتي/٣٨٠- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣٦/١٣- الإنصاف للمرداوي: ١٣٨/١٣.

٤- البناية للعيني: ١٩/٩، الروض المربع للبهوتي/٣٨٠ ، الإنصاف للمرداوي:١٣٨/١٣.

قبضه ، أو الشروط المتعلقة بسائر الحقوق الأسرية ، فتجري فيها اليمين ، ويمكنه ردها والافتداء منها [١].

ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدت فصالحها على مائة درهم مقابل أن تقرّ له بالنكاح فأقرت ، صح الصلح عند الحنفية ، وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها ، لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة ، وهو كناية عن إنشاء الزواج [٢].

وذهب الحنابلة إلى أنه لو صالح امرأة لتقرّ له بالزوجية بعوض لم يصح الصلح ، لأن ذلك صلح يحلّ حراماً ، وفيه بذل المرأة نفسها بعوض ، وهو لا يجوز [٣].

ولو ادعى على امرأة في حبال رجل آخر أنها زوجته ، فقالت : كنت زوجتك فطلقتني ، كان إقراراً له ، وتغرّم مهر المثل ، لأنها فوتت البضع عليه بالنكاح الثاني ، ثم إنه لو طلقها الثاني عادت إلى الأول بغير عقد ، وردَّ عليها المهر الذي أخذه منها [٤].

الصورة الثانية : ادعاء المرأة الزوجية :

إن دعوى المرأة الزوجية إما أن تكون مقترنة مع المطالبة بطلب حق من حقوق الزوجية كالصداق أو النسب أو النفقة أو الميراث فهي تسمع لا محالة ، وإما أن تكون منفردة ولا تقترن بشيء من حقوق الزوجية ، ولابد من سماعها في كلتا الحالتين ، ولو ادعت امرأة الزوجية على رجل غائب ، وأن هذا الولد منه ، وأن لها النفقة عليه ، وأن له مالاً بيد فلان الحاضر ، وأقامت البينة بذلك ، حكم على الغائب ، وألزم الحاضر بتسليمها النفقة [٥].

فإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز عند الحنفية في رواية ، ويعتبر ما بذله من مال كأنما زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون زيادة ، وفي رواية أخرى لم يجز ، لأنه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن كان ترك الدعوى فرقة ، فالرجل لا يعطي العوض

١- الكافي لابن عبد البر: ٩٢٥/٢.

٢- تكملة حاشية ابن عابدين ، دار الفكر- لبنان: ٢٢٠/٨.

٣- الروض المربع للبهوتي/٣٨٠ ، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٦/١٣، الإنصاف للمرداوي: ١٣٨/١٣.

٤- خبايا الزوايا للزركشي/٣٧٧- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٦٧/١٣.

٥- عيون المسائل للبغدادي المالكي/٥١٣- العزيز شرح الوجيز للقزويني: ١٦٦/١٣.

في الفرقة ، وإن بقي حالها كما هو قبل الدعوى ، فالعوض ليس في مقابله شيء فلم يصح ، لأنه رشوة من غير دفع خصومة وعليها رده[١] .

ويكون التوفيق بالقول : إنها إذا خالعت على بدل ، يجوز إيجاب البدل على الزوج أيضاً ، ويكون مقابلاً ببدل الخلع [٢] .

وهل يعتبر إنكار الزوج للزوجية طلاقاً ؟ : اختلف الفقهاء في ذلك على قولين : فذهب الشافعية في الأصح إلى أنه ليس بطلاق[٣] ، وذهب المالكية والشافعية في قول إلى أنه طلاق[٤] .

الفرع الثاني : إسقاط دعوى الخلع أو الطلاق على مال :

إن دعوى الخلع أو الطلاق مقابل مال إما أن تكون من الزوج أو تكون من الزوجة ، ويختلف الحكم تبعاً لذلك :

الصورة الأولى : ادعاء الرجل الطلاق على مال :

إن ادعاء الرجل الخلع أو الطلاق على مال لا يؤثر في صحة وقوع الخلع أو الطلاق فهو لازم عليه ، لأن عقدة النكاح بيده ، وإنما الخلاف في لزوم العوض ، فإن أنكرت المال صدقت بيمينها [٥] ، وإن تصالحا على إسقاط دعوى الطلاق مقابل عوض مالي جاز ، لأن له أن يفارق امرأته بعوض ، والمدعي يأخذ عوضاً عن حقه في النكاح ، فجاز كبدل الخلع ، وخالف الشافعية في جواز ذلك بناء على عدم جواز الصلح مع الإنكار[٦] ، فإذا أنكر الخلع ثم تصالحا على شيء فهو باطل [٧] .

١- البناية للعيني: ٢٠/٩- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٦٧/١٣.

٢- رد المحتار لابن عابدين: ١٩٤/١٢- اللباب في شرح الكتاب للغنيمي: ١٦٥/١.

٣- خبايا الزوايا للزركشي/٣٧٣.

٤- مواهب الجليل للمغربي: ٢٩٩/٥- خبايا الزوايا للزركشي/٣٧٣.

٥- البناية للعيني: ١٩/٩، مواهب الجليل للمغربي: ٢٩٩/٥، مغني المحتاج للشربيني: ٤١٧/٦، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٦/١٣.

٦- البناية للعيني: ١٩/٩، مواهب الجليل للمغربي: ٢٩٩/٥، مغني المحتاج للشربيني: ٤٠٨/٦، العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٩٢/١٣، الروض المربع للبهوتي/٣٨٠، الشرح الكبير لابن قدامة: ١٣٦/١٣.

٧- نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج لشمس الدين الرملي ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط٣(١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ٣٨٧/٤.

الصورة الثانية : ادعاء المرأة الطلاق على مال :

إذا ادعت المرأة الخلع أو الطلاق على مال ، وأنكر الزوج ، صدق بيمينه ، لأن مقصوده استدامة النكاح ، فإذا نكل حلفت الزوجة ، ولو ادعت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتتنازل عن دعواها لم يجز اتفاقاً ، لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وللزوج أن يرجع عليها بما أعطاها ، وتبقى دعوى المرأة قائمة [١].

وإن دفعت إليه مالاً ليقرّ بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين ، وهو الصحيح من المذهب ، وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً [٢].

جاء في قرار محكمة النقض السورية أساس ٢٠٩٠ قرار ٢٠٤٧ لعام ٦٢ : (وقوع المصالحة في دعوى التفريق يستدل منه رضى الزوج باستئناف الحياة الزوجية) .

الفرع الثالث : إسقاط دعوى النسب على مال :

اتفق الفقهاء على أن النسب حق الله تعالى ، وهو حق للولد أيضاً ، ولا يجوز إسقاطه بحال من الأحوال ، كما لا يجوز نفيه بعد توافر شروط إثباته إلا باللعان [٣] ، ولا يصح التحكيم في النسب لأنه حق الولد [٤] ، ووافقهم القانون السوري في ذلك في الفقرة ٣ من المادة (١٢٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان) [٥].

وتعتبر دعوى النسب وحدها كافية لإثبات النسب إذا قام الدليل عليها ، أما إذا كانت دعوى النسب ضمن دعوى الزوجية فلا يثبت النسب حتى تثبت الزوجية ، فإن ادعت امرأة ذات

١- البناية للعيني: ١٩/٩، حاشية الدسوقي لابن عرفة: ١٥٠/٤ ، العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٩٢/١٣ الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣/ ١٣٧، الإنصاف للمرداوي: ١٣٨/١٣.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٣٧/١٣- الإنصاف للمرداوي: ١٣٨/١٣.

٣- يشترط لصحة الإقرار بالنسب من قبل الأب أو الابن الشروط الآتية : ١- أن يكون المدعي من أهل الدعوى، ٢- أن يكون المقر له مجهول النسب، ٣- أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر، بأن يكون سنهما يحتمل ذلك، ٤- أن يصدقه المقر بنسبه إن كان من أهل التصديق ، إذ لا حكم للصغير في نفسه، ٥- ألا يصرح المدعي بأن هذا ابنه من الزنا ، ٦- أن يقيم المدعي بينة على صدقه أو يبين وجه انتساب المقر له إليه فيما لو كانت ظواهر الحال تناقض الدعوى. بدائه الصنائع: ٣٣٧/٧، الحاوي الكبير للماوردي: ٩٥/٧، حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤١٢/٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة: ٤٤٦/٢٣.

٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ١٣٦/٤.

٥- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي: ٧١٠/١.

ولد أنها منكوحة لرجل وأن الولد منه ، فإن أنكر النكاح والنسب ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن أقر بالنكاح فقط لم يكن مقراً بالنسب ، وإن أقر بالولد منها كان إقراراً بالزوجية ، واستحقت عليه المهر والنفقة والكسوة [١] ، والقوانين القائمة لا تجعل الزواج وحده سبباً لثبوت النسب ، ولابد من ثبوت التلاقي بين الزوجين ، فاحتياط النسب أن يبنيه مدعيه على الإقرار به أو الدخول لا على مجرد العقد الصحيح ، أما إسقاط دعوى النسب فهو يرفع الحد ويمحو وصف الزنا [٢].

ولا يجوز الاتفاق على التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك [٣] ، وقد رتب قانون الأحوال الشخصية السوري العقوبة على إسقاط حق النسب ، أو التلاعب به أو تغييره ، وفق ما نصت عليه المادة ٤٧٨ من قانون العقوبات السوري : (١- من خطف أو خبأ ولداً دون السابعة من عمره أو بدّل ولداً بآخر أو نسب إلى امرأة ولداً لم تلده عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات - ٢- لا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة وكانت نتيجتها إزالة أو تحريف البنية المتعلقة بأحوال الولد الشخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية) [٤].

ودعوى النسب أثناء قيام الزوجية يكون إذا ولدته في غياب الزوج أو في حال قيامها بالعدة أو في حال إنكار الزوج الولادة أصلاً ، بأن ادعت الولادة في وقت معين وأنكر حدوثها ، أو في حال اعترافه بالولادة لكنه ينكر أن هذا المولود هو الذي ولدته زوجته ، وفي حال إنكار الورثة ولادة المعتدة لوفاة زوجها ، أو في حال أنكارهم شخصية المولود أو اعتراف بعضهم بالولادة والمولود وإنكار البعض [٥].

ويجوز إسقاط دعوى النسب بعوض مالي أو التصالح على ذلك إذا كان على إثبات النسب بهدف إسقاط الحد أو اللعان أو ما يسمى بالحق العام ، نصت الفقرة (٥) من المادة (٤٧٥)

١- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ١٣/١٦٨.

٢- الأحوال الشخصية لابي زهرة/٢٧٤-٢٧٦.

٣- الوسيط للسنهوري: ١/٤٤٦.

٤- قانون العقوبات السوري ، شفيق طعمة /٢٠٩.

٥- الأحوال الشخصية لأبي زهرة /٣٨٧.

من قانون العقوبات السوري : (إسقاط الحق عن الزوج أو الزوجة يسقط دعوى الحق العام والدعوى الشخصية عن سائر المجرمين) [١] .

ويصح التصالح إذا كان في مصالح الولد ، كمن تصالحت مع زوجها على حط شيء من حقوقها مقابل ثبوت نسب من تعلم أنه ولده حقيقة ، بخلاف التصالح على نسب الولد وهما يعلمان أنه ليس بولده ، فذلك باطل والمال المدفوع رشوة ، لأن النسب من حقوق الله تعالى ، وهو سبحانه القائل : ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله "[الأحزاب : ٥] [٢].

وقد جاء في درر الحكام ما نصه : (إذا ادعت الزوجة المطلقة على زوجها بأن هذا الصبي هو ولد الزوج ، وأنكر الزوج دعواها ، وصالح المدعية عن دعوى النسب على مال ، كان الصلح باطلاً ، لأن النسب حق الصبي ، وليس حق المدعية حتى يحق لها الاعتياض عنه) [٣].

يشير المفهوم المخالف لتعليل الحكم بعدم صحة الصلح إلى صحته إذا انتفت العلة ، وكان الصلح على ضمان حق الصغير في النسب .

وضوابط صحة الصلح : ١- ألا يعترفا بأنه ولدهما من زنا ، ٢- أن يعلما يقيناً أن الولد من مائه ، فإن لم يكن لم يصح الصلح ولا النسب .

ويشترط لإثبات النسب إمكانية التلاقي بين الزوجين ولو لمرة دون نفي أو إنكار من أحدهما ، على أن تكون الزوجية قائمة أو تكون المرأة معتدة من طلاق أو وفاة ، فإذا أنكر الأب نسب ولده ، وكانت امرأته قد جاءت به لأقل من ستة أشهر ، وسواء كان الزوج حاضراً أو غائباً ، فصالحته على مال للاعتراف بنسب المولود ، فالصّلح غير جائز وعليه ردُّ المال ، لأن النسب حق الولد ، ولا نسب لأقل من ستة أشهر [٤].

وكل مطلقة لم تكن مدخولاً بها ولم تلزمها العدة فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه ، وجاءت به لأقل من ستة أشهر [٥].

١- قانون العقوبات السوري ، شفيق طعمة /٢٠٨.

٢- الصلح في الشريعة والقانون ، بلقاسم ستوان ، ط(٢٠٠٠) /٣٣٩ .

٣- درر الحكام : ١٥/٤ .

٤- تبيين الحقائق للزيلعي: ٣٧/٥- نهاية المحتاج: ١١٤/٤.

٥- بدائع الصنائع للكاساني: ٢١١/٣.

وإذا وقع خلاف بين الزوج وزوجته في الولد الذي ولدته في أثناء غيبته أو حضوره أو مطلقته أو معتدته بعد مرور أكثر من سنة كاملة على الحمل ، ولم ينفه بالطرق الشرعية صحّ الصّلح ونسب الولد إليه شرعاً ، لأن أكثر مدة الحمل أربع سنوات عند الجمهور وسنتان عند الحنفية[١]، وجعلها قانون الأحوال الشخصية السوري لمدة سنة شمسية احتياطاً ، وشمولاً للأحوال النادرة ، فما زاد عليه فلا صلح ولا نسب [٢].

ومنه الصلح على استلحاق الولد : والاستلحاق مصدر لَحِقَ ، ومنها اللّحْقُ واللّحُوقُ وَالإلحاقُ بمعنى الإدراك ، وألحقه ولحق به أي أدركه ، وتلاحق القوم أدرك بعضهم بعضاً ، والملحق الدعي الملصق واستلحقه أي ادعاه [٣] .

وهو شرعاً : ادعاء المدعي أنه أب لصغيره ، ويكون من قبل الأب خاصة فلا يصح استلحاق غيره ، ولا يكون إلا لمجهول النسب ، أما معلوم النسب فلا يستلحق ، ويشترط لصحة الاستلحاق ألا يكذبه العقل أو العادة كاستلحاق الصغير للكبير ، وعدم وقوع النكاح منه ، وعدم دخول المرأة بلاد الزوج [٤].

واختلف الفقهاء في جواز استلحاق ولد الزنا ، فجمهور الفقهاء على أن ولد الزنا لا يستلحق[٥] لقوله ﷺ : " الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ" [٦] ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الرجل إذا زنا بامرأة فحملت منه ، ثم أراد أن يتزوجها ويستر عليها ، جاز والولد ولده شرط ألا يعترف

١- المبسوط للسرخسي: ٤٥/٦- الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي محمد بن علي ، تحقيق : عادل عبد الموجود ، على معوض ، دار عالم الكتب الرياض ، ط(١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م): ٤٠/٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٢١١/٣- بداية المجتهد لابن رشد: ٧٧/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٤٧٤/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٩٠/٣- كشاف القناع للبهوتي : ٢٦٠/٣.

٢- قانون الأحوال الشخصية السوري ، استانبولي : ٢٦/١.

٣- لسان العرب لابن منظور: ٣٢٧/١٠-٣٢٨.

٤- مختصر الخرشي: ١٠٠/٦- نهاية المحتاج: ٤/ ١٢٢.

٥- الشرح الصغير للدميري: ٣٧٨/١ - مغني المحتاج للشربيني: ٣٨٨/٣- المغني لابن قدامة: ٢٦٦/٦.

٦- أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض ، باب الولد للفراش: ٦/ر٢٤٨١/٦٣٦، ومسلم في صحيحه ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات : ر٥٨٠/١٤٥٧ .

المستلحق بأنه ولده من الزنا ، فإن اعترف لم يستلحق ، وبناء عليه فيجوز للمرأة أن تصالح من زنا بها على شيء من المال مقابل الزواج بها واستلحاق ولدها ، وبه قال ابن تيمية[١].

الفرع الرابع : إسقاط دعوى إسناد الحضانة على مال :

يتم اللجوء عادة إلى دعوى إسناد الحضانة في حالات الطلاق وما في حكمه ، وكذلك في حالات الوفاة والفقدان حتى لو كانت صاحبة الحق في الحضانة غائبة ولم تطالب بحقها ، أو جاء نائب عنها يطلبها لها، فإن الحضانة تثبت لها ، وقد ورد أن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها [٢].

ولا خلاف بين الفقهاء أن الحضانة حق مشترك لكلا الأبوين قبل حدوث الفرقة بينهما ، فإذا حصلت الفرقة كانت الأم أحق بولدها ما لم تسقط حضانتها لسبب معتبر شرعاً وقانوناً، وقد جاء في قرار المحكمة الشرعية السورية : (الحضانة من النظام العام ، وللأم المطالبة بحضانة ولدها في أي وقت شاءت طالما أنه ضمن سن الحضانة) [٣].

وبناء عليه فإن الحضانة تكون من المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي في دعاوى الطلاق أو التفريق أو الخلع ، وكذلك في حالات الوفاة أو الفقد ، ويسندها إلى الأم ما لم تسقط لسبب معتبر ، وقد جاء في الفقرة ٣ من المادة ١٣٩ من قانون الأحوال الشخصية : " للحاضن أمّاً كانت أو جدّة لأم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير ، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء أو خصومة بعد التأكد من قرابتها 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

١- المبسوط للسرخسي: ٤٥/٦- نهاية المحتاج للرملي: ١٢٨/٤- المغني لابن قدامة : ٢٦٦/٦- الاختيارات الفقهية لابن تيمية :/٢٧٨.

٢- قصة ابنة حمزة بن عبد المطلب ، حيث قال جعفر رضي الله عنه : أنا أحق بها، ابنة عمي وعندي خالتها، وإنما الخالة أم ، وقال علي: أنا أحق بها ، وعندي ابنة رسول الله ﷺ ، وقال زيد: أنا أحق بها ، خرجت إليها وسافرت وقدمت بها ، فخرج رسول الله ﷺ وذكر شيئاً ، وقال ﷺ : " أما الجارية فأقضي بها لجعفر ، تكون مع خالتها صفية ، وإنما الخالة بمنزلة الأم ". صحيح البخاري ، كتاب الصلح، باب كيف يكتب (هذا ما صالح فلان ابن فلان بن فلان بن فلان) ولم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه)، رقم (٢٦٩٩): ١٧١/٧.

٣- الغرفة الشرعية : قرار ٢٧٠٢ أساس٢٨٠٤ لعام٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان٣- ٤ لعام٣١٤/٢٠٠٢.

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) [١].

ومن الجدير بالذكر أن إسقاط الحاضنة حقها في الدعوى صلحاً على مال جائز قياساً على غيرها من الدعاوى ، وإسقاط الدعوى لا يقتضي إسقاطاً للحق ، وللولي كذلك إسقاط حقه في دعوى المطالبة بالحضانة مقابل عوض مالي ، شريطة ألا يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون ، ولا يلحق الضرر به .

الفرع الخامس : إسقاط دعوى تمديد الحضانة على مال :

تتولى الأم مسؤولية الاهتمام بالطفل منذ نعومة أظفاره أثناء الحياة الزوجية ، وتستمر بعد انقضائها إلى سن معينة اختلف الفقهاء في تحديدها ، فذهب الحنفية إلى أنها للفتى إلى التاسعة وللفتاة حتى البلوغ وحددوه بالتاسعة أيضاً ، وضبطها الشافعية والحنابلة بالتمييز، وهو سن السابعة ، بينما حددها المالكية بالبلوغ للفتى وبالزواج للفتاة [٢] .

ومن الملاحظ في هذه المسألة وغيرها من مسائل الحضانة أن مدار الحكم مرتبط بمصلحة المحضون وجوداً وعدماً ، وهو أمر ينبغي للقاضي أن يأخذه بالحسبان ، ومنه انطلق المشرّع السوري في قانون الأحوال الشخصية ، وعليه واقع العمل في المحاكم الشرعية [٣] ، حيث تم اعتبار السلطة التقديرية للقاضي في تحرّي الأصلح للمحضون ، وجاء 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 تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد) [٤].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٣

٢- البناية للعيني: ٤٧١/٥ ، تبيين الحقائق للزيلعي: ٤٨/٣، المدونة الكبرى للإمام مالك:٢٥٨/٢، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٨٦/٢- الأم للشافعي:٢٧٤/١٠- زاد المعاد: ١٣٥/٤.

٣- جاء في الغرفة الشرعية قرار١٨٢٢ ، أساس ٣١٨٧، لعام ٢٠٠٠): ١- على القاضي التصرف بكل ما فيه مصلحة الصغير وإن بلا طلب -٢- ما يتعلق بشؤون القاصرين هو من النظام العام - ادعاء الأم بالخشية على حياة ابنتها من زوجة أبيها يوجب على القاضي بحثه والاحتياط لرفع الضرر عن الصغير. مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٣٠١/٢٠٠٢.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٤٤.

وهذا في حال غياب الأب ، أما إن وجد فالمصلحة تقتضي انتقال المحضون إلى أبيه ببلوغ السن القانونية التي نصت عليها المادة ١٤٦ من القانون نفسه : (تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره والبنت الخامسة عشرة من عمرها) [١].

فإذا انقضت مدة الحضانة فلا دعوى للأم ولا خصومة ، وهذا ما صدر بنصه عن المحكمة الشرعية السورية : (١- تنعقد الخصومة لمن له حق الولاية على الأولاد، ولا تنعقد للأم بعد انتهاء حضانتها -٢- بعد انتهاء مدة الحضانة ليس للحاضنة أن تناقش فيمن سيستلم الولد) [٢].
وهو ما أشار إليه قرار المحكمة الشرعية وفق القانون السابق من منع تمديد الحضانة واعتباره مخالفاً للقانون حيث جاء فيه : (تمديد القاضي مدة الحضانة للصغيرة بعد بلوغها الحادية عشرة مخالف للقانون) [٣] ، وذلك بعد أن كان التمديد من حق القاضي سابقاً وفق ما جاء في القرار رقم ٦٩٤ لعام ١٩٧٥ [٤].

والذي يبدو لي أن النص القانوني في منع تمديد الحضانة جاء وليد الممارسات الخاطئة لغالبية الأمهات الحاضنات في منع الأب من زيارة ولده أو رؤيته ، ومحاولة عزل الولد أثناء مدة حضانة أمه عن السلطة والرقابة الأبوية ، مما ينعكس سلباً على علاقة الولد بأبيه ، لاسيما مع استمرار حضانة الأم إلى سن يناهز البلوغ أو يجاوزه ، ففي المنع مراعاة لحق الأب في ضم الولد إليه.

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٤٤ .

٢- محكمة النقض السورية /الغرفة الشرعية قرار ٩١٣ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٢ أساس ٨٢٦) (مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ / ٢٧٢

٣- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٥٢- الغرفة الشرعية قرار١٨٢٢ ، أساس ٣١٨٧، لعام ٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان٣- ٤ لعام٣٠١/٢٠٠٢.

٤- موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٥٣.

المبحث الرابع : إسقاط الحقوق الزوجية مقابل مال :

تتعدد الحقوق الزوجية وتتعدد صور إسقاطها مقابل مال ، وقد يكون إسقاطها محضاً أو مقابل عوض مالي ، ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر :

المطلب الأول : إسقاط حق الطلاق :

إن الطلاق بيد الرجل وهو حق له يوقعه بإرادته المنفردة ، وقد يكون بطلب من الزوجة بطريق الخلع أو التفريق القضائي ، ويحدث أحياناً أن تمنع المرأة زوجها من ممارسة هذا الحق بطريق الاشتراط ، وهو أمر تتعدد أحكامه تبعاً لتعدد صوره :

أولاً : اشتراط المرأة على زوجها ألا يطلقها :

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم اشتراط المرأة على زوجها عدم تطليقها على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في المشهور إلى أن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد ، لكنه لا يخل بالمقصود الأصلي للنكاح ، فيصح النكاح ويلغو الشرط ، ويبطل ما سمى لها من المهر ، ويجب لها مهر مثلها ، ولها أن ترجع بصداقها إن كانت أسقطته أو حطّت منه على هذا الشرط ، قَرُبَ طلاقها أو كان بعد طول زمان ، فإن كان قبل الدخول بطل العقد عند المالكية والشافعية في قول [1].

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى صحة العقد ولزوم الشرط لما فيه من منفعة مقصودة لها ، فإن لم يف به ، وطلقها ثم أرجعها كان لها حق الفسخ ، وهو قول المالكية إذا اقترن الشرط باليمين [2] ، وقد سبقت مناقشة أقوال الطرفين في موضعه [3].

ثانياً : اشتراط المرأة على زوجها أن يكون أمرها بيدها :

حق الطلاق ملك للزوج ، قد يتولاه بنفسه أو بواسطة غيره ، وله أن يفوض امرأته بتطليق نفسها أو يجعل أمرها بيدها ، ولها اشتراط ذلك بعد تمام العقد ، وعندئذ فلها أن تطلق نفسها

١- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣١١/٦- بداية المجتهد لابن رشد: ٤٨/٢- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٥- الوسيط للغزالي: ٢٢٩/٥- المجموع للنووي: ١٦٥/١٨.

٢- المنتقى للباجي: ٦٧/٥- المغني لابن قدامة : ٤٨٦/٩- العدة شرح العمدة للمقدسي/٣٨٦.

٣- ينظر ص ١٨٥ من الرسالة .

متى شاءت طلقة واحدة رجعية دون تكرار إلا أن يأذن لها به ، أو يكون الطلاق قبل الدخول ، ويكون لها ذلك مادامت في مجلس الإيجاب ، فإن فارقت المجلس فلا خيار لها [١].

وإن علّق أمر الطلاق بيدها على سبب من فعله جاز الشرط ولزم الزوج الوفاء به ، كمن اشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره لزم الشرط ، أما لو علّقه على فعل الغير لم ينفذ ولم يلزم الزوج ، والنكاح جائز [٢].

وإن كان الالتزام على يمين بطلاق كأن حلف ألا يتزوّج عليها مثلاً أو لا يخرجها من بلدها ، فإن فعل فأمرها بيدها ، فالشرط لازم ، وعليه حينئذ أن يحدد نوع الطلاق المفوض لها ، رجعي أم بائن ، ولو خيرها فخشي أن تختار نفسها ، فأعطاها ألف درهم على أن تختاره ، صحّ ولزمته الألف [٣] ، كذلك لو شرط لها ألا يتزوج عليها فإن فعل فأمرها بيدها ، فتزوج عليها فأرادت أن تطلق نفسها ، فبذل لها ألف درهم على ألا تفعل فرضيت بذلك ، لزم الزوج العوض ، لأنها تركت شرطها بهذه الألف [٤].

واختلف الفقهاء فيما إذا اشترطت المرأة عند العقد أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت ، على قولين : فذهب جمهور الفقهاء إلى أن اشتراط الزوجة عند العقد أن يكون الطلاق بيدها مناف لمقتضى العقد وهو باطل [٥] ، وذهب الحنابلة إلى صحة الشرط ولزومه ، وبه قال الحنفية إن كان الشرط من جهة المرأة ، بأن قالت : تزوجني على أن أمري بيدي ، أما إن كان بتعليق من الزوج ، بأن قال : تزوجتك على أن أمرك بيدك ، لم يصح الشرط ولم يلزمه [٦].

١- البناية للعيني: ١٢٢/٥، التلقين للبغدادي/١٣١، بداية المجتهد لابن رشد: ٧١/٢، المجموع للنووي: ١٨/ ٢٣١، مغني المحتاج للشربيني: ٣٧٧/٣، المغني لابن قدامة: ٣٨١/١٠ العدة للمقدسي/٤١٥.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة: ٤١/٢٢- العدة شرح العمدة للمقدسي/٤١٦.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٧٣/٢- بداية المجتهد لابن رشد: ٧١/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٧٧/٣ المغني لابن قدامة: ٣٨١/١٠.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٧٣/٢.

٥- بدائع الصنائع للكاساني: ١١٦/٣- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٧٣/٢- الشرح الصغير للدميري:٣/ ٥٩٥ - الحاوي الكبير للماوردي: ٥٠٦/٩.

٦- بدائع الصنائع للكاساني: ١١٦/٣- شرح فتح القدير لابن الهمام: ١١٥/٣- العدة للمقدسي/٤١٥.

المطلب الثاني : إسقاط حق النقلة ومتابعة الزوج :

يحق للزوج السفر بزوجته رعاية لمصالح النكاح التي له فيها الحظ الوافر، ويجب على المرأة بالمقابل أن تتابع زوجها وتنتقل معه[١] ، فإن أسقطت حقه هذا باشتراطها عدم الانتقال بها من دارها أو من بلدها أو بعدم السفر بها ، أو على ألا يفرق بينها وبين أبويها أو أولادها ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الشرط مما لا يقتضيه العقد ، فيبطل الشرط ولا يلزم به الزوج ، وإليه ذهب المالكية إن كان بعد الدخول ، ولها مهر المثل إن حطت من مهرها مقابل الشرط ، لكن يستحب له الوفاء بالشرط ، هذا إن لم يتعلق باليمين وإلا وجب الوفاء به، أما قبل الدخول فيجب فسخ العقد [٢] .

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد وفيه لها منفعة مقصودة فهو شرط صحيح لازم للزوج ، فإن لم يفِ به كان لها الخيار في الفسخ [٣] .

الأدلة ومناقشتها :

أولاً : استدل القائلون بعدم الجواز بما يأتي : ١- روي عن علي رضي الله عنه قال في الرجل يتزوج المرأة وشرط لها دارها : " شَرْطُ اللهِ قَبْلَ شَرْطِهَا " [٤] .

وجه الاستدلال : يدلّ ظاهر الأثر على أن للزوج إخراج زوجته ولو شرطت عليه خلاف ذلك ، لأن الأصل في المرأة أن تكون تبعاً لزوجها [٥] .

٢- إن الشرط ليس فيه مصلحة للعقد ، لأنه يلغي أهم مقتضيات النكاح في متابعة المرأة لزوجها والانتقال إلى بيت الزوجية [٦] .

١- خبايا الزوايا للزركشي/٣٦٤- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢٤/٢.

٢- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣١١/٦- المنتقى للباجي: ٦٧/٥- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢٤/٢- المجموع للنووي: ١٦٥/١٨.

٣- المغني لابن قدامة: ٧/ ٤٨٨ – العدة للمقدسي/٤١٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٩٠/٢٠.

٤- أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح: ر١١٢٧/ ٢٦٧ .

٥- المنتقى للباجي: ٦٧/٥.

٦- الوسيط: ٢٢٩/٥.

ردّ الحنابلة بأن انتفاء المصلحة غير مسلّم به ، إذ قد يكون للمرأة مصلحة مقصودة في ذلك [١] .

ثانياً : استدل الحنابلة على قولهم بالجواز بما روى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها ، فخاصموه إلى عمر رضي الله عنه ، فقال : لَهَا شَرْطُهَا ، فقال الرجل : إذن تُطَلِّقنَا ، فقال عمر رضي الله عنه : " مَقَاطِعُ الحقوقِ عِنْدَ الشّرُوطِ " [٢] .

وجه الاستدلال : أن عمر رضي الله عنه قضى للمرأة ألا ينقلها من بلدها بما شرطته ، وهذا يدلّ على صحة شرطها ولزوم الوفاء به [٣] .

ردّ الجمهور بأن هذا الأثر معارض بما روي أن رجلاً تزوج في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فشرط لزوجته ألا يخرجها ، فوضع عنه عمر الشرط ، وقال : " المَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا " [٤].

٢- إنه شرط لها منفعة لا تمنع مقصود النكاح فكان لازماً ، ويسنّ له الوفاء به ولا يجبر عليه ، فإن لم يفِ به فلها الفسخ [٥].

والراجح فيما يبدو هو ما ذهب إليه الحنابلة ، لأن الشرط يحقق منفعة مقصودة لها ، وهو لا يوقع الرجل في الحرج في لزوم الوفاء ، ولكن يعطيها الحق في المطالبة بفسخ العقد عند الإخلال وصورة الإسقاط على مال هنا ما لو جعلت له عوضاً مقابل هذا الشرط أو حطّت عنه من مهرها عليه ، وعندئذ إن أخلّ الزوج بالشرط وجب ردّ العوض ، أو استحقت مهر مثلها وفق ما ذهب إليه المالكية .

١- المغني لابن قدامة : ٤٨٨/٧- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٩٠/٢٠.

٢- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح : ٩٧٠/٢.

٣- المغني لابن قدامة: ٤٨٨/٧- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٩٠/٢٠.

٤- أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظي ، الدار السلفية- الهند ، ط١(١٤٠٣هـ -١٩٨٢م) : ١/ر ٢١٣/٦٧٠ - وأخرجه البيهقي في سننه: ٧/ر ٢٤٩/١٤٢١٥، وصحّح إسناده الحافظ بن حجر في فتح الباري شرح صحيح البخاري ، علي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، دار الكتب السلفية: ١٨٩/٩.

٥- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٩٠/٢٠.

المطلب الثالث : إسقاط الزوجة حقها في الانفراد بالمسكن :

اتفق الفقهاء على حق المرأة في السكن واعتبار حالها في ذلك بخلاف النفقة والكسوة ، لأنها لا تملك الانتقال منه ، قال تعالى : ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق:٦]، ويسقط بإسكان الزوج في منزلها مدة يسقط فيها الحق ، كذلك بالإذن المطلق لإسقاط للحق دون أن تطالبه به بعد ذلك قياساً على كونها لا ينبغي أن تطالبه بأجرة السكنى في منزلها ، إذ يحمل الإذن المطلق دون اشتراط العوض على الإباحة أو الإعارة [١].

واتفقوا كذلك على حقها في الانفراد بالمسكن إذا كان عليها ضرر أو أذى ، فإن لم يكن وأراد الزوج إلزامها بمسكن مشترك فاختلف الفقهاء في ذلك :

الفرع الأول : جمع المرأة مع أحمائها في مسكن واحد :

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في ظاهر كلامهم إلى أن من حق الزوجة أن تنفرد بمسكن مع زوجها ليس فيه أحد من أهله دفعاً للضرر عنها ، إذ ربما يكون وجود أحد أهله مانعاً من استمتاع كل منهما بصاحبه على الوجه المرغوب فيه ، وميز المالكية بين الشريفة والوضيعة ، فقالوا بحق المرأة بالامتناع عن متابعة الزوج إذا لم يفردها في مسكن مستقل عن أهله إذا كانت شريفة ذات قدر ويسار ، أما الوضيعة فلا يحق لها الامتناع ، ما دامت تأمن من الاطلاع عليها ، لأنه قد يكون إنما تزوجها على ذلك ، وفي المنزل سعة ، وليس لها على زوجها أن يخرج أبويه عنها ، وكذلك بناته أو إخوته وأخواته ، إلا أن يثبت إضرارهم بها [٢].

وقد جاء في المادة ٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري أن للزوج الحق بإسكان ولده الصغير غير المميز مع زوجته ، وبإسكان أقاربه الآخرين ، إذا لم يثبت إيذاؤهم لها [٣] ، واستقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أن وجود الأقارب للزوج في المسكن الشرعي لا يؤثر في

١- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٣/٣ ، الدر المختار للحصكفي : ٣/ ٦٠٠- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥١٢/٢ ، مغني المحتاج للشربيني: ٤٣٢/٣- النجم الوهاج للدميري: ٤٠٢/٧- كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٥٧٩ – الاختيارات الفقهية لابن تيمية /٧٠٤.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٢٣/٣، البيان والتحصيل للقرطبي: ٣٣٧/٤ ، مواهب الجليل للمغربي: ٥٤٩/٥ النجم الوهاج للدميري: ٤٠٢/٧- كشاف القناع للبهوتي: ٥٧٩/٣.

٣- المرشد ، أديب استانبولي : ٣٩٥/١.

سلامته وشرعيته ما لم يثبت إيذاء الأقارب للزوجة ، وليس للزوج أن يسكن أحد أقاربه في المنزل الزوجي إذا ثبت إيذاؤهم للزوجة [١] ، وتقدير حصول الإيذاء يعود لقاضي الموضوع [٢] .

وبذلك يأتي القانون موافقاً لرأي الجمهور دون تفريق بين وضيعة وشريفة ، إذ لا وجه لهذا التفريق ، فالمرأة إنسان أيا كان مستواها الاجتماعي ، ولا ينبغي التفريق حسب المكانة الاجتماعية أو الاقتصادية ، فالجميع متساوٍ أمام القانون في الحقوق والواجبات .

الفرع الثاني : جمع المرأة مع ضرتها في مسكن واحد :

اتفق الفقهاء على عدم جواز جمع المرأة وضرتها في مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أم كبيراً لما عليهما من الضرر في ذلك ، كما أن اجتماعهما يثير الغيرة والمخاصمة ، وقد تسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى الأخرى أو ترى ذلك ، وجعله ابن القاسم من المالكية تبعاً لحال الزوجة في اليسار والإعسار ، فيكفيها بيت من دار ولو في الدار ضرتها ، وذلك كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون الأحواش والربوع [٣] .

ويسقط هذا الحق باشتراط ذلك في نص العقد ، كما يسقط بالتنازل عنه وتركه والمسامحة فيه ولو اشترط عليها أن يجمع بينها وبين ضرتها في مسكن واحد ، لغى الشرط وصحّ النكاح ، لأن الشرط حتى لو كان مخالفاً لمقتضى العقد إلا أنه لا يخلّ بالمقصود الأصلي للنكاح ، فلا يلزمها فإذا رضيت بالإقامة مع ضرتها مدة ثم عدلت عنه فلها ذلك ، وهو ما أيده قانون الأحوال الشخصية السوري [٤] .

١- غرفة شرعية ، أساس٢٨٩ ، قرار ٢٨٤ لعام ٦٦، المرشد ، أديب استانبولي: ٣٩٥/١.

٢- غرفة شرعية ، أساس١٦٣ ، قرار١٥٣، لعام ٦٦ ، المرشد ، أديب استانبولي: ٣٩٥/١.

٣- الدر المختار للحصكفي: ٦٠٠/٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٥١٢/٢ - النجم الوهاج للدميري: ٧/ ٤٠٢- زاد المحتاج للكوهجي: ٣٢٤/٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٧٣/٤.

٤- شرح قانون الأحوال ، أديب استانبولي : ٣٨٤/١.

المطلب الرابع : إسقاط المهر على مال :

إن المهر قد يتم إسقاطه كلاً أو جزءاً مقابل عوض مالي ، وقد يتم الحطّ منه مقابل منفعة معتبرة لأحد الطرفين بطريق الإشراط المقارن للعقد أو اللاحق به :

فإذا كان الإسقاط الكلي أو الجزئي مقابل عوض مالي آخر يحلّ محله فلا شك في جواز ذلك بضوابط المقاصة المذكورة سابقاً [1] ، وإن كان الإسقاط أو الحط مقابل شرط مناف لمقتضى العقد ومقصود النكاح ، فالعقد باطل باتفاق الفقهاء ، كالحط من المهر مقابل عدم الوطء أو إسقاط القوامة .

وإن كان الإسقاط أو الحط مقابل شرط فيه منفعة مقصودة لأحد الأطراف ، فالعقد صحيح والشرط لاغ ، ولها مهر المثل عند الجمهور ، ويصح الشرط ولا يلزم عند الحنابلة ، فإن لم يف به فلصاحب المنفعة الحق في الفسخ ، ويفسخ العقد إذا كان قبل الدخول عند المالكية ، وعليه فإذا أسقطت الزوجة جزءاً من مهرها المسمى أو مهر مثلها مقابل إنفاق الزوج على ولدها من غيره مثلاً ، فإن كان الشرط في عقد النكاح فسخ قبل البناء عند المالكية ، وصح العقد وبطل الشرط عند الحنفية والشافعية ، ويثبت بعد الدخول عند المالكية ، ويسقط المسمى ، ويثبت مهر المثل ، لأن الغالب أن تكون المرأة حطت من صداقها لأجل الشرط ، وهو ليس من عمل الناس عند مالك ، بينما علّله ابن القاسم بجهالة المدة بحيث لو حددت المدة جاز [2].
ويمكن إسقاط المهر بطريق الصلح أو المعاوضة على عوض مالي ولو قبل قبضه ، كالمرأة تضع عن زوجها مهرها على أن يهب لها منزله ، أو يتصدق عليها ، فالاتفاق لازم [3].

١- ينظر ص١٢٧ فما بعدها من الرسالة .

٢- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣١١/٦ ، تحرير الكلام للحطاب/٨٢-٨٣ ، المنتقى للباجي:٦٧/٥- أسهل المدارك للكشناوي: ١٢٤/٢، المجموع للنووي: ١٦٥/١٨، المغني لابن قدامة: ٤٨٨/٧ – العدة للمقدسي/٤١٥ ، الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٩٠/٢٠.

٣- تحرير الكلام للحطاب /٢٠١- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥.

المطلب الخامس : إسقاط حق النفقة الزوجية مقابل مال :

إن من القواعد المعتمدة لدى الفقهاء أن الإسقاط لا يرد إلا على ما هو متحقق دون ما ليس بمتحقق ، فالإسقاط لا يكون إلا عن حق ثابت لأحد الطرفين على الآخر ، والنفقة حق مالي ينبغي لصحة إسقاطه أن يكون ثابتاً في ذمة المدين ، وبالتالي فنفقة الزوجة لا يصحّ إسقاطها إلا إذا صارت ديناً ثابتاً في ذمة الزوج .

