



شرح قانون الأحوال الشخصية
في الزواج والطلاق



الجمهورية العربية السورية

مبشورات جامعة دمشق

مركز التعليم المفتوح

قسم الدراسات القانونية

شرح قانون الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق

الدكتور

محمد حسان عوض

المدرس في قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

الدكتور

أسامة الحموي

الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

جامعة دمشق :

خطة الكتاب

الباب الأول: الزواج وآثاره.....	١١
فصل تمهيدي عن الزواج.....	١٣
المبحث الأول: الأنكحة التي حرمها الإسلام.....	١٥
المبحث الثاني: الترغيب في الزواج.....	١٦
المبحث الثالث: تعريف الزواج.....	١٨
المبحث الرابع: مشروعية النكاح.....	٢٠
المبحث الخامس: حكم الزواج.....	٢١
الفصل الأول: مقدمات الزواج.....	٢٧
المبحث الأول: اختيار الزوجين.....	٢٩
المبحث الثاني: الكفاءة في الزواج.....	٣٣
المبحث الثالث: النظر إلى المخطوبة.....	٤٥
المبحث الرابع: الخطبة وآثارها.....	٤٩
المبحث الخامس: العدول عن الخطبة.....	٥٢
الفصل الثاني: عقد الزواج.....	٥٥
المبحث الأول: محل العقد.....	٥٧
المبحث الثاني: صيغة العقد.....	٦١
المبحث الثالث: النكاح المقترن بالشرط.....	٦٥
المبحث الرابع: الإشهاد على العقد.....	٧٢
المبحث الخامس: إنشاء عقد النكاح.....	٧٤
المبحث السادس: معاملات الزواج الإدارية.....	٨٥

٨٧	الفصل الثالث: آثار عقد الزواج.....
٩٣	المبحث الأول: الخلوة.....
٩٧	المبحث الثاني: المهر.....
١٠٨	المبحث الثالث: النفقة.....
١١١	المبحث الرابع: المسكن الشرعي.....
١١٢	المبحث الخامس: الشروط المقتترنة بالعقد.....
١١٤	المبحث السادس: العدل بين الزوجات.....
١١٧	المبحث السابع: خصائص النبي ﷺ في النكاح.....
١٢٣	المبحث الثامن: مستجدات فقهية في النكاح.....
١٢٧	الباب الثاني: الطلاق وآثاره.....
١٢٩	الفصل الأول: التعريف بالطلاق ومشروعيته وحكمه وسبب جعله في يد الرجل..
١٣١	المبحث الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته.....
١٣٥	المبحث الثاني: حكم الطلاق.....
١٣٥	المبحث الثالث: الطلاق البدعي والسني.....
١٣٩	الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة.....
١٤١	المبحث الأول: الصيغة التي يقع بها الطلاق.....
١٤٣	المبحث الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.....
١٦٧	الفصل الثالث: الخلع أو الطلاق باتفاق الزوجين.....
١٦٩	المبحث الأول: تعريف الخلع وشروطه.....
١٧١	المبحث الثاني: مشروعية الخلع وحكمه.....
١٧٢	المبحث الثالث: بدل الخلع.....

المبحث الرابع: التكييف الفقهي للخلع.....	١٧٤
المبحث الخامس: الآثار التي تترتب على الخلع.....	١٧٥
الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي أو « التفريق القضائي » ..	١٧٧
المبحث الأول: التفريق للعلل والعيوب.....	١٧٩
المبحث الثاني: التفريق للغية أو الحبس.....	١٨٢
المبحث الثالث: التفريق لعدم الإنفاق.....	١٨٤
المبحث الرابع: التفريق للشقاق والضرر.....	١٨٦
الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون.....	١٩١
المبحث الأول: الإيلاء.....	١٩٣
المبحث الثاني: اللعان.....	١٩٥
المبحث الثالث: الظهار.....	١٩٨
المبحث الرابع: تغيير الدين.....	٢٠٠
الفصل السادس: الرجعة والعدة وأحكامهما.....	٢٠٣
المبحث الأول: الرجعة وأحكامها.....	٢٠٥
المبحث الثاني: العدة وأنواعها وأحكامها.....	٢٠٧
الفصل السابع: الآثار التي تترتب على الولادة أو ((حقوق الأولاد)) ..	٢١٧
المبحث الأول: النسب وأحكامها.....	٢١٩
المبحث الثاني: الرضاع وأحكامه.....	٢٤٠
المبحث الثالث: حق الحضانة.....	٢٤٩
المبحث الرابع: أحكام النفقة على الأولاد والأقارب.....	٢٦٩
المبحث الخامس: الولاية على النفس والمال.....	٢٧٧



مقدمة الكتاب:

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد: لقد تمّ وضع هذا الكتاب لطلاب السنة الثانية في التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية، لذا حاولنا فيه الاختصار ما أمكنا في عرض المادة الفقهية وآراء الفقهاء، إلا بالقدر الذي يتعلق بشرح مواد قانون الأحوال الشخصية السوري. وقد اقتصر هذا الكتاب على شرح مواد القانون السوري في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، بعد عرض مواد القانون، مع بيان رأي الفقهاء في كل مسألة أو مادة من مواد القانون بشكل مختصر. مع مراعاة التبسيط والتوضيح، وربط المواد القانونية مع مصادرها الفقهية وأصولها الاجتهادية عند أئمة المذاهب.

والله نسأل القبول والنفع من عملنا هذا

الدكتور أسامة الحموي - الدكتور محمد حسان عوض



الباب الأول

الزواج وآثاره

د. محمد حسان عوض



فصل تمهيدي: الزواج

المبحث الأول: الأنكحة التي حرمها الإسلام.

المبحث الثاني: الترغيب في الزواج.

المبحث الثالث: تعريف الزواج: لغة.
شرعاً
قانوناً

المبحث الرابع: مشروعية النكاح.

المبحث الخامس: حكم الزواج.

هـ- "نكاح البغايا" (الزواني):

يجتمع ناس كثير، فيدخلون على المرأة ولا تمتنع من جاءها- وهن البغايا- ينصبن على أبواهن رايات تكون علماً، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت جمعوا لها، ودعوا لها القافة ((وهو من يشبه بين الناس)) ثم ألحقوا ولدها الذي يرون فيثبت النسب بينهما، ودعي ابنه لا يمتنع عن ذلك.

وأخيراً- نلاحظ أن النبي ﷺ لما بعث بالحق هدم نكاح الجاهلية وجعل النظام الذي يتحقق به النكاح الإسلامي قائماً على أركان وشروط حتى يتم العقد الذي يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الذي شرعه الله، وبه تثبت الحقوق والواجبات التي تلزم كلا منهما.

المبحث الثاني: الترغيب في الزواج:

لقد رغب الإسلام في الزواج بصور متعددة:

- تارة يذكر أنه من سنن الأنبياء وهدى المرسلين، وأنهم القادة الذين يجب علينا أن نقتدي بهداهم ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾ [الرعد: ٣٨].

وقوله ﷺ: { أربع من سنن المرسلين: الحناء، والتعطر، والسواك، والنكاح^(١).
- وتارة يذكر في معرض الامتنان:

لقلوه تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ﴾ [النحل: ٧٢].

- وأحياناً يتحدث عن كونه آية من آيات الله:

لقلوه تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا .. ﴾ [الروم: ٢١].

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٠) ومسنده أحمد (٢٣٦٢٨).

- الزواج عبادة لما فيه من عمارة الدنيا كعمارة المساجد والجوامع وهذا يصح من المسلم وهو منه عبادة وأما من الكافر فليس منه عبادة.

ويدل لكرنه عبادة أمر النبي ﷺ، والعبادة تتلقى من الشرع، فالزواج من قبيل العبادة، لما يشتمل عليه من المصالح الكثيرة التي منها تحصين النفس، وإيجاد النسل، وقد قال عنه رسول الله ﷺ: { وفي بضع أحدكم صدقة }^(١).

- الزواج يجعله الله سبيلاً إلى الغنى فتجعله قادراً على التغلب على أسباب الفقر.

لقوله تعالى: ﴿ وَالْكُفْرَ الْآيَامِ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ [سورة النور: ٣٢].

ولقوله ﷺ: { الدنيا متاع؛ وخير متاعها المرأة الصالحة }^(٢).

- الزواج يؤمن السعادة ويغمر البيت سروراً وبهجة وإشراقاً.

لقول النبي ﷺ: { من سعادة ابن آدم ثلاثة، ومن شقاوة ابن آدم ثلاثة، من سعادة ابن آدم المرأة الصالحة، والمسكن الصالح، و المركب الصالح. ومن شقاوة ابن آدم: المرأة السوء والمسكن السوء، والمركب السوء }^(٣).

- الزواج عبادة يستكمل الإنسان بها نصف دينه.

لقوله ﷺ: { من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتيق الله في الشطر الباقي }^(٤).

- الزواج عبادة يلقي الإنسان بها ربه على أحسن حال من الطهر والنقاء.

لقوله ﷺ: { من أراد أن يلقي الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر }^(٥).

(١) أخرجه مسلم: (١٠٠٦).

(٢) أخرجه مسلم: (١٤٦٧).

(٣) الحاكم في المستدرک (٢٦٤٠)، ومسنده أحمد (١٤٤٥).

(٤) الحاكم في المستدرک (٢٦٨١) والطبراني في المعجم الأوسط (٩٧٢).

(٥) سنن ابن ماجه (١٨٦٢).

قال ابن مسعود رضي الله عنه: «لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام، وأعلم أني أموت في آخرها، ولي طولُ النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة ١١».

المبحث الثالث: تعريف الزواج:

١- «النكاح لغة^(١)»:

أ- النكاح في اللغة له معان عديدة منها:

- بمعنى الضم، كقولهم، «تناكحت الأشجار»، وإذا انضم بعضها إلى بعض.
- بمعنى التداخل، والجمع، كقولهم «نكح المطر الأرض» إذا اختلط بترابها.
- بمعنى الاقتران كقوله تعالى: «**اخْشَرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ**» [الصفات: ٢٢]. أي قرنائهم الذين كانوا يحضونهم على الظلم ويعزونهم به^(٢).
- بمعنى الاختلاط، تقول العرب «تزوجته النوم» أي خالطه.
- وأصل النكاح في كلام العرب: الوطء، وقيل للتزويج (نكاح) لأنه سبب للوطء المباح.
- ولما كان النكاح بمعنى الضم والجمع سمي التزويج نكاحاً، لما فيه من ضم كل من الزوجين إلى الآخر شرعاً، إما وطئاً، أو عقداً. حتى صار فيه كمصراعي باب.
- وفي المواهب^(٣): لا خلاف أنه حقيقة في الوطء عند أهل اللغة، وأما إطلاقه على العقد فالصحيح أنه مجاز راجح.
- ونقل النووي في التحرير^(٤): أن النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعاً.
- وفرت العرب فرقاً لطيفاً يُعرف به موضع العقد من الوطء:

(١) لسان العرب ٦٢٦/٢، المصباح المنير: ٦٢٤/٢، التعريفات للجرجاني ص / ٣١٥. معجم

لغة الفقهاء ص / ٤٨٧، فتح الباري لابن حجر: ١٠٣/٩.

(٢) تفسير ابن كثير: ٤/٤.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ١٨/٥.

(٤) تحرير التنبيه للنووي ص ٢٧٥.

فإذا قالوا: نكح فلان فلانة، أو بنت فلان... أرادوا: تزوجها وعقد عليها.
وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الجماعة، لأن بذكر امرأته،
وزوجته يستغني عن العقد.

ب- النكاح في القرآن:

قال في البصائر^(١): النكاح استعمل في القرآن بمعان:

- ١- بمعنى بلوغ الصبي: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» [النساء: ٦].
 - ٢- بمعنى العطاء والهبة: «وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا» [الأحزاب: ٥٠] وكان النبي ﷺ يجوز له النكاح بلفظ الهبة.
 - ٣- بمعنى الصحبة والجماعة: «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» [البقرة: ٢٣٠].
 - ٤- بمعنى التزويج والتزوج: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» [البقرة: ٢٢١].
أي لا تتزوجوهن، «وَالْكُفَى الْيَتَامَى مِنْكُمْ» [النور: ٣٢] أي زوجوهن.
«فَالْكُفَى مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» [النساء: ٣] أي تزوجوا هن.
- ٢- النكاح شرعاً:

- هو عقد يفيد ملك المتعة بامرأة لم يمنع منه مانع شرعي^(٢).
- وهو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح، أو تزويج^(٣).
- وهو عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة والتقبيل وغير ذلك^(٤).
- أو هو ميثاق ترابط، وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء،
غايته الإحصان والإعفاف. مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج
على أسس مستقرة، تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام^(٥).

(١) بصائر ذوي التمييز للفيروز آبادي: ١١٨/٥.

(٢) الدر المختار: ٣٥٥/٢.

(٣) مغني المحتاج: ٢٠٠/٤، الإقناع: ١١٥/٢.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٩/٧.

(٥) حقوق المرأة في الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم ص ٤١.

المبحث الرابع: مشروعية النكاح:

الزواج مشروع في الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة^(١).

١ - أما الكتاب الكريم: ففي آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ﴾ [الفرقان: ٥٤].

وقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١].

وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ [النساء: ١].

وقوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا ﴾ [الأعراف: ١٨٩].

٢ - وأما السنة الشريفة:

- قوله ﷺ: { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء }^(٢).

- وقوله ﷺ: { من كان موسراً لأن ينكح، ثم لم ينكح، فليس مني }^(٣).

- وقوله ﷺ: { ثلاثة حق على الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف }^(٤).

٣ - وأما الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على أن الزواج مشروع، وأن مشروعيته مما يعلم من الدين بالضرورة.

(١) المقدمات لابن رشد: ٤٥١/١، المعونة ٧١٧/٢.

(٢) رواه البخاري رقم (٥٠٦٥) عن عبد الله بن مسعود ﷺ. والباءة: مؤن الزواج وواجباته.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٠٣٧٧)، والطبراني في الأوسط (٩٨٩).

(٤) رواه الترمذي (١٦٥٥)، وأحمد (٧٤١٠)، وابن حبان (٤٠٣٠)، والحاكم (٢٦٧٨).

المبحث الخامس: حكم الزواج:

إن أحكام النكاح الشرعية بحسب طلب الشارع له فعلاً أو تركاً أو إباحة
تعتبره الأحكام الخمسة. لاختلافه باختلاف أحوال الناس بين راغب فيه وراغب عنه
وكل واحد من هؤلاء له حكم حسب حاله، لذا قال بعضهم^(١):

وباعتبار الناكح النكاح يندب أو يجب أو يباح.

أو حكمه الكره أو الحرام فتعتبره الخمسة الأحكام

والمنع والكره له وصفان بحسب الرجال والنسوان

وسأفصل الكلام عن أحكامه بمشيئة الله تعالى^(٢):

١- يكون النكاح فرضاً:

إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنى لو لم يتزوج، وكان قادراً على المهر والإنفاق
وحقوق الزواج الشرعية، ولا يستطيع الاحتراز عن الوقوع في الفاحشة بالصوم ونحوه؛
لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام. وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب،
وطريقه الزواج.

٢- يكون النكاح واجباً:

إذا خاف المكلف الوقوع في الزنا خوفاً لا يصل به إلى درجة اليقين، وكان
يغلب على ظنه أنه إذا لم يتزوج فسوف يقع في المعصية، فيجب حينئذ الزواج ليعصم
نفسه عن الفاحشة، هذا إذا كان لديه القدرة الكافية على تكاليف الزواج.
وإن احتاج الإنسان إلى الزواج وخشي العنت بتركه قدمه على الحج الواجب
وإن لم يخف قدم الحج عليه. لا فرق بين الفرضية والوجوب عند الجمهور، وإنما الفرق
بينهما كان عند الحنفية.

(١) القائل هو الشيخ سيدي محمد حبيب الله الحكني الشنقيطي، صاحب زاد المسلم فيما اتفق عليه

البخاري ومسلم ٢٦٥/٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٢٨/٢، مغني المحتاج: ١٢٥/٣. شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٤٣/١.

رأى المالكية^(١): أن الزواج يجب عليه، ولو أدى إلى الإنفاق على زوجته من حرام، لأن ترك الزنى واجب، وأكل الحلال مأمور به، وترك المنهيات مقدم على فعل المأمورات لقوله ﷺ: { ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم... }^(٢).

أو نقول: ترك الزنا واجب، وترك أكل الحرام واجب، وإذا استحکم الأمر، طبقت القاعدة الشرعية: « يرتكب أخف الضررين، أو يرتكب أهون الشرين ». وأكل الحرام أهون من الزنا، لما فيه هتك الأعراض من مفسد لا تحصى، منها ما يمس مقاصد الشرع الذي جاء لحفظ الأعراض والأنساب، ولأن ضرره يتعدى بخلاف أكل الحرام.

٣- يكون النكاح مندوباً:

إذا كان الإنسان لا يخشى الوقوع في الزنا وكان قادراً على القيام بالواجبات الزوجية أي كان الشخص معتدل المزاج. إلا أنه يَأْتَمُّ بتركه، ويثاب عليه إن نوى تحصيناً وولداً على رأي الجمهور عملاً بالآيات وللأحاديث الواردة في الترغيب في الزواج. فمن ذلك قوله ﷺ: { تناكحوا تناسلوا أباهي بكم الأمم يوم القيامة }^(٣). وقوله ﷺ: { تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم }^(٤). إذا تعارض النكاح المندوب مع التفرغ أو طلب العلم^(٥):

- قال الجمهور: النكاح المندوب حال الاعتدال يَأْتَمُّ بتركه ويثاب عليه وهو أفضل من الاشتغال بتعليم وتعلم، وأفضل من التخلي للنوافل، وما من عبادة شرعت

(١) الشرح الصغير: ٢/ ٣٣٠، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ١٩٣، الفقه المالكي في ثوبه الجديد: ٢٩/٣.

(٢) البخاري (٦٨٥٨)، ومسلم (١٣٣٧).

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٠٣٩١) وسنن البيهقي (١٣٢٣٥).

(٤) أبو داود (٢٠٥٠) والنسائي (٥٣٤٢)، والحاكم (٢٦٨٥)، وابن حبان (٤٠٢٨).

(٥) حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٦١، شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي ٤٥/١.

من عهد آدم عليه السلام إلى الآن وتستمر في الجنة كالنكاح والإيمان، وإن كان النكاح ليس عبادة تكليف، بل هو مقتضى الطبع.

وهل هناك عبادة أعظم من إعفاف النفس، وتكثير المسلمين، وإنتاج ذرية تقوم بخدمة ملك الملوك سبحانه، يذكرونه، ويسبحونه، ويؤدون حق عبادته.

- وهناك رأيان يخالفان الجمهور^(١):

أ- قال الشافعية:

١- "إن كان الإنسان ممن يتفرغ للعبادة، أو لطلب العلم، أو لفروض الكفاية كالجهاد، ومن يأمن على نفسه من الوقوع في الزنا فالتفرغ للعبادة أفضل من الزواج لما في العبادة من الفضيلة المذكورة، ولما في الزواج من احتمال التقصير في الواجبات الزوجية.

ولأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ [آل عمران: ٣٩]. والحصور: الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيانهن، فلو كان الزواج أفضل لما مدح بتركه. رد هذا: بأنه شرع من قبلنا وشريعتنا على خلافه.

وأيضاً ففي الزواج قضاء شهوة، وفي العبادة سمو روح، واتصال بالله تبارك وتعالى، فهو لا شك أنفع ثواباً، وعقبى لمن لم يخف على نفسه الوقوع في الحرام إذا لم يتزوج. رد هذا: بأنه جاءت الأحاديث التي تنهى عن التبتل للقادر على الزواج منها:

- عن أنس رضي الله عنه قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا.. كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه، وما تأخر.

قال أحدهم: أما أنا، فإني أصلي الليل أبداً، وقال آخر: أنا أصوم الدهر، ولا أفطر. وقال آخر: أنا اعتزل النساء، فلا أتزوج أبداً، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: { أنتم الذين قلتم: كذا وكذا!؟ أما والله أني لأخشاكم لله، وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني }^(٢).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ٤٥/١، الفقه الإسلامي وأدلته: لأستاذنا د. وهبة: ٣٣/٧.

(٢) البخاري (٤٧٧٦)، ومسلم (١٤٠١).

- جاء عكاف بن وادعة إلى النبي ﷺ فقال له: ألك زوجة ؟ قال: لا، قال ألك جارية؟ قال: لا، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال: وأنا صحيح موسر والحمد لله، فقال ﷺ: فإنك إذا من إخوان الشياطين، إن من سنتنا النكاح فمن رغب عن سني فليس مني^(١).

- قال سعد بن أبي وقاص: رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا^(٢).

- قال الطبري^(٣): التبتل الذي أراده عثمان بن مظعون تحريم النساء والطيب وكل ما يتلذذ به فلهذا أنزل في حقه:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ [المائدة: ٨٧].

- وعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلاً شكاً إلى النبي ﷺ العزوبة فقال: ألا أختصي؟ فقال: ليس منا من خصي أو اختصى^(٤).

٢- أما إذا ممن لا يتفرغ للعبادة فالنكاح أفضل، لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش.

ب - وقال الظاهرية وهو رواية عن الإمام أحمد^(٥).

الزواج واجب على كل قادر عليه ولو لم يخف من الوقوع في الرنى، لظواهر النصوص القاضية بطلب الزواج، ومن أوضحها ما تقدم من قوله ﷺ: { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج }^(٦).

(١) مسند أحمد (٢١٤٨٨)، ومسند أبي يعلى (٦٨٥٦).

(٢) البخاري (٤٧٨٦)، ومسلم (١٤٠٢).

(٣) تفسير الطبري ، سورة المائدة آية ٨٧ .

(٤) الطبراني في المعجم الكبير (١١٣٠٤).

(٥) المحلى ٩ / ٤٤٠، شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي ١ / ٤٥ .

(٦) البخاري (١٨٠٦)، ومسلم (١٤٠٠).

والظاهرية يجعلون هذا الوجوب فرضاً على الرجل دون المرأة فلا يجب عليها أن تتزوج ولو رغبت في العبادة والبقاء بدون زواج لما كانت آثمة.

٤ - يكون النكاح مباحاً:

لمن لا إرب له في النساء ولا رغبة له بهن، أو لا يرجو نسلًا، بان كان حصوراً، أو خصياً، أو محبوباً، أو كان عقيماً، أو شيخاً فانياً.

فهذا مخير إن شاء تزوج، وإن شاء لا، لكنه إذا عزم على الزواج وجب عليه إعلام المرأة بما فيه، لكي لا يضر بها، فإن رضيت بقي الحكم على أصل الإباحة، وإن لم يخبرها، حرم عليه النكاح لإضراره بالمرأة وتغيره بها.

وأما العقم، فالظاهر أنه لا يجب عليه إخبارها به، لأنه ليس بعيب يوجب الخيار لأنه غير مقطوع به يقيناً، فلعله يولد له من هذه، وإن لم يولد له من غيرها. والله يفعل ما يشاء^(١).

٥ - يكون النكاح مكروهاً:

- إذا كانت له رغبة وشهوة للزواج، وهو لا يخشى الوقوع في الزنى، ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة، وعدم قيامه بحقها، إن تزوجها، فهذا لا يصل إلى مرتبة اليقين فيكره زواجه.

- وإن انقطع بذلك عن شيء من الطاعات أو الاشتغال بالعلم اشتدت الكراهة.

- تكون الكراهة عند الحنفية تحريمية أو تنزيهية بحسب قوة الخوف وضعفه.

- ويكره عند الشافعية لمن به علة كههم أو مرض دائم أو كان ممسوحاً.

- ويكره عندهم أيضاً: نكاح بعد خطبة على خطبة غيره إن عرض فيها بالإباحة.

(١) الفقه المالكي للشقفة ٣ / ٢٩.

ونكاح المحلل إذا لم يشرط في العقد ما يخل بمقصوده.

ونكاح الغرر، كأن غرر الزوج بإسلام امرأة أو بحريتها أو بنسب معين^(١).

٦ - يكون النكاح حراماً:

إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها، إذا تزوج بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى، لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

علماً أنه لا يخشى على نفسه العنت إن لم يتزوج.

ويحرم الزواج أيضاً إن كان زواجه يؤخره عن الصلاة في وقتها لانشغاله في تحصيل النفقة.

٧ - يكون النكاح أولى^(٢):

إذا تيقن أو غلب على ظنه الوقوع في الزنى بتركه الزواج وهو مع ذلك متيقن من ظلمه للمرأة إذا تزوج فهنا تعارضت مفسدتان فأيهما ترجح في الدرع؟

نقدم الزواج رعاية للمصالح الاجتماعية ودرعاً للمفاسد الاجتماعية، وهذا أقرب إلى روح الشريعة، لأن ظلم المرأة محصور بالمرأة نفسها. فهو مفسدة قاصرة، وغالباً ما يكون الرجل بعد الزواج أحسن أخلاقاً، وألين طباعاً منه قبل الزواج، لشعوره بالعاطفة الزوجية والأبوية. فتمنعه من ظلم الزوجة، أو تقلل منه.

أما الزنى مفسدة اجتماعية عامة متعدية ومن تردى فيه مرة واحدة صعب عليه الخلاص منه إلا بالزواج.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ د. وهبة / ٧ / ٣٢.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي / ١ / ٤٦.

الفصل الأول: مقدمات الزواج

المبحث الأول: اختيار الزوجين

المبحث الثاني: الكفاءة في الزواج

المبحث الثالث: النظر إلى المخطوبة

المبحث الرابع: الخطبة وآثارها

المبحث الخامس: العدول عن الخطبة



الفصل الأول: مقدمات الزواج

المبحث الأول: اختيار الزوجين

المطلب الأول: اختيار الزوج

على الولي أن يختار لكريمته، فلا يزوجه إلا لمن له دين، وخلق، وشرف، وحسن سمعة، فإن عاشرها عاشرها بمعروف، وإن سرحها سرحها بإحسان. والاحتياط في حقها أهم، لأنها رقيقة بالنكاح لا مخلص لها، والزوج قادر على الطلاق متى شاء.

ومن زوج ابنته ظالماً، أو فاسقاً، أو متبذراً، أو شارب خمر، فقد جنى على دينه وتعرض لسخط الله لما قطع من الرحم وسوء الاختيار.

قال رجل للحسن بن علي عليه السلام: إن لي بنتاً، فمن ترى أن أزوجه لها؟ قال: زوجها لمن يتقي الله فإن أحبها أكرمها، وإن أبغضها لم يظلمها.

وقالت عائشة رضي الله عنها: النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمة^(١). وقال عليه السلام: من زوج كريمة من فاسق فقد قطع رحمها^(٢).

قال العلماء: إذا جاء للمرأة مخاطب كفاء، وجب على ولي المرأة وعليها الرضا والقبول به إذا خافت العنت، وإلا يندب إليها القبول والرضا^(٣).

المطلب الثاني: اختيار الزوجة:

الزوجة سكن الزوج، وحرث له، وهي شريكة حياته، وربة بيته، وأم أولاده، ومهوى فؤاده وموضع سره ونجواه. وهي أهم ركن من أركان الأسرة، إذ هي المنجية للأولاد، وعنهما يرثون كثيراً من المزايا والصفات، وفي أحضانها تتكون عواطف الطفل،

(١) سنن البيهقي الكبرى: ١٣٢٥٩ / ١.

(٢) صحيح بن حبان.

(٣) المفصل في أحكام المرأة: ٦ / ٣٧، إحياء علوم الدين للغزالي: ٢ / ٦٩.

وتتربى ملكاته ويتلقى لغته، ويكتسب كثيراً من تقاليده وعاداته، ويتعرف دينه، ويتعود السلوك الاجتماعي.

من أجل هذا عني الإسلام باختيار الزوجة الصالحة وفق الخصال الآتية^(١):

١ - أن تكون صالحة ذات دين.

لقوله ﷺ: تنكح المرأة لما لها وجمالها وحسبها ودينها فعليك بذات الدين تربت يداك^(٢).

٢ - أن تكون حسنة الخلق

قال بعض العرب: لا تنكحوا من العرب ستة: لا أنانة، ولا منانة، ولا حنانة، ولا حداقة، ولا براقة، ولا شداقة.

أما الأنانة: هي التي تكثر الأنين والتشكي، وتعصب رأسها كل ساعة.

والمنانة: هي من تمن على زوجها فتقول: فعلت لأجلك كذا وكذا.

والحنانة: هي من تحن إلى زوج آخر أو ولدها من زوج آخر.

والحداقة: هي من ترمي إلى كل شيء بحدقتها فتشتيه، وتكلف الزوج شراءه.

والبراقة: هي من تكون طوال النهار في تزيين وجهها.

والشداقة: هي المتشدة الكثرة الكلام لقوله ﷺ: إن الله تعالى يبغض الثرارين

المتشدين^(٣).

٣ - أن تكون حسن الوجه:

لأن به يحصل التحصن، والطبع لا يكفي بالدميمة غالباً لقوله ﷺ: خير نسائكم من

إذا نظر إليها زوجها سرته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا غاب عنها حفظته في نفسها وماله^(٤).

(١) إحياء علوم الدين للغزالي: ٢ / ٦٢.

(٢) البخاري: (٤٨٠٢)، ومسلم: (١٤٦٦).

(٣) أخرجه الترمذي: (٢٠١٨) بلفظ إن أبغضكم إلي وأبعدكم مني مجلساً يوم القيامة الثرثارون.

(٤) أخرجه أبو داود: (١٦٦٤)، وابن ماجه (١٨٥٧)، والحاكم (١٤٨٧).

٤ - أن تكون خفيفة المهر:

لقوله ﷺ: خير النساء أحسنهن وجوهاً وأرخصهن مهوراً^(١).

ولقوله ﷺ: من بركة المرأة سرعة تزويجها وسرعة رحمتها - بولادة - ويسر مهرها^(٢).

٥ - أن تكون المرأة ولوداً.

لقوله ﷺ: عليكم بالولود الودود^(٣).

ولقوله ﷺ: سوداء ولود خير من حسناء ولا تلد^(٤).

٦ - أن تكون بكرًا:

لقوله ﷺ: لجابر وقد نكح ثيباً: { هلا بكرًا تلاعبها وتلاعبك }^(٥).

٧ - أن تكون نسيبة من بيت أهل الدين والصلاح، لأنها ستربي بناتها وبنيتها.

قال ﷺ: إياكم وخضراء الدمن. فقيل: وما خضراء الدمن؟ قال المرأة الحسناء في المنبت السوء^(٦).

وقال ﷺ: تخيروا لنطفكم فإن العرق نزاع^(٧).

٨ - ألا تكون من القرابة القريبة فإن ذلك يقلل الشهوة ويؤثر على الولد.

لقول عمر بن الخطاب، لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا أي نحيفًا.

٩ - أن تكون خلية من موانع النكاح، والموانع ستة عشر هي:

١- أن تكون منكوحة الغير.

٢- أن تكون معتدة للغير، سواء كانت عدة وفاة، أو طلاق، أو وطء شبهة.

(١) ابن حبان في صحيحه (٤٠٣٤) والحاكم: (٢٧٣٢)

(٢) مسند أحمد: (٢٤٥٢٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي: (٩١٣٩).

(٤) المعجم الكبير / الطبراني: (١٠٠٤).

(٥) أخرجه البخاري: (١٩٩١) ومسلم: (٧١٥).

(٦) مسند الفردوس: (١٥٣٧).

(٧) الديلمي: (١٧٧٤).

٣- أن تكون مرتدة عن الدين لجريان كلمة على لسانها من كلمات الكفر.

٤- أن تكون مرتدة بحوسية.

٥- أن تكون وثنية أو زندية، لا تنسب إلى نبي وكتاب.

٦- أن تكون قريبة للزوج بأن تكون من أصوله، أو فروعه وإن نزل.

٧- أن تكون محرمة بالرضاع، ويحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب من الأصول والفروع.

٨- أن تكون محرمة بالمصاهرة.

٩- أن تكون المنكوحة خامسة بأن تكون تحت المنكوحة أربع سواها.

١٠- أن تكون تحت النكاح أختها، أو عمتها، أو خالتها، فيكون بالنكاح جامعاً

بينهما.

١١- أن يكون هذا النكاح قد طلقها ثلاثاً، فهي لا تحل له ما لم يطأها زوج غيره

في نكاح صحيح.

١٢- أن يكون النكاح قد لاعنها، فإنها تحرم عليه أبداً بعد اللعان عند الجمهور دون

الحنفية.

١٣- أن تكون محرمة بحج أو عمرة، أو كان الزوج كذلك، فلا ينعقد النكاح

إلا بعد تمام التحلل عند الجمهور دون الحنفية.

١٤- أن تكون يثماً صغيرة فلا يصح نكاحها إلا بعد البلوغ.

١٥- أن تكون يتيمة فلا يصح نكاحها إلا بعد البلوغ.

١٦- أن تكون من أزواج النبي ﷺ ممن توفي عليها أو دخل بها، فإنهن أمهات المؤمنين

وذلك لا يوجد في زماننا.

هذه بعض الخصال والمعاني التي أرشد الإسلام إليها، ليتخذها مريدو الزواج نبزاً

يستضيئون به ويسرون على هداه.

لو أننا لاحظنا هذه المعاني عند اختيارنا للزوجة لأمكن أن نجعل من بيوتنا جنة ينعم

فيها الصغير، ويسعد بها الزوج، وتعد للحياة أبناء صالحين، تحيا بهم أهم حياة طيبة كريمة.

المبحث الثاني: الكفاءة في الزواج:

المطلب الأول: تعريفها:

١- تعريفها لغة:

لغة هي: المماثلة والمساواة والتعادل^(١).

فالمماثلة: كقوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴾ [الإخلاص: ٤].

أي لا يماثل الله تعالى ولا يساويه أحد.

والمساواة: كقوله ﷺ: { المسلمون متكافؤ دماؤهم } أي تتساوى فيكون دم الرضيع منهم كدم الرضيع، وكقولهم: فلان كفؤ لفلان أي مساو له {.

٢- تعريفها اصطلاحاً:

الكفاءة في اصطلاح الفقهاء^(٢):

هي التساوي بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث تحقق السعادة الزوجية بينهما ويندفع العار أو الحرج عن المرأة أو أوليائها.

أو هي المماثلة بين الزوجين دفعاً للعار، في أمور مخصوصة.

المطلب الثاني: أقوال المذاهب في الكفاءة:

إن المطلوب من النكاح: السكون، والود، والرحمة لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [سورة الروم: ٢١]. فكان للفقهاء في اشتراط الكفاءة رأيان^(٣).

(١) معجم لغة الفقهاء: الكفاء ص ٣٨٢، شرح حدود ابن عرفة: ٢/٢٤٦، مختار الصحاح: ٣١٢.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/٥٧٦، مغني المحتاج: ٣/١٦٤، حاشية الدسوقي: ٢/٢٤٨، المغني: ٦/٤٨٠.

(٣) انظر المراجع السابقة.

١- الرأي الأول:

قال الحنفية والمالكية والشافعية والراجح من مذهب الإمام أحمد: إن الكفاءة شرط في لزوم الزواج. لا شرط صحة في الأدلة التالية:

أ- من القرآن العظيم: قوله تعالى: ﴿وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ﴾ [النور: ٢٦].

ب- من السنة النبوية:

قوله ﷺ: {ألا لا تزوج النساء إلا الأولياء، ولا يُزوجن إلا من الأكفاء} (١).
وقوله ﷺ لعلي عليه السلام: {ثلاث لا تؤخرها، الصلاة إذا أتت، والجنابة إذا حضرت والأيم إذا كفواً وجدت} (٢).

وقول سيدنا عمر رضي الله عنه: لأمنعن فروج ذات الأحساب إلا من الأكفاء (٣).
وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: {تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء} (٤).

وقد قال علماء الحديث: أن هذه الأحاديث ضعيفة ولكن يقوى بعضها بعضاً فترتفع إلى مرتبة الحسن، لحصول الظن بصحة المعنى، وثبوتها عنه ﷺ، وفي هذا كفاية (٥).
واستدل الإمام الشافعي رحمه الله لاشرط الكفاءة بقوله: وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة لأنه ﷺ إنما خيرها لأن زوجها لم يكن كفواً لها بعد أن تحررت، وكان زوجها عبداً (٦).

(١) أخرجه الترمذي في سننه: ٣/٣٩٥ برقم ١٠٨٥، والبيهقي في سننه الكبرى: ٨٢/٧ برقم ٣٢٥٩.

(٢) رواه الترمذي والحاكم عن علي عليه السلام (نيل الأوطار: ١٢٨/٦).

(٣) رواه الدارقطني (نيل الأوطار: ١٢٧/٦).

(٤) انظر نصب الراية: ١٩٧/١.

(٥) فتح القدير: ١٨٥/٣.

(٦) نصب الراية: ١٩٧/١، التلخيص الحبير: ٢٩٩، شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١٦٦/١.

ج- من المعقول:

وهو أن النكاح إنما شرع لانتظام مصلحة الزوجين وإيجاد السعادة بينهما ولا يتم ذلك إلا بالكفاءة، وإذا عُدمت استحال بيت الزوجية إلى شقاء مقيم. والقاعدة تقول: إن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها، لا يشرع، والكفاءة، متفق عليها بين العلماء، وإنما الخلاف بأي شيء تحصل^(١).

٢- الرأي الثاني:

قال أصحاب المذهب الحنبلي وبعض فقهاء الحنفية ومال إليه بعض متأخريهم وأفتوا به.

إن الكفاءة شرط صحة وعللوه بأنه^(٢):

- لو زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، أو بغين فاحش، وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد، لم يصح الزواج أصلاً. لا لازماً ولا موقوفاً على الرضا بعد البلوغ.
- وإذا زوج غير الأب، أو الجد والابن عديم الأهلية، أو ناقصها كالمجنون والمجنونة، أو الصغير والصغيرة، من غير كفء، فإن الزواج فاسد، لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في التزويج بغير الكفاء.
- وإذا زوج الأب، أو الابن المعروف بسوء الاختيار والرأي (فاسق أو سفیه) عديم الأهلية، أو ناقصها، من غير الكفاء أو بغين فاحش، لم يصح النكاح اتفاقاً.
- وإذا زوج سكران المرأة من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي حرفة دنيئة، لم يصح النكاح اتفاقاً، لظهور سوء اختياره، وانعدام المصلحة في هذا الزواج.
- ولكن الحق: هو أن الكفاءة شرط لزوم وبهذا أخذ القانون حيث قال:

(١) القوانين الفقهية لابن جزي: ص ٢٢٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٩٧/٢. المغني لابن قدامة: ٤٨٠/٦.

شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١٦٧/١.

المادة ٢٦- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوئاً للمرأة.
المادة ٢٧- إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفوئاً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

المطلب الثالث: الصفات المعتبرة في الكفاءة^(١):

الأمر الذي تتحقق بها الكفاءة بين الزوجين عند جمهور العلماء هي^(٢):

١- الدين:

المراد بالكفاءة في الدين هو المماثلة والمقاربة في التمسك بشريعة الإسلام، وأحكامه، بحيث يكون الزوج ذا دين غير فاسق، وليس المراد المماثلة بأصل الإسلام، فهذا شرط بدهي. إذ لا تحل المسلمة لكافر، وليس للولي وللزوجة ترك هذا الشرط أو التنازل عنه. فلا كفاءة بين زوج متحلل من آداب الإسلام وأحكامه، غارق في معاصيه وآثامه، وبين زوجة صالحة أو فاسقة بنت رجل صالح.

وهذا متفق عليه عند جمهور العلماء، إلا أن محمد من أصحاب أبي حنيفة خالف في ذلك فقال: لا تشترط الكفاءة في التقوى والصلاح، إلا إذا كان الفاسق مستهتراً بحيث يصفع ويُسنخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، ويلعب به الصبيان، لأنه مستخف به، وإلا فالعقد جائز لازم، لأن التقوى والصلاح من أمور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا.

مسألة- حكم تزويج الفاسق^(٣):

لا بد أن تثبت الكفاءة في الثيب كالبر على السواء، فيمنع تزويجهما من الفاسق ابتداءً. وإن كان يؤمن عليها منه، وليس للمرأة ولا للولي الرضا به، لأن مخالطة الفاسق ممنوعة، وهجره واجب شرعاً فكيف بخلطة النكاح.

(١) نظم العلامة الحموي ما تعتبر فيه الكفاءة، فقال:

إن الكفاءة في النكاح تكون في
نسب وإسلام كذلك حرفة
ست لها بيت بديع قد ضبط
حرية وديانة مال فقسط

(٢) البدائع: ٣١٨/٢، الشرح الكبير للدردير: ٢٤٩/٢، مغني المحتاج للشربيني: ١٦٥/٣، المغني

لابن قدامة: ٤٨٢/٦، الأحوال الشخصية للسباعي: ١٦٥/١.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ١٠٧/٥، حاشية الدسوقي: ٢٤٩/٢، الهداية: ٤٢٢/٢.

وخاصة إذا كان الفاسق ممن كان كسبه حراماً ، أو كثير الأيمان بالطلاق . لأن الغالب على مثل هذا الحنث والتمادي معها، أو إذا كان ممن يشرب الخمر، لأنه يدعوها إلى ذلك.

لذا من المصلحة أن تتزوج المتدينة بالمتدين، وأن يتزوج الفاسق بالفاسقة .
فلا يصح العقد عند المالكية ولزم فسخه لفساده ويمنع من تزويج المتدينة .
ودليلهم في ذلك^(١):

- الفاسق لا يكافئ العفيفة الصالحة لقوله تعالى: ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ [السجدة: ١٨] .

- ولقوله ﷺ: { إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد } . قالوا يا رسول الله، وإن كان فيه؟
قال: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ثلاث مرات^(٢).

- ولقوله ﷺ: { لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله }^(٣).

- هل يكون الفاسق كفواً لفاسقة بنت صالح؟

قال بعض الحنفية: لا يكون الفاسق كفواً لها، ولا يكون كفواً لصالحة بنت صالح .
بل يكون كفواً لفاسقة بنت فاسق، وكذا الفاسقة بنت صالح .
وإذا زوجت صالحة بنت فاسق نفسها من فاسق، فليس لأبيها حق الاعتراض؛
لأنه مثله، وهي قد رضيت^(٤).

(١) المعونة: ٢ / ٧٤٧، بدائع الصنائع: ٢ / ٤٧٣، حاشية الدسوقي: ٢ / ٢٤٩ مغني المحتاج

للشربيني: ٣ / ١٦٤، المغني لابن قدامة: ٨ / ١٠٨ .

(٢) سنن الترمذي: رقم ١٠٨٥ . رقم ٣ / ٣٩٥ .

(٣) المستدرک على الصحيحين: ٢ / ١٨٠ رقم ٢٧٠ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته: د . وهبة: ٧ / ٢٤١ .

٢- الإسلام:

وهو شرط انفرد به الحنفية بالنسبة لغير العرب خلافاً للجمهور^(١)، أما العرب فلا يعتبر في حقهم هذا الشرط لأنهم يفتخرون بالنسب.

فإذا كانت الزوجة مسلمة لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذي ليس له أب ولا جد في الإسلام.

وإذا كان له أبوان مسلمان فهو كفء لمن كان له آباء في الإسلام.

وإذا كان له أب واحد في الإسلام لا يكون كفواً لمن له أبوان في الإسلام.

وإذا اسلم بنفسه لا يكون كفواً لمن له أب واحد في الإسلام، لأن التفاخر فيما بين الموالي (غير العرب) بالإسلام.

ودليلهم على ذلك:

أن تعريف الشخص يكون كاملاً بالأب والجد، فإن كان الأب والجد مسلماً كان نسبه إلى الإسلام كاملاً.

٣- الحرية:

شرط في الكفاءة عند الجمهور دون المالكية^(٢)، وقال الدسوقي: المذهب أن العبد لبس كفوفاً ويفسخ النكاح. فالعبد ليس بكفء للحرّة ولا العتيق كفواً لحرّة الأصل، ولا من مس الرق أحد آباءه كفواً لمن لم يمسه رق، ولا أحداً من آبائهما، لأن الحرّة يلحقها العار كونها تحت عبد أو تحت من سبق من كان في آباءه مسترق.

- لخبر بريرة^(٣) رضي الله عنها حين عتقت خيرها النبي ﷺ وكانت متزوجة من مغيث، وكان عبداً.

- ولأنهم اتفقوا على أن العبد إذا تزوج الحرّة فلم تعلم، أمّا إذا علمت لها الخيار فاعتبروه عيباً يوجب الرد.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١ / ١٧٢، الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة: ٧ / ٢٤٢.

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٢٥٠ - الفقه الإسلامي وأدلته: ٧ / ٢٤٢.

(٣) رواه البخاري رقم (٥٠٩٧).

٤- "النسب:

المقصود من النسب أن يكون الشخص معلوم الأب، لا لقيطاً أو مولى إذ لا نسب له معلوم، فهو معتبر عند الفقهاء جميعاً إلا المالكية لم يعتبر الكفاءة في النسب. لكن خصص الحنفية النسب في الزواج من العرب لأنهم الذين عنوا بحفظ أنسابهم، وتفاخروا بها، أما العجم فلم يعنوا بأنسابهم ولم يفتخروا بها فالعجمي لا يكون كفواً للعربية ولو كان عالماً أو سلطاناً.

والحق هو قول المالكية لأن مزية الإسلام الجوهرية هي الدعوة إلى المساواة ومحاربة التمييز العرقي أو العنصري فالنبي ﷺ زوج ابنته عثمان، وزوج أبا العاص بن ربيع زينب وهما من بني عبد شمس. وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم، وزوج النبي ﷺ بنت عمته زينب وهي قرشية زيد بن حارثة وهو من الموالي.

٥- "المال أو اليسار:

ليس المراد به أن يكون الزوج أغنى من الزوجة وأوفر ثروة وإنما المراد أن يكون قادراً على المهر والنفقة على الزوجة وهذا ما اشترطه أبو يوسف والحنابلة وقول للشافعية. وحجتهم في ذلك ما رواه بريدة بن الحصيب أن رسول الله ﷺ قال: «إن أحساب أهل الدنيا الذين يذهبون إليه: المال»^(١).

وقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن أنكحي أسامة بن زيد»^(٢).

وقالوا: إن الموسرة إذا تزوجت بمن لا يملك المهر ولا يقدر على الإنفاق عليها وعلى أولادها. يلحقها من الضرر مالا ينكر ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة.

لم يشترط ذلك بقية الفقهاء لأن المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل لا يفتخر به أهل المروءات. ولقوله تعالى: ﴿وَالْكُفْرَ الْأَيَّامِ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِيمَانِكُمْ إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، ولأن الفقر شرف في الدين

(١) رواه النسائي رقم ٣٢٢٥، ٦٤/٦ إسناده حسن.

(٢) رواه مسلم، انظر سبل السلام: ١٢٩/٣.

وليس أمراً لازماً فأشبهه العافية من المرض وقد قال النبي ﷺ: { اللهم أحييني مسكيناً، وتوفني مسكيناً }^(١).

وهذا هو الراجح لأنه أقرب إلى صلاح المجتمع ودرء المفسد لأن الغنى لا دوام له.

٦- المهنة أو الحرفة أو الصناعة:

المراد بها العمل الذي يمارسه الشخص لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة. فاشتراط الجمهور دون المالكية أن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة الحرفة الزوجة أو أهلها.

فصاحب الحرفة الدنيئة كالحجام لا يكون كفواً لبنت التاجر أو صاحب صناعة جليلة والمعول عليه في تصنيف الحرف وهو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة. ولم يعد المالكية الحرفة من خصال الكفاءة لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن أبا هند حرم النبي ﷺ في اليافوخ فقال النبي ﷺ: { يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه }^(٢). ٧- العقل:

لم يتعرض له الفقهاء الأقدمون، واعتمد المتأخرون اعتباره من الكفاءة. فالجنون ليس بكفاء للعاقلة، لأنه يفوت مصالح النكاح، والناس يعيرون بتزويج الجنون أكثر من ذي الحرفة الدنيئة^(٣).

٨- السلامة من العيوب المبتة للخيار في النكاح:

قال المالكية و الشافعية: إن من به جنون أو مرض، أو جذام لا يكافئ السليم من العيوب. ولو من كانت مصابة بهذه الأمراض ولو كان ما بها أقبح، لأن الإنسان يعاف من غيره مالا يعافه من نفسه.

(١) انظر الجامع الصغير للسيوطي: ٥٦/١، حديث صحيح.

(٢) رواه أبو داود رقم ٢١٠٢، ٥٧٩/٢، اليافوخ، وسط الرأس.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣٢٤/٢، شرح قانون الأحوال الشخصية، د. السباعي: ١٧٢/١.

ولم يعتبرها الحنفية والحنابلة ولكنها تثبت الخيار للمرأة من دون أوليائها، لأن ضرره مختص بها ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون.
- أما العيوب التي لا تثبت الخيار كالعمى، وقطع الأطراف، وتشوه الصورة، فلا تؤثر في الكفاءة على المعتمد اتفاقاً.

- ذهب بعض الشافعية: إلى أن كل ما يؤدي إلى فتور العاطفة الجنسية يؤثر في الكفاءة كالكبير المسن ليس كفواً للشابة، فمن المستحسن مراعاة ذلك.
اتفقوا على أنه لا يعتبر في الكفاءة كل ما عدا ما ذكر سابقاً ومن ذلك^(١):

١- الجمال والقبح، فالقبح كفؤ للجميلة، لكن النصيحة أن يراعي الأولياء المجانسة في الجمال.

٢- الكرم والبخل، فالبخيل كفؤ للكريمة أو بنت الكريم.

٣- المدينة والقرية، فالقروي كفؤ للمدنية.

٤- الطول والقصر، فالقصير كفؤ للطويلة، قالوا إلا إذا كان مفرطاً في القصر تزدريه الأعين.

٥- العلم والجهل، فالجاهل كفؤ للمثقفة لكن الأولى مراعاة التقارب العلمي تحقيقاً للوافق والوثام بين الزوجين وعدمهما يحدث اختلافاً مستعصياً.

الكفاءة في القانون:

إن خصال الكفاءة المطلوبة عند الفقهاء روعي فيها عرف المجتمعات الماضية فكل ما أدى إلى الإضرار بسمعة المرأة، أو أوليائها كانت الكفاءة فيه شرطاً للزوم العقد.

ولهذا ينبغي أن يرجع في تقدير الكفاءة إلى عرف البلد ثم فيه عقد الزواج. فاعتبار عرف الناس اليوم هو الطريق الصحيح إلى معرفة الكفاءة المطلوبة في عقد الزواج فقد نص في المادة ٢٨: « العبرة في الكفاءة لعرف البلد ».

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، د: السباعي: ١٧٣/١، الفقه الإسلامي د. وهبة: ٢٤٧/٧.

المطلب الرابع: وقت اعتبار الكفاءة:

تعتبر الكفاءة وقت إنشاء العقد، بحيث يؤثر فقدها في لزوم العقد، فلو كانت قائمة حين العقد ثم تخلف وصف من أوصافها بعد العقد فإن ذلك لا يؤثر، ولا يضر ولا يغير من الواقع شيئاً، ولا يحق للولي ولا للمرأة طلب الفسخ بحجة زوالها؛ لأن الكفاءة شرط ابتداء لا شرط بقاء.

فإن كان عند الزواج صاحب حرفة شريفة، أو كان قادراً على الإنفاق، أو كان صالحاً ففسق عن أمر ربه، أو احترف مهنة دنيئة، أو عجز عن الإنفاق بعد الزواج فإن العقد باق على ما هو عليه، وعلى المرأة أن تقبل الواقع وتصر وتتقي فإن ذلك من عزم الأمور^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة ٣١:

تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده.

واستثنى الفقهاء من كان سليماً من العيوب ثم مرض بعد العقد بمرض يوجب خيار الرد كالجذام، والجنون والبرص الفاحش فلها بعد العقد ولو بعد الدخول خيار الرد لشدة الإيذاء من هذه الأمراض، إذا لا يمكن المكث معها^(٢).

المطلب الخامس: التغير بالكفاءة^(٣):

إذا اشترطت المرأة أو الولي الكفاءة عند العقد، أو ادعى الرجل أنه كفء ثم تبين بعد ذلك أن الكفاءة لم تكن قائمة عند العقد، أو أن الزوج كان كاذباً في ادعائها، كان لكل من المرأة والولي حق طلب الفسخ، للتغير الذي لازم العقد فأفقدته حقيقة الرضا.

وإلى هذا أشار القانون في المادة ٣٣ :

إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين أنه غير كفء، كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، د. السباعي: ١٧٦/١.

(٢) الفقه المالكي في ثوبه الجديد ٢٢٣/٣.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية، د. الصابوني: ٢٠٦/١.

مسألة:

إذا تزوجت الفتاة غير كفاء فإلى متى يستمر حق الولي في الاعتراض ؟
إن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة، فإن حق اعتراض الولي يسقط إذا ولدت الزوجة حرمة للولد. وصيانة لنسبه من الضياع. ويلحق الحمل الظاهر بالولادة. وما عدا ذلك فإن حق الولي بالاعتراض قائم لا يسقط عند الجمهور أما المالكية يسقط بمجرد الدخول. والعقد صحيح.

ويلاحظ أن القانون السوري اعتبر الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة حيث نص في المادة ٢٦- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفواً للمرأة.

والمادة ٢٧- إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفواً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

والمادة ٣٠- يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة.

فالقانون اعتبر الولي صاحب حق في الاعتراض ولقاضي حق الفسخ إذا تبين له أن الاعتراض جوهري، ويمس الضرر بالعائلة بهذا الزوج، وإلا رد طلبه، واعتبر العقد لازماً نافذاً إن كانت الرغبة في عدم تزويج الفتاة.

المطلب السادس: صاحب الحق في الكفاءة:

أ- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفاءة شرط يطلب للنساء لا للرجال، فيشترط في الرجل أن يكون ممثلاً للمرأة أو مقارباً له في أمور الكفاءة ولا يشترط في المرأة أن تكون مساوية للرجل أو مقاربة له، بل يصح أن تكون أقل منه في أمور الكفاءة. لأن الرجل لا يعبر بزوجة أدنى منه حالاً، أما المرأة وأقاربها فيعيرون بزواج أقل منها منزلة^(١).

وهذا الذي أخذ به القانون في المادة ٢٦:

يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفواً للمرأة.

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٦٤، البدائع: ٢/ ٣٢٠، حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٤٩، كشاف القناع: ٥/ ٧٢.

ويستثنى من ذلك مسألتان تشترط فيهما الكفاءة من جانب المرأة^(١):

أ- أن يزوج غير الأب أو الجد عديم الأهلية أو ناقصها، أو يزوجه الأب أو الجد الذي عرف قبل العقد بسوء الاختيار، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له، احتياطاً لمصلحة الزواج. وإلا لم يصح الزواج.

ب- أن يوكل الرجل غيره في تزويجه وكالة مطلقة، فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل في رأي المالكية وأبي يرسف ومحمد أن تكون الزوجة كفؤاً.

٢- اتفق العلماء على أن الكفاءة حق للمرأة والأولياء وإلا فالولي له حق طلب الفسخ.

أو كان لها حق طلب الفسخ، لأنه خيار النقص في المعقود عليه فأشبهه خيار البيع^(٢) لما روي: أن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها: فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء^(٣).

وقد أشار القانون إلى ذلك في المادة ٢٩:

الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي.

٣- قال الإمام أبو حنيفة رحمته الله: إذا تعدد الأولياء فلمن يكون حق الكفاءة^(٤)؟

أ- إن تفاوتوا في الدرجة كانت الكفاءة حقاً للولي الأقرب:

كالأب مع الأخ، فإن للأب حق الاعتراض عند عدم الكفاءة دون الأخ.

ب- إن تساوا في الدرجة كإخوة أو أعمام، كان الحق للأقوى قرابة:

فالأخ الشقيق أحق بالاعتراض من الأخ لأب، وجميع الأعمام.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة: ٢٤٠/٧.

(٢) فتح القدير: ٤٢٤/٢، الشرح الكبير: ٢٤٩/٢، المهذب للشيرازي: ٣٨/٢، المعني لابن قدامة: ٤٨١/٦.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه عن عبد الله بن بريدة رضي الله عنه (نيل الأوطار: ١٢٧/٦).

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية: د. السباعي: ١٧٥/١.

والعم الشقيق أحق بالاعتراض من العم لأب.

ج- وإن تساوا في الدرجة وقوة القرابة كالإخوة الأشقاء.

كان رضا الواحد منهم مسقطاً لحق الآخرين في الاعتراض واعتبر رضاه رضياً منهم جميعاً لأن الولاية حق لا يتجزأ، وسيبها وهو القرابة واحد لا يتجزأ.

المبحث الثالث:

النظر إلى المخطوبة:

تمهيد:

عقد الزواج أخطر عقد لعاقديه؛ كثير التكاليف طويل الأمد، فلا يقدم عليه العقل إلا بعد ترو وتدبر؛ فكان لا بد له من مقدمات تمهيدية ليكون العقد محققاً للراحة والسعادة ومنشئاً لأسرة مترابطة.

ومن هذه المقدمات الخطبة: وهي طلب الرجل امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها لبيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه.

المطلب الأول: حكم النظر إلى المخطوبة:

رغبت الشريعة لسلامة الزواج في أن ينظر كل من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر في حدود الحشمة والآداب النبوية؛ وذلك للتعرف على حالة الجمال وخصوبة البدن ليكونا على بصيرة في اختيارهما. فيباح للخاطبين النظر لبعضهما:

١- لقوله ﷺ للمغيرة بن شعبة لما خطب امرأة ليتزوجها أنظرت إليها؟ قال لا فقال عليه الصلاة والسلام انظر إليها فذلك أحرى أن يؤدم بينكما^(١).

وجه الاستدلال: أن النظر للأجنبية محرم بدون سبب فلما أتى الأمر بعد النهي أفاد الإباحة فكان قول النبي ﷺ انظر إليها أمراً بعد حظر فيفيد الإباحة.