الفرع الأول : ثبوت النفقة الزوجية : اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من وقت وجود سببها ، وهو العقد الصحيح مع تمكين الزوجة زوجها من نفسها ، فإذا أداها سقط طلبها عنه ، وإذا لم يؤدها أنفقت على نفسها من مالها أو من مال غيرها [١] ، وهل تعتبر النفقة المستحقة عليه لزمن ما ديناً ثابتاً في ذمة الزوج ترجع عليه به أم لا ؟ ، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النفقة الزوجية حق ثبت للزوجة بالعقد والتمكين ، فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون الأخرى ، ولا أثر للتقادم ومضي المدة في سقوطها ، كما لا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة لاحقاً أو طلاقها أو موت أحدهما ، فلو امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مدة أو عجز عن ذلك كان لها المطالبة بها ، ولها الرجوع على زوجها مطلقاً لو استدانت ، لأن وجوبها لزم بالعقد ، ولا تحتاج إلى القضاء أو الرضاء في صيرورتها ديناً بعد العقد كالمهر [٢] .

القول الثاني : ذهب الحنفية وأحمد في رواية إلى أن دين النفقة الزوجية يتبع في لزومه درجة ثبوتها وفق ثلاث حالات [٣] :

١- عدم ثبوت النفقة بالتراضي أو التقاضي : لا تكون ديناً في ذمة الزوج بمضي المدة والحالة هذه ، وإن استدانت لم يكن لها الحق في المطالبة بتلك النفقة ، إلا أن تكون لأقل من شهر ،

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٥، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢٤/٢ ، الذخيرة للقرافي: ٤٦٥/٤ ، مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥، الحاوي الكبير للماوردي: ٤٩٣/١١ ، خبايا الزوايا للزركشي/٣٩٤ ، الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٧/٢٢.

٢- البيان والتحصيل للقرطبي: ٣٤٦/٤ ، مواهب الجليل للمغربي: ٥٤٢/٥ ، حاشية إعانة الطالبين للسيد البكري: ٥٩/٤- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٢٤/٢٤ .

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٤١/٢٤.

فيكون لها المطالبة عندئذ ، لأن المدة القصيرة لا يحترز عنها لحصول التراضي مع الزوج ، أما تركها المطالبة فيما زاد على الشهر فهو دليل كونها متبرعة بذلك .

٢- ثبوت النفقة بالتراضي أو التقاضي دون إذنٍ بالاستدانة : ويكون دين النفقة عندئذ ديناً ضعيفاً يثبت في ذمة الزوج ، ولها المطالبة به ، ويسقط بالأداء أو الإبراء أو بنشوز الزوجة أو بطلاقها أو بموت أحدهما ، كذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضي أو التراضي ، لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة ، وإنما ولايتها على نفسها ، فما استدانت يكون في ذمتها ، وكنفقتها من سائر أملاكها ، إلا أن يكون القاضي قد فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس النفقة عنها ، فلها أخذه بنفقة ما مضى سواء استدانت عليه أو لم تستدن ، لأن حقها تأكد بقضاء القاضي أو الصلح عن تراض ، لما أن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الإلزام ، وإذا فرض لها القاضي نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتى مات أو ماتت لم يؤخذ بشيء منها ، لأن النفقة تستحق استحقاق الصلات لا استحقاق المعاوضات ، والصلات لا تتم إلا بالقبض ، وتسقط بالموت قبل القبض.

٣- ثبوت النفقة بالتراضي أو التقاضي مع الإذن بالاستدانة : إذا استدانت الزوجة على زوجها بالفعل ، فتكون النفقة ديناً قوياً ثابتاً في ذمة الزوج ، ولها المطالبة به في أي وقت ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء [(١)] .

أولاً : أدلة الجمهور : استدل الجمهور على عدم اشتراط التراضي أو التقاضي في ثبوت دين النفقة الزوجية بالأدلة الآتية :

١- إن عمرَ بنَ الخَطَّابِ رضي اللهُ عنهُ كَتَبَ إلَى أُمَرَاْءِ الأَجْنَاْدِ فِي رِجَالٍ غَاْبُواْ عَنْ نِسَائِهِمْ يَأْمُرُهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا ، فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى [(٢)] .

١- المبسوط للسرخسي: ٥/١٨٥- ١٩٥.

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النفقات ، باب : الرجل لا يجد نفقة امرأته: ١٦/ر١٥٨٠٣/٥٩، أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق ، باب : الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب : على الغائب نفقة : ٧/ر١٢٣٤٦/٩٣- والحديث ذكره أبو حاتم في العلل عن حماد بن سلمة ، عن عبيد الله به ، وقال : وبه نأخذ ، وقال ابن حزم : صح عن عمر إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج . تلخيص الحبير للعسقلاني: ٤/١٩.

وجه الاستدلال : أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجاله بإرسال النفقة إلى زوجاتهم ، وهو ظاهر في لزومها عليهم من غير قضاء ، وليس لهم مع انتشار قولهم بين الصحابة مخالف ، فثبت أنه اجماع لا يسوغ خلافه [1].

أجيب عنه بأنه قد صحّ عن عمر رضي الله عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج [2].

٢- إن النفقة حقٌ يلزم بالعقد والتمكين عوضاً عن الاستمتاع ، ويجب مع اليسار والإعسار، وقد تقرر دون قضاء ، فلا يسقط بمضي الزمان ، كأجرة العقار تصير ديناً باستيفاء المنفعة بعد العقد ، والديون المؤجلة لا تسقط بالتأخير [3].

أجاب الحنفية : بأن النفقة الزوجية شبه معاوضة من جهة وصلة من جهة أخرى ، ومردُّ المعاوضة فيها إلى كونها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون بيته ، وليست عوضاً عن البضع ، لأن العوض عن البضع هو المهر، وهو يحصل له جملة واحدة ، ولا تستوجب عوضين عن شيء واحد في عقد واحد ، ولا يجوز أن تكون النفقة عوضاً عن الاستمتاع بالزوجة والقيام عليها ، لأن ذلك تصرف من الزوج في ملكه ، فلا يتوجب عليه عوضاً في مقابله ، فتكون النفقة بطريق الصلة ، من جهة أن منافع الاحتباس لا تعود على الزوج وحده بل على كليهما ، ولا تتأكد الصلات بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها كالهبة والصدقة من حيث أنها لا تتم إلا بالقبض ، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء أو التراضي [4].

٣- إن الزوجة لها أن تطالب زوجها بما أنفقت عليه ، أو أنفق على نفسه من مالها حتى إن الرجل إذا مكث يأكل من مال زوجته أو يسكن دارها وهي لا تطالبه به ، ولا هو يستأذنها في ذلك ، ثم مضت سنين ، فطالبته بما أكل من مالها أو بكراء دارها فلها ذلك ، وهو قياس من أنفقت على زوجها ثم طالبته بما أنفقت عليه ، بل هو بطريق الأولى ، لأنه إن كان لها أن

١- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٩٣/١١- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٤٠/٢٤.

٢- تلخيص الحبير للعسقلاني : ١٩/٤.

٣- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٥٢٤/٢ ، مواهب الجليل للمغربي: ٥٤٢/٥ ، الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٩٤ ، روضة الطالبين للنووي : ٥٨/٩- حاشية إعانة الطالبين للسيد البكري : ٥٩/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٤٠/٢٤.

٤- المبسوط للسرخسي : ١٨٤/٥.

تطالبه بما أنفقت عليه هي من مالها ، فلها أن تطالبه بما أنفقه هو على نفسه من مالها ، وهي تنظر ولا تغير ولا تنكر [١].

ردّ الحنفية بأن تركها المطالبة فيما زاد على الشهر دليل على كونها متبرعة بذلك [٢].

ثانياً : استدل الحنفية على اشتراط التراضي أو قضاء القاضي بالقياس على نفقة الأقارب : ووجه القياس أن هذه نفقة مشروعة فلا تصير ديناً دون القضاء بها قياساً على نفقة الوالدين والمولودين لأنها تجب يوماً بعد يوم ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، باعتبارها نفقة ما مضى ، وقد استغني عنها بمضي وقتها [٣] ، كما لا تصير ديناً بمضي الزمان ، فلو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النفقة لم يكن لها شيء من ذلك عند الحنفية [٤] .

أجاب الجمهور بأن قياسها على نفقة الأقارب هو قياس مع الفارق ، لأن نفقة الأقارب صلة ومواساة لإحياء نفس ، فاعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، فإذا مضى زمنها استغني عنها ، فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره ، أما نفقة الزوجات فتستحق معاوضة عن الاستمتاع ، والأعواض لا تسقط بمضي الزمان [٥] ، وقد جاء الرأي القانوني مؤيداً لقول الحنفية في اعتبار التقاضي في إثبات النفقة ، لكنه أثبتها لمدة ستة أشهر سابقة لتاريخ الادعاء وفي ذلك مراعاة لقول الجمهور أيضاً ، فقد نصت المادة ٧٨: (١- يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه -٢- لا يحكم بأكثر من نفقة ستة أشهر سابقة للادعاء ، وتثبت النفقة عند ١- عزوف الزوج عن طلب زوجته للمتابعة لأن ذلك يدل على عدم رغبته بها مما يجعلها مستحقة للنفقة سواء ثبت الطرد أم لم يثبت-٢- عدم اعتراض الزوج على طلب النفقة عن مدة سابقة للادعاء يعتبر مسوغا للحكم بها، كما أن النفقة المفروضة قضاء تنسخ النفقة المفروضة رضاء [٦].

١- البيان والتحصيل للقرطبي : ٣٤٦/٤.

٢- المبسوط للسرخسي : ١٨٤/٥.

٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٣٩/٢٤.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٥.

٥- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٩٤/١١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٣٤٠/٢٤.

٦- المرشد ، أديب استانبولي: ٤٦٧/١- الغرفة الشرعية قرار٦٨٥ ، أساس ٥١٤، لعام٢٠٠٠ ، مجلة المحامون العددان ٣ – ٤ لعام ٢٦٠/٢٠٠٢.

الفرع الثاني : حكم إسقاط النفقة المقارن للعقد بطريق الإشراط :

شاع في العصر الحديث نوع من الزواج يسمى بزواج المسيار ، وهو زواج يستوفي فيه العاقدان كافة الشروط والأركان لكن شريطة أن تتنازل المرأة عن حقها في النفقة والسكنى [١]، ويبنى الاختلاف في حكم هذا الزواج على اختلاف الفقهاء في صحة هذين الشرطين ، وقد ذهب الحنفية والشافعية إلى أنّ اشتراط الزوج عدم الإنفاق على زوجته ابتداء في عقد الزواج مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، لكنه يشتمل على منفعة تعود على أحد العاقدين ، كذلك لو اشترط أن ينفق عليها غيره أو اشترطت هي ذلك ، أو اشترط أن تنفق عليه زوجته ، فهذا النوع من الشروط لا يؤثر على العقد ، لكونه لا يخل بمقصود النكاح وهو حلّ الوطء ، فيبقى العقد صحيحاً [٢] ، وذهب المالكية والحنابلة إلى أن هذا الشرط مخالف لمقصود النكاح ، وهو مخالف لسنة المسلمين في النكاح ، ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلم يصحّ الشرط ، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، لكن العقد يبقى صحيحاً عند الحنابلة ، وكذلك عند المالكية إذا حصل الدخول ، أما قبل الدخول فيفسخ العقد ، ويلغو الشرط ، ويكون للمرأة صداق مثلها إن كانت التسمية على الشرط [٣]، وقد قال تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء : ٣٤] .

حيث أوجب الله تعالى النفقة للنساء ، ولم يوجبها عليهن ، فدلَّ على أنه لا مدخل لهنّ في تحمّل النفقات ، والآية وردت في نفقة الزوجات ، فكانت دليلاً جازماً على ذلك [٤]. واختار ابن تيمية تصحيح الشرط ولزومه قياساً على ما لو صالحت زوجها على النفقة عند إعساره بعد العقد ، ورضيت بالمقام معه على هذه الحال ، وأسقطت حقها بالمطالبة بالنفقة فيسقط ، وكذلك هنا [٥].

١- مجلة الأسرة تصدر في هولندا ، زواج المسيار ، أحمد التميمي ، العدد٤٦ لعام ١٩٩٧م/١٠.

٢- رد المحتار لابن عابدين : ٢٥/٣- المجموع للنووي : ١٩/١٨- الأم للشافعي : ٧٩/٥.

٣- مواهب الجليل للمغربي : ٨٢/٥- البيان والتحصيل للقرطبي : ٤/ ٢٨٠- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/ ٧٦ - كشاف القناع للبهوتي : ٨٩/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٢١/٢٠-٤٢٢ .

٤- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٨٠/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٧٦/٢- الحاوي الكبير للماوردي: ٤٨٠/١١.

٥- الإنصاف للمرداوي : ٤٢٢/٢٠- ٤٢٣.

والراجح على ما يبدو: هو ما عليه جمهور الفقهاء ، لأنّ النفقة من الحقوق التي تتجدد بتجدد الزمان ، وذلك تبعاً للحاجة إليها ، فإذا أسقط الرجل عن نفسه عبء الإنفاق على زوجته ، فمن ينفق عليها ؟! ، وإن كان لها مال فافتقرت ، فما حكم ما بذلته من مالٍ إن كان للزوج الحق بفسخ العقد لاختلال الشرط ؟! ، أضف إلى ذلك أن إسقاطها منافٍ لما اتفق عليه الفقهاء من عدم جواز إسقاط ما لم يثبت من الحقوق بعد ، والنفقة قبل العقد غير ثابتة ، بخلاف ما لو كانت النفقة ديناً ثابتاً في ذمة الزوج بعد العقد ، فإن لها إسقاطها اتفاقاً [1].

وإذا كان هذا حكم الإسقاط المحض فإن إسقاط النفقة مقابل عوض مالي أو على إسقاط حق مالي للزوج لا يغير من الحكم شيئاً ، لأنه إسقاط ما لم يثبت بعد من الحقوق ، فلا يكون العوض في مقابل شيء لا سيما مع تعذر تحديد مقدارها وتحقيق التساوي بين العوضين ، ولا يصدق عليه معنى الصلح ، إذ لا نزاع بينهما ، ولا حقَّ ثابتاً لأحدهما في ذمة الآخر .

وإن زوّج الرجل ابنه صغيراً ، وكذلك ولي اليتيم من تحت ولايته ، بشرط أن ينفق على زوجته إلى البلوغ أو الرشد جاز ، ولزم الشرط ما عاش الأب والزوج مولى عليه ، فإن مات الأب قبل بلوغ الصبي أو الولي قبل رشد اليتيم ، سقطت النفقة بموتهما ، وإن شرطا وجوبها في مالهما بعد موتهما جاز النكاح اتفاقاً ، وإن شرطا سقوطها إلى بلوغ الصبي ورشد اليتيم ، كان النكاح فاسداً اتفاقاً ، وإن أبهما الشرط جاز بعد الدخول ، وكانت النفقة على الزوج ، ووجب مهر المثل في الأظهر [2] .

ولو شرط النفقة في نكاح الكبير المالك أمر نفسه في نفس العقد على غيره فسخ قبل البناء ، ولا يجوز النكاح على إعطاء الزوج حميلاً بالنفقة ، لأنها ليست بدين ثابت في ذمته كالمهر ، فإن وقع عليه فسخ قبل البناء ، وثبت بعده بمهر المثل ، ولو وقع في مسألة اشتراط النفقة على غير الزوج بيان رجوعها على الزوج إن مات من اشترطه عليه ، أو طرأ عليه دين ، أو ما يبطل النفقة عنه ، جاز النكاح على قياس ما تقدم [3].

١- المبسوط للسرخسي : ١١٩/١٩ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ١٤٨/٢ ، المدونة للإمام مالك : ١٣١/٢، الأم للشافعي : ٧٩/٥ ، الفروع لابن مفلح : ٥/ ٢١١ ، كشاف القناع للبهوتي : ٩١/٥

٢- مواهب الجليل للمغربي : ٨٣/٥.

٣- مواهب الجليل للمغربي : ٨٣/٥.

الفرع الثالث : حكم التصالح على إسقاط النفقة :

اتفق الفقهاء على أن للمرأة أن تصالح زوجها على إسقاط بعض حقوقها كالنفقة والقسم [١]، ومن ذلك إسقاط أم المؤمنين سودة بنت زمعة رضي الله عنها حقها في المبيت لعائشة رضي الله عنها مقابل أن يبقي عليها النبي ﷺ زوجة له ولا يطلقها ، فقد روي عن السيدة عائشة رضي الله قالت :كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لا يُفَضِّلُ بَعْضَنَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْقَسْمِ ، مِنْ مُكْثِهِ عِنْدَنَا ، وَكَانَ قَلَّ يَوْمٌ إلا وَهُوَ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امرأة مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتُ عِنْدَهَا ، وَلَقَدْ قَالَتْ سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ حِينَ أَسَنَّتْ وَفَرِقَتْ أن يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَوْمِي لِعَائِشَةَ . فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا[٢] .

وجه الاستدلال : خشيت السيدة سودة رضي الله عنها أن يفارقها رسول الله ﷺ لكبر سنها ووجدت أن مصلحتها في البقاء على عصمة رسول الله ﷺ ، فتنازلت عن يومها لعائشة رضي الله عنها ، ولولا مشروعية ذلك ما قبل به رسول الله ﷺ .

وروي أن رَافِع بْنِ خَدِيجٍ تَزَوَّجَ بِنْتَ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيِّ ، فَكَانَتْ عِنْدَهُ حَتَّى كَبِرَتْ فَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَتَاةً شَابَّةً ، فَآثَرَ الشَّابَّةَ عَلَيْهَا [٣] ، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلَاقَ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ثُمَّ أَمْهَلَهَا حَتَّى إِذَا كَادَتْ تَحِلُّ رَاجَعَهَا ، ثُمَّ عَادَ فَآثَرَ الشَّابَّةَ ، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلَاقَ ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا، ثُمَّ عَادَ فَآثَرَ الشَّابَّةَ، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلَاقَ ، وأَشَارَتْ عَلَيْهِ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ ، فَقَالَ : " يَا رَافِعُ اعْدِلْ بَيْنَهُمَا وَلَا تُفَارِقْهَا" ، فَقَالَ لَهَا : مَا شِئْتِ إِنَّمَا بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ فَإِنْ شِئْتِ اسْتَقْرَرْتِ قَرَرْتُ عَلَيْكِ عَلَى مَا تَرَيْنَ مِنَ الْأُثْرَةِ ، وَإِنْ شِئْتِ فَارَقْتُكِ ، قَالَتْ: بَلْ أَسْتَقِرُّ عَلَى الْأُثْرَةِ، فَأَمْسَكَهَا عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَرَ رَافِعٌ عَلَيْهِ إِثْمًا حِينَ قَرَّتْ عِنْدَهُ عَلَى الْأُثْرَةِ[٤] .

وجه الاستدلال : أن امرأة رافع رضيت بإسقاط حقها ، فدلَّ على جواز ذلك [٥].

ومن الملاحظ أن الفقهاء استندوا في مشروعية إسقاط حق النفقة أو التصالح عنه على قياسه على حق القسم في ذلك ، ومجمل الأدلة التي ذكرت في شأن إسقاط حق القسم تظهر انعدام

١- ينظر ص ١٥١ وما بعدها .

٢- سبق تخريجه ص١٤٤.

٣- قال ابن عبد البر: يريد في الميل بنفسه إليها والنشاط لها لا أنه آثرها عليها في مطعم وملبس ومبيت ، لأن هذا لا ينبغي أن يظن بمثل رافع ، والله أعلم .

٤- سبق تخريجه ص ١٣٩.

٥- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٤٠٥/٥.

الحاجة لدى الزوجة لكبر سن أو نحوه ، كما هو الحال في حديث السيدة سودة ، وليس في ترك الحق ضرراً عليها، بخلاف ما لو كانت المرأة صغيرة السن خالية عن المرض فآثر غيرها عليها رغبة وهوى نفس ، فالضرر عليها في ذلك محتوم ، حتى لو رضيت بالمقام عنده على ذلك، وحاجة الزوجة إلى النفقة أظهر من حاجتها إلى قضاء الشهوة [١].

وبالتالي فلا ينبغي أن يكون الإسقاط بشكل دائم ، وإنما مؤقتاً ، لكون القسم من الحقوق التي تتجدد بتجدد الزمان ، فلها التصالح على إسقاط ليلتها ، وليس كل لياليها أبداً ، كذلك شأن النفقة فالإسقاط هنا لابد من تقييده بانتفاء الضرر عن الزوجة ، وأول سبل ذلك أن يكون مؤقتاً لا دائماً وهذا فيما يخص النفقة المستقبلة ، ولعل مما يؤيد هذا القيد جواز إسقاط النفقة المستقبلة عن أول المدة التي قررت فيها النفقة عند الحنفية بشرط أن تكون قد بدأت فعلياً ، فإن كانت أشهراً جاز إسقاطها عن الشهر الأول ، لأنها تنجز فيه غالباً ، ويبطل الإسقاط عن الأشهر التي تليه ، وإن كان بالأسابيع سقطت عن الأسبوع الأول وهكذا ، ويتم ذلك بطريق الصلح [٢] ، أما إسقاط النفقة المستقبلة مطلقاً أو الاعتياض عليها فلا يصح بالاتفاق ، لأنها لم تجب بعد ، ولأنها معرضة للسقوط بالنشوز وغيره بخلاف الحالية والماضية [٣] .

أما إسقاط النفقة الحالية والماضية المستحقة للزوجة ، وكذلك الاعتياض عليها من الزوج أو من غيره فجائز بناء على صحة بيع الدين لغير من هو عليه ، على أن تثبت بالتقاضي أو التراضي عند الحنفية خلافاً للجمهور الذين يجيزون إسقاطها لثباتها في ذمة الزوج بوجود سبب وجوبها عليه وفق ما سبق [٤] ، ولو عاوضها عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ونحوها جاز ، كذلك لو اعتاضت عنها خبزاً أو دقيقاً أو سويقاً لم يجز ، لأنه ربا ، ولا يجوز الاعتياض عن نفقة زمن مستقبل ولا بيع نفقة حالّة لغير الزوج قبل قبضها قطعاً [٥].

فإن كان الإسقاط جزئياً بأن صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها أن ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية ، لأن النفقة إنما تجب شيئاً فشيئاً ، فرضاها بما هو دون الكفاية إسقاط منها لحقها قبل الوجوب ، وإسقاطها للحق قبل وجوبه أو وجود سببه باطل ، ولأن النفقة مشروعة

١- المبسوط للسرخسي : ١٩٠/٥.

٢- بدائع الصنائع للكاساني: ٣٣٣/٢ ، المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٢/٢، الام للشافعي: ٢٠٣/٥، كشاف القناع للبهوتي : ٢٠٦/٥.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٥- مغني المحتاج للشربيني : ١٥٤/٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٦٩/٢٤.

٤- المراجع السابقة.

٥- روضة الطالبين للنووي : ٥٤/٩ – الحاوي الكبير للماوردي : ٤٥٥/١١.

للكفاية وفي التراضي على ما لا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلاً [١]، كذلك إن أسقطت حقها في التفريق للإعسار ثم بدا لها أن تعود عن إسقاطها فلها ذلك ، لأن وجوب النفقة يتجدد كل يوم ، فيتجدد لها حق طلب التفريق [٢].

وإذا صالح الزوج امرأته عن نفقة كل شهر دنانير ثم قال الزوج لا أطيق ذلك ، فهو لازم ولا يلتفت إليه ، إلا إذا تغير سعر الطعام ، ويعلم أن ما دون ذلك يكفيها ، ويرجع ذلك إلى كون المراد في تقدير النفقة الزوجية لا يكون إلا بعد مرور سنة كاملة ابتداء من تاريخ تقديرها والحكم بها ، ولو صالح رجل امرأته المطلقة من نفقتها على دراهم معلومة على ألا يزيدها عليها حتى تنقضي عدتها ، وعدتها بالأشهر ، جاز الصلح ، وإن كانت عدتها بالحيض لم يجز الصلح ، لأن الحيض غير معلوم ، وقد تحيض في شهرين ، وقد لا تحيض في عشرة أشهر [٣].

الفرع الرابع : حكم بيعِ مالِ الزوجِ الموسرِ بما عليه من نفقة زوجية :

يحق للزوجة المطالبة بدين النفقة التي امتنع الزوج أو عجز عن أدائها ، ولها الرجوع على زوجها مطلقاً لو استدانت [٤] ، فإن كان له مال من جنس النفقة جازت المقاصة باتفاق الفقهاء [٥]، ويجري التقاص أيضاً بين نفقة العدة والنفقة الزوجية ، لأن نفقة العدة تبدأ بالطلاق [٦]. وإن كان للزوج مال حاضر أخذ القاضي الدراهم والدنانير من ماله ، وأدى منها النفقة والدين ، لأن صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ، ووجب على القاضي أن يعينه على ذلك ، وكذلك إذا ظفر بطعامه في النفقة ، لأنه عين ما عليه من الحق ، والمرأة تتمكن من أخذه إذا قدرت عليه ، ويعينها القاضي على ذلك [٧].

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٦/٥.

٢- المبدع لابن مفلح : ٢٠٧/٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٦٩/٢٤.

٣- الفتاوى الهندية للشيخ نظام : ٣/ ٩٢.

٤- البناية للعيني : ٤٩٨/٥- عمدة السالك لابن النقيب /٣٢٩- الكافي لابن عبد البر/٥٥٩- البيان والتحصيل للقرطبي: ٣٤٦/٤ - مغني المحتاج للشربيني : ٥٧٠/٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٤١/٢٤.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٨٨/٥- مواهب الجليل للمغربي : ٥٥٠/٥- حاشية العدوي : ٢١٥/٥- البيان للعمراني : ١٨٩/١١- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٥٧/١١- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٨١/٢٤.

٦- المرشد ، أديب استانبولي : ٤٦٧/١.

٧- المبسوط للسرخسي : ١٨٨/٥- ١٨٩، الذخيرة للقرافي : ٤٧٣/٤ ، مغني المحتاج للشربيني: ٤٠٠/٦.

أما لو كان المال من غير جنس النفقة ، بأن كانت له دار أو عقار أو عروض ونحوها ، فهل تباع عليه لتأدية دين النفقة الزوجية أم لا، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز بيعِ مال الزوج الموسر بنفقة زوجته من عَقار وعروض ، إذا لم يجد القاضي مالاً من جنس النفقة ، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من الحنفيةُ والمالكية والشافعية والحنابلة [١].

القول الثاني : لا يجوز بيع مال الزوج الموسر بنفقة زوجته إلا أن يكون من جنس النفقة ، أي من الدراهم أو الدنانير دون العرض والعقار ، وبه قال أبو حنيفة [٢].

ويعود الخلاف في أصله إلى اختلافهم في جواز الحجر على المديون بسبب الدين ، وبيع الدين نوع من أنواع الحجر ، فلا يكون له ذلك عند أبي حنيفة خلافاً للجمهور [٣] .

عرض الأدلة ومناقشتها : استدل القائلون بالجواز على قولهم بالسنة والأثر:

١- ما روي أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه مَاله وباعه في دينٍ كان عليه [٤].

وجه الاستدلال : إن في الحديث دلالة على جواز بيع مال الرجل في ديونه ، سواء أكانت نفقته لزوجته أم لغيرها [٥].

١- بدائع الصنائع الكاساني: ١٩/٤- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥- حاشية العدوي : ٢١٥/٥- البيان للعمراني : ١٨٩/١١- مختصر المزني/٣٠٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٠٠/٦- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٩٤/١١ - الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٨١/٢٤ .

٢- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥- حاشية العدوي : ٢١٥/٥- البيان للعمراني : ١٨٩/١١- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٨١/٢٤.

٤- أخرجه البيهقي في سننه الكبير ، كتاب التفليس ، باب الحجر على المفلس : ١١/ر ٤٧١/١١٣٦٩ ، وقال الحاكم في المستدرك صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه :٤٥٧/٥.

٥- الذخيرة للقرافي : ١٦٧/٨- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٥٧/١١.

أجاب أبو حنيفة عن حديث معاذ رضي الله عنه بأن رسول الله ﷺ باع ماله برضاه ، وطلبه ذلك من رسول الله ﷺ ، لأنه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله ﷺ أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله ﷺ ويتم وفاء دينه [١] .

٢- ورد عن النبي ﷺ أنه قال: " لَيُّ الواجِدِ يحلُّ عِرضَهُ وَعقُوبَتَهُ " [٢].

وجه الاستدلال : يدلَّ الحديثُ بظاهره على أن الحق إذا ثَبت على المرء تجاه الغير ، وليس له مالٌ من جنس الحقِّ ، جاز بيع المال في ذلك الحق ، والحديث عام في الديون ، والنفقة المستحقة من الديون [٣].

٤- عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخلت هند بنتُ عتبة امرأةُ أبي سفيان على رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إن أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذتُ من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ ، فقال رسول الله ﷺ : " خُذِي مِن مالِهِ بِالمعروفِ ما يكفِيكِ ويكفِي بنِيكِ " [٤].

وجه الاستدلال: أجاز النبي ﷺ لمن كان له حقٌ على غيره فَمَنعه أن يأخذه من ماله ، ولم يفرق بين ما إذا كان ذلك المال من جنس النفقة أو من غيره [٥].

٥- ما روي عنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دَلافٍ الْمُزَنِيِّ[٦] عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلاً مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ فَيُعْلِي بِهَا ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ فَأَفْلَسَ فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى

١- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥.

٢- أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب الاستقراض ، باب لصاحب الحق مقال: ٢/ر ٨٤٥/٢٢٧١.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٩/٥- مختصر المزني/٤١٧.

٤- سبق تخريجه ص٢٠.

٥- الذخيرة للقرافي : ٤٦٥/٤- البيان للعمراني : ١٨٩/١١- مختصر المزني/٤١٦- المغني لابن قدامة : ٢٢٥/١١- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٨١/٢٤.

٦- عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عمرو بن أبي عمرو مولى المطلب عمرو بن يحيى ، روى عن أبيه وعن أبي أمامة الباهلي ، وروى عنه ابن الماجشون ومالك وعبيد العمري ، وقال ابن المدني : ثقة . الإكمال في ذكر من له رواية في مسند أحمد من الرجال ، محمد بن علي الحسيني شمس الدين ، تحقيق عبد المعطي قلعجي ط١(١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) ، منشورات جامعة الدراسات الإسلامية ، باكستان /٣٠٦.

عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الأَسَيْفِعَ[1] أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ أَلا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرِضًا فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرْبٌ" [2].

وجه الاستدلال : إن من استحق عليه أداء دين وليس له سوى عقار أو عرض وامتنع عن بيعه ناب عنه القاضي في بيعه وتأدية ديون غرمائه ، وهذا مما تجري فيه النيابة ، والنفقة الزوجية دين كسائر الديون ، وقد تم ذلك بوجود الصحابة فكان إجماعاً [3].

أجاب أبو حنيفة أن الحديث يحمل على أن ماله كان من النقود ، ودليل ذلك أنه ليس للقاضي أن يبيع المال إلا بطلب من الخصم ، ولم يكن منهم طلب ، فعرف أن ماله كان من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها الأسيفع جهينة [4].

٦- إن العرض والعقار مال كالدراهم والدنانير فتؤخذ منه النفقة كسائر الديون ، وكل حق بيع فيه الفضة والذهب جاز أن تباع فيه العروض والعقار كالديون ، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره [5].

أجاب أبو حنيفة عن ذلك بأن مبادلة أحد النقدين بالآخر لا يكون قياساً ولكن استحساناً ، لأن الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد ، إذ المقصود منهما واحد ، فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق ، وذلك متعين عليه لصاحب الحق ، لأن له أن يأخذ جنس حقه ، فكذلك للقاضي أن يعينه عليه بخلاف العروض والعقار [6].

١- الأسيفع : من السفع وهو التغير ، ومنه قوله تعالى : " لنسفعاً بالناصية" [العلق : ١٥] ، أي لنغيّرنها بالنار وسمي بذلك لتغير حاله بالدين . الذخيرة للقرافي : ١٥٨/٨.

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب التفليس ، باب الحجر على المفلس: ٤٩/٦/ر١١٠٤٦، وقال في تلخيص الحبير : وصله الدارقطني في العلل من طريق زهير بن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر ، ر٢٧٣: ١٧/١٠.

٣- الذخيرة للقرافي: ١٦٧/٨- الحاوي الكبير للماوردي : ٢٦٤/٦.

٤- المبسوط للسرخسي : ١٩٠/٥.

٥- الذخيرة للقرافي: ١٦٧/٨- الحاوي الكبير للماوردي : ١١/ ٤٩٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٨١/٢٤.

٦- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥.

واستدل القائلون بعدم الجواز بما يأتي :

١- قال تعالى : ﴿إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:٢٩]

وجه الاستدلال: ظاهر الآيةُ يدل على عدم جواز بيع مالِ المسلمِ إلا عن طِيب نفسه ، كذلك بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد [١].

٢- قال ﷺ : " لا يحِلُّ مالُ امرِئٍ إلا بِطِيبِ نَفسِه" [٢].

وجه الاستدلال : لا يجوز إخراج المال بغير طيب نفس وإلا كان حجراً على مال المسلم ، وهو غير جائز.

يجاب عن الدليلين السابقين بأنه لا يشترط في أداء الدين طيب النفس ، ولكن براءة الذمة ، فهو ليس نوع تجارة ، ولا بذل مال بغير مقابل ، إذ النفقة كسائر الديون تستحق الوفاء بوجوبها ، وهي في مقابل الاستمتاع ، كما أن الامتناع عن أداء الدين أكل لأموال الناس بالباطل ، وهو ممنوع [٣] .

٣- ما روي عن ابن أبي مِجلز[٤] أن أخوين من جهينة كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فضمِنه رسولُ الله ﷺ حتى باع غَنيمة له [٥].

وجه الاستدلال : إن النبي ﷺ حبس الرجلَ بدينٍ شريكه ولم يبع مالَه ، فدل على عدم جواز بيع مال الرجل إلا بإذنه سواء في نفقة زوجته أم غيرها [٦].

١- المبسوط للسرخسي: ١٨٩/٥.

٢- أخرجه أحمد في مسنده ، من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه : ٧٢/٥/ر ٢٠٩٧١ ، وقال في تلخيص الحبير : في إسناده العرزمي وهو ضعيف، وقال البزار: لا نعلمه عن أبي حميد إلا من هذا الطريق وإسناده حسن ، ر١٢٤٩: ١١٢/٣.

٣- الذخيرة للقرافي : ١٦٨/٨- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٩٤/١١.

٤- لاحق بن حميد ، أبو مجلز البصري ، قدم خراسان ، يعتبر من الطبقة الثالثة من طبقات رواة الحديث النبوي ، وهو عند أهل الحديث وعلماء الجرح والتعديل ثقة ، توفي في الكوفة سنة ١٠٦هـ.تهذيب الكمال للمزي : ٢٥٥/٣٤.

٥- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب المدبر ، باب من أعتق شركاً له في عبد : ٩/ر١٦٧١٦/١٥١.

٦- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥.

يجاب عنه بأن ظاهر الحديث أن الرجل لم يمتنع عن البيع حتى يباع عليه ماله ، والإجبار يكون عند الامتناع [١].

٤- إن المستحق على الزوج قضاء الدين ، ولذلك طرق سوى بيع المال ، فليس للقاضي تعيين هذا الطريق لقضاء الدين [٢].

والراجح فيما أرى هو قول الجمهور ، لأن النفقة الزوجية إذا ثبتت ديناً في ذمة الزوج ، فهي كسائر الديون من حيث أحقية الاستيفاء ، ثم إن الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه مبرر لحبس الزوج ، وما كان سبباً في حبس المرء كان سبباً في بيع عقاره وعروضه ، والله تعالى أعلم.

الفرع الخامس : إسقاط نفقة المعتدة :

اتفق الفقهاء على ثبوت النفقة للمعتدة من طلاق رجعي حتى تنقضي عدتها ، لأنها زوجة حكماً ولبقاء حبس الزوج لها وسلطنته عليها وقدرته على التمتع بها بالرجعة ، كذلك تثبت للبائن إذا كانت حاملاً ، لقوله تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" [الطلاق:٦] [٣] ، ولقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس رضي الله عنها [٤] : " لَا نَفَقَةَ لَكِ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلاً " [٥] ، ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق عليها ، فوجب كأجرة الرضاع [٦] ،

١- الحاوي الكبير للماوردي: ٤٩٤/١١.

٢- المبسوط للسرخسي : ١٨٩/٥.

٣- مغني المحتاج : ١٧٣/٥ ، مختصر المزني /٣٠٧.

٤- فاطمة بنت قيس الفهرية ، ولدت في مكة قبل البعثة النبوية بخمس سنوات ، وتزوجت أبا عمرو بن حفص فطلقها بعد سفره إلى اليمن ، وأرسل معه خمسة أصوع تمر وخمسة أصوع شعير، فقالت : أما لي نفقة إلا هذا ، ولا أقضي عدة الطلاق في منزله ؟ ، فقال لها عياش : لا ، فذهبت إلى النبي ﷺ تسأله ، فقال لها النبي ﷺ : كم طلقك ؟ ، فقالت : ثلاثاً ، فقال رسول الله ﷺ : صدق لَا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً ، واقضي العدة في بيت ابن عمك ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تلقي ثيابك عنده " ، فلما انقضت عدتها خطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم ، فنصحها رسول الله ﷺ ، وأشار عليها بأسامة بن زيد ، فتزوجت به ، توفيت في المدينة المنورة في خلافة معاوية ، ودفنت في البقيع . الإصابة لابن حجر العسقلاني : ٣٨٤/٤ - أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام ، عمر رضا كحالة ، مؤسسة الرسالة – بيروت : ٩٢/٤.

٥- أخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها : ٢/ر ٥٩٧/١٤٨٠.

٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣١٠/٢٤.

ولكونها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها ، فسار كالاستمتاع بها في حال الزوجية ، إذ النسل مقصود النكاح ، كما أن الوطء مقصود به [١].

ولا نفقة لمعتدة من وفاة بالاتفاق لانقطاع الزوجية بينهما تماماً بالموت ، ولها حق السكنى مدة العدة ، إذا كان المسكن مملوكاً للزوج ، أو دفع أجرته قبل وفاته [٢] ، ولا نفقة لمعتدة من مفارقة بعد زواج فاسد أو وطء بشبهة ما لم تكن حاملاً [٣].

واختلفوا في المعتدة من طلاق بائن إذا كانت حائلاً غير حامل فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم استحقاقها للنفقة باستثناء نفقة السكنى ، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦] [٤] ، حيث أوجبت لها السكنى مطلقاً والنفقة مادامت حاملاً ففهم منه أن لغير الحامل السكنى فقط .

وذهب الحنفية إلى القول بوجوب النفقة لها مطلقاً حاملاً أو حائلاً ، كالمعتدة من طلاق رجعي بدليل الاحتباس في كل منهما ، وردّوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : " لَا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا لِقَوْلِ امْرَأَة " [٥].

أجاب الجمهور عن ذلك بأن الإجماع مثبت على قبول قول المرأة في الرواية ، وليس في الأخذ بالحديث ترك لما في كتاب الله تعالى ، فالله تعالى يقول : ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ، واشتراطه الحمل يدلّ على أن غير ذوات الحمل لا نفقة لهن [٦].

أما القانون فقد وافق الحنفية في وجوب نفقة العدة مطلقاً لكل معتدة ، وقد جاء في المادة ٨٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ) ، أما وقت استحقاقها المادة ٨٤ : (نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضي بها عن مدة أكثر من سنة شمسية) [٧].

١- مغني المحتاج للشربيني: ١٧٤/٥.

٢- المبسوط للسرخسي : ٢١٠/٤ ، المدونة الكبرى للإمام مالك : ٥٢/٢ ، مغني المحتاج للشربيني: ١٧٥/٥، الشرح الكبير لابن قدامة : ١٤٦/٢٤ ،.

٣- تبيين الحقائق للزيلعي/١٠٩، المبسوط للسرخسي : ٢١٠/٤، مواهب الجليل للمغربي: ٢٠/٤ ، الأم للشافعي: ٢٣٨/٥ ، مغني المحتاج للشربيني: ١٧٤/٥، الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢٠/٢٤.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٤٨/٢ ، التلقين للبغدادي/ ١٣٨، مغني المحتاج للشربيني: ١٧٤/٥-١٧٥ مختصر المزني/٣٠٧ ، الشرح الكبير لابن قدامة :٣٠٩/٢٤.

٥- أخرجه مسلم في كتاب الطلاق باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها : ٢/ر ١٤٨١/٦٠٠.

٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣١٣/٢٤- ٣١٤.

٧- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٢١.

وإذا طلقها زوجها فلم تخاصمه في نفقة عدتها لا تصير ديناً في حقه بمضي مدة العدة وقبل أن تفرض عليه ، لأن السبب ملك اليد والمستحق بهذا السبب في حكم الصدقة ما دامت في العدة ، فإن انقضت قبل الاستيفاء سقطت ، وهذا عند الحنفية خلافاً للجمهور[1].

ولا يصح إسقاط نفقة العدة في الخلع إلا بالشرط اتفاقاً ، بمعنى أنها لا تدخل في الحقوق الزوجية التي تسقط بمجرد الخلع عند الإطلاق كالمهر والنفقة الزوجية ، بأن قال : خلعتك بكل حق لك عليّ ، فلا تدخل نفقة العدة ، ولابد من التصريح باشتمالها في الإسقاط ، لأنها لم تكن حقاً عليه عند الخلع[2] ، وقد استقر الاجتهاد على أن الإبراء من الحقوق الزوجية لا يشمل الأشياء الجهازية كذلك ، ولابد من النص عليها صراحة ، لأن حق الزوجة فيها حق عيني حتى لو قالت لزوجها : أبرأتك مما لي عليك ، فيبرأ من كل دين دون العين ، وإنما يبرأ عند الإطلاق من مؤجل المهر ، وتعويض الطلاق التعسفي ، وكافة الحقوق الزوجية الأخرى ، وكذلك نفقة العدة بالنص عليها[3].

١- المبسوط للسرخسي : ٢٠٤/٥- الذخيرة للقرافي : ٤٦٥/٤- الحاوي الكبير للماوردي : ٤٩٣/١١- الشرح الكبير لابن قدامة :٥٧/٢٢.

٢- البناية للعيني : ٣٢٢/٥- المبسوط للسرخسي : ٢٠٣/٥- مواهب الجليل للمغربي : ٣٧٢/٢ - المهذب للشيرازي : ٦٢١/٤- المغني لابن قدامة : ١٨٧/٨.

٣- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي : ٥٥٧/١-٥٥٨.

المطلب السادس : إسقاط حق الميراث :

الميراث في اللغة من البقاء ، ومنه اسم الله تعالى" الوارث " أي الباقي بعد فناء الخلق [١]، ويطلق ويراد به اسم المفعول ، أي الموروث ، ويكون معناه حينئذ الأصل أو البقية ، وانطلاقاً من ذلك فقد عرّفه فقهاء القانون بأنه : اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب الإرث سواء كان المتروك مالاً أو منقولاً أو عقاراً أو حقاً من الحقوق الشرعية[٢].

والميراث أيضاً انتقال الشيء من شخص إلى آخر ، ومنه عُرّف الميراث اصطلاحاً بأنه : خلافة حيّ حقيقة أو حكماً عن ميت حقيقة أو حكماً في ماله بسبب زوجية أو قرابة ، ودون مانع شرعي من قتل أو اختلاف دين أو اختلاف دار[٣] ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٦٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والتي جاء فيها : (١- أسباب الإرث : الزوجية والقرابة ٢- للإرث ثلاث طرائق : الفريضة المقدّرة أو العصوبة أو حقّ الرحم -٣- يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض -٤- يكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو العصوبة أو بهما معاً أو بالنصيب الرحمي ، فإذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معاً مع مراعاة أحكام المادتين ٢٧١-٢٩٦) [٤]، وجاء في قرارات محكمة النقض السورية : (اختلاف الدين من موانع الإرث بين المسلمين وغير المسلمين وبالعكس) [٥].

ويرث الزوج النصف عند عدم وجود الفرع الوارث ، وهو الابن وإن نزل ، والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها ، ويرث الربع عند وجود الفرع الوارث ، أما الزوجة فترث الربع للواحدة

١- تاج العروس للزبيدي : ٣٧٩/٥.

٢- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر، ط(١٩٩٩)/١٠.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٧٤/٢٩، التلقين للبغدادي/٢٢٠ ، خبايا الزوايا للزركشي/٣٢٦ ، حاشية البجيرمي: ٢٤٩/٣، كشاف القناع للبهوتي :٥٨٧/٣- روضة المستبين في شرح كتاب التلقين لأبي محمد عبد العزيز ابن بزيزة التونسي ، تحقيق : عبد اللطيف زكاغ ، دار ابن حزم- بيروت ، ط١(١٤٣١-٢٠١٠)/١٤٣٣ نظام الإرث في التشريع الإسلامي ، أحمد حسين ، المؤسسة الجامعية للدراسات – بيروت ، ط(١٩٨٨)/١٠ ، مذكرة في علم الميراث ، محمد حمزة ، جامعة الزقاق/٤ ، الميراث والوصية والهبة بدران أبو العينين ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، ط(١٩٨٥)/١٣.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٧٣.

٥- غرفة شرعية قرار ١١٥١، لعام ١٩٦٣ ، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/١٩٩.

فأكثر عند عدم الفرع الوارث ، ويستوى أن يكون هذا الفرع من الزوجة أو من غيرها ، وترث الثمن عند وجود الفرع الوارث [١] .

وترث المعتدة من طلاق رجعي ، ولا ترث المعتدة من طلاق بائن إلا أن يكون فارّاً بطلاقها ، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها لانقطاع الرابطة الزوجية بينهما كلياً ، وإن توفيت الزوجة فلا يرثها زوجها حتى لو لم تنته العدة بعد لسوء نيته [٢] ، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١١٦والتي جاء فيها " : والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت) [٣] ، وجاء في المادة ٢٧٦ : (١- للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل -٢- للزوجة ولو كانت مطلقة رجعياً إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض -٣- إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة [٤] .

أما فروع المتوفى فترث البنت الصلبية المباشرة النصف فرضاً إن لم يكن للمتوفى ابن، ولهما الثلثان للاثنين فأكثر عند عدم وجود الابن الذكر، وترث تعصيباً إذا تعددت البنات مع الأبناء حيث يقسم الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين [٥] ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- للواحدة من البنات فرض النصف، وللاثنين فأكثر الثلثان -٢- لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة) [٦] .

١- المبسوط للسرخسي: ١٧٤/٢٩- كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين للمحلى جلال الدين محمد بن أحمد ، دار المنهاج – السعودية ، ط٢(١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م) :١٣٦/٢- المغني لابن قدامة : ١٧٦/٦- روضة المستبين لابن بزيزة /١٤٤٠.

٢- المهذب في الفقه المالكي وأدلته ، محمد سكحال المجاجي ، دار الوعي – الجزائر، ط١(١٤٣١-٢٠١٠م) :٣٩٣/٣- كنز الراغبين للمحلى: ١٣٦/٢- حاشية البجيرمي: ٢٤٩/٣- كشاف القناع للبهوتي: ١٥٦/٣.

٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٨.

٤- المرجع السابق/٧٥.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٧٤/٢٩- المهذب من الفقه المالكي: ٣٩٤/٣- حاشية البجيرمي: ٢٥٠/٣- كشاف القناع للبهوتي : ٦٠٥/٣.

٦- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذ ة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٧٤.

أما أصول المتوفى فللأب في الميراث السدس فرضاً عند وجود الفرع الذكر ، وله السدس فرضاً والباقي تعصيباً إذا كان الفرع الوارث أنثى ، ويرث بطريق التعصيب عند عدم وجود فرع وارث مطلقاً [١] ، وقد جاء في المادة ٢٦٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (للأب وكذا للجد العصبي فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل) [٢].

وترث الأم السدس عند وجود الفرع الوارث مطلقاً ذكراً كان أم أنثى ، أو عند وجود اثنين من الأخوة والأخوات فأكثر، سواء كانوا أشقاء أو أخوة لأب أو أخوة لأم ، وترث ثلث التركة كلها عند عدم الفرع الوارث والأخوة ، ولها ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين في حال انحصر الإرث بينهم فقط [٣]، وقد جاء في المادة ٢٧١ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (١- للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين فأكثر من الأخوة أو الأخوات ٢- ولها الثلث في غير هذه الأحوال غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين) [٤].

وحق الإرث من الحقوق المالية التي تنتقل لزوماً إلى الوارث ، ولا ترتد بالرد سواء كان صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى [٥]، فإذا تزوجا على شرط أنها لا ترثه ، أو أنه لا يرثها ، أو أنهما لا يتوارثان ، صحّ العقد ولغى الشرط [٦].

وهذا يعني أن إسقاط حق الميراث قبل استحقاقه لا يصح ، لأنه حق شخصي ذو صفة ذاتية تتعلق بعين الشخص المستحق لوجود سببه ، أما التنازل عن حصة الميراث بعد استحقاقه أو إسقاطه بعوض فصحيح ، ولا يجوز ذلك إلا بعد تصفية جميع ما ترك الميت من دابّة وعرض وقرض ودار ونحو ذلك ، وصور ذلك عدة سماها الفقهاء بالتخارج ، ولا يكون ذلك إلا ببدل ،

١- المبسوط للسرخسي : ١٧٤/٢٩- المهذب من الفقه المالكي : ٣٩٦/٣- كنز الراغبين للمحلى : ١٣٦/٢ كشاف القناع للبهوتي: ٥٨٧/٣.

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذ ة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٧٤.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٧٤/٢٩- المهذب في الفقه المالكي للمجاجي: ٣٩١/١- كنز الراغبين للمحلى: ١٣٧/٢- حاشية البجيرمي: ٢٥١/٣ – كشاف القناع للبهوتي: ٥٨٧/٣.

٤- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٧٥.

٥- حكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، جمعة محمد براج ، دار يافا العلمية :عمان /٥٥-٦٠.

٦- مغني المحتاج للشربيني : ٢٢٦/٣.

فإن لم يكن ببدل لم يكن تخارجاً بل هبة [1]، وتبعهم في ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري [2].

أولاً : التّخارج :

تفاعلٌ من الخروج ، وهو إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه ، وهو قليل الوقوع ، إذ قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه ، وفيه تيسير القسمة على الورثة فيما يشقُّ عليهم قسمته بين الجميع ، كالجوهرة النفيسة [3]، وقد يجري التخارج بين وارث ووارث آخر يحلُّ محله في نصيبه ، وقد يجري بين وارث وأجنبي فيكون ذلك من قبيل البيع ، ويشترط لصحته ما يأتي :

١- ألا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها ، ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة ، لأن الوارث لم يتملك التركة ، وفي الثاني لا صلح قبل قضاء الدين ، وأما القسمة فلا تجوز قياساً وتجوز استحساناً ، وجه القياس أن الدين يمنع تملك الوراث ، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ، ووجه الاستحسان أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفياً للضّرر عن الورثة ، والله أعلم .

٢- إن هذا الصلح هو فرع عن البيع ، فيشترط فيه ما يشترط في البيع ، ولابد أن يعاين التركة ، وأن يكون البدل معلوماً [4] ، فلو ورث قوم مالاً ودوراً وغير ذلك ، فقالوا لأحدهم : نخرجك من الميراث بألف درهم لم يصح ، لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة المنازعات ، فإن أمكن العلم فلا حاجة للصلح مع الجهالة كالبيع ، كذلك إن صولحت امرأة عن ثمنها لم يصح حتى يتبين لها ما ترك زوجها بعداً عن الريبة [5] .

١- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٣٧٧/٣.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، أديب استانبولي: ١٤٨٢/٢.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٣٧/٢٠.

٤- البناية للعيني : ٤٩/٩- الشرح الصغير للدميري : ١٦٦/٣- المجموع للنووي: ٦٩/١٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٤٩/١٣.

٥- المبسوط للسرخسي : ٢٠ /١٣٤- المدونة للإمام مالك: ٣٧٧/٣- الشرح الكبير لابن قدامة: ١٤٩/١٣.

وهو ما جاء في المادة ٣٠٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري : ١- التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم .٢- إذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه ، وحلّ محله في التركة) [١] .

والتخارج يأخذ صوراً عدة منها :

١- أن يتصالح أحد الورثة مع آخر على أن يترك له نصيبه مقابل مقدار معين من المال ، ويتم ذلك بقسمة التركة بين الورثة ، أما المخارج فيحلّ محلّ من تخارج معه ، وهذا الصلح فرع عن البيع ، ويشترط فيه ما يشترط في البيع ، فلابد من معاينة التركة ، وأن يكون البدل معلوماً[٢].

٢- أن يتصالح أحد الورثة مع باقيهم على أن يترك حصته مقابل جزء معين من التركة ، وعندئذ تتمّ قسمة باقي التركة على باقي الورثة باستثناء الشخص المخرج والجزء الذي اختص به ، وفي جواز ذلك أثر عثمان رضي الله عنه ، أنه صالح تماضر الأشجعية [٣] امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثُمنها على ثمانين ألف دينار " [٤] ، أي على الشطر ، وكانت له أربع نسوة وأولاد ، وكان حظّها ربع الثمن أي جزءاً من اثنين وثلاثين جزءاً ، فصالحوها على نصف ذلك ، وهو جزء من أربعة وستين جزءاً [٥] .

ويصح التخارج مع الجهالة والحالة هذه ، ولا تشترط معرفة مقدار حصته من التركة خلافاً للبيع إذ الجهالة فيه تفضي إلى النزاع فتفسده لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضاه ، أما هذا فلا يحتاج إلى تسليم ، ولا يفضي إلى المنازعة ، فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً ثم اشتراه من المقر له ، فيجوز وإن لم يعلما مقداره [٦] .

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد فهر شقفه /٨٥-٨٦- موسوعة الأحوال الشخصية /٢١٠.

٢- مواهب الجليل للمغربي: ١١/٧، مختصر خليل لابن اسحق/١٧٤، المجموع للنووي: ٦٩/١٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة : ١٤٩/١٣.

٣- تُمَاضِر بنت الأَصْبَغ بن عَمْرو ، ملك بني كلب ، تزوجها عبد الرحمن بن عوف بأمر من النبيﷺ في غزوة دومة الجندل سنة ٥هـ ، وأنجبت له أبا سلمة، وطلقها في مرض موته فورثت منه ، ثم تزوجها الزبير بن العوام ، وطلقها بعد سبع ليالٍ. الإصابة لابن حجر العسقلاني: ٥٦/٨.

٤- نصب الراية في أحاديث الهداية للزيلعي عبد الله بن يوسف، المكتب الإسلامي- بيروت ، ط٢(١٣٩٣) : ١١٢/٤، وقال غريب بهذا اللفظ.

٥- أحكام التركات والمواريث ، بدران أبو العينين ، مؤسسة شباب الجامعة ، ط١(١٩٨١م)/٣٢٦-٣٢٨.

٦- بدائع الصنائع للكاساني:١٨٢/٥، حاشية الدسوقي لابن عرفة: ٣١٥/٣ ، مواهب الجليل للمغربي:٤/٧.

٣- أن يتخارج أحد الورثة مع باقيهم عوضاً عن حصته بمبلغ من المال يتحمله جميع الورثة حسب أسهمهم أو بالتساوي ، ويكون لكل منهم أسهمه في الحصة المتخارج عليها حسب ميراثه أو بالتساوي حسب ما تصالحوا عليه ، وقد جاء في الفقرة ٣ المادة ٣٠٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري : ٣- إذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم يتم النص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بنسبة ما دفع كل منهم [١] .

ولابد في التخارج من التمييز بين عدة حالات هي :

الحالة الأولى : أن تكون التركة عقاراً أو عروضاً فيتصالح الورثة على إخراج أحدهم منها على مال يعطونه إياه ، قليلاً كان أو كثيراً فيجوز ذلك ، لأنه بالإمكان تصحيحه على أنه بيع ، ولا يصح جعله إبراء ، لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح ، وإذا كان بدل الصلح عرضاً فيجوز مطلقاً لعدم الربا ، قلّ عن حصّته أم كثر ، ولا يشترط فيه التقابض ، لأنه ليس بصرف [٢] .

الحالة الثانية : أن تكون التركة فضة فيعطونه ذهباً أو بالعكس ، وهذا يجوز دون اشتراط التساوي في الجنس والزيادة على ذلك ، وسواء قلَّ بدل الصلح أم كثر ، ويكون ذلك من قبيل صرف الجنس إلى خلافه ، كما في البيع ، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً [٣] ، وفي القبض لابد من التمييز بين حالتين :

١- أن يكون الوارث الذي في يده بقية التركة جاحداً لها ، فيكتفى بالقبض السابق ، لأنه قبض ضمان (أشبه يد الغاصب) ، فينوب عن قبض الصلح (وهو قبض ضمان أيضاً) ، لتجانس القبضين ، فإن اختلفا ، فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس.

٢- أن يكون الوارث الذي في يده بقية التركة مقراً بها (فيده عليها يد أمانة) ، فلا بد من تجديد القبض والتخلية إلى مكان يتمكن فيه من قبضه ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وهو قبض ضمان) [٤] .

فإن كان بدل الصلح أحد النقدين الدراهم أو الدنانير ، فلا بد من أن يكون ما أخذه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله ، والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ، محمد فهر شقفه /٨٥-٨٦، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ/٢١٠

٢- البناية للعيني : ٤٩/٩- مختصر خليل لابن اسحق/١٧٤- مواهب الجليل للمغربي : ١١/٧.

٣- البناية للعيني : ٥٠/٩، المبسوط للسرخسي: ١٣٥/٢٠، الذخيرة للقرافي: ٣٤٨/٥- مواهب الجليل للمغربي: ٧/٧، المجموع للنووي: ٦٩/١٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٩١/٥.

٤- البناية للعيني : ٤٨/٩-٤٩.

فإذا صالح الولد زوجة أبيه عن حصتها بعشرة دنانير ، والذهب ثمانون جاز ، لأنها أخذت بعض حقها وتركت الباقي ، فإن صالحها بأكثر فلابد من حضور جميع التركة من ذهب وعروض وعقار ، فإن كانت التركة مجهولة لم يصح لتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ، ولا يصح كذلك بطريق الإبراء[١].

الحالة الثالثة : أن يكون في التركة دين : إذا كان للتركة ديون على الغير وتخارج بعض الورثة منها على أخذ قدر من المال ، فتكون التركة وما لها من ديون لباقي الورثة ، لأنه يعتبر من قبيل البيع [٢] ، فإذا أدخلوا الدين في الصلح على أن يخرجوا المصالح عن الدين ، ويكون الدين لهم ، فالصلح باطل ، لما فيه من ضرر عليه لعدم تمكنه من الرجوع على الغرماء ، وإن اشترط الورثة على المصالح أن يبرأ من حصته من الدين للغرماء جاز الصلح ، لأنه إسقاط من ذمة المديون أو تمليك الدين ممن عليه الدين ، والأفضل أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه من الدين، ويحيلهم هو على الغرماء لاستيفاء نصيبه عليهم ، ويصالحوه عما وراء الدين ، رفعاً للضرر الذي يلحقهم من التزام النقد للمصالح مقابل الدين الذي له ، وهو نسيئة ، والنقد خير من الدين ، وللورثة أيضاً أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين تبرعاً [٣].

فإن كان الدين دنانير ودراهم لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقداً من عند الورثة ، وإن كان الدين حيواناً أو عروضاً من بيع أو قرض أو طعاماً من قرض لا من سلم ، فصالح من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لمن صالحه من عنده ، فذلك جائز ، إذا كان الغرماء حضوراً مقرين ووصف ذلك كله [٤].

وإذا هلك شيء من نصيب أحدهم بعد التخارج لم يرجع على الآخرين بشيء ، لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه قال : لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً وهذا عيناً ، فإن توى[٥] لأحدهما لم يرجع على صاحبه " [٦].

١- بدائع الصنائع للكاساني: ١٨٢/٥، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣١٥/٣، مختصر خليل لابن اسحق/ ١٧٤، المجموع للنووي: ٦٩/١٣

٢- أحكام التركات والمواريث ، بدران أبو العينين/ ٣٢٨.

٣- البناية للعيني : ٥١/٩- الذخيرة للقرافي:٣٤٨/٥.

٤- مواهب الجليل للمغربي : ١١/٧- مختصر خليل لابن اسحق /١٧٤.

٥- توى : هلك .

٦- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الصلح ، باب : الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك : ٩٦٤/٢ ، ذكره البخاري في أول الباب دون رقم .

وإذا صالح الولد زوجة أبيه على مال ثم قدم ولد آخر فالصلح ماض ، والوارث القادم يأخذ حقه منهم أجمعين ، فإن كان له السدس مثلاً أخذ سدس ما بيد كل واحد [١].

وإذا ظهر بعد التخارج دين أو عين للتركة دخلت في الصلح ، وسمعت الدعوى في أحد القولين عند الحنفية ، وفي المعتمد عندهم أنها لا تدخل في الصلح ، ويكون الدين أو العين بين جميع الورثة ، وإذا ظهر دين أو عين للغير بعد التخارج ، فإن قضى الورثة الدين صح التخارج وإلا فسخ ، لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملكية للورثة [٢].

الحالة الرابعة : أن تكون التركة أعياناً غير معلومة ، وبدل الصلح مكيل أو موزون : وفي ذلك حالتان :

١- أن تكون التركة مكيلاً أو موزوناً أيضاً : فلا يجوز الصلح لاحتمال كون التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس بدل الصلح ، وذاك ربا إذا كان نصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقلّ ، وقال بجوازه الفقيه أبو جعفر[٣] ، لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس ، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة ، لأن الشبهة تكون عند الجهل في قدر بدل الصلح [٤].

٢- أن تكون التركة غير معلومة من غير المكيل والموزون ، فالصلح صحيح ، لأن الجهالة لا تفضي إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة ، فما من حاجة إلى التسليم[٥].

وإذا ادعت امرأة ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين ، وليس ذلك ربا عند الحنفية ، ولا يصح عند الشافعية ، لأنه صلح على الإنكار[٦].

١- مواهب الجليل للمغربي : ١١/٧- مختصر خليل لابن اسحق/١٧٤.

٢- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٦٢/٧.

٣- أبو جعفر محمد بن عبد الله الهندواني البلخي، ويعرف بأبي جعفر الفقيه ، كان إماماً عارفاً بفقه أبي حنيفة رحمه الله حتى يقال له أبو حنيفة الصغير ، توفي سنة ٣٦٢هـ .

٤- البناية للعيني : ٥١/٩- المبسوط للسرخسي : ١٣٥/٢٠.

٥- البناية للعيني : ٥٢/٩.

٦- البناية للعيني : ٤٩/٩- نهاية المحتاج للرملي : ٤/ ٣٨٧

ثانياً : إسقاط الأب لابنه ما يجب له من ميراث الصداق الذي عليه : ويشترط لصحة هذا الإسقاط أن يحوز الصداق أو يفرزه له حتى يصح الإسقاط ، فلو تركت امرأة صداقاً وحلياً ومتاعاً على زوجها ولها أب وأولاد ، فقال الأب للزوج : إن تصدقت بنصيبك لولديها فميراثي منها صدقة عليهما ، ثم مات أبوهما وجدهما ، والمتاع والحلي بيد أبيهما ، والصداق عليه ، فلهما المتاع والحلى ، لأن حوز أبيهما لهما حوز ، وليس لهما من الصداق شيء لا من نصيب جدهما ولا من نصيب أبيهما ، لأن الجد إنما تصدق عليهما على أن يتصدق أبوهما عليهما ، فإذا لم يتصدق أبوهما عليهما ، فليس لهما من صدقة جدهما شيء إذا لم يفرز ويجعله في يد غيره ، كذلك لو كان الصداق عرضاً مضموناً وليس بحوزته لم يجز لهما منه شيء ، ولو كان لرجل على آخر عشرة دنانير ، فقال له : إن تصدقت على ابنك بعشرة دنانير فعشرتي التي عليك صدقة عليه ، فقال الأب : اشهدوا أني تصدقت على ابني بعشرة دنانير ، وابنه صغير ولم يخرجها حتى مات فالإسقاط باطل ، لأن الأب لم يفرز العشرة ولم يخرجها ، ولو وضعها على يد عدل لصحّ ذلك ، والحاصل أن الأب لو وهب لولده ما هو في ذمته لم يجز ذلك حتى لو أشهد على ذلك ، أما لو كان للأب على أجنبي دين أو عين موصوفة فوهبها لولده أو تصدق بها عليه جاز ذلك ، قبضها أو لم يقبضها [1] .

ثالثاً : مصالحة أحد الورثة عن حصته : من مات عن ولد وزوجة وترك دراهم ودنانير حاضرة وعروضاً حاضرة وغائبة وعقاراً ، فصالح الولد زوجة أبيه على دراهم من التركة ، فإن كانت قدر مورثها من الدراهم فأقل جاز، وإن كانت أكثر لم يجز، لأنها باعت عروضاً حاضرة وغائبة ودنانير بدراهم نقداً ، وذلك لا يصح ، وإن صالحها على دنانير أو دراهم من غير التركة قلّت أو كثرت لم يجز، ويجوز على عروض من ماله نقداً بعد معرفتهما بجميع التركة ، وحضور من عليه العروض وإقراره ، وإن لم يقفا على معرفة ذلك كله لم يجز.

وإذا ترك دنانير ودراهم وعروضاً حاضرة لا دين فيها ، فصالحها الولد على دنانير من التركة جاز إن كانت الدراهم يسيرة ، وإن ترك دراهم وعروضاً فصالحها على دنانير من ماله ، فإن كانت الدراهم يسيرة وحظها منها أقل من صرف دينار جاز، وإن كان في حظها منها صرف دينار فأكثر لم يجز .

١- تحرير الكلام للحطاب/٢٦٥- ٢٦٦.

وإن ترك دنانير وعروضاً فصالحها الولد على دنانير من غير التركة لم يجز، لأنه ذهب وسلعة بذهب ، وإن ترك الميت دنانير حاضرة وعروضاً وديناً من دراهم ودنانير وطعاماً من سلم فصالحها على دنانير من التركة نقداً ، فإن كانت بقدر مورثها من الدنانير الحاضرة فأقل جاز، وإن كانت أكثر لم يجز [١].

المطلب السابع : إسقاط حق التعدد :

يشهد نظام تعدد الزوجات حملة كبيرة من الهجمات من قبل السياسات والمنظمات الغربية بدأت مع نهاية القرن التاسع عشر، ولما تزل مستمرة إلى يومنا هذا ، وقد أثاروا حوله الشبهات بدعوى تحقيق المساواة والرفع من مكانة المرأة العصرية [٢] ، وكان لصوت الغرب المتعصب ودعايته المسمومة أثر في توجيه أفكار فريق من أبناء المسلمين إلى نقده في فترات متعاقبة ، أمثال محمد عبده وغيره ، ولا تزال محاولاتهم مستمرة من أجل وضع تشريع للتعدد يقيد من إطلاقه بغير ما قيده الله تعالى[٣].

وقد توالت النداءات على إثر ذلك للمطالبة بتقييد التعدد أو منعه ، واندفعت الكثير من الأنظمة الإسلامية إلى سنِّ التشريعات الكفيلة بذلك ، انصياعاً للضغوط الدولية ووقوعاً تحت تأثيرها ، بينما تباينت مواقف الدول العربية حيال ذلك في اتجاهات عدة ، فتركته أغلب دول المشرق والخليج على إطلاقه دون قيد أو شرط ، كالكويت والسعودية واليمن وليبيا والسودان وقيده البعض الآخر في قوانينهم ، ومنهم المغرب والعراق وسوريا ومصر والجزائر ، وتمّ منعه في تونس فقط ، حيث نص الفصل (١٨) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على معاقبة كل من يخالف المنع بحبس سنة وغرامة قدرها ٢٤٠ دينار ، وقد جاءت خطوتها هذه تابعة لقرار منعه في القانون التركي عام ١٩٢٦م [٤].

ويعود هذا التقييد في أصله الفقهي إلى الولاية العامة في تقييد المباح ، ومن الواجب على أولي الأمر إذا تدخلوا في تقييد المباح وفقاً لحدود سلطتهم المتاحة أن يضعوا الضوابط التي تضمن حسن تطبيق شرع الله في هذه المسألة تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة ، لا أن يحرموا ما أباحه

١- المبسوط للسرخسي :٢٠/١٣٥-١٨٧، مواهب الجليل للمغربي: ٧/١١- مختصر خليل لابن اسحق/١٧٤.

٢- الأحوال الشخصية لأبي زهرة/٩٣ .

٣- الإسلام عقيدة وشريعة ، محمود شلتوت ، دار القلم – القاهرة ، ط٣ (١٩٦٦)/١٨٥- الأحوال الشخصية لأبي زهرة/٩٣-٩٤.

٤- الاسلام عقيدة وشريعة ، شلتوت /٢٠٠- ٢٠١.

الله تعالى فقط لسوء التطبيق ، فسوء التطبيق لا يعني إلغاء المبدأ من أساسه ، وإلا لألغيت الشريعة بل الشرائع كلها ، والتقييد لا يحقق مصلحة بل يزيد الأمر تضييقاً ، فضلاً عن أن واقع العمل القضائي يظهر أن هذه القيود إنما وضعت للعمل بصورة دائمة وليست مؤقتة ، وتقييد المباح ينبغي أن يكون مؤقتاً أو مرهوناً بظرف أو حالة معينة [١].

الفرع الأول : القيود الشرعية لحق التعدد : أباح الإسلام للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من زوجة ، وقيّد ذلك بأربعٍ ليس بينهن قرابة محرمة شريطة العدل بينهن ، فإن عجز عن ذلك اكتفى بواحدة ، قال تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء : ٣] [٢].

ويشترط في حال التعدد تحري العدل بين زوجاته قدر الإمكان ، فيحرص على التسوية بينهن في المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمبيت والمعاملة بما يليق بكلّ واحدةٍ منهن ، ولا يلزمه العدل فيما هو خارج عن استطاعته كالمحبة والميل القلبي ، كما لا يطالب بالتسوية بينهن في الجماع فإنه ذلك يتعلق بالنشاط والشهوة ، وهي لا تتأتى في كل وقت ، وكذلك سائر الاستمتاعات [٣]، لقوله تعالى : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة : ٢٨٦]، والأولى التسوية ، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد السفر أقرع بين نسائه [٤] ، وأنه كان يقسم بينهن في كل حين ، ولم يقم في بيت عائشة رضي الله عنها عند مرضه الذي مات فيه إلا بعد أن أخذ إذن جميع نسائه بذلك [٥]، وفي ذلك دليل واضح على وجوب تحرّي العدل بين الزوجات والأمن من الجور في حقهن ، لئلا تضيع الحقوق ويعمّ العقوق ويختل نظام الأسرة [٦] ، قال ﷺ " مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ " [٧].

١- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ، يوسف القرضاوي ، ط٢(١٤١٠- ١٩٨٩) ، دار القلم- الكويت/١٦٥.

٢- المبسوط للسرخسي: ٢١٧/٥، البناية للعيني: ٥٥٤/٤، فتح العزيز: ٢٦٧/٩ - زاد المحتاج للكوهجي: /٣ ٣٢١- خبايا الزوايا للزركشي: /٣٤٨.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ٣٣٢/٢، مغني المحتاج للشربيني: ٤١٤/٤ ، العزيز في شرح الوجيز للرافعي: ٣٦٠/٨ ، الأحوال الشخصية لأبي زهرة/٩٠،.

٤- صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفراً :٥/ر١٩٩٩/٤٩١٣ ، ومسلم في كتاب فضائل الصحابة : ر٩٩١/٢٤٤٥.

٥- فتح الباري للعسقلاني : ١٢٩/٨.

٦- التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر بن عاشور: ٢٢٧/٤

٧- سبق تخريجه ص ٧١.

الفرع الثاني : القيود القانونية لحق التعدد في قانون الأحوال الشخصية السوري ومناقشتها:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٧ : (١- للقاضي أن لا يأذن للمتزوج أن يتزوج على زوجته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي ، وكان الزوج قادراً على نفقتهما) [١].
وقد أضاف مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد المقر في ٢٠٠٩/٤/٥ إلى المادة السابقة القيود الآتية :

١- يجب على الزوج إن أراد الزواج إخبار زوجته بذلك إذا اشترطت عليه عدم الزواج عليها، وأن يخبر الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها إذا لم يكن زواجه مسجّلاً في السجل المدني .

٢- إذا أخلّ الزوج بالواجب المبين في المادة السابقة ، فإن لكلٍ من الزوجتين حق الفسخ للإخلال بالشرط ، وللتغرير خلال سنة من العلم بالزواج.

٣- للزوجة التي تضررت بالزواج الجديد أو السابق ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية طلب التفريق للشقاق وفق المادة (١١٢) من هذا القانون وما بعدها [٢].

ويتّضح من خلال المادة السابقة أن قانون الأحوال الشخصية السوري لم يترك أمر التعدد على إطلاقه بل قيّده بعدد من القيود هي :

١- وجود المسوغ الشرعي : نص القانون على السماح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المسوغ الشرعي ، ويكون ذلك بطلب الترخيص بالزواج من قبل القاضي .

٢- القدرة على الإنفاق : اشترط القانون إضافة لوجود المسوغ الشرعي قدرة الرجل على الإنفاق على زوجتيه ، وإلا لم يمنحه الإذن بالزواج .

وعلى ما يبدو أن هذا القيد لا يخرج عن القيد المذكور في القرآن الكريم ، وفيه إشارة إلى العدل المادي الذي هو في حدود الاستطاعة المطلوبة ممن أراد التعدد ، ويتلخص دور القانون فقط في جعله موضع الإلزام والمساءلة من خلال النصّ عليه ، وقد وصف الدكتور مصطفى السباعي هذا الموقف من القانون بأنه أعدل المواقف وأحكمها [٣].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٢١.

٢- مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري لعام ٢٠٠٩ المادة ١٧.

٣- المرأة بين الفقه والقانون ، مصطفى السباعي ، دار الوراق – بيروت ، ط٧(١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م)/١١٦.

٣- وجوب إخبار الزوجة السابقة واللاحقة : ويكون ذلك في حال اشتراط الزوجة الأولى عدم الزواج عليها ، أو عدم تسجيل الزواج الأول في السجل المدني ، فللزوجة حينها الحق بالفسخ لاختلال الشرط أو التغرير بها ، كما أنّ لها الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتفريق للشقاق في حال وقوع الضرر عليها بالزواج من أخرى .

ويمكن مناقشة هذه القيود بما يأتي : إن مبررات التعدد والدوافع إليه كثيرة قد تتعلق بعلّةٍ في الزوجة أو رغبةٍ لدى الزوج أو زيادة في النسل ونحو ذلك ، وقد يكون المسوغ في بعض الأحيان قضية شخصية تتعلق بالأسرار بين الزوجين ، فيحرجان أو أحدهما من اطلاع القاضي عليها.

ومن الملاحظ أن اعتبار المسوغ ليس أمراً دخيلاً على التشريع الإسلامي ، إذ التعدد في أصله مباح ، لكنّه أيضاً يخضع للأحكام التكليفية الخمسة تبعاً لدوافعه والآلية التي يتم وفقها ، والنهج الذي يسير عليه ، غير أن التشريع الإسلامي أثقب نظرة باعتبار مآل الأمور إذ جعل الأمر في أصله مباحاً ثم نظّم آلية التطبيق وفقاً لما قد يستجد ، وقيده بالعدد والعدل ، وكل قيدٍ بعد ذلك ليس تقييداً للمباح ، ولكن تضييق لباب الحلال ، ووراء ذلك تكمن مساوئ أخلاقية لا تحمد عواقبها ، في حين أن التعدد قد يكون سبيلاً للخروج من الكثير من المشكلات الاجتماعية الناتجة عن التفاوت بين الرجال والنساء في العدد ، وانتشار ظاهرة العنوسة ، وتأخر سن الزواج لدى الجنسين ، وزيادة عدد المطلقات والأرامل تبعاً لحالات السلم والحرب أما القانون فقيّده بإذن القاضي بهدف الحدّ منه وليس تنظيمه ، وجعله موقوفاً على ترخيص القاضي ، ومنحه الحق في فسخ الزواج الجديد قبل الدخول ، وفي ذلك فتح لباب التحايل بالزواج العرفي ، وزيادة في نسبة الطلاق دون مبرر .

وتظهر مخالفة الشريعة بشكل جلي في جعل التعدد سبباً لطلب التفريق للشقاق بحجة وقوع الضرر عليها بالزواج الثاني ، وهو أمر أبهمه القانون ولم يحدد ماهيته ، إذ من غير الممكن اعتبار الألم النفسي الذي قد يصيب الزوجة من التعدد ضرراً يجيز الحكم لها بكافة الحقوق إذا رغبت في فراق زوجها ، ولا حجّة بأنه هو من دفعها لذلك بزواجه عليها ، لأن الزوج لم يخطئ بزواجه الجديد ، بل هو حقٌّ مشروعٌ له ما لم يَجُرْ عليها ، ولكن بالمقابل يباح لها طلب الخلع ، وفي ذلك جبرٌ للزوج عما يلحقه من ضررٍ بسبب إنهائها للرابطة الزوجية دون تقصير منه ، وكبحٌ لاندفاعها وراء عواطفها بغير تعقّل وهدمها للحياة الزوجية والأسرية .

أما الانسياق وراء دعوات التقييد والمنع فليس إلا ترامياً في أحضان الغرب وموالاة لهم في باطلهم ومحاربتهم للطهر والعفة بسهامهم المسمومة وبغضهم المبطن ، في حين تغرق مجتمعاتهم في مستنقعات الرذيلة دون ضابط من دين أو خلق.

الفرع الثالث : صور إسقاط حق التعدد : يتجلى إسقاط هذا الحق في صورتين هما :

أولاً : اشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في المشهور والمالكية على أن اشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها ابتداء في عقد الزواج مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، ولم يرد به أثر، ولم يجر به عرف ، لكنه يشتمل على منفعة تعود على أحد العاقدين ، وهذا النوع من الشروط لا يؤثر على العقد ، لكونه لا يخل بمقصود النكاح وهو حلّ الوطء ، فيبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط [١]، وذهب الشافعية في غير المشهور إلى أن هذا الشرط ينافي مقتضي العقد لأن فيه منفعة مقصودة لمن شرطه فيكون العقد باطلاً [٢] ، وبه قال المالكية ما لم يحصل الدخول ، فإن دخل مضى العقد وألغي الشرط ، وبطل المسمى إن كان على الشرط ، ووجب للمرأة مهر المثل ، ولها الفسخ بعد الدخول إن علّقت زواجه على طلاقها أو جعلت أمرها بيدها إن فعل [٣] ، ولا ينبغي له حينئذ أن يطأها حتى يعلمها فتقضي أو تترك [٤] ، وخالف بذلك الحنابلة فأجازوا هذا النوع من الشروط [٥] .

فمحل الخلاف بين الفقهاء هو لزوم الوفاء بالشرط من عدمه وفق قولين :

القول الأول: الشرط صحيح لازم ، ويلتزم الزوج بالوفاء به ، لأن الشروط في الزواج أكبر خطراً ، والوفاء بما التزم منها أوجب وآكد ، فإن فات كان لصاحبه الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه ، وهو قول عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية بن أبي سفيان وعمرو بن

١- البناية للعيني : ٥٦٧/٤ – مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٣١/١- بدائع الصنائع للكاساني : ٢٨٥/٢- المجموع للنووي : ١٨/١٨- بداية المجتهد لابن رشد : ٥٩/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٠٧/٢- الخرشي على مختصر خليل : ٢٦٦/٣.

٢- المجموع للنووي : ١٨/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٥٧٠/٣.

٣- المنتقى للباجي : ٦٨/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٠٧/٢ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٧٦/٢ البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٤/٤.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٧٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٥٧٠/٣.

٥- كشاف القناع للبهوتي : ٨٢/٤.

العاص من الصحابة رضي الله عنهم ، وهو قول شريح القاضي وعمر بن عبد العزيز من التابعين وعليه مذهب الحنابلة [١] ، وهو ما رجحه ابن تيمية وابن القيم ، ونص المالكية على لزوم الوفاء به استحباباً [٢].

وهذا القول هو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري حيث اعتبر هذا الشرط في المادة (١٧) ، وجعله مبرراً لطلب فسخ العقد في حال الإخلال به والزواج بأخرى .

القول الثاني : الشرط لاغٍ ، ولا يحقّ لها اشتراطه ، ولا يلزم الوفاء به ، والعقد صحيح ، وبه قال علي بن أبي طالب ورواية عن عمر من الصحابة رضي الله عنهم ، وهو ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية ، إلا أنه يستحب له الوفاء به عند مالك وجميع أصحابه [٣].

عرض الأدلة ومناقشتها : استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

١- من القرآن الكريم :

ا- قال الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة :١] ، وقال تعالى : ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ [الأنعام : ١٥٢]، وقال تعالى : ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء : ٣٤].

وجه الاستدلال : أمر سبحانه بالوفاء بالعقود ، وهو عام ، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله ، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه [٤].

ب- قال تعالى :﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء : ٤]

وجه الاستدلال : إنّ الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ، وتعليق جواز الأكل بطيب النفس تعليق للجزاء بشرطه ، فدلّ على أنه سبب له ،

١- كشاف القناع للبهوتي : ٨٢/٤-٨٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة :٣٩٣/٢٠- الإنصاف للمرداوي: ٣٩١/٢٠ المغني لابن قدامة : ٤٨٣/٩.

٢- الخرشي على مختصر خليل : ٢٦٦/٣- مجموعة فتاوى ابن تيمية ٣٢٦/٣.

٣- البناية للعيني : ٥٦٧/٤ – مجمع الأنهر لداماد أفندي : ١/ ٣٣١- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٩٥/٤- المجموع للنووي : ١٨/١٨.

٤- مجموعة فتاوى ابن تيمية : ٣٢٩/٣.

وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دلّ عليها القرآن ، والمرأة إنما التزمت العوض مقابل الشرط ، فإن لم يفِ لم تطب نفسها بما بذلت [١] .

٢- من السنة :

١- قال ﷺ : " أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ بِهِ مِنْ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ" [٢].

وجه الاستدلال : يدلّ الحديث بظاهره على أنّ أحقّ ما يفي به المسلم من الشروط ما تعلق بعقد النكاح ، وشرط عدم الزواج بأخرى قد استحلّ به فرج امرأته ، فإن كان الأمر على خلاف ذلك فتزوج ، كان من حق المرأة أن تطالب بفسخ النكاح وتمتنع [٣].

٢- حديث " الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ " [٤].

وجه الاستدلال : يدل ظاهر الحديث على إلزام المسلم بما ألزم به نفسه من شروط مادامت موافقة للشرع ، ويدخل هذا الشرط في عموم هذا الأمر [٥].

أجاب الجمهور عن الدليلين السابقين بأن هذا الشرط مستثنى من عموم هذا الحديث بقوله ﷺ :" إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالاً، أَوْ أَحَلَّ حراماً " [٦] ، وهذا الشرط فيه تحريم لما أحلّه الله تعالى [٧].

١- المرجع السابق : ٣٣٧/٣.

٢- سبق تخريجه ١٨٦.

٣- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٩٥/٤ – المغني لابن قدامة : ٤٨٥/٩- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٩١/٢٠-٣٩٣- مجموعة فتاوى ابن تيمية : ٦٥/٤-٦٦.

٤- سبق تخريجه ص١٤١.

٥- فقه السنة ، سيد سابق ، دار البيان للتراث – القاهرة ، ط١٤١١/٢

٦- سبق تخريجه ص ١٤٧.