(١) الحاكم في المستدرک (٢٦٩٧)؛ الترمذي (١٠٨٧)، النسائي (٥٣٤٦).

٢- ولقوله ﷺ: إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وهي لا تعلم^(١).

ولقوله عليه الصلاة والسلام: إذا ألقى الله ﷻ في قلب امرئ خطبة امرأة فلا أبأس أن ينظر إليها^(٢)، وجه الاستدلال من الحديثين: أن قوله ﷺ {فلا جناح عليه} و {فلا بأس} ألفاظ تفيد نفي الإثم وهذا أسلوب يفيد الإباحة عند الأصوليين.

المطلب الثاني: شروط النظر إلى المخطوبة:

يتبين لنا من أقوال الفقهاء أن الإباحة في النظر بالنسبة للخطابين لا بد لها من شروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه وهي:

- ١- نية الخطبة: اتفق الفقهاء على اشتراطها عند الرجل حتى يحل له النظر.
- ٢- علم الخاطب أنه يجب: وإلا فلا يحل للرجل النظر إلى المرأة إن غلب على ظنه أنها لا تجيبه هي أو وليها اتفاقاً^(٣).
- ٣- أمن الشهوة: فيه خلاف عند الفقهاء^(٤):

فقد اشترطه المالكية والحنابلة وقالوا يباح له النظر إن أمن ثوران الشهوة. أما الحنفية والشافعية فلم يشترطوا ذلك وإن علم أنه يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام: أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما^(٥)، ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة.

(١) المعجم الأوسط : الطبراني : (٩١١) ، مسند أحمد (٢٣٦٥٠) .

(٢) صحيح ابن حبان: (٤٠٤٢) ، الحاكم في المستدرك (٥٨٣٩) ، ابن ماجه (١٨٦٤) .

(٣) حاشية ابن عابدين: ٩/٣ . مواهب الجليل: ٤٦٦/٣ ، مغني المحتاج: ١٦٥/٣ . الروض المربع: ٣٩٥ .

(٤) البناية: ١٥٢/١١ . شرح الخرشي: ١٦٦/٣ . مغني المحتاج: ١٦٦/٣ . الروض المربع: ٣٩٥ .

(٥) أخرجه الحاكم (٢٦٩٧) ، الترمذي (١٠٨٧) ، النسائي (٥٣٤٦) .

٤- علم المخطوبة أو وليها أو إذهما:

اختلف فيه الفقهاء فقال الجمهور^(١) لا يشترط ذلك لأنه يكتفى بإذن الشارع ولئلا يلحق بها أذى إن أعرض عنها بعد علمها، وذلك لحديث جابر: خطبت جارية فكنت أتحبها لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها^(٢). وقال المالكية يكره استغفالها والنظر إليها من دون علمها سداً للذريعة^(٣).

٥- اشتراط المحرم وعدم الخلوة:

اتفق الفقهاء على حرمة الخلوة بالمخطوبة لأنها ما زالت أجنبية؛ والخلوة بالأجنبية حرام لقوله ﷺ: { من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها }^(٤)، فهذا نص عام يشمل الاجتماع للخطبة وغيرها ولم يرد في الشريعة ما يخصه بالنسبة للخطبة فيبقى على عمومه.

٦- اشتراط النظر قبل إعلان الخطبة:

قال الشافعية يسعد النظر إليها قبل الخطبة لا بعدها^(٥). وبذلك يبقى النظر بعدها على أصله وهو حرمة النظر إلى الأجنبية.

المطلب الثالث- حدود النظر إلى المخطوبة^(٦):

اتفق العلماء على جواز النظر إلى الوجه لأنه عنوان الجمال وإلى الكفين وبه تتحقق خصوبة الجسد أو عدمها وإلى قدميها عند أبي حنيفة.

(١) البناية: ١٥٢/١١، المجموع: ٢١٣/١٧، مغني المحتاج: ١٦٦/٣، المغني: ٤٩٠/٩.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٢.

(٣) مواهب الجليل: ٤٦٥/٣.

(٤) مسند أحمد (١٤٦٩٢) والمعجم الكبير: ١١٤٦٢. وفي البخاري: ٢٨٤٤ { لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم }.

(٥) نهاية المحتاج: ١٨٣/٦.

(٦) مواهب الجليل: ٤٦٥/٣، مغني المحتاج: ١٦٦/٣، المغني: ٤٩٠/٩.

لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُنْدِبِينَ رَبِّتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١].

قال ابن عباس: ما ظهر منها هو الوجه والكفان.

ولقوله ﷺ: {فليُنظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها} ^(١) وهذا محصور في الوجه والكفين.

المطلب الرابع: تكرار النظر ^(٢):

اتفقوا على جواز تكرار النظر من الخاطب إلى المخطوبة مرة بعد مرة ليتبين هيئتها فلا يندم بعد النكاح لا على قصد الشهوة بل بقصد التأكد من الصفات التي يرغب فيها فكثيراً ما لا تغني النظرة الأولى أو الثانية للحديث: {إذا قذف الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها} ^(٣) والتأمل لا يكون بمرة. ويحتمل تقديره بثلاث لحصول المعرفة بها غالباً لحديث السيدة عائشة رضي الله عنها: {أريتك في المنام ثلاث ليال} ^(٤).

المطلب الخامس: إرسال امرأة لتصف المخطوبة للخاطب:

أباح الشارع للخاطب أن يرسل امرأة يثق بها تنظر إلى ما لا ينظره من المخطوبة وتخبره بصفتها لحديث أنس أنه ﷺ بعث أم سليم إلى امرأة وقال: انظري عرقوها وشمي عوارضها ^(٥) وهي الأسنان التي في عرض الفم، وللمرأة أن تفعل مثل ذلك بإرسال رجل يستوصف لها الخاطب لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها.

(١) سنن أبي داود (٢٠٨٢).

(٢) مغني المحتاج: ١٦٦/٣، المجموع: ٢١٤/١٧.

(٣) المعجم الأوسط: الطبراني (٣٤٤٥).

(٤) البخاري: (٣٦٨٢)، ومسلم: (٢٤٣٨).

(٥) مسند أحمد: (١٣٤٤٨).

المبحث الرابع: الخطبة وآثارها.

المطلب الأول- معنى الخطبة وحكمتها:

✽ الخطبة بكسر الخاء هي أن يطلب الرجل من المرأة الزواج بها أو هي إعلام المرأة أو وليها بذلك^(١).

✽ الحكمة منها: هي السبيل لدراسة أخلاق الطرفين بالقدر المسموح به شرعاً لتحقيق الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، ولأطمئنان طرفيه إلى إمكان التفاهم بينهما بسعادة وحب.

المطلب الثاني- مشروعية الخطبة:

الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقداً أي يبقى كل من الخاطبين أجنبياً عن الآخر. وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢ :

الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا. وقد اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة:

لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

ولقوله ﷺ: { لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه }^(٢).

ولقوله ﷺ: { إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان

إنما ينظر لخطبة وإن كانت لا تعلم }^(٣).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية: د. السباعي: ٥٢/١.

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٣٣) ومسلم: (١٤٠٨).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٩١١) وأحمد في المسند (٢٣٦٥٠).

المطلب الثالث: شروط الخطبة الصحيحة^(١):

١- أن يحل زواجه منها فلا تكون محرمة عليه بسبب قرابة النسب أو الرضاع أو المصاهرة.

٢- أن لا تكون زوجة لرجل آخر لا تزال في عصمته.

٣- أن لا تكون معتدة من طلاق رجعي لأنه يجوز للرجل مراجعتها من غير عقد ولا مهر فلا تجوز الخطبة تصريحاً كأن يقول أريد الزواج منك ولا تعريضاً كأن يقول أنت جميلة يرغب فيك الرجال.

وهذا ما ذهب إليه القانون في المادة (٣٨): لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته.

٤- أن لا تكون معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى تصريحاً أو تعريضاً لأنه ما دامت في العدة بإمكان زوجها أن يعيدها بمهر وعقد جديدين.

٥- أن لا تكون معتدة من وفاة فلا يجوز خطبتها تصريحاً احتراماً ووفاء للزوج المتوفى.

أما تعريضاً: فيجوز لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

٦- أن لا تكون مخطوبة للغير:

وندرس في هذا خطبة الرجل على خطبة أخيه، خطبة المرأة على أختها المرأة، العقد على مخطوبة الغير.

أولاً- خطبة الرجل على الرجل^(٢):

أ- إن كانت المخطوبة قد وافقت على خطبتها من الرجل الأول.

يحرم على غيره أن يخطبها عند الجمهور للحديث: { لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك }^(٣).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ١٥/٧، شرح قانون الأحوال الشخصية: د. السباعي: ٥٢/١.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٩/٣، بلغة السالك للصاوي: ٢١٨/٢، الحاوي الكبير للماوردي: ٢٥١/٩.

كشف القناع: ١٧/٤.

(٣) أخرجه البخاري (٤٨٤٩).

وقال المالكية إن كان الثاني أصلح من الأول جاز له وإلا فلا.
لأن النبي ﷺ أباح خطبة فاطمة بنت قيس لأسامة وقد خطبها معاوية وأبو جهم، فقال عليه الصلاة والسلام: { أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه فانكحي أسامة بن زيد }^(١).

فإن تساوى في الصلاح والاستقامة حرم على الثاني خطبتها.

ب- أن ترفض المرأة خطبة الأول:

يجوز اتفاقاً للثاني أن يخطبها حتى ولو بعد الإجابة.

ج- أن تسكت فلا تجيب بقبول أو رفض وقد اختلف الفقهاء بين الجواز لخطبة الثاني لاحتمال رفضها للأول وبين تحريمها لاحتمال قبولها للأول.

د- أن يأذن الخاطب الأول للثاني:

يجوز للثاني أن يتقدم لخطبتها اتفاقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: { أو يأذن له الخاطب } كما مر.

هـ- أن تكون الخطبة فاسدة كأن كانت معتدة فلا تعتبر في عدم جواز الخطبة عليها.

ثانياً- خطبة المرأة على المرأة:

يستدل بالنهي عن خطبة الرجل على الرجل بتحريم خطبة المرأة على خطبة امرأة أخرى. وهذا إذا أبدى رجل رغبته في أن لا يتزوج إلا امرأة واحدة وإلا فلا تحرم خطبة المرأة الثانية على الأولى.

ثالثاً- العقد على مخطوبة الغير:

قال الجمهور العقد صحيح لا يفسخ لكنه يأثم ديانة إن علم بالخطاب الأول.

وقال المالكية: العقد باطل يجب فسخه مطلقاً وهو قول عندهم.

والقول الثاني: العقد باطل يجب فسخه قبل الدخول بطلقة بائنة.

وأما بعد الدخول فلا يفسخ صيانة وحرمة للنسب.

المطلب الرابع- صيغة الخطبة^(٢):

أ- يستحب افتتاح كلامه بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ. لقوله عليه الصلاة والسلام: { كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتى }^(٣).

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

(٢) ينظر في هذا مغني المحتاج: ١٨٧/٣، شرح قانون الأحوال الشخصية، د. الصابوني: ٣٤/١.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه رقم ١؛ والبيهقي في السنن الكبرى: ٥٥٥٩.

ب- يستحب للخاطب أو نائبه تقديم خطبة (بضم الخاء) قبل الخطبة (بكسر الخاء) إن كان في خطبة التصريح دون التعريض.
ج- يقول عقب الخطبة جئت خاطباً كريمكم فيقول له الولي: لست بمربوب عنك أو نحو ذلك.

د- تكون الصيغة تصريحاً كقوله: إني أريد أن أخطبك لتكوني لي زوجة.

أريد خطوبة ابتك إن كان الكلام للولي.

هـ- تكون الصيغة تعريضاً كقوله: إني أرغب بفتاة من عائلة كريمة ذات خلق ودين.

المبحث الخامس- العدول عن الخطبة:

المطلب الأول- حكم العدول عن الخطبة:

إن الخطبة في الشريعة الإسلامية وعد بالزواج في المستقبل والوعد ليس عقدًا فلا يترتب عليه الوفاء قضاء كما نصت عليه المادة ٣ :

لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

أما ديانة فالوعد يجب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ [الإسراء: ٣٤].

وقد اعتبر رسول الله ﷺ إخلاف الوعد من علامات النفاق فقال: { آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر }^(١).

فإذا عدل الخاطب عن مخطوبته أو العكس من غير سبب مقبول كان آثمًا عند الله وإلا فلا آثم عليه.

المطلب الثاني: حكم المهر عند العدول^(٢):

قد يتم تسليم المهر أو بعض المهر في مرحلة الخطبة ثم يعدل أحد الخاطبين، فما حكم المهر ؟

١- "إن كان العدول من الخاطب:

١. بغير سبب: تُخير المخطوبة بين إعادة ما دفعه مثل النقد أو قيمته أو بذاته. ويين أن تسلم الجهاز الذي اشترته للخاطب وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٤ :

(١) أخرجه البخاري (٣٣) ومسلم (٥٩).

(٢) ينظر شرح قانون الأحوال الشخصية: د. السباعي: ٦٠/١، د. الصابوني: ٤٤/١.

الفقرة-١- إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

٢. العدول بسبب: كعلمه بعيب منها أو لخلق يكرهه أو حدث شيء منها تلزم المخطوبة اتفاقاً برد مثل المهر أو قيمته لأنها السبب فتتحمل الضرر وحدها ولا يقبل تسليم الجهاز.

٢- "إن كان العدول من المخطوبة:

١. العدول بغير سبب: فإنها ترد المهر اتفاقاً مثله أو عينه أو قيمته، وإن اشترت به جهازها فإنها تلزم برد مثل المهر أو قيمته وتحمل الخسائر لرضاها بالعدول.

المادة / ٤ / الفقرة - ٢ - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

٢. العدول بسبب لعيب فيه أو لخلق لا ترضاه تخير اتفاقاً بين تسليم الجهاز أو إعادة مثل المهر أو قيمته.

المطلب الثالث- حكم الهدايا حال العدول:

عادة ما يقدم أحد الخاطبين للآخر في فترة الخطوبة هدية معبرة عن رغبته في وفائه بالوعد ولكن قد يعدل أحدهما فما مصير هذه الهدايا ؟

(١) الحنفية: حكم الهدايا حكم الهبة فلا يجوز فيها الرجوع إن وجد مانع من موانع الرجوع مثل: زيادة الموهوب- العوض- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له- موت الواهب أو الموهوب- هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

وإلا جاز لكل منهما إذا فسخت الخطوبة استرداد هديته ما دامت قائمة غير مستهلكة وفي ملك الآخر ولم تتغير صفتها وشكلها.

القانون المادة / ٤ / الفقرة- ٣ - تجري على الهدايا أحكام الهبة.

(٢) قال المالكية: العدول من الخاطب : إن كان بغير سبب فإنه لا يسترجع منها شيئاً. وإن كان بسبب يخير بين المطالبة بهداياه وتركها لها.

- العدول من المخطوبة إن كان بغير سبب يجب عليها أن ترد له الهدايا عيناً كانت أو قيمة. وإن كان بسبب تخير بين رد هداياه وإبقائها.

(٣) قال الشافعية: لكل منهما الرجوع عيناً كانت أم قيمة دون النظر إلى من كان الرجوع سواء كانت قائمة فتسترد عينها أو مستهلكة فيسترد مثلها أو قيمتها لأن الهدية تمت على أساس العقد فلما لم يتم العقد يجب أن تسترد الهدايا.

وهذا الرأي متفق مع العدالة وروح الشريعة فأرى أنه الراجح وإن كان القانون مع مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٤) قال الحنابلة: لا يجوز لأحد الخاطئين أن يسترد شيئاً من هداياه لأنها هبة. والهبة لا رجوع فيها بالقبض سواء كانت قائمة أم مستهلكة. لقول النبي ﷺ: { العائد في هبته كالعائد في قيئه }^(١).

المطلب الرابع - التعويض في حال العدول عن الخطبة^(٢):

إن العدول عن الخطبة قد يصيب أحد الخاطئين بضرر من جهة المال أو من جهة الشرف فهل يطالب العادل بالتعويض نظير هذا الإضرار؟

ذهب الفقهاء المعاصرون وأصحاب المحاكم الشرعية والمدنية إلى أنه من حق من أصابه الضرر بالعدول عن الخطبة أن يطلب التعويض لقوله ﷺ: { لا ضرر ولا ضرار }^(٣). وكذلك فإن هذا التعويض لم يجب لأنه استعمل حقه في العدول بل لأنه أساء استعمال الحق فألحق ضرراً بالغير عملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق ولكن بشرط أن يكون الضرر قد نشأ بسبب من العادل كأن يطلب تجهيز أثاث بمواصفات معينة ثم يعدل وإلا فلا تعويض.

(١) أخرجه البخاري (١٤١٩) ومسلم (١٦٢٢).

(٢) أحكام الأحوال الشخصية: عبد الحميد ميهوب: ٢١ بتصرف.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٣٤٥) وأحمد في المسند (٢٨٦٨).

الفصل الثاني عقد الزواج

وفيه (٦) مباحث:

المبحث الأول: محل العقد.

المطلب الأول: أهلية الزوجين.

المطلب الثاني: زواج الصغار.

المطلب الثالث: سن الزواج.

المبحث الثاني: صيغة العقد.

المطلب الأول: ألفاظ الصيغة في عقد النكاح.

المطلب الثاني: شروط الصيغة.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

المطلب الرابع: صف صيغة عقد النكاح.

المبحث الثالث: النكاح المقترن بالشرط.

المطلب الأول: نكاح الشغار.

المطلب الثاني: النكاح المؤقت ونكاح المتعة.

المطلب الثالث: نكاح المحلل.

المبحث الرابع: الإشهاد في العقد.

المطلب الأول: اشتراط الشهادة في عقد النكاح.

المطلب الثاني: شروط الشهود.

المبحث الخامس: إنشاء عقد النكاح.

المطلب الأول: إنشاء عقد النكاح ولاية.

المطلب الثاني: إنشاء عقد النكاح وكالة.

المطلب الثالث: إنشاء عقد النكاح أصالة.

المبحث السادس: معاملات الزواج الإدارية.



الفصل الثاني: عقد الزواج.

المبحث الأول: محل العقد.

المطلب الأول: أهلية الزوجين:

- يشترط في العاقدین لعقد النكاح البلوغ والعقل^(١)، سواء عقداً ذلك العقد أصالة أم ولاية أم وكالة فلا يصح عقد الصغير بنفسه، ولا عقد المجنون، ولا عقد السكران. أما المميز فيصح عقده عند الحنفية، لكنه موقوف على إجازة الولي، خلافاً للجمهور.

- ويشترط رضا العاقدین، فالمكره لا إرادة له، فلا يصح عقده.

- ويشترط في المرأة أن تكون حلاً للرجل وأن تكون خالية من زواج أو عدة طلاق أو وفاة^(٢).

- ويشترط في الرجل الإسلام إذا كانت المرأة مسلمة وإلا فلا يشترط.

- واشتراط الجمهور دون الحنفية خلو العاقدین أو الزوجين عن الإحرام بحج أو عمرة^(٣).

- وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على اشتراط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

م ١٥ :

١- يشترط أهلية الزواج العقل والبلوغ.

٢- للقاضي الإذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

(١) حاشية ابن عابدين: ٥٩٠٣. المذهب للشيرازي: ١١٢/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤ / ٣. حاشية الدسوقي: ٢٤٩/٢.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٢٠٢/٢.

المطلب الثاني- زواج الصغار.

ذهب جمهور الفقهاء إلى زواج الصغار صغيراً كان أم صغيرة، إذا زوجها الولي أو وكيله وهذا مذهب الأئمة الأربعة وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك. قال: أجمعوا أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائزاً إذا زوجها بكفء. وأجمعوا أن إنكاح الأب ابنه الصغير جائز^(١). وقال ابن شيرمة وأبو بكر الأصم: زواج الصغار باطل. الأدلة^(٢):

- استدلل الأئمة الأربعة بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَمْسُكْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِيضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]. فقد جعل الله عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر والعدة لا تكون إلا بعد زواج. وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢]. والأيم: اسم للأثني التي لا زوج لها صغيرة كانت أم كبيرة. ومن السنة حديث عائشة. تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست، وبني بي وأنا ابنة تسع^(٣). وقد زوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عروة بن الزبير. وتزوج قدامة بن مظعون ابنة الزبير حين ولدت فقبل له في ذلك فقال: هي ابنة الزبير: إن مت ورثتني، وإن عشت كانت امرأتي. ولكن اختلف العلماء فيما بينهم فيمن يحق له إجراء هذا العقد: ١- فقال الإمام مالك والإمام أحمد: لا يجوز لغير الأب تزويج الصغار وإلا كان العقد باطلاً.

(١) الإجماع: ٩١.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية، د. السباعي: ١٢٦/١ - ١٢٨.

(٣) أخرجه الإمام مسلم (١٤٢٢).

بدليل أن قدامة بن مطعون زوج بنت أخيه من عبد الله بن عمر، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: { إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها } واليتيمة هي التي مات أبوها لقوله ﷺ: { لا يتم بعد احتلام } فدل ذلك أن الأب وحده هو الذي يملك حق تزويج الصغار^(١).

٢- وقال الشافعي: إن ذلك جائز للأب فإن لم يكن فللمجدد وإلا فالعقد باطل.

٣- وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد من الكفاءة ومهر المثل وإلا فالعقد باطل.

- واستدل ابن شيرمة وأبو بكر الأصم بقوله تعالى: ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ عَلِمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [سورة النساء: ٦] دلت الآية على أن بلوغ النكاح هو علامة من علامات انتهاء الصغر فلو كان زواج الصغار جائز لما كان لهذه الغاية معنى.

- ثم إنه لا فائدة من العقد للصغير.. فهدف الزواج المعاشرة والسكن والتناسل ولا تتحقق هذه الأهداف في زواج الصغار.

فائدة: يجوز زواج الصغار وإجراء عقدهم من جميع الأولياء لكنه غير لازم في حق الصغار فلهم حق الفسخ بعد البلوغ. لأن شفقة الأولياء لا تمنع من إساءة الاختيار عن غير قصد، فيجب أن يعطى الصغير حق الفسخ حين البلوغ تحقيقاً للمصلحة^(٢).
موقف القانون: أخذ القانون رأي عدم جواز العقد على الصغار مراعاة للأوضاع الاجتماعية التي تجعل هذا الزواج عبثاً وعبثاً واشتراط البلوغ.
م ١٥ : ١- يشترط في أهلية الزوج العقل والبلوغ.

المطلب الثالث: سن الزواج:

ذكرنا فيما سبق اشتراط البلوغ لصحة النكاح في العاقلين وذكرنا حكم زواج الصغار إن عقد وليهما أو وكيل الولي ونذكر الآن كيف يكون البلوغ^(٣).

(١) المغني لابن قدامة: ٧ / ٣٨٢، شرح قانون الأحوال الشخصية د. السباعي: ١ / ١٢٨.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية د. السباعي: ١ / ١٢٩.

(٣) البدائع: ٧ / ١٧٢، الأم للشافعي: ١٧ / ٥، ١٨، المغني: ٧ / ٣٨٢، بداية المجتهد: ٥ / ٢.

- إما أن يكون البلوغ طبيعياً أي بالعلامات (حيض، احتلام ..) .

- وإما أن يكون بالسن: وفي تحديد السن بين الفقهاء خلاف الجمهور (الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية وبرأيهما يفتى في المذهب) سن البلوغ (١٥ سنة للغلام والفتاة) وأما الإمام أبو حنيفة فجعله للغلام (١٨ سنة)، وللفتاة (١٧ سنة)، وأما المالكية فجعلوا سن البلوغ (١٨ سنة) للغلام والفتاة . وتحديد السنة في جميع هذه الأقوال بالسنة القمرية.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد سار مع الإمام أبي حنيفة في اعتبار سن الزواج وفقاً للمادة (١٦) التي نصت:

تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام السابعة عشر من العمر.

ثم راعى القانون أعراف البلاد في حصول الزواج المبكر، وراعى رغبة الشاب والفتاة بتحسين نفسيهما بالزواج بعد البلوغ.

جاء في المادة (١٨) : إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلبوا الزواج بأذن القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.

لكن القانون؛ حد من حرية الزوجين في الاختيار فيما يتعلق بالسن فجعل فاروق السن الكبير، سبباً لعدم إذن القاضي للزواج فنص في المادة (١٩) :

إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً، ولم يكن مصلحة في هذا الزواج، فللقاضي أن لا يأذن به.

وهذا القول القانوني لا أثر له شرعاً لأن جميع المصالح المتصورة ملغاة بفعل النبي ﷺ حين تزوج السيد عائشة وهي بنت ست ودخل بها وهي ابنة تسع وكان عمره عليه الصلاة والسلام حينها أربع وخمسون سنة.

المبحث الثاني: صيغة العقد:

تمهيد:

لما كان عقد الزواج عقداً رضائياً في الشريعة الإسلامية فلا بد فيه من طرفين، كبقية العقود، وهذا يقتضي أن تتحقق أركانه، وهي:

١- العاقدان: وهما الرجل والمرأة، أو كلاهما، أو وليهما، ومنهما شروط عامة اشترطها الشارع في كل المتعاقدين، وشروط خاصة بعقد الزواج.

٢- المعقود عليه: فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من عقد الزواج للتعاون على الحياة المشتركة الدائمة، وإيجاد النسل الصالح للأمة.

٣- صيغة العقد: فهي الدالة على تحقيق الإرادة والرضى في نفس كل من المتعاقدين.

والإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً على رضاه بالعقد. والقبول: هو اللفظ الذي يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر دالاً على موافقته على رغبة الأول.

لو قال الرجل للمرأة: تزوجتك على مهر قدره كذا (هذا إيجاب).

فقلت المرأة: قبلت زواجك بما ذكرت من المهر (هذا قبول).

وبما أنه من العسير تبين هذا الرضا لحفائه أناط الشارع انعقاد العقد بالإيجاب والقبول واشترط فيهما شروط نبينها في المطالب التالية:

المطلب الأول- ألفاظ الصيغة^(١):

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد النكاح بالمعاطاة، فلا ينعقد القبول بفعل كقبض المرأة مهرها، بل لا بد من إيجاب وقبول، لكنهم اختلفوا في تحديد الإيجاب والقبول. فالسادة الحنفية يرون الإيجاب هو كلام المتقدم من المتعاقدين سواء كان الزوجة أو وليها أو كان الزوج.

(١) حاشية ابن عابدين: ١٠/٣ فما بعدها، حاشية الدسوقي: ٣٤٩/٢ - ٣٥٠.

مغني المحتاج: ١٨٠/٣ فما بعدها. الروض المربع: ٣٨٠.

أما الجمهور فيرون الإيجاب هو كلام ولي الزوجة، والقبول كلام الزوج ولكن إن تقدم القبول على الإيجاب صحَّ العقد عندهم إلا عند الحنابلة.

• واتفق الفقهاء على انعقاد النكاح بلفظي النكاح والتزويج وإن دون نية لأتت لفظان صريحان في انعقاد الزواج.

ولقوله (رحمته): { ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة... }^(١).

• واتفقوا على عدم انعقاد العقد بالألفاظ لا تفيد الملك كالإباحة والإحلال والإعارة، والإجارة.

• واختلّفوا في انعقاده بالألفاظ تفيد الملك ولا تختص بالنكاح:

فذهب الحنفية إلى انعقاده بلفظ البيع والهبة والتمليك بشرط نية، أو قرينة لأتت ألفاظ كناية في انعقاد الزواج، لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) زوج رجلاً امرأة فقال: قد ملكتها مما معك من القرآن (رواه الإمام البخاري).

وذهب المالكية إلى انعقاده بلفظ الهبة إن سمي صداقاً وإلا فلا يصح.

أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد عندهم بهذه الألفاظ أبداً ولا يصح إلا بلفظي النكاح والتزويج، صيانة للمرأة وحفظاً للأنسب.

• أما انعقاد العقد بالألفاظ غير العربية أي العجمية (الإنكليزية ، الفرنسية، التركية ...) إذا صدرت عن تكلم بها عن قصد صحيح وفهم كل من المتعاقدين معاني هذه الكلمات، وفهم الشهود ذلك فيصح وإلا فلا.

وقد نص الحنفية والشافعية على أن العقد ينعقد بالألفاظ المصحفة (باللهجات المحلية الدارجة) كقوله تجوزت أو تزوزت لأنه أصبح حقيقة عرفية إذا صدر عن قصد صحيح.

أما القانون السوري فقد نص في المادتين (٥ و ٦) على اشتراط الإيجاب والقبول وصحة العقد إن كان بالألفاظ تفيد معناه سواء في اللغة أم بالعرف.

م ٥ / ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين، وقبول من الآخر.

م ٦ / يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً.

(١) أخرجه الترمذي (١١٨٤) وحسنه، وأبو داود (٢١٩٤)، والحاكم (٢٨٠٠) وصححه.

المطلب الثاني: ما ينوب عن الصيغة:

الأصل أن الإيجاب والقبول يكون باللفظ ولكن لعجز كمرض أو غياب ربما يكون بالإشارة أو بالكتابة.

(١) هل يصح العقد من الأخرس حيث أنه لا يحسن النطق^(١) ؟

قال الحنفية: إن عجز عن اللفظ صحت إشارته، الدالة على المراد سواء أكان يحسن الكتابة أم لا.

وقال بعض الشافعية: إن كان لا يحسن الكتابة صحت إشارته وإلا لا تصح لأن الكتابة أقوى دلالة.

وذهب القانون السوري إلى قول الشافعية في المادة (١٠):

يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إذا كان يكتب، وإلا فإشارته المعلومة.

(٢) هل يصح العقد بالمكاتبة^(٢) ؟

- قال الحنفية: إن عقد الزواج يصح بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس ولا بد من شروط:

١- أن يكون الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر.

٢- أن يشهد شاهدان على صحة مضمون الكتاب وتوقيعه.

٣- أن تقرأ المرأة الكتاب بحضور شاهدين فيسمعها الإيجاب وموافقة الزوجة في مجلس واحد.

- قال الجمهور: لا ينعقد العقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية.

أما القانون السوري جاء في المادة ٧:

يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذ كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.

(١) ابن عابدين في حاشية ٣٢٦/٧، التاج والإكليل ٤٧/٥، مغني المحتاج: ١٨٣/٣، الروض المربع ٣٨٠

(٢) ابن عابدين في حاشيته ١٣/٣، مواهب الجليل: ٤٣/٥، مغني المحتاج للشريبي: ١٨٣/٣.

المطلب الثالث: ما يشترط في الإيجاب القبول^(١):

١- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول:

فلو افترقا بالأبدان لا يصح اتفاقاً، كالمشي، وسير الدابة، يجعل ذلك المجلس متعدداً بتعدد الخطوات. إلا إذا كانا في سفينة فعقد عقداً أو في طائرة صح لأحدهما لا يستطيعان إيقافها. وأما لو افترقا بالأقوال صح عند الجمهور دون الحنفية.

٢- موافقة القبول والإيجاب:

ينبغي أن تكون المطابقة بين العاقدين وفق الإرادتين وإلا:

فالمخالفة إن كانت لخير فهي صورية لا تؤثر على صحة النكاح.

قال: تزوجني نفسك بألف، فقالت قبلت بخمسائة، صح لأنه قبول موافق للإيجاب الضمني، وكأنها قبلت بالألف وحطت عنه خمسمائة.

وأما المخالفة إن كانت لمفسدة فلا يصح العقد.

قال: زوجني ابتك على مهر وقدره ٥٠٠ ل.س، فقال: قبلت بألف لم ينعقد العقد.

أو قال: زوجني ابتك سلمى، فقال له: زوجتك ليلي فلا ينعقد الزواج.

٣- عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل العقد.

لو قال: تزوجتك على مهر وقدره كذا، وقبل أن تقول له قبلت أصيب بجنون

أو أغمي عليه، أو ارتد، أو جنت، أو ارتدت، عندها يعتبر الإيجاب لاغياً.

٤- أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه وإلا فالعقد لاغي.

وجاء في القانون في المادة ١١ :

يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه، وفي مجلس واحد

وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفهماً أن المقصود به الزواج، وأن

لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

(١) ابن عابدين في حاشيته ١٥/٣، الروض المربع: ٣٨٠.

المطلب الرابع: صفة صيغة العقد^(١):

يشترط في صيغة عقد النكاح أن تكون منجزة لا تعليق فيها؛ ومطلقة لا تأقيت فيها فلا يصح تعليق النكاح بالشرط لأنه تعليق بالخطر وهو ما يكون معدوماً يتوقع وجوده ولهذا التعليق عدة صور:

١- التعليق على شرط مستقبل: مثل زوجتك ابنتي إن رضي فلان، أو إن ولدت زوجتي أنثى فقد زوجتكها.. فهذا لا يصح وكذلك لا تصح إضافته إلى المستقبل، مثل: إن جاء الغد زوجتك ابنتي أو إن مضى شهر زوجتك ابنتي. أما لو قال: زوجتك ابنتي إن شاء الله، وقصد التبرك فإن العقد يصح.

٢- التعليق على شرط حاضر أو ماض: مثل أن يقول: إن انقضت عدة ابنتي زوجتك إياها، وكانت عدتها قد انقضت أو أن يقول: إن كنت تملك مهرها فقد زوجتك إياها وكان يملك مهرها، فالجمهور على أن هذا التعليق لا يفسد الصيغة لأن الشرط متحقق فهو بمثابة العقد المنجز أما الشافعية فقالوا: لا يصح العقد لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة.

القانون في المادة ١٣: لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق.

أما اقتران العقد بالشرط فهذا ما سوف ندرسه إن شاء الله في المبحث التالي.

المبحث الثالث- النكاح المقترن بالشرط:

المطلب الأول- نكاح الشغار^(٢):

تعريفه: هو أن يزوج الرجل وليته لآخر على أن يزوجه الآخر من تحت ولايته بحيث يجعل بضع كل منهما صداقاً للآخرى^(٣).

(١) ابن عابدين في حاشيته ١٣/٣، مواهب الجليل: ٤٣/٥، مغني المحتاج: ١٨٣/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١١٦/٣، حاشية الدسوقي: ٤٨٥/٢.

مغني المحتاج للشريبي: ١٨٥/٣، كشف القناع: ٨٤/٤.

(٣) نيل الأوطار: ١٤٠/٦.

صیغته: الجمهور مثل أن يقول: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك.

وخالف الشافعية فاشتروا أن يقول:

زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة منهما صداق للأخرى.
فإن لم يجعل البضع صداقاً بأن سكنت عنه صح العقدان ووجب مهر المثل لكل منهما:
صوره:

١- أن يجعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى وهو الشغار الصريح المنهي عنه
بالحديث. عن ابن عمر رضي الله عنهما: نهى ﷺ عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على
أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق^(١).

فالجمهور على أنه باطل يفسخ قبل البناء وبعده أما الحنفية فقالوا بأنه صحيح
مكروه يجب فيه مهر المثل أي صح العقد وبطل الشرط ووجب مهر المثل وهو آثم شرعاً.
٢- أن يجعل مهر كل منهما مستقلاً عن الآخر كقوله:

زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة أو أقل أو أكثر. العقد صحيح
عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة).
وقال المالكية: هو وجه شغار يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بالأكثر من مهر المثل
والمسمى.

المطلب الثاني- المتعة والمؤقت والفارق بينهما:

ذكرنا أن صيغة النكاح يجب أن تكون مطلقة، مؤبدة لا تأقبت فيها فإذا اقترن
العقد بذكر الأجل لمدة معلومة، كسنة، وشهر، أو بمجھولة كقدوم الحاج أو انتهاء
العمل أو الدراسة، بأن يقول تزوجتك حتى أنهي دراستي أو حتى يرجع الحاج مثلاً.
كان العقد باطلاً وهذا هو النكاح المؤقت.

(١) البخاري (٤٨٢٢). مسلم (١٤١٥).

والفرق بينه وبين نكاح المتعة^(١): أن في المؤقت يذكر لفظ النكاح والتزويج. وفي المتعة يلفظ أتمتع أو أستمتع، ولا يشترط في المتعة الشهود ولا الولي. كأن يقول لها أمتعيني نفسك. فتقول: أمتعتك نفسي بلا ولي ولا شهود.

ونكاح المتعة باطل حرام، وإن كان أول الإسلام جائزاً رخصه للمضطر لكن رسول الله ﷺ حرمه في عام خيبر؛ وقيل في حجة الوداع.

وفي الصحيحين عن سيدنا علي عليه السلام أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة يوم خيبر^(٢). فإن ذكر التأقيت بلفظ النكاح والتزويج فهو كما أسلفنا النكاح المؤقت وهو باطل سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة.. فإذا جعلها طويلة لا يمكن أن يدركها الزوجان، كقوله: تزوجتك ٢٠٠، أو حتى موتي، أو حتى موتك، فالعقد باطل أيضاً. لأن الاعتبار بصيغ العقود لا معانيها^(٣).

فإذا خلعت الصيغة من اشتراط التأقيت، وكان الزوج قد نوى ذلك في نفسه، فالجمهور على أنه يصح وينفع للمغترب^(٤)، وخالف الحنابلة وقالوا: يبطلانه فلا يصح حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت^(٥).

نكاح المتعة:

هو عقد بصيغة التمتع أجازاه الرسول ﷺ في بعض غزواته لأهم:

- ١- كانوا حديثي عهد بالإسلام فكان لضرورة التشريع.
 - ٢- التدرج بتشريع جديد لأحكام الزواج.
- الأئمة الأربعة: من عهد النبي ﷺ إلى يومنا قالوا بتحريم ذلك وبطلان العقد. وأما الشيعة الجعفرية وابن عباس قالوا: بجواز ذلك طيلة الحياة.

(١) حاشية ابن عابدين: ٥٦/٣.

(٢) البخاري (٤٨٢٥). ومسلم (١٤٠٧).

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥٦/٣، مغني المحتاج للشريبي: ١٨٥/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥٧/٣، حاشية الدسوقي: ٣٧٨/٣.

(٥) كشف القناع: ٨٨/٤.

أدلة الشيعة:

١- القرآن: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

- لم تذكر النكاح وإنما الاستمتاع والتمتع مادة واحدة فهو المتعة.

- أجورهن: هو حقيقة في الإجارة ولو كان نكاح لقال مهورهن، والمتعة عقد

إجارة على منفعة البضع (الجماع).

- الأجرة بعد الاستمتاع وهذا عقد الإجارة أما لو كان مهراً لكان ينبغي أن

يكون في نفس العقد فالمهر أولاً ثم الاستمتاع.

٢- السنة: أورد الشيخان عن ابن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ

ليس معنا نساء فقلنا ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب

إلى أجل، ثم قرأ ابن مسعود ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾.

أباحه ﷺ في غزوة الفتح ولم يثبت نسخه فيبقى على الإباحة.

نهي عمر رضي الله عنه فقال: متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ حلالاً أنا أنهي

عنهما وأعاقب عليهما.

فهذا قول عمر لا يصح اجتهداً في مورد النص بجواز المتعة من القرآن.

٣- فتوى الصحابة: ابن مسعود وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري،

والباقر، والصادق، ومن علماء مكة ابن جريج، ثم ابن عباس افق بجوازها وانكر على

عمر نهيه عنها لأنه لم يصل إليهم دليل التحريم.

أدلة الجمهور والرد على أدلة الجعفرية:

١- الجماع حرام إلا إن كان عن طريق النكاح أو ملك اليمين لقوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِلَهُمْ غَيْرُ

مَلُومِينَ ۖ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥].

- والمتعة ليست نكاحاً ولا ملك يمين فتكون محرمة.. وهي ليست نكاحاً

لأنه لا نفقة فيها، ولا توارث بينهما، ولا تحتاج إلى طلاق.

- المتعة فيها وطء، والوطء من غير نكاح أو ملك اليمين، عدوان، فهي عدوان منهى عنه.

٢- فيوم خير أورد الشيخان عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية.

٣- أجمعت الأمة على تحريمها مع الحاجة إليها ولو كانت جائزة لأفتوا بها.

٤- عقلاً لا تحقق أغراض النكاح، من سكن، وتناسل، وإنما فيها قضاء للشهوة وإبقاء للزنا تحت اسم المتعة، فالله اعتبر تأجير الفتاة نفسها للشهوة بغاء منهى عن ذلك ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَانَكُمْ عَلَى الْبَيْعِ إِنِ ارْزَنْ تَحْصِنَا﴾.
الرد على أدلة الجعفرية:

١- المراد بالاستمتاع هو الدخول بالزوجة في نكاح صحيح، لأنه ذكر بعد ذكر المحرمات.

٢- المهر يسمى في النكاح أجراً. / أجورهن = مهورهن /.

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنْ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّائِيَّاتِ أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ﴾، (مهورهن).

﴿فَالِكُفُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَعَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، (مهورهن)

٣- الأجر لا يكون دائماً بعد الاستمتاع بل هنا تقدم وتأخير.

التقدير: فأتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن أي إذا أرتم الاستمتاع بهن مثل
﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا﴾ [المائدة: ٦].

٤- السنة:

- مسلم / عن علي عليه السلام أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة يوم خير.

- مسلم / سلمة بن الأكوع عليه السلام قال رخص لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء ثلاثة أيام ثم نهى عنها..

- أبو داود / سبرة الجهني عليه السلام أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة.

- مسلم / سيرة النبي ﷺ قال ﷺ كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة.

- سئل ابن عمر عن المتعة فقال ثمانا عنها رسول الله ﷺ.

- ابن ماجه / قال ابن عمر: قال عمر لما ولي: إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً، ثم حرمها، والله لا أعلم أحداً يتمتع وهو محصن، إلا رجسته بالحجارة إلا أن يأتي بأربعة يشهدون، بأن الرسول أحلها بعد تحريمها. وعمر هنا أكد بنهيه نهي رسول الله ﷺ.

- مسلم / سيرة بن معبد الجهني ﷺ قال: أذن لنا رسول بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر، وهي حسناء طويلة العنق فعرضنا عليها أنفسنا فقالت: ما تعطيني؟ قلت: ردائي وقال صاحبي: ردائي وكان رداؤه أجود من ردائي، وكنت أنا أشب منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إلي أعجبته، ثم قالت: أنت ورداؤك تكفييني. فمكث معها ثلاثاً، ثم قال رسول الله ﷺ: من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخل سبيلها.

- وأما ابن عباس ﷺ:

أ- ظل على قوله إلى آخر عمره حين كف بصره.

مسلم / أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال إن أناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم، يفتنون بالمتعة، فناداه ابن عباس: إنك لجلف جاف، فلعمري كانت المتعة تغل في عهد رسول الله ﷺ فقال ابن الزبير جرب نفسك والله لو فعلتها لأرجمنك بأحجارك.

ب- أبيح للضرورة، وقال: إنما هي كالميتة لا تحل إلا للمضطر لخوف من العنت بالأسفار.

ج- رجع عنه وهو الصحيح لأن لا يعقل أن يخالف إجماع الصحابة.

الترمذي / عن ابن عباس ﷺ كانت المتعة في أول الإسلام وكان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة، فيتزوج حتى يرى ما يستقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ قال فكل فرج سواهما حرام.

- ما روي عن ابن مسعود، وجابر، وأبو سعيد، محمول على عدم علمهم بالتحريم عام خبير، أو عام الفتح.

- قال ابن جريج راجعاً في البصرة:

اشهدوا أنني قد رجعت عنها بعدما حدثتهم فيها ثمانية عشرة حديثاً أنه لا بأس بها. إذا أباحها الإسلام في أول عهده لمن كان في سفر بعيد عن امرأته لا لمن كان في وطنه. ثم حرمها بعد ذلك تحريماً قاطعاً بالإجماع نقل إلى يوم القيامة. فلا مستند للشبهة في إباحتها وخصوصاً أن علياً رد على ابن عباس قائلاً: إنك رجل تائه فها أنا رسول الله عن متعة النساء يوم خبير.

وهذا عند الجعفرية الإمامية أما باقي الفرق فهي مع الجمهور في حرمة. قال الإمام المرتضى: ويحرم نكاح المتعة لنهيهِ ﷺ وقد رجع ابن عباس عن تحليله. المطلب الثالث - نكاح المحلل^(١):

إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً، بانته منه بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره للآية الكريمة: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ثم يموت عنها هذا الزوج أو يطلقها فتتقضي عدتها ثم يتزوجها الأول بعقد جديد ومهر جديد.

فإذا تزوج رجل امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط التحليل (أي أن يحللها للأول) ونص على ذلك صراحة في العقد، فالعقد باطل وحرام عند الجمهور ولا يحللها للأول وإن دخل بها وهذا رأي المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية، لقوله ﷺ { لعن الله المحلل والمحلل له }^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٥٥ فما بعدها. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٠٨. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٤-٢٣٥. كشاف القناع: ٤/ ٨٥، اللباب: ٢/ ١٨٣، الفواكه الدواني: ٢/ ٤٥. (٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦) والترمذي (١١١٩) وابن ماجه (١٩٣٤) .

وذهب الحنفية إلى أن العقد صحيح لكنه مكروه تحريماً، واشتراط الطلاق ليس من مقتضيات العقد، فيبطل الشرط ويلغو دون العقد فلا يجبر الثاني على طلاقها وعليه في المذهب الفتوى.

فإذا اتفق الزوج مع المرأة أو وليها أو الزوج السابق على التحليل لكنهم لم ينصوا على ذلك في العقد، أو لم يتفقوا ولم ينصوا لكن الثاني أضمر في نفسه ذلك. فالعقد باطل عند المالكية والحنابلة؛ صحيح مكروه عند الشافعية؛ صحيح بلا كراهة عند الحنفية.

أما القانون السوري فقد نص على بطلانه نكاح الرجل من بانت منه بينونة كبرى حتى تنكح غيره ويطلقها أو يموت ثم تنقضي عدتها منه لكنه لم يلق بالآلية المتعاقدين في التحليل جاء في المادة ٣٦: ١- لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً.

المبحث الرابع- الإشهاد في العقد

المطلب الأول- اشتراط الشهادة في عقد النكاح^(١):

اتفق الفقهاء على اشتراط الإشهاد في انعقاد عقد الزواج لقوله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل^(٢).

ولكنهم اختلفوا في وقت هذه الشهادة.

فالجمهور على أنه واجب عند العقد وذهب المالكية إلا أنه مندوب عند العقد واجب عند الدخول، وقد استدلل الجمهور بحديث السيدة عائشة:

(١) حاشية ابن عابدين: ٢٣/٣. حاشية الدسوقي: ٣٤٣/٢، مغني المحتاج: ١٨٦/٣، كشاف القناع: ٦٠/٤.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٥٦٤).

لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل^(١). واستدل المالكية بأن النبي ﷺ تزوج صفية دون شهود ثم أشهد على ذلك^(٢). ولو دخل بلا اشهاد عند العقد أو الدخول فسخ النكاح بطلقة بائنة ويجدان إذا أقرأ بالوطء أو ثبت الوطء بأربعة، كالزنا إن يحصل فشو النكاح أو الدخول فإن حصل بوليمة، أو ضرب دف، أو دخان وحضر شاهد واحد فيدراً الحد بالشبهة ولا حد عليهما^(٣).

المطلب الثاني- شروط الشهود^(٤):

- ١- الإسلام لزواج مسلم بمسلمة أما إذا تزوج المسلم ذمية جاز له أن يشهد ذميين.
- ٢- العدالة وقال الحنفية: تصح شهادة الفاسق وإن كان النكاح لا يثبت بها. وذهب الجمهور إلى عدم انعقاده إلا إن كان مستور الحال، ولم يجد العدول فيصح العقد.
- ٣- الذكورة وخالف الحنفية فقالوا: تصح شهادة رجل وامرأتين، لكن الأصح أن يكون الشاهدان رجلين.
- ٤- العقل فلا ينعقد بشهادة مجنونين، لأن المجنون لا يفهم شيئاً ولا يدرك ما يصنع فهو في حكم العدم.
- ٥- البلوغ فلا ينعقد بشهادة الصبيان، لأنهم ليسوا من أهل الشهادة.
- ٦- السمع فلا ينعقد بشهادة أصميين لا يسمعان، حتى ولو سمع أحدهما دون الآخر فلا يصح.
- ٧- النطق فلا ينعقد بشهادة الأخرس.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٠٧٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٦٤) ومسلم (١٣٦٥).

(٣) حاشية الدسوقي: ٣٤٣/٢ ، مواهب الجليل: ٢٩/٣.

(٤) ابن عابدين: ٢٤/٣ - ٢٥ ، حاشية الدسوقي: ٣٤٣/٢ ، مغني المحتاج للشربيني: ١٨٦/٣ ، كشف القناع: ٦٠/٤ - ٦١.

٨- أما الإبصار فهو شرط عند الشافعية في الأصح فلا تصح شهادة الأعمى في حين اشترط الجمهور أن يستطيع الأعمى تمييز الصوت فقط.

٩- لا بد من التعدد فلا تقبل شهادة رجل واحد بل لا بد من اثنين فأكثر.

القانون السوري أخذ بمذهب السادة الحنفية. جاء في مادة ١٢:

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

المبحث الخامس- إنشاء عقد النكاح:

بعد أن بينا محل العقد ودرسنا فيما سبق ألفاظ صيغة عقد النكاح وشروط هذه الصيغة ودرسنا اشتراط الشهود.. نتساءل من ذا الذي يحق له أن يقوم بإنشاء العقد؟ من الممكن شرعاً وقانوناً أن يكون إنشاء هذا العقد أصالة عن النفس أو ولاية عن الغير أو وكالة عن الغير.

فإذا ما عقد البالغ العاقل لنفسه كان أصيلاً. وإذا ما عقدت المرأة البالغة العاقلة من الكفء وبمهر المثل كانت أصيلة عند الحنفية.

وسنبين فيما يأتي إنشاء هذا العقد ولاية أو وكالة، أو أصالة. والله الموفق.

المطلب الأول- إنشاء عقد النكاح ولاية:

١- اشتراط الولي في عقد النكاح^(١):

اختلف الفقهاء في اشتراط الولي في عقد النكاح فذهب الجمهور من السادة المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراطه. وقالوا: بعدم صحة النكاح إن عقدته المرأة بعبارتها لنفسها أو لغيرها أو إن وكلت غير وليها.

وقال الحنفية: يصح نكاحها بعبارتها إن كانت بالغة عاقلة وبشرط مهر المثل ومن كفء، بكرراً كانت أن ثيباً.

(١) الهداية: ٢١٣/١، مغني المحتاج للشربيني: ١٩٠/٣، كشف القناع للبهوتي: ٤/٤٥.

– الأدلة^(١):

استدل الجمهور بالقرآن والسنة:

قال تعالى: ﴿ فَإِذَا قَبِلْتُمْ أَجَلَھُمْ فَلَا تَعْضُلُوھُمْ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وهاتان الآيتان خطاب للأولياء.

وفي حديث السيدة عائشة: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل (ثلاث مرات)، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»^(٢).

وقال عليه الصلاة والسلام: { لا نكاح إلا بولي }^(٣)، أي لا نكاح صحيح لأن كلام الشارع يحمل على الحقائق الشرعية^(٤).

واستدل الحنفية بقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِھِمْ مِنْ مَّعْرُوفٍ ﴾ [البقرة: ٢٤٠].

وبقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَہُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فقد أضاف لها التصرف وهذا دليل جواز تصرفها. وبالحديث الصحيح عن ابن عباس قال ﷺ: { الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها }^(٥).

قال ابن عابدين: والأيم كل امرأة ليس لها زوج بكر أو لا.

(١) بداية المجتهد لابن رشد: ٩/٢ – ١٠.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي: (١١٠٢)، وابن ماجه (١٨٧٩).

(٣) أخرجه الترمذي (١١٠١) وابن ماجه (١٨٨٠).

(٤) كشاف القناع: ٤٥/٤.

(٥) رواه الإمام مسلم (١٤٢١).

ويرى السادة الحنفية أن المرأة بعقدها قد تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة لهذا كان لها التصرف بالمال ولها اختيار الأزواج^(١).

ثم إن للولي الاعتراض في غير الكفاءة أو غير المثل بطلب الفسخ من القاضي ما لم تلد الزوجة^(٢).

أما القانون السوري فقد أخذ بمذهب السادة الحنفية عندما لم يشترط الولي لعقد النكاح وعندما أعطى الولي الحق بالفسخ إن كان الزوج غير كفء.

المادة ٢٧ : إذا زوجت الكبيرة من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

المادة ٣٠ : يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة.

٢- أنواع الولاية:

تنقسم الولاية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.

أولاً- ولاية الإجبار^(٣):

هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى.

وقد اختلف الفقهاء في علة ولاية الإجبار:

فقال الحنفية: الصغر.

وقال الشافعية: البكارة.

وقال المالكية: الصغر أو البكارة أو هما معاً.

والولي المجرى عند الحنفية هو كل ولي فإذا زوج من تحت ولايته (من صغير

أو صغيرة) صحَّ النكاح.

(١) الهداية: ٢١٣/١.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٦١/٣.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٦٠/٣ - ٦١ - ٧٢ - ٧٥، الهداية: ٢١٥/١، حاشية الدسوقي: ٣٥٣/٢.

معني المحتاج: ٦١/٣.

وهو عند الشافعية: الأب والجد في حال غياب الأب.

وهو عند المالكية: الأب ووصي الأب.

فإذا زوج الولي المحبر عند المالكية والشافعية والأب والجد فقط عند الحنفية من تحت ولايته لزم النكاح وإن كان بغبن المهر أو بغير الكف، ما لم يعرف هذا الولي بسوء الاختيار والفسق.

أما إذا زوج غير الأب والجد عند الحنفية فلا يصح من غير الكفاء ولا بالغبن الفاحش أصلاً وإن كان من كفاء، ومهر المثل صحَّ العقد وثبت لمن تحت ولايته الخيار، عند البلوغ أو العلم بالعقد.

وقد اشترط الشافعية في الأب حتى يزوج ابنته البكر جبراً ودون إذنها.

١. أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة.

٢. أن يزوجه بمهر المثل.

٣. أن يكون المهر من نقد البلد.

٤. أن لا يكون الزوج معسراً بالمهر.

٥. أن لا يزوجه بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم. وزاد بعضهم أن

لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة.

ثانياً- ولاية الاختيار^(١):

ذهب السادة الحنفية إلى ندب الولاية على المكلفة وإن كانت بكرةً ويستحب للمرأة أن تفوض أمرها إلى وليها كي تستأنس برأيه، ولكي تخرج من خلاف من أبطل عقد المرأة بنفسها؛ فيستأذن الولي البكر ويكفيه صمتها أو تبسمها ويعتبر إذنها هذا توكيلاً.

(١) حاشية ابن عابدين: ٦٤/٣ - ٦٥، حاشية الدسوقي: ٣٥٩/٢، فما بعدها، مغني المحتاج

للشربيني: ١٩٤/٣، المهذب للشيرازي: ١٢٥/٤، مغني المحتاج: ٣/ ٦١..

أما الجمهور: فيرون ولاية الاختيار هي ولاية الشركة إذ لا يصح انفراد البالغة العاقلة بالعقد، ولا بد من إذنها فإذا استأذنها الولي اكتفى بصمتها إن كانت بكرًا، وإلا فبصريح الإذن إن كانت ثيبًا.

لحديث ابن عباس قال رسول الله ﷺ: الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمته^(١).

٣ - ترتيب الأولياء:

١ - الحنفية: ترتيب الأولياء هو ترتيب العصبات والعصبة كل من يتصل بالميت بلا واسطة أثنى على ترتيب الإرث والحجب، فإن لم يكن فالولاية للأم، ثم لأم الأب ثم للبت، ثم لذوي الأرحام، ثم للسلطان وهو الحاكم أو القاضي^(٢).

٢ - المالكية: الابن ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد. ثم العم ثم ابن العم.

ويقدم الشقيق في الأخ والجد والعم على ما كان لأب. ثم لحاكم^(٣).

٣ - الشافعية: الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم السلطان ويقدم الشقيق في كل من الأخ وابنه والعم على ما كان لأب. ولا يزوج الابن أمه مطلقاً^(٤).

٤ - الحنابلة: الأب ثم الجد وإن علا ثم الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم. ثم السلطان. ويقدم الشقيق كما مر على ما كان لأب^(٥).

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد خالف جميع الفقهاء بمتنع ولاية من ليس بمحرم كابن العم مثلاً واتفق مع الحنفية بجعل الولي هو العصبة في الميراث.

(١) مسلم: (١٤٢١).

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣ / ٨٣ - ٨٧.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢ / ٣٥٦.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٣ / ١٩٥ - ١٩٨.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٤ / ٤٧.

م ٢١ الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً.

م ٢٤ / القاضي ولي من لا ولي له.

٤ - زواج الأبعد^(١):

إذا اجتمع وليان فأكثر فهل يصح تزويج الأبعد سندرس هذه المسألة وفق الحالات الآتية:

١ - حال وجود الولي الأقرب.

قال الحنفية: العقد موقوف على إجازة الولي الأقرب.

وقال المالكية: العقد صحيح ما لم يكن الأقرب ولياً مجبراً.

وقال الشافعية والحنابلة: العقد باطل وإن أجازاه الأقرب.

٢ - حال غيبة الولي الأقرب غيبة منقطعة.

الحنفية والحنابلة: يزوج الأبعد حال غيبة الولي الأقرب غيبة منقطعة.

الشافعية والمالكية: تنتقل الولاية إلى السلطان.

أما القانون السوري في المادة ٢٣:

إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه.

٣ - حال عزل الولي الأقرب.

العزل هو أن يمنع الولي من تحت ولايته التزوج بالكفاءة إذا طلبت ذلك فالولاية عندها تنتقل إلى الولي الأبعد عند الحنابلة.