٧- تبيين الحقائق للزيلعي: ١٤٨/٢، الذخيرة للقرافي: ٤٠٥/٤، المجموع للنووي: ١٩/١٨، الأم للشافعي: ٧٣/٥

٣- روي عن الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ رضي الله عنه [١] قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ: «إِنَّ بَنِي هِشَامِ بْنِ الْمُغِيرَةِ اسْتَأْذَنُونِي فِي أَنْ يُنْكِحُوا ابْنَتَهُمْ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ فَلَا آذَنُ، ثُمَّ لَا آذَنُ، ثُمَّ لَا آذَنُ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ ابْنُ أَبِي طَالِبٍ أَنْ يُطَلِّقَ ابْنَتِي وَيَنْكِحَ ابْنَتَهُمْ فَإِنَّهَا بِضْعَةٌ مِنِّي يَرِيبُنِي مَا رَابَهَا ، وَيُؤْذِينِي مَا آذَاهَا ، ثُمَّ ذَكَرَ صِهْراً لَهُ مِنْ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ [٢] ، فَأَثْنَى عَلَيْهِ فِي مُصَاهَرَتِهِ إِيَّاهُ ، قَالَ : حَدَّثَنِي فَصَدَقَنِي وَوَعَدَنِي فَوَفَى لِي وَإِنِّي لَسْتُ أُحَرِّمُ حَلَالاً ، وَلَا أُحِلُّ حَرَاماً ، وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَا تَجْتَمِعُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ وَبِنْتُ عَدُوِّ اللَّهِ عِنْدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَبَداً " [٣].

وجه الاستدلال : إن ثناء رسول الله ﷺ على صهره أبي العاص بتصديقه والوفاء بوعده دلالة على أن عدم الزواج عليها شرطٌ تعارفا عليه ، وإن لم يجر ذكره في صلب العقد ، وأن أبا العاص وفى ، وعلي رضي الله عنه لم يفِ ، والمرأة إن كانت من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرّة ولا يمكنونه من ذلك كان كالمشروط شرطاً [٤].

٣- المعقول : إن المرأة قد تشترط هذه الشروط لمنفعة مقصودة ، كأن تكون شديدة الغيرة فتخشى أن تضيّع حق بعلها ، فمن حقها أن تشترط هذا ، ويجب على الزوج أن يفي به ، فإن لم يف كان لها حق الفسخ [٥].

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

١- **من القرآن الكريم :** قال تعالى : ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء : ٣].

١- المسور بن مخرمة الزُهري أبو عبد الرحمن من صغار الصحابة ، ولد في مكة سنة ٢ هـ ، أدرك النبي ﷺ وهو صغير، ولزم عمر بن الخطاب في خلافته ، وشارك في فتوحات العراق وفارس ، ولما حُوصر عثمان بن عفان في آخر خلافته ، بعثه إلى معاوية يستصرخه ، وعاد إلى مكة بعد مقتل عثمان رضي الله عنه ، فلم يزل بها حتى وفاة معاوية واستخلاف يزيد بن معاوية ، فانحاز إلى عبد الله بن الزبير، وصار من وزرائه أصابه حجر منجنيق وهو يصلي أثناء حصار ابن الزبير فمات على إثر ذلك في أول ربيع الأول سنة ٦٤ هـ ، تهذيب الكمال للمزي : ٥٨١/٢٧.

٢- وهو أبو العاص ابن الربيع زوج ابنته زينب .

٣- أخرجه البخاري ، كتاب المناقب ، باب مناقب فاطمة عليها السلام : ٣/ر٣٥٥٦/١٣٧٤، ومسلم في صحيحه ، كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ : ر٢٤٤٩/٩٩٣، وأخرجه الترمذي بهذا اللفظ ، كتاب المناقب ، باب : ما جاء في فضل السيدة فاطمة رضي الله عنها : ر٣٨٦٧/٨٧٠ ، وقال هذا حديث حسن صحيح .

٤- زاد المعاد : ٤/٧-٨ – جامع الفقه لابن القيم : ٥/١٨١-١٨٣.

٥- كشاف القناع للبهوتي : ٤/١٢٠.

وجه الاستدلال : تدل الآية على مشروعية التعدد وإباحته ، وفي منعه وتقييده بالشرط تحريم لما أحله الله تعالى ، ونسخٌ للحكم المشروع .

يردّ عليه : إن حكم التعدد كليٌ ثابت ، والأحكام الجزئية ، كالزواج على فلانة وعدم الزواج على فلانة سببها فعل العبد ، وقد شرّعت تشريعاً كلياً وليس جزئياً ، ولا يكون رفع الحقوق بالعقود والفسوخ نسخاً للأحكام ، لأن الحكم المطلق لا يزيله إلا الذي أثبته ، وأما هذا المعين فإنما ثبت ، لأن العبد أدخله في المطلق ، فإدخاله في المطلق مردّه إليه فكذلك إخراجه ، إذ الشارع لم يحكم عليه في المعين بحكم أبداً ، مثل أن يقول : تزوج على فلانة ولا تتزوج على فلانة [١] .

٢- من السنة :

١- قال ﷺ : "كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ " [٢] ، وقوله ﷺ : " الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حراماً " [٣] .

وجه الاستدلال : كل شرط ينبغي عرضه على شرع الله ، فإن كان يحرم حلالاً أو يحلُّ حراماً يُردّ دون اعتبار ، وهذا الشرط يحرّم ما أحلّ الله من التعدد ، فيدخل ضمن الحديث [٤] .

ويرد على استدلالهم بقوله ﷺ : " أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ بِهِ مِنْ الشُّرُوطِ " .

فقوله : " أَحَقُّ " يدل على أن الشرط في ذاته حق وليس بباطلٍ ، أما لو كان الشرط في ذاته باطلاً فهو ليس بحقٍ ، ولا بأحق حينئذٍ ، والمراد بالشروط في الحديث ما وافق منها حكم الله تعالى وشرعه في الزواج ، فإن خالف لغى الشرط ولم يعتدّ به ، وهذا موضع اتفاق [٥] ، لأن النبي ﷺ قال:" قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ " [٦] ، والمشترط بشرطه لا يبيح ما حرمه الله ، ولا يحرّم ما أباحه الله ، لكنه يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، ويبيح لكلا

١- مجموعة فتاوى ابن تيمية : ٣/٣٣٤-٣٣٦.

٢- سبق تخريجه ص٢٢٩.

٣- سبق تخريجه ص١٤١.

٤- تبيين الحقائق للزيلعي: ١٤٨/٢، الذخيرة للقرافي: ٤٠٥/٤ ، المجموع للنووي: ١٩/١٨، الأم للشافعي:٧٣/٥

٥- الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٩٣/٢٠- المغني لابن قدامة : ٤٨٥/٩.

٦- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشروط ، باب : الشروط في الولاء : ٢/ر ٩٧٢/٢٥٧٩.

العاقدين ما لم يكن مباحاً ، ويحرّم على كل منهما ما لم يكن حراماً ، أما ما كان حراماً بدون الشرط ، فالشرط لا يبيحه ، كالوطء في ملك الغير [١].

٢- ما روي أن زوجاً من أصحابِ النَّبيّ ﷺ تُوُفّيَ وَتَرَكَ زَوْجَتَهُ ، فقالَ لهَا ﷺ: " إذَاْ انْقَضَتْ عِدَّتُكِ فَأَخْبِرِيْنِي " ، فانْتَهَتْ العدّة ، وَجَاءَت إلَيهِ ، فقالَ لهَا ﷺ : " إنِّي أَرْغَبُ فُلَاْنَاً لَكِ زَوْجَاً قالت : يَا رَسُولَ اللهِ ! لَكَ رَغِبْتُ - أي أنا كما تأمر- وَلكِنِّي اشْتَرَطْتُ عَلَى زَوْجِي أَلّا أَتَزَوّجَ مِنْ بَعْدِهِ ، فقال ﷺ : هَذَا لَا يَصْلُح " فتزوجَتْ بِالرّجلِ الذِي نَصَحَهَا رسولُ اللهِ ﷺ بِهِ [٢].
وجه الاستدلال : يدل الحديث بظاهره على عدم جواز هذا الشرط يستوي في ذلك الرجل والمرأة .

المعقول : إن مثل هذا الشرط في الإسلام قد يعرض الرجل للوقوع في الحرج في مستقبل الزمان ، فلو أجزنا للمرأة مثل هذا الشرط ، وألزمنا الرجل الوفاء به ، ثم تغير حال المرأة وذهب منها ما يعين الرجل على العفة ، وقع الرجل في المشقة والحرج ، وكان بين شرّين ، إما أن تبين زوجته منه لحقها في الفسخ ، وما يسببه ذلك من تقطيع لأوصال الأسرة ، أو أن يقيم مع زوجته التي لا تعفّه عن الوقوع في الحرام ، ويبقى عرضة للفتنة حرصاً على استقرار أولاده ، والنفوس جبلت على حبّ الولد ، والولد مجبنة مبخلة ، وقد كان الصحابي إذا أراد الهجرة تعلّق به ولده فامتنع [٣].

يرد عليه : بأنه ليس فيه تحريم ما أحله الله بل غايته ثبوت حق الفسخ لها بمعنى إن لم يوف بهذه الشروط فلها حق الفسخ ، ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن في البيع [٤].

والراجح على ما يبدو : هو القول الأول لما فيه من مصلحة معتبرة ، ولا يترتب على الإخلال به وقوع الرجل في الحرج بمنعه من الزواج الثاني ، ولكن ضمانٌ لحقّ المرأة في الفسخ إذا شعرت بوقوع الضرر عليها أو عجزت عن تحمل التعدد .

١- مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣/٣٣٣.

٢- أخرجه الطبراني في الروض الداني إلى المعجم الصغير ، تحقيق : محمد شكور أمرير ، المكتب الإسلامي بيروت ، ط١(١٤٠٥-١٩٨٥م): ٢/ر١١٥٧/٢٧٤، وقال: لم يروه عن الأعمش إلا ابن إدريس ، وتفرد به نعيم ، وقال الهيثمي : رجاله رجال الصحيح .

٣- كنز العمال للهندي : ١٦/ر٤٤٤٨٤/٢٨٤، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٠/٣٩٤.

٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٢٠/٣٩٣- المغني لابن قدامة : ٩/٤٨٥.

والحاصل أن هذا الشرط يلغو بعد الدخول وليس لها الحق في الفسخ إن تزوج عند الجمهور ، ولها خيار الفسخ عند الحنابلة ، ويحق لها الفسخ عند المالكية إن علّقت زواجه على طلاقها أو جعلت أمرها بيدها إن فعل، لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " مقاطع الحقوق عند الشروط" [1] ، فينقطع حقها عند شرطها ، فإذا فسخت تكون بائناً ، ولا يحلّ لزوجها مراجعتها إلا بعقد جديد [2].

وإن علقت طلاقها على أكثر من شرط كأن لا يتزوج عليها ، ولا يتسرّى ، ولا يخرجها من بلدها مثلاً ، فإن فعل البعض فلها الخيار : إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت أخذت بحقها ووقع الطلاق وهو من باب التحنيث بالبعض ، والمعتمد أنه لا خيار لها إلا بفعل الجميع ، لأن الأولى أن يقول : إن فعل شيئاً من ذلك .

فإن أخلّ بالشرط فسكتت أو شرط لها ألا يتزوج عليها إلا بإذنها فأذنت له ثم أرادت أن تفسخ لم يكن لها ذلك ، ولو اشترط لها عدم الزواج عليها إلا بإذنها ، فإن فعل فأمرها بيدها ، فأذنت له بواحدة ، فتزوّج ثم طلّق ، فلها الحق بالعودة في الإشراط ، ولها أن تأذن ثانية إن شاءت، ولها عدم الإذن ، أما إن أذنت له فتزوج ، فندمت وأرادت أن تغيّر ذلك ، فليس لها حتى يفارق ، لأنها أذنت ، فإن أرادت أن ترجع إلى شرطها ، وتقضي في نفسها ، فليس لها ذلك أيضاً ، لأنها أذنت قبل أن تملك أمرها بيدها ، أي قبل أن يصير القضاء بيدها ، فإن رجعت إلى شرطها قبل أن ينكح فلها ذلك ، وإن شرط لها ذلك دون أن يقيده بإذنها ، فلها الرجوع إلى شرطها [3].

وإن كان هذا الإشراط مقابل عوض مالي ، كأن شرطت عليه عند العقد ألا يتزوج عليها ، وحطّت عنه مقابل ذلك شيئاً من صداقها ، فإن التزم بالشرط لزمه المهر المسمى بالاتفاق [4] ، وإن أخلّ به وتزوج بأخرى ، فهل ترجع عليه بشيء من صداقها ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

١- سبق تخريجه ص٣١١.

٢- المنتقى للباجي: ٦٨/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٠٧/٢ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٧٦/٢- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٤/٤.

٣- البيان والتحصيل للقرطبي: ٢٦٣/٤-٢٦٥- كشاف القناع للبهوتي : ٨٣/٤.

٤- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٥٣/١.

القول الأول : لا ترجع عليه بشيء ، لأنها شرطت عليه ما لا يجوز شرطه ، كما اشترط أهل بريرة رضي الله عنها أن تعتقها عائشة رضي الله عنها والولاء لبائعها، فصحح النبي ﷺ العقد وأبطل الشرط ، كذلك الأمر ههنا ، وبه قال ابن القاسم من المالكية .

وفرق الجمهور بين حالتين :

١- أن يكون المسمى أقل من مهر مثلها ، كأن يكون مهر مثلها خمسمائة دينار ، وسمّى لها ثلاثمائة دينار على شرط ألّا يتزوّج عليها ، فترجع عليه بمهر مثلها ، لأنه سمّى لها شيئاً فيه نفع مقصود ، فإن فات وجب لها مهر المثل لعدم رضاها به ، وهي ما تركت جزءاً من المهر إلا لأجل الشرط ، فإذا سقط الشرط وجب رَدُّ الجزء ، وهو مجهول ، وإذا صار المهر مجهولاً وجب لها مهر المثل[١] .

٢- أن يكون المسمى أكثر من مهر المثل : تستحق مهر المثل لما داخل المسمى من جهالة في مقابلة ما أخل من شروط وهو قول الحنفية والأصح عند الشافعية [٢] ، وذهب المزني إلى استحقاقها المسمى لئلا يجتمع عليها بخسان ، بخس بإسقاط الشرط ، والآخر بنقص المهر ، ولكونها لم ترض مع ما شرطت إلا بزيادة ما سمّت ، فإذا منعت الشرط لم تمنع المسمى ، وقال أبو علي الخيران من الشافعية[٣] : لها أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل [٤] .

وإن شرط لها ألفاً إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوج ، فإن التزم بالشرط فلها الألف ، وإن لم يلتزم ، فلها مهر مثلها لا يزاد على ألفين ، ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة ، لأن الشرط الأول صحّ ، وموجبه المسمى ، والشرط الثاني نفى موجب الأول ، والتسمية متى صحت لا يجوز نفي موجبها ، فيبطل الشرط الثاني ، وذهب الصاحبان إلى صحة الشرطين وجوازهما ، وعليه ألف إن لم يتزوج ، وألفان إن تزوّج ، لأنهما عقدان ببدلين معلومين فوجب تصحيحهما

١- المبسوط للسرخسي : ١١٧/١٩.

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٥٣/١.

٣- أبو علي الخيران : الحسين بن صالح البغدادي ، كان زاهداً ورعاً تقياً من كبار أئمة الشافعية ، عرض عليه القضاء زمن المقتدر فلم يتقلد ، قال الذهبي : لم يبلغنا على من اشتغل ابن خيران ولا عن من أخذ العلم ، توفي سنة ٣٢٠هـ.طبقات الشافعية الكبرى ، للسبكي عبد الوهاب ين علي ، تحقيق :عبد الفتاح الحلو – محمود الطناحي ، دار إحياء الكتب العربية : ٢٧٢/٣-٢٧٤

٤- المجموع للنووي : ١٩/١٨.

على وجه التخيير ، كما يصح إذا تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وعلى ألفين إن كانت جميلة [١].

وذهب الشافعي وزفر من الحنفية إلى فساد الشرطين ووجوب مهر المثل ، لأنهما على احتمال الوجود فكان المهر مجهولاً ، ولأنه دخل في العقد التخيير بين عوضين ، فكان العوض فاسداً، كما لو قال بعتك بألفٍ نقداً وبألفين نسيئة [٢].

ولو عقد على امرأة بألف ، وبعد العقد أسقطت بعض الصداق شرط ألا يتزوج عليها ، أو وهبته له جميعه ، فقبل ذلك منها ، ثم طلّقها ، فإن طلقها بحضرة ذلك وحدوثه رجعت عليه ، لأنها إنما تصدقت عليه بالصداق على أن يمسكها ولا يتزوج عليها ، فإذا طلقها ولم يمسكها ، وجب أن ترجع فيما تصدقت به عليه إن لم يف لها بالمعنى الذي تصدقت عليه من أجله [٣]، وإن طلقها بعد ذلك لسبب آخر ، بأن كان حلف يميناً قبل ذلك ، ثم وقع سببها دون تعمد أو استئناف ، لم ترجع عليه بشيء [٤] ، كذلك لو بذلت له المال سوى الصداق مقابل ألا يتزوج عليها فتزوج ، ردّ لها مالها [٥].

والذي يبدو لي أن الإسقاط إذا صح اشتراطه بغير عوض جازت المعاوضة عليه ، بأن اشترطت ألا يتزوج عليها مقابل إسقاط حق مالي أو عوض مالي ، فإن أخل بالشرط جاز فسخ عقد المعاوضة واسترداد العوض ، كما تمنح المرأة حق فسخ عقد النكاح دون أن يؤثر الإخلال بالشرط على العقد أصالة ، والحكم ذاته في حال المصالحة على إسقاطه بعوض أو حطيطة ، والله تعالى أعلم .

١- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٥٣/١- – بدائع الصنائع للكاساني : ٢٨٥/٢.

٢- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٣٥٣/١- المجموع للنووي : ١٩/١٨.

٣- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٣/٤.

٤- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٣/٤- الشرح الكبير للدردير : ٣٠٧/٢.

٥- جامع الفقه لابن القيم : ١٨٣/٥.

ثانياً : اشتراط المرأة على الرجل طلاق زوجاته :

إذا اشترطت المرأة على زوجها في العقد ألا تكون عنده زوجة من قبل ، يجري في هذه الصورة الخلاف السابق ، فالجمهور على عدم جوازه ، وخالف بذلك الحنابلة فاعتبروه [١] .

كذلك الحكم لو اشترطت عليه عند نكاحه إياها أنّ كلّ امرأة ينكحها عليها طالق البتة ، فإن لم يطلق ، فأمر امرأته التي عنده بيدها ، فلها شرطها عند المالكية ، فإن تزوج عليها ، كان أمرها بيدها ، إن شاءت أقامت وإن شاءت اختارت نفسها [٢] .

وإذا أعطته الزوجة شيئاً على أن يطلّق ضرتها فطلقها ثم أراد أن يراجعها ، فإن راجعها من قريب رجعت عليه بما دفعت ، وإن كان رجع بعد زمان بعيدٍ لم ترجع عليه بشيء [٣] .

وذهب المعارضون لهذا الشرط أيضاً إلى أن الرجل له في أصل الحكم أن يتزوج قبل هذه المرأة وله أن يتزوج بعدها ، وله أن يجمع بين أكثر من واحدة ، ما دام ضمن حدود ما شرعه الله فإن اشترطت ألا تكون عنده زوجة ، فقد منعته من زوجته الأولى ، وقد قال ﷺ : " وَلَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتُكْفِئَ مَا فِي إِنَائِهَا " [٤] ، وفي إباحة هذا الشرط تلويح بجواز تطليق الأولى ، وهو محرم ، فيكون الشرط باطلاً ، ويبقى على عموم قوله : "كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل " [٥] ، ثم إنه من المجمع عليه أن الرجل لو أراد أن يعقد على امرأة ، فاشترطت أو وليها تطليق الأولى لم يجز [٦] ، وفي حديث عبد الله بن عمرو بن العاص :" أن النبي ﷺ نهى أن ينكح الرجل بطلاق الأخرى" [٧] .

١- الشرح الكبير لابن قدامة: ٢٤/٢٢- المحرر في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، مجد الدين أبي البركات ، مطبعة السنة المحمدية ، ط١(١٣٦٩-١٩٥٠) : ٢٣/٢.

٢- البيان والتحصيل للقرطبي : ٣٢٧/٤.

٣- تحرير الكلام للحطاب/٢٠٦.

٤- أخرجه البخاري ، كتاب الشروط ، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح ، : ٢/ ر٢٥٧٤/٩٧٠.

٥- سبق تخريجه ٢٢٩.

٦- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٩٥/٢٠- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ، تحقيق : شعيب وعبد القادر أرناؤوط ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٣(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) : ٩٨/٥.

٧- أخرجه أحمد في مسنده : ١٧٦/٢.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٤/ف ٢) على عدم جواز اشتراط المرأة ما يمسّ حقوق غيرها ، كاشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى) [١].

المطلب الثامن : إسقاط حق الرجوع في الهبة (الاعتصار) :

الهبة تمليك مال معلوم موجود مقدور على تسليمه في الحياة غير واجب بغير عوض مما يعد هبة عرفاً [٢] ، ويجوز للطفل المميز قبولها ، لأن فيها مصلحة محضة له [٣].

وهبة أحد الوالدين يشترط فيها العدل ، ويكون ذلك بالتسوية بين الذكور والإناث عند الجمهور، وذهب محمد من الحنفية والشافعي في قول إلى اعتبار العدل في العطية على سبيل الإرث ، وذكر ابن تيمية أن العدل هو إعطاء كل واحد حسب سنّه وحاجاته ، فينفق على الفقير دون الغني وعلى الطائع أكثر من العاصي [٤].

وإذا وهب الوالد ولده هبة وأراد الرجوع فيها ، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وهو ظاهر المذهب عند أحمد ، إلى جواز الرجوع على وجه الأدب[٥] ، وخالف في ذلك الحنفية فنصّوا على عدم جواز الرجوع في هبته مطلقاً ، وهي رواية لأحمد [٦].

وبرأيه أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٨٦٦ ، وبه أخذ القانون السوري ، حيث جاء في المادة ٤٧٠ من القانون المدني (يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية : ١- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية. ٢- إذا كانت الهبة لذي رحم محرم [٧].

١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه /٢٠.

٢- التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع ، علي بن سليمان السعدي المرداوي علاء الدين أبو الحسن ، تحقيق : ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة ، ط١(١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م)/٢٥٥.

٣- بداية المجتهد لابن رشد – مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة ، ط١(١٣٩٠هـ-١٩٧٠م) : ٣٦٣/٢.

٤- المبسوط للسرخسي ، دار الفكر- بيروت (١٤٢١-٢٠٠٠م): ٥٠/١٢ ، روضة الطالبين ، دار عالم الكتب – بيروت (١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م) : ٤٤٠/٤ – مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٩٥/٣١.

٥- المبسوط للسرخسي : ٥٥/١٢ ، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ١١٠/٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٤١٠/٤- التلقين للبغدادي/٢١٧ – مغني المحتاج للشربيني: ٤٠١/٢ المغني لابن قدامة : ٢٦١/٨ – نيل الأوطار للشوكاني : ٢٧/٤.

٦- المبسوط للسرخسي: ٥٥/١٢ – المغني لابن قدامة : ٢٦١/٨- خبايا الزوايا للزركشي /٣١٩.

٧- القانون المدني ، ممدوح عطري/٨٣-٨٤

وهو ما أيده قرار محكمة النقض قاعدة ١٤٦٢ : لا رجوع في الهبة لذي رحم محرم ، الآباء وإن علوا ، والأبناء مهما سفلوا والأعمام والأخوال ، وذلك حفاظاً على القربى والعائلة ، إلا المحرم بلا رحم كأخ من الرضاعة والمحرم بالمصاهرة (أمهات النساء والربائب) وأزواج البنات والبنين [١].

وحقّ الواهب في الرجوع عن هبته ثابت له بمقتضى عقد الهبة ، فإن كان الرجوع بعد القبض توقف على قبول الموهوب له ، فإذا رفض كان للواهب طلب فسخ الهبة قضاء ، ويحق للواهب إسقاط حقه في الرجوع عن الهبة مقابل عوض مالي ، حيث تتبلور هذه الصورة عن عقد جديد يبنى على المعاوضة ، وفيه نقل التصرف من دائرة الهبة وهي تمليك العين دون عوض إلى دائرة البيع وهو تمليك العين بعوض ، وعندئذ فليس من المعقول أن يبذل الموهوب له عوضاً لضمان عدم الرجوع ثم يرجع [٢].

ويمكن أن يرجع الوالد في هبته لولده عن طريق الإنفاق على نفسه من مال ولده عند الحاجة إلى ذلك [٣].

١- غرفة شرعية ، أساس ٢٤٣٢ ، قرار ١٢٢٤ لعام ١٩٨٠، شرح قانون الأحوال الشخصية ، أديب استانبولي : ١٣٨٩/٢.

٢- رسائل ابن نجيم الاقتصادية المعروف بـ (الرسائل الزينية في مذهب الحنفية) ، تحقيق : محمد سراج – علي محمد ، دار السلام – مصر ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)/١٤٢- روضة الطالبين للنووي: ٢٩٠/٧

٣- بدائع الصنائع : ١٢٨/٦- المبسوط للسرخسي: ٥٤/١٢.

الفصل الخامس : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال وبطلانه :

المبحث الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال والآثار المترتبة عليه :

المطلب الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على إسقاط الحقوق الأسرية على مال

المبحث الثاني : أسباب بطلان الإسقاط على مال أو فسخه في الحقوق الأسرية :

المطلب الأول : أسباب بطلان الإسقاط على مال :

المطلب الثاني : الآثار المادية لبطلان الإسقاط

الفصل الخامس : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال وبطلانه :

إن إسقاط الحق الأسري مقابل مال هو تصرف يتم باتفاق كلا العاقدين على الإسقاط والبذل، وهذا يقتضي أن تتجه إرادة كل طرف نحو إلزام الطرف الآخر بإيقاع أثر العقد بشكل فعلي، وإلا وقع التعاقد باطلاً ولم يترتب عليه أي أثر ، ومتى كان العقد لازماً ترتبت عليه آثاره ، ومتى اختل الإلزام صار العقد باطلاً .

المبحث الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال والآثار المترتبة عليه :

جعل الشارع مصلحة العباد في لزوم العقود إذ المقصود لا يتم إلا إذا كانت متصفة باللزوم ، والإسقاط على مال إن كان ممن هو أهلٌ له ، مستوفياً شروطه المعتبرة في الأركان ، لزم أن يظهر أثره في محله بإسقاط الحق وترتب بذل العوض المالي على الطرف المقابل ، لأنه عقد ملزم للطرفين ، فيراعى فيه ما يراعى في عقود المعاوضة والصلح والمقاصّة ، وكذلك التعليق حسب الوجه الذي يتمّ وفقه ، فإن تمّ الإسقاط على مال بوجهه الصحيح فلا يمكن نقضه ، لأن الساقط لا يعود [1] ، وإن اختل شرط فيه اختلفت صورة الإلزام في الإسقاط أو في العوض حسب الحالة .

المطلب الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال :

يكون الإسقاط ملزماً ما لم يأخذ صفة الإبراء أو الهبة المطلقة عن العوض بحكم ما يترتب على جهة المسقَط له من عوض في مقابل الحق المسقَط.

والإسقاط على مال يأخذ حكم عقود المعاوضة عموماً باستثناء ما خالف به الخلع لخصوصيته في حقوق الأسرة ، وهو قد يداخله الخيار بالإشراط ابتداء ، وقد يلحقه الإنكار وقد يتلازم مع خلل في أحد شروط أركانه فيبقى الإسقاط ملزماً ولا يلزم العوض أو يسقط ما سمّاه الطرفان ويلزم ما من شأنه أن يرفع الغبن أو الجهالة إن وجدت ، وبيان ذلك وفق ما يأتي .

١- ضوابط المصلحة ، البوطي /٨٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٩/٢.

الفرع الأول : ثبوت الخيار في إسقاط الحقوق الأسرية :

اتفق الفقهاء على بطلان خيار الشرط في حق الزوج ، واختلفوا في ثبوته للزوجة على قولين : جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية على بطلانه في حق الزوجة أيضاً [١] ، وذهب أبو حنيفة إلى القول بصحته للزوجة ، فلو قال الزوج : أنت طالق على ألف درهم على أني بالخيار أو أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت ، فالخيار باطل إن كان للزوج والطلاق واقع ، ويصحّ الخيار إن كان للزوجة ، فإن ردّت الخيار في الثلاث بطل الطلاق ، وإن لم ترد طلقت ولزمها المال [٢].

استدل أبو حنيفة على قوله بقياس الخلع على البيع بعلة المعاوضة ، والخلع من جانبها معاوضة، والموجود من جهتها هو المال ، فأشبه البيع ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، ولا يكون الخيار للفسخ بعد الانعقاد ، بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم ، وكونه شرطاً ليمين الزوج لا يمنع أن يكون معاوضة في نفسه ، أما الزوج فالطّلاق في جانبه يمين ، فلا يصح رجوعه ، ولا خيار في الأيمان [٣].

ناقش الجمهور قول أبي حنيفة بأن الخيار في البيع ثبت بخلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس [٤].

أجاب أبو حنيفة : بأن ثبوت الخيار هنا بالنص لا بالقياس ، لأن الخيار إنما ثبت في البيع لرفع الغبن في الأموال ، وهو في النفوس أضر ، والحاجة إلى الرأي فيه أكثر [٥].

أما عند الجمهور فالخيار باطل في الوجهين ، والطلاق واقع وعليها الألف ، لأن الخيار مشروع للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، والتصرف من كليهما لا يحتمل الفسخ ، لأنه من جانبه يمين ومن جانبها شرط ، فيمين الزوج مشروط بقبول المرأة ، وقبول المرأة يأخذ حكم اليمين في عدم قابليته للفسخ ، فإن اشترطا الخيار صح الخلع وبطل الشرط ، لأن الخلع لا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح [٦].

١- البناية للعيني : ٣١٤/٥- المحيط البرهاني لابن مازة : ٣٣٥/٣- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : ٤١٨/٤- الشرح الكبير لابن قدامة :٤١/٢٢- كشاف القناع للبهوتي : ١٩١/٤.

٢- البناية للعيني : ٣١٤/٥- مجمع الأنهر لداماد أفندي : ٧٦٣/١.

٣- البناية للعيني : ٣١٢/٥- المبسوط للسرخسي : ١٧٣/٦- المحيط البرهاني لابن مازة البخاري : ٣٣٦/٣.

٤- الشرح الكبير لابن قدامة :٤١/٢٢

٥- المبسوط للسرخسي : ١٧٣/٦.

٦- البناية للعيني : ٣١٤/٥- ٣١٥ - كشاف القناع للبهوتي : ٨٩/٤.

أما الصلح فقد اتفق الفقهاء على أنه عقد لازم يقبل الفسخ على نحو عقود المعاوضات ، فإن كان عن مال بمال كان بيعاً ، وإن كان عن مال بمنفعة كان إجارة ، وإن كان عن بعض العين المدعاة كان الباقي في حكم الهبة ، وإن كان عن نقد بنقد فهو في حكم الصرف ، وإن كان عن مال معين موصوف في الذمة فله حكم السلم [١]، كذلك الصلح عن دعوى المال يقبل الفسخ بالإقالة والخيار [٢] .

والحاصل أن الإسقاط في حقوق الأسرة غالباً ما يجري مجرى المصالحة ويأخذ أحكامها ، يستثنى من ذلك إسقاط حق العصمة ، وحقوق الأسرة منها ما يتعلّق بالنفس ، ومنها ما يتعلق بالمال ، فالذي يبدو لي أن ما يتعلق بالنفس من الحقوق الأسرية يندرج عليه حكم الخلع في عدم صحة الخيار ، وما كان متعلقاً بالمال يسري عليه حكم الصلح في جواز الخيار ، والله تعالى أعلم .

الفرع الثاني : المؤيدات القانونية لإسقاط الحقوق الأسرية :

إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين ما التزما به [٣].
وإسقاط الحقوق الأسرية من الأحكام التي تكفّل لها الشرع والقانون بمؤيدات عدة لضمان احترامها والالتزام بمضامينها أسوة بغيرها من الأحكام المتعلقة بالأسرة ، ومن جملة ذلك النص على الجرائم المتعلقة بنظام الأسرة والعقوبات المترتبة على من يخالف أحكامها ، كأداة فعالة ووسيلة ناجعة للمحافظة على مصداقية هذه الأحكام وضمان تنفيذها [٤].

والإسقاط على مال إذا تم إنشاؤه بإشراف القاضي أو بحضوره فلابد وأن تكفل له القوانين ما يضمن الالتزام به ، وقد يتم بتراضي الطرفين دون وجود القاضي فعندئذ لابد من توثيق مضمون الاتفاق بما يجعله مؤيداً بالضوابط الملزمة ، فإن خلا الاتفاق عن ذلك كان الإلزام فيه ديانة وفق أمر الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١].

وقد جاء في الفقرة ٢ من المادة ٣٤٠ من القانون المدني السوري : (إذا كان الدين متنازعاً في جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا

١- بدائع الصنائع للكاساني : ٦/ ٥٤- الشرح الصغير للدميري : ٤٠٥/٣- بداية المجتهد لابن رشد: ٢٢١/٢ الأم للشافعي: ٢٢٢/٣- كشاف القناع للبهوتي : ٣/ ٣٩٧.

٢- التنبيه في الفقه الشافعي ، لأبي اسحق ابراهيم الشيرازي ، عالم الكتب – بيروت ، ط١(١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م) : ١/ ١٠٣- الشرح الكبير للدردير: ٣١٧/٣.

٣- الوسيط للسنهوري : ٥٩٥/١.

٤- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، عبد العزيز سعد ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط٢(٢٠٠٢)/١٢٤

الجزء)[1] ، وفي المادة ٣٤٨ من القانون المدني السوري : (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء)[2].

فإذا تمّ الاتفاق مثلاً على إسقاط حق الحضانة بعد استحقاقها من أحدهم ، ورأى القاضي إمكانية ذلك بما لا يلحق الضرر بالمحضون ، وجب تسليم المحضون ، ويعتبر الامتناع عن تسليم المحضون جريمة يعاقب عليها القانون ، إذا كان الجاني عالماً بالحكم القضائي ، وعارض تنفيذه عن قصد ونية ، ولا يعتد بمقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به ، ولا يحتج بذلك لتبرير الامتناع وفق ما استقر عليه القضاء السوري[3]، حيث جاء في الفقرة (٥) من المادة (١٤٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري : (لكل 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)[4].

وعليه فإذا امتنع أحد الطرفين عن تسليم المحضون إلى المستحق لحضانته بعد صدور قرار القاضي في ذلك والعمل على تنفيذه ، وثبت أن الطفل موجود فعلاً وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع ، فإنه يقع تحت طائلة المسؤولية .

وقد جاء في نص المادة (٤٨٢) من قانون العقوبات السوري : (الأب والأم وكل شخص آخر لا يمتثل أمر القاضي فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتمّ الثامنة عشرة من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة مائة ليرة سورية)[5].

ولو تم ذلك مقابل الخلع ولم يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون كان ملزماً عند من رأى جواز ذلك ، ولو تم الخلع مقابل إسقاط المهر أو التنازل عن الحقوق الزوجية أو كانا سميا عوضاً لزم ،

١- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي: ٢٨١٢/٤.

٢- شرح القانون المدني السوري ، أديب استانبولي :٢٨٢٧/٤.

٣- الوجيز في القانون الجنائي الخاص، حسن بوسقيعة ، دار هومة ، ط(٢٠٠٢) : ١٧٦/١ .

٤- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي : ٨٣٥/٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفة/٤٥.

٥- قانون العقوبات السوري ، شفيق طعمة /٢١٠.

وضمن تنفيذه وفق القواعد والضوابط القانونية المنصوص عليها أصولاً ، ولا ينبغي لأحدهما الإخلال بالتزامه بعد تمام الاتفاق.

والمؤيدات القانونية للإلزام في الإسقاط على مال تتجلى من خلال طرق إثباته في الحقوق الأسرية ووسائل ذلك ، وفق ما يأتي بيانه.

أولاً : طرق إثبات الإسقاط على مال وإمضائه :

يعتبر التراضي بين الزوجين بحدّ ذاته كافياً لترتب الآثار المرجوة منه دون الحاجة إلى التقاضي وإذا وجد التقاضي فدوره لا يتعدى توثيق إرادة الطرفين بالعقد القضائي .

والتوثيق أمر مهم لتجنب أسباب الشقاق والوقوع في الخلاف لاحقاً ، لذا فقد أولاه المشرع أهمية وأكد على ضرورة التقيد به ، فقد جاء في المادة ٥٢٠ من القانون المدني السوري : (لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي) [١].

كذلك إبراء الزوجة زوجها من المهر كلّه أو بعضه برضاها أثناء الزوجية يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره[٢] ، لكن توثيق ذلك لدى القاضي يجعل منه لازماً قانوناً ، وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض السورية والتي جاء فيها : (لا يؤخذ بوثيقة الإبراء والتنازل عن المهر إذا لم تتم أمام القاضي) [٣].

واختلف الفقهاء في الخلع هل يثبت بالتراضي بين الزوجين أم لابد من ثبوته بحكم القاضي على قولين : فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الخلع يصح بالتراضي، ولا يشترط في صحته صدوره من الحاكم أو أن يتم أمامه ، لأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، فكما أن للزوج ولاية إيقاع الطلاق ، فللزوجة ولاية التزام العوض، ولا معنى لاشتراط حضرة السلطان عندئذ [٤].

١- القانون المدني السوري ، ممدوح عطري /٩٣.

٢- شرح قانون الأحوال ، أديب استانبولي : ٢٩٤/١

٣- الغرفة الشرعية ، قرار ٥٨٩ أساس٢١٢٩ لعام٢٠٠٠ ،مجلة المحامون العددان ١ - ٢ لعام٣٢/٢٠٠٢.

٤- المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٦، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، عبد السميع الآبي المكتبة الثقافية، بيروت : /٣٣٠ ، المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٤٧/٢، الشرح الكبير لابن قدامة : ٨/٢٢.

وذهب جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين إلى أنه لا يكفي لوقوع الخلع اتفاق الزوجين ، ولابد من الترافع إلى الحاكم ، وهو من يقضي بوقوع الخلع[1] .

أما قانوناً فلا بد من رفع الأمر إلى القاضي والقيام بإجراءات الإصلاح السابقة لإقرار المخالعة وفق ما نصت عليه المادة ٨٨ والتي جاء فيها : (١- إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجّلها القاضي شهراً أملاً بالصلح -٢- إذا أصرّ الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين ، واستمع إلى خلافهما ، وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية ، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف -٣- وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة ، واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه -٤- تشطب المعاملة بمرور ثلاثة أشهر اعتباراً من تاريخ الطلب إذا لم يراجع بشأنها أي من الطرفين[2] .

والذي يبدو أن الخلع كغيره من عقود الإسقاط والمعاوضة يجري بالتراضي ولا يلجأ فيه إلى التقاضي إلا عند الاختلاف ، وفي القول الثاني منافاة تامة لأهلية التصرف لدى العاقدين أو اعتبارها ناقصة لا تتم إلا بأمر القاضي ، ووجوب توثيقه قانوناً لا يعني توقف صحته على حكم القاضي ، والله تعالى أعلم .

ثانياً : وسائل الإثبات : إذا تمّ الإسقاط بإقرار الطرفين ورضاهما فقد لزم ولا حاجة إلى إثباته ، أمّا إذا أنكر أحد العاقدين الإسقاط أو صفة فيه فعندئذ تظهر الحاجة إلى وسائل لإثباته ، ويمكن تلخيص هذه الوسائل فيما يأتي :

١- وجود البينة لأحدهما : وهي من أهم وسائل الإثبات بعد ثبوته بإقرار الطرفين دون إنكار، والبينة تكون بوجود وثيقة الإسقاط أو بوجود شاهدين ذكرين قد اتفقت شهادتهما على الإسقاط ، فعندئذ يحكم القاضي بالإسقاط واستحقاق العوض المالي [3].

فإن أقامت المرأة في الخلع مثلاً شاهداً واحداً وأرادت أن تحلف معه أو شاهداً وامرأتين لم يحكم بصحته ، لأن الطلاق لا يصح إلا بشاهدين رجلين عند الشافعية ، فإن أقام الزوج شاهداً

١- أحكام القرآن للجصاص :٣٩٥/١ – فتح الباري لابن حجر: ٨٦/١٢– الشرح الكبير لابن قدامة : ٨/٢٢

٢- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٤.

٣- المجموع للنووي : ١٩٤/١٨ ، المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥١/٢.

وامرأتين أو شاهداً واحداً مع يمينه ثبت له المال مقابل الخلع لا دعواه بالمال [١] ، ويصحّ ذلك ويستحق المال عند مالك وأبي حنيفة وأحمد[٢].

ولابد من اتفاق الشاهدين على تمام التعاقد ، فإن اختلفا كما لو اختلف الشاهدان في الخلع فقال أحدهما : خالعها على ألف ، وقال الآخر : خالعها على ألفين ، لم يصح لأنهما شهدا على عقدين ، ولأن الخلع في جانبها قياس البيع ، وشهود البيع إذا اختلفوا في جنس الثمن أو مقداره بطلت الشهادة فكذلك هنا [٣].

وإن كانت لكل واحد منهما بينة واستويا في التاريخ سقطت البينتان ، فإن اختلف تاريخهما أخذ بالسابقة منهما [٤].

٢- تقديم قول أحدهما على الآخر مع يمينه:

ويكون ذلك عند عدم وجود البينة لدى المدعي على صدق دعواه واستمرار الطرف الآخر بالإنكار ، ومن المعلوم أنه إذا انعدمت البينة لزم قول المنكر مع يمينه ، وهي من وسائل الإثبات التي يتم اللجوء إليها في حالات عدة للإسقاط على مال أجملها في الصور التالية :

الصورة الأولى : أن يختلف الزوجان في الإسقاط على مال : وهنا إما أن يكون الادعاء من الزوج أو يكون من الزوجة ، وفي ذلك تفصيل :

فإن كان الادعاء من الزوج والإنكار من الزوجة ، بأن قال الزوج : طلقتك على ألف أو قال : طلقتك بالأمس على ألف درهم ، فأنكرت المرأة الطلاق أو العوض ، ولا بينة له ، بانت بإقراره اتفاقاً ، ولا يلزمها شيءٌ من المال ، لأن القول قولها مع يمينها ، وهو يدعي عليها حقاً والأصل عدمه ، والطلاق بالمال يمين من جانب الزوج ، والإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط لصحة اليمين بغير شرط [٥].