وإلى السلطان عند المالكية والشافعية والحنفية لقوله عليه الصلاة والسلام { السلطان ولي من لا ولي له }^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين: ٣ / ٨٨ - ٩٠، الهداية: ١ / ٢١٧. حاشية اللبسوقي: ٢ / ٣٥٦ -

٣٥٩. مغني المحتاج للشربيني: ٣ / ١٩٨ - ٢٠٣. كشف القناع: ٤ / ٥١ - ٥٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) والترمذي (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩).

وبهذا الحكم نطقت المادة ٢٤ من القانون السوري: القاضي ولي من لا ولي له.

حدود ولاية القاضي:

إذا ثبتت الولاية للقاضي عند فقد العصبات، كان له أن يزوج المولى عليه من كل كفاء. تتحقق فيه المصلحة إلا من ثلاثة:

١ - من نفسه، فلا يجوز له أن يعقد الزواج لنفسه على من له الولاية العامة عليه، لأن ذاك محل تهمة.

٢ - من أحد أصوله كأبيه أو جده، لحل التهمة أيضاً.

٣ - من أحد فروعه كابنه أو ابن ابنه وإن نزل لحل التهمة كذلك. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥.

ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه.

- شروط الولي:

الشروط المتفق عليها بين الفقهاء:

١ - العقل فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج، لأنه ليس له ولاية على نفسه في الزواج فأولى أن لا يكون أهلاً للولاية على غيره.

٢ - البلوغ فلا ولاية للصبي على غيره في الزواج، لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره بالأولى.

٣ - اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم، وذلك لأن الولاية في الزواج مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدينين.

ب - الشروط المختلف فيها بين الفقهاء^(١):

١ - الذكورة:

ذهب الجمهور إلى اشتراط الذكورة في الولي، وذهب الحنفية إلى عدم اشتراطها.

٢ - العدالة:

ذهب الأكثرون إلى اشتراطها ويكفي فيها مستور الحال. أما الحنفية لم يشترطوا ذلك، لأن مناط الولاية هي التعصيب لوفرة الشفقة وهذه لا يختلف أمرها بين العدل وغيره، ولأن اشتراطها يؤدي إلى حرج كبير.

٣ - الحل من الإحرام

اشتراطه الجمهور دون الحنفية

وأما القانون السوري في المادة ٢٢:

يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً.

المطلب الثاني: إنشاء عقد النكاح وكالة^(٢).

من القواعد العامة في العقود والتصرفات أن من ملك تصرفاً أو إجراء عقد ما، ملك التوكيل فيه. وقد يكون هذا التوكيل مطلقاً وقد يكون مقيداً.

- الوكالة المطلقة:

١- الوكالة من الرجل: كأن يوكل الرجل شخصاً بتزويجه امرأة دون تحديد لأوصافها ودون تحديد للمهر فإذا ما عقد الوكيل له من كانت مرغوباً بها عادة، صح العقد ولزم الموكل.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣ / ٥٩. حاشية الدسوقي: ٢ / ٣٦٤. مغني المحتاج للشربيني: ٣ / ١٩٩ -

٢٠١. كشف القناع للبهوتي: ٤ / ٥٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣ / ١٠٤ - ١٠٥. حاشية الدسوقي: ٣ / ٣٦٦ - ٣٦٨. مغني المحتاج

للشربيني: ٣ / ٢٠٤. كشف القناع للبهوتي: ٤ / ٥٢ - ٥٤.

أما إن زوجه مريضة، أو شللاً، أو عرجاء، أو قبيحة، أو بمهر فاحش فالعقد موقوف على إجازة الموكل، لأن المطلق يتقيد بالعرف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وهذا عند الجمهور والصاحبين من الحنفية وهو المفتى به في المذهب وهو الاستحسان.

وقال الإمام الأعظم أبو حنيفة بل يلزمه العقد وإن بما لا يرغب عادة ولا عرفاً لإطلاق صيغة الوكالة.

٢- الوكالة عن المرأة: يوكل الولي من يزوج من تحت ولايته وكالة مطلقة عند الجمهور، وتوكل المرأة بنفسها من يزوجها عند الحنفية.

فالوكالة هنا تتقيد بالكفاءة ولا يصح العقد من غير الكفاءة عند الحنفية، وإن أجازت ذلك لأنها لا تملك ذلك لنفسها.

أما وكيل الولي المحبر فله التزويج من غير الكفاءة عند الجمهور، ووكيل غير المحبر يتقيد بالكفاءة عرفاً.

واشترط السادة المالكية أن يعين الوكيل الشخص للمرأة قبل العقد و أن يستأذنها فيه وإلا كان لها الرد والإجازة وإن بمهر المثل.

- الوكالة المقيدة:

كأن يوكل الرجل من يزوجه من امرأة معينة بذاتها، أو بصفتها، أو بمهر محدد وهكذا، فإذا التزم الوكيل بالصفة صح العقد ولزم وإلا كان موقوفاً على إجازة الوكيل. كأن قال: زوجني فلانة بمهر وقدره ١٥٠٠ ل.س. فزوجه فلانة بمهر وقدره ٥٠٠ ل.س.

وكأن قال: زوجني بالعمياء فزوجه بمبصرة.

والقانون السوري يتفق تماماً مع الفقه في المادة ٨ : ١- يجوز التوكيل في عقد النكاح.

والمادة ٩: إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفاً عقده على الإجازة.

المطلب الثالث: إنشاء عقد النكاح أصالة:

١- إنشاء عقد الزواج أصالة:

١/ البالغ له ان يزوج نفسه بمن أراد من النساء ممن تحل له ولو دون مهر المثل والكفاءة أو أكثر من مهر المثل.

٢/ البالغة العاقلة- عند الحنفية- لها أن تزوج نفسها بكرًا كانت أم ثيبًا بمن تشاء بشرط مهر المثل، وأن يكون كفتًا.

٣/ الصبي المميز: إن عقد نكاحه بنفسه فهو موقوف على إجازة وليه لأنه يدور بين النفع والضرر، وموقوف كذلك على إجازة الصغير بعد البلوغ.

٤/ الصبية كذلك كالصبي موقوف على إجازة وليها.

٥/ الصبي والصبية المميزان عقدهما موقوف على إجازة الولي.

إن كان الولي أباً أو جداً فأجازته نفذ العقد وإن كان بغبن فاحش لأنه:
أ- يجوز لهما ذلك ابتداءً.

ب- أن لا يكونا مشهورين بسوء الاختيار وفساد الرأي.

وإن كان الولي غير الأب أو الجد أو أحدهما وعرف بسوء الاختيار فلا تصح إجازته.

٦/ الصبي غير المميز أو المجنون عقدهما باطل لا أثر له.

- هل للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه أو من أحد أصوله أو فروعها؟^(١)

أ- اتفق الفقهاء على ما يلي:

١- إن كانت الوكالة مطلقة، لا يجوز لأنها لو أرادته لذكرت ذلك صراحة.

٢- لو وكل رجل امرأة بأن تزوجه فتاة غير متعينة، فزوجته نفسها كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل.

ب- اختلف الفقهاء فيما لو زوج الوكيل موكلته من أحد أصوله أو فروعها:

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية د. السباعي: ٩٦/١.

قال أبو خنيفة: لا يجوز ذلك خشية المحاباة والتزاع لأنه قد يكون غير كفاء أو أقل من مهر المثل.

وقال الجمهور: يجوز ذلك إذا توفرت الكفاءة ومهر المثل.

وقال القانون المادة ٨ : ٢- ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة.

هل يجوز لعاقده واحد أن يتولى طرفي عقد الزواج؟

١- الجمهور: يجوز ذلك في الحالات التالية:

أ- إذا كان العاقد وكيلاً عن الخاطب و الخطيبة المؤهلين فإنه ينعقد .

زوجت موكلتي فلانة من موكلي فلان على مهر قدره كذا وأمام شاهدين.

ب- إذا كان العاقد ولياً عن الطرفين صح العقد بحكم ولايته عليهما. كأن يزوج الجد ابنة ابنته من ابن ابنه.

ج- إذا كان العاقد وكيلاً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه صح العقد.

قالت لشخص: وكلتك أن تزوجني من نفسك، فقال: زوجت موكلتي من نفسي.

د- إذا كان العاقد ولياً عن أحدهما ووكيلاً عن الآخر صح العقد:

يوكل رجل ولياً فتاة أن يزوجه من هي تحت ولايته.

هـ- إذا كان العاقد ولياً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه: كأن يزوج نفسه من بنت عمه التي في ولايته.

لما رواه عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة، قال نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً، قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه. (أخرجه أبو داود في سننه).

وأن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتعلمين امرئ إلي، قالت نعم، قال: فقد تزوجتك. (أخرجه البخاري في صحيحه).

٢- الشافعية وزفر: لا يجوز سواء كان ولياً أم وكيلاً أم فضولياً:
لأنه لا يصح أن يكون الواحد ملزماً لغيره وملتزمًا لنفسه في آن واحد حتى في
البيع، إلا للأب يجوز أن يبيع لولده الصغير من نفسه لمكان الضرورة ولا ضرورة في
عقد الزواج.

٣- قال أبو يوسف: يجوز مطلقاً ولو كان فضولياً دون أبي حنيفة ومحمد :
زوج فضولي رجلاً من امرأة بغير علمهما جاز وتوقف على قبولهما.
زوجت امرأة نفسها من رجل بغير علمه جاز وتوقف على قبوله.

المبحث السادس- معاملات الزواج الإدارية:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفصل السادس على معاملات
الزواج الإدارية وفق المواد التالية:

- المادة ٤٠ : ١- يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:
- أ- شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه
ومحل إقامته واسم وليه وأنه لا يمن من هذا الزواج مانع شرعي.
 - ب- صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.
 - ج- شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع
الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.
 - د- رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الإلزامية.
 - هـ- موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً.
- ٢- لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه
الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات
ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

المادة ٤١ :

يأذن القاضي بإجراء العقد فوراً بعد استكمال هذه الوثائق وله عند الاشتباه تأخيرها لإعلانه مدة عشرة أيام والقاضي يختار طريقة الإعلان.

المادة ٤٢ :

إذا لم يجر العقد خلال ستة أشهر يعتبر الإذن ملغى.

المادة ٤٣ : يقوم القاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة بإجراء العقد.

المادة ٤٤ : يجب أن يشمل صك الزواج:

أ- أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما.

ب- وقوع العقد وتاريخه ومكانه.

ج- أسماء الشهود والوكلاء كاملة ومواطن كل منهم.

د- مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أم لا.

هـ- توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي.

المادة ٤٥ :

١- يسجل المساعد الزواج في سجله المخصوص ويبعث بصورة منه لدائرة الأحوال المدنية خلال عشرة أيام من تاريخ الزواج.

٢- تغني هذه الصورة عن إخبار الطرفين دائرة الأحوال المدنية بالزواج ويكون المساعد مسؤولاً عن إهمال إرسال الصورة.

٣- تطبق الطريقة نفسها في تسجيل الأحكام الصادرة بتثبيت الزواج والطلاق والنسب ووفاة المفقود ويقوم أمين السجل المدني بتدوين ذلك في السجلات المخصصة دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

المادة ٤٦ : تعفى معاملات الزواج من كل رسم.

الفصل الثالث

آثار عقد الزواج

وفيه سبعة مباحث:

- ١ - تمهيد في أنواع الزواج.
- ٢ - المبحث الأول: الخلوة:
المطلب الأول: تعريف الخلوة الصحيحة وشروطها.
المطلب الثاني: آثار الخلوة.
- ٣ - المبحث الثاني: المهر.
المطلب الأول: تعريف المهر وحكمه.
المطلب الثاني: مقدار المهر.
المطلب الثالث: أنواع المهر.
المطلب الرابع: ثبوت نصف المهر المسمى.
المطلب الخامس: المتعة.
- المطلب السادس: الزيادة على المهر والخط منه وإسقاطه.
المطلب السابع: تعجيل المهر أو تأجيله.
- ٤ - المبحث الثالث: النفقة:
المطلب الأول: تعريفها ودليلها.
المطلب الثاني: أنواع الفقه وتقديرها.
المطلب الثالث: شروط وجوب النفقة.
- ٥ - المبحث الرابع: المسكن الشرعي.
المطلب الأول: المعتبر في تحديد حال المسكن.
المطلب الثاني: صفة المسكن الشرعي.
- ٦ - المبحث الخامس: الشروط المقتترنة بالعقد.
المطلب الأول: أقسام الشروط المقتترنة بالعقد.
- ٧ - المبحث السادس: العدل بين الزوجات.
- ٨ - المبحث السابع: خصائص النبي ﷺ في النكاح.
مستجدات فقهية في النكاح.



الفصل الثالث

تمهيد في أنواع الزواج:

إن عقد الزواج ككل التصرفات الشرعية، تنطبق عليه أحكام الصحة والبطلان فإذا ما انعقد مستكماً شروط الإنعقاد والصحة كان صحيحاً، فإذا لم تتوقف آثاره على إجازة أحد كان نافذاً، وإلا فهو موقوف، وإذا كان نافذاً ولم يكن لأي من المتعاقدين فسخه كان لازماً، وإلا فهو صحيح نافذ ولكن غير لازم.

أما إذا ما انعقد وقد اختل ركن من أركانه فإنه يكون باطلاً ولا سبيل لتصحيحه ولا لترتيب الآثار عليه، أما إذا اختل شرط من شروط صحته فهو الفاسد.

وعلى هذا فأنواع الزواج عند السادة الحنفية وكما هي في قانون الأحوال الشخصية السوري.

- الزواج الباطل.
- الزواج الفاسد.
- الزواج الموقوف.
- الزواج الصحيح النافذ اللازم.
- الزواج الصحيح النافذ غير اللازم.

وبالتالي فإن آثار الزواج وهي مجموعة الحقوق والواجبات التي تثبت لكل من الزوجين على الآخر.. هذه الآثار تختلف في أنواع النكاح السابقة وسنبين بإيجاز الآثار المترتبة على كل نوع.

١- "النكاح الباطل: يقصد به ما كان متفقاً على بطلانه، ويعبر عنه بالباطل أو الفاسد عند الجمهور.

أ- تعريفه: وهو ما لم يُشرع بأصله ولا بوصفه ولم يترتب عليه أثر. أو هو كل عقد فقد أركانه، أو شرائط انعقاده ولم يترتب عليه شيء من آثار النكاح الصحيح^(١).
ب- آثار الزواج الباطل^(٢): كنكاح المسلمة بغير المسلم: أو نكاح فاقد الأهلية، أو نكاح الخامسة، أو نكاح المتزوجة، فهذا النكاح باطل لا يترتب عليه أية آثار وإن حصل دخول فلا نسب ولا ميراث ولا عدة ولا مهر هذا قبل الدخول.
أما بعده: يجب التفريق والفسخ لا الطلاق.
ويجب مهر المثل لا المسمى بالوطء لا بالعقد عند الجمهور، والمهر الأقل عند الحنفية.

يجب النسب عند أبي حنيفة.
وتجب العدة وتسمى استبراء عند الجمهور ولا تجب عند الشافعية.
ثبت حرمة المصاهرة اتفاقاً.
ولا يجب على الرجل النفقة ولا على المرأة تجب الطاعة اتفاقاً.
ولا يملك الرجل حق الطلاق ولا يثبت التوارث بينهما اتفاقاً.
لا يحصل به الإحصان ولا تحل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها.
وأما القانون فقد نصت المادة ٥٠: الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول.
٢- "النكاح الفاسد.
أ- تعريفه^(٣): هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. أو كل عقد حصل فيه الإيجاب والقبول لكنه فقد شرطاً من شرائط الصحة. كالنكاح بغير شهود.

(١) روضة الناظر ص ٣٥، الإحكام للآمدي: ١٧٦/١.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣، ٥٦٧، الشرح الصغير للدرديز: ٢٤٧/٢، حاشية الدسوقي: ٣٧٧/٢،

مغني المحتاج، ٢٣٦/٣، كشاف القناع: ٤٩٨/٥، الإجماع لابن المنذر: ٧٦.

(٣) كشف الأسرار للبخاري: ٣٨٠/١.

ب- آثار الزواج الفاسد^(١):

فالعقد الفاسد كالباطل قبل الدخول ويجب التفريق بينهما؛ فإن تم دخول ترتبت عليه بعض الآثار، ويبقى التفريق واجباً فلكل من الزوجين فسخه ولو بغير محضر من صاحبه، وللقاضي فسخه بطلب منهما أو من غيرهما... وهذه الآثار المترتبة على الدخول في العقد الفاسد:

- ١- حرمة المصاهرة بين الزوجين.
 - ٢- يثبت الأقل من مهر المثل والمسمى بالوطء لا بالخلو عند الجمهور دون زفر فلها مهر المثل.
 - ٣- تجب العدة على المرأة من وقت المشاركة في الطلاق أو من وقت الموت. ومدة العدة في الحالتين ثلاث حيض (أي عدة طلاق لا عدة وفاة).
 - ٤- يثبت النسب للولد إن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الوطء.
 - ٥- لا يثبت فيه الإرث وإن مات أحدهما قبل التفريق.
 - ٦- لا تثبت النفقة الزوجية ولا نفقة العدة.
 - ٧- لا يجب على المرأة الطاعة لزوجها.
 - ٨- الطلاق فيه يُعد متاركة فلا ينقص عدد الطلاق فلو طلقها ثلاثاً من نكاح فاسد، له تزوجها بلا محلل.
- القانون السوري نص على هذه الآثار. موافقاً لمذهب الحنفية إلا في إثبات نفقة العدة ونفقة الزوجية:
- المادة ٥١ :
- ١- الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.

(١) حاشية ابن عابدين: ١٤٤/٣ - ١٤٧، حاشية الدسوقي: ٣٧٤/٢، مغني المحتاج: ١٩٩/٣. كشف القناع: ٤٩٨/٥، ١٠٣.

٢- ويترتب على الوطاء فيه النتائج التالية:

أ- المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

ب- نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة (١٣٣) من هذا القانون.

ج- حرمة المصاهرة.

د- عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج؛ ونفقة العدة دون التوارث

بين الزوجين.

٣- تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح.

٣-" آثار الزواج الموقوف: كعقد الصبي المميز يتوقف على إجازة الولي، كتزويج الولي البعيد مع وجود الولي القريب إن أجازته من له الإجازة صح العقد ونفذت جميع آثاره.

وإن رده فهو باطل. فإن حصل دخول قبل الإجازة والرد فإن أجازته نفذ وإن رده فهو كالفساد يجب التفريق وتترتب عليه جميع آثاره^(١).

والقانون السوري يوافق الفقه في الزواج الموقوف في المادة ٥٢ : (الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفساد).

٤-" الزواج الصحيح النافذ غير الزم^(٢):

الأصل في عقد النكاح أن يكون لازماً ينتهي بالموت أو الطلاق: لكن هذا اللزوم قد يرتفع في حالات خاصة فيثبت حينها لأحد الطرفين حق فسخ العقد مثل:

١- زواج الفتاة البالغة دون إذن وليها من شخص غير كفء فللولي حق الفسخ.

٢- ثبوت خيار البلوغ لناقص الأهلية إن زوجه غير الأب والجد.

(١) حاشية ابن عابدين: ١٤٤/٣ وما بعدها، حاشية الدسوقي: ٣٦٢/٢، مغني المحتاج:

٣٣٥/٣، كشاف القناع: ٢٢٤/٥.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: د. الصابوني: ٨٣/١ بتصرف.

٣- ثبوت خيار الفسخ إن كان هناك مرض بأحد الزوجين ولم يعلم به الآخر ولم يرض به فله رفع الأمر للقاضي وفسخ النكاح.

فالعقد صحيح ونافذ تترتب عليه جميع الآثار ولكن يبقى لصاحب خيار الفسخ الحق في إنهاء هذا العقد فإن تم فسخه قبل الدخول فلا يترتب عليه شيء، وإن تم الفسخ بعد الدخول فإنه يثبت النفقة والإرث وحرمة المصاهرة. وإذا حملت المرأة فقد سقط حق فسخ النكاح .

٥- "الزواج الصحيح النافذ اللازم:

هو النكاح الذي استكمل جميع شرائط انعقاده وصحته ولم يكن متوقفاً على إجازة أحد وليس فيه ما يثبت خيار الفسخ لأي من الطرفين أي هو العقد الذي تترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده.

وأهم هذه الآثار ثبوت المهر وحق النفقة والمسكن والمعاشرة بالمعروف ومتابعة الزوجة لزوجها وطاعته وحل تمتع كل منهما بالآخر وحرمة المصاهرة والتوارث وثبوت النسب للأولاد وحق تأديب الزوج زوجته عند النشوز، وخدمة الزوجة لزوجها. والعدل بين الزوجات عند التعدد جاء في المادة ٤٧: إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً. المادة ٤٩: الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة.

وقد فصل القانون مسائل المهر والنفقة والمسكن وهذا ما سوف نبينه إن شاء الله ونبدأ بالخلوة لأنها تصبح جائزة بالعقد ويترتب عليها بعض الآثار.

المبحث الأول: الخلوة.

تمهيد:

عندما يصح العقد يجوز للزوجين الاختلاء ببعضهما وكامل الاستمتاع فإذا ما تمت هذه الخلوة فهل تترتب عليها آثار؟.

تنقسم الخلوة إلى صحيحة وفاسدة

وكل خلوة في عقد فاسد سواء أكانت صحيحة أم فاسدة فلا أثر لها.

فكلامنا في الخلوة في العقد الصحيح فقط من حيث تعريفها وشروطها لتكون

صحيحة وما يترتب عليها من آثار ومذاهب العلماء في هذا.

فالخلوة الصحيحة: هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد النكاح الصحيح في مكان

يأمنان من دخول غيرهما أو اطلاعه عليهما ولا يوجد بالزوجة ولا بالزوج مانع يمنع من الاتصال الجنسي وإلا كانت فاسدة^(١).

المطلب الأول: أقسام الخلوة:

الخلوة تنقسم إلى قسمين إما أن تكون صحيحة أو فاسدة^(٢):

١ - "الخلوة الصحيحة:

هي أن يجتمعا بعد عقد صحيح في مكان ما منفردين يأمنان دخول الغير عليهما

وتتحقق فيها الشروط التالية:

١ - أن لا يوجد مانع طبيعي يمنع الجماع:

كأن معهما ثالث عاقل أو أعمى لأنه يحس بحدوث الحركة، أو نائماً لأنه قد

يستيقظ وربما كان متناوماً أو صبيّاً مميّزاً، أو زوجته الأخرى، فحضور واحد منهم يفسد الخلوة.

٢ - أن لا يوجد مانع حسي يمنع الجماع:

- كأن كان مريضاً ولو مرضاً خفيفاً، لأنه لا يخلو من تكسر وفتور مما يحول

بينه وبين الوطء أو أن تكون مريضة كذلك:

- المرقص الجنسي عند المرأة تفسد الخلوة لأنها تمنع الجماع.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣ / ١٢٥ - ١٢٩.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣ / ١٢٥ - ١٢٩، مغني المحتاج: ٣ / ٢٨٧. حاشية الدسوقي: ٢ / ٤٧٥.

- العيوب الجنسية عند الرجل كالمحبوب / مقطوع عضوه / صحت خلوته عند أبي حنيفة دون الصاحين.

وأما العنين / العاجز عن الجماع / صحت خلوته إجماعاً.

- حضور الكلب معهما: إن كان عقوراً فالخلوة فاسدة.

وإن كان هادئاً فالخلوة صحيحة إن كان ملكاً للزوج.

وفاسدة إن كان ملكاً للزوجة

٣- أن لا يوجد مانع شرعي يمنع الجماع:

كالحيض، والنفاس، وصوم رمضان، والإحرام بحج أو عمرة، والصلاة والمسجد لو كانا لوحدهما.

٢- الخلوة الفاسدة:

هي كل خلوة وجد فيها مانع طبيعة أو حسي أو شرعي.

٣- الخلاف في اعتبار الخلوة:

قال أبو حنيفة: تحصل الخلوة ولو بكشف خمار ونظر إليها فهي كالدخول الحقيقي. لقوله ﷺ: { من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أم لم يدخل.

وقال أحمد بن حنبل اللبس والتقبيل بشهوة في الخلوة كالدخول الحقيقي.

وقال مالك: لا تعتبر الخلوة إلا إذا انتقلت إلى بيت زوجها وبقيت سنة، فتكون

كالدخول بها ولا عذر عندها.

وقال الشافعي: لا عبرة بالخلوة ولا يترتب عليها آثار الدخول.

المطلب الثاني: آثار الخلوة:

١- "أثار الخلوة الصحيحة في العقد الصحيح عند السادة الحنفية"^(١).

١- يثبت كامل المهر المسمى حال التسمية وإلا فمهر المثل، كما لو طلقها بعد الدخول.

٢- يثبت النسب إن جاءت بولد أكثر من ستة أشهر.

٣- يثبت للمرأة النفقة والسكنى كما لو طلقها بعد الدخول.

٤- حرمة نكاح أختها أو أربع سواها ما دامت في العدة.

٥- وجوب العدة على المرأة، فالطلاق بعدها تعتد عدة طلاق كالدخول بها.

٦- مراعاة وقت الطلاق بعد الخلوة أن يكون في الطهر.

وتختلف الخلوة الصحيحة عن الوطء في عدة أمور:

١- لا يجب لها الغسل.

٢- لا يثبت بها إحصان فلا يجرم إن زنى.

٣- لا تحرم البنات لمن عقد على الأم، أما الدخول يحرم البنت على الزوج.

٤- لا تحل للأول الذي طلقها ثلاثاً إذا اختلى بها الثاني دون وطء بخلاف الدخول الحقيقي.

٥- لا ترجع المطلقة الرجعية بالخلوة أما بعد الدخول لو طلقها رجعيّاً فهي رجعة.

٦- لو طلقها ثم مات وهي في عدة الخلوة فلا ترث منه.

٧- تعد هذه المرأة بكرةً عند تزويجها ثانية.

٨- الطلاق بعد الدخول يقع رجعيّاً أما الطلاق بعد الخلوة فيقع بائناً.

أما القانون السوري فقد أخذ بمذهب السادة الحنفية حين عدّ الخلوة الصحيحة كالدخول في إثبات نصف المهر المسمى للمطلقة قبل الدخول.

(١) حاشية ابن عابدين: ١٢٥/٣. حاشية الدسوقي: ٤٧٥/٢. مغني المحتاج: ٢٨٧/٣.

المادة ٥٨ :

إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر.

٢- "آثار الخلوة الفاسدة"^(١):

أ- خلوة فاسدة في نكاح صحيح لا أثر لها إلا في وجوب العدة احتراماً للولد وصيانة له من الضياع.

وإذا كان المانع شرعياً يمنع من الوطء كالصيام أو الحيض أو المرض فلا أثر لها ولا حتى العدة.

ب- خلوة فاسدة في نكاح فاسد:

إذا كان المانع طبيعياً أو حسياً فلا يتصور الجماع والخلوة فاسدة فلا يترتب عليها أي أثر أبداً لأنه لا عدة إلا بالدخول.

المبحث الثاني: المهر.

المطلب الأول: تعريف المهر وحكمه:

- المهر: هو المال الذي تستحق الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة^(٢) وحكمه: أنه واجب على الرجل.

أدلة وجوبه^(٣): قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

وقوله أيضاً: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَلَهُنَّ أَجُورُهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤].

وللحديث الصحيح^(٤): { التمس ولو خاتماً من حديد }.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: د. الصابوني: ٢٧٦/١ بتصرف.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: ٦٧٥٨/٧.

(٣) مغني المحتاج: ٢٨١/٣.

(٤) البخاري: (٤٧٩٩)، ومسلم: (١٤٢٥).

المطلب الثاني- مقدار المهر:

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثر المهر وإن كان يندب التخفيف وعدم التغالي في المهور.

أما أقل المهر ففيه خلاف بين الفقهاء^(١):

ذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم (كل ١ درهم = ٢,٩٧ غ فضة × ١٠ = ٢٩,٧ غ فضة) للحديث: { لا مهر أقل من عشرة دراهم }^(٢).

وقال المالكية: أقل المهر ربع دينار (كل ١ دينار = ٤,٢٥ غ، ١ دينار = $\frac{٤,٢٥}{٤}$ غ ذهباً)

أي ما يساوي ثلاثة دراهم. وهو النصاب الذي تقطع فيه يد السارق.

وقال الشافعية والحنابلة لا حد لأقل المهر فكل ما صح أن يكون مبيعاً صح أن يكون مهراً مهماً كان قليلاً ما دام متمولاً.

القانون السوري خالف في هذه المسألة فذهب السادة الحنفية وأخذ بمذهب السادة الشافعية فلم يضع حداً للمهر.

جاء في المادة ٥٤:

١ - لا حد لأقل المهر ولا لأكثره.

٢ - كل ما صحّ التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً.

المطلب الثالث: أنواع المهر.

اتفق الفقهاء على أن ذكر المهر عند العقد ليس بركن في النكاح وأنه يصح إنشاء عقد النكاح بتسميته ودون تسميته ولهذا كان للمهر نوعان مهر المثل والمهر المسمى نضيف إليها أقل المهر عند الحنفية والمالكية لندرس متى يثبت.

(١) حاشية ابن عابدين: ١١٠/٣. الهداية: ٢٢٢/١. حاشية الدسوقي: ٤٦٣/٢. مغني المحتاج

للشربيني: ٢٨١/٣.

(٢) سنن البيهقي الكبرى (١٤١٦٦) مسند أبي يعلى (٢٠٩٣) وسنن الدار قطني: ٢٤٦/٣.

١ - أقل المهر: ذكرنا فيما سبق أنه لا حد لأقل المهر عند الشافعية والحنابلة. أما عند الحنفية فهو عشرة دراهم تثبت بحالتين.

أ - إذا سمي المهر في العقد (١٠) دراهم.

إذا سمي المهر في العقد أقل من عشرة دراهم عندها يجب إتمامها إلى عشرة^(١).

أما عند المالكية فهو ثلاثة دراهم (ربع دينار) تثبت بحالتين:

أ - إذا سمي المهر في العقد ثلاثة دراهم.

ب - إذا سمي المهر في العقد أقل من ثلاثة دراهم عندها يفسد النكاح بفساد المهر فالزوج مخير قبل الدخول بين الفسخ وبين الإتمام إلى أقل المهر.

أما بعد الدخول فيجب إتمامها إلى أقل المهر (ثلاثة دراهم)^(٢).

٢ - مهر المثل: هو مهر امرأة تماثل الزوجة من قوم أبيها لا أمها^(٣):

وتعتبر المماثلة في الأوصاف وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً ودينياً وبكارة وثبوبة وعفة وعلماً وأدباً وكمال خلق وعدم ولد^(٤).

ويجب مهر المثل في حالات:

أولاً - نكاح التفويض^(٥) وهو عند الجمهور التزويج دون صداق وإن نفى تسمية المهر وهو عند المالكية التزويج دون صداق ودون النص على نفية أو إسقاطه. ويثبت مهر المثل في هذا النكاح بحالتين:

١ - بالوطء اتفاقاً.

(١) حاشية ابن عابدين: ١١٠/٣. الهداية: ٢٢٢/١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤٧٧/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين: ١٥٠/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين: ١١٩/٣. الهداية: ٢٢٢/١. حاشية الدسوقي: ٤٩٤/٢ - ٤٩٥، مغني

الاحتجاج: ٢٩٥/٣.

(٥) حاشية ابن عابدين: ١٥٠/٣. الهداية: ٢٢٩/١. الدسوقي: ٤٩٨/٢. مغني المحتاج: ٢٩٥/٣.

٢- بالموت وإن قبل الدخول عند الجمهور، خلافاً للمالكية.

ثانياً- الاتفاق على عدم المهر: كأن يقول تزوجتك على أن لا مهر لك.

فالعقد صحيح عند الجمهور، ويثبت مهر المثل بالوطء، أو الموت.

وقال المالكية: يفسد العقد بفساد المهر ويجب فسخه فإن دخل وجب مهر المثل^(١).

ثالثاً- التسمية غير الصحيحة للمهر:

كأن جعل مهرها ما ليس بمال (ميتة)، أو كان مالاً، ولكنه غير متقوم (خمر، خنزير) أو كان مجهولاً جهالة فاحشة، أو كان معجوزاً عن تسليمه. فالحال هنا كالحالة السابقة، عند الجمهور صحيح ويثبت مهر المثل، وهو عند المالكية عقد فاسد يجب فسخه ويجب مهر المثل بالوطء فقط^(٢).

القانون السوري: يتفق مع السادة الحنفية والشافعية في أن المهر يجب إن نفى في العقد.

المادة ٥٣: يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح، سواء سمي عند العقد، أم لم يسم أو نفى أصلاً.

ويتفق أيضاً معهم في إيجاب مهر المثل حال عدم التسمية أو فسادها.

المادة ٦١: ف ١: يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر، أو فساد التسمية.

رابعاً- يثبت مهر المثل في النكاح الفاسد، إن تم دخول (وطء) وهو الأقل من مهر المثل والمسمى إن سمي وإلا فهو المثل^(٣).

وهذا ما نصت عليه المادة ٦٣: إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر، فللمرأة مهر المثل، وإذا كان مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل.

(١) مغني المحتاج: ٢٩٣/٣. حاشية الدسوقي: ٤٧٨/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١٤٤/٣.

(٣) حاشية ابن عابدين: ١٤٤/٣.

٣- "المهر المسمى"^(١): وهو المهر الذي يذكر عند العقد، ويثبت بالعقد الصحيح والتسمية الصحيحة في حالات:

- ١- بالدخول (الوطاء) اتفاقاً.
 - ٢- بالموت (لأي من الزوجين) اتفاقاً.
 - ٣- بالخلوة الصحيحة عند الحنفية خلافاً للشافعية.
- ويلحق بالمسمى المهر المفروض في نكاح التفويض قبل الدخول: كأن يتزوج الرجل امرأة دون تسمية مهر وقبل الدخول يحدد مهرها، ويفرضه الحق. فهل يعامل هذا المفروض معاملة المسمى عند العقد؟
- الحنفية على أن المسمى هو المفروض عند العقد فقط، أما الجمهور فألحقوا المفروض قبل الدخول بالمسمى عند العقد، وتظهر ثمة خلافهم في الطلاق قبل الدخول كما سنرى.

- المطلب الرابع: ثبوت نصف المهر المسمى:

١- قال تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [سورة البقرة: ٢٣٧].

- اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا عقد على امرأة، وسمى لها مهراً تسمية صحيحة في نكاح صحيح، ثم طلقها قبل الدخول فإن لها نصف المهر المسمى استدلالاً بالآية الكريمة.
- ويقاس عليه كل فرقة من طرفه كفسخ لردته، أولعان، أو مخالفته عند الحنابلة^(٢).
- ٢- وذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن المفروض في نكاح التفويض قبل الدخول يتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى، وقال الحنفية: لا يتنصف بل تجب المتعة فقط^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين: ١١٢/٣، حاشية الدسوقي: ٤٧٤/٢، مغني المحتاج: ٢٨٧/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١١٤/٣، الهداية: ٢٢٢/١، مغني المحتاج: ٢٩٥/٣ - ٢٩٨.

(٣) حاشية ابن عابدين: ١٢٤/٣، حاشية الدسوقي: ٤٩٥/٢، مغني المحتاج: ٢٩٥/٣.

أما في القانون السوري المادة ٦١ :

- ١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية المهر، أو فساد التسمية.
- ٢- إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلو الصحيحة فعندئذ تجب المتعة.

المطلب السادس: الزيادة على المهر والخط منه وإسقاطه:

إذا اتفق الزوجان على مهر مسمى في العقد، ثم أرادا الزيادة فيه بعد العقد، أو الخط منه، أو إسقاطه كلياً فإن ذلك جائز، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَوَاضَعْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، ولكن حتى تلزم هذه الزيادة اشترط الحنفية^(١):

- ١- أن يكون الزوج بالغاً رشيداً غير محجور عليه.
 - ٢- أن تكون الزيادة معلومة.
 - ٣- أن تكون حال قيام الزوجية.
 - ٤- قبول الزوجة أو وليها إن كانت صغيرة في المجلس.
- فإذا توافرت هذه الشروط، صحت الزيادة، وثبتت للزوجة كالمهر حال الدخول أو الموت. أما في حال الطلاق قبل الدخول: فقد ذهب الحنفية إلى أن الزيادة تسقط ويتنصف المهر المسمى عند العقد، فقط وقال الجمهور: يتنصف المهر وتنصف الزيادة^(٢). وتستطيع الزوجة كذلك الخط أو الإنقاص من المهر ويمكنها الإبراء منه كلياً؛ إذا كان هذا برضاها دون إكراه ولم تكن مريضة مرض الموت.
- فحالات سقوط كل المهر:

- ١- كل فرقة من طرف المرأة أو بسببها كرده، أو فسخ، إن كانت قبل الدخول.
- ٢- الخلع على المهر.

(١) حاشية ابن عابدين: ١٢٢/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١٢٤/٣.

٣- هبة الزوجة كل المهر لزوجها.

٤- الإبراء منه^(١).

أما في قانون الأحوال الشخصية السوري فلم يعتد بأي زيادة أو إنقاص أو إبراء ما لم يكن أمام القاضي.

المادة ٥٧: لا يعتد بأي زيادة، أو إنقاص من المهر، أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق، وتعتبر باطلة ما لم تجر أمام القاضي ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر.

أما في سقوط المهر، ففي المادة ٥٩:

إذا وقعت البينة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر كله.

المطلب السابع: تعجيل المهر أو تأجيله.

يجوز للزوج أن يدفع لزوجته كامل المهر عند العقد ويجوز تأجيل ذلك كله أو بعضه حسب الاتفاق بينهما، فإن اتفقا على دفع البعض وتأجيل البعض صح، ويعتبر المؤخر من المهر مؤجلاً إلى الوفاة أو الطلاق أما إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع إلى العرف^(٢).

وتظهر فائدة هذا في أن للمرأة حبس نفسها عن الجماع ودواعي الجماع بل وعن المتابعة إلى مسكن الزوجية وعن السفر معه حتى تقبض مهرها المعجل^(٣). وفي القانون السوري **المادة ٥٥:** يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف.

(١) حاشية ابن عابدين: ١١٥/٣، مغني المحتاج للشربيني: ٢٩٨/٣.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. الصابوني: ٢٦٧/١.

(٣) حاشية ابن عابدين: ١٥٧/٣، مغني المحتاج: ٢٨٤/٣. حاشية الدسوقي: ٤٦٩/٢.

المادة ٥٦ : التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر.

المادة ٦٦ : على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها.

المطلب الثامن:

من له ولاية قبض المهر:

- ١- إن كانت صغيرة: أبوها، ثم وصيه، ثم جدها، ثم وصيه، ثم القاضي، ثم وصيه، عندها تبرأ ذمة الزوج فليس لها حق أن تطالبه.
- ٢- إن كانت صغيرة وقبضه غيرهم فلها الحق ولا تبرأ ذمته وله حق الرجوع إليه.
- ٣- إن كانت كبيرة بكرًا غير محجور عليها: تقبضه بنفسها، أو من تُوكل. وصمتها عند قبض أبيها، أو جدها، يعتبر أدناً عادة بالتوكيل.
- ٤- إن كانت كبيرة ثيباً غير محجور عليها: بنفسها أو بتوكيل صريح لا ضمني.

المطلب التاسع: الاختلاف في المهر:

- ١- **الخلافاً حول ما قدمه هل هو مهر أم هدية ؟.**
إذا قدم نقوداً، أو طعاماً، أو لباساً، قبل الدخول، أو بعده ثم اختلفا:
 - ١- أيهما أقام البينة كانت بجانبه والحكم له.
 - ٢- إن تساوت البينات رجحت بينة الزوجة وكانت الأشياء هدايا لا مهرًا.
 - ٣- إن لم تكن لهما بينة نحكم العرف في ذلك.
 - ٤- إن قدمها في الأعياد فهي هدايا لا مهر، وإن كان العرف مشتركاً فقول الزوج ويمينه.
 - ٥- إن لم يكن هناك عرف، فالقول للزوج مع يمينه.

٢- الخلاف حول الجهاز:

- ليس على الزوجة ولو قبضت مهرها ولا تجبر عليه.
- لكن العرف أن تجهز نفسها من مهرها مع مشاركة من أهلها. لذلك لا يملك الزوج حق الانتفاع به إلا بإذنها وإلا فهو مغتصب.
- إن دفع لها مالاً كان للجهاز زيادة عن المهر وبحدوده.
- إن كان أكثر من مهرها كان تبرعاً من أبيها تملكه بالقبض وإن أتى ببينة على أنه عارية فله أن يسترده.

٣- الخلاف حول مهر السر ومهر العلن:

- يتفق الزوجان أحياناً على مهر قليل سرّاً، وأما علناً على مهر أكثر لإشهاره:
- أبو حنيفة (الراجح): إن اتفقا صراحة أن العلني صوري فلا عبرة به ويطلب بالسر.
- وإلا ولم تكن بينة لهما وهو تمسك بالسر وهي بالعلن فالقول قول الزوجة لأن حصل بعد مهر السر فكان كالزيادة.
- أبو يوسف: القول قول الزوج بمهر السر لأنه متفق عليه ويعبر عن قصدهما.

٤- فسخ الزواج لعدم دفع المهر:

- إن تعذر حصولها على معجل مهر:
- الحنفية والمالكية: لا يحق لها أن تطلب الفسخ لأنه ثابت في ذمته ديناً تطالبه إذا أسر دفعه لها. وكان لها أن تمتنع قبل الدخول، وطالما أنه دخل فيعتبر رضا منها بتأخير قبضه إلى وقت اليسار.
- الجمهور: لها الحق بالفسخ لإعسار زوجها بالمهر إن حصل قبل الدخول لا بعده. والقانون أخذ بقول الجمهور.

المبحث الثالث: النفقة:

المطلب الأول- تعريفها ودليها:

النفقة حق أصيل للزوجة من حقوقها على زوجها، وهي واجبة عليه إجماعاً. وهي لغة: ما ينفقه الإنسان على عياله.

وشرعاً: هي الطعام والكسوة والسكنى^(١).

ودليل الوجوب قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧].

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وللحديث: { اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف }^(٢).

وهذا مطلق سواء أكانت الزوجة مسلمة، أم غير مسلمة (كتابية) وسواء أكانت غنية أم فقيرة، وسواء أكان موسوراً أم فقيراً.

المطلب الثاني- أنواع النفقة وتقديرها:

ذهب الفقهاء إلى أن النفقة طعام وكسوة وسكنى وخادم^(٣)، وما كانوا يعتبرون الطبابة والتداوي من النفقات الواجبة على الزوج ولكن المشرع السوري عدّها من النفقات.

المادة ٧١ :

١- النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم.

(١) حاشية ابن عابدين: ٦٢٨/٣.

(٢) صحيح مسلم (١٢١٨)، سنن أبي داود (١٩٠٥).

(٣) حاشية ابن عابدين: ٦٣٦/٣ فما بعدها، حاشية الدسوقي: ٧٩٩/٢ - ٨٠٢، مغني المحتاج

للشربيني: ٥٤٢/٣.

٢- يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته، إذا امتنع من الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره.

❖ وفي تقدير النفقة قال الجمهور باعتبارها حالهما.

وقال الشافعية باعتبار حاله فقط يساراً أو إعساراً^(١).

وقد أخذ القانون السوري بمذهب الشافعية معتبراً حال الزوج.

المادة ٧٦ : تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة.

المطلب الثالث- شروط وجوب النفقة^(٢):

١- النكاح الصحيح، فلا نفقة بالنكاح الفاسد بل هي تبرع.

٢- التمكين التام من الوطاء، لذلك تجب النفقة لكل كبيرة، ولكل صغيرة مطيقة للوطء عند الحنفية. وقال الشافعية: لا نفقة للصغيرة.

فإذا امتنعت المرأة عن التمكين أو الوطاء لسبب شرعي كعدم دفعه للمهر المعجل أو لعذر كمرض به أو بها. وجبت لها النفقة.

وإذا امتنعت نشوزاً فلا نفقة لها.

والنشوز عند الحنفية هو الخروج من بيته بغير إذنه، أو منعه من الدخول إلى البيت.

وهو عند الجمهور: كل خروج عن طاعة الزوج بمنع وطاء، أو استمتاع، أو صوم بغير إذنه أو الخروج من بيته دون إذنه، أو إغلاق الباب في وجهه، أو السفر بدون إذنه ما لم يكن لأداء فريضة الحج فلا نفقة لها إلا إذا كانت مع محرم. والنشوز باتفاق الفقهاء مسقط للنفقة.

(١) الدر المختار: ٦٣١/٣، حاشية الدسوقي: ٨٠٠/٢، مغني المحتاج للشربيني: ٥٤٤/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٦٢٨/٣ فما بعدها. حاشية الدسوقي: ٧٩٩/٢ فما بعدها، مغني المحتاج للشربيني: ٥٥٤/٣ فما بعدها.

٣- تجب النفقة على كل زوج ولو صغيراً عند الحنفية والشافعية في ماله. وقال المالكية: لا نفقة على الصغير.

٤- لا فرق في وجوب النفقة بين الزوجة المسلمة والكتابية.

٥- نفقة المرأة العاملة واجبة على زوجها ما دام راضياً بعملها وأذنًا بخروجها من المنزل، بشرط أن يكون العمل شريفاً صوناً لسمعته وسمعتها أما إذا منعها فلم تمتنع فلا نفقة لها على الزوج.

والقانون السوري يسوي بين المسلمة والكتابية في النفقة ويعتبر المرأة الناشز هي الخارجة من بيت زوجها بغير إذنها كالحنفية؛ ويسقط نفقة الناشز والتي تعمل دون إذنه.

المادة ٧٢ :

١- تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين، من حين العقد الصحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها الزوج بالنقلة وامتنعت بغير حق.

٢- يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المر أو لم يهيئ المسكن الشرعي.

المادة ٧٣ : يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها.

المادة ٧٤ : إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز.

المادة ٧٥: الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمتنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.

حالات هامة:

١- إذا امتنعت عن الذهاب إلى بيت الزوجية قبل الدخول لا تعد ناشزة ولها النفقة.

- ٢- إذا ذهبت إلى بيت زوجها قبل قبض المهر تمتعت فلها النفقة لحقها.
- ٣- ليس لها الحق في هجر بيت الزوجية لنفقة متراكمة ديناً في ذمة الزوج لأن الزوجية عقد يستهدف إنشاء رابطة وحياة مشتركة.
- ٤- إذا أراد الزوج أن ينقلها إلى غير بلدتها فامتنعت، لا تعتبر ناشزة ولها النفقة لأنه يحق له أن يتزوج ثانية ليعف نفسه مع العدل بينهما.

المبحث الرابع- المسكن الزوجي الشرعي:

السكنى واجبة للمرأة على زوجها اتفاقاً لقوله تعالى: ﴿ أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: ٦] وهذه الآية في حق المطلقة فالزوجة أولى.

المطلب الأول: المعتبر في تحديد حال المسكن^(١):

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه يراعى حال الزوجين معاً كالنفقة. وقال السادة الشافعية: يراعى حال الزوجة فقط، لأنها لا تملك الانتقال منه؛ فروعياً فيه جانبها بخلاف النفقة والكسوة، لأنها لا تملك إبداهما؛ وذهب القانون إلى أنه يراعى حال الزوج فقط.

المادة ٦٥ : على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله:

المطلب الثاني- صفة المسكن الشرعي^(٢):

- ١- يجب أن يكون مستقلاً، بمرفقه ومطبخه وله غلق خاص وإن كان ضمن دار.
- ٢- يشترط وجود جيران صالحين له.
- ٣- يجب أن يكون هذا المسكن خالياً من أهل الزوج إلا ابنه الذي لا يفهم الجماع.

(١) حاشية ابن عابدين: ٦٥٩/٣، مغني المحتاج للشريبي: ٥٥٠/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٦٥٩/٣ - ٦٦١.

٤- يجب أن يكون هذا المسكن خالياً من أهل الزوجة وإن كان ابنها من غيره.

٥- إذا كان المسكن بيتاً من دار كبيرة، وفيها أهل الزوج، اشترط عدم إيداعهم لها.

٦- يجب أن يحتوي هذا المسكن على المتاع الأساسي الضروري للمعيشة.

٧- إذا تعددت الزوجات فلا يسكنهن في بيت واحد ويجوز أن يسكن كلاً منهما في بيت مستقل من دار واحدة.

أما ما ذهب إليه القانون السوري في تحديد صفات المسكن:

المادة ٦٧: ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها.

المادة ٦٨ : عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهما في المساكن.

المادة ٦٩ : ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيداعهم لها.

المبحث الخامس الشروط المقتربة بعقد الزواج:

الأصل في عقد الزواج أن تترتب آثاره وفق ما يريده الشارع، فإذا ما أراد العاقدان ترتيب آثار إضافية للعقد، أو اشتراط ما يحقق لأحد الطرفين غرضاً معيناً فهل لهما ذلك؟.

١. اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد وقالوا بوجوب الوفاء بها لقوله ﷺ: { أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج }^(١).

٢. واتفقوا أيضاً على بطلان الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد. بل تنافي المقصود منه وتخالف أحكام الشريعة.

(١) صحيح البخاري (٢٥٧٣)، صحيح مسلم (١٤١٧).

٣. واختلفوا في الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولكنها لا تخالف حكماً من أحكام الشريعة. وعلى هذا فأقسام الشروط ثلاثة نبينها فيما يأتي:

المطلب الأول - أقسام الشروط المقترنة بالعقد^(١):

١ - شروط باطلة وتبطل العقد: كاشتراط التوقيت في العقد عند الجمهور، أو أن يشترط ألا يطأها مطلقاً، أو أن يطلقها بعد الوطء، فهذه الشروط تخل بمقصود النكاح وهي باطلة اتفاقاً. لكنها لا تبطل العقد عند الحنفية. وتبطله عند الجمهور، كما مر معنا في نكاح التحليل وفي نكاح الشغار.

٢ - شروط صحيحة توافق مقتضى العقد: كاشتراط النفقة، أو القسّم فالنكاح صحيح ويلزم الوفاء بها لا بالشرط بل بأمر الشارع.

٣ - شروط باطلة والعقد معها صحيح وهذا فيه خلاف بين الفقهاء في تحديده.

- ذهب الجمهور إلى أن كل شرط لا يخالف مقتضى العقد ولكنه لا يؤيده مما لم يرد دليل على صحته، ولا على وجوب الوفاء به فإن الشرط باطل والعقد صحيح. كاشتراط أن لا يتزوج عليها، أو أن لا نفقة لها، أو أن لا يسافر بها. وقال الحنابلة: الشرط الباطل هو الشرط الذي ورد النهي فيه، أما ما لم يرد فيه فهو صحيح واجب الوفاء.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد اتفق مع المذهب الحنبلي:

في المادة ١٤ :

١ - إذا قيد عقد الزواج بشرط يناfi نظامه الشرعي، أو يناfi مقصده، ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

٢ - إذا قيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً ملزماً.

(١) بداية المجتهد لابن رشد: ٤٧/٢ - ٤٨ ، مغني المحتاج للشريبي: ٢٨٩/٣.

٣- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً، ولكنه ليس بملزماً للزوج فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشرطة فسخ النكاح.

المبحث السادس: العدل بين الزوجات^(١):

١- تعريف العدل: العدل والقسم والتسوية لغة بمعنى واحد وهو الفرز والتفريق.

واصطلاحاً: هو تسوية الزوج بين الزوجات في المأكول والمشروب والملبوس والمسكن والصحبة والبيتوته لا في المحبة والوطء بل يستحب.

٢- أدلة القسم ووجوب العدل بين الزوجات:

قال تعالى ﴿ فَالْكُحْرَا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾. [النساء: ٤]، وظاهر الآية ﴿ أَلَّا تَعْدِلُوا ﴾ دل على أنه فرض.

- أن النبي ﷺ كان يعدل بين نسائه في القسم ويقول: { اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما تملك أنت ولا أملك^(٢) }.

- قوله ﷺ: من كانت له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً^(٣).

فالعدل الواجب هو أن لا يجور.

وقال المالكية: إن تابع الزوج الجور بين نسائه وداوم على ذلك فإنه جرحه في إمامته، وشهادته.

(١) حاشية ابن عابدين: ٦٥٩/٣، شرح مختصر خليل للحطاب: ٧٩٩/٢، الموسوعة الفقهية ٢٥٧/٢.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه.

(٣) رواه الخمسة، وصححه ابن حبان والحاكم.

٣ - أحكام العدل:

أ - ما يجب العدل فيه: النفقة، والكسوة، والسكنى.

ب - ما يندب العدل فيه: الاستمتاع من وطء ومقدماته لأنه مبني النشاط والشهوة وهو لا يملك توجيهه. والمحبة القلبية لأنه لا يملكها.

٤ - حال الزوج الذي يقسم:

كل زوج وإن كان مريضاً أو مجبوراً أو غنياً لأن من مقاصد العدل الأنس.

ولأن القسم بالوطء والمحبة غير واجب.

ورد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور على نسائه ويقول: أين أنا غداً.

٥ - حال الزوجة المقسوم لها:

كل من استحققت النفقة من زوجة، استحققت القسم إلا الواهبة ومن تخلفت لمرض. فتستحق القسم كل زوجة مسلمة أو كتابية، مريضة أو صحيحة، صغيرة يمكن وطؤها أو كبيرة.

وتستحق القسم وإن امتنع وطؤها شرعاً (كالحائض والمحرمة ...).

أو امتنع وطؤها عادة (رتقاء، قرناء...).

أو امتنع وطؤها طبعاً (مجنونة مأمونة).

ولا تستحق القسم ناشزة ولا مطلقة رجعيّاً.

ويجب القسم بين المسلمة والكتابية بالعدل إجماعاً.

٦ - زمن القسم:

الأصل باتفاق الفقهاء أن يكون القسم في الليل، أما من كان عمله ليلاً (كالحارس) فقسمه نهاراً.

٧- أقل القسم وأكثره:

يقيم عند كل واحدة منهن يوماً وليلة، وإن شاء ثلاثاً، ولا يقيم عند إحداهن أكثر إلا بإذن الأخرى.

٨- قضاء القسم الفات:

قال الحنفية والمالكية: لا يقضي ما فات، وقال الشافعية والحنابلة: يقضي إن فات بسببه لا بسببها، ولكن لا يشترط التتابع.

٩- بدء القسم:

قال الحنفية المالكية: له البدء بالقسم لمن شاء، وقال الشافعية: يكون بالقرعة. أما الزوجة الجديدة:

قال الجمهور: لها القسم ثلاثة أيام دون قضاء، وسبعة أيام مع القضاء لضرائرها إن كانت ثيباً، ولها سبعة أيام دون قضاء إن كانت بكرًا وذلك للأنس وزوال الوحشة. وزيد للبكر لأنه حيائها أكثر ولم تجرب الرجال فتحتاج إلى إمهال وتأن. وقال الحنفية: لا فرق بين الجديدة والقديمة في القسم.

لأن الآيات مطلقة في العدل والقسم.

١٠- السفر والقسمة فيه:

قال الحنفية: لا يقسم في السفر وله السفر بمن شاء فيهن، والقرعة أحب تطبيقاً لقلوبهن. ويستحب القرعة بين نسائه في السفر كما كان النبي ﷺ يفعل. وقال المالكية: إن سافر اختار إلا في الحج والغزو فيقرع.

١١- تنازل إحداهن عن ليلتها:

حق القسم للزوجة يسقط بإسقاطها وإن كان لها الرجوع في المستقبل. يلزم الزوج التسوية بينهما في الليل فلو جاء الأولى بعد المغرب والثانية بعد العشاء فقد ترك القسم.

- ✽ يجوز له الدخول على الأخرى في النهار أو أول الليل أو آخره.
 - ✽ إن دخل في الليل ولم يلبث أن عاد لم يقض لقصر الوقت جاز.
 - ✽ إن دخل على الأخرى يجوز له الاستمتاع بكل وجه إلا الوطء.
- وجاء القانون السوري مبيناً ذلك وفق ما نصه:

المادة ١٧ :

للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان قادراً على نفقتهما.

وجاء في الاجتهادات قرار ٦٨٢ : إن الزواج من ثانية بحد ذاته يعتبر قرينة على قدرة الزوج المادية لإعالة زوجته ويساره.

والمادة ٦٨ : عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهما في المساكن.

المبحث السابع: خصائص النبي ﷺ في النكاح:

رأي الجمهور القائل بجواز بل باستحباب البحث في خصائص النبي ﷺ هو الأرجح وهو الصواب للمبررات التالية^(١):

ثالثاً- مبررات وأسباب البحث في خصائص الرسول ﷺ، كما ذكرها النووي:

- ١- لأن البحث في الخصائص به زيادة علم وبيان.
- ٢- وربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل بها أخذاً بأصل التأسّي والاتباع، فوجب بيانها لتعرف فلا يُعمل بها. وأي فائدة أعظم من هذه ؟
- ٣- وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه.

^(١) روضة الطالبين للنووي: ص ١١٦٨.

٤- أنواع اختصاصات الرسول ﷺ:

وله ﷺ اختصاصات كثيرة، سيقصر المبحث على ما يخص النكاح. واختصاصاته هي:

١- الأحكام التكليفية التي لا تتعداه إلى أمته، ككونه لا يُورث وغير ذلك.

٢- المزايا الأخروية، كإعطائه الشفاعة، وكونه أول من يدخل الجنة، وغير ذلك.

٣- الفضائل الدنيوية، ككونه أصدق الناس حديثاً.

٤- المعجزات كانشقاق القمر وغيره.

٥- الأمور الخلقية، ككونه يرى من خلفه ونحو ذلك^(١).

أولاً- اختصاصه ﷺ بأن يخير نساءه بين فراقه والإقامة معه، أمر الله تعالى النبي ﷺ أن يخير نساءه رضي الله عنهن بين فراقه طلباً للدنيا وزينتها، وبين الإقامة معه طلباً للآخرة وحباً بالله وبرسوله ﷺ وذلك عندما طلبن من النبي ﷺ زيادة في النفقة فقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ۚ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ [سورة الأحزاب: ٢٨ و ٢٩].