١- المجموع للنووي : ١٩٤/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٢٥/٤.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٨٥/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥١/٢- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٤/ ٤١٩.

٣- المبسوط للسرخسي: ١٨٥/٦ – المجموع للنووي : ١٩٤/١٨.

٤- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٣/٤.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٨٥/٦ – المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥١/٢- المجموع للنووي : ١٩٣/١٨ – الشرح الكبير لابن قدامة : ٩٦/٢٢.

أما إن كان الادعاء من الزوجة والإنكار من الزوج : كما لو ادَّعت الزوجة خلعاً فأنكره الزوج ولا بيّنة له ، صُدِّقَ بيمينه ، إذ الأصل بقاء النكاح[١].

ولو اختلفا في عَدَد الطلاق الذي اتفقا عليه ، فقالت : سألتك ثلاث طلقات بألف ، قال: بل واحدة بألف ، ولا بيّنة لواحد منهما ، فالقول قول الزوج مع يمينه عند الحنفية والمالكية ، فإن نكل حبس ، ولا يقال تحلف ويثبت ما تدعيه ، لأن الطلاق لا يثبت بالنكول مع الحلف، والقول قولها مع يمينها عند الحنابلة ، وذهب الشافعية إلى أنهما يتحالفان فيه ، لأنه عوض في عقد معاوضة كما في البيع ، ويقع الطلاق ويسقط العوض المسمى ، ويكون على الزوجة مهر المثل ، لأنه المردّ عند الاختلاف[٢].

الصورة الثانية : أن يختلف الزوجان في وجود العوض من عدمه :

إذا اتفق الزوجان على إسقاط الحق ، واختلفا في العوض المالي الذي يقابله ، فالقول قولها ، لأن الأصل براءة ذمتها ، وصورة ذلك إذا قال : طلقتك بعوض ، فقالت: بل طلقتَني مجاناً ، بانت بقوله ، ولا عِوض للزوج عليها إن حلفت على نفْيه ، أما البينونة فلإقراره ، وأما امتناع العوض ، فلأن الأصل براءة ذمتها ، فإن ادعى عليها الخلع بألف فأقرت به وادعت أن العوض قد ضمنه غيرها لزمها العوض[٣].

الصورة الثالثة : أن يختلف الزوجان في قدر العوض أو جنسه :

إذا اختلف الزوجان في جنس العوض هل هو دراهم أو دنانير؟ ، أو في صفته : صحاح أم مكسرة ، أو في قدر العِوض ، كأن قال : طلقتك بألف ، فقالت : بل بخمسمائة ، أو في عينه أو في تعجيله وتأجيله ، فالقول قولها مع يمينها عند المالكية والحنفية والحنابلة في المذهب ، لأنها منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فاستلزمت الدليل[٤]، لقوله ﷺ : " اليَمِينُ عَلَى المدّعَى

١- المجموع للنووي : ١٩٣/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٩٦/٢٢.

٢- المجموع للنووي : ١٩٣/١٨ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥١/٢، مغني المحتاج للشربيني : ٤٥٣/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ١١٧/٢٢.

٣- البناية للعيني : ٣١٦/٥ ، المجموع للنووي : ١٩٣/١٨- خبايا الزوايا للزركشي/٣٦٦- مغني المحتاج للشربيني : ٤٥٣/٤ ، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة :١١٦/٢٢.

٤- المبسوط للسرخسي : ١٨٥/٦، المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٠/٢، الشرح الكبير لابن قدامة :١١٦/٢٢.

عَلَيْهِ"[1]، وذهب الشافعية إلى أنهما يتحالفان فيه ، لأنه عوض في عقد معاوضة كما في البيع ، ويقع الطلاق ويسقط العوض المسمى ، ويكون على الزوجة مهر المثل ، لأنه المردّ عند الاختلاف [2]، وذهب أحمد في رواية إلى أن القول قول الزوج ، لأن البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله في عوضه المقابل له ، وأجابوا الشافعية عن قياسهم الخلع على البيع بأنه قياس مع الفارق ، لأن التحالف في البيع يكون لأجل فسخ العقد بينما الخلع في نفسه فسخ فلا ينفسخ [3].

ولو تصالحا على إسقاط النفقة واختلفا في قدرها أو جنسها فالقول قول الزوج مع يمينه ، والبينة على الزوجة ، لأنها مدعية للزيادة ، وهو منكر لها ، فعليها إثبات ادعائها ، فإن كان ما أقر به لا يكفيها طالبت بكفايتها [4].

الصورة الرابعة : أن يختلف الزوجان في الحق المالي المسقط :

إذا فرضت النفقة للمرأة على زوجها ولها عليه شيء من المهر فأعطاها شيئاً من ذلك ، فقال الزوج : هو من المهر ، وقالت المرأة : بل هو من النفقة ، أو قالت : هو منه تبرع أو هدية ، فقال بل نفقة أو مهر ، فالقول قول الزوج أنه من المهر ، كذلك الأمر في جميع الديون إذا كانت من وجوهٍ مختلفة ، لأنه هو المملّك ، فالقول قوله في بيان جهة التمليك ، وهو المحتاج إلى تفريغ ذمته ، فالقول قوله في أنه تفرغ ذمته بهذا الأداء من كذا دون كذا [5].

الصورة الخامسة : الاختلاف في قبول الطرف الآخر : إذا اتفق الطرفان على الإسقاط واختلفا في قبول الطرف الآخر ، كما لو قالت : كنت طلقتني أمس على ألف درهم وكنت قبلت ذلك ، وقال الزوج : كنت طلقتك على ألف درهم ولم تقبلي ، فمبنى الحكم هنا على اعتبار تفرق المجلس هل يكون مجلسها ما لم تقم منه أم مجلسهما معاً بحيث لو تفرقا انتهى

١- أخرجه الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب : ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه : ر١٣٤٢/٣١٦، وقال : هذا حديث حسن صحيح ، وقال في علل الترمذي الكبير : سألت محمدا عن علقمة بن وائل : هل سمع عن أبيه ، فقال : إنه ولد بعد موت أبيه بستة أشهر/٢٠١.

٢- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥١/٢، المجموع للنووي : ١٩٣/١٨، مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٣/٤.

٣- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة :١١٧/٢٢.

٤- المبسوط للسرخسي : ١٩٤/٥.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٩٤/٥- مغني المحتاج للشربيني : ١٥٤/٥.

المجلس ، فالجمهور على أن القول قولها ، لأنه أقر بالخلع وزعم أنها لم تقبل فالقول قولها [١]، وذهب الحنفية في قول إلى أن القول قوله بيمينه ، لأنه منكر للشرط [٢].

٣- تحالف الطرفين :

إذا اختلف الطرفان في العوض ، فعيّنه أحدهما وأطلق الآخر تحالفا ، كذلك لو اختلفا في جنس العوض أو صفته أو قدره ، فإن أطلقا دون تعيين من أحدهما تبع ما نويا إلحاقاً له بالملفوظ ، لأنه يحتمل في الخلع ما لا يحتمل في البيع ، ولهذا يملك العوض فيه بالإعطاء بخلاف البيع [٣].

ولو ادعى عليها إسقاطاً على عوض في ذمتها وصدقته على أن العوض في ذمة زيد من الناس تحالفا ، لأن الزوج يدعي عوضاً في ذمتها وهي تدعي عوضاً في ذمة غيرها ، فصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده ، وادعى آخر أنه عند آخر، والتحالف يقتضي فسخ العقد باستثناء حالتي الخلع والطلاق فلا يمكن فسخهما ، لأنه لا يلحقهما الفسخ ، فيسقط العوض المسمى في العقد ، ويرجع بمهر المثل [٤].

١- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥١/٢، المبسوط للسرخسي : ١٨٥/٦، المجموع للنووي : ١٩٣/١٨، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٩٦/٢٢.

٢- المبسوط للسرخسي: ١٨١/٦.

٣- المجموع للنووي : ١٩٣/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٣/٤.

٤- المجموع للنووي : ١٩٤/١٨- ١٩٥- مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٣/٤.

الفرع الثالث : حالات الإلزام في الإسقاط والعوض :

إن الإسقاط على مال إذا تم مستكملاً شروطه وقع ملزماً لكلا الطرفين ، واستحق المسقط له الحق ، بينما توجب عليه بذل العوض المالي المسمى للمسقط في مقابله ، لكن في بعض الحالات قد ينفك الحق المسقط عن العوض المالي في الإلزام ، فيكون أحدهما ملزماً دون استحقاق ما في مقابله ، ويعود ذلك في الغالب لسبب معتبر وجد في الاستحقاق أو في العوض أو في أحد طرفي التعاقد ، وفق الحالات الآتية :

الحالة الأولى : لزوم الإسقاط وسقوط العوض :

من المتفق عليه أن انعدام أهلية التكليف لدى أحد العاقدين يبطل التصرف ولا يرتب عليه أثراً شرعياً ، أما لو كان أحدهما ناقص الأهلية أو لم يكن من أهل التبرع فيلزم الإسقاط ولا يلزم العوض إذا كان متعلقاً بالزوجية ، وهذا في حالة ما لو كان طرف المسقط له صغيراً أو سفيهاً أو محجوراً عليه لفلس ، وفيما يأتي بيان لكل حالة على حدى .

١- خلع الصغيرة : اتفق الفقهاء في خَلْعِ الصغيرة نفسها على أن التزامها بالعوض باطل إلا أن يشترطه الزوج عليها ، وذلك عند من قال بصحة الخلع منها [١]، واختلفوا في وقوع الطلاق من عدمه على أقوال :

القول الأول : لا يقع الطلاق وكلامها لغو، وهو قول الشافعية ، وقيده الحنفية بأن تكون الصغيرة ليست أهلاً للقبول ، أي لا تعلم كون النكاح جالباً للمهر والخلع سالباً للعوض[٢].
القول الثاني : يبطل العوض ويقع الطلاق رجعياً ، وهو قول الحنابلة والحنفية فيما لو كانت الصغيرة أهلا للقبول[٣].

القول الثالث : يبطل العوض ويجب ردّه ، ويقع الطلاق بائناً ، وهو قول المالكية [٤].

١- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٨/٢ ، مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٩/٣ – شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣٤٠/٥ – الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري: ٣٩٩/٤.

٢- المبسوط للسرخسي : ١٧٨/٦– مغني المحتاج للشربيني : ٣٤٩/٣.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٧٨/٦– شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣٤٠/٥– الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٩٢/٢٢– العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٨.

٤- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٨/٢.

أما قانوناً فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة وليّ المال ، وإلا وقع الطلاق رجعياً وثبت المهر) [١].

٢- خلع السفيهة : اتفق الفقهاء على أن الزوجة الكبيرة غير الرشيدة أو المحجور عليها لسفه إذا خالعت عن نفسها بالمهر أو بغيره لم يلزمها بذل شيء لعدم أهليتها للتبرع ، نظراً لخلو ما تبذله عن المقابل المالي أو المنفعة الظاهرة [٢].

وأوجبه المالكية فقط فيما إذا جعله الزوج شرطاً لصحة الطلاق ونفاذه، ثم اختلفوا في وصف الطلاق إن تمّ إيقاعه بلفظ الخلع على قولين :

القول الأول : وقوع الطلاق بائناً وهو قول الحنفية والمالكية ، لأن وقوع الطلاق في الخلع يعتمد على القبول ، وقد تحقق منها [٣].

القول الثاني : وقوع الطلاق رجعياً وهو قول الشافعية والحنابلة [٤].

فإن كان صريحاً بلفظ الطلاق وقع بائناً عند المالكية ورجعياً عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب ، لأن البينونة فيه تحتاج إلى بدل مالي ، ويكون لغواً إن لم يكن صريحاً بأحد اللفظين اتفاقاً [٥].

٣- خلع المحجور عليها لفلس : اتفق الفقهاء على جواز خلع المحجور عليها لفلس[٦]، وميز الشافعية والحنابلة في لزوم العوض المالي بين حالتين على النحو الآتي :

١- قانون الأحوال الشخصية السوري ، أديب استانبولي : ٥٤٧/١- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفة : ٣٤.

٢- المجموع للنووي : ١٧٢/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٧/٢٢ - العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٨- كشاف القناع للبهوتي : ١٨٩/٤.

٣- رد المحتار لابن عابدين : ٤٥٨/٣ – الشرح الكبير للدردير: ٣٤٨/٢.

٤- المجموع للنووي : ١٥٤/١٨، الإنصاف للمرداوي: ٢٩/٢٢ ، العدة شرح العمدة للمقدسي/٤٠٩.

٥- رد المحتار لابن عابدين : ٤٥٨/٣ ، مغني المحتاج للشربيني : ٣٥٠/٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٤٨/٢ – المغني لابن قدامة : ٣٠٧/١٠.

٦- البناية للعيني : ٣٠١/٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٤٨/٢- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٩/٣ – المغني لابن قدامة : ٣٠٧/١٠ – الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٧/٢٢

أولاً: المخالعة على قدر من المال تلتزمه ديناً في ذمتها : فيصح الخلع ، لأن لها ذمة مالية يصح تصرفها فيها ، وللزوج استيفاؤه متى رفع الحجر عنها وأيسرت ، ولا يحق له مطالبتها به زمن الحجر عليها ، كما لو كان له دين في ذمتها أو باعها شيئاً وثمنه دين له عليها [١].

ثانياً : المخالعة على عين من مالها ، فلا يصح خلعها لتعلق حق الغرماء فيه ، ويقع طلاقها بائناً، وللزوج أن يرجع عليها بمهر المثل إذا انفك الحجر عليها [٢].

الحالة الثانية : لزوم الإسقاط ووجوب مهر المثل :

إن الضابط الأساسي ليحلّ مهر المثل محل بدل الخلع المتفق عليه أن تكون صيغة الإسقاط صحيحة والفساد في العوض ، ويكون ذلك في الحالات التالية :

١- أن يكون العوض المتفق عليه هو مهر المثل : إذا خالع زوجته على مهر مثلها لزمها حالّاً من نقد البلد حتى لو كان في مرض موته ، وكذلك المرأة إذا خالعت زوجها في مرض موتها بمهر المثل لزمها ، وكان ذلك من رأس المال [٣].

٢- تسمية بدل غير متقوم : إذا سمى بدلاً غير متقوم نحو خمر أو خنزير أو شاة ميتة أو سمّى مالاً مغصوباً أو زيادة على دين أو تعجيلاً لدين مؤجل أو سلفاً ، فقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق ولزوم الإسقاط ، واختلفوا في صفة الطلاق الواقع ، وفي العوض المالي اللازم :

فإن كان بلفظ الخلع وقع بائناً عند الحنفية والمالكية والشافعية ، ورجعياً عند الحنابلة ، وإنما لم يبطل ببطلان العوض ، لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة [٤].

أما إن كان بلفظ الطلاق فيقع بائناً عند الشافعية ورجعياً عند الجمهور، وإنما البينونة في الخلع ، لأن لفظ الخلع كناية تدلّ على قطع الوصلة ، بخلاف الطلاق على مال الذي قد يقع رجعياً ، لأن صريح الطلاق تعقبه الرجعة لبقاء المحل [٥].

أما العوض المالي فلا يتوجب عليها شيء للزوج عند الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ، بخلاف المهر في النكاح إذا كان غير متقوم فيلزم الزوج مهر مثلها لما فيه من الغرر ، أما هنا فلا

١- المجموع للنووي : ١٥٤/١٨- مغني المحتاج للشربيني: ٣٤٩/٣ – المغني لابن قدامة :٣٠٧/١٠ – الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٧/٢٢.

٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣٤٠/٥- كشاف القناع للبهوتي : ١٨٩/٤.

٣- المجموع للنووي : ١٧٦/١٨- ١٨٠.

٤- البناية للعيني : ٣٠٢/٥- تحرير الكلام للحطاب/٣٣٧- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة :٤٨/٢٢.

٥- البناية للعيني : ٣٠٢/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٨/٢- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة :٤٨/٢٢.

غرر ، لأنها لم تسمّ مالاً متقوماً حتى تصير غارة له ، ولا وجه لإيجاب المسمى لامتناع تسليمه على المسلم [١]، ومردّ المفارقة بينهما أنّ الطلاق إسقاط لملك النكاح ، وهو بنفسه شرف للمرأة فلا حاجة لإيجاب المال ، أما النكاح ففيه استيلاء على محترم ، فوجب المال في مقابلة الاستيلاء [٢] ، وذهب الشافعي إلى أنها ترد مهر مثلها ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد، فوجب مهر المثل كما لو نكحها على ذلك ، كذلك ترد مهر مثلها عند زفر من الحنفية ، إن كانا على علم بالتحريم ، وترد قيمة العوض إن لم يكونا على علم بالتحريم أو كانا كافرين ثم أسلما أو أسلم أحدهما أو ترافعا إلى الحاكم المسلم وكان بعد القبض ، فإن كان قبل القبض لم يمضه[٣]، وهذا إن لم يكن بتغرير منها ، فإن اختلع منها أو طلقها على خلّ فإذا هو خمر، فعندئذ تردّ المهر عند أبي حنيفة ، وتتحمل مثل البدل المتفق عليه عند الصاحبين [٤] ، ويقع الطلاق بائناً ، وله مهر مثلها عند الشافعي ، ويرجع عليها بقيمة الخل عند مالك وأحمد [٥].

كذلك الحكم لو كان الإسقاط بطريق التعليق نحو قوله : إن أعطيتني خمراً أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك ، طلقت ولا شيء عليها عند الجمهور ، وعليها مهر المثل عند الشافعية [٦].

وإن كان الإسقاط بطريق الصلح ، كما لو صالح على خمر فلا يجب شيء ، لأنه لم يسم مالاً متقوماً [٧]، وقد جاء في المادة ٩٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : (إذا صرّح المتخالعان بنفي البدل أو ببدل فاسد كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ، ووقع بها طلقة رجعية) [٨].

١- المبسوط للسرخسي : ١٩١/٦- البناية للعيني : ٣٠٢/٥ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة :٤٨/٢٢.

٢- البناية للعيني : ٣٠٤/٥

٣- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨، مغني المحتاج للشربيني: ٤٥٤/٤- البناية للعيني : ٣٠١/٥ ، المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٨/٢- الشرح الكبير لابن قدامة :١٠٦/٢٢.

٤- البناية للعيني : ٣٠١/٥.

٥- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٥٢/٢ ، تحرير الكلام للحطاب/٣٣٧- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨- مغني المحتاج للشربيني : ٤٥٤/٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ١٠٧/٢٢.

٦- المجموع للنووي : ١٧٠/١٨، البناية للعيني : ٣٠١/٥ – المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٨/٢- حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٣٥٢/٢- الشرح الكبير لابن قدامة :٤٨/٢٢.

٧- البناية للعيني : ١٣/٩ ، تحرير الكلام للحطاب/٣٣٧.

٨- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا ، محمد فهر شقفه/٣٤.

٣- فساد العوض باختلال شرط من شروطه : ينعكس فساد العوض على فساد الإسقاط إذا كان بطريق المعاوضة المحضة قياساً على البيع ، ولا يشترط فيه صحة العوض إن كان محضاً من قبيل الهبة أو الوصية [١] .

٤- اقتران العوض بشرط فاسد يؤثر عليه زيادة أو نقصاناً :

إذا اقترن الإسقاط على مال بشرط فاسد يؤثر على العوض زيادة أو نقصاناً ، بأن كانت الزيادة في العوض على الشرط وما يحققه من منفعة مقصودة لصاحبه ، أو كان النقصان على الشرط وما يفوته لصاحبه من منفعة أيضاً ، فيسقط العوض المسمى عندئذ ، ويلزم مهر المثل ، ومثاله لو أسقط جزءاً من المهر مقابل شرط معين ، كأن تزوجها بألف على أن لأبيها ألفاً، ففي هذه الحالة يفسد المهر المسمى ولها مهر المثل ، لأن المرأة نقصت من صداقها جبراً لأجل الشرط ، والشرط فاسد ، إذ لا حقّ للأب في الصداق ، فوجب ردّ الجزء الذي نقصه لأجل الشرط ، وهو مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً [٢] .

وإذا خالع امرأته على عوض فشرطت عليه أنها متى شاءت استرجعت العوض ، فيسقط العوض ويجب مهر مثلها [٣] .

ولو تزوجها بمئة على ألا يتزوج عليها أو لا يسافر بها أو لا يكسوها أو لا ينفق عليها ، كذلك لو قالت له : طلّقني بألف على أن تطلق ضرتي أو لا تطلق ضرتي ، فالخلع صحيح ، والشرط والعوض باطلان ، ويرجع إليها بمهر المثل ، لأن الشرط سلف في الطلاق ، والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل ، ويكون الباقي مجهولاً ، فصار العوض مجهولاً ، ووجب مهر المثل ، وهذا عند الشافعية [٤] ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الشرط باطلٌ ولا يلزم العوض [٥] ، وذهب مالك إلى القول بالفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده ويسقط الشرط ، وليس لها الرجوع في شيء مما وضعت في المشهور ، وترجع بما وضعت في رواية أشهب عن مالك ، وفي قول آخر يكون للمرأة صداق مثلها إن كانت التسمية على الشرط [٦] ، فلو كان صداقها أربعمائة على أن تضع له مائتي دينار مقابل ألا يخرجها من المدينة، ونكحها على ذلك ، ثم أراد أن يخرجها فطلبت ما وضعت ، فإن كان ما أصدقها أكثر من صداق مثلها فله إخراجها ، ولا ترجع عليه بشيء مما

١- المبسوط للسرخسي ١٨٤/٥.

٢- المجموع للنووي : ١٧/١٨-١٩.

٣- المجموع للنووي : ١٧٤/١٨.

٤- المجموع للنووي : ١٥٥/١٨.

٥- شرح فتح القدير لابن الهمام : ٣١١/٦.

٦- البيان والتحصيل للقرطبي : ٤/ ٢٨٠- تحرير الكلام للحطاب/٣٣٦.

وضعت ، وإن كان مهر مثلها فوضعت عنه مقابل الشرط ، فله إخراجها حيث شاء وترجع عليه بما وضعت عنه من صداقها وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وظاهر قول مالك في رواية ابن كنانة عنه لا يلزمها ما وضعت من مهر مثلها ، كما لا يلزمه الشرط ، فيكون لها ما وضعت من صداق مثلها وفى بالشرط أم لم يف [١] ، وذهب أحمد إلى صحة الخلع ولزوم الشرط [٢].

٥- إضافة الإسقاط إلى زمن مجهول : إذا أضاف المسقط الإسقاط على مال إلى زمن مجهول فلها مهر المثل ، كما لو أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فطلقها ، فالطلاق ثابت ، ولها الألف وعليها مهر المثل ، ويمكن حمل ذلك على وجوه :

١- انه أراد إذا مضى الشهر طلقها فلا يصح ، لأنه سلف في الطلاق .

٢- أنه أراد أن يطلقها الآن ثم يرفع الطلاق بعد شهر فلا يصح ، لأن الطلاق إذا وقع لم يرفع .

٣- أنه أراد أن يطلقها إن شاء الساعة وإن شاء إلى شهر ، فلا يصح ، لأنه سلف في الطلاق ولأن وقت إيقاع الطلاق مجهول [٣].

٦- تعدد المسقطات على عوض واحد : إذا تعددت الحقوق المسقطة مقابل عوض واحد في المعاوضة ذاتها بطل المسمى ووجب مهر المثل ، وصورة ذلك : ما لو كانت لو امرأتان فقالتا : طلقنا على ألف درهم ، فقال : أنتما طالقتان ، وقع الطلاق ورجع على كل واحدة بمهر مثلها ، ولزمهما الألف ، كلٌ منهما على قدر مهرها ، فإن كانت إحداهما مكلفة والأخرى غير مكلّفة لزم المكلفة نصف الألف ولا شيء على الصغيرة [٤].

كذلك إن قالت له : بعني سيارتك هذه وطلقني بألف ، فقال بعتك وطلقتك ، فقد جمعت بين خلع وبيع بعوض ، فلا يصح البيع ولا العوض ، ويصح الخلع ويرجع عليها بمهر مثلها عند الشافعي في الأصح ، وفي قول آخر يصحان ، وبه قال أحمد ، لأنهما عقدان ، فيصح إفراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما ، وتقسم الألف على قيمة السيارة وعلى مهر مثلها عند الشافعي، وعلى الصداق المسمى عند أحمد ، فما قابل قيمة السيارة كان ثمناً ، وما قابل المهر كان عوض خلعها ، فإن وجد في السيارة عيباً تفرق الصفقة وترد السيارة ويرجع عليها بمهر مثلها ، وذهب أحمد والشافعي في قول إلى أنه لا تفرق الصفقة وترد السيارة وترجع عليه بحصتها من الألف[٥].

١- البيان والتحصيل للقرطبي : ٤/ ٣٦٦.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/ ٢٤.

٣- المجموع للنووي : ١٦٥/١٨.

٤- المجموع للنووي : ١٦٥/١٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٩٢/٢٢.

٥- المجموع للنووي : ١٧٢/١٨، الشرح الكبير لابن قدامة :٤٤/٢٢-٤٥، كشاف القناع للبهوتي: ١٩٣/٤.

ويجري عليه حكم ما سبق إذا قالت : خذ مني ألف درهم وأعطني هذه العين المبيعة وطلقني ، كذلك إذا قالت : طلقني على ألف على أن تعطيني الشيء الفلاني فطلّقها [١].

٧- الإسقاط بالوكالة المطلقة : إذا وكّلت المرأة أو الرجل في الخلع دون تقدير بدل الخلع ، فإن الإطلاق يقتضي مهر المثل حالّاً من نقد البلد ، فإن خالع المرأة وكيلها على أكثر من مهر المثل وقع الطلاق وفسد العوض المسمى ولزمها مهر مثلها ، لأنه خالع على عوض لم يؤذن به ، فكان فاسداً ووجب مهر مثلها ، وهو قول للشافعي ، ولها الخيار إن شاءت أجازت ما سمّى ، وإن شاءت فسخت المسمى ولزمها مهر مثلها [٢].

وإن خالع نساءه على عوض واحد جاز ، لأن العوض معلوم جملة فلا تضر جهالته تفصيلاً، ويقسم بينهن على قدر مهر مثلهن ، لأن الصفة إذا وقعت على شيئين مختلفين في القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة ، وإن خالع نساءه على عوض واحد بينهن قسم على عددهن بالتساوي ، لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة ، فكان بينهن بالتسوية [٣].

الحالة الثالثة : لزوم الإسقاط ووجوب المهر المسمى :

١- الاختلاف في بدل الخلع : ويكون ذلك في حالة الخلع الإلزامي ، حيث يتفق الطرفان على مبدأ الطلاق ، لكنهما يختلفان في مقدار العوض المالي ، فالقاضي قانوناً وبصفة مطلقة يقوم بتحديد مقدار العوض في ضوء الصداق المقدم للزوجة .

٢- **الخلع بشرط الرجعة :** وذلك لأن الخلع ينافي الرجعة فلو طلقها تطليقة بدينار على أن له الرجعة ، فالطلاق لازم وله الرجعة والدينار مردود ، لأن الخلع اشتمل على العوض وشرط الرجعة ، وهذان الشرطان متضادان ، فكان إثبات الرجعة أولاً ، لأنها ثبتت بالطلاق ، والعوض لا يثبت إلا بالشرط ، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد [٤] .

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب عندهم إلى أنه يمضي عليه الخلع ، وتكون الرجعة باطلة ، لأن شروطه لا تحلّ ، ولأنه لفظ يقتضي البينونة ، وإذا صح الخلع وبطل الشرط سقط

١- المجموع للنووي : ١٨/١٧٢.

٢- المجموع للنووي : ١٨/١٧٦- ١٧٧.

٣- العزيز في شرح الوجيز للرافعي : ٨/٢٦٠- كشاف القناع للبهوتي : ٤/١١٨.

٤- المجموع للنووي : ١٨/١٧٤-١٧٥، الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٤٠.

المسمى في العوض ، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضمّ إليه الشرط ، فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله ، فيصير مجهولاً ويسقط ، ويجب المسمى في العقد [١].

الحالة الرابعة : لزوم الإسقاط مع وجوب الأقل من المسمى أو العوض :

وهو قول الحنابلة فيما لو شرط لها شرطاً ولم يف به ، كما لو قالت طلّقني بألف على أن تطلق ضرتي ، ولم يف لها بشرطها ، فعليها الأقلّ من المسمى أو الألف الذي شرطته [٢].

الحالة الخامسة : لزوم الإسقاط مع وجوب بدل العوض أو قيمته :

ويدخل في ذلك حالات فساد العوض أو ردّه بالعيب عند الحنفية والحنابلة [٣] ، كذلك في حالة استحقاق العوض المالي أو التصرّف به أو إتلافه بعد المعاقدة وقبل التسليم ، كمن خالعت على عبد فاستحق العبد ، أو باعته قبل تسليمه ، وجب للزوج قيمة العبد [٤].

الحالة السادسة : لزوم الأكثر من العوض المسمى ومهر المثل :

إذا وكلت المرأة في الخلع على عوض مقدر ، فخالع الوكيل عنها على أكثر منه ، لزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو العوض المسمى في أحد قولي الشافعي ، فإن كان مهر المثل أكثر وجب ، لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل ، وإن كان المسمى أكثر لزمها ، لأنها رضيت به [٥] ، والمذهب عند أحمد أنه لا يصحّ ، وفي قول آخر يصحّ وتبطل الزيادة ، لأنها لم تأذن فيها [٦]، والمعوّل عليه هو رضاها بالتزام الزيادة عند الحنفية [٧].

١- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٥/٢ ، تحرير الكلام للحطاب/٣١٠، مواهب الجليل للمغربي: ٢٧٨/٥ الشرح الكبير لابن قدامة : ٤٠/٢٢- الإنصاف للمرداوي: ٣٩/٢٢.

٢- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٤/٢٢ – المجموع للنووي : ١٥٥/١٨.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٩٤/٦- المجموع للنووي : ١٦٦/١٨.

٤- المبسوط للسرخسي : ١٩٤/٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٣/٢.

٥- المجموع للنووي : ١٧٧/١٨.

٦- الإنصاف للمرداوي : ١١٢/٢٢

٧- المبسوط للسرخسي : ١٨٨/٦.

الحالة السابعة : لزوم الأقل من قيمة العوض المسمى ومهر المثل :

وهو قول الشافعية في حال اختلف الزوجان في قدر العوض أو صفته أو جنسه بعد هلاكه قياساً على البائع الذي يرجع بعد هلاك السلعة على الأقل من الثمن الذي يدعيه البائع أو قيمة السلعة [1].

١- المجموع للنووي : ١٨/١٩٥.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على إسقاط الحقوق الأسرية على مال :

تتعدد الآثار التي تترتب على إسقاط الحقوق الأسرية على مال ، فمنها ما هو معنوي ، ومنها ما هو مادي ، ومنها ما ينعكس تأثيره على الطرفين ، ومنها ما يتعدى تأثيره إلى أفراد الأسرة ككل ويمكن إجمال هذه الآثار في النقاط التالية :

الفرع الأول : الآثار المعنوية للإسقاط على مال :

١- سلامة القلب : إن من أعظم فوائد الصلح سلامة القلوب المؤمنة من آفات الحقد والغل والحسد والبغضاء ، واستمرار الصلات والعلاقات ، فالصلح هو العلاج الشافي لما قد يداخل القلوب من المشاحنة بتأثير شيوع الخصومة ، وما قد يترتب على ذلك من أمراض مزمنة واضطرابات نفسية ، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ من القانون المدني السوري : (تنحسم بالصلح المنازعات التي تناولها) [١].

٢- التربية على القيم كالتسامح والتغاضي والتعفف ، والتمرس في الوصول إلى الحق والعدل بعيداً عن مجالس الحكم والتقاضي ، وتعويد النفس على قبول الآخر بلغة التفاهم والحوار بما يقطع التباغض والتدابر ، فالصلح من أعظم ما تقطع به العداوات ويدرأ به كيد الشيطان ، ومصايده .

٣- المحافظة على الأسرة وحمايتها من التفكك وتأمين أفرادها بعيداً عن الانحراف والضياع ، فمتانة الرابطة بين الزوجين هي أولى دعائم الاستقرار الأسري ، وسبيل النشأة السوية للأولاد بما توفره لهم من بيئة صالحة ورعاية أبوية متكاملة ، لذا فإن دعم الإصلاح بين الزوجين من شأنه أن يعزز هذه الرابطة ، وينعكس على علاقات أفرادها متانة وتماسكاً [٢] .

١- القانون المدني ، ممدوح عطري/٩٣.

٢- الصلح في القران الكريم د. طه عابدين طه ، مجلة الجامعة الاسلامية ، ط(١٤٣٠هـ)/٩٤.

الفرع الثاني : الآثار المادية للإسقاط على مال :

١- ردّ بعض الحقوق المسلوبة بأقل جهد وتكلفة عما لو تم طلب ذلك عن طريق القضاء الذي قد يستغرق وقتاً ويكلف مالاً ، ولا يزيل ما في القلوب من الشحناء .

٢- إسقاط الحق يجعل صاحبه في حِلٍّ من الالتزام به ، لأنه يحلّ ترك أداء ما كان واجباً عليه ويلزم الطرف المسقط له أداء العوض المالي المتفق عليه [١]، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال : " مَنْ كَانَتْ لَهُ مَظْلَمَةٌ لِأَخِيهِ مِنْ عِرْضِهِ أَوْ شَيْءٍ فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهُ الْيَوْمَ قَبْلَ أَلَا يَكُونَ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ إِنْ كَانَ لَهُ عَمَلٌ صَالِحٌ أُخِذَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَظْلَمَتِهِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِ صَاحِبِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ" [٢].

٣- انقضاء الدينين وبراءة الذمم : إذا كان الإسقاط بطريق المقاصة سقط كلا الدينين[٣] ، جاء في المادة ٣٦٣ من القانون المدني السوري : (ويترتب على المقاصّة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء) [٤] ، وفي الفقرة ٢ من المادة ٥٢١ من القانون المدني السوري : (ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولاً نهائياً) [٥].

٤- إسقاط جميع الحقوق والديون والادعاءات لكلا الطرفين تجاه الآخر :

يُسقط الخُلع في رأي أبي حنيفة كلَّ الحقوق والديون التي تكون واجبة لكل من الزوجين في ذمَّة الآخر، كالمهر والنفقة الماضية المتجمّدة ، لأن المقصود منه قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ، يستثنى منها نفقة العدة والأشياء الجهازية [٦].

وذهب الجمهور وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أنه لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا ما تم النُصّ على إسقاطه ، سواء بلفظ الخلع أو المبارأة ، فهو تماماً كالطلاق على مال يقع به الطلاق بائناً ، ويجب فيه البدل المتفق عليه ، لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على سقوطها قطعاً ، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة ، لأنها معاوضة من

١- المجموع للنووي ٧٢/١٣.

٢- أخرجه البخاري ، كتاب المظالم ، باب : من كانت له مظلمة عند الرجل :ر٨٦٥/٢٣١٧.

٣- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٢٥٠/٦- كشاف القناع للبهوتي : ٣٦٤/٦.

٤- القانون المدني ، ممدوح عطري/٦٦.

٥- القانون المدني ، ممدوح عطري/٩٣.

٦- المبسوط للسرخسي : ٢٠٤/٥- شرح فتح القدير لابن الهمام: ٢٥٠/٦.

جانب الزوجة ، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان ، وهذا هو الراجح المتَّفِقُ مع العدالة ، لأن الحق لا يسقط إلا بالإسقاط صراحة أو دلالة [١].

وبناء عليه : فلو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مئة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة ، وترجع في قول الجمهور بأربعمائة درهم ولو قبضت الألف ثم اختلعت بمائة يرجع عليها بالمائة عند أبي حنيفة ، بينما يرجع عليها بتمام النصف عند الجمهور [٢].

٥- وقوع الفرقة بين الزوجين : إذا كان الاتفاق يشمل إسقاط الزوجية (العصمة) بطريق الخلع أو الطلاق ، ويترتب على ذلك وقوع الفرقة بين الزوجين وسقوط حق الرجعة في العدة ، لأن الرجعة تسقط بذكر العوض المالي [٣].

٦- حبس أحد الزوجين الآخر في الدين : إذا استحق لأحد الزوجين على الآخر دين فلكل طرف حبس الآخر في ذلك الدين ، لأنهما في ذلك سواء ، كذلك يحبس الوالد ولده في دينه عليه ، ولا يجوز العكس ، فلا يحبس الولد والده أو والدته في دينه عليه ، وعلى السلطان أن يتحرى العدل فلا يظلم الولد [٤].

٧- الاتفاق على إحداث أثر قانوني : حتى يكتسب العقد صفة الإلزام يجب أن ينطوي على اتفاق الطرفين على إحداث أثر قانوني وإلا لم يتصف العقد بالمعنى القانوني المقصود ، فقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية ، كالزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والولد الذي يعين والده في صنعته ، فلا أثر قانوني لذلك ما لم يرتبط بقصد الإلزام [٥].

٨- سقوط الحق في سماع الدعوى إذا أسقط المدعي حقه فلا تسمع دعواه إلا أن يختلف موضوعها [٦].

١- لمبسوط للسرخسي : ٢٠٤/٥- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٤٩/٢- المجموع للنووي : ١٥٠/١٨- كشاف القناع للبهوتي : ٣٦٤/٦.

٢- المبسوط للسرخسي : ١٩٠/٦-١٩١.

٣- المجموع للنووي : ١٧٣/١٨.

٤- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٦٠/٤- المجموع للنووي : ١٧٣/١٨.

٥- الوسيط في القانون المدني للسنهوري :١٥١/١.

٦- غمز عيون البصائر للحموي : ٣٤٣/٢- مجلة الأحكام العدلية : ٣٠٥/١.

٩- إن الصلح يحسم النزاع ويكشف عن الحق ويكسب الطرفين التعادل والمساواة بقدر لا يحققه فصل الدعوى قضاءً ، إلا أنه في الوقت ذاته لا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً ، فإذا برئت الذمم بطريق الصلح ولا حق للمسقط بريء من المطالبة قضاء لا ديانة [١].

١٠- عودة الحق بعد إسقاطه : إن الإسقاط قد يتم بالتنازل الرضائي بعوض أو بغير عوض ، وقد يكون بسبب تعذر استيفاء الحق لمانع ما ، فإن كان الإسقاط محضاً بغير عوض فلصاحب الحق العودة في حقه ، كذلك إن كان الإسقاط لعذر فزال ، أما إن كان الإسقاط مقابل مال فليس له الحق في العودة ، فإن عاد وجب ردّ ما أخذه من عوض مقابل الحق المسقط[٢]. فلو أسقطت المرأة حقّها في التفريق للإعسار ثم بدا لها أن تعود عن إسقاطها فلها ذلك ، لأن وجوب النفقة يتجدد كل يوم ، فيتجدد لها حق طلب التفريق [٣].

ولو اشترط لها عدم الزواج عليها إلا بإذنها ، فإن فعل فأمرها بيدها ، فأذنت له بواحدة فتزوج ثم طلق ، فذهب المالكية إلى أنه يعود لها الحق في الشرط ، ولها أن تأذن بثانية ، ولها عدم الإذن له إن شاءت ، إن هو فارق أو طلق ، أما إن أذنت له فتزوج فندمت وأرادت أن تغير ذلك ، فليس لها حتى يفارق ، لأنها أذنت [٤] ، وإن أرادت أن ترجع إلى شرطها وتقضي في نفسها ، فليس لها ذلك أيضاً ، لأنها أذنت قبل أن تملك أمرها بيدها ، أي قبل أن يصير القضاء بيدها ، فإن رجعت إلى شرطها قبل أن ينكح فلها ذلك ، وإن شرط لها ذلك دون أن يقيده بإذنها ، فلها الرجوع إلى شرطها [٥].

١- حاشية الدسوقي لابن عرفة :٤١١/٣- الوسيط للسنهوري : ٥٨٨/٥.

٢- الإنصاف للمرداوي : ٤٦٧/٢٤.

٣- المبدع لابن مفلح : ٢٠٧/٨- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٦٩/٢٤

٤- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٣/٤.

٥- البيان والتحصيل للقرطبي : ٢٦٤/٤-٢٦٥.

المبحث الثاني : أسباب بطلان الإسقاط على مال أو فسخه في الحقوق الأسرية :

إن الإسقاط على مال إذا تمّ صحيحاً واستكمل شروطه لزم وترتبت عليه آثاره بالنسبة للعاقدين ولغيرهما ، وقد يكون صحيحاً ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسري في حق الغير ، كما لو كان الإسقاط صورياً أو غير مسجل ، وهو عندئذ تصح آثاره بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتج به على الغير ، كالبيع في مرض الموت ، وإن كان يصح بين المتعاقدين لكنه لا يسري في حق الورثة فيما جاوز ثلث التركة [١] .

أما عندما ينعدم أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ، وكذلك بالنسبة إلى الغير ، يكون العقد باطلاً وبطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية شروطها ، ولا يبطل الإسقاط على مال بالشروط الفاسدة كغيره من العقود أيا كانت طرق إجرائه [٢] ، وفيما يأتي عرض لأسباب البطلان ، والأثر المادي المترتب على ذلك.

المطلب الأول : أسباب بطلان الإسقاط على مال :

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الإسقاط على مال ويمكن إجمالها في النقاط الآتية :

أولاً : اختلال شرط من شروط الأركان :

إذا اختل شرط من الشروط المعتبرة في الأركان كان الإسقاط لاغياً وكأنه لم يكن ، كما لو حصل الإسقاط قبل ثبوت الحق ، أو كان الحق غير قابل للإسقاط أو المعاوضة أو تمّ الإسقاط عن حق مستقبلي لم يثبت بعد ، بخلاف ما قد مضت مدته وثبت ديناً في الذمة[٣] كذلك إذا انتفى الرضا في الإسقاط ، كما لو أكرهها على الخلع [٤] ، أو كان قد أوقعه بقصد التحايل لتحليل اليمين ، وهو ما يسمى بخلع الحيلة بقصد إبطال الطلاق المعلق ، وفعل المحلوف عليه معتقداً زوال النكاح ، وفيه تحليل ما حرم الله تعالى ، فهو كنكاح التحليل لا يقصد به الفرقة ، ولكن بقاء المرأة مع زوجها [٥] ، وهو محرّم إلا أنه يقع في أصح الوجهين [٦] .