فخيرهن ﷺ، وبدأ بعائشة^(٢) رضي الله عنها، فاخترن كلهن الله ورسوله والدار الآخرة^(٣)، وقيل: إن واحدة منهن اختارت الفراق، وهي: فاطمة بنت^(٤) الضحاك الكلابية. ففارقها رسول الله ﷺ^(٥).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٧/٢.

(٢) عائشة أم المؤمنين: (٩ ق هـ - ٥٨ هـ) عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، زوج النبي ﷺ - من قريش، أفقه نساء المسلمين، كانت تكنى بأُم عبد الله، تزوجها النبي في السنة الثانية بعد الهجرة، روى عنها ٢٢١٠ أحاديث، وتوفيت بالمدينة، الزركلي: الأعلام: ٢٤٠/٣.

(٣) حديث التخيير: أخرجه البخاري: رقم (٤٧٨٥).

(٤) فاطمة بنت الضحاك الكلابية: تزوجها رسول الله ﷺ بعد وفاة ابنه زينب، وخيرها فاخترت الدنيا، ففارقها، فكانت بعد ذلك تلتقط البعر وتقول: أنا الشقية، اخترت الدنيا. أسد الغابة: ٣٧٠/٥.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٦٢/٤، وابن حجر: فتح الباري: ٦٦٤/٨.

ثانياً- تحريم إمساك من كرهت نكاحه ﷺ:

ومما يدل على اختصاصه ﷺ بتحريم إمساك من كرهت نكاحه ما روته عائشة رضي الله عنها- من أن أسماء بنت^(١) النعمان بن الجون: « لما أدخلت على رسول الله ﷺ، ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك. فقال لها: { لقد عذبت بعظيم الحقي بأهلك }^(٢)».

ثالثاً- تحريم نكاح الكتابية على رسول الله ﷺ :

وقد حرم الله تعالى على نبيه ﷺ نكاح نساء أهل الكتاب اليهود والنصارى ولم يحرم ذلك على أمته، وكان ذلك التحريم تشريعاً لقدره العظيم، ولأنه أشرف من أن يضيع ماءه في رحم امرأة كافرة، وزوجات النبي ﷺ هن أمهات المؤمنين فكيف تكون يهودية أو نصرانية أما للمؤمنين؟^(٣).

وقد يرد هنا سؤال هو: كيف تزوج رسول الله ﷺ صفية بنت حيي بن أخطب وكانت يهودية ؟ يتضح لنا أنها أسلمت ثم تزوجها مما يأتي:

- ١- قوله ﷺ: { سألت ربي ألا أزوج إلا من كان معي في الجنة فأعطاني }^(٤).
- ٢- وهناك رواية تقول: « إن رسول الله ﷺ عرض عليه الإسلام، فأسلمت فاصطفاه لنفسه وأعتقها، وجعل عتقها صداقها »^(٥).
- ووجه الدلالة: أن الرواية صريحة بأنه أسلمت أولاً ثم اصطفاه أي تزوجها.

(١) أسماء النعمان بنت الجون بن شراحيل: تزوجها رسول الله ﷺ ولم يدخل بها حتى فارقها، واختلف في اسمها فقيل: عمرة، وقيل أميمة، كما اختلف هل هي التي قالت: أعوذ بالله منك أم غيرها. ابن الأثير: أسد الغابة: ٥/٢١٤.

(٢) البخاري: (٥٢٥٤) .

(٣) روضة الطالبين للنووي: ١١٦٤، كشف القناع للبهوتي : ٥/٢٥.

(٤) الحاكم في: المستدرک: ١٣٧/٢.

(٥) البخاري: (٤٢٠١) .

رابعاً- ما أبيح له النبي ﷺ من عدد النساء بإبقائهن بعد نزول آية الحصر:

كان مباحاً لكل مسلم أن يتزوج بأي عدد شاء من النساء، وكان النبي ﷺ قد تزوج بأكثر من أربعة نساء، فترلت آية حصر عدد الزوجات بأربع، فأمر النبي ﷺ من كان عنده أكثر من أربع أن يمسك أربعاً منهن ويفارق سائرهن، وكان نزول الآية بآخر السنة الثامنة للهجرة^(١).

لكن اختصَّ الله تعالى نبيه ﷺ بعد طلاق أحد من نسائه، لأسباب عديدة:

١- لو طلق النبي ﷺ بعض زوجاته أي ما زاد عن أربع لم يحل لهن أن يتزوجن بعد طلاقهن، وفي هذا ظلم لهن، لذلك لم يحل له ﷺ طلاقهن.

٢- ولو طلق بعض زوجاته لاختلت مكانتها الاجتماعية بين سائر المسلمين فحرصاً على كرامتهن أحل الله بقاءهن دون تفريق إعلاءً لشأنهن^(٢).

والآية التي حددت عدد الزوجات بأربعة قوله تعالى: ﴿فَالْكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [سورة النساء: ٣]. وهذا حكم عام استثنى منه النبي ﷺ.

خامساً- ما أبيح له ﷺ من التزوج بغير مهر ولا ولي ولا شهود:

وهذه من خصوصياته أن أباح الله تعالى له أن يتزوج بغير مهر، وبغير ولي، فالولي مشترط وجوده للمحافظة على الكفاءة، وتحقيق مصلحة المولى عليه، والنبي ﷺ فوق الأكفاء، وزواجه يحقق للمرأة أعظم مصلحة، وإنما شرع وجود الشهود للإعلان وأمن الجحود، وزواج النبي ﷺ فيه أوسع إعلان، وهو مأمون من الجحود^(٣).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٧/٥، د. الصابوني: شرح قانون الأحوال: ١٣٩/١، ومن أسلم وتحت عدد من النساء: ((غيلان الثقفي)) كان له عشر نساء، و ((حارث بن قيس)) كان له ثمان.

(٢) شرح قانون الأحوال د. الصابوني: ١٣٩/١.

(٣) أحكام القرآن للحصاص: ٤٧٩/٣، والدسوقي: حاشية الدسوقي: ٣٣٨/٢، روضة الطالبين للنووي: ١١٦٥، كشاف القناع للبهوتي: ٢٧/٥.

وقد تزوج رسول الله ﷺ زينب بنت^(١) جحش بغير ولي، بل كان الله سبحانه وتعالى هو وليها زوجها لرسوله ﷺ من فوق سبع سموات، وكانت تفخر على أزواج النبي ﷺ وتقول: «زوجكن أهاليكن، وزوجني الله تعالى من فوق سبع سموات»^(٢). هذا وقد تزوج رسول الله ﷺ صفية بنت حيي بن أخطب، ولم يشهد على زواجه حتى إن الناس لم يعلموا هل تزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد أي أمة. وأما المرأة التي تزوجها رسول الله ﷺ بغير مهر وبلغظ الهبة هي خولة^(٣) بنت حكيم وقد أخرج البخاري في صحيحه.

«كانت خولة بنت حكيم من اللاتي وهبن أنفسهن للنبي ﷺ، فقالت عائشة: أما تستحي المرأة أن تهب نفسها للرجل؟ فلما نزلت ﴿تُرْجِي مَن تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾ [سورة الأحزاب: ٥١] قلت: يا رسول الله، ما أرى ربك إلا يسارع في هواك»^(٤) أي في رضاك.

وقد ذكر أكثر من امرأة وهبت نفسها للنبي ﷺ، واقتصرت هنا على ذكر من ورد اسمها في الصحيح^(٥).

(١) زينب بنت جحش بن رثاب الأسدية: (٣٣ ق.هـ - ٢٠ هـ) أم المؤمنين، وإحدى شهيرات النساء في صدر الإسلام، كانت زوجة زيد بن حارثة واسمها ((برة)) فطلقها زيد، وتزوج بها النبي ﷺ، وسماها ((زينب))، وكانت من أجمل النساء، وبسببها نزلت آية الحجاب. الأعلام للزركلي: ٦٦/٣.

(٢) البخاري: رقم (٧٤٢٠).

(٣) خولة بنت حكيم الأنصارية: صحابية، كانت امرأة سالحة، وهي التي وهبت نفسها للنبي ﷺ، روى عنها سعد بن أبي وقاص. حديث الزول في السفر. أسد الغابة: ٢٠٧/٥.

(٤) أخرجه البخاري: رقم (٥١١٣) ص: ٩١٤.

(٥) وذكر من الواهبات: أم شريك، وفاطمة بنت شريح، وليلى بنت الخطيم، وزينب بنت خزيمة، وميمونة بنت الحارث. قال ابن حجر: ويعارضه حديث ابن عباس: {لم يكن عند رسول الله ﷺ امرأة وهبت نفسها له} أخرجه الطبري وإسناده: حسن. قال: والمراد: أنه لم يدخل بواحدة ممن وهبت نفسها له وإن كان مباحاً له لأنه راجع إلى إرادته. أ.هـ. ينظر: ابن حجر: فتح الباري: ٦٦٧/٨، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن: ٢٠٨/١٤.

سادساً- ما أباح الله تعالى لرسوله ﷺ من زواج بتزويج الله ﷻ: إن الله تعالى أحل لرسوله ﷺ خاصة زواج امرأة بغير ولي وبتزويج وولاية من الله تعالى، وهي زينب بنت جحش الأسدية، وقد سبق الإشارة إليها، وهذا من خصوصياته ﷺ في النكاح. وهذه قصتها بإيجاز:

كان النبي ﷺ قد تبنى زيد بن^(١) حارثة، وكان يدعى زيد بن محمد، ولما أبطل الله تعالى التبني وأمر الناس أن يدعوا المتبنين لأبائهم حيث قال ﷻ: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

فصار يدعى زيد بن حارثة، ثم إن زيدا تزوج زينب بنت جحش، وبعد مدة جاء زيد إلى رسول الله ﷺ فقال: إن زينب تؤذي بي بلسانها وتفعل وتفعل وإني أريد أن أطلقها فقال له: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ﴾ [الأحزاب: ٣٧].

وكان النبي ﷺ قد أوحى الله تعالى إليه أن زيدا يطلق زينب وأنه يتزوجها بتزويج الله إياها، فلما تشكى زيد للنبي ﷺ خلق زينب، وأنها لا تطيعه وأعلمه أنه يريد طلاقها، قال له ﷺ على جهة الأدب والوصية: اتق الله في قولك وأمسك عليك زوجك وهو يعلم أنه سيفارقها ويتزوجها، وهذا هو الذي أخفاه في نفسه، ولم يرد أن يأمره بالطلاق لما علم أنه سيتزوجها وخشي رسول الله ﷺ أن يلحقه قول من الناس في أن يتزوج زينب بعد زيد وهو مولاه، وقد أمره بطلاقها فعاقبه الله تعالى على هذا القدر من أن يخشى الناس في شيء أباحه الله له، بأن قال: «أمسك» مع علمه بأن يطلق وأعلمه أن الله تعالى أحق بالخشية أي في كل حال^(٢). والآية توضح لنا هذا.

﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَلْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَلْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لَكُنَّ لَا يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ [الأحزاب: ٣٧].

(١) زيد بن حارثة: صحابي، اختطف في الجاهلية صغيراً، واشترته خديجة بنت خويلد زوج النبي ﷺ فوهبته إلى النبي ﷺ حين تزوجها، فتنهه - قبل الإسلام - واعتقد وزوجه زينب بنت جحش بنت عمته، واستشهد في غزوة مؤتة، الأعلام للزركلي: ٥٧/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٩٠/١٤.

سابعاً- ما أحل الله له ﷺ من تزويج المرأة الأجنبية لمن شاء وأن يتولى طرفي العقد: وما اختص به رسول الله ﷺ أن أحل الله تعالى له أن يزوج المرأة الأجنبية لمن شاء بغير إذنها وإذن وليها، ويحق له أيضاً أن يكون هو الموجب والقابل في عقد نكاح الأجنبية بأن واحد، فهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم بدليل قوله ﷺ: «**النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ**» [الأحزاب: ٦].

ومما يثبت صحة ما ذكرت أن «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوجنيها، قال: { قد زوجناكها بما معك من القرآن }»^(١).

ثامناً- ما اختص به ﷺ من أن زوجاته أمهات المؤمنين، وثوابهن ضعفان: وما اختص به ﷺ أن جعل الله زوجاته أمهات المؤمنين قال تعالى: «**وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ**» [الأحزاب: ٦]، فيحرم نكاح زوجات النبي سواء أفرقهن أم مات عنهن، لقوله: «**وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ**» [الأحزاب: ٥٣] وجعل الله عقابهن ضعفين وثوابهن ضعفين قال تعالى: «**يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا**» وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلْ صَالِحًا نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ وَأَعْتَدْنَا لَهَا رِزْقًا كَرِيمًا» [الأحزاب: ٣٠ - ٣١].

(ملحق) مسائل مستجدة في النكاح^(٢):

١) الفحص الطبي:

إن الشريعة الإسلامية تدعو إلى المحافظة على النسل باعتباره أحد الكليات الخمس، ومن أجل ذلك لا بد من مراعاة صلاحية الزوجين لذلك وفق الأدلة التالية:

أ- قال تعالى: «**قَالَ رَبُّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً**» [آل عمران: ٣٨].

فالذرية الطيبة لا بد أن تكون من أبوين سليمين لا داء فيهما.

ب- إن عملية الفحص الطبي تحافظ على كيان الزوجية نفسه.

(١) أخرجه البخاري: رقم (٢٣١٠) أحكام القرآن للحصاص: ٤٦٥/٣، حاشية الدسوقي:

٣٣٨/٢، روضة الطالبين للنووي: ١١٦٦، كشف القناع للبهوتي: ٣٠/٥.

(٢) مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق للأشقر: ص ٩٣.

ورد عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله « إنما رجل تزوج امرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص فمسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجه غرم على وليها »^(١).

ج - حث النبي ﷺ على اختيار الزوج زوجته من عائلة تعرف بناتها بالإحجاب فقد قال ﷺ: { تزوجوا الولود الودود، فإني أكاثركم بكم }^(٢).

د - يستحب تغريب النكاح، فيتعد الزوج من الزواج بالقريبات، كابنة العم وابنة الخالة، وذلك تفادياً لضعف بنية الأولاد، وقد قال عمر ﷺ: « اغتربوا ولا تضربوا » وقال: لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا^(٣).

وأما القانون السوري المادة ٤٠:

١ - شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوها من الأمراض السارية، ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضى التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

٢ - عقد النكاح عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مشافهة:

إن عقد بين غائبين مشافهة عن طريق الأجهزة السلكية، أو اللاسلكية أو الحاسوب عن طريق شبكة الأنترنت. هو صورة جديدة لم تكن فيما سبق تختلف العلماء في جوازه ولكن الذي أراه^(٤):

أن عقد الزواج بصيغته إيجاباً وقبولاً وبسماع كل من العاقدين الآخر، وبالموالة بين الإيجاب والقبول، وبسماع الشهود للإيجاب والقبول، بل وبرؤيتهم لكل من الطرفين عن طريق الأجهزة الحديثة (أجهزة اتصال مرئية).

كل ذلك يجعل عقد الزواج منعقداً وجائزاً، وخاصة أن الإمام النووي ذكر في عقد البيع بين متنادين، بأن يكون العاقدان في مكانين يسمع كل منهما نداء الآخر، شاهده، أو لم يشاهده وفي ذلك يقول:

لو تناديا وهما متباعداً وتبايعا. صح البيع بلا خلاف.

(١) تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك ص ٤٢٨، رقم ٩ .

(٢) سنن النسائي: ٦ / ٦٥ .

(٣) النهاية في غريب الحديث لابن الأثير: ٣ / ١٠٦ .

(٤) مستحجات فقهية: الأشقر: ص ١٠٩، المجموع للنووي: ٩ / ١٨١ .

مجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد السادس الجزء الثاني ١٩٩٠م ص ٨٦٧ .

٣- الزواج العربي^(١):

- هو عقد مستكمل شروطه الشرعية، إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية.

وهو الزواج الشرعي بعينه، لا فرق بينهما.

أحكامه:

- كل نكاح عربي عقد سراً بين رجل وامرأة من غير ولي ولا شهود فهو باطل باتفاق الفقهاء.

- كل نكاح عربي عقد بولي وشهود وتواصى الجميع على كتمانها فهو صحيح عند الجمهور باطل عند مالك.

- كل نكاح عربي عقد بولي من غير شهود فهو باطل عند الجمهور صحيح مع وجب الإشهار عند الدخول عند مالك.

- كل نكاح عربي عقد بحضور شهود وبدون ولي فهو باطل عند الجمهور وصحيح عند أبي حنيفة فقط.

- كل نكاح عربي عقد بولي وبشهود دون كتمان أو توصيه بذلك، فهو صحيح له آثاره كاملة اتفاقاً.

٤- زواج المسيار^(٢):

هو أن يعقد الرجل زواجه على امرأة عقداً شرعياً مستكماً لشروطه وأركانها، لكن المرأة تنازل عن السكن، والنفقة، والمبيت الليلي وهذا بإرادة تامة واختيار ورضا منها.

وهو في الغالب يكون الزواج الثاني أو الثالث، وهو نوع من تعدد الزوجات. والغاية فيه في الغالب:

١- "ترويج النسوة اللاتي فاقهن قطار الزواج الطبيعي، أو المطلقات اللاتي أخفقن في زواج سابق.

٢- "رغبة الرجل في المعاشرة الجنسية بحيث لا تكفيه زوجة واحدة أو لأنها مريضة، أو ليس لديه مال يستطيع أن يتزوج زوجة ثانية.

(١) مستجدات فقهية: الأشقر: ص ١٥٦.

(٢) مستجدات فقهية: الأشقر: ص ١٧٦.

حكمه:

إن هذا الزواج صحيح لاستيفائه الشروط الشرعية ولكن:
بحسب الظروف التي تحيط به فإما أن يكون حراماً، أو مكروهاً، أو مباحاً بلا كراهة. وثبت أن أم المؤمنين سودة وهبت يومها من رسول الله إلى زوجها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها فكان رسول الله نقسّم لعائشة يومين، يومها ويوم سودة^(١).
وهذا الزواج يقلل من العوانس: ويشبع غريزة الفطرة عند المرأة.
وهذا النكاح الاتفاق بإسقاط النفقة والمبيت هو اتفاق ودي لها الحق المطالبة بهما إذا أرادت.

٥- الزواج بنية الطلاق^(٢):

من تزوج امرأة بعقد مستكمل لشروطه، وبغير شرط، إلا أنه في نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح باتفاق الفقهاء. بل ورد الإجماع على جوازه فإن شاء أن يقيم أقام وإن شاء أن يفارق فارق. والنية لا تؤثر في ذلك، لأنه إن ألزمناه أن ينوي في قلبه النكاح الأبدي لكان نكاحاً نصرانياً، فإذا سلم لفظه، لم تضره نيته.

٦- الزواج المدني:

هو عقد قانوني بين شخصين من جنسين مختلفين، يتم بحضور الشهود والكاتب، وموافقة الطرفين ويقوم العقد على الحب المتبادل بين الطرفين والرغبة في تأسيس أسرة لها كامل حقوقها في المجتمع ويسجل العقد في السجلات الرسمية.
ويخضع لأحكام خاصة بناء على ضرورات المصلحة الإجماعية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها منها:

- ١- إعلان الزواج، وإجراؤه على يد مأمور رسمي.
 - ٢- لا يجوز لأحد من الطرفين أن يرتبط بطرف آخر قبل أن يحل من العقد الأول إن كان متزوجاً فيما سبق.
 - ٣- لا ينظر فيه إلى اختلاف الدين بين الطرفين.
- فيرى العلماء المسلمون أنه عامل تشويش ولبلة في الصفوف الإسلامية وأنه مخالف للشريعة وهو حرام بل باطل.

(١) صحيح البخاري: ٩ / ٣٨٧ رقم ٥٢١٢.

(٢) مستجدات فقهية: ص ٢١٧، الموافقات للشاطبي ١ / ٣٨، الذخيرة للقرافي ٤ / ٤٠٤.

الباب الثاني

الطلاق وآثاره

د. أسامة الحموي

الفصل الأول

التعريف بالطلاق ومشروعيته وحكمه وسبب جعله بيد الرجل

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته.

المبحث الثاني: حكم الطلاق.

المبحث الثالث: الطلاق البدعي والسني.



الطلاق وآثاره

تمهيد:

شرع الله ﷻ الزواج وسيلة للاستقرار والتناسل فجعله مؤبداً، واحتياطاً لدوامه واستمراره، فبناه على الرضا، وجعل له الخطبة مقدمة للتزويج وحسن الاختيار. ولكن قد يعتري هذا الزواج ما يحول دون استمراره وتحقيق أهدافه.

فقد يكون أحد الزوجين عقيماً. وقد تتباين طبائع الزوجين وتختلف أخلاقهما. وقد يتضرر أحد الزوجين من غياب الزوج أو الزوجة أو سجنه، وقد يكون أحد الزوجين مصاباً بمرض يحول دون الاستمتاع وإعفاف الطرف الآخر، أو مصاباً بمرض منفر.. أو غير ذلك من الأمور التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية دون وقوع الظلم أو الضرر أو النفرة والخصام.

ولذلك شرع الإسلام الطلاق، وسيلة لرفع الظلم عن أحد الزوجين إذا استحکم الخلاف والخصام، بعد أن شرع كل الوسائل التي تضمن استمراره، كما شرع التحكيم حين وقوع الخلاف، فإذا فشل كان لا بد من الطلاق، لأنه يتعين وسيلة أخيرة لرفع الظلم، ودواء ناجعاً إذا استحکم الخلاف والنفرة بين الزوجين، واستحالت الحياة الزوجية لأجل ذلك.

المبحث الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته:

١- **تعريف الطلاق لغةً:** هو حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق أي مرسلّة، وأسير مطلق إذا حلّ قيده وخلّي سبيله. لكن العرف خص معنى الطلاق في حل القيد المعنوي، وهو في المرأة (أي بمعنى حل عقدة النكاح)^(١).

٢- **تعريف الطلاق في الشرع:** هو حل قيد النكاح، أو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه في الحال أو في المآل. فحل عقدة النكاح في الحال يكون بالطلاق البائن، وأما في المآل فهو في الطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة.

(١) انظر المغرب للمطرزي: ٢/٢٥ مادة (طلق)، والمصباح المنير: ٣٧٦/٢.

٣- لا قيلولة في الطلاق: بمعنى أن الرجل إذا صدر منه الطلاق ووقع، فإنه لا يستطيع الرجوع عنه بعد التلفظ به، لقول النبي ﷺ: (لا قيلولة في الطلاق)^(١).

٤- مشروعية الطلاق:

من القرآن: وردت آيات كثيرة بمشروعية الطلاق منها قول الله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْخُذَانِ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].
وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١].

ومن السنة: أحاديث كثيرة وردت بمشروعية الطلاق منها:

قول النبي صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق)^(٢).

وقول النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)^(٣).

وقال عمر: ((طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها))^(٤).

وقد أجمع العلماء على مشروعية الطلاق، والعقل يؤيد ذلك، لأن الحياة الزوجية قد تفسد لأسباب كثيرة، وقد تستحكم النفرة بين الزوجين والخصام، فيقع الظلم باستمرار الزواج على الزوجين أو أحدهما، ورفع الظلم والمفسدة الحاصلة عندئذ واجب، فاقتضى ذلك أن يشرع الطلاق أو ما يزيل الزواج.

فالطلاق ضرورة لحل مشكلات الزوجين التي تستعصي على الحل ومشروع للحاجة، ولذلك يكون مكروهاً عند عدم الحاجة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق)^(٥).

فالطلاق تشريع استثنائي، شرعه الإسلام للضرورة، بعد أن يستحيل أو يتعذر الإصلاح بين الزوجين، وبعد استفاد كل الطرق الودية التي شرعها الله عز وجل لحل الخلاف بين الزوجين، من وعظ وإرشاد وهجر في المضجع وضرب ثم التحكيم.

قال الله عز وجل: ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَلْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [النساء: ١٢٨].

وقال الله ﷻ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَنْبِئُوهُمَا بِحَكْمِ اللَّهِ وَحَكْمِ مَنْ أَهْلُهُ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: ٣٥].

(١) أخرجه العقيلي من حديث صفوان بن عمران الطائي (نيل الأوطار ٦ / ٢٣٨).

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه عن ابن عمر (نيل الأوطار ٦ / ٢٢٠).

(٣) رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عباس (نيل الأوطار ٦ / ٢٣٨).

(٤) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن عمر رضي الله عنه (نيل الأوطار ٦ / ٢١٩).

(٥) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

ولذلك لا يجوز الطلاق من دون سبب أو عذر مسوغ، لأن فيه قطعاً لمصالح النكاح التي شرع لأجلها، والطلاق عندئذ موجب للإثم وهو معصية، ولأن الزوج إذا طلق من دون سبب يكون قد تعسف في حق ملكه إياه الشارع.

فإن استنفذت كل الطرق الشرعية للوثام بين الزوجين من معاشرة بالمعروف، ووعظ مع الصبر، ثم المهجر فالضرب غير المبرح، ثم التحكيم، فإن وقع بعد ذلك الطلاق، فإنه يكون مشروعاً، ومع ذلك احتاط الشارع بأن جعل للزوجين سبيلاً للرجعة من جديد من دون عقد جديد لمرتين بعد الطلقة الأولى والثانية في خلال العدة، وكذلك بعقد جديد بعد انتهاء العدة، تقديرًا لما قد ينشأ من ندم عند الزوجين، بسبب وجود حمل، أو حياة العزلة والوحدة والانفراد، أو غير ذلك من أسباب الندم.

٥ - الطلاق بيد الرجل والحكمة من ذلك:

جعل الشارع الطلاق بيد الرجل وملكاً له، هذا هو الأصل، ولم يجعله بيد المرأة ولا بيد القاضي، حرصاً على بقاء الأسرة قائمة، ولحكم جليلة، وأسباب تتفق مع نظام الأسرة في الإسلام.

فالرجل هو الذي يتحمل الأعباء المالية في عقد الزواج، فهو يدفع المهر، وتجب عليه النفقة الزوجية، ونفقة العدة، والمتعة.

وأعباء الزواج المالية التي يتحملها الزوج هي التي تحمله على التروي في إيقاع الطلاق. أما المرأة التي لم يُحملها الإسلام شيئاً من هذه الأعباء فهي أقل تروياً في إيقاع الطلاق بسبب عدم تضررها مالياً بالطلاق، كما أن المرأة أشد تأثراً بعاطفتها من الرجل، فلو ملكت الطلاق فلربما أوقعت الطلاق لإسبسط الأسباب. ثم إن الإسلام بالرغم من جعله الطلاق بيد الرجل لم يظلم المرأة أبداً، إذ أباح لها أن تشتترط في عقد الزواج عند إنشائه أن يكون الطلاق بيدها، كما أباح للزوجة أن تتفق مع زوجها على الطلاق بالتراضي لقاء بذل شيء من مالها لتملك أمر نفسها، وهذا ما يُسمى بالخلع في الفقه الإسلامي.

كما أباح الفقه الإسلامي للمرأة أن تضررت من زواجها، أو وقع الظلم عليها، أن تطلب من القاضي التفريق من زوجها، كما في حالة سوء العشرة، أو وجود مرض منفر في الزوج، أو غيبة الزوج أو حبسه، أو لعدم الإنفاق.

وليس من الحكمة جعل الطلاق بيد المحكمة أي بيد القاضي، فهذا يصادم المقرر شرعاً أولاً، ولأنه يؤدي إلى إفشاء الأسرار العائلية ثانياً. ونشر الفضائح الزوجية، لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية لا يريد الزوجان إفشائها، كما أنه ليس من الخير إعلانها، وفي ذلك نشر لقالة السوء عن المرأة مما يؤدي إلى عدم زواجها مرة أخرى، فإذا أصبح الطلاق بيد المحكمة انكشفت الأسرار الزوجية، بنشر الحكم وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء.

أ - الطلاق البدعي « المحرم »:

يكون الطلاق حراماً في الأحوال الآتية^(١):

١ - في حالة الحيض لأنه زمن النفرة بين الزوجين، وهذا قد يدفع الزوج لإيقاع الطلاق دون سبب مسوغ، كما أنه حرام؛ لأنه يؤدي إلى إطالة العدة على المرأة المطلقة فيه، لأن القرء لا يتجزأ فلا تحسب الحيضة التي طلقها فيها من العدة نفسها.

٢ - الطلاق في زمن النفاس لليلة المذكورة في الحيض.

٣ - الطلاق في طهر جامعها فيه: وذلك لأن المرأة قد تحمل من هذا الجماع ثم يستبين حملها بعد الطلاق فيلحق الزوج الندم.

٤ - أما الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث، أو الطلاق المفرق ثلاث مرات في طهر واحد، فقد اختلف العلماء فيه.

فذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى أنه ليس بدعياً ولا محرماً^(٢).

وذهب الحنفية والمالكية ومتأخرو الحنابلة ابن تيمية وابن القيم^(٣) إلى أنه طلاق بدعي ومحرم، ويؤيد رأيهم ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله؟ رواه النسائي.

ب - الطلاق السني « المباح »: ويكون في الحالات الآتية:

١ - طلاق المرأة قبل الدخول، لقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

٢ - طلاق المرأة الحامل.

٣ - الطلاق في طهر لم يمسه فيها.

والدليل على ذلك: أن عبد الله ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: (مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً)^(٤).

وفي رواية عنه: ((أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال: ليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها قبل أن يمسه، فتلك العدة كما أمر الله تعالى)).

(١) انظر البدائع ج ٣ / ٨٨ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج ٣ / ٣١١، والمغني ٨ / ٢٣٦.

(٣) البدائع ج ٣ / ٨٩ وزاد المعاد ٥ / ٢٢٠ - ٢٢١. والقوانين الفقهية ١٥٠.

(٤) رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عمر.

وهذا معنى الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] ومعنى فطلِّقوهنَّ لعدتهنَّ أي مستقبلات عدتهنَّ.

قال ابن عباس: «الطلاق على أربعة أوجه: وجهان حلال ووجهان حرام فأما اللذان هما حلال: فإن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستبينة حملها، وأما اللذان هما حرام: فإن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع، لا يدري، أشتمل الرحم على ولد أم لا»^(١).

ويحصل من ذلك أن طلاق السنة المباح الذي لا إثم فيه هو ما توافرت فيه شروط ثلاثة:

- ١- أن يكون الطلاق لحاجة أو سبب مقبول.
 - ٢- أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه فيها.
 - ٣- أن يكون مفراً ليس بأكثر من واحدة.
- والطلاق البدعي يقع على المرأة باتفاق الأئمة الأربعة.
- وخالف في ذلك الشيعة وابن تيمية وابن القيم وابن حزم^(٢) فقالوا لا ينفذ الطلاق البدعي ولا يقع لقول النبي ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) رواه الشيخان.
- والطلاق في حال الحيض مخالف لأمر الشارع فيكون مردوداً، والمردود لا أثر له.
- والطلاق المشروع في الفقه الإسلامي على أنواع «طرق انحلال الزواج»:
- ١- إما أن يكون طلاقاً بالإرادة المنفردة «من الزوج».
 - ٢- وإما أن يكون باتفاق الزوجين وهو «الخلع».
 - ٣- وإما أن يكون بحكم القاضي «التفريق القضائي».
 - ٤- أو يكون الطلاق بحكم الشرع والقانون.
- **الطلاق والفسخ:**

إن طرق إنهاء عقد الزواج قد يكون بالطلاق أو الفسخ.

والطلاق هو إنهاء الحياة الزوجية بالتطليق، أما الفسخ فهو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، ويكون الفسخ إما لخلل صاحب نشوء العقد، كالعقد غير اللازم، فللولي أو الزوجة حق طلب الفسخ، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه صحيحاً.

(١) رواه الدار قطني.

(٢) انظر زاد المعاد • / ٢٢١ - ٢٢٢ ، والمجلى ١٠ / ١٦٣.

الفرق بين الطلاق والفسخ: هناك فروق جوهرية بين الطلاق والفسخ أهمها ما يأتي:

- ١- الطلاق إنهاء لعقد الزواج، أما الفسخ فهو نقض للعقد.
- ٢- الفسخ يقطع الرابطة الزوجية في الحال، أما الطلاق فيُقد يقطع الرابطة الزوجية كالفسخ كما في الطلاق البائن، وقد يكون الطلاق رجعياً لا يقطع الرابطة الزوجية إلا بعد انقضاء العدة.
- ٣- الطلاق قد يكون بائناً لا رجعة فيه، وقد يكون رجعياً، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.
- ٤- الطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الفسخ فلا ينقص عدد الطلقات.
- ٥- الطلاق لا يكون إلا في عقد صحيح، أما الفسخ فيكون في العقد الفاسد والصحيح^(١).

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٣٤٨ والتي بعدها، د. وهبة الزحيلي.

الفصل الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة أو الطلاق الذي يقع من الزوج.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الصيغة التي يقع بها الطلاق.

المبحث الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.





المبحث الأول - الصيغة التي يقع بها الطلاق.

- الطلاق الصريح والكنائي: الطلاق إما أن يكون بلفظ صريح أو كنائي. والصريح هو كل لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق لغة، والطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية، ولا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق باللفظ الصريح وإن اختلفوا في تعداد الألفاظ الصريحة في الطلاق.

فقال المالكية: إن الصريح في الطلاق هو لفظ الطلاق فقط^(١). وقال الحنفية: إن كل لفظ لا يستعمل إلا في حل عقدة الزوجية فهو صريح في الطلاق سواء دل على ذلك في أصل وضعه اللغوي أم العربي^(٢). وقال الشافعية والمالكية: إن اللفظ الصريح هو لفظ الطلاق وما اشتق منه^(٣). ولفظا الفراق والسراح من الألفاظ الصريحة عندهما لورودهما في القرآن. قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرْكَانٌ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠]. وقال سبحانه: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. أما الطلاق الكنائي فيكون بألفاظ الكناية، وألفاظ الكناية هي الألفاظ التي تدل على معنى الطلاق ومعان أخرى، كقوله: أنت حرة، أنت خلية، أو اعتدي، استبرئي رحمك، الحقك بأهلك، والطلاق بهذه الألفاظ لا يقع إلا بالنية، فإن قال الزوج نويت الطلاق وقع الطلاق. وإن قال: لم أنو الطلاق فلا يقع. وقد ذهب جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع الطلاق بالألفاظ الكنائية، إن نوى الزوج الطلاق، وأضاف الحنفية والحنابلة دلالة الحال في وقوع

(١) القوانين الفقهية ١٥٢ .

(٢) البدائع ٩٨ / ٣ .

(٣) مغني المحتاج ٢٨٠ / ٣ .

الطلاق بالألفاظ الكنائية، وقالوا: إن دلالة الحال تقوم مقام النية، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلفظ كنائي في حالة الغضب أو الخصومة، دل ذلك على نية الطلاق، فيقع الطلاق ولا حاجة للسؤال عن نية الزوج^(١). إلا أن الفقهاء اختلفوا في أثر الطلاق بالألفاظ الكنائية هل هو رجعي أو بائن. فذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الطلاق الكنائي يقع رجعياً^(٢). وذهب المالكية والحنفية إلى وقوعه بائناً في الغالب^(٣)، أي في غالب الألفاظ الكنائية لا كلها.

- رأي القانون السوري:

نصت المادة (٩٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:
« يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكناية التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية ».

والقانون بهذه المادة أخذ بالمذهب الحنفي في جعل الطلاق الصريح هو ما دلت عليه اللغة كقوله لزوجته: أنت طالق، أو ما دل عليه العرف كقوله لامرأته: أنت عليّ حرام. والطلاق بالألفاظ الصريحة لا يحتاج في وقوعه إلى نية بل يقع بمجرد التلفظ به، بينما لا يقع بالألفاظ الكنائية إلا بالنية، كقوله: اذهبي إلى أهلك فإنه يحتمل الطلب منها بالذهاب إلى أهلها، ويحتمل إرادة الطلاق، فلا بد من النية فيه.

والقانون لم يفرق في هذه المادة بين الطلاق الصريح والكنائي من حيث وقوعه، فيقع الطلاق رجعياً بأي لفظ كان، إلا ما نص عليه القانون بائناً كما سنبين لاحقاً. وبذلك يكون القانون أخذ بالمذهب الشافعي في كون الطلاق الكنائي يقع رجعياً، وحسناً ما فعل، لأن في ذلك مصلحة في بقاء الأسرة قائمة ما استطعنا لذلك سبيلاً. وهذا مقصد يتشوف إليه الشارع في أحكام الأسرة.

(١) انظر البدائع ٣ / ١٠٦ - ١٠٧، والمغني ٨ / ٢٦٨ وما بعدها.

(٢) انظر مغني المحتاج ٣ / ٢٨٠ والتي بعدها.

(٣) انظر البدائع ٣ / ١٠٥ وما بعدها، والمغني ٨ / ٢٧٧.

- ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة البينة الواضحة كما يقع باللفظ، مع وقوع الخلاف فيما بينهم في اشتراط النية في الكتابة أو عدم اشتراطها. والقاعدة الفقهية تنص على أن «الكتاب كالخطاب»، كما ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع الطلاق من الأخرس بإشارته المفهومة الدالة على الطلاق^(١).

- موقف القانون: وقد وافق قانون الأحوال الشخصية السوري على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فنص في المادة (٨٧) منه على ما يلي:

- «يقع الطلاق باللفظ والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة»، وتدل هذه المادة صراحة على أن الأخرس إذا كان يُحسن الكتابة فلا يقع الطلاق بإشارته، لأنه يستطيع التعبير عن إرادته الطلاق كتابة، ولا شك في أن الكتابة أقوى دلالة على المقصود من الإشارة.

كما أن القانون السوري سوى بين الكتابة واللفظ في الطلاق للقادر عليها، لأن الكتابة أقوى دلالة من حيث الثبوت من اللفظ. وعلى هذا فإن الطلاق يقع قانونياً بما يلي:

- 1^ـ - بالألفاظ الصريحة الدالة على الطلاق لغة أو عرفاً.
- 2^ـ - بالكتابة الواضحة سواء من القادر على الكلام أم من غير قادر.
- 3^ـ - وبالإشارة الواضحة من الأخرس إذا كان عاجزاً عن الكتابة.

المبحث الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.

أولاً - ينقسم الطلاق باعتبارات مختلفة:
فهو ينقسم من حيث الصيغة إلى صريح وكناية وقد شرحناه.

(١) انظر البدائع ٣ / ١٠٠.

وينقسم من حيث الحل والحرمة إلى سني وبدعي وقد شرحناه.
وينقسم من حيث الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن.
كما ينقسم من حيث التنجيز والتعليق والإضافة إلى منجز ومعلق ومضاف
إلى المستقبل.

الفرع الأول - الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الأول والطلاق الثاني ما دامت الزوجة في العدة،
وسُمي هذا الطلاق رجعياً، لأن الزوج يستطيع إرجاع زوجته إلى عصمته بعد الطلاق
دون عقد جديد، ودون رضاها. فهو يستطيع مراجعتها بكلمة، فيقول لها: أنت
زوجتي، أو راجعتك إلى عصمتي، أو ما شابه ذلك من الكلام.

فإذا انتهت عدة الزوجة بعد الطلاق الأول أو الثاني أصبح الطلاق بائناً بينونة
صغرى. والطلاق البائن بينونة صغرى لا يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته
إلا بعقد جديد، ومهر جديد، ورضاها. وللطلاق البائن بينونة صغرى صور أخرى
سندكرها في مكانها، إلا أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه من الطلاق البائن بينونة صغرى:
1 - الطلاق على مال.

2 - الطلاق قبل الدخول.

والطلاق البائن ينقسم إلى نوعين: طلاق بائن بينونة صغرى وقد بيناه، وطلاق
بائن بينونة كبرى، وهو الطلاق المكمل للثلاث باتفاق العلماء، ولا يوجد صورة
أخرى للطلاق البائن بينونة كبرى سوى هذه الصورة^(١).

والطلاق البائن بينونة كبرى لا يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته ولو
بعقد جديد، بل لا بد من أن تتزوج زوجاً آخر دون تواطؤ مع زوجها الأول، ويدخل
بها دخولاً حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها، فإذا انتهت عدتها حلت لزوجها الأول.

(١) انظر البدائع ٣ / ١٠٩.

لقول الله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْوِغٍ بِإِحْسَانٍ....
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٢٨ - ٢٢٩]

فالأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا، واتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق
البائن يكون في ثلاث حالات وهي:

١ - الطلاق قبل الدخول. « بائن بينونة صغرى » لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ
عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

٢ - الطلاق على مال « بائن بينونة صغرى » لأن المرأة تدفع مالا لتملك
أمر نفسها، ولا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

٣ - الطلاق المكمل للثلاث « بائن بينونة كبرى ».

وقد أضاف الحنفية إلى الطلاق البائن بينونة صغرى الحالات الآتية:

١ - إذا وصف الزوجة بالبينونة، كما لو قال لزوجته: أنت طالق طلقة بائنة.

٢ - إذا طلق زوجته بلفظ كنائي.

٣ - إذا شبه الطلاق تشبيهاً يدل على البينونة، كقوله: أنت طالق طلقة
كجبل.

٤ - إذا قرن الطلاق بأفعل تفضيل تدل على البينونة، كما لو قال لزوجته:
أنت طالق أشد الطلاق^(١).

- موقف القانون:

نصت المادة (٩٤) على ما يلي « كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث،
والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون ».

(١) انظر البدائع ٣ / ١٠٩ - ١١٠.

أخذ القانون السوري في هذه المادة برأي جمهور الفقهاء في بيان الطلاق الرجعي والبائن، فالقول بأن كل طلاق يقع رجعيًا مخالف لمذهب الحنفية، لأنهم ذهبوا إلى أن الطلاق بالألفاظ الكنائية يقع بائنًا.

والطلاق البائن في القانون له ثلاث صور:

١ - المكمل للثلاث وهو بائن بينونة كبرى.

٢ - الطلاق قبل الدخول، وهو بائن بينونة صغرى.

٣ - الطلاق على بدل أي على مال، وهو بائن بينونة صغرى.

وأما الذي نص هذا القانون على كونه بائنًا هو التفريق للشقاق بين الزوجين. والتفريق القضائي للعيوب أو العلل.

أما بالنسبة للنية في الطلاق فقد نصت المادة (٩٣) من القانون السوري على ما يلي: « يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية » والقانون في هذه المادة أخذ برأي المالكية والشافعية الذين يوقعون الطلاق الكنائي بالنية فقط دون دلالة الحال خلافاً للحنفية والحنابلة الذين يوقعون الطلاق الكنائي بالنية أو بدلالة الحال.

- حكم الطلاق الثلاث:

الطلاق الثلاث هو ما كان بلفظ الثلاث دفعة واحدة، أو ما كان مكرراً باللفظ ثلاث مرات في مجلس واحد كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وقد اختلف الفقهاء في حكمه على رأيين.

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة ذهبوا إلى وقوعه ثلاث طلاقات^(١).

(١) انظر المغني ٨ / ٢٤٣ والتي بعدها. ومغني المحتاج ٣ / ٢٩٦ و ٣٠١.

والرأي الثاني: لابن تيمية وابن قيم الجوزية ذهبوا إلى وقوعه طلاقاً واحدة فقط^(١).

وقد أخذ القانون السوري برأي ابن تيمية وابن القيم بأن طلاق الثلاث يقع واحدة.

فقد نصت المادة / ٩٢ / على ما يلي «الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً».

وما ذهب إليه القانون وابن تيمية وابن القيم هو الذي يتمشى مع حكمة التشريع في جعل الطلاق على ثلاث مرات متفرقات، تعتد المرأة بعد كل طلاقاً منهن، وهذا هو المفهوم من قول الله تعالى: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» [البقرة: ٢٢٨ - ٢٢٩].

ثم إن الحكمة التي لأجلها جعل الشارع المرأة المطلقة ثلاث مرات لا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج غيره ثم يطلقها دون تواطؤ سابق، هي أن وقع ذلك على النفوس الكريمة شديد، وفي هذا ما يمنع الزوج من إيقاع الطلاق الثالثة دون سبب مبرر، أو استحالة بقاء الزوجية قائمة.

الفرع الثاني - الطلاق المنجز والمعلق والمضاف إلى مستقبل:

ينقسم الطلاق من حيث الصيغة التي تستعمل في وقوعه إلى طلاق منجز، وطلاق معلق، وطلاق مضاف إلى المستقبل.

الطلاق المنجز: هو ما قصد به الحال، ويسمى الطلاق المعجل. كقوله لامرأته: أنت طالق أو طلقتك، ولا خلاف بين الفقهاء في صحة وقوع الطلاق المنجز، وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره من الزوج.

أما الطلاق المضاف إلى المستقبل: فهو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل، كقوله: أنت طالق غداً، أو آخر الشهر الفلاني.

(١) انظر زاد المعاد ٥ / ٢٤٧ وما بعدها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل عند مجيء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق. أما الطلاق المعلق على شرط: فهو ربط وقوع الطلاق على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط مثل إذا وإن ومتى ونحوها. كقوله لامرأته: إذا دخلت دار فلانة فأنت طالق، أو إن كلمت فلاناً فأنت طالق ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء حول الطلاق المضاف والمعلق على شرط، فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة^(١) إلى وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق، ووقوع الطلاق المعلق عند حدوث الأمر الذي عُلق عليه. وذهب الظاهرية والشيعة الجعفرية^(٢) إلى عدم وقوع الطلاق غير المنجز سواء كان معلقاً أم مضافاً إلى المستقبل.

وذهب ابن تيمية وابن القيم^(٣) إلى عدم وقوع الطلاق المعلق إن قصد به الحلف أو المنع أو التهديد، وينعقد يميناً، ويخرج الزوج كفارة اليمين عند الحنث به. أما إذا نوى الزوج بالتعليق الطلاق، فقد ذهب ابن تيمية إلى أنه إذا كان الطلاق أشد كراهة إلى الشخص من ذلك الأمر المعلق عليه فإن التعليق بمعنى اليمين بالطلاق فلا يقع الطلاق. أما إذا كان الأمر المعلق عليه أشد كراهة عنده من الطلاق، وكان يريد وقوع الطلاق يقع الطلاق.

- موقف القانون:

وقد أخذ القانون السوري برأي الظاهرية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم، بعدم وقوع الطلاق غير المنجز سواء كان معلقاً أم مضافاً إلى المستقبل إذا قصد بالتعليق

(١) انظر المغني ٨ / ٢٠٠ وما بعدها، مغني المحتاج ٣ / ٣١٤، القوانين الفقهية ص ٢٣١.

(٢) انظر المحلى لابن حزم ١٠ / ٢٥٨ وما بعدها والمختصر النافع من فقه الإمامية ص ٢٢٢.

(٣) أعلام الموقعين ٣ / ٦٦ وما بعدها، وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢.

الحث على المنع من الفعل أو التأكيد عليه، وأما إذا علق الطلاق وقصد وقوع الطلاق به عند حصول الأمر المعلق عليه فإنه يقع الطلاق قولاً واحداً. وهذا ما دلت عليه المادة (٩٠) إذ نصت على ما يلي:

مادة ٩٠ - « لا يقع الطلاق غير المنجز، إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير ». وحينئذ ما ذهب إليه القانون، لأن ذلك يوافق مقصد الشارع من أحكام الطلاق، إذ حرص كل الحرص على بقاء الأسرة قائمة ما استطعنا لذلك سبيلاً.

ثانياً - شروط الطلاق:

١ - شروط المطلق: يشترط في الزوج المطلق أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، وأن يكون مختاراً، فلا يقع طلاق الصبي والمجنون، كما لا يقع الطلاق من الرجل قبل الزواج. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الولي لا يملك حق الطلاق نيابة عن الصغير أو المجنون، وأجاز المالكية ذلك إذا دعت المصلحة أو الضرورة^(١).

وقد حدد القانون السوري أهلية الطلاق في المادة (٨٥) للرجل بتمام الثامنة عشرة من عمره، كما أجاز للقاضي إجازة الطلاق الواقع ممن لم يبلغ هذا السن إذا كان بالغاً، إذا توافرت المصلحة.

فقد نصت المادة (٨٥ ف ١) : يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره. (ف ٢) : يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق، أو يبيح الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

- طلاق المكره:

أما طلاق المكره فلا يقع عند جمهور الفقهاء، وقال الحنفية بوقوعه^(٢).

(١) انظر البدائع ٣ / ٩٩، بداية المجتهد ٢ / ٨١ - ٨٢، مغني المحتاج ٣ / ٢٧٩ والتي بعدها،

والمغني ٧ / ١١٣ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص ٢٢٧ والهداية ١ / ٢٢٩.

(٢) انظر الهداية ١ / ٢٢٩، مغني المحتاج ٣ / ٢٧٩، والمغني ٨ / ٢٥٩ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص ١٥١، والبدائع ٣ / ١٠٠.

وقد استدلل جمهور الفقهاء على وقوعه بما يلي:

بقوله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل: ١٠٦].

قالوا: إذا سقط الإثم عن المكره على الكفر، ولم يُحكم بكفره فمن باب أولى سقوط حكم ما هو أدنى من الكفر بالإكراه.

كما استدلوا بقوله ﷺ: (إن الله تجاوز لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(١). فدل الحديث على أنه لا حكم مع الإكراه. واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب أن رجلاً سأله وقد طلق زوجته مع الإكراه فقال عمر: (إرجع إلى أهلِكَ فليس هذا بطلاق). وهذا الرأي هو الراجح لقوة أدلته.

بينما استدلل الحنفية على وقوع طلاق المكره بما يلي:

بعمومات القرآن، فالآيات الواردة في الطلاق عامة ولم تفرق بين حالة وأخرى. كما استدلوا بقوله ﷺ: (كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون)^(٢). فدل على أن طلاق المكره جائز.

ثم إنهم قاسوا طلاق المكره على طلاق المازل في أنه قصد اللفظ ولم يقصد الأثر المترتب عليه، ولا يشترط الحنفية وجود القصد في الطلاق، وبما أن طلاق المازل يقع فكذلك طلاق المكره.

- طلاق السكران:

السكران هو الذي وصل إلى درجة التخليط في كلامه وعدم الوعي. والسكران لا يقع طلاقه باتفاق العلماء إذا سكر سكرًا غير محرم، كمن شرب المسكر لضرورة،

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) رواه الترمذي عن أبي هريرة، وقال عنه الزيلعي: حديث غريب.

(نصب الراية ٣/ ٢٢١ - ٢٢٢).

أو مكراً، أو طلاق خلال البنج، أو شرب وهو يظن أن الشراب غير مسكر، أو شرب دواءً فسكر، فهو معذور لعدم الوعي والإدراك.

أما السكران. بمحرم فقد ذهب جمهور العلماء إلى وقوع طلاقه، وقال بعض الفقهاء^(١): لا يقع طلاق السكران لأنه فاقد الإدراك والعقل، فلا تصح تصرفاته لأنه كالجنون. ففي كل مذهب أقوال بعدم وقوع طلاق السكران.

والأئمة الأربعة الذين قالوا بوقوع طلاقه، قالوا يقع طلاقه عقوبة له وزجراً عن ارتكاب مثل هذه المعصية^(٢).

ولا شك في أن طلاق النائم لا يقع لأنه فاقد الإرادة والإدراك، فتصبح عبارته ملغاة ولا قيمة لها، ومثله المغمى عليه.

- طلاق الغضبان والمدهوش:

طلاق الغضبان واقع، لأن الغضبان مكلف في حال غضبه ومؤاخذه بما يصدر عنه من أفعال كالقتل أو الكفر أو أخذ مال الغير، وكذلك طلاقه إذ لا يخلو إيقاع طلاق من غضب في الغالب. أما المدهوش وهو الذي أصابه حالة انفعال شديد حتى أصبح لا يدري ما يفعل أو يقول بسبب شدة الغضب أو الخوف أو الحزن فلا يقع طلاقه لقوله ﷺ: (لا طلاق في إغلاق)^(٣)، فالمدهوش بسبب الغضب الذي لا يقع طلاقه هو حالة خاصة ونادرة، وهو الذي بلغ به الغضب الشديد مبلغاً أصبح معه لا يميز بين الأشياء التي أمامه^(٤).

(١) ممن قال بذلك الكرخي وزفر والطحاوي من الحنفية، ورواية عند أحمد بن حنبل، والمزني من الشافعية، وعمر بن عبد العزيز، وهو مذهب سعيد بن المسيب وبعض التابعين. انظر البدائع ٣ / ٩٩.

(٢) انظر الهداية ١ / ٢٣٠، ومغني المحتاج ٣ / ٢٧٩، والقوانين الفقهية ص ١٥١، والبدائع ٣ / ٩٩ والتي بعدها، والمغني ٨ / ٢٥٥ والتي بعدها.

(٣) رواه أحمد وابن ماجه وابن داود (نصب الراية ٣ / ٢٤٣).

(٤) انظر البدائع ٣ / ١٠٠.

– موقف القانون:

نصت المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:
« ١- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره. ٢- المدهوش: هو الذي فقد تمييزه أو غيره فلا يدري ما يقول. »

والقانون بهذه المادة أخذ برأي بعض العلماء في عدم وقوع طلاق السكران والمكره خلافاً لما عليه الحكم في المذاهب الأربعة، وحسناً فعل؛ لأن في ذلك حرصاً على بقاء الأسرة قائمة، كما أخذ القانون بمذهب الحنفية بعدم وقوع طلاق المدهوش^(١).

على من يقع الطلاق:

لا يقع الطلاق إلا على الزوجة، فالزوجة هي محل الطلاق، فلا يقع الطلاق إلا على الزوجة في عقد زواج صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، أما المرأة في العقد الفاسد فلا يقع عليها الطلاق، لأن الزوج لا يملك الطلاق في العقد الفاسد، ولأن العقد الفاسد واجب الفسخ، وكذلك المعتدة من طلاق بائن إذا انتهت عدتها لا يقع عليها الطلاق. وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

مادة (٨٦) « محل الطلاق المرأة من نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقاً ».

وتتمة المادة (٨٦) تبين أن الزوج إذا قال لزوجته إذا انتهت عدتك فأنت طالق، فإن هذا لا يقع طلاقاً.

كما يفهم من الكلام السابق أن طلاق غير المتزوج لا يقع، كما لو قال رجل أعزب: إن تزوجت فزوجتي طالق، فإذا تزوج لا يقع طلاقه، لأن الطلاق عند صدوره لم يصادف محله وهو الزوجة، ولأنه صدر من الرجل قبل أن يملكه. ولقوله ﷺ: « لا طلاق من قبل النكاح ولا عتق قبل ملك »^(٢).

(١) انظر البدائع ٣ / ١٠٠.

(٢) رواه ابن ماجه عن مسور بن مخزومة، وأخرجه الحاكم. انظر نيل الأوطار ٦ / ٢٤٠.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن طلاق السفية المحجور عليه^(١) واقع باتفاق العلماء، لأن موضع الحجر هو تصرفاته المالية.

٢- شروط الصيغة في الطلاق: « عبارة الطلاق »:

اتفق العلماء على اشتراط القصد في الطلاق، وهو النية، أي يشترط إرادة التلفظ بالطلاق، ولو لم ينو، فلا يقع الطلاق من الأستاذ الذي يُعلم تلاميذه أحكام الطلاق مهما كرر لفظه على لسانه، كما لا يقع الطلاق ممن يحكيه عن غيره أو عن نفسه، لأنه لم يقصد الطلاق، أي: لم يقصد معناه. وكذلك لا يقع الطلاق من النائم والمغمى عليه بسبب عدم القصد. وسنبحث تحت هذا الشرط صوراً أخرى منها.

- طلاق الهازل:

الهازل هو من قصد اللفظ دون معناه. وطلاق الهازل واقع باتفاق الأئمة الأربعة، لأنه أتى بلفظ الطلاق الصريح فلا يحتاج إلى نية. فالهازل يقصد اللفظ دون الأثر، ولا يُشترط لوقوع الطلاق الرضى بالأثر. واستدلوا بحديث النبي ﷺ: (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة) وفي رواية ((والعناق))^(٢).

ولأن الهازل أتى بالسبب، وهو لفظ الطلاق، فيترتب الحكم على اللفظ وهو الطلاق؛ لأن ترتيب الأحكام على أسبابها للشارع لا للعاقد.

والقصد من وقوع طلاق الهازل، إبعاد الناس عن اللعب بهذه الألفاظ؛ لخطورة هذه العقود، وخطورة آثارها^(٣).

وقال بعض المالكية بعدم وقوع طلاق الهازل، وإلى ذلك ذهب الظاهرية والجعفرية^(٤).

(١) السفية: هو الذي لا يحسن التصرف بأمواله بسبب خفة عقله.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢٧٩/٣، وفتح القدير ٣٤٧/٣، والشرح الكبير ٢٧٥/٨ والبدائع ١٠٠/٣.

(٤) انظر المحلى ٢٠٤ / ١٠، ومواهب الجليل ٤٤ / ٣، وجواهر الكلام ٢٧٤ / ٥.

وقد سكت القانون السوري عن طلاق الهازل، ولذا يجب العمل بالمذهب الحنفي في هذه الحالة، وبمقتضى المادة (٣٠٥) منه. وهو وقوع طلاق الهازل للحدّيث السابق.

— طلاق المخطئ أو من سبق لسانه:

المخطئ هو من سبق لسانه لفظاً لا يقصده، وهنا هو من أراد أن يتكلم بغير الطلاق فزل لسانه، ونطق بالطلاق من غير قصد، كمن أراد أن ينادي زوجته فقال لها: أنت طالق. وقد اختلف العلماء في حكم طلاقه، فذهب الحنفية إلى وقوع طلاقه، لأن القصد ليس شرطاً في صحة وقوع الطلاق، قياساً على الهازل. ولأن الخطأ أمر خفي لا يُعرف إلا من صاحبه، ولذلك يقع قضاء ولا يقع ديانة فيما بينه وبين الله تعالى^(١).

وذهب جمهور العلماء إلى عدم وقوع طلاق المخطئ، لأنه لم يقصد اللفظ ولا الأثر خلافاً للهازل الذي قصد اللفظ ولم يقصد الأثر^(٢).

موقف القانون: وقد سكت القانون السوري عن ذكر طلاق المخطئ، فيعمل وفقاً للرأى من المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) منه، وبناء على ذلك فإن طلاق المخطئ واقع قضاء^(٣).

٣ — شروط المطلقة:

يُشترط في المرأة المطلقة لصحة الطلاق ووقوعه عليها، أن تكون زوجته حقيقة أو حكماً. والزوجة الحقيقية هي التي يربط بينها وبين زوجها عقد زواج صحيح، أما عقد الزواج الفاسد فلا طلاق فيه، بل يجب فسخه عن طريق القاضي حالاً. فالزوج لا يملك الطلاق في العقد الفاسد. أما الزوجة حكماً فهي المعتدة من طلاق رجعي، وكذلك المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى. أما المرأة غير المعتدة فلا يقع

(١) انظر بدائع الصنائع ٣ / ١٠٠.

(٢) انظر مغني المحتاج ٣ / ٢٨٧، والمغني ٨ / ٢٦٥.

(٣) الأولى العمل بمذهب جمهور الفقهاء في الفتوى والقضاء بعدم وقوع طلاق المخطئ.

عليها الطلاق. كما لو طلق الزوج زوجته قبل الدخول، وأرد أن يُوقع عليها طلاقاً ثانية فلا يتكرر عليها الطلاق ولا يقع، لأنها بانّت من الطلقة الأولى ولا عدة عليها. فلا يقع عليها الطلاق مرة ثانية.

والذين أوقعوا الطلاق المتكرر وهم جمهور الفقهاء قالوا بصحة وقوع الطلاق في العدة. فما دامت الزوجة معتدة يقع عليها الطلاق.

وأما الفقهاء الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق المتكرر إلا واحدة وهم ابن تيمية وابن القيم والشيعية الجعفرية، قالوا بعدم وقوع الطلاق في العدة إذا لم يراجع الزوج زوجته.

- موقف القانون:

بينت المادة (٨٦) من القانون السوري على من يقع الطلاق، فنصت على ما يلي: « محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقاً ».

وقد سبق شرح هذه المادة عندما تكلمنا على من يقع الطلاق.

ثالثاً- الآثار التي تترتب على الطلاق:

أ) آثار الطلاق الرجعي:

اتفق العلماء على أن الطلاق الرجعي تترتب عليه الآثار الآتية^(١):

١- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا طلق الأولى بقي له على زوجته طلقتان، وإذا طلق الثانية بقي له واحدة، فالطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

٢- بقاء رابطة الزوجية قائمة خلال فترة العدة، فالطلاق الرجعي لا يرفع حكم الزواج ما دامت العدة قائمة.

(١) انظر بدائع الصنائع ٣ / ١٨١ ، ومغني المحتاج ٣ / ٣٤٠ ، والمغني ٧ / ٢٧٩ والقوانين الفقهية ص ٢٢٦ وما بعدها.

٣- إمكان المراجعة في العدة: فيحق للزوج في الطلاق الرجعي مراجعة زوجته ما دامت العدة قائمة، دون حاجة إلى عقد جديد، كما لا يحتاج إلى رضا زوجته، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٤- انتهاء الرابطة الزوجية بانتهاء العدة:

إذا انتهت عدة المطلقة الرجعية بانت من زوجها بينونة صغرى، ووجب لها مؤخر صداقها.

٥- تجب نفقة العدة للمعتدة من طلاق رجعي على زوجها إلى حين انقضاء العدة.

٦- يجب التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما والزوجة في عدة الطلاق الرجعي، لبقاء الزوجية قائمة خلال العدة.

٧- المرأة المعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق من زوجها، ويلحقها ظهاره وإيلاؤه ولعانه، لأنها لا تزال زوجة له خلال العدة.

٨- لا تستحق المرأة المطلقة رجعيًا مؤخر صداقها إلا بعد انقضاء عدتها.

ب- آثار الطلاق البائن بينونة صغرى: يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الأحكام الآتية:

١- نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

٢- يقطع الرابطة الزوجية في الحال بعد صدور الطلاق خلافاً للطلاق الرجعي. فيحرم على الزوج الاستمتاع بها والخلوة بعد الطلاق مباشرة.

وإذا كان التفريق بين الزوجين تفريقاً قضائياً، وكانت الفرقة بائنة، فإن الفرقة تقع من تاريخ الحكم الابتدائي لا من تاريخ حكم محكمة النقض^(١).

٣- لا توارث بين الزوجين إن مات أحدهما خلال فترة العدة، لانقطاع الحياة الزوجية بينهما من تاريخ صدور الطلاق.

(١) قررت محكمة النقض السورية ذلك بقرارها ٤٧ تاريخ ٩ / ٧ / ١٩٥٣ .

- ٤- إذا أراد الزوج العودة إلى زوجته، فلا بد من عقد جديد ومهر جديد ورضا الزوجة، سواء حصل ذلك خلال العدة أم بعد انتهائها.
- ٥- يجب مؤخر المهر للزوجة فور صدور الطلاق، ولا تحتاج الزوجة الانتظار إلى انتهاء العدة.

ج- آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

- ١- تحرم الزوجة على زوجها بمجرد صدور الطلاق، لزوال الرابطة الزوجية بينهما مباشرة عقب الطلاق ولا يجوز للزوج الخلوة بزوجه.
- ٢- لا يحل للزوج أن يرجع زوجته إلى عصمته ولو بعقد جديد، حتى تنقضي عدتها وتتزوج زوجاً آخر دون تواطؤ أو اتفاق سابق معه ويدخل بها فعلاً، فإذا طلقها زوجها الثاني دون إكراه أو مات عنها وانتهت عدتها جاز لزوجها الأول العقد عليها من جديد.
- ٣- لا توارث بين الزوجين ولو مات أحدهما خلال العدة لانقضاء الزوجية بينهما، إلا إذا كان الطلاق طلاق فرار، وذلك إذا طلقها في مرض الموت ومات وهي معتدة.
- ٤- يجب مؤخر الصداق للزوجة بعد صدور الطلاق البائن بينونة كبرى، ولا تنتظر حتى انقضاء العدة.
- واختلف العلماء فيما لو طلق الزوج زوجته طليقة واحدة أو اثنتين ثم تزوجت من آخر وأراد زوجها الأول العودة إليها، فعقد عليها عقداً جديداً، فهل تعود إليه بحل جديد ويملك عليها ثلاث طلاقات، أم يعود إليها بالحل السابق ولا يملك سوى ما تبقى له عليها من طلاقات. فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها تعود لزوجها الأول بحل جديد، فيملك عليها ثلاث طلاقات، لأن زوجها الثاني هدم الطلاقات الأولى من زوجها الأول، وقياساً على من طلقها زوجها ثلاثاً ثم تزوجت زوجاً آخر^(١).

(١) انظر الهداية ٢ / ١١.

وذهب الشافعي ومحمد من الحنفية إلى أنها تعود لزوجها الأول بما بقي له عليها من طلاقات^(١).

- موقف القانون من آثار الطلاق الرجعي والبائن:

نصت المادة (١١٨) والمادة (١١٩) والمادة (١٢٠) والمادة (٣٦) من القانون السوري على آثار الطلاق.

فقد جاء في المادة (١١٨) من القانون السوري « ١ - الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط ».

٢ - « تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي ».

فقد بينت هذه المادة في الفقرة الأولى منها أن الطلاق الرجعي لا يقطع الرابطة الزوجية خلال العدة، ثم بينت في الفقرة الثانية منها أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة.

ونصت المادة (١١٩) من القانون السوري على ما يلي: « الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج ».

كما نصت المادة (١٢٠) على آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

« الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشروط المبينة في المادة (٣٦) من هذا القانون ».

وقد نصت المادة (٣٦) على ما يلي: « ١ - لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً ».

٢ - « زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق، ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة ».

(١) انظر الهداية ٢ / ١١ ومغني المحتاج ٣ / ٢٩٣.

وبذلك يكون القانون السوري قد أخذ بالمذهب الحنفي في أن الزوج الثاني يهدم طلاقات الزوج السابق. وفق رأي أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لجمهور العلماء.

- حكم طلاق المريض مرض موت ومن في حكمه: « طلاق الفرار »:

مرض الموت هو المرض الذي يعجز الإنسان معه عن القيام بمصالحه وأعماله المعتادة خارج البيت، وهو الذي تعجز المرأة معه عن القيام بالأعمال المعتادة في بيتها بشرط ألا يزيد المرض عن سنة ويتصل بالموت.

وإن كان المرض في ازدياد ثم اتصل بالموت فهو من مرض الموت وإن تجاوز السنة، ويلحق بمرض الموت كل حالة يغلب فيها الهلاك على الإنسان كالمحكوم عليه بالإعدام وسبق لتنفيذ الحكم، وكراكب سفينة أوشكت على الغرق.

فمرض الموت هو الذي تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- « أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة » (أي أن يكون من الأمراض المميتة).

٢- « أن يسبب المرض للمريض العجز عن القيام بأعماله اليومية.

٣- « أن يتصل الموت به خلال سنة، إلا إذا كان المرض في ازدياد ثم اتصل به الموت.

وحكم تصرفات المريض مرض موت تعد موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاته لتعلق حقهم بالتركة منذ نشوء المرض، ولا يصح تبرعه إلا بثالث التركة.

- حكم طلاقه: « طلاق الفرار »:

سمى الفقهاء طلاق المريض مرض موت بطلاق الفرار، فطلاق الفرار هو طلاق المريض مرض موت إن طلق زوجته طلاقاً بائناً من غير رضاها؛ لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية، فيحمل طلاقه في هذه الحالة على نية وقصد حرمانها من ميراثها منه. وهذا الطلاق اختلف الفقهاء في إرث الزوجة فيه من زوجها على قولين:

الأول: لجمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة) قالوا تـرث الزوجة فيه من زوجها؛ معاملة له بنقيض مقصوده^(١).

الثاني: قول الشافعي في الجديد: أنها لا تـرث منه؛ لانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه وهو عقد الزواج^(٢).

واستدل جمهور الفقهاء بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه ورث تماضر بن الأصبع الكلبيّة من عبد الرحمن بن عوف، الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتها. وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.
وأما المعقول:

وهو أن طلاقها في مرض الموت طلاقاً بائناً من غير رضاها يدل على قصد حرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض مقصوده، كما يُعامل القاتل إذا قتل مورثه بجرمانه من الميراث، فتورث الزوجة منه دفعاً للضرر عنها.

— أما لو طلقها برضاها فلا تـرث منه لعدم وجود فطنة الفرار من الميراث بهذا الطلاق.

— **شروط الميراث في طلاق الفرار:** يُشترط في طلاق الفرار لتـرث الزوجة من زوجها الشروط الآتية:

١- " أن يطلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً؛ لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث باتفاق العلماء لأنه لا يقطع الزوجية.

٢- " أن يكون طائعاً غير مكره.

(١) الهداية ٢ / ٣ والقوانين الفقهية ١٥١ - ١٥٢ .

(٢) المهذب ٢ / ٢٥ والمغني ٧ / ٢١٧ .

٣- "ألا يكون الطلاق برضى الزوجة، أما إن طلبت الزوجة طلاقها من زوجها طلاقاً رجعيّاً، فطلقها طلاقاً بائناً عُدَّ طلاق فرار، فترث منه الزوجة إذا مات وهي في العدة. وأما إن كان الطلاق برضاها فلا يثبت لها الميراث، لأنه ليس بطلاق فرار.

٤- "أن تقع الوفاة قبل انتهاء عدة الزوجة (وهذا عند الحنفية خاصة).

٥- "أن تستمر أهلية الزوجية قائمة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة. فإن لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق بأن كانت كتابية وهو مسلم، فلا يثبت لها الميراث، وكذلك لو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت فإنها لا ترث.

٦- "أن يكون الطلاق بعد الدخول الحقيقي، فإذا حصل الطلاق قبل الدخول فلا ترث الزوجة، لأنه لا يعتبر طلاق فرار، ولأن العدة لا تجب بهذا الطلاق.

- طلاق المرأة المريضة مرض موت:

وأما إن حصلت الفرقة بين الزوجين بسبب من الزوجة، كما لو كانت مفوضة، أو كانت عصمتها بيدها، فطلقت نفسها وهي مريضة مرض موت، وكان الطلاق بائناً، فإن زوجها يرث إذا ماتت وهي في العدة.

أما لو مات زوجها فلا ترث منه، لأنها لم تفارقه بناء على رغبته ورضاه.

- وقت الإرث في طلاق الفرار:

أما إذا مضت العدة من طلاق فرار، ثم ماتت الزوجة بعد ذلك، فلا ميراث لها من زوجها بانتهاء العدة عند الحنفية؛ لأنه لم يبق بينهما علاقة زوجية، وأصبحت كالأجنبية عنه^(١). وقال المالكية: إنها ترث منه وإن انقضت عدتها وتزوجت لأن سبب توريثها فراره من الميراث، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة^(٢). وقال الحنابلة: ترث منه وإن انقضت عدتها ما لم تتزوج^(٣).

(١) الهداية ٢ / ٣ .

(٢) القوانين الفقهية ١٥٢ .

(٣) المغني ٧ / ٢١٧ - ٢١٨ .

ومن الطبيعي أن يتفق الفقهاء على توريث المرأة من زوجها المريض مرض الموت إن مات وهي معتدة من طلاق رجعي منه؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع الزوجية باتفاق الفقهاء. كما أن المطلقة في حال الصحة من زوجها لا تترث منه إذا انقضت عدتها بالإجماع.

كما اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق زوجته في مرض الموت، ثم ماتت الزوجة، لا يرثها زوجها وإن ماتت في العدة.

والخلاصة: إن وقعت الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة أو بسبب منها وهي في حالة مرض الموت ونحوه من الأحوال التي يغلب فيها الهلاك، فإنها تعد فارة من ميراث زوجها في هذه الحالة، فتعامل بنقيض مقصودها، فيرث زوجها منها إن ماتت خلال العدة، أما هي فلا تترث منه إذا مات ولو كانت في العدة.

- موقف القانون من طلاق المريض مرض موت:

نصت المادة (١١٦) من القانون السوري على حكم طلاق المريض مرض موت، فجاء فيها: «من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها تترث بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت».

وبذلك نجد أن القانون السوري قد أخذ حكم طلاق المريض مرض الموت عن المذهب الحنفي، فيقع طلاقه وترث منه زوجته إن مات خلال فترة العدة.

- الطلاق التعسفي: «الطلاق من دون سبب»:

التعسف: هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير.

وقد نص القانون السوري في المادة (١١٧) معدلة على ما يلي: «إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال».

فالقانون السوري يفرض على الزوج تعويضاً في حالة طلاق زوجته من دون سبب، إذا كانت الزوجة ستصاب بفاقة وبؤس، ويقدر القاضي هذا التعويض بحسب حالة ودرجة تعسفه، بحيث لا يتجاوز هذا التعويض مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

فالطلاق التعسفي وهو الطلاق من دون سبب، يوجب التعويض بثلاثة شروط:

١- أن يكون الطلاق بلا سبب معقول.

٢- أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة ((فقر)).

٣- أن لا يكون الطلاق برضا الزوجة أو بناءً على طلبها، لأن هذا يُعد سبباً من الأسباب المعقولة.

ومستند هذه المادة من الشرع هو ما ذهب إليه الفقهاء من إيجاب المتعة على الزوج المطلق، والعمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة الذي يمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب من الزوج.

كما أن التعويض في حالة الضرر الواقع بسبب التعسف في استعمال الحق أمر تقره قواعد الشريعة التي توجب إزالة الضرر.

- موقف العلماء من المتعة للمطلة:

أمر القرآن الزوج بإعطاء المطلقة المتعة زيادة على حقها في المهر ونفقة العدة والسكن، فقال سبحانه: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتقين ﴾ [البقرة: ٢٤١].

فاتفق العلماء على مشروعية المتعة لكل مطلقة، ولكنهم اختلفوا في حكمها هل هو الوجوب أو الندب؟ فذهب الحنفية إلى وجوب المتعة في حالة واحدة، وهي للمطلقة قبل الدخول إذا لم يتم تسمية مهر لها؛ لقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وتستحب المتعة عند الحنفية لكل مطلقة سوى هذه المذكورة^(١).

(١) انظر الهداية ١ / ٢٠٦.

وللمالكية قولان أحدهما بالندب، والثاني بالوجوب لكل مطلقة. والراجح
الندب إلا المطلقة قبل الدخول التي لم يُسم لها مهر^(١).

وقال الشافعية: تجب المتعة لكل مطلقة عملاً بالأمر الوارد في القرآن^(٢)، وعند
الحنابلة ثلاث روايات: الأولى بالوجوب لكل مطلقة، والثانية بالندب، والثالثة
كالحنفية أنها تجب للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهر^(٣).

وقوله تعالى: ﴿مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي إن تقدير المتعة متروك لسلطة القاضي
تبعاً للعرف. ثم إن المادة (١١٧) من القانون التي أوجبت التعويض للمطلقة من دون
سبب، لم تفرق بين المطلقة بعد الدخول أو قبل الدخول، ما دامت قد أصيبت من
جفاء ذلك بفاقة وفقر؛ لأن التعسف قد يوجد في الحالتين. وما ذهب إليه القانون في
المادة (١١٧) هو عين العدل؛ لأن قواعد الشريعة توجب رفع الضرر وإزالته حين
وقوعه، ولا يزول هنا إلا بالتعويض.

وللقاضي أن يجعل هذا التعويض دفعة واحدة أو مقسطاً على أشهر وذلك
حسب حالة الزوج المادية. وإن على الزوج أن يثبت أن طلاقه كان لسبب معقول.
والقانون ترك للقاضي تقدير ذلك بعد الاطلاع على أحوال وظروفها الزوجين
التي أدت إلى الطلاق، فإن وجد القاضي أن السبب كان معقولاً رد على الزوجة
دعوى التعويض، وإن وجد العكس حكم على الزوج بالتعويض.

وقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى أن عدم بيان الزوج سبباً للطلاق يكفي
لجعله متعسفاً، ولا تكلف الزوجة المطلقة بإثبات التعسف^(٤).

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزيء. ص ١٥٩ - المكتبة الثقافية - بيروت.

(٢) انظر مغني المحتاج ٣ / ٢٤١.

(٣) المغني ٨ / ٤٨ - ٤٩.

(٤) قرار رقم ١٩٥ تاريخ ٢٨ / ٥ / ١٩٦٠.

كما قررت محكمة النقض أن عقم الزوجة سبب مبرر للطلاق يرفع عن الزوج صفة التعسف^(١).

الإنابة في الطلاق: « التوكيل والتفويض »

الإنابة في الطلاق تقع عن طريق التوكيل أو التفويض، فالزوج الذي يملك الطلاق يملك التوكيل فيه، لأن القاعدة في ذلك أن كل من ملك تصرفاً جاز له التوكيل فيه، والتفويض نوع من التوكيل. فإذا كان الشخص الذي أنابه عنه في الطلاق غير الزوجة سُمي توكيلاً، وإن كانت الإنابة للزوجة سُمي تفويضاً.

والتوكيل بالطلاق مجرد سفير عن الموكل، فلا يُطالب بشيء من آثار الطلاق كدفع مؤخر المهر ونفقة العدة، وإنما يُطالب بها الزوج.

- والفرق بين التوكيل والتفويض، أن التوكيل يجوز الرجوع عنه من الزوج متى أراد، وأما التفويض فهو تمليك، فلا يملك الزوج الرجوع عنه، فتملك الزوجة به الطلاق، كما يبقى حق الزوج معه قائماً في الطلاق.

وتفويض الزوج زوجته^(٢) قد يكون عند إنشاء عقد الزواج أو بعد تمامه في أثناء قيام الحياة الزوجية.

فإذا حدث التفويض عند إنشاء العقد، فهو شرط صحيح عند الحنفية ويصح معه العقد، وتملك الزوجة معه حق تطليق نفسها وله صورتان: الأولى صحيحة وهي ما إذا بدأت الزوجة الإيجاب واشترطت أن يكون أمر طلاقها بيدها، ثم قبل الزوج صح العقد والشرط.

كما لو قالت المرأة لرجل يحل لها شرعاً أمام شاهدين: زوجتك نفسي على أن طلاقني بيدي أطلق نفسي متى شئت، فقال الزوج قبلت.

(١) قرار رقم ٣٩٤ تاريخ ٥ / ١٠ / ١٩٦٦.

(٢) التفويض جائز بإجماع العلماء، لأن النبي ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقتها بعد نزول قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب: ٢٨].

وجه الدلالة كما قال العلماء: لو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر، لم يكن لتخيرهن معنى.

أما الصورة الثانية فباطلة، وهي ما إذا صدر الإيجاب والتفويض من الزوج أولاً، كأن يقول: تزوجت فلانة على أن طلاقها بيدها تطلق نفسها متى أرادت فقالت الزوجة أمام شاهدين قبلت، صح العقد وبطل الشرط أي التفويض، لأن التفويض تمليك الزوج لزوجته الطلاق، وقد صدر عن الزوج قبل أن يملك الطلاق، لأنه صدر عنه قبل تمام العقد، فيصح العقد ويبطل التفويض^(١).

أما التفويض في أثناء قيام الزوجية، أي إذا حدث بعد العقد، فيصح بكل عبارة تفيد معناها، كأن يقول لها: طلقي نفسك وهذا صريح في التفويض، أو يقول لها: أمرك بيدك وينوي الطلاق بذلك، أو يقول لها اختاري نفسك وهذا كناية في التفويض فكان لا بد من نية الطلاق من الزوج.

- **موقف القانون** : أجاز القانون السوري في المادة (٨٨) للزوج التوكيل والتفويض، فنصت المادة (٨٨) على ما يلي: « للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق، وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها ».

لكن القانون لم يبين أحكام التوكيل والتفويض في الطلاق فيرجع في ذلك إلى المذهب الحنفي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطلاق الذي يوقعه الوكيل يعد رجعياً إلا ما نص عليه القانون بعده بائناً وهو الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق المكمل للثلاث، أما إذا طلقت المفوضة نفسها وكانت صيغة التفويض تفيد التطليق أكثر من مرة، فطلقت نفسها ثلاثاً وقع الطلاق رجعياً في القانون، ذلك لأن القانون، جعل الطلاق الثلاث يقع طلاقاً واحدة سواء كان مكرراً في مجلس واحد، أو بلفظ الثلاث. وكان الأجدر بالقانون أن يعتبر الطلاق الواقع من المفوضة بائناً، لكي تملك نفسها، فما هي فائدة التفويض إذا كانت لا تملك نفسها به، ولا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن.

(١) انظر بدائع الصنائع ٣ / ١١٣ و ١١٩ وما بعدها.

واللباب للميداني ٣ / ٥٠ وما بعدها.

الفصل الثالث

الخلع أو الطلاق باتفاق الزوجين

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الخلع وشروطه.

المبحث الثاني: مشروعية الخلع وحكمه.

المبحث الثالث: بدل الخلع.

المبحث الرابع: التكيف الفقهي للخلع.

المبحث الخامس: الآثار التي تترتب على الخلع.



المبحث الأول - تعريف الخلع وشروطه: الخلع هو أن يتفق الزوج مع

زوجته على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها.

فالخلع هو حل الرابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه، بالاتفاق بين الزوجين في مقابلة عوض تدفعه الزوجة^(١).

فإذا اتفقت الزوجة مع زوجها على أن تدفع له مبلغاً من المال مقابل طلاقها فقبل، وتم ذلك بإيجاب وقبول، كان هذا خلعاً، وكانت الفرقة بينهما بائنة.

والخلع هو طلاق على مال كما هو واضح من تعريفه، ولذلك تقع الفرقة به بائنة، ولكن الخلع يقع بلفظ الخلع أو ما في معناه. أما الطلاق على مال فيكون بلفظ الطلاق، وتقع به الفرقة بائنة؛ لأن الزوجة دفعت مالاً لتملك أمر نفسها، ولا تملك أمر نفسها إلا بالطلاق البائن، فيقع بائناً. ولكن الخلع إذا فسد بدل الخلع فيه كانت الفرقة بائنة، لأن الخلع كناية في الطلاق، وأما إذا فسد بدل الطلاق على مال كان الطلاق رجعيّاً؛ لأن لفظ الطلاق صريح^(٢).

وبما أن الخلع طلاق على مال فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق. فيشترط فيه أولاً أهلية الزوج لإيقاع الطلاق، بأن يكون الزوج بالغاً عاقلاً، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون، ويصح الخلع من السفهية. وما دام الخلع في معنى الطلاق، فلا يصح للأب خلعه زوجة ابنه الصغير والمجنون عند جمهور العلماء^(٣).

ويشترط في الخلع ثانياً قيام الزوجية، وذلك بأن تكون الزوجة ممن عقد عليها عقد زواج صحيح، سواء أكانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها. ويقع الخلع على المعتدة الرجعية ما دامت في العدة، ولا يصح خلعه السفهية.

(١) انظر اللباب ٣ / ٦٤.

(٢) انظر اللباب ٣ / ٦٥، والبدائع ٣ / ١٥٢، والهداية ٢ / ١٤.

(٣) وأجاز الإمام مالك للأب أن يطلق أو يخالع على ابنه الصغير.

ويشترط في الخلع ثالثاً أن يكون بدل الخلع مما يصلح أن يكون مهراً، بأن يكون مالاً متقوماً أو منفعة تقوّم بالمال، فلا يصح الخلع على خمر أو مينة أو خنزير، ويبطل العوض، ولا شيء للزوج في هذه الحالة، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً^(١).

موقف القانون السوري:

نصت المادة (٩٥) من القانون السوري على شروط الخلع فجاء فيها ما يلي:
مادة [٩٥] -١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

٢- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال.
فالقانون يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، بأن يكون عاقلاً بالغاً، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق، وذلك بوجود عقد صحيح أو تكون معتدة من طلاق رجعي، واشترط القانون بأن تكون الزوجة التي خالعت زوجها قد بلغت سن الرشد وهو ١٨ سنة.

فإذا لم تبلغ سن الرشد لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها المالي على ذلك.
وهذه الفقرة الثانية من المادة (٩٥) مأخوذة عن المذهب المالكي.

ونصت المادة (٩٦) على صيغة الخلع أخذاً من المذهب المالكي والشافعي في كون المخالعة معاوضة. فقد جاء في المادة (٩٦) ما يلي: « لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر ».

وقد بينت المادة (٩٧) أن كل ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع: « كل ما صح التزامه شرعاً، صلح أن يكون بدلاً في الخلع » ونصت المادة ١٠٠ على حكم الخلع دون بدل فجاء فيها ما يلي: « إذا صرح المتخالعان بنفي البذل، كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاقاً رجعية » فلو قال لها خالعتك دون عوض فقالت: قبلت وقع الطلاق، ولا يطالب الزوج زوجته بشيء، ولا يسقط شيء من حقوق الزوجية التي في ذمة أحدهما للآخر.

(١) انظر بداية المجتهد ٢ / ٤٠ ، ومغني المحتاج ٣ / ٢٦٥ ، والمغني ٧ / ٥٢ - ٥٣ وما بعدها،

البداية ٣ / ١٤٧ وما بعدها ، القوانين الفقهية ص ٢٣٢ .

أما إذا اتفق الزوجان على بدل للخلع غير المهر وحداده، ولم يتعرضا للمهر المؤخر، فإن المبلغ المتفق عليه في بدل الخلع هو الذي يجب أدائه، وتبرأ ذمة الزوج من كل حق يتعلق بعقد الزواج، كمؤخر المهر والنفقة الزوجية التي في ذمة الزوج لزوجته. وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة من المذهب الحنفي^(١)، وأخذت به المادة ٩٨ حيث نصت على ما يلي: «إذا كانت المخالعة على مال المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية».

وكذلك إذا لم يسم الزوجان المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، كان ذلك مسقطاً لحق كل منهما على الآخر من مهر أو نفقة. وهذا أحد روايات ثلاث في المذهب الحنفي. فقد نصت المادة (٩٩) على ما يلي: «إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية».

وقد نصت المادة (١٠٠) على حالة الخلع مع نفي البذل وقد ذكرناها سابقاً.

المبحث الثاني- مشروعية الخلع وحكمه:

الخلع جائز عند جمهور العلماء^(٢)، بسبب حاجة الناس إليه عند عدم الوفاق بين الزوجين وامتناع الزوج عن الطلاق، فشرع الخلع طريقاً للزوجة لكي تتخلص من زوجها بالاتفاق معه على الفرقة لقاء بدل تدفعه، إذا كرهت البقاء معه لأسباب كثيرة، قد تكون صحية، أو كبر سن، أو خلقية، أو دينية، أو جسدية، فشرع لها الإسلام الخلع في مقابل الطلاق الذي يملكه الرجل طريقاً للخلاص، لرفع الضرر عنها.

وقد دل على مشروعية الخلع قوله تعالى: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» [البقرة: ٢٢٩].

(١) أما نفقة العدة ونفقة السكن فلا تسقط إلا إذا اشترطا ذلك صراحة في المخالعة. وذهب الإمام محمد إلى أنه لا يسقط بالمخالعة إلا ما سماه فقط، وتطالبه الزوجة بباقي الحقوق كالمهر والنفقة الزوجية. انظر الهداية ٢ / ١٦.

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٧ / ٥١، ومغني المحتاج ٣ / ٢٦٢؛ وبداية المجتهد ٢ / ٦٦.

وجه الاستدلال بالآية قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾
فقد بينت الآية أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من مهر أو غيره، إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله، ومعنى ذلك أنه إذا ظهرت بوادر الخلاف والخصام بين الزوجين، وتعسر الوفاق بينهما، جاز في هذه الحالة للزوج أن يأخذ من زوجته ما تفتدي به نفسها من مال لقاء طلاقها.

وقد دل على مشروعية الخلع أيضاً قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾ [النساء: ١٢٨].

ومن السنة: حديث ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديثه قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)^(١) وهو أول خلع في الإسلام.

المبحث الثالث: بدل الخلع:

الخلع مقابل الرضاع:

ذهب العلماء إلى صحة الخلع مقابل أن ترضع الزوجة ولدها مدة الرضاع الواجب وهو سنتان، بلا أجر ولا نفقة، كما لو قال الزوج لها: خالعتك لقاء أن ترضعي طفلي هذا مدة الرضاع بغير أجر، فقالت الزوجة: قبلت. صحت المخالعة دون أجر على الرضاع؛ لأن الرضاع منفعة متقومة، والمنافع من الأموال فتصح المعاوضة عنه، فصح أن يكون بدلاً في الخلع.

٢ - الخلع على الحضانة أو الإنفاق على الولد:

ويصح الخلع مقابل حضانة الولد بلا أجر، كما يصح الخلع أيضاً مقابل أن تنفق الزوجة على طفلها حتى يبلغ سبع سنين من عمره.

(١) رواه البخاري والنسائي وابن ماجه.

٣ - الخلع مقابل بقاء الولد إلى البلوغ » الخلع على إسقاط الحضانة «:

لا تجوز المخالعة إذا تعلق بدل الخلع بحق الصغير، كما لو تمت المخالعة بين الزوجين مقابل أن يبقى الطفل مع أمه بعد سن الحضانة إلى سن البلوغ، لأن الشارع جعل إمساك الطفل في هذه السن من حق الأب؛ حرصاً على مصلحة الصغير، وكذلك لا يجوز أن تكون المخالعة لقاء بقاء الطفل في سن الحضانة الأولى بيد الأب، لأن مصلحة الصغير تقتضي بقاءه في حضانة أمه أولاً في سن الصغر؛ لأنها أوفر شفقة، وأقدر على رعايته. ولكن يقع الخلع في هاتين الحالتين ويبطل الشرط عند الحنفية^(١).

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تمت المخالعة لقاء إرضاع الطفل، أو الإنفاق عليه، ثم امتنعت الزوجة عن الإرضاع دون أجر، أو امتنعت عن الإنفاق أو ماتت فللزوج حق الرجوع على زوجته بنفقة المثل، وتؤخذ من تركتها في حال موتها عن باقي المدة.

٤ - الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة أو إسقاط حق السكنى:

ويصح الخلع مقابل إبراء الزوجة لزوجها من نفقة العدة، أما إذا تمت المخالعة، في مقابل إسقاط حق السكنى مدة العدة، فتصح المخالعة، ويبطل الشرط، ولا يسقط حقها في السكنى، لأن حق السكنى يتعلق به حق الله، فلا يملك الزوج إسقاطه، كما لا يملك الزوجة حق العفو عنه^(٢).

موقف القانون السوري من بدل الخلع:

ذهب القانون إلى عدم سقوط نفقة عدة المختلعة، ولا يبرأ الزوج منها إلا إذا نص صراحة على إسقاطها. فقد جاء في المادة (١٠١) ما يلي: «نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالعة منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة».

كما ذهب القانون إلى ما ذهب إليه الفقهاء من صحة المخالعة لقاء إسقاط الزوجة حقها في أجرة الرضاع، أو لقاء أن تنفق على ولدها مدة معلومة وهذا ما صرحت به المادة (١٠٢)

(١) انظر المبسوط ٦ / ١٩٦ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ٣ / ١٥٢ .

فقد جاء في المادة (١٠٢-١) إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره رضاع الولد أو اشترط إمساكها له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت، أو تركت الولد، أو ماتت أو مات الولد، يرجع الزوج بما يعادل أجره رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

٢ - إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة، أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً على الأم».

كما أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية من صحة المخالعة وبطلان الشرط، إذا تمت المخالعة على شرط أن يكون حق إمساك الولد للزوج مدة الحضانة، لأن حضانة الطفل حق للأمه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٣) «إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط، وكانت لحاضته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقته وأجره حضانته إن كان فقيراً».

فهذه المادة صريحة في عدم سقوط حق الحضانة بالخلع عملاً بمذهب الحنفية. كما نصت المادة (١٠٤) على عدم صحة التقاوص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضته .

والسبب في ذلك لأن حق الولد في النفقة من الديون القوية فلا يمكن أن يجري فيها التقاوص بين الحاضنة وبين الأب، فلا تسقط نفقته المستحقة على أبيه^(١).

المبحث الرابع- التكيف الفقهي للخلع:

اختلف الفقهاء في التكيف الفقهي للخلع هل هو طلاق أو فسخ على رأيين فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع طلاق بائن^(٢).

وذهب الحنابلة إلى أن الخلع فسخ^(٣).

وعلى كلا الرأيين لا يجوز للزوج الرجوع إلى زوجته إلا بعقد جديد. إلا أن ثمة هذا الخلاف تظهر من خلال عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فعلى رأي الجمهور

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية د . مصطفى السباعي . ص ٢٥٥

(٢) انظر الميسور ٦ / ١٧٧، البدائع ٣ / ١٤٤، مغني المحتاج ٣ / ٢٦٨.

(٣) انظر المغني ٨ / ١٨٥ .

نجد أن الخلع ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج فيما لو رجع إلى زوجته بعقد جديد لأن الخلع طلاق.

أما على رأي الحنابلة فإن الخلع لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج لأنه فسخ. والقانون السوري سككت عن هذه المسألة فيعمل بما ذهب إليه الحنفية.

المبحث الخامس - الآثار التي تترتب على الخلع: يترتب على الخلع الآثار الآتية:

١ - يقع به طلاقه بائنة: لقوله تعالى: ﴿ قُلَّا جُتَّاحٌ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ولا يكون فداءً إلا إذا خرجت الزوجة من عصمة زوجها، ولا تملك نفسها وتخرج من عصمة زوجها إلا بالطلاق البائن؛ ولأن الغاية من الخلع رفع الضرر عن الزوجة، ولا يرتفع عنها إلا بالطلاق البائن؛ لأن الطلاق الرجعي يملك فيه الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلا يزول به الضرر^(١).

٢ - سقوط كل حق مالي ثابت لكل من الزوجين على الآخر، كال مهر والنفقة السابقة، وهذا رأي أبي حنيفة، بشرط أن تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج الذي حصل فيه الخلع، أما نفقة العدة بعد الخلع فلا تسقط لأنها تجب بالخلع، إلا إذا اتفقا على ذلك صراحة.

أما الحقوق والديون التي لا علاقة لها بعقد الزواج الذي تم فيه الخلع فلا تسقط. وذهب الإمام محمد من الحنفية وجمهور العلماء: إلى عدم سقوط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع إلا ما اتفقا على إسقاطه فقط. لأن الخلع معاوضة، فلا يجب به إلا ما تم التراضي عليه.

وذهب أبو يوسف إلى رأي أبي حنيفة إذا كان الخلع بلفظ المبرأة وهو مع محمد إذا كان الخلع بلفظ الخلع^(٢).

وحجة الإمام أبي حنيفة أن الخلع شرع لقطع النكاح بين الزوجين، فينتهي به كل حق نشأ عن عقد الزواج وينقطع، وأما حجة الإمام محمد والجمهور فهي أن الخلع

(١) وذهب الحنابلة في رواية إلى أن الخلع فسخ. وهو ما ذكرته في التكييف الفقهي للخلع.

(٢) انظر البدائع للكاساني ٣ / ١٥١، وانظر الباب ٣ / ٦٧، والمهذبة ٢ / ١٦.

من عقود المعاوضات، فلا يسقط به إلا ما تم الاتفاق والتراضي عليه بين الطرفين أي بين الزوجين.

٣ - لا يحتاج الخلع إلى قضاء القاضي، كالطلاق الذي يوقعه الزوج.

٤ - لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة، بل تلغو الشروط، ويصح الخلع كما بينا ذلك في الخلع على حضانة الطفل.

٥ - لا يملك الزوج الرجعة على زوجته التي خالعه في العدة؛ لأن الخلع فرقة بائنة.

٦ - إذا ادعت الزوجة وقوع المخالعة، وأنكرها الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه إذا لم يكن لديه بينة؛ لأن الأصل بقاء النكاح حتى يثبت العكس.

- موقف القانون من آثار الخلع:

نصت المادة (٩٨) والمادة (٩٩) على آثار الخلع، والقانون السوري أخذ بمذهب أبي حنيفة في أن الخلع يسقط كل حق للزوجين بعضهما على بعض، سواء سميا بدلاً للخلع غير المهر، أو لم يسم الزوجان المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، وهذا ما أخذت به المادة (٩٨) و(٩٩) من القانون السوري.

مادة (٩٨) إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية.

مادة (٩٩) إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

- خلع الزوجة المريضة مرض موت:

قد تخالع الزوجة التي نزل بها مرض الموت زوجها، وبسبب قيام شبهة محابة زوجها من أجل حرمان ورثتها من ميراثهم، فإن الفقهاء قالوا: إن الخلع صحيح من حيث وقوع الفرقة بينها وبين زوجها، وأما بالنسبة للبدل فلا عبرة لبدل الخلع المتفق عليه، ويستحق الزوج إذا توفيت زوجته وهي معتدة الأقل من المبالغ الآتية: المبلغ المتفق عليه بدل الخلع، أو ميراثه، أو ثلث تركتها لو كانت وصية. وأما إذا ماتت بعد انتهاء عدتها، فللزوجة الأقل من ثلث التركة أو بدل الخلع؛ لأنه لم يعد وارثاً^(١).

(١) انظر المغني ٨ / ٢٢٣ . البحر الرائق ٤ / ٨٠ .

الفصل الرابع

الطلاق بحكم القاضي أو « التفريق القضائي »

تمهيد:

يختلف الطلاق عن التفريق القضائي، بأن الطلاق يقع بإرادة الزوج وعبارته واختياره، أما التفريق القضائي فيقع بحكم من القاضي وإن لم يرض الزوج؛ لتمكين الزوجة من الخلاص من زوجها في الحالات التي يقع فيها الظلم عليها. وقد يكون التفريق القضائي فسخاً للعقد من أساسه، كفسخ القاضي للعقد الفاسد، والتفريق بسبب إسلام أحد الزوجين أو رده، وقد يكون التفريق طلاقاً، كالتفريق بسبب العلل أو عدم الإنفاق، أو التفريق للغيبة أو السجن، أو للشقاق بين الزوجين.

وصور التفريق القضائي هي ما يلي:

- المبحث الأول- التفريق للعلل والعيوب.
- المبحث الثاني- التفريق للغيبة أو الحبس.
- المبحث الثالث- التفريق لعدم الإنفاق.
- المبحث الرابع- التفريق للشقاق والضرر.



المبحث الأول - التفريق للعلل والعيوب والأمراض:

قد يجد أحد الزوجين الآخر بعد العقد مصاباً بمرض مخيف أو منفر أو معدي، أو مصاباً بمرض تناسلي يمنع الوطء، أو يمنع كمال الاستمتاع، فهل يجوز للزوج أو الزوجة طلب التفريق من القاضي؟

اتفق الفقهاء على جواز طلب التفريق لعييب وهما الجب والعنة، واختلفوا في باقي العيوب.

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي بالعيوب التناسلية الثلاثة (الجب والعنة والخصاء) إذا وجدت بالزوج؛ لأن هذه العيوب تمنع من الاتصال الجنسي، والضرر فيها دائم وغير قابل للزوال، ولأن المقصود من الزواج هو الاعفاف، والتناسل لا يتحقق بوجود هذه العيوب. والفتوى في المذهب الحنفي على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف^(١)، وقالوا هذا الحق خاص بالزوجة، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق التطليق.

وأضاف الإمام محمد بن الحسن إلى العيوب التناسلية في الزوج ثلاثة أمراض أخرى هي الجنون والجذام والبرص^(٢)، ولكن الراجح أن الإمام محمد لا يحصر العيوب في أمراض معينة، بل يجوز عنده للزوجة طلب التفريق من كل عيب فاحش أو مرض لا تطيق الزوجة المقام مع زوجها معه.

ولكن اشترط الحنفية عدم وجود عيب مماثل في الزوجة لعيب الزوج حتى يحق لها طلب التفريق من زوجها.

(١) انظر البدائع ٢ / ٣٢٧، والمبسوط ٥ / ٩٧.

(٢) البدائع ٢ / ٣٢٧.

كما يشترط للتفريق بالعيب^(١):

١- عدم علم طالب التفريق بالعيب عند العقد.

٢- ألا يرضى بالعيب بعد العقد.

وقد اتفق الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي وادعاء صاحب الحق، وإن كان العيب هو الجب أو عيب لا يُرجى زواله بالعلاج فرق القاضي بين الزوجين فوراً، وإن كان العيب هو العنة أو الخصاء، أو عيب يرجى زواله بالعلاج أخره القاضي سنة^(٢).

وقد ذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية إلى أن الحق في طلب التفريق للعلل والعيوب للزوجين مع اختلافهم في تعداد هذه العيوب، وأكثرهم توسعاً في ذلك الإمام أحمد، وقد توسع أكثر منه ابن القيم^(٣)، حيث أجاز طلب التفريق من كل عيب منفر بأحد الزوجين كالعرج، والطرش، والخرس، والعقم، وقطع اليدين.. وغير ذلك. والراجح عند الحنابلة عدم تحديد العيوب، ولكنهم قصرُوا جواز الفسخ على العيب الذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال.

وأما صفة التفريق الواقع بسبب العلل والعيوب، فهو طلاق بائن عند الحنفية والمالكية لأن الضرر لا يرتفع إلا بالطلاق البائن^(٤)، وأما الشافعية والحنابلة فقالوا: هو فسخ للعقد وليس بطلاق؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة في الغالب، والزوجة لا تملك الطلاق فيكون فسخاً.

وذهب أبو حنيفة إلى وجوب تمام المهر على الزوج إن دخل بزوجه ثم فرق بينهما للعلل والأمراض، وذهب الصاحبان إلى وجوب نصف المهر بعد الدخول وقبله سواء، في حال التفريق للعلل والعيوب.

(١) البدائع ٢ / ٣٢٧.

(٢) القوانين الفقهية / ١٤٣.

(٣) المغني ٧ / ٥٩٧، وشرح الخرشي ٢ / ٧٣٠، وزاد المعاد ٤ / ٣٠ وما بعدها.

(٤) الهداية ٣ / ٢٦٥، والقوانين الفقهية / ١٤٤.

- موقف القانون:

عالج القانون التفريق للعلل والعيوب في المواد الآتية: (١٠٥ - ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨)

حيث نصت 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 جن الزوج بعد العقد.

ونصت المادة (١٠٦):

١- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل الميينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢- على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال.

ونصت 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، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما.

ونصت المادة (١٠٨) التفريق للعلة طلاق بائن .

يتضح لنا من خلال هذه المواد أن القانون أخذ بمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف حيث لم يُحز للزوجة طلب التفريق إلا للعلل الجنسية المانعة من الدخول والجنون.

وكان الأولى بالقانون أن يأخذ برأي جمهور الفقهاء الذين أجازوا طلب التفريق للعلل غير الجنسية إذا كانت منفرة أو ضارة؛ لأن بعض هذه العلل قد تكون أشد إيذاءً وضرراً بالزوجة من الزوج العنيد أو الخصاء.

كما أخذ القانون بالمذهب الحنفي في إعطاء حق التفريق للعلل والعيوب للزوجة فقط دون الزوج؛ لأن الزوج يملك حق الطلاق.

واشترط القانون سلامة الزوجة من العلل الجنسية حتى يحق لها طلب التفريق
من زوجها ~~بها~~ مع المذهب الحنفي أيضاً الذي يشترط سلامة الزوجة من العيوب.

كما اشترط القانون للتفريق بسبب العلل عدم علم الزوجة بعلة زوجها قبل
العقد، وعدم رضاها بها بعد العقد، وإلا سقط حقها في طلب التفريق، وهذا يتفق
مع ما ذهب إليه أكثر الفقهاء.

وأخذ القانون بالمذهب الحنفي في أن التفريق للعلل هو طلاق بائن، لأن الضرر
لا يرتفع إلا به.

واشترط القانون أن تكون العلل غير قابلة للشفاء خلال سنة، فإذا كانت قابلة
للشفاء خلال هذه المدة أجل القاضي التفريق إلى هذه المدة، فإن تمّ الشفاء وإلا فرق
القاضي بين الزوجين، أما إن كانت العلة غير قابلة للشفاء فرق القاضي بينهما فوراً.
غير أن القاضي استثنى من ذلك مرض العنة^(١) فإن حق الزوجة بطلب التفريق لا يسقط
ولو علمت به الزوجة أو رضيت به.

وقد قررت محكمة النقض السورية أن التقرير الطبي إذا لم يجزم بأن مرض الزوج
غير قابل للشفاء فلا يجوز التفريق الفوري بين الزوجين من قبل القاضي^(٢)، ولهذا على
القاضي أن يستعين بخبرة الأطباء في هذا الأمر.

المبحث الثاني- التفريق للغيبة أو السجن:

أجاز بعض الفقهاء للزوجة أن تطلب التفريق من القاضي من زوجها بسبب
غياب الزوج عن زوجته مدة طويلة وهم المالكية والحنابلة^(٣)، خلافاً للحنفية والشافعية.
وكذلك الأمر بالنسبة لسجنه.

ولكن المالكية والحنابلة الذين أجازوا للزوجة طلب التفريق بسبب غياب الزوج
أو سجنه اختلفوا في نوع الغيبة ومدتها، وفي التفريق حالاً، ونوع الفرقة بها.

(١) مرض العنة: هو إصابة الزوج بارتداء في عضوه التناسلي بحيث يمنعه من جماع زوجته.

(٢) قرار محكمة النقض السورية رقم ٥٧٢ تاريخ ٢٧ / ١٢ / ١٩٦٧.

(٣) القوانين الفقهية / ١٤٤.

فذهب المالكية إلى عدم التفريق بين كون الغيبة بعذر كطلب العلم أو التجارة أو بغير عذر، وجعلوا حد الغيبة التي يباح معها طلب التفريق سنة فأكثر على المعتمد، ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة، ويكون الطلاق بائناً.^(١) وقال الحنابلة حد الغيبة الطويلة ستة أشهر فأكثر، والفرقة فسخ لا طلاق^(٢). و اشترطوا أن يكون الغياب بدون عذر.

موقف القانون:

أخذ القانون السوري بالمذهب المالكي والحنبلي اللذين أجازا للزوجة طلب التفريق لغيبة زوجها الطويلة أو سجنه؛ لأنها تتضرر من الغيبة ضرراً قد يدفعها إلى الانحراف.

فقد جاء في المادة (١٠٩ - ف ١) إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب من القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. ف ٢- هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حُق لها مراجعتها .

الملاحظ أن القانون السوري أخذ بالمذهب الحنبلي في أن يكون غياب الزوج بدون عذر، أما إن كان غيابه بعذر كطلب العلم أو التجارة أو الجهاد وغير ذلك فلا يجوز لها أن تطلب التفريق. وجعل القانون مدة الغياب سنة فأكثر عملاً بالمذهب المالكي، ولكنه اشترط في حالة سجن الزوج أن تكون المدة المحكوم بها أكثر من ثلاث سنوات، فإذا مضت سنة جاز لزوجته طلب التفريق. والتفريق للحبس مأخوذ من مذهب الإمام أحمد.

ثم إن القانون قد جعل التفريق في هذه الحالة طلاقاً رجعياً. فإذا خرج الزوج من السجن أو عاد من غيابه والزوجة لا تزال في العدة جاز له مراجعتها، أما إن رجع زوجته وهو في السجن دون أن يفرج عنه فلا تصح مراجعته.

(١) انظر المغني ٨ / ١٣٢ .

وحيداً لو أخذ القانون بما ذهب إليه المالكية من وجوب إعلام الزوج وإنذاره بالعودة إن كان معلوم المكان، فإن امتنع فرق القاضي^(١).

فالقاضي يطلب منه أن يحضر إلى زوجته أو يأخذها إلى مكان وجوده ويضرب له مدة لذلك، فإذا لم يفعل ضمن هذه المدة، فرق القاضي بينهما فوراً.

المبحث الثالث - التفريق للإعسار أو عدم النفقة.

من المعلوم أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ولو كانت غنية؛ لأن النفقة الزوجية أثر من الآثار التي تترتب على عقد الزواج الصحيح، فإذا أعسر الزوج ولم يعد باستطاعته تقديم النفقة لزوجته، أو امتنع عن الإنفاق للإضرار بالزوجة فهل يجوز للزوجة في هذه الحالة طلب التفريق من القاضي؟ اختلف العلماء حول هذه المسألة على رأيين:

الأول: رأي جمهور الفقهاء الذين أجازوا التفريق للإعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق إذا طلبت الزوجة ذلك^(٢)، واستدلوا لما ذهبوا إليه:

بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١].

وفي الامتناع عن الإنفاق إضرار بالزوجة، فلا يجوز إمساكها إذا طلبت التفريق.

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَلِإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

قالوا: ليس من الإمساك بالمعروف عدم الإنفاق عليها.

أما الرأي الثاني فهو للحنفية الذين قالوا: بعدم جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق أو الإعسار^(٣)؛ لأن الزوج إما أن يكون موسراً أو معسراً، فإذا كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لأن الله تعالى يقول: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

وإذا لم يكن ظالماً، فلا يجوز للزوجة طلب التفريق.

(١) القوانين الفقهية / ١٤٤.

(٢) انظر القوانين الفقهية / ١٤٣ والتي بعدها، والمهذب ٢ / ١٦٣ المغني ٩ / ٢٤٣.

(٣) انظر الهداية ٢ / ٤١.

وأما إن كان موسراً فلا شك في أن بامتناعه عن الإنفاق ظلم للزوجة، ولكن يمكن رفع هذا الظلم بغير التفريق، فللمرأة أن تنفق من مالها إن كان لها مال بعد أن تستأذن القاضي ليكون ذلك ديناً في ذمة زوجها، فإن لم يكن لها مال جاز لها أن تستدين على أن يكون ذلك ديناً في ذمة زوجها بعد أن تستأذن القاضي أيضاً.

كما يمكن رفع هذا الظلم بالتنفيذ الجبري على الزوج بالإنفاق، كما يمكن حمله على الإنفاق بالحبس تأديباً؛ لأنه ظالم.

ولابن قيم الجوزية رأي وجيه في هذه المسألة، حيث ذهب إلى جواز التفريق في حالتين فقط وهما^(١):

١- في حالة امتناع الزوج عن النفقة مع قدرته على ذلك. فالزوج ظالم في هذه الحالة والتفريق لرفع ظلمه.

٢- في حالة ادعاء الزوج أنه غني عند عقد الزواج والحال أنه فقير أو غير قادر على النفقة، والتفريق هنا للتغريب والإعسار.

وصفة التفريق للإعسار عند جمهور الفقهاء هو طلاق بائن عند الشافعية والحنابلة، ورجعي عند المالكية، فإن أيسر الزوج خلال عدة زوجته جاز له عند المالكية مراجعتها^(٢).

- موقف القانون:

أخذ القانون في المادة (١١٠ و ١١١) منه بمذهب جمهور العلماء، فأجاز التفريق بين الزوجين للإعسار أو امتناع الزوج عن الإنفاق، والتفريق للإعسار رجعي عملاً بما ذهب إليه المالكية.

فقد جاء في المادة (١١٠):

ف١- يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة.

(١) زاد المعاد ٤ / ١٥١ .

(٢) القوانين الفقهية / ١٤٣ .

ف ٢- إذا أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

وجاء في المادة (١١١) تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته ما دامت بالعدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق.

فالمادة (١١٠) من القانون بينت أنه لا يجوز التفريق للإعسار إذا طلبت الزوجة ذلك، إن كان للزوج مال ظاهر، وإنما يقوم القاضي بالتنفيذ الجبري على الإنفاق من ماله دون حاجة إلى رضاه، وسواء أكان الزوج موجوداً أم غائباً.

أما إن لم يكن للزوج مال ظاهر، وأثبت الزوج عجزه عن الإنفاق أمهله القاضي ثلاثة أشهر سواء أكان حاضراً أم غائباً، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما بعد انتهاء هذه المدة.

ثم إن القانون في المادة (١١١) منه بين أن الفرقة للإعسار هي طلاق رجعي عملاً بالمذهب المالكي، ويستطيع الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته بشرط أن تحصل الرجعة خلال العدة، وأن يثبت الزوج يساره أمام القاضي، ويؤدي استعداده للإنفاق.

المبحث الرابع- التفريق للشقاق أو الضرر وسوء العشرة:

المقصود بالشقاق التراع الشديد، وأما الضرر: فهو إلحاق الأذى بالزوجة بالقول أو بالفعل، كالسب والشتم أو الضرب المبرح، أو الحمل على ما حرم الله، وكالإعراض والهجر دون مسوغ ونحو ذلك.

موقف الفقهاء من التفريق للشقاق والضرر:

ذهب جمهور الفقهاء^(١) إلى عدم جواز التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً، لأنه يمكن رفع الضرر الواقع على الزوجة بغير الطلاق، وذلك عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

(١) انظر بداية المجتهد ٩٧ / ٢ ، والمغني ٥٢٤ / ٦ وما بعدها، ومغني المحتاج ٢٠٧ / ٢ وما بعدها، وفتح القدير ٢٢٣ / ٣.

وذهب المالكية^(١) إلى جواز التفريق للشقاق والضرر منعاً للتزاع بين الزوجين ودفعاً للضرر، لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) وفي هذه الحالة ترفع الزوجة أمرها للقاضي، فإن ثبت لدى القاضي صحة دعواها، طلقها من زوجها، وإن عجزت عن إثبات دعواها وتكرر منها الادعاء لجأ القاضي إلى التحكيم عملاً بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٣٥].

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إن اختلفا لم ينفذ قولهما.

وليس للحكمين عند الجمهور الحق في التفريق بين الزوجين إلا إن وكلا بذلك صراحة، وقال المالكية ينفذ قول الحكمين في الاجتماع أو التفريق بغير توكيل من الزوجين.

ومنشأ الخلاف بين الجمهور والمالكية، هو أن الجمهور فسروا الحكمين في الآية على أنهما وكيلان عن الزوجين فليس لهما أن يفرقا إلا بتوكيل صريح من الزوجين بذلك، وأما المالكية ففسروا الحكمين في الآية على أنهما حكمان وليسا وكيلين، والحكم كالحاكم يحكم بما يراه من المصلحة.

ويُشترط في الحكمين أن يكونا رجلين، عدلين، عالمين بأحكام النشوز وإلا علمهما القاضي، وأن يكونا في سن الرشد.

– نوع الفرقة للشقاق والضرر:

– إن الطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق والضرر هو طلاق بائن؛ لأن الضرر لا يزول إلا به.

(١) انظر القوانين الفقهية ص ٢١٥. وبداية المجتهد ٢ / ٥٠ ومواهب الجليل ٤ / ١٧، وذهب الحنابلة في رواية لما ذهب إليه المالكية، النظر المغني ٦ / ٥٢٤ .

- موقف القانون:

أخذ القانون السوري بالمذهب المالكي، فأجاز التفريق للشقاق والضرر في المواد (١١٢ إلى ١١٥) من قانون الأحوال الشخصية، فنصت المادة (١١٢) ف١- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

ف-٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعد هذا التطلق طلاقاً بائناً.

ف-٣- إذا لم يثبت الضرر، يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى، ولم يتم الصلح عين القاضي حكماً من أهل الزوجين. وإلا فمن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة.

ونصت المادة (١١٣) ف١- على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يجعلاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

ف - ٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

ونصت المادة (١١٤) ف١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه، وكانت الإساءة أو أكثر من الزوج قررا التفريق بطلاقاً بائناً.

ف-٢- وإن كانت الإساءة أو أكثر من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

ف-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 يعتذر إزالته.

ف-٤- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضمَّ إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

ونصت المادة (١١٥) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين.