١- الوسيط للسنهوري : ٥٣٢/١.

٢- المرجع السابق .

٣- المرجع السابق .

٤- العزيز في شرح الوجيز : ٣٩٦/٨- الإنصاف للمرداوي : ١٤/٢٢.

٥- الإنصاف للمرداوي : ١٢٣/٢٢- ١٢٥.

٦- المرجع السابق : ١٢٤/٢٢.

ثانياً : موت أحد العاقدين :

إذا مات أحد العاقدين قبل تمام الإسقاط بطل ، وانفسخ فيما بقي من المدة إن تعلق الحق بالغير ، وكان منفعة لمدة معينة فتعذر الاستيفاء ، كما لو كان الخلع مقابل إعفاء الزوج من نفقة الصغير أو أجرة رضاعته أو حضانته فماتت الأم بعد تمام الاتفاق فيرجع الرجل على ورثتها بما يعادل النفقة أو الأجرة عن كامل المدة إن ماتت قبل الإرضاع ، أما إن ماتت بعد الإرضاع أو أثناء مدة الرضاع ، أو انقطع لبنها انفسخ العقد فيما بقي من مدة الرضاع ، لأن المعقود عليه إرضاعها وقد تعذر ذلك فبطل العقد [1] ، كذلك الأمر إن مات الولد على نحو ما سبق بيانه في موضعه .

وإذا كان الإسقاط بطريق الصلح ، وكان بدل الصلح منفعة لمدة كمن صالح على لبس ثوب لشهر أو ركوب دابة إلى بلد ما ، فمات المدّعي أو المدعى عليه ، وقد استوفى نصف المنفعة ، فيبطل الصلح بقدر ما بقي ، ويرجع في دعواه بقدره ، وهذا عند محمد وأبي يوسف من الحنفية بناء على أن الصلح على المنفعة إجارة ، والإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين ، لأن المنفعة لا يجري فيها الإرث ، ولا يبطل الصلح بموت أحدهما إن كانت المنفعة سكنى دار عند أبي يوسف لأن مقصود الصلح قطع المنازعة ، وفي إبطال هذا الصلح بعد موت أحدهما إعادة المنازعة بينهما فلابد من بقاء الصلح تحرزاً عن ذلك ، ولأن استيفاء هذه المنفعة مما لا يتفاوت فيه الناس عادة فوارث المدعي يقوم مقامه في الاستيفاء إن مات ، بخلاف ما لو كانت المنفعة لبس ثوب أو ركوب دابة فهي مما يتفاوت الناس في استيفائها عادة ، فلا يمكن إقامة الوارث فيه مقام المورث للضّرر الذي يلحق المالك فيه فبطل الصلح ، كذلك الأمر في بدل الخلع إن كان منفعة ، فلا يسقط الحق بموت أحدهما ، ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت [2].

فإن مات أحد العاقدين بعد حوز الشيء الملتزم به لزم ، ولا ينفسخ الإسقاط عندئذ قياساً على الالتزام ، كمن زوّج ابنته والتزم لصهره الإسكان مدة العصمة ثم رهقه الدين ومات ، فطالب أرباب الديون ببيع الدار لاستيفاء ديونهم ، فليس لهم ذلك حتى تنقضي العصمة بموت أو طلاق ، لأن الزوج حاز السكنى بالفعل قبل الدين فوجبت له [3].

١- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢/٢٤٩- تحرير الكلام للحطاب/١١٣- المجموع للنووي : ١٨/١٧٠.

٢- المبسوط للسرخسي : ٢٠/١٤٧- ١٤٨.

٣- تحرير الكلام للحطاب/١١٣.

ثالثاً : الرد بخيار العيب :

يجوز ردّ العوض في الإسقاط على مال بالعيب ، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر[١] ، فلو خالعها على ألف درهم ثم تبين أنها مغشوشة بغير جنسها بطل الإسقاط وردّ العوض[٢] ، أو كان خالعها على ثوبٍ موصوفٍ في الذمة فدفعته إليه معيباً ، فله الخيار بين إمساكه وردّه ، وبردّه يصير العقد باطلاً ، وينفسخ الإسقاط ، ويرجع إلى خصومة المدّعى عليه إذا كان صلحاً [٣] ، فإن كان تعليقاً على عوض بعينه فخرج معيباً فلا شيء له لالتزامه بالشرط تماماً [٤] .

رابعاً : أن يكون الإسقاط معلقاً على شرط لم يوجد بتمامه :

ويكون ذلك في الإسقاط بطريق التعليق ، فإذا وجد الشرط أو صفته صح الإسقاط ، وإن لم يوجد كما هو مشروط بطل الإسقاط ، كما لو قال : إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا فأنت طالق فأعطته ثوباً ناقصاً صفة ، لم يقع الطلاق عندئذ ولم يملكه ، لأنه ما وجد الشرط [٥] ، كذلك لو شرط صفة محددة أو قدراً معيناً فلم يوجد ما اشترط ، كما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثاً ، فأعطته ثلث الألف أو نصفها لم يقع الطلاق عليها ، لأن الصفة لم توجد بخلاف ما لو استدعت منه الطلاق ، فإن طريقه المعاوضة ، وهذا طريقه التعليق [٦] .

خامساً : الردة :

يعتبر اتحاد الدين من الشروط الجوهرية في ترتب الحقوق الأسرية واستحقاقها فحقوق الولاية والحضانة والميراث وملك النكاح كلها تشترط اتحاد الدين ، وتسقط بارتداد أحد الطرفين ، ولا بد من اتحاد الدين بين الولي ومن تحت ولايته ، إذ لا ولاية لغير المسلم على المسلم.

١- المجموع للنووي : ١٩١/١٨.

٢- المبسوط للسرخسي : ١٩٥/٦- المجموع للنووي : ١٩٠/١٨-الشرح الكبير لابن قدامة :٧٢/٢٢.

٣- المبسوط للسرخسي : ١٩٥/٦- المجموع للنووي : ١٦٦/١٨-الشرح الكبير لابن قدامة :٧٠/٢٢.

٤- الشرح الكبير لابن قدامة : ٦٩/٢٢ - المجموع للنووي : ١٨ /١٩٠.

٥- المبسوط للسرخسي : ١٨٤/٦- المجموع للنووي : ١٦٦/١٨- الشرح الكبير لابن قدامة :٧٠/٢٢

٦- المبسوط للسرخسي : ١٨٤/٦- المجموع للنووي : ١٨٣/١٨

كذلك لو ارتدّ أحد الزوجين المسلمين أو كليهما ثم تخالعا كان الخلع موقوفاً إلى انقضاء العدة ، فإن اجتمعا على الإسلام قبل العدة تبيّن أن الخلع صحيح ، وإن انقضت عدتها قبل أن يجتمعا لم يصح الخلع ، لأنه تبيّن أن النكاح انفسخ بالردّة [١] .

سادساً : استرداد الحق أو زواله :

إذا استردّ الحقّ أو زال لسبب ما بطل الإسقاط، ويكون ذلك في حالات عدة منها :

١- استحقاق الحق : إذا خرج الحق مستحقاً للغير في بعضه أو كلّه بعد الإسقاط رجع بالعوض بعضه أو كله ، كذلك لو تم الإسقاط بطريق الصلح في حال السكوت أو الإنكار ثم استحق الحق رجع المدعي بالخصومة على المستحق ، ويسترد العوض ، لأنه إنما بذله دفعاً للخصومة عن نفسه ، فإذا تبين أن الشخص ليس بصاحب حق على المستحق عليه استرد الحق وبطل الإسقاط على مال ، لأنه إسقاط ما لا يستحق ، فمن عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين أنها أخته من الرضاع مثلاً ، وكان قد فرض لها النفقة فله استردادها ، لأنه تبيّن أن الاحتباس لم يكن مشروعاً حتى تستحق النفقة في نظيره [٢] .

فإن كان الصّلح عن إقرار وخرج الحق مستحقاً رجع بحصّة ذلك من العوض عند الجمهور ، ولا يرجع بشيء عند المالكية لعلمه صحة ملكه وظلم المستحق [٣] ، كما لو صالح ولا بينة له على الاستحقاق ، ثم وجدت البينة ، أو آل الحق إليه بطريق الميراث أو الوصية بعد الصلح عليه مقابل عوض مالي .

أما قانوناً فإن الصلح لا ينشئ التزاماً بالضمان في ذمة الآخر إذا استحق الحق [٤] .

٢- أن يكون سبب الاستحقاق موهوماً ، كمن تخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه ، وهو ليس بوارث ، فأعطاه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه من الميراث ، فهذا التخارج باطل ، لأن سببه موهوم ، كذلك لو أمضى إقراراً بدين على التركة ثم تبيّن أن الدائن كان قد

١- المجموع للنووي : ١٩٣/١٨

٢- البناية للعيني: ٨/٩-٩- المبسوط للسرخسي: ١٣٩/٢٠- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٥٦/٧- الذخيرة للقرافي: ٣٥٨/٥ - مختصر خليل لابن اسحق : ١٥٨/٦.

٣- الجوهرة النيرة ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي ، المطبعة الخيرية – مصر ، ط١(١٣٢٢هـ) : ٣١٩/١- المدونة للإمام مالك: ٢٠٥/٤- الأم للشافعي : ٢٧٧/٣- كشاف القناع للبهوتي : ٤٠٠/٤.

٤- الوسيط للسنهوري : ٥٨٤/٥.

استوفى حقه من المورث فهذا الإقرار باطل ، لأن سببه موهوم ، وكذلك إن تعهد وارث لموصى له بعين من التركة أن يعطيه مالاً نظير نزوله عن الوصية ثم تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الموصي قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل ، لأن سببه موهوم [١].

٣- ظهور مستحق آخر أو شريك في الحق ، كمن تخارج مع أحد الورثة على جزء من التركة ثم تبين وجود دين على الميت لم يكن معروفاً أو وصية أو إرثاً جديداً ، فيكون التخارج قابلاً للنقض [٢].

سابعاً : دعوى الإبطال :

أن يقوم أحد طرفي الإسقاط بالمطالبة بإبطال العقد بعد تمامه بدعوى الغبن أو الاستغلال ، وللطرف المدّعى عليه نفي ذلك بالبينات المتاحة ، والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم من البداية وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء[٣] ، وقد جاء في المادة ١٣٠ من القانون المدني السوري : (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً، أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .
٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .
٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن)[٤].

ولو اقترن العقد بشرط يؤدي إلى الإضرار بالغير ، كانتفاء مصلحة المحضون ووقوع الضرر عليه، أو كان العقد قد تضمن شروطاً تعسفية جاز إبطاله ، وقد جاء في المادة ١٥٠ من القانون المدني السوري : (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز

١- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ط(١٩٩٨): ٤٨٣/١.

٢- أحكام التركات ، بدر الدين أبو العينين /٣٢٨.

٣- الوسيط للسنهوري : ٥٤٤/١.

٤- القانون المدني ، ممدوح عطري/٢٨.

للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) [١].

وإن خالعته على مال ودفعته إليه ثم أقامت البينة على أنه طلقها ثلاثاً قبل الخلع كان لها أن ترجع بالمال ، لأنه تبين أن البينونة لم تحصل بما التزمت من المال فلا يكون التزامها صحيحاً وإقدامها على الخلع لا يمنعها من إقامة هذه البينة ، لأن دعواها في قبول البينة على الطلاق ليس بشرط ، كذلك الأمر لو أقامت البينة على حرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة [٢].

ثامناً : امتناع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه :

إذا امتنع أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه إما بإسقاط الحق أو بالتزام العوض انفسخ الإسقاط على مال ، كما لو كان بطريق التعليق وأخلف أحد العاقدين الالتزام بالشرط ، فيبطل الإسقاط ، وقد جاء في المادة ١٥٨ من القانون المدني : (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى)[٣].

وقد جاء في المادة ١٦٢ من القانون المدني : (في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) [٤] .

تاسعاً : تعذر الوفاء بالالتزام :

إذا عجز أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه لفلس أو مرض ، أو كان الإسقاط معلقاً على شرط فتعذر وقوع الشرط أو أخلّ به صاحبه فسخ الإسقاط ، وسواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتفاء الشرط ، كما لو هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو أحالته به [٥] ، أو كانت حطت عنه شيئاً من المهر شرط ألا يتزوج عليها ففعل ، فلها الرجوع بما حطت من المهر ، لأنها لم تسقطه إلا لأجل منفعة مقصودة ، وإن كان

١- القانون المدني ، ممدوح عطري/٣١.

٢- المبسوط للسرخسي : ٦/١٨٠.

٣- القانون المدني ، ممدوح عطري/٣٢.

٤- المرجع السابق/٣٣.

٥- تحرير الكلام للحطاب/١١٣- الشرح الكبير لابن قدامة : ٢٢/٧٥.

الحق منفعة فتعذر استيفاؤها بطل الصلح كذلك ، فإن كان الانتفاع ممكناً ، ولكن ليس بتمامها خيّر المدعى عليه بين الانتفاع المتمكن أو إبطال الصلح ، كمن لو صالح على سكنى دار فانهدمت ، فيكون له إمضاء الصلح وبناء الدار للانتفاع بها ، أو إبطال الصلح والعودة في دعواه [١] ، وقد جاء في المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري : (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) [٢].

عاشراً : تعليق الإسقاط على الفعل الواجب :

إذا علق أحد العاقدين الإسقاط على فعل واجب على الطرف الملتزم بطل الإسقاط سواء التزم بالفعل أم لم يلتزم ، وصورة ذلك ما لو قالت له امرأته : إيذن لي بالحج وأنا أعطيك مهري الذي عليك ، فقبل وتركها تحج ، فيلزمه المهر ولا يسقط عنه ، لأنه كان يلزمه أن يأذن لها أن تحج ، إلا أن تعلم بأنه لا يلزمه الإذن فلا مهر لها عندئذ ، لأنها تكون مع علمها قد أعطته مهرها بطيب نفس منها [٣].

كذلك لو نذرت صوم أيام فمنعها ، فبذلت له مالاً ليبيح لها ، فإن كانت أياما يسيرة فليس له منعها ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك ، ولا يجوز له أن يأخذ شيئاً في مقابل ذلك ، أما إن كانت أيام النذر كثيرة أو استأذنته للحج قبل وقته أو لحج التطوع فله منعها ، فإن حطّت له من صداقها أو بذلت له شيئاً مقابل أن يأذن لها جاز له أخذ ما أعطته [٤] .

ومن قال لآخر: دلني على امرأة أتزوجها ولك كذا وكذا فلا شيء له عليه ، ولا يحلُّ له ، لأن النصح والمشورة واجبة عليه ، أما لو أراد بقوله ذلك أن يبحث له عن امرأة تصلح له ليتزوجها وجعل له في مقابل ذلك مالاً ، جاز له ، لأنه غير ملزم بذلك [٥] .

١- المبسوط للسرخسي :١٤٨/٢٠.

٢- القانون المدني ، ممدوح عطري/٣٢.

٣- تحرير الكلام للحطاب/ ١٨٩.

٤- المرجع السابق/ ٢٠٧- ٢٠٨ .

٥- المرجع السابق/٢٢٠- ٢٢١.

أحد عشر : استحقاق العوض المالي :

إذا تم الصلح على عوض ثم استحق العوض المالي ، فإن كان الصلح عن إقرار رجع المدعى عليه بالحق المصالح عنه جزءاً أو كلاً ، ويجري مجراه هلاك العوض المالي قبل التسليم ، فإن كان العوض جزءاً من المتنازع فيه فلا يصح الصلح ، لأن ما قبضه عين حقه ، فتبقى الدعوى قائمة ، ويرجع بالحق [١] ، ويمكن تصحيحها بالزيادة على العوض أو إسقاط حقه في الدعوى على الباقي [٢] ، فإن تعذر الرجوع بالعوض رجع بقيمته إن كان قيمياً ، وبمثله إن كان مثلياً [٣].

ولو استحق العوض وكان الصّلح عن إنكار رجع بالدعوى مع المستحق كلّه أو بعضه عند الحنفية [٤] ، ويرجع بالدعوى أو ببقية المستحق عند الحنابلة [٥] ، وليس له الرجوع بالدعوى أو الخصومة عند المالكية ، بل يرجع بقيمة العوض إن كان قيمياً ، وبمثله إن كان مثلياً [٦] ، ولا يصح الصلح مع الإنكار عند الشافعية [٧].

المطلب الثاني : الآثار المادية لبطلان الإسقاط :

إذا فسخ العقد لم يترتب عليه شيء من آثاره ، فإن تمّ تسليم العوض المالي كلاً أو جزءاً وجب ردّه ، وكان لمن بذله الحق في استرداده [٨] ، وقد جاء في المادة ١٦١ من القانون المدني السوري : (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) [٩].

١- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٥٦/٧، شرح مختصر خليل: ١٥٨/٦، حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٧٠/٣، أسنى المطالب للأنصاري : ٢١٨/٢- كشاف القناع للبهوتي: ٤٠٠/٤، الفروع لابن مفلح : ٢٦٩/٤.

٢- العناية شرح الهداية : ٤١٠/٨-٤١١.

٣- البحر الرائق لابن نجيم: ٢٥٦/٧- الفتاوى الهندية للشيخ نظام: ٤٩٠/١- المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢٥٠/٤ حاشية الدسوقي لابن عرفة : ٤٧٠/٣ ، أسنى المطالب للأنصاري : ٢١٨/٢ ، كشاف القناع للبهوتي : ٤٠٠/٤.

٤- البحر الرائق لابن نجيم : ٢٥٦/٧.

٥- الفروع لابن مفلح : ٢٦٩/٤.

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك : ٢٥٠/٤.

٧- الأم للشافعي : ٢٧٧/٣.

٨- البناية للعيني : ٨/٩- الذخيرة للقرافي: ٣٥٨/٥.

٩- القانون المدني ، ممدوح عطري/٣٣.

فإذا عجّل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة ، كشهر أو سنة أو أكثر من ذلك أو أقل ، ثم حصل بينهما ما يسقط النفقة المعجلة عنه ، كالفراق أو الموت ، فهل للزوج أو ورثته في هذه الحال استرداد المقدار المعجل غير المستحق من النفقة ؟ :

ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه ليس له أن يسترد شيئاً مما عجّله من النفقة مطلقاً ، لما فيها من معنى الصّلة والهبة عندهم[١] ، وذهب الجمهور ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أن له استرداد نفقة المدة الباقية مطلقاً ، فإن كانت قائمة استرد عينها ، وإن كانت هالكة استرد مثلها أو قيمتها ، لأنه سلّم إليها النفقة سلفاً عما يجب ، فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع[٢]، ولأنها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل له ، فكان له استرداد ما عجّل منها [٣].
وهذا كله إذا لم يكن عجَّلها لها بقضاء القاضي، وإلا كان له استردادها بالاتفاق، لأنها بالقضاء تصبح ديناً قوياً .

فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت لم يرجع عليها بها ، لأنه دفع إليها ما وجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها قبل التسليم بعد وجوب الدفع لم تسقط نفقتها فيه ، ولها مطالبته بها ، لأنها وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين[٤] ، ولو ادّعت الحمل فصدقها ، ودفع إليها النفقة ، ثم تبين أنها ليست حاملاً رجع عليها سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره [٥].

وهكذا كل عوض تم قبضه ثم انفسخ الإسقاط على مال ترتب على ذلك عودة الحق إلى صاحبه واسترداد العوض المالي .

١- المبسوط للسرخسي : ١٩٥/٥.
٢- المبسوط للسرخسي : ١٩٥/٥- البيان والتحصيل للقرطبي : ٣٤٦/٤- مغني المحتاج للشربيني: ١٥٤/٥ الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٣٣/٢٤.
٣- المبسوط للسرخسي : ١٩٥/٥.
٤- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة : ٣٣٣/٢٤.
٥- المرجع السابق : ٣٢٢/٢٤.

الخاتمـــــــــــــــة :

بعون الله وإنعامه تمّ إنجاز هذا البحث الموسوم بإسقاط الحقوق الأسرية على مال في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة ، والذي توصلت من خلاله إلى عدد من النتائج أوجزها في النقاط الآتية :

١- إن الحق الأسريّ هو اختصاصٌ يقرُّ به الشَّرعُ لأحد أفراد الأسرة بناء على رابطة الدم أو المصاهرة ، وإسقاطه على مال يكون بالتنازل عنه بطريق المعاوضة ، أو التعليق على شرط بذل المال ، أو المقاصّة ، أو المصالحة .

٢- يعتبر الخلع من أجلى الصور التطبيقية للإسقاط على مال ، وهو الأساس الذي تبنى عليه الصور المستجدة ، وفاصل فيما اختُلِفَ فيه من المسائل ، بما لا يمنع ما تضيفه العقود الأخرى من صور تبقى على حكمها العام ، وتعطي للإسقاط على مال صورته الشاملة للخلع وغيره .

٣- إن المعاوضة على الحقوق الأسرية ينظمها قانون الأحوال الشخصية السوري ، وهي ليست معاوضة محضة ، ولا تخضع إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بالمعاوضات المالية المحضة إلا أن تكون بنفس صورتها ، كحالات المقاصة بين الديون الثابتة في الذمة .

٤- إن الإسقاط على مال إذا كان من قبيل المعاوضة تندرج عليه الأحكام العامة لعقود المعاوضات ، فيثبت فيه حق الخيار ويتوقف على القبول في المجلس ، ولا يصح تعليقه على الشرط ولا إضافته للمستقبل ، أما إذا كان بطريق التعليق على شرط بذل المال ، فلا يكون له الخيار ، وله تعليقه على الشرط وإضافته إلى المستقبل ، ولا يبطل بالشروط الفاسدة .

٥- يتعين الصّلح طريقاً للإسقاط على مال بعد النزاع ، ويلحق عندئذ أقرب العقود إليه ، بالضوابط المذكورة في كلٍ منها ، وحقوق الأسرة منها ما يتعلق بالنفس فتندرج عليه أحكام الخلع ، ومنها ما يتعلق بالمال ، فتجري مجرى المصالحة وتأخذ أحكامها.

٦- إن المقاصة وجه من وجوه الإسقاط على مال ، وتجري في الحقوق المالية بالضوابط المنصوص عليها ، ولا يمكن تصورها في الحقوق المعنوية ، وتخضع المعاملات التي تجري وفق المقاصة للقانون المدني ، وليس لقانون الأحوال الشخصية .

٧- إن الخلع الإلزامي من صور المقاصة الجبرية ، وقد استندت القوانين الحالية في إقراره على موقف المالكية في جواز إلزام الزوج على الخلع إذا طالبت به الزوجة أمام القضاء ، باعتبار الحكمين في الصلح حاكمين وليسا وكيلين عن الزوجين ، ولهما التفريق إن تعذر عليهما الجمع ، ولدى تحقيق قول المالكية تبين أنهم لم يقولوا بإلزام الزوج مقدار العوض ، بل صرحوا بأن للزوج الزيادة على ما أعطاها ما دامت الإساءة منها والنشوز من قبلها ، وبينوا أن الحكمين يجبران الزوج على الخلع ، ويجبران الزوجة على إعطاء المال ، وبالتالي فنسب الرأي القانوني إلى مذهب المالكية ليس دقيقاً .

٨- تنقسم التصرفات القابلة للإسقاط إلى تصرفات يجري فيها الإسقاط بغير نقل للحق كالطلاق ، وإلى تصرفات يكون أثر الإسقاط فيها نقل الحق ، وفي كلتا الحالتين تفتقر إلى قبول لتوقفها على بذل المال من أحد العاقدين .

٩- لابد في الحق الذي يجري فيه الإسقاط على مال أن يكون قابلاً للإسقاط أولاً ثم للمعاوضة أو المصالحة مقابل مال، فإن لم يكن مجالاً للإسقاط عموماً فلا تصح المعاوضة عليه وبذل المال في مقابل إسقاطه بأي طرقه كان.

١٠- إن حق الرجعة وحق العدة وسكنى المعتدة ، حقوق قد تعلق بها حق الله تعالى ، فلا يمكن للعبد إسقاطها بحال ، ولا يجوز الاعتياض عليها ، ويكون الصلح فيها باطلاً ، وعلى من أخذ عوضاً في مقابل ذلك ردّه .

١١- إذا كان الحق خاصاً بالغير أو مشتركاً معه كحق الكفاءة فلا إسقاط ولا معاوضة إلا بإجازة الغير إن كان أهلاً للتصرف ، فإن كان الحق ماساً بحدود الشرع أو منافياً لمقاصده لم يقبل الإسقاط ولا المعاوضة حتى لو أجازه صاحب الحق، كإسقاط حق الاستمتاع والقوامة .

١٢- لا يجوز لأحد الوالدين الاعتياض عن حق الولد في النسب ، ويكون الصلح على ذلك باطلاً، لأن النسب من النظام العام ويمس مصالح الصغير ، أما إسقاط دعوى النسب بعوض مالي أو التصالح على ذلك فيجوز إذا كان على إثبات النسب ، كذلك الشأن في الولاية والأهلية فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

١٣- الحقوق التي ثبتت لدفع الضرر المتوقع على أحد أفراد الأسرة ، كحق الخيار في الفسخ، لا تقبل الاعتياض عنها ولا الصلح عليها ، لأن التنازل عنها دليل على انتفاء الضرر، وإذا انتفى الضرر فليس ثمة حاجة للحق .

١٤- يجوز إسقاط الحقوق المالية الثابتة في الذمة ، ولا يصح إسقاط ما لم يثبت من الحقوق بعد ، كإسقاط حق النفقة والقسم والمهر ابتداء ، أما الحقوق المستقبلة التي تثبت شيئاً فشيئاً ، والتي بدأ زمان استحقاقها لكنه لم يمض كاملاً ، كالنفقة الزوجية، فيصح إسقاطها في أول المدة المقضي بها عند الحنفية ، والحكم ذاته في إسقاط أجرة الرضاع والحضانة .

١٥- إن إسقاط حق الحضانة مرتبط بمصلحة المحضون ، يدور معها وجوداً وعدماً ، كذلك الحكم في كل الحقوق المتعلقة به كحق الرؤيا ونفقة المحضون وحق الانتقال بالمحضون والسفر به، كذلك وجود البدل المالي لا يغير من الحكم شيئاً ، ويبقى مدار الحكم مع مصلحة المحضون ، فإذا انتفت ثبت حق الآخر في استرداد العوض المالي المبذول لانعدام ما يقابله ، ولو التزمت الأم نفقة ولدها على ألا ينزع منها إلى البلوغ إن تزوجت أو سقطت حضانتها لسبب ما أو انتهت فلها ذلك ، كذلك لو خالعها على إرضاع ولدها أو حضانته أو كفالته مدة معلومة بلا أجر صح، أما لو خالعها على إسقاط الحضانة لم تسقط.

١٦- إن إسقاط حق الميراث قبل استحقاقه لا يصح ، لأنه حق شخصي ذو صفة ذاتية تتعلق بعين الشخص المستحق لوجود سببه ، أما التخارج بين الورثة على حصصهم بعد استحقاقها فصحيح لازم بعد تصفية جميع ما على التركة من حقوق .

١٧- إن حق النفقة والقسم من لوازم عقد النكاح ، ولا يصحّ إسقاطها بطريق الاشتراط ابتداء ، ويصح التصالح على إسقاطها بعد الدخول ، بشرط انتفاء الضرر عن الزوجة ، وأول سبل ذلك أن يكون مؤقتاً لا دائماً ، أما الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وفيها مصلحة معتبرة لأحد العاقدين ، كإسقاط حق التعدد وحق النقلة ، فيصح اشتراطها عند الحنابلة لكنها لا تلزم ، ولمن شرطها حق الفسخ عند الإخلال بالشرط، واسترداد العوض المالي إذا كان في مقابل الشرط، فإن كان الشرط على زيادة في المهر فلها مهر المثل عند الجمهور.

١٨- لا تعتبر نفقة العدة من الحقوق الزوجية ولا تدخل في بدل الخلع إلا بالشرط اتفاقاً .

١٩- يحق للزوجة المطالبة بدين النفقة التي امتنع الزوج أو عجز عن أدائها ، ولها الرجوع عليه مطلقاً لو استدانت ، فإن كان له مال من جنس النفقة جازت المقاصة باتفاق الفقهاء، وإن كان من غير جنس النفقة ، لم يجز بيع ماله بنفقة زوجته عند أبي حنيفة خلافاً للجمهور.

٢٠- يجوز إسقاط الدعوى على مال بطريق الصلح إذا كان المدّعى عليه مُقرّاً بالحقّ اتفاقاً ، فإن كان ساكتاً عن الحق أو منكراً صحّ كذلك عند الجمهور خلافاً للشافعية ، وتصح المصالحة على إسقاط دعوى الزوجية ، ويجوز إذا كان الصلح على الإقرار بها من قبل المرأة دون الرجل ولا يصح التصالح على إسقاط دعوى الطلاق أو الخلع ، وتكون الدعوى إقراراً بالخلع أو الطلاق من الرجل ، وعلى المرأة البينة في دعواها .

٢١- الإسقاط على مال إن كان ممن هو أهل له مستوفياً شروطه المعتبرة في الأركان لزم أن يظهر أثره في محله بإسقاط الحق وترتب بذل العوض المالي على الطرف المقابل ، لأنه عقد ملزم للطرفين ، وقد تكفّل الشرع والقانون بمؤيدات عدة لضمان التزام العاقدين بمضامينه.

٢٢- إن الضابط الأساسي ليحل مهر المثل محل بدل الخلع المتفق عليه أن تكون صيغة الإسقاط صحيحة والعوض فاسداً ، أما عند الاختلاف في بدل الخلع فيلزم المهر المسمى ، وتلزم قيمة العوض في حال هلاكه أو ردّه بالعيب .

٢٣- إذا مات أحد العاقدين قبل تمام الإسقاط بطل، فإذا كان الحق متعلقاً بالغير أو بمنفعة إلى أجل وتعذر الاستيفاء، انفسخ التعاقد فيما بقي من المدة ، فإن تمّ تسليم العوض المالي كلاً أو جزءاً كان لمن بذله الحق في استرداده.

ومن المقترحات التي أراها ناجعة في هذا المجال :

١- زيادة الاهتمام بشؤون الأسرة وأحكامها مجاراة للاهتمام العالمي بشأنها ، وهو أمر يسهم في تحصين الأسرة المسلمة ويجعلها أشدّ صموداً أمام التحديات والانتقادات الموجهة إليها.

٢- تكثيف الدراسات والبحوث العلمية المتعلقة بشؤون الأسرة ، والعمل على توجيهها إلى ربط الأحكام بالمصالح المآلية المعتبرة شرعاً والتي تمثل المقصود الحقيقي للحكم دون اعتبار للمصالح الآنية مهما نالت رواجاً اجتماعياً لاسيما في إطلاق الأحكام وتقييدها .

٣- تتسم مواد قانون الأحوال الشخصية السوري بالعمومية وتفتقر إلى الكثير من الشرح والتفصيل ، وهو أمر يتطلب تفعيلاً حقيقياً لدور الاجتهاد في ضوء التحولات التي يشهدها نظام الأسرة اليوم ، والعمل على تزويد ثوابته باستثناءات توجد حلولاً للحالات الشائعة ، وتبعد القضاة عن التحجر ضمن قوالب جاهزة لا تتغير .

٤- إن المسائل الفرعية التي ذكرها الفقهاء ، وكذلك اجتهادات محكمة النقض السورية في مجال الأسرة تشكل أرضية واسعة للكثير من المستجدات ، وهو أمر يتطلب جمع الجزئيات للوصول إلى أليات ثابتة ومبادئ تدور في فلكها الأحكام الناظمة لشؤون الأسرة .

٥- ضرورة العمل الجاد لتفعيل دور جهات الإصلاح الاجتماعي لاسيما في مجال التحكيم القضائي.

وبعد : فهذه خلاصة ما وصلت إليه في شأن إسقاط الحقوق الأسرية على مال أضعه بين أيديكم راجية الله تعالى أن يبارك هذا العمل وينفع به ، ويجزي خير الجزاء كل من كانت له اليد في إنجازه والإشراف عليه والنصح فيه وإتمامه ، والله الموفق إلى صلاح الأمور ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس القواعد والضوابط الفقهية :

يتضمن هذا الفهرس أهم القواعد والضوابط المستنتجة من الإسقاط على مال :

القاعدة أو الضابط	رقم الصفحة
الحق الأسريّ اختصاصٌ يخوّل صاحبه مطالبة الشخص الآخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .	١٧
رابطة الدم أو المصاهرة هي الأساس في ترتّب الحقوق الأسرية .	٢٢
العقد شريعة المتعاقدين ، ولكل طرف الاشتراط فيه بما يضمن حقه أو يحقق له مصلحة مقصودة شرط ألا تنافي مقتضى العقد ، ولا تُدخل الطرف الآخر في حرج ومشقة ظاهرة .	٥٦
العرف الصحيح يقيّد الحقوق الأسرية بما لا يخالف الشرع .	٥٦
سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ترتبط بتحقيق المصلحة الشرعية مآلاً .	٥٦
الحقوق الأسرية التي يتوقف استحقاقها على سبب ما أو في وقت محدد ، تسقط دون إسقاط إذا زال السبب أو انقضى الوقت .	٩٥
استيفاء الحقوق يكون في الأعيان بالتمكين وفي غيرها بالعزل والحيازة .	١٠٤
يجوز لصاحب الحق التنازل عن حقه جزئياً أو كلياً بعوض إذا اتفقت إرادة الطرفين على ذلك .	١٠٤
يتم الإسقاط على مال بطريق المعاوضة أو التعليق أو الصلح أو المقاصة .	١٠٥
الإسقاط على مال هو التنازل عن الحق الثابت بعوض مالي .	١٠٨
الخلع من أجلى الصور التطبيقية للإسقاط على مال .	١١٢
المعاوضة على الحقوق الأسرية ليست معاوضة محضة ، وأحكامها ينظمها قانون الأحوال الشخصية .	١١٣
إن الإسقاط على مال إذا كان من قبيل المعاوضة يثبت فيه حق الخيار ويتوقف على القبول في مجلس الحضور أو مجلس العلم ، ولا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته للمستقبل .	١١٥
إن الإسقاط إذا كان بطريق التعليق على شرط بذل المال لا يثبت فيه الخيار ولا الرجوع ، ويتقيد القبول بالمجلس ، ويصح تعليقه على الشرط وإضافته إلى المستقبل ، ولا يبطل بالشروط الفاسدة.	١١٧

يتعين الصلح طريقاً للإسقاط على مال بعد النزاع ، ويلحق بأقرب العقود إليه	١١٨
يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقاً ، ويحرّم بجنسه بأكثر أو أقل على سبيل المعاوضة .	١١٩
إذا كان الإسقاط على دين مؤجل مقابل دين مؤجل حرم التفرق قبل القبض	١١٩
إذا كان الإسقاط على مال مقاصة جبرية أو اختيارية بين دين ودين اشترط فيهما الحلول .	١٢٧
إذا كان الإسقاط على مال مقاصة بين المثليات اشترط التساوي وحرم التفاضل .	١٢٧
المقاصة بدين النفقة يتبع حال المرأة في اليسار و الإعسار إذا كانت بطلب الزوج ، وتلزم إن كانت بطلب منها .	١٣١
إن من حق الزوجة الانفراد بحق الخلع إذا كرهت الزوج دون إجباره على مقدار العوض المالي .	١٣٥
يفتقر القول بالخلع الإلزامي إلى الدليل شرعاً .	١٣٥
يخضع الإسقاط على مال للأحكام التكليفية الخمسة ، ويكون تبعاً لحال كلا الطرفين .	١٤٣
يجوز للزوج الزيادة في بدل الخلع على ما ساق لزوجته صداق وتطيب له إن كان النشوز منها ، ولا يحلّ له أخذ شيء إن كان النشوز من قبله .	١٥٠
يصح التصالح بين الزوجين على إسقاط بعض الحقوق الزوجية كالنفقة والقسم مقابل استدامة النكاح	١٥٣
لكل صاحب حق أن يأخذ حقه كاملاً غير منقوص في الصفة والمقدار.	١٥٦
يعتبر " جلب المصلحة ودرء المفسدة " من القواعد الأساسية في إسقاط الحق على مال ، وفيه درءٌ لمفسدة الشقاق ، وإنهاء للخصومة .	١٥٦
إذا أدى الإسقاط على مال إلى مصلحة غير مشروعة لم يصح.	١٥٦
الإسقاط على مال يزيل المشقة في تحقيق ما لا سبيل إلى تحقيقه من إثبات الحقوق بسبب الجهل أو انعدام البينة ، وفقاً للقاعدة الفقهية " المشقة تجلب التيسير " .	١٥٦
يقوم الإسقاط على مال على مبدأ تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة بحيث تتناسب مصلحة المسقط له مع الضرر اللاحق بصاحب الحق .	١٥٦

لا يجوز التعسف في استعمال الحق بما يرجح المصلحة لأحدهما على حساب الآخر بغير طيب نفس منه .	١٥٧
استعمال الحق وإسقاطه ينبغي أن يحقق مقصود الشرع في رفع الضرر .	١٦١
ما شرع من الحقوق لإزالة الضرر لا يكون وسيلة لإيقاعه ، والقاعدة في ذلك أن الضرر لا يزال بمثله .	١٦١
يقوم الإسقاط على مال على تحقيق مبدأ العدل دون محاباة للطرف الأقوى على حساب الطرف الأضعف .	١٦١
لا يجوز أن يكون في الإسقاط على مال تعدٍّ على حدود الله بإحلال الحرام وتحريم الحلال .	١٦١
الصلح لا يتجزأ .	١٦٢
إسقاط الحق ولا حقّ محال .	١٦٦
لا يحلّ لأيّ أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه ، يستوي في ذلك الحاكم وغيره.	١٧٠
الحكمان وكيلان في الإصلاح لا في إسقاط الحقوق .	١٧٢
الإسقاط على مال قد يكون عقداً قائماً بذاته بلفظ الإسقاط وصيغته ، وقد يكون تبعاً لغيره .	١٧٦
التصرفات القابلة للإسقاط على مال تفتقر إلى القبول سواء منها ما يجري فيه نقل الحق أو يتم إسقاطه بلا نقل .	١٧٦
لابد لصحة الإسقاط من توافق القبول مع الإيجاب في الصيغة لضمان الرضا في المعاقدة	١٨٣
يصح تعليق الإسقاط على مال بالشرط الموافق لمقتضاه ولا يبطله الشرط الفاسد .	١٨٤
المعاوضة في إسقاط العصمة مقابل مال معدول بها عن سائر المعاوضات .	١٨٤
كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ، ولا مؤكداً لمقتضاه ، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به لا تأثير له في صحة العقد .	١٨٦
الشرط الذي لا يمس طبيعة العقد ، إن كان فيه مصلحة للمشترط ، وجب الالتزام به ديانة ، لكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر.	١٨٧
يصح الإسقاط منجزاً على الفور إذا كان بطريق المعاوضة ، وعلى سبيل التراخي إذا كان بطريق التعليق ، إلا أن يدل اللفظ بمقتضاه على خلاف ذلك .	١٨٩

الشرط المقيد للإسقاط على مال لا يوثر على أصل العقد بقاء وزوالاً ، ويقتصر تأثيره على آثار العقد الفرعية وليس الأصلية .	١٩١
صحة تقييد الإسقاط على مال بالشرط لا يقتضي لزوم الشرط بالضرورة .	١٩١
تمتنع إضافة الإسقاط على مال إلى الزمن المستقبل إذا كان معاوضة أو الحق المسقط متعلقاً بالأشخاص ، ويصح فيما سوى ذلك .	١٩٤
في الحقوق المشتركة لابد من الاتفاق على الإسقاط بين جميع المشتركين .	١٩٧
لا يصح إسقاط الحق المجهول ، يستثنى من ذلك ما تعذر تقديره من الحقوق المالية .	٢٠٠
إن الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلا يسقط ملكها ولا حق المطالبة بها ولصاحب العين أخذها متى شاء .	٢٠١
يشترط في الحقوق التي يجري فيها الإسقاط على مال أن تكون قابلة للإسقاط أولاً ثم للمعاوضة أو المصالحة مقابل مال .	٢٠١
الحقوق الأسرية المالية قابلة للتجزؤ باعتبار ماليتها ، كذلك الحقوق التي يداخلها العدد كالطلاق .	٢٠٣
يشترط في العوض المالي أن يكون متقوماً سالماً من العيوب ، ويثبت لصاحب الحق رده بالعيب إن وجد ، ويعود إلى خصومة المدعى عليه إن كان صلحاً .	٢١١
موانع الإسقاط تخالف البطلان في كونها سابقة للإسقاط مانعة لصحته ، أما البطلان فهو أمر لاحق أنهى العقد بعد صحته .	٢١٨
كلّ ما لا يقبل الإسقاط أصالة لا يقبل بذل العوض في مقابله .	٢١٨
إسقاط حق الغير يتوقف على إجازته إن كان أهلاً للتصرف ، ولم يكن في إسقاط الحق مساساً بحدود الشرع أو مخالفة للنظام العام .	٢٢٣
الحقوق الأسرية التي شرعت حقاً لله تعالى لا يجوز إسقاطها ولا المعاوضة عليها بحال .	٢١٩
القوامة اختصاص الرجال على النساء ، ولا يكون العكس بحال ، واشتراط ذلك منافٍ لمقتضى العقد .	٢٢٨
لا يجوز للمرأة الاعتياض عن حق الولد في النسب .	٢٣١
الحقوق التي ثبتت لأصحابها أصالة لا تقبل المعاوضة ، ويجوز إسقاطها بطريق الصلح بعد استحقاقها، ويكون بدل الصلح لقاء إسقاط حق المطالبة بالحق ،	٢٣٣

وليس عوضاً عنه .	
قواعد الأهلية والولاية من النظام العام فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .	٢٣٣
الحقوق التي ثبتت لرفع الضرر الواقع على أصحابها تقبل الإسقاط المحض ولا تقبل المعاوضة .	٢٣٥
إسقاط المرأة حقها في القسم ابتداء في عقد الزواج ينافي مقتضى العقد وهو شرط فاسد .	٢٣٥
إسقاط حق القسم بعوض من قبيل تعويض الضرر بالمال ، وهو أمر معتبر في الفقه والقانون .	٢٣٩
التصالح على إسقاط حق القسم ينبغي أن يكون مؤقتاً لا دائماً ، لأن تأقيت الإسقاط لا يترافق بوقوع الضرر في الغالب ، لكن دوامه مع الحاجة يتلازم مع الضرر.	٢٣٩
إذا وجد سبب الاستحقاق صح الإسقاط ، لأن سبب الحكم إذا تقدم على شرطه جاز ترتب الحكم عليه .	٢٤٤
يصح إسقاط الحقوق المالية الثابتة في الذمة بمضي الزمن ، ولا يصح إسقاط الحقوق المستقبلة .	٢٤٥
الحقوق الأسرية التي سقطت لمانع تعود إلى صاحب الحق عند زوال المانع وفق قاعدة " إذا زال المانع عاد الممنوع " .	٢٥٠
تدور أحكام الحضانة مع مبدأ مصلحة المحضون وجوداً وعدماً .	٢٥١
الحضانة حق مشترك بين المحضون وحاضنه ، ويقدم حقُّ الأم على حقِّ الأب عند التعارض ، ويقدم حق الصغير عليهما مراعاة للأصلح له .	٢٥٥
تجبر الأم على الحضانة إذا تعينت عليها الحضانة ولم يوجد غيرها ولا يحق لها إسقاطها والحالة هذه .	-٢٥٥
الإسقاط الاتفاقي لحق الحضانة يرتبط بمصلحة المحضون وجوداً وعدماً، ووجود البدل المالي لا يغير من الحكم شيئاً، لكن مع ثبوت حق الآخر في استرداد العوض المالي المبذول إذا انتفت المصلحة لانعدام ما يقابله .	٢٥٨
إذا تم الخلع على إسقاط حق الحضانة صح الخلع وبطل الشرط وفي ذلك سدٌّ لذريعة المتاجرة بحقوق الأولاد ، والمساومة عليها من جانب الزوجين .	٢٦٢

إذا أسقطت الأم حقّها في الحضانة سقط ، ثم إن أرادت العودة إليها وكانت أهلاً لذلك عاد الحق إن كان للصغير مصلحة في ذلك .	٢٦٣
لا يصح لأحد الوالدين إسقاط حقّه في رؤية المحضون لما في ذلك من مساسٍ بمصالحه الحالية والمآلية .	٢٦٧
لا يحق للأم الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد يعيق زيارة أبيه له ، ولا يحق للأب كذلك انتزاع الولد من أمه والسفر به ما دامت أهلاً للحضانة ، وإسقاط الحق بعوض أو بغيره متوقف على وجود مصلحة للصغير.	٢٧١
إذا التزمت الأم بنفقة الصغير مقابل استمرار حضانتها له بعد زواجها لزمها ذلك .	٢٧٢
إن الضوابط المذكورة لآلية الاختيار في الحضانة تعطي الطفل حق تغيير اختياره متى شاء ، ولا تتيح لأحد الوالدين الاستئثار بالصغير مطلقاً ، وتحول دون استغلال الصغير أو التأثير على اختياره ببذل المال له .	٢٧٥
الأم أولى بحضانة صغيرها بأجر مع يسار الأب ، والمتبرعة أولى في حال الإعسار .	٢٧٧
السكنى من الحقوق المالية التي يمكن للحاضنة إسقاطها بطريق الصلح أو المقاصة على ألا تضر بالمحضون قياساً على النفقة .	٢٨١
يصح الخلع إذا كان على إرضاع الأم لولدها مدة معلومة ، وتنصرف إلى الحولين عند الإطلاق .	٢٨٤
لا يصح إسقاط نفقة العدة في الخلع إلا بالشرط اتفاقاً ، فهي لا تدخل في الحقوق الزوجية التي تسقط بمجرد الخلع عند الإطلاق .	٢٨٨
الخلع على تعجيل الدين المؤجل يصح ، ويردّ الدين إلى أجله .	٢٩٢
تصح مخالعة المريضة على مقدار ميراثه منها.	٢٩٣
يجوز إسقاط الدعوى على مال بطريق الصلح إذا كان المدّعى عليه مُقرّاً بالحقّ.	٢٩٤
التصالح على إسقاط الدعوى هو من قبيل الصلح على الإنكار.	٢٩٥
مصالحة الرجل المرأة على مال في دعواه عليها بالنكاح جائز سواء تم على الإنكار أو الإقرار، كذلك تجوز مصالحتها في دعواها عليه بالنكاح إذا كانت على الإنكار دون الإقرار.	٢٩٨
تكون دعوى الطلاق أو الخلع إقراراً بالخلع أو الطلاق من الرجل ، وعلى المرأة البينة في دعواها .	٣٠٠

يجوز إسقاط دعوى النسب بعوض مالي أو التصالح على ذلك إذا كان على إثبات النسب .	٣٠٢
إسقاط الحاضنة حقها في الدعوى صلحاً على مال جائز قياساً على غيرها من الدعاوى ، ولا يترتب على إسقاط الدعوى إسقاط الحق بالضرورة.	٣٠٦
النص القانوني في منع تمديد الحضانة جاء مراعاة لحق الأب في ضم ولده إليه في ضوء الممارسات الخاطئة لغالبية الحاضنات في منع الأب من زيارة ولده أو رؤيته	٣٠٧
إذا اشترطت المرأة على زوجها عدم الانتقال بها من دارها أو من بلدها فأخل بالوفاء به كان لها الحق في فسخ العقد واسترداد ما بذلت في مقابل الشرط.	٣١٢
الإسقاط الكلي أو الجزئي للمهر مقابل عوض مالي آخر يحلّ محله يجوز بطريق المقاصة وينضبط بضوابطها .	٣١٤
إسقاط النفقة الزوجية المقارن للعقد بطريق الإشراط لا يصح ، لأنه إسقاط للحق قبل ثباته ، وسواء تمّ ذلك بعوضٍ أو بغيره .	٣٢٠
يحق للزوجة المطالبة بدين النفقة التي امتنع الزوج أو عجز عن أدائها .	٣٢٣
دين النفقة الزوجية كسائر الديون من حيث أحقية الاستيفاء بطريق بيع المال أو المقاصة بغيره من الديون .	٣٢٧
إسقاط حق الميراث قبل استحقاقه لا يصح ، لأنه حق شخصي ذو صفة ذاتية تتعلق بعين الشخص المستحق لوجود سببه.	٣٣٤
يصح التنازل عن حصة الميراث بعد استحقاقها أو إسقاطها بعوض ، ولا يجوز ذلك إلا بعد تصفية التركة .	٣٣٤
التخارج فرع البيع ويشترط لصحته ما يشترط في البيع ، كما يشترط ألا تكون التركة مشغولة بالدين.	٣٣٤
إذا كانت التركة مشغولة بالدين بأكملها فلا صلح ولا قسمة ، فإن كان بعضها فتجوز القسمة استحساناً لا قياساً ، ولا يجري فيها الصلح .	٣٣٤
قيدت الشريعة التعدد بالعدد والعدل ، وكل قيدٍ بعد ذلك ليس تقييداً للمباح ولكن تضييق لباب الحلال .	٣٤٣
اشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها ينطوي على مصلحة مقصودة للمرأة ، وهو يضمن حق المرأة في الفسخ دون أن يوقع الرجل في الحرج .	٣٥٥
إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها ، وحطّت عنه مقابل ذلك شيئاً	٣٥٦

من صداقها ، لزمه المهر المسمى إن التزم بالشرط ، ومهر المثل إن أخل به .	
لا رجوع في الهبة لذي رحم محرم.	٣٥٦
الإسقاط على مال إن كان ممن هو أهل له مستوفياً شروطه المعتبرة في الأركان لزم وظهر أثره في محله بإسقاط الحق وترتب بذل العوض المالي على الطرف المقابل .	٣٥٦
ما يتعلق بالنفس من الحقوق الأسرية يندرج عليه حكم الخلع في عدم صحة الخيار ، وما كان متعلقاً بالمال يسري عليه حكم الصلح في جواز الخيار.	٣٥٧
إسقاط الحقوق الأسرية من الأحكام التي تكفّل لها الشرع والقانون بمؤيدات عدة لضمان احترامها والالتزام بمضامينها أسوة بغيرها من الأحكام المتعلقة بالأسرة	٣٥٩
وجوب توثيق الإسقاط على مال قانوناً لا يعني توقف صحته على حكم القاضي لأن التراضي بين الزوجين بحدّ ذاته كاف لترتب الآثار المرجوة من التعاقد .	٣٦١
إنكار أحد العاقدين للإسقاط على مال أو لصفة فيه يتوقف على وجود البينة بذلك وإلا تحالفا.	٣٦٣
إن الضابط الأساسي ليحلّ مهر المثل محل بدل الخلع المتفق عليه أن تكون صيغة الإسقاط صحيحة والفساد في العوض.	٣٦٩
إسقاط الحق يجعل صاحبه في حِلٍّ من الالتزام به ، ويلزم الطرف المسقط له بأداء العوض المالي المتفق عليه .	٣٧٧
الإسقاط إن كان محضاً بغير عوض فلصاحب الحق العودة في حقه ، أما إن كان الإسقاط مقابل مال فليس له الحق في العودة ، فإن عاد وجب ردّ ما أخذه من عوض مقابل الحق المسقط.	٣٧٩
إذا فسخ العقد لم يترتب عليه شيء من آثاره ، فإن تمّ تسليم العوض المالي كلاً أو جزءاً وجب ردّه ، وكان لمن بذله الحق في استرداده.	٣٨٧

فهرس الآيات القرآنية :

طرف الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
" وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً "	النساء	٤	٥١
" ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله "	الأحزاب	٥	٣٠٣
" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ	الطلاق	٦	٦٩-٨١-٣٢٨-٣٢٩
" أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ"	لقمان	١٤	٧٣
" إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا	النساء	٣٥	١٣٨
" إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ"	الفاتحة	٤	٢٩
" رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ "	الفرقان	٧٤	٦٢
" الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء "	النساء	٣٤	٤٩-٥٠-٣١٩
" فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "	البقرة	٢٢٩	٩٢-١٣٥-١٣٩-١٤٧
" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَة "	النساء	٣	٨٩
" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا	البقرة	٢٢٩	١٣٥-١٤٣
" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ	البقرة	٢٣٠	٢٨٣
" فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ "	النساء	١٢٩	٨٩
" فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً	النساء	٢٤	٥١
" قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ "	القصص	٢٧	٧٥
" لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ "	البقرة	٢٣٣	٨١
" لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ"	الطلاق	١	٨٧
" لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ	البقرة	٢٣٦	٢٢٠
" لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا "	البقرة	٢٨٦	٣٤١
لينفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ	الطلاق	٧	٦٩
" مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ "	الحج	٧٨	٢٧
" مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ "	آل عمران	٧٥	٢٠٢
" وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ	البقرة	٢٣٢	١٠٢
" وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ	النساء	٢٣	٢٥

" وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوْا أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ	البقرة	٢٣٣	٢٧٧
" وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ	النساء	٢٠	١٥٠
" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أو إِعْرَاضاً	النساء	١٢٨	١٣٨
" وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا "	النساء	٣	٣٤١-٣٤٧
" وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ "	البقرة	٢٨٠	١٣٠
" وَانظُر إلى العِظَام كَيفَ نُنْشِزُهَا "	البقرة	٢٥٩	٥٤
" وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ "	النور	٣٢	٧٥
وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً"	الإسراء	٣٤	٣٤٥
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً "	الروم	٢١	١٤
" وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "	البقرة	٢٣٣	٢٧-٧٨
" وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ "	البقرة	٢٣٣	٢٧
" ولَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ	النساء	١٩	١٤٥
" وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا "	البقرة	٢٣١	١٤٥
:" واللاتِي تخَافونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ "	النساء	٣٤	٥٦
" وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ "	الأحزاب	٣٣	٦٧
" وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"	الإسراء	٢٣	٧٣
" وَلتَكُن مِنكُم أُمَّةٌ يَدعُونَ إلى الخَيرِ	آل عمران	١٠٤	٣٦
" وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ "	النساء	١٢١	١٥١
" وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "	النساء	١٩	٣٣-٧٠
" وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ "	البقرة	١٨٨	١٠٤
" وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ "	النساء	٢٩	١٧٠-٣٢٦
" وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ"	الفرقان	٤٦	١٥٤
" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ "	النور	٦	٩٣
" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ "	البقرة	٢٢٨	٣٢
" نَحنُ خَلَقنَاهُم وَشَدَدْنَا أَسرَهُم "	الإنسان	٢٨	١٥
" هُنَّ لباسٌ لكم وأنتم لباسٌ لهنَّ "	البقرة	١٨٧	٣٦
" والوالداتُ يُرضِعنَ أولادَهُنَّ حولَينِ كَامِلَينِ "	البقرة	٢٣٣	٤٧
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"	المائدة	١	٣٤٥-٣٥٩

" وإذا قِيلَ انْشُزُوا فانشُزُوا "	المجادلة	١١	٥٤
" تُساقِط عليك رُطَبا جَنِيّاً "	مريم	٢٥	١٠٦
" ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ"[الممتحنة:١٠]	الممتحنة	١٠	٩٣
" يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئاً	الممتحنة	١٣	٢٠٢
" فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ "	المؤمنون	١٠١	٢٣
" يا أيها الذين آمنوا لا يحلُّ لكم أن ترثُوا "	النساء	١٩	١٤٩

فهرس الأحاديث الشريفة :

طرف الحديث .....الصفحة .

١- أتَرُدِّين إليه حَدِيقَتَهُ.....١٤٨.
٢- أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ بِهِ مِنْ الشُّرُوطِ.....١٨٦.
٣- إذَاْ انْقَضَتْ عِدَّتُكِ فَأَخْبِرِيْنِي.....٣٤٩.
٤- إذَا جَامَعَ أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ.....٣٦.
٥- أَفْضَلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ.....٧٨.
٦- استَوصُوا بِالنِّسَاءِ خَيراً.....٣٣.
٧- اِستَهِمَا وَتوخّيَا وليُحلِلِ.....١٩٨.
٨- اِقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيْقَة.....١٣٤.
٩- إليك يا عائشة إنه ليس يومك.....٢٣٦.
١٠- أمرنا رسول الله ﷺ أن نَعُقّ..... ٨٠.
١١- إنَّ بَنِي هِشَامِ بْنِ الْمُغِيرَةِ اسْتَأْذَنُونِي..... ٣٤٧.
١٢- إنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ.....٩٠.
١٣- أن رسول الله كان إذا أراد السفر أقرع.....٣٤١.
١٤- أن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة.....٣٠٥.
١٥- أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل.....٣٢٤.
١٦- أنّ النبيّ ﷺ كانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ فَيَعْدِلُ.....٨٩.
١٧- أن النبي ﷺ نهى أن ينكح الرجل بطلاق.....٣٥٣.
١٨- أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تَنكِحِي..... ٤٥.
١٩- إنَّمَا الطَّلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ.....١٣٤.
٢٠- أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاقاً.....١٤٥.
٢١- الأَيِّمُ أحَقّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.....٧٦.
٢٢- حِسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ ، أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ.....٩٣.
٢٣- خُذْ بعضَ مَالِهَا وَفارِقْهَا.....٤١.
٢٤- خُذْ مَا أَعْطَيْتَهَا وَلَا تَزْدَدْ.....١٧٨.

٢٥- خُذِي مِن مالِهِ بِالمعروفِ.....٢٠.
٢٦- رفع عَنْ أُمَّتِي : الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ.....١٦٥.
٢٧- رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ.....١٦٤.
٢٨- سَبْعٌ للبكرِ وثلاثٌ للثيّبِ.....٩٠.
٢٩- الصُّلحُ جائزٌ بينَ المسلمينَ.....١٤٠.
٣٠- فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ.....١٠٢.
٣١- فردَّ النبي ﷺ نكاحها.....٧٧.
٣٢- فسألهم أن يقبلوا ثَمَرَ حَائِطِي.....١٤١.
٣٣- فضمِنه رسولُ الله ﷺ حتى باع غَنيمة له.....٣٢٧.
٣٤- فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا..... ١٣٩.
٣٥- قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ.....٣٤٨.
٣٦- كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ.....٢٢٩.
٣٧- لَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ.....٣٥٣.
٣٨- لا تَضرِبُوا إِمَاءَ اللهِ.....٣٥.
٣٩- لا تُؤَدِّي المَرأَةُ حَقَّ رَبِّهَا.....٣٤.
٤٠- لَا تُؤْذِي امْرَأَةٌ زَوْجَهَا فِي الدُّنْيَا.....٣٥.
٤١- لَا تُورِدُوا الْمُمْرِضَ عَلَى الْمُصِحِّ.....٦١.
٤٢- لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ.....٧٥.
٤٣- لا شغار في الإسلام.....٢٢٢.
٤٤- لا ضَرَرَ ولا ضِرَار.....١٤٦.
٤٥- لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ.....٣٤٢.
٤٦- لَا نَفَقَةَ لَكِ إِلَّاْ أَنْ تَكُونِي.....٣٢٨.
٤٧- لا يَتَوَارَثُ أهلُ مِلّتَينِ.....٩٥.
٤٨- لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ.....٨٨.
٤٩- لا يحِلُّ مالُ امرِئٍ.....٣٢٧.
٥٠- لا يرث القاتل.....١٠٠.
٥١- لا يَفرِكُ مُؤمِنٌ مُؤمِنَةً.....٣٤.

٥٢- الْمُخْتَلِعَةُ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقِ.....٨٧.
٥٣- الْمُختلعَاتِ هُنَّ الْمُنافِقاتِ.....١٤٥.
٥٤- لَيُّ الواجِدِ يحلُّ عِرضَهُ..... ٣٢٥.
٥٥- الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ.....١٤١.
٥٦- من قُتِلَ له قتيلٌ.....١٤١.
٥٧- مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ.....٧١.
٥٨- مَنْ كَانَتْ لَهُ مَظْلَمَةٌ لِأَخِيهِ.....٣٧٧.
٥٩- مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ..... ٢١.
٦٠- نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء.....١٢٥.
٦١- نهى رسول الله ﷺ عن الشغار.....٢٢١.
٦٢- نهى رسول الله ﷺ عن ضرب النِّساء.....٣٥.
٦٣- وفي بُضْعِ أَحَدِكُم صَدَقَةٌ.....٣٦.
٦٤- يا رافع اعدل بينهما.....١٤٠.
٦٥- اليَمِينُ عَلَىَ المدّعَى عَلَيْهِ.....٣٦٤.

.....**********.....**********.....

فهرس الآثار :

طرف الأثر **الصفحة**

١- عن السيدة عائشة : " هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه.....١٣٨.

٢- روي أن رجلاً كانت تحته امرأة قد طالت صحبتها.....١٤٠.

٣- عن عمر رضي الله عنه : " رَدِّدُوا الْخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا.....١٤١.

٤- عن سودة رضي الله عنها : لا تطلقْنِي وأجعلُ.....٢٣٦.

٥- عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ : أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الأَسَيْفِعَ.....٣٢٦.

.....*********.....*********.....

فهرس الأعلام المترجمين :

الاسم .....الصفحة

١- إبراهيم الزجاج..... ١٥١.

٢- أحمد النحاس ..... ١٥.

٣- تماضر بنت الأصبغ..... ٣٣٥.

٤-- الحسن بن شهاب .....١٧٨.

٥- الحسين بن صالح ٣٥١

٦-- رافع بن خديج.....١٤٠.

٧- ربيعة بن فروخ.....٢٠٤.

٨- سودة بنت زمعة.....١٣٩.

٩- عاصم بن عمر..... ٤٧.

١٠- عطاء بن أبي رباح ..... ١٦٧.

١١- عمر العكبري .....١٧٨.

١٢- عمر بن عبد الرحمن ..... ٣٢٥.

١٣- فاطمة بنت قيس..... ٣٢٨.

١٤- لاحق بن حميد..... ٣٢٧.

١٥- المسور بن مخرمة .....٣٤٧.

١٦- هند بنت عتبة..... ٢٠.

١٧- يحيى بن سعيد..... ١٦٧.

فهرس المصادر والمراجع :

١- القرآن الكريم .

٢- أبغض الحلال- دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القديم والحديث واصطلاحات الإسلام وحكمته في تشريعه ، د. نور الدين عتر ، ط (١٩٨٣)، مؤسسة الرسالة ، بيروت.

٣- آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، محمد البشير محمد الحاج الحجاز، كلية الشريعة والقانون ، ط١(١٤٠٠هـ)

٤- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي ، ط٢(١٤١٠-١٩٨٩)، دار القلم– الكويت .

٥- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ، أحمد إبراهيم بك ، المكتبة الأزهرية – مصر ، ط٥(٢٠٠٣).

٦- أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية، بيروت ، ط٤(١٩٨٣).

٧- أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي - أحمد الصويعي - دار النفائس - الأردن.

٨- أحكام التركات والمواريث ، بدران أبو العينين ، مؤسسة شباب الجامعة ، ط١(١٩٨١م) .

٩- أحكام الطاعة والنشوز للمسلمين وغير المسلمين، ممدوح عزمي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط(١٩٩٩).

١٠- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مصطفى العدوي مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط١(١٩٨٨).

١١- أحكام القرآن ، أبو بكر االرازي الجصاص، تحقيق محمد قمحاوي – دار إحياء التراث العربي – بيروت ، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)

١٢- أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، جمعة محمد براج ، دار يافا العلمية – عمان.

١٣- الأحوال الشخصية ،محمد أبو زهرة ، دار الكتاب العربي – القاهرة ، ط٢(١٩٥٧م).

١٤- الأحوال الشخصية تعليق على نصوص القانون ، أحمد نصر الجندي ، المكتبة القانونية ط١(١٩٨٧).

١٥- إحياء علوم الدين ، أبو حامد الغزالي، ط١(١٩٩٨) ، مكتبة مصر .

١٦- الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، عارف علي عارف مجلة التجديد، تصدر عن الجامعية الإسلامية العالمية بماليزيا، العدد الخامس، السنة الثالثة ، ١٩٩٩.
١٧- الاختيار لتعليل المختار للموصلي عبد الله بن محمود بن مودود ، دار المعرفة – لبنان ، ط٣(١٩٧٥-١٣٩٥هـ)
١٨- الاختيارات الفقهية لابن تيمية ، جمع سامي جاد الله ، دار عالم الفوائد – مكة ، ط١(١٤٣٥)
١٩- آداب الفتى ، علي الفكري ، مطبعة أمين هندية - مصر ، ط٥ (١٣٣٨هـ - ١٩٢٠م) .
٢٠- الأدب في الدين والرسالة الوعظية ورسالة الطير للغزالي ، تقديم محمد أديب ككل.
٢١- إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، نجلاء جمعة محمد ، ماجستير لعام ٢٠٠٥ ، كلية دار العلوم – القاهرة
٢٢- الاستذكار لابن عبد البر ، دار قتيبة –بيروت –ط١(١٤١٤-١٩٩٤) .
٢٣- الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، يوسف عبد الله محمد عبد البر أبو عمر ، تحقيق : محمد علي البجاوي ، دار الجيل ، ط١(١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
٢٤- الإسلام عقيدة وشريعة ، محمود شلتوت ، ط٣ (١٩٦٦) ، دار القلم – القاهرة.
٢٥- أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، زكريا بن محمد الأنصاري ، تحقيق : محمد الزهري الغمراوي المطبعة الميمنية ، ط١(١٣١٣).
٢٦- أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك في فقه الإمام مالك ، أبو بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر- لبنان ، ط١(١٤٢٠)
٢٧- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية – عبد الرحمن السيوطي– مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط(١٣١٨هـ-١٩٥٩م).
٢٨- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ، تحقيق عادل عبد الموجود ، علي معوض ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط١(١٤١٥هـ- ١٩٩٥م).
٢٩- أصول الشرعية الإسلامية ، علي جريشة ، ط١(١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) ، دار غريب – القاهرة .
٣٠- أصول الفقه ، محمد أبو زهرة ، ط (١٣٩٤هـ-١٩٧٤م) ، دار الفكر العربي.
٣١- أصول الفقه الإسلامي ، مصطفى الزلمي ، مكتب القبطان – بغداد ، ط٤(١٩٩٩) .

٣٢- إعانة الطالبين للسيد البكري ، دار الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه
٣٣- أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام ، عمر رضا كحالة ، مؤسسة الرسالة - بيروت.
٣٤- الأعلام ، خير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين – بيروت ، ط١٥(٢٠٠٢) .
٣٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية ، أبو عبيدة مشهور حسن آل سليمان ، ط: دار ابن الجو زي ، الدمام ، ط : ١٩٧٣ م.
٣٦- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، تحقيق : علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط٢(١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م) .
٣٧- الإقناع في فقه الإمام أحمد ، لأبي النجا الحجاوي ، تحقيق : عبد اللطيف السبكي ، دار المعرفة – بيروت :
٣٨- الإكمال في ذكر من له رواية في مسند أحمد من الرجال ، تحقيق عبد المعطي قلعجي ط١(١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) ، منشورات جامعة الدراسات الإسلامية ، باكستان.
٣٩- الأم للشافعي محمد بن إدرس ، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلب ، دار الوفاء ، ط١(١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)
٤٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب احمد ، علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن تحقيق د. عبد الفتاح الحلو –عبد الله التركي ط(١٩٩٤)، هجر- الجيزة .
٤١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ابن نجيم ، دار المعرفة – بيروت .
٤٢- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، محمد فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط١(١٤١٤هـ-١٩٩٤) .
٤٣- بدائع السلك في طبائع الملك ، أبو عبد الله محمد بن الأزرق الأندلسي ، تحقيق محمد بن عبد الكريم ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا
٤٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- لأبي بكر الكاساني – دار الكتب العلمية – بيروت ، ط٢(١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
٤٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي ، تحقيق أبو أوس البكري ، بيت الأفكار الدولية – لبنان ، ط(٢٠٠٧) .

٤٦- بريقة محمودية ، محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي ، وبهامشه الوسيلة الأحمدية والذريعة السرمدية في شرح الطريقة المحمدية ، رجب بن أحمد ، مطبعة مصطفى البابي - مصر، ط(١٣٤٨) .
٤٧- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ، أحمد الصاوي ، ط ١(١٤١٥هـ - ١٩٩٢م) ، دار الكتب العلمية – بيروت
٤٨- البناية شرح الهداية ، للعيني ، محمود بن احمد ، دار الفكر – بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)
٤٩- البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) ، علي بن عبد السلام بن علي ، أبو الحسن التُّسُولي ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية - لبنان ، ط١(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م).
٥٠- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيي بن أبي الخير سالم العمراني دار المنهاج، اعتني به قاسم محمد النوري.
٥١- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لابن رشد القرطبي ومعه المستخرجة من السمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبى القرطبي ، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .
٥٢- تاج التراجم ، قاسم ابن قطلوبغا السودوي الحنفي ، تحقيق : محمد خير يوسف ، ط١(١٤١٣-١٩٩٢) ، دار القلم – دمشق.
٥٣- تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى الزبيدي ، تحقيق : إبراهيم الترزى ، مطبعة حكومة الكويت ، ط(١٣٩٢هـ -١٩٧٢م) .
٥٤- التاج والإكليل لأبي عبد الله العبدري ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) .
٥٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، عثمان بن علي ، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، دار الكتاب الإسلامي – بيروت ، ط٢.
٥٦- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد ، تحقيق عبد السلام الشريف ،دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٤هـ -١٩٨٤م)
٥٧- تحرير المقال في أحكام وآداب وفوائد يحتاج إليها مؤدبو الأطفال شهاب الدين نحمد بن محمد الهيثمي الأنصاري ، تحقيق : مجد السيد إبراهيم ، مكتبة القرآن - القاهرة

٥٨- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، محمد أبي يعلى المباركفوري ، دار الفكر- بيروت.
٥٩- تحفة العروس ، محمد الدرديري ، دار الإيمان – الإسكندرية.
٦٠- تحفة الفقهاء ، علاء الدين السمرقندي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤م)
٦١- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن عمر بن علي الأنصاري ، تحقبق : عبد الله اللحياني ، دار حراء – مكة ، ط١(١٤٠٦هـ-١٩٨٦).
٦٢- التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، جميل فخري محمد ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط(٢٠٠٩) الأردن.
٦٣- تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي ، بيروت - لبنان، ط١(١٩٨٨).
٦٤- تربية الناشئ المسلم ، علي عبد الحليم محمود ، دار الوفاء ، ط٢(١٩٩٢) .
٦٥- التصرف الإسقاطي محمد زكريا البرديسي - مجلة إدارة قضايا الحكومة -العدد ٣.
٦٦- التعريفات للجرجاني ، ابي الحسن علي بن محمد ، دار الكتب العلمية –بيروت ، ط١(١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م).
٦٧- التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، احمد الصويعي شلبيك ، مجلة الشريعة والقانون – الشارقة
٦٨- التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبير القدومي ، الجامعة الأردنية، ١٩٩٦
٦٩- تفسير البحر المحيط ، أبي حيان الأندلسي ، تحقيق : عادل عبد الموجود - علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٣هـ-١٩٩٣م) .
٧٠- تفسير التحرير والتنوير للإمام محمد الطاهر بن عاشور – الدار التونسية – تونس
٧١- تفسير الثعلبي (الكشف والبيان) لابي اسحق احمد الثعلبي ، تحقيق: سيد كسروي ، دار الكتب العلمية – بيروت.
٧٢- تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) ، تحقيق عبد الرحمن اللويحق ، مكتبة العبيكان – الرياض ، ط١(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م).
٧٣- تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن) ، تحقيق : عبد الله التركي ، ط١(١٤٢٢هـ -٢٠٠١م) ، دار هجر- القاهرة

٧٤- تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل ، محمد جمال الدين القاسمي ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، ط١(١٣٧٦هـ- ١٩٥٧م)
٧٥- تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، إسماعيل بن كثير الدمشقي ، ط١(١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ، دار إحياء التراث العربي بيروت .
٧٦- تفسير القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، تحقيق : محمد بيومي - عبد الله المنشاوي ، مكتبة الإيمان – مصر.
٧٧- تكملة حاشية ابن عابدين ، دار الفكر – لبنان .
٧٨- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤ – ١٩٦٤.
٧٩- التلقين في الفقه المالكي ، أبي عبد الوهاب بن نصر البغدادي ، ومعه تحصيل ثلج اليقين في حل معقدات التلقين لابي فضل التيجلماسي ، تحقيق: أويس بو خيرة ، بدر العمراني ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(٢٠٠٤م-١٤٢٥هـ)
٨٠- تلقين الصبيان ما يلزم الإنسان ، نور الدين السالمي ، ط١ (١٤٠٦هـ- ١٩٨٥م)، دار إحياء العلوم -بيروت
٨١- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، يوسف بن عبد البر النمري الأندلسي أبو عمر ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب ، ط٢(١٣٨٧- ١٤١٢) .
٨٢- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، محمد بن أحمد بن عبد الهادي المقدسي أبو عبد الله ، تحقيق : سامي بن محمد بن جاد الله - عبد العزيز بن ناصر الخباني ، دار أضواء السلف ، ط١.
٨٣- التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع ، علي بن سليمان السعدي المرداوي علاء الدين أبو الحسن ، تحقيق : ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة ، ط١(١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
٨٤- التنبيه في الفقه الشافعي ، لابي اسحق ابراهيم الشيرازي ، عالم الكتب – بيروت ، ط١(١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م) .
٨٥- تهذيب الأخلاق وتطهير الأعراق ، ابن مسكويه ، تحقيق : ابن الخطاب ، ط١، مكتبة الثقافة الدينية.

٨٦- تهذيب اللغة – أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق الأستاذ عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، (بدون رقم طبعة).
٨٧- التوقيف على مهمات التعاريف – محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق د . محمد رضوان ، الداية، دار الفكر المعاصر – لبنان، دار الفكر – سوريا، ط(١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.).
٨٨- الجامع لأحكام القران للقرطبي ، مؤسسة مناهل الفرقان - بيروت ، د.ط ، د.ت .
٨٩- جامع الفقه لابن القيم ، ط١(١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، دار الوفاء – مصر.
٩٠- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، د . عبد العزيز سعد ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط٢(٢٠٠٢)
٩١- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، عبد السميع الآبي ، المكتبة الثقافية- بيروت
٩٢- الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، محي الدين أبي القادر بن محمد بن أبي الوفا الحنفي ، تحقيق : أبو الفتاح الحلو ، ط١(١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ، دار إحياء الكتب العربية.
٩٣- الجوهرة النيرة ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي ، المطبعة الخيرية – مصر ، ط١(١٣٢٢هـ).
٩٤- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، ط٢٩ (١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م)
٩٥- حاشية البجيرمي على المنهج ، سليمان البجيرمي ، مطبعة مصطفى الحلبي واولاده – مصر ، ط(١٣٤٥)
٩٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ابن عرفة ، دار إحياء الكتب العلمية ، مؤسسة عيسى البابا.
٩٧- حاشية الطحاوي على الدر المختار ، أحمد الطحاوي الحنفي ، دار المعرفة – بيروت ، ط(١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م)
٩٨- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني: تأليف الشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي، بيروت، المكتبة الثقافية .
٩٩- حاشيتا قليوبي وعميرة لأحمد بن أحمد القليوبي المصري ، وأحمد البرلسي الملقب بعميرة على شرح محمد بن أحمد المحلى على منهاج الطالبين للنووي ، ط٣(١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م) ، شركة مصطفى البابي - مصر

١٠٠- الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي ، تحقيق : علي معوض – عادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٤هـ – ١٩٩٤م) .
١٠١- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، د. فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة – بيروت ط٣(١٤٠٤هـ-١٩٨٤م).
١٠٢- الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي ، سامي حبيلي ، رسالة ماجستير في الجامعة الاردنية لعام ٢٠٠٥.
١٠٣- الحقوق والواجبات ، الديوان الوطني للتعليم والتكوين عن بعد، http://www.onefd.edu.dz /7
١٠٤- خبايا الزوايا للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر ، تحقيق عبد القادر العاني ، ظ١(١٤٠٢هـ-١٩٨٢م)
١٠٥- الخرشي على مختصر خليل ، المطبعة الأميرية – بولاق مصر ، ط٢(١٣١٧هـ) .
١٠٦- الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، سامح سيد محمد ، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ط ٢(٢٠٠٥) .
١٠٧- الخلع في قانون الأحوال الشخصية – أحكامه وآثاره ، منال محمود المنشي ، دار الثقافة – الأردن ، ط(٢٠٠٨) .
١٠٨- دراسات في الأحوال الشخصية، محمد بلتاجي ، دار السلام، القاهرة، ط ١(٢٠٠٦).
١٠٩- درء المفسدة في الشريعة الإسلامية ، محمد الحسن البغا ، دار العلوم الإنسانية – دمشق ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م).
١١٠- الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي محمد بن علي ، تحقيق : عادل عبد الموجود، على معوض ، دار عالم الكتب الرياض ، ط(١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م)
١١١- الدر المنتقى في شرح الملتقى ، للحصكفي محمد بن علي ، دار الكتب العربية- بيروت ، ط١(١٤١٩هـ- ١٩٩٨م).
١١٢- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الجيل - بيروت ، ط١(١٤١١-١٩٩١).
١١٣- الدرر في شرح المختصر (الشرح الصغير على مختصر خليل) ، بهرام الدميري ، تحقيق حافظ خير – أحمد نجيب ، دار النوادر –بيروت ، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١٤)
١١٤- الذخيرة ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق : د.محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٩٩٤).

١١٥- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، تحقيق : عادل عبد الموجود ، على معوض ، دار عالم الكتب الرياض ، ط(١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م)
١١٦- رسائل ابن نجيم الاقتصادية المعروف بـ (الرسائل الزينية في مذهب الحنفية) ، تحقيق : محمد سراج – علي محمد ، دار السلام – مصر ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)
١١٧- الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين ، لأبي الحسن علي القابسي ، تحقيق : ؛ أحمد خالد ، الشركة التونسية - تونس ، ط١(١٩٨٦).
١١٨- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني المؤلف : محمود الألوسي أبو الفضل، دار إحياء التراث العربي – بيروت ، ط١(١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢م).
١١٩- الروض الداني إلى المعجم الصغير للطبراني ، تحقيق : محمد شكور أمرير ، المكتب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٥-١٩٨٥م)
١٢٠- الروض المربع شرح زاد المستنقع ، منصور بن يونس البهوتي ، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد
١٢١- روضة الطالبين للنووي أبو زكريا يحيى بن شرف الدين ، المكتب الإسلامي – بيروت ط(١٤٠٥هـ)
١٢٢- روضة المستبين في شرح كتاب التلقين لابي محمد عبد العزيز ابن بزيزة التونسي ، تحقيق : عبد اللطيف زكاغ ، دار ابن حزم – بيروت ، ط١(١٤٣١-٢٠١٠)
١٢٣- زاد المحتاج في شرح المنهاج ، عبد الله الكوهجي ، تحقيق : عبد الله الأنصاري ، ط١ ، الشؤون الدينية – قطر.
١٢٤- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ، تحقيق :شعيب وعبد القادر أرناؤوط ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٣(١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) .
١٢٥- الزواج في الشريعة الإسلامية، علي حسب الله ، دار الفكر العربي- القاهرة ، ط(١٩٧١).
١٢٦- الزواج في ظل الإسلام ، عبد الرحمن عبد الخالق ، الكويت ١٩٣٣هـ .
١٢٧- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد ، ط٣(١٩٩٦) ، دار هومة - الجزائر
١٢٨- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد، دار البعث، قسنطينة، ط(١٩٨٩).

١٢٩- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام. محمد بن إسماعيل الأمير الحسني الصنعاني. ، دار إحياء التراث العربي – بيروت ، ط١(١٩٥٩م) .
١٣٠- سنن ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، دار الكتب العلمية- بيروت ، ط١(١٤١٩هـ .١٩٨٩م).
١٣١- سنن أبي داود ، تحقيق عبد الرحمن عثمان ، ط٣(١٤٠٧) ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة.
١٣٢- سنن الترمذي ، ط١ ، مكتبة المعارف - الرياض
١٣٣- سنن الدارقطني ، أبو الحسن علي بن عمر ، دار ابن حزم – بيروت ، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١١م) .
١٣٤- سنن سعيد بن منصور ، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظي ، الدار السلفية – الهند ، ط١(١٤٠٣هـ -١٩٨٢م)
١٣٥- السنن الكبرى للبيهقي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط٣(٢٠٠٣)
١٣٦- السنن الكبرى للنسائي ، تحقيق : حسن شلبي ، ط١ (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) ، مؤسسة الرسالة- بيروت
١٣٧- سنن النسائي ، ط١ ، مكتبة المعارف - الرياض .
١٣٨- سياسة الصبيان وتدبيرهم ، ابن الجزار القيرواني ، تحقيق : محمد الحبيب الهيلة ، الدار التونسية – تونس.
١٣٩- سير أعلام النبلاء ، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي أبو عبد الله شمس الدين ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط - بشار معروف ، مؤسسة الرسالة ، ط١(١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م).
١٤٠- سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية ، صالح أبو جادو ، ط١(١٤١٨هـ-٢٠٠٠م) ، دار المسيرة – عمان .
١٤١- شبهات حول الإسلام ، محمد قطب .
١٤٢- شرح حدود ابن عرفة (لابي عبد الله الرصاع ، تحقيق : محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٩٩٣) .

١٤٣- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في فقه أحمد بن حنبل ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، تحقيق عبد الله الجبرين ، ط١(١٤١٣هـ - ١٩٩٣م) ـ مكتبة العبيكان ـ الرياض
١٤٤- شرح فتح القدير ، عبد الواحد ابن الهمام ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق مصر المحمية ، ط(١٣١٦هـ)
١٤٥- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني (انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه) ، محمد علي السرطاوي - منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ١٩٩٥.
١٤٦- شرح قانون الأحوال الشخصية ، مصطفى السباعي ، دار الوراق – بيروت ، دار النيربين- دمشق ، ط٩(١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) .
١٤٧- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، عبد الرحمن الصابوني ط. ٨ (٢٠٠١) - منشورات جامعة دمشق:
١٤٨- شرح القانون المدني السوري ، محمد أديب استانبولي ، ط١(١٩٩٨)
١٤٩- شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا ، تحقيق : عبد الستار أبو غدة ، مصطفى الزرقا ، ط٢(١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)، دار القلم – دمشق.
١٥٠- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (شمس الدين أبي الفرج) ، تحقيق د. عبد الفتاح الحلو –عبد الله التركي ط(١٩٩٤)، هجر- الجيزة .
١٥١- الشرح الكبير على مختصر خليل للشيخ أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العلمية ، مؤسسة عيسى البابا.
١٥٢- شرح الكوكب المنير لأبي البقاء الفتوحي تقي الدين محمد بن أحمد المعروف بابن النجار، مطبعة السنة المحمدية.
١٥٣- شرح مدونة قانون الأحوال الشخصية السوري – مصطفى السباعي – دار الفكر – دمشق ط٦ (١٩٦٣م).
١٥٤- شرح مشكل الآثار لأبي جعفر الطحاوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط١ (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
١٥٥- شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، منصور البهوتي ، تحقيق : عبد الله التركي ، ط١(١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ، مؤسسة الرسالة - بيروت
١٥٦- شرح منح الجليل شرح مختصر خليل ، محمد عليش ، دار الفكر – لبنان ، ط١(١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) .