- شرح هذه المواد في التفريق للشقاق والضرر:

إن القانون السوري قد جعل طلب التفريق من القاضي للشقاق أو الضرر هو حق لكل من الزوجين، فالزوج بالرغم من أنه يملك الطلاق في أي وقت شاء، إلا أن القانون السوري قد أعطى هذا الحق للزوجين بسبب الآثار المالية التي تترتب على الطلاق وتحملها الزوج، فقد يكون الشقاق أو الضرر سببه الزوجة، فكيف نكلفه مع ذلك بدفع كل الالتزامات المالية. وحسناً ما ذهب إليه القانون السوري؛ إذ لا مبرر للفرقة بين الزوجة والزوج^(١)، فكما يقع الضرر أو الشقاق من الزوج قد يقع من الزوجة.

فإذا تقدم أحد الزوجين بطلب التفريق للقاضي، وثبت الضرر للقاضي، وعجز عن الإصلاح بين الزوجين فرق بينهما دون أن يبعث حكمين.

وأما إذا لم يثبت الضرر لدى القاضي، وتكررت الدعوى فإنه يطلب حينئذ تحكيم شخصين، أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة، فإذا استطاعا الإصلاح بينهما فبها ونعمت، وإذا فشلا في ذلك بسبب استحكام الخلاف رفعا تقريرهما إلى القاضي ليحكم به، فإن كان الضرر كله بسبب من الزوج فرق بينهما بطلقة بائنة ووجب للزوجة كامل المهر إذا كان بعد الدخول، ونصف المهر إذا كان التفريق قبل الدخول، أما إذا كان الضرر من الزوجة فرق بينهما، وسقط حق الزوجة بالمهر. وإن كان الضرر مشتركاً من الزوجين فرق بينهما على قسم من المهر يتناسب ودرجة الضرر من كل منهما.

(١) ذهب القانون المصري إلى إعطاء هذا الحق للزوجة فقط دون الزوج لأنه يملك حق الطلاق.

والقانون السوري في المادة (١١٢) اشترط أن يكون الضرر كبيراً إلى حد لا يستطيع معه الزوجان دوام العشرة الزوجية بينهما، وهذا مخالف لمذهب الإمام مالك مصدر هذه الأحكام، إذ لم يحدد الإمام مالك مقداراً معيناً للضرر الذي يجوز معه طلب التفريق، فيجوز طلب التفريق مهما كان مقدار الضرر^(١).

- وإذا اختلف الحكماء حكم القاضي غيرهما، والقاضي يحكم بناء على تقريرهما بالتفريق أو يرفض التقرير ويعين حكمين آخرين غيرهما للمرة الأخيرة، ومهمة الحكمين هي الإصلاح أولاً، أو رفع تقرير إلى القاضي بالتفريق.

- والقاضي يحكم بموجب تقرير الحكمين، ولا يشترط في تقريرهما أن يكون معللاً. وليس للقاضي الحق في التدخل في تقرير الحكمين ولا في قناعتها كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة محكمة النقض^(٢).

وللقاضي أن يضيف حكماً ثالثاً مرجحاً، في حالة التحكيم الأخير، وهذا ما جاء صريحاً في نص الفقرة (٣) من المادة (١١٤) من القانون السوري، والهدف من إضافة حكم ثالث مرجح هو حسم الخلاف بين الحكمين في حال وجوده، إذ لا بد للحكم الثالث من اختيار أحد الرأيين في آن واحد، فإن اختلف الثلاثة عين القاضي محكمين جديداً.

(١) انظر البهجة ١ / ٣٠٢.

(٢) انظر قرار الغرفة الشرعية رقم ٣٢٤ ق ٣٣١ تاريخ ١٤ / ٩ / ١٩٩٩ وقرار الغرفة الشرعية رقم ٣١٧ ق ٣٨٩ تاريخ ١٠ / ٨ / ١٩٦٣.

الفصل الخامس

الطلاق بحكم الشرع والقانون

ويتضمن أربعة مباحث:

المبحث الأول - الإيلاء.

المبحث الثاني - اللعان.

المبحث الثالث - الظهار.

المبحث الرابع - تفيير الدين.



المبحث الأول - الإيلاء:

تعريف الإيلاء: لغة الحلف، واصطلاحاً: هو حلف الزوج على عدم قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر^(١).

وقد كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً فلما جاء الإسلام جعله يميناً.

وقد ذكر الله سبحانه حكم الإيلاء في القرآن فقال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ۖ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧].

- أركان الإيلاء^(٢):

للإيلاء ركن واحد عند الحنفية، وهو الحلف على ترك قربان الزوجة مدة أربعة أشهر أو ما فوقها.

وللإيلاء عند جمهور العلماء أربعة أركان وهي:

١- الخالف: وهو كل زوج له أهلية الطلاق، وهو كل زوج بالغ عاقل، فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون، لأنهما ليسا من أهل الطلاق.

٢- المحلوف به: وهو اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته.

٣- المحلوف عليه: وهو ترك معاشرة الزوجة، وهجرانها بكل لفظ يفيد هذا المعنى.

٤- المدة: وهي عند الحنفية أربعة أشهر فأكثر، وعند الجمهور أكثر من أربعة أشهر، فلا يعد مولياً لو حلف أقل من المدة^(٣).

- حكم الإيلاء وآثاره:

الإيلاء حرام إن لم يفئ الزوج لزوجته؛ لأن فيه ظلماً للزوجة بهجرها، وقد كان العرب يستخدمونه بقصد الإضرار بالزوجة، بترك قربانها وهجرها لسنة وأكثر.

(١) انظر الهداية ٢ / ١١ .

(٢) انظر القوانين الفقهية ١٥٩ - ١٦٠ .

(٣) المغني ٨ / ٥٠٥ .

فجاء الإسلام فجعله يميناً مؤقتاً ينتهي بمدة أقصاها أربعة أشهر، فإن حنث في يمينه وعاشر زوجته لزمته كفارة اليمين.

قال ابن عباس: «كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك، فوقته الله أربعة أشهر»^(١).

وأما الآثار التي تترتب على الإيلاء، فقد جعل القرآن أقصى مدة للإيلاء أربعة أشهر، ويجب على الزوج أن يعود إلى زوجته خلالها ويعاشرها، فإن فعل بقيت زوجة له، ووجب عليه إخراج كفارة يمينه، وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن لم يجد المال صام ثلاثة أيام.

وقد ذهب العلماء إلى أن الحلف على هجران الزوجة لمدة أقل من أربعة شهور لا تعد إيلاءً^(٢).

كما أن هجران الزوجة دون الحلف على ذلك لا يعد إيلاءً عند جمهور العلماء خلافاً للمالكية الذين يعدونه إيلاءً^(٣).

وقد شرع الله سبحانه هذه الأحكام للإيلاء، لرفع الظلم والضرر الذي يلحق بالزوجة جراء هجرها وعدم معاشرتها، ولأن أهداف الزواج لا تتحقق مع الزوجة وخصوصاً الإعفاف والسكن الروحي، بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه سأل ابنته حفصة رضي الله عنها: «كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقيل: شهرين، وفي الثالث يقل صبرها، وفي الرابع ينفذ الصبر».

والآية الكريمة تدل على ذلك، كما تدل على أن هجران الزوجة أكثر من هذه المدة، وهي أربعة أشهر أمر محرم ويلحق الزوج به الإثم؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأن الزوجة يُخشى عليها من الانحراف.

(١) انظر البدائع ٣ / ١٧١.

(٢) انظر مغني المحتاج ٣ / ٣٤٣، والمغني ٨ / ٥٠٥، والقوانين الفقهية / ١٦٠، الهداية ٢ / ١٢.

المهذب ٢ / ١٠٦.

(٣) القوانين الفقهية / ١٦٠.

وقد اختلف العلماء فيما إذا مضت أربعة أشهر، ولم يرجع الزوج عن المحجران، هل تقع الفرقة بينهما بحكم الشرع، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمرور المدة. أو لا بد من دعوى الزوجة أمام القاضي، ولا بد من حكم القاضي بالتفريق بينهما؟ فذهب الحنفية إلى وقوع الفرقة بين الزوجين بمجرد انتهاء المدة، والفرقة بينهما بائنة، ولا تحتاج الزوجة لطلب التفريق من القاضي^(١).

وذهب جمهور العلماء إلى أن الفرقة لا تقع بانتهاء المدة، وإنما يحق للزوجة بعد مرور أربعة أشهر أن تطلب من القاضي التفريق، والقاضي بدوره يأمر الزوج بالعودة والفيء أو بالطلاق، فإن امتنع عن ذلك فرق القاضي بينهما، وكان التفريق طلاقاً رجعية^(٢).

وقد سكت القانون عن أحكام الإيلاء، فيطبق ما ذهب إليه الحنفية من أحكام الإيلاء بمقتضى المادة (٣٠٥) من القانون، فتقع الفرقة بمجرد انتهاء مدة الإيلاء، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً.

والخلاصة: نجد أن الإيلاء هو فرقة بين الزوجين بحكم الشرع والقانون على رأي الحنفية. وهو تفريق قضائي على رأي الجمهور.

وكان الأجدر بالقانون والأوفق أن ينص على أحكام الإيلاء، معتمداً على ما ذهب إليه جمهور العلماء، لإعطاء الزوج فرصة أكبر قبل وقوع الفرقة.

المبحث الثاني - اللعان:

تعريف اللعان: اللعان في اللغة مصدر من لاعن من اللعن: وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى، وسُمي به ما يحصل بين الزوجين من أيمان مخصوصة إذا قذف الزوج زوجته وليست له بينة؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً.

(١) انظر الهداية ١١/٢ .

(٢) القوانين الفقهية / ١٦٠ ، والمهذب ١١١ / ٢ ، ومغني المحتاج ٣ / ٣٤٩ والتي بعدها، والمغني ٨ / ٥٢٨ - ٥٤١ - ٥٤٢ .

واللعان شرعاً: هو شهادات مؤكدة بالأيمان المقرونة باللعن من جهة الزوج، وبالغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنى في حق الزوجة^(١).

وسبب اللعان أمران:

الأول: قذف الزوج زوجته بالزنى.

والثاني: نفي الولد منه.

والأصل في حكم اللعان قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾ [النور: ٤-١٠].

فإذا قذف الزوج زوجته فاتهمها بالزنا أو نفى نسبة الولد إليه، فإن كانت لديه بيعة أمام القاضي، وهي أربعة شهود، أقيم حد الزنى على الزوجة، فإن لم يكن له بيعة كان بالخيار بين أمرين:

إما أن يُقام عليه حد القذف لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

(١) الهداية ٢ / ٢٤ .

وإما أن يلاعن زوجته، ليتخلص من عقوبة القذف ثمانين جلدة، فإذا لاعن زوجته سقط عنه حد القذف، ووجب حد الزنى على زوجته، فإذا لاعنت الزوجة سقط عنها حد الزنى، وثبتت الفرقة بينهما، وهي فرقة بائنة^(١). ولكن الفقهاء اختلفوا بالنسبة للفرقة في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: هل الفرقة طلاق أو فسخ؟

فذهب الحنفية إلى أنها طلاق^(٢).

وذهب جمهور العلماء إلى أن الفرقة فسخ وليست بطلاق^(٣).

والأمر الثاني- وقت وقوع الفرقة بين الزوجين باللعان.

فذهب الحنفية إلى أن الفرقة بين الزوجين تقع بعد الانتهاء من اللعان، ولا بد فيها من حكم القاضي^(٤).

وذهب جمهور العلماء وزفر من الحنفية إلى أن الفرقة تقع بعد انتهاء اللعان دون حكم من القاضي، بمعنى أنها فرقة من جهة الشرع^(٥).

وذهب الشافعية إلى وقوع الفرقة بعد انتهاء الزوج من لعانه ولو لم تحلف الزوجة أيمان اللعان^(٦).

الأمر الثالث: هل الفرقة باللعان مؤقتة أو مؤبدة.

ذهب الحنفية إلى أنها فرقة مؤقتة، وهي طلقة بائنة، فإذا كذب الزوج نفسه، وحُدَّ عقوبة القذف جاز له أن يعقد عليها مرة أخرى^(٧).

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يقام حد القذف على الزوج، ولا يلاعن إلا بطلب من الزوجة لأنه حقها.

(٢) الهداية ٢ / ٢٤.

(٣) القوانين الفقهية / ١٦٢ ، مغني المحتاج ٣ / ٣٨٠ ، والمغني ٩ / ٢٩.

(٤) الهداية ٢ / ٢٤.

(٥) القوانين الفقهية / ١٦٢ ، الهداية ٢ / ٢٤ ، المغني ٩ / ٢٩.

(٦) مغني المحتاج ٣ / ٣٨٠.

(٧) الهداية ٢ / ٢٥.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنها فرقة مؤبدة، لأن الصلة بين الزوجين مبناهما على الثقة، فإذا تمَّ اللعان واستحكم الشك انعدمت الثقة، فكانت الفرقة مؤبدة^(١).

- والقانون سكت عن حكم اللعان بين الزوجين، فيجب الرجوع إلى المذهب الحنفي والعمل بما فيه بالنسبة لأحكام اللعان بمقتضى المادة (٣٠٥) فتكون الفرقة مؤقتة بين الزوجين، وهي فرقة بائنة، ولا بد فيها من حكم القاضي، ولا تقع إلا بعد انتهاء الزوجين من أيمان اللعان.

المبحث الثالث - الظهار:

كان الظهار من أشد أنواع الطلاق إيذاءً للمرأة في الجاهلية قبل الإسلام، فكان الرجل إذا كره زوجته ولم يرد أن تتزوج بغيره ظاهر منها، فجعلها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا مطلقة.

ولما جاء الإسلام حرّم الظهار، ولكنه جعله فرقة مؤقتة بإخراج الكفارة ونية العودة إلى معاشرة الزوجة معاشرة الأزواج.

تعريف الظهار: والظهار هو أن يقول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أمي، يقصد بذلك تحريمها على نفسه، أو هو تشبيه الزوج زوجته بإحدى محارمه المحرمة حرمة مؤبدة^(٢).

والأصل في حكم الظهار وتحريمه هو قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْتَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُتَكَرَّراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ * وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ * فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَّامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المجادلة: ٢ - ٤].

(١) المذهب ٢ / ١٩٦، القوانين الفقهية / ١٦٢، المغني ٩ / ٢٨، مغني المحتاج ٣ / ٣٨٠.

(٢) انظر الهداية ٢ / ١٧ والتي بعدها، والقوانين الفقهية / ١٦٠.

- أركان الظهار وحكمه:

الظهار حرام^(١) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ ولأن فيه إضراراً وظلماً للزوجة، والضرر والظلم محرم في الإسلام.

وركن الظهار عند الحنفية هو الصيغة، وهو اللفظ الدال على الظهار كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، أو إن شبهها ببعض أعضائها، كقوله أنت علي كبطن أمي أو كفخذ أمي أو غير ذلك من أعضائها^(٢).

وللظهار أركان أربعة عند جمهور الفقهاء^(٣)، وهي: المظاهر، والمظاهر منها، واللفظ، والمشبه به.

١- المظاهر: وهو كل زوج يصح منه إيقاع الطلاق.

٢- المظاهر منها: وهي كل زوجة يقع عليها الطلاق، قبل الدخول أم بعده.

٣- اللفظ: وهو صيغة الظهار، وهو كل لفظ صريح في الظهار كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، أو كنائي إن نوى به الظهار.

٤- المشبه به: وهو ظهر الأم أو أحد أعضائها التي يحرم النظر إليه. وكذا لو شبهها بأحد محارمه المؤبدة بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

- آثار الظهار:

إذا وقع الظهار من الزوج حرّم عليه وطء زوجته حتى يُخرج كفارة الظهار المذكورة في الآية الواردة في حكم الظهار. وكفارة الظهار هي صيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع الصيام انتقل إلى الإطعام، وهو إطعام ستين مسكيناً وجبة واحدة. ويجب على الزوجة أن تمتنع زوجها من قربانها حتى يُخرج كفارة الظهار. فإذا أخرج الكفارة حل له وطء زوجته.

(١) المهذب ٢ / ١١٢، المغني ٨ / ٥٥٣، ومغني المحتاج ٣ / ٣٥٥ وما بعدها.

(٢) الهداية ٢ / ١٨.

(٣) القوانين الفقهية / ١٦٠، المغني ٨ / ٥٥٤ - ٥٥٥، ومغني المحتاج ٣ / ٣٥٢.

وأما إن امتنع الزوج عن إخراج الكفارة، ونفذ صبر الزوجة، جاز لها أن تشتكي إلى القاضي وترفع أمرها إليه، والقاضي يأمره بالتكفير والعودة إلى زوجته، فإن أبي أمره بالطلاق، فإن أبي الطلاق، طلق القاضي وفرق بينهما.

والخلاصة: يُعد التفريق بسبب الظهار، عند امتناع الزوج من صور التفريق القضائي.

والقانون السوري سكت عن حكم الظهار وآثاره، فيرجع في ذلك إلى المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥).

المبحث الرابع- الفرقة بتغيير الدين:

نظراً لأهمية الدين لدى كل الأمم، فقد عدت جميع الشرائع تغيير الدين سبباً من أسباب الفرقة بين الزوجين فنصت على فسخ عقد الزواج بينهما دون حاجة إلى طلب ذلك من القاضي، وهذا أمر طبيعي؛ لأن تغيير الدين معناه رفض كل المبادئ والقيم التي تم الزواج في ظلها وعلى أساسها. فالزواج ارتباط بين قلبين، وهذا لا يتم إلا إذا تلاقت المبادئ وتوحدت الأفكار والقيم بين الزوجين، وهذا هو الأساس الذي يُبنى عليه نظام الزواج في الإسلام.

فإذا اختلف الزوجان في العقيدة، نشأ من جراء ذلك تباعد ونفور واختلاف في المشاعر والتفكير والقيم، مما يؤدي إلى عدم الانسجام بين الزوجين، ثم ينتقل هذا الاختلاف في التفكير والقيم إلى الأسرة، إذ يفكر كل منهما بأن يُربي أولاده على حسب مبادئه وعقيدته وأفكاره التي يؤمن بها، فيحدث الاصطدام والخلاف مما يتنافى مع بقاء الأسرة سليمة، ويؤثر سلباً عليها.

ولكن أجاز الإسلام للرجل الزواج من الكتائية، فذلك بالنظر إلى كون أهل الكتاب، هم أهل دين سماوي، ولأن أصل الأديان السماوية واحد، وهو الإيمان بالله تعالى رباً، والإيمان بوحدانيته، والاعتراف بالأديان السماوية الأخرى، والأنبياء والإيمان بالدار الآخرة، والحساب، ثم إن نسب الأولاد للأب، والقيم على الأسرة والمسؤول عنها هو الرجل.

أولاً- أثر ردة أحد الزوجين عن دينه:

يُعد أحد الزوجين مرتدّاً إذا غيّر دينه سواء انتقل إلى دين سماوي أم غير سماوي. والردة في الإسلام بمثّلة الموت لأنها سبب يؤدي إليه، فالمرتد يقتل، والمرتدة تحبس عند الحنفية حتى تتوب؛ لأن الردة خروج على نظام الدولة.

١- فإذا ارتد أحد الزوجين عن دين الإسلام وقعت الفرقة بين الزوجين، وانفسخ عقد الزواج بينهما من تلقاء نفسه بحكم الشرع دون حاجة لحكم القاضي عند أبي حنيفة وأبي يوسف والإمام مالك. وتقع الفرقة من تاريخ الردة لا من تاريخ انتهاء العدة^(١).

فالردة فرقة بحكم الشرع عند جمهور الحنفية والمالكية. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة لا تقع بين الزوجين إلا بعد انتهاء العدة إذا حصل دخول، فإذا رجعت الزوجة أو الزوج إلى الإسلام خلال العدة فلا تقع الفرقة بين الزوجين.

وأما الردة قبل الدخول، فتقع الفرقة بها مباشرة إذ لا عدة للزوجة فيها^(٢).

والفرقة بالردة فسخ عند الشافعية والحنابلة وليست طلاقاً.

٢- إذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية بقي النكاح قائماً بينهما استحساناً^(٣).

وكذلك الأمر إذا ارتد الزوجان معاً بقي النكاح بينهما على حاله مستمراً عند الحنفية.

وقال المالكية: إذا ارتدت الزوجة لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها إن قصدت من ردها فسخ نكاحها؛ لتخلص من زوجها.

(١) اللباب ٣ / ٢٨، الهداية ١ / ٢٢١، والقوانين الفقهية ١٣٢.

(٢) المهذب ٢ / ٥٤، ومغني المحتاج ٣ / ١٩١، والمغني ٧ / ١٧٧.

(٣) اللباب ٣ / ٢٨، والمهذب ٢ / ٥٢، الهداية ١ / ٢٢١، المغني ٧ / ٥٣٤.

٣- لا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة مثله. لأنه محكوم عليه بالقتل، فالردة بمثلة الموت، لأنها سبب يُفضي إليه^(١).

ثانياً- أثر إسلام أحد الزوجين:

١- إذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية بقي عقد النكاح بينهما^(٢).

٢- إذا أسلمت الزوجة وبقي زوجها على غير الإسلام، عرض القاضي عليه الإسلام، فإذا أسلم بقي النكاح قائماً بينهما، وإن أبى فرق القاضي بينهما في الحال، لأن عقد الزواج يفسخ بينهما بحكم الشرع؛ لعدم حل زواج المسلمة بغير المسلم^(٣).

وذهب جمهور العلماء إلى أن إسلام الزوجة إذا وقع بعد الدخول فلا تقع الفرقة وينفسخ العقد إلا بعد انقضاء العدة، فإذا أسلم الزوج خلال العدة بقيت الزوجية قائمة، وإن لم يُسلم وقعت الفرقة وانفسخ العقد، وتبدأ العدة من تاريخ إسلامها. أما إن كان إسلام الزوجة قبل الدخول وقعت الفرقة فوراً^(٤).

ثالثاً- نوع الفرقة التي تقع بالردة:

إن ردة الزوجة هي فسخ عند جمهور العلماء، وللمالكية قولان: قول بالفسخ وقول هو الراجح أنها طلاق بائن.

وردة الزوج هي فسخ أيضاً عند جمهور العلماء ما عدا محمد من الحنفية والمالكية فقالوا: هي طلاق^(٥).

(١) اللباب ٣ / ٢٩، والهداية ١ / ٢١٩، والقوانين الفقهية ١٣٢.

(٢) الهداية ١ / ٢٢٠، مغني المحتاج ٣ / ١٩١، القوانين الفقهية ١٣٢.

(٣) اللباب ٣ / ٢٦، الهداية ١ / ٢٢٠.

(٤) انظر المذهب ٢ / ٥٢، ومغني المحتاج ٣ / ١٩١، القوانين الفقهية ١٣٢.

المغني ٧ / ٥٣٤ - ٥٣٥.

(٥) انظر شرح الدردير ٢ / ٣١٦، والقوانين الفقهية ١٣٢، ومغني المحتاج ٣ / ١٩١، والمذهب

٢ / ٥٢، والهداية ١ / ٢١٩، اللباب ٣ / ٢٩، والمغني ٧ / ٥٣٦.

الفصل السادس

الرجعة والعدة وأحكامهما

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : الرجعة وأحكامها

المبحث الثاني : العدة وأنواعها وأحكامها



المبحث الأول - الرجعة وأحكامها:

تعريف الرجعة: هي استدامة الرابطة الزوجية ما دامت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي.

فالرجعة تعني ردُّ الزوج زوجته المطلقة إلى عصمته في أثناء العدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق رجعي هي المعتدة من الطلقة الأولى أو الثانية، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع العلاقة الزوجية تماماً ما دامت الزوجة خلال العدة. فالمعتدة من طلاق رجعي تعد زوجة حكماً.

وتتحقق الرجعة: بالقول اتفاقاً أو بالفعل دون عقد جديد ولا مهر ولا ولي ولا رضاها. وأما الرجعة بالقول فهي كقوله لزوجته راجعتك أو أرجعتك إلى عصمتي، أو أنت زوجتي فهي رجعة باتفاق العلماء، أما الرجعة بالفعل فأجازها الحنفية والمالكية^(١)، والمراجعة بالفعل هي الوطء أو ما دونه كاللمس بشهوة أو التقبيل ونحوه.

شروط الرجعة ويشترط في الرجعة ما يلي:

١ - أن تتحقق الرجعة قبل انقضاء العدة من طلاق رجعي، فإذا انقضت العدة صار الطلاق بائناً بينونة صغرى، ولا بد عندئذٍ في الرجعة من عقد جديد ومهر جديد، ولا بد من رضاها.

٢ - أن تكون منجزة؛ لأن الرجعة لا تقبل التعليق ولا الإضافة إلى المستقبل وإلا كانت باطلة.

٣ - لا يُشترط للرجعة الإشهاد عليها، حيث ذهب جمهور العلماء إلى استحباب الإشهاد على الرجعة^(٢).

(١) القوانين الفقهية / ١٥٥، والهداية ٢ / ٦، وقد ذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز الرجعة إلا بالقول. انظر المذهب ٢ / ١٠٣.

(٢) وذهب الشافعي في مذهبه القديم، وقول عند أحمد، والظاهرية، إلى وجوب الإشهاد، وهذا الرأي أحوط.

انظر المحلى ١٠ / ٢٥٠ والقوانين الفقهية / ١٥٥، والمذهب ٢ / ١٠٣، والهداية ٢ / ٧.

٤ - لا يشترط رضا الزوجة بالرجعة ولا علمها، ولا يشترط رضا الولي، ولا فرض مهر جديد^(١).

والرجعة من النظام العام في الشريعة الإسلامية، فلا يجوز الاتفاق على إسقاطها، أو الاتفاق على خلافها، كما لا يحق للزوج التنازل عنها.

- الخلاف حول الرجعة:

إذا ادعى الزوج مراجعة زوجته إلى عصمته وأنكرت الزوجة ذلك، فللمسألة صورتان: **الصورة الأولى** - قبل انقضاء العدة، فإذا صدقته فلا إشكال. أما إن أنكرت، فالقول قول الزوج، ولا عبرة بإنكار الزوجة؛ لأنها لا تزال في العدة.

الصورة الثانية - بعد انقضاء العدة إذا ادعى الزوج المراجعة وأنكرتها الزوجة بعد انقضاء العدة، كان الزوج مدعياً وعليه البينة، فإن عجز عن البينة كان القول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة، ومع اليمين عند الصحابين أبي يوسف ومحمد، والفتوى على رأي الصحابين^(٢).

- موقف القانون:

جاء في المادة (١١٨) - ف ١: الطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقة أثناء العدة بالقول أو بالفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

ف ٢: تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقطاع عدة الطلاق الرجعي.

وجاء في المادة (١١٩) الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً ولا يمنع من تجديد عقد الزواج.

فالمادة (١١٨) من القانون صريحة في جواز الرجعة، وأخذ القانون برأي المالكية والحنفية بجواز المراجعة بالفعل بالإضافة للقول.

(١) القوانين الفقهية / ١٥٥، والهداية ٢ / ٦، والمهذب ٢ / ١٠٣.

(٢) الهداية ٢ / ٧.

وجعل القانون حق الرجعة من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط. والرجعة بالقول والفعل خاصة بالمعتدة من طلاق رجعي دون غيره.

المبحث الثاني- العدة وأنواعها وأحكامها:

تعريف العدة: لغة- الإحصاء، وعدّه أحصاه، وعدة المرأة أيام أقرائها^(١).

وشرعاً: هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها أو توفي عنها ؛ لانقضاء ما بقي من آثار النكاح.

وقد اتفق العلماء على حرمة زواج المعتدة بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها، كما اتفقوا على حرمة خطبتها تصريحاً.

حالات وجوب العدة:

اتفق العلماء على وجوب العدة على الزوجة في الحالات الآتية^(٢):

١- الفرقة من طلاق في عقد زواج صحيح بعد الدخول. وذهب الحنفية والحنابلة إلى وجوب العدة بعد الخلوة الصحيحة في عقد زواج صحيح.

أما الزوجة التي طلقها زوجها بعد العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة فلا عدة عليها لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَكَتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

٢- الزوجة التي مات عنها زوجها، سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أم بعده لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

٣- بالفسخ من عقد النكاح الصحيح بعد الدخول بالاتفاق، أو بعد الخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة^(٣).

(١) مختار الصحاح مادة عدد ص ٢٧٢ .

(٢) انظر القوانين الفقهية / ١٥٦ ، الهداية / ٢ / ٢٧ وما بعدها، واللباب / ٣ / ٨٠ وما بعدها، والمهذب / ٢ / ١٤٢ وما بعدها، ومغني المحتاج / ٣ / ٣٨٤ ، والمغني / ٩ / ٧٧ وما بعدها.

(٣) انظر المغني / ٩ / ٨١ .

٤- بالفسخ من عقد نكاح فاسد بعد الدخول، أما فسخ العقد الفاسد قبل الدخول، فلا تجب منه العدة.

٥- بالتفريق بعد الوطء بشبهة.

- متى تبدأ العدة:

تبدأ العدة عقب وقوع سببها، وهو الطلاق أو الوفاة أو الفسخ. ولا يُشترط لابتدائها علم الزوجة بالطلاق أو الوفاة، وتنتهي العدة بانتهاء مدتها، سواء اعتدت الزوجة أم لم تعتد، ولكنها في حال ترك العدة تأثم ديانة^(١).

وتبدأ العدة من العقد الفاسد من تاريخ فسخ العقد، أو من تاريخ الحكم الابتدائي في التفريق القضائي.

وقد قررت محكمة النقض السورية أن العدة تنقضي ولو لم تعلم المرأة بطلاقها أو وفاة زوجها^(٢).

- أنواع العدة:

شُرعت العدة على ثلاثة أنواع^(٣):

١- عدة بالأقراء.

٢- عدة بالأشهر.

٣- عدة بوضع الحمل.

ويضاف إليها حالة رابعة وهي:

٤- العدة بأبعد الأجلين.

(١) الباب ٣ / ٨٤.

(٢) قرار رقم ٣٦ - ق ٢٦ تاريخ ٢٥ / ١ / ١٩٧٠ م.

(٣) انظر القوانين الفقهية / ١٥٦ ، الهداية ٢ / ٢٧ وما بعدها، واللباب ٣ / ٨٠ وما بعدها، ومغني المحتاج ٣ / ٣٨٤ وما بعدها، والمغني ٩ / ٧٧ وما بعدها.

١ - العدة بالأقراء^(١):

وهي عدة الزوجة المطلقة إذا كانت حائلاً غير حامل، فتعتد ثلاثة أقراء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. والأقراء ثلاثة أطهار عند المالكية والشافعية، وثلاث حيضات عند الحنفية والقول الراجح عند الحنابلة^(٢).

فالمطلقة غير الحامل إذا كانت ممن تحيض فعدتها ثلاثة قروء، أي ثلاث حيضات عند الحنفية والحنابلة، سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً. وعدة الأقراء تحبب على المرأة المدخول بها في عقد صحيح أو فاسد، لأن العدة شرعت لبراءة الرحم. وتحبب العدة ثلاثة قروء كاملة، ولا يُحسب القرء الناقص؛ لأن القرء لا يتجزأ، ولأجل ذلك لا يُحتسب القرء الذي طلقت فيه الزوجة^(٣).

٢ - العدة بالأشهر:

تعتد الزوجة بالأشهر في الحالات الآتية:

١- إذا كانت الزوجة ممن لا تحيض، أي إذا كانت من غير ذوات الأقراء، فتعتد بالأشهر بدلاً عن الأقراء، وذلك إذا كانت الزوجة صغيرة دون سن البلوغ، أو كانت كبيرة دخلت في سن اليأس^(٤). فعدة الزوجة في هاتين الحالتين ثلاثة أشهر قمرية كاملة؛ لأن الشهر يقوم مقام القرء؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَمْسُكْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] فإذا وقع الطلاق على الصغيرة والمرأة اليائسة، أو فسخ عقد نكاحها اعتدت ثلاثة شهور بإجماع العلماء.

(١) الأقراء: جمع قرء، وهو مشترك لغوي عند العرب يُطلق على الحيض والطمهر.

(٢) انظر الهداية ٢ / ٢٨، واللباب ٣ / ٨٠، ومعني المحتاج ٣ / ٣٨٥.

(٣) الهداية ٢ / ٣٠.

(٤) سن اليأس عند جمهور الفقهاء يُقدر بخمس وخمسين سنة قمرية من عمر المرأة.

٢- عدة المرأة إذا توفي زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام بإجماع العلماء. سواء توفي الزوج قبل الدخول أم بعده ؛ لأنها زوجة في كلا الحالين، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

أما إذا كان عقد النكاح فاسداً، فلا عدة على المرأة فيه إذا حصلت الوفاة قبل الدخول، أما إذا مات الزوج فيه بعد الدخول وجبت العدة في هذه الحالة لاستبراء الرحم، ولكن عدة المرأة هنا هي عدة طلاق لا وفاة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المرأة المطلقة رجعيّاً إذا مات زوجها خلال العدة انتقلت عدتها من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، ولا يُحتسب ما مضى من عدة الطلاق^(١).

٣- "عدة ممتدة الطهر:

إذا بلغت المرأة وكانت ممن تحيض ثم ارتفع عنها الحيض لمرض أو لسبب آخر غير الحمل، وامتد طهرها، ولم تبلغ سن اليأس فقد اختلف العلماء في عدتها من الطلاق.

فذهب المالكية إلى أن عدتها سنة قمرية كاملة من يوم الطلاق^(٢).

أما الحنفية والشافعية فقد ذهبوا إلى أن عدة ممتدة الطهر هي ثلاثة أقراء، لأنها حين بلغت كانت ممن تحيض، فتربص حتى تحيض ثلاث حيضات، أو تبلغ سن اليأس. فإذا بلغت سن اليأس ولم تر ثلاثة أقراء، انتقلت عندئذٍ إلى عدة الآيسة وهي ثلاثة شهور^(٣). ولا شك أن في رأي الحنفية والشافعية إلحاق الضرر الشديد بالمرأة في هذه الحالة. وشرع الله مآزرها عن الضرر والحرَج.

(١) مغني المحتاج ٣ / ٣٩٦ .

(٢) القوانين الفقهية / ١٥٦ .

(٣) الهداية ٢ / ٢٩ ، والمهذب ٢ / ١٤٣ ، ومغني المحتاج ٣ / ٣٨٧ .

٣- العدة بوضع الحمل:

إذا كانت الزوجة حاملاً فعدها بوضع الحمل، سواء كانت العدة من وفاة أم من طلاق، ولو حصل الوضع والولادة بعد يوم من الوفاة أو الطلاق؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ^(١).

٤- العدة بأبعد الأجلين: «عدة المرأة المطلقة طلاق فرار»:

المطلقة طلاق فرار هي المرأة التي طلقها زوجها في مرض الموت طلاقاً بائناً دون رضاها، فإذا مات زوجها خلال عدتها اعتدت بأبعد الأجلين الأقراء أو الأشهر. لأنها قد تكون ممتدة الظهر فتطول أقراؤها أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام ^(٢).

أما إذا لم يكن الطلاق طلاق فرار، وطلقها طلاقاً بائناً ثم مات عنها زوجها خلال العدة، استمرت في عدة الأقراء ولا تنتقل إلى عدة الوفاة؛ لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية، وكذلك الحكم فيما لو طلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً، ولكن برضاها أو بناءً على طلبها ثم مات خلال العدة.

- الحكمة من تشريع العدة للمرأة:

فُرضت العدة على المرأة بعد الطلاق أو الوفاة أو فسخ العقد لحكم جليلة ومقاصد هامة وهي:

١- استبراء رحم المرأة خشية اختلاط الأنساب؛ لأن المرأة لو تزوجت عقب طلاقها أو وفاة زوجها قبل أن تعتد ثم تبين أنها حامل، لم نعلم نسب الولد إلى أي زوج من الزوجين الأول أم الثاني.

٢- إعطاء فرصة كافية للزوج في الطلاق الرجعي لمراجعة زوجته، إذا تبين له خلال العدة أنه تسرع في طلاق زوجته دون سبب مبرر، نتيجة للغضب أو الطيش، أو سبب غير معقول، بعد أن يرجع الزوج إلى رشده وصوابه، ليتدارك خطأه بمراجعة زوجته، لاستئناف حياة زوجية جديدة.

(١) القوانين الفقهية / ١٥٧.

(٢) الهداية ٢ / ٢٨، واللباب ٣ / ٨١.

ثم إن فترة العدة بعد الطلاق هي فترة تجربة، ليحرب كل من الزوجين نفسه هل يطبق الحياة دون الطرف الآخر أو لا .

٣- الحداد على الزوج بالتأسف والحزن عليه والتفجع في عدة الوفاة، وفاءً للعلاقة الزوجية السابقة، ورعاية للرابطة الزوجية المقدسة في الإسلام. ثم إن زواج المتوفى عنها زوجها مباشرة عقب الوفاة، أمر تأباه النفوس الكريمة والفطرة السليمة، ويتعارض مع الوفاء للزوج.

وقد شرعت العدة رعاية لحقوق ثلاثة:

- ١- حق الزوج في عدة الوفاة، بإظهار الحداد عليه، ووفاء للرابطة الزوجية.
- ٢- حق الولد في ثبوت نسبه وعدم ضياعه، إذا كانت الزوجة حاملاً من زوجها المطلق أو المتوفى.
- ٣- حق الشرع بامتنال أوامر الله واجتناب نواهيه في تطبيق العدة. لأن العدة ثبتت مشروعيتها بنصوص القرآن والسنة. وهذا معناه أن العدة من النظام العام الذي تحرم مخالفته أو الاتفاق على خلافه. فإذا أسقط الزوج حقه في العدة، لم تسقط العدة على المرأة رعاية لحق الشرع.

- موقف القانون من العدة:

- جاء في القانون السوري عن العدة وأحكامها ما يلي:
- المادة (١٢١): عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:
- ١- ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض، ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.
 - ٢- سنة كاملة لمتدة الطهر التي تحيض، أو جاءها الحيض ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس.
 - ٣- ثلاثة أشهر للآيسة.

ويلاحظ في هذه المادة أن القانون أخذ أولاً برأي الحنفية في تفسير القرء الوارد في الآية: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ بأن القرء هو الحيض. فجعل عدة المطلقة ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض.

ثم أخذ القانون ثانياً برأي المالكية في تحديد عدة المرأة ممتدة الطهر فجعل عدتها سنة قمرية كاملة. وحسناً فعل القانون، لأن رأي الحنفية فيه إضرار بالمرأة بتطويل عدتها، وإضرار بالزوج بالنفقة عليها مدة طويلة.

ثم إن هذه المادة قد جعلت الزوجة مؤمنة على عدتها، فالقول قولها عند الخلاف حول الطلاق بينها وبين زوجها إذا أقامت البينة، عند ادعائها انقضاء عدتها إذا كذبها الزوج^(١).

ونصت المادة (١٢٢): العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة.

وهذه المادة صريحة في أن المرأة تجب عليها العدة في عقد الزواج الفاسد بعد الدخول، أما إذا لم يحصل دخول فلا تجب العدة، إذ لا أثر للعقد الفاسد قبل الدخول.

ونصت المادة (١٢٣): عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام.

ونصت المادة (١٢٥): تبدأ العدة من تاريخ الطلاق، أو الوفاة، أو الفسخ، أو التفريق القضائي، أو المفارقة في النكاح الفاسد.

ونصت المادة (١٢٦): لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة.

ونصت المادة (١٢٧) - ف ١: إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى.

ف ٢: إذا توفي وهي في عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة.

وهذه المواد (١٢٣ - ١٢٥ - ١٢٦ - ١٢٧) لا تحتاج إلى شرح، فهي واضحة في أحكامها، ومتفق عليها عند العلماء، ما عدا الفقرة الثانية من المادة (١٢٧) فقد خالف القانون ما ذهب إليه الفقهاء فنص على أن المعتدة من طلاق بائن إذا توفي

(١) وهذا ما نص عليه الحنفية. انظر الهداية ٢ / ٣٠.

عنها زوجها فإنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة أبعـد الأجلين: عدة الطلاق أو عدة الوفاة. وهذا مخالف لقواعد القياس العام، ومخالف لرأي الفقهاء؛ لأن البيونة تقطع الصلة الزوجية، فإذا توفي الزوج في خلال عدة زوجته المطلقة من طلاق بائن، فإن الزوجة تستمر في عدة الطلاق. إلا في حالة طلاق الفرار، فإنها تعتد بأبعد الأجلين، ولا تستمر في عدة الطلاق، كما بينا سابقاً. وأعتقد بوجود خطأ في نص المادة (١٢٧) ف ٢ عندما لم تقيد الحكم بطلاق الفرار.

- الأحكام الأخرى التي تتعلق بالعدة:

ويتعلق بالعدة أحكام أخرى ذكرها العلماء منها^(١):

١- "على المعتدة أن تقضي عدتها في بيت الزوجية، ولا يجوز لها الخروج منه خلال فترة العدة إلا للضرورة إذا كانت معتدة من وفاة، أو من طلاق رجعي أو بائن، أو من خلع، أو من أي فرقة كانت. لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

٢- "تقضي المعتدة من طلاق أو وفاة عدتها في البيت الذي كانا يسكنان فيه. ولا تنتقل عن البيت إلا إذا خرجت مكرهة من قبل ورثة المتوفى أو من قبل المطلق، أو إذا تهدم المنزل أو إذا لم يوجد من يؤنسها وخافت خوفاً شديداً على نفسها.

٣- "يجب على المعتدة من وفاة الحداد على زوجها، ولا يجوز لها ترك الحداد لأي سبب كان. والحداد على الميت يكون: بترك الزينة في اللباس، وترك الطيب في البدن والثوب لا ترك الاغتسال، والحداد خاص بالبدن، فيجوز لها تحميل البيت وأثاث البيت.

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢ / ١١٦ ، والقوانين الفقهية ١٥٨ / ١٥٨ ، والمهذب ٢ / ١٤٩ والتي بعدها، واللباب ٣ / ٨٦ ، والهداية ٢ / ٣١ وما بعدها.

ومدة الحداد على الزوج هي مدة العدة، لقوله ﷺ: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً) رواه الشيخان.

– نفقة العدة:

تستحق الزوجة المعتدة نفقة العدة، وهي كالنفقة الزوجية يُعتبر فيها حال الزوج يساراً وإعساراً. والزوجة يجب عليها أن تقضي عدتها في منزل الزوجية، فإذا خرجت منه وسكنت منزلاً آخر دون ضرورة سقطت نفقتها، لأنها تعتبر ناشرة في هذه الحالة والناشرة لا نفقة لها.

وتستحق كل معتدة نفقة العدة ما عدا المعتدة من وفاة، أو المعتدة من عقد فاسد، أو المعتدة من فرقة جاءت بسببها، والمعتدة من وطء بشبهة. والمعتدة من طلاق تستحق النفقة سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً بينونة صغرى، أم بائناً بينونة كبرى^(١).

وذهب الشافعية إلى أن للمطلقة البائن السكنى فقط ما لم تكن حاملاً. فلا نفقة لها إلا إذا كانت حاملاً^(٢).

موقف القانون من نفقة المعتدة:

نص القانون السوري في المادة (٨٣) على ما يلي: تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ.

ونصت المادة (٨٤) : نفقة العدة كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر.

(١) انظر الهداية ٢ / ٤٤ - ٤٥ ، الباب ٣ / ٩٣ والتي بعدها.

(٢) مغني المحتاج ٣ / ٤٤٠ - ٤٤١ ، المهذب ٢ / ١٦٤ .

فنفقة المعتدة واجبة على الزوج في القانون كنفقة الزوجية في الطعام والشراب واللباس والدواء والخدمة، سواء طلق الرجل زوجته، أو فرق القاضي بينهما، أو فسخ العقد لسبب من الأسباب، والنفقة واجبة من تاريخ ابتداء العدة، ولكن لا يُقضى بها قانوناً لأكثر من تسعة شهور، ولكن هذا يتعارض مع ما أخذ به القانون في تقدير عدة ممتدة الطهر بسنة، وكان الأجدر أن تُجعل أقصى مدة لنفقة المعتدة سنة.

الفصل السابع

الآثار التي تترتب على الولادة أو حقوق الأولاد

— تمهيد:

يترتب على الولادة الأحكام الآتية التي تعد حقوقاً للأولاد (النسب، الرضاع، الحضانة، الولاية على النفس والمال).
وستتكمّل عن أحكام كل فقرة من هذه الآثار تحت مبحث مستقل على النحو الآتي:

المبحث الأول: النسب وأحكامه.

المبحث الثاني: الرضاع وأحكامه.

المبحث الثالث: أحكام الحضانة.

المبحث الرابع: أحكام النفقة على الأولاد والأقارب.

المبحث الخامس: الولاية على النفس والمال.



المبحث الأول: النسب وأحكامه:

النسب حق للطفل المولود، ونسب الولد لأبيه، وهو من أعظم المصالح التي تتحصل من عقد الزواج، قال الله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ [الفرقان: ٥٤].

وقد جعل الشارع الحكيم للنسب سبباً واضحاً كريماً يتفق وكرامة بني آدم، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق عقد الزواج، ولم يتركه لرغبات الناس وأهوائهم، فأبطل طريقه غير المشروعة التي كانت سائدة في الجاهلية فحرم التبني، وإلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة.

قال الله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهَرُونَ مِنْهِنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ [الأحزاب: ٤].

وقال رسول الله ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) أخرجه الشيخان.

- أسباب ثبوت النسب:

يثبت النسب في الفقه الإسلامي من الرجل بأحد الأسباب الآتية:

١- عقد الزواج.

٢- الإقرار.

٣- البينة.

أولاً- ثبوت النسب في عقد الزواج:

إن سبب ثبوت النسب من المرأة هو الولادة، سواء كانت الولادة شرعية أي من عقد زواج صحيح أو فاسد، أو اتصال بشبهة، أو غير شرعية أي من زنى ؛ لأن الولد جزء من أمه. وإذا ثبت النسب من الأم بالولادة كان لازماً، ولا يمكن نفيه.

أما ثبوت النسب للأب، فلا يثبت إذا تبين أن الولد من زنى ؛ لأن الزنى محرم، والحرام لا يمكن أن يكون طريقاً لتحصيل المنافع.

والنسب من أعظم المنافع للأولاد، فلا يثبت النسب من الأب إلا من عقد زواج. وقد عبر الفقهاء عن ثبوت النسب بالزواج بقولهم: ثبوت النسب بالفراش لقوله ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) رواه الشيخان.

والفراش كناية عن الزوج، ولا يُسمى الرجل زوجاً إلا بعد عقد الزواج. ولذلك سنبحث أحكام ثبوت النسب من عقد الزواج في حالتين:

الأولى: ثبوت النسب في أثناء قيام الحياة الزوجية.

الثانية: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين أو الوفاة.

الحالة الأولى: ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية:

ولا بد لبيان أحكام ثبوت النسب من معرفة مدة الحمل الشرعية، ونوع عقد الزواج الذي حصل منه الحمل.

- مدة الحمل الشرعية:

١- "أقل مدة حمل شرعية:

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة حمل شرعية هي ستة شهور؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥] فهذه الآية ذكرت مدة الحمل والقطام، وهي سنتان ونصف.

ويقول الله تعالى في آية أخرى: ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ [لقمان: ١٤]. ذكرت هذه الآية مدة القطام وحددها بستتين، فدللت الآيتان على أن أقل مدة حمل شرعية ستة شهور.

وهذا ما يؤيده الطب اليوم، إذ ثبت أن الطفل لا يمكن أن يعيش إلا إذا ولد لستة شهور فأكثر من حمله.

٢- "أقصى مدة حمل شرعية يثبت بها النسب:

اختلف الفقهاء في تحديد أقصى مدة حمل شرعية اختلافاً كبيراً بسبب عدم وجود نص يحدد ذلك، فاعتمدوا على استقراء الواقع.

فذهب المالكية في المشهور إلى أنها خمس سنوات^(١).

وذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان^(٢).

وقال الشافعية والحنابلة: أربع سنوات^(٣).

وذهب محمد بن الحكم من المالكية إلى أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية^(٤).

وقال ابن حزم والشيعة الجعفرية أكثره تسعة شهور^(٥).

والحقيقة أن هذه المسألة اجتهادية فيجب الرجوع فيها إلى قول أهل الاختصاص والأطباء هم أهل الاختصاص في هذا الموضوع، وقد ثبت لدى الطب في أيامنا هذه أن غالب الحمل هو تسعة شهور، ويمكن أن يمتد قليلاً، ويُسمى بالحمل المديد، ولكن لا يبقى الحمل المديد حياً في بطن أمه أكثر من (١١) شهر؛ ولذلك فإن أعدل الآراء وأقربها إلى الواقع والصواب هو رأي ابن حزم الظاهري والشيعة الجعفرية وبعض المالكية. وحسناً ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري عندما أخذ برأي بعض المالكية، وجعل أقصى مدة للحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوماً) ليشمل كل الحالات النادرة، فقد نصت المادة (١٢٨) من القانون السوري على أن: أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثرها سنة شمسية.

(١) بداية المجتهد ٢ / ٣٩١ .

(٢) اللباب ٣ / ٨٧ ، الهداية ٢ / ٣٤ .

(٣) مغني المحتاج ٣ / ٣٩٠ .

(٤) بداية المجتهد ٢ / ٣٩١ .

(٥) المحلى ١٠ / ٣٨٥ ، اللعة الدمشقية ٢ / ١٣٤ .

- صفة عقد الزواج الذي يثبت به النسب:

أ- ثبوت النسب من عقد زواج صحيح في حال قيام الزوجية:

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجاً صحيحاً يُنسب إلى زوجها لحديث: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ^(١).

ولكن لا يثبت النسب عن هذا الطريق إلا بالشروط الآتية:

١- "أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة: فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ باتفاق الفقهاء، لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.

٢- "أن تلد الزوجة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج عند الحنفية، فالعقد وحده عندهم كافٍ لثبوت نسب الولد.

ومع إمكان الوطء بعد العقد عند جمهور الفقهاء، في حين اشترط ابن تيمية تحقق الوطء أو الدخول الحقيقي، ولا يكفي عنده إمكان الدخول، ورجح هذا القول ابن القيم في زاد المعاد ^(٢).

ولا شك أن رأي جمهور الفقهاء فيه احتياط للأنساب، وهو رأي وسط يتفق مع موقف الشارع وتشوفه إلى ثبوت الأنساب؛ لأن ثبوت النسب من أعظم المصالح والحقوق للأولاد.

فإن جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر، لا يثبت نسبه من الزوج باتفاق الفقهاء، لتحقيق حصول الحمل به قبل الزواج؛ لأن أقل مدة للحمل ستة شهور كما ذكرنا سابقاً، إلا إذا ادعاه الزوج في هذه الحالة، ولم يصرح أنه من زنى، فيحمل عندئذ على محمل حسن؛ لأن الأصل بالإنسان الصلاح، وذلك على أن المرأة قد حملت

(١) أخرجه الشيخان.

(٢) زاد المعاد ٥ / ٤١٥ ، بداية المجتهد ٢ / ٣٩١ والتي تليها، والمغني ٩ / ٥٤ ، واللباب: ٣ / ٩٠ ،

ومغني المحتاج ٣ / ٣٨٠.

به قبل العقد عليها، إما بناءً على عقد آخر، وإما بناءً على دخول في عقد فاسد، أو وطء بشبهة مراعاة لمصلحة الولد، وسترًا للأعراض بقدر الإمكان^(١).

٣- "إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد: وهو شرط متفق عليه، ولكن المقصود بالإمكان عند الحنفية هو الإمكان العقلي، حتى لو لم يثبت التلاقي حساً، ولكن إن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه عن طريق اللعان.

وذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط إمكان التلاقي بعد العقد بين الزوجين بالفعل أو الحس والعادة، وإمكان الوطء والدخول.

فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلاً لم يثبت نسب الولد من الزوج. وقد أخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢٩).

وفائدة الخلاف هنا أن الولد لا يُنفي نسبه في رأي الحنفية إلا باللعان، وينتفي دون لعان في رأي الجمهور لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين عادة^(٢).

ب- ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح:

وله حالتان: فرقة قبل الدخول والخلوة أو فرقة بعد الدخول.

١- "الفرقة قبل الدخول والخلوة: وفي هذه الحالة إذا جاءت بولد بعد الطلاق وقبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، ثبت نسب الولد من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة.

وأما إن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج؛ لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة تبين به الزوجة ولا عدة فيه^(٣).

(١) المغني ٩ / ٥٣، والأحوال الشخصية ص ٣٨٧ والتي بعدها. محمد أبو زهرة.

والفقه الإسلامي وأدلته ٧ ص ٢٨١ وما بعدها د. وهبة الزحيلي.

(٢) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية ج ١ / ٢٨٨ والتي بعدها د. مصطفى السباعي.

والفقه الإسلامي ٧ / ٦٨٣ د. وهبة الزحيلي.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣ / ٢١١ والتي بعدها. والفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٨٤ د. وهبة الزحيلي.

٢- في حالة الفرقة بعد الدخول أو الخلوة:

إن أتت الزوجة بولد بعد الطلاق أو الوفاة، ثبت نسبه من الزوج إذا ولدته قبل مُضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة، أما إن ولدته بعد مُضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى، هذا سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً أم في حالة الوفاة عند جمهور العلماء^(١).

وفرق الحنفية بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن فقالوا:

١- "إن كان الطلاق رجعياً ولم تُقر المرأة بانقضاء عدتها، يثبت نسب الولد من الزوج مطلقاً سواء أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق، أو بعد مضي سنتين أو أكثر؛ لأن الطلاق الرجعي لا يُحرم المرأة على زوجها، فيجوز له الاستمتاع بها ويكون ذلك رجعة منه^(٢)."

أما إن أقرت الزوجة بانقضاء عدتها في الطلاق الرجعي وكانت المدة تحتل ذلك، فلا يثبت نسب الولد من الزوجة إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها، فإن كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه، لجواز أن تكون حملت به بعد الإقرار بانقضاء العدة، ومدة الستة أشهر كافية فيه لتكوين الجنين فيحتمل أنها حملت به بعد انقضاء العدة، والمُقر يؤخذ بإقراره ما لم يوجد دليل قاطع على كذبه في إقراره^(٣).

٢- "إن كان الطلاق بائناً ولم تُقر بانقضاء العدة: فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق، لأن أقصى مدة الحمل عندهم سنتان. فإن أتت به في هذه المدة ثبت نسبه منه، وأما إن أتت به بعد مضي هذه المدة فلا يثبت نسبه منه؛ لأن الحمل حينئذ كان بعد الطلاق، ولا يحتمل أنه منه لحرمة

(١) انظر المغني ٩ / ٥٦، والفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٨٤ والتي بعدها د. وهبة الزحيلي.

(٢) انظر اللباب ٣ / ٨٨، والأحوال الشخصية ص ٣٩٣ محمد أبو زهرة والفقه الإسلامي ٧ / ٦٨٥ د. وهبة الزحيلي.

(٣) انظر الفقه الإسلامي ٧ / ٦٨٤ والتي بعدها، د. وهبة الزحيلي.

وطئها بعده ولو كانت في العدة، لأنه طلاق بائن تحرم به المرأة على زوجها إلا إذا ادعاه^(١)، فإن أقرت بانقضاء العدة وكانت المدة تحتل ذلك فإن ولدته لأقل من ستة شهور من وقت الإقرار، وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين ثبت نسبه لظهور كذبها في إقرارها بانقضاء عدتها، ولأن أقصى مدة الحمل سنتان، وقد ولدته قبل مُضي السنتين، وإن ولدته لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه لاحتمال أنها حملت به بعد انقضاء العدة^(٢).

ح - ثبوت النسب بعد الفرقة بسبب الوفاة:

إذا لم تقرر المرأة بانقضاء عدتها، فإن جاءت بالولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها المتوفى، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت نسبه. وأما إن أقرت بانقضاء عدتها وجاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه^(٣).

ثانياً- ثبوت النسب من عقد زواج فاسد:

الزواج الفاسد قبل الدخول كالباطل لا تترتب عليه أية آثار، أما إن حصل دخول في الزواج الفاسد، فإن بعض آثار العقد الصحيح تترتب عليه ومنها ثبوت النسب؛ احتياطاً للأولاد في ثبوت نسبهم لأن الشارع يتشوف إلى ذلك. فإذا عقد رجل على امرأة عقداً فاسداً ودخل بها ثم أتت بولد، فإن نسبه يثبت منه إن أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي بها. ثم إنه لا يتوقف نسبه في هذه الحالة على اعتراف الزوج، بل حتى إن نفاه لا ينتفي؛ لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح إنما يصح عن طريق اللعان، ولا لعان في الزواج الفاسد بين الزوجين، ومتى انتفى اللعان امتنع انتفاء النسب.

(١) انظر بدائع الصنائع ٣ / ٢١٢ واللباب ٣ / ٨٨ .

والأحوال الشخصية ص ٣٩٢ محمد أبو زهرة.

(٢) بدائع الصنائع ٣ / ٢١٣ ، واللباب ٣ / ٨٩ ، والفقہ الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٨٥ والتي بعدها.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣ / ٢١٤ ، واللباب ٣ / ٨٩ .

وأما إن أتت المرأة المدخول بها في عقد فاسد بالولد لأقل من ستة شهور من تاريخ الدخول الحقيقي بها فلا يثبت نسب ولدها منه لليقين بحصول الحمل حينئذٍ من زوج سابق أو من رجل غيره.

وإذا فرق القاضي بين الطرفين في العقد الفاسد بعد الدخول ثم ولدت المرأة بعد هذه الفرقة، فإن ولدت به لأقل من سنتين من سنتين من تاريخ الفرقة ثبت نسبه من الزوج، وإن ولدت به بعد سنتين أو أكثر لا يثبت نسبه منه.