١٥٧- شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، رشدي شحاتة أبو زيد، ط١(١٩٩٩) ، دار الفكر العربي، القاهرة
١٥٨- الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي ، محمود بلال مهران ، دار الثقافة العربية – القاهرة ، ط١(١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
١٥٩- شروط النهضة ، مالك بن نبي ، ترجمة : عمر مسقاوي وعبد الصبور شاهين ، دار الفكر –دمشق.
١٦٠- الصحاح ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين – بيروت ، ط٢(١٣٩٩هـ-١٩٥٦م) .
١٦١- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، علي بن بلبان الفارسي ، تحقيق : شعيب ارناؤوط ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، ط٢(١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) .
١٦٢- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل ، دار ابن كثير – دمشق.
١٦٣- صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، أبو مالك كمال بن السيد سالم ، المكتبة التوفيقية، القاهرة- مصر ، ط (٢٠٠٦) .
١٦٤- صحيح مسلم ، بيت الافكار الدولية – الرياض ، ط(١٤١٩هـ-١٩٩٨م).
١٦٥- الصلح في القران الكريم د. طه عابدين طه ، مجلة الجامعة الاسلامية ، ط(١٤٣٠هـ)/
١٦٦- الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، د. محمود محجوب عبد النور/ دار الجيل بيروت ط١(١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .
١٦٧- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، البوطي ، مؤسسة الرسالة – دمشق ، ط٢(١٣٩٧-١٩٧٧) .
١٦٨- طبقات الحنابلة ، أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء البغدادي ، تحقيق : عبد الرحمن العثيمين .
١٦٩- الطبقات السنية في طبقات الحنفية ، تقي الدين بن عبد القادر الداري - تحقيق : عبد الفتاح محمد الحلو ، دار الرفاعي ، ط١(١٤١٠هـ - ١٩٨٩م).
١٧٠- طبقات الشافعية ، عبد الرحيم الإسنوي ، ط١(١٤٠٨هـ -١٩٨٧م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .
١٧١- العدة في شرح العمدة ، عبد الرحمن المقدسي ، دار الفكر – بيروت ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) .

١٧٢- العزيز شرح الوجيز لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني ، تحقيق : علي محمد معوض – عادل احمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٧هـ - ١٩٩٧)
١٧٣- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، عبد الله بن نجم بن شاس ، تحقيق عبد الحفيظ منصور ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ط١(١٤١٥) .
١٧٤- علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية ، سعاد إبراهيم صالح، دار تهامة ، جدة، ١٩٧٩
١٧٥- علم الاجتماع العائلي ، بهاء الدين تركية ، ط١(٢٠٠٤) ، دار الأهالي – دمشق.
١٧٦- علم النفس الاجتماعي ، مهدي محمد القصاص – جامعة المنصورة لعام ٢٠٠٨
١٧٧- علم النفس الاجتماعي ، عبد الفتاح محمد دويدار ، ط(١٩٩٤) ، دار النهضة العربية – بيروت .
١٧٨- العلماء العرب المعاصرون ، أحمد العلاونة ، دار البشائر الإسلامية – بيروت ، ط١(١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
١٧٩- عمدة السالك لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب المصري ابن لؤلؤة ، ط(١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م) ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر .
١٨٠- العناية شرح الهداية ، محمد بن محمد ، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين الرومي البابرتي ، دار الفكر – بيروت
١٨١- عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية محمد علي حسب الله ، مطبعة العلوم – القاهرة ، ط(١٩٤٨) .
١٨٢- عيون المسائل لأبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي ، تحقيق : علي بورويبة ، دار ابن حزم – بيروت ، ط١(١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م) .
١٨٣- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، مرعي بن يوسف الكرمي ، مؤسسة غراس – الكويت ، ط١(١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م).
١٨٤- الغرفة الشرعية مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٢٠٠٢ .
١٨٥- غريب الحديث ، القاسم بن سلام الهروي ، تحقيق : حسين شرف ، ط(١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية – مصر.
١٨٦- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، ط١(١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .

١٨٧- الفتاوى الهندية ، الشيخ نظام ، ط١(١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ، دار الكتب العلمية – بيروت.
١٨٨- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، علي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، دار الكتب السلفية .
١٨٩- الفرقة بين الزوجين، على حسب الله ، دار الفكر، مصر، ط١(١٩٦٨) .
١٩٠- الفروع ، أبي عبد الله بن مفلح المقدسي ويليه تصحيح الفروع للمرداوي وحاشية ابن قندس ، تحقيق : عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، ط١(١٤١٥هـ - ٢٠٠٣م) .
١٩١- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، ، ط١(١٩٨٠) ، دار الفكر، دمشق .
١٩٢- فقه السنة ، السيد سابق ، دار الفتح للاعلام العربي – مصر ، ط١(١٤٢١-٢٠٠٠).
١٩٣- الفقه على المذاهب الأربعة ، عبد الرحمن الجزيري ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط٧(١٩٨٦) .
١٩٤- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق) بدران أبو العينين ، دار النهظة العربية- بيروت ، ط١(١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م)
١٩٥- فقه النوازل- دراسة تأصيلية تطبيقية، محمد بن حسين الجيزاني ، دار ابن الجوزي، السعودية .
١٩٦- الفوائد الفكرية ، عبد الله الفكري ، تحقيق : محمود نصار ، ط١(١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م) دار الجيل - بيروت
١٩٧- الفواكه الدواني شرح لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهري ، المكتبة الثقافية – بيروت.
١٩٨- فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك ، محمد أبي الدين بركات الشامي البقاعي ، وبهامشه متن عمدة السالك لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب المصري ابن لؤلؤة ، وبأسفل الهامش تقريرات للشيخ محمد علي بن حسن المالكي ، ط(١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م) ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر .
١٩٩- القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين ، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة ، ط٨(١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)

٢٠٠- قانون الأحوال الشخصية السوري ، عبد الرحمن الصابوني ، مديرية الكتب الجامعية – دمشق. ، ط(١٩٧٩) .
٢٠١- قانون الأحوال الشخصية السوري ، محمد أديب استانبولي ، ط(٢٠٠٠) ، الفكر القضائي للمعلوماتية – دمشق.
٢٠٢- قانون أصول المحاكمات المدنية ، ممدوح عطري ، مؤسسة النوري– دمشق ، ط (١٩٩٨).
٢٠٣- القانون المدني السوري ، ممدوح عطري ، مؤسسة النوري – دمشق ، ط١(١٤١٢هـ- ١٩٩٢م).
٢٠٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء ، تحقيق: محمود الشنقيطي، دار المعارف بيروت – لبنان
٢٠٥- القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، محمد بكر إسماعيل ، دار المنار- ط١(١٩٩٧)
٢٠٦- القواعد الفقهية مفهومها ونشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها ، علي أحمد الندوي ، دار القلم – دمشق ، ط٣(١٤١٤- ١٩٩٣).
٢٠٧- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، إبراهيم الحريري ، ط١(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) ، دار عمار - عمان .
٢٠٨- القوانين الفقهية لابن جزي الكلبي ، محمد بن أحمد ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط١(٢٠٠٦) .
٢٠٩- الكافي في فقه أهل المدينة ، لابن عبد البر ، تحقيق محمد الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة : الرياض
٢١٠- الكشاف للزمخشري ، تحقيق : عادل عبد الموجود - علي معوض ، ط١(١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) ، مكتبة العبيكان - الرياض
٢١١- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، تحقيق محمد أمين الضناوي ، عالم الكتب – بيروت ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٧م) .
٢١٢- كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني- تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط - طالب عواد ، دار البشائر- دمشق ، ط١(١٤٢٢ – ٢٠٠١م).

٢١٣- كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين ، للمحلى جلال الدين محمد بن أحمد ، دار المنهاج – السعودية ، ط٢(١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م)
٢١٤- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ، علي المتقي بن حسام الدين الهندي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط٥ (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .
٢١٥- اللائحة الصادرة عن وزارة العدل في السعودية ، ط٢(١٤٢٠هـ) .
٢١٦- لسان العرب لابن منظور ، تحقيق : عبد الله علي الكبير ، محمد احمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، دار المعارف – القاهرة .
٢١٧- لطائف الإشارات (تفسير القشيري) ، تحقيق : إبراهيم بسيوني ، ، الهيئة المصرية العامة للكتاب – القاهرة ط٣(٢٠٠٠) .
٢١٨- اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الغنيمي ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية - بيروت.
٢١٩- المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣- ١٩٧٦ ، عزة ضاحي ، سلسلة الاجتهاد القضائي في ربع قرن المطبعة الجديدة، - دمشق ، ط (١٩٧٨) .
٢٢٠- متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، توفيق أبو هاشم ، الجامعة الأردنية ، ط (١٩٩٠)
٢٢١- المبدع شرح المقنع لأبي اسحق إبراهيم بن مفلح ، تحقيق محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٨هـ- ١٩٩٧م) .
٢٢٢- المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة - بيروت ، ط٢(١٤٠٦-١٩٨٦).
٢٢٣- مجلة الأسرة تصدر في هولندا ، زواج المسيار ، أحمد التميمي ، العدد٤٦ لعام ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م
٢٢٤- مجلة العدل ، بحث محكم بعنوان المعاوضة على الحقوق، عبد الله بن إبراهيم الموسى، العدد ٤٥، لسنة ١٤٣١.
٢٢٥- المجلة العربية للفقه والقضاء العدد ٢٣ نيسان لعام ٢٠٠٠.
٢٢٦- مجلة المجمع الفقهي ، عبد الكريم زيدان ، مدى حق الزوجة في إنهاء عقد النكاح بالخلع، العدد٢
٢٢٧- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله المعروف ب داماد أفندي ، دار التراث العربي – بيروت ، ط(١٣١٧هـ) .

٢٢٨- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، علي بن أبي بكر الهيثمي نور الدين ، تحقيق : حسام الدين القدسي ، دار الكتاب العربي – بيروت.
٢٢٩- المجموع شرح المهذب ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، بقلم محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد – جدة .
٢٣٠- مجموع فتاوى ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمن العاصمي ، ط٢، مكتبة ابن تيمية
٢٣١- مجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، جمع عبد الرحمن النجدي ، مطابع الرياض ، ط١(١٤٠٥) .
٢٣٢- مجموعة رسائل ابن عابدين ، محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين
٢٣٣- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سورية مع الأصول والبينات ، محمد فهر شقفة ، مؤسسة النوري – دمشق ، ط(١٩٩٦م
٢٣٤- محاضرات في الفقه المقارن ، د. محمد سعيد البوطي ، دار الفكر المعاصر- بيروت ط١٩٨١ .
٢٣٥- المحرر في فقه الإمام احمد بن حنبل ، مجد الدين أبي البركات ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩-١٩٥٠
٢٣٦- المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، لأبي المعالي محمود بن أحمد بن مازة البخاري ، تحقيق : عبدالكريم الجندي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢٤هـ-٢٠٠٤) .
٢٣٧- مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي ، دار الفيحاء - بيروت
٢٣٨- مختصر خليل ، للشيخ خليل بن اسحق المالكي ، تحقيق : أحمد حماد ، دار الحديث – القاهرة ، ط(١٤٢٦-٢٠٠٥).
٢٣٩- مختصر القدوري لابي الحسن احمد بن محمد القدوري الحنفي البغدادي ، تحقيق كامل عويضة ، دار الكتب العلمية –بيروت ، ط١(١٤١٨هـ-١٩٩٧م)
٢٤٠- مختصر المزني في فروع الشافعية لأبي إبراهيم المزني ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط١(١٤١٩هـ-١٩٩٨م)
٢٤١- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، عبد الرحمن الصابوني ، دار الفكر ، ط(١٩٦٨م).
٢٤٢- المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ، مصطفى الزرقا ، دار القلم – دمشق.
٢٤٣- المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) .

٢٤٤- مذكرة في علم الميراث – د محمد حمزة – جامعة الزقاق
٢٤٥- المرأة بين الفقه والقانون ، مصطفى السباعي ، دار الوراق – بيروت ، ط٧(١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م) .
٢٤٦- المرجع في قضاء الأحوال الشخصية ، احمد الداغستاني ، دار الأنوار – دمشق ، ط١(١٩٨٣).
٢٤٧- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدري باشا ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية – ط٢(١٣٠٨هـ- ١٨٩١م) .
٢٤٨- المرشد في قانون الأحوال الشخصية ، سعدي أبو جيب وأديب استانبولي – المكتبة القانونية –دمشق – ط٢(١٩٩٠)
٢٤٩- مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، أسامة عمر الأشقر –دار النفائس – الأردن – ط١(١٤٢٠-٢٠٠)
٢٥٠- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري ، تحقيق : مصطفى عطا ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط٢(٢٠٠٢).
٢٥١- مسند أحمد ، تحقيق : شعيب أرناؤوط - عادل مرشد ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط١ (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
٢٥٢- مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري لعام ٢٠٠٩ المادة ١٧
٢٥٣- المصباح المنير ، أحمد بن علي الفيومي ، مكتبة لبنان – بيروت ، ط(١٩٧٨).
٢٥٤- المصنف لابن أبي شيبة - تحقيق حمدي الجمعة ، محمد اللحيدان ، ط١ (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م) مكتبة الرشد - السعودية
٢٥٥- المصنف ، عبد الرزاق الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي – بيروت ، ط٢(١٤٠٣هـ-١٩٨٣)
٢٥٦- المفردات في غريب القرآن ، لابي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني - مكتبة نزار مصطفى الباز .
٢٥٧- مقدمة ابن خلدون ، تحقيق عبد الله الدرويش ، ط١(١٤٢٥-٢٠٠٤) ، دار يعرب – دمشق .
٢٥٨- مقال للدكتور طه جابر العلواني بعنوان : كيف نحقق التوازن بين ثقافة الحق والواجب.
٢٥٩- مقدمة في علم الاجتماع ، إبراهيم عثمان ، ط١(١٩٩٩) ، دار الشروق – الأردن.

٢٦٠- المقدمات الممهدات ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد ، تحقيق : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي – بيروت ، ط١(١٤٠٨هـ - ١٩٩٨م)
٢٦١- معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم ، شيرين أبو عبدو ، ط(١٤٣١هـ - ٢٠١٠م)
٢٦٢- معالم القربة في معالم الحسبة ، محمد بن محمد بن أحمد بن الأخوة القرشي ، تحقيق : محمد محمود شعبان - صديق احمد عيسى المطيعي ، ط (١٩٧٦) الهيئة المصرية العامة للكتاب
٢٦٣- معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعه جي ، دار النفائس – الأردن ، ط١(١٩٨٥).
٢٦٤- معجم المقاييس في اللغة – أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر – بيروت ، ط ١ (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م).
٢٦٥- المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد ، ط٢ ، دار الفكر - بيروت
٢٦٦- المغني لابن قدامة ، تحقيق عيد التركي وعبد الفتاح الحلو ، ط١(١٤٠٦) حجر للطباعة – مصر .
٢٦٧- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للشربيني - دار الفكر – بيروت .
٢٦٨- الملكية في الشريعة الإسلامية ، عبد السلام العبادي ، مكتبة الأقصى – عمان ط(١٣٩٤هـ – ١٩٧٤م)
٢٦٩- منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، إبراهيم بن محمد صفويان ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط(١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) .
٢٧٠- المنتقى شرح الموطأ ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي- القاهرة - الطبعة: الثانية .
٢٧١- المنثور في القواعد لابي عبد الله بدر الدين الزركشي ، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، ط١(١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م) ، دار الكتب العلمية – بيروت.
٢٧٢- المنثور في القواعد للزركشي ، ط٣(١٤٠٥) ، وزارة الأوقاف الكويتية .
٢٧٣- المنجد في اللغة والأدب والعلوم، لويس معلوف، المكتبة الكاثوليكية، بيروت، ط(١٩٦٠).
٢٧٤- المنهاج في شرح صحيح مسلم للنووي ، بيت الأفكار الدولية – الرياض.
٢٧٥- منهاج المسلم ، أبو بكر الجزائري ، دار السلام – مصر ، ط(١٩٨١) .

٢٧٦- منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي للأنصاري محمد بن زكريا ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤١٧هـ- ١٩٩٧م)
٢٧٧- منهاج الطالبين وعمدة المتقين ، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، دار المنهاج – بيروت ، ط١(١٤٢٦-٢٠٠٥).
٢٧٨- المهذب في الفقه المالكي وأدلته ، محمد سكحال المجاجي ، دار الوعي – الجزائر ، ط١(١٤٣١-٢٠١٠م)
٢٧٩- المهذب للشيرازي ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، دار القلم دمشق ، ط١(١٤١٧هـ-١٩٩٦م) .
٢٨٠- الموافقات في أصول الشريعة ، أبو اسحق الشاطبي ، ط١ (١٤١١هـ – ١٩٩١م) ، دار الكتب العلمية – بيروت .
٢٨١- مواهب الجليل ، محمد بن عبد الرحمن المغربي ، ط: دار الفكر، بيروت ط٢(١٣٩٨هـ)
٢٨٢- مواهب الصمد في حلّ ألفاظ الزبد ، أحمد بن حجازي الفشني ، الشؤون الدينية – قطر .
٢٨٣- موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، عطية صقر ، مكتبة وهبة – القاهرة ، ط١(١٤٣٧هـ-٢٠٠٦م) .
٢٨٤- موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان ، نبيل الصائغ ، ط٢ (١٤٠٤هـ ، ١٩٨٤م).
٢٨٥- الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ، ط٢(١٤٠٤هـ-١٩٨٣).
٢٨٦- الموطأ للإمام مالك، تحقيق كلال حسن علي ، مؤسسة الرسالة ناشرون- دمشق ، ط١(١٤٣٤هـ-٢٠١٣م)
٢٨٧- موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ، محمد عثمان شبير ، مجلة الحكمة، تصدر في لندن، العدد السادس ، ط (١٤١٦- ١٩٩٥)
٢٨٨- الميراث والوصية والهبة ، بدران أبو العينين ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، ط(١٩٨٥).
٢٨٩- النجم الوهاج في شرح المنهاج ، لابي البقاء الدميري ، دار المنهاج – السعودية ، ط١(١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) .

٢٩٠- ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، تحرير فاروق بدران وآخرون، جمعية العفاف الأردنية ، ط ٣-١٩٩٤) .
٢٩١- نصب الراية في أحاديث الهداية للزيلعي عبد الله بن يوسف، المكتب الإسلامي – بيروت ، ط٢(١٣٩٣)
٢٩٢- نظام الأسرة في الإسلام، محمد عقلة ، مكتبة الرسالة الحديثة - عمان ، ط١(١٩٨٣).
٢٩٣- نظام الإرث في التشريع الإسلامي ، احمد خراج حسين ، المؤسسة الجامعية للدراسات – بيروت ، ط(١٩٨٨)
٢٩٤- نظام الحياة في الإسلام ، أبي الأعلى المودودي ، نقله إلى العربية : محمد عاصم حداد ، دار الفكر – دمشق ط٤(١٤٨٥هـ-١٩٦٥م).
٢٩٥- نظرية إسقاط الحق ، عبد الرحمن محمد ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ١٩٧٧.
٢٩٦- نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير، بلحورابي سعاد (٢٠١٤)
٢٩٧- نظرية الحق ، محمد أحمد المعداوي – كلية الحقوق – جامعة بنها .
٢٩٨- النظرية العامة للإبراء في الفقه الإسلامي ، ربيع دردير ، محمد علي ، رسالة دكتوراه مطبوعة ، جامعة أسيوط ١٩٩٠م .
٢٩٩- النظرية العامة للعقد ، على فيلالي ، موفم للنشر – الجزائر ، ط٢(٢٠٠٥) .
٣٠٠- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، محمد سراج ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية .
٣٠١- نهاية الزين في إرشاد المبتدئين شرح محلى قرة العين ، لابي المعطي محمد الجاوي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط١(١٤٢٢- ٢٠٠٢م) .
٣٠٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين الرملي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط٣(١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).
٣٠٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار – الإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني، تحقيق أنور الباز، دار الوفاء، ط ١(١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).
٣٠٤- نيل المآرب بشرح دليل الطالب، عبد القادر الشيباني المعروف بابن أبي تغلب ، تحقيق : محمد الأشقر، مكتبة الفلاح – الكويت ، ط١(١٤٠٣-١٩٨٣)
٣٠٥- الهداية للمرغيناني ، دار الفكر – بيروت ، ط١(١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م) .

٣٠٦- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، احمد بن محمد بن خلكان ، تحقيق : إحسان عباس دار صادر - بيروت
٣٠٧- الولاية في الزواج ، أحمد الصويعي شليبك ، مجلة الشارقة ، المجلد ، العدد ١العام ٢٠٠٧.
٣٠٨- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط(١٩٩٩).
٣٠٩- الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د. احسن بوسقيعة ، دار هومة ، ط(٢٠٠٢)
٣١٠- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ط(١٩٩٨)
٣١١- الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، محمد الكشبور، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء،.١٩٩٩.
٣١٢- الوسيط في المذهب ، محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام – القاهرة ط١(١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

فهرس الموضوعات :

العنوان	الصفحة
المقدمة	٢
الفصل التمهيدي : الحقوق الأسرية وأنواعها في الفقه الإسلامي وأسباب انقضائها :	١٤
المبحث الأول : مفهوم الحق الأسري وعلاقته بالواجب ضمن إطار الأسرة :	١٤
المطلب الأول : تعريف الحقوق الأسرية وأركانها ومقوماتها:	١٤
الفرع الأول : تعريف الأسرة	١٤
الفرع الثاني : تعريف الحق الأسري	١٧
الفرع الثالث : السمات العامة للحقوق الأسرية	١٩
المطلب الثاني : أسباب ترتب الحقوق الأسرية ودرجات استحقاقها :	٢٠
الفرع الأول : أسباب ترتب الحقوق الأسرية	٢٢
قرابة الدم	٢٣
قرابة المصاهرة	٢٤
قرابة الرضاع	٢٥
الفرع الثاني : درجات القرابة من حيث استحقاق الحقوق الأسرية	٢٦
المطلب الثالث : العلاقة بين الحقوق والواجبات الأسرية	٢٩
المبحث الثاني : أنواع الحقوق ضمن العلاقات الأسرية :	٣٢
المطلب الأول : أنواع الحقوق تبعاً لجهة الاختصاص وطبيعته :	٣٢
الفرع الأول : الحقوق الأسرية المتماثلة :	٣٢
المعاشرة بالمعروف	٣٢
الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر	٣٦
حق الاستمتاع	٣٦
حق الخيار	٣٧
الفرع الثاني : الحقوق الأسرية المتقابلة :	٣٩
حق الطلاق	٤٠
حق الخلع	٤٢

الفرع الثالث : الحقوق الأسرية المشتركة :	٤٢
النسب	٤٢
الولاية	٤٣
الحضانة	٤٤
الفرع الرابع : الحقوق الأسرية المطلقة :	٤٩
القوامة	٤٩
المهر	٥١
الفرع الخامس : الحقوق الأسرية المقيدة :	٥٣
أولاً : القيود الشرعية	٥٣
تقييد الطاعة بتعجيل المهر	٥٣
تقييد ولاية التأديب بنشوز الزوجة	٥٤
ثانياً : القيود العقدية	٥٦
ثالثاً : القيود العرفية :	٥٧
خدمة المرأة لزوجها في بيته	٥٧
تقسيم المهر إلى معجّل ومؤجّل	٥٨
رابعاً : القيود القانونية :	٥٩
الفحص الطبي قبل الزواج	٦٠
التعويض في الطلاق التعسفي	٦٢
المطلب الثاني : أنواع الحقوق تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأفراد :	٦٧
الفرع الأول : الحقوق الزوجية :	٦٧
أولاً : حقوق الزوج على زوجته :	٦٧
طاعة الزوج في نفسها	٦٧
قرار الزوجة في بيت زوجها وعدم الخروج منه بغير إذنه	٦٧
ثانياً : حقوق الزوجة على زوجها :	٦٨
النفقة الزوجية	٦٨
الإحسان إليها	٧٠
الاعتدال في الغيرة	٧٠
التعليم	٧١

العدل بين الزوجات	٧١
التطبيب	٧٢
الفرع الثاني : الحقوق الوالدية :	٧٢
أولاً : حقوق الآباء :	٧٢
البر والطاعة والتزام الأدب.	٧٢
الإنفاق عليهما	٧٣
ثانياً : حقوق الأبناء :	٧٣
الرعاية والتربية .	٧٣
حق الولد في الاستقلال بنفسه بعد البلوغ.	٧٤
الاستئذان للبكر والإعلام بالزواج للثيب	٧٥
المطلب الثالث : أنواع الحقوق الأسرية تبعاً لاعتبار المالية فيها من عدمها :	٧٨
الفرع الأول : الحقوق المالية:	٧٨
نفقة الأولاد	٧٨
العقيقة	٨٠
أجرة الرضاع	٨٠
حقُّ المطلقة في المتعة	٨٣
التعويض لضرر العدول عن الخطبة	٨٤
الفرع الثاني : الحقوق غير المالية :	٨٦
الرَّجعة	٨٦
العدة	٨٧
الإحداد	٨٨
حق القسم	٨٩
المبحث الثالث : أسباب انقضاء الحقوق الأسرية :	٩٢
المطلب الأول : انتهاء عقد الزواج :	٩٢
الفرقة بخلع أو طلاق	٩٢
فسخ عقد النكاح وبطلانه	٩٢
الردة	٩٣
اللعان	٩٣

الوفاة	٩٤
المطلب الثاني : سقوط الحق	٩٥
الردة	٩٦
العجز أو التقصير في القيام بحق الغير إذا تعلّق الحق بهم	٩٦
انتهاء سبب الاستحقاق	٩٧
سقوط دعوى الحق بالتقادم	٩٨
الظروف الطارئة	١٠٠
سقوط الحق بإسقاط الطرف المقابل ما وجب عليه أو تقصيره فيه :	١٠٠
سقوط الحق بإسقاط القاضي	١٠١
موت أحد الطرفين	١٠٢
سقوط الحق بثبوت حق آخر	١٠٣
المطلب الثالث : أداء الحق أو إسقاطه أو الإبراء منه	١٠٤
الفصل ا لأول : مفهوم الإسقاط على مال وحكمه :	١٠٦
المبحث الأول: تعريف الإسقاط على مال والألفاظ ذات الصلة :	١٠٦
المطلب الأول : تعريف الإسقاط على مال	١٠٦
المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة	١٠٩
المبحث الثاني : طرق الإسقاط على مال :	١١٢
المطلب الأول : الإسقاط على مال بطريق المعاوضة	١١٢
المطلب الثاني : الإسقاط على مال بطريق التعليق على شرط	١١٦
المطلب الثالث : الإسقاط على مال بطريق المصالحة :	١١٨
إسقاط بعض المؤجل مقابل تعجيل باقيه	١٢٠
المصالحة على تأجيل الحال (التصالح على إسقاط الحق في الحلول)	١٢١
المصالحة على إسقاط بعض الحال وتأجيل باقيه	١٢١
المصالحة عن الأعيان ببعضها	١٢٢
المصالحة عن الأعيان بمنفعتها	١٢٣
المصالحة عن الأعيان بمال	١٢٣
المصالحة على إسقاط بعض الحال	١٢٤
المصالحة عن الحق بأكثر منه من نفس جنسه	١٢٤

المصالحة عن قيمة المتلف بقيمة مؤجلة	١٢٥
المصالحة على إسقاط الدين المؤجل مقابل دين مؤجل	١٢٥
المطلب الرابع : الإسقاط على مال بطريق المقاصة:	١٢٦
أولاً : تعريف المقاصة .	١٢٧
ثانياً : ضوابط التعامل المالي بطريق المقاصة	١٢٧
ثالثاً : صور المقاصة الاختيارية :	١٢٧
المبارأة	١٢٧
المقاصة بدين النفقة	١٢٩
المقاصة بين مهر المثل والدّية	١٣١
المقاصة بين المهر المسمى وبدل الخلع	١٣١
المقاصة بين مهر المثل وبدل الخلع	١٣١
المقاصة بين المهر ودين ثابت في ذمة الولي	١٣١
رابعاً : صور المقاصة الجبرية في مجال الحقوق الأسرية (الخلع الإلزامي):	١٣٢
المنحى القضائي للخلع الإلزامي	١٣٢
الحكم الشرعي للخلع الإلزامي	١٣٣
المبحث الثالث : حكم الإسقاط على مال ودوافعه :	١٣٦
المطلب الأول : مشروعية الإسقاط على مال	١٣٦
المطلب الثاني : حكم الإسقاط على مال :	١٤٣
الفرع الأول : الحكم التكليفي للإسقاط على مال	١٤٣
الفرع الثاني : حكم الزيادة على ما ساق للزوجة عند فرق الزواج	١٤٧
الفرع الثالث : حكم التصالح على إسقاط بعض الحقوق الزوجية مقابل استدامة النكاح	١٥١
المطلب الثالث : دوافع إسقاط الحقوق الأسرية على مال	١٥٤
المبحث الرابع : شروط مشروعية إسقاط الحقوق الأسرية على مال	١٥٦
الفصل الثاني : أركان الإسقاط على مال وشروطها :	١٦٤
المبحث الأول: الطرفان وشروطهما في الإسقاط على مال :	١٦٤
المطلب الأول : شروط المسقِط (صاحب الحق):	١٦٤
المطلب الثاني : شروط المسقَط له :	١٧٣

المبحث الثاني : الصيغة وشروطها في الإسقاط على مال :	١٧٦
المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول في الإسقاط على مال :	١٧٦
المطلب الثاني : التعليق في الإسقاط على مال :	١٨٤
الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء	١٨٥
الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء	١٨٥
الشروط المختلف فيها	١٨٥
المطلب الثالث : التنجيز في الإسقاط على مال	١٨٩
المطلب الرابع : تقييد الإسقاط بشرط	١٩١
المطلب الخامس : إضافة الإسقاط على مال إلى الزمن المستقبل في الحقوق الأسرية	١٩٣
المبحث الثالث : شروط الحق المسقَط على مال وقابليته للتجزؤ :	١٩٥
المطلب الاول : شروط الحق القابل للإسقاط	١٩٥
المطلب الثاني : قابلية الحق للتجزؤ في الإسقاط	٢٠٢
المبحث الرابع : صور العوض المالي وشروطه في الإسقاط:	٢٠٦
المطلب الأول : صور العوض المالي في الإسقاط :	٢٠٦
المطلب الثاني : شروط العوض المالي :	٢٠٩
الفصل الثالث : الحقوق الأسرية التي يمتنع فيها الإسقاط على مال :	٢١٨
المبحث الأول: الحقوق التي تعلق بها حق الغير :	٢١٨
المطلب الأول : الحقوق التي تعلق بها حق الله تعالى أو كان غالباً فيها :	٢١٨
حق الرجعة	٢١٩
حق العدة وسكنى المعتدة	٢١٩
إسقاط المهر من العقد	٢٢٠
المطلب الثاني : الحقوق التي تعلق بها حق العبد أو كان غالباً فيها :	٢٢٣
إسقاط حق الكفاءة	٢٢٣
تجزئة الحضانة بين المحضونين	٢٢٦
المبحث الثاني : الحقوق التي ثبتت لاعتبارات شرعية في الحكم أو الشخص :	٢٢٧
المطلب الأول : الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية :	٢٢٧
الفرع الأول : ما كان في إسقاطه منافاة لمقتضى العقد	٢٢٧

إسقاط حق الاستمتاع	٢٢٧
إسقاط حق القوامة	٢٢٨
الزواج بشرط الطلاق	٢٢٩
الفرع الثاني : ما يكون في إسقاطه تغيير للنظام العام :	٢٣١
إسقاط حق النسب	٢٣١
إسقاط حق الأولاد في النفقة	٢٣٢
المطلب الثاني : الحقوق التي تعتبر وصفاً ذاتياً للشخص :	٢٣٣
إسقاط حق الولاية	٢٣٣
إسقاط الحق في ولاية التزويج	٢٣٣
المطلب الثالث : الحقوق التي ثبتت لرفع الضرر عن النفس :	٢٣٥
إسقاط حق القسم	٢٣٥
إسقاط حق الخيار	٢٤٠
المبحث الثالث : الحقوق التي تُسقَط قبل وقت استحقاقها :	٢٤٢
المطلب الأول : حقوق لم تجب ولم يوجد سببها	٢٤٢
المطلب الثاني : حقوق لم تجب ولكن وجد سببها	٢٤٤
المطلب الثالث : الحقوق التي تسقط شيئاً فشيئاً :	٢٤٦
إسقاط النفقة الزوجية المستقبلة	٢٤٦
إسقاط حق القسم	٢٤٧
أجرة الرضاع والحضانة	٢٤٨
الفصل الرابع : صور تطبيقية لإسقاط الحقوق الأسرية مقابل مال وحكمها :	٢٥١
المبحث الأول : إسقاط حق الحضانة على مال :	٢٥١
المطلب الأول : تحقيق مناط الحضانة من خلال حالات سقوطها	٢٥١
المطلب الثاني : حكم إسقاط حق الحضانة مقابل مال وصوره :	٢٥٥
الفرع الأول : الإسقاط الاتفاقي لحق الحضانة بعوض	٢٥٥
الفرع الثاني : إسقاط الحضانة على أنها بدل الخلع	٢٦٠
المطلب الثالث : حكم عودة الحق بعد إسقاطه	٢٦٢
المطلب الرابع : إسقاط الحقوق المتعلقة بحق الحضانة :	٢٦٥
الفرع الأول : إسقاط نفقة المحضون	٢٦٥

الفرع الثاني : إسقاط الحق في رؤية المحضون	٢٦٦
الفرع الثالث : إسقاط حق الانتقال بالمحضون	٢٦٨
الفرع الرابع : إسقاط الحق في ولاية الضم	٢٧٢
الفرع الخامس : إسقاط حق الطفل في اختيار حاضنه	٢٧٣
الفرع السادس : إسقاط أجرة الحضانة	٢٧٥
الفرع السابع : إسقاط حق الحاضنة في السَّكن	٢٧٩
المبحث الثاني : إسقاط العصمة مقابل مال :	٢٨٢
المطلب الأول : تعريف الخلع والطلاق على مال والفارق بينهما	٢٨٢
المطلب الثاني : صور الإسقاط على مال في الخلع الاتفاقي :	٢٨٤
الفرع الأول : الخلع مقابل الإرضاع	٢٨٤
الفرع الثاني : الخلع مقابل الحضانة	٢٨٥
الفرع الثالث : الخلع على بقاء الولد إلى البلوغ	٢٨٦
الفرع الرابع : الخلع على نفقة الصغير	٢٨٦
الفرع الخامس : الخلع على نفقة العدة	٢٨٧
الفرع السادس : الخلع على مؤونة السكنى	٢٨٨
الفرع السابع : الخلع على بذل مال من الزوج	٢٨٩
الفرع الثامن : الخلع مقابل المهر	٢٨٩
الفرع التاسع : الخلع على مال أو منفعة سوى المهر	٢٩٠
الفرع العاشر : الخلع على كفالة ولده مدة معلومة	٢٩١
الفرع الحادي عشر : الخلع على حلول الدين المؤجل	٢٩٢
الفرع الثاني عشر : الخلع على حصته من الميراث	٢٩٣
المبحث الثالث : إسقاط الدعوى في الحقوق الأسرية على مال :	٢٩٤
المطلب الأول : إسقاط الدعوى على مال في حال إنكار المدعى عليه الحق أو السكوت عنه	٢٩٥
المطلب الثاني : بعض الصور التطبيقية لإسقاط الدعوى على مال في الحقوق الأسرية :	٢٩٨
الفرع الأول : إسقاط دعوى الزوجية على مال :	٢٩٩
الفرع الثاني : إسقاط دعوى الخلع أو الطلاق على مال :	٣٠٠

الصورة الأولى : ادعاء الرجل الطلاق على مال	٣٠٠
الصورة الثانية : ادعاء المرأة الطلاق على مال	٣٠١
الفرع الثالث : إسقاط دعوى النسب	٣٠١
الفرع الرابع : إسقاط دعوى إسناد الحضانة	٣٠٥
الفرع الخامس : إسقاط دعوى تمديد الحضانة	٣٠٦
المبحث الرابع : إسقاط الحقوق الزوجية مقابل مال :	٣٠٨
المطلب الأول : إسقاط حق الطلاق :	٣٠٨
اشتراط المرأة على زوجها ألا يطلقها	٣٠٨
اشتراط المرأة على زوجها أن يكون أمرها بيدها	٣٠٨
المطلب الثاني : إسقاط حق النقلة ومتابعة الزوج	٣١٠
المطلب الثالث : إسقاط الزوجة حقها في الانفراد بالمسكن:	٣١٢
الفرع الأول : جمع المرأة مع أحمائها في مسكن واحد	٣١٢
الفرع الثاني : جمع المرأة مع ضرتها في مسكن واحد	٣١٣
المطلب الرابع : إسقاط المهر على مال :	٢١٤
المطلب الخامس : إسقاط حق النفقة الزوجية مقابل مال:	٢١٥
الفرع الأول : ثبوت النفقة الزوجية	٣١٥
الفرع الثاني : حكم إسقاط النفقة المقارن للعقد بطريق الإشراط	٣١٩
الفرع الثالث : حكم التصالح على إسقاط النفقة	٣٢١
الفرع الرابع : حكم بيعِ مالِ الزوجِ الموسرِ بما عليه من نفقة زوجية	٣٢٣
الفرع الخامس : إسقاط نفقة المعتدة	٣٢٨
المطلب السادس : إسقاط حق الميراث:	٣٣١
التّخارج	٣٣٤
إسقاط الأب لابنه ما يجب له من الميراث من الصداق الذي عليه	٣٣٩
مصالحة أحد الورثة عن حصته	٣٣٩
المطلب السابع : إسقاط حق التعدد:	٣٣٩
الفرع الأول : القيود الشرعية لحق التعدد	٣٤١
الفرع الثاني : القيود القانونية لحق التعدد في قانون الأحوال الشخصية السوري ومناقشتها	٣٤٢

الفرع الثالث : صور إسقاط حق التعدد :	٣٤٤
اشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها	٣٤٤
اشتراط المرأة على الرجل طلاق زوجاته	٣٥٣
المطلب الثامن : إسقاط حق الرجوع في الهبة (الاعتصار)	٣٥٤
الفصل الخامس : لزوم إسقاط الحقوق ا لأسرية على مال وبطلانه :	٣٥٦
المبحث الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال والآثار المترتبة عليه :	٣٥٦
المطلب الأول : لزوم إسقاط الحقوق الأسرية على مال :	٣٥٦
الفرع الأول : ثبوت الخيار في إسقاط الحقوق الأسرية	٣٥٨
الفرع الثاني : المؤيدات القانونية لإسقاط الحقوق الأسرية :	٣٥٩
أولاً : طرق إثبات الإسقاط على مال وإمضائه	٣٦١
ثانياً : وسائل الإثبات:	٣٦٢
١- وجود البينة لأحدهما	٣٦٣
٢- تقديم قول أحدهما على الآخر مع يمينه :	٣٦٣
الصورة الأولى : أن يختلف الزوجان في الإسقاط على مال	٣٦٣
الصورة الثانية : أن يختلف الزوجان في وجود العوض من عدمه.	٣٦٤
الصورة الثالثة : أن يختلف الزوجان في قدر العوض أو جنسه.	٣٦٤
الصورة الرابعة : أن يختلف الزوجان في الحق المالي المسقط	٣٦٤
الصورة الخامسة : الاختلاف في قبول الطرف الآخر.	٣٦٥
٣- تحالف الطرفان	٣٦٥
الفرع الثالث : حالات الإلزام في الإسقاط والعوض :	٣٦٧
الحالة الأولى : لزوم الإسقاط وسقوط العوض	٣٦٧
خلع الصغيرة .	٣٦٧
خلع السفيهة	٣٦٨
خلع المحجور عليها لفلس .	٣٦٩
الحالة الثانية : لزوم الإسقاط ووجوب مهر المثل :	٣٦٩
أن يكون العوض المتفق عليه هو مهر المثل	٣٧٠
تسمية بدل غير متقوم	٣٧٠
فساد العوض باختلال شرط من شروطه	٣٧٠

اقتران العوض بشرط فاسد يؤثر عليه زيادة أو نقصاناً	٣٧١
إضافة الإسقاط إلى زمن مجهول	٣٧٢
تعدد المسقطات على عوض واحد	٣٧٢
الإسقاط بالوكالة المطلقة	٣٧٣
الحالة الثالثة : لزوم الإسقاط ووجوب المهر المسمى :	٣٧٤
الاختلاف في بدل الخلع	٣٧٤
الخلع بشرط الرجعة	٣٧٤
الحالة الرابعة : لزوم الإسقاط مع وجوب الأقل من المسمى أو العوض	٣٧٤
الحالة الخامسة : لزوم الإسقاط مع وجوب بدل العوض أو قيمته	٣٧٤
الحالة السادسة : لزوم الأكثر من العوض المسمى ومهر المثل	٣٧٤
الحالة السابعة : لزوم الأقل من قيمة العوض المسمى ومهر المثل	٣٧٥
المطلب الثاني : الآثار المترتبة على إسقاط الحقوق الأسرية على مال :	٣٧٦
الفرع الأول : الآثار المعنوية للإسقاط على مال	٣٧٦
الفرع الثاني : الآثار المادية للإسقاط على مال	٣٧٧
المبحث الثاني: أسباب بطلان الإسقاط على مال أو فسخه في الحقوق الأسرية:	٣٨٠
المطلب الأول : أسباب بطلان الإسقاط على مال :	٣٨٠
اختلال شرط من شروط الأركان	٣٨٠
موت أحد العاقدين	٣٨١
الرد بخيار العيب	٣٨٢
أن يكون الإسقاط معلقاً على شرط لم يوجد بتمامه	٣٨٢
الردة	٣٨٢
استرداد الحق أو زواله	٣٨٣
دعوى الإبطال	٣٨٤
امتناع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه	٣٨٥
تعذر الوفاء بالالتزام	٣٨٥
تعليق الإسقاط على الفعل الواجب	٣٨٦
استحقاق العوض المالي	٣٨٦

المطلب الثاني : الآثار المادية لبطلان الإسقاط	٣٨٧
الخاتمـــــــــــــة	٣٨٩
فهرس القواعد والضوابط الفقهية	٣٩٤
فهرس الآيات القرآنية	٤٠٣
فهرس الأحاديث الشريفة	٤٠٥
فهرس الآثار	٤٠٩
فهرس الأعلام المترجمين	٤١٠
فهرس المصادر والمراجع	٤١١
فهرس الموضوعات	٤٣٣