والذي عليه القانون يشترط ألا تزيد المدة بين الفرقة والولادة عن سنة شمسية، فإن زادت لا تسمع دعوى عند الإنكار^(١).

ثالثاً- ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة:

إذا دخل رجل على امرأة بشبهة، كأن عقد على امرأة ثم زفت له امرأة غيرها وقيل له: إنها زوجتك، أو كأن وطئ زوجته المطلقة ثلاثاً وهي معتدة معتقداً أنها تحل له ثم جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد الحمل أنه منه، وإن أتت به لأقل من ستة شهور لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه فإنه يثبت نسبه منه^(٢).

أما الزنى فلا يثبت به النسب، لأن الشريعة أهدرت الزنى وحرمته، وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من جعله سبباً لثبوت النسب، ولأن ثبوت النسب نعمة والزنى جريمة، والجريمة لا تكون سبباً في ثبوت النعمة.

والزنى الذي لا يُثبت نسباً هو الخالي من أي شبهة مسقط للحد، فإذا وجدت شبهة تمحو وصف الجريمة، أو تسقط الحد فقط، فإن النسب يثبت على الراجح عند العلماء في الحال الثانية، ويأجماع العلماء في الحالة الأولى^(٣).

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية ١ / ٢٩١ ، د. مصطفى السباعي.

والفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٨٧ والتي تليها ، د. وهبة الزحيلي.

(٢) انظر المغني ٩ / ٥٧ .

(٣) انظر الأحوال الشخصية ص ٣٨٩ محمد أبو زهرة.

ثانياً- السبب الثاني لثبوت النسب: الإقرار^(١):

الإقرار هو وسيلة من وسائل الإثبات متفق عليها، ولكن الإقرار حجة قاصرة بعكس الشهادة فهي حجة متعددة. ومعنى ذلك أن أحكام الإقرار تلحق بالمقر فقط ولا تتعداه. وكذلك الأمر في النسب، فإن آثاره تثبت للمقر فقط دون غيره.

والإقرار بالنسب نوعان:

٢- إقرار محمول على النفس، مثل أن يقول: هذا ولدي.

٣- إقرار محمول على الغير، مثل أن يقول: هذا أخي.

والنوع الأول: وهو أن يُقر بنسب ولد إلى نفسه، ويثبت هذا النسب منه بشروط أربعة ذكرها العلماء وهي:

١- " أن يصدق هذا الإقرار الواقع، وذلك بأن يولد للمقر ولد مثل المقر له، بحث يكون فارق السن بينهما يميز ذلك.

أما إذا كان فارق السن بينهما يكذب هذا الإقرار، فلا يثبت النسب إلى المقر.

٢- " أن يكون المقر به مجهول النسب: وذلك بأن لا يكون معروف النسب من أب آخر، إذ متى تأكد ثبوت النسب من شخص فإنه لا يقبل الانتقال إلى غيره. ويُلحق بالولد ثابت النسب الولد المنفي باللعان، لاحتمال رجوع الأب عن رأيه فيثبت نسب الولد لأبيه.

٣- " أن يُصدق الولد المقر له بالنسب المقر بهذا الإقرار، إلا إذا كان صغيراً غير مميز فلا عبرة بتصديقه.

٤- " عدم ادعاء المقر أن هذا الولد ابنه من زنى، لأن الزنى لا يصلح سبباً لثبوت النسب. وكذلك التبني لا يصلح طريقاً لثبوت النسب؛ لأن الإسلام قد حرمه^(٢).

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٩٠ والتي بعدها، د. وهبة الزحيلي. والأحوال الشخصية ص ٣٩٦ والتي بعدها، محمد أبو زهرة. وشرح قانون الأحوال الشخصية ١٧٥/٢ والتي بعدها، د. عبد الرحمن الصابوني.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٣ / ٢١٧.

ويصح الإقرار بالنسب عند الحنفية دون بيان سببه، ويُحمل عندئذ على أن السبب شرعي وصحيح، وخالف المالكية وقالوا لا بد من بيان سببه. ورأي المالكية أفضل للفتوى في زماننا الذي غلب فيه عدم التقوى فيحتاط للنسب^(١).

وإذا ثبت النسب بالإقرار، أصبح الولد شرعياً وتترتب له جميع حقوق الأولاد من نفقة وإرث وغير ذلك، وتجب عليه جميع الواجبات التي تترتب على الأولاد نحو أبيهم.

النوع الثاني: الإقرار بنسب محمول على الغير مثل أن يقول: فلان أخي، فهو حمل للنسب على أبيه، ويصح هذا الإقرار، ويثبت النسب إذا توافرت الشروط السابقة في الإقرار بنسب محمول على النفس، ويزاد عليها شرط آخر، وهو تصديق الغير الذي ألحق به النسب، فيشترط تصديق الأب هنا، فإن قال: هذا أخي وصدقه أبوه ثبت النسب إلى الأب، وإن لم يصدقه فلا يثبت النسب لأبيه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر. فإن جاء بالبينة أي بشاهدين يشهدان بصحة قوله ثبت نسب الولد إلى أبيه بالبينة.

وإذا أقر شخص بنسب محمول على غيره، ولم يصدقه أبوه ولا إخوته ثبتت إخوة هذا الولد المقر له للمقر، وثبتت له جميع حقوق الأخوة. فإذا مات الأب فإن المقر له يشارك المقر بحصته في الميراث، ويستحق المقر له النفقة من المقر إذا احتاج إليها؛ وإذا مات المقر دون وارث استحق المقر له تركته^(٢).

وإذا كان المقر بالنسب هو الزوجة، فإن كانت لا زوج لها كالأرملة ثبت نسب الولد لها؛ لأن الزوجة ينسب الولد إليها في جميع الحالات ولو كان ولد زنى. وإن كانت متزوجة فلا يثبت نسب الولد إلى زوجها إلا إذا صدّقها، فإن أنكر زوجها فلا مجال لإثبات نسبه منه إلا بالبينة.

(١) انظر الأحوال الشخصية ص ٣٨٩ محمد أبو زهرة.

(٢) انظر الأحوال الشخصية ص ٤٠٠ محمد أبو زهرة، والفقهاء الإسلاميين وأدلتهم ٧ / ٦٩٣.

د. وهبة الزحيلي. وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري ٢ / ١٧٨ والتي بعدها.
د. عبد الرحمن الصابوني.

السبب الثالث- من أسباب ثبوت النسب: البينة.

الشهادة حجة متعددة، والإثبات بالشهادة أقوى من الإثبات بالإقرار؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، ويثبت نسب الولد بالبينة في الحالات الآتية:

١ - إذا ادعت الزوجة الولادة وأنكرها الزوج، أو أنكر أن ما ولدته غير هذا الطفل. ففي هاتين الحالتين يصح إثبات النسب من ولادة أو تعيين الولد بالشهادة. ويكفي أن تشهد امرأة مسلمة معروفة بالعدالة بهذه الولادة أو بتعيين الولد. كشهادة القابلة أو الطبيبة المولدة ؛ لأن شهادة النساء منفردات صحيحة في كل ما لا يطلع عليه الرجال^(١).

قال الزهري: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيونهن^(٢).

وكذلك تصح شهادة الطبيب المولد في عصرنا الحاضر.

٢ - إذا أقر شخص بأن فلانة أمه وصدقته الأم ثبت نسبه منها، وأما إن أنكرت فيستطيع الولد إثبات نسبه منها بالبينة الكاملة، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند الحنفية، وشهادة رجلين عند الجمهور.

وإذا عجز الولد عن الإثبات بالشهادة لجأ إلى اليمين، فإن حلفت الأم بطل الإقرار ولم يثبت النسب، وإن نكلت عن حلف اليمين ثبت نسب الولد المقر منها.

٣ - ويجوز إثبات النسب بالشهرة والتسامع بالاتفاق عند الفقهاء. وشرط الإثبات بالشهرة والتسامع؛ سماع المشهود به- وهو النسب هنا- من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب، فيقول أشهد أنه له، ولا يقول سمعت الناس يقولون كذا. وهذا عند جمهور العلماء الحنفية والشافعية والحنابلة.

(١) انظر بدائع الصنائع ٣ / ٢١٦ والتي بعدها للكاساني.

والأحوال الشخصية ص ٣٩٥ محمد أبو زهرة.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه وابن أبي شيبة (نصب الراية ٣ / ٢٦٣).

وقال الصاحبان: يكفي أن يخبر رجلان عدلان أو عدل وامرأتان.
وقال المالكية: يكفي أن يكون المنقول عنه غير معين بأن ينتشر المسموع به بين
الناس العدول وغيرهم، واشتراطوا أن يقول الشهود سمعنا كذا ونحوه^(١).

- موقف القانون السوري من أحكام النسب:

أولاً- ثبوت النسب حال قيام الزوجية:

نص القانون السوري على ما يلي:

المادة (١٢٨): «أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية».

المادة (١٢٩): ١- ولد كل زوجة في النكاح صحيح ينسب إلى زوجها

بالشرطين التاليين:

أ) أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

ب) 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 انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به

أو ادعاه.

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان.

إن القانون السوري جعل أقصى مدة للحمل سنة شمسية عملاً برأي بعض
المالكية^(٢). خلافاً لرأي جمهور الفقهاء، ولكنه جعلها سنة شمسية لا سنة قمرية، وهذا
رأي حسن يتفق مع الطب، وفيه احتياط في ثبوت النسب في بعض الحالات النادرة،
إذ غالب الحمل تسعة شهور، وقد يمتد قليلاً ولكن لا يتجاوز السنة.

(١) انظر البدائع ٦ / ٢٦٦، ومغني المحتاج ٤ / ٤٤٨، والمغني ٩ / ١٦١ وما بعدها.

والفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٦٩٦ د. وهبة الزحيلي.

وشرح قانون الأحوال الشخصية ٢ / ١٨٠ والتي بعدها د عبد الرحمن الصابوني.

(٢) هو رأي محمد بن الحكم انظر بداية المجتهد ٢ / ٣٩١.

وقد جعل القانون أقل مدة للحمل ستة شهور وهذا متفق عليه عند الفقهاء ويؤيده الطب الحديث.

ونلاحظ أن القانون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء في المادة (١٢٩) فقرة ب، حيث اشترط لثبوت النسب ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة أكثر من مدة الحمل، إذ لا عبرة للعقد في ثبوت النسب مع ثبوت عدم التلاقي.

أما إذا كان الزوج في بلد قريب كحمص والزوجة في دمشق، فإن نسب الولد إليه صحيح، لأن تصور التلاقي ممكن.

وإذا انتفى أحد الشرطين السابقين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه، وإذا تحقق الشرطان لا يملك الزوج نفي نسب الولد عنه إلا باللعان.

ثانياً- ثبوت النسب بعد الفرقة أو وفاة الزوج:

نصت المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: « إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة ».

ونصت المادة (١٣١) : « المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقران بانقضاء العدة، يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من (١٨٠) يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت ».

نلاحظ من هاتين المادتين أن القانون في المادة (١٣٠) يبين ثبوت النسب في حالة المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا لم تُقر بانقضاء عدتها، أما المادة (١٣١) فقد بينت حكم ثبوت النسب في حالة إقرار الزوجة بانقضاء العدة، إلا أن القانون السوري لم يفرق بين المعتدة من طلاق رجعي أو بائن رغم أنه أخذ أحكام الطلاق والرجعة من المذهب الحنفي الذي يفرق في أحكام ثبوت النسب من المطلقة بين المعتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن خلافاً لجمهور العلماء.

وبما أن القانون السوري قد جعل أقصى فترة حمل شرعية سنة، فإن نسب الولد يثبت إذا ولدته المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا لم تقر بانقضاء عدتها خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

أما إذا أقرت بانقضاء عدتها فيثبت نسبه إذا ولدته لأقل من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة وبشرط أن تلده لأقل من ستة شهور من تاريخ إقرارها، لثبوت حملها من الزوج وقت الطلاق أو الوفاة، وبذلك يتبين كذبها في الإقرار بانقضاء العدة.

ثالثاً- ثبوت النسب من عقد فاسد:

نصت المادة (١٣٢) : المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد للمائة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج.

أخذ القانون السوري في هذه المادة برأي محمد بن الحسن من الحنفية في حساب أقل مدة الحمل لثبوت النسب في العقد الفاسد من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد خلافاً لرأي أبي حنيفة، وهذا هو الرأي السديد، لأن العقد الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أية آثار.

وإذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق، لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق (الفقرة ٢ / مادة ١٣٢).

رابعاً- ثبوت النسب من وطء بشبهة:

ويثبت نسب الولد من وطء بشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل من مدة الحمل وبين أكثرها لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (الفقرة ٢ من المادة ١٣٢)^(١).

خامساً - ثبوت النسب بالإقرار:

نصت المادة (١٣٤) : الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب في المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة.

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ٢ / ٢٩١، د. مصطفى السباعي.

ونصت المادة (١٣٥) : إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك.

ونصت المادة (١٣٦) : الإقرار بالنسب في غير البنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

نلاحظ من خلال هذه المواد أن القانون وافق ما ذهب إليه الفقهاء من شروط لثبوت النسب عن طريق الإقرار.

فإذا كان الإقرار بنسب محمول على النفس فقد بينت المادة (١٣٤) أن النسب يثبت بهذا الإقرار بشرط أن يكون فارق السن بينهما يُصدق هذا الإقرار.

كما بينت المادة (١٣٥) أن إقرار الولد مجهول النسب بأن فلاناً أبوه أو بأن فلانة أمه لا يثبت نسبه منهما إلا بشرطين:

الأول: أن يكون فارق السن يصدق هذا الإقرار.

الثاني: تصديق المقر له بهذه البنوة.

كما أن المادة (١٣٦) بينت أن الإقرار بنسب محمول على الغير لا يثبت إلا بتصديقه بالإضافة إلى توافر الشروط السابقة في ثبوت نسب محمول على النفس.

وقد أخذ القانون السوري بالمذهب الحنفي عندما لم يشترط لثبوت النسب بالإقرار بيان سبب الصلة التي أدت لهذا النسب.

ولا خلاف فقهاً وقانوناً في أن الزنى لا يثبت عن طريقه النسب ولو ادعاه.

- آثار ثبوت النسب:

إذا ثبت النسب من عقد زواج صحيح خلال قيام الزوجية أو بعد الفرقة أو الوفاة، أو ثبت من عقد فاسد، أو دخول بشبهة، ترتب عليه جميع الأحكام التي

توجبها القرابة، فيحرم النكاح في الدرجات الممنوعة، وتستحق به النفقة التي توجبها القرابة، ويستحق به الإرث (الفقرة ٢ من المادة ١٣٣).

طرق نفي النسب:

إذا توافرت شروط النسب ثبت نسب الولد ولا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان. أما إذا فقد أحد شروط ثبوت النسب جاز عندئذ نفيه. ويجوز نفي النسب في الحالات الآتية^(١).

١- إنكار ولادة الولد:

إذا كان الزوج لا يعلم أن زوجته حامل، جاز له أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد. فإذا عجز الزوج عن إثبات دعواه فالقول قول الزوجة. ويجوز للزوجة أن تُثبت الولادة بشهادة القابلة أو الطبيب المولد، وشهادة النساء وإن كانت واحدة تكفي لإثبات الولادة، لأن ذلك من الأمور الخاصة بالنساء.

ولا يصح نفي النسب بنفي الولادة إذا صدر عن الزوج ما يدل على إقراره ورضاه بالولادة صراحة أو دلالة كما لو أحضر القابلة أو قبل التهنة^(٢).

٢- عدم القدرة على الإنجاب:

إذا كان الزوج غير قادر على الإنجاب لصغر سنه أو بسبب عقمه، وجاءت زوجته بولد، فلا يثبت نسب الولد لأبيه في هذه الحالة قطعاً، ولا يصح إقرار الزوج به، لأن من شروط الإقرار بالنسب أن يولد لمثله ولد.

٣- عدم التلاقي بين الزوجين:

إذا أثبت الزوج أنه لم يلتق بزوجه بعد العقد أبداً، ومرت سنة فأكثر على العقد، فلا يثبت نسب الولد منه، إن ولدته الزوجة.

(١) انظر المذهب ٢ / ١٢٠ والتي بعدها.

(٢) انظر المغني ٩ / ٤٩ - ٥٠ والهداية ٢ / ٣٥ - ٣٦ ، والمذهب ٢ / ١٢٣.

٤- عدم مرور الفترة المحددة للحمل شرعاً:

ويجوز للزوج أن ينفي نسب الولد الذي جاءت به زوجته إن جاءت به في غير فترة الحمل الشرعية، أي إن جاءت به لأقل من ستة شهور من تاريخ العقد، أو إن جاءت به لأكثر من سنة من تاريخ الفقرة. غير أنه يجوز في هذه الحالة أن يُقر الزوج بنسب الولد، بشرط أن لا يُقر بأنه من زنى، فيحمل ذلك على أنه من عقد سابق تم كتمه^(١).

٥- نفي النسب باللعان^(٢):

إذا ثبت نسب الولد من أبيه بتوافر شروطه كلها، فلا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان.

ونفي النسب عن طريق اللعان يكون في حالتين:

الأولى: إذا قذف الزوج زوجته بالزنى.

والثانية: إذا نفى نسب الولد.

فإذا نفى الزوج نسب الولد بعد ولادته ودون أن يسبق منه إقرار به، وعجز عن إثبات دعواه أمام القاضي بالبينّة، لجأ إلى اللعان، فيحلف أيمان اللعان الخمسة، ثم تُردُّ أيمان اللعان إلى الزوجة، فإذا حلفتها حكم القاضي بعدها بنفي نسب الولد من الزوج. وقد سكت قانون الأحوال الشخصية السوري عن حالات نفي النسب فيرجع إلى الراجح من المذهب الحنفي، ويجب العمل به بمقتضى المادة (٣٠٥) من القانون. وقد ذكر الحنفية حالات نفي النسب السابقة.

أحكام اللقيط والتبني في قانون الأحوال الشخصية السوري:

تعريف اللقيط: هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يُعرف والداه^(٣).

فاللقيط مولود حي نبذه أهله خوفاً من الفقر أو فراراً من قهمة الزنى.

(١) المغني ٩ / ٥٣ وما بعدها ، والهداية ٢ / ٣٤.

(٢) انظر المغني ٩ / ٦٥ وما بعدها.

(٣) هذا التعريف الوارد في المرسوم التشريعي السوري رقم (١٠٧) الصادر في ٤ / ٥ / ١٩٧٠م.

وقد نظم القانون السوري أحكام اللقيط ، وحدد مركزه الاجتماعي في المواد الآتية:

المادة /٢/: على كل من يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه.

ونصت المادة /٥/: تتولى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رعاية اللقيط وكفالاته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه.

المادة /٦/: تقوم وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمامه سن الثامنة عشرة.

المادة /٧/: يعامل اللقيط القاصر معاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله، وتسري على وصيه أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشخصية.

المادة /١٣/: يعد اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك.

المادة /١٤/: تسري على كل من يدعي صلة نسب بلقيط الأحكام المتعلقة بالإقرار بالنسب الواردة في قانون الأحوال الشخصية.

إن نظرة فاحصة في موقف القانون السوري من اللقيط ، تبين أن القانون يُحرم التبني، وأخذ بموقف الفقه الإسلامي منه في بيان مركزه الاجتماعي، وفي رعايته ومعاملته معاملة اليتيم، وفي وجوب احتضان الدولة له والإنفاق عليه حتى يشب ويستطيع الاعتماد على نفسه. وإن كنت أرى نقصاً في القانون عندما لم يشجع أفراد المجتمع والأسر على احتضان اللقيط وتربيته، بدلاً من تربيته واحتضانه في دور اللقطاء التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية.

وهذا أمر يشجع عليه الإسلام كثيراً، وتؤكد الدراسات النفسية والتربوية الحديثة، حفاظاً على نشأة اللقيط نشأة سليمة، وخصوصاً في أخلاقه وسلوكه وانفعالاته النفسية والعاطفية، ومن الممكن تنظيم ذلك عن طريق فرض راتب شهري لمن يحتضن لقيطاً نفقة لهذا اللقيط ، وإشراف وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل ورقابتهم على ذلك.

والخلاصة أن نظام التبني لا تعترف به أحكام الفقه الإسلامي وهو يشجع على الزنى ويساعد على انتشاره.

وإن أحكام الشريعة الإسلامية لا تقر بالنسب ولا تعترف به سوى عن طريق الزواج الشرعي، حفاظاً على الأسرة والأولاد والمجتمع في آن واحد.

وقد أبطل الإسلام عادة التبني التي كانت سائدة قبل الإسلام عند العرب، كما أبطل إلحاق نسب الأولاد عن طريق الفاحشة.

قال الله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ [الأحزاب: ٤].

وقال رسول الله ﷺ: { الولد للفراش وللعاهر الحجر }^(١).

وشدد رسول الله ﷺ النكير على الآباء الذين يمحذون نسب أولادهم فقال: (أما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)^(٢).

لأن في هذا الإنكار تعريضاً للولد للضياع، وتعريضاً لأمه للذل والعار.

كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله ﷺ: (من ادعى إلى غير أبيه فالجنة حرام عليه)^(٣).

كما أن الإسلام حرم التبني الذي في حقيقته نسبة الولد إلى غير أبيه؛ لأن التبني يهدم بذلك كثيراً من الأحكام والمصالح التي أقام الإسلام عليها عقد الزواج ونظام الأسرة، فيرث الولد المتبني من أبويه وهو غير وارث، وتحرم عليه بعض النساء وهن غير

(١) أخرجه الشيخان.

(٢) أخرجه النسائي - كتاب الطلاق - باب التغليظ في الانتفاء من الولد. رقم (٥٦٧٥) ج ٣ / ٣٧٨، وأخرجه ابن حبان - كتاب النكاح - باب ثبوت النسب وما جاء في القائف. رقم (٤١٠٨) ج ٩ / ٤١٨، والحاكم في المستدرک - كتاب الطلاق ج ٢ / ٢٢٠ - ٢٢١.

(٣) أخرجه الشيخان.

محرمات، وتحل له بعض النساء وهن من محارمه، وقد يكون وسيلة للكيد والإضرار وحرمان الورثة، فتتهدر بذلك النظم الشرعية، ويحل الحرام محل الحلال، ونظام الأسرة قائم على أسس شرعية ثابتة لا تتغير، والتبني قد يتخذ وسيلة للفساد والاضطراب، وإثارة الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة^(١).

ولذلك عدت الشريعة الإسلامية التبني من الكبائر التي توجب سخط الله تعالى، فقد جاء في الحديث الصحيح عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: (من ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله تعالى منه صرفاً ولا عدلاً)^(٢).

كما ورد في الحديث: { ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر }^(٣). والتبني عقد صوري وبنوة مفترضة، لا تمت للواقع والحقيقة بأي صلة، ولا تنشئ عطفاً وحناناً حقيقياً كعاطفة الأب والأم الحقيقيين. والتبني دعوة باللسان يكذبها الواقع، ولا يستقيم في منطق العقل أن يكون الطفل دعياً وبنياً في آن واحد.

وهذا ما أشارت إليه الآية في قوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ اذْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ [الأحزاب: ٤ - ٥].

والتبني لا يحل مشكلة للطفل اللقيط، فإنه سرعان ما يعرف الحقيقة عندما يكبر فيصاب بالإحباط والحقد على من حوله الذين أحاطوه بالكاذب. والأفضل أن يعرف موقعه في المجتمع منذ الصغر، وهذا أسلم له وللمجتمع وأسلم للأسرة.

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج ٢ ص ١٩٦، د. عبد الرحمن الصابوني.

(٢) أخرجه الشيخان.

(٣) متفق عليه.

وقد يقول قائل: أليس في التبني حل لمشكلة اللقطاء ومصلحة للقيط في إثبات النسب له ؟

نقول هذه مصلحة متوهمة للأسباب التي ذكرناها سابقاً، ولأن هذه المصلحة خاصة تتعارض مع مصلحة عامة وهي مصلحة المجتمع. فتقدم مصلحة المجتمع، لأن في إباحة التبني تشجيعاً للزنى كما ذكرنا سابقاً، وهدماً لنظام الأسرة.

وقد حلت الشريعة الإسلامية مشكلة اللقطاء عندما نظرت إليهم نظرة إنسانية ونظرة رحمة تبرئهم من جريمة غيرهم إذ من أبسط بدهيات الشريعة وأصولها أنه « **أَلَا تَرَوْا وَارِدَةَ وَرَزَّ أُخْرَى** » [النجم: ٣٨]، فلا يؤخذ أحد بجريرة أو ذنب غيره. ولذلك عاملهم الإسلام معاملة الأيتام، من حيث وجوب الإنفاق عليهم ما داموا بحاجة إلى مساعدة مادية ومعنوية، وجعلهم في كفالة المجتمع أولاً، ثم في كفالة الدولة.

ثانياً- فمن المقرر عند الفقهاء بالاتفاق وجوب حفظ اللقيط ورعايته على من يجده في مكان يغلب فيه موته أو هلاكه، وهو أحق به من غيره، وليس لأحد أن ينتزعه منه إلا إذا جاء مَنْ أقر بنسب هذا اللقيط منه، فيثبت نسبه منه إذا استوفى شروط الإقرار بالنسب^(١).

وإن لم يخش هلاكه فيه كان إيواؤه مندوباً إليه. وعلى من يلتقط هذا الإنسان أن يقوم بتربيته، وتعليمه، وتقديم ما يحتاج إليه^(٢)، لقاء ما وعد به رسول الله ﷺ من أجر وثواب عظيم عند الله تعالى حيث قال: (أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى)^(٣).

ولكن بشرط أن لا ينسبه إليه، وبذلك أراد الإسلام لهذا اللقيط أن ينشأ في كنف أسرة ورعايتها حتى ينشأ نشأة سليمة في جسمه وعقله ونفسه وعاطفته، فإن عجز هذا الإنسان عن رعايته والإنفاق عليه، وجب عليه أن يسلمه للدولة لتتولى

(١) انظر الهداية ١٧٥/٢، والمهذب ج ١ ص ٤٣٥ وما بعدها، المغني: ٢٨٤/٦ وما بعدها.

(٢) انظر الهداية ١٧٥/٢، والمهذب ج ١ ص ٤٣٥ وما بعدها، المغني: ٢٨٤/٦ وما بعدها.

(٣) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وأحمد في مسنده، انظر الجامع الصغير للسيوطي: ١٦٢/١.

رعايته، وتكون نفقته واجبة في بيت المال. وبذلك ضمن الإسلام للقيط مجهول النسب الحياة الكريمة إذ أوجب رعايته والإحسان إليه بدافع نبيل وشريف، وهو إنقاذ هذا الإنسان بغية الإحسان إليه وتقرباً إلى الله تعالى.

ويكفي في ذلك قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ أي لتكن معاملة مجهول النسب معاملة الأخ لأخيه.

وبذلك أقام الإسلام حاجزاً قوياً بين الولد الشرعي الذي يُنسب لأبويه نتيجة عقد زواج صحيح وبين ثمرة جريمة الزنى، فجعل للأول النسب الشرعي، وللثاني حق الرعاية الاجتماعية بأوسع مدى، حتى أجاز العلماء للشخص الذي يكفل لقيطاً أن يوصي له بثلث أمواله، بعد وفاته لأنه غير وارث، وربما كان ذلك المقدار أكثر من حصة أولاده الحقيقيين في الميراث، إعانة له على متابعة حياته بعد الكبر والاعتماد على نفسه^(١).

المبحث الثاني- الرضاع وأحكامه:

تعريف الرضاع: هو مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة.

١- مقدار الرضاع المحرم:

اختلف العلماء في مقدار الرضاع الذي يثبت به التحريم.

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم^(٢). واستدلوا بما يلي:

أ- بالإطلاق الوارد في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرُّضَاعَةِ ﴾ [النساء: ٢٣].

ب- بالإطلاق الوارد في السنة في قول الرسول ﷺ: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٣).

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج ٢ ص ١٩٤ والتي بعدها، د. عبد الرحمن الصابوني.

(٢) انظر الهداية ١ / ٢٢٣، الباب ٣ / ٣١، وبداية المجتهد ٢ / ٤١ والقوانين الفقهية ص ١٣٨.

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس وعائشة. وأخرجه أحمد والترمذي عن علي رضي الله عنه وصححه.

انظر نصب الراية ٣ / ٢١٨.

٢- قالوا: إن التحريم متعلق بفعل الرضاع، فيستوي قليله وكثيره، والسبب في التحريم هو تحقق الجزئية وإنبات اللحم وهذا يتحقق بالقليل والكثير من الرضاع. ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه يُشترط في الرضاع أن يكون متحققاً بشكل يقيني، أما لو كان مشكوكاً في وقوعه فلا حرمة مع الشك^(١).
وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن مقدار الرضاع المحرم هو أن لا يقل عن خمس رضعات متفرقات مشبعات^(٢).

واستدلوا لقولهم بما يلي:

أ- بقول السيدة عائشة رضي الله عنها: «كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يُحرّم، فنسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يُقرأ من القرآن»^(٣) أي فيما يُتلى حكمهن أو يقرؤهن من لم يبعه النسخ لقربه.
ب- واستدلوا بما رواه عبد الله بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال: (لا تحرم المصّة والمصتان)^(٤).

ج- قالوا: إن علة التحريم هي الجزئية بين الرضيع والأم التي تحدث بسبب اللبن الذي يُنبِت اللحم والجسم، وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم على الأقل، ويُقدر بخمس رضعات متفرقات.

وقد أخذ القانون السوري برأي الشافعية والحنابلة كما سنرى عند التعرض لموقف القانون، وهذا فيه توسعة وتيسير على الناس، وحفاظ على بقاء الأسرة.

(١) أخرجه الشيخان.

(٢) انظر المذهب ٢ / ١٥٦ ، ومغني المحتاج ٣ / ٤١٦ ، والمغني ٩ / ١٩٢ .

(٣) رواه مسلم في صحيحه.

(٤) رواه مسلم.

٢- مدة الرضاع المحرم:

اشترط العلماء ومنهم الأئمة الأربعة لثبوت التحريم بالرضاع أن يقع الرضاع في الصغر، فلا تثبت الحرمة برضاع الكبير ، وهو من تجاوز السنتين عند جمهور العلماء. فقد ذهب صاحبان من الحنفية والأئمة الثلاثة المالكي والشافعي والحنبلي إلى أن مدة الرضاع المحرم هي أول سنتين من عمر الطفل^(١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَسِّمَ الرُّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فقد جعل الله تعالى تمام الرضاعة في أول حولين من عمر الطفل، فدل على أنه لا حكم للرضاع ولا أثر له في التحريم بعد أول سنتين واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] أي فطامه، فدل ذلك على أن أقصى فترة الرضاع المعتبرة شرعاً سنتان.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] قالوا مدة الرضاع والحمل المذكورة في القرآن هي ثلاثون شهراً.

وأدق مدة الحمل هي ستة شهور، فبقي أكثر مدة للرضاع سنتان، فلا يثبت تحريم من الرضاع بعد مرور حولين من عمر الطفل عند جمهور العلماء، وهو الراجح. واستدلوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»^(٢).

واستدلوا بخبر روته أم سلمة: «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام»^(٣).

(١) انظر الهداية ١ / ٢٢٣ ، الباب ٣ / ٣١ ، والمهذب ٢ / ١٥٥ ومغني المحتاج ٣ / ٤١٦ وبداية المجتهد ٢ / ٤١ ، والقوانين الفقهية ص ١٣٨ ، والمغني ٩ / ٢٠٢ .

(٢) انظر المهذب ٢ / ١٥٥ - ١٥٦ . وهذا الخبر رواه الدار قطني عن ابن عباس (أنظر نيل الأوطار ٦ / ٣١٥) .

(٣) رواه الترمذي وصححه (نيل الأوطار ٦ / ٣١٥) .

وذهب أبو حنيفة إلى أن مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهراً، فأضاف إلى مدة الرضاع ستة شهور، أي نصف سنة لحاجة الطفل إلى هذه المدة للتدرج من اللبن إلى الطعام المعتاد، فتصبح مدة الرضاع عنده ثلاثين شهراً^(١).

- وإذا اختلط لبن المرضع مع لبن غيره، أي مع لبن امرأة أخرى فالعبرة للغالب منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: تثبت الحرمة من المرأتين احتياطاً.

أما إذا اختلط لبن المرضع مع لبن شاة أو بقرة فالعبرة للغالب منهما عند الحنفية جميعاً^(٢).

٣- إثبات الرضاع المحرم والآثار التي تترتب عليه:

يثبت الرضاع المحرم بالبينة أي بالشهادة أو بالإقرار^(٣).

أما الشهادة فثبتت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا يثبت بشهادة المرأة الواحدة، ولا بشهادة النساء منفردات عند الحنفية^(٤).

أما الإقرار بالرضاع فتثبت به أيضاً حرمة الرضاع، كما لو أقر شخص بأن فلانة أخته من الرضاع، فإن ثبت الرضاع المحرم بين رجل وامرأة بالشهادة أو بالإقرار، فلا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر، وإن كانا متزوجين فرق القاضي بينهما إن لم يتفرقا، ويأخذ العقد بينهما حكم العقد الفاسد، فلا تستحق المرأة المهر إن وقع التفريق قبل الدخول، أما إن وقع التفريق بعد الدخول، فللزوجة الأقل من المهر المسمى أو مهر المثل، أو إن لم يوجد مهر مسمى.

(١) انظر الهداية ١ / ٢٢٣ .

(٢) انظر البدائع ٤ / ٥ والتي وبعدها، والهداية ٢ / ٢٢٤ والتي بعدها.

(٣) انظر البدائع ٤ / ١٤ والتي بعدها.

(٤) انظر الهداية ٢ / ٢٢٦ ، وقال مالك: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت تنصف بالعدالة. وقال الشافعي: يقبل فيه شهادة أربع نسوة .

أما إن وقع التفريق قبل الدخول بناء على إقرار الزوج، فتستحق الزوجة نصف المهر، نحشية أن يكون الزوج أراد التخلص من دفع نصف المهر فيما إذا أراد طلاقها قبل الدخول.

ويصح من المرأة الإقرار بالرضاع، وتترتب عليه آثاره قبل الزواج، كما لو قالت: هذا أخي من الرضاع، فلا يجوز لها أن تتزوجه. أما بعد الزواج فلا يصح من الزوجة الإقرار بالرضاعة بينها وبين زوجها إذا لم يصدقها الزوج؛ لوجود التهمة من أجل التخلص من الزواج بفسخ النكاح^(١).

٤- هل تجبر الأم على الإرضاع:

اتفق العلماء على وجوب الإرضاع على الأم ديانة، أما قضاء فلا يجب عليها عند الحنفية والشافعية^(٢). وذهب الإمام مالك إلى أن الأم لا تجبر قضاءً إذا كانت شريفة في قومها والعرف لا يُجبر أمثالها، وتجبر في غير هذه الحالة^(٣).

واتفق العلماء على وجوب الإرضاع على الأم قضاءً في ثلاث حالات^(٤):

أ- إذا امتنع الطفل عن الرضاع من ثدي أمه، فتجبر الأم على إرضاعه إنقاذاً له من الهلاك.

ب- إذا لم توجد من ترضعه سوى الأم.

ج- إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة.

فيجب على الأم إرضاع طفلها في هذه الحالات إنقاذاً لحياته وحفاظاً عليها.

(١) انظر البدائع ٤ / ١٤ والتي بعدها.

(٢) انظر الهداية ٢ / ٤٥ ، اللباب ٣ / ٩٩ ، والمهذب ٢ / ١٦٧ .

(٣) بداية المجتهد ٢ / ٤١ - ٤٢ .

(٤) اللباب ٣ / ١٠٠ .

٥- أجرة الرضاع:

إذا امتنعت الأم عن إرضاع طفلها في غير الحالات الثلاث السابقة، فيجب على الأب أن يستأجر للطفل مرضعة، وعليه أجرة الرضاع لوجوب نفقة الطفل على أبيه. ولكن لو قامت الأم بإرضاع طفلها، فهل يحق لها طلب الأجرة على ذلك فيما لو لم ترض بإرضاعه تبرعاً؟

والجواب على ذلك أنها لا تستحق الأجرة على الرضاع في حال قيام الزوجية، أو إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، لأنها تستحق النفقة الزوجية أو نفقة العدة، فلا تستحق نفقة ثانية زائدة على ذلك، لأن سبب در اللبن هو النفقة الزوجية أو نفقة العدة.

أما إذا انقضت عدتها، أو كانت معتدة من وفاة، فلها أجرة على الرضاع، لأنها أصبحت أجنبية على زوجها، وليس لها نفقة عليه، وهي أحق بإرضاع طفلها ما لم تطلب زيادة على أجرة المثل^(١).

ودليل هذا الحكم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٌ فَأَلْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فهذه الآية وردت في المطلقات، ولأنه كما أشرت سابقاً لا نفقة للأم بعد الزوجية وانقضاء العدة، كما لا نفقة للمعتدة من وفاة.

٦- التبرع بالإرضاع من غير الأم:

فإذا جاءت امرأة غير الأم، وتبرعت بإرضاع الطفل مجاناً دون أجرة، سواء كانت قريبة للطفل أم أجنبية، ورفضت الأم الإرضاع إلا بأجرة، أو وجدت من ترضع الطفل بأقل من الأجرة التي طلبتها الأم، كانت هذه المرأة أحق بإرضاع الطفل من الأم، سواء كان الأب موسراً أم معسراً.

(١) انظر الهداية ٢ / ٤٥ - ٤٦، واللباب ٣ / ١٠٠، والمهذب ٢ / ١٦٨.

ويبقى حق الحضانة لأمه، إما أن ترضعه المرأة المتبرعة عند الأم، أو ترضعه في بيتها ثم ترده إلى الأم^(١).

أما إذا لم يجد الأب من يرضع طفله إلا بأجرة، كانت الأم أولى بالإرضاع، لأنها أعطف وأحن على الولد^(٢).

٧- متى تبدأ أجرة الرضاع:

يبدأ حق الأم بأجرة الرضاع من تاريخ الرضاع، ولا يتوقف ذلك على وجود عقد بينها وبين زوجها. أما المرضعة إذا كانت غير الأم، فتبدأ أجرة الرضاع من تاريخ العقد بينها وبين الأب، ولا تسقط أجرة الرضاع بموت الأب، بل تبقى ديناً في ذمة الأب، وهي من جملة الغرماء.

٨- مدة الأجرة على الرضاع:

إذا كانت المرضعة هي الأم، فلا تستحق الأجرة على الرضاعة لأكثر من سنتين لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وإن كانت المرضعة غير الأم، فتستحق الأجرة عن المدة المتفق عليها بينها وبين الأب. وإذا انتهت مدة الرضاعة، وامتنع الطفل عن قبول الثدي غيرها، ولم يستغن عن الرضاعة، فتجبر عندئذ على الرضاعة بأجرة المثل. وكذلك تجبر على الرضاعة إذا كانت متبرعة بغير أجرة في هذه الحالة.

- موقف القانون من أحكام الرضاع:

نص القانون على بعض أحكام الرضاع في المادتين (١٥٢ - ١٥٣)، والفقرة الثانية من المادة (٣٥).

(١) انظر للباب ٣ / ١٠٠، المذهب ٢ / ١٦٨.

(٢) الهداية ٢ / ٤٦.

فقد نصت المادة (٣٥) - ف ٢: يُشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منهما، قل مقدارها أم كثر.

فهذه المادة نصت على أمرين: الأول- أخذت برأي جمهور الفقهاء، أن الرضاع المحرم يجب أن يقع في أول سنتين من عمر الطفل.
والأمر الثاني: أخذ القانون برأي الشافعية والحنابلة في المقدار المحرم من الرضاع وهو ما كان خمس رضعات متفرقات فأكثر.

فإن كان الرضاع أقل من ذلك، فلا تقع الحرمة بسبب الرضاع.
ونصت المادة (١٥٢) - ف ١: أجرة رضاع الولد سواء أكان إرضاعاً طبيعياً أم اصطناعياً على المكلف بنفقته، ويكون ذلك في مقابل غذائه.
ف ٢- لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي.

ونصت المادة (١٥٣) - المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم.

نلاحظ من هاتين المادتين ما يلي:

١- "إن القانون السوري جعل أجرة الرضاع واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير، وهو الأب إن كان قادراً على النفقة والكسب وإلا فالجد، وأجرة الرضاع جزء من النفقة المستحقة للطفل، وتكون هذه الأجرة في مقابل نفقة غذاء الطفل، وأما في أثناء الفطام، أو قبله فيضاف إلى أجرة الرضاع نفقة الغذاء الذي يحتاجه الطفل إن كان الطفل يأكل الغذاء مع الرضاع.

٢- "وقد ذهب القانون لما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي من أن الأم المرضعة، لا تستحق أجرة على الرضاع، ما دامت الزوجية قائمة، وخلال فترة العدة الرجعية؛

لأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها في هذه الفترة، ولبن الأم الذي ترضعه هو بسبب تلك النفقة.

وهذا يعني أن الزوجة تستحق أجره على الرضاع إن طلبت ذلك بعد انتهاء عدتها، أو إذا كانت معتدة من طلاق بائن، وهذا على إحدى روايتين عند الحنفية. وإن كنا نرجح العمل بالرواية الأخرى وهي ما رجحها الكمال بن همام، وعليها العمل في محاكم مصر، لأن المعتدة من طلاق بائن تجب لها نفقة العدة^(١).

٣- كما نلاحظ أن القانون في المادة (١٥٣) قد فضل المتبعة بالرضاع، وقدمها على الأم إذا طلبت الأم أجره على الرضاع، بشرط أن يكون الأب معسراً. وهذا يخالف ما ذهب إليه الفقهاء في المذهب الحنفي الذين يقولون: بتقدم المرأة المتبعة على الأم في هذه الحالة سواء كان الأب موسراً أم معسراً^(٢).

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذا الحكم يخالف ما ذهب إليه الحنفية في الحضانة حيث قالوا: بتقدم الأم على المتبعة بالحضانة، أو فيما لو طلبت الأم أجراً أكبر من غيرها، إذا كان الأب موسراً.

وهذا عين الحكمة والصواب؛ لأن القصد من الإرضاع الغذاء ونمو جسم الطفل، ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها.

أما القصد من الحضانة فهو الحنو والشفقة، ولا ريب في أن الأم أولى وأحني وأكثر شفقة من غيرها، فيجب أن يتحمل الأب ما تطلبه الأم من أجر إذا كان موسراً وقادراً على ذلك؛ لأن في دفع الطفل للمتبعة الأجنبية لحضائته ضرراً به لقصور شفقتها، فلا يعد معه الضرر في المال، ولأن حرمة المال دون حرمة مصلحة الصغير^(٣).

(١) انظر الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٤٠٢ .

والأحوال الشخصية لعبد الوهاب خلاف ص ٢٠٥ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٢ / ٦٧٦ .

(٣) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج ١ ص ٣١٢ د. مصطفى السباعي.

٤- "أما إذا قبلت الأم إرضاع طفلها من دون أجر، فلا يقدم عليها أحد لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

٥- "كما نلاحظ أن القانون في المادة (١٥٣) قد اشترط بأن يكون الإرضاع في بيت الأم في حالة تقديم المتبرعة على الأم حفاظاً على مصلحة الصغير، ولأن الحضانة من حق الأم في هذه الفترة من عمر الطفل لوفور شفقتها.

- وقد سكت القانون عن بقية أحكام الرضاع، فيرجع فيه إلى المذهب الحنفي.

المبحث الثالث: حق الحضانة:

تمهيد: المقصود بالحضانة رعاية شؤون الطفل الصغير منذ ولادته وتربيته حتى يبلغ سنّاً معينة يستغني فيها عن الرعاية والتربية.

وهذا حق من حقوق الطفل، كما هو حق للحاضنة والحاضن- وهو يدل على مدى رعاية الإسلام للأطفال واهتمامه بالطفولة لينشئ الأطفال نشأة سليمة في أخلاقهم وسلوكهم وانفعالاتهم النفسية.

ولا شك في أن الحضانة للأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، أما بعد وقوع الفرقة بين الأبوين فقد قسم الشارع حياة الطفل الصغير إلى مرحلتين للحضانة.

المرحلة الأولى من حياته جعل فيها حق الحضانة للنساء، لأن الطفل في السنين الأولى من حياته يحتاج فيها إلى رعاية وعناية خاصة، وحنان وشفقة لا يُحسنها إلا النساء حتى يبلغ سنّاً يستغني فيها عن هذه الرعاية لتبدأ المرحلة الثانية من عمر الطفل والتي يحتاج فيها إلى التربية والتعليم والتأديب والمتابعة، فجعل فيها حق الحضانة للرجال لأنهم الأقدر على ذلك من النساء في الغالب^(١). والأصل الشرعي في ذلك تحقيق مصلحة الطفل بحضانة أمه أولاً، وما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أن امرأة قالت لرسول الله: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء،

(١) انظر البدائع: ٤١/٤.

وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه يترعه مني، فقال: (أنت أحق به ما لم تنكحي)^(١).

وهذا الأمر يدعونا للحديث عن مدة الحضانة.

أولاً- مدة الحضانة:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن مدة الحضانة للغلام سبع سنين وللبنات الصغيرة تسع سنين، ومنهم من حددها بتسع سنين للغلام وإحدى عشر للجارية. والحضانة عندهم تثبت في هذا السن للحاضنات من النساء الأحق فالأحق، ثم بعد انتهاء مدتها تنتقل إلى الأب دون تخير^(٢).

وذهب المالكية إلى أن حق الحضانة للغلام يمتد إلى سن البلوغ وللبنات الصغيرة حتى تتزوج ويدخل الزوج بها^(٣).

وذهب الحنابلة إلى أن سن الحضانة للطفل الذكر هو سبع سنين وللأنثى تسع سنين، ثم بعد هذه المدة يتم التخيير للأنثى والذكر في أشهر الروايات عندهم^(٤).

وذهب متأخرو الحنابلة ابن تيمية وابن القيم إلى أن مصلحة الطفل الصغير هي المقصود من الحضانة، فيدفع الطفل لمن هو أحرص عليه، وأقدر على متابعته وتربيته^(٥).

وذهب الشافعية إلى أنه لا فرق بين الأنثى والذكر في مدة الحضانة، فيبقى كلاهما عند الأم حتى سن التمييز، وهو سبع سنين، ثم يُخير الطفل بين الأم والأب^(٦).

(١) رواه أحمد وأبو داود، انظر نيل الأوطار: ٣٤٩/٦.

(٢) انظر البدائع: ٤٢/٤ والتي تليها.

(٣) انظر القوانين الفقهية لابن جزي: ص ١٤٩.

(٤) انظر المغني: ٣٠٠/٩ والتي تليها، و ص ٣٠٢ والتي تليها.

(٥) انظر زاد المعاد: ١٣٨/٤.

(٦) انظر المذهب: ١٧١/٢.

أما الظاهرية فقد ذهبوا إلى أن فترة حضانة الأم تنتهي في سن البلوغ للطفل.
ذكراً كان أم أنثى^(١).

- موقف القانون:

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤٦) / ١ برأي الحنفية، فجعل سن الحضانة للغلام إلى السابعة، وللبنات إلى التاسعة، وأعطى القاضي الحق في تمديد الحضانة إلى التسع في الغلام، وإحدى عشرة للبنات في المادة (١٤٧). ثم تم تعديل هذه المادة فأصبحت مدة الحضانة في القانون بإكمال الطفل التاسعة من عمره والبنات الحادية عشرة.

فنصت المادة (١٤٧) معدلة على ما يلي:

فقرة-١- تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنات الحادية عشرة.

فقرة-٢- إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة يسلمان إلى من يليه في الولاية.

ثانياً- شروط الحضانة^(٢):

هناك شروط مشتركة في الحاضن والحاضنة وهي:

١- الأهلية: يشترط لأهلية الحضانة في الرجال والنساء البلوغ والعقل. فلا حضانة لجنون أو مجنونة، كما لا حضانة للصغير المميز، لأنهم جميعاً بحاجة لمن يرعى شؤونهم، ولا فرق بين الجنون المستمر أو المتقطع، بسبب الخطر الذي قد يتسبب فيه المجنون على الطفل المحضون.

٢- الأمانة: فلا حضانة لمن لا يؤمن على أخلاق الطفل وتقويمه وتربيته، فالرجل والمرأة الفاسقان لا تجوز حضانتهم للصغير.

(١) المحلى: لابن حزم: ١٠ / ٣٢٣.

(٢) انظر المغني: ٢٩٧/٩ والتي تليها، والبدائع: ٤١/٤ وما بعدها.

٣- القدرة على تربية الطفل ورعايته: لا حضانة أيضاً لمن ليس لديه القدرة على الحضانة بسبب انشغاله الدائم أو عجزه لمرض أو كبر سن.

ويشترط زيادة على ذلك في المرأة الحاضنة خاصة ما يلي:

١- "أن لا تكون الحاضنة متزوجة من رجل أجنبي عن الصغير أو قريب غير محرم منه. وهذا الشرط دل عليه حديث النبي ﷺ: (أنت أحق به ما لم تنكحي). لأن الحضانة تقوم على رعاية مصلحة الطفل المحضون، ووجوده في بيت يسكنه أجنبي عنه قد يُعرضه للضرر في المعاملة، وتكون مصلحته غير مضمونة في الغالب. فإذا تزوجت الأم من أجنبي عن المحضون أو قريب غير محرم منه سقطت حضانتها عند جمهور الفقهاء^(١).

ولابن عابدين رأي خالف فيه جمهور الفقهاء وهو أن مدار الحضانة قائمة على نفع الولد وحسن رعايته المحضون وتحقيق مصلحته، وقد يكون في بعض الحالات زوج الأب أحنى على الطفل المحضون وأكثر شفقة عليه من القريب المحرم، والقاضي هو الذي يتحقق من ذلك، وعلى القاضي أن يدفعه لمن تتحقق عنده مصلحة الطفل المحضون^(٢).
ويكفي مجرد العقد لسقوط الحضانة، ولو لم يحصل دخول عند جمهور الفقهاء^(٣).
وقال المالكية: يُشترط الدخول لسقوط الحضانة^(٤).

٢- "أن تكون الحاضنة قريبة ذات رحم محرم للطفل المحضون، كالأم، والجدّة، والأخت، فلا يجوز حضانة بنت العم، أو بنت الخال، أو بنت العمة أو بنت الخالة، بالنسبة لحضانة الصبي الذكر، خلافاً للأنثى^(٥).

(١) انظر المذهب: ١٦٩/٢، القوانين الفقهية: ص ١٤٩، البدائع: ٤٢/٤. والمغني: ٣١٠/٩ والتي بعدها.

(٢) انظر رد المحتار: ٢ / ٦٣٩.

(٣) انظر المغني ٣٠٧/٩، البدائع ٤٢/٤، المذهب: ١٦٩/٢.

(٤) انظر القوانين الفقهية: ص ١٤٩.

(٥) انظر البدائع: ٤ / ٤٢.

كما لا حضانة لغير القرية وإن كانت محرماً للطفل كالأخت من الرضاع.
وأما الرجل الحاضن، فيشترط أن يكون من عصبات الطفل المحضون بحسب ترتيب العصبات في الإرث، بشرط أن يكون محرماً.
فلا تجوز حضانة ابن العم إذا كان المحضون أنثى، وله الحق في حضانة الطفل الذكر.

٣- " أن تسكن الحاضنة في بيت لا يوجد فيه من يبغض الطفل المحضون، كزوج الأم الأجنبي عنه، خشية الإضرار به.
٤- " أن لا تمتنع الحاضنة عن حضانة الطفل مجاناً، إذا كان الأب معسراً، وإلا فيسقط حقها في الحضانة، وينتقل لمن بعدها من الحاضنات.

ولا يُشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل المحضون، كالأم المسيحية المتزوجة من مسلم إذا طلقها زوجها، فهي أحق بالحضانة وإن كان الطفل مسلماً، لأن المقصود من الحضانة توافر الشفقة والقدرة على رعاية الطفل، إلا إذا كانت الحاضنة سيئة الأخلاق، ولا تقيم للأخلاق والقيم الفاضلة وزناً، فتترع حضانتها للطفل، وهي كالمسلمة في هذا الأمر.

٥- " ويشترط في الحاضنة ألا تكون مرتدة، لأن جزاء المرتدة أن تحبس حتى تتوب أو تموت في الحبس، وهذا من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته.

- موقف القانون:

نصت المادة (١٣٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري على شروط الحضانة فجاء بها « يُشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً ».

وهذه الشروط عامة تلزم الحاضن أنثى كان أم رجلاً، وعلى ذلك تسقط حضانة المرأة إذا أصيبت بمرض معد يخشى انتقاله للطفل المحضون، وكذلك الأمر إذا كان يخشى على الطفل من سوء أخلاقها وسلوكها.

وقد قررت محكمة النقض السورية ما يلي: «إن عجزت الحاضنة عن القيام بالحضانة لوجود علة في جسمها يفقدها حق الحضانة»^(١).

ونصت المادة (١٣٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: «زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يُسقط حضانتها».

والقانون في هذه المادة قد أخذ برأي جمهور الفقهاء بشكل صريح في سقوط الحضانة عن الحاضنة في حال تزوجها بأجنبي عن الطفل المحضون.

وقد نصت المادة (١٣٩) على ما يلي:

فقرة- ٢ - لا يسقط حق الحضانة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة.

فقرة- ٣ - للحاضن أمّاً كانت أو جدة أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتها بوثيقة من أمانة السجل المدني، ويقرر أيضاً للصغير نفقة على من يراه مكلفاً بها، ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل التنفيذ المختصة، ولمن يعارض في التسليم أو النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للتظلم من هذا القرار، وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية، ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم».

- هل يسقط عمل المرأة حضانتها:

إن نص المادة (١٣٩) من القانون في الفقرة الثانية منه، يفيد عدم سقوط حضانة الحاضنة بسبب عملها أو وظيفتها، ولو تركت بيتها إذا كانت تؤمن رعاية طفلها بشكل حسن وبطريقة مقبولة، ويعود تقدير ذلك للقاضي، كأن تضع طفلها في أثناء غيابها لدى جارها، أو في روضة أطفال، أو مع خادمة، والمدار في ذلك كله تأمين مصلحة الطفل ورعايته بحيث تشرف عليه الحاضنة بشكل كامل بلا إهمال أو تقصير في طعامه أو شرابه، وملبسه، وتربيته، وملاحظة سلوكه.

(١) صدر القرار بتاريخ ٣٠ / ٥ / ١٩٥٤ م.

- إجراءات استلام الأم لطفلها المحضون:

نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٩) على إجراءات استلام الأم لطفلها المحضون دون قضاء خصومة، وعلى من ينازعها في ذلك أن يتقدم بدعوى المطالبة باسترداد الطفل. وهذا النص خاص بالمطلقة. وقد بينت هذه المادة في الفقرة نفسها، أن تقدير القاضي لنفقة الصغير، إذا تبين أنه ألزمها لمن لا تجب عليه، أو كانت أكثر من حاجة الطفل الصغير المحضون، أن يتقدم بطلب الدعوى إلى المحكمة المختصة للنظلم، وتبقى النفقة جارية حتى صدور حكم مبرم.

وإن نص المادة ١٣٩ في الفقرة الثالثة منها خاص بالمطلقة فقط كما سبقت الإشارة لذلك، أما المرأة الناشئة، فيطبق عليها حكم المادة (١٤٥) والتي تنص على أن المرأة إذا نشرت وكان الأولاد فوق الخامسة، كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب.

ثالثاً- من له حق الحضانة:

سبقت الإشارة إلى أن حق الحضانة بعد الفرقة بين الزوجين، يثبت للنساء أولاً في بداية عمر الطفل الصغير، ثم ينتقل حق الحضانة للرجال بعد انتهاء الفترة الأولى. وهذا يدعوننا لبيان من هو الأحق بالحضانة من النساء في الفترة الأولى منها، ثم من هو الأحق بالحضانة من الرجال بعد انتقال هذا الحق لهم.

١- ترتيب الحاضنات من النساء:

الأحق بحضانة الطفل أمه ثم يُقدم بعد الأم من يدلي إلى الأم بقرابة من النساء على من يدلي إلى الأب بقرابة.

وحق الأم بالحضانة أولاً حكم مجمع عليه، لما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء،

وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ:
(أنت أحق به ما لم تنكحي)^(١).

ويؤكد معناه ما رواه ابن أبي شيبة « من أن عمر بن الخطاب طلق زوجته
أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذ منها، فتجاذباه بينهما
حتى بكى الغلام، فانطلق إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال أبو بكر: مسحها وحجرها وريحها
خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه »^(٢).

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بالمذهب الحنفي في ترتيب
الحاضنات^(٣)، وهو على النحو الآتي:

١. الأم.
٢. أم الأم مهما علت.
٣. أم الأب مهما علت.
٤. الأخوات الشقيقات للطفل.
٥. الأخوات لأم، وهن يُقدمن على أخوات لأب.
٦. الأخوات لأب، وتقدم الأخوات لأم أو لأب على الخالات.
٧. بنات الأخوات الشقيقات، ثم بنات الأخوات لأم.
٨. الخالات، وتقدم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب.
٩. بنت الأخت لأب.
١٠. بنات الأخوة، فتقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب.
١١. العمات، فتقدم العمة الشقيقة ثم لأم ثم لأب.

(١) سبق تخريجه.

(٢) نصب الراية: ٣ / ٢٦٦.

(٣) انظر البدائع: ٤١/٤ والتي تليها.

١٢. حالات الأم، ثم حالات الأب.

١٣. عمات الأم ثم عمات الأب.

ويلاحظ في هذا الترتيب أن حق الحضانة يقدم فيه قرابة الأم، لأن الحضانة حق مستفاد من قبل الأم، فكل من يدلي بقرابة إلى الأم كان أولى بالحضانة، وهذه هي القاعدة المتبعة في ترتيب الحضانات في النساء^(١).

وقد نصت المادة / ١٣٩ / فقرة (١) من القانون على من له حق الحضانة، وترتيب ذلك الحق « حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فلأخت الشقيقة، فلأخت لأب، فلأخت لأب، فللبنت الشقيقة، فبنت الأخت، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات بهذا الترتيب، ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث ».

والقاعدة في الأولى بالحضانة من النساء عند تساويهن بدرجة القرابة للطفل، كما لو وجد عدد من الأخوات الشقيقات أو عدد من بنات الأخوة، فإنه تقدم ذات القرابتين، فتقدم الشقيقة على الأخت لأب، وتقدم الحالة الشقيقة على الحالة لأب؛ ثم تقدم قرابة الأم على قرابة الأب.

وإذا تساوت النساء بدرجة القرابة وقوة القرابة كالعدد من الأخوات الشقيقات، ففي هذه الحالة يختار القاضي منهن من يرى أنها أقدر على رعاية الطفل. وقد نصت المادة / ١٤٠ / من القانون على ما يلي: « إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح ».

وتجدر الإشارة هنا إلى أن انتقال الطفل المحضون من الحاضنة إذا انتهت أو سقطت حضانتها إلى التي تليها من الحاضنات لا يحتاج إلى حكم قضائي^(٢).

(١) انظر البدائع: ٤١/٤ .

(٢) انظر القاعدة ١٠٢٥ من مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض السورية ص ٥١٤ .

٢ - حضانة الرجال:

إذا لم توجد حاضنة من النساء حسب الترتيب السابق للمحاضنات، انتقل حق الحضانة للعصبات من الذكور المحارم بحسب ترتيب الميراث.

كما تنتقل الحضانة للعصبات من الرجال المحارم في حال انتهاء فترة حضانة الطفل لدى محارمه من النساء.

وقد نصت المادة / ١٣٩ / من القانون في الفقرة (١) منها صراحة على انتقال الحضانة إلى العصبات من الرجال المحارم للطفل على ترتيب الإرث، بعد انتهاء حضانة النساء المحارم للطفل أو سقوطها.

وترتيب الأحق بالحضانة من الرجال المحارم عند الحنفية كما يلي^(١):

١ - الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا.

٢ - الأخ الشقيق ثم الأخ لأب.

٣ - ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب.

٤ - العم الشقيق، ثم عم الأب الشقيق ثم عم الأب لأب.

٥ - ابن العم الشقيق إذا كان الطفل غلاماً، ثم ابن العم لأب.

وابن العم شقيقاً أو ابن العم لأب ليس له حضانة على الأنثى، لأنه ليس بمحرم، وله حضانة على الطفل الذكر. فإن لم يكن للبنات من عصباتها حاضن غير ابن العم، اختار القاضي لها الأفضل، لأن الولاية في هذه الحالة للقاضي، فيراعي الأصلح للبنات المحضونة، فإن رأى القاضي أن ابن العم أصلح ضمها إليه، وإلا اختار لها امرأة أمينة ووضعها عندها^(٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون السوري منع صراحة في المادة / ٢١ / منه ابن العم من حق الولاية في الزواج على ابنة عمه، وكان من الواجب أن ينص صراحة

(١) انظر البدائع: ٤٣/٤.

(٢) انظر البدائع: ٤٣ / ٤.

على عدم جواز تولي ابن العم حضانة ابنة عمه، وعلى كل حال فإن نص المادة / ١٣٩ / فقرة (١) منها تدل على أن ابن العم يصلح لأن يكون حاضناً حسب نص هذه المادة، ولكن يمكن حمل نص هذه المادة على حالة واحدة، وهي جواز حضانة ابن العم إذا كانت بنت عمه المحضونة صغيرة جداً وابن العم أمين عليها، وهذا ما نص عليه بعض فقهاء الحنفية.

وقد اقتصر القانون في المادة / ١٣٩ / فقرة (١) في ترتيب الأحق بالحضانة على ذكر العصباء فقط، فلا ينتقل حق الحضانة بعد العصباء لذوي الأرحام، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء^(١). خلافاً للحنفية الذين أعطوا هذا الحق لذوي الأرحام، ولعل السبب في ما ذهب إليه القانون عندما قصر حق الحضانة على العصباء دون ذوي الأرحام، لأنه قصر الولاية في الزواج على العصباء دون ذوي الأرحام. فيكون الأمر هنا في الحضانة كذلك^(٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحنفية ذهبوا إلى أنه إذا لم يوجد أحد من العصباء المحارم للطفل المحضون أو وجد ولم يكن أهلاً للحضانة انتقل حق الحضانة إلى ذوي الأرحام المحارم بحسب الترتيب الآتي:

١. الجد لأم.

٢. الأخ لأم ثم ابن الأخ للأم.

٣. العم لأم.

٤. الخال الشقيق ثم الخال لأب ثم الخال لأم.

فإن لم يوجد للمحضون أحد من ذوي الأرحام انتقلت الحضانة بعد ذلك لأقاربه غير المحارم، ولكن لا حق للإناث في حضانة الذكر، كما لا حق للرجال منهم في حضانة الأنثى، فلا حق لبنات العم والعمة والخال والحالة مثلاً في حضانة الذكور

(١) انظر القوانين الفقهية: ص ١٤٩، المذهب: ١٧٠/٢، المغني: ٣٠٩/٩.

(٢) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص ٢٩٨، د. مصطفى السباعي.

لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، وكذلك لا حق لابن العم والعمة والخال والخالة في حضانة الإناث، ولهم الحق في حضانة الذكور^(١).

وحسب نص القانون في المادة / ١٣٩ / فقرة (١) التي بينت أن حق الحضانة بعد النساء ينتقل للعصبات بحسب ترتيب الإرث، فإن لم يوجد منهم أحد، أو وجد ولم يكن أهلاً للحضانة، فإن حق الحضانة لا ينتقل قانوناً لذوي الأرحام، بل ينتقل للقاضي، وعلى القاضي أن يختار من يراه مناسباً وأهلاً لحضانة الصغير^(٢).

وهذا التفسير للمادة / ١٣٩ / فقرة (١) هو أولى من الرجوع للمذهب الحنفي حيث سكت القانون بمقتضى المادة / ٣٠٥ / من القانون، تمثيلاً مع ما ذهب إليه القانون في ولاية الزواج في ثبوتها للعصبات بالنفس، ولم تذكر ذوي الأرحام.

وقد اختلفت آراء الشراح لهذه المادة، وبما أن سكوت القانون هنا يتفق مع مذهب الجمهور فيحمل عليه، ولا يجب تطبيق المادة / ٣٠٥ / والرجوع للمذهب الحنفي، لأنها لا تطبق إلا إذا كان سكوت القانون لا يتفق مع أي مذهب.

سقوط الحضانة وعودتها:

كل من له حق الحضانة من النساء والرجال يسقط حقه في الحضانة إذا زالت أهليته للحضانة بفقد شرط من شروطها، كما لو ثبت أنه غير أمين على أخلاق الطفل المحضون أباً كان أو أمّاً، وكذلك تسقط حضانة الأم إذا تزوجت الأم من أجنبي أو قريب غير محرم، أو ارتدت، أو أصيبت بجنون، لأن الحضانة شرعت رعاية لمصلحة الصغير، وكل من سقط حقه في الحضانة لسبب من الأسباب يعود إليه حق الحضانة إذا زال ذلك السبب، فإذا زال المانع عاد الممنوع، فإذا طُلقت المرأة، أو مات عنها زوجها الأجنبي عن المحضون عاد إليها حقها في حضانة طفلها، وكذلك لو رجعت المرتدة إلى دينها أو شُفيت المريضة واستعادت صحتها أو حَسُنَتْ أخلاقها وسلوكها.

(١) انظر البدائع: ٤ / ٤٢ .

(٢) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج ٢ ، ص ٢٢٤، د. عبد الرحمن الصابوني.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١). وقال المالكية :
إن حق الحضانة إذا سقط لا يعود بزوال سبب سقوطه^(٢).

وقال الحنفية: إن الطلاق الرجعي لا يعيد حق الحضانة إلا بعد انتهاء عدة
الطلاق، أما الطلاق البائن فيعود به حق الحضانة للحاضنة بمجرد الطلاق قبل نهاية العدة.
وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن مجرد الطلاق رجعياً كان أم بائناً يعود به حق
الحضانة للحاضنة^(٣).

- موقف القانون:

أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء والذي يقول بعودة حق الحضانة للحاضنة
أو الحاضن بعد سقوطه إذا زال سببه، وذلك في المادة (١٤١) والتي تنص على ما يلي:
(« يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه »).

تعدد أصحاب حق الحضانة:

إذا تعدد أصحاب الحق في حضانة الطفل الصغير، كالعدد من الأخوة،
أو كالعدد من الأعمام، كان الأولى بالحضانة منهم هو الأصلح خلقاً وقدرة على
الحضانة، فإن تساوا في أهليتهم للحضانة، كان أولاهم الأكبر منهم سناً.
وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠) من القانون، فقد جاء فيها: (« إذا تعدد
أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح »).

- أجرة الحضانة:

تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة، إذا لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين والد
الطفل المحضون، أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأن الزوجة لها نفقة الزوجية،

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٥٤٨/٣، وزاد المعاد: ١٢٩/٤، والبدائع: ٤٢/٤، والهداية: ٣٧/٢،
والمهذب: ٢، ص ١٦٩.

(٢) انظر مواهب الجليل: ٢١٨/٤، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص ١٤٩.

(٣) المراجع السابقة.

والمعتدة من طلاق لها نفقة العدة، أما المعتدة من وفاة فلا نفقة لها خلال عدتها، فتأخذ أجره على الحضانة، كما يجب على ولي الطفل المحضون بالإضافة إلى أجره الحضانة، أجره مسكن للحاضنة والطفل إذا لم يكن للحاضنة مسكن، وأجره خادم إذا كان الطفل يحتاج إلى خادم^(١)، وقد نصت المادة (١٤٢) من القانون على ما يلي: « أجره الحضانة على المكلف بنفقة الصغير تقدر بحسب حال المكلف بها ».

كما نصت المادة (١٤٣) على ما يلي: « لا تستحق الأم أجره للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق ».

- والقانون في هذه المادة قد أخذ بمذهب الحنفية بعدم الأجره على الحضانة في حال عدة الطلاق رجعيّاً أو بائناً.

- والأصل في أجره الحضانة أنّها تجب في مال الطفل المحضون إن كان له مال، فإن لم يكن له مال وجبت في مال أبيه، فإن لم يكن له أب أو كان معسراً، وجبت في من تجب عليه نفقته، واشترط القانون أن لا تزيد أجره الحضانة على نصف نفقة الصغير.

وإذا كان صاحب الحق في الحضانة معسراً وتبرع أحد أقرباء المحضون المحارم بحضائته بلا أجره، خيرت الحاضنة بين حضانة الطفل بغير أجره، وبين تسليم الطفل المحضون لمن تبرع بحضائته.

وهذا ما ذهب إليه القانون السوري في المادة (١٤٤) والتي نصت على ما يلي: « إذا كان المكلف بأجره الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجره وتسليمه لمن تبرع ».

فإذا امتنعت الأم مثلاً عن حضانة طفلها الصغير دون أجره، وتبرعت إحدى محارمه ممن تستحق الحضانة وتتوافر فيها شروط الحضانة، فإذا كان للطفل المحضون مال قُدمت المتبرعة توفيراً لمال الصغير، وحرصاً على مصلحته إذ لا ضرر عليه بانتقال الحضانة للمتبرعة من محارمه ما دامت أهلاً للحضانة، أما إذا كانت المتبرعة أجنبية عن

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٥٣٧/٢.

الطفل المحضون فلا يدفع الطفل لها، وتبقى الحضانة للأم ويُدفع للأم أجره الحضانة من مال الطفل الصغير، وتقدر بأجرة المثل.

وأما في حالة ما لو لم يكن للطفل المحضون مال، فإما أن يكون أبوه موسراً أو معسراً، فإذا كان الأب موسراً، فلا يُدفع الطفل للمتبعة، وأمه أحق بحضنته مع الأجرة، إذ لا ضرر على الأب في هذه الحالة لكونه موسراً ولا مصلحة بتوفير ماله، بل المصلحة ببقاء الطفل في حضنة أمه لأنها الأفضل والأمنع له.

وأما إذا كان الأب معسراً، ولم يكن للطفل المحضون مال كما أشرنا سابقاً وامتنعت الأم عن حضنته بلا أجرة، فيُدفع الطفل للمتبعة، وتنتقل الحضانة إليها. وهذا ما أشارت إليه المادة (١٤٤) من القانون والتي ذكرناها سابقاً، عملاً بالمذهب الحنفي^(١).

- متى تجبر الأم على الحضانة:

تجبر الأم على حضانة الطفل الصغير إذا كان الأب معسراً ولا مال للصغير، ولم يوجد من تتبرع بحضنته، وتعد أجره الحضانة في هذه الحالة ديناً في ذمة الزوج.

رابعاً- مكان الحضانة:

لاشك بأن مكان حضانة الطفل خلال قيام الحياة الزوجية هو محل إقامة الزوجين، ويتغير مكان الحضانة إذا غير الزوج مكان إقامته لوجوب متابعة الزوجة له. ولا يجوز للزوجة الانتقال بالطفل من مكان لآخر دون إذن زوجها ما دامت الزوجية قائمة، وكذلك خلال قيام العدة من طلاق سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً.

- وأما إذا نشزت الزوجة، وكان الأولاد فوق سن الخامسة فإنه يجوز للقاضي في هذه الحالة وضعهم عند أحد الزوجين بحسب ما تقتضيه مصلحة الطفل، وأما إذا كان الطفل دون الخامسة فالحضانة لأمه في حال نشوزها.

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٥٧٠/٢ ، والبدائع: ٤٣/٤.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٥) من القانون السوري « إذا نشزت المرأة وكان الأولاد فوق الخامسة كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب ».

- وأما مكان الحضانة بالنسبة للطفل المحضون إذا كانت الأم هي الحاضنة، فقد ذكرنا أن مكان الحضانة حال قيام الزوجية هو مكان إقامة الأب، فلا يجوز للأم السفر بالطفل أو الانتقال به إلى غير بيت الزوجية إلا بإذن الأب، فإذا أذن لها جاز ذلك. وأما بعد الطلاق، فمكان الحضانة خلال العدة هو مكان قضاء العدة سواء كانت العدة من طلاق بائن أم رجعي أم من وفاة. أما بعد انتهاء العدة، فلا يجوز للأم الانتقال بالطفل المحضون أو السفر به إلا بشرطين:

١- إذا كان البلد الذي تريد السفر إليه هو موطنها الأصلي الذي نشأت به.

٢- أن يكون عقد الزواج قد تم به.

فإذا فقد الشرطان أو أحدهما، فلا يجوز للأم السفر أو الانتقال بالطفل المحضون دون إذن من أبيه. إلا إذا كان البلد الذي تريد أن تسافر إليه قريب، بحيث يستطيع الأب السفر إليه لرؤية ابنه والرجوع منه في اليوم نفسه. لأن للأب حق رؤية ابنه. أما إذا كانت المسافة بعيدة لا يستطيع الزوج أن يسافر ويرجع مساءً في اليوم نفسه، فلا يجوز للأم السفر بالطفل المحضون دون إذن أبيه. والسبب في ذلك أن للأب الحق في رؤية ابنه وليكون تحت إشرافه ومتابعته ورعايته^(١).

وأما إذا كان البلد الذي تريد أن تسافر إليه الأم بالطفل المحضون هو بلدها الأصلي الذي تم فيه عقد الزواج، فإن الزوج حين رضي بإتمام عقد الزواج فيه يكون رضي الإقامة في بلد الزوجة، ولأجل ذلك جاز للزوجة السفر إليه بالمحضون دون إذن الأب^(٢).

(١) انظر رد المختار: ٥٦٩/٢.

(٢) انظر رد المختار: ٥٧٠/٢.

وأما مكان الحضانة إذا كانت الحاضنة غير الأم من النساء:

فلا يجوز للحاضنة غير الأم أن تسافر أو أن تنتقل بالكفل المحضون من مكان إقامة الأب دون إذنه أو إذن من تنتقل الحضانة إليه من الرجال؛ لعدم وجود العقد بين الحاضنة والأب^(١).

ولا يجوز للأب أو لمن يليه في الحضانة من الرجال السفر بالطفل المحضون أو الانتقال به إلى مكان غير مكان أمه إذا كانت الحضانة لها أو لغيرها من النساء. إلا إذا رضيت الأم بذلك وأذنت به؛ لأن فترة الحضانة من حق الحاضنة. وأما إذا انتقلت الحضانة للأب، فيجوز له السفر بالطفل المحضون دون إذن أمه إذا كان البلد قريباً من بلد الأم، لأن لها حق رؤية طفلها كل يوم، فإذا كان البلد بعيداً فلا يجوز له السفر بالمحضون دون إذنها^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن ما سبق هو رأي الحنفية، بينما ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأب هو الأول بالمحضون من أمه لو أراد السفر به، وكذلك فإن الأب هو الأحق بالطفل إذا أرادت الأم السفر به إلى مكان بعيد^(٣). وقال الحنابلة: هذا الحق ينتقل أيضاً لمن يلي الأب في الحضانة، فهو الأول بالمحضون فيما لو أراد السفر به أو أرادت الأم ذلك، فهو الأول في أن يبقى تحت إشرافه ورعايته.

(١) انظر رد المختار: ٥٦٩/٢.

- وقد قررت محكمة النقض السورية أن الحضانة في البلد الذي جرى فيه عقد النكاح لا حيث يقيم الزوج إذا كانت الحاضنة أم لأم. (مجلة المحامون، عدد ١٠ و ١١، ص ٣٤١).

(٢) انظر تبين الحقائق: ٣، ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) انظر المهذب ٢، ص ١٧٢، والمغني: ص ٣٠٤، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص ١٤٩.

- موقف القانون من مكان الحضانة:

تحدث القانون عن مكانة حضانة الطفل في المواد (١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥١)

فقد نصت المادة (١٤٨) على ما يلي:

فقرة - ١ - ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بذن أبيه.

فقرة - ٢ - للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها.

فقرة - ٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة.

فقرة - ٤ - تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين (٢ و ٣) السابقتين.

فقرة - ٥ - 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 الأساس، وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقته أن يراجع المحكمة وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة (٤٨٢) من قانون العقوبات.

- ونصت المادة (١٤٩) على ما يلي: « إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه ».

- ونصت المادة (١٥٠) : « ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته ».

- ونصت المادة (١٥١) : « لولي الأنثى المحرم أن يضمها إلى بيته إذا كانت دون الأربعين من العمر ولو كانت ثيباً، فإذا تمردت عن متابعتها بغير حق فلا نفقة له عليه ».

من الواضح أن القانون قد أخذ برأي المذهب الحنفي عن مكان الحضانة .
ففي المادة ١٤٨ الفقرة الثانية، أجاز القانون للأم الحضانة السفر بالطفل المحضون بعد الفقرة
من زوجها دون إذن أبيه إذا أرادت الانتقال به إلى بلدها الأصلي إذا تم فيه عقد الزواج .
ولا شك في أنه لا يجوز للأم السفر بالمحضون، أو الانتقال به إلى غير مكان إقامة
الأب دون إذنه في حال قيام الزوجية (فقرة ١ من المادة ١٤٨) .

وأما الشيء الجديد الذي جاء به القانون، فهو ما نصت عليه المادة ١٤٨ في
الفقرة (٣ و ٤) ، حيث أجاز القانون للأم الحضانة أن تسافر داخل القطر إلى بلدة
إقامتها دون إذن من أب المحضون، ولو لم يتوفر الشرطان السابقان المذكوران في الفقرة
(٢) من نفس المادة (١٤٨) . ولكن اشترط القانون في هذه الحالة أن يكون معها
أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة التي تريد الإقامة بها .

والفرق بين هذه الفقرة (٣) والتي قبلها الفقرة (٢) ، أن القانون أجاز للأم أن
تسافر إلى البلد الذي تم فيه عقد نكاحها، وكان بلدها الأصلي بشكل مطلق غير مقيد
بالشرط المذكور في الفقرة (٣) ، بينما اشترط وجود محرم معها في البلد الذي تريد
السفر إليه للإقامة فيه أو العمل، كما ورد في الفقرة الثالثة .

وقد أعطى القانون الجدة أم الأم إذا أصبحت حاضنة الحق نفسه الذي أعطاه
للأم . وقد خالف القانون بذلك ما ذهب إليه الفقهاء من أن حق انتقال الأم الحضانة
إلى بلدها الذي تم فيه عقد النكاح خاص بالأم دون غيرها من الحاضنات .

أما غير الأم والجدة أم الأم من الحاضنات فلا يجوز لهن السفر بالطفل المحضون،
أو الانتقال به من بلد إقامة الأب دون إذنه مطلقاً، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٩)
من القانون .

وقد أكدت الفقرة الخامسة من المادة (١٤٨) على أن حق الإراءة ثابتة
للأبوين، للأم وللأب، سواء في فترة حضانة الأم أو الأب، لأنه حق مشترك، وفيه
مصلحة الطفل، وحتى يتمكن الأب من متابعة ابنه والإشراف عليه، وهذا ما نص عليه
الفقهاء في كتبهم دون أن يحددوا مكاناً ولا زماناً لهذه الرؤية .

ويمكن تنظيم ذلك بما يتفق مع أعراف الناس في كل زمان ومكان وبما يتفق مع مصلحة الطفل، وإن كان من الأفضل أن يتم ذلك بانتقال المحضون إلى بيت أبيه يوماً في الأسبوع في فترة حضانة الأم، وكذلك يوماً في الأسبوع إلى بيت أمه في فترة حضانة الأب، رعاية لنفسية الطفل وانفعالاته وأخلاقه. واعتقد أنه ليس من مصلحة الطفل أبداً أن تتم الإراءة في مخافر الشرطة أو مجالس القضاء إذا تعسف أحد الزوجين في استعمال حق الحضانة.

لأن ذلك يترك أثراً سلبياً وخطيراً في نفسية الطفل، ويورث عنده صورة مظلمة عن والديه أو أحدهما.

وإن زيارة الطفل المحضون لأحد والديه، والمبيت عنده يوماً في الأسبوع أثناء حضانته من الآخر، يحقق مصلحة الطفل بمتابعته والإشراف عليه من الأبوين معاً، كما يبعد به عن العقد النفسية، وهذا وإن لم ينص عليه الفقهاء، لكنه يتفق مع قوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾ [البقرة ٢٣٣].

ولابد من الإشارة هنا إلى أنه يجوز للأم الحاضنة السفر أو الانتقال بالطفل المحضون إلى بلد قريب دون إذن أبيه، إذا كان الأب يستطيع الذهاب لرؤيته والعودة في اليوم نفسه دون إرهاق مادي، والبعد والقرب في ذلك يتحدد بحسب وسائل المواصلات في كل عصر.

كما تجدر الإشارة إلى أنه كما يثبت حق الأب في رؤية طفله الذي في حضانة أمه، وله حق منعها من السفر به، يثبت هذا الحق أيضاً للأم في أثناء حضانة الأب وانتقال الطفل إليه، فيثبت للأم منعه من السفر أو الانتقال به دون إذنها. وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

ويبقى هذا الحق قائماً للأم، ولو تزوجت فسقطت حضانتها بسبب ذلك، لاحتمال عودة حق الحضانة لها إذا طلقها زوجها الثاني أو مات عنها.

المبحث الرابع - نفقات الأقارب:

تمهيد:

إن أحكام النفقات على الشكل الذي نظمته الشريعة الإسلامية بنظامه الدقيق والشامل من أكبر الأدلة الواضحة على حرص الإسلام على تحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد الأمة، والفقهاء متفقون من حيث المبدأ على وجوب نفقة الإنسان المعسر على الموسر من الأقارب، وإن اختلفوا في ترتيب النفقة وشمولها على درجات القرابة. وقد وضع القرآن والسنة الأسس لتنظيم مبدأ النفقات، وأئمة الفقهاء المجتهدين، حتى أصبح هذا النظام جزءاً من تنظيم المجتمع. ولو طبق هذا النظام على المجتمع تطبيقاً صحيحاً لأدى إلى محو الفاقة والفقر من المجتمع إلى حد كبير.

وتشمل أحكام النفقات مما له صلة بأحكام الزواج والأسرة أربعة أنواع:

- ١ - النفقة على الزوجة.
- ٢ - النفقة على الفروع (الأولاد وأولاد الأولاد).
- ٣ - النفقة على الأصول (الآباء والأجداد ذكوراً وإناثاً).
- ٤ - النفقة على الأقرباء من الحواشي.

ولا علاقة لنا هنا بباقي أنواع النفقات الأخرى، ولن نتعرض للحديث عن نفقة الزوجة لأنه قد سبق الحديث عنها في أثناء الحديث عن آثار عقد الزواج في الباب الأول من هذا الكتاب.

ومن المعروف أن نفقة الولد هي حق من حقوق الطفل، ولذلك يجب الحديث هنا عن نفقة الولد؛ لأنها تعد أثراً من آثار الولادة، وحقاً من حقوق الطفل. وإن الحديث عن نفقة الأولاد يستدعي منا الحديث عن النفقات بشكل عام بحيث يشمل نفقة الأقارب سواء كانوا من الأصول، أو من ذوي الأرحام.

ومن المعلوم شرعاً أن الأصل في نفقة الإنسان أنها تجب في ماله الخاص، ويستثنى من ذلك الزوجة فنفتها واجبة في مال زوجها وإن كانت موسرة. وستحدث في هذا المبحث عن نفقة الأولاد أولاً ثم عن نفقة الأقارب ثانياً، دون أن نتوسع في آراء الفقهاء، وإنما بالقدر اللازم لشرح رأي القانون السوري في أحكام النفقات وبيانه.

أولاً- نفقة الأولاد:

إن كان الولد الصغير مال فنفتها واجبة في ماله، وأما إن لم يكن له مال فتجب نفقة الولد على أبيه إذا كان غنياً موسراً لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولقوله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: (خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف) رواه الشيخان.

وتشمل النفقة على الأولاد ، الطعام والشراب واللباس والسكن وأجرة خادم إن لزم الأمر.

لكن يُشترط لوجوب النفقة للأولاد شرطان هما:

١- أن يكون الأولاد فقراء مع عجزهم عن التكسب، إما لكونهم صغاراً أو إنائاً، أو كباراً ولكنهم لا كسب لهم.

أو كان الولد عاجزاً عن الكسب بسبب مرض، فتجب نفقة على أبيه وإن كان كبيراً.

ونفقة البنت على أبيها حتى تتزوج، فإن تزوجت أصبحت نفقتها واجبة على زوجها، فإن طُلقَت أو مات عنها زوجها رجعت نفقتها على أبيها.

٢- أن يكون الأب غنياً، فإن كان الأب فقيراً لكنه قادر على الكسب، أو له كسب لا يكفي، فلا تسقط نفقة أولاده عنه، وتنفق الأم إن كانت غنية على الأولاد، ويثبت ما أنفقته ديناً في ذمة الزوج ترجع عليه حين يساره، فإن كانت الزوجة فقيرة، وجبت النفقة على الجد ثم يرجع بما أنفقه على الأب عند يساره، فإن

كان الجد فقيراً، وجبت النفقة على الأقرب فالأقرب بحسب نظام الميراث، ويعود من أنفق على الأب بعد يساره بما أنفق.

أما إن كان الأب عاجزاً عن الكسب عاجزاً دائماً بسبب المرض مثلاً، فتسقط النفقة عنه، وتنتقل لمن يليه ممن تجب النفقة عليه وهو الجد، ولا يرجع من أنفق بعد ذلك بسبب عجز الأب الدائم عن الكسب^(١).

وذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(٢) إلى أن نفقة الأحفاد (أولاد الأولاد) كنفقة الأولاد واجبة على الأب ثم على الجد، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وذهب الإمام مالك إلى أنه لا تجب النفقة على الأب إلا على أولاده فقط دون أحفاده^(٣).

ثانياً- النفقة الواجبة على الأصول:

تمهيد: اختلف العلماء في حكم النفقة على الأقارب.

فذهب الإمام مالك إلى أن النفقة الواجبة على الرجل للأقارب هي على الأبوين والأبناء فقط^(٤).

وذهب الحنفية إلى أن النفقة الواجبة شرعاً هي على الأصول والفروع والحواشي من ذوي الرحم المحرم، بشرط أن تكون الحرمة بينهما مؤبدة، فإن لم يكن القريب رحم محرم فلا نفقة له ولو كان وارثاً.

واشترط الحنفية اتحاد الدين في النفقة على الحواشي دون الأصول والفروع^(٥).

(١) انظر البدائع: ٣٥/٤، وفتح القدير: ٣٤٤/٣، وتبيين الحقائق: ٦٤/٣.

(٢) انظر البدائع ٣١/٤ - ٣٢، والمهذب: ١٦٥/٢، والتميز: ٢٥٦/٩.

(٣) انظر القوانين الفقهية: ص ١٤٨.

(٤) انظر القوانين الفقهية: ص ١٤٨.

(٥) انظر البدائع ٣٠/٤.

وذهب الشافعية إلى أن النفقة الواجبة شرعاً هي على الأصول والفروع فقط^(١).
وقال الحنابلة: النفقة الواجبة شرعاً على الأصول والفروع الوارثين من القرابة،
فإن اختلف الدين فلا نفقة لعدم التوارث إلا نفقة الزوجة^(٢).

وقال ابن حزم الظاهري: النفقة الواجبة شرعاً على الأصول والفروع، وتجب
نفقة الزوج المعسر على زوجته الموسرة لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِنْ ذَلِكَ﴾
[البقرة: ٢٣٣].

والزوجة وارثة، فتجب نفقة زوجها المعسر عليها بنص القرآن^(٣).
ومما سبق يتبين لنا أن الفقهاء قد اتفقوا على وجوب نفقة الأبوين على الأبناء،
ومنهم من عمم تلك النفقة على الأصول مطلقاً، وهم جمهور الفقهاء خلافاً لمالك
الذي خصصها بالأبوين فقط .

وهذا ما يدعونا للكلام على النفقة الواجبة للأصول على الفروع:
اتفق الفقهاء على أنه تجب نفقة الوالدين على ابنهما الغني لقوله تعالى:
﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥].

وقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾
[الإسراء: ٢٣] والأجداد والجدات كالأبوين في وجوب النفقة عليهما عند جمهور
الفقهاء خلافاً لمالك كما بينا سابقاً.

وتجب النفقة على الأصول سواء كانوا قادرين على الكسب أم غير قادرين،
وسواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين^(٤).

(١) انظر المذهب: ١٦٥/٢ والتي تليها.

(٢) انظر المغني: ٢٥٦/٩.

(٣) انظر المحلى: ٩٢ / ١٠.

(٤) انظر البدائع: ٣٦/٤، الهداية: ٤٦/٢ - ٤٧.

واتحاد الدين شرط بين المنفق والمنفق عليه ما عدا النفقة على الأصول والفروع والزوجة، فلا يشترط اتحاد الدين بالاتفاق^(١).

وظاهر الرواية من قولين عند الحنفية أن النفقة واجبة على الأب إن كان فقيراً ولو كان قادراً على الكسب، وتجدر الإشارة إلى أن النفقة على الأصول واجبة على الأولاد الأغنياء سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً^(٢).

وأما إن كان الابن فقيراً، أو عاجزاً عن الكسب، فتجب نفقة الأب حينئذ على الأقرب فالأقرب من الأب ممن يرثه، فإن لم يوجد من ينفق عليه من الأقارب وجبت النفقة في بيت المال.

كما تجب النفقة على زوجة الأب أيضاً ولو كانت غير أمه.

- النفقة الواجبة على ذوي الأرحام:

تجب النفقة على الأقارب من ذوي الأرحام بعضهم على بعض لقوله تعالى: ﴿وَعَاتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ﴾ [الإسراء: ٢٦].

ولكن يشترط لوجوب هذه النفقة ما يلي^(٣):

١- الغنى عند المنفق.

٢- الفقر أو الحاجة عند القريب المنفق عليه.

والحاجة تتحقق بأحد أمور ثلاثة: إما الصغر أو الأنوثة أو المرض المانع من التكسب.

٣- أن يكون ذا رحم محرم، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

جاء في قراءة ابن مسعود، وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك^(٤).

(١) انظر الهداية: ٤٧/٢.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) انظر الهداية: ٤٧/٢.

(٤) انظر الهداية: ٤٧/٢. والبدائع: ٣٥/٤.

والنفقة على ذوي الأرحام صدقة وصلة، والأقربون أولى بمعروف الشخص الموصر.
واليسار عند الإنسان يُقدر بملكه لنصاب الزكاة، لأنه المعيار الشرعي بين الغني
والفقر، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية، وقيل من يملك قوت شهر زائداً عن قوته
وقوت عياله، وهو قول بعض الحنفية منهم رواية عن محمد بن الحسن الشيباني^(١).
وكل من لم يوجد من ينفق عليه من الأقارب، تجب نفقته على الدولة في بيت المال.
واكتفي بهذا القدر من الكلام عن أحكام نفقات الأقارب بما يتناسب مع شرح
قانون الأحوال الشخصية السوري، ولا داعي للتوسع أكثر من ذلك، لأن القصد من
وراء ذلك هو بيان الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون، مع شرحه بالقدر الكافي الذي
يفيد الطالب ويكون عنده صورة متكاملة وكافية عن القانون، ومستنده الشرعي
والفقهي الذي استند إليه، أو اعتمد عليه.

— موقف القانون السوري من أحكام النفقة على الأقارب:

نظمت المواد من (١٥٤) إلى (١٦١) أحكام النفقات على الأقارب في القانون.
فنصت المادة (١٥٤) «نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقته على زوجها».
ونصت المادة (١٥٥) الفقرة ١ «إذا لم يكن للولد مال، فنفقته على أبيه ما لم
يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية».
الفقرة ٢- «تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد
الذي يكتسب فيه أمثاله».
ونصت المادة (١٥٦) الفقرة (١) «إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة غير عاجز
عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب».
الفقرة (٢) «تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر».

(١) انظر البدائع: ٣٥/٤، والهداية: ٢٢٦/٤، وانظر تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٤٦٧/١
ط جامعة دمشق، وقد ذكر صاحب التحفة قولاً ثالثاً لمعيار اليسار هو الغنى الذي يحرم معه السؤال
(أي المسألة).

ونصت المادة ١٥٧ (الفقرة ١) « لا يكلف الأب بنفقة زوجته ابنه إلا إذا تكفل بها ».

الفقرة (٢) « يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر ».

ونصت المادة (١٥٨) « يجب على الولد الموسر ذكراً كان أو أنثى، كبيراً أو صغيراً، نفقة والديه الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب إن لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على أمثاله كسلاً أو عناداً ».

ونصت المادة (١٥٩) « تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية ».

ونصت المادة (١٦٠) « لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع ».

ونصت المادة (١٦١) « يُقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الإداء ».

وبعد عرض مواد القانون المنظمة لنفقات الأقارب نجد ما يلي:

١- " لم يبين القانون نفقة الأب هل تشمل ابن الابن أيضاً في حال عدم وجود الابن. أم تقتصر نفقة الأب على الابن فقط.

٢- " لم يبين القانون أيضاً حكم الجد، هل يأخذ حكم الأب بالنفقة عليه أم النفقة الواجبة على الأبناء تقتصر على الأبوين دون الأجداد كما قال بذلك المالكية. والظاهر أن الجد يأخذ حكم الأب في وجوب النفقة عليه لأن القانون ذهب إلى شمول النفقة لكل الأقارب في المادة (١٥٩)

٣- " سكت القانون عن حكم نفقة زوجة الأب على الولد. فيطبق الراجع في المذهب الحنفي وفق المادة (٣٠٥) من القانون فنقول بوجوب النفقة أيضاً على ابن الابن من قبل الأب.

وحسناً ما ذهب إليه القانون في الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) بوجوب نفقة زوجة الابن على الأب إن تعهد بدفعها على أن يرجع على الولد حين يساره؛ لأن في ذلك تشجيعاً وتيسيراً لسبل الزواج.

٤- "وأخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية من وجوب نفقة الأب الفقير على ابنه الموسر، ولو كان الأب قادراً على الكسب، ولكن بشرط أن لا يظهر الأب التعنت بترك العمل والرغبة في البطالة، وإن كان من البر أن ينفق عليه رغم وجود ذلك.

٥- "أخذ القانون في المادة (١٥٩) بالمذهب الحنبلي، حين عد الميراث أساساً للنفقة، وبحسب الحصص الإرثية. وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِنْهُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٦- "أوجب القانون على الأب نفقة ابنه الفقير حتى يبلغ السن الذي يستطيع فيه الكسب، ولكن القانون سكت عن نفقة الابن طالب العلم، ومن الأفضل لو نص على وجوب استمرار هذه النفقة على الابن طالب العلم ولو كان كبيراً وقادراً على الكسب تشجيعاً على طلب العلم، وعملاً بما ذكره الفقهاء في المذهب الحنفي.

٧- "وقد سكت القانون عن أحكام نفقات ذوي الأرحام، فيطبق الراجح في المذهب الحنفي في تلك المسألة. وقد جاء في كتاب الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية باعتباره نص على الراجح من المذهب الحنفي ما يلي:

المادة (٤١٥) «تجب النفقة لكل ذي رحم محرم تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه ولو صغيراً بقدر إرثه منه، ويجبر القريب عليها إن أبى وهو موسر، ولا فرق بين أن يكون ذو الرحم المحرم محتاجاً ذكراً صغيراً أو كبيراً عاجزاً عن الكسب أو أنثى صغيرة أو بالغة زمنة أو صحيحة البدن قادرة على الكسب لا مكتسبة بالفعل».

مادة (٤١٦) «لا نفقة مع الاختلاف ديناً إلا للزوجة والأصول والفروع الذميين، فلا تجب على مسلم لأخيه الذمي، ولا على ذمي لأخيه المسلم ولا على مسلم أو ذمي لأبويه غير الذميين ولو كانا مستأمنين، ولا على مستأمن لمسلمين أو ذميين».

المبحث الخامس - الولاية على النفس والمال:

تمهيد:

من حقوق الطفل التي تثبت له بعد الولادة في السنين الأولى من حياته الولاية على نفسه وماله، وبذلك ينشأ الطفل وعليه ثلاث ولايات، ولاية على النفس وولاية على المال وولاية الحضانة^(١).

والولاية على النفس تشمل الإشراف على الطفل وحمايته ومتابعته ثم تربيته وتعليمه وتأديبه ثم ترويجه. وهذه الولاية تثبت للأب أولاً.

وأما الولاية على المال فمعناها إدارة مال الطفل الصغير إن كان له مال، وهي تثبت أولاً للأب أيضاً.

وأما ولاية الحضانة فتثبت للأم أولاً كما سبق أن بينا ذلك؛ لأنها أقدر الناس على القيام بشؤون حضانة الطفل الصغير في أول حياته من غذاء وخدمة ولباس وإمداده بالحنان والشفقة لتنمو استعداداته الفطرية وذكاءه، وتنمو انفعالاته النفسية بشكل سوي وسليم.

ولا شك في أن هذه الولايات الثلاث تثبت للأبوين في أثناء قيام الحياة الزوجية. ولا يتصور انفصالها عن بعضها البعض إلا بعد الفرقة بينهما، فعندئذ تثبت الولاية على النفس والمال للأب ثم الجد إن لم يوجد الأب، وتثبت الحضانة للأم، وإن لم يوجد الأب ولا الجد تثبت الولاية على النفس لأقارب الطفل العصباء، والولاية على المال تكون لوصي الأب أو وصي القاضي.

وكنا قد تحدثنا سابقاً عن أحكام الحضانة، وبقي علينا هنا أن نتكلم عن الولاية على النفس والمال.

(١) انظر الولاية على النفس للأستاذ محمد أبو زهرة ص ١٠ .

أولاً- الولاية على النفس:

ثبتت الولاية على النفس لإدارة شؤون القاصر، وذلك بسبب عجزه عن إدارة شؤونه ومعرفة مصالحه، إما الصغر أو جنون أو مرض أو للأثوثة^(١).

- شروط الولي على النفس^(٢):

اشترط العلماء في الولي على النفس الشروط الآتية:

١- "البلوغ والعقل: لأنه لا ولاية للمجنون والصغير على نفسه فمن باب أولى لا ولاية لهما على الغير، ولأن الولاية أساسها المصلحة، وهؤلاء لا يعرفون مصلحة أنفسهم فكيف يعرفون مصلحة غيرهم.

٢- "اتحاد الدين بين الولي والقاصر: وهو شرط متفق عليه، فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم، لأن الولاية تتبع الميراث، واتحاد الدين شرط لثبوته.

٣- "الرشد: أضاف بعض العلماء هذا الشرط، وهم الشافعية والحنابلة في ولي التزويج^(٣)، وهو شرط ضروري ؛ لأن غير الرشيد لا يستطيع المحافظة على مصلحة نفسه ولا غيره. وأرى أن هذا الشرط يتفق مع ما ذهب إليه عامة الفقهاء، لأن الرشد وحسن تدبير الأمور لنفسه وغيره هو أساس الولاية على النفس.

٤- "الذكورة: اتفق جمهور العلماء على اشتراط الذكورة في الولي على النفس، فلا ولاية على النفس للأُنثى خلافاً للرأي المعتمد عند الحنفية^(٤)، فأبو حنيفة يقول: بثبوت الولاية للأم، والبنت، وبنت الابن، ويقصد بالولاية هنا الولاية الإجبارية في التزويج بشرط عدم وجود ولي من العصابات.

(١) انظر الولاية على النفس ص ١٩ وما بعدها للأستاذ محمد أبو زهرة .

(٢) انظر الولاية على النفس ص ١١٢ وما بعدها ، وأحكام الصغار ج ١ ص ٢٠١ وما بعدها، مطبوع على هامش جامع الفصولين.

(٣) انظر المغني: ٤٦٥/٦ .

(٤) انظر الشرح الكبير للدردير: ٢٢١/٢ ، ونهاية المحتاج: ٣١٣/٦ ، والمغني: ٤٨٧/٦ . وقد وافق صاحبان جمهور الفقهاء في هذا الشرط، انظر البدائع: ٢٤٠/٢ .

ومن المعلوم أن وظيفة الولي على النفس الإشراف على شؤون القاصر غير المالية، كالترقية والتعليم والتأديب والتطبيب والتزويج وغير ذلك. ولهذا ليس للصغير حق السكن وحده دون وليه.

هـ- العدالة: وهي شرط عند الشافعية ورواية عند الحنابلة في ولي الزواج، فالفاسق لا يصلح ولياً، لأن الولاية أساسها المحافظة على مصلحة الصغير والقاصر، والفاسق لا يستطيع التعرف على وجه المصلحة ولا الحرص عليها، ثم إن الفاسق غير مؤتمن على نفسه ولا على غيره من باب أولى. وقد ذهب الحنفية ومالك ورواية عند أحمد إلى عدم اشتراط العدالة في الولي على النفس في أمر التزويج^(١).

٦- أن يكون الولي قادراً على حفظ الصغير أو القاصر وصيانته، فإذا كان الولي شيخاً كبيراً في السن مثلاً ولا يستطيع المحافظة على غيره، بل يحتاج لمن يرعاه، فلا ولاية له^(٢).

- ترتيب الأولياء على النفس:

قلنا سابقاً: إن الولاية على النفس تثبت للعصبات، وهي بحسب ترتيب الإرث عند الحنفية على النحو الآتي:

١- الأبناء وأبناء الأبناء مهما نزلوا، وتظهر ولاية الأبناء في حالة جنون الآباء، فيتولى الولد الولاية على أبيه في تصريف شؤونه.

٢- الآباء وآباء الآباء مهما علوا.

٣- الأخوة وأبناء الأخوة مهما نزلوا.

٤- الأعمام وأبناء الأعمام مهما نزلوا.

- موقف القانون: وقد أخذ القانون في ترتيب الأولياء على النفس بالمذهب الحنفي، وهو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث، بشرط أن يكون محرماً.

(١) راجع هذا الشرط في مبحث ولاية الإجماع في الزواج.

(٢) انظر المغني: ٤٦٥/٦.

فنصت المادة (٢١) « الولي في الزواج هو العصابة على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً ».

وقد نصت المادة (١٧٠) من القانون:

فقرة - ١ - « للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما ملتزمان بالقيام بها ».

فقرة - ٢ - « لغيرهما من الأقارب بحسب الترتيب في المادة (٢١) ولاية على نفسه دون ماله ».

فقرة - ٣ - « يدخل في الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر ».

وقد بينت المادة (٢٢) شروط الولي على النفس فنصت على ما يلي:

« يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً ».

ويتضح مما سبق أن القانون أثبت الولاية بنوعيتها على النفس والمال للأب والجد، وذلك بسبب غلبة الشفقة لديهما على الصغير.

- انتهاء الولاية على النفس:

تنتهي الولاية على النفس بزوال سببها من صغر أو جنون أو عته، فالجنون إذا برىء، والصغير إذا بلغ، والمعتوه إذا عاد إلى حالته الطبيعية زالت عنهم الولاية، وأصبحوا أولياء على أنفسهم^(١).

وقد ذكر الفقهاء حالات أخرى تسقط فيها الولاية وتُمنع عن الولي، وهي بشكل عام في حالة إساءة الولي استعمال هذا الحق، أو تجاوزه حدود ولايته، أو ظلم من تحت ولايته.

-

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج ٢ ص ٢٧٩، والولاية على النفس لمحمد أبو زهرة ص ٥٣.

والقانون السوري ذكر بعض هذه الحالات في الفصل الثالث كما تعرض لبعض الحالات الأخرى في بحث الزواج. وسأقتصر على ذكر الحالات التي ذكرها في الفصل الثالث تحت عنوان الولاية على النفس القاصر وماله ونزعها.

فقد نصت المادة (١٧٠) من القانون الفقرة (٤) : « يعتبر امتناع الولي عن إتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط ولايته، وتعتبر معارضة الحاضنة ... » .
ونصت المادة (١٧٤) من القانون السوري : « تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر » .

ثانياً- الولاية على المال:

الدليل على ثبوت الولاية على مال الصغير قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَاكُسْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ٦] .

فالولاية على المال تثبت في التصرفات المالية التي تتعلق بأموال المجنون والصغير القاصر والمعتوه والسفيه، ودلت الآية الكريمة على أن هذه الولاية لا تنتهي إلا ببلوغ الصغير مع وجود الرشد في تصرفاته. والرشد معناه أن يُحسن التصرف بإدارة أمواله واستثمارها. فإن بلغ راشداً انتهت الولاية على ماله.

وقد حدد قانون الأحوال الشخصية السوري سن الرشد بشماني عشرة سنة للذكور والإناث، لسقوط الولاية على المال أو انتهائها عند القاصر، في حين رأينا أن القانون حدد سن الزواج بالثامنة عشرة للذكور والسابعة عشرة للإناث، ومعنى هذا أن الولاية على النفس قانوناً تنتهي بهذا السن.

والولاية على مال الصغير والمجنون والمعتوه تثبت أولاً لوليّه الشرعي ثم لوصي الولي، فتثبت للأب ثم لوصي الأب، ثم للجد ثم لوصيه، ثم للقاضي من بعد ذلك،

وهذا عند الحنفية، وأما الولاية على مال السفهه وذو الغفلة فتثبت ابتداءً للقاضي ثم للقيم الذي يعينه القاضي، وهذا فيما إذا بلغ الصغير وكان عند بلوغه رشيداً ثم حُجر عليه. أما إذا بلغ سفهياً فإن ولاية الولي تستمر عليه حتى يرشد على الرأي الراجح عند الحنفية وهو رأي محمد خلافاً لأبي يوسف^(١).

- مراحل الأهلية عند الإنسان:

١- عندما يكون جنيناً في بطن أمه تثبت له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الإرث والوصية له والوقف لأجله أيضاً، وتسمى الأهلية في هذه المرحلة بأهلية الوجوب الناقصة.

٢- مرحلة ما بعد الولادة إلى سن التمييز، حتى يبلغ سبع سنين. وتسمى مرحلة عدم التمييز. وتصرفات الطفل غير المميز تعد باطلة وأفعاله الضارة يترتب عليها مسؤولية مدنية فقط، فيضمن ما أتلّفه من مال أو نفس، ولا تترتب عليه مسؤولية جنائية؛ لأنه ليس من أهل العقوبة، وتثبت لوليه الحق في إدارة أمواله، فيجوز للولي على المال إدارة أمواله بما فيه مصلحة للصغير، وبما يعود عليه بالنفع والخير. وتكون أهليته للوجوب في هذه المرحلة كاملة، فتثبت له الحقوق، وأما أهلية الأداء فتكون منعدمة، فتبطل كل تصرفاته وعقوده.

٣- من سن التمييز إلى سن البلوغ، وتبدأ من سن السابعة إلى سن البلوغ، وتصح في هذه المرحلة تصرفات الطفل النافعة كقبوله للوصية والهبة والهدية، ولا تصح منه التصرفات الضارة ضرراً محضاً، كالتبرع من ماله، وأما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي على المال، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت. وتكون أهليته للوجوب كاملة فتثبت له كل الحقوق.

وأما أهليته للأداء فتكون ناقصة، بمعنى أنها تحتاج إلى إجازة الولي.

^(١) انظر شرح ابن عابدين: ١٤٣/٥ طبع استامبول، وانظر الأحوال الشخصية ص ٤٦٤ محمد أبو زهرة.

٤- مرحلة ما بعد البلوغ، تصبح فيها تصرفاته القولية نافذة وصحيحة، وأما تصرفاته المالية فإن تبين أنه يُحسن إدارة أمواله بما يعود عليه بالنفع ويتبين أنه راشد غير سفيه نفذت أيضاً تصرفاته المالية، وإن تبين أنه سفيه ولا يحسن التصرف بأمواله تم الحجر عليه للسفه حتى يصبح راشداً، فيصبح ولي نفسه في إدارة أمواله، وتسمى هذه المرحلة بسن الرشد.

وتكون أهلية الوجوب عنده كاملة، وأهلية الأداء كاملة أيضاً إن أصبح راشداً وتبين عدم وجود سبب آخر للحجر عليه^(١).

بينما تستمر الولاية على مال المجنون والمعتوه لأنهم فاقدو الأهلية، ولأنهم بحاجة لحماية الغير، ولذلك يقوم الولي على المال أو الوصي من القاضي نيابة عن المجنون والمعتوه في التصرفات بماله بما يعود عليه بالنفع.

ويحجر على السفيه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥].

والقصد من الحجر والولاية على القاصر، حماية ماله بما يعود عليه وعلى المجتمع بالنفع والخير، ولذلك نهى ربنا سبحانه من تمكين السفهاء من التصرف بأموالهم لأنهم قد يسيئون إلى أنفسهم وإلى المجتمع عندما لا يحسنون التصرف بها أو يبدرونها.

- موقف القانون السوري:

وقد نظم قانون الأحوال الشخصية السوري أحكام الولاية على المال في المواد الآتية: المادة (١٧٢): «للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً، ولا يترع مال القاصر من يد الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانتة أو سوء تصرفاته فيه وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً ولا ببيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ».

(١) انظر التلويح والتوضيح: ٧٢٦/٢.

المادة (١٧٣) : « إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه فللمحكمة أن تترع ولايته أو تحد منها ويجوز للقاضي أن يتعهد إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي الشرعي المالية إذا تحقق له أن مصلحة القاصر تقضي بذلك وبعد سماع أقوال الولي ».

ونظم القانون السوري في الفصل الثاني منه الأحكام المتعلقة بتصرفات القاصر في المواد الآتية:

مادة (١٦٤) :

- ١- « ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ».
- ٢- « للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها ».
- ٣- « إذا رد القاضي طلب الإذن فلا يجوز له تجديده قبل مضي سنة من تاريخ قرار الرد ».

المادة (١٦٥) :

- ١- « للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات ».
- ٢- « لا يجوز له بغير موافقة القاضي مزاولة التجارة ولا عقد الإجارة لمدة تزيد عن سنة ولا أن يستوفي حقاً أو يوفي ديناً لا يتعلق بأعمال الإدارة ».
- ٣- « لا يجوز له استهلاك شيء من صافي دخله إلا القدر اللازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانوناً ».

المادة (١٦٦) : « يعتبر القاصر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه ».

المادة: (١٦٧) :

- ١- « على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً ».

٢- « يأخذ القاضي عند النظر في الحساب رأي الولي أو الوصي وله أن يأمر بإيداع المتوفر من الدخل خزانة الحكومة أو مصرفاً يختاره ».

٣- « ولا يجوز سحب شيء من الأموال المودعة بأمر القاضي إلا بإذن منه ».

المادة (١٦٨) : « للقاضي عند اللزوم الحد من الإذن الممنوح للقاصر أو سلبه إياه وذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب مدير أيتام أو أحد ذوي العلاقة ».

المادة (١٦٩) :

١- « للقاصر متى بلغ الثالثة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص ».

٢- « لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال ».

ونكتفي بهذا القدر دون توسع، وما تبقى من أحكام الأحوال الشخصية سوف يدرسها الطالب في مقرر آخر، وهو مقرر أحكام الأهلية والوصية والتركات.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



ثبت المراجع:

١ - القرآن الكريم.

٢ - كتب الحديث:

- سنن ابن ماجه: لمحمد بن يزيد القزويني دار الفكر بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن أبي داود: لسليمان بن الأشعث السجستاني دار الفكر - بيروت - تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.
- سنن البيهقي الكبرى: لأبي بكر البيهقي - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - محمد عبد القادر عطا.
- سنن الترمذي: محمد بن عيسى الترمذي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - أحمد محمد شاكر وآخرون.
- سنن الدار قطني: لعلي بن عمر الدار قطني : دار المعرفة - بيروت - تحقيق السيد عبد الله هاشم.
- صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري: دار ابن كثير - اليمامة - ترقيم د. مصطفى ديب البغا.
- صحيح ابن حبان: محمد بن حبان أبو حاتم البستي: مؤسسة الرسالة - بيروت - شعيب الأرناؤوط.
- صحيح مسلم: للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري: دار إحياء التراث العربي - بيروت - محمد فؤاد عبد الباقي.
- المستدرك على الصحيحين: للحاكم النيسابوري: دار الكتب العلمية - بيروت - مصطفى عبد القادر عطا.

- مسند أبي يعلى الموصلي: دار المأمون - دمشق - تحقيق حسين سليم أسد.
- المعجم الأوسط: للطبري: دار الحرمين - القاهرة - عبد الحسن بن إبراهيم الحسيني.
- نصب الراية للزيلعي دار التراث العربي - بيروت - ط ٢.
- نيل الأوطار للشوكاني دار الجيل - بيروت ط ١٩٧٣.

٣- كتب اللغة:

- المصباح المنير للفيومي - المكتبة العلمية - بيروت.
- المغرب للمطرزي - مكتبة أسامة بن زيد - حلب.

٤- كتب الفقه:

● الفقه الحنفي:

- رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر - دار الفكر - بيروت. والمطبعة الأميرية ٢-١٣١٥ هـ.
- الهداية شرح بداية المبتدي للمريناني - دار الكتب العلمية - بيروت.
- بدائع الصنائع - للكاساني - دار الكتاب العربي - بيروت، ط ٢.
- اللباب شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي الميداني، دار الحديث، بيروت.
- المبسوط للسرخسي، ط القاهرة، ١٢٣٤ هـ.
- فتح القدير للكمال بن همام ط ٥ الأميرية ١٣١٥ هـ.

● الفقه المالكي:

- القوانين الفقهية لابن جزيء - المكتبة الثقافية - بيروت.
- شرح الخرشي على مختصر خليل - طبع مصر - ١٣١٧ هـ.
- الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد القرطبي، دار الفكر - بيروت.

- حاشية الدسوقي - للدسوقي - دار الفكر - بيروت.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل - للخطاب - دار الكتب العلمية.
- الفقه الشافعي:
- المذهب - إبراهيم بن علي الفيروزابادي الشيرازي - دار الفكر - بيروت.
- و ط / در القلم - تحقيق د. محمد الزحيلي.
- مغني المحتاج - للخطيب الشربيني - دار الفكر.
- تحفة الفقهاء للسمرقندي - مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٠ م.
- الفقه الحنبلي:
- المغني لابن قدامة المقدسي - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٣ م.
- زاد المعاد - ابن قيم الجوزية.
- كشف القناع على متن الإقناع - البهوتي - عالم الكتب.
- الروض المربع - شرح زاد المستنقع، البهوتي، مكتبة الرشد - الرياض.
- فتاوى ابن تيمية - طبع الرياض.
- الفقه الظاهري:
- المحلى لابن حزم - دار الآفاق الجديدة - بيروت.
- الفقه الإمامي:
- المختصر النافع للحلي - ط القاهرة، وزارة الأوقاف.
- جواهر الكلام ط بغداد - د. ت.
- ٥- الكتب الحديثة ومراجع أخرى:
- شرح قانون الأحوال الشخصية د. مصطفى السباعي ط ٧ - مطبعة جامعة دمشق.

- شرح قانون الأحوال الشخصية د. عبد الرحمن الصابوني - ط جامعة دمشق.
- الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة.
- شرح قانون الأحوال الشخصية عبد الوهاب خلاف. ط القاهرة.
- قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته مع المذكرة الإيضاحية. منشورات نقابة المحامين في دمشق ط ١٩٩٧.
- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقديري باشا، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق - ط ١٩٩٧ م.
- الإجماع لابن المنذر النيسابوري.
- الفقه الإسلامي وأدلته ، الدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر .

اللجنة العلمية

أ.د. وهبة الزحيلي

أ.د. محمد سعيد رمضان

أ.د. أحمد الحجي الكردي

المدقق اللغوي

د. أيمن الشوا

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات

جامعة دمشق
Damascus University



Syrian Arab Republic

**Damascus University Publications
The Open-Learning Centre
The Department of Translation**



Semantics and Syntax

**Dr. Nafez A. Shammas
&
Dr. Abbass Naama**

Damascus University